



شاپا: ۰۴۹۷-۳۷۱۷

پژوهش‌های حقوق اداری

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

Journal of
Modern Research on
Administrative Law

۱۵
سال پنجم
شماره پانزدهم
تابستان ۱۴۰۲

پژوهش‌های نوین حقوق اداری

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال پنجم، شماره پانزدهم، تابستان ۱۴۰۲



عنوان مقاله‌ها

- وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته و نسبت میان آن عناصر و نظام حقوقی در ایران و انگلستان. مختار محمدی؛ محمد راسخ؛ محمد جلالی
- طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانونگذاری ایران. زهره حق پناهان؛ سید احمد حبیب نژاد؛ زهرا عامری
- تحلیل مقررات حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در حقوق داخلی. جعفر نوری یوشانلوئی؛ آریا حاجی ابوالفتح
- کاربست مفهوم «عدالت اداری» در آراء و رویه دیوان عدالت اداری. بابک باصری؛ علی فقیه حبیبی
- تحلیل حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه در چارچوب کارکردهای حقوقی و اداری سازمان تأمین اجتماعی ایران با رویکرد حق محور
- شیما طالبی پور؛ سیدمجتبی واعظی
- مصونیت اداری کارمندان دولت در ایران. جواد محمودی؛ نادر اسدی اوجاق نار
- واکاوی نقش تنظیمگری بانک مرکزی در معاملات اسناد تجاری در پرتو قانون جدید چک. ناصر سربازی؛ علیرضا رجبزاده اصطهباناتی؛ طیب افشارنیا
- چالش‌های استقلال شوراهای محلی در نظام حقوقی ایران. پریسا آل اسحاق؛ فرامرز عطریان؛ محمدمهدی غمami
- نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی. غلامحسن مزارعی؛ سجاد مردانی
- وجوه متمایز اصل انتظاراتهای مشروع در حقوق اداری. احمد رنجبر
- مفهوم و مصادیق مؤسسه عمومی غیر دولتی در نظام حقوقی ایران. مهدی شیخ موحد؛ محمدجواد آزادی؛ مهدی جوهری
- حکمرانی الکترونیک خوب و نظریه دولت باز؛ رویکرد حقوقی. یاسر قهرمانی افشار؛ مهدی شعبان نیا منصور؛ علی دشتی
- حمایت از حقوق مصرف‌کننده با راهکار استانداردسازی اساننامه شرکت‌ها از دیدگاه حقوق اداری. وحید کریمی؛ دکتر اکبر بشیری؛ اباست پورمحمد
- تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان. سید مهدی رضوی؛ مصطفی سراجی؛ غلامرضا مولاییگی
- تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در آیین آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری. احمد حسین پوری؛ آیت مولائی؛ ناصر رهبر فرش پیرا
- نظارت بر صلاحیتهای اداری و مالی شورای نگهبان. محمدصادق رفیعی؛ سید محمد صادق احمدی؛ محمد شریف شاهی
- واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس. حمید رضا حق پناهان؛ حامد کریمی؛ مجتبی همتی





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال پنجم / شماره ۱۵ / تابستان ۱۴۰۲

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنوند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یاور

اعضای هیئت تحریریه

دکتر محمد امامی، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی متین، دکتر عباس زراعت، دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر علی مشهدی، دکتر مرتضی 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 حسنوند، 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 حسنوند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

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



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

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: پراگراف 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

وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته و نسبت میان آن عناصر و نظام حقوقی در ایران و انگلستان. مختار محمدی؛ محمد راسخ؛ محمد جلالی.	۱۳
طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون گذاری ایران. زهره حق پناهان؛ سید احمد حبیب نژاد؛ زهرا عامری.	۳۵
تحلیل مقررات حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در حقوق داخلی. جعفر نوری یوشانلوئی؛ آریا حاجی ابوالفتح.	۶۵
کاربست مفهوم «عدالت اداری» در آرا و رویه دیوان عدالت اداری. بابک باصری؛ علی فقیه حبیبی.	۸۵
تحلیل حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه در چارچوب کارکردهای حقوقی و اداری سازمان تأمین اجتماعی ایران با رویکرد حق محور. شیما طالبی پور؛ سیدمجتبی واعظی.	۱۰۹
مصونیت اداری کارمندان دولت در ایران. جواد محمودی؛ نادر اسدی اوجاق نار.	۱۳۱
واکاوی نقش تنظیم‌گری بانک مرکزی در معاملات اسناد تجاری در پرتو قانون جدید چک. ناصر سربازی؛ علیرضا رجبزاده اصطهباناتی؛ طیب افشارنیا.	۱۴۳
چالش‌های استقلال شوراهای محلی در نظام حقوقی ایران. پریسا آل اسحاق؛ فرامرز عطریان؛ محمدمهدی غمامی.	۱۶۱
نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی. غلامحسن مزارعی؛ سجاد مردانی.	۱۹۱
وجوه متمایز اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری. احمد رنجبر.	۲۱۷



فهرست مطالب

مفهوم و مصادیق مؤسسه عمومی غیر دولتی در نظام حقوقی ایران. مهدی شیخ‌موحّد؛ محمدجواد آزادی؛ مهدی جوهری.	۲۴۱
حکمرانی الکترونیک خوب و نظریه دولت باز: رویکرد حقوقی. یاسر قهرمانی افشار؛ مهدی شعبان نیا منصور؛ علی دشتی.	۲۶۷
حمایت از حقوق مصرف‌کننده با راهکار استانداردسازی اساسنامه شرکتها از دیدگاه حقوق اداری. وحید کریمی؛ اکبر بشیری؛ اباست پورمحمد.	۲۹۷
تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان. سید مهدی رضوی؛ مصطفی سراجی؛ غلامرضا مولاییگی.	۳۲۳
تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در آیینیه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری. احمد حسین پوری؛ آیت مولائی؛ ناصر رهبر فرش پیرا.	۳۴۵
نظارت بر صلاحیت‌های اداری و مالی شورای نگهبان. محمدصادق رفیعی؛ سید محمد صادق احمدی؛ محمد شریف شاهی.	۳۷۳
واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس. حمید رضا حق پناهان؛ حامد کرمی؛ مجتبی همتی.	۳۹۹
چکیده انگلیسی	۴۲۴

وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته و نسبت میان آن عناصر و نظام حقوقی در ایران و انگلستان

مختار محمدی*

محمد راسخ**

محمد جلالی***

چکیده

مدرنیته که دربرگیرنده عناصر عینی (دولت ملی و جامعه متکثر) و ذهنی/ارزشی (عقل خودبنیاد و حق) است، بر بستر خاص تحولات سیاسی و فکری اواخر قرون وسطی و عصر رنسانس و پس از آن شکل گرفت و تکامل یافت. سپس بر تمامی مظاهر زندگی فردی و جمعی آدمی اثر گذاشت و به ظهور حقوق مدرن انجامید که اصول دادرسی عادلانه از جمله محصول‌های آن است. پرسش اصلی این مقاله، تعیین نسبت میان برخورداری از عناصر مؤلف مدرنیته و جهات نظام حقوقی است. برای این منظور، ناگزیر، بدو عناصر عینی و معرفتی/ارزشی بروز پدیده مدرنیته و نیز جهات چهارگانه حقوقی یعنی «هدف» و «منبع» قانون، «روش» حقوقی و «مرجع صالح قانون‌گذاری» شناسایی می‌شود. سپس وضعیت عناصر مؤلف مدرنیته در ایران و انگلستان و نسبت این عناصر با نظام حقوقی آن‌ها، با استفاده از روش مقایسه‌ای، تحلیل کیفی خواهد شد. یافته‌های پژوهش، گویای این واقعیت است که کشور انگلستان به دلیل وجود حداکثری عناصر حیات نو (مدرنیته)، نظام حقوقی مدرنی دارد. در نتیجه، در قلمرو اصول و تضمینات حق‌های رویه‌ای، توسعه‌یافته‌تر است و اعمال این حق‌ها، مستند به اسناد حقوق بشر رویه‌ای صورت می‌گیرد. در مقابل، در ایران به دلیل نبود حداکثری عناصر حیات مدرن، همه اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر وجود ندارند. به همین دلیل، در حال حاضر، اصول و تضمینات رویه‌ای کامل و توسعه‌یافته منطبق بر اسناد حقوق بشر رویه‌ای وجود ندارد. البته ایران از کشورهایی است که در مسیر مدرنیته قرار دارد. پس با بهره‌برداری نظری و عملی از تجربه جوامع مدرن و بومی‌سازی آن‌ها می‌تواند در راه کسب عناصر مدرنیته پیشرفت و وجود حداکثری این عناصر قدم بردارد و امور عمومی را با نظام حقوقی مدرن و با همه اقتضائات آن از جمله اصول و تضمینات دادرسی عادلانه اداره کند.

کلیدواژه‌ها: مدرنیته، نظام حقوقی، حقوق مدرن، دادرسی عادلانه، ایران، انگلستان.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
m_yas2006@yahoo.com

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

Rasekh.m@gmail.com

***. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
mdjalali@gmail.com

مقدمه

نظام نوین دادرسی، یکی از مظاهر حیات مدرن به شمار می‌رود که به میزان برخورداری هر کشوری از عناصر تشکیل‌دهنده مدرنیته، اجزای مؤلف حقوق مدرن را در میان خود جای می‌دهد و هر چه به سمت دارا بودن حداکثری عناصر مدرنیته پیش می‌رود، عادلانه بودن رسیدگی و رعایت اصول دادرسی عادلانه در آن اهمیت و ظهور بیش‌تری می‌یابد. به عبارتی، دادرسی عادلانه و اصول ناظر بر آن که از آن‌ها به عنوان «حق‌های رویه‌ای» یاد می‌شود، در معنای حق-ادعایی آن در مقابل تکلیف دولت‌ها به تأمین این حقوق، امر جدیدی است و در دنیای قدیم شناخته‌شده نبودند. بر همین اساس، اصول دادرسی عادلانه که به دلیل ورود به حقوق کیفری و مدنی و اخیراً حقوق اداری اهمیت یافته است، پدیده‌ای مدرن به شمار می‌رود. به این معنا، هر چند نظام دادرسی در هر کشوری، فارغ از نوع نظام حقوقی آن مستلزم پیمودن فرآیندی از ابتدا تا ختم رسیدگی و تصمیم‌گیری و صدور رأی است، ولی پیمودن آن فرآیند الزاماً متضمن اقدام بر اساس اصول دادرسی عادلانه رسیدگی نیست.

با شرحی که گذشت، اصول دادرسی عادلانه به عنوان جلوه‌های حیات مدرن در حقوق مدرن جای می‌گیرند. با این حال، چون مظاهر حیات مدرن در دل زندگی سنتی در این مرزبوم پرورش نیافته است و میوه تعاملات درازآهنگ تاریخی ایران در عرصه نظر و عمل نیستند، در مواجهه با این اصول به عنوان حق‌های رویه‌ای دچار سوء تفاهم شده و آن‌چنان که بایسته است، تجزیه و تحلیل نشده است. اکنون درصدد گره‌گشایی نظری مسئله و تعیین نسبت بین برخورداری حداکثری از عناصر حیات مدرن و وجود اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر هستیم.

در این راستا، با انجام مطالعه تطبیقی میان دو کشور ایران و انگلستان، مقاله حاضر در باب نسبت میان برخورداری از عناصر مدرنیته و حقوق مدرن به نگارش درمی‌آید. در صورت اثبات این امر، لازمه رعایت این اصول، گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن خواهد بود که برای برخورداری از حقوق مدرن، جامعه باید به صورت غالبی، عناصر عینی و معرفتی مدرنیته را دارا باشد. در چنین وضعیتی، از تجربه کشور انگلستان به عنوان یک جامعه مدرن می‌توان بهره‌برداری کرد؛ چون با وجود تفاوت‌های نهادی و ماهوی میان دو نظام حقوقی ایران و انگلستان، در موارد بسیاری مانند اصول و تضمینات حق‌های رویه‌ای کارمندان که به وضعیت خاص بومی وابسته نیستند، امکان بهره‌برداری از نظام حقوقی انگلستان وجود دارد.

گفتار اول. وضعیت عناصر مدرنیته در کشورهای منتخب

با توجه به تقسیم‌بندی که از عناصر مؤلف مدرنیته ارائه شد، این عناصر در دو دسته عناصر عینی (دولت ملی و جامعه متکثر) و عناصر معرفتی/ارزشی (عقل خودبنیاد و حق) مؤلف مدرنیته جای گرفتند. در این جا، وضعیت این عناصر را در کشورهای منتخب بررسی می‌کنیم تا در قسمت بعد، امکان تعیین نسبت این عناصر با جهات چهارگانه نظام حقوقی مدرن (هدف و منبع قانون، روش حقوقی و مرجع صالح قانون‌گذاری) فراهم آید.

بند اول. دولت ملی

منظور از دولت ملی، واحدی سیاسی است که دارای نظم داخلی و خودمختاری خارجی (استقلال) بوده و برای به دست آوردن هدف‌های ملی، با واحدهای جغرافیایی هم‌نظیر خود (که دو شرط نظم داخلی و استقلال خارجی را داشته باشند)، روابط متقابل برقرار کند.^۱ با توجه به این تعریف، دولت ملی، پدیده‌ای است که در قرن هفدهم پس از قرارداد معروف وستفاليا در اروپا به وجود آمد که بر اثر جنگ‌های سی‌ساله مذهبی در سال ۱۶۴۸ منعقد شد و با انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹ تکمیل و تأیید گردید. این دولت‌ها دارای زبان، پرچم، سرود، ارتش، پلیس، نظام آموزشی، قانون‌گذاری، دادگستری و نظام اجرایی واحد و ملی شدند. شهروندان احساس «هویت ملی» پیدا کردند و دیگر هویت‌هایشان اعم از هویت دینی و غیر دینی، در مرتبه‌ای پایین‌تر از این هویت قرار گرفت.^۲ این همه تحول یک‌باره رخ نداد. پس از قرارداد وستفاليا، نظام جدید کشوری یعنی دولت‌های ملی به عنوان یک پدیده جدید در اروپا رواج و توسعه پیدا کرد. این نوع کشورها به وسیله سلاطین شناخته و معرفی می‌شدند و سلاطین، خود را حاکم واقعی و نماینده تام و صاحب کشور می‌دانستند، چنان‌که لویی چهاردهم می‌گفت: «حاکمیت در انحصار شخص من است. قوه قانون‌گذاری بدون شریک و فقط متعلق به من است و منشأ نظم عمومی، من هستم».^۳ انقلاب کبیر فرانسه در سال ۱۷۸۹، اوضاع سیاسی اروپا را دگرگون ساخت و نظام جدید و ارزش‌های سیاسی ویژه‌ای، معیار حکومت قانونی قرار گرفت. در این مرحله تاریخی از تثبیت کشور، مردم، حاکم واقعی شناخته شدند. مردم برای اداره نظم عمومی کشور، حاکمیت و قدرت خود را به نماینده یا نمایندگانشان تفویض می‌کنند و در صورت لزوم از آن باز پس می‌گیرند.

۱-Puchala, D. J., International politics today. Dodd, Mead, 1971, p. 28..

۲. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

۳. متین دفتری، احمد، سیر روابط و حقوق بین‌الملل تا عصر حاضر، تهران: مروارید، ۱۳۴۴، ص ۷۲.

به این ترتیب، قدرت و امتیاز سلاطین و دولت‌ها در این مرحله از تاریخ کشوری، بر خلاف سابق، محدود و مقید شده است و دولت‌ها کارهای خود را به خلاف سابق به نام ملت انجام می‌دهند و در مقابل ملت، خود را مسئول می‌دانند.

امروزه دولت‌های ملی با بافت و ترکیبی که در بالا به آن اشاره شد، در همه جای جهان یافت می‌شود، تا آن‌جا که به سختی می‌توان سرزمینی را در جهان یافت که مورد ادعای یک دولت ملی نباشد. بنابراین، ایران و انگلیس به عنوان کشورهای منتخب پژوهش حاضر دارای دولت ملی با خصوصیت و شرط نظم داخلی و استقلال در اعمال سیاست خارجی (به شرح یادشده) هستند.

بند دوم. جامعه متکثر

بسیاری از متفکران و صاحب‌نظران بر این عقیده هستند که مهم‌ترین خصیصه‌ای که جهان ما را از جهان قبل از آن جدا می‌کند، تکثر است که در همه وجوه سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی قابل ردیابی است. در یک جامعه متکثر، بخش‌های مختلف جامعه در کنار هم در یک واحد سیاسی زندگی می‌کنند.

عصر رنسانس موجب شکل‌گیری و بروز گونه‌هایی مختلف از دیدگاه‌ها، افکار، عقاید، فرقه‌ها، گروه‌ها و نهادها شد. این تنوع بعدها در قرون مدرن و به ویژه عصر روشنگری، هر چه بیش‌تر شدت یافت. جامعه‌ای که دربرگیرنده همه این تنوع و تکثرها بود، درون مرزهای یک کشور به ویژه در شهرها تجلی یافت.^۱

از نظر تکثر، ایران، کشوری است که علاوه بر کردها، بلوچ‌ها، بختیاری‌ها، لرها و دیگر اقلیت‌های کوچک‌تر (ارمنی‌ها، آشوری‌ها، یهودیان و دیگران) دارای اقوام مهمی مانند آذری‌ها و عرب‌های ایران است که هر یک دارای فرهنگ قومی خاص خود هستند. به لحاظ ادیان و مذاهب و عقاید نیز جامعه ایران بسیار متکثر است. ۹۰ درصد جمعیت را شیعیان و ۸ درصد آن را سنی‌ها تشکیل می‌دهند و باقی درصدها به ادیان دیگر اختصاص دارد.^۲ مطابق اصل دوازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل هرگز تغییرپذیر نیست. دیگر مذاهب اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل هستند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب، اکثریت داشته باشند، مقررات محلی با حفظ حقوق پیروان دیگر

۱. راسخ، پیشین، ص ۵۵.

مذاهب، در حدود اختیارات شوراهای طبق آن مذهب خواهد بود. همچنین طبق اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی، تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام دادن مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصی و تعلیمات دینی طبق آیین خود عمل می‌کنند.

برای فهم تکرر در کشور انگلیس کافی است به ترکیب قومی و مذهبی این کشور توجه کنیم. بر اساس سرشماری صورت گرفته، جمع ساکنان قومی اروپایی (سفیدپوستان)، بیش از ۸۷/۵۰ درصد است. از دهه ۱۹۵۰، افراد دیگری از مستعمرات سابق انگلیس در این کشور گرد آمده‌اند، به ویژه ۶ درصد از مردم ساکن انگلستان منشأ خانوادگی در شبه‌قاره هند، عمدتاً هند، پاکستان و بنگلادش دارند. ۲/۹۰ درصد از مردم سیاه‌پوست و از آفریقا و کارائیب به خصوص مستعمرات سابق انگلیس هستند. تعداد قابل توجهی از چینی‌ها نیز در این کشور حضور دارند. بر اساس نتایج سرشماری سال ۲۰۱۱، از نظر مذهبی، ۵۹/۳ درصد از جمعیت انگلیس، دین خود را مسیحی معرفی کردند. ۲۴/۷ درصد پاسخ دادند که دین ندارند و ۴/۸ درصد اعلام کردند که مسلمان هستند که دومین گروه بزرگ مذهبی را تشکیل می‌دهند. در حالی که ۳/۷ درصد از جمعیت متعلق به دیگر مذاهب هستند، ۷/۲ درصد جواب ندادند.^۱ این تکرر تماماً و به صورت رسمی در کشور انگلیس پذیرفته شده و در ماده ۱۴ قانون حقوق بشر ۱۹۸۸ انگلستان مقرر گردیده است که بهره‌مندی از حقوق و آزادی‌های مقرر در این قانون باید بدون هیچ گونه تبعیضی بر پایه موردهایی مانند جنس، نژاد، رنگ، زبان، مذهب، عقاید سیاسی و عقاید دیگر، اصل و منشأ ملی یا اجتماعی، مکتب، نسب یا هر وضعیت دیگر تضمین شود.

بند سوم. عقل خودبنیاد

همان گونه که در دوران رنسانس و مدرن، در زندگی و امور اجتماعی اروپاییان (واقعیت‌ها و عناصر عینی)، دگرگونی‌های جدی ایجاد شد، ذهن و روان آنان نیز در سه حوزه دینی، علمی و فلسفی دچار تحولات جدی گردید. در حوزه دینی، تلاش‌های معترضان و در رأس آنان، فرقه پروتستان، اتوریته (مرجعیت) فکری کلیسا را زیر سؤال برد؛ زیرا از نظر آنان، انسان برای ارتباط با خدا به پاپ و کلیسا به عنوان واسطه نیاز ندارد. او می‌تواند کتاب خدا را مطالعه کند و به کار ببندد. نفی اتوریته فلسفی (اسکولاستیک) و تفسیر رسمی از دین، در حقیقت، معنایی جز غیر مقدس بودن فکر دینی (و نه غیر مقدس بودن دین) نداشت.^۲

1-Table KS209EW 2011 Census: Religion, local authorities in England and Wales», Office for National Statistics. 11 December 2012. Retrieved 22 May 2017

۲. راسخ، پیشین، ص ۴۸.

رنسانس و دوران مدرن، شناخت علمی را نیز دگرگون کرد. معرفت علمی مدرن نمایانگر مقابله با مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی بود. از دید کاوشگران تجربی، این امر پذیرفته نبود که یک دستگاه دینی یا غیر دینی یا یک عالم صرفاً به این دلیل که شخصیتی معروف و مورد حمایت دستگاه‌های رسمی است، تعیین‌کننده شناخت صحیح از طبیعت باشد.

سیر تحول در حوزه تفکر فلسفی نیز روندی مشابه به خود گرفت. از عصر رنسانس به این سو، دیگر ارسطو به منزله فیلسوف رسمی و تنها مرجع اندیشه پذیرفته نبود. فلسفه مدرسی تنها فلسفه معتبر به شمار نمی‌آمد و مرجعیت فکری کلیسا در همه وجوه فلسفی به چالش گرفته شد. افکار و دیدگاه‌های رقیب، دینی یا الحادی (به ویژه افکار اصحاب دایره‌المعارف در فرانسه)، در عرصه فکر و نظر قد علم کردند. بار درستی و صدق یک نظر تنها بر دوش مبانی و دلایل عقلی آن گذاشته شد. هیچ نظری به صرف این که گفته فلان شخص یا مقام خاص است، صحیح و صادق انگاشته نمی‌شد. شعار روشنگری در عصر خرد از زبان ایمانوئل کانت، فیلسوف آلمانی و مانند وی این بود: «جرئت اندیشیدن داشته باش».

نتیجه این تلاش‌های گسترده و گوناگون، بروز «عقل خودبنیاد و نقاد» و در نتیجه، شکست کامل اتوریته یا مرجعیت در فکر فلسفی بود. در حقیقت، دستاوردهای فلسفی، نتیجه احساس استقلال فکری و جرئت و جسارت اندیشیدن به وسیله عقل خودبنیاد و نقادی بود که جز مبانی و روش عقلی (به معنای عام) یا استدلالی، چیزی دیگر را مبنای اثبات، توجیه یا اقناع معرفتی نمی‌دانست.^۱ در تصویر کانت از انسان، «همه به صورت برابر دارای شأن و منزلت انسانی هستند که این شأن و منزلت در عقل خودبنیاد تجلی می‌یابد».^۲

نفی اتوریته فلسفی (اسکولاستیک) و تفسیر رسمی از دین، مقابله با مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی و به چالش گرفته شدن مرجعیت فکری در زمینه شناخت تجربی در دوران رنسانس و دوران مدرن که از آن به «عقلانیت مدرن» تعبیر می‌شود، از نظر مصطفی ملکیان، بزرگ‌ترین ویژگی اجتناب‌ناپذیر مدرنیته است.^۳ البته به نظر وی، قدما نیز قائل به عقل بودند، اما تلقی ایشان از عقل، متفاوت از آن چیزی بود که به عقل به معنای امروزی‌اش ارجاع می‌شود. در دیدگاه سنتی، هر چیزی هر چه از حلقه عقل بشری فراتر رفت، نه تنها واقعیتش را از دست نمی‌دهد، بلکه واقعیت‌دارتر می‌شود. چیزی که در تور عقل بشری است، اگر هم واقعیت داشته باشد، واقعیت سایه‌وار دارد. به این اعتبار، در دیدگاه سنتی، در سلسله مراتب واقعیت‌ها معتقد بودند که عالم مجردات به دلیل آن که از عقل دورتر است، واقعیت

۱. همان، ص ۴۹.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵، ص ۳۷.

۳. سروش، عبدالکریم و همکاران، سنت و سکولاریسم (مجموعه گفتارها)، تهران: صراط، ۱۳۸۴، ص ۱۲۶.

بالا تری دارد. بعد از آن، عالم مثال است و در مرتبه سوم، عالم مادی و عالم طبیعت است که به حکم آن که کاملاً در طور فهم و تشخیص عقل بشری است، واقعیت کم‌تری دارد.

پیداست که برای جهان‌نگری مدرن، این عقیده عجیب و گزنده است که هر چه در دسترس عقل است، واقعیت کم‌ارزش‌تری دارد و هر چه از دسترس عقل دورتر است، واقعیت بیش‌تر و شریف‌تری دارد. انسان مدرن نیز به چنین خساست و شرافتی برای واقعیت‌ها قائل است، اما کاملاً در خلاف جهت گذشته؛ زیرا در جهان‌نگری مدرن اتفاقاً هر چه در دسترس عقل باشد، واقعیت بیش‌تری دارد. بنابراین، در مدرنیته، «عقلانیت»، صادق و فایق است، ولی در جامعه ایران، عقلانیتی از جنس عقل مدرن نمی‌بینیم؛^۱ زیرا عقلانیت مدرن مرادف «استدلالی بودن» است و لبّ این استدلالی بودن به تعبیر تبلیغ، به خودفرمان‌فرمایی و نه دیگرفرمان‌فرمایی برمی‌گردد. در ایران امروز، این ویژگی یافت نمی‌شود، در حالی که عقل‌گرایی، در حقوق عمومی به سبک غالب تبدیل شده است و جامعه، امروز بسیار پیچیده و ناهمگن‌تر از آن است که بتواند یک تفاهم با تأکید بر سنت (دینی یا غیر دینی) را تحمل کند.

در انگلیس، حتی زمانی که دموکراسی برقرار نبود، جهان‌بینی عقلانی - علمی کاملاً تأسیس شده بود. تئودور تارسوس^۲، نخستین اسقف اعظم کانتربری که پاپ به انگلیس اعزام کرده بود، دانش خود را از یونان به همراه آورد و به تأسیس نخستین مدارس آموزش یونانی و لاتین کمک کرد.^۳ او همچنین برداشت یونانی از قانون عقلانی را به انگلیس آورد و قانون روم - کد جوستینین - را معرفی کرد. برپایه آن برداشت، پس از وی، آنگلوساکسون‌ها تدوین قانون هزینه‌های خود را آغاز کردند.

تاریخچه عقل‌گرایی در انگلیس نشان می‌دهد که چگونه در دوران مدرن علاوه بر واقعیت‌های زندگی مردم، ذهن و روان آنان در حوزه‌های فلسفی، علمی و دینی تحولات جدی پیدا کرد و اتوریته فلسفی و تفسیر رسمی از دین و شناخت تجربی نفی و با آن مقابله گردید. عقل‌گرایی انگلیسی از سه بخش عقل‌گرایی فلسفی، ادبی و انتقادی تشکیل می‌شود.^۴

بند چهارم. حق

در این جا باید میان دو معنای حق یعنی حق به معنای «برحق بودن» و حق به معنای «حق داشتن» تفکیک قائل شد. آن‌چه از حق به عنوان یکی از عناصر معرفتی/ارزشی مدرنیته

۱. ملکیان، مصطفی، «مدرنیته و ایران»، آیین، ۱۳۸۵، شماره ۴، صص ۴۹-۵۰.

2-Theodore of Tarsus .

3-Glassman, R. M., The origins of democracy in tribes, city-states and nation-states, Springer, 2017, p. 166.

4-See: Hurst, J. F., History of Rationalism: Embracing a Survey of the Present State of Protestant Theology, Carlton & Porter, 1867

مورد نظر است، همانا حق به مفهوم «حق داشتن» است. همین مفهوم حق (حق داشتن)، تاریخ سیاسی و حقوقی غرب را دگرگون ساخت.

تقریباً از سده سیزدهم به این سو بود که مفهوم «حق داشتن» در برابر «حق بودن» رایج شد.^۱ از رهگذر حوادث گوناگونی که در چندین سده در غرب اتفاق افتاد و در بیش‌تر موارد، متدینان دست‌کم یکی از طرف‌های مهم منازعات و کشمکش‌ها بودند، تفکیک بسیار مهمی میان «حق داشتن» و «حق بودن» (به‌طور ناخودآگاه) شکل گرفت. این تفکیک، مبنای شکل‌گیری مفهوم مدرن حق شد که در اوایل دوران مدرن با عنوان «حق طبیعی» مشهور و رایج شد و بعدها در اعلامیه استقلال آمریکا (۱۷۷۶) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (۱۷۸۹) به صورتی آشکار رسمیت یافت.^۲

امروزه، مفهوم «حق» به معنای حق داشتن، از برجسته‌ترین مفاهیم حقوقی به شمار می‌رود، به شکلی که بسیاری از مسائل برای پیشبرد با گفتمان حق مطرح می‌شوند. این مفهوم در طول تکامل دچار تطوری در مبنا و مفهوم گردید، به صورتی که از مفهومی برخاسته از شریعت به مفهومی عقلی بدل گردید و به تبع آن، رابطه خود را با الهیات از دست داد. بنابراین، یکی از تفاوت‌های مهم دنیای قدیم و جدید، تبدیل گفتمان یا پارادایم «تکلیف‌محور» به گفتمان یا پارادایم «حق‌محور» است.^۳ «حق»، یکی از بنیادی‌ترین و مهم‌ترین مفاهیم در قلمرو حقوق و اخلاق زیستی است.^۴ همین معنا از حق (حق داشتن) است که موضوع گزاره‌های حقوق بشری قرار می‌گیرد^۵ و اصول دادرسی عادلانه (حق‌های روبه‌ای) که موضوع نسل اول حق (حقوق مدنی و سیاسی) هستند، در همین معنا از حق جای می‌گیرند.

در ایران با ورود نهضت دستورگرایی، مفهوم حق هم‌چون دیگر مفاهیم مدرن با مکتوبات روشن‌فکران به ایران وارد شد. منبع اصلی و مرجع تفکر اولین اشخاصی که اندیشه‌های حقوقی مدرن را وارد ایران کردند، اندیشه و فلسفه غرب بود، هر چند گاهی مؤیداتی از قرآن و سنت نیز برای اندیشه خود فراهم می‌کردند. در میان روشن‌فکرانی که تحت تأثیر آثار غربی واردکننده این اندیشه‌ها در ایران بوده‌اند، مستشارالدوله و ملک‌خان به شکل مستقیم به شریعت اسلامی اشاره و مؤیداتی از آن برای حق‌ها بیان می‌کنند.

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۱)، تهران:

نی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۹.

۲. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۵۳.

۳. سروش، عبدالکریم، دین و دنیای جدید (۲): سنت و سکولاریسم، تهران: صراط، ۱۳۸۱، صص ۵۳-۶۶.

۴. راسخ، محمد، «نظریه حق». باروری و ناباروری، ۱۳۸۸، دوره دهم، شماره ۴، ص ۲۹۹.

۵. قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۴۱.

مستشارالدوله برای بیان مقصود خود در «رساله یک کلمه»، ابتدا کدهای دایمی قانون اساسی فرانسه را از منظر خود (که اکثراً حق‌ها هستند) بیان می‌کند. بعد با ریشه‌یابی این کدها در شریعت اسلام می‌کوشد بیان کند که این کدها در شریعت اسلام، مسبوق به سابقه هستند. ملکم خان، نظرهای خود را در زمینه حقوق در «کتابچه غیبی»، «دفتر قانون» و «رساله صراط‌المستقیم» بیان کرده است. قسمت‌های موجود این طرح مشتمل بر بیست و هفت قانون است که از قانون اول تا ششم همان اصول اساسی حکومت است.^۱ حق‌های متفاوتی در آثار مستشارالدوله و ملکم خان قابل مشاهده هستند. حق برابری افراد در مقابل قانون (مساوات)، حق بر مصون بودن جان، مال و حیثیت افراد (حق بر امنیت) از آن جمله‌اند. در مقابل مستشارالدوله و ملکم خان که در آثار خود، مبنا و منبع حق را علی‌الظاهر شریعت قرار می‌داند، دیگر روشن‌فکرانی هم‌چون میرزا فتح‌علی آخوندزاده و طالبوف نظرهای دیگری داشتند. آخوندزاده در پاسخ مکتوب به «رساله یک کلمه» مستشارالدوله همراه با بیان این که تلاش وی قابل ستایش است، مشکل «عدم حریت» و به عبارتی، نبود حقوق سیاسی لازم را در ناسازگاری شریعت اسلام و عدالت می‌داند و برای بیان تعارض میان شریعت اسلام و عدالت، از بیع عبد و امه برای نبود حریت شخصیه مثال می‌زند. از منظر او، «عدم حریت» و نقض حق فقط معطوف به استبداد شاه نیست، بلکه شریعت نیز مانند سدی به نقض حریت و حقوق اقدام کرده است. در کلام وی، نقض حق به اولیای اسلام استناد می‌یابد.^۲

در بین اندیشمندان مشروطه، میرزا عبدالرحیم طالبوف تبریزی بیش‌ترین توجه را به مفهوم حق داشته است. او در کتاب «مسائل الحیات»، مبنای حق را کرامت انسانی می‌داند که قاعدتاً نشان‌دهنده تأثیر حقوق طبیعی بر افکار اوست. وی در ادامه، این مفهوم را گسترش می‌دهد و حق را بعد از افراد برای ملت ترسیم می‌کند که البته این مسئله نشان‌دهنده افکار سوسیالیستی طالبوف است. از منظر طالبوف، منشأ تمام حقوق، بقای نفس است، ولی همه حقوق در وجود انسان به یک حق واحد حفظ وجود یعنی بقای نوع انسانی منتهی می‌شود.^۳ وی برای بقای حقوق و رفع تراحم‌های کثیر، دموکراسی را به عنوان روش حکومت پیشنهاد می‌دهد.^۴

در عرصه مشروطه، بر اساس این اندیشه که هیچ عملی مباح نیست، مگر این که با فحوص در قرآن و سنت، ردعی بر آن وارد نشده باشد، فقیهان مشروطه به فحوص در مفاهیم اقدام کردند تا ثابت شود که با شریعت زاویه نداشته باشند. فقهای مؤثر بر گفتمان مشروطه را می‌توان بر مدار سه طیف از اندیشه در نظر گرفت. اندیشه «این‌همانی» که آقا نورالله اصفهانی بیان کرده

۱. دامغانی، محمدتقی، اولین قوانین ایران قبل از مشروطیت، تهران: بهزاد، ۱۳۵۷، ص ۷۱.

۲. آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا فتح‌علی آخوندزاده، تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹، صص ۱۵۶-۱۵۸.

۳. طالبوف، عبدالرحیم، مسائل الحیات، تهران: شبگیر، ۱۳۵۶، ص ۱۷۶.

۴. همان، ص ۱۷۹.

است. اندیشه متضاد با مشروطه که آن را با تفکر شیخ فضل‌الله نوری و گفتمان مشروعه وی می‌شناسیم و تفکر علامه نایینی که برای پذیرش مشروطه، شروطی قائل است.

وجه ممیزه اقوال فقیهان با روشن‌فکران، اعتبار حق‌هاست. روشن‌فکران با توجه به کلیدواژه «کرامت بشر»، حق‌ها را اموری ذاتی فرض می‌کردند، برخلاف فقیهان که حق‌ها را اموری مقدّمی برای تحقق امری بزرگ‌تر می‌دانستند. نایینی، حق آزادی بیان، قلم و نظیر آن را که از آزادی‌های خدادادی است، «اهرمی برای حفظ دین» می‌دانست. با انقلاب مشروطه، بسیاری از حقوق و تکالیف در قانون اساسی ذکر نشد. بنابراین، از عمده‌ترین تکالیف مجلس اول شورای ملی، تدوین متمم قانون اساسی شد و در متمم قانون اساسی مشروطه مانند دیگر قوانین اساسی هم‌عصرش به حق‌ها توجه خاصی گردید. متمم قانون اساسی مشروطیت در فصل دوم خود به نام «حقوق ملت»، هفده اصل را به عنوان حقوق مردم ایران به رسمیت شناخت. این اقدام، سنگ بنایی برای شناسایی اصول حقوق بشری در ایران بود.

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از نهضت ضد استبداد مشروطه به عنوان تجربه گران‌بهای ملت مسلمان ایران یاد شده است. با این حال، مکتبی و اسلامی بودن به عنوان ویژگی بنیادی انقلاب اسلامی نسبت به نهضت مشروطه شمرده شده است. بر همین اساس، پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، مهم‌ترین تحول بنیادین در نظام حقوقی ایران به لحاظ ماهوی و محتوایی، بازگشت به فقه و قواعد شریعت بود. در این تحول، فقه و قواعد شریعت، مبنای قانون یا دست‌کم، معیار مشروعیت آن هنگام وضع قوانین، مرجع تفسیر و تشریح قوانین هنگام اجرا و نیز منبع تکمیلی در موارد خلأ قانونی قرار گرفت. به این ترتیب، اگر چه در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به ویژه اصول مربوط به فصل سوم آن، زمینه لازم برای رعایت بیش از پیش دادرسی عادلانه فراهم گردید، ولی این اصول آن‌چنان‌که بایسته است، به گونه‌ای مؤثر در قوانین موضوعه ایران به ویژه قوانین و مقررات انضباطی بازتاب نیافتند.

میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به عنوان سند الزام‌آور بین‌المللی در ۱۳۴۷/۱/۱۵ امضا شد و در اردی‌بهشت ۱۳۵۴ به تصویب مجلس وقت رسید. با آن‌که حسب تفسیر کمیته حقوق بشر از ماده ۱۴ میثاق، مفاد این میثاق در دادرسی اداری و انضباطی در ایران هم‌چنان لازم‌الاجراست، قدرت سیاسی از آن پشتیبانی نکرد. از این رو، حق که مفهومی برخاسته از شریعت است، رابطه خود با الهیات را به دست آورد و گفتمان یا پارادایم «تکلیف‌محور» حاکم شد. در این پارادایم، تکالیف از جایی می‌آیند و صادر می‌شوند و همان مصدر است که حقوق را هم می‌دهد.

راجع به وضعیت عنصر حق در انگلستان باید گفت که حق به معنای حق داشتن ابتدا در اروپا ظهور کرد و در آن جا استقرار یافت. از این رو، این ایده که انسان باید مجموعه‌ای

از حقوق و آزادی‌های اساسی را داشته باشد، ریشه‌های عمیقی در انگلیس دارد و برخی نقاط عطف ملی و بین‌المللی به شرح آتی در طول ۸۰۰ سال گذشته، مفهوم و وضعیت حقوق بشر اعم از حق‌های ماهوی و رویه‌ای در انگلیس را شکل داده است.

برای اولین بار، منشور انگلیسی مگناکارتا (۱۲۱۵)^۱ اذعان داشت که مردان آزاد (بارون‌ها و فئودال‌ها) تحت حکومت پادشاهی انگلستان، از حقوق قانونی برخوردار هستند و قدرت پادشاه با قانون محدود خواهد شد. مگنا کارتا، اولین قدم برای اعطای حق محاکمه توسط هیئت منصفه هم‌شان ما بود. قدم مهم دیگر در راستای به رسمیت شناختن حق دادرسی عادلانه، تصویب قانون امنیت قضایی (۱۶۷۹)^۲ بود. این قانون، حق شخص بازداشت‌شده را برای مراجعه به قاضی برای تعیین این‌که آیا این بازداشت قانونی بوده یا خیر، تضمین کرد و گسترش داد. در ادامه، اعلامیه حقوق (۱۶۸۹)^۳، نقطه عطفی در تاریخ سیاسی انگلیس بود؛ زیرا قدرت سلطنت را محدود و حقوق پارلمان را تنظیم می‌کرد.

اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)^۴، پایه و اساس حقوق بشر مدرن است؛ چون پس از جنگ جهانی دوم، جامعه جهانی، لزوم بیان جمعی از حقوق بشر را تشخیص داد. با تصویب این بیانیه در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۴۸، طیف وسیعی از حقوق و آزادی‌هایی که همگان در همه جای جهان از آن برخوردار هستند، مشخص شد. اعضای شورای اروپا از اعلامیه جهانی حقوق بشر برای تهیه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰)^۵ برای تأمین حقوق اساسی هم برای شهروندان خود و هم برای ملیت‌های دیگر در مرزهای خود استفاده کردند. این کنوانسیون در سال ۱۹۵۰ در رم به امضا رسید و انگلستان هم آن را در سال ۱۹۵۱ تصویب کرد و در سال ۱۹۵۳ لازم‌الاجرا شد. شش سال پس از تشکیل دادگاه حقوق بشر اروپا،^۶ انگلستان در سال ۱۹۶۶ به آن پیوست و آن‌چه را «دادخواست فردی» (حق مردم برای طرح پرونده‌های خود به طور مستقیم در دادگاه در استراسبورگ) شناخته می‌شود، اعطا کرد.

با فراگیری مباحث حقوق بشری در میان کشورها، سازمان ملل متحد، کنوانسیون بین‌المللی برای رفع همه اشکال تبعیض نژادی (۱۹۶۵)^۷ را به تصویب رساند. انگلیس این کنوانسیون را در سال ۱۹۶۹ تصویب کرد. همچنین با تصویب قانون تبعیض جنسیتی (۱۹۷۵)^۸، تبعیض جنسیتی

1-The Magna Carta.

2-Habeas Corpus Act.

3-Bill of Rights.

4-Universal Declaration of Human Rights.

5-The European Convention on Human.

7-European Court of Human Rights.

8-International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

8-Sex Discrimination Act .

در زمینه‌های اشتغال، آموزش و تهیه کالاها، امکانات و خدمات را غیر قانونی کرد و برای جلوگیری از تبعیض نژادی، قانون روابط نژادی (۱۹۷۶) وضع شد. این قانون، تبعیض نژادی در اشتغال، تحصیل، مسکن، آموزش و تهیه کالاها، امکانات و خدمات را غیر قانونی اعلام کرد. با تصویب کنوانسیون رفع هر گونه تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹)^۱ که «لایحه حقوق زنان» خوانده می‌شود، تبعیض علیه زنان تعریف و اصول اصلی برای حمایت از حقوق آن‌ها تعیین شد.

با قدرت گرفتن مباحث حقوق بشری در انگلیس، قانون حقوق استخدامی در سال ۱۹۹۶ به تصویب رسید. قانون حقوق بشر (۱۹۹۸)^۲ نیز که از اکتبر ۲۰۰۰ به اجرا در آمد، حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را در قوانین داخلی گنجاند. به منظور ارتقا و حمایت از حقوق بشر در انگلستان، قانون برابری^۳ در سال ۲۰۱۰ به تصویب رسید که بیش از ۱۱۶ بخش جداگانه قانونی را در قالب قانون واحد جدید جمع‌آوری و آن‌ها را تثبیت، به‌روزرسانی و تکمیل کرد. این قانون برای حمایت از حقوق افراد و پیشبرد برابری فرصت‌ها، چارچوب حقوقی را برای همه فراهم آورد. در همین سال، قانون اصلاحات اساسی و حکمرانی^۴ در انگلستان به تصویب رسید که مبنای قانونی لازم را برای مدیریت خدمات کشوری عرضه کرد. در مقوله عادلانه بودن رسیدگی در دادرسی‌های انضباطی در انگلستان، از نقاط عطف یاد شده، بخش‌هایی از قانون حقوق استخدامی ۱۹۹۶ به حقوق رویه‌ای مستخدمین اختصاص دارد. همچنین قانون حقوق بشر (۱۹۹۸) با حقوق رویه‌ای اشخاص مرتبط است. قسمت اول قانون اصلاحات اساسی و حکمرانی (۲۰۱۰) انگلستان نیز مبنای قانونی عرضه خدمات کشوری را مقرر می‌دارد و مبتنی بر آن، آیین‌نامه خدمات کشوری در سال ۲۰۱۳ به تصویب کابینه رسید که ضوابطی برای رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان دارد.

نقاط عطف بین‌المللی و ملی پیش‌گفته در باب حق‌های ماهوی و رویه‌ای، مؤید آن است که قرن‌هاست مقوله «حق» در انگلستان، مرحله تضمین نظری را پشت سر گذاشته و وارد نظام حقوقی شده است. چون قدرت مدنی و تهذیب شده است، نه تنها حق را تضمین می‌کند، بلکه قوانین آن کشور نیز تابع حق به معنای یاد شده است.

گفتار دوم. نسبت میان عناصر مؤلف مدرنیته و نظام حقوقی

برای بررسی نسبت میان مدرنیته و نظام حقوقی، ابتدا مدرنیته و عناصر مؤلف آن اعم از عوامل عینی و ذهنی بررسی شد. اکنون نوبت آن است تا تحلیل شود که این عناصر موجب پیدایش چه دیدگاه‌ها و اقداماتی در نظام حقوقی می‌شود و در حالتی که جامعه‌ای، عناصر

1-Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW).

2-Human Rights Act .

3-Equality Act .

4-Constitutional Reform and Governance Act 2010 .

مؤلف مدرنیته را به صورت حداکثری در خود جای می‌دهد، امور عمومی در آن جامعه با کدام نوع نظام حقوقی اداره می‌شود.

برای بررسی اثرات مدرنیته بر نظام حقوقی، این نکته را باید در نظر گرفت که نظام‌های حقوقی فارغ از تفاوت میان آن‌ها دارای جهات چهارگانه «هدف» و «منبع» قانون، «روش» حقوقی و «مرجع صالح قانون‌گذاری» هستند و دگرگونی در هر یک از جهات چهارگانه در نظام حقوقی مدرن در مقایسه با نظام‌های حقوقی سنتی (دینی یا غیر دینی مانند حقوق فئودالی)، در واقع، تجلی عنصری از عناصر مؤلف مدرنیته، عینی یا ذهنی بوده است.^۱ وقتی از جهات چهارگانه نظام حقوقی بحث و سؤال می‌شود، منظور، پاسخ‌هایی نیست که در قالب گزاره‌های ارزشی و به عنوان بایدها و نبایدها و از یک دیدگاه ارزشی سؤال می‌شوند، بلکه منظور این است که این جهات در نظام حقوقی ایران و انگلیس قانون چه وضعیتی دارند. به این ترتیب، از دید نظریه‌پردازان غربی و اسلامی و ایرانی به موضوع پرداخته نخواهد شد. بر این مبنا، متأثر از واقعیت‌های حقوق در جهان خارج، وضعیت جهات چهارگانه نظام حقوقی در ایران و انگلستان را بررسی می‌کنیم.

بند اول. در بُعد هدف

در نظام حقوقی دینی غیر مدرن، هدف از قانون، انجام تکالیف الهی یا اساساً عملی ساختن یک ایدئولوژی خاص بیان می‌شود.^۲ به همین دلیل، مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است. همچنین حسب اصل ۷۲ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و برای تضمین جلوگیری از تصویب قوانین مغایر شرع در اصل ۹۳ قانون اساسی آمده است که مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد، مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوق‌دان اعضای شورای نگهبان. بر همین پایه، در مواردی هم که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۲۹ (تأمین اجتماعی)، ۳۰ (آموزش و پرورش رایگان)، ۳۱ (مسکن متناسب با نیاز) و ۳۴ (حق بر دادخواهی و دسترسی به دادگاه‌های صالح) به یک معنا در جهت فراهم کردن خیر عمومی حرکت کرده است^۳ یا

۱. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۶۹.

۲. همان، ص ۶۳.

۳. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۶۷.

دولت جمهوری اسلامی ایران به شرح صدر اصل ۳ قانون اساسی، موظف به به‌کارگیری همه امکانات خود برای امور یادشده در این اصل گردیده، رسیدن به اهداف اصل ۲ قانون اساسی و شکل‌گیری نظامی بر پایه ایمان را هدف نهایی خود قرار داده است.

در مقابل، در دوران مدرن، هدف از وضع و اجرای قانون، تنظیم رابطه انسان با انسان در واحد سیاسی دولت ملی ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان بود. البته این هدف قابل تجزیه به اهداف و اجزای کوچک‌تر است. به همین دلیل، گفته می‌شود که قانون، چهار هدف اصلی دارد: حفظ نظم؛ ایجاد استانداردها؛ حل و فصل اختلافات؛ محافظت از حقوق و آزادی‌های فردی. این اهداف جدا از هم نیستند، بلکه به هم پیوسته‌اند.

این‌که گفته شد، در یک جامعه مدنی، هدف از اجرای قانون، تنظیم روابط انسان‌ها ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان است، برای این است که قانون تا حدودی متناقض نیز شرط آزادی است. لرد نوبرگر، رئیس دادگاه عالی انگلستان، در ۱۵ اکتبر سال ۲۰۱۳ سخنرانی مهمی ایراد کرد که به ویژه اظهار نظرهایش در مورد حاکمیت و اهداف قانون، در انگلیس هم‌چنان بسیار مورد توجه است. وی اظهار داشت که در ابتدایی‌ترین حالت، عبارت [«حاکمیت قانون»]، متضمن سیستمی است که بر اساس آن، روابط بین دولت و شهروندان، و بین شهروند و شهروند توسط قوانین به روشی عادلانه تنظیم شود.^۱

این دگرگونی در نظام حقوقی مدرن، در هدف وضع قانون از «تعیین تکلیف متدینان یا انجام تکالیف الهی یا اساساً عملی ساختن یک ایدئولوژی خاص» به «تنظیم رابطه انسان با انسان در واحد سیاسی دولت ملی ضمن حفظ آزادی و برابری ایشان»، تجلی عنصر حق به شمار می‌رود که این حقوق و آزادی‌ها با پشتیبانی قدرت سیاسی الزام می‌شود.

بند دوم. از نظر منابع حقوق

مهم‌ترین ویژگی حقوق مدرن، مبنا قرار دادن عقلانیت تجربی در تدوین نظام قواعد حقوقی است. بنابراین، تأیید این‌که انسان، موجودی عقلانی است و عقل وی با وجود محدودیت‌هایی که دارد، قادر به شناخت انسان و جهان است و خرد انسانی می‌تواند در سازمان‌دهی زندگی، مناظر و ملاک قرار گیرد و زندگی بر پایه آن سامان یابد، از ویژگی عقلانیت در حقوق مدرن است. کانت در تعبیر روشنگری، این فراگرد را رهایی انسان از قید تعبد و بلوغ وی در به کارگیری خرد دانست. به این ترتیب، در حقوق مدرن، «عقل خودبنیاد»، مبنای قواعد حقوقی قرار می‌گیرد و دستورالعمل سازمان‌دهی جامعه از بیرون دریافت نمی‌شود. عقل خودبنیاد یعنی این حکم و تفسیر عقل است که منبع قانون را جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری انسان یا حتی دین معرفی کرد.^۲

1- www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf.

۲. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۶۶.

با توجه به این‌که در تجددگرایی که حقوق مدرن، شعبه و انعکاسی از آن است، همین عقلانیت یعنی عقلانیت مشاهده‌گروانه و تجربه‌گروانه از لحاظ معرفت‌شناختی، یگانه راه وصول به معرفت حقیقی است، در حقوق مدرن نیز همین عقلانیت که عقلانیت مدرن یا عقلانیت دکارتی یا کانتی خوانده شده و بریده از متافیزیک است، مبنای تدوین قواعد حقوقی نظام حقوقی است و دیگر منابع معرفت چون وحی و کشف انکار یا بی‌اعتبار تلقی می‌گردد.

در مقابل، در حقوق دینی سنتی، هر چند عقل استدلالی حس‌مدار به عنوان منبع معرفت، نقشی فرعی در استخراج قواعد حقوقی دارد، ولی مهم‌تر از آن، وحی است که منبع درجه اول معرفت تلقی می‌گردد. به عبارت دیگر، در عقلانیت سنت‌گرایانه، توانایی عقل استدلالی یا جزئی برای کسب معرفت پذیرفته می‌شود، اما این عقل همواره از سویی به وحی و از سویی به کشف وابسته است.^۱ از نگاه دینی، منبع قوانین به طور اصلی و اولیه، وحی و متون دینی است. این قوانین باید در یک نظم سلسله‌مراتبی به اراده خداوند منتهی شوند.^۲ بنابراین، تأکید اصلی بر منابع وحیانی و دینی است و اگر هم از عقل به عنوان یک منبع قانون نام برده می‌شود، در کنار و عرض منابع دینی بدان اشارت می‌شود. به همین دلیل، وقتی منابع بیان می‌شوند، بلافاصله قید «کاشف اراده خداوند» بدان ضمیمه می‌گردد.^۳ به این ترتیب، حقوق سنتی با انکار خوداتکایی انسان بر پایه مرجعیت فکری دین پایه‌ریزی شده است و متون مقدس منشأ قواعد حقوقی قرار می‌گیرد.

با شکل‌گیری دولت ملی، تمامی اجزای دولت و رفتار عمومی شهروندان باید بر اساس قواعدی عام، علنی، شفاف و معطوف به آینده ترسیم می‌شدند. این قواعد به دلایل عدیده از جمله وجود تکثر و تنوع فراوان در سرزمین دولت‌ها که در بسیاری موارد در شکل تعارض جلوه می‌نمودند، نمی‌توانستند از یک دین یا ایدئولوژی خاص ریشه بگیرند و از این رو (درمقایسه با احکام دینی)، سکولار یا غیر ایدئولوژیک بودند.^۴

نظام حقوقی ایران در دوره مشروطه در حرکت به سمت مدرنیته برای پذیرش تمام واقعیت‌های تکثر فرقه‌ها، نژادها، گروه‌ها، سبک‌ها، ایدئولوژی‌ها و آرای درون قلمرو ملی خود تلاش داشت. به همین دلیل، از نظر منبع قانون، با وجود تأکید اصل دوم متمم قانون اساسی بر لزوم مخالفت نداشتن قوانین با احکام اسلام، حرکت به سوی عرفی (سکولار) شدن حقوق

۱. نصر، سید حسین، اسلام سنتی در دنیای متجدد، ترجمه: محمد صالحی، تهران: سپهرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵.

۲. نک: مصباح یزدی، نظریه سیاسی اسلام، جلد یک، جلسه هشتم؛ نصر، اثنی‌عشریه، ص ۱۱۷۶؛ مودودی، قانون اساسی در اسلام، ص ۶۸؛ جوادی آملی، ولایت فقیه؛ جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ص ۱۰۵؛ العشای، اصول الشریعه، ص ۳۸.

۳. راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، ص ۹۹.

۴. راسخ، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، ص ۵۵.

و فاصله گرفتن از دین شتاب یافت.^۱ مثلاً قانون مجازات عمومی، مبنای حقوق کیفری را به صورتی که در محاکم شرع اجرا می‌شد، دگرگون ساخت. قوانین «اصول محاکمات حقوقی» و قوانین «اصول و محاکمات کیفری» هم بر مبنای حقوق برخی کشورهای اروپایی تدوین شد. در حقوق خانواده از سنت‌های مذهبی به شدت حمایت می‌شد، اما با تصویب قانون حمایت خانواده، در برخی احکام آن تجدید نظر شد. مقررات امور مالی و قراردادهای نیز با برخی اصول حقوق اروپایی سازگاری یافت.^۲ سیر عرفی‌شدن قوانین، فاصله گرفتن آن از شرع و حتی تقابل با آن تا ۱۳۵۷ ادامه یافت.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، مهم‌ترین تحول بنیادین در نظام حقوقی ایران به لحاظ ماهوی و محتوایی، بازگشت به فقه و قواعد شریعت بود. دین به عنوان منبع قانون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. برای مثال، قانون‌گذاران در مذاکرات نهایی تصویب پیش‌نویس این قانون تصریح کرده‌اند که منظور از قانون همان قانون شرع است.^۳ در این تحول، فقه و قواعد شریعت، مبنای قانون یا دست کم، معیار مشروعیت آن هنگام وضع قوانین، مرجع تفسیر و تشریح قوانین هنگام اجرا و نیز منبع تکمیلی در موارد خلأ قانونی است. چنان‌که در بند (۱) سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری (ابلاغی ۶ مهر ۱۳۹۸ رهبری جمهوری اسلامی ایران)، «توجه به موازین شرع به عنوان اصلی‌ترین منشأ قانون‌گذاری در تنظیم و تصویب طرح‌ها و لوایح قانونی» به عنوان یکی از سیاست‌های قانون‌گذاری تعیین گردید. در بند (۲) سیاست‌های یادشده نیز بر کنترل رعایت موازین شرع نسبت به قوانین سابق با عبارت «ارزیابی و پالایش قوانین و مقررات موجود کشور از حیث مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ایجاد سازوکار لازم برای تضمین اصل چهارم قانون اساسی» تأکید شد.

دگرگونی منبع قانون از «یک منبع خاص جاودان و جهان‌شمول دینی یا غیر دینی مانند متون مقدس» به «جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری انسان یا حتی دین»، مبتنی بر حکم و تفسیر عقل، تجلی عنصر جامعه متکثر به عنوان یکی از عوامل عینی مؤلف مدرنیته است. در انگلستان با پذیرش تمام واقعیت تکثر درون قلمرو ملی به شرحی که در توضیح این عنصر عینی مؤلف مدرنیته گذشت، بنا به حکم و تفسیر عقل، به جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری و حتی دین به عنوان منبع قانون مراجعه می‌شود.

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

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

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

بند سوم. در بُعد روش استدلال و استنباط حقوقی

روش‌ها برای این به کار گرفته می‌شوند تا از منابع مورد نظر یعنی احکام، اصول یا رویه‌هایی برای رسیدن به اهداف مورد نظر استخراج کنند. از این رو، در حقوق مدرن که در پی تنظیم روابط شهروندان و تأمین آزادی‌های ایشان در ظرف و زمینه جامعه متکثر بود، روش استدلال حقوقی نیز نمی‌توانست تحول نیابد و با آن هدف و مبنا سازگار نشود. پس روش نیز به طور جدی عقلانی شد^۱ و تعبد جای خود را به عقلانیت مدرن داد که مرادف «استدلالی بودن» است. ناگیری از استخراج احکام، اصول یا رویه‌ها از منابع برای رسیدن به اهداف مورد نظر و تفسیر و استنباط از قانون و متون قانونی را تقریباً همه پذیرفته‌اند. برای این کار، همه یک نوع قاعده ارائه نکرده‌اند. در جامعه ایران، روش استنباط احکام، روش‌های متن‌محور است و داده‌های عقلانی تا آن جا به کار گرفته می‌شوند که به حاکمیت متون آسیب نزنند.^۲ از این رو، عقلانیتی از جنس عقل مدرن نمی‌بینیم.^۳

تحول در روش استنباط حقوقی از «روش متن‌محور یا روش تفسیر و تأویل متون مقدس و روش‌های مستفاد از فلسفه دینی» به «روش استدلالی»، تجلی عنصر عقلانیت به عنوان یکی از عوامل معرفتی مؤلف مدرنیته است. تاریخچه عقل‌گرایی در انگلیس نشان داد که چگونه در دوران مدرن علاوه بر واقعیت‌های زندگی مردم، چگونه ذهن و روان جامعه انگلیس در حوزه‌های فلسفی، علمی و دینی تحولات جدی پیدا کرد. اتوریته فلسفی و تفسیر رسمی از دین و شناخت تجربی نفی و با آن مقابله گردید و عقلانیت مدرن مبنای قواعد حقوقی قرار گرفت. سپس روش استدلالی به عنوان قاعده استخراج احکام، اصول یا رویه‌ها از منابع و استنباط و تفسیر قانون پذیرفته شد.

بند چهارم. از نظر مرجع قانون‌گذاری

چنان‌که در تبیین شکل‌گیری دولت ملی گذشت، در قرون وسطی، در اروپا، کشورهایی از نظر جغرافیایی وجود داشت که از خصوصیات و شرایط کشورهای عصر جدید یعنی نظم داخلی و استقلال خارجی بی‌بهره بودند. به همین دلیل، در داخل کشورهای قرون وسطی، شهرهای محصوره، فئودال‌ها، گروه‌های مذهبی، اشراف و گروه‌های خودمختار دیگری بودند که اگر منافع مادی و معنوی آن‌ها ایجاب می‌کرد، از پادشاه یا شاه‌زاده اطاعت ظاهری می‌کردند و گرنه خود به وضع قوانین می‌پرداختند و اجرای آن را لازم می‌دانستند.

۱. راسخ، پیشین، ص ۶۷.

۲. همان، ص ۶۳.

۳. ملکیان، پیشین، ص ۵۰.

فئودال‌ها معمولاً با دولت مرکزی (به اصطلاح امروز) در ستیز و جنگ بودند. قرارداد سال ۱۶۴۸ وستفاليا، اوضاع و شرایط موجود در واحدهای جغرافیایی اروپا را تغییر داد و پس از جنگ‌های مذهبی سی ساله اروپا در قرن هفدهم، فئودال‌ها یا دیگر گروه‌های خودمختار در داخل کشورهای اروپایی از بین رفتند و فقط یک مرجع قانون‌گذاری و اجرایی در کشورها رواج پیدا کرد. هم‌چنین دیگر دگرگونی‌های پیش‌گفته دوران مدرن موجب تحول در دیدگاه مربوط به مرجع صالح قانون‌گذاری شد.

در دوره مدرن، قانون را (به طور کلی) برای تنظیم روابط شهروندان وضع یا اصلاح می‌کردند. این شهروندان در باورها و آرزوها با هم اتفاق نظر نداشتند، ولی خود را آزاد و برابر می‌دیدند. بر این پایه، پذیرفته نبود که یک فرد یا گروه خاص (بر اساس نظام ارزشی خود)، برای دیگری، قانون وضع یا اصلاح کند. قانون‌گذاری به درستی، مهم‌ترین کارویژه حکومت پنداشته می‌شد که در حقیقت، مرزهای زندگی شهروندان و منابع در دسترس ایشان را معین می‌کرد. افزون بر این، پیچیدگی‌های زندگی جدید، وجود مقرراتی دقیق و منطبق با ضرورت‌های زمان و مکان را ضروری‌تر می‌ساخت.

بنابراین، از یک سو، تنها راه تضمین پرهیز از قانون‌گذاری خودسرانه و تحمیل ارزش‌ها با تشکیل یک مرجع قانون‌گذار از رهگذر انتخاب نمایندگان ملت میسر می‌نمود. پیداست به این وسیله، قانون‌گذاری، امری شورایی و دموکراتیک گردید. از دیگر سو، قوانین و مقرراتی که این مرجع وضع یا اصلاح می‌کرد، نباید در گرایش‌های ارزشی افراد و گروه‌ها دخالت می‌کرد، بلکه باید برای تأمین آزادی و توزیع عادلانه منابع میان شهروندان می‌کوشید. در آخر، قانون‌گذاری، ناگزیر از واقع‌گرایی بود. بدون جدی گرفتن واقعیت‌ها و نیازها و مشکلات اساساً آمیدی به کارآمدی قانون و کام‌یابی در اداره امور عمومی نبود. با این وصف، نقش تکثر، آزادی‌خواهی و علم جدید در نهاد قانون‌گذاری به خوبی آشکار می‌شود. هر یک از این سه، حضور دیگر عناصر را ضروری می‌ساخت و بقای آن‌ها را تضمین می‌کرد.^۱

این نظریه که نمایندگان، مرجع صلاحیت‌دار قانون‌گذاری هستند، تجلی عنصر دولت ملی است که در اصل ۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و فصل‌های پنجم و ششم آن قانون - به ویژه اصل‌های ۵۸، ۵۹ و ۶۲ - پذیرفته شده است. گفتنی است طبق اصل ۲، قانون‌گذار واقعی در این قانون، خداوند است، ولی تصویب مقررات در محدوده قانون او، بر عهده اعضای جامعه یا نمایندگان‌شان قرار داده شده است.^۲ به عبارت دیگر، با وجود مرجع صالح قانون‌گذاری در ایران، به لحاظ محتوایی، دیدگاه مربوط به الزامات مرجع قانون‌گذاری در دوران مدرن به شرحی که بیان شد، در این جا جایگاهی ندارد. این در حالی است که در

۱. راسخ، پیشین، ص ۶۸.

۲. راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، ص ۱۴۳.

جامعه مدرن انگلیس، مرجع صالح قانون‌گذاری از «نمایندگان خداوند بر روی زمین و متولیان دستگاه رسمی دین» به «مجالس ملی قانون‌گذاری» دگرگون شده است و مجالس انگلیس به عنوان مرجع صالح قانون‌گذاری در چارچوب الزامات منطبق بر دوران مدرن به وضع و اصلاح قانون می‌پردازند.

نتیجه گیری

چون انگلیس، واجد همه عناصر مؤلف مدرنیته اعم از عناصر عینی و ارزشی است، نظام حقوقی مدرن دارد. چنین نظامی برای تأمین و تضمین وجود کل مجموعه اقدام می کند و اصول دادرسی عادلانه برای تضمین حقوق ماهوی انسان، یکی از این تدبیرها به شمار می رود. به این ترتیب، نظام حقوقی انگلستان به دلیل وجود عناصر حیات مدرن (مدرنیته)، در قلمرو اصول و تضمینات حق های رویه ای کارمند متهم، از ایران توسعه یافته تر است و اعمال این حق ها، مستند به اسناد حقوق بشر رویه ای صورت می گیرد.

در مقابل، وضعیت کشور ایران از نظر دارا بودن عناصر مدرنیته متفاوت است. ایران واجد عنصر عینی دولت ملی با خصوصیت و شرط نظم داخلی و استقلال در اعمال سیاست خارجی است که در مرجع صالح قانون گذاری تجلی می یابد. با این حال، کارآمدی قانون و کام یابی آن در اداره امور عمومی به پای بندی به الزامات قانون گذاری در دوران مدرن وابسته است که این پذیرش و پای بندی ملاحظه نمی شود. در مورد دیگر عنصر عینی مدرنیته یعنی تکثر نیز باید گفت با این که جامعه ایران بسیار متکثر است، ولی تمام واقعیت تکثر فرقه ها، نژادها، گروه ها، سبک ها، ایدئولوژی ها و آرای درون قلمرو ملی به صورت برابر پذیرفته نشده است. به علاوه عقل خودبنیاد و حق به مفهوم مدرن در نظام حقوقی ایران جایگاه متفاوتی دارند. بنابراین، در کشور ایران، به دلیل نداشتن حداکثری عناصر حیات مدرن، همه اجزای مؤلف حقوق مدرن در میان آن عناصر وجود ندارد. در نتیجه، در نظام حقوقی آن، اصول و تضمینات رویه ای کامل و توسعه یافته نیستند. البته می دانیم که مدرنیته، پدیده ای مدرج و مشکک است و همه جوامع مدرن به طور یکسان دارای عناصر مؤلف مدرنیته نیستند. پس در جوامعی که در مسیر مدرنیته قرار دارند، امکان بهره برداری نظری و عملی از تجربه های جوامع مدرن وجود دارد. در این میان، چون حقوق عمومی در هر کشوری، طنین صدای تحولات تاریخی آن کشور است، به تناسب پیشرفت در راه واجد شدن عناصر مدرنیته، باید آن تجربه ها را بومی سازی کرد تا به حل و رفع مشکلات در این عرصه کمک کند.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی الف) کتاب

۱. آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا فتح‌علی آخوندزاده، تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹.
۲. دامغانی، محمدتقی، اولین قوانین ایران قبل از مشروطیت، تهران: بهزاد، ۱۳۵۷.
۳. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴.
۴. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۳.
۵. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۱)، تهران: نی، ۱۳۸۱.
۶. سروش، عبدالکریم و همکاران، سنت و سکولاریسم (مجموعه گفتارها)، تهران: صراط، ۱۳۸۴.
۷. سروش، عبدالکریم، دین و دنیای جدید (۲): سنت و سکولاریسم، تهران: صراط، ۱۳۸۱.
۸. صالح، علی‌پاشا، سرگذشت قانون: مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۱۰. طالبوف، عبدالرحیم، مسائل الحیات، تهران: شبگیر، ۱۳۵۶.
۱۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
۱۳. متین‌دفتری، احمد، سیر روابط و حقوق بین‌الملل تا عصر حاضر، تهران: مروارید، ۱۳۴۴.
۱۴. نصر، سید حسین، اسلام سنتی در دنیای متجدد، ترجمه: محمد صالحی، تهران: سپهروردی، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. راسخ، محمد، «نظریه حق». باروری و ناباروری، ۱۳۸۸، دوره دهم، شماره ۴، صص ۳۱۶-۲۹۹.
۲. ملکیان، مصطفی، «مدرنیته و ایران»، آیین، ۱۳۸۵، شماره ۴، صص ۴۸-۵۳.

2-Latin Source

A)Book

- 1-Glassman, R. M., The origins of democracy in tribes, city-states and nation-states, Springer, 2017
- 2-Hurst, J. F., History of Rationalism: Embracing a Survey of the Present State of Protestant Theology, Carlton & Porter, 1867
- 3-Puchala, D. J., International politics today. Dodd, Mead, 1971.

B)Website

- 1-www.loc.gov/r/frd/cs/profiles/Iran-new.pdf.
- 2-www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/culturalidentity/religion/articles/religioninenglandandwales2011/2012-12-11
- 3-www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf.

طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون گذاری ایران

زهره حق پناهان*

سید احمد حبیب نژاد**

زهره عامری***

چکیده

ابتکار تقنینی یا ابتکار قانون، به عنوان ابزاری تقنینی در بطن و در بدو فرآیند جامع تر و کلی تر قانون گذاری، از حائز اهمیت ترین موضوعات مطروحه در حوزه مطالعاتی حقوق قانون گذاری و تقنین است که متأسفانه نظام حقوقی کشور بر خلاف محصول نهایی آن یعنی قانون، بطور متمرکز، مستمر و پویا بدان توجه خاصی مبذول نداشته است. از این رو برای تبیین اهمیت موضوع مذکور و ضرورت توجه بیشتر به آن و بر اساس شرایط موجود، پژوهش حاضر درصدد است تا با شناسایی مبانی و مولفه های موثر، به طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون گذاری ایران بپردازد. در این مسیر به منظور پردازش مسئله، از راهبرد پژوهش کیفی و از نوع تحلیل مضمون بهره گرفته و از صاحبیه نیمه استاندارد با خبرگان حوزه قانون گذاری که با استفاده از روش نمونه گیری نظری انتخاب شده بودند در گردآوری داده های پژوهش استفاده گردید. با کاربست روش تحلیل مضمون از نوع شبکه مضامین، داده ها مورد تحلیل قرار گرفته و در نهایت مدل مفهومی اندازه گیری شبکه ای بر ساخته شد. یافته های پژوهش کیفی نشان داد که طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی شامل چهار مضمون فراگیر؛ «آشنایی با مفاهیم، مبانی، اصول و قواعد ابتکار تقنینی»؛ «دانش، تخصص و استانداردهای علمی در ابتکار تقنینی»؛ «جلب مشارکت و بهره مندی از مکانیزم های سازنده جامعه مدنی»؛ و «راهبرد تقنینی مشخص» می باشد. علاوه بر آن، جهت «اعتبارسنجی» مضامین و مدل بر ساخته شده، از دو روش ارزیابی اعتبار به شیوه ارتباطی و نیز روش ممیزی و به منظور «پایایی-سنجی» از دو روش قابلیت تکرار پذیری و نیز قابلیت انتقال یا تعمیم پذیری استفاده شده است.

کلیدواژه ها: ابتکار تقنینی، سیاست گذاری عمومی، نگارش پیش نویس قانون، حقوق قانون گذاری.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.
z.haghpanahan@gmail.com

** .دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
drhabibnejad@ut.ac.ir

***. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بجنورد، بجنورد، ایران.

مقدمه

ذیل مطالعات حقوق قانون‌گذاری یکی از حائز اهمیت‌ترین موضوعات، تقنین و ابتکار تقنینی است. تقنین دستاورد و پدیده انسانی است که به منظور اجرایی شدن بخشی از سیاست‌گذاری‌های عمومی در عرصه جامعه بکار می‌رود و مقدمه تقنین، ابتکار تقنینی^۱ یا پیشنهاد قانون است. ابتکار تقنینی که آغازگر فرآیند قانون‌گذاری است، در قالب طرح یا لایحه، خود محصول و ناشی از فرآیندی است که طی آن، یک سیاست یا یک خط مشی یا یک راهکار اتخاذ شده برای حل و تدبیر موضوعی از موضوعات حوزه‌های گوناگون اجتماعی، به متنی حقوقی و با کیفیت و قالب متون قانونی تبدیل شده و به منظور وضع قانون، به پارلمان ارائه و پیشنهاد می‌شود.

همچنین ابتکار تقنینی، ناشی و مبتنی بر حقی است که به موجب اصولی از قانون اساسی، نسبت به برخی از نهادها برقرار و اعطا شده است. قاضی شریعت‌پناهی ابتکار تقنینی یا ابتکار قانون را حقی می‌داند که به منظور وضع و یا اصلاح قانون، ناظر بر خلق و تهیه و نگارش پیش‌نویس متن قانون است.^۲

نکته قابل ملاحظه در نظام حقوقی ایران این است که کاربست واژه «ابتکار تقنینی»، صرفاً معادل لاتین عبارت «Legislative Initiative» در معنای مذکور نبوده و به متن پیشنهادات قانون اعم از طرح‌ها و لوایح نیز اطلاق می‌شود. همچنین علاوه بر تعاریف مذکور، انطباق کامل متن مکتوب نهایی ابتکار تقنینی و محتوای آن با متن و محتوای قانون موضوعه، پس از مواجهه با سازکارهای تقنینی، به اندازه‌ای است که حتی می‌توان ادعا نمود که ابتکار تقنینی، در ژرفای معنای خود، همان قانون و یا با ملاحظه بیشتر، نوعاً همان قانون است. با بررسی موضوع و مذاقه در معانی و مفاهیم ابتکار تقنینی، ضرورت انجام مطالعات گسترده و عمیق آن به ویژه در ذیل مطالعات حقوق قانون‌گذاری، بیش از پیش آشکار می‌گردد، زیرا ظرفیت ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانون و نیز فرآیند تهیه و نگارش آن، ظرفیتی میان حوزه سیاست‌گذاری و حوزه تقنین است و از آنجایی که ترکیبی از دو حوزه مذکور است، پدیده‌ای با ماهیت دوگانه بشمار می‌آید. ابزاری است که از طریق آن بخش‌هایی از سیاست‌گذاری‌های عمومی، در قالب متن و ادبیات حقوقی قانون، در جامعه جاری و لازم‌الاجرا می‌شود.

در واقع از رهگذر پدیده انسانی نامبرده است که دستورالعمل‌ها و راهکارهای سیاست‌گذاران عمومی، به احکام و قواعد قانونی تبدیل می‌شود و از آنجایی که در عمل، هدف از سیاست‌گذاری و نیز وضع قانون، به ویژه اجرا و کارآمدی آن است، بنابراین شناخت

1-Legislative Initiative.

۲. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: نشر میزان، چاپ ۵۱، ۱۳۹۴، ص ۲۱۶.

گستره و افق‌های ابتکار تقنینی و فرآیند چگونگی تهیه و نگارش آن، در پرتو مفاهیم اثربخشی، کیفیت و کارآمدی قانون، بسیار حائز اهمیت است. زیرا هرگونه تلاشی به منظور کارآمدی، اثربخشی، اجرایی‌شدن و مطلوب و مؤثر بودن قانون، در مرحله نخست، ناشی از رعایت نکات و قواعد متعدد و پیچیده‌ای است که برخی از آنان، دقیقاً و ضرورتاً در هنگام تهیه و نگارش ابتکار تقنینی، باید مورد توجه قرار گرفته و اعمال شوند.

علاوه بر موارد مذکور، وجود دست‌کم بیش از یازده هزار عنوان قانون در مجموعه قوانین موضوعه و نیز متن تمامی طرح‌ها و لوایح پیشنهادی، چه آن‌ها که در نوبت اعلام وصول یا رسیدگی در مجلس قانون‌گذار هستند و چه آن‌ها که در مواجهه با سازکارهای تقنینی، در کمیسیون‌های اصلی و فرعی، تخصصی و ویژه و یا در صحن مطرح هستند، موجب می‌شود ضرورت انجام مطالعات حوزه ابتکار تقنینی به منظور ارائه معیارهای الگو یا شیوه‌ای مقتضی، یکسان و کارآمد، در فرآیند تهیه پیشنهاد قانون، بیشتر مشخص و آشکار شود.

این در حالی است که علی‌رغم چنین ضرورت آشکاری، تاکنون حتی بر روی موضوع ابتکار تقنینی و چگونگی تهیه و نگارش پیش‌نویس متن قانون، به عنوان یک گرایش و رهیافتی مستقل و ذیل عنوانی از عناوین حقوق یا قانون، مطالعات و تحقیقات دانشگاهی منسجم، مستمر و پویایی انجام نشده و صرفاً تعداد اندکی از اساتید دانشگاهی، محققین و یا نگارندگان ابتکارات قانون از برخی معدود زوایای مهم، بدان پرداخته و یا نقطه نظرات خود، از تجربیات عملیشان را بصورت پراکنده و محدود، به رشته تحریر درآورده‌اند.

همچنین بر اساس پژوهش‌های انجام شده و نیز بررسی و ارزیابی چگونگی اجرا و کیفیت متن طرح‌ها، لوایح و قوانین موضوعه، به ویژه از طریق رهیافتی مبتنی بر مطالعات حوزه ابتکار تقنینی، این مسئله نمایان می‌شود که متن قوانین در ایران، با چالش‌های متعددی مانند مبهم بودن، عدم دسترسی، پیچیدگی، عدم انسجام، ناسازگاری و از این قبیل روبرو است. چالش‌هایی که مستقیماً در اثربخشی، کارآمدی و کیفیت مطلوب قانون، مؤثر بوده و به آسیب‌های متعدد حوزه مذکور مانند پراکندگی، تورم، عدم اجرای قوانین دامن می‌زند. مواردی که بی‌تردید در حدود حوزه مطالعاتی حقوق قانون‌گذاری و ابتکار تقنینی، حائز اهمیت، قابل توجه و واکاوی است. از این رو ضرورت تدوین و ارائه معیارهای الگوی مطلوب ابتکار و ابتکارات تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران و نیز پژوهش بیشتر و عمیق‌تر در آن، به منظور رفع آسیب‌ها و بهبود وضعیت قانون و قانون‌گذاری، ضروری و ارزشمند تلقی می‌شود. مروری بر تحقیقات و مطالعات انجام شده مرتبط با موضوع پژوهش حاضر نشان می‌دهد که معدود پژوهش‌گران در این زمینه و بطور پراکنده از جنبه‌های مختلفی به مطالعات حوزه ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانون پرداخته‌اند.

گفتار اول: پیشینه پژوهش

برای نخستین بار بطور موشکافانه و دقیق، جی‌ئی‌تورنتون^۱ (۱۹۹۶) در کتابی با عنوان «نگارش پیش‌نویس قانون»^۲ فرآیند تدوین پیش‌نویس متن قانون را به پنج مرحله تقسیم می‌کند. این پنج مرحله عبارتند از: ۱- فهم دستورالعمل سیاست‌گذاران؛ ۲- تجزیه و تحلیل دستورالعمل سیاست‌گذاران؛ ۳- طراحی قالب قانون؛ ۴- نگارش، بسط و پرورش پیش‌نویس متن قانون؛ ۵- ارزیابی، بازبینی و تأیید پیش‌نویس متن قانون^۳ که در عمل و برای اجرای صحیح هر یک از مراحل نامبرده باید قواعد و مقررات تعیین شده مربوط به آن، رعایت و اعمال شود. زنتاکی (۲۰۱۴) نظریه‌پرداز تئوری «اثربخشی، مترادف کیفیت قانون»^۴، در کتابی با عنوان: «نگارش پیش‌نویس قانون: هنر و فن‌آوری قواعد مقررہ گذاری» در پی یافتن معیاری برای تعیین کیفیت قانون‌گذاری است و با طرح یک نظریه برای نگارش پیش‌نویس قانون، که آن را نه هنر می‌داند و نه علم، نگارش قانون را از نوع «خرد عملی»^۵ دانسته که در درون خود، هم از علم و هم از هنر و عناصر سازنده آن‌ها بهره می‌برد.^۶

حبیب‌نژاد و تقی‌زاده (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان: «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته» به این نتایج می‌رسند که نیازسنجی تقنینی مبنای توجیهی متعددی دارد اما نظام قانون‌گذاری کشور در خصوص نیازسنجی تقنینی از ادبیاتی ضعیف و تجربه‌ای نحیف برخوردار بوده و این موضوع، در رویه‌های قانون‌گذاری نیز امری مغفول محسوب می‌شود. لذا نگارندگان پیشنهاد می‌دهند که به منظور وضع قوانینی شایسته، کارآمد و پاسخگوی نیازهای جامعه، چاره‌ای جز تقویت بعد نیازسنجی در قانون‌گذاری و بها دادن به آن در عمل نیست.^۷ مرکز مالیری (۱۳۹۹) در گزارش «اختلال در ابتکار قانون‌گذاری در ایران؛ آموزه‌هایی برای مجلس یازدهم» تلاش می‌کند تا کارکرد قانون‌گذاری مجلس را ترجیحا و مؤکدا در قالب رسیدگی به لوایح دولتی و نه ارائه طرح، تبیین نماید.^۸ اقبال‌علی میرزایی در چند

1-G.C. Thornton.

2-Thornton G.C, legislative Drafting, London: Butterworth, 1996.

3-Xanthaki, H, "Legislative Drafting: The UK Experience", 2016.pp1-2. In: https://www.researchgate.net/publication/311586693_The_UK_legislative_Drafting_Experience

4-The Theory of Effectiveness as Synonymous to Legislative Quality". In"

https://www.researchgate.net/profile/Helen_Xanthaki/08/19/2020

5-Phronesis/ Practical Wisdom .

6-Xanthaki, H, Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation, Bloomsbury Publishing, 2014.p11

۷. حبیب‌نژاد، سیداحمد و احمد تقی‌زاده، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هشتم، ۱۳۹۸، شماره ۲۶، صص ۴۶-۲۵.

۸. مرکز مالیری، احمد، «اختلال در ابتکار قانون‌گذاری در ایران؛ آموزه‌هایی برای مجلس یازدهم»، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۷۱۳۹، تیر ۱۳۹۹.

عنوان مقاله مرتبط با آسیب‌های حوزه قانون‌گذاری موضوعات «ارجاع قانون به قانون دیگر» (۱۳۹۳)، «مفهوم و صورت‌های نسخ قانون» (۱۳۹۴)، «تصویب مجدد قانون و پیامدهای آن» (۱۳۹۳) را بررسی کرده و معتقد است موضوع ارجاع یا احاله قانون به قانونی دیگر، یکی از شیوه‌های قانون‌گذاری است که در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا رایج است.^۱

حبیب‌نژاد و عامری (۱۳۹۹) در مقاله‌ای با عنوان «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی» ضمن تبیین سه مدل از تهیه و نگارش قانون تحت عناوین قانون‌نویسی تمرکزگرا، اجماعی و کثرت‌گرا، به‌منظور بهبود کیفیت پیشنهادات قانون و با تأکید بر مدل اجماعی، تأسیس مرجع واحدی را برای نگارش پیش‌نویس قانون، توصیه و پیشنهاد می‌کنند.^۲ وکیلان و مالمیری (۱۳۹۵) در مقاله‌ای با عنوان: «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون» ضمن معرفی دانش فلسفه قانون‌گذاری، بر آن هستند تا با اشاره به برخی آسیب‌های حوزه قانون‌گذاری، از جمله تورم حجم قوانین، وضع قوانین ناقص اعم از شکلی و محتوایی، اصلاح زود هنگام و مکرر قوانین که موجب بروز ناکارآمدی و ناسازگاری‌هایی در نظام حقوقی می‌شوند، از رهیافت «نظریه عقلانی قانون‌گذاری»، بر ضرورت توسل به سازکارهای ارزیابی، پیش از تصویب قانون تأکید نموده و با بیان نمونه‌هایی از قوانین ناکارآمد داخلی، زمینه را برای پرداختن به مشکلات نظام تقنینی ایران و رفع آنها فراهم کنند.^۳

مالمیری (۱۴۰۰) در مقاله «ملاحظات در انجام فرآیند ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون در ایران» با تأکید بر رسمیت‌دادن به ابتکار قانون‌گذاری از طریق لایحه و پایبندی به الزامات آن توسط نمایندگان مجلس، به تبیین ضرورت فرآیند ارزیابی پیشینی قانون پرداخته و پیاده‌سازی آن را مستلزم اراده، همکاری و تعامل ارکان عمومی و خصوصی می‌داند.^۴

همچنین کمالی، شیخ‌زاده‌جوشقانی و احمدی‌نژاد (۱۳۹۹) با هدف کمک به سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران در مرحله اجرای سیاست‌ها و کاهش مشکلات، در مقاله‌ای با عنوان «اجرای سیاست‌های عمومی؛ ارائه معیارهایی برای اجرای موفق سیاست‌ها» به شناسایی و برشماری

۱. میرزایی، اقبال‌علی، «ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن»، فصلنامه دیدگاه‌های قضایی، ۱۳۹۳، شماره ۶۵، ۱۵۶-۱۲۳.

۲. حبیب‌نژاد، سیداحمد، عامری، زهرا، «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس-نگاری تقنینی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره یکصد و دوم، صص ۲۶۵-۲۴۱.

۳. وکیلان، حسن و احمد مرکز مالمیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، ۱۳۹۵، شماره ۵۱، صص ۵۴-۲۹.

۴. مرکز مالمیر، احمد، «ملاحظات در انجام فرآیند ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون در ایران»، فصلنامه حقوق اداری، سال هشتم، ۱۴۰۰، شماره ۲۶، صص ۲۱۷-۱۹۵.

معیارهای اجرای موفق سیاست‌های عمومی پرداخته و آنها را در پنج مضمون؛ «معیارهای مربوط به سیاست تدوین‌شده»، «مجریان سیاست‌ها»، «ساختارها و سازمان‌های اجرایی»، «شرایط و محیط اجرا» و «منابع و ابزارهای اجرای سیاست‌ها» شناسایی و دسته‌بندی کرده‌اند.^۱

علاوه بر مقالات مذکور، در حالی که نویسندگان دو کتاب با عنوان «قانون‌نویسی گام به گام»^۲ اثر آرتور جی رینرسون (۱۳۹۹) و «اصول و فنون قانون‌گذاری؛ تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین»^۳ اثر باقر انصاری (۱۳۹۹)، هریک صرفاً به تبیین اصول و فنون نگارش پیش‌نویس قانون پرداخته‌اند، قلی‌پور و غلام‌پورآهنگر (۱۳۸۹) در کتاب «فرآیند سیاست‌گذاری عمومی در ایران»^۴، ضمن بررسی نظری مبانی و اصول و مدل‌های سیاست‌گذاری عمومی و فرآیند آن، فرآیند تدوین قانون در ایران را مورد بررسی قرار می‌دهند. همچنین لیلا زرشکن عابد (۱۳۸۷) در کتاب «ارزیابی تأثیرات قانون؛ ابزاری برای قانون‌گذاری بهتر» به تعاریف و مبانی اصول سیاست‌گذاری نوین و ارزیابی تأثیرات قانون پرداخته و موضوع را بخوبی توصیف و تبیین می‌نماید.^۵

در حوزه مطالعاتی حقوق قانون‌گذاری، با بررسی محتوای پژوهش‌های مربوط به حوزه ابتکار تقنینی و قانون‌گذاری و با عنایت به مرور پیشینه تحقیق، این مقاله از دو جنبه، قابل ملاحظه و ارزشمند است؛ اولاً، بررسی پیشینه‌های پژوهش نشان می‌دهد علی‌رغم اینکه بحث تقنین، نیازسنجی آن، ارتقای کیفیت قانون و علل نافرجامی تدوین و تنقیح قوانین، تورم و پراکندگی قانون در ایران و نیز موضوعات مربوط به حوزه سیاست‌گذاری عمومی در حدود قانون‌گذاری، در قالب مقالات، کتب و تحقیقات معدودی مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است اما موضوع بررسی کل‌نگر، همه‌جانبه، عملی و آکادمیک ابتکار تقنینی و طراحی الگوی مطلوب آن در حقوق قانون‌گذاری ایران، موضوعی است که «مغفول» واقع شده‌است.

۱. کمالی، یحیی و صدیقه شیخ‌زاده‌جوشانی و فاطمه احمدی‌نژاد، «اجرای سیاست‌های عمومی؛ ارائه معیارهایی برای اجرای موفق سیاست‌ها»، فصلنامه علمی پژوهشی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۶، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۲۷۵-۲۵۳.

۲. رینرسون، آرتور جی، **قانون‌نویسی گام به گام**، ترجمه آزاده عبدالله‌زاده شهر بابکی، تهران: سمت، ۱۳۹۹.

۳. انصاری، باقر، **اصول و فنون قانون‌گذاری؛ تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین**. چاپ اول، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۹.

۴. قلی‌پور، رحمت‌اله و ابراهیم غلام‌پورآهنگر، **فرآیند سیاست‌گذاری عمومی در ایران**، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۹.

۵. زرشکن‌عابد، لیلا، **تأثیرات قانون؛ ابزاری برای قانون‌گذاری بهتر**، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌های مجلس، چاپ اول، ۱۳۸۷.

ثانیا، استخراج و پیشنهاد معیارها به منظور ارائه الگوی مطلوب ابتکارات تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران، بدین سبب حائز اهمیت است که مبتنی بر وضعیت موجود و با ارائه و ایجاد ادراک چندبعدی، یاری مناسبی به منظور شناسایی گلوگاه‌ها و تعیین سیاست‌ها و راهبردهای تقنینی، مبتنی بر حوزه مطالعاتی ابتکار تقنینی را فراهم آورده است.

گفتار دوم: بررسی مفهوم ابتکار تقنینی^۱

ابتکار تقنینی نخست به فعل «پیشنهاد دادن قانون» اطلاق می‌شود. علاوه بر آن، ابتکار تقنینی یا ابتکار قانون، یک ترکیب وصفی به معنای نوآوری در قانون‌گذاری یا نوآوری قانون‌گذاری یا پیشنهاد قانون است و در هر صورت چه در معنای پیشنهاد دادن قانون و چه در مفهوم پیشنهاد قانون، از طریق ابتکار تقنینی است که فرآیند قانون‌گذاری به منظور وضع یک قانون جدید آغاز می‌شود. همچنین حق ابتکار تقنینی یا ابتکار قانون، ناظر بر آن حقی است که به موجب قانون اساسی برای آغاز فرآیند قانون‌گذاری، از طریق پیشنهاد قانون، به مراجع ذیصلاح اعطا شده و نسبت به آنان مقرر شده است.^۲ درک معنای مناسب از ابتکار تقنینی، به متن آن ربط دارد.

در واقع از این منظر که برای کشف معنای برخی واژگان مانند واژه «حقوق» لازم است به زمینه متن^۳ رجوع کرد، واژه «ابتکار تقنینی» نیز چنین است. بنابراین در معنایی که «ابتکار تقنینی همان متن پیشنهاد قانونی‌ای است که در مجالس قانون‌گذاری اعلام وصول می‌شود»، دارای انواع مختلفی است که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

1-Legislative Initiative or Law Initiative.

2-Definition of the initiative of the law, the legislative initiative: "Etymology of initiative: derived from the verb initiate, from the Latin initiate, initiate (to the mysteries), initiate to, instruct, begin. The initiation of a law or legislative initiative is the right granted by the Constitution to initiate the legislative procedure by proposing a law." In: http://www.toupie.org/Dictionnaire/Initiative_loi.htm.11/12/2020

And: "Legislative initiative is to be understood hereafter as the right to submit to the legislative power draft laws with a view of their adoption by the Parliament." In: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). REPORT ON LEGISLATIVE INITIATIVE. Adopted by the Venice Commission at its 77th Plenary Session (Venice, 12-13 December 2008 9)

In: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2008\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2008)035-e)

3-Context .

بند اول: انواع ابتکار تقنینی

بطور کلی ابتکار تقنینی در کشورهای گوناگون، در قالب و تحت عناوین طرح و یا لایحه به مجالس قانون گذاری ارائه و تقدیم می شود. در حقوق پارلمانی کلاسیک یا سنتی، چنانچه ابتکار تقنینی از سوی اعضای پارلمان تهیه و پیشنهاد شود، به آن طرح، و اگر توسط قوه مجریه (هیئت وزیران، کابینه) تهیه و به مجلس قانون گذاری تقدیم شود به آن لایحه می گویند. در هر صورت منشأ برخورداری از حق ارائه ابتکار تقنینی، ذیل عناوین طرح یا لایحه، مبتنی بر اصولی از قانون اساسی کشورها است.

الف. طرح

طرح ها اصولاً ابتکارات تقنینی ای هستند که از سوی اعضای پارلمان به مجلس قانون گذار پیشنهاد می شوند. سیستم های حقوقی قانون گذاری در کشورهای مختلف، برای این امر تجویزهای گوناگونی داشته و متفاوت هستند.

برای نمونه در ایالات متحده آمریکا و انگلیس که از زمره نظام حقوقی کامن لا یا حقوق نانوشته هستند این امکان وجود دارد که طرح ها حتی بصورت فردی هم، تهیه و پیشنهاد شوند. این در حالی است که درست نقطه مقابل این گروه در تعدادی دیگر از سیستم های حقوقی قانون گذاری مانند ایران،^۱ رومانی، لهستان و بلغارستان ایده ابتکار تقنینی فردی، پذیرفته نشده و برای اعلام وصول یک طرح توسط مجلس قانون گذار، امضای تعداد معینی از اعضای پارلمان ضروری است.^۲

همچنین با وجود اینکه مشاهده می شود در سیستم حقوقی معدودی از کشورها مانند اتریش، ایسلند و سوئد، حق ابتکار تقنینی به کمیسیون های پارلمان اعطا شده است، در سیستم حقوقی کشورهایی دیگر از قبیل دانمارک، ایرلند، هلند، فرانسه و انگلستان کمیسیون ها حق ندارند حتی بخشی از متن یک ابتکار تقنینی را حذف و یا اضافه نمایند و در نقطه مقابل، در سیستم حقوقی ایتالیا کمیسیون ها می توانند با رویه هایی نامتعارف و نامتمرکز، حتی بطور مستقیم قانون گذاری نمایند. در تکلمه بحث فوق می توان بیان داشت که در سیستم های دو مجلسی، به ویژه در کشورهایی که دو مجلس از امتیازات کم و بیش یکسانی برخوردار هستند مانند بلژیک، ایتالیا، سوئد، سوئیس، لائوس و ژاپن حق ابتکار تقنینی متعلق به هر دو مجلس است. این در حالی است که در برخی دیگر از سیستم های دو مجلسی مانند هلند، مجلس

۱. در سیستم حقوقی قانون گذاری ایران، حق پیشنهاد طرح به موجب اصول ۷۴ و ۱۰۲ قانون اساسی تجویز و هنجار گذاری شده است.

۲. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، همان، ص ۲۱۶-۲۱۷.

عالی از داشتن چنین حقی در پیشنهاد قانون محروم است. در ارائه ابتکار تقنینی مربوط به امور مالی و بودجه نیز قاعده‌ای برگرفته از حقوق بریتانیا برقرار است که بر اساس آن قاعده فقط مجلس اول دارای حق ابتکار تقنینی است و مجلس دوم (سنا)، یا اساساً حق مداخله در این مورد را ندارد و یا صرفاً می‌تواند اصلاحاتی را پیشنهاد نماید.^۱

ب. لایحه

در سیستم‌های حقوقی قانون‌گذاری حق ابتکار قانون انحصاری نبوده و علاوه بر پارلمان، قوه مجریه نیز واجد حق ابتکار تقنینی است. در این صورت به ابتکارات تقنینی ارائه شده از سوی قوه مجریه (هیئت دولت، کابینه) لایحه گفته می‌شود. در اغلب کشورها حق ابتکار تقنینی به قوه مجریه نیز اعطا شده است. در بیشتر کشورهای اروپایی بیش از ۹۰ درصد ابتکارات تقنینی‌ای که تصویب شده‌اند، از نوع لوایح بوده‌اند.^۲ در سیستم حقوقی قانون‌گذاری ایران، حق پیشنهاد لایحه به موجب اصول ۷۴ و ۱۵۸ قانون اساسی تجویز و هنجارگذاری شده است.

بند دوم: ابتکار تقنینی؛ پیشنهاد قانونی رسمی

پیشنهاد قانون، پیشنهادی است که می‌تواند از سوی بسیاری از نهادها اعم از خصوصی یا عمومی، دولتی یا غیردولتی، پژوهشکده‌ها، احزاب و انجمن‌های علمی و دیگر مراجع و یا جمعی از شهروندان، تهیه و به مجلس قانون‌گذار ارائه شود ولیکن نهاد قانون‌گذار، در مواجهه با اینگونه پیشنهادات، بر اساس اصول قانون اساسی و احکام قانون موضوعه، تکلیفی در اعلام وصول و بررسی آن ندارد. این در حالی است که در مورد ابتکار تقنینی یا همان طرح‌ها و لوایحی که به موجب اصول ۷۴، ۱۰۲ و ۱۵۸ قانون اساسی به مجلس ارائه و تقدیم می‌شود، نهاد قانون‌گذار ملزم به اعلام وصول و بررسی آن است.

در واقع «الزام به اعلام وصول» و نیز «الزام به بررسی» یک پیشنهاد قانونی از سوی نهاد قانون‌گذار، مختص ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانون‌گذاری‌ای است که بطور «رسمی» و از سوی مرجع صلاحیت‌دار تهیه و به مجلس ارائه و تقدیم می‌شود.^۳ ضرورت رعایت دو الزام مذکور در خصوص طرح‌ها و لوایح از سوی مجلس قانون‌گذار،

۱. همان.

۲. مویل، کوئین جی، «ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان»، تالیف و ترجمه حسن وکیلان، گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی،

چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۸۱.

۳. انصاری، باقر، همان، ص ۲۵.

هویداکننده ویژگی اصلی و ماهیت «رسمی» ابتکار تقنینی بوده و متباین کننده پیشنهاد قانونی رسمی از سایر پیشنهادات غیررسمی است.

گفتار سوم: گستره حوزه مطالعاتی ابتکار تقنینی و افق‌های آن

در تبیین ابتکار تقنینی، از این بحث که نهاد قانون‌گذار ملزم و مکلف به وصول و سپس بررسی ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانونی رسمی است، در مفهومی فراتر از عمل پیشنهاد دادن قانون، می‌توان چنین استنباط نمود؛ تا مادامی که پیشنهاد قانون تحت عنوان طرح یا لایحه، توسط نمایندگان و در مواجهه با سازکارهای تقنینی، در حال بررسی است در معنایی موسع، همچنان ابتکار تقنینی بشمار می‌آید. علاوه بر آن، در فرآیند بررسی طرح‌ها و لوایح هرگونه متنی که رسماً طی سازکار تقنینی، از سوی نمایندگان به موجب اجازه قانون پیشنهاد می‌شود و نسبت به آن نیز باید تعیین تکلیف گردد، در همان معنای موسع، نوعاً و جزئاً ابتکار تقنینی بشمار می‌آید.^۱ زیرا اگرچه افزودن یک یا چند ماده به یک طرح یا لایحه قانونی توسط کمیسیون، به معنای ارائه پیشنهاد مستقل قانون‌گذاری نیست ولیکن همچنان یک «پیشنهاد» محسوب می‌شود که نسبت به پیشنهاد قانون‌گذاری انجام شده اصلی، در واقع تبعی است^۲ اما نسبت به آن نیز باید تعیین تکلیف گردد. با این تعریف، برای حوزه مطالعاتی ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانون می‌توان گستره‌ای از آغاز فرآیند سیاست‌گذاری یا تعیین محتوا، نگارش پیش‌نویس قانون، ارائه پیشنهادات تا نهایی شدن و تصویب آن، متصور بود.

تعریف مذکور از گستره ابتکار تقنینی، از سویی دیگر در بطن خود، بر وجود دو افق یا دو لایه و ایستة درهم تنیده نیز دلالت دارد؛ یک «افق محتوا» و یک «افق نگارش». در واقع مطالعات حوزه ابتکار تقنینی، از یک طرف ناظر بر مطالعات حوزه تعیین محتوا، در افق محتوا است و از طرفی دیگر ناظر بر چگونگی پیش‌نویس قانون، در افق نگارش است. تا حدی که بیان شد، توصیف مذکور از ابتکار تقنینی که هم به لحاظ گستره حوزه مطالعاتی و هم به لحاظ لایه‌های در هم تنیده آن، ادراکی چندبعدی ارائه می‌دهد، این ظرفیت را ایجاد می‌کند که از یک سو با شناخت افق یا لایه‌های درهم تنیده آن، و از سویی دیگر با درک وضعیت و شرایط بررسی پیشنهاد قانون در مواجهه با سازکارهای تقنینی، بتوان امکان شناخت هر چه بیشتر گلوگاه‌های حائز اهمیت در حوزه ابتکار تقنینی و نیز زمینه ارائه

۱. ر.ک: به مواد ۱۴۲، تبصره ماده ۱۴۴، ۱۴۸، ۱۴۹ قانون آئین نامه داخلی مجلس.

۲. ر.ک: آقایی طوق، مسلم، صلاحیت ابتکار قانون در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، زیر نظر باقر انصاری، معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی، ۱۳۹۱، ص ۱۰.

معیارهای الگوی مطلوب آن را فراهم آورد.

بند اول: گستره ابتکار تقنینی و تصویب و وضع قانون در ایران

هنگام بررسی متون ابتکار قانون در مواجهه با سازکارهای تقنینی در سیستم حقوق قانون‌گذاری ایران، نکته قابل ملاحظه، تفکیک مرحله ارائه و اعلام وصول ابتکار تقنینی از مراحل تصویب و نیز وضع قانون است.

مرحله تصویب قانون، مرحله‌ای است که قانون‌گذاران در مجلس، متن لایحه یا طرحی را مصوب می‌کنند، سپس متن مصوب، برای تأیید به شورای نگهبان ارسال می‌شود. در این مرحله چنانچه شورای نگهبان مصوبه را تأیید نماید در حقیقت قانون جدید وضع می‌گردد. از سویی دیگر چنانچه شورای نگهبان مصوبه را تأیید ننماید، به منظور اصلاح ایرادات مورد نظر، مصوبه به مجلس بازگردانده می‌شود تا نظر شورای نگهبان در موارد مغایر موازین اسلام و قانون اساسی، تأمین گردد.

در این صورت با وجود تصویب طرح یا لایحه در مجلس، در واقع هنوز قانون مصوب، قابل اجرا نشده است.^۱ در این وضعیت نیز چه بسا نسبت به جزء و یا حتی کل متن مصوب، پیشنهادات جدیدی ارائه و وارد شود. پیشنهاداتی که الزاماً نیز باید بررسی و تعیین تکلیف گردند.^۲ بر این مبنا دامنه مطالعات ابتکار تقنینی در ایران می‌تواند از یک سو محدوده‌ای تا زمان ارائه و اعلام وصول طرح‌ها و لوایح در صحن علنی مجلس داشته‌باشد و از سویی دیگر با تعریف و مفهومی موسع از آن، هر جا که به موجب قانون امکان ورود رسمی پیشنهادهای بر متن پیش‌نویس باشد را نیز، شامل شود.^۳

بند دوم: نگارش ابتکار تقنینی؛ فرآیند تبدیل یک خطّ مشی به متن قانونی

محتوای ابتکار تقنینی یا ابتکار قانون همان محتوای طرح‌ها و لوایح پیشنهادی یا به تعبیری دیگر محتوای پیش‌نویس متن قانون است که طیّ یک فرآیندی، تهیه و نگارش

۱. اصل ۹۴ قانون اساسی

۲. برای نمونه متن اولیه طرح «اصلاح مواد ۱ و ۱۰ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» که پس از تصویب در چند مرحله رفت و بازگشت بین شورای نگهبان و مجلس، در نسخه جدید خود، ذیل عنوان «طرح نحوه تشکیل و فعالیت تشکلات صنفی-تخصصی»، بطور کل تغییر کرده است. ر.ک: گزارش کمیسیون امور داخلی کشور و شوراهای در خصوص طرح اصلاح مواد ۱ و ۱۰ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی اعاده شده از شورای نگهبان، به شماره ثبت ۲۳، مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۰۷.

۳. بنابر سابقه موجود و بدون ارزیابی ابتدای قانونی آن، حتی در هنگام تعیین تکلیف مصوبه در مجمع تشخیص مصلحت نظام، ورود پیشنهادی جدید بر مصوبه نیز مشاهده شده است.

می‌شوند. نکته قابل ملاحظه در بررسی فرآیند مذکور این است که اگرچه مرحله تهیه و نگارش پیش‌نویس متن قانون و خلق ابتکار تقنینی در ابتدای فرآیند کلی قانون‌گذاری قرار دارد ولی این گونه نیست که الزاماً و انحصاراً در قوه مقننه شکل گرفته و انجام شود، بلکه در بسیاری از موارد و حتی بر اساس «قاعده نود درصد»^۱، فرآیند مذکور خارج از نهاد قانون‌گذاری آغاز شده و شکل می‌گیرد. زیرا ابتکار تقنینی یا پیشنهاد قانون، در واقع مرز میان سیاست‌گذاری و تقنین است. در این فرآیند تدابیر یا خط‌مشی‌های برگزیده به متونی با ادبیات حقوقی قانون و قالب آن تبدیل می‌شوند.

به تعبیری دیگر زمانی بخشی از سیاست‌گذاری‌های حوزه عمومی، اجرا و تضمین می‌شوند که در قالب قانون، وضع شده و لازم‌الاجرا محسوب شوند و لازمه این امر، نخست تهیه و نگارش یک پیش‌نویس متن حقوقی‌ای است که تمامی قابلیت‌ها و ویژگی‌های متنی قانون را داشته باشد. از رهگذر چنین متنی است که یک ایده یا مفهومی که در چارچوب موضوعات اجتماعی مطرح گردیده و نسبت به آن سیاست‌گذاری شده‌است، به منظور اجرا و تضمین آن، به نهاد تقنینی منتقل و با پشت سر گذاشتن سازکارهای تقنینی، به قانون تبدیل می‌شود.

الف. افق محتوا در ابتکار تقنینی

بخش اصلی و عمده محتوای ابتکار تقنینی، آن خط‌مشی و سیاست‌گذاری‌ای است که در پاسخ به مشکلات اجتماعی شناسایی و مطرح شده‌است. نکته نخست قابل ملاحظه این است که هرگاه مشکلاتی که از سوی عموم جامعه در سطح گسترده‌ای درک شوند، به نحوی که از سوی آنان پذیرفتنی نبوده و ضرورت مداخله به منظور حل و بهبود آنها احساس شود، سیاست‌گذاری عمومی^۲ ضرورت می‌یابد.^۳

مشکلاتی که در سطح ملی یا محلی مطرح بوده و می‌تواند متعلق به هر یک از حوزه‌های گوناگون اجتماعی، اعم از سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، حقوقی، امنیتی، مالی، محیط زیستی، بهداشت و سلامتی، فن‌آوری، اشتغال و دیگر موارد باشد و لازم است تا از سوی دولت یا بخش خصوصی و یا ترکیبی از هر دو مورد توجه قرار گرفته و حل شود. از این رو، هرگونه اتخاذ تصمیم مناسب برای حل مشکلات حوزه‌های مذکور، ذیل مطالعات «دانش سیاست‌گذاری عمومی»^۴ قرار می‌گیرد.^۵

۱. طبق این قاعده، ۹۰ درصد موارد ابتکار تقنینی از طریق لایحه به مجلس تقدیم می‌شود.

۲. Public Policy.

۳. زرشکن عابد، لیل، همان، صص ۱۹-۱۵.

۴. Public Policy Science.

۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک: کمالی، یحیی و همکاران. همان.

نکته دیگر این است که در جریان سیاست‌گذاری مذکور پس از شناسایی مشکلات، کنشگران و سیاست‌مداران ذی‌صلاح، به منظور اجرای راهکارها و تصمیمات متخذه، همواره با گزینه‌های متعدد و راهکارهای مختلفی مواجه هستند. در اغلب موارد، برای اجرای خط‌مشی‌ها و سیاست‌های برگزیده، نیازی به قانون‌گذاری نیست و می‌توان از ابزارهای کارآمد جایگزین قانون بهره گرفت. این در حالی است که اجرا و اعمال برخی از سیاست‌گذاری‌ها صرفاً از طریق وضع قانون، انجام‌شدنی است. در این صورت لازم است تا تصمیم یا سیاست عمومی مورد نظر از طریق ابتکار تقنینی در قالب و ادبیات خاص، به نهاد قانون‌گذار ارائه و تقدیم شود.

بدین ترتیب افق یا ایسته محتوای ابتکار تقنینی، در واقع مبین و آشکارکننده ضرورت اعمال آن بخشی از سیاست‌گذاری‌های عمومی است که صرفاً از طریق وضع قانون در نهاد قانون‌گذاری قابل اجرا و اعمال است. ارزیابی تأثیرات قانون^۱ به ویژه در این افق یا ایسته، از این حیث حائز اهمیت بسیاری است که قابلیت و ظرفیت ویژه‌ای برای سیاست‌گذاران و سیاست‌مداران مجرب و آگاه فراهم می‌آورد تا بصورت پیشینی، امکان اجرای کارآمد و اثربخش تصمیمات و سیاست‌گذاری‌ها را بخوبی بررسی و پیش‌بینی نمایند.

در این افق یا ایسته به ویژه توانمندی و توانمندسازی قانون‌گذاران در بررسی و اتخاذ سیاست‌گذاری‌های عمومی مطلوب و رد یا تأیید گزینه‌های جایگزین، با اتکا بر عقلانیت در قانون‌گذاری، ارزیابی تأثیرات قانون و نیز بهره‌مندی از ظرفیت‌های احزاب و مکانیزم‌های درون جامعه مدنی، در قانون‌گذاری مطلوب و اجتناب از آسیب‌های متعدد آن، عامل موثر و حائز اهمیت بسیاری بشمار می‌آید.

ب. افق نگارش در ابتکار تقنینی

پس از تعیین محتوای مطلوب یا باکیفیت، مرحله نگارش پیش‌نویس قانون^۲ یا پیشنهاد قانون، مطرح است. الگوی نگارش مطلوب قانون نیز از اصول، قواعد و مولفه‌هایی برخوردار است.^۳ پیش‌نویس قانون باید از چارچوب شکلی و ادبیات حقوقی قانون تبعیت کند. در واقع ابتکار تقنینی، همچنان که در ایسته محتوا باید مرحله به مرحله در حدود موضوعات انسجام، قابلیت اجرا، اثربخشی، هزینه و فایده، بهره‌وری، مطلوبیت، کارآمدی، شفافیت، تناسب، تأمین و تضمین حقوق و تکالیف و از آن جمله تا نهایی‌شدن، مورد ارزیابی مکرر و تکمیل و اصلاحات مطلوب قرارگیرد، به همان اندازه در ایسته یا افق نگارش نیز باید دست‌کم

1-Regulatory Impact Assessment.

2-Legislative Drafting.

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: رینرسون، آرتور. جی، همان.

منسجم با سیستم و نظام حقوقی و سازگار، غیر مبهم، غیر پیچیده، روشن و شفاف، فهم‌پذیر، قابل دسترسی و هدایت، منقح، اجرا شدنی، اثربخش و کارآمد باشد. در عین حال دارای عنوان مناسب، مقدمه مطلوب، شاکله اصلی و ضائم پیوست شامل ارزیابی تأثیرات قانون، آمار و ارقام مرتبط و مؤثر، دیگر سیاست‌گذاری‌های پیشنهادی و دلایل انتخاب خط‌مشی برگزیده، مجموعه اظهارنظرات احزاب، اصناف، پژوهشکده‌ها و شهروندان و از این قبیل، باشد. مواردی که در مجموع بیانگر اتخاذ رویکرد قانون‌گذاری عقلانی در فرآیند تهیه و نگارش ابتکار تقنینی است. همچنین به منظور تضمین کیفیت مطلوب قانون، با عنایت به مفهوم و تفسیری موسع از ابتکار تقنینی، طی فرآیند بررسی طرح یا لایحه در مواجهه با سازکارهای تقنینی، هرگونه اصلاح و پیشنهادی نیز باید در چارچوب شرایط مذکور تهیه و نگارش ابتکار تقنینی، فراهم و ارائه شود.

گفتار سوم: روش پژوهش

پژوهش حاضر به لحاظ ماهیت در زمره تحقیقات اکتشافی؛ به لحاظ نوع تحقیق، کاربردی و به لحاظ استراتژی پژوهش، دارای استراتژی استقرایی و به لحاظ ماهیت داده‌ها، در زمره طرح پژوهشی کیفی و از نوع تحلیل مضمون است. جامعه آماری تحقیق شامل خبرگان دانشگاهی و اجرایی در رشته حقوق عمومی و بخصوص قانون‌گذاری بوده که از طریق روش نمونه‌گیری نظری انتخاب شده‌اند.

همچنین داده‌های پژوهش با انجام مصاحبه نیمه‌ساخت‌یافته (نیمه استاندارد) با صاحب‌نظران متخصص بدست آمد. مصاحبه‌ها با رسیدن به حالت اشباع نظری متوقف شد. برای تحلیل داده‌ها از تحلیل مضمون و از نوع شبکه مضامین (برای نشان دادن ارتباط و وابستگی مضامین) به واسطه انجام فرآیند کدگذاری نظری، در سه مرحله کدگذاری باز، محوری و انتخابی (گزینشی) به منظور احصاء و کشف مضامین پایه، سازمان‌یافته و فراگیر در راستای

۱. در خصوص اصل ۴ قانون اساسی اختلاف شده است که آیا شورای نگهبان می‌تواند بر اصول قانون اساسی هم از نظر تطبیق با شرع نظارت کند یا نه. گذشته از ایرادهایی که بر این نگاه وارد است، اگر منبع نهایی قانون‌گذاری را شرع بدانیم، به دلیل اختلاف نظرها در برداشت از شرع، هیچ قاعده حقوقی نمی‌توان بنا نهاد، جز این‌که با تفسیری از شرع، مخالفت یا مغایرت داشته باشد. به دلیل استقرار نظام حقوقی، منبع نهایی تطبیق قوانین و مقررات، قانون اساسی کشور است و صرفاً آن جا که قانون اساسی، حکم و قاعده‌ای برای آن در نظر نگرفته باشد، می‌توان به شرع استناد کرد. در واقع، برداشتی از شرع که با اصول قانون اساسی مطابقت داشته باشد، مورد نظر است. برای مطالعه بیشتر نک: محمد محمدی گرگانی، زمینه و زمانه حقوق بشر و حقوق اساسی در ایران، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۱۷۵-۱۷۸.

۲. بند چهاردهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مقرر می‌دارد: «رعایت صلاحیت ذاتی قوای سه‌گانه در قوانین مربوط به تشکیل نهادهایی از قبیل شوراهای عالی؛ بازنگری در قوانین موجود این نهادها؛ پیش‌بینی سازوکار کارآمد قانونی لازم برای تضمین عدم مغایرت مصوبات آن‌ها با قوانین عادی».

«طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران»، استفاده شده است. علاوه بر آن، جهت اعتبارسنجی (قابلیت اطمینان و باور پذیری) مضامین و نیز مدل بر ساخته‌شده از دو روش ارزیابی اعتبار به شیوه ارتباطی که به معنای رجوع به مشارکت‌کنندگان (در اینجا مصاحبه شوندگان) است^۱ و نیز روش ممیزی (رجوع به خبرگان و ارزیابان) استفاده شده است. همچنین جهت پایایی سنجی مضامین از دو روش قابلیت تکرارپذیری و نیز قابلیت انتقال و یا تعمیم‌پذیری استفاده شده است. قابلیت تکرارپذیری بواسطه روش ضریب توافق درونی بین دو کدگذار (محقق با محقق همکار) در رابطه فرآیند کدگذاری اطلاق می‌شود؛^۲ بدین منظور ناهماهنگی‌های بوجود آمده از طریق بازنگری در فرآیند کدگذاری داده‌ها مرتفع شده است. همچنین به منظور قابلیت انتقال یا تعمیم‌پذیری سعی شد تا حد امکان از صاحب نظران مختلف حوزه‌های دانشگاهی و نیز اجرایی مرتبط با موضوع تحقیق در پژوهش استفاده شود؛ یعنی سعی شده است که نمونه‌گیری نظری به صورت منظم و جامع صورت گیرد.^۳

گفتار چهارم: کشف مضامین سازمان یافته و فراگیر

در فرآیند کدگذاری نظری و از نوع کدگذاری محوری و سپس کدگذاری گزینشی (انتخابی)، با تلخیص و ترکیب مضامین پایه‌ای، ابتدا مضامین سازمان یافته و سپس با تلخیص و ترکیب مضامین سازمان یافته، مضامین فراگیر شناسایی، احصاء و در جداول و نمودار بر ساخته‌شده توسط نگارندگان پژوهش حاضر، ارائه شدند. جدول «۱»؛ فرآیند کدگذاری نظری و از نوع کدگذاری محوری و گزینشی را در راستای کشف مضامین سازمان یافته و مضامین فراگیر الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران» را نشان می‌دهد:

جدول ۱: فرآیند کدگذاری نظری و از نوع کدگذاری محوری و گزینشی جهت دست‌یابی به مضامین سازمان یافته و فراگیر الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران»

۱. فلیک، اووه، درآمدی بر تحقیق کیفی، ترجمه هادی جلیلی، تهران، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۴۱۵.
۲. ساروخانی، باقر، روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی، جلد دوم، تهران: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، چاپ هجدهم، ۱۳۹۳، ص ۲۸۹.
۳. استراوس، انسلم و جولیت کرین، مبانی پژوهش کیفی (فنون و مراحل تولید نظریه زمینه‌ای)، ترجمه ابراهیم افشار، تهران، نشر نی، چاپ هفتم، ۱۳۹۷، صص ۲۸۴-۲۸۳.

کدهای باز	کدگذاری محوری	کدگذاری گزینشی
مضامین پایه‌ای	کشف مضامین سازمان یافته	کشف مضامین فراگیر
ابتکار تقنینی به معنای پیشنهاد قانون، آغازگر وضع قانون	آشنایی کنشگران با مفاهیم کلی	آشنایی با مفاهیم، مبانی، اصول و قواعد ابتکار تقنینی
ابتکار تقنینی، پیشنهاد رسمی قانون، واجد تشریفات لازم الرعایه		
ابتکار تقنینی شامل طرح و لایحه موضوع اصول ۱۵۸، ۱۰۲، ۷۴ ق.ا		
تکلیف مجلس به اعلام وصول، بررسی، قبول یا رد طرح یا لایحه		
عدم تکلیف مجلس به ترتیب اثر دادن پیشنهاد قانون از سوی اشخاص و نهادهای دیگر		
قانون‌گذاری عملی ماهیتا سیاسی		
قانون‌گذار، فرهیخته سیاسی		
ابتکار تقنینی نوعا همان قانون		
وضع قانون به منظور اجرا و تحقق اهداف آن		
۳ ویژگی قانون؛ کارآمدی، اثربخشی و عادلانه بودن		
ابتکار تقنینی واجد دو بخش محتوا (پالیسی) و نگارش		

محتوا (سیاستگذاری عمومی) مقدم بر نگارش		
اصل حاکمیت قانون و اصول فرعی و تبعی آن		
اصل امنیت حقوقی و اصول فرعی و تبعی آن		
اصل ممنوعیت خودسری، اصل صلاحیت		
اصل ضرورت، نیازسنجی		
اصول ثبات و انسجام قانونی		
رعایت سلسله مراتب هنجاری قانون		
اصول شفافیت، فهم پذیری، در دسترس بودن، مبهم نبودن قانون		
اصول ارجاع و احاله		
اصول تدوین و تنقیح پیشینی قوانین		
اصل عطف بماسبق نشدن و قاعده قبح عقاب بلایان		
اصول نگارشی و ویرایشی		
رعایت ادبیات و زبانشناسی حقوقی و قانونی		
ساختاربندی منطقی؛ عنوان، مقدمه، ترتیب منطقی مواد و ...		
	شناخت و آگاهی کنشگران از اصول و قواعد تهیه محتوا و نگارش ابتکار تقنینی	

چگونگی تعیین عنوان؛ قانون مشمول بر دو یا چند موضوع، ماده واحدۀ ناظر بر یک موضوع		
شناخت اهمیت و ضرورت مقدمه توجیهی		
اصول و قواعد عقلانیت در ابتکار تقنینی و قانون گذاری، مبتنی بر پژوهش و ارزیابی های پیشینی		
جلب نظر و مشارکت حداکثری مردم، اشخاص و نهادهای ذینفع در شناسایی مشکلات لوایح و طرح ها		
عقلانیت در قانون گذاری ناظر بر برنامه بلندمدت و مسائل مهم ملی		
قابلیت اجرای قانون و آگاهی از برتری لایحه بر طرح		
اولویت بندی و عقلانیت اقتصادی؛ قاعده بهترین انتخاب دوم (The Best Second Choice)		
نخبه جامعه و فرهیخته سیاسی؛ کنشگر سیاسی مقتدر		
توانمند در حکمت یا عقل عملی تبیین گر منافع و موضوعات مورد نیاز اعضای جامعه و نمایندگی کردن مقتدرانه آنان	تخصص، مهارت و قابلیت های قانون گذار	

عملکرد شفاف و اجتناب از تعارض منافع		دانش، تخصص و استانداردهای علمی در ابتکار تقنینی
شناخت فرهنگ قانون‌گذاری، قاعده سالار		
علمی و عقلانی بودن فرآیند ابتکار تقنینی	تخصص‌گرایی و اهمیت دادن به فعالیت‌ها و نتایج علمی و پژوهشی در ابتکار تقنینی	
اهمیت دادن به تخصص‌گرایی کنشگران		
اهمیت دادن به کمیته و نهادهای علمی و تخصصی تهیه و آماده سازی ابتکار تقنینی		
بهره‌مندی از آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور در حوزه پیشنهاد قانون تخصصی		
مطالعه محور و پروژه محور بودن		
نهادینه کردن ارزیابی تأثیرات قانون، ارزیابی هزینه-فایده، ارزیابی قابلیت اجرا، ارزیابی تأثیر قانون در تأمین و تضمین حقوق و تکالیف اشخاص		
اهمیت دادن به نتایج پژوهش‌ها در اولویت سیاست‌گذاری		
جلوگیری از تعارض منافع سیستماتیک مرکز پژوهش‌های مجلس و ...		

اهمیت دادن به تربیت و اشتغال نیروهای متخصص		
حائز اهمیت دانستن خاستگاه مردمی و خاستگاه اجرایی قانون در نگارش ابتکار تقنینی	توجه به مردم و جلب مشارکت جامعه مدنی	جلب مشارکت و بهره مندی از مکانیزم‌های سازنده جامعه مدنی
مشارکت دادن نهادهای مدنی و صنفی		
طراحی مکانیزم‌های شناسایی نیازها و خواسته های جامعه		
لزوم توجه به قانون گذاری عقلانی در پرتو توجه به خرد جمعی		
توجه به نقش حائز اهمیت عملکرد سیستماتیک احزاب در انسجام سیاست گذاری ها و اولویت های تصمیم گیری	نقش برجسته احزاب و حائز اهمیت دانستن آن در قانون گذاری عقلانی	
توجه به اهمیت و ضرورت تقویت نظام حزبی در پارلمان		
تکلیف دولت به ابتکار تقنینی و تکلیف مجلس به بررسی و تصویب آن‌ها		
حائز اهمیت شمردن لزوم ابتکار قانون از سوی دولت و نه مجلس	پیاده سازی «قاعده ۱۰٪-۹۰٪»	
سپردن ابتکار تقنینی به قوه مجریه		
عدم تعلل دولت در ابتکار تقنینی		

ایجاد دفتر مشاوره‌ای در دولت و یا مجلس جهت ابتکار تقنینی		
رعایت اصول عقلانیت در سیاست‌گذاری، اولویت‌بندی اقتصادی		
نهادینه و الزام آور بودن ارزیابی تأثیرات قانون		
رعایت اصول و قواعد نگارش منطقی قانون		
رعایت ادبیات خاص حقوقی و قانونی	ضرورت توجه به ساختار، قواعد حوزه ابتکار تقنینی	راهبرد تقنینی مشخص
تعیین سازکار مناسب به منظور انطباق طرح یا لایحه با ادبیات و منطق استاندارد نگارش		
عدم مداخله شورای نگهبان در نحوه نگارش ابتکارات تقنینی		
تعیین سازکارهای مناسب بررسی ابتکار تقنینی؛ وصول، تعیین دستورکار و نوبت رسیدگی، نحوه ارجاع و بررسی در کمیسیون‌ها و صحن و شفافیت آن‌ها		
شناسایی و رعایت روش «Unblock»، اظهار نظر و رای‌گیری نسبت به قبول تمام لایحه و یا رد تمام لایحه، بدون هیچ تغییری		
اجتناب از تغییر بی رویه و نامناسب لوايح		

قاعده سالاری و اجتناب از تعارض منافع	توجه به قابلیت‌های حکمرانی مطلوب در ابتکار تقنینی	
صورت‌بندی انسجام قانون ذیل سیاستگذاری عمومی		
ضرورت برخورداری از قانون‌گذاری معتبر و مقتدر		
قانون‌گذاری همراه با نمایندگی و نظارت		
تسهیل و بهبود فرآیند انتخاب نخبگان و ورود سیاست‌مداران فرهیخته به عنوان قانون‌گذار		
تسهیل ورود نمایندگان تمامی احاد جامعه به نهاد قانون‌گذار		
تقویت احزاب و کارکرد سیاسی آنان		
ایجاد ظرفیت و قابلیت نهادی برای هماهنگی و تعیین اولویت‌ها در قوه مجریه		
برقراری فهم متقابل بین نظام قانون‌گذاری و دیگر نظام‌ها		
در نظر گرفتن ظرفیت‌ها، ضرورت‌ها، مصالح کشور نسبت به محدودیت وقت و امکانات قانون‌گذار		
پرهیز از خطای بنیادین «امکان حل تمام معضلات جامعه از طریق قانون‌گذاری»		

به منظور ملاحظه منافع جامعه تغییر نگاه شورای نگهبان در اعمال نظر نسبت به متن پیشنهاد قوانین		
ضرورت چند وجهی نگریستن حقوقی شورای نگهبان به قوانین مصوب		
توانمند سازی شورای نگهبان در مواجهه با پیشنهادات خلاف اصول قانون اساسی، ناظر قانون اساسی		

گفتار پنجم: تدوین شبکه مضامین

قبل از تدوین شبکه مضامین ابتدا در ذیل، جدول «۲»؛ تعداد مضامین فراگیر، سازمان یافته و پایه‌ای الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون گذاری ایران» را که مستخرج از داده‌های کیفی حاصل از مصاحبه نیمه ساخت یافته با خبرگان حوزه حقوقی است، نشان داده شده است:

جدول ۲: تعداد مضامین فراگیر، سازمان یافته و پایه‌ای الگوی مفهومی شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانونگذاری ایران»

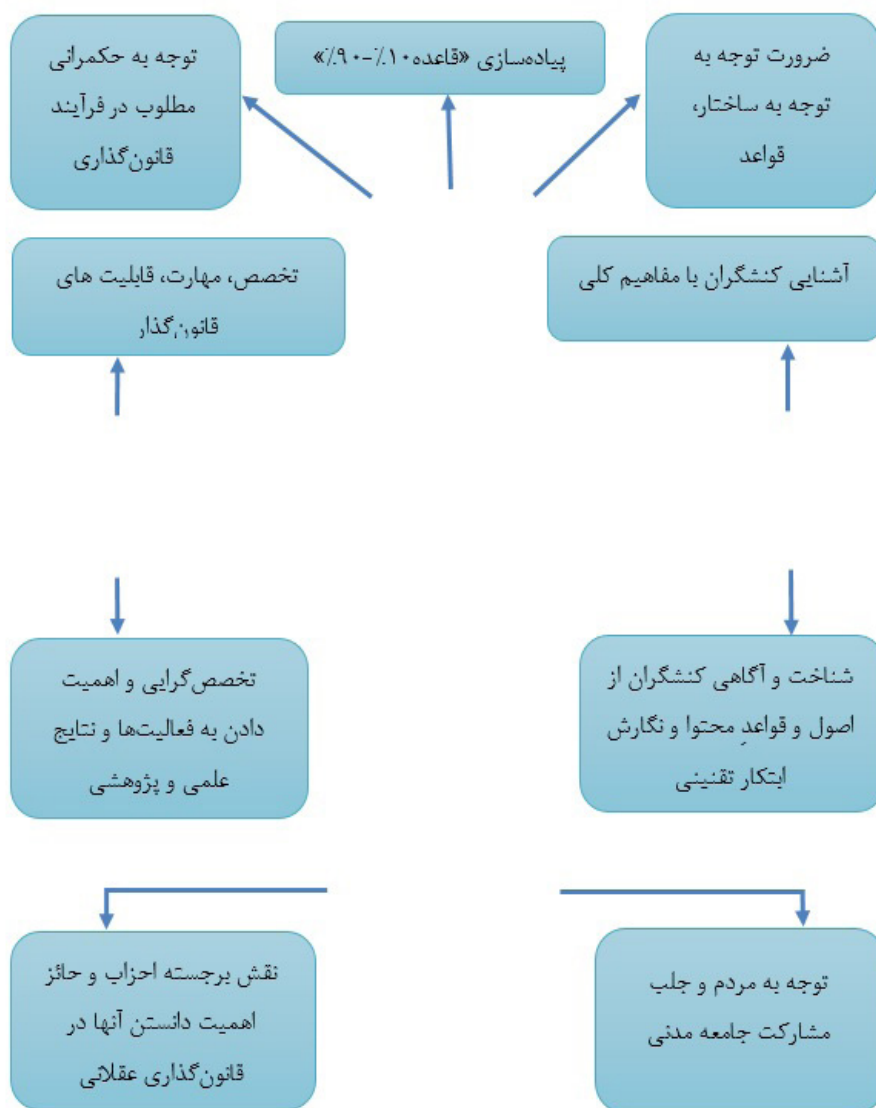
ردیف	مضامین فراگیر	مضامین سازمان یافته	مضامین پایه
۱	آشنایی با مفاهیم، مبانی، اصول و قواعد ابتکار تقنینی	آشنایی کنشگران با مفاهیم کلی شناخت و آگاهی کنش‌گران از اصول و قواعد تهیه محتوا و نگارش ابتکار تقنینی	۳۲
۲	دانش، تخصص و استانداردهای علمی در ابتکار تقنینی	تخصص، مهارت، قابلیت‌های قانونگذار تخصص‌گرایی و اهمیت دادن به فعالیت‌ها و نتایج علمی و پژوهشی	۱۴
۳	جلب مشارکت و بهره‌مندی از مکانیزم‌های سازنده جامعه مدنی	توجه به مردم و جلب مشارکت جامعه مدنی نقش برجسته احزاب و حائز اهمیت دانستن آن‌ها در قانون‌گذاری عقلانی	۶
۴	راهبرد تقنینی مشخص	پیاده‌سازی «قاعده ۱۰٪-۹۰٪» ضرورت توجه به ساختار، قواعد حوزه ابتکار تقنینی توجه به قابلیت‌های حکمرانی مطلوب در ابتکار تقنینی	۲۷
جمع کل	۴	۹	۷۹

همانگونه که جدول «۲» نشان می‌دهد؛ الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانونگذاری ایران» براساس مصاحبه نیمه‌ساخت یافته با خبرگان و صاحب نظران مرتبط با حوزه نظری، از ۴ مضمون فراگیر، ۹ مضمون سازمان یافته

و در نهایت با ۷۹ مضمون پایه‌ای به اشباع نظری رسیده است. پس از احصاء و استخراج مضامین فراگیر، مضامین سازمان‌یافته و مضامین پایه‌ای الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران»، در این قسمت به ترسیم شبکه مضامین الگوی مفهومی مطلوب «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران» در ذیل نمودار «۱» مبادرت شده‌است:

نمودار «۱»: الگوی مفهومی مطلوب شبکه‌ای «طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران»





نتیجه‌گیری

توجه به چیستی ابتکار تقنینی و چگونگی تأثیر آن در بهبود و ارتقا کیفیت قانون، رهیافتی مبتنی بر مطالعات حوزه ابتکار تقنینی و فرآیند تهیه، نگارش و پیشنهاد قانون در حقوق قانون‌گذاری و نیز مطالعات قانون‌گذاری شایسته است. پدیده ابتکار تقنینی با ماهیتی دوگانه از سیاست و حقوق، ابزاری است که از طریق آن بخش‌هایی از سیاست‌گذاری‌های عمومی، در قالب احکام و قواعد قانونی، در جامعه جاری و لازم‌الاجرا می‌شود. بر این اساس، شناخت هر چه بیشتر و بهتر حوزه مطالعاتی ابتکار تقنینی، افق‌ها و مولفه‌های آن و نیز اعمال معیارهای الگوی مطلوب آن، می‌تواند در بهبود و ارتقا کیفیت قانون، نقش مؤثری داشته و راهبردی پیشگیرانه بشمار آید.

در واقع از آنجایی که متن قانون مصوب، بر پیش‌نویس نهایی‌شده آن، منطبق است، هرگونه تلاشی برای ممانعت از بروز آسیب‌ها و چالش‌های حوزه قانون و قانون‌گذاری و از جمله چالش عدم اجرای سیاست‌گذاری‌های عمومی و قوانین نیز بر مبنای رهیافت مذکور، نخست به شناخت هرچه بیشتر مولفه‌های حوزه ابتکار تقنینی و اعمال الگوی مطلوب آن باز می‌گردد. بر این اساس هر قانونی که در حوزه اجرا، ضعیف و مردد ظاهر شود، قبل از هر دلیل دیگری که بتوان برای آن متصور بود، از نحوه سیاست‌گذاری و نگارش بی‌کیفیت و ناکارآمد متن خود رنج می‌برد. متنی که می‌توانست در بوتۀ آزمایش ارزیابی‌های پیشینی نگارش و سیاست‌گذاری مطلوب، در همان مراحل نخست فرآیند قانون‌گذاری، توسط قانون‌گذاران متخصص، مجرب و فرهیخته، عنداللزوم اصلاح شده و یا اساساً مردود تشخیص داده شود. بنابراین شناسایی دقیق مؤلفه‌ها و الزامات حوزه ابتکار تقنینی و کاربست معیارهای الگوی مطلوب و مضامین فراگیر آن، از یک سو در ممانعت از تصویب قوانین مبهم، غیرشفاف و غیرقابل‌فهم و غیرقابل‌اجرا موثر است و از سویی دیگر در بهبود و ارتقا وضعیت موجود و فراتر از آن، در تصویب و وضع قوانین مطلوب و شایسته، مفید فایده است. از این منظر، طراحی الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون‌گذاری ایران بر اساس مضامین سازمان‌یافته و فراگیر از چهار مضمون فراگیر شامل: «آشنایی با مفاهیم، مبانی، اصول و قواعد ابتکار تقنینی»، «دانش، تخصص و استانداردهای علمی در ابتکار تقنینی»، «مشارکت و بهره‌مندی از مکانیزم‌های سازنده جامعه مدنی»، و «راهبرد تقنینی مشخص» تشکیل شده است. در این میان:

۱- مضمون فراگیر «آشنایی با مفاهیم، مبانی، اصول و قواعد ابتکار تقنینی» خود از دو مضمون سازمان‌یافته:

الف- آشنایی کنشگران با مفاهیم کلی؛ و ب- شناخت و آگاهی کنش‌گران از اصول و

قواعد تهیه محتوا و نگارش ابتکار تقنینی، تشکیل شده است.

۲- مضمون فراگیر «دانش، تخصص و استانداردهای علمی در ابتکار تقنینی» خود از دو مضمون سازمان یافته:

الف- تخصص، مهارت و قابلیت های قانون گذار؛ و ب- تخصص گرایی و اهمیت دادن به فعالیت ها و نتایج علمی و پژوهشی، تشکیل شده است.

۳- مضمون فراگیر «جلب مشارکت و بهره مندی از مکانیزم های سازنده جامعه مدنی» خود از دو مضمون سازمان یافته:

الف- توجه به مردم و جلب مشارکت جامعه مدنی؛ و ب- نقش برجسته احزاب و حائز اهمیت دانستن آنها در قانون گذاری عقلانی، تشکیل شده است.

۴- مضمون فراگیر «راهبرد تقنینی مشخص» خود از سه مضمون سازمان یافته:

الف- پیاده سازی «قاعده ۹۰٪-۱۰٪»؛ ب- ضرورت توجه به ساختار، قواعد حوزه ابتکار تقنینی؛ و ج- توجه به قابلیت های حکمرانی مطلوب در ابتکار تقنینی، تشکیل شده است. علاوه بر تبیین موارد مذکور، پژوهش کیفی حاضر نشان داد که یافته های آن با نتایج پژوهش های جی تی تورنتون (۱۹۹۶)، زانتاکی (۲۰۱۴)، حبیب نژاد و تقی زاده (۱۳۹۸)، اقبال علی میرزایی (۱۳۹۳)، وکیلان و المیری (۱۳۹۵)، مرکز المیری (۱۳۹۹) و (۱۴۰۰)، حبیب نژاد و عامری (۱۳۹۹) و کمالی و همکاران (۱۳۹۹) همخوانی دارد. این همخوانی، در مولفه هایی از جمله؛ شناسایی اهمیت مطالعات حوزه ابتکار تقنینی، ضرورت آشنایی با مفاهیم محتوا، سیاست گذاری، نگارش ابتکار تقنینی، مدل های پیش نویس نگاری، ترجیح لوایح، اجرای موفق سیاست ها و قوانین، ضرورت توجه به تأثیر عملکرد کنشگران و نهادهای ذی صلاح در تعیین محتوا و نگارش مطلوب ابتکار تقنینی، همچنین توانمندسازی قابلیت های سیاست گذاران و قانون گذاران قاعده سالار در پرتو یک راهبرد تقنینی مشخص مشاهده شده و بر طرح نظریه ضرورت اعمال الگوی مطلوب ابتکار تقنینی در حقوق قانون گذاری ایران، با رویکرد قانون گذاری نظام مند و عقلانی و نیز بها دادن به آن در عمل، تأکید دارد.

فهرست منابع

کتاب‌ها

۱. آرتور. جی، رینرسون، **قانون‌نویسی گام به گام**، ترجمه آزاده عبدالله‌زاده شهر بابکی، تهران: سمت، ۱۳۹۹.
۲. استراوس، انسلم و جولیت کرین، **مبانی پژوهش کیفی (فنون و مراحل تولید نظریه زمینه‌ای)**، ترجمه ابراهیم افشار، تهران، نشر نی، چاپ هفتم. ۱۳۹۷.
۳. انصاری. باقر. **اصول و فنون قانون‌گذاری؛ تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین**. تهران. انتشارات دادگستر. ۱۳۹۹.
۴. زرشن‌عابد، لیلا. **تأثیرات قانون؛ ابزاری برای قانون‌گذاری بهتر**. تهران. مجلس شورای اسلامی. مرکز پژوهش‌های مجلس. چاپ اول. ۱۳۷۸.
۵. ساروخانی، باقر، **روش‌های تحقیق در علوم اجتماعی، جلد دوم**، تهران: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، چاپ هجدهم، ۱۳۹۳.
۶. عابدی جعفری، حسن و محمدسعید تسلیمی و ابوالحسن فقیهی و محمد شیخ‌زاده، **«تحلیل مضمون و شبکه مضامین: روش ساده و کارآمد برای تبیین الگوهای موجود در داده‌های کیفی، اندیشه مدیریت راهبردی»**، سال ۵، شماره ۲، ۱۳۹۰، شماره پیاپی ۱۰.
۷. فلیک، اووه، **درآمدی بر تحقیق کیفی**، ترجمه هادی جلیلی، تهران، نشر نی، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۸. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل. **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: نشر میزان، چاپ ۵۱. ۱۳۹۴.
۹. قلی‌پور، رحمت‌اله. **غلام‌پورآهنگر، ابراهیم. فرآیند سیاست‌گذاری عمومی در ایران**. تهران. مجلس شورای اسلامی. مرکز پژوهش‌های مجلس. ۱۳۸۹.
۱۰. مرکزالمیری، احمد، **حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت**. ویراست دوم. تهران. مجلس شورای اسلامی. مرکز پژوهش‌ها. ۱۳۹۴.
۱۱. مویل، کوئین‌جی. **ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان**، تالیف و ترجمه حسن وکیلان، گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول. ۱۳۹۰.

مقاله‌ها

۱۲. آقایی طوق، مسلم، «صلاحیت ابتکار قانون در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، زیر نظر باقر انصاری، معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی. ۱۳۹۱.
۱۳. حبیب‌نژاد، سیداحمد و احمد، تقی‌زاده، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هشتم، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، ص ۴۵-۲۵.
۱۴. حبیب‌نژاد، سیداحمد و عامری، زهرا، «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره یکصد و دوم. ص ۲۶۵-۲۴۱.
۱۵. کمالی، یحیی. صدیقه شیخ‌زاده‌جوشانی و فاطمه احمدی‌نژاد، «اجرای سیاست‌های عمومی؛ ارائه معیارهایی برای اجرای موفق سیاست‌ها». فصلنامه علمی پژوهشی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۶، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۲۷۵-۲۵۳.
۱۶. مرکز مالیری، احمد، «اختلال در ابتکار قانون‌گذاری در ایران؛ آموزه‌هایی برای مجلس یازدهم»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۷۱۳۹، تیر ۱۳۹۹.
۱۷. مرکز مالیر، احمد. «ملاحظات در انجام فرآیند ارزیابی تأثیرات پیشینی قانون در ایران». فصلنامه حقوق اداری. سال هشتم. شماره ۲۶، ۱۴۰۰ ص ۲۱۷-۱۹۵.
۱۸. مرکز مالیری، احمد و حسن وکیلان، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۵.
۱۹. میرزایی، اقبال‌علی، «ارجاع قانون به قانون دیگر و دشواری‌های ناشی از آن»، فصلنامه دیدگاه‌های قضایی، شماره ۶۵، (۱۳۹۳).

منبع خارجی:

20-Xanthaki, H, Drafting Legislation: Art and Technology of Rules for Regulation, Bloomsbury Publishing, 2014

منبع الکترونیک:

21-https://www.researchgate.net/publication/311586693_The_UK_legislative_Drafting_Experience

22-http://www.toupie.org/Dictionnaire/Initiative_loi.htm. 11/12/2020

23-[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD\(2008\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf-file=CDL-AD(2008)035-e)

تحلیل مقررات حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی در حقوق داخلی

جعفر نوری یوشانلوئی *

آریا حاجی ابوالفتح **

چکیده

مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)، سازوکاری است که به کمک آن، بخش خصوصی و دولتی با همکاری یکدیگر، همزمان به اجرای طرح‌های زیرساختی و خدمات‌رسانی دست می‌زنند. قراردادهای مشارکت یادشده، متضمن ریسک‌های متعددی هستند که از جمله شایع‌ترین و اثرگذارترین این ریسک‌ها، ریسک قانونی است. به گونه‌ای که بر اساس پژوهش‌های صورت‌گرفته در مؤسسه فریزر در مورد شاخص آزادی اقتصادی جهان، از میان ۱۴ مؤلفه‌ای که متشکل از مهم‌ترین مشکلات و موانع ساختاری و اجرایی در زمینه سرمایه‌گذاری بودند، تعدد، بی‌ثباتی و نامناسب بودن قوانین، بالاتر از دیگر مؤلفه‌ها جای دارند. با این حال، بررسی‌ها بیانگر آن است که می‌توان با بهبود و یکنواخت‌سازی قوانین حاکم بر آن‌ها، در کنار مدیریت این قبیل ریسک‌ها به کمک قید شروطی در ضمن عقد، از شدت بار منفی ریسک‌های قانونی حاکم بر این قبیل قراردادها کاست. از این رو، ریسک‌های حقوقی موجود در قوانین حاکم بر حوزه مشارکت عمومی و خصوصی در این پژوهش شناسایی شد که عمدتاً ناشی از تورم مقررات جاری، تغییرات مکرر قوانین، تناقض قوانین و مقررات، شفاف نبودن نظام حقوقی و کاستی‌های تقنینی بوده است. با بررسی تحولات نظام تقنینی حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، راهکارهایی به منظور مدیریت این ریسک‌ها پیشنهاد شد تا ضمانت‌های اجرایی کارآمد برای این گونه قراردادها پیش‌بینی شود.

کلیدواژه‌ها: ریسک، ریسک قانونی، سرمایه‌گذاری، مشارکت عمومی و خصوصی، مناقصه.

jafarnory@ut.ac.ir

*. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

** دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی پردیس البرز دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

ariahajiabolfath@yahoo.com

مقدمه

دولت‌ها در کشورهای در حال توسعه از جمله ایران برای انجام دادن پروژه‌های سرمایه‌گذاری با کمبود منابع مالی مواجه می‌شوند. به همین منظور، در راستای بهره‌مندی از توان مالی بخش خصوصی و همچنین استفاده از دانش فنی بخش یادشده به مشارکت با این بخش رغبت نشان می‌دهند. در بیش‌تر موردها، تفویض کامل یک پروژه به بخش خصوصی به علل گوناگونی میسر نیست. به همین دلیل، دولت‌ها به سمت بهره‌گیری از روش‌های ترکیبی در اجرای پروژه‌ها تمایل یافته‌اند که مشارکت عمومی و خصوصی، متداول‌ترین این روش‌هاست.

