

پژوهش‌های نوین حقوق اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال پنجم: شماره هفدهم: زمستان ۱۴۰۲



عنوان مقاله‌ها

- ▶ آسیب‌شناسی نظام تصمیم‌گیری شوراهاى اسلامی در پرتو اصل شفافیت «فاطمه شمیری، ولی رستمی، بیژن عباسی»
- ▶ آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری «محمد اسماعیلی، مرتضی نجابت خواه، علی اکبر گرچی ازندریانی»
- ▶ جایگاه و سازوکار انتقال فناوری در قراردادهای نفتی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز با تطبیق در نظام حقوقی قراردادهای بیع متقابل و نسل جدید قراردادی موسوم به IPC و انطباق بر سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران «محسن ربیعی، مریم آقایی بجستانی، محمد روحانی مقدم»
- ▶ حقوق شهود در تحقیقات اداری؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی «سید لقمان حسینی، شهرام زرنشان، محمد هادی سلیمانیان»
- ▶ تحلیل و نقد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره ابطال مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا «محمد رضا ویژه، جواد یحیی زاده»
- ▶ عیوب اراده در استعلام و مجوزهای قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری از دیدگاه حقوق اداری «مهدی ملاولی، سهیل جدی»
- ▶ شرایط و قلمرو مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه «حمید تقی زاده، علی چهکنندی نژاد، سید حسن هاشمی»
- ▶ تفکیک قلمرو نظام مالکیت خصوصی و عمومی در معادن نفت و گاز از منظر حقوق اداری اموال و مبانى فقهی «شمسی فشخورانی، طاهره سلیمی، طاهره سادات نعیمی»
- ▶ کرونا، محل تلاقی حق بر سلامت و حق بر اطلاعات: جستاری در مسئولیت دولت «جعفر شفیعى سردشت، سید محمد جواد ساداتی، سید سجاد میری»
- ▶ مفهوم‌شناسی حسن نیت در حقوق عمومی «علی ولایی، محمد جلالی»
- ▶ تأملی در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران با نظر به قواعد دیگر کشورها «صابر الماسی‌خانی، رضا طجرجلو»
- ▶ تحلیل حقوقی برنامه تحولات نظام اداری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور؛ در پرتو سند تحول قوه قضاییه «الناز فدائی، مصطفی محسنی‌ثانی»
- ▶ نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران «کوثر پیرنیا، محمدامین ابریشمی‌راد»
- ▶ قواعد آیینی حاکم بر فرآیند تصمیم‌گیری اداره (با مطالعه موردی قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا) «خدیجه شجاعیان»
- ▶ معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری «سید مجتبی حسینی الموسوی»
- ▶ واگذاری بستر رودخانه از منظر حقوق اموال عمومی «زهرا مشایخی، محمد حسنونند، رحیم گل‌زاده»
- ▶ شرایط حاکم بر بهره‌مندی از مزایای اکارافتادگی مشمولان قانون تأمین اجتماعی با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری «زهرا دانش ناری»





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نویسن حقوق اداری

سال پنجم / شماره ۱۷ / زمستان ۱۴۰۲

شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتراسدالله یاور

اعضای هیئت تحریریه

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

شورای علمی فصلنامه

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی:

مهدی حسنونند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

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



آدرس: تهران، خیابان ولیعصر، خیابان توانیر، میدان شهید عباس پور، خیابان نظامی گنجوی، نبش

کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

۱. حجم مقاله (شامل همه صفحات اعم از عنوان، چکیده، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع) باید حداقل ۵۰۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ کلمه در قطع A۴ باشد.
۲. حاشیه سمت راست و چپ صفحه ۴٫۵ سانتیمتر و حاشیه بالا و پایین صفحه ۶ سانتیمتر باشد.
۳. برای بخش بندی محتوای بدنه مقاله از ترتیب گفتار، بند، ۱، ...، الف، ب... الی آخر استفاده شود.
۴. چکیده فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۵۰ و حداکثر در ۲۵۰ کلمه باشد.
۵. واژگان کلیدی باید حداقل ۴ و حداکثر ۷ کلمه بوده و در متن فارسی به ترتیب حروف الفبا ذکر شوند.

ب. شیوه ارجاع دهی:

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

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

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

زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۳). حقوق سازمان‌های بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

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

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

سادات اخوی، علی و عباس 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. 520-535

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

ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵۱۰۱.

Scovazzi, Tullio (2006). "The Protection of Underwater Cultural Heritage: Article 303 and the UNESCO Convention", in: D. Freestone, R. Barnes and D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford University Press, pp. 120-136.

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

۲. مشخصات نویسندگان مقاله به ترتیب (به فارسی و انگلیسی) و به صورت زیر در پاورقی صفحه اول ذکر شود:
نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور.
۳. از بیان عنوان‌هایی نظیر مهندس، دکتر و... در ابتدای اسامی نویسندگان مقاله خودداری گردد.
۴. حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین‌المللی: 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، دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

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

ه. مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه:

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

نکته اول: از میان نویسندگان مقاله (در صورتی که مقاله بیش از یک نویسنده داشته باشد) حتماً باید یکی از نویسندگان (در هنگام ارسال مقاله) به عنوان «نویسنده مسئول» در سامانه تعیین شود. نویسنده مسئول، نویسندگانی است که مسئولیت تمامی مکاتبات و تماس‌ها در خصوص مقاله ارسالی را بر عهده خواهد داشت. نکته دوم: ضرورت دارد نویسنده مسئول شماره تلفن همراه و آدرس ایمیل معتبر خود را در سامانه فصلنامه تعیین نماید. در صورت عدم رعایت موارد مذکور، مسئولیت عواقب احتمالی بر عهده وی خواهد بود و فصلنامه هیچ‌گونه مسئولیتی در خصوص تأخیر در فرآیند رسیدگی و داوری یا حتی رد مقاله ارسالی نخواهد داشت.

نکته سوم: با توجه به مشغله فراوان اساتید محترم و جهت احتراز از مشکلات احتمالی که ذکر شد، پیشنهاد می‌گردد، دانشجویانی که با اساتید محترم مقاله مشترک دارند، در هنگام ارسال مقاله، خود را به عنوان نویسنده مسئول در سامانه تعیین نمایند. بعد از اتمام فرآیند رسیدگی و داوری و در هنگام صدور گواهی پذیرش مقاله، امکان تغییر «نویسنده مسئول» وجود دارد. تأکید می‌گردد چنین امکانی به هیچ وجه معنای اضافه نمودن شخص یا اشخاص جدید به عنوان نویسنده/نویسندگان مقاله نیست.

نکات مهم پایانی:

۱. مقاله ارسالی باید محصول مطالعات و تحقیقات نویسنده/نویسندگان بوده و دربردارنده دستاوردهای علمی جدید باشد.
۲. نگارش مقالات کاربردی و نیز استناد به مقالات مرتبط که در «فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری» منتشر شده‌اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
۳. چکیده فارسی نباید به صورت مفهومی ترجمه گردد، بلکه ترجمه چکیده باید دقیق بوده و شامل ترجمه تمامی جملات متن فارسی باشد. عنوان، چکیده و واژگان کلیدی انگلیسی باید در صفحه آخر فایل اصل مقاله آورده شوند. در صورت تغییر و بازنگری چکیده فارسی، تغییرات در چکیده انگلیسی نیز اعمال گردد.
۴. مسئولیت صحت مطالب، منابع و نظرهای ابراز شده در مقاله و نیز رعایت حقوق مؤلفین و پژوهشگران بر عهده نویسنده/نویسندگان مقاله می‌باشد.
۵. نویسنده مسئول باید تعهدنامه ای از طریق سامانه ارسال نماید مبنی بر اینکه مقاله برای همایش یا مجله دیگری ارسال نشده یا در حال داوری یا چاپ نبوده 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

- ۱۳ آسیب‌شناسی نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی در پرتو اصل شفافیت
فاطمه شمیری، ولی رستمی، بیژن عباسی
- ۳۷ آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
محمد اسماعیلی، مرتضی نجابت‌خواه، علی اکبر گرجی ازندریانی
- ۵۹ جایگاه و سازوکار انتقال فناوری در قراردادهای نفتی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز با تطبیق در نظام حقوقی قراردادهای بیع متقابل و نسل جدید قراردادی موسوم به IPC و انطباق بر سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران
محسن ربیعی، مریم آقایی بجستانی، محمد روحانی مقدم
- ۱۱۵ حقوق شهود در تحقیقات اداری؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی
سید لقمان حسینی، شهرام زرنشان، محمد هادی سلیمانیان
- ۱۴۱ تحلیل و نقد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره ابطال مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا
محمد رضا ویژه، جواد یحیی‌زاده
- ۱۶۱ عیوب اراده در استعلام و مجوزهای قراردادهای آنلاین بیمان‌کاری از دیدگاه حقوق اداری
مهدی ملاولی، سهیل جدی
- ۱۸۹ شرایط و قلمرو مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه
حمید تقی‌زاده، علی چهکنندی نژاد، سید حسن هاشمی
- ۲۱۹ تفکیک قلمرو نظام مالکیت خصوصی و عمومی در معادن نفت و گاز از منظر حقوق اداری اموال و مبان‌فقهی
شمسی فشخورانی، طاهره سلیمی، طاهره سادات نعیمی

- ۲۴۳ کرونا، محل تلاقی حق بر سلامت و حق بر اطلاعات: جستاری در مسئولیت دولت
جعفر شفیعی سردشت، سید محمدجواد ساداتی، سید سجاد میری
- ۲۷۵ مفهوم‌شناسی حسن نیت در حقوق عمومی
علی ولایی، محمد جلالی
- ۳۰۵ تأملی در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران با نظر به قواعد دیگر کشورها
صابر الماسی خانی، رضا طجرلو
- ۳۳۵ تحلیل حقوقی برنامه تحولات نظام اداری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور؛ در پرتو سند تحول قوه قضاییه
الناز فدائی، مصطفی محسنی ثانی
- ۳۶۷ نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران
کوثر پیرنیا، محمدامین ابریشمی‌راد
- ۳۹۳ قواعد آیینی حاکم بر فرآیند تصمیم‌گیری اداره (با مطالعه موردی قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا)
خدیجه شجاعیان
- ۴۲۵ معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری
سید مجتبی حسینی الموسوی
- ۴۵۱ واگذاری بستر رودخانه از منظر حقوق اموال عمومی
زهرا مشایخی، محمد حسنونند، رحیم گل‌زاده
- ۴۷۹ شرایط حاکم بر بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی مشمولان قانون تأمین اجتماعی با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری
زهرا دانش ناری



آسیب شناسی نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی در پرتو اصل شفافیت

فاطمه شمیری^۱

ولی رستمی^۲

بیژن عباسی^۳

چکیده

اصل شفافیت، یکی از اصول و عناصر بنیادین حکمرانی خوب به شمار می‌رود. بر اساس این اصل، دولت‌ها ملزم هستند محرمانگی را رها کنند و فرآیندهای تصمیم‌گیری را در دسترس شهروندان قرار دهند. در این زمینه، به ویژه نهادهایی مثل مجالس قانون‌گذاری و نیز شوراهای محلی از اولویت خاصی برای رعایت اصل شفافیت برخوردار هستند.

شوراهای اسلامی در ایران، یکی از عناصر مهم نظام حکمرانی به شمار می‌روند و از طریق این نهادها، مردم محل می‌توانند در برخی از امور محلی اثر بگذارند. در این میان، مسئله این است که شوراهای اسلامی به عنوان مصداقی از نظام حکمرانی تا چه اندازه در تصمیم‌گیری‌های خود شفاف عمل می‌کنند؟

بررسی قوانین و مقررات مربوط به شوراهای اسلامی نشان می‌دهد که اصل شفافیت در برخی موارد مانند انتشار نیافتن پیشینی برنامه مقررات‌گذاری یا نبودن الزامی به انتشار منظم مشروح مذاکرات شوراهای رعایت نشده است. پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است.

واژگان کلیدی: شفافیت، حکمرانی خوب، شوراهای اسلامی، نظام تصمیم‌گیری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی - دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان، سمنان، ایران، fshamiri@yahoo.com

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

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

درآمد

شفافیت، یکی از مهم‌ترین عناصر حکمرانی خوب به شمار می‌رود و اگر در ماهیت آن دقت شود، حتی می‌توان آن را ضامن تحقق دیگر عناصر حکمرانی خوب در نظر گرفت. به عبارت دیگر، اصول یا عناصر دیگر حکمرانی خوب مانند حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی و مشارکت‌پذیری با درجات مختلف، به وجود شفافیت وابسته‌اند.^۱ اگر در یک نظام سیاسی و اداری، شفافیت جایگاهی نداشته باشد، به راحتی می‌توان دیگر عناصر حکمرانی خوب را از بین برد یا سست کرد. برای مثال، اگر شفافیت نباشد، مشارکت سیاسی شهروندان با موانع عملی روبه‌رو خواهد بود و شهروندان نخواهند توانست آن‌گونه که شایسته است، از وضعیت مالی، اقتصادی، سیاسی و اجتماعی کشور آگاهی یابند و به همین دلیل، ممکن است در تصمیم‌گیری‌های خود به خطا روند.

شفافیت، بیش‌تر در مباحث مربوط به دولت و نهادهای اقتدار مرکزی مطرح می‌شود، ولی نمی‌توان انکار کرد که شوراهای محلی در نظام‌های حکمرانی جایگاه بسیار مهمی دارند. این شوراهای مردمی‌ترین نهاد در سطح محل تلقی می‌شوند که ضمن نزدیکی با مردم عادی دارای جلوه‌ای از اقتدار سیاسی نیز هستند^۲ و می‌توانند در امور محلی تصمیم‌گیری کنند. شفافیت در شوراهای اسلامی از آن‌جا ضروری است که این نهادها با مردمی بودنشان تعریف می‌شوند و اگر قرار باشد آن‌ها در برابر مردم، محرمانگی را سرلوحه خود قرار دهند، از فلسفه ایجاد خود تهی خواهند شد. برخی از نویسندگان ادعا کرده‌اند که در دو دهه اخیر، پژوهشگران به ارتباط بین شفافیت و شوراهای محلی بیش‌تر توجه کرده‌اند.^۳

در مورد مقوله شوراهای اسلامی، با قبول اهمیت شفافیت، جایگاه و کارکرد آن را در سطوح و لایه‌های مختلف می‌توان در نظر گرفت. در سطح انتخابات، رعایت شفافیت به این معناست که

1. Kim, Soonhe and Jooho Lee, "Citizen Participation, Process, and Transparency in Local Government: An Exploratory Study", The Policy Studies Journal, Vol. 47, No. 4, 2017, p. 1024

۲. رحیمی جهان‌آبادی، جلیل و رسول حیدری فرزنده‌ای، «نقش شوراهای اسلامی در توسعه سیاسی شهرستان‌ها در سال‌های ۱۳۷۸ تا ۱۳۹۲: مطالعه موردی شهرستان تایباد»، فصل‌نامه مطالعات سیاسی، سال هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۷۰.

3. Yao, Kraih, Redeemer Dornudo and Gerard Mertens, "Transparency in Local Governments: Patterns and Practices of Twenty-first Century", State and Local Government Review, Vol. 25, Issue 3, 2020, pp. 200-213

فرآیند انتخابات اعم از ثبت نام، احراز صلاحیت، تبلیغات، رأی‌گیری، شمارش آرا، اعلام برندگان و نیز حل اختلاف انتخاباتی باید به صورت روشن و شفاف انجام پذیرد. در سطح فعالیت‌های شوراهای شفافیت در مواردی هم چون علنی بودن یا نبودن جلسات، ممکن بودن یا نبودن دسترسی به مشروح مذاکرات، منتشر کردن یا نکردن اسناد پشتیبان مصوبات و تصمیمات پراهمیت و مسائلی از این دست قابل ذکر است. از طرف دیگر، در سطح نظارت بر فعالیت شوراهای اسلامی نیز مقوله شفافیت اهمیت دارد. این‌که نهادهای ناظر از جمله هیئت تطبیق مصوبات یا دولت مرکزی چگونه بر عملکرد شوراهای فعالیت می‌کنند و نتیجه این نظارت‌ها چیست و آیا گزارشی در این خصوص به مردم ارائه می‌شود، از مقولات مهم قابل طرح در مورد شفافیت است.

در این مقاله به جایگاه اصل شفافیت در نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی توجه می‌شود. در حقیقت، پرسش پژوهش این است که شوراهای اسلامی به عنوان مصداقی از نظام حکمرانی، در فرآیندهای تصمیم‌گیری خود، از نظر قانونی تا چه اندازه ملزمند اصل شفافیت را رعایت کنند؟ با روش پژوهش توصیفی و تحلیلی پس از تبیین اهمیت اصل شفافیت در پیشبرد حکمرانی خوب، به جایگاه و حدود رعایت آن در شوراهای اسلامی خواهیم پرداخت.

از نظر پیشینه پژوهش با وجود اهمیت موضوع، آثار خاصی در این زمینه نگارش نیافته است. تنها مورد پژوهشی در این موضوع را اندیشکده شفافیت برای ایران در گزارشی با عنوان «مروری بر شفافیت نظام‌های شورایی با تأکید بر شفافیت شورای شهر»^۱ منتشر کرده که در آن، برخی از زوایای شفافیت در نظام‌های شورایی با ذکر مثال‌هایی از شوراهای شهرهایی هم‌چون شیکاگو و بوستون بررسی و نقش شوراهای شهر در ایران نقد شده است. این پژوهش تاریخ ندارد و پژوهشگر یا نویسنده آن نیز مشخص نیست. به جز این گزارش، ادبیات مستقلی درباره جایگاه اصل شفافیت در نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی تولید نشده و پژوهش حاضر برای پر کردن این خلأ انجام شده است.

۱. گزارش «مروری بر شفافیت نظام‌های شورایی با تأکید بر شفافیت شورای شهر»، بی‌نا، بی‌تا، قابل دسترس در: www.tp4.ir / (تاریخ دسترسی ۱۶/۰۱/۱۴۰۲).

گفتار اول: شوراهای اسلامی، حکمرانی خوب و اصل شفافیت

«حکمرانی خوب»، کلیدواژه‌ای پربسامد است که از اواخر دهه ۹۰ میلادی در محافل علمی و سیاسی سراسر جهان مطرح شده است. این مفهوم، دربرگیرنده مجموعه‌ای از اصول و قواعد حکمرانی است که ادعا می‌شود هر نظام سیاسی باید آن را رعایت کند؛ چون پذیرش عمومی آن، بقای نظام سیاسی را تضمین خواهد کرد. هدف از طرح این کلیدواژه، رهایی از مباحث بی‌پایان بزرگ یا کوچک بودن دولت است که در دوره بعد از جنگ جهانی دوم، در فضای علمی و سیاسی جهان حکم فرما بود. در این بند، پس از معرفی و تبیین جایگاه اصل شفافیت به عنوان ضامن حکمرانی خوب، کم و کیف رعایت این اصل را در نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی بررسی خواهیم کرد.

بند اول: شفافیت به عنوان ضامن حکمرانی خوب

برای تعریف شفافیت معمولاً این اصطلاح را در مقابل «ابهام» قرار می‌دهند. بر این اساس، شفافیت به معنای نبود هر گونه «ابهام» است. به طور کلی، در تعریف شفافیت می‌توان گفت که شفافیت را از لحاظ حقوقی، «امکان دسترسی به اطلاعات» تعریف می‌کنند. شفافیت در مورد اطلاعات، داده‌ها و رویه‌ها به معنای آشکار بودن و در دسترس بودن آن‌ها برای بررسی و نظارت بر آن‌هاست. در این معنا، تصمیم‌گیرندگان باید فرآیندها و آیین‌های مشخصی را پیش از تصمیم‌گیری دنبال و رعایت کنند، به ویژه این‌که جریان تصمیم‌گیری باید علنی، باز، شفاف و در معرض دید همگانی باشد.^۱ ابزارهایی که به کارگیری آن‌ها برای شفافیت لازم است، متعددند که از میان آن‌ها می‌توان به این موارد اشاره کرد: اصل الزام به بیان دلایل تصمیمات، نظارت و برخورد قضایی با پنهان‌کاری و ناشفافیت، استقرار دولت الکترونیک، انتشار فهرست اموال و دارایی‌ها و هم‌چنین اطلاعات کلی مربوط به حقوق و پرداختی‌ها و لزوم در دسترس و پاسخ‌گو بودن.

در تاریخ دولت، شفافیت هیچ‌گاه به اندازه کنونی اهمیت نداشته است. در قرون گذشته، بیش‌تر نظام‌های سیاسی، محرمانگی را اصل قرار می‌دادند و پادشاهان، والیان و حکمرانان، برنامه‌های خود را برای رعایا اعلام نمی‌کردند که علت این امر را در مبانی فکری نظام‌های سیاسی

۱. هداوند، مهدی و همکاران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۴۷.

سنتی می‌توان جست‌وجو کرد. در یونان باستان، شهروندان هر دولت‌شهر به امور عمومی رسیدگی می‌کردند و شفافیت نظام سیاسی در حدّ مناسبی تأمین می‌شد، اما پادشاهان و دولت‌مردان در دیگر نظام‌های پیشامدرن، اطلاعات مربوط به نظام سیاسی و اداری کشور را در اختیار مردم قرار نمی‌دادند. در حال حاضر، شفافیت به یکی از مفاهیم کلیدی و اثرگذار در مباحث حکمرانی و مردم‌سالاری تبدیل شده است. از زمانی که رعیت به شهروند بدل شده است و شهروندان به طور مستمر در امور عمومی مشارکت می‌کنند، شفافیت به عنوان یکی از ابزارهای لازم برای این مشارکت به رسمیت شناخته شده است.

از منظر حاکمیت قانون به عنوان یکی از عناصر مهم حکمرانی خوب باید دانست که شفافیت ضمن ارتقای این اصل، از دوام آن نیز حمایت می‌کند. بدون وجود فرآیندها، قواعد و هنجارهای حقوقی شفاف نمی‌توان از حاکمیت قانون سخن گفت. در حقیقت، حاکمیت قانون مستلزم این است که اولاً هنجارهای حقوقی مشخص باشد و بتوان دقیقاً اعلام کرد که در یک کشور با چه مجموعه‌ای از هنجارهای الزام‌آور مواجه هستیم. ثانیاً روابط این هنجارهای حقوقی باید مشخص باشد و بتوان پیش‌بینی کرد که کدام یک از این هنجارها بر کدام یک حکومت یا بر آن‌ها تقدّم دارند.

از منظر حاکمیت قانون، یک نظام حقوقی شفاف، نظامی است که در آن، مجموعه‌ای مشخص از قواعد و ضوابط حاکم است و شهروندان می‌توانند با قواعد حاکم بر رفتارهای خود آشنا شوند و بر این اساس، پی‌آمد رفتارهای خود را بسنجند. بنابراین، هنگامی که از نظام تدوین و تنقیح قوانین و مقررات یا سامان‌دهی شوراهای عالی و تعیین روابط آن‌ها با نهادهایی مثل مجلس شورای اسلامی یا شوراهای اسلامی کشور سخن گفته می‌شود، در حقیقت، شفافیت نظام حقوقی کشور مطرح می‌گردد که این شفافیت به اعتلای حاکمیت قانون در کشور یاری می‌رساند. این در حالی است که اگر نظام حقوقی شفاف نباشد، فساد بسط پیدا می‌کند و گروه‌های بانفوذ و نهادهای قدرتمند می‌توانند با استفاده از ابهام‌آلود بودن فضای حقوقی، منابعی بی‌شمار را از آن خود کنند و با دور زدن قواعد حقوقی و نهادهای اداری، منافع شخصی خود را به ضرر منافع عمومی اجتماع افزایش دهند. از منظر مشارکت، شفافیت به عنوان بستر لازم و شرط اساسی خودنمایی می‌کند. مشارکت، عنصری بنیادین در حکمرانی خوب و به این معناست که شهروندان بتوانند در فرآیندهای تقنینی،

سیاسی و اداری، حضور فعال داشته باشند. حضور فعال شهروندان در این عرصه‌ها، فراتر از صرف حضور در انتخابات و به این معناست که آن‌ها بتوانند در تصمیم‌گیری‌های دولتی نقش داشته باشند. طبیعی است که مشارکت معنادار در فرآیندهای تقنینی، سیاسی و اداری، نیازمند برخورداری از حداقلی از فهم اجتماعی است و مستلزم دسترسی به اطلاعات و امکان بهره‌مندی از داده‌ها و اطلاعاتی است که نهادهای دولتی یا عمومی تولید و نگه‌داری می‌کنند. مشارکت بدون امکان دستیابی به اطلاعات مربوط به جایگاه و وضعیت اداری و اقتصادی کشور طبعاً نمی‌تواند مشارکتی معنادار و جدی تلقی شود. اگر یک نظام اداری و سیاسی به طور شفاف عمل کند و مردم بتوانند به اطلاعات لازم دسترسی داشته باشند، آن‌گاه می‌توان از مشارکت شهروندان در امور جامعه سخن گفت.

از منظر پاسخ‌گویی، شفافیت، ضامن اعمال صحیح این اصل در فرآیندهای مردم‌سالاری است. اگر پاسخ‌گویی به این معنا باشد که دولت مردان به عنوان نمایندگان مردم در برابر خواسته‌ها و اهداف آن‌ها پاسخ‌گو باشند و اعتراض‌ها و انتقادهایشان را با گفت‌وگو پاسخ دهند و در برابر یک تصمیم یا انجام یک اقدام، سرزنش یا تمجید ناشی از آن را بپذیرند،^۱ نقش شفافیت مشخص می‌شود. شهروندان برای این‌که بتوانند دولت مردان را به پاسخ‌گویی وادار کنند و به اطلاعات جعبه سیاه حکومت دست یابند، لزوماً نیازمند دسترسی به اطلاعات دقیق از کم و کیف حیات اجتماعی خود هستند.^۲

از طرف دیگر، اگر دولت پشت درهای بسته، تصمیم بگیرد و مصوبه صادر کند و نیروهای ناشناخته هم آن را اجرا کنند، امکان نظارت برای مردم باقی نمی‌ماند و آن‌ها نخواهند توانست بدون دسترسی به اطلاعات مربوط، نهادهای سیاسی و اداری را به پاسخ‌گویی ملزم کنند. همین جنبه از شفافیت باعث می‌شود اعتماد عمومی ارتقا پیدا کند.^۳ در حقیقت، هر چه مردم از تصمیمات

۱. مقیمی، جواد، سوسن صفاوردی، بابک نادرپور و جهان‌بخش محبی‌نیا، «جایگاه اصل پاسخ‌گویی در تحقق حقوق شهروندی در نظام سیاسی»، مجله حقوق پزشکی، ۱۴۰۰، ص ۱۸۵.

2. Hale, Thomas, "Transparency, Accountability, and Global Governance", Global Governance, Vol. 14, No. 1, 2008, p. 76

۳. رهبر، عباس‌علی و سارا قنبریور، «نسبت شفافیت سیاسی و اعتماد سیاسی»، فصل‌نامه علوم خبری، سال نهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۹، ص ۴۹؛ پتفت، آریین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، امکان و چگونگی استناد به آن در

و عملکرد مقامات و نهادهای دولتی آگاهی داشته باشند، پاسخ‌گویی آن‌ها در مقابل مردم بیش‌تر می‌شود.^۱ نتیجه این پاسخ‌گویی و شفافیت نیز امنیت خاطر است که شهروندان نسبت به حکومت محلی پیدا می‌کنند و برای استقرار و امنیت آن گام برخواهند داشت.^۲

می‌توان ادعا کرد که شفافیت در ارتقا و صیانت از دیگر عناصر حکمرانی خوب نقشی بسزا دارد و به عنوان عنصر محافظت‌کننده و مبنایی، در تحلیل نظام‌های سیاسی دارای اهمیتی فراوان است. در حقیقت، اگر بخواهیم نظام‌های سیاسی را حول محور نظام‌های مطلوب و نامطلوب دسته‌بندی کنیم، می‌توانیم قبل از هر چیز، به عامل شفاف بودن یا نبودن فرآیندهای تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری در این نظام‌ها توجه کنیم و آن را بسنجیم؛ چون نظام‌های استبدادی و نظام‌هایی که شهروندمدار نیستند، نمی‌پسندند اطلاعات اداری، اقتصادی، مالی و سیاسی در دسترس دیگران قرار گیرد و محرمانگی را اصل قرار می‌دهند.

بند دوم: شوراهای اسلامی؛ جلوه‌ای مهم از نظام حکمرانی

از منظر حقوق اداری، تأسیس شوراهای اسلامی را می‌توان راهبردی مهم در راستای تمرکززدایی قلمداد کرد^۳ که دولت مرکزی از طریق آن، اختیار تصمیم‌گیری اداری و اجرایی را به واحدهای محلی منتخب مردم اعطا می‌کند و به همین دلیل، توسعه شوراهای محلی می‌تواند موجب گسترش نهادهای غیر دولتی و افزایش مشارکت مردم در اداره امور خود شود.^۴ امروزه نمی‌توان انکار کرد که عدم تمرکز محلی یا سرزمینی به عنوان ابزاری در نظر گرفته می‌شود که از طریق آن، استقلال و خودسامانی

رسیدگی قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ دوم، ۱۳۹۷، صص ۱۴۰-۱۳۹.

۱. محمدی، مینا و دیگران، «کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات و قراردادهای دولتی از منظر اصل شفافیت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، صص ۲۱۸-۱۹۵.

۲. طاهری، محسن و محمدجواد ارسطا، «بررسی تطبیقی مبانی اصل شفافیت از دیدگاه اسلام و نظریه حکمرانی خوب»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره سوم، شماره ۳، ۱۳۹۵، صص ۲۴-۱.

۳. ابوالحسنی، سید رحیم و غلام‌رضا ابراهیم آبادی، «شوراهای اسلامی شهر و روستا و تمرکززدایی در جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۹.

۴. مهاجری، اصغر، «بررسی جامعه‌شناسی موانع ساختاری و کنشی شوراهای اسلامی در ایران»، پژوهش‌کده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، شماره ۳۰، ۱۳۷۸، ص ۶۴.

نهادهای محلی برای تصمیم‌گیری درباره امور محلی جامه عمل به خود می‌پوشد.^۱ در این روش، قانون‌گذار مرکزی به نهادهای محلی، اختیارات ویژه می‌دهد تا امکان تصمیم‌گیری اداری در محل را داشته باشند و بر اساس آن بتوانند به طور مستقل تصمیم بگیرند و اعمال حقوقی را انجام دهند.^۲ قانون‌گذار اساسی ایران با توجه به اهمیت تمرکززدایی، نهاد شوراهای اسلامی را شناسایی کرده است. اصل هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شوراهای اسلامی را در شمار ارکان تصمیم‌گیری کشور دانسته و در فصل هفتم به جزئیاتی درباره انواع شوراهای اسلامی و شیوه عملکرد آن‌ها پرداخته است. هم‌چنین در این فصل به اختیارات و جایگاه شوراهای اسلامی اعم از شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر آن‌ها توجه شده است.

از منظری دیگر، شوراهای اسلامی به ویژه در سطح روستا و شهر، علاوه بر این که مصداق مهمی برای اصل تمرکززدایی به شمار می‌روند، به عنوان یک نهاد مردمی، یکی از عناصر اصلی نظام حکمرانی نیز هستند. به این معنا که دولت شامل ریاست جمهوری، وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و نهادهایی هم‌چون مجلس شورای اسلامی می‌شود و دادگاه‌ها هم عناصری از حاکمیت تلقی می‌شوند، اما شوراهای اسلامی به عنوان نهادهای مربوط به عدم تمرکز محلی، جلوه‌گر مشارکت مردم در اداره امور محلی هستند و نمی‌توان به آن‌ها دولت اطلاق کرد. بنابراین، یکی از مصادیق حکمرانی در کشور هستند.

حاکمیت‌ها با تشخیص این مطلب که همه امور کشور را نمی‌توانند به صورت از بالا به پایین مدیریت کنند، نظام حکمرانی را پذیرفته‌اند. در حقیقت، با رشد و توسعه سیاسی در یک کشور و با پیچیده‌تر شدن فرآیندها و سازوکارهای مدیریت سیاسی و اداری، نهادها و سازمان‌های مختلفی در کنار دولت به معنای سنتی آن به وجود آمده است که بخش مهم و قابل توجهی از امور را در دستار خود دارند و آن را مدیریت می‌کنند. این نهادهای جدید که در کنار دولت قرار گرفته‌اند و همراه با آن، اعمال قدرت می‌کنند، ارتباطی وثیق با شهروندان دارند. در حقیقت، بخش عمده‌ای از این نهادهای جدید را مردم انتخاب می‌کنند و تنظیم امور محلی را بر عهده می‌گیرند.

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۱، ص ۵۹.

۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۳، ص ۲۲۷.

نگاهی تاریخی به تحول دولت در دوره بعد از جنگ جهانی دوم نشان می‌دهد که در اندیشه سیاسی، سه برهه مختلف از هم قابل تفکیک است.^۱ در برهه اول که تا پایان دهه هفتاد میلادی به طول می‌انجامد، تمرکز بیش‌تر بر توسعه نقش دولت و مدیریت امور جامعه به گونه‌ای بود که ضمن رفع محرومیت‌ها و فقرزدایی، دولت‌ها، برنامه‌های مختلفی را در عرصه‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی انجام می‌دادند و زیر عنوان دولت رفاه یا دولت بزرگ در عرصه سیاست اجتماعی و اقتصادی، نقش فعالی بازی می‌کردند.

با ظهور کاستی‌های مختلف در این عرصه^۲ و مهم‌تر از همه، بروز فساد در برنامه‌های دولتی و ناکارآمدی‌های پیاپی در سازمان‌های دولتی که باعث هدر رفتن منابع عمومی شد، دولت‌ها به تدریج از اوایل دهه هشتاد به دولت‌های کوچک‌تر گذار کردند. دولت تاجر در انگلستان و دولت ریگان در ایالات متحده آمریکا را می‌توان اوج چنین سیاستی تلقی کرد. در این دوره، دولت‌ها ضمن دست‌شستن از تصورات مربوط به دولت رفاه و پرهیز از هزینه‌های اضافی به سمت سبک کردن بار خود در اجتماع پیش رفتند و با احیای اندیشه‌های لیبرال و نئوکلاسیک اقتصادی، تنها وظایفی محدود در قبال تنظیم اقتصاد جامعه بر دوش گرفتند و عمده امور اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی را بر عهده نهادهای خصوصی گذاشتند.

در پیش گرفتن سیاست‌های دولت کوچک، هزینه‌هایی هم داشت. افزایش استبداد بخش خصوصی و رشد افسارگسیخته فقر و وخیم‌تر شدن شکاف اجتماعی باعث شد نظام‌های سیاسی به تأمل دوباره درباره بنیادهای مداخله دولت در اقتصاد و سیاست بپردازند. در این برهه سوم، نظام‌های سیاسی با شناسایی کاستی‌ها و آسیب‌های پیش روی دولت کوچک به سمت پذیرش مفهوم حکمرانی خوب حرکت کردند و به تدریج، در عرصه اندیشه‌ورزی و نیز در سطح سازمان‌هایی هم چون سازمان ملل متحد و بانک جهانی، حکمرانی خوب به عنوان الگوی قابل قبول نظام سیاسی و اداری در آمد. ایده حکمرانی خوب بر این باور است که دولت‌ها نه لزوماً بد هستند و نه خوب، بلکه باید بتوانند در کنار بازار و جامعه مدنی، نواقص عملکردی خود را برطرف و خلأها را پر

۱. صوفی مجیدپور، مسعود، «نظریه حکمرانی خوب به منزله سیاست توسعه»، کتاب ماه علوم اجتماعی، شماره ۸۷، ۱۳۸۳، صص ۱۴-۱۱.

۲. هداوند و همکاران، پیشین، ص ۲۶.

کنند و نارسایی‌ها را پوشش دهند.^۱

حکمرانی خوب شامل عناصر و شرایط مهمی هم چون حاکمیت قانون، مشارکت، پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری و شفافیت، از همان ابتدا با تمرکززدایی محلی، ارتباطی وثیق و محکم داشت که مهم‌ترین عنصر آن، وجود شوراهای منتخب مردم محل است. نظام‌های سیاسی از طریق ایجاد شوراهای محلی تلاش می‌کنند امور محلی را از طریق مشارکت خود مردم محل انجام دهند. همین واگذاری تصمیم‌گیری و انجام امور محلی به مردم باعث می‌شود حاکمیت‌ها به بدنه مردم و در نتیجه، به حکمرانی نزدیک‌تر شوند.

گفتار دوم: نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی در پرتو اصل شفافیت

نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی را از دو جهت متفاوت می‌توان در ارتباط با اصل شفافیت بررسی و تحلیل کرد. در حقیقت، در گام نخست، شفافیت فرآیند تصمیم‌گیری شورا مستلزم بررسی این مسئله است که شوراهای اسلامی هنگام تصمیم‌گیری درباره مسائلی هم‌چون تعیین عوارض شهری، نام‌گذاری معابر و میادین، تعیین شهردار یا دیگر وظایفی که در قانون برای آن‌ها ذکر شده است، از کدام یک از ابزارهای شفافیت بهره می‌برند و کدام یک را نادیده می‌گیرند.

نمی‌توان انکار کرد که شوراهای نهاد ناظر بر عملکرد مدیران شهری هستند و شیوه اعمال این نظارت نیز ارتباط وثیقی با موضوع دارد؛ چون اولاً اعمال نظارت توسط شوراها از طریق تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری اتفاق می‌افتد و ثانیاً شیوه نظارت این شوراها بر عملکردهای شهری و نتایج آن بر مجموعه تصمیمات و مصوبات این شوراها تأثیر مستقیم دارد. بر این اساس، پس از بررسی جایگاه اصل شفافیت در فرآیند تصمیم‌گیری شوراها به نقش شفافیت در فرآیند نظارت نیز خواهیم پرداخت.

بند اول: انحراف از اصل شفافیت در برخی عناصر نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی

همان‌طور که در مقدمه این پژوهش مطرح شد، اگر بخواهیم تمام ابعاد عملکردی شوراهای اسلامی را در پرتو اصل شفافیت بررسی کنیم، نیازمند تدوین پژوهشی گسترده است و از گستره پژوهش حاضر فراتر می‌رود. در این پژوهش به دنبال اثبات این مسئله هستیم که شوراهای اسلامی

۱. همان، ص ۲۷.

در کلیت خود، از منظر اصل شفافیت، آسیب‌های جدی دارند و ضروری است قانون‌گذار در وقت مناسبی به این مقوله توجه کند. برای اثبات این امر، چند مقطع یا برش از نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی را از زاویه شفاف بودن یا نبودن بررسی خواهیم کرد تا نشان دهیم که این آسیب‌ها جدی هستند و باید برطرف شوند.

در حقیقت، شوراهای اسلامی به عنوان سازمان‌های محلی که مردم آن‌ها را به طور مستقیم انتخاب می‌کنند و در قبال فعالیت‌هایی که انجام می‌دهند، باید در مقابل مردم محل پاسخگو باشند، در وهله نخست باید تابع اصول شفافیت باشند و نظام تصمیم‌گیری آن‌ها شفاف باشد. نظام یا آیین تصمیم‌گیری اداری، مسیری را ترسیم می‌کند که مقامات اداری برای تصمیم‌گیری در مورد یک پدیده عمومی با استفاده از صلاحیت اختیاری که قانون به آن‌ها واگذار کرده است، اجرای تصمیم‌گیری‌ها و حل و فصل اختلافات ناشی از آن‌ها باید بیمایند.^۱

برای بررسی نظام تصمیم‌گیری شوراهای اسلامی در پرتو اصل شفافیت می‌توان موضوعات و مسائل بسیار متعددی را در نظر گرفت، مانند انتشار اطلاعات مربوط به معاملات و قراردادهای، اطلاعات مربوط به حقوق و مزایا و هر نوع پرداختی در مدیریت شهری، انتشار مطالعات مبنایی و دلایل موجهه تصمیم‌گیری‌ها یا انتشار فهرست دارایی مدیران شهری. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که بررسی همه این موارد، نیازمند انجام پژوهشی جامع است که از توان و هدف این مقاله خارج است. در این میان، بررسی چند مسئله اهمیت اساسی دارد که عبارتند از: علنی بودن یا نبودن جلسات شوراها، انتشار گزارش‌های دوره‌ای درباره فعالیت‌های شوراها و حدود رعایت اصل شفافیت در بحث مقررات‌گذاری.

۱. برگزاری جلسات علنی

حفظ شفافیت به عنوان یک عنصر مهم حکمرانی خوب، بدون برخورداری از جلسات علنی تصمیم‌گیری تقریباً امکان‌پذیر نیست. منظور از علنی بودن جلسات، امکان دسترسی شهروندان به مشروح مذاکرات و گفت‌وگوها به صورتی است که گویای اتفاقات رخ داده در جلسه باشد، بدون آن‌که نیازی به حضور داشته باشند. در این معنا، حضور رسانه‌ها بسیار اهمیت دارد و اگر رسانه‌ها نتوانند

۱. همان، پیشین، ص ۳۸.

در جلسه حضور داشته باشند، نمی‌توان از علنی بودن صحبت کرد. در حقیقت، علنی بودن با عمومی بودن پیوند برقرار می‌کند که بر اساس آن، مردم حق دارند در جلسات حضور یابند. عمومی بودن یک جلسه اهمیت دارد، اما علنی بودن دارای اهمیتی بیش‌تر است و اگر در مواردی به خاطر برخی مسائل از قبیل کمبود امکانات یا بروز مسائل امنیتی در مکان تشکیل جلسه نتوان جلسه‌ای را به صورت عمومی برگزار کرد، این امر نباید علنی بودن آن را تحت الشعاع قرار دهد. می‌توان تصور کرد که یک جلسه به صورت غیر عمومی، ولی علنی برگزار شود، ولی برعکس آن صحیح نیست، یعنی نمی‌توان جلسه‌ای را به صورت عمومی، ولی غیر علنی برگزار کرد.

علنی بودن جلسات مجالس قانون‌گذاری و جلسات شوراهای شهر در معنای سنتی خود صرفاً به این معناست که رسانه‌ها بتوانند اخبار مربوط به این جلسات و مباحث صورت‌گرفته را منعکس کنند. امروزه علاوه بر این برداشت سنتی، رویه‌هایی در برخی از کشورها به وجود آمده است که طبق آن، جلسات رسیدگی و تصمیم‌گیری قابل دسترسی و مشاهده به صورت برخط یا استماع به صورت زنده است. در حقیقت، شهروندان بدون آن‌که به حضور در جلسات مجالس قانون‌گذاری یا جلسات شورای محلی نیازی داشته باشند، می‌توانند مباحث صورت‌گرفته در آن را ببینند یا بشنوند. در همین راستا در ایران، طبق الزام اصل ۶۹ قانون اساسی، جلسات علنی مجلس شورای اسلامی به صورت عمومی پخش می‌شود و شهروندان می‌توانند صوت آن را به صورت زنده از طریق رادیو پی‌گیری کنند.

بدیهی است برگزاری جلسات علنی شوراهای اسلامی که رسانه‌ها در آن حضور داشته باشند و مشروح مذاکرات آن منتشر شود و در دسترس باشد، موجب ارتقای روابط میان شوراهای و مردم می‌شود و با تسهیل پاسخ‌گویی نمایندگان مردم در شوراهای اسلامی، زمینه‌های لازم را برای تسهیل دیده‌بانی تشکلهای و سازمان‌های مدنی بر شوراهای اسلامی و شهرداری و حتی به چالش کشیدن تصمیم‌گیری حکومت محلی در مراجع قانونی و اداری فراهم می‌کند. بر اساس ماده ۱۶ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی، جلسات شوراهای علنی است و با حضور دو سوم اعضای اصلی رسمیت می‌یابد. تصمیم‌گیری در آن با اکثریت مطلق آرای حاضران معتبر است و تشکیل جلسات غیر علنی به تصویب دو سوم اعضای حاضر در جلسه بستگی دارد.

این ماده به علنی بودن جلسات اشاره کرده، اما از جهت این که تضمین محکمی برای آن قرار نداده، قابل انتقاد است؛ چون تشکیل جلسات غیر علنی را صرفاً به تصویب دوسوم اعضا موکول کرده و شرط دیگری قید نکرده است. برای مثال، در اصل ۶۹ قانون اساسی، امکان تشکیل جلسات غیر علنی در مجلس شورای اسلامی علاوه بر این که به تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان و با حضور شورای نگهبان موکول شده، «تنها در شرایط اضطراری و در صورتی که رعایت امنیت کشور ایجاب کند»، مجاز قلمداد شده است. ماده ۱۶ قانون شوراها، تشکیل جلسات غیر علنی در شوراهای اسلامی را صرفاً به تصویب دوسوم اعضا موکول کرده و شرط دیگری در نظر نگرفته است. به همین خاطر، این برداشت در میان شوراهای اسلامی ایجاد شده است که درباره هر موضوعی و بدون این که ضرورتی در کار باشد، می‌توانند صرفاً با دوسوم آرا، جلسات را به صورت غیرعلنی برگزار کنند.

چنین مواردی با اصل شفافیت و حق آگاهی مردم از اعمال و تصمیم‌گیری نمایندگان آن‌ها مغایرت دارد و امکان نظارت بر عملکرد این گونه اشخاص را از مردم می‌گیرد. در حقیقت، با ازدیاد جلسات غیر علنی، در موضوعات مختلف، پنهان‌کاری صورت می‌گیرد و احتمال فساد بیش‌تر می‌شود و نمی‌توان تشخیص داد هر یک از اعضای شورا در راستای عمل به وظایف قانونی خود در قبال انتخاب‌کنندگان چه اقدام‌هایی انجام داده و چه موضع‌گیری‌هایی داشته است.^۱

هم‌چنین در قانون تشکیلات شوراهای اسلامی و آیین‌نامه‌های اجرایی شوراهای اسلامی که به تصویب هیئت وزیران رسیده‌اند، پخش برخط اعم از صوتی و تصویری مذاکرات شوراهای اسلامی الزامی شناخته نشده است. به همین دلیل، می‌توان ادعا کرد که فعالیت شوراهای اسلامی از این جهت، شفافیت لازم را ندارد و بهتر است قانون‌گذار در اصلاحات بعدی خود، گام‌هایی در این زمینه بردارد و حداقل با پذیرش الزام به پخش مذاکرات شوراهای اسلامی شهر، شفافیت را در این زمینه ارتقا بخشد. گفتنی است برخی از شوراهای اسلامی در سطح شهرها مانند شورای اسلامی شهر تهران و یزد، امکان دسترسی به پخش زنده جلساتشان را در تارنمای خود قرار داده‌اند و شهروندان می‌توانند به این جلسات دسترسی داشته باشند.

۱. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۲۳۳.

۲. انتشار گزارش مالی برای عموم

شفافیت و پاسخ‌گویی نهادهای اداری را می‌توان تا حدودی از طریق سازوکار گزارشگری و انتشار گزارش‌های عمومی تقویت کرد. نظام گزارشگری مالی در دنیای امروز، یکی از ابزارهای اصلی ایفا و ارزیابی مسئولیت پاسخ‌گویی عمومی است^۱ و در کل، به شفافیت نهادهای اداری کمک می‌کند. هدف از تدوین و انتشار عمومی گزارش عملکرد، سهمیم کردن شهروندان در فرآیندهای عمومی است تا آن‌ها بتوانند از کم و کیف تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات انجام‌شده در بازه زمانی و گستره موضوعی گزارش آگاه شوند.

در برخی بخش‌های قانون اساسی، گزارش‌دهی عمومی به دلیل اهمیت آن شناسایی شده است. برای مثال، بر اساس اصل ۵۵ قانون اساسی، گزارش تفریغ بودجه باید در دسترس عموم گذاشته شود. شاید بتوان از طریق قیاس اولویت ادعا کرد که اصولاً گزارش‌های مالی مهم دولت باید برای عموم منتشر شود تا آن‌ها بتوانند به طور رسمی از امور اقتصادی و مالی کشور آگاه شوند. اگر چنین گزارش‌هایی در دسترس عموم قرار نگیرند، شهروندان چگونه می‌توانند عملکرد مالی دولت‌های مختلف را با قانون بسنجند و درباره آن نظر دهند؟ در حقیقت، مسئولان دستگاه‌های اجرایی به طور مستقیم یا غیر مستقیم به عنوان وکیل مردم عمل می‌کنند و باید در قبال مصرف بهینه این منابع به مردم پاسخ‌گو باشند. پاسخ‌گویی مالی بر این اساس استوار است که متصدیان امور عمومی تا چه حد، منابع پولی عمومی را به اثربخش‌ترین شیوه مصرف می‌کنند.^۲

قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شهرداران در بند (ج) ماده ۷۶ به نوعی به این امر توجه کرده و شورای اسلامی روستا را به گزارش‌دهی به اهالی روستای مربوط ملزم کرده است. طبق این بند، «تشکیل گردهم‌آیی عمومی جهت ارائه گزارش کار و دریافت پیشنهادهای و پاسخ به سؤالات و جلب مشارکت و خودیاری مردم برای پیشبرد امور روستا حداقل دو بار در سال و با پانزده روز اعلام قبلی»، یکی از وظایف شورای اسلامی روستاست. منظور از گزارش، بیان شفاهی اقداماتی است که

۱. باباجانی، جعفر، «نقش و جایگاه مبنای حسابداری و رویکرد اندازه‌گیری در حسابداری و گزارشگری مالی بخش عمومی»، دانش حسابداری، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۳۸-۴۰.

۲. شریف‌زاده، فتاح و علی ادبی فیروزجایی، «اثر نظارت و بازرسی در استقرار و تقویت فرهنگ پاسخ‌گویی»، فصل‌نامه علمی-ترویجی مطالعات مدیریت، سال نوزدهم، شماره ۵۸، ۱۳۸۷، صص ۱۴۲-۱۲۷.

شورا در یک دوره زمانی خاص انجام داده است. با این حال، همین توجه قانون‌گذار هم اهمیت دارد و نشانه اهتمام به لزوم شفافیت عملکردی شورای اسلامی روستاست.

بند ۱۰ ماده ۸۰ همین قانون، شورای اسلامی شهر را مکلف کرده است پس از تأیید صورت جامع درآمد و هزینه شهرداری که این نهاد هر شش ماه یک بار تهیه می‌کند، آن را برای اطلاع عموم منتشر سازد و نسخه‌ای از آن را به وزارت کشور بفرستد. بند ۳۱ نیز در ادامه همین رویکرد، شورای اسلامی شهر را ملزم کرده است که در پایان هر سال مالی، صورت بودجه و هزینه خود را برای اطلاع عموم منتشر کند. بدیهی است این گزارش دهی‌ها در راستای ارتقای شفافیت عملکردی شوراهای اسلامی است و می‌تواند ضمن تقویت پاسخ‌گویی و حاکمیت قانون در شوراها، دیگر عناصر حکمرانی خوب را نیز گسترش دهد.

این رویکرد در مقررات مربوط به شوراهای اسلامی نیز پی‌گیری شده است. به موجب بند ۸ ماده ۴ آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر (مصوب ۱۳۸۴/۱/۲۴ هیئت وزیران)، ارسال نسخه‌ای از بودجه مصوب و هزینه شورا در پایان هر سال مالی به شوراهای اسلامی شهرستان و استان مربوط و نیز انتشار آن برای اطلاع عموم، جزو وظایف رییس شورای اسلامی شهر قلمداد شده است. هم‌چنین بر اساس ماده ۱۸ آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها (مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۱ هیئت وزیران)، شورا باید صورت جامع درآمد و هزینه مصوب خود را هر شش ماه یک بار به ضمیمه صورت جامع درآمد و هزینه شهرداری برای اطلاع عموم اهالی به هر طریق ممکن انتشار دهد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، بسیاری از گزارش‌هایی که شوراها باید برای پاسخ‌گویی عمومی به شهروندان تهیه کنند، در حوزه مالی قرار می‌گیرد و موجب ارتقای شفافیت و تضمین پاسخ‌گویی مالی می‌گردد. مسئولیت پاسخ‌گویی مالی حاکم بر منافع عمومی عمدتاً بر رعایت قوانین و مقررات و محدودیت‌های بودجه‌ای در تحصیل، مصرف و به‌کارگیری منابع مالی تأکید دارد.^۱ در این میان، از گزارش دهی درباره دیگر عملکردهای شوراها در حوزه‌هایی مانند امور فرهنگی، اجتماعی، شهرسازی و خدمات شهری خبری نیست. تنها در مورد شوراهای اسلامی روستا چنین موردی را به استناد بند

۱. باباجانی، پیشین، ص ۶.

(ج) ماده ۷۶ پیش‌گفته می‌توان الزامی دانست، ولی درباره دیگر شوراهای ویژه شورای اسلامی شهر که اهمیت بسیار دارد، چنین الزام مشخصی در قوانین وجود ندارد.

چون یکی از ابزارهای مهم برای ارتقای پاسخ‌گویی نهادهای عمومی، الزام آن‌ها به ارائه دلایل تصمیم‌گیری است، شوراهای اسلامی نیز اصولاً باید دلایل موجهه تصمیمات و مصوبات خود را ارائه کنند. با این‌که اهمیت این امر در ادبیات آیین تصمیم‌گیری اداری روشن و مشخص است، اما قانون‌گذار ایران چنین الزامی را برای شوراهای اسلامی در نظر نگرفته است. بنابراین، این شوراهای می‌توانند تصمیمات و مصوبات خود را ابلاغ کنند، بدون این‌که نیازی به ارائه دلایل وجود داشته باشد. نکته مهم‌تر این‌که در نبود الزام قانونی در راستای ارائه دلایل موجهه، نهادهای قضایی مانند دیوان عدالت اداری در بررسی تصمیمات و مصوبات شوراهای اسلامی از این جهت نظارتی اعمال نمی‌کنند.

۳. انتشار مصوبات و تصمیمات

شوراهای اسلامی صلاحیت تقریباً گسترده‌ای در زمینه وضع مصوبات و مقررات دارند. این مصوبات عموماً در زندگی اهالی محل مربوط اثرگذار است. به ویژه شوراهای اسلامی شهر به صورت بسیار فعال، مصوبات و مقرراتی را وضع می‌کنند که برخی از آن‌ها تکالیف مالی برای شهروندان دارند. قانون‌گذار در بندهای مختلف ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی به صلاحیت‌های مقررات‌گذاری شورای اسلامی شهر توجه کرده است. برخی از این صلاحیت‌ها قابل توجه است، مانند تصویب اساس‌نامه مؤسسات و شرکت‌های وابسته به شهرداری با تأیید و موافقت وزارت کشور، تصویب آیین‌نامه‌های پیشنهادی شهرداری پس از رسیدگی به آن‌ها با رعایت دستورالعمل‌های وزارت کشور، همکاری با شهرداری برای تصویب طرح حدود شهر با رعایت طرح‌های هادی و جامع شهرسازی پس از تهیه آن توسط شهرداری با تأیید وزارت کشور و وزارت راه و شهرسازی و تأیید طرح‌های هادی و جامع شهرسازی و تفصیلی و حریم و محدوده قانونی شهرها پس از ارائه آن توسط شهرداری و ارسال به مراجع ذی‌ربط قانونی برای تصویب نهایی.

شفافیت در مقررات‌گذاری را حداقل در سه برش یا مقطع زمانی مختلف می‌توان بررسی کرد. در مقطع زمانی اول، نهاد مقررات‌گذار باید برنامه مقررات‌گذاری خود را به شیوه‌های مختلف به اطلاع عموم مردم یا گروه‌های ذی‌نفع برساند و اطمینان یابد که گروه مخاطب از چگونگی، چرایی

و مفاد پیشنهاد تصویب مقرر شده آگاه شود و اجازه دارد نظرهای خود را ارائه کند. در این خصوص، تجربه کشورهای توسعه یافته قابل ذکر است که در راستای ارتقای شفافیت نظام مقررات گذاری، هنگام وضع یک مصوبه، از روش‌های مختلف هم‌چون مشاوره غیر رسمی، ارسال متن پیشنهادی مقررات برای دریافت نظر یا اعلام و جلب نظر عمومی و استماع عمومی تلاش می‌کنند نظرهای مردم و متخصصان را جلب کنند.^۱ در قانون تشکیلات و وظایف شوراهای اسلامی و آیین‌نامه‌های اجرایی مربوط به فعالیت شوراهای مختلف کشور، هیچ الزامی در این خصوص وجود ندارد.

مقطع دوم به بررسی و تصویب مقررات توسط شوراهای اسلامی مربوط می‌شود. علاوه بر لزوم علنی بودن جلسات که به آن پرداخته شد، آن‌چه در این مقطع اهمیت دارد، اولاً دسترسی به مشروح مذاکرات صورت گرفته درباره تصویب مقررات و نیز دسترسی به دلایل موجهه آن تصمیمات و مصوبات است. ثانیاً شفاف بودن فرآیند رأی‌گیری است به این معنا که موافقان و مخالفان تصویب مشخص باشند.

ثبت و ضبط مشروح مذاکرات برای کمک به فهم و تفسیر قوانین و مقررات اهمیت زیادی دارد؛ چون هر گاه ابهام در یک عبارت یا اصطلاح قانونی مطرح شود، یکی از راهکارها، مراجعه به مشروح مذاکرات مربوط است تا بتوان از آن طریق، رفع ابهام کرد. هم‌چنین دسترسی به مشروح مذاکرات برای فهم چرایی تصویب یک قانون یا مقرر الزامی است و بدون دسترسی به چنین منبعی نمی‌توان از فلسفه تشریح قانونی اطمینان داشت. مشروح مذاکرات تا آن‌جا اهمیت دارد که قانون‌گذار در اصل ۶۹ قانون اساسی بر لزوم انتشار گزارش کامل جلسات مجلس شورای اسلامی تأکید کرده است. هم‌چنین دسترسی شهروندان به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۵۸) و نیز شورای بازنگری در قانون اساسی (۱۳۶۸)، نشانه شناسایی اهمیت این دست از گزارش‌های قانونی است.

با این حال، با وجود آشنایی با مفهوم و جایگاه مشروح مذاکرات در فرآیند تقنینی، مجلس شورای اسلامی در قانون تشکیلات شوراهای اسلامی، الزامی را از این جهت شناسایی نکرده است. با آن‌که بند ۲ ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها (مصوب ۱۳۷۸ هیئت وزیران) به تنظیم متن مذاکرات اشاره نکرده و آن را یکی از وظایف منشیان

۱. آقای طوق، مسلم، «فرآیندهای مشورت عمومی و نظرخواهی در مورد مقررات؛ بررسی تطبیقی و وضعیت ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۷، ص ۲۸.

جلسه دانسته، ولی این آیین‌نامه نیز الزامی برای انتشار این مذاکرات پیش‌بینی نکرده است.

در نهایت باید به مقطع سوم اشاره کرد که در آن، انتشار مقررات و تضمین دسترسی شهروندان به متن آن‌ها مورد توجه است. این یک اصل کلی است که در جوامع مردم‌سالار، قوانین و مقررات باید به اطلاع مردم برسد و به همین دلیل، اطلاع‌رسانی حقوقی، یکی از ابزارهای مناسب برای حفظ و حمایت از حقوق شهروندان تلقی می‌شود. با توجه به تأثیرات کلانی که مصوبات و مقررات شوراهای اسلامی به ویژه شوراهای اسلامی شهر می‌تواند بر حقوق و تکالیف شهروندان بگذارد، مخاطبان این مصوبات باید از وجود آن‌ها مطلع باشند. این امر از طریق انتشار به موقع این مصوبات امکان‌پذیر است، به گونه‌ای که مردم و شرکت‌ها بدانند چه تکالیفی دارند. ماده ۸۴ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی با فهم اهمیت این مطلب، شورای شهر و شهرداری و شرکت‌ها و سازمان‌های وابسته را موظف کرده است به نحو مقتضی و در صورت امکان با راه‌اندازی پایگاه رایانه‌ای، زمینه اطلاع‌یابی همیشگی عموم مردم را از مصوبات، تصمیمات، عملکرد، بودجه، هزینه و درآمد خود فراهم سازند.

با آن‌که در اجرای این الزام، تعدادی از شوراهای اسلامی شهر مانند شورای اسلامی شهر تهران، مصوبات را در تارنمای خود بارگذاری کرده‌اند، اما آن‌چه در این میان مهم است و قانون‌گذار به آن توجه نکرده، این است که با توجه به حجم بالای مصوبات شوراهای اسلامی بعید است شهروندان آن‌گونه که بایسته است، بتوانند از روابط این مصوبات مطلع شوند و بفهمند که کدام مصوبه، ناسخ و کدام منسوخ است، اعتبار کدام مصوبه منقضی شده و کدام مصوبه هم‌چنان لازم‌الاجراست. این‌که کدام مصوبه، عام و کدام یک خاص است و ده‌ها سؤال مشابه این، مواردی نیستند که شهروندان عادی بتوانند آن‌ها را برای خود تحلیل کنند و از میان انبوه مصوبات شوراها، دقیقاً همان مصوبه‌ای را برگزینند که نسخ یا لغو نشده و هم‌چنان دارای اعتبار است. بنابراین، به نظر می‌رسد قانون‌گذار باید شوراهای اسلامی را مشخصاً الزام می‌کرد که مقررات و مصوبات مورد عمل خود را به صورت مدوّن و منقّح در اختیار شهروندان قرار دهند تا بتوان ادعا کرد اصل شفافیت در زمینه مقررات و مصوبات شوراها رعایت شده است.

بند دوم: نظارت شوراهای اسلامی بر عملکرد دولت مرکزی از منظر اصل شفافیت

متمّم قانون اساسی مشروطه در اصل ۲۹ و اصول ۹۰ تا ۹۳ ضمن شناسایی انجمن‌های ایالتی و ولایتی به بیان برخی از کارکردهای آن‌ها پرداخته بود. طبق اصل ۲۹، منافع مخصوصه هر ایالت و

ولایت و بلوک به تصویب انجمن‌های ایالتی و ولایتی به موجب قوانین مخصوصه آن مرتب و تسویه می‌شود. اصل ۹۲ نیز مقرر می‌داشت که «انجمن‌های ایالتی و ولایتی اختیار نظارت تامه در اصلاحات راجعه به منافع عامه دارند با رعایت حدود قوانین مقرر». به این ترتیب، شوراهای محلی در حقوق اساسی مشروطه، بیش از هر چیز، نقش نظارتی اعمال می‌کردند.

قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز در همین راستا حرکت کرده و با تأکید بیش‌تر بر نقش شوراهای اسلامی، آن‌ها را در ردیف مجلس شورای اسلامی و به عنوان رکن تصمیم‌گیرنده و اداره امور کشور شمرده است. در اصل ۱۰۰ قانون اساسی نیز به نقش نظارتی شوراهای اسلامی اشاره شده است. طبق این اصل، «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...». به این ترتیب، مشخص است که شوراهای اسلامی در همه سطوح خود، مسئولیت نظارت بر عملکرد دولت مرکزی را دارند.

طبیعی است که اعمال چنین نظارتی، مستلزم شفافیت عملکرد دولت مرکزی در برابر شوراهای اسلامی و دسترسی این شوراها به اسناد و مدارک لازم درباره اقداماتی است که دولت مرکزی انجام می‌دهد. برای این‌که شوراهای اسلامی بتوانند وظیفه خود را در نظارت بر عملکرد دولت به درستی انجام دهند، باید بتوانند اولاً به تصمیمات و مصوبات دولت مرکزی و ثانیاً به اطلاعات مربوط به چرایی آن تصمیم‌گیری‌ها و تصویب‌ها، دسترسی لازم را داشته باشند. در این خصوص، نگاهی به قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی نشان می‌دهد که قانون‌گذار عادی نتوانسته است به آرمان قانون‌گذار اساسی جامه عمل بپوشاند.

برای توضیح این مطلب می‌توان به وظایف نظارتی شورای اسلامی شهر اشاره کرد. برخی از وظایفی که قانون برای شوراهای شهر شناسایی کرده، تا حدودی در اجرای اصل ۱۰۰ قانون اساسی است و ماهیت نظارتی دارند. این موارد عبارتند از:

۱. نظارت بر حسن اجرای مصوبات شورا و طرح‌های مصوب در امور شهرداری و سایر سازمان‌های خدماتی؛

۲. نظارت بر حسن اداره و حفظ سرمایه و دارایی‌های نقدی، جنسی و اموال منقول و غیر منقول شهرداری؛
 ۳. نظارت بر حسن جریان دعاوی مربوط به شهرداری؛
 ۴. نظارت بر امور بهداشت حوزه شهر؛
 ۵. نظارت بر امور تماشاخانه‌ها، سینماها و دیگر اماکن عمومی که توسط بخش خصوصی، تعاونی و یا دولتی اداره می‌شود، با وضع و تدوین مقررات خاص برای حسن ترتیب، نظافت و بهداشت این قبیل مؤسسات؛
 ۶. نظارت بر ایجاد گورستان، غسل‌خانه و تهیه وسایل حمل اموات مطابق با اصول بهداشت و توسعه شهر؛
 ۷. نظارت بر حسن اداره امور مالی شهرداری و کلیه سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های وابسته و تابعه شهرداری و حفظ سرمایه، دارایی‌ها، اموال عمومی و اختصاصی شهرداری؛
 ۸. نظارت بر اجرای طرح‌های مربوط به ایجاد و توسعه معابر، خیابان‌ها، میادین و فضاهای سبز و تأسیسات عمومی شهر طبق مقررات موضوعه.
- نگاهی به این فهرست نشان می‌دهد که برخلاف اصل ۱۰۰ قانون اساسی که برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و دیگر امور رفاهی، اداره امور هر شهر را با نظارت شورایی به نام شورای شهر دانسته، نظارتی که در قانون عادی برای شوراهای شهر پیش‌بینی شده، نظارتی محدود به شهرداری و بخشی از امور شهری هم‌چون تماشاخانه‌ها و سینماهاست. در هیچ یک از بندهای ۳۴ گانه ماده ۸۰ به نظارت شوراهای شهر بر عملکرد نهادهای محلی دستگاه‌های مرکزی اشاره‌ای نشده است.^۱

چون اختیار نظارت بر عملکرد نهادهای دولت مرکزی مستقر در محل برای شوراهای اسلامی در نظر گرفته نشده، در قانون تشکیلات شوراها، موارد مربوط به شفافیت دولت مرکزی در برابر شوراها نیز مغفول مانده است. تبصره ۳ ماده ۸۱ تنها دسترسی به اسناد و مدارک شهرداری را در صلاحیت شورای اسلامی شهر دانسته است و برای دسترسی به اسناد و مدارک مقامات محلی دولت مرکزی،

۱. آقایی طوق و لطفی، پیشین، ص ۲۱۸.

هیچ گونه پیش‌بینی مشخصی ندارد. طبق این تبصره، «چنان‌چه شهردار و یا مسئولان شهرداری مورد تحقیق و تفحص تغییر کرده باشد و تحقیق و تفحص مربوط به عملکرد دوران مسئولیت آن باشد، باید امکان دسترسی به اسناد و مدارک جهت پاسخ‌گویی فراهم گردد. مسئولان مربوطه مکلفند همکاری لازم را معمول دارند».

نتیجه‌گیری

در دوران بعد از جنگ جهانی دوم، مباحث عمده‌ای درباره بزرگ یا کوچک بودن دولت صورت گرفت. محور اصلی این مباحث، دخالت داشتن یا نداشتن دولت در اقتصاد و تضمین رفاه برای اقشار مختلف مردم بود. با توجه به آسیب‌های عمده‌ای که دولت‌های رفاه به بار آوردند، نظریه‌های مربوط به دولت کوچک ارائه شدند که بیش‌تر بر نفی مداخله دولت در امور اقتصادی و لزوم خصوصی‌سازی بنگاه‌های دولتی تأکید داشت. پی‌آمدهای اجتماعی حاصل از این جنبش نیز نشان داد که بزرگ یا کوچک بودن دولت نباید در کانون توجه قرار گیرد، بلکه شیوه اداره دولت اهمیت دارد. حکمرانی مطلوب یا حکمرانی خوب، کلیدواژه‌ای است که نظریه‌پردازان برای تبیین اداره‌ای به کار گرفتند که در آن به مجموعه‌ای از اصول قابل پذیرش جهانی مانند ماندن حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری، مشارکت و شفافیت توجه می‌شود.

شفافیت به عنوان یکی از عناصر بنیادین حکمرانی خوب، تضمین‌کننده این نوع از حکمرانی نیز به شمار می‌رود. شفافیت به این معناست که اداره و نهاد‌های سیاسی در تصمیم‌سازی‌ها و تصمیم‌گیری‌های خود به صورت روشن عمل کنند، به گونه‌ای که شهروندان از کم و کیف امور آگاه شوند. ارائه برنامه‌های مقررات‌گذاری، تشکیل جلسات علنی و عمومی برای بررسی پیشنهادهای و مصوبات، انتشار مشروح مذاکرات، انتشار اطلاعات اشخاصی که در تدوین و تصویب یک مصوبه مداخله داشته‌اند، انتشار مصوبات به صورت مدوّن و منقّح و اموری از این دست، همگی در راستای رعایت اصل شفافیت در حوزه مقررات‌گذاری است. بدون وجود شفافیت، همه دستاوردهای یک نظام سیاسی و اداری می‌تواند در معرض هجوم گروه‌های ذی‌نفع و فاسد قرار گیرد.

شوراهای اسلامی به عنوان مردمی‌ترین نهاد سیاسی و اداری کشور، در اصل ۷ و فصل ۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ریشه دارند و قرار بود در کنار مجلس شورای اسلامی، جزو ارکان تصمیم‌گیری نظام

قلمداد شوند. این نهادهای مردمی که فعالیت خود را از نیمه دهه هفتاد آغاز کردند، یکی از جلوه‌های مهم حکمرانی در نظام حقوقی ایران هستند؛ چون از طریق این نهادها، مردم محل می‌توانند مدیریت و تنظیم برخی از امور مربوط به محل را در اختیار خود بگیرند. در حقیقت، با توجه به حضور پررنگ مردم در شوراهای اسلامی، ضریب حاکمیتی بودن این نهادها به نفع حکمرانی کاهش پیدا می‌کند.