اصطلاح مشارکت عمومی و خصوصی (PPP) از نظر ماهوی، یک اصطلاح حقوقی نیست، بلکه به مفهوم عام، بیانگر هر گونه ترتیبات قراردادی بین بخش دولتی با بخش خصوصی به منظور انجام دادن اموری است که برای طرفین در طول مدت قرارداد، حقوق و تعهدات متقابل ایجاد می‌کند. ترتیبات یادشده، طیف متنوع و گوناگونی از انواع رابطه میان بخش خصوصی و بخش دولتی را برای خدمات‌رسانی در بخش زیرساخت‌های عمومی دربرمی‌گیرد. به عبارت دیگر، این نوع مشارکت از جمله اصطلاح‌هایی است که می‌تواند موضوعات مختلفی از قبیل بهداشت و درمان، صنعت نفت و گاز، آموزش و پرورش را در بر بگیرد و تنها در یکی از حوزه‌های یادشده به کار نمی‌رود، بلکه مفهومی است که در تمام این زمینه‌ها ممکن است تحقق یابد.

موضوع با اهمیت برای بهره‌مندی از این مشارکت، ریسک‌هایی است که مطابق الگوهای مورد استفاده، تغییر می‌کنند. ریسک عبارت است از امکان یا احتمال دست نیافتن به نتیجه مورد نظر یا میزان اثربخشی منفی دستاوردهای ناگوار یک رخداد بر ماحصل مقصود. ریسک‌های حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی انواع گوناگونی دارند که از شایع‌ترین این ریسک‌ها می‌توان به ریسک‌های اقتصادی، ریسک‌های بازرگانی، ریسک‌های فنی، ریسک‌های زیست‌محیطی و ریسک‌های سیاسی اشاره کرد.

افزون بر ریسک‌های نام‌برده، یکی دیگر از انواع ریسک‌هایی که در این قراردادهای مشارکت دارد و بر میزان رغبت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران و تمایل مشارکت بخش خصوصی با بخش عمومی اثر مستقیم دارد، ریسک قانونی است؛ چون به طور طبیعی، هر سرمایه‌گذاری مایل است در جایی سرمایه‌گذاری کند که قوانینش ثبات نسبی و طول عمر مناسب داشته و به دنبال آن، آینده سرمایه‌گذاری‌اش قابل پیش‌بینی باشد. ریسک قانونی که ریسک حقوقی نیز نامیده می‌شود، از جمله ریسک‌های داخلی به شمار می‌آید و عوامل خارجی بر آن اثر چندانی ندارند.

از مصادیق مهم ریسک قانونی که به واسطه بررسی و استفسار در قوانین حاکم بر این حوزه از جمله قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) و همچنین آیین‌نامه اجرایی آن، قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳) و دیگر قوانین استخراج شده‌اند، به تغییرات مکرر قوانین و مقررات، تناقض در قوانین و مقررات و تعدد قوانین می‌توان اشاره کرد. در این پژوهش، همه این موردها به طور مفصل بررسی شده‌اند.

همچنین در راستای کاهش پراکندگی قوانین و رفع خلأهای قانونی موجود در این حوزه و تعیین چارچوب قانونی مناسب برای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، قانون‌گذار ایران قانونی با عنوان «لایحه مشارکت عمومی و خصوصی» وضع کرده است. این لایحه در سال ۱۳۹۷ به تصویب هیئت وزیران رسیده و برای پیمودن تشریفات قانونی، تقدیم مجلس شورای اسلامی شده است. اگر لایحه یادشده به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد، می‌تواند برخی از خلأها و ایرادهای قانونی در حوزه این مشارکت را برطرف سازد؛ چون در عوض بهبود بخشیدن و سازمان‌دهی مشارکت عمومی و خصوصی و کاهش ریسک قانونی این نوع قراردادهای، خود این لایحه هم ایرادهای متعددی دارد. پس از بررسی این ایرادها، راهکارهایی برای مدیریت هر چه بهتر ریسک‌های قانونی ارائه خواهیم کرد.

گفتار اول. نارسایی‌های قانونی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

بند اول. تغییرات مکرر قوانین^۱

نخستین بار، برون‌تی، کیسانکو و ودر، پژوهشگران بانک جهانی در سال‌های ۱۹۹۷ و ۱۹۹۸^۲ طراحی شاخصی به منظور اندازه‌گیری میزان اعتماد به قوانین و بررسی آن در بیش از ۷۰ کشور، به این نتیجه مهم دست یافتند که کشورهایی که قوانین در آن‌ها کم‌تر قابل اعتماد است، سرمایه‌گذاری و رشد کم‌تری را تجربه می‌کنند. برخی کشورها با پدیده تغییرات بیش از اندازه و نامنتظره سیاست‌ها و تغییرات پیاپی و پیش‌بینی‌ناپذیر قوانین،

1-Frequent changes in laws. See: Jiaming Zhang, Tao Wang and Limao Zhang, "Legal Risk Assessment Framework for International PPP Projects Based on Metanetwork", Journal of Construction Engineering and Management, 2021, Vol. 147, ISSUE 8

2-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Beatrice Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector" (working paper), World Bank, 1997

3-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector", World Bank, 1998

مقررات و دستورالعمل‌ها روبه‌رویند. وجود چنین پدیده‌ای در یک کشور مترادف است با اعتمادناپذیر بودن محیط کسب و کار در آن کشور. بر عکس، ثبات نسبی و طول عمر مناسب سیاست‌ها و قوانین برخاسته از آن‌ها در یک اقتصاد و همچنین قانون‌مند و پیش‌بینی‌پذیر بودن تغییرات در سیاست‌ها و قوانین، با ایجاد نوعی آرامش خاطر برای کارگزاران اقتصادی، این احساس را در آن‌ها تقویت می‌کند که در محیطی امن و پیش‌بینی‌پذیر قرار دارند.^۱ بر این اساس، تغییرات مکرر قوانین، یکی از مهم‌ترین چالش‌هایی است که هر سرمایه‌گذاری را تهدید می‌کند، به گونه‌ای که هیچ سرمایه‌گذاری مایل نیست در جایی سرمایه‌گذاری کند که قوانین آن قابل پیش‌بینی نباشد و میزان درصد ریسک تغییر در قوانین آن بالا باشد. برای مثال، در مورد درج قوانین مشارکت عمومی و خصوصی، ضمن قوانین بودجه سالانه، آوردن ضوابط مشارکت عمومی و خصوصی در قوانین بودجه سالانه، تنفیذی است از سوی مجلس برای تأمین مالی برخی طرح‌های اقتصادی دولت. با این حال، این کار به تنهایی نمی‌تواند دلیل مناسبی برای آوردن ضوابط مشارکت عمومی و خصوصی ضمن قوانین بودجه باشد؛ چون این روش دارای ماهیت بودجه‌ای و یک ساله نیست و نمی‌توان از این طریق به آن، ماهیت بودجه‌ای بخشید.

همچنین هیچ سرمایه‌گذاری، حاضر به پذیرش چنین مخاطره بالایی نخواهد شد که سرمایه خود را در مسیری بلندمدت، اما دارای قوانین موقتی و یک ساله وارد سازد، به صورتی که آینده سرمایه‌گذاری‌اش به دلیل تغییرات مکرر قوانین قابل پیش‌بینی نباشد. سرمایه‌گذار در جایی سرمایه‌گذاری می‌کند که ثبات نسبی بر قوانین و شرایط موجود حاکم باشد.^۲

بند دوم. تناقض قوانین و مقررات

از دیگر مصادیق ریسک قانونی، تناقض یا تعارض قوانین و مقررات است. برای مثال، به تعارض بین قسمت ۲-۲ از بند «ب» ماده ۴ و ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرای قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ۱۳۸۱ می‌توان اشاره کرد، به این صورت که با توجه به قسمت ۲-۲ از بند «ب» ماده ۴ آیین‌نامه، دولت، ضامن خرید کالا و خدمات تولیدی یادشده است. به این ترتیب، بر لزوم تضمین خرید کالا و خدمات تولیدشده توسط دولت تصریح گردیده است. ماده ۱۱ این آیین‌نامه بیان داشته است که دستگاه دولتی می‌تواند خرید کالا یا خدمات مورد نظر را در چارچوب مقررات قانونی تضمین کند. بنابراین، همان‌طور که بیان گردید، یک بار از

۱. حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین و سعید ملک‌الساداتی، «موانع نهادی سرمایه‌گذاری و کسب و کار در ایران»، پژوهش‌نامه بازرگانی، ۱۳۹۰، سال پانزدهم، شماره ۵۹، ص ۳۴.

۲. شیروی، عبدالحسین و منیره خدادادپور، «مشارکت عمومی و خصوصی از منظر قوانین ایران»، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره یازدهم، شماره ۲، ص ۲۳۴.

الزام تضمین در خرید تولیدات از جانب دولت سخن به میان آمده است و بار دیگر از اختیار دولت در تضمین خرید کالا و خدمات تولیدشده از جانب سرمایه‌گذار خارجی.

بند سوم. تعدد قوانین

فرآیند برگزاری مناقصات که رایج‌ترین شیوه برون‌سپاری تمام یا بخشی از تأمین کالا و خدمات است، در چارچوب قوانین و مقررات مربوط تحقق می‌یابد. مجموع قوانین مقررات اصلی حوزه مناقصات کشور به این شرح است:

۱. قانون برگزاری مناقصات (ابلاغ‌شده در بهمن ۱۳۸۳)؛
 ۲. قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۰)؛
 ۳. آیین‌نامه اجرایی بند (ج) ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
 ۴. نصاب معاملات موضوع ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات (۱۳۹۴)؛
 ۵. آیین‌نامه اجرایی بند (ه) قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
 ۶. آیین‌نامه اجرایی ماده (۲۶) قانون برگزاری مناقصات، موضوع تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۵/۷/۵)؛
 ۷. اصلاحیه آیین‌نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی مناقصات (۱۳۸۶)؛
 ۸. تصویب‌نامه هیئت وزیران (۱۳۸۷/۱/۷) درباره ضمانت‌نامه کتبی جهت قراردادهای؛
 ۹. فهرست کالاهای پیشنهادی موضوع بند (۲) تصویب‌نامه ۱۳۸۸/۳/۶ کارگروه حمایت از تولید، موضوع تصویب‌نامه کمیسیون اصل ۱۳۸ قانون اساسی؛
 ۱۰. قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۴/۱۱/۲۷).
- همان‌طور که مشاهده می‌شود، یکی از ایرادهای حوزه مناقصات کشور، وجود انبوه قوانین و آیین‌نامه‌ها در این حوزه است.

بند چهارم. شفاف نبودن قوانین

شناسایی حق مالکانه موقتی سرمایه‌گذار (بخش خصوصی)، یکی از خصیصه‌های قانونی ناظر بر قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT) است. بر این اساس، تا وقتی که سرمایه خارجی، باز یافت و سود آن تحصیل نشده باشد، تملک طرف خصوصی بر آن مقدار از حصه‌ای که در دسترس بخش دولتی قرار دارد، ممنوع نیست و از حمایت قانون‌گذار برخوردار است. در این مورد، تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) مقرر داشته است: «مادام که

سرمایه خارجی موضوع روش‌های «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» مندرج در بند (ب) این ماده و سود مترتب بر آن مستهلک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی‌مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌باشد.

از مفهوم مخالف این ماده می‌توان برداشت کرد که با اجرای هر قسمت از پروژه و بازیافت سرمایه و تحویل سود سرمایه‌گذار خارجی، وی دیگر مالکیتی بر پروژه نخواهد داشت. در انتهای مرحله ساخت، هر قسمت از پروژه که به مرحله اجرا رسیده و درآمدزا باشد، ممکن است موجب سلب حق مالکیت سرمایه‌گذار شود. این در حالی است که در مدل قراردادی یادشده، به طور معمول، مالکیت پروژه به یک باره به بخش دولتی طرف قرارداد واگذار می‌شود،^۱ نه به صورت تدریجی و پلکانی، مگر آن‌که پروژه قابلیت تجزیه‌پذیری داشته باشد.

به هر صورت، عیان است که قانون‌گذار، شفافیت لازم را در نگارش این متن نداشته است. پیش‌بینی انتقال پروژه به دولت به صورت تدریجی و آن هم در زمان کار، موجب بی‌میلی و ایجاد محدودیت برای سرمایه‌گذار خارجی می‌شود و بر میزان سرمایه‌گذاری اثر مستقیم دارد.

بند پنجم. کاستی‌های تقنینی

یکی دیگر از موانع حقوقی در مسیر جذب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی، وجود کاستی‌های تقنینی است که نشان می‌دهد قانون به صورت کامل و جامع وضع نشده و تمامی ابعاد و مصادیق حاکم بر موضوع را در بر نگرفته است. در نتیجه، خلأهایی را در قوانین ایجاد کرده که ره‌آوردش، بی‌ثباتی در قوانین و اطمینان نیافتن بخش خصوصی برای مشارکت با بخش عمومی در کشور است.

از مهم‌ترین کاستی‌های تقنینی، پیش‌بینی نشدن و شناسایی نکردن قرارداد طراحی، تأمین، ساخت (EPC) زیر عنوان یکی از مدل‌های قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی به شرح مندرج در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) است. این در حالی است که یکی از مزیت‌های مهم ناظر بر شیوه قراردادی یادشده، انتقال دانش و فناوری روز است. در این راستا، برخی از طرح‌های زیرساختی و توسعه به ویژه در زمینه ساخت و به مرحله بهره‌برداری رساندن نیروگاه‌های هسته‌ای در قالب قرارداد نام‌برده، از ناحیه سرمایه‌گذاری خارجی توان‌مند انجام می‌شود. متأسفانه، در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) و آیین‌نامه اجرایی آن، به قرارداد یادشده به عنوان یکی از ترتیبات قراردادی

۱. رستمی، ولی، مرتضی اصغرnia و محسن نیک‌بین، «بررسی حقوقی مشوق‌های قانون و آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ترتیبات قراردادی»، اندیشه‌های حقوق خصوصی (دانشگاه علم و فرهنگ)، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۲.

سرمایه‌گذاری خارجی تصریح نشده است. به همین دلیل، تشویق‌ها و حمایت‌های مندرج در قانون یادشده، مشمول مدل قراردادی طراحی، تأمین و ساخت (EPC) نمی‌شود.^۱

گفتار دوم. تحولات تقنینی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

بند اول. پیش از انقلاب

مداخله و کنشگری بخش خصوصی در کشور، تا پیش از سال ۱۳۳۴ و وضع قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی، جدای از چگونگی سازمان‌دهی، تا حدودی بدون نظارت اجتماعی جریان می‌یافت. عوامل یادشده از جمله مهم‌ترین عوامل انعقاد قراردادهای ننگین بسیاری بین دولت‌مردان ایران با اشخاص و کشورهای خارجی به شمار می‌آید. به عبارت دیگر، دولت‌مردان وقت ایران در عوض استفاده از توان بخش خصوصی برای توسعه زیرساخت‌ها و خدمات‌رسانی عمومی، ذخایر و منابع ملی را به صورت یک‌طرفه در اختیار امتیازگیرنده قرار می‌دادند. برای مثال، بر اساس قرارداد دارسی که در سال ۱۲۸۰ در زمینه نفت ایران منعقد گشت، امتیازات متعددی به طرف مقابل واگذار شد.^۲ به همین دلیل، قانون‌گذار ایران در عملی سنجیده و هم‌گام با نیاز روز جامعه، قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی را در سال ۱۳۳۴ وضع کرد.^۳

با وضع قانون یادشده، اولین روزنه‌های امید برای شناسایی و سازمان‌دهی مشارکت بخش دولتی و خصوصی نمایان شد. در این راستا، در ماده ۱ این قانون مقرر شده است: «اشخاص و شرکت‌ها و مؤسسات خصوصی خارجی که با اجازه دولت ایران طبق مفاد این قانون، سرمایه خود را به صورت نقد، کارخانه، ماشین‌آلات و قطعات آن‌ها، ابزار، حق‌الاختراع و خدمات تخصصی و امثال آن‌ها به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و حمل و نقل به ایران وارد کنند، از تسهیلات مندرج در این قانون برخوردار خواهند شد».

بر اساس این ماده، مداخله بخش خصوصی تنها منصرف به تأمین مالی و سرمایه پولی نیست، بلکه دانش و تخصص نام‌برده نیز به عنوان یکی از ابعاد سرمایه منظور می‌شود. البته این ماده، مدل خاصی را برای مشارکت بخش دولتی و خصوصی معرفی نکرده و تنها در

۱. مشکات، سید مصطفی، مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)، مدل‌های قراردادی BOT و HAM، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۶۸.

۲. ریسی، مینا، «امتیاز دارسی»، نشریه مطالعات تاریخی، ۱۳۹۱، شماره ۳۷، صص ۲۰۳ و ۲۰۴.

۳. خزایی، حسین، «سرمایه‌گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۷۱، شماره ۴، ص ۱۰۲.

مورد شیوه سرمایه‌گذاری خارجی در طرح‌های عمرانی و معرفی سازوکارهایی برای حمایت و جذب چنین سرمایه‌هایی تصریح کرده است.

بند دوم. پس از انقلاب

اولین بار، در سال ۱۳۷۵، یکی از مدل‌های شایع مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)^۱ پس از انقلاب ایران در متون تقنینی شناسایی شد. در آن زمان، قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات، وضع و به مرحله اجرا درآمد.^۲ بر اساس ماده ۲ این قانون، قانون‌گذار، مدل قراردادی جدیدی را با عنوان طراحی و ساخت (DB)^۳ به ادبیات حقوق اضافه کرد. این الگوی قراردادی، یکی از جلوه‌های مشارکت عمومی و خصوصی (PPP) به حساب می‌آید که به موجب آن، بخش دولتی و خصوصی با همکاری و تقسیم مسئولیت به تأمین مالی، طراحی و ساخت یک پروژه زیرساختی و خدمات‌رسانی عمومی دست می‌زنند.

با این همه، برخی نویسندگان^۴ بر این اعتقادند که قرارداد طراحی و ساخت (DB) در شمار قراردادهای داخل در حیطه مشارکت عمومی و خصوصی به حساب نمی‌آید، اما در مقابل، برخی دیگر،^۵ خلاف این نظر را دارند. عاقبت، قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۸۰، این قانون را با نگرش قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نسخ کرد. به واسطه قانون جدید، یکی از مهم‌ترین جلوه‌های مشارکت عمومی و خصوصی یعنی قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT) به رسمیت شناخته شد.

از دیگر قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳) است. از اهداف اصلی این قانون، ایجاد انسجام و هماهنگی در قوانین و مقررات خریدهای دولتی است؛ چون پیش از تصویب این قانون، خریدهای دولتی، تابع قوانین و مقررات متعدد و متنوعی بودند که به دو گروه عام و خاص تقسیم می‌شدند.

علاوه بر قوانین یادشده، قانون‌گذار در قوانین برنامه پنج‌ساله پنجم و ششم توسعه و همچنین مقررات دیگری مانند قوانین بودجه رسمی کل کشور بر عنوان «مشارکت عمومی و خصوصی» (PPP) تصریح کرده است. این بحث که قانون‌گذار ایران در قوانین متعددی به

1-Public- Private Partnership (PPP, 3P, or P3).

۲. این قانون به واسطه ماده ۲۴ قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی (۱۳۹۸)، نسخ صریح شده است.

3-Design and Build (DB.)

۴. شیروی و خدادادپور، پیشین، ص ۲۳۷.

۵. مشکات، پیشین، ص ۴۸.

طور پراکنده از لزوم بهره‌مندی از مشارکت عمومی و خصوصی سخن به میان آورده، اما از بیان اوصاف، قلمرو اختیارات طرفین، تعهدات طرفین و به طور کلی، شرایط اساسی این نوع مشارکت خودداری کرده است، شایسته به نظر نمی‌رسد. روشن است که به کارگیری روش مشارکت عمومی و خصوصی، ابتدائاً مستلزم تبیین چارچوب قانونی برای این نوع مشارکت است و این وظیفه مهم نیز جز با وضع مقررات کامل و شفاف امکان‌پذیر نیست. پیش‌آمد خوب در این حوزه که برای رفع خلأهای قانونی حاکم بر حوزه مشارکت عمومی و خصوصی رخ داده، تصویب لایحه مشارکت عمومی و خصوصی توسط هیئت وزیران است که برای پیمودن تشریفات قانونی، تقدیم مجلس شورای اسلامی شده است. در صورت تصویب این لایحه از جانب مجلس، تنها برخی از مشکلات و خلأهای قانونی یادشده رفع می‌شوند؛ چون این لایحه، ایرادهای متعددی دارد که به طور مفصل بررسی خواهد شد.

بند سوم. بررسی حقوقی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

الف) خوانش ناقص لایحه از مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)

مطابق ماده ۱۲ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، روش‌های بسیاری برای چنین مشارکتی پیش‌بینی شده است. با این حال، نویسندگان لایحه در تصریح به مدل‌های مهمی از قبیل قرارداد طراحی، تأمین و ساخت (EPC) و قرارداد طراحی و ساخت (DB) کوتاهی کرده‌اند. همچنین شوربختانه، طبق ماده ۱۵ این لایحه،^۱ بخش مهمی از شیوه‌های شایع و پرکاربرد مشارکت عمومی و خصوصی مانند قرارداد طراحی، تأمین و ساخت (EPC)، به خودی خود از شمول مشارکت یادشده در این لایحه خارج می‌شوند؛ چون بر اساس این ماده، بخش خصوصی، مکلف به تأمین منابع مالی احداث پروژه است. این در حالی است که طبق مدل قراردادی طراحی، تأمین و ساخت (EPC)، تأمین مالی احداث پروژه بر عهده بخش دولتی است.^۲ در نتیجه، این مدل قراردادی و دیگر مدل‌های قراردادی مشابه آن از حیطة حکومت این لایحه خارجند و از بهره‌مندی از احکام آن محروم می‌مانند.

۱. همان، ص ۵۳.

۲. به موجب ماده ۱۵ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی، مصوب ۱۳۹۸: «تأمین مالی پروژه بر اساس قرارداد مشارکت به عهده طرف خصوصی و شرکت پروژه است و طرف عمومی در چهارچوب مفاد قرارداد مشارکت، مساعدت لازم را برای تسهیل و تسریع در فرآیندهای اجرایی تأمین مالی اعم از اخذ مجوزهای مورد نیاز و اخذ تسهیلات، تأمین مالی از بازار سرمایه و توثیق پروژه و قرارداد مشارکت و تضامین آن برای دریافت تسهیلات به عمل می‌آورد».

ب) ضعف‌های شورای راهبری

با توجه به ماده ۵ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، شورای ملی راهبری با ترکیب پیش‌بینی‌شده در لایحه نمی‌تواند کارآیی مورد انتظار را داشته باشد؛ چون از یک طرف، موضوع جلسات این شورا، تخصصی است و نیازمند آگاهی کامل از اطلاعات جزئی پروژه‌ها و بخش‌ها. از طرف دیگر، برخی اعضای مؤثر شورا مانند وزیر امور اقتصادی و دارایی، رئیس سازمان برنامه و بودجه، رئیس اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران و همچنین دیگر اعضا به طور طبیعی، فرصت و تمرکز لازم را برای شرکت در جلسات و بررسی دقیق و عمیق محتوای پیشنهادها ندارند که این موضوع، کیفیت مصوبات این نهاد را به طور معناداری کاهش می‌دهد.^۱ حتی به عقیده برخی، ساختار شورای راهبری ملی از آن دسته از شوراهایی است که هیچ وقت تشکیل نمی‌شود؛ چون ترکیب اعضای آن را از مقامات بالا در نظر گرفته‌اند که تشکیل این شورا در عمل ناممکن است.^۲

ج) ارجاع ندادن کار و بهره‌مندی از قانون مناقصات

ماده ۱۰ لایحه مشارکت عمومی و خصوصی (۱۳۹۸)، موضوع بسیار مهم فرآیند انتخاب طرف خصوصی (ارجاع کار) را به آیین‌نامه احاله داده است که منطقی و قابل قبول نیست؛ چون اهمیت این موضوع ایجاب می‌کند که ابعاد یا رئوس آن در قانون شرح داده شود. از این رو، ذکر نکردن ساختار و ابعاد کلی و صرفاً ارجاع آن به آیین‌نامه را نمی‌توان قابل قبول دانست. به همین دلیل، لایحه پیش رو، در موضوعات تشکیل قراردادهای مشارکت و شناسایی طرف خصوصی منتخب، تعیین حدود امتیازات و همچنین اعطای امتیازات (مثل اراضی پروژه‌ها)، نیازمند قانون‌گذاری شفاف و ابهام‌زدایی است؛ زیرا واگذاری درازمدت طرح‌ها، اموال و دارایی‌ها بدون فرآیندی شفاف و قاعده‌گذاری مجلس مخاطره‌آمیز است. افزون بر آن، از نظام قانونی حوزه مناقصات نیز که ترتیبات قانونی دارد، می‌توان بهره‌مند شد. این حوزه شامل قانون برگزاری مناقصات و آیین‌نامه معاملات است، در حالی که این لایحه به قوانین و مقررات این حوزه نپرداخته است.^۳ همچنین ماده ۳ این لایحه به راحتی

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اظهارنظر کارشناسی درباره «لایحه مشارکت عمومی و خصوصی»، تهران: معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات مالی و توسعه مدیریت و دفتر مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹، ص ۵.

۲. هداوند، مهدی، «سومین نشست راهبرد ایرانی با موضوع بررسی حقوقی مدل قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، مجله راهبرد ایرانی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۴.

۳. همان، ص ۱۵۵.

می‌تواند زمینه ایجاد فساد در این نوع قراردادها شود؛ چون با وجود قوانین متعدد به ویژه قوانین نام‌برده، از هیچ کدام پیروی نمی‌کند و هیچ پشتیبان‌های ندارد. در همین راستا، این پرسش مهم پیش می‌آید که چه سازوکاری به عنوان جای‌گزین تمام قوانینی که تاکنون تصویب شده است، مستقر خواهد شد؟

متأسفانه، در طول مدت چهار سال فرصت مطالعه این لایحه، هیچ سازوکار قابل اعتمادی برای روش‌های جای‌گزین برای فرآیند ارجاع کار ارائه نشده است. بی‌تردید، شیوه‌های نگارش مواد یادشده، تأمین‌کننده حقوق قوه مقننه و صرفه و صلاح اموال و دارایی‌های عمومی نیست. به نظر می‌رسد این مورد یکی از ایرادهای جدی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی است.^۱

د) محدود کردن طرف خصوصی طبق تعریف ارائه‌شده در لایحه

با توجه به تعریفی که طبق بند ۴ ماده ۱ لایحه از طرف خصوصی ارائه شده است، طرف خصوصی بسیار محدود یا به عبارت صحیح‌تر، مضیق پیش‌بینی شده است. بر اساس این تعریف، اگر یک درصد از سهام اشخاص، حتی به صورت غیر مستقیم به یکی از طرف‌های عمومی نام‌برده در بند یادشده تعلق داشته باشد، دیگر نمی‌توان وی را به عنوان طرف خصوصی در نظر گرفت. به این ترتیب، با توجه به ساختار اقتصادی ایران، اشخاصی که بتوانند با در نظر گرفتن این تعریف، طرف خصوصی تلقی شوند، بسیار اندک خواهند بود.

ه) تشدید نابرابری اجتماعی

از دیگر ایرادهای جدی لایحه مشارکت عمومی و خصوصی آن است که نابرابری‌ها را تا حد زیادی تشدید می‌کند؛ زیرا زمانی که پروژه‌ای از طریق این نوع مشارکت احداث می‌گردد، هزینه و سود آن در دوره بهره‌برداری از جانب مصرف‌کنندگان پروژه (مردم) به دست می‌آید. این سخن به آن معناست که بسیاری از افراد به دلیل ناتوانی در پرداخت این هزینه‌ها، قابلیت بهره‌مندی از این نوع پروژه‌ها را نخواهند داشت. به اصطلاح این نوع پروژه‌ها تا حدودی گرایش‌های سرمایه‌داری دارند. در نتیجه، در این قبیل پروژه‌ها که از طریق مشارکت پیش‌گفته احداث می‌شوند، برخی از اصول حاکم بر خدمات عمومی مانند اصل رایگان بودن این نوع خدمات نقض می‌شود؛ چون دیگر دسترسی برابر به خدمات عمومی وجود ندارد و بهره‌مندی از این خدمات تنها با پرداخت هزینه امکان‌پذیر است. به همین دلیل، جوامع پیشرو در حوزه قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی، در رویکردی جدید، بخش اجتماعی را نیز به این قراردادها افزوده‌اند. در همین راستا، امروزه صحبت از

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، پیشین، ص ۵.

مشارکت‌های عمومی، اجتماعی و خصوصی (PSPP)^۱ است و این جوامع در پی تقویت بعد اجتماعی قراردادهای یادشده هستند. بر همین اساس، برای به دست آوردن هزینه‌های سرمایه‌گذاری و سود در دوره بهره‌برداری، نرخ ترجیحی تعریف می‌کنند. این موضوع در این لایحه وجود ندارد و بر عکس، رویکرد سرمایه‌داری آن بیش‌تر به چشم می‌خورد.^۲

گفتار سوم. راهکارهای رفع چالش‌های قانونی قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

بند اول. یکنواخت‌سازی مقررات حاکم بر قراردادها

در راستای برطرف ساختن برخی ریسک‌های قانونی موجود در قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی نظیر تعدد قوانین و تغییرات مکرر قوانین باید مقررات حاکم بر این حوزه را یکنواخت ساخت تا با ایجاد ثبات نسبی و افزایش طول عمر مناسب قوانین بتوان اعتماد سرمایه‌گذاران و بخش خصوصی را جلب کرد. یکی از گام‌های مهم برای دستیابی به این مهم، انشای لایحه مشارکت عمومی و خصوصی است که برای پیمودن تشریفات قانونی تقدیم مجلس شده است و پیش‌تر بررسی شد.

افزون بر این، شایسته است با افزایش تعامل سازنده با سازمان بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)^۳ بتوان به یکنواخت‌سازی این قوانین کمک کرد؛ چون هدف اصلی این سازمان، تهیه طرح قراردادهای بین‌المللی و قوانین یکنواخت در زمینه حقوق خصوصی و همچنین تحقیق در روش‌های اجرای این قوانین است. این سازمان، قوانین تنظیم‌شده خویش را در قالب یک پیش‌نویس به دولت‌ها عرضه می‌کند تا در صورت تمایل آن‌ها، به سندی بین‌المللی تبدیل شود. البته با توجه به کندی روند تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی، دولت‌ها می‌توانند هم‌گام با تحولات بین‌المللی، مفاد قواعد تنظیم‌شده را در قوانین داخلی خود وارد کنند.^۴

1-Public – Social – Private Partnership (PSPP).

همان‌طور که می‌دانید، توسعه ملی در کشورهای جهان سوم بیش از هر چیز به مشارکت اجتماعی و فعال افراد جامعه وابسته است. نبود این نوع مشارکت و وفاق اجتماعی، زمینه برخورد، اختلاف و تضاد را در میان عملکرد بخش‌های مختلف (خصوصی و عمومی) جامعه فراهم می‌کند. از این رو، نگرش برنامه‌ریزان باید معطوف به افزایش نقش مشارکت‌های مردمی در فرآیند توسعه و به ویژه در زمینه‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی باشد. تدوین راهبردی مبتنی بر سازمان‌دهی مردمی در رابطه با سیاست‌ها و خط‌مشی‌هایی که در جهت کسب حداکثر مشارکت مردم تنظیم می‌شود، از اهمیت و ضرورت خاصی برخوردار است.
۲. هداوند، پیشین، ص ۱۵۴.

3-UNIDROIT.

۴. جعفری، کورش، «جایگاه ایران در مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یونیدروا) و نگاهی به آینده»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۲۵، ص ۲۱۸.

بند دوم. مدیریت ریسک‌های قانونی در قراردادها

گاهی پیش می‌آید که دولت میزبان برای هم‌گام‌سازی شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی با خود، با توسل به اعمال مداخله‌جویانه، رفتارشان را دست‌خوش تغییراتی می‌کند. برخی از این رفتارهای دولت سرمایه‌پذیر به علت ناآگاهی و علم نداشتن به حقوق و تعهدات خویش است.^۱ برای نمونه، قزاقستان در سال ۱۹۹۰، قراردادی را پذیرفت که مفاد آن را بررسی نکرده بود. به همین علت، چندی بعد، خلاف جهت شروط قراردادی، بهای مالیات‌ها را افزایش داد.^۲ این گونه اعمال مداخله‌جویانه به دلیل تغییر در قوانین یا وضع مصوبات جدید رخ می‌دهد که برخی از آن‌ها را بررسی می‌کنیم و برای مدیریت این قبیل ریسک‌ها، پیشنهادهایی خواهیم داد.

الف) عوارض و مالیات‌ها

تمامی دولت‌ها از دیرباز تا کنون برای تأمین هزینه‌های خود، از اشخاص حقیقی و حقوقی، مالیات‌های مختلف می‌گیرند. برای مثال، کشورهای نفت‌خیز با گرفتن مالیات‌های گوناگون از شرکت‌های نفتی خارجی تلاش می‌کنند تا بابت بهره‌مندی آن‌ها از این میدان‌های نفتی، درآمد بیشتری کسب کنند. پیش‌بینی مالیات‌های سنگین نیز می‌تواند از سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی در کشور سرمایه‌پذیر جلوگیری کند.^۳ به همین دلیل، کشورها در راستای جذب سرمایه‌گذاران خارجی تلاش می‌کنند با التفات و انعطاف بیش‌تری در مورد امور مالیاتی تصمیم بگیرند.

در مقوله سرمایه‌گذاری، همواره این ریسک برای سرمایه‌گذار وجود دارد که دولت سرمایه‌پذیر هنگام اجرای پروژه قراردادی، قوانین و مقررات مالیاتی خود را تغییر دهد و بر منافع سرمایه‌گذار اثر بگذارد. در همین راستا و برای کنترل ریسک مالیاتی یادشده، طرفین قرارداد می‌توانند با موافقت یکدیگر، شرط‌هایی در قرارداد درج کنند. مثلاً می‌توانند ضمن قرارداد بیان کنند که این قرارداد از قانون مالیاتی جدید معاف باشد و به این طریق با تصریح این شرط در ضمن قرارداد از روی دادن مشکلات بعدی جلوگیری کنند.^۴

۱. درام، متین، **نفت بی خطر**، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲، ص ۱۳۴.

2-Cameron D., Peter, Stabilization, Changes & Contracts Investment in for Tools: Countries Host in Rules of Association, Investors Gas & Oil Petroleum International, UK, Negotiations, 2006, p. 22

3-Downie, David, Contractual Risk Allocations: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk, California: Create Space Publisher, 2012, No. 3

۴. پدرام، پیشین، ص ۱۳۹.

ب) گمرک

در طول مدت احداث پروژه تا قبل از مرحله بهره‌برداری، همواره این ریسک وجود دارد که دولت سرمایه‌پذیر به واسطه افزایش تعرفه واردات، ادامه روند پروژه را دچار مشکل سازد و صرف هزینه‌های بیش‌تری را بر سرمایه‌گذار تحمیل کند.^۱ ممکن است این افزایش تعرفه در راستای حمایت از تولیدات داخلی صورت گرفته باشد، اما در این صورت نیز احتمال می‌رود که جای‌گزین‌های داخلی، کیفیت مطلوب برای کسب کارآیی مورد نظر را نداشته باشند. در نتیجه، در حال حاضر، با توجه به توانایی تولیدکنندگان داخلی در زمینه تولید برخی تجهیزات و کالاها می‌توان قراردادهای را به صورت مشروط منعقد ساخت، به گونه‌ای که می‌توان شرط کرد اگر تجهیزات و کالاهای داخلی در قیاس با نمونه خارجی آن، توانایی رقابت از نظر کیفیت، قیمت و مدت زمان تحویل را داشته باشند، سرمایه‌گذار موظف است آن کالا را از تولیدکنندگان داخلی تهیه کند. برخی سرمایه‌گذاران خارجی در راستای تأمین مالی پروژه، از آژانس اعتبار صادراتی دولت خود وام می‌گیرند و مکلف می‌شوند خریدهای مورد نیاز را از کشور خود انجام دهند. به همین دلیل، نباید به سرمایه‌گذاران خارجی در این زمینه بیش از اندازه سخت گرفت و فشار آورد.^۲

ج) سلب مالکیت در پروژه‌های نفتی

ریسک سلب مالکیت، یکی از ریسک‌های مهم و عمده در صنعت نفت به شمار می‌رود؛ چون منابع نفتی، بیرون از کشورهای سرمایه‌گذاران خارجی و صاحبان فناوری هستند. در مقابل، سرزمین‌های نفت خیز بر پایه اقتصاد دولتی بنا شده‌اند و دولت در این کشورها در بسیاری از حوزه‌ها مداخله می‌کند.^۳ یکی از راهکارهایی که دولت‌های میزبان سرمایه برای کاهش ریسک یادشده و ایجاد اطمینان خاطر برای سرمایه‌گذاران خارجی پیش‌بینی کرده‌اند، انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذار خارجی است. در این گونه توافق‌نامه‌ها، مفادی برای سلب مالکیت گنجانده می‌شود. ماده ۱۳ معاهده منشور انرژی که ایران نیز آن را امضا کرده است و ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰)، چگونگی و تحدید شرایط سلب مالکیت را بیان کرده‌اند.

1-Hoffman. L Scot: The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors Lawyers, and Project Participants, Cambridge University Press; 3rd edition (October 22, 2007), p,70, cit. op

۲. پدرام، پیشین، ص ۱۴۱.

3-Foster. K George, Managing Expropriation Risks in the Energy Sector, 23 J. Energy & Nat. Resources L. 36 (2005), p.38, cit. op

اگر طرفین قرارداد در خصوص شرایط سلب مالکیت با هم دچار اختلاف شوند، مثلاً سرمایه‌گذار خارجی معتقد باشد که سلب مالکیت به قصد تبعیض صورت گرفته است، به این اختلاف باید بر اساس تبصره ۲ ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و ماده ۱۹ این قانون رسیدگی شود. گویا این ماده نیز برای سرمایه‌گذار خارجی بدون ریسک نیست؛ چون بر اساس این ماده، اگر تنش‌ها با مذاکره از بین نرود، این اختلاف را باید در دادگاه‌های داخلی اقامه کرد. بر این اساس، اگر توافق‌نامه‌ای دوجانبه برای انعقاد قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، پیمانکار باید هنگام انعقاد قرارداد با دولت ایران، شرط داوری را تصریح کند.

بند سوم. پیش‌بینی ضمانت اجراهای کارآمد برای قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی

ضمانت اجرا، قدرتی است که برای به کار بستن قانون از آن استفاده می‌شود تا به کمک آن، قراردادها و عقود مختلف در چارچوب قانون انجام گیرد و موارد مندرج قانون از سوی طرفین در انعقاد آن‌ها رعایت شود. در غیر این صورت، در برخی موارد، رعایت نشدن شرایط قانونی موجب می‌شود که قرارداد یا عقد انجام‌گرفته، از نظر قانون، باطل تلقی شود یا قدرت اجرایی نداشته باشد.

با وجود توجه قانون‌گذار به وضع ضمانت اجرا برای قوانین مصوبه، در قوانین مختلف با مواردی مواجه می‌شویم که ضمانت اجرایی ندارند. این امر گاهی به دلیل مسامحه قانون‌گذار است و گاهی نیز به دلیل شرایط خاص آن موضوع، وضع ضمانت اجرا برای آن میسر نیست. این به معنی بی‌اثر بودن آن بخش از قوانین نیست و در هر حال، همواره آثاری بر قانون مترتب است. برای مثال، بر اساس تبصره ۳ ماده ۳ قانون برگزاری مناقصات (۱۳۸۳)، «مبلغ یا برآورد معاملات مشمول هر یک از نصاب‌های فوق نباید با تفکیک اقلامی که به طور متعارف، یک مجموعه واحد تلقی می‌شوند، به نصاب پایین‌تر برده شود». با این حال، ضمانت اجرایی برای نقض آن در نظر گرفته نشده است.^۱ پس شایسته است ضمانت‌های اجرایی مناسبی اعم از فسخ یا بطلان قرارداد برای مواردی که ضوابط حاکم رعایت نمی‌شوند، در قوانین پیش‌بینی شوند.

۱. خالقی، ابوالفتح و مهدی فضلی، «کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۳، ص ۱۳.

نتیجه گیری

مصادیق متعددی از ریسک قانونی از قبیل تعدد قوانین و مقررات، شفاف نبودن قوانین و نبود چارچوب قانونی در قوانین حاکم بر قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی وجود دارد که همین امر موجب دل‌سردی و کاهش تمایل سرمایه‌گذاران و بخش خصوصی در زمینه سرمایه‌گذاری و مشارکت در چنین پروژه‌هایی می‌شود. لازمه جذب سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری در کشور و تن دادن به چنین مشارکتی، وجود ثبات نسبی در قوانین و مقررات، شفافیت قوانین و به طور کلی، ایجاد بستری ایمن است تا سرمایه‌گذاران با خاطری آسوده و آینده‌ای قابل پیش‌بینی سرمایه‌گذاری کنند.

ریسک، امری جداناپذیر از قراردادهاست، به گونه‌ای که بیش‌ترین زمان در مذاکرات قراردادی، به موضوع تخصیص ریسک اختصاص پیدا می‌کند. در راستای مدیریت این ریسک‌ها به ویژه ریسک‌های قانونی، راهکارهایی بیان کردیم. پروژه‌های موضوع قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی از نظر مدت زمان اجرا، نیازمند صرف بازه زمانی طولانی هستند و تا سال‌ها به طول می‌انجامند. پس همیشه این ریسک برای سرمایه‌گذاران این پروژه‌ها وجود دارد که قوانین کشور میزبان دست‌خوش تغییراتی گردد که برایشان خوشایند نباشد و موجب صرف هزینه‌هایی بیش از هزینه‌های پیش‌بینی‌شده گردد یا انجام پروژه را به تعویق اندازد یا ادامه پروژه را ناممکن سازد. ریسک افزایش تعرفه‌های عوارض و مالیاتی کشور میزبان، ریسک افزایش نرخ‌های گمرکی یا ریسک ملی شدن و سلب مالکیت به ویژه در پروژه‌های نفتی، نمونه این گونه ریسک‌هاست.

برای کنترل و مدیریت چنین ریسک‌هایی می‌توان از شروط ضمن عقد بهره جست. برای مثال، می‌توان با توافق طرفین، در ضمن قرارداد تصریح کرد که این قرارداد، از قانون مالیاتی جدید معاف باشد و این گونه از ایجاد مشکلات در آینده جلوگیری کرد. برای جلوگیری از سلب مالکیت تبعیض‌آمیز نیز می‌توان موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذار خارجی منعقد کرد؛ چون در این گونه توافق‌نامه‌ها مانند معاهده منشور انرژی، مفادی در مورد سلب مالکیت وجود دارد. هم‌چنین ضمن این موافقت‌نامه می‌توان با توافق طرفین شرط کرد که در صورت بروز تنش و اختلاف در این رابطه، یک مرجع بی‌طرف به آن رسیدگی کند. اگر چنین توافق‌نامه دوجانبه‌ای به منظور انعقاد قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، پیمانکار باید هنگام انعقاد قرارداد با دولت ایران، بر شرط دآوری تصریح کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پدرام، متین، **نفت بی خطر**، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲.
۲. صادق‌مقدم، محمدحسن، **حقوق بیمه (جلد ۱)**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
۳. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، **اظهارنظر کارشناسی درباره «لایحه مشارکت عمومی و خصوصی»**، تهران: معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات مالیه عمومی و توسعه مدیریت و دفتر مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹.
۴. مشکات، سید مصطفی، **مشارکت عمومی و خصوصی (PPP)**، مدل‌های قراردادی BOT, EPC و HAM، تهران: میزان، ۱۴۰۰.

ب) مقاله

۱. باقری، محمود و عادل ابراهیم‌پور اسنجان، «**تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت/ جبران خسارت و انتقال آن به بیمه‌گر**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۶، دوره چهل و هفتم، شماره ۴.
۲. جعفری، کورش، «**جایگاه ایران در مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یونیدروا) و نگاهی به آینده**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۲۵.
۳. جوان‌دل جانان‌لو، فرخ و منصور احمدنژاد، «**قواعد حاکم بر بیمه‌نامه‌های عملیاتی توسعه میادین نفتی فراساحل**»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۴، سال اول، شماره ۲.
۴. حاجیان، محمدمهدی و سیده شیدا سلیمی، «**مدیریت و توزیع کارآمد ریسک در قراردادهای نفت و گاز از طریق شروط قراردادی**»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۴۴.
۵. حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین و سعید ملک‌الساداتی، «**موانع نهادی سرمایه‌گذاری و کسب و کار در ایران**»، پژوهش‌نامه بازرگانی، ۱۳۹۰، سال پانزدهم، شماره ۵۹.
۶. خالقی، ابوالفتح و مهدی فضلی، «**کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD**»، پژوهش حقوق کیفری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۳.
۷. خزایی، حسین، «**سرمایه‌گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی**»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۷۱، شماره ۴.

۸. رستمی، ولی، مرتضی اصغر نیا و محسن نیک‌بین، «بررسی حقوقی مشوق‌های قانون و آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ترتیبات قراردادی»، اندیشه‌های حقوق خصوصی (دانشگاه علم و فرهنگ)، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۲.
۹. ریسی، مینا، «امتیاز داری»، نشریه مطالعات تاریخی، ۱۳۹۱، شماره ۳۷.
۱۰. شیروی، عبدالحسین و منیره خدادادپور، «مشارکت عمومی و خصوصی از منظر قوانین ایران»، حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره یازدهم، شماره ۲.
۱۱. ماکویی، احمد، ایرج مهدوی و فاطمه فرخیان، «تخصیص مناسب ریسک به کارفرما و پیمانکار در اجرای پروژه‌ها»، مقاله ارائه‌شده در چهارمین کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه تهران، پورتال جامع علوم انسانی، ۱۳۸۷.
۱۲. هداوند، مهدی، «سومین نشست راهبرد ایرانی با موضوع بررسی حقوقی مدل قراردادهای مشارکت عمومی و خصوصی»، مجله راهبرد ایرانی، ۱۳۹۹.

ج) پایان‌نامه

۱. خرمیان اصفهانی، امین، «جبران خسارت قراردادی در پرتو تخصیص ریسک قراردادهای (بالادستی) نفت و گاز»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۲. دیلمی، شیوا، «تخصیص ریسک در حقوق قراردادهای»، پایان‌نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
۳. صفری، عطیه، «شناسایی و بیمه مخاطرات (ریسک) توسعه و بهره‌برداری میدین نفت و گاز فراساحلی با تکیه بر چهارچوب قراردادی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.

2-Latin Source

- 1-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Beatrice Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector" (working paper), World Bank, 1997
- 2-Brunetti, Aymo, Kisunko, Gregory and Weder, "Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector", World Bank, 1998
- 3-Cameron D., Peter, Stabilization, Changes & Contracts Investment in for Tools: Coun-

tries Host in Rules of Association, Investors Gas & Oil Petroleum International, UK, Negotiations, 2006

4-Downie, David, Contractual Risk Allocations: Using Warranties, Exclusions, Indemnities and Insurance Provisions to Mitigate and Manage Risk, California: Create Space Publisher, 2012, No. 3

5-Foster. K George, Managing Expropriation Risks in the Energy Sector, 23 J. Energy & Nat. Resources L. 36 (2005)

6-Hoffman. L Scot: The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants, Cambridge University Press; 3rd edition (October 22, 2007)

7-Jiaming Zhang, Tao Wang and Limao Zhang, “Legal Risk Assessment Framework for International PPP Projects Based on Metanetwork”, Journal of Construction Engineering and Management, 2021, Vol. 147, ISSUE 8



کاربست مفهوم «عدالت اداری» در آرا و رویه دیوان عدالت اداری

بابک باصری*

علی فقیه حبیبی**

چکیده

در این مقاله، مفهومی انضمامی از عدالت اداری بررسی می‌شود که تابعی از کنش‌های سیاسی است، به این معنا که بیش‌تر، محصول توافقی سیاسی است تا این‌که مفهومی متافیزیکی داشته باشد. این مفهوم در درجه نخست، ناظر بر روش توزیع منصفانه منابع و سپس تصمیمات عادلانه اداری است و مبنایی برای ساختارسازی نظام اداری در یک نظام حقوقی پیشرفته است که بر توزیع عادلانه ثروت از طریق حقوق اداری و اصول حقوقی برآمده از مفهوم عرفی اطلاق دارد و ممکن است در قالب اصول عدالت رویه‌ای و ماهوی در رویه محاکم اداری تعین یابد. پرسش اصلی این مقاله، از مفهوم عدالت اداری در رویه دیوان عدالت اداری است که با روش توصیفی و تحلیلی، پس از تبیین زمینه‌های عدالت اداری در خوانش قضات دیوان عدالت از مفاهیم متکثر پرداخته می‌شود. در نهایت، به تعین آن در رویه دیوان عدالت می‌پردازیم. این مفهوم انضمامی از عدالت اداری به صورت اصول حقوقی در نظام حقوق اداری عینیت می‌یابد. با این حال، مفهوم عدالت اداری در آرای دیوان عدالت اداری در دو اصل بی‌طرفی و اصل تناسب به طور انضمامی تجلی یافته است. اصل نخست، ناظر بر مفهوم رویه‌ای عدالت اداری و اصل تناسب، تعین مفهوم ماهوی آن است. بنابراین، مهم‌ترین کاربردهای مفهوم عدالت اداری، تعین اصول حقوقی مستنبط از آن در دادرسی‌های اداری و رویه قضایی دیوان عدالت اداری است و درک این موضوع از طریق مطالعه تحلیلی آرا و رویه دیوان عدالت اداری و انطباق آن با مفهوم عدالت اداری در ساختار اداری صورت پذیرفته است.

کلیدواژه‌ها: اصل استماع، بی‌طرفی، عدالت اداری، تناسب، منفعت عمومی.

*. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شیراز، شیراز، ایران.
baseribabak@gmail.com (نویسنده مسئول)

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران.
faghih.habibi@gmail.com

مقدمه

عدالت، مقوله‌ای فراگیر و در عین حال، اختلافی است و معمولاً در درک مفهوم آن، شهودگرایی^۱ بر واقعیت‌گرایی^۲ غلبه دارد. مفروض این پژوهش، مفهوم سیاسی (عملی) عدالت - و نه مفهومی متافیزیک یا هستی‌شناسانه^۳ که هدف آن، برداشتی حقیقی از عدالت باشد - است که به عنوان مبنای اعلامی و محصول توافق سیاسی میان شهروندان به عنوان افراد آزاد و برابر در نظر گرفته شده است. فلسفه در مقام جست‌وجوی حقیقت درباره متافیزیک مستقل و نظم اخلاقی نمی‌تواند مبنای مشترک و کاربردی برای مفهوم سیاسی عدالت در یک جامعه دموکراتیک فراهم آورد^۴ و اساساً مفهوم^۵ عدالت اداری نیز به این روش دست‌نیافتنی است و نمی‌تواند مفهومی متافیزیک باشد، بلکه کارکردی عینی و برگرفته از سیاست عملی و ایده‌های شهودبنیان است که در مسیرهای مختلف موجود و در ساختار اداری یک کشور برای برقراری هماهنگی میان نهادهای سیاسی و اداری و شهروندان عینیت می‌یابد. این توافق زمانی در نگرش اجتماعی و سیاست عمومی یافت می‌شود که اموال افراد و متعلقات آن را در یک نظام دموکراتیک عادلانه حفظ کند. از این رو، کشف مفهوم عدالت اداری، نیازمند مطالعه کنش و واکنش‌های یک ملت نسبت به پدیدارهای مشابه در مقاطع مختلف تاریخی است که بیانگر حس و شهود آنان نسبت به آن پدیدار است.

برای دریافت مفهوم عدالت اداری باید شهودها و حس‌های مشترک ملت و برداشت آنان از خیر عمومی را از ادوار مختلف استخراج کرد تا بر آن اساس بتوان ساختار اداری مطلوب و متناسب طراحی کرد. ابتدا باید مفهوم عدالت اداری در بافت اجتماعی و سیاسی درک شود و آن گاه به توسعه اصول آن در نظام حقوقی پرداخت. پرسش این مقاله درباره تعیین مفهوم عدالت اداری در رویه دیوان عدالت اداری است. پس سعی می‌شود با بررسی آرا و رویه دیوان عدالت اداری، اصول مستنبط از مفهوم عدالت اداری، کشف و در طبقات شکلی و ماهوی دسته‌بندی شود. ثمره این امر، درک ریشه‌های این اصول و کاربست مناسب‌تر آن‌ها در رویه‌ها و دادرسی اداری است. پس از مطالعه مفهوم عدالت اداری و نقش آن در ایجاد ساختار نظام اداری، کاربست آن در دو بعد شکلی و ماهوی به صورت اصل بی‌طرفی و اصل تناسب در تصمیمات اداری و رویه محاکم اداری بررسی می‌شود.

1-Intuition.

2-Fact.

3-ontological .

4-Rawls, john, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3, (Summer 1985), p. 223

5-Feasibility.

گفتار اول. چارچوب نظری و تحلیلی عدالت اداری

عدالت اداری، تصور بازنمایی کلی ساختار اداری منصفانه‌ای در یک نظام حقوقی است که بستری لازم را برای اجرای اصول حقوقی فراهم می‌سازد. مفهوم عدالت اداری در هر جامعه بدو مفهوم شهروندی است که مفاهیم دیگر در ترکیب با آن، مفهومی عینی را تعیین می‌بخشد و مقدمه‌ای برای ساختارسازی است. بازتولید مفهوم عدالت اداری، نیازمند مذاقه در اندیشه‌های فلسفی است، به این گونه که بخشی از رهیافت آن در تفکرات فلسفی قابل حصول است. در تعیین مفهوم عدالت اداری باید از اصل وحدت مفهومی شروع کرد و به کثرت مفهومی رسید؛ به این معنا که هر کثرتی باید نشانه‌ای از وحدت داشته باشد و آن گاه از کثرت باید به وحدت بازگشت. در تعیین مفهوم عدالت اداری نیز از وحدت مفهومی به سمت کثرت حرکت خواهیم کرد. اگر چنین باشد، مفاهیم کثیر عدالت اداری، یک ساختار را به وجود می‌آورد که هر مفهوم، تقارنی^۱ اولیه دارد و کم کم از تقارن فاصله می‌گیرد و به نامتقارنی^۲ میل می‌کند.

با عنایت به این مطالب، در تعیین مفهوم عدالت اداری در نظام حقوقی باید نخست به کثرت مفهومی عدالت اداری اذعان کنیم. سپس با اجماع بر مفهومی خاص، آن را به برداشت غالب و مورد توافق اکثریت تبدیل کنیم. به طور کلی، در تولید مفهوم عدالت اداری بر دو مسئله باید توافقی فراگیر داشته باشیم:

۱. مفهوم عدالت اداری برای دست یافتن به ساختار اداری عادلانه؛

۲. نظام عادلانه تصمیم‌گیری در حقوق اداری.^۳

در جامعه‌ای دموکراتیک، شهروندان برای حصول توافق و اجماع بر سر اصول عدالت اداری گفت‌وگو می‌کنند. مبانی عدالت اداری در این گونه جوامع، قراردادمحور است و توافق بر سر اصول عدالت اداری منجر به ساختارسازی در نظام اداری می‌شود. در واقع، نظام حقوقی اداری، محصول توافق اولیه بر اصول عدالت اداری است. البته این اجماع شرایطی دارد که اگر منافع گروه‌های مختلف در آن تضمین نشود، هر گونه توافقی ناپایدار و متزلزل خواهد بود. دومین مسئله که در مبانی کارکردی عدالت اداری از اهمیت بنیادین برخوردار است، توافق بر نظام تصمیم‌گیری در قالب عدالت اداری است. «تعارض کارآمدی اداره به عنوان منفعتی عمومی با حقوق فردی یا تعارض حقوق فردی با یکدیگر، وجهی از این تعارض است. دوم

1-Symmetry.

2-Asymmetric.

۳. باصری، بابک و محمدرضا ویژه، «هم‌نشینی قراردادی و منفعت عمومی در بافت عدالت اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲، ص ۳۸.

این‌که عدالت اداری ناظر بر عمل (تصمیم) اداری است و عمل اداری نیز تعیین‌کننده حقوق و تکالیف اشخاص و گروه‌های مختلف اجتماعی است. در واقع، اهمیت عمل اداری در این جا و در این مقاله عمدتاً به دلیل تأثیری است که بر حقوق و منافع اشخاص می‌نهد. بنابراین، هر کوششی برای تعریف عدالت اداری باید به حفظ توازن بین منافع و مصالح مختلف اعم از عمومی و خصوصی معطوف باشد.^۱

بند اول. توافق بر سر مفهوم عدالت اداری برای ساختارسازی نظام اداری

در مسیر توافق جامع بر سر اصول عدالت اداری که پایه‌های ساختار اداری را پی‌ریزی می‌کنند، نباید نخست به ارزش‌ها پرداخت؛ چون تقدّم هر ارزش یا سبک خاصی از زندگی بر دیگر سبک‌ها یا ارزش‌ها، مسیر توافق جامع را مسدود می‌سازد. از این جهت که مفهوم عدالت اداری، مفهوم سیاسی است، نه متافیزیکی، مقدّم بر ارزش‌ها مفروض گرفته می‌شود و برای رسیدن به اصول و مبانی عدالت اداری نباید به ارزش‌ها استناد کرد. به عبارتی دیگر، از نظر محتوایی، عدالت اداری، نخست میان‌تهی است و تنها ظرف‌مدار است تا از این طریق، راه را برای گفت‌وگو میان نمایندگان طیف‌های مختلف هموار کند. توافق شهروندان در هر جامعه متکثر در سه مورد می‌تواند منجر به تولید مفهوم عدالت اداری شود که ساختار نظام اداری بر پایه‌های آن شکل گیرد:

یک - شهود و حس مشترک از عدالت اداری: به طوری که در کنش‌های اجتماعی و سیاسی، آزادی‌های اساسی شهروندان تضمین شود. این حس یا شهود مشترک معمولاً در جوامع قانون‌گرا در عبارت‌هایی هم‌چون برابری همگان نزد قانون و حق برخورداری از امکانات عمومی به طور یکسان عینیت می‌یابد.

دو - برداشت جامع از مصلحت و خیر عمومی: توافق کلی بر سر مفهوم خیر عمومی، دیگر مؤلفه مفهوم عدالت اداری است که نیازمند اجماع اکثریت شهروندان است. به نظر می‌رسد که در اجماع بر خیر عمومی باید از تفوق یک ارزش بر ارزش‌های دیگر در یک جامعه متکثر پرهیز کرد. در توافق بر سر خیر عمومی باید از توسل به ارزش‌ها حتی‌الامکان پرهیز شود. اگرچه پس از تولید عدالت اداری ممکن است ارزش عمیق‌تری نیز تولید شود که مورد توافق همگان باشد، اما این ارزش نمی‌تواند مقدم بر مفهوم عدالت اداری باشد، بلکه محصول توافق جامع بر سر خیر عمومی است.

سه - امکان مشارکت فعال شهروندان در اداره عمومی: مشارکت شهروندان به طور فعال، مکمل توافق آنان بر برداشت مشترک از خیر عمومی یا حس مشترک درباره عدالت اداری

۱. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، فصل‌نامه دانش

حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۳، شماره ۷، ص ۱۱۷.

است. در واقع، تفاوت این مورد با دو مورد قبلی در این است که توافق بر خیر عمومی یا پیدایش حس مشترک، رابطه‌ای بین‌الذهانی و بین نسلی است که به هم‌گرایی احساس و تفکرهای مختلف در مورد این پدیدار می‌انجامد. امکان مشارکت فعال شهروندان در اداره عمومی، قابلیت عینیت بخشیدن به این توافقی‌ها را مقدور می‌سازد.^۱

پس از مرحله ذهنی (سوبژکتیو) که تشریح شد، کشف مفهوم عدالت اداری، نیازمند مرحله انطباق ذهن با عین یا مرحله ابژکتیو است که با مطالعه مقاطع مختلف تاریخی تحقق می‌یابد.^۲ در واقع، واکنش یک ملت نسبت به پدیدارهای مشابه در مقاطع مختلف تاریخ بیانگر حس و شهود آنان نسبت به آن پدیدار است. برای دریافت مفهوم عدالت اداری نیز باید شهودها و حس‌های مشترک ملت و برداشت آنان از خیر عمومی را از ادوار مختلف استخراج کرد تا بر آن اساس بتوان ساختار اداری مطلوب و متناسب را طراحی کرد. معمولاً این برداشت‌های مشترک در قالب مطالبات عمومی در مقاطع مختلف تاریخی مطرح می‌شود و در یک جنبش انقلابی یا اصلاح‌طلبانه در قانون اساسی انعکاس می‌یابد.

برای مثال، به مطالعه شکل‌گیری ساختار محاکم اداری در تاریخ ایران اشاره می‌کنیم. روح استبدادستیزی به عنوان یک مطالبه عمومی در انقلاب مشروطه ایران (۱۲۸۵) در قالب حسی مشترک درباره عدالت‌خواهی یا ارتقای خیر عمومی مطرح شد. در تحصن علما در صحن حرم شاه عبدالعظیم نیز چهارمین درخواست آنان از شاه، «بنیاد عدالت‌خانه در همه جای ایران» بود.^۳ منظور از برقراری عدالت‌خانه تنها تأسیس دادگستری عمومی نبود که صرفاً اختلافات مردم با یکدیگر را حل و فصل کند، بلکه خواست عمومی برای ایجاد عدالت‌خانه، معطوف به رسیدگی دعاوی مردم علیه کارگزاران حکومتی نیز بود؛ چون به دلیل ساختار و بافت اجتماعی آن روز، دعاوی مردم با یکدیگر نزد ریش‌سفیدان حل و فصل می‌شد. به نظر می‌رسد بخش اعظم مطالبه عدالت‌خانه ناشی از ظلم کارگزاران حکومتی بود و حس مشترک مردم از عدالت در قالب درخواستی برای تأسیس دادگاهی ارائه شد که به تظلمات کارگزاران حکومت علیه مردم رسیدگی کند. این مطالبه با عزل علاءالدوله از حاکمیت تهران و دستور برقراری عدالت‌خانه از سوی شاه تجلی عینی یافت.

ساختارسازی نامتناسب با مفهوم شهودی عدالت اداری منجر به شکل‌گیری دادگاه اداری نشد و این مطالبات ادامه یافت تا این که در قانون شورای دولتی ایران در ۱۳۳۹

۱. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و دوم، زمستان

۱۳۹۸، شماره ۸۸، صص ۲۸۸-۲۸۹

۲. همان، صص ۲۸۶-۲۸۷.

۳. کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، تهران: صدای معاصر، چاپ ششم، ۱۳۹۰، ص ۱۳۴.

عینیت حقوقی یافت. قانون شورای دولتی که برای رسیدگی به شکایت مردم از تصمیم‌ها و تصویب‌نامه‌های مراجع عمومی تصویب شد، هرگز اجرایی نگردید. با پیروزی انقلاب اسلامی، این مفهوم از عدالت اداری در اصل ۱۷۳ ق.ا منعکس شد و در سال ۱۳۶۰ با تأسیس دیوان عدالت اداری، تحقق عینی و بیرونی یافت.

به طور کلی، «تحقق عدالت اداری را باید در انقیاد دولت به حقوق جویا شد. اگر دولتی، خود را مطیع و منقاد هیچ گونه قانون اعم از طبیعی یا وضعی نداند و نهادی اعم از اداری یا قضایی، عهده‌دار کنترل یا عدم مطابقت تصمیمات و اقدامات دولت با قوانین و در صورت لزوم، ابطال آن‌ها نباشد، می‌توان منکر وجود یا تحقق عدالت اداری در این گونه نظام شد»^۱.

بند دوم. نظام تصمیم‌گیری مبتنی بر اصول عدالت اداری

علاوه بر ساختار اداری مستنبط از مفهوم عدالت اداری، سازوکار تصمیم‌گیری اداری نیز امری قراردادگرا و توافقی است. اداره به عنوان کارگزار و مجری قوانین مصوب پارلمان در زمان اجرا ناگزیر است قوانین را تفسیر کند و تصمیم‌هایی بگیرد که به دلیل انتصابی بودن مقامات اجرایی و عمومی با مبانی دموکراسی و عدالت اداری قراردادگرا، مغایر به نظر می‌رسد. برای رفع این مغایرت، سازگاری تصمیم‌سازی اداری با مبانی عدالت اداری مستلزم نگرش رابطه قراردادمحور میان اداره و شهروندان است که نیازمند مشارکت فعال ذی‌نفعان در تصمیم‌سازی اداری است. این نگرش موجب تغییر رابطه طولی اداره با شهروندان و تعدیل آن و همچنین منجر به جای‌گزینی نظام تصمیم‌سازی ذی‌نفعان و شهروندان می‌شود. افزایش اختیارات تفویضی به مقامات اداری تنها از طریق سازوکارهایی که موجب افزایش مشارکت شهروندان در تصمیم‌سازی شود، با حفظ خودآیینی^۲ بشر قابل توجیه است. بنابراین، مشارکت همگانی و تصمیم اکثریت که از اصول دموکراسی به شمار می‌روند، با ورود به عرصه حقوق اداری علاوه بر آن که موجب حفظ خودآیینی شهروندان خواهد شد، به کارآیی بهتر اداره نیز منجر می‌شود.

شهروندان از دو طریق، حق مشارکت در فرآیند تصمیم‌گیری‌های اداری را دارند که با حقوق و آزادی‌هایشان مرتبط باشد:

- یک - شهروندان در مقررات‌گذاری‌های اداری به طور دموکراتیک شرکت کنند؛
 - دو - اداره، مبنا و دلایل تصمیمات خویش را به طور آشکار برای آنان توضیح دهد.
- به این صورت، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌های اداری اعمال می‌شود. آنچه در

۱. احمدوند، یاسر، عدالت اداری در حقوق ایران، چاپ اول، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۳.

دموکراسی مفاهمه‌ای^۱ نیز مطرح است و مفاهمه بنیان تصمیم‌گیری و عناصر آن، تصمیم‌سازی همگان^۲ و قاعده اکثریت^۳ است. دموکراسی مفاهمه‌ای هم با دموکراسی نمایندگی و هم با دموکراسی مستقیم سازگاری دارد.^۴ یورگن هابرماس از چارچوبی لیبرال برای نظریه دموکراسی مفاهمه‌ای استفاده می‌کند که با حاکمیت قانون و مشروطه‌خواهی به عنوان مفاهیمی کلیدی همراه است، بر خلاف جان راولز که مشروطه‌خواهی و قانون را بر عقل جمعی^۵ مبتنی می‌داند. وی، نظریه دموکراسی مفاهمه‌ای را در جایی مطرح می‌کند که مشارکت سیاسی، محدود به نخبگان سیاسی نیست و در حوزه عمومی و خصوصی به عنوان بخشی از فرآیند سیاسی کنش‌گری می‌کنند.^۶ مبنای دموکراسی مفاهمه‌ای از دیدگاه هابرماس مبتنی بر ایده «خودسازمان‌دهی جامعه آزاد و برابری شهروندان» است که هماهنگی امور جمعی از طریق خرد همگانی صورت می‌پذیرد.^۷

گفتار دوم. اصول حقوقی مستنبط از مفهوم عدالت اداری

مفهوم «عدالت» در فلسفه سیاسی، لازمه موجه‌سازی توزیع عادلانه امکانات و منابع و همچنین اعمال تبعیض‌های مثبت به نفع عموم جامعه است. همچنین برای توزیع قاعده ماهوی ضروری است. پس مستلزم گذار از مفهوم شکلی (رویه‌ای) عدالت هستیم. قاعده ماهوی عدالت اداری از توافق فراگیر حاصل می‌شود که ناظر بر نظام تصمیم‌گیری مشارکتی و مبتنی بر قرارداد است. به عبارتی دیگر، قاعده ماهوی عدالت اداری، بسط و توسعه نظریه قرارداد اجتماعی هابز در قلمرو حقوق اداری است. قاعده شکلی (رویه‌ای) عدالت اداری، معطوف به ساختار عادلانه نظام اداری است. پس نسبت به حق‌ها و نیازها، بی‌طرفانه عمل می‌کند و در قالب ساختار اداری، مفهوم آن تعین حقوقی می‌یابد. بنابراین، ظرف‌مدار است و ناظر بر سازوکار توزیع منصفانه از طریق نهادهای اداری. در نظام‌های کامن‌لا، اصول عدالت اداری در مفهوم عدالت طبیعی^۸ ریشه دارد و در «قاعده

1-Deliberative democracy.

2-Consensus decision-making.

3-Majority rule.

۴. باصری، بابک، «عدالت اداری از منظر دیوان عدالت اداری»، در: «مجموعه مقالات بازخوانی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۲، ص ۳۳۷.

5-communicative reason.

6-Bantas, Jürgen Habermas and Deliberative Democracy, Amazon, 2010, p. 3 or www.reluctantgeek.weebly.com.

7-COHEN, JOSHUA, "Reflections on Habermas on democracy", Ratio Juris, Vol. 12, No. 4, (December 1999), p 385.

8-Natural justice.

منع جانبداری»^۱ و «حق رسیدگی (استماع) منصفانه»^۲ تعیین یافته است. قاعده منع جانبداری به این معناست که با طرفین اختلاف، مطابق با اصول منصفانه، مبتنی بر بی‌طرفی و به طور برابر و عادلانه برخورد شود. در این جا منظور از انصاف^۳ این است که طرفین اختلاف یا ذی‌نفعان اداری، فرصت برابر برای مشارکت در جریان تصمیم‌گیری بدون اعمال تبعیض داشته باشند. حق رسیدگی منصفانه در نظام عدالت طبیعی مبین این موضوع است که هیچ کس نباید بدون برخورداری از فرصت منطقی برای دفاع و بیان دلایل و مستنداتش محکوم شود.^۴ با عنایت به این مطالب، دو اصل را از مفهوم عدالت اداری می‌توان استنباط کرد. اصل نخست که از توافق بر مفهوم عدالت اداری در شکل‌گیری ساختار اداری نشئت می‌گیرد، قاعده شکلی (رویه‌ای) عدالت اداری است که در نظام‌های عرفی در قالب حقوق بنیادین ظهور می‌کنند. ساختار اداری عادلانه متضمن بی‌طرفی در توزیع امکانات و تزامم حق‌هاست و در اصل بی‌طرفی تجلی می‌یابد. اصل دوم از جنبه ماهوی عدالت اداری برای تسهیل توزیع منصفانه، در نظام‌های مبتنی بر حقوق موضوعه در اصل تناسب به عنوان ابزار ماهوی عدالت اداری در رفع تضادهای و تزامم‌ها ظهور می‌کند.

بند اول. بی‌طرفی (بازتاب مفهوم رویه‌ای عدالت اداری)

اصل بی‌طرفی، بازتاب سنت دولتهای لیبرال است که به دنبال تحمیل ایده‌های خویش بر خیر عمومی شهروندان نیستند و در عوض، امکان انتخاب سبک‌های متنوع را برای آنان فراهم می‌سازند. این بی‌طرفی در دو حوزه خاص کاربرد دارد: نخست، وجود دولتهای عرفی^۵ که به تمامی باورهای دینی احترام می‌گذارد. این دولتها، محدودیتهای غیر منطقی را بر ابراز عقاید دینی نمی‌پذیرند. دومین حوزه مربوط به نظریات سیاسی است. مقامات عمومی نه می‌توانند کسانی را به کار بگمارند که با منافع خودشان یا بر مبنای نظریات سیاسی‌شان هم‌سو هستند و نه می‌توانند از منابع مالی عمومی برای حمایت از احزاب خویش یا پیشبرد اهداف حزبی استفاده کنند.^۶ بی‌طرفی، اقتضای طبیعی عدالت اداری است. به عبارتی دیگر، جانبداری، نقیض عدالت و

1-Rule against Bias (Nemo judex causa sua).

2-Right to a fair hearing (audi altera partem) .

3-Fairness.

4-Zubair, Muhammad and Sadia Khattak, "The Fundamental Principles of Natural Justice in Administrative Law", Journal of Applied Environmental and Biological Sciences, Vol. 4, No. 9, 2014, pp. 69-70

5-Secular state.

6-Bell, John & Boyron, Sophie & Whittaker, Simon, French administrative law, Second edition, Oxford University Press, 1998, p. 170

نافی برابری است. هابز نیز در لویاتان، علت اصلی گذار از وضعیت طبیعی به جامعه مدنی را نبود داوری بی‌طرفانه می‌داند. از نظر وی، در جایی که دولت نیست، عدالت هم مفهومی ندارد.^۱ وی، دولت را هم‌سنگ با داوری بی‌طرف می‌داند و مفهوم عدالت را به بی‌طرفی گره می‌زند. در حقیقت، بی‌طرفی داور، عنصر بنیادین جامعه و فصل‌میزه آن با وضعیت طبیعی است که جنگ همه علیه همه، خصیصه بارز آن است.

در نظریه تفکیک قوا نیز بر بی‌طرفی و استقلال قوا به عنوان سنگ بنای عدالت در همه حوزه‌های سیاسی، اجتماعی و فرهنگی تأکید شده است. بر اساس اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «... قوای مزبور مستقل از یکدیگر هستند». از این اصل می‌توان استنباط کرد همان گونه که قوه قضاییه در تحقق عدالت قضایی باید مستقل و بی‌طرف باشد، استقلال و بی‌طرفی قوه مجریه نیز مؤید عدالت اداری است و بدون آن، عدالت اداری، مفهوم و کارکرد ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد که مبنای بی‌طرفی، اصل تفکیک قوا در نظام‌های مبتنی بر قانون اساسی است که با حفظ استقلال قوا، بی‌طرفی آن‌ها تضمین می‌شود.

رعایت بی‌طرفی در اعمال صلاحیت‌های اجرایی، مبین اعمال قانون (به مثابه معیاری عینی) و انصاف (به مثابه معیاری ذهنی) است. به این ترتیب که مقام اداری در اعمال صلاحیت‌های تکلیفی به ویژه صلاحیت‌های اختیاری خویش، قانون و انصاف را نصب‌العین خویش قرار دهد و از اعمال سلیقه‌ای قانون و هم‌چنین جای‌گزینی منافع مادی و نفسانیت خویش به جای انصاف پرهیز کند. «منع جانبداری ناظر به دو اصل است: نخست این که هیچ کس نباید داور عمل خویش باشد و دوم آن که عدالت نباید صرفاً اعمال شود، بلکه بدون تردید و آشکارا قابل مشاهده باشد. این گزاره اخیر در پرونده «آکتین علیه مک‌کارتی»^۲ در انگلستان ایجاد شد».

نقطه عزیمت تحلیل مفهومی بی‌طرفی در فلسفه اخلاق و سیاست جایی است که دولت باید متضمن بی‌طرفی میان ارزش‌ها و سنت‌های رقیب باشد. «از منظر فلسفه سیاسی، گفت‌وگوی عادلانه سیاسی در دموکراسی می‌تواند و باید از قضاوت‌های اخلاقی شهروندان عادی آغاز شود و مربوط به روش‌هایی باشد که این قضاوت‌ها یک خیر عمومی مشترک را بدون جانبداری از منافع خاص افراد یا گروهی احراز کنند».^۴ در واقع، بی‌طرفی در یک بافت دموکراتیک، متضمن کثرت‌گرایی در قلمرو حیات سیاسی و اجتماعی است و مقدمه‌ای

۱. هابز، توماس، لویاتان، ترجمه: حسین بشیریه، تهران: نی، چاپ هفتم، ۱۳۹۱، ص ۱۶۰.

2-Aktin LJ in R V. Sussex justice ex part McCarthy (1924).

3-Zubair and Khattak, op.cit., p. 69.

4-Jacobs, Laverne, "from Rawls to Habermas: Towards a theory of Grounded impartiality in Canadian administrative law", Osgoode Hall law journal, Volume 51, Issue 2, (Winter 2014), p. 545

برای توزیع عادلانه امکانات و زیربنای نظریه عدالت، دولت در برداشت خیر عمومی مشترک باید بدون جانبداری از یک ارزش یا پیش‌داوری خاصی عمل کند. بنابراین، حداکثر قاعده منع جانبداری ایجاب می‌کند که تصمیم‌گیرنده اداری نباید خود در موضوع، ذی‌نفع باشد.^۱ «حق استماع منصفانه و بی‌طرفانه داور یک حق بنیادین محسوب می‌شود که دادگاه‌های امریکا از دیرباز به آن نظر داشته‌اند. نهادهای اداری نیز مقید به این اصول هستند. اگرچه نیازی نیست تصمیم‌گیران اداری در هر تصمیمی که می‌گیرند، بی‌طرف باشند، اما قضات به طور معمول نمی‌توانند از یک طرف جانبداری کنند».^۲

جانبداری می‌تواند در اشکال مختلفی بروز کند و بی‌طرفی مقامات و مراجع عمومی (اداری) را خدشه‌دار سازد. جانبداری خاص^۳ ناظر به مواردی^۴ است که مقام تصمیم‌گیر اداری متأثر از برخی منافع شخصی یا در ازای دریافت رشوه در اعمال صلاحیت‌های خویش به جانبداری از یک طرف عمل کند یا با سوء نیت تصمیم بگیرد. دومین نوع جانبداری تحت عنوان «پیش‌داوری» مطرح می‌شود که تمایل کلی به سوی یکی از طرفین است که ممکن است با سوگیری یا تحریک نظرها به سمت موضوعی خاص و به شیوه‌های مشخص صورت پذیرد. این نوع از جانبداری را می‌توان «جانبداری عام»^۵ نامید که می‌تواند اشکال مشروع (مثل برتری اصالت متن) یا اشکال غیر قابل قبول (مثل برتری نژادی) را در بر بگیرد. تفاوت عمده میان جانبداری عام و خاص در این مسئله است که جانبداری خاص، فردمحور یا موردی^۶ است، در حالی که جانبداری عام، موضوع‌محور^۷ است.^۸

رویه دیوان عدالت اداری نیز تا حدودی مؤید این تفکیک است. هیئت عمومی دیوان در رسیدگی به ابطال بخش‌نامه (۹۴۶۷/۴) (۱۳۹۰/۵/۱۲) سازمان ملی پرورش استعدادهای درخشان، جانبداری عام و خاص را در نظر گرفته و به اتکای جانبداری خاص، بند هفتم از این بخش‌نامه را که فرزندان فرهنگیان را از پرداخت شهریه معاف کرده، ابطال کرده است. سپس بخشی از مصوبه هیئت امنای سازمان ملی پرورش استعدادهای درخشان را مبنای صدور رأی قرار داده است که افراد کم‌تر برخوردار را از پرداخت شهریه، معاف می‌داند. این کار را می‌توان مؤید جانبداری عام

1-Zubair and Khattak, op.cit.

2-D. Vendel, Jason, "General Bias & administrative law judges", Cornell law review, Volume 90, issue 3, (March 2005), p. 771

3-Specific bias.

4-Prejudice.

5-General bias.

6-Party or case-oriented

7-Issue-oriented

8-D. Vendel, op.cit., p. 772.

یا تبعیض مثبت دانست. در بخشی از رأی هیئت عمومی به شماره دادنامه ۰۹۲۱۰۰۹۰۹۰۵۸۰۰۳۶۱ به کلاسه پرونده (۹۰/۱۰۵۶) / (۲۱/۵/۱۳۹۲) آمده است: «... ثالثاً به موجب بند ۹ اصل سوم قانون جمهوری اسلامی ایران، دولت موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای تمام زمینه‌های مادی و معنوی به کار برد، ولیکن در بند ۷ بخش‌نامه شماره (۴/۹۴۶۹۷) / (۲۲/۵/۱۳۹۰) شهریه ثابت تحصیل در مدرسه‌های استعداد درخشان برای فرزندان فرهنگیان، رایگان اعلام شده است و دلیلی بر این تبعیض ناروا وجود ندارد و از طرفی، در مصوبه مورخ ۱۳۷۵/۵/۳۰ هیئت امنای سازمان ملی پرورش استعدادهای درخشان که مستند صدور بخش‌نامه معترض به است، عدم پرداخت شهریه و برخورداری از کمک برای افراد مستعد پذیرفته‌شده که با مشکلات مالی روبه‌رو هستند، تجویز شده است و در بند ۷ بخش‌نامه به قیود مورد نظر هیئت امناء توجه شده است. بنابراین، بند ۷ بخش‌نامه مورد اعتراض علاوه بر این که از مصادیق تبعیض نارواست، از حدود اختیار مرجع صادرکننده نیز خارج است و... ابطال می‌شود».

به نظر می‌رسد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به مصوبه هیئت امنای سازمان استعدادهای درخشان مبنی بر معافیت افراد کم‌تر برخوردار، اصل تفاوت را به عنوان یک اصل عدالت اداری پذیرفته است. همچنین ذکر عبارت «مصادیق تبعیض ناروا»، این مفهوم مخالف را به ذهن می‌رساند که دیوان، تبعیض روا یا مثبت را می‌پذیرد که از مصادیق جانبداری عام یا موضوع‌محور است.

بند دوم. استقلال

مباحث مربوط به درک منطقی از جانبداری گاهی بر این مسئله متمرکز است که آیا ساختار اداری یا روابط آن‌ها به حدّ کافی از مداخلات بی‌جا در امان است؟ نظریه حقوق اداری این ایده را تقویت می‌کند که مقام اداری اختیار تصمیم‌گیری بی‌طرفانه در تمام مواردی را دارد که نزد وی مطرح می‌شود، به گونه‌ای که مداخلات نامتناسب محدود شوند. در این روش، استقلال و بی‌طرفی، از یکدیگر جدایند، اما مفاهیمی مرتبط با هم هستند. به دیگر سخن، استقلال، تضمین‌کننده یا مقدمه‌ای برای اطمینان‌یابی از بی‌طرفی است.^۱ در این میان، مشکل اصلی، نبود معیاری برای سنجش استقلال است که معیار مشابهی برای تعیین درک منطقی از جانبداری باشد و به مشاهده‌گران منطقی کمک کند که دریابند آیا نبود استقلالی که در قضیه اثرگذار باشد، در تصمیم‌گیری وجود داشته است یا خیر؟ نبود اصل راهنما برای تعیین اطلاعات اصلی، زمانی که باید آزمایش شوند، این ابهام را درباره استقلال به وجود می‌آورد.^۲

1-Jacob, op.cit., p. 575.

2-Ibid, p. 576.

استقلال و بی‌طرفی، دو مفهوم متفاوت هستند و استقلال، مقدمه بی‌طرفی است. استقلال در نظام عدالت اداری به دو صورت قابل تأمل و بررسی است. استقلال در یک بُعد، پیروی نکردن از عوامل بیرونی در تصمیم‌گیری است که می‌توان آن را استقلال کارکردی نامید. در بُعد دیگر، نبود نفوذ درونی یا دستورپذیری است که آن را به استقلال سازمانی تعبیر می‌کنیم. استقلال مراجع و مقامات اداری در اصل تفکیک قوا ریشه دارد که هم ناظر بر استقلال سازمانی (شکلی) آن‌هاست و هم استقلال ماهوی یا کارکردی.

الف. استقلال کارکردی

استقلال کارکردی متضمن تبعیت نکردن و وابستگی نداشتن مراجع و مقامات عمومی در تصمیم‌گیری و حتی اجرای برخی قوانین از دولت است. به عبارتی دیگر، آن‌ها در اعمال صلاحیت‌های خویش باید تابع عوامل و نهادهای بیرونی نباشند. این گونه استقلال در توزیع صلاحیت دولت به شکل نظام‌های عدم تمرکز به خوبی قابل درک است. در این نوع از نظام توزیع صلاحیت، تصمیم‌گیری و اجرا هر دو در محل صورت می‌گیرند. نظام عدم تمرکز فنی، ناظر به استقلال تصمیم‌گیری نهادها از دولت است، حتی اگر از نظر بودجه و مباحث مالی به دولت وابسته باشند.

بند اول از ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات از تصمیمات و اقدامات شهرداری و همچنین اقدامات مأموران آن را صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌داند. آرای وحدت رویه ۳۷، ۳۸ و ۳۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۶۷/۷/۱۰، هر گونه رسیدگی به شکایات اشخاص حقوقی حقوق عمومی در مقام خواهان علیه دستگاه‌های دولتی را در هاله‌ای از ابهام فرو برده است. به نظر می‌رسد رویکرد دیوان در مورد نهادهای عمومی غیر دولتی خلاف استقلال کارکردی آنان باشد و عدالت اداری اقتضا می‌کند که این گونه نهادهای مستقل مانند شهرداری‌ها امکان طرح شکایت علیه دولت در دیوان را داشته باشند. رویکرد دیوان در خصوص شورای اسلامی نیز خلاف مقتضای عدالت اداری و حفظ استقلال کارکردی این نهاد است.

تبصره ۲ ماده ۸۲ قانون شوراهای اسلامی (مصوب ۱۳۷۵) در مورد افرادی که هیئت‌های حل اختلاف مقرر در ماده ۷۹ (اصلاحی ۱۳۸۲/۷/۶) از آنان سلب عضویت می‌کنند، مقرر می‌دارد که آنان می‌توانند به دادگاه صالح شکایت کنند. با عنایت به بند ۲ از ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، رسیدگی به اعتراضات از تصمیمات قطعی هیئت‌های تخلفات و به طور کلی، مراجع شبه قضایی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است و علی‌القاعده در این زمینه نیز دیوان صلاحیت رسیدگی دارد. با این حال، هیئت عمومی

دیوان در مقام صدور رأی وحدت رویه پس از بروز اختلاف میان شعب در رأی وحدت رویه ۱۵ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۵، رسیدگی به تصمیمات قطعی هیئت‌های حل اختلاف درباره سلب عضویت اعضا شورا را در حیطه صلاحیت خویش ندانسته است. رأی هیئت عمومی به لحاظ مبانی حقوقی هم قابل نقد است و حتی استدلال ضعیف هیئت درباره اطلاق واژه «دیوان» که در نظام حقوقی ما به دیوان عالی کشور نیز اطلاق می‌شود و مفید مفهوم «دادگاه عالی» است، قابل بررسی است. با این حال، از آن مهم‌تر، بی‌توجهی به استقلال کارکردی شوراهای اسلامی به عنوان نهادهای عدم تمرکز اداری در پرتو اصول عدالت اداری است. البته این مقرر در اصلاحات بعدی تصحیح شد.

ب. استقلال سازمانی

استقلال سازمانی را می‌توان ناظر به بخش‌هایی از دولت دانست که علاوه بر این‌که جزء بدنه دولت محسوب می‌شوند، شخصیت حقوقی مستقلی دارند. تجلی این سازمان‌ها را در نهادهای عدم تراکم اداری می‌توان دید؛ جایی که در مرکز تصمیم‌گیری می‌شود و این سازمان‌ها باید آن تصمیم‌ها را در محل اجرا کنند. عدم تراکم نیز به دو گونه فنی و جغرافیایی قابل تقسیم است. نهادهای عدم تراکم فنی مانند وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌های وابسته و تفویض اختیار و عدم تراکم جغرافیایی شامل اداره‌های کل مناطق آزاد و مناطق ویژه اقتصادی است که تصمیم‌های دولت مرکزی را در مناطق مختلف اجرا می‌کنند.

آیا این نهادها، شخصیت حقوقی مستقل از دولت نیز دارند؟ ماده ۵۸۷ قانون تجارت ذکر می‌کند که مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت حقوقی می‌شوند. برخی به دلیل این‌که سازمان‌های دولتی، اموال مستقل از دولت ندارند و هم‌چنین در عرصه قضایی استقلال ندارند و حق طرح دعوا علیه دولت را ندارند، آن‌ها را بدون شخصیت حقوقی مستقل از دولت دانسته‌اند.^۱ گفتنی است که شخصیت حقوقی، ناظر بر وجود اموال نیست و مطابق ماده ۵۸۷ قانون تجارت به محض ایجاد دارای شخصیت حقوقی می‌شوند. افزون بر آن، استقلال سازمانی این مراجع را در برابر دولت که به تعبیر هابز، یک شخصیت مصنوعی است، نباید با استقلال در عرصه قضایی خلط کرد. این اشتباه در درک ناصحیح از نظام عدم تراکم و توزیع صلاحیت‌های دولت مطابق مفهوم عدالت اداری ریشه دارد.

این مسئله را با تبیین مقوله نظارت در نظام عدم تراکم می‌توان بهتر درک کرد. بر خلاف نظام‌های عدم تمرکز که نظارت قیومیتی رایج است، در نظام عدم تراکم، نظارت

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۵۳.

سلسله‌مراتبی و خطی مرسوم است که تفکیک مقام ناظر و مجری را طلب می‌کند. «با تفکیک میان سه مفهوم و مقام «اعمال اختیار» یا اجرا، «نظارت» و «رسیدگی» می‌توان به معنای اصلی و گوهری نظارت نزدیک شد.»^۱ اصول عدالت اداری نیز اقتضا می‌کند که ناظر (دولت) از مجری (وزارت‌خانه و دیگر سازمان‌های وابسته) در نظام عدم تراکم تفکیک شوند. استقلال متضمن سلامت نظارت و پیش‌گیری از فساد است و لازمه تحقق عدم تراکم فنی، استقلال شخصیت حقوقی نهادها از دولت است که از آن به عنوان استقلال سازمانی یاد می‌شود. ماده ۲ ق.م.خ.ک به درستی به استقلال حقوقی مؤسسه دولتی اشاره دارد.

بند سوم. لوازم اصل بی‌طرفی در تثبیت حق‌های رویه‌ای

یکی از کارکردهای اصل بی‌طرفی در بافت عدالت اداری، تضمین سازوکار و ابزارهایی است که حق‌های رویه‌ای را تثبیت کند تا برابری را میان طیف‌های مختلف یا ارزش‌های متزاحم برقرار کند. اقتضای بی‌طرفی، رعایت اصول شکلی و بدیهی عدالت اداری مانند حق بر استماع دلایل طرفین، بهره‌مندی یکسان و متقارن همگان از اطلاعات مربوط و در نهایت، حاکمیت قانون به عنوان ابزاری متعین و از پیش، آشکار برای داوری میان ارزش‌های مختلف است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه ۱۱۹ کلاسه پرونده (۶۸/۱۶) (۲۴/۱۲/۱۳۶۸) به اصول بدیهی داوری استناد کرده و عدالت اداری شکلی (رویه‌ای) مورد نظر دادرسان اداری قرار گرفته است. در این رأی آمده است: «آرای صادره از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری علی‌القاعده باید مبتنی بر دلایل متقن و معتبر و ضوابط شرعی و قانونی باشد و صدور رأی بدون رعایت قاعده فوق‌الذکر که از اصول بدیهی داوری می‌باشد، موافق مقررات و موازین قانونی نیست...».

الف. حق بر استماع دلایل

استماع دلایل از بدیهی‌ترین اصول عدالت طبیعی است. شنیدن اظهارات و دلایل ذی‌نفعان توسط مراجع عمومی (اداری) مطابق اصول عدالت اداری باید قبل از تصمیم‌گیری اداری صورت پذیرد. «در طول قرن نوزدهم، در انگلستان، قضات مقرر داشتند که سازمان‌های اداری به هنگام اخذ تصمیماتی که بر حقوق مالکانه یک فرد اثر می‌گذارد، باید از اصول عدالت طبیعی تبعیت کنند. این اصول، آن‌ها را مکلف می‌کند که فرصت اظهار نظر و استماع، برای اشخاصی فراهم نمایند که تصمیم متخذه بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد، حتی در صورتی که قوانین موضوعه به صراحت، آن‌ها را مکلف به این کار نکرده باشد».^۲

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۹.

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۹، ص ۳۳۶.

حق بر استماع دارای یک منشأ باستانی در کامن لاست و در مرکز ایده حکومت قانون قرار دارد. تا زمان جنگ جهانی اول، دادگاه‌ها، مفهوم موسّعی از این اصل را اعمال می‌کردند که دنباله آن را می‌توان تا قرن هفدهم دنبال کرد و معمولاً «عدالت طبیعی» نامیده می‌شود؛ یعنی هر کس که حق‌هایش تحت تأثیر یک تصمیم دولتی قرار گرفته باشد، حق برخورداری از یک استماع (فرصت دفاع) منصفانه، در حضور قاضی بی‌طرف را دارد.^۱ در رویه دیوان عدالت اداری به استماع دلایل کم‌تر توجه شده است. در رأی وحدت رویه دیوان به شماره دادنامه (۱۱۹) / (۲۴/۱۲/۱۳۶۸) ذکر گردیده است که رأی باید بر اساس دلایل متقن و با توجه به دلایل ابرازی صادر شده باشد. در قسمتی از رأی شعبه دوازدهم به کلاسه پرونده ۹۲۷/۶۴ که به تأیید هیئت عمومی رسیده، چنین آمده است: «با عنایت به این‌که شاکی در تمام مدافعات خود، اتهام وارده را تکذیب کرده و خود را فردی مؤمن به نظام جمهوری اسلامی و روحانیت معرفی نموده است و نامه‌ای که به عنوان اطلاعات ۳۶ میلیونی علیه آقایان ع.گ و ح.ر نوشته شده، فاقد امضا و مشخصات اظهارکننده می‌باشد، از نظر قضایی ارزش و اعتبار قانونی ندارد...».

ملاحظه می‌گردد هیئت عمومی در مقام رأی وحدت رویه که در اثر تعارض میان شعبه یازدهم که رأی هیئت رسیدگی به تخلفات استان لرستان را از نظر رعایت مقررات شکلی و قانونی، صحیح می‌داند و شعبه دوازدهم که استدلال فوق را انجام داده است و رأی آن هیئت را نقض می‌کند، در مقام تثبیت حق‌های رویه‌ای، به دلایل اظهارشده توجه کرده و استماع آن را در قالب رأی وحدت رویه خواستار شده است. به عبارتی، مفهوم عدالت اداری در این جا در قالب حق استماع دلایل تعیین حقوقی یافته است. دیوان با تفسیر موسّع از مفهوم عدالت اداری در این رأی، به حق استماع به عنوان یک حق شکلی (رویه‌ای) در دفاع از منافع دیگر شهروندان اشاره و آن را تثبیت کرده است.

ب. فاش کردن اطلاعات مربوط^۲

برای جلوگیری از رانت‌های اقتصادی و اطلاعاتی و همچنین برقراری عدالت توزیعی و دست یافتن به اقتصادی رقابتی و ضد انحصار، دسترسی شفاف به اطلاعات در جامعه آن هم به طور متقارن، لازم و ضروری است. در سال ۱۳۸۷، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در مجلس شورای اسلامی تصویب شد که پس از ایرادهای شورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید و در تاریخ ۱۳۸۸/۵/۳۱ با الحاق یک تبصره ذیل ماده ۱۰ موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد. در این قانون به آزادی اطلاعات و حق هر شخص ایرانی در دسترسی

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد دوم)، تهران: سمت، ۱۳۸۹، ص ۵۷۴.

به اطلاعات عمومی و همچنین تکلیف مؤسسات عمومی در انتشار و اعلان عمومی اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، اشاره شده است.^۱ ماده ۷ این قانون ذکر می‌کند: «مؤسسه عمومی نمی‌تواند از متقاضی دسترسی به اطلاعات، هیچ گونه دلیل یا توجیهی جهت تقاضایش مطالبه کند» و این مسئله بر عام بودن افشای اطلاعات مربوط دلالت دارد.

در دسترسی به اطلاعات، محدودیت‌هایی نیز هست که قانون عمده آن‌ها را در سه طبقه مشخص کرده است. نخست، اسرار دولتی طبقه‌بندی شده که انتشار آن‌ها ممنوع است. البته قانون‌گذار در ماده ۱۱ قانون، مصوبه و تصمیمی را که موجب حق و تکلیف عمومی است، قابل طبقه‌بندی به عنوان اسرار دولتی نمی‌داند و انتشار آن‌ها الزامی است. این مسئله، تأسیس مهمی در راستای ارتقای عدالت اداری است. دوم، قانون‌گذار به حمایت از حریم خصوصی توجه داشته که مبنای تفکیک حوزه عمومی از خصوصی و احترام به قلمرو خصوصی افراد و حفظ اطلاعات و رازهای شخصی شهروندان است. سومین استثنای دسترسی به اطلاعات، حمایت از سلامتی و اطلاعات تجاری است که ماده ۱۶ این قانون به آن می‌پردازد.^۲

قانون در زمینه تشخیص موجه و مستند بودن دلایل مؤسسات برای خودداری از افشای اطلاعات قانون‌گذار ساکت است. به نظر می‌رسد که اگر مؤسسات عمومی، اطلاعات را در اختیار متقاضیان قرار ندهند، مطابق ماده ۱۰ قانون دیوان می‌توان الزام افشای اطلاعات از مؤسسات عمومی یادشده را از شعب دیوان عدالت اداری خواستار شد. دیوان عدالت اداری نیز محکمه صالح برای رسیدگی به دلایل استنکاف مؤسسات عمومی از خودداری انتشار اطلاعات مطابق ماده ۱۶ قانون انتشار و دسترسی به اطلاعات خواهد بود.

گفتار سوم. اصل تناسب (بازتاب مفهوم ماهوی عدالت اداری)

اصل تناسب^۳ موجب می‌شود تا تورم یک حق یا منفعت موجب محدودیت بیش از حد حق دیگری یا زایل شدن منفعتی نشود و همواره موازنه‌ای میان حق‌ها و منافع برقرار باشد. از سویی، شاید ورود اصل تناسب به عدالت اداری، نتیجه بسط و توسعه عدالت کیفری در تمامی قلمروهای اجتماعی باشد. یکی از حوزه‌های بسیار شبیه عدالت اداری به عدالت کیفری، نظام تخلفات اداری است که می‌توان اصل تناسب را به طور پر رنگ‌تر نسبت به دیگر حوزه‌های حقوق اداری در آن مشاهده کرد.

۱. ماده ۵ قانون انتشار دسترسی آزاد به اطلاعات.

۲. «در صورتی که برای مؤسسات مشمول این قانون با مستندات قانونی محرز باشد که در اختیار قرار دادن اطلاعات درخواستشده، جان یا سلامت افراد را به مخاطره می‌اندازد یا متضمن ورود خسارت مالی یا تجاری برای آنها باشد، باید از در اختیار قرار دادن اطلاعات امتناع کنند».

2-Principle of proportionality.

در حقوق عمومی، «دکترین اصل تناسب مبتنی بر تمایز بنیادین میان حوزه حق‌های اساسی و پاسداری از آن‌هاست. در این زمینه با دو مرحله مواجه می‌شویم؛ مرحله نخست، کنترل قوانین موضوعه برای سنجش این امر که به حق‌های مورد حمایت قانون اساسی تجاوز نکرده باشند یا به آن خدشه‌ای وارد نساخته باشند. مرحله دوم، ناظر به مطابقت قوانین با چهار عامل زیرمجموعه اصل تناسب است که این عوامل عبارتند از:

۱. قوانین با هدفی مناسب و معقول وضع شده باشند.
 ۲. میان اقدامات صورت گرفته برای اثرگذاری چنین محدودیتی، با تحقق آن هدف، ارتباطی معقول وجود داشته باشد.
 ۳. اقدامات انجام شده، ضروری باشند از این نظر که هیچ اقدام بدیلی وجود نداشته باشد که چنین هدفی را با میزان محدودیت کم‌تری انجام دهد و به پایان برساند.
 ۴. رابطه مناسبی (تناسب در مفهوم مضیق یا توازن) میان اهمیت رسیدن به هدف مورد نظر و اهمیت اجتماعی ممانعت از محدودیت حقوق اساسی وجود داشته باشد.
- این سخن به آن معناست که حقوق اساسی، مطلق نیست، بلکه واقعیت این است که یک حق اساسی وجود دارد تا کارکردی مشخص داشته باشد. به این معنا نیست که عملی مجاز باشد و در عوض، محدودیت اعمال آن متناسب با شرایط باشد»^۱.
- هم‌چنین اصل تناسب، کارکردهای دیگری در حقوق اداری دارد که میان ارزش‌ها و حق‌های متزاحم با استفاده از ابزارهای متناسب به داوری می‌پردازند. «در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، اصل تناسب غالباً «اصل معقول بودن»^۲ نامیده می‌شود. در نظام‌های حقوقی مکتوب، این اصل تنها در موضوعات حقوق اساسی به کار گرفته نمی‌شود، بلکه به حقوق اداری، کیفری و مدنی نیز تسری می‌یابد. این اصل ایجاب می‌کند که تمامی قوانین موضوعه که بر حقوق انسانی تأثیر دارند، معقول و متناسب با شرایط بشری باشند. تحلیل این اصل، نیازمند مطالعه سه مؤلفه بسندگی،^۳ بایستگی^۴ و تناسب در مفهوم مضیق^۵ (تعادل میان منافع و مضرات) است، به این صورت که روش‌ها و ابزارهای رسیدن به هدف نباید در یک رابطه دوسویه به صورت غیر منطقی به کار گرفته شوند»^۶.

1-Principle of proportionality.

2-Bendor, Ariel L and Tal Sela, "International Journal of Constitutional Law", Oxford, Volume 13, Issue 2, (April 2015), p. 531

3-Principle of reasonableness.

4-Adequacy.

5-Necessity.

6-Proportionality stricto sensu.

Juan, Cianciardo, , The Principle of Proportionality: the Challenge of Human Rights, 2010:www.researchgate.net/publication/216827143_The_Principle_of_Proportionality_the_Challenge_of_Human_Rights?enrichId=rgreq-b72ec318ef9ef21af0529d391562bf21-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzIxNjgyNzE0MztBUzox-MDM3NDI2OTewODYzNDRAMTQwMTc0NTU5MzU1Mw%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf

از طرفی، اصل تناسب را می‌توان دریچه‌ای به سوی نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اداری اختیاری دانست. «اصل تناسب این امکان را برای قضات فراهم می‌نماید که وجود ارتباط منطقی و توازن معقول میان تصمیم اتخاذی از سوی مقامات و اهدافی را که مبنای آن تصمیم بوده، بررسی نمایند و به نظارت بر اعمال صلاحیت‌های اختیاری بپردازند»^۱ همچنین یکی از کارویژه‌های این اصل، برقراری موازنه میان منافع فردی و منفعت عمومی است که در رویه دیوان عدالت در دو بخش ساختاری و رویه‌ای بررسی شده است. دستور موقت و رویه قضایی دیوان به ترتیب، مؤید کارکردهای یادشده هستند که در این بخش بررسی می‌شود.

«اصل تناسب با اصل عقلانی بودن یا معقول بودگی در کامن‌لا هم‌پوشانی دارد. اصل عقلانی بودن [زمانی به کار گرفته می‌شود که] تصمیم اداری چنان نامعقول باشد که هیچ مقام عاقلی نتواند چنین تصمیمی اتخاذ کند. با این معیار، دادگاه‌ها نمی‌توانند در حالت معمول و به دلایل کم‌تر از این، مقام اداری را از اعمال صلاحیت منع کنند؛ بر این اساس که اختیار تصمیم‌گیری به اداره داده شده است و نه دادگاه»^۲.

بند اول. دستور موقت

دستور موقت، از ترتیبات آیین دیوان عدالت اداری است که در صورت ادعای خواهان مبنی بر ورود خسارتی که جبران آن غیر ممکن یا متعسر است، می‌تواند ضمن طرح شکایت یا در مراحل بعدی توسط وی از دیوان درخواست شود و شعبه رسیدگی‌کننده در صورت احراز ضرورت و فوریت موضوع می‌تواند دستور توقف اقدامات یا تصمیمات مراجع عمومی را صادر کند. این مسئله با اصل استمرار خدمات عمومی و تعطیل‌ناپذیری امر عمومی در تضاد است، اما ابزاری برای تضمین حق‌های فردی است. به عبارتی دیگر، دستور موقت از مصادیق اصل تناسب برای برقراری تعادل میان منافع فردی و منفعت عمومی به شمار می‌رود که توازن را هنگام دادرسی اداری برقرار می‌سازد. البته دستور موقت، یک امر استثنایی در آیین دادرسی اداری محسوب می‌شود و برخلاف امور مدنی نمی‌توان تفسیر موسعی از آن داشت. دلیل آن هم استمرارپذیری امر عمومی است. «استمرار در ارائه خدمات عمومی، لازمه منطقی ضرورت فعالیت در راستای منفعت عمومی است. استمرار منفعت عمومی در نتیجه انتظار عمومی از در دسترس بودن خدمات است»^۳.

۱. زارعی، محمدحسین و مهدی مرادی برلیان، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاه ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۵۶، ص ۱۴۷.

۲. رنجبر، احمد، عدالت اداری، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۱۶۰.

3-Bell, op.cit., p.169.

رویه دیوان عدالت اداری در پذیرش دستور موقت - که به سختی پذیرفته می‌شود - مؤید تفوق منفعت عمومی بر منافع خصوصی است. بنابراین، پذیرش استثنایی آن در مواردی که ضرورت و فوریت در اعمال حق باشد، تلاشی برای ایجاد توازن میان حق‌های فردی و منفعت عمومی تلقی می‌شود.

بند دوم. رویه دیوان عدالت اداری

رویه دیوان عدالت اداری گاهی مؤید غلبه منافع فردی بر منفعت عمومی است. همچنین به نظر می‌رسد گاهی دیوان، منفعت عمومی را فراتر از حق نمی‌داند، همان گونه که کاسینلی معتقد است تراحم حق و منفعت عمومی با اخلاق دموکراتیک سازگار نیست.^۱ البته این مسئله در پرتو اصل ۱۷۳ ق.ا که اصل مؤسس دیوان به شمار می‌رود و همچنین رویکردهای حقوق بشری، قابل توجیه است. با این حال، مطابق سنت هابزی که دولت به نمایندگی از شهروندان به اعمال صلاحیت می‌پردازد، نه اعمال حق، گاهی می‌توان منفعت عمومی را مقدم بر حق دانست. اصل ۴۰ ق.ا مؤید این نگرش است؛ چنان‌که اعلان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». توجه به معنایی عرفی «کس» که شامل اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی می‌شود و نه دولت، مبنای موجه جرح و تعدیل حق‌های فردی به نفع منافع عمومی است، البته به شرطی که به کرامت انسانی و برابری سیاسی افراد لطمه‌ای وارد نکند. این مسئله به ویژه در تراحم حقوق مالکانه اشخاص با منافع عمومی در رویه دیوان عدالت مشهود است. به نظر می‌رسد که فهم دادرسان اداری از مفهوم عدالت اداری بیش‌تر مبنی بر تضمین منافع و حق‌های فردی است. البته سیاق اصل ۱۷۳ قانون اساسی که دیوان را مرجع رسیدگی به تظلمات مردم از مأمورین و واحدهای دولتی می‌داند، در این برداشت بی‌تأثیر نیست.

شعبه نهم دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۷۹۳ به کلاسه پرونده (۹/۷۲/۶۳۰) / (۱/۱۱/۱۳۷۴) نسبت به شکایتی به طرفیت شهرداری تهران منطقه ۱ که خواهان ابطال اقدامات شهرداری تهران و شهرداری منطقه ۱ در مورد صدور پروانه برج ۱۶ طبقه در کوچه بن‌بست ۶ متری است، چنین استدلال می‌کند: «... با عنایت به مفهوم حق در اصطلاح حقوق و عناوین احصاشده آن در مقررات قانونی، احداث ساختمان مرتفع و از جمله به صورت برج فی‌نفسه سالب حق مالکیت و یا حق انشای اشخاص ذی‌نفع در املاک مجاور و سایر حقوق قانونی مترتب بر آن‌ها نیست و آثار و نتایج محتوم یا احتمالی احداث برج از قبیل

1-C. W., Cassinelli, "Some Reflections on the Concept of the Public Interest Author(s)", Chicago journal, Vol. 69, No. 1, (Oct 1958), p. 49

تراکم نامتناسب جمعیت ساکن در یک منطقه محدود و تبعات اجتناب‌ناپذیر آن نظیر آلودگی زیست‌محیطی... که تأمین امتیازات مذکور با سکونت در شهرهای بزرگ و پرجمعیت منافات دارد...، نافی و سالب اصل حق نمی‌باشد...».

این رأی، پیچیدگی خاصی دارد که تشخیص غلبه منافع عمومی بر فردی یا بر عکس را دشوار می‌سازد. در نگاه نخست به نظر می‌رسد دادرس اداری با برداشت مفهوم حق مالکیت (قاعده تسلیط) و تقابل آن با قاعده لاضرر به نفع قاعده تسلیط و حق فردی حکم داده است. با دقت بیش‌تر در محتوای رأی می‌توان دریافت که نگرش دادرس نسبت به این مقوله، برداشتی مبتنی بر اصول حقوق عمومی است، به ویژه در آن قسمت از رأی که عنوان می‌شود: «تأمین امتیازات مذکور با سکونت در شهرهای بزرگ و پرجمعیت منافات دارد...»، دادرس به قاعده لاضرر یا اصل ۴۰ قانون اساسی استناد نمی‌کند و گسترش شهرنشینی و استفاده برابر شهروندان از امکانات عمومی را مغایر با منفعت عمومی نمی‌داند. به نظر می‌رسد که نگرش دادرس در این رأی مبنی بر اجتناب-ناپذیری ورود زیان در حوزه حقوق عمومی است. در واقع، به دلیل این که دولت و مراجع عمومی بر اساس اصل نمایندگی اعمال صلاحیت می‌کنند و نه اعمال حق؛ ورود ضرر و زیان کلی، اجتناب‌ناپذیر و جبران‌ناپذیر است. البته باید پذیرفت که پیچیدگی‌های شناسایی منفعت عمومی همواره مانع بزرگی در رسیدگی دادرسان اداری به تقابل منافع فردی و منفعت عمومی است.

نتیجه‌گیری

در هر نظام حقوقی، مفهوم عدالت اداری در قانون اساسی و به طور عام‌تر در حوزه حقوق اساسی منعکس می‌شود. لازمه منطقی این ادعا، دو امر است: نخست این‌که قانون اساسی به این مفهوم، شکلی حقوقی می‌دهد و ساختار حقوق اداری بر اساس آن طراحی می‌شود. سپس همان گونه که قانون اساسی بر مبنای قرارداد اجتماعی شکل می‌گیرد، نظام عدالت اداری و حقوق اداری نیز مبنایی قراردادمحور دارند. پس تسری اصل نمایندگی به حوزه حقوق اداری و قراردادمحور بودن روابط اداره با شهروندان از الزامات عدالت اداری است.

درست است که قوانین و مقررات اداری، اعتبار خویش را از عدالت اداری دریافت نمی‌کنند، حتی اگر ساختار اداری بر اساس مفهوم عدالت اداری شکل گرفته باشد. با این حال، ضرورت بقا و وفاداری به اصول عدالت اداری ایجاب می‌کند که قوانین و مقررات اداری، حداقل محتوایی عادلانه داشته باشند و همین امر، مبنای استناد دادرسان اداری در ابطال مصوبات اداری به اصول عدالت اداری است.

دیوان عدالت اداری با تأسی از محتوای عدالت اداری در مقررات اداری با استناد به اصول بی‌طرفی در قالب حق استماع، استقلال سازمانی و کارکردی و اصل تناسب به ابطال مصوبات دولتی پرداخته است. همچنین با مطالعه موردی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و شعب آن می‌توان به مفهوم عدالت اداری در قالب اصول یادشده پی برد. توسعه و تثبیت این اصول حقوقی، نیازمند فهم قضات از عدالت اداری و کاربست بیش‌تر هنجارهای پیرامونی آن است. قانون‌گذار - در مفهوم عام و خاص - برای موقعیت‌های مختلف، قانون وضع کرده، اما هر متنی از حاشیه منعطفی برخوردار است که دادرسان اداری می‌تواند با بهره‌گیری از آن، متون قانونی را در بافت عدالت اداری، تفسیر و به این ترتیب، مصلحت عمومی را استخراج کند، به طوری که کرامت انسانی و برابری سیاسی شهروندان حفظ شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. احمدوند، یاسر، **عدالت اداری در حقوق ایران**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۳. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۴. رنجبر، احمد، **عدالت اداری**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر (جلد اول)**، تهران: شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
۶. کسروی، احمد، **تاریخ مشروطه ایران**، تهران: صدای معاصر، چاپ ششم، ۱۳۹۰.
۷. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
۸. هابز، توماس، **لویاتان**، ترجمه: حسین بشیریه، تهران: نی، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۹. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۹.
۱۰. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد دوم)**، تهران: سمت، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و دوم، زمستان ۱۳۹۸، شماره ۸۸.
۲. باصری، بابک، «عدالت اداری از منظر دیوان عدالت اداری»، در: «مجموعه مقالات بازخوانی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۲.
۳. باصری، بابک و محمدرضا ویژه، «هم‌نشینی قراردادگرایی و منفعت عمومی در بافت عدالت اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۲.
۴. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۳، شماره ۷.
۵. زارعی، محمدحسین و مهدی مرادی برلیان، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاه ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۵۶.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Bantas, Jürgen Habermas and Deliberative Democracy, Amazon, 2010.
- 2-Bell, John & Boyron, Sophie & Whittaker, Simon, French administrative law, Second edition, Oxford University Press, 1998
- 3-Cianciardo, Juan, The Principle of Proportionality: the Challenge of Human Rights, 2010
- 4-Simon, H. A., Administrative Behavior, New York: MacMillan, 1947.

B) Article

- 1-Bendor, Ariel L and Tal Sela , “International Journal of Constitutional Law”, Oxford, Volume 13, Issue 2, (April 2015), pp. 530–544
- 2-C. W., Cassinelli, “Some Reflections on the Concept of the Public Interest Author(s)”, Chicago journal, Vol. 69, No. 1, (Oct 1958)
- 3-COHEN, JOSHUA, “Reflections on Habermas on democracy”, Ratio Juris, Vol. 12, No. 4, (December 1999).
- 4-D. Vendel, Jason,” General Bias & administrative law judges”, Cornell law review, Volume 90, issue 3, (March 2005)
- 5-Jacobs, Laverne, “from Rawls to Habermas: Towards a theory of Grounded impartiality in Canadian administrative law”, Osgoode Hall law journal, Volume 51, Issue 2, (Winter 2014)
- 6-Rawls, john, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3, (Summer 1985)
- 7-Zubair, Muhammad and Sadia Khattak, “The Fundamental Principles of Natural Justice in Administrative Law”, Journal of Applied Environmental and Biological Sciences, Vol. 4, No. 9, 2014, pp. 86-27

تحلیل حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه در چارچوب کارکردهای حقوقی و اداری سازمان تأمین اجتماعی ایران با رویکرد حق محور

شیمای طالبی پور*

سیدمجتبی واعظی**

چکیده

در رویکرد حق محور به تأمین اجتماعی، افراد مقیم یک کشور، فارغ از تعلق به سرزمین یا قلمرو جغرافیایی خاص و نیز عضویت در نظام سیاسی دولت - کشور، صرفاً به این دلیل که انسان هستند، مشمول حمایت‌های تأمین اجتماعی از قبیل مستمری‌های بازنشستگی، از کارافتادگی، فوت و بیمه درمان قرار می‌گیرند. اتباع بیگانه نیز به طور مستقل و بدون نیاز به داشتن تابعیت کشوری که در آن سکونت یا اقامت دارند، از این حق برخوردارند و نظام‌های حقوقی داخلی باید در راستای تعهدات بین‌المللی و حقوق بشری خود، بر موانعی فائق آیند که در برابر بهره‌مندی کامل اتباع بیگانه از حق تأمین اجتماعی وجود دارد. در قانون تأمین اجتماعی ایران (۱۳۵۴) به عنوان قانون حاکم بر اتباع بیگانه شاغل در ایران، در بسیاری از موارد، تبعیضی از نظر تابعیت میان مشمولان این قانون وجود ندارد. بر این اساس، می‌توان قانون تأمین اجتماعی را از قوانین حق محور در چارچوب نظام بیمه اجتماعی دانست و رویه سازمان تأمین اجتماعی را در اجرای این قانون در جهت تضمین و تأمین این حق ارزیابی کرد. با این وصف، برخی موارد مانند محروم شدن اتباع بیگانه شاعل از حمایت بیمه بی‌کاری یا اتباع بیگانه کم‌درآمد شاغل از کمک دولت، پی‌آمدهای ناشی از صادر نشدن مجوزهای قانونی اقامت یا اشتغال در حمایت‌های بیمه‌ای اتباع بیگانه، موانع موجود در انعقاد قراردادهای بیمه اختیاری و حرفه‌ها و مشاغل آزاد را می‌توان از نقاط ضعف نظام حقوقی داخلی دانست که نیازمند اصلاح قوانین و مقررات ملاک عمل و فرآیندهای اجرایی است.

کلیدواژه‌ها: اتباع بیگانه، بیمه‌های اجتماعی، حق تأمین اجتماعی، حقوق بشر، قانون تأمین اجتماعی.

*. دانشجوی دوره دکتری گروه حقوق عمومی، دانشگاه شیراز، ایران. (نویسنده مسئول).

shima_talebipour@yahoo.com

** . دانشیار گروه حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشگاه شیراز، ایران.

mojtaba_vaezi@yahoo.com

مقدمه

حقوق بشر در قدر متیقن خود، مجموعه‌ای از حقوق است که به کرامت ذاتی بشر مرتبط است و صرف نظر از هر گونه تعلق مذهبی، نژادی، زبانی و سیاسی به انسان تعلق می‌گیرد. حق بر تأمین اجتماعی در بسیاری از اسناد بین‌المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده و همین امر، مُثَبِّت این برداشت است که اتباع بیگانه به طور مستقل و بدون نیاز به داشتن تابعیت کشوری که در آن سکونت یا اقامت دارند، استحقاق دریافت حمایت‌های تأمین اجتماعی را دارند. پس نظام‌های حقوقی داخلی در راستای تعهدات بین‌المللی و حقوق بشری خود باید بر موانعی فایق آیند که در برابر بهره‌مندی کامل اتباع بیگانه از حق بر تأمین اجتماعی وجود دارد. در نظام حقوقی داخلی، سازمان تأمین اجتماعی با تحت شمول قرار دادن حدود پنجاه میلیون نفر از جمعیت کشور به عنوان بیمه‌شده اصلی و تبعی،^۱ بزرگ‌ترین متولی نظام بیمه اجتماعی کشور است که بر اساس قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴) و قوانین و مقررات مرتبط با آن فعالیت می‌کند. مضمولان این قانون، افرادی هستند که به صورت اجباری یا به اختیار خود و با انعقاد قرارداد، به سازمان تأمین اجتماعی، حق بیمه می‌پردازند و از حمایت‌های بلندمدت و کوتاه‌مدت بیمه اجتماعی بهره‌مند می‌شوند. احکام مندرج در قانون تأمین اجتماعی در خصوص اتباع بیگانه و شیوه اجرای آن در سازمان موصوف، گامی مؤثر در شناسایی نقاط قوت و ضعف نظام حقوق داخلی در زمینه تحقق حق بر تأمین اجتماعی در نسبت با افراد غیر تبعه ایران است.

گفتار اول. چارچوب مفهومی حق تأمین اجتماعی

در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مقاوله‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار و قوانین اساسی بسیاری از کشورها بر «حق تأمین اجتماعی» به عنوان یکی از حق‌های بشری تأکید شده است.^۲ حقوق بشر به معنای مجموعه‌ای از حقوق است که انسان صرف نظر از هر گونه وابستگی دینی، نژادی و جنسی از آن برخوردار است.^۳ بنابراین، به رسمیت شناخته شدن حق تأمین اجتماعی به مثابه یک حق بشری به معنی جهان‌شمول، ذاتی و سلب‌ناپذیر بودن این حق

1- www.tamin.ir/file/file/345085.

۲. بادینی، حسن، «جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۴، ص ۸۳.

۳. برای مطالعه بیشتر نک: قربان‌نیا، ناصر، «عدالت و حقوق»، فصل‌نامه بازتاب اندیشه، ۱۳۸۱، شماره ۲۴، صص ۳۵-۶۱؛ حبیبی مجنده، محمد، «مبانی فلسفی حقوق بشر»، نامه مفید، تابستان ۱۳۷۹، دوره ششم، شماره ۲ (پیاپی ۲۲)، صص ۹۳-۱۲۴.

۴. قاری سید فاطمی، سید محمد، «مبانی توجیهی اخلاقی حقوق بشر معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، آذر ۱۳۸۱، دوره شانزدهم، شماره ۳۵ و ۳۶، صص ۱۱۱-۱۹۲.

است که انسان به دلیل حیثیت و کرامت خود باید به طور یکسان از آن برخوردار گردد.^۱ «با توجه به تعهدات گسترده حقوق بشری که دولت‌ها به واسطه تعدد معاهدات بین‌المللی حقوق بشر در اختیار دارند و با فرض این که آژانس‌های سازمان ملل متحد متعهد شده‌اند که به حقوق بشر در سراسر سیستم سازمان ملل متحد بپردازند، فقدان بحث منظم در مورد تأمین اجتماعی از دیدگاه حقوق بشری، مسئله‌ساز است».^۲

«گرچه قانون بین‌الملل حقوق بشر، تعیین‌کننده سطوح و میزان ایجاد تأمین اجتماعی نمی‌باشد، اما تصریح می‌کند که مزایا نباید به زیر آستانه حداقل کاهش یابند. تأمین اجتماعی باید برای تضمین ایجاد اعتبار و حیثیت انسان کافی باشد و نیازهای افراد را به خصوص در ارتباط با مسکن و بهداشت برآورده سازد... . تأمین اجتماعی باید در دسترس باشد تا همه خطرات موجود در صدمات و خسارات مربوط به امرار معاش فرد را دربرگیرد و آن‌ها را بپوشاند».^۳ به هر حال، نظام تأمین اجتماعی به منظور خدمت و کمک به افراد به وجود می‌آید تا سلامت، زندگی بهتر و موجبات روابط مناسب‌تری را برای پیشرفت استعدادها، قابلیت‌ها و توانایی‌های انسان فراهم سازد.^۴ این اهداف، ناظر به همه افراد می‌شود و محرومیت از این حق به واسطه تابعیت یا هر قید دیگر، کارکردها و اهداف نظام تأمین اجتماعی را زیر سؤال می‌برد.

در مقابل مفهوم حقوق بشری تأمین اجتماعی، برخی نویسندگان، تأمین اجتماعی را جزو حقوق شهروندی می‌دانند. شهروندان، اشخاصی هستند که به عنوان اعضای یک جامعه سیاسی به رسمیت شناخته شده‌اند. این شکل از عضویت در جامعه انحصاری است و از نظر حقوقی و سیاسی میان شهروندان یک دولت و دیگرانی (غیر شهروندان) که به طور دائمی یا موقتی در محدوده مرزهای دولت اقامت دارند، تمایز ایجاد می‌کند. برعکس، حقوق بشر، حقوق را ورای عضویت فرد در یک جامعه یا دیگر ویژگی‌های او به انسان بودنش پیوند می‌زند و سعی در جهانی ساختن این حقوق دارد.^۵

با گسترش مفهوم دولت‌های ملی، بحث حقوق بشر تحت تأثیر اندیشه شهروندی قرار

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «مبانی توجیهی اخلاقی حقوق بشر معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، آذر ۱۳۸۱، دوره شانزدهم، شماره ۳۵ و ۳۶، صص ۱۱۱-۱۹۲.

۲. سپالودا کارمونا، مگدالنا و کارلی نایست، رویکرد حقوق بشری به حمایت اجتماعی، ترجمه: محسن آرامش‌پور و مریم ابراهیمی، تهران: مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، ۱۳۹۸، ص ۱۵.

3-Carney, T., "Neoliberal welfare reform and 'rights' compliance under Australian social security law", Australian Journal of Human Rights, 2006 Dec. 1, 12 (1), p. 227

۴. فیض‌زاده، علی و سعید مدنی، «تأمین اجتماعی و رفاه اجتماعی»، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۷، ص ۲۱۲.

۵. عصمتی، زینب، «برابری در حقوق تأمین اجتماعی ایران: مبانی، آثار و راهکارها»، پایان‌نامه دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، ۱۳۹۳، ص ۹۸.

گرفت، ولی هر کدام در جهتی جداگانه رشد کردند؛ یعنی حقوق شهروندی در قوانین و حقوق داخلی و حقوق بشر در حقوق بین‌الملل مطرح شدند.^۱ با این حال، با روند صنعتی‌سازی کشورهای غربی و افزایش مهاجرت به سوی این کشورها، شالوده‌های حقوق بشری سیاست‌گذاران دولت‌ها، آن‌ها را به این نکته رهنمون ساخت که ضروری است به مهاجران، حقوق و امتیازاتی تعلق گیرد که به شهروندان و اتباع آن کشورها تعلق می‌گیرد.^۲ در این صورت، اعمال حقوق شهروندی در چنین مواردی نیز نیازمند بهره‌مندی از حقوقی است که آن را به عنوان حقوق بشر می‌شناسیم و بسیاری از این حقوق را میثاق‌ها و قطع‌نامه‌های بین‌المللی شناسایی و تضمین کرده‌اند. پشتیبان و تضمین‌کننده هر دو نیز دولت‌ها محسوب می‌شوند^۳ که باید با این رویکرد، زمینه اجرای این حقوق را فراهم کنند که حقوق بشر را باید متمایز از حقوق اخلاقی صرف دانست که تعهدات غیر الزامی و تکالیف مذهبی هستند.^۴ در واقع، حق از منظر حقوق اجتماعی، از نوع حق - مطالبه است که نیازمند عمل (مداخله) مثبت دولت است.^۵ به نظر می‌رسد هنوز کنار گذاشتن مفهوم شهروندی و حقوق ناشی از آن در شرایط فعلی جامعه بین‌المللی مقدور نیست، اما راه حل میانه برای کاستن تنش‌ها و تبعیض‌ها، توسعه حقوق بشر و کاستن از دامنه حقوق شهروندی است.^۶

گفتار دوم. حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه در قانون تأمین اجتماعی

بیش‌تر اتباع بیگانه‌ای که در ایران اشتغال به کار دارند، به دلیل نداشتن رابطه استخدامی با دستگاه‌های اجرایی، مشمول قانون کارند و از این نظر، قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴) بر وضعیت بیمه‌ای آنان حاکم است. بر مبنای این قانون، خدمات‌رسانی به پرداخت حق بیمه وابسته است. پس حمایت‌های موضوع این قانون را نمی‌توان یارانه دولتی یا کمک

1-Gerad, D., "Human Rights and Citizenship", in: Robertson R. Globalization: Social theory and global culture, Sage, 1992 Jul 27, pp. 384-388

2-Bauböck, R., Migration and citizenship: legal status, rights and political participation. Amsterdam University Press, 2006, p. 2

۳. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۸۶، شماره ۵، ص ۶۱.

۴. محسنی، محمدسالم، «نقد و بررسی ویژگی‌های حقوق بشر»، مجموعه مقالات سومین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی (جلد ششم)، تهران: آفتاب توسعه، ۱۳۸۴، ص ۴۳۴.

۵. سلطانی، ناصر، «حقوق اجتماعی یا حقوق شهروندی؟ نمونه‌ای از آشفتگی مفاهیم در نظام حقوقی ایران»، مجلس و راهبرد، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۵۱، ص ۱۰۴.

۶. عصمتی، پیشین، ص ۹۹.

بلاعوض تلقی کرد. از این رو، حق اتباع بیگانه بر ورود به دایره مشمولان قانون تأمین اجتماعی بسیار اهمیت دارد. پرداخت مزایای قانونی به اتباع بیگانه نیز باید با رعایت حق این قبیل بیمه‌شدگان بر بهره‌مندی از رویه‌های مساوات‌گرا و بدون تبعیض از نظر تابعیت صورت پذیرد.

بند اول. حق بر بیمه‌پردازی و داشتن سوابق بیمه‌ای

۱. شمول بیمه اجباری بر اتباع بیگانه

مشمولان بیمه‌های اجباری صندوق تأمین اجتماعی بدون امکان انتخاب، مشمول این صندوق هستند و کارفرمای آن‌ها، مکلف به پرداخت حق بیمه سهم خود و بیمه‌شده به این صندوق است. بیمه‌شده بنا به میزان سابقه پرداخت حق بیمه و شرایط مقرر در قانون از حمایت‌های قانونی برخوردار می‌گردد. شمول قانون تأمین اجتماعی بر بیمه‌شدگان اجباری، غیر ارادی است و هر گونه توافق خلاف قواعد و قوانین مربوط به میزان حق بیمه، چگونگی پرداخت حق بیمه و حمایت‌های قانونی، مبنای قانونی ندارد و به دلیل خلاف قواعد آمره بودن، مسموع نیست.

یکی از مصادیق بیمه اجباری در قانون تأمین اجتماعی، «اتباع بیگانه» است. بر اساس ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴) و اصلاحیه آن، بیمه اتباع بیگانه که طبق قوانین و مقررات مربوط در ایران به کار اشتغال دارند، تابع مقررات این قانون خواهد بود، مگر در صورت انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه تأمین اجتماعی میان دولت ایران و دولت متبوع فرد که طبق موافقت‌نامه عمل خواهد شد یا تبعه بیگانه در مدت اشتغال در ایران، در کشور خود یا در کشور دیگر کلاً یا بعضاً بیمه شده باشد که در همان موارد از شمول مقررات این قانون معافند.

در ضمن به موجب تبصره^۱ الحاقی به ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی، حوادث ناشی از کار اتباع کشورهای ملحق‌شده به مقاله‌نامه شماره ۱۹ سازمان بین‌المللی کار با عنوان تساوی رفتار بین کارگران داخلی و خارجی از شمول بند (ب) مستثناست و نرخ و مأخذ حق بیمه طبق آیین‌نامه‌ای خواهد بود که سازمان تأمین اجتماعی تهیه و هیئت وزیران تصویب می‌کند.

بنا به تصریح ماده ۵، قانون‌گذار از پوشش بیمه‌ای اتباع بیگانه، مشروط به اشتغال آنان در ایران مطابق قوانین و مقررات مربوط حمایت کرده است. با این حال، در تصویب قانون اساسی (۱۳۵۸) به عنوان هنجار برتر و قانون بالادستی، به بهره‌مندی اتباع بیگانه از مزایای عضویت در نظام بیمه تأمین اجتماعی اشاره نشده است. در مقابل، در اصل ۲۹ قانون اساسی

۱. این تبصره به موجب قانون الحاق یک تبصره به لایحه قانونی اصلاح ماده ۵ ق.ت.ا.، مصوب ۱۳۷۸/۱۱/۱ به ماده ۵ الحاق شده است.

بر تکلیف دولت به ارائه خدمات و حمایت‌های مالی از محل منابع و درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم به منظور ارائه حمایت‌های تأمین اجتماعی برای افراد کشور تأکید شده است. عبارت «افراد کشور» در این اصل به جهت اطلاق عرفی افراد کشور بر اتباع کشور، منصرف از اتباع بیگانه مقیم کشور است.

از این رو، می‌توان گفت که قانون‌گذار در قانون مؤخر که از نظر شأن قانون‌گذاری نیز اجل از قانون عادی تأمین اجتماعی است، حق تأمین اجتماعی به معنای اخص آن را که به معنای عضویت فرد در نظام بیمه پایه است، مختص اتباع کشور دانسته است. در تقویت این برداشت، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (۱۳۸۳/۲/۲۱) در تبصره ۳ ماده ۱، شهروندان خارجی مقیم ایران را صرفاً در چارچوب موازین اسلامی، مقابله‌نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی مصوب و با رعایت شرط عمل متقابل، از حمایت‌های مربوط به نظام جامع تأمین اجتماعی برخوردار می‌داند.

قوانین عادی از نظر مطابقت با شرع و قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان می‌رسند و تصویب قانون عادی به نوعی، تفسیر اصول قانون اساسی محسوب می‌گردد. قانون ساختار نظام جامع و رفاه اجتماعی نیز قانونی عادی است که مغایرت نداشتن آن با اصول مرتبط قانون اساسی بررسی و پس از تأیید مطابقت هر یک از مواد آن با منویات قانون‌گذار اساسی تصویب شده است. پس می‌توان گفت که ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی دچار نسخ ضمنی شده است و قابلیت اجرا ندارد. پس هر گونه پوشش بیمه تأمین اجتماعی به اتباع خارجی مقیم ایران به رعایت شرط عمل متقابل بستگی دارد. هر چند بر مبنای برخی نظرها، «رفاه» در بیش‌تر موارد به معنای تأمین نوعی مشخص از حمایت برای برخی از نیازمندترین گروه‌های جامعه است تا بقای آن‌ها میسر شود.^۱ اتباع بیگانه شاغل در کشور نیز می‌توانند جزو اقشار نیازمندی باشند که شرط عمل متقابل در پوشش‌دهی بیمه تأمین اجتماعی به آن‌ها موجب تحدید حقوق اولیه‌شان گردد.

در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، نداشتن مجوزهای اقامت و اشتغال، مانع بهره‌مندی اتباع بیگانه از حق تأمین اجتماعی تشخیص داده شده است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۲۰۹۹۷۰۹۰۱۲۰۰۶۸۰ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۹ شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری مقرر شده است: «اتباع خارجی فاقد مجوز مشغول به کار در کارگاه‌ها از شمول قانون تأمین اجتماعی خارج بوده و مطالبه حق بیمه آنان فاقد جایگاه قانونی است.» در دادنامه شماره ۶۰۳ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۶ نیز در خصوص درخواست ابطال نامه‌های شماره ۱۴/۵۳۰۴ مورخ ۸۶/۴/۳ وزارت کشور و ۱۴۶۵۷

۱. سودرستن، بو، جهانی شدن و دولت رفاه، ترجمه: هرمز همایون‌پور، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۴، ص ۱۴.

مورخ ۸۴/۵/۲ بیمه مرکزی ایران، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ضمن اشاره به ماده پنج قانون تأمین اجتماعی (بیمه اتباع بیگانه که طبق قوانین و مقررات مربوط در ایران به کار اشتغال دارند، تابع مقررات این قانون خواهد بود) و مواد ۱۲۲ و ۱۲۰ قانون کار، مصوب ۱۳۶۹، (اشتغال اتباع بیگانه منوط به داشتن روادید ورود با حق کار مشخص و اخذ پروانه کار می‌باشد) و از طرفی به موجب بند (ج) ماده ۱۱ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۰ و ماده ۱۸۱ قانون کار، (اشتغال اتباع بیگانه فاقد پروانه کار جرم محسوب می‌شود)، ارائه خدمات بیمه‌ای به اتباع بیگانه که مطابق قانون کار حق اشتغال در کشور را ندارند، ممنوع دانسته است. از این جهت، نامه شماره ۱۴/۵۳۰۴ مورخ ۱۳۸۶/۴/۳ مدیر کل اتباع و مهاجرین خارجی و دبیر شورای هماهنگی اجرایی اتباع بیگانه در وزارت کشور، مبنی بر ممنوعیت ارائه خدمات بیمه‌ای به اتباع بیگانه فاقد مجوز اشتغال در کشور و مفاد نامه شماره ۱۴۶۵۷ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲ بیمه مرکزی ایران، در مقام ابلاغ، نامه وزارت کشور را مغایر قانون ندانسته است. از آن جا که وزارت کشور، متکفل امور مربوط به اقامت اتباع بیگانه در کشور نیز هست، مقررہ معترض عنه در حدود اختیارات مرجع صادرکننده بوده و قابل ابطال شمرده نشده است.

در رویه سازمان تأمین اجتماعی نیز مطابق ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی، شمول قانون بر اتباع بیگانه به این وابسته است که طبق قوانین و مقررات مربوط، در ایران به کار اشتغال داشته باشند. پس سازمان تأمین اجتماعی هنگام نام‌نویسی از بیمه‌شده تبعه بیگانه، مجوزهای قانونی اقامت و اشتغال وی را بررسی می‌کند که و این امر می‌تواند به چالشی برای محدودیت حق اتباع بیگانه تبدیل شود. در صورت نبود امکان بررسی یا نداشتن پروانه یا مجوز کار، تکلیف سوابق بیمه‌ای فرد مشخص نیست.

در این خصوص، در رویه اجرایی سازمان تأمین اجتماعی، وارد نشدن بازرسان اداره‌های کار و سازمان تأمین اجتماعی و دیگر مراجع مربوط به موضوع مجوز اشتغال اتباع بیگانه در مدت اشتغال طولانی آن‌ها در کارگاه‌های مشمول قانون تأمین اجتماعی، اماره‌ای بر برخورداری ایشان از مجوز اشتغال به شمار آمده است. این اماره به دلالت مواد ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی از ادله اثبات دعوا و اثبات‌کننده وجود مجوز اشتغال آن‌هاست. اصل حمایتی بودن مزایای تأمین اجتماعی نیز مقتضی تفسیر قوانین و مقررات و اسناد و مدارک موجود به نفع بیمه‌شده تبعه بیگانه است؛ زیرا حق تأمین اجتماعی به عنوان یک حق بشری باید بدون تبعیض تضمین گردد و این نه تنها تبعیض هدفدار و ارادی را شامل می‌شود، بلکه حمایت از تدبیرها و رویه‌هایی را دربرمی‌گیرد که ممکن است برای رفع یا کاهش تبعیض اثرگذار باشد.^۱

۱. صادق‌پور واجاری، معصومه، «حق رفاه و تأمین اجتماعی به عنوان یکی از شاخص‌های حقوق بشر و پی‌آمدهای آن در زندگی مردم»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰، صص ۶-۷.

۲. شمول بیمه‌های اختیاری و حرفه‌ها و مشاغل آزاد

مشمولان بیمه‌های اختیاری و حرفه‌ها و مشاغل آزاد سازمان تأمین اجتماعی بنا به تمایل خود، حق بیمه می‌دهند و از مزایای قانونی آن بهره‌مند می‌شوند. مبنای قانونی بیمه‌های حرف و مشاغل آزاد، آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح بند (ب) و تبصره ۳ ماده ۴ قانون تأمین اجتماعی (۱۳۶۶/۶/۲۹)، مصوب هیئت وزیران است که بر مبنای آن، افرادی که برای انجام حرفه و شغل مورد نظر با داشتن کارگر (کارفرما) یا خود به تنهایی (خویش‌فرما) به کار اشتغال دارند و مشمول مقررات حمایتی خاص نباشند، می‌توانند بدون نیاز به داشتن سابقه پرداخت حق بیمه، به انعقاد قرارداد و پرداخت حق بیمه با نرخ انتخابی اقدام کنند و از مزایای قانونی متناسب با نرخ حق بیمه بهره‌مند شوند. در خصوص بیمه‌های اختیاری نیز بنابر جواز تبصره ماده ۸ قانون تأمین اجتماعی، افرادی که به عللی غیر از علل مندرج در قانون، از ردیف بیمه‌شدگان خارج شده‌اند یا بشوند، با توجه به شرایط مقرر در آیین‌نامه ۱۳۸۵/۶/۲۶ مصوب شورای عالی تأمین اجتماعی می‌توانند بیمه خود را به صورت اختیاری ادامه دهند.

در خصوص جواز انعقاد قرارداد بیمه با اتباع بیگانه و پرداخت حق بیمه به صورت قراردادی نمی‌توان این نوع از بیمه‌پردازی را منحصر به اتباع ایرانی کرد؛ زیرا با فرض پذیرش شمول بیمه اجباری بر اتباع بیگانه، این دسته از افراد با داشتن حداقل سی روز سابقه بیمه‌پردازی می‌توانند مشمول اطلاق تبصره ماده ۸ قانون تأمین اجتماعی شوند و جزو افرادی محسوب گردند که به عللی غیر از علل مندرج در قانون، از ردیف بیمه‌شدگان خارج شده‌اند. در خصوص پرداخت حق بیمه در قالب بیمه صاحبان حرف و مشاغل آزاد نیز در صورتی که تبعه بیگانه، مجوزهای قانونی کسب و کار را از مراجع صلاحیت‌دار دریافت کند، به استناد اشتغال در ایران امکان بیمه‌پردازی خواهد داشت.

با عنایت به مفاد قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، در خصوص بیمه‌پردازان اختیاری نیز همانند بیمه‌شدگان اجباری این ابهام وجود دارد که آیا شمول مقررات یادشده به عمل متقابل وابسته است یا خیر. در هر حال، با توجه به این که در مقررات مربوط، به رعایت شرط تابعیت ایران در انعقاد قرارداد بیمه تصریحی وجود ندارد، لازم است رویه‌های جاری نیز با هدف مطابقت با اصل نفی تبعیض و تضمین حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه برای به رسمیت شناختن حق بر شمول بیمه‌های اختیاری به اتباع بیگانه تنظیم گردد.

بند دوم. حق بر بهره‌مندی از حمایت‌های بیمه‌ای

۱. برخورداری از پوشش درمان و مزایای کوتاه‌مدت (الف) خدمات درمانی

حق بر درمان و پوشش مخاطراتی هم‌چون بیماری و ناخوشی و بارداری و زایمان، ناشی از به رسمیت شناختن حق بر سلامتی است. حق بر سلامت که با تعبیرهایی چون حق بر مراقبت سلامتی، حق بر مراقبت پزشکی و حق بر حمایت از سلامتی نیز شناسایی می‌شود،^۱ در اسناد بین‌المللی به عنوان یک حق بشری به رسمیت شناخته شده است. بر اساس ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، «هر انسانی سزاوار یک زندگی با استانداردهای قابل قبول برای تأمین سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش...» است. میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز با جزئیات بیشتری به حق بر سلامتی اشاره کرده است.

در خصوص مراقبت‌های پزشکی به عنوان یکی از مصادیق تأمین اجتماعی، ماده ۷ مقاله‌نامه شماره ۱۰۲ تأمین اجتماعی (استانداردهای حداقل) مقرر می‌دارد: «هر عضوی که این بخش از این مقاله‌نامه در مورد آن لازم‌الاجراست، برای اشخاص تحت پوشش، برخورداری از مزایا در مواقعی که نیاز به مراقبت‌های پزشکی از نوع پیش‌گیری یا درمانی وجود داشته باشد، فراهم خواهد کرد.» بر اساس این مقاله‌نامه، اشخاص مورد حمایت در زمان بیماری از حمایت‌هایی از قبیل مراقبت‌های پزشکی، دارو و بستری برخوردار می‌شوند. مقاله‌نامه شماره ۱۳۰، ارائه خدمات دندان‌پزشکی و توان‌بخشی را نیز به این فهرست افزوده است.^۲

مطابق ماده ۵۴ قانون تأمین اجتماعی، «بیمه‌شدگان و افراد خانواده آن‌ها از زمانی که مشمول مقررات این قانون قرار می‌گیرند، در صورت مصدوم شدن بر اثر حوادث یا ابتلا به بیماری می‌توانند از خدمات پزشکی استفاده نمایند. خدمات پزشکی که به عهده سازمان تأمین اجتماعی است، شامل کلیه اقدامات درمانی سرپایی، بیمارستانی، تحویل داروهای لازم و انجام آزمایشات تشخیص طبی می‌باشد.» به علاوه، مطابق ماده ۵۵ قانون تأمین اجتماعی، ارائه تعهدات درمانی سازمان تأمین اجتماعی به دو روش درمان مستقیم با استفاده از امکانات درمانی تحت مالکیت و استیجاری سازمان تأمین اجتماعی و روش درمان غیر مستقیم از طریق خرید خدمات بخش خصوصی صورت می‌گیرد.

بر این اساس، بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی به تناسب نوع بیمه (اجباری یا

1-Mahoney, K. E. & Mahoney, P., Human rights in the twenty-first century (eds.), Dordrecht, Kluwer, 1993, pp. 481-482

۲. عراقی، سید عزت‌الله و همکاران، درآمدي بر حقوق تأمین اجتماعی (نقد قانون تأمین اجتماعی بر اساس مطالعه تطبیقی)، تهران: چاپ و صحافی سیمین، ۱۳۸۶، ص ۳۴۲.

اختیاری) و همچنین نوع خدمت و مرکز درمانی از حمایت‌های قانونی برخوردار می‌شوند و در برخورداری از این حمایت‌ها، شرط تابعیت یا مدت اقامت در قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده است. قواعد حاکم بر نظام حقوق بشر از جمله برابری و نفی تبعیض و نیز توجه ویژه به تضمین حق بنیادین بشر نسبت به حیات، در رویه‌های اجرایی در حوزه خدمات درمانی سازمان تأمین اجتماعی لازم‌الاجراست.

ب) غرامت دست‌مزد

بر اساس بند ۹ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی، غرامت دست‌مزد، وجهی است که در ایام بارداری، بیماری و ناتوانی موقت اشتغال به کار و در صورت پرداخت نشدن مزد یا حقوق به بیمه‌شده پرداخت می‌شود. بیمه‌شدگان اصلی سازمان تأمین اجتماعی از جمله اتباع بیگانه شاغل در ایران که با احراز شرایط قانونی جزو مشمولان قانون تأمین اجتماعی قرار دارند، می‌توانند از مبلغ غرامت دست‌مزد در مواردی برخوردار شوند که ناتوانی موقت آنان برای اشتغال احراز گردد. بر اساس ماده ۶۲ قانون تأمین اجتماعی، وجه غرامت دست‌مزد از اولین روزی که بیمه‌شده به تشخیص سازمان، قادر به کار نباشد، به وی پرداخت خواهد شد و تا زمانی استمرار می‌یابد که وی از کارافتاده شناخته نشده است. مبلغ آن نیز با توجه به این که بیمه‌شده افراد تحت تکفل دارد یا خیر و به میزان آخرین مزد یا حقوق روزانه وی تعیین می‌گردد.

پرداخت این وجوه در لایه بیمه‌ای نظام رفاه و تأمین اجتماعی و تساوی بیمه‌شدگان در بهره‌مندی از این حمایت، صرف نظر از تابعیت را می‌توان به عنوان یکی از نقاط قوت قانون تأمین اجتماعی در خصوص حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه تلقی کرد؛ زیرا بیش‌تر اتباع بیگانه هنگام بی‌کاری و بیماری و نداشتن درآمد، از حمایت‌های مربوط به لایه امدادی نظام رفاه و تأمین اجتماعی برخوردار نمی‌شوند.

ج) کمک بارداری و زایمان

بر اساس ماده ۶۷ قانون تأمین اجتماعی، بیمه‌شده زن یا همسر بیمه‌شده مرد به شرط این که ظرف یک سال قبل از زایمان، سابقه پرداخت شصت روز حق بیمه را داشته باشد، می‌تواند به شرط اشتغال نداشتن به کار از کمک بارداری استفاده کند. این کمک‌هزینه به بیمه‌شدگان اجباری سازمان تأمین اجتماعی پرداخت می‌شود. بنابراین، اگر تبعه بیگانه شاغل در ایران، زن باشد، می‌تواند با احراز دیگر شرایط از این کمک‌هزینه بهره‌مند گردد. همچنین همسر بیمه‌شده تبعه بیگانه فارغ از تابعیت، از این کمک‌هزینه به تبع شمول بیمه اجباری بر همسر خود منتفع می‌شود. بدیهی است با این وصف، همسر تبعه بیگانه بیمه‌شده اصلی تبعه ایران نیز از این کمک‌هزینه برخوردار می‌گردد.