برای این که این شوراهای بتوانند فعالیت مناسبی داشته باشند و مردم، اقدامات و تصمیمات آن‌ها را بپذیرند، باید به الزامات حکمرانی خوب از جمله شفافیت پای‌بند باشند. نگاهی به شوراهای اسلامی به ویژه نظام تصمیم‌گیری این شوراهای نشان می‌دهد که در زمینه رعایت اصل شفافیت، هم‌چنان راهی دراز در پیش داریم. با آن‌که در برخی موارد، مانند علنی بودن جلسات، قانون‌گذار بر لزوم شفاف بودن فرآیند تصمیم‌گیری در شوراهای تأکید داشته است، اما در جزئیات، آسیب‌هایی مشاهده می‌شود. برای مثال، در خصوص همین علنی بودن جلسات، قانون‌گذار از قرار دادن تضمین‌های محکم کوتاهی کرده یا به پخش علنی و عمومی جلسات به صورت برخط اشاره‌ای نکرده است. در دیگر موارد هم‌چون انتشار مصوبات نیز کوتاهی‌هایی صورت گرفته که مهم‌ترین آن‌ها، الزام نکردن شوراهای به ایجاد سامانه‌ای برای برخط کردن مجموعه‌های مدون و منقح مقررات خودشان است.

برای بهبود وضعیت پیشنهاد می‌شود اولاً پژوهش یا پژوهش‌هایی مستقل در زمینه فنون و چگونگی رعایت اصل شفافیت در شوراهای اسلامی صورت بگیرد که در آن، ضمن بررسی و تبیین نیازها و امکانات فعلی، مطالعات تطبیقی مناسبی در این باره انجام پذیرد. در گام بعد، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار بر پایه این دست از پژوهش‌ها و اطلاعات حاصل از آن‌ها، قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی را از نظر رعایت اصل شفافیت بازبینی کند و با توجه به ایجاد فنون و ابزارهای جدید، شوراهای را بیش‌تر در معرض دسترس شهروندان قرار دهد. هم‌چنین با توجه به تجربه برخی از شوراهای مانند شورای اسلامی شهر تهران در تمهید بستری برای پخش برخط جلسات شورای اسلامی، هیئت وزیران با اصلاح آیین‌نامه‌های مربوط به فعالیت شوراهای، در حد امکان، برخی از الزامات مربوط به شفافیت را در این آیین‌نامه‌ها وارد کند، مانند انتشار مشروح مذاکرات، پخش صوتی یا تصویری جلسات علنی شوراهای، انتشار اسامی موافقان و مخالفان طرح‌های مطرح‌شده و نیز انتشار برنامه مقررات‌گذاری توسط شوراهای. به نظر می‌رسد با انجام این دست از اصلاحات چه در سطح قانون‌گذاری و چه در سطح مقررات‌گذاری می‌توان به آینده‌ای پرامیدتر دل بست.

فهرست منابع

۱: فارسی

الف) کتاب

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۲. پتفت، آرزین و احمد مرکزالمیری، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری**، امکان و چگونگی **استناد به آن در رسیدگی قضایی**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ دوم، ۱۳۹۷.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۱.
۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۳.
۵. هداوند، مهدی و همکاران، **آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۶. آقای طوق، مسلم، «**فرآیندهای مشورت عمومی و نظرخواهی در مورد مقررات: بررسی تطبیقی و وضعیت ایران**»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۷، صص ۱۸-۱۲.
۷. ابوالحسنی، سید رحیم و غلام‌رضا ابراهیم آبادی، «**شوراهای اسلامی شهر و روستا و تمرکززدایی در جمهوری اسلامی ایران**»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۹۷، صص ۳۴-۷.
۸. باباجانی، جعفر، «**نقش و جایگاه مبنای حسابداری و رویکرد اندازه‌گیری در حسابداری و گزارشگری مالی بخش عمومی**»، دانش حسابداری، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، صص ۳۸-۴.
۹. رحیمی جهان‌آبادی، جلیل و رسول حیدری فرزنده‌ای، «**نقش شوراهای اسلامی در توسعه سیاسی شهرستان‌ها در سال‌های ۱۳۷۸ تا ۱۳۹۲: مطالعه موردی شهرستان تایباد**»، فصل‌نامه مطالعات سیاسی، سال هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۴، صص ۸۸-۶۷.

۱۰. رهبر، عباس‌علی و سارا قنبرپور، «نسبت شفافیت سیاسی و اعتماد سیاسی»، فصل‌نامه علوم خبری، سال نهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۹، صص ۴۷-۷۸.
۱۱. شریف‌زاده، فتاح‌علی ادبی فیروزجایی، «اثر نظارت و بازرسی در استقرار و تقویت فرهنگ پاسخ‌گویی»، فصل‌نامه علمی-ترویجی مطالعات مدیریت، سال نوزدهم، شماره ۵۸، ۱۳۸۷، صص ۱۴۲-۱۲۷.
۱۲. صوفی مجیدپور، مسعود، «نظریه حکمرانی خوب به منزله سیاست توسعه»، کتاب ماه علوم اجتماعی، شماره ۸۷، ۱۳۸۳، صص ۱۱-۱۴.
۱۳. طاهری، محسن و محمدجواد ارسطا، «بررسی تطبیقی مبانی اصل شفافیت از دیدگاه اسلام و نظریه حکمرانی خوب»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره سوم، شماره ۳، ۱۳۹۵، صص ۱-۲۴.
۱۴. محمدی، مینا و دیگران، «کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات و قراردادهای دولتی از منظر اصل شفافیت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، صص ۲۱۸-۱۹۵.
۱۵. مقیمی، جواد، سوسن صفاوردی، بابک نادریور و جهان‌بخش محبی‌نیا، «جایگاه اصل پاسخ‌گویی در تحقق حقوق شهروندی در نظام سیاسی»، مجله حقوق پزشکی، ۱۴۰۰، صص ۱۹۵-۱۸۳.
۱۶. مهاجری، اصغر، «بررسی جامعه‌شناسی موانع ساختاری و کنشی شوراهای اسلامی در ایران»، پژوهش‌کده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، شماره ۳، ۱۳۷۸.

2. Latin source

17. Hale, Thomas, "Transparency, Accountability, and Global Governance", *Global Governance*, Vol. 14, No. 1, 2008, pp.73-94
18. Kim, Soonhe and Jooho Lee, "Citizen Participation, Process, and Transparency in Local Government: An Exploratory Study", *The Policy Studies Journal*, Vol. 47, No. 4, 2017, pp.1020-1041
19. Yao, Krah, Redeemer Dornudo and Gerard Mertens, "Transparency in Local Governments: Patterns and Practices of Twenty-first Century", *State and Local Government Review*, Vol. 25, Issue 3, 2020, pp. 200-213

آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

محمد اسماعیلی^۱

مرتضی نجابت‌خواه^۲

علی اکبر گرجی‌ازندریانی^۳

چکیده

به‌کارگیری نیروهای شایسته و توان‌مند در فرآیندی عادلانه و برابر، شرط لازم برای تحقق اداره مطلوب و ایفای بهینه خدمات عمومی است که تحقق این امر از رهگذر اعمال و شناسایی اصل برابری فرصت‌ها و عدالت استخدامی است. در اصل سوم و بیست و هشتم قانون اساسی و ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، این اصول شناسایی شده است. تقابل سهمیه‌های استخدامی در مشاغل عمومی با اصل برابری فرصت‌ها در ورود به خدمت، موضوع مقاله حاضر است. این مقاله به این مسئله می‌پردازد که با توجه به رویکرد قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، سهمیه‌های استخدامی در ورود به مشاغل عمومی در چه صورت، منافی مفهوم عدالت استخدامی و اصل برابری فرصت‌ها خواهد بود؟ گسترش سهمیه‌ها به ویژه در مورد ایثارگران و نیز بومی‌گزینی، رویه غالب قانون‌گذار در سال‌های اخیر است. با این حال، بر اساس یافته‌های پژوهش و رویه هیئت عمومی دیوان می‌توان چنین استنباط کرد که وضع هر نوع سهمیه باید بر مبنای استدلال‌هایی قوی استوار باشد که روایی تفاوت در برخورد را برای کاهش نابرابری‌ها و در راستای منفعت عمومی توجیه کند. هر سهمیه را هم باید به گونه‌ای مضیق تفسیر کرد که راه را بر برابری فرصت‌ها در استخدام تنگ نکند.

واژگان کلیدی: استخدام، سهمیه استخدامی، برابری فرصت‌ها، عدالت استخدامی، ماده ۴۱

قانون مدیریت خدمات کشوری.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال؛ تهران، ایران، esmaeil.amirhossei-

ni94@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران، m.nejabatkhah@gmail.com

۳. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، gorji110@yahoo.fr

مقدمه

اصل برابری فرصت‌ها در احراز مشاغل عمومی را می‌توان یکی از اساسی‌ترین اصول حاکم بر استخدام در این‌گونه مشاغل دانست. برابری در فرصت‌ها ناظر به بهره‌مندی برابر شهروندان از موقعیت‌های شغلی موجود در جامعه به صورت رقابتی است.^۱ مطابق این اصل، قرار دادن موانعی از طریق ملاک‌های جنسیتی، قومی، نژادی، مذهبی، سیاسی و مانند آن قابل قبول نیست.^۲ بنابراین، فرض بر این است که در ورود به استخدام دولتی، هر گونه تبعیض یا سهم ویژه ممنوع است، مگر این‌که مجوز موجه قانونی وجود داشته باشد. هم‌چنین هر گونه استثنا بر برابری در ورود به استخدام دولتی باید مزیق تفسیر گردد و استثنائات وارد بر برابری در ورود به خدمات دولتی در صورت منتفی شدن ضرورت باید کنار گذاشته شود.^۳

به اصل برابری در بند ۹ از اصل سوم قانون اساسی اشاره گردیده و در ذیل اصل ۲۸ قانون اساسی نیز بر این مطلب تأکید شده که «دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد، امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.» در مواد ۴۱ و ۸۹ قانون مدیریت خدمات کشوری به صراحت به «عدالت استخدامی» و «برابری فرصت‌ها» هم در «ورود به خدمت و تعیین صلاحیت استخدامی افرادی که داوطلب استخدام در دستگاه‌های اجرایی می‌باشند» و هم در «استفاده از تسهیلات و امتیازات و انتصاب به مشاغل سازمانی در صورت داشتن شرایط لازم» تأکید شده است. با این حال، در نظام استخدامی ایران، موارد متعددی از نابرابری در فرصت‌ها وجود دارد که برای مثال می‌توان به نقض برابری در فرصت‌های استخدام برای زنان در نیروی انتظامی اشاره کرد. در اصول ۲۰ و ۲۱ قانون اساسی به اصل برابری زنان و مردان در برخورداری از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و هم‌چنین وظیفه دولت به تضمین حقوق زنان در تمام جنبه‌ها اشاره شده است. البته در هر دو اصل به قید مهم «با رعایت موازین اسلام» اشاره گردیده است. همین قید، قانون‌گذار را بر آن داشته است تا هنگام تصویب قانون نیروی

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «عدالت اداری و استخدامی در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران»، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل: ۱۲۵۸۹، تهران، ۱۳۹۱.

۲. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۴۱

۳. هداوند، مهدی و دیگران، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۵۱

انتظامی جمهوری اسلامی ایران در ۱۳۸۲/۱۲/۲۰، در ماده ۲۰ آن، استخدام زنان را در نیروی انتظامی به حفظ موازین اسلامی در مشاغلی امکان‌پذیر قلمداد کند که مستلزم به‌کارگیری زنان است.

نابرابری در فرصت‌ها در مواردی هم خود را در قالب سهمیه‌های استخدامی یا امتیازات خاص استخدامی نمودار می‌سازد. وجود سهمیه‌های متعدد و گوناگون با توجیه‌های مختلف از مباحث چالشی و گاه اعتراض‌برانگیز در نظام اداری و استخدامی کشور است. گاهی عنصر موجهه این نابرابری‌ها، جبران کاستی‌ها و فراهم آوردن زمینه برابر برای برخورداری یکسان افراد از حقوق و آزادی‌های شهروندی و به عبارتی، تبعیض روا بیان می‌شود. برای نمونه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۲۳۵۸ و ۲۳۵۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۳۰ در تبیین اعمال برخی امتیازات برای مناطق محروم اظهار داشته است: «اعطای امتیاز به ساکنین مناطق محروم نه تنها تبعیض‌آمیز نیست، بلکه در جهت ایجاد توزیع عادلانه امکانات و جبران فاصله‌های اجتماعی ایجادشده با مناطق برخوردار و اقدامی به منظور کاهش محرومیت و اجرای عدالت اجتماعی است و در راستای بند ۱۲ اصل ۳ و اصل ۴۳ قانون اساسی می‌باشد».

در این مقاله درصدد آنیم تا اصل برابری فرصت‌های استخدامی را با رویکردی آسیب‌شناسانه به سهمیه‌ها و امتیازات استخدامی از منظر رویه قضایی دیوان عدالت اداری بررسی کنیم. با این توصیف، هدف اصلی این پژوهش، آسیب‌شناسی وضعیت موجود در حوزه سهمیه‌ها و امتیازات استخدامی با این رویکرد است که یافته‌های احتمالی در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری، در اصلاح قوانین و مقررات موجود و پیشبرد نظام اداری و استخدامی کشور به کار رود.

پرسش اصلی این نوشتار آن است که از منظر رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و با توجه به اصل برابری فرصت‌ها، اعمال سهمیه‌ها و امتیازات استخدامی در نظام استخدام کشوری در چه صورتی قابل قبول است؟ فرضیه تحقیق این است که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رویه خود، رویکردی مشخص و ثابت ندارد و صرفاً اگر سهمیه‌ای مبتنی بر قانون باشد، آن را پذیرفته و وارد ارزش‌گذاری این سهمیه‌ها نشده است. در جست‌وجوی پاسخی دقیق به این پرسش و رد یا اثبات فرضیه این مقاله تلاش شده است با استفاده از رویه قضایی دیوان عدالت اداری، پاسخی درخور بیان شود. ساختار این مقاله نیز با پرهیز از هرگزیزی به حواشی، مبتنی بر تحلیل و بررسی هر یک از سهمیه‌های استخدامی موجود در نظام اداری کشور است.

گفتار اول: سهمیه بومی‌گزینی

اولویت جذب افراد بومی با هدف اصلی جبران محرومیت‌های مناطق دور از مرکز، کاهش هزینه‌ها و افزایش انگیزه خدمت کارکنان محلی مطرح شده است. بنا بر سیاست‌های دولت‌ها و مجالس مختلف، مواجهه متفاوتی با این مفهوم صورت گرفته است. برای مثال، طرح اولویت استخدام افراد بومی (مصوب ۱۳۸۰/۱۰/۰۴ مجلس شورای اسلامی) که جذب نیروهای موردنیاز دستگاه‌های اجرایی در شهرستان‌ها را از داوطلبان بومی آن مناطق، مقرر و جذب داوطلبان غیر بومی را به نبود داوطلب بومی وابسته کرده بود، در شورای نگهبان به استناد اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی و مبتنی بر برابری همگان در برابر قانون و برخورداری یکسان از حمایت‌های قانونی، مغایر قانون اساسی شناخته شد.^۱

در مقابل، ماده ۴۷ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه (۱۳۹۵)، اولویت پیمان‌کاران بومی را بر دیگر پیمان‌کاران در صورت «حصول شرایط برابر» بین رقابت‌کنندگان مقرر کرده است: «کلیه دستگاه‌های اجرایی... مکلفند در طول اجرای قانون برنامه، در طرح‌های پروژه‌های خود و در شرایط برابر به پیمان‌کاران بومی واجد شرایط استانی اولویت دهند و در قرارداد با کلیه شرکت‌ها و پیمان‌کاران، اولویت با به‌کارگیری نیروهای بومی استانی در شرایط برابر از نظر علمی و تجربی و با اولویت محل سکونت نزدیک‌تر را درج و بر حسن اجرای آن نظارت کنند».

شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی در جلسه ۱۳۹۹/۰۷/۲۱ بنا به پیشنهاد سازمان اداری و استخدامی کشور و به استناد قانون اصلاح ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۹۹/۰۶/۱۶) با ایجاد اولویت برای داوطلبان بومی شهرستان‌ها (به استثنای تهران و مراکز استان‌ها) در امتحانات مشترک فراگیر دستگاه‌های اجرایی کشور موافقت کرد. در ماده یکم مصوبه خود نیز با توجه به تعریف داوطلبان بومی شهرستانی مورد اشاره در ماده قانونی یادشده که داوطلب باید متولد یا ساکن با سابقه ده سال سکونت در همان شهرستان باشد، شیوه احراز بومی بودن افراد را مقرر کرد.

در نگاه اول، به نظر می‌رسد پذیرش بومی‌گزینی در نظام حقوقی کشور اساساً با برابری فرصت‌ها در تعارض قرار می‌گیرد و چنان‌که در دادنامه‌های متعدد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله

۱. نظریه شماره ۳۰۲۸/۲۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ شورای نگهبان.

دادنامه شماره ۱۶۲۷ تا ۱۶۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۷، دادنامه شماره ۱۹۱۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ و دادنامه شماره ۲۴۲۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۱ منعکس شده است، «امتیاز بومی بودن از یک طرف، امتیاز خاص برای بخشی از افراد جامعه و از طرفی، ایجاد محدودیت و محرومیت برای بخش دیگری از افراد جامعه در این زمینه به وجود می‌آورد و از این حیث نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد». هم‌چنین طبق دادنامه شماره ۲۰۷۳ تا ۲۰۸۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و مشابه آن، دادنامه شماره ۱۵۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰، «بومی‌گزینی در استخدام‌های دولتی هرچند به نظر، امتیاز برای افراد بومی به نظر می‌رسد، لیکن در عین حال، برای فرد بومی و سایر افراد، ایجاد محدودیت و محرومیت در امکان استخدام در سایر نقاط کشور را به وجود می‌آورد». بر اساس دادنامه شماره ۱۶۲۷ تا ۱۶۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری حتی «باعث محرومیت داوطلبان مناطق محروم از دسترسی به فرصت‌های شغلی در مناطق برخوردار» می‌شود. با این حال، برای تبیین دقیق‌تر موضوع بهتر است حالت‌های مختلف اولویت در جذب برای افراد بومی بررسی شود:

بند اول: اختصاص دادن همه سهمیه استخدامی به داوطلبان بومی

اختصاص دادن کامل استخدام در مشاغل دولتی به داوطلبان بومی، منطقی و معقول نیست و نمی‌توان مبنای توجیهی و سبب موجهی برای آن ارائه کرد. با عنایت به دادنامه شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۱/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، برای هرگونه امتیازی که با «اصل استحقاق اشخاص در استفاده از امکانات مادی و معنوی مشابه و یکسان در شرایط مساوی»، معارض باشد، باید «علل و اسباب موجه و وجوه تمایز مطلوب» وجود داشته باشد. صرف نظر از سکونت، محل تولد فرد به عنوان مؤلفه اصلی در بومی‌گزینی، امری انتسابی و خارج از اراده وی است و در شمار موضوعات تبعیض‌آمیز قرار می‌گیرد و تمایزگذاری بر مبنای آن، غیر منطقی و نامعقول است.

طبق دادنامه‌های شماره ۷۵۱ مورخ ۱۳۸۴/۱۱/۳۰ و شماره ۷۲۰ مورخ ۱۳۸۶/۰۸/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، «تولد و بومی بودن اشخاص در یک محل محروم، ملازمه‌ای با تمایل آنان به خدمت داوطلبانه در همان محل ندارد.» از این رو، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۱۳۹۶/۱۲/۱۵ در دادنامه شماره ۱۲۶۵، بومی‌گزینی در آزمون‌های استخدامی به معنای اختصاص صددرصد سهمیه استخدامی برای تأمین نیروی انسانی دستگاه‌های اجرایی به داوطلبان بومی را

تبعیض ناروا و مغایر اصل برابری فرصت‌ها مصرّح در ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری دانسته است. در جریان دادنامه، ابطال قسمتی از مجوزهای استخدامی معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری و صندوق حمایت از پژوهشگران و فناوران کشور از هیئت عمومی درخواست شده بود که به موجب آن مقرر گردیده بود صد درصد سهمیه استخدامی در نهاد ریاست جمهوری به داوطلبان بومی اختصاص داده شود.

بند دوم: اولویت دادن به استخدام داوطلبان بومی از طریق اعطای امتیازات خاص به آن‌ها

اولویت برخی از داوطلبان بر دیگران تا زمانی که متکی به اسباب منطقی و معقول نباشد، قابل قبول نخواهد بود و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۹۱۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۱، مصوبه‌ای را که به موجب آن مقرر شده بود «نمره داوطلبان بومی استان با ضریب یک و دو دهم و بومی شهرستان با ضریب یک و چهار دهم نمره مکتسبه در هر حیطه از آزمون و مصاحبه استخدامی و صرفاً در صورت کسب حد نصاب آزمون در مرحله معرفی برای مصاحبه استخدامی محاسبه می‌گردد»، مغایر با رعایت اصل برابری فرصت‌ها تشخیص داد. مشابه این رویه را در دادنامه شماره ۱۸۶۵ و ۱۸۶۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۰۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد درخواست ابطال بند (ب) مربوط به داوطلبان بومی در آزمون استخدامی سال ۱۳۹۶ قوه قضاییه می‌توان مشاهده کرد. در دادنامه شماره ۱۳۵۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ماده ۱۳ دستورالعمل استخدام پیمانی در شهرداری‌ها را با توجه به این که مقرر داشته بود: «امتیاز آزمون تخصصی داوطلبین بومی شهر، متقاضی استخدام در ۱/۱۵ و داوطلبان بومی شهرستان شهر، متقاضی استخدام در ۱/۱ ضرب شده و مبنای محاسبه امتیاز نهایی آزمون تخصصی قرار می‌گیرد»، با این توضیح ابطال کرد که «بومی‌گزینی و برتری نمره کتبی به افراد بومی مطابق آن چه در آگهی مزبور قید شده، به طور مطلق و بدون تفکیک مناطق محروم و مناطق برخوردار، تبعیض‌آمیز و مغایر با بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی است».

بند سوم: اولویت دادن به استخدام داوطلبان بومی بر دیگر داوطلبان در شرایط مساوی

در این حالت، اولویت استخدام داوطلبان بومی صرفاً در صورتی مقرر می‌شود که شرایط برابری بین داوطلبان حاصل شده باشد. برای نمونه، زمانی که پس از برگزاری آزمون استخدامی که

انتخاب یک نفر مورد نظر است، ۱۰ نفر واجد امتیاز یکسان شوند. در این حالت، همگی شایستگی ورود به مشاغل دولتی را دارند و صلاح دید اداره که در بحث حاضر، تقویت نیروهای محلی و بومی و رضایت‌مندی مردم محل است، چه بسا مرجح مناسبی در این زمینه باشد. با این حال، این مرجح در دو حالت قبل به سبب آن که موجب برتری مرجح شایستگی بر مرجح بومی بودن می‌شد، تبعیض ناروا محسوب می‌شود، اما در حالت اخیر، با توجه به این که برابری شایستگی بین داوطلبان از طریق آزمون احراز شده است، ترجیحی منطقی به نظر می‌رسد.

با همین رویکرد، شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی در تبصره ۳ ماده ۱۰ دستورالعمل نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی برای به‌کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی (۱۳۸۸/۰۹/۰۲) که موضوع بخش نامه ۸۴۵۹۷/۲۰۰ مورخ ۱۳۸۸/۰۹/۰۸ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور بوده، مقرر داشته است اولویت انتخاب در شرایط یکسان به ترتیب با داوطلبان بومی، شاغلین غیر رسمی مناطق محروم و دورافتاده موضوع فهرست بند ۱ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برای همان مناطق خواهد بود. این دستورالعمل، امتیاز خاصی برای افراد بومی اختصاص نمی‌دهد و صرفاً از اولویت آن‌ها در صورت کسب شرایط یکسان بین داوطلبان سخن می‌گوید.

در مقابل، اگر در استخدام، اولویت بین افراد مبتنی بر شرایط یکسان نباشد و دستگاه اجرایی، نیروی انسانی مورد نیاز خود را به ترتیب از داوطلبان بومی و بعد، غیر بومی، قطع نظر از توجه به امتیازات مکتسبه آن‌ها در آزمون به خدمت بگیرد، باز هم این مورد از مصادیق نقض اصل برابری فرصت‌ها خواهد بود. در دادنامه شماره ۲۰۷۳ تا ۲۰۸۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۳۰، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بند (پ) از شرایط آزمون استخدامی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی سال ۱۳۹۶، موضوع مجوز استخدامی شماره ۱۳۶۸۳۹۹-۱۳۹۶/۰۶/۰۸ سازمان اداری و استخدامی کشور را این گونه ابطال کرد: «کلیه سهمیه استخدامی هر دانشگاه پس از کسر سهمیه‌های استخدامی ایثارگران (مندرج در بند الف) و معلولین عادی (مندرج در بند ب) به داوطلبان بومی «شهرستان» در صورت برخورداری از شرایط مندرج در آگهی و کسب حد نصاب نمره، به ترتیب نمره فضلی اختصاص خواهد یافت. در صورتی که ظرفیت مورد نیاز هر یک از رشته‌های شغلی مندرج در آگهی استخدام از بین داوطلبان بومی شهرستان تکمیل نگردد، پذیرش بقیه افراد تا تکمیل ظرفیت از بین داوطلبان با اولویت «بومی استان» و سپس داوطلبان «غیر بومی» همان رشته شغلی به ترتیب نمره فضلی صورت می‌پذیرد».

گفتار دوم: سهمیه‌های جنسیتی

تبعیض جنسیتی به معنای نبود برابری بین زنان و مردان در برخورداری از امکانات و فرصت‌هاست. عوامل مختلف فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی می‌تواند موجب بروز نابرابری جنسیتی شود. این نابرابری با محروم‌سازی زنان از فرصت‌ها و امکانات موجب تخصیص غیر بهینه منابع می‌گردد و بر رشد اقتصادی نیز اثر منفی دارد. نابرابری جنسیتی، قدرت سیاسی و اقتصادی زنان را محدود می‌سازد، در حالی که یکی از شاخص‌های مهم برای سنجش پیشرفت و توسعه هر کشور، وضعیت زنان آن کشور است. تبعیض جنسیتی می‌تواند علاوه بر اشتغال، در حوزه‌های آموزش، درآمد و دسترسی به مناصب مدیریتی وجود داشته باشد.^۱

در قوانین استخدامی کشور اساساً تبعیضی بر مبنای جنسیت مشاهده نمی‌شود، ولی در برخی موارد، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی برای استخدام زنان وجود دارد. یکی از این محدودیت‌ها در مورد استخدام زنان برای تصدی منصب قضاوت مشاهده می‌شود. به موجب «قانون اصلاح تبصره (۵) قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۶۳» و در حالی که اساساً تصدی منصب قضاوت برای مردان شناسایی شده، مقرر گردیده است: «رئیس قوه قضاییه می‌تواند بانوانی را هم که واجد شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴ می‌باشند، با پایه قضایی جهت تصدی پست‌های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های مدنی خاص، قاضی تحقیق و دفاتر مطالعه حقوقی و تدوین قوانین دادگستری و اداره سرپرستی صغار و مستشاری اداره حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند، استخدام نماید».

مورد دیگر به استخدام زنان در نیروهای مسلح مربوط است. برابر ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران مقرر شده است: «ارتش می‌تواند فقط برای مشاغل درمانی و بهداشتی، زنان را استخدام نماید. نقل و انتقالات زنان باید حتی‌الامکان تابع شرایط خدمتی همسران آنان باشد.» در ماده ۲۰ قانون استخدام نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۰ نیز استخدام زنان در نیروی انتظامی منوط به حفظ موازین اسلامی در مشاغل امکان‌پذیر قلمداد شده که مستلزم به‌کارگیری زنان است؛ مشاغلی که بنا به مورد در جدول‌های سازمانی تعیین می‌شود.

۱. پناهی، حسین و دیگران، «تأثیر نابرابری جنسیتی در آموزش بر رشد اقتصادی ایران»، فصلنامه اقتصادی و توسعه، ۱۳۹۰، ص ۴۱

در مورد اختصاص سهمیه برای زنان باید از قانون تخصیص سهمیه برای زنان در پذیرش دستیاری رشته‌های تخصصی پزشکی، مصوب ۱۳۷۲/۰۷/۰۷ یاد کرد که به موجب آن، فارغ‌التحصیلان استفاده‌کننده از سهمیه زنان در پذیرش دستیاری رشته‌های تخصصی یادشده در این قانون متعهد می‌شوند طبق برنامه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، خدمات قانونی را در نقاط محروم و نیازمند ادامه دهند. در مصوبه شماره ۱۳۵۱۸۲۴ مورخ ۱۳۹۶/۰۵/۳۰ شورای عالی اداری نیز هر چند به ورود به خدمت زنان مربوط نمی‌شد، اما مصوبه‌ای برای اصلاح دستورالعمل اجرایی نحوه انتخاب و انتصاب مدیران حرفه‌ای، موضوع تصویب‌نامه شماره ۵۷۹۰۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۴/۰۱ بود. در این مصوبه اصلاحی، دو تبصره به عنوان تبصره‌های ۶ و ۷ به ماده ۲ و چهار تبصره نیز به ماده ۵ تصویب‌نامه قبلی الحاق شد. در تبصره‌های الحاقی به ماده ۲، اولاً میزان تجربه مورد نیاز برای تصدی هر یک از سطوح مدیریت حرفه‌ای در مورد زنان به دوسوم مدت زمان پیش‌بینی شده در جدول شماره ۱ تصویب‌نامه تقلیل یافت. ثانیاً مقرر شد که «زنان و جوانان شاغل در دستگاه‌های اجرایی کشور می‌توانند با ارائه اقدامات علمی و پژوهشی خود در زمینه موضوعات مدیریتی یا در رابطه با حوزه‌های تخصصی عملکرد دستگاه متبوع از امتیازات ویژه‌ای برای تصدی پست‌های مدیریتی برخوردار گردند.» در تبصره ۲ الحاقی به ماده ۵ نیز مقرر شد: «تا پایان برنامه ششم توسعه نسبت مدیران زن در پست‌های مدیریتی به ۳۰ درصد افزایش یابد. سهم هر یک از دستگاه‌های اجرایی برای انتصاب مدیران زن با در نظر گرفتن شرایط و ویژگی‌های هر دستگاه، توسط سازمان اداری و استخدامی کشور و با هماهنگی دستگاه اجرایی ذی‌ربط تعیین و ابلاغ خواهد شد.»

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ۱۳۹۹/۰۷/۲۹ با صدور دادنامه شماره ۹۳۶، اعمال چنین سهمیه‌هایی را برای زنان از مصادیق تبعیض ناروا قلمداد و آن‌ها را چنین ابطال کرد: «شورای عالی اداری که به موجب ماده ۵۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، مرجع تصویب دستورالعمل اجرایی فصل هشتم و شرایط تخصصی و عمومی پست‌های مدیریت حرفه‌ای و نحوه ارتقای مسیر شغلی است، اختیار ندارد خارج از چارچوب اصول شایستگی و فضای رقابتی اقدام به وضع مقرراتی نماید که طی آن برای بخشی از کارکنان دولت شامل زنان و جوانان به لحاظ جنسیت و یا سن، فراتر از مقررات قانون، امتیاز خاصی در نظر گیرد و در مقابل برای انتصاب برخی از کارکنان شاغل دولت به جهات مذکور و علی‌رغم وجود شایستگی و داشتن شرایط قانونی برای انتصاب در سمت‌های

مدیریتی، ممنوعیت و محدودیت ایجاد کند. بنابراین، مصوبه مورد شکایت به جهت تبعیض آمیز بودن و مغایرت با قانون... ابطال می‌شود».

گفتار سوم: سهمیه‌های استخدامی معلولان

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل بیست و هشتم تصریح می‌کند: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند». هم‌چنین دولت را مکلف می‌سازد که «با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد، امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید». بنابراین، باید قائل به تکلیف دولت در فراهم آوردن زمینه اشتغال و استخدام معلولان در بخش عمومی شد. با توجه به وضعیت خاص این دسته از شهروندان و احتمال وجود رویکردی منفی به استخدام آنان، دولت باید در مقام اعمال سهمیه‌ها و امتیازات خاصی برای آنان برآید تا این فرصت شغلی از آنان سلب نشود و بتوانند از عدالت در استخدام برخوردار شوند. در این راستا، قانون برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور به منظور توسعه عدالت اجتماعی و ایجاد فرصت‌های برابر کوشیده است زمینه‌های لازم برای تأمین اشتغال این قشر را فراهم آورد. قانون برنامه دوم توسعه در بند ۹۶ بخش دوم بر ایجاد زمینه‌های اشتغال معلولان و جانبازان با توجه به قابلیت و توانایی‌های آنان تصریح کرده است. قانون برنامه چهارم نیز در ماده ۱۰۱ بخش سوم برگسترش حمایت‌های اجتماعی از طریق توان بخشی معلولان و توان‌مندسازی آنان برای دستیابی به فرصت‌های شغلی مناسب تأکید ورزیده است.

علاوه بر قوانین برنامه، برخی قوانین خاص نیز درصد حمایت از فرصت‌های استخدامی معلولان از طریق اعمال سهمیه استخدامی برآمده‌اند. در تبصره ۱ ماده واحده الزام دولت جهت استخدام ده درصد از پرسنل موردنیاز خود از بین جانبازان انقلاب اسلامی و بستگان شهدا (۱۳۶۴/۱۱/۰۳)، همه وزارت‌خانه‌ها، نهادهای انقلاب اسلامی، مؤسسات و شرکت‌ها و کارخانه‌های دولتی و بانک‌ها و شهرداری‌ها و دستگاه‌هایی که از بودجه عمومی دولت استفاده می‌کنند، مکلف شدند سه درصد از پرسنل مورد نیاز خود را از بین معلولان عادی (غیر از جانبازان جنگی) در مشاغل مناسب با رعایت مقررات مربوط و با هماهنگی سازمان بهزیستی تأمین کنند.

قانون جامع حمایت از حقوق معلولان که در پرتو سیاست‌های حمایتی قانون اساسی و قانون برنامه توسعه در ۱۳۸۳/۰۲/۱۶ به تصویب رسید، تلاش دیگری برای تأمین فرصت‌های برابر برای به‌کارگیری معلولان در مشاغل عمومی بود. در ماده ۷ این قانون مقرر شد که دولت موظف است برای ایجاد فرصت‌های شغلی برای افراد معلول، حداقل سه درصد از مجوزهای استخدامی (رسمی، پیمانی و کارگری) دستگاه‌های دولتی و عمومی اعم از وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای عمومی و انقلابی و دیگر دستگاه‌هایی را که از بودجه عمومی کشور استفاده می‌کنند، به افراد معلول واجد شرایط اختصاص دهد. هم‌چنین حداقل شصت درصد از پست‌های سازمانی تلفنچی (اپراتور تلفن) دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد نابینا و کم‌بینا و معلولان جسمی، حرکتی و حداقل شصت درصد از پست‌های سازمانی متصدی دفتری و ماشین‌نویسی دستگاه‌ها، شرکت‌ها و نهادهای عمومی به معلولان جسمی و حرکتی اختصاص پیدا کند. علاوه بر این، در تبصره‌های ماده ۷ مقرر شد: «کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی و انقلابی مجازند تا سقف مجوزهای استخدامی سالانه خود، افراد نابینا و ناشنوا و معلولین ضایعات نخاعی واجد شرایط را رأساً به صورت موردی و بدون برگزاری آزمون استخدامی به کار گیرند». هم‌چنین «سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است سه درصد از مجوزهای استخدامی سالانه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات دولتی، شرکت‌ها و نهادهای عمومی و انقلابی را کسر و در اختیار سازمان بهزیستی کشور قرار دهد تا نسبت به برگزاری آزمون استخدامی اختصاصی برای معلولین واجد شرایط با همکاری سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اقدام و معلولین واجد شرایط پذیرفته‌شده را حسب مورد به دستگاه مربوطه معرفی نماید».

از نکات قابل تامل در این قانون، آوردن اندیشه تبعیض مثبت است. بر اساس این اندیشه، اقدامات ویژه حمایتی برای افراد معلول جهت وصول به برابری و جبران وضعیت‌های پیشین صورت می‌گیرد و ماده ۷ قانون جامع بر مبنای این تفکر شکل گرفته است. در بند الف ماده ۷ مذکور در راستای ایجاد برابری واقعی، سهمیه ۳ درصدی استخدام برای معلولان پیش‌بینی شده است.^۱

ماده ۱۰ قانون جدید حمایت از معلولین، گام مهمی در زمینه اشتغال معلولین برداشته است

۱. پروین، خیراله، حسن آبادی، مسعود، حق بر استخدام معلولان در دستگاه‌های اجرایی ایران با تأکید بر بررسی موردی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۱۴

با این حال هنوز، مهم‌ترین مشکل در زمینه استخدام معلولان، اجرا نشدن قانون و فراهم نبودن اعتباری است که در قانون مذکور به آن اشاره شده است.^۱

این مقررات به منظور ایجاد تضمین کافی برای اجرایی شدن سهمیه‌های استخدامی معلولان وضع شدند، اما تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری و حکم مقرر در بند (ز) ماده ۴۲ این قانون که «داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری که استخدام می‌شوند» را به عنوان یکی از شرایط عمومی استخدام برشمرده بود، سهمیه‌های استخدامی معلولان را دچار ابهام کرد. شعبه اول دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دادخواستی به طرفیت وزارت آموزش و پرورش و به خواسته الزام به احتساب ۳ درصد حق اولویت استخدامی برای معلولان در آزمون استخدامی معلمان، به موجب دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۹۲ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۵ چنین رأی داد: «نظر به این‌که آزمون مورد نظر شاکی مربوط به استخدام پیمانی معلمان بوده است و مشتکی عنه اعلام داشته است که از جمله شرایط پذیرش داوطلبان در حرفه معلمی، سلامت جسمانی فرد برای استخدام است و مستنداً به بند (ز) ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری که نسبت به قانون استنادی شاکی، مؤخرالتصویب است، از جمله شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های اجرایی، داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری است که موضوع استخدام و جذب نیروی انسانی است، علی‌هذا با توجه به مراتب مذکور و ماده ۱۲۷ قانون یادشده (قانون مدیریت خدمات کشوری) که قوانین مغایر با این قانون را لغو کرده است، حکم به رد شکایت مطروح صادر و اعلام می‌دارد.» این در حالی بود که شعبه چهارم دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده دیگری با خواسته مشابه به موجب دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۱۲۷۰ - ۱۳۸۹/۱۰/۲۲ به وارد بودن شکایت رأی داد و پرونده برای صدور رأی وحدت رویه به هیئت عمومی دیوان ارسال شد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۲۴ و ۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۸ اظهار داشت: «نظر به این‌که مطابق بند الف ماده ۷ قانون جامع حمایت از حقوق معلولان، مصوب ۱۳۸۳/۰۲/۱۶، دولت موظف است برای ایجاد فرصت‌های شغلی افراد معلول حداقل ۳ درصد از مجوزهای استخدامی (رسمی، پیمانی، کارگری) دستگاه‌های دولتی و عمومی اعم از وزارت خانه‌ها، سازمان‌ها،

۱. پروین، خیراله، عارفی، محمدشعب، بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و

هند، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱۴۰۱، ۲۴، ص ۱۱

مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای عمومی و انقلابی و دیگر دستگاه‌هایی را که از بودجه عمومی کشور استفاده می‌کنند، به افراد معلول واجد شرایط اختصاص دهد و در ماده ۴۲ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۴/۰۸/۱۵ بر اجرای قانون پیش‌گفته تأکید شده است و احکام مذکور نیز در بند الف ماده ۹ قانون بودجه سال ۱۳۸۹ کل کشور، مصوب ۱۳۸۸/۱۲/۲۴ مورد تنفیذ واقع شده است، بنابراین، وزارت آموزش و پرورش مکلف بوده است ۳ درصد از سهمیه استخدامی معلمان در سال ۱۳۸۹ را به معلولان واجد شرایط اختصاص دهد. با توجه به مراتب، رأی شعبه چهارم دیوان عدالت اداری، صحیح و موافق مقررات است.»

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه دیگری به شماره ۲۲۴ و ۲۲۵ به تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۶ بر رأی قبلی تأکید کرد و در دادنامه شماره ۹۰۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۳۰، اطلاق بخش‌نامه شماره ۱۳۸۹/۵/۲۱.۷۱۰/۳۴۳۰۱/۲۲ مدیرکل امور اداری و تشکیلات وزارت آموزش و پرورش را مغایر قانون تشخیص داد که برای استخدام معلولانی که مطابق بند «ز» ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، توانایی انجام کاری را دارند که بابت آن استخدام می‌شوند، ایجاد مانع کرده بود، در حالی که معلولیت آن‌ها تأثیری در ایفای حرفه معلمی ندارد. در مقررره مورد اعتراض بیان شده بود: «در خصوص لحاظ نمودن سهمیه سه درصد معلولان در آزمون استخدام پیمانی سال جاری اعلام می‌دارد: یکی از شرایط اصلی اشتغال در حرفه معلمی که به عنوان الگوی شخصیتی در محیط آموزشی و جامعه مطرح می‌باشد و در بند (ز) ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری صراحتاً به آن اشاره شده است، سلامت جسمانی فرد برای استخدام می‌باشد و به استناد ماده ۱۲۷ قانون مزبور، کلیه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر با این قانون لغوگردیده است. بنابراین، امکان جذب این عزیزان به عنوان معلم میسر نمی‌باشد. ان شاء الله در ردیف‌های استخدامی مشاغل اداری، سهمیه مقرر اعمال خواهد شد.»

ابهام در مورد سهمیه استخدامی معلولان با رویه قضایی دیوان عدالت اداری مرتفع شد، اما قانون‌گذار در ۱۳۹۶/۱۲/۲۰ با تصویب قانونی جدید با عنوان «قانون حمایت از معلولان» و به موجب ماده ۱۵ آن، بار دیگر بر تکلیف دولت به اختصاص حداقل سه درصد از مجوزهای استخدامی (رسمی، پیمانی و کارگری) دستگاه‌های دولتی و عمومی اعم از وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و نهادهای عمومی و انقلابی و دیگر دستگاه‌هایی که از بودجه عمومی کشور استفاده می‌کنند، به افراد

دارای معلولیت واجد شرایط تأکید کرد. تنها تفاوت این بود که در بندهای (ت) و (ث) ماده ۱۱ قانون جدید، سهمیه ۶۰ درصدی از پست‌های سازمانی تلفنچی و متصدی دفتری و ماشین‌نویسی را به ۳۰ درصد تقلیل داد. البته در تبصره ماده ۱۱ تأکید شد که «کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی و انقلابی مجازند تا سقف مجوزهای استخدامی سالانه خود، افراد نابینا و ناشنوا و افراد دارای آسیب نخاعی واجد شرایط را با برگزاری آزمون اختصاصی جامعه معلولان به کار گیرند». برای تضمین اجرای سهمیه سه درصدی نیز در تبصره‌های ماده ۱۵ اولاً مقرر شد که «سازمان اداری و استخدامی کشور موظف است نسبت به تخصیص این سهمیه استخدامی برای افراد دارای معلولیت اقدام و بر رعایت آن نظارت نماید». ثانیاً با مکلف کردن بالاترین مسئول دستگاه‌های اجرایی، نهادهای عمومی غیر دولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها به اجرای دقیق مفاد این ماده مقرر شد که «متخلفان حسب مورد با حکم مراجع ذیصلاح به مجازات تعزیری جزای نقدی درجه پنج تا هشت موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱، انفصال موقت یا دایم از خدمات عمومی، تنزل مقام و یا محرومیت از انتصاب به پست‌های حساس و مدیریتی و یا اخراج از نهاد یا سازمان متبوع محکوم میشوند».

گفتار چهارم: سهمیه استخدامی ایثارگران

تعیین معیارهای اولویت و انتخاب فرد اصلح بر اساس آن در نظام اداری کشور بسیار حایز اهمیت است. در سامانه اداری کشور ما برخی امتیازهای ویژه مبتنی بر قانون به جامعه رزمندگان و جانبازان و آزادگان اختصاص داده شده است. اما مبانی این امتیاز برای اغلب مردم روشن نیست. طرح این مبحث به این دلیل حایز اهمیت است که در صورت عدم تبیین مبانی اولویت‌ها، احتمال دارد شبهه تبعیض را در بعضی از کارکنان سازمان‌ها و اداراتی ایجاد کند که طبق قانون به ایثارگران خود اولویت می‌دهند و در نتیجه ممکن است به کاهش کارایی این کارکنان در وظایف سازمانی خود منجر شود.^۱

رخ دادن انقلاب اسلامی، دفاع مقدس و حوادث مختلف تروریستی موجب شد مردم در عرصه‌های مختلف، جلوه‌های ایثار و شهادت را تجربه کنند. تکریم از ایثار و از خودگذشتگی عزیزی که

۱. عبدالهی نژاد، کریم و همکاران، مبانی فقهی اولویت استخدامی ایثارگران، مدیریت اسلامی، سال ۲۳، شماره ۴، ۱۳۹۴، ص ۱۷۶

جان خود را در طبق اخلاص نهادند و خانواده‌های محترمشان، قانون‌گذار را بر آن داشت تا بکوشد فرصت‌های شغلی برابر را برای ایثارگران و خانواده‌هایشان فراهم آورد که می‌توان به این موردها اشاره کرد: معافیت آن عده از معلولان انقلاب اسلامی ایران که قادر به کارند و خانواده شهدا و معلولان از شرایط بند «ج» ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری به موجب قانون مصوب ۱۳۶۱/۰۶/۱۶ تا الزام دولت جهت استخدام ده درصد از پرسنل مورد نیاز خود از بین جانبازان انقلاب اسلامی و بستگان شهدا طبق مصوبه ۱۳۶۴/۱۱/۰۳ مجلس شورای اسلامی و مصوبه شورای امور اداری و استخدامی کشور درباره معافیت مشمولان قانون استخدام جانبازان، اسرا و افراد خانواده‌های شهدا، جانبازان ازکارافتاده، اسرا و مفقودالائراهای انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی و هم‌چنین افرادی که حداقل نه ماه متوالی یا یک سال متناوب، داوطلبانه در جبهه خدمت نموده‌اند، مصوب ۱۳۶۷/۱۰/۷ از امتحانات تخصصی و ورود آنان به دستگاه‌ها صرفاً از طریق گزینش اجرا شود.

قانون مدیریت خدمات کشوری هرچند برابری داوطلبان در ورود به استخدام دولتی را به عنوان اصل حاکم قرار داده است اما این اصل را در مورد ایثارگران و خانواده‌های آنها به سبب تبعیض مثبت مرعاندسته است و مطابق تبصره ۳ ماده ۴۲ قانون فوق، استخدام ایثارگران و خانواده‌های آنان بر اساس قوانین مصوب مربوط به خود خواهد بود که استثنایی بر اصل مزبور می‌باشد.^۱

با تصویب قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۷۴/۰۳/۳۱، دولت در ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ این قانون که در ۱۳۷۹/۰۸/۱۵ به تصویب رسید، مقرر داشت: «سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است نسبت به اختصاص تا پنج درصد از سهمیه استخدامی جانبازان در صورت داشتن شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های دولتی اقدام نماید.» بعدها و به موجب بند (و) ماده ۴۴ قانون برنامه پنجم توسعه، مصوب ۱۳۸۹، دایره وسیعی از سهمیه‌های استخدامی برای ایثارگران مقرر شد. طبق این بند و اصلاحات و الحاقات بعدی به این ماده، تمامی دستگاه‌ها مکلف شدند در چارچوب سهمیه‌های استخدامی و جای‌گزینی نیروهای خروجی خود، حداقل ۲۵ درصد نیازهای استخدامی خود را از میان جانبازان و آزادگان فاقد شغل و فرزندان و همسران شهدا و جانبازان ۲۵ درصد و بالاتر و فرزندان و همسران آزادگان یک سال و بالای

۱. سهرابلو، علی، لطفی، حسن، بومی‌گزینی در آزمون‌های استخدامی در پرتوی اصول حاکم بر استخدام در دستگاه‌های دولتی و قوانین موضوعه، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۱۲۶

یک سال اسارت، تأمین و به استخدام آنان از محل مجوزهای مربوط و پست‌های بدون متصدی اقدام کنند. ۵ درصد سهمیه‌های استخدامی را نیز به رزمندگان با سابقه حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه‌ها و همسر و فرزندان آنان و فرزندان جانبازان زیر ۲۵ درصد و آزادگان کم‌تر از یک سال اسارت و خواهران و برادران شهدا اختصاص دهند. بنیاد شهید هم موظف شد در خصوص فرزندان شاهد و جانباز و آزاده، با اولویت فرزندان شاهد، سپس فرزندان جانبازان، بر اساس درصد جانبازی و فرزندان آزادگان بر اساس مدت اسارت اقدام کند. طبق تبصره ۳ بند یادشده، دستگاه‌های اجرایی پس از تعیین تکلیف سهمیه ایثارگران می‌توانند به جذب نیروهای انسانی مورد نیاز دستگاه خود اقدام کنند.

هم‌چنین در بند (ز) ماده ۴۴ با اصلاحات بعدی آن مقرر شد: «دانشگاه‌ها و مراکز و مؤسسات آموزشی و پژوهشی و وزارت خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلفند حداقل ده درصد اعضای هیئت علمی مورد نیاز خود را از بین جامعه ایثارگران شامل رزمندگان با بیش از شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه، جانبازان بالای بیست و پنج درصد، آزادگان بالای سه سال اسارت، همسران و فرزندان جانبازان بالای پنجاه درصد، همسران و فرزندان شهدا و فرزندان آزادگان با بیش از سه سال اسارت که دارای مدرک دکترای تخصصی مورد تأیید وزارت خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشند، حسب مورد از طریق استخدام و یا موافقت با انتقال کارکنان دیگر دستگاه‌ها یا تبدیل وضعیت کارکنان غیر هیئت علمی، تأمین و از ابتدا، آنان را به صورت عضو هیئت علمی رسمی قطعی با احتساب سوابق آموزشی، پژوهشی و اجرایی مرتبط و تأثیر آن در پایه و مرتبه علمی بدون الزام به رعایت شرط سنی و آزمون استخدام نمایند».

این بند از ماده ۴۴ قانون برنامه پنجم بعدها به موجب بند ۶۰۸ قانون فهرست قوانین و احکام نامعتبر در حوزه سلامت، مصوب ۱۳۹۹/۰۸/۰۵، منسوخ اعلام شد. با این حال، حکم مقرر در بند (و) ماده ۴۴ قانون برنامه پنجم، جای خود را به ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران داد که طبق آن، همه دستگاه‌های موضوع ماده ۲ این قانون مکلف شدند «حداقل بیست و پنج درصد از نیازهای استخدامی و تأمین نیروهای مورد نیاز خود را که وفق ضوابط و مجوزهای مربوط و جای‌گزینی نیروهای خروجی خود اخذ می‌نمایند، به خانواده‌های شاهد، جانبازان و آزادگان، همسر

و فرزندان شهدا و جانبازان بیست و پنج درصد و بالاتر، فرزندان و همسران آزادگان يك سال و بالای يك سال اسارت، اسرا و خواهر و برادر شاهد اختصاص دهند و پنج درصد سهمیه استخدامی را نیز به رزمندگان با سابقه حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه‌ها و همسر و فرزندان آن‌ها و فرزندان جانبازان زیر بیست و پنج درصد و آزادگان کم‌تر از يك سال اسارت اختصاص دهند.» البته این حکم به موجب بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه اصلاح و مقرر شد که در مدت اجرای این برنامه عبارت «اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی و شرکتی» بعد از عبارت «تأمین نیروهای مورد نیاز خود را» اضافه شود.

در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به مغایرت مصوبات راجع به سهمیه‌های استخدامی ایثارگران با اصل برابری فرصت‌ها اشاره نشده است. با این حال، در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱ بر تفسیر و اجرای بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه «با توجه به قیود و شرایط» ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی ایثارگران تأکید شده است. به این ترتیب، اعمال تبصره ۱ بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه ششم مبنی بر تبدیل وضعیت استخدامی مشمولان این ماده به رسمی قطعی حداکثر پس از سه ماه شامل ایثارگرانی قلمداد شده است که «مستند به ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران با رعایت سهمیه، ضوابط و مجوزهای مربوط از جمله شرکت در آزمون به استخدام دستگاه درآمده باشند و چنان چه وضعیت استخدامی آن‌ها به صورت پیمانی یا رسمی آزمایشی باشد، ظرف سه ماه به قطعی تبدیل شود. بنابراین، این حکم شامل ایثارگرانی که به کارگیری آن‌ها به صورت قراردادی و غیر استخدامی بوده است، نمی‌شود».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طبق دادنامه شماره ۱۸۴۹ تا ۱۸۵۱ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۰ و به طور مشابهی، دادنامه شماره ۱۴۵۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۱۶، «شرایط و مقررات عمومی حاکم از جمله ماده ۴۱ و ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، ورود به خدمت در دستگاه‌های اجرایی را صرفاً بر اساس مجوزهای صادره، تشکیلات مصوب و رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت‌ها و از طریق آزمون عمومی اجازه داده است که در اعمال سهمیه استخدامی بین مشمولین ماده ۲۱ مذکور لازم است رعایت شود.» بر همین اساس، هیئت عمومی دیوان در فراز دیگری از رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱ مقرر داشته است: «الزام به استخدام نیروهای قراردادی شاغل در دستگاه‌های دولتی بدون رعایت مقررات و مجوز استخدامی که در ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به

ایثارگران، مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۰۲ به آن موکول شده است، از جمله عدم شرکت در آزمون و عدم رقابت با سایر ایثارگران متقاضی استخدام به منزله نادیده گرفتن حکم ماده قانونی مذکور و بسیاری از اصول و مقررات حاکم بر استخدام دولتی و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است و عملاً موجبات تقلب نسبت به قانون و ایجاد تبعیض استخدامی در بین ایثارگران و زمینه سوء استفاده در دستگاه‌های اجرایی را فراهم خواهد کرد».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره اعمال اولویت در شیوه برخورداری از سهمیه ایثارگران مقرر در ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران نیز در دادنامه شماره ۱۳۵۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ اعلام داشت: «در این ماده قانونی در چارچوب سهمیه استخدامی ایثارگران، مبنایی برای اولویت قائل شدن برای برخی از مشمولین سهمیه ایثارگری ۲۵ درصدی نسبت به سایر ایثارگران مشمول سهمیه مذکور ملاحظه نمی‌شود و رأی شماره ۵۳۸-۱۳۹۶/۰۶/۰۷- هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مؤید این امر می‌باشد و هیئت وزیران نیز تاکنون مستند به ماده ۷۵ قانون مذکور، آیین‌نامه‌ای در این خصوص تصویب نکرده است» و بر این اساس، هیئت عمومی تبصره ۲ بند ۱۴ مقرر مورد شکایت که «استفاده از سهمیه استخدامی ایثارگران را اولویت‌بندی نموده» بود، ابطال کرد.

نتیجه‌گیری

بخش قابل توجهی از مجوزهای استخدامی کشور به سهمیه‌های متعدد استخدامی اختصاص یافته است. سهمیه‌های استخدامی در ذات خود، مؤید شناسایی گونه‌ای از نابرابری هستند و بر خلاف بند ۹ اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری به نظر می‌رسند که بر برابری فرصت‌ها تأکید دارند. البته این موارد تا جایی که مبتنی بر تقویت اقشار آسیب‌دیده و ارتقای آن‌ها به سطح برابر با دیگران باشند، می‌توانند موجه قلمداد شوند. پشتوانه وضع هر نوع سهمیه، اولویت و امتیاز در ورود به خدمت، هم‌چنان‌که در دادنامه شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۱/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به آن اشاره شده، باید «علل و اسباب موجه و وجوه تمایز مطلوب» باشد که وجود آن نابرابری را روا سازد.

شکل‌گیری نظام استخدامی بخش عمومی برای عرضه «خدمت عمومی» به شهروندان است. با توجه به تقدم منافع عمومی جامعه بر منافع خصوصی اشخاص، هر گونه سهمیه و اولویت قائل

شدن برای استخدام در بخش عمومی باید با ملاحظه این امر باشد که مستخدمین و نیروی انسانی شاغل در دستگاه‌های اجرایی بتوانند خدمت عمومی را به بهترین صورت عرضه کنند. پس باید شایسته‌ترین افراد در دستگاه‌های اجرایی به کار گرفته شوند تا طبق بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی، «نظام اداری صحیح» شکل گیرد، نه این‌که بنا به هر دلیلی، منافع عمومی جامعه نادیده گرفته شود و افرادی وارد بدنه اداری کشور شوند که نظام اداری را به قهقرا بکشانند و اصل شایسته‌گزینی را مخدوش کنند.

با این رویکرد، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رویه قضایی خود، حتی در جایی که اعمال سهمیه‌ها مبتنی بر قانون بوده و به ناگزیر نمی‌توانسته درباره مطابقت یا مغایرت آن‌ها با اصل برابری فرصت‌ها اظهار نظر خاصی داشته باشد، تلاش کرده است اعمال این سهمیه‌ها را به گونه‌ای تفسیر کند که در راستای اصل برابری فرصت‌ها قرار گیرد. البته هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رویه خود، در مواردی که اعمال سهمیه‌ها مبتنی بر مقررات بوده، اعمال آن‌ها را در صورتی پذیرفته که راه بر امکان استفاده از نیروهای غیر سهمیه‌ای بسته نشود و در تفسیر خود از عللی که می‌تواند هر گونه نابرابری با اعمال سهمیه را توجیه کند، بسیار مضیق عمل کرده است. اعمال سهمیه بومی‌گزینی را نیز در صورتی پذیرفته که این سهمیه از یک سو، افراد غیر بومی را از فرصت‌های شغلی در مناطق مورد نظر محروم نسازد و از سوی دیگر، افراد بومی را هم از فرصت‌های شغلی در دیگر مناطق محروم نکند، به ویژه اگر اعمال این سهمیه‌ها در مناطق محروم باشند.

بر این اساس، چنان‌که در فرضیه بیان شد، دیوان عدالت اداری، رویه خود را بیش‌تر بر سازگاری سهمیه‌های استخدامی با قانون بنا نهاده است. با این حال، در رسیدگی به سهمیه‌های استخدامی موجود، رعایت اصل برابری فرصت‌ها را نادیده نگرفته و حتی در مورد اعمال سهمیه استخدامی ایثارگران به گونه‌ای تفسیر کرده که با برگزاری آزمون، اصل شایسته‌گزینی هم‌چنان ملاک عمل در پذیرش نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی باشد.

فهرست منابع:

کتاب و مقالات:

- امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- پروین، خیراله، حسن آبادی، مسعود، حق بر استخدام معلولان در دستگاه‌های اجرایی ایران با تأکید بر بررسی موردی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
- پروین، خیراله، عارفی، محمدشعیب، بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و هند، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱.
- پناهی، حسین و دیگران، «تأثیر نابرابری جنسیتی در آموزش بر رشد اقتصادی ایران». فصلنامه اقتصادی و توسعه، ۱۳۹۰.
- سهرابلو، علی، لطفی، حسن، بومی‌گزینی در آزمون‌های استخدامی در پرتوی اصول حاکم بر استخدام در دستگاه‌های دولتی و قوانین موضوعه، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
- عبدالهی نژاد، کریم و همکاران، مبانی فقهی اولویت استخدامی ایثارگران، مدیریت اسلامی، سال ۲۳، شماره ۴، ۱۳۹۴.
- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «عدالت اداری و استخدامی در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران»، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل: ۱۲۵۸۹، تهران، ۱۳۹۱.
- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «عدالت اداری و استخدامی در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران»، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل: ۱۲۵۸۹، تهران، ۱۳۹۱.
- هداوند، مهدی و دیگران، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱.

آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری:

دادنامه شماره ۱۵۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

- دادنامه شماره ۷۵۱ مورخ ۱۳۸۴/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۳۵۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۳۵۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۱/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
- دادنامه شماره ۱۶۲۷ تا ۱۶۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۶۲۷ تا ۱۶۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
- دادنامه شماره ۱۸۴۹ تا ۱۸۵۱ مورخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۸۶۵ و ۱۸۶۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۰۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۹۱۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۱۹۱۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۲۰۷۳ تا ۲۰۸۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
- دادنامه شماره ۲۰۷۳ تا ۲۰۸۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۳۰، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۲۲۴ و ۲۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۲۳۵۸ و ۲۳۵۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۲۴ و ۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۲۴۲۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۸/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه شماره ۷۲۰ مورخ ۱۳۸۶/۰۸/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۹۲ مورخ ۱۳۸۹/۸/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۱۲۷۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

دادنامه شماره ۹۰۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

دادنامه شماره ۹۳۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۷/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

جایگاه و سازوکار انتقال فناوری در قراردادهای نفتی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز با تطبیق در نظام حقوقی قراردادهای بیع متقابل و نسل جدید قراردادی موسوم به IPC و انطباق بر سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران

محسن ربیعی^۱، مریم آقایی بجستانی^۲، محمد روحانی مقدم^۳

چکیده

امروزه صنعت نفت و گاز، محور سیاست و استراتژی کشورهای بزرگ و توسعه یافته است. در کشورهای صاحب نفت، یکی از مهم‌ترین موضوعات قراردادی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز، انتقال و توسعه فناوری از شرکت‌های خارجی صاحب فناوری به این کشورهاست که سبب توسعه فناوری کشورهای صاحب نفت و استفاده حداکثری از توان داخلی آن‌ها می‌شود. فرضیه نویسنده آن است که انتقال فناوری به طور کلی در صنعت نفت و گاز در ایران با مشکل بنیادین قانون‌گذاری مواجه است؛ چون قوانین و مقررات موجود، تنها برخی اصول کلی را بیان کرده است. از این رو، بهبود فضای قانون‌گذاری ایران به بسترسازی مناسب قانونی در حقوق نفت و گاز برای انتقال فناوری وابسته است.

در قراردادهای نفت و گاز، مبحث انتقال فناوری در قالب شروط یا ضمیمه‌های پیوست شده می‌آید که گاهی به دلیل کلی بودن و نداشتن ضمانت‌های اجرایی مؤثر، در کاهش وابستگی کشور صاحب نفت به فناوری نقش ناچیز دارد. در قراردادهای بخش بالادستی هم چون بیع متقابل و الگوی نسل جدید قراردادی موسوم به IPC، اگر مؤلفه‌های چرخه سیاست‌گذاری به ویژه قالب‌بندی و اجرای سیاست‌ها به شکل دقیق رعایت شود، به عامل مهمی برای تقویت منافع ملی و راهبردی کشور ایران تبدیل می‌شود.

با توجه به این شرایط، در راستای انعقاد قراردادهای نفت و گاز و اعتبار و ارزش نهادن به انتقال فناوری در آن‌ها از جمله تهیه و تدوین ضمیمه جامع انتقال فناوری که شامل تنظیم دقیق تعهدات و تکالیف طرف مقابل و ضمانت‌های اجرایی کارآمد باشد، باید سازوکاری روشن و ساختاری نظام‌مند تدوین شود. تحقیق حاضر به صورت تحلیلی - توصیفی و شیوه گردآوری داده‌ها، کتاب‌خانه‌ای - اینترنتی است.

واژگان کلیدی: صنعت نفت و گاز، بخش بالادستی، انتقال فناوری، قرارداد بیع متقابل، IPC.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان، ایران، rabieem@yahoo.com

۲. دانشیار گروه فقه و حقوق، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی ایران، سمنان، maqaib@gmail.com

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سمنان، ایران، rohani113r@gmail.com

مقدمه

نفت، کلیدی‌ترین و سیاسی‌ترین کالای استراتژیک ایران در طول یک صد ساله گذشته بوده و بخش در خور توجهی از بودجه دولت ایران را به خود اختصاص داده است.^۱ چون رشد اقتصادی ایران و حجم عظیمی از سرمایه‌گذاری کلان ملی به درآمدهای ارزی حاصل از صادرات این منبع انرژی وابسته است،^۲ قراردادهای در این صنعت نقشی بسزا ایفا می‌کنند. با توجه به نیاز روزافزون صنایع به انرژی نفت و گاز، اهمیت قراردادهای نفت و گاز نیز دو چندان می‌شود.

قراردادهای بین‌المللی در بخش بالادستی^۳ صنعت نفت و گاز، یکی از ابزارهای جذب سرمایه‌گذاری خارجی و تعامل با شرکت‌های بین‌المللی نفتی است. هدف از تنظیم قراردادهای نفتی نیز توسعه میدین نفتی است. انتقال فناوری، عامل اصلی و موتور توسعه اقتصادی در جهت رشد و تکامل کشور نفت خیز در صنعت نفت و گاز در بخش بالادستی به شمار می‌آید.^۴ ضرورت اهمیت دادن به موضوع انتقال فناوری آن است که میان اقتصاد کشورهایی که بر پایه این صنعت پایه‌گذاری شده است، از لحاظ پیشرفت و توسعه، تفاوت‌هایی وجود دارد. بر پایه همین اصل، این کشورها در بازارهای جهانی نمی‌توانند با یکدیگر رقابت داشته باشند.^۵ از طرف دیگر، کشورهای توسعه‌یافته با انحصاری کردن فناوری‌های موجود به رشد قابل توجهی دست پیدا می‌کنند؛ چون تمام منابع در اختیار آن‌هاست.^۶ برای رفع این شکاف بین کشورهای صاحب فناوری و کشورهای صاحب مخزن تلاش می‌شود که کشورهای توسعه‌یافته، سطحی از دانش و فناوری‌های موجود خود را به کشورهای میزبان انتقال

۱. صادقی، سید شمس‌الدین، مسعود اخوان کاظمی و وحید زرافشان، «آثار اقتصاد سیاسی متکی بر نفت بر امنیت ملی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات سیاسی بین‌المللی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهرضا)، شماره ۲۷، ۱۳۹۵، ص ۱۰۸.

۲. افتخاری، اصغر و امیرحسین خورشیدی اطهر، «رابطه نفت و امنیت اقتصادی جمهوری اسلامی ایران: تبیین و ارائه راهکاری برای آینده پیش رو»، فصل‌نامه علمی مطالعات امنیت اقتصادی، سال اول، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۷.

3. Upstream Service Contract

۴. ولی‌زاده، مجتبی و زهرا اکبری، «انتقال تکنولوژی و راهکارهای موفقیت آن در کشورهای در حال توسعه»، چهارمین کنفرانس ملی مدیریت تکنولوژی ایران، ۱۳۸۹، ص ۱.

5. Porssa, Arash & Hojjat Mirzazadeh, "Develop an Information Technology Model to Improve Customer Service in NIGCS", *Procedia-Social and Behavioral Science*, 2016, No. 229, p.168.

۶. درخشان، مسعود، «منافع ملی و سیاست‌های بهره‌برداری از منابع نفت و گاز»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۴، ۱۳۸۱، ص ۱۷.

دهند.^۱ موضوع انتقال فناوری تا موقعی که رشد و نفعی برای شرکت خارجی ایجاد نکند، نمی‌تواند مؤثر واقع شود.^۲ در دنیای پیشرفته امروزی، این موضوع صرفاً نه به عنوان یک بخش از قرارداد، بلکه به عنوان موضوعی استراتژیک باید بین طرفین قرارداد در نظر گرفته شود.

بسیاری از پژوهش‌های حقوق دانان و کارشناسان نشان از آن دارد که انتقال فناوری موقعی اثرگذار است که علاوه بر قصد طرفین قرارداد، توانایی و ظرفیت‌های عوامل داخلی، برنامه‌ریزی مناسب، زیرساخت‌های مورد نیاز برای انتقال فناوری و وجود عوامل خارجی مهیا باشد. انتقال موفقیت‌آمیز و کارآمد فناوری مستلزم استراتژی مدون و سازوکار دقیق است.^۳ فناوری زمانی به طور کامل و با موفقیت منتقل می‌شود که شرایط جذب، سازگاری و فعال‌سازی آن فراهم باشد. زمانی ثابت می‌شود که یک کشور یا یک صنعت در انتقال فناوری موفق است که شرایط داخلی برای آن فراهم شده و شرکت صاحب فناوری، توانایی تولید و گسترش و توسعه فناوری را به دست آورده باشد. ضرورت و اهمیت انتقال فناوری به این علت است که ابزاری است برای تحقق اهداف مهم در صنعت نفت و گاز. به همین دلیل، سیاست‌های انتقال فناوری به صورت راهبردی^۴ در بخش بالادستی باید با سیاست‌های بهینه بهره‌برداری از چاه‌های نفتی کشور میزبان مطابقت داشته باشد. چون سرمایه‌گذاری در این بخش اهمیت دارد، باید اولویت‌ها و محدودیت‌ها در بخش بالادستی شناسایی شود تا بتوان الگوی انتقال فناوری مناسب را طراحی کرد.

سؤال اصلی این پژوهش آن است که آیا انتقال فناوری، یکی از بخش‌های اصلی قرارداد است؟ سؤال فرعی نیز این است که با توجه به مهم بودن موضوع، قانون خاصی در این زمینه به تصویب رسیده است؟ در مورد پیشینه پژوهش، مطالعات متعددی صورت گرفته است. مسعود درخشان و عاطفه تکلیف (۱۳۹۴)

۱. نک: مهدی‌زاده، محمود، هادی حیدری قره‌بلاغ و یاسر میرزایی، «شناسایی عوامل مؤثر بر انتقال فناوری»، رشد فناوری، ۱۳۸۹، دوره هفتم، شماره ۲۵، صص ۱-۳.

2. see: Yang, J. T. S., "Technology transfer in Malaysia: turnkey contracts", Azmi & Associates Intellectual Property and Technology Practice Group, Vol. 8, No. 4, 2010.

3. Mousaei, Ahmad, "Designing a Specific Model for Technology Transfer in Oil, Gas, and Petrochemical Sectors", petrolrum Business Review, may 2018, Vol. 2, Issue 2, p. 14.

۴. مصلی‌نژاد، عباس، «سیاست‌گذاری اقتصاد سیاسی نفت و تحریم‌های بین‌المللی ایران»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دهم، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۱۷۷.

معتقدند که رشد دانش بنیان و دانش عملیاتی در صنعت نفت کشور، زمینه مناسب برای جذب فناوری و توسعه آن را فراهم کرده است. این پژوهشگران به نقش و حضور فعال نهادهای تنظیم‌گر و محدودیت‌های منابع مالی برای سرمایه‌گذاری در انتقال فناوری و ضعف بهره‌برداری بهینه از ظرفیت‌های جذب اشاره کرده‌اند، در حالی که این نظر زمانی کارایی دارد که قوانینی برای اعطای مجوز به این امور به طور تخصصی وضع شده باشد. هم‌چنین سید نصرالله ابراهیمی و فاطمه خوش‌چهره (۱۳۹۴) در مقاله‌ای به محوریت تفکیک کردن استفاده و انتقال و توسعه تکنولوژی و قرار دادن ضمانت اجرا برای رعایت نکردن آن اشاره کرده و به تشریح کلی حقوق و تعهدات طرفین در خصوص انتقال فناوری پرداخته‌اند. فیصل عامری (۱۳۹۶) هم از منظر اقتصادی نوع تکنولوژی مورد استفاده را بررسی کرده است که معتقد است صاحبان فناوری برای حفظ و تثبیت خود رازداری را رعایت می‌کنند که مانع انتقال فناوری می‌شود. باید دانست همیشه این طور نیست و جایی که طرف قرارداد سود و نفع برایش وجود داشته باشد، حاضر به این سنت‌شکنی است.

مسعود امانی به همراه محمد نوروزی و غلام‌رضا گودرزی (۱۳۹۶) به بررسی موانع انتقال و توسعه فناوری در صنعت نفت با رویکرد تحلیلی پرداخته‌اند و معتقد هستند توسعه فناوری با موانعی روبه‌روست، مانند: کمبود ظرفیت جذب فناوری، قفل‌شدگی نهادی، شکست شبکه‌های نوآوری، شکست‌های سیستمی و بی‌توجهی به نقش بازیگران مختلف در حوزه توسعه فناوری در این صنعت. نقد وارد بر این نوشته آن است که این موضوعات با عالم واقعیت کمی فاصله دارد. محمد نوروزی (۱۳۹۷) که ظرفیت‌های چند قرارداد را در بخش بالادستی برای تحقق انتقال و توسعه فناوری بررسی کرده، معتقد است فقط قراردادهای مشارکتی و خدماتی به دلیل ابزارهای بیش‌تر و متنوع، ظرفیت بیش‌تری برای تحقق انتقال فناوری دارند. البته این ایراد بر این نظریه وارد است که قراردادهای خدماتی هم چون بیع متقابل هنوز خلأهایی دارند که نیازمند مطالعات بیش‌تری است.

به طور کلی، هیچ‌کدام از این نوشته‌ها، موضوع پژوهش حاضر را به صورت مستقیم و مستقل بررسی نکرده است. از این رو، تحقیق و مطالعات نویسنده در مقاله حاضر برای تبیین راهبرد جمهوری اسلامی ایران در بحث انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی در صنعت نفت و گاز تازگی دارد. هم‌چنین راهکارهای کاربردی و مناسب برای چگونگی تنظیم سازوکارهای انتقال فناوری در قراردادهای نفتی را در بخش بالادستی با تطبیق آن در نظام حقوقی قراردادهای بیع متقابل نفتی و نسل جدید الگوی قراردادی موسوم به IPC ارائه می‌کند.

گفتار اول: واکاوی مفهومی

بند اول: پی‌جویی در کارسازی مفهوم

انتقال فناوری،^۱ فرآیندی است که در آن، فناوری از مبدأ خود به یک مقصد برای تولید کالا و خدمات منتقل می‌شود و در آن از دست‌یابی به ابزار لازم برای توسعه و به حداقل رساندن خطر (ریسک) سرمایه‌گذاری هم بحث می‌شود.^۲ روش‌های فناوری مربوط به صورت مستقل از صاحب اصلی فناوری انتقال می‌یابد. احاطه کامل بر این فناوری، جذب نامیده می‌شود. توسعه فناوری، اوج موفقیت یک همکاری انتقال فناوری را می‌رساند که مجموعه توان‌مندی ملی و سازمانی و مهارت‌های مدیریتی متخصصان پس از جذب دانش، دانش جدیدی را توسعه می‌دهند و به عبارتی، فناوری جدیدی خلق می‌کنند.^۳ انتقال دانش فنی و فناوری در قراردادهای نفتی بیع متقابل علاوه بر ذکر برخی مصادیق این‌گونه تعریف شده است: انتقال دانش و تجربه‌های فنی^۴ نظام‌مند برای اجرای عملیات توسعه،^۵ عملیات تولید در میدان، به کاربردن فرآیندهای مرتبط، ارائه خدمات شامل قراردادهای مدیریت و هم‌چنین انتقال یا اعطای مجوز بهره‌برداری از حقوق مالکیت فکری.^۶ طرفین موافقت که دانش فنی و زیرساخت، نیازمند افرادی است که بر عملیات احاطه دارند و به طور مستمر، خلاقیت‌هایی را در فرآیند دانش فنی ارائه می‌کنند.

1. Technology Transfer.

2. Asghari, Mahdi & Mohammad Ali Rakhshanikia, "Technology transfer in oil industry, significance and challenges", International Conference on Leadership, Technology and Innovation Management, Procedia – Social and Behavioral Sciences, 2013, p. 266.

۳. نوروزی، محمد، «چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قراردادهای بیع متقابل ایران»، فصل‌نامه پژوهش سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی انرژی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۹۳.

۴. اخوان فرد، مسعود، درآمدی بر مبانی انتقال فناوری از منظر حقوق بین‌الملل، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۱۷.

۵. شیروی، عبدالحسین، سید نصرالله ابراهیمی و مجتبی اصغریان، «اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، ص ۲۵۰.

6. Shugurov, M. V., "TRIPS Agreement, International Technology Transfer and Least Developed Countries", Journal of Advocacy, Research and Education, KAD International, Vol. 2, No. 1, 2015, p. 75.

ویژگی‌های برجسته این تعریف عبارتند از:

۱. انتقال دانش فنی به معنی انتقال دانش و تجربه و اطلاعات مورد نظر است. (با توجه به تعریف‌هایی که پیش‌تر ارائه شد، خرید تجهیزات و ماشین‌آلات حذف شده است)؛
 ۲. بر ضرورت و نقش مهم نیروی انسانی با مهارت تأکید شده است؛
 ۳. پیمان‌کار به استفاده از فناوری که کارآیی آن تثبیت شده است، تعهد دارد.^۱
- انتقال به دو صورت عمودی و افقی صورت می‌گیرد:

یک. انتقال عمودی

در این نوع انتقال که انتقال تحقیق و توسعه هم نام دارد،^۲ یافته‌های فنی و اطلاعات پژوهشی کاربردی به مرحله توسعه و طراحی مهندسی انتقال می‌یابد و بعد از آن، با تجاری شدن فناوری به فرآیند تولید وارد می‌شود.

دو. انتقال افقی

در انتقال افقی، تکنولوژی از یک سطح توان‌مندی در کشور یا شرکت ثالث به همان سطح توان‌مندی در محل دیگری منتقل می‌شود. در این حالت، هر چه سطح گیرنده تکنولوژی بالاتر باشد، هزینه انتقال فناوری کاهش می‌یابد و جذب آن با اثرگذاری بیش‌تری اجرا می‌شود.^۳

بند دوم: غایت‌شناسی انتقال فناوری

نفت و گاز به عنوان حامل مهم انرژی ضمن این‌که از عوامل تولید به شمار می‌روند، سرمایه،

۱. نوروزی، محمد، «مقایسه ظرفیت قراردادهای بالادستی نفت از منظر انتقال و توسعه فناوری با رویکرد عوامل حیاتی موفقیت»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۷، ص ۳۵.

۲. زهتابیجان، محمدحسین و علی ناصری گیگلو، «انتقال تکنولوژی»، سال‌نامه عصر مدیریت، سال چهارم، شماره ۱۴، خرداد ۱۳۸۹، ص ۱۱۱.

۳. ابراهیمی، سید نصرالله و محمد شیرجیان، «قراردادهای بالادستی نفت گاز نظام جمهوری اسلامی ایران و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید»، فصل‌نامه اقتصاد انرژی ایران (دانشکده اقتصاد علامه طباطبایی)، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۹.

نقدبستگی، ثروت، فرصت و فراهم‌آورنده زمینه‌های انتقال و شناخت فناوری برتر نیز تلقی می‌شوند.^۱ یکی از مهم‌ترین اهداف کشور صاحب مخزن از انعقاد قراردادهای بالادستی نفت و گاز، انتقال دانش و تکنولوژی به کشور خود است. ایران نیز در چند سال اخیر با وجود حاکمیت قراردادهای بیع متقابل، به دانش و انتقال فناوری و توسعه تکنولوژی، توجه کرده که با نوسان‌هایی همراه بوده است. بیش‌تر کشورهای صاحب مخزن و در حال توسعه، از لحاظ دانش فناوری غنی نیستند.^۲ از این رو، انتقال فناوری یکی از مطلوبیت‌های قراردادی است و معمولاً در قراردادهای نفتی به عنوان پیوست قرارداد درج می‌شود.^۳

در این میان، شرکت‌های چندملیتی بزرگ، هزینه‌های زیادی را برای کسب فناوری‌های موجود متقبل می‌شوند تا بتوانند مزیت رقابت خود را حفظ کنند.^۴ کشورهای در حال توسعه با وجود تلاش‌های فراوان در حال حاضر به عنوان مصرف‌کننده فناوری در این صنعت نقش دارند و هنوز هزینه‌های زیادی برای دریافت حق امتیاز و مجوزها صرف می‌کنند.^۵ هدف از قرارداد انتقال تکنولوژی، انتقال به صورت عملی است. انتقال باید به شکلی صورت گیرد که کشور صاحب نفت همانند شرکت‌های صاحب فناوری بر دانش و تکنولوژی مربوط حاکمیت داشته باشند.^۶ هدف اساسی از انتقال فناوری، توان‌مندسازی کشور نفت‌خیز برای ساخت محصول یا استفاده از فرآیندهای توسعه در عملیات نفتی و رشد در آن است. بنابراین، برخورداری از مهارت‌های فنی لازم برای به‌کارگیری فناوری ضرورت دارد و باید به ظرفیت‌سازی، نگاهی ویژه داشت.

۱. اطاعت، جواد و حمیدرضا نصرتی، «نفت، ژئواکونومیک و امنیت ملی ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهشی فضای جغرافیایی (دانشگاه آزاد اسلامی)، سال یازدهم، شماره ۰۳۶، ۱۳۹۰، ص ۸۴.

۲. صادقی، اخوان کاظمی و زرافشان، پیشین، ص ۱۱۵.

۳. نوروزی، «چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قراردادهای بیع متقابل ایران»، ص ۲۰۵.

4. Roberts, Ruby, Rhona Flin, David Millar, Luca Corradi, "Psychological factors influencing technology adoption: A case study from the oil and gas industry", Technovation, 14 January 2021, p. 2.

۵. بزرگی، وحید، «بررسی تطبیقی قوانین و مقررات با مفاد موافقت‌نامه تریپس در زمینه حق نسخه‌برداری و حقوق مرتبط»، مطالعات فرهنگ و ارتباط، دوره چهاردهم، شماره ۰۲۴، ۱۳۹۲، ص ۲۸.

۶. آقا موسی طهرانی، رضا و محمد نعمتی، «گونه‌شناسی و آسیب‌شناسی حقوقی قراردادهای بالادستی نفت و گاز با توجه به حاکمیت و امنیت ملی»، فصل‌نامه اقتصاد دفاع (دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی. گروه منابع و اقتصاد دفاع)، سال چهارم، شماره ۰۱۲، ۱۳۹۸، ص ۵۹.

آموزش فنی و حرفه‌ای، بخشی از فرآیند این موضوع است؛ چون توان‌مندسازی نیروهای انسانی بومی، گام ابتدایی در این فرآیند به شمار می‌رود که باعث آگاهی از فناوری‌های پیشرفته جدید و در نهایت، به کارگیری این دانش در صنعت نفت و گاز می‌شود.^۱ شناخت لازم از فناوری‌های موجود در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز و اطلاع داشتن از دانش‌های اساسی که ریشه این فناوری‌هاست، باعث می‌شود صاحب‌نظران و کارشناسان حوزه انتقال و توسعه فناوری بتوانند با در نظر گرفتن شرایط، مقتضیات و نیازهای فناوری در این صنایع مهم و با اطلاع از میزان دانش مرتبط با فناوری‌های لازم در بخش بالادستی در داخل کشور، اولویت‌های موجود را شناسایی و برای انتقال آن، برنامه‌ای تدوین کنند و شیوه‌های مناسب برای بومی‌سازی و ارتقای این فناوری را فراهم سازند. برای تحقق اهدافی که کشور میزبان در نتیجه انتقال فناوری به دنبال آن است، در قرارداد به این صورت توافق می‌شود: توان‌مندسازی شرکت‌های بومی برای توسعه میدان‌های نفتی با استفاده از سیستم‌های مدیریت سازمان یافته،^۲ تأسیسات و دانش فنی مناسب از طریق تولید پایدار و مدیریت تولید کارآمد و هم‌چنین آشناسازی متخصصان داخلی با ابزار و تجهیزات فنی و مدیریتی در راستای به‌روزرسانی مهارت‌های مدیریتی، فنی و توان‌مندسازی برای بهینه‌سازی عملیات تولید و توسعه در آینده.

گفتار دوم: سازوکار انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز

بند اول: پیش‌شرط‌های انتقال فناوری در صنعت نفت

سازوکارهای انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز در کشورهای صاحب نفت متفاوت و پیچیده است.^۳ دست زدن به انتقال فناوری بدون مطالعه و بررسی لازم نه تنها مفید نیست، بلکه ممکن است علاوه بر هدر رفتن سرمایه و زمان به تضعیف تکنولوژی ملی نیز بیانجامد.^۴ ظرفیت‌سازی علمی

1. Shafiei Khah, M. and Amiri, A., "Petroleum Contracts in Iran", European Online Journal of Natural and Social Sciences (Special Issue on Environmental, Agricultural, and Energy Science), Vol. 3, No. 3, 2014, p. 379.

۲. زهتابچیان و ناصری گیگلو، پیشین، ص ۱۱۱.

3. Mazurkiewicz, A. and Poteralska, B., "Technology Transfer Barriers and Challenges Faced by R&D Organisations", Procedia Engineering, Elsevier, 2017, Vol. 182, p. 459.

۴. زهتابچیان و ناصری گیگلو، پیشین، ص ۱۱۲.

و به دست آوردن مهارت‌های فنی برای جذب ایده‌ها و درک کامل پیچیدگی‌های موجود در فناوری‌های جدید وارداتی و شیوه استفاده از ابزار و تجهیزات پیشرفته مرتبط با این فناوری‌ها، نخستین مرحله ضروری برای بومی‌سازی و نوآوری فناورانه و توسعه و تجاری‌سازی این فناوری‌هاست.^۱ روش اجرای هوشمندانه فناوری از ویژگی‌های مقررات فناوری است. چون انتقال فناوری، عنصر مرکزی بسیاری از ساختارهاست، ظرفیت‌سازی داخلی به طور معمول به کشورهای صاحب مخزن برای تطبیق تعهداتشان با فناوری کمک می‌کند.^۲

در قراردادهای نفتی، سازوکارهای انتقال فناوری پیش‌بینی شده است که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: آموزش مستخدمان شرکت ملی نفت با استفاده از به‌روزترین روش‌ها و مشارکت فعال در حوزه‌های مختلف مدیریتی و اجرایی پروژه، استخدام نیروهای متخصص داخلی و هم‌چنین مشارکت و استفاده از پیمان‌کاران فرعی داخلی در انجام پروژه، ارائه اسناد و اطلاعات مربوط به پروژه، انتقال مجوزهای بهره‌برداری و تشکیل کمیته‌های مشترک پژوهش و نظارت بر آن.^۳

بند دوم: شیوه‌های انتقال فناوری در صنعت نفت

معمولاً انتقال فناوری به طور وسیع به شیوه قراردادهای سرمایه‌گذاری با شرکت‌های خارجی بین‌المللی انجام می‌گیرد که این شرکت‌ها دارای روش‌های خاصی هستند و توانایی افزایش سرمایه را دارند و خطرپذیری تجاری انجام تحقیق و توسعه را برای پشتیبانی از پروژه به عهده می‌گیرند.^۴ انتقال فناوری در حالت اول به سه شیوه انتقال پیدا می‌کند:

1. Seyed Kavousi, Elahe & Reza Ansari, "Diagnosing Technology Transfer Processes in the Oil Industry: The Case Study of National Iranian Oil Company (NICO)", International Journal of Academic in Business and Social Science, January 2014, Vol. 4, No. 1, pp. 122-140.

2. Al-Hajir, N., "Factors of Successful Technology Transfer in Oil and Gas Industry in Qatar State", A Project Submitted to the Faculty of College of Engineering in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Engineering Management, Jun 2016, p. 41.

۳. هندی، سید صالح و سید مهدیا مطهری، «نقش انتقال فناوری در قراردادهای IPC از منظر اقتصاد مقاومتی»، ماه‌نامه علمی و ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، شماره ۱۳۵، ۱۳۹۵، ص ۲۸.

۴. ابراهیمی، سید نصرالله، مهدی منتظر و فرزانه مسعودی، «اصول قانونی حاکم بر قراردادهای خدماتی بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۲، ۱۳۹۳، ص ۷.

شیوه اول - به وسیله تجهیزات، ماشین‌آلات و کالاهای وارداتی انتقال صورت می‌گیرد،^۱ در حالتی که چگونگی و ماهیت فناوری پیچیده نباشد یا هیچ روش خاصی در آن وجود نداشته باشد.

شیوه دوم - به وسیله متخصصان صورت می‌گیرد که این روش موجب صرفه‌جویی در هزینه‌ها می‌شود. این شیوه معمولاً برای پروژه‌های خرد و کوچک و پروژه‌هایی مطلوبیت دارد که به حق اختراع و مالکیت فکری احتیاج نداشته باشند.^۲

شیوه سوم - به وسیله دانش فنی یا حق اختراع و دیگر روش‌های مربوط به انتقال اطلاعات حقوق مالکیت^۳ فکری.^۴

یکی از خصوصیات مقررات مربوط به فناوری، شیوه اجرای آن است. چون انتقال فناوری از اجزای اصلی بسیاری از چارچوب‌هاست، ظرفیت‌سازی داخلی معمولاً به کشورهای نفت‌خیز برای مطابقت دادن تعهداتشان با فناوری‌ها کمک می‌کنند. علاوه بر ماهیت مقررات، مذاکره، تفسیر و اصلاح آن‌ها به طور معمول از موارد پیچیده به حساب می‌آید. پس اجرای مقررات به ماهیت مقررات از لحاظ اجباری یا اختیاری بودن مندرجات مورد توافق بستگی دارد. تعهدات در قراردادهای بین‌المللی از نظر قانونی، مقتضیاتی الزام‌آورند. فناوری باید در حقیقت به کشور گیرنده منتقل شود، به طوری که انتقال‌گیرنده فناوری بتواند هم‌چون انتقال‌دهنده به توانایی ساخت محصول یا اجرای فرآیندی دست یابد.^۵

صنعت نفت و گاز، جایگاهی منحصر به فرد و نقشی تعیین‌کننده در جوامع داخلی و بین‌المللی دارد. این صنعت در مسیر رشد و تکامل، هم‌گام با فناوری‌ها و تکنولوژی نو، سرعتی آهسته دارد و نظام‌های حقوقی مربوط به انتقال فناوری اصولاً در این بخش تمرکز دارد. به همین دلیل، توجه صاحب‌نظران حقوقی به حقوق و تکالیف طرفین قراردادی در مورد انتقال فناوری و تهیه و تنظیم

۱. عامری، فیصل، «الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران و معضل انتقال فناوری در صنعت نفت»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق و سیاست، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، ص ۹۷.

۲. ابراهیمی، سید نصرالله و فاطمه خوش‌چهره، «استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران»، فصل‌نامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری)، ۱۳۹۴، ص ۷۶.

3. Intellectual Properties.

۴. نوروزی، «مقایسه ظرفیت قراردادهای بالادستی نفت از منظر انتقال و توسعه فناوری با رویکرد عوامل حیاتی موفقیت»، ص ۲۸.

۵. احسنی‌فروز، محمد، قرارداد انتقال تکنولوژی، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۶۸.

آن‌ها چندان جلب نشده است. این در حالی است که کشورهای پیشرفته، کشورهای صاحب نفت و شرکت‌های نفتی خارجی بین‌المللی به هدف‌های انتقال فناوری و اجرای آن‌ها در قراردادها در بخش صنعت نفت و گاز بسیار اهمیت می‌دهند. تجربه و مهارت موجود در کشورهای صاحب فناوری^۱ می‌تواند برای کشورهای صاحب نفت که به دنبال رشد و تکامل در این صنعت هستند، عامل پیشرفت در انتقال فناوری و رشد آن در صنعت نفت باشد.

عوامل داخلی و خارجی موفقیت کشورهای یادشده در این زمینه به این شرح است:

۱. در موضوعات داخلی، از یک هدف ملی برای پیشرفت فناوری صحبت به میان می‌آید که برگرفته از برنامه‌ها و تلاش‌هاست؛

۲. در موضوعات خارجی، وجود کشورهای توسعه‌یافته و وجود انگیزه برای شرکت‌های تجاری خارجی به سرمایه‌گذاری در کشورهای صاحب نفت اهمیت دارد.^۲

گفتار سوم: واکاوی هسته‌های انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز

بند اول: روش‌های مؤثر در نحوه انتقال فناوری

موضوعات متعددی می‌تواند بر سازه انتقال فناوری اثر داشته باشد، مانند ماهیت حقوقی فناوری و نوع استفاده از آن. برای مثال، فناوری‌های مورد توجه و مقبول در صنعت نفت از نظر اعتبار اقتصادی و مخارج سنگین انتقال آن، با فناوری‌های موجود در دیگر صنایع مثل حمل و نقل یا ارتباطات تفاوت زیادی دارد. هم‌چنین اگر فناوری به شخص خاصی تعلق نداشته و بخشی از اموال عمومی باشد، انتقال آن به هزینه احتیاج ندارد یا هزینه آن پایین است. البته چنین اموالی در صنعت نفت وجود ندارد و تنها بعضی از دانش‌های فنی شامل این موضوع قرار می‌گیرند که در این

1. Abdul Wahab, S., Che Rose, R., and Wati Osman, S. I., "Defining the Concept of Technology Transfer: A Literature Analysis", International Business Research, Published by Canadian center of science and education, Vol. 5, No. 1, 2012, p. 64.

۲. نوروزی، محمد، مسعود امانی و غلام‌رضا گودرزی، «بررسی موانع انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت (رویکرد تحلیلی)»، فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال سیزدهم، شماره ۵۲، بهار ۱۳۹۶، ص ۱۸۵.

صورت، زمانی در حوزه عمومی مطرح می‌شوند و عموم به آن دسترسی دارند که در آستانه منسوخ شدن قرار بگیرند یا به علت اثرگذاری ضعیف و کاربرد نامناسب پذیرفته نشوند.

از دیگر مصداق‌های این نوع اموال و فناوری‌ها به اختراعاتی می‌توان اشاره داشت که مدت ارزش و اهمیت آن به اتمام رسیده باشد. این موضوعات در برابر فناوری‌هایی قرار می‌گیرند که جایگاهی در بخش عمومی ندارند و در حقیقت به اشخاص معین اعم از حقیقی و حقوقی تعلق دارند. در این حالت، وضعیت متفاوت است و در این شرایط، انتقال فناوری مربوط به آن‌ها هزینه‌بر خواهد بود.^۱ از سازه‌های اساسی دیگر می‌توان به مسئله مدت لازم برای فناوری، عمر فناوری و چگونگی حمایت و پشتیبانی از آن اشاره کرد.

در مورد کلیات انتقال فناوری برای مشخص شدن مسئله بین دو نوع فناوری تمایز قائل شده‌اند:

یک. فناوری صنعتی

مقصود از فناوری صنعتی، آن فناوری است که روش یا جریان یا طرح صنعتی خصوصی دارد که باعث تفاوت آن از دیگر فناوری‌ها می‌شود. این نوع فناوری با ثبت اختراع یا طرح صنعتی از حمایت مراجع رسمی و قانونی برخوردار می‌شود و از این طریق، انتقال چنین اموال و فناوری‌هایی، بهره‌برداری از قراردادهای لیسانس یا فروش^۲ است.^۳

دو. فناوری بنگاه تجاری^۴

این نوع فناوری لزوماً در خصوص شیوه تولید نیست، بلکه تقریباً به خبرگی بنگاه تجاری و مهارت‌هایی است که آن بنگاه یا واحد تولیدی و تجاری در طول عمر خود به دست آورده است. عناصر تشکیل دهنده آن، دانش، تجربه و مهارت مهندسی و مدیریتی در عملیات اکتشاف، توسعه و بهره‌برداری در صنایع نفت و گاز است که بر اثر سال‌ها تجربه به دست آمده است.^۵

۱. امامی میبیدی، علی و احمد هادی، «بررسی موانع انتقال فناوری در قرارداد بیع متقابل و ارزیابی ریسک انتقال فناوری در قرارداد جدید نفتی ایران IPC با روش FMEA»، پژوهش‌نامه اقتصاد ایران، سال ششم، شماره ۲۲، بهار ۱۳۹۶، ص ۱۰.

2. Assignment.

۳. ابراهیمی و خوش‌چهره، پیشین، ص ۸۴.

4. Firm Specific Technology.

۵. عامری، فیصل، «الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران و معضل انتقال فناوری در صنعت نفت»، فصل‌نامه پژوهش‌های

این نوع از فناوری‌ها را می‌توان دارایی‌های دانش بنیان نام نهاد که به سه بخش تقسیم می‌شوند:
بخش اول. قابلیت‌های تولیدی که مهارت‌های کافی برای تبدیل ورودی به خروجی و محصول است؛
بخش دوم. قابلیت‌های اجرایی پروژه که مهارت‌های کافی برای افزایش ظرفیت‌های فنی و مدیریتی است؛

بخش سوم. قابلیت‌های نوآوری که مهارت‌های کافی برای طراحی و ایجاد فرآورده‌ها و فزاینده‌های جدید است.

بخش نخست این فناوری‌ها را مهارت‌ها و تجربه‌های به دست آمده تشکیل می‌دهد. بنابراین، این نوع از فناوری را نمی‌توان هم‌چون اموال و فناوری‌های دسته اول (اختراع) دانست و در حقیقت، راه حمایت از این قسم فناوری، حفظ محرمانگی و رازداری است.^۱ به لحاظ ماهیت این بخش و پشتیبانی نکردن از آن‌ها، صاحبان این فناوری‌ها همواره در تلاشند حتی‌الامکان از دسترسی طرف مقابل و اشخاص ثالث به این نوع فناوری‌ها و دانش فنی جلوگیری کنند. به همین دلیل، برای درج شروط محرمانگی^۲ و اجبار طرف‌های مقابل به رازداری اهمیت خاصی قائل هستند.^۳ بنابراین، مناسب‌ترین روش برای انتقال این نوع فناوری‌ها برای کشور صاحب نفت، آموزش و استخدام نیروها و بهره‌گیری از استعداد و توان داخلی در عملیات اجرایی و مدیریتی است.^۴

این روش معیار و میزان معینی ندارد و صاحب فناوری تلاش خواهد کرد تا جایی که امکان دارد، در انتقال مهارت‌ها و دانش‌های فنی و مدیریتی به طرف مقابل تعلل ورزد و از آن جلوگیری کند. به ناچار، کشور صاحب نفت باید در درج شروط و تهیه سازوکار اجرای این تعهد برای طرف مقابل که صاحب فناوری است، دقت بیش‌تری کند. عامل مهم دیگر در انتخاب شکل فناوری، مسئله

حقوق و سیاست، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، ص ۹۷.

۱. همان، ص ۹۳.

۲. اسلامی همدانی، امیر، ولی رستمی و سجاد مهربانی، «جایگاه نقش و آثار محرمانگی اطلاعات و داده‌ها در قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، ماه‌نامه اکتشاف و تولیدات نفت و گاز، شماره ۱۴۸، ۱۳۹۶، ص ۱۹.

۳. ابراهیمی و خوش‌چهره، پیشین، ص ۸۳.

۴. عامری، پیشین، ص ۹۱.

مؤثر بودن فناوری و اثر آن در شکل‌گیری تولید و اجرای عملیات است. اگر فناوری از قسم فناوری تولید^۱ باشد، صاحب فناوری، انگیزه و علاقه‌ای به انتقال آن‌ها به کشور صاحب نفت ندارد.^۲ در نهایت، روش‌های سرمایه‌گذاری در این قالب، بیش‌تر به شکل درون‌سازمانی هم‌چون سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و پروژه‌هایی در بسته شکل خواهد گرفت.^۳ این در حالی است که فناوری مورد توجه در این شکل از فناوری‌هایی است که منسوخ شده در دسترس قرار می‌گیرد. در این وضعیت، نوع سرمایه‌گذاری به صورت غیر مستقیم و در شکل قراردادهایی هم‌چون لیسانس خواهد بود.

بنابراین، علاوه بر مباحث مطرح شده، شاخص‌های دیگری هم‌چون پشتیبانی کردن یا نکردن قانونی از فناوری در کشور صاحب نفت، چارچوب و پذیرش کشور نفت خیز، موضوعات و مسائل مربوط به تهیه و تنظیم قراردادهای انتقال فناوری، چالش‌های گمرکی و تعرفه‌ای برای واردات یا صادرات کالاهای خارجی، مقیاس و معیار دسترسی مواد اولیه و هزینه نیروی کار در کشور صاحب نفت می‌توانند به صورت مؤثر در انتخاب روش انتقال فناوری و تمایل داشتن یا نداشتن صاحب فناوری یا کشور میزبان به هر یک از آن‌ها عمل کنند.

بند دوم: عناصر انتقال فناوری در صنعت نفت

به طور کلی، عناصر انتقال فناوری را در پنج گروه تقسیم کرده‌اند که عبارتند از:^۴

۱. سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی؛^۵

۲. مشارکت در سرمایه‌گذاری؛^۶

۳. خرید و فروش مستقیم؛^۷

1. Process or Generating or Manufacturing Technology.

۲. منصوری نراقی، محمود، مبانی حقوقی و شرایط عمومی قراردادهای نفتی، تهران: خوارزمی، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۴۰۱.

3. Majed, A. M., "Innovation and Technology Transfer in Exploration & Production Industry in Sudan", UNCTAD 17th Africa OILGASMINE, Khartoum, 23-26 November 2015, p. 19.

۴. نوروزی، «چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قراردادهای بیع متقابل ایران»، ص ۱۹۵.

5. Foreign direct investment.

6. Investment participation (Joint Venture).

7. Direct sales.

۴. پروژه‌های کلید در دست؛^۱

۵. قراردادهای ليسانس.^۲

هدف اصلی در قراردادهای نفتی کشف، توسعه میادین و بهره‌برداری مخازن یا اجرا در بخش‌های پایین‌دستی و به طور کلی، اعمال فعالیت‌های نفتی و استخراج و تولید محصولات آن‌هاست و موضوع انتقال فناوری و روش‌های آن، بیش‌تر، یکی از بخش‌های فرعی قراردادها تلقی می‌شود. بنابراین، قراردادهای مستقل با محوریت انتقال فناوری در صنعت نفت رایج نیست و این مبحث جزء شروط قراردادی و تابع قراردادهای مربوط به فعالیت‌های نفتی است.^۳

شیوه‌های اشاره‌شده، روش‌هایی برای انتقال فناوری است که در صنعت نفت و گاز از آن‌ها بهره‌برداری می‌شود. از برخی شیوه‌های انتقال فناوری نیز سخن به میان آمده است که کاربردهای متعددی در قراردادهای نفتی دارند و متعارف‌ترین شیوه انتقال فناوری در صنعت نفت به حساب می‌آیند. از این شیوه‌ها می‌توان به بحث آموزش، ارائه اسناد و اطلاعات، به کارگیری نیروهای داخلی و بومی و بهره‌برداری حداکثری از توان داخلی اشاره کرد. البته عوامل دیگری نیز به شکل تکلیف برای شرکت‌های خارجی نفتی در قراردادهای نفتی در مبحث انتقال فناوری مطرح است. این شیوه‌ها یا تکلیف‌ها، روش‌هایی کارآمد در صنعت نفت هستند. برای مثال، آموزش نیروهای انسانی داخلی، یکی از روش‌های انتقال فناوری با توجه به اثرگذاری بنیادین و نهادینه‌ای آن است که در صورت توجه به جزئیات و پیش‌بینی سازوکار مناسب می‌تواند یکی از مقبول‌ترین روش‌ها برای کشور صاحب نفت باشد.

الف) سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI)^۴

سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، یکی از شیوه‌های رایج برای انتقال فناوری به وسیله شرکت‌های بین‌المللی محسوب می‌شود.^۵ این روش از سرمایه‌گذاری به صورت درون‌نهادی انجام می‌گیرد؛

1. Engineering, Procurement and construction.

2. Licensing agreement.

۳. خسروپور، حسین و مریم میرافشار، «عوامل مؤثر بر انتقال فناوری از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، فصل‌نامه مدیریت، سال یازدهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۳، ص ۴.

4. Foreign Direct Investment.

5. Al-Hajir, op.cit.,p. 7.

یعنی همه عملیات نقل و انتقال به شکل درون‌سازمانی بین شرکت‌های مادر و شرکت فرعی آن در کشور صاحب نفت انجام می‌شود. شرکت صاحب فناوری به وسیله یکی از شعبه‌های خود در کشور صاحب نفت بر تمام فرآیند انتقال و بهره‌برداری از فناوری بازرسی و نظارت دارد و فناوری را به کشور صاحب نفت منتقل و در آن کشور تثبیت می‌کند.^۱

در این فرآیند، شرکت صاحب فناوری با همان انتقال، فناوری را به کشور صاحب نفت واگذار نمی‌کند، بلکه از طریق شعبه یا شرکت مادر به شرکت فرعی منتقل می‌کند و شرکت فرعی فناوری را در کشور صاحب نفت به کار می‌گیرد و به این شکل از قرار گرفتن فناوری در اختیار اشخاص ثالث و در دسترس عموم جلوگیری می‌کند. در حقیقت، انتقال تکنولوژی فقط به شرکت مادر و شرکت تابعه و شعب آن صورت می‌گیرد. روند انتقال تنها منحصر به جابه‌جایی جغرافیایی تکنولوژی از کشور متبوع سرمایه‌گذار خارجی به کشور صاحب نفت خواهد بود، بدون این‌که اشخاص یا شرکت‌های داخلی و بومی کشور صاحب نفت به فناوری موصوف دست یابند.^۲

این روش برای صاحب فناوری پذیرفتنی است؛ چون:

۱. فرآیند انتقال فناوری به صورت درون‌نهادی و بین اجزای خودش شکل می‌گیرد؛
۲. ارائه اطلاعات در مورد بهره‌برداری و به‌کارگیری فناوری انتقال یافته به کشور صاحب نفت احتیاج نیست؛
۳. بازرسی و نظارت برای اجرای انتقال توسط شرکت صاحب فناوری انجام می‌شود و میزان نظارت کشور صاحب نفت به اعتبار ماهیتی که قبلاً بیان شد، ناچیز است؛
۴. استهلاک سرمایه نیز تضمین می‌شود.

در مقابل، این شیوه برای کشور صاحب نفت مقبولیت و جذابیت پایینی دارد؛ چون فناوری در حاکمیت شرکت صاحب فناوری قرار دارد و به درستی و به طور کامل در اختیار کشور صاحب نفت قرار نمی‌گیرد. با وجود تمام مطلوبیت‌های این روش برای شرکت‌های صاحب فناوری، این

۱. رهبری، ابراهیم، **حقوق انتقال فناوری**، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۶، ص ۴۴.

۲. عامری، فیصل، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و نقش آن در انتقال تکنولوژی به کشورهای رشديابنده»، پژوهش‌های حقوقی و سیاست، شماره ۵، ۱۳۸۰، ص ۵۶.

شرکت‌ها، حاضر به سرمایه‌گذاری در هر کشوری نخواهند بود، بلکه سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خود را در کشورهایی انجام می‌دهند که از امنیت اقتصادی مطلوب و سیاست‌های تشویقی برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی برخوردار باشند.^۱

اگر کشوری به دنبال جذب سرمایه‌گذاری خارجی است، ابتدا باید زیرساخت‌های حمایتی و تشویقی و امنیت لازم را فراهم کند. در مورد توان و اثرگذاری این شیوه در انتقال فناوری و اجرای آن می‌توان گفت که در روش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، به طور معمول، صاحب فناوری به آموزش و استخدام نیروهای کشور صاحب نفت در انجام پروژه متعهد می‌شود.^۲ در نهایت، این موضوع، دلیل انتقال فناوری و دانش فنی پروژه و دسترسی مطلوبی برای کشور صاحب نفت گردد.

در قراردادهای نسل جدید موسوم به IPC^۳ نیز به تعهد پیمان‌کار در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در اجرای برنامه‌های آموزشی و تحقیقاتی اشاره شده است. بررسی‌های صورت‌گرفته نشان می‌دهد که برنامه‌های آموزشی یادشده، منحصر به مهارت‌های استفاده از تکنولوژی‌های معمولی است و در مورد شغل‌های تخصصی و علمی مانند سطوح بالای مدیریتی و خدمات مهندسی به دلیل نبود کادر متخصص بومی در کشور صاحب نفت و اکراه شرکت‌های صاحب فناوری، انتقال تکنولوژی میسر نخواهد شد. در زمینه استخدام نیروهای بومی کشور^۴ دارای منابع نفتی در فعالیت‌های تحقیق و توسعه نیز مشخص شده است که در بیش‌تر موارد، اشتغال و استخدام در رده‌های پایین و بی‌اعتبار و ارزش علمی و فنی صورت می‌گیرد. فعالیت‌های اساسی در موضوعات پژوهش و توسعه به طور معمول در کشور متبوع شرکت مادر صورت می‌گیرد و اگر در کشور صاحب نفت، فعالیتی انجام شود، فقط منحصر به بعضی مشاغل ثانوی و فرعی است تا کنترل شرکت صاحب فناوری در صنعت نفت و تکنولوژی، منحصر به خود محفوظ بماند.^۵

1. Majed, op.cit., p. 19.

۲. عامری، فیصل، «قراردادهای نفت و نقش آن‌ها در انتقال تکنولوژی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص ۴۰.

3. Iranian Petroleum Contract.

4. Employment of local nationals.

۵. عامری، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و نقش آن در انتقال تکنولوژی به کشورهای رش‌دیابنده»، ص ۵۸.

برخی بر این باور هستند که در این شیوه، صاحب فناوری، موضوعات مربوط به مباحث فنی پروژه را در اختیار دارد و به راحتی به نیروهای بومی و عوامل کشور صاحب نفت، امکان یادگیری و یادداشت برداری از فناوری‌های مورد استفاده را نمی‌دهد. با سپری شدن زمان و اتمام پروژه‌های موضوع سرمایه‌گذاری خارجی و در نهایت، در اختیار گرفتن این فناوری‌ها توسط کشور دارای نفت ممکن است متخصصان این کشورها، دانش فنی و تکنولوژی آن را با به کار بستن بعضی روش‌های غیر رسمی مثل مهندسی معکوس و تقلید بیاموزند.^۱

به این ترتیب، چون چنین روش‌هایی متعارف و مقبول نیست، با توجه به آن‌ها نمی‌توان ادعا کرد که سرمایه‌گذاری خارجی با همه این اوصاف و سازوکارهای درون سازمانی خود بتواند با مساعدت به شیوه‌های یادشده به راهکاری مناسب برای کشور صاحب نفت تبدیل شود.^۲ صرف نظر از غیر رسمی بودن این شیوه، نتیجه مطلوب و مورد قبول را نمی‌توان تضمین کرد. از طرف دیگر، شرکت صاحب فناوری که به انتقال فناوری به شکل کامل و دسترسی کشور صاحب نفت به مهارت‌های فنی و مهندسی فناوری مربوط تمایل ندارد، می‌کوشد سازوکاری را طراحی کند که از دسترسی کشور صاحب نفت به این فناوری به شیوه مهندسی معکوس جلوگیری کند. در غیر این صورت، دیگر سرمایه‌گذاری خارجی در عمل برای سرمایه‌گذاری مطلوب نخواهد بود. بنابراین، راه حل یادشده، روش مطمئنی برای کشور صاحب نفت نیست. البته اگر کشور صاحب نفت وارد چنین سازوکاری شود، باید تلاش خود را به کار ببرد تا با پیش‌بینی شروط و الزاماتی برای سرمایه‌گذاری و ضمانت‌های اجرایی کارآمد بتواند تا حد امکان به دانش فنی و مهارت‌های فنی و مهندسی فناوری مورد انتقال دسترسی پیدا کند. با این حال، این شیوه از روش‌های مرسوم در صنعت نفت است.

ب) سرمایه‌گذاری مشترک

مشارکت در سرمایه‌گذاری یا جوینت ونچر^۳ که از روش‌های قراردادی مورد استفاده در اکتشاف، استخراج منابع نفت و توسعه و بهره‌برداری از آن‌هاست، یکی از روش‌های انتقال فناوری محسوب

۱. علی پور دیلو، علی رضا، حقوق و تعهدات ناشی از انتقال دانش فنی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۳۹.

2. Hassani, Mohammadali, Ghasemali Bazaeand, Ashraf Shahmansouri, "Identifying Blockchain Technology Maturity Levels in the Oil and Gas Industry", Petroleum Business Review, September 2020, p. 51.

3. Joint Venture.

می‌شود. در این شیوه، دو یا چند شرکت برای اجرای یک پروژه انتقال فناوری یا هر عملیات اقتصادی، فنی و صنعتی دیگر با یکدیگر مشارکت می‌کنند. به عبارت دیگر، در این روش، دولت میزبان با شرکت ملی نفت خود به عنوان پذیرنده و صاحب مخزن با سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان دارنده فناوری به منظور انتقال فناوری‌های نفتی مشارکت می‌کنند و فرآیند انتقال بر اساس همکاری‌های مشترک صورت می‌پذیرد.^۱

در این شیوه، طرفین قرارداد، منابع و دانش فنی خود را برای اجرای فرآیند مورد نظر و انتقال فناوری مربوط در دسترس قرار می‌دهند و در این راستا، شرکت سومی را به صورت مشترک تشکیل می‌دهند که مجری پروژه خواهد شد. به طور معمول، عمر شرکت تشکیل شده نیز به اعتبار مدت زمان پروژه خواهد بود. طرفین قراردادی در این شیوه به عنوان شرکای یکدیگر در سود و زیان و هزینه‌های عملیاتی ناشی از اجرای پروژه بر اساس شیوه‌های معین شریک می‌شوند. این روش انتقال فناوری معمولاً در پروژه‌های بزرگ و با ریسک بالا به کار می‌رود.^۲

در مورد تشکیل شرکت مشترک در این روش، دو شیوه عمده مطرح شده است:^۳

روش اول. سرمایه‌گذاری مشترک با سهام مساوی

در این روش، شرکتی با مشارکت طرفین و بر اساس مقررات حاکم بر آن‌ها تشکیل خواهد شد و سهم هریک از طرفین از درآمد و سود حاصل از پروژه به صورت مساوی تعیین می‌شود. در این حالت، به طور معمول، یک شرکت با مسئولیت محدود تأسیس می‌گردد که شخصیتی مستقل از شخصیت شرکا خواهد داشت. سرمایه‌ها و آورده‌های هر یک از طرفین متعلق به شرکت تشکیل شده خواهد بود. هر یک از طرفین در شرکت دارای سهم مساوی هستند. اگر یکی از طرفین، خارجی باشند، به عنوان شریک یا شرکای خارجی معرفی می‌شوند و همانند طرف‌های دیگر در شرکت با مسئولیت محدود، نسبت به هدف‌ها و تکالیف معین و مقرر دارای مسئولیت هستند. در این شیوه،

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق نفت و گاز، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، ص ۳۶۲.**

۲. نک: نقی‌زاده، محمد، جهان‌یار بامداد صوفی و مریم میرافشار، «**شناسایی و اولویت‌بندی ریسک‌های پروژه‌های همکاری فناوری (حوزه زیست فناوری)**»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره دوم، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۳۳-۹.

۳. علی‌پور دیلو، پیشین، ص ۴۱.

میزان سهم هر شریک در سرمایه شرکت و هم‌چنین سهم هر یک از آن‌ها از سود به دست آمده بر مبنای عواملی هم‌چون مدیریت پروژه، مدت زمان اجرا و اتمام کار معین می‌شود.

روش دوم. سرمایه‌گذاری قراردادی

در این روش، تکلیفی بر تشکیل یک شرکت یا تشکیلات مستقل و جداگانه وجود ندارد. از این روش در اموری می‌توان بهره برد که موضوع پروژه، اجرای برخی عملیات مشخص در زمان معین است یا بر مبنای قوانین کشور مربوط، عملیات تجاری منجر به رسمیت نشناخته شدن مالکیت‌های فکری شرکت طرف خارجی می‌شود. در مسیر انتقال فناوری و دانش فنی در نظام سرمایه‌گذاری مشترک امکان دارد حقوقی متنوع و متعدد به کار گرفته شود، مانند: انتقال حق اختراع، قرارداد انتقال دانش فنی و به کارگیری مدل مصرفی. این موارد یا به عبارت دیگر، فناوری موضوع انتقال به عنوان آورده شرکت صاحب فناوری یا بخشی از سرمایه وی محسوب می‌شود. در این نظام، امکان انعقاد قراردادهای انتقال تکنولوژی یا خدمات‌رسانی فنی و دیگر موارد به عنوان ضمیمه قرارداد مشارکت در سرمایه‌گذاری^۱ وجود دارد.^۲

در صنعت نفت و گاز، موضوع اصلی قرارداد، انتقال فناوری نیست و انتقال فناوری جزء موضوعات فرعی به حساب می‌آید. در قراردادهای مشارکت در سرمایه‌گذاری ایجادشده در صنعت نفت نیز هدف، اجرای عملیات نفتی است، ولی فناوری و دانش فنی لازم برای اجرای پروژه نیز جزء سرمایه و آورده شرکت خارجی محسوب می‌شود که در قالب تعهد برای انتقال این فناوری‌ها و دانش‌های فنی و مدیریتی به کشور میزبان از طریق روش‌های مختلفی که عمدتاً آموزش و استفاده از نیروهای بومی است، تبلور می‌یابد.

ج) خرید و فروش مستقیم

انتقال اقلام و ورود محصولات دارای فناوری و به عبارت دیگر، انتقال فناوری به دو شیوه انتقال تجهیزات فیزیکی (فناوری افزار) یا خرید حق اختراع (روش ساده انتقال فناوری) صورت می‌گیرد و محصول و نتیجه فعالیت و دانش تکنولوژیک منتقل می‌شود. در این شیوه، کشور صاحب نفت چیزی جز

1. Joint Venture Contracts.

۲. علی‌پور دیلو، پیشین، صص ۴۱-۴۲.

مصرف‌کننده محض به حساب نمی‌آید. صرف نظر از برخی روش‌های غیر رسمی مانند مهندسی معکوس، کشور میزبان در این روش، امکان دست‌یابی به فناوری ساخت، تولید تکنولوژی و دانش فنی مرتبط به موضوع آن را نخواهد یافت. البته اگر کشور صاحب نفت از شیوه‌های مطلوب علمی و پژوهشی و دانش علمی متخصصان خود در انتخاب محصولات خرید شده استفاده کند، می‌تواند فناوری خرید شده را در دسترس مراکز تحقیقاتی قرار دهد تا درباره آن تحقیق کنند و به فناوری و دانش فنی کشف نشده دسترسی یابند. این فرآیند، هزینه بسیار کمی دارد، اما زمانی نتیجه مطلوب به دست خواهد آمد که ظرفیت تحقیقاتی کشور صاحب نفت افزایش پیدا کند. کشورهای نفتی به لحاظ دشواری و پیچیدگی فناوری‌های مربوط در بخش صنعت نفت و گاز،^۱ توسعه‌نیافته یا در حال توسعه بودن بیش‌تر کشورهای میزبان در قراردادهای نفتی و نداشتن توانایی علمی و فناوری کافی در امور عملیات نفتی و دانش فنی و مهندسی و مدیریتی مربوط معمولاً به موضوعاتی هم‌چون انتقال دانش فنی، آموزش نیروهای داخلی، ارائه شیوه‌های مدیریتی، طراحی و مهندسی متوسل می‌شوند.^۲

کشورهای دریافت‌کننده، بسترهای فنی و تحقیقاتی مطلوب برای تحقق دست‌یابی به فناوری و دانش فنی مکتوم در موضوعات این روش انتقال فناوری را دارند، اما خرید و وارد کردن محصول و فناوری لزوماً به آشنایی دریافت‌کننده با فناوری آماده و ساخته شده نمی‌انجامد و موجب برقراری روابط بین طرفین قرارداد در مورد انتقال دانش فنی^۳ مربوط نخواهد شد. در این روش، انتقال فناوری، سطحی و تعاملات طرفین مشخص است. روش خرید و فروش مستقیم، راه حلی مناسب برای انتقال‌دهنده و شرکت نفتی پیمان‌کار محسوب می‌شود، ولی به انتقال فناوری اثربخش هیچ علاقه‌ای ندارد و همیشه در حال حفظ فناوری‌ها و دانش فنی خود است.^۴ پس به صورت مستقیم یا غیر مستقیم و حتی گاهی با سوء نیت فرار از اجرای تکالیف قانونی و قراردادی خود برای حفظ تسلط خویش بر فناوری‌هایش تلاش می‌کند. البته این شیوه برای کشور صاحب نفت که به دنبال قطع وابستگی، کسب خودکفایی و مسلط شدن بر زیرسازي فناوری‌ها و دانش تولید و استفاده از آن است، قابل قبول نیست.

۱. ولی‌زاده و اکبری، پیشین، ص ۴.

۲. نوروزی، «مقایسه ظرفیت قراردادهای بالادستی نفت از منظر انتقال و توسعه فناوری با رویکرد عوامل حیاتی موفقیت»، ص ۲۵.

3. Technical Knowledge.

۴. امامی ميبدي و هادي، پیشین، ص ۱۱.

به باور برخی کارشناسان، مهندسی معکوس از طریق شیوه مطالعه و مهندسی فناوری خرید شده برای رسیدن به ظرفیت‌ها و دانش فنی نهفته در آن نیز چندان اثربخش نیست.^۱ در موضوع سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به دلیل ناتوانی کشور میزبان و نداشتن بستر مناسب فنی و تحقیقاتی در صنعت نفت و گاز، مهندسی معکوس در دست‌یابی به فناوری و رسیدن به اهداف کشورهای نفتی در موضوع انتقال فناوری و توانایی اداره و اجرای عملیات نفتی بدون دخالت و احتیاج به شرکت‌های خارجی اثری کارآمد ندارد.

د) قرارداد لیسانس یا اعطای مجوز بهره‌برداری

لیسانس، قراردادی است که به موجب آن، لیسانس‌گیرنده در مقابل پرداخت مبالغی، حق استفاده از حق مالکیت فکری لیسانس دهنده را به دست می‌آورد. حق لیسانس‌گیرنده، نه از نوع مالکیت عین یا منافع، بلکه از نوع حق انتفاع است. واگذارکننده لیسانس موافقت می‌کند که خدمات متنوعی را از قبیل کمک به ایجاد خط مونتاژ یا دیگر حمایت‌های آموزشی و تکنولوژیک را برای تسهیل در فعالیت‌های مورد انتظار لیسانس‌گیرنده فراهم کند و وی را به روش‌های مختلف محدود کند. قراردادهای لیسانس به لیسانس‌های انحصاری و غیر انحصاری تقسیم می‌شوند. این شیوه یکی از عمده‌ترین روش‌های انتقال فناوری به حساب می‌آید که باعث می‌شود کشور صاحب نفت حق داشته باشد از تکنولوژی یا دانش فنی متعلق به شرکت صاحب فناوری استفاده کند. در این نوع روش، صاحب فناوری به کشور میزبان، مجوزهای بهره‌برداری و استفاده از فناوری مربوط را در مدت زمان مشخص و در قلمرو معین اعطا می‌کند. این شیوه زمانی که شرکت صاحب فناوری با محدودیت‌های واردات برخورد کند، موجب می‌شود شرکت صاحب فناوری با استفاده از این روش، بازار خود را به خارج توسعه دهد.^۲ البته این روش، راه حل مناسبی برای شرکت خارجی محسوب نمی‌شود؛ چون بازرسی و کنترل مالک بر فناوری خود تا حد زیادی از دست می‌رود و نفع مقبولی از فناوری به دست نمی‌آورد.

در انتقال فناوری، سود و به تبع آن، رضایت و علاقه شرکت صاحب فناوری در همه حال در

۱. علی پور دیلو، پیشین، ص ۳۷.

۲. رهبری، پیشین، ص ۴۵.

انتقال حداقل فناوری، حفظ کنترل و تسلط خود بر این موضوع آشکار است و سبب وابسته کردن کشور صاحب نفت به فناوری می‌شود.^۱ بدیهی است که این روش برای کشور میزبان، رضایت بخش است؛ چون نظارت و مدیریت فناوری را به تناسب در اختیار می‌گیرد.^۲ از طرف دیگر، بخش بیش‌تر سود حاصل از فناوری و تکنولوژی موضوع قرارداد به او می‌رسد.^۳ البته در این روش، وضعیت صاحب نفت کاملاً مطلوب نیست و میزبان با چالش‌های مهمی روبه‌روست.

مؤثرترین عامل و معضل، چالشی است که از آن با نام «جعبه سیاه» یاد کرده‌اند. منظور هم آن است که در چنین حالتی، وضعیت اجزای فناوری و ویژگی‌های آن معین نیست و در واقع، فناوری به صورت مجموعه‌ای کلی در حاکمیت کشور نفتی قرار می‌گیرد.^۴ تمام کارهای مربوط به آن به صورت جزئی توسط خود شرکت صاحب فناوری صورت می‌پذیرد و کشور صاحب نفت نقش فعالی در آن ایفا نمی‌کند.^۵ در نتیجه به دلیل نقش نداشتن کشور نفتی در جریان تهیه و انتقال فناوری، کسب فناوری برای او به صورت کارآمد محقق نمی‌شود.

برخی، اعطای مجوز بهره‌برداری یا همان ليسانس را دارای دو نوع کاملاً متفاوت دانسته‌اند که عبارتند از:

یک. ليسانس افقی^۶

نوعی ليسانس متقابل بین طرفین است که عمدتاً به منظور مساعدت متقابل طرفین به یکدیگر در توسعه محصولات است که به لحاظ پیچیدگی موجود، توسعه آن‌ها برای هر یک از طرفین قرارداد به تنهایی مشکل است.

1. Seyed Kavousi and Ansari, op.cit., p. 123.

۲. عزیزی، مجتبی، محمدحسین صبیحی و محمدرضا بمانیان، «بررسی جایگاه و اهمیت مدیریت انتقال تکنولوژی در صنعت نفت کشور»، فصل‌نامه مدیریت پروژه، شماره ۶، ۱۳۹۶، ص ۱۷.

3. see: Asgharian, M., "Developments of Iranian Upstream Contracts under the Recently Approved Regulatory Regime", Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol. 15, No. 3, 2017.

4. Mansour, Mario and Nakhel, Carole, "Fiscal Stabilization in Oil and Gaz Contract: Evidence and Implications", The Oxford Institute for Energy Studies, 2016, p. 18.

۵. رهبری، پیشین، ص ۴۵.

6. Horizontal License.

دو. لیسانس عمودی^۱

کشور صاحب فناوری، مجوز بهره‌برداری از تکنولوژی خود را به کشور نفتی اعطا می‌کند تا کشور صاحب نفت بتواند از فناوری مربوط استفاده کند و محصولات و فرآورده‌های حاصل از آن را عرضه کند و سود لازم را به دست آورد. از دیدگاه انتقال دهنده، این حالت، یک نوع روش توزیع است.^۲

در مقایسه میان این دو نوع لیسانس باید گفت که لیسانس عمودی برای کشور میزبان نفتی مقبولیت بیش‌تری نسبت به شرکت خارجی دارد. البته برای شرکت صاحب فناوری نیز خیلی نگران‌کننده نیست و امتیازاتی هم در پی دارد، اما به طور کلی، برای صاحب فناوری چندان مطلوب نیست.

کشور صاحب نفت باید تلاش کند با درج شروط و ایجاد سازوکارهای قراردادی متناسب، از انتقال فناوری و محتویات و ملزومات آن به طور کامل باخبر شود.

روش دیگری نیز با عنوان بسته باز فناوری مطرح شده که تقریباً این مشکل کشور صاحب نفت را برطرف کرده است. در این روش، کشور نفتی می‌تواند به تحقیق و انتخاب عناصر مختلف^۳ و فناوری اقدام کند و به عبارت دیگر، فناوری به شکل مجموعه مشخص به وی ارائه نمی‌شود. این شکل، صرفه اقتصادی مناسبی برای کشور صاحب مخزن دارد و میزان وابستگی به لیسانس دهنده در آن متناسب است. کشورهای نفتی معمولاً انگیزه نسبتاً بیش‌تری برای انتقال فناوری با این روش دارند تا زمینه‌آشنایی بیش‌تر با فناوری، خصایص و عملکرد آن را به دست آورند. این شیوه نیز به نام «جعبه سفید» معرفی می‌شود.^۴

هـ) پروژه‌های کلید در دست

در این شیوه، کشور صاحب نفت، تکنولوژی را در قالب یک پروژه معین، مشخص و با سرعت بالا به صورت بسته آماده از شرکت صاحب فناوری می‌خرد.^۵ این سازوکار جزو نظام‌های خدماتی است که در آن، همه مراحل مربوط به مهندسی و طراحی، ساخت و نصب، راه‌اندازی و بهره‌برداری را

1. Vertical License.

۲. زهناچیان و ناصری گیگلو، پیشین، ص ۱۱۱.

۳. عزیزی، صبحیه و بمانیان، پیشین، ص ۱۵.

۴. رهبری، پیشین، صص ۳۵-۳۶.

5. Yang, op.cit.

شرکت صاحب فناوری یا پیمان کار اجرا و مدیریت می‌کند و به شکل آماده بهره‌برداری تحویل کارفرما یا کشور صاحب نفت می‌دهد. در موارد خاصی نیز ممکن است شامل خدمات آموزش و پشتیبانی شود. در این روش، پیمان کار تمام مراحل طراحی و آماده‌سازی پروژه را انجام می‌دهد و کلید پروژه را در اختیار کارفرما و کشور نفتی قرار می‌دهد تا بتواند تنها با چرخاندن کلید از پروژه و عملیات صورت‌گرفته بهره‌برداری کند. در سال‌های اخیر، اجرای پروژه‌های بزرگ و پیچیده به ویژه در صنعت نفت و گاز در ایران با استفاده از این شیوه اجرا می‌شود.^۱

گفتار چهارم: گستره‌شناسی قراردادهای بیع متقابل و قراردادهای نسل جدید موسوم به IPC در بخش بالادستی صنعت نفت

بند اول: قراردادهای بیع متقابل نفتی^۲

الف) کلیات و مبانی قانونی قراردادهای بیع متقابل

یکی از انگیزه‌های مهم کشورها از انعقاد قراردادهای بالادستی با شرکت صاحب فناوری خارجی، استفاده از توان‌مندی‌های تخصصی و فنی این شرکت‌هاست^۳ و سطح دارا بودن شرکت‌ها از فناوری، شاخصی باارزش و از عوامل تعیین‌کننده برای ارجاع پروژه به این دسته از شرکت‌ها به حساب می‌آید. کشورهای نفتی از جمله ایران، تیپ قراردادی بیع متقابل را به عنوان قرارداد مطابق با نظام حقوقی داخلی خود انتخاب کرده‌اند و در قراردادهای نفتی با پیمان‌کاران خارجی و داخلی بر درج شرطی در خصوص انتقال فناوری تأکید می‌کنند. این شرط در نسل‌های اول و دوم قراردادهای بیع متقابل در ماده ۱۳ قرارداد درج می‌شد. تنها قرار دادن یک ماده از قرارداد در چنین موضوع بااهمیت و پیچیده‌ای اصولاً بهره‌گیری از انتقال و توسعه فناوری را مبهم می‌ساخت. به همین علت، در قرارداد بیع متقابل نسل سوم، پیوست قراردادی جداگانه‌ای تهیه و تنظیم شد تا خلأهای موجود در ماده ۱۳ را جبران کند.^۴

۱. درخشان، مسعود و عاطفه تکلیف، «انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت ایران: ملاحظات در مفاهیم، الزامات، چالش‌ها و راهکارها»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، سال چهارم، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۴، ص ۵۴.

2. Oil reciprocal sales contract.

۳. امامی مبینی و هادی، پیشین، ص ۳۶.

۴. تکلیف، عاطفه، علی فریدزاد و علی‌رضا غفاری، «ملاحظات اقتصادی و حقوقی در ساخت داخلی تجهیزات صنایع

قراردادهای بیع متقابل نسل سوم بر خلاف قرارداد نسل‌های قبل خود با عنایت به نیاز مبرم به انتقال تکنولوژی در قالب قرارداد خاص و با استناد به شروط صریح در معنا، به ضمیمه انتقال تکنولوژی روی آورد و برای اولین بار، دستورالعمل انتقال فناوری و دانش فنی، پیوست قرارداد شد که اولین نمونه آن نیز در قرارداد میدان نفتی یادآوران^۱ به عنوان ضمیمه نسبتاً مفصل برای موضوع انتقال فناوری طراحی و به کار گرفته شد. بر اساس دستورالعمل انتقال تکنولوژی، پیمان کار ملزم شد آخرین دستاوردهای فنی و صنعتی اعم از دانش فنی اثبات شده و دانش فنی در مالکیت خود^۲ را در طول دوره توسعه عملیات و دوره بهره‌برداری و تولید به کشور ایران و شرکت ملی نفت ایران انتقال دهد. هم‌چنین برای آموزش کارشناسان معرفی شده از سوی شرکت ملی نفت ایران و به‌کارگیری این کارشناسان در ساختار سازمانی خود اقدام کند، به گونه‌ای که این کارکنان بتوانند تمام عملیات نفتی اعم از توسعه و بهره‌برداری را انجام دهند.^۳

در این نوع قرارداد، دو تعهد عمده بر دوش پیمان کار قرار می‌گیرد: استفاده از امکانات، توانایی‌ها و ظرفیت‌های داخلی کشور و الزام به استخدام و به‌کارگیری افراد متخصص ایرانی و آموزش کارکنان معرفی شده از سوی شرکت نفت برای انتقال دانش فنی و انتقال فناوری.^۴ برای نظارت بر تحقق این مسئله، کمیته فرعی مدیریت مشترک به صورت منظم و مستمر ضمن نظارت بر استفاده از تکنولوژی ثابت شده یا تکنولوژی مالی متضمن حق مالکیت فکری، گزارش‌های لازم دوره‌ای ماهانه و فصلی خود را در خصوص انتقال و توسعه تکنولوژی و دانش فنی و سازوکارهای آن به کمیته اصلی مدیریت مشترک پروژه و متعاقب آن به شرکت ملی نفت ارائه خواهد کرد. در یکی از پیوست‌های قراردادی ایران، پیمان کار مکلف است ۳۱ روز قبل از تحقق قید یادشده، طرح روزآمدشده خود درباره برنامه انتقال تکنولوژی را مطابق با مقررات این ضمیمه، طرح جامع توسعه و قرارداد به شرکت ملی نفت

بالادستی نفت کشور با تأکید بر انتقال فناوری در قراردادهای جدید بالادستی نفتی و گازی ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۸۶، ۱۳۹۷، ص ۹۹.

۱. اخلاقی، بهروز، «ملاحظات پیرامون بهینه‌سازی قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت ایران»، مجله پژوهشی حقوقی، شماره ۱۳، ۱۳۸۷، ص ۲۱.

۲. شیروی، ابراهیمی و اصغریان، پیشین، ص ۲۶۱.

۳. امامی میبدی و هادی، پیشین، ص ۶.

4. Asghari and Rakhshaniab, op.cit.

ایران ارائه دهد. طرفین قرارداد باید تا قبل از تاریخ انعقاد قید یادشده در خصوص محتوا و مفاد این برنامه به توافق برسند. در صورت توافق نیافتن بر سر برنامه روزآمدشده انتقال تکنولوژی، ضمیمه یادشده، مبنای انتقال تکنولوژی محسوب می‌شود.

یکی از مهم‌ترین مسائل در فرآیند انتقال تکنولوژی، رویه عملی و معیارهای عینی و قابل اندازه‌گیری انتقال تکنولوژی است. در همین راستا، پیمان‌کار مکلف است در برنامه روزآمدشده خود، این معیارها و رویه عملی انتقال تکنولوژی را به همراه برنامه زمان‌بندی مربوط تعیین کند و در خصوص عملکرد خود به کمیته مدیریت مشترک و کمیته فرعی انتقال تکنولوژی گزارش دهد.^۱

قراردادهای بیع متقابل، یکی از انواع قراردادهای خدماتی است که ساختار و ماهیت خاص دارند^۲ و به عنوان یکی از شیوه‌های تجارت متقابل و تأمین مالی به کار می‌روند.^۳ این نوع از قرارداد به لحاظ توانایی در جذب سرمایه خارجی و برخورداری از دانش فنی و انتقال فناوری، در کشورهای صاحب نفت و در حال توسعه نیز گسترش قابل توجهی داشته و به تدریج به یکی از رایج‌ترین ابزارها و قالب‌های قراردادی در صنعت نفت در بخش بالادستی و پایین دستی تبدیل شده است.^۴ به همین دلیل، برخی در کشور ایران، این قرارداد را شاخص‌ترین ابزار حقوقی در بهره‌برداری از منابع طبیعی و ثروت‌های ملی توسط ملت‌ها دانسته‌اند.^۵

قرارداد بیع متقابل، مشتکل از دو قرارداد خرید و فروش است که در مقابل یکدیگر انجام می‌گیرد. قرارداد اول، فروش خدمات و تکنولوژی توسط پیمان‌کار به کشور میزبان (صاحب نفت) است و قرارداد دوم، فروش تولیدات و محصولات پروژه توسط کشور میزبان به پیمان‌کار است که در حقیقت،

۱. ابراهیمی و خوش‌چهره، پیشین، ص ۹۲.

۲. امانی، مسعود، روح‌الله کهن هوش نژاد و داوود منظور، «ارزیابی مالی قراردادهای منتخب بیع متقابل نفتی و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، دوره پنجم، شماره ۱۸، ص ۱۸۷.

۳. اخباری، الهه، توازن منافع طرفین در قراردادهای بین‌المللی نفتی، تهران: مجد، ۱۳۹۴، ص ۷۵.

4. Pouran Manjily, H. & M. Taleghani, "Technology transfer strategy in the upstream oil industry (oil fields development) of the Islamic Republic of Iran has provided the effectiveness of technology transfer model", International Journal of Applied Operational Research, Vol. 5, No. 4, Autumn 2015, p. 87.

۵. رحیمی، فتح‌الله، حقوق قراردادهای نفت و گاز، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۷۱.

قرارداد دوم برای پرداخت مابازای قرارداد اول است؛ یعنی کشور میزبان برای تسویه بدهی خود به شرکت بین‌المللی از بابت قرارداد اول (فروش خدمات و فناوری)، محصولات پروژه را به قیمت روز به شرکت خارجی می‌فروشد و بدهی از این طریق مستهلک خواهد شد. در این مدل قراردادی، تمام هزینه‌های نفتی و سود از محل بازخرید محصولات پروژه تأمین می‌شود.^۱ بر خلاف نظام مشارکتی، شراکت و سهمی برای پیمان‌کار در درآمد حاصل از پروژه منظور نمی‌شود.^۲ مهم‌ترین تفاوت بین قرارداد بیع متقابل و قرارداد مشارکت که شاید اصلی‌ترین انگیزه استفاده از قرارداد بیع متقابل در کشورهاست، این موضوع است که در قرارداد بیع متقابل، شرکت نفتی بین‌المللی سرمایه‌گذار نه به عنوان مالک شریک پروژه، بلکه به عنوان پیمان‌کار برای شرکت ملی نفت میزبان کار می‌کند.^۳

سرآغاز استفاده از قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت و گاز و هم‌چنین مبنای بهره‌گیری از این نوع قراردادها در ایران را می‌توان تصویب قانون نفت سال ۱۳۵۳^۴ و ایجاد برخی محدودیت‌ها در این قانون در مورد مشارکت با شرکت‌های خارجی در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز دانست.^۵ با توجه به ماده ۳ این قانون، انعقاد هرگونه قرارداد مشارکت در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ممنوع شد و در عوض، پس از انقلاب اسلامی، برای اولین بار، مصوبه مجلس شورای اسلامی، جواز استفاده از قرارداد بیع متقابل در صنعت نفت و گاز ایران را با هدف توسعه میادین گازی پارس و پارس جنوبی صادر کرد و به شرکت ملی نفت ایران اجازه داد تا قراردادهایی با ارزش حداکثر تا مبلغ سه میلیارد و دویست میلیون دلار با مشارکت شرکت‌های خارجی منعقد کند و بازپرداخت تمامی

۱. آراستی، محمدرضا و مهدی مجیدیپور، «اثربخشی رویکردها و روش‌های انتقال تکنولوژی به کارگرفته شده در صنعت نفت ایران»، گستره انرژی، شماره ۱۲-۱۱، ۱۳۸۷، ص ۱۰.

۲. امامی میبدی، علی، مهریار داشاب، فیصل عامری، علی مقدم ابریشمی و معصومه اکبری بیرگانی، «بررسی مقایسه‌ای قراردادهای بین‌المللی خدماتی و مشارکت در تولید در صنعت نفت ایران و عراق از منظر کارآیی اقتصادی قراردادها»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، سال بیست و یکم، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۰، ص ۲۴.

۳. سریر، فرزانه، تحولات قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران از آغاز تا کنون، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۲۰.

۴. شیروی، ابراهیمی و اصغریان، پیشین، ص ۲۴۴؛ ابراهیمی، سید نصرالله و مهدی منتظر، «جایگاه قراردادهای بیع متقابل در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز ایران و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۹، ۱۳۹۲، ص ۲۱۶.

۵. رحیمی، پیشین، ص ۷۳.