د) بیمه بی‌کاری

بی‌کاری به وضعیتی اطلاق می‌شود که فرد، شغل و به تبع آن، درآمد خود را از دست داده است و تا مدتی به صورت غیر ارادی نتواند کار کند. حمایت‌های مقرر در نظام‌های بیمه بی‌کاری، در سطح حقوق داخلی و اسناد بین‌المللی شامل طیفی گسترده از تسهیلات مالی، استخدامی و آموزشی به بی‌کاران می‌شود که با هدف افزایش توان و مهارت‌های شغلی و حرفه‌ای و حمایت مالی موقت به منظور رفع نیازهای مادی در ایام بی‌کاری تنظیم می‌شود.^۱ لزوم حمایت از افراد در مواجهه با بی‌کاری، از بدو شناسایی حق کار کردن به عنوان یکی از حقوق بشر، مورد تأکید و توجه اسناد بین‌المللی بوده است. در ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر بر حمایت در مقابل بی‌کاری به عنوان یک حق و در ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز به حمایت از افراد بی‌کار به مثابه تدبیرهایی که برای تأمین اعمال کامل حق کار کردن ضروری است، اشاره شده است.

در بسیاری از اسناد مصوب سازمان بین‌المللی کار نیز حمایت‌های بی‌کاری، موضوع توجه بوده است.^۲ از جمله مقاله‌نامه شماره ۱۰۲ مصوب ۱۹۵۲ که حداقل‌های تأمین اجتماعی را بیان کرده، در بخش چهارم به مزایای ایام بی‌کاری اشاره کرده است. به موجب مواد ۱۹ و ۲۰ این مقاله‌نامه، هر کشور عضو باید مزایای بی‌کاری را به اشخاص تحت حمایت پرداخت کند. موارد احتمالی پوشش باید تعلیق درآمد ناشی از نیافتن کار مناسب را نیز بر اساس تعریف قوانین یا مقررات ملی در صورتی دربرگیرد که شخص مربوط، قادر و آماده به کار باشد.

در حقوق داخلی، بیمه بی‌کاری جزو حمایت‌های مقرر در قانون تأمین اجتماعی است و آخرین سند مصوب که در حال حاضر نیز لازم‌الاجراست، قانون بیمه بی‌کاری (۱۳۶۹) است. نظام بیمه بی‌کاری ایران از نظام‌های اجباری^۳ و مقرری بیمه بی‌کاری نیز یک حمایت مشارکتی و جای‌گزین درآمد است، به این معنا که سازمان تأمین اجتماعی را مکلف می‌کند در مقابل دریافت حق بیمه اضافی و تحت شرایط خاص، به بیمه‌شدگانی^۴ که

۱. همان، ص ۳۷۵.

۲. از جمله این اسناد، مقاله‌نامه شماره ۴۴، مصوب ۱۹۳۴ و مقاله‌نامه شماره ۱۶۸، مصوب ۱۹۹۸ است که در آن‌ها به صورت خاص به بیمه بی‌کاری به عنوان ابزار لازم برای تأمین حداقل استانداردهای تأمین اجتماعی اشاره شده است.

3-Compulsory unemployment insurance.

۴. مستمری بی‌کاری غیر مشارکتی به معنی حمایت از بی‌کارانی است که تحت پوشش هیچ نظام بیمه‌ای نیستند. این مورد در حقوق داخلی پیش‌بینی نشده است. در ضمن، برخی از بیمه‌پردازان در نظام بیمه‌ای نیز مشمول حمایت بی‌کاری قرار ندارند و این حمایت صرفاً به بیمه‌شدگان اجباری تابع قانون کار تعلق می‌گیرد. برای مطالعه بیشتر نک: نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو، **حقوق تأمین اجتماعی با تأکید بر حوزه بیمه‌ای**، تهران: سمت، ۱۳۹۴، صص ۳۶۹-۳۷۳.

خلاف میل، کار خود را از دست می‌دهند، مقرری بی‌کاری پیدا می‌کند. البته این حمایت به اتباع بیگانه تعلق نمی‌گیرد. این ممنوعیت بر اساس تبصره ماده یک قانون بیمه بی‌کاری وضع شده که اتباع خارجی را از استثنائات شمول این قانون دانسته است. به همین واسطه، کارفرمایانی که اتباع بیگانه را به کار می‌گیرند، از پرداخت ۳ درصد حق بیمه بی‌کاری به سازمان تأمین اجتماعی معافند.

با توجه به این که بیمه بی‌کاری برای حمایت از بیمه‌شدگانی است که بدون میل و اراده بی‌کار شده‌اند و این فرض در خصوص اتباع بیگانه به عنوان بخشی از بیمه‌شدگان اجباری نیز قابل تصور است، محرومیت بیمه‌شده بر اساس تابعیت توجیه‌پذیر نیست. دیگر استثنائات قانون بیمه بی‌کاری شامل بازنشستگان و از کارافتادگان کلی، صاحبان حرف و مشاغل آزاد و بیمه‌شدگان اختیاری به واسطه نداشتن شغل و کارفرما از شمول این مقررات خارج شده‌اند، در حالی که در خصوص محرومیت اتباع بیگانه از این حمایت، هیچ دلیل بیمه‌ای وجود ندارد، بلکه صرفاً تابعیت غیر ایرانی، مانع انتفاع از مزایای قانونی تلقی شده است که این امر با توجه به پذیرش اصل شمول مقررات قانون تأمین اجتماعی به اتباع بیگانه شاغل در ایران، مستند به ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی توجیه‌پذیر نیست.

۲. برخورداری از پوشش حمایت‌های بلندمدت (الف) مستمری از کارافتادگی

در فرهنگ بیمه‌های اجتماعی، «از کارافتادگی» چنین تعریف شده است: «وضعیت جسمی یا روانی که موجب می‌شود شخص توانایی انجام یک یا چند وظیفه شغلی خود را از دست بدهد»^۱ در نظام‌های مختلف تأمین اجتماعی، دو نگرش عمده نسبت به از کارافتادگی وجود دارد: برخی از نظام‌ها، از کارافتادگی را نوعی «پیری زودرس» دانسته و هر دو را در شاخه واحدی از تأمین اجتماعی دسته‌بندی کرده‌اند. برخی دیگر، آن را نوعی «بیماری ممتد» قلمداد و در خصوص آن، ضوابط خاصی اعمال می‌کنند.^۲

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر کلی شماره ۵ (۱۹۴۴) در مورد از کارافتادگی، بر اهمیت فراهم کردن حمایت‌های درآمدی لازم از افرادی تأکید کرده است که به دلیل از کارافتادگی به طور موقت از کسب درآمد محروم شده یا فرصت‌هایی را برای اشتغال از دست داده یا دچار از کارافتادگی دایمی گشته‌اند. به گفته این کمیته، این حمایت‌ها باید با حفظ شأن ذاتی افراد به آن‌ها ارائه شود و حمایت‌های یادشده باید همه

۱. مریدی، سیاوش، فرهنگ بیمه‌های اجتماعی، تهران: نشر پژوهش فرزانه روز و مؤسسه عالی پژوهش

تأمین اجتماعی، ۱۳۷۸، ص ۲۳.

۲. عراقی و همکاران، پیشین، ص ۳۵۹.

اعضای خانواده و دیگر مراقبت‌کنندگان غیر رسمی را پوشش دهد. در ماده ۳۶ مقاوله‌نامه ۱۰۲ سازمان بین‌المللی کار نیز از دست دادن کامل یا نسبی توانایی کسب درآمد از موجبات بهره‌مندی از حمایت‌های تأمین اجتماعی قلمداد شده است.

به موجب بند ۱۳ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی ایران، «از کارافتادگی کلی عبارت است از کاهش قدرت بیمه‌شده به نحوی که بتواند با اشتغال به کار سابق یا کار دیگر، بیش از یک سوم درآمد قبلی خود را به دست آورد». این تعریف عام است و هر دو قسم از کارافتادگی کلی ناشی از کار و غیر ناشی از کار را دربرمی‌گیرد. بیمه‌شده شاغل ممکن است بر اثر حوادث ناشی از کار یا غیر ناشی از کار و همچنین بیماری، توانایی کار کردن را از دست بدهد. بر اساس بندهای ۱۳ و ۱۴ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی، «از کارافتادگی کلی عبارت است از کاهش قدرت کار بیمه‌شده به نحوی که نتواند با اشتغال به کار سابق یا کار دیگری، بیش از یک سوم از درآمد قبلی خود را به دست آورد». همچنین «از کارافتادگی جزئی عبارت است از کاهش قدرت کار بیمه‌شده به نحوی که با اشتغال به کار سابق یا کار دیگر فقط قسمتی از درآمد خود را به دست آورد». احراز میزان کاهش توانایی اشتغال به کار بیمه‌شدگان بر عهده کمیسیون‌های پزشکی سازمان تأمین اجتماعی است. در مقررات این سازمان در خصوص معرفی بیمه‌شدگان به کمیسیون‌های پزشکی و احراز شرایط از کارافتادگی، قیدی مبنی بر تأثیر تابعیت بر این فرآیند ملاحظه نمی‌شود.

ب) مستمری بازنشستگی

سالمندی به عنوان یکی از مخاطرات اجتماعی بر این فرض استوار است که کار کردن فرد با سن مشخص به منظور امرار معاش خود، بیش از این ممکن یا مناسب نیست.^۱ طبق آن چه کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بخشی از تفسیر عمومی شماره ۱۹ بیان می‌دارد: «دولت‌های عضو باید یک سن بازنشستگی مناسب را بر اساس شرایط داخلی کشور و با در نظر گرفتن ماهیت مشاغل، به ویژه مشاغل خطرناک و زیان‌آور و توانایی کاری سالمندان تعیین کنند».^۲ سن بازنشستگی در کشورهای مختلف به صورت متفاوت تعیین شده است که بیش‌تر بین ۶۰ تا ۶۵ سال است و به صورت معمول، برای زنان نیز سن کم‌تری نسبت به مردان در نظر گرفته می‌شود.^۳

۱. پیترز، دنی، **تأمین اجتماعی، مقدمه‌ای بر اصول اساسی**، ترجمه: فراز فیروزمندی و سمیره احمدی، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵.

2-General Comment No.19; The right to social security (art.9), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2007, para. 15

۳. سن بازنشستگی در مقاوله‌نامه‌های بین‌المللی شماره ۱۰۲، ۱۲۸ و ۱۳۱ سازمان بین‌المللی کار، ۶۵ سال و در شرایط خاصی، بیش از آن در نظر گرفته شده است. دولت‌ها موظف شده‌اند تنها برای افراد شاغل در کارهای سخت و زیان‌آور، سن کم‌تری در نظر گیرند و در موارد خاص، بعضی از افراد را پیش از موعد بازنشسته کنند. به نقل از: رستمی، مرتضی، **الگوی حقوقی شایسته صندوق‌های بازنشستگی در نظام تأمین اجتماعی ایران**، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۶۰.

بازنشستگی بنا به تعریف مندرج در بند ۱۵ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی «عبارت است از عدم اشتغال بیمه‌شده به کار به سبب رسیدن به سن بازنشستگی مقرر در این قانون»^۱ بیمه‌شدگان با احراز شرایط مقرر در قانون از جمله شرط حداقل سابقه و رسیدن به سن بازنشستگی می‌توانند از حمایت بازنشستگی در قالب مستمری تا زمانی برخوردار شوند که بیمه‌شده زنده است و این مستمری پس از فوت وی به عنوان مستمری بازماندگان به افراد خانواده وی که واجد شرایط قانونی باشند، پرداخت می‌شود. پس مستمری بازنشستگی را می‌توان یکی از مهم‌ترین حمایت‌های تأمین اجتماعی دانست و هدف از بیمه‌پردازی، برخورداری از مستمری بازنشستگی تلقی می‌گردد.

اتباع بیگانه که به واسطه اشتغال در ایران به عنوان بیمه‌شده اجباری بیمه‌پردازی می‌کنند یا بخشی از سوابق آن‌ها به صورت اختیاری و در قالب انعقاد قرارداد و پرداخت حق بیمه ایجاد می‌شود، با داشتن سابقه بیمه‌پردازی می‌توانند از مستمری بازنشستگی بهره‌مند گردند و سوابق آن‌ها نیز همانند اتباع ایرانی در احراز شرایط بازنشستگی و احتساب مستمری اثرگذار است. با توجه به نبود نص قانونی، در رویه اجرایی سازمان تأمین اجتماعی نیز پرداخت مستمری به این افراد به شرط اقامت در ایران وابسته نیست. بنابراین، حتی در صورت خروج از ایران نیز تا زمانی که در قید حیات باشند، می‌توانند از مستمری استحقاقی بهره‌مند شوند.

ج) مستمری بازماندگان

یکی از مخاطرات اجتماعی که به صورت مستقیم، معیشت افراد خانواده بیمه‌شده را متأثر می‌سازد، فوت بیمه‌شده است. این اتفاق ممکن است بر اثر حوادث یا بیماری یا به صورت عادی و به سبب کهولت سن پدید آید. بنابراین، ارائه حمایت‌های مناسب به بازماندگانی که به دلیل فوت، نان‌آور خانواده در تأمین معاش دچار مشکل می‌شوند، در نظام‌های تأمین اجتماعی گنجانده شده است. بنابراین، «هدف از مزایای بازماندگی، تضمین یک جای‌گزین درآمدی برای بازماندگانی است که معیشت آن‌ها وابسته به درآمد شغلی فرد متوفا بوده است. این مزایا تا زمانی که بازماندگان مذکور پرداخت می‌شود که قادر به کسب درآمد نباشند»^۲.

به موجب ماده ۶۰ مقاوله‌نامه شماره ۱۰۲ سازمان بین‌المللی کار، بر پوشش مستمری برای افرادی تأکید شده است که از حمایت نان‌آور خانواده برخوردار بودند. این افراد در ماده ۲۲ مقاوله‌نامه شماره ۱۲۸ شامل همسر و فرزندان و افرادی می‌شود که تحت تکفل

۱. اردبیلی، یوسف، بازنشستگی؛ شناخت مسائل و مشکلات بازنشستگان و طریق مشاوره با آنان،

تهران: کویر، ۱۳۷۹، ص ۴۹.

۲. پیتز، پیشین، ص ۱۲۸.

بیمه‌شده بودند. فرد بازمانده تا زمانی شرایط لازم برای دریافت مستمری‌های بازماندگان را دارد که بر اساس معیارهایی هم‌چون سن یا ناتوانی در اشتغال نتواند امرار معاش کند. در حقوق داخلی، بر اساس جزء (۲) ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی، افراد خانواده بیمه‌شده، شخص یا اشخاصی هستند که به تبع بیمه‌شده از مزایای موضوع این قانون استفاده می‌کنند و بر اساس ماده ۸۳ قانون تأمین اجتماعی عبارتند از پدر، مادر، همسر و فرزندان بیمه‌شده که در صورت احراز شرایط مقرر در قانون تأمین اجتماعی از مزایای این قانون بهره‌مند می‌گردند. مستمری بازماندگان در حقیقت، کمکی است که در صورت فوت بیمه‌شده، برای تأمین معاش بازماندگان اعطا می‌شود.^۱

با توجه به مفاد ماده ۵ قانون تأمین اجتماعی، در پذیرش شمول قانون تأمین اجتماعی بر افراد خانواده بیمه‌شده تبعه بیگانه (صرف نظر از تابعیت بیمه‌شدگان تبعی) با استناد به ماده ۵ موصوف، تردیدی نیست. به علاوه، در هیچ یک از مواد مرتبط با بیمه‌شدگان تبعی، قانون‌گذار، تابعیت خارجی را مانع دریافت حمایت ندانسته است، چنان‌که در ماده ۵۸ قانون تأمین اجتماعی، افراد خانواده بیمه‌شده علی‌الطلاق مشمول برخورداری از حمایت‌های درمانی قرار گرفته‌اند. در مواردی که افراد خانواده بیمه‌شده، تابعیت غیر ایرانی دارند، می‌توانند به تبع بیمه‌پردازی بیمه‌شده اصلی از پوشش بیمه تأمین اجتماعی برخوردار شوند.

با توجه به این توضیحات، تابعیت خارجی، مانع برخورداری بیمه‌شدگان تبعی از مزایای قانون تأمین اجتماعی نمی‌شود، ولی اساساً ابقای تابعیت خارجی بیمه‌شدگان تبعی در موارد معدودی رخ می‌دهد. برای مثال، در مواردی که افراد هم‌زمان دارای تابعیت ایران و دیگر کشورها باشند، مطابق دکترین حقوقی و مستفاد از مقررات مندرج در کتاب دوم جلد دوم قانون مدنی ایران در خصوص تابعیت، اگر «تبعه ایران تابعیت کشور دیگری غیر از ایران را دارا باشد، از لحاظ مقررات جمهوری اسلامی ایران، تابعیت خارجی فرد کأن لم یکن تلقی و شخص مزبور ایرانی محسوب می‌شود و دارای حقوق و تکالیف مربوط به اشخاص ایرانی است.» پس مرد یا زن دارای تابعیت مضاعف ایران و کشور دیگر، اگر طبق مقررات تأمین اجتماعی، بیمه‌پرداز باشد، همسر، فرزندان و پدر و مادر وی در صورت احراز شرایط قانونی از تعهدات قانونی هم‌چون درمان و مستمری بازماندگان در صورت فوت بیمه‌شده برخوردار می‌شوند. هم‌چنین مطابق بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند، ایرانی محسوب می‌گردد. پس همسر تبعه خارجی مرد تبعه ایران از لحاظ مقررات ایران، ایرانی محسوب می‌شود و تابعیت خارجی وی کأن لم یکن است.

در خصوص امکان برخورداری همسر و فرزندان تبعه خارجی زن تبعه ایران از مستمری بازماندگان، با عنایت به مباحث مطرح‌شده، صرف نظر از این‌که تابعیت غیر ایرانی افراد

۱. اعرافی و همکاران، پیشین، ص ۴۶۱.

موصوف باقی است، در رویه سازمان تأمین اجتماعی با استناد به اطلاق عبارات «افراد خانواده بیمه‌شده» در ماده ۵۸ و «همسر بیمه‌شده مرد» و «همسر بیمه‌شده زن» و «فرزندان» و «پدر و مادر» بیمه‌شده در مواد مختلف قانون تأمین اجتماعی از جمله جزء ۲ ماده ۲، ماده ۵۴، ماده ۵۸، ماده ۶۲، ماده ۶۷، ماده ۶۸، ماده ۶۹، ماده ۷۲، ماده ۸۰، ماده ۸۱، ماده ۸۲، ماده ۸۳، ماده ۸۵ و ماده ۸۶ پذیرش شمول بیمه تأمین اجتماعی به تبعه بیگانه به عنوان بیمه‌شده اصلی و به تبع آن، تسری پوشش بیمه‌ای به افراد خانواده وی ملاک عمل قرار گرفته است. بر همین اساس، بیمه‌شده تبعی صرف نظر از تابعیت خود، امکان بهره‌مندی از مزایای تأمین اجتماعی را دارد.

نتیجه‌گیری

«حق بر تأمین اجتماعی» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در قالب اصل ۲۹ به رسمیت شناخته شده است. قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴) نیز به عنوان مبنای ارائه حمایت‌های قانونی به بیمه‌شدگان صندوق تأمین اجتماعی در ماده ۵ بر پوشش حمایت‌های این قانون بر اتباع بیگانه دارای مجوزهای قانونی اقامت و اشتغال در ایران تأکید می‌کند. بر اساس قانون نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (۱۳۸۳) نیز شهروندان خارجی مقیم ایران در چارچوب موازین اسلامی، مقاوله‌نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی مصوب و با رعایت شرط عمل متقابل، از حمایت‌های مربوط به نظام جامع تأمین اجتماعی برخوردارند. به تبع به رسمیت شناخته شدن حق بر تأمین اجتماعی اتباع بیگانه در این قوانین، اتباع غیر ایرانی شاغل تحت پوشش بیمه‌های اجباری و اختیاری سازمان تأمین اجتماعی قرار می‌گیرند. در ارائه مزایا و حمایت‌های بلندمدت از قبیل مستمری بازنشستگی، از کارافتادگی و فوت و همچنین مزایای کوتاه‌مدت شامل خدمات درمانی و کمک‌هزینه‌ها نیز محدودیتی از نظر تابعیت یا مدت اقامت در ایران وجود ندارد. بر این اساس، می‌توان قانون تأمین اجتماعی را در ردیف قوانین حق‌محور در چارچوب نظام بیمه اجتماعی دانست.

رویه سازمان تأمین اجتماعی نیز مؤید اجرای قوانین با رویکرد منع تبعیض میان بیمه‌شدگان به دلیل تابعیت است و در مواردی که ابهام یا اجمال در قوانین و مقررات وجود دارد، سازمان تأمین اجتماعی در بیش‌تر موارد با رویکرد حق‌محور با چالش‌های مربوط مواجه شده است که نمونه بارز آن، حمایت حداکثری از بیمه‌شدگان اجباری و نیز شمول بیمه‌های اختیاری و حِرَف و مشاغل آزاد به بیمه‌شدگان اتباع بیگانه همانند دیگر بیمه‌شدگان و نیز پرداخت مستمری به اتباع بیگانه‌ای است که خارج از کشور اقامت دارند. با این وصف، در قوانین و مقررات ملاک عمل این حوزه، نقاط ضعفی نیز وجود دارد، مانند محروم ماندن اتباع بیگانه شاغل از حمایت بیمه بی‌کاری و محروم ماندن اتباع شاغل در ایران (که مجوزهای قانونی اقامت یا اشتغال را ندارند)، از پوشش بیمه اجتماعی. با هدف تضمین حداکثری حق تأمین اجتماعی اتباع بیگانه باید به رفع این کاستی‌ها نیز توجه شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اخوان بهبهانی، علی و ایروان مسعودی اصل، اصول و مبانی بیمه‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۷
۲. اردبیلی، یوسف، بازنشستگی؛ شناخت مسائل و مشکلات بازنشستگان و طریق مشاوره با آنان، تهران: کویر، ۱۳۷۹.
۳. استوار سنگری، کورش، حقوق تأمین اجتماعی، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۴. پناهی، بهرام، اصول و مبانی نظام تأمین اجتماعی، تهران: سوره، ۱۳۷۶.
۵. پیترز، دنی، تأمین اجتماعی، مقدمه‌ای بر اصول اساسی، ترجمه: فراز فیروزمندی و سمیره احمدی، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۶. رستمی، مرتضی، الگوی حقوقی شایسته صندوق‌های بازنشستگی در نظام تأمین اجتماعی ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۷. سپالودا کارمونا، مگدالنا و کارلی نایست، رویکرد حقوق بشری به حمایت اجتماعی، ترجمه: محسن آرامش‌پور و مریم ابراهیمی، تهران: مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، ۱۳۹۸.
۸. سودرستن، بو، جهانی شدن و دولت رفاه، ترجمه: هرمز همایون‌پور، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۴.
۹. عراقی سید عزت‌الله و همکاران، درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی (نقد قانون تأمین اجتماعی بر اساس مطالعه تطبیقی)، تهران: چاپ و صحافی سیمین، ۱۳۸۶.
۱۰. مریدی، سیاوش، فرهنگ بیمه‌های اجتماعی، تهران: نشر پژوهش فرزنان روز و مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۷۸.
۱۱. مشیری تبریزی، حسین و علی ماهر، اداره امور تأمین اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶.
۱۲. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار استاد شهید مطهری (جلد ۱۹)، تهران: صدرا، ۱۳۷۸.
۱۳. منتظری، حسین‌علی، رساله حقوق، تهران: سرابی، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
۱۴. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، تهران: کارنامه، ۱۳۸۹.
۱۵. نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو، حقوق تأمین اجتماعی با تأکید بر حوزه بیمه‌ای، تهران: سمت، ۱۳۹۴.

۱۶. نیلی، مسعود و موسی غنی‌نژاد، اقتصاد و عدالت اجتماعی، تهران: نی، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. بادینی، حسن، «جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۴، صص ۵۷-۸۸.
۲. چربگو، یونس، «تبیین مفهوم حق رفاه و تأمین اجتماعی»، فصل‌نامه داخلی قوانین و مقررات تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶، سال سوم، شماره ۷، صص ۳۵-۴۶.
۳. حبیبی مجنده، محمد، «مبانی فلسفی حقوق بشر»، نامه مفید، تابستان ۱۳۷۹، دوره ششم، شماره ۲ (پیاپی ۲۲)، صص ۹۳-۱۲۴.
۴. سلطانی، ناصر، «حقوق اجتماعی یا حقوق شهروندی؟ نمونه‌ای از آشفتگی مفاهیم در نظام حقوقی ایران»، مجلس و راهبرد، تابستان ۱۳۸۵، شماره ۵۱، صص ۱۰۱-۱۱۸.
۵. شهبازی‌نیا، مرتضی، «حق برخورداری از تأمین اجتماعی؛ ویژگی‌ها و محتوا و اصول کلی حاکم بر آن»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، آذر ۱۳۸۶، دوره نهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۳۰، صص ۳۹-۶۴.
۶. صالحی امیری، رضا و زهرا رضایی، «بررسی مفهومی عدالت اجتماعی»، پژوهش‌نامه مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۲۶.
۷. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۸۶، شماره ۵، صص ۴۷-۶۴.
۸. فلسفی، هدایت‌الله، «حق، صلح و منزلت انسانی؛ تأملاتی در مفاهیم قاعده حقوقی، ارزش اخلاقی و بشریت»، مجله حقوقی، ۱۳۸۰-۱۳۸۱، شماره ۲۶-۲۷، صص ۵-۱۳۰.
۹. فیض‌زاده، علی و سعید مدنی، «تأمین اجتماعی و رفاه اجتماعی»، تأمین اجتماعی، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۷، صص ۲۰۹-۲۳۲.
۱۰. قاری سید فاطمی، سید محمد، «مبانی توجیهی اخلاقی حقوق بشر معاصر»، مجله تحقیقات حقوقی، آذر ۱۳۸۱، دوره شانزدهم، شماره ۳۵ و ۳۶، صص ۱۱۱-۱۹۲.
۱۱. قربان‌نیا، ناصر، «عدالت و حقوق»، فصل‌نامه بازتاب اندیشه، ۱۳۸۱، شماره ۲۴، صص ۳۵-۶۱.
۱۲. محسنی، محمدسالم، «نقد و بررسی ویژگی‌های حقوق بشر»، مجموعه مقالات سومین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی (جلد ششم)، تهران: آفتاب توسعه، ۱۳۸۴، صص ۴۳۱-۴۵۷.

۱۳. هاشمی، سید محمد، «تأمین اجتماعی در حقوق بشر و حقوق اساسی، دیدگاههایی در حقوق تأمین اجتماعی»، مجموعه مقالات همایش تبیین جایگاه حقوق تأمین اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۳.

ج) پایان نامه

۱. صادق پور واجاری، معصومه، «حق رفاه و تأمین اجتماعی به عنوان یکی از شاخص‌های حقوق بشر و پی‌آمدهای آن در زندگی مردم»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰.
۲. عصمتی، زینب، «برابری در حقوق تأمین اجتماعی ایران: مبانی، آثار و راهکارها»، پایان‌نامه دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، ۱۳۹۳.
۳. کتابی رودی، احمد، «مطالعه تطبیقی جامعیت و فراگیری نظام تأمین اجتماعی در جمهوری اسلامی ایران و انگلستان»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۷.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Bauböck, R., Migration and citizenship: legal status, rights and political participation. Amsterdam University Press, 2006
- 2-Jones, P. & Rights, Macmillan, International Higher Education, 1994.
- 3-Mahoney, K. E. & Mahoney, P., Human rights in the twenty-first century (eds.), Dordrecht, Kluwer, 1993
- 4-Riedel, E., The human right to social security: Some challenges, In Social Security as a Human Right, Springer, Berlin, Heidelberg, 2007

B) Article

- 1-Carney, T., "Neoliberal welfare reform and 'rights' compliance under Australian social security law", Australian Journal of Human Rights, 2006 Dec. 1, 12 (1), pp.223-53

- 2-Gerad, D., "Human Rights and Citizenship", in: Robertson R. Globalization: Social theory and global culture, Sage, 1992 Jul 27, pp. 384-388
- 3-Kulke, U., "The present and future role of ILO standards in realizing the right to social security", International Social Security Review, 2007 Apr., 60 (2-3), 119-41
- 4-Scheinin, M., "The right to social security", In: Economic, Social and Cultural Rights, 2001 Jan 1, pp. 211-221



مصونیت اداری کارمندان دولت در ایران

جواد محمودی*

نادر اسدی اوجاق نار**

چکیده

کارمندان دولت در مقام نیروی انسانی مؤثر در تصمیم‌گیری و انجام امور اجرایی نقشی انکارناپذیر دارند. در این میان، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان به مصونیت اداری کارمندان دولت قائل بود یا خیر؟ در پاسخ می‌توان این فرضیه را مطرح کرد که مصونیت مطلق کارمندان به دلیل اقتضائات اصل حاکمیت قانون مردود است، اما جوهی از مصونیت نسبی آنان به استناد قانون‌مندی اداره توجیه منطقی دارد که به استقلال حرفه‌ای و نوع رابطه میان کارمندان با مقام‌های مافوق خود مربوط است. این مصونیت ضمن آن که امتیازی ویژه برای کارمندان است، مسئولیت‌گریزی مطلق و سوء استفاده از اختیارات از رهگذر نقض قانون و لوازم فرعی آن را منتفی می‌سازد. از این رو، کارمندان در برابر مقام‌های مافوق از نظر برخورداری از استقلال حرفه‌ای و نداشتن مسئولیت ناشی از دستورهای غیر قانونی آنان از مصونیت برخوردارند. شهروندان نیز در صورت نقض قوانین جاری از سوی کارمندان، حق تعقیب آنان را در مراجع صلاحیت‌دار دارند. این امتیاز، استقلال و پویایی ساختار اداری را به موازات قانون‌مندی و رعایت حقوق شهروندان ذی‌نفع تأمین می‌کند. این پژوهش به شیوه تحلیلی و توصیفی به این موضوع پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: مصونیت، کارمندان، حقوق اداری، حاکمیت قانون، ایران.

مقدمه

مصونیت^۱ در مفهوم «محفوظ بودن»^۲، وضعیتی که دارنده آن از تعرض، معاف باشد^۳ و «حقی قانونی نسبت به دارنده آن در قبال ایفای وظایف وی»^۴ تعریف شده است. امروزه در بیش‌تر کشورها، اصل بر مسئولیت است و خروج از مسئولیت، نادر و تنها در صورت تصریح قانون‌گذار در برخی موارد ویژه مقرر شده است. در ایران با وجود تصریح به «لزوم تساوی همه در برابر قانون»^۵، برخی مقامات رسمی و عمومی، مانند هیئت‌های دیپلماتیک،^۶ قضات،^۷ و کلا^۸ و نمایندگان مجلس شورای اسلامی^۹ از سطوحی از مصونیت برخوردارند. آیا کارمندان دولت نیز از چنین امتیازی بهره‌مندند؟

در مقاله حاضر در قالب پژوهش توصیفی - تحلیلی، مصونیت اداری کارمندان و مبانی حقوقی آن بررسی و امکان‌سنجی می‌شود. این فرضیه مطرح است که مصونیت اداری کارمندان را در دو سطح مطلق و نسبی می‌توان ارزیابی کرد. مصونیت مطلق به دلیل تعلق به دوره پیشا قانون و عصر مسئولیت‌ناپذیری دولت‌ها و به تبع آن، کارگزاران و کارمندان آن‌ها در زمان اجرای قانون و برقراری دولت‌های قانون‌مند چندان قابل دفاع نیست و وظیفه کلی دولت‌ها به مبارزه با خودکامگی،^{۱۰} در همه سطوح و از جمله در عرصه اداری، در عمل به آن پایان داده است. در برابر، سطوحی از مصونیت نسبی هم‌چنان در قوانین و مقررات جاری کشور وجود دارند که ارزیابی می‌کنیم.

1-Immunity.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران: گلی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۹۶۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۶۵۷.

۴. موسی‌زاده، رضا، سازمان‌های بین‌المللی، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۴، ص ۳۹.

۴. بند چهاردهم اصل سوم قانون اساسی.

۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ سی و دوم، ۱۳۸۷، ص ۴۴۰.

۶. حبیب‌زاده، محمدجعفر و فرشته اسدی، «مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق، زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴، ص ۱۶۲.

۷. همان.

۸. اصل هشتاد و ششم قانون اساسی.

۹. برای نمونه، بند ششم اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبنی بر «محو هر گونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی».

۱۰. توسلی نایینی، منوچهر، «مصونیت‌های شغلی در حقوق ایران»، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷، صص ۱۰۸-۹۱.

از نظر پیشینه پژوهش باید گفت که این موضوع در برخی نوشته‌ها مانند «مصونیت شغلی در حقوق ایران»^۱، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی ایران»^۲ و «مسئولیت مدنی دولت از مسئولیت تا مصونیت»^۳ به طور کلی بررسی شده است، اما تا کنون پژوهشی مستقل درباره موضوع وجود ندارد. از این رو، پژوهش حاضر بدیع است. یادآوری می‌شود که در پژوهش پیش رو، واژه «دولت»، عام است و همه سطوح حاکمیت و نیز واژه «کارمند»، همه کارمندان و کارکنان نیروهای مسلح، اعضای هیئت علمی و دادرسان را دربرمی‌گیرد. مصونیت اداری در این پژوهش، ناظر به امتیازی ویژه است که کارمندان بخش‌های اداری و اجرایی به سبب انجام وظایف قانونی محوله و برای تأمین استقلال خود در تصمیم‌گیری حرفه‌ای در برابر مقام‌های مافوق خود و نیز اشخاص ثالث از آن بهره‌مند می‌شوند. در این پژوهش، شرط اعمال مصونیت اداری نسبی و سپس گستره مصادیق عملی حضور آن در نظام اداری کشور بیان می‌شود.

گفتار اول. رعایت قانون؛ شرط تحقق مصونیت اداری نسبی

با تحول در مناسبات میان زمامداران و شهروندان از رهگذر حاکمیت قانون، مصونیت اداری مطلق نیز به تبع آن به تاریخ پیوست. در برابر آن، به مصونیت نسبی کارمندان بر اساس اقتضائات اصل حاکمیت قانون و به تصریح متون قانونی مربوط عمل شده است. در نوع اخیر مصونیت، بر خلاف رویه استوار بر عدم مسئولیت کارمندان در زمان‌های گذشته، آنان اصولاً مسئولند و موارد عدم مسئولیت به تصریح قانون‌گذار و تحقق ضوابط قانونی ویژه و ناشی از منطق مصونیت اداری نسبی وابسته است.^۴

التزام به تشریفات شکلی تصمیم‌گیری و اقدام و نیز صلاحیت‌های ذاتی و محلی از فروع اصل حاکمیت قانون به مثابه زیربنای مصونیت اداری و شرط بهره‌مندی کارمند از آن است. از نظر سلبی، اصولاً کارمند و اداره در اعمال صلاحیت‌های اداری، محدودیت‌هایی مانند «ممنوعیت

۱. توسلی نایینی، منوچهر، «مصونیت‌های شغلی در حقوق ایران»، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷، صص ۹۱-۱۰۸.

۲. نوربخش، ریاحی، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، پاییز ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸، صص ۱۷۵-۲۰۳.

۳. زرگوش، مشتاق، «مسئولیت مدنی دولت از مسئولیت تا مصونیت»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۸، دوره ششم، شماره ۱۲، صص ۵۲-۱۹.

۴. امامی، محمد، مجتبی و اعظمی و مریم رستمی، «تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۶، ص ۲۲.

اضرار به غیر» و «لزوم رعایت منافع عمومی»، «عدم تبعیض» و «عدم تعارض منافع» دارند^۱ که بی‌اعتنایی به هر یک از آن‌ها، به خروج از صلاحیت و در نتیجه، سلب مصونیت اداری نسبی و تحقق مسئولیت شخصی کارمند می‌انجامد. برای نمونه، تصریح‌های مندرج در بند نخست ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، دایر بر مسئولیت شخصی کارمند در برابر جبران زیان واردشده به دیگران در نتیجه بی‌احتیاطی یا عمد، سلب مصونیت نسبی یادشده در این فرض را موجه می‌سازد. علاوه بر آن، اصل «بی‌طرفی» و «برابری»، هر گونه اقدام سازمان‌های دولتی را که به ایجاد تبعیض در بهره‌مندی از خدمات عمومی بیانجامد، ممنوع می‌شمارد.^۲ در این راستا، بند ۹ اصل سوم قانون اساسی و اصول دوازدهم، چهاردهم، نوزدهم و بیستم آن قانون به اصل تساوی و استقرار عدالت تأکید دارند. از این رو، نقض مفاد آن‌ها، مصونیت نسبی کارمند را منتفی و اصل مسئولیت را در برابر آن موجه می‌سازد. به این معنا که عدم مسئولیت و به تعبیری، مصونیت کارمند، مشروط به عدم نقض آن اصول است.

علاوه بر آن، بند آخر ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، کارمندان دولت را به رعایت دقیق قوانین و مقررات مربوط نسبت به عموم مراجعان مکلف کرده و دستگاه ذی‌ربط را نیز در برابر مراجعه‌کنندگان، مسئول و پاسخ‌گو دانسته است. بنابر این، در حالتی که کارمند هنگام انجام وظیفه، اقداماتی تبعیض‌آمیز مرتکب شود، خود، رأساً پاسخ‌گوست و باید خسارت واردشده را جبران کند. بر اساس برخی متون قانونی مانند قسمت دوم ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، زیان دیده حق مراجعه به دستگاه ذی‌ربط یا مراجع قانونی صلاحیت‌دار را دارد.

وجود تعارض منافع^۳ نیز با برخورداری کارمند از مصونیت اداری ناسازگار است. تعارض منافع به وضعیتی گفته شده است که میان منافع شخصی و شغلی مقام اداری تعارض روی می‌دهد و زمانی بروز پیدا می‌کند که مقام عمومی به نمایندگی از شماری از اشخاص ویژه در جایگاه تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد.^۴ بند ۱ ماده ۱ طرح مدیریت تعارض منافع،^۵ این موقعیت خاص را به وضعیتی توصیف کرده است که منافع شخصی مشمولان در صورت اعمال بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی آنان دچار تعارض شود. بر این اساس، در برخی الزامات قانونی با تعارض منافع مقابله شده است. برای نمونه، بر

۱. رستمی، ولی و حمیدرضا سلیمی، «نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت اختیاری در حقوق اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲۲، ص ۱۰۹.

۲. عباسی، بیژن، مبانی حقوق عمومی، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۲۰۷.

3-Conflict of interests.

۴. واثقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتانی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خط‌مشی‌گذاری عمومی»، دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، خرداد ۱۴۰۰، ص ۳.

۵. کلیات این طرح در ۱۶ آبان ۱۴۰۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید.

اساس ماده ۲ قانون منع مداخله در معاملات دولتی (مصوب ۱۳۳۷)، مقامات و همه کارکنان دولتی و نزدیکان آنان که بی‌واسطه یا با واسطه در معاملات دولتی، شرکت یا در دعاوی آن‌ها، نقش داوری را ایفا کنند یا بر خلاف مقررات یادشده عمل کنند، مسئول دانسته شده‌اند. بر پایه ماده ۱ قانون ارتقای سلامت اداری و مقابله با فساد (مصوب ۱۳۹۰): «هر گونه فعل یا ترک فعل عمدی برای کسب منفعت یا امتیاز از طریق نقض قوانین و مقررات» از مصادیق بارز فساد و مستلزم مجازات و محرومیت‌هایی برای کارمندان مربوط است.

گفتار دوم. گستره مصونیت اداری نسبی

در متون اداری جاری، نمونه‌هایی از به رسمیت شناختن مصونیت اداری نسبی کارمندان به چشم می‌خورد که بیان می‌کنیم.

بند اول. مصونیت‌های حرفه‌ای

برخی از کارمندان در انجام وظایف حرفه‌ای خود از نوعی استقلال و مصونیت نسبی به این شرح برخوردارند:

بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری: «اعضای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری را نمی‌توان در رابطه با آرای صادره تحت تعقیب قضایی قرار داد، مگر در صورت اثبات غرض مجرمانه.» این تبصره، حمایت از استقلال حرفه‌ای آن اعضا را نشان می‌دهد، به گونه‌ای که مقام‌های مافوق و نیز اشخاص ذی‌نفع از تصمیم‌های آن هیئت‌ها - اعم از شاکیان و متشاکیان - جز در صورت اثبات غرض مجرمانه نمی‌توانند علیه اعضای آن مراجع به تعقیب اداری بپردازند. این مصونیت به ویژه اعضای هیئت‌های یادشده را از نفوذ و دخالت مقام‌های مافوق سازمانی نیز رها می‌سازد.

هم‌چنین بر اساس ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشور (مصوب ۱۳۷۷): «هیچ یک از اعضای هیئت، هسته، محققین و مصاحبه‌گران گزینش را نمی‌توان در ارتباط با وظایفی که طبق قانون گزینش برای جمع‌آوری اطلاعات، مدارک و هم‌چنین صدور رأی دارند، تحت تعقیب قضایی قرار داد.» البته در آن آیین‌نامه، به طور استثنایی مقرر شده است: «در صورتی که هر یک از افراد فوق، مرتکب جرایم عمومی و یا تخلفات اداری گردند، پرونده آنان حسب مورد توسط هیئت عالی یا هیئت مربوطه به مراجع قضایی، هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و یا سایر مراجع ذی‌ربط ارجاع خواهد شد.» به شرح پیش‌گفته، این نوع از مصونیت اداری در برابر اشخاص ذی‌نفع و نیز مقام‌های مافوق اعضای آن هیئت‌ها صدق می‌کند.

علاوه بر آن، در ماده ۱۷ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (مصوب ۱۳۹۰)، اقداماتی برای حمایت از کاشفان فساد، مقرر شده است که در صورت کارمند بودن کاشف، مٌخبر یا گزارش‌دهنده، نمادی از مصونیت وی در قالب برقراری نوعی از حمایت‌های اداری است:

«اقدامات حمایتی عبارتند از:

الف) عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت و مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت اشخاص مذکور ...

ب) فراهم آوردن موجبات انتقال افراد مذکور با درخواست آنان به محل مناسب دیگر، در صورتی که در دستگاه‌های اجرایی...، شاغل باشند، دستگاه مربوط موظف به انجام این امر است و این انتقال نباید به هیچ وجه موجب تقلیل حقوق، مزایا، گروه شغلی و حقوق مکتسبه مستخدم گردد.

ج) جبران صدمات و خسارات جسمی یا مالی در مواردی که امکان جبران فوری آن از ناحیه واردکننده صدمه یا خسارت ممکن نباشد. در این صورت، دولت، جانشین زیان‌دیده محسوب می‌شود و می‌تواند خسارت پرداخت‌شده را مطالبه نماید.

د) هر گونه رفتار تبعیض‌آمیز از جمله اخراج، بازخرید کردن، بازنشسته نمودن پیش از موعد، تغییر وضعیت، جابه‌جایی، ارزش‌یابی غیر منصفانه، لغو قرارداد، قطع یا کاهش حقوق و مزایای مٌخبر، گزارش‌دهنده و منبعی که اطلاعات صحیحی را به مقامات ذی‌صلاح قانونی منعکس می‌نمایند، ممنوع است».

البته بر اساس تبصره آن قانون، این حمایت و به نوعی تصدیق مصونیت اداری مبنای آن، مشروط به درستی اطلاعات آنان و تأیید از سوی مراجع صلاحیت‌دار است. حمایت‌های یادشده در عمل، سطوحی از مصونیت نسبی را برای کارمند مربوط پدید می‌آورد.

بند دوم. مصونیت در برابر دستورهای غیر قانونی مافوق

رابطه میان مقام مافوق و مادون (یا نگاه از بالا به پایین) - که در حوزه حقوق اداری از آن، به «اصل سلسله مراتب اداری»، تعبیر می‌شود - از جمله وضعیت‌های نهادینه‌شده در روابط اداری است.^۱ از این رو، کارمندان پایین‌دست، مکلف به فرمان‌برداری از مقام‌های مافوق هستند. این فرمان‌برداری در نیروهای مسلح، بخش‌های امنیتی و سیاسی کشور پُررنگ‌تر است. با این حال، این فرمان‌برداری کاملاً مطلق نیست و کارمندان به طور استثنایی و در پرتو تصریح قوانین جاری از برخی مصونیت‌ها برخوردارند:

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۸، ص ۴۸.

یک - مصونیت عموم کارمندان

بر اساس ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند. اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را بر خلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلفند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات با مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث، مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخ‌گویی با مقام دستوردهنده می‌باشد».

بنا به آن ماده، اصل بر فرمان‌برداری کارمند در برابر مافوق است و به طور استثنایی، در فرض مغایرت فرمان صادرشده با قانون، مقام پایین‌دست این حق را دارد که به صورت کتبی به مغایرت آن فرمان با قانون اعتراض کند و تنها در صورت صدور فرمان کتبی دوباره، مکلف به اجرای آن است. امتیاز عمل اخیر کارمند نیز آن است که دیگر در ازای مسئولیت قانونی احتمالی مقام مافوق در برابر مراجع قضایی، مالی یا اداری، پاسخ‌گو نیست و این مسئولیت، تنها متوجه مقام مافوق است، مگر در صورت مجرمانه بودن تخلف ارتكابی که در این صورت، کارمند مجری نیز در دادگاه‌های کیفری، مسئول است.

دو - مصونیت ذی حسابان

بر اساس ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی کشور: «در صورتی که ذی حساب، انجام خرجی را بر خلاف قانون و مقررات تشخیص دهد، مراتب را با ذکر مستند قانونی مربوط کتباً به مقام صادرکننده دستور خرج اعلام می‌کند. مقام صادرکننده دستور پس از وصول گزارش ذی حساب چنانچه دستور خود را منطبق با قوانین و مقررات تشخیص داده و مسئولیت قانونی بودن دستور خود را کتباً با ذکر مستند قانونی به عهده بگیرد و مراتب را به ذی حساب اعلام نماید، ذی حساب مکلف است وجه سند هزینه مربوط را پس از ضمیمه نمودن دستور کتبی متضمن قبول مسئولیت مذکور، پرداخت و مراتب را با ذکر مستندات قانونی مربوط به وزارت امور اقتصادی و دارایی و رونوشت آن را جهت اطلاع به دیوان محاسبات کشور گزارش نماید. وزارت امور اقتصادی و دارایی در صورتی که مورد را خلاف تشخیص داد، مراتب را برای اقدامات قانونی لازم به دیوان محاسبات کشور اعلام خواهد داشت».

در ماده یادشده، بر خلاف ماده ۹۶ پیش‌گفته، ذی حساب علاوه بر الزام به اجرای دستور مقام مافوق (بدون آن‌که هیچ‌گونه مسئولیتی داشته باشد)، مکلف شده است که مراتب تخلف را به دیوان محاسبات نیز اطلاع دهد. به این ترتیب، ذی حساب برای بهره‌مندی از

مصونیت اداری، علاوه بر الزام به اعتراض به مقام مافوق و دریافت فرمان کتبی دوباره باید مراتب را به وزارت یادشده گزارش دهد. البته مصونیت ذی حساب در آن ماده به روشنی ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیست، ولی از الزام ذی حساب به گزارش فرمان صادرشده به مراجع دیگر برداشت می شود که آن مقام، مسئولیت دیگری ندارد.

سه - مصونیت کارکنان نیروهای مسلح

با وجود نظام سلسله مراتبی شدید در نیروهای مسلح، نظامیان و کارمندان مادون حق دارند که بر اساس تبصره ۴ ماده ۶ آیین نامه انضباطی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۹)، از اجرای برخی دستورهای فرماندهان خود شانه خالی کنند: «هر گاه دستوری که صادر می گردد، خلاف شرع مقدس اسلام و فرامین مقام معظم فرماندهی کل قوا باشد، قابل اجرا نبوده و دستور دهنده، مسئول و قابل پی گرد است. ضمن آن که عدم اجرای این قبیل دستورات، بازخواست نداشته و مصون از تعقیب خواهد بود». بدیهی است در این صورت، عنوان «تمرد» و تبعات انضباطی و کیفری آن در مورد آن نظامیان و کارمندان منتفی است.^۱ تفسیربردار و موسّع بودن عبارت «شرع مقدس اسلام» و احتمال ناآشنایی با «فرامین مقام رهبری» به دلیل ابلاغ نشدن و نبود آموزش متناسب در کنار تصریح نشدن به «مغایرت فرمان مقام مافوق با قوانین جاری» - به شرح موارد پیش گفته در مورد کارمندان عادی و ذی حسابان - از ابهام های این مقرر و در نتیجه، تزلزل در اثبات مسئولیت مقام مادون نظامی یا بهره مندی وی از مزایای مصونیت اداری به شمار می رود.

۱. تبصره ۴: هر گاه دستوری که صادر می گردد، خلاف شرع مقدس اسلام و فرامین مقام معظم فرماندهی کل قوا باشد، قابل اجرا نبوده و دستور دهنده، مسئول و قابل پی گرد است. ضمن آن که عدم اجرای این قبیل دستورات، بازخواست نداشته و مصون از تعقیب خواهد بود.

نتیجه‌گیری

مصونیت داشتن یا نداشتن کارمندان با مسئولیت داشتن یا نداشتن آنان رابطه مستقیم دارد. مصونیت مطلق به نداشتن مسئولیت مطلق می‌انجامد؛ امری که با ارزش‌های دولت قانون‌مند و اقتضائات اصل قانونی بودن ناسازگار است. از این رو، اصل را باید بر مسئولیت دولت و کارمندان آن گذاشت و مصونیت را جز در صورت جواز قانون‌گذار و نفی خودسری و استبداد اداری نپذیرفت.

در برابر آن، بنا به جواز قانون‌گذار و به منظور افزایش توانایی تصمیم‌گیری کارمندان دولت و بهبود سطح خدمات‌رسانی آن، ارتقای استقلال حرفه‌ای و نیز تضمین حقوق دولت و اشخاص ثالث (ذی‌نفعان)، سطوحی از مصونیت نسبی برای کارمندان در متون حقوقی جاری وجود دارد. این مصونیت در چارچوب ضوابط قانونی، موجه است و از آنان در برابر مقام‌های مافوق به مناسبت انجام وظایف محوله حفاظت می‌کند. از این رو، مصونیت نسبی اداری از نظر درون‌سازمانی، ضامن استقلال نسبی آنان در تصمیم‌گیری‌ها و از منظر برون‌سازمانی، مانعی فراروی فشارهای خارجی است که می‌تواند استمرار خدمات‌رسانی عمومی از سوی دستگاه‌های اداری و اجرایی را مختل یا محدود کند. از سوی دیگر، نسبی و مشروط بودن مصونیت اداری کارمند به معنای اعمال اقدامات و تصمیمات وی در چارچوب قانون مقامات مافوق، ذی‌نفعان و مراجع قضایی را قادر می‌سازد که در صورت عدول از موازین قانونی، آن کارمندان را تعقیب کنند.

پژوهش حاضر، این وجه مغفول‌مانده از وجوه و امتیازات دولت و کارمندان آن را بیان کرده که در نوشته‌های مرتبط با حقوق اداری چندان مطرح نشده است و حمایت از کارویژه‌های حرفه‌ای کارمندان و نیز استیفای حقوق قانونی شهروندان در صورت نقض قوانین مربوط را در پی دارد.

در یک ارزیابی کلی، مصونیت اداری نسبی به دو شیوه عمل می‌کند: از یک سو، در مقام عاملی برای جلوگیری از تبدیل کارمندان به ابزار و نیروهای بی‌پشتوانه و اراده لازم برای ایجاد تحول عمل می‌کند. از سوی دیگر، این امتیاز ویژه به استناد قانون و در چارچوب آن است، به این معنی که در صورت نقض قانون یا سوء استفاده از اختیارات محول‌شده، از کارمند سلب مصونیت می‌کند. از این رو، امکان پاسخ‌گویی شخصی وی را از نظر اداری و قضایی میسر می‌سازد و به نوعی، از اقتدارگرایی اداری جلوگیری می‌کند.

بنا به مراتب یادشده، اگر این امتیاز ویژه از حقوق حرفه‌ای و شهروندی کارمندان اداری حمایت کند، پویایی، استقلال و تحول‌گرایی در ساختار اداری را ارتقا می‌بخشد، چنان‌که از حقوق کلی جامعه و نیز حقوق ذی‌نفعان پاسداری می‌کند. از این رو، روشن ساختن

دقیق حوزه اختیارات اداری و تشریفات مربوط و تعیین صلاحیت‌های ذاتی و محلی برای کارمندان و از سوی دیگر، الزام آنان به صدور تصمیمات مستدل و مستند در مضیق و قانون‌مند ساختن این امتیاز ویژه به منظور بهره‌مند شدن کارمندان ذی‌ربط و در برابر، ارتقای آگاهی شهروندان ذی‌نفع برای به چالش کشاندن آن در صورت نقض قوانین جاری از سوی کارمندان لازم است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۴. عباسی، بیژن، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۶.
۵. قاضی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۶. محمودی، جواد و سحر اسکندری آلوقره، **درآمدی بر فرآیند تعقیب انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها در ایران در پرتو اصول دادرسی منصفانه**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۹۳.
۷. معین، محمد، **فرهنگ فارسی معین**، تهران: گلی، ۱۳۸۵.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۹. موسی‌زاده، رضا، **سازمان‌های بین‌المللی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۱۰. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)**، تهران: سمت، ۱۳۹۶.

۲. مقاله

۱. اشرفی، میرمصطفی، محسن محبی، صابر نیاورانی و علی هنجنی، «**مصونیت کیفری مقامات رسمی نزد محاکم خارجی**»، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی، بهار ۱۳۹۹، شماره ۸۹، صص ۲۷۴-۲۵۱.
۲. امامی، محمد، مجتبی واعظی و مریم رستمی، «**تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران**»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۶، صص ۳۴-۱۱.
۳. توسلی نایینی، منوچهر، «**مصونیت‌های شغلی در حقوق ایران**»، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷، صص ۹۱-۱۰۸.
۴. حبیب‌زاده، محمدجعفر و فرشته اسدی، «**مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران**»، فصل‌نامه حقوق، زمستان ۱۳۸۷، شماره ۴، صص ۱۶۱-۱۸۴.

۵. رستمی، ولی و حمیدرضا سلیمی، «نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت اختیاری در حقوق اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲۲، صص ۱۰۵-۱۲۳.
۶. زرگوش، مشتاق، «مسئولیت مدنی دولت از مسئولیت تا مصونیت»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۸، دوره ششم، شماره ۱۲، صص ۱۹-۵۲.
۷. موسی‌زاده، ابراهیم، «مؤلفه و اصول حقوقی حاکم بر نظام اداری صحیح»، فصل‌نامه اندیشه‌های حقوق عمومی، بهار و تابستان ۱۳۹۷، شماره ۲، صص ۹۹-۱۱۲.
۸. نوربخش، ریاحی، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، پاییز ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸، صص ۱۷۵-۲۰۳.
۹. وائقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتانی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خطمشی‌گذاری عمومی»، دومین همایش ملی حکمرانی اسلامی، خرداد ۱۴۰۰.

۳. قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشور، ۱۳۷۷.
۲. آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح مربوطه، ۱۳۶۹.
۳. دستورالعمل حفظ شأن و منزلت کارکنان قوه قضاییه، ۱۴۰۰.
۴. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، ۱۳۹۰.
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی، ۱۳۵۸، بازنگری: ۱۳۶۸.
۶. قانون اصلاح قانون حمایت قضایی از کارکنان دولت و پرسنل نیروهای مسلح، ۱۳۸۸.
۷. قانون حمایت قضایی از بسیج، ۱۳۷۱.
۸. قانون حمایت قضایی از کارکنان دولت و پرسنل نیروهای مسلح، ۱۳۷۶.
۹. قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۲.
۱۰. قانون محاسبات عمومی کشور، ۱۳۶۶.
۱۱. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.
۱۲. قانون منع مداخله در معاملات دولتی، ۱۳۳۷.
۱۳. لایحه قانونی تأسیس دانشگاه پهلوی، ۱۳۴۳.



واکاوی نقش تنظیم گری بانک مرکزی در معاملات اسناد تجاری در پرتو قانون جدید چک

ناصر سربازی*

علیرضا رجب زاده اصطهباناتی**

طیب افشارنیا***

چکیده

بر اساس قانون تجارت، چک، یکی از مهم‌ترین اسناد تجاری است. قانون‌گذار با توجه به اهمیت این سند پرداخت در مبادلات تجاری، قانون خاصی را به آن اختصاص داده است. این قانون در سال ۱۳۹۷ اصلاح شد و تعهدات جدیدی بر عهده بانک مرکزی قرار گرفت و مکلف شد با اجرای آن‌ها، شفافیت و نظارت بر مؤسسات مالی و اعتباری و بانک‌ها را محقق گرداند. با توجه به تعهدات یادشده، بانک مرکزی به عنوان نهاد تنظیم‌گر در ایفای تعهدات قانونی نقش مهمی دارد. همچنین دخالت بانک مرکزی در عملیات مربوط به چک می‌تواند به عنوان نهاد تأمین‌کننده منفعت عمومی مطرح باشد. بنابر این، در این پژوهش به دنبال بررسی نوآوری‌های قانون جدید چک در خصوص تعهدات بانک مرکزی هستیم. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که دخالت بانک مرکزی به عنوان نهاد تنظیم‌گر قابل توجه است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: قانون اصلاحی چک مصوب ۱۳۹۷، تعهدات بانک‌ها، چک پرداخت‌نشده (بلامحل)، بانک مرکزی، تنظیم‌گری.

*. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد امارات متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.
n.sarbazi@gmail.com

** استادیار مدعو گروه حقوق خصوصی، واحد امارات متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.
alirezazarajabzade@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
Afsharnia59@gmail.com

مقدمه

چک به عنوان ابزار پرداخت نقدی (البته در موارد بسیاری به عنوان ابزاری برای پرداخت‌های وعده‌دار) جز این‌که از تمام ویژگی‌ها و اصول حاکم بر اسناد تجاری برخوردار است، به دلیل ضمانت اجراهای کیفری، ثبتی و حقوقی برای امضاکنندگان و به تبع آن، حمایت‌های خاص قانونی از دارنده، اقبال گسترده‌ای نزد اشخاص دارد.^۱

مواد ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون تجارت فعلی، شرایط صوری چک را به طور مختصر بیان کرده است. بانک‌ها نیز بر همین اساس، دسته‌چک‌هایی چاپ می‌کنند و در اختیار مشتریان قرار می‌دهند که مندرجات الزامی در آن چاپ شده است. صاحب حساب هنگام صدور چک، محل‌های سفید آن را پر می‌کند. با توجه به تعریف قانون تجارت ممکن است چک روی کاغذ معمولی و برای اشخاصی غیر از بانک نیز کشیده شود، ولی قانون صدور چک و مزایا و حمایت‌های آن صرفاً مشمول چک‌هایی است که محالاً علیه آن‌ها، بانک‌های مجاز باشند.^۲ چون در استفاده از چک، بانک نقش عمده دارد و یک ضلع مثلث چک هست و دیگر محال علیه آن، غیر بانک نخواهد بود، روی سخن بسیاری از مواد قانون اصلاحی جدید، بانک‌ها هستند که وظایف و تکالیف متعددی بر عهده آن‌ها قرار داده‌اند و تخلف از آن‌ها مسئولیت‌هایی نیز به دنبال دارد. اشخاص و مراجع قضایی در جریان حیات چک از صدور تا پرداخت، بیش‌تر به صادرکننده و دارنده توجه دارند و از نقش محوری بانک‌ها در اعطای دسته چک و ایجاد زمینه سوء استفاده برای افراد ناصالح غفلت یا چشم‌پوشی شده است.^۳ در ایران، بانک مرکزی، مؤثرترین نقش را در اعمال ابزارهای پولی دارد.^۴ امروزه، حکمرانی، مجموعه‌ای گسترده از ظرفیت‌ها و منابع برای اعمال قدرت بر دامنه گسترده‌ای از فعالان دولتی، غیر دولتی و فراملی است و تنظیم‌گری، فرآیندی است که زمینه اعمال حکمرانی را فراهم می‌کند. نظریه دولت تنظیم‌گر دارای سه فرض محوری است: اول این‌که تنظیم‌گری، مقوله ابزاری است. دوم این‌که دولت، محور اجرای تنظیم‌گری است و فرض سوم به محوریت

۱. فتوحی‌راد، علی، «حقوق دارنده چک و نوآوری‌های قانون اصلاحی صدور چک»، وکیل مدافع،

فصل‌نامه داخلی کانون وکلای دادگستری، ۱۳۹۸، شماره ۱۸، ص ۶۵.

۲. ستوده تهرانی، حسین، حقوق تجارت، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۶۹.

۳. سکوتی نسیمی، رضا و رضا اشرفی‌سرای، «تکالیف و مسئولیت‌های بانک در لایحه جدید قانون تجارت در ایجاد و گردش سالم چک»، مجموعه مقالات «همایش ملی نقد و بررسی لایحه جدید قانون تجارت سال ۹۱»، ۱۳۹۸، ص ۱۵۰.

۴. محمدی، حسین و مهدی محمودی، «بررسی اثرات متقابل نرخ بهره یا متغیرهای اقتصاد کلان در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی»، فصل‌نامه تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره ۲۸، ص ۱۰۶.

قوانین حاکمیتی در اعمال تنظیم‌گری به عنوان اصلی‌ترین ابزار اشاره دارد.^۱ بر این اساس، تعهدات بانک مرکزی بر اساس قانون جدید صدور چک، از نوع تعهدات تنظیم‌گرایانه بوده و فرض بر آن است که در نظام حقوقی بانکی ایران، بانک مرکزی، سازمانی تنظیم‌گر است. دستاوردهای علمی ناشی از نظریه‌ها و تجربه‌های جدید اقتصادی، استقلال بانک مرکزی را به عنوان ضرورتی پذیرفته‌شده برای یک نظام حقوقی و سیاسی مطرح کرده است.^۲ از منظر حقوق اداری، داشتن بودجه مستقل و استقلال سازمانی شرط کمال شخصیت حقوقی است.^۳ این نهاد جز در مواردی که قانون به صراحت مقرر داشته، مشمول قوانین و مقررات عمومی مربوط به وزارت‌خانه‌ها و شرکت‌های دولتی و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت است.^۴ در قانون اصلاحی صدور چک (۱۳۹۷)، تغییرات متعددی در زمینه طرفین اسناد تجاری و چک پدیدار شده است. بانک، یکی از طرفین چک به عنوان یک سند تجاری مهم است. سؤال اساسی این است که نوآوری‌های قانون اصلاحی جدید چک در زمینه تعهدات بانک‌ها چیست؟ مقاله حاضر برای بررسی و پاسخ به این سؤال، نوآوری‌های قانون جدید را در خصوص تعهدات بانک‌ها تبیین و تحلیل کرده است. فرضیه این پژوهش بر این مبنا استوار است که دخالت بانک مرکزی در عملیات مربوط به چک، از باب تنظیم‌گری و تأمین منفعت عمومی است.

گفتار اول. کارکردهای بانک مرکزی در عملیات بانکداری

در نظام حقوقی ایران، بانک مرکزی، وظایف مهمی از جمله وظایف نظارتی و تنظیمی بر عهده دارد که در این گفتار به آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. بانک مرکزی به عنوان نهاد نظارت‌کننده

در سال ۱۳۳۹ با تصویب قانون پولی و بانکی کشور و تأسیس بانک مرکزی، وظیفه نظارت بر بانک‌ها بر عهده شورای پول و اعتبار (به عنوان یکی از ارکان بانک مرکزی) نهاده شد.^۵

۱. امامیان، سید محمدصادق و همکاران، «نظام ملی تنظیم‌گری (مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی)»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، ۱۳۹۷، شماره مسلسل: ۱۵۹۴۰، ص ۵.

۲. بوستانی، رضا و نوشین صلی‌تبار، «بررسی استقلال بانک مرکزی ایران از بعد مالی»، فصل‌نامه روند، ۱۳۹۶، سال بیست و چهارم، شماره ۷۸، ص ۱۰.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ هفتم، ۱۳۷۷، ص ۴۲۰.

۴. توحیدی، مهرداد و همکاران، «تحلیل ابعاد حقوقی نظارت بانک مرکزی بر نظام بانکداری ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی، ۱۳۹۹، شماره ۴۵، ص ۱۰.

۵. سمیعی زنوز، حسین و همکاران، «تحلیل بزه مداومت در اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی»، مجله پژوهش‌های پولی و بانکی، ۱۳۹۵، سال نهم، شماره ۲۸، ص ۲۷۸.

یکی از انتقادهای وارد بر این قانون آن بود^۱ که نهاد سیاست‌گذار، هم‌زمان وظیفه نظارت بر بانک‌ها را نیز بر عهده دارد. چون این امر در عمل امکان‌پذیر نبود، همان هیئت نظارت بر بانک‌ها که در قانون سال ۱۳۳۴ تعیین شده بود، عهده‌دار این امر گشت تا این که در قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱، نظارت بانکی بر عهده بانک مرکزی نهاده شد.^۲

شیوه اجرای نظارت و وضع قواعد مربوط به آن اهمیتی بسزا دارد، به طوری که دخالت زیاد نهادهای عمومی و تصویب مقررات دولتی حجیم و دست و پاگیر می‌تواند به افزایش بوروکراسی و مخاطبان آن منجر شود و فعالان اقتصادی را از تولید و سرمایه‌گذاری دل‌سرد کند.^۳ به موجب قوانین پولی و بانکی کشور، شیوه نظارت بانک مرکزی تا سال ۱۳۶۸ بیش‌تر بر کنترل دفاتر و حساب‌های بانکی متمرکز بود و در عمل، نقش حسابرسی، جای‌گزین وظیفه نظارتی شده بود. از سال ۱۳۸۲ و با جهانی شدن دستورالعمل‌های کمیته بال و بانک تسویه حساب‌های بین‌المللی، بانک مرکزی نیز ایجاد بخش مدیریت ریسک در نظام بانکی را اعلام کرد.^۴

در اصطلاح حقوق عمومی، نظارت عبارت است از «کنترل و بررسی اقدامات یک مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام یا نهاد حکومتی دیگر که غایت آن، حصول اطمینان از باقی ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانونی است».^۵ یکی از اشکال نظارت بر سازمان‌های اداری، نظارت از نوع تأسیسی است. در این شکل از نظارت، مقام یا سازمان مافوق بر ایجاد یا تأسیس نهادهایی نظارت می‌کند که طبق قانون صالح است.^۶ این نوع نظارت در خصوص تأسیس بانک‌های جدید معنا می‌یابد.

به طور کلی، نظارت درونی بر سازمان‌های متمرکز از طریق یک ساختار سلسله‌مراتبی اعمال می‌گردد و دارای این ابعاد است:

یک - نظارت بر قانونی بودن اعمال: در این نوع نظارت، عمل مجری یا عامل اداری نباید از حدود وظایف و اختیارات مصرّح در قوانین و مقررات برای وی تجاوز کند.

دو - نظارت بر مصالح سازمان: نظارت اداری، فراتر از بررسی تخلفات قانونی است و ممکن

۱. سمیعی زنوز، حسین و همکاران، «تحلیل بزه مداومت در اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی»،

مجله پژوهش‌های پولی و بانکی، ۱۳۹۵، سال نهم، شماره ۲۸، ص ۲۷۸.

۲. توحیدی و همکاران، پیشین، ص ۹۳.

۳. عطریان، فرامرز، «اصل امنیت حقوقی و مداخله دولت در عرصه اقتصاد»، فصل‌نامه مطالعات حقوق

عمومی، ۱۳۹۶، دوره چهل و هفتم، شماره ۲، ص ۲۸۲.

۴. توحیدی و همکاران، پیشین، ص ۱۰۰.

۵. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی ایران، تهران: دراک، ۱۳۸۸، ص ۱۲۲.

۶. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۷،

است اقدامات، تصمیمات و دستورالعمل‌هایی را شامل شود که با وجود قانونی بودن، با مصالح عمومی سازمان هماهنگ نیست.^۱

سه - نظارت بر کارآمدی و بهره‌وری: سنجش عمل سازمان و کارکنان برای شناخت میزان توانایی و بهره‌وری آن‌ها بر سازمان.^۲

در قانون پولی و بانکی کشور، وظایف نظارتی دیگری برای بانک مرکزی پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۲۰ این قانون، بانک مرکزی ایران برای حسن اجرای نظام پولی و اعتباری کشور می‌تواند با استفاده از ابزارهایی در امور پولی و بانکی نظارت کند. بانک مرکزی ایران به عنوان تأمین‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور موظف به نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری طبق مقررات این قانون است.^۳ بانک مرکزی تاکنون موفقیت‌های زیادی در نظارت بر انتشار اسناد در وجه حامل داشته، اما هم‌زمانی وظیفه قانون‌گذاری با وظایف نظارتی، چالش‌هایی را برای این نهاد به وجود آورده است.^۴

بند دوم. بانک مرکزی به عنوان نهاد تنظیم‌گر

در نظریه‌های مربوط به تنظیم‌گری، منفعت اجتماعی، دلیل اصلی نیاز به تنظیم‌گری از سمت حاکمیت معرفی شده است. به طور خاص، در مواردی که به دلیل شکست بازار، تخصیص بهینه به صورت عادی محقق نمی‌شود، دخالت دولت برای بهبود تخصیص منابع ضرورت خواهد یافت. این نظریه که به «نظریه منفعت اجتماعی» معروف است، مبنای اصلی بیش‌تر نظریه‌های شکل‌گیری نهادهای تنظیم‌گر است.^۵

با توجه به محوریت مقوله تنظیم‌گری لازم است که کارکردهای تنظیم‌گری را برشماریم که عبارتند از:

یک - مقررات‌گذاری: تدوین و تصویب مقرراتی که تعیین‌کننده قواعد رفتار بازیگران هستند.

دو - آگاه‌سازی: آگاه‌سازی بازیگران تحت تنظیم از اهداف تنظیم‌گری و چارچوبی که بر اساس آن باید رفتار کنند.

-
۱. امامی، محمد و فرشته دهقان، «نظارت درونی سلسله‌مراتبی بر دستگاه‌های اداری در نظام حقوقی ایران»، مجله مطالعات حقوقی، ۱۳۹۲، دوره پنجم، شماره ۱، ص ۱۲۵.
 ۲. الوانی، مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۷۹، ص ۶۸.
 ۳. السان، مصطفی، «نقش بانک مرکزی در پرداخت‌های بانکی»، مجله پژوهش‌های پولی و بانکی، ۱۳۸۹، سال دوم، شماره ۵، ص ۱۷۹.
 ۴. مصطفی‌پور، منوچهر، «نقش بانک مرکزی در نظارت بر بازارهای مالی»، مجله اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره ۵ و ۶، ص ۲۳۵.

5-Baldwin, Robert and Martin Cave and Martin Lodge, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, OUP Oxford, UK, 2012, p. 35

سه - رصد: رصد بازیگران با هدف آگاهی از وضعیت حوزه تحت تنظیم‌گری و میزان تعهد به مقررات وضع شده.

چهار - اعمال مقررات: طراحی سازوکارهای لازم برای جهت‌دهی به رفتار بازیگران و استفاده از سازوکارهای انگیزشی و تنبیهی.^۱

محققان معمولاً تنظیم‌گری را در سه سطح تعریف می‌کنند. در سطح اول یا معنای عام، هر گونه تنظیم الزام‌آور رفتار اجتماعی انسان‌ها، معادل با این واژه دانسته شده است. در سطح دوم یا معنای خاص، تنظیم‌گری به معنای مداخلات حکومت برای هدایت اقتصاد اطلاق می‌شود.^۲ تنظیم‌گری در معنای اخص آن به معنای تنظیم بازار از طریق مقررات‌گذاری است. در این معنا، نهادها و سازمان‌های اداری با مجوز قانون‌گذار از طریق وضع اصول یا مقررات یا استفاده از ابزارهایی نظیر کنترل ورود و خروج به بازار و کنترل عرضه و قیمت، حکومت را در رسیدن به اهدافش در اقتصاد یاری می‌کنند.^۳

بررسی عملکرد و صلاحیت‌های بانک مرکزی ایران به عنوان تنظیم‌گر اصلی بازار پولی و سازمان بورس و شورای بورس به عنوان تنظیم‌گر بازار پولی و سازمان بورس و شورای بورس به عنوان تنظیم‌گر بازار سرمایه نشان می‌دهد که مقررات اعمال‌شده از جانب حکومت بیش‌تر شبیه قانون‌گذاری ثانویه است که صرفاً با هدف اولیه قانون‌گذاری نظیر تخصیصی شدن امور و کاهش بار قانون‌گذاری قوه مقننه اعمال می‌شود.^۴

دولت‌ها، نهادهای تنظیم‌گر را تأسیس می‌کنند، ولی آن‌ها برای انجام دادن وظایف خود باید استقلال عمل داشته باشند تا بتوانند صلاحیت‌هایی مثل وضع مقررات، وضع جریمه، صدور و ابطال مجوزها و تعلیق مؤسسات اقتصادی را اعمال کنند. بنابر این، هر گونه مداخله دولت در مناسبات اقتصادی و اجتماعی شهروندان، استثنایی و خلاف اصل است. پس باید آن را توجیه کرد. البته فضای مبتنی بر کارکرد بازار نیز با نارسایی‌هایی روبه‌روست.^۵

بند سوم. بانک مرکزی به عنوان نهاد تأمین منفعت عمومی

برای کاربرست مقررات تنظیمی به «نظریه منفعت عمومی» نیز توجه صورت گرفته است. بر این اساس، کاستی‌هایی که مانع عملکرد کارآمد بازار می‌شود و ضرورت ایفای نقش دولت

۱. امامیان و همکاران، پیشین، ص ۷.

۲. شمس، عرفان، «مبانی و مدل‌های خودتنظیمی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص ۸.

۳. خاندوزی، احسان، «الزامات دولت تنظیم‌گر در اقتصاد ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، ۱۳۸۹، شماره ۶۴، ص ۸۹.

۴. زارعی، محمدحسین و محمدعلی متانی، «حقوق تنظیمی بانکی و آسیب‌های آن در نظام بانکی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۳.

۵. همان، ص ۱۳۰.

را در بهبود وضعیت رفاه اجتماعی ایجاب می‌کند، عبارتند از: انحصارات که نقض‌کننده رقابت است؛ تقارن نداشتن اطلاعات که در حوزه بانکی زمینه‌ساز دو مشکل «مخاطرات اخلاقی» و «انتخاب نامناسب» است؛ نقصان حقوق مالکیت و قراردادهای که منجر به افزایش هزینه اجرای قرارداد می‌شود؛ بروز آثار جانبی که باعث می‌شود سطح پایین‌تری از کالای دارای پی‌آمد اجتماعی مثبت و سطح بالاتری از کالای دارای پی‌آمدهای اجتماعی منفی ایجاد شود.^۱

بر این اساس، با توجه به این که تأمین منفعت عمومی، یکی از وظایف نهادهای تنظیم‌گر از جمله بانک مرکزی است، تعهدات بارشده بر بانک مرکزی بر اساس آن چه در قانون اصلاحی چک آمده، در راستای تأمین منفعت عمومی است.

گفتار دوم. تعهدات بانک مرکزی در تضمین معاملات اسناد تجاری

صدور سند تجاری از جمله چک، عمل حقوقی مبتنی بر فرآیندی سه مرحله‌ای (تنظیم، امضا و تسلیم) محسوب می‌شود. از این رو، شرایط اساسی (به تعبیر ماده ۱۹۰ قانون مدنی) یا در حقیقت، ارکان ایجاد عمل حقوقی (طرفین، اهلیت ایشان، مبلغ و امضا) ضرورت دارد. علاوه بر شرایط مورد اشاره و دیگر شرایط مقرر در مواد ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون تجارت، بر اساس ماده ۶ قانون اصلاحی، لزوم تخصیص شناسه یکتا، سقف اعتبار و ثبت چک در سامانه صیاد نیز به شرایط صدور چک مشمول قانون اصلاحی افزوده شده است. علاوه بر این، مدت اعتبار چک برای شمول مقررات قانونی از تاریخ اعطای دسته چک، حداکثر سه سال تعیین شده است.^۲

بند اول. اقدام از طریق سامانه صدور یک پارچه چک (صیاد)

نوآوری این قانون را می‌توان در تشریفات صدور و تحویل دسته چک به فرد بدانیم تا بتوانیم نظم اقتصادی ایجاد کنیم و آمار حبس را کاهش دهیم. انتقادهایی بر این قانون وارد است، اما نکته‌های مثبتی نیز دارد. یکی از نکات مثبت آن است که تشریفات صدور چک را سخت‌تر کرده است تا بتواند از طرح دعوای متعدد جلوگیری کند. البته چگونگی اجرای آن نیز مهم است. ماده ۶، تشریفات صدور اجراییه را این گونه بیان می‌کند:

۱. صدور چک صرفاً از طریق سامانه صیاد که بعد از اطمینان از صحت مشخصات است؛

۲. استعلام از سامانه نظام هویت‌سنجی الکترونیکی؛

۳. نبود ممنوعیت قانونی؛

۴. دریافت گزارش اعتباری از سامانه ملی اعتبارسنجی، موضوع ماده ۵ قانون تسهیل

۱. همان، ص ۱۲۹.

۲. فتوحی‌راد، پیشین، ص ۶۶.

اعطای تسهیلات و کاهش هزینه طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کار این بانک‌ها، مصوب ۱۳۸۶ یا رتبه‌بندی اعتباری از مؤسسات، موضوع بند ۲۱ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران.^۱

این سامانه به سفارش بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ایجاد شده است. بانک‌های کشور پس از ثبت درخواست در سامانه صیاد و دریافت شناسه استعلام، به ازای هر برگ چک، اجازه صدور دسته چک برای متقاضیان را پیدا می‌کنند. بر این اساس و به موجب میزان چک‌های برگشتی اشخاص یا مبلغ چک، وضعیت شخص از سفید تا قرمز متغیر خواهد بود. برابر ماده ۴ اصلاحی، یکی از وظایف این سامانه آن است که بعد از ثبت مراتب پرداخت نشدن چک در آن توسط بانک، سامانه به اعطای کد ره‌گیری به بانک برای درج آن در گواهی‌نامه عدم پرداخت اقدام می‌کند. پس از آن، برابر ماده ۵ مکرر، مراتب را به صورت برخط به تمام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری اطلاع می‌دهد تا بانک‌ها و مؤسسات اعتباری نیز پس از گذشت ۲۴ ساعت و تا هنگام رفع سوء اثر از چک، اقدامات مقرر در ماده ۵ مکرر اعم از مسدود کردن حساب‌ها و کارت‌های صادرکننده را انجام دهند.^۲

تبصره ۲ ماده ۶ به منظور کاهش تقاضا برای دسته چک و رفع نیاز اشخاص به ابزار پرداخت وعده‌دار، تهیه ضوابط، زیرساخت و خدمات برداشت مستقیم را بر عهده بانک مرکزی قرار داده است که نقص قانون به شمار می‌آید؛ چون قانون باید سقف اعتبارات چک و شرایط دریافت دسته چک را فراهم کند. در تبصره ۳ ماده ۶ با بیان ضمانت اجرای حيله در دریافت دسته چک، مرتکب چنین کاری را ۳ سال از برگ چک، محروم و وی را به جزای نقدی درجه ۵ محکوم می‌کند. حتی فراتر از آن به قاضی اختیار داده است که اگر عمل وی عنوان مجرمانه دیگری دارد و آن جرم، مجازاتی شدیدتر دارد، طبق همان مورد عمل کند.

بند دوم. راه‌اندازی سامانه نظام هویت‌سنجی الکترونیکی بانکی

اجرای مقررات پیش‌بینی‌شده در این قانون از جمله لزوم هویت و اعتبارسنجی اشخاص، صدور، انتقال و دریافت مبلغ چک در راستای حمایت از دارنده چک از یک سو و تحقق کارکرد آن به عنوان ابزار پرداخت از سوی دیگر است. این امر مستلزم استفاده از امکاناتی است که صرفاً پس از فراهم شدن زمینه‌های اجرایی آن امکان‌پذیر خواهد بود. تحقق هر یک از موارد یادشده، ضرورت پیش‌بینی سامانه‌های نظام هویت‌سنجی الکترونیکی بانکی، اعتبارسنجی ملی، صدور یک‌پارچه چک (صیاد)، چکاوک، سامانه سجل محکومیت‌های کیفی و شبکه ملی عدالت برای اجرای مقررات این قانون را فراهم ساخته است که باید بررسی شود.

۱. همان، ص ۶۸.

۲. همان، ص ۶۰.

الف. راه‌اندازی سامانه نهاب (نظام هویت‌سنجی الکترونیکی بانکی)

سامانه نظام هویت‌سنجی الکترونیکی بانکی (نهاب)، سامانه‌ای یک‌پارچه، حاوی اطلاعات هویتی مشتریان است که تخصیص شماره شناسایی منحصر به فرد برای هر یک از افراد جامعه را در شبکه بانکی میسر می‌سازد. قرار است در این پروژه، دیتابیس‌های مشتریان بانک‌ها با پرونده اطلاعات مشتریان^۱ به صورت متمرکز شکل گیرد. این سامانه با اتصال برخط به پایگاه داده سازمان ثبت احوال کشور و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و خودکارسازی عملیات موجب تسریع در روند خدمات‌رسانی و اعتبارسنجی دقیق مشتریان خواهد شد.

ب. استعلام از سامانه اعتبارسنجی ملی

در ماده ۵ قانون تسهیل اعطای تسهیلات و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منافع مالی و کارآیی بانک‌ها، مصوب ۱۳۸۶/۵/۴ پیش‌بینی شد که متعاقب آن، شرکت مشاوره رتبه‌بندی اعتباری ایرانیان تأسیس گردید. این سامانه، امکان سفارشی‌سازی شاخص‌ها، ضرایب و امتیازات هر شاخص را به راهبران خود ارائه می‌دهد.

ج. سامانه تسویه چک و اسناد کاغذی بانکی

سامانه «چکاوک» که مخفف سامانه تسویه چک و اسناد کاغذی بانکی است، سامانه‌ای است که به موجب آن، پرداخت مبلغ چک صرفاً از طریق سیستم بانکی و به صورت الکترونیکی امکان‌پذیر است. بر مبنای این سامانه، پس از دو سال از سپری شدن مدت اجرای قانون اصلاحی، پرداخت و تسویه مبلغ چک به صورت حضوری و نقدی امکان‌پذیر نخواهد بود و تسویه صرفاً بر مبنای مبلغ و تاریخ ثبت‌شده در سامانه صیاد خواهد بود. (تبصره یک ماده ۲۱ مکرر الحاقی) با توجه به این‌که نام و مشخصات صادرکننده چک و دریافت‌کننده وجوه در این سامانه‌ها ثبت می‌شود، این موضوع در مبارزه با پول‌شویی از یک سو و بررسی میزان درآمد اشخاص با هدف دریافت مالیات از سوی دیگر نقش مؤثری ایفا خواهد کرد.

د. پیش‌بینی صدور چک الکترونیکی

بر اساس تبصره الحاقی به ماده یک قانون صدور چک (برابر ماده یک قانون اصلاحی جدید)، رعایت قوانین و مقررات مرتبط با چک حسب مورد، راجع به چک‌هایی که به شکل الکترونیکی (داده پیام) صادر می‌شوند، الزامی است. بر این اساس، مقررات قانون تجارت اعم

1-CIF (costumer information file).

از شرایط اساسی و شکلی صدور چک در مواد ۳۱۰ و ۳۱۱، مسئولیت تضامنی موضوع ماده ۲۴۹، درخواست صدور قرار تأمین خواسته موضوع ماده ۲۹۲ و بند «ج» ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی، انواع چک مقرر در ماده یک قانون صدور چک، ضمانت اجرای ثبتی، دریافت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ چک، ضمانت اجرای کیفری و حقوقی نسبت به صادرکننده و صاحب حساب و دیگر مسئولان سند در صورت وجود، مقررات قانون تجارت الکترونیک، از جمله مواردی است که به اقتضای مورد، نسبت به این چک‌ها قابل اعمال خواهد بود.^۱

دو تفاوت عمده و مهم میان چک الکترونیکی و چک کاغذی وجود دارد:

تفاوت اول - از نظر وجود یا عدم وجود محل

یکی از مشکلات عمده چک‌های کاغذی این است که به صورت بلامحل صادر می‌گردد یا در صورت وجود محل نیز امکان برداشت سریع‌تر آن یا صدور دستور عدم پرداخت از سوی صادرکننده یا ذی‌نفع وجود دارد. در حالی که در مورد چک‌های الکترونیکی، امکان صدور چک بلامحل وجود ندارد؛ زیرا سیستم‌های صدور چک الکترونیکی به صورتی طراحی شده است که بانک پرداخت‌کننده هنگام صدور چک، مبلغ مندرج در آن را در صورتی تأیید می‌کند که در حساب صادرکننده وجود داشته باشد. اگر مبلغ ذکرشده در حساب صادرکننده موجود نباشد، سامانه از ادامه فرآیند صدور چک جلوگیری خواهد کرد.

تفاوت دوم - از نظر صدور چک وعده‌دار

در مورد چک‌های کاغذی یا هر سند تجاری دیگر، امکان درج تاریخ مقدم و مؤخر در آن به عنوان تاریخ صدور و پرداخت وجود دارد، در حالی که در اسناد تجاری الکترونیکی به ویژه چک الکترونیکی، امکان صدور چک با تاریخ مقدم بر صدور وجود ندارد. نه تنها امکان صدور چک با تاریخ مقدم و مؤخر وجود ندارد، بلکه حتی ساعت صدور چک هم قید می‌شود و امکان تغییر در آن وجود ندارد.^۲

علاوه بر این، تفاوت‌های دیگری نیز بین این اسناد وجود دارد. یکی از جهت تاریخ صدور چک که امکان تغییر و تحریف آن به ویژه مبلغ چک وجود ندارد. دوم از این نظر که ضرورت دارد تمام ارکان و شرایط صدور و انتقال وجود داشته باشد و از این جهت، دعاوی مربوط به سفید امضا بودن، جعل و تزویر، سرقت و مفقودی در چک و نظیر آن را به شدت کاهش می‌دهد.

۱. میر محمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۲): جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۷۸.

۲. ساردویی‌نسب، محمد و احد طاهری، اسناد تجاری الکترونیکی، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۸۹.

بند سوم. تعهدات بانک مرکزی در تضمین معاملات تجاری

در این قسمت به نوآوری‌های قانون اصلاحی جدید چک در پرداخت، نقل و انتقال، چک پرداخت‌نشده (بلامحل) و اجراییه می‌پردازیم.

الف. تشریفات پرداخت سند (چک)

مطابق ماده ۴، اگر کسی چک را در موعد مقرر، برای کارسازی نزد بانک ببرد و معادل آن نزد بانک، مبلغی یافت نشود، با درخواست دارنده، قابل پرداخت نبودن آن بی‌درنگ در سامانه یک‌پارچه ثبت می‌شود و فقط دارنده باید برای درج در سامانه تقاضا کند. برای دیگر آثار چک بلامحل مانند مسدودی حساب نیز به درخواست دارنده نیازی نیست. در نهایت، باید گواهی مشتمل بر کد رهگیری به همراه هویت، مشخصات کامل صادرکننده و علت پرداخت نشدن به همراه مهر و امضا به متقاضی تسلیم شود.^۱

در صورت نبود کسری وجه چک، بانک، لاشه چک را از دارنده می‌گیرد و وجه چک را به او می‌پردازد. در صورت کسری وجه و درخواست دارنده مبنی بر دریافت گواهی عدم پرداخت، بانک مکلف است کسری موجودی را در سامانه یک‌پارچه بانک مرکزی وارد کند و با رعایت تمام شرایط شکلی ماده ۲، گواهی عدم پرداخت را به دارنده سند ارائه بدهد. اعتبار چنین گواهی به داشتن کد رهگیری وابسته است و در صدور گواهی عدم پرداخت، تشریفات خاص و سخت‌گیری قانونی را مشاهده می‌کنیم. باید دانست در صورت کسری حساب، بانک گواهی عدم پرداخت را با کد رهگیری، مهر و امضا به دارنده می‌دهد و اگر موارد لازم درج نشده باشد، اجراییه نمی‌دهد.

ب. تشریفات نقل و انتقال

مطابق ماده ۲۱: «بانک مرکزی مکلف است ظرف مدت دو سال پس از لازم الاجرا شدن این قانون، در مورد اشخاص ورشکسته، معسر از پرداخت محکوم به یا دارای چک برگشتی رفع سوء اثر نشده، از دریافت دسته چک و صدور چک جدید در سامانه صیاد و استفاده از چک موردی جلوگیری کرده و همچنین امکان استعمال آخرین وضعیت صادرکننده چک شامل سقف اعتبار مجاز، سابقه چک برگشتی در سه سال اخیر و میزان تعهدات چک‌های تسویه‌نشده را صرفاً برای کسانی که قصد دریافت چک را دارند، فراهم نماید. سامانه مذکور به نحوی خواهد بود که صدور هر برگه چک مستلزم ثبت هویت دارنده، مبلغ و تاریخ

۱. لطفی نیستانک، اعظم، «نقد و بررسی اصلاحیه قانون صدور چک، مصوب ۱۳۹۷»، دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۸، ص ۵۲.

مندرج در چک برای شناسه یکتای برگه چک توسط صادرکننده بوده و امکان انتقال چک به شخص دیگر توسط دارنده تا قبل از تسویه آن، با ثبت هویت شخص جدید برای همان شناسه یکتای چک امکان‌پذیر باشد. مبلغ چک نباید از اختلاف سقف اعتبار مجاز و تعهدات چک‌های تسویه‌نشده بیش‌تر باشد».

ماده یادشده، تکلیف بانک مرکزی را روشن کرده و مطابق مفاد آن، ظرف ۲ سال، برای فردی که معسر است یا چک برگشتی دارد، چک جدید یا چک موردی صادر نمی‌شود. همچنین قانون‌گذار درصدد طراحی سامانه‌ای است که دارنده و گیرنده چک بتوانند از سابقه و فعالیت‌های صادرکننده در زمینه پرداخت‌ها و تعهدات مطلع شوند و این رویکرد مثبت قانون‌گذار را نشان می‌دهد.

قانون‌گذار، پشت‌نویسی (ظهرنویسی) چک را حذف کرده است و تمام نقل و انتقالات سند را به وسیله ظهرنویسی و صرفاً از طریق سامانه صیاد می‌داند. این به آن معناست که دارنده جدید باید به طور دقیق معین باشد، مشخصات کامل و معین باشند و در سیستم ثبت شود و صدور و پشت‌نویسی در وجه حامل هم دیگر وجود ندارد. صادرکننده هنگام صدور برگ چک باید دارنده را دقیق معین کند و تمام اطلاعات او را در سیستم وارد کند. تمام این تدبیراندیشی‌ها، امنیت چک را افزایش می‌دهد. با این حال، زیرساخت‌های لازم باید فراهم شود تا این قانون به درستی اجرا گردد.

ماده ۲۱ مکرر ذکر می‌کند که از دو سال آینده، چک قابل نقل و انتقال نیست و چک در وجه حامل وجود نخواهد داشت. یکی از اصول اصلی اسناد تجاری، قابلیت نقل و انتقال است. قانون جدید، ظهرنویسی و نقل و انتقال چک را محدود می‌کند و این کار دیگر به صورت دستی انجام نمی‌شود و باید به صورت سیستمی انجام شود. در واقع، پشت‌نویسی مرسوم چک منسوخ شده است و برخلاف گذشته که بر اساس اصل سرعت، تمام نقل و انتقالات به صورت دستی انجام می‌شد، اکنون تمام نقل و انتقالات فقط از طریق بانک صورت می‌گیرد.

ج. تعهدات بانک در چک پرداخت‌نشده (بلامحل)

بر خلاف مقررات پیشین مربوط به صدور چک بلامحل که ضمانت اجرای حقوقی طرح دعوای حقوقی و درخواست اجرایه ثبتی و کیفری مقرر شده بود، برابر صدر ماده ۴ اصلاحی، اگر چک به هر علتی از علل مندرج در ماده (۲) پرداخت نگردد، بنا به درخواست دارنده چک، گواهی عدم پرداخت صادر می‌شود. علاوه بر این، تکالیف و مسئولیت‌هایی به موجب مواد ۵ مکرر برای بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و به تبع آن، حقوقی برای دارنده پیش‌بینی شده است که به دلیل اهمیت موضوع در چند بند به آن اشاره می‌شود.

د. اجراییه

مطابق ماده ۹ که جای‌گزین ماده ۲۳ شده است، «دارنده چک می‌تواند با ارائه گواهی‌نامه عدم پرداخت، از دادگاه صالح، صدور اجراییه نسبت به کسری مبلغ چک و حق‌الوکاله وکیل طبق تعرفه قانونی را درخواست نماید. دادگاه مکلف است در صورت وجود شرایط زیر، حسب مورد علیه صاحب حساب، صادرکننده یا هر دو اجراییه صادر نماید».

برای صدور اجراییه از سوی دادگاه، وجود دو شرط لازم است:

شرط اول - چک برای تضمین انجام معامله یا قهری نباشد؛

شرط دوم - گواهی عدم پرداخت طبق قانون صادر نشده باشد.

اگر با صدور اجراییه، صادرکننده، بدهی را بپردازد، اختلاف تمام می‌شود. اگر صادرکننده، بدهی را نپردازد، با درخواست دارنده، حکم اجراییه طبق قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی اجرا می‌شود که شامل بازداشت فرد یا اثبات افسار است. طرح دعوا از سوی صادرکننده، مانع از جریان عملیات اجرایی از سوی او نیست، مگر این‌که دادگاه صلاح بداند. اگر دادگاه، ادله وی را کافی بداند، به توقف عملیات اجرایی دستور می‌دهد. در مقابل آن، اجراییه صادر می‌کند.

صدور اجراییه ثبت نسبت به اجراییه دادگاه پیچیدگی بیش‌تری دارد و در واقع، قانون‌گذار با صدور اجراییه از سوی دادگاه، فرآیند طرح دعوا را حذف کرده است. وقتی اجراییه صادر شود، اگر صادرکننده به اجراییه صادرشده از سوی دادگاه اعتراض کند، خودش طرح دعوا می‌کند. پس هزینه دادرسی نیز بر عهده اوست و در واقع، دعوای ابطال اجراییه بر عهده صادرکننده است. تا کنون صدور اجراییه برای چک فقط از طریق اداره ثبت ممکن بود، ولی در مورد چک حتماً دادگاه باید رسیدگی و بعد اجراییه را صادر می‌کرد. عدم رسیدگی و صدور اجراییه از نوآوری‌های قانون‌گذار است.

در مورد چک‌های تضمین انجام کار یا چک‌های مشروط نیز باید ابتدا اثبات حقانیت در دادگاه صورت گیرد و بعد اجراییه صادر شود. به عبارت دیگر، قانون‌گذار به طور ضمنی، صدور چک مشروط را پذیرفته است. قانون صدور چک (۱۳۸۲)، چک‌های مشروط را از مجازات معاف دانسته است. منجز بودن و مشروط نبودن، یکی از ویژگی‌های اصلی اسناد تجارتي است. در این حالت، قانون‌گذار، صدور چک مشروط را نیز قبول کرده، ولی اوصاف اسناد تجارتي را تا حدی زیر پا نهاده است.

نتیجه‌گیری

طبق اصلاحات جدید قانونی، بانک مرکزی مکلف است با تجميع اطلاعات، گواهی‌نامه‌های عدم پرداخت و آرای قطعی محاکم درباره چک در سامانه یک‌پارچه خود، امکان دسترسی برخط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری را به سوابق صدور و پرداخت چک و همچنین امکان استعلام گواهی‌نامه‌های عدم پرداخت را برای مراجع قضایی و ثبتی از طریق شبکه ملی عدالت ایجاد کند. قوه قضاییه نیز مکلف است امکان دسترسی برخط بانک مرکزی به احکام ورشکستگی، اعسار از پرداخت محکوم به و همچنین آرای قطعی صادرشده درباره چک‌های برگشتی و دعاوی اقامه‌شده طبق ماده ۱۴ قانون را از طریق سامانه سجل محکومیت‌های مالی (تأسیس جدیدی که قوه قضاییه برای محکومین مالی در نظر گرفته است) فراهم کند. قانون اصلاحی جدید چک محدودیت‌هایی هم دارد، مانند: جلوگیری از افتتاح حساب و انسداد حساب‌های صادرکننده در تمام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری. پس از گذشت ۲۴ ساعت از ثبت قابل پرداخت نبودن یا کسری مبلغ چک در سامانه یک‌پارچه بانک مرکزی، همه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری مکلفند از افتتاح هر گونه حساب و صدور کارت بانکی جدید برای صاحب حساب خودداری و وجوه همه حساب‌ها و کارت‌های بانکی و هر مبلغ متعلق به صادرکننده را مسدود کنند. به علاوه، پرداخت هر گونه تسهیلات بانکی، صدور ضمانت‌نامه یا گشایش اعتبار اسنادی تا زمان رفع سوء اثر از چک برای صاحب حساب ممنوع است. همچنین اگر چک به وکالت یا نمایندگی از طرف صاحب حساب اعم از شخص حقیقی یا حقوقی صادر شود، پس از ثبت قابل پرداخت نبودن یا کسری مبلغ آن، همه محدودیت‌ها و اقداماتی که در مورد صاحب حساب اعمال می‌شود، به وکیل و نماینده نیز تعمیم می‌یابد که این مسئله در خصوص صدور چک از حساب اشخاص حقوقی دارای اهمیت ویژه‌ای است. بانک‌ها مکلفند متناسب با نتایج رتبه‌بندی اعتباری به طریق پیش‌بینی‌شده در قانون، سقف اعتبار مجاز متقاضی را محاسبه و به هر برگه چک، شناسه و مدت اعتبار اختصاص دهند. توسل به شیوه‌های متقلبانه در خصوص دریافت دسته چک نامتناسب با اوضاع مالی و اعتباری یا تسهیل دریافت آن توسط دیگری جرم‌انگاری شده است و علاوه بر محرومیت از حقوق اجتماعی، جزای نقدی نیز در صورت ارتکاب آن اعمال می‌شود. ماده ۵ مکرر نیز با پیش‌بینی ترتیب مؤثر و مقید مبنی بر اطلاع‌رسانی برخط به تمام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و تکلیف ایشان به برخی اقدامات، این تکلیف را به سپری شدن ۲۴ ساعت وابسته دانسته است. در قدم اول، ممکن است از ظاهر عبارات این شایبه ایجاد شود که بانک‌ها و مؤسسات اعتباری قبل از انقضای ۲۴ ساعت، حق انجام اقدامات مکرر را ندارند که این نتیجه، منطقی نمی‌نماید. افزون بر آن، ایجاد فرصت ۲۴ ساعته کافی است

تا صادرکننده، وجوه موجود در حساب‌های دیگرش را از بقیه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری خارج کند.

تبصره ۴ ماده ۵ مکرر مقرر کرده است که محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده علاوه بر صاحب حساب بر نماینده وی نیز اعمال می‌شود که چک صادر کرده است، آن هم تا زمانی که در مرجع قضایی اثبات کند عدم پرداخت، مستند به عمل صاحب حساب یا نماینده بعدی او بوده است. این در حالی است که اولاً در بازه زمانی دادرسی که به منظور اثبات امر یادشده انجام می‌شود، امور مالی این نماینده مختل می‌گردد و به ویژه تمام حساب‌های بانکی او مسدود می‌شود. این حکم به صورت عمده شامل مدیران شرکت‌های تجاری و حتی مدیران صاحب امضا در دستگاه‌های دولتی می‌شود که به صورت حرفه‌ای همیشه با مسئله صدور چک سر و کار دارند و ضمانت اجرای یادشده و اعمال کامل محدودیت‌ها بر ایشان قطعاً توالی نامطلوبی در نظام اداری اشخاص حقوقی ایجاد خواهد کرد. بنابر این، شایسته است قانون‌گذار، اعمال محدودیت‌ها را نسبت به نماینده صادرکننده محدود کند. به موجب تبصره ۵ ماده ۵ مکرر قانون صدور چک، بانک یا مؤسسه اعتباری، حسب مورد، مسئول جبران خسارتی خواهد بود که از انجام نشدن تکالیف مقرر در این ماده و تبصره‌های آن به اشخاص ثالث وارد شده است. برای طرح دعوای مطالبه خسارت، احراز ضرر و تقصیر و رابطه سببیت لازم است. این تبصره صرفاً بیان‌گر تقصیر است و دیگر ارکان دعوای خسارت نیز باید به آن افزوده شود. برای مثال، ممکن است فردی که دارنده چک پرداخت‌نشده است، از بانک خسارت بخواهد؛ چون در راستای بند (ب) ماده ۵ مکرر، حساب‌های صادرکننده را مسدود نکرده و صادرکننده توانسته است موجودی خود را به دیگران انتقال دهد و دیگر، مالی برای استیفای طلب او وجود ندارد. در این مورد، ارکان تقصیر و ورود خسارت و رابطه سببیت موجود و صدور حکم بر محکومیت بانک یا مؤسسه خاطی به پرداخت خسارت ممکن است. با این حال، قانون‌گذار مشخص نکرده است که منظور از خسارات واردشده بر اشخاص ثالث چیست. مشابه این اشکال در تبصره الحاقی به ماده ۲ قانون صدور چک وجود داشت که قانون‌گذار را به تصویب ماده واحده تفسیری در این خصوص مجبور کرد. این خطای قانون‌گذاری در این نوبت نیز تکرار شده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفنه، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۳. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی ایران، تهران: دراک، ۱۳۸۸.
۴. ساردویی‌نسب، محمد و احد طاهری، اسناد تجاری الکترونیکی، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۵. ستوده تهرانی، حسین، حقوق تجارت، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹.
۶. سلطانی، محمد، حقوق بانکی، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۷. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، حقوق تجارت: اسناد تجاری (جلد ۳)، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
۹. گرامی، حسین، شرح ماده به ماده قانون صدور چک، تهران: جنگل، ۱۳۹۷.
۱۰. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ هفتم، ۱۳۷۷.
۱۱. میر محمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (۲): جرایم علیه اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۱۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۱۳. الوانی، مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۷۹.

ب) مقاله

۱. احمدی، فاطمه، «فرمالیسم اسناد تجاری و آثار آن در حقوق تجارت ایران»، مجله مطالعات حقوقی، ۱۳۹۶، شماره ۸.
۲. امامی، محمد و فرشته دهقان، «نظارت درونی سلسله‌مراتبی بر دستگاه‌های اداری در نظام حقوقی ایران»، مجله مطالعات حقوقی، ۱۳۹۲، دوره پنجم، شماره ۱.
۳. امامیان، سید محمدصادق و همکاران، «نظام ملی تنظیم‌گری (مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی)»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر

- مطالعات اقتصاد بخش عمومی، ۱۳۹۷، شماره مسلسل: ۱۵۹۴۰.
۴. بوستانی، رضا و نوشین صلوی تبار، «بررسی استقلال بانک مرکزی ایران از بعد مالی»، فصل‌نامه روند، ۱۳۹۶، سال بیست و چهارم، شماره ۷۸.
۵. توحیدی، مهرداد و همکاران، «تحلیل ابعاد حقوقی نظارت بانک مرکزی بر نظام بانکداری ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی، ۱۳۹۹، شماره ۴۵.
۶. خاندوزی، احسان، «الزامات دولت تنظیم‌گر در اقتصاد ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، ۱۳۸۹، شماره ۶۴.
۷. زارعی، محمدحسین و محمدعلی متانی، «حقوق تنظیمی بانکی و آسیب‌های آن در نظام بانکی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸.
۸. ساردویی‌نسب، محمد و احد طاهری، «چک الکترونیکی»، مجله حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، شماره ۲۲.
۹. السان، مصطفی، «نقش بانک مرکزی در پرداخت‌های بانکی»، مجله پژوهش‌های پولی و بانکی، ۱۳۸۹، سال دوم، شماره ۵.
۱۰. سکوتی نسیمی، رضا و رضا اشرفی‌سرای، «تکالیف و مسئولیت‌های بانک در لایحه جدید قانون تجارت در ایجاد و گردش سالم چک»، مجموعه مقالات «همایش ملی نقد و بررسی لایحه جدید قانون تجارت سال ۹۱»، ۱۳۹۸.
۱۱. سمیعی زنوز، حسین و همکاران، «تحلیل بزه مداومت در اشتغال غیر مجاز به عملیات بانکی»، مجله پژوهش‌های پولی و بانکی، ۱۳۹۵، سال نهم، شماره ۲۸، ص ۲۷۸.
- نا عیدی‌پور فرد، ابراهیم و علی فتوحی‌راد، «تجزیه و تحلیل اسناد تجاری به عنوان سیستم پرداخت»، دوفصل‌نامه دانش‌نامه حقوق اقتصادی، دانشگاه فردوسی، ۱۳۹۵، سال بیست و سوم، شماره ۹.
۱۳. عطریان، فرامرز، «اصل امنیت حقوقی و مداخله دولت در عرصه اقتصاد»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۶، دوره چهل و هفتم، شماره ۲.
۱۴. فتوحی‌راد، علی، «حقوق دارنده چک و نوآوری‌های قانون اصلاحی صدور چک»، وکیل مدافع، فصل‌نامه داخلی قانون وکلای دادگستری، ۱۳۹۸، شماره ۱۸.
۱۵. لطفی نیستانک، اعظم، «نقد و بررسی اصلاحیه قانون صدور چک، مصوب ۱۳۹۷»، دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۸.
۱۶. محمدی، حسین و مهدی محمودی، «بررسی اثرات متقابل نرخ بهره یا متغیرهای اقتصاد کلان در کشورهای اسلامی و غیر اسلامی»، فصل‌نامه تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره ۲۸.

۱۷. مصطفی‌پور، منوچهر، «نقش بانک مرکزی در نظارت بر بازارهای مالی»، مجله اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره ۵ و ۶.

ج) پایان‌نامه

۱. شمس، عرفان، «مبانی و مدل‌های خودتنظیمی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.
۲. منصوری، محمد، «چالش‌های هنجاری و سازمانی نظارت حقوقی بر نظام بانکداری در جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی مرودشت، ۱۳۹۶.

2-Latin Source

1-Baldwin, Robert and Martin Cave and Martin Lodge, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, OUP Oxford, UK, 2012



چالش‌های استقلال شوراهای محلی در نظام حقوقی ایران

پریسا آل اسحاق*

فرامرز عطریان**

محمد مهدی غمامی***

چکیده

منظور از استقلال شوراهای محلی صرفاً اعطای تصدی امور به بخش‌هایی از سرزمین مانند شهر و روستا نیست، بلکه منظور، داشتن شخصیت حقوقی حقوق عمومی و داشتن درجه‌ای از آن میزان قدرت و اختیار است که آن‌ها بتوانند وظایف و نیازهای خطیر پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی کشور را به جا آورند و مانعی برای آن‌ها وجود نداشته باشد. محروم بودن شوراهای محلی از استقلال کافی در انجام وظایف محول‌شده، آن‌ها را با چالشی جدی روبه‌رو کرده است که تا حد زیادی به نظام متمرکز سیاسی کشور بازمی‌گردد. چون در نظام متمرکز، دولت مرکزی و شوراهای رابطه تنگاتنگی با هم دارند، هر چه میزان وابستگی شوراهای محلی به دولت مرکزی بیش‌تر باشد، دایره اعمال نظارت دولت مرکزی وسیع‌تر می‌شود. منشأ اختیارات حکومت مرکزی در امر نظارت را باید در اصول قانون اساسی و قوانین عادی جست‌وجو کرد. این نوشتار در نظر دارد با روش توصیفی، تحلیلی و کاربردی به این پرسش پاسخ دهد که چه موانعی بر سر راه تحقق استقلال شوراهای محلی وجود دارد. از این رو، با ریشه‌یابی و بررسی گام به گام معضلات و چالش‌ها می‌کوشد برای بهبود کارآمدی شوراهای محلی قدمی بردارد. تحقق این هدف نیز به تدوین برنامه‌های بلندمدت ساختاری، حقوقی و آموزشی اعم از برنامه‌های آموزشی، اصلاح قوانین، فرهنگ‌سازی و نهادینه‌سازی محلی نیاز دارد.

کلیدواژه‌ها: عدم تمرکز، استقلال شوراهای محلی، مدیریت امور محلی، نظارت دولت مرکزی و قانون اساسی.

*. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد نجف‌آباد، ایران.

parisanwest@yahoo.com

(نویسنده مسئول)

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

atrian.f.1001@gmail.com

*** محمد مهدی غمامی، استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

mmghamamy@gmail.com

مقدمه

امنیت با تکیه بر قوانین کشورهای توسعه‌یافته و دکترین موجود و نظر به ساختار درونی کشورها، تحقق استقلال، با انتقال قدرت امکان‌پذیر است نه تصدی امور.^۱ در کشور ایران با ساختار سیاسی تک‌بافت، یک شخصیت واحد حقوقی وجود دارد و دولت مرکزی در رأس واحد عملکرد سیاسی و کلیت امور کشور اعم از سیاسی و اداری قرار دارد. در این نظام سیاسی، تحقق استقلال با چالش‌های مختلفی روبه‌روست.

این مقاله برای ریشه‌یابی و حل چالش‌های پیش روی تحقق استقلال می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد که آیا در کشوری مانند ایران با نظام سیاسی متمرکز که تابع واگذاری تصدی امور به شوراهای محلی است، تحقق استقلال در معنای مورد نظر حقوق عمومی امکان‌پذیر است؟ با توجه به این پرسش، سعی داریم انواع موانع و عوامل محدودکننده موجود تحت عنوان اصول قانون اساسی و قوانین عادی را تقسیم‌بندی کنیم. به رفتارها و تصمیم‌های مدیریتی نیز نظر داریم که عامل تشدید محدودیت شوراهای محلی در انجام وظایف می‌شوند.^۲ رفتارها و تصمیم‌های مدیریتی از انواع نظارت‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین ریشه می‌گیرند. از این رو، در بطن همه موارد پیش‌گفته به بحث نظارت نیز خواهیم پرداخت. بدیهی است حفظ تعادل میان نظارت و دخالت به عنوان امری بازدارنده، دشوار است.

پیشینه پژوهش

با سپری شدن تقریباً دو و نیم دهه از عمر شوراهای اسلامی و فراوانی تجربه‌های ناکام، هنوز راهی بسیار طولانی در این زمینه پیش روست. مقالات زیادی درباره موانع صلاحیتی شوراهای، خلأهای قانونی و مشکلات نظارت بر شوراهای نوشته شده است. معین فرد و همکاران (۱۳۹۷) در پژوهش «آسیب‌شناسی صلاحیتی شوراهای اسلامی در حقوق ایران» به طور خاص به موانع صلاحیتی در قانون اساسی و قانون عادی پرداخته‌اند. رستمی و حسینی‌پور اردکانی (۱۳۹۹) در مقاله «بایسته‌های مقررات‌گذاری محلی» در خصوص صلاحیت اختصاصی شوراهای بحث کرده‌اند. الله‌ویردی‌زاده (۱۳۹۳) نیز در مقاله «آسیب‌شناسی رابطه بین شورای شهر با نظام سیاسی در ایران»، اصول تمرکززدایی اداری در دولت محلی را تبیین کرده است.

۱. زرغامی، سید هادی و ابراهیم احمدی، «حکمرانی خوب در دولت‌های محلی: تمرکززدایی»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۱۳۹۸، دوره پنجم، شماره ۱۹، ص ۱۲۵.

۲. تقوایی، مسعود، مهدی احمدیان و رحیم غلام‌حسینی، «تحلیلی بر جایگاه و ضعف‌های قانونی و اجرایی شوراهای اسلامی شهر در نظام مدیریت شهری کشور»، اندیشه جغرافیایی دانشگاه زنجان، سال ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴۸، ص ۴۹.

گفتار نخست. مبانی نظری

در نظام‌های سیاسی از نوع بسیط، قدرت شوراهای محلی در طول قدرت حکومت مرکزی قرار می‌گیرد نه در عرض آن.^۱ بر همین اساس، مشکلات و نارسایی‌های فراوانی در عملکرد و استقلال شوراهای محلی به چشم می‌خورد. اعطای اختیارات به شوراهای محلی و توسعه دامنه اختیاراتشان به استقلال می‌انجامد و وجود استقلال به عنوان ضرورت عملی و فلسفی، یک پیش‌فرض محسوب می‌گردد^۲ و تحت هیچ شرایطی نباید نادیده انگاشته شود. تجربه موفق کشورهای پیشرفته نیز از لزوم تقویت قدرت سیاسی شوراهای محلی حکایت می‌کند.^۳ هر قدر حکومت مرکزی به استقلال شوراها به عنوان عامل تحدیدکننده بنگرد، دایره انجام وظایف و اختیارات شوراهای محلی، محدود و از کارآمدی آن‌ها کاسته خواهد شد.

بند اول. ویژگی‌های شوراهای محلی در ایران

در کشورهایی که شوراهای محلی از تنوع ساختار سیاسی برخوردارند، کیفیت و کمیت شوراها نیز متفاوت است. تفاوت‌های موجود در انواع مدل‌های شوراهای محلی بر نوع خدمات‌رسانی عمومی اثر می‌گذارد. ویژگی‌های اساسی شوراهای محلی عبارت است از: انتخابی بودن، سکونت در محل مطابق تعرفه‌های قانونی، مادون حاکمیت ملی بودن، داشتن شخصیت حقوقی^۴ و استقلال. شوراهای محلی بدون این پنج رکن تشکیل نمی‌شوند. البته به جزء دو مؤلفه نهایی، دیگر ویژگی‌ها در مباحث این مقاله نمی‌گنجد.

۱. شخصیت حقوقی شوراهای محلی در ایران

بحث درباره شخصیت حقوقی اهمیت دارد؛ چون به شفاف‌سازی موقعیت شکلی و ماهوی شوراهای محلی با دیگر سازمان‌های دولتی کمک می‌کند. منظور از شخصیت حقوقی مستقل آن است که شورا حق اقامه دعوا در دادگاه‌های صالح قضایی و داشتن دارایی منقول و غیر منقول به نام حکومت مرکزی یا ترجیحاً آن محل را دارد.^۵

۱. عباسی، بیژن، «بررسی وظایف و اختیارات شوراهای شهر و روستا در فرانسه»، فصل‌نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۴، ص ۲۸۲.

2-Muttalib, M. A. & M. Akbaralikhhan, «theory of local government», Masyarakat Ilmu Pemerintah Indonesia, 1982, p. 259

3-Cheema, Shabbir G. & Dennis A. Rondinelli (editors), «Decentralizing governance, Ash institute for democratic governance and innovation», Washington, D.C., Harvard University, 2007, pp.12-13

۴. الله‌ویردی‌زاده، رضا و همکاران، «آسیب‌شناسی رابطه بین شورای شهر با نظام سیاسی در ایران»، مجله جغرافیا و آمایش شهری منطقه‌ای، ۱۳۹۴، شماره ۲۷، ص ۲۹.

۵. زارعی، محمدحسین و ملیحه رضایی‌زاده، «حکومت‌های محلی در کشورهای فدرال و یک‌پارچه»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، ویژه‌نامه شماره ۶، ص ۲۸۱.

در اصل ششم قانون اساسی ایران آمده است: «در جمهوری اسلامی ایران، امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شود. از راه انتخابات، انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراهای و نظایر این‌ها یا از راه همه‌پرسی، در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد» پس با اعلام انتخاب اعضای شوراهای محلی با اتکا به آرای عمومی، شخصیت حقوقی آن‌ها را به رسمیت شناخته است. در اصل هفتم قانون اساسی نیز بیان شده است که شوراهای از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور هستند: «طبق دستور قرآن کریم «و أمرهم شوری بینهم» و «شاوهم فی الأمر»، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند...».

بر اساس اصل یک‌صدم قانون اساسی، «برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی، از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی، اداره امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم همان محل انتخاب می‌کنند. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و حدود وظایف و اختیارات و نحوه انتخاب و نظارت شوراهای مذکور و سلسله مراتب آن‌ها را که باید با رعایت اصول وحدت ملی و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی و تابعیت حکومت مرکزی باشد، قانون معین می‌کند.» بر همین اساس، قوانین عادی که در خصوص شوراهای محلی به تصویب می‌رسد، باید برای تحقق این اصل و دیگر اصول قانون اساسی در خصوص شوراهای و به گونه‌ای تصویب شوند که در عمل بتوان این شوراهای را از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور محسوب کرد.^۱

اصل بیست و ششم قانون اساسی نیز چنین مقرر می‌دارد: «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت دینی شناخته‌شده آزادند...». چون تحقق اهداف مثبت ناشی از تشکیل شوراهای اولویت دارد، ذکر نشدن نام «شورا» در این اصل نباید مانعی برای اتصال میان انجمن‌ها و شوراهای باشد.^۲ اصل دوازدهم قانون اساسی هم مصوبات شوراهای محلی را در چارچوب مقررات مذهبی به رسمیت می‌شناسد و به این ترتیب، بر صلاحیت تصمیم‌گیری شوراهای تأکید می‌کند.^۳

۱. میرزاد کوه‌شاهی، نادر، «رابطه دولت مرکزی و شوراهای محلی در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۳، دوره دوم، شماره ۶، ص ۳۵.

۲. جلالی، محمد، «اصول کلی راهنمای تمرکززدایی در حقوق فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره هفدهم، شماره ۴۷، ص ۸۷.

۳. معین‌فرد، محمدرضا، محمدکاظم عمادزاده و مرتضی طیبی، «آسیب‌شناسی صلاحیتی شوراهای اسلامی در حقوق ایران»، فصل‌نامه تعاون و کشاورزی، ۱۳۹۷، دوره هفتم، شماره ۲۷، ص ۱۷۵.

نظر به مطالب پیش‌گفته، شورای محلی مناسب برای ایران، نمونه‌ای است که ضمن برخورداری از صلاحیت عام و فراگیر در انجام وظایف و اختیارات ذاتی، استقلال حقوقی، مالی و اداری داشته باشد. نظارت بر آن نیز با توجه به مشروعیت مردمی که دارد، به صورت نظارت معقول و متعادل قضایی شکل گیرد.^۱

۲. استقلال حقوقی

شوراهای محلی که محل تلاقی و برخورد دو جریان عمده فلسفی (استقلال و مدیریت مطلوب) هستند، جایگاه خاصی در حقوق عمومی دارند. در عبارت «شوراهای محلی»، تعبیر «محلی» بودن برجسته نیست، بلکه «استقلال» اهمیت دارد^۲ و مؤلفه‌ای تفکیک‌ناپذیر از مفهوم شوراهای محلی است.^۳

در قسمت اول منشور اروپایی استقلال محلی^۴ آمده است: «منظور ما از استقلال محلی، اثر و ظرفیت قانون برای جوامع محلی و برای تنظیم و مدیریت، در چارچوب قانون، تحت مسئولیت خود و به نفع خود جمعیت، بخش مهمی از تجارت عمومی است.»^۵ در اولین گزارش جهانی در مورد تمرکززدایی و دموکراسی شوراهای محلی در جهان در سال ۲۰۰۸ در خصوص استقلال شوراهای محلی گفته شده است که اگر استقلال وجود نداشته باشد یا با گرایش مشخص نسبت به افزایش سهم منابع کنترل‌شده کاهش یابد، چه اتفاقی برای استقلال محلی می‌افتد یا چه اتفاقی می‌افتد وقتی که مداخلات سطوح بالاتر دولت، استقلال شوراهای محلی را در انتخاب آزاد شیوه‌های مدیریت خدمات و ساختارهای اداری آن‌ها تضعیف می‌کند. به عبارت دیگر، استقلال شوراهای محلی تا چه حد می‌تواند دسترسی به خدمات و توسعه را بهبود بخشد؟ علاوه بر این، چگونه می‌توانیم سطح، کیفیت و عملکرد مناسب خدمات مورد انتظار شهروندان را به بهترین نحو تضمین کنیم؟^۶

۱. رضایی‌زاده، ملیحه، «مطالعه تطبیقی حکومت‌های محلی انگلستان، فرانسه و ایران»، رساله دکتری رشته حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۰، ص ۲۵۱.

2-Marco, G., «La démocratie locale en France, La démocratie local representation, participation et espace public», Paric, Curapp/craps, PUF, 1999, p. 1

۳. زرقامی، سید هادی و منصوره عباسی، «جهان محلی‌سازی، واژه‌ای جدید برای حقیقتی تازه»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، ۱۳۹۵، دوره ششم، شماره ۲۱، ص ۱۰۷.

4-European Charter of Local Self-Government, Europe Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, October 2013, Art. 6, Para. 2

5-Adib, M & Moyen, «Asie de l'Ouest», in Marcou Gerard (dir), premier rapport mondial sur la decentralization et la démocratie locale, Grate, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 11

6-Bertrand Delanoë, Maire de Paris France Président de CGL, «Local decentralization and democracy in the world», La déc adécen tralalisaatton et la démococraatie locale le mond, Premier rapport mondial-cglu, 2008, p. 4

از این گزارش می‌توان چنین نتیجه گرفت که شوراهای محلی بدون دموکراسی و استقلال صرفاً نمایش سیاسی هستند^۱ و استقلال برای شوراهای محلی در دسترسی به خدمات و توسعه سهم زیادی خواهد داشت.^۲ البته در دنیای جهانی‌شده امروز، الگوی واحد و جهان‌شمول کاربردی برای استقلال وجود ندارد.^۳

گفتار دوم. انواع چالش‌های پیش روی استقلال شوراهای محلی

واژه «استقلال» صرفاً اصطلاحی عینی با تعریف خاص و مشخص نیست. استقلال، خصیصه‌ای است دارای مؤلفه‌های بسیار که نقصان هر کدام از مؤلفه‌های قانونی، حقوقی، مالی، اداری یا سیاسی به تنهایی می‌تواند چالشی جدی باشد. مجموعه چالش‌های پیش روی استقلال شوراهای محلی را در دو بخش با عنوان چالش‌های ناشی از قانون اساسی و قانون عادی بررسی می‌کنیم.^۴

بند اول. موانع قانون اساسی

اختصاص چند اصل از اصول قانون اساسی به شوراهای اسلامی نشانه جایگاه ویژه آن‌هاست.^۵ بنابر اصل ششم قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی ایران، امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شود. از راه انتخابات، انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نظایر این‌ها یا از راه همه‌پرسی، در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد» هم‌چنین بر اساس اصل هفتم قانون اساسی: «طبق دستور قرآن کریم «و أمرهم شوری بینهم» و «شاورهم فی الأمر»، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند. موارد طرز

۱. خانی‌والی‌زاده، سعید و فرامرزی عطریان، «انتخاب شهردار در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، ۱۳۹۷، دوره نهم، شماره ۲، ص ۷۰۹.

۲. پاپلی یزدی، محمدحسین و حسین رجبی سناجردی، *نظریه‌های شهر و پیرامون*، تهران: سمت، ۱۳۹۲، ص ۳۳۵.

۳. برختیه، کمپ و خمینز ملیدا، «وضعیت دموکراسی محلی»، آموزشکده آن‌لاین برای جامعه مدنی ایرانی، ص ۴، بازیابی: www.creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/sa/3.0.2016.

۴. رستمی، ولی و معصومه عامری، «شهرداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره هفتم، شماره ۱، ص ۱۴۹.

۵. نجابت‌خواه، مرتضی، جواد تقی‌زاده و کوثر آملی جلودار، «اسباب انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، دوره بیستم، شماره ۷۷، ص ۶۹.

تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراهای این قانون و قوانین ناشی از آن معین می‌کند». در اصل دوازدهم قانون اساسی آمده است: «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل الی‌الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب، اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراهای بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب». در اصل یک‌صد و یکم قانون اساسی: «برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی، از طریق همکاری مردم، با توجه به مقتضیات محلی، اداره امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم همان محل انتخاب می‌کنند. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و حدود وظایف و اختیارات و نحوه انتخاب و نظارت شوراهای مذکور و سلسله مراتب آن‌ها را که باید با رعایت اصول وحدت ملی و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی و تابعیت حکومت مرکزی باشد، قانون معین می‌کند». در اصل یک‌صد و دوم قانون اساسی: «شورای عالی استان‌ها حق دارد در حدود وظایف خود، طرح‌هایی تهیه و مستقیماً یا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کند. این طرح‌ها باید در مجلس مورد بررسی قرار گیرد». بنابر اصل یک‌صد و ششم قانون اساسی: «استانداران، فرمانداران، بخشداران و سایر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند، در حدود اختیارات شوراهای ملزم به رعایت تصمیمات آن‌ها هستند». با بررسی این اصول به این نتیجه خواهیم رسید که عامل عمده ناکامی‌های شوراهای محلی را باید در قانون اساسی و در مبحث صلاحیت‌های اعطایی به شوراهای جست‌وجو کرد.

۱. صلاحیت شوراهای محلی

از اصول متعدد قانون اساسی می‌توان صلاحیت‌های تقنینی یا نظارتی و در برخی موارد، صلاحیت مشورتی را برای شوراهای محلی برداشت کرد. این چندانگی در فحوای اصول قانون اساسی، مانعی برای دستیابی به تحقق دموکراسی و استقلال برای شوراهای محلی محسوب می‌شود.^۱

۱. اصلاتی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ص ۱.

الف) صلاحیت تقنینی

ماهیت تقنینی شوراهای محلی، نتیجه تحول در نظریه تفکیک قوا و سیر دگرگونی این اصل است.^۱ گروهی از صاحب‌نظران حقوق عمومی به درجه‌بندی میان مصوبات مجلس و شوراهای محلی قائل هستند. آنان معتقدند که مصوبات شوراهای محلی از نظر درجه اعتبار هیچ گاه به درجه مصوبات مجلس نخواهد رسید، ولی این مصوبات در نقش و جایگاه خود از نوع قواعدی هستند که تسری به عام دارند.^۲ اصل ششم قانون اساسی، اداره امور کشور را با اتکا به آرای عمومی و از راه انتخابات اعضای شوراهای اسلامی ضروری دانسته است. بنابر این، اعضای شوراهای اسلامی، نماینده مردم برای اداره کشور هستند. اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی از راه‌های مختلفی انجام می‌شود که یکی از آن‌ها، انتخاب اعضای شوراهای اسلامی است.^۳

بنابر اصل هفتم قانون اساسی، شوراهای محلی، صلاحیت تصمیم‌گیری و اداره امور را دارند، ولی به صورت توأمان، در اصل یک‌صدم قانون اساسی، با استفاده از واژه «نظارت»، شأن شورایی را از درجه تصمیم‌گیری در امور به نظارت تنزیل می‌دهد. مسئله این است که برخی از وظایف شورای‌های محلی مانند تصویب آیین‌نامه پیشنهادی شهرداری، تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر، صلاحیتی نیست که بتوان آن را در حوزه صلاحیت‌های نظارتی یا مشورتی دسته‌بندی کرد.

اصل دوازدهم قانون اساسی نیز با استفاده از عبارت «مقررات محلی»، صلاحیت وضع مقررات محلی توسط شوراهای محلی در حدود اختیاراتشان را طبق مذاهب اسلامی که پیروان آن در منطقه یادشده اکثریت دارند، به رسمیت شناخته است.^۴ اصل یک‌صد و ششم قانون اساسی، استانداران و فرمانداران را موظف به اجرای تصمیم‌های شوراهای محلی می‌داند و جایگاه شوراهای محلی را به رسمیت می‌شناسد. در اصل یک‌صد و دوم قانون اساسی، شورای عالی استان‌ها از حق ابتکار تهیه طرح‌هایی برخوردار است که می‌تواند آن را برای تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند. از نمونه اجرای اصل یک‌صد و دوم قانون اساسی می‌توان به وظایف شورای عالی استان‌ها در تهیه طرح و تقدیم آن به واسطه دولت به مجلس شورای اسلامی اشاره کرد؛^۵ یعنی مانند قوه مجریه و قوه قضاییه حق ارائه طرحی را دارند که منجر به تصویب قانون عادی شود.

۱. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «بایسته‌های مقررات‌گذاری محلی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، سال نهم، شماره ۳۰، ص ۸۱.

۲. عباسی، بیژن و علی سهراب‌لو، «شوراهای محلی و کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول»، نشریه حقوق اداری، ۱۳۹۴، دوره دوم، شماره ۷، ص ۱۲.

۳. معین‌فرد، عمادزاده و طبیبی، پیشین، ص ۱۷۳.

۴. عباسی و سهراب‌لو، پیشین، ص ۱۴.

۵. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال دوم، شماره ۵، ص ۴۳.

هم‌چنین بنابر بند ۱۰ ماده ۸۸ قانون شوراها (اصلاحی ۱۳۹۶)، شورای عالی استان‌ها موظف است حداکثر یک سال پس از تشکیل، ضمن مشخص کردن آن دسته از امور شهری که از سوی وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌های دولتی انجام می‌شود و انجام آن در حد توانایی شهرداری‌هاست، طرح لازم را برای واگذاری آن امور به شهرداری تهیه و به دولت یا مجلس تقدیم کند.^۱ مجموعه چندگانگی‌های یادشده از آن‌جا که قانون‌گذار در مقام بیان بوده، محل تأمل است.^۲

ب) صلاحیت نظارتی

در خصوص نامتوازن بودن آرای شورای نگهبان در مورد صلاحیت‌های شوراهای محلی در قانون اساسی باید گفت که وزنه ترازوی آرای خود را بر کارکرد نظارتی شوراها انداخته است که این موضوع را از صدور آرای متعدد می‌توان برداشت کرد. برای نمونه، در بند ۱۰ ماده ۱۹ نظریه شماره ۵۵۱۱ - ۱۳۶۱/۷/۱ شورای نگهبان در خصوص طرح تشکیل شوراهای اسلامی کشور، مصوب ۱۳۶۱/۶/۱۰ «که اجازه می‌دهد شوراها حفظ امنیت حوزه فعالیت خود را به عهده بگیرند؛ چون خارج از اموری است که اصل ۱۰۰ قانون اساسی بر عهده شوراها قرار داده است، به نظر اکثریت اعضای شورای نگهبان مغایر قانون است. در بند ۱ ماده ۲۶ که نظارت و همکاری با مسئولین اجرایی در امور امنیتی را جزء وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی قرار داده، به نظر اکثریت اعضای شورا، مغایر اصل ۱۰۰ قانون اساسی دانسته است».^۳

ج) صلاحیت مشورتی

عنصر و مؤلفه اساسی شوراهای محلی را مشورت تشکیل می‌دهد. پیش‌بینی صلاحیت و کارکرد مشورتی برای شوراها به صراحت در قانون اساسی صورت گرفته است. بنابر اصل هفتم قانون اساسی: «طبق دستور قرآن کریم «و أمرهم شوری بینهم» و «شاورهم فی الأمر»، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند...». بنابر آیات قرآنی یادشده که شوراها منبعث از آن هستند، در ابتدای امر، وظیفه مشورتی برای شوراها در نظر گرفته شده است. هم‌چنین در این اصل از قانون اساسی، شوراها وظیفه تصمیم‌گیری و اداره امور را دارند که در واقع، مشورت از مهم‌ترین ارکان تصمیم‌گیری است.^۴

۱. همتی، مجتبی، «بررسی تطبیقی ارکان و الزامات حکومت محلی در ایران و ژاپن»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، دوره هشتم، شماره ۲، ص ۸۳۳.

۲. همان، ص ۱۷۴.

۳. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکرد اجرایی نهاد شورا در نظام حقوق جمهوری اسلامی ایران»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، دوره پنجم، شماره ۲، صص ۲۵۶ و ۲۵۷.

۴. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۳، ص ۴۲۰.

هم‌چنین بنابر اصل یک‌صد و یکم قانون اساسی، یکی از اهداف شورای عالی استان‌ها، جلب مشارکت و همکاری در برنامه‌های عمرانی و رفاهی استان‌هاست. مصداق دیگر آن، قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) است که صلاحیت مشورتی شورای روستا و بخش، شهر، شهرستان، استان و شورای عالی استان‌ها^۱ به صورت تخصصی مطرح شده است. به عبارت دیگر، به طور مجزا، صلاحیت مشورتی برای شوراهای پیش‌فرض گرفته شده است.

بند دوم. قوانین عادی

در حال حاضر، قانون اصلاح موادی از تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی شهر و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، مهم‌ترین قانون مصوب مجلس شورای اسلامی در خصوص شوراهای اسلامی کشور است. این قانون تاکنون چندین مرتبه بازبینی و اصلاح شده است، ولی هم‌چنان کاستی‌هایی جدی در آن به چشم می‌خورد که در مباحث بعدی به آن خواهیم پرداخت. قانون شوراهای با اثرپذیری از اصل یک‌صدم قانون اساسی، صلاحیت «تصمیم‌گیری و اداره امور محلی» برای شوراهای قائل نیست.^۲ مصداق بارز آن نیز ماده ۸۰ قانون شورا است که در آن، از عبارت «وظایف شورای شهر» استفاده شده است. این در حالی است که در فصل هفتم قانون اساسی، قید «وظایف و اختیارات» بارها تکرار شده و تفسیر حقوقی «وظیفه» از «اختیار» متفاوت است.

۱. انتخابات

پس از شکل‌گیری شوراهای محلی، تحقق دموکراسی مشارکتی در قالب برگزاری انتخابات قطعی است.^۳ در بحث انتخابات^۴ اصل پنجاه و ششم قانون اساسی، مهم‌ترین دلیل توجیه‌کننده شرکت دادن مردم در تصمیم‌گیری‌هاست. بنابر صراحت اصل ششم قانون اساسی،

۱. بند ب ماده ۷۶، بند ۱ ماده ۷۹، بند ۲ ماده ۸۰، بند ۱ ماده ۸۶، بند ۱ ماده ۸۷ و بند ۵ ماده ۸۸ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶).

۲. معین‌فرد، عمادزاده و طبیبی، پیشین، ص ۱۷۹.

۳. جلالی، محمد و محمد زرشکی، «تراکم زدایی حقوقی - اداری در پرتو اصول قانون اساسی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، دوره هجدهم، شماره ۲، ص ۱۱۲.

۴. میراحمدی، فاطمه، محمد رضا مجتهدی و سید مجتبی واعظی، «بررسی نظریه «اساسی‌سازی» حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، دوره هفتم، شماره ۲۱، ص ۲۷۱.

امور کشور باید به اتکای آرای عمومی و از راه انتخابات اداره شود. در همین راستا، در اصل یک‌صدم قانون اساسی، تعیین شیوه انتخابات محلی و شرایط برگزاری آن به قانون عادی واگذار شده است. قانون عادی برای انتخاب اعضای شورای شهر و شورای روستا، شیوه انتخابات مستقیم و برای دیگر شوراهای انتخابات غیر مستقیم را تعیین کرده است.^۱

شوراهای محلی، برآمده از اراده مردم محل هستند،^۲ اما دولت مرکزی در لحظه به لحظه حضور مردم نقش ایفا می‌کند. ریاست هیئت‌های اجرایی بر عهده فرماندار یا بخشدار به عنوان مسئول برگزاری انتخابات است و حضور معتمدان محل^۳ در این ترکیب نمی‌تواند از صبغه دولتی آن بکاهد. در حوزه‌های انتخابیه‌ای نیز که برگزاری انتخابات به علت بروز حوادث غیر مترقبه و مسائل سیاسی و امنیتی امکان‌پذیر نباشد، انتخابات این حوزه‌ها تا رفع موانع متوقف می‌شود. تشخیص این موانع هم با وزیر کشور است.^۴ در خصوص انتخابات غیر مستقیم، اعضای شوراهای عالی‌تر توسط اعضای شورای مادون و به شیوه انتخابات سلسله‌مراتبی انتخاب می‌شوند که همین موضوع، استقلال را از دست شهروندان هر منطقه خارج می‌کند. در این جا واقعی‌ترین شکل انتخابات را از دست می‌دهیم که بر مبنای شناخت چهره به چهره و تعاملات روزمره صورت می‌گیرد.^۵

نکته دیگر این است که قانون‌گذار باید از درج اصطلاحات مبهم و غیر قابل ارزیابی در قوانین و مقررات خودداری کند. برای نمونه، موارد انتخاب‌ناپذیری افراد در انتخابات باید عینی و قابل ارزیابی باشد. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) در فصل انتخابات، بند «ج» از ماده ۳۰ هنگام بیان شرایط انتخاب‌شوندگان به موضوع اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه پرداخته است.^۶ هنوز برای حقوق‌دانان محل ابهام است که برای تشخیص این مؤلفه‌ها چه ابزار

۱. جلالی، محمد، «اصول کلی راهنمای تمرکززدایی در حقوق فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران»،

فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره هفدهم، شماره ۴۷، ص ۸۵.

۲. ماده ۲۰ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶).

۳. ماده ۳۵ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶).

۴. ماده ۹۸ قانون اصلاح موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶).

۵. همتی، پیشین، ص ۸۲۲.

۶. تقی‌زاده، جواد، «انتخاب‌ناپذیری در حقوق انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی محلی با نگاهی به حقوق فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۸، شماره چهارم، ص ۷۷.

دقیقی وجود دارد و حدود دقیق آن هم باید مشخص شود. این قبیل کلی‌گویی‌ها و ابهام‌ها می‌تواند دامنه نقش‌آفرینی نهادهای مجری و ناظر انتخابات را افزایش دهد.

الف) انتخاب شهردار

در بحث وظایف شورای شهر نیز در ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، نوعی گسترش صلاحیت تصمیم‌گیری در محدوده شهر برای شوراهای به چشم می‌خورد. البته این صلاحیت‌ها فقط محدود به امور شهرداری است. گویا شورای شهر، شورای شهرداری است. در تبصره ۳ ماده اخیر، «نصب شهرداران در شهرهای با جمعیت بیش‌تر از دویست هزار نفر و مراکز استان بنا به پیشنهاد شورای شهر و حکم وزیر کشور و در سایر شهرها به پیشنهاد شورای شهر و حکم استاندار است».

در این بند، وابسته شدن مصوبه شورای شهر به حکم وزیر یا استاندار به عنوان مقام دولتی محل ایراد است. هم‌چنین بنابر قسمت بعدی بند یادشده، «در صورتی که وزیر کشور یا استاندار، شهردار معرفی شده را واجد شرایط تعیین‌شده ندانند، مراتب را با ذکر دلیل و مستندات به شورای شهر منعکس می‌نماید. در صورت اصرار شورای شهر بر نظر قبلی خود و عدم صدور حکم شهردار، موضوع توسط شورای شهر به هیئت حل اختلاف ذی‌ربط ارجاع می‌گردد.» بر اساس این قانون، تنها یک ترکیب تقریباً دولتی صلاحیت رسیدگی به این موضوع را دارد که این وضعیت، شأن شورای شهر را متزلزل می‌کند.

ب) انتخاب دهیار

بنابر بند «م» ماده ۷۶ و ماده ۷۸ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، شورا، دهیار را برای مدت چهار سال، انتخاب و برای صدور حکم به بخشدار معرفی می‌کند. بر اساس تبصره بند «م» ماده ۷۶ قانون یادشده: «عزل دهیار با رأی اکثریت اعضای شورای اسلامی روستا بر اساس آیین‌نامه مربوط انجام می‌شود و به بخشدار جهت صدور حکم عزل اعلام می‌گردد.» وابسته شدن انتصاب و عزل دهیار به بخشدار به عنوان نماینده دولت مرکزی، چالشی در راه تحقق استقلال است. هم‌چنین در ماده ۷۶ از عبارت «وظایف و اختیارات شوراهای روستا» استفاده شده، در حالی که در ماده ۸۰ عبارت «وظایف شورای شهر» به کار رفته است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار، اختیاراتی وسیع‌تر برای شوراهای روستا قائل است. در مجموع، نمی‌توان نتیجه قطعی گرفت که آیا چنین موضوعی از نظر قانون‌گذار دور مانده یا هدف خاصی در نظر داشته است.

۲. نظارت

در حقوق عمومی همیشه فرض بر این است که دولت‌ها ذاتاً تجاوزگر و ماهیتاً مستعد فساد هستند. حقوق عمومی به مثابه شاخه‌ای از حقوق است که کارکرد آن، حمایت از شهروندان است تا مراقب دولت باشند و مقامات عمومی را کنترل کنند.^۱ نخستین تجربه‌های نظارت بر اعمال شورا را باید در نظام کامن‌لا به ویژه انگلستان جست‌وجو کرد.^۲ نظارت دولت مرکزی بر شوراهای محلی برای حفظ منافع ملی و اطمینان از استمرار خدمات عمومی و جلوگیری از خروج شورا از حدود اختیاراتش، فرآیندی دشوار است.^۳ یافتن نقطه عطف تعادل میان اعمال نظارت و رعایت استقلال شوراهای امری حساس و ضروری است. در بحث نظارت در ایران، نقش وزارت کشور برجسته و پررنگ است.^۴

الف) اعتراض به مصوبات شوراهای محلی

در قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، نظارت بر مصوبات شورا در شکل ابطال مصوبات نمود پیدا کرده است. برابر ماده ۹۰ این قانون، «مصوبات کلیه شوراهای موضوع این قانون در صورتی که پس از دو هفته از تاریخ ابلاغ، مورد اعتراض هیئت تطبیق مصوبات شوراهای اسلامی کشور با قوانینی که در این قانون به اختصار، هیئت تطبیق مصوبات نامیده می‌شود، قرار نگیرد، لازم‌الاجرا می‌باشد و در صورتی که هیئت مذکور، آن را مغایر با قوانین و مقررات کشور و یا خارج از حدود وظایف و اختیارات شوراها تشخیص دهد، می‌تواند با ذکر مورد و به طور مستدل، حداکثر ظرف مدت دو هفته از تاریخ ابلاغ مصوبه، اعتراض خود را به اطلاع شورا رسانده و درخواست تجدید نظر کند. شورا موظف است ظرف مدت ده روز از تاریخ وصول اعتراض، تشکیل جلسه داده و به موضوع رسیدگی و اعلام نظر نماید. در صورتی که شورا در بررسی مجدد، از مصوبه مورد اختلاف عدول ننماید، موضوع برای تصمیم‌گیری نهایی به هیئت حل اختلاف ذی‌ربط ارجاع می‌شود. هیئت مزبور مکلف است ظرف مدت بیست روز به موضوع رسیدگی و اعلام نظر نماید».

۱. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی بر اعمال اداری از منظر حکمرانی خوب»، رساله دکتری رشته حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۶، ص ۳.

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

۳. برات‌علی‌پور، مهدی و کمال ثریا، «نقش شهروندگرایی فراملی در حاکمیت دولت‌های محلی؛ مطالعه موردی: کشورهای فرانسه و ایران»، فصل‌نامه مطالعات کاربردی در علوم اجتماعی و جامعه‌شناسی، ۱۳۹۷، دوره اول، شماره ۳، ص ۴۲.

۴. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۸۸، ص ۱۸.

در تحلیل این ماده و با استناد به تبصره (۱) آن، مقاماتی مشخص شده است که صلاحیت اعتراض به مصوبات شورا را دارند. اعتراض به مصوبات شوراهای روستا و بخش توسط بخشدار یا شورای شهرستان، در مورد مصوبات شوراهای شهر و شهرستان توسط فرماندار یا شورای استان و در مورد مصوبات شورای استان توسط استاندار، مسئولان دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط یا شورای عالی استان‌ها و در مورد مصوبات شورای عالی استان‌ها توسط وزیر کشور یا عالی‌ترین مقامات دستگاه‌های ذی‌ربط صورت می‌گیرد.

بنابر تبصره ۴ ماده ۹۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، ترکیب هیئت‌های تطبیق مشخص شده است. اعضای هیئت تطبیق شهرستان عبارتند از: فرماندار یا نماینده وی، یک قاضی به انتخاب رئیس قوه قضاییه و یکی از اعضای شورای اسلامی استان. همچنین اعضای هیئت تطبیق مصوبات بخش و روستا عبارتند از: بخشدار، یک قاضی به انتخاب رئیس قوه قضاییه و یکی از نمایندگان شورای شهرستان. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، وزنه آرای‌گذاری در دو هیئت به سمت دولتی بودن است.^۱ نکته دیگر در خصوص تبصره ۲ ماده ۹۰ این قانون آن است که در آن مقرر شده است: «قطعی شدن مصوبات شورا، مانع از طرح رسیدگی آن دسته از مصوبات مغایر قانون در هیئت مرکزی حل اختلاف توسط اشخاص نمی‌باشد». چون این امر به طور نامحدود و برای مدت نامشخصی، مصوبات شوراها را در معرض الغا قرار می‌دهد، قابل انتقاد است.^۲

ب) لزوم ارسال مصوبات هیئت تطبیق فرمانداری به استانداری

به ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی ماده ۹۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) کم‌تر توجه شده است. بنابر این ماده آمده است: «وزارت کشور، مسئول حسن اجرای این آیین‌نامه بوده و موظف است بر اساس مسئولیت نظارتی و اجرایی خود، نسبت به عملکرد هیئت‌های تطبیق نظارت داشته و موارد تخلف از قانون توسط هر یک از اعضای هیئت تطبیق را به مرجع ذی‌صلاح قانونی ذی‌ربط اعلام و آن را پی‌گیری نماید.» بنابر تبصره آن: «هیئت‌های تطبیق موظفند به صورت مستمر، گزارش اقدامات و عملکرد خود شامل گزارشی از مصوبات شوراها به همراه اظهار نظر هیئت مربوط را به نحو مقتضی به اطلاع وزارت کشور و استانداری ذی‌ربط برسانند».