هزینه‌های توسعه از محل تولیدات این میادین صورت گیرد.^۱ در واقع، این مصوبه، قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران است که طی بند «ح» از تبصره ۲۹، مجوز یادشده صادر شد.^۲ در این مصوبه، واژه «بیع متقابل» صراحتاً به کار نرفته، ولی مجوز حقوقی انعقاد این قراردادها به موجب همین تبصره صادر شده است.

ب) عنصر انتقال فناوری در قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت

چون بر اساس ماده ۵ و ۱۵ قانون نفت (۱۳۶۶)، تمامی قراردادهای نفتی با شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی بر اساس اصل ۷۷ قانون اساسی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و محرمانه باشد، امکان اطلاع داشتن و دسترسی به قراردادهای بیع متقابل منعقدشده پس از این مصوبه ناممکن شده است. برخلاف تمام قراردادهای منعقدشده قبل از انقلاب اسلامی، مانند قراردادهای رویتر، داریسی و آجیپ اس.پ.آ^۳ که در دسترس عموم قرار می‌گرفت، همه قراردادهای مربوط به بعد از انقلاب، محرمانه تلقی شده‌اند.

با توجه به کلیات این نوع قراردادها که تابع ساختار نظام قرارداد خدماتی است،^۴ سازوکارها و عنصر انتقال فناوری در این قالب قراردادی را بر اساس منابع در دسترس بررسی می‌کنیم. با توجه به تحقیقات انجام‌شده، انتقال فناوری یکی از موضوعات مهم در قراردادهای بیع متقابل است تا جایی که برخی، علل اصلی استفاده از روش بیع متقابل در صنعت نفت و گاز را در کشورهای در حال توسعه به ویژه ایران، دو امر مهم می‌دانند:

۱. ابراهیمی و منتظر، پیشین، ص ۲۲۱؛ عربی، سید عبدالحمید، «روش‌های انتقال تکنولوژی»، مجله تدبیر، شماره ۱۷۹، ۱۳۸۶، ص ۶۵.

۲. موسوی، سید حسن، تحلیل حقوقی الگوی قراردادی خدمت در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران با تأکید بر الگوی قراردادی جدید IPC، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۹، ص ۹۰.

۳. قرارداد پیمان‌کاری برای اکتشاف و توسعه نفت بین شرکت ملی نفت ایران و آجیپ اس.پ.آ، در ۲۷ ماده در سوم شهریور ۱۳۵۳ منعقد شد. شرکت نفت آجیپ ایران به عنوان پیمان‌کار کل این قرارداد تأسیس شد. شرایط این قرارداد نیز کم و بیش مانند قراردادهای قبلی است.

4. Dirani, Fatima & Tatiana Ponomarenko, "Contract Systems in the Oil and Gas Sector: Current Status and Development", Energies, 2021, p. 5.

دلیل اول - در قرارداد بیع متقابل، حاکمیت دولت ایران بر منابع نفت و گاز تضمین^۱ و نظارت دولت در قالب شرکت‌های وابسته به شرکت ملی نفت ایران اعمال می‌شود.^۲

دلیل دوم - با توجه به ضرورت تعامل با شرکت‌های بزرگ و بین‌المللی نفتی که از دانش فنی و توان مندی مدیریتی در عرصه نفت و گاز برخوردارند، دانش فنی، تکنولوژی و تخصص مورد نیاز بر اساس شرایط قراردادی تأمین می‌شود.^۳

نیاز کشورهای در حال توسعه و صاحب نفت برای دسترسی به فناوری و دانش فنی روز در صنعت نفت و گاز و رفع موانع و در نتیجه، تحقق این هدف از مهم‌ترین انگیزه‌های پذیرش قرارداد بیع متقابل به عنوان تیپ قراردادی در این صنعت در بخش بالادستی است.^۴ جایگاه خاص انتقال فناوری که همیشه یکی از مهم‌ترین تعهدات پیمان‌کار در قرارداد بیع متقابل به شمار می‌رود، به گونه‌ای است که از قرارداد بیع متقابل به عنوان وسیله جذب سرمایه خارجی و استفاده از فناوری و دانش فنی روز و انتقال تکنولوژی به داخل کشور می‌توان استفاده کرد.^۵ دلیل این موضوع و هم‌چنین جذابیت قرارداد بیع متقابل برای تحقق اهداف مورد نظر را می‌توان در سازوکار این قرارداد جست.^۶ البته انتقادهایی بر بحث انتقال فناوری در قراردادهای بیع متقابل وارد شده است.

قانون‌گذار نیز در مصوبات و مقررات مربوط به تجویز بیع متقابل به بحث انتقال فناوری اشاره کرده است. برای مثال، قانون‌گذار در قانون بودجه سال ۱۳۷۲، تجویز انعقاد قرارداد نفتی بیع متقابل با شرکت‌های نفتی خارجی را به تحقق برخی شروط وابسته کرد که دو شرط از این شروط،

۱. ایران‌پور، فرهاد، «مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره چهارم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، ص ۶۰.

۲. شیروی، ابراهیمی و اصغریان، پیشین، ص ۲۴۹.

۳. ابراهیمی، محمد و سید جعفر هاشمی باجگانی، اصول حاکم بر قرارداد IPC (قراردادهای جدید نفتی)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۳۵.

4. Pouran Manjily & Taleghani, op.cit., p. 88.

۵. شافع، میرشهبیز و فتح‌الله رحیمی، «دگردیسی و تکامل مرحله‌ای قراردادهای بین‌المللی نفتی بیع متقابل در بستر حقوق ایران»، دانش حساب‌رسی، سال چهارم، شماره ۸۵، ۱۳۹۴، ص ۳۲.

۶. موسوی، پیشین، ص ۱۳۴.

ناظر بر انتقال فناوری است: شرط استفاده از توان فنی و مهندسی داخلی و توان موجود در داخل کشور و شرطی که به موجب آن، شرکت ملی نفت، مکلف به پرداختن به انتقال دانش فنی از طریق موافقت‌نامه‌های مشارکت و استفاده از حداقل ۳۰ درصد از امکانات ساخت داخل در این مقرر است. حتی قانون‌گذار، وجود نهادی نظارتی را نیز پیش‌بینی و در تبصره ۴۱، انتقال دانش فنی را به تشخیص شورای پژوهش‌های علمی و صنعتی ایران وابسته کرد. پس خرید دانش فنی از خارج از کشور صرفاً زمانی مجاز خواهد بود که به تشخیص این شورا، دانش فنی مورد نیاز در داخل کشور وجود نداشته باشد.^۲ به نظر می‌رسد قانون‌گذار به خوبی به عنصر انتقال فناوری در قراردادهای بیع متقابل واقف بوده است.

ج) سازوکار انتقال فناوری در قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت

در قراردادهای بیع متقابل، ضمیمه‌ای با عنوان «برنامه انتقال تکنولوژی» تهیه می‌شود که به موجب این ضمیمه، شرکت بین‌المللی خارجی متعهد می‌شود آخرین تکنولوژی مورد استفاده در صنعت نفت و گاز را در پروژه مورد نظر را به کار ببرد و به شرکت ملی نفت ایران نیز انتقال بدهد.^۳ هدف از تهیه ضمیمه این است که به پرسنل و متخصصین شرکت ملی نفت ایران، توانایی لازم برای شناسایی فرصت‌ها و گسترش دانش فنی در صنعت نفت و گاز را از طریق مشارکت در عملیات تولید و توسعه بدهد و همکاری میان پیمان‌کار و صنایع و مراکز پژوهش و توسعه در ایران را افزایش دهد.^۴ اهداف بیان‌شده در این ضمیمه در قالب شروط قراردادی در قراردادهای بیع متقابل تنظیم می‌شود.

د) انتقادهای وارد بر قراردادهای بیع متقابل در خصوص انتقال فناوری در صنعت نفت

یکی از اهداف اصلی و کلیدی از گزینش و انعقاد قرارداد بیع متقابل در صنعت نفت، دسترسی به دانش فنی و تکنولوژی روزآمد از طریق انتقال فناوری است. با این حال، یکی از مهم‌ترین انتقادهای

۱. تکلیف، فریدزاد و غفاری، پیشین، ص ۱۰۲.

۲. موسوی، پیشین، ص ۹۲.

۳. ابراهیمی، سید نصرالله و مهرداد تاجیک، «مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های بالادستی صنعت نفت ایران به ویژه به روش تسهیلات بیع متقابل»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۲، ص ۵۳.

۴. هندی و مطهری، پیشین، ص ۲۸.

وارد شده بر قراردادهای بیع متقابل ناظر بر همین عنصر انتقال فناوری و آموزش ندیدن و انتقال نیافتن فناوری در این قالب قراردادی است.^۱ منتقدان بر این باورند که با توجه به نبود مشوق مناسب برای انتقال فناوری در این قالب قراردادی، انتقال فناوری و دانش فنی به دور از انتظار خواهد بود.^۲ هم‌چنین از طرف دیگر، به لحاظ کوتاه بودن مدت قرارداد،^۳ امکان انتقال صحیح و مؤثر فناوری میسر نیست.^۴ پس قرارداد بیع متقابل بر نظام مشارکتی برتری ندارد.^۵

به عبارت دیگر، در قرارداد بیع متقابل، پیمان‌کار انگیزه‌ای برای به‌کارگیری فناوری‌هایی ندارد که در مدت زمان طولانی به سود پروژه باشد و در واقع، صرفاً به دنبال تمام شدن پروژه است. برای مثال، شرکت نفتی که قراردادی پنج‌ساله با ایران منعقد می‌کند، برای انتقال فناوری آن هم در سطحی که کاربرد دایمی داشته باشد، انگیزه کافی ندارد.^۶ پس فقط به میزان معین و محدود به انتقال فناوری خواهد پرداخت که برای مدت قرارداد کفایت کند و در نتیجه، آموزش‌های لازم را نیز به نیروهای بومی ارائه نخواهد کرد.^۷

اساس انتقاد وارد شده و استدلال مخالفان بر نبود انگیزه لازم در پیمان‌کار برای انتقال فناوری یا سرمایه‌گذاری در انتقال فناوری مبتنی است. در قرارداد بیع متقابل، فناوری خاصی منتقل نمی‌شود و اگر انتقالی هم صورت بگیرد، اصولاً ناظر به شیوه انجام کار است که جنبه فنی دارد و در حد انتقال فناوری در سطح نرم‌افزار است.^۸ در مقابل، به نظر می‌رسد که در سازوکار قراردادهای بیع متقابل به خصوص در نسل سوم این نوع از قراردادها، تمام مطالعات مهندسی و طراحی اعم از این که قبل

۱. آراستی و مجیدپور، پیشین، ص ۱۰.

۲. اخلاقی، پیشین، ص ۲۶.

3. Chengyuan Li, Mingjun Jiang, Haiming Ge, Zhen Li, Dongkun Luo, "An operational risk analysis of Iran Buyback contract and its policy implication", Energy Strategy Reviews, 2017, p. 44.

۴. اخلاقی، پیشین، ص ۲۳.

۵. نوروزی، پیشین، ص ۲۰۶.

۶. اخلاقی، پیشین، ص ۲۶.

۷. ابراهیمی، سید نصرالله، محمدحسن صادقی مقدم و نرگس سراج، «انتقادهای وارده بر قراردادهای بیع متقابل ایران و پاسخ‌های آن»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱، صص ۱۶-۱۷.

۸. نوروزی، پیشین، ص ۲۰۷.

یا بعد از لازم‌الاجرا شدن قرارداد باشد، با مشارکت نیروهای متخصص ایرانی و با استفاده از آخرین استانداردها و فناوری‌ها صورت خواهد پذیرفت. هم‌چنین در این روش، پیمان‌کار ملزم است با حداکثرسازی امکانات و توان‌مندی‌های داخلی کشور ایران، در همه فعالیت‌های پروژه از آخرین فناوری حتی تکنولوژی‌های موضوع (مالکیت فکری یا تکنولوژی مالی) در این خصوص استفاده کند. هم‌چنین کمیته‌های مدیریت مشترک به صورت منظم و ضمن نظارت بر استفاده از فناوری ثابت‌شده، گزارش‌های لازم را به صورت دوره‌ای ارائه خواهند کرد.^۱

پاسخ دیگر به انتقاد واردشده این است که یکی دیگر از مزیت‌های قراردادهای بیع متقابل به ویژه در مقایسه با دیگر روش‌ها، سرمایه‌گذاری در آن است که چون کالاهای تولیدی باید صادر شود و در بازار سرمایه‌گذاری یا دیگر بازارها به فروش برسد، سرمایه‌گذار ناچار است فناوری روز را در انجام عملیات به کشور میزبان انتقال دهد تا کالای باکیفیت تولید و به بازار عرضه گردد. این معاملات، اثر آموزشی نیز دارد؛ چون در بیش‌تر موردها، کارفرما تخصص لازم برای به‌کارگیری تجهیزات و تکنولوژی را ندارد و ایجاد تعهد برای طرف مقابل در آموزش و تربیت نیروی انسانی، این نقص را مرتفع می‌سازد. بنابراین، اهمیت قرارداد بیع متقابل آشکار است که با ایجاد زمینه ورود افکار و مهارت و دانش نوین و انتخاب بهترین روش‌ها و سازوکارها، مراحل توسعه را تقویت می‌کند.

در این خصوص، نظرهای مخالف و موافق بسیارند، اما در حال حاضر به لحاظ لزوم پرداخت به مسائل دیگر، از ذکر تمام نظرها خودداری و شالوده‌کلی استدلال‌های مفید ذکر شد.^۲ در نهایت، از نظر نگارنده، هر چند انتقادهای واردشده دارای مبانی و استدلال قابل تأمل و قابل دفاع است، ولی باید دانست که قراردادهای بیع متقابل به ویژه در نسل سوم این نوع قراردادها، دارای ضمیمه انتقال فناوری هستند و به‌طور مشخص، به روال، ساختار، اهداف، مفاهیم، تعهدات و ضمانت‌های اجرای مربوط به انتقال فناوری می‌پردازند. این ضمیمه به لحاظ تعیین کامل اهداف، تعاریف، شروط و تعهدات، عامل مهمی در اثرگذاری بیع متقابل بر انتقال فناوری محسوب می‌شود که می‌تواند تضمین انتقال فناوری باشد.

۱. ابراهیمی، صادقی مقدم و سراج، پیشین، صص ۱۶-۱۷.

۲. نوروزی، پیشین، ص ۲۰۸.

با توجه به شیوه استهلاک هزینه‌ها و سود پیمان‌کار که با منافع طرفین درگیر است، قطعاً هر چه پیمان‌کار به تعهد خود در مورد انتقال فناوری از جمله آموزش به درستی عمل کند، کالاهایی که بازخرید می‌کند و در بازار هدف خود به فروش خواهد رساند، کیفیت مطلوب‌تری خواهد داشت. از طرفی، تعهدات پیمان‌کار به مشارکت و استفاده از نیروهای داخلی در مدیریت و اجرای پروژه خود به صورت غیر مستقیم بر انتقال فناوری و دانش فنی تأثیری بسزا خواهد داشت. هم‌چنین الزام پیمان‌کار به مشارکت با پیمان‌کاران فرعی داخلی نیز موجب تحقق هر چه بیش‌تر انتقال فناوری خواهد بود.^۱

یکی دیگر از مباحث مهم در این زمینه، وجود کمیته‌های مشترک مقرر در قراردادهای بیع متقابل است که وظیفه نظارت و بازرسی و رسیدگی به تعهدات مربوط به انتقال فناوری، لزوم انتقال مجوزهای بهره‌برداری و استفاده از توان داخلی به حدّ نصاب معین در استفاده از تولیدات داخلی را بر عهده دارند.^۲ به نظر نگارنده، این مجموعه در کنار هم می‌تواند به کارآمدی قرارداد بیع متقابل برای انتقال فناوری دلالت کند. این سخن به معنای کامل بودن این قالب قراردادی از نظر انتقال فناوری، نفی انتقادهای کلی وارد بر انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز و نادیده گرفتن خلأهای قانونی^۳ و کاستی‌های موجود در ساختار و سازوکار نامشخص آن نیست، بلکه فقط در مقام مقایسه با نظام‌های دیگر و در حدّ مباحث مطرح شده است.

بند دوم: الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران موسوم به IPC^۴

الف) کلیات و مبانی الگوهای قراردادی نسل جدید موسوم به IPC

در پی وجود برخی مشکلات و ایرادها به ویژه مشکلات پیمان‌کاران ایرانی با شرکت‌های نفتی چینی و با توجه به وجود بسترهای قانونی لازم در ایران برای طراحی و تهیه نسل جدیدی از قراردادهای نفتی از جمله ماده ۷ و بند «ت» از ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت (۱۳۶۶) با اصلاحات

۱. نوروزی، محمد، ۱۳۹۷، ص ۲۰۸.

۲. ایران‌پور، فرهاد، «مبانی عمومی قراردادهای نفتی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سی و هفتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۶، ص ۸.

3. Shugurov, op.cit., p.76.

4. Iranian Petroleum Contract.

سال ۳۹۰۱ و هم‌چنین قانون برنامه چهارم توسعه، کمیته بازنگاری قراردادهای نفت و گاز توسط وزارت نفت در سال ۱۳۹۱ تشکیل شد و پس از بازنگاری در سازوکار موجود، الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران موسوم به IPC را اعلام کرد.^۱ بر این مبنا، هیئت دولت در جلسه ۱۳۹۴/۷/۸ به پیشنهاد وزارت نفت، کلیات الگوی جدید را تصویب و به وزارت نفت و شرکت ملی نفت ایران ابلاغ کرد.^۲

نظریات متعددی درباره ماهیت نسل جدید قراردادی بیان شده است. برخی بر این باورند که این نوع قالب قراردادی جدید مانند قراردادهای خدمت محسوب می‌شود، اما بر اساس برخی ملاحظات، تفاوت‌هایی با قراردادهای خدماتی قبل از خود دارد.^۳ حتی عده‌ای از نام‌بیع متقابل پیشرفته در خصوص این الگوی جدید استفاده کرده‌اند. در مقابل، عده‌ای هم نظر منعطف‌تری داشته و قراردادهای نسل جدید را نوعی قرارداد خرید خدمتی دانسته‌اند^۴ که در نزدیک‌ترین موقعیت ممکن به قراردادهای مشارکت در تولید قرار دارد^۵ و آن را تا حدود زیادی، الهام‌گرفته از نسل جدید قراردادهای نفتی کشور عراق می‌دانند.^۶ بر اساس نظری دیگر، قراردادهای جدید نفتی ایران، قرارداد مشارکت است^۷ که با توجه به استدلال‌های صورت‌گرفته، نظر نگارنده نیز تقریباً موافق آن است.

الگوی جدید قراردادی نفتی موسوم به IPC، نوعی مشارکت در سرمایه‌گذاری خاص با لحاظ الزامات اجرایی پروژه‌های نفتی است که خصوصیات منحصر به فرد بیع متقابل را دارد، ولی به مشارکت در تولید

۱. سالاری، مصطفی و محمدجواد رضایی‌زاده، «معیارها و شرایط عمومی قراردادهای جدید نفتی ایران از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، ص ۱۲۴.

۲. موسوی، پیشین، ص ۳۲۰.

۳. نیک‌بخت، حمیدرضا و سید حسن موسوی، «اصول و ساختار الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴، ص ۳۸.

۴. شافع و رحیمی، پیشین، ۱۳۹۴، ص ۳۳.

۵. نیک‌بخت، حمیدرضا و محمد آربین، «طراحی الگوهای قراردادهای جدید برای توسعه میادین هیدروکربوری ایران: بررسی و نقد قانون جدید وزارت نفت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۹۴، ص ۸۱.

۶. طاهری، شهرزاد، بررسی ساختار قراردادهای نفتی ایران از قاجار تا کنون (سال‌های ۱۱۷۴ تا ۱۳۹۴)، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۵۸.

۷. موسوی، پیشین، ص ۱۴۹.

یا مشارکت طرفین قرارداد در اجرای عملیات نفتی متمایل است.^۱ به عبارت دیگر، این قالب جدید قراردادی، نوعی قرارداد ترکیبی است که چند عنصر دارد. شیوه اجرای عملیات نفتی مطابق شرکت در سرمایه‌گذاری و سازوکار استهلاک و بازپرداخت هزینه‌ها^۲ به ویژه با توجه به تخصیص نوعی هزینه‌ای به طرف مقابل، به سمت مشارکت در تولید تمایل دارد و از طرف دیگر، محتوا و چارچوب کلی آن همانند بیع متقابل است.^۳ بنابراین، آن چه نمایان است، این است که با یک قرارداد مشارکت روبه‌رویم.

البته چارچوب قراردادهای نسل جدید به صورتی است که در آن، جایگاه کارفرما و تأثیر آن در مقایسه با قرارداد بیع متقابل تا حدی تنزل پیدا کرده است و کارفرما در قراردادهای نفتی نسل جدید موسوم به IPC، بازیگری مهم و متعهدی خاص مانند قرارداد بیع متقابل نیست. در این مدل، میزبان تمام فرآیند توسعه و تولید را در اختیار دارد و هر گونه عملکرد وی اعم از مثبت یا منفی به صورت مستقیم در تولید و به تبع آن، سود پیمان کار اثر می‌گذارد.^۴ اکنون به بررسی ساختار، ماهیت و تحلیل عملیات انتقال فناوری در مدل جدید قراردادهای نفتی موسوم به IPC خواهیم پرداخت.

ب) عنصر انتقال فناوری در الگوی قراردادی نسل جدید نفتی موسوم به IPC

همان طور که در بند مربوط به انتقال فناوری اشاره شد، در قراردادهای نسل جدید نفتی موسوم به IPC، به انتقال فناوری نگاهی ویژه شده است. انتقال دانش و تکنولوژی در این قالب قراردادی به صورت بندهایی به عنوان شروط قراردادی ضمن قرارداد اصلی مطرح می‌شود. به نظر حقوق دانان و صاحب نظران، ضمانت‌های اجرای مالی در صورت اجرا نشدن این بندها در قرارداد وجود دارد.^۵ هم چنین با افزایش مدت زمان قرارداد،^۶ انگیزه شرکت‌های صاحب فناوری برای انتقال

۱. نیک بخت و آراین، پیشین، ص ۸۴.

۲. ابراهیمی، منتظر و مسعودی، پیشین، ص ۹.

۳. موسوی، پیشین، ص ۱۵۰.

۴. ابراهیمی و هاشمی باجگانی، پیشین، ص ۱۱۴.

۵. محمدی، سیده مریم، منوچهر منطقی، زهرا محمدی و ندا گرشاسبی نیا، «تحلیل فرآیند انتقال تکنولوژی در قراردادهای نفتی ایران (مطالعه موردی: تحلیل مدل جدید (IPC))»، فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال سیزدهم، شماره ۵۴، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۵۸.

۶. درخشان، مسعود، «قراردادهای نفتی از منظر تولید صیانتی و ازدیاد برداشت؛ رویکرد اقتصاد مقاومتی»، دوفصل‌نامه علمی-پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۳۰.

فناوری‌های خود افزایش پیدا خواهد کرد.^۱

طرف قرارداد، موظف به مشارکت در انتقال فناوری در پنج مرحله است:

مرحله اول - بالا بردن ظرفیت توان شریک داخلی در مشارکت طرح قرارداد^۲ که اصول و چگونگی آن بین طرفین با تأیید شرکت ملی نفت ایران معین می‌شود. بر این مبنای، شیوه‌های مورد احتیاج برای رشد ظرفیت‌ها و قابلیت‌های طرف ایرانی در اموری هم‌چون مهندسی و مدیریت مخزن، مدیریت پروژه‌های بزرگ و مدیریت دارایی‌ها و تأمین مالی را باید به طور واضح، تعیین و مشخص کنند. شرکت ملی نفت ایران نیز بر اجرای مفاد قرارداد میان اعضای مشارکت، نظارت کامل خواهد داشت.

مرحله دوم - سطح دیگر انتقال فناوری، رشد ظرفیت‌های تحقیقاتی و دانشگاهی زیر نظر شرکت ملی نفت ایران است. بر این مبنای، برای ایجاد دوره‌های آموزشی حرفه‌ای، اجرای طرح‌های تحقیقاتی مشترک، توسعه آزمایشگاه‌های تحقیقاتی و تبادل نیرو، قرارداد مبنی بر همکاری منعقد می‌گردد که برای بهره‌گیری از حداکثر توان پیمان‌کاران و شرکت‌های داخلی با هدف انتقال فناوری تأکید می‌شود.^۳

مرحله سوم - سطح دیگر انتقال فناوری، رشد توان فناوری و مدیریتی شرکت ملی نفت ایران برای انتقال فناوری و بهره‌گیری از حداکثر توان داخلی است. با ملاحظه مفاد مقرر در این مصوبه، مشخص است که مصوبه در بخش‌های مختلف خود به بحث انتقال فناوری و دانش فنی و هم‌چنین تبیین برخی تعهدات پیمان‌کار در این مورد می‌پردازد. پس انتقال تکنولوژی و بومی‌سازی آن از طریق همکاری شرکت خارجی با شرکت‌های داخلی و به‌کارگیری نیروهای متخصص داخلی برای صرفه‌جویی و به دست آوردن مهارت‌های مورد نیاز در میادین داخلی و بازارهای بین‌المللی، جزء اهداف قراردادهای نسل جدید نفتی موسوم به IPC برای رفع نقص‌های قرارداد بیع متقابل است.^۴

در متن پیشنهادی اولیه وزارت نفت در ابتدای این مصوبه، اهدافی بیان شده که در یکی از

1. Ollik, Majd, Auer, Hans, Naser, Rawa, "A Petroleum Upstream Production Sharing Contract With investment in renewable energy: The case of Lebanon", Energy policy, 2021, p. 2.

۲. محمدی، منطقی، محمدی و گرشاسی‌نیا، پیشین، ص ۱۶۵.

۳. تکلیف، فریدزاد و غفاری، پیشین، ص ۱۱۱.

۴. موسوی، پیشین، صص ۱۹۲-۱۹۱.

اهداف بر تأمین دانش فنی و انتقال فناوری تأکید شده بود. این بخش در مصوبه نهایی با این استدلال که ذکر اهداف ضرورتی ندارد، حذف شد. در این مصوبه از شرکت‌های عملیاتی مشترکی سخن به میان آمده است که مراد از آن‌ها، جذب مشارکت شرکت‌های ایرانی صلاحیت‌دار به عنوان شریک شرکت خارجی در انجام بعضی عملیات‌های موضوع قرارداد است.^۱ بر اساس آن، تولید و بهره‌برداری از تأسیسات نیز علاوه بر توسعه به صورتی که در قرارداد توافق می‌شود، توسط شرکت ایرانی و در عملیاتی مشترک با حفظ حقوق پیمان‌کار اصلی صورت خواهد پذیرفت.

ماده ۴، تشکیل شرکت‌های عملیاتی مشترک و جذب شرکت‌های ایرانی دارای صلاحیت به عنوان شریک شرکت خارجی را برای تحقق سه هدف مهم دانسته است که عبارتند از:

هدف اول. توان‌مندسازی شرکت‌های ایرانی در خصوص اجرای پروژه‌های بزرگ داخلی؛^۲

هدف دوم. وجود این شرکت‌ها در بازارهای بین‌المللی و منطقه‌ای؛

هدف سوم. قابلیت انتقال و توسعه دانش فنی و مهارت مدیریتی و مهندسی مخزن.^۳

هم‌چنین این مصوبه در ماده ۴ به تبیین بعضی از تعهدات در خصوص انتقال فناوری برای پیمان‌کار پرداخته است. در بند الف از ماده ۴، پیمان‌کار ملزم است تا برنامه انتقال و توسعه فناوری را به عنوان بخشی از برنامه مالی عملیاتی سالانه ارائه کند که در واقع، تعهد و راهکاری برای انتقال فناوری است. به علاوه در تبصره ۲ از بند «الف» این ماده، تکلیف دیگری راجع به انتقال فناوری برای پیمان‌کار مقرر شده است. امری رایج و بدیهی است که پیمان‌کار در انجام پروژه نسبت به انعقاد قرارداد با پیمان‌کاران فرعی برای انجام اجزای مختلف عملیات اقدام کند. بر اساس این مصوبه، پیمان‌کار مکلف شده است در قراردادهای خود با پیمان‌کاران فرعی نسبت به اعمال بندهای انتقال و توسعه فناوری مندرج در قرارداد اصلی اقدام کند. قانون‌گذار به این موضوع مهم توجه کرده است.

۱. تکلیف، فریدزاد و غفاری، پیشین، ص ۱۰۹.

۲. فرخی، علی و مه‌راس عبایان، «مطالعه مقایسه‌ای جذابیت اقتصادی و مالی قراردادهای جدید (IPC) و بیع متقابل (نمونه موردی: میدان نفتی در بلوک اناران)»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۰۶.

۳. عامری، پیشین، ص ۸۵.

در ادامه نیز این روند ادامه پیدا کرده است و در بند «ب» از ماده ۴، پیمان کار، مکلف به حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی، تولیدی، صنعتی و اجرایی کشور بر اساس قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور و تقویت آن‌ها در امر صادرات و اصلاح ماده ۱۰۴ قانون مالیات‌های مستقیم و دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های مربوط است.^۱ قانون‌گذار به این الزام نیز توجه کرده است؛ چون تکلیف به استفاده از توان داخلی با توجه به انگیزه‌هایی که برای فعالان داخلی ایجاد می‌کند، می‌تواند در انتقال فناوری نقشی مؤثر ایفا کند. بر این اساس، همان طور که در موارد قبل اشاره شد، اگر پیمان کار، موظف به استفاده از توان داخلی گردد، این امر به ایجاد انگیزه برای فعال داخلی منجر خواهد شد تا توان فنی و مهندسی خود را افزایش دهد که یکی از روش‌های دست‌یابی به این موضوع، استفاده از روش انتقال فناوری از راه‌های مختلف است.^۲

بند سوم نیز به تکلیف دیگری در انتقال فناوری پرداخته است که در مورد بحث رایج و معمول قرارداد‌های نفتی در جهان یعنی آموزش نیروی انسانی داخلی و استفاده از متخصصان و نیروهاست. در این بند، پیمان کار به استفاده حداکثری از نیروی انسانی داخلی در انجام قرارداد و ارائه برنامه جامع آموزش برای رشد کیفی نیروها و اقدام به سرمایه‌گذاری کافی در قالب هزینه‌های مستقیم سرمایه‌ای،^۳ مکلف شده است.^۴ در این بند علاوه بر تأکید بر اهمیت آموزش و استفاده از نیروهای داخلی، بر تکلیف پیمان کار در استفاده از روش سرمایه‌گذاری مستقیم اشاره شده که یکی از راهکارها و روش‌های متعارف انتقال تکنولوژی است.

به روش‌های دیگری نیز در این مصوبه برای انتقال فناوری توجه شده که به انتقال دانش فنی و مهارت‌های مدیریتی مربوط است.^۵ به موجب این موضوع که قانون‌گذار در بند «ت» ماده ۴ بر آن تصریح کرده، پیمان کار مکلف است به چرخشی بودن سمت‌های مدیریت اجرایی در دوره تولید

۱. موسوی، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. موسوی، پیشین، ص ۱۰۶.

3. Direct COSTS.

4. Fazel, M., Farimani, Xiaoyi Mu, Hamed Sahebbonar, Ali Taherifard, "An economic analysis of Iranian petroleum contract", *Petroleum Science*, 31 July 2020, p. 1453.

۵. موسوی، پیشین، صص ۱۹۷-۱۹۶.

توجه کند و این سمت‌ها را به صورت تدریجی به اتباع ایرانی انتقال دهد که هدف از این کار، انتقال دانش فنی و مهارت‌های مدیریتی به طرف ایرانی است.

علاوه بر این موارد، در تصویب‌نامه یادشده در مورد نظارت و بازرسی بر انعقاد و اجرای قراردادهای نفتی و اصلاحیه آن، سازوکار و تشکیلات مشخص برای نظارت و بررسی اجرای قرارداد و انجام تعهدات ناظر و انتقال فناوری و تکنولوژی پیش‌بینی شده است. در این تصویب‌نامه، وزارت نفت ملزم شده است با هدف تدوین سیاست‌ها، راهبردها، ارزش‌یابی و نظارت بر اجرای مدیریت مخازن نفتی برای تولید صیانتی با هدف انتقال و توسعه فناوری نسبت به ایجاد چارچوب و ساختار مناسب^۱ برای بررسی و نظارت بر اجرای قراردادهای نفتی و انتقال و توسعه فناوری و تکنولوژی به شرکت‌های ایرانی و آموزش نیروی انسانی بومی اقدام کند.^۲

ج) آسیب‌های وارد و تبیین راهبرد جمهوری اسلامی ایران در الگوی قراردادی نسل جدید موسوم به IPC برای انتقال فناوری

صنعت نفت و گاز در امنیت و اقتصاد ایران نقش اساسی دارد.^۳ ایران با به‌کارگیری مدیریت هوشمندانه و رفع عوامل تهدیدزا می‌تواند این ثروت ملی و درآمد حاصل از تولید نفت و گاز را در خدمت رشد اقتصادی و توسعه کشور قرار دهد و تحقق رشد اقتصادی، ضریب امنیت کشور را افزایش دهد و و توان دفاعی را تقویت کند.^۴

شرط لازم برای تحقق این هدف، وجود دانش فناوری و تجهیزات لازم و به‌کارگیری آن توسط نیروی انسانی بومی و متخصص است.^۵ وجود حوزه‌های منابع نفت و گاز باعث فرصت‌آفرینی برای توسعه دانش و توانایی فنی در بهره‌برداری از این ذخایر می‌شود و دانش فناوری، ابزاری راهبردی در

۱. عزیززی، مجتبی و عادلہ مقدم، «ارائه الگویی برای مدیریت پروژه‌های توسعه فناوری در صنعت نفت و گاز ایران»، نشریه علمی-پژوهشی مدیریت نوآوری، سال پنجم، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵.

۲. موسوی، پیشین، ص ۳۴۴.

۳. گل‌افروز، محمد، «نقش ژئوپلیتیک انرژی بر امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی سیاست جهانی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۲۱۲.

۴. صادقی، اخوان کاظمی و زرافشان، پیشین، ص ۱۲۸.

5. Pouran & Taleghani, op.cit., p. 95.

این صنعت مهم به شمار می‌رود.^۱ این در حالی است که در قرارداد نسل جدید موسوم به IPC به آن چندان توجه نشده است. برای مثال، در ماده ۴ قرارداد مشتمل بر ۴ بند مربوط به انتقال و ارتقای فناوری است که تنها یک راهکار برای انتقال فناوری در نظر گرفته شده است.

در هیچ بندی از قرارداد نیز پیمان‌کار موظف به انتقال فناوری به شرکت ملی نفت ایران نشده است. به نظر می‌رسد که پیش فرض حاکم بر این مصوبه آن بوده است که شرکت‌های ایرانی که شریک شرکت خارجی می‌شوند، جزئی از شرکت ملی نفت هستند^۲ و با انتقال فناوری به آن‌ها، سطح فناوری و مهارت‌های مدیریتی در شرکت ملی نفت رشد می‌کند. این در حالی است که این شرکت‌ها به عنوان جزئی از طرف دوم قرارداد در مقابل شرکت ملی نفت قرار دارند و در آینده نه چندان دور، رقیب اصلی شرکت ملی نفت در مدیریت مخازن نفتی کشور خواهند بود و در آینده قابل پیش‌بینی با تضعیف جدی شرکت ملی نفت، مقدرات صنعت نفت و گاز کشور را به دست خواهند گرفت.^۳ در پایان باید گفت که این مصوبه در خصوص انتقال فناوری و تکنولوژی، به سازوکار و تکالیف مربوط به آن توجه نشان داده و به طور مشهود، فراتر از مقررات و تعهدات گذشته رفته است.

با این حال، ایرادهایی نیز بر این مصوبه وارد است. از نظر نویسنده، این انتقادات، موضوعاتی هستند که همیشه و از بدو قانون‌گذاری در حقوق نفت و گاز، بر این بخش و انتقال فناوری در آن وارد بوده است. پس این انتقادات تنها متوجه الگوی قراردادی نسل جدید نفتی موسوم به IPC نیست، بلکه به صورت کلی بر نهاد انتقال فناوری در ایران و انتقال فناوری در صنعت نفت و ساختار تعهدات و مقررات حاکم بر آن و سازوکارهای مربوط وارد است.

یکی از اصلی‌ترین انتقادات به قراردادهای نسل جدید نفتی موسوم به IPC، سازوکارهای نامعلوم انتقال فناوری است. منتقدان بر این باورند که این سازوکارها در این قراردادها مبهمند و تنها به ارائه برنامه انتقال و توسعه فناوری توسط پیمان‌کار و انجام مقررات حداکثری استفاده از توان فنی مهندسی

۱. هندی و مطهری، پیشین، ص ۲۵.

۲. همان، ص ۲۸.

۳. ابراهیمی و هاشمی باجگانی، پیشین، ص ۱۱۰.

پرداخته‌اند و راهکارهای صلی رسیدن به این اهداف مشخص نیست.^۱ به مبهم بودن مصوبه در مورد نوع فناوری، موضوع انتقال، اشخاص ذی نفع و وسعت حقوقی آن نیز انتقاد شده است. ایجاد شرکت عملیاتی مشترک بر خلاف برخی از منتقدان مصوبه دولت به علت آن که فقط میان پیمان کار اصلی و پیمان کار فرعی منعقد می‌گردد، با قوانین موضوعه به ویژه قانون اساسی مخالفت ندارد. در مورد اشخاص ذی نفع انتقال فناوری و تکنولوژی نیز با در نظر گرفتن مصوبه، انتقال‌گیرنده فناوری علاوه بر پرسنل شرکت عملیاتی مشترک شامل افراد معرفی شده از سوی کارفرما (شرکت ملی نفت یا شرکت‌های تابعه) هم خواهد بود. در خصوص نوع فناوری بر اساس مفاد مصوبه، ایرادی که درست به نظر می‌رسد، این است که نوع فناوری فقط منحصر به فناوری عملیاتی و اجرایی در مرحله تولید است و دیگر فناوری‌های مربوط مانند تکنولوژی تولیدکننده، نامعلوم است.^۲ در مورد انتقاد در خصوص مبهم بودن و اهمیت ندادن به جزئیات باید گفت که این انتقاد، وارد و قابل دفاع است. این انتقاد بر تمام نظام حقوقی ایران در خصوص انتقال فناوری به طور عام و انتقال فناوری در صنعت نفت به صورت خاص وارد است. صاحب نظران همیشه به این موردها توجه داشته‌اند و شایسته نیست آن را فقط در نظام قراردادی بیع متقابل یا الگوی قراردادی نفتی نسل جدید موسوم به IPC یا مقررات مربوط به آن‌ها منحصر بدانیم.

بنابراین، با تمام کمبودهای موجود که قطع به یقین، درست به نظر می‌رسد و مشکل نظام حقوقی ایران در این بخش محسوب می‌گردد، مصوبه مربوط به الگوی جدید قراردادهای نفتی به نسبت قوانین گذشته، تحولی نو به شمار می‌رود. در این مصوبه، ابتدا به صراحت، بعضی تکالیف برای پیمان کار از جمله ارائه برنامه آموزشی و تعهد درج شرط انتقال فناوری در قراردادهای فرعی بیان شده و بر روش انتقال فناوری در خصوص آموزش تأکید گردیده است.^۳ پیمان کار، مکلف به انتقال از راه سرمایه‌گذاری مستقیم است و چارچوب و سازمان نظارتی منحصر برای انجام تکالیف مربوط به انتقال فناوری پیش‌بینی شده است. با توجه به وضعیت نامطلوب موجود، این مصوبه را باید راه‌گشایی ناچیز در مسیر تاریک نظام حقوقی ایران در حوزه نفت و گاز دانست. سازوکار و

۱. طاهری، پیشین، ص ۱۶۱.

۲. عامری، پیشین، صص ۴-۱.

۳. محمدی، منطقی، محمدی و گرشاسبی‌نیا، پیشین، ص ۱۴۴.

ماهیت این تیپ از قراردادهای در مورد بازپرداخت هزینه‌ها^۱ و اقدامات و شرایط انجام تعهدات به وسیله پیمان‌کار بر برداشت منافع اثر مستقیم دارد. از این رو، این راه حل برای مشکل انگیزه انتقال فناوری در پیمان‌کار نیز نسبت به روش‌های گذشته، مطلوب‌تر به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

۱. نبود چارچوب، سازمان و سازوکار قانونی مشخص در نظام حقوقی ایران در بخش انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز به دلیل موقعیت استراتژیک این صنعت، یکی از چالش‌های مهم در این نظام حقوقی است. تمامی تعهدات و مقررات تنها ارائه موارد و تعهداتی کلی است که مبهم است و به لحاظ این خلأ تنها هنگام انعقاد قراردادها باید این موضوع را در قالب شروط قراردادی مورد توجه طرفین قرارداد در نظر گرفت. در واقع، این شیوه، راه حلی کامل برای رفع کاستی‌های موجود و پر کردن خالی‌گاه بسترهای قانونی نیست.

صاحب‌نظران، حقوق‌دانان و قانون‌گذار باید قانونی جامع را تدوین کنند که به صورت واضح و مشخص، بستری مناسب با ساختاری منسجم فراهم آورد و با تأکید بر حفظ منافع ملی کشور در تمامی ابعاد مختلف و بررسی نیازها و خلأها به طور کامل به جنبه‌های مختلف انتقال فناوری از جمله سازوکارها و روش‌های انتقال فناوری، چارچوب اجرایی و کنترلی، روش‌های مناسب انتقال فناوری، تهیه و تنظیم حقوق و تعهدات لازم، نوع و شیوه انتقال فناوری و اصول حقوقی و اقتصادی و فنی حاکم بر آن بپردازد و تکالیف قانونی متناسب در این موضوع را تدوین کند.

۲. در خصوص عناصر انتقال فناوری، ساختار مختلف قراردادی از چارچوب قراردادهای امتیازی تا ساختار قراردادهای خدماتی از جمله قرارداد بیع متقابل و در نهایت، مدل جدید قراردادهای نفتی موسوم به IPC باید دانست که اعتبار و ارزش این بخش تا به امروز مورد توجه بوده است و حرکت آهسته و رو به جلو را تجربه می‌کند. بنابراین، با توجه به محوریت محرمانگی مفاد قراردادهای نفتی^۲ بعد از انقلاب اسلامی، امکان بررسی و تحقیق دقیق در مورد شروط مندرج در قراردادهای و جوانب مربوط میسر نیست. با این حال، در مورد تعهدات قانونی باید گفت با تمام

۱. ابراهیمی و منتظر، پیشین، ص ۲۱۷.

۲. اسلامیه همدانی، رستمی و غفاری، پیشین، ص ۲۶.

امتیازاتی که برای قرارداد بیع متقابل در مورد انتقال فناوری وجود دارد، از جمله ضمیمه انتقال فناوری که در حال حاضر، تأثیری انکارناپذیر دارد، نسل جدید قراردادهای نفتی موسوم به IPC حداقل از لحاظ بسترهای قانونی و تلاش صورت‌گرفته در مصوبه دولت، وضعیتی مناسب‌تر نسبت به قرارداد بیع متقابل دارد.

۳. انتقال فناوری، یک مرحله‌ای نیست، بلکه موفقیت آن به مراحل مختلف بستگی دارد. انتقال فناوری زمانی برای انتقال‌گیرنده سودآور خواهد بود که بتواند از آن استفاده کند. به همین دلیل، بهترین حالت آن است که ظرفیت‌های داخلی خود را گسترش دهد تا بتواند در کنار متخصصان خارجی آموزش ببینند. در این میان، نوع قراردادهای نفتی در انتقال فناوری‌ها تفاوتی نخواهد داشت. البته بهتر است طرفین تمامی حقوق و تعهدات خود را مشخص کنند و مانند ماده ۱۳ قراردادهای بیع متقابل ایران تنها به یک بند متکی نباشند. در ایران به دلیل وجود مخازن نفتی و اقتصاد مبتنی بر آن، انتقال فناوری اهمیت بیشتری دارد که به علت قوانین اجرایی کشور، جذب سرمایه‌گذار خارجی یا حتی حضور آن‌ها در کنار شرکت‌های داخلی بسیار دشوار بود و به همین دلیل، قراردادهای مختلفی در طول سالیان در ایران به وجود آمد. در دوره‌های گذشته، در هیچ یک از قراردادهای نفتی ایران به انتقال فناوری به عنوان جزئی از قرارداد اشاره نشده بود و تنها در نسل دوم قراردادهای بیع متقابل آن هم در یک بند در ماده ۱۳ به آن اشاره شد. در تمامی قراردادها، میادین و ذخایر آن‌ها به عنوان انتقال در حاکمیت حکومت بود و صرفاً میزان و نرخ ثابتی از تولیدات به طرف دیگر پرداخت می‌شد که این مورد نمی‌توانست سرمایه‌گذار را به ادامه فعالیت با ایران تشویق کند.

وزارت نفت در سال ۲۰۱۳، کمیته‌ای تشکیل داد تا انعطاف‌پذیری بیشتری در قراردادها پدید آید و نظارت هم در نظر گرفته شود. در نتیجه، نوع جدیدی از قرارداد مطرح شد که به دنبال دو هدف عمده بود: حفظ حاکمیت بر منابع ملی^۱ و استفاده از سرمایه‌گذار خارجی برای افزایش تولید و توسعه. در واقع، قرارداد جدید از نظر موضوع و کیفیت گسترش داشت. از نظر موضوع به این معنا که خدمت، توسعه، اکتشاف و تولید را در نظر می‌گیرد و از لحاظ کیفیت نیز انعطاف‌پذیری بیشتری

۱. درخشان، پیشین، ص ۵۲.

از خود نشان می‌دهد. این قرارداد تنها یک بند نبود، بلکه با جزئیات بیش‌تری به این امر پرداخت. برای مثال، در صورت رعایت نشدن شرایط قرارداد، پرداخت غرامت را به عنوان جبران خسارت در نظر گرفت.^۱ پرداخت غرامت هم از نوع پرداخت مادی نیست، بلکه حضور شرکت ایرانی را در کنار طرف خارجی به شکل مدیریت برابر در انتقال فناوری تضمین می‌کند.

این قرارداد جدید نفتی، منتقدان و مخالفانی نیز دارد. بعضی بر این عقیده هستند که دادن مالکیت ذخایر، نه میادین به شرکت‌های خارجی، در واقع، زیر پا گذاشتن قواعد آمره کشور است؛ چون میادین بدون ذخایر آن معنا نخواهد داشت. حتی نقش شرکت ملی نفت در این قرارداد تنزل پیدا می‌کند؛^۲ چون شرکت‌های مجاز داخلی با به دست آوردن فناوری، مزیت رقابتی کسب می‌کنند و فناوری را به راحتی در اختیار شرکت ملی نفت قرار نخواهند داد. به دلیل اهمیت فراوان موضوع انتقال فناوری در صنایع مختلف، نه فقط صنعت نفت برای ایران لازم است مانند دیگر کشورها، قانونی تهیه و تنظیم گردد که در آن، تعهدات طرفین قراردادی و نیازها و ضمانت‌های اجرایی مشخص باشد. دسترسی نداشتن پژوهشگران به اطلاعات و مراکز پژوهشی نیز مانع انتقال فناوری است؛ چون مهم‌ترین عامل انتقال موفقیت‌آمیز فناوری، آموزش و وجود مراکز تحقیق و توسعه و ارتباط صنعت با دانشگاه‌هاست.

۱. نوروزی، مهران، «بررسی و تحلیل ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد در حقوق ایران»، قانون‌یار، شماره ۹، ۱۳۹۸، ص ۲۳۳.

۲. سالاری و رضایی‌زاده پیشین، ص ۱۲۷.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابراهیمی، محمد و سید جعفر هاشمی باجگانی، اصول حاکم بر قرارداد IPC (قراردادهای جدید نفتی)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۲. احسنی‌فروز، محمد، قرارداد انتقال تکنولوژی، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۳. اخباری، الهه، توازن منافع طرفین در قراردادهای بین‌المللی نفتی، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۴. اخوان فرد، مسعود، درآمدی بر مبانی انتقال فناوری از منظر حقوق بین‌الملل، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۵. امانی، مسعود، حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۶. رحیمی، فتح‌الله، حقوق قراردادهای نفت و گاز، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۷. رهبری، ابراهیم، حقوق انتقال فناوری، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۸. سریر، فرزانه، تحولات قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز ایران از آغاز تا کنون، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۹. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۱۰. صابر، محمدرضا، بیع متقابل در بخش بالادستی نفت و گاز، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۱۱. طاهری، شهرزاد، بررسی ساختار قراردادهای نفتی ایران از قاجار تا کنون (سال‌های ۱۱۷۴ تا ۱۳۹۴)، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۲. علی‌پور دیلو، علی‌رضا، حقوق و تعهدات ناشی از انتقال دانش فنی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۱۳. کاظمی نجف‌آبادی، عباس و حامد بابایی، قراردادهای اکتشاف و تولید در صنعت نفت و گاز، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۶.

۱۴. منصوری نراقی، محمود، مبانی حقوقی و شرایط عمومی قراردادهای نفتی، تهران: خوارزمی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.

۱۵. موسوی، سید حسن، تحلیل حقوقی الگوی قراردادی خدمت در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران با تأکید بر الگوی قراردادی جدید IPC، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۹۹.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و فاطمه خوش‌چهره، «استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران»، فصل‌نامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری)، ۱۳۹۴، صص ۱۰۲-۶۵.

۲. ابراهیمی، سید نصرالله و محمد شیرجیان، «قراردادهای بالادستی نفت گاز نظام جمهوری اسلامی ایران و تبیین دلالت‌های قانونی و الزامات قراردادهای جدید»، فصل‌نامه اقتصاد انرژی ایران (دانشکده اقتصاد علامه طباطبایی)، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، صص ۳۹-۱.

۳. ابراهیمی، سید نصرالله و مهدی منتظر، «جایگاه قراردادهای بیع متقابل در پروژه‌های بالادستی نفت و گاز ایران و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۹، ۱۳۹۲، صص ۲۳۲-۲۱۵.

۴. ابراهیمی، سید نصرالله و مهدی منتظر، «دلایل استفاده از قراردادهای بیع متقابل در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و نهم، شماره ۴۷، ۱۳۹۲، صص ۴۵-۳۱.

۵. ابراهیمی، سید نصرالله و مهرزاد تاجیک، «مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های بالادستی صنعت نفت ایران به ویژه به روش تسهیلات بیع متقابل»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۲، صص ۶۹-۳۷.

۶. ابراهیمی، سید نصرالله، محمد حسن صادقی مقدم و نرگس سراج، «انتقادهای وارده بر قراردادهای بیع متقابل ایران و پاسخ‌های آن»، فصل‌نامه حقوق، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱، صص ۱-۱۹.

۷. ابراهیمی، سید نصرالله، مهدی منتظر و فرزانه مسعودی، «اصول قانونی حاکم بر قراردادهای خدماتی

۱. بالادستی صنعت نفت و گاز ایران»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۲، ۱۳۹۳، صص ۲۶-۱.
۸. اخلاقی، بهروز و اسدالله صحرانورد، «بررسی ماهیت حقوقی بیع متقابل نفتی ایران و سازگاری آن با پیمان منشور انرژی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره بیست و سوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۲، صص ۱-۱۸.
۹. اخلاقی، بهروز، «ملاحظات پیرامون بهینه‌سازی قراردادهای بیع متقابل در صنعت نفت ایران»، مجله پژوهشی حقوقی، شماره ۱۳، ۱۳۸۷، صص ۴۷-۱۳.
۱۰. آراستی، محمدرضا و مهدی مجیدپور، «اثربخشی رویکردها و روش‌های انتقال تکنولوژی به‌کارگرفته شده در صنعت نفت ایران»، گستره انرژی، شماره ۱۱-۱۲، ۱۳۸۷، صص ۸-۱۱.
۱۱. اسلامی همدانی، امیر، ولی رستمی و سجاد مهربانی، «جایگاه نقش و آثار محرمانگی اطلاعات و داده‌ها در قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، ماه‌نامه اکتشاف و تولیدات نفت و گاز، شماره ۱۴۸، ۱۳۹۶، صص ۲۶-۱۶.
۱۲. اطاعت، جواد و حمیدرضا نصرتی، «نفت، ژئواکونومیک و امنیت ملی ایران»، فصل‌نامه علمی-پژوهشی فضای جغرافیایی (دانشگاه آزاد اسلامی)، سال یازدهم، شماره ۳۶، ۱۳۹۰، صص ۱۰۲-۶۵.
۱۳. افتخاری، اصغر و امیرحسین خورشیدی اطهر، «رابطه نفت و امنیت اقتصادی جمهوری اسلامی ایران: تبیین و ارائه راهکاری برای آینده پیش رو»، فصل‌نامه علمی مطالعات امنیت اقتصادی، سال اول، شماره ۳، ۱۴۰۰، صص ۳۲-۱.
۱۴. آقا موسی طهرانی، رضا و محمد نعمتی، «گونه‌شناسی و آسیب‌شناسی حقوقی قراردادهای بالادستی نفت و گاز با توجه به حاکمیت و امنیت ملی»، فصل‌نامه اقتصاد دفاع (دانشگاه و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی-گروه منابع و اقتصاد دفاع)، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۸، صص ۷۳-۴۷.
۱۵. امامی میبیدی، علی و احمد هادی، «بررسی موانع انتقال فناوری در قرارداد بیع متقابل و ارزیابی ریسک انتقال فناوری در قرارداد جدید نفتی ایران IPC با روش FMEA»، پژوهش‌نامه اقتصاد ایران، سال ششم، شماره ۲۲، بهار ۱۳۹۶، صص ۴۳-۱.

۱۶. امامی میبدی، علی، مهریار داشاب، فیصل عامری، علی مقدم ابریشمی و معصومه اکبری بیرگانی، «بررسی مقایسه‌ای قراردادهای بین‌المللی خدماتی و مشارکت در تولید در صنعت نفت ایران و عراق از منظر کارآیی اقتصادی قراردادها»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، سال بیست و یکم، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۰، صص ۱-۳۶.
۱۷. امانی، مسعود، روح‌الله کهن هوش نژاد و داوود منظور، «ارزیابی مالی قراردادهای منتخب بیع متقابل نفتی و مقایسه آن با قراردادهای مشارکت در تولید»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، دوره پنجم، شماره ۱۸، صص ۱۷۹-۲۱۷.
۱۸. ایران‌پور، فرهاد، «مالکیت و مفهوم آن در قراردادهای نفتی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره چهارم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، صص ۷۱-۵۷.
۱۹. ایران‌پور، فرهاد، «مبانی عمومی قراردادهای نفتی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سی و هفتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۶، صص ۲۸-۱.
۲۰. بزرگی، وحید، «بررسی تطبیقی قوانین و مقررات با مفاد موافقت‌نامه تریپس در زمینه حق نسخه‌برداری و حقوق مرتبط»، مطالعات فرهنگ و ارتباط، دوره چهاردهم، شماره ۲۴، ۱۳۹۲، صص ۲۷-۴۰.
۲۱. تکلیف، عاطفه، علی فریدزاد و علی‌رضا غفاری، «ملاحظات اقتصادی و حقوقی در ساخت داخلی تجهیزات صنایع بالادستی نفت کشور با تأکید بر انتقال فناوری در قراردادهای جدید بالادستی نفتی و گازی ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۸۶، ۱۳۹۷، صص ۱۲۳-۸۹.
۲۲. خداداد حسینی، سید حمید، پریسا ریاحی و مینا نوری، «پیشبرد نوآوری در کشورهای در حال توسعه (بررسی برنامه‌های توسعه اقتصادی ایران)»، فصل‌نامه علمی-پژوهشی سیاست علم و فناوری، دوره چهارم، شماره ۳، بهار ۱۳۹۱، صص ۱۱۶-۱۰۱.
۲۳. خسروپور، حسین و مریم میرافشار، «عوامل مؤثر بر انتقال فناوری از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، فصل‌نامه مدیریت، سال یازدهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۳، صص ۱۸-۱.
۲۴. درخشان، مسعود و عاطفه تکلیف، «انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت ایران: ملاحظات در مفاهیم، الزامات، چالش‌ها و راهکارها»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران،

سال چهارم، شماره ۱۴، بهار ۱۳۹۴، صص ۸۸-۳۳.

۲۵. درخشان، مسعود، «قراردادهای نفتی از منظر تولید صیانتی و ازدیاد برداشت؛ رویکرد اقتصاد مقاومتی»، دوفصل‌نامه علمی-پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۲، ۱۳۹۳، صص ۵۲-۷.

۲۶. درخشان، مسعود، «منافع ملی و سیاست‌های بهره‌برداری از منابع نفت و گاز»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۴، ۱۳۸۱، صص ۶۵-۱۳.

۲۷. درخشان، مسعود، «ویژگی‌های مطلوب قراردادهای نفتی: رویکرد اقتصادی. تاریخی به عملکرد قراردادهای نفتی در ایران»، فصل‌نامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۶، ۱۳۹۲، صص ۵۳-۱۱۳.

۲۸. زهتابیجان، محمد حسین و علی ناصری گیگلو، «انتقال تکنولوژی»، سال‌نامه عصر مدیریت، سال چهارم، شماره ۱۴، خرداد ۱۳۸۹.

۲۹. ساعی، احمد و مریم پاشنگ، «ضرورت نگاه فراملی به امنیت انرژی»، فصل‌نامه راهبرد، سال بیست و پنجم، شماره ۸۰، ۱۳۹۵، صص ۲۵۳-۲۳۳.

۳۰. سالاری، مصطفی و محمد جواد رضایی‌زاده، «معیارها و شرایط عمومی قراردادهای جدید نفتی ایران از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، صص ۱۳۷-۱۱۷.

۳۱. شافع، میرشهبیز و فتح‌الله رحیمی، «دگردیسی و تکامل مرحله‌ای قراردادهای بین‌المللی نفتی بیع متقابل در بستر حقوق ایران»، دانش حساب‌رسی، سال چهارم، شماره ۸۵، ۱۳۹۴، صص ۶۴-۲۹.

۳۲. شیروی، عبدالحسین، سید نصرالله ابراهیمی و مجتبی اصغریان، «اکتشاف و توسعه میادین نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره ۴۱، ۱۳۸۸، صص ۲۶۲-۲۴۳.

۳۳. صادقی، سید شمس‌الدین، مسعود اخوان کاظمی و وحید زرافشان، «آثار اقتصاد سیاسی متکی بر نفت بر امنیت ملی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات سیاسی بین‌المللی دانشگاه آزاد اسلامی (واحد شهرضا)، شماره ۲۷، ۱۳۹۵، صص ۱۳۶-۱۰۳.

۳۴. عامری، فیصل، «الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران و معضل انتقال فناوری در صنعت نفت»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق و سیاست، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، صص ۱۰۷-۸۳.
۳۵. عامری، فیصل، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و نقش آن در انتقال تکنولوژی به کشورهای رشدیابنده»، پژوهش‌های حقوق و سیاست، شماره ۵، ۱۳۸۰، صص ۶۵-۳۹.
۳۶. عامری، فیصل، «قراردادهای نفت و نقش آن‌ها در انتقال تکنولوژی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۸۶، صص ۴۶-۴۰.
۳۷. عامری، فیصل، عباس کاظمی نجف‌آبادی و سید مهدی میرفتاح، «مدیریت دانش در سیر تاریخی قراردادهای بالادستی صنعت نفت ایران»، مطالعات حقوق انرژی، دوره چهارم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷، صص ۱۸۲-۱۳۹.
۳۸. عربی، سید عبدالحمید، «روش‌های انتقال تکنولوژی»، مجله تدبیر، شماره ۱۷۹، ۱۳۸۶، صص ۶۷-۶۱.
۳۹. عزیزی، مجتبی و عادلہ مقدم، «ارائه الگویی برای مدیریت پروژه‌های توسعه فناوری در صنعت نفت و گاز ایران»، نشریه علمی-پژوهشی مدیریت نوآوری، سال پنجم، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۱۲۸-۱۰۳.
۴۰. عزیزی، مجتبی، محمد حسین صبحیه و محمدرضا بمانیان، «بررسی جایگاه و اهمیت مدیریت انتقال تکنولوژی در صنعت نفت کشور»، فصل‌نامه مدیریت پروژه، شماره ۶، ۱۳۹۶، صص ۲۴-۱۴.
۴۱. فرخی، علی و مه‌راس عبایان، «مطالعه مقایسه‌ای جذابیت اقتصادی و مالی قراردادهای جدید (IPC) و بیع متقابل (نمونه موردی: میدان نفتی در بلوک اناران)»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۷، صص ۱۰۸-۸۹.
۴۲. قنبری بناب، هادی، «انتقال تکنولوژی در قراردادهای بیع متقابل و قراردادهای جدید نفت و گاز جمهوری اسلامی ایران»، همایش بین‌المللی پژوهش‌های نوین در مطالعات مدیریت، ۱۳۹۵.
۴۳. گل‌افروز، محمد، «نقش ژئوپلیتیک انرژی بر امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی سیاست جهانی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۴، صص ۲۲۴-۱۹۹.
۴۴. محمدی، سام، فخرالدین آق‌مشهدی و محمدجواد حاجی حسینی، «بررسی قواعد اختصاصی

قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قرارداد جدید نفتی موسوم به IPC»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۹۴، صص ۱۳۵-۱۱۳.

۴۵. محمدی، سیده مریم، منوچهر منطقی، زهرا محمدی و نداگرشاسبی نیا، «تحلیل فرآیند انتقال تکنولوژی در قراردادهای نفتی ایران (مطالعه موردی: تحلیل مدل جدید (IPC))»، فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال سیزدهم، شماره ۵۴، پاییز ۱۳۹۶، صص ۱۷۲-۱۳۵.

۴۶. مصلی‌نژاد، عباس، «سیاست‌گذاری اقتصاد سیاسی نفت و تحریم‌های بین‌المللی ایران»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دهم، شماره ۳، ۱۳۹۴، صص ۲۰۱-۱۷۱.

۴۷. معقولی، علی‌رضا، سید حسن قدسی‌پور، زینب بانو آهنی امینه، «موانع پیش روی انتقال فناوری در صنعت نفت و گاز»، فصل‌نامه پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، دوره ششم، شماره ۲۲، ۱۳۹۶.

۴۸. مهدی‌زاده، محمود، هادی حیدری قره‌بلاغ و یاسر میرزایی، «شناسایی عوامل مؤثر بر انتقال فناوری»، رشد فناوری، ۱۳۸۹، دوره هفتم، شماره ۲۵، صص ۱۰-۳.

۴۹. موغلی، علی‌رضا، «نقش عوامل حیاتی موفقیت مدیریت دانش در کسب مزیت رقابتی»، فصل‌نامه پیک نور، سال ششم، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷، صص ۱۰۶-۸۲.

۵۰. میری مقدم، مزده، سید سپهر قاضی نوری، جعفر توفیقی و شعبان الهی، «یادگیری فناورانه در صنعت نفت (مطالعه موردی: فازهای توسعه‌ای میدان گازی پارس جنوبی)»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی سیاست علم و فناوری، سال هفتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، صص ۳۴-۱۷.

۵۱. نظری، فریبا و سید رکن‌الدین مرتضوی نژاد، «شناسایی و اولویت‌بندی موانع انتقال فناوری از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در صنعت پتروشیمی»، فصل‌نامه رشد فناوری، سال هفدهم، شماره ۶۷، تابستان ۱۴۰۰، صص ۹-۱.

۵۲. نقی‌زاده، محمد، جهان‌یار بامداد صوفی و مریم میرافشار، «شناسایی و اولویت‌بندی ریسک‌های پروژه‌های همکاری فناوری (حوزه زیست فناوری)»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره دوم، شماره ۳، ۱۳۹۳، صص ۳۳-۹.

۵۳. نوروزی، محمد، «چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قراردادهای

۱. **بیع متقابل ایران**»، فصل‌نامه پژوهش سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی انرژی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۴، صص ۲۲-۱۸۵.
۵۴. **نوروزی، محمد**، «مقایسه ظرفیت قراردادهای بالادستی نفت از منظر انتقال و توسعه فناوری با رویکرد عوامل حیاتی موفقیت»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۷، صص ۴۸-۱۹.
۵۵. **نوروزی، محمد، مسعود امانی و غلامرضا گودرزی**، «بررسی موانع انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت (رویکرد تحلیلی)»، فصل‌نامه مطالعات اقتصاد انرژی، سال سیزدهم، شماره ۵۲، بهار ۱۳۹۶، صص ۲۱۵-۱۸۱.
۵۶. **نوروزی، مهران**، «بررسی و تحلیل ضمانت اجرای تخلف از انجام تعهد در حقوق ایران»، قانون‌یار، شماره ۹، ۱۳۹۸، صص ۲۴۹-۲۰۹.
۵۷. **نیک‌بخت، حمیدرضا و سید حسن موسوی**، «اصول و ساختار الگوی جدید قراردادهای نفتی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴، صص ۶۹-۳۵.
۵۸. **نیک‌بخت، حمیدرضا و محمد آرین**، «طراحی الگوهای قراردادهای جدید برای توسعه میادین هیدروکربوری ایران: بررسی و نقد قانون جدید وزارت نفت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، پاییز ۱۳۹۴، صص ۱۲۰-۷۵.
۵۹. **هندی، سید صالح و سید مهدیا مطهری**، «نقش انتقال فناوری در قراردادهای IPC از منظر اقتصاد مقاومتی»، ماه‌نامه علمی و ترویجی اکتشاف و تولید نفت و گاز، شماره ۱۳۵، ۱۳۹۵، صص ۲۹-۲۵.
۶۰. **ولی‌زاده، مجتبی و زهرا اکبری**، «انتقال تکنولوژی و راهکارهای موفقیت آن در کشورهای در حال توسعه»، چهارمین کنفرانس ملی مدیریت تکنولوژی ایران، ۱۳۸۹، صص ۱۳-۱.

2. Latin Source

Article

1. Abdul Wahab, S., Che Rose, R., and Wati Osman, S. I., "Defining the Concept of Technology Transfer: A Literature Analysis", *International Business Research*, Published by Canadian center of science and education, Vol. 5, No. 1, 2012, pp. 61-71.
2. Al-Hajir, N., "Factors of Successful Technology Transfer in Oil and Gas Industry in Qatar State", A Project Submitted to the Faculty of College of Engineering in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Enineering Management, Jun 2016.
3. Asghari, Mahdi & Mohammad Ali Rakhshanikia, "Technology transfer in oil industry, significance and challenges", *International Conference on Leadership, Technology and Innovation Management*, Procedia - Social and Behavioral Sciences, 2013, pp. 264-271.
4. Asgharian, M., "Developments of Iranian Upstream Contracts under the Recently Approved Regulatory Regime", *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, Vol. 15, No. 3, 2017.
5. Chengyuan Li, Mingjun Jiang, Haiming Ge, Zhen Li, Dongkun Luo, "An operational risk analysis of Iran Buyback contract and its policy implication", *Energy Strategy Reviews*, 2017, pp. 43-53.
6. Dirani, Fatima & Tatiana Ponomarenko, "Contract Systems in the Oil and Gas Sector: Current Status and Developent", *Energies*, 2021, pp. 1-14.
7. Fazel, M., Farimani, Xiaoyi Mu, Hamed Sahebbonar, Ali Taherifard, "An economic analysis of Iranian petroleum contract", *Petroleum Science*, 31 July 2020, pp. 1451-1461.
8. Hassani, Mohammadali, Ghasemali Bazaeand, Ashraf Shahmansouri, "Identifying Block-chain Technology Maturitys Levels in the Oil and Gas Industry", *Petroleum Business Review*, September 2020, pp. 43-60.
9. Mahdavi Mazdeha, Mohammad, et.al, "An ISM approach for analyzing the factors in .348-technology transfer", *Decision Science Letters*, 2015, Vol. 4, pp. 335
10. Majed, A. M., "Innovation and Technology Transfer in Exploration & Production Industry in Sudan", *UNCTAD 17th Africa OILGASMINE*, Khartoum, 23-26 November 2015, pp. 2-15.

11. Mansour, Mario and Nakhel, Carole, “Fiscal Stabilization in Oil and Gaz Contract: Evidence and Implications”, The Oxford Institute for Energy Studies, 2016, pp. 1–35.
12. Mazurkiewicz, A. and Poteralska, B., “Technology Transfer Barriers and Challenges Faced by R&D Organisations”, *Procedia Engineering*, Elsevier, 2017, Vol. 182, pp. 457–465.
13. Mousaei, Ahmad, “Designing a Specific Model for Technology Transfer in Oil, Gas, and Petrochemical Sectors”, *petroleum Business Review*, may 2018, Vol. 2, Issue 2, pp. 14–27.
14. Ollik, Majd, Auer, Hans, Naser, Rawa, “A Petroleum Upstream Production Sharing Contract With investment in renewable energy: The case of Lebanon”, *Energy policy*, 2021, pp. 1–20.
15. Porssa, Arash & Hojjat Mirzazadeh, “Develop an Information Technology Model to Improve Customer Service in NIGCS”, *Procedia–Social and Behavioral Science*, 2016, No. 229, pp. 167–174.
16. Pouran Manjily, H. & M. Taleghani, “Technology transfer strategy in the upstream oil industry (oil fields development) of the Islamic Republic of Iran has provided the effectiveness of technology transfer model”, *International Journal of Applied Operational Research* , Vol. 5, No. 4, pp. 87–101, Autumn 2015.
17. Roberts, Ruby, Rhona Flin, David Millar, Luca Corradi, “Psychological factors influencing technology adoption: A case study from the oil and gas industry”, *Technovation*, 14 January 2021.
18. Seyed Kavousi, Elahe & Reza Ansari, “Diagnosing Technology Transfer Processes in the Oil Industry: The Case Study of National Iranian Oil Company (NICO)”, *International Journal of Academic in Business and Social Science*, January 2014, Vol. 4, No. 1, pp. 122–140.
19. Shafiei Khah, M. and Amiri, A., “Petroleum Contracts in Iran”, *European Online Journal of Natural and Social Sciences (Special Issue on Environmental, Agricultural, and Energy Science)*, Vol. 3, No. 3, 2014, pp. 375–382.
20. Shugurov, M. V., “TRIPS Agreement, International Technology Transfer and Least Developed Countries”, *Journal of Advocacy, Research and Education*, KAD International, Vol. 2, No. 1, 2015.
21. Yang, J. T. S., “Technology transfer in Malaysia: turnkey contracts”, *Azmi & Associates Intellectual Property and Technology Practice Group*, Vol. 8, No. 4, 2010.