ماده اخیر به طور ضمنی به واسطه وزارت کشور، نظارت مضاعفی را بر شوراها اعمال می‌کند، به این ترتیب که هیئت‌های تطبیق با ترکیب غالب دولتی در یک مرحله بر مصوبات شوراها نظارت می‌کنند. در مرحله دوم نیز اداره کل شهری و امور شوراهای استانداری

۱. میرزاد کوه‌شاهی، پیشین، ص ۵۰.

۲. راسخ، پیشین، ص ۴۰.

با معرفی وزارت کشور مجدداً بر مصوبات شورا نظارت می‌کنند. درست است که در این ماده از قید «نظارت وزارت کشور» بر عملکرد هیئت تطبیق استفاده کرده است، ولی دایره عملکردی این هیئت‌ها چیزی جز مصوبات شورا نیست.

ج) نظارت بر عملکرد و انحلال شوراها

بنابر ماده ۸۹ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) به منظور رسیدگی به شکایات مبنی بر انحراف شوراها از وظایف قانونی، هیئت‌هایی به نام هیئت حل اختلاف و رسیدگی به شکایات استان با چینی تقریباً دولتی تشکیل می‌شود و به شکایات رسیدگی می‌کنند. بر اساس بند اول این ماده، اعضای هیئت مرکزی حل اختلاف و رسیدگی به شکایات عبارتند از: دو نفر نماینده از قوه مجریه (یکی از معاونان رئیس جمهور، معاون ذی‌ربط وزارت کشور)، دو نفر نماینده از قوه قضاییه (رئیس یا یکی از معاونین دیوان عدالت اداری و یکی از معاونان دادستان کل)، دو نفر نماینده از قوه مقننه (دو نفر از نمایندگان مجلس به پیشنهاد کمیسیون امنیت ملی و سیاست خارجی به تصویب مجلس شورای اسلامی) و شوراهای اسلامی کشور (سه نفر از اعضای شورای عالی استان‌ها) که عهده‌دار رسیدگی به شکایات از شورای استان و شورای عالی استان‌ها و شورای شهر تهران باشند.

بر اساس بند ۲ ماده ۸۹، هیئت حل اختلاف و رسیدگی به شکایات استان با عضویت و ریاست استاندار، رئیس کل دادگستری استان، یک نفر از اعضای شورای استان به انتخاب آن شورا و دو نفر از نمایندگان استان مربوط در مجلس شورای اسلامی برای رسیدگی به شکایات از شورای شهر و شهرستان تشکیل می‌شود. همچنین بنابر بند ۳ ماده یادشده، هیئت حل اختلاف و رسیدگی به شکایات شهرستان به عضویت و ریاست فرماندار، رئیس دادگستری شهرستان، دو نفر از اعضای شورای شهرستان به انتخاب آن شورا و یک نفر از اعضای شورای استان به انتخاب هیئت حل اختلاف استان برای رسیدگی به شکایات از شورای روستا و بخش تشکیل می‌شود.

سلب عضویت یا انحلال شوراها به عنوان ضمانت اجرای عملکردشان اعم از شخصی و گروهی محسوب می‌شود. درست است که قانون‌گذار اساسی، انحراف از وظایف قانونی را به عنوان تنها سبب انحلال مقرر کرده است، ولی این انتقاد وارد است که با استفاده از واژه «انحراف»، زمینه تفسیرهای گوناگون را فراهم کرده است.^۱ ایراد دیگر، یکی بودن مقام ناظر و مرجع رسیدگی‌کننده به تخلفات است. حسب صراحت ماده ۱۰۶ همین قانون، از یک سو، وزارت کشور، مسئول اجرای قانون شوراها (مقام ناظر) است. از سوی دیگر، اعضای هیئت‌های حل اختلاف و رسیدگی به شکایات در مرکز،

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸.

شهرستان و شهر به عنوان مرجع رسیدگی‌کننده به تخلفات به ترتیب عبارتند از: وزیر کشور، استاندار و فرماندار. در چنین حالتی، احتمال فساد و قضاوت‌های جانب‌دارانه بالا می‌رود و به همین دلیل، یکی کردن این دو مقام، مخالف اصول عدالت رویه‌ای است.^۱

یک - سلب عضویت اعضای شورا

برابر با ماده ۹۲ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) و تبصره‌های آن ماده، اگر هر یک از اعضای شوراهای موضوع این قانون، شرایط عضویت را از دست بدهند یا در انجام وظایف قانونی خود، مرتکب قصور یا تقصیر شود یا اقدامی کند که موجب توقف یا اخلال در انجام وظایف شوراها شود یا عملی خلاف شئون اعضای شورا انجام دهد، به مجازات محکوم می‌شوند. مرجع رسیدگی‌کننده به تخلفات اعضای شوراهای اسلامی، هیئت‌های حل اختلاف پیش‌گفته هستند که پس از رسیدگی به اتهام یا اتهام‌های منتسب به عضو شورا در صورت احراز تخلف یا تخلفات، در مورد هر پرونده، مجازات پیش‌بینی‌شده در قانون را اعمال می‌کنند. آرای اصداری هیئت‌های حل اختلاف ظرف مهلت بیست روز از تاریخ ابلاغ رأی در هیئت حل اختلاف بالادستی قابل اعتراض هستند. این هیئت، خارج از نوبت به موضوع رسیدگی خواهد کرد.

افزون بر این، به موجب تبصره ۳ ماده ۹۲ همین قانون، فرد یا افرادی که سلب عضویت می‌شوند، می‌توانند به دیوان عدالت اداری شکایت کنند. دیوان عدالت اداری، خارج از نوبت به موضوع رسیدگی می‌کند و رأی آن قطعی و لازم‌الاجراست.^۲ بنابر ماده ۹۴ همین قانون، غیبت غیر موجه در طول یک سال (۶ جلسه متوالی یا ۱۲ جلسه غیر متوالی) نیز با تشخیص شورا منجر به سلب عضویت اعضا می‌شود.

دو- انحلال شورا

بنابر اصل یک‌صد و ششم قانون اساسی، نظر به اهمیت و نقش شوراها در اداره امور محلی، تا وقتی که این شوراها در حدود صلاحیت و وظایف قانونی خود حرکت می‌کنند، قابل انحلال نیستند. این امر، تدبیری است برای «استمرار خدمات عمومی»^۳ که در صورت انحراف از وظایف قانونی، انحلال شوراها ممکن خواهد بود. در این اصل با استفاده از عبارت کلیدی «وظایف قانونی»، تکلیف را مشخص کرده است؛ چون حیطه وظایف قانونی و تخطی

۱. راسخ، پیشین، ص ۱۸.

۲. الله‌وردی‌زاده و همکاران، پیشین، ص ۳۴.

۳. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۵۵.

از آن‌ها مشخص و تعریف شده و در آن، کم‌تر ابهامی وارد است. اگر شوراهای وظایف قانونی خود منحرف شوند، ضمانت اجرای انحلال به طور مستقیم متوجه آن‌ها خواهد شد.

بر اساس ماده ۹۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، هر گاه شوراهای اقداماتی را بر خلاف وظایف مقرر یا مخالف مصالح عمومی کشور یا حیف و میل و تصرف غیر مجاز در اموالی انجام دهند که وصول و نگهداری آن را به نحوی به عهده دارند، به پیشنهاد کتبی فرماندار، موضوع برای انحلال شورا به هیئت حل اختلاف استان ارجاع می‌شود. این هیئت به شکایات و گزارش‌ها رسیدگی می‌کند و در صورت مشاهده انحراف از وظایف قانونی، بنا به پیشنهاد هیئت استان و تصویب هیئت حل اختلاف مرکزی منحل می‌شود. چنان‌که ملاحظه می‌شود، در قانون عادی، اقدامات مخالف مصالح عمومی کشور به عوامل انحلال شوراهای اضافه شده است که این عبارت با عنایت به ابهام مفهومی که دارد، می‌تواند استقلال عمل شوراهای را با تهدید روبه‌رو کند.

نکته دیگر، استقلال وزارت کشور در ارجاع پرونده‌های شوراهای محلی به هیئت‌های حل اختلاف است.^۱ تبصره ۲ ماده ۸۹ همین قانون به وزارت کشور اختیار داده است که بر حسب وظیفه نظارتی و اجرایی قانون شوراهای می‌تواند موارد تخلف از قانون را به هیئت‌های حل اختلاف به طور مستقل ارجاع دهد. البته قانون‌گذار اساسی به منظور صیانت از شوراهای محلی در برابر انحلال خودسرانه و غیر قانونی، مرجع اعتراض به انحلال را مرجع قضایی پیش‌بینی کرده است. حق اعتراض به انحلال برای شوراهای محلی نزد دادگاه صالح ناشی از شأن و جایگاهی است که این نهادهای مردمی در اداره امور کشور دارند.

بنابر تبصره ماده ۹۱ قانون یادشده مقرر شده است: «هر یک از شوراهای منحل‌شده در صورت اعتراض به انحلال می‌توانند ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ رأی به دادگاه صالح شکایت نمایند و دادگاه مکلف است خارج از نوبت به موضوع رسیدگی و رأی قطعی صادر نماید». قانون‌گذار با این تبصره، عنایتی ویژه به استمرار فعالیت شوراهای داشته است. با علم به تمام این موارد، پرسش آن است که چگونه شخصیت حقوقی که منحل شده و در واقع از آن پس، فاقد شخصیت حقوقی است، می‌تواند در دادگاه صالح شکایت کند؟ پرسش دیگر آن است که دادگاه صالح برای رسیدگی به شکایات شوراهای منحل‌شده چه دادگاهی است؟^۲

حقوق دانان نظرهای متفاوتی در این خصوص دارند. برخی از آنان قائل به صلاحیت دادگاه‌های عمومی هستند و بر این باورند که اعتراض نزد دیوان عدالت اداری، موضوع اصل ۱۷۳ قانون اساسی به این دلیل منتفی است که شاکی که شورا است، از اشخاص حقوقی

۱. رضایی‌زاده، پیشین، ص ۷۸.

۲. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه و کوثر آملی جلودار، «مراجع تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۵، دوره ۳، شماره ۱۰، ص ۶۸.

حقوق عمومی محسوب می‌شود.^۱ همچنین قانون‌گذار در تبصره ماده ۹۱ قانون یادشده، در جایگاه بیان است. پس اگر اراده‌ای مبنی بر اختیار مراجعه شوراهای دیوان عدالت اداری داشت، ذکر می‌کرد.^۲

برخی صاحب‌نظران نیز دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی می‌دانند. ریشه این نظریه به تأسیس دیوان عدالت اداری بازمی‌گردد. صلاحیت دیوان، «رسیدگی به شکایات و تظلمات اشخاص حقیقی و حقوقی علیه تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی» است. اشخاص یادشده، جدا و مستقل از حاکمیت هستند. درست است که شوراهای محلی، شخص حقوقی عمومی محسوب می‌شوند، اما قطعاً این عمومی بودن، آن‌ها را دولتی نمی‌سازد.^۳ در این زمینه، نظریات اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه، مؤید همین موضوع است. در نظریه ۱۳۸۲/۴/۲۹-۳۱۲۷/۷ بیان داشته است: «نظر به این که شورای اسلامی شهر با توجه به محدوده اختیارات خود، یک تأسیس قانونی است و دارای شخصیت حقوقی جدا از شخصیت حقوقی دولت می‌باشد، لذا جزء موارد مندرج در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۶۰ (ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲) محسوب نمی‌شود. بنابر این، در امور مربوط به خود می‌تواند نسبت به نقض و ابطال آرای کمیسیون‌ها و توافق‌نامه‌های دولتی از قبیل استانداری و فرمانداری و غیره به دیوان عدالت اداری شکایت نمایند».^۴

در زمان بررسی پیش‌نویس نهایی اصل یک‌صد و ششم قانون اساسی، پیشنهادهای مختلفی درباره مرجع مناسب به منظور تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی ارائه شد. اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در این مسئله که مرجع انحلال شوراهای نباید با مقام ناظر یکی باشد، اتفاق نظر داشتند. بعد از گذشت چندین دهه از تجربه تشکیل شوراهای و به منظور برون‌رفت از چالش‌های پیش‌گفته پیشنهاد می‌شود نظارت قضایی بر شوراهای اسلامی نسبت به نظارت اداری گسترش یابد و انحلال شوراهای به رأی مراجع قضایی بی‌طرف واگذار شود.^۵

۱. نجابت‌خواه، مرتضی، جواد تقی‌زاده و کوثر آملی جلودار، «اسباب انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، دوره ۲۰، شماره ۷۷، صص ۸۹ - ۹۱.

۲. همان، ص ۷۲.

۳. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۲، دوره ۲، شماره ۱، ص ۴۴.

۴. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، سال اول، شماره ۲، ص ۲۳۰.

۵. تقی‌زاده، نجابت‌خواه و آملی جلودار، پیشین، ص ۶۸.

۲. موانع مالی

الف) تأمین منابع مالی شوراهای محلی

داشتن استقلال مالی لازمه تحقق استقلال برای شوراهای محلی است و استقلال به قطع یقین، عدم تمرکز مالی را در پی خواهد داشت و نتیجه استقلال مالی در شوراهای محلی عبارت است از ارائه خدمات و کالاهای عمومی بر مبنای ترجیحات محلی.^۱ لازمه عدم تمرکز مالی نیز تفکیک بودجه شوراهای محلی از بودجه ملی است.^۲ اگر در نظام سیاسی یک کشور، گرایش حکومت مرکزی به سمت تمرکز باشد، استقلال در بودجه شوراهای محلی نسبتاً پایین است.^۳ شوراهای محلی در چارچوب سیاست اقتصاد ملی باید برای اداره امور خود، دارایی، اموال و امکانات مادی داشته باشند و بتوانند در چارچوب اختیاراتشان از آن منابع استفاده کنند و از نیروی انسانی و مدیریت خاص در قالب بودجه محلی برخوردار باشند تا بتوانند به عنوان یک شخصیت حقوقی، موضوع حقوق و تکالیف قرار بگیرند و بتوانند به عنوان خواهان به دادگاه شکایت کنند و به عنوان خوانده به آن جا فراخوانده شوند.^۴

همچنین منابع مالی شوراهای محلی باید متناسب با مسئولیت‌های مقرر در قانون اساسی و عادی برای شوراها باشد.^۵ ناپایداری منابع درآمدی یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی تحقق استقلال برای شوراهای محلی در ایران است.^۶ در قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶)، درآمد پایدار برای شورا تعریف نشده است و شورا باید بودجه خود را از شهرداری بگیرد که بر آن نظارت دارد. چنین رابطه‌ای بین قوه مقننه و مجریه نیز برقرار است، ولی با توجه به جدید بودن تجربه تشکیل شوراها نسبت به قوه مقننه و همچنین یکسان نبودن جایگاه شورا با قوه مقننه از نظر اختیارات، شوراها و شهرداری تحت تأثیر رابطه مالی میان خود (دریافت بودجه از

۱. رضایی‌زاده، پیشین، ص ۲۸۴

2-Smoke, P., «Quality support facilities in the field of decentralization», Local Governance & Local Government, The project financed, by the European Union, 2015, p. 12

۳. قبادی، نسرین، «چالش‌های تأمین مالی و راهکارهای مقابله با آن (مطالعه موردی دولت‌های محلی در ایران)»، مجله اقتصادی دوماه‌نامه بررسی مسائل سیاسی و اقتصادی، ۱۳۹۱، دوره دوازدهم، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۱۴.

۴. تقوی، مونسادات و فرزانه حیدرپور، «تأثیر پایدارسازی نظام درآمدی در تأمین مالی شهرداری‌ها»، مجله نخبگان علوم و مهندسی، ۱۳۹۷، دوره سیزدهم، شماره ۴، ص ۱۳.

۵. رضایی‌زاده، پیشین، ص ۸۹.

۶. هداوند، مهدی و پریسا آل اسحاق، «بررسی منابع نوین درآمدی شهرداری‌ها»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۲، دوره ششم، شماره ۲۲، ص ۴.

شهرداری) قرار خواهند گرفت. بنابراین، اگر نظام سیاسی ایران، نظامی متمرکز است و دولت مرکزی، مرکز واحد عملکرد سیاسی است، پیشنهاد می‌شود بودجه‌ای مستقل از بودجه مصوب شهرداری برای شوراهای پیش‌بینی گردد.

بر اساس بند ۱۲ ماده ۸۰ قانون یادشده، شورای شهر همراه با تصویب بودجه شهرداری، مؤسسات و شرکت‌های وابسته به شهرداری، بودجه شورا را نیز تصویب می‌کند. بر اساس بند ۱۶ همین ماده، شورا وظیفه تصویب عوارض و بهای خدمات را دارد، ولی با چالش جدی در اجرای این وظیفه روبه‌روست. بنابر تبصره ماده ۸۵ همین قانون، وزیر کشور می‌تواند در هر مقطعی که وصول هر نوع از عوارض را منطبق بر آیین‌نامه مصوب نداند، آن را اصلاح یا لغو کند.

ب) نظارت بر منابع درآمدی شوراهای

در ابتدای امر، آنچه از نظارت مالی به ذهن می‌رسد، نظارت بر عملکرد درآمدها و هزینه‌های شوراهاست. چون شوراهای بازوهای اجرایی به نام شهرداری و دهیاری دارند، گستره این نظارت وسیع‌تر می‌شود. بازوهای اجرایی شوراهای بیش‌تر با مسائل مالی سر و کار دارند. برای نمونه، دریافت عوارض با شهرداری‌هاست. هزینه‌های عمرانی شهری را نیز شهرداری‌ها انجام می‌دهند و در واقع، شوراهای این جا نهاد ناظر محسوب می‌شوند. البته در نهایت، بر مسائل مالی شهرداری‌ها و دهیاری‌ها نظارت بودجه‌ای صورت می‌گیرد.

«عبارت نظارت بودجه‌ای نیز به این علت است که نظارت مالی دولت بر شوراهای محلی بیش‌تر از طریق اثرگذاری پیش‌بینی و پسینی بر بودجه‌های شوراهای و بودجه بازوهای اجرایی آن‌ها صورت می‌گیرد. ذکر ردیف بودجه‌ای مجزا برای شهرداری‌ها و خصوصاً کلان‌شهرها در قانون بودجه سالانه، حتی اگر به صورت کمک دولتی باشد، زمینه را برای نظارت دولت بر بودجه‌ای که خود برای یک نهاد غیر دولتی منظور داشته است، فراهم می‌کند»^۱.

بنابر بند ۸ ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) در شرح وظایف شوراهای محلی چنین مقرر شده است: «نظارت بر حسن اداره و حفظ سرمایه و دارایی‌های نقدی، جنسی و اموال منقول و غیر منقول شهرداری و همچنین نظارت بر حساب درآمد و هزینه آن‌ها به گونه‌ای که مخل جریان عادی امور شهرداری نباشد». بنابر بند ۱۰ همین ماده، «تأیید صورت جامع درآمد و هزینه شهرداری، هر ۶ ماه یک بار توسط شهرداری تهیه می‌شود و انتشار آن برای اطلاع عموم و ارسال نسخه‌ای از آن به وزارت کشور»^۲. بنابر تبصره ۲ بند ۳۰ ماده ۸۰ همین قانون،

۱. محجوب، معین و مسعود بیتانه، «نظارت اداری، مالی و بودجه‌ای حکومت مرکزی بر شوراهای محلی و شهرداری در ایران با رویکرد مقایسه‌ای با جمهوری فرانسه»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوق و اجتماعی، ۱۳۹۷، دوره یکم، ص ۱۰.

۲. همان، ص ۱۱.

شورا موظف به ارسال صورت جامع درآمد و هزینه شهرداری و گزارش حسابرس رسمی برای هر گونه اقدام قانونی به وزارت کشور است که بر همین اساس، معاونت عمران و توسعه امور شهری و روستایی وزارت کشور، گزارش حسابرسی شهرداری‌ها و سازمان‌های وابسته به آن‌ها را بررسی می‌کند.

به موجب ماده ۱ مصوبه شورای عالی اداری در ۱۳۷۷/۷/۳۰ که برخی از مسئولیت‌های وزارت کشور به استانداری‌ها واگذار شده است، استاندار به عنوان نماینده وزارت کشور، مسئولیت اجرای وظایف و اختیارات آن وزارت را در استان بر عهده دارد و در مقابل وزارت کشور، مسئول خواهد بود. به همین منظور، رسیدگی به امور مربوط به حسابرسی و مسائل مالی شهرداری‌ها از وظایف معاونت امور عمرانی استانداری است که به واسطه اداره کل امور شهری و شوراهای استانداری انجام می‌پذیرد. اداره کل امور شهری و شوراهای در ابتدای هر دوره نسبت به برگزاری دوره‌های آموزشی برای شهرداران و پرسنل مربوط و بازرسی‌های مستمر از شهرداری‌ها و تهیه گزارش اقدام می‌کند.^۱

مجموعه نظارت‌های یادشده تحت عنوان وظیفه‌ای انجام می‌پذیرد که در ماده ۱۰۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶) به وزارت کشور به عنوان «مسئول اجرای این قانون» واگذار شده است. این نوع نظارت، مانعی برای نظارت‌های موازی سازمان بازرسی کل کشور نیست که برگرفته از اصل ۱۷۴ قانون اساسی مبنی بر «نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری سازمانی» است.

۳. موانع استخدامی

استقلال اداری به عنوان یکی از الزامات مهم استقلال شوراهای محلی، از چند عنصر تشکیل شده است که عبارتند از منابع انسانی مستقل و استقلال در تهیه لوازم و تجهیزات اداری. کارکنان اداری شورا، افرادی هستند که مانند اعضا دچار تغییر نمی‌شوند و باید به گونه‌ای در مصونیت باشند که با هر دوره انتخاباتی و بنابر سلاقی شخصی اعضا و شورا قابلیت تغییر نداشته باشند. این کارکنان به نوعی صندوقچه تجربه‌ها و پیشینه آن محل هستند. این افراد مگر در موارد تخلفات قانونی مشخص باید تا هنگام بازنشستگی در اداره باقی بمانند و در موارد بسیاری می‌توانند طرف مشورت شورا قرار گیرند. از این رو، استقلال آن‌ها از اهمیت برخوردار است. ارجح این است که آن‌ها از مستخدمان دولت نباشند؛ چون این مسئله می‌تواند در روند شغلی آن‌ها اثر بگذارد. پس بهتر آن است که بر مبنای نظام

۱. رستمی و عامری، پیشین، ص ۴۴.

به‌کارگیری نیرو در حقوق عمومی استخدام شوند. افزون بر استقلال منابع انسانی، استقلال منابع مادی و حتی اموال سرمایه‌ای مانند املاک و ساختمان‌های غیر اداری مورد نیاز شوراهای محلی نیز لازمه یک اداره مستقل است. تشکیلاتی که مکان استقرار و تجهیزات لازم برای انجام وظایف خود را نداشته باشند، ممکن است احتیاجات خود را از طریق دولت مرکزی تأمین و در نتیجه، وابستگی بیش‌تری به دولت پیدا کند.^۱

در ماده ۶ منشور اروپایی، استقلال محلی برای استخدام در نهادها و شوراهای محلی باید بر مبنای شایسته‌سالاری باشد تا بتوانند نیروهای توانا و شایسته را به کار گیرند. بنابر بند ۹ ماده ۸۸ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحی ۱۳۹۶): «آیین‌نامه سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراهای و امور مالی دبیرخانه کلیه شوراهای و تعداد کارکنان آنها و هزینه‌های مربوط و هر گونه پرداختی به اعضای شورا توسط شورای عالی استان تهیه و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. به‌کارگیری کارکنان و هر گونه پرداختی خارج از این آیین‌نامه ممنوع می‌باشد». همچنین بنابر ماده (۹۵) همین قانون: «شوراهای موضوع این قانون یا هر یک از اعضای آنها حق ندارند در نصب و عزل کارکنان ده‌یاری‌ها، شهرداری‌ها و یا شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به آنها دخالت نمایند یا به آنها دستور دهند و واگذاری مسئولیت اجرایی، عضویت هیئت مدیره، مدیریت عامل به اعضای شوراهای مذکور در ده‌یاری‌ها، شهرداری‌ها، شرکت‌ها و سازمان‌های تابعه ممنوع می‌باشد.» چون این ماده در ذیل ماده رسیدگی به تخلفات اعضای شوراهای آمده است، به نظر می‌رسد تعدی از آن، تخلف محسوب شود.

1-Gérald, O., «French Territorial Administration and Changes in Public Management», in State and Local Government Reforms in France and Germany, Berlin, 2006, p. 149

نتیجه گیری

شوراهای اسلامی با وجود جایگاهی ویژه که در قانون اساسی برایشان در نظر گرفته شده است، در راستای انجام رسالتشان همواره با مشکلات و کاستی‌هایی مواجه هستند و پژوهشگران با تحقیقات حقوقی گوناگون برای برون‌رفت از این کاستی‌ها، پیشنهاد‌های متعددی بیان کرده‌اند. یکی از این چالش‌ها، مسئله استقلال شوراهای محلی است.

این موضوع در مرحله اول از بعد قانون اساسی و قانون عادی ریشه‌یابی شد. در مرحله دوم به دسته‌بندی منسجم دست یافتیم و در بطن هر میحث، راهکار هم ارائه شد. یکی از معضلات بنیادین، بحث نظام سیاسی کشور و گرایش به سمت تمرکز است. این بینش که نظام سیاسی ایران از نوع متمرکز است و شوراهای محلی صرفاً بازوهای اجرایی و اداری دولت مرکزی با اعطای محدود اختیارات در هر منطقه باشند، سبب از میان رفتن انگیزه کافی برای تقویت حیطه وظایف و اختیارات شوراها از جانب قوه مقننه، شورای عالی استان‌ها و دیگر نهادهای اثرگذار و حتی پژوهشگران شده است.

از دیگر موانع مهم، بحث برداشت‌های مختلف از قانون اساسی و قانون عادی است. استفاده از عباراتی که امکان برداشت‌های مختلف را از اصول قانون اساسی فراهم می‌کند، باعث گمراهی می‌شود که نمونه آن، استفاده از عبارت کلیدی «نظارت بر اداره امور» در اصل یک‌صدم قانون اساسی است. پیشنهاد می‌شود در شورای بازنگری قانون اساسی، این عبارت با دیگر اصول مربوط به وظایف شوراها یکی شود. ناهمخوانی اخیر و استفاده متفاوت از عبارت «اداره امور» و «نظارت» در اصول مربوط به وظایف شوراها در قانون اساسی منجر به برداشت‌های متفاوتی می‌شود که این موضوع به قوانین عادی شوراها نیز سرایت می‌کند. در بسیاری از موارد، قانون‌گذار با این که در مقام بیان بوده، از صراحت بیان پرهیز کرده است. مشخص نیست که این مسئله به دلیل سرعت در تدوین و تصویب برخی قوانین است یا نبود دانش کافی یا دلایلی دیگر. اگر دلیل آن، ضیق وقت و تسریع در تصویب قانون در برهه سیاسی زمان تصویب قانون باشد، این پرسش پابرجاست که چرا تا کنون برای اصلاح آن اقدامی نشده است.

هم‌چنین پیشنهاد می‌شود مجلس شورای اسلامی، قانونی را برای تقویت صلاحیت‌های شوراهای محلی به تصویب برساند. یکی از دیگر راهکارهای مهم برای کمک به بهبود استقلال شوراهای محلی، گرایش و تجمع انواع نظارت به سمت نظارت قضایی است که در بیش‌تر کشورهای پیشرفته پذیرفته شده است و اجرا می‌شود و از تصمیم‌های شخصی و انحلال و سلب عضویت‌های بی‌مورد جلوگیری می‌کند. حقیقت این است که نظارت اداری، در مراحل تحقیق، صدور رأی و اجرای رأی، ضمانت اجرایی کافی ندارد.

داشتن برنامه‌های آموزشی مدوّن، گام بنیادین دیگری است. در سال‌های اخیر، بیش‌تر شاهد برگزاری جلسات و همایش‌های آموزشی به مناسبت‌های مختلف مانند روز شوراها (نهم اردی‌بهشت) در ایران هستیم. این برنامه‌ها جنبه سراسری و کشوری ندارند و صرفاً با سلیقه، تجربه و تخصص مدیران کشوری و استانی ارتباط دارند. در این خصوص، به هم‌سوسازی کلان، برنامه‌ریزی‌های مدوّن و برگزاری کلاس‌های آموزشی با حضور کادر علمی و متخصص به صورت هم‌زمان نیاز است. آموزش اعضای منتخب شورا بعد از برگزاری انتخابات نیز به نهادهای ساز فرهنگ شورایی کمک شایانی می‌کند که برنامه‌ریزی، بودجه، تخصص و برنامه‌های کشوری در این خصوص ضرورت دارد.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف) کتاب

۱. پاپلی یزدی، محمدحسین و حسین رجبی سناجردی، **نظریه‌های شهر و پیرامون**، تهران: سمت، ۱۳۹۲.
۲. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در حقوق اساسی**، تهران: دراک، ۱۳۸۸.
۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، **در تکاپوی حقوق اساسی**، تهران: جنگل، ۱۳۸۸.
۴. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. الله‌ویردی‌زاده، رضا و همکاران، «آسیب‌شناسی رابطه بین شورای شهر با نظام سیاسی در ایران»، **مجله جغرافیا و آمایش شهری منطقه‌ای**، ۱۳۹۴، شماره ۲۷.
۲. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکرد اجرایی نهاد شورا در نظام حقوق جمهوری اسلامی ایران»، **نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی**، ۱۳۹۶، دوره پنجم، شماره ۲.
۳. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، **فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی**، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۲.
۴. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، **پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی**، ۱۳۹۴، سال اول، شماره ۲.
۵. برات‌علی‌پور، مهدی و کمال ثریا، «نقش شهروندگرایی فراملی در حاکمیت دولت‌های محلی؛ مطالعه موردی: کشورهای فرانسه و ایران»، **فصل‌نامه مطالعات کاربردی در علوم اجتماعی و جامعه‌شناسی**، ۱۳۹۷، دوره اول، شماره ۳.
۶. تقوایی، مسعود، مهدی احمدیان و رحیم غلام‌حسینی، «تحلیلی بر جایگاه و ضعف‌های قانونی و اجرایی شوراهای اسلامی شهر در نظام مدیریت شهری کشور»، **اندیشه جغرافیایی دانشگاه زنجان**، ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴۸.
۷. تقوی، مونسادات و فرزانه حیدرپور، «تأثیر پایدارسازی نظام درآمدی در تأمین مالی شهرداری‌ها»، **مجله نخبگان علوم و مهندسی**، ۱۳۹۷، دوره سیزدهم، شماره ۴.
۸. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه و کوثر آملی جلودار، «مراجع تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، **فصل‌نامه حقوق اداری**، ۱۳۹۵، دوره سوم، شماره ۱۰.

۹. جلالی، محمد و محمد زرشکی، «تراکم زدایی حقوقی - اداری در پرتو اصول قانون اساسی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، دوره هجدهم، شماره ۲.
۱۰. جلالی، محمد، «اصول تحدیدکننده تمرکززدایی در جمهوری اسلامی ایران با رویکرد مقایسه‌ای به جمهوری فرانسه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۶۰.
۱۱. جلالی، محمد، «اصول کلی راهنمای تمرکززدایی در حقوق فرانسه و مقایسه آن با حقوق ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره هفدهم، شماره ۴۷.
۱۲. خانی‌والی‌زاده، سعید و فرامرز عطریان، «انتخاب شهردار در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، ۱۳۹۷، دوره نهم، شماره ۲.
۱۳. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «بایسته‌های مقررات‌گذاری محلی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، سال نهم، شماره ۳۰.
۱۴. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال دوم، شماره ۵.
۱۵. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۲، دوره دوم، شماره ۱.
۱۶. رستمی، ولی و معصومه عامری، «شهرداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره هفتم، شماره ۱.
۱۷. زارعی، محمدحسین و ملیحه رضایی‌زاده، «حکومت‌های محلی در کشورهای فدرال و یک‌پارچه»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، ویژه‌نامه شماره ۶.
۱۸. زرقامی، سید هادی و ابراهیم احمدی، «حکمرانی خوب در دولت‌های محلی: تمرکززدایی»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۸، سال پنجم، شماره ۱۹.
۱۹. زرقامی، سید هادی و منصوره عباسی، «جهان‌محلی‌سازی، واژه‌ای جدید برای حقیقتی تازه»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی، ۱۳۹۵، دوره ششم، شماره ۲۱.
۲۰. عباسی، بیژن و علی سهراب‌لو، «شوراهای محلی و کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول»، نشریه حقوق اداری، ۱۳۹۴، دوره دوم، شماره ۷.
۲۱. عباسی، بیژن، «بررسی وظایف و اختیارات شوراهای شهر و روستا در فرانسه»، فصل‌نامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۴.
۲۲. قبادی، نسرین، «چالش‌های تأمین مالی و راهکارهای مقابله با آن (مطالعه

۲۱. **موردی دولت‌های محلی در ایران**»، مجله اقتصادی دوماه‌نامه بررسی مسائل سیاسی و اقتصادی، ۱۳۹۱، دوره دوازدهم، شماره ۱۱ و ۱۲.
۲۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیع سردهشت، «**اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت**»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، دوره دوم، شماره ۵.
۲۴. محجوب، معین و مسعود بیتانه، «**نظارت اداری، مالی و بودجه‌ای حکومت مرکزی بر شوراهای محلی و شهرداری در ایران با رویکرد مقایسه‌ای با جمهوری فرانسه**»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوق و اجتماعی، ۱۳۹۷، دوره یکم.
۲۵. معین‌فرد، محمدرضا، محمدکاظم عمادزاده و مرتضی طبیبی، «**آسیب‌شناسی صلاحیتی شوراهای اسلامی در حقوق ایران**»، فصل‌نامه تعاون و کشاورزی، ۱۳۹۷، دوره هفتم، شماره ۲۷.
۲۶. میراحمدی، فاطمه، محمدرضا مجتهدی و سید مجتبی واعظی، «**بررسی نظریه اساسی‌سازی حقوق اداری در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، دوره هفتم، شماره ۲۱.
۲۷. میرزاد کوه‌شاهی، نادر، «**رابطه دولت مرکزی و شوراهای محلی در ایران**»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۳، دوره دوم، شماره ۶.
۲۸. نجابت‌خواه، مرتضی، جواد تقی‌زاده و کوثر آملی جلودار، «**اسباب انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران**»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، دوره بیستم، شماره ۷۷.
۲۹. هداوند، مهدی و پریسا آل اسحاق، «**بررسی منابع نوین درآمدی شهرداری‌ها**»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۲، دوره ششم، شماره ۲۲.
۳۰. هداوند، مهدی، «**مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری**»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۶، دوره چهارم، شماره ۸.
۳۱. همتی، مجتبی، «**بررسی تطبیقی ارکان و الزامات حکومت محلی در ایران و ژاپن**»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، دوره هشتم، شماره ۲.

ج) پایان‌نامه

۱. رضایی‌زاده، ملیحه، «**مطالعه تطبیقی حکومت‌های محلی انگلستان، فرانسه و ایران**»، رساله دکتری رشته حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۰.
۲. هداوند، مهدی، «**نظارت قضایی بر اعمال اداری از منظر حکمرانی خوب**»، رساله دکتری رشته حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۶.

د) قانون

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی، اصلاحیه ۱۳۹۶.

هـ) پایگاه اینترنتی

۱. برختیه، کمپ و خمینز ملیدا، «وضعیت دموکراسی محلی»، آموزشکده آن‌لاین برای جامعه مدنی ایرانی، بازیابی: [/www.creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/sa/3.0.2016](http://www.creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/sa/3.0.2016)

2-Latin resources

A) Book & Article

- 1-Adib, M & Moyen,» Asie de l'Ouest', in Marcou Gerard (dir.), premier rapport mondial sur la decentralization et la democratie locale, Grate, Paris, L'Harmattan, 2008
- 2-Blondiaux, L., G. Marcou & F. Rangeon (dir.), «La democratie local.
- 3-Cheema, Shabbir G. & Dennis A. Rondinelli (editors), «Decentralizing governance, Ash institute for democratic governance and innovation», Washington, D.C., Harvard university, 2007
- 4-European Charter of Local Self-Government, Europe Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe, October 2013
- 5-loughlin, M., legality and locality, Oxford, 1996.
- 6-Gérald, O., «French Territorial Administration and Changes in Public Management», in State and Local Government Reforms in France and Germany, Berlin, 2006.
- 7-Marco, G., «La democratie locale en France, La democratie local representation, participation et espace public», Paric, Curapp/craps, PUF, 1999
- 8-Muttalib, M. A. & M. Akbaralikhan, «theory of local government», Masyarakat Ilmu Pemerintah Indonesia, 1982
- 9-Smoke, P., «Quality support facilities in the field of decentralization», Local Governance & Local Government, The project financed, by the European Union, 2015



B) Report

1-Dichotomis, rationalities and strategies for power, TPR 78.

2-Bertrand Delanoë, Maire de Paris France Président de CGL, «Local decentralization and democracy in the world», La décentralisation et la démocratie locale le monde, Premier rapport mondial-cglu, 2008

نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی

غلامحسن مزارعی*

سجاد مردانی**

چکیده

این نوشتار به بررسی و نقد ساختار، شیوه رسیدگی و صلاحیت هیئت حل اختلاف این قانون می‌پردازد: «نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیر مترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند». این پژوهش از منظر دادرسی اداری به ویژه از دیدگاه تحقق دادرسی منصفانه به این موضوع پرداخته است که هیئت حل اختلاف قانون یادشده، صلاحیت‌های ترافعی و تشخیصی دارد. در واقع، علاوه بر این که این هیئت، یک دادگاه اختصاصی اداری ثبتی است، به عنوان یک مرجع اداری نیز برخی صلاحیت‌های تشخیصی دارد. در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و رویکرد کیفی و متکی بر مطالعات کتابخانه‌ای، ماهیت حقوقی و کارکرد این هیئت را بررسی و آسیب‌شناسی می‌کنیم تا سازوکارهایی برای اصلاح ساختار، صلاحیت و نظارت قضایی بر این مرجع بیان شود. در این تحقیق، ضرورت داشتن یا نداشتن وجود و استمرار فعالیت این هیئت در ساختار مراجع ثبتی کشور را بررسی می‌کنیم که نتیجه این بررسی‌ها، بیانگر ضرورت استمرار فعالیت این هیئت با اعمال اصلاحاتی است.

کلیدواژه‌ها: دادگاه اختصاصی اداری، صلاحیت ترافعی، صلاحیت تشخیصی، مرجع اداری، هیئت حل اختلاف ثبتی.

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

hasan.mazarei@gmail.com

** کارشناسی ارشد، دانش آموخته حقوق دادرسی اداری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، (نویسنده مسئول)

mardanisajjad1363@gmail.com

مقدمه

جوامع بشری همواره به نهاد ثبت به عنوان اساسی‌ترین نهاد تضمین‌کننده امنیت اقتصادی، حقوقی و قضایی جامعه توجه کرده‌اند. این امر سبب شده است هر جامعه‌ای با توجه به شرایط اجتماعی خود و اقتباس از یکی از نظام‌های ثبت املاک^۱ برای دستیابی به این امنیت تلاش کند.

برای جلوگیری از تعدیات و درگیری‌ها و به منظور تثبیت مالکیت و حفاظت از دارایی مردم، ثبت املاک و اسناد معاملاتی آن انجام می‌گیرد تا هر گاه حقوق موضوع ثبت از حالت ثبات و استقرار خارج شد و موضوع اختلاف و دعوا قرار گرفت، ثبت با آثار اثباتی مترتب بر آن به کار آید و در خدمت انتظام جامعه قرار گیرد.^۲ در مقررات ثبتی، در خصوص املاک ثبت‌شده به مراجع غیر قضایی یا شبه‌قضایی مراجعه می‌کنیم که وظیفه رسیدگی به اختلافات راجع به املاک ثبت‌شده را بر عهده دارند و در کنار دستگاه قضایی به حل و فصل اختلافات مشغولند. با وجود اهمیت این مراجع در عرصه نظم حقوقی و انتشار آثار برخی نویسندگان در این زمینه، به موضوع مورد پژوهش حاضر در ادبیات این آثار توجه نشده است. مهدی امیری در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود به موضوع جایگاه هیئت نظارت در نظام ثبتی^۳ پرداخته و ضمن بررسی جایگاه این هیئت به دنبال یافتن پاسخ این سؤال بوده که هیئت نظارت ثبت از مراجع اداری یا قضایی است؟ البته وی بیش‌تر به مبحث صلاحیت‌های قانونی این مرجع در زمینه رسیدگی به اختلافات و اشتباه‌های ثبتی و اجرایی پرداخته است.

جواد سلمان دریس نیز در پایان‌نامه‌ای با عنوان «صلاحیت و آیین دادرسی مراجع حل اختلاف ثبتی» ضمن برشمردن مهم‌ترین مراجع حل اختلاف ثبتی از جمله هیئت مورد مطالعه حاضر، آیین رسیدگی شکلی در این مراجع را از منظر دادرسی مدنی واکاوی کرده است. بر اساس نتیجه‌گیری این اثر، در قوانین و آیین‌نامه‌های اجرایی و دستورالعمل‌های مراجع حل اختلاف ثبتی، اصول دادرسی عادلانه به صورت ناقص و ناکارآمد پیش‌بینی شده است.

فاطمیان و همکارانش در مقاله «نقش و کارکرد هیئت رسیدگی به اختلافات در ثبت اسناد مالکیت روستایی از منظر اصول حقوقی - اخلاقی دادرسی عادلانه» با بررسی آیین

۱. برای آشنایی با انواع نظام‌های ثبت نک: طباطبایی حصاری، نسرين، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، فصل‌نامه حقوق، تابستان ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۲، صص ۲۳۷-۲۱۹.

۲. طباطبایی حصاری، نسرين، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، صص ۴۴-۱۱.

۳. سامانه گنج ایران‌داک: www.ganj.irandoc.ac.ir.

دادرسی ثبتی هیئت‌های موضوع قانون الحاق موادی به قانون سامان‌دهی در پرتو اصول دادرسی عادلانه، میزان کارایی و اثربخشی این مرجع اداری اختصاصی و موارد نقصان آن را برای اصلاح تبیین کرده است.

تجربه هیئت حل اختلاف موضوع قانون خاص ثبتی تا کنون مستندسازی نشده و مطالعه دقیقی درباره ساختار و صلاحیت آن با رویکرد تحلیل و نقد انجام نپذیرفته است.^۱ در پژوهش حاضر با مطالعه منابع کتابخانه‌ای و با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ماهیت، کارکرد و آسیب‌شناسی حقوقی این مرجع به ویژه از منظر اصول دادرسی منصفانه بررسی شده است. ابتدا دادگاه‌های اختصاصی اداری تعریف و سپس برخی ویژگی‌ها و معیار صلاحیت در این مراجع بررسی می‌شود. با فرض این‌که هیئت مورد مطالعه، به طور هم‌زمان، صلاحیت ترافعی و صلاحیت تشخیصی دارد، سازوکار آن تحلیل و نقد می‌گردد. در پایان نیز پیشنهادهایی برای اصلاح قوانین مرتبط با آن از نظر صلاحیت‌ها، ترکیب اعضا، تعیبه اصول ناظر بر دادرسی منصفانه دربرگیرنده حقوق شهروندی در قانون و مقررات مربوط به آن، نظارت قضایی بر صلاحیت‌های ترافعی و تشخیصی آن و نیز ضرورت بود یا نبود و استمرار این هیئت با توجه به رویکرد توسعه‌ای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بیان می‌شود.

گفتار اول: مراجع اختصاصی اداری: مفهوم و صلاحیت‌ها

امروزه کم‌تر عرصه‌ای را می‌توان شناخت که دولت و سازمان‌های اداری به تنظیم، تمشیت و مقررات‌گذاری آن نپرداخته باشند. سازمان‌های اداری تا جایی گسترش یافته‌اند که تقریباً وظایف و کارویژه‌های قوای حکومتی را در خود جمع کرده و به تعبیری، «قوه چهارم» را ساخته‌اند.^۲ این سازمان‌ها علاوه بر اجرای قوانین که وظیفه آن‌هاست، از طریق دادگاه‌های اداری، اختلافات گروه‌های مختلف اجتماعی را در حوزه‌های املاک، مالیات و کار حل و فصل می‌کنند.

قانون‌گذار عادی در قوانین مختلف، این‌گونه نهادها را در کنار محاکم دادگستری تشکیل داده است که از آن‌ها در متون رسمی و ادبیات حقوقی به مرجع غیر قضایی، مرجع اختصاصی غیر قضایی، مرجع اختصاصی اداری، مرجع استثنایی اداری، دادگاه اختصاصی اداری و مرجع شبه قضایی^۳

۱. در تأیید این مدعا می‌توان به مطالعه پژوهشی اشاره کرد که در گروه حقوق اداری پژوهشگاه قوه قضاییه صورت پذیرفته است. در آن جا با وجود احصا شدن ۷۹ مرجع اختصاصی غیر قضایی، به هیئت مورد مطالعه این پژوهش هیچ اشاره‌ای نکرده است. عبداللهیان، امید و محمدرضا رفیعی، **راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیر قضایی**، تهران: انتشارات مطبوعات قوه قضاییه، ۱۳۹۶.

۲. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۱۶.

۳. پتفت، آرین و محمدرضا رفیعی، «**مطالعات تطبیقی: ساختار مراجع اختصاصی شبه قضایی (دیوان‌های اداری)**»، تحقیقات قضایی، شماره ۱۴، ص ۱۷۲.

تعبیر می‌شود. تنوع این مراجع، اختیارات و صلاحیت‌های آن‌ها و از دیگر سو، بررسی حقوقی ماهیت هیئت حل اختلاف مورد مطالعه، ضرورت بازشناسی و مذاقه در مفهوم این مراجع و صلاحیت‌ها آن‌ها را ناگزیر می‌سازد. اساس این ضرورت بر ابهام در ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف خاص ثبتی در بین مراجع اختصاصی اداری برمی‌گردد؛ تشویشی که بر بنیان اصل تفکیک قوا و اندیشه متأثر از آن در حقوق اداری تحت مفهوم اصل صلاحیت استوار است.

بند اول. تحدید مفهومی مراجع اختصاصی اداری

در بین اندیشمندان حقوق اداری ایران، تعریف واحدی از مراجع اختصاصی اداری وجود ندارد. برخی حقوق دانان اعتقاد دارند که «دادگاه‌های اداری و کمیسیون‌ها و هیئت‌های مزبور، مراجعی هستند که به موجب قوانین خاصی در خارج از سازمان قضایی کشور، ولی در رابطه با وظایف مختلف اداری و اجرایی دولت، در سازمان‌ها تشکیل شده‌اند و وظایف آن‌ها، رسیدگی به اختلافات و شکایاتی است که معمولاً در اجرای قوانینی مانند: قانون شهرداری‌ها، قانون کار، قانون مالیات بر درآمد، قانون اراضی شهری، قانون بازرسی کل کشور، قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور و قانون استخدام کشوری، بین دولت و افراد به وجود می‌آید»^۱. بعضی از نویسندگان، این مراجع را دادگاه‌های اختصاصی اداری می‌دانند و اعتقاد دارند که «این دادگاه‌ها، مراجعی اداری با صلاحیت‌های ترافعی اختصاصی هستند که به موجب قوانین خاص در خارج از سازمان رسمی قضایی و محاکم دادگستری و عموماً به عنوان واحدهای کم و بیش مستقل، ولی مرتبط به اداره عمومی تشکیل شده‌اند و صلاحیت آن‌ها منحصر به رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری از قبیل: دعاوی استخدامی، انضباطی، مالی، اراضی و ساختمانی می‌باشند که معمولاً به هنگام اجرای قوانین خاص مرتبط با خدمات عمومی و فعالیت‌های دولت میان سازمان‌های دولتی و مؤسسات عمومی و افراد به وجود می‌آید و مطرح می‌گردد»^۲.

عده ای دیگر، استعمال لفظ «دادگاه» را برای آن‌ها مناسب نمی‌دانند و معتقدند که «اولاً لفظ «دادگاه» برای مراجع قوه قضاییه استعمال می‌شود، در حالی که اکثریت قریب به اتفاق این دیوان‌ها درون قوه مجریه هستند. ثانیاً به کار بردن لفظ «دادگاه»، وجود خصوصیات هم‌چون مصونیت قضایی و استقلال کامل از قوه مجریه را به ذهن متبادر می‌کند، در حالی که در این نهادها، استقلال وجود ندارد یا بسیار ناقص است. ثالثاً در برخی موارد، از دیوان‌های اداری با لفظ «دادگاه» یاد شده است که باید نحوه عملکرد و نوع رسیدگی آن‌ها

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس، ۱۳۷۰، صص ۴۷۳-۴۷۲؛ طباطبایی مؤتمنی، منوچهر،

حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۵، صص ۴۵۲-۴۵۳.

۲. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۳۸.

را جهت تمایز از دادگاه‌های عمومی در تعریف آن‌ها به کار ببریم.^۱
با جمع‌بندی این موارد و فارغ از مناقشات لفظی می‌توان مراجع اداری یادشده را بر اساس ماهیت عملی که انجام می‌دهند، به مراجع ترافیعی (دادگاه‌های اداری) و مراجع تشخیصی تقسیم کرد. آنچه موجب شباهت مراجع ترافیعی و تشخیصی می‌شود، اشتغال آن‌ها به امر رسیدگی است. رسیدگی در این جا می‌تواند طیفی از عملکردها از جمله دادرسی، استماع، حل اختلافات ترافیعی، بررسی صحت و سقم یک موضوع، تشخیص دادن، بازبینی و تصدیق یک امر و تصمیم‌گیری را دربرگیرد.^۲

بند دوم. صلاحیت مراجع اختصاصی اداری

صلاحیت در حقوق اداری، دربرگیرنده مجموع اختیارات مقام عمومی است^۳ و از آن جا که بنیان صلاحیت در قلمرو حقوق عمومی ایجاد می‌شود و قانونی بودن از مبانی مهم آن است، مفاهیم تکلیف قانونی یا توانایی قانونی برای اقدام یا تصمیم‌گیری با این مفهوم سازگاری بیش‌تری دارد و با منطق و هدف صلاحیت نیز هم‌سوست.^۴ صلاحیت، الزام یا تجویز قانونی است که بر اساس آن، اقدامات مقامات عمومی و جاهت می‌یابد و اقتدارشان در چارچوب حاکمیت قانون پذیرفتنی می‌گردد.^۵ صلاحیت در اصطلاح آیین دادرسی نیز اختیار، توانایی و الزامی است که مرجع اداری یا قضایی به موجب قانون برای رسیدگی به دعوای معین پیدا می‌کند تا برابر مفاد قوانین به تظلمات و شکایات، رسیدگی و نسبت به حل و فصل اختلافات و احقاق حقوق تضییع‌شده اشخاص یا جامعه اقدام کند.^۶

در تعیین صلاحیت مراجع اختصاصی اداری این پرسش پیش می‌آید که نظام حقوقی ایران در این زمینه از چه معیاری تبعیت می‌کند: ماهوی یا ارگانیک؟ در حوزه نظریه‌پردازی،

۱. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیبی فخر، «نظام مطلوب دادرسی در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، سال اول، شماره ۱، ص ۷۶.

۲. شیبانی، عادل و غلام‌رضا مولایی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت‌های تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۳۶، ص ۱۲۱.

۳. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص ۲۱.

۴. قطبی، میلاد، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی (صلاحیت)»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴، ص ۵.

۵. شیبانی و مولایی، پیشین، ص ۱۱۴.

۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک، ۱۳۹۵، صص ۱۳-۶۲؛ صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: صفا، ۱۳۷۲، ص ۹۵.

با وجود اهمیت مسئله، مطالب چندانی نگاشته نشده و بیش‌تر تألیفات مربوط به دیوان عدالت اداری یا ناظر بر اصول کلی حاکم بر آن بوده یا در مقام پرداختن به صلاحیت‌ها، بسیاری از مسائل نادیده گرفته شده است.^۱ دادگاه‌های اداری، ضامن رعایت اصل حاکمیت قانون در دستگاه‌های اجرایی است.^۲ بر مبنای این آموزه، معیار صلاحیت دادرسی اداری باید در قوانین مشخص شود. با این حال، گاه قانون به تنهایی نمی‌تواند ملاک تشخیص را ارائه دهد. در چنین مواردی باید با توجه به مبانی و اقتضائات نظام حقوقی، معیار یا معیارهای تشخیص این صلاحیت را تعیین کرد.^۳

بعد از بیان این مقدمات واجب، با بررسی قانون مؤسس هیئت مورد مطالعه و آیین‌نامه اجرایی آن و نیز واکاوی رویه قضایی و هیئت موصوف به معرفی، تحلیل و نقد حقوقی ساختار و صلاحیت این هیئت می‌پردازیم.

گفتار دوم. ماهیت حقوقی مرجع حل اختلاف ثبتی قانون خاص

فلسفه وجودی هیئت‌های حل اختلاف ثبتی، رفع ایرادهای ناشی از بی‌بهره بودن دادگاه‌های عمومی از تخصص کافی برای حل اختلافات و کاهش مراجعان به دستگاه قضایی و سرعت بیش‌تر در رسیدگی به اختلافات به ویژه هنگام بروز حوادث غیر مترقبه مانند سیل، آتش‌سوزی، زلزله و جنگ است.

در این گونه حوادث، کاهش دردهای مردم در سریع‌ترین زمان ممکن از طریق اطمینان‌بخشی به صاحبان املاک از نظر امنیت اقتصادی و حقوق ناشی از آن‌ها ضرورت دارد. چون قوانین جاری، راهکار این مسئله را بیان نکرده‌اند، تشکیل هیئت قانون خاص ثبتی موجه جلوه می‌کند. با بررسی وظایف هیئت یادشده و با توجه به عناصر تشکیل‌دهنده تعریف ارائه‌شده از مفهوم دادگاه‌های اختصاصی اداری،^۴ به نظر می‌رسد که هیئت یادشده، یک دادگاه اختصاصی اداری باشد. در این باره باید توضیح بیش‌تر داد که در ادامه می‌آید.

۱. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی معیارهای صلاحیت دادرسی اداری در ایران و فرانسه»، نامه مفید، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۹۷، صص ۲۵-۴۶.

۲. موسوی‌زاده، سید شهاب‌الدین، «مطالعات تطبیقی: قلمرو صلاحیت دادگاه‌های اداری (ایران، فرانسه، آلمان و لبنان)»، در: www.jri.ac.ir.

۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و مرجان اسکندری، «معیارهای تعیین صلاحیت دادرسی اداری در نظام حقوقی آلمان»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، سال هفتم، شماره ۲۲، ص ۲۲۲.

۴. هداوند و آقای طوق، پیشین، ص ۳۸.

بند اول. صلاحیت ترافعی اختصاصی

مراجع اداری ترافعی، همان دادگاه‌های اداری هستند که در خصوص اختلافات، شکایات و دعاوی اختصاصی اداری صلاحیت رسیدگی دارند.^۱ این گونه مراجع، کارکرد فصل خصومت و رسیدگی به اختلافات را دارند و این کارکرد یک صلاحیت تکلیفی است. در حقوق اداری، صلاحیت وقتی تکلیفی است که قانون در برابر اوضاع و احوال معینی، پیشاپیش نوع عمل و تصمیمی را معین کرده است که مأمور باید انجام دهد و بگیرد.^۲ در واقع، اداره در چارچوب هنجارهای امری قرار دارد.^۳

هم‌چنین گفته شده است که ترافعی بودن دعوا، بیان مفهوم فرانسوی اصل تناظر (Principe de la Contradiction) است. برخی نیز اصطلاحات دیگری از قبیل تدافعی بودن، تعارضی بودن و تقابل را در همین معنا پیشنهاد کرده‌اند.^۴ لازمه چنین صلاحیتی، وجود اختلاف در حق میان حداقل دو طرف دعواست.^۵ اگر طرح دعوا را به معنای حق درخواست جبران (خسارت) یا بازگرداندن حق بدانیم،^۶ شخص یا اشخاصی که حق و نفع مشروع و قانونی آن‌ها نقض و پای‌مال شود، حق دارند به دادگاه - در محل بحث ما، هیئت - مراجعه کنند.

فرض‌های مختلفی برای مراجعه اشخاص به این هیئت در بحث املاک وجود دارد. در بدیهی‌ترین حالت ممکن است مالکان، اسناد مالکیت خود را بر اثر جنگ و حوادث غیر مترقبه از دست بدهند. «در صورتی که مدارک و مستندات متقاضی مشعر بر ثبت ملک در دفتر املاک باشد»^۷ یا مسئول بازسازی محل بر اساس پرونده‌های موجود که عیناً به ثبت محل تحویل می‌نماید، گواهی کند و یا معتمدین و گواهان محلی، شهادت بر مالکیت متقاضی بدهند و معارضی هم نباشد، اداره ثبت بلافاصله با تشکیل پرونده و تهیه نقشه و ثبت ملک در دفتر املاک، سند مالکیت متقاضی را صادر می‌کند.^۸

۱. شیبانی و مولایگی، پیشین، ص ۱۲۱.

۲. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۱۰.

۳. مشهدی، پیشین، ص ۳۱.

۴. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، تابستان ۱۳۹۶، دوره نهم، شماره ۲، ص ۸۵.

۵. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۳۹.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۹۰.

۷. در نظام ثبتی ایران به امنیت قانونی دارایی‌های ثبت‌شده، تلویحاً در ماده ۲۲ و صراحتاً در ماده ۲۴ قانون ثبت اشاره شده است. پس از ثبت ملک، دولت، کسی را مالک می‌شناسد که نام وی به عنوان مالک در دفتر املاک ثبت شده باشد و اثر سلبی و تلویحی این مقرر آن است که ثبت ملک به نام یک نفر از اغیار سلب مالکیت می‌کند. به نقل از: میرشکاری، عباس و جمشید زرگری، «**اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان و ایران**»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۱، سال چهارم، شماره ۱۰، ص ۲۲۴.

۸. ماده ۳ قانون خاص ثبتی.

اگر مدارک و مستندات متقاضی کافی نباشد، موضوع تقاضا برای تشخیص مالکیت شخص در هیئت مطرح می‌شود.^۱ همچنین اگر شخص یا اشخاصی نسبت به تقاضای واصل شده برای تشخیص مالکیت و حقوق ناشی از آن معترض باشند، رسیدگی به این اعتراض نیز در صلاحیت هیئت خواهد بود.^۲ گاهی نیز نسبت به ملک واحد، دو یا چند شخص، مدعی مالکیت می‌شود یا آن که مجاورین یا صاحبان حقوق انتفاعی نسبت به در معرض تضییع قرار گرفتن این حقوق شاکی می‌شوند که در این موارد نیز رسیدگی در صلاحیت هیئت حل اختلاف است.

در تقویت ادعای ترافعی بودن صلاحیت هیئت یادشده می‌توان به ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی همین قانون استناد کرد، آن جا که بیان می‌دارد: «اشخاصی که نسبت به اصل مالکیت یا حدود و حقوق ارتفاقی اعتراضی داشته باشند، می‌توانند اعتراض خود را به ثبت محل تسلیم دارند و رسید دریافت نمایند. ثبت محل مکلف است اعتراضات واصل شده را ظرف ۴۸ ساعت جهت رسیدگی و اتخاذ تصمیم به هیئت حل اختلاف ارجاع دهند.» یا آن‌که در تبصره ماده ۲۰ آیین‌نامه اجرایی این قانون به شیوه دعوت از متقاضیان و شاکیان و معترضان تصریح شده است. ماده ۱۸ همین مقرر به ترتیب تشکیل جلسه و صدور رأی و مناط اعتبار رأی تصریح کرده است.

۱. دیوان عالی کشور در مقام رفع اختلاف در صلاحیت بین دادگاه عمومی کرج و اداره ثبت محل وقوع ملک طی دادنامه شماره ۱۳۹۴/۰۹/۰۹-۹۳۰۹۹۸۲۶۴۰۹۰۰۰۷ که خلاصه آن به قرار ذیل است، بر صلاحیت هیئت حل اختلاف مورد مطالعه تأکید داشته است. رأی خلاصه جریان پرونده: «خانم الف.ن.م. در دادخواستی به طرفیت اداره ثبت اسناد و املاک ش. و دیگران، الزام اداره خوانده به ثبت مالکیت (صدور سند) خود به دلیل از بین رفتن اسناد در جریان آتش‌سوزی دفتر ۲۱۱ تهران را خواستار شده است. شعبه ۲۱ دادگاه عمومی کرج به موجب دادنامه شماره ۰۳۷۳ - ۶/۵/۹۴ رسیدگی به موضوع را در صلاحیت هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۵ قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد آن‌ها در حوادث از بین رفته‌اند، دانسته، با نفی صلاحیت از خود، پرونده را در اجرای ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی به دیوان عالی کشور فرستاده است. متن قرار دادگاه در هنگام شور قرائت خواهد شد. هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش، آقای محمدرضا خسروی، عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده در خصوص تعیین صلاحیت مشاوره نمود. همچنین رأی می‌دهد: اعلام عدم صلاحیت دادگاه عمومی کرج به اعتبار صلاحیت هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۱۵ (آیین‌نامه) قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیر مترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند، با عنایت به محتوای پرونده و عنوان خواسته و مستنداً به ماده ۱۵ به بعد قانون یادشده صائب است، با توجه به ماده ۲۸ ق.آ.د.م به تأیید قرار موصوف اعلام نظر می‌شود. شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور». برگرفته از سامانه ملی آرای قضایی: www.ara.jri.ac.ir/Judge/Attribute/27546

۲. ماده ۵ قانون خاص ثبتی: «وظیفه این هیئت، بررسی شکایات و اعتراضات و ارجاعات ثبت و انجام تحقیقات به منظور تشخیص مالکیت متقاضی و میزان آن و مشخصات ملک یا رد تقاضا می‌باشد».

نکته مهم آن است که قانون‌گذار در قانون خاص ثبتی و به شرح ماده ۴ گفته است: «به جز موارد مذکور در ماده ۳ و همچنین مواردی که بین اشخاص در تصرف یا مالکیت اختلاف باشد، موضوع جهت رسیدگی به هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۵ این قانون ارجاع می‌شود.» این ماده قانونی که ابتدا به نظر می‌رسید، در مقام بیان استثنائات صلاحیت‌های رسیدگی هیئت است، از نظر نگارشی ابهام دارد. پرسش این است که «و» وجود در این مقرر قانونی، «و» ربط است یا معیت یا عطف؟

قسمت ابتدایی این ماده «به جز موارد مذکور در ماده ۳ و همچنین مواردی که بین اشخاص در تصرف یا مالکیت اختلاف باشد»، استثنائات بر صلاحیت هیئت را بیان می‌دارد. به دیگر سخن، حسب ماده ۴ قانون به جز در موارد موضوع ماده ۳ و مواردی که بین اشخاص در تصرف یا مالکیت اختلاف باشد، موضوع نباید در هیئت مطرح شود؛ چون هیئت عضو قضایی ندارد و نمی‌تواند فصل خصومت کند. اگر به این برداشت از ماده قانونی قائل باشیم، هیئت یادشده صلاحیت توافعی ندارد و صرفاً صلاحیت تشخیصی دارد. این در حالی است که وجود قرینه کلمه «همچنین» بعد از «و» در متن این ماده، نشانه معیت بودن «و» است. در پایان جمله «همچنین در مواردی که بین اشخاص در تصرف یا مالکیت اختلاف باشد»، نشانه سجاوندی هم‌چون درنگ‌نما (ویرگول) به کار نرفته است. در تقویت این ادعا می‌توان به صلاحیت اختصاصی این هیئت توجه کرد که بررسی شکایات و اعتراضات و انجام تحقیقات برای تشخیص مالکیت و حدود و ثغور آن است.

از طرفی، مفاد ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی این قانون و فلسفه وجودی این هیئت حل اختلاف که ناظر به تسریع در رسیدگی به ادعاهای مالکیت و تشخیص و تثبیت مالکیت اشخاص بوده، دلیل دیگری بر این مدعاست. حضور نداشتن عضو قضایی در این هیئت اصولاً نمی‌تواند نافی رسیدگی این هیئت به اختلافات اشخاص در تصرف یا مالکیت باشد. در تقویت این استدلال، توجه به مواد ۱۹، ۲۰ و ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون در زمینه نحوه دعوت از معترضان، استفاده از ظرفیت کارشناسان رسمی یا خبره در تشخیص صحیح موضوع و نیز اعلام نظر هیئت به این اعتراض‌ها و شکایات و ارجاعات به ثبت محل وافی به نظر می‌رسد؛ چون آرای اصرداری این هیئت بدون تقید به قید زمانی خاص قابلیت طرح و اعتراض در محاکم عمومی (بازنگری قضایی) را دارد.^۱

به عبارت دیگر، دادگاه در چنین حالتی، تصمیم اداری را تا کامل‌ترین حد امکان کنترل و بازبینی می‌کند. همین معیار یعنی نحوه نظارت قضایی و شدت و ضعف آن توسط مرجع بازنگری، بهترین سنجه‌ای است که با استناد به آن می‌توان به تفکیک مراجع اداری از نظر توافعی یا تشخیصی بودن باور داشت.^۲

۱. ناظر بر اصل برابری و تساوی سلاح‌ها به منظور نیل به یک دادرسی منصفانه.

۲. شیبانی و مولابیگی، پیشین، ص ۱۲۷.

بند دوم. توسط قانون ایجاد شده است

با وقوع جنگ تحمیلی و به تبع، آثار ناشی از آن مانند از بین رفتن اسناد و سوابق ثبتی و به دلیل ضرورت پیش آمده، کمیسیون تدوین قوانین دادستانی کشور، لایحه « نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیر مترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند» را با هدف رفع خلأ قانونی و احیای حقوق افرادی که اسناد مالکیت خود را در مناطق جنگ‌زده از دست داده‌اند، در ۸ ماده و ۵ تبصره تهیه کرد. این لایحه بنا به پیشنهاد وزارت دادگستری در جلسه ۶۹/۳/۲۰ هیئت وزیران با قید یک فوریت تصویب و در تاریخ ۶۹/۴/۵ تقدیم مجلس شورای اسلامی شد.

بعد از بررسی‌های صورت‌گرفته در مجلس شورای اسلامی و تغییرات اساسی در لایحه تقدیمی دولت،^۱ این قانون خاص ثبتی در ۱۸ ماده در ۶۹/۱۲/۲۸ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. به دلیل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان، این مصوبه در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و پس از اصلاحاتی در ۷۰/۰۲/۱۷ موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد. آیین‌نامه اجرایی این قانون نیز با ۲۳ ماده در ۱۷ مهر ۱۳۷۰ به تصویب هیئت وزیران رسید. مواد ۴ تا ۹ قانون و مواد ۱۵، ۱۸ و ۲۰ تا ۲۵ آیین‌نامه اجرایی آن، وظیفه این هیئت را در دو بخش املاک و اسناد بیان کرده است.

بند سوم. منفک از سازمان قضایی و استقلال نسبی

اصولاً دادگاه‌های اختصاصی اداری به لحاظ سازمانی، ساختاری، تشکیلات، نحوه فعالیت، ترکیب اعضا، آیین و روش رسیدگی به دعاوی و اهدافی که از تشکیل و تأسیس آن‌ها پی‌گیری و دنبال می‌شود، از محاکم دادگستری و سازمان رسمی قضایی متفاوت و متمایز هستند و به لحاظ ارگانیک، هیچ گونه وابستگی و ارتباط سلسله‌مراتبی میان آن‌ها و دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد.^۲ در مورد هیئت موضوع ماده ۵ قانون خاص ثبتی نیز باید گفت که به لحاظ سازمانی، این هیئت در ادارات ثبت اسناد و املاک به عنوان بخش اداری و اجرایی

۱. در لایحه تقدیمی دولت، «کمیسیون بدوی تشخیص» و «کمیسیون تجدید نظر» با الهام از هیئت‌های نظارت و شورای عالی ثبت با ترکیب اعضای متفاوت از هیئت مورد مطالعه پیش‌بینی شده بود. به نظر نویسندگان، سازوکار پیش‌بینی‌شده در این کمیسیون‌ها از منظر حقوق دادرسی اداری و رویه‌های حقوق ثبت، قوی‌تر و بهتر از هیئت حاضر است. برای دیدن لایحه تقدیمی دولت: سامانه جامع نظرات شورای نگهبان:

www.nazarat.shorarc.ir/Forms/frmShenasname.aspx?id

۲. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۴۹.

وابسته به قوه قضاییه تشکیل می‌شود و فعالیت می‌کند.^۱ با این حال، این وابستگی به معنا و مفهوم تبعیت و پیوستگی سازمانی با محاکم دادگستری نیست. این هیئت با توجه به وجود صلاحیت اختصاصی ترافیعی به اختلافات ناشی از اجرای قانون مؤسس خود، رسیدگی و آن‌ها را حل و فصل می‌کند.

شاید این ابهام به ذهن خواننده برسد که این دادگاه اختصاصی اداری، وابسته به قوه مجریه نیست و وجود دبیرخانه آن در اداره ثبت و تعیین دبیر آن از جانب مدیرکل ثبت استان نافی استقلال آن است. برای رفع این ایراد گفته شده است که باید تمام دادگاه اختصاصی اداری را مرتبط با مفهومی عام و عبارتی جامع به نام «اداره» یا «اداره عمومی» دانست و محل تلاقی و نقطه اشتراک آن‌ها را در وابستگی آن‌ها به اداره عمومی بدانیم.

در حقیقت، عناصر سازنده مفهوم اداره، ناظر است بر عنصر سازمانی، عنصر هدف و عنصر روش و ابزار. در بُعد سازمانی، تمرکز اصلی بر لایه غیر سیاسی قوه مجریه و همکاران آن است. در بُعد هدف، عنصر نفع عمومی تعیین‌کننده است و به لحاظ روش و ابزار، روش اجرای روزمره، موردی و ابتکاری قانون محوریت دارد و به لحاظ ابزار، اداره اصولاً بر ابزار اقتداری متکی است.^۲ در خصوص وجود استقلال این مراجع صرف نظر از اختلاف دیدگاه بین اندیشمندان حقوق اداری باید قائل به استقلال نسبی آن از اداره ثبت بود. با این توضیح که هر چند برخی از اعضای این هیئت از جمله رئیس اداره ثبت (یا کفیل اداره) و دبیر هیئت منصوب از طرف مقامات اداری سازمان ثبت اسناد و املاک هستند، اما دیگر اعضا از سوی مقامات خارج از اداره ثبت، عضو این هیئتند و هنگام فعالیت و تصمیم‌گیری تابع دستور و اعمال نظر سلسله مراتب اداری نیستند.^۳ از همین رو، آرا و تصمیم‌های این هیئت با وجود فعالیت در داخل اداره، قابل اعتراض‌پذیری و نظارت قضایی هستند. به تعبیر صحیح‌تر، دادرسی در این هیئت، نوعی دادرسی در اداره است تا دادرسی بر اداره.^۴ با این حال، به نظر می‌رسد که این دلایل و تدبیرها، استقلال و بی‌طرفی لازم را برای این دادگاه‌های اختصاصی اداری به قدر کافی فراهم نمی‌کند.^۵

۱. هیئت مورد مطالعه با ترکیبی از مسئول بازسازی، رئیس ثبت، دو نفر معتمد با معرفی نماینده یا نمایندگان محل در مجلس شورای اسلامی و شهردار محل در خصوص شهر و بخشدار محل در مورد خارج شهر تشکیل می‌شود. هیئت حل اختلاف دارای دبیرخانه‌ای است که به وسیله واحد ثبتی محل اداره و دبیر آن توسط مدیر کل ثبت منصوب می‌گردد.

۲. هداوند و آقایی طوق، پیشین.

۳. واعظی، سید مجتبی، «مفهوم تحلیلی اداره و مدل‌های آن»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۹، دوره چهارم، شماره ۵، ص ۳۲.

۴. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۱۱۱.

۵. استوارسنگری، کورش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۴، صص ۱۵۵-۱۵۶.

در حقیقت، هیئت یادشده همانند یک مرجع شبه‌حقوقی با استماع دلایل طرفین و حتی استفاده از نظریه کارشناسان فنی و منتخب خود، به موضوع اختلاف رسیدگی و رأی صادر می‌کند.^۱

گفتار سوم. صلاحیت‌های تشخیصی

صلاحیت تشخیصی را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «تکلیف اداره در رسیدگی به امور فنی و تخصصی که داوری در خصوص آن‌ها بنا بر مقتضیات ارائه خدمات عمومی، شئون فنی یا تخصصی و ضرورت‌های ناشی از سیاست‌های کلان توسعه به مقامات یا مراجع اختصاصی اداری واگذار شده است. به دیگر سخن، عنصر اصلی صلاحیت تشخیصی، عمل رسیدگی به منظور احراز یک وضعیت است. این رسیدگی بر خلاف رسیدگی مراجع شبه‌قضایی، ناظر به ارزیابی و تأیید اوضاع و احوال دارای شئون فنی و تخصصی توسط یک مرجع اداری است».^۲ رسیدگی در این دسته مراجع اختصاصی مستلزم طرح دعوا، تنازع و ترافع نیست. بر خلاف شباهت کارکردی که به دادگاه‌های اداری دارند، نوع کارکردشان متفاوت و در حقیقت، مأموریتشان، تشخیص موضوعات تخصصی و فنی است.

در قانون خاص ثبتی، هنگامی که به علت جنگ یا حوادث غیر مترقبه دیگر، آثار اعیان املاک یا اسناد و مدارک ثبتی از بین رفته باشد، به سازمان ثبت اجازه داده شده است که در دفاتر و سوابق ثبتی املاک و همچنین اسناد و املاک مربوط به اجرای ثبت و دفتر اسناد رسمی و ازدواج و طلاق، ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی و اختراعات پرونده تشکیل دهد. به موجب ماده ۱۲ قانون، این هیئت، صلاحیت احراز (تشخیص) وجود حقوق مالی از جمله رهن، وثیقه یا بازداشت بودن ملک یا وجود حقوق عینی نسبت به ملک مانند حق کسب و پیشه را دارد. به موجب ماده ۱۳ همین قانون و ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی آن، هیئت یادشده، صلاحیت تشخیصی و غیر ترافعی دارد.

اگر سوابق دفتر ثبت اسناد رسمی یا ازدواج یا طلاق بر اثر حوادث گفته‌شده از بین برود و اشخاص ذی‌نفع با ارائه مدارک و مستندات معتبر، درخواست صدور اجراییه کنند، رئیس ثبت پس از بررسی و اظهار نظر، تقاضانامه و ضامیم آن را به هیئت ارجاع خواهد داد.

۱. به عنوان نمونه‌های دیگر از دادگاه اختصاصی اداری ثبتی با صلاحیت ترافعی می‌توان به هیئت پیش‌بینی‌شده در قانون الحاق موادی به قانون سامان‌دهی اشاره کرد. نک: فاطمیان، مسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «نقش و کارکرد هیئت رسیدگی به اختلافات در ثبت اسناد مالکیت روستایی از منظر اصول حقوقی - اخلاقی دادرسی عادلانه»، مجله اخلاق زیستی، ویژه‌نامه تأملات اخلاقی و حقوقی، ۱۴۰۰، ص ۴۵.

هیئت حل اختلاف موضوع مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ ق.ث. نک: صباحی، علی، «تحلیل مواد ۱۴۸ و ۱۴۷ قانون ثبت و

آثار اجرایی آن»، تاریخ بازدید ۱۴۰۱/۰۳/۰۹: www.portal.notary.ir/node/524

۲. شبیانی و مولابیگی، پیشین، ص ۱۱۹.

هیئت پس از بررسی موضوع، در صورت نبودن اعتراض^۱، رأی خود را مبنی بر صدور اجراییه صادر و به ثبت محل ارسال می‌کند. ثبت محل مکلف است با استفاده از اوراق مخصوص، اجراییه را صادر و طبق آیین‌نامه اجرایی، مفاد اسناد رسمی را اجرا کند. همچنین اشخاص حقوقی که دفاتر ثبت شرکت‌های آنان از بین رفته است، برای تشکیل پرونده باید مدارک و صورت‌جلسه مجمع عمومی را به ثبت محل تسلیم کنند. ثبت محل، مراتب را یک نوبت در روزنامه کثیرالانتشار آگهی می‌کند. آن گاه پس از انقضای ۱۰ روز از تاریخ انتشار، در صورت عدم وصول اعتراض، طبق مقررات، شرکت را در دفاتر مربوط ثبت می‌کند و به امضای صاحبان سهام می‌رساند. در صورت وصول اعتراض، مراتب به هیئت حل اختلاف ارجاع می‌شود.

یکی دیگر از مهم‌ترین صلاحیت‌های تشخیصی هیئت، صدور گواهی مالکیت برای اراضی واقع در طرح‌های عمرانی یا توسعه معابر و فضاهای آموزشی یا سبز یا املاک مورد نیاز برای تأسیسات عمومی در محدوده طرح جامع شهری است. به موجب ماده ۱۱ قانون خاص و ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی آن به دولت اجازه داده شده است که نسبت به تملک قهری املاک مورد نیاز برای بازسازی و عمران شهری اقدام کند. قانون‌گذار، جبران خسارت این املاک را به ارائه اسناد و مدارک معتبر یا رأی هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۵ وابسته دانسته است. در حقیقت، این هیئت، مالکیت اشخاصی را شناسایی می‌کند که املاک آن‌ها در طرح‌های عمرانی قرار گرفته است. ماده ۱۱ قانون یادشده به عنوان ضرورت و برای پنج سال به تأیید رسید.^۲

گفتار چهارم. آسیب‌شناسی

مطالعه و تحلیل ساختار، صلاحیت و آیین دادرسی در هیئت حل اختلاف موضوع ماده ۵ قانون ثبتی نشان می‌دهد که ایرادهای متعددی در آن وجود دارد و اصول دادرسی منصفانه در این دادگاه اختصاصی اداری به درستی اجرا نمی‌شود.

۱. در فرض اعتراض، رسیدگی به این اعتراض و صدور رأی با هیئت حل اختلاف خواهد بود (صلاحیت توافقی هیئت در امور اسناد).

۲. نامه شماره: ۴۰۴۶ در تاریخ: ۱۳۷۰/۳/۱۸: «قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیر مترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند که در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۲۸ مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۶۹/۱۲/۱۸ با عنایت به تصویب ماده ۱۱ آن به عنوان ضرورت ۵ ساله در شورای نگهبان تأیید و تبصره ماده ۶ آن نیز در جلسه مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب گردید. مراتب در نامه شماره ۲۲۰۲/ق/۱۳۷۰/۳/۷-۱ مجلس شورای اسلامی واصل شده، به پیوست جهت اجرا ابلاغ می‌گردد». برگرفته از پایگاه اطلاع رسانی شورای نگهبان: www.shora-gc.ir.

بند اول. بررسی و نقد ساختار هیئت

در مواد ۵ قانون و ۱۷ آیین‌نامه اجرایی آن، ترکیب اعضای هیئت حل اختلاف پیش‌بینی شده است. این ترکیب اعضا به صورت ترکیبی از اعضای کارشناس و غیر کارشناس است. این هیئت در مهم‌ترین صلاحیت خویش به تشخیص مالکیت یا حقوق ناشی از آن اعم از مالکیت عین، مالکیت منفعت، حق ارتفاق و حقوق انتفاعی، ادخال حق و حقوق عینی مانند حق کسب و پیشه و رهن و وثیقه می‌پردازد. همه این کارها از امور تخصصی در زمینه مسائل ثبتی به طور خاص و حقوقی به طور عام هستند. دو تن از اعضای این هیئت که در بسیاری از موارد، آرای آن‌ها در تصمیم نهایی هیئت تأثیر بسزایی دارد، صرفاً به عنوان معتمد از طرف نماینده مردم محل در مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند.

با توجه به صلاحیت‌های ترافعی و خاص هیئت پیشنهاد می‌شود ترکیب اعضا به صورت کارشناس - قضایی اصلاح شود. برای معتمدین معرفی شده توسط نماینده باید حداقل‌هایی از لحاظ تحصیلات، حسن اعتماد، امین بودن و آشنایی با امور حقوقی و ثبتی در نظر گرفت. همچنین با توجه به رسیدگی به حقوق مالکانه و آثار مترتب بر آن، عضویت یک قاضی یا حقوق‌دان در ترکیب این هیئت به رعایت موازین حقوقی در تصمیمات یاری می‌رساند. البته باید قید شود که تصمیم‌گیری باید با رأی اکثریت معتبر باشد، نه صرفاً رأی عضو قضایی. دلیل منطقی اعتبار دانستن رأی اکثریت این است که اگر مقام قضایی صرفاً به عنوان یک عضو عادی حضور داشته باشد و رأی نهایی بر مبنای نظر اکثریت صادر شود، آن هیئت یا کمیسیون یک مرجع اختصاصی اداری قلمداد خواهد شد، هر چند انشای رأی نهایی توسط مقام قضایی صورت گیرد. همچنین حتی اگر رأی صادر شده، مورد نظر قاضی عضو نیز باشد، اما مقام قضایی، مقام تصمیم‌گیرنده نهایی قلمداد شود و نظر دیگر اعضا صرفاً نظر کارشناسی به شمار آید، به گونه‌ای که رأی صادر شده را بتوان رأی مقام قضایی قلمداد کرد، با وجود قابل انتقاد بودن این دیدگاه، مرجع یادشده در این صورت، مرجعی قضایی قلمداد شده است.^۱

بند دوم. بررسی و نقد صلاحیت هیئت

صلاحیت‌های هیئت حل اختلاف مورد مطالعه در مواد ۴-۶ و ۱۱-۱۳ قانون و مواد مشابه در آیین‌نامه اجرایی آن ذکر شده است که خلاصه این صلاحیت‌ها در بندهای قبلی بیان گردید. مهم‌ترین نقد وارد بر صلاحیت این هیئت، روشن نبودن قلمرو صلاحیت‌ها برای اعضای هیئت است. این امر گاهی ناشی از بی‌دقتی اعضا در رعایت صلاحیت‌های تعیین شده است که موجب تجاوز از حدود صلاحیت یا اجرا نشدن صلاحیت می‌شود. این

۱. نجات‌خواه و همکاران، پیشین، ص ۲۱۴.

تجاوز از صلاحیت ناشی از اشتباه اعضا در فهم قانون در محدوده صلاحیت خود می‌گردد و با تفسیر اشتباه از صلاحیت خود، تجاوز از حدود صلاحیت رخ می‌دهد.

برای نمونه، اعضای هیئت حل اختلاف قانون ثبتی مستقر در اداره ثبت خرمشهر به موجب تصمیم این هیئت به شماره ۱۳۸۹/۱/۸-۱۷۶۵۳ در دعاوی که بین مستدعی و معترض ثبت رخ داده است، بدون رسیدگی و ورود در ماهیت اعتراض، صدور سند مالکیت را به صدور حکم از طرف مراجع قضایی محل موکول کرده‌اند. هیئت باید مطابق صلاحیت خود به موضوع رسیدگی و اظهار نظر قطعی می‌کرد؛ چون قانون‌گذار به موجب مواد ۵ قانون و ۱۵ آیین‌نامه اجرای آن، صلاحیت رسیدگی به این ترافع و اعتراض را برای این هیئت پیش‌بینی کرده است. در ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون موصوف، قید «رسیدگی» در اداره ثبت می‌تواند ناظر بر این باشد که «بعد از تأیید اصالت اسناد و مدارک از سوی دادگاه، هیئت حل اختلاف وارد رسیدگی و بررسی مالکیت، حدود و مشخصات ملک و تطبیق اسناد با ملک مورد ادعای طرفین و شماره پلاک‌های ثبتی قدیم و جدید و تشخیص مالکیت و میزان و حدود و ثغور آن و النهایه، صدور سند توسط اداره ثبت می‌شود».^۱

نظر به همین صلاحیت ترافعی شبه‌مدنی هیئت، آرای صادرشده از هیئت نیز باید از نظر شکلی شبیه آرای محاکم قضایی، موجه، مدلل و مستند به قانون یا مقررات مربوط باشد. استدلال و استناد اظهار نظر معلق و مشروط به نظر مرجع قضایی با توجه به وظایف و صلاحیت اختصاصی هیئت یادشده، حسب ماده ۵ قانون خاص، از منظر حقوقی دادرسی اداری، عدم اجرای صلاحیت است.

وظیفه موازی و تشریفاتی دادگاه عمومی محل به موجب تبصره ذیل ماده یک قانون خاص ثبتی، دال بر تحصیل اصالت اسناد مالکیتی توسط مالکانی که در خارج از موعد مقرر شش ماهه در قانون یادشده به اداره ثبت مراجعه می‌کنند، از دیگر نواقص صلاحیت‌های این هیئت است. در توضیح باید گفت که بر اساس ماده یک قانون خاص، مدعیان مالکیت باید در موعد مقرر شش ماهه با مراجعه به اداره ثبت نسبت به تشکیل پرونده و تحصیل قبض رسید اقدام کنند. در فرض مراجعه نکردن در این مهلت قانونی و به موجب تبصره ذیل ماده یک قانون، مدعیان مالکیت باید با مراجعه به دادگاه عمومی حقوقی محل به تحصیل اصالت اسناد خویش اقدام کنند. در بیش‌تر موارد، دادگاه محل با عنایت به عدم ترافعی بودن این گونه دعاوی و نیز قائل شدن اعتبار برای اسناد مالکیت قبل از جنگ، از رسیدگی به این گونه

۱. دادنامه شماره ۲۶۹۱-۱۳۸۶/۱۱/۱۰ شعبه اول دادگستری خرمشهر.

دعاوی سر باز می‌زنند و متقاضیان را به اداره ثبت ارجاع می‌دهد.^۱ در خوش‌بینانه‌ترین حالت، ابتدا از اداره ثبت بررسی و تأیید اصالت سند ابرازی را درخواست می‌کند. در نهایت، برای رفع تکلیف قانونی تنها به رسیدگی‌های شکلی بسنده می‌کند. از این رو، قانون‌گذار می‌تواند به گسترش صلاحیت هیئت از طریق حذف تبصره ذیل ماده یک به عنوان یک راه حل پیشنهادی توجه کند.

تقید زمانی صدور گواهی مالکیت برای اشخاصی که املاک آن‌ها در طرح‌های عمرانی قرار گرفته است، از دیگر ایرادهای وارد بر این هیئت است، با این توضیح که با منقضی شدن پنج سال، در عمل، مشکلات عدیده‌ای برای صیانت و حمایت از حقوق مالکیت اشخاص رخ می‌دهد. فرض کنید (در عمل هم بسیار اتفاق افتاده است)^۲ که مالکان املاک بنا به هر دلیلی، خارج از مهلت مقرر شش ماه و پنج سال مراجعه می‌کنند که در مواد ۱ و ۱۱ قانون خاص ثبتی آمده است و املاکشان هم در طرح‌های عمرانی قرار گرفته و دولت نیز به تملک قهری آن به معنای عام کلمه دست زده باشد. این افراد برای جبران خسارت خویش، در فرض مراجعه به دیوان عدالت اداری یا دادگاه عمومی با ابهام و ایراد در زمینه اثبات مالکیت خویش مواجه می‌شوند که ضمن اتلاف وقت و هزینه، حقوق مالکانه این گونه افراد که مطابق اصل ۲۲ ق.ا باید از هر گونه تعرض مصون باشد، تهدید و تضییع می‌شود.

۱. نظریه شماره ۱۳۸۷/۲/۹۵۶۲/۷. سؤال:

۱. اسناد رسمی و مالکیت نیاز به تأیید دادگاه دارد یا خیر؟^۲. منظور از تأیید اصالت در تبصره ماده ۱ قانون مذکور چیست؟

نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه:

۱. با عنایت به مواد ۲۲ و ۷۰ تا ۷۴ قانون ثبت و اسناد و املاک، تا زمانی که معیولیت سند مالکیت ثابت نشده است، محتویات و مندرجات سند مالکیت معتبر است. بنابراین، در صورتی که سند مالکیت یا سند رسمی راجع به انتقال ملک وجود داشته باشد و سوابق آن در دفاتر اسناد رسمی موجود باشد، این گونه اسناد معتبر است و مستلزم تأیید دادگاه نیست؛ زیرا قسمت اخیر تبصره ماده ۱ قانون نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیر مترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند، مصوب ۱۳۶۹ مجلس و ۱۳۷۰ مجمع تشخیص، منصرف از اسناد رسمی است.

۲. منظور از تأیید اصالت در تبصره مذکور، رسیدگی به جعلیت اسناد رسمی نیست، بلکه بررسی صحت و اصالت اسناد و مدارک دیگری است که دلالت بر مالکیت متقاضی دارد و دادگاه برای کشف حقیقت و احراز اصالت اسناد و مدارک متقاضی می‌تواند هر اقدامی را که لازم تشخیص دهد، به عمل آورد. همان طور که در ماده ۲ در خصوص جمع‌آوری مدارک و اطلاعات و در ماده ۳ تحقیق از معتمدین و گواهان محل و شهادت شهود مقرر گردیده است.
منتشر شده در مجموعه‌های روزنامه رسمی کشور، تهران، ۱۳۸۷.

۲. تجربه اداری نویسنده مسئول.

بند سوم. هیئت و اصول دادرسی اداری منصفانه

ماهیت دعاوی مطرح‌شده در مراجع ترافیعی اداری به گونه‌ای است که لزوم توجه به مواردی مانند «حقوق شهروندی» و «نفع عمومی» و البته تعادل میان این دو را ایجاب می‌کند. بنابراین، با تدوین یک آیین دادرسی مخصوص مراجع اختصاصی اداری به مثابه حقوق تضمین‌کننده می‌توان سطح انصاف رویه‌ای را در این مراجع بالا برد.^۱

این هیئت مانند بسیاری از مراجع اختصاصی اداری، آیین دادرسی مشخص و مدون ندارد. در آیین‌نامه اجرایی قانون مؤسس این هیئت نیز تنها به برخی امور شکلی مانند: مناط اعتبار رأی هیئت (تبصره یک ماده ۱۸ آیین‌نامه)، تعداد تشکیل جلسات هیئت (تبصره ۲ ماده مرقوم)، ضرورت ثبت آرای این هیئت در دفتر مخصوص به ترتیب تاریخ صدور (تبصره ۳ همین ماده)، استفاده از کارشناس برای تشخیص واقعیت امر (ماده ۲۸ آیین‌نامه)، دعوت کتبی از متقاضیان و شاکیان و معترضان (تبصره ماده ۱۹ آیین‌نامه) اشاره شده است. با این حال، از اصولی مثل شفافیت در دادرسی، مستند و مستدل بودن رسیدگی‌های این هیئت و ارائه اطلاعات مهم مربوط به شیوه رسیدگی به عنوان اصول اولیه دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های این هیئت غفلت شده است. در ادامه، مهم‌ترین ایرادهای وارد بر این هیئت و راهکارهای رفع آن‌ها را با نگاهی به اصول دادرسی‌های منصفانه بیان می‌کنیم.

۱. یکی از ایرادهای اصلی بر شیوه رسیدگی‌های هیئت، سکوت قانون در زمینه شیوه امکان اصلاح آرا و تصمیمات این هیئت است. با وجود تصریح به نظارت دادگاه عمومی بر آرا و تصمیم‌های این هیئت، قانون خاص ثبتی و آیین‌نامه اجرایی آن از نظر امکان اصلاح رأی توسط خود هیئت ساکت است. این سکوت در عمل باعث شده است اعضای هیئت با تمسک به این سکوت، زمینه‌ساز خروج خود از صلاحیت و تجاوز از صلاحیت‌های قانونی هیئت شوند.

۲. ارائه نشدن استدلال و استناد قانونی برای آرای اصرداری این هیئت، یکی دیگر از ایرادهای وارد بر این هیئت از منظر دادرسی منصفانه و عدالت رویه‌ای است.

۳. دسترسی نداشتن به مدارک و اسناد موجود در پرونده‌های تشکیلی در دبیرخانه این هیئت نیز ایراد بعدی ناظر بر عدم تساوی سلاح‌ها به عنوان عنصر اساسی رسیدگی‌های منصفانه است.

۴. نبود ترتیبات و سازوکار مشخص برای شیوه ابلاغ دعوت‌نامه حضور معترض یا ابلاغ رأی و نیز ارجاع موضوع و تعیین کارشناس از طرف این هیئت از دیگر موارد شکلی ناقض اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های این هیئت است. برای رفع این ایرادها که ناظر بر

۱. نجابت‌خواه و همکاران، پیشین، ص ۲۲۰.

حقوق شکلی هستند، تعیین یک آیین دادرسی مشخص یا حداقل، تبیین اصول دادرسی منصفانه مشترکی اهمیت دارد که باید در مراجع اختصاصی اداری اعمال شوند، مانند آنچه در ماده ۱۷ پیش‌نویس لایحه قانون اصول و آیین‌های تصمیم‌گیری اداری (قانون اداری که به ابتکار کمیسیون حقوق عمومی مرکز توسعه قضایی قوه قضاییه تنظیم شد) ارائه شده است. تعیین دقیق این موضوع نیز مهم است که آیا اصول حاکم بر آیین دادرسی مدنی و کیفری در مراجع شبه‌حقوقی و شبه‌کیفری نیز قابل اعمال هستند یا خیر؟^۱

۵. عمده ارجاع پرونده‌های هیئت به کارشناسان منتخب از بین کارمندان اداره ثبت بوده که این عمل، این هیئت را از بی‌طرفی و شفافیت در رسیدگی خارج می‌کند. ارجاع امر به کارشناسان رسمی در امور ثبتی در راستای سیر این هیئت به سمت استقلال بیش‌تر برای تضمین حداقل‌های عدالت رویه‌ای لازم است.

۶. معضل دیگری که به دلیل نبود آیین دادرسی اداری عام یا آیین دادرسی ویژه این دادگاه اختصاصی اداری وجود دارد و در عمل، نافی فلسفه وجودی این هیئت می‌شود، نبود ضمانت اجرا برای غیبت اعضا یا سهل‌انگاری ایشان در حضور در جلسات این هیئت است. به موجب تبصره ۴ ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی قانون تکلیف شده است که اگر ظرف ده روز پس از دعوت اعضا، امکان تشکیل جلسه به هر علت فراهم نشود، رئیس ثبت موظف است که مراتب را با قید فوریت و پس از رعایت سلسله مراتب اداری به اطلاع سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برساند تا از آن طریق، چاره‌اندیشی شود. این راهکار با توجه به بوروکراسی حاکم بر ساختار اداری کشور در عمل جواب‌گو نیست. تعیین مؤلفه‌های ناظر بر سرعت در رسیدگی‌ها و تعبیه ضمانت اجرای غیبت اعضا از موارد مهم و ضروری است.

۷. با توجه به امکان رخ دادن اشتباه‌های ثبتی در نتیجه آرای اصداری هیئت مورد بحث و صلاحیت‌های ویژه هیئت‌های نظارت و شورای عالی ثبت در رسیدگی به این اشتباه‌ها و رفع آن‌ها، درست است که اعتراض به آرای این هیئت در دادگاه صالح امکان‌پذیر است. با این حال، در عمل، محاکم عمومی در این گونه پرونده‌ها و در مواردی که ناظر بر صلاحیت‌های هیئت نظارت باشد، از خود نفی صلاحیت می‌کنند. از طرف دیگر، هیئت نظارت نیز با توجه به نبود مقرره قانونی در خصوص صلاحیت رسیدگی به این گونه اشتباهات از رسیدگی خودداری می‌کنند. پس ایجاد امکان قانونی صلاحیت برای هیئت نظارت موضوع مواد ۶ و ۲۵ قانون ثبت و ماده ۱۳ قانون حدنگار در راستای رفع اشتباه‌های ثبتی پیشنهاد می‌گردد.

۸. چگونگی استفاده از وکیل در رسیدگی‌های این هیئت نیز محل سؤال است. قانون و آیین‌نامه اجرایی هیئت در این زمینه ساکت است. به دلیل سکوت قوانین و مقررات این

هیئت در خصوص وکالت در این مرجع با توجه به حکم آمره و مطلق ماده ۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی، شرایط وکالت در این هیئت مشمول حکم مقرر در ماده یادشده خواهد بود. ۹. نبود دوره‌ها و برنامه‌های آموزشی برای اعضا با توجه به متغیر بودن برخی اعضا در بازه‌های زمانی تصدی برخی مشاغل به ویژه معتمدین نماینده که با برگزاری هر دوره از انتخابات مجلس شورای اسلامی و انتخاب نماینده تغییر می‌کنند، دیگر ایراد وارد بر این هیئت است. معمولاً اعضای جدید یا هیچ اطلاع یا حداقل، از مفاد قانون و آیین‌نامه اجرایی آن یا وظایف و صلاحیت‌های این هیئت اطلاع دقیقی ندارند. پیش‌بینی و اجرای برنامه‌های نوآموزی و بازآموزی و تألیف کتابچه‌ها و بروشورهای آموزشی برای اعضای این دادگاه اختصاصی اداری ضرورت دارد.

گفتار پنجم. مرجع قضایی ناظر بر هیئت و ضرورت داشتن یا نداشتن وجود آن

بند اول. نظارت قضایی بر هیئت

نظارت قضایی درصدد تحقق حاکمیت قانون در همه سطوح حکومت و در هر سه سطح قانون‌گذاری، اجرای قواعد حقوقی و حل اختلافات ناشی از اجرای قاعده است.^۱ از این رو، نظارت قضایی بر تصمیم‌ها و آرای مراجع اختصاصی اداری نیز جریان دارد تا با بررسی آرای این مراجع که با حقوق مردم پیوند مستقیم دارد، بر رعایت اصول دادرسی منصفانه و قانون‌مداری در رسیدگی نظارت می‌کند.

پرسش این است که مرجع قضایی ناظر بر مراجع اختصاصی اداری کدام نهاد است؟ به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مرجع رسیدگی به اعتراض و شکایت از آرا و تصمیم‌های قطعی مراجع اختصاصی اداری از نظر نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها دیوان عدالت اداری است. با توجه به حکم مقرر در ماده ۶۳ و هم‌چنین قسمت ذیل ماده ۶۴ همین قانون، در حال حاضر، صلاحیت دیوان از نظر نوع رسیدگی به اعتراض از آرای مراجع اختصاصی افزایش یافته است و به صراحت، علاوه بر رسیدگی شکلی شامل رسیدگی ماهوی نیز می‌شود.^۲

در مواردی ممکن است به حکم قانون‌گذار یا به تبع، خواهان، دادگاه‌های عمومی دادگستری از صلاحیت فرجام‌خواهی یا تجدیدنظرخواهی از آرای قطعی مراجع اختصاصی اداری

۱. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی و تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق

اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، مجله حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹، ص ۱۶.

۲. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: معاونت آموزش، پژوهش و

پیش‌گیری دیوان عدالت اداری و جنگل جاودانه، ۱۳۹۴، ص ۷.

برخوردار باشند.^۱ در مورد هیئت حل اختلاف مورد پژوهش، مستند به ماده ۶ قانون خاص ثبتی و تبصره ذیل ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی آن، دادگاه عمومی دادگستری، صلاحیت رسیدگی به شکایت اشخاص ذی‌نفع از آرای این هیئت را دارد.^۲

نکته بسیار مهم در خصوص وجه تشخیصی بودن صلاحیت هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی، نوع نظارت بر تصمیم‌های این هیئت است. با مراجعه به سند مؤسس این هیئت و مقررات مربوط در خصوص بعد نظارت قضایی بر صلاحیت تشخیصی هیئت با سکوت مواجه می‌شویم. با این حال، بایسته‌های نظارت قضایی بر مراجع اداری، ما را به نوعی نظارت قضایی شدید و مشابه با صلاحیت‌های تکلیفی رهنمون می‌سازد؛ چون تصمیم‌گیری بر اساس صلاحیت تشخیصی باید مقید به هنجارهایی با جنبه آمرانه باشد که قدرت انتخاب مقام عمومی را در این چارچوب، در ساحت نرم‌هایی با مآخذ قانونی قرار می‌دهد. از این نظر، این نوع صلاحیت، خصلتی چون صلاحیت‌های تکلیفی پیدا می‌کند.^۳ بر همین مبنا می‌توان ادعا کرد که بر اساس ماده ۶۴ قانون دیوان عدالت اداری، تصمیم‌گیری‌های تشخیصی هیئت مورد مطالعه، قابلیت نظارت قضایی در دیوان عدالت اداری را دارند. فقر دکترین و نداشتن شناخت کافی به ماهیت مراجع تشخیصی و کارکرد آن‌ها و نیز ناتوانی در رسیدگی دیوان با وجود سازوکار پیش‌بینی شده در آن ماده، همگی مانع مغفول ماندن این نوع نظارت قضایی شده‌اند.^۴

بند دوم. ضرورت داشتن یا نداشتن وجود و استمرار فعالیت هیئت

ضرورت داشتن یا نداشتن وجود و استمرار فعالیت این دادگاه اختصاصی اداری در ساختار اداری کشور، نیازمند بررسی آسیب‌شناسانه دقیقی است. در همین راستا و به طور موجز می‌توان گفت که با توجه به برنامه تحولی قوه قضاییه^۵ و به موجب بند پنجم فصل سوم این سند که ناظر بر چرخش‌های تحول‌آفرین بوده و درصدد است از نگرش قدیمی، غیر پاسخ‌گو و ناشفاف به نگرش هوشمند، پاسخ‌گو و شفاف برسد، ضرورت استمرار وجود

۱. افشاری، فاطمه، آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت هیئت انتظامی رسیدگی به تخلفات پزشکان، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۹، ص ۵۵.

۲. نمونه مشابه: رسیدگی به شکایات اشخاص ذی‌نفع از آرای هیئت حل اختلاف موضوع مواد ۱۴۸ و ۱۴۷ ق.ت و آرای هیئت قانون الحاق موادی به قانون سامان‌دهی و نیز آرای هیئت حل اختلاف سازمان ثبت احوال نیز در دادگاه‌های عمومی انجام می‌شود.

۳. شبانی و مولایی، پیشین، ص ۱۲۶.

۴. همان، ص ۱۲۴.

۵. منتشرشده در پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات (۱/۰۳/۱۴۰۱): www.dotic.ir/news/8175.

این هیئت، محل سوال جدی است. در راستای مأموریت‌های سازمان ثبت در این سند به حکایت مأموریت شماره ۷ با عنوان «حمایت از حقوق مالکیت اشخاص» باید اشاره کرد که سازمان ثبت را موظف کرده است برای رسیدن به اهداف این سند و مأموریت ارجاعی نسبت به الکترونیکی کردن اسناد مالکیت از طریق راهکار ایجاد نسخه الکترونیک اسناد کاغذی اقدام کند. با توجه به جریان گذر ثبت اسناد و املاک از ثبت سنتی به سمت ثبت نوین^۱ هنوز مشکل وجود دارد.

به نظر نویسندگان، به دلایل زیر، اصلاح ساختار و وظایف و صلاحیت‌های این هیئت ضرورت دارد:

۱. ظرفیت‌های قانونی ایجادشده در قانون برای تسریع در صدور اسناد مالکیت املاکی که بر اثر حوادث غیر مترقبه از بین می‌روند؛
۲. اجتناب‌ناپذیر بودن وقوع این حوادث در کشور (نمونه‌هایی از این حوادث در سالیان اخیر رخ داده است)
۳. تا پوشش کامل کاداستر در کشور و به ثمر رسیدن الکترونیک‌سازی تمامی آرشیوهای کاغذی ادارات ثبت اسناد و املاک و به تبع آن، دفاتر اسناد رسمی زمانی مانده است؛
۴. فلسفه ایجاد این هیئت، رسیدگی سریع و غیر تشریفاتی و دقیق و ارزان به اختلافات، اعتراض‌ها و تعارض‌های ناشی از ایجاد شرایط خاص در کشور و تشفی آلام مردم و اطمینان‌دهی به ایشان از نظر صیانت و حمایت از حقوق مالکیت مردم است.

۱. در نظام ثبت نوین، سند رسمی الکترونیک، جای‌گزین سند رسمی سنتی شده است و سند رسمی الکترونیک، عبارت است از: داده پیام مطمئن که از طریق مرکز ملی داده‌ها و سامانه ثبت، در بایگانی الکترونیکی مرکزی، کارسازی و ذخیره می‌شود و با امضای الکترونیک سردفتر رسمی یا مأموران رسمی، وفق مقررات، در حد صلاحیت، تنظیم و امضا می‌گردد. در نظام ثبت الکترونیک، سند چون از جنس پیام و داده است و منشأ وجودی آن، الکترون و مغناطیس است، به آن، سند الکترونیک می‌گویند. وصالی ناصح، مرتضی، «سند رسمی الکترونیک»، دانش‌نامه حقوق و سیاست، پاییز ۱۳۹۴، شماره ۲۵.

نتیجه گیری

پس از تأمل و بررسی در خصوص هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی مشخص شد که:

۱. از منظر حقوق دادرسی اداری، این هیئت، صلاحیت‌های ترافعی و تشخیصی دارد. در واقع، علاوه بر این که یک دادگاه اختصاصی اداری ثبتی است، به عنوان یک مرجع اداری نیز برخی صلاحیت‌های تشخیصی دارد.

۲. مستفاد از تعریف اختیارشده از مراجع اداری ترافعی که در واقع، این مراجع را همان دادگاه‌های اداری دانسته و با توجه به ماده ۳ قانون مؤسس هیئت و مواد ۱۵ - ۲۰ و ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون خاص ثبتی، صلاحیت ترافعی این هیئت قابل شناسایی است. در حقیقت، هیئت یادشده همانند یک مرجع شبه‌حقوقی با استماع دلایل طرفین و حتی استفاده از نظریه کارشناسان فنی و منتخب خود در زمینه مورد اختلاف به رسیدگی و صدور رأی اقدام می‌کند.

۳. صلاحیت تشخیصی، عمل رسیدگی به منظور احراز یک وضعیت و ناظر به ارزیابی و تأیید اوضاع و احوال دارای شئون فنی و تخصصی توسط یک مرجع اداری است. با مراجعه به قانون خاص ثبتی و آیین‌نامه اجرایی آن و حسب مواد ۱۲ و ۱۳ این قانون و ماده ۲۳ آیین‌نامه می‌توان به صلاحیت تشخیصی هیئت قائل بود.

۴. در مواد ۵ قانون و ۱۷ آیین‌نامه اجرایی آن، ترکیب اعضای هیئت حل اختلاف پیش‌بینی شده است که شامل حضور اعضای کارشناس و غیر کارشناس است. از این نظر که هیئت در مهم‌ترین صلاحیت خویش به تشخیص مالکیت یا حقوق ناشی از آن دست می‌زند، این ترکیب ایراد دارد. دو تن از اعضای این هیئت که در بسیاری از موارد، آرایشان در تصمیم نهایی هیئت تأثیری بسزا دارد، صرفاً به عنوان معتمد از طرف نماینده مردم محل در مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند. در همین راستا، اصلاح ساختار ترکیب اعضای این هیئت به صورت کارشناس - قضایی با توجه به صلاحیت‌های ترافعی و خاص هیئت پیشنهاد می‌شود.

۵. مهم‌ترین نقد وارد بر صلاحیت این هیئت، روشن نبودن قلمرو صلاحیت‌ها برای اعضای هیئت است. در مواردی نیز این امر ناشی از بی‌دقتی اعضا در رعایت صلاحیت‌های تعیین‌شده است که موجب تجاوز از حدود صلاحیت یا اجرا نشدن صلاحیت می‌شود. این تجاوز از صلاحیت ناشی از اشتباه اعضا در فهم قانون از محدوده صلاحیت خود می‌گردد و با تفسیر اشتباه از صلاحیت خویش، تجاوز از حدود صلاحیت رخ می‌دهد. هم‌چنین وظیفه موازی و تشریفاتی دادگاه عمومی محل به موجب تبصره ذیل ماده یک قانون خاص ثبتی و نیز تقید زمانی صدور گواهی مالکیت برای اشخاصی که املاکشان در طرح‌های عمرانی قرار

گرفته، از دیگر ایرادهای وارد بر صلاحیت این هیئت است.

۶. از منظر اصول دادرسی اداری منصفانه، این هیئت، قانون مدون برای آیین دادرسی ندارد. سکوت قانون در زمینه شیوه امکان اصلاح آرا و تصمیم‌های این هیئت، ارائه نشدن استدلال و استناد قانونی برای آرای صادره، دسترسی نداشتن به مدارک و اسناد موجود در پرونده‌های تشکیل شده، نبود ترتیبات و سازوکار مشخص برای شیوه ابلاغ دعوت‌نامه حضور معترض یا ابلاغ رأی و ارجاع موضوع و تعیین کارشناس از طرف این هیئت و نبود ضمانت اجرای غیبت اعضا یا سهل‌انگاری برای حضور در جلسات این هیئت از دیگر موارد شکلی ناقض اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی‌های این هیئت است.

۷. در مورد هیئت حل اختلاف مورد پژوهش مستند به ماده ۶ قانون خاص ثبتی و تبصره ذیل ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی آن، دادگاه عمومی دادگستری، صلاحیت رسیدگی به شکایت اشخاص ذی‌نفع از آرای این هیئت را دارد. بایسته‌های نظارت قضایی بر مراجع اداری، ما را به نوعی نظارت قضایی شدید و مشابه با صلاحیت‌های تکلیفی در زمینه صلاحیت‌های تشخیصی هیئت رهنمون می‌سازد. بر همین مبنا می‌توان ادعا کرد که بر اساس ماده ۶۴ قانون دیوان عدالت اداری، تصمیم‌های تشخیصی این هیئت قابلیت نظارت قضایی در دیوان عدالت اداری را دارد.

۸. با توجه به ظرفیت‌های ایجادشده در قانون برای تسریع در صدور اسناد مالکیت املاکی که بر اثر حوادث غیر مترقبه از بین می‌روند و از طرفی، اجتناب‌ناپذیر بودن وقوع این حوادث در کشور، باقی ماندن زمان برای پوشش کامل کاداستر در کشور و مهلت الکترونیک‌سازی آرشیوهای کاغذی ادارات ثبت اسناد و املاک و به تبع آن، دفاتر اسناد رسمی و فلسفه ایجاد این هیئت، استمرار فعالیت‌های آن با اصلاح ساختار، وظایف و صلاحیت‌های آن به شرحی که بیان شد، ضرورت دارد.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: توس، ۱۳۷۰.
۲. افشاری، فاطمه، آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت هیئت انتظامی رسیدگی به تخلفات پزشکان، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۱.
۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک، ۱۳۹۵.
۵. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: صفا، ۱۳۷۲.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۵.
۷. طباطبایی حساری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۸. عبداللهیان، امید و محمدرضا رفیعی، راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیر قضایی، تهران: انتشارات مطبوعات قوه قضائیه، ۱۳۹۶.
۹. مشهدی، علی، حقوق کاداستر (کاداستر در نظام اطلاعات ثبت)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۱۰. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.
۱۱. مولایی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: معاونت آموزش، پژوهش و پیش‌گیری دیوان عدالت اداری و جنگل جاودانه، ۱۳۹۴.
۱۲. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

۲. مقاله

۱. استوارسنگری، کورش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۴.
۲. پتفت، آرین و محمدرضا رفیعی، «مطالعات تطبیقی: ساختار مراجع اختصاصی شبه قضایی (دیوان‌های اداری)»، تحقیقات قضایی، شماره ۱۴.

۳. شیبانی، عادل و غلام‌رضا مولاییگی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت‌های تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۳۶.
۴. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، تابستان ۱۳۹۶، دوره نهم، شماره ۲.
۵. حبیبی درگاه، بهنام، «مفهوم کاداستر؛ کارکرد و آثار آن»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۳.
۶. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیبی فخر، «نظام مطلوب دادرسی در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، سال اول، شماره ۱.
۷. فاطمیان، مسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «نقش و کارکرد هیئت رسیدگی به اختلافات در ثبت اسناد مالکیت روستایی از منظر اصول حقوقی - اخلاقی دادرسی عادلانه»، مجله اخلاق زیستی، ویژه‌نامه تأملات اخلاقی و حقوقی، ۱۴۰۰.
۸. فرامرزی‌پور، قادر، «آثار اجرایی شدن کاداستر بر روابط حقوقی اشخاص»، ماه‌نامه کانون سردفتران، ۱۳۸۹، شماره ۱۰۷، صص ۳۶-۳۵.
۹. قطبی، میلاد، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی (صلاحیت)»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
۱۰. طباطبایی حصار، نسرين، «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)»، فصل‌نامه حقوق، تابستان ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۲، صص ۲۳۷-۲۱۹.
۱۱. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و مرجان اسکندری، «معیارهای تعیین صلاحیت دادرسی اداری در نظام حقوقی آلمان»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، سال هفتم، شماره ۲۲.
۱۲. موسوی‌زاده، سید شهاب‌الدین، «مطالعات تطبیقی: قلمرو صلاحیت دادگاه‌های اداری (ایران، فرانسه، آلمان و لبنان)»، در: www.jri.ac.ir.
۱۳. میرشکاری، عباس و جمشید زرگری، «اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۱، سال چهارم، شماره ۱۰.
۱۴. محمدی، شیوا و سعید خردمندی، «واکاوی علل عدم موفقیت طرح کاداستر در کشور از دیدگاه حقوق اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۵.

۱۵. 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، صص ۱۹۹-۲۲۴.
۱۶. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی معیارهای صلاحیت دادرس اداری در ایران و فرانسه»، نامه مفید، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۹۷، صص ۲۵-۴۶.
۱۷. واعظی، سید مجتبی، «مفهوم تحلیلی اداره و مدل‌های آن»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۹، دوره چهارم، شماره ۵.
۱۸. وصالی ناصح، مرتضی، «سند رسمی الکترونیک»، دانش‌نامه حقوق و سیاست، پاییز ۱۳۹۴، شماره ۲۵.
۱۹. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی و تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، مجله حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹.
۲۰. صباحی، علی، «تحلیل مواد ۱۴۸ و ۱۴۷ قانون ثبت و آثار اجرایی آن»، تاریخ بازدید ۱۴۰۱/۰۳/۰۹: www.portal.notary.ir/node/524.

۳. پایگاه اینترنتی

۱. سند تحول قضایی، در: پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات: www.dotic.ir
۲. پایگاه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان: www.shora-gc.ir
۳. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان: www.nazarat.shorarc.ir
۴. سامانه ملی آرای قضایی: www.ara.jri.ac.ir/Judge
۵. سامانه گنج ایران‌داک: www.ganj.irandoc.ac.ir

وجوه متمایز اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری

احمد رنجبار*

چکیده

انتظارهای عمومی از دولت با آنچه اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری خوانده می‌شود، متفاوت است. اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری از نظر تاریخی به عنوان یک اصل حمایتی «مستقل» برای حمایت از شهروندان در برابر اختیارات دولت و مقامات عمومی مطرح گردید. اصل انتظارهای مشروع، یک نظریه منسجم در حقوق اداری نیست، بلکه ابتدائاً محصول رویه قضایی کشورهای مختلف است. تا جایی که به انگلستان مربوط می‌شود، این اصل همانند دیگر اصول نظارتی، واکنشی قضایی به اختیارات اداره است که (بر خلاف آلمان و اتحادیه اروپا) در وضعیت‌های متنوعی به کار گرفته شده و همین امر علاوه بر ایجاد تزاخم با دیگر اصول نظارتی، تشخیص مبنای ارزشی متمایز برای آن را دشوار کرده است. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی، در پی شناخت بهتر اصل انتظارهای مشروع به شیوه‌ای عمدتاً سلبی است. از تلاش برای یافتن و تشخیص مبنایی «تمایز» برای انتظارهای مشروع در رویه و دکترین به ویژه در انگلستان تا شناسایی تفکیک و تمایزاتی در درون این اصل یعنی فهم تمایز بین انتظار مشروع با انتظار معقول، انتظار قانونی و انتظار قراردادی؛ تأکید بر مشروعیت درونی انتظار و تمایز آن از معیارهای بیرونی مشروعیت و در نهایت، تمیز انتظار مشروع به عنوان یک «نفع» قابل شناسایی در حقوق عمومی. تأکید بر این تمایزات، از برخی سوء تفاهم‌های احتمالی در فهم این اصل نه چندان باسابقه در ادبیات حقوقی ما جلوگیری خواهد کرد.

کلیدواژه‌ها: انتظارهای مشروع، انتظارهای قانونی، حقوق اداری.

مقدمه

اعلام برنامه‌ها و سیاست‌ها یا انجام دادن وعده‌ها و اظهارات اطمینان‌بخش توسط مقامات عمومی و مدیران دولتی نامعمول نیست. بدیهی است این اعلام‌ها، انتظارهایی در شهروندان درباره روندهای آینده امور ایجاد می‌کند. با این حال، انتظارهای عمومی از دولت (همانند خدمات بهداشتی و سلامت، آموزش رایگان و تأمین اجتماعی و پرداخت‌های منصفانه) با آنچه اصل انتظارهای مشروع خوانده می‌شود، متفاوت است. انتظارهای عمومی از دولت، نتیجه مأموریت سیاسی یا تکالیفی است که قانون اساسی بر عهده دولت‌ها نهاده است. انتظارهایی که در حقوق اداری از آن سخن گفته می‌شود، یک مطالبه قضایی نسبت به اعلام‌ها، وعده‌ها و رویه‌هایی است که مراجع و مأموران اداری در مورد فرد، افراد یا گروه‌های مشخصی از اشخاص حقیقی و حقوقی انجام می‌دهند. به این ترتیب، (به تشخیص دادگاه)، انتظاری مشروع مبتنی بر حفظ وضع موجود یا تصمیم‌گیری یا نفی تصمیم‌گیری در آینده در مخاطبان با حسن نیت ایجاد می‌کند که سزاوار حفظ و رعایت است. اصل انتظار مشروع از جمله تمهیدها در فهرست بلند نظریه‌ها و اصولی است که دادگاه‌ها در کشورهای مختلف برای نظارت بر اعمال اداری و ارتقای مشروعیت عمل اداره تبیین کرده‌اند. از زمان طرح نظریه انتظارهای مشروع در ادبیات حقوق اداری ایران، نوشته‌هایی در خور توجه، در قالب مقالات مستقل یا لایه‌های کتاب‌ها و مقالات دیگر به این اصل اختصاص یافته است. مطالعه این نوشته‌ها زمینه فهم و آشنایی اجمالی خوانندگان را با اجزا و عناصر این نظریه در رویه قضایی و دکترین فراهم می‌کند.^۱ هدف تحقیق حاضر، شرح و تکرار عناصر و وجوه اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری نیست، بلکه توجه نویسنده، بیش‌تر به جنبه‌هایی از اصل یادشده معطوف است که دست کم از دید نویسنده، جایگاه و وجوه متمایز این اصل را در مقایسه با دیگر اصول و ارزش‌های حاکم بر اعمال اداری بهتر بنمایاند و در نوشته‌های فارسی، تأکید چندانی روی آن صورت نگرفته است.

بحث اول، گستره مفهومی انتظارهای مشروع است؛ وقتی از انتظارهای مشروع در حقوق اداری صحبت می‌کنیم، دقیقاً از چه سخن می‌گوییم؟ هر چند اعتماد و انتظار، ریشه بسیاری از اصول حاکم بر روابط حقوقی خصوصی و عمومی است، تنها در حقوق اداری است که «انتظار مشروع»، مبنایی مستقل برای حمایت از امتیازات و منافع شهروندان شناخته می‌شود. بحث بعدی، تلاش‌هایی است که در دو دهه اخیر برای یافتن و تشخیص مبنایی

۱. به تعدادی از این نوشته‌ها در همین مقاله ارجاع داده شده، اما طرح نظریه انتظارهای مشروع در ادبیات حقوقی ایران با این ترجمه بوده است: شونبرگ، سورن، **انتظارهای مشروع در حقوق اداری**، ترجمه: احمد رنجبر، تهران: میزان، ۱۳۸۷.

متمایز برای انتظارهای مشروع در رویه و دکترین به ویژه در انگلستان صورت گرفته است. از آن جا که در انگلستان در مقایسه با آلمان و اتحادیه اروپا، اصل انتظارهای مشروع در وضعیت‌های متنوع‌تری به کار گرفته می‌شود، هیچ یک از اصول و ارزش‌هایی که تاکنون به عنوان توجیه حمایت از انتظارهای مشروع معرفی شده است، خصوصیت یا وجه متمایز این نظریه را نمی‌نمایاند و معلوم نمی‌کند چرا باید از انتظارهای مشروع در هر مورد حمایت کرد. موضوع این است که آیا می‌توان مبنایی یافت که توجیه‌کننده تعهد یا تکلیف ابتدایی مأموران اداری به عمل به انتظار مشروع شهروندان باشد؟

مبحث‌های بعدی نیز در پی شناخت سلبی نظریه انتظارهای مشروع است، با تأکید بر این که این اصل چه چیزی نیست. فهرست مباحث بعدی عبارتند از: تفکیک انتظارهای مشروع از انتظارهای قانونی یا انتظار از قانون؛ تمایز انتظار مشروع و انتظار معقول و توجه به این که این تمایز، مختص حقوق اداری است؛ توجه به منشأ انتظارها که اصولاً اعلام‌های یک‌جانبه اداری است و نه ترتیبات قراردادی و بحث اهمیت مشروعیت یا هنجاربودگی درونی انتظار. پایان‌بخش مباحث، ملاحظات «عمومی» در شناسایی قضایی انتظار مشروع است که توجه ما را به ماهیت انعطاف‌پذیر حق یا نفع قابل مطالبه در حقوق عمومی به ویژه حقوق اداری (متمایز از حقوق خصوصی) جلب می‌کند.

گفتار اول. گستره مفهومی انتظارهای مشروع

انتظار از دیگری، اعم از انتظار افراد از یکدیگر یا از سازمان‌ها و نهادهای حاکم یا انتظار نهادهای حاکم از یکدیگر یا انتظار دولت‌ها از یکدیگر، موضوعی شناخته‌شده است. منظور از انتظار ابتدائاً یعنی پیش‌بینی مقرون به واقع یک رفتار یا فعل یا وضعیت و رویه، آن گونه که نوعی توقع اخلاقی از دیگری یا دیگران ایجاد کند. بنابراین، انتظار یا توقع رخ دادن یا ندادن یک رویداد طبیعی یا قهری، از گردونه بحث ما خارج است؛ چون وجه اخلاقی ندارد. البته انتظار ناشی از وقوع یک رویداد قهری یا «فورس ماژور»، جنبه اخلاقی (و حقوقی) دارد و ممکن است در برخی شاخه‌های حقوق، مبنای حمایت از طرف زیان‌دیده باشد.

در واقع، این پیش‌بینی یا انتظارها در روابط اجتماعی شکل می‌گیرد؛ خواه این روابط عاطفی و دوستانه باشد یا قراردادی یا مبتنی بر قانون یا یک حق و نفع یا استحقاق قانونی. از منظر آرمانی، در همه روابط اجتماعی که بنا به تفسیرهای قضایی، حق، امتیاز یا نفعی را نصیب مدعی می‌کند، انتظاری که شکل می‌گیرد، به دلیل «شایستگی اخلاقی»^۱ نیست، بلکه انتظار افراد و گروه‌ها از «ترتیبات عادلانه»^۲ است که بر اساس قواعد شناخته‌شده

1-Moral desert.

عمومی شکل گرفته است. به این ترتیب، در یک جامعه ناعادلانه، انتظارهایی که افراد به استناد آن تصور می‌کنند به دلیل شایستگی اخلاقی «مفروض» و از پیش تعریف‌شده، از آن برخوردارند، از بحث ما خارج است؛ چون جزو انتظارهای غیر اخلاقی است یا دست کم نمی‌تواند موضوع یک ادعای حقوقی باشد.^۱

حمایت از انتظارهای مشروع افراد، بنیان هر نظام حقوقی است؛ چون بدون اعتماد، هیچ گونه رابطه مستحکمی میان افراد در چارچوب نظام حقوقی شکل نمی‌گیرد. انتظارهای معقول افراد و اشخاص می‌تواند افقی یا عمودی باشد. انتظار افقی همانند انتظار ناشی از روابط قراردادی خصوصی یا به طور کلی، انتظارهایی است که افراد از قانون و سازوکارهای قضایی دارند تا از حقوق و منافعی که در برابر تعرض اشخاص دیگر حمایت کند. انتظارهای عمودی، انتظار دریافت یا دفاع از حق، امتیاز یا نفعی است که افراد و گروه‌ها از دولت و نهادهای عمومی دارند.^۲ به عبارت دیگر، انتظارهایی است که افراد و گروه‌ها از قانون و سازوکارهای قضایی (و شبه‌قضایی) برای حمایت از حقوق و منافع خود در برابر فعل یا ترک فعل و بی‌عملی دولت و نهادهای عمومی دارند.

انتظارهای مشروع یا معقول، ریشه بسیاری از اصول حاکم بر روابط حقوقی خصوصی و عمومی است. برای نمونه، اصل حسن نیت در روابط قراردادی، اصل استاپل (ممنوعیت

۱. به گفته جان رالز، فیلسوف امریکایی: «اشخاص و گروه‌هایی که در ترتیبات عادلانه مشارکت می‌کنند، ادعاهایی بر یکدیگر کسب می‌کنند که با قواعد عمومی شناخته‌شده، تعریف شده است». البته راولز به صراحت نمی‌گوید انتظارهایی که در ترتیبات ناعادلانه وجود دارد، نامشروع است، بلکه معتقد است که در یک نظام عادلانه آرمانی، شایستگی اخلاقی یا فضایل فردی نمی‌تواند معیار عدالت توزیعی باشد. بنابراین، در زندگی عمومی، آنچه اهمیت دارد، ترتیبات عادلانه‌ای است که بر اساس «قواعد اعلام‌شده» شکل گرفته است و این انتظار معقول، جای‌گزین شایستگی‌های اخلاقی می‌شود. نک: رالز، جان، عدالت به مثابه انصاف، ترجمه: عرفان ثابتی، تهران: ققنوس، ۱۳۹۲، ص ۲۲.

2-Parchomiuk, Jerzy, The Protection of Legislative Expectations of Administrative Law: A Horizontal Perspective, Baltic Journal of Law and Politics, Vol. 10, Number 2, 2017

انتظارهای دولت از افراد بحث دیگری است و اساساً چنین انتظارهایی نیازمند حمایت حقوقی نیست؛ چون دولت می‌تواند اراده خود را یک‌جانبه بر افراد تحمیل کند. چرا انتظار از مقامات عمومی و دولتی موضوعیت دارد؟ به دو دلیل به هم مرتبط: یکی، داشتن انحصار در تصمیم‌گیری به ویژه تصمیم‌های تأسیسی که بر اساس اختیار گزینشی، امتیازی می‌بخشد. دیگری، برخورداری از قدرت اجبار و اعمال مجازات. مقامات عمومی دارای انحصار در تصمیم‌گیری در ارائه کالاها و خدمات عمومی، صدور مجوزها و البته نیروی لازم برای اجرای تصمیمات خود هستند. همین انحصار چه بسیار باعث «اتکای زیان‌بار» مخاطبان تصمیم می‌شود.

نک: Brown, Alexander, A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration, Oxford University Press, 2017, pp. 117-119

انکار پس از اقرار در کامن (لا)، مرور زمان در طرح دعاوی، نظریه حق مکتسب، قاعده تغییر بنیادین اوضاع و احوال یا اصل نزاکت در حقوق بین‌الملل، همگی به نوعی مبتنی بر انتظار هستند.^۱ در این میان، تنها در حقوق اداری است که «انتظار مشروع»، مبنایی مستقل برای حمایت از امتیازات و منافع شهروندان شناخته می‌شود. از نظر تاریخی، «اصل انتظارهای مشروع» در حقوق اداری به عنوان یک اصل حمایتی «مستقل» برای حمایت از شهروندان در برابر «دولت و مقامات عمومی» مطرح شد. بنابراین، یک انتظار عمودی است؛ انتظاری که بر اثر اعمال و رویه‌های اداری در مخاطبان اداره یا تصمیم‌گیرنده اداری ایجاد می‌گردد و مبنای نظارت قضایی شناخته می‌شود.

این حمایت قضایی به ویژه زمانی بیش‌تر اهمیت می‌یابد که اداره به موجب قانون دارای اختیار گزینشی باشد و مقام اداری برای اقدام یا ابتکار خود قادر باشد هر زمان، به صلاحیت قانونی خود متوسل شود. این جا یک مقایسه بین انتظارهای مشروع در حقوق اداری و عرف‌های اساسی، مفید به نظر می‌رسد. در بریتانیا، ملکه این کشور به موجب قانون صلاحیت تشخیصی دارد. برای مثال، می‌تواند دارایی خود را از شمول مقررات قانونی خارج کند یا توصیه وزیران خود را نادیده بگیرد. با این حال، عرف‌های نانوشته، اعمال چنین صلاحیت‌هایی را محدود می‌کند. به عبارت دیگر، قواعد حقوقی به ملکه اختیار می‌دهند، اما قواعد غیر حقوقی، مانع آن می‌شوند.

دکترین انتظارهای مشروع در حقوق اداری نیز به همین شکل، متضمن اعمال قواعد حقوقی و غیر حقوقی است. از یک طرف، مقامات اداری به موجب قانون، اختیار تصمیم‌گیری دارند، ولی در اعمال آن همیشه آزاد نیستند. در حقوق اساسی، این محدودیت، نامی از آن خود ندارد، اما در حقوق اداری، «انتظار مشروع»، محدودیتی نانوشته بر اعمال اختیارات اداره است. البته میان این دو یک تفاوت نیز وجود دارد: انتظارهای مشروع در بسیاری از موارد، مشمول حمایت قضایی واقع می‌شود، در حالی که عرف‌های اساسی از آن بی‌بهره است. به عبارت دیگر، اگر ملکه یا هر مقام دیگر در بریتانیا، عرف و رویه‌های اساسی را به کار نبرد، هر چند، رویدادی جدی شناخته می‌شود، اما غیر قانونی نیست. این در حالی است که اداره‌ها در بسیاری از موارد، ملزم می‌شوند به انتظارهای مشروع توجه کنند.^۲

برای دیدن این پیوندها نک:

Parchomiuk, op.cit.

2-Perry, Adam and Farrah Ahmed, The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations, 73 Cambridge Law Journal, Vol. 73, 2014, pp. 14-15. Available at SSRN: www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2163255

گفتار دوم. انتظاراتهای مشروع: در جست و جوی مبانی

از زمان طرح اصل انتظاراتهای مشروع در حقوق اداری در آلمان و بعد، جامعه اروپایی (اتحادیه اروپای کنونی) و سپس انگلستان^۱ و دیگر کشورهای حوزه کامن لا، بحث و اختلاف نظر درباره هدف و پایه‌های مفهومی آن و گستره انتظاراتهای موضوع حمایت قضایی در دکتین و رویه قضایی کشورهای مختلف وجود داشته است. واقعیت این است که اصل انتظاراتهای مشروع، نظریه‌ای منسجم و متحدالشکل در حقوق اداری نیست، بلکه محصول رویه قضایی کشورهای مختلف است و هنوز هیچ رویه و نظریه واحدی در مورد اجزای این نظریه شکل نگرفته است (و شاید بنا نیست شکل بگیرد). در واقع، در بیش‌تر عناصر و اجزای این نظریه، اختلاف نظر وجود دارد؛ به ویژه در کشورهای حوزه حقوق عرفی و به طور مشخص، در این مقاله، انگلستان، به دلایلی که خواهیم گفت، تلاش‌های نظری برای یافتن توجیهی فراگیر و قانع‌کننده برای حمایت از همه موقعیت‌های انتظاراتهای مشروع و استوار کردن آن بر یک پایه ارزشی مستقل و از آن خود هم‌چنان ادامه دارد.

۱. گفته می‌شود «خاستگاه رسمی انتظار مشروع را باید رویه قضایی انگلستان دانست». (بهنیا، مسیح، «تأملی بر ایراد تراحم اصل انتظار مشروع با برخی از اصول حقوق اداری»، نشریه حقوق اساسی، شهریور ۱۳۸۹، دوره هفتم، شماره ۱۳، صص ۱-۱۶) گذشته از معنای مبهم کلمه «رسمی»، این سخن درست نیست؛ چون اصل انتظاراتهای مشروع و اصل تناسب از نوآوری‌های کامن لا نیست. خاستگاه این دو اصل، آلمان است که سپس در دادگاه دادگستری اروپایی و بعد از آن، در دادگاه‌های انگلستان پذیرفته شد. انتظار مشروع به معنی شکلی برای اولین بار با رأی اشمیت در سال ۱۹۶۹ وارد رویه قضایی انگلستان شد. در این قضیه که به تمدید نشدن مجوز حضور دو امریکایی مربوط می‌شد که برای اهداف مطالعاتی به انگلستان سفر کرده بودند، بی آن که به آن‌ها فرصت استماع اظهارات داده شود، لرد دنینگ اظهار داشت اگر جواز متقاضیان «پیش از محدوده زمانی منقضی می‌شد»، آن‌ها از «انتظار مشروع اجازه برای ماندن در مدت اجازه» برخوردار می‌شدند. به گفته منتقدان، معنایی که در آن، این اصطلاح در این قضیه به کار گرفته شد، بسیار متفاوت از معنای آن در حقوق اروپایی و حقوق عمومی مدرن انگلیس بود. در این جا، هیچ گونه رفتار اداری که موجب انتظار مشروع متقاضیان (دو شهروند امریکایی) برای شنیدن اظهارات باشد، صورت نگرفته است. بنابراین، درست‌تر این بود که گفته شود حق بر استماع مدعیان در چنین وضعیتی مبتنی است بر یک «نفع قابل حمایت» و نه انتظار مشروع؛ نفع حمایت‌شده‌ای که بر اساس «انصاف رویه‌ای»، صرف نظر از رفتار اداره، «از پیش» وجود داشته است. این در حالی است که اصل حمایت از انتظار مشروع، واکنشی است به رفتار اداره یا مأمور اداری. تنها از دهه ۱۹۸۰ بود که انتظاراتهای مشروع در معنایی مشابه نظر دادگاه‌های اروپایی در دادگاه‌های انگلستان به کار گرفته شد. Thomas, Robert, Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, Hart Publishing, Oxford Port-land Oregon, 2000, 26 and 47-49

قضیه Coughlan (۱۹۹۹) نیز از اولین و مشهورترین نمونه دعاوی حاوی شناسایی قاطع انتظار مشروع ماهوی در این کشور است. برای مطالعه و مقایسه آرای اولیه دادگاه‌های اتحادیه اروپا و انگلستان در شناسایی انتظاراتهای شکلی و ماهوی، نک: شونبرگ، پیشین، فصل دوم تا پنجم.

بند اول. آلمان و اتحادیه اروپا

ریشه نظریه انتظارهای مشروع به حقوق آلمان برمی‌گردد.^۱ گفته می‌شود اصل آلمانی «vertrauensschutz» که به معنی حمایت از اعتماد به قانونی بودن تصمیم اداری است، مبنای اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری است. اصول اطمینان حقوقی و انتظارهای مشروع ماهوی، مستنبط از مواد ۲۰ و ۲۸ قانون بنیادی آلمان هستند که مبنای اصل حاکمیت قانون (Rechtsstaat) در این کشور را تشکیل می‌دهند. رأی صادرشده در پرونده موسوم به case Widow در سال ۱۹۵۹ توسط دادگاه اداری فدرال، نقطه عطفی در پذیرش اصل انتظارهای مشروع ماهوی در این کشور بود. دادگاه، دستور بازگرداندن پرداخت‌های صورت‌گرفته به یک بیوه زن را با وجود غیر قانونی شناختن پرداخت‌ها موجه نشناخت؛ چون با انتظار مشروع او که پرداخت‌ها قانونی بوده است، ناسازگار بود. در نهایت، این روند به وضع مقرره‌ای ذیل ماده ۴۸ (۲) قانون رویه اداری این کشور (مصوب ۱۹۷۶) انجامید که به طور مشخص، ناظر به حمایت از انتظارهای مشروع ماهوی است.^۲

1-Kunnecke, Marina, Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo- German Comparison, Springer 2007, pp. 124-128

۲. متن ماده ۴۸ (۲) قانون رویه اداری مصوب ۱۹۷۶ (اصلاحی ۲۰۰۴): «۱. یک عمل اداری غیر قانونی حتی اگر غیر قابل تجدید نظر باشد، می‌تواند کلاً یا جزئاً با اثری رو به گذشته یا به آینده ملغی شود. عمل اداری که منجر به تعلق حق یا مزیتی مرتبط در روندهای رسیدگی قضایی شده باشد یا مؤید تعلق چنین حق و مزیتی باشد (عمل اداری سودبخش)، تنها وفق محدودیت‌های مقرر در بند ۲ قابل لغو است.

۲. یک عمل اداری غیر قانونی که پرداخت یک‌باره یا پیوسته پول یا یک نفع مالی قابل تجزیه را مقرر کرده باشد، تا آن جا که ذی‌نفع بر بقای عمل اداری تکیه کرده باشد و اتکای او به نسبت منفعت عمومی حاصل از الغا مستوجب حمایت [بیش‌تری] باشد، نمی‌تواند ملغی شود. اتکا به طور کلی مستوجب حمایت خواهد بود، وقتی ذی‌نفع از اعانه‌های صورت‌گرفته یا ترتیباتی مالی مقرر استفاده کرده باشد. چنان‌که دیگر قابل ابطال نباشد یا تنها با تحمل زیان‌هایی که نمی‌توان معقولانه از او انتظار داشت، قابل ابطال باشد.» این ماده در ادامه به شرایطی می‌پردازد که مدعی نمی‌تواند به اتکا و اعتماد خود به تصمیم اداری استناد کند. ماده ۴۹ نیز به شرایط لغو یک عمل اداری قانونی می‌پردازد. نکته خاص ماده اخیر، مقرر داشتن غرامت برای جبران زیان اشخاصی است که به مقرره اداری اتکای زیان‌بار کرده‌اند. برای متن کامل قانون، نک:

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/gesetzestexte/VwVfg_en.pdf?__blob=publication-File&v=1

گفته می‌شود دادگاه قانون اساسی فدرال، دکترین موسوم به اعتماد به قانونی بودن عمل اداری (vertrauensschutz) را به قوانین موضوعه نیز تعمیم داده است. نک:

Rennert, Klaus, The Protection of Legitimate Expectations under German Administrative Law, 2016, pp. 8- 10. available at: www.bverwg.de/en/medien/pdf/rede_20160421_en.pdf

در حقوق آلمان و اتحادیه اروپا، انتظاراتهای مشروع از متفرعات اصل اطمینان حقوقی شناخته می‌شود که بر پیش‌بینی‌پذیری مقررات اداری تأکید دارد؛ آن چنان‌که همه مردم بتوانند برای آینده زندگی خود برنامه‌ریزی کنند. چنین اصلی حتی در مورد قوانین موضوعه نیز قابل اعمال است. بنابراین،^۱ از انتظاراتهای مشروع تا جایی حمایت می‌شود که به پیش‌بینی‌پذیری مقررات اداری کمک کند.^۲

دادگاه دادگستری اروپایی بارها تأکید کرده است که از انتظاراتهای مشروع تنها در جایی حمایت می‌کند که تغییر، معقولانه قابل پیش‌بینی نباشد. حتی اگر انتظار معقول باشد، اداره می‌تواند به منافع عمومی استناد کند.^۳ این در حالی است که در حقوق آلمان، با قانون‌مند شدن عمل اداری، در صورت بروز تعارض، جایی برای توسل به منافع عمومی نیست، مگر آن‌چه در «قانون رویه اداری» تصریح شده است.

در واقع، به دلیل قانون‌مند بودن اعمال اداری در آلمان و اتحادیه اروپا و پای‌بندی اداره‌ها به تکالیف و اهداف قانونی مشخص، جای چندان برای اختیار‌گزینشی اداره و از آن سو، بیش‌فعالی قضایی و گسترش مفهومی اصل انتظاراتهای مشروع وجود ندارد. این است که در آلمان، اصل انتظاراتهای مشروع کارکرد محدودتری دارد،^۴ در حالی که در انگلستان، به شرحی که خواهیم دید، هدف از این نظریه، پیشبرد انصاف فردی و جلوگیری از سوء استفاده از قدرت با حمایت از «اعتماد» است.

بند دوم. انگلستان

در مقایسه با آلمان و اتحادیه اروپا، این نظریه در انگلستان همانند دیگر عوامل بازنگری قضایی اعمال اداری، واکنشی است به اختیارات گزینشی فراوان اداره. از این رو، در این کشور، اصل انتظاراتهای مشروع در وضعیت‌های متنوع‌تری به کار گرفته می‌شود. در واقع، در حالی که در آلمان به عنوان خاستگاه این نظریه و اتحادیه اروپا، انتظاراتهای مشروع بر اساس اعتماد و اطمینان حقوقی، یک معیار حداقلی را برای رفتار اداره با شهروندان، آن هم در

۱. بر اساس اصل اطمینان حقوقی است که قوانین کیفری عطف بماسبق نمی‌شود و اثر قوانین غیر کیفری از زمان انتشار است، مگر آن‌که در خود قانون، ترتیب دیگری مقرر شده باشد. در واقع، اعتماد حقوقی، اعتماد به محتوای قانون یا قاعده است و نه اعتماد به عمل اداری خاص.

2-Reynolds, Paul, Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials, Public Law, Vol. 2011, pp.

12-13. available at SSRN: www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689518

Tomlinson, Joe, Do we need a theory of legitimate expectations?, Legal Studies, 2010, p. 8

3-Thomas, op.cit., p. 46 .

4-Reynolds, op.cit., p. 17.

حیطه‌های مشخصی مانند لغو تصمیم‌ها (اعم از تصمیم‌های قانونی یا غیر قانونی) مقرر می‌کند، در انگلستان، این اصل، محدودیتی بر اختیارات گزینشی اداره تلقی می‌شود که نوعاً اداره به موجب قانون از آن برخوردار است و چه بسا زمینه و امکان تغییر سیاست‌ها و رویه‌های اداری را فراهم می‌کند.

به عبارت دیگر، انتظارات مشروع، محدودیتی بر رفتار اداره است تا مبدا به واسطه صلاحیت گزینشی خود، با اعمال خودسرانه موجب سلب «اعتماد» مردم به اداره شود و توسعه مفهومی اصل انتظارات مشروع (یا دیگر اصول نظارتی) به ویژه از نظر ماهوی، پاسخی قضایی به این وضعیت است. البته بر خلاف آلمان، طرح آن به مثابه یک معیار و ملاک عینی در نظارت بر اعمال اداری، نوعی دخالت در امور اداری و اجرایی تلقی می‌شود.^۱ به دلیل همین ملاحظه، دادگاه‌ها در انگلستان از ایفای نقشی «سازنده» تر در اداره خودداری کرده‌اند و هدف آن‌ها، بیش‌تر، اجبار اداره به رعایت انصاف در موقعیت‌های فردی بوده است تا بر ساختن یک اصل کلی حقوق اداری.^۲ این امر ضمن این‌که باعث سردرگمی‌های مفهومی گردیده، یافتن مبنای نظری مشخصی را برای این نظریه دشوار کرده است.

به همین دلیل، در انگلستان، کوشش‌های بیش‌تری برای یافتن مبنایی متمایز برای انتظارات مشروع صورت گرفته است. از دید عده‌ای، اصولی انتزاعی مانند انصاف، منع سوء استفاده از قدرت یا الزام «اداره خوب» که در رویه قضایی انگلستان به عنوان مبنای نظریه انتظارات مشروع شناخته می‌شود، به همراه حفظ اطمینان حقوقی،^۳ اصل حاکمیت قانون و اتکای زبان‌بار^۴ که در رویه قضایی این کشور و دیگر کشورها به ویژه آلمان و حقوق اتحادیه اروپا^۵ معمولاً هنگام شناسایی انتظارات مشروع به آن استناد می‌شود، خصوصیت یا وجه

۱. تحت تأثیر نظریه‌های آلبرت دایسی، با وجود واگذاری اختیارات گزینشی فراوان به دولت، دادگاه‌ها در انگلستان تا مدت‌ها به دلیل ترس از مداخله در کار قوه مجریه، از نظارت ماهوی بر اعمال دولت خودداری می‌کردند و به جز به سبب عمل خارج از اختیارات قانونی (ultra vires) اداره، تنها موجب ماهوی بازنگری قضایی اعمال دولت، معیار نامعقول بودگی مقرر در رأی ونزبوری (wednesbury, ۱۹۴۸) بود. نک:

Esther, Drabkin-Reiter, The Europeanisation of the law on legitimate expectations, European University Institute, 2015, available at: www.cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/40324/2015_DrabkinReiter_LLM.pdf?sequence=1

2-Thomas, op.cit., p. 51.

3-legal certainty.

4-detrimental reliance.

۵. گفته می‌شود ابتدای اصل انتظارات مشروع بر اطمینان حقوقی در جامعه اروپایی (و بعد، اتحادیه اروپا) که مفهومی عینی‌تر است، احتمالاً دلایل سیاسی داشته و آن این‌که در همه شش کشور پایه‌گذار جامعه، اصل اطمینان حقوقی پذیرفته شده است. نک: Reynolds, op.cit., p.17.

متمایز این نظریه را نمی‌نمایاند و معلوم نمی‌کند چرا باید از انتظارهای مشروع در هر مورد حمایت کرد.^۱

به عبارت دیگر، هیچ یک از این اصول و ضوابط به تنهایی نمی‌تواند مبنای یک نظریه جامع ناظر برای انتظارهای مشروع باشد. در واقع، موقعیت‌های ایجادکننده انتظار مشروع یا وضعیت‌هایی که قضات در انگلستان (و برخی دیگر از کشورهای حوزه کامن‌لا)، موجد انتظار مشروع می‌شناسند، متنوع‌تر از آن است که هیچ یک از این اصول بتوانند آن‌ها را پوشش دهند. بنابراین، این اصول به تنهایی نمی‌توانند راهنمایی عملی برای قضات در شناسایی کردن یا نکردن موردی انتظارها فراهم کنند. در حقیقت، ارزش «افزوده» انتظارهای مشروع به حقوق اداری زمانی آشکارتر می‌شود که انتظار، تنها مبنای حمایت باشد و خواهان دعوا هیچ مبنای دیگری برای طرح دعوای خود به جز انتظار مشروع نداشته باشد.

برای مثال، هر چند اطمینان حقوقی از افراد در برابر خودسری و اعمال غیر متصفانه اختیارات اداری (و سیاسی) حمایت می‌کند و با اهداف مورد نظر در اصل انتظارهای مشروع نزدیکی و پیوند زیادی دارد، ولی گستره کاربرد این دو اصل همیشه با هم منطبق نیست و همین امر، زمینه تعارض میان آن‌ها را فراهم می‌کند. اطمینان حقوقی با برابری شکلی و اعمال مستمر قواعد سر و کار دارد: «اطمینان حقوقی یک ارزش عینی است...، در حالی که انتظارهای مشروع در متن یک ارتباط بین فرد یا گروه خاصی با اداره عمل می‌کند» و به واسطه همین ویژگی، چه بسا به اقتضای اصل انصاف (مبنای ارزشی دیگر انتظارهای مشروع)، اعمال استثنائاتی را در قاعده طلب می‌کند که با اطمینان حقوقی به عنوان یک اصل کلی حقوق عمومی قابل توجیه نیست و تشخیص آن نیز با دادگاه است. به عبارت دیگر، انتظارهای مشروع، اطمینان حقوقی را «حسب مورد» و تنها برای فرد (مدعی) افزایش می‌دهد، ولی در مجموع، باعث کاهش اطمینان حقوقی می‌شود. به واسطه این ویژگی است که حتی مقررات یا تصمیم‌های اداری غیر قانونی نیز گاهی منشأ انتظار مشروع شناخته می‌شوند؛ چون منشأ آن، «اعتماد» ذی‌نفع به اداره است؛ در حالی که اطمینان عموم به یک قاعده، عینی و همگانی است.^۲

۱. به این سه مقاله انتقادی بنگرید:

Reynolds, op.cit., p. 330; Tomlinson, op.cit., pp.286-300 ; Daly, Paul, A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations (September 10, 2015). In: Matthew Groves and Greg Weeks (eds.), Legitimate Expectations in the Common Law World, Hart Publishing, 2016, Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=2658645 or www.doi.org/10.2139/ssrn.2658645

2-Reynolds, op.cit., p.14; Thomas, op.cit., pp.45-46.

همین طور، اصل انصاف و منع سوء استفاده از قدرت، هر چند کم و بیش می‌توانند توجیه‌کننده مبنای این نظریه باشند، اما در سطح بالاتری از انتزاع قرار دارند و کلی‌تر از آن هستند که مبنای انحصاری یا وجه متمایز نظریه انتظارهای مشروع را بنمایانند. شناسایی انتظارهای مشروع گاهی به مراعات اصل انصاف فردی ربطی ندارد یا همه نمونه‌های بی‌انصافی یا سوء استفاده از قدرت را نمی‌توان ذیل اصل انتظارهای مشروع جای داد.^۱ انتظارهای مشروع، یک اصل متمایز است و بنابراین، مبنایی را طلب می‌کند که دادگاه را به طور مستقیم به اعمال این اصل راهبر شود.

علاوه بر این، خود این اصول مبنایی نیز چه بسا در عمل با یکدیگر یا دیگر اصول ناسازگار باشند. برای مثال، در مواقعی، عمل نکردن به وعده اداری که چه بسا مغایر اصل انتظارهای مشروع است، می‌تواند مصداق «اداره خوب» باشد.^۲ همچنین «اداره خوب»، هر چند پای‌بند اصل حاکمیت قانون است، اما اعلام اشتباه یک تصمیم، سیاست یا وعده و اصرار دادگاه بر پای‌بندی اداره به آن به منظور حمایت از انتظارهای مشروع چه بسا ممکن است پی‌آمدهای بلندمدت منفی از نظر حفظ حاکمیت قانون داشته باشد.

از آن سو، هر چند اعلام‌های اداری خارج از حدود اختیارات قانونی به دلیل مغایرت با اصل حاکمیت قانون هیچ گونه حق، نفع یا تعهدی ایجاد نمی‌کند، مواردی وجود دارد که حاکی از نگرانی قضایی از بروز بی‌انصافی بر اثر اجرا نشدن این اعلام‌ها و بی‌توجهی به انتظارهای مشروع است. در این مورد، استدلال این است که گاهی اجرای این اعلام‌های خارج از حدود اختیارات قانونی، ملزومات اصل حاکمیت قانون و اداره خوب را که مبتنی بر «اعتماد» شهروندان به اداره است، بهتر تأمین می‌کند؛ به ویژه وقتی مخاطب تصمیم، هیچ دلیلی برای تردید در قانونی بودن اعلام اداره نداشته یا در موقعیتی نبوده است که بتواند غیر قانونی بودن آن را

۱. چنان‌که در دعوای رشید (R. (Rashid) v Home Secretary, 2005)، درخواست پناهندگی یک کرد عراقی در انگلستان بر خلاف مقررات وزارت داخله رد شده بود. خواهان از این مقررات بی‌اطلاع بود، اما جالب است که دادگاه تجدید نظر، این ناآگاهی را به برخورداری او از انتظار مشروع مربوط ندانست. در نقد این رأی گفته شده است که وقتی «دعوی در واقع، انتظار چیزی را ندارد، پس... انتظار آن شخص که وجود ندارد، قابل حمایت نیست». از این دعوا به عنوان یک نمونه از مواردی ذکر می‌شود که نظریه انتظارهای مشروع را از حدود خاص خود فراتر می‌برد. نک: Reynolds, op.cit, p.9. در این موارد گفته می‌شود بهتر است به اصل ثبات (Consistency) یا برابری در رفتار استناد شود: نک:

The Europeanisation of the law on legitimate expectations, op.cit, p.1.. Drabkin-Reiter

۲. با توجه به گستره مفهومی «اداره خوب» پیداست که این مفهوم نمی‌تواند همیشه در عمل راه‌گشا باشد. گفته می‌شود آموذمن در انگلستان از تحقیقات گذشته خود، ۴۲ اصل را به عنوان اصول «اداره خوب» برشمرده است: Reynolds, op.cit, p.11, footnote 42.

تشخیص دهد. قانونی بودن، یک اصل مطلق نیست، بلکه جنبه‌ای هر چند مهم از یک نظام قانونی است که وقتی زیان وارد شده به عموم بر اثر نقض آن به مراتب، کم‌تر از زیانی باشد که به فرد (صاحب انتظار مشروع) وارد می‌شود، می‌تواند با قید و استثنا اجرا شود.

اکنون سؤال این است که آیا می‌توان مبنایی یافت که ضمن این که محدوده این نظریه را معلوم می‌کند، توجیه‌کننده تعهد یا تکلیف ابتدایی مأموران اداری به اجرای انتظار مشروع شهروندان باشد؟ به عبارت دقیق‌تر، آیا می‌توان وضعیتی را فرض کرد که انتظار مشروع تنها مبنای حمایت از نفع خواهان باشد؟

بنابراین، چون این اصل در انگلستان کاربردی گسترده دارد، بدیهی است در دعاوی مختلف انتظارهای مشروع به ویژه در معنای ماهوی آن، پای ارزش‌های مختلفی به میان کشیده شود. گفته می‌شود این تعارض‌ها بین اصول و ارزش‌های استنادی هر چند گریزناپذیرند، اما رفع‌شدنی هستند.^۱ از این رو، از دید برخی، شاید در پیش گرفتن رویکردی تکثرگرا بتواند این تزاخم و تعارض‌ها را در خود حل کند. رویکردی که هدف آن تا جایی که امکان‌پذیر باشد، سازگار کردن این اصول و معیارها با یکدیگر است، نه ابتدائاً اولویت بخشیدن یکی بر دیگری.^۲ به عقیده برخی دیگر از نویسندگان، در جست‌وجوی مبنایی منحصر برای انتظار مشروع، تنها دلیل به کارگیری نظریه در موارد ادعایی را باید در «اعتماد» افراد به رفتار مراجع اداری جست و استناد به دیگر اصول بی‌وجه است. بر اساس این رویکرد، این نظریه برای تضمین حفظ اعتماد به حکومت است. بنابراین، تنها در صورتی قابل اعمال است که رابطه اعتماد بین ذی‌نفع (مدعی) و اداره شکل گرفته باشد. منظور از اعتماد در این جا صرفاً یک اعتماد کلی به دولت و مقامات اداری نیست، وگرنه انتظار مشروع به یک انتظار کلی که باید با مدعی منصفانه یا مناسب برخورد شود، فروکاسته می‌شود و آن را به یک مفهوم کلی بی‌خاصیت و اضافی بدل می‌کند، بلکه منظور، حفظ «اعتماد خاص» بین دولت - اداره و فرد است که زیر پا نهادن آن، سوء استفاده از قدرت و منافعی «اداره خوب» است. تأکید در این جا بر «اعتماد خاص» ذی‌نفع به اداره یا مقام تصمیم‌گیرنده است؛ اعتمادی که بر اثر رفتار اداری در قبال فرد یا افراد معینی به وجود آمده و شرط «ضروری» انتظار معقول است، هر چند شرط کافی برای حمایت و مشروع شناختن آن نیست. به عبارت دیگر، وجود اعتماد خاص که بیانگر انتظار واقعی یا معقول است، یک چیز است و مشروع شناختن آن و درجه حمایتی که از آن صورت می‌گیرد، چیز دیگر.^۳

۱. برای دیدن نحوه بروز این تزاخم‌ها در منابع فارسی، نک: بهنیا، پیشین.

2-Daly, op.cit, pp. 9-11.

3-Reynolds, op.cit, pp.17-19 .

بر اساس این رویکرد، انتظارهای ناشی از اعلام‌های اداری را درباره آنچه مقامات و مراجع اداری در آینده انجام خواهند داد یا نخواهند داد، باید در نظر گرفت، اگر تنها آن‌ها مسئول (اصلی) ایجاد انتظار (انجام یک عمل شکلی یا ماهوی یا ترک فعل در آینده) بوده و به عنوان تصمیم‌گیرنده، عهده‌دار نقشی کلیدی باشند. این مسئولیت بر اثر «اعتماد» خاص مخاطب یا ذی‌نفع دارای حسن نیت به اعلام یا تصمیم اداری یا قول و اطمینان بخشی بی‌ابهام اداره حاصل می‌شود؛ خواه تصمیم و اعلام یا وعده موجد انتظار، خارج از حدود اختیار قانونی باشد یا خیر؛ خواه از روی آگاهی و قصد باعث ایجاد انتظار شده باشد یا ناخواسته یا از روی بی‌احتیاطی؛ خواه مخاطب به اعلام اداره اتکا کرده باشد یا خیر.^۱

بر اساس این رویکرد، هشدار قبلی اداره و در پیش گرفتن اقدامات معقول از جانب مرجع تصمیم‌گیرنده برای آگاه کردن ذی‌نفع از فعل یا ترک فعل اداری خلاف انتظار، تنها راه گریز اداره از مسئولیت اداری خواهد بود و مدعی برای اثبات مسئولیت اداره باید به اصول و قواعدی دیگر به جز انتظار مشروع استناد کند.^۲

گفتار سوم. انتظار مشروع و انتظارهای قانونی

انتظار برخورداری از یک نفع یا حق «قانونی» به معنای انتظار برخورداری از حق و نفع، اعم از رویه‌ای یا ماهوی مشخصی که در قانون (اساسی یا عادی) یا عرف قضایی برای افراد و اشخاص منظور شده است، مشمول اصل انتظارهای مشروع در حقوق اداری نمی‌شود؛ زیرا افراد می‌توانند برای نقض آن به طور مستقیم با استناد به اصل حاکمیت قانون، به قانون و رویه عرفی مربوط مراجعه کنند. بنابراین، این انتظار فرد که قواعد معمول انصاف رویه‌ای یا عدالت طبیعی در مورد او رعایت شود، مشمول انتظارهای مشروع واقع نمی‌شود؛ چون صرفاً توقع اعمال یک قانون عرفی یا رویه از پیش موجود است، نه اظهار یا اعلام اطمینان بخش خود مقام اداری.

۱. در مورد شرط اتکای زبان‌بار گفته می‌شود که اگر کارکرد شرط اتکای واقعی و زبان‌بار ذی‌نفع برای شناسایی انتظار مشروع، اثبات اعتماد خاص او (ذی‌نفع) به اعلام یا تصمیم اداری است، این اعتماد با صرف اعلام اداره، خود به خود شکل می‌گیرد و مخاطب معمولاً به اعلام اداره اعتماد می‌کند، مگر این که ثابت شود چنین اعتمادی شکل نگرفته است. نهایتاً اتکای زبان‌بار، اماره‌ای بر شکل‌گیری اعتماد خاص میان ذی‌نفع و اداره است، اما یک شرط لازم برای شناسایی انتظار مشروع نیست. گفته می‌شود چنین رویکردی با روح این نظریه که به دنبال حمایت از کسانی است که از جهات دیگری، بدون حمایت مانده‌اند، سازگارتر است. (Reynolds, op.cit, p. 24) علاوه بر این، با ضروری شناختن این شرط، انتظارهای مشروع از نظریه استاپل (estoppel by representation) در حقوق خصوصی جدا می‌شود که در آن، اتکای مادی زبان‌بار، یکی از شروط محدودکننده است: Drabkin- Reiter, op.cit, p.14.

2-Brown, op.cit, p. 61.

در حقیقت، انتظار مشروع، ناشی از فعل یا رفتار خود مقام اداری است و نه حق یا نفع قانونی مشخص و از پیش موجود. بنابراین، به خودی خود ممکن است باعث جلب حمایت حقوقی - قضایی نشود. به این ترتیب، در چارچوب انتظارهای مشروع در حقوق اداری و رویه قضایی، تصمیم‌ها یا اعلام‌های غیر قانونی به ویژه زمانی که باعث اتکای زیان بار مخاطب شده باشد، تحمل می‌شود و چه بسا زمینه حمایت از ذی‌نفع را فراهم کند؛ چون هدف انتظارهای مشروع، حمایت از حق یا نفع قانونی به معنای اخص کلمه نیست، بلکه حمایت از یک نفع ناشی از رفتار اداری است که از دید دادگاه، حسب مورد، مستوجب حمایت شناخته می‌شود؛ و گرنه تکلیف اداره به عمل منصفانه و پای‌بندی به قواعد از پیش موجود، یک تکلیف قانونی است که جایی برای نظریه انتظار مشروع باقی نمی‌نهد، مگر آن‌که ناشی از وعده یا رفتار خود اداره باشد که باعث ایجاد «اعتماد خاص» ذی‌نفع به اداره شده و اکنون اداره بدون دلیل موجه از آن روی برگردانده باشد.^۱ این سخن به آن معناست که نظریه انتظارهای مشروع از انتظارهایی حمایت می‌کند که فراتر از حقوق قانونی قابل اجراست و به عبارت دیگر، هدفی فراتر از اصل حاکمیت قانون را دنبال می‌کند.

وقتی از تفاوت انتظارهای مشروع و حق مکتسب سخن گفته می‌شود، دقیقاً به همین معنی است. حق مکتسب هر چند دارای مبنای کم و بیش مشترکی با نظریه انتظارهای مشروع است، دامنه محدودتری دارد. در این نظریه، تأکید بر «حق» قانونی است که نمی‌توان از آن روی گرداند، در حالی که هدف نظریه انتظارهای مشروع در حقوق اداری (دست کم در انگلستان) این است که در برابر اختیار گزینشی اداره، از استقلال و خودمختاری فرد، آزادی او در برنامه‌ریزی‌های آتی برای زندگی دفاع و حمایت کند؛ آن هم مشروط به این‌که با منافع عمومی ناسازگار نباشد. گفته می‌شود که حمایت از انتظارهای مشروع در جایی است که نفع فرد (اعتماد و انتظار او) هنوز به یک حق مکتسب بدل نشده است. بنابراین، حق مکتسب، سطح بیش‌تری از حمایت‌ها را در برابر قدرت عمومی فراهم می‌کند.^۲

به همین ترتیب، این دو مفهوم از نظر منشأ نیز متفاوتند. حق مکتسب در قانون ریشه دارد که به دلیل تغییر قانون یا مقررات در افراد انتظار ایجاد کرده است، در حالی که از انتظارهای مشروع ناشی از «رویه‌ها» و «وعده‌های اداری هم حمایت می‌شود. در نتیجه، «باید پذیرفت که حق مکتسب به عنوان یک نظریه حقوقی نمی‌تواند راهگشای اختلافات احتمالی فیما بین

۱. به عنوان نمونه در قضیه Ng Yuen Shiu (۱۹۸۳) با این‌که وضعیت یک مهاجر غیر قانونی، هیچ حق قانونی برای اعتراض به خودداری مقامات هنگ کنگ از دادن امکان استماع به او نمی‌بخشید، اما به دلیل اطمینان‌بخشی قبلی دولت که مهاجران غیرقانونی از چنین امکانی برخوردار خواهند بود، دادگاه، انتظار مشروع شکلی مدعی را پذیرفت.

2-Esther Drabkin-Reiter, op.cit, p. 5.

شهروندان یا کارگزاران عمومی در چارچوب اعمال صلاحیت‌های اختیاری باشد؛ چرا که حق مکتسب در مقابل اعمال صلاحیت تکلیفی مطرح می‌شود... و در نتیجه اجرای صلاحیت تکلیفی، برای شهروند، نوعی حق ایجاد می‌گردد، اما به واسطه صلاحیت اختیاری، صرفاً انتظار مشروع برای شهروند حاصل می‌شود» که اداره بنا به ملاحظات عمومی در رد و قبول آن مختار به نظر می‌رسد.^۱ گویا هدف تلاش‌های نظری اخیر (که به شمه‌ای از آن اشاره شد)، کاستن از این اختیار و تنظیم ضوابطی دقیق‌تر است که اداره را در شرایط مشخص حتی‌المقدور به رعایت انتظار مشروع شهروندان وادار کند. بنابراین، تفکیک انتظارهای مشروع از «حق» و استحقاق‌هایی که مشروع هستند، اما «انتظار» نیستند، مهم است، چنان‌که تمایز امیدها و پیش‌بینی‌هایی که انتظار هستند، اما مشروع نیستند، اهمیت دارد.

انتظارها از قانون‌گذاران پارلمانی برای وضع، اصلاح یا نسخ قوانین نیز از حوزه بحث خارج است. انتظارهای مشروع، ناظر به «قوانین ثانوی» یا به طور کلی، اعمال اداری است. اعمال اداری یا اعمال موردی هستند یا مخاطب آن، گروه به نسبت کوچکی از افراد است. به عبارت دیگر، موضوع اختیار گزینشی اداره یا مخاطب وعده‌هایی که مبتنی بر چنین اختیاری است، فرد یا افراد معینی هستند و قانون پارلمان چه بسا به اداره، صلاحیت تشخیصی در اجرای آن می‌بخشد؛ بی آن‌که نیازی به رأی و بحث و نظر پارلمان باشد. این در حالی است که قوانین مصوب پارلمانی دارای اهداف سیاسی کلانی هستند که بخش بزرگی از جمعیت کشور یا همه افراد دارای وضعیت مشابه را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در این جا مستقیماً موضوع منافع عمومی در میان است و اصولاً جایی برای منافع فردی باقی نمی‌گذارد. وعده‌ها و برنامه‌های انتخاباتی نیز شرایط مشابه دارند و طرح دعوای انتظار مشروع برای اجرای آن‌ها به رسمیت شناخته نشده است.

با این حال، در حقوق اداری اتحادیه اروپا، دامنه نظریه انتظارهای مشروع به سیاست‌ها و اقدامات اداری محدود نمی‌شود. حتی دادگاه عمومی و دادگاه دادگستری اروپایی، انتظارهای مرتبط با قانون اولیه اتحادیه اروپا یعنی مقررات کمیسیون اروپا را که به تأیید شورای اتحادیه اروپا و پارلمان اروپا رسیده، مشروع شناخته است، هر چند وقتی ادعای غرامت (حمایت ترمیمی) مطرح باشد، دامنه مسئولیت محدود می‌شود.

در حقوق آلمان نیز دادگاه قانون اساسی، اصل انتظارهای مشروع را به قانون پارلمانی تسری داده است. در یک دعوای جالب توجه، این دادگاه، ماده ۱۴ (۱) قانون بنیادی را مبنای

۱. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، راهبرد، زمستان ۱۳۹۰، سال بیستم، شماره ۶۱، ص ۱۶۳.

حمایت از انتظارهای مشروع شناخت. در این دعوا، دادگاه قانون اساسی بر اساس ماده یادشده، از انتظارهای مشروع شرکت‌های فعال در صنعت هسته‌ای حمایت کرد. از نظر دادگاه، دولت با تصمیم‌گیری ناگهانی برای به کارگیری یک قانون (سیزدهمین قانون اصلاحی قانون انرژی اتمی، مصوب ۳۱ ژوئیه ۲۰۱۱) که به دنبال حادثه نیروگاه اتمی فوکوشیما در ژاپن، تعطیلی مراکز اتمی را تسریع می‌کرد، ماده ۱۴ (۱) قانون اساسی را نقض کرده است؛ بی آن‌که بر اساس قانون موجود که تعطیلی تدریجی را پیش‌بینی کرده بود، به شرکت‌های سرمایه‌گذار در این صنعت، غرامت بپردازد.^۲

گفتار چهارم. انتظارهای مشروع و انتظارهای معقول

در حقوق اداری باید میان انتظارهای معقول و مشروع هم تفکیک کرد. در حقوق اداری، انتظارهای معقول لزوماً مشروع نیستند. انتظارهای معقول اگر و تنها توسط مرجع قضایی به رسمیت شناخته شود، «مشروع» شناخته می‌شوند. این تفکیک میان انتظارهای مشروع و انتظارهای معقول در دیگر شاخه‌های حقوق پذیرفته شده نیست. مثلاً انتظار «معقول» برخورداری از نفع یا حق قانونی یعنی انتظاری که افراد از قوانین لازم‌الاجرا دارند، برای مثال، انتظار حفظ و حمایت از حریم خصوصی شناخته شده در قانون اساسی یا عادی، هم‌زمان، یک انتظار مشروع است. در واقع، حق‌ها هم انتظار تولید می‌کنند، اما در این مورد، انتظار، حقانی است؛ چون مبتنی بر حق یا نفع شناخته شده قانونی است. بنابراین، انتظارهای معقول و مشروع بر هم منطبق هستند.^۳ انتظار مشروعی که در حقوق اداری از آن سخن می‌رود، این گونه نیست. در حقوق اداری، هر نوع انتظار معقولی، مشروع نیست؛ یعنی پی‌آمد حقوقی به دنبال ندارد. به عبارت دیگر، انتظاری هستند که چه بسا «معقول» هستند، اما مشروع نیستند. این که چه نوع انتظاری در حقوق اداری، مشروع است، هیچ اتفاق نظری در این زمینه وجود ندارد و مستلزم در پیش گرفتن رویکردی هنجاری است. از سوی دیگر، چنان‌که پیش‌تر گفتیم، «انتظار» مشروع را که مبتنی بر اعلام و اظهار رسمی یا قول و وعده جازم اداره یا مقام اداری خطاب به فرد یا افراد معینی است، باید از امیدها و تصورات واهی افراد و انتظاری که شهروندان به طور کلی از مقامات سیاسی و اداری دارند، تفکیک کرد. انتظارهای مشروع در حقوق اداری، ناظر به اعمال و تصمیم‌های اداری است که در حقوق کشورهای کامن‌لا، قانون‌گذاری ثانوی یا قوانین تفویضی خوانده

1-Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany (2016).

2-Brown, op.cit, pp.18-19.

3-Ibid, p. 4.

می‌شود. به عبارت دیگر، منشأ انتظارات موضوع بحث در این جا صرفاً اعمال و رویه‌های اداری - اجرایی مأموران و مقامات قوه مجریه است. بنابراین، در ادبیات مربوط، انتظارات ناشی از قوانین موضوعه پارلمان یا حتی اعمال و اظهارات سیاسی مقامات سیاسی - اجرایی، از نظر تخصیص یا تخصص از حوزه بحث خارج می‌شود.

گفتار پنجم. منشأ انتظار مشروع؛ اعلام‌های یک‌جانبه

چنان‌که در مقدمه گفته شد، امروزه اعلام برنامه‌ها و سیاست‌ها توسط حکومت‌ها از طریق وعده‌ها، اظهارات اطمینان‌بخش، اعلام‌های عمومی و نظیر آن، نامعمول نیست. بدیهی است که این اعلام‌ها، انتظاراتی را در ذهن شهروندان درباره فعالیت‌های دولت و روندهای آتی امور ایجاد می‌کند. باید توجه داشت که انتظارات عمومی از دولت با آنچه اصل انتظارات مشروع خوانده می‌شود، متفاوت است. آنچه باعث انتظار مشروع می‌شود، اصولاً «عمل» یک‌جانبه غیر قراردادی مقام اداری است. وقتی از عمل اداری یک‌جانبه سخن می‌گوییم، اعم از ایقاعات اداری است، بلکه منظور، هر رفتار یا عمل غیر قراردادی است که انتظار آفریده است یا می‌آفریند و در واقع، شامل سه نوع رفتار و بروز رفتار می‌شود: سیاست‌ها،^۱ رویه‌ها^۲ و وعده‌ها.^۳

سیاست‌ها شامل قواعد، مقررات یا دستورالعمل‌های نوعی اداری می‌شود که وضعیت دسته یا طیف وسیعی از مردم را تنظیم می‌کند و در قالب مقررات اداری ارائه می‌شود. بر این اساس، قوانین موضوعه پارلمان از شمول نظارت دادگاه‌ها خارج است و نمی‌تواند منشأ نظارت اداری باشد.

رویه‌های گذشته و تثبیت‌یافته اداری^۴ هم می‌تواند منشأ انتظار باشد. مثلاً رویه مشورت پیشینی با اشخاص ذی‌نفع در شرایط مشابه در گذشته که ممکن است در مقررات اداری ریشه داشته یا بنا به صلاح‌دید شخصی مقام اداری مقرر شده باشد. وعده‌ها و اطمینان‌بخشی‌های^۵ شخصی مبنی بر انجام دادن یا ندادن کاری یا وعده استمرار یافتن یا نیافتن رویه‌ای اداری نیز می‌تواند منشأ مستقل انتظارات مشروع باشد.

به این ترتیب، انتظارات مشروع را باید از حقوق و منافع قراردادی یا مبتنی بر قرارداد نیز تفکیک کرد؛ چون با وجود قرارداد، طرفین نیازی ندارند که به اصل انتظارات مشروع

1-policy.

2-practice.

3-promise.

4-well- established practice.

متوسل شوند. حقوق و تعهدات قراردادی در توافقی ریشه دارند که نوعاً مستلزم قول و قراردادهای دوجانبه یا متقابل است و بنابراین، «انتظار» می‌رود محقق شود. این در حالی است که انتظاریهای مشروع در حقوق اداری، انتظار تحقق وعده یا قول و تضمینی یک‌جانبه است. نکته دوم این است که بر خلاف انتظار ناشی از قرارداد، انتظار مشروع صرفاً محصول وعده‌ها نیست. برخی انواع انتظاریهای مشروع بدون در کار بودن یک وعده اداری ایجاد می‌شود. برای مثال، انتظار ناشی از یک رویه اداری چه بسا مشروع باشد؛ بی آن‌که قول یا وعده‌ای در کار باشد. با این حال، بنا بر عقیده برخی، مستخدمان کشوری قراردادی و پیمانی نیز می‌توانند در دعاوی خود علیه دولت برای تبدیل وضعیت استخدامی خود یا به سبب خاتمه ناگهانی قراردادشان به انتظار مشروع خود استناد کنند.^۱ گفته می‌شود با شکایت مستخدمان کشوری علیه کارفرمایان خود، در حقیقت، آن‌ها تا حدودی از قابلیت خود به عنوان یک شهروند استفاده می‌کنند؛ چون آن‌ها نیز همانند دیگر شهروندان تابع صلاحیت‌گزینی مقامات اداری هستند. در این گونه دعاوی، هیچ گونه خصوصیتی وجود ندارد که آن‌ها را از شمول اصل انتظاریهای مشروع شکلی و ماهوی خارج سازد.^۲ به این ترتیب، قراردادهای موقت اداری با مستخدمان پیمانی در صورت تمديد و ایجاد این انتظار که چه بسا فرد مستخدم به استخدام دایم درمی‌آید، ممکن است مشمول اصل انتظار مشروع ماهوی شود.

گفتار ششم. معیار درونی مشروعیت انتظار

انتظاریهای مشروع باید از اصول و ارزش‌هایی که افراد، مستقل از نظم حقوقی، عادلانه می‌پندارند یا به اصطلاح از «هنجاربودگی بیرونی» مستقل باشد. توضیح این موضوع آن است که می‌دانیم میان حاکمیت قانون یا انتظار ثبات حقوقی یا اطمینان حقوقی و عدالت توزیعی یا دیگر ارزش‌های اجتماعی هیچ گونه تلازمی وجود ندارد. بنابراین، تغییر ناگهانی وضع موجود که چه بسا ناعادلانه است، از دید عده‌ای که بر اساس ارزش‌های خود، خواهان تغییر وضع موجودند، ممکن است عادلانه و بدون ایراد اخلاقی باشد و بنابراین، از نظر آنان، انتظار مشروعی ایجاد نکند.

باید دانست که نظم حقوقی که انتظار در درون آن به وجود می‌آید، خود، دربردارنده برداشت یا مفهومی از عدالت و انصاف است و شهروندان بر اساس همین برداشت برنامه‌ریزی می‌کنند و انتظار ثبات حقوقی دارند. این برداشت، چیزی است که «هنجاربودگی درونی» خوانده و انتظاریها بر اساس آن سنجیده می‌شود و باید سنجیده شود. بر این اساس، انتظار ثبات حقوقی، مشروع است تا جایی که با دریافت‌های نظم حقوقی مورد نظر از عدالت و

۱. بدیهی است این وضعیت در زمانی هست که در قرارداد، ترتیب دیگری مقرر نشده باشد.

2-Brown, op.cit, pp. 6 and 9-10.

انصاف (هنجاربودگی درونی) سازگار باشد؛ حتی اگر با برداشت‌های انتزاعی و آرمانی دیگران از عدالت و انصاف (هنجاربودگی بیرونی) ناسازگار باشد.

برای مثال، اگر برخی افراد جامعه، تولید گوشت را به دلایل اخلاقی یا محیط زیستی یا هر دلیل دیگری ناموجه بدانند، ممکن است با هر گونه اعمال محدودیت ناگهانی و پیش‌بینی‌ناشده برای تولید گوشت موافق باشند و آن را مشروع و اخلاقی بدانند و به این ترتیب، انتظارات تولیدکنندگان گوشت برای حفظ وضع سابق را مطلقاً ناپذیرفتنی و نامشروع بشناسند؛ چون از دید این عده، مقررات اولیه یا وضع موجود اولیه از اساس، نامشروع است. بنابراین، تغییر حتی ناگهانی آن نیز انتظار مشروعی تولید نمی‌کند. به عبارت دیگر، در رویکرد بیرونی یا برون‌گرا، انتظار زمانی موجه است که مقررات یا قانون اولیه، عادلانه باشد. در غیر این صورت، هر گونه انتظاری که پی‌آمد تغییر یا وعده تغییر نیافتن آن یا رویه موجود باشد، نامشروع است.

گفتنی است اصل انتظارات‌های مشروع در وهله اول، تأمین‌کننده ثبات، امنیت و اطمینان حقوقی است و پیداست که میان حفظ ثبات و امنیت حقوقی و برداشتی از عدالت اجتماعی یا ارزش‌های جمعی دیگری که دست کم در حال حاضر، بیرون از سیستم حقوقی هستند، همیشه تلازم وجود ندارد.^۱

گفتار هفتم. ملاحظات «عمومی» در شناسایی انتظار

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، شناسایی و احترام به انتظار مشروع افراد از جانب مرجع تصمیم‌گیرنده یا اعلام‌کننده تصمیم یا مرجع قضایی در مقام رسیدگی به دعوا هرگز قطعی نیست و تابع شرایط و بلکه محدودیت‌هایی است که ملاحظه آن درست همانند حفظ حقوق و منافع فردی اهمیت دارد. از نظر تصمیم‌گیرنده اداری، امکان تغییر سیاست‌ها یا رویه‌ها یک ضرورت است و اگر همواره از انتظار عمل مطابق سیاست‌ها و تصمیم‌های گذشته حمایت شود، مانع از تغییر سیاست‌ها توسط تصمیم‌گیرنده می‌شود که چه بسا این تغییر به سود منافع عمومی است. گاه خود قانون‌گذار ممکن است راه را بر شناسایی انتظارات‌های مشروع ببندد.^۲ به علاوه خود مرجع اداری نیز نمی‌تواند تغییر تصمیم یا سیاست را برای خود محدود کند. در نتیجه، اختیارات قانونی اداره باید آزادانه به کار گرفته شود. مقامات عمومی و محلی «وظیفه» دارند اختیارات خود را در جهت منافع عمومی به کار

1-Colla, Anne-France, Elements for a General Theory of Legitimate Expectations, Moral Philosophy and Politics, Vol. 4, Issue 2, 2017, available at: www.degruyter.com/document/doi/10.1515/mopp-2017-0040/html

۲. برای مثال، مطابق بند ۲ ماده ۴۹ قانون رویه اداری آلمان، یک عمل اداری قانونی دارای ذی‌نفع را می‌توان جزئاً یا کلاً با اثری رو به آینده لغو کرد، اگر «لغو با اجازه قانون باشد...».

ببرند.^۱ بنابراین، باید از اختیار سنجش منافع و ملاحظات رقیب برخوردار باشند.^۲ با این حال، نباید پنداشت به کارگیری اصل تناسب به ترتیبی که بیان شد، در ایجاد این هم‌سنگی و موازنه (بین منافع عمومی و خصوصی)، راه حلی همیشگی است.^۳ گذشته از انتظارهای شکلی یا رویه‌ای که بیش‌تر دادگاه‌ها به الزام اداره به رویه موضوع انتظار رأی داده‌اند، در انتظارهای ماهوی، با توجه به گستردگی و ناهم‌گونی محتوای انتظارها و پی‌آمدهایی که حمایت از آن به دنبال دارد، توسل به اصل تناسب همیشه کارساز نیست.^۴

در حقیقت، در امکان برخورداری اداره‌ها و مأموران اداری از صلاحیت یا اختیار تشخیصی در تغییر سیاست‌ها و تصمیم‌ها تردیدی نیست، بلکه بحث در گستره این اختیار است و اصل انتظارات مشروع، قیدی است بر اختیار مطلق اداره. دادگاه نیز در اعمال این قید یا محدودیت

۱. در انگلیس، رأی قاضی لرد دینینگ در قضیه *Laker Airways v Department of Trade* (1977) در این مورد بسیار روشن‌گر است:

«اصل مبنایی این است که مقام سلطنت [دولت] نمی‌تواند از به‌کارگیری اختیار منع شود، وقتی اداره از اختیارش برای انجام مناسب تکلیف خود به عمل در جهت خیر عمومی استفاده می‌کند؛ حتی اگر باعث بی‌عدالتی یا بی‌انصافی در مورد یک فرد خصوصی شود؛ خواه این اختیار توسط قانون موضوعه داده شده باشد و خواه حقوق عرفی».

۲. این تحلیل، ماهیت حق یا نفع قابل مطالبه در حقوق عمومی و به ویژه حقوق اداری را نیز می‌نمایاند. در حقوق عمومی، «حق» یا نقض قانون و الزامات قانونی حاوی حق در بسیاری مواقع، به صورت مستقیم، تکلیف ایجاد نمی‌کند، بلکه باید با ملاحظات عمومی به موازنه برسد. به ویژه هنگامی که اداره «اختیار» دارد، این حق یا نفع خصوصی در صورتی قابلیت اجرا دارد که در ذیل یکی از موجبات طرح دعوا بنشینند. مثلاً غیر قانونی بودن یا خارج از حدود اختیارات قانونی بودن عمل اداری یا در راستای بحث ما، ناقض اصل انتظارهای مشروع بودن عمل اداره، تا قابلیت شناسایی قضایی داشته باشد. به عبارت دیگر، در حقوق عمومی، حقوق و منافع در صورتی شناخته می‌شود که در وزن‌کشی قضایی نسبت به ملاحظات عمومی دولت، سنگینی کند و این فرق می‌کند با حق‌های شخصی در روابط خصوصی. رابطه حق و تکلیف در این جا مستقیم است و حال آن‌که در حقوق عمومی، خیر. برای دیدن این تحلیل و مقایسه، برای نمونه نک:

Leary, Thomas A, *The Nature of Public Law Duty and Citizen Standing in English Law*, LLM, Faculty of Law University of Toronto, ۲۰۱۱, available at: www.tspace.library.utoronto.ca.

۳. بنابراین، این نتیجه‌گیری در برخی مقالات فارسی را نمی‌توان پذیرفت که «انتظار مشروع ماهوی در واقع همان اعمال اصل تناسب و اعمال آزمون تعادل است». (رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و حمیدرضا سلیمی، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، بهار ۱۴۰۱، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ص ۲۴۵)

4-Elliot, Mark, *Legitimate Expectations: Procedure, Substance, Policy and Proportionality*, the Cambridge Law Journal, Vol. 65, No. 2 (Jul., 2006), pp. 254-256, p.256

۵. در این مورد، به ترتیب نک: 16-19, pp. *Daly, op.cit.*; 7-9, pp. *Perry and Farrah Ahmed, op.cit.*.

بر اختیار اداره، آزاد نیست. اجبار اداره به تغییر دادن یا ندادن یک سیاست یا تصمیم ماهوی توسط مرجع قضایی، دست کم بنا به برخی تفسیرهای قضایی به ویژه در حوزه کامن لا، مداخله در امور اجرایی است و با اصل تفکیک قوا ناسازگار است که مانند همین اصل، سامان‌بخش اداره عمومی است. ضمن این‌که اعمال این اختیار قانونی، احترام به نظر اکثریت است که قانون تفویض‌کننده اختیار تشخیصی، تجلی آن است.

این در حالی است که مثلاً در آلمان، چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، اختیار اداره برای لغو یا اصلاح عمل یا تصمیم اداری محدود است و این محدودیت در راستای حفظ امنیت و اطمینان حقوقی، مبنای قانونی دارد. به طور کلی، در همه جا، تغییر یا لغو عمل اداری اصولاً به دو دلیل صورت می‌گیرد: لغو کامل عمل یا تصمیم به دلیل این‌که از اساس، غیر قانونی بوده است. دوم، لغو یا اصلاح تصمیم به منظور سازگاری آن با شرایط جدید حاضر. در سال‌های اول تصویب قانون بنیادی بعد از جنگ جهانی دوم، اعمال اداری غیر قانونی در آلمان تحمل نمی‌شد و دادگاه‌ها با تأکید بر حاکمیت قانون و تبعیت محض اداره از آن، قانون را بر منافع فردی ترجیح می‌دادند و عمل اداری غیر قانونی را لغو می‌کردند. در دهه ۱۹۵۰ این وضعیت تغییر کرد و دادگاه اداری فدرال در رأی widow case (که پیش‌تر اشاره شد) در مورد پرداخت‌های غیر قانونی به بیوه یک کارمند دولت اظهار داشت: «یک عمل اداری که از همان ابتدا به دلیل اعمال نادرست قانون مخدوش بوده و مزایایی را نصیب کسی کرده، در هر مورد خاص نمی‌تواند لغو شود»، بلکه «بر عکس، باید... میان منفعت عمومی... و منافع شهروندی توازن برقرار شود که از مزایای عمل اداری بهره‌مند می‌شود و به درستی نمی‌خواهد اعتمادش به اعتبار مستمر تصمیم یک مرجع عمومی از بین برود». البته اولویت منافع فردی و حفظ انتظار مشروع، در گذشته و حال، بر اساس قانون رویه اداری آلمان، زمانی است که موضوع پرداخت پول و مزایای مالی قابل تجزیه در بین باشد؛ مگر آن‌که (بر اساس رویه قضایی)، آثار مالی زیان‌بار بر بودجه عمومی نسبت به زیان شهروند سخت‌تر باشد. در غیر این صورت، در مورد دیگر مزایای غیر قانونی همانند صدور امتیاز یا مجوز، اولویت با منافع عمومی است و مقام اداری در لغو تصمیم (غیر قانونی) آزاد است.^۱

1-Rennert, Klaus, The Protection of Legitimate Expectations under German Administrative Law, 2016, pp.4-7.
available at: www.bverwg.de/en/medien/pdf/rede_20160421_en.pdf

نتیجه گیری

اعتماد، بنیان روابط اجتماعی در هر جامعه است و حمایت قضایی از انتظارهایی که بر اثر اعتماد به دیگری و دیگران در افراد ایجاد می‌شود، پدیده‌ای شناخته شده در همه نظام حقوقی است. از این میان، انتظاری که از قول و فعل و رویه گذشته اداره و مأموران اداری در فرد یا دسته‌ای از افراد شهروند در اثر اعتماد به دولت و اداره ایجاد می‌شود، مبنای نظریه حمایتی مستقلی است که ذیل عنوان اصل انتظارهای مشروع در دکترین و رویه قضایی نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف از اروپای قاره‌ای و اتحادیه اروپا تا انگلستان و بیش‌تر کشورهای حوزه کامن لا شناخته شده است.

در پرتو دکترین و رویه قضایی که به برخی از آن‌ها در این مقاله اشاره شد، اکنون وجه متمایز انتظارهای مشروع روشنی بیش‌تری یافته است. به عبارت دیگر، با وجود ادامه اختلاف نظرها در عناصر و اجزای این نظریه به ویژه در دنیای انگلیسی‌زبان، اکنون با سهولت بیش‌تری می‌توان دانست که اصل انتظار مشروع دست کم چه چیز نیست. نکته قابل توجه این است که انتظار مشروع اگرچه قابلیت پی‌گیری قضایی دارد، جایگاهی نظیر یک حق قانونی ندارد. افزون بر آن، همانند دیگر حق‌ها و منافع قابل مطالبه علیه دولت و اداره، اوصاف حق‌های شخصی مورد نظر در حقوق خصوصی را نیز ندارد. این سخن به آن معناست که شناسایی انتظار مشروع فرد یا افراد صرفاً موضوع و مصداق اصل کلی عدالت و انصاف است که تشخیص آن در هر مورد با دادگاه است. به عبارت دیگر، انتظار مشروع همانند بیش‌تر حق و نفع‌های مورد نظر در حقوق عمومی، در نهایت، نفعی (شخصی - خصوصی) است که شناسایی آن، مستلزم هم‌سنگی کردن با منافع عمومی است که دولت، نماینده آن است و دادگاه است که در این میان تشخیص می‌دهد کفه به نفع کدام طرف سنگینی می‌کند.

با این حال، به ویژه در انگلستان به دلیل این که این اصل کاربردی گسترده‌تر دارد و دادگاه‌ها آن را در وضعیت‌های متنوع‌تری به کار می‌گیرند، برای تشخیص مبنایی عینی و در عین حال، متمایز و مستقل برای انتظارهای مشروع بسیار تلاش شده است تا بتواند راهنمای عملی دادگاه‌ها برای شناسایی موردی مسئولیت اولیه اداره‌ها و مأموران اداری باشد. مسئولیت مبتنی بر اعتماد خاص به اداره همان پایه ارزشی است که عده‌ای آن را مبنای شناسایی انتظارهای مشروع شناخته‌اند. در این رویکرد، مسئولیت اداره در خلق انتظار اهمیت دارد. به این ترتیب و با این مبنای ارزشی، انتظار مشروع مانند یک منفعت فردی اولوی‌تی پیدا می‌کند که در سنجش با ملاحظات عمومی حتی‌المقدور باید موضوع حمایت قرار گیرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. رالز، جان، عدالت به مثابه انصاف، ترجمه: عرفان ثابتی، تهران: ققنوس، ۱۳۹۲.
۲. شونبرگ، سورن، انتظارات‌های مشروع در حقوق اداری، ترجمه: احمد رنجبر، تهران: میزان، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. بهنیا، مسیح، «تأملی بر ایراد تراحم اصل انتظار مشروع با برخی از اصول حقوق اداری»، نشریه حقوق اساسی، شهریور ۱۳۸۹، دوره هفتم، شماره ۱۳، صص ۱-۱۶.
۲. رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و حمیدرضا سلیمی، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، بهار ۱۴۰۱، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱.
۳. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، راهبرد، زمستان ۱۳۹۰، سال بیستم، شماره ۶۱.

2-Latin Source

A)book

- 1-Brown, Alexander, a Theory of Legitimate Expectations for Public Administration, Oxford University Press, 2017
- 2-Kunnecke, Marina, Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo- German Comparison, Springer 2007
- 3-Thomas, Robert, Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law, Hart Publishing, Oxford Portland Oregon, 2000

B) Article

- 1-Colla, Anne-France, Elements for a General Theory of Legitimate Expectations, Moral Philosophy and Politics, Vol. 4, Issue 2, 2017, available at: www.degruyter.com/document/doi/10.1515/mopp-2017-0040/html
- 2-Daly, Paul, A Pluralist Account of Deference and Legitimate Expectations (Septem-

- ber 10, 2015). In: Matthew Groves and Greg Weeks (eds.), *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Hart Publishing, 2016, Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=2658645 or www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.2658645
- 3-Elliot, Mark, *Legitimate Expectations: Procedure, Substance, Policy and Proportionality*, the *Cambridge Law Journal*, Vol. 65, No. 2 (Jul., 2006), pp. 254-256
- 4-Esther, Drabkin-Reiter, *The Europeanisation of the law on legitimate expectations*, European University Institute, 2015, available at: www.cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/40324/2015_DrabkinReiter_LLM.pdf?sequence=1
- 5-Leary, Thomas A, *The Nature of Public Law Duty and Citizen Standing in English Law*, LLM, Faculty of Law University of Toronto , 2011, available at: www.tspace.library.utoronto.ca
- 6-Parchomiuk, Jerzy, *The Protection of Legislative Expectations of Administrative Law: A Horizontal Perspective*, *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol. 10, Number 2, 2017
- 7-Perry, Adam and Farrah Ahmed, *The Coherence of the Doctrine of Legitimate Expectations*, 73 *Cambridge Law Journal*, Vol. 73, 2014, pp.61-85. Available at SSRN: www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2163255
- 8-Rennert, Klaus, *The Protection of Legitimate Expectations under German Administrative Law*, 2016, available at: www.bverwg.de/en/medien/pdf/rede_20160421_en.pdf
- 9-Reynolds, Paul, *Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials*, *Public Law*, Vol. 2011, available at: SSRN, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689518
- 10-Tomlinson, Joe, *Do we need a theory of legitimate expectations?*, *Legal Studies*, 2010, 286-300



مفهوم و مصادیق مؤسسه عمومی غیر دولتی در نظام حقوقی ایران

مهدی شیخ‌موحد *

محمدجواد آزادی **

مهدی جوهری ***

چکیده

عدم تمرکز، یکی از اساسی‌ترین مفاهیم حقوق اداری و یکی از بسترهای مهم برای مشارکت بخش غیر دولتی در امور است. عدم تمرکز عبارت است از اعطای شخصیت حقوقی به واحدهای مستقل غیر دولتی و شناسایی صلاحیت عام اجرایی و تصمیم‌گیری در امور عمومی توسط مؤسسات غیر دولتی. مؤسسات غیر دولتی، گونه جدیدتری از مؤسسات عمومی هستند که مفهوم و ویژگی‌های تبیین‌شده در قانون ایران برای آن‌ها چندان واضح نیست و همین امر موجب پیدایش اختلاف در مصادیق آن‌ها شده است.

با توجه به اهمیت این موضوع در تعیین قلمرو مقررات عمومی کشور، نظارت قضایی و سازمانی و نیز تشخیص مراجع صالح هنگام دادرسی، انجام پژوهشی جامع در این خصوص راه‌گشاست. این نوشتار در پی پاسخ‌گویی به پرسش از چیستی مفهوم مؤسسه عمومی غیر دولتی در قوانین موضوعه ایران و تعیین سنج تشخیص آن است. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد و به صورت خاص، دو مورد سخت و چالشی از مصادیق احتمالی آن یعنی شورای شهر و فدراسیون فوتبال را بررسی کند.

کلیدواژه‌ها: شورای شهر، اصل عدم تمرکز، حاکمیت قانون، دولت، مؤسسه عمومی غیر دولتی، رویه قضایی.

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

mr5661@gmail.com

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)

m.a.37100aa@gmail.com

johari@ujsas.ac.ir

***. استادیار، دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران.

مقدمه

در اصطلاح حقوق اداری، «عدم تمرکز، شیوه حکومتی خاصی است که در آن، مقامات مرکزی، صلاحیت تصمیم‌گیری نسبتاً وسیعی را به واحدهای محلی و اجرایی تفویض می‌کنند تا به امور خاص محلی و اجرایی (فنی) بپردازند»^۱. در نظام عدم تمرکز، اختیارات به نهادی مستقل از اداره مرکزی داده می‌شود، اما برای اطمینان از صحت انجام وظایف قانونی محول‌شده به آن‌ها، اداره مرکزی بر آن‌ها نظارت قانونی انجام می‌دهد.^۲ امروزه بیش‌تر حکومت‌ها، نهادهایی مستقل از سازمان‌های حکومت مرکزی ایجاد کرده‌اند تا با اعطای استقلال و دور کردن آن‌ها از مسائل سیاسی بتوانند وظایف اجرایی و عمومی تخصصی خود را انجام دهند که البته الگوی یکسانی در این مورد وجود ندارد.^۳

مؤسسات عمومی غیر دولتی در ایران نیز از جمله سازمان‌هایی هستند که به منظور انجام خدماتی که جنبه عمومی دارند، به طور مستقل از دولت ایجاد شده‌اند و با توجه به مبنای شکل‌گیری این مؤسسات و کارکردشان می‌توان گفت مؤسسات عمومی غیر دولتی که بر اساس اصل عدم تمرکز محلی یا فنی بنا نهاده شده‌اند، دارای شخصیت حقوقی، دارایی و نهادهای خاصی، جدا از شخصیت حقوقی دولت هستند.^۴

طبق اصول کلی، امور عمومی در ایران باید به شیوه تمرکز اداره شود و تشکیل سازمان‌های عمده مرکزی با قانون‌گذار است. بنابراین، انتخاب روش‌های دیگر به تصریح قانون‌گذار نیاز دارد.^۵ در حقوق ایران، قانون‌گذار برای اولین بار، در قانون استخدام کشوری (۱۳۴۵)، مصوب کمیسیون خاص مشترک مجلسین، در بند (ث) ماده ۱، این نوع مؤسسات را تعریف کرد. آن گاه به دلیل کافی و جامع نبودن آن، در سال ۱۳۶۶ با ارائه تعریفی تازه از مؤسسه غیر دولتی در ماده ۳ قانون محاسبات عمومی کوشید این کاستی را برطرف کند. با گذشت زمان و به دلیل ایجاد مؤسسات غیر دولتی متعدد به دست مراجع قانونی مختلف، قانون‌گذار نیز تعریفی جامع‌تر در ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری عرضه کرد.^۶ قانون‌گذار در این ماده، به صراحت با بخشیدن استقلال حقوقی، غیر دولتی بودن و

۱. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۹۵، ص ۸۶.

۲. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۸۳.

۳. حسینی‌پور اردکانی، سید مجتبی، «**نظام حقوقی حاکم بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۵.

۴. رضایی‌زاده، محمدجواد، **حقوق اداری (۱)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۱۰۱.

۵. انصاری، ولی‌الله، **کلیات حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۱۲.

۶. صدری‌نوش‌آبادی، سید صدرالدین، **شرحی بر قانون مدیریت خدمات کشوری در پرتو قوانین مرتبط**، تهران: شورا، ۱۳۸۹، ص ۲۴.

انجام فعالیت‌های عمومی به مؤسسات غیر دولتی کوشید ابهام مفهومی آن‌ها را از بین ببرد؛ زیرا با وجود نص صریح قانون در هر سه تعریف مبنی بر «ایجاد به موجب قانون»، نهادهای بسیاری، مؤسسه غیر دولتی تأسیس کرده بودند. در حال حاضر، بسیاری از فعالیت‌های آموزشی، پژوهشی و عمرانی توسط مؤسسات غیر دولتی انجام می‌شود.^۲

پرسش اصلی این نوشتار آن است که مفهوم «مؤسسه عمومی غیر دولتی» در قوانین موضوعه چیست و آیا نیازی به شناسایی ماهیت و ویژگی‌های مؤسسات غیر دولتی در نظام حقوقی ایران هست یا خیر؟ فرضیه پژوهش بر این پایه استوار است که حاکمیت قانون و تحت شمول قوانین عام قرار دادن نهادها و دستگاه‌های اجرایی که از اهداف قانون‌گذار از ارائه تعریف‌های متعدد از آن‌ها از جمله مؤسسه غیر دولتی بوده، به دلیل نارسایی موجود در این تعریف‌ها تحت شعاع قرار گرفته است. از این رو، قانون‌گذار در رسیدن به هدف خود توفیق چندانی نداشته است و نمی‌توان مصادیق این مؤسسات را به طور متقن و مشخص احصا کرد. نوشتار حاضر درصدد است تا با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، ضمن ارائه مفهوم این نوع مؤسسات، ویژگی‌های آن‌ها را طبق تعریف‌های قانونی تبیین و برخی از مصادیق آن‌ها را مشخص کند.

با بررسی نظام اداری ایران به این نتیجه می‌رسیم که در خصوص برخی نهادها، صدق عنوان «مؤسسه عمومی غیر دولتی» با تردید روبه‌روست. از جمله این مؤسسات می‌توان به شوراهای اسلامی، فدراسیون‌های ورزشی، نهادهای انقلابی و نیز دانشگاه آزاد اسلامی اشاره کرد. در خصوص پژوهش‌های صورت گرفته و پیشینه این تحقیق باید گفت در مورد مؤسسات عمومی غیر دولتی، تا کنون پژوهش مستقلی برای تبیین مفهوم یا مصادیق آن‌ها صورت نپذیرفته و تنها در خلال مقالات و پایان‌نامه‌ها به این موضوع پرداخته شده است. برای مثال، یازرلو در پایان‌نامه خود با عنوان «نظام حقوقی مؤسسات عمومی»، مؤسسات عمومی اعم از شرکت‌ها و مؤسسات غیر دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی و قواعد ناظر بر تشکیلات آن‌ها، امور استخدامی و امور مالی و نظارت بر آن‌ها را بررسی کرده است. این پژوهش پیش از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶) نگاشته شده و تعریف‌های جدید از مؤسسات عمومی غیر دولتی را دربرنمی‌گیرد.

در مقالات و پژوهش‌های دیگر نیز جسته و گریخته به تعریف این مؤسسات اشاره شده است که از آن میان به پایان‌نامه ایزدیان با عنوان «نظارت بر مؤسسات عمومی» می‌توان اشاره کرد که در یکی از فصل‌هایش به بررسی اجمالی ویژگی‌ها و تعریف‌های مؤسسات غیر دولتی پرداخته است. با این حال، تا کنون، مفهوم و مصادیق و ابهام‌های موجود در

۱. یازرلو، حجت‌الله، «نظام حقوقی مؤسسات عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی،

تعریف‌های آن‌ها در پرتو قانون مدیریت خدمات کشوری و دیگر قوانین و آیین‌نامه‌ها به صورت جامع بررسی نشده است. از این منظر، پژوهش حاضر جنبه نوآورانه دارد.

گفتار اول. ارکان و سیر تطور تعریف مؤسسه عمومی غیر دولتی در قوانین

تا قبل از قانون محاسبات عمومی کشور (۱۳۶۶/۶/۱)، با این که مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی در نظام اداره امور عمومی کشور وجود داشتند، تعریفی از آن‌ها ارائه نشده بود. قانون محاسبات عمومی، اولین قانون مهم عمومی است که برای نخستین بار به تعریف مؤسسه عمومی غیر دولتی پرداخت. بر اساس ماده ۵ قانون یادشده، «مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی از نظر این قانون، واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده یا می‌شود».

تبصره ذیل ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی بیان کرد که نهادهایی که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در نظام اداری ایران تشکیل شده‌اند، ملزم هستند تا قالب حقوقی خود را با یکی از چهار نوع سازمان اداری شناخته‌شده در نظام حقوق اداری کشور منطبق سازند. در راستای اجرای این قانون، فهرست نهادهای عمومی غیر دولتی مشتمل بر ماده واحده و دو تبصره در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۹ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. قانون فهرست، چهار ویژگی عمده را برای مؤسسات و نهادهای غیر دولتی در نظر گرفت که آن‌ها را به اختصار می‌توان چنین بیان کرد:

یک - دارای واحد سازمانی مشخص باشند؛

دو - مستقل از دولت باشد؛

سه - عهده‌دار انجام وظایف و خدماتی باشند که جنبه عمومی دارند؛

چهار - هر مؤسسه عمومی غیر دولتی صرفاً باید توسط قانون‌گذار شناسایی شود.^۱

در قانون مدیریت خدمات کشوری که به عنوان قانون عام و مادر در حوزه حقوق اداری ایران به شمار می‌رود، قانون‌گذار در ماده ۳ این قانون به تعریف مؤسسه عمومی غیر دولتی پرداخته است. بر این اساس، مؤسسه عمومی غیر دولتی، «واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از ۵۰ درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیر دولتی تأمین می‌گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد».

۱. شیخی، پریسا و فردین مرادخانی، «چالش‌های نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی (مطالعه مورد بنیاد شهید و امور ایثارگران)»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۲۱، ص ۲۰۰.

در توضیح مفهوم مؤسسه عمومی غیر دولتی در قوانین بیان شده، نکاتی قابل توجه است: ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور در تعریف مؤسسه عمومی غیر دولتی، ملاک شکلی و ماهوی برای تشخیص این مؤسسه‌ها پیش‌بینی کرده است. از نظر شکلی، مؤسسه‌هایی، عمومی غیر دولتی محسوب می‌شوند که با «اجازه قانون» ایجاد شده باشند و از نظر ماهوی نیز هدف از ایجاد آن‌ها باید انجام وظایف و خدماتی باشد که «جنبه عمومی» دارند. هر چند ماده ۵ قانون محاسبات عمومی، ملاک‌هایی را برای مؤسسه‌های عمومی در نظر گرفته است، اما به دلیل این که ابهام را به طور کلی برطرف نکرده، در تبصره آن مقرر کرده است: «فهرست این قبیل مؤسسه‌ها و نهادها به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد». در خصوص تعریف مؤسسه عمومی غیر دولتی در قانون مدیریت خدمات کشوری نیز نکاتی قابل بررسی است: یکی از قیود مهم در این قانون آن است که مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی موضوع این ماده باید با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا بشود. این در حالی است که بسیاری از نهادهای انقلابی و آن‌چه از نظر منطقی باید جزء بخش عمومی غیر دولتی باشد، به موجب مصوبه مجلس شورای اسلامی ایجاد نشده است. برخی مؤسسه‌های عمومی غیر دولتی مانند شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی به موجب قوانین مصوب مجلس قانون‌گذاری قبل از انقلاب ایجاد شده‌اند. بخشی از نهادهای انقلابی نیز بر اساس اقتضات انقلاب اسلامی ایران با فرمان امام خمینی (ره) ایجاد شده‌اند و قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، آن‌ها را ایجاد نکرده است. وضعیت این مؤسسه‌ها در قانون مدیریت خدمات کشوری روشن نشده است، در حالی که در خصوصی نبودن این مؤسسه‌ها تردیدی نیست.^۱ با بررسی قوانین و مقررات موجود به منظور تعریف مؤسسات عمومی غیر دولتی به نظر می‌رسد قوانین و مقررات فعلی دچار سردرگمی نظری شده‌اند. برخی از حقوق‌دانان برآنند که تعریف ماده ۵ قانون محاسبات عمومی، ملاک تعیین مصادیق مؤسسات عمومی غیر دولتی است و در خصوص تعریف ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری بیان می‌دارند که قانون مدیریت خدمات کشوری صرفاً مربوط به امور اداری و استخدامی است؛ یعنی تعریف این قانون از مؤسسه عمومی غیر دولتی فقط در حوزه امور اداری - استخدامی جاری است. وظیفه اصلی نهادهای عمومی غیر دولتی، انجام خدمات عمومی است. شاید تا حدودی بتوان امور حاکمیتی این نهادها را به نحوی از بدنه آن‌ها جدا کرد، گرچه این امر کاملاً امکان‌پذیر نیست. در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، امور حاکمیتی تعریف و مصادیق آن بیان شده است. بر اساس بند «ل» این ماده، «بخشی از امور مندرج در مواد ۹، ۱۰ و

۱. نجفی‌خواه، محسن، «مرز میان بخش عمومی و بخش خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری»، مجله برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۹۵، سال بیست و یکم، شماره ۴، ص ۱۰۱.

۱۱ این قانون نظیر موارد مذکور در اصول ۲۹ و ۳۰ قانون اساسی که انجام آن توسط بخش خصوصی و تعاونی و نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی با تأیید هیئت وزیران امکان پذیر نمی باشد»، از جمله امور حاکمیتی تلقی شده است. به نظر می رسد نهادهای عمومی غیر دولتی، حد واسطه بین دو نهاد هستند: مؤسسات دولتی به مفهوم عام کلمه اعم از وزارت خانه ها و مؤسسات دولتی و نهادهای بخش خصوصی.^۱

گفتار دوم. ویژگی های مؤسسات عمومی غیر دولتی

با توجه به تعاریف یادشده می توان طبق ماده سه قانون مدیریت خدمات کشوری، چهار ویژگی مهم برای مؤسسات غیر دولتی برشمرد: سازمان مستقل؛ مرجع تأسیس؛ استقلال حقوقی از دولت و خدمات رسانی عمومی.

بند اول. سازمان بودن

«واحد سازمانی مشخص»، مجموعه ای منظم است که عناصر آن برای دست یابی به هدفی مشخص با یکدیگر همکاری می کنند. در واقع، هر سازمان، نیازمند ساختاری متشکل از عناصر گوناگون مانند منابع مالی، تشکیلات و منابع انسانی است.^۲ بنابراین، مطابق قانون، مؤسسات غیر دولتی مثل دیگر نهادهای و دستگاه های اجرایی، از انواع سازمان های اداری و اجرایی هستند، اما مستقلند و سازمان خاص خویش را دارند.

در واقع، سازمان، ساختار رسمی است که از قبل به صورت آگاهانه و در راستای هدفی مشخص، مجموعه روابطی را برقرار می سازد. به عبارتی دیگر، در سازمان رسمی، مدیر، روابط سازمانی را به طور مکتوب از طریق سلسله مراتب اداری برای کارکنان تشریح می کند. تغییرات بعدی در صورت لزوم به طور رسمی یا غیر رسمی انجام می گیرد. هر سازمان یا نهادی برای رسیدن به اهدافی که به منظور ایفای آن ها ایجاد شده است، به یک ساختار نیاز دارد که مرکب از عواملی نظیر منابع انسانی، مالی و تشکیلاتی است. مجموعه این عناصر، سازمان را تشکیل می دهند. مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی نیز از این امر مستثنی نیستند و سازمان این مؤسسات، راه را برای تحقق اهداف این مؤسسات هموار می سازد و تجلی شخصیت حقوقی این مؤسسات است.^۳ هنگام تشکیل یک ساختار سازمانی

۱. پژوهشکده حقوق عمومی و بین الملل، گزارش نشست علمی «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵، چاپ اول، ص ۵.

۲. حسینی پور اردکانی، پیشین، ص ۳۲.

۳. شاکر جناقرد، سالار و همکاران، «نظارت بر مؤسسات عمومی غیر دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، مجله پژوهش های سیاسی و بین المللی، ۱۳۹۹، شماره ۴۵، ص ۲۶۰.

بر عناصری تأکید می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها را از نظر می‌گذرانیم:

۱. هدف: بنا به اهداف مورد نظر در یک سازمان، اهداف ساختار سازمانی متفاوت خواهد بود. برای مثال، در وضعیتی که کارها به صورت روتین (راهوار) انجام می‌گیرد، می‌توان از ساختار کلاسیک، بوروکراتیک و در صورتی که در هر نوبت، کارها متفاوت باشد، از ساختار ارگانیکی استفاده کرد.

۲. تقسیم کار و تخصص (تخصصی شدن): با تقسیم و تخصصی کردن امور، اثربخشی و کارایی سازمان افزایش می‌یابد؛ زیرا افراد مناسب برای انجام کار خاص گمارده می‌شوند و از اتلاف وقت به دلیل تناسب نداشتن شغل (تخصص) با شخص جلوگیری خواهد شد.

۳. درجه رسمی شدن: درجه رسمی شدن به ارجحیت انجام یک کار در سازمان مربوط است. هر اندازه، ارجحیت کار مشخص‌تر باشد، درجه رسمی شدن نیز افزایش می‌یابد.

۴. حیطه نظارت: حیطه نظارت به این معناست که چه تعداد زیردست به طور مستقیم زیر نظر یک بالادست فعالیت می‌کنند (گزارش کار خود را به بالادست ارائه می‌دهند).

۵. تعداد سطوح سازمانی: تعداد سطوح سازمانی با حیطه نظارت رابطه مستقیم دارد و به مسطح یا بلند بودن سازمان منتهی می‌شود (اگر حیطه نظارت مدیران وسیع باشد، سازمان از عرض گسترش می‌یابد که به آن، سازمان مسطح می‌گویند. اگر حیطه نظارت مدیران محدود باشد، سازمان از طول گسترش می‌یابد که به آن، سازمان بلند می‌گویند. ۶. درجه تمرکز: به میزان تفویض اختیار تصمیم‌گیری در سطوح مدیریت سازمان مربوط می‌شود. اگر اختیار از بالا به پایین واگذار شود، عدم تمرکز است. اگر اختیار فقط در سطح بالای سازمان تجمع کند (اختیار تصمیم‌گیری برای مدیران)، بیانگر سازمان متمرکز خواهد بود.

۷. درجه پیچیدگی: درجه گسترش سازمان به صورت افقی، عمودی و جغرافیایی را بیان می‌کند. همراه با گسترش فعالیت‌های سازمانی، درجه پیچیدگی سازمان نیز افزایش می‌یابد. پیچیدگی در سازمان‌ها می‌تواند مشکلات ارتباطات، هماهنگی و نظارت را به همراه آورد.

۸. تقسیم‌بندی اداری: بر اساس تقسیم کار و درجه تخصص و نیز با گردآوری وظایف شغلی ویژه، قسمت‌های مختلف سازمان شکل می‌گیرند.

۹. ایجاد ارگان‌های صف و ستاد: ارتباط بین واحدهای صف و ستاد، از موضوعاتی است که در طراحی سازمان بر روی آن تأکید می‌شود (واحدهای صف به واحدهایی اطلاق می‌شود که به طور مستقیم در تصمیم‌گیری و تعیین سیاست کلی سازمان مشارکت می‌کنند، مانند مدیران عالی سازمان. واحدهای ستاد نیز به واحدهایی اطلاق می‌شود که به صورت غیر مستقیم و از طریق واحدهای صف به آن‌ها کمک می‌کنند، مانند مشاوران مدیران یک سازمان).

۱۰. کمیته‌ها و گروه‌ها: در سازمان‌ها گاهی در زمینه‌های مختلف از کمیته‌ها و گروه‌هایی به صورت رسمی استفاده می‌شود. این گونه واحدها هم اختیار در تصمیم‌گیری دارند و هم وظایفی چون کمک به مدیر و وظایف ستادی را به عهده می‌گیرند.

۱۱. کانال‌های ارتباطی و شکل آن‌ها: روندهای ارتباطی بین واحدهای به وجود آورنده سازمان، دیگر عامل مشخص‌کننده سازمان‌هاست. این روابط در برخی سازمان‌ها، عمودی و در برخی دیگر به صورت‌های عمودی، افقی و مورب است.

بند دوم. بنای قانونی

ماده ۵ قانون محاسبات عمومی (۱۳۶۶)، یکی از اوصاف مؤسسات عمومی غیر دولتی را ایجاد به موجب قانون دانسته و عنوان کرده است این مؤسسات با اجازه قانون تشکیل شده یا می‌شوند. در تبصره این ماده ذکر شده است: «فهرست این مؤسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط، از طرف دولت، پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید». در راستای این مصوبه، در ۱۳۷۳/۴/۱۹، قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی به تصویب رسید که ده مؤسسه به عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی شناسایی شدند. پس از تصویب این قانون، مؤسسات دیگری نیز به فهرست مؤسسات عمومی غیر دولتی اضافه شدند.^۱

در ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، ویژگی «با اجازه قانون» به «تصویب مجلس شورای اسلامی» تغییر یافت. ایجاد این محدودیت به دلیل وجود ابهام‌هایی بود که در اصطلاح «با اجازه قانون» وجود داشت و با تفسیر موسع این اصطلاح، برخی نهادها، مؤسسات عمومی غیر دولتی تأسیس کرده بودند.^۲

قانون‌گذار با بیان «تصویب مجلس شورای اسلامی» قصد داشت که ایجاد مؤسسات عمومی غیر دولتی توسط دیگر نهادها را از بین ببرد و این اراده قانون‌گذار در لایحه اصلاح و دایمی کردن قانون مدیریت خدمات کشوری تمدید شده است. بیان نشدن تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی و شرط ذکر اسامی این مؤسسات در فهرستی خاص در قانون مدیریت نشان‌دهنده اراده جدید قانون‌گذار است که منطبق بر آن، همین که سازمانی شرایط ماده ۳ این قانون را داشته باشد، آن را می‌توان مؤسسه عمومی غیر دولتی دانست و لزومی به شناسایی سازمان‌ها و تصویب قانون جدا برای الحاق مؤسسه به عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی نیست.^۳

۱. رستمی، ولی و فاطمه افشاری، «واکاوی استقلال مؤسسات عمومی غیر دولتی از منظر حقوق مالیه»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۸، شماره ۱ (پیاپی ۴۹)، ص ۱۰۵.

۲. حسینی‌پور اردکانی، سید مجتبی، نظام حقوقی حاکم بر نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

۳. رستمی و افشاری، پیشین، ص ۱۰۱.

یکی از چالش‌های پیش روی نظم مبتنی بر قانون در نظام حقوقی ایران، تعدد نهادهای واضع قواعد لازم‌الاجرای قانونی و ابهام در سلسله‌مراتب آن‌هاست. در نظام حقوقی ایران، اصل بر صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی در قانون‌گذاری است، اما نهادهای دیگری نیز مجاز به تصویب مقررات الزام‌آور هم‌وزن قانون عادی یا برتر از آن شناخته شده‌اند.^۱ همچنین با این‌که هر سه قانون یادشده، ایجاد مؤسسه غیر دولتی را با صراحت به حکم قانون وابسته دانسته‌اند، اما در مورد نحوه ایجاد قانونی این نوع از مؤسسات، هیچ تبصره‌ای در هیچ کدام از تعاریف ذکر نشده است. تنها در بند پایانی ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، تمامی مؤسسات نام‌برده در قانون اساسی را در حکم مؤسسات غیر دولتی قلمداد کرده است.

به علت تعدد مراجع قانون‌گذاری در ایران و ابهام این تعریف و با تفسیر موسّع از عبارت «ایجاد به موجب قانون»، بسیاری از نهادها به تأسیس این مؤسسات دست زدند. برای نمونه، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مؤسسات بسیاری ایجاد کرده است. در ماده ۵ اساس‌نامه بنیاد ملی نخبگان، مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی، این بنیاد، مؤسسه غیر دولتی اعلام شده است. همچنین اساس‌نامه فرهنگستان زبان و ادب فارسی توسط همین شورا در سال ۱۳۶۸ تصویب شد و در زمره مؤسسات غیر دولتی وابسته به ریاست جمهوری قرار گرفت. مؤسسه آموزش از راه دور نیز به وزارت آموزش و پرورش وابسته است.

از دیگر مؤسسات غیر دولتی ایجادشده به همین طریق، «مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا»ست که اساس‌نامه آن در ۱۴ ماده در ۱۳۸۹ به تصویب رئیس قوه قضاییه وقت رسید. این در حالی است که در فصل یازدهم قانون اساسی، اجازه تأسیس مؤسسه غیر دولتی و تصویب اساس‌نامه به قوه قضاییه تفویض نشده است. برخی مؤسسات غیر دولتی نیز توسط مقام رهبری ایجاد شده‌اند که از آن‌ها می‌توان به مرکز مطالعات پدافند غیر عامل اشاره کرد که در ماده ۱ اساس‌نامه آن گفته شده که این مرکز به عنوان مؤسسه آموزشی و پژوهشی عالی غیر دولتی و زیر نظر سازمان پدافند غیر عامل کشور ایجاد شده است. سازمان صنایع هوافضا نیز به تصویب فرماندهی کل قوا رسیده و در ماده ۲ اساس‌نامه‌اش، از آن به صورت مؤسسه غیر دولتی و دارای شخصیت حقوقی مستقل یاد شده است.^۲

ایجاد بسیاری از این مؤسسات که خارج از پروسه قانونی و توسط نهادهایی غیر از نهاد قانون‌گذار تشکیل شده‌اند، باعث شد رویکرد قانون‌گذار مبنی بر لزوم ایجاد مؤسسات غیر دولتی توسط قانون کم‌رنگ شود. همین امر به دلیل فعالیت‌ها و اثرگذاری گسترده این نوع مؤسسات بسیار اهمیت دارد.^۳ مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی

۱. الهام، غلام‌حسین و علی نورایی، «وحدت یا تعدد مراجع مقرر در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر نظام حقوق اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۲۰.

۲. آقای طوق و لطفی، پیشین، ص ۱۶۱.

۳. همان.

می‌تواند تصویب دایمی اساس‌نامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات غیر دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های مربوط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد که این امر شامل نهادها و مقامات یادشده نمی‌شود. اگر بخواهیم تفسیر مضیق از عبارت «ایجاد به موجب قانون» را در نظر بگیریم، بسیاری از مؤسسات ایجادشده توسط نهادهای یادشده که بر اساس قانون ایجاد نمی‌شوند، اساساً به عنوان مؤسسه غیر دولتی قابل پذیرش نیستند؛ زیرا یکی از شروط لازم برای این مؤسسات تحقق پیدا نکرده است.

بند سوم. استقلال حقوقی از دولت

یکی از مهم‌ترین اصول در تأسیس مؤسسات عمومی غیر دولتی، اصل استقلال حقوقی است که از شرایط لازم برای تحقق اصل عدم تمرکز است و به موجب آن، مؤسسه مستقل عمل می‌کند. بنابراین، مؤسسات غیر دولتی باید از شخصیت حقوقی مستقل از قوای سه‌گانه و دیگر مراجع برخوردار باشند و به تصمیم‌گیری و اجرای آن‌ها و اعمال اختیارات خود در چارچوب قوانین و اصل تخصص بپردازند. «استقلال حقوقی»، اصطلاحی عام است که واحد سازمانی مشخص را شامل می‌شود. در نتیجه، می‌توان گفت با اعطای استقلال حقوقی، نیازی به دارا بودن واحد سازمانی مشخص نیست.^۱

استقلال مالی نهادهای عمومی غیر دولتی، یکی از ارکان مهم نظام مالی آن‌هاست که در قوانین تأسیس چنین نهادهایی به این موضوع اشاره شده است. آن‌چه در دایره این استقلال قرار می‌گیرد، متعلقات اموال حاکمیتی و عمومی است؛ یعنی آن‌چه سلطه عمومی بر آن اعمال می‌شود، به موجب قانون در اختیار این نهادها قرار گرفته است. از جمله آثار و نتایج عملی استقلال مالی چنین نهادهایی، آزادی عمل در نحوه هزینه کردن، کسب درآمد و تصمیم‌گیری درباره امور مالی مربوط به خود است.^۲

شخصیت حقوقی، امری انتزاعی است و وجود آن، مستلزم تصریح قانون‌گذار است و برای داشتن شخصیت حقوقی کامل، سه مشخصه اصلی نیاز است:

۱. استقلال اداری که منظور از آن، استقلال در تصمیم‌گیری، مقررات استخدای و استقلال در مسئول بودن در برابر دیگر سازمان‌ها و نهادهاست؛

۲. استقلال مالی که این امر، استقلال در بودجه و درآمد و دارایی‌ها را شامل می‌شود؛

۳. استقلال در مسئولیت برای رسیدگی به دعاوی که منظور از آن، استقلال در طرف دعوا قرار گرفتن و پاسخ‌گو بودن است.^۳

۱. رستمی و افشاری، پیشین، ص ۱۰۳.

۲. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۶۹.

۳. آجرلو، اسماعیل و جلال غفاری قدیر، «نظام حقوقی اداری و مالی نهاد کتابخانه‌های عمومی کشور»، تحقیقات اطلاع‌رسانی و کتابخانه‌های عمومی، ۱۳۹۱، دوره هجدهم، شماره ۲، ص ۲۴۸.

بودجه و دارایی مستقل مؤسسات غیر دولتی معمولاً در اساس‌نامه آن‌ها عنوان شده است. برای نمونه، در ماده ۱۱ اساس‌نامه مرکز مطالعات پدافند غیر عامل، این مؤسسه، ردیف بودجه‌ای جاری، عمرانی و تحقیقاتی مستقل در قانون بودجه سالانه کل کشور دارد و بودجه‌ای نیز از طرف سازمان پدافند غیر عامل برایش منظور می‌شود. علاوه بر این دو مورد، کمک‌های اختصاصی مالی و درآمدهای اختصاصی از طریق فروش تولیدات، انجام خدمات مشاوره‌ای علمی و پژوهشی و فعالیت‌های آموزشی و علمی، مال‌الاجاره امکانات و تجهیزات وابسته از منابع مالی این مؤسسه به شمار می‌رود.

با وجود ماده ۶۸ قانون محاسبات عمومی که طبق آن اعلام شده است بودجه وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات غیر دولتی و واحدهای وابسته به آن‌ها باید به طور کامل و جداگانه در بودجه کل کشور ذکر شود، آشفتگی وضعیت حقوقی اشخاص حقوق عمومی و اعطای برخی اختیارات فراقانونی موجب شده است برخی مؤسسات غیر دولتی در بودجه عمومی کل کشور، ردیف بودجه نداشته باشند. برای نمونه، برخی مؤسسات غیر دولتی از جمله مرکز جهانی علوم اسلامی،^۱ نظام حقوقی و مالی خاص و متفاوت از دیگر مؤسسات غیر دولتی دارند.^۲

مطلب دیگری که لازم است در خصوص این مؤسسات بیان شود، وجود عبارت «غیر دولتی» است. به اعتقاد برخی حقوق‌دانان، منظور از دولت در اصطلاح «غیر دولتی» مشخص نیست. کدام مفهوم از دولت مورد نظر است؟ دولت در معنای قوه مجریه یا دولت در معنای مجموعه حاکمیت؟ برای مثال، نهادی مانند بنیاد شهید که رییس آن، منصوب ریاست جمهوری است، هرگز غیر دولتی نیست و زیرمجموعه قوه مجریه است.^۳

در این خصوص، سه نظر وجود دارد:

یک - منظور از به کار بردن صفت «غیر دولتی»، مستثنی کردن این دستگاه‌ها از شمول مقررات محاسبات عمومی و استخدام کشوری است.^۴ این سخن تا جایی درست است، اما با توجه به انعکاس بودجه آن‌ها در بودجه کل کشور، نظارت دیوان محاسبات و همچنین وجود احکامی درباره آن‌ها در قانون محاسبات عمومی و قانون مدیریت خدمات کشوری، این سخن کامل نیست. البته این مؤسسات به دلیل فنی و تخصصی بودن، کم‌تر تحت شمول این قوانین بوده‌اند.^۵

۱. طبق ماده ۱۸ اساس‌نامه آن، منابع مالی این مؤسسه از محل‌هایی به جز بودجه کل کشور تأمین می‌شود.

۲. شمس، عبدالله و غزل غفوری اصل، «شناخت اشخاص و اسناد اجرایی مشمول «قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی»، مصوب ۱۳۶۵»، مطالعات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۴، ص ۲۰۰.

۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۱۳۸.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۷۷، ص ۱۲۷.

۵. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی: مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۳، دوره ششم، سال چهارم، ص ۱۸۶.

دو - اصطلاح «غیر دولتی» به معنای وابسته نبودن به قوای سه‌گانه و ارکان حکومتی است.^۱ باید گفت استقلال مطلق از قوا نیز برای این مؤسسات وجود ندارد و این مؤسسات به شیوه‌های مختلف، تحت نظارت یا قیمومت قوای حاکمه هستند.

سه - اصطلاح «غیر دولتی» به معنای انفکاک سازمانی این مؤسسات از قوای حاکم و دیگر ارکان حکومتی است. با این توضیح که هر چند برخی از این مؤسسات زیر نظر مقام رهبری هستند و بسیاری از مقامات ارشد برخی از این مؤسسات عمومی غیر دولتی توسط برخی از مقامات عالی قوای سه‌گانه تعیین و منصوب می‌شوند. همچنین نظارت‌های مختلفی بر این مؤسسات از جانب دیگر نهادهای کشوری اعمال می‌شود و این امور، مؤسسات را وابسته به حاکمیت می‌سازد. با این حال، از لحاظ سازمانی به قوای سه‌گانه وابستگی ندارند و دارای سازمان کاملاً مستقل هستند.

به نظر می‌رسد در اصطلاح «مؤسسات عمومی غیر دولتی»، مفهوم سوم از «غیر دولتی» ارائه شده است. هر چند این مؤسسات، غیر دولتی هستند، ولی به موجب قانون زیر نظارت دولت قرار دارند، از امتیازات حقوق عمومی برخوردارند و بالاترین مقام این دستگاه‌ها را دولت انتخاب می‌کند.^۲

بند چهارم. خدمات‌رسانی عمومی

در بیش‌تر کتاب‌ها و مقالات حقوق اداری، مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی جزء نهادهای عمومی بیان شده‌اند، بدون این‌که در مورد ماهیت دولتی یا غیر دولتی آن‌ها سخنی مطرح شده باشد. علت ایجاد مؤسسات غیر دولتی را ناشی از نظام پذیرش عدم تمرکز فنی در اداره کشور از یک سو و کارآمدی آن‌ها در عرضه برخی خدمات عمومی خاص دانسته‌اند. مؤسسات عمومی غیر دولتی، نمونه‌ای از سازمان‌های عدم تمرکز در اداره امور عمومی هستند که برای تسهیل در خدمات‌رسانی عمومی مناسب‌تر ایجاد شده‌اند. اموری وجود دارند که بخش دولتی و خصوصی نمی‌توانند آن‌ها را به صورت مطلوب عرضه کنند. از این رو، این کارها را باید اشخاصی انجام دهند که در پی کسب سود مادی نیستند. مؤسسات عمومی غیر دولتی، یکی از اقسام سازمان‌های اداری در کشور هستند که عهده‌دار اداره بخشی از امور عمومی می‌شوند.

میزان استقلال مؤسسات عمومی غیر دولتی از قوا و نهادهای حاکم، یکسان و به یک اندازه نیست. برخی تا حدی مستقلند که در مورد آن‌ها می‌توان گفت از شخصیت حقوق خصوصی برخوردارند. برخی دیگر به ارکان حاکمیت وابستگی کامل دارند. در خصوص این

۱. یازلو، پیشین، ص ۷۸.

۲. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۸، ص ۹۷.

پرسش که مؤسسات عمومی غیر دولتی جزء کدام یک از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی یا حقوق عمومی هستند، نمی‌توان پاسخ مطلق داد. با توجه به ضابطه و تأسیس و هدف، تقریباً تمامی آن‌ها از اشخاص حقوقی حقوق عمومی هستند؛ چون ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، آن‌ها را در کنار وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی، جزئی از دستگاه‌های اجرایی دانسته است.^۱

اصول خدمات عمومی، مبنای مشروعیت و مقبولیت احکام و قواعد اداری مؤسسات یادشده هستند. اگر احکام و قواعد این مؤسسات با اصول خدمات عمومی مغایرت داشته باشد، غیر موجه تلقی خواهند شد و اجرای آن‌ها، تعرض به حقوق شهروندان محسوب می‌شود.^۲ به هر حال، به نظر می‌رسد استفاده از امتیازات قدرت عمومی، اراده قانون‌گذار در ایجاد و انحلال آن‌ها، عرضه خدمات عمومی و پیروی از نظام حقوق عمومی، دلایلی است که به استناد آن‌ها می‌توان این مؤسسات را در زمره اشخاص حقوقی حقوق عمومی دانست.^۳

گفتار سوم. سنجه‌های تشخیص مؤسسات عمومی غیر دولتی

با توجه به ابهام‌های موجود در مفهوم و مصادیق تشخیص مؤسسات عمومی غیر دولتی، ارائه شاخص‌های ماهوی و شکلی برای تبیین موضوع مؤثر خواهد بود. بر اساس این معیار، تنها مؤسساتی به عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی شناسایی می‌شوند که در ماده واحده قانون فهرست مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی احصا شده‌اند یا مؤسساتی که به موجب قوانین بعدی، به صراحت، واجد وصف مؤسسه عمومی غیر دولتی قرار گرفته‌اند. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی، ملاک‌هایی را برای مؤسسات عمومی از نظر این قانون بیان کرده، اما به دلیل این که ابهام را به کلی برطرف نکرده، در تبصره آن مقرر کرده است: «فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت، پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.» قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی برای تعیین نهادهای عمومی غیر دولتی موضوع تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور به تصویب رسیده است.^۴ مصداق این امر را در قانون

۱. تنگستانی، محمدقاسم، «ابهام در ماهیت حقوقی مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و پی‌آمدهای آن»، مجله مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹، دوره بیست و هفتم، شماره ۱۰۳، ص ۷.
۲. رحمت‌اللهی، حسین و مجید نجارزاده، «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی‌شده متولی خدمات عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال سوم، شماره ۱۱، ص ۱۱۵.
۳. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری، تهران: توس، ۱۳۷۰، ص ۲۱۱.
۴. نجفی‌خواه، پیشین، ص ۱۰۵.

الحاق صندوق بیمه اجتماعی روستاییان و عشایر به فهرست نهاد و مؤسسات عمومی غیر دولتی، مصوب ۱۳۸۷/۱۲/۴ مجلس شورای اسلامی می‌توان یافت.^۱

در خصوص معیار ماهوی تشخیص مؤسسات عمومی غیر دولتی باید به مفاد و محتوای قوانین از جمله قانون محاسبات عمومی و قانون مدیریت خدمات کشوری توجه کرد. بر اساس نظریه مشورتی اداره کل قوه قضاییه، چون قانون مدیریت خدمات کشوری، وارد بر قوانین قبلی از جمله قانون محاسبات عمومی کشور با اصلاحات و الحاقات بعدی آن است و برابر ماده ۱۲۷ آن، همه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر با این قانون، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن لغو شده است، مؤسساتی که مشمول تعریف مندرج در ماده ۳ باشند، حتی اگر در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی با اصلاحات و الحاقات بعدی آن نیامده باشند، «مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی» شناخته می‌شوند. این قانون بر اساس تبصره ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور تصویب شده است که با تعریف جدید مقرر در ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری اصولاً لزوم تصویب فهرست منتفی است.^۲

دیوان عدالت اداری نیز در رویه قبلی خود مبتنی بر قانون قبلی دیوان، تنها مؤسساتی را عمومی غیر دولتی می‌دانست که به قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی اضافه گشته و در قانون خود آن مؤسسه هم به این عنوان شناخته شده‌اند. رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸۸/۵/۲۵-۳۷۱/۸۸ دیوان عدالت اداری نیز که شکایت از مؤسسات مشمول قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی را قابل پذیرش در دیوان می‌داند، مؤید این سخن بود. با اجرایی شدن قانون جدید دیوان عدالت اداری، این رویه تا حدی تغییر کرد و دیوان عدالت اداری، صلاحیت شعب دیوان را در خصوص مؤسسات عمومی غیر دولتی، منحصر به مواردی مانند سازمان تأمین اجتماعی و شهرداری مصرح در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری دانست. با این حال، صلاحیت هیئت عمومی برای اعمال ماده ۱۲ را مشمول تمامی مؤسسات عمومی غیر دولتی دانست. به این ترتیب، دامنه مشمول مصادیق مؤسسات عمومی غیر دولتی در عمل به طور وسیعی گسترش می‌یابد و با داشتن یکی از شرایط مندرج در ماده ۳، مؤسسه عمومی غیر دولتی، فرض و مشمول ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان می‌شود. به نظر می‌رسد که با این روش، عملکرد بسیاری از مؤسسات خصوصی نیز زیر نظارت دیوان قرار خواهد گرفت.^۳

۱. رستمی، ولی، «تقریرات درس حقوق اداری ایران»، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق

و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، نیم‌سال دوم تحصیلی ۸۹-۹۰، ص ۲۵.

۲. اداره کل امور حقوقی و تدوین قوه قضاییه، نظریه‌های مشورتی، شماره ۲۵۴۵/۹۲/۷، ۱۳۹۲.

۳. رستمی و افشاری، پیشین، ص ۱۱۱.

از نظر برخی حقوق‌دانان، دانشگاه آزاد اسلامی و شوراهای اسلامی نیز از مصادیق مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند و وضعیت آن‌ها با معیارهای ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری مطابقت دارد. بر این اساس، با توجه به اطلاق مؤسسات عمومی غیر دولتی (در ماده ۱۲ قانون دیوان)، اگر مؤسسه‌ای به عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی غیر انتفاعی تعریف شده باشد، تعریف مؤسسات عمومی غیر دولتی شامل این قبیل مؤسسات نیز می‌شود. برای مثال، در خصوص جامعه حسابداران رسمی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۳۹۱/۱۱/۹۸۴۳، خود را برای رسیدگی به شکایت‌های مطرح از آن مصوبات صالح ندانست.^۱ با تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و با توجه به بند ۱ ماده ۱۲ آن، مطلق مؤسسات عمومی غیر دولتی، داخل در صلاحیت دیوان هستند. بر اساس نظر یادشده، به نظر می‌رسد شکایت از مصوبات شورای رقابت و سازمان بورس و اوراق بهادار نیز در صلاحیت هیئت عمومی دیوان باشد؛ چون این مؤسسات جزء مؤسسات عمومی غیر دولتی تلقی می‌شوند.^۲

در سال ۱۳۷۴، استفساریه‌ای از مجلس صورت گرفت و به طور مطلق و به صورت کلی اعلام شد دیوان عدالت اداری در مورد نهادهای عمومی غیر دولتی، صلاحیت رسیدگی دارد. قسمت اول ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مربوط به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی است. می‌توان گفت عمده مواردی که در قانون فهرست به عنوان مؤسسات عمومی غیر دولتی احصا شده، از جمله نهادهای انقلابی هستند. اگر مصوبات مؤسسات عمومی غیر دولتی با قانون یا شرع مغایر باشد، قابلیت ابطال در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را دارد؟ آیا قانون‌گذار بین مصوبات و تصمیمات این نهادها قائل به تفکیک شده است؟ قانون استفساریه سال ۱۳۷۴ با نسخ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۶۰، ماهیت خود را از دست داده، اما به هر حال، رویکرد قانونی است که مجلس در آن زمان اعلام کرده است و نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

گفتار چهارم. مورد کاوی موارد چالشی

موارد چالشی یا سخت^۳ به موضوعاتی گفته می‌شود که با وجود بیان حکم قانونی، تشخیص آن در عمل، سخت و با دشواری‌های فنی مواجه است. شاید مهم‌ترین هنر قضات در فرآیند دادرسی، همین حل موارد سخت باشد. اکنون مؤسساتی بررسی می‌شوند که تشخیص ماهیت آن‌ها جنبه چالشی دارد.

۱. تنگستانی، پیشین، ص ۱۰.

۲. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، ص ۱۱۴.

بند اول. شوراهای اسلامی

بر اساس اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره امور کشور باید به اتکای آرای عمومی انجام شود. نهاد شورا نیز در راستای مشارکت هر چه بیش‌تر مردم در سرنوشت خویش و اداره امور به دست خود مردم شکل می‌گیرد. چون در تصمیم‌گیری شورایی، خرد جمعی حاکم است، مشارکت و هم‌فکری مردم تحت عنوان شورا می‌تواند از تصمیم‌گیری‌های بی‌نتیجه بکاهد و مردم در ساختار نظام و اداره حکومت، دخالت مستقیم داشته باشند.

شوراهای اسلامی شهر و روستا در نظام حقوقی ایران سابقه چندانی ندارند. به همین دلیل، نیازمند زمان و وضع قوانین لازم به منظور پیشبرد و کارکردهای مؤثر آن است تا وظایف بر اساس شأن تأسیس به خوبی انجام پذیرد و بر اساس نیازها، اختیارات لازم به آن اعطا و نظارت کافی نیز بر آن انجام شود.

اولین قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخابات شهرداران در تاریخ ۱۳۷۵/۳/۱ به تصویب رسید. اصلاحات و الحاقات آن نیز در ۱۳۸۲/۵/۵، ۱۳۸۲/۷/۶، ۱۳۸۵/۵/۴ و ۱۳۸۶/۸/۱۷ انجام شد. اهمیت شوراها به ویژه در اصل ۱۰۳ قانون اساسی ملموس‌تر است. بر اساس این اصل، استانداران، فرمانداران، بخشداران و دیگر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند، در حدود اختیارات شوراها ملزم هستند که تصمیم‌های آنان را رعایت کنند. این اصل نشان می‌دهد که همه مسئولان دولتی ملزم هستند مصوبه نمایندگان مردم در شوراها را رعایت کنند که آنان برای پیشبرد شرایط اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر اساس اختیارات خویش تصویب کرده‌اند. در این صورت، زمینه پیشرفت امور محلی هموار می‌شود. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۹ اصل (به طور مستقیم یا غیر مستقیم) به شوراهای شهر و روستا مربوط می‌شود. در این میان، شوراهای اسلامی از لحاظ ماهیت و مشخصه‌های ارائه‌شده توسط قانون‌گذار با وزارتخانه و شرکت دولتی کاملاً تفاوت دارند.^۱ در مورد مؤسسه دولتی یا مؤسسه عمومی غیر دولتی بودن این شوراها نیز اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای، شوراهای اسلامی را ذیل مؤسسات عمومی غیر دولتی قلمداد می‌کنند؛ زیرا با تعاریف قانون‌گذار از این نوع مؤسسات^۲ هم‌خوانی دارد. بیش از ۵۰ درصد بودجه سالانه آن‌ها نیز از منابع غیر دولتی، تأمین و کمبودهای آن از محل درآمدهای عمومی جبران می‌شود. با این حال، چون در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی به آن‌ها اشاره‌ای نشده است، شوراهای اسلامی را نمی‌توان جزو مؤسسات عمومی غیر دولتی تلقی کرد.^۳

۱. رستمی و حسینی‌پور اردکانی، پیشین، ص ۵۰.

۲. ماده ۵ قانون محاسبات عمومی و ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری.

۳. آقای طوق و لطفی، پیشین، ص ۱۹۵.

طبق نظری دیگر، شوراهای اسلامی با معیارهای تعریف‌شده برای مؤسسه دولتی یعنی واحد سازمانی مشخص، استقلال حقوقی و مرجع تأسیس قانونی هم‌پوشانی دارند، اما ویژگی تخصص که انجام برخی امور محول‌شده به قوا یا مراجع قانونی است، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. مبنای ایجاد این شوراها، قانون اساسی است و به موجب آن، برخی وظایف را به صورت ذاتی بر عهده دارند. پس آن‌ها را از نظر ماهوی نمی‌توان مؤسسه دولتی دانست. با توجه به ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری که «... کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شوند»، می‌توان شوراهای اسلامی را در حکم مؤسسه دولتی دانست.^۱

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز بین شوراها تفکیک قائل شده است. این مرجع، مصوبات شورای اسلامی شهر را از مصادیق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲ تلقی کرده است. با این حال، به موجب رأی شماره ۵۷۹-۱۳۹۳/۰۲/۲۶، شکایت از مصوبات شوراهای اسلامی روستا را به دلیل این‌که مصوباتشان از مصادیق ماده ۱۲ این قانون نیست، در هیئت عمومی قابل طرح ندانسته است. این در حالی است که بین ماهیت حقوقی شوراهای اسلامی شهر و روستا تفاوتی وجود ندارد.^۲

هم‌چنین در خصوص صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری، هیئت عمومی در رأی وحدت رویه شماره ۹۷۲-۱۳۹۹/۹/۱۲ اذعان داشته است که شوراهای اسلامی شهر جزء هیچ یک از مصادیق واحدهای مصرّح در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شود. پس تقاضای ابطال مصوبات این شوراها را قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری ندانسته است. این در حالی است که اگر شوراها را در حکم مؤسسه دولتی بدانیم، مشمول بند ۱ ماده ۱۰ این قانون قرار می‌گیرند.

با توجه به جمیع جنبه‌های مورد نظر در خصوص شخصیت حقوقی شوراها، نهادها به موجب اصول قانون اساسی دارای شأن تصمیم‌گیری و نظارت هستند و این شئون با اجرا یا تقنین متفاوتند. از سوی دیگر، در زمینه سازمان‌های اداری موجود نیز با توجه به ابهام و تعارض‌های موجود در نظام حقوقی سازمان‌های اداری و بی‌توجهی قانون‌گذار به ماهیت سازمان‌های اداری نمی‌توان نظر متقن و جازمی در این زمینه بیان کرد. در این مورد، شوراهای اسلامی کشور را از نظر ماهوی می‌توان مؤسسه عمومی غیر دولتی دانست.

۱. رستمی و حسینی‌پور اردکانی، پیشین، ص ۵۴.

۲. مولایی، پیشین، ص ۱۱۳.

بند دوم. فدراسیون‌های ورزشی

بر اساس قانون فهرست نهادهای عمومی غیر دولتی، فدراسیون‌های ورزشی آماتوری هستند. همچنین در تبصره قانون اخیر مقرر شده است: «اساس‌نامه فدراسیون‌های مذکور حداکثر ظرف مدت ۳ ماه پس از تصویب این قانون بنا به پیشنهاد سازمان تربیت بدنی به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید».

به موجب اساس‌نامه تیپ ۲۳ ماده‌ای فدراسیون‌های ورزشی آماتوری، مصوب هیئت وزیران، فدراسیون‌های ورزشی آماتوری جزو نهادهای عمومی غیر دولتی هستند و رئیس وقت سازمان تربیت بدنی، عضو مجمع عمومی فدراسیون و دارای حق رأی بود. رئیس فدراسیون با حکم رئیس سازمان تربیت بدنی تعیین می‌شد و رئیس سازمان تربیت بدنی، حق عزل و قبول استعفای رئیس فدراسیون و تعیین سرپرست به جای وی را داشت. علاوه بر این مراتب، فدراسیون‌های ورزشی آماتوری دارای ردیف بودجه ذیل بودجه اختصاصی سازمان تربیت بدنی در قانون بودجه سالانه کشور بودند و باید همه قوانین، آیین‌نامه‌ها و مقررات نهادهای عمومی غیر دولتی را نیز رعایت می‌کردند.

در سال ۱۳۸۶ با جای‌گزین شدن اساس‌نامه ۸۶ ماده‌ای مورد تأیید مجمع عمومی فدراسیون فوتبال و فیفا، موارد یادشده حذف شد و ماهیت حقوقی فدراسیون فوتبال از یک نهاد یا مؤسسه عمومی غیر دولتی به یک مؤسسه غیر دولتی تغییر یافت. با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در تاریخ ۱۳۸۶/۷/۱۸، قانون‌گذار در مواد ۳ و ۵، تعریف جدیدی از نهادها و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و نیز دستگاه‌های اجرایی ارائه کرده است که با تعریف قانون محاسبات عمومی تفاوت آشکار دارد.

به نظر می‌رسد که فدراسیون فوتبال از همان سال ۱۳۸۶ از زمره مؤسسات و نهادهای عمومی و غیر دولتی خارج شده است و از تاریخ تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در ۲۴ مرداد ۱۳۸۶ نیز ردیف بودجه تخصیصی در قوانین بودجه سالانه کشور ندارد و منطبق با تعریف مقرر در ماده ۳ قانون یادشده نیست. همچنین به موجب ماده اول اساس‌نامه فدراسیون فوتبال، از فدراسیون فوتبال به عنوان یک مؤسسه غیر دولتی یاد شده است. همین روند در ماده اول اساس‌نامه سال ۱۳۹۰ فدراسیون فوتبال نیز پیموده شد و به موجب آن، فدراسیون فوتبال، «مؤسسه غیر دولتی» است. به همین دلیل، در تاریخ ۱۳۹۶/۳/۳، مؤسسه غیر تجاری فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران به شماره ۴۱۷۲۸ و شناسه ملی شماره ۱۴۰۰۶۷۸۹۴۲۳ به ثبت رسیده است که به موجب ماده اول اساس‌نامه ثبت‌شده در اداره ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیر تجاری تهران، ماهیت حقوقی فدراسیون فوتبال، «مؤسسه غیر دولتی» است.

بند سوم. دانشگاه آزاد اسلامی

یکی از مؤسساتی که در خصوص صدق عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی در مورد آن شبهه وجود دارد، دانشگاه آزاد اسلامی است. بیان شد که مؤسسات عمومی غیر دولتی در قانون فهرست احصا شده‌اند، اما با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ و ارائه شاخص‌ها و معیارهایی برای شناخت مؤسسات عمومی غیر دولتی ممکن است نهادهایی وجود داشته باشند که قانون‌گذار در قانون فهرست به وجودشان تصریح نکرده باشد. با این حال، با توجه به معیارهای مندرج در قانون مدیریت بتوان آن‌ها را مؤسسه عمومی غیر دولتی شناخت. در اساس‌نامه دانشگاه آزاد اسلامی، مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی، تعریف خاصی از دانشگاه آزاد اسلامی ارائه نشده است. با این حال، از میان مواد آن می‌توان گفت این دانشگاه، مؤسسه‌ای غیر انتفاعی با هدف آموزش و پژوهش است که تابع مقررات آیین‌نامه‌های مربوط به مؤسسات آموزش عالی غیر دولتی غیر انتفاعی است.

حال باید معیارهای موجود برای مؤسسات عمومی غیر دولتی را در مورد دانشگاه آزاد اسلامی بررسی کنیم. بحث اول در مورد شیوه تأسیس و انحلال این مؤسسه است. این دانشگاه با تصمیم هیئت مؤسس خود تأسیس شده است و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی آن را تأسیس کرده‌اند. پس این دانشگاه به وسیله قانون یا تصویب مجلس شورای اسلامی تأسیس نشده است. ضابطه دیگر، هدف پیدایش است. هدف از ایجاد این دانشگاه، در راستای اهداف آموزش عالی غیر دولتی و غیر انتفاعی است که از مجموع اهداف ذکرشده برای این مؤسسات می‌توان دریافت که هدف این مؤسسات، نوعی تأمین نفع عمومی و خدمات‌رسانی عمومی است. در خصوص قوانین حاکم بر کارکنان دانشگاه آزاد اسلامی نیز در بند «ح» ماده ۱۲ اساس‌نامه جدید، این عبارت با حذف واژه «استخدامی» تکرار شده است.

در خصوص نحوه تشکیل شخصیت حقوقی دانشگاه آزاد اسلامی باید گفت در کلیات آیین‌نامه مؤسسات آموزش عالی غیر دولتی غیر انتفاعی، در بند ۲ ماده ۳، کسب امتیاز لازم از وزارت علوم و دیگر مراجع صالح را از وظایف هیئت مؤسس دانسته است و در ماده ۱۳ بیان می‌دارد: «مؤسسات آموزش عالی، پس از احراز شرایط فصل ۲ و ۳ آیین‌نامه مذکور، ابتدا در وزارت فرهنگ و آموزش عالی و سپس از لحاظ مالی و اداری در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت خواهند رسید.» دانشگاه آزاد اسلامی در کلیات، پیرو این مؤسسات است، اما در مورد نیاز به ثبت دانشگاه آزاد اسلامی، در بند الف ماده ۹ اساس‌نامه، کسب امتیاز تأسیس از وزارت‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و دیگر مراجع صلاحیت‌دار را از وظایف هیئت مؤسس دانسته است.^۱

۱. ویژه و افشاری، پیشین، ص ۱۵۹.

با توجه به معیارهای ارائه‌شده در خصوص مؤسسات عمومی غیر دولتی و تطبیق آن با دانشگاه آزاد اسلامی به نظر می‌رسد دانشگاه آزاد اسلامی، مؤسسه عمومی غیر دولتی نباشد.

بند چهارم. نهادهای انقلابی

با تصویب قانون محاسبات عمومی در تاریخ ۱۳۶۶/۶/۱، قانون‌گذار با هدف تعیین وضعیت حقوقی نهادهای انقلابی در تبصره ذیل ماده ۱۳۰ این قانون بیان کرد: «نهادهای و مؤسساتی که در جریان تحقق انقلاب اسلامی به وجود آمده‌اند، مکلفند ظرف مدت مذکور در این ماده، وضع حقوقی خود را با یکی از مواد ۲ تا ۵ این قانون تطبیق دهند.» در همین راستا، در قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی، برخی از نهادهای انقلابی به عنوان مؤسسه عمومی غیر دولتی شناخته شدند.

تصویب قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی نه تنها موجب رفع ابهام در خصوص جایگاه حقوقی نهادهای انقلابی نشد، بلکه چالش‌هایی را درباره جایگاه حقوقی این گونه نهادهای به وجود آورد. همانا فلسفه وجودی نهادهای انقلابی با مؤسسات عمومی غیر دولتی از لحاظ حقوقی توجیه‌پذیر نیست.

یکی از شرایط ایجاد شخصیت حقوقی مؤسسات عمومی غیر دولتی، تأمین ۵۰ درصد از منابع مالی خود از غیر بودجه کل کشور است. این در حالی است که اگر نهادی در یک سال نتواند میزان درآمد مورد نیاز خود را از بخش غیر دولتی تأمین کند، ناچار به تأمین آن از بودجه عمومی کشور خواهد شد. افزون بر آن، برخی نهادهای انقلابی، مشمول هیچ یک از تعاریف در قانون محاسبات عمومی نیستند، مانند سپاه پاسداران انقلاب اسلامی که با حفظ شخصیت حقوقی خود همچنان به عنوان نهاد انقلابی فعالیت می‌کند.

علاوه بر این موارد، اسنادی مانند تبصره ۲ ماده واحده قانون فهرست مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی (مصوب ۱۳۷۳) که در آن، اجرای قانون بر نهادهای زیر نظر رهبری را به اذن رهبری وابسته کرده، یکی دیگر از چالش‌های نظارتی بر نهادهای انقلابی در نظام حقوقی کشور است. در خصوص نظارت بر این گونه نهادها نیز باید گفت مشمول وضعیت دوگانه عام و خاص است. ارگان‌هایی نظیر دیوان محاسبات کشور که از صلاحیت نظارتی عام برخوردارند، در نظارت مالی بر نهادهای انقلابی با چالش‌های جدی روبه‌رویند. چون نام برخی از این نهادها در قانون فهرست مؤسسات عمومی غیر دولتی آمده است و به صورت دوگانه (نهاد انقلابی/ مؤسسه عمومی غیر دولتی) اداره می‌شوند، لازم است ضمن رفع برخی ابهام‌ها، همه آن‌ها ذیل یک عنوان قرار گیرند.

نتیجه‌گیری

تبیین مفهوم و تشخیص مصادیق مؤسسات عمومی غیر دولتی از چندین جهت حایز اهمیت و آثار عملی و کاربردی است:

نخست - از نظر تعیین صلاحیت محاکم هنگام دادرسی و تعیین قلمرو نظارت قضایی دیوان عدالت اداری هم در خصوص شکایت از تصمیمات موردی و اقدامات و هم درخواست ابطال مصوبات؛

دوم - تعیین قلمرو نظارت دیوان محاسبات و سازمان بازرسی کل کشور در خصوص هزینه‌کرد بودجه عمومی؛

سوم - تعیین میزان دخالت دولت در اداره مؤسسات و میزان استقلال مؤسسات از نظر سازمانی و مدیریتی.

هدف اصلی از نگارش این مقاله رفع ابهام‌های نظری و عملی در حوزه یادشده است. در نظام حقوق اداری ایران، تعاریف متعددی برای مؤسسات عمومی غیر دولتی در ماده ۵ قانون محاسبات عمومی و ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری بیان شده است. قانون‌گذار با وجود تلاش‌های قانونی برای تبیین مفهوم و ویژگی‌های این قبیل مؤسسات هنوز نتوانسته است تعریفی جامع و شفاف عرضه کند که تمامی ابعاد و خصایص آن‌ها را دربرگیرد.

چون تبیین مفهوم دقیق مؤسسات عمومی غیر دولتی، لازمه تبیین مصادیق، جایگاه و عملکردهای این نوع مؤسسات است و قانون‌گذار هنوز نتوانسته است تعریف مناسبی از آن‌ها ارائه دهد، ابهام‌های فراوانی در تعیین مصادیق آن‌ها و اخلاف در کارکرد و ماهیت حقوقی‌شان پدید آمده است. بحران در عملکرد و جایگاه حقوقی و نظارت بر مؤسسات عمومی غیر دولتی، در ابهام مفهوم مؤسسه عمومی غیر دولتی در نظام حقوق اداری ایران ریشه دارد. ابهام در مفهوم و ماهیت و مصادیق نهادها و دستگاه‌های اجرایی نیز موجب اخلاف در کارکرد و نظارت بر آن‌ها و در نهایت، اخلاف در نظم اداره امور عمومی خواهد شد.

برای حل این مسئله، ابتدا چهار ویژگی (عنصر سازمانی، ایجاد به موجب قانون، استقلال از دولت، خدمات‌رسانی عمومی) برای این نوع مؤسسات مشخص و بررسی شد. در حقوق اداری ایران، اولاً ویژگی‌های مؤسسات دولتی طبق تعاریف قانونی به طور جامع، برطرف‌کننده ابهام‌های آن‌ها نیستند. ثانیاً مشاهده شد که همان ویژگی‌های ناقصی که قانون‌گذار برای مؤسسات دولتی برشمرده، در عمل در تأسیس آن‌ها برخلاف نص صریح قانون، شرط لازم شمرده نمی‌شود. هم‌چنین در خصوص برخی نهادهای موجود در نظام حقوقی ایران و تطبیق عنوان مؤسسات عمومی غیر دولتی بر آن‌ها ابهام وجود دارد که

از قضا با تصویب قانون فهرست نهادهای و مؤسسات عمومی غیر دولتی بر ابهامهای عملی موجود افزوده شده است.

نظام حقوقی ایران درباره شکل‌گیری و تأسیس مؤسسات عمومی غیر دولتی از منطق روشنی پیروی نمی‌کند و در وضعیت فعلی نمی‌توان تعریف ماهوی دقیق و شفاف را از مؤسسات غیر دولتی در نظام حقوق اداری ایران ارائه داد. از این رو، قانون‌گذار باید به ارائه تعریفی دقیق و تعیین حدود این نوع از مؤسسات برای احصای مصادیق آنها بپردازد. همچنین لازم است با توجه به ارائه تعریفی جامع و مانع از آنها، ابتدا استقلال سازمانی و مدیریتی آنها را به طور کامل شناسایی کند. در قدم دوم، از طریق گسترش نظارت قضایی به خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری بر این گونه مؤسسات، صیانت از حقوق و اموال عمومی در آنها را تضمین کند. همانا گسترش منطقی و بجای مؤسسات عمومی غیر دولتی می‌تواند گام مهمی در تمرکززدایی و گسترش مشارکت بخش غیر دولتی در امور عمومی باشد.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری**، تهران: توس، ۱۳۷۰.
۲. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۴. امامی، محمد، **کلیات حقوق مالی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۵. انصاری، ولی‌الله، **کلیات حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۶. حسینی‌پور اردکانی، سید مجتبی، **نظام حقوقی حاکم بر نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی**، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۸۹.
۷. رضایی‌زاده، محمدجواد، **حقوق اداری (۱)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۸. صانعی، پرویز، **حقوق جزای عمومی (جلد ۲)**، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۷.
۹. صدری نوش‌آبادی، سید صدرالدین، **شرحی بر قانون مدیریت خدمات کشوری در پرتو قوانین مرتبط**، تهران: شورا، ۱۳۸۹.
۱۰. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۸.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۷۷.
۱۲. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۹۵.
۱۳. مولاییگی، غلام‌رضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۱۴. میرحسینی، مهدی، **آشنایی با تشکیلات دولت جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۷۷.
۱۵. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی (جلد ۲)**، قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۵.

۲. مقاله

۱. آجرلو، اسماعیل و جلال غفاری قدیر، «**نظام حقوقی اداری و مالی نهاد کتابخانه‌های عمومی کشور**»، تحقیقات اطلاع‌رسانی و کتابخانه‌های عمومی، ۱۳۹۱، دوره هجدهم، شماره ۲، صص ۲۶۶-۲۴۱.

۲. اصلانی، فیروز و علی سهرابلو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۳، صص ۴۱۵-۴۱۷.
۳. پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل، گزارش نشست علمی «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵، چاپ اول، ص ۵.
۴. تنگستانی، محمدقاسم، «ابهام در ماهیت حقوقی مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی و پی‌آمدهای آن»، مجله مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹، دوره بیست و هفتم، شماره ۱۰۳.
۵. دشتی، علی، «جایگاه حقوقی و تعاملات قانونی شوراهای اسلامی محلی در نظام حقوقی و سیاسی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹، صص ۵۱۳-۵۵۳.
۶. رحمت‌اللهی، حسین و مجید نجارزاده، «مبانی لزوم اعمال حاکمیت دولت بر بنگاه‌های خصوصی شده متولی خدمات عمومی»، فصلنامه حقوق اداری، سال سوم، شماره ۱۱.
۷. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۵، صص ۴۱-۶۰.
۸. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۳، صص ۲۷-۵۰.
۹. رستمی، ولی و سید محسن دهقان منشادی، «قواعد حاکم بر وصول مطالبات دولت از اشخاص؛ تحلیل مواد ۴۷ و ۴۸ قانون محاسبات عمومی کشور»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۸، شماره ۱۰۸، صص ۲۶۹-۲۸۷.
۱۰. رستمی، ولی و فاطمه افشاری، «واکاوی استقلال مؤسسات عمومی غیر دولتی از منظر حقوق مالیه»، فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۸، شماره ۱ (پیاپی ۴۹)، صص ۹۷-۱۲۴.
۱۱. رستمی، ولی و میلاد قطبی، «تحلیلی بر مفهوم نهادهای زیر نظر رهبری در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۳، شماره ۹، صص ۶۹-۹۰.
۱۲. شاکر جناقرد، سالار و همکاران، «نظارت بر مؤسسات عمومی غیر دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، مجله پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، ۱۳۹۹، شماره ۴۵.

۱۳. شمس، عبدالله و غزل غفوری اصل، «شناخت اشخاص و اسناد اجرایی مشمول «قانون نحوه پرداخت محکوم‌به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی»، مصوب ۱۳۶۵»، مطالعات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۴، صص ۱۹۵-۲۲۱.
۱۴. شیخی، پریسا و فردین مرادخانی، «چالش‌های نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی (مطالعه مورد بنیاد شهید و امور ایثارگران)»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۲۱.
۱۵. کدخدایی، عباس و همکاران، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۸، سال هشتم، شماره ۲۳.
۱۶. مرادخانی، فردین و بهروز سعادت، «جایگاه حقوقی نهادهای انقلابی در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۸، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۸.
۱۷. مرادخانی، فردین و فرشید بنده علی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال با نگاهی به نقش نظارت دیوان بر شهرداری‌ها»، نشریه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۱۶، صص ۱۸۱-۲۰۴.
۱۸. نجفی‌خواه، محسن، «مرز میان بخش عمومی و بخش خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری»، مجله برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۹۵، سال بیست و یکم، شماره ۴.
۱۹. الهام، غلام‌حسین و علی نورایی، «وحدت یا تعدد مراجع مقرر در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر نظام حقوق اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۴، شماره ۲، صص ۷-۲۲.
۲۰. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی: مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۳، دوره ششم، سال چهارم.

۳. پایان‌نامه

۱. ایزدیان، محسن، «نظارت بر مؤسسات عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
۲. حسینی‌پور اردکانی، سید مجتبی، «نظام حقوقی حاکم بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.

۳. خشک‌دامن، امیر، «آسیب‌شناسی عملکرد شوراهای اسلامی شهر در پرتو اهداف قانونی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷.
۴. یازرلو، حجت‌الله، «نظام حقوقی مؤسسات عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹.

۴. قوانین، مقررات و آرا

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۸ و ۱۳۹۸.
۲. آیین‌نامه اموال دولتی، ۱۳۷۲.
۳. رأی وحدت رویه شماره ۹۷۲ - ۱۳۹۹/۹/۱۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. قانون اساسی، ۱۳۶۸.
۵. قانون استخدام کشوری، ۱۳۴۵.
۶. قانون تبدیل شورای سرپرستی زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور به «سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور»، ۱۳۶۴ و آیین‌نامه اجرایی آن، ۱۳۸۴ و اصلاحیه ۱۳۸۹ و ۱۴۰۰.
۷. قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۶۰ و اصلاحیه ۱۳۹۳.
۸. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۰.
۹. قانون دیوان محاسبات کشور، ۱۳۶۱.
۱۰. قانون محاسبات عمومی، ۱۳۶۶.
۱۱. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.
۱۲. قانون نحوه اجرای اصل ۱۷۵ قانون اساسی در بخش نظارت، ۱۳۷۰.

۵. دیگر منابع

۱. اداره کل امور حقوقی و تدوین قوه قضاییه، نظریه‌های مشورتی، شماره ۲۵۴۵/۹۲/۷، ۱۳۹۲.
۲. رستمی، ولی، «تقریرات درس حقوق اداری ایران»، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، نیم‌سال دوم تحصیلی ۸۹-۹۰.



حکمرانی الکترونیک خوب و نظریه دولت باز: رویکرد حقوقی

یاسر قهرمانی افشار *

مهدی شعبان‌نیا منصور **

علی دشتی ***

چکیده

مدولت الکترونیک، محصول و برآیند طبیعی نیروهای فناورانه است که به بهبود عملکرد دولت و دسترسی بهتر و سریع‌تر شهروندان به خدمات دولتی می‌انجامد. دولت الکترونیک به دیجیتالی شدن و رایانه‌ای شدن امور دولت تعبیر می‌شود. چون دولت‌ها به نوآوری‌هایی در ساختار سازمانی، دستورالعمل‌ها، ظرفیت‌ها و بهره‌برداری از منابع انسانی و خدمات‌رسانی دولتی و تمشیت امور عمومی روی آورده‌اند، به صورت گسترده و بنیادین و به طور خودسازار، از حکمرانی الکترونیک برای ابتکار، نوآوری، نوآوری، نوآوری، افزایش بهره‌وری و بهبود عملکرد خود بهره گرفته‌اند. حکمرانی الکترونیک در ظرفیت نهادی خود، بسترهای دموکراسی سیاسی و مشارکت مستقیم شهروندان را در تصمیم‌گیری‌های سیاسی فراهم می‌آورد و نویدبخش تعالی دولت - ملت به حکومت الکترونیک - شهروند الکترونیک است. باز بودن دولت و حکومت به روی اقتصاد و مردم، به مثابه تبلوری از حکمرانی الکترونیک خوب، به شفافیت اقدامات دولت، در دسترس بودن خدمات و دادگان دولت و پاسخ‌گو بودن دولت در برابر ایده‌ها و تقاضاها اشاره دارد. این تحقیق با روشی تحلیلی - تجویزی و با استفاده از مطالعه کتابخانه‌ای به دنبال پاسخ این پرسش است که نقش حکمرانی و دولت الکترونیک در تحقق دولت باز چیست. نتیجه این تحقیق مشخص می‌کند که حکمرانی الکترونیک علاوه بر تحقق شفافیت، پاسخ‌گویی، خدمات‌رسانی و کارآیی بیشتر و سریع‌تر و با کیفیت بالاتر در دولت، سطح مشارکت آگاهانه‌تر و هوشمندانه‌تر افراد را نیز بالاتر می‌برد.

کلیدواژه‌ها: فناوری اطلاعات، حکمرانی الکترونیک، دموکراسی الکترونیک، خدمات عمومی، دولت ۲/۰.

*. دانش آموخته دکتری حقوق عمومی - استاد مدعو گروه حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.

yghafshar@hotmail.com

(نویسنده مسئول)

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

mehdi.shabannia@gmail.com

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

darrood@gmail.com

مقدمه

سازمان ملل متحد از سال ۱۹۹۵، رویکرد ارائه کمک‌های حق‌بنیانی^۱ را برای کشورهای در حال توسعه و تقویت نهادهای و تأسیسات حکومتی کشورهای عضو شروع کرد و در ۱۹۹۷، کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد، مسئولیت تسهیل هدایت چنین رویکرد حقوق بشری را در چارچوب برنامه توسعه سازمان ملل متحد^۲ بر عهده گرفت. در سپتامبر ۲۰۰۰، کمیته مشورتی سازمان ملل متحد مربوط به برنامه‌ها و سؤالات، طرح‌واره‌ای از معیارها و شاخص‌های سیاسی را برای همکاری با سازمان ملل متحد تعیین کرد. ضوابط، معیارها و سیاست‌های مورد نظر عبارتند از: دموکراسی، مشارکت، عدالت، مدیریت و حمایت از محیط زیست، حقوق بشر، حاکمیت قانون، مدیریت خدمات‌رسانی عمومی، شفافیت و پاسخ‌گویی، امنیت، استقرار صلح و مدیریت تعارض‌ها، شهروندی آگاهانه و دولت الکترونیک.

دولت الکترونیک به معنای فراهم آوردن شرایطی است که دولت‌ها بتوانند خدمات خود را به صورت ۲۴ ساعت در ۷ روز هفته عرضه کنند. گسترش به‌کارگیری دولت الکترونیک برای انجام تغییرات در فرآیندهای دولتی نظیر تمرکززدایی، بهبود کارایی و اثربخشی است. شناسه‌هایی مانند: «در دسترس بودن برای همگان در همه جا»،^۳ «دسترسی‌پذیری دایمی»،^۴ «قابل استفاده بودن»،^۵ «مرکزی نبودن و پراکندگی»،^۶ «قابلیت همکاری داشتن»،^۷ «الکترونیکی شدن بهره‌وری»، «الکترونیکی شدن رأی‌گیری» و «گردش الکترونیکی» از جمله شناسه‌هایی است که می‌توان برای دولت الکترونیک و دیگر گونه‌های نوین دولت در نظر گرفت. در واقع، دولت الکترونیک نیز مبتنی بر استفاده از فناوری به منظور افزایش دسترسی به خدمات دولتی و عرضه آن‌ها برای بهره‌مندی شهروندان، بخش‌های تجاری و کارکنان است.

بیش از یک دهه است که طرح‌های ایجاد دولت الکترونیکی در کشورهای مختلف کلید خورده است.^۸ انگاره حکمرانی خوب، موضوعی نسبتاً نو در ادبیات سیاسی و حقوقی ایران است، اما شاید بتوان هم‌سویی آن را از نظر هدف و ماهیت با دیگر انگاره‌های

1-Rights-Based.

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

3-Availability.

4-Permanent Accessibility .

5-Usability.

6-Dispersality

7-Interoperability .

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

ارزشمندی هم‌چون دموکراسی، حقوق بشر و مشارکت پیدا کرد. به بیان دیگر، حکمرانی خوب، مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها، سازوکارها، سیاست‌ها و فرآیندهایی است که در خدمت تحقق دموکراسی و حقوق بشر است و بر این بنیان می‌توان حکمرانی خوب را ابزاری برای تحقق آرمان دموکراسی و مشارکت شهروندان و برقراری حقوق بشر و حاکمیت قانون دانست.

در تبیین مفهوم حکمرانی الکترونیک باید اذعان داشت که مفهومی جدیدتر از دولت الکترونیک است که بیش‌تر با نوید بهبود کارآیی اداره امور عمومی توسط دولت مطرح می‌شود و برای اثربخشی کارآیی مدیریت دولتی، ضروری و حیاتی است.^۱ حکمرانی الکترونیک به این موضوع اشاره دارد که دولت‌ها چگونه بر اساس مقیاس‌هایی مانند مواجهه با انتظارات، نسبت به عرضه مطلوب خدمات عمومی و مشارکت بیش‌تر شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها عمل می‌کنند. در تحقیقات پیشین با عنوان «مدیریت ایران، کشورداری الکترونیک» عموماً به موضوعاتی چون مدیریت منابع انسانی و توسعه پارک‌های علم و فناوری و آینده حکمرانی شبکه‌ای و نقش پایگاه‌وب در حکومت الکترونیک پرداخته شده است. هم‌چنین در پژوهش‌هایی با عنوان «حکمرانی خوب»، شاخص‌های حکمرانی خوب از جمله مشارکت، حاکمیت قانون و شفافیت شناسایی و تبیین شده است. همین‌طور در مورد رابطه فناوری اطلاعات و فساد اداری، قلم‌فرسایی‌هایی صورت گرفته، ولی پژوهشی مستقل در خصوص نقش دولت الکترونیک در شکل‌گیری دولت باز صورت نگرفته است.

پرسش پژوهش این است که در عصر حاضر، نقش حکمرانی الکترونیک در تکوین حکمرانی شایسته چیست و چگونه می‌توان برای روزآمدسازی حضور مردم در عرصه سیاست و خدمات‌رسانی عمومی به شهروندان اقدام کرد؟ تفاوت دولت الکترونیک با حکمرانی الکترونیک چیست؟ کدام یک از شناسه‌های دولت باز در آیین‌ها قوانین ایران منعکس شده است؟ بر این بنیاد، ابتدا به پیکربندی مفهومی حکمرانی و دولت الکترونیک و اهداف و کارویژه‌های آن می‌پردازیم. در ادامه با اشاره به تفاوت دولت الکترونیک و حکمرانی الکترونیک و نگاهی به شناسه‌های برساننده آن‌ها، از نقش دولت الکترونیک و فناوری اطلاعات در راستای تحقق دولت باز و ماهیت و مؤلفه‌های برساننده آن سخن می‌گوییم.

این پژوهش از نظر روش، توصیفی - تحلیلی و تجویزی، از نظر گردآوری داده‌ها، کتابخانه‌ای و هدف آن، کاربردی است که بر بنیان «نظریه دولت باز» به تبیین تبلور حکومت‌داری خوب یا به عبارت دقیق‌تر، حکومت‌داری الکترونیک خوب از طریق تلاش دولت‌ها برای بهره‌گیری از دولت الکترونیک پرداخته است. تمایز این نوشتار با پژوهش‌های پیشین، ارائه تبیینی از نظریه دولت باز است که به عنوان تمثالی از حکومت‌داری خوب در نظر گرفته

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

شده است. هم‌چنین از دیدگاه حقوقی به دولت و حکمرانی الکترونیک نظر افکنده و به نقش فناوری اطلاعات و دولت الکترونیک در تحقق مطلوبات بشری و مدیریت صحیح حقوقی دولت بر اساس مقتضیات جامعه توجه داشته است.

گفتار اول. مفهوم، اهداف و امتیازهای حکمرانی الکترونیک خوب^۱

بند نخست. حکمرانی خوب

قدمت مفهوم «حکمرانی» شاید به قدمت تاریخ درازآهنگ زندگی بشر باشد. تعریف‌های مختلفی در مورد حکمرانی مطرح شده است که هر کدام از آن‌ها از نظرگاهی ویژه مطرح شده است که شاید نتوان ادعای مانع بودن این تعریف‌ها را مطرح کرد. در فرهنگ آکسفورد، حکمرانی این‌گونه معنا شده است: فعالیت یا ابزار اعمال قدرت. حکمرانی، مفهومی وسیع‌تر از حکومت دارد و اذعان به این موضوع است که قدرت در درون و بیرون از اختیارات و نهادهای رسمی حکومت وجود دارد. حکمرانی به طور سنتی به مثابه فرآیندی تعریف شده است که نظام سیاسی قادر است از طریق آن، به ارزش‌هایی مثل پاسخ‌گویی، مشارکت، گشودگی (شفافیت) و احترام به نقش قانون و بنابراین، فرآیند بوروکراتیک مورد نظر دست یابد.

تعریف بانک جهانی از حکمرانی، اجرای قدرت سیاسی و به کارگیری منابع نهادی به منظور مدیریت امور اجتماعی است.^۲ حکمرانی خوب را مدیریت اثربخش منابع اقتصادی و اجتماعی یک کشور می‌دانند، به گونه‌ای که چنین مدیریتی، شفاف،^۳ پاسخ‌گو،^۴ قابل پیش‌بینی^۵ و باز^۶ باشد. حاضران در اجلاس اتحادیه آفریقا نیز بر این موضوع تأکید کردند.^۷ مفهوم «حکمرانی خوب» اصولاً در منشور سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل ایجاد شده است. در چند دهه اخیر، رویکرد حقوق بشری و حق بنیادین به توسعه در اعلامیه‌ها و اسناد مختلف گسترش یافت. کمیسیون حقوقی سازمان ملل متحد در قطع‌نامه ۶/۲۰۰۰، ویژگی‌های حکومت خوب را برشمرده است که عبارتند از: شفافیت، مسئولیت، پاسخ‌گویی،

1-Good E-Governance.

۲. بانک جهانی، گزارش توسعه جهانی: نقش دولت در جهان در حال تحول، ترجمه: گروه مترجمین تهران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۸.

3-Transparent.

4-Responsive.

5-Predictable.

6-Open.

7-www.ncb.intnet.mu/mf.oau/decpl.htm.

مشارکت و حاکمیت قانون. همچنین حکمرانی، اعمال اقتدار سیاسی، اقتصادی و اداری در پیش‌برد امور عمومی در سطح خرد تا کلان است. به طور کلی، حکمرانی، تدوین و اجرای سیاست‌ها در امور عمومی است.

با استفاده از این تعریف‌ها می‌توان مرز میان حکمرانی را با دیگر مفاهیم مشابه همچون مدیریت مشخص کرد، به این معنا که حوزه حکمرانی، حوزه «مدیریت مدیران» یا «مدیریت مدیریت» است. در تعبیر واژه «حکمرانی» باید به دو نکته توجه داشت: نخست - حکمرانی، حکومت نیست. حکمرانی به عنوان یک مفهوم مشخص می‌سازد که قدرت در داخل و خارج از اقتدار رسمی و نهادهای حکومت وجود دارد. از این رو، حکمرانی، سه گروه اصلی از کنش‌گران را دربرمی‌گیرد که عبارت است از حکومت، بخش خصوصی و جامعه مدنی. دوم - حکمرانی بر «فرآیند» تأکید دارد و مشخص می‌سازد که تصمیم‌ها با توجه به روابط پیچیده بین تعدادی از بازیگران با اولویت‌ها و سلیقه‌های متفاوت گرفته می‌شود. حکمرانی، توافقی را بین اولویت‌ها و سلیقه‌های رقیب و متضاد برقرار می‌کند که اساس و شالوده مفهوم حکمرانی است. به طور طبیعی، انگاره‌های اخلاقی را در تبیین وصف خوب در عبارت حکمرانی خوب نمی‌توان نادیده گرفت. بر اساس این بنیان است که ارزش خدمات‌رسانی عمومی و حراست از حق‌های بشر، جایگاه مهمی در تبیین شایستگی نظام سیاسی رقم می‌زند.

بند دوم. ماهیت حکمرانی الکترونیک و کارویژه آن در تکوین حکمرانی خوب

برخی حکمرانی الکترونیک را معادل حکمرانی دیجیتال دانسته‌اند^۱ که عبارت است از اجرای دیجیتالی اداره امور دولتی یا گونه دیجیتالی حکمرانی عمومی. حکمرانی الکترونیک شامل تصمیم‌گیری، تصمیم‌سازی و اجرای تصمیم‌هاست. شبکه‌های مخابراتی، نظام‌های نمایندگی داخلی، نظام‌های دولتی، شبکه خدمات‌رسانی، نقاط دسترسی، دسترسی به اینترنت و کارکنان ماهر از جمله استلزامات زیرساختی حکمرانی الکترونیکی شناخته می‌شوند. حکمرانی خوب الکترونیک، کاربرد فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات در بخش‌های دولتی و عمومی با هدف بهبود ارائه اطلاعات و خدمات به همه ذی‌نفعان، تشویق آنان به مشارکت در فرآیندهای تصمیم‌گیری و الزام دولت به پاسخ‌گویی بیش‌تر و عملکردهای مؤثرتر و شفاف‌تر است.^۲

1-Kujbidia, V.S., Karpenko, O.V and Namešnik, V.V., "Digital Governance in Ukraine: Basic definition of the concept-categorical apparatus", Visnik nacionalnoyi akademiyi derzhavonogo upravlinnya pri prezidentovi Ukraini, Seriya, Kiyiv: NADU, 1, 2018, pp. 5-10

2-Zwahr, T. & Finger, M., Enhancing the e-Governance Model: Enterprise Architecture as a Potential Methodology to build a Holistic Framework, Competence Centre e-Governance, EPFL, Lausanne, 1015, Switzerland, 2010

اینترنت به عنوان شاخص زیست سپهر مجازی دارای ظرفیت دموکراتیک است؛ زیرا در ورای نظارت قاهرانه حکومت‌ها موجب ایجاد فضایی می‌شود که رایزنی‌های دموکراتیک را آسان می‌سازد.^۱ کاستلز معتقد است انقلاب ارتباطات و ظهور شبکه‌ها سبب‌ساز ساختار شکنی دولت ملی و بازسازی دموکراسی از طریق بازآفرینی دولت محلی و شکوفایی آن از طریق ابزارهای الکترونیک، تقویت مشارکت سیاسی و پیوند افقی میان شهروندان شده و از طریق تسهیل، انتشار و اصلاح اطلاعات و امکانات برای تشکیل منظومه‌های تعاملی و مباحثه‌ای، فرصت‌های فراوان فراهم آورده است.^۲ در این راستا، فناوری توانسته است اصلاحاتی را در بسیاری از حوزه‌ها رقم بزند. به همین علت، به حکمرانی الکترونیک به صورت گسترده‌ای برای اصلاحات، مدرن‌سازی و بهبود عملکرد و کارآیی دولت‌ها و استفاده از شیوه‌های نوین برای افزایش بازده دولت‌ها توجه شد.^۳

بر این بنیاد برای کارآیی و اثربخشی مدیریت دولتی از حکمرانی الکترونیک سود جسته‌اند. بهره‌گیری از حکمرانی الکترونیک در کشورهای مختلف به ویژه در کشورهای توسعه‌یافته سرعت زیادی داشته است. امروزه بسیاری از کشورها از حکمرانی الکترونیک برای توان‌مندسازی با هدف افزایش کارآیی، افزایش شفافیت، کسب عایدی بیشتر و تسهیل اصلاح بخش دولتی استفاده می‌کنند. همچنین حکمرانی الکترونیک، ابزاری توانمند شناخته می‌شود که ظرفیت کمک به دولت‌ها برای دستیابی به برخی از اهداف مربوط به توسعه و اصلاحات مدیریتی را دارد.^۴

حکمرانی الکترونیک با برخورداری از مجموعه ویژگی‌های منحصر به فرد در زمام‌داری و اعمال آن‌ها در اداره جامعه و تمشیت امور عمومی، نقشی بی‌بدیل در تحقق «حکمرانی الکترونیک خوب» یا «به‌زمام‌داری الکترونیک» ایفا می‌کند. حکمرانی الکترونیک بر خلاف حکمرانی سنتی که وظیفه‌گرا بود، خدمت‌گراست و هدف و اصالت آن، خدمات‌رسانی به مشتریان است. بر بنیاد حکمرانی الکترونیک، تحویل خدمت به دریافت‌کننده خدمت در فضای الکترونیک اتفاق می‌افتد و دولت در خدمات‌رسانی نقشی فعال دارد.^۵

۲. خلیلی، محسن، «کشاکش دولت الکترونیک با دموکراسی الکترونیک»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، ۱۳۹۴، دوره اول، شماره ۳، ص ۳.

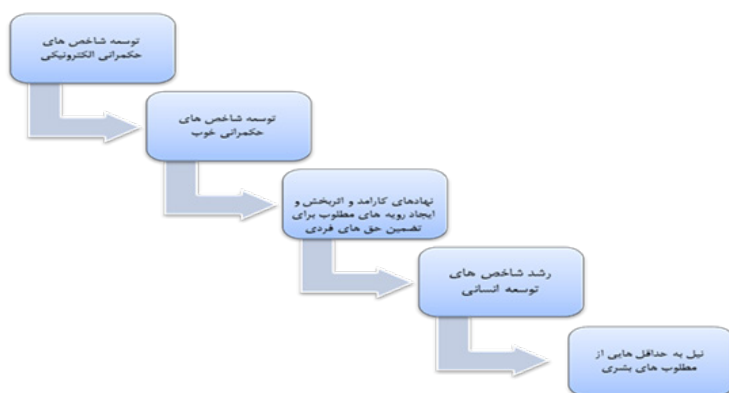
۲. کاستلز، مانوئل، عصر اطلاعات: اقتصاد، جامعه و فرهنگ (۲): قدرت هویت، ترجمه: حسن چاوشیان، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲، صص ۳۲۳-۴۱۸.

3-Foley, P. and Alfonso, X., "E-Government and the Transformation Agenda", Public Administration, 2009, 87 (2), p. 383

4-Adelana, op.cit, p. 273 .

5-Lee, G. and Perry, J. L., "Are Computers Boosting Productivity? A Test of the Paradox in State Governments", Journal of Public Administration Research and Theory, 2002, 12 (1), pp.77-102

در قالب برساخت حکمرانی الکترونیک، دریافت‌کننده خدمت به جای این‌که با چندین واحد و سازمان دولتی سر و کار داشته باشد، با یک واحد به نام دولت طرف است و خدمات خود را بدون حضور در صف انتظار تحویل می‌گیرد. از این رو، حکمرانی الکترونیکی به تعیین نوع خدمت و اطلاعات دولتی و نیز خدمات‌رسانی در حوزه‌هایی مانند مردم‌سالاری الکترونیک، مشارکت الکترونیک و کابینه الکترونیک اقدام می‌کند. اگر حکمرانی خوب این گونه تعریف شود: «مدیریت کارآمد و اثربخش بر حکومت‌کنندگان از طریق تأسیس و بهبود مستمر نهادهای رسمی و غیر رسمی و تنظیم روابط میان حکومت‌کنندگان با جامعه مدنی و بخش خصوصی، به گونه‌ای که تحقق شاخص‌هایی نظیر پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری و... منجر به بهبود شاخص‌هایی نظیر درآمد سرانه، تولید ناخالص داخلی، توزیع درآمد، اشتغال و تورم شود»، از شکل شماره ۱ می‌توان برای تبیین مسیر رسیدن به حداقل‌های مطلوب بشری استفاده کرد.



شکل ۱ - عمده‌ترین متغیرهای مستقل برای دستیابی به مطلوب‌های بشری

حکمرانی الکترونیک از یک سو به مدیریت بهتر امور اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و اداری در راستای دستیابی به شاخص‌های حکمرانی خوب کمک می‌کند و از دیگر سو، زمینه افزایش مشارکت شهروندان در سیاست‌گذاری‌های دولتی، توسعه دموکراسی الکترونیکی و تسهیل روابط بخش‌های مختلف جامعه را فراهم می‌کند. هم‌چنین باید اشاره کرد که بهره‌گیری از حکمرانی الکترونیک در اداره کلان جامعه موجب ایجاد الگوهای جدید در تعیین سیاست‌گذاری دولتی، معرفی الگوهای جدید در ارتباطات و قدرت سیاسی، بازسازی نقش

شهروندان در فرآیندهای سیاسی به ویژه در انتخابات و تسریع فرآیند گذار به عصر اطلاعات و جامعه دانش بنیان می‌شود. در ایران هم به منظور اجرای بندهای هفتم، هشتم، نهم و دهم اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سیاست‌های کلی نظام اداری، اصل ۴۴ قانون اساسی، اقتصاد مقاومتی، امنیت فضای تولید و تبادل اطلاعات و برنامه ششم توسعه کشور، ابلاغی مقام معظم رهبری و همچنین مصوبات شورای عالی فضای مجازی، قانون حکمرانی الکترونیکی تهیه شده است.^۱

بند سوم. امتیازهای حکمرانی الکترونیک

بر بنیان دولت و حکمرانی الکترونیک، مزیت‌های بنیادی چندگانه‌ای حاصل می‌شود. نخست این‌که از طریق تراکنش‌های برخط، دسترسی به اطلاعات بخش دولتی، آسان‌تر و تعامل با نهادهای دولتی کم‌دردس‌تر می‌شود. این قابلیت، شیوه خدمات‌دهی دولتی را متحول می‌کند و کارآیی دستگاه‌های اجرایی را افزایش می‌دهد. دوم این‌که با تغییر تمرکز تعامل از اداره به ارباب رجوع، «خدمت‌محوری» بخش دولتی به شدت ارتقا پیدا می‌کند. سوم این‌که مفهوم حکمرانی الکترونیک، با مفاهیمی هم‌چون کارآیی، بهره‌وری و اثرگذاری و صرفه‌جویی در هزینه‌های دولتی همراه است. چهارمین مزیت حکمرانی الکترونیک که می‌تواند به «به‌زمام‌داری» منجر شود، این است که افزایش مسئولیت‌پذیری در بخش دولتی، در واقع، بازتاب‌دهنده مطالبه شهروندان برای شفافیت و نظارت بر دیوان‌سالاری اداری است. پنجم این‌که دولت الکترونیک با اشتراک دانش، مشارکت، همکاری و نوآوری، مسیری را برای تحقق دموکراسی الکترونیک فراهم می‌آورد.

علاوه بر همه این قابلیت‌ها و ظرفیت‌هایی که برای حکمرانی الکترونیک شمرده شد، مزایایی برای دربرگیری اجتماعی، استخدام، بهداشت و آموزش و پرورش نیز در بردارد و بخش دولتی را در مسیر مدیریت مؤثر منابع طبیعی یاری می‌رساند. سرانجام در بازسازی تصویر ذهنی دولت و بخش دولتی نقشی پررنگ دارد و اعتماد شهروندان را به دولت تقویت می‌کند. با توجه به ارکان تعاملی حکمرانی و دولت الکترونیک (سازمان‌های دولتی، کسب و کار، کارمندان دولتی، کاربران)، منافع آن صرفاً متوجه دولت نیست، بلکه به نفع شهروندان، بخش خصوصی و کارکنان دولتی نیز هست.

به عبارت دیگر، دولت و حکمرانی الکترونیک، یک نظام اجتماعی - اقتصادی و یک حلقه زنجیره‌وار میان دولت، شهروندان و کسب و کار است. خدمات‌دهی الکترونیکی دولت، ابزاری برای افزایش قدرت پاسخ‌گویی، مشارکت مردمی، شفافیت، انعطاف‌پذیری ساختار دولت و

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، گزارش همایش بین‌المللی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات و ارتباطات،

همچنین کاهش هزینه، تمرکز، تخلفات و فساد اداری می‌شود. به عقیده نگارندگان، بر این بنیاد می‌توان از این موارد به عنوان مزیت‌های به‌زمام‌داری نام برد که از طریق بهره‌گیری از حکمرانی الکترونیک ایجاد می‌شود:

(الف) افزایش شفاف‌سازی: این کار از طریق فعالیت‌هایی چون انتشار قوانین، منشور شهروندی، کشف دارایی‌های عمومی، بودجه دولتی و شفاف‌سازی تصمیم‌گیری‌ها صورت می‌گیرد. برقراری نظام واپایش و نظارت^۱ و پاسخ‌گوسازی عوامل دولتی صرفاً در یک محیط شفاف امکان‌پذیر است. نظام اداری و سیاسی باید به گونه‌ای طراحی شود که امکان افشای فساد را بدهد. این امر در صورتی میسر خواهد بود که دسترسی به دادگان دولتی و حساب‌های دولتی ممکن باشد. از این رو، شفافیت حکومت^۲ و شفافیت برای حکومت^۳ در توان‌مندسازی بدنه حاکمیت و توان‌مندسازی رفتار حاکمیت و ارتقای توان تصمیم‌گیری و توان اجرایی و توان نظارتی حاکمیت نقشی بسزا خواهد داشت. نمونه‌ها و مصادیق شفافیت را می‌توان در شفافیت درآمدها و دارایی‌های مسئولان، شفافیت رصد وعده‌های مسئولان، شفافیت مشروح مذاکرات مسئولان، شفافیت آرای مسئولان، شفافیت هزینه‌های اقدامات حاکمیت، شفافیت مشاغل پیشین مسئولان، شفافیت منافع و تعارض منافع مشاهده کرد.

(ب) کاهش فساد اداری: از طریق کاهش نقش واسطه‌ها، انجام برخط فرآیندها و کاهش تمرکزگرایی دولت؛

(ج) بهبود خدمات‌رسانی: از طریق کاهش زمان انجام فرآیندها و کاهش هزینه‌های رفت و آمد شهروندان و ارتقای توانایی دولت در ارائه بیش‌تر، سریع‌تر و بهتر خدمات به شهروندان و توان‌مندسازی بخشی از جامعه که با محدودیت در دسترسی به خدمات دولتی مواجه بوده‌اند؛

(د) افزایش مسئولیت‌پذیری که بر بنیان این اصل، هر یک از کارگزاران دولتی در برابر افعال و تصمیمات خود مسئولیت دارند و پاسخ‌گو هستند؛

(ه) تسهیل فرآیندهای اداری از طریق افزایش سرعت گردش کار، یک‌پارچه‌سازی پایگاه داده‌ها، بهبود کارآیی کارکنان دولت و توان‌مندسازی مدیران در نظارت بیش‌تر و بهتر برای کارکنان؛

(و) کاهش هزینه‌های اجرایی برای کسب و کارها: از طریق کاهش فاصله بین دولت و شهروند و دسترسی سریع‌تر به خدمات دولتی؛

(ز) افزایش درآمد: از طریق سهولت پرداخت مالیات، کاهش فساد مالی و شناسایی بده‌کاران به دولت و بانک‌های دولتی و خصوصی؛

1-Check and Balance.

2-Transparency Of Government (شامل شفافیت حکومتی یا سیاسی).

3-Transparency For Government.(شامل شفافیت اطلاعاتی یا اقتصادی).

ح) کاهش هزینه‌ها و صرفه‌جویی در بودجه: از طریق کاهش هزینه فرآیندهای دولتی و نظارت بهتر بر هزینه‌ها از جمله شناسه‌های به‌زمامداری هستند که بر بنیاد حکمرانی الکترونیک شکل می‌گیرند.