حقوق شهود در تحقیقات اداری؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی

سید لقمان حسینی^۱

شهرام زر نشان^۲

محمد هادی سلیمانیان^۳

چکیده

تحقیقات و بازرسی‌های اداری از جمله سازوکارهایی است که مقامات اداری بعد از وقوع تخلفات انجام می‌دهند و یکی از راه‌های جمع‌آوری اطلاعات، کسب اطلاع از شهود و مطلعین است، اما ممکن است آنان به آسانی، مایل به ارائه اطلاعات نباشند یا با خطرهایی مواجه شوند. از این رو، پیش‌بینی برخی حقوق و تضمین‌ها برای آنان، ضروری به نظر می‌رسد. با توجه به نبود مقررات حمایتی نسبت به شهود و مطلعین برای مشارکت در تحقیقات و بازرسی‌های اداری، در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) و اسناد بین‌المللی، مقرراتی درباره حمایت از شهود و مطلعین برای مشارکت در تحقیقات پیش‌بینی شده است. از سوی دیگر، در مقررات مرتبط با مراجع شبه‌قضایی کیفری نیز به صورت پراکنده به حقوق شهود توجه شده است. اما با وجود اهمیت فراوان تأمین حقوق شهود در فرآیند تحقیقات اداری، تاکنون در کارهای پژوهشی به این موضوع توجه کافی نشده است. بر این اساس در مقاله حاضر با روشی تحلیلی و توصیفی و با رویکردی تطبیقی برآنیم تا ضمن شناسایی برخی از مهم‌ترین مصادیق این حقوق، چارچوبی حقوقی فراهم آید تا این حقوق برای شهود، مطلعین و دیگر شهروندان در فرآیند دادرسی اداری در دادگاه‌های اختصاصی شبه‌کیفری نیز قابل اعمال باشند. این امر با توجه به نبود قانون آیین دادرسی اداری واحد قابل توجه است. در پایان، با توجه به خلأ قانونی درباره حقوق شهود و مطلعین در فرآیند تحقیقات اداری پیشنهاد کردیم قانون‌گذار، مراجع مقررات‌گذار و همچنین قضات اداری به این مهم توجه کنند تا چارچوب قانونی و رویه قضایی مناسبی در این زمینه فراهم شود.

واژگان کلیدی: تحقیق اداری، بازرسی اداری، حقوق شهود، حقوق مطلعین، دادرسی اداری، اسناد

بین‌المللی، دیوان کیفری بین‌المللی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد همدان، همدان، ایران. shhosseini1@gmail.com

۲. دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). zarneshan@atu.ac.ir

۳. استادیار، دانشگاه آزاد اسلامی واحد همدان، همدان، ایران. soleimanianmohamadhadi1956@gmail.com

مقدمه

تحقیق اداری^۱، فرآیندی است که مقامات اداری که از نظر قانونی صلاحیت دارند، آن را در موارد خاصی برای کشف حقیقت انجام می‌دهند. تحقیق اداری زمانی صورت می‌گیرد که اداره یا کارکنانش تخلف اداری انجام داده باشند یا در خدمات‌رسانی عمومی، اختلال و نارسایی رخ داده باشد. نقطه شروع تحقیقات اداری می‌تواند طرح دعوا یا گزارش شهروندان علیه اداره یا یکی از مقامات اداری یا گزارش بازرسان و ناظران اداری باشد. گزارش سازمان‌های مردم‌نهاد یا مقامات آمبودزمان^۲ نیز می‌تواند آغازگر یک تحقیق اداری باشد.

در فرآیند تحقیقات اداری، مقام تحقیق^۳ در جایگاهی همانند مقام تحقیق کیفری با استفاده از سازوکارهای مختلف برای کشف حقیقت اقدام می‌کند. یکی از راه‌های دستیابی به حقایق و جمع‌آوری دلایل، استماع شهادت شهود و کسب اطلاع از مطلعین است. یکی از چالش‌هایی که در فرآیند کسب اطلاع از شهود و مطلعین در تحقیقات اداری ممکن است رخ دهد، بحث حقوق شهود و مطلعین است. فرض کنید اداره یا یکی از کارکنان آن در حضور تعدادی ارباب رجوع، مرتکب تخلف اداری شود. اگر مقامات اداری در فرآیند تحقیقات خود برای کشف حقیقت و جمع‌آوری دلایل، خواهان کسب اطلاع از مطلعین و استماع شهادت شهود باشند، ممکن است شهروندان به دلیل ترس از اداره یا کارکنان آن (که معمولاً در مقابل شهروندان، قدرت بیش‌تری دارند)، حاضر به ادای شهادت یا ارائه اطلاعات نباشند. این ترس هم طبیعی است؛ زیرا هر شهروند عادی به سادگی حاضر نیست خود را به دردسر اندازد و وارد فرآیند تحقیقات علیه یک اداره شود. افزون بر این، حتی اگر شهروندان، حاضر به ادای شهادت و ارائه اطلاعات علیه اداره شوند، چه تضمینی وجود دارد که مقامات اداری با استفاده از نفوذ و لابی خود، آن‌ها را زیر فشار نگذارند یا با استفاده از تهدید و سازوکارهای دیگر، آن‌ها را به بازپس‌گیری شهادت خود، تشویق (یا حتی مجبور) نکنند.

1. Administrative Investigation

2. Ombudsman

3. Investigator

شاهد، یکی از کنشگران اصلی نظام دادرسی کیفری به شمار می‌رود که نقشی برجسته در سرنوشت دعاوی کیفری بر عهده دارد. اهمیت نقش و مشارکت شاهد در فرآیند دادرسی کیفری به حوزه «دلیل» برمی‌گردد؛ زیرا یکی از مهم‌ترین ادله‌ای که در نظام‌های قضایی از آن، فراوان استفاده می‌شود، تحصیل شهادت شهود است. بنابراین، شهود با مشارکت خود در فرآیند کیفری به مثابه چشم و گوش دستگاه عدالت کیفری قلمداد می‌شوند.^۱

حقوق عمومی بر حقوق جزا به ویژه مقررات دادرسی کیفری، تأثیر و نفوذی چشم‌گیر دارد و متهم را در برابر مقامات عمومی تعقیب در وضعیتی نابرابری قرار داده است. مقامات تعقیب در امر کیفری در برابر متهم، قدرت بسیار دارند و می‌توانند از قوای عمومی و دیگر تضمین‌های ویژه استفاده کنند.^۲

با وجود اهمیت فراوان تأمین و تضمین حقوق شهود و مطلعین در فرآیند تحقیقات اداری، تا کنون در سطح کارهای پژوهشی به این موضوع توجه نشده است و در قوانین و مقررات اداری کشور نیز مقرر قابل توجهی در این باره یافت نمی‌شود. تنها در چند نمونه به حقوق شهود در فرآیند دادرسی اداری توجه شده است. از آن جمله در آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور (۱۳۹۸) بعد از این‌که کسب اطلاع از شهود و مطلعین به عنوان یکی از سازوکارهای جمع‌آوری داده‌ها ذکر شده، در تبصره ماده ۲۲ آن آمده است: «افشای اطلاعات مربوط به مشخصات شهود و مطلعان و محل سکونت یا اشتغال آن‌ها ممنوع است مگر به درخواست مرجع قضایی و اعلام مراتب به آن مرجع». در دستورالعمل قانون رسیدگی به تخلفات اداری، دستورالعمل مربوط به نحوه اجرای قانون گزینش کشور و نیز ماده ۸۲ آیین دادرسی کار هم به بحث حقوق شهود توجه شده است. در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۴)، به عنوان منبع حقوقی اصلی در خصوص تشریفات اداری - قضایی^۳ مقرراتی تقریباً مفصل برای تأمین و تضمین حقوق شهود و مطلعین در فرآیند مشارکت در دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است.

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری (جلد ۲)، تهران: سمت، ۱۳۸۳، ص ۱۱۳.

۲. خرابی، منوچهر، فرآیند کیفری، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۳۹.

۳. پژوهی، پویا و شمس‌ناتری، محمد، «آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری - قضایی رسیدگی به جرایم از دیدگاه حقوق اداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱، ص ۴۲.

دادرسی اداری امروزه در کنار دادرسی کیفری و مدنی، نوع سومی از دادرسی‌ها را تشکیل می‌دهد که سابقه کم‌تری نسبت به دو نوع دیگر دادرسی دارد. ویژگی‌های خاص دعاوی اداری از جمله ضرورت حل و فصل سریع این‌گونه دعاوی، ارزان بودن، تخصصی بودن، غیر تشریفاتی بودن و مواردی از این قبیل باعث شد تا رسیدگی به این نوع دعاوی از صلاحیت مراجع عمومی که به اختلافات بین مردم رسیدگی می‌کنند، خارج شود و در صلاحیت مراجعی خاص قرار گیرد که فقط به دعاوی بین مردم با دولت رسیدگی می‌کنند.^۱

در آرایبی از دیوان عدالت اداری به کسب اظهارات مطلعین توجه شده است. برای مثال، در دادنامه صادره از شعبه ۱۳ بدوی در پرونده کلاسه ۵۲۳/۹۱/۳۲ برای احراز بزه ارتکاب عرضه سوخت خارج از شبکه بر لزوم کسب اظهارات خریداران و مطلعین تأکید شده و دادرس محترم به درستی تصریح کرده است که «صرف حضور شاکی در معیت راننده متخلف، دلیل بر مباشرت و معاونت وی نمی‌باشد. لذا شعبه، شکایت شاکی را وارد تشخیص داده و دادنامه معترض‌ عنه را نقض نموده است تا شعبه تعزیرات با تحقیق و بررسی بیش‌تر و کسب اظهارات مطلعین در مورد موضوع، تصمیم شایسته اخذ کند».^۲

اهمیت و ضرورت این پژوهش می‌تواند بررسی و ارائه راهکار در مواردی باشد که میان حقوق متهم و بزه‌دیده و شهود در مرحله عمل، تعارض‌هایی آشکار می‌شود که تحقق اصول دادرسی منصفانه را با چالش جدی مواجه می‌سازد. حقوق دفاعی متهم در اسناد بین‌المللی منطقه‌ای و مقررات داخلی کشورها به عنوان بخشی جدایی‌ناپذیر از یک دادرسی منصفانه محسوب می‌شود و نمی‌توان آن را محدود کرد؛ چون این حق، میراثی است که جامعه بشری پس از تلاش بی‌وقفه در پس قرن‌ها به دست آورده است. اجرای برخی تدبیرها مانند مخفی ماندن هویت شهود و حمایت از بزه‌دیده، بیش از پیش در تعارض جدی با شماری از حقوق متهم از جمله حق پرسش از شهود یا اصل تساوی سلاح‌ها در رسیدگی قرار می‌گیرد. بنابراین، این پژوهش در پی پاسخ به این پرسش

۱. خسروی، احمد و ولی رستمی، «الگوی مناسب برای تدوین قانون آیین دادرسی اداری در ایران و ضرورت آن؛ نظام فرانسوی یا انگلیسی؟»، مجله پژوهش حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۹۶.

۲. محسن‌زاده، آریتا، ویژگی‌های رژیم حقوقی حاکم بر ادله اثبات دعوا در دعاوی اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۷.

است که حقوق شهود در فرآیند دادرسی اداری با توجه به حقوق مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری و نیز اساس نامه دیوان بین‌المللی کیفری بر چه مبنایی استوار است؟

گفتار اول: مبانی نظری

قبل از هر چیزی بایسته است تا تعریفی درست از تحقیق اداری به عنوان یکی از کلیدواژه‌های اصلی پژوهش ارائه شود و هم‌چنین آن را از دیگر اصطلاحات رایج مشابه تمایز دهیم.

بند اول: مفهوم‌شناسی تحقیق اداری

تحقیقات اداری معمولاً به دلیل سوء مدیریت^۱ و نارسایی‌های ناشی از روابط بین کارکنان اداری صورت می‌گیرد و ماهیت غیرکیفری دارد.^۲ با وجود این به نظر می‌رسد دایره کاربرد تحقیقات اداری، گسترده‌تر از تخلفات اداری کارمندان و روابط سازمانی کارکنان اداری باشد. از تحقیقات اداری می‌توان در صورت بروز هر نوع سوء مدیریت در حوزه عمومی و نارسایی در خدمات‌رسانی عمومی نیز بهره گرفت.

تحقیق اداری تاکنون در هیچ مقرر قانونی تعریف نشده است. در مجموع، می‌توان گفت تحقیق اداری، فرآیندی است که مقامات اداری که از نظر قانونی صلاحیت دارند، آن را در موارد خاصی برای کشف حقیقت انجام می‌دهند.^۳ تحقیق اداری زمانی صورت می‌گیرد که اداره یا کارکنانش تخلف اداری انجام داده یا در خدمات‌رسانی عمومی، اختلال و نارسایی رخ داده باشد. نقطه شروع تحقیقات اداری می‌تواند طرح دعوا یا گزارش شهروندان علیه اداره یا یکی از مقامات اداری یا گزارش بازرسان و ناظران اداری باشد. گزارش سازمان‌های مردم‌نهاد یا مقامات آمبودزمان نیز می‌تواند آغازگر یک تحقیق اداری باشد.

بند دوم: وجوه تمایز تحقیق اداری از تحقیق عمومی و تحقیق کیفری

با وجود داشتن برخی زمینه‌های مشترک، تحقیق اداری با تحقیق عمومی یا آیین استماع^۴ و هم‌چنین

1. Mismanagement

2. University, N. S. (2020). Administrative Investigations. North Carolina: NC State University, p. 20

3. Australia, O. W., Guidelines conducting administrative investigations, Sydney: Ombudsman Western Australia, 2009, p. 23

4. Public Hearing

با تحقیق کیفی^۱ متفاوت است. تحقیق عمومی یا آیین استماع، یکی از سنت‌های اداری کشورهای انگلوساکسون است به این معنی که مقامات اداری پیش از تصمیم‌گیری درباره امری، جلسه تحقیق تشکیل می‌دهند تا از افکار و پیشنهادهای مردم به ویژه اشخاص ذی‌نفع استفاده شود و تصمیم‌گیری با نیازها و مطالبات عمومی سازگاری داشته باشد.^۲ این در حالی است که تحقیق اداری همان طور که پیش از این تعریف شد، فرآیندی است که مقامات اداری صلاحیت‌دار برای کشف حقیقت در زمان رخ دادن تخلف اداری اداره یا کارکنانش یا رخ دادن اختلال و نارسایی در خدمات‌رسانی عمومی انجام می‌دهند.

بنابراین، برخلاف آیین تحقیق یا استماع عمومی که جنبه پیشینی دارد، تحقیق اداری، جنبه پسینی دارد. آیین تحقیق عمومی قبل از تصمیم‌گیری اداری به کار می‌رود، اما تحقیق اداری معمولاً پس از بروز یک سوء رفتار اداری^۳ یا نارسایی در ارائه خدمات عمومی یا مدیریت عمومی. با وجود این، برخی صاحب‌نظران، همه تحقیقات پیشینی و پسینی را یکسان فرض کرده‌اند^۴ که به نظر می‌رسد چنین نباشد. از سوی دیگر، هدف این دو نوع تحقیق نیز متفاوت است. هدف آیین تحقیق عمومی، مشارکت دادن شهروندان از جمله اشخاص ذی‌نفع در فرآیند تصمیم‌گیری اداری بوده و بر اصل اطلاع‌همگانی استوار است، در حالی که هدف از تحقیقات اداری، کشف سوء رفتارها و نارسایی‌های اداری است. به عبارت دیگر، هدف تحقیق اداری، جمع‌آوری ادله و مدارک برای تصمیم‌گیری با هدف انتظام‌بخشی به امور اداری است.^۵

بند سوم: دادرسی اداری

در نظام حقوقی فرانسه که دوگانگی نظام قضایی پذیرفته شده و ساختار دادگاه‌ها به دو دسته دادگاه‌های عمومی زیرمجموعه قوه قضاییه و دادگاه‌های اداری زیرمجموعه قوه مجریه تقسیم می‌شود، حل و فصل اختلافات میان دستگاه‌های اداری و شهروندان را دادگاه‌های اداری انجام

1. Criminal Inquiry

۲. عباسی، بیژن، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۶۳.

3. Administrative misconducting

۴. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱)*، تهران: سمت، ۱۳۹۶، ص ۱۲۴.

5. Security, U. D., Civilian Human Resources, Washington: United States Coast Guard, 2020, p. 72

می‌دهند. در این حالت، تبیین مفهوم دادرسی اداری به راحتی صورت می‌گیرد و منظور از آن، آیین رسیدگی در دادگاه‌های اداری زیر مجموعه قوه مجریه است.^۱

در تعاریف ارائه شده، یک گروه، دادرسی اداری را همان دادرسی دیوان عدالت اداری می‌دانند و دیگری آن را ناظر به هر دعوایی علیه تصمیم‌های اداری تلقی کرده‌اند، اعم از این‌که این دعوا در مراجع شبه قضایی یا دیوان عدالت اداری رسیدگی شود. به دیگر سخن، دادرسی اداری، ناظر بر رسیدگی به دعاوی علیه اداره در مراجع شبه قضایی و دیوان عدالت اداری است. بنابراین، اگر دادرسی اداری را صرفاً به مفهوم دادرسی در دیوان عدالت اداری بدانیم، مشخص نیست دادرسی‌های صورت‌گرفته در مراجع شبه قضایی جزو کدام یک از دادرسی‌ها قرار می‌گیرد. اگر دادرسی اداری را به مفهوم دادرسی در دیوان و مراجع شبه قضایی بدانیم، لزوماً بایستی یک قانون آیین دادرسی هم بر آن حاکم باشد که در حال حاضر وجود ندارد.^۲

در اختلافاتی نظیر اختلافات اداری میان دولت و مردم، به علل و معاذیر گوناگون، چاره‌جویی برای رسیدگی مطلوب به آن‌ها در بیش‌تر کشورها به روش‌های متفاوت است. بر اساس تجربه‌های به دست آمده نیز قانون‌گذاران کشورها به این نتیجه رسیده‌اند که امکان نادیده انگاشتن دادگاه‌های اختصاصی اداری وجود ندارد. در نظام حقوقی ایران، دادگاه‌های اختصاصی اداری با وضع قوانین متعدد عادی مربوط به پیش یا پس از تصویب قانون اساسی، جدای از قوه قضاییه وجود دارد.^۳

آیین دادرسی اداری در نظام جمهوری اسلامی ایران، مانند دیگر نظام‌ها اصولاً در بستر حقوق عمومی شکل گرفته است. در عین حال، ورود مراجع قضایی به دعاوی مطرح علیه دولت و ارتباط دیوان عدالت اداری با دیوان عالی کشور، امر دادرسی اداری و حقوق ناشی از آن در این قبیل موارد، متأثر از حقوق خصوصی و آیین دادرسی عادی است. دادرسی اداری شکل‌گرفته در ایران در درون دستگاه‌های اجرایی متنوع است و هر یک از قواعد خاص خود پیروی می‌کند.^۴

۱. پرو، روزه، **نهادهای قضایی فرانسه**، ترجمه: شهرام ابراهیمی و همکاران، تهران: سلسبیل، ۱۳۸۴، ص ۴۲.

۲. استوارسنگری، کوروش، «**چیستی دادرسی اداری در ایران: دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۱۴۰.

۳. سوادکوهی فر، سام، «**تحلیلی از نظام دادرسی بر محور حقوق شهروندی**»، مجله دادرسی، شماره ۷۲، ۱۳۸۷، ص ۷.

۴. همان، ص ۱۸.

بند چهارم: مراجع شبه قضایی کیفری

دسته‌ای از مراجع اختصاصی اداری همانند دادگاه کیفری، تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی و دیگر تخلفات از قبیل تخلفات ساختمانی، گمرکی و تجاری را بررسی و در صورت وقوع تخلف، به کیفر یا تنبیه شخص متخلف به صورت‌های مختلف رأی می‌دهند. بخشی از این مراجع به تخلفات انضباطی، انتظامی و اداری مستخدمین و افراد صنفی در تخطی از انتظامات داخلی دستگاه‌های اجرایی و مجامع صنفی و رعایت نکردن نظم داخلی آن‌ها و تخلفات افراد جامعه که واجد عنوان جرم نیست، بلکه با تخطی از قوانین و مقررات آمره مرتبط با نقش دولت در جامعه مثل قیمت‌گذاری و نظارت بر توزیع کالاها باعث اخلال در نظم انجام برخی وظایف دولت و دستگاه‌های اجرایی می‌شوند، رسیدگی می‌کنند.^۱

تخلفات بنا بر ماهیت، از جرایم جدا و مستقل هستند. بسیاری از فعل و ترک فعل‌های کارمندان در رده‌های گوناگون صنفی، شغلی و رده‌های مختلف اداره‌های دولتی، در قالب کلی و عام جرایم نمی‌گنجد. در نتیجه، در مراجع عام قضایی قابلیت پی‌گیری ندارند. آن‌ها به طور عمده، به موقعیت شغلی و سازمانی اشخاص برمی‌گردند و برخاسته از شغل، رده، مقام و موقعیتی هستند که اشخاص بنا بر جایگاه شغلی و صنفی از آن‌ها برخوردارند.^۲ هیئت‌هایی مانند هیئت عالی انتظامی مالیاتی، هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، شعب بدوی و تجدید نظر سازمان تعزیرات حکومتی، موضوع آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی و کمیته انضباطی دانشجویان (۱۳۶۴) از مصادیق این نوع مراجع اختصاصی هستند.^۳

مراجع شبه قضایی کیفری از آیین دادرسی و تشریفاتی که دادگاه‌های عمومی به موجب قوانین آیین دادرسی در رسیدگی‌ها رعایت می‌کنند، تبعیت نمی‌کنند؛ چون آیین رسیدگی دادگاه‌های عمومی دادگستری، تشریفاتی پیچیده دارند که رعایت برخی از آن‌ها با اصولی هم‌چون اصل سرعت در رسیدگی به دعاوی مغایرت دارد که از ضرورت‌ها و فلسفه‌های تأسیس مراجع شبه قضایی کیفری است. آیین رسیدگی دادگاه‌های عمومی با ساختار آیین مراجع سازگار نیست و به آیین رسیدگی

۱. رستمی، ولی و دیگران، *دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران*، تهران: گرایش، ۱۳۸۸، ص ۵۸.

۲. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، دوره بیست و یکم، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص ۹۷.

۳. نجابت‌خواه، مرتضی و همکاران، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، *فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۷۷ و ۷۸، ۱۳۹۶، ص ۲۰۵.

خاص نیاز دارند. تدوین قانون آیین دادرسی ویژه رسیدگی‌های مراجع شبه قضایی کیفری، گامی بلند در راستای تحول قضایی، قضازدایی و توسعه کیفی مراجع شبه قضایی محسوب می‌شود که با تدوین این قانون و ایجاد رویه واحد رسیدگی، قطعاً حجم زیادی از پرونده‌های ارجاعی به دیوان عدالت اداری و دادگستری‌ها کاسته خواهد شد و سرعت رسیدگی هم افزایش می‌یابد.^۱

گفتار دوم: تحصیل دلیل در فرآیند دادرسی اداری

پیش از ورود به بحث حقوق شهود در فرآیند تحقیقات اداری، برای تبیین بهتر موضوع باید جایگاه و اهمیت شهود را در این فرآیند به طور مختصر بررسی کنیم. هم‌چنین ضرورت و چرایی شناسایی برخی از حقوق برای شهود و مطلعین در فرآیند تحقیقات اداری باید تحلیل شود.

بند اول: نابرابری طرفین دعوا در دادرسی اداری

امروزه حقوق دانان از قواعد و تشریفات مربوط به محدودیت‌های پذیرش ادله در دادرسی به صورت جدی انتقاد می‌کنند. بدیهی است اجرای عدالت و دستیابی به حقیقت بدون اعمال محدودیت‌های یادشده نیز قابل تحقق است، به طوری که بانک‌داران، فیزیک‌دانان، اقتصاددانان، آماردانان، محققان و بازرسان بدون اعمال قواعد و تشریفات مربوط به محدودیت‌های ادله به موفقیت‌های چشم‌گیر دست یافته‌اند.^۲ پیشرفت علوم و منابع اطلاعاتی نیز باعث شده است که حتی در آیین دادرسی مدنی، تحولی چشم‌گیر به سوی آزادی دلیل و تکیه بر اقرار دادرس رخ دهد.^۳ در دادرسی اداری، یکی از اصحاب دعوا، اداره است که به عنوان نماینده نفع عمومی و تحت نظارت مستقیم یا غیر مستقیم دولت، مطابق قانون برای تأمین نفع عمومی و حفظ نظم عمومی اقدام می‌کند و از قدرت عمومی برخوردار است. در بسیاری از دعاوی اداری هم‌چون تأمین اجتماعی، مهاجرت و استخدام، بسیاری از شهروندان، اطلاعات حقوقی دقیق یا توان مالی کافی برای شرکت

۱. فردوست، غلام‌رضا و همکاران، «دادرسی عادلانه در پرتو اصول اخلاقی در مراجع شبه قضایی»، مجله اخلاق زیستی، دوره یازدهم، شماره ۳۶، ۱۴۰۰، ص ۱۵.

۲. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴، ص ۱۱۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۹۲، ص ۲۵.

در دادرسی فنی و رسمی ندارند. در مقابل، اداره از امتیازهای قابل توجهی هم‌چون برخورداری از وکیلان و کارشناسان، دسترسی به اسناد و مدارک متعدد، صدور آیین‌نامه و بخش‌نامه و تحمیل تصمیم‌های آمرانه به اشخاص برخوردار است. دادرسی اداری باید به گونه‌ای پیش‌بینی شود که امکان تظلم‌خواهی شهروندان از اداره فراهم آید و اشخاص بتوانند بدون صرف هزینه‌های گزاف به احقاق حقوق خود بپردازند. از این رو، برای جبران برتری اداره در دادرسی اداری ضرورت دارد نقشی فعال برای دادرسی اداری پیش‌بینی شود تا اجرای عدالت و تظلم‌خواهی از اشخاص در دادرسی منصفانه محقق گردد.^۱

بند دوم: حدود اختیارات دادرسی اداری در امر تحقیق

دادرسی اداری می‌تواند در دو قالب رسیدگی به تخلفات یا رسیدگی به اختلافات انجام شود. در فرضی که دادرسی اداری در قالب رسیدگی به تخلفات (مانند رسیدگی به تخلفات اداری) انجام می‌گیرد، مرجع اداری رسیدگی‌کننده مانند یک مرجع کیفری عمل می‌کند؛ یعنی رسیدگی به تخلفات اداری مانند مراجع کیفری به عضو تحقیق ارجاع می‌گردد تا تمام ادله علیه کارمند متخلف را جمع‌آوری کند. در حالتی که دادرسی اداری، ترافعی است، چون نفع خصوصی مطرح است، وظیفه تحصیل دلیل بر عهده شاکی است که دعاوی مطرح‌شده در مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما از این جمله است.^۲

در دیوان عدالت اداری، بحث مشروعیت تحصیل دلیل در دو دسته از دعاوی مجزا مطرح می‌شود که در صلاحیت دیوان قرار دارد. نخست، دعوایی که برای احقاق حق شاکی خصوصی انجام می‌گیرد که در آن، شاکی علیه اداره دولتی به خواسته مطالبه حق خود، دعوا اقامه می‌کند. در این نوع دعاوی، طبق مواد ۱۷ و ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، وجود ذی‌نفع ضروری است و دلیل را هم او باید ارائه کند. بنابراین، تحصیل دلیل و ارائه دلیل بر عهده شاکی است. در ماده ۴۱ قانون یاد شده، این اختیار به شعبه رسیدگی‌کننده داده شده است که

۱. زارعی و محسن‌زاده، پیشین، ص ۸۴.

۲. قمری، اسماعیل، اکبر روایی و مسعود قاسمی، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۹، ص ۱۷۵.

«هرگونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد.» حال این پرسش مطرح می‌شود که انجام تحقیقات از سوی قاضی دیوان بر خلاف اصل بی‌طرفی نیست؟

در پاسخ می‌توان استدلال کرد در دعوایی که در دیوان عدالت اداری مطرح می‌گردد و نفع خصوصی مطرح است، مانند شکایت شخص خصوصی از یک اداره دولتی که از تصمیم آن، خسارت دیده است، قاضی اصولاً باید بی‌طرف باشد و تحصیل و ارائه دلیل، وظیفه شاکی است، اما در آن دسته از دعاوی که منفعت عمومی در آن غلبه دارد، باید قائل به تحصیل دلیل توسط دادرس شد. به هر حال، نمی‌توان کتمان کرد که دعاوی مطرح در دیوان با دعاوی مدنی و کیفری شباهت‌هایی دارند، ولی ویژگی مشترک تمام آن‌ها، همان نابرابری مردم و اداره است. بنابراین، دادرس باید نقش فعال داشته باشد.^۱

در نظام حقوقی ایران، در قوانین و مقررات مختلف، وظایف متعددی برای دادستان پیش‌بینی شده است. ملاحظاتی مانند «احیای حقوق عامه» و «نظارت در اجرای قوانین»، وجود چنین نهادی را در دعوای اداری به خصوص با توجه به نابرابری ذاتی میان دو طرف دعوا. فرد در برابر دولت. ضروری می‌سازد. نقش‌آفرینی این نهاد در مواردی چون رسیدگی به تصمیم‌های موردی دولت که ذی‌نفع خاص ندارد، رصد مصوبات دولتی و کنترل فعال آن‌ها، جرایم کشف‌شده هنگام دادرسی، کمک به قاضی برای انجام تحقیقات و تکمیل پرونده‌ها و پی‌گیری اجرای مطلوب احکام صادرشده بسیار بااهمیت است و در حال حاضر، خلأ این نهاد در نظام دادرسی ایران احساس می‌شود.^۲

در قانون دیوان، مقرراتی مستقل و ویژه برای ادله اثبات دعوا در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب پیش‌بینی نشده است و در عمل، دادرسان دیوان عدالت اداری از نظام ادله اثبات دعوا در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بهره می‌گیرند و با توجه به مقررات پیش‌بینی‌شده در این قانون، آرای خود را صادر می‌کنند. این در حالی است که نظام ادله قانونی شناسایی‌شده در دادرسی مدنی، موانع متعددی را برای احقاق حقوق اشخاص در دادرسی

۱. همان، ص ۱۷۶.

۲. نقش دادستان اداری در نظارت بر اداره، حفظ و احیای حقوق عامه، تدوین و تحقیق: مینا اکبری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ دوم، ۱۳۹۹، ص ۱۱۸.

اداری ایجاد می‌کند. به همین دلیل، ضروری است با پیش‌بینی مقررات مناسبی در مورد ادله اثبات دعوا، خلأ موجود در این زمینه برطرف شود. پیش‌بینی نظام آزاد ادله اثبات و پذیرش ادله منطقی و عقلایی در اقامه دادرسی اداری به طور منصفانه نقش مؤثر خواهد داشت.^۱

گفتار سوم: حقوق شهود در تحقیقات اداری

در این گفتار با رویکردی تطبیقی ضمن شناسایی برخی از مهم‌ترین مصادیق این حق‌ها به دنبال ارائه چارچوبی حقوقی هستیم که این حقوق و تضمین‌ها برای شهود و مطلعین در فرآیند تحقیقات اداری نیز قابل اعمال باشند.

بند اول: حق مواجهه نداشتن حضوری شاهد و طرف شکایت

یکی از تدبیرهای حمایتی که در راستای تأمین امنیت روانی و فیزیکی شهود و مطلعان در فرآیند تحقیقات کیفری شناسایی شده، حق مواجهه نداشتن حضوری شاهد و متهم است.^۲ بیش‌تر قوانین آیین دادرسی کیفری تصریح می‌کنند که از شهود و مطلعان باید به صورت انفرادی تحقیق کرد. نویسندگان فرانسوی معتقدند که استماع اظهارات این اشخاص به طور انفرادی، منطقی است و باید رعایت شود. در نظام حقوقی ایران لازم است که استماع شهادت شهود به طور مجزا و منفرد صورت گیرد، اما پلیس همیشه این دستور قانون‌گذار را رعایت نمی‌کند و به شرح مواد ۱۲۳ تا ۱۴۳ قانون آیین دادرسی کیفری، رعایت نشدن دستور قانون‌گذار، مورد ایراد مراجع قضایی اعم از دادسراها و دادگاه‌ها نیست. البته وجود این دوگانگی در سیاست و اجرا، نشانه نقص سیستم است.^۳ طبق تبصره ۳ آیین‌نامه اجرایی شهود و مطلعان (۱۳۹۴)، مواجهه حضوری اعم است از مواجهه حضوری به صورت حضور فیزیکی شاهد یا مطلع یا از طریق وسایل ارتباط از راه دور. در قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) نیز حق مواجهه نداشتن حضوری شهود و متهم در هر دو مرجع دادسرا و دادگاه به رسمیت شناخته و تدبیرهایی در راستای تضمین این حق اندیشیده شده است. در ماده ۲۰۷

۱. زارعی و محسن‌زاده، پیشین، ص ۷۹.

2. Hannibal, M., & Mountford, L., **Criminal litigation Handbook**, London: Oxford University Press, 2011, p. 12

۳. انصاری، ولی‌الله، **حقوق تحقیقات جنایی (مطالعه تطبیقی)**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸، ص ۲۲۸.

این قانون به صراحت آمده است: «بازپرس از هر یک از شهود و مطلعان، جداگانه و بدون حضور متهم تحقیق می‌کند». هم‌چنین در ماده ۳۲۷ همین قانون مقرر شده است: «دادگاه می‌تواند از شهود به طور انفرادی تحقیق نماید و برای عدم ارتباط شهود با یکدیگر و یا با متهم، اقدام لازم را انجام دهد...».

نکته اصلی درباره این ماده، بخش آخر آن است که بر اساس آن، دادگاه مکلف است اقداماتی را برای ارتباط نداشتن متهم با شهود به عمل آورد. بنابراین، قانون‌گذار در این ماده علاوه بر به رسمیت شناختن حق تحقیق به صورت جداگانه و محرمانه، به نوعی حمایت از شهود و مطلعان در برابر تهدیدهای متهم اشاره داشته و درصدد پیش‌گیری از آن بوده است. علاوه بر این، قانون‌گذار در ماده ۲۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری به غیر علنی بودن تحقیق و بازجویی از شهود و مطلعان در دادسرا اشاره کرده است. هم‌چنین بر اساس ماده ۲۱۴ همین قانون: «هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد یا مطلع و یا خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، بازپرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: الف) عدم مواجهه حضوری بین شاهد یا مطلع با شاکی یا متهم...».

در راستای تضمین حق مواجهه نداشتن حضوری شاهد و متهم، در قانون آیین دادرسی کیفری، برخی تدبیرهای حمایتی پیش‌بینی شده است. از جمله این تدبیرها می‌توان به حضور بازپرس و مقام تحقیق در محل اقامت شاهد یا مطلع (ماده ۲۱۶) و شهادت از طریق وسایل ارتباط از راه دور (ماده ۲۱۴) اشاره کرد.

در اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری، مقرره خاص و صریحی درباره الزام تحقیق از شهود و مطلعان بدون حضور متهم پیش‌بینی نشده است. با وجود این، از عبارت «تدبیرهای مناسب» که به صورت عام در ابتدای ماده ۶۸ اساس‌نامه بیان شده است، می‌توان لزوم در پیش گرفتن تدبیرهای حمایتی مناسب برای حفظ امنیت و سلامت شهود و مطلعین را برداشت کرد.^۱

اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری به حضور مقام تحقیق در محل اقامت شهود اشاره نکرده، اما درباره استماع شهادت شهود از طریق وسایل ارتباط از راه دور، در بند ۲ ماده ۶۸ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی چنین آمده است: «دادگاه ممکن است... اجازه دهد که ادای شهادت

۱. پرویزی فرد، آیت‌الله، «حمایت از شهود در قوانین کیفری و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص ۳۲.

از طریق وسایل الکترونیکی یا دیگر وسایل به منظور حمایت از شاهد انجام گیرد»^۱. همچنین در ماده ۸۷.۳ قواعد دادرسی و ادله دیوان نیز بیان شده است: «دادگاه بدوی ممکن است در مورد درخواستی که دریافت می‌دارد، دستور دهد... بایستی تدابیری در پیش گیرد یا خیر... (ج) شهادت توسط وسایل الکترونیکی یا سایر وسایل ادا شود و این تدبیرها شامل استفاده از تکنولوژی صوتی و تصویری مخصوصاً کنفرانس‌های ویدیویی و تلویزیون مداربسته و استفاده انحصاری از رسانه‌های صوتی و استفاده از ابزار و وسایلی است که باعث تغییر چهره می‌شوند...»^۲.

در دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری (بخش نامه شماره ۱۱/۴۷۷۸۴ مورخ ۱۳۷۸/۸/۲۹) و تبصره ۱ ماده ۲۷ بر این حق تصریح شده است. بر این اساس، «هیئت از هر یک از شهود و مطلعین به طور جداگانه و بدون حضور متهم تحقیق می‌نماید و اظهارات آنان در همان جلسه عیناً در صورت جلسه قید می‌شود».

بند دوم: حق سکوت و ممنوعیت اجبار و اکراه و اغفال در شهادت

یکی دیگر از حقوقی که برای شهود و مطلعین در فرآیند تحقیقات اداری و کیفری می‌توان در نظر گرفت، حق شهود بر سکوت و ممنوعیت اجبار و اکراه و اغفال وی به ادای شهادت است. اصل ۳۸ قانون اساسی، اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند را ممنوع کرده است و بیان می‌دارد که چنین شهادت و اقرار و سوگندی ارزش و اعتبار ندارد. در تحقیقات اداری نیز مقام تحقیق در صورت سکوت اختیار کردن شهود و مطلعین مکلف است حق سکوت آن‌ها را محترم بشمارد و حق اجبار به شهادت ندارد. قانون اساسی به طور مطلق حکم داده است که به مراجع قضایی اختصاص ندارد، بلکه هر نوع اجباری به شهادت، ممنوع و مستوجب مجازات است.

دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری این حق را به رسمیت شناخته و در تبصره ۲ ماده ۲۷ چنین بیان داشته است: «هیئت نمی‌تواند به زور، شاهد را وادار به ادای شهادت نماید و چنان چه شاهد یا مطلع از حضور بعد از احضار دوم یا اظهار در صورت حضور امتناع نماید، این مرحله از رسیدگی حذف می‌شود».

1. Williams, Katherine S, "Textbook on Criminology", New York, Oxford University Press, 2004, p.256.

۲. ابراهیم گل، علی‌رضا، «ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۶، ص ۱۹۵.

بند سوم: حق خودداری از امضای برگ تحقیق

یکی دیگر از حقوقی که به نظر می‌رسد باید برای شهود در نظر گرفت، آزاد بودن شهود در امضای برگه تحقیق و شهادت است. در قانون آیین دادرسی کیفری، تنها ماده ۲۱۲ آن به این حق اشاره کرده است: «اظهارات شهود و مطلعان در صورت مجلس قید می‌شود. سپس متن آن قرائت می‌گردد و به امضا یا اثر انگشت شاهد یا مطلع می‌رسد و چنان چه از امضا یا اثر انگشت امتناع یا از ادای شهادت خودداری ورزد یا قادر به انجام آن نباشد، مراتب در صورت مجلس قید می‌شود و تمام صفحات صورت مجلس به امضای بازپرس و منشی می‌رسد.

تبصره: بازپرس مکلف است از شاهد یا مطلع، علت امتناع از امضا یا اثر انگشت یا ادای شهادت را بپرسد و پاسخ را در صورت مجلس قید کند».

بر اساس مفاد این ماده می‌توان اظهار داشت که شاهد و مطلع حق دارد آن چه را شهادت داده است، امضا نکند یا اثر انگشت نزند. بنابراین، بازپرس، حق اجبار او را به امضا کردن یا اثر انگشت زدن ندارد. امتناع از امضای اوراق تحقیق برای شاهد و مطلع پذیرفته شده است، ولی قانون‌گذار در مورد ارزش صورت مجلس شهادت امضانشده صراحتی ندارد و صورت مجلسی که امضا نشده است، اصولاً صورت مجلس نیست. بنابراین، ضرورت داشت که قانون‌گذار، تکلیف را مشخص می‌کرد که اگر اظهارات شاهد و مطلع بدون امضا یا مهر یا اثر انگشت وی باشد، چه ارزشی خواهد داشت.

در خصوص حق خودداری شهود و مطلعین از امضای برگ تحقیق، بررسی اساس نامه و آیین دادرسی و ادله دیوان بین‌المللی کیفری نشان می‌دهد که مطلب صریحی در این زمینه وجود ندارد. البته دیوان هم در مواد ۶۸ و ۶۹ اساس نامه و هم در مواد ۶۸ و ۶۷ قواعد دادرسی و ادله دیوان، تمام تمهیدات لازم را برای ادای شهادت به شیوه‌های مختلف فراهم کرده است تا هویت او کاملاً مخفی بماند و هیچ‌گونه آسیب، خطر یا تهدیدی برایش رخ ندهد. می‌توان گفت با این تضمینات جامع، دلیلی برای خودداری شاهد از امضای برگ تحقیق باقی نمی‌ماند.

هم‌چنین در ماده ۷۴ آیین دادرسی و ادله به ویژه در بند ۵ این ماده، امکان بررسی این را فراهم آورده که شاهد ملزم به پاسخ‌گویی است یا نه. شعبه با بررسی جنبه‌های مختلف می‌تواند تعیین کند آیا شاهد، ملزم به ادای شهادت و پاسخ‌گویی در جریان رسیدگی است یا نه. مطابق این

بند نیز اگر هر گونه نگرانی بابت ادای شهادت از جانب شاهد وجود داشته باشد، شعبه می‌تواند امکان پاسخ نگفتن شاهد را بررسی کند. به طور خلاصه، می‌توان اظهار داشت که نبود مقرره خاصی در اسناد دیوان در ارتباط با حق خودداری از امضای برگ تحقیق توسط شاهد شاید به این مسئله برمی‌گردد که دیوان از قبل، پیش‌بینی رفع تمام موانع ادای یک شهادت ایمن را برای شاهد فراهم کرده است. پس اگر شاهد در چنین شرایطی ادای شهادت کند و شعبه قادر به تشخیص ادله خاص و قابل قبولی از جانب شاهد برای خودداری از امضای برگ تحقیق نباشد، دیگر حق خودداری از امضای این برگ را برای شاهد به رسمیت نمی‌شناسد.^۱

حق شهود مبنی بر خودداری از امضای صورت‌مجلس شهادت یا درج نکردن مشخصات هویتی خود در ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور (۱۳۹۸) نیز به رسمیت شناخته شده است. این ماده اشعار می‌دارد: «بازرس با احراز هویت و مشخصات شهود و مطلعان، موضوع شهادت و اطلاع و نیز زمان و مکان استماع آن را در صورت‌مجلس قید کرده و به امضای آنان می‌رساند. در صورت عدم تمایل ایشان به امضا یا درج هویت در صورت‌مجلس، بازرس، مراتب را گواهی و آن را امضا می‌نماید.»

بند چهارم: حق مخفی ماندن هویت و اسرار شهود

ادای شهادت همان‌طور که یکی از جلوه‌های مشارکت مدنی شهروندان در اجرای عدالت است و وظیفه شرعی و اجتماعی تلقی می‌شود، ممکن است اداکننده یا بستگان وی را آماج انتقام متهم یا هم‌دستانش قرار دهد.^۲ حضور در مراجع قضایی در زمان ادای شهادت، بهترین فرصت برای گروه بزه‌کار است تا با شناسایی شاهد و اطلاع از هویت او، در مقام انتقام‌گیری از وی برآیند یا با آسیب رساندن به او، مانع ارائه اظهارات شوند.^۳

1. Gautay Gupta, N., **Report on Protection of Witnesses**, New Dehli: National Law Institute University, 2001, p. 56

۲. مقدسی، محمدباقر و جواد یزدانی، «حقوق بزه‌دیدگان، شهود و مطلعان بیمار در فرآیند کیفری ایران»، نشریه حقوق پزشکی، دوره یازدهم، شماره ۴۲، ۱۳۹۶، ص ۱۲۰.

۳. امینی، زهرا و غلام‌حسین کوشکی، «بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۱۲۵.

حتی اگر مقامات قضایی و مسئولان حمایت از شهود، تمام تلاش خود را برای جلوگیری از مواجهه متهم با شاهد به کار گیرند، وقتی از اطلاعات هویتی شهود محافظت نشود، تمام تلاششان برای رویاروی نشدن متهم با شاهد بی‌فایده خواهد بود. بنابراین، یکی از اقدامات لازم برای پنهان‌سازی هویت شهود به منظور تأمین امنیت جسمانی آن‌ها، تلاش برای محفوظ ماندن اطلاعات هویتی شهود از دسترس دیگران در طول رسیدگی است. برای این منظور می‌توان از اقداماتی از قبیل استفاده از اسامی مستعار، تغییر هویت یا درج نشدن مشخصات هویتی در پرونده یا جلوگیری از دسترسی افراد به پرونده استفاده کرد.^۱

در این راستا یکی از مهم‌ترین حقوق مسلم شهود که باید همیشه در نظر قانون‌گذاران باشد، حق مخفی ماندن هویت این افراد در مواقع لزوم است. از این رو، در نظام‌های حقوقی باید همیشه تدبیرها و برنامه‌های حمایت امنیتی مناسب در راستای مخفی نگه داشتن هویت شهود اندیشیده شود. بیش‌تر حقوق‌دانان بین‌المللی نیز بر این اعتقادند که بهترین راه حمایت از شهود، سرّی بودن تحقیقات به ویژه در مرحله مقدماتی و تلاش برای افشا نشدن هویت آن‌هاست.^۲

در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است: «هرگاه بیم خطر جانی یا حیثیتی و یا ضرر مالی برای شاهد و مطلع و یا خانواده آنان وجود داشته باشد، اما استماع اظهارات آنان ضروری باشد، بازپرس به منظور حمایت از شاهد یا مطلع و با ذکر علت در پرونده، تدابیر زیر را اتخاذ می‌کند: ... ب) عدم افشای اطلاعات مربوط به هویت، مشخصات خانوادگی و محل سکونت یا فعالیت شاهد یا مطلع ...». مفهوم این بند آن است که گرفتن شهادت و استفاده از آن بدون ارائه هیچ‌گونه اطلاعاتی در مورد شاهد و به عبارت بهتر، گم‌نام ماندن شاهد امکان‌پذیر است و یکی از نوآوری‌های قانون آیین دادرسی کیفری جدید درباره حقوق شهود محسوب می‌شود. در همین راستا، آیین‌نامه اجرایی حمایت از شهود و مطلعان در ماده ۱۰ مقرر داشته است: «در مواردی که شهادت بدون افشای اطلاعات شاهد یا مطلع صورت می‌گیرد، مقام قضایی مکلف است شرایط

۱. غلام‌پور، مهدی و عباس تدین، «جلب شاهد از منظر حقوق ایران و اسناد بین‌المللی؛ از هست‌ها تا باید‌ها»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، شماره ۸، ۱۳۹۲، ص ۲۵.

۲. حبیب‌زاده، توکل و مجتبی جعفری، «قربانیان و شهود در جنایات بین‌المللی: از حق حمایت تا حق بیان»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵، ص ۶۳.

قانونی لازم برای ادای شهادت را در این مورد نیز احراز نماید». این مورد هم نشانه توجه قانون‌گذار به موضوع شهادت به صورت گم‌نام و لزوم فراهم کردن شرایط برای ادای چنین شهادتی در مواقع اضطرار است.

اجرای تدبیرهای حمایتی از شهود و مطلعان نباید به گونه‌ای باشد که باعث تضییع حقوق دفاعی متهم شود. در این راستا، تبصره ۲ ماده ۲۱۴ بیان می‌دارد: «ترتیبات فوق باید به نحوی صورت پذیرد که منافی حقوق دفاعی متهم نباشد». از این تبصره استنباط می‌شود که در حالت تعارض بین حقوق شاهد برای فاش نساختن هویت وی و حقوق دفاعی متهم مانند حق متهم بر جرح شهود باید حق متهم را مقدم دانست. به عبارت دیگر، در این شرایط، یا به شهادت شاهد به عنوان دلیل نباید استناد کرد یا در صورت استناد باید به متهم امکان دفاع در برابر اظهارات شاهد داده شود یا بازپرس، حقوق هر دو (شاهد و متهم) را در نظر بگیرد تا دادرسی جنبه غیر عادلانه به خود نگیرد.^۱

یکی دیگر از تدبیرهای تضمین‌کننده حق مخفی ماندن هویت و اسرار شهود در فرآیند مشارکت در تحقیقات کیفری، شهادت با اسم مستعار است. در قانون آیین دادرسی کیفری به شهادت با اسم مستعار توجه نشده است. بر اساس تبصره ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور (۱۳۹۸): «افشای اطلاعات مربوط به مشخصات شهود و مطلعان و محل سکونت یا اشتغال آن‌ها ممنوع است، مگر به درخواست مرجع قضایی و اعلام مراتب به آن مرجع». این حق در یک مقررۀ اداری پیش‌بینی شده و از نظر نظام سلسله‌مراتب قواعد^۲ در مرتبه‌ای پایین‌تر از قوانین اساسی و عادی قرار دارد. با این حال، با استناد به قوانین بالادستی از جمله مقررات قانون آیین دادرسی کیفری می‌توان حق مخفی ماندن اطلاعات هویتی شهود و مطلعان در فرآیند تحقیقات کیفری را شناسایی کرد.

با آن‌که در نظام حقوقی ایران در مراجع کیفری، دلایل از نظر حقوقی ارزیابی می‌شود و مدافعات شاکی، متهم و وکلای طرفین دریافت می‌گردد، اما در مراجع شبه‌کیفری، رویه‌ای متفاوت حاکم

۱. جزایری، عباس و ویلا سلیمانی، «حق سکوت گواه در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، دومین همایش ملی علوم انسانی، ۱۳۹۶، ص ۲۶.

است. برای نمونه، قانون‌گزینش، مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۶ در ماده ۱۵ بر صدور رأی بر مبنای تحصیل دلیل صحیح تأکید کرده است: «صدور رأی در گزینش افراد با شرایط عمومی یا انتخاب اصلح تابع نظر اکثریت اعضا بوده و بر مبنای اقرار یا بینه به شرط عدم تعارض یا شیاع مفید اطمینان یا قراین و امارات موجب اطمینان که حداقل با انجام تحقیق از منابع موثق و طبق موازین شرعی احراز می‌گردد. سایر مراحل طبق دستورالعمل هیئت عالی گزینش خواهد بود».

هیئت عالی گزینش، دستورالعمل و ضوابط و معیارهای حاکم بر گزینش را در بخش‌نامه شماره ۱۳۸۷/۵/۲۶ خ م ب مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۶ در سه فصل به هیئت‌های گزینش ابلاغ کرده است. در شقوق ۱۴ و ۲۱ از بند «د» این دستورالعمل، حفظ هویت گواه، الزامی است و رعایت نشدن آن به موجب ماده ۲۱، مصداق نقض آشکار اصل شفافیت‌سازی، اصل تناظر ادله و اصل تساوی سلاح‌ها در دفاع است. چنین نقضی اجازه می‌دهد فردی به عنوان منبع، اما در واقع به عنوان گواه و شاهد بدون دارا بودن شرایط اساسی برای ادای شهادت و بدون تفهیم هویت شاهد و مفاد گواهی، هر مطلب کذب و بدون دلیلی را علیه متهم مطرح کند و متهم هیچ پناه و دفاعی نداشته باشد. این ماده که در راستای حمایت از شهود تصویب گردیده، بدون تعیین حدود و مرز مشخصی به تمام موارد تعمیم داده شده است.

بند پنجم: حق استنکاف از اتیان سوگند

در تدوین و تصویب قوانین، به طور معمول فرض بر آن نهاده شده است که شاهد طوعاً حضور پیدا می‌کند و مآلاً اتیان سوگند و ادای شهادت انجام خواهد شد. پس اگر از حضور نزد مقام تحقیق خودداری ورزد، امکان جلب وی وجود دارد. با این حال، توجه داشت که در ایران بنا بر اصل سی و هشتم قانون اساسی، اگر چه امکان جلب و احضار گواهان از سوی مقام قضایی میسر است، پس از آن و در صورت امتناع شاهد از بیان مطالب، امکان لزوم و الزام او به ادای گواهی وجود نخواهد داشت.^۱

ماده ۳۲۳ قانون آیین دادرسی کیفری در مورد سوگند یاد کردن شاهد قبل از ادای شهادت بیان می‌دارد: «شاهد پیش از ادای شهادت باید به شرح زیر سوگند یاد کند: به خداوند متعال سوگند یاد می‌کنم که جز به راستی چیزی نگویم و تمام واقعیت را بیان کنم».

۱. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۷۹، ص ۹۶.

تبصره: در مواردی که احقاق حق متوقف بر شهادت باشد و شاهد از اتیان سوگند خودداری کند، بدون سوگند، شهادت وی استماع می‌شود و در مورد مطلع، اظهارات وی برای اطلاع بیش‌تر استماع می‌شود».

مفاد این ماده نشان می‌دهد که شاهد باید پیش از شهادت و با واژگانی مشخص سوگند یاد کند و اشاره‌ای صریح در متن اصلی ماده به حق استنکاف از بیان سوگند توسط شاهد به میان نیامده و به رسمیت شناخته نشده است. به عبارتی، به نوعی ملاک رسمیت یافتن شهادت، اتیان سوگند توسط شاهد در نظر گرفته شده است. تبصره ماده نشان می‌دهد که نمی‌توان شاهد را به سوگند قبل از شهادت مجبور کرد و اگر شاهد از این کار سر باز بزند، شهادت او هم‌چنان شنیده می‌شود. از این رو، به طور غیر مستقیم می‌توان حق شاهد برای استنکاف از اتیان سوگند را استنباط کرد.

در بند اول ماده ۶۹ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری به صراحت آمده است که «هر شاهد قبل از ادای شهادت باید مطابق آیین دادرسی و ادله در خصوص واقعیت داشتن گواهی خود سوگند یاد کند». هم‌چنین بند یک ماده ۶۶ آیین دادرسی و ادله مقرر می‌دارد هر شاهدی مطابق بند ۱ ماده ۶۹ اساس‌نامه قبل از ادای شهادت تعهد رسمی زیر را به عهده می‌گیرد: «من رسماً اعلام می‌دارم که حقیقت را بگویم، تمام حقیقت و نه چیز دیگر جز حقیقت». مطابق بند ۲ همین ماده به جز افراد زیر ۱۸ سال و افرادی که به نظر شعبه، ماهیت تعهد رسمی را نمی‌فهمند، تمامی شهود حاضر در دیوان باید این تعهد کتبی را به موازات اتیان سوگند خود بپذیرند که تأکیدی است بر الزام به اتیان سوگند و پذیرش تعهد کتبی توسط شاهد در خصوص محتوا و موضوع شهادت خود.

این گونه به نظر می‌رسد که چهره تکلیفی ادای شهادت در برخی نظام‌های دادرسی کیفری داخلی و نزد دیوان کیفری بین‌المللی بر حقوق اولیه فردی و اجتماعی گواه برتری و ارجحیت یافته است. از این رو، او مکلف است بنا بر تشخیص مقام قضایی نسبت به حضور، اتیان سوگند و ادای گواهی نزد مراجع قضایی صلاحیت‌دار اقدام کند. شاید بتوان این الزام را با توجه به این‌که قانون‌گذار، مستنکف از آن را صرفاً مستحق و محکوم مبلغی جزای نقدی دانسته است، تا حدودی تعدیل و توجیه کرد.^۱

۱. زارعی، عباس، «بررسی تطبیقی تحقیقات مقدماتی در حقوق داخلی و اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۸۹، ص ۱۹.

نتیجه‌گیری

تحقیق اداری، فرآیندی است که مقامات اداری که از نظر قانونی صلاحیت دارند، آن را در موارد خاصی برای کشف حقیقت انجام می‌دهند. تحقیق اداری زمانی صورت می‌گیرد که اداره یا کارکنانش تخلف اداری انجام داده باشند یا در خدمات‌رسانی عمومی، اختلال و نارسایی رخ داده باشد. یکی از راه‌های دستیابی به حقایق و جمع‌آوری دلایل، استماع شهادت شهود و کسب اطلاع از مطلعین است. چون کشف نارسایی‌ها و تخلفات اداری و سوء مدیریت در اداره عمومی اهمیتی فوق‌العاده دارد، استفاده از شهود و مطلعین برای دریافت اطلاعات اهمیت می‌یابد. با توجه به رابطه نابرابر شهروندان و اداره، نهادهای اداری یا مقامات اداری ممکن است با سوء استفاده از اختیارات و دست برتر خود، از مشارکت شهروندان در فرآیند تحقیقات و بازرسی‌های اداری برای کشف حقایق جلوگیری یا مشارکت‌کنندگان در این امر را تهدید کنند یا آزار بدهند. از این رو، پیش‌بینی حقوق و تضمین‌هایی برای شهود و مطلعین یا دیگر شهروندان با هدف مشارکت در فرآیند تحقیقات و بازرسی‌های اداری که هدف نهایی آن‌ها، کشف سوء مدیریت‌ها در اداره عمومی جامعه است، ضرورت می‌یابد.

در قوانین و مقررات اداری به جز در چند مورد، مقرره خاصی برای حمایت از شهود و مطلعین و دیگر افرادی پیش‌بینی نشده است که قصد مشارکت در فرآیند تحقیقات و بازرسی‌های اداری و ارائه اطلاعات علیه اداره یا مقامات اداری را دارند. با وجود این، در قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه‌های اجرایی آن و اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری، مقرراتی نسبتاً مفصل و مناسب با هدف حمایت از شهود و مطلعین برای مشارکت در تحقیقات پیش‌بینی شده است.

چون هدف تحقیقات اداری و کیفری، کشف حقیقت است، می‌توان از این مقررات در فرآیند تحقیقات اداری نیز استفاده کرد. افزون بر این، در پیش‌گرفتن تدبیرهای حمایتی و پیش‌بینی این حقوق برای شهود در فرآیند تحقیقات اداری اهمیت بیش‌تری دارد؛ زیرا از یک سو، کشف نارسایی‌ها و تخلفات اداری و سوء مدیریت‌ها در اداره عمومی با اهمیت است، به حدی که می‌توان گفت گاهی کشف یک نارسایی اداری یا سوء مدیریت از کشف یک جرم عادی بیش‌تر مهم است؛ زیرا منافع عمومی به خطر می‌افتد. از سوی دیگر، رابطه اداره و شهروندان کاملاً نابرابر است و احتمال این‌که اداره و مقامات اداری به واسطه امتیازات و قدرت لابی‌گری خود، حقوق شهود و مطلعین را تضییع

کنند، بیش‌تر از زمانی است که دو طرف یک پرونده کیفری، دو فرد عادی هستند. بنابراین، مقامات مسئول تحقیقات اداری و نهادهای متولی بازرسی اداری مکلفند با تفسیر موسّع قوانین حمایتی از شهود و مطلعین از جمله مقررات قانون آیین دادرسی کیفری، آن‌ها را نسبت به شهود و مطلعین و دیگر شهروندانی اعمال کنند که به ارائه اطلاعات علیه اداره و مقامات اداری می‌پردازند و در فرآیند تحقیقات اداری مشارکت می‌کنند.

در همین راستا، پیشنهاد می‌شود که در قدم اول، مجلس شورای اسلامی و در مرتبه بعدی، مراجع صالح وضع مقررات با الگوبرداری از تدبیرها و تضمین‌های حمایتی مقرر در قانون آیین دادرسی کیفری و هم‌چنین اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری، چارچوب قانونی و الزام‌آوری را برای رعایت این حقوق در فرآیند تحقیقات و بازرسی‌های اداری برای شهود و مطلعین و دیگر شهروندانی فراهم کنند که در تحقیقات اداری مشارکت می‌کنند. هم‌چنین انتظار می‌رود مقامات مسئول تحقیق و بازرسی اداری و افزون بر این قضات اداری نیز به این مهم توجه کنند و با احترام و رعایت این حقوق و تضمین‌ها، زمینه مشارکت هر چه بیش‌تر شهروندان در تحقیقات و بازرسی‌های اداری را فراهم آورند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، ولی‌الله، حقوق تحقیقات جنایی (مطالعه تطبیقی)، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۸.
۲. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری (جلد ۲)، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۳. آشوری، محمد، آیین دادرسی کیفری، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
۴. پرو، روزه، نهاد‌های قضایی فرانسه، ترجمه: شهرام ابراهیمی و همکاران، تهران: سلسبیل، ۱۳۸۴.
۵. خزایی، منوچهر، فرآیند کیفری، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۶. رستمی، ولی و دیگران، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: گرایش، ۱۳۸۸.
۷. عباسی، بیژن، حقوق اداری تطبیقی، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۸. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۹۲.
۹. محسن‌زاده، آرزیتا، ویژگی‌های رژیم حقوقی حاکم بر ادله اثبات دعوا در دعاوی اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۰. نقش دادستان اداری در نظارت بر اداره، حفظ و احیای حقوق عامه، تدوین و تحقیق: مینا اکبری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ دوم، ۱۳۹۹.
۱۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱)، تهران: سمت، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. ابراهیم‌گل، علی‌رضا، «ابعاد شهادت در رسیدگی‌های کیفری بین‌المللی»، مجله حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۶.
۲. استوارسنگری، کوروش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره»،

- فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۳. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره بیست و یکم، شماره ۲، ۱۳۸۳.
۴. امینی، زهرا و غلام حسین کوشکی، «بررسی تطبیقی حمایت از شهود در قانون آیین دادرسی کیفری ایران و منشور شهود انگلستان»، پژوهش حقوق کیفری، دوره ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.
۵. پژوهی، پویا و شمس ناتری، محمد، «آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری - قضایی رسیدگی به جرایم از دیدگاه حقوق اداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱، ص ۴۲.
۶. جزایری، عباس و لیلیا سلیمانی، «حق سکوت گواه در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، دومین همایش ملی علوم انسانی، ۱۳۹۶.
۷. حبیب‌زاده، توکل و مجتبی جعفری، «قربانیان و شهود در جنایات بین‌المللی: از حق حمایت تا حق بیان»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۴، ۱۳۸۵.
۸. خسروی، احمد و ولی رستمی، «الگوی مناسب برای تدوین قانون آیین دادرسی اداری در ایران و ضرورت آن: نظام فرانسوی یا انگلیسی؟»، مجله پژوهش حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۲، ۱۳۹۲.
۹. زارعی، محمدحسین و آرزیتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴.
۱۰. سوادکوهی فر، سام، «تحلیلی از نظام دادرسی بر محور حقوق شهروندی»، مجله دادرسی، شماره ۷۲، ۱۳۸۷.
۱۱. غلام‌پور، مهدی و عباس تدین، «جلب شاهد از منظر حقوق ایران و اسناد بین‌المللی: از هست‌ها تا باید‌ها»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، شماره ۸، ۱۳۹۲.
۱۲. فردوست، غلام‌رضا و همکاران، «دادرسی عادلانه در پرتو اصول اخلاقی در مراجع شبه قضایی»، مجله اخلاق زیستی، دوره یازدهم، شماره ۳۶، ۱۴۰۰.

۱۳. قمری، اسماعیل، اکبر روایی و مسعود قاسمی، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۹.
۱۴. مقدسی، محمدباقر و جواد یزدانی، «حقوق بزه‌دیدگان، شهود و مطلعان بیمار در فرآیند کیفری ایران»، نشریه حقوق پزشکی، دوره یازدهم، شماره ۴۲، ۱۳۹۶.
۱۵. نجابت خواه، مرتضی و همکاران، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، ۱۳۹۶.

ج) پایان‌نامه

۱. پرویزی فرد، آیت‌الله، «حمایت از شهود در قوانین کیفری و اسناد بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۲. زارعی، عباس، «بررسی تطبیقی تحقیقات مقدماتی در حقوق داخلی و اساس‌نامه دیوان بین‌المللی کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، ۱۳۸۹.

2. Latin Source

1. University, N. S., Administrative Investigations, North Carolina: NC State University, 2020.
2. Australia, O. W., Guidelines conducting administrative investigations, Sydney: Ombudsman Western Australia, 2009.
3. Security, U. D., Civilian Human Resources, Washington: United States Coast Guard, 2020.
4. Hannibal, M., & Mountford, L., "Criminal litigation Handbook", London: Oxford University Press, 2011.
5. Gautay Gupta, N., Report on Protection of Witnesses, New Dehli: National Law Institute University, 2001.
6. Williams, Katherine S, "Textbook on Criminology", New York, Oxford University Press, 2004, p.256.

تحلیل و نقد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره ابطال مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا

محمد رضا ویژه^۱

جواد یحیی زاده^۲

چکیده

نظارت قضایی بر اعمال اداری، از موضوعات بنیادی در حقوق عمومی مدرن است. بر این اساس، هر مقام یا نهادی که عمل اداری انجام دهد، می‌تواند و باید تحت مهم‌ترین نوع نظارت یعنی نظارت قضایی قرار گیرد. فراتر از مبانی نظری امکان یا امتناع رسیدگی دیوان عدالت اداری به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا در ایران، رأی اخیر هیئت عمومی راجع به الزام در تزریق واکسن کرونا برای کارمندان، از نظر فهم عملکرد دیوان در مورد صلاحیت داشتن یا نداشتن در این خصوص، اهمیتی ویژه دارد. از این رو، پرسش اصلی مقاله حاضر آن است که آیا دیوان عدالت اداری، خود را در رسیدگی به شکایات از مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا، صالح می‌داند یا خیر؟

دقت در رأی اخیر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد که این هیأت به طور رسمی، مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا را قابل ابطال نمی‌داند، ولی در عمل، امکان ابطال مصوبات این نهاد را پذیرفته است. ضعف در استدلال حقوقی این رأی به ویژه استناد نکردن به اصول کلی حقوق اداری، آن را قابل نقد می‌سازد.

واژگان کلیدی: ابطال مصوبات، ستاد ملی کرونا، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، واکسن الزامی.

۱. دانشیار حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران. mrezavijeh@atu.ac.ir

۲. پژوهشگر دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده

مسئول). javad.yahyazadeh@atu.ac.ir

مقدمه

«نظارت قضایی»^۱ در مقام مهم‌ترین نوع نظارت بر اعمال حکومت، به‌ویژه در دهه‌های اخیر اهمیتی برجسته یافته است، چنان‌که به باور برخی صاحب‌نظران، نظارت قضایی، نوعی «سازوکار خود-تثبیت‌کننده مبتنی بر قانون اساسی»^۲ است.^۳ از همین روست که ادوارد لامبر^۴ در کتاب مشهور خویش، حکومت قضات و مبارزه علیه قانون‌گذاری اجتماعی در ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۲۱ و هرشل^۵ از «حکومت قضات»^۶ سخن به میان می‌آورند؛ گرایشی جهانی که به باور آنان، مسلماً یکی از مهم‌ترین تحولات در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن بیست و یکم بوده است.^۷

روشن است که نظارت قضایی به کنترل و نظارت بر اقدامات قوه مجریه در معنای مضیق آن به عنوان یکی از قوای حکومت محدود نمی‌شود و به معنی بررسی دقیق تصمیم‌ها و اقدامات عمومی، از سوی دادگاه‌ها با هدف نظارت بر رعایت اصول و قواعد حقوقی است.^۸ در ضمن، اداره در این جا، در «مضیق‌ترین مفهوم»، به معنای تمامی فعالیت‌های حکومت به استثنای عمل تقنینی محض توسط قوه مقننه و عمل قضایی محض به وسیله دادگاه‌هاست.^۹ افزون بر آن، می‌توان مدعی شد نظارت قضایی به منظور تحقق غایت دولت حقوقی «یعنی حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و تضمین مؤثر آن‌ها»^{۱۰} پا به عرصه وجود نهاد. پس پذیرش موجودیت دولت از جانب شهروندان به

1. Judicial Review

2. Self-Stabilizing Constitutional Mechanism

3. See: Delaney, E, F, Dixon, R, **COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018

4. Édouard Lambert

5. Ran Hirschl

6. Juristocracy

7. See: Ran, Hirschl, **Towards Juristocracy, the Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, HARVARD, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2004, pp.1-5

۸. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱)**، تهران: سمت، ۱۳۹۶، ص ۴۹۹.

۹. همان، ج ۱، ص ۸۳.

۱۰. ویژه، محمدرضا، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، ص ۳۷۳.

خصوصاً از منظر حقوق عمومی مدرن، لزوماً و عموماً حق وضع هر گونه هنجار الزام‌آور و تمشیت امور به هر روش و وسیله‌ای توسط آن را توجیه نمی‌کند.^{۱۹}

در این میان، همه‌گیری کرونا و پی‌آمدهای آن، دکترین «شرایط اضطراری»^{۲۰} و در نتیجه، محدودسازی حق‌ها و آزادی‌ها با تمسک به آن را برجسته ساخت. نظم و نظام مبتنی بر قانون اساسی در ایران نیز از تأملات حقوقی مناقشه‌انگیز در این خصوص مصون نماند. تأسیس «ستاد ملی مقابله با کرونا» در اواخر سال ۱۳۹۸ و تصمیم‌ها و مصوبات آن ستاد، موضوع امکان‌سنجی نظارت، به طور خاص، نظارت قضایی و به طور اخص، نظارت دیوان عدالت اداری بر آن را نمایان ساخت.

این پرسش که آیا دیوان عدالت اداری می‌تواند به شکایت از تصمیم‌ها و مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا رسیدگی کند، تا چندی پیش صرفاً از حیث نظری و موجه‌سازی قانونی قابل پاسخ گفتن بود و اندیشمندان حقوق عمومی در ایران، مبتنی بر دیدگاه‌های گونه‌گون به این پرسش، پاسخ نظری محض می‌دادند. می‌توان مدعی شد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۶ در شکایتی با خواسته ابطال بند ۳ بخش‌نامه شماره ت هم/م/۲۹۲۲۲۸/۷/۱۴۰۰ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت، نخستین رأی قضایی صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از شیوع همه‌گیری کروناست و پاسخی عملی به پرسش یادشده. این رأی از این نظر اهمیت دارد که با تدقیق در آن می‌توان موضع عملی دیوان عدالت اداری را در شناسایی صلاحیت داشتن یا نداشتن خود در رسیدگی به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا یافت.