گفتار دوم. تاریخچه، مفهوم نظری و اهداف کارکردی دولت الکترونیک^۱

تاریخچه پیدایش دولت الکترونیک را می‌توان به پیدایش رایانه‌ها و ابزارهای محاسباتی در دستگاه‌های دولتی مربوط دانست که در انجام امور عمومی نقش داشتند. در این نگرش - با تسامح - پیدایش دولت الکترونیک را با آغاز بهره‌برداری از شبکه اینترنت می‌توان هم‌زمان دانست. در واقع، پیدایش دولت الکترونیک را به توسعه رایانه‌ها و کاربری آن‌ها در دستگاه‌های دولتی می‌توان نسبت داد. پس از دگردیسی حکمرانی، از دولت سنتی به دولت الکترونیک، در عصر حاضر، شاهد تغییر الگوی زمامداری هستیم. برخی معتقدند که دولت الکترونیک از بریتانیا و با ایجاد واحد پشتیبانی فنی در خدمات مخابراتی شکل گرفت.^۲

هم‌چنین یکی دیگر از مراحل تاریخی توسعه دولت الکترونیک را زمانی قلمداد می‌کنند که کنگره آمریکا، قانون کاهش کاغذ^۳ را تصویب کرد که به عنوان راهبردی واحد برای مدیریت امور دولتی و مدیریت منابع اطلاعات به کار می‌رفت. با شیوع ویروس کووید ۱۹ (کرونا)، سبک جدیدی از زندگی فردی، اجتماعی و سیاسی نمودار شد که به طور تصورناپذیری با الگوی پیشین متفاوت است. بر این بنیاد، رویکرد دولت‌ها نیز به سرعت تغییر یافت و با الکترونیکی کردن کارکردهای خود سعی کردند در صحنه سیاست‌گذاری‌ها و اطلاعات‌دهی و خدمات‌رسانی بر یکدیگر پیشی بگیرند.

عرصه جدید، عرصه رقابت دولت‌های الکترونیک و رشد فناوری‌های تحول‌آفرین است. بر این اساس، دولت‌ها با سرمایه‌گذاری در حوزه‌های مختلفی چون تقویت ظرفیت نهادی، استفاده از کارکنان شایسته، به‌کارگیری فناوری و بهبود زیرساخت‌ها، برای اطمینان از اثربخشی برنامه‌ها و به‌موقع بودن اقدامات اجراشده در تضمین زمامداری بهینه و جلب رضایت شهروندان خود کوشیده‌اند. در عصر حاضر، ظهور گونه‌های جدیدتری چون «دولت همراه»، «دولت ۱/۰»^۴ و

1-E-Government.

2-Sodhi, I. S., Emerging issues and prospects in African E-government, 2015.

3-Paper Reduction Act .

4-Mobile Government.

۵. وب ۱/۰، عرضه الکترونیک اطلاعاتی قابل درک برای انسان بدون قابلیت‌های ارتباط دوسویه با متن و نویسنده است. (Lancaster, 1989:316-325)

«دولت ۲/۰»^۱ و چه بسا گونه نوین‌تر آن یعنی دولت هوشمند یا «دولت ۳/۰»^۲، همگی به همراهی دولت با فناوری و انطباق‌پذیری با روند پیشرفت‌گرایانه فناوری اطلاعاتی تأکید می‌کند. بر این بنیاد، شناسه‌های دولت الکترونیک با شناسه‌های دولت سنتی تفاوت‌های اساسی دارد.

بند اول. مفهوم‌بندی نظری دولت الکترونیک

بانک جهانی در شناخت‌شناسی دولت الکترونیک می‌نویسد: «استفاده کارگزاران دولتی از فناوری‌های ارتباطی (مانند شبکه‌های گسترده، اینترنت و رایانش همراه) که قابلیت تغییر روابط با شهروندان، بخش خصوصی یا دیگر ارکان دولت را دارد. این فناوری‌ها می‌توانند اهداف متفاوت و گونه‌گونی را تأمین کنند: توزیع بهتر خدمات دولتی به شهروندان، تعامل‌های ارتقایافته با شرکت‌ها و صنعت قدرت‌یابی شهروندان از طریق دسترسی آن‌ها به اطلاعات یا مدیریت دولتی کارآمدتر. مزایای آن می‌تواند فساد کم‌تر، شفافیت بیش‌تر و رضایت بیش‌تر شهروندان، رشد درآمد دولت و همچنین کاهش درآمدها باشد.» در تعریف اتحادیه اروپا از دولت الکترونیک نیز چنین آمده است: «به‌کارگیری فناوری‌های ارتباطی و اطلاعاتی در ادارات دولتی به همراه تغییرات سازمانی و مهارت‌های جدید به منظور بهبود خدمات عمومی و فرآیندهای دموکراتیک و پشتیبانی قدرتمند از خط‌مشی‌های دولتی».

هم‌چنین تعریفی که کارگروه دولت الکترونیک در جهان در حال توسعه^۳ از دولت الکترونیک ارائه داده، چنین است: «استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی به منظور ترویج دولت کارآمد و اثربخش، تسهیل خدمات دولتی در دسترس، امکان بیش‌ترین دسترسی عمومی به اطلاعات و پاسخ‌گویی بیش‌تر دولت به شهروندان. دولت الکترونیک می‌تواند ارائه خدمات از طریق اینترنت، تلفن، مراکز اجتماعی، تجهیزات بی‌سیم یا سایر سیستم‌های ارتباطاتی را در بر بگیرد.» تعریف گروه گارتنر^۴ از دولت الکترونیک به این شرح است: «بهینه‌سازی مستمر ارائه خدمات، مشارکت مشتریان و حکمرانی با تغییر روابط درونی و بیرونی از طریق فناوری، اینترنت و رسانه‌های جدید».^۵

۱. نوعی نوآوری است که در سال‌های اخیر برای افزایش قابل استفاده بودن، یک‌پارچگی و استفاده دوباره از برنامه‌های وب معرفی شده است. هم‌چنین شامل برنامه‌های دیگر فناوری اطلاعات مانند میکرو بلاگ (مانند توییتر)، پادکست، به اشتراک‌گذاری چندرسانه‌ای خدمات هست. (Dixon, ۲۰۱۰: ۴۲۳)

2-Smart Government (Technology provides advanced measurement, control and technological solutions for grid monitoring and handling net congestion problems)

3-The Working Group on E-Government in the Developing World .

4-Gartnet Group.

5-Jain Palvia, Sh. & Sharma, Sh. S., E-Government and E-Governance: Definitions/ Domain Framework and Status around the world, Computer Society of India, 2007

در گفت‌وگوی تجارت جهانی در مورد تجارت الکترونیک^۱ نیز این توضیح مطرح شده است: «دولت الکترونیک به وضعیتی اشاره دارد که کارگزاران اجرایی، قانون‌گذاری و قضایی (شامل دولت‌های مرکزی و محلی)، فعالیت‌های داخلی و خارجی خود را دیجیتالی می‌کنند و از سیستم‌های شبکه‌ای به طور مؤثری برای شناخت کیفیت بهتر در فراهم‌سازی خدمات عمومی استفاده می‌کنند.» به عبارت دیگر، دولت الکترونیک را می‌توان «دولت شبکه‌ای شده»^۲ نامید. به عبارت ساده‌تر، «دولت الکترونیک عبارت است از بهره‌جویی از فناوری به منظور تسهیل و ارتقای کیفی دسترسی و تحویل خدمات دولتی به شهروندان، شرکای کسب و کار و کارمندان»^۳.

هم‌چنین در تعریف دیگری آمده است: «دولت الکترونیک به صورت کلی عبارت است از بهره‌گیری از فناوری اطلاعات در بخش دولتی. این تعریف، جوانب گوناگون و گسترده مدیریتی را نیز پوشش می‌دهد: از راهبرد سطح کلان تا جزئیات تاکتیکی؛ از جزئیات فنی گردش داده‌ها و نگاشت فرآیندها، تا جنبه‌های سیاسی دولت الکترونیک»^۴. در بیش‌تر تعریف‌ها، در سطح فناورانه، به استفاده از فناوری‌های ارتباطاتی و اطلاعاتی توجه شده و در برخی از تعریف‌ها نیز بر استفاده از اینترنت، رسانه‌های جدید یا برنامه‌های اینترنتی وب‌محور تأکید خاصی صورت گرفته است.

در سطح کارکردی، به اهداف مختلفی اشاره می‌شود که از کاربرد فناوری اطلاعات و ارتباطات در دولت مورد نظر است. این اهداف شامل مواردی از این قبیل است:

یک - ارائه نسل جدیدی از سیاست‌گذاری و تمشیت امور عمومی؛

دو - افزایش کیفیت خدمات‌رسانی به شهروندان و بهینه‌سازی مداوم آن؛

سه - افزایش و بهبود و تسهیل دسترسی به خدمات و اطلاعات دولتی و بخش تجاری؛

چهار - شفافیت بیش‌تر رویه‌های اداری برای شهروندان و بالا بردن امکان پیش‌بینی رویه‌ها؛

پنج - افزایش اعتماد شهروندان به دولت و افزایش پاسخ‌گویی دولت به شهروندان.

بند دوم. اهداف کارکردی دولت الکترونیک

اهداف کارکردی دولت الکترونیک را می‌توان چنین بازشناسی کرد:

الف) الکترونیکی شدن خدمات‌رسانی

الکترونیکی شدن برقراری ارتباط با مردم از طریق بهره‌گیری دولت‌ها از شبکه‌های

1-Global Business Dialogue on Electronic Commerce.

2-Internetworked.

3-Silcock, R., "What is E-Government?", Parliamentary Affairs, 2001, 54 (1), p. 89 .

4-Heeks. R., Implementing and Managing E-Government: An International Text, London, Sage Pub, 2005.

الکترونیکی، یکی از شناسه‌های مهم و کاربردی دولت الکترونیک است.^۱ در راستای ضرورت پاسخ‌گویی پیوسته به نیازهای عمومی و بر بنیان اصل استمرار یا تداوم خدمات‌رسانی عمومی،^۲ تکلیفی بر عهده مقامات اداری و عمومی بار شده است که به موجب آن، تداوم خدمات‌رسانی عمومی باید به صورت مناسب تضمین گردد و نقض این اصل در حقوق اداری ضمان‌آور است. حتی می‌توان علیه مقامات آن دستگاه به علت ترک فعل و انجام ندادن وظیفه و تکلیف قانونی اقامه دعوا کرد.^۳

امروزه شیوه‌های ارتباطی سنتی به سرعت در حال تغییر از حالت سنتی به الکترونیکی است و به سمت استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات پیش می‌روند. تغییرات شگرف در حوزه فناوری اطلاعات و ارتباطات و ایجاد سازمان‌ها و دولت‌های الکترونیک، گسترش قلمرو نفوذ اینترنت در سراسر جهان و ظهور پایگاه‌های مختلف اینترنتی و شبکه‌های گسترده اجتماعی و رسانه‌های جدید، تولید نرم‌افزارهای پیشرفته، توسعه وبلاگ‌ها، نشریات الکترونیکی و دیگر روش‌های استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات، زمینه‌ای مناسب را برای توسعه و تنوع‌بخشی به روش‌های خدمات‌رسانی فراهم آورده است. سرآغاز این روند، با محرک‌های مختلفی از جمله مجازی‌سازی^۴ و دیجیتالی کردن خدمات و شبکه‌های مبتنی بر فناوری شکل گرفت که منجر به ایجاد تحولات گسترده در همه قالب‌های کسب و کار الکترونیکی و حاکمیت شد. البته زیرساخت نیرومند پهنای باند که هم‌اکنون وجود دارد، به طور مستمر در حال توسعه است و در نتیجه آن، نوآوری‌ها و برنامه‌های کاربردی^۵ شبکه‌ای نیز پیاپی ظهور می‌کنند.

در حقوق ایران، طبق ماده ۲ آیین‌نامه توسعه خدمات الکترونیک که در شورای عالی اداری تصویب شده است، تمام دستگاه‌های اجرایی موظفند شناس‌نامه خدمات خود را در درگاه دستگاه مربوط منتشر کنند و در دسترس عموم قرار دهند. همچنین طبق ماده ۴ همان آیین‌نامه، دستگاه‌های اجرایی با هدف بهبود کیفیت خدمات موظفند در خصوص شیوه عرضه خدمات، اطلاع‌رسانی الکترونیک داشته باشند. از طریق ابزارها و رسانه‌های الکترونیکی به ارائه فرم‌های استاندارد مورد نیاز اقدام کنند و همه خدمات ممکن به شهروندان را به صورت الکترونیکی باید ارائه دهند تا لزوم مراجعه حضوری مردم به دستگاه‌های اجرایی حذف شود. همین‌طور طبق ماده ۵ و ۶ ضوابط فنی، اجرایی توسعه دولت الکترونیک (مصوبه شماره ۱۳۹۳/۶/۱۱-۲۰۰/۱۴۵ شورای عالی فناوری اطلاعات)، همه دستگاه‌های اجرایی مکلفند

1-Dawes, S.S. and Prefontaine, L., Understanding New Models of Collaboration for Delivering Government Service, Communication of ACM, 2003, p. 46

2-principle of continuity of public services.

۴. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۱۷۲.

4-Virtualizations.

5-Applications .

کارگروه توسعه خدمات الکترونیکی دستگاه را به منظور ایجاد هماهنگی در برنامه‌ریزی، اجرا و نظارت بر توسعه خدمات الکترونیکی و اجرای مصوبات مربوط به توسعه دولت الکترونیکی و کمیسیون ایجاد کنند. هم‌چنین در سطح منطقه‌ای و محلی، استانداری‌های کشور مکلفند کارگروه «توسعه دولت الکترونیکی استان» را به منظور توسعه یک‌پارچه خدمات الکترونیکی، ایجاد استان الکترونیکی و هوشمند تشکیل دهند. مصوبات کارگروه در چارچوب مصوبات شورا و کمیسیون برای همه دستگاه‌های اجرایی استان الزامی است.

ب) الکترونیکی شدن رأی‌گیری^۱

رأی‌گیری به روش سنتی یا دستی، برای اولین بار در ایالت ویکتوریای استرالیا در سال ۱۸۵۶ انجام شد و تا امروز تحولات بسیاری را پشت سر گذاشته است، به گونه‌ای که امروزه به صورت الکترونیکی یا با بهره‌گیری از تجهیزات الکترونیکی در کشورهایی هم‌چون استرالیا، آمریکا، هند، ژاپن، بلژیک، برزیل، انگلستان و فرانسه صورت می‌پذیرد. رأی‌گیری الکترونیک، امکان شکل‌گیری دموکراسی مستقیم را بسیار بالا می‌برد؛ چون تک‌تک شهروندان امکان حضور در فرآیندهای تصمیم‌گیری را خواهند یافت. هم‌چنین امکان اطلاعات‌دهی بیش‌تر به شهروندان در مورد نامزدها و احزاب، امکان رأی دادن در مکانی غیر از منطقه رأی‌گیری، تسهیل مشارکت در انتخابات و همه‌پرسی، تسهیل حضور حداکثری شهروندان در رأی‌گیری و کاهش هزینه‌های برگزاری انتخابات و کاهش آلودگی زیست‌محیطی از بابت استفاده کم‌تر از کاغذ و جوهر از جمله مواردی هستند که دولت‌ها را به سمت برگزاری انتخابات و رأی‌گیری الکترونیکی سوق می‌دهد. برای برگزاری یک رأی‌گیری مناسب باید از سه جنبه به رأی‌گیری نگاه کرد و تمهیدات لازم را فراهم کرد. بر اساس یافته‌های اندیشمندان، سه عامل ادراک مفید بودن،^۲ سازگاری^۳ و قابلیت اعتماد رأی‌گیری الکترونیکی^۴ در پذیرش آن مؤثر است. ممکن است در کشورهای توسعه‌یافته، مسائلی مانند حریم خصوصی و محرمانگی از دیگر تعاملات الکترونیک، چالش‌برانگیزتر باشند. اگر این احتمال وجود داشته باشد که نامزدها بتوانند در نتیجه انتخابات اثرگذار باشند و بتوانند تغییراتی ایجاد کنند، این امر موجب خدشه به اعتماد عمومی خواهد شد. بر این اساس، برای برقراری روند مناسب رأی‌گیری الکترونیکی لازم است که ابتدا اعتماد عمومی کافی به این موضوع ایجاد شود.^۵

1-E-Voting.

2-Usability .

3-Compatibility .

4-Reliability.

5-Puma, Government Relations with Citizens and Civil Society, OECD, 2002, p. 817.

ج) الکترونیکی شدن بهره‌وری^۱

با ایجاد دولت الکترونیک، مدلی دموکراتیک و انعطاف‌پذیرتر در بخش دولتی ایجاد می‌شود که به شهروندان - با تمام تنوع‌گرایی‌هایی عصر حاضر - آنچه را می‌خواهند، در حداقل زمان با بهترین کیفیت و مطلوب‌ترین قیمت عرضه خواهد کرد.^۲ نیاز اجتماعی برای اطمینان‌یابی از سلامت عمومی و ایمنی، امنیت ملی و واپایش جرم، رونق اقتصادی و پایداری محیطی، حضور فعال دولت در زندگی را تضمین می‌کند. بر این اساس، کارآیی هزینه‌ها باید به عنوان هدف اصلی تلقی شود. بهره‌وری بالا در یک مؤسسه با توجه به انجام درست هزینه‌های نیروی انسانی و استفاده بهینه منابع فیزیکی، سود بالاتری را ایجاد می‌کند. بهره‌وری بالاتر در یک سازمان یا ساختار موجب ایجاد درآمد واقعی بیش‌تر برای شاغلان در آن است و منافع اجتماعی آن مانند اشتغال بیش‌تر، نصیب مردم می‌گردد. در قانون اساسی ایران با صراحت به بحث دولت الکترونیک و لزوم استفاده از خدمات الکترونیک اشاره نشده است، اما از آرمان‌های بند ۶ اصل ۲ (استفاده از علوم، فنون و تجربه‌های پیشرفته)، بند ۲ اصل ۴۳ (رعایت ضرورت‌های حاکم در برنامه‌ریزی‌های عمومی اقتصاد در هر یک از مراحل رشد کشور) و بند ۷ اصل ۴۳ (استفاده از علوم و فنون و تربیت افراد ماهر به نسبت احتیاج کشور) به عنوان مستندات الکترونیکی شدن بهره‌وری می‌توان نام برد.

هم‌چنین ضوابط فنی اجرایی توسعه دولت الکترونیک مقرر می‌دارد که در راستای کارآمدسازی و چابک‌سازی دولت بر اساس الزامات نقشه جامع دولت الکترونیکی، مصوب کمیسیون توسعه دولت الکترونیکی^۳ و مصوبات مرتبط با دولت الکترونیکی، شورای عالی اداری

1-E-Productivity .

۲. ابراهیمی، سید عباس و محسن فرهادی‌نژاد «واکاوی هم‌گرایی یا واگرایی‌های احتمالی میان دو پدیده دولت الکترونیک و دموکراسی الکترونیک و تبیین آن»، کنفرانس بین‌المللی جهت‌گیری‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و حسابداری، ۱۳۹۴.

۳. کمیسیون توسعه دولت الکترونیک با این ترکیب زیر نظر دبیرخانه شورای عالی فناوری اطلاعات تشکیل می‌شود: «۱- معاون توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور به عنوان رئیس ۲- رئیس سازمان فناوری اطلاعات ایران (نایب رئیس) ۳- معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور ۴- معاونت هماهنگی و نظارت معاون اول رئیس جمهور ۵- وزارت اطلاعات ۶- وزارت امور اقتصادی و دارایی ۷- وزارت کشور ۸- وزارت دادگستری ۹- معاونت مرتبط با موضوع معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور ۱۰- سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ۱۱- سازمان ثبت احوال کشور ۱۲- شرکت پست جمهوری اسلامی ایران ۱۳- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ۱۴- دبیر شورای سیاست‌گذاری گواهی الکترونیک کشور ۱۵- رؤسای کار گروه‌های چهارده‌گانه خوشه‌های خدمات به تناسب موضوع ۱۶- رئیس کانون دفاتر خدمات پیشخوان دولت و بخش عمومی غیردولتی کشور ۱۷- دو نفر متخصص فناوری اطلاعات و یک نفر نماینده کمیسیون». (دبیر کمیسیون).

موظف است اصلاحات ساختاری لازم را به منظور ایجاد یک پارچگی در مدیریت و توسعه دولت الکترونیکی و چابکسازی دستگاهها، به عمل آورد. اصلاحات ساختاری باید به گونه‌ای باشد که به یک پارچگی همه امور فناوری اطلاعات و ارتباطات دستگاهها و واحدهای تابعه در یک ساختار منسجم زیر نظر بالاترین مقام اجرایی دستگاه و با هدف چابکسازی عرضه خدمات الکترونیکی دستگاه بیانجامد.

(د) گردش الکترونیکی

طراحی سرویس انتقال داده مقیاس‌پذیر و ایمن (Bistro) برای جمع‌آوری داده‌های دولتی دیجیتال بررسی شده است. رویکرد سیستم، معرفی میزبان‌های میانی Bistros است که امکان جای‌گزینی حجم مراجعه درخواست‌کننده خدمات را با ترکیبی ناهم‌گام از رویکرد حجم مراجعه و کشش سرور می‌دهد. این حالت اجازه می‌دهد تا حجم کار روی سرور مقصد و شبکه در طول زمان پخش شود. طراحی Bistro امکان استقرار و آزمایش تدریجی در اینترنت را با داندلود نرم‌افزار سرور Bistro و نصب آن روی سرورهای عمومی فراهم می‌کند.^۱ در عصر حاضر، دولت الکترونیک از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است، به گونه‌ای که برخی، توسعه کلی یک کشور را به برخورداری از فناوری ارتباطات و اطلاعات (ICT) وابسته می‌دانند. از این منظر، هر کشوری که از هم‌گام‌سازی توسعه فناوری ارتباطات و اطلاعات خود با روند رشد خود غافل شود، از گونه‌های مختلف توسعه عقب خواهد ماند.^۲ بر این بنیاد، در حقوق ایران، طبق تبصره ۲ ماده ۹ تصویب‌نامه شورای عالی اداری در خصوص آیین‌نامه اجرایی توسعه دولت الکترونیک، وزارت اقتصاد و امور دارایی مکلف شده است که تمهیدات فنی و حقوقی لازم برای پرداخت‌های بین حساب‌های دستگاه‌های مشمول ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری را از طریق شبکه الکترونیکی بین دستگاهی فراهم سازد. همچنین طبق ماده ۱۱ و تبصره‌های آن، وزارت کشور (سازمان ثبت احوال) برای هدایت و اتصال داده‌ها و اطلاعات موجود مکلف شده است که اطلاعات هویتی شهروندان و کدپستی آن‌ها را در تمام پایگاه‌های اطلاعاتی درج کند و امکان احراز و تصدیق هویت برخط افراد حقوقی را در شبکه ملی اطلاعات فراهم سازد.

در ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران نیز در زمینه تبیین اهداف دولت الکترونیک در وبگاه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات، اهداف دولت الکترونیک چنین بیان شده است:

1-Golubchik. L., Cheng, W.C., Chou, C.F., Khuller, S. Samet, H. and Wan, Y. C. J., "Bistro: A Scalable and Secure Data Transfer Service for Digital Government applications", Communications of the ACM, 2003, 46 (1), pp. 50-51

2-Park, S., Choi, D. and Hong, P., "Club Convergence and Factors of Digital Divide across Countries", Technological Forecasting and Social Change, 2015, 96, pp. 92-100

- یک - خدمت‌دهی یک‌پارچه، ساده، کارآمد و مطابق میل شهروندان؛
- دو - کاهش هزینه خدمات‌رسانی؛
- سه - مشارکت مؤثر شهروندان در فعالیت‌های اقتصادی؛
- چهار - انعطاف‌پذیری در اداره دولت؛
- پنج - کیفیت مطلوب تصمیم‌گیری‌های دولتی؛
- شش - تسهیل ارتباط بین سازمان‌های دولتی و اتوماسیون اداری؛
- هفت - افزایش ارتباط شهروندان و حکومت.

بر این بنیاد باید توجه داشت که اهداف تعیین‌شده برای دولت الکترونیک مبتنی بر ظرفیت‌های زیرساختی کشورها و میزان باز بودن و انعطاف ساختار آن در مواجهه با تغییرات می‌تواند در میان کشورها متفاوت باشد.

گفتار سوم. تفاوت دولت الکترونیک و حکمرانی الکترونیک

برای مشخص شدن تفاوت دولت الکترونیک و حکمرانی الکترونیک ابتدا به تعریف آن‌ها و سپس شناسه‌های برساننده هر یک از آن‌ها اشاره می‌شود. «صرف نظر از آبستره^۱ بودن و داشتن شخصیت حقوقی مستقل، دولت، بزرگ‌ترین و اصلی‌ترین نهاد سیاسی سازمان‌یافته است که قدرت برتر مشروع خود را در داخل چارچوبه سرزمینی بر سایه همه نهادها و افراد گسترانیده است.»^۲ در واقع، دولت، ساختاری فرانهادی است که از آن برای اعمال حکمرانی استفاده می‌شود. در مقابل، حکمرانی، برآیند کنش نیروهای دولت و شهروندی در سراسر فرآیند سیاست‌گذاری و خدمات‌رسانی و طراحی برنامه‌هاست.^۳

در تشریح تفاوت میان دولت الکترونیک و حکمرانی الکترونیک این گونه می‌توان گفت: دولت الکترونیک عبارت است از «آن‌چه در برساخت دولت رخ می‌دهد» و حکمرانی الکترونیک عبارت است از «یک کل منسجم مرتبط با اداره جامعه». حکمرانی الکترونیک شامل استفاده از فناوری‌های اطلاعات و ارتباطات^۴ برای حمایت از خدمات عمومی، اداره دولت، فرآیندهای دموکراتیک و روابط میان شهروندان، جامعه مدنی، بخش خصوصی و حکومت می‌شود. از حکمرانی الکترونیک برای تسهیل و ارتقای وجه تجاری، وجه اجرایی و وجه دموکراتیک حکمرانی بهره‌برداری می‌شود.^۵

۱. انتزاعی، مجرد، غیر قابل لمس، نظری، خیالی.

۲. قهرمانی افشار، یاسر و خیرالله پروین، «درآمدی بر مؤلفه‌های حقوقی دولت: بررسی الگوی مدرن غربی و نظام جمهوری اسلامی ایران»، دولت‌پژوهی، ۱۴۰۰، سال هفتم، شماره ۲۷، صص ۱۵۷-۱۵۸.

3-Kumar, M. & Sinha O.P., M-Government- Mobile Technology for E-Government, In International conference on E-Government, India, 2007

4-Information and Communication Technologies (icts)

۵. یزدانی زنوز، هرمز، «بررسی نقش شفافیت در تحقق حکمرانی مطلوب»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴، ص ۳۶.

دولت الکترونیک به عرضه خدمات و اطلاعات الکترونیک به شهروندان و بخش خصوصی محدود است، در حالی که حکمرانی الکترونیک با مقولاتی مانند دموکراسی الکترونیک، مشارکت مردم، شفافیت، مبارزه با فساد، قانون‌مداری و کابینه الکترونیکی مرتبط است.^۱ به بیان دیگر، می‌توان از مشارکت در حکمرانی و تسهیل فرآیند مشاوره با مردم و طلب مشارکت از شهروندان در امر تصمیم‌گیری، عدالت اطلاعاتی و تسهیل دسترسی افراد به اطلاعات مورد نیاز به طور برابر و شفاف و توسعه شفافیت و تسهیل نظارت مردم بر امور حکومت و حکمرانی،^۲ از مؤلفه‌های برساننده حکمرانی الکترونیک نام برد. ترکیب دسترسی باز و دادگان باز در بساخت دولت باز باعث می‌شود که کیفیت تصمیم‌گیری‌ها و تصمیم‌سازی‌ها بالاتر رود و خدمات‌رسانی به شکل سریع‌تری به شهروندان صورت گیرد.

بر بنیاد تفاوت‌های مطرح‌شده می‌توان چنین ادعا کرد که «به‌کارگیری فناوری از طریق دولت برای تحول در درون سازمان‌های دولت و تعاملاتش با شهروندان در راستای اثرگذاری بر جامعه را حکمرانی الکترونیک گویند».^۳ به اعتقاد نگارندگان، در یک تعریف حداقلی از دولت الکترونیک می‌توان از تحویل اطلاعات و خدمات به شهروندان در بستر وب (دولت ۱/۰) سخن گفت که در این قالب، عرضه اطلاعات و خدمات به شهروندان بر اساس صلاح‌دید دولت صورت می‌گیرد و تقاضاها و نیازهای شهروندان زیاد مورد اعتنا نیست.^۴ در یک تعریف حداکثری از دولت الکترونیک می‌توان از فراهم‌سازی بستر دموکراسی مشارکتی برای همه ذی‌نفعان بخش دولتی در بستر اینترنت سخن به میان آورد. هم‌چنین بر بنیاد عقیده نگارندگان، الکترونیکی شدن تعاملات «دولت - شهروندان» و «دولت - دولت» و «دولت - بخش عمومی» را حکمرانی الکترونیکی می‌گویند. از این رو، دولت الکترونیک را صرفاً می‌توان زیرمجموعه‌ای از حکمرانی الکترونیک قلمداد کرد.

1-Kolsaker L.A. and Kelly, L., "Citizens Attitudes towards E-Government and E-Governance: a UK study", International Journal of Public Sector Mngement, 2008, 21(7), pp. 729-731

۲. پورعزت، علی‌اصغر و غزاله طاهری عطار، تحلیل دوران گذار به حکومت الکترونیک، به مثابه یک واقعیت اجتماعی پویا، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۳، ص ۵۸.

3-Estevez, E. and Janowski, T., "Electronic Governance for Sustainable Development- Conceptual Framework and State of Research", Government information Quarterly, 2013, 30 (1), pp. 100-102

۴. بر این اساس است که از دولت ۱/۰ با عنوان دولت یک‌طرفه نام می‌برند؛ چون به استفاده از تجهیزات و خدمات‌رسانی به صورت یک‌طرفه و بر بنیان مصلحت‌سنجی خود اقدام می‌کند.

گفتار چهارم. ماهیت و کارویژه‌های دولت باز^۱ با نگاهی به حقوق ایران

با ظهور دولت الکترونیک، مفاهیم دیگری پای به عرصه هستی نهادند که بر بنیان رابطه دولت با فناوری اطلاعاتی و ارتباطی شکل گرفته‌اند و هر کدام از آن‌ها، شناسه‌های ویژه خود را دارند. یکی از این مفاهیم، «دولت باز» است. انگاره دولت باز، محصول فناوری نوین است که در حوزه ارتباط با فناوری اطلاعات و ارتباطات امکان انتشار اطلاعات و فرآیندهایی را که برای طراحی و فعالیت دولت لازم است، به صورت خودکار انجام می‌دهد.

بند اول. نگرش مفهومی به دولت باز

«بستری که اینترنت برای دسترسی و بهره‌گیری از اطلاعات دولتی فراهم می‌کند»^۲، مورد توجه بسیاری از محققان و کنشگران سیاسی قرار گرفته است. دولت باز به این مفهوم اشاره دارد که «استفاده از فناوری‌های نوین، چه نقشی در اعمال مدیریت سیاسی دارند» انگاره دولت باز از کشمکش فلسفه و روش‌های منابع باز و نهضت برنامه‌نویسی^۳ به وجود آمده است که اولین بار در انتخابات ریاست جمهوری ایالات متحده آمریکا در سال ۲۰۰۸ مطرح شد. شکل‌گیری مفهوم «دولت باز» از امریکا شروع شد و مدت زمان کمی از طرح نظریه دولت باز می‌گذرد، اما دولت‌های متعددی در جهان به انگاره دولت باز توجه کرده‌اند و فعالیت‌هایی را در این راستا با هدف تغییر دادن رابطه دولت و جامعه از طریق برقراری نظام شفاف‌سازی، مشارکت عمومی و همکاری انجام می‌دهند.^۴ به طوری که در استرالیا، انتشار اطلاعات باز منتهی به برنامه‌های کاربردی متنوعی مانند نقشه‌های جرم یا شناسایی مشکلات با زیرساخت دولتی شده است. هم‌چنین در کشور یونان، دولت، دستور استفاده از صدور مجوز باز را در طرح‌های بزرگ دولتی داده است. در انگلستان نیز ابتکار «جامعه من»^۵، از جمله خدماتی است که امکان ارتباط ساده شهروندان با مسئولان دولتی را فراهم آورده و بستری را برای حل مشکلات محل زندگی آن‌ها ایجاد کرده است. هم‌چنین در اروپا، بخش‌نامه اطلاعات بخش دولتی،^۶ گام مهمی در راستای شفافیت اطلاعات دولتی در میان اعضای اتحادیه اروپاست.

1-Open Government.

2-Yu. Harian and Robinson, David. G., The new ambiguity of open Government, UCLA law review Discourse. 2012, p. 180

3-Programming Movement .

4-Huntgeburth, Jan and Veit, Daniel, "A research agenda for evaluating open government initiatives", Proceedings of the 21st European Conference on Information Systems Utrecht, Netherlands: Proceedings of the 21st European Conference on Information Systems, 2013

5-My Society .

6-Public Sector Information Directive .

بر این بنیاد می‌توان ادعا کرد که ابتکار دولت باز در بیش‌تر وقت‌ها شامل تهیه دادگانی با قابلیت استفاده مجدد است که امکان خوانده شدن توسط ماشین را دارند و بدون محدودیت در دسترس عموم قرار می‌گیرند. باید به این نکته توجه داشت که در نتیجه تکوین دولت باز، حق درخواست دسترسی به اطلاعات، به حق دسترسی خودبنیاد به اطلاعات تغییر پیدا می‌کند. استفاده و بهره‌گیری از دولت باز این امکان را برای عموم شهروندان فراهم کرده است تا دسترسی راحت‌تر و سریع‌تری به دادگان دولتی داشته باشند؛ امری که تا قبل از تکامل دولت الکترونیک به سختی انجام می‌شد. امروزه به لطف تکوین دولت الکترونیک، داده‌های زیادی در سطح منطقه‌ای، محلی و ملی از کارپوشه بسیاری از دولت‌ها وجود دارد.

بر این بنیاد می‌توان از اطلاعات‌دهی در خصوص سلامت و خدمات بهداشتی، امکان دسترسی سریع‌تر به مراکز خدمات بهداشتی و مواجهه مؤثر با اپیدمی‌های سلامت، افزایش دسترسی به آموزش عمومی، دسترسی افراد و اقشار کم‌تر برخوردار به خدمات پایه، امکان نظارت بهتر و مدیریت بهتر انرژی و آموزش بیش‌تر در مصرف بهینه انرژی، ارتقای خدمات نوآورانه به منظور ارزش‌آفرینی و منتفع شدن استارت‌آپ‌ها و شرکت‌های دانش‌بنیان از داده‌های باز به عنوان نمونه‌هایی از نقش و کارویژه دولت باز نام برد. به اعتقاد نگارندگان، دولت باز، دولتی است که در قالب بر ساخت آن، نه تنها شهروندان امکان دسترسی به دادگان^۱، اسناد و رویه‌های دولتی دارند، بلکه به شکل قابل توجهی از امکان حضور و مشارکت فعال در امور اداری و سیاسی نیز برخوردارند.

بند دوم. ویژگی‌های دولت باز

بستری که دولت باز در جامعه ایجاد می‌کند، از یک سو، این اطمینان را به شهروندان، شرکت‌ها، کارمندان و کارگزاران دولتی می‌دهد که بررسی و واپایش تمامی ابعاد روش‌هایی که در دولت و خدمات دولتی اجرا و عمل می‌شود، امکان‌پذیر است و نظارت مردم بر آن‌ها اثربخش خواهد بود. از سوی دیگر، اعتماد شهروندان به دولت را افزایش می‌دهد که در نتیجه، سطح مشارکت افراد را در دولت بالا می‌برد. می‌توان ادعا کرد که با تحقق دولت باز، شاهد افزایش شفافیت دادگان، پاسخ‌گویی بیش‌تر کارگزاران دولتی و افزایش مشارکت عمومی خواهیم بود. با شکل‌گیری دولت باز و تکوین شناسه‌های مختص آن، گونه‌ای از حکمرانی شکل خواهد گرفت که به تدریج، موجب برقراری حکمرانی خوب می‌شود. پس لازم است که برای دستیابی به تکوین دولت باز، سه اصل شفافیت، مشارکت و پاسخ‌گویی در رویه‌های اداری و سیاسی اجرا شوند.

1-Data.

الف) شفافیت

با هدف دسترسی به بهره‌وری بیش‌تر و ارتقای سطح پاسخ‌گویی دولت صورت می‌گیرد و نتیجه ارتقای سطح دسترسی به دادگان دولتی، به افزایش پاسخ‌گویی کارگزاران دولتی و بهره‌گیری خلاقانه از این داده‌ها می‌انجامد. دولت باز که از هم‌آمیزی دسترسی باز و داده باز شکل می‌گیرد، موجب ارتقای بهره‌وری دولت می‌شود. مطالعات بانک جهانی از اثرگذاری شفافیت بر حاکمیت بیانگر این موضوع است که دسترسی بیش‌تر به اطلاعات می‌تواند در بهبود مدیریت ریسک، عملکرد اقتصادی و کارآیی بوروکراتیک در دولت‌ها نقشی بسزا داشته باشد.^۱

شفافیت، جریان یافتن به‌موقع و مطمئن اطلاعات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را امکان‌پذیر می‌سازد. ضمن این‌که شفافیت به معنای اعطای اختیار به شهروندان برای تبدیل شدن به میلیون‌ها حسابرس و ناظر در جامعه است و بر حق اظهار نظر و دسترسی به رسانه‌های آگاه و آزاد دلالت دارد.^۲ در ساختار نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران از اصول ۵۵، ۶۹^۳ و ۹۰^۴ می‌توان به عنوان منابع اصل شفافیت نام برد.

ب) مشارکت

با رشد ظرفیت‌های فکری شهروندان، کیفیت مشارکت آنان نیز بالا می‌رود. به این معنا که مردم علاوه بر انتخاب نمایندگان، خود در متن امور سیاسی نیز وارد می‌شوند.^۵ تکررگرایی سیاسی، بخش مهمی از مشارکت سیاسی است که تحت عنوان مشارکت غیر مستقیم و نهادمند مردم در سیاست از آن یاد می‌شود. منظور از تکررگرایی سیاسی، وجود احزاب، گروه‌ها و جناح‌های سیاسی است که «فعالان سیاسی» در قالب این نهادها، به دیدگاه‌ها و مواضع سیاسی خود سامان می‌دهند.^۶ فناوری اطلاعات با ایجاد فضایی شبکه‌ای

2-Gavelin, K., Burall, S. and Wilson, R., Open Government: beyond static measures, A paper produced by Involve for the OECD, 2009, p. 14

۲. قلی‌پور، رحمت‌الله، «تحلیل رابطه الگوی حکمرانی خوب و فساد اداری»، فرهنگ مدیریت، ۱۳۸۴، دوره سوم، شماره ۳، صص ۱۰۳-۱۲۷.

۳. اصل ۵۵: «... این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود».

۴. اصل ۶۹: «مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود».

۵. اصل ۹۰: «در مدت متناسب، نتیجه را اعلام نماید و در موردی که مربوط به عموم باشد، به اطلاع عامه برساند».

۶. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۴۳۸.

۷. فیرحی، داوود، «مشارکت سیاسی در دولت اسلامی»، نامه مفید، ۱۳۸۰، شماره ۲۵، ص ۳۰.

به پیدایش شکل جدیدی از مردم‌سالاری با عنوان مردم‌سالاری مجازی یا مردم‌سالاری الکترونیک می‌انجامد که در آن، اعضای جامعه می‌توانند با استفاده از شبکه‌های اینترنتی در امور مهم مملکتی نظیر انتخابات الکترونیک مشارکت کنند.^۱

ج) پاسخ‌گویی^۲

کارکرد پاسخ‌گویی اطلاع‌رسانی به شهروندان از عملکرد مسئولان دولتی و چگونگی فرآیندهای سیاسی است تا آن‌ها توانایی قضاوت و واکنش مناسب به اقدامات دولت را بیابند؛ زیرا با افزایش آگاهی‌های عمومی شهروندان در جوامع مختلف، انتظارات آن‌ها از سازمان‌های دولتی نیز دست‌خوش تحولات زیادی شده است. در علوم اداری، پاسخ‌گویی یعنی مسئولیت‌پذیری و قبول مسئولیت نسبت به نتایج مورد انتظار و فرآیندی است که در ضمن آن، همه اعضای سازمان در برابر اختیارات و وظایف محول‌شده باید پاسخ‌گو باشند.^۳ در بر ساخت نظام حقوق اساسی ایران می‌توان از اصول ۸-۳۲-۷۰-۷۶-۸۴-۸۷-۸۸-۸۹-۹۰-۹۱-۱۱۱-۱۲۲-۱۲۳-۱۳۴-۱۳۶-۱۳۷-۱۴۲-۱۷۱-۱۷۴ به عنوان منابع اصل پاسخ‌گویی یاد کرد.

د) کارآمدی

در حقیقت، کارآمدی بیانگر قابلیت و توانایی اداره هر کشور توسط مدیران و کارگزاران شایسته آن است و ایفای بهینه کارویژه‌های دولت و کسب حداکثر رضایت‌مندی مردم را دربردارد.^۴ «کارآیی» در به‌کارگیری بوروکراسی کارآمد، مدیریت و به‌کارگیری سیاست‌های صحیح در خصوص توزیع عادلانه کالا و خدمات و تخصیص منابع تولید، برای استفاده از منابع تولید و صرف حداقل هزینه و کم‌ترین ضایعات برای هر میزان تولید و جلوگیری از فساد است، در حالی که «کارآمدی» در علم مدیریت در گرو کسب اهداف تعیین‌شده و رضایت خاطر کسانی است که در راه رسیدن به اهداف نقش دارند.^۵ در مطالعات پیشین،^۶ ابتکار دولت باز در قالب سه موضوع شفافیت اطلاعات به مثابه

۱. قلی‌پور، آرین و علی پیران‌نژاد، «ارتقای اعتماد عمومی و دموکراسی الکترونیکی: تبیین نقش دولت الکترونیک»، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های مدیریت در ایران، ۱۳۹۰، شماره ۵۶، ص ۲۲۰.

2-Responsibility .

۳. مقیمی، جواد، سوسن صفارودی، بابک نادریور و جهان‌بخش محبی‌نیا، «جایگاه اصل پاسخ‌گویی در تحقق حقوق شهروندی در نظام سیاسی»، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۵.
۴. اخوان کاظمی، بهرام، «پاسخ‌گویی و کارآمدی»، نشریه حکومت اسلامی، ۱۳۸۳، شماره ۳۴، ص ۶۰.

5-Gani, Azmat and Ron Duncan, measuring Good Governance using time series Data, 2007, p. 374 .

6-Huntgeburth and Veit, op.cit.

دسترسی عموم مردم به اطلاعات دولتی، افزایش پاسخ‌گویی دولت و افزایش مشارکت عمومی آشکار می‌شود. همچنین بر انجام مشارکت فراگیر با مردم تأکید شده است^۱ که در این حالت، مردم از طریق بسترهای متعدد رسانه‌های جمعی، درگیر فعالیت‌های مختلف دولت می‌شوند. در نتیجه، دولت باز به هنجار فرهنگ دولت تبدیل می‌شود و مزایای شفافیت، مشارکت و همکاری به طور کامل تحقق می‌یابد. در مجموع، می‌توان ادعا کرد که دولت باز که گونه‌ای از دولت الکترونیک است که نسبت به گونه‌های پیشین دولت، گشوده‌تر (با تمرکز بیش‌تر بر شفافیت و پاسخ‌گویی)، پایدارتر (با تمرکز بیش‌تر بر پایداری اجتماعی، سیاسی، محیطی و مالی)، ایمن‌تر (تمرکز بیش‌تر بر امنیت سایبری) و سریع‌تر (خدمات‌رسانی سریع‌تر و توسعه نرم‌افزار) بوده و خدمات‌رسانی در آن، شخصی‌تر، هدفمندتر، کاربردی‌تر و کامل‌تر است.

طبق بند ۲ اصل سوم قانون اساسی و مواد ۲ و ۱۰ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۸) و بند (الف) ماده ۳ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (مصوب ۱۳۹۰)، ماده ۶ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار (مصوب ۱۳۹۰) و ماده ۱۰ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (مصوب ۱۳۸۷) و ماده ۱۷ قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک، مصادیقی از لزوم انتشار دادگان است که امکان ارتقای سطح دسترسی شهروندان به اطلاعات و بهره‌گیری از اطلاعات را فراهم می‌آورد.

در مورد داده‌های باز نیز این موضوع مطرح است که چه نوع داده‌های دولتی می‌توانند باز تلقی شوند و برای عموم قابل دسترس باشند. شاید بتوان ادعا کرد که دادگان دولتی با دارا بودن این شرایط، امکان باز بودن را داشته باشند:

- یک - کامل بودن: تمام دادگان دولتی در دسترس قرار گیرند؛
- دو - دست اول بودن: دادگان از منابع اولیه آن‌ها جمع‌آوری شده باشند؛
- سه - به‌موقع بودن: دادگان به سرعت در دسترس قرار گیرند؛
- چهار - در دسترس بودن: داده‌ها در دسترس دامنه گسترده‌ای از کاربران قرار گیرند؛
- پنج - قابل پردازش بودن با ماشین: ساختارمندی داده‌ها طوری باشد که امکان پردازش خودکار را بدهد؛
- شش - نفی تبعیض: داده‌ها برای تمامی افراد بدون نیاز به نام‌نویسی در دسترس باشند؛

2-Lee, Gwanhoo & Young Hoon, An open Government maturity model for social media-based Public Engagement, . Government Information, 2012

هفت - غیر اختصاصی بودن: داده‌ها در شکلی در دسترس قرار گیرند که هیچ کس امکان کنترل اختصاصی بر آن‌ها را نداشته باشد؛

هشت - بدون مجوز بودن: داده‌ها نباید مشمول قوانین کپی‌رایت، حق اختراع یا علایم تجاری و طرح‌های صنعتی باشند.

نتیجه‌گیری

عملکرد دولت با عملکرد فناوری پیوند خورده است و با قوی، فراگیر و نهادینه شدن نظام فراگیر رایانه‌ای، ظرفیت‌های جهان واقعی به جهان مجازی منتقل می‌شود و هر گونه سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی دولت باید با در نظر گرفتن هر دو محیط باشد. دولت الکترونیک، معیاری نظام‌مند است که بر بنیان آن می‌توان سنجشی دقیق از کارکرد دولت در تمشیت امور اداری و خدمات‌رسانی عمومی به دست آورد. فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی موجب کاهش رنج مردم و افزایش رفاه نیستند، بلکه صرفاً ماشینی هستند که انسان‌ها برنامه‌ریزی کرده‌اند که برای رفع احتیاجات جامعه اثرگذار خواهند بود. پس ضروری است که کارگزاران دولتی و تصمیم‌گیران این حوزه در چینش رویه‌های اداری و سیاسی که از وسایل و ابزار الکترونیک بهره می‌برند، کوشا باشند.

دولت الکترونیک با امتیاز شناسه‌هایی مثل کاهش هزینه‌های عمومی از طریق استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات، حفظ محیط زیست با کاهش استفاده از کاغذ و کاهش بار حمل و نقل، دسترسی به وبگاه‌ها، برنامه‌های استراتژیک به منظور ارتقای خدمات‌رسانی عمومی برخط، حاکمیت شفاف، دموکراسی الکترونیک و ترویج فناوری اطلاعات و ارتباطات و نوآوری شناخته می‌شود. با قاطعیت می‌توان ادعا کرد که بر بنیاد بهره‌گیری از فناوری‌های دولت الکترونیک، امکان تحقق اصول خدمات عمومی از جمله اصل تساوی، اصل استمرار خدمات عمومی و اصل روزآمدسازی خدمات عمومی با مقتضیات جامعه تأمین می‌شود. همچنین این امتیاز را برای دولت الکترونیک می‌توان در نظر گرفت که بر بنیاد آن، امکان تحقق دموکراسی مستقیم و دخالت همه شهروندان در اداره سیاسی جامعه امکان‌پذیر می‌شود.

آن گونه که در این نوشتار مطرح شد، انگاره دولت باز، نظریه‌ای است که بر بنیان دسترسی باز به دادگان باز شکل گرفته و بر رابطه دولت با کاربر (شهروند، شرکت یا کارگزاران دولتی) اثرگذار است. دولت باز، فرآیندی چندبعدی است و با برقراری امکان دسترسی به دادگان دولتی، مسیر مشارکت مسئولانه در تصمیم‌گیری‌های سازمانی و اداری و سیاسی را برای شهروندان فراهم می‌سازد که در عمق این فرآیند، به تدریج، مفهوم دموکراسی مشارکتی متبلور می‌شود. تکوین انگاره دولت باز بر بنیان شناسه‌های شفافیت، مشارکت، پاسخ‌گویی و همکاری، فرآیندها و رویه‌های تصمیم‌گیری دولت، علاوه بر این که کاربران را در سطح واپایش عملکرد دولت و هیئت ناظران مطرح می‌کند، آن‌ها را در ردیف تصمیم‌گیران و تصمیم‌سازان فعالیت‌های دولت قرار می‌دهد.

برای این که در یک جامعه، دولتی باز بر بنیان حکمرانی الکترونیک شکل بگیرد،

پیشنهادهایی به این شرح ارائه می‌شود: ساده‌سازی شیوه خدمات‌رسانی به شهروندان و تسهیل دسترسی به آن‌ها، ارتقای بسترهای فنی و فناوری لازم برای تحقق حکمرانی الکترونیک، حمایت سیاسی، اقتصادی، قضایی و اجتماعی از طرح‌ها و رویه‌هایی که اطلاعات دولتی را در اختیار شهروندان قرار می‌دهد، برقراری ارتباط مستمر با سازمان‌های بین‌المللی برای روزآمدسازی رویه‌ها و ابزارها در اجرای طرح‌های حکمرانی الکترونیک، شناسایی قوانین و مقررات لازم به منظور دسترسی راحت‌تر به پیشینه و اهداف گروه‌ها، احزاب و افراد سیاسی، ساده‌سازی فرآیندهای کسب و کار در فضای عمومی جامعه، تسهیل دسترسی به اطلاعات مالی سازمان‌های دولتی و اصناف، حل مسائل قانونی و کاهش آثار تغییرهای سیاسی کشور در تحقق حکمرانی الکترونیک خوب، هماهنگ‌سازی و ساده‌سازی شرایط، روندها، جریان‌های اطلاعاتی در موضوع حکمرانی الکترونیک خوب، ایجاد سازمان‌های سازمانی انعطاف‌پذیر، افزایش اعتماد مردم به زیرساخت‌های دولت الکترونیک و ایجاد تعهد سازمانی در خصوص تحقق حکمرانی الکترونیک خوب.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بانک جهانی، گزارش توسعه جهانی: نقش دولت در جهان در حال تحول، ترجمه: گروه مترجمین تهران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۷۸.
۲. پورعزت، علی‌اصغر و غزاله طاهری عطار، تحلیل دوران گذار به حکومت الکترونیک، به مثابه یک واقعیت اجتماعی پویا، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۷۳.
۳. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۴. کاستلز، مانوئل، عصر اطلاعات: اقتصاد، جامعه و فرهنگ (۲): قدرت هویت، ترجمه: حسن چاوشیان، تهران: طرح نو، ۱۳۸۲.
۵. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی، سید عباس و محسن فرهادی‌نژاد «واکاوی هم‌گرایی یا واگرایی‌های احتمالی میان دو پدیده دولت الکترونیک و دموکراسی الکترونیک و تبیین آن»، کنفرانس بین‌المللی جهت‌گیری‌های نوین در مدیریت، اقتصاد و حسابداری، ۱۳۹۴.
۲. اخوان کاظمی، بهرام، «پاسخ‌گویی و کارآمدی»، نشریه حکومت اسلامی، ۱۳۸۳، شماره ۳۴.
۳. اصغرینیا، مرتضی، «ضرورت توجه به دولت الکترونیک با نگاهی خاص به فساد اداری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، شماره ۹، صص ۴۲-۵۸.
۴. دانایی‌فرد، حسن، «استراتژی مبارزه با فساد: آیا فناوری اطلاعات، فساد اداری را کاهش می‌دهد؟»، پژوهش‌های مدیریت در ایران، ۱۳۸۴، شماره ۳۹، صص ۱۰۱-۱۱۸.
۵. رهنورد، فرج‌الله و داریوش محمدی، «ارزیابی مراحل تکاملی دولت الکترونیک در ایران»، پژوهش‌نامه مدیریت اجرایی، ۱۳۸۶، شماره ۲۷، صص ۶۳-۸۰.
۶. فیرحی، داوود، «مشارکت سیاسی در دولت اسلامی»، نامه مفید، ۱۳۸۰، شماره ۲۵.

۷. قربانزاده، محمد و حمید شاکری، «امنیت انسانی در پرتو دکترین حکمرانی خوب»، فصلنامه حقوقی مجد، ۱۳۹۴، سال دهم، شماره ۳۵.
۸. قلی‌پور، رحمت‌الله، «تحلیل رابطه الگوی حکمرانی خوب و فساد اداری»، فرهنگ مدیریت، ۱۳۸۴، دوره سوم، شماره ۳، صص ۱۰۳-۱۲۷.
۹. قلی‌پور، آریین و علی پیران‌نژاد، «ارتقای اعتماد عمومی و دموکراسی الکترونیکی: تبیین نقش دولت الکترونیک»، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های مدیریت در ایران، ۱۳۹۰، شماره ۵۶.
۱۰. قهرمانی افشار، یاسر و خیرالله پروین، «درآمدی بر مؤلفه‌های حقوقی دولت: بررسی الگوی مدرن غربی و نظام جمهوری اسلامی ایران»، دولت‌پژوهی، ۱۴۰۰، سال هفتم، شماره ۲۷.
۱۱. مقدسی، علی‌رضا، امیر مانیان، رحمت‌الله قلی‌پور و علی‌رضا حسن‌زاده، «طراحی مدل حکمرانی خوب الکترونیک در حوزه آموزش»، فصلنامه مدیریت فناوری اطلاعات، ۱۳۹۲، دوره هشتم، شماره ۳، صص ۵۹۱-۶۲۰.
۱۲. مقیمی، جواد، سوسن صفاوردی، بابک نادرپور و جهان‌بخش محبی‌نیا، «جایگاه اصل پاسخ‌گویی در تحقق حقوق شهروندی در نظام سیاسی»، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰.
۱۳. هداوند، مهدی، «مفهوم حکمرانی خوب»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، سال دوم، شماره ۴.
۱۴. خلیلی، محسن، «کشاکش دولت الکترونیک با دموکراسی الکترونیک»، فصلنامه دولت‌پژوهی، ۱۳۹۴، دوره اول، شماره ۳.

ج) پایان‌نامه

۱. یزدانی زنوز، هرمز، «بررسی نقش شفافیت در تحقق حکمرانی مطلوب»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۴.

د) پایگاه اینترنتی

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، گزارش همایش بین‌المللی جنبه‌های حقوقی فناوری اطلاعات و ارتباطات، ۱۳۹۶: www.jri.ac.ir/showcontent.html?i=RLN۲SkVhdWRvSms۹ و www.ncb.intnet.mu/mf.oau/decpl.htm.

2-Latin Source

- 1-Adelana, O. S., "Electronic Governance and Effective Public Administration", International Journal of social, Politics and humanities, 2019, 3(2), pp. 271-285
- 2-Bhatnagar, Subhash C., E-Government from vision to implementation: a practical guide with case studies, New Delhi: Tejeshwar Singh for Sage Publications India Pvt Ltd., 2004
- 3-Dawes, S.S. and Prefontaine, L., Understanding New Models of Collaboration for Delivering Government Service, Communication of ACM, 2003
- 4-Dixon, B. E., "Toward e-government 2.0: An assessment of where e-government 2.0 is and where it is headed", Public Administration & Management, 15 (2), 2010
- 5-Estevez, E. and Janowski, T., "Electronic Governance for Sustainable Development- Conceptual Framework and State of Research", Government information Quarterly, 2013, 30 (1), pp S94-S109
- 6-Foley, P. and Alfonso, X., "E-Government and the Transformation Agenda", Public Administration, 2009, 87 (2), pp. 371-396
- 7-Gani, Azmat and Ron Duncan, measuring Good Governance using time series Data, 2007
- 8-Gavelin, K., Burall, S. and Wilson, R., Open Government: beyond static measures, A paper produced by Involve for the OECD, 2009
- 9-Golubchik. L., Cheng, W.C., Chou, C.F., Khuller, S. Samet, H. and Wan, Y. C. J., "Bistro: A Scalable and Secure Data Transfer Service for Digital Government applications", Communications of the ACM, 2003, 46 (1)
- 10-Heeks. R., Implementing and Managing E-Government: An International Text, London, Sage Pub, 2005
- 11-Huntgeburth, Jan and Veit, Daniel, "A research agenda for evaluating open government initiatives", Proceedings of the 21st European Conference on Information Systems Utrecht, Netherlands: Proceedings of the 21st European Conference on Information Systems, 2013
- 12-Jain Palvia, Sh. & Sharma, Sh. S., E-Government and E-Governance: Definitions/ Domain Framework and Status around the world, Computer Society of India, 2007
- 13-Kolsaker L.A. and Kelly, L., "Citizens Attitudes towards E-Government and E-Governance: a UK study", International Journal of Public Sector Mnagement, 2008, 21(7),

pp.723-738

14-Kujbidia, V.S., Karpenko, O.V and Namešnik, V.V., “Digital Governance in Ukraine: Basic definition of the concept-categorical apparatus”, *Visnik nacionalnoyi akademiyi derzhavongo upravlinnya pri prezidentovi Ukrayini, Seriya*, Kiyiv: NADU,1, 2018, pp. 5-10

15-Kumar, M. & Sinha O.P., M-Government- Mobile Technology for E-Government, In *International conference on E-Government*, India, 2007

16-Lancaster, F. Wilfrid, “Electronic Publishing”, *Library Trends*, 1989, 37 (3), pp. 316-325

17-Lee, G. and Perry, J. L., “Are Computers Boosting Productivity? A Test of the Paradox in State Governments”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2002, 12 (1), pp.77-102

18-Lee, Gwanhoo & Young Hoon, An open Government maturity model for social media-based Public Engagement, *Government Information*, 2012

19-Park, S., Choi, D. and Hong, P., “Club Convergence and Factors of Digital Divide across Countries”, *Technological Forecasting and Social Change*, 2015, 96, pp. 92-100

20-Puma, *Government Relations with Citizens and Civil Society*, OECD, 2002

21-Rao. T., Bhatangar, S., Roa. V., and Satyanarayana, S., E-Governance Assessment Frameworks (EAF Version 2.0) E-Governance (Assessment & Replication) Divisoin E-Governance and E-Rural Group, Department of Information Technology, Government of India, 2004

22-Silcock, R., “What is E-Government?”, *Parliamentary Affairs*, 2001, 54 (1), pp. 88-101.

23-Singh A. and Sharma, V., “E-Governance and E-Government, A Study of initiatives”, *International Journal of E-Business and E-Governance studies*, 2009, 1 (1)

24-Sodhi, I. S., *Emerging issues and prospects in African E-government*, 2015.

25-UN (United Nations), *Un E-Government Survey 2012*, New York: UN, 2012.

26-Yu. Harian and Robinson, David. G., *The new ambiguity of open Government*, UCLA law review Discourse. 2012

27-Zwahr, T. & Finger, M., *Enhancing the e-Governance Model: Enterprise Architecture as a Potential Methodology to build a Holistic Framework*, Competence Centre e-Governance, EPFL, Lausanne, 1015, Switzerland, 2010



حمایت از حقوق مصرف کننده با راهکار استانداردسازی اساس نامه شرکت‌ها از دیدگاه حقوق اداری

وحید کریمی *

اکبر بشیری **

اباست پورمحمد ***

چکیده

مصرف کننده نهایی کالا/خدمات، حقوقی دارد که در رأس این حقوق، دسترسی به کالا/خدمات باکیفیت و قیمت مناسب است. در خصوص نهادهای حامی و قوانین حمایتی، تعارض‌های فراوانی به چشم می‌خورد که حمایت از حقوق مصرف کننده را با مشکلاتی مواجه می‌سازد. در واقع، نیاز به منبع حقوقی جامع و ارگان مسئول و متعهد محسوس است که به نظر می‌رسد با استانداردسازی اساس نامه شرکت‌ها می‌توان ضمن تأسیس منبع حقوقی مناسب، عرضه کننده را به لحاظ حقوقی متعهد ساخت. این پژوهش به روش تحلیلی - توصیفی، درصدد بررسی امکان حمایت از حقوق مصرف کننده با راهکار استانداردسازی اساس نامه شرکت‌ها از دیدگاه حقوق اداری است. نهادهای اداری متولی شرکت‌های ارائه دهنده کالا/خدمات ممکن است دولتی یا عمومی باشند و بخش خصوصی معمولاً در تولى نظارت بر کسب و کارها جایی ندارد. این نهادها برحسب وظیفه تولى و تفسیر موسّع از آن، حق یکسان سازی اساس نامه‌ها را دارند. با این اقدام می‌توان حقوق مصرف کننده را به عنوان تعهد در اساس نامه شرکت ذکر کرد. بنابراین، با استانداردسازی اساس نامه، تعهد حقوقی عرضه کنندگان محرز است و حق نظارت سازمان متولی نیز تصریح خواهد شد. به این صورت، راهکار حقوق اداری برای حمایت از حقوق مصرف کننده باز خواهد بود. در این حالت، چالش‌های اداری شرکت‌ها در خصوص حقوق مصرف کننده به حداقل می‌رسد و در زمان اقدام قضایی می‌توان با مقصران اصلی برخورد مناسب کرد. نهادهای متولی دولتی یا عمومی نیز گاهی مستقل عمل می‌کنند که برای مقابله با موازی کاری باید با وضع مقررات اداری، نهادی واحد را متولی اصلی نظارت تعیین و وضعیت عمودی یا افقی بودن روابط اداری را نیز مشخص کرد.

کلیدواژه‌ها: مصرف کننده، حقوق شهروندی، متولی اداری، اساس نامه، استانداردسازی.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

bshyryakbr3@gmail.com

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

haydedarvishi@gmail.com

***. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران.

fds@gmail.com

مقدمه

نیازمندی‌های شهروندان یا با تولید داخلی تأمین می‌شود یا واردات از خارج. گاهی در اقدامات سازمان‌یافته ارائه‌دهندگان محصولات/ خدمات، انحصار پدید می‌آید و منافع سرمایه‌داران بر حقوق مصرف‌کننده برتری می‌یابد. در این وضعیت، مصرف‌کنندگان در موضع ضعف قرار می‌گیرند و نقدینگی آن‌ها به‌ناحق به جیب عرضه‌کنندگان می‌رود. در تمام جهان، دولت‌ها با هدف حمایت از حقوق مصرف‌کننده که بخشی از حقوق شهروندی است، از اختیارات قانونی خود بهره می‌برند و در صورت وجود خلأهای حقوقی، برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده، قانون‌گذاری می‌کنند. در ایران نیز قانونی در همین زمینه در سال ۱۳۸۸ تصویب شد. به تصویب نسبتاً دیر هنگام این قانون و وجود برخی ادبیات نامناسب در این قانون انتقاد وارد شده است که زمینه سوء استفاده عرضه‌کنندگان را فراهم می‌دارد. افزون بر این، اختیارات اجرایی دولت در این مورد به درستی مشخص نیست و بر پایه برخی منابع حقوقی قدیمی، اقدامات انجام‌شده برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده ناکافی است. اثر فرم قراردادی بر مسئولیت قراردادی به اثبات رسیده است.^۱ اثر شکلی اساسنامه در حقوق فرانسه نیز بررسی شده است و به همین دلیل، این کشور را پیش‌گام اعتباربخشی به فرم اساسنامه دانسته‌اند.^۲ در ایران، نهادهای مختلفی، مسئولیت حمایت از حقوق مصرف‌کننده را بر عهده دارند. برای نمونه، سازمان استاندارد برای کالا/ خدمات با کیفیت پایین تأییدیه صادر نمی‌کند. سازمان حمایت از حقوق مصرف‌کننده نیز بر مسائل قیمت‌گذاری نظارت دارد. سازمان تعزیرات حکومتی گاهی مانند نهادهای قضایی، در برخورد با متخلفان، حکم مستقل صادر می‌کند. سازمان بازرسی نیز گاهی با تشکیل پرونده، با متخلفان برخورد می‌کند. این در حالی است که دادگستری‌ها به عنوان مجریان اصلی عدالت، در حمایت از حقوق مصرف‌کننده جایگاهی ندارند و وظیفه آن‌ها بیش‌تر در زمان دریافت شکایات برجسته می‌شود. نتیجه بحث این که نهادهای اداری مختلف به شیوه‌های گوناگون، مسئولیت حمایت از حقوق مصرف‌کننده را بر عهده دارند که گاه موازی با یکدیگر عمل می‌کنند و در نهایت، انتظار مصرف‌کننده معمولاً برآورده نمی‌شود. این وضعیت نیز که نشانه ناکارآمدی اقدامات نهادهای یادشده است، نوعی چالش اداری محسوب می‌شود. چنین به نظر می‌رسد که می‌توان ضمن استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها، اقداماتی برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده انجام داد. پاسبان (۱۳۹۸) در کتاب خود بیان داشته است

1-Choi, S. B., "Korean Legal Approach to the Electronic Bill of Lading to Solve the Crisis of the Bill of Lading in Letter of Credit Transactions", 인터넷전자상거래연구, 2017, 17 (2), 201-220., p. 210

2-Dunn, J. P., Ledford, S., Jackson, S. H. & Wood, A. G., U.S. Patent Application No. 2018, 15/711,416, p. 58.

که مالکان شرکت‌های تجاری معمولاً به دلیل نداشتن سواد کافی حقوقی، اساس‌نامه‌هایی نگاشته‌اند که اصولاً نافذ نیستند.^۱ استانداردسازی اساس‌نامه بانک‌ها نیز راهکاری برای نظارت بهتر بانک مرکزی شمرده می‌شود.^۲

بحث متحدسازی حقوق قراردادهای در سطح بین‌الملل می‌تواند در امور شرکت‌ها نیز کارآیی داشته باشد.^۳ با این حال، به محدودیت مسئولیت شرکت‌ها نیز تصریح شده است.^۴ چنین مشخص است که استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها می‌تواند یکی از راه‌های حمایت از حقوق مصرف‌کننده باشد. استانداردسازی حقوق شرکت‌های تجاری در حیطه صادرات فولاد در کشور فرانسه^۵ و نقش عوامل تقنینی بر فرم قراردادی نیز در تحقیقاتی دیگر بررسی شده است.^۶

در این پژوهش چنین فرض شده که حمایت از حقوق مصرف‌کننده ضمن استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها ممکن است. دیگر چالش‌های اداری حمایت از حقوق مصرف‌کننده، از بحث پژوهش کنونی خارج است و در این جا تنها راهکار پیشنهادی یادشده بررسی می‌شود. نوآوری این تحقیق در آن است که تا کنون به راهکار استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده که بخشی از امور اجرایی - اداری محسوب می‌شود، توجه نشده است.

سؤال پژوهش این است که استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها چگونه ممکن است و چگونه موجب حمایت از حقوق مصرف‌کننده خواهد شد؟ چالش‌های این راهکار پیشنهادی چیست؟ ابتدا ضمن مروری بر مبانی اساس‌نامه و حقوق مصرف‌کننده، رویه اداری این اقدام بررسی و چالش‌های آن نیز واکاوی می‌شود.

۱. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۴۳.

۲. باقری، محمود و علی‌رضا جاویدان داروگر، «حقوق شرکت‌های بانک‌ها با تأکید بر نقد و بررسی اساس‌نامه نمونه بانک مرکزی»، مجله مطالعات حقوق، ۱۳۹۶، شماره سوم، دوره هجدهم، صص ۱۰۵-۱۱۸، ص ۱۱۰.

۳. جلالی، محمود و معصومه شکوری، «روند متحدالشکل‌سازی حقوق قراردادهای در سطح بین‌المللی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، شماره سوم، دوره سوم، صص ۱۵۵-۱۷۱، ص ۱۶۵.

۴. آقامحمدی، فرشاد، «بررسی شرکت با مسئولیت محدود در حقوق ایران و ترکیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه آموزش عالی کار قزوین، ۱۳۹۷، ص ۵۴.

5-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, p. 125

6-Ma, S., Chai, Y., Wang, J. & Duan, Y., "New digital infrastructure, cross-border e-commerce and global vision of creating Electronic World Trade Platform", Global Trade and Customs Journal, 2018, 13(4), p. 160

گفتار اول. مفاهیم و مبانی پژوهش

استاندارد، مجموعه‌ای از قوانین و مقررات است که برخی نهادهای صلاحیت‌دار برای استفاده سازمان‌ها، اداره‌ها، نمایندگی‌ها و مؤسسات در سطح ملی و بین‌المللی وضع و تصویب می‌کنند. در این مفهوم، استانداردها اجباری هستند و ممکن است دولت‌ها یا نهادهای علمی از جمله بعضی از انجمن‌های شغلی، آن‌ها را اجرا کنند.^۱ برای مثال، امکان دارد دولت‌ها، استانداردهایی برای بهداشت یا رفاه جمعیت یک کشور وضع کنند یا انجمن‌های پزشکان یا وکلا، استانداردهایی را برای اصول اختلافی به عنوان مرجعی برای استفاده اعضای خود تعیین و از الگوی رفتار معینی پیروی کنند. استانداردها گاهی اختیاری هستند، اما ممکن است استاندارد از جانب یک صنف، صنعت، مراجع دولتی یا با توافق‌های بازرگانی اجباری گردد که این اجبار ممکن است بر اساس قانون باشد. استاندارد را که اجباری شده باشد، «ضابطه» می‌نامند.

گاهی اصول ضروری یک امر به صورت قانون و ضابطه تعیین می‌شود و تأیید مرجع استاندارد، ملاک اعتبار آن قرار می‌گیرد. سازمان ملی استاندارد در ایران، چنین مسئولیتی را بر عهده دارد.^۲ برای مثال، شیرهای گاز به علت ارتباط آن با جان انسان تحت نظارت سازمان استاندارد قرار دارند. این سازمان با تعیین قانون و ضابطه، ابعاد، اندازه، تیرانس، نقشه، جنس و دیگر ویژگی‌ها برای شیرهای گاز، تولیدکنندگان آن‌ها را به پیروی از این مقررات ملزم کرده است. تولیدکنندگان با پیروی از قوانین سازمان ملی استاندارد باید شیرهای گازی را تولید کنند و این سازمان هم حق نظارت بر همه مراحل تولید را دارد. در سطح ملی و بین‌المللی، استانداردهای مختلفی وجود دارد که تولیدکنندگان با هدف افزایش اعتبار باید آن استانداردها را دریافت کنند.^۳

منظور از استانداردسازی اساسنامه شرکتها، یکسان‌سازی آن‌هاست. این الزام به یکسان‌سازی با راهکارهای مختلفی صورت می‌پذیرد.^۴ در حال حاضر، مصادیق استانداردسازی اساسنامه شرکتها انجام شده است که بررسی می‌کنیم.

در قانون بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۴) در خصوص اساسنامه نمونه، مطالبی بیان شده است که به دلیل اشعار قانونی، جنبه اجباری دارد. به موجب تبصره ۲ ماده ۹ این قانون،

۱. جوادی، امیر، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: حقوق‌یار، چاپ سوم، ۱۳۹۸، ص ۱۵.

۲. حمداللهی، عاصف، **حقوق رقابت نامشروع**، تهران: دانشگاه امام صادق، چاپ سوم، ۱۳۹۶، ص ۴۵.

3-ANYOGU, F. & AGUBOSIM, B. C., "A CRITICAL OVERVIEW OF THE FEDERAL COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION ACT" INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND JURISPRUDENCE (IRLJ), 2021, 3 (3), p. 65

۴. داراب‌پور، مهراب، **اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۷، ص ۶۵.

وظایف و حدود اختیارات رئیس سازمان در اساس‌نامه سازمان تعیین خواهد شد. اساس‌نامه سازمان بورس تحت قانونی در همین سال با عنوان «اساس‌نامه سازمان بورس» به تصویب رسید. بنابراین، با تصویب قانون موضوعه، اساس‌نامه سازمان بورس استانداردسازی شد. قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۰ تصویب شد. به موجب ماده پنجم این قانون، نام با قید کلمه «تعاونی»، هدف، موضوع، نوع، حوزه عملیات، مدت، مرکز اصلی عملیات و نشانی، میزان سرمایه، مقررات مربوط به عضو، ارکان، مقررات مالی و کار، انحلال و تصفیه باید در اساس‌نامه ذکر شود. در راستای اجرای این قانون، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در مرداد ۱۳۸۸، اساس‌نامه نمونه شرکت‌های تعاونی را تصویب کرد. با توجه به این‌که تأسیس شرکت‌های تعاونی مستلزم دریافت مجوز از آن وزارت است، تبعیت از اساس‌نامه نمونه را برای شرکت‌های تعاونی می‌توان الزامی کرد. اساس‌نامه نمونه، ۵۷ ماده و ۳۴ تبصره دارد.

قانون تشکیل بیمه مرکزی که در سال ۱۳۵۰ به تصویب رسید، یکی از جنبه‌های مهم اجباری شدن برخی مفاد در اساس‌نامه است. به موجب ماده ۳۷ این قانون، ثبت هر مؤسسه بیمه در ایران به ارائه پروانه تأسیسی وابسته است که بیمه مرکزی ایران صادر کند. همچنین ثبت هر گونه تغییرات بعدی در اساس‌نامه و میزان سرمایه و سهام مؤسسات بیمه‌ای که به ثبت رسیده باشند، به موافقت بیمه مرکزی ایران بستگی دارد. حسب این قانون، اساس‌نامه شرکت‌های بیمه‌ای تحت نظارت سازمان بیمه مرکزی است و امکان استانداردسازی اجباری آن با ضابطه و قانون وجود دارد. در راستای همین قانون نیز سازمان بیمه مرکزی مانند دو مورد یادشده (شرکت‌های تعاونی و سازمان بورس)، اساس‌نامه نمونه تهیه کرده و تبعیت از این الگو را برای تمامی شرکت‌های بیمه لازم دانسته است.

اختیار وضع مقررات برای نهادهایی هم‌چون شورای پول و اعتبار الزاماً در حدود صلاحیت‌هایی است که قانون‌گذار به این قبیل نهادها اعطا کرده است. این نهادها نمی‌توانند خارج از صلاحیت قانونی خود، مقررات وضع کنند و مصوباتشان هم نباید ناقض قوانین موضوعه باشد. با توجه به این دو ضابطه و با استناد به منابع دست اول، بررسی حقوقی یکی از مصوبات پراهمیت شورای پول و اعتبار با عنوان «اساس‌نامه نمونه بانک‌های تجاری غیر دولتی»، موضوع بحث است که برای تنظیم عملکرد بانک‌های خصوصی کشور تصویب و ابلاغ شده است. در این بررسی، عدول شورای پول و اعتبار از صلاحیت قانونی خود و تعارض مفاد مصوبه موضوع بحث با قوانین و مقررات لازم‌الرعايه مربوط به چشم می‌خورد.^۱

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۸، ص ۵۴.

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به موجب بخش‌نامه شماره ۹۲/۱۱۷۷۰۸ صادرشده در ۲۴ تیر ۱۳۹۲ و با استناد به بند «ج» ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور که مقرر می‌دارد: «تأسیس بانک در ایران موقوف به تصویب اساسنامه آن به وسیله شورای پول و اعتبار و صدور اجازه از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران» است، «اساسنامه نمونه بانک‌های تجاری غیر دولتی»، مصوب شورای پول و اعتبار را به بانک‌های غیر دولتی ابلاغ کرد. در حقیقت، با این کار، آن‌ها را ملزم کرد که با برگزاری مجمع عمومی فوق‌العاده و اعمال تغییرات و اصلاحات در اساسنامه جاری بانک، اساسنامه نمونه ابلاغی را ظرف مدت چهار ماه جای‌گزین کنند. در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۲ نیز با صدور بخش‌نامه شماره ۹۲/۳۷۷۵۳۸ اعلام کرد که اساسنامه نمونه ابلاغ‌شده اصلاح گردیده است. بر همین اساس، ویرایش جدید اساسنامه نمونه به ضمیمه این بخش‌نامه ابلاغ شد و بانک‌های غیر دولتی ملزم شدند اساسنامه خود را حداکثر تا تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۳۱ با اساسنامه نمونه تطبیق دهند و پس از اعمال تغییرات لازم برای تصویب نهایی به شورای پول و اعتبار بفرستند.^۱

گفتار دوم. راهکارهای استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها

با توجه به مفاهیم مختلف در خصوص استانداردسازی، منظور از استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها در این پژوهش، یکسان‌سازی آن‌هاست که مصادیقش بیان شد. این استانداردسازی با راهکارهای حقوقی - اجرایی ممکن است که در این قسمت از آن سخن می‌گوییم.

بند اول. قوه مقننه

با تصویب قانون ممکن است اساسنامه برخی نهادها استاندارد شود، هر چند این اتفاق بسیار نادر است. در حال حاضر، تنها سازمان بورس اوراق بهادار با قانون مصوب ۱۳۸۸، اساسنامه استاندارد دارد. هر گونه تغییر در اساسنامه این سازمان مستلزم پیمودن مراحل تقنینی است که پیچیدگی خاصی دارد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار برای استانداردسازی نهادهای دولتی مهم که معمولاً تعداد آن‌ها از انگشتان دست فراتر نمی‌رود، اقدام کرده است که این کار مزایا و معایبی دارد.

مزیت این اقدام، بخشیدن رسمیت حقوقی به اساسنامه است که به نوعی، تعیین‌کننده مقررات آن سازمان است. در واقع، قانون‌گذار در وضع مقررات اداری سازمان نیز دخالت کرده است. طبیعتاً اهمیت این نوع استانداردسازی باید آن قدر زیاد باشد که قوه مقننه به قلمرو آن قدم بگذارد. با توجه به روال و تشریفات قانون‌گذاری مندرج در قانون اساسی ایران (مصوب ۱۳۵۸ و بازنگری شده در ۱۳۶۹ که از این پس، «ق.ا.» یاد می‌شود)، تغییر در اساسنامه نمونه

۱. طوسی، عباس، تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۶۶.

در این شرایط بسیار سخت و پیچیده محسوب می‌شود. به هر حال، استانداردسازی اساسنامه توسط قانون موضوعه در موارد نادری اتفاق افتاده و از اختیارات قوه مقننه است.

بند دوم. نهادهای اداری متولی

منظور از متولی، نهادی غیر خصوصی (عمومی یا دولتی) است که مسئولیت نظارت بر فعالیت صنوف خاصی را بر عهده دارد. دولت حق نظارت عالی و رسیدگی به امور بخش خصوصی را بر عهده دارد که حسب تفسیر موسّع از اصول ق.ا. به ویژه اصل ۴۴ حاصل می‌شود. این نظارت یا توسط نهادهای دولتی انجام می‌شود یا توسط نهادهای عمومی و با نظارت دولت.^۱ مقررات اداری و اجرایی هر یک از نهادها به صورت جداگانه تصویب شده است. متولیان هر کسب و کار با توجه به مسئولیت‌های خویش می‌توانند الزام به تبعیت از اساسنامه نمونه را از شرکت‌ها خواهان شوند. گاهی متولی یک کسب و کار، سازمان است، مثل سازمان صمت که متولی تمامی امور صنعتی است و تولیدکنندگان تحت تبعیت از آن قرار دارند. گاه اتحادیه برحسب اجماع شکل گرفته است، مثل اتحادیه صادرکنندگان زعفران که تمامی صادرکنندگان زعفران باید از آن پیروی کنند. مفاد قانون نظام صنفی کشور، مصوب ۱۳۸۳ (از این پس، «ق.ص.»)، چنین الزامی را پیش می‌کشد. در واقع، وظیفه متولیان، برقراری عدالت و تناسب در کسب و کار است تا علاوه بر حمایت از حقوق کاسبان، حقوق مصرف‌کنندگان نیز حفظ شود. بنابراین، تبعیت کاسبان از متولیان، ضرورتی حقوقی و اداری محسوب می‌شود. حسب چنین اختیار حقوقی، متولیان می‌توانند شرط اعطای مجوز کسب و کار را تبعیت از اساسنامه نمونه بدانند تا وحدت مدیریتی در امور مورد نظر محرز شود.

ممکن است به موجب مقررات اداری سازمان متولی، به وضع مقررات و استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها تصریح نشده باشد. با این حال، اختیار صدور مجوز و همچنین نظارت بر فعالیت صنوف، این اختیار را به واحد متولی اعطا کرده باشد که به شرط پذیرش مقررات استاندارد شده، مجوز صادر کند. این اقدام کاملاً در چارچوب «ق.ص.» قرار دارد و خارج از اختیارات اداری محسوب نمی‌شود. البته استناد نهادهای اداری عمومی عمدتاً به «ق.ص.» است، اما نهادهای دولتی با توجه به مقررات اداری و بخش‌نامه‌های دولتی عمل می‌کنند که رسمیت بهتری دارد.^۲ چنان‌که بیان شد، بانک مرکزی به موجب چند بخش‌نامه که

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، ۱۴۰۰، شماره سوم، دوره سوم، صص ۳۹-۶۴، ص ۶۰.

۲. آرای، مسعود، پژمان محمدی و غلام‌حسن مزارعی، «اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، شماره سوم، دوره سوم، صص ۸۴-۶۱، ص ۷۵.

جزئیات آن ذکر شد، به استانداردسازی اساسنامه بانک‌ها اقدام و حقوق مشتریان را نیز در این اساسنامه قید کرده است.

به طور کلی، استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها توسط متولیان عمومی یا دولتی کاملاً در چارچوب اختیارات اجرایی و اداری آن‌هاست. البته فرآیند استانداردسازی و وضع مقررات اداری شرکت‌ها در آن باید کاملاً به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی (از این پس، «ق.م») در چارچوب اصول حقوقی باشد تا نافذ تلقی شود.

بند سوم. اجماع ذی‌نفعان

گاه در نبود متولی خاص یک صنعت، کاسبان به اجماع و بر اساس تعهدات نزاکتی، قراری را تنظیم می‌کنند و همگی به آن پای‌بند هستند. در غیاب متولی نظارت، تبعیت از آرای اکثریت، نمی‌تواند الزام حقوقی داشته باشد، اما اعضا به صورت نزاکتی تعهد می‌کنند که از نظر اکثریت تبعیت کنند. اگر متن توافق‌نامه را همگی امضا کنند، این توافق نافذ است و از نظر حقوقی، الزام‌آور تلقی می‌شود. ممکن است بدون تنظیم سندی حقوقی، تعهدات این حوزه تنها به صورت نزاکتی محرز شود. به هر حال، در چنین شرایطی نیز می‌توان اساسنامه نمونه‌ای، تنظیم و همگی کاسبان را به تبعیت از آن ملزم کرد. اگر اجماع همگی کاسبان به موجب سند حقوقی اعلام شود، طبیعتاً دولت از این نهاد عمومی حمایت می‌کند که در نهایت، می‌تواند به عنوان یک متولی عمل کند. گفتنی است اعتبار نهادی که به اجماع اکثریت شکل گرفته، به اجماع اکثریت نیز قابل انحلال است.

دیگر متولیان هم‌چون اتحادیه صادرکنندگان زعفران، اعتبار حقوقی خود را از قانون گرفته‌اند. این نهاد اداری با اجماع کاسبان قابل انحلال نیست، مگر عزل اعضای آن که به موجب «ق.ص» با رأی‌گیری انتخاب می‌شوند. اگر تأسیس یک نهاد به موجب قانون نباشد، از نظر اجرایی و اداری، انحلال کامل آن به همین وضعیت ممکن است. اگر چنین نهادی با اجماع تشکیل شود، بسته به میزان مقبولیت و اجماع شکل گرفته در حمایت از آن، از اختیارات اداری لازم برای استانداردسازی اساسنامه‌ها بهره‌مند است.

گفتار سوم. بایسته‌های حمایت از حقوق مصرف‌کننده توسط اساسنامه نمونه

در گفتار پیشین، در خصوص استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها توضیح داده شد. در اثنای استانداردسازی می‌توان حقوق مصرف‌کننده را نیز در اساسنامه ذکر کرد تا از لحاظ اداری، شرکت ارائه‌دهنده، ملزم به رعایت آن باشد. چون اساسنامه شرکت‌ها سند حقوقی و

اداری آن شرکت محسوب می‌شود، با ذکر حقوق مصرف‌کننده در اساس‌نامه می‌توان شرکت را به رعایت آن متعهد کرد. نکته قابل توجه این است که اساس‌نامه، سندی حقوقی در روابط شرکا نیز محسوب می‌شود. بنابراین، از نظر حقوق خصوصی هم قابل بحث است. با پیچیدگی‌های خاص حقوق اداری می‌توان شرکت را نسبت به طرف مقابل که ممکن است نهادی دولتی باشد، متعهد کرد که در این حالت، از دیدگاه حقوق عمومی قابل بحث است. بنابراین، گامی در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده برداشته شده است.

بند اول. تعیین نهاد نظارتی

از نظر مدنی، هر یک از طرفین یک معامله، حقوق و تعهداتی خاص دارند. گاه روح و ماهیت اساس‌نامه شرکت‌ها، حقوقی خاص برای شخصیت حقوقی قرار داده است که در عمل، حقوق طرف مقابل را نادیده می‌گیرد. استانداردسازی در اساس‌نامه شرکت‌ها نیز با هدف حمایت از حقوق طرف مقابل صورت می‌پذیرد. در واقع، با اساس‌نامه استاندارد می‌توان شرکت‌های ارائه‌دهنده را در مرحله اول نسبت به عموم جامعه و در مرحله دوم نسبت به شخص مصرف‌کننده، مسئول دانست و این مهم در چارچوب امور اداری استانداردسازی اساس‌نامه قابل تحقق است. برای مثال، شرکتی که ذرت وارد می‌کند، ممکن است در اساس‌نامه خود، مسئولیت سلامت این کالا را از خود سلب کند و فساد آن را به سبب مسئولیت مبتنی بر تقصیر به گمرکات و مسئولان دولتی منتسب سازد. با هدف حمایت از سلامت شهروندان نیاز است که از طریق اتحادیه واردکنندگان ذرت، تعهداتی نسبت به این مهم در اساس‌نامه شرکت‌های این حوزه ثبت شود تا مشکلات این حوزه به حداقل برسد. برای مثال، اتحادیه می‌تواند شرکت‌های واردکننده را به داشتن واحد کنترل کیفیت ملزم کند و ارائه این گواهی را شرط انعقاد قرارداد در زمان تحویل کالا بداند.^۱ در این صورت، شرکت‌هایی که به طور تخصصی در زمینه واردات ذرت فعالیت دارند، بحث کنترل کیفیت را به عنوان یک الزام در اساس‌نامه خود وارد می‌کنند که اثر کلان آن بر سلامت این محصولات نمایان خواهد شد.

شوراهای صنفی در سطح کشور، مسئولیت ابلاغ قوانین کلی را بر عهده دارند و اتحادیه‌ها مبتنی بر آن، اختیار حقوقی برای وضع قواعد اختصاصی دارند. تبعیت واحدهای صنفی از متولیان (اتحادیه، شورا و سازمان ناظر) نیز الزامی است و به این صورت می‌توان از طریق اداری و خارج از قانون‌گذاری که معمولاً ابزار حمایت از حقوق شهروندی توسط دولت است، حقوق شهروندان را تضمین کرد.

1-Cahyo, D. D. & Bawono, B. T., "A Justice Reform in Consumer Protection in Development of Financial Technology", Law Development Journal, 20213 (3), p. 477

بند دوم. استانداردسازی قراردادها

استانداردسازی قراردادها نیز می‌تواند بخشی از فرآیند استانداردسازی اساسنامه‌ها باشد. با توجه به این که قرارداد سند حقوقی بین ارائه‌دهنده کالا/ خدمات با مصرف‌کننده یا توزیع‌کننده است، در صورت استانداردسازی این قراردادها، حقوق طرفین کاملاً رعایت می‌شود.^۱ پیش‌تر در حقوق تجارت بین‌الملل، بحث فرم قراردادی مطرح بود و یکسان‌سازی قراردادها را دارای اثری همانند اسناد تجاری (چک و سفته) دانسته‌اند. این اسناد تجاری نیز نوعی قرارداد محسوب می‌شوند که به سبب وسعت استفاده از آن و هم‌چنین وجود منابع حقوقی فراوان در این خصوص، تمامی جنبه‌های حقوقی آن صریح است و بنابراین، دارای اثر شکلی خواهد بود. فرم قراردادی نیز در اثر کثرت استفاده می‌تواند دارای همین اثر باشد که نیازمند قرارگیری در حقوق اداری شرکت‌هاست. این مقررات اداری است که بر فرم قراردادی اثر دارد و خود فرم قراردادی نیز دارای اثر شکلی است.

بنابراین، حقوق اداری به صورت غیر مستقیم دارای اثر حقوقی بر تعهدات طرفین خواهد بود. نهادهای دولتی به سهولت و با صدور بخش‌نامه می‌توانند نسبت به تنظیم فرم قراردادی اقدام کنند. دولت که خود، متولی اصلی حمایت از حقوق مصرف‌کننده است، در صدور بخش‌نامه به ذکر این حقوق اقدام خواهد کرد. شرکت‌های خصوصی نیز می‌توانند حسب اساسنامه نمونه، ملزم به تهیه فرم قراردادی شوند که اثر شکلی آن در چارچوب قانون، حقوق هر دو طرف را رعایت کند. بنابراین، استفاده از فرم قراردادی می‌تواند یکی از آثار استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها باشد که کاملاً در راستای حمایت از حقوق مصرف‌کننده است.

بند سوم. تحدید مسئولیت‌ها

گاهی نداشتن سواد حقوقی یا نظارت ناکافی کارشناسان حقوقی موجب تنظیم اساسنامه‌هایی شده است که از نظر حقوقی نافذ نیستند. برای مثال، یکی از این مصادیق مهم، حق فروش سهام است. از دیدگاه حقوق مدنی، سلب حقوق مدنی شخص به موجب ماده ۹۵۹ «ق.م.» نافذ نخواهد بود و در واقع، چنین اساسنامه‌ای، تعهدی را بر دوش سهام‌داران قرار داده است که با اصول شخصیه آنان تضاد دارد. این مشکل حقوقی در زمان بروز اختلاف، خود را نشان خواهد داد. رفع این چالش‌ها نیز در قالب اساسنامه نمونه ممکن است.^۲

۱. یاسبان، محمدرضا، سید هادی فرخی و احمد بیگی حبیب‌آبادی، «بررسی تطبیقی حقوق سهام‌دار اقلیت در تجزیه شرکت‌های سهامی (ایران و انگلستان)»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره سوم، دوره هفتم، صص ۸۷-۱۱۲، ص ۱۰۰.

۲. جلالی و شکوری، پیشین، ص ۱۶۰.

این مثال ساده نشان از آن دارد که حتی اگر فرض کنیم سهام‌داران اطلاعات حقوقی ندارند، کارشناس حقوقی خبره باید هنگام تنظیم اساس‌نامه بر آن نظارت داشته باشد تا تمامی تعهدات آن نافذ تلقی گردد. از این قبیل مثال‌ها فراوان است. هدف از ذکر این بحث آن بود که گاهی در اساس‌نامه‌ها، مسئولیت شرکا و مدیران در خصوص اشخاص ثالث تعیین شده و با اصول حقوقی ناسازگار است. بنابراین، یکی از کارکردهای اساس‌نامه نمونه، تحدید مسئولیت‌ها به گونه‌ای است که نافذ تلقی شود و این کار مهم با نظارت کارشناسان حقوقی نهاد متولی امکان‌پذیر است. توافق ساده چند شریک که عمده‌تاً سواد حقوقی ندارند، نمی‌تواند این خلأ حقوقی را پر کند و نیاز به وضع مقررات در این مورد محسوس است.^۱ برای مثال، در اساس‌نامه غیر استاندارد یک شرکت تولید مواد خوراکی، مسئولیت زیان به جان مصرف‌کننده به طور کامل بر عهده مدیر عامل قرار گیرد. از این مصادیق بسیار مشاهده می‌شود. در این مثال، حسب تفسیر موسع از قوانین قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی، (مصوب ۱۳۴۶)، قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۱۳۳۹ و از این پس، «ق.م.»)، تمامی افراد مقصر در این مورد از جمله مدیر کنترل کیفیت، مدیر فنی و مدیر عامل در این باره مسئولیت دارند. بنابراین، مسئولیت تمامی مدیران و سهام‌داران باید به گونه‌ای در اساس‌نامه تحدید شود که در چارچوب قانون نافذ تلقی گردد. در این صورت، آگاهی پرسنل سازمان از داشتن مسئولیت در برابر مصرف‌کننده افزایش می‌یابد که گامی مهم برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده به شمار می‌رود و از طریق اداری ممکن است. با توجه به راهکارهای موجود برای استانداردسازی اساس‌نامه، در حال حاضر، بهترین راهکار، اقدام متولیان اداری (دولتی یا عمومی) است و این پژوهش نیز بر این اقدام تمرکز دارد.

بند چهارم. ذکر تحذیرات

«تحذیر» در لغت به معنای بر حذر داشتن و بیم دادن و کسی را متوجه خطر ساختن است. در اصطلاح، اگر کسی قبل از انجام دادن کاری یا فعلی هشدار دهد، ولی شنونده به هشدار او توجه نکند و به علت آن کار، جنایتی در حق نام‌برده صورت گیرد، هشداردهنده مسئولیتی نخواهد داشت. در هر یک از امور اداری، محتمل است که جرمی واقع شود. چون یکی از عناصر روانی جرم، علم به موضوع است، در مقررات اداری باید در مورد جرایم محتمل، تحذیر صورت پذیرد.^۲ داشتن علم از اجزای تحقق عنصر روانی است که در تجمیع با

۱. حسن‌زاده، بهرام، «حقوق‌شناسی و بررسی نظام حقوقی حاکم بر ثبت شرکت»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره سوم، دوره چهل و یکم، ص ۴۵۹.

۲. السان، مصطفی، «اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره قراردادهای تجاری بین‌المللی و هماهنگ‌سازی حقوق بیع بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۸، ص ۳۳۰.

عناصر مادی و قانونی، جرم محقق می‌شود. در نظریه مسئولیت کیفری، داشتن علم و آگاهی نسبت به موضوع جرم، از عوامل تحقق مسئولیت کیفری است. در این صورت، می‌توان نداشتن علم را از عوامل تحقق نیافتن جرم دانست.^۱

در راستای حمایت از حقوق مصرف کننده، مسائل تخصصی را می‌توان در اساسنامه نمونه ذکر کرد. برای مثال، اگر استفاده از یک ماده شیمیایی با فرمول خاص برای سلامتی انسان مضر باشد و استفاده از آن در تولید آبمیوه مرسوم باشد، این مورد را در اساسنامه نمونه شرکت‌های تولیدی آبمیوه می‌توان به صورت تخصصی ذکر کرد. در این صورت، آگاهی از جرم تخصصی ایجاد می‌شود و عدول از آن ممکن نیست. در زمان بروز جرم نیز به استناد ذکر این مورد در مقررات اداری، آگاهی و علم که جزئی از عنصر روانی جرم است، محقق می‌گردد و ادعای بی اطلاعی برای فرار از مجازات مردود است.

بند پنجم. بررسی استانداردسازی به صورت موردی

در قانون بورس و اوراق بهادار (۱۳۸۴)، در خصوص اساسنامه نمونه، مطالبی بیان شده است که به دلیل اشعار قانونی، جنبه اجباری دارد. به موجب تبصره ۲ ماده ۹ این قانون، وظایف و حدود اختیارات رئیس سازمان در اساسنامه سازمان تعیین خواهد شد. چون بحث اساسنامه سازمان بورس تحت یک قانون مستقل تصویب شده است، این مهم را می‌توان اقدامی قانونی و مثبت برای استانداردسازی اساسنامه شرکت‌ها دانست.

در فصل دوم این قانون مشتمل بر مواد هفتم و هشتم، ارکان سازمان معرفی شده است. فصل سوم این قانون که مواد ۹ تا ۱۹ را شامل می‌شود، ساختار هیئت مدیره را معرفی کرده و برخی وظایف آن را برشمرده است. فصل چهارم که تنها ماده ۲۰ را دربرمی‌گیرد، وظایف و اختیارات رئیس سازمان را بیان کرده است. فصل پنجم که مواد ۲۱ تا ۲۴ را شامل می‌شود، در خصوص حسابرس و بازرسی سخن گفته است. امور مالی سازمان در فصل ششم آمده و فصل هفتم که مشتمل بر مواد ۳۳ و ۳۴ است، دیگر موارد را عنوان کرده است. در عنوان کردن مفاد قانونی، از عنوان «اساسنامه» استفاده شده است. بنابراین، این قانون را می‌توان اساسنامه شرکت بورس و اوراق بهادار دانست. با توجه به تصویب این اساسنامه نمونه در قالب قانون نمی‌توان خلاف آن عمل کرد و تا زمان اعتبار این قانون، همین اساسنامه، رویه فعالیت سازمان بورس خواهد بود.

قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۷۰ تصویب شد. به موجب ماده پنجم این قانون، نام با قید کلمه «تعاونی»، هدف، موضوع، نوع، حوزه عملیات، مدت،

۱. سید احمدی سجادی، سید علی، «مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۸، شماره سوم، دوره چهارم، ص ۱۸.

مرکز اصلی عملیات و نشانی، میزان سرمایه، مقررات مربوط به عضو، ارکان، مقررات مالی و کار، انحلال و تصفیه باید در اساس‌نامه ذکر شود.

هم‌چنین در تبصره سوم ماده ۳۲ همین قانون ذکر شده که تصویب اساس‌نامه تعاونی با حداقل دوسوم اعضای اولین مجمع عمومی عادی است. این قانون را که در خصوص شرکت‌های تعاونی نافذ است، می‌توان مهم‌ترین منبع در خصوص استانداردسازی اجباری اساس‌نامه دانست.

قانون تشکیل بیمه مرکزی که در سال ۱۳۵۰ به تصویب رسید، یکی از جنبه‌های مهم اجباری شدن برخی مفاد در اساس‌نامه است. به موجب ماده ۳۷ این قانون، ثبت هر مؤسسه بیمه در ایران به ارائه پروانه تأسیس صادرشده از طرف بیمه مرکزی ایران بستگی دارد. ثبت هر گونه تغییرات بعدی در اساس‌نامه و میزان سرمایه و سهام مؤسسات بیمه‌ای نیز که به ثبت رسیده باشند، به موافقت بیمه مرکزی ایران وابسته است. در راستای همین قانون، سازمان بیمه مرکزی مانند دو مورد ذکرشده (شرکت‌های تعاونی و سازمان بورس)، اساس‌نامه نمونه تهیه کرده و تبعیت از این الگو را برای تمامی شرکت‌های بیمه لازم دانسته است.

حسب این قانون، اساس‌نامه شرکت‌های بیمه‌ای تحت نظارت سازمان بیمه مرکزی هستند و امکان استانداردسازی اجباری آن با ضابطه و قانون وجود دارد. در ماده ۵۶ این اساس‌نامه نمونه ذکر شده که این اساس‌نامه با ۵۶ ماده و ۲۳ تبصره در تاریخ [تاریخ تصویب در مجمع عمومی مؤسس / فوق‌العاده] به تصویب مجمع عمومی مؤسس / فوق‌العاده رسیده است. هر گونه تغییر در مفاد این اساس‌نامه به تأیید سازمان بورس و اوراق بهادار و بیمه مرکزی ج.ا.ایران وابسته است.

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به موجب بخش‌نامه شماره ۹۲/۱۱۷۷۰۸ صادرشده در ۲۴ تیر ۱۳۹۲ و با استناد به بند «ج» ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور که مقرر می‌دارد: «تأسیس بانک در ایران موقوف به تصویب اساس‌نامه آن به وسیله شورای پول و اعتبار و صدور اجازه از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران» است، «اساس‌نامه نمونه بانک‌های تجاری غیر دولتی»، مصوب شورای پول و اعتبار را به بانک‌های غیر دولتی ابلاغ کرد. در حقیقت، با این کار، آن‌ها را ملزم کرد که با برگزاری مجمع عمومی فوق‌العاده و اعمال تغییرات و اصلاحات در اساس‌نامه جاری بانک، اساس‌نامه نمونه ابلاغی را ظرف مدت چهار ماه جای‌گزین کنند. در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۲ نیز با صدور بخش‌نامه شماره ۹۲/۳۷۷۵۳۸ اعلام کرد که اساس‌نامه نمونه ابلاغ‌شده اصلاح گردیده است. بر همین اساس، ویرایش جدید اساس‌نامه نمونه به ضمیمه این بخش‌نامه ابلاغ شد و بانک‌های غیر دولتی ملزم شدند اساس‌نامه خود را حداکثر تا تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۳۱ با اساس‌نامه نمونه تطبیق دهند و پس از اعمال تغییرات لازم برای تصویب نهایی به شورای پول و اعتبار بفرستند.

گفتار چهارم. چالش‌های اداری حمایت از حقوق مصرف کننده توسط اساسنامه نمونه

گفتیم که اقدامات معدودی برای استانداردسازی اساسنامه شرکتها با هدف حمایت از حقوق مصرف کننده انجام شده است که به اقدامات نهادهای اداری دولتی در بیمه و بانکها اشاره شد. با توجه به وسعت مصرف کالا/ خدمات در هر کشور، نیاز به گسترده شدن این اقدامات محسوس است و اقدام یادشده که تنها در چند نهاد محدود انجام شده است، کافی به نظر نمی‌رسد. در این گفتار، موانع این وضعیت از نظر اداری برشمرده شده است.

بند اول. موانع حقوقی

جایگاه قوانین موضوعه، برتر از مقررات اداری است و «مقررات اجرایی» باید در چارچوب قوانین وضع شوند. قانون اساسنامه بورس تنها نمونه استانداردسازی مقررات اداری به روش تقنینی بود. در خصوص دیگر مصادیق، قوانین موضوعه صراحت نداشته است. بنابراین، نهادهای متولی تنها اختیار استانداردسازی اساسنامه را دارند. قانون موضوعه می‌تواند به صورت مستقیم، اساسنامه نمونه را وضع کند (هم‌چون بورس اوراق بهادار) یا می‌تواند نهاد دولتی را به تدوین آن الزام کند (هم‌چون قانون تعاون). در غیر این صورت، نهادهای اداری متولی تنها اختیار یکسان‌سازی اساسنامه‌ها را دارند، نه اجبار. بیش‌تر متولیان کسب و کارها، همان اتحادیه‌های غیر انتفاعی هستند که حسب «ق.ص» تأسیس شده‌اند و به فعالیت خود ادامه می‌دهند. این اتحادیه‌ها نیز تنها اختیار استانداردسازی را دارند و اگر در منبع حقوقی یادشده، مانند قانون تعاون اتحادیه‌ها، ملزم به یکسان‌سازی اساسنامه می‌شدند، بخش وسیعی از کسب و کارهای کشور امروزه تحت مقررات یکسانی قرار می‌گرفت که نقش مهمی در حمایت از حقوق مصرف کننده دارد.

جدا از خلأهای تقنینی یادشده، برخی منابع حقوقی فعلی نیز چالش‌هایی دارند. افراد مشمول حمایت از حقوق مصرف کنندگان بر اساس بند اول ماده یکم قانون حمایت از مصرف کنندگان (۱۳۸۸، از این پس، «ق.ج.م») عبارتند از: «هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی که کالا یا خدمتی را خریداری می‌نماید.» با توجه به آن‌چه گفته شد، این تعریف کامل نیست. اولاً به لحاظ منطقی، بین خرید یک کالا و مصرف آن الزامی وجود ندارد؛ زیرا گاهی، خریدار، خود عرضه کننده و فروشنده به دیگری است و گاه مصرف کننده در راستای اجاره خدمات، کالای خریداری شده توسط دیگران را استفاده می‌کند و خودش، آن را به طور مستقیم نمی‌خرد. در بخش سوم از ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸، از این پس، «ا.ج.») به «حق افراد برای داشتن بیمه جبران خسارت منصفانه و شایسته، برای خود و اعضای خانواده در

حدّی که متناسب با شأن انسانی باشد» اشاره شده و در بخش اول از ماده ۲۵ آن نیز از «حق داشتن حیات شایسته که مقتضی صحت و سلامت فرد و اعضای خانواده‌اش باشد»، سخن به میان آمده است. در قانون سال ۱۳۸۸ به این موارد توجه نشده و از این نظر، نیازمند اصلاح کاستی توسط قانون‌گذار است.

از دیدگاه حقوق‌دان کیفری نیز باید در مورد خطای جزایی در این قانون بحث می‌شد. از این خطا با نام «خطای محض» نیز نام برده‌اند. به موجب ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲، از این پس، «ق.م.»)، تحقق جرایم غیر عمدی به احراز تقصیر مرتکب وابسته است. در جنایات غیر عمدی، اعم از شبه‌عمدی و خطای محض، مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال می‌شود. در تبصره این ماده ذکر شده که تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، مهارت نداشتن و رعایت نکردن نظامات دولتی و مانند آن‌ها، حسب مورد، از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود. در «ق.ج.م.»، برای عرضه‌کننده کالا، مسئولیت کیفری لحاظ نشده است که قانون‌گذار باید به آن توجه کند.

زمانی که به ماهیت حقوقی یک منبع حقوق موضوعه انتقاد وارد می‌شود، مقررات اداری شکل گرفته در چارچوب آن نیز ایراد دارد. زمانی که قانون‌گذار، «ق.ج.م.» را با چالش‌های یادشده تصویب کرده و به برخی مسائل مهم حمایت از حقوق مصرف‌کننده بی‌توجه بوده است، استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها با هدف اجرای این حقوق نیز دارای همان کم و کاستی‌هاست. بنابراین، می‌توان گفت که برای تکمیل مقررات اداری حمایت از حقوق مصرف‌کننده، قانون‌گذار باید تمامی کاستی‌های منابع حقوق موضوعه را برطرف کند. در غیر این صورت، توجه مقررات اداری به همان کاستی‌ها می‌تواند ناصحیح تلقی شود. زمانی که قانون‌گذار، عرضه کالای معیوب را جرم‌انگاری نکرده است، مقررات اداری که صلاحیت جرم‌انگاری ندارد، نمی‌تواند از مصرف‌کننده حمایت کیفری کند. استانداردسازی اساس‌نامه‌ای که به «مسائل کیفری جرم‌انگاری نشده» توجه کرده باشد، از نظر حقوق اداری صحیح نیست.

بند دوم. تناقض مقررات اداری

در خصوص نقش مهم متولیان کسب و کارها در حمایت از حقوق مصرف‌کننده و استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌ها بحث شد. در خصوص اجرای ناصحیح نقش این نهادها، این چالش‌های اداری مطرح است:^۱

۱. گاه برای یک صنعت، بیش از یک متولی تعریف شده است و وظایف آن‌ها یا با یکدیگر تداخل دارد یا مسئولیت اجرای برخی وظایف را هیچ یک بر عهده ندارند.

۱. محرابی، مختار، «حقوق مصرف‌کننده در ایران»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی حسابداری و مدیریت و دومین کنفرانس کارآفرینی و نوآوری‌های باز، ۱۳۹۵، ص ۱۵.

۲. با توجه به ماهیت جداگانه مسئولیت‌های نظارت و تبعیت کسب و کارها از متولی، این ماهیت تولی به صراحت مشخص نشده است.
۳. گاهی روابط بین نهادهای متولی که به صورت عمودی یا افقی تعیین شده است، با تفسیر بخشی دیگر از مقررات اداری عکس خواهد شد.
۴. مسئولیت حمایت از حقوق مصرف‌کننده به صراحت در قوانین و مقررات مشخص نشده است.

برای مثال، در صنایع طلاسازی، از یک طرف، اتحادیه طلاسازان و از طرف دیگر، وزارت صمت، مسئولیت نظارت بر بخش خصوصی را بر عهده دارند. اتحادیه طلاسازان حسب تعریف اتحادیه در «ق.ص»، نهاد عمومی غیر انتفاعی دانسته می‌شود. با این حال، مقررات اداری اداره صمت که به صورت بخش‌نامه صادر می‌شود، به صورت مستقیم، اتحادیه را که نهادی عمومی است، مشمول تبعیت از دستورهای دانسته است. بحث تبعیت اتحادیه طلاسازان از وزارت صمت همواره مورد اختلاف است؛ چون حسب مفاد «ق.ص»، اتحادیه‌ها، شخصیت حقوقی مستقل دارند. از طرف دیگر، در مقررات اداری سازمان صمت، این اتحادیه، تابع سازمان دانسته شده است. وزارت صمت، بازرس اتحادیه را به رسمیت نشناخته است و اتحادیه، حاضر به پذیرش شروط تعیین بازرس اداره صمت نیست. با این حال، بازرس، وظیفه محک زدن طلاهای ساخته‌شده را بر عهده دارد و اختلافات در تعیین بازرس، گاهی به نبود این پست مهم در اتحادیه منتهی شده است که در زمان شکایت مشتری از طلافروش به سبب عیار پایین طلا، رسیدگی به آن ماه‌ها معطل خواهد ماند.^۱ بنابراین، نیاز است که مسئولان سازمان صمت ضمن احترام به «ق.ص»، رابطه خود را با اتحادیه طلاسازان تنها به صورت نظارت تعیین کنند تا به این چالش اداری در خصوص تولی طلاسازان پایان بخشند. همین مشکل در خصوص شرکت‌های معدنی نیز وجود دارد. برای مثال، معدن‌کاران حوزه سنگ لاشه، از یک طرف، به صورت مستقیم تحت نظارت سازمان صمت استان هستند. از طرف دیگر، اتحادیه تولیدکنندگان سنگ لاشه بر آن‌ها نظارت دارند و باید از هر دو نهاد مجوز بگیرند. هر دو نهاد می‌توانند با استانداردسازی اساسنامه این شرکت‌ها، از حقوق مصرف‌کننده حمایت کنند، اما فعالیت هر دو آن‌ها موازی یکدیگر است و اثر یکدیگر را خنثی می‌کنند. سازمان صمت با توجیه دولتی بودن، به تبعیت اتحادیه‌ها از خود اعتقاد دارد و اتحادیه‌ها نیز حسب تفسیر موسع از «ق.ص»، خود را مستقل می‌دانند. بنابراین، در چنین وضعیتی، استانداردسازی اساسنامه‌ها و حمایت از حقوق مصرف‌کننده دچار خلأ حقوقی است.

۱. میری قلعه‌سری، سید حسن، سید رضا احسان‌پور و مهدی اسماعیلی، «جایگاه سازمان بازرسی کل کشور در مقابله با فساد اداری و احقاق حقوق شهروندی»، حقوق پزشکی، ۱۳۹۹، شماره سوم، دوره چهاردهم، ص ۳۰۵.

بند سوم. مشخص نبودن نقش نهاد قضایی

در حمایت از حقوق مصرف‌کننده، نهادهای مختلف اجرایی هم‌چون سازمان بازرسی، تعزیرات، سازمان استاندارد و سازمان حمایت از حقوق مصرف‌کننده فعالیت دارند که هر یک از آن‌ها، موازی یکدیگر، اقدامات قضایی نیز انجام می‌دهند. از دیدگاه آیین دادرسی، گزارش هر نهاد از فعل/ ترک فعل بر خلاف قانون در نهایت باید توسط نهاد قضایی بررسی شود که در خصوص ارتکاب جرایم، این مسئولیت بر عهده دادسرا و سپس دادگاه است. دادسرای عمومی با نهادهای یادشده ارتباط مستقیم ندارد که نقش قوه قضاییه را در برخی نظارت‌ها کاهش می‌دهد. پس برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده باید شعبه خاصی از دادسرا به این وظیفه مهم اختصاص یابد و نهادهای دیگر هم‌چون اتحادیه‌ها و سازمان بازرسی در نقش ضابط دادگستری و زیر نظر دادسرای حمایت از حقوق مصرف‌کننده وارد عمل شوند. بنابراین، ناهماهنگی بین نهادهای قضایی و اجرایی در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده از نقاط ضعف رویه کنونی تلقی می‌شود. در صورت تبیین صریح نقش نهادهای قضایی در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده، این امر مهم را می‌توان در اساس‌نامه نمونه ذکر کرد. در حال حاضر، بر همکاری شرکت‌ها با نهادهای اجرایی یادشده تصریح گردیده است که در اساس‌نامه نمونه نیز ذکر می‌شود. این در حالی است که شیوه همکاری شرکت‌ها با قوه قضاییه کاملاً نامشخص است و در صورت اختصاص شعب خاص دادگستری برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده، این رابطه در اساس‌نامه نمونه مشخص خواهد شد.

گفتار پنجم. بررسی نمونه‌های موردی مشابه

در این گفتار، اقدامات مشابه در دیگر کشورها بررسی می‌شود. در بررسی منابع معتبر، نمونه‌هایی از دو کشور ترکیه و انگلستان می‌تواند الگوی اقدامات مشابه در ایران قرار گیرد.

بند اول. انگلستان

در سال ۱۹۹۸ که قیمت فولاد نوسان‌های فراوانی داشت، اتحادیه واردکنندگان و تولیدکنندگان فولاد به صورت مشترک، اساس‌نامه نمونه شرکت‌های تولیدی را تنظیم کردند. به موجب مفاد اساس‌نامه جدید، فروش فولاد بر اساس نرخ اعلام‌شده توسط وزارت صنعت این کشور آزاد بود و در صورت احتکار فولاد، شرکت متخلف، مسئول جبران تمامی خسارت‌های مربوط می‌شد. با توجه به کامن‌لایی بودن نظام حقوقی انگلستان، قانون موضوعه در این خصوص وجود ندارد و اساس‌نامه نمونه در این مورد به عنوان تنها منبع حقوقی منظور شد.

در سال ۲۰۰۷ و ۲۰۰۸ (بحران مالی اروپا)، دو شرکت در زمان گرانی فولاد، محصولات خود را احتکار کردند که با شناسایی آن‌ها توسط پلیس، دادگاه سلطنتی با صدور حکمی، ضمن استناد به مسئولیت جبران خسارت وارد شده به کشور که در اساسنامه ذکر شده است، دستور مصادره سهام این شرکت را به طور کامل صادر کرد. این حکم در فرجام‌خواهی دادگاه تجدید نظر نیز تأیید شد.^۱ در نظام کامن‌لایی که منبع حقوقی نوشته در خصوص مسئولیت‌ها وجود ندارد، پذیرش مسئولیت به موجب اساسنامه، ملاک احکام قضایی قرار می‌گیرد و اقدامی پیش‌گیرانه علیه جرم محسوب می‌شود. بنابراین، استانداردسازی اساسنامه می‌تواند جنبه متعهد کردن شرکت به حقوق مصرف کننده را داشته باشد که در نظام قضایی، همین اساسنامه، سند تعیین مسئولیت محسوب می‌گردد. اساسنامه هم از جنبه حقوق خصوصی قابل تفسیر است و هم از نظر حقوق عمومی و اداری. از نظر حقوق خصوصی، اساسنامه، روابط بین شرکا را تبیین می‌کند. از نظر حقوق عمومی، اساسنامه، رویه اجرایی سازمانی را تعیین می‌کند که قرار است به جامعه خدمت کند. حقوق دانان، بیش‌تر از جنبه‌های حقوق خصوصی اساسنامه بحث کرده و از جنبه حقوق عمومی و اداری آن غافل بوده‌اند.

در مثالی دیگر، در سال ۲۰۰۱، سازمان حمایت از آثار بدیع، به سبب شکایت مخترعان از شرکت خودروسازی، خواهان متعهد کردن شرکت‌های خودروساز به حقوق مالکیت معنوی شد. وزارت صنایع با مشورت سازمان حمایت از مالکیت معنوی، ضمن استانداردسازی اساسنامه شرکت‌های خودروسازی، آن‌ها را متعهد کرد که از پذیرش طرح‌های بدیع بدون ثبت در سازمان خودداری کنند و در صورت استفاده از آن بدون رضایت مالک، مسئولیت کامل جبران خسارت را حسب تعیین مقدار آن توسط سازمان یادشده بر عهده گیرند. با چنین اقدامی، تا کنون شکایتی از طرف مخترعان به دادگاه ارائه نشده است.^۲ به نظر می‌رسد که تنظیم این تعهد، اقدامی پیش‌گیرانه محسوب می‌شود. وزارت صنعت انگلستان با استانداردسازی اساسنامه، اقدامی پیش‌گیرانه برای مقابله با سرقت آثار معنوی توسط خودروسازان انجام داد که کاملاً موفق ارزیابی شد. بنابراین، اقدام مشابه در این مورد توصیه می‌شود.

بند دوم. ترکیه

در سال ۲۰۱۰، اعتراض نسبت به بی‌کیفیت بودن سیستم تعلیق خودروهای مونتاژی ترکیه به گوش رسید و با تحقیقاتی که وزارت صنعت این کشور انجام داد، اساسنامه

1-Csete, J., & Elliott, R., "Consumer protection in drug policy: The human rights case for safe supply as an element of harm reduction", International Journal of Drug Policy, 2021, 91, 102976

2-Nguyen, D. T., "FINANCIAL LITERACY AND FINANCIAL CONSUMER PROTECTION-A LITERATURE REVIEW AND SOME RECOMMENDATIONS FOR VIETNAM, 2021

شرکت‌های تولیدکننده سیستم تعلیق در ترکیه استانداردسازی شد. به موجب اساس‌نامه جدید، ضمانت کارکرد ۲۵۰۰۰ کیلومتری توسط سازندگان این سیستم در اساس‌نامه قید شد. آمار شکایات مردمی از سیستم تعلیق بی‌کیفیت که در سال ۲۰۱۰ حدود ده هزار مورد بود، در سال ۲۰۲۰ به ۴۵ مورد رسید.^۱ این اقدام وزارت صنایع ترکیه کاملاً در جهت حمایت از حقوق مصرف‌کننده بود و مانع فروش خودرو با سیستم تعلیق بی‌کیفیت شد. البته وضع چنین مقرراتی مستلزم نظارت صحیح است که در این مورد انجام شد.

در سال ۲۰۰۵، شکایت مردمی از زیان‌بار بودن ادویه‌های وارداتی از مصر، وزارت بهداشت ترکیه را بر آن داشت که افکار عمومی را اقناع کند. ضمن مشورت وزارت بهداشت با اتحادیه واردکنندگان ادویه که از مصر، دارو وارد می‌کردند، استانداردهای تخصصی واردات ادویه که پیش از واردات باید آزمایش شوند، در اساس‌نامه نمونه ذکر شد. در سال‌های ۲۰۱۴ و ۲۰۱۷، بین ۳۰ تا ۴۰ شرکت واردکننده ادویه به سبب رعایت نکردن این استانداردها به صورت نقدی جریمه یا به طور موقت تعطیل شدند. در سال ۲۰۲۰، هیچ گزارش مردمی از زیان ادویه‌جات اعلام نشد و این کار موجب رونق واردات ادویه به ترکیه نیز شد.^۲ از این مثال می‌توان اثر حمایت از حقوق مصرف‌کننده را برای خود شرکت‌های ارائه‌دهنده حس کرد. اگر حقوق مصرف‌کننده با حمایت دولت حفظ شود، خرید محصول/ خدمات افزایش می‌یابد و به رونق کسب و کار این حوزه منتهی می‌شود.

بحث افقی یا عمودی بودن روابط اداری در این جا قابل بحث است. وزارت بهداشت ترکیه، روابط افقی اداری با اتحادیه واردکنندگان دارد و ضمن مشورت (نه اجبار) برای استانداردسازی اساس‌نامه به توافق رسیدند. این در حالی است که در برخی موارد، متولیان اداری در ایران در خصوص نوع رابطه با یکدیگر اختلاف دارند. پس نیاز است که مثال یادشده، الگوی اصلاح روابط متولیان در ایران قرار گیرد.

گفتار ششم. الگوی موردنظر

با هدف حمایت از حقوق مصرف‌کننده، الگویی پیشنهاد می‌شود که جزئیات آن را بیان می‌کنیم.

1-Forsström, D., Spångberg, J., Petterson, A., Brolund, A. & Odeberg, J., "A systematic review of educational programs and consumer protection measures for gambling: an extension of previous reviews", *Addiction Research & Theory*, 2021, 29(5), 398-412

2-Jin, G. Z., & Wagman, L., "Big data at the crossroads of antitrust and consumer protection", *Information Economics and Policy*, 2021, 54, 100865

بند اول. تعهد شرکت به رعایت حقوق مصرف‌کننده

اساس‌نامه، سندی حقوقی محسوب می‌شود. بنابراین، در اساس‌نامه نمونه می‌توان مصادیق حقوق مصرف‌کننده را قرار داد. مثلاً شرکت‌های تولید خودرو باید حقوق مصرف‌کننده را به صورت تخصصی مثل داشتن کیسه هوا، خدمات پس از فروش، تبعیت از قیمت شورای رقابت، استانداردهای تصادف خودرو و نظیر آن در اساس‌نامه ذکر کنند.^۱ شرکت‌های عرضه‌کننده مواد غذایی نیز باید استانداردهای کیفی را به صورت تخصصی ذکر کنند، مانند ذکر استانداردهای اروپایی برای عرضه مواد تراریخته. به این ترتیب، از نظر حقوقی، به رعایت حقوق مصرف‌کننده ملزم خواهند شد.

بند دوم. تعیین نهاد ناظر

در اساس‌نامه نمونه می‌توان نهاد ناظر را تعیین کرد، مثل تبعیت خودروسازان از وزارت صمت یا تبعیت شرکت‌های واردکننده ذرت از استانداردهای وزارت بهداشت.^۲ به این ترتیب، زمینه برای نظارت نهادهای متولی باز می‌شود. حتی در اساس‌نامه‌ها می‌توان اختیارات نظارتی اتحادیه‌های عمومی را مشخص ساخت. برای مثال، اگر شرکت‌های دارویی، اتحادیه تولیدکنندگان دارو را ناظر بر استاندارد و صالح به رسیدگی به شکایت قرار دهند، در صورت شکایت از کیفیت دارو، اتحادیه یادشده در این خصوص، صلاحیت لازم را خواهد داشت.

۱. کاویانی، کورش، *حقوق شرکت‌های تجاری*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۱۵۲.

۲. مرشدی، مهدی و ایرج گلدوزیان، «وضعیت رعایت حقوق شهروندی متهم در تحقیقات پلیسی در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲»، فصل‌نامه دانش انتظامی آذربایجان غربی، ۱۳۹۴، شماره سوم، دوره بیست و هشتم، ص ۷۵.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که با راهکار استانداردسازی حقوق شرکت‌ها به چه صورت می‌توان از حقوق مصرف‌کننده حمایت کرد. چنین فرض شد که با ایجاد تعهدات حقوقی و تعیین نهاد متولی، از حقوق مصرف‌کننده حمایت خواهد شد. حمایت از حقوق مصرف‌کننده با استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌های ارائه‌دهنده محصول/خدمات ممکن است. استانداردسازی توسط وضع قانون با اصول و تشریفات قانون‌گذاری هم‌خوانی ندارد و متولیان اداری در خصوص این اقدام، اختیارات زیادی دارند. با وضع برخی قوانین موضوعه باید این اختیار به «وظیفه» تبدیل شود. می‌توان با استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌های فعال در یک حوزه اولاً فعالیت آن‌ها را محدود و سپس مسئولیت اعضا را به صراحت مشخص کرد. تحذیرات نسبت به جرایمی را که ممکن است در حیطه اداری حادث شود، در اساس‌نامه نمونه می‌توان آورد. در این صورت، شرکت‌ها در خصوص حمایت از حقوق مصرف‌کننده، تعهداتی خواهند سپرد که ضمانت اجرایی بهتری دارد.

در خصوص تعیین نهاد متولی باید مقررات اداری متناقض اصلاح شود و تنها یک متولی با رابطه نظارتی و نه تبعی، با وظیفه مشخص، وظیفه (و نه اختیار) استانداردسازی اساس‌نامه را بر عهده بگیرد. نهادهای موازی حمایت از حقوق مصرف‌کننده نیز همگی باید هماهنگ با یکدیگر تحت نظارت شعب خاصی از دادگستری فعالیت کنند و شیوه نظارت نظام قضایی بر شرکت‌های ارائه‌دهنده محصول/خدمات نیز در اساس‌نامه ذکر شود.

پیشنهاد می‌شود که نهادهای اجرایی حامی حقوق مصرف‌کننده در نقش ضابط خاص دادگستری در مورد حمایت از حقوق مصرف‌کننده تعیین شوند که مستلزم تدوین و ابلاغ بخش‌نامه مرتبط توسط ریاست قوه قضاییه است.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف) کتاب

۱. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۲. جوادی، امیر، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: حقوق‌یار، چاپ سوم، ۱۳۹۸.
۳. حمداللهی، عاصف، **حقوق رقابت نامشروع**، تهران: دانشگاه امام صادق، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۴. داراب‌پور، مهرباب، **اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۷.
۵. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۸.
۶. طوسی، عباس، **تحلیل اقتصادی حقوق شرکت‌ها**، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۷. کاویانی، کورش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.

ب) مقاله

۱. آراییی، مسعود، پژمان محمدی و غلام‌حسن مزارعی، «**اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، شماره سوم، دوره سوم، صص ۶۱-۸۴.
۲. باقری، محمود و علی‌رضا جاویدان داروگر، «**حقوق شرکت‌های بانک‌ها با تأکید بر نقد و بررسی اساس‌نامه نمونه بانک مرکزی**»، مجله مطالعات حقوق، ۱۳۹۶، شماره سوم، دوره هجدهم، صص ۱۰۵-۱۱۸.
۳. پاسبان، محمدرضا، سید هادی فرخی و احمد بیگی حبیب‌آبادی، «**بررسی تطبیقی حقوق سهام‌دار اقلیت در تجزیه شرکت‌های سهامی (ایران و انگلستان)**»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره سوم، دوره هفتم، صص ۸۷-۱۱۲.
۴. جلالی، محمود و معصومه شکوری، «**روند متحدالشکل‌سازی حقوق قراردادها در سطح بین‌المللی**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۲، شماره سوم، دوره سوم، صص ۱۵۵-۱۷۱.
۵. حسن‌زاده، بهرام، «**حقوق‌شناسی و بررسی نظام حقوقی حاکم بر ثبت شرکت**»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره سوم، دوره چهل و یکم، صص ۴۳۹-۴۶۹.
۶. السان، مصطفی، «**اصول مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی درباره**

قراردادهای تجاری بین‌المللی و هماهنگ‌سازی حقوق بیع بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۸، صص ۳۲۱-۳۳۵.

۷. سید احمدی سجادی، سید علی، «مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۸، شماره سوم، دوره چهارم، صص ۲۵-۱.

۸. محرابی، مختار، «حقوق مصرف‌کننده در ایران»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی حسابداری و مدیریت و دومین کنفرانس کارآفرینی و نوآوری‌های باز، ۱۳۹۵.

۹. مرشدی، مهدی و ایرج گلدوزیان، «وضعیت رعایت حقوق شهروندی متهم در تحقیقات پلیسی در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲»، فصل‌نامه دانش انتظامی آذربایجان غربی، ۱۳۹۴، شماره سوم، دوره بیست و هشتم، صص ۵۹-۹۴.

۱۰. میری قلعه‌سری، سید حسن، سید رضا احسان‌پور و مهدی اسماعیلی، «جایگاه سازمان بازرسی کل کشور در مقابله با فساد اداری و احقاق حقوق شهروندی»، حقوق پزشکی، ۱۳۹۹، شماره سوم، دوره چهاردهم، صص ۳۰۱-۳۱۱.

۱۱. 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، ۱۴۰۰، شماره سوم، دوره سوم، صص ۳۹-۶۴.

ج) پایان‌نامه

۱. آقامحمدی، فرشاد، «بررسی شرکت با مسئولیت محدود در حقوق ایران و ترکیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه آموزش عالی کار قزوین، ۱۳۹۷.

د) قوانین و مقررات

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸.
۲. قانون اساسی ایران، ۱۳۵۸، بازنگری ۱۳۶۹.
۳. قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴.
۴. قانون بخش تعاونی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰.
۵. قانون تأسیس بیمه مرکزی ایران و بیمه‌گری، ۱۳۵۰.
۶. قانون تجارت، ۱۳۱۱، با آخرین اصلاحات.
۷. قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، ۱۳۸۰.
۸. قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، ۱۳۸۸.

۹. قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲.
۱۰. قانون مدنی ایران، ۱۳۱۱، با آخرین اصلاحات.
۱۱. قانون مسئولیت مدنی، ۱۳۳۹.
۱۲. قانون مواد خوردنی و آشامیدنی و آرایشی، ۱۳۴۶.
۱۳. قانون نظام صنفی کشور، ۱۳۸۳.
۱۴. کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا، ۱۹۸۹.
۱۵. لایحه اصلاح قانون تجارت، ۱۳۴۷.

2-Latin Source

- Alavi, H., Delivery terms in transport process of export trade and their effect on the risk.1 of discrepancy in documentary letters of credit; evidence from Estonia, 2018
- ANYOGU, F. & AGUBOSIM, B. C., "A CRITICAL OVERVIEW OF THE FEDERAL.2 COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION ACT" INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND JURISPRUDENCE (IRLJ), 2021, 3 (3)
- 3-Cahyo, D. D. & Bawono, B. T., "A Justice Reform in Consumer Protection in Development of Financial Technology", Law Development Journal, 20213 (3), 475-480
- 4-Choi, S. B., "Korean Legal Approach to the Electronic Bill of Lading to Solve the Crisis of the Bill of Lading in Letter of Credit Transactions", 인터넷전자상거래연구, 2017, 17 (2), 201-220
- 5-Csete, J., & Elliott, R., "Consumer protection in drug policy: The human rights case for safe supply as an element of harm reduction", International Journal of Drug Policy, 2021, 91, 102976
- 6-Dunn, J. P., Ledford, S., Jackson, S. H. & Wood, A. G., U.S. Patent Application No. 2018, 15/711,416
- 7-Forsström, D., Spångberg, J., Petterson, A., Brolund, A. & Odeberg, J., "A systematic review of educational programs and consumer protection measures for gambling: an extension of previous reviews", Addiction Research & Theory, 2021, 29(5), 398-412
- 8-Jin, G. Z., & Wagman, L., "Big data at the crossroads of antitrust and consumer protection", Information Economics and Policy, 2021, 54, 100865

- 9-Ma, S., Chai, Y., Wang, J. & Duan, Y., “New digital infrastructure, cross-border e-commerce and global vision of creating Electronic World Trade Platform”, *Global Trade and Customs Journal*, 2018, 13(4), 157-167
- 10-Nguyen, D. T., “FINANCIAL LITERACY AND FINANCIAL CONSUMER PROTECTION-A LITERATURE REVIEW AND SOME RECOMMENDATIONS FOR VIETNAM, 2021

تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان

سید مهدی رضوی*

مصطفی سراجی**

غلامرضا مولایی***

چکیده

نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری، برای تأمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و تضمین اصل حاکمیت قانون، اهمیتی انکارناپذیر دارد. در مقاله حاضر قصد داریم با روش توصیفی - تحلیلی، به تعریف و ارائه انواع دلیل، کیفیت تحصیل دلیل در امور اداری و بررسی ادله اثبات در دادگاه اداری و نقش واقعی قاضی در اثبات و توزیع مسئولیت اثبات بپردازیم. چون در اجرای اصل ۹۶ قانون اساسی، قوانین در انطباق با احکام اسلامی یا فقه امامیه وضع و اعتبار یافته‌اند، در برخی از مصادیق به حقوق جزا و حقوق مدنی ایران نیز اشاره می‌کنیم. آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری با دادگاه‌های حقوقی و کیفری متفاوت است؛ زیرا سرشت این دادگاه‌ها و مبانی آن‌ها با هم تفاوت دارد. از این رو، نمی‌توان آیین دادرسی آن دادگاه‌ها را بر دیوان عدالت اداری حاکم کرد. تحمیل بار اثبات دعوا بر شهروندی که مدعی نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره است، مانعی جدی برای تحقق اهداف دادرسی اداری خواهد بود. پس ضرورت دارد، به تعدیل قاعده «البینه علی المدعی» در دادرسی اداری پرداخت و اداره را نیز به عنوان پاسخ‌گو، محور توجه قرار داد، به طوری که اداره، مکلف به تبیین مستند و مستدل تصمیمات خود و ارائه مبانی عقلایی و قانونی تصمیم مورد اعتراض باشد. متأسفانه، قانون جدید دیوان عدالت اداری نیز با آن که عبارت «آیین دادرسی» را در عنوان خود به کار برده، نتوانسته است آیین دادرسی ویژه این نهاد را وارد نظام حقوقی ایران کند.

کلیدواژه‌ها: دلیل، اثبات، ثبوت، دادرسی، اداری.

*. گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی قشم، ایران. (نویسنده مسئول). sedmr313@gmail.com

** گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران. mostafa_seraji@yahoo.com

*** گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران. smr2015@yahoo.com

مقدمه

دیوان عدالت اداری، نهادی تأسیسی است که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در اجرای اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به وجود آمد. این نهاد از نظر شکلی، الهام گرفته از نوع اروپای غربی است که تلفیق و ترکیبی از دادگاه‌های اداری فرانسوی (بخشی از دولت به عنوان قوه مجریه) و انگلیسی (بخشی از قوه قضائیه) است. از نظر ماهوی نیز منطبق بر فرهنگ اسلامی - ایرانی است یا با مبانی فقهی کاملاً سازگار و هم‌آهنگ است. در نظام اسلامی، تفکیک قوای سه‌گانه به طور کامل رعایت شده و دادگستری، مرجع عام رسیدگی به تظلمات و هر گونه شکایات بوده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی به طور خاص در اصل ۱۷۳، دیوان عدالت اداری را مرجع رسیدگی به شکایات تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها زیر نظر رئیس قوه قضائیه معرفی کرده است. در نتیجه، هر گونه دعوای مردم علیه دولت با لحاظ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری باید در این دیوان مطرح و رسیدگی شود. قطعاً طرح این گونه دعوای در محاکم عمومی قابلیت استماع ندارد و البته طرح هر گونه دعوای ترافعی نیز در دیوان قابلیت استماع ندارد و رد می‌شود.

آشنایی حقوق‌دانان با مبانی قانون دیوان عدالت اداری موجب سهولت تطبیق دعوای مطرح‌شده در دیوان با قواعد فقهی و ادله ظاهری می‌شود.^۱ دلیل، عامل اثبات در دادرسی و از جمله دادرسی اداری است. دلیل در دعوای حقوقی و کیفری اهمیت بسیاری دارد. به عبارتی، کارکرد دلیل منجر به کشف حقیقت و واقعیت می‌شود که می‌تواند اثر فردی و اجتماعی داشته باشد. نبود دلیل، منجر به صدور حکم قاضی به برائت می‌گردد. یکی از وجوه اختلاف میان حقوق‌دانان و فقهای امامیه این است که آیا تحصیل دلیل توسط قاضی ممنوع است یا خیر؟

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که تحصیل دلیل توسط قاضی نباید صورت بپذیرد و باید به دلایل، مستندات و اظهارات طرفین بسنده کند و از آن به عنوان قاعده «منع تحصیل دلیل» یاد می‌کنند. برخی دیگر معتقدند که تحصیل دلیل در راستای کشف حقیقت توسط قاضی منعی ندارد.^۲ الزام قاضی به دلیل‌آوری و توجیه و مستندسازی رأی به نظام حقوقی حاکم، مهم‌ترین عاملی است که نقش اساسی استدلال در اندیشه قضایی را انکارناپذیر می‌سازد. استدلال قضایی، فرآیندی است که در آن، دادرسان هنگام رسیدگی به پرونده‌ها

۱. امینی، محمود، «مبانی فقهی قانون دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مرکز پیام نور تهران، ۱۳۸۹، ص ۱.

۲. سلیمی، محمد، «تحصیل دلیل در حقوق امامیه و حقوق فرانسه»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۵، ص ۱۰.

در دادگاه، با استفاده از داده‌ها و اطلاعات (آنچه می‌دانند و معلوم است)، به چیزی می‌رسند که نمی‌دانند و مجهول است. عبور درست قاضی از این فرآیند، موجب اتقان آرای صادرشده از یک‌سو و پذیرش و اجرای بهتر آرا از سوی دیگر می‌شود.^۱

با توجه به مقدمه‌ای که بیان شد، در پژوهش حاضر قصد داریم نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری را بررسی کنیم و به این سؤال پاسخ دهیم که با عنایت به ویژگی‌ها و اهداف دادرسی اداری، نظام اثبات دعوا در این نوع از دادرسی باید به چه ترتیبی باشد؟ به عبارت دیگر، شیوه پذیرش ادله اثبات دعوا، بار اثبات دعوا و معیار دلیل قابل قبول در دادرسی اداری باید چگونه باشد تا حقوق و آزادی‌های شهروندان تأمین گردد و از تعدیات اداره جلوگیری شود؟

برای پاسخ به این سؤال‌ها، ابتدا به تبیین اهمیت نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری می‌پردازیم. سپس شیوه پذیرش دلیل و بار اثبات دعوا را بررسی می‌کنیم. در پایان نیز نقش دادرسی اداری و میزان مشارکت وی را با عنایت به اهداف و مقتضیات خاص دادرسی اداری ارزیابی خواهیم کرد. در همه مباحث قصد داریم الگویی را برای نظام اثبات دعوا پیشنهاد دهیم که اهداف دادرسی اداری و احقاق حقوق شهروندان در آن به بهترین صورت تأمین گردد و از تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان توسط اداره و مقامات اداری جلوگیری شود.

گفتار اول. موقعیت انواع دلیل در دادرسی اداری

در مرحله ثبوت،^۲ واقع را آن گونه که هست، در نظر می‌گیریم. هدف در مرحله اثبات، راه یافتن به واقع است تا مخاطب را به وجود مطلوب، قانع سازیم. پس در این مرحله، ابزارهای رسیدن به واقع اهمیت می‌یابد که هم‌چون مشعل‌هایی، رهنمون حرکت عقل به سوی واقع باشد.^۳ به تعبیر دیگر، اثبات هر امری در مراجع قضایی به مفهوم نمایاندن آن به کمک دلیل است. بنابراین، در حقوق، حقی که ادعا شود، اما اثبات نگردد، مانند حقی است که در واقع وجود ندارد. به بیان روشن‌تر، دلیل، حق را زنده می‌کند.^۴ همان طور که در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی پیش‌بینی شده است، دلیل، نقشی راهبردی و مهم در اثبات دعوا یا دفاع از ادعا برای کشف واقع دارد. اصحاب دعوا برای پیروزی در دعوا، ناگزیر از توسل به دلیل هستند و نقش مهم ادله

۱. دیلمی، احمد و زهرا بیدار، «کارکرد استدلال قضایی در دادرسی اداری»، مجله مطالعات حقوق عمومی، زمستان ۱۴۰۰، دوره پنجاه و یکم، شماره ۴، ص ۱۶۹۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۳.

۳. همان، صص ۱۳-۲۰.

۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته: جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۶، ص ۸۳.

در محکومیت و پیروزی اشخاص قابل انکار و تردید نیست. دلیل، مجموعه قواعد قابل اجرا برای کشف جرم است.^۱ در مفهوم عام، دلیل عبارت است از استناد به وسیله‌ای برای اثبات واقعیت یک امری^۲ و در مفهوم خاص، دلیل عبارت است از شیوه‌های به کار رفته برای اثبات واقعیت یک امری.^۳ بر این اساس، ادله هم شامل ادله خاص، مانند اقرار، سند، گواهی و قسم می‌شود و هم شامل ادله عام یعنی اوضاع و احوال خاص و وسایلی که برای اثبات ادعا به کار می‌روند، مثل آماره (تحقیق محلی، معاینه محل و کارشناسی).

ایراد این تعریف آن است که دلیل الزاماً عامل اثبات مورد ادعا نیست؛ زیرا چه بسا دلایلی داریم که به اثبات ادعای مدعا نمی‌انجامد. برای مثال، اگر شهودی که از طرف مدعی برای اثبات دعوا شهادت داده‌اند، توسط دو شاهد عادل جرح شوند، دو شاهد را می‌توان اسماً بینه به حساب آورد، ولی موجب اثبات ادعایی نمی‌شود.^۴ حال، کاربرد دلیل از این جهت است که ثابت شود حادثه‌ای واقعاً وجود داشته است.

در علم حقوق، دلیل، ویژگی قضایی دارد؛ زیرا ارزش و اعتبار آن به تصمیم مقام قضایی بستگی دارد. دلیل زمانی محقق می‌شود که قاضی به وجود امری که باید ثابت گردد، متقاعد شود. با این حال، کاربرد دلیل، تنها در اثبات یا دفاع از دعوا نیست.^۵ گاهی اعمال حق در روابط اجتماعی به اثبات آن و ارائه دلیل نیاز دارد، بدون این که نیازی به وجود دعوا در دادگاه باشد.^۶ مورد دوم، ایجاد علم و یقین در قاضی است؛ یعنی هدف کسی که می‌خواهد امری را ثابت کند، مؤید این مطلب است که علم حقوق با آزاد گذاردن قاضی در اعتبار بخشیدن به ارکان دلیل مطرح‌شده در مقابل وی، اعتماد و اطمینان زیادی برای قاضی قائل است. این نظام که به نظام دلایل معنوی یا ایمان قاضی موسوم است، در مقابل نظام دلایل قانونی قرار دارد. با پذیرش اصل برائت، نظام ادله معنوی یا اقناع وجدانی قاضی که برخی از آن با تعبیر «تأثیر ادله بر قوه عاقله»^۷ یاد کرده‌اند، به تدریج، جای‌گزین نظام ادله قانونی گردید. در این نظام، یقین درونی قاضی، ملاک قضاوت است و قاضی در کمال آزادی، ادله را ارزیابی می‌کند و در پذیرش یا رد آن‌ها مختار است. او محدود به ادله پیش‌ساخته قانون‌گذار

1-Pradel, J., Droit pénal comparé, 2^{ème} éd., paris, Dalloz, 2000, p. 429.

۲. گلدوزیان، ایرج، **ادله اثبات دعوا**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۱۶.

۳. همان.

۴. اسدی، خالق‌داد، «**ادله اثبات دعوا (در فقه و حقوق)**»، فقه و قضا، بهار و تابستان ۱۳۹۸، دوره یازدهم،

شماره ۱، شماره پیاپی ۱۴، ص ۵.

۵. گلدوزیان، پیشین، ص ۱۷.

۶. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سی و نهم، ۱۳۹۲، ص ۷۶۹.

7-Pradel, op.cit., p. 534.

نیست و با استفاده از تمام وسایل و امکانات کشف حقیقت و با توجه به اعتقاد باطنی خود، رسیدگی و رأی را صادر می‌کند.^۱

در نظام دلایل قانونی، قانون، قواعد ثابتی را معین می‌کند و به قاضی نشان می‌دهد که حکم جزایی را بر اساس کدام سنخ از دلایل استوار سازد و بر دلایلی که مستند حکم است، چه شرایطی را بار کند.^۲ در نظام ادله قانونی که می‌توان آن را «اقتناع وجدانی قانون‌گذار» نامید، قانون‌گذار، دلیل یا ادله قابل قبول و ارزش اثباتی هر یک یا مجموعه‌ای از آن‌ها را پیشاپیش تعیین و دادرس را در صورت ارائه دلیل یا ادله مورد نیاز و صرف نظر از اعتقاد درونی او، موظف به صدور حکم محکومیت می‌کند. در صورت ارائه نشدن دلایل مورد نظر قانون‌گذار نیز قاضی، مکلف به تبرئه متهم است و حق ندارد به دلیل دیگر استناد کند.^۳ در واقع، قانون‌گذار در این نظام از ادله، قواعد ثابتی را تعیین کرده است و به دادرس نشان می‌دهد که حکم کیفری خود را بر اساس کدام سنخ از ادله استوار سازد و بر ادله‌ای که مبنای حکم قرار می‌گیرد، چه شرایطی را بار کند. این قواعد، دادرس را ملزم به رعایت دقیق ضوابط می‌کند و هنگامی که علم و یقین حاصل در وجدان وی کاملاً منطبق بر قالب و فرمول‌های قانونی نباشد، حق اصدار حکم محکومیت را ندارد. پس قانون‌گذار از قبل و بر اساس یک برنامه کلی، ارزش اثباتی ادله مختلف را مشخص کرده است. در این فرآیند، قاضی فقط باید کوشش کند به دیگر مقررات مربوط به دلایل آگاهی یابد. بنابراین، مأموریت عمده وی، کمک به تحصیل دلایل، بررسی و بازبینی آن‌ها و فراهم‌سازی شرایط قانونی لازم برای صدور حکم است.^۴

مسئله مهمی که در دادرسی اداری مطرح می‌شود، این است که کدام نظام اثبات با دادرسی اداری سازگارتر است و در تحقق اهداف این نوع از دادرسی، اثرگذارتر؟ بدیهی است که اقتباس نظام اثبات نامتناسب در دادرسی اداری موجب تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان خواهد شد. هر یک از این دو نظام، مزایا و معایبی دارد و نمی‌توان به طور مطلق، یکی را بر دیگری برتری داد. نظام قانونی به نظم و سرعت دادرسی کمک می‌کند. شیوه اقماعی نیز تحقق بخش عدالت است، ولی به دلیل گسترش آزادی دادرس، خطر انحراف قاضی و سوء استفاده وی را افزایش می‌دهد. در شیوه قانونی، بیش‌تر بر فصل خصومت تأکید می‌شود. از این رو، گاهی دلیل، اعتبار

۱. تدین، عباس، «ارزش‌یابی ادله کیفری در نظام دادرسی ایران و فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، تابستان ۱۳۸۹، دوره چهاردهم، شماره ۲، صص ۶۱-۶۳.