بر همین اساس، هدف اصلی مقاله پیش رو با تأکید بر تحلیل و نقد رأی اخیر هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، امکان‌سنجی صلاحیت این دیوان در رسیدگی به شکایات علیه مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا در عمل و فراتر از نظریه است. به لحاظ پیشینه و ادبیات مقاله حاضر، از حیث

۱. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۶، ۱۴۰۰، ص ۱۴۰.

۲. همچنین به‌منظور آگاهی از برداشت‌های جدید راجع به مفهوم حق، نک: یحیی‌زاده، جواد و فرهادیان، علی، «امکان یا امتناع حق بر ناحقی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۲، ۱۴۰۲، صص ۲۲۱-۲۶۴.

نظری^۱ پژوهش‌های قابل تأملی صورت گرفته، ولی تبیین این موضوع با تأکید بر آرای صادرشده از دیوان عدالت اداری و در قالب عملی صورت نگرفته است. از این رو، مقاله حاضر، واجد وصف نوآوری است و تدقیق در موضوع مورد بحث، ناگزیر و ناگزیر می‌نماید.

گفتار نخست: مبانی نظری و منابع حقوقی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا

پیش از تحلیل و نقد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص شناسایی صلاحیت داشتن یا نداشتن خود در رسیدگی به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا لازم است از حیث نظری و به‌ویژه با دیدگاه‌های دکترین در این خصوص آشنا شویم. سپس با تحلیل رأی اخیر هیئت عمومی، امکان یا امتناع این موضوع را از نظر عملی تبیین خواهیم کرد. پرسش مهم در این جا آن است که آیا مبتنی بر مبانی و منابع حقوقی، امکان شکایت از مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا در دیوان عدالت اداری وجود دارد یا نه؟ برای پاسخ به این پرسش، نخست لازم است به صورت اجمالی، «ماهیت حقوقی» ستاد ملی مقابله با کرونا را تبیین و متکی بر آن، امکان یا امتناع صلاحیت دیوان در رسیدگی به مصوبات این ستاد را موجه‌سازی کنیم.^۲

۱. برای نمونه، نک: نجارزاده هنجی، مجید، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران؛ در جست‌وجوی اداره صلاحیت‌دار»، حقوق اداری، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، صص ۲۲۵-۲۴۵؛ هداوند، مهدی، «سخنرانی علمی با عنوان «اداره دوفاکتو؟ با نگاهی به ماهیت، صلاحیت و اعتبار تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا و نظارت‌پذیری قضایی آن» در گروه مجازی انجمن حقوق اداری استان اصفهان»، ۱۳۹۹، t.me/dr_hadavand، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴؛ سیمایی صراف، حسین، «هنجارهای حقوقی / فقهی کرونایی؛ مبانی مشروعیت هنجارها و خاستگاه قانونی هنجارسازان»، تحقیقات حقوقی، شماره پیاپی ۸۹، ۱۳۹۹، صص ۱۶۳-۱۸۰؛ آقابابایی، حسین، «مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره پیاپی ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص ۱-۳۱؛ یحیی‌زاده، جواد، علی‌فرهادیان و زین‌العابدین خدمتی، «آموزه اضطرارگرایی و نقش آن در مدیریت بحران‌های کرونایی با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات مدیریت دولتی ایران، شماره پیاپی ۱۵، ۱۴۰۱؛ آقابایی طوق، مسلم، «بایسته‌های حقوق اساسی مدیریت وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر کووید ۱۹»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۷۶۷-۷۹۳.

۲. ناگفته پیداست که این رأی از جنبه‌های تکنیکی گوناگونی در حقوق اداری قابل تحلیل و نقد است. با این حال، آن چه در این مقاله و متناسب با اهداف آن تبیین می‌شود، صرفاً تأثیر آن در شناسایی یا عدم شناسایی صلاحیت دیوان در رسیدگی به مصوبات ستاد ملی کروناست.

نخستین مورد کرونا در ایران، بر اساس اعلام رسمی، در تاریخ ۳۰ بهمن ۱۳۹۸ شناسایی شد.^۱ از همان روزهای نخست، بی‌نظمی و آشفتگی در «صلاحیت»^۲ و بازاندیشی در چگونگی «تنظیم‌گری حقوقی»^۳ در «شرایط اضطراری»^۴ از قبیل همه‌گیری کرونا آشکارا نمایان بود.^۵ با وقوع و تشدید ویروس کرونا، سه فرض راجع به تنظیم‌گری حقوقی در شرایط اضطراری در نظم و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران شناسایی شد؛ در فرض نخست، این موضوع، مصداق بارز شرایط اضطراری در «اصل ۷۹ قانون اساسی» است و «دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی، موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید».^۶ فرض دوم، تلقی همه‌گیری کرونا به مثابه بحران و موجه‌سازی حقوقی آن طبق «قانون مدیریت بحران»، مصوب ۱۳۹۸ و فرض سوم، امنیتی قلمدادسازی همه‌گیری کرونا در ایران و شناسایی آن ذیل «اصل ۱۷۶ قانون اساسی» و موجه‌سازی صلاحیت شورای عالی امنیت ملی در تمسیت آن است.^۷

فرض حقوقی که در عمل اجرا شد، تشکیل «ستاد ملی مقابله با کرونا» در اسفند ۱۳۹۸ به دست «شورای عالی امنیت ملی» بود. همین مسئله، صلاحیت دیوان عدالت اداری را در رسیدگی به شکایت از مصوبات نهاد تأسیس شده توسط شورای عالی امنیت ملی به امری مناقشه‌انگیز بدل ساخت. در توضیح این نکته باید گفت که ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و به‌ویژه

۱. قابل دسترس در: www.mehrnews.com/news/4872925.

2. Competency

3. Legal Regulation

4. Emergency State

۵. برای آگاهی از شفافیت و تأثیر آن بر صلاحیت و تنظیم‌گری حقوقی نک: هداوند، مهدی و جواد یحیی‌زاده، «شفافیت اداره و مبانی و منابع موجه‌ساز تحدید آن (مطالعه موردی: قانون «دولت زیر نور خورشید» ایالات متحده امریکا)»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، صص ۱۶۹-۱۹۰.

۶. فرضی که به باور نویسندگان این مقاله، قانونی‌ترین و نیز خردمندانه‌ترین فرض در تنظیم‌گری حقوقی شرایط اضطراری در نظام حقوقی معاصر در ایران است.

۷. فرضی غریب که با وظایف شناسایی شده برای این شورا از جانب قانون‌گذار اساسی که در اصل ۱۷۶ تصریح شده است، هم‌خوانی و سنخیتی ندارد.

۸. برای آگاهی بیش‌تر نک: نجارزاده هنجنی، پیشین، صص ۲۲۵-۲۴۵.

تبصره آن مقرر می‌دارد: «حدود صلاحیت و وظایف هیئت عمومی دیوان به شرح زیر است:

«رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود.

تبصره: «رسیدگی به تصمیمات قضایی قوه قضاییه و صرفاً آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه و مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای عالی امنیت ملی از شمول این ماده خارج است»^۱.

بر فرض امنیتی تلقی کردن همه‌گیری کرونا در ایران و پذیرش صلاحیت شورای عالی امنیت ملی در خصوص تمشیت مسائل امنیتی و حتی تأسیس نهادی با مصوبات لازم‌الاجرا به منظور مقابله با آن،^۲ این پرسش مقدّر قابل طرح است که آیا امکان «نظارت قضایی» بر مصوبات این ستاد از سوی دیوان عدالت اداری وجود دارد؟

دو دیدگاه در این خصوص مطرح نظر قرار می‌گیرد: نخست آن‌که طبق تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و البته با رویکردی «پوزیتیویستی»، نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای عالی امنیت ملی ممنوع می‌نماید. در واقع، قانون‌گذار عادی طبق تبصره یادشده، این شورا را از اعمال نظارت قضایی دیوان عدالت اداری مستثنا انگاشته است. البته می‌توان چنین ادعا کرد که طبق ذیل تبصره و با تأکید بر عبارت «مصوبات و تصمیمات»، صرفاً «تصمیمات نوعی» ستاد ملی مقابله با کرونا از رسیدگی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مستثنی شده است و «تصمیمات موردی» هم‌چنان در شعب دیوان قابل رسیدگی هستند. حتی اگر فرض شود که شعب دیوان عدالت اداری هم صلاحیت رسیدگی به چنین تصمیم‌هایی را ندارند، صلاحیت

۱. گفتنی است بنابر اصلاحات جدید در قانون دیوان عدالت اداری (۱۴۰۲)، دو نهاد «شورای عالی انقلاب فرهنگی» و «شورای عالی فضای مجازی» نیز به نهادهای نظارت‌ناپذیر در این قانون اضافه گردیدند.

۲. بدیهی است افزون بر این‌که اصل این فرض که با وجود تعبیه اصل ۷۹ از جانب قانون‌گذار اساسی و نیز شناسایی قانون مدیریت بحران به دست قانون‌گذار عادی بتوان به اصل ۱۷۶ قانون اساسی تمسک جست، اساساً مناقشه‌انگیز است، فرض صلاحیت شورای عالی امنیت ملی در ایجاد نهادهایی فراتر از شوراهای فرعی، فرضی فراقانونی به نظر می‌آید.

عام دادگستری بنا بر اصل ۱۵۹ هم‌چنان پابرجاست و نظارت قضایی بر تصمیم‌ها و مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا، نه توسط دیوان عدالت اداری، بلکه محاکم دادگستری امکان‌پذیر است.

طبق دیدگاهی دیگر، باید با این رویکرد به مسئله بنگریم که اساساً ستاد ملی مقابله با کرونا، نهادی «فراقانونی» است و مشروعیت حقوقی ندارد؛ چون شورای عالی امنیت ملی، مبتنی بر دو فرض پیشین، صلاحیت تأسیس چنین ستادی را نداشته است که بتواند تصمیمات نوعی بگیرد و بر حقوق و آزادی‌های شهروندان تأثیر مستقیم بگذارد. پس می‌توان این نهاد را به مثابه «اداره دوفاکتو»^۱ شناسایی کرد و امکان نظارت بر این اداره دوفاکتو را در صلاحیت دیوان (به طور خاص، در مورد تصمیمات نوعی در صلاحیت هیئت عمومی) دانست.^۲

بنابراین، پی‌گیری دیدگاه اولی به امتناع نظارت دیوان عدالت اداری بر تصمیم‌ها و مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا و دومی به امکان نظارت این نهاد می‌انجامد.^۳

گفتار دوم: تبیین دیدگاه دیوان عدالت اداری در صلاحیت داشتن یا نداشتن آن در عمل

فراتر از فروض حقوقی و دلایل توجیهی یادشده، در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۶، دادخواستی به شماره دادنامه ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۲۹۷۸ و شماره پرونده ۰۰۲۵۸۴ توسط شاکی به نام مسلم خداویسی با خواسته «ابطال بند ۳ بخش نامه شماره ت ه م/۲۹۲۲۲۸.۲۹۰۷/۲۹.۱۴۰۰/۷/۲۹ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت»، تقدیم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شد. طبق گردش کار این رأی: «شاکی به موجب دادخواستی، ضمن ابطال بخش نامه مذکور اعلام کرده است که

۱. گفتنی است دوفاکتو از مفاهیم حقوق بین‌الملل است که در مقابل دوزور به کار می‌رود. دوزور به معنای رسمی و مشروع و دوفاکتو به معنای غیررسمی و نامشروع است.

۲. گفتنی است برای نخستین بار، این فرض را دکتر مهدی هداوند، در آبان ۱۳۹۹ در یک سخنرانی علمی مطرح کرد. بر اساس همین فرض تلاش شد تا امکان نظارت بر این ستاد و حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندی محقق شود. (هداوند، مهدی، «سخنرانی علمی با عنوان «اداره دوفاکتو؟ با نگاهی به ماهیت، صلاحیت و اعتبار تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا و نظارت‌پذیری قضایی آن» در گروه مجازی انجمن حقوق اداری استان اصفهان»، ۱۳۹۹، t.me/dr_hadavand، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴).

۳. نظر مختار، امکان نظارت قضایی است.

به استحضار می‌رساند: وزارت نفت طی بخش‌نامه شماره ت ه م/۲۹۲۲۲۸.۲۹۰۰/۷/۲۹، بند ۳ برای کارکنانی که واکسن کرونا دریافت نکرده‌اند، مجازات اخراج وضع کرده که صراحتاً با اصول ۲۲ و ۳۶ قانون اساسی مغایر است. لازم به ذکر است واکسن مذکور دارای مجوز اضطراری بوده و تأییدیه‌های لازم را ندارد و بنابراین، عوارض آن مورد مطالعه و پایش قرار نگرفته است. هم‌چنین گزارش‌های زیادی از اطرافیان در مورد عوارض شدید و مرگ در اثر تزریق واکسن وجود دارد، در حالی که در مقابل، کم‌ترین میزان ایمنی بخشی را دارد. برای مثال، طبق مطالعه دانشگاه علوم پزشکی شیراز، میزان اثربخشی واکسن سینوفارم در جلوگیری از ابتلا به کرونا تنها ۵ درصد است.^۱

متن مقرره مورد شکایت به این شرح است: «با سلام، احتراماً پیرو اطلاعیه شماره ت ه م/۳۳۴۲۸۷۲۶.۱۴۰۰/۷/۲۶ به پیوست ضمن ایفاد بخش‌نامه شماره ۳۹۱۵۸.۳۹۰۰/۷/۲۷ معاون رئیس‌جمهور و رئیس سازمان اداری و استخدامی کشور (موضوع بند ۳ مصوبات هشتاد و نهمین جلسه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا به تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۴)، مراتب ذیل جهت استحضار و دستور اقدام مقتضی ایفاد می‌گردد:

بند ۳. شرکت‌ها، مدیریت‌ها، واحدهای سازمانی به طرق مختلف از جمله مطابق اطلاعات کارت واکسن مورد تأیید سامانه اعلامی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی ترتیبی اتخاذ نمایند که از روز شنبه، اول آبان‌ماه، از حضور کارکنانی که حداقل یک دوز واکسن دریافت ننموده‌اند، در محل کار جلوگیری به عمل آورده و در مورد کارکنانی که بدون دریافت واکسن در محل کار حضور می‌یابند (به جز مواردی که به تجویز پزشک، دریافت واکسن، زبان‌بار تشخیص داده شود) و یا پروتکل‌های بهداشتی (استفاده از ماسک و فاصله‌گذاری اجتماعی) را رعایت نمی‌نمایند، مطابق اطلاعیه شماره ت ه م/۲۰۵۵۲۹.۱۶.۱۳۹۹/۶/۱۶، اقدام لازم معمول نمایند».^۲

نکته مهم در این جا آن است که بخش‌نامه صادرشده، چنان‌که در متن آن نیز تصریح شده، صلاحیت خود را در وضع مقرره، ناشی از موضوع بند ۳ مصوبات هشتاد و نهمین جلسه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا به تاریخ ۱۴۰۰/۷/۲۴ در نظر گرفته است.^۳ حال لازم است متن مصوبه ستاد در

۱. نک: www.sajed.divan-edalat.ir/Assistances/GCSearch.

۲. همان.

۳. تدقیق در این‌که اساساً جایگاه مصوبات ستاد ملی کرونا در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی در ایران چیست، مجال دیگری می‌طلبد و از گستره موضوعی این مقاله خارج است.

این خصوص بررسی شود.^۱ بنا بر اظهارنظر روابط عمومی دیوان عدالت اداری، «مصوبه جلسه (۲۴ مهرماه) ستاد ملی مدیریت کرونا به سازمان امور اداری و استخدامی تکلیف کرده که مصوبات قبلی را بازنگری کرده و با همکاری وزارت بهداشت، بخش نامه جدیدی تنظیم کند، به گونه‌ای که کارکنان دولت عموماً نسبت به تزریق واکسن اقدام و در محل کار خود حضور داشته باشند و برای متخلفین، ضمانت اجرایی لازم پیش بینی شود».^۲

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۶ با حضور رئیس و معاونان دیوان عدالت اداری و رؤسا و مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شد و پس از بحث و بررسی با اکثریت آرا، رأیی به این شرح صادر کرد: «هرچند بند ۳ بخش نامه شماره ت ه م/۲۹.۲۲۲۸.۲۹/۷/۱۴۰۰ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت در اجرای بخش نامه شماره ۳۹۱۵۸.۱۴۰۰/۷/۲۷. ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا وضع مصوبه بالادستی، مورخ ۱۴۰۰/۷/۲۴ هشتاد و نهمین جلسه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا وضع شده است، لکن مصوبه ستاد ملی مدیریت بیماری کرونا صرفاً اقدام به تخلف‌انگاری کرده و متضمن حکمی که دلالت بر اختیار دستگاه اجرایی نسبت به جلوگیری از ورود کارمندان دولتی به ادارات باشد، نیست. بنابراین، تصویب بند ۳ بخش نامه شماره ت ه م/۲۹.۲۲۲۸.۲۹/۷/۱۴۰۰ مدیرکل تدوین و هماهنگی مقررات اداری و استخدامی وزارت نفت، خارج از صلاحیت مقام مقرر و مغایر با مصوبه مذکور ستاد ملی مدیریت بیماری کروناست و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

این رأی از این نظر اهمیت فراوان دارد که نشان می‌دهد دیوان عدالت اداری در عالم عمل،

۱. گفتنی است با وجود تلاش نویسندگان در دسترسی به متن این مصوبه، موفقیتی حاصل نشد و مجموعه مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا که معاونت امور دولت در سال ۱۳۹۹ منتشر کرده، تنها مصوبات این ستاد را تا جلسه پنجاهم پوشش داده است. آن چه در ادامه درباره مصوبه هشتاد و نهمین جلسه این ستاد می‌آید، توضیحاتی است که مدیر روابط عمومی دیوان عدالت اداری در برنامه خبری صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران در این باره بیان کرده است. برای آگاهی از مصوبات جلسات اول تا پنجاهم ستاد ملی مقابله با کرونا نک: مجموعه مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا، اسفند ۱۳۹۸-دی ۱۳۹۹ (تا جلسه پنجاهم)، ویراست دوم، تهران: ریاست جمهوری، دفتر هیئت دولت، ۱۳۹۹، قابل دسترس در:

www.imed.ir/userfiles/files/23/159946590065333800.pdf.

۲. نک: www.iribnews.ir/fa/news/3363137.

صلاحیت رسیدگی به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا را برای خود شناسایی کرده است یا خیر. طبق این رأی، هیئت عمومی رسماً اعلام نمی‌کند که مصوبه ستاد ملی کرونا قابل ابطال است، ولی به نظر می‌رسد با این رأی و در عمل، مصوبات این ستاد را قابل ابطال در نظر گرفته است.^۱ در واقع، به باور دیوان عدالت اداری، ستاد ملی کرونا به مقامات اداری اجازه نداده است که کارمندی را به دلیل تزییق نکردن و اکسن کرونا اخراج کنند و صرفاً اشعار داشته است در صورت تخلف کارمندان در این خصوص، پرونده ایشان باید به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ارجاع گردد.

به نظر می‌رسد عبارت «ضمانت اجرایی لازم» در مصوبه ستاد ملی کرونا، به‌ویژه با توجه به شرایط اضطراری (اپیدمی کرونا) به «تخلف‌انگاری» محدود نیست و امکان ممانعت از ورود کارمندان توسط دستگاه‌های اجرایی برای پیش‌گیری از انتقال ویروس (با تفسیر موسع از عبارت «ضمانت اجرایی لازم» در مصوبه ستاد ملی کرونا) را نیز دربرگیرد. البته طبق مواد مختلف «قانون رسیدگی به تخلفات اداری»، امکان انفصال موقت، بازخرید خدمت، اخراج از محل خدمت یا انفصال دائم از خدمات دولتی توسط مقام اداری رأساً وجود ندارد و چنین مجازاتی بایستی بر اساس حکم هیئت‌های رسیدگی صادر گردد.^۲ با این حال، با توجه به شرایط اضطراری (و الزام در اعمال مصوبات نهاد استثنایی یعنی ستاد ملی مقابله با کرونا) می‌توان ادعا کرد که عبارت «ضمانت اجرایی لازم»، ممانعت از ورود کارمندان به اداره را نیز دربرمی‌گیرد.

بنابراین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، به صورت مستقیم و رسمی، مصوبه ستاد ملی کرونا را قابل ابطال در نظر نمی‌گیرد و حتی دلیل ابطال بخش‌نامه یادشده در این رأی را مغایرت آن با مصوبه ستاد می‌داند، اما با تفسیری که مطرح شد، به نظر می‌رسد هیئت عمومی دیوان عدالت

۱. این رأی هیئت عمومی دیوان را می‌توان شبیه دیگر رأی مشهور این هیئت در «قضیه فیلم سینمایی سنتوری» دانست. در رأی یادشده، دیوان عدالت اداری، اصل انتظار مشروع را به صورت رسمی نمی‌پذیرد. با این حال، به نوعی «تضمین جبرانی» روی می‌آورد و چنین اصلی را از طریق ضمانت‌های اجرایی اتخاذی شناسایی می‌کند. برای آگاهی از محتوای رأی مربوط به فیلم سنتوری نک: زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه راهبرد، شماره ۶۱، ۱۳۹۰، صص ۱۵۳-۱۸۹.

۲. ضمن این‌که طبق ماده ۱۲ این قانون صرفاً سه مجازات رأساً و بدون ارجاع به هیئت‌های رسیدگی توسط رئیس مجلس، وزرا و بالاترین مقام مستقل سازمان دولتی قابل اعمال است: الف) اخطار کتبی بدون درج در پرونده استخدامی؛ ب) توبیخ کتبی با درج در پرونده استخدامی؛ ج) کسر حقوق و مزایا حداکثر یک سوم از یک ماه تا یک سال.

اداری، امکان ابطال مصوبات ستاد ملی کرونا را به صورت ثانویه دارد. به تعبیر دیگر، این هیئت حق ابطال بخش‌نامه‌های دستگاه‌های اجرایی را دارد که بر اساس مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا وضع شده‌اند و به نوعی، محدودکننده حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی شهروندان هستند.

گفتار سوم: نقد رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از نظر ضعف در «استدلال حقوقی»^۱

نتیجه رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در اعمال نظارت قضایی بر مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا قابل قبول می‌نماید، ولی مفاد آن از نظر استدلالی می‌تواند محل بحث و مناقشه قرار گیرد. در این رأی، تنها «جهت»^۲ نظارت قضایی در ابطال این بخش‌نامه، «قانونی بودن» یا به بیان خود هیئت عمومی، «خروج از صلاحیت مقام اداری» در نظر گرفته شده است. این در حالی است که استناد به «اصول کلی حقوقی» و به طور خاص، «اصول کلی حقوق اداری» در این رأی شایسته می‌نمود. تبیین این اصول در این رأی می‌توانست نقش دیوان عدالت اداری را در جایگاه دیوانی شبیه دادگاه قانون اساسی در ایران نمایان‌تر و برجسته‌تر سازد.

الف) اصل «استمرار^۳ خدمات عمومی»

اصل استمرار یا تداوم خدمات عمومی به عنوان یکی از اصول مهم و کاربردی حاکم بر «خدمت عمومی»^۴، بیانگر آن است که خدمات عمومی به دلیل ضرورت پاسخ‌گویی مداوم به نیازهای عمومی تعطیل‌بردار نیست.^۵ مطابق رویه قضایی فرانسه، چون خدمات دولتی مربوط به عموم جامعه است، فعالیت مقامات و نهادهای دولتی نباید دچار وقفه شود و باید از انجام هر عملی که

1. Legal Reasoning

2. Ground

3. Continuity

4. Public Service

۵. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه رأی، شماره ۱۶، ۱۳۹۵، ص ۱۷.

منجر به تعویق یا تعطیلی خدمات دولتی شود، اجتناب کنند.^۱ پرسش مربوط به جایگاه این اصل در رأی یادشده آن است که آیا ممانعت از ورود کارمند به اداره، با تأکید بر شرایط اضطراری ناشی از همه‌گیری کرونا، با اصل استمرار خدمات عمومی مغایر نیست؟

همان طور که گفته شد، مطابق اصل استمرار، اصل بر آن است که خدمات عمومی به صورت مستمر انجام شود و متوقف کردن آن‌ها، استثنایی بر اصل بوده و مستلزم موجه‌سازی است. حال در مورد ممانعت مقام اداری از ورود کارمند به اداره، پرسش آن است که چنین موجه‌سازی قابل قبول است؟ ممکن است استنباط شود «نظم عمومی»^۲ که در این مورد، در قالب «بهداشت عمومی»^۳ رخ می‌نماید،^۴ می‌تواند اصل استمرار خدمات عمومی را با محدودیت‌هایی مواجه سازد یا حتی آن را نقض کند. واضح است که تمسک به نظم عمومی به‌ویژه در «حقوق بشر معاصر»^۵، به شروط مستحکمی مقید شده است تا به بهانه نظم عمومی، حق‌ها و آزادی‌های شهروندی نقض نشوند. برای مثال، دورکین^۶ معتقد است که دولت باید نشان دهد یک «خطر مهم و روشن»^۷ در کار است که اگر رعایت نشود، «ضرری فاحش بر جان و مال دیگران»^۸ وارد خواهد آورد.^۹ به دیگر سخن، نظم عمومی مورد نظر باید یک نفع عمده، آشکار و قطعی باشد و تنها بر اساس ارزیابی‌های گمانه‌پردازانه، موجه‌سازی نشده باشد. تدقیق در حقایق این پرونده،^{۱۰} چنین خطر و ضرری را

۱. پتفت، آرین، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری؛ امکان و جگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۵، ص ۱۵۵.

2. Public Order

3. Public Health

۴. برای آگاهی از این مفاهیم نک: مفهوم «مصلحت عمومی» در: راسخ، محمد، حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۶، صص ۵۵۵-۵۷۳.

5. Contemporary Human Rights

6. Ronald Dworkin

7. A Clear and Substantial risk

8. Great damage to person or property of others

۹. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، تهران: کارنامه، ۱۳۹۶، صص ۲۸۴ و ۲۸۳.

10. Matter of Fact

ممتنع می‌سازد. یکی از «جهات» دیگری که می‌توانست و باید در رأی هیئت عمومی به آن تصریح می‌شد، استناد به اصل استمرار خدمات عمومی در ابطال بخش نامه مورد شکایت است.^۱

ب) اصل «آزادی»

این مسئله در نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته کاملاً پذیرفته شده است که اصل بر آزادی افراد است و اقدامات دولتی نباید کم‌ترین خدشه‌ای به این آزادی وارد آورند.^۲ مسئله اصلی و عمده در این رأی، «تضییع حقوق استخدامی» است، اما به نظر می‌رسد که به دیگر حقوق شهروندی نیز قابل تعمیم باشد. در واقع، دیوان می‌توانست در این رأی با تبیین صریح موضع خود راجع به تعارض اصل آزادی و نظم عمومی نشان دهد که تضمین‌گر حقوق و آزادی‌های فردی است. البته در عمل نیز با این رأی خود، آزادی را بر نظم عمومی مقدم دانسته است.

در واقع، پرسش مقدر در این رأی آن است که آیا امکان تحدید «اصل آزادی» به منظور حفظ نظم عمومی (بهداشت عمومی). از طریق واکسیناسیون اجباری کارمند. وجود دارد؟ شاید بتوان از دو منظر «فلسفه حقوق»^۳ و «اخلاق پزشکی»^۴. البته به صورت بسیار اجمالی. به این پرسش پاسخ گفت. از منظر نخست، بدیهی است که در نظام‌های «حق مدار»،^۵ اصل بر آزادی است و تحدید آن، مستلزم ارائه دلایل موجه است.^۶ بر همین اساس، در دوره همه‌گیری کرونا، در اتحادیه اروپا، صرفاً کشور اتریش، واکسیناسیون را اجباری کرد.^۷

۱. حتی اگر هیئت عمومی در این پرونده، نظم عمومی را ناقض اصل استمرار خدمات عمومی می‌دانست، باید بر آن تصریح می‌کرد تا رأی یادشده با خردورزی حقوقی بیش‌تری همراه شود.

۲. پتف، پیشین، ص ۱۲۰.

3. The Philosophy of Law

4. The Medical Ethics

5. Liberal

۶. دلایلی که دورکین و دیگران آن را تدقیق کرده‌اند و پیش‌تر از آن سخن به میان آمد.

7. See for instance: Binder, Krisztina, Díaz Crego, Maria, Eckert, Gianna, Kotanidis, Silvia, Manko, Rafal and Del Monte, Micaela, **States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States, European Parliamentary Research Service**, 2020, Available at: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)649408](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)649408)

از منظر دوم، طبق آن چه در اخلاق پزشکی وجود دارد، هر نوع مداخله‌ای اعم از مداخله درمانی یا پیش‌گیرانه، حتی اگر این مداخله، نجات‌دهنده فرد باشد و برای حفظ سلامت و برگرداندن سلامت فرد ضرورت داشته باشد، به رضایت فرد بستگی دارد. البته موارد استثنا هم وجود دارد. برای مثال، در اورژانس‌های حیاتی که خطر قطعی جان فرد مطرح است، قانون، شرع و اخلاق اجازه می‌دهد که اگر ترک اقدام درمانی به احتمال زیاد، منجر به مرگ فرد می‌شود، بدون اجازه فرد و حتی با مخالفت وی می‌توان مداخله را انجام داد.

با این حال و به باور کارشناسان، این استثنا درباره واکسن صدق نمی‌کند؛ چون اگر فردی به تزریق واکسن تمایل نداشته باشد، در نهایت، خودش را در معرض خطر ابتلا به یک بیماری قرار داده است که درصدی از آن می‌تواند شدید باشد و در درصد کم‌تری هم می‌تواند کشنده باشد.^۱ به نظر نمی‌رسد تهدید بیماری کووید ۱۹ برای فرد، توجیه‌گر این باشد که آزادی‌های فردی را نادیده بگیریم. پس این ادعا که سلامت فرد در معرض خطر قرار دارد، الزام فرد به تزریق واکسن را موجه‌سازی نخواهد کرد. از این رو، جهت دیگری که هیئت عمومی دیوان می‌توانست در ابطال بخش نامه یادشده به آن استناد و استدلال کند، اصل آزادی است.

ج) اصل «لاضرر»

به اصل ممنوعیت ضرر رساندن به دیگران به دیده هنجاری نگریسته می‌شود که آزادی‌ها را تعدیل می‌کند. افراد از طرفی آزادی عمل دارند و از طرف دیگر نباید به حقوق و آزادی‌های دیگران ضرر وارد سازند.^۲ موضوعی که اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر آن تصریح کرده است: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». افزون بر آن، طبق ماده ۱۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت موجب تضییع حقوق اشخاص شده باشد، شعبه رسیدگی‌کننده، حکم بر نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به

۱. برای آگاهی بیشتر نک: اسکچ، دی. جی، حقوق، اخلاق و پزشکی: مطالعه در حقوق پزشکی، ترجمه: محمود عباسی و بهرام مشایخی، تهران: مؤسسه فرهنگی-حقوقی سینا، ۱۳۹۰.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، «نظریات اخلاقی در آیین حقوق»، نامه مفید، شماره ۱۲۸۱، ۲۹، ص ۳۱.

اعاده حقوق تضییع شده صادر می نماید». همین ماده، نمایانگر اصل یادشده است.

در خصوص ارتباط این اصل با موضوع رأی، این نکته اهمیت دارد که هیئت عمومی می‌توانست افزون بر جهت‌های پیش‌گفته، اصل لاضرر را نیز در استدلال حقوقی خود بگنجانند و اشعار دارد که با توجه به قطعی نبودن قدرت پیش‌گیری واکسن از انتقال ویروس، تزریق نکردن آن مبتنی بر اصل لاضرر، که مبنای فقهی و حقوقی دارد و از اصول کلی حقوقی است، موجه و پذیرفتنی است و مقام اداری حق ندارد از ورود کارمند به این دلیل جلوگیری کند. بی‌توجهی به این اصل در رأی هیئت عمومی موجب تضعیف در استدلال حقوقی آن شده است.

د) اصل «تناسب»

بی‌گمان، یکی دیگر از اصول مهم حقوق اداری، اصل تناسب است که فراتر از مبانی نظری، محاکم مختلف به‌ویژه دادگاه اروپایی حقوق بشر آن را در عمل به کار گرفته‌اند. مطابق این اصل، باید میان تصمیم مقامات و اهدافی که مبنای آن است، تناسب منطقی و توازن معقول وجود داشته باشد. این اصل، مانع از سوءاستفاده مقامات دولتی از صلاحیت اختیاری می‌شود.^۱ در واقع، به موجب اصل تناسب در مفهوم موشع آن، اقدام دولت نباید بیش از حدی باشد که برای تحقق یک هدف عمومی مهم لازم است. همان‌گونه که لرد دیپلاک^۲ توضیح داده است، اصل تناسب اجازه نمی‌دهد برای شکستن فندق از پتک استفاده شود.^۳

در خصوص ارتباط اصل تناسب با رأی یادشده می‌توان گفت با توجه به قطعی نبودن اثر تزریق واکسن در پیش‌گیری از انتشار ویروس، عمل مقام اداری در جلوگیری از ورود کارمند بر خلاف اصل تناسب است. به دیگر سخن، میان تصمیم مقام اداری و اهدافی که مبنای آن است، تناسب منطقی و توازن معقول وجود نداشته است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌توانست برای استحکام بیش‌تر رأی خود به این اصل هم استناد کند.

۱. پتفت، پیشین، ص ۱۳۲.

2. Kenneth Diplock, Baron Diplock

۳. هداوند، پیشین، ص ۵۷۰.

نتیجه‌گیری

نظارت قضایی به عنوان مهم‌ترین نوع نظارت بر اعمال حکومت در حقوق عمومی مدرن اهمیت فراوان دارد. این نوع از نظارت به ویژه نظارت بر اعمال مقامات اداری و رسیدگی به شکایت علیه تصمیم‌ها و مصوباتشان، از ابزارهای شناخته شده برای تضمین مؤثر حقوق شهروندی به شمار می‌رود. از این رو، هر عملی که ماهیت اداری داشته باشد، می‌تواند تحت نظارت قضایی نیز قرار بگیرد. با این همه، تأسیس ستاد ملی مقابله با کرونا در سال ۱۳۹۸ و موجه‌سازی حقوقی آن با اتکا بر صلاحیت شورای عالی امنیت ملی در اصل ۱۷۶ قانون اساسی، ابهام‌هایی جدی در خصوص امکان سنجی نظارت دیوان عدالت اداری بر تصمیم‌ها و مصوبات آن آفرید.

فراتر از استدلال‌های نظری محض که اندیشمندان حقوق عمومی در ایران برای پاسخ به ابهام‌های یادشده بیان کردند، رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به ابطال بخش‌نامه مربوط به الزام تزریق واکسن برای کارمندان اداری انجامید. این رأی در فهم موضع دیوان در شناسایی صلاحیت داشتن یا نداشتن خود در رسیدگی به شکایت علیه تصمیمات و مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا اهمیت دارد؛ چون از طریق رأی قضایی و به صورت عملی، ابهام مربوط را رفع می‌کند.

تدقیق در این رأی نشان داد که هیئت عمومی به صراحت و به صورت رسمی، دیوان عدالت اداری را صالح در رسیدگی به مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا و ابطال آن‌ها نمی‌داند، ولی امکان ابطال مصوبات این نهاد را به صورت ثانویه در عمل پذیرفته است. این موضوع با آموزه‌های حقوق عمومی درباره اعمال نظارت قضایی بر هر مقام یا نهادی سازگار است که بر حقوق و آزادی‌های شهروندان اثر می‌گذارد. با این همه، شیوه استدلال حقوقی در این رأی قابل نقد به نظر می‌رسد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این رأی، تنها جهت نظارت بر بخش‌نامه مورد شکایت را «خروج از صلاحیت مقام اداری» در نظر گرفته است، در حالی که افزون بر جهت قانونی بودن، استناد به اصول کلی حقوقی و به طور خاص، اصول کلی حقوق اداری از جمله اصل استمرار خدمات عمومی، اصل آزادی، اصل لاضرر و اصل تناسب در استحکام و موجه‌سازی این رأی مؤثر است و لازم بود تا مورد توجه دیوان نیز قرار گیرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اسکيج، دی. جی، حقوق، اخلاق و پزشکی: مطالعه در حقوق پزشکی، ترجمه: محمود عباسی و بهرام مشایخی، تهران: مؤسسه فرهنگی. حقوقی سینا، ۱۳۹۰.
۲. پتفت، آریین، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری؛ امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۵.
۳. راسخ، محمد، حق و مصلحت؛ مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲)، تهران: نی، ۱۳۹۶.
۴. مجموعه مصوبات ستاد ملی مقابله با کرونا، اسفند ۱۳۹۸-دی ۱۳۹۹ (تا جلسه پنجاهم)، ویراست دوم، تهران: ریاست جمهوری، دفتر هیئت دولت، ۱۳۹۹، قابل دسترس در: www.imed.ir/userfiles/files/23/159946590065333800.pdf.
۵. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت، تهران: کارنامه، ۱۳۹۶.
۶. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
۷. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱ و ۲)، تهران: سمت، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. آقابابایی، حسین، «مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره بیایبی ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص ۳۱۱.
۲. آقایی طوق، مسلم، «بایسته‌های حقوق اساسی مدیریت وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر کووید ۱۹»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۷۶۷-۷۹۳.

۳. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آرای دیوان عدالت اداری»، فصل نامه رأی، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.
۴. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، فصل نامه راهبرد، شماره ۶۱، ۱۳۹۰، صص ۱۵۳-۱۸۹.
۵. سیمایی صراف، حسین، «هن جاره‌های حقوقی/ فقهی کرونایی؛ مبانی مشروعیت هنجارها و خاستگاه قانونی هنجارسازان»، تحقیقات حقوقی، شماره پیاپی ۸۹، ۱۳۹۹، صص ۱۶۳-۱۸۰.
۶. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، فصل نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۶، ۱۴۰۰، صص ۱۳۹-۱۶۰.
۷. قاری سید فاطمی، سید محمد، «نظریات اخلاقی در آیین حقوق»، نامه مفید، شماره ۲۹، ۱۳۸۱.
۸. نجارزاده هنجنی، مجید، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران؛ در جست‌وجوی اداره صلاحیت‌دار»، حقوق اداری، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، صص ۲۲۵-۲۴۵.
۹. هداوند، مهدی و جواد یحیی‌زاده، «شفافیت اداره و مبانی و منابع موجه‌ساز تحدید آن (مطالعه موردی: قانون «دولت زیر نور خورشید» ایالات متحده آمریکا)»، فصل نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، صص ۱۶۹-۱۹۰.
۱۰. یحیی‌زاده، جواد، علی فرهادیان و زین‌العابدین خدمتی، «آموزه اضطرارگرایی و نقش آن در مدیریت بحران‌های کرونایی با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات مدیریت دولتی ایران، شماره پیاپی ۱۵، ۱۴۰۱.
۱۱. یحیی‌زاده، جواد و علی فرهادیان، «امکان یا امتناع حق بر ناحقی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷۹، ۱۴۰۲، صص ۲۲۱-۲۶۴.

ج) پایگاه اینترنتی

edalat.ir/.

۱. آرای هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری،

Assistances/GCSearch، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴.

۲. «دستگاه‌های اجرایی اختیار جلوگیری از ورود کارمندان واکسن نزده را ندارند»، خبرگزاری صدا و سیما، www.iribnews.ir/fa/news/3363137، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴.

۳. «نخستین مورد کرونا در ایران ۳۰ بهمن ثابت شد»، خبرگزاری مهر، www.mehrnews.com/news/4872925، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴.

۴. هداوند، مهدی، «سخنرانی علمی با عنوان «اداره دوفاکتو؟ با نگاهی به ماهیت، صلاحیت و اعتبار تصمیمات ستاد ملی مبارزه با کرونا و نظارت‌پذیری قضایی آن» در گروه مجازی انجمن حقوق اداری استان اصفهان»، ۱۳۹۹، t.me/dr_hadavand، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۱/۵/۲۴.

2. Latin Source

A) Book

1. Binder, Krisztina, Diaz Crego, Maria, Eckert, Gianna, Kotanidis, Silvia, Manko, Rafal and Del Monte, Micaela, States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States, European Parliamentary Research Service, 2020, Available At: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)649408](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)649408)
2. Delaney, E, F, Dixon, R, COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018
3. Hirschl, Towards Juristocracy, the Origins and Consequences of the New Constitutionalism, HARVARD, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2004

B) Article

1. Bradley, K., "Do You Feel the Sunshine? Government in the Sunshine Act: Its Objectives, Goals, and Effect on the FCC and You", Federal Communications Law Journal, Vol. 49, 1997, pp. 473489..

عیوب اراده در استعلام و مجوزهای قراردادهای آنلاین پیمان کاری از دیدگاه حقوق اداری

مهدی ملاولی^۱

سهیل جدی^۲

چکیده

سامانه‌ای با هدف رفع مشکلات واگذاری سنتی پروژه به پیمان‌کاران راه‌اندازی شده است که به عقیده حقوق دانان، اراده طرفین در این وضعیت، عیب خواهد داشت. نبود سند اجرایی تأسیس سامانه آنلاین موجب شده است هیچ تعهد حقوقی بر دوش نهادهای دولتی و حکومتی نباشد. بنابراین، در وضعیت نیمه‌همکاری با این سامانه، سازمان‌هایی که تنها حق صدور مجوز در بخش‌هایی از پروژه را دارند، به نوعی اراده موازی با متولی اصلی بدل می‌شوند. خلط دو تأسیس «استعلام» و «مجوز» و نبود الزام اداری به پاسخ‌دهی به استعلام و دیگر چالش‌های آن، زمینه را برای انتخابی بودن پیمان‌کار فراهم کرده است.

این پژوهش که به روش تحلیلی و توصیفی انجام شده است، می‌کوشد به این سؤال پاسخ دهد که عیوب اراده در قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری از دیدگاه حقوق اداری چیست؟ پیشنهاد می‌شود ضمن تنظیم سند حقوقی و اجرایی برای واگذاری در سامانه آنلاین، تمامی نهادهای کشور ملزم به حضور در آن شوند و تعهدات هر سازمان برای استعلام نیز به صراحت ذکر شود. اختیار آن نهاد نیز تنها به صدور مجوز خاتمه یابد و پس از آن، حق دخالت بیش‌تر در پروژه را نداشته باشد. با این حال، در صورت لزوم برای پیمان‌کاری که به سبب عواملی خارج از اراده خود زیان دیده است، باید خسارتی در نظر گرفت.

واژگان کلیدی: عیوب اراده، قرارداد آنلاین، پیمان‌کاری، حقوق اداری.

۱. دانش‌آموخته رشته حقوق خصوصی مقطع دکتری، دانشگاه عدالت.

۲. عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه عدالت (نویسنده مسئول). alihajati3796@gmail.com

مقدمه

امروزه سامانه‌های الکترونیکی، جای رویه‌های قدیمی و سنتی را گرفته که نسبت به روش‌های منسوخ گذشته، دارای مزیت‌های بسیار زیادی است. امروزه دولت‌ها در سراسر جهان، سیاست خود را بر الکترونیکی شدن قرار داده‌اند و دولت‌هایی که به آن بی‌اعتنا باشند، در صحنه روابط بین‌الملل عقب خواهند ماند. دولت‌های فرانسه و آمریکا، موفق‌ترین دولت‌ها در الکترونیکی شدن خدمات دولتی به شمار می‌روند.^۱

بحث الکترونیکی شدن دولت جمهوری اسلامی ایران در سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۸ جدی شد و موفقیت‌های زیادی هم به دست آمد. امروزه بیش تر خدمات دولتی الکترونیکی شده و مواردی که هنوز به این رویه انجام نمی‌شود، قابل انتقاد است. در سال‌های ۱۴۰۰ تا ۱۳۹۶، بحث الکترونیکی شدن واگذاری‌های دولتی به بخش خصوصی با هدف حذف رانت‌های این حوزه مطرح شد. امروزه سامانه جامع مناقصات و مزایادات کشور وجود دارد و تمام امور مزایده و مناقصه در این سامانه به صورت برخط انجام می‌شود.

در سامانه آنلاین، فهرست تمامی مناقصات و مزایادات دولتی روی سامانه اینترنتی قرار می‌گیرد و اشخاص حقیقی و حقوقی دارای صلاحیت که توکن^۲ دریافت کرده‌اند، مجازند در سامانه حضور یابند و در تاریخ معین ضمن اعلام قیمت‌های پیشنهادی خود، در مزایده یا مناقصه شرکت کنند. این سامانه با هدف حذف مافیای واگذاری راه‌اندازی شد تا انحصار در واگذاری‌های سنتی حذف شود. پس از برنده شدن در واگذاری‌ها، قراردادهای به صورت کاملاً برخط منعقد می‌شود و تمامی مراحل دریافت استعلام‌ها و مجوز و در نهایت، واگذاری به صورت برخط انجام می‌گردد.

پاسبان (۱۳۹۸)، نقطه ضعف پیشرفت‌های اداری ایران را جامع نبودن می‌داند و به عقیده وی، حذف رویه‌های سنتی در کشور ناممکن است.^۳ دارابی و هداوند (۱۳۹۹) با تشریح اثر فرم قراردادی در

1. ADJEI-BAMFO, Peter; MALOREH-NYAMEKYE, Theophilus & AHENKAN, Albert, "The role of e-government in sustainable public procurement in developing countries: A systematic literature review", Resources, Conservation and Recycling, 2019, 142, p. 193

2. Token

۳. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۱۵

نظام حقوق اداری کشور، تنظیم غیر تخصصی این اسناد را از نقاط ضعف آن دانسته‌اند که در جریان برخط شدن خدمات دولتی هنوز هم به چشم می‌خورد.^۱ هماهنگی مناسب بین اداره‌ها و حضور مؤثر در جریان واگذاری‌ها، عامل حذف عیوب اراده در قراردادهای آنلاین است.^۲ این سامانه نتوانسته است تمامی اداره‌های دولتی را وارد این رویه کند و فرم‌های قراردادی به صورت ساده و غیر تخصصی طراحی شده و به عنوان عامل ایجابی قرارداد در سامانه قرار گرفته است. در واقع، متولی و کارفرما ضمن اعلام رضایت خود، ایجاب قرارداد را در سامانه قرار می‌دهند که برای تکمیل قرارداد به اراده پیمان‌کار وابسته است. با این حال، تمامی اراده‌های دخیل در قراردادها در جریان قرارداد ذکر نشده است.

در این پژوهش، عیوب اراده در قراردادهای آنلاین واگذاری‌های دولتی بررسی شده که بررسی این مهم در نظام حقوق اداری ایران بدون پیشینه است و از جنبه‌های نوآوری پژوهش کنونی به شمار می‌رود. سؤال پژوهش این است که عوامل عیوب اراده در قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری کشور و راهکارهای رفع این مشکلات چیست؟ چنین فرض می‌شود که تکمیل نشدن حضور در سامانه آنلاین، اراده‌های موازی در اموال عمومی و تنظیم نشدن تخصصی قراردادها، مهم‌ترین عوامل مؤثر بر عیوب اراده در قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری است که در صورت تنظیم قانون و آیین‌نامه جامع سامانه آنلاین رفع خواهد شد.

در این پژوهش، پس از تعریف مفاهیم و تبیین مبانی پژوهش، چالش‌های واگذاری آنلاین و اراده‌های موازی در اموال عمومی بررسی می‌شود. آن‌گاه با برشمردن نمونه‌های موردی عیوب اراده در قراردادهای پیمان‌کاری، الگوی پیشنهادی اصلاح آن بیان می‌گردد.

گفتار اول: مفاهیم و مبانی پژوهش

در این قسمت، مبانی و مفاهیم واژگان پژوهش، تشریح و دو بحث مهم «عیوب اراده» و «قراردادهای آنلاین» تعریف می‌شود.

۱. دارابی، محمد و مهدی هداوند، «مطالعه تطبیقی دآوری در قراردادهای پیمان‌کاری در حقوق ایران و فرانسه»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، صص ۸۹-۱۱۰.

2. ALAZEMI, NASER; AL-SHEHAB, Abdullah J.; ALHAKEM, Hawaf Abd, "SEMANTIC-BASED E-GOV-ERNMENT FRAMEWORK BASED ON DOMAIN ONTOLOGIES: A CASE OF KUWAIT REGION", Journal of Theoretical & Applied Information Technology, 2018, 96 (9), p. 17

بند اول: عیوب اراده

از دیدگاه حقوق خصوصی، اراده طرفین برای انعقاد هر قرارداد الزامی است. اراده، مبحثی پیچیده در ادبیات حقوقی است و معادل متعددی برای آن ذکر شده است. از دیدگاه حقوق کیفری، اراده به تصمیم به ارتکاب فعل مادی اطلاق می‌شود که از عناصر شاکله جرم به شمار می‌رود. از دیدگاه حقوق خصوصی، اراده در بیش‌تر زمان‌ها با رضایت، مترادف دانسته شده است.^۱

میان این دو اصطلاح، تفاوت‌هایی وجود دارد. طرفین یک قرارداد، ابتدا نسبت به انعقاد آن قصد و نیت دارند و بدون داشتن قصد، به سمت انعقاد آن هیچ حرکتی نمی‌کنند و هیچ اقدام مثبتی در این مسیر انجام نمی‌دهند. پس از توافق در مورد جزئیات قرارداد، ایجاب به معنای پیشنهاد نهایی پذیرش است و طرفین در صورت رضایت کامل نسبت به آن، موافقت خود را به صورت رسمی اعلام می‌دارند. پس از رضایت، عمل اصلی برای انعقاد و اجرای قرارداد انجام شده که از اراده انسانی ناشی می‌شود. بنابراین، بین سه عنصر «قصد»، «رضایت» و «اراده»، تفاوت مفهومی وجود دارد، ولی در ادبیات عادی در قالب یک عنوان استفاده می‌شود.

قصد طرفین و رضای آن‌ها به عنوان یکی از شرایط صحت معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در کنار هم ذکر شده است، اما در ادامه، قانون‌گذار در ماده ۱۹۱ به بعد این قانون، اثر قصد و شرایط مربوط به آن و اثر رضا و شرایط مربوط به آن را در ماده ۱۹۹ و دیگر مواد آورده است. بر اساس این مواد چنین استنباط می‌شود که قانون‌گذار، اخلال و فقدان قصد را موجب بطلان معامله می‌داند و اخلال در رضا را سبب عدم نفوذ آن. چون نویسندگان قانون مدنی ایران، طرح این قانون را از قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده‌اند و در این قانون، در ماده ۱۱۰۸، شرایط اساسی صحت معامله، چهار مورد ذکر شده است، به نظر می‌رسد نخواسته‌اند برخلاف رقم یافته، این شرایط را پنج رقم ذکر کنند. به همین جهت، قصد و رضا را کنار همدیگر و در یک بند آورده‌اند.^۲

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، در نظر حقوق دانان مختلف، قصد و رضا از نظر تحلیلی و سیر مراحل تکون آن‌ها دارای اختلافات بسیار ظریف است. یک حقوق دان معتقد است که قصد و رضا،

۱. رحمانیان، مسعود، آثار حقوقی قراردادهای پیمان کاری دولتی، تهران: آوا، ۱۳۹۵، ص ۸۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان، ۱۳۷۰، ص ۷۷.

یکی است و قصد، خاتمه رضاست و آن دو را در کتاب‌های حقوقی به اشتباه از یکدیگر جدا می‌کنند. حقوق دانی دیگر معتقد است که این دو باید کاملاً جدای از یکدیگر و حتی در دو بند جداگانه بیاید.^۱ قصد، سازنده عقد و ایجادکننده آن است که اگر نباشد، مراحل قبلی بدون اثر می‌شوند. تأثیر رضا در عقد نیز هر چند جنبه سازندگی و ایجادکنندگی ندارد، اما اگر رضا نباشد، وجود مرحله بعدی آن یعنی قصد هم منتفی خواهد بود. از طرف دیگر، اگر رضای معامل بر اثر عواملی مانند اکراه یا اشتباه خدشه دار شده باشد، معامله غیر نافذ (یا در مواردی، باطل) است و نافذ و دارای اثر شدن آن به تنفیذ بعدی معامل نیاز دارد. بنابراین، قصد به معنای نیت و تصمیم به انجام معامله است و به نوعی ایجاب‌کننده آن تلقی می‌شود. در پایان، رضایت، مرحله نهایی آن به شمار می‌رود که به معامله اعتبار می‌بخشد. پس این دو مفهوم از یکدیگر متمایزند.

همگی فقها معتقدند که قصد و رضا، دو موجود نفسانی جدا هستند، مگر محقق اردبیلی در شرح ارشاد. قصد، قدرت خلاقه دارد و سبب ایجاد اثر حقوقی می‌شود. عنصر، سازنده عقد است و منحصرأً به امور اساسی عقد مربوط است. قصد از امور انشایی است. رضا قدرت خلاقه ندارد و صرفاً شرط اعتبار و نفوذ عقد است. آن چه اهمیت دارد، این است که برای جریان یافتن آثار عقد لازم است طرفین به تشکیل آن راضی باشند.^۲

رضا می‌تواند به گذشته، حال و آینده تعلق گیرد؛ به این معنا که میل قلب است به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده است یا اکنون انجام می‌شود یا بعد واقع خواهد شد. قصد انشا تنها به زمان حال تعلق دارد؛ چون انشا یعنی ایجاد و نمی‌توان چیزی را پیش از ایجاد به وجود آورد. چون قصد انشا در زمان حال اثر دارد، موجود ناشی از آن نیز در زمان حال شکل می‌گیرد.^۳

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که اصلی‌ترین منبع تأیید صحت قراردادهاست، از اراده نام برده نشده است. به هر حال، منظور از اراده در بحث قراردادهای، اختیار و رضایت است. بحث قراردادهای منحصر به حقوق خصوصی نیست و اگر یک طرف قرارداد، دولت یا نهادهای دولتی باشد، این مباحث در ادبیات حقوق عمومی قابل بحث است؛ چون حقوق عمومی، ناظر بر روابط بین دولت و مردم است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران: میزان، ۱۳۷۰، ص ۱۳۲.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۸.

۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۲۵.

دولت به عنوان قوه مجریه یک کشور، مسئول اداره اموال عمومی است. چون اموال عمومی به تمام ملت تعلق دارد، دولت به نمایندگی از مردم و در چارچوب قوانین، متولی امور آن محسوب می‌شود.^۱ برای مثال، جاده‌های کشور هرگز از املاک با مالکیت خصوصی عبور نمی‌کنند و زمین‌هایی که جاده روی آن‌ها ساخته می‌شود، تحت تملک اشخاص قرار ندارد. بنابراین، اداره راه و شهرسازی در هر شهرستان، متولی امور آن است و در صورت وجود مالکیت خصوصی، زمین‌های مورد نظر را می‌خرد. در جریان پیمان کاری‌های مربوط به راه‌سازی، اداره راه و شهرسازی در مقام متولی راه‌های کشور به عنوان کارفرما تعیین می‌شود و بر اساس قوانین و مقررات اداری با پیمان‌کار قرارداد می‌بندد. پیمان‌کار به عنوان شخص حقیقی یا حقوقی، یک طرف قرارداد محسوب می‌شود که با میل و اراده، قبول قرارداد را اعلام می‌دارد. اداره راه و شهرسازی شهرستان نیز حسب اختیارات اعطاشده به آن، طرف دوم قرارداد محسوب می‌شود که قرارداد را می‌پذیرد. پلیس راهور به عنوان متولی نظارت بر تردد در جاده‌های کشور، حسب مقررات حاکم، در صورت لزوم از اختیار مسدودسازی جاده‌ها بهره‌مند است و ممکن است با چنین اقدامی، عملاً اراده طرفین قرارداد یادشده را نادیده انگارد. بنابراین، بحث عیوب اراده مطرح می‌شود که در نهایت به زیان برنامه‌های توسعه‌ای و پیشرفت کشور خواهد بود.

از این قبیل مثال‌ها فراوان است، اما نتیجه بحث این است که اگر نهاد اجرایی حسب اختیارات خود به اموال عمومی وارد شود، به گونه‌ای که بر قرارداد میان متولی اداری با پیمان‌کار اثر بگذارد، در اراده طرفین قرارداد، عیب ایجاد می‌کند که از نظر حقوقی قابل بحث است.

بند دوم: قراردادهای آنلاین پیمان کاری

به دنبال پیشرفت‌های اجرایی در امور الکترونیکی، قراردادهای پیمان کاری از نوع سنتی به «آنلاین» یا «برخط» بدل شده و سامانه جامع آن در حال حاضر آماده فعالیت است. با توجه به این‌که فعالیت‌های پیمان کاری، نوعی فعالیت تجاری محسوب می‌شود، اقدامات این سامانه در چارچوب قانون تجارت الکترونیکی، مصوب ۱۳۸۲ قرار دارد.

در خصوص قراردادهای الکترونیکی، بحث‌های بسیار گسترده در فقه اسلامی و حقوق خصوصی

۱. قربانی‌زاده، وجه‌الله، جعفر عباس‌پور و مهدی خیراندیش، «فرا تحلیل عوامل مؤثر در استقرار دولت الکترونیک ایران»، مطالعات منابع انسانی، دوره ششم، ۱۳۹۵، ص ۱۵.

مطرح است که مجال ذکر آن نیست. تنها به ذکر این نکته اکتفا شده است که در صورت ثبات ماهیت و آثار یک فعل در حالت الکترونیکی، استفاده از آن منعی ندارد.^۱

به موجب ماده ششم قانون تجارت الکترونیک، هرگاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده‌پیام» در حکم نوشته است، مگر در موارد زیر:

(الف) اسناد مالکیت اموال غیرمنقول؛

(ب) فروش مواد دارویی به مصرف‌کنندگان نهایی؛

(ج) اعلام، اخطار، هشدار و یا عبارات مشابهی که دستور خاصی برای استفاده کالا صادر می‌کند و یا از به‌کارگیری روش‌های خاصی به صورت فعل یا ترک فعل منع می‌کند.

به موجب ماده هفدهم نیز «ارجاع در داده‌پیام» با رعایت موارد زیر معتبر است:

(الف) مورد ارجاع به طور صریح در «داده‌پیام» معین شود؛

(ب) مورد ارجاع برای طرف مقابل که به آن تکیه می‌کند، روشن و مشخص باشد؛

(ج) «داده‌پیام» موضوع ارجاع، مورد قبول طرف باشد.

این مواد قانونی از صحت قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری و برابر بودن ارزش آن با قراردادهای سنتی حکایت دارد. البته در جریان راه‌اندازی این سامانه، مشکلاتی وجود داشته که قابل برطرف شدن است، از جمله:^۲

۱. حضور نداشتن تمامی اداره‌های دولتی؛

۲. تنظیم نشدن قراردادها به صورت فنی و جامع؛

۳. خلط مباحث استعلام و مجوز؛

۴. ایجاد نشدن تعهد برای دیگر نهادهای موازی اداری.

از دیدگاه حقوق اداری، «مجوز» به معنای اجازه نهاد صلاحیت‌دار به امری خاص برای اشخاص

۱. معمارزاده طهران، غلام‌رضا، محمد مبینی و مهدی فقیهی، *دولت الکترونیک*، تهران: گوه‌ربار، ۱۳۹۶، ص ۳۲.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری* (۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۵۲.

حقیقی یا حقوقی است. «استعلام» هم به معنای پاسخ به سؤالی است که کسب اطلاعات آن در حیطه اداره مورد نظر است و نهاد استعلام کننده حسب این اطلاعات، تصمیم مقتضی خواهد گرفت. به موجب مفاد مصوبات هیئت دولت در ۱۳۷۱/۱۰/۰۵ و ۱۳۸۰/۰۸/۰۶، پاسخ‌گویی به استعلام و پاسخ‌گویی به درخواست مجوز با ذکر علل قبول یا رد درخواست، الزامی است.^۱

مصوبات هیئت دولت که بدون ذکر عناوین آیین نامه یا بخش نامه ابلاغ شود، برای دولت بعدی لازم الاجرا نیست. بنابراین، در زمان تبدیل وضعیت واگذاری‌های دولتی به نوع آنلاین، بدون ذکر نام مجوز، تنها به استعلام بسنده شد. این در حالی است که در برخی موارد، پاسخ استعلام داده نشده است و ضمانتی برای آن نیست.^۲

حسب بررسی منابع حقوقی می‌توان حق پاسخ‌دهی به هر شهروند را محرز دانست. به موجب اصل نودم قانون اساسی، «هر کس شکایتی از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را کتباً به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مجلس موظف است به این شکایات رسیدگی کند و پاسخ کافی دهد و در مواردی که شکایت به قوه مجریه و یا قوه قضاییه مربوط است، رسیدگی و پاسخ کافی از آن‌ها بخواهد و در مدت متناسب، نتیجه را اعلام نماید و در موردی که مربوط به عموم باشد، به اطلاع عامه برساند».

دولت از منشور حقوق شهروندی در سال ۱۳۹۵ رونمایی کرد که به جریان تقنینی آن انتقاد وارد است. به موجب ماده ۱۹ این منبع، «شهروندان از حق اداره شایسته امور کشور بر پایه قانون‌مداری، کارآمدی، پاسخ‌گویی، شفافیت، عدالت و انصاف برخوردارند. رعایت این حق توسط همه مسئولین و کارکنان الزامی است.» هم چنین به موجب ماده ۲۳ این منبع، «مقامات و مأموران اداری باید در روابط خود با شهروندان، پاسخ‌گو و قابل دسترس باشند و چنان‌چه درخواستی را رد کنند، باید حسب تقاضا، به صورت مکتوب پاسخ داده و حداکثر راهنمایی را در چارچوب صلاحیت‌های خود ارائه نمایند».

بنابراین، به موجب حق پاسخ‌گویی به شهروندان که اشخاص حقیقی یا حقوقی پیمان‌کار نیز جزئی از آن محسوب می‌شوند، می‌بایست برای پاسخ به استعلامات اداری، الزام تعیین کرد و هم چنین صلاح است که دو تأسیس «مجوز» و «استعلام» با توجه دو مصوبه هیئت دولت از یکدیگر تفکیک شوند.

۱. زارعی، حسین، *تخلفات اداری*، تهران: دوران، ۱۴۰۰، ص ۲۱.

۲. رسولیان، مجید، *حقوق و اختیارات طرفین پیمان در قراردادهای پیمان کاری دولتی*، تهران: ژرف اندیشان، ۱۳۹۹، ص ۴۳.

گفتار دوم: چالش‌های واگذاری آنلاین

بیان شد که به دلایل مختلف، واگذاری آنلاین به اهداف صددرصدی خود نرسیده است. اکنون در این باره بحث می‌کنیم.

بند اول: نبود سند اجرایی

معمولاً آغاز هر اقدام اجرایی با تنظیم سند حقوقی همراه است تا ضمن نظم‌دهی به آن رسمیت یابد. سند حقوقی ممکن است قوانین مدون یا مقررات اجرایی باشد. مثلاً مبارزه قاطع دولت با قاچاق کالا ابتدا با وضع قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز در سال ۱۳۹۲ آغاز شد و در جریان جزئیات آن، آیین‌نامه‌هایی از قبیل ورود کالا به کشور توسط ملوانان تصویب گردید. در حال حاضر، همان اسناد، چارچوب و رویه مبارزه با قاچاق کالا را تعیین می‌کنند.

سامانه آنلاین مناقصات و مزایده‌های کشور بدون وضع هیچ سند حقوقی آغاز به کار کرده است. به نظر می‌رسد که دولت وقت، تبدیل شدن قراردادهای واگذاری از نوع سنتی به آنلاین را با توجه به تصویب قانون تجارت الکترونیک، فاقد جنبه‌های حقوقی جدید دانسته و به وضع قانون جدید نیاز ندیده است. متأسفانه، مجلس شورای اسلامی نیز به این مسئله ورود نکرد. بنابراین، تعهدات ارگان‌های دولتی نسبت به این سامانه مبهم است.^۱

در سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۶ برای حضور نهادهای نظامی در این سامانه، تلاش فراوانی شد، ولی نتیجه‌ای نداشت. این اختلاف در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح گشت. اعضای مجمع چنین تفسیر کردند که نهادهای نظامی از نظر فرماندهی تحت امر رهبری هستند، ولی از نظر اداری باید از دولت تبعیت کنند. در نظری دیگر چنین بیان شد که با توجه به نبود سند حقوقی الزام‌آور در خصوص سامانه آنلاین واگذاری‌ها، نه تنها نیروهای مسلح، بلکه هیچ نهاد اجرایی دیگر هم ملزم به حضور در سامانه نیستند.^۲

بنابراین، نبود سند حقوقی راه‌اندازی سامانه آنلاین واگذاری‌ها موجب نداشتن تعهد حقوقی

۱. عسکری، امیر و بیژن عباسی، سازمان‌های اداری و محلی، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۴۳.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۷۵.

نهادهای برای حضور در آن شده است. نهادهای اجرایی با توجه به حق ریاست طولی دولت، معمولاً با دستور ریاست جمهوری به سامانه ملحق شده‌اند، ولی نیروهای مسلح و نهادهای قضایی که تابع ریاست جمهوری نیستند، می‌توانند از این اقدام سر باز زنند. در صورت تصویب سند حقوقی مربوط، آن نهادها نیز حسب تعهدات حقوقی، ملزم به تبعیت از آن بودند.

بند دوم: نبود تفاوت میان استعلام و مجوز

تفکیک دو تأسیس «مجوز» و «استعلام» بیش‌تر در سال‌های ۱۳۸۴ مطرح بود. چون منابع حقوق موضوعه، مطلبی در این خصوص بیان نکرده‌اند، تفکیک یا خلط این دو تأسیس به رویه دولت‌ها بستگی دارد. بنابراین، حسب تصمیمات اجرایی، این دو مبحث قابل تغییر است. در بحث استقلال دو مبحث، نهادهای صلاحیت‌دار صدور مجوز حسب مقررات خود به صدور یا رد مجوز برای یک عمل خاص دست می‌زنند و تا زمان صدور مجوز، موضوع فعالیت قابل انجام نیست. استعلام نیز به معنای کسب آگاهی و سپس تصمیم‌گیری مقتضی است. پس از خلط دو موضوع، استعلام به معنای مجوز، از طرف نهاد استعلام‌کننده ارسال می‌شود و معمولاً ارسال نشدن پاسخ به معنای رد درخواست است. پاسخ به استعلام در صورت مثبت بودن ارسال می‌شود و به نوعی مجوز انجام فعالیت محسوب می‌گردد.^۱

در سامانه آنلاین، این دو تأسیس با همدیگر خلط شده است و دولت‌ها برای تفکیک آن‌ها، اقدامی انجام نداده‌اند. دستورهای اجرایی و بخش‌نامه‌های صادرشده از تثبیت تأسیس خلط دو مفهوم حکایت دارد. بنابراین، متولی اصلی پیش از نهایی شدن قرارداد، از نهادهای مرتبط که تأییدیه آن‌ها لازمه واگذاری دانسته شده است، استعلام می‌گیرد که ممکن است به آن پاسخ ندهند.

در کلیات، پاسخ ندادن به استعلام، با حق پاسخ‌گویی تضاد دارد که بخشی از حقوق شهروندی تلقی می‌شود، اما در جزئیات، اسناد حقوقی اجرایی نهادها، آن‌ها را در پاسخ ندادن به استعلام، مجاز دانسته است که به معنای مخالفت با واگذاری تلقی می‌شود. البته در برخی موارد، همکاری و هماهنگی بین نهادهای مختلف تحت اسناد اجرایی مشاهده شده است که به موجب آن، نهادها ملزم به پاسخ‌دهی خواهند بود. در بسیاری از موارد، نهادها در عمل به جریان واگذاری‌ها پاسخی

۱. قاسمی، عبدالعلی، آموزش مکاتبات اداری، تهران: دیباگران، ۱۴۰۰، ص ۶۲.

نمی‌دهند که روزه رانت و فساد در واگذاری‌ها محسوب می‌شود. بیش‌تر، هدف از راه‌اندازی سامانه آنلاین، مقابله با رانت و واگذاری به پیمان‌کار عنوان شده بود. پس در حال حاضر، پاسخ نگفتن به استعلام، روزه رانت در واگذاری در همین سامانه محسوب می‌شود.

بند سوم: تکمیل و تجمیع نشدن اداره‌ها

به سبب نبود سند اجرایی در خصوص راه‌اندازی سامانه آنلاین، نهادها، خود را از نظر حقوقی، ملزم به حضور در سامانه نمی‌بینند. معمولاً با شفاف‌سازی در این سامانه، برخی فسادهای اداری در جریان واگذاری‌ها از بین خواهد رفت. پس نهادها به حضور در این سامانه تمایلی ندارند.^۱ در چنین وضعیتی، الزام نهادهای خارج از نظر قوه مجریه هم چون قوه قضاییه و نیروهای مسلح ممکن نیست. از بین نهادهای اجرایی باز هم جای خالی برخی نهادها محسوس است که حتی از دستورهای اداری لازم‌الاجرا تبعیت نمی‌کنند. نبود نهادها در سامانه آنلاین موجب می‌شود استعلام گرفتن به صورت سنتی و دستی انجام شود. به جز این، هر نهاد، مقررات اداری جداگانه‌ای برای استعلام خود وضع کرده است. این موارد در نهایت به طولانی شدن روند عقد قرارداد با پیمان‌کار می‌انجامد. با توجه به اثر استعلام بر انعقاد قرارداد و رسمیت آن، پاسخ ندادن به استعلام، نوعی مخدوش شدن اراده طرفین قرارداد محسوب می‌شود.

شیوه پاسخ‌دهی به استعلام حسب رویه اداری، در یک تقسیم‌بندی کلی چنین است:^۲

۱. برخی نهادها، تنها در پاسخ به نامه استعلام، پاسخ به آن را ارسال می‌کنند.
۲. برخی نهادها، پاسخ به استعلام را به سلسله‌مراتب خود ارسال می‌کنند که آن سازمان طولی به سبب تفاوت در درج‌گیرنده استعلام به آن پاسخ نمی‌دهد.
۳. برخی نهادها ضمن استناد به مفاد آیین دادرسی کیفری، ارسال نامه طبقه‌بندی شده را تنها با دستور رئیس قوه قضاییه مجاز می‌دانند که این مورد، پاسخ‌دهی به استعلام را در عمل متوقف می‌کند.
۴. برخی نهادها با وجود پاسخ‌دهی مثبت به استعلام، در عمل با امور اجرایی مرتبط با آن مخالفت می‌کنند.