۲. گلدوزیان، پیشین، ص ۱۷.

۳. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری (جلد ۲)، تهران: سمت، ۱۳۸۳، ص ۲۳۳.

۴. ترخانی، شهریار، «اصول حاکم بر تحصیل و ارائه ادله کیفری در حقوق ایران و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۱، ص ۹۷.

نوعی پیدا می‌کند و صرف نظر از اثر اقناع‌کننده آن، بر دادرس تحمیل می‌شود.^۱ لزوم تسریع در رسیدگی اداری، ضرورت استفاده از آیین دادرسی خاصی را توجیه می‌کند؛ به طوری که مقررات پیچیده، طولانی و مزاحم، مانع رسیدگی عادلانه نشود و فارغ از تشریفات غیر ضروری و دست و پا گیر بتوان به احقاق حقوق شهروندان در دادرسی اداری پرداخت.^۲

گفتار دوم. دادرسی اداری و تضمین حق دادخواهی شهروندان در دیوان عدالت اداری

بدیهی است برای تحقق عدالت در جامعه، قانون‌مند بودن رابطه حکومت و مردم ضروری است. دادرسی اداری، یکی از راه‌های تضمین قانون‌مندی این رابطه، اعطای حق شکایت و دادخواهی از اعمال و تصمیمات مقامات اداری و دولتی به شهروندان است. پیش از انقلاب اسلامی، با وجود تصویب برخی قوانین در این زمینه، عزم جدی برای تحقق این موضوع به وجود نیامد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، با تأسیس دیوان عدالت اداری و دیگر مراجع اداری، به این امر اهتمام جدی صورت گرفت.

با وجود تشابه‌ها و واحد بودن آیین دادرسی اداری با آیین دادرسی مدنی و کیفری، در برخی از موارد، تفاوت‌های گوناگونی بین این دو روش وجود دارد، به گونه‌ای که تفاوت‌ها موجب می‌شود تا نتوانیم آیین دادرسی اداری را به آیین‌های دادرسی یادشده فرو بکاهیم. هم‌چنین مصداق انحصاری مراجع اداری در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری است که مرجع عموم شکایات و تظلمات مردم نسبت به مأموران یا واحدها یا مقررات دولتی است. دادرسی اداری در نظام رایج حقوقی ایران، از یک طرف، مستلزم آشنایی قضات این گونه مراجع با اصول حقوق عمومی و حقوق اداری و از طرف دیگر، مستلزم آشنایی آن‌ها با امور فنی و تخصصی دستگاه‌های طرف شکایت است. فرض عملی این است که قضات این گونه مراجع در حال حاضر از طریق مشاوران و کارشناسان مربوط، ضعف‌های اطلاعاتی خویش را برطرف می‌کنند.^۳

الف) رویکرد حمایت از شهروندان در رویه قضایی دیوان عدالت اداری

گاهی تصمیمات و اعلامات جدید مقامات اداری با انتظارات افراد ناشی از تصمیمات و اعلامات قطعی پیشین ایشان متفاوت است. در چنین وضعیتی، به منظور رعایت انصاف و حفظ و ثبات اعتماد عمومی به اداره و با عنایت به این‌که انصاف با حاکمیت قانون و الزامات

۱. کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، صص ۲۵-۲۷.

۲. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲، صص ۴۶۷-۴۶۸.

۳. حقیری، معصومه، «ماهیت حق دادخواهی و اصل انصاف در آرای دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، ۱۳۹۷، صص ۳ و ۴.

ناشی از حفظ امنیت و ثبات حقوقی، پیوندی درونی دارد، حمایت حقوقی از این انتظارات در حقوق اداری، ضروری به نظر رسیده است^۱ تا قضات اداری به آن‌ها به عنوان یکی از ابزارهای کنترل قضایی اعمال دولت و حمایت از حقوق شهروندان استناد کنند.^۲

این رویکرد دادگاه‌های اداری و دیوان، بینشی لیبرالی دارد، به این صورت که با ابزارهای قانونی باید از زیاده‌خواهی دولت جلوگیری کنیم؛ یعنی در تلاشند که دولت را کوچک‌تر و مهار و کنترل کنند؛ زیرا قدرتمند شدن دولت و نظارت نداشتن بر اعمالش باعث نقض آزادی و حقوق شهروندی است. در مواردی که متن قانونی نارسا باشد، در حقوق عمومی و اداری ایران، اصولی در مورد شهروندان وجود دارد که قضات و دادرسان دیوان باید نگاهشان، بیش‌تر به این اصول باشد تا حقوق شهروندی در سازمان‌های اداری حفظ و رعایت شود. در دیوان، این رویکرد را بیش‌تر مشاهده می‌کنیم که سمت و سوی آن، تضمین حقوق شهروندی است. دیوان به طور مطلق، رویکرد شهروندمحور ندارد، بلکه رویکرد دولت‌محور هم دارد.^۳

بررسی آرای صادرشده از دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد این مرجع، بیش‌تر رویکرد شهروندمحور دارد تا دولت‌محور و در این راستا نقاط قوت بسیار زیادی دارد. البته به دلیل چالش‌های قانونی و رویه‌ای فراروی خود، هنوز تا رسیدن به نقطه مطلوب برای ایفای این نقش فاصله زیادی دارد. بنابراین، با توجه به اصل حاکمیت قانون، مراجع اداری مکلفند در چارچوب قوانین و مقررات تصمیم بگیرند. در قوانین و مقررات برای تصمیم‌گیری مراجع اداری، بایسته‌هایی در نظر گرفته شده است که رعایت نکردن آن‌ها موجب نقض این تصمیمات خواهد شد.

در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری، مرجع قضایی نظارت بر رعایت این بایسته‌ها توسط مراجع اداری است و نظارت قضایی بر تصمیمات اداری شخصی، در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارد. شعب دیوان عدالت اداری در راستای انجام این وظیفه، در آرای خود، بایسته‌هایی را که مرجع اداری، ملزم به رعایت آن در تصمیمات خود است، از جمله قانونی بودن، برابری و عدم تبعیض، مستند و مستدل بودن تصمیمات اداری در نظر می‌گیرند و تصمیمات اداری که این بایسته‌ها را رعایت نکرده‌اند، نقض می‌کنند؛ چون موجب نقض حقوق شهروندی خواهند شد.^۴

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۲۱۵ - ۱۳۶۹/۰۹/۲۰ اشعار

۱. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأمل بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه راهبرد، زمستان ۱۳۹۰، سال بیستم، شماره ۶۱، ص ۱۵۴.

۲. ویژه، محمدرضا و سید محمدشریف حجتی، «تضمین و حمایت از حق‌های مکتسب در حقوق اداری ایران و رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۲۶، ص ۲۶۸.

۳. آصفی، سید حسن و سید احمد حبیب‌نژاد، «حقوق شهروندی و دیوان عدالت اداری»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی رویکردهای پژوهشی در علوم انسانی و مدیریت، آذر ۱۳۹۶.

۴. یزدانی، رسول و منوچهر توسلی، «نقش دیوان عدالت اداری در تحقق و تضمین حقوق شهروندی»، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۳۸، ص ۵۷.

می‌دارد: «صرف‌نظر از این‌که «بر اساس آیین دادرسی و رویه محاکم قضایی ایران، دعوای هر شخص ثالث و متضرر از احکام مسموع بوده و با احراز ذی‌نفع بودن وی، سمت او در طرح دعوا مسموع است»؛ هم‌چنین صرف‌نظر از این‌که «مستنبط از اصول قانون اساسی، هر زیان‌دیده و متضرر، حق تظلم و طرح دعوا و شکایت دارد؛ با عنایت به تبصره یک ماده ۱۰۰ قانون شهرداری که ذی‌نفع را مجاز در شکایت از آرای کمیسیون ماده ۱۰۰ دانسته، مستأجر، مصداق بارز قائم مقام مالک در استیفای منافع و حتی مالک منافع در مدت اجاره می‌باشد». بنابراین، وی، صلاحیت شکایت از آرای کمیسیون ماده ۱۰۰ را داراست. این رأی به گونه‌ای به حق دادخواهی افراد اشاره دارد و مستأجر را دارای این حق می‌داند که بتواند در کمیسیون ماده ۱۰۰ به عنوان یکی از مراجع اداری شکایت کند.

قضات دیوان بر اساس دادنامه ۵۲ - ۱۳۷۰/۰۵/۰۸، دستورالعمل سازمان تأمین اجتماعی را مبنی بر تنظیم الزامی صلح‌نامه رسمی با قید «سلب حق هر گونه آغاز سخن یا ادعایی در آتیه» و «فقد اعتبار قانونی هر ادعا» در خصوص کارمندان سازمان که با ۲۰ سال سنوات خدمتی، تقاضای بازنشستگی کرده‌اند، با استدلال «مخالفت این قیود با قانون» ابطال کرده است. در این دادنامه به حق دادخواهی و منع محدودیت آن اشاره نشده، اما دلیل اصلی ابطال این دستورالعمل، محدودیت و نقض حق دادخواهی افراد بوده است.

ب) لزوم مشروعیت تحصیل دلیل

در دادرسی اداری، شیوه تحصیل و به کارگیری دلیل باید مشروع باشد. در این مورد، در برخی از مقررات مراجع شبه قضایی به این امر تصریح شده است. برای مثال، در قانون گزینش (۱۳۷۷/۰۲/۲۶) بر لزوم مشروعیت تحصیل دلیل تأکید گردیده است. خوش‌بختانه دیوان عدالت اداری، رویه‌ای غنی در این زمینه دارد که به نمونه‌ای از آرای صادرشده اشاره می‌شود. در دادنامه شماره ۱۰۶۸۸/۱۰۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۲۹، شعبه یک دیوان عدالت اداری در بی‌اعتباری شیوه تحصیل دلیل چنین استدلال کرده است: «رد صلاحیت دانشجو برای تحصیل در مقطع دکترا به استناد محتویات فایل ضبط‌شده در منزل شخصی توسط همسر، به دلیل وجود احتمال غرض‌ورزی ناشی از اختلافات خانوادگی، حجیت قانونی جهت ایجاد اتقان قضایی نداشته و فاقد وجاهت قانونی است».

شعبه اول دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۰۲۴۷۰/۱۰۰۹۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۴، در شکایت از رأی هیئت مرکزی گزینش وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی استدلال کرد: «... اولاً تحقیقات انجام‌شده بعضاً با هم در تعارض می‌باشند که حسب قاعده فقهی «اذا تعارضاً تساقطاً» قابل استناد نمی‌باشد. ثانیاً دو فقره استشهادیه که تعداد زیادی از پرسنل

بیمارستان، فرد رد صلاحیت‌شده را از لحاظ اخلاقی مورد تأیید قرار داده‌اند، ضمیمه پرونده گزینشی مشاراً الیه می‌باشد. لذا نظر به این که حسب ماده ۱۵ قانون گزینش، افراد بر مبنای اقرار و بینه به شرط عدم تعارض با شیاع مفید اطمینان یا قراین و امارات موجب اطمینان که حداقل با انجام تحقیق از منابع موثق و طبق موازین شرعی احراز می‌گردد، می‌باشد که در ما نحن فیه به دلایل پیش‌گفته (تعارض و عدم شیاع مفید اطمینان)، نه تنها بینه قاطع و شیاع مفید اطمینان که موجب حصول قطع و یقین و اقناع قضایی مبنی بر عدم صلاحیت مشاراً الیه به دلایل مذکور در تصمیم معترض‌عنه وجود نداشته، بلکه دلایل مذکور بعضاً با هم در تعارض نیز می‌باشند که موجب تردید در تصمیم‌گیری می‌باشد. بنابراین، تصمیم معترض‌عنه به لحاظ نقایض فوق‌الذکر و رعایت رأفت اسلامی و عدم تحقیقات کامل و جامع طبق موازین شرعی و قانونی نقض می‌گردد...».

دیوان عدالت اداری در این آراء، تقویت سلامت دستگاه قضایی را به عنوان مبنایی برای بی‌اعتباری تحصیل دلیل نظر داشته است؛ زیرا همان طور که استدلال شده، حفظ سلامت دستگاه قضایی اقتضا دارد که دادگاه نشان دهد سلامت دادرسی منجر به صدور حکم و تشریفات قانونی در فرآیند رسیدگی رعایت شده است.^۱

ج) تعدیل قاعده «البینه علی المدعی» در دادرسی اداری

در دادرسی اداری، اصل لزوم بیان دلایل تصمیم^۲ و مستند و مستدل بودن تصمیم‌گیری‌ها نقش مهمی دارد. الزام اداره به توجیه مبنایی و دلایل تصمیم‌گیری خود به تعدیل قاعده «البینه علی المدعی» در دادرسی اداری منجر می‌شود. لزوم بیان دلایل تصمیم، مدیران را از تصمیم‌گیری‌های خودسرانه، غیر قانونی و بدون دلیل باز می‌دارد و موجب ارتقای کیفی تصمیم‌ها می‌گردد.^۳ در حقیقت، پاسخ‌گویی اداره، ابزاری برای کنترل مأموران در چارچوب قانون، تصحیح سوء مدیریت، تحقق اصول حاکمیت قانون، کارآیی و اثربخشی و شفافیت است.^۴ همچنین به شهروندان آگاهی می‌دهد که مقام اداری، موضوع را چگونه و از چه زاویه‌ای بررسی و تحلیل کرده است تا به این وسیله بتوانند از حقوق و منافع خود دفاع کنند.^۵

۱. قمری، اسماعیل، مسعود قاسمی و اکبر وروایی، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، مجله حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۴، صص ۱۷۸ و ۱۷۹.

2-The principle of the duty to give reasons.

۳. زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، شماره ۴۰، صص ۳۸ و ۳۹.

۴. زارعی، محمدحسین، «فرآیند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، سال سوم، شماره ۹، صص ۱۲۹-۱۳۶.

5-Groves, Matthew and Lee, H.P, Australian Administrative Law Fundamentals, Principles and Doctorines, Cambridge University Press, 2007, pp. 178-182

پاسخ‌گویی اداره در دادرسی اداری، امکان اثبات نقض اصول حاکمیت قانون را برای شهروندان تسهیل می‌سازد، به طوری که شهروند با آگاهی از مبانی و دلایل تصمیم می‌تواند غیر قانونی بودن جهات تصمیم و خروج اداره از حدود صلاحیت را ثابت کند. بدیهی است ناآگاهی شهروندان از مبانی و دلایل تصمیم به مثابه احقاق حقوق خود در فضایی مبهم و تاریک است که امکان موفقیت آن‌ها را در دادرسی اداری به حداقل می‌رساند.

در ایالات متحده امریکا، بسیاری از قوانین به طور ضمنی، نهادها را ملزم کرده‌اند که بار حمایت از سیاست‌های خود را در دادرسی اداری بر عهده داشته باشند. به این ترتیب، نهادهای اداری مکلفند مبانی علمی، قانونی و حقایق مربوط به اقدامات خود را در دادرسی اداری توجیه کنند. بنابراین، اگر نهاد نتواند تصمیم خود را با اتکا به دلایل قابل قبول و استدلال منطقی توجیه کند، تصمیم نهاد در بازنگری قضایی، خودسرانه و غیر قانونی اعلام و ابطال می‌شود.^۱

د) تضمین دسترسی شهروند به اسناد و مدارک

اصل حمایت از حقوق مکتسب و اصول در حقوق اداری در کنار اصول مرتبطی هم‌چون اصل قانونی بودن، اصل دولت قانون‌مدار، اصل حقوق بنیادین تضمین‌شده در قانون اساسی،^۲ اصل انتظارات مشروع و اصل عطف به‌ما سبق نشدن قابل تحلیل و بررسی است. در واقع، مردم بر اساس قوانین و تصمیمات موجود، روابط و رفتارهایشان را تنظیم می‌کنند. این‌که مقام اداری بخواهد بر اساس قوانین و تصمیمات آنی، رفتار و اقدامات گذشته افراد را باطل و مسئولیت جدیدی بر آن‌ها تحمیل کند، با همان فلسفه قبح عقاب بلایبان، غیر اخلاقی و ناعادلانه است.^۳

امروزه اصل احترام به حقوق مکتسب، یکی از مبانی اصل امنیت حقوقی است. از نظر برخی نویسندگان حقوق عمومی، مبنای اصل احترام به حقوق مکتسب، دو اصل اعمال حقوق و آزادی‌های بنیادین و حمایت از حقوق ناشی از قراردادهاست.^۴ در همین زمینه، نظام حقوقی فرانسه، رویه شورای قانون اساسی در تضمین رعایت حقوق مکتسب و آزادی قراردادی را به خودی خود دارای ارزش قانون اساسی ندانست، ولی وجود آن را برای تضمین اصول دیگر که دارای ارزش قانون اساسی هستند، ضروری تلقی کرد.^۵

1-Pierce, Jr., Richard J. and Shapiro, Sidney A. and Verkuil, Paul R., Administrative law and process, Fourth Edition, Foundation press, New York, 2004, pp. 392-395

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۵۴.

۳. فلاح‌زاده، محمدعلی، «عدالت رویه‌ای در تصمیمات اداری با مطالعه موردی نظام حقوقی ایران»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۲۳۹.

۴. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، ۱۳۹۰، ص ۳۳۶.

۵. همان، ص ۳۳۸.

هـ) رعایت اصل برائت در دادرسی اداری

در قانون دیوان عدالت اداری، اشاره به حاکمیت قانون و بسیاری از اصول به صورت ضمنی و صریح نیست. اصل برائت، یکی از اصول قانون اساسی است. اعمال این اصل در حوزه عمومی و به ویژه حقوق اداری، اندکی متفاوت و قابل تأمل است. پیش‌فرض برائت، یکی از اصول و قواعد بنیادین محاکمات کیفری است که از حقوق شهروندان در برابر قدرت‌طلبی نهادهای عمومی حمایت می‌کند.^۱ امروزه رعایت اصل برائت، منحصر به دادرسی کیفری نیست. صرف نظر از کیفری یا شبه کیفری، اداری، انضباطی یا انتظامی پنداشتن رسیدگی و مجازات و قضایی یا غیر قضایی بودن مقام و مرجع تعقیب‌کننده، هر گاه شخصی در معرض تعقیب، اتهام و محکومیت قرار گیرد، هیچ یک از مراجع قضایی و غیر قضایی مداخله‌کننده (مستقیم و غیر مستقیم) در دعوا و همچنین رسانه‌ها حق نقض اصل بی‌گناهی شخص مظنون و مورد تعقیب را قبل از اعلام مجرم یا متخلف بودن به وسیله مرجع صلاحیت‌دار ندارند که اصولاً پس از پیمودن مراحل قانونی صورت می‌پذیرد.

در برخی موارد، آثار مالی محرومیت، ممنوعیت و همچنین آثار غیر مستقیم یک مجازات اداری یا انضباطی می‌تواند دارای اهمیت بیش‌تری نسبت به برخی مجازات‌های کیفری برای شخص در معرض این مجازات‌ها باشد. بر همین اساس، رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، در چارچوب تضمینات دادرسی منصفانه و با در نظر گرفتن برخی معیارها، در خصوص رعایت اصل برائت در ماده ۲-۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، قلمرو حوزه کیفری را فراتر از حوزه دادرسی کیفری در مفهوم کلاسیک آن در نظر گرفته است. در حقوق فرانسه، با استناد به برخی مقررات داخلی و همچنین ماده ۲-۶ کنوانسیون، رعایت این اصل به رسیدگی‌های شبه کیفری گسترش یافته است. با عنایت به ماهیت رسیدگی‌های اداری، تشکیلات و سازمان اداری نیروی انسانی و همچنین آیین تصمیم‌گیری اداری که ناشی از اقتضائات عملی و فنی یا لزوم سرعت و تأثیر این اقدامات (شبه قضایی یا شبه کیفری) اداره است، گسترش اعمال این اصل (به عنوان یکی از تضمینات آیین دادرسی کیفری) به رسیدگی‌های شبه کیفری به وسیله مراجع اداری، نه مطلق است و نه عام. انتزاعی بودن رعایت آن نیز اعمال مؤثر این اصل را حتی در دادرسی‌های کیفری تضعیف می‌کند.^۲

بعضی صاحب‌نظران، اصل برائت را در دادرسی اداری قابل اعمال دانسته‌اند،^۳ اما حقوق

۱. جوان‌مرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری (جلد ۱)، تهران: جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۳۷.

۲. یاور، اسدالله، «رعایت اصل برائت در رسیدگی شبه قضایی در حقوق فرانسه در پرتو کنوانسیون

اروپایی حقوق بشر»، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹، ص ۳۲۱.

۳. همان.

اداری، درون‌مایه‌ای متمایز و متفاوت با بعضی اصول حقوقی دارد. مثلاً نمی‌توان برای مقام اداری، قائل به اصل تسلیط^۱ شد تا هر اختیاری را اعمال کند. اگر چنین نگاهی در دادرسی حاکم باشد یا قضاتی که از دادگاه‌های حقوقی به دیوان می‌آیند، با این اندیشه به پرونده‌ها رسیدگی کنند، آثار آن بسیار مخرب خواهد بود. به نظر می‌رسد که انتقال مفاهیم از اصول حقوق مدنی به حقوق اداری منطقی نیست.^۲

گفتار سوم. دلایل و مبانی تصمیمات اداری

الف) الزام اداره به ارائه دلایل و مبانی تصمیم اداری

الزام مقام قضایی به دلیل‌مندی تصمیم مقام قضایی از یک طرف و توسل نجستن به شیوه‌های نامشروع برای موجه‌سازی تصمیم قضایی، دو روی یک سکه هستند. نمی‌توان به بهانه دلیل‌مندی تصمیم قضایی به شیوه‌های غیر قانونی و نامشروع برای کسب دلیل متوسل شد. در دادرسی‌های کیفری هم دلیل‌آوری و موجه‌سازی تصمیم موضوعیت دارد و هم شیوه‌های کسب آن دلیل.

در پرونده کلاسه ۹۶۰۹۹۸۲۱۲۵۶۰۰۴۹۲ شعبه ۱۰۹۱ دادگاه کیفری ۲ مجتمع قضایی ارشاد تهران، دادرسی عمومی و انقلاب تهران، متهم را تحت تعقیب قرار داده است. عمده دلیل مقامات دادرسی، تست الکل به عمل آمده از متهم بوده و اعلام شده که این تست، وجود حدود ۳۰ درصد الکل را در بدن متهم نشان داده است. همین گواهی، دلالت بر مجرم بودن وی گردیده و پرونده برای رسیدگی به دادگاه فرستاده شده است. دادگاه با توجه به انکار متهم و این که نتیجه دستگاه الکل‌سنجی نسبی است و احتمال خطا در آن وجود دارد و با توجه به وجود شبهه و قاعده درء و حاکمیت اصل برائت، در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۲۱۲۷۰۰۱۳۵۴ مورخ ۱۳۹۶/۹/۲۲، او را از اتهام انتسابی تبرئه کرده است.

این نمونه رأی دلالت بر آن دارد که دادگاه باید تنها در چارچوب قوانین و ادله قانونی تصمیم بگیرد. در واقع، در دادرسی‌های کیفری که هدف آن، کشف حقیقت است، توسل به هر وسیله‌ای ولو ناموجه توجیه نمی‌شود. بنابراین، نمی‌توان برای کشف حقیقت، متهم را مجبور به اقرار کرد، ولو این که آن اقرار، کاشف از حقیقت باشد و مبنای صدور تصمیم قضایی قلمداد گردد. همانا سلب اعتماد عمومی و امنیت قضایی عمومی از نتایج التزام نداشتن به دلیل‌مندی تصمیم مقام قضایی خواهد شد.^۳

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (جلد ۱)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۸.

۲. پتفت، آرین، احمد مرکز مالمیری و محمدرضا ویژه، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری (امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۱۱.

۳. سبزواری‌نژاد، مهدی و حجت سبزواری‌نژاد، «فلسفه دلیل‌مندی تصمیم قضایی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۹۲، صص ۱۷۴ و ۱۷۵.

خواهان در ۱۳۹۱/۰۴/۳۱ علیه شرکت ملی گاز ایران با موضوع خواسته تصدیق ورود خسارت زمین زراعی و اعلام استحقاق بهای اراضی خویش در شعبه ۲۹ دیوان عدالت اداری، اقامه دعوا می‌کند. همان طور که ماده ۱۳ قانون د.ع.ا ۱۳۸۵ گفته، تصدیق ورود خسارت بر عهده دیوان عدالت اداری است. با این حال، آن‌چه از رأی دیوان در این مورد مشهود است، این است که وضعیت مالکیت خواهان پیش از تصدیق در دیوان عدالت اداری بررسی می‌شود؛ زیرا گام بعدی در صورت بررسی ادعای خواهان، تصدیق ورود خسارت است. آن‌چه در این قضیه اهمیت دارد، این است که دیوان در تصدیق، به دلایل اثبات دعوا اشاره دارد. برای نمونه، در مثالی که مطرح کردیم، اقرار و سند در رأی دیوان بررسی شده است. دیوان عدالت اداری نیز جهت تصدیق در دعوای مطرح‌شده، به این دلیل که از جانب خواهان، سندی مبنی بر مالکیت وی بر زمین ارائه نشده، قرار رد صادر کرده است. در نهایت، دیوان بنا بر نبود طرحی که باید پشتوانه ادعای طرح‌شده باشد و چنین طرحی نیز وجود نداشته است (؛ زیرا صرف ادعای تملک در آن وجود داشته است)، شکایت شاکی را از شمول مقررات ماده ۱۳ که خواهان به آن استناد کرده، ندانسته و قرار رد شکایت را به صورت قطعی صادر کرده است. هرچند این رأی از جهات مختلفی می‌تواند نقد شود، اما آن‌چه به موضوع پژوهش حاضر ارتباط دارد، بحث فرآیند دادرسی دعوای خسارت است که جهت تصدیق، دیوان به طور صریح، دلایل اثبات ادعای ورود خسارت را بررسی می‌کند.^۱

ب) مستند و مستدل بودن رأی

بیش از ده‌ها فقره از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در راستای دو وظیفه هیئت، مستنداً به ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مبنی بر رسیدگی به شکایات از مصوبات، نظامات، مقررات دولتی، شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیر دولتی صادر و منجر به ابطال یا عدم ابطال آن‌ها شده (بند ۱ ماده ۱۲) و رأی وحدت رویه نیز در رفع تعارض آرای شعب دیوان (بند ۲ ماده ۱۲) صادر گردیده است. صدور رأی مستدل که موجب نظم حقوقی و اعتبار مرجع قضایی است، از جنبه‌های مختلف اهمیت دارد و قوانین ایران به ویژه در قانون اساسی بر این امر مهم تأکید کرده‌اند.

استدلال‌گریزی، نوعی نظم‌گریزی و روی‌گردانی از پاسخ‌گو بودن است. اگر قرار باشد هر کسی به هر دلیلی که تنها می‌تواند برای خودش قابل قبول باشد، رأی صادر کند، سبب بی‌نظمی اجتماعی می‌شود. مستند و مستدل بودن رأی به این معناست که بدانیم چه می‌گوییم و چرا می‌گوییم و برای هر جمله و کلام ابرازشده خود، دلیلی قانع‌کننده در

۱. شکوری، پریسا، «مقایسه آیین دادرسی دعوای خسارت در دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵، ص ۹۵.

قالب علم، تجربه و مشاهدات عینی پرونده داشته باشیم. این گونه استدلال در رأی، نه تنها ذهن و درون طرفین دعوا را آزرده نمی‌سازد، بلکه اعتمادشان به شخصیت گوینده و نه کلام او جلب می‌شود. آرامش ایجادشده در سایه این اعتماد باعث می‌شود طرفین دعوا به حس نزدیکی دست یابند و خود را در آرامشی خوشایند و دل‌خواه ببینند. در سایه همین استدلال حقوقی، اقناع طرفین دعوا به شکلی ساده و مناسب تجلی می‌یابد.

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های استدلال قضایی عبارت است از تلاش برای حفظ ثبات در قواعد و قضاوت‌های حقوقی. پس این تلاش باید به این سمت هدایت شود که حقوق برای همه تابعان آن باید یکسان اعمال گردد و دعاوی مشابه را باید به شیوه‌ای یکسان حل و فصل کرد. ترکیب دلایل برای رسیدن به استدلال قضایی باید از مسیر صحیح استنتاج منطقی بگذرد. به عبارت دیگر، عنوان قضیه منطقی باید بر دعوای اقامه‌شده منطبق باشد؛ صغرا و کبرا آن مشخص شود و استنتاج منطقی به عمل آید. استنتاج صحیح منطقی نیز زمانی صورت می‌گیرد که مقدمات یقینی باشد. رأی دادگاه باید نمادی از استدلال‌های متقن باشد که هم وجدان طرفین دعوا و هم وجدان جامعه را قانع سازد.

اگر قاضی در یک قضیه، واقعیت امر را می‌داند، اما دلیل قانونی ملموس یا عینی برای آن نداشت، باید آن قضیه را ردشده بداند؛ زیرا استدلال به دلیل متکی است. ویژگی استدلال قضایی، علاقه به سنجش ادعاهای متقابل است. بنابراین، توجه به مباحث، مذاکرات، ادعاها و دفاعیات، خواه در قالب تحقیقات مقدماتی دادرسا باشد و خواه در بحث‌های دادگاهی، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. ثبات نظم حقوقی و به تبع آن، نظم اجتماعی در گرو آرای مستدل است؛ زیرا در هر دعوای حقوقی، یک بازنده و یک پیروز وجود دارد. اگر دعوا مستدل باشد، می‌توانیم مطمئن باشیم که طرف بازنده نیز به اجرای رأی تمکین می‌کند؛ یعنی استدلال قضایی قطعاً روابط اجتماعی را به شیوه‌ای نظم می‌بخشد که ثبات اجتماعی حفظ شود. اگر آرای دادگاه بدون استدلال صادر شود، حتی اگر نتیجه دعوا منطبق با واقع هم باشد، چنین احکامی الزاماً باید توسط دادگاه‌های بالاتر نقض شود. انبوه و حجم پرونده‌های وارده‌شده به مرجع قضایی نباید دلیلی برای صدور آرای چندسطری باشد. به گفته منطقیون، «اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند». آمار بالای پرونده‌ها بر شیوه تصمیم‌گیری‌ها اثرگذار است، اما این امر نباید بر کیفیت آرای محاکم اثر بگذارد.^۱

ج) شفافیت در تصمیم‌گیری دادرسی اداری

شفافیت در نظام اداری را می‌توان یک هدف مستقل اداری تلقی کرد. تعهد به شفافیت، اهمیتی برجسته در مقابله با هر تمایلی دارد که ممکن است برای هر کس در هر بخش، برای

۱. صادق‌منش، جعفر و علی فرخی‌نیا، «مبنا، روش و جایگاه استدلال قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، پاییز ۱۳۹۱، سال هفتاد و ششم، شماره ۷۹، ص ۲۳۶/۶. همان، ماده ۲۳.

کنترل یا تحریف اطلاعات خروجی یا دسترسی به آن وجود داشته باشد. چنین گرایشی نه تنها ممکن است مانع داده‌هایی شود که برای موضوع مربوط مناسب است، بلکه احتمال دارد از طرح موضوعات و مسائل جلوگیری کند. هر محدودیتی از این گونه، ظرفیت تصمیم‌گیری‌های معقولانه را کاهش می‌دهد. به علاوه علنی بودن، اعتراض به فرآیند تصمیم‌گیری و محتوای تصمیمات را با افشای دلایل و روندهای شکلی و ماهوی تصمیم‌گیری تسهیل می‌سازد.^۱

تعهدی مشابه برای تصمیم‌گیران برای توجیه و تبیین تصمیماتشان وجود دارد. افشای دلایل عمل کردن یا بی‌عملی و ترک فعل، از طرق مختلف برای اجرای عدالت مفید است. این امر علاوه بر توسعه موازین و اصول موجب بحث و مراقبت بیش‌تر در مورد اهداف تصمیم می‌شود و پایه نقد و تسهیل اعتراض به تصمیم‌هایی را فراهم می‌آورد که خودسرانه به نظر می‌رسند.^۲

د) مکلف ساختن دادرس اداری به نظارت فعال بر اعمال نمایندگان حقوقی اداره در دادرسی

منظور از نظارت فعال و تکلیفی قضات این است که قضات مراقبت کنند آن دسته از اعمال حقوقی را که نمایندگان سازمان‌ها در مقام دفاع در برابر شاکی یا اعتراض نسبت به یک رأی انجام می‌دهند، با هنجارهای ماهوی حاکمیت قانون معارض نباشد و منافع عمومی را خدشه‌دار نسازد. در این جا صرف این که تصمیم یا اقدام داخل در صلاحیت اداره است، معیار مناسبی نیست، بلکه لازم است تصمیم یا اقدام آن‌ها، پوسته درونی حاکمیت قانون و اهداف آن را خدشه‌دار نسازد.^۳ مقامات تصمیم‌گیرنده به نام سازمان‌های اداری، نمایندگان قانونی اداره محسوب می‌شوند و ضابطه پذیرش اراده آن‌ها در دادرسی‌ها، مشابه ضابطه پذیرش اراده افراد اصیل در اختلافات و دعاوی خصوصی نیست. این نمایندگان نیز مانند وکلای دادگستری، از یک سو، مکلف به رعایت قانون و حدود اختیارات خود هستند و از سویی دیگر، نسبت به رعایت مصلحت و غبطه موکل (سازمان - دولت - جامعه) تعهد دارند. بنابراین، هر اقدامی که خارج از حدود این قیود مرتکب شوند، از نظر قضایی، نافذ نیست و موجب مسئولیت آن‌ها خواهد بود.^۴

1-Longley, Diane and James Rhoda, Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law, London, Cavendish Publishing, 1999

۲. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، مجله دانش حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۷، ص ۱۲۳.

۳. پژوهشگاه قوه قضاییه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴، ص ۲۱۱.

۴. شیبانی، عادل، علی مشهدی و زهرا بیدار، «تأملی بر انحراف مقامات اداری از اختیارات و صلاحیت‌های ناظر به دادرسی با نگاهی بر الگوی آیین دادرسی اداری افتراقی»، مجله حقوق اداری، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۲۳، ص ۱۷۲.

برآمد

دادرسی اداری به مفهوم عام آن شامل دادرسی در دیوان عدالت اداری و مراجع شبه قضایی و مقامات اداری می‌شود. پس به آیین رسیدگی در دیوان عدالت اداری محدود نیست. دادرسی اداری در حقوق ایران به مفهوم فرآیند رسیدگی به نوعی از دعاوی طبق یک قانون خاص نیست، بلکه مفهومی اعتباری است که برای رسیدگی در مراجع شبه قضایی و دیوان عدالت اداری به کار می‌رود. از این رو، این مفهوم را نباید به منزله وجود قانون خاصی با این عنوان تلقی کرد، بلکه مجموعه‌ای از مقررات مربوط به مراجع یادشده را در بر می‌گیرد. برتری اداره در دادرسی اداری به دلیل برخورداری نهادهای اداری از امتیازهای ویژه مانند تحمیل تصمیم‌های آمرانه بر اشخاص و دسترسی به بسیاری از ادله و اسناد، امری مشهود است، به طوری که شهروندان باید در مقابل دستگاه‌های اداری برخوردار از قدرت عمومی به اثبات ادعای خود بپردازند. این در حالی است که از دسترسی به بسیاری از اطلاعات و مدارک محرومند و با موانعی هم‌چون نداشتن دانش و اطلاعات حقوقی کافی برای پیروزی در دادرسی و توان مالی کافی برای برخورداری از وکیل و مشاور روبه‌رویند.

هدف دادرسی اداری، تحقق عدالت اداری، تضمین حاکمیت قانون، حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و پاسخ‌گو کردن اداره است. پس تحمیل بار اثبات دعوا هم‌چون دادرسی مدنی بر شهروندی که مدعی نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره است، مانعی جدی برای تحقق این اهداف خواهد بود. از این رو، ضرورت دارد به تعدیل قاعده «البینه علی المدعی» در دادرسی اداری پرداخت و به اداره نیز به عنوان پاسخ‌گو در برابر اقدامات و تصمیم‌گیری‌هایش توجه کرد، به طوری که اداره، مکلف به تبیین مستند و مستدل تصمیمات خود و ارائه مبانی عقلایی و قانونی تصمیم مورد اعتراض باشد.

اصل ارائه دلایل تصمیمات اداری که بر مبنای حاکمیت قانون، شفافیت و حق دفاع استوار شده، یکی از ارکان اداره خوب است که در اتحادیه اروپا جایگاهی بسزا دارد. پیش‌بینی نظام آزاد اثبات دعوا در دادرسی اداری برای حفظ حقوق و آزادی‌های شهروند و جبران نابرابری سلاح‌های اداره و شهروند در دادرسی اداری اهمیتی بسزا دارد تا شهروند در شرایطی منصفانه به اثبات ادعای خود در خصوص نقض اصل حاکمیت قانون و خروج اداره از حدود صلاحیت خود بپردازد. نظام آزاد اثبات دعوا در دادرسی اداری، این امکان را برای شهروند فراهم می‌سازد که از همه دلایل معقول و منطقی برای احقاق حقوق خود استفاده کند و از محدودیت‌های رایج ادله در نظام قانونی ادله‌رهای یابد.

بنابراین، اگر چه استدلال اداری همان اجزای استدلال در دیگر دادرسی‌ها یعنی تبیین مسئله، کشف واقعه، کشف قاعده حقوقی، تحلیل و استنتاج را دارد، متفاوت بودن دعوای

اداری از نظر طرفین، هدف، موضوع و مانند آن، موجب تفاوت نسبی آن با دیگر حوزه‌های استدلال قضایی شده است. این تفاوت مستلزم آن است که دادرس متخصص در امور اداری، اجرای فرآیند این استدلال را در رسیدگی به دعاوی اداری بر عهده گیرد. به عبارت دیگر، نمی‌توان همه مسئولیت‌های اقناع وجدان دادرس را بر عهده شهروند قرار داد و اداره را از هر گونه مسئولیتی بری دانست. کنترل اداره و ضرورت پاسخ‌گویی مقامات اداری مستلزم این است که اداره با ادله و مدارک مقتضی، رعایت اصل حاکمیت قانون و خارج نشدن از صلاحیت خود را تبیین کند.

نکته دیگر این است که دلیل‌آوری مقام قضایی دارای مبناهایی است که بر اساس آن‌ها، مقام قضایی را به ارائه دلیل در تصمیم خود ملزم می‌کند. عقلایی و عادلانه بودن تصمیم و جلوگیری از تهمت و بدبینی به مقام قضایی و همچنین اعتماد عمومی، حفظ حقوق فردی و اجتماعی مردم و جلوگیری از استبداد مقام قضایی در صدور تصمیم، الزام مقام قضایی را به دلیل‌مندی در تصمیم‌گیری خود توجیه می‌کند.

بنابراین، پیشنهاد می‌شود قاعده بار اثبات دلیل به دو قاعده جزئی‌تر تجزیه شود: نخست، تکلیف ارائه دلیل برای ارکان دعوا و دوم، تکلیف قانع کردن دادرس و تحمل خطر ناشی از قانع نشدن او به وجود حق. این تحلیل و استخراج دو تکلیف اقامه دلیل و اقناع دادرس، موقعیت مدعی و منکر را در دادرسی روشن می‌کند؛ زیرا نشان می‌دهد که نه تنها مدعی باید بار اثبات دلیل را بر دوش کشد، بلکه خطر قانع نشدن دادرس به عهده اوست. منکر در پناه اصول و قرائین، آسوده‌خاطر است و مدعی، نگران از این‌که قناعت دادرس را به دست نیآورد و در دعوا شکست بخورد؛ چون امری خلاف ظاهر و اصل را ادعا می‌کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری (جلد ۲)، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۲. بتفت، آرین، احمد مرکز مالگیری و محمدرضا ویژه، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری (امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۳. پژوهشگاه قوه قضاییه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴.
۵. جوان‌مرد، بهروز، آیین دادرسی کیفری (جلد ۱)، تهران: جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته: جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ نهم، ۱۳۸۶.
۷. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی: حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۹. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سی و نهم، ۱۳۹۲.
۱۱. گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوا، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (جلد ۱)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۲.
۱۳. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، ۱۳۹۰.
۱۴. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اسدی، خالقداد، «ادله اثبات دعوا (در فقه و حقوق)»، فقه و قضا، بهار و تابستان ۱۳۹۸، دوره یازدهم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۴.
۲. آصفی، سید حسن و سید احمد حبیب‌نژاد، «حقوق شهروندی و دیوان عدالت اداری»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی رویکردهای پژوهشی در علوم انسانی و مدیریت، آذر ۱۳۹۶.
۳. آقاشاهی، احسان، مهدی هداوند و حسین منوری، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی تصمیمات موردی اداری»، مجله حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۴.
۴. تدین، عباس، «ارزش‌یابی ادله کیفری در نظام دادرسی ایران و فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، تابستان ۱۳۸۹، دوره چهاردهم، شماره ۲.
۵. دیلمی، احمد و زهرا بیدار، «کارکرد استدلال قضایی در دادرسی اداری»، مجله مطالعات حقوق عمومی، زمستان ۱۴۰۰، دوره پنجاه و یکم، شماره ۴.
۶. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، مجله دانش حقوق عمومی، بهار ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۷.
۷. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۷۲.
۸. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأمل بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه راهبرد، زمستان ۱۳۹۰، سال بیستم، شماره ۶۱.
۹. زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، شماره ۴۰.
۱۰. زارعی، محمدحسین، «فرآیند مردمی شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، بهار و تابستان ۱۳۸۰، سال سوم، شماره ۹.
۱۱. سبزواری‌نژاد، مهدی و حجت سبزواری‌نژاد، «فلسفه دلیل‌مندی تصمیم قضایی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۹۲.
۱۲. سلیمی، محمد، «تحصیل دلیل در حقوق امامیه و حقوق فرانسه»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۵.
۱۳. شیبانی، عادل، علی مشهدی و زهرا بیدار، «تأملی بر انحراف مقامات اداری از اختیارات و صلاحیت‌های ناظر به دادرسی با نگاهی بر الگوی آیین دادرسی اداری افتراقی»، مجله حقوق اداری، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۲۳.

۱۴. صادق‌منش، جعفر و علی فرخی‌نیا، «مبنا، روش و جایگاه استدلال قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، پاییز ۱۳۹۱، سال هفتاد و ششم، شماره ۷۹.
۱۵. قمری، اسماعیل، مسعود قاسمی و اکبر وروایی، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، مجله حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۴.
۱۶. ویژ، محمدرضا و سید محمدشریف حجتی، «تضمین و حمایت از حق‌های مکتسب در حقوق اداری ایران و رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۲۶.
۱۷. همتی، مجتبی، «حق دسترسی به دادگستری در دیوان عدالت اداری با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان»، مجله دانش حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۵، سال پنجم، شماره ۱۶.
۱۸. یاوری، اسدالله، «رعایت اصل برائت در رسیدگی شبه قضایی در حقوق فرانسه در پرتو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، مجله تحقیقات حقوقی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۴۹.
۱۹. یزدانی، رسول و منوچهر توسلی، «نقش دیوان عدالت اداری در تحقق و تضمین حقوق شهروندی»، مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۳۸.

ج) پایان‌نامه

۱. امینی، محمود، «مبانی فقهی قانون دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه مرکز پیام نور تهران، ۱۳۸۹.
۲. ترخانی، شهریار، «اصول حاکم بر تحصیل و ارائه ادله کیفری در حقوق ایران و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۱.
۳. حقیری، معصومه، «ماهیت حق دادخواهی و اصل انصاف در آرای دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، ۱۳۹۷.
۴. شکوری، پریسا، «مقایسه آیین دادرسی دعاوی خسارت در دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های حقوقی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۵.
۵. فلاح‌زاده، محمدعلی، «عدالت رویه‌ای در تصمیمات اداری با مطالعه موردی نظام حقوقی ایران»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۰.

2-Latin Source

- 1-Groves, Matthew and Lee, H.P, Australian Administrative Law Fundamentals, Principles and Doctorines, Cambridge University Press, 2007
- 2-Longley, Diane and James Rhoda, Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law, London, Cavendish Publishing, 1999
- 3-Pierce, Jr., Richard J. and Shapiro, Sidney A. and Verkuil, Paul R., Administrative law and process, Fourth Eition, Foundation press, New York, 2004
- 4-Pradel, J., Droit pénal comparé, 2 ème éd., paris, Dalloz, 2000.

تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در آیینہ آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

احمد حسین پوری *

آیت مولائی **

ناصر رهبر فرش پیرا ***

چکیده

رعایت قوانین و خارج نشدن از حیطه اختیارات قانونی، یکی از مهم‌ترین شروط تملک اراضی و املاکی است که در محدوده طرح‌های عمومی واقع می‌شوند تا در تعارض میان «تأمین منفعت عمومی» با «حق مالکیت خصوصی»، «اصلت اجتماع» با «اصلت فردی» و تراحم «قاعده تسلیط» با «قاعده لاضرر»، سازش و هم‌زیستی برقرار شود. با این حال، تملک نکردن به‌موقع اراضی واقع در طرح‌های عمومی از یک طرف و برخی تصمیم‌های خارج از صلاحیت قانونی کمیسیون‌های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در تصویب ضوابط طرح‌های تفصیلی و تقاضای تغییر کاربری یا تفکیک ملک از طرف دیگر، سبب تحدید حق مالکیت اشخاص شده است. از این رو، آن‌ها را مجبور می‌کند که حق مالکیت خود را بدون دریافت معوض، به شهرداری یا دیگر دستگاه‌های اجرایی واگذار کنند. هدف از مطالعه حاضر، واکاوی زوایای تحدید غیر قانونی حق مالکیت اشخاص از طریق مصوبات خارج از اختیار کمیسیون‌های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران است که در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری انعکاس یافته است. در این مطالعه با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، به تجزیه و تحلیل مهم‌ترین آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع تحقیق پرداخته شده است. نتایج به دست آمده نشان می‌دهد آن دسته از مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵ که با نادیده گرفتن اصول و قوانین، احکام شرع و خروج از حیطه اختیارات، حق مالکیت اشخاص را تحدید کرده‌اند، در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شده‌اند. از این نظر، دیوان را باید نماد پاسداری از حق مالکیت خصوصی تلقی کرد.

کلیدواژه‌ها: کمیسیون ماده ۵، تحدید حق مالکیت، دیوان عدالت اداری، مالکیت خصوصی.

*. دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، تبریز، ایران.
ahmad.hoseinpoori@gmail.com

**. گروه حقوق. دانشکده حقوق و علوم اجتماعی. دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)
amulaee@tabrizu.ac.ir

***. ناصر رهبر فرش پیرا، استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.
javid.rahbar.farshpira@gmail.com

مقدمه

یکی از مراجع مهم و تصمیم گیر در حوزه مسائل عمران و آبادانی شهرها و تأمین و تحدید حقوق مالکانه اشخاص حقوق عمومی و خصوصی، کمیسیون های ماده ۵ است. کمیسیون های موضوع ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرداری و معماری ایران (مصوب ۱۳۵۱)، در هر استان به ریاست استاندار (و در غیاب وی، به ریاست معاون عمرانی استانداری) و با عضویت شهردار و نمایندگان وزارت مسکن و شهرداری، وزارت جهاد کشاورزی، وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی و همچنین رئیس شورای اسلامی شهر مربوط و نماینده سازمان نظام مهندسی استان (با تخصص معماری یا شهرداری) بدون حق رأی تشکیل می شوند. دبیرخانه کمیسیون نیز در سازمان مسکن و شهرداری استان مربوط قرار دارد.

صلاحیت ها، وظایف و اختیارات این کمیسیون به استناد قانون یادشده صرفاً بررسی و تصویب طرح های تفصیلی شهری و تغییرات آن ها (طرح تفصیلی موضوع بند ۳ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرداری و تعیین وظایف آن، مصوب ۱۳۵۳ و اصلاحیه بعدی آن) است. بررسی های فنی این کمیسیون بر عهده کارگروه (کمیته) فنی کمیسیون متشکل از نمایندگان کمیسیون و مشاور طرح تفصیلی شهر مربوط است. در خصوص شهر تهران، ترکیب اعضا به شرح مقرر در تبصره های ۳ و ۴ ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرداری و معماری، متفاوت است و دبیرخانه کمیسیون نیز در شهرداری تهران قرار دارد.

صلاحیت، وظایف و اختیارات کمیسیون های ماده ۵ صرفاً بررسی و تصویب طرح های تفصیلی و تغییرات آن هاست. طرح تفصیلی، یکی از مهم ترین طرح های شهرداری است و در سلسله مراتب برنامه ریزی به دنبال طرح جامع شهر قرار می گیرد. تفاوت طرح تفصیلی با طرح جامع در جزئیات است، به این صورت که کلیات طرح جامع و متن و نمودارهای آن به شکل نقاط، خطوط و سطح مشخص بر روی نقشه ترسیم می شوند.^۱ به عبارت دیگر، طرح تفصیلی، نسخه مفصل و همراه با جزئیات طرح جامع است که مساحت و اندازه دقیق کاربری های اراضی را مشخص و ضوابط استفاده از آن را بیان می کند.

بند ۳ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرداری و تعیین وظایف آن (۱۳۵۳)، طرح تفصیلی را چنین تعریف می کند: «طرح تفصیلی عبارت از طرحی است که بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر، نحوه استفاده از زمین های شهری در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و مساحت دقیق زمین برای هر یک از آن ها، وضع دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور به میزان تراکم جمعیت و تراکم

۱. رضایی زاده، محمدجواد، حقوق برنامه ریزی شهری، تهران: مجد، ۱۳۹۱، ص ۷۱.

ساختمانی در واحدهای شهری و اولویت‌های مربوط به مناطق بهسازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود و نقشه‌ها و مشخصات مربوط به مالکیت بر اساس مدارک ثبتی، تهیه و تنظیم می‌گردد».

از مفاد ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و بند ۳ ماده ۱ قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی که در مقام بیان ترکیب، صلاحیت، اختیارات و وظایف کمیسیون ماده ۵ و تعریف طرح تفصیلی برآمده‌اند، چنین استنباط می‌شود که کمیسیون‌های ماده ۵ در انجام وظایف و اختیارات خود که همانا تصویب طرح‌های تفصیلی و تغییرات بعدی آن‌ها با رعایت مغایرت نداشتن با اساس طرح جامع شهری است، مکلفند علاوه بر رعایت قوانین موضوعه کشور و قواعد و موازین شرعی، از حدود اختیارات قانونی خارج نشوند. اگر به هر عنوانی، مقررات قانونی و قواعد شرعی در تصمیم‌گیری‌های کمیسیون‌های ماده ۵ رعایت نشود و منجر به تحدید حق مالکیت اشخاص شود، در صورت شکایت، توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال خواهد شد. گاهی به این موازین بی‌توجهی صورت گرفته و کمیسیون‌های ماده ۵ در برخی تصمیم‌گیری‌هایشان با خروج از حیطه اختیارات مصرّح در قانون و دادن مجوز به دستگاه‌های اجرایی، موجب تحدید حق مالکیت افراد شده‌اند که «یکی از حقوق مالکانه و البته کامل‌ترین حق مالکانه است»^۱.

طبق قوانین و مقررات حاکم در کشور از جمله «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت»، «قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها» و «قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها»، دستگاه‌های اجرایی و شهرداری‌ها مجاز نیستند به طور رایگان، اراضی و ساختمان‌های اشخاص را در اختیار بگیرند و از آن‌ها بهره‌برداری کنند. شاید تنها استثنای این قاعده، تبصره ۴ قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و ماده ۱۰۱ سابق و اصلاحی قانون شهرداری‌ها باشد. طبق تبصره ۴ قانون یادشده، در زمان تقاضای صاحبان اراضی برای ورود به محدوده توسعه و عمران شهر، واگذاری رایگان سطوح لازم برای تأسیسات و تجهیزات و خدمات عمومی تا میزان مقرر در قانون الزامی است. در ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها نیز واگذاری رایگان سطوح معابر و سرانه فضای عمومی و خدماتی در اراضی با مساحت بیش‌تر از پانصد متر مربع که دارای سند شش‌دانگ باشد، تجویز شده است.

۱. شکر، نادر، نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها، تهران: راه‌دان، ۱۳۹۰، ص ۱۱.

از کمیسیون‌های ماده ۵ انتظار می‌رود به وظایف قانونی خود در چارچوب اصل حکومت قانون، تأمین احتیاجات و خدمات عمومی در تصویب ضوابط طرح‌های تفصیلی و رعایت حرمت حقوق مالکانه کسانی عمل کند که پرونده آن‌ها در سایه ناتوانی دستگاه‌های اجرایی در تملک قانونی اراضی و املاک مورد نیاز یا به دلایل دیگر، در این کمیسیون‌ها مطرح می‌شود. خوردن برچسب طرح عمومی بر این اراضی و املاک، آن‌ها را از مالیت ساقط کرده است یا سبب تخلف در تفکیک و احداث می‌شود. در این بین، در رسیدگی به شکایات یادشده، دیوان عدالت اداری وارد عمل می‌شود. می‌دانیم که «حق مالکیت، مهم‌ترین حقوق عینی است»^۱ از این رو، دیوان عدالت اداری، مصوبات خارج از حدود اختیار و مغایر با قانون و شرع را که ناقض و محدودکننده حق مالکیت اشخاص باشند، ابطال می‌کند.

ضرورت دارد همه دستگاه‌های اجرایی و مراجع اداری از جمله کمیسیون‌های ماده ۵، در تصمیمات خود نهایت دقت و احتیاط را به عمل آورند تا حق کسی به صورت غیر قانونی تحدید نشود. امروزه کنترل تصمیمات اداری چنان اهمیت دارد که برخی کشورهای پیرو سنت حقوق نانوشته از جمله استرالیا، قانونی برای تحدید حدود اقتدارات اداره و مقابله با سوء استفاده مقامات اداری از اقتدار قانونی‌شان تصویب کرده‌اند.^۲ این قانون، سازوکارهای حقوق کامن لا برای کنترل اداره را کدگذاری کرده است^۳ تا اختیارات مقامات اداری بر محور اصل حکومت قانون بچرخد.

هدف از مطالعه حاضر، بررسی مواضع هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون‌های ماده ۵ است. تحدید حق مالکیت، نتیجه تصمیم‌هایی است که به علل مختلف از جمله مغایرت با شرع، مغایرت با قانون و خروج از حیطه اختیارات ممکن است ابطال شوند. در این راستا، با استفاده از روش تحقیق توصیفی - تحلیلی بررسی می‌کنیم که تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون‌های ماده ۵ در آیین رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری چگونه است. سؤال فرعی نیز به این شکل قابل طرح است: آیا کمیسیون‌های ماده ۵ و دیگر دستگاه‌های اجرایی، اختیار وضع قاعده برای تحدید حقوق مالکانه اشخاص را دارند؟ فرضیه اصلی این است که در آیین رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، این مرجع با تکیه بر برخی اصول کلاسیک حقوق اداری مانند خروج از حیطه اختیارات و صلاحیت، رعایت نشدن قوانین و نیز برخی از قواعد فقهی مثل قاعده تسلیط یا مغایرت با احکام شرع در تصمیم‌گیری، به مقابله با تحدید حق مالکیت اشخاص پرداخته

۱. ایرج، محسن، «صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو رأی دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

2-The Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977.

3-Ellis,jones, I., "Essential Administrative Law", Cavendish Publishing limited, Sydney, 2001, p. 113

است. فرضیه فرعی این است که کمیسیون‌های ماده ۵ و دستگاه‌های اجرایی، حق وضع قاعده برای تحدید حق مالکیت اشخاص را ندارند. اهمیت و ضرورت این نوشتار، تأکید بر قاعده حرمت حق مالکیت خصوصی افراد در کنار رفع نیازها و احتیاجات عمومی با توسل به ابزار قانونی تحدید حق مالکیت در کمیسیون‌های ماده ۵ است. طبق بررسی‌های انجام گرفته، کتاب، مقاله و پایان‌نامه‌ای به صورت اختصاصی به این موضوع پرداخته است. تنها برخی منابع به صورت کلی به اهمیت حقوق مالکانه پرداخته‌اند. تحقیق حاضر به منظور بررسی چالش ایجادشده در تحدید حق مالکیت توسط کمیسیون‌های ماده ۵ می‌کوشد پاسخی شایسته به سؤالات تحقیق ارائه دهد.

گفتار اول. رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵

طبق قاعده تسلیط، هر شخصی بر مال خود مسلط است و حق انحای تصرف در آن را دارد. این حق مطلق نیست و زمانی که در تعارض با مالکیت عمومی قرار گیرد، طبق نظریه تقدم حقوق عمومی بر حقوق خصوصی، مالکیت عمومی مقدم است و مالکیت خصوصی توسط دولت تحدید می‌شود.^۱ در این میان، ممکن است نزاعی میان دو نوع منفعت عمومی و خصوصی حادث شود که اشخاص برای حل و فصل اختلاف، ناگزیر از مراجعه به دادگاه باشند. در چنین وضعیتی، نظارت قضایی، دادگاه‌ها را قادر می‌سازد تا اقتدارات مقامات عمومی را در سپهر عمومی کنترل کنند.^۲

در برداشت ناصحیح از اصل تقدم حقوق عمومی، کمیسیون‌های ماده ۵ تعدادی از استان‌های کشور، مصوباتی صادر کرده‌اند که اشخاص را به رعایت محدودیت در انتفاع از عین و منفعت املاک خود، بیش از میزان مقرر در قوانین مجبور می‌کند. گاهی در تصویب طرح‌های تفصیلی و ضوابط آن‌ها، بررسی پرونده‌های متقاضیان تغییر کاربری، تفکیک یا تراکم، مجوز ارائه خدمات مشروط بر اعمال محدودیت‌های مورد نظر مصوبات این کمیسیون از جمله دریافت رایگان اراضی به شهرداری‌ها صادر می‌شود. در این بین، برخی اشخاص به غیر قانونی و غیر شرعی بودن این تصمیمات پی برده‌اند و در دیوان عدالت اداری دادخواهی می‌کنند. تعدادی از تصمیمات مهم کمیسیون‌های ماده ۵ که در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شده‌اند، به عنوان رویه هیئت عمومی بررسی می‌شوند.

۱. تکلو، علی، «بررسی فقهی و حقوقی مبانی مشروعیت اقتدار دولت در تحدید مالکیت خصوصی اشخاص»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

2-Stott, D. & Alexandra, F., "Principles of Administrative Law", Cavendish Publishing limited, London, 1997, p. 7

بند اول. منع الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از املاک خود به منظور تأمین پیاده‌رو

بر اساس شکایت تقدیمی به دیوان عدالت اداری به طرفیت سازمان مسکن و شهرسازی استان قزوین، شاکیان اعلام کردند که در بند ۱-۲-۵ طرح تفصیلی شهر قزوین که در تاریخ ۱۳۷۳/۷/۲۳ به تصویب کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری رسیده، مقرر گردیده است: «در تمام طول کاربری تجاری خطی، در کلیه پلاک‌ها، در طبقه هم‌کف و در مجاورت محور تجاری، به عمق حداقل ۳ متر و به طول بر پلاک بایستی فضای باز تأمین گردد. در حالی که مالکیت این فضا اختصاصی است، اما استفاده آن عمومی و صرفاً برای عبور پیاده می‌باشد».

دیوان، جواب مستکتی عنه را جویا می‌شود. سازمان مسکن و شهرسازی استان قزوین در پاسخ به شکایت، دلیل وضع مصوبه مورد شکایت را جلوگیری از ایجاد مزاحمت مشتریان واحدهای تجاری برای عابران پیاده اعلام می‌کند. دبیر شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن مصوبه مورد شکایت، در نامه شماره ۱۳۸۰/۱۰/۲۸۰/۲۱/۲۸۷۶ اعلام می‌کند که موضوع خلاف شرع بودن بند ۱-۲-۵ از طرح تفصیلی شهر قزوین در جلسه فقیهان شورای نگهبان مطرح شد که نظر فقیهان به شرح زیر اعلام می‌شود: «در صورتی که قانون، چنین حقی را به کمیسیون مقرر در ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران داده باشد، مصوبه این کمیسیون بلاشکال است و گر نه می‌بایست دیوان عدالت از نظر غیر قانونی بودن، مصوبه را ابطال نماید».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بررسی، دادنامه شماره ۱۳۸۱/۵/۲۷-۱۷۲-۱۷۳، به ابطال مصوبه مورد شکایت رأی می‌دهد.^۱ در ابطال این مصوبه، چند نکته قابل توجه است: ۱. فقه‌های شورای نگهبان بدون اظهار نظر صریح در خصوص مغایرت شرعی مصوبه، بلاشکال بودن آن را به وجود اجازه قانونی وابسته دانسته و از شأن اولیه خود که همانا لزوم مغایرت نداشتن با شرع بودن مطلق مصوبات باشد، کوتاه آمده است.

۲. هیئت عمومی دیوان در استدلال و استناد خود برای ابطال مصوبه، ابتدا به ماده پنج قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران (مصوب ۱۳۵۱) و وظایف مقرر در آن برای این کمیسیون می‌پردازد که بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری، حسب مقررات مربوط است. سپس مصوبه کمیسیون ماده ۵ شهرستان قزوین مبنی بر الزام اشخاص به واگذاری قسمتی از املاک خود در مجاورت محور تجاری به عمق حداقل ۳ متر و به طول بر پلاک به منظور

۱. ابادری فومشی، منصور، *مجموع رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری*، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷، ص

تأمین پیاده‌رو را مغایر حکم مقنن در باب حرمت مالکیت اشخاص و اصل تسلیط و خارج از حدود اختیارات این کمیسیون در وضع مقررات دولتی تشخیص داده است و ابطال می‌کند.

با توجه به این که «مسئله تحدید تسلط مالک زمین‌های شهری بر ملک خود به حدود قانون کشوری بر مبنای اصل «لاضرر» قابل توجیه است»^۱، برای تأمین منفعت و مصلحت عمومی و با رعایت مقررات موضوعه، حق مالکیت اشخاص قابل تحدید است. در بررسی و تحلیل این رأی چنین استنباط می‌شود که منظور از اشاره به اصل تسلیط، توجه غیر مستقیم به مغایرت با موازین شرع بودن مصوبه در کنار مخالفت صریح آن با قانون باشد؛ زیرا در شرع اسلام، قانون اساسی و قوانین عادی بر رعایت حق مالکیت خصوصی افراد تأکید فراوان شده است. علاوه بر احادیث و روایات، آیات ۲۷ و ۲۸ سوره نور، ۲۹ سوره نساء و ۱۲ سوره حجرات در قرآن کریم در مورد حرمت حق مالکیت قابل توجه است. همچنین بر اساس احکام بیع در قانون مدنی و رساله امام خمینی (ره)، برخورداری از اختیار و آزادی در خرید و فروش املاک ضروری است و اگر غیر از این باشد، از مصادیق غصب خواهد بود. در مجموع، مجوزی برای دریافت رایگان املاک اشخاص وجود ندارد و اصل بر پرداخت معوض است. بنابراین، دلایل ابطال این مصوبه به صورت توأمان می‌تواند مغایرت با اصل تسلیط و موازین شرعی و مخالفت با قانون و خروج از حیطه اختیارات باشد که موجبات تحدید غیر مجاز حق شرعی و قانونی مالکان را فراهم آورده است.

بند دوم. ابطال مصوبات منع تغییر کاربری و تعیین عنوان فضای سبز حفاظت‌شده

از دیگر مصوبات مهم ابطال‌شده کمیسیون‌های ماده ۵ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بند یک مصوبه ۱۳۷۵/۲/۲۲ کمیسیون ماده ۵ مستقر در استان همدان است. طبق این مصوبه، کل فضاهای سبز موجود در شهر همدان به عنوان فضای سبز حفاظت‌شده و غیر قابل تغییر کاربری، حتی در صورت تحقق شرایط لازم اعلام می‌شوند.

باتوجه به شکایت مطرح‌شده، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به درستی، این مصوبه را که کل فضاهای سبز موجود در شهر همدان را به عنوان فضای سبز حفاظت‌شده و حتی در صورت تحقق شرایط لازم، غیر قابل تغییر کاربری و ممنوع کرده بود، مغایر قانون و خارج از حدود صلاحیت و اختیارات کمیسیون ماده ۵ دانسته و بدون اظهار نظر در وجه شرعی ابطال کرده است.^۲ به نظر می‌رسد وضع قاعده در ایجاد محدودیت برای استفاده از ملک با تعیین

۱. ناری قمی، مسعود، «سلب مالکیت از زمین‌های شخصی در طرح‌های شهری: میانی اسلامی و فرضیه استثمار»، نشریه فیروزه اسلام، پژوهش معماری و شهرسازی، بهار و تابستان ۱۳۹۵ شماره ۲، ص ۸۰.
۲. دادنامه شماره ۳۸۶-۱۳۸۱/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۱ مصوبه مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۲ کمیسیون ماده ۵ همدان.

کاربری عمومی به مدت نامعلوم و نامحدود و ممنوعیت تغییر آن بدون الزام به واگذاری رایگان تمام یا قسمتی از زمین که از مصادیق تحدید غیر قانونی حق مالکیت افراد باشد، دلیل اعلام مغایرت با قانون و خروج از حیطه اختیارات در ابطال مصوبه مورد شکایت است. در واقع، رعایت منطق اصل صلاحیت به عنوان یکی از اصول کلاسیک حقوق اداری در این جا مورد توجه قضات هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است.

همچنین ابطال بند یک صورت جلسه شماره ۱۴۵-۱۳۶۹/۳/۶ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی تهران از دیگر آرای مهم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در باب نظارت قضایی بر اعمال دستگاههای اجرایی است. به دنبال شکایتی که در این خصوص در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح و رسیدگی شد، شایان اعلام می کنند مالک قطعه زمینی هستند که در کاربری آموزشی قرار گرفته است، ولی با وجود سپری شدن مهلت قانونی اجرای طرح، شهرداری با استناد به مصوبه کمیسیون ماده ۵ از صدور پروانه ساختمانی خودداری می کند.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به وظایف قانونی شهرداریها و لزوم تحقق اصل تسلیط و اعمال حقوق مالکانه، مصوبه مورد شکایت را که صدور پروانه احداث مسکونی را در اراضی و املاک واقع در کاربریهای خدماتی طرحهای تفصیلی، علی الاطلاق و حتی پس از انقضای مهلت قانونی اجرای طرح، ممنوع و آن را در حد کاربری مندرج در طرح خدماتی، مجاز اعلام کرده بود، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات کمیسیونهای ماده ۵ تشخیص داد و ابطال کرد.^۱

در بررسی این رأی می توان گفت با توجه به مفاد قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرحهای دولتی و شهرداریها، تکلیف دستگاههای اجرایی پس از سپری شدن مهلت هجده ماه از اعلام رسمی وجود طرح مشخص است و هرگز نمی توانند مانع برخورداری اشخاص از حقوق مالکانه در قانون شوند. چون «مالکیت، حقی است برای بشر تا او بتواند بدون دغدغه و با آزادی، زندگی خود را به سر برد و شخصیت خود را بسط دهد».^۲ خاصه این که این حق، برخاسته از فطرت و علایق طبیعی انسان است و سلب و تحدید ناروا و زورمدارانه آن، بنیانهای زندگی اجتماعی و گروهی را سست و تعادل و تعامل پایدار بین حقوق و منافع عمومی با حقوق و منافع خصوصی را در همه جنبهها تضعیف خواهد کرد. صدور مصوبه مورد شکایت، به وضوح در مخالفت با قانون یادشده و خارج از اختیارات و

۱. دادنامه شماره ۱۶۹-۱۳۸۱/۵/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۱ مصوبه شماره ۱۴۵-۱۳۶۹/۳ کمیسیون ماده ۵ شهر تهران.

۲. اردلان، رحیم، «مبانی حقوقی حاکم بر تملک اموال غیرمنقول توسط دستگاههای دولتی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.

سبب تحدید حق مالکیت است و به درستی ابطال شده است. چون طبق نص صریح این قانون، در صورت عدم تملک اراضی واقع در طرح‌های عمومی در مهلت مقرر که هجده ماه است، مالک از تمام حقوق مالکانه از جمله احداث و تجدید بنا برخوردار است. ابطال قسمتی از ضوابط و مقررات طرح تفصیلی شهر ملارد که به موجب آن، پس از اجرای طرح در خارج از مهلت پنج سال نیز مالک حق ادعای دریافت وجه اعیان را ندارد، از جدیدترین دادنامه‌های هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع تحقیق است.^۲ صدور این دادنامه که طرف شکایت آن مشخص نیست، ولی علی‌الاصول باید کمیسیون ماده ۵ باشد، مستند به تبصره یک ماده واحده قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و به علت مخالفت با قانون و خروج از حیطه اختیارات بوده است که مطابق قانون، در صورت اجرای طرح در خارج از مهلت پنج سال، مالک حق دریافت وجه اعیانی احداثی را دارد. اصدار این رأی به عنوان اخیرترین موضع هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، گویای موضع کنونی دیوان در حفاظت و پاسداشت حق مالکیت خصوصی در چارچوب اسناد بالادستی نظام است. همچنین تحدید غیر قانونی حق مالکیت به واسطه وضع قاعده از طرف مرجع بدون صلاحیت، از دلایل ابطال این مصوبه است. این دلایل، حاکی از بی‌توجهی مقامات اداری به قوانین بالادستی در وضع قواعد اجرایی است که تحدید و تضییع حقوق شهروندان و بی‌اعتمادی به قدرت عمومی را در پی دارد.

بند سوم. ابطال مصوبه تثبیت اراضی مزروعی و باغات محدوده طرح جامع به عنوان فضای سبز

کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، مستقر در آذربایجان شرقی به موجب بند ۸ مصوبه مورخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۱ خود مقرر می‌دارد: «کلیه اراضی مزروعی و باغات (دایر و غیر دایر) دارای هر گونه کاربری در محدوده طرح جامع شهر تبریز، مصوب ۱۳۷۴/۱/۲۸ به عنوان کاربری فضای سبز تثبیت می‌گردد».

با هدف ابطال این مصوبه، شکایتی در دیوان عدالت اداری ثبت و جهت رسیدگی در دستور کار هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرد. دبیر کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری، مستقر در آذربایجان شرقی در پاسخ به شکایت، شهر تبریز را از جمله مناطق شهری فقیر از نظر فضای سبز اعلام و اضافه می‌کند: «در جهت جبران کمبود فضای سبز، کمیسیون ماده ۵ قانون شورای عالی شهرسازی و معماری استان، طبق بند ۸ صورت جلسه مورخ ۱۳۷۸/۱/۲۱ کلیه اراضی مزروعی و باغات دارای هر گونه کاربری را در محدوده طرح جامع

۱. دادنامه شماره ۱۱۹۷_۱۴۰۰/۰۴/۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال قسمتی از ضوابط و مقررات طرح تفصیلی شهر ملارد.

شهر تبریز (مصوب مورخ ۱۳۷۴/۱/۲۸) به عنوان کاربری فضای سبز تثبیت کرده است». هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز پس از بحث و بررسی، مصوبه مورد شکایت را که کاربری همه اراضی مزروعی و باغات (دایر و غیر دایر) را با وجود هر گونه طرح کاربری بر اساس طرح جامع شهر تبریز به عنوان فضای سبز تثبیت کرده بود، خلاف حکم قانون‌گذار و خارج از اختیارات کمیسیون ماده ۵ تبریز دانسته و ابطال کرده است.^۱ در صدور این رأی، ابتدا به بند ۳ ماده یک قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن (۱۳۵۳) در خصوص تعریف طرح تفصیلی استناد می‌شود. بر اساس این تعریف، «طرح تفصیلی عبارت از طرحی است که بر اساس معیارها و ضوابط کلی طرح جامع شهر، نحوه استفاده از زمین‌های شهری در سطح محلات مختلف شهر و موقعیت و مساحت دقیق زمین برای هر یک از آن‌ها و وضعیت دقیق و تفصیلی شبکه عبور و مرور، میزان تراکم و جمعیت ساختمانی در واحدهای شهری و اولویت‌های مربوط به مناطق بهسازی و نوسازی و توسعه و حل مشکلات شهری و موقعیت کلیه عوامل مختلف شهری در آن تعیین می‌شود». سپس به ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران (۱۳۵۱) در باب وظایف کمیسیون موضوع این ماده، در تصویب نقشه‌های تفصیلی و تغییرات آن‌ها پرداخته می‌شود که طبق قانون، مصوبات کمیسیون ماده ۵ نباید مغایر طرح جامع شهری و مؤثر در اساس آن باشد. این در حالی است که مصوبه مورد نظر برای تحدید حق مالکیت فردی، آشکارا با طرح جامع به مقابله برخاسته است و اراضی زراعی و باغات را که به عنوان کاربری فضای سبز محسوب نمی‌شوند، فضای سبز اعلام کرده و به این شکل، طرح تفصیلی از طرح جامع تبعیت نکرده است.

در پی این استدلال‌ها، مصوبه مورد شکایت، خلاف حکم قانون‌گذار و خارج از حدود اختیارات کمیسیون ماده ۵ تبریز تشخیص داده شد و به دلیل تحدید حق مالکیت ابطال گردید و به مغایرت شرعی مصوبه اشاره‌ای نمی‌شود. در خصوص ایراد مغایرت این مصوبه با قوانین کشوری شایسته ذکر است که اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی، احترام به مالکیت مشروع و منع تعرض و اضرار به آن را تصریح کرده‌اند. در قانون مدنی نیز در ماده ۳۰ و ۳۱ از حق هر گونه تصرف و انتفاع از مایملک توسط مالک به جز موارد استثنا در قانون و ناممکن بودن خروج مال از تصرف صاحب آن، مگر به حکم قانون بحث به میان آمده که نشان‌دهنده موضع قوانین اساسی و عادی کشور در خصوص احترام، انحصار، استمرار و مطلق بودن حق مالکیت است. با توجه به این که دلیل ابطال این مصوبه خروج از محدوده اختیارات و تصمیم‌گیری خلاف حکم قانون‌گذار اعلام می‌شود، می‌توان نتیجه گرفت که از نظر هیئت عمومی، اصل

۱. دادنامه شماره ۱۱۲۶-۱۳۸۶/۱۰/۰۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۸ مصوبه ۱۳۷۸/۱/۲۱ کمیسیون

حکومت قانون در صدور مصوبه مورد شکایت رعایت نشده است. مطابق این اصل، تکلیف مدیران تصمیم‌گیر و شهروندان در قانون اساسی به عنوان سند رسمی تنظیم‌گر روابط مردم با حاکمیت و دیگر مقررات موضوعه، مشخص و تأکید شده است که هیچ یک از طرفین مجاز نیستند برای تأمین و حفظ منافع خود، به طرف مقابل ضرر برسانند. همه مقامات و مراجع سیاسی و اداری باید از اصول و قواعد بنیادین حقوقی از جمله ممنوعیت تحدید غیر قانونی حقوق مالکانه اشخاص پیروی کنند. هنگام وضع قواعد از جایگاه حقوق عمومی برای تحدید حقوق خصوصی، صرفاً اشخاص دارای صلاحیت قانونی اقدام کنند و مقامات در تصمیم‌گیری‌هایشان از حدود اختیارات خارج نشوند.

بند چهارم. منع الزام اشخاص به واگذاری رایگان قسمتی از ملک خود برای دریافت مجوز باغ بنا

تقاضای ابطال مصوبه صادر شده کمیته فنی کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ در شهر اراک، موضوع شکایت دیگری است که در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به آن رسیدگی شد. در این شکایت، شاکی مدعی می‌شود تقاضای احداث ساختمان طبق ضوابط باغ بنا، در ۵۰۴ متر مربع از ملک خود را کرده که در بافت داخل شهر واقع و متروکه شده، ولی در سند باغ قید گردیده است. شهرداری اراک با استناد به مصوبه ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ شورای عالی شهرسازی و معماری استان مرکزی، صدور مجوز احداث را به واگذاری ۲۵ تا ۴۵ درصد از مساحت اراضی به طور رایگان (یا معادل وجه آن) به شهرداری وابسته کرده است.

در پاسخ به شکایت، رئیس سازمان مسکن و شهرسازی استان مرکزی به ماده ۱۰۱ الحاقی و اصلاحی قانون شهرداری، ماده ۵ قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی و دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری استناد و شکایت مطرح شده را بی‌اساس اعلام می‌کند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از کسب نظر فقهای شورای نگهبان و بحث و بررسی در خصوص مصوبه مورد شکایت، رأی به ابطال آن صادر می‌کند.^۱

در بخش اول این رأی با استناد به نامه شماره ۸۹/۳۰/۴۱۴۸۳-۱۳۸۹/۱۱/۲۰، قائم مقام دبیر شورای نگهبان که اعلام می‌کند: «موضوع مصوبه مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ کمیته فنی کمیسیون ماده ۵ شهر اراک در قسمت اختصاص ۲۵ یا ۴۵ درصد از زمین متقاضیان احداث بنا که سند املاک آن‌ها باغ می‌باشد، در جلسه مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۶ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقهای معظم به شرح ذیل اعلام می‌شود: «اطلاق مصوبه نسبت به مواردی

۱. دادنامه شماره ۵۱۷-۱۳۹۱/۷/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال مصوبه ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ کمیسیون ماده

که مقادیر مقرر در مصوبه زاید بر نیاز باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد». مصوبه در قسمت مورد شکایت، مغایر موازین شرع شناخته شده و از تاریخ تصویب ابطال می‌شود».

در بخش دوم با استناد به ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران (۱۳۵۱)، حدود وظایف و اختیارات کمیسیون ماده ۵ و تصویب طرح‌های تفصیلی و تغییرات آن‌ها و دیگر امور مربوط بررسی شده است. وضع قاعده خاص مبنی بر الزام مالکان به واگذاری قسمتی از ملک خود به شهرداری برای موافقت با احداث بنا در باغات، به منظور تأمین امکانات شهری، خارج از حدود اختیارات مصرح در قانون برای این کمیسیون تشخیص داده شد. از این رو، مصوبه مورد شکایت به لحاظ مخالفت با قانون و تحدید حق مالکیت ابطال گردید. به عبارت دیگر، این مصوبه به دلیل مغایرت با شرع و مخالفت با قانون ابطال شد. با مذاقه در این رأی چنین استنباط می‌شود که از یک سو، مطابق قانون هیئت عمومی، ملزم به تبعیت از نظر فقهای شورای نگهبان در خصوص احراز مغایرت مصوبات مورد شکایت با شرع مقدس اسلام است و از طرف دیگر، مصوبه مورد شکایت با حدود وظایف و اختیارات قانونی شورای عالی شهرسازی و معماری مغایرت دارد. تأکید هر دو مرجع (شرع و قانون) بر این است که با توجه به جایگاه ممتاز حق مالکیت در حیات سیاسی، اجتماعی و اقتصادی جامعه، مقامات و دستگاه‌های یادشده، اختیار وضع قواعد متضمن تحدید و سلب حقوق مالکانه اشخاص را ندارند.

در این خصوص می‌توان اضافه کرد که موضوع حق مالکیت اشخاص و تحدید نشدن آن از طرف قدرت عمومی به قدری مهم است که حتی مکتب‌های مهم حقوقی نیز با درک صحیح از اصول و هنجارهای اساسی اثرگذار در قوام و استمرار نظم و عدالت در جامعه، بر اهمیت حق مالکیت شخصی تأکید کرده‌اند. «مکتب حقوق طبیعی همواره این عقیده را مطرح می‌کند که حق مالکیت شخصی مانند آزادی جزء حقوق فطری و طبیعی است و هدف جامعه باید حفظ این حقوق باشد».^۱ پس ابطال مصوبه که با مشروط کردن صدور پروانه ساختمانی موجب تحدید حق مالکیت شده بود، از پشتوانه و استناد شرعی و قانونی خدشه‌ناپذیر برخوردار است. موضع هم‌سوی شورای نگهبان و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، نمودی از هم‌سویی قانون و شرع در پاسداری از حق مالکیت خصوصی اشخاص در جامعه است که زمینه‌ساز تقویت دیگر حق‌ها خواهد بود.

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴، ص ۲۲۰.

بند پنجم. منع الزام اشخاص به واگذاری رایگان املاک خود برای احداث فضاهای عمومی و خدماتی

شکایتی به طرفیت کمیسیون ماده ۵ قانون شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، مستقر در شهر تهران در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بررسی شد. در این شکایت، شاکی، بند ۱۶-۲۹ ضوابط و مقررات طرح تفصیلی منطقه ۲۲ تهران مصوب ۱۳۹۰/۱۲/۱ کمیسیون ماده ۵ (موضوع بند ۳ صورت جلسه ۳۵۷ کمیسیون) را که مشعر بر واگذاری رایگان ۷۰ درصد اراضی بالای ۱۰۰۰ متر مربع برای احداث فضاهای خدماتی و عمومی شهری به شهرداری است، غیر قانونی دانسته و خواستار ابطال آن شده است. در پاسخ به شکایت، مدیر کل حقوقی شهرداری تهران در لایحه‌ای، به تبصره ۴ ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و مصوبه ۱۳۹۰/۱۰/۰۳ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران به عنوان مبانی قانونی این مصوبه، استناد کرد و خواهان رد شکایت شد. قائم مقام دبیر شورای نگهبان نیز به موجب نامه شماره ۱۳۹۳/۱/۳۱-۲۶۵/۱۰۲/۹۳ اعلام کرد: «بند ۳ مصوبه شماره ۳۵۷ قبلاً توسط فقهای محترم خلاف موازین شرع شناخته شد و مراتب طی نامه شماره ۱۳۹۲/۴/۱-۹۲/۳۰/۵۱۰۶۷ به آن دیوان اعلام گردیده است و لذا بند ۱۶-۲۹ از این جهت، خلاف موازین شرع می‌باشد». هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بحث و بررسی، مصوبه پیش‌گفته را ابطال کرد.^۱

در ابطال این مصوبه به اعلام نظر صریح فقهای شورای نگهبان در مغایر موازین شرع بودن مصوبه مورد شکایت و تبصره ۲ ماده ۸۴ و ۸۷ قانون تشکیلات آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مبنی بر لزوم‌الاتباع بودن نظر فقهای شورای نگهبان بر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری استناد شده است. همچنین به سابقه مغایر شرع مقدس اسلام شناخته شدن بند ۳ مصوبه ۳۵۷ کمیسیون ماده ۵ شهر تهران توسط فقهای شورای نگهبان در همین خصوص تأکید و اضافه گردیده است: «نظر به این‌که در بند ۱۶-۲۹ ضوابط و مقررات طرح تفصیلی منطقه ۲۲ تهران، رعایت بند ۳ مصوبه ۳۵۷ کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی معماری ایران در شهر تهران الزامی اعلام شده است، پیش از این، بند ۳ مصوبه ۳۵۷ توسط فقهای شورای نگهبان، مغایر شرع مقدس اسلام شناخته شده و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب رأی شماره ۱۳۹۲/۷/۲۹-۴۸۸ آن را ابطال کرده است». توجه به دو نکته در این رأی اهمیت دارد:

نکته اول، اشاره هیئت عمومی به ضرورت تبعیت از نظرات فقهای شورای نگهبان در باب احراز مغایرت مصوبات با موازین شرع است. این موضوع علاوه بر تصریح در قانون دیوان

۱. دادنامه شماره ۱۳۹۴/۹/۱۰-۱۰۸۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۱۶-۲۹ ضوابط طرح تفصیلی منطقه ۲۲ تهران.

عدالت اداری، به وظایف و اختیارات فقهای شورای نگهبان در خصوص پاسداری از احکام اسلام و نظارت بر مصوبات از باب مغایرت نداشتن با موازین شرع نیز معطوف است. «صیانت از حق مالکیت خصوصی از ضروریات فقه اسلامی است»^۱ و فقهای شورای نگهبان با توجه به جایگاه قانونی خود در پاسداری از فقه اسلامی، وظیفه مهمی در این مورد دارند. نکته دوم، ابطال این مصوبه با استناد به مغایر شرع بودن آن است که در واقع، بر حرمت اصل تسلیط تأکید دارد که یکی از مشهورترین قواعد فقهی است و کاربرد گسترده اقتصادی و اجتماعی در اسلام دارد. این اصل همواره ارکان مالکیت را تثبیت کرده است و بر اهمیت اموال و املاک در دین اسلام و انتظام بخشی به حوزه های اجتماعی و اقتصادی و قوام و ثبات سیاسی جامعه تأکید می کند. بر اساس این اصل، شخص مالک، اختیار هر نوع تصرف در اموال خویش را دارد و هیچ مرجعی اجازه تحدید سلطنت او بر مایملک خود را ندارد. این در حالی است که مصوبه مورد نظر منجر به ایجاد محدودیت در استفاده کامل از حق مالکیت می شود. از فراز پایانی این رأی چنین استنباط می شود که مغایرت مصوبه با موازین شرع به طریق اولی مغایرت با قانون نیز هست که به جهت کفایت دلیل شرعی در ابطال مصوبه، از ذکر مستند قانونی صرف نظر شده است؛ چون اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شأن «شرع» را بالاترین جایگاه در سلسله مراتب هنجار حقوقی در ایران در نظر گرفته است. پس مغایرت یک عمل یا مصوبه با شرع، استدلال های دیگر علیه آن را غیر ضروری می سازد.

بند ششم. منع الزام اشخاص به واگذاری رایگان قسمتی از املاک خود به شهرداری هنگام صدور پروانه ساختمانی

کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، در سال ۱۳۹۳، طرح تفصیلی اسلام شهر را تصویب کرد و به موجب بند ۳-۱ آن مقرر داشت که صدور پروانه ساختمان برای اراضی خالی و مستحدثات ویژه با کاربری نامتجانس شهری (مانند تعمیرگاه و دامداری) که بیش از ۵۰۰۰ متر مربع مساحت داشته و پیش از تهیه طرح جامع در محدوده شهر قرار گرفته باشند، به واگذاری ۷۰ درصد از مساحت ناخالص زمین به صورت رایگان به شهرداری وابسته است. به دنبال شکایت مطرح شده، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری،^۲ در مطلع رأی خود به

۱. جنیدی، لعیا، محمدصادق تیموری، محمد صفری و رضا عباسیان، «صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام، ایران و بین الملل»، فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، دوره نهم، شماره ۱۷، ص ۴.

۲. دادنامه شماره ۱۴۴۳-۱۲/۲۲-۱۳۹۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۳-۱ طرح تفصیلی شهر اسلام شهر.

مفاد ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) اشاره کرد.^۱ آن گاه با برشمردن آرای شماره ۱۳۸۶-۳۸۹/۱۰/۱۳۸۱، ۱۳۸۶/۹/۱۱-۹۶۴ و ۱۳۸۱/۵/۲۷-۱۷۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، در ابطال برخی مصوبات شوراهای اسلامی و کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری که به دلیل مغایرت با قانون و خروج از حدود اختیارات ابطال شده‌اند، قسمت اخیر بند ۳-۱ مصوبه مربوط به طرح تفصیلی اسلام‌شهر را (با عنوان مقررات تفکیک در اراضی واقع در کاربری‌های پیشنهادی طرح تفصیلی) که مشعر بر اختصاص ۷۰ درصد از مساحت ناخالص زمین به عنوان سهم شهرداری به صورت رایگان به هنگام صدور پروانه ساختمانی در اراضی دارای مشخصات یادشده در مصوبه است، مغایر با آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال مصوبات مشابه دانست و ابطال کرد.

در بررسی این رأی باید گفت که ضعف ضمانت اجرای ماده ۹۲ قانون دیوان عدالت اداری در الزام به رعایت مفاد آرای هیئت عمومی در تصمیمات جدید دستگاه‌ها سبب افزایش بی‌توجهی به آرای مربوط به ابطال مصوبات مشابه شده و هیئت عمومی به لحاظ شکلی، با استدلال مغایرت مصوبه مورد شکایت با آرای قبلی خود، آن را ابطال کرده است. از بُعد ماهوی نیز نکته مهم، استناد به مغایرت با قانون و خروج از حدود اختیارات در مصوبات ابطال شده است. با توجه به این که این عبارت، یک مفهوم کلی است، به نظر می‌رسد منظور هیئت عمومی از ذکر آن، اشاره به وظیفه و اختیار کمیسیون ماده ۵ بوده که بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی است. هم‌چنین می‌خواهد بر این نکته تأکید کند که مصوبات این کمیسیون بر حقوق مالکانه بی‌تأثیر نیست و محدودیت‌هایی برای مالکان ایجاد می‌کند، ولی مسلم است که این مصوبات نباید حقوق مالکانه اشخاص را سلب یا بر خلاف قوانین کشور، وظایف و تکالیفی ایجاد کند و موجب تحدید حق آن‌ها شود. کمیسیون ماده ۵ در تصمیمات خود باید در چارچوب طرح جامع شهر عمل کند و از حدود وظایف تعیین شده و اصل حاکمیت قانون خارج نشود؛ زیرا «در اصطلاح حاکمیت قانون، کلمه «قانون» به معنی اعم آن استعمال شده و مقصود از آن، قواعدی حقوقی است که حاکم و ناظر بر اعمال تصمیمات اداری است، خواه این قواعد، به وسیله خود مقامات اداری وضع شده باشند (مانند آیین‌نامه‌های اداری و تصمیمات انفرادی اداری) و خواه به وسیله مقاماتی غیر از مقامات اداری وضع و به دستگاه اداری تحمیل شده باشند (مانند قانون اساسی و قوانین عادی و...)».^۲

۱. «چنان‌چه مصوبه‌ای در هیئت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیئت عمومی در مصوبات بعدی الزامی است. هر گاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیئت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان، موضوع را خارج از نوبت، بدون رعایت مفاد ماده ۸۳ قانون مذکور و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده در هیئت عمومی مطرح می‌نماید».

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۴، ص ۴۴۱.

بنابراین، به نظر می‌رسد که از یک طرف، تأکید دیوان بر رعایت قوانین وضع‌شده توسط مقتن به معنی خاص قانون است و از طرف دیگر، بیان این نکته است که هر چند ممکن است قاعده وضع‌شده توسط مقام اداری در معنی عام خود، قانون تلقی شود، ولی به لحاظ مغایرت با قوانین بالادستی و خروج مرجع اداری از محدوده اختیارات خود، تصمیم یادشده بی‌اثر و باطل خواهد بود. بر این اساس، می‌توان گفت که هر چند دیوان عدالت اداری ایران در طول دهه‌های گذشته، نوآوری شایسته‌ای در ارتباط با اصول حقوقی، هم‌سنگ و هم‌تراز با نهادهای قضایی مشابه در دیگر نظام‌های توسعه‌یافته نداشته، اما در همین حد نیز با تکیه بر اصول کلاسیک حقوق اداری به انضمام قواعد فقهی موجود هم‌چون قاعده تسلیط، از حق مالکیت خصوصی اشخاص دفاع کرده است، به صورتی که مراجع اجرایی نتوانند به میل و فراخور تشخیص خود بدون رعایت حقوق اشخاص عمل کنند.

بند هفتم. منع وابسته کردن اجازه ساخت و ساز به واگذاری درصد قطعه به شهرداری

کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری شهر تهران، ضوابط و مقررات طرح تفصیلی یک‌پارچه شهر تهران را در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱ به تصویب رساند. به موجب بند ۳۰-۱۶ صفحه ۵۲ این ضوابط، صدور پروانه ساخت و ساز، در قطعاتی از اراضی که با تدقیق خط محدوده مصوب طرح جامع شهر تهران (مصوبه ۱۳۸۶/۰۹/۰۳) به محدوده شهر منضم شده‌اند، به واگذاری ۷۰ درصد وسعت قطعه به شهرداری برای تأمین خدمات عمومی شهری وابسته شده و مالک تنها مجاز به استفاده از ۳۰ درصد ملک برای ساخت و ساز طبق پهنه مربوط است.

شکایتی با موضوع درخواست ابطال این بند به علت غیر قانونی، غیر شرعی و خارج از اختیارات بودن آن تقدیم دیوان عدالت اداری می‌شود و رسیدگی به آن در دستور کار هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرد. در گردش کار پرونده، مدیر کل حقوقی شهرداری تهران طی لایحه دفاعیه، با تشریح وضعیت خاص شهر تهران و ضرورت تأمین خدمات عمومی، تصویب مصوبه مورد اعتراض را از اختیارات کمیسیون ماده ۵ می‌داند و قانونی اعلام می‌کند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، نظر فقهای شورای نگهبان را جویا می‌شود. دبیر شورای نگهبان در نامه شماره ۱۳۹۵/۲/۲۳-۲۳-۹۵/۱۰/۵۳۰ اعلام می‌کند: «در مورد بند ۳۰/۱۶ مورد شکایت، اخذ هر مقدار از زمینی که ملک اشخاص است، خلاف موازین شرع است و اگر بخواهند به موجب تبصره ۴ مصوبه ۱۳۶۷ عمل شود، در صورتی که مالکین اراضی خارج از محدوده، متقاضی اخذ مزایای ورود به محدوده باشند، به حسب تبصره مذکور، فقط حق اخذ ۲۰ درصد را دارند و اخذ بیش از آن، مغایر قانون و خلاف موازین

شرع است. اما در مورد ایراد بر ضوابط مذکور در تفکیک، در صورتی می‌توانند این ضوابط را وضع کنند که قانوناً حق جعل این سخت‌گیری‌ها را داشته باشند و الا مغایر قانون است و تشخیص این امور به عهده دیوان عدالت اداری است».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تبعیت از نظر فقهای شورای نگهبان، مستند به ماده ۱۳ و تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲)، بر ابطال بند ۳۰-۱۶ مصوبه مورد شکایت به جهت مغایرت با شرع از تاریخ تصویب رأی داد.^۱ در دادنامه صادرشده، تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مبنی بر لازم‌الاتباع بودن نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی و نامه قائم مقام دبیر شورای نگهبان که مطابق نظریه مورخ ۱۳۹۵/۲/۱۵ فقهای شورای نگهبان، بند ۳۰-۱۶ ضوابط و مقررات طرح تفصیلی یک‌پارچه شهر تهران را خلاف شرع اعلام می‌کند، مورد استناد قرار گرفته و مصوبه مورد شکایت بدون اشاره به مخالفت با قانون، صرفاً به لحاظ خلاف شرع بودن از تاریخ تصویب ابطال می‌گردد.

در تحلیل این رأی می‌توان گفت مصوبه مورد شکایت به لحاظ این‌که بر محدوده جغرافیایی شهر تهران به عنوان مهم‌ترین قانون سیاسی اقتصادی کشور اثرگذار است، اهمیتی فوق‌العاده دارد. مفاد این مصوبه در نقض قاعده تسلیط و تحدید حقوق مالکانه که به شکل مشروط کردن صدور پروانه ساختمانی به واگذاری رایگان ۷۰ درصد مساحت ملک است، به قدری مبرهن و غیر قابل اغماض است که فقهای شورای نگهبان با صراحت و قاطعیت مطلق، آن را خلاف موازین شرع اعلام می‌کنند. هیئت عمومی نیز نظر فقهای شورای نگهبان را برای ابطال مصوبه کافی می‌داند و به اعلام مخالف با قانون بودن مصوبه مورد شکایت در جهت تکمیل استنادات نیازی نمی‌بیند؛ زیرا مخالف شرع بودن به طریق اولی، مخالفت با قانون را نیز در پی دارد. این رأی همانند آرای بالا، به درستی مفروضاً مبتنی بر «اصالت مالکیت خصوصی» و «استثنا بودن نقض یا تحدید حق مالکیت خصوصی» استوار گشته است.

بند هشتم. ابطال مصوبه تعیین رایگان ۷۰ درصد از مساحت ناخالص زمین اشخاص برای تأمین خدمات

برای ابطال تبصره ۱۰ از بند ۴-۲ ضوابط و مقررات طرح جامع و بند ۴-۲ از ضوابط و مقررات طرح تفصیلی شهر شه‌ریار، شکایتی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح می‌شود. شاکی در توضیح شکایت خود اظهار می‌کند که در بند ۴-۲ از ضوابط و مقررات طرح تفصیلی شه‌ریار مقرر شده است: «بر اساس مصوبه شورای عالی شه‌رسازی و معماری،

۱. دادنامه ۱۳۹۶/۴/۷-۶۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۳۰-۱۶ ضوابط و مقررات طرح تفصیلی

یک‌پارچه تهران.

صدور پروانه ساختمانی در اراضی خالی و مستحدثات ویژه با کاربری نامتجانس شهری (مانند تعمیرگاه، دامداری، پادگان و...) با وسعت بیش از ۵۰۰۰ متر مربع (در یک پلاک و یا چند پلاک) که پیش از تهیه طرح جامع در حریم شهر قرار داشته‌اند، با هر کاربری استفاده از زمین که باشد، منوط به تعیین ۷۰ درصد از مساحت ناخالص زمین به عنوان سهم شهرداری به صورت رایگان برای تأمین خدمات است.^۱ این در حالی است که مصوبه کمیسیون ماده ۵ در این خصوص، غیر قانونی و خارج از حدود اختیارات است. هیئت عمومی پس از بررسی طبق نظر شورای نگهبان، مصوبه مورد شکایت را مغایر با موازین شرع و خارج از حدود اختیارات مرجع تصویب تشخیص و به ابطال آن رأی می‌دهد.^۲

با مذاقه در این رأی، وقوع سه تخلف عمده یعنی نقض قاعده تسلیط، مغایرت با موازین شرع و خروج از حیطه اختیارات قانونی، بر خلاف وظایف و اختیارات تعیین‌شده در قانون و تحدید حق مالکیت از ناحیه مرجع صدور مصوبه ملاحظه می‌شود. مالکیت در واقع، احاطه اعتباری است و «این اعتبار از سوی شارع یا قانون‌گذار و یا عرف صورت می‌گیرد».^۳ بنابراین، ایجاد محدودیت در اعمال تسلط و اعمال حق مالکیت اشخاص به املاک خود توسط دیگران، بر خلاف شرع، قانون و عرف است و قابل پذیرش نیست. در همین راستا، در پرونده مورد بحث، فقهای شورای نگهبان، مغایرت شرعی مصوبه را اعلام کردند. هیئت عمومی نیز آن را به عنوان یکی از مستندات صدور رأی در نظر گرفته است. در مورد مخالفت مصوبه مورد شکایت با قانون نیز رعایت نشدن اصل حکومت قانون و ضرورت مستند بودن تصمیمات مراجع اداری به روح و متن قانون، هیئت عمومی را به ابطال مصوبه مجاب کرده است.

بنابراین، جای تعجب است که در پناه قدرت عمومی مراجع اداری و اجرایی، چنین آشکار و بی‌پروا، حقوق مسلم شهروندان و قوانین موضوعه را در باب حق مالکیت نادیده می‌گیرند. امروزه رعایت حرمت حق مالکیت و پرهیز از تحدید غیر قانونی آن چنان اهمیتی دارد که با الهام از قوانین داخلی کشورها، در اسناد بین‌المللی نیز انعکاس یافته و به یک قاعده جهانی تبدیل شده است. ماده ۱۵ اعلامیه اسلامی حقوق بشر، حق کسب مالکیت برای انسان‌ها را از راه‌های مشروع و بدون اضرار به جامعه و دیگران محترم شمرده و سلب مالکیت فردی را فقط با پرداخت غرامت عادلانه و فوری و با تأمین منفعت عمومی مجاز دانسته است. در ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر نیز که در سال ۱۹۴۸ با رویکرد تأکید بر اساسی و بنیادی‌ترین حقوق بشر تصویب شد، به حق مالکیت اشاره شده که مهم‌ترین فرازهای آن، به رسمیت شناختن مالکیت فردی و شراکتی و منع سلب یا تحدید مالکیت اشخاص بر خلاف قانون است.

۱. دادنامه ۱۹۱۵-۱۹۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بخشی از ضوابط طرح تفصیلی شهریار.

۲. نصرتی، حسن‌علی، «مالکیت زمین در اسلام»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی قم، ۱۳۸۶.

بند نهم. ابطال مصوبه واگذاری سطوح خدماتی به شهرداری به صورت رایگان

کمیسیون ماده ۵ شهر اصفهان به موجب بند ۷-۱ طرح تفصیلی شهر اصفهان (مصوب ۱۳۷۳)، با استناد به دستورالعمل اجرایی مواد ۱۴ و ۱۵ قانون زمین شهری به ترتیب مقرر می‌دارد که در تفکیک قطعات مالکیت با کاربری مسکونی که مساحت آن‌ها ۱۰۰۰ متر مربع و بیش‌تر باشد، مالک موظف است علاوه بر سطوح معابر که در اختیار شهرداری قرار می‌دهد، سطوح خدماتی مورد نیاز را نیز بر اساس ضوابط جدول شماره ۱ به ارگان‌های دولتی مربوط واگذار کند. همچنین بر اساس تبصره ۱ ذیل بند ۸-۱ همان طرح مقرر می‌شود سهم خدماتی به دست آمده حاصل از تفکیک قطعات با مساحت کم‌تر از ۵۰۰۰ متر مربع در اختیار شهرداری قرار گیرد که به صورت پلاک برای عوض‌های خدماتی شهر بهره‌برداری شود.

شکایت مطرح‌شده مبنی بر ابطال بندهای یادشده در هیئت عمومی دیوان عدالت مطرح و پس از بحث و بررسی، مقررات اشاره‌شده ابطال می‌شود.^۱ در رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، الزام مالک به واگذاری رایگان سطوح خدماتی به شهرداری، مغایر با قانون و خارج از حیطه اختیارات کمیسیون ماده ۵ (که وظایف آن، بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها در هر استان است) و به عبارت دیگر، از مصادیق تحدید حق مالکیت اعلام می‌گردد. همچنین نص صریح ماده ۱۰۱ قانون اصلاحی شهرداری در خصوص سهم خدماتی حاصل از تفکیک شهرداری که صرفاً در املاک بالاتر از ۵۰۰ متر مربع تعیین شده و مجاز است، مورد تأکید قرار گرفته و با توجه به مفاد نامه شماره ۱۳۹۸/۴/۳۱-۹۸/۱۰۲/۱۱۱۵۰ قائم مقام دبیر شورای نگهبان (که مغایر شرع نبودن مصوبه مورد شکایت را منوط به مازاد بر میزان مندرج در قانون نبودن زمین درخواستی و پرداخت معوض زمین‌های دریافتی اضافه اعلام می‌کند)، بندهای ۷-۱ و تبصره ذیل بند ۸-۱ مصوبه یادشده کمیسیون ماده ۵، بدون احراز مخالفت با شرع و صرفاً به علت مغایرت با قانون ابطال گردید.

در این رأی نیز تحدید حق مالکیت، به شکل صدور مصوبه مغایر با قانون و خروج از حیطه اختیارات است؛ زیرا با توجه به نص صریح ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، الزام اشخاص به واگذاری تمام یا قسمتی از ملک خود بدون دریافت معوض یا تحدید مالکیت مشروع به منظور ارائه خدمات عمومی در این قانون تجویز نشده است. آنچه در ماده ۱۰۱ قانون شهرداری آمده، دریافت سهم مشخصی از اراضی هنگام افراز و تفکیک است که با فراهم شدن شرایط قانونی و بدون لزوم دخالت کمیسیون ماده ۵، شهرداری می‌تواند آن را انجام دهد.

۱. دادنامه شماره ۹۷۵-۱۳۹۹/۸/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال بند ۷-۱ و تبصره بند ۸-۱ مصوبه کمیسیون ماده ۵ اصفهان.

در بررسی استنادات هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال مصوبات مورد بحث در این بند و بندهای قبلی که از جایگاه نظارت قضایی، «اقدامات یا تصمیمات قوه یا قوای حکومتی را بازبینی می‌کند»^۱ می‌توان گفت علاوه بر توجه به حدود صلاحیت و وظایف قانونی و شرعی، بر اصول کلی حقوقی و اصول قانونی از جمله ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و ماده ۱۰۱ قانون شهرداری به عنوان مستندات رأی صادرشده، بیش‌تر تأکید شده است. استناد به ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، در بیان وظایف و اختیارات کمیسیون ماده ۵ در بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها و هماهنگی با طرح جامع و دیگر امور مرتبط طبق مقررات، در دادنامه‌های مورد بحث، بیانگر توجه به مبانی و اصول قانونی توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، در صدور احکام است. در کنار استناد به مواد قانونی، توجه به اصول کلی حقوقی نیز اهمیت دارد. این موضوع به ویژه با طرح و گسترش دکتترین «حکمرانی خوب» و حق بر «اداره خوب» در حقوق اداری مدرن اهمیت بیش‌تر می‌یابد.

در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری در کنترل قضایی و نظارت مؤثر قضات دیوان بر تصمیمات و اقدامات مقامات اداری بر اساس اصول ۱۷۳ و ۱۶۷ قانون اساسی، جایگاه رفیعی دارد که از رهگذر این جایگاه، دیوان در شناسایی و تثبیت بسیاری از اصول حقوقی به خصوص اصول کلی حقوق اداری و به تبع آن، شکل‌دهی و هدایت نظام حقوق اداری کشور نقش مهمی پیدا می‌کند.^۲ با توجه به رأی بررسی‌شده باید اذعان کرد اصول کلی حقوقی، جایگاه واقعی خود را در سیستم اداری کشور تثبیت نکرده است.

استناد به ماده ۱۰۱ قانون اصلاحی شهرداری توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و تأکید بر این‌که میزان و چگونگی واگذاری رایگان اراضی اشخاص هنگام تفکیک و افراز در قانون یادشده مشخص شده است و شهرداری حق دریافت اراضی رایگان از املاک اشخاص، بیش‌تر از میزان مقرر در قانون را ندارد، می‌تواند از نتایج توجه به اصل حاکمیت قانون باشد. به این معنی که «سازمان‌های اداری و مقامات آن باید به ضابطه‌های قانونی احترام بگذارند و اعمال و تصمیمات خود را بر بنیاد موازین قانونی اتخاذ کنند یا انجام دهند».^۳

به عبارت دیگر، «اقتدار حاکمیتی از طریق نهادهای مستقر به منظور بسط اراده عمومی اعمال می‌شود. از این رو، گرچه این اقتدار مطلق است، ولی هیچ وجه مشترکی با اعمال قدرت استبدادی ندارد. اراده حاکمیتی، متضاد اراده شخصی است. از آن‌جا که ابراز اراده حاکم

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۹۵، ص ۳۹.

۲. آقایی طوق، مسلم و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در رأی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، دوره سوم، شماره ۶، ص ۱۶۲.

۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۴، ص ۴۵.

در قالب قانون صورت می‌گیرد، حاکمیت در واقع، همان حاکمیت قانون است.^۱ بنابراین، در پاسداری از احکام شرع و قوانین موضوعه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با مستند قرار دادن ماده یادشده، ضمن توجه به اصل قانونی بودن اعمال اداری، بر این نکته تأکید دارد که نباید به بهانه تأمین منفعت عمومی، از قدرت عمومی استفاده ناروا گردد و حقوق قانونی اشخاص، فراتر از قانون، محدود یا سلب شود.

گفتار دوم. استدلال‌های کمیسیون‌های ماده ۵

در نگاه نخست به نظر می‌رسد که کمیسیون ماده ۵ و رویکرد حاکم بر آن، تکیه بر برتری «منافع عمومی» باشد. شناخت استدلال‌های این مرجع می‌تواند در علت‌شناسی رویه آن راه‌گشا باشد که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. مسائل اجتماعی

طبق بررسی‌های صورت‌گرفته، کمیسیون‌های ماده ۵ در تصویب مصوبات ابطال‌شده، کم‌تر به مستندات قانونی استناد جسته و بیش‌تر به بیان عبارات کوتاه در توجیه مصوبه اکتفا کرده‌اند. مفهوم این امر، غیر مستند بودن مصوبه و مغایرت با اصل حاکمیت قانون یا قانونی بودن اقدامات اداری را به ذهن می‌رساند. «مفهوم اصل حاکمیت قانون این است که عمل دولت باید مبتنی بر یک قاعده حقوقی باشد. سازمان اداری هرگز اختیار اعمال خودسرانه ندارد و صلاحیت‌هایش نیز هرگز مطلق و نامحدود نیست، بلکه هر کدام از اقداماتش باید در متون قانونی، تلویحاً یا صراحتاً پیش‌بینی شده باشد».^۲

استنادات وضع این مصوبات با رجوع به لوایحی که ادارات کل مسکن و شهرسازی به عنوان محل استقرار دبیرخانه کمیسیون‌های ماده ۵ و شهرداری‌ها به عنوان مجری مصوبات به دیوان عدالت اداری ارسال کرده‌اند، بررسی شده است. در تعدادی از مصوبات، کمیسیون‌های ماده ۵ در مقام بیان مسائل اجتماعی و شرایط محیطی مانند رجحان تداوم حیات شهری به حقوق شهروندی و توضیح جنبه‌های فنی موضوع مانند نیازها و احتیاجات شهری و تأمین خدمات عمومی از محل اراضی اشخاص بدون پرداخت معوض برآمده‌اند. در این بخش، هیچ استناد قانونی مشخص، فارغ از سندیت ماهوی آن به چشم نمی‌خورد.

۱. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۳، صص ۲۰۱-۲۰۰.

۲. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۶۹.

بند دوم. قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری

در گردش کار صدور دادنامه‌های شماره ۱۷۲-۱۷۳ مورخ ۱۳۸۱/۵/۲۷ و ۱۱۲۶-۱۳۸۶/۱۰/۲ و ۱۹۱۴-۱۳۹۷/۱۰/۱۱ و ۴۸۸-۱۳۹۲/۷/۲۹ توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ابطال مصوبات مورد شکایت کمیسیون‌های ماده ۵ شهرهای قزوین، تبریز، شهریار و تهران چنین وضعیتی قابل ملاحظه است. در برخی مصوبات هم قوانین و مقررات به عنوان مبنای تصمیم کمیسیون‌های ماده ۵ جلب نظر می‌کند. استناد به ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در تصمیم‌گیری کمیسیون‌های یادشده در گردش کار دادنامه‌های شماره ۱۱۲۶-۱۳۸۶/۱۰/۲ و ۱۹۱۴-۱۳۹۷/۱۰/۱۱ قابل اغماض نیست. در بررسی این ماده، اختیاری که حاکی از اجازه وضع قاعده و تحدید حق مالکیت به وسیله این کمیسیون باشد، ملاحظه نمی‌شود. بنابراین، کمیسیون‌ها بیش از این که به اصل حکومت قانون توجه کنند، بر توجیه تصمیم متمرکز شده‌اند.

بند سوم. ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها

تبصره ۴ ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها هم به عنوان مستند مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵ موضوع دادنامه‌های شماره ۱۰۸۵-۱۳۹۴/۹/۱۰ و شماره ۱۹۱۴-۱۳۹۷/۱۰/۱۱ و شماره ۶۲۸-۱۳۹۶/۷/۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شایسته توجه است. این تبصره صرفاً اجازه وصول تا ۲۰ درصد از اراضی خارج از محدوده شهرها را هنگام ورود به داخل محدوده داده است، آن هم به شرطی که ارائه تقاضای الحاق به محدوده از طرف مالک باشد. در غیر این مورد، برای تحدید مالکیت اشخاص قابل استناد نیست. اساساً افزایش محدوده شهر از اختیارات شورای عالی شهرسازی و معماری بوده و خارج از وظایف کمیسیون ماده ۵ است.

بند چهارم. قانون شهرداری

ماده ۱۰۱ سابق و اصلاحی قانون شهرداری نیز به عنوان بخشی از مستندات طرف‌های شکایت در لویح ارسالی به دیوان در گردش کار دادنامه‌های شماره ۹۷۵-۱۳۹۹/۸/۲۷ و شماره ۶۲۸-۱۳۹۶/۷/۴ و شماره ۱۹۱۴-۱۳۹۷/۱۰/۱۱ و شماره ۵۱۷-۱۳۹۱/۷/۲۴ قابل بررسی است. در این ماده بدون اشاره به ضرورت صدور مجوز از کمیسیون ماده ۵ برای دریافت سهم شهرداری از اراضی اشخاص، صرفاً حصول شرایط اعلامی در قانون هنگام تفکیک یا افراز زمین، جواز دریافت سهم مشخصی از اراضی است. بنابراین، استناد کمیسیون‌های ماده ۵ به این ماده وجاهت ندارد.

بند پنجم. قانون زمین شهری

ماده ۱۴ و ۱۵ قانون زمین شهری و ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی آن از دیگر مستندات مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵ می‌است که بر اساس دادنامه‌های شماره ۹۷۵-۱۳۹۹/۸/۲۷ و شماره ۶۲۸-۱۳۹۶/۷/۴ و شماره ۵۱۷-۱۳۹۱/۷/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شده‌اند. بر خلاف استدلال کمیسیون‌های ماده ۵، در این مواد، هیچ اجازه‌ای برای تملک رایگان اراضی اشخاص وجود ندارد.

بند ششم. قانون مدنی

دادنامه شماره ۶۲۸ مورخ ۱۳۹۶/۷/۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله دادنامه‌هایی است که در گردش کار آن، طرف شکایت به ماده ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی به عنوان مستند مصوبه مورد شکایت کمیسیون ماده ۵ شهر تهران استناد کرده است. بررسی‌ها گویای آن است که این دو ماده، به محدودیت‌های کلی قانونی در تصرف و انتفاع مالکان از مایملک خود اشاره دارد و به صورت مصداقی نمی‌تواند جواز دریافت رایگان اراضی اشخاص محسوب شود.

بند هفتم. قوانین متفرقه

قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی، قانون حفظ اراضی زراعی و باغات و قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی نیز از جمله قوانینی هستند که به عنوان بخشی از پاسخ طرف‌های شکایت، در گردش کار صدور دادنامه‌های شماره ۶۲۸-۱۳۹۶/۷/۴ و شماره ۵۱۷-۱۳۹۱/۷/۲۴ که منجر به ابطال مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵ شهرهای تهران و اراک شده، مورد استناد قرار گرفته‌اند. در این قوانین نیز مجوزی برای دریافت سهم رایگان از اراضی و املاک مردم، توسط دستگاه‌های اجرایی وجود ندارد. به نظر می‌رسد طرف‌های شکایت با استناد کلی و بدون ذکر ماده‌ای مشخص از این قوانین درصدد توجیه عمل خود برآمده‌اند.

در مجموع می‌توان گفت در هیچ یک از این قوانین، اجازه و اختیاری برای کمیسیون‌های ماده ۵ که متضمن تصمیم‌گیری در تحدید حقوق مالکانه اشخاص به شکل واگذاری رایگان اراضی یا نوع دیگر باشد، پیش‌بینی نشده است. در مواردی که قانون‌گذار در این قوانین، مجوز دریافت رایگان زمین یا حقوق مالکانه را به شهرداری داده، فرآیند قانونی آن را نیز بیان کرده است. بنابراین، کمیسیون‌های ماده ۵ جز در حیطه اختیارات مصرّح در ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، اختیار اجتهاد و وضع قواعدی را ندارد که حقوق مالکانه اشخاص را به هر صورت محدود کند.

نتیجۀ گیری

نوشتاری که از نظر گذشت، درصدد بود در چارچوب پاسخ به سؤالات تحقیق، رویه کلی حاکم بر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را در مقام پاسداری از حق مالکیت خصوصی اشخاص در مقابل نهادهای عمومی به منصب ظهور برساند و از این طریق، پرتویی از مواضع این مرجع در معرض دید دانش‌پژوهان و جامعه قرار گیرد. ملاحظه گردید که فرضیه‌های تحقیق اثبات شدند. همچنین مشاهده شد که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از گذشته تا به امروز با تکیه بر بعضی از اصول کلاسیک حقوق اداری همچون خروج از حیطه اختیارات، خروج از صلاحیت، رعایت نشدن قوانین و نیز برخی از قواعد فقهی مانند قاعده تسلیط یا مغایرت با احکام شرع در تصمیم‌گیری کمیسیون‌های ماده ۵، به مقابله با تحدید حق مالکیت خصوصی اشخاص پرداخته است. این هیئت در هیچ رأیی، حق وضع قاعده برای تحدید حق مالکیت اشخاص را برای کمیسیون‌های ماده ۵ و دستگاه‌های اجرایی در نظر نگرفته است.

از منظر دیگر، مجموع آرای بررسی‌شده نشان می‌دهد که کمیسیون‌های موضوع ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران که وظایف و اختیارات آن‌ها، تصویب طرح‌های تفصیلی و تغییرات بعدی آن‌ها به شرط مغایرت نداشتن با اساس طرح جامع شهری است، در بررسی برخی پرونده‌های ارجاعی و تصویب طرح‌های تفصیلی و ضوابط آن، با هدف تأمین احتیاجات عمومی، قاعده تسلیط و حرمت اراضی و املاک اشخاص و قوانین و مقررات را در نظر نگرفته و از حیطه اختیارات قانونی خود خارج شده و قاعده آمره وضع کرده‌اند که در نهایت موجب تحدید حق مالکیت اشخاص می‌شود.

مطابق مسلمات علم حقوق، قوانین و شرع، اعمال حقوق عامه در اجتماع هرگز به معنی تحدید و تضییع غیر قانونی حقوق خاصه اشخاص نیست. در توجیه تحدید حق نیز نباید به اصولی چون اصالت جامعه در برابر فرد، اصل ترجیح حقوق عمومی بر حقوق خصوصی و اصل حفظ منافع و مصالح عمومی استناد شود. در هر حال، تحدید حقوق اشخاص باید به استناد اصل حکومت قانون باشد. همچنین یافته‌های حاصل از بررسی و تحلیل آرا، بیانگر این حقیقت است که در قوانین مورد استناد برای توجیه مصوبات کمیسیون‌های ماده ۵، اجازه و اختیار تحدید حق مالکیت اشخاص با عنوان واگذاری رایگان یا اعمال عقبروی بی‌ضابطه اراضی و ممنوعیت تغییر کاربری برای این کمیسیون‌ها وجود ندارد. اگر در مواردی، قانون‌گذار مجوز تحدید حق مالکیت را داده، فرآیند اجرای قانونی آن را نیز بیان کرده است.

بنابراین، کمیسیون‌های ماده ۵ جز در حیطه اختیارات مصرّح در ماده ۵ قانون تأسیس

شورای عالی شهرسازی و معماری، اختیار اجتهاد و وضع قاعده را ندارند و نتیجه آن‌چه در چنین مصوباتی آورده‌اند، سلب و تحدید غیر قانونی و غیر شرعی حقوق مالکانه اشخاص بوده که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال کرده است. نکته مهم دیگر این است که در مقابله با تصمیمات محدودکننده حق مالکیت در موضوع تحقیق، تظلم‌خواهی شهروندان و اعمال نظارت قضایی بر اعمال حکومت و تصمیمات مهم و ارزشمند هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و فقهای شورای نگهبان در آگاهی‌بخشی به جامعه بسیار اثرگذار است و چه بسا سبب فروکش کردن موج تحدید حقوق مالکانه اشخاص توسط مراجع مربوط شده است.

پیشنهاد می‌شود با تجدید نظر در قوانین و مقررات متضمن تحدید حقوق مالکانه و به طور مشخص، در تبصره ۴ ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک مورد نیاز شهرداری‌ها و ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری و تدوین قانون جامع مربوط به تملک اجباری اراضی و تحدید حقوق مالکانه، چارچوب‌ها و معیارهای کاملاً شفاف و تغییرناپذیر تعیین گردد تا منافذ مداخله و اعمال سلیقه نهادهای اجرایی و تفاسیر مختلف از قانون توسط اشخاص حقیقی و حقوقی بسته شود. البته از پایش و نظارت درون و برون‌سازمانی و آموزش مستمر اعضای کمیسیون‌های ماده ۵ نیز نباید غفلت کرد؛ چون در مواردی، ریشه بحران‌ها در جهل به قانون است. در این صورت، مردم، آسوده‌خاطر از تحدید نشدن غیر قانونی حقوق خود، برای تأمین احتیاجات عمومی با دولت و نهادهای عمومی همکاری می‌کنند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اباذری فومشی، منصور، **مجموع رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۴.
۳. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، تهران: دراک، ۱۳۹۵.
۴. رضایی زاده، محمدجواد، **حقوق برنامه ریزی شهری**، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۵. شکری، نادر، **نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری ها**، تهران: راهدان، ۱۳۹۰.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **آزادی های عمومی و حقوق بشر**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۴.
۸. لاگلین، مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۳.
۹. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، **دادگاه های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. آقایی طوق، مسلم و سجاد مردانی، «**استناد به اصول حقوقی در رأی دیوان عدالت اداری**»، فصل نامه پژوهش های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، دوره سوم، شماره ۶، صص ۱۶۱-۱۸۸.
۲. جنیدی، لعیاء، محمدصادق تیموری، محمد صفری و رضا عباسیان، «**صیانت از حق مالکیت خصوصی سرمایه گذاران خارجی از منظر حقوق اسلام**»، ایران و بین الملل، فقه و حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، دوره نهم، شماره ۱۷، صص ۱-۳۱.
۳. ناری قمی، مسعود، «**سلب مالکیت از زمین های شخصی در طرح های شهری: مبانی اسلامی و فرضیه استثمار**»، نشریه فیروزه اسلام، پژوهش معماری و شهرسازی، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۲، صص ۸۶-۶۹.

ج) پایان نامه

۱. اردلان، رحیم، «**مبانی حقوقی حاکم بر تملک اموال غیرمنقول توسط**

دستگاه‌های دولتی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.

۲. ایرج، محسن، «**صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۳. تکلو، علی، «**بررسی فقهی و حقوقی مبانی مشروعیت اقتدار دولت در تحدید مالکیت خصوصی اشخاص**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۴. نصرتی، حسن‌علی، «**مالکیت زمین در اسلام**»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی قم، ۱۳۸۶.

د) آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. دادنامه شماره ۱۳۸۱/۵/۲۷-۱۷۲-۱۷۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲. دادنامه شماره ۱۳۸۱/۵/۲۷-۱۶۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳. دادنامه شماره ۱۳۸۱/۱۰/۲۹-۳۸۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. دادنامه شماره ۱۳۸۶/۱۰/۲-۱۱۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۵. دادنامه شماره ۱۳۹۱/۷/۲۴-۵۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۶. دادنامه شماره ۱۳۹۲/۷/۲۹-۴۸۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۷. دادنامه شماره ۱۳۹۴/۹/۱۰-۱۰۸۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۸. دادنامه شماره ۱۳۹۵/۱۲/۲۴-۱۴۴۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۹. دادنامه شماره ۱۳۹۶/۷/۴-۶۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۰. دادنامه شماره ۱۳۹۷/۱۰/۱۱-۱۹۱۴-۱۹۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۱. دادنامه شماره ۱۳۹۹/۸/۲۷-۹۷۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۲. دادنامه شماره ۱۴۰۰/۰۴/۱۵-۱۱۹۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

هـ) قوانین و مقررات

۱. قانون اساسی.
۲. قانون اصلاحیه ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها، ۱۳۹۰.
۳. قانون تعیین وضعیت اموال واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، ۱۳۶۷.
۴. قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن، ۱۳۵۳.

۵. قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، ۱۳۵۱.
۶. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲.
۷. قانون زمین شهری، ۱۳۶۶.
۸. قانون شهرداری.
۹. لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمران و نظامی دولت، مصوب شورای انقلاب، ۱۳۵۸.
۱۰. قانون مدنی.
۱۱. قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز و شهرداری‌ها، ۱۳۷۰.

2-Latin Source

A)Article

jones, I., "Essential Administrative Law", Cavendish Publishing limited, Sydney,-1-Ellis 2001

2-Stott, D. & Alexandra, F., "Principles of Administrative Law", Cavendish Publishing limited, London, 1997

B)Act

1-The Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977.



نظارت بر صلاحیت‌های اداری و مالی شورای نگهبان

محمدصادق رفیعی *

سید محمد صادق احمدی **

محمد شریف شاهی ***

چکیده

نظارت بر نهادهای عمومی سبب بهبود عملکردشان می‌شود. در یک نظام حقوق عمومی پویا، اصل بر نظارت‌پذیری اعمال تمامی نهادها و دستگاه‌های اجرایی است. به دلیل اهمیت جایگاه و وظایف شورای نگهبان، این فرضیه مطرح شده که اعمال و تصمیمات شورای نگهبان نظارت‌ناپذیر است و اعمال هر گونه نظارت، استقلال و شأن والای این نهاد را خدشه‌دار می‌کند. بر اساس تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تصمیمات و مصوبات شورای نگهبان قابل شکایت در هیئت عمومی دیوان نیست. به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز شورای نگهبان از شمول این قانون عام مستثنا شده است. پرسش این پژوهش آن است نظارت بر اعمال اداری و مالی شورای نگهبان چگونه امکان‌پذیر است؟ بر همین مبنا، فرضیه ارائه‌شده تأکید دارد که صلاحیت‌های اداری و مالی شورای نگهبان قابل نظارت قضایی است و این موضوع به ویژه بر تفکیک میان اعمال سیاسی و اداری این نهاد تأکید می‌کند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد در نظام حقوقی ایران به دلیل تلقی نادرست از جایگاه و موقعیت شورای نگهبان، نظارت بر اعمال مالی و اداری این نهاد نادیده انگاشته شده است، در حالی که اعمال نظارت صحیح بر دو دسته اعمال یادشده سبب عملکرد بهتر شورا و تضمین حقوق ملت می‌شود. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: شورای نگهبان، صلاحیت، دیوان عدالت اداری، نظارت قضایی، اعمال اداری.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اصفهان (خوراسگان). اصفهان. ایران. (نویسنده مسئول)

msrafiee87r@gmail.com

**. استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده علوم انسانی و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد خوراسگان.

sms_ahmadi@khuif.ac.ir

***. استادیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان

rasashahi@gmail.com

مقدمه

شورای نگهبان از جمله نهادهایی است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اختیارات و وظایف مشخص پیش‌بینی شده است. مهم‌ترین وظایف این شورا، بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی از نظر مغایرت نداشتن با شرع و قانون اساسی و نظارت بر انتخابات است. اختیارات واگذار شده به شورای نگهبان بسیار مهم است، به گونه‌ای که در عمل، این شورا به نهادی مقتدر و اثرگذار در حوزه تصمیم‌گیری‌های کلان کشور و در جریان‌های سیاسی - اجتماعی بدل شده است.

برای مثال، نظارت بر امر انتخابات بر اساس اصل ۹۹ قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است که بر این اساس، باور به حق تعیین سرنوشت افراد به عنوان یکی از بنیادی‌ترین حق‌های اخلاقی و حقوقی در حوزه حقوق مدنی - سیاسی، طراحی نظامی نظارتی خواهد بود که جهت‌گیری آن به سمت تضمین نهادینه‌شده این حق و حذف موانع آشکار و نهان در مسیر اعمال این حق توسط شهروندان است.^۱

قبل از انقلاب نیز مشابه چنین نهادی در متمم قانون اساسی مشروطه پیش‌بینی شده بود. از این نهاد در قوانین اساسی دیگر کشورها به «دادگاه قانون اساسی»، «شورای قانون اساسی»، «دیوان قانون اساسی» و نظیر آن یاد می‌شود. وظایف گوناگون شورای نگهبان اقتضای آن را داشت که فصلی جداگانه در قانون اساسی برای آن اختصاص یابد. تأکید مهم اصل ۹۱ قانون اساسی در تشکیل آن شورا، «پاسداری از احکام اسلامی و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها» است. از این رو، این شورا را می‌توان دارای بیش‌ترین ارتباط با قوه مقننه دانست، بدون آن که دیگر وظایف آن نادیده گرفته شود.

شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارای جایگاهی ویژه است، به گونه‌ای که مطابق اصل ۹۳ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد. اصول ۹۱ تا ۹۹ در قسمت پایانی فصل ششم قانون اساسی یعنی فصل مربوط به قوه مقننه، وظایف و اختیارات شورای نگهبان را بیان کرده است. در زمان حاضر، از یک سو با توجه به جایگاه شورای نگهبان و نوع نظارت این نهاد، گاه شبهه‌هایی مبنی بر نفوذ و اختیارات زیاد این نهاد مطرح شده است. قائلان به این مسائل نتیجه می‌گیرند که باید علاوه بر کاهش اختیارات این نهاد، نظارتی هم بر آن صورت گیرد. از سوی دیگر، در ادبیات حقوقی، نظارت بر نهادهای حکومتی و اعضای نهادهایی که از قدرت عمومی بهره می‌برند، به عنوان رکنی از ارکان حکومت مردم‌سالار، مهم و ضروری تلقی می‌شود.

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت

تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۲، دوره هفتم، شماره ۴، ص ۲۹.

در نگاه ابتدایی، برخی از نهادها و ساختارهای وابسته به قدرت در نظام سیاسی ایران، نظارت‌ناپذیر به نظر می‌رسند. بر اساس بعضی دیدگاه‌ها، شورای نگهبان نیز می‌تواند از جمله این مصادیق باشد؛ چون شورای نگهبان با وجود وظایف و صلاحیت‌های بسیار حساس و گلوگاهی مرتبط با حق حاکمیت مردم، خود را در برابر شهروندان جامعه سیاسی غیر پاسخ‌گو، مسئولیت‌ناپذیر و نظارت‌ناپذیر می‌داند. تحلیل دقیق نظام سیاسی ایران و تبیین ارکان و پایه‌های نظام در پی امکان‌سنجی نظارت بر این نهاد است. بنابراین، با تکیه بر تحلیل‌های مردم‌سالارانه می‌توان چشم‌اندازی تازه از دامنه نظارت بر مهم‌ترین نهاد نظارت سیاسی بر شورای نگهبان ترسیم کرد.

در بحث نظارت بر شورای نگهبان باید بین نهاد شورای نگهبان و اعضای آن تفاوت قائل شد. در نظارت بر اعضا شکی نیست؛ چون همه در برابر قانون مساوی هستند، اما در مورد اصل نظارت بر نهاد شورای نگهبان که در واقع، نظارت بر تصمیمات و آرای آن است، دو فرض وجود دارد: اول این که شورای نگهبان از نظارت مراجع قانونی مستثنا نباشد و تحت نظارت قرار گیرد و فرض دوم این که شایسته است شورای نگهبان تحت نظارت بیرونی قرار نگیرد.^۱ بنا بر یک نظر، مقصود از نظارت بر نهاد شورای نگهبان، نظارت بر نظرها و آرای این شورا است. نظارت بیرونی بر تصمیمات شورای نگهبان اولاً موجب تسلسل می‌شود؛ چون اگر بنا به نظارت باشد، بر آن نهاد ناظر نیز باید نظارتی صورت گیرد و معلوم نیست با این رویه، پایانی برای این نظارت خواهد بود یا خیر. ثانیاً نظارت بر تصمیمات شورای نگهبان، منافای استقلال این نهاد است. هیچ نهاد دیگری در تصمیم‌گیری این نهاد دخالتی نمی‌کند، ولی ایجاد امکان نقض این تصمیم‌ها می‌تواند منافای استقلال آن باشد.^۲

یکی از پی‌آمدهای برجسته دولت قانون‌مدار که آن را از دولت پلیسی متمایز می‌کند، این است که اندیشه نظارت‌ناپذیری برخی نهادها رفته رفته رنگ باخته است و با گسترش حوزه صلاحیت دیوان باید از موارد سوء استفاده از اختیارات جلوگیری کرد.^۳ پرسش اصلی این پژوهش آن است که با توجه به جایگاه و کارکردهای ویژه این نهاد، آیا نظارت بر اعمال اداری و مالی آن ممکن خواهد بود؟ پرسش‌های فراوانی از آغاز انقلاب تا کنون در مورد شورای نگهبان مطرح بوده و هست.

۱. قطبی، میلاد و همکاران، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان»، فصل‌نامه فقه حکومتی، ۱۳۹۸، شماره ۷، ص ۱۳۲.

۲. قطبی، میلاد، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴، ص ۸۰.

۳. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۲۸۵.

این پرسش‌ها متنوع و متکثر هستند. بعضی از این سؤالات به ساختار شورای نگهبان و برخی دیگر به وظایف شورای نگهبان مربوطند که کم و بیش بررسی شده‌اند. شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی ایران اساساً نهادی نظارتی است. اختیارات نظارتی این نهاد، تقنینی و سیاسی است. چنین نهادی با چنان قدرتی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد، آیا پاسخ‌گوی اعمال و تصمیمات خود خواهد بود؟ به دیگر سخن، آیا امکان نظارت بر این نهاد وجود دارد؟

تا کنون تحقیقات متعددی درباره شورای نگهبان صورت پذیرفته است، اما هیچ کدام از آن‌ها از این منظر به شورای نگهبان نپرداخته‌اند. فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که نظارت بر اعمال اداری و مالی که ماهیتی متفاوت از وظایف سیاسی شورای نگهبان دارند، با مانعی مواجه نیست. بنابراین، آنچه فرضیه مقاله حاضر را تقویت می‌کند، تفکیک میان اعمال سیاسی و اداری شورای نگهبان است. بر این مبنا، اعمال سیاسی شورای نگهبان مانند نظارت بر امر انتخابات یا نظارت بر تصویب قوانین از نظر مغایرت نداشتن آن‌ها با قانون اساسی و موازین شرعی، اعمالی ذاتاً سیاسی است که خارج از حوزه نظارت قضایی و اداری قرار دارند. اعمال نظارت قضایی و مالی در خصوص اموری که ذاتاً شأن اداری دارند، با شأن، جایگاه و استقلال این نهاد منافات ندارد.

آنچه ضرورت این پژوهش را توجیه می‌کند، توجه به حقوق به رسمیت شناخته‌شده برای مردم در قانون اساسی از جمله حق بر حاکمیت آنان است. در گذر زمان، شکل‌گیری نگرش‌هایی از این قبیل، حاکمیت را از ارکان مورد نظر زمان انقلاب و تکیه بر رأی و نظر مردم و نظارت همگانی آنان که مستلزم مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی تمامی ساختارهای برآمده از مردم و سازمان‌های غیر متکی بر مردم است، دور ساخته است. نادیده انگاشتن حق مردم بر حاکمیت که زمانی مستند منحصر به فرد مشروعیت به شمار می‌آمد، روز به روز پررنگ‌تر می‌شود. پرداختن به این امر مهم نسبت به حساس‌ترین نهاد اثرگذار بر حاکمیت مردم اهمیت بسیاری دارد.

گفتار اول. مبانی نظری

مبانی نظری در این پژوهش برای درک بهتر موضوع مقاله اهمیت اساسی دارد. در این گفتار، به تحلیل مبانی نظری می‌پردازیم.

بند اول. مبانی و چرایی اعمال نظارت‌ناپذیر دولت

مقامات اداری به موجب صلاحیت قانونی، اعمال اداری انجام می‌دهند. با توجه به اثرگذاری عمل مقام اداری بر نظام اداری و حقوق شهروندان، نظارت‌هایی چون نظارت

قضایی بر این اعمال ضرورت پیدا می‌کند. نظارت قضایی در یک مفهوم، به معنای نظارت دادگاه‌ها بر قانونی بودن اقدامات و تصمیمات دولت است.^۱

نظارت بر مقام اداری، انواع گوناگونی مانند نظارت سلسله مراتبی، نظارت سیاسی و نظارت قیمومتی دارد که در این بین، نظارت قضایی به علت برخورداری بودن از ضمانت اجرای قوی و اثرگذار بیش‌تر مدار توجه قرار دارد. نظارت قضایی، نظارتی است که ضمانت اجرای آن، ابطال عمل اداری یا الزام مقام اداری به انجام دادن آن به موجب حکم مرجع قضایی باشد.^۲ نظارت قضایی بر اعمال اداری، یکی از مهم‌ترین تدبیرهایی است که از طریق رویه قضایی برای سامان بخشیدن به شیوه اعمال صلاحیت‌های اختیاری تأسیس می‌شود و به مثابه یکی از اصول بنیادین کنترل قضایی اعمال دولت در محاکم و مراجع دادرسی اداری با ترکیبی از سازوکارهای حمایتی متنوع در مواقع نقض رویه‌ها، تقویت منافع و امتیازات و ایراد خسارات به حمایت از خواسته‌ها و انتظارات مشروع شهروندان می‌پردازد.^۳

مرجع قضایی در نظارت قضایی بر اعمال اداری، اقدامات یا تصمیمات قوای حکومتی را زیر نظر قرار می‌دهد و موضوع اصلی در آن، پاسخ‌گویی در تصمیم‌گیری‌های عمومی مقامات اداری است. این نوع نظارت با هدف صیانت از قانون به عنوان سلاح شهروندان در برابر دولت نسبت به سوء استفاده از قدرت، نوعی نظارت مضاعف بر اعمال دولتی محسوب می‌شود که با تأکید بر احترام به کثرت‌گرایی و مشارکت شهروندان، «دموکراسی قضایی» را در نسل نوین حقوقی پدید آورده است.^۴

در عمده نظام‌های حقوقی، اعمال دولتی مصون از نظارت قضایی وجود دارد که می‌تواند در اصل تخصص (خروج موضوعی) یا اصل تخصیص (استثناها) ریشه داشته باشد. به دیگر سخن، مصونیت از نظارت قضایی ممکن است به دلیل ماهیت نظارت‌ناپذیر برخی اعمال دولت باشد یا این‌که قانون‌گذار بنا به دلایلی، برخی اعمال دولت را مشمول نظارت قضایی نداند. هم‌چنین در برخی نظام‌های حقوقی مانند نظام کامن‌لا، برخی از اختیارات نظیر اختیارات ویژه، بنا به دلایل تاریخی، تا حدودی نظارت‌گریز هستند. در نظام حقوقی ایران،

۱. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی تحولات اساسی»، مجله حقوق اساسی، ۱۳۸۷، سال هفتم، شماره ۹، ص ۱۶.

۲. ویژه، محمدرضا، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، ۱۳۹۱، سال چهاردهم، شماره ۳۷، ص ۱۷۱.

۳. احسانی، حسین و خیرالله پروین، «نظارت قضایی بر اعمال اداری در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا»، فصل‌نامه مطالعات بین‌المللی پلیس، ۱۳۹۹، دوره یازدهم، شماره ۴۲، ص ۱۸۲.

۴. افشاری، فاطمه، «امکان‌سنجی نظارت قضایی بر اشتباه موضوعی مقام اداری در حقوق اداری ایران با رویکردی تطبیقی به نظام حقوقی فرانسه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶،

صرف نظر از این که برخی اعمال عمومی دولت نظیر تقنین، سیاست‌گذاری و قضاوت، به طور ماهوی از شمول نظارت قضایی، خروج موضوعی دارند، برخی صلاحیت‌های حکومتی و اعمال سیاسی مختص قوه مجریه نیز که در قانون اساسی ریشه دارند، از نظارت قضایی مصون هستند. توسعه قلمرو اعمال نظارت‌گریز، از یک سو، تضعیف پایه‌های دولت قانون‌مدار است و از سوی دیگر، تحدید حق دادخواهی شهروندان نیز تلقی می‌شود.^۱ پیش‌فرض نظارت بر اعمال دولت، مستلزم تبیین حقوقی مفهوم دولت از یک سو و اعمال و تصمیمات دولت از سوی دیگر است. اعمال حقوقی دولت از جنبه‌های مختلف تقسیم‌بندی شده است. این تقسیم‌بندی جدا از ارزش آکادمیک، از نظر تعیین گستره نظارت بر اعمال دولت و مستثنیات آن شایسته بررسی است. از این رو، اعمال حقوقی دولت را از نظر هدف و غایت به اعمال اداری و سیاسی، از نظر محتوا و ماهیت به اعمال قانون‌گذاری، قضایی و اجرایی، از نظر موضوع به اعمال حاکمیت و تصدی و از نظر صوری به اعمال یک‌جانبه و دوجانبه می‌توان تقسیم کرد.^۲

از میان تقسیم‌بندی‌های موجود، شاید این صورت‌بندی در تعیین نظارت‌پذیری اعمال دولت، از توجیه بیش‌تری برخوردار باشد. در این راستا، اعمال دولت به اعمال سیاسی، قضایی و اداری - اجرایی تقسیم‌بندی می‌شود. ماهیت وظایف سیاسی به گونه‌ای است که در شمار اعمال سیاسی جای دارد. در نتیجه، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به شکایات علیه تصمیمات ناشی از این وظایف را نخواهد داشت. شورای نگهبان دارای اعمال اداری مالی درون‌سازمانی، فرآیند استخدام و تعامل با مستخدمان اداری هست که به دلیل ماهیت اداری خود باید تحت شمول نظارت دیوان باشد. بنابراین، اطلاق عبارت «مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان» در تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، بر خلاف طبیعت چندگانه اعمال آن شورا و ناسازگار با فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری است.^۳

مفهوم نظارت‌ناپذیری یا قابلیت نداشتن رسیدگی قضایی در این معانی به کار می‌رود:

۱. موضوع خارج از صلاحیت دادگاه است، اما چون مشتمل بر اعمال قدرت عمومی نیست، دادگاه مداخله نمی‌کند.

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

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۹۴، ص ۳۱۲.

۳. محمودی، جواد، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، سال سوم، شماره ۵، ص ۲۳۷.

۲. دادگاه از نظر موضوعی صلاحیت دارد، اما از نظر سازمانی برای حل مسئله صلاحیت ندارد.
۳. دادگاه صالح است، اما موضوع را از نظر قانون اساسی، مناسب مداخله تلقی نمی‌کند.
۴. دادگاه، تصمیم‌گیری قضایی را نامناسب می‌بیند؛ زیرا مسئله متنازع فیهِ، کامل نشده و هنوز به سرانجام قطعی نرسیده است.
۵. دادگاه هیچ دلیل یا موجهی برای بازنگری نمی‌یابد و مدارک و ادله مناسب و کافی در اختیار دادگاه نیست تا بر اساس آن، موضوع را کاملاً مشخص کند، مانند مصونیت برخی از مقام‌ها از افشای مدارک و ادله مورد نظر دادگاه.^۱
- در خصوص استثنا شدن اعمال سیاسی از نظارت قضایی، دلایلی قابل طرح هستند. اول این‌که اساساً دیوان عدالت اداری یک دادگاه قضایی و اداری است و همان‌طور که از نام این نهاد پیداست، برای رسیدگی به شکایات اداری ایجاد شده است و اعمال سیاسی نیازمند نظارت سیاسی‌اند. دوم، امکان شکایت از تصمیم سیاسی توسط مردم، با توجه به ویژگی‌هایی که دارد و تابع ملاحظات سیاسی است، موجب اختلال در تصمیم‌سازی دولت خواهد شد. با این توضیح که ابطال تصمیمات اداری هم ممکن است میزانی از اختلال را ایجاد کند، ولی قابل اغماض است و از طرفی، حاکمیت قانون اهمیت بیش‌تری برای دولت دارد. از این رو، مقصود ما از اختلال در صورت ابطال تصمیمات سیاسی، تبعاتی است که در عرصه بین‌المللی ایجاد می‌شود و به اقتدار سیاسی حاکمیت خدشه وارد می‌سازد.^۲
- به نظر می‌رسد نظارت‌ناپذیری اعمال اداری با اصول بنیادین قانون اساسی به ویژه اصل ۳۴ قانون اساسی منافات دارد؛ زیرا بنا بر اصل حاکمیت قانون، تمامی نهادهای برخوردار از امتیازات قدرت عمومی باید نظارت‌پذیر باشند تا در مواردی که احتمال نقض حقوق و آزادی‌های فردی وجود دارد، امکان مهار و کنترل آن نیز باشد.^۳
- شورای نگهبان در نظام حقوقی ایران از جمله نهادهای بسیار مهمی است که کارویژه‌های اساسی مانند تفسیر قانون اساسی، نظارت بر انتخابات، نظارت شرعی بر مقررات و قوانین و تطبیق قوانین و مقررات از نظر انطباق آن‌ها با موازین شرعی و قانون اساسی را بر عهده دارد. بر این اساس، جایگاه والای این نهاد به معنای تقدس آن و اعمال تسامح و در نتیجه، مصونیت از نظارت نخواهد بود.

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۵، ص ۱۲.

۲. قطبی، پیشین، ص ۶.

۳. فرخ‌رضا شفیعی، سید محمد و همکاران، «حیانت از حقوق اساسی ملت در مواجهه با امنیت‌مدار شدن سیاست جنایی و اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی، ۱۴۰۰، شماره ۵۰، ص ۱۳۲.

بند دوم. صلاحیت‌های اداری و مالی شورای نگهبان

در خصوص مقررات و صلاحیت مالی شورای نگهبان، تاکنون چهار قانون به تصویب مجلس رسیده است و نکات خوبی درباره بحث بودجه‌ریزی این نهاد وجود دارد: نخست، قانون آزمایشی «تأسیس دبیرخانه شورای نگهبان» (۴ بهمن ۱۳۶۰) است که سه سال لازم‌الاجرا بود. در تبصره ۱ این ماده واحده آمده بود: «بودجه شورای نگهبان از طریق دولت در لایحه بودجه کل کشور منظور و به مجلس پیشنهاد خواهد شد». البته این قانون به دلیل انقضای مدت آزمایشی و تمدید نشدن بی‌اعتبار شده است.

دوم، قانون راجع به اعتبارات بودجه مصوب شورای نگهبان (۷ دی ۱۳۶۱) است. در این ماده واحده آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون به مدت ۶ ماه، اعتبارات بودجه مصوب شورای نگهبان بر اساس درخواست وجه از طرف مسئولی که توسط شورای نام‌برده، مجاز به این امر شناخته شود، به وسیله خزانه قابل پرداخت می‌باشد و مصرف اعتبارات مذکور در این مدت منحصرأً تابع آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان خواهد بود».

سوم، قانون مقررات مالی شورای نگهبان (۱۰ مهر ۱۳۶۲) است که به طور تفصیلی به تهیه بودجه شورای نگهبان و چگونگی مصرف آن، انتخاب مدیر مالی و تعیین حقوق و مزایای اعضای شورای نگهبان و کارکنان اداری این نهاد پرداخته است.

چهارم، ماده ۶۶ قانون محاسبات عمومی کشور (۱ شهریور ۱۳۶۶)، مصوب مجلس شورای اسلامی است. در این ماده قید شده است: «در مورد بودجه شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام، رعایت مقررات این قانون الزامی نیست و مصرف اعتبارات هر یک از آن‌ها تابع آیین‌نامه داخلی خاص هر کدام خواهد بود و اعتبارات مزبور بر اساس درخواست وجه از طرف دبیر شورای نگهبان و رئیس مجلس شورای اسلامی و رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام و یا مقاماتی که از طرف ایشان مجاز هستند، توسط خزانه قابل پرداخت می‌باشد».^۱

شورای نگهبان در نظریات تفسیری متعدد خود در مورد تمامی دستگاه‌ها و نهادهای پیش‌گفته، از الزام دولت به درج عین بودجه پیشنهادی (از جمله دیوان محاسبات، مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، قوه قضاییه، سازمان مدیریت بحران کشور و سازمان ملی استاندارد ایران) ایراد گرفته است؛ زیرا دولت با توجه به میزان درآمدها و منابع کشور، بودجه سالانه را تعیین می‌کند. این امر که بودجه پیشنهادی شورای نگهبان باید

۱. مرادخانی، فردین و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی):

استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۴۰۱،

سال سیزدهم، شماره ۲۶، ص ۲۱۶.

عیناً در لایحه بودجه کل کشور درج گردد، سبب مختل شدن وظیفه دولت در بودجه‌ریزی می‌شود؛ زیرا دولت باید بودجه تمامی نهادها را از نظر انطباق با منابع مالی کشور ارزیابی و سپس آن را تصویب کند. شورای نگهبان که در حکم مؤسسه دولتی است، باید هم‌چون دیگر مؤسسات دولتی، بودجه خود را به دولت پیشنهاد کند. در غیر این صورت، نوعی تبعیض میان این نهاد با دیگر مؤسسات و دستگاه‌های دولتی پیش می‌آید که این امر برخلاف بند ۹ اصل سوم قانون اساسی است.^۱

در خصوص صلاحیت‌های اداری شورای نگهبان نیز باید دانست که شورا برای انجام وظایف و اختیارات خود به کارمندان و کادر اداری نیاز دارد و در این گونه موارد باید از قوانین و مقررات پیروی کند. در نظریه شماره ۱۳۸۶/۴/۱۹-۲۱۹۳۴/۳۰/۸۶ آمده است: «تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن‌هاست، بر عهده خود این شورا می‌باشد» مطابق این نظریه تفسیری، شورای نگهبان دارای صلاحیت مقررات‌گذاری در مورد مسائل اداری و استخدامی شورای نگهبان است. تا کنون که قانون به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، سه نظریه نیز از سوی شورای نگهبان صادر شده است^۲ که بر انحصار وضع قوانین و مقررات اداری توسط خود شورا دلالت دارد.

بند سوم. مبانی نظارت مالی و اداری بر شورای نگهبان

در مفهوم اصطلاحی و حقوقی، تعاریف متعددی از «نظارت» بیان شده است. برخی، نظارت را مجموعه عملیاتی دانسته‌اند که بر اساس آن، میزان انطباق عملکرد با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از نتایج تطابق با اهداف تعیین‌شده اطمینان حاصل کنند.^۳ برخی دیگر، نظارت را به عمل ناظر تعریف کرده‌اند. از دیدگاه ایشان، ناظر به کسی گفته می‌شود که به عمل یا اعمالی توجه می‌کند و صحت و سقم آن عمل یا اعمال را به مقیاس معینی می‌سنجد که معهود است.^۴

۱. حاکمیت قانون

علت وجودی نظارت بر هر سازمانی در عرصه حقوق اداری این است که شهروندان و مقامات دولتی بدانند به چه دلیل باید تحت نظارت قرار گیرند و چرا ناظری بر اعمال آن‌ها

۱. همان، ص ۲۱۹.

۲. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۳۴۳.

۳. اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۲۹.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۷۰۶.

وجود دارد. حاکمیت قانون بر همه افراد و نهادها، مهم‌ترین دلیل مبنایی برای نظارت‌پذیری شورای نگهبان است. اصل حاکمیت قانون، یکی از مهم‌ترین اصول حقوق عمومی است که همه قوا و سازمان‌های عمومی از جمله شورای نگهبان را مکلف می‌کند در تصمیماتی که می‌گیرند و اعمالی که انجام می‌دهند، قوانین و مقررات را رعایت کنند. پیروی دستگاه‌ها و سازمان‌های عمومی از قانون، نتیجه پیشرفت اندیشه حکمرانی مطلوب است که حکم می‌کند افراد در برابر دولت به مفهوم عام تأمین داشته باشند و مأموران عمومی هیچ نهادی نتوانند حقوق مردم را تضییع کنند. در اصطلاح حقوقی، رژیم می را که بر پایه اصل حاکمیت قانون باشد، «رژیم قانون» یا «حکومت قانون» در برابر «رژیم پلیسی» می‌نامند.^۱

نظارت بر اعمال دولت و مقام‌های دولتی و دستگاه‌های اداری تنها عرصه‌ای است که در آن می‌توان شاهد تحقق آرمان شهروندگرایانه یک نظام سیاسی و حقوقی بود. این نظارت باید دارای محک‌ها و معیارهایی باشد که بتوان اعمال دولت را طبق آن سنجید. بی‌تردید، استقرار اصل نظارت بر اعمال دولت و نهادها و کارکنان دولتی در دعاوی ناشی از اقتدارات عمومی، مهم‌ترین و آخرین تلاش بشر در بسط و توسعه عدالت فردی و اجتماعی محسوب می‌شود. هر جا اختیاری هست، امکان اعمال خودسرانه آن نیز وجود دارد. در صورت وجود قواعد الزام‌آور رفتاری عام و از پیش تعیین‌شده و اعمال آن‌ها در شرایط مشابه برای همگان به طور برابر می‌توان ضوابطی روشن و عام و لازم‌الاجرا برای نظام‌مندتر کردن سازوکار اعمال قدرت در دست داشت. اهمیت اصلی نظارت، ثمره این اندیشه است که دادگاه‌ها، نگهبان اصلی حاکمیت قانون تلقی می‌شوند و این نهاد باید برای برقراری تعادل بین کارآمدی و سرعت عمل قوه مجریه و لزوم دفاع از حق‌های شهروندی در مقابل حکومت به ایفای نقش بپردازد.

۲. اصل انتظار مشروع

انتظارات مشروع به خواسته‌ها و توقع‌های معقولی گفته می‌شود که در روابط متقابل افراد با کارگزاران عمومی به ویژه مقامات دولتی، بر اثر تصمیمات، اعلامات، سیاست‌ها و رویه‌های اداری و اجرایی ایجاد شده است، به گونه‌ای که انصراف از آن‌ها یا بی‌توجهی به آن‌ها، ضمن نقض تمایلات معقول سابق موجب ایجاد خسارت یا سلب منفعت مخاطبان ذی‌نفع می‌شود. به این دلیل، انتظارات یادشده مستلزم نوعی حمایت حقوقی هستند.^۲

بیش‌تر مقامات عمومی تمایل دارند اقدامات آتی خود را پیشاپیش به اطلاع شهروندان برسانند تا به برنامه‌ریزی‌های آنان کمک و اعتمادشان را نسبت به عملکرد مقامات عمومی

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۶، ص ۱۲۱.

۲. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «**تأملی بر امکان اعمال انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری**»، مجله راهبرد، ۱۳۹۰، دوره بیستم، شماره ۴، ص ۲۱۴.

تقویت کنند. از ویژگی اداره خوب، تعامل صادقانه و مستمر نهادهای عمومی با مردم و بیان چگونگی اعمال قدرت خودشان است. زمانی اختیارات گسترده به یک مقام عمومی داده می‌شود که بتواند تصمیمات مختلف و متنوعی بگیرد. چگونگی تصمیم‌گیری، موضوعی بااهمیت است و نظریه انتظار مشروع، وضعیت اعمال صلاحیت اختیاری مقامات عمومی را تبیین می‌کند. انتظار مشروع، انتظاری است که مقام عمومی با استفاده از صلاحیت‌های اختیاری در دنبال کردن یک رویه خاص (انتظارات رویه‌ای) یا ایجاد تصمیمات ماهوی ایجاد می‌کند.^۱

انتظار مشروع از شورای نگهبان نیز این است که بتوان بر مصوبات و تصمیم‌های این نهاد نظارت کرد و نسبت به آن‌ها ایراد گرفت. در واقع، شاید بتوان گفت اصل الزام به بیان دلایل و شفاف‌سازی هر گونه تصمیم‌گیری، انتظار مشروعی است که از این نهاد وجود دارد. از سوی دیگر، در خصوص کارویژه نظارت شرعی شورای نگهبان بر قوانین و مقررات گذشته، در حال حاضر، این نظر وجود دارد که شورا از چنین امکانی برخوردار است. به نظر می‌رسد اعمال نظارت شورا بر مقررات مصوب بدون محدودیت زمانی، با اصل انتظار مشروع شهروندان در تعارض است؛ نکته‌ای که در نظام حقوقی فعلی قابل نقد است.

گفتار دوم. نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اداری شورای نگهبان

قانون، مبنای صلاحیت قلمداد می‌شود. خود صلاحیت با کارکرد ارتباط مستقیم دارد و در واقع، این صلاحیت هر مرجع در حقوق عمومی است که کارکرد آن را تضمین می‌کند. پس استقلال کارکردی بدون تعیین حدود صلاحیت بی‌معناست. در این زمینه، صلاحیت، ابتدا حوزه کارکرد را از جهت کمی مشخص می‌کند و سپس اختیارات ناشی از صلاحیت نیز تعیین می‌شوند که این موضوع بر اعمال کارکردها به لحاظ کیفی تأثیر مستقیم دارند.^۲ همان گونه که بیان شد، برخی اعمال شورای نگهبان جنبه اداری دارد و شورای نگهبان در اعمال این امور مانند اداره رفتار می‌کند که نظارت بر این اعمال، منطبق با اصول حقوقی است.

بند اول. صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان

در حقوق اداری گفته می‌شود که صلاحیت، شایستگی و اجازه قانونی است که از طرف قانون به مقام اداری برای بهتر اداره کردن اداره داده می‌شود و در صلاحیت، تعیین‌کننده حوزه اقدام و فعالیت اداره است. صلاحیت اداری، وضعیت حقوقی مشخصی است که برای مقام یا

۱. رستمی، ولی و همکاران، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی،

۱۴۰۱، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ص ۲۳۴.

۲. ویژه، پیشین، ص ۲۲۱.

مرجع اداری تعریف می‌شود و به فرد یا شخصی ویژه ارتباط نمی‌یابد. برای مثال، صلاحیت یک مقام اداری، وضعیت حقوقی فردی است که در آن پست سازمانی قرار می‌گیرد و بدیهی است که هر فرد منصوب در آن پست سازمانی در آن وضعیت حقوقی قرار می‌گیرد و این وضعیت حقوقی با فرد تعریف نمی‌شود.^۱

قانون اساسی درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان از جمله صلاحیت وضع آیین‌نامه داخلی برای این شورا ساکت است، ولی این شورا رأساً یا از طریق مأموریت قانون‌گذار عادی به مقررات‌گذاری در این باره دست می‌زند. به این ترتیب، صلاحیت داشتن یا نداشتن مقررات‌گذاری شورای نگهبان از مسائل مهم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است.

صلاحیت وضع قاعده حقوقی از طرف شورای نگهبان شایسته بررسی جدی‌تر است. اصل ۹۸ قانون اساسی در خصوص تفسیر قانون اساسی و اصل ۱۰۸ مربوط به صلاحیت تقنینی فقهای شورای نگهبان است، اما در قانون اساسی، نص صریحی مبنی بر صلاحیت وضع قاعده حقوقی از طرف نهاد شورای نگهبان وجود ندارد. با وجود این، در عمل دیده می‌شود که شورای نگهبان به وضع قواعد حقوقی می‌پردازد. به نظر اعضای شورای نگهبان، این شورا، نهادی مستقل است که زیر نظر هیچ یک از قوا یا دستگاه‌های دیگر قرار نمی‌گیرد. ضمن این که قانون اساسی در اصول متعدد، وظایفی را به طور مستقیم بر عهده این شورا گذاشته که انجام آن‌ها مستلزم وجود ساختار و ضوابط متناسب با این وظایف است. تصویب ضوابط و مقررات اداری، استخدامی، تشکیلاتی و مالی شورای نگهبان از سوی مجلس شورای اسلامی یا هیئت وزیران یا دیگر مقامات و دستگاه‌ها ممکن است موجب اخلال در انجام این وظایف شود و متناسب با وظایف تفویض شده نباشد.^۲

۱. آیین‌نامه‌نویسی در چارچوب نظارت بر انتخابات

آیین‌نامه، مقرراتی است که مقامات صلاحیت‌دار مانند وزیر یا هیئت وزیران وضع و در معرض اجرا می‌گذارند؛ خواه هدف آن، تسهیل اجرا و تشریح قانونی از قوانین موضوعه باشد، خواه در مواردی باشد که اساساً قانونی وضع نشده است. هم‌چنین تعریف ذکر شده به ترتیب، ناظر بر اقسام آیین‌نامه یعنی آیین‌نامه اجرایی و آیین‌نامه مستقل است.

۱. بابازاده، وحید و اسدالله یاور، «مفهوم صلاحیت‌گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، ۱۳۹۳، دوره هفتم، شماره ۲۵، ص ۴.

۲. تقی‌زاده، جواد و فاطمه سمیعان، «تخصیص صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی در نظم اساسی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۴، شماره ۲۷، ص ۱۴۹.

در این راستا، این پرسش مطرح می‌شود که آیا شورای نگهبان در خصوص آیین‌نامه‌نویسی صلاحیت مطلق دارد و می‌تواند در هر موضوعی آیین‌نامه بنویسد؟ به عبارت دیگر، صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان از لحاظ موضوعی شامل چه موضوعاتی می‌شود و شورا در این راستا، ملزم به رعایت چه مواردی است؟

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

در نظام حقوقی ایران، وظیفه نظارت بر انتخابات بر اساس اصل ۹۹ به نهاد شورای نگهبان واگذار شده است، ولی سازوکار و فرآیند این نظارت در قانون اساسی مشخص نیست. شورای نگهبان در راستای نظارت بر انتخابات، مقرراتی در قالب آیین‌نامه تدوین کرده که هدف از این آیین‌نامه‌ها، تسهیل و تشریح قوانین موضوعه است. از جمله این آیین‌نامه‌ها «آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان، مصوب ۱۳۶۱/۷/۱۸ با اصلاحات بعدی» است که به استناد ماده ۹ «قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری، مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰، فقهای شورای نگهبان با تصویب نهایی مقام رهبری با اصلاحات بعدی فقهای شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری» توسط فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل ۱۰۸ تصویب شد و سپس به تصویب نهایی رهبری رسید. این آیین‌نامه همان گونه که از نام آن پیداست، به امور مربوط به انتخابات مجلس خبرگان رهبری پرداخته است.

آیین‌نامه اجرایی «نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، مصوب ۲۳ و ۱۳۸۵/۱/۳۰» به استناد تبصره ۱ ماده ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری به تصویب نهاد شورای نگهبان رسیده که عمده‌تاً به وظایف هیئت مرکزی نظارت پرداخته است. آیین‌نامه دیگری که به تصویب شورای نگهبان رسیده، آیین‌نامه اجرایی «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» با ۴۰ ماده و ۳ تبصره در تاریخ ۱۳۶۰/۴/۲۳ است. شورای نگهبان با استناد به ماده ۱۱ «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۶۰/۴/۱۰، مجلس شورای اسلامی» به تهیه و تصویب این آیین‌نامه اقدام کرده است. تهیه و تصویب این آیین‌نامه، این فرضیه را تقویت می‌کند که این شورا، وضع آیین‌نامه در این خصوص را از صلاحیت ذاتی خود می‌داند. دلیل این که شورای نگهبان این ماده را مغایر اصل ۱۳۸ اعلام نکرده، شاید ناشی از نظارت استصوابی است که این شورا بر انتخابات دارد؛ چون نظارت استصوابی بر انتخابات، زیر نظر مستقیم و

با تصویب این شورا به عنوان نهاد ناظر انجام می‌شود. شورای نگهبان به تناسب وظایفی که قانون اساسی برای نظارت بر انتخابات بر عهده این نهاد گذاشته و برای تحقق هدف قانون اساسی در مورد نظارت بر انتخابات و تضمین سلامت برگزاری آن و پذیرش مسئولیت صحت آن، صلاحیت وضع آیین‌نامه را برای خویش پذیرفته است.^۱

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

چون نظارت شورا بر انتخابات مستلزم بیان جزئیات و تفصیل موضوع است و می‌تواند به عنوان رکن ناظر، جزئیات وظایف خود را مقرر کند، منطقی است که چگونگی اعمال نظارت را در قالب آیین‌نامه (اعم از آیین‌نامه اجرایی یا مستقل) و به عنوان ابزار اعمال نظارت پیش‌بینی کند. چون نظارت بر انتخابات بر عهده شورای نگهبان بوده و نهادی هم‌عرض برای نظارت بر انتخابات متصور نیست، آیین‌نامه‌نویسی را می‌توان از جمله صلاحیت شورا در نظر گرفت، هر چند قانون اساسی در خصوص صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی این نهاد تصریحی ندارد.^۲

بنابراین، می‌توان گفت با توجه به اصل عدم صلاحیت و نیز مفاد مندرج در اصل ۱۳۸ قانون اساسی و نیز تصریح نکردن قانون اساسی به صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان، پذیرش این صلاحیت با مبانی حقوقی مورد نظر قابل خدشه است. در خصوص آیین‌نامه‌های یادشده، قلمرو صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورا در راستای نظارت بر انتخابات است که بر هیئت مرکزی نظارت صورت می‌پذیرد. نظارت شورای نگهبان مستلزم این است که سازوکار و فرآیند نظارت و انطباق تصمیمات و اقدامات مجریان را خود شورا به عنوان نهاد ناظر پی‌ریزی کند؛ همان گونه که شورا در «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» به بیان انتخاب، وظایف و شیوه عملکرد هیئت مرکزی نظارت پرداخته است.

۱. فتاحی زفرقندی، علی، شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۲۳۴.

۲. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۹۸، ص ۴۴.

مصوبات شورای نگهبان به ویژه در مورد مسائل انتخابات قابل نظارت توسط هیچ مرجع ثالثی نیست و خود شورا، صلاحیت رسیدگی به همه مسائل انتخاباتی را دارد. برخی صاحب‌نظران معتقدند که نظارت بر کارکردهای اختصاصی شورای نگهبان توسط دیوان عدالت اداری با منطق حقوق اساسی مخالف است.^۱ بنابراین، با عنایت به این که صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان در راستای انجام وظایف سیاسی است، به نظر می‌رسد که این نوع آیین‌نامه‌ها قابلیت نظارت قضایی را ندارد.

۲. آیین‌نامه‌نویسی در چارچوب اعمال اداری

ماده ۳ آیین‌نامه داخلی شورا مقرر کرده است: «شورای نگهبان دارای سازمان اداری می‌باشد که وظایف و اختیارات و نمودار تشکیلاتی آن به پیشنهاد دبیر شورا به تصویب شورای نگهبان می‌رسد.» از طرف دیگر، قانون تشکیلات شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۷/۸/۲۰ مجلس شورای اسلامی مقرر داشته است: «شورای نگهبان می‌تواند به منظور انجام هر چه بهتر وظایفی که به موجب قانون اساسی بر عهده دارد، تشکیلات خود را تهیه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به مرحله اجرا درآورد.» طبق این قانون، ایجاد هر گونه تشکیلات توسط شورای نگهبان به تصویب مجلس شورای اسلامی وابسته است و به این ترتیب، مجلس شورای اسلامی می‌تواند بر تشکیلات تهیه‌شده توسط شورای نگهبان نظارت کند و آن را تغییر دهد.

با وجود این قانون، شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۱۳۸۶/۴/۱۹-۸۶/۳۰/۲۱۹۳۴ در پاسخ به استفسار عضو حقوق‌دان شورای نگهبان نسبت به مرجع تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی این شورا اعلام کرده است: «مستفاد از اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن است، بر عهده خود این شورا می‌باشد».

تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان را از شمول صلاحیت هیئت عمومی دیوان خارج کرده است. این در حالی است که بر اساس نظریه اعمال اجرایی در حقوق اداری، مصوبات و تصمیم‌گیری‌های اداری از قبیل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها و تصمیمات اداری که از سوی این شورا صادر می‌شود، قابل نظارت قضایی دیوان است.^۲

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹، ص ۲۱.

۲. مشهدی، علی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۲۱۹.

در خصوص صلاحیت‌های سلبی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری یا مستثنیات صلاحیت‌های ایجابی دیوان در تحلیل حقوقی، پرسش‌های مهمی مطرح می‌شود، مانند این که آیا صلاحیت‌های سلبی دیوان، موضوع تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان اطلاق دارند؟ به عبارت دیگر، آیا دیوان عدالت اداری در خصوص شکایات، تظلمات و اعتراض‌های اشخاص حقیقی و حقوقی از اعمال حقوقی یک‌جانبه نهادهای یادشده، مکلف به صدور قرار عدم صلاحیت است و بر این اساس، قضات دیوان باید از رسیدگی استنکاف ورزند؟ اگر اطلاق این تبصره پذیرفته شود و برخی اعمال نهادهای یادشده خارج از صلاحیت‌های قانونی باشند، آیا رسیدگی نکردن دیوان به لحاظ منطق حقوقی توجیه‌پذیر است؟^۱

آیین‌نامه‌هایی که شورای نگهبان تصویب کرده است، ماهیتی اداری هم‌چون آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه دارد که برای تأمین اجرای قوانین وضع شده‌اند. به این ترتیب، مقررات‌گذاری شورا جزء اعمال حاکمیت قانون باید تحت نظارت قضایی دیوان قرار گیرد و پذیرش این نظارت با اصل استقلال ساختاری و کارکردی شورا تناقضی ندارد. دیوان عدالت اداری در اعمال صلاحیت‌های اختصاصی شورا مانند نظارت بر انتخابات یا تطبیق مصوبات با موازین اسلامی و قانون اساسی اساساً مداخله‌ای ندارد. نظارت دیوان عدالت اداری از یک سو، تضمینی برای قانون‌مداری شورا در وضع مقرره خواهد بود و از سوی دیگر، اعطای صلاحیت وضع آیین‌نامه برای شورای نگهبان در راستای انجام وظایف مقرر در قانون اساسی، امری مطلوب ارزیابی می‌شود. به همین دلیل، پاسخ‌گویی شورا در مقابل چنین صلاحیتی نیز مطلوب و قابل مطالبه است.^۲

یکی از پی‌آمدهای برجسته دولت قانون‌مدار که آن را از دولت پلیسی متمایز می‌کند، این است که اندیشه نظارت‌ناپذیری برخی نهادها رنگ باخته است و با گسترش حوزه صلاحیت دیوان باید از موارد سوء استفاده از اختیارات جلوگیری کرد. چه بسا با نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری، نقض حقوق بنیادین بشر را هم بتوان متصور شد، به این بیان که یکی از حقوق بنیادین بشری، حق برخورداری از دادرسی منصفانه است که از ویژگی‌های آن، حق دسترسی و استماع به وسیله یک دادگاه صالح، مستقل و بی‌طرف است.^۳ لزوم شفافیت در تصمیمات و اقدامات نهادهای سیاسی و اداری و نیز مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی، توجیه‌کننده نظارت قضایی بر اعمال اداری شورای نگهبان است.

۱. ملکوتی هاشجین، سید حسین، «تأملی بر تفسیر اصل خروج از حدود اختیارات قانونی در دکنترین حقوق اداری انگلیس و ایران»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۳، سال یازدهم، شماره ۴۰، ص ۱۷۹.

۲. نیکونهاد، حامد و شبمن اورنگی، «سنجش آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان؛ میان‌بی، قلمرو و نظارت‌پذیری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۳، ص ۱۳۹.

۳. راسخ، پیشین، ص ۲۸۵.

با توجه به اصل ۱۷۰ قانون اساسی، شورای نگهبان در نظریه تفسیری خود، مقصود از تعبیر دولتی در این اصل را قوه مجریه دانسته است. برای تبیین و شناسایی مفهوم قوه مجریه می‌توان دو تعریف از این قوه ارائه داد: تعریف سازمانی و تعریف کارکردی. در تبیین مفهوم کارکردی یا مادی باید ماهیت عمل اجرایی را به رسمیت شناخت. امروزه عمل اجرایی را می‌توان به دو بخش اصلی عمل حکومتی و اداری تقسیم کرد و هر چند عمل اداری، اصلی‌ترین وظیفه قوه مجریه است، اما در انحصار کامل این قوه نیست و بخشی از این وظایف به شوراهای محلی، شهرداری‌ها، قوه قضاییه و نظام‌های حرفه‌ای واگذار شده است.^۱

مطابق یک تحلیل در حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت مقامات و نهادهای حکومتی است، مگر آن‌که قانون اساسی، صلاحیت را به طور صریح و ضمنی برای مقامات و نهادهای یادشده به رسمیت بشناسد.^۲ با پذیرش صلاحیت وضع آیین‌نامه از سوی شورای نگهبان، اگر آیین‌نامه، فراتر از آن‌چه قانون اساسی با صراحت برای این نهاد مقرر کرده است، اختیاراتی در نظر بگیرد یا دیگر نهادها و افراد را متعهد سازد یا حدود قانونی و مقررات عمومی را رعایت نکند، در بی‌اعتباری حقوقی آن تردیدی باقی نمی‌گذارد.^۳

در تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان، به طور مطلق، مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان، از گستره نظارت قضایی دیوان خارج شده، در حالی که موارد مستثناشده از صلاحیت هیئت عمومی دیوان را باید بر موردی حمل کرد که شورا در مقام انجام وظایف ذاتی خود و بر اساس قانون اساسی انجام می‌دهد.^۴ اعمال اداری و مالی درون‌سازمانی، فرآیند استخدام و تعامل با مستخدمان اداری و نیز اقدام به تصویب مقرراتی مانند آیین‌نامه و بخش‌نامه از سوی شورای نگهبان را نمی‌توان از وظایف کلان سیاسی کشور به شمار آورد و به دلیل ماهیت اداری خود باید مشمول نظارت قضایی دیوان باشند. در نتیجه، اطلاق عبارت «مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان» بر خلاف طبیعت چندگانه اعمال آن شورا و ناسازگار با رسالت دیوان عدالت اداری در کنترل اعمال اداری ارزیابی می‌شود.^۵

۱. واعظی، سید مجتبی و سید محمد حسینی، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای نگهبان»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۱۶، ص ۲۳۰.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد و همکاران، تفکیک تقنین و اجرا، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ نخست، ۱۳۹۱، ص ۲۷۴.

۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر و جعفر حسین‌زاده، «جایگاه قانونی دفاتر نظارت شورای نگهبان در چارچوب نقد و تحلیل رأی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه مدرس علوم انسانی، ۱۳۸۳، دوره هفتم، شماره ۳، ص ۱۹۶.

۴. استوارسنجری، کورش، اندیشه‌های حقوق اداری: صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن، تهران: مجد، ۱۳۹۲، ص ۳۸۴.

۵. غمامی، سید محمد مهدی و کمال کدخدامرادی، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی در نظام حقوقی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۷، دوره چهارم و هشتم، شماره ۲، ص ۲۹۰.

بنابراین، تفسیر صحیح و منطقی از تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و نیز اصل ۱۷۳ قانون اساسی، مستلزم پذیرش صلاحیت نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر اعمال اداری شورای نگهبان است. از سوی دیگر، اصل بر نظارت است و استثنا به تصریح نیاز دارد که در این مورد، تصریحی وجود ندارد.

گفتار سوم. نظارت بر صلاحیت‌های مالی شورای نگهبان

نظارت مالی بر سازمان‌های اداری در حکومت‌های مردم‌سالار، یکی از مهم‌ترین جنبه‌های نظارتی به شمار آمده، به گونه‌ای که موجب ایجاد شاخه‌ای از حقوق عمومی با عنوان «حقوق مالی» شده است. بر فعالیت‌های مالی دولت و دیگر مجتمع‌ها و مؤسسات عمومی باید نظارت صورت گیرد تا از حیف و میل و سوء استفاده مالی مسئولان قوه مجریه جلوگیری و انضباط مالی در اداره‌های دولتی برقرار شود. در حکومت‌های مردم‌سالار، مردم، تأمین‌کننده واقعی نیازهای مالی دولت هستند و این هزینه‌ها را از طریق مالیات تأمین می‌کنند. این حق مردم و به نیابت از آنان، نمایندگان آن‌ها خواهد بود که بر هر گونه فعالیت مالی دولت نظارت داشته باشند.

به منظور اعمال انضباط مالی در سازمان‌های اداری، نمایندگان مردم، شیوه و چگونگی دریافت‌ها و همچنین شیوه و میزان تخصیص اعتبارات را مشخص می‌کنند تا دست قوه مجریه در دخل و خرج خودسرانه بسته باشد. به این منظور، قوانین مالیاتی و بودجه به تصویب نمایندگان مجلس می‌رسد تا اصل قانون‌مند بودن فعالیت‌های دولت تأمین شود.^۱ به منظور تطبیق اعمال مالی دولت با قوانین مصوب، نظارت مالی نیز بر عهده نمایندگان مردم قرار گرفته است که معمولاً مجالس شورا برای اعمال این نظارت علاوه بر سازوکارهای دیگر، سازمان خاص و مهمی را در اختیار دارند. این سازمان، دیوان محاسبات است که رسیدگی به شیوه اعمال مقررات مالی در اداره‌های دولتی را بر عهده دارد و گزارش تفریغ بودجه را به مجلس شورای اسلامی ارائه می‌دهد تا مجلس در این خصوص تصمیم بگیرد. در این راستا، نظارت مالی بر شورای نگهبان در سه مرحله قابل تصور است: نظارت پیش از اجرای عملکرد مالی، نظارت هنگام اجرای عملکرد مالی و نظارت پس از اجرای عملکرد مالی.

بند اول. نظارت پیش از اجرای عملکرد مالی

این مرحله به مرحله تهیه و تصویب بودجه این نهاد مربوط است و آن دسته از مؤسساتی که بودجه آن‌ها در بودجه کل کشور منعکس می‌شود، همانند دیگر مؤسسات دولتی، بودجه

۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۷.

پیشنهادی خود را به دولت پیشنهاد می‌دهند و پس از طرح در هیئت دولت و سپری کردن مراحل قانونی تصویب می‌گردد. بنابراین، در مورد این دسته از مؤسسات، بر آن قسمت از بودجه این مؤسسات که از طریق دولت تأمین می‌شود، نظارت صورت می‌گیرد. دسته دیگری از مؤسسات هستند که بودجه خاص خود را دارند و در ارکان داخلی مؤسسات تصویب می‌شود که دولت بر تهیه و تصویب بودجه این مؤسسات نظارتی ندارد. در مورد این که آیا این نوع نظارت بر شورای نگهبان وجود دارد یا خیر، باید بگوییم با توجه به این که شورای نگهبان بودجه خاص خود را دارد، چنین نظارتی بر شورای نگهبان در ایران وجود ندارد.^۱

این مسئله قابل نقد است؛ چون داشتن امکانات مالی فراوان برای دستگاه‌های دولتی، راه را برای صرف هزینه‌های هنگفت و بی‌دلیل باز می‌کند و نظارت‌ناپذیری در خصوص ارقام بودجه ممکن است زمینه فساد و خودسری را فراهم آورد.

بند دوم. نظارت هنگام اجرای عملکرد مالی

این مرحله از نظارت، نظارت میدانی است و عوامل ناظر در داخل مؤسسه و در متن عملیات مالی این مؤسسات قرار دارند و در این نوع نظارت باید بر ارزیابی فعالیت‌های شورای نگهبان فعلی تکیه شود. نظارت بر امور مالی مؤسسات در زمان اجرای عملکرد مالی به شیوه‌های مختلفی صورت می‌گیرد. در این جا نیز باید بین نظارت بر آن قسمت از بودجه این مؤسسات که از طریق کمک‌های بودجه عمومی دولت در اختیار مؤسسات قرار می‌گیرد، با نظارت بر آن قسم از بودجه مؤسسات که حاصل فعالیت خود مؤسسات است و در بودجه کل منعکس نمی‌شود، تفکیک قائل شد.

در خصوص آن قسمت از بودجه شورای نگهبان که در بودجه کل منعکس می‌شود، این نظارت شبیه نظارت بر عملکرد مالی دیگر دستگاه‌های اجرایی است. طبق مقررات، اعمال نظارت مالی بر مخارج وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی از نظر انطباق پرداخت‌ها با مقررات راجع به هر نوع خرج بر عهده وزارت امور اقتصادی و دارایی است. بنابراین، مأمورانی به نام ذی‌حساب که از سوی وزارت امور اقتصادی و دارایی حکم دریافت می‌کنند، باید این نوع نظارت را انجام دهند. در عمل، این مأموران در مورد شورای نگهبان نسبت به میزان بودجه شورای نگهبان نیز مانند دیگر دستگاه‌ها حق نظارت دارند. بخش دیگری از نظارت هنگامی اجرای عملکرد مالی توسط خزانه صورت می‌گیرد که جزئی از تشکیلات وزارت امور اقتصاد و دارایی محسوب می‌شود و مطابق سازوکار پیش‌بینی شده صورت می‌گیرد.

در پاسخ به این سؤال که آیا شورای نگهبان مشمول پرداخت مالیات هست یا خیر، با

۱. فلاح‌زاده و همکاران، پیشین، ص ۱۴۱.

مراجعه به قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۳) می‌بینیم که در تعریف مشمولان پرداخت مالیات چنین آمده است: «کلیه مالکین اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت به اموال یا املاک خود واقع در ایران طبق مقررات باب دوم و... و در ماده دو می‌خوانیم که «اشخاص زیر مشمول پرداخت مالیات‌های موضوع این قانون نیستند:

- وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی؛

- دستگاه‌هایی که بودجه آن‌ها به وسیله دولت تأمین می‌شود؛

- شهرداری‌ها».

هم‌چنین به موجب ماده ۷۱ قانون محاسبات، دولت مکلف است نسبت به آن قسمت از بودجه مؤسسات که دولت تحت عنوان «کمک» یا «اعانه» به این مؤسسات پرداخت می‌کند، نظارت داشته باشد و دولت در راستای اجرای این ماده در تاریخ ۱۳۸۵/۳/۲۴، «آیین‌نامه نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات» را به تصویب هیئت وزیران رساند که ملاک عملی دولت است.^۱

بنابراین، در پاسخ به این سؤال که آیا دولت این نوع نظارت را بر نهادها اعمال می‌کند یا خیر، باید گفت بر آن دسته از نهادها که بخشی از بودجه آن‌ها از طریق بودجه عمومی تأمین می‌شود و در بودجه کل کشور بازتاب می‌یابد، نظارت‌های یادشده اعمال می‌شود. بر آن دسته از نهادها مثل شورای نگهبان نیز که در مورد بودجه آن‌ها شفافیت وجود ندارد، باید چنین سازوکار نظارتی وجود داشته باشد. چه بسا اعمال این نظارت بر نهادهای مورد نظر از اهمیت دوجندانی برخوردار است که به نظر می‌رسد قانون‌گذار به دلیل توجه به جایگاه شورا، عامدانه از این امر غفلت کرده است.

بند سوم. نظارت پس از اجرای عملکرد مالی

این مرحله از نظارت که به پس از اتمام سال مالی و مرحله‌ای مربوط می‌شود که عملیات و برنامه مالی این مؤسسات به پایان رسیده است، توسط دیوان محاسبات صورت می‌گیرد. نوع دیگری از نظارت که قوه مجریه (دولت) نسبت به شورای نگهبان اعمال می‌کند، نظارت از طریق دریافت مالیات است. نویسندگان عرصه حقوق مالیاتی از جمله اهداف دریافت مالیات را دخالت دولت در شیوه توزیع ثروت و راهکاری برای تأمین بهترین استفاده از ثروت ملی می‌دانند که حق همه افراد ملت است. هم‌چنین دریافت مالیات را یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین حق حاکمیت دولت به شمار می‌آورند. بنابراین، طبیعی است که دریافت مالیات توسط دولت، یکی از راهکارهای نظارتی بر شورای نگهبان برای کنترل مالی این نهاد در نظر گرفته شود.

۱. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی، حقوقی شورای نگهبان، تهران: نشر دانش و

اندیشه معاصر، ۱۳۹۲، ص ۲۱۴.

وزارت دارایی در تاریخ ۱۳۶۷/۱/۲۹، فهرست نهادهای مشمول معافیت مالیاتی را به تصویب رساند که شامل دفتر تبلیغات اسلامی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، جهاد دانشگاهی، بنیاد شهید انقلاب اسلامی، کمیته امداد امام خمینی، بنیاد ۱۵ خرداد، بنیاد مستضعفان و بنیاد مسکن اسلامی می‌شد. این مصوبه شامل شورای نگهبان نمی‌شد، اما در تاریخ ۱۳۷۱/۴/۲۸ با تقاضای رئیس وقت شورای نگهبان از رهبری مبنی بر معافیت تمامی فعالیت‌های این نهاد از پرداخت مالیات و موافقت ایشان، این شورا از پرداخت مالیات معاف شد.

مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۱۷ در قالب ماده ۵۸ قانون برنامه توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، تمامی معافیت‌ها را لغو کرد، اما چون اجرای قوانین مربوط به نهادهای تحت نظر رهبری به تأیید ایشان وابسته است، نهادهای وقتی مشمول پرداخت مالیات محسوب می‌شوند که رهبری اجازه دهد. از طرفی، رهبری، مخالفت خود را با معافیت مالیاتی نهادهای زیر نظر ایشان در تاریخ ۱۳۸۹/۹/۷ اعلام کرد. بنابراین، با مخالفت رهبری مبنی بر معافیت مالیاتی نهادهای به نظر می‌رسد در حال حاضر، این نهاد، موظف به پرداخت مالیات است و این نظارت دولت در مورد آن‌ها اعمال می‌شود.

نتیجه‌گیری

شورای نگهبان قانون اساسی، نهادی سیاسی است که به موجب قانون اساسی از صلاحیت‌های خاصی نظیر تشخیص مغایرت نداشتن مصوبات مجلس با قانون اساسی و شرع (اصول ۴ و ۹۱ قانون اساسی)، تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸) و نظارت بر انتخابات (اصل ۹۹) برخوردار است. به موجب ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، همه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده‌اند، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شوند، اما این امر باعث نمی‌شود تا دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به اعمال اداری شورای نگهبان، صالح ندانیم. در خصوص امکان اعمال نظارت مالی بر شورای نگهبان باید گفت نظارت مالی بر هر دستگاه اداری از جمله شورای نگهبان به دلیل تعلق داشتن بودجه عمومی به مردم و ممنوعیت سوء استفاده از آن ضرورت دارد. هم‌چنین نهادهای مدنی به عنوان سازمان‌های خودانگیخته باید بر جریان قدرت نظارت کنند و مقامات سیاسی و اداری را به پاسخ‌گویی وادارند. بنابراین، باید راهکار نقد رفتارهای کارگزاران حکومتی در قانونی موضوعه مشخص شود. سازوکاری مناسب و شفاف در این حوزه در قوانین ایران وجود ندارد و نقدها بر این نهاد ممکن است با پاسخ‌هایی روبه‌رو شود. با این حال، تدوین قانون موضوعه در این حوزه ضروری است.

صلاحیت شورای نگهبان در خصوص تعیین مغایرت داشتن یا نداشتن مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی علاوه بر این‌که از نظر ماهوی، عمل غیر اداری محسوب می‌شود، صلاحیتی حکومتی است که در قانون اساسی ریشه دارد و اگر نظارتی بر این شورا وجود داشته باشد، باید در قانون اساسی تصریح گردد. البته مقام رهبری می‌تواند به عنوان عالی‌ترین مقام رسمی کشور در راستای اعمال نظارت خود بر شورای نگهبان و به موجب اصل ۹۱ و نیز بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به عزل و نصب فقهای این شورا بپردازد.

در خصوص نظارت قضایی با توجه به ادله مورد بحث از منظر حقوقی باید گفت که شورای نگهبان، نهادی است که در نظام حقوقی ایران، مصون از نظارت قضایی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است. فلسفه این مصونیت در مذاکرات وضع قانون و هم‌چنین با منطق حاکم بر تعهدات و تکالیف دولت در عصر حاضر مبهم است. چرایی نظارت‌ناپذیری شورای نگهبان بیش‌تر با توجه‌های سیاسی همراه است تا استدلال‌های حقوقی. به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی، ناشی از رویه‌ای است که این نهاد در حیات حقوقی و سیاسی کشور در پیش گرفته است. به هر روی، از نظر مبنایی، اصل حاکمیت قانون اقتضا دارد همه نهادها و مقامات در شمول دایره قانون قرار گیرند. قانون با مؤلفه‌های عدالت و انصاف این الزام عمومی را در عرصه زمام‌داری بهینه به وجود می‌آورد. در غیر این صورت، تبعیت از هر قانونی نمی‌تواند مبین شکل‌گیری نهادهای اداری منصف و بی‌طرف در عرصه اجرای قانون باشد.

اصل تفکیک قوا نیز که ضامن جلوگیری از قدرت گرفتن یک نهاد در حکمرانی است و ممنوعیت سوء استفاده از قدرت را تجویز می‌کند، باز تأکیدی است بر نظارت‌پذیر بودن شورای نگهبان. بر اساس اصل متریقی تفکیک قوا، قدرت باید به وسیله قدرت متوقف گردد و یکی از ارکان و عناصر بنیادین مرتبط با توقف قدرت، جلوگیری از انحصارگرایی و تجمع قدرت لجام‌گسیخته در دست یک نهاد است. اصل انتظار مشروع نیز ایجاب می‌کند که بر مصوبات و تصمیم‌های این نهاد بتوان نظارت کرد. انتظار بر حق و مشروع آن است که شورای نگهبان در پرتو پای‌بندی به اصل الزام به بیان دلایل، اعمال نظارت بر خویش را بپذیرد.

با بررسی مصادیق بایدانگارانه نظارت بر شورای نگهبان می‌توان استدلال‌هایی را بر لزوم پذیرش نظارت این دستگاه تئوریزه کرد. به هر روی، توصیه مقامات عالی حکومتی از جمله رهبری در ایران بر استثنایپذیر بودن از نظارت و تخصصی شدن نظارت، شاهدی بر این مدعاست. به باور نگارنده، هیچ بخشی از ارکان حکومت نمی‌تواند از نظارت مصون باشد و اعمال نظارت، اصلی است ناظر بر همه تصمیم‌ها که نتایجی نظیر شفافیت، اثربخشی، مسئولیت‌پذیری و کارآمدی خواهد داشت. وقتی دایره کلان حقوق مردم مطرح می‌شود، پاسداشت این حقوق با تضمین کرامت انسانی پیوند خورده است. به منظور حفظ کرامت و حیثیت انسان نمی‌توان نهادهایی را ناظر بر روابط و حقوق آن‌ها و مستثنا از فرآیند نظارت‌پذیری قرار داد. در نهایت، با توجه به نتایج این پژوهش، این پیشنهادها ارائه می‌شود: اولین پیشنهاد آن است که در قالب یک قانون عام اداری، نظارت و شیوه‌های آن تدوین شود و سازوکارهای عام نظارتی بر همه دستگاه‌های اداری تشریح گردد. این شیوه به ابهام‌زدایی از موضوع نظارت به صورت عمومی کمک می‌رساند و هر دستگاهی از جمله شورای نگهبان برای نظارت‌پذیری مشمول عمومات این قانون قرار خواهد گرفت.

دومین پیشنهاد آن است که قانون‌گذار با ذکر دلیل، موارد مستثنا شده از نظارت و سازمان‌های مستثنا را در قانون مشخص سازد. پس باید اصل را بر نظارت‌پذیری و تحت شمول بودن انواع نظارت قرار دهد و به صورت استثنایی مشخص کند که چرا مثلاً شورای نگهبان از شمول این نوع از نظارت خارج است. همچنین دستگاه‌های مستثنا از موضوع نظارت را باید به تفکیک مشخص کرد.

سومین پیشنهاد آن است که با انجام پژوهش‌های تطبیقی، دلایل استثنایپذیری از نظارت مشخص شود. برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه می‌تواند یکی از نهادهایی باشد که به شورای نگهبان از نظر کارکرد نزدیک است. پس نهادهای مشابه باید تفکیک و موارد مستثنا از نظارت با دلایل تشریح شود تا به واسطه وحدت ملاک بتوان موضع مشخصی را برای موارد مستثنا در نظر گرفت.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
۲. استوارسنگری، کورش، اندیشه‌های حقوق اداری: صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن، تهران: مجد، ۱۳۹۲.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
۴. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۹۴.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۶.
۷. فتاحی زفرقندی، علی، شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۸. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۹. فلاح‌زاده، علی محمد و همکاران، تفکیک تقنین و اجرا، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ نخست، ۱۳۹۱.
۱۰. قطبی، میلاد، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
۱۱. مهدی، علی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۱۲. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۱۳. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۹۸.
۱۴. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی، حقوقی شورای نگهبان، تهران: نشر دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۹۲.

۲. مقاله

۱. احسانی، حسین و خیرالله پروین، «نظارت قضایی بر اعمال اداری در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده امریکا»، فصل‌نامه مطالعات بین‌المللی پلیس، ۱۳۹۹، دوره یازدهم، شماره ۴۲.
۲. افشاری، فاطمه، «امکان‌سنجی نظارت قضایی بر اشتباه موضوعی مقام اداری در حقوق اداری ایران با رویکردی تطبیقی به نظام حقوقی فرانسه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶.
۳. بابازاده، وحید و اسدالله یاور، «مفهوم صلاحیت‌گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، ۱۳۹۳، دوره هفتم، شماره ۲۵.
۴. تقی‌زاده، جواد و فاطمه سمیعان، «تخصیص صلاحیت‌تقنینی مجلس شورای اسلامی در نظم اساسی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۴، شماره ۲۷.
۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر و جعفر حسین‌زاده، «جایگاه قانونی دفاتر نظارت شورای نگهبان در چارچوب نقد و تحلیل رأی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه مدرس علوم انسانی، ۱۳۸۳، دوره هفتم، شماره ۳.
۶. رستمی، ولی و همکاران، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۴۰۱، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱.
۷. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، مجله راهبرد، ۱۳۹۰، دوره بیستم، شماره ۴.
۸. شفیع‌سردشت، جعفر و همکاران، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۵، سال هشتادم، شماره ۹۶.
۹. غمامی، سید محمد مهدی و کمال کدخدامرادی، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی در نظام حقوقی مشروطه و جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۷، دوره چهل و هشتم، شماره ۲.
۱۰. فرخ‌رضا شفیع، سید محمد و همکاران، «صیانت از حقوق اساسی ملت در مواجهه با امنیت‌مدار شدن سیاست جنایی و اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی، ۱۴۰۰، شماره ۵۰.
۱۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۲، دوره هفتم، شماره ۴.
۱۲. قطبی، میلاد و همکاران، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان»، فصل‌نامه فقه حکومتی، ۱۳۹۸، شماره ۷.

۱۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۵.
۱۴. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹.
۱۵. محمودی، جواد، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، سال سوم، شماره ۵.
۱۶. مرادخانی، فردین و ابراهیم صباغی ولاشانی، «حدود استقلال شورای نگهبان (مطالعه موردی: استقلال مالی، اداری، استخدای و تشکیلاتی شورای نگهبان)»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۴۰۱، سال سیزدهم، شماره ۲۶.
۱۷. ملکوتی هشجین، سید حسین، «تأملی بر تفسیر اصل خروج از حدود اختیارات قانونی در دکتین حقوق اداری انگلیس و ایران»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۳، سال یازدهم، شماره ۴۰.
۱۸. نیکونهاد، حامد و شبیم اورنگی، «سنگش آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت‌پذیری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۳.
۱۹. واعظی، سید مجتبی و سید محمد حسینی، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای نگهبان»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۱۶.
۲۰. ویژه، محمدرضا، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، ۱۳۹۱، سال چهاردهم، شماره ۳۷.
۲۱. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی تحولات اساسی»، مجله حقوق اساسی، ۱۳۸۷، سال هفتم، شماره ۹.



واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس

حمید رضا حق پناهان *

حامد گرمی **

مجتبی همتی ***

چکیده

ضروریترین عملکرد دولت‌ها اعم از الهیاتی یا سکولار به مانند یک ارگان زنده، ادامه حیات در محدوده تحت حکمرانی است و ثروت عمومی هر کشور، منابع تأمین نیازهای این ارگان زنده را فراهم می‌کند. در جوامع امروزی، اجرای عدالت در حوزه‌های توزیع و تخصیص و رفع تبعیض برای حفظ حیات دولت‌ها، ضرورتی انکارناپذیر است. به هر میزان، این منابع ثروت بیش‌تر باشد و به صورت صحیح، اداره یا مصرف شود، موجب رشد توسعه پایدار حکومت و تضمین بقای حکمرانی خواهد شد. هدف مقاله حاضر، واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی به ویژه ثروت عمومی ناملموس است. مطابق با مستندات موضوعی ارائه‌شده در این پژوهش، روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات، تحلیل اسنادی - حقوقی است. یافته‌های پژوهش حکایت از آن دارد که اولین گام برای اداره و بهره‌برداری از ثروت‌های عمومی، شناسایی تمامی انواع و مصادیق ثروت‌های عمومی است. تا کنون در حقوق عمومی ایران صرفاً به جنبه‌های ملموس ثروت عمومی توجه گشته و به جنبه‌های ناملموس ثروت عمومی به دلیل شناسایی نشدن این نوع ثروت، در حوزه شناسایی و اداره یا مصرف بی‌توجهی شده است. نتیجه مقاله این است که سرمایه‌های انسانی به عنوان ثروت عمومی ناملموس، ارزشمندترین بخش ثروت عمومی یک کشور است که دولت‌ها از اوایل قرن حاضر میلادی به ارزیابی اقتصادی آن در اقتصاد کلان توجه نشان داده‌اند

کلیدواژه‌ها: ثروت، ثروت عمومی، ثروت عمومی ناملموس، سرمایه انسانی.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران.

Hamidrezahaghpahan@yahoo.com

Hamed.karami@ut.ac.ir

**. استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

***. استادیار و عضو هیات علمی، حقوق عمومی و بین الملل، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

mhemmati135@yahoo.com

مقدمه

امروزه هم‌زمان با جهانی شدن، رشد تکنولوژی، گسترش وسایل ارتباطی و مهم‌تر از همه، رشد خلاقیت، تفکر انسانی و تولید ایده‌های جدید، ضرورت بازنگری در قوانین، مقررات، تعاریف، اصطلاحات و حتی مفاهیم از هر نوع آن، خاصه مفاهیم حقوقی مرتبط با مسائل مستحدثه به موضوعی مهم تبدیل شده است. همانا تعاریف گذشته در برابر خلق ایده‌ها و خلاقیت‌های و نوآوری‌های امروزی دیگر نمی‌توانند پاسخ‌گوی نیازهای جامعه بشری باشند. برای مثال، در گذشته و در تعاریف کلاسیک و قدیمی از ثروت به مسائلی همانند محیط زیست، هوا، آب و حتی آسمان (کالای رایگان) توجه نمی‌شد.^۱ امروزه در پرتو رشد نیازهای انسانی و اهمیت یافتن محیط زیست، همه این موارد جزء ثروت‌های عمومی یک کشور هستند که کارشناسان اقتصادی، اجتماعی، امنیتی و حقوق‌دانان ملی و بین‌المللی به سبب تأثیرات فرامرزی به آن‌ها توجه می‌کنند. در حقوق ایران، دو واژه «انفال» و «ثروت‌های عمومی» کنار همدیگر قرار می‌گیرند، چنان‌که متخصصان حقوق عمومی، برابری معنایی از این دو واژه برداشت می‌کنند.^۲ این در حالی است که متعلق انفال، آن‌گونه که در فقه امامیه آمده، مال عرفی در ترمینولوژی حقوق است، ولی متعلق ثروت‌های عمومی بسیار فراگیرتر از اموال عرفی یا انفال است. به دلیل تبیین نشدن تمایز مفاهیم این دو واژه از یکدیگر در حوزه شناسایی و حوزه عمل به مصالح عامه، قوانین ایران با نوعی سردرگمی حتی در عالی‌ترین مرجع تقنینی در ارائه تعریف مناسب مواجه است. شناسایی نشدن این مفاهیم در حقوق عمومی از امکان بهره‌برداری، حفاظت و صیانت از این ثروت‌ها جلوگیری کرده و در نتیجه، مسئولیت‌ناپذیری حکمرانان در پاسخ‌گویی از همین غفلت در تعریف رخ داده است. اموال عمومی، مصداقی از ثروت عمومی است که در اصل ۴۵ قانون اساسی آمده، در حالی که ثروت عمومی اعم از ثروت عمومی ملموس و ثروت عمومی ناملموس است. رویه نظری و عملی شورای نگهبان در اصلاح ماده ۱۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان (۱۳۸۹) بر شناسایی ثروت عمومی ناملموس در حکم انفال انطباق دارد.

متناسب با این وضعیت، هدف مقاله حاضر این است تا با واکاوی مفهومی ثروت‌های عمومی، انواع و مصادیق آن را بررسی و شناسایی کند. سپس توجه اندیشمندان حقوق عمومی را در شناسایی و اداره ثروت‌های عمومی ناملموس به خود جلب کند. به طور کلی،

1-Lauderdale, An Inquiry into the Nature and Origin of Public Wealth and into the Means and Causes of its Increase, 2nd edition, Edinburgh: Archibald Constable & Co., 1819

۲. حقانی، حسین، «انفال یا ثروت‌های عمومی: انواع مالکیت در اسلام و موارد آن‌ها»، فصل‌نامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، تابستان ۱۳۶۹، شماره ۳ و ۴، صص ۱۶-۲۲.

مروری بر آثار پیشینی حاکی از پژوهش‌های انجام‌شده در جنبه‌های ملموس ثروت‌های عمومی است. خیرالله پروین و فراهانی (۱۳۹۹) در مقاله «بازشناسی مفهوم ثروت‌های عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» به این نتیجه می‌رسند که بر خلاف تصور رایج، منظور از «ثروت‌های عمومی»، صرفاً «انفال» نیست و اموال موضوع این اصل در سه دسته کلی «انفال»، «مباحات» و «اموال عمومی کاربری‌محور» قرار می‌گیرند. در این پژوهش با اذعان به تفاوت اساسی در حوزه شناسایی انفال و ثروت‌های عمومی از یکدیگر، پیشنهاد روشنی در خصوص وضعیت حکم قانون اساسی در خصوص عمل به مصالح عامه در این دو حوزه مشاهده نمی‌شود.

حامد کرمی و حق‌پناهان (۱۴۰۰) در مقاله «رابطه بین حکمرانی خوب و صیانت از سرمایه‌های اجتماعی به عنوان یکی از مؤلفه‌های قدرت نرم با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» به تشریح سرمایه اجتماعی یک کشور به عنوان ثروت عمومی ناملوس می‌پردازند. مدعای این پژوهش آن است که صیانت از سرمایه‌های اجتماعی تنها با حکمرانی مطلوب با تمام عناصر تشکیل‌دهنده این نوع حکمرانی میسر است. این مقاله با نشان دادن رابطه متقابل سرمایه اجتماعی و حکمرانی، بر ناکافی بودن حکم عمل به مصالح عامه در قسمت اخیر اصل ۴۵ در خصوص صیانت از ثروت عمومی ناملوس تأکید دارد. علی‌اکبر بابوکانی و همکاران (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان «بازپژوهی تعریف و مفهوم انفال در اندیشه فقیهان امامیه (با تأکید بر انگاره امام خمینی)» ضمن تعریف انفال و مصادیق آن به این نتیجه مهم می‌رسند که مهم‌ترین ایراد در تعریف فقیهان از انفال آن است که صرفاً برخی مصادیق آن را در نظر گرفته‌اند. اهمیت این مسئله زمانی دوچندان می‌شود که دریابیم در عصر حاضر، مصادیق نو و جدیدی در این خصوص مطرح شده است که تعریف قدیمی کارآیی ندارد و نمی‌تواند مصادیق جدید را در بر گیرد.

مالینومبی و سالاسال (۱۹۹۸) در مقاله «مفهوم مالکیت سرزمین: چشم‌انداز اسلامی»، ضمن بررسی مفهوم مالکیت به این نکته توجه می‌کنند که آیا در اسلام، مالکیت انسان بر دارایی خود به رسمیت شناخته شده و این مالکیت تا چه حد معتبر است.

در گرایش حقوق خصوصی نیز به پژوهش‌هایی با موضوع تبیین اموال غیر مادی برمی‌خوریم که عبارتند از: مقاله «ماهیت انتقال مالکیت اموال غیر مادی»، نوشته پژمان محمدی (۱۳۹۱)؛ «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، از علی انصاری (۱۳۹۱) و «بررسی بیع اموال غیر مادی در نظام حقوقی ایران»، اثر محمدحسن گلی شیروودی (۱۳۹۴).

این موضوع در گرایش حقوق عمومی بسیار گسترده‌تر از موارد حقوق خصوصی است؛ چون تمامی مصادیق اموال غیر مادی مطرح شده در این مقالات، اراده و اختیار ندارند.

متناسب با پیشینه پژوهشی مطرح شده و موضوع مقاله، این سؤال مطرح است که مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس چیست؟ در پاسخ به این سؤال، فرض مقاله آن است که سرمایه انسانی به عنوان ارزشمندترین بخش ثروت عمومی ناملموس دارای عقل و اختیار است و روش اداره یا تصرف این سرمایه مانند آن‌چه تاکنون در حقوق مطرح شده است، میسر نیست. به علاوه در بررسی منابع حقوق عمومی مشخص می‌شود که مصادیق انفال، اموال مادی و عینی است که با استناد به فقه و قوانین ایران، ثروت عمومی، ذیل یا هم‌ارزش عنوان انفال تعریف می‌شود. این در حالی است که این دو مقوله کاملاً از هم متمایز هستند. آن‌چه ضرورت و اهمیت این پژوهش را نشان می‌دهد، این است که میثاق ملت‌ها با دولت‌ها در سندی با عنوان قانون اساسی شکل گرفته است و دولت‌ها مکلف به تنظیم قوانین متناسب با این قرارداد اجتماعی هستند. به دلیل تبیین نشدن دقیق مفاهیم مندرج در اصل ۴۵ قانون اساسی ایران، این وظیفه تاکنون در تنظیم قوانین شایسته، کارآمد، شفاف و منطبق با این اصل سامان نیافته است. ضرورت تنظیم چنین قوانینی نیز بر کسی پوشیده نیست. از این رو، در راستای نوآوری مقاله می‌توان بیان داشت که مقاله حاضر به صورت مستقل، ثروت‌های عمومی را بر مبنای اصل ۴۵ قانون اساسی بررسی خواهد کرد و بررسی ثروت عمومی ناملموس جنبه نوآورانه مقاله حاضر است.

گفتار نخست. ثروت

بند نخست. مفهوم و تعریف ثروت

۱. مفهوم لغوی ثروت

ثروت با در نظر گرفتن مجموع ارزش بازار، همه دارایی‌های ملموس و ناملموس شخص یا مؤسسه و کسر همه بدهی‌ها از آن به دست می‌آید. در لغت‌نامه دهخدا در معنی «ثروت» آمده است که از ریشه [ثَرَوْ] (ع ا) و ثراء است و به دارایی، توانگری، کثرت مال، مال، مکنث، نعمت، دولت و هستی تعبیر شده است. با مراجعه به ترمینولوژی حقوق درمی‌یابیم که در لغت تازی به معنی «کثیر» است. به همین مناسبت، وفور مال و دارایی را ثروت می‌نامند.^۱ در هر دو تعبیر، ثروت با دارایی مترادف گرفته شده است. ثروت در اصطلاح حقوق مدنی شامل دو بخش است: یکی، اموال و مطالبات یا دارایی مثبت و دیگر، دیون یا دارایی منفی. همه مطالبات و دیون و عیون (منقول و غیرمنقول) انسان و یا شخص حقوقی دو قسم است:

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹۷.

یک - دارایی مثبت که به نفع مالک است؛

دو - دارایی منفی که علیه اوست، مانند بدهی‌ها و تعهدات مالی.

زمانی که معنی واژه «سرمایه» را جست‌وجو می‌کنیم، به این معناها برمی‌خوریم:

یک - اصل طلب نقدی است و در مقابل، منافع آن (رأس المال)؛

دو - مجموع دارایی و ثروت در برابر عایداتی که ثروت می‌تواند مولد آن‌ها باشد.

معنی اول در حقوق مدنی است و معنی ثانی، متداول علم اقتصاد.^۱

۲. تعریف کلاسیک ثروت

آدام اسمیت در کتاب «ثروت ملل» برای اولین بار با بررسی ماهیت کالای اقتصادی می‌نویسد: «پس از آن‌که تقسیم کار به طور کامل صورت پذیرفت، فقر و غنای فرد، وابسته به میزان کاری است که می‌تواند در اختیار او باشد».^۲ بر اساس گفته اسمیت می‌توان نتیجه گرفت که کالا، نمودی از کار است که در اختیار ما قرار دارد. در این تعریف از ثروت، کالا صرفاً اشیا مادی را دربرمی‌گیرد.

مالتوس پس از آدام اسمیت به عینی بودن کالاها تأکید دارد^۳ تا این‌که با مخالفت علمای اقتصادی آلمانی، مالتوس در سال ۱۸۳۶ متوجه شد که مفهوم ثروت، فراتر از کالاهای مادی است. هرمان، یکی از اقتصاددانان فرانسوی به تقسیم‌بندی کالای اقتصادی با کالای رایگان (غیر اقتصادی) اشاره می‌کند. منگر در تعریف دارایی و ثروت می‌نویسد: «مجموع کالایی‌هایی است که در اختیار یک شخص قرار دارد».^۴ بر این اساس، ثروت را می‌توان چنین تعریف کرد: «مجموع کالاهایی که در اختیار یک فرد قرار دارد و مقدار موجود آن‌ها کمتر از میزان احتیاجی است که برای آن وجود دارد».^۵

بند دوم. انواع ثروت

۱. دارایی ملموس و دارایی ناملموس

در این قسمت، دو موضوع دارایی ملموس و ناملموس را بررسی می‌کنیم.

۱. همان، ص ۲۱۶۳.

۲. اسمیت، آدام، **ثروت ملل**، ترجمه: سیروس ابراهیم‌زاده، تهران: پیام، ۱۳۵۷، ص ۲۸.

۳. ساموئلز، وارن جی. و استیون جی. مدما، **تاریخ اندیشه اقتصادی از مارکس تا جان آر. کامنز (سده**

نوزدهم و بیستم)، ترجمه: محمدحسین وقار، تهران: مرکز، ۱۳۹۷، ص ۲۰.

۴. منگر، کارل، **اصول علم اقتصاد**، ترجمه: فرهاد حق‌پرست، تهران: آماره، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱.

۵. همان، ص ۱۱۲.

الف) دارایی ملموس

این دارایی‌ها، عینی، قابل لمس و دارای ارزش اقتصادی هستند، مانند ارز، پول نقد، املاک و مستغلات، وسایل نقلیه و تجهیزات رایانه‌ای. دارایی‌های ملموس، نوع اصلی دارایی است که اشخاص برای تولید محصول و خدمات خود استفاده می‌کنند و ارزش‌گذاری آن‌ها ساده است. دارایی‌های ملموس ابتدا در ترازنامه ثبت می‌شوند، اما با مصرف یا مستهلک شدن، صورت‌های حساب‌رسی به سود و زیان تبدیل می‌شوند. برای مثال، مواد اولیه یک واحد تولیدی، دارایی ملموسی است که در فرآیند تولید و ایجاد ارزش افزوده و تبدیل کالای خام به محصول برای واحد تولیدی، سود و هزینه ایجاد می‌کند. هزینه کالاهای فروخته‌شده نشان‌دهنده هزینه‌های مستقیم تولید یک محصول است. چون موجودی کالا در فرآیند تولید به مصرف می‌رسد، در قیمت تمام‌شده کالای فروخته‌شده ثبت می‌شود. صنایع اتومبیل و فولاد، تجهیزات کارخانه، رایانه‌ها و ساختمان‌ها می‌توانند دارایی‌های ملموس باشند.

ب) دارایی ناملموس

دارایی ناملموس به معنای هر گونه ثروت و دارایی غیر پولی است که امکان دیده شدن، لمس کردن یا سنجش فیزیکی ندارد. به عبارت دیگر، دارایی‌های ناملموس، منابع و دارایی‌های طولانی‌مدت غیر انحصاری یک شخص است که ارزش مبادله‌ای دارد، مانند: حسن شهرت و اعتبار، علامت و برند تجاری، حق چاپ، حق ثبت اختراع، مالکیت معنوی، قراردادهای صدور مجوز، علامت تجاری، طرح و نیز دامنه‌های اینترنتی. از این رو، دارایی‌های ناملموس از نظر فیزیکی وجود ندارند، اما ارزش اقتصادی دارند؛ زیرا نشان‌دهنده درآمد بالقوه هستند، مثل حق انتشار یک آهنگ.

ایتامی بیان می‌کند: «... دارایی‌های ناملموس مانند یک تکنولوژی خاص، اطلاعات مشتریان، نام تجاری، شهرت و اعتبار شرکت‌ها برای قدرت رقابتی شرکت فوق‌العاده ارزشمند هستند. در واقع، دارایی‌های ناملموس در طول زمان، تنها منبع واقعی رقابت میان اشخاص است». شرکت‌هایی که قادرند فعالانه، سهام خود را از دارایی‌های ناملموس احیا کنند، می‌توانند دستاوردهای تغییرات تحقیق و توسعه را بیش‌تر بهبود بخشند. ارزش دارایی‌های ناملموس در ترازنامه شرکت شامل ثبت اختراعات، علایم تجاری و آرم‌ها، ارزش برند و تعداد مشتری‌هاست.^۱ انتظار می‌رود این دارایی‌ها، درآمد و سود نقدی آینده را به همراه داشته باشند. این دارایی‌ها با ارزش دفتری خالص ثبت می‌شوند؛ یعنی ارزش کل دارایی منهای استهلاک انباشته.

1-Pankaj, C. Pate, et al., "Strength of the association between R&D volatility and firm growth: The roles of corporate governance and tangible asset volatility", Journal of Business Research, 2017, Retrieved from: www.doi.org/10.1016/j.jbusres.2017.12.033

یک - دسته‌بندی دارایی‌های ناملموس

الف) قراردادهای اجاره‌ها، توافق توزیع، قرارداد با کارمندان، پیمان‌ها، تمهیدات مالی، قراردادهای تأمین، مجوزها و شعبه‌ها؛

ب) ارتباطات: نیروی کاری آموزش‌دیده و یکپارچه، روابط توزیع و بانک اطلاعات مشتریان؛
ج) سرمایه فکری: حق ثبت اختراع، کپی‌رایت، نشان تجاری، فناوری مالکانه (فرمول‌ها، دستورالعمل‌ها، ویژگی‌ها، برنامه‌های آموزشی، استراتژی‌های بازاریابی، تکنیک‌های هنری، فهرست مشتریان، تحقیقات جمعیت‌شناسانه، نتایج آزمودن محصول، دانش تجارت، تأمین‌گران، زمان فرآوری یا تهیه، داده قیمت‌گذاری و هزینه، اسرار تجارت و فوت و فن).

دو - مشخصه‌های دارایی‌های ناملموس

بر اساس تعریف هیئت بین‌المللی استانداردهای حسابداری^۱، دارایی ناملموس باید خصوصیتی به این شرح داشته باشند:

الف) غیر پولی باشد: برخلاف دارایی‌های ملموسی از قبیل زمین و ساختمان، ارزش دارایی‌های ناملموس از حقوق و منافع همراه آن‌ها ناشی می‌شود. دارایی‌هایی از قبیل سپرده‌های بانکی، حساب‌های دریافتی و سرمایه‌گذاران بلندمدت در اوراق مشارکت ماهیت فیزیکی ندارند، اما به عنوان دارایی ناملموس طبقه‌بندی نمی‌شوند.
ب) ماهیت فیزیکی نداشته باشد.

ج) قابل تشخیص باشد: با وجود ماهیت غیر عینی، دارایی ناملموس باید قابلیت تشخیص داشته باشد؛ یعنی بتوان آن را از سرقفلی واحد تجاری متمایز کرد (از قبیل حق اختراع و حق تألیف). بنابراین، می‌توان بیان داشت:

۱. مهم‌ترین ویژگی این دارایی‌ها، نداشتن مشخصه مادی، عینی و ملموس است.
۲. با توجه به ناممکن بودن ارزیابی عمر مفید این دارایی‌ها، اطمینان استفاده از مزایا و منافع احتمالی حاصل از این دارایی‌ها دشوار است؛ چون ارزش این دارایی‌ها از یک سو در معرض سطح بالایی از نوسان قرار دارد. از سوی دیگر، برخی از این دارایی‌ها به دلایل خاص، ارزش مبادله‌ای ندارند.^۲
۳. در عین حال که دارایی‌های ناملموس، ارزش پولی مشخصی برای یک کارخانه یا تجهیزات ندارند، می‌توانند ارزش یک شرکت را نشان دهند و برای موفقیت یا شکست طولانی‌مدت آن بسیار مهم باشند.

1-International Accounting Standards Board.

2-Abanmi, Noura, Accounting treatment of intangible assets in joint stock companies, 2021, pp. 2-9, available at: www.independent.academia.edu/nabanmi

باید به این نکته مهم دقت کرد که همواره تقسیم‌بندیهای متفاوتی از دارایی ناملموس ارائه شده است.

۲. ثروت عمومی و ثروت خصوصی

در عرف حقوقی، از منظر اقتصاد کلان و نگاه امنیتی، ثروت خصوصی هم بخشی از ثروت عمومی کشور است (استفاداً درباره خروج ارز از کشور).^۱ به استناد اصل ۴۰ قانون اساسی، شخص نمی‌تواند با تشبث به حقوق شاخته‌شده در ماده ۳۰ قانون مدنی، سرمایه و ثروت خود را نابود کند؛ چون عمل وی باعث تفویت منافع و مصالح عمومی می‌شود و حکم محجوریت برای وی صادر می‌گردد. با عنایت به اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مالکیت را می‌توان به این گونه تقسیم‌بندی کرد:

(۱) مالکیت خصوصی (اصول ۴۴، ۴۶ و ۴۷)

(۲) مالکیت عمومی (اصول ۴۴ و ۱۳۹ در اختیار دولت)

(۳) مالکیت تعاونی (اصل ۴۴). این نوع مالکیت بر خلاف دیگر تملکات طریقیّت دارد، نه موضوعیت

(۴) مالکیت حکومت اسلامی (اصل ۴۵)

(۵) مالکیت نهادهای حاکمیتی (اصول ۱۳۹ و ۴۹ مالکیت اختصاصی)

(۶) مالکیت ملی (اصل ۸۳)

در ترمینولوژی اقتصادی، ثروت عمومی (اعم از ثروت خصوصی و غیر خصوصی)، تمامی دارایی‌های متعلق به کشور است. ثروت با در نظر گرفتن ارزش کل بازار، همه دارایی‌های ملموس و ناملموس متعلق به آن تعیین می‌شود. سپس همه بدهی‌ها از آن کسر می‌گردد. نهادهای که در دنیا، ابتکار عمل را در خصوص ثروت ملل و ارزیابی آن را در دست دارد، بانک جهانی است. این بانک در طول سه دهه با پنج گزارش تلاش کرده است ثروت جهان را ارزیابی کند.

متخصصان این بانک در سال ۱۹۹۸ با انتشار گزارشی با عنوان «تخمین ثروت ملی: روش-شناسی و نتایج»، درصدد تخمین ثروت ملی کشورها برآمدند تا تصویری جامع‌تری از ثروت کل بدهند. این گزارش، تنها به سه عنصر از عناصر تشکیل‌دهنده ثروت عمومی (ملی) یعنی منابع طبیعی، منابع انسانی و سرمایه تولیدشده اشاره کرده است. در گزارش دوم بانک جهانی در سال ۲۰۰۶، با عنوان «سرمایه ملل کجاست؟»، به جای تعریف ثروت عمومی، از مؤلفه‌های آن اسم برده شد. این گزارش، ثروت عمومی را به چهار بخش تقسیم کرد: سرمایه‌های تولیدشده،

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، صحیفه امام (جلد ۱۲)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۵.

سرمایه‌های انسانی، منابع طبیعی و خالص دارایی‌های خارجی. در گزارش سوم با نام «ثروت در حال تغییر ملل»، در سال ۲۰۱۱، بانک جهانی درصدد ارزش‌گذاری مؤلفه‌های ثروت بر آمد. این گزارش در سال‌های ۲۰۱۸ و ۲۰۲۱ به‌روزرسانی شد.

گفتار دوم. ثروت عمومی^۱

ثروت عمومی، معیار ارزش همه دارایی‌هایی است که به اشخاص و جامعه در یک کشور تعلق دارد. بنابراین، ثروت عمومی با در نظر گرفتن مجموع ارزش بازار، همه دارایی‌های ملموس و ناملموس عموم اشخاص، مؤسسات و کسر همه بدهی‌ها از آن به دست می‌آید. به عبارت بهتر می‌توان بیان داشت که ثروت عمومی، «مجموع منابع موجود» است؛ چون کشورها، ثروت خود را با تولید ناخالص داخلی به ازای هر فرد اندازه‌گیری می‌کنند و نشان می‌دهند.^۲ در این راستا می‌توان به گزارش بانک جهانی استناد کرد که برای ارزیابی ثروت کل، آن‌ها را به چهار بخش تقسیم می‌کند: دارایی تولیدشده، منابع طبیعی، سرمایه انسانی و خالص دارایی‌های خارجی.

این در حالی است که خود مفهوم خالص دارایی‌های خارجی یک کشور نیز از سه دسته دیگر منشعب شده و به دلیل خروج از قلمرو سیاسی، جایگاهی جداگانه پیدا کرده است. آدام اسمیت با نوشتن کتاب «ثروت ملل» و تبیین کالای مبادله‌ای، نظریه‌پرداز اصلی نظام سرمایه‌داری شناخته می‌شود. اقتصاددان معاصر وی، لادرديل با نقد این کتاب به اهمیت کالای رایگان (آب و هوا) به این نکته اشاره دارد که علت افزایش ثروت سرمایه‌داران، علاوه بر تولید، تبدیل کالای رایگان به کالای مبادله‌ای است که منظور از آن در این چرخه، تبدیل ثروت عمومی به ثروت شخصی است. به اعتقاد لادرديل، اگر چه عقل سلیم در قبال پیشنهاد افزایش ثروت از طریق ایجاد احتکار هر گونه کالای ضروری یا مفید برای انسان مخالفت می‌کند، اما داشتن مقیاس ثروتی که نشان ندهد کالای بیش‌تر یا کم‌تری داریم یا به مرور زمان، خدماتی برایمان فراهم می‌شود یا نه، نامطلوب است.

ریکاردو، سی جی سی و جان استوارت میل بعدها ثروت عمومی لادرديل را در برابر نظریه ثروت خصوصی بررسی کردند. لادرديل از آب به عنوان نمونه‌ای از کالایی یاد می‌کند که کم‌یاب بودن آن باعث افزایش ثروت خصوصی به هزینه ثروت عمومی می‌شود. در ادامه همین مبحث، ریکاردو اشاره می‌کند که آب در صورت انحصار یا کم‌یابی دارای ارزش مبادله‌ای می‌شود. انحصارگر آب ثروتمندتر می‌شود و بقیه نیز به همین میزان، ثروت از

1-Public Wealth.

2-Bartsch, E., Boivin, J., Fischer, S. and Hildebrand, P., Dealing with the next downturn: From unconventional monetary policy to unprecedented policy coordination, Macro and Market Perspectives, SUERF Policy Note, 2019, p. 33

دست می‌دهند. اگر آب به واسطه کمیابی دارای ارزش مبادله شود، در حقیقت، ثروت عمومی متحمل زیان می‌شود. «فرضاً کشاورز به جهت کمبود آب، ذرت کم‌تری خواهد کاشت. در این صورت، افراد دیگر هم مجبور می‌شوند تا از یکی از ضروری‌ترین نیازهای راحتیشان چشم‌پوشند. در این حالت، توزیع متفاوتی به ضرر ثروت عمومی اتفاق می‌افتد»^۱.
جان استوارت میل به صورت مستقیم به لادردیل اشاره ندارد، اما بعدها، تحلیلی مشابه این نظریه ابراز می‌دارد: «اجسامی که به ازای آن‌ها هیچ چیزی را نتوان حاصل کرد، چه مفید و چه ضروری، آن‌طور که این واژه در اقتصاد سیاسی استفاده می‌شود، ثروت تلقی نمی‌شوند. به عنوان مثال، هوا که یکی از ضروری‌ترینهاست، در بازار، قیمتی ندارد؛ زیرا میتوان آن را رایگان به دست آورد. هوا، ثروت نیست، اما انسان با دستیابی رایگان به آن ثروتمند می‌شود؛ زیرا زمان و کاری را که می‌تواند برای تأمین ضروری‌ترین نیازهایش صرف کند، به اهداف دیگری اختصاص می‌دهد. در چنین حالتی، مالکیت هوا، حتی اگر صاحبش هم نخواهد، برای مالکش، ثروت تلقی می‌شود. اشکال این مسئله آن است که در نظر نمی‌گیریم که دارنده هوا ممکن است به هزینه بقیه جامعه عمل کند و افراد دیگر به واسطه آن چه مجبور شدند برای دستیابی به آن پول بپردازند و حقوقی نگیرند، فقیرتر می‌شوند»^۲.
برای نمونه، در حوزه زیست‌بوم ایران با نگاهی به روند تخریب دریاچه ارومیه می‌بینیم که از یک سو، مدیریت اشتباه در تأمین حق‌آبه مورد نیاز دریاچه و از سوی دیگر، برداشت بی‌رویه با ادعای توسعه، دستاوردی جز نابودی به همراه نداشته است. تبدیل ثروت عمومی اعم از آبی و محیط زیستی به ثروت خصوصی ممکن است در ابتدا برای کارگزاران و مدیران منطقه، فرصتی برای خودنمایی ایجاد کند، اما آثار درازمدت این تخریب، اگر نگوییم قابل جبران نیست، حتماً دهه‌ها برای رسیدن به وضعیت قبلی زمان لازم دارد.

بند نخست. ثروت عمومی ملموس^۳

الف) سرمایه تولیدشده^۴ و زمین‌های شهری: شامل ماشین‌آلات، ساختمان‌ها، ابزارآلات و تجهیزات و زمین‌های شهری مسکونی و غیر مسکونی. سرمایه فیزیکی تنها زمین یا مواد اولیه‌ای نیست که از آن استفاده شود، بلکه کالای تولیدی و خدمات را نیز شامل می‌شود. این سرمایه از کالاهای ملموس و دست‌ساخت بشر تشکیل شده است که به روند ایجاد یک

1-Lauderdale, op.cit.

2-Mill, John Stuart, Principles of Political Economy with Some of their Applications to Social Philosophy, Edited by: W. J. Ashley, London: Longmans, Green and Co., 1936, pp. 6-7

3-Tangible Public Wealth.

4-produced capital .

محصول یا خدمات کمک می‌کند. ماشین‌آلات، ساختمان‌ها، لوازم اداری یا انبارها، وسایل نقلیه و رایانه‌هایی که یک شرکت دارد، بخشی از سرمایه فیزیکی آن محسوب می‌شود. در ماده ۷۷ از قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۶) که با هدف کامل کردن تعاریف ماده یکم از قانون برنامه و بودجه ۱۳۵۱ تنظیم شده، دارایی‌های تولیدشده عبارت است از دارایی‌هایی که در فرآیند تولید حاصل گردیده است و به سه گروه عمده دارایی‌های ثابت، موجودی انبار و اقلام گران‌بها تقسیم می‌شود.

دارایی ثابت، آن دارایی است که در مدت بیش از یک سال به طور مکرر و مستمر در فرآیند تولید به کار رود. موجودی انبار، کالاها و خدماتی است که تولیدکنندگان به منظور فروش و استفاده در تولید یا برای اهداف دیگر در آینده نگهداری می‌کنند. اقلام گران‌بها نیز اقلامی است با ارزش قابل ملاحظه که نه به منظور تولید و مصرف، بلکه به دلیل ارزشی که دارند، نگهداری می‌شوند (تابلو، کتاب خطی و سنگ و فلز گران‌بها).

ب) سرمایه طبیعی:^۱ شامل انرژی (نفت، گاز و زغال سنگ) و مواد معدنی (در ۱۰ دسته مختلف)، زمین‌های کشاورزی و مراتع، جنگل‌ها و مناطق حفاظت‌شده است. سرمایه طبیعی از طریق محاسبه مجموع ارزش رانت تولیدشده و استهلاک دارایی در طول عمر آن دارایی ارزیابی می‌شود. بنابر گزارش بانک جهانی، سرمایه طبیعی، بزرگ‌ترین بخش ثروت در کشورهای کم‌درآمد است که ۴۷ درصد از ثروت را در این کشورها تشکیل می‌دهد. در مقابل، در کشورهای با درآمد بالا،^۲ سهم سرمایه انسانی، ۷۰ درصد از ثروت کل، سرمایه تولیدی، ۲۸ درصد و سرمایه طبیعی تنها ۳ درصد است. سهم سرمایه طبیعی در کشورهای با درآمد بالا (OECD) تنها ۳ درصد است، اما ارزش سرانه آن، سه برابر بیش‌تر از کشورهای کم‌درآمد است. در واقع، مؤلفه اصلی پیشرفت، استفاده بهینه از سرمایه طبیعی است که با مدیریت در سرمایه منابع طبیعی تجدیدپذیر و ورود دارایی‌های دیگر برای افزایش بهره‌وری همراه با نهادهای قوی و سیاست‌های مناسب تحقق می‌یابد.

در ماده ۷۷ از قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۶)، دارایی‌های تولیدشده، دارایی‌هایی است که خودشان تولید نشده‌اند (مانند زمین و ذخایر معدنی). همچنین سرمایه طبیعی را می‌توان به دو بخش اصلی منابع تجدیدناپذیر (انرژی حاصل از سوخت فسیلی و مواد معدنی) و منابع تجدیدپذیر (انرژی حاصل از نیروی خورشید، زمین‌های کشاورزی، جنگل‌ها و مناطق حفاظت‌شده) تقسیم کرد.^۳ با نگاهی به کنوانسیون تغییرات

1-Organisation for Economic Co-operation and Development.

2-Glenn-Marie Lange, Quentin Wodon and Kevin Carey, The Changing Wealth of Nations, Washington: World Bank, 2018

۳. موسی‌زاده، ایمان و همکاران، «ثروت ملل کجاست؟»، هفته‌نامه تجارت فردا، ۱۳۹۶، شماره ۲۵۸.

اقلیمی می‌توان دریافت که تلاش تمامی کشورهای عضو، تغییر رویکرد استفاده از منابع تجدیدپذیر به جای منابع تجدیدناپذیر است.

در اصل ۴۵ قانون اساسی، انفال در کنار ثروت عمومی قرار دارد. بررسی منابع معتبر فقهی، از اختلاف نظر جدی میان فقیهان در مبحث انفال حکایت دارد. دقیقاً مشخص نیست که تمثیل‌های به کار رفته در اصل ۴۵ متوجه انفال است یا ثروت‌های عمومی یا این‌که هر دو آن‌ها را شامل می‌شود. برای مثال، در تشییّت آرا در عالی‌ترین مرجع تقنینی کشور، به نظرهای استدلالی فقهای شورای نگهبان در اصلاح قانون نفت در ۱۳۹۰/۲/۷ اشاره می‌شود که در دیدگاهی مغایر، عده‌ای از فقهای شورای نگهبان، دایره شمول انفال را متمایز با دامنه ثروت‌های عمومی قلمداد می‌کنند. در دیدگاه موافق، دیگر فقهای این شورا، انفال را بخشی از ثروت عمومی می‌شمارند.

به همین سبب، بیش‌تر صاحب‌نظران حقوق عمومی، اشتراک معنایی بین واژگان انفال و ثروت‌های عمومی را در نظر می‌گیرند. در این میان، مشخصه مشترک تمام مصادیق تمثیلی مورد اشاره در اصل ۴۵ قانون اساسی، ملموس بودن آن‌هاست. نظر به وجود منابع فقهی و حقوقی معتبر در بحث انفال و مباحات و مشترکات عامه، این مقاله تنها به ضرورت، اجمالی از این مباحث را در بررسی ثروت عمومی ملموس ارائه می‌کند.

۱. انفال

انفال در فقه امامیه، اموالی است که به خدا و رسول و پس از او به ائمه به جهت جایگاه و موقعیت حقوقی که دارند، تعلق دارد. فقها با اختلاف نظر در استفاده از انفال در زمان غیبت امام عصر (عج) یا استفاده از انفال را برای شیعیان مباح می‌دانند یا جواز اباحه در زمان غیبت را تنها مشروط به سلطنت حاکم جائر می‌دانند و در زمان تسلط حکومت اسلامی، تملک، تصرف یا اداره انفال را بر عهده ولی فقیه اعلام می‌کنند. عده‌ای از فقهای شیعه، مصادیق انفال را حصری می‌دانند و عده دیگری برای شناسایی انفال از مباحات و مشترکات عامه، حکم صادر می‌کنند. امام خمینی (ره) از آن دسته از فقهای بود که برای تشخیص انفال از مشترکات عامه و مباحات قائل به حکم بود و می‌فرمود: «ملاک واحد، نداشتن مالک است»^۱.

۲. مشترکات عامه و مباحات

دو واژه «مباحات» و «مشترکات عامه» در کنار «انفال» و «فیء» آمده است که احکام انفال بر آن‌ها بار نمی‌شود.

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، البیع (جلد ۳)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۸، ص

الف) مباحات

«مباحات»، جمع «مباح» و در اصطلاح به معنای حلال است و شارع در احکام پنج‌گانه، برای این وضعیت، مکلف را در فعل و ترک، مختار شناخته است، اما در مسئله اقتصادی به اموالی اطلاق می‌شود که بهره‌گیری از آن برای عموم، آزاد و مساوی است و در ملک شخص معین داخل نشده باشد.^۱ در بند ۳ از ماده ۱ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در تعریف «مباحات اصلی» آمده است: «اموالی است که مالک و سابقه احیا و تحجیر و حیازت نسبت به آن‌ها معلوم نباشد» در ماده ۲۷ قانون مدنی به اموالی اشاره شده است که «افراد مردم می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات مندرجه در این قانون و قوانین مخصوصه مربوطه به هر یک از اقسام مختلفه، آن‌ها را تملک و یا از آن‌ها استفاده کنند».

ب) مشترکات عامه

مشترکات، اموالی است که عموم مردم در آن، حق بهره‌برداری و استفاده دارند. در منابع اسلامی، قلمرو خاصی برای آن معین شده است، از قبیل: راه‌ها، اماکن عمومی، پل‌ها، سدها، نیروگاه‌ها، شبکه‌های آب‌رسانی، مساجد، پارک‌ها و همه چیزهایی که از درآمدهای انفال و منابع عمومی ساخته شده و پدید آمده است. واژه «مشترکات» در سه مورد به کار رفته است: آب‌ها، معادن و منافع یا ثروت‌های ملی که به آن اشاره شد.^۲

قانون‌گذار در ماده ۲۶ قانون مدنی با به کار بردن مصادیقی کوشیده است مشترکات عامه را تعریف کند. مهم‌ترین خصوصیت مشترکات عامه، عدم امکان تملک است و دولت به نمایندگی از ملت به عنوان مصالح عمومی یا منافع ملی، متصرف این اموال است. فقهای شورای نگهبان در بند یک نظریه مورخ ۱۳۶۱/۸/۸ در خصوص مصوبه مجلس شورای اسلامی، موضوع قانون توزیع عادلانه آب، به صراحت اعلام می‌کنند: «این که آب‌ها را از انفال ذکر نمودند، شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود (نوشته شود از مشترکات است و در اختیار دولت است)، اما ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، در این قسمت این گونه تصویب شد: «... از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آن‌ها به دولت محول می‌شود». خاطر نشان می‌سازد تفویض اختیار مصرف انفال به استناد قسمت اخیر اصل ۱۱۰ و اصول حاکم بر حقوق عمومی و موازین شرعی امکان‌پذیر نیست. در تأیید این مدعا، به بند ۱-۲-۲ دیدگاه مغایر نظرات استدلالی فقهای شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۰/۲/۷، موضوع اصلاح

۱. رجبی، حسین، قلمرو انفال از دیدگاه امام خمینی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

۱۳۷۸، صص ۵۹-۱۲۵.

۲. همان.

قانون نفت اشاره می‌شود که صراحتاً عنوان شده است: «چنان‌چه منابع نفتی را از انفال بدانیم، نمی‌توان بدون اذن ولی فقیه به نیابت از امام (ع) و صرفاً به موجب قانون، اختیار آن را به وزارت نفت واگذار کرد». به همین جهت، این ماده مغایر با موازین شرع است».

۳. جغرافیای سیاسی شناسایی و عمل به مصالح عامه در انفال

در جغرافیای سیاسی شناسایی انفال با عنایت به آیات متعدد در قرآن و جامع روایات معتبر و اتفاق فقهای امامیه، تمامی کره خاکی و حتی کرات آسمانی، متعلق به خداوند و جانشینانش است. البته به جهت اعتلای کلمه الله، جانشینان خداوند در روی زمین بدون در نظر گرفتن رنگ، نژاد، زبان و تابعیت باید انفال را برای مصالح عامه بیعت‌کنندگان مصرف کنند. مقدمه و اصول ۱۱، ۴۵، ۱۵۲ و ۱۵۴ قانون اساسی متضمن چنین برداشتی از جغرافیای سیاسی شناسایی و عمل به مصالح عامه در انفال است. به نظر می‌رسد رویه عملی حکومت اسلامی در روابط ولی فقیه و بیعت‌کنندگان، در صحنه بین‌المللی هم بر همین ساختار بنا شده است.^۱ در انتهای اصل ۴۵ قانون اساسی، عبارت «تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند» آمده است، اما مستند به مقدمه اصل است که با انفال آغاز می‌گردد. نص صریح آیه یک سوره انفال که این اموال را متعلق به خدا و رسول می‌داند و جایگاهی که اصل ۵۷ قانون اساسی برای ولایت مطلقه فقیه در نظر گرفته است، به طوری که وی دارای تمام اختیاراتی است که رسول الله (ص) در زمان حیات خود داشت، مقید کردن ولی فقیه به عمل به مصالح عامه برابر قانون، چنان‌که در نظرهای استدلالی فقهای شورای نگهبان نیز آمده، خلاف شرع است. ولی فقیه در عمل به مصالح عامه مبسوط الید است و باید بنا به تشخیص خودش عمل کند.

بند دوم. ثروت عمومی ناملموس^۲

برای تبیین ثروت عمومی ناملموس در گفتار دوم از مبحث اول با وام گرفتن از حقوق خصوصی، تلاش شد وجود و مشخصات اموال ناملموس تبیین و تمایز این اموال با اموال عینی مطرح شود. در ثروت‌های عمومی ناملموس، تمام مصادیق اموال ناملموس حقوق خصوصی قابل تصور است، اما بعضی از ثروت‌های عمومی ناملموس وجود دارد که مابه‌ازای آن در حقوق خصوصی قابل تصور نیست. برای مثال، میراث ناملموس فرهنگی که در عصر حاضر، تمامی ملل متمدن به وجود آن صحنه می‌گذارند، به شخص یا حتی دولت‌های

۱. مصباح یزدی، محمدتقی، «اختیارات ولی فقیه در خارج از مرزها»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، ۱۳۷۵، شماره ۱، صص ۸۱-۸۶.

2-Intangible Public Wealth.

مستقر تعلقی ندارد، بلکه فرد فرد نسل حاضر و غایب از یک ملیت در مالکیت اعتباری آن سهیم هستند، مثل ردیف‌های آوازی در ایران. در بعضی از موارد، این میراث، فراتر از مرزهای جغرافیایی است و به چندین ملت تعلق دارد، مثل جشن‌های نوروز که ملت‌های متعدد، خود را در آن سهیم می‌دانند و در بعضی از موارد، این میراث متعلق به جامع بشری است، مانند دیوان مولوی بلخی یا روش حل مسئله که خوارزمی، مبدع آن است. تا کنون آنچه در خصوص انفال و ثروت‌های عمومی مطرح شده، ویژگی عینی و ملموس داشت، اما گفتار پیش رو در تلاش است به جنبه‌های ناملموس ثروت‌های عمومی بپردازد، اعم از این که در حکم انفال باشد یا نباشد.

۱. ثروت عمومی ناملموس در حکم انفال

بهترین راه تبیین ثروت عمومی ناملموس در حکم انفال، ارجاع به نظریه استدلالی فقه‌های شورای نگهبان در پرونده اصلاح ماده ۱۲ از قانون حمایت از حقوق مؤلفان، مصنفان و هنرمندان در سال ۱۳۸۹ است. امروزه در دنیا، کسی نیست که به ناملموس بودن حق تألیف اذعان نداشته باشد. البته در صورتی که مؤلف، مصنف یا هنرمند، ورثه نداشته باشد، این حق به عموم ملت ایران تعلق دارد. با تأکید مجدد بر دایره اختلاف نظری میان فقه‌های شورای نگهبان در زمان طرح اصلاح ماده یادشده در شناسایی انفال از ثروت‌های عمومی، در میان فقه‌های موافق با اصلاح ماده، عنوان می‌شود: «مقید کردن ولی فقیه به استفاده عمومی از حق معنوی مزبور اشکالی ندارد؛ زیرا این موارد نیز مثل انفال است که از سوی شارع برای استفاده شخص خاصی تعیین نشده است و باید به استفاده عمومی برسد». فقه‌های مخالف با اصلاح ماده نیز چنین بیان می‌کنند: «امام، وارث کسی است که وارثی ندارد. لذا امام مسلمین در چنین مواقعی، مال الارث به جا مانده را به هر صورتی که مصلحت بداند، مورد استفاده قرار می‌دهد. از این رو، مقید نمودن امام (ولی فقیه) در این مصوبه، به مورد استفاده عمومی قرار دادن حقوق مادی پدیدآورنده اثر، خلاف شرع است». قدر متیقن این است که فقه‌های شورای نگهبان در حکم انفال بودن حق مؤلف بدون وارث اتفاق نظر دارند. از این رویه این گونه درمی‌یابیم که در دیگر موارد مشابه هم ممکن نیست که فقه‌های شورای نگهبان چنین نظری را بیان کنند.

۲. ثروت عمومی ناملموس حکم‌ناپذیر

تمام سعی این مقاله تا کنون در شرح و بسط مطالب مقدمه‌ای بر تبیین عنوان حاضر است؛ ثروت‌های عمومی که ربطی با نوع حاکمیت مستقر ندارند. برای مثال، نام خلیج فارس بر آبراهه‌ای در جنوب ایران ممکن است از منظر اجتماعی یا شخصیت بین‌المللی ارزشمند باشد، اما

در نگاه کوتاه‌نظرانه، از منظر حقوق بین‌الملل، تغییر فرضی این نام در نقشه‌های بین‌المللی بر قلمرو سرزمینی ایران تأثیری ندارد. چنان‌چه به سرمایه‌های اجتماعی به عنوان ثروت عمومی ناملموس نگاه کنیم، دیگر به راحتی از منظر حقوق عمومی نمی‌توانیم در مقابل چنین تجاوزی به سرمایه اجتماعی ایرانیان ساکت بمانیم. چیزی که در سکوت به این تجاوز به یغما می‌رود، ثروت عمومی ناملموس ملت ایران است.

هدف از تنظیم این مقاله، نخست، شناسایی چنین ثروت‌هایی از منظر حقوق عمومی است و در وهله ثانی، مطالبه پاسخ‌گویی حکمران در صیانت از چنین ثروت‌هایی. از این دست ثروت‌های ناملموس که به شناسایی و مطالبه‌گری احتیاج دارد، کم نیست. برای مثال، ارزش پول ملی یا اعتبار بین‌المللی گذرنامه یا شاخص کیفیت زندگی، قطعات کوچکی از پازل ثروت عمومی ناملموس است. در حقوق جزا و مبحث رشاء یا ترک فعل منجر به تضییع حقوق دولتی به این‌که رشوه ممکن است ثروت ناملموس باشد یا اهمال مأمور دولتی ممکن است ثروت عمومی ناملموس یک کشور را تضییع کند، هیچ اشاره‌ای نشده است. تاکنون تمام ثروت‌های معرفی‌شده در این مقاله اعم از ملموس یا ناملموس، عامل انسانی نداشتند و به نحوی بالاصاله یا حکماً تصرف‌پذیر بوده‌اند، اما سرمایه‌های اجتماعی و انسانی به عنوان ثروت عمومی ناملموس که ارزشمندترین بخش ثروت عمومی هر کشور را تشکیل می‌دهد و در مراتب بعد آورده می‌شود، با آن‌چه تاکنون بررسی شد، تفاوت اساسی دارد.

۳. مصادیقی از ثروت عمومی ناملموس

الف) سرمایه‌های اجتماعی^۱

در پیشینه تعریف حقوقی ملت با دو نظریه آلمانی و فرانسوی برخورد می‌کنیم که یکی به نظریه سببی و دیگری به عامل ارادی توجه دارد. بوردیو می‌گوید: «سرمایه اجتماعی به گروهی از افراد این امکان را می‌دهد تا برای دستیابی به یک هدف یا اهداف مشترک، به طور مؤثر کار کنند. به جامعه یا سازمان مانند یک شرکت سهامی یا یک سازمان غیر انتفاعی، این اجازه را می‌دهد که به طور کلی، از طریق اعتماد و هویت مشترک، هنجارها، ارزش‌ها و روابط متقابل با هم کار کنند. به بیان ساده، سرمایه اجتماعی از طریق روابط اجتماعی به کل جامعه سود می‌رساند.» به نظر می‌رسد که نظریه بوردیو از نظریه شخصی ملت (نظریه فرانسوی) تبعیت می‌کند. به استناد نظریه فرانسوی که موریس هوریو از آن به «طرز تفکر و روحیه» نام می‌برد، از سرمایه اجتماعی وابسته به وقایعی هم‌چون جنگ و مصایب مشترک یا منافع مشترک اقتصادی، سرزمینی، احساسات ملی، وابستگی‌های معنوی و ساختارهای فرهنگی می‌توان اشاره کرد.^۲

1-Social capital.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۷۸.

پیر بورديو، سرمايه اجتماعي را به شكل زير تعريف مي‌کند: «سرمايه اجتماعي، مجموعه منابع واقعي يا بالقوه است که حاصل شبکه‌ای بادوام از روابط کمابيش نهادينه‌شده آشنایی و شناخت متقابل يا به عبارت ديگر، با عضویت در گروه است؛ شبکه‌ای که هر یک از اعضای خود را از پشتیبانی سرمايه جمعي برخوردار مي‌کند و آنان را مستحق اعتبار مي‌سازد»^۱. اين تعريف از سرمايه اجتماعي دلالت بر اين دارد که سرمايه اجتماعي دو جزء سازنده دارد: تعداد شبکه‌های افراد و ميزان سرمايه که ديگر بخش‌های شبکه دارد و افراد به اين سرمايه دسترسی دارند. بورديو بر اين باور بود که سرمايه اجتماعي، یک دارایی برای افراد ثروتمند محسوب می‌شود که به واسطه آن، برتری خود را بر طبقات ديگر در جامعه حفظ می‌کنند.^۲ در دید وسيع‌تر، سرمايه اجتماعي، دارایی ناملموس یک کشور است. بهترين راه ارزیابی عملکرد دولت‌ها در مورد بهره‌برداری از سرمايه اجتماعي، بسط، ارتقای جایگاه و توان‌مندسازی نهادهای مدني است. سرمايه اجتماعي بر اساس اين ایده شکل گرفته است که رفتار همکارانه‌تر می‌تواند فعاليت‌های اقتصادي را بهبود بخشد و رفاه را افزایش دهد. در اين صورت، ارزشمندی نام خليج فارس زماني آشکار می‌شود که به عنوان مؤلفه‌ای در اجماع‌سازی، اجتماع ایرانیان سبب پیوند ایرانیان با یکديگر و افزایش همکاری مؤثرتر و ارزشمندتر در اعتلای نام و جایگاه ایران شود.

ب) سرمايه‌های انساني^۳

سرمايه انساني به داراییها و ویژگیهای ناملموس اشاره دارد. در اين راستا، «بکر» بين سرمايه انساني عام و خاص تفاوت قائل شد و گفت که سرمايه انساني خاص، آموزش يا تعليم به سود یک شرکت است و سرمايه انساني عام، آموزش يا کيفيتی که در هر شرکتی به نفع فرد است.^۴

آدام اسمیت در مقدمه کتاب معروف خود، «تحقیقی پیرامون ماهیت و اسباب ثروت ملل» درباره سرمايه ناشی از فعاليت نیروی کار و لزوم مدیریت درست آن سخن می‌گوید. اين ضرورت هم‌چنان و تا زمان حال باقی است. به گزارش بانک جهاني در سال ۲۰۱۴،

۱. احمدي، سيد علی‌اکبر و حوريه فيض‌آبادی، «بررسی ارتقای سرمايه بهبود عملکرد سازمان (نمونه موردی: سازمان‌های ستادی شهرداری تهران)»، فصل‌نامه مدیریت دولتي، دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، دوره سوم، شماره ۶، صص ۳۵-۵۴.

۲. فیلد، جان، سرمايه اجتماعي، ترجمه: غلام‌رضا غفاری و حسين رمضانی، تهران: کویر، ۱۳۸۶.

3-Human capital

4-Becker, B. E., Huselid, M. A., & Ulrich, D., The HR-1 Boston, Scorecard: linking people, strategy and performance, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2001

ارزش سرمایه انسانی، ۶۴ درصد از ارزش کل ثروت جهان است. با این وصف، سرمایه انسانی، ارزشمندترین بخش ثروت عمومی است. یکی از عوامل کاهش سرمایه انسانی نیز پیری نیروی کار است.^۱

بانک جهانی، اولین بار مبنای محاسباتی و اندازه‌گیری سرمایه انسانی در ثروت جامعه را بر مبنای داده‌های دوره‌های زمانی بررسی می‌کند و دو روش برای اندازه‌گیری سهم سرمایه انسانی از ثروت کل ارائه می‌دهد:

روش اول، اندازه‌گیری هزینه‌های صورت‌پذیرفته برای توسعه منابع انسانی است، خصوصاً مخارج عمومی که برای آموزش صورت گرفته است. این روش چندان دقیق نیست؛ یعنی اطلاعات افرادی را در نظر نمی‌گیرد که در سال گذشته، به هر علتی از چرخه کار خارج شده‌اند. همچنین سرمایه‌گذاری بخش خصوصی برای آموزش سرمایه انسانی در این روش ارزیابی نمی‌شود.

روش دوم، بنا به تعریف ارزش تنزیل‌شده درآمد نیروی کار یک کشور در سال‌های آتی است. به عبارت دیگر، ثروت، سرمایه انسانی یک دارایی است که جریان سود مستمری را در آینده ایجاد خواهد کرد. با این تعریف، به نوع نیروی کار و درآمد هر گروه از جمله جنسیت، سن، سلامتی، آموزش و دیگر مؤلفه‌های وابسته به مسائل فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی هر کشور نیاز داریم تا بتوانیم برآوردی نسبتاً درست از ارزش سرمایه انسانی آن کشور داشته باشیم.^۲

ج) میراث فرهنگی ناملموس

میراث فرهنگی، میراثی است که از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود و به نوعی، شیوه زندگی ملتی را شکل می‌دهد. بنابراین، می‌توان از جنبه‌های مختلف، میراث فرهنگی یک ملت را تعریف کرد که آداب و رسوم، سنت‌ها، زبان‌ها، ارزش‌ها، مکان‌ها و اشیاء از آن جمله است. نکته بسیار مهم در بحث میراث فرهنگی و در راستای این مقاله، توجه به دو نوع میراث فرهنگی یعنی «ملموس و ناملموس» است.

میراث ناملموس فرهنگی آن گونه که یونسکو تعریف می‌کند، ثروت فکری غیر فیزیکی است، مانند فولکلور، آداب و رسوم، باورها، سنت‌ها، دانش و زبان. برای مثال و در راستای میراث فرهنگی ناملموس، برخی از نمونه‌های فهرست یونسکو عبارتند از: روز بومی مردگان در مکزیک، موسیقی و رقص تانگو از آرژانتین و اروگوئه، فلامنکو از اسپانیا و سنت ساخت کیمچی در کره. در مقایسه با میراث ملموس، میراث فرهنگی ناملموس بسیار متنوع‌تر است

1-Amendola, A., Di Serio, M., Fragetta, M. and Melina, G., "The Euro-Area Government Spending Multiplier at the Effective Lower Bound", European Economic Review, 2020, pp.10, 34 and 80

۲. موسی‌زاده و همکاران، پیشین.

و می‌تواند تقریباً هر چیزی را در بر بگیرد که سنتی و دارای ارتباط فرهنگی باشد؛ چون میراث ناملموس فرهنگی بر خلاف نوع ملموس مثل ساختمان‌ها و مصنوعات، زنده است، مانند سنت‌ها، مهارت‌ها و آداب و رسوم که جوامع اعمال می‌کنند و موضوعی است که همه می‌توانند آن را تجربه کنند. بنابراین، میراث ناملموس فرهنگی، زنده و پویاست. در راستای این گفته می‌توان به کلمات گفتاری شعر و داستان و صنایع دستی استناد کرد که سینه به سینه از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود.^۱

در راستای اهمیت این میراث و لزوم حفاظت از آن‌ها، کنوانسیون حفاظت از میراث فرهنگی ناملموس^۲ در نشست سال ۲۰۰۳ یونسکو در پاریس به تصویب رسید. این کنوانسیون از کشورهای عضو می‌خواهد از طریق برنامه‌های آموزشی و به رسمیت شناختن این میراث در ارتقای این میراث تلاش کنند.^۳

همان گونه که ملاحظه می‌شود، میراث فرهنگی ناملموس، فرد اجزای ثروت عمومی ناملموس است که دولت‌ها تنها به عنوان یک نهاد دبیرخانه، وظیفه ثبت این میراث را دارند، اما امکان تملک و حتی اداره این گونه ثروت‌ها را ندارند. گاهی مصادیقی از این میراث به دلایل مختلفی با ارزش‌های نظام حاکم در تضاد است، اما دولت‌ها، قادر به حذف و نادیده انگاشتن این ثروت‌ها نیستند. تنها با برخوردهای مقطعی ممکن است مدتی این میراث به محاق برود و با تغییر در ارزش‌های نظام مستقر، این میراث که در طول سالیان جزء لاینفک فرهنگ یک کشور بوده است، دوباره جایگاه واقعی خود را پیدا کند. دولت‌ها با استفاده از این میراث می‌توانند با اجماع‌سازی، شرایط حکمرانی مطلوب را برای خود فراهم آورند.^۴ در این صورت، با افزایش سرمایه اجتماعی و در پی آن، افزایش بهره‌وری سرمایه انسانی، موجب افزایش ثروت عمومی یک کشور ایجاد می‌شود. نادیده گرفتن این ثروت ارزشمند نیز سبب کاهش سرمایه اجتماعی و خروج سرمایه‌های انسانی از ثروت عمومی یک کشور می‌گردد. جمع‌بندی از مصادیق ثروت عمومی ناملموس که در حکم انفال نیستند، این است که نمی‌توان در سرمایه انسانی، سرمایه اجتماعی و میراث ناملموس فرهنگی به عنوان بخش

1-Fiore, G., Your Career Journey: Tangible and Intangible Cultural Heritage, 2021, pp. 1-9, Retrieved from: www.gbnews.ch/your-career-journey-tangible-and-intangible-cultural-heritage

2-Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage

3-UNESCO (n.d), Intangible Cultural Heritage: background and Rationale, Retrieved from: www.ich.unesco.org/en/background-01159

۴. کرمی، حامد و حمیدرضا حق‌پناهان، «رابطه حکمرانی خوب و حمایت از سرمایه اجتماعی به عنوان یکی از مؤلفه‌های قدرت نرم با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه قدرت نرم، ۱۴۰۰، دوره یازدهم، شماره ۱، صص ۱۳۷-۱۶۸.

مهم از ثروت عمومی کشور، از باب قیاس و با وحدت ملاک گرفتن از حقوق خصوصی در موضوع مال غیر مادی یا در فقه، در بحث انفال، احکام تصرف را بر آنها اعمال کرد. تنها روش شناخته شده در حقوق مدرن، استفاده از این ثروتها برای اجماع سازی در ارتقای کیفیت حکمرانی مطلوب است که نتیجه این ارتقا، لازمه توسعه پایدار است که سبب بقای حکمرانی می شود.

نتیجه گیری

در مورد موانع و محدودیت‌های پژوهش حاضر می‌توان به دو مورد به صورت کلی اشاره داشت:

۱. مورد نخست، نبود پیشینه پژوهش است. بحث ثروت عمومی و مفاهیم مرتبطی نظیر منفعت عمومی و توسعه پایدار، مفاهیمی سکولار - اومانیست است و با نظام الهیاتی جمهوری اسلامی ایران هم‌خوانی ندارد.

۲. این مطالعه براساس راهبرد پژوهش کیفی از نوع تحلیل اسناد بود. با وجود در پیش گرفتن تدبیرهای لازم برای ارزیابی اعتبار (اطمینان و باورپذیری) و نیز پایایی (قابلیت اعتماد)، یافته‌های کیفی پژوهش بر اساس اسناد موجود، در مقایسه با کار کَمّی، اعتبار عملی ندارد. با توجه به هدف اصلی این مقاله مبنی بر واکاوی مفهومی ثروت‌های عمومی، شناسایی انواع و مصادیق آن و همچنین جلب توجه اندیشمندان حقوق عمومی برای شناسایی و اداره ثروت‌های عمومی ناملموس می‌توان بیان داشت که در عصر حاضر با توجه به پیشرفت سریع تکنولوژی و وسایل ارتباطی و حتی تغییرات اقلیمی به تعریف جدیدی از انواع و مصادیق ثروت‌های عمومی نیاز است. به نظر می‌رسد اندیشمندان حقوق عمومی در بسط و ترویج دامنه ثروت عمومی باید کار مضاعفی در حوزه نظری و عملی انجام دهند. بی‌توجهی به ثروت عمومی ناملموس در محدوده شناسایی و عمل به مصالح عامه تاکنون سبب از دست رفتن منافع کشور شده است و در صورت تعلل بیش‌تر، کشور را به ورطه بحران‌های گوناگون اجتماعی، اقتصادی و امنیتی خواهد کشاند.

از این رو، یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد:

۱. توجه ناکافی و بی‌مسئولیتی نسبت به سرمایه‌های انسانی به عنوان ارزشمندترین بخش ثروت عمومی، آثار مخرب و جبران‌ناپذیری بر کشور و نظام حاکم بر آن وارد می‌کند. سیل مهاجرت سرمایه انسانی برخوردار اعم از فکری، مالی و حرفه‌ای از یک سو و همکاری نکردن سرمایه انسانی کم‌برخوردار در مشارکت در امور کشور باعث اضمحلال نظام حاکم می‌شود. نبود زادآوری، تخریب محیط زیست، قانون‌گریزی و تبدیل سرمایه‌های جاری به رمزارزها و خروج آن ثروت از چرخه اقتصادی تنها بخش نمایان از خسارت‌های این کم‌توجهی است.

۲. به نظر می‌رسد با گذشت چهار دهه از تصویب اصل ۴۵ قانون اساسی، اختلاط عبارات فقهی از یک سو و عبارت‌های حقوق مدرن از سوی دیگر، مانع رسیدن به دیدگاه واحد، حتی در عالی‌ترین سطوح تقنینی شده است. با عنایت به نص قرآن و منابع معتبر

روایی و فقهی جایگاه انفال و تفسیر غالب فقهی در جانشینی ولی فقیه در عصر حاضر و مبسوط‌الید بودن وی در عمل به مصالحه عامه به نظر می‌رسد عبارت اخیر این اصل قانون اساسی در تحدید قانونی این اختیارات با موازین شرعی در تضاد باشد. هم‌چنین حکم اصل ۴۵ قانون اساسی، محدود به عمل به مصالح عامه است. این حکم چنان‌که در این مقاله بررسی شد، امکان تسری به بخش اعظم ثروت‌های عمومی را ندارد. بنابراین، از این منظر هم اصل امکان تأمین خواسته‌های ملت را ندارد.

پیشنهاد می‌شود با بازنگری در این اصل قانون اساسی به جای عبارت «در اختیار حاکم اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن عمل نماید»، این عبارت بیاید: «دولت مکلف است با هدف توسعه پایدار، منفعت عمومی را تأمین کند». در این صورت به نظر می‌رسد قانون‌گذاری در این اصل از حالت تشریفاتی خارج شود و جنبه واقعی و عینی به خود بگیرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اسمیت، آدام، **ثروت ملل**، ترجمه: سیروس ابراهیم‌زاده، تهران: پیام، ۱۳۵۷.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
۳. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **البیع (جلد ۳)**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۸.
۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **صحیفه امام (جلد ۱۲)**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۵. رجبی، حسین، **نقش زمان در گسترش قلمرو انفال**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴.
۶. رجبی، حسین، **قلمرو انفال از دیدگاه امام خمینی**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۷. فیلد، جان، **سرمایه اجتماعی**، ترجمه: غلامرضا غفاری و حسین رضائی، تهران: کویر، ۱۳۸۶.
۸. منگر، کارل، **اصول علم اقتصاد**، ترجمه: فرهاد حق‌پرست، تهران: آماره، ۱۳۹۴.
۹. ساموئلز، وارن جی. و استیون جی. مدما، **تاریخ اندیشه اقتصادی از مارکس تا جان آر. کامنز (سده نوزدهم و بیستم)**، ترجمه: محمدحسین وقار، تهران: مرکز، ۱۳۹۷.
۱۰. هاشمی شاهرودی، سید محمود، **فرهنگ فقه (جلد ۲)**، تهران: مؤسسه دایره‌المعارف اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۱. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.

ب) مقاله

۱. احمدی، سید علی‌اکبر و حوریه فیض‌آبادی، «بررسی ارتقای سرمایه بهبود عملکرد سازمان (نمونه موردی: سازمان‌های ستادی شهرداری تهران)»، فصل‌نامه مدیریت دولتی، دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، دوره سوم، شماره ۶.
۲. انصاری، علی و همکاران، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، مطالعات

- فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۱، سال چهارم، شماره ۶.
۳. حقانی، حسین، «انفال یا ثروت‌های عمومی: انواع مالکیت در اسلام و موارد آن‌ها»، فصل‌نامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، تابستان ۱۳۶۹، شماره ۳ و ۴.
۴. حقانی، حسین، «انفال یا ثروت‌های عمومی»، فصل‌نامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، ۱۳۶۸، سال اول، شماره ۱.
۵. شعبانی، احمد و همکاران، «اثر سرمایه اجتماعی بر توسعه انسانی (مطالعه کاربردی: مناطق ایران)»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۹۲، سال هجدهم، شماره ۲.
۶. فقیهی، ابوالحسن و طاهره فیضی، «سرمایه اجتماعی: رویکردی نو در سازمان»، فصل‌نامه دانش مدیریت، ۱۳۸۵، سال نوزدهم، شماره ۷۲.
۷. کرمی، حامد و حمیدرضا حق‌پناهان، «رابطه حکمرانی خوب و حمایت از سرمایه اجتماعی به عنوان یکی از مؤلفه‌های قدرت نرم با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه قدرت نرم، ۱۴۰۰، دوره یازدهم، شماره ۱، صص ۱۳۷-۱۶۸.
۸. گلی شیروودی، محمدحسن و همکاران، «بررسی اموال غیر مادی در نظام حقوقی ایران»، جستارهای فقه و حقوق خصوصی، ۱۳۹۴، سال دوم، شماره ۳.
۹. محمدی، پژمان و همکاران، «ماهیت انتقال مالکیت اموال غیر مادی غیر فکری»، دوفصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱۳۹۱، سال اول، شماره ۱.
۱۰. مصباح یزدی، محمدتقی، «اختیارات ولی فقیه در خارج از مرزها»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، ۱۳۷۵، شماره ۱، صص ۸۱-۸۶.
۱۱. موسی‌زاده، ایمان و همکاران، «ثروت ملل کجاست؟»، هفته‌نامه تجارت فردا، ۱۳۹۶، شماره ۲۵۸.

ج) منبع اینترنتی

۱. ابانمی، نورا، المعالجه المحاسبية للاصول الغير ملموسة فی شركات المساهمة، ۲۰۲۱:
www.independent.academia.edu/nabanmi

2-Latin Source

- 1-Abanmi, Noura, Accounting treatment of intangible assets in joint stock companies, 2021, available at:www.independent.academia.edu/nabanmi

- 2-Amendola, A., Di Serio, M., Fragetta, M. and Melina, G., “The Euro-Area Government Spending Multiplier at the Effective Lower Bound”, *European Economic Review*, 2020
- 3-Bartsch, E., Boivin, J., Fischer, S. and Hildebrand, P., *Dealing with the next downturn: From unconventional monetary policy to unprecedented policy coordination*, Macro and Market Perspectives, SUERF Policy Note, 2019
- 4-Becker, B. E., Huselid, M. A., & Ulrich, D., *The HR-1 Boston, Scorecard: linking people, strategy and performance*, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2001
- 5-Fiore, G., *Your Career Journey: Tangible and Intangible Cultural Heritage*, 2021, Retrieved from: www.gbnews.ch/your-career-journey-tangible-and-intangible-cultural-heritage
- 6-Glenn-Marie Lange, Quentin Wodon and Kevin Carey, *The Changing Wealth of Nations*, Washington: World Bank, 2018
- 7-Lauderdale, *An Inquiry into the Nature and Origin of Public Wealth and into the Means and Causes of its Increase*, 2nd edition, Edinburgh: Archibald Constable & Co., 1819
- 8-Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy with Some of their Applications to Social Philosophy*, Edited by: W. J. Ashley, London: Longmans, Green and Co., 1936
- 9-Pankaj, C. Pate, et al., “Strength of the association between R&D volatility and firm growth: The roles of corporate governance and tangible asset volatility”, *Journal of Business Research*, 2017, Retrieved from: www.doi.org/10.1016/j.jbusres.2017.12.033
- 10-UNESCO (n.d), *Intangible Cultural Heritage: background and Rationale*, Retrieved from: www/ich.unesco.org/en/background-01159

The status of the constituent elements of modernity and the relationship between the elements and the legal system in Iran and England

Mokhtar Mohammadi*

Mohammad Rasekh**

Mojammad jalali***

Abstract:

Modernity was formed and evolved on the specific context of political and intellectual developments of the late Middle Ages and the Renaissance and beyond, and all manifestations. It affected the individual and collective life of man and led to the emergence of modern law, of which the principles of fair trial are a product. Hence, the main question of this article is about the relationship between having the author elements of modernity and aspects of the legal system. For this purpose, it is necessary to first identify the objective and epistemological / value elements of the phenomenon of modernity as well as the four legal aspects, namely the “purpose” and “source” of law, the legal “method” and the “reference” of legislation. Iran and the United Kingdom and the relationship between these elements and their legal systems were studied using a comparative method and qualitative analysis.

The findings of the study indicate the fact that the United Kingdom, due to the presence of most elements of new life (modernity), has a modern legal system and as a result; In the realm of principles and guarantees, the procedural rights of the accused

*. PhD in Public Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch of Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) rasekh.m@gmail.com

** . Prof. Shahid Beheshti University. m_yas2006@yahoo.com

***. Beheshti University. mdjalali@gmail.com

employee are more developed, and the exercise of these rights is documented in human rights documents. In contrast, Iran lacks all the elements of modern law due to its maximum elements of modern life, and therefore, at present, it does not have the principles and guarantees of a complete and developed procedure in accordance with human rights documents.

Keywords: modernity legal system modern law fair trial.

Designing a desirable model of legislative initiative in Iranian legislative studies law

Zohre Haghpanahan *

Ahmad Habib nezhad **

Zahra Ameri***

Abstract: The Legislative initiative, as a legislative tool at the beginning and inside of the more comprehensive legislative process, is one of the essential issues in the legislative studies law and legislation. Unfortunately, unlike its final product, the law, Iran's legal system has not focused, consistent, and dynamic attention. Therefore, to clarify the importance of this issue and the need to pay more attention to it, based on the existing circumstances, the present study aims to design a desirable model of legislative initiative in Iran legislative studies law by identifying the principles and effective components.

The qualitative research method and thematic analysis had used. The research's data were collected using semi-standard interviews with experts in the field of legislation, elected using the theoretical sampling method. Data were analyzed using the thematic analysis method in the thematic network. Finally, a conceptual model of network measurement had constructed. The qualitative research findings show that the design of the desired model of the legislative initiative includes four comprehensive themes: "comprehension of the concepts, fundamentals, rules and principles of the legislative initiative"; "Knowledge, expertise and scientific standards in the legislative initiative"; "

*. PhD Student, Islamic Azad University, Qom Branch.

z.haghpanahan@gmail.com

**.Assistant Professor, Department of Public law, Faculty of Law and Political Science, Farabi Campus, University of Tehran.(Corresponding Author) drhabibnejad@ut.ac.ir

***.Assistant Professor, Faculty of Humanities, Bojnourd University. z.ameri@ub.ac.ir

“participation of citizens and utilizing from the mechanisms of civil society”; And is a “specific legislative policy”. In addition, to “validate” the themes and the constructed model, two methods of evaluating the validity of the communicative method and the audit method have been used. To “reliability,” two ways of reproducibility and transferability or generalizability have been used.

Keywords: Legislative initiative, Public Policy, legislative Drafting, Legislative Studies Law.

Analysis of the rules governing public-private partnership agreements in domestic law

Jafar Noury*

Aria Hajiabolfath**

Abstract: Public- Private Partnership (PPP) is a mechanism by which the private sector and the public sector work together to implement infrastructure projects and provide services. The aforementioned partnership contracts involve several risks, among which the most common and most effective risks are legal risks, based on the research conducted by the Fraser Institute in relation to the world economic freedom index, among the 14 components that consist of major problems and obstacles. were structural and executive in the field of investment, the multiplicity, instability and inappropriateness of laws are higher than other components. However, the studies show that it is possible to reduce the severity of the negative burden of legal risks governing such contracts by improving and standardizing the laws governing them, along with managing such risks with the help of conditional clauses in the contract.

Therefore, the legal risks in the laws governing the field of public-private partnership were identified in this research, which were mainly caused by the inflation of current regulations, frequent changes of laws, contradictions of laws and regulations, lack of transparency of the legal system, and legislative deficiencies. Finally, by examining the changes in the legislative system governing public-private partnership contracts, solutions were presented and suggested to manage these risks in order to guarantee efficient executions for such contracts.

Keywords: Risk, legal risk, Investment, Public- Private Partnership.

*. Associate Professor, faculty of law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran.
jafarnory@ut.ac.ir

** . Ma.in Private Law, University of Tehran, Alborz Campus (Corresponding Author)
riahajiabolfath@yahoo.com

The function of administrative justice concept in administrative justice court proceeding

Babak Baseri *

Ali faghih habibi **

Abstract: The conception of administrative justice in any legal system is a function of political action. That is, it is more a product of the political agreement of the nation of land than a metaphysics conception. This concept primarily focuses on the fair distribution of resources and then on fair administrative decisions. Administrative justice is the basis for the structuring of the administrative system into an advanced legal system that applies to the equitable distribution of wealth through administrative law and legal principles derived from the customary concept and are sometimes defined in procedural and substantive principles in administrative court proceedings. Therefore, we are faced with a concrete concept that understands the system of administrative law and public law as defined by legal principles. These concepts are shaped by common social values and, after legal incorporation, their customary concept becomes legal. The concept of administrative justice in the judgments of the Administrative Justice Court has been expressed in two principles of impartiality and proportionality. The first principle deals with the concept of administrative justice procedures and the principle of proportionality of its substantive concept. Therefore, the most important application of the concept of administrative justice is to determine the legal principles that are relevant to it in administrative proceedings and in the jurisdiction of the administrative justice court.

Keyword: Administrative justice, Hearing, Impartiality, Proportionality, Public interest.

*.Assistant Prof. Department of Public law, Law and Humanitarian Faculty, Islamic Azad University, Shiraz Branch, Shiraz, Iran. (Corresponding Author) baseribabak@gmail.com

**. Associate Prof. Department of Public law, Law and Humanitarian Faculty, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran. faghih.habibi@gmail.com

Analysis and evaluation of the right-oriented approach to foreign nationals in the Social Security Law approved in 1975 and related laws

Shima Talebipour*

Seyed Mojtaba vaezi**

Abstract:

The right to social security includes the right to legal protection against social hazards such as old age, illness and disability, unemployment and the death of a guardian, and the loss of sufficient income to live in a manner worthy of human dignity; is. In a right-oriented approach to social security, individuals residing in a country are independent of belonging to a particular territory or geographical area and are members of the state-political system simply because they are human beings; they are covered by social security protections. Therefore, foreign nationals are also independent and do not need to be citizens of the country in which they reside or reside; They have this right, and domestic legal systems must live up to their international obligations and human rights; Overcome barriers to the full enjoyment of foreign nationals' right to social security. The process of guaranteeing the social security right of foreign nationals and protecting this right in the legal system; it is going at different speeds in different countries. Although some progress has been made in the legal system of our country; however, there are still significant legal challenges in the field of social security insurance for foreign nationals, which is the subject of the analysis of this article.

Keywords: Foreign nationals, human rights, social insurance, social security rights, social security law.

*. Ph.D. student public law, shiraz university.

shima_talebipour@yahoo.com

** . Associate Professor of public law, shiraz university. (Corresponding Author)

mojtaba_vaezi@yahoo.com

Administrative immunity of government employees in Iran

Javad Mahmoudi*

Jader Asadioojag**

Abstract:

Political leaders, diplomatic missions, judges, lawyers, members of parliament, etc. have special immunities. Government employees also have an undeniable role to play as effective human resources in decision-making and executive affairs. The main question of the forthcoming research is whether the administrative immunity of government employees is also acceptable or not? The research hypothesis that the absolute immunity of employees is rejected due to the requirements of the rule of law, but aspects of their relative immunity based on the legitimacy of the administration, has a logical justification in the type of relationship between employees and their superiors and their relationship with third parties. This immunity, while being a special privilege for employees, eliminates their absolute irresponsibility and abuse of power by violating the law and its ancillary equipment. Therefore, employees have immunity from superior authorities in terms of professional independence and irresponsibility resulting from their illegal orders. Citizens also have the right to be prosecuted by the competent authorities in case of violation of current laws by employees. Hence, this special privilege ensures the independence and dynamism of the administrative structure in parallel with the rule of law and respect for the rights of the citizens concerned.

Keywords: Immunity, employees, administrative law, rule of law, Iran.

*.Shahrekord University. (Corresponding Author) mahmoudi.javad@sku.ac.ir

** . Seaman University. naderasadioojag@gmail.com

An analysis of the central bank's regulatory role in commercial document transactions in the light of the new cheque law

Naser Sarbazi *

Ali Reza Rajabzadeh Estahbanati**

Teyeb Afsharnia***

Abstract:

One of the most important commercial documents under commercial law is the cheque. Due to the importance of this payment document in commercial transactions, the legislator has assigned a special law to it and this law was amended in 2018 and based on this, new obligations have been placed on the Central Bank. Under the new amendment law, the central bank is required to fulfill its obligations to ensure transparency and oversight of financial and credit institutions and banks. Given the obligations of the central bank, which are considered in the law, it can be said that the central bank, as a regulatory body, has an important role in fulfilling legal obligations. The central bank's involvement in cheque-related operations can also be considered as a public benefit provider. Therefore, in this study, we seek to examine the innovations of the new cheque law regarding the obligations of the central bank. The results of this study show that the intervention of the central bank as a regulatory body can be justified. The research method in this research is descriptive-analytical and library method has been used in collecting resources.

Keywords: cheque Amendment Law approved in 1397, Liabilities of banks, Non-payable (irrevocable) cheque, Central Bank, Regulation.

*. PhD Student in Private Law, Department of Law, UAE Branch, Islamic Azad University, Dubai, UAE. n.sarbazi@gmail.com

**. Visiting Assistant Professor, Department of Private Law, UAE Branch, Islamic Azad University, Dubai, UAE. (Corresponding Author). alirezarajabzade@gmail.com

***. Assistant Professor, Department of Private Law, West Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. afsharnia59@gmail.com

Challenges of the independence of local councils in the Iranian legal system

Parisa aleshagh*

Faramarz atriyan**

Mohammad Mehdi ghamamy***

Abstract:

The independence of local councils does not simply mean giving Enterprise to parts of the land such as cities, villages, etc. Rather, it means having the legal personality of public rights and having a degree of power and authority so that they can fulfill the serious duties and needs provided for in the constitution of the country and there is no obstacle for them. The lack of independence of local councils in performing their duties has faced them with a serious challenge, which's largely due to the centralized political system of the country. Because in a centralized system the central government and the councils are closely related. The greater the dependence of local councils on the central government, the wider the scope of central government oversight. The origin of the central government's oversight powers should be sought in constitutional principles and common law. This article intends to answer the question of what are the obstacles to the independence of local councils with a descriptive-analytical and practical method and take a leap to improve the efficiency of local councils by rooting out and examining the problems and challenges step by step. This requires long-term structural, legal, educational programs, including educational programs, law reform, culture building and local institutionalization.

Keywords: Decentralization, Independence of local councils, Management of local affairs, Oversight of the central government and the constitution, Constitution of Law

*. PHD student in Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Iran. parisanwest@yahoo.com

** . Assistant Professor, Department of Public Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University of Iran (Corresponding Author). atrian.f.1001@gmail.com

***. Assistant Professor, Department of Public and International Law, Imam Sadegh University mmghamamy@gmail.com

Critique and analysis of nature and role the registration dispute resolution board law”How to issue property ownership documents whose documents have been destroyed due to war and emergencies such as earthquakes, floods and fires.”

Gholam Hasan Mazarei*

Sajjad Mardani**

Abstract:

Review and critique of the structure, procedure and competence of the Dispute Resolution Board “How to issue property ownership documents whose registration documents have been destroyed by war or unforeseen events such as earthquakes, floods and fires.” From the point of view of administrative proceedings, especially from the perspective of fair trial, it is an issue that has been addressed in this research.

The main idea of the research is that this board has jurisdiction and discretionary power compulsory and in fact, in addition to being a special Administrative Tribunal of registration, it also has some diagnostic competencies as an administrative institution. Using a descriptive-analytical method with a qualitative and dependent approach Library studies in this study, while answering the main question about the nature of The registration dispute resolution board, its pathology in order to improve the structure and competence of this reference and mechanisms have been presented. He also spoke about the necessity or non-necessity of the existence and continuation of the activities of this board in the structure of the country’s registration authorities, and the results of these studies indicate the necessity of the continuation of the activities of this board, of course, with amendments.

Keywords: Administrative Tribunal, Adversarial trial, discretionary power compulsory, Administrative institution, Registration Dispute Resolution Board.

*. PhD in , Public Law, Faculty Member of Shahi Chamran University of Ahvaz.

mehryar1381@yahoo.com

** . M.A” in Administrative Procedure Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author) mardanisajjad1363@gmail.com

Characteristics of Principle of Legitimate Expectations in Administrative Law

Ahmad ranjbar*

Abstract:

Public expectations from governments is different with Principle of legitimate expectations in administrative law. Historically, Principle of legitimate expectations in administrative law has been regarded as a distinctive protective principle for protecting citizens against government and administrative authorities. Legitimate expectations in administrative law is not a consistent theory, but primarily is the product of judicial precedent. But as long as is concerned to England, this principle like other overview principles is a judicial reaction to discretionary powers of administration and (unlike Germany and EU) has been applied in various situations. This makes this principle not only in conflict with other principles but makes it difficult to find a distinctive justification for applying it. This article with a descriptive method tries to approach to and recognize legitimate expectation in negative way: from trying to find and recognize a separate justifying base for legitimate expectations in legal doctrine and judicial precedent especially in England to recognition of distinctions to discern interior elements of the principle (legitimate expectations from reasonable expectations, legitimate expectations from legally enforceable rights and interests, legitimate expectations and contractual expectations, emphasis on internalist approach to legitimacy in contradiction with externalist approach to legitimacy and lastly, recognition of legitimate expectations as an enforceable interest in public law) in order to prevent some possible misunderstandings to comprehend this comparably new found principle in our legal literature.

Keywords: legitimate expectations; reasonable expectations; legal certainty; administrative law.

*. ASSISTANT PROFESOR OF AZA D UNIVERSITY. BADAR ABBAS BRANCHc.IRAN.

ranjbar_ahd@yahoo.com

Concepts and examples of public non-governmental organizations in the Iranian legal system

Mahdi Sheykh Movahhed *

Mohamad javad Azadi**

Mahdi Johari***

Abstract:

Decentralization is one of the most basic concepts of administrative law and one of the important contexts for the participation of the non-governmental sector in affairs, which is the granting of legal personality to independent non-governmental units and recognition of general executive authority and decision-making in public affairs by non-governmental organizations. Non-governmental organizations are a newer type of public institutions for which the concept and characteristics explained by the legislator in Iran are not quite clear, which has led to differences in their examples. Judicial and organizational, as well as the identification of competent authorities during the trial, conducting a comprehensive research in this regard is helpful. This article seeks to answer the question of what is the meaning of public non-governmental organization in the relevant laws of Iran and determine the criteria for its recognition. In this research, an attempt has been made to answer this question with a descriptive-analytical method, and in particular, two difficult cases and challenges of its possible examples, namely the city council and the football federation, have been examined.

Keywords: City Council, Principle of Decentralization, Rule of Law, Public Non-Governmental Organization, Judicial Procedure.

*. Department of Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. mr5661@gmail.com

** . Graduate of Master of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran.

(Corresponding Author) m.a.37100aa@gmail.com

***. Assistant Professor, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran. johari@ujsas.ac.ir

Good E-governance and open Government Theory: a legal Approach

Yaser GhahremaniAfshar*

Mehdi Shabannia Mansour**

Ali Dashti***

Abstract:

E-government is a natural product of the technological forces that improve government performance and provide citizens with better and faster access to government services. E-government is interpreted as the digitization and computerization of government affairs. As governments engage in innovations in organizational structure, guidelines, capacities, and the use of human resources, Government services, and oversight of public affairs. The states have used e-government to innovate, modernize, increase productivity and improve their performance. E-governance in its capacity provides the foundations of political democracy and direct participation of citizens in political decision-making and promises the promotion of nation-state to e-government-e-citizen. Government openness to the economy and the people refers to the transparency of government actions, the availability of government services and data, and government accountability for ideas and demands. The present study used a prescriptive-explanatory as well as the library data to answer how e-governance will play a role in achieving open government. The main finding is In addition to achieving transparency, accountability, service delivery and greater efficiency, faster and higher quality in e-governance, it also raises the level of more informed and intelligent participation of individuals.

Keywords:Information Technology, E-Governance, E-Democracy, Public Services, State 2.0

*. Ph.D. in Public Law, Department of Public Law, Islamic Azad University (Corresponding Author)
YGHAFSHAR@HOTMAIL.COM

**..Assistant Prof. Department of Public Law, Islamic Azad University Central Tehran branch .
mehdi.shabannia@gmail.com

***. Department of Public Law, Islamic Azad University Central Tehran branch .
darrood@gmail.com

Consumer protection by standardizing the articles of association of companies from the perspective of administrative law

Vahid Karimi *

Akbar Bashiri **

Abast Pourmohammad***

Abstract:

The final consumer of goods / services has rights that are based on access to quality goods / services and reasonable prices. There are many conflicts between protectionist institutions and protectionist laws that make it difficult to protect consumer rights. In fact, there is a need for a comprehensive legal resource and a responsible and committed body, which seems that by standardizing the articles of association of companies, while establishing a suitable legal source, the supplier can be legally committed. This descriptive-analytical study seeks to investigate the possibility of protecting consumer rights with the solution of standardizing the articles of association of companies from the perspective of administrative law. The administrative bodies in charge of companies providing goods / services may be public or public, and the private sector usually has no place in the oversight of businesses. These institutions have the right to unify the statutes according to their duties and the broad interpretation of them. With this action, consumer rights can be mentioned as an obligation in the company's articles of association. Therefore, with the standardization of the articles of association, the legal obligation of the suppliers will be established and the right of supervision of the responsible organization will be specified. In this way, the administrative law solution will be open to protect consumer rights. In this case, the administrative challenges of

*.PhD Student in Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran

**. Assistant Professor, Department of Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran (Corresponding Author)

***. Assistant Professor, Department of Private Law, Maragheh Branch, Islamic Azad University, Maragheh, Iran

companies regarding consumer rights are minimized and during the judicial action, the main culprits can be dealt with appropriately. Government or public trustees have sometimes acted independently, which in order to counter parallelism, it is necessary to designate administrative regulations, appoint a single institution as the main trustee of supervision, and determine the vertical or horizontal status of administrative relations.

Keywords:Covid-19, domestic law, international law, World Health Organization, government functions

Studying evidence in administrative proceedings in the light of protecting the rights of citizens

Seyed mahdi Razavi*

Mostafa Seraji**

Gholamreza Molabeigi***

Abstract:

The system of proving litigation in administrative proceedings is of undeniable importance for ensuring the rights and freedoms of citizens and guaranteeing the principle of the rule of law. In the present article, we intend to use a descriptive-analytical method to define and present various types of evidence, the quality of evidence in administrative matters and to examine the evidence in the administrative court and the real role of the judge in proving and distributing the responsibility of proof; While in the implementation of Article 96 of the Constitution, the laws have been enacted and validated in accordance with Islamic rules or Imami jurisprudence, so in some cases we refer to the criminal law and civil law of Iran. The procedure in the Court of Administrative Justice is different from that of legal and criminal courts, because the nature of these courts and their principles are different. Therefore, the procedure of those courts cannot be ruled by the Court of Administrative Justice. Imposing the burden of proof on a citizen who claims that the administration has violated the rule of law will be a serious obstacle to achieving the goals of administrative proceedings; Therefore, it is necessary to modify the rule of "Al-Bineh Ali Al-Mada'i" in the administrative proceedings and also consider the administration as a respondent, so that the administration is obliged to explain its decisions in a documented and reasoned manner and provide rational and legal grounds for the challenged decision.

Keywords: reason, proof, proof, trial, administrative.

*.PhD Student in Public Law, Qeshm Branch, Qeshm Islamic Azad University, Iran.

(corresponding author) sedmr313@gmail.com

** . Department of Law, Bandar Abbas Branch, Islamic Azad University, Bandar Abbas. Iran.
mostafa_seraji@yahoo.com

***. Department of Law, Olom va Tahghighat Branch, Islamic Azad University, Tehran.
smr2015@yahoo.com

Restriction of property Rights by the Commission Article 5 of the Law on the Establishment of the Supreme Council of Urban Planning and Architecture in the Mirror of the Votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice

Ahmad Hoseinpoori *

Ayat Mulaee**

Naser RahbarFarshpira***

Abstract:

Observance of laws and non-departure from the scope of legal authority is one of the most important conditions for the acquisition of lands and properties that occur within the scope of public plans, to the point of conflict between “securing the public interest” with “private property rights”, “community originality” with “individual rights” and the “rule of dominance” with the “rule of no harm”. However, the lack of timely ownership of lands located in public projects on the one hand, and some decisions outside the legal competence of the commissions of Article 5 of the Law on the Establishment of the Supreme Council of Urban Planning and Architecture, in approving detailed design criteria and requesting change of use or separation of property on the other , Restricts the property rights of individuals and forces them to transfer their property rights to the municipality or other executive bodies without receiving compensation. The purpose of the present study is to investigate the angles of illegal restriction of property rights of persons by approvals outside the authority of Article 5 commissions, which are reflected in the opinions of the General Assembly of the Court of Administrative Justice. Therefore, in this study, using a descriptive-analytical method, the most

*. PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, Tabriz Branch, Tabriz Iran. ahmad.hoseinpoori@gmail.com

** . Department of Law. Faculty of law & Social Sciences. University of Tabriz. Tabriz.

(corresponding author) amulaee@tabrizu.ac.ir

***. Naser Rahbar Farshpira, Assistant Prof, Department of Public Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran. javid.rahbar.farshpira@gmail.com

important opinions of the General Assembly of the Administrative Justice Court on the subject of research have been analyzed. The results show that the approvals of Article 5 commissions that have restricted the property rights of individuals by ignoring the principles and laws, the rules of Sharia and the departure from the scope of authority, have been annulled by the General Assembly of the Court of Administrative Justice. In this respect, the Court should be considered a symbol of the protection of private property rights.

Keywords: civil liability, government, internet communication, loss, fault, administrative law

Monitoring the administrative and financial powers of the Guardian Council

Mohammad Sadegh Rafiee*

Seyed Mohammad Sadegh Ahmadi**

Mohammad Sharif Shahi ***

Abstract:

Supervision of public institutions improves their performance. In a dynamic public law system, the principle is on the controllability of the actions of all executive bodies. Due to the importance of the position of the Guardian Council, this hypothesis has been proposed that the decisions of the Council are unmonitorable and any monitoring exercise, independence and dignity. According to the note of Article 12 of the Law Organizations and Procedures of the Court of Administrative Justice, the decisions of the Guardian Council are not considered to the General Board of the Court, and according to Article 117 of the Civil Service Management Law, The guard is excluded from this general rule. The question of this research is how is it possible to monitor the administrative and financial actions of the Guardian Council? Based on this, the presented hypothesis emphasizes that the administrative and financial powers of the Guardian Council can be judicially supervised, and this issue especially emphasizes the separation between the political and administrative actions of this institution. The results of this research show that in our legal system, due to the wrong understanding of the position and position of the Council, sometimes the monitoring of the financial and administrative actions of this institution is neglected, while the correct monitoring of the two categories of actions, causes the better performance of the Council. And the rights of the nation are guaranteed. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: Guardian Council, Jurisdiction, Court of Administrative Justice, Judicial Supervision, Administrative actions.

*. Doctoral student of public law at Isfahan Azad University (Khorasgan). Isfahan. Iran .
(corresponding author). msrafiee87r@gmail.com

** . Assistant Professor of the Department of Public Law, Faculty of Humanities and Law, Islamic Azad University, Khurasan Branch. sms_ahmadi@khuif.ac.ir

***. Assistant Professor. Department of Public Law. Islamic Azad University. Isfahan (khorasgan) Branch Isfahan. Iran. rasashahi@gmail.com

“Analysis of the Concept of Public Wealth in Article 45 of the Constitution from the Perspective of Intangible Public Wealth”

Hamid reza Haghpanahan*

Hamed Karami**

Mojtaba Hemati***

Abstract: The essential performance of governments, including theological or secular, is to survive in the area under its rule as a living entity, and the public wealth of each country provides the resources to meet the needs of this living entity. In today's societies, the need for justice in the areas of distribution, allocation, and elimination of discrimination is an undeniable necessity for the survival of governments. More wealth resources and their proper management or consumption will lead to the growth of sustainable government development and ensure the survival of governance. Therefore, this paper aimed to evaluate the concept of public wealth in Article 45 of the Constitution, especially intangible public wealth. The research method is descriptive-analytical and the method of data collection is documentary-legal analysis. The results indicated that the first step in managing and exploiting public wealth is to identify all types and instances of public wealth. Only the tangible aspects of public wealth have been considered in Iranian public law so far, and the intangible aspects of public wealth have been neglected due to the lack of recognition of this type of wealth in identification and management or consumption. Human capital as public and intangible wealth is the most valuable part of a country's public wealth, which has been considered by governments in macroeconomics since the beginning of the present century.

Keywords: Wealth, Public Wealth, Intangible Public Wealth, Human Capital.

*. Department of Public Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Sari Branch, Iran
hamidrezahaghpanahan@yahoo.com

** . ssistant Professor, Law Department, Shahed University, Tehran, Iran.(Corresponding Author).
hamed.karami@ut.ac.ir

***. (Assistant Professor, Faculty of Public and International Law), University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. mhemmati1358@yahoo.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Fifth year / 15th issue / Summer 2023



ISSN : 27170497

Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad Allah Yavari

Editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad
Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami, Dr. Mohammad Rasekh, Dr. Hossein Zarei
Matin, Dr. Abbas Zaraat, Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi,
Dr. Ali Mashhadi, Dr. Morteza Najabatkhah, Dr. Mohammad Reza Vi-
jeh, Dr. Seyed Mohammad Hashemi



• Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami
Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St., Valiasr St., Tehran, Iran

• Postal Code: 1434863111

• Phone: 09214930838

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law



Fifth year / 15th issue / Summer 2023



Title of Articles

- ▶ Analysis of the position, performance and decisions of the Road Safety Commission in the structure of law of administrative councils.
- ▶ Designing a desirable model of legislative initiative in Iranian legislative studies law.
- ▶ Analysis of the rules governing public-private partnership agreements in domestic law.
- ▶ The function of administrative justice concept in administrative justice court proceeding
- ▶ Analysis and evaluation of the right-oriented approach to foreign nationals in the Social Security Law approved in 1975 and related laws.
- ▶ Administrative immunity of government employees in Iran.
- ▶ An analysis of the central bank's regulatory role in commercial document transactions in the light of the new cheque law.
- ▶ Challenges of the independence of local councils in the Iranian legal system .
- ▶ Critique and analysis of nature and role the registration dispute resolution board law "How to issue property ownership documents whose documents have been destroyed due to war and emergencies such as earthquakes, floods and fires."
- ▶ Characteristics of Principle of Legitimate Expectations in Administrative Law.
- ▶ Concepts and examples of public non-governmental organizations in the Iranian legal system.
- ▶ Good E-governance and open Government Theory: a legal Approach.
- ▶ Consumer protection by standardizing the articles of association of companies from the perspective of administrative law.
- ▶ Studying evidence in administrative proceedings in the light of protecting the rights of citizens.
- ▶ Restriction of property Rights by the Commission Article 5 of the Law on the Establishment of the Supreme Council of Urban Planning and Architecture in the Mirror of the Votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice.
- ▶ Monitoring the administrative and financial powers of the Guardian Council
- ▶ "Analysis of the Concept of Public Wealth in Article 45 of the Constitution from the Perspective of Intangible Public Wealth".

Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Fifth year :: 15th issue :: Summer 2023