۱. اسماعیلی، میترا، علی‌رادان جبلی و منوچهر توسلی نایینی، «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۴۲.

۲. چهارمیری، ثریا، ولی‌الله انصاری و حسن خسروی، «بررسی تطبیقی فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه»، حقوق اداری، دوره هفتم، ۱۳۹۸، ص ۱۴۰.

به هر حال، ناشفافیت در استعلام‌ها به سبب حضور نداشتن نهادها در سامانه آنلاین است. با وضع قانون مربوط و الزامی شدن حضور تمامی نهادها در این سامانه، جریان استعلام‌دهی نیز شفاف و متحدالشکل خواهد شد.

گفتار سوم: اراده‌های موازی

اموال عمومی به عموم مردم تعلق دارد و نهادهای دولتی و عمومی به نمایندگی از مردم، اداره آن را بر عهده دارند. به این نوع اختیار، «تولی» گفته می‌شود و آن نهاد را «متولی» می‌نامند. تعیین تولی یا به موجب نص صریح قانون یا به صورت عرفی مشخص می‌شود. برای مثال، تولی خیابان‌های شهری حسب بند ۱۷ ماده ۴۵ و بند ۱ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۳۴ به شهرداری سپرده شده است. جاده‌های کشور در اختیار وزارت راه و شهرسازی قرار دارد و قانون تشکیل این نهاد، تنها ادغام وزارت خانه‌های مسکن، راه و شهرسازی را ذکر کرده، ولی به صورت عرفی، تولی جاده‌های کشور به این نهاد واگذار گردیده است. گاهی نهادی دیگر به صورت موازی، اقداماتی مانند متولی انجام می‌دهد که بررسی می‌کنیم.

بند اول: اختیارات تولی

متولی به نمایندگی از مردم و در چارچوب قوانین و مقررات، اداره اموال عمومی را عهده‌دار است. در مواردی که بخشی از املاک خصوصی در محدوده اموال عمومی واقع شده باشد، متولی حسب اختیارات حقوقی، پی‌گیر تصرف قانونی ملک می‌شود و در مرحله اول می‌کوشد آن را بخرد. گاهی به سبب منافع عمومی، ملک خصوصی به صورت قهری و با قیمت تعیین شده توسط کارشناس مصادره می‌گردد. در مسیر اداره اموال عمومی که گاه به تخریب، بازسازی، ساخت اولیه، تعمیر و مرمت نیاز دارد، گاهی از پیمان‌کاران بخش خصوصی بهره‌گرفته می‌شود؛ چون به موجب عرف حقوق اداری که در سند تأسیس اداره‌ها منعکس شده است، جز در مسائل بسیار خاص، نهادهای دولتی برای اجرای امور مربوط به اموال در اختیار می‌بایست از پیمان‌کار بخش خصوصی استفاده کنند.^۱

گاهی اختیار نهادی دیگر، در عمل، موازی با اختیار نهاد اصلی قرار می‌گیرد و موجب تعارض

۱. طباطبایی، پیشین، ص ۱۱۰.

در این مورد می‌شود. برای مثال، پلیس راهور حسب سند تأسیس خود و فلسفه وجودی نیروی ضابط برای نظارت بر تردهای خارج از شهر، حسب مورد، اختیار مسدودسازی یا تغییر مسیر در جاده را دارد. تولی اصلی جاده‌های کشور به وزارت راه و شهرسازی مرتبط است، اما در صورت اعمال محدودیت تردد در جاده، اختیار تولی اصلی خدشه‌دار می‌گردد.

در کشورهای غربی، عرف در تعیین همکاری بین اداره‌ها نقش مهمی دارد و گاه دستورهای صادرشده یک مقام اجرایی که سال‌هاست در مسند قدرت نیست، پایه‌گذار عرف روابط اداری خواهد بود.^۱ متأسفانه، وضع چنین عرف‌هایی در کشور ما جایگاهی ندارد و اداره‌ها، مسئولیت خود را تنها به منابع حقوق نوشته محدود کرده‌اند و از هر مسئولیتی جز آن طفره می‌روند. بنابراین، در چنین وضعیتی، شیوه همکاری بین دو نهاد پلیس راهور و وزارت راه و شهرسازی مشخص نیست. در نهایت، این‌که برخی شوراها هم‌هنگ‌کننده در سطح استانی و کشوری، اختیار هماهنگی این نهادها را بر عهده دارند که تبعیت از دستورهای اداری آن‌ها لازم‌الاجراست. بنابراین، برای مخدوش نشدن اختیارات اداری متولی نیاز است که هماهنگی را مقامات ارشد اداری هم‌چون استاندار یا وزارت کشور انجام دهند.

بند دوم: زیان پیمان‌کار

اختیارات موازی تولی می‌تواند به طور مستقیم به عنوان عیوب اراده محسوب شود و موجب زیان پیمان‌کار گردد. در سال ۱۳۷۳، پیمان‌کار بخش خصوصی به صورت قرارداد «بی.او.تی»،^۲ مسئولیت ساخت جاده رزن - قزوین را بر عهده گرفت و اداره جاده ساخته‌شده را به مدت ۱۵ در دست داشت. به سبب برخی سیاست‌های پلیس راهور، تا پایان ده سال، مجموع روزهای تعطیلی جاده به دو سال رسید و پیمان‌کار ضمن ارسال نامه به وزارت راه و ترابری، خواهان تمدید مدت زمان بهره‌برداری بود که به استناد قرارداد منعقدشده، با این درخواست مخالف شد.^۳

1. ARAYANKALAM, Jithesh; KHAN, Anupriya; KRISHNAN, Satish, "How to deal with corruption? Examining the roles of e-government maturity, government administrative effectiveness, and virtual social networks diffusion", International Journal of Information Management, 2021, 58: 102203, p. 55

۲. قرارداد بی.او.تی (BOT) به قراردادهایی اطلاق می‌شود که پیمان‌کار با هزینه شخصی خود، پروژه را بسازد و به مدت مشخص، اداره آن را بر عهده می‌گیرد تا از منافع آن بهره‌بردار. سپس پروژه را کاملاً به کارفرما واگذار می‌کند.

۳. فلاحی، آزاد، بررسی تحلیلی ساختار قرارداد بی.او.تی، تهران: بهنامی، ۱۳۹۳، ص ۳۲.

مفاد قرارداد در خصوص مدت واگذاری کاملاً نافذ است، اما هدف از این بهره‌برداری، منفعت پیمان‌کار است. پیمان‌کار با این فرض، قرارداد بسته بود که بدون دخالت عامل خارجی، توانایی کسب منفعت از این پروژه را دارد، ولی اختیار پلیس راهور موجب از دست رفتن فرصت دوساله شد و اراده طرفین قرارداد مخدوش گردید. قرارداد با این فرض نگاشته شد که وزارت راه و شهرسازی (وزارت راه و ترابری سابق)، اختیار کامل جاده را در دست دارد و منفعت کامل را به پیمان‌کار بخشیده است. در صورت خدشه‌دار شدن اراده کارفرما، پیمان‌کار نیز حق اعتراض دارد. پس مدت‌زمان دوساله تعطیلی جاده می‌بایست به مدت بهره‌برداری اضافه شود. نیاز بود که هنگام عقد قرارداد، تعهدات پلیس راهور در این خصوص نیز لحاظ می‌شد.

بند سوم: مسائل امنیتی

گاهی بنا بر حساسیت مسائل امنیتی، نهادهای مربوط در جریان واگذاری‌ها، دخالت و حتی اختیار عمل پیمان‌کار را هنگام اجرا محدود می‌کنند. نخستین انتقاد وارد بر نهادهای امنیتی آن است که به جز وزارت اطلاعات، هنوز نهادی دیگر به سامانه آن‌لاین واگذاری‌ها متصل نشده و این در حالی است که تأییدیه واگذاری‌ها عمدتاً به سازمان‌های حفاظتی مربوط است، نه خود سازمان‌های اطلاعاتی. در چنین وضعیتی، تمامی استعلام‌ها به صورت سنتی انجام می‌گردد و شروط خاصی برای پیمان‌کار در نظر گرفته می‌شود.^۱

معمولاً استخدام کارکنان نیز با تأییدیه نهادهای امنیتی انجام می‌شود که دو انتقاد در این باره وارد است. نخست این که گاهی در خصوص پروژه‌های ساده هم چون ساخت تونل یا پروژه آبیاری، بدون دلیل قانع‌کننده، حساسیت امنیتی لحاظ می‌شود. دیگر این که در برخی موارد، معیار اظهار نظر امنیتی، تنها خود شخص است که موجب تضييع حقوق استخدامی می‌شود. گزارش شده است که گاهی در جریان استخدام در یک شرکت پیمان‌کاری، بنا به اظهارات شخصی که دارای اقوامی در خارج از کشور است، از فعالیت منع شد، اما در وضعیتی که افرادی واقعاً دارای خویشاوندان مقیم خارج از کشور بودند و از اظهار نظر در این باره خودداری کردند، مجوز استخدامی صادر شده است. بنابراین، به شیوه دخالت سازمان‌های امنیتی در امور پیمان‌کار نظیر استخدام انتقاد وارد است و اراده پیمان‌کار را خدشه‌دار می‌کند.^۲

۱. کوکبی، امین، **نگاهی فراگیر و همه‌جانبه به قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال**، تهران: سومین همایش بین‌المللی معماری عمران و شهرسازی در آغاز هزاره سوم، ۱۳۹۶، ص ۳۲.

۲. زارعی، پیشین، ص ۱۲۱.

به نظر می‌رسد که با توجه به وجود وزارت اطلاعات (نه سازمان اطلاعات) که جزئی از هیئت دولت محسوب می‌گردد، می‌توان در این خصوص، هماهنگی امنیتی انجام داد. هدف از تأسیس وزارت اطلاعات در ابتدا نیز تبعیت نهادهای امنیتی از دولت و مجلس شورای اسلامی بود.

بند چهارم: اظهار نظر متناقض

در نظام حقوق اداری ایران، جایگاه عرف بسیار ضعیف است. با این حال، نمی‌توان رویه اداری را نادیده انگاشت. در برخی موارد، یک سازمان، در ابتدا، خود را نسبت به صدور مجوز یا پاسخ استعمال، بدون تعهد نشان می‌دهد و پس از مدتی، حسب برخی مفاد قانونی، مانع از اجرای عملیات می‌شود. واگذاری معادن از جمله مواردی است که هنوز بخش اصلی فعالیت‌های آن، خارج از سامانه آنلاین واگذاری و به صورت مستقیم توسط وزارت صمت انجام می‌شود. در رویه سنتی، سازمان منابع طبیعی می‌بایست در خصوص تعارض نداشتن بین بهره‌برداری از معدن و تخریب منابع طبیعی، نظر خود را اعلام و مجوز مربوط را صادر می‌کرد. در حال حاضر، سازمان منابع طبیعی بدون پیوستن به سامانه‌های آنلاین، تنها پاسخ استعمال‌های مربوط را صادر می‌کند. در مواردی که محدوده معدنی با منابع طبیعی فاصله زیادی دارد، سازمان منابع طبیعی، پاسخ استعمال مربوط را به صورت حقیقی صادر می‌کند. بعدها مشاهده شد که ضمن ارائه طرح‌های حدنگاری، مدعی تخریب محیط زیست می‌شود و از طریق قوه قضاییه، حکم جلب برای پیمان‌کار معدن صادر می‌کند. این در حالی است که سازمان منابع طبیعی، پیش‌تر خارج بودن معدن از محدوده منابع طبیعی را در استعمال سنتی خود اعلام کرده بود، اما به استناد قانون حفاظت محیط زیست، قوه قضاییه، اظهار نظر کارشناسی سازمان را در خصوص تخریب محیط زیست به رسمیت می‌شناسد.^۱ برای سازمان‌های صادرکننده مجوز باید مسئولیت‌هایی لحاظ شود و اظهار نظر اولیه را مبنای اقدام قضایی در این خصوص قرار داد.

۱. میرغفوری، سید حبیب‌الله، علی مروتی شریف‌آبادی، یاسمین برومندزاد و فاطمه زمانی، «تحلیلی بر عوامل مؤثر بر موفقیت تحویل خدمت در دولت الکترونیک (مطالعه موردی: خدمات الکترونیک دانشگاه یزد)»، مدیریت تولید و عملیات، دوره دوم، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰.

گفتار چهارم: بررسی نمونه موردی

در خصوص مصادیق عیوب اراده در واگذاری های پیمان کاری صحبت شد. اکنون چند نمونه موردی بررسی می شود.

بند اول: واگذاری به روش بی:او:تی

در قراردادهای «بی.او.تی»، پیمان کار در مرحله نخست، اجرای پروژه را بر عهده می گیرد که مدت تخمینی آن در قرارداد ذکر می شود. کارفرما نیز دغدغه تکمیل پروژه را در موعد مقرر دارد. با این حال، در صورت اعمال اراده برخی نهادها که در قرارداد، مسئولیتی برای آن ها ذکر نشده، ممکن است مدت زمان اجرای پروژه دچار تأخیر شود.

در مواردی که تصفیه خانه های فاضلاب با این روش ساخته شده اند، به سبب دخالت های سازمان منابع طبیعی (با وجود پاسخ مثبت به استعلام اولیه)، مدت زمان اتمام پروژه، طولانی تر از موعد مقرر شده است.^۱ بنابراین، اختیار برخی نهادهای مرتبط باید محدود شود. در زمان بهره برداری نیز ممکن است به سبب کارشکنی های برخی نهادها مثل ده داری ها نظیر تخصیص نیافتن فاضلاب یا تحویل ندادن آب شیرین، پیمان کار از بهره برداری از طرح یادشده راضی نباشد. در مرحله پس از واگذاری نیز به صورت عرفی (و نه تعهد حقوقی)، کارفرما از پیمان کار به عنوان پیمان کار نگه داری استفاده می کند که این مهم در فرم قراردادی جای ندارد.

بنابراین می توان نتیجه گرفت که فرم قراردادی در سامانه آنلاین کاملاً به صورت غیر تخصصی تنظیم شده است. برای تعهد دیگر سازمان ها نیاز است که هنگام عقد قرارداد، نهادهای دارای اراده موازی، قرارداد را تنفیذ کنند یا متن قرارداد برای صدور بخش نامه و دستورالعمل مرتبط به مقامات ارشد اجرایی هم چون هیئت دولت ارسال گردد و تعهدات نهادها به صورت دستورهای دولتی صادر شود. با توجه به این که قرارداد «بی.او.تی»، روشی مناسب برای تأمین مالی پروژه هاست، نباید با چنین چالش هایی، جذابیت حضور در این پروژه ها را برای پیمان کار کم رنگ کرد.

۱. رنجبریان، امیر، «قراردادهای بی.او.تی در صنعت آب و فاضلاب کشور»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد الکترونیک، ۱۳۹۷، ص ۵۴.

بند دوم: قراردادهای نفتی

در صنعت ملی نفت، دولت به نمایندگی از مردم، با پیمان‌کاران داخلی یا خارجی در مورد عملیات نفتی، قرارداد منعقد می‌کند. قراردادهای جدید با توجه به تشویق سرمایه‌گذاران خارجی برای حضور طولانی‌مدت در کشور بیش‌تر مورد نظر است و دست‌مزد پیمان‌کار نیز شناور مشخص می‌شود که دولت بدون تعهد صریح، اختیار اعطای پاداش متعارف به شرکت را دارد. در قراردادهای مشارکتی نیز شرکت می‌بایست تحت قوانین ایران با وجود شریک ایرانی تأسیس شود که امتیاز حقوقی مهمی برای طرف ایرانی محسوب می‌شود. چون تعیین دست‌مزد ثابت برای پیمان‌کار موجب کاهش انگیزه تولید بیش‌تر می‌گردد، در قراردادهای اخیر، دست‌مزد پیمان‌کار، تابعی از میزان تولید و قیمت فروش تعیین شده است. به موجب قاعده فقهی نفی سبیل، قواعد فقهی معدن، قانون اساسی و دیگر مسائل ملی نمی‌توان تسلط بیگانگان بر منابع کشور را پذیرفت و اختصاص سهمی از مخزن نیز به موجب این موارد می‌بایست خط قرمز امنیتی محسوب گردد. در قرارداد امتیازی، علاوه بر تسلط بیگانگان بر منابع نفتی، این عمل، نوعی فروش محسوب می‌شد که با توجه به ملی شدن صنعت نفت، این عمل، غیر قانونی تلقی می‌شود. با این وجود، اختیارات وزارت نفت در قراردادهای جدید بسیار کلی بیان شده و نیاز است که برخی مسائل دیگر به صراحت تعیین گردد تا منافع ملی کشور به طور کامل تأمین شود و در شرایط تحریمی بتوان سرمایه‌گذاران را به حضور در کشور ترغیب کرد.^۱

در این باره چند نکته قابل توجه است:

۱. وزارت نفت بدون پیوستن به سامانه آنلاین واگذاری‌ها، قراردادهای نفتی را کاملاً به صورت سنتی منعقد می‌کند که به این رویه انتقاد وارد است.
۲. استعلام‌های امنیتی تنها به خوش‌نامی شرکت‌های پیمان‌کار خلاصه شده است و به فرم قرارداد جدید، اعتراضی وارد نیست.
۳. با توجه به نظریه تفسیری شورای نگهبان در خصوص قاعده «نفی سبیل»، اگر سهم پیمان‌کار از مخزن نفت تعیین شود، خلاف مصالح ملی محسوب می‌شود و سهم پیمان‌کار می‌بایست به

۱. سالاری، مصطفی و محمدجواد رضایی‌زاده، «معیارها و شرایط عمومی قراردادهای جدید نفتی ایران از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی»، حقوق اداری، دوره هشتم، ۱۳۹۹، ص ۱۱۹.

صورت درصدی از نفت استخراجی مشخص گردد. متأسفانه، این مهم در فرم قراردادی جدید رعایت نشده و کسی نیز به آن توجهی نکرده است. بنابراین، اراده ملت در این خصوص خدشه‌دار می‌شود؛ چون به موجب عرف عمومی، در سطح حقوق نفت و گاز، سهم پیمان‌کار به صورت درصدی از حجم مخزن تعریف می‌گردد. نیاز است که به موجب اثر فرم قراردادی، سهم پیمان‌کار از نفت استخراجی به صراحت مشخص شود تا مشکلات امنیتی این نوع قراردادها از بین برود.

بند سوم: کاداستر معادن

وزارت صمت که متولی اصلی معادن در کشور است، تنها بخش‌های پایانی و عقد قرارداد واگذاری را در سامانه آنلاین انجام می‌دهد و دیگر امور را به صورت مستقل در سامانه‌ای جداگانه پیش می‌برد. راه‌اندازی سامانه کاداستر معادن، گامی مهم برای تعیین حدود معادن است. نکته قابل توجه این است که هنوز تمامی کشور کاداستر نشده و برخلاف کشورهایی هم‌چون ترکیه، اجرای کامل طرح کاداستر در سازمان ثبت اسناد و املاک شکست خورده است. بحث درباره علل شکست این طرح نیز خارج از پژوهش کنونی است. با این حال، به این نکته بسنده می‌کنیم که نقص کاداستر موجب شده است اداره منابع طبیعی هر بار با عنوان نقشه‌برداری مجدد، نظر خود را در خصوص تعرض به منابع طبیعی به صورتی تغییر دهد که هیچ مسئولیت حقوقی برایش به بار نیاورد. در حال حاضر، کاداستر معادن به دست وزارت صمت نسبتاً جامع تلقی می‌شود، ولی اداره منابع طبیعی از آن تبعیت نمی‌کند. چنین تغییری در رأی به منفذی برای رانت و فساد بدل می‌شود تا در واگذاری به پیمان‌کاران، تبعیض صورت گیرد.

در یک مثال حقوقی، سیمسون، تبعه دولت محلی اسکاتلند، امتیاز یک معدن سنگ سیلیس را خریده بود. در زمان دریافت مجوز بهره‌برداری مشخص شد که این ملک بنا به استعلام سازمان نقشه‌برداری، در حوزه منابع دولتی قرار دارد و طبق قانون وزارت معادن این کشور، تنها زمین‌های عمومی، قابلیت استخراج منابع را دارند. این در حالی است که مرز اموال دولتی و عمومی در محل مورد اختلاف، تنها ۲۵۰ متر با معدن مورد نظر اختلاف داشت و به همین دلیل، دادگاه شاهی این کشور، دادخواهی سیمسون را رد کرد.^۱

1. ASHAYE, Olusoyi Richard; IRANI, Zahir, "The role of stakeholders in the effective use of e-government

این مثال حقوقی، دقت بی نظیر سازمان نقشه برداری این کشور را نشان می‌دهد. در افکار عمومی، جنگل‌ها و نقاط خارج از شهر، مناطق عمومی محسوب می‌شوند، اما قوانین این کشور، برخی تعاریف را برای مالکیت دولتی و عمومی ذکر کرده که خارج از بحث کنونی است. در نقشه برداری، مرز با فاصله ۲۵۰ متری تعیین شده بود و به همین علت، امتیاز واگذاری معدن لغو شد. پس از دو سال، با دریافت مجوز از دولت که مالک محل محسوب می‌شد، اجازه بهره‌برداری صادر گردید.

در ایران، کاداستر انجام شده چنین دقتی ندارد و هر اداره به صورت مستقر کاداستر را انجام می‌دهد و هیچ کدام نیز محدوده‌های تعیین شده به دست نهادهای دیگر را قبول ندارند. باید مرجع مشخصی برای کاداستر مشخص گردد و اداره‌ها، ملزم به تبعیت از آن شوند و اجرای کاداستر به صورت مستقل برای دیگر اداره‌ها، ممنوع اعلام شود.

گفتار پنجم: الگوی پیشنهادی اصلاح واگذاری

پس از بیان مشکلات و چالش‌های سامانه آنلاین واگذاری، الگوی اصلاحی را شرح می‌دهیم. با تنظیم سند اجرایی سامانه آنلاین که تعهدات شخص ثالث اداری در آن ذکر شده باشد، می‌توان واگذاری مورد انتظار را انجام داد. به الگوی موفق دیگر کشورها نیز نگاهی می‌اندازیم.

بند اول: سند اجرایی سامانه آنلاین

سامانه آنلاین، سند اجرایی حقوقی ندارد. جایگاه حقوق عرفی در ایران ضعیف است و در مواردی مثل این وضعیت که سامانه آنلاین، سند حقوقی ندارد، اداره‌ها تلاش می‌کنند از زیر بار مسئولیت خود شانه خالی کنند.^۱ پس نیاز است که هماهنگی مناسب بین سازمان‌ها صورت پذیرد.

در کشور فرانسه که سامانه آنلاین واگذاری‌ها از سال ۲۰۰۱ آغاز به کار کرد، سند اجرایی آن هنوز تصویب نشده، اما جایگاه عرف در حقوق اداری این کشور قوی است. از این رو، دستورهای اجرایی

resources in public services", International Journal of Information Management, 2019, 49, p. 260

۱. در بیش‌تر کشورهای غربی، یک رویه اداری می‌تواند حسب عرف و سابقه استفاده از آن حاکم شود که نمونه‌های آن فراوان است. در ایران برای امور جزئی اداری، سندیت آن مطالبه می‌شود و در موارد جزئی، یک اقدام اداری بدون سند حقوقی آن انجام نمی‌شود که این مهم به ضعف جایگاه حقوق عرفی در نظام اداری کشورمان منتهی شده است.

ژاک شیراک،^۱ رئیس جمهوری وقت هنوز هم مبنای هماهنگی بین سازمان‌های مربوط به شمار می‌رود، در حالی که حسب عرف حقوقی این کشور، الزام به پیروی از دستورهای رئیس جمهوری سابق ضرورت ندارد.^۲

در عرف قراردادهای واگذاری «بی.او.تی»، تمام نهادها باید به کنترل پیمان‌کار بر پروژه احترام بگذارند؛ چون سرمایه بخش خصوصی برای اجرای یک پروژه سرازیر شده است.^۳ در غیاب سند اجرایی، اراده‌های موازی، اراده پیمان‌کار را خدشه‌دار می‌کند. بنابراین، در غیاب سند اجرایی دقیق و هماهنگی مناسب بین نهادها، ناهماهنگی بین نهادهای کشور به چشم می‌خورد. به نظر می‌رسد که ضعف حکومت حقوق عرفی عموماً به کشورهای شرقی بازمی‌گردد و تنها کشورهای غربی، عرف را به خوبی وارد ادبیات حقوق اداری کرده‌اند.^۴

برای رفع مشکلات سامانه آنلاین، تنظیم سند حقوقی آن پیشنهاد می‌شود که می‌تواند به صورت قانون موضوعه یا آیین‌نامه اجرایی باشد. نهادهایی هم‌چون قوه قضاییه یا نیروهای مسلح از قوه مجریه تبعیت ندارند. در این خصوص می‌توان به نظریه تفسیری شورای محترم نگهبان و هم‌چنین مجمع تشخیص مصلحت نظام اشاره داشت که از نظر اداری و هماهنگی‌های آن، تمامی نهادها از ریاست جمهوری تبعیت کنند و این به معنای کنترل و تولی ریاست جمهوری بر آن نهادها نیست. می‌توان برای رسمیت بهتر مصوبات این حوزه، پیش از ابلاغ، موارد را در جلسه سران سه قوه مطرح ساخت تا جنبه اجرایی قوی‌تری داشته باشد. البته در صورت تصویب قانون موضوعه، تبعیت از آن بر همگان الزامی خواهد بود. آیین‌نامه اجرایی مصوب هیئت دولت می‌بایست برای اجرای معتبر، پیش از اجرا در جلسه سران سه قوه مطرح شود. در این صورت، دستورهای حکومتی صادرشده از سوی مقام معظم رهبری نیز جایگاه خاص خود را خواهد داشت؛ چون ایشان همواره

1. Jacques René Chirac

2. CHOI, Taehyon; CHANDLER, Susan Meyers, "Knowledge vacuum: An organizational learning dynamic of how e-government innovations fail", *Government Information Quarterly*, 2020, 37.1, p. 120

۳. شیروی، عبدالحسین، قراردادهای بی.او.تی: تنظیم قوانین، ساختار قوانین حاکم. تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۴۳.

4. ENGSTROM, David Freeman, et al., "Government by algorithm: Artificial intelligence in federal administrative agencies", *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 2020, p. 30

بیان کرده‌اند که از تصمیم سران سه قوه حمایت خواهند کرد. بنابراین، تعمیم این تصمیمات به نیروهای مسلح با سهولت بیش‌تر امکان‌پذیر است.

پیشنهاد می‌شود که در سند اجرایی آتی، تمامی نهادهای کشور اعم از نظامی، قضایی و اجرایی تحت شمول این قانون قرار گیرند و قوانین خاص سامانه آنلاین تهیه و تنظیم شود. در خصوص فرم قراردادی نیز نیاز است که با تخصص مناسب، تهیه، تنظیم و ابلاغ گردد. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، فرم قراردادی در بسیاری از موارد هم‌چون قراردادهای «بی.او.تی»، بسیار غیر حرفه‌ای تنظیم شده است.^۱ از نظر حقوقی، فرم قراردادی متحدالشکل، ارزش و اعتبار حقوقی دارد، هم‌چون چک، سفته و پول‌های کاغذی. بنابراین، نیاز است که فرم‌های قراردادی موجود در سامانه، با تدبیر و تخصص بهتری تنظیم گردد و در سند اجرایی نیز به آن اشاره شود.

بند دوم: تعهدات اشخاص ثالث اداری

برخی نهادها به دلایلی می‌بایست در جریان صدور مجوز یک واگذاری دخالت کنند، اما این نوع دخالت، بعدها به نوعی تولی موازی بدل می‌شود. در خصوص دو تأسیس «مجوز» و «استعلام» نیز صحبت شد. به نظر می‌رسد که تفکیک دو تأسیس، مشکل وضعیت کنونی را حل نمی‌کند. با این حال، الزام نداشتن به پاسخ‌دهی که در حال حاضر به صورت عرفی وجود دارد، یکی از روزه‌های رانت و فساد در واگذاری‌ها محسوب می‌شود. نیاز است که در سند حقوقی آتی، همه اداره‌ها به ارسال پاسخ مثبت یا منفی (با ذکر دلیل) به استعلام ملزم شوند تا این حق اداره‌ها در چارچوب حقوقی قرار گیرد.

پیش‌تر در کشور ترکیه، وضعیت استعلام‌ها همین‌گونه بود تا این‌که به دستور رجب طیب اردوغان، لزوم پاسخ‌دهی به استعلام‌ها را با ضمانت اجرایی تنبیه انضباطی برای مدیران سازمان الزامی شد.^۲ در کشور عراق نیز مشکل‌گیرنده استعلام، بهانه‌ای برای پاسخ ندادن بود که با مصوبه مجلس این کشور، نهاد مربوط باید به نهادی صلاحیت‌دار که استعلام خواسته است، پاسخ مکتوب

۱. شاکری، بلال و حسین ناصری مقدم، «بررسی فقهی قراردادهای بی.او.تی»، مجله فقه، دوره نود و پنجم، ۱۳۹۷، ص ۱۰.

۲. PARK, Chul Hyun; KIM, Koomin, "E-government as an anti-corruption tool: Panel data analysis across countries", International Review of Administrative Sciences, 2020, 86.4, p. 700

دهد.^۱ در کشور پاکستان که طبقه بندی اطلاعات، علتی بر پاسخ ندادن دانسته می‌شد، چنین وضع شد که نامه‌های طبقه بندی شده استعلام‌ها پیش از ارسال مستقیم باید به تأیید سازمان اطلاعات این کشور برسد.^۲

بنابراین، در الگوی جدید پیشنهاد شده است که با قید ضمانتی، نهادها به ارسال پاسخ استعلام به همان سازمانی شوند که درخواست لازم را کرده است. در صورت طبقه بندی اطلاعات، می‌توان پیش از ارسال، مجوز حراست یا اداره اطلاعات شهرستان را گرفت که ضمن هماهنگی مورد نظر در سند اجرایی آتی، اعمال آن امکان پذیر است.

نکته قابل توجه دیگر این است که پس از پاسخ مثبت به استعلام که در واقع، نوعی صدور مجوز محسوب می‌شود، ارگان مربوط دیگر حق تغییر نظر و اقدام علیه آن را ندارد. بنابراین، از نظر حقوق قضایی، پاسخ مثبت اولیه به استعلام باید مبنا قرار گیرد و در صورت تغییر نیافتن خاص شرایط، هرگز نباید نظری خلاف آن صادر شود. همه نهادها می‌توانند دخیل در سامانه آنلاین به این صورت در صدور مجوز نقش خواهند داشت و به دخالت نکردن متعهد خواهند شد. در حقوق بیشتر کشورهای غربی، قرارداد اصلی بین متولی و شخص حقیقی یا حقوقی بالاتر از هر تولی دیگر قرار دارد و نهادهای دخیل دیگر می‌بایست به اصل این قرارداد احترام بگذارند.^۳

متأسفانه، در ایران چنین نیست و باید در سند اجرایی، دیگر نهادها به پرهیز از دخالت در عملیات پروژه ملزم شوند. بنابراین، به استناد این منبع حقوقی، پیمان‌کار می‌تواند توقف اقدامات دخالت جویانه در جریان پروژه را خواستار شود. البته در مواردی که دخالت در پروژه ناگزیر باشد، پیمان‌کار می‌تواند ضمن استناد به قاعده «فورس ماژور» که خود در آن دخالت نداشته است، خسارت بخواهد. پس در سند حقوقی آتی، منع دخالت نهادهای موازی پس از پاسخ به استعلام را

1. ROBLEK, Vasja, et al., "Best practices of the social innovations in the framework of the e-government evolution", *Amfiteatru economic*, 2020, 22.53, p. 277

2. ROSE, Jeremy; FLAK, Leif Skiftenes; SÆBØ, Øystein, "Stakeholder theory for the E-government context: Framing a value-oriented normative core", *Government Information Quarterly*, 2018, 35.3, p. 370

3. YANG, Longzhi; ELISA, Noe; ELIOT, Neil, "Privacy and security aspects of E-government in smart cities", In: *Smart cities cybersecurity and privacy*. Elsevier, 2019, p. 91

باید به عنوان تعهدی حقوقی ذکر کرد تا اگر شرایط خاصی، ناگزیر به دخالت باشند، برای پیمان‌کار نیز جبران خسارت منظور شود.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که عوامل عیوب اراده در قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری کشور و راهکارهای رفع این مشکلات چیست؟ چنین فرض شده بود که تکمیل نشدن حضور نهادها در سامانه آنلاین، اراده‌های موازی در اموال عمومی و تنظیم نشدن تخصصی قراردادها، مهم‌ترین عوامل مؤثر بر عیوب اراده در قراردادهای آنلاین پیمان‌کاری است که در صورت تنظیم قانون و آیین‌نامه جامع سامانه آنلاین قابل رفع است.

با توجه به تنظیم نشدن سند اجرایی در راه‌اندازی سامانه آنلاین، تعهد سازمان‌ها نسبت به آن مبهم است و همین مسئله موجب کم‌کاری‌های اداری در این خصوص شده است. از طرف دیگر، موازی‌کاری‌ها در جریان صدور مجوز مشاهده شده است که در نهایت، به اراده پیمان‌کار خدشه وارد می‌کند. پاسخ ندادن نهادها به استعلام‌ها با وجود ملزم بودن به این کار، عامل فسادآوری دیگر در خدشه‌دار اراده پیمان‌کار تلقی شده و به صورت کلی، تمامی این مشکلات با تنظیم سند اجرایی برطرف‌شدنی است.

از دیدگاه حقوقی می‌بایست برای قرارداد بین پیمان‌کار و دولت، حق ممتاز قائل شد و در صورت تناقض قرارداد تنظیمی با ابهام‌های اداری، مفاد قرارداد را باید برتر دانست. این در حالی است که اولویتی برای این قرارداد وجود ندارد و ابهام‌های اداری و هم‌چنین برخی مقررات نوشته آن‌ها حتی بر قرارداد نوشته برتری دارد. حتی صدور بخش‌نامه‌های اجرایی پس از قرارداد را نباید از آن برتر دانست که متأسفانه، در حال حاضر، یکی از معضلات اداری واگذاری‌ها به شمار می‌رود. به مسئولیت مدنی خسارت‌زندگان به قرارداد با پیمان‌کار نیز توجهی نشده که خود، عامل دیگری در خدشه‌دار شدن اراده پیمان‌کار است. با توجه به این‌که این قراردادها در چارچوب قانون بسته شده و افعال زیان‌بار در این خصوص انجام نشده است، باید مسئولیت مدنی را برای نهادهایی محرز دانست که بدون دلیل حقوقی، قرارداد را بی‌اعتبار می‌کنند.

مبتنی بر نتیجه تحقیق، تدوین سند حقوقی و اجرایی سامانه آنلاین پیشنهاد می‌شود که

برخی ویژگی های آن را برمی شماریم:

۱. به صورت جامع، همه نهادهای قوای سه گانه و نظامی را شامل شود.
۲. سازوکار دقیق پاسخ گویی به استعلام ها را به گونه ای مشخص سازد که پاسخ به آن در زودترین زمان صادر گردد و در صورت رد درخواست هم علت آن ذکر شود.
۳. پس از پاسخ دهی مثبت به استعلام، نهاد یادشده جز در شرایط خاص، حق دخالت در امور پروژه را نداشته باشد.
۴. فرم های قراردادی به صورت تخصصی و حرفه ای تنظیم شوند.
۵. پس از نهایی شدن قرارداد، هیچ نهادی حق تعرض به آن را نداشته باشد.
۶. در صورت وجود شرایط بسیار خاص که نهادها مجبور به دخالت در امور پروژه باشند، خسارتی برای پیمان کار لحاظ شود.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری** (۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۲. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت**، تهران: میزان، ۱۳۷۰.
۴. رحمانیان، مسعود، **آثار حقوقی قراردادهای پیمان‌کاری دولتی**، تهران: آوا، ۱۳۹۵.
۵. رسولیان، مجید، **حقوق و اختیارات طرفین پیمان در قراردادهای پیمان‌کاری دولتی**، تهران: ژرف‌اندیشان، ۱۳۹۹.
۶. زارعی، حسین، **تخلفات اداری**، تهران: دوران، ۱۴۰۰.
۷. شیروی، عبدالحسین، **قراردادهای بی.او.تی: تنظیم قوانین، ساختار قوانین حاکم**، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۹. عسکری، امیر و بیژن عباسی، **سازمان‌های اداری و محلی**، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۱۰. فلاحتی، آزاد، **بررسی تحلیلی ساختار قرارداد بی.او.تی**، تهران: بهنامی، ۱۳۹۳.
۱۱. قاسمی، عبدالعلی، **آموزش مکاتبات اداری**، تهران: دیباگران، ۱۴۰۰.
۱۲. کانتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان، ۱۳۷۰.
۱۳. کوبکی، امین، **نگاهی فراگیر و همه‌جانبه به قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال**، تهران: سومین همایش بین‌المللی معماری عمران و شهرسازی در آغاز هزاره سوم، ۱۳۹۶.
۱۴. معمارزاده طهران، غلامرضا، محمد مبینی و مهدی فقیهی، **دولت الکترونیک**، تهران: گوهریار، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. اسماعیلی، میترا، علی رادان جبلی و منوچهر توسلی نایینی، «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۳۹-۵۸.
۲. چهارمیری، ثریا، ولی‌الله انصاری و حسن خسروی، «بررسی تطبیقی فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه»، حقوق اداری، دوره هفتم، ۱۳۹۸، صص ۱۳۹-۱۶۵.
۳. دارابی، محمد و مهدی هداوند، «مطالعه تطبیقی داوری در قراردادهای پیمان‌کاری در حقوق ایران و فرانسه»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، صص ۸۹-۱۱۰.
۴. سالاری، مصطفی و محمدجواد رضایی‌زاده، «معیارها و شرایط عمومی قراردادهای جدید نفتی ایران از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی»، حقوق اداری، دوره هشتم، ۱۳۹۹، صص ۱۱۷-۱۳۷.
۵. شاکری، بلال و حسین ناصری مقدم، «بررسی فقهی قراردادهای بی.او.تی»، مجله فقه، دوره نود و پنجم، ۱۳۹۷، صص ۵-۲۸.
۶. قربانی‌زاده، وجه‌الله، جعفر عباس‌پور و مهدی خیراندیش، «فراتحلیل عوامل مؤثر در استقرار دولت الکترونیک ایران»، مطالعات منابع انسانی، دوره ششم، ۱۳۹۵، صص ۱-۲۶.
۷. میرغفوری، سید حبیب‌الله، علی مروتی شریف‌آبادی، یاسمین برومندزاد و فاطمه زمانی، «تحلیلی بر عوامل مؤثر بر موفقیت تحویل خدمت در دولت الکترونیک (مطالعه موردی: خدمات الکترونیک دانشگاه یزد)»، مدیریت تولید و عملیات، دوره دوم، ۱۳۹۵، صص ۱۱۷-۱۳۶.

ج) پایان‌نامه

۱. رنجریان، امیر، «قراردادهای بی.او.تی در صنعت آب و فاضلاب کشور»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد الکترونیک، ۱۳۹۷.

د) قانون و مقررات

۱. قانون اساسی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری شده در سال ۱۳۶۹.
۲. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۴.
۳. قانون تجارت الکترونیک، مصوب ۱۳۸۲.
۴. قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱، با آخرین اصلاحات.
۵. قانون شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۳۴.
۶. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۷. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۶، با آخرین اصلاحات.
۸. منشور حقوق شهروندی، مصوب ۱۳۹۵.

2. Latin source

1. ADJEI-BAMFO, Peter; MALOREH-NYAMEKYE, Theophilus & AHENKAN, Albert, "The role of e-government in sustainable public procurement in developing countries: A systematic literature review", Resources, Conservation and Recycling, 2019, 142: 189-203
2. ALAZEMI, NASER; AL-SHEHAB, Abdullah J.; ALHAKEM, Hawaf Abd, "SEMANTIC-BASED E-GOVERNMENT FRAMEWORK BASED ON DOMAIN ONTOLOGIES: A CASE OF KUWAIT REGION", Journal of Theoretical & Applied Information Technology, 2018, 96 (9)
3. ARAYANKALAM, Jithesh; KHAN, Anupriya; KRISHNAN, Satish, "How to deal with corruption? Examining the roles of e-government maturity, government administrative effectiveness, and virtual social networks diffusion", International Journal of Information Management, 2021, 58: 102203
4. ASHAYE, Olusoyi Richard; IRANI, Zahir, "The role of stakeholders in the effective use of e-government resources in public services", International Journal of Information Management, 2019, 49: 253-270

5. CHOI, Taehyon; CHANDLER, Susan Meyers, “Knowledge vacuum: An organizational learning dynamic of how e-government innovations fail”, *Government Information Quarterly*, 2020, 37.1: 101416
6. ENGSTROM, David Freeman, et al., “Government by algorithm: Artificial intelligence in federal administrative agencies”, NYU School of Law, Public Law Research Paper, 2020, 20-54
7. PARK, Chul Hyun; KIM, Koomin, “E-government as an anti-corruption tool: Panel data analysis across countries”, *International Review of Administrative Sciences*, 2020, 86.4: 691-707
8. ROBLEK, Vasja, et al., “Best practices of the social innovations in the framework of the e-government evolution”, *Amfiteatru economic*, 2020, 22.53: 275-302
9. ROSE, Jeremy; FLAK, Leif Skiftenes; SÆBØ, Øystein, “Stakeholder theory for the E-government context: Framing a value-oriented normative core”, *Government Information Quarterly*, 2018, 35.3: 362-374
10. YANG, Longzhi; ELISA, Noe; ELIOT, Neil, “Privacy and security aspects of E-government in smart cities”, In: *Smart cities cybersecurity and privacy*. Elsevier, 2019, 89-102

شرایط و قلمرو مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی در نظام‌های حقوقی ایران و فرانسه

حمید تقی زاده^۱

علی چهکندی نژاد^۲

سید حسن هاشمی^۳

چکیده

با رشد اشخاص حقوقی، بحث امکان ارتکاب جرم از سوی آنها و مسئولیت آنها در قبال انجام جرم در میان حقوق دانان دنیا شکل گرفت. بدیهی است با توجه به ماهیت متفاوت اشخاص حقوقی نسبت به اشخاص حقیقی، مجازات‌های قابل اعمال بر این اشخاص هم باید در مواردی متفاوت از اشخاص حقیقی باشد. ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی حقوق ایران، به تعیین مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی اختصاص یافته است. نوظهور بودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران - به عنوان یک اصل - و مسبوق به سابقه بودن این موضوع در نظام کیفری فرانسه، فرصت مغتنمی را برای مطالعه تطبیقی این دو نظام فراروی این تحقیق که به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است، نهاد. نظام‌های کیفری فرانسه و ایران با درک این واقعیت، ضمانت اجراهای بایسته‌هایی چون جریمه، ممنوعیت از فعالیت شغلی و حرف‌هایی، ممنوعیت از افزایش سرمایه، ممنوعیت از صدور سندهای تجاری و انتشار حکم محکومیت برای این منظور در نظر گرفته‌اند.

واژگان کلیدی: مسئولیت کیفری، اشخاص حقوق عمومی، ایران، فرانسه، مسئولیت دولت

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند، بیرجند، ایران، h.taghizade1363@yahoo.com

۲. دکترای تخصصی، استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند، بیرجند، ایران، نویسنده مسئول، a.chekandinjd@gmail.com

۳. دکترای تخصصی، دانشیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بیرجند، بیرجند، ایران، h.hashemi9878@gmail.com

مقدمه

در آخرین رویکردهای مطالعاتی در زمینه‌ی جنایی این مسئله مورد قبول است که به جز معرفت و آگاهی در مورد موضوع و حکم، تعلق اراده به تحقق عینی و خارجی اندیشه‌ی مخالف قانون نیز شرط تکوین قصد جنایی است. اصولاً اهلیت جنایی^۱ که به همه ابعاد روانی لازم برای امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل اطلاق می‌شود؛ جز بر اساس دو رکن آگاهی و اراده برقرار نمی‌شود. اهلیت جنایی، خود نیز، پیش شرط مسئولیت کیفری، یعنی التزام شخص به تحمل نتایج رفتار مجرمانه است. به همین دلیل، بدون احراز اهلیت جنایی، تحقق مسئولیت کیفری میسر نخواهد بود. حال، محل بحث است که آیا ارتکاب جرم فقط به وسیله‌ی انسان ممکن است؟ آیا شعور و اراده، صرفاً برای اشخاص حقیقی مطرح می‌شود، یا می‌توان این دو را برای اشخاص حقوقی نیز در نظر گرفت؟ بر این اساس، زمینه‌ی درک مسئولیت کیفری آنان را فراهم ساخت؟ بی‌گمان، مسئولیت یا عدم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی از غامض‌ترین مباحث حقوقی است؛ زیرا در بادی امر مسئولیت کیفری به اشخاص حقیقی واجد جسم و خون و روح معطوف می‌باشد. اینکه آیا فقدان اوصاف مزبور نزد اشخاص حقوقی با نفی مسئولیت کیفری آنها ملازمه‌ای دارد، پرسشی است که پاسخ یکسانی به آن داده نشده است.

طرح بحث مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و نظریات مربوط به آن به این دلیل است که بسیاری از جرایم مختلف مانند جرایم زیست محیطی توسط اشخاص حقوقی حقوق عمومی صورت می‌گیرد.^۲

برخی در مقام مخالفت، اعتقاد خود را بر عدم مسئولیت کیفری موسسات دولتی-عمومی اینگونه تعلیل کرده‌اند که وظیفه تأمین منافع جمعی و آسایش جامعه و نیز تعقیب و مجازات بزهکاران بر عهده دولت است و حال این نهاد قدرت چگونه می‌تواند خود را مجازات کند؟ وانگهی کیفر دولت ناقض اصل تفکیک قوا در قلمروی داخلی و تضعیف کننده جایگاه آن در عرصه بین‌المللی است.^۳

1. Criminal Capacity.

۲. دانا، امیررضا و همکاران، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی نسبت به جرایم زیست محیطی، جغرافیا و برنامه‌ریزی منطقه‌ای، سال ۱۱، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۷۲۸

۳. شریفی، محسن و همکاران، دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، ۱۳۹۲، ص ۱۸۲

همچنین، در حقوق داخلی پذیرش مسئولیت کیفری برای دولت به معنای مجرم بودن دولت است و این یعنی زیر سوال رفتن کل حاکمیت. در مورد مجازات‌های قابل اعمال در مواردی که مسئولیت متوجه دولت می‌شود، فقط جزای نقدی و ممنوعیت از چند نوع قابل اعمال است.^۱

ماده‌ی ۲۰ قانون مجازات اسلامی حقوق ایران، به تعیین مجازات‌های قابل اعمال بر اشخاص حقوقی اختصاص یافته است؛ این ماده چنین مقرر می‌دارد: در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده‌ی ۱۴۳ این قانون مسئول شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود؛ این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست: الف) انحلال شخص حقوقی، ب) مصادره کل اموال. پ) ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر به مدت ۵ سال. ت) ممنوعیت از دعوت مجمع عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر به مدت ۵ سال. ث) ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر به مدت ۵ سال. ج) جزای نقدی. چ) انتشار حکم محکومیت به وسیله‌ی رسانه‌ها ... تمامی این ضمانت اجراها همان‌گونه که در تبصره‌ی ماده‌ی ۱۴ ذکر شده است؛ از نوع مجازات‌های تعزیری هستند که در ماده‌ی ۱۹ احصاء و دسته‌بندی شده‌اند و مطابق همان ماده، هرکدام در یکی از دسته‌های ۸ گانه جای می‌گیرند؛ بنابراین دادگاه در تعیین مجازات برای اشخاص حقوقی، حسب مورد موارد مذکور در ماده‌ی ۱۸ را رعایت خواهد کرد. در صدر ماده‌ی ۲۰ هم بیان شده است که شخص حقوقی با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان بار آن به یک تا دو مورد از مجازات‌های مذکور در ماده محکوم می‌شود؛ بنابراین قاضی جزایی حین صدور حکم باید شدت و ضعف جرم ارتكابی و میزان خسارت‌هایی که از جرم حاصل شده است را مد نظر قرار دهد. مقررات مربوط به مجازات‌های تعزیری مانند تخفیف، سقوط و ... هم حسب مورد با توجه به ماهیت اشخاص حقوقی در مورد آنها اعمال می‌شود. نظام کیفری فرانسه نیز از رهگذر مسئولیت غیرمستقیم^۲ یا عاریه‌ای^۳، یعنی ارتكاب جرم از طریق نمایندگان یا نهادهای قانونی اشخاص حقوقی، مسئولیت کیفری را در

۱. مرادی، محمد و همکاران، مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و شورای اروپا، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۷، ۱۴۰۰، ص ۱۶۱

2. Indirect Responsibility.

3. Vicarious Responsibility.

قبال عموم جرائم اعم از عمدی، غیرعمدی، با مسئولیت مطلق و نیازمند عنصر روانی بر آنها تحمیل کرده است. همچنین در نظام مزبور طیف گسترده‌ای از ضمانت اجراهای مالی و غیرمالی متناسب با ماهیت اشخاص حقوقی انتقاعی و غیرانتقاعی پیش‌بینی شده تا از این طریق به هدف‌های معتنا به مجازات جامه‌ی عمل پوشانده شود.

گفتار اول: مبانی مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی

ارتکاب جرم از طرف تمامی اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی مستلزم تحقق ارکان مادی و معنوی آن جرم است؛ لکن همان‌گونه که می‌دانیم، اشخاص حقوقی وجود عینی و ملموس ندارند تا بتوانند به این اعتبار رکن مادی جرم را مرتکب شوند و رکن معنوی جرم را دارا باشند. حقوق کیفری بر یک رویکرد فردگرایانه‌ی مسئولیت اتکا دارد. علت وجودی حقوق کیفری، تعاریف و ارکان جرم، مسئولیت کیفری و عوامل تأثیرگذار بر آن و کیفیت اجرایی مقررات کیفری از جمله حوزه‌هایی هستند که به شدت متأثر و در معرض تحلیل فردی قرار دارند (عبداللهی ۱۳۸۹: ۱۴۷). طبعاً در این رویکرد، انتساب جرم به شخص حقوقی و طرح مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با موانع جدی روبه‌رو خواهد بود. لکن مهم‌ترین مانع در این راه، مسئله اسناد تقصیر است. اسناد تقصیر به اشخاص حقوقی دشوار است. مایکل مور دلیل آن را استلزام دو اصل عقلانیت [۳] و استقلال فردی [۴] در اسناد تقصیر می‌داند.

بند اول: نظریه مغز متفکر

با وجود موانعی که پیرامون اسناد جرم به شخص حقوقی و مسئولیت کیفری آن وجود دارد، نظام‌های کیفری مختلف روش‌های متفاوتی برای حل آن ارائه کرده‌اند. در برخی کشورها مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را بر اساس نظریه «مغز متفکر» [۶] تعیین نموده‌اند؛ یعنی عمل ارکان و نمایندگان اصلی شخص حقوقی را به منزله عمل شخص حقوقی دانسته و جرم را به شخص حقوقی نسبت می‌دهند. این نظریه مبتنی بر دیدگاه فرضی بودن اشخاص حقوقی است و برای اشخاص حقوقی به خودی خود و بی‌واسطه قائل به مسئولیت کیفری نیست و بر این فرض مبتنی است که اشخاص حقوقی، از طریق نمایندگان فردی خود مرتکب جرم می‌شوند، لذا به دنبال احراز تقصیر کیفری فردی و انتساب آن به شخص حقوقی است. به این نظریه، نظریه شناسایی هم گفته شده است (کلارکسون ۱۳۹۰: ۲۳۲). این رویکرد در تعقیب شرکت‌های بزرگ که ساختار پیچیده و

گسترده‌ای دارند مشکل ساز می‌شود؛ به این ترتیب که نمی‌توان شخص خاصی را مورد شناسایی قرار داد که عناصر متشکله جرم را مرتکب شده باشد. محدودیت دیگر این نظریه آن است که اجرای آن فقط هنگامی ممکن است که مغز متفکر یا همان رکن و نماینده اصلی در حال انجام وظیفه مدیریتی خود باشد؛ بنابراین اگر مدیر شرکت در حین راندگی کسی را زیر بگیرد، از آنجا که راندگی از جمله وظایف مدیریتی به شمار نمی‌رود، شرکت مسئول نخواهد بود.

بند دوم: مسئولیت مافوق و کارفرما

نظریه دیگری که در برخی کشورها پذیرفته شده «مسئولیت مافوق یا کارفرما» [۷] یا مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی ناشی از قصور در اعمال نظارت و کنترل است. به موجب این نظریه در مواردی که در اثر فقدان نظارت و کنترل صحیح بر اعمال زیردستان، جرمی ارتکاب یابد و یکی از افرادی که در شخص حقوقی سمت ارشد و هدایت‌کننده داشته است در این فقدان نظارت یا مدیریت صحیح مقصر باشد، به گونه‌ای که مجموعه ساختار و رویه شخص حقوقی را بتوان در ارتکاب این جرم مقصر دانست، شخص حقوقی به خاطر جرایم این کارکنان مسئولیت کیفری خواهد داشت. این نظریه بر فرضیه واقعی بودن اشخاص حقوقی مبتنی است و بر این باور شکل گرفته که تقصیر کیفری را می‌توان در ساختار، رویه و سیاست شخص حقوقی جستجو کرد. این نظریه این حُسن را دارد که تمامی ارکان شخص حقوقی را وادار می‌کند تا نظارت کافی بر رفتار زیردستان و بر ساختار شخص حقوقی داشته باشند؛ زیرا در غیر این صورت مجازات برای شخص حقوقی مقرر خواهد شد و این مجازات بر همه آن‌ها تأثیرگذار خواهد بود. در انگلستان «دکترین تجمیع» مورد پیشنهاد قرار گرفت که به موجب آن قابلیت سرزنش لازم برای تحقق جرم از تلفیق اعمال جمعی اشخاص مختلفی درون شرکت به وجود می‌آید (کلارکسون ۱۳۹۰: ۲۳۲). این دکترین به مثابه نظریه مسئولیت کارفرماست.

بند سوم: نگاهی تطبیقی به نظریات مختلف در کشورهای مختلف

در حقوق جزای فرانسه، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بیشتر بر اساس نظریه مغز متفکر است و در حالت کوتاهی در اعمال نظارت و پیشگیری، معمولاً مسئولیت اداری یا مدنی در پی خواهد آمد. ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای این کشور بیان می‌دارد:

«اشخاص حقوقی به استثنای دولت بر مبنای تمایزهای ماده‌ی ۴-۱۲۱ تا ماده‌ی ۷-۱۲۱ نسبت

به بزه‌هایی که به حساب آن‌ها توسط نهادها و نمایندگانشان صورت می‌گیرد از لحاظ کیفری مسئول می‌باشند. با این همه، شوراهای محلی و گروه‌هایشان از نظر کیفری مسئول نمی‌باشند مگر برای بزه‌های ارتكابی در اجرای فعالیت‌هایی که می‌توانند موضوع قرارداد واگذاری خدمات عمومی واقع شوند. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با رعایت مقررات بند چهارم ماده‌ی ۳-۱۲۱ مانع از مسئولیت اشخاص حقیقی مباشر یا معاون همین اعمال نیست». البته پس از اصلاحات سال ۲۰۰۰ در کد مجازات این کشور، نظریه مسئولیت کارفرما هم تا حدودی پذیرفته شده است؛ به گونه‌ای که جرایم غیر عمدی ناشی از بی احتیاطی یا تقصیر که توسط مأمورین و مقامات زیر دست و در اثر کوتاهی مقامات مافوق ارتکاب می‌یابند، تحت شرایطی قابل انتساب به شخص حقوقی هستند.

در انگلستان هم نظریه مغز متفکر، پذیرفته شده است. به گونه‌ای که رویه مجلس اعیان این است که فقط جرایم نمایندگان اصلی و مقامات بلند مرتبه شخص حقوقی را به حساب آن می‌گذارد؛ مگر در مورد بعضی جرایم مادی صرف لکن در سال‌های اخیر، نظریه مسئولیت کارفرما هم مورد توجه ویژه‌ای قرار گرفته است؛ به گونه‌ای که قوانین تازه‌ای وضع شدند که فقدان نظارت و پیشگیری کافی از صدمات جانی را موجب مسئولیت شخص حقوقی می‌دانند.

در ایالات متحده آمریکا، مسئله متفاوت است؛ بدین ترتیب که طبق حقوق فدرال، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در تمامی موارد بر اساس نظریه مسئولیت کارفرما است. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به شدت گسترش یافته است و در موارد زیادی عمل مجرمانه تمامی کارکنان و مقامات اشخاص حقوقی (هرچند در رده‌های پایین سازمان قرار داشته باشند) به شرط این که واقعاً یا ظاهراً در مقام انجام وظیفه برای شخص حقوقی و حداقل تا حدی به قصد تأمین منافع آن ارتکاب یابد، حتی اگر با سیاست کلی شخص حقوقی مغایرت داشته باشد، به نام شخص حقوقی گذاشته می‌شود و مسئولیت کیفری آن را به دنبال دارد. در ایالات متحده حتی اگر مدیران شخص حقوقی تدابیر لازم و متعارف برای پیشگیری از جرم را اتخاذ کرده باشند، از مسئولیت کیفری معاف نمی‌شوند. این گونه افراط در توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عواقب سوئی دارد؛ بدین نحو که چون اشخاص حقوقی هیچ‌گونه راه دفاعی در برابر اتهامات ندارند، مجبورند در برابر دادستانی حتی اتهامات بی‌اساس را هم پذیرفته و اقرار به ارتکاب جرم کنند و این موجب دلسردی آن‌ها برای ادامه فعالیت شده و به مرور رونق تولید را از بین می‌برد (یوسفیان شوره‌دلی ۱۳۹۰: ۳۸۷).

بند چهارم: رویکرد قانونگذار ایران

در قوانین ایران، ماده ۱۹ قانون جرایم رایانه‌ای (ماده ۷۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵) هر دو نظریه را به صورت توأمان پذیرفته است. در برخی‌ها بندها مسئولیت کیفری شخص حقوقی مطابق نظریه مغز متفکر و در برخی دیگر منطبق بر نظریه مسئولیت کارفرماست.

لکن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که محل اصلی بحث ماست، در ماده ۱۴۳ با مقرر داشتن ضابطه نمایندگی، نظریه مغز متفکر را پذیرفته است. البته این نظریه در مورد محکومیت به مجازات‌های تعزیری ماده ۲۰ پذیرفته شده است، لکن در مورد محکومیت به دیه، مطابق تبصره ماده ۱۴، نظریه مسئولیت مافوق یا مسئولیت کارفرما مورد پذیرش قرار گرفته است. در این مورد در مقاله راجع به مجازات‌های اشخاص حقوقی بیشتر بحث شده است. در این ماده آمده است:

«... شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود...».

پذیرش این نظریه دایره مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را محدود می‌کند؛ زیرا تنها جرایمی که توسط نماینده قانونی (با تفسیری که از آن خواهد آمد) انجام می‌شود، قابل انتساب به شخص حقوقی است.

حال باید دید منظور از نماینده قانونی شخص حقوقی چیست؟ لازم است برای فهم این مهم به مفهوم نظریه نمایندگی در حقوق مدنی نگاهی بیندازیم. نمایندگی در دکتترین حقوق مدنی بدین نحو تعریف شده است:

«نمایندگی عنوانی است که بر مبنای آن شخصی (نماینده) بنام و به حساب شخص دیگری (اصیل) اقدام به انجام اعمال حقوقی یا اعمال مادی می‌کند؛ به گونه‌ای که آثار ناشی از اعمال حقوقی یا قرارداد مستقیماً متوجه شخص اصیل می‌شود» نمایندگی به سه نوع تقسیم می‌شود:

نوع اول - نمایندگی قراردادی: در این نوع از نمایندگی، ایجاد صلاحیت و اختیار برای شخص نماینده اغلب به موجب اراده اصیل صورت می‌گیرد.

نوع دوم - نمایندگی قضایی: نمایندگی قضایی در مواردی است که به موجب رأی دادگاه تعیین می‌شود و اراده اصیل در ایجاد آن نقشی ندارد.

نوع سوم - نمایندگی قانونی: این قسم نمایندگی به موردی اطلاق می‌شود که نمایندگی نماینده از اصیل در قانون به طور مشخص پیش‌بینی شده است و لذا اراده طرفین در آن نقشی ندارد؛ مانند نمایندگی پدر و جد پدری از صغیر که در اصطلاح قانون ولایت قهری نامیده می‌شود (ماده ۱۱۸۱ و ۱۱۸۳ ق.م.ا). برخی علاوه بر ولی خاص، نمایندگی وزرا و رؤسای سازمان‌ها، مؤسسات و نهادهای انقلابی و غیره را به ترتیب از وزارتخانه، سازمان، مؤسسه، نهادهای انقلابی و غیره، نوعی نمایندگی قانونی به معنی اخص به شمار آورده‌اند ملاحظه می‌شود در حقوق مدنی در مورد اشخاص حقوقی، نماینده قانونی به رؤسای آن‌ها اطلاق می‌شود؛ علاوه بر آن ماده ۱۲۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ هم مقرر می‌دارد:

«مدیرعامل شرکت در حدود اختیاراتی که توسط هیئت‌مدیره به او تفویض شده است نماینده شرکت محسوب و از طرف شرکت حق امضاء دارد».

بنابراین به نظر می‌رسد می‌توان از این تعاریف در حقوق مدنی و تجارت برای مشخص کردن مفهوم و مصادیق نماینده قانونی مذکور در ماده ۱۴۳ استفاده کرد. البته ماده ۱۲۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ در بخش ششم قانون مزبور در مورد شرکت‌های سهامی آمده است، لکن می‌توان آن را به عنوان یک مقرر قانونی و اماره برای تعریف عنوان نماینده قانونی مذکور در ماده ۱۴۳، در مورد دیگر شرکت‌های تجاری و سایر اشخاص حقوقی هم مورد استفاده قرارداد.

البته عنوان مدیرعامل یا رییس از اهمیت برخوردار نیست؛ بلکه مهم شخصی است که به عنوان نفر اول در شخص حقوقی انجام وظیفه می‌کند و اختیارات به او تفویض شده است.

می‌دانیم بسیاری از تصمیمات و اقدامات در اشخاص حقوقی توسط ارکانی همچون هیئت‌مدیره، هیئت‌امنا، مجمع عمومی و... اتخاذ می‌شود؛ حال آیا می‌توانیم عنوان نماینده قانونی مندرج در ماده را به آن‌ها هم سرایت دهیم؟ یک پاسخ می‌تواند این باشد که وقتی تصمیم اتخاذی و عمل ارتكابی مدیرعامل را می‌توان به شخص حقوقی نسبت داد، چگونه نتوان عمل ارتكابی ارکانی همچون هیئت‌مدیره را به شخص حقوقی نسبت داد؟ عنوان مدیر به آن‌ها نیز اطلاق می‌شود و

معمولاً اختیارات و وظایفشان کمتر از مدیرعامل نیست؛ بنابراین عنوان نماینده بر آن‌ها نیز صادق است. دلیل دیگری هم که می‌توان بر این نظر آورد، آن است که امروزه در بسیاری از اشخاص حقوقی، تصمیمات به صورت جمعی و توسط این نهادها گرفته می‌شود و اگر ما نخواهیم جرایم ارتكابی توسط آن‌ها را به شخص حقوقی نسبت دهیم، اهداف شناسایی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی تأمین نخواهد شد و بسیاری از آن‌ها اعمال غیرقانونی خودشان را در لوای تصمیمات گروهی انجام می‌دهند تا از چنگال قانون بگریزند.

پاسخ دیگری که می‌توان به این سؤال داد، این است که عنوان نماینده قانونی ظهور در مدیر دارد و قانون‌گذار ارکانی این چنینی را مدنظر نداشته است. مضاف به این که احراز قصد مجرمانه در این موارد که افراد زیادی در تصمیم‌گیری دخالت دارند دشوار خواهد بود. دلیل دیگر هم این است که در صورتی که قانون‌گذار قصد شمول ماده نسبت به این موارد را داشت، می‌بایست با آوردن کلمه‌ای همچون «ارکان» بر آن‌ها تصریح می‌کرد، همان‌طور که در ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای فرانسه صراحتاً از کلمات «ارکان یا نمایندگان» استفاده شده است.

با وجود این ابهام در مفهوم نماینده قانونی، نگارنده بر این باور است که نظر اول با مبانی حقوقی و انصاف و اهداف قانون‌گذار در شناسایی نهاد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، سازگارتر است. به ویژه آن که ماده ۱۲۵ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت، افاده حصر نمی‌کند و صرفاً در مقام برشمردن یکی از مصادیق نمایندگی است. البته نظر دیگر نیز خالی از وجه نیست.

شایان ذکر است افرادی که (ممکن است) بدون اراده شخص حقوقی و بدون این که درون شخص حقوقی باشند، طبق قانون نماینده شخص حقوقی می‌باشند و به نمایندگی از شخص حقوقی اقداماتی انجام می‌دهند؛ مانند مدیر تصفیه، هم داخل در عنوان نماینده قانونی مذکور در ماده بوده و جرایم ارتكابی‌شان قابل انتساب به شخص حقوقی است.

ممکن است این ایراد گرفته شود که این تفسیر از نماینده قانونی، دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را محدود می‌کند و خلأ موجود در قوانین قبلی که قانون مجازات جدید درصدد پر کردن آن بوده را برطرف نمی‌کند. بهتر است نماینده قانونی را بدین نحو تفسیر کنیم که هر شخصی که تحت نظر شخص حقوقی انجام وظیفه می‌کند و اقداماتش می‌تواند از لحاظ حقوقی، شخص حقوقی را متعهد کند

را در برگیرد؛ بنابراین اگر یک کارگر یا کارمند شخص حقوقی هم به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود، باید شخص حقوقی را از لحاظ کیفری مسئول دانست.

در پاسخ باید بگوییم درست است که این تفسیر نفع بزه‌دیده را بیشتر لحاظ می‌کند، لکن نص قانون و اصول تفسیر قوانین کیفری به نفع متهم اجازه این تفسیر را به ما نمی‌دهد. عنوان نماینده قانونی از قانون فرانسه گرفته شده و در نظام حقوقی این کشور هم به مانند تمام نظام‌های حقوقی که نظریه مغز متفکر را پذیرفته‌اند، تفسیری به مانند تفسیر پیش‌گفته از نماینده قانونی می‌شود. تفسیر دیگر از عنوان نماینده قانونی تنها در نظام‌هایی که نظریه مسئولیت مافوق یا مسئولیت کارفرما را پذیرفته‌اند، امکان‌پذیر است.

شاید تنظیم مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی بدین نحو از جنبه‌ای قابل دفاع باشد؛ زیرا آنجا که بحث دیه و جبران خسارت مطرح است، قانون‌گذار به صورت گسترده به مسئولیت شخص حقوقی حکم داده و نظریه مسئولیت مافوق یا مسئولیت کارفرما را پذیرفته و حقوق بزه‌دیده را مدنظر داشته است؛ لکن آنجا که بحث مجازات‌های تعزیری مطرح است، قانون‌گذار مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را محدود به موردی کرده است که نماینده قانونی شخص حقوقی (با همین تفسیری که از آن شد) جرم را به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی انجام دهد. بدین ترتیب قانون‌گذار از گسترش بیشتر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی جلوگیری نموده است. شاید قانون‌گذار ایرانی هم به مانند قانون‌گذار فرانسوی پس از گذشت چند سال از زمان اجرای این قانون، احساس نیاز نماید و در بعضی از جرایم، نظریه مسئولیت مافوق یا مسئولیت کارفرما را جایگزین نظریه مغز متفکر کند. شرط دیگر تحقق مسئولیت کیفری شخص حقوقی آن است که نماینده قانونی جرم ارتكابی را «به نام» یا «در راستای منافع» شخص حقوقی انجام دهد.

انجام وظیفه «به نام» شخص حقوقی یعنی این که نماینده قانونی عمل را رسماً و عملاً از طرف شخص حقوقی انجام دهد نه از طرف خود؛ به عنوان مثال مدیر شرکت در معامله‌ای که از طرف شرکت انجام می‌دهد، مرتکب کلاه‌برداری از طرف معامله شود؛ بنابراین اگر نماینده در معامله‌ای که به نام خود انجام می‌دهد، مرتکب کلاه‌برداری یا هر جرم دیگری بشود تنها خود مسئول بوده و مسئولیت کیفری شخص حقوقی را در پی نخواهد داشت.

انجام رفتار «در راستای منافع» شخص حقوقی بدین معناست که نماینده مثلاً در معامله‌ای که انجام می‌دهد جرمی را با در نظر گرفتن منافع شخص حقوقی و برای این که شخص حقوقی به نفعی برسد انجام دهد. این نفع و فایده می‌تواند جنبه مادی یا معنوی، قطعی یا احتمالی و مستقیم یا غیرمستقیم داشته باشد؛ به عنوان مثال هنگامی هم که اداره‌کننده یک شرکت به ضرر شرکت رقیب اقدام به تبلیغات غیرواقعی و نشر اکاذیب می‌کند، شرکت مذکور مرتکب جرم شده است. بنابراین اگر نماینده جرم ارتكابی را فقط برای به منفعت رسیدن خویش انجام دهد، تنها خود وی مسئول بوده و شخص حقوقی به جرم ارتكابی محکوم نخواهد شد. تشخیص وجود مسئولیت کیفری برای شخص حقوقی آن موقع دشوار خواهد بود که جرم ارتكابی در جهت منافع اقلیت اعضاء شخص حقوقی نه در جهت منافع اکثریت باشد. به نظر می‌رسد در این مورد، جرم در راستای منافع شخص حقوقی محسوب نخواهد شد و مسئولیت کیفری شخص حقوقی را به دنبال نخواهد داشت. باید توجه داشت که در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شدن به این معنا نیست که شخص حقوقی لزوماً از ارتكاب جرم نفعی هم برده باشد، بلکه همین که عمل از لحاظ عرفی در راستای شخص حقوقی تلقی شود، مسئولیت کیفری آن را در پی خواهد داشت.

نکته قابل توجه آن که ماده از لفظ «یا» استفاده کرده است؛ بنابراین صرف وجود یکی از این دو شرط کافی است. لذا اگر نماینده قانونی شخص حقوقی، جرم را به نام شخص حقوقی ولی در جهت منفعت خود مرتکب شود و نفع آن تنها به خود وی برسد، شخص حقوقی مسئولیت کیفری خواهد داشت. از طرف دیگر اگر عمل ارتكابی در جهت نفع رساندن به شخص حقوقی باشد، ولی به جهتی بانام نماینده انجام شده باشد، باز شخص حقوقی از لحاظ کیفری مسئول خواهد بود.

باید توجه داشت که اگر نماینده قانونی شخص حقوقی از حدود و اختیارات خود تجاوز کند، تنها نماینده، مسئولیت کیفری خواهد داشت و نمی‌توان برای شخص حقوقی مسئولیت کیفری قائل شد (این بحث در حقوق مدنی هم قابل طرح است). البته محدود کردن مسئولیت کیفری شخص حقوقی به مواردی که نماینده در حدود وظایف محول شده عمل کرده باشد میدان را برای فرار شخص حقوقی از مسئولیت کیفری باز خواهد کرد.

نکته مذکور در ماده ۱۴۳ آن است که مسئولیت کیفری شخص حقوقی نافی مسئولیت کیفری

شخص حقیقی مرتکب جرم نخواهد بود و در این موارد، قاعده تعدد مسئولیت حاکم است. ابتدا باید تمامی ارکان جرم اعم از مادی و معنوی که در قانون آمده است، از سوی نماینده قانونی احراز شود و جرم وی اثبات گردد تا بتوانیم این جرم را به شخص حقوقی هم منتسب بدانیم. بدین ترتیب هم نماینده قانونی مرتکب جرم و هم شخص حقوقی به مجازات‌های مقرر قانونی خود محکوم می‌شوند.

گفتار سوم: شرایط مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی در حقوق ایران و فرانسه

یکی از شرایط لازمه‌ی انتصاب جرم به مجرم و تعیین مجازات قانونی برای مجرم داشتن مسئولیت کیفری است، یعنی شخص شرایط عام مسئولیت کیفری را داشته باشد که شامل شرایط قانونی و حقوقی مسئولیت می‌باشد. برای تشخیص مسئولیت کیفری یک شخص حقیقی باید جرم عمدی و غیرعمدی که باعث خساراتی شده را مورد تمایز قرار داد که در چه موردی خطایی ساده کافیهست، یا اگر تخلف رابطه‌ای مستقیم با خسارت ندارد در چه صورتی تخلف جنبه محسوب می‌شود. چنین تمیزی در مورد اشخاص حقوقی قابل اجرا نیست؛ بدین معنی که جرمی غیرعمدی و ساده که یک ارگان یا نماینده آن مرتکب می‌شود، در رابطه‌ای غیرمستقیم با خسارت، می‌تواند شخص حقوقی را مسئول کیفری بداند بدون اینکه جرم را شخصی حقیقی انجام داده باشد، در جایی که یک تقصیر قابل اعمال باشد.

بند اول: شرایط قانونی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

برای این که بتوان مجازات را به اشخاص حقوقی تحمیل نمود، تحقق شرایط و فقدان موانعی لازم است که بدون آنها مسئولیت کیفری نه در حقوق ایران و نه در حقوق فرانسه محقق نخواهد شد. این شرایط اوضاع و احوالی هستند که به متن قانون مدون بر موضوع، فعل و یا ترک فعل انجام شده و به خصوصیات و حالات شخص مرتکب مربوط هستند. در مورد شرایط قانونی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مهمترین بحث قابل طرح این است که نماینده شخص حقوقی به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی جرمی را انجام داده باشد، که این امر هم در قانون جزای فرانسه هم در قانون مجازات اسلامی ایران مورد بحث واقع شده است.

بند دوم: رویکرد تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید ایران مصوب ۱۳۹۲ که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت پذیرفته است بیان می‌دارد، در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نخواهد بود و در ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای فرانسه این امر این‌گونه بیان می‌شود که به «اشخاص حقوقی به استثنای دولت، به تفصیلی که در مواد ۱۲۱-۴ تا ۱۲۱-۷ بیان شده و قوانین و مقررات پیش‌بینی کرده‌اند، از نظر کیفری مسئول جرایمی هستند که عامل یا نماینده‌ی به حساب آنها مرتکب می‌شود، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع از مسئولیت اشخاص حقیقی که مباشر همان جرم هستند نمی‌باشد». حال باید در شرایط قانونی بررسی شود که نماینده‌ی شخص حقوقی چه کسی است؟ یعنی چه کسی باید به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود تا شخص حقوقی مجازات شود؟

آیا نماینده‌ی قانونی فقط مدنظر قانونگذار بوده و یا اشخاصی که در شخص حقوقی شریک و یا عضو هستند ولی نماینده‌ی قانون نیستند و به نام یا در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم می‌شوند آیا باز هم باید شخص حقوقی مجازات می‌شود؟ مفهوم به نام یا در راستای منافع یعنی چه؟ چه نوع منافعی را شامل می‌شود؟ آیا نفع باید برای تمام اعضا باشد؟ و یا فقط برای برخی اعضا؟ آیا منظور از عامل و نماینده یک مفهوم مدنظر قانونگذار بوده است یا نماینده و عامل دو مفهوم و دو شخص جدای از یکدیگر و دارای وظایف مخصوص به خود دانسته است؟

مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی زمانی اعمال می‌شود که اشخاص حقیقی مسئول در آن در حدود مقررات خاص آن عمل نموده باشد. اگر مدیر عامل خارج از حدود و اختیارات خود یا با سوء استفاده از اختیارات و موقعیت خود یا حتی در جهت منفعت شخصی خود عمل نموده باشد، مثلاً با جعل صورت جلسه‌ای از سوی هیات مدیره برای خود اختیارات ویژه‌ای اخذ نماید و سپس بر مبنای آن اقدام به کلاهبرداری به نام شخص حقوقی کند، مسئول دانستن شخص حقوقی

عادلانہ نخواهد بود^۱. ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای فرانسه با این عبارت اعمالی که نماینده یا عامل شخص حقوقی به حساب شخص حقوقی انجام می‌دهد و ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید ایران با بیان شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده‌ی قانونی شخص حقوقی به نام و یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود این مشکل را حل کرده و حدود این مسئولیت را رعایت نموده است.

ضمن این که قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران در ماده ۵۸۹ خود چنین بیان می‌دارد که «تصمیمات شخص حقوقی به وسیله‌ی مقاماتی که به موجب قانون یا اساسنامه صلاحیت اتخاذ تصمیم دارند گرفته می‌شود، که همگی مبین این نظر است که برای انتصاب جرم به شخص حقوقی و مجازات آن، عمل باید از سوی کسی انجام شود که صلاحیت قانونی برای اداره شخص حقوقی در حدود قانون را دارد.

حکم دیوان کیفری فرانسه در ۲۲ ژانویه ۲۰۱۳، به دنبال تغییری اساسی در رویه قضایی وارد شده، در تاریخ ۱۱ آوریل ۲۰۱۲، چنین بیان می‌دارد که جرایم ارتكابی توسط ارگان یا نماینده شخص حقوقی، باید به حساب شخص حقوقی ثابت شود^۲. و این مشکل زیادی در موارد جرم غیر عمدی ایجاد می‌کند. به خصوص زمانی که نماینده قانونی متشکل از اشخاص حقوقی زیادی باشد که در یک کادر کارگاهی جمع شده باشند. دیوان کیفری فرانسه با ذکر QPC (که به دلیل فقدان عملکرد جدید انتقال داده نشد) چنین می‌گوید که، اگر جرم توسط شخص حقوقی یا ارگان یا نماینده آن ارتکاب شود شخص حقوقی مسئولیت کیفری دارد^۳.

رویه قضایی سولاک^۴ که شخص حقوقی را بدون توجیه اینکه سهل‌انگاری را مخصوصاً این شخص انجام داده است، محکوم می‌کند. در نتیجه باید ثابت کرد که نماینده قانونی، برای این

۱. نبی پور، محمد (۱۳۸۹)، *شرایط مسئولیت کیفری در لایحه قانون مجازات اسلامی*، مجله حقوق تعالی، سال دوم، شماره ۷، ص ۱۳۵.

2. Cass Crim|| Avril 2012, N°10 86.974.

3. Cass Crim. 27Avril 2011.

4. Sollac.

شخص حقوقی اقدام کرده است، همانطور که دو کاسن^۱ این مسأله را بیان می‌کند: مخصوصاً در مورد شخص حقوقی که متعلق به گروهی است و رویه قضایی سولاک را پیش نمی‌گیرد، از جهت دیگر مسأله هویت شرکتی که قصد دارد نماینده شرکت‌های مجموعه باشد از سر گرفته می‌شود.^۲ عامل^۳ شخص حقوقی عبارت‌اند از مدیران، هیات مدیره، و مجمع عمومی که بعنوان عامل شخص حقوقی عمل می‌کنند و نمایندگان شخص حقوقی نیز اشخاص طبیعی و حقیقی هستند که به حساب او عمل می‌کنند.^۴

پس در هر صورت عامل، کارمندان و اعضاء و .. اگر فاقد عنوان نماینده باشند و مرتکب جرم شوند شخصاً باید مسئول اعمال خودشان باشند و عمل آنان موجب مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی نخواهد بود. در صورتی نیز اگر نماینده‌ی قانونی به حساب شخصی خودش جرمی انجام دهد و به نام و یا در راستای منافع شخص حقوقی نباشد مسئولیتی برای شخص حقوقی ایجاد نمی‌کند. حتی اگر از نام شخص حقوقی استفاده کرده باشد، چه بسا که این امر مورد اعتراض دیگر شرکاء و اعضاء نیز قرار گیرد و مسئولیتی دیگر نیز برای او به بار آورد. نکته‌ی دیگری که باید یادآور شد این است که، همان‌طور که گذشت، در ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای فرانسه از عنوان نماینده یا عامل استفاده نموده است که این امر در قانون ایران داده نمی‌شود و تنها از عنوان نماینده استفاده نموده است. اینک باید دو اصطلاح عامل و یا نماینده را مورد بررسی بیشتر قرار دهیم تا روشن شود که این دو به یک معنا هستند و مترادف ندیا دو معنای مختلف دارند.

گفتنی است که واژه‌ی نماینده^۵ در پیش نویس طرح ۱۹۷۸ و ۱۹۸۳ قانون جزای فرانسه نبوده، حتی در پیش نویسی که وزیر وقت دادگستری، آقای رابر بادننه در ۱۹۸۶ تنظیم و تدوین کرده بود چنین واژه‌ای وجود نداشت. این واژه با اصطلاح عامل شخص حقوقی قابل اشتباه است، زیرا گاهی ممکن است چنین تصور شود که اصطلاح نماینده، کلیه‌ی ارگان‌های شخص حقوقی را شامل

1. Duquesne.

2. Semaine Juridique entreprises et affair n°47, 22 novembre 2012, 1707.

3. Organe.

4. Stéfani (Gatson), Levasseur (Georges) Bouloc (Bernard), précis do Droit pénal général, 20° ed. Dalloz 2008. P 270.

5. Représatant.

می‌شود، ولی در واقع واژه ارگان^۱ با نماینده تفاوت دارند، در مواردی زیادی نمایندگان شخص حقوقی، عامل یا ارگان آن نیستند، البته نماینده را با نماینده‌ی قانون با قید اضافی نباید اشتباه کرد، زیرا ممکن است فردی بدون این که جزء ارگان یا عاملان شخص حقوقی باشد، طبق قانون و یا بر اساس اساسنامه نماینده‌ی قانون شخص حقوقی باشد. مانند مدیران موقت یا مادیر تصفیه و ورشکستگی شرکت یا مدیر انجمن، که هر یک از این اشخاص به نمایندگی اشخاص حقوقی، اقداماتی انجام می‌دهند ولی جزء عاملان شخص حقوقی محسوب نمی‌شوند. نماینده‌ی شخص حقوقی ممکن است مدیر مؤسسه باشد، البته به مفهومی که بیشتر دارای جنبه اقتصادی است تا حقوقی، که از طرف ارگان شخص حقوقی، نمایندگی شخص حقوقی به وی اعطا شده باشد، مدیر مؤسسه را ممکن است قانون پیش‌بینی کرده باشد، ولی عامل شخص حقوقی نباشد، مانند شرکت یا مؤسسه مطبوعاتی یا سمعی و بصری. نماینده ممکن است وکیل مخصوص شخص حقوقی باشد که خارج از اعضاء و هیات مدیره و کارکنان شخصیت حقوقی تعیین شده و عهده‌دار نمایندگی شود، ولی گاهی ممکن است یکی از کارکنان آن باشد^۲. بنابراین نماینده یا عامل بودن در حقوق فرانسه و نماینده قانونی بودن شخص حقیقی مرتکب جرم در حقوق ایران یکی از شروط لازم برای تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی می‌باشد.

نکته دیگر قابل توجه در اختلافات میان قانون ایران و فرانسه قید به نام و یا در راستای منافع شخصی حقوقی است که در قانون ایران به آن اشاره شده است، ولی در قانون فرانسه از عبارت به حساب شخص حقوقی استفاده نموده است، می‌توان گفت در قانون ایران به گونه‌ای قلمرو مسئولیت کیفری این اشخاص را نسبت به فرانسه گسترش داده است. منظور از عبارت به نام در قانون ایران این است که شخص نماینده با همان شرایط نمایندگی که قبلاً ذکر گردید، مستقیماً به نام شخص حقوقی مرتکب جرم شده و در آن شک و شبهه‌ای نیست. بعنوان مثال مستقیماً در جهت افزایش سود و یا سرمایه‌ی شرکت اقدام به گرانفروشی و یا جذب سود بیشتر و یا هر گونه عمل مجرمانه دیگر نموده است، اما عبارت در راستای منافع مبهم است و نیاز به بررسی دقیقتری دارد و این کار قضا را در رسیدگی به این گونه جرایم دشوارتر می‌نماید و گاهی ممکن است تفسیرهای شخصی از آن شود.

1. Organe.

۲. فرج‌الهی، رضا (۱۳۸۹ب)، جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۴۲

بر اساس ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای فرانسه، نماینده یک معرف است، مدت زیادی است این اصل پذیرفته شده، که شخص مرتکب باید نماینده قانونی باشد تا بتوان شخص حقوقی را مسئول بدانیم.^۱ به شرطی که نماینده قانونی دارای صلاحیت باشد. یعنی به شخصی صلاحیت قانونی و ابزار سپرده شود؛ همچنین این مساله که بتوان نمایندگی قانونی شرکت‌های زیادی که در کادر گروهی عمل کنند را به شخصی که مسئول اجرای قوانین باشد سپرد، پذیرفته شده است. مساله کارگاه ساختمانی شامل این مورد می‌شود.^۲

نماینده قانونی تاسیس شده، در نتیجه معرف یک شخص حقوقی است که نمایندگی قانونی به او واگذار شده است حتی با وجود اینکه از این شخص حقوقی مزدی دریافت نکند. در نتیجه در یک کادر گروهی، نماینده می‌تواند مسئولیت کیفری شخص غیرمستخدم را عهده‌دار شود. دادگاه پژوهش پاریس در حکم ۲۱ ژوئن ۲۰۱۱ خود به خوبی چنین بیان می‌کند که اگر هیچ چیزی برای شرکت‌های ساختمانی که مسئول پروژه‌های بزرگ در یک کارگاه هستند ممنوع نباشد، قانونی لازم جهت گرفتن تمام اقدامات به منظور تضمین بهداشت و ایمنی همه پرسنل در محل توسط نماینده قانونی، هر یک از شرکت‌های زیر مجموعه در برابر بی‌توجهی به قوانین ایمنی و بهداشت در کار کارگران، مسئولیت کیفری دارند. با این وجود مشکل در تشخیص چگونگی عملکرد نماینده از سوی شخص حقوقی که مسئولیت کیفری را به عهده دارد است.^۳

با توجه به اینکه این قانون در ایران در زمان تدوین این پژوهش هنوز تازه به اجرا درآمده است، لذا از رویه‌ی و عرف قضایی مرسوم هم نیز نمی‌توان استفاده نمود تا مشخص شود منظور از عبارت در راستای منافع چه چیزهایی را شامل می‌شود.

با توجه به اینکه ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ایران ماده عامی است و نیز از اطلاق این ماده می‌توان این گونه تفسیر نمود که منظور قانون‌گذار ما در استفاده از عبارت در راستای منافع شخص حقوقی مرتکب جرم شود، شامل تمام منافع، اعم از منافع مادی و غیر مادی را شامل می‌شود. در

1. Cass Crim. 14 dcembre 1999. JCP 2000 IV 1597.

2. Cass Crim. 11 mars 1993, Bull Crim N° 112.

3. La Cour d'Appel de paris. 21 juin 2011.

واقع می‌توان گفت فرق به نام و در راستای منافع، مستقیم بودن یا غیرمستقیم بودن سود را به ذهن متبادر می‌نماید؛ به طوری که به نام بودن یعنی مستقیم سود و نفع می‌برد ولی در راستای منافع یعنی غیر مستقیم سود و نفع به شخص حقوقی می‌رسد.

ضمن این که لازم به ذکر است در صورتی عبارت به نام می‌تواند به این دلیل در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی جدید ایران بیان شده باشد که شامل مواردی که فقط به نام شخص حقوقی جرمی اتفاق می‌افتد و هیچ نفع و سودی اعم از مادی و غیرمادی را برای شخص حقوقی به دنبال ندارد. برای مثال، با استفاده از ابزارآلات و لوازم و جا و مکان شخص حقوقی در یک شورش و اعتراض خیابانی استفاده می‌شود و دیده می‌شود که در پس این حمایت و کمک کردن به شورشیان هیچ جنبه‌ی مادی و حتی غیرمادی نیز وجود ندارد و صرفاً شرکت در شورش می‌باشد و یا نماینده با سوء استفاده از نام و عنوان شرکتی به نفع خودش سود و منفعتی کسب نماید.

در نهایت این که مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی علاوه بر این که مشروط به شرایطی است که بیان شد، مسئولیتی متعدد می‌باشد و تابع قواعد مسئولیت متعدد می‌باشد، زیرا هم شخص حقوقی و هم شخص حقیقی به ترتیبی که در بحث عامل و نماینده بیان شد، دارای مسئولیت کیفری می‌باشند، که این امر هم در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ایران و هم در انتهای ماده ۲-۱۲۱ قانون جزایی فرانسه بدین‌گونه بیان شده است، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع از مسئولیت اشخاص حقوقی نیست.

گفتار سوم: قلمرو مسئولیت کیفری اشخاص حقوق عمومی در حقوق ایران و فرانسه

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی و از جمله دولت از مفاهیمی است که در حقوق بین‌الملل جزائی مدرن پذیرفته شده است. طبق رهیافت سنتی و کلاسیک حقوق جزا، تنها اشخاص حقیقی دارای مسئولیت کیفری قلمداد می‌گشتند و بنابراین دولت فاقد مسئولیت کیفری تلقی می‌گشت.^۱ طبق ماده ۱۸۴ قانون کار، در تمامی مواردی که مسئولیت تخلف بر عهده شخص حقوقی باشد، اجرت‌المثل کار انجام شده باید از دارایی شخص حقوقی پرداخت گردد، ولی مسئولیت کیفری

۱. محمدی، حمید (۱۳۹۸)، مسئولیت دولت یا حکومت: تبیین مبانی آن در آموزه‌های فقه و حقوق کیفری ایران، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۲، ص ۱۸۸.

یعنی حبس یا جریمه نقدی، منحصراً متوجه مدیر عامل شخص حقوقی است. باید اذعان داشت مسئولیت کیفری دولت‌ها با پایان جنگ جهانی اول و دوم، تحقق یافته است. در راستای مسئولیت کیفری دولت‌ها سه رویکرد مهم و اساسی را می‌توان مطرح نمود^۱. مسئولیت انحصاری اشخاص حقیقی^۲. مسئولیت انحصاری دولت‌ها^۳. مسئولیت جمعی دولت‌ها و اشخاص حقیقی^۱.

بند اول: رویکردهای مربوط به مسئولیت کیفری دولت

طبق رویکرد نخست، تنها اشخاص حقیقی دارای مسئولیت کیفری می‌باشند و مسئولیت دولت و سازمان‌ها به مسئولیت مدنی منحصر می‌باشد. به عبارتی این رویکرد، مسئولیت کیفری دولت‌ها را به صراحت نفی می‌نماید. این رهیافت سنتی در دادگاه‌های نورنبرگ و توکیو اعمال گردید. در این دادگاه‌ها که برای مجازات جنایتکاران جنگ جهانی تشکیل گشته بود، تنها اشخاص حقیقی مورد محاکمه و مجازات قرار گرفتند و دول متخاصم در جنگ جهانی دارای مسئولیت کیفری شناخته نشدند. علاوه بر این در دیوان‌های کیفری بین‌المللی که در سال‌های ۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ توسط شورای امنیت سازمان ملل متحد، پیرامون تعقیب جنایات ارتكابی در کشور یوگسلاوی سابق و رواندا تاسیس شدند، فقط مسئولیت کیفری شخص حقیقی پذیرفته گشت. طبق رویکرد دوم منحصر دولت‌ها دارای مسئولیت کیفری می‌باشند. یعنی در مواردی چون جنایات جنگی، اشخاص حقیقی فاقد مسئولیت کیفری شناخته شدند و مسئولیت کیفری این جرایم بر عهده دولت‌ها قرار گرفت^۲. اما در رویکرد سوم هم دولت و هم اشخاص حقیقی به طور جمعی و تضامنی دارای مسئولیت جمعی خواهند بود. یعنی هم اشخاص حقیقی و هم دولت، هر دو مسئول اقدامات و جنایات خود شناخته می‌شوند. با این وجود در ماده ۲۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که در سال ۱۹۹۸ در رم به امضای دولت‌ها رسید به طور صریح فقط به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی اشاره گردیده است^۳. علاوه بر اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی، در دو سند مهم دیگر موسوم به آیین‌نامه دادرسی و

۱. ابطی، شماره (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی و کیفری اشخاص حقوقی و دولت در قوانین ایران، مجله گزارش، شماره ۲۵۱، ص ۲۲.

۲. زمانی، قاسم (۱۳۹۵)، واگرایی و همگرایی «مسئولیت کیفری فردی» و «مسئولیت بین‌المللی دولت»: تأملی در اوراق پرونده جنگ شیمیایی عراق علیه ایران، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۱، ص ۲۱.

۳. صفایی آتشگاه، حامد و سلامی، مهرداد (۱۳۹۳)، مسئولیت سران و نظامیان دولت‌های متجاوز در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۳، ص ۱۱۱.

ادله و عناصر تشکیل دهنده جرایم، چنین رویه‌ای اتخاذ گردیده است. سرانجام در کنوانسیون پالرمو که در راستای مبارزه با جرایم سازمان یافته فراملی در شهر پالرمو - جزیره سیسیل ایتالیا به امضای نمایندگان ۱۲۴ کشور جهان رسید، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به صراحت پذیرفته شد. ماده ۱۰ کنوانسیون تحت عنوان مسئولیت اشخاص حقوقی، مقرر می‌دارد»

۱. هر دولت عضو، منطبق با اصول حقوقی خود، اقدامات مقتضی جهت شناسایی مسئولیت اشخاص حقوقی مشارکت‌کننده در ارتکاب جرایم شدیدی که یک گروه مجرم سازمان یافته نیز در آنها دخالت دارد را اتخاذ خواهد نمود.

۲. بسته به اصول حقوقی دولت عضو، مسئولیت اشخاص حقوقی می‌تواند کیفری، مدنی یا اداری باشد.

۳. این مسئولیت خدشه‌ای به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی که مرتکب این جرایم شده‌اند، وارد نخواهد کرد.

۴. هر دولت عضو اطمینان حاصل خواهد کرد، اشخاص حقوقی که طبق این ماده مسئول شناخته می‌شوند، مورد مجازات‌های کیفری یا غیر کیفری، قرار خواهند گرفت.

بنابراین طبق این سند بین‌المللی برای نخستین بار مفهوم مجرمیت دولت مورد پذیرش قرار گرفت. همچنین طبق این کنوانسیون، مسئولیت کیفری دولت در اقدامات اتخاذی خود یک مسئولیت مستقل و اصلی و نه یک مسئولیت تکمیلی قلمداد می‌گردد^۱.

بند دوم: مفهوم، مصادیق و اهلیت اشخاص حقوقی عمومی

اصطلاح دولت در قوانین و مقررات و ادبیات حقوقی ما در مفاهیم مختلف به کار رفته است به نحوی که می‌توان گفت اشتراک لفظی دارد و بدین لحاظ تاکنون تعریف قانونی از آن به عمل نیامده است. دولت، عمدتاً در قوانین و مقررات در مفهوم دقیق و مضیق آن به معنی قوه مجریه به کار رفته است که یکی از ارکان حکومت را تشکیل می‌دهد. از ظاهر عبارت دولت در قوانین مربوط یعنی وزارتخانه‌ها و موسسات دولتی ابتدائاً همین مفهوم به ذهن متبادر می‌گردد. لیکن با توجه به هدف قانونگذار از

۱. سلیمی، صادق (۱۳۸۲)، جنایت سازمان یافته فراملی در کنوانسیون پالرمو و آثار آن، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹، ص ۲۰۳.

تصویب قانون باید مفهوم دولت را به مفهوم گسترده‌تر آن بپذیریم و محدود به قلمروی قوه مجریه نکنیم و آن را شامل سایر قوای حاکم بدانیم زیرا در غیر این صورت، نقض غرض حاصل می‌شود.^۱

تاسیس شخصیت‌های وابسته به حقوق عمومی، معمولاً بستگی به تصمیم قدرت عمومی دارد. ایجاد کننده این اشخاص، مقامات عمومی و دولتی هستند و این شخصیت‌ها بدون اجازه قانون تشکیل نمی‌شوند. از همین رو، ریشه پیدایی همه اشخاص حقوقی وابسته به حقوق عمومی، بی استثناء در قانون است.^۲ قوه مقننه بر حسب نیازها و ضرورت‌های اجتماعی با گذراندن قانون، این اشخاص را ایجاد و چارچوب فعالیت‌های آنان را مشخص می‌نماید.^۳

صلاحیت تمتع اشخاص حقوق عمومی ناظر بر زمان شکل‌گیری آنها و پیش از اعمال و اجرای صلاحیت است. اشخاص حقوقی حقوق عمومی با هدف تمثیت امور عمومی و خدمت عمومی تشکیل می‌شوند و ویژگی مهم اشخاص حقوقی حقوق عمومی آن است که این اشخاص ذاتاً از امتیازات قدرت عمومی برخوردارند.^۴

موسسات عمومی به سازمان‌هایی اطلاق می‌شوند که دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و به قائم مقامی دولت یا مردم یک محل، اداره یک یا چندین خدمت معین و محدود از خدمات و نیازمندی‌های عمومی را عهده دار می‌باشند. این موسسات در زمره اشخاص حقوقی حقوق عمومی قرار دارند. علیرغم این که در قوانین ایران از موسسه عمومی تعریفی ارائه نشده است ولی می‌توان نهادها و موسساتی را که در قوانین مختلف یافت که در زمره موسسات عمومی به شمار می‌آیند. موسسه دولتی، شرکت دولتی و موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی از جمله این موسسات محسوب می‌شوند.^۵

۱. رستمی، ولی، سپهری، کیومرث، اجرای احکام مدنی علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی، موانع و راهکارها، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۷۹

۲. صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، نشر دانا، ۱۳۷۳، ص ۱۸

۳. رضایی‌زاده، محمدجواد، داوری، محسن، تفکیک صلاحیت‌های اشخاص حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۹۴، ص ۸۷

۴. طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ شانزدهم، تهران، سمت، ۱۳۹۰، ص ۲۶۶

۵. انصاری، ولی‌اله، کلیات حقوق اداری، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۴۰

بند سوم: رویکرد قانونگذار ایران

در خصوص کشورها هرچند قانونگذار در قانون جرایم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸ که به قانون مجازات اسلامی ملحق شده است به عنوان اولین قانونی که به صورت صریح و نظام‌مند مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته بین اشخاص حقوقی حقوق عمومی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی قائل به تفکیک نشده است و با استناد به عموماًت و اطلاقات قانون مذکور اشخاص حقوقی دولتی و عمومی را نیز می‌شد، در صورت ارتکاب جرم رایانه‌ای واجد مسئولیت کیفری و قابل مجازات دانست، لیکن قانونگذار در تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اعمال مجازات‌های کیفری را در مورد اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی در موردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، منتفی است. متن اولیه تبصره یاد شده در لایحه قانون مجازات اسلامی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی را نفی نموده بود اما شورای نگهبان در بررسی لایحه در جلسه مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ تنها اشکالی که به موارد مندرج در مبحث مجازات‌های اشخاص حقوقی وارد کرد، اینگونه بود: « در تبصره ماده ۲۰ از آنجا که اطلاق عبارت اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیردولتی شامل اشخاص حقوقی می‌شود که تصدی‌گری می‌کنند نه حاکمیتی، لذا مغایر جزء ۹ اصل سوم قانون اساسی شناخته شد.» هرچند، مسئول شناخته شدن اشخاص حقوقی در خصوص جرایم قیودی دارد که ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی تبیین می‌کند، اما پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت نمی‌کنند، تحولی مهم در نظام کیفری ایران به شمار می‌آید. با توجه به ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری که شرکت‌های دولتی را متولی تصدی‌های دولتی می‌داند، می‌توان آنها را از این جهت که اساساً اعمال حاکمیت نمی‌کنند، از شمول تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی خارج بدانیم و اشخاص حقوقی دولتی موضوع تبصره را به موسسات دولتی و وزارتخانه‌ها معطوف بدانیم اما تبصره مورد بحث از قید عمومی در خصوص اشخاص حقیقی دولتی عاری است. با این حال، تبصره مذکور پس از عموم ماده در خصوص مسئولیت کیفری همه اشخاص حقوقی دو دسته از اشخاص حقوقی را در موارد اعمال حاکمیت از عموم مذکور استثناء می‌کند و در مقام بیان تقسیمات اشخاص حقوقی یا اشخاص حقوقی صالح برای اعمال حاکمیت نیست.^۱ لازم است که بین اشخاص حقوقی حقوق عمومی، موسسات عمومی

۱. محمدی، قاسم، خانی‌زاده، علیرضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی در عرصه داخلی، پژوهش‌های حقوق جزا

و جرم‌شناسی، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۸۲

و سایر اشخاص حقوق عمومی، تفکیک قائل شویم.^۱

هر یک از مؤسسات عمومی بر حسب طبع خود دارای تشکیلات داخلی هستند، که باید در سطح تمام کشور یا در غالب نقاط دارای شعبی باشند که در این صورت مؤسسات عمومی منطقه‌ای نامیده می‌شود. مؤسسات عمومی ممکن است انتفاعی، صنعتی یا ملی باشند.^۲ سازمانها حرفه‌ای یا شغلی مانند کانون وکلا، انجمن صنفی حقوق دانان، سندیکاهای کارگری یا سندیکاهای فرمایان و غیره دارای شخصیت حقوقی هستند و حسب مورد در صورت تحقق شرایط، مسئولیت پیدا می‌کنند.^۳

مسئولیت مدنی در قلمرو حقوق عمومی درباره‌ی اشخاص حقوقی که از اراده‌ی خاص جمعی برخوردارند و دارای توان مالی می‌باشند از همان زمان‌های قدیم وجود داشته است و این مسئولیت توسط قدرت عمومی دولت به رسمیت شناخته شده است، تا هم بتوانند قدرت عمومی خود را به منصفه ظهور برسانند و هم با پرداخت از دارایی خود، در مقام جبران ضرر و زیان برآیند.

هرچند که ماده ۲-۱۲۱ قانون جزای جدید فرانسه مقرر می‌دارد که هر کس فقط در قبال عمل خودش مسئول است و هیچکس برای عمل غیر مجازات نمی‌شود ولی در ماده ۲-۱۲۱ اشخاص حقوقی به جز دولت را به تفصیلی که در مواد ۴-۱۲۱ تا ۷-۱۲۱ بیان شده در حدودی که در قوانین و مقررات پیش‌بینی شده، در قبال جرائمی که عامل یا نماینده آنها به حساب آنها انجام می‌دهد، از نظر جزایی مسئول می‌داند و مؤسسات عمومی و تشکیلات داخلی آنها را در مورد تفویض نمایندگی انجام خدمات عمومی قرار می‌گیرد، از نظر کیفری مسئول می‌شناسد.^۴

دولت به عنوان عالی‌ترین سازمان و تشکیل قدرتی در هر کشور می‌باشد که مسئولیت حفاظت از نظم جامعه و مسئول اعمال مجازات و تنبیه مجرم می‌باشد و از طریق حق حاکمیت خود مجرمین

۱. مؤسسات عمومی، اصطلاح عامی است که به مؤسسات وابسته به وزارتخانه و اشخاص حقوقی عمومی محلی را شامل می‌شود، ولی گاهی ناظر به مؤسسات عمومی وابسته به دولت و زمانی ناظر به مؤسسات عمومی وابسته به شهرداری است.
۲. مؤسسات ملی مؤسساتی هستند که در آنها دولت جانشین اشخاص می‌شود و از آنها سلب مالکیت می‌کنند. معمولاً ملی کردن دارای اهداف اقتصادی و مالی است.

۳. فرج‌الهی (۱۳۸۸)، پیشین، ص ۱۱۶.

۴. همان، ص ۱۲۳.

را تعقیب و مجازات می‌کند^۱. بنابراین معقول و پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد که دولت بخواهد خودش را تحت تعقیب و مورد مجازات قرار دهد و دیگر این که اعمال بعضی از مجازات‌ها مقرر در قانون مانند انحلال، بستن مؤسسه، ممنوعیت از انجام یک یا چند فعالیت حرفه‌ای و... با طبع و وظیفه‌ی دولت و مؤسسات عمومی نه تنها سازگاری ندارد، بلکه با اعمال قدرت و حاکمیت این نهاد مغایرت دارد^۲.

مجسم کنید که اگر مؤسسه‌ی عمومی مانند یک وزارتخانه یا اداره کل که به انجام خدمات عمومی در سطح کشور یا منطقه اشتغال دارد، منحل شود، یا حتی برای مدت محدودی به موجب حکم دادگاه تعطیل گردد چه تاثیری در سطح جامعه و بر کسانی که از خدمات آن وزارتخانه یا مؤسسه استفاده می‌کنند باقی خواهد گذاشت. بنابراین اعمال بعضی از ضمانت اجراهای کیفری برای دولت موجب تقلیل قدرت عمومی دولت و تحقیر او می‌شود و باعث خلل در اختیارات دولت خواهد شد زیرا اساساً خدماتی که به عهده‌ی دولت‌ها و مؤسسات عمومی می‌باشد بر اساس یک ضرورت برای اجتماع می‌باشد و برای پاسخگویی به یک نیاز عمومی می‌باشد، مانند حفظ و برقراری نظم، تأمین بهداشت عمومی، حق ارتباط، تعلیم و آموزش و... که این نیازهای عمومی باید به طور استمرار وجود داشته باشد و گرنه قطع این خدمات و یا محدود کردن آنها به موجب حکم کیفری باعث به وجود آمدن بزه‌دیدگی ثانویه‌ی برای افراد جامعه که حق استفاده از آنها را داشته‌اند می‌شود؛ پس این خدمات و اعمال باید استمرار و پایداری باشد و به هیچ وجه نباید آن خدمت را از دارندگان و استفاده‌کنندگان از آن حق دریغ نمود^۳. همان‌گونه که در قانون (چه در قانون ایران و چه در قانون فرانسه) دولت را از مسئولیت معاف نموده، ولی استثنائاتی نیز وجود دارد که در آن دولت (به معنای حاکمیت) نیز دارای مسئولیت کیفری می‌باشد. در قانون جزای فرانسه از خدماتی نام برده که قابلیت تفویض و نمایندگی به اشخاص دیگر را ندارد و در قانون ایران از خدماتی که اعمال حاکمیت نام دارند یاد شده‌اند، که دولت در این موارد دارای مسئولیت کیفری نمی‌باشد.

قانون صراحتاً دولت و مؤسسات عمومی را که فعالیتشان قابلیت تعویض اعطای نمایندگی به

۱. جهان‌بزرگی، احمد (۱۳۷۸)، اصول سیاست و حکومت، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ص ۵۰.

۲. شاو، مالکوم ناتان (۱۳۹۴)، مسئولیت بین‌المللی دولت و مسئولیت کیفری فردی، ترجمه‌ی اسماء سالاری، چاپ اول، تهران: خرسندی، ص ۱۴۱.

۳. صفار (۱۳۹۷)، پیشین، ص ۶۱.

اشخاص دیگر را ندارد؛ مستثنی کرده است، این عبارت صریح در این معنی است که مؤسسات عمومی ملی یا منطقه‌ای که نوع فعالیت خدماتی که انجام می‌دهند، قابل واگذاری به بخش‌های دیگر اعم از عمومی با خصوصی نیست، از نظر کیفی مسئولیت ندارد. لازم به ذکر است که قدرت عمومی در تقسیم اول دو نوع عمل انجام می‌دهد؛ اعمال حاکمیت و اعمال تصدی^۱. آنچه که در قلمرو اعمال حاکمیت دولت و قدرت عمومی قرار می‌گیرد، مانند قانون‌گذاری و اداره سیاسی دولت و مؤسسات عمومی و قضاء و قانون‌گذاری و مانند آن، موجب مصونیت دولت و کارگزاران آن از تعقیب و مسئولیت‌گیری است^۲. مصونیت سیاسی، پارلمانی و قضایی نمایندگان مجلس و ماموران سیاسی و کنسولی و صاحب منصبان قضایی از همین قاعده نشأت گرفته است. ولی علاوه بر آن مؤسسات عمومی همانند اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، به اعمالی اشتغال می‌ورزند که قابلیت واگذاری انجام آنها به موجب قرارداد وجود دارد، مانند واگذاری انحصار انجام خدمات آب و برق و تلفن و غیره به اشخاص حقوق عمومی یا خصوصی^۳. در این زمینه مؤسسات عمومی همانند اشخاص حقوقی دیگر مسئول هستند و طبق شرایطی که در قانون پیش‌بینی شده قابل تعقیب و مجازات می‌باشند. بالاخره از میان فعالیت‌هایی که دارای وصف خدمات عمومی هستند، فقط آن فعالیت‌هایی که مشمول موضوع اعطاء نمایندگی به موجب قرارداد می‌باشند بر حسب اقتضاء مسئولیت‌گیری اشخاص را که عهده‌دار انجام آنها هستند موجب می‌شود.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

آنجا که اشخاص اخیر در مقام اعمال حاکمیت مرتکب جرمی شوند، بنا به ملاحظه‌هایی چون جلوگیری از کاهش اقتدار سیاسی، عدم اختلال در وظیفه خدمت‌رسانی و داشتن امتیاز انحصاری مجازات بزهکاران، مصون از مسئولیت‌گیری هستند اما در حالتی که آنها در چارچوب اعمال تصدی - اعمالی که قابل تفویض به بخش خصوصی است - مرتکب جرم شوند، بنا به اصل تساوی اشخاص در برابر قانون، گریزی از مسئولیت نخواهند داشت. همچنین در هر دو نظام مورد بحث،

۱. جهان‌بزرگی (۱۳۷۸)، پیشین، ص ۵۹.

۲. شاو (۱۳۹۴)، پیشین، ص ۱۴۱.

۳. فرج‌الهی، رضا (۱۳۸۹ب)، جرم‌شناسی و مسئولیت‌گیری، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۲۸.

مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، مسئولیتی نیابتی و غیرمستقیم است. مسئولیتی که نه از طریق تفحص و احراز تقصیر در فرهنگ، سازماندهی و خط‌مشی اشخاص حقوقی بلکه از مجرای خطای نماینده‌ی انسانی که به حساب آنها مرتکب جرم میشوند، ایجاد می‌شود. ناگفته نماند مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی، محملی برای رهایی اشخاص حقیقی مقصر از تعقیب کیفری نیست و آنها نیز به اعتبار برخورداری از اراده‌ی آزاد مسئول هستند. در زمینه اینکه اشخاص حقوقی اهلیت ارتکاب کدامیک از جرائم را دارند، نگرش نظام‌های حقوقی در مقطع‌های زمانی مختلف متفاوت بوده است. چنانکه قانونگذار فرانسه در گام نخست با تنظیم سیاهه‌ای از جرائم، اشخاص حقوقی را قادر به ارتکاب آنها معرفی کرد اما با گذر زمان و فاصله‌گیری از نظریه فرضی بودن ماهیت اشخاص مزبور، آنها را مانند اشخاص حقیقی، توانا بر ارتکاب عموم جرائم، جز آن دسته که مختص انسان است، تلقی کرد. قانونگذار ایران نیز پیش از سال ۱۳۹۲ با تصویب مقرره‌های موردی و پراکنده، برخی از جرائم را به اشخاص حقوقی نسبت داده بود اما از زمان تصویب قانون مذکور، کلیه جرائم، به جز جرائم شرعی مستحق حد و قصاص توسط اشخاص حقوقی قابل ارتکاب دانسته شدند. بهرغم اذعان بر اهلیت اشخاص حقوقی در ارتکاب همه جرائمی که اشخاص حقیقی قادر به ارتکابند، نمیتوان در مورد نسبت اعمال همه مجازات‌های اشخاص حقیقی بر اشخاص حقوقی معتقد بود؛ هرچند ماهیت خاص اشخاص حقوقی، ضمانت اجراهای متناسب با آنها را ایجاد میکند. نظامهای کیفری فرانسه و ایران با درک این واقعیت، ضمانت اجراهای بایستهایی چون جریمه، ممنوعیت از فعالیت شغلی و حرفه‌ای، ممنوعیت از افزایش سرمایه، ممنوعیت از صدور سندهای تجاری و انتشار حکم محکومیت برای این منظور در نظر گرفته‌اند.

این نوشتار ضمن بررسی دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق ایران، به قوانین و شرایط مختلف مربوط به آن پرداخته که ماحصل آن، استخراج خلأها، نواقص و ارائه راهکارهای فروگشا به ترتیب ذیل است:

۱. سؤالات، ابهامات و دغدغه‌های موجود در زمینه آثار و ابعاد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی فراتر از آن است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تنها با اختصاص چهار ماده یارای پاسخگویی به آنها را داشته باشد. اهمیت موضوع ایجاب می‌نماید که با تخصیص موادی بیشتر یا حتی تدوین قانونی مستقل، به زوایای ماهوی و شکلی این مسئولیت به نحو عمیق‌تری پرداخته شود.

۲. قانون مجازات اسلامی بی هیچ قیدی، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را نسبت به مطلق جرایم ممکن دانسته است. با توجه به اینکه ارتکاب برخی از جرایم چه به واسطه ذات انسانی آنها و چه به دلیل مجازات انسانی آنها از سوی اشخاص حقوقی میسر نیست، مقید نمودن اطلاق مزبور ضروری است.

۳. عبارت «در راستای منافع آن شخص حقوقی مرتکب جرمی شود» ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، ارتکاب جرایم عمدی از سوی اشخاص حقوقی را به ذهن متبادر می‌سازد. آیا قانون‌گذار اعتقادی به ارتکاب جرایم غیرعمدی از سوی آنها ندارد؟ آیا خطا و تقصیر منجر به محیط خطر از سوی اشخاص مزبور در زمینه‌های مختلف کار، بهداشت، تولید، حمل و نقل تنها موجب مسئولیت مدنی است؟ یا اینکه قانونگذار از عبارت مزبور چنین مقصودی ندارد؟ به شرحی که آمد، پذیرش مسئولیت اشخاص حقوقی مسبوق به اعتقاد به وجود رکن روانی اعم از عمد و خطا در نزد این اشخاص است و از آنجا که بسیاری از جرایم بر پایه خطا و تقصیر به منصفه ظهور می‌رسند، مسئول دانستن اشخاص حقوقی در این زمینه همچون اشخاص حقیقی اجتناب ناپذیر است. در هر صورت ابهام‌زدایی از ماده مزبور جهت شفاف شدن موضع قانون‌گذار واجد اهمیت است.

۴. ماده (۱۴۳) قانون مورد بحث در بیان شرایط تحقق مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی اشعار می‌دارد «..... نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود» از آنجا که اجتماع هر دو شرط مذکور بر پایه تحقق مسئولیت اشخاص حقوقی ضرورت دارد. تبدیل حرف ربط (یا) به حرف (واو) منطقی‌تر است.

فهرست منابع

فارسی:

۱. ابطحی، شماره (۱۳۹۲)، مسئولیت مدنی و کیفری اشخاص حقوقی و دولت در قوانین ایران، مجله گزارش، شماره ۲۵۱.
۲. جهان‌بزرگی، احمد (۱۳۷۸)، اصول سیاست و حکومت، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳. دانا، امیررضا و همکاران، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی حقوق عمومی نسبت به جرایم زیست محیطی، جغرافیا و برنامه‌ریزی منطقه‌ای، سال ۱۱، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۴. رستمی، ولی، سپهری، کیومرث، اجرای احکام مدنی علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی، موانع و راهکارها، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۵. رضایی‌زاده، محمدجواد، داوری، محسن، تفکیک صلاحیت‌های اشخاص حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۹۴.
۶. زمانی، قاسم (۱۳۹۵)، واگرایی و همگرایی «مسئولیت کیفری فردی» و «مسئولیت بین‌المللی دولت»: تأملی در اوراق پرونده جنگ شیمیایی عراق علیه ایران، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۱.
۷. سلیمی، صادق (۱۳۸۲)، جنایت سازمان یافته فراملی در کنوانسیون پالمو و آثار آن، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۹.
۸. شاو، مالکوم ناتان (۱۳۹۴)، مسئولیت بین‌المللی دولت و مسئولیت کیفری فردی، ترجمه‌ی اسما سالاری، چاپ اول، تهران: خرسندی.
۹. شریفی، محسن و همکاران، دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، ۱۳۹۲.
۱۰. صفار، محمدجواد، شخصیت حقوقی، چاپ اول، نشر دانا، ۱۳۷۳.

۱۱. صفایی آتشگاه، حامد و سلامی، مهرداد (۱۳۹۳)، مسئولیت سران و نظامیان دولت‌های متجاوز در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۳.
۱۲. طباطبایی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ شانزدهم، تهران، سمت، ۱۳۹۰.
۱۳. فرج‌الهی، رضا (۱۳۸۹ب)، جرم‌شناسی و مسئولیت کیفری، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۴. محمدی، حمید (۱۳۹۸)، مسئولیت دولت یا حکومت: تبیین مبانی آن در آموزه‌های فقه و حقوق کیفری ایران، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۲.
۱۵. محمدی، قاسم، خانی‌زاده، علیرضا، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دولتی در عرصه داخلی، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۲، ۱۳۹۲.
۱۶. مرادی، محمد و همکاران، مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران و شورای اروپا، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۵، شماره ۷، ۱۴۰۰.
۱۷. نبی‌پور، محمد (۱۳۸۹)، شرایط مسئولیت کیفری در لایحه قانون مجازات اسلامی، مجله حقوق تعالی، سال دوم، شماره ۷.

انگلیسی:

18. Stéfani (Gatson), Levasseur (Georges) Bouloc (Bernard), précis do Droit pénal général, 20° ed. Dalloz 2008.

تفکیک قلمرو نظام مالکیت خصوصی و عمومی در معادن نفت و گاز از منظر حقوق اداری اموال و مبانی فقهی

شمسی فشخورانی^۱، طاهره سلیمی^۲، طاهره سادات نعیمی^۳

چکیده

مالکیت به معنای نسبت میان مالک و مملوک یا سلطه مالک بر مملوک در قالب نظام خصوصی و عمومی در حیطه انفال و منابع نفت و گاز از کاربردهای قابل توجه برای حفظ منابع و تأمین منافع عامه و شهروندان کشورهاست که به لحاظ ماهوی به شکل حقیقی و اعتباری در قالب بندی‌های عمومی، خصوصی و دولتی قابل تصور است. یکی از انواع مهم معادن، معادن نفت و گاز است که در خصوص مالکیت بر آن‌ها از جنبه عمومی و خصوصی، نظریه‌های مختلفی در فقه و نیز قوانین و دکترین حقوقی ارائه شده است. پژوهش حاضر با بررسی اسناد و مدارک فقهی و حقوقی به تبیین ساختاری نظام مالکیت خصوصی و عمومی در قالب معادن نفت و گاز بر اساس مبانی فقهی و حقوقی می‌پردازد. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که رویکرد فقهی و حتی قوانین در بدو امر، ترجیح مالکیت خصوصی بر عمومی است و با گذر زمان و تبدیل نفت و گاز به عنوان یکی از ثروت‌های ملی، مالکیت عمومی نسبت به آن‌ها حاکمیت دارد. از جنبه حقوق اداری و به ویژه حقوق اموال، معادن نفت و گاز جزء اموال عمومی محسوب می‌شوند و دولت نسبت به آن‌ها مالکیت دارد. در تعیین قواعد حاکم بر ثروت‌های عمومی می‌توان به نگرش فقیهان در تعیین ماهیت رابطه حکومت اسلامی و انفال توجه کرد. به طور کلی، رویکرد فقیهان در تعیین ماهیت رابطه حکومت اسلامی و انفال را می‌توان در مواردی از قبیل اولویت ذاتی یا مالکیت حقیقی شخص امام و اولویت نسبت تصرف امام قرار داد. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی-تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: مالکیت نفت و گاز، انفال، مالکیت عمومی، مالکیت دولتی، اصل ۴۵ قانون اساسی، حقوق اموال، حقوق اداری.

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره) شهری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، ایمیل: Fashkhorani22@yahoo.com

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره) شهری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، نویسنده مسئول. ایمیل: t.salimi313@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، ایمیل: tsnaimi@gmail.com

مقدمه

سرمايه‌هایی مانند معادن زمينه‌های رشد و توسعه کشور را پديد می‌آورند. معادن قابليت تنوع و تکثير رو به رشد را در نفس تنظيم‌بندی و تقسيم‌بندی بين افراد یک کشور دارند. برای تدقيق در تنوع‌پذیری معادن نفت و گاز در حقوق موضوعه ايران به لحاظ تاريخی می‌توان گفت که در کشورهای اسلامی، منابع نفتی که در اراضی مباحه بیابان‌ها و کوهساران واقع بود، از طریق اقطاع واگذار می‌شد و عوایدی نصیب دیوان می‌گردید.

از سوی دیگر، به لحاظ فقهی و در قالب موضوعات مالی فقهی، «انفال و فیء» به عنوان دو منبع مالی حکومت اسلامی معرفی شده است. مصادیق انفال از جمله معادن زیرزمینی، منبع عمده درآمد است^۱ و امروزه، رقمی کلان از بودجه کل ايران را درآمد حاصل از فروش نفت تشکیل می‌دهد. مالکیت نفت، یکی از پراهمیت‌ترین مؤلفه‌های تعیین‌کننده در شیوه استفاده و بهره‌وری از این ثروت ملی است. از سوی دیگر، کشورهای مختلف، شیوه‌های متنوعی برای به‌کارگیری بهینه این منبع ملی و شیوه مالکیت آن در پیش گرفته‌اند. برخی از کشورها، نوع مالکیت نفت را بر پایه مالکیت زمین می‌دانند. از سوی دیگر، برخی از دیگر دولت‌ها، نفت را وابسته به حکمرانان جامعه می‌شمارند. برخی دیگر نیز نفت را ورای مالکیت هیئت حاکمه و متعلق به آحاد جامعه یعنی جزو اموال عمومی یا بیت‌المال می‌پندارند.

تاریخ نفت که یکی از مهم‌ترین حامل‌های انرژی است، از زمان کشف آن (کشف تجاری از طریق حفاری)، در ۱۵۰ سال پیش در پنسیلوانیای امریکا تا امروز، فراز و فرودهای فراوانی داشته است. این کالای معمولی اقتصادی در کم‌ترین زمان ممکن به کالای مهم و با ارزش اقتصادی تبدیل شد و به دلیل نقش بی‌بدیل آن در صنعت و تأمین انرژی جنبه سیاسی یافت و دیرزمانی است که از دید سیاستمداران به عنوان کالایی راهبردی و امنیتی مطرح است.^۲

۱. طوسی، ابو جعفر، تهذیب الاحکام (جلدهای ۳، ۴ و ۹)، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷، ص ۳۲؛ عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع اسلام (جلد ۱ و ۱۲)، قم: مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳، ص ۱۰۰.

۲. کاشانی، جواد، «وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز واقع در مرز بین کشورها»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۷، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹، ص ۱۶۶.

برابر اصل ۴۵ قانون اساسی، معادن جزء انفال و ثروت‌های عمومی شمرده شده‌اند. مشهور فقیهان مانند شهید اول و ثانی عقیده بر مباح بودن معادن و عدم شمول انفال دارند. برابر این عقیده، معادن ظاهری قابل تملک خصوصی نیستند و هر کس می‌تواند به قدر حاجت خود از آن‌ها بهره‌برداری کند. با بررسی این قول مشهور، خود معدن ظاهری قابل تملک نیست و حیازت از آن حتی افزون بر نیاز شخصی، تملک محسوب می‌شود و حیازت‌کننده می‌تواند آن را در معرض بیع و شراء قرار دهد. با این حال، در خصوص معادن باطنی، با تملک زمین سطح آن یا حفاری، تملک محقق می‌شود و حفاری اگر به مرحله استخراج برسد، احیا و گرنه تحجیر محسوب می‌شود.^۱

حق مالکیت، یکی از برترین حقوقی است که یک شهروند دارد. مالکیت، تسلط بر یک مال است. از میان موضوعات مورد مالکیت، مالکیت بر منابع نفتی در درجه اول قرار می‌گیرد. اصل ۴۵ قانون اساسی و نیز قوانین نفتی، بر مالکیت ملت بر منابع تأکید داشته و آن‌ها را به عنوان انفال در اختیار ولی فقیه قرار داده‌اند. ولی فقیه این این وظیفه را تنفیذ کرده است و دولت به عنوان نماینده مردم، اجازه مدیریت و بهره‌برداری از آن را دارد.^۲ مالکیت عمومی نسبت به منابع نفت و گاز و تعلق این ثروت به عموم مردم یک کشور، منجر به آثار حقوقی اختصاصی شده است. اصل حاکمیت ملی بر منابع طبیعی، یکی از آثار مالکیت عمومی نسبت به منابع طبیعی نفت و گاز است.^۳ با عنایت به اهمیت اقتصادی در سیستم اداره کل کشور و میزان وابستگی اقتصادی یک کشور و یک سیستم حکومتی به سرمایه‌های مهم مانند انفال که معادن و گازها نیز از زیرمجموعه‌های آن محسوب می‌شوند، می‌توان بر این نکته تأکید ویژه ورزید که پژوهش‌های مرتبط با ساختار اداره این منابع و تبیین و تحلیل نوع نظام مالکیتی برای نفت و گاز به دلیل استراتژیک بودن این اموال اهمیت و ضرورتی انکارناپذیر دارد. درباره مسئله پژوهش حاضر، هیچ کتاب یا مقاله مستقلی تألیف نشده، ولی در مورد موضوعات مرتبط با مسئله حاضر، کتاب‌ها و مقاله‌هایی تألیف شده است که برخی از مهم‌ترین موردها را برمی‌شماریم.

۱. کنعانی، محمدطاهر، «حق بهره‌برداری از معادن»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، شماره ۳، ص ۲۷۹.

۲. بثری، سید محمدعلی و سینا رازقیان، «ترابط حقوق شهروندی و مبانی آن با حقوق نفت و گاز در ایران»، فصل‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال یازدهم، شماره ۵۸، ص ۱۴۲.

۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۷۲.

مسعود امانی و محسن اسماعیلی در پژوهش «مطالعه تطبیقی مالکیت نفت و گاز در نظام‌های ملی و حقوق بین‌الملل» به روند مالکیت برخی از کشورها و پی بردن آن‌ها به نقصان نظام حقوق حاکمیتی پرداخته‌اند که در واقع، چیزی جز اراده حاکمیت نیست. آنان به لزوم پرداخت غرامت مناسب با مالکیت بر اساس رعایت ضوابط حقوق بین‌الملل و قوانین دولتی اشاره کرده‌اند که حق مالکیت خود را اعمال کرده است.

محمد مؤمن قمی در پژوهش «ولی امر و مالکیت اموال عمومی و مالکیت انفال»، برای اثبات مالکیت ولی امر بر انفال به آیه اول سوره انفال و آیات هفتم و هشتم سوره حشر و برخی از روایات استدلال می‌کند و به این نتیجه می‌رسد که تمامی انفال متعلق به پیامبر است و بعد از او به امام یعنی نایب او خواهد رسید.

میرشهبیز شافع در پژوهش «مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز در حقوق ایالات متحده آمریکا» بر این نکته تأکید کرده است که مالکیت خصوصی بر منابع هیدروکربنی در سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا از همان ابتدای استخراج این منابع پذیرفته شد و شیوه مالکیت آن را بررسی کرده است.

قاسم خادم رضوی و پوریا راستگو در پژوهش «رابطه مالکیت خصوصی بر منابع نفتی در فقه امامیه و حقوق آمریکا» به تحلیل رژیم مالکیت بر نفت و گاز و پذیرش نظریه‌های موجود در این خصوص و اهمیت آن به لحاظ آثار مترتب بر آن پرداخته‌اند. نظریه‌های موجود را در مقایسه با نظریه نظام مالکیت خصوصی و پذیرش آن بررسی کرده‌اند.

با این حال، چون هیچ یک از پژوهش‌های یادشده به مباحث مربوط به نظام مالکیتی نفت و گاز و تحلیل و تبیین رژیم فقهی انفال در معادن و آثار و توابع آن به صورت تفصیلی و تحلیلی نپرداخته‌اند، تحقیق حاضر به عنوان یکی از نخستین تحقیقات درباره این موضوع می‌تواند برای پژوهش در مورد این مسئله و ارائه راهکارهایی مفید گام بردارد.

محدوده پژوهش حاضر، بررسی پدیدارشناسی نظام مالکیت خصوصی و عمومی در معادن نفت و گاز با تأکید بر مبانی فقهی و حقوقی درباره این موضوع است. پرسش اصلی پژوهش، بررسی نوع مالکیت دولت نسبت به معادن نفت و گاز و تحلیل رابطه مالکیت دولت با این موارد است. بنا بر این، ضمن پردازش پیشینه پژوهش به مهم‌ترین خاستگاه‌های نظام‌مندی مالکیت در معادن نفت

و گاز و تبیین بافتی مالکیت‌های دولتی و عمومی به اولویت‌گذاری مالکیت بر انفال در حیطه‌های ذاتی، نسبی و حکومتی به پدیداری نظام یادشده در این سرمایه‌ها می‌پردازد. روش تحقیق از نوع توصیفی-تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول: تاریخچه فقهی و حقوقی مالکیت معادن نفت و گاز

در خصوص مالکیت خصوصی یا عمومی بر منابع نفت و گاز، نظریه‌های مختلفی در فقه ارائه شده است و این موضوع در حقوق موضوعه نیز تغییرات و تحولاتی را از دوره قاجار تا کنون پشت سر گذرانده است که در این گفتار بررسی می‌کنیم.

بند اول: تحولات فقهی درباره مالکیت نفت و گاز

قول فقیهان مبنی بر این که معادن جزء انفال است، قوی‌تر است. علاوه بر ادله‌ای که قائلین به این قول ارائه کرده‌اند، باید گفت از چون معادن ارزش و منافع فراوانی دارند، با قواعد و هدف اسلام سازگاری ندارد که این منابع به آسانی و بدون هیچ سازوکاری به ملکیت خصوصی درآیند. وقتی خداوند، فیء را از تصرف مردم خارج می‌کند و به پیامبرش می‌دهد، چگونه ممکن است اختیار این اموال را به آسانی به مردم بدهد تا هرگونه خواستند در آن تصرف کنند. امام خمینی در «تحریر الوسیله»، قائل به تبعیت مالکیت معادن از مالکیت اراضی یا همان قول دوم شده است. با این حال، در پاسخ به سؤال شورای نگهبان، قول انفال بودن معادن را اختیار می‌کند و در پاسخ به استفتای شورای نگهبان در مورد مالکیت استخراج معادن می‌نویسد: «اصل مسئله تبعیت اعماق زمین و نیز هوا نسبت به املاک شخصی تا حدود احتیاجات عرفی است»^۱.

در فقه شیعه، نظریه‌های گوناگونی در زمینه مالکیت منابع معدنی مطرح شده است که در چهار گروه قابل دسته‌بندی است. از منظر گروهی از فقیهان، مالکیت منابع معدنی، تابع مالکیت زمین است و صاحب زمین حق بهره‌برداری از آن‌ها را دارد. گروه دوم بر این باورند که معادن به طور مطلق در شمار مشترکات عامه هستند که عموم جامعه در بهره‌برداری از آن حق مشترک دارند و هر کس به

۱. نیازی، قدرت‌الله و کریم کوخایی‌زاده، «مالکیت معدن از منظر فقهای امامیه با رویکردی بر دیدگاه امام خمینی (ره)»، پژوهش‌نامه متین، ۱۳۹۶، سال نوزدهم، شماره ۷۶، ص ۱۵۶.

قدر نیاز خود، حق دارد از آن‌ها برداشت کند و نمی‌توان آن را به اقطاع واگذار کرد. گروه سوم، معادن را اعم از ظاهری و باطنی، داخل در انفال می‌دانند که ملک امام شمرده می‌شود. البته در خصوص مالکیت امام نسبت به انفال نیز این‌گونه تفسیر شده است که منظور، مالکیت شخصی امام نیست، بلکه این مالکیت، قائم به منصب امامت است. گروه چهارم در خصوص مالکیت معادن، قائل به تفکیک میان معادن ظاهری و باطنی شده‌اند، با این توضیح که معادن ظاهری جزء مشترکات عامه هستند، اما معادن باطنی جزء انفال^۱.

در فقه امامیه، مالکیت خصوصی بر معادن به صورت نظریه‌ای مستقل بیان نشده است، بلکه از نظریه تفصیل و به نحو روشن‌تر از آن، قسمتی از نظریه تفصیل که مقرر می‌دارد اگر معادن در ملک شخصی واقع شده باشند، معدن، ملک صاحب زمین است، استنباط می‌شود. مطابق این نظریه، معادنی که در زمین‌های شخصی واقع شده‌اند، بالتبع در ملکیت صاحب زمین قرار می‌گیرد. بنا بر این، همه مسلمانان می‌توانند از این معادن برداشت کنند. بنا بر آن چه بیان شد، نظریه مالکیت خصوصی بر منابع نفتی به عنوان مصداقی از معادن باطنی در فقه امامیه شناسایی شده است و عده‌ای از این فقیهان مانند سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی به این مالکیت خصوصی اشاره کرده‌اند. وی در تبیین رابطه مالکیت خصوصی می‌نویسد:

«اگر معدن در زمینی باشد که مالک دارد، پس معدن برای مالک آن زمین می‌باشد»^۲.

بند دوم: تحولات قانونی مالکیت نفت و گاز از دوره قاجار تا دوره معاصر

کشورها طبق نظام سیاسی و اقتصادی خود، قوانین و حقوقی را برای شناسایی مالکیت، استخراج، بهره‌برداری و فروش منابع نفت و گاز وضع و طبق آن عمل می‌کنند. شکل‌گیری حقوق نفت در ایران با اعطای امتیازنامه‌ها آغاز شد. اولین قراردادی که از اعطای امتیاز نفت نام برده، امتیازنامه ۱۸۴۶ به نام توری از اتباع انگلستان است و پس از آن، در دوره قاجار، اعطای این امتیازنامه‌ها ادامه یافت.^۳

۱. بهمنی، محمدعلی و محمدآرین، «مالکیت عمومی بر منابع نفتی و تأثیر آن بر انتخاب الگوی قراردادی در حوزه بالادستی صنعت نفت و گاز»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۷، دوره چهارم، شماره ۱، ص ۹.

۲. خادم رضوی، قاسم و پوریا راست‌گو خیابوی، «رابطه مالکیت خصوصی بر منابع نفتی در فقه امامیه و حقوق امریکا»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۴۴، ص ۲۷۸.

۳. پاک‌دامن، رضا، حقوق نفت ایران، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۶۷.

از این امتیازنامه‌ها استنباط می‌شود که در ایران، مالکیت خصوصی بر معادن وجود داشته، ولی معادنی که در زمین‌های بلاصاحب و موات قرار داشتند و منابع نفت، در اختیار دولت بودند و پادشاه به صورت مستقیم یا با نمایندگی از طرف دولت شاهنشاهی در آن دخل و تصرف می‌کرد. نخستین اقدام مجلس شورای ملی بعد از لغو امتیاز داری، وضع قانون «ممنوعیت دولت از مذاکره و عقد قرارداد راجع به امتیاز نفت با خارجی» بود که در ۱۱ آذر ۱۳۲۳ به تصویب رسید و ۳ سال بعد در ۲۹ مهر ۱۳۲۶، در مصوبه‌ای، واگذاری هر نوع امتیاز استخراج نفت و مشتقات آن‌ها به خارجی‌ها و ایجاد هر نوع شرکت برای این منظور را مطلقاً ممنوع اعلام کرد. این قانون، نقطه شروع ملی شدن نفت در مجلس چهاردهم و پایه مالکیت دولتی شد که تمام اختیارات منابع نفت بر عهده دولت گذاشته شود.

پس از ملی شدن صنعت نفت، با کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۳۲، صنعت نفت در بلا تکلیفی قرار گرفت تا این‌که اولین قانون مستقل در زمینه نفت، تصویب قانون تفحص و اکتشاف و استخراج نفت در سراسر کشور و فلات قاره در تیر ۱۳۳۶ توسط مجلس شورای ملی بود. نظام قانونی ایران در سال ۱۳۳۶، شاهد پیدایش نخستین قانون نفت بود، ولی این قانون هیچ‌گونه مقرره‌ای در زمینه مالکیت منابع نفتی نداشت. ضعف موجود در این قانون در سال ۱۳۵۳ جبران گردید و به موجب بند یک ماده ۳ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳، سرانجام مالکیت عمومی بر منابع نفتی ایران به رسمیت شناخته شد.^۱ قانون نفت مصوب ۱۳۵۳، قانونی منضبط و جامع است و در بند ۱ از ماده ۳ و ماده ۱۹ این قانون آمده است: «منابع نفتی و صنعت نفت ایران، ملی است و اعمال حق مالکیت ملت ایران نسبت به منابع نفتی ایران در زمینه اکتشاف، توسعه، تولید، بهره‌برداری و پخش نفت در سراسر کشور و فلات قاره منحصرراً به عهده شرکت ملی نفت ایران است».^۲

در سه اصل از اصول قانون اساسی، مقرراتی در خصوص معادن وضع شده است که شامل معادن نفت نیز می‌شود. بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، مالکیت معادن بزرگ، از جمله معادن نفت و گاز تحت شمول بخش دولتی و به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. از این اصول استنباط می‌شود که منابع نفتی متعلق به عموم مردم و در مالکیت عموم است، ولی پس

۱. بهمنی و آرنی، پیشین، ص ۱۳.

۲. صانعی سبزواری، مهدی، «ولایت و مالکیت بر منابع نفت و گاز از دیدگاه فقه و حقوق با تأکید بر قوانین جمهوری اسلامی ایران»، مجله گفت‌وگو، ۱۳۹۸، سال سوم، شماره ۵، ص ۸۴.

از استخراج و به اصطلاح در سرچاه، در شمار اموال عمومی دولتی است. مفاد مندرج در قانون اساسی، در قانون نفت مصوب ۱۳۶۶ تکرار شد، ولی آثار این تغییر ماهیت قانونی در رویه‌های بعدی چندان نمود محسوسی نداشت؛ زیرا در صورتی که این منابع جزء انفال باشد، به نیابت از امام در اختیار ولی فقیه است. این در حالی است که بعد از انقلاب و حتی بعد از تصویب قانون سال ۱۳۶۶، درآمدهای نفتی باز هم به حساب درآمدهای عمومی دولت واریز شد و به نظر می‌رسد شیوه فعلی برداشت از مخازن نفتی و نگاه درآمدی به آن در هیچ جای فقه اسلامی سابقه ندارد.^۱ با توجه به مفاد اصل ۴۵ قانون اساسی و ماده ۲ قانون نفت می‌توان گفت که نظام مالکیت عمومی بر منابع نفتی که به موجب قانون نفت سال ۱۳۵۳ در صنعت نفت ایران نمود یافته بود، بعد از انقلاب اسلامی نیز تاکنون تداوم داشته، با این تفاوت که مالکیت عمومی بعد از انقلاب در لباس فقهی در صنعت نفت اعمال شده است.^۲

در قانون نفت سال ۱۳۹۱ نیز منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی بیان شده و اعمال حق مالکیت و حاکمیت بر منابع به نمایندگی از حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است و برای نظارت بر اعمال حق حاکمیت، هیئت نظارت بر منابع نفتی بر اساس ماده ۳ این قانون تشکیل خواهد شد. بنا بر این، در نظام حقوقی ایران، اولاً مخازن نفت و گاز از اموال عمومی است. ثانیاً دولت هیچ گونه حق مالکیتی بر این اموال ندارد. ثالثاً دولت صرفاً متصدی اداره این اموال است. رابعاً این اموال قابل تملک خصوصی نیست.^۳

گفتار دوم: خاستگاه‌های نظام‌مندی مالکیت در معادن نفت و گاز

خاستگاه به معنای مجموعه‌ای است که اسباب پدیداری نظام مالکیت در معادن نفت و گاز می‌شوند و در سه حیطه خصوصی، عمومی و دولتی ساختار می‌یابند. تفصیل هر یک از این موارد و در نتیجه، کاربست آن در معادن نفت و گاز بر اساس مبانی فقهی و حقوقی در این موارد نمود می‌یابد:

۱. صانعی، پیشین، ص ۸۷.

۲. بهمنی و آراین، پیشین، ص ۱۳.

۳. موسی‌زاده، ابراهیم و نسیم برخی، «بررسی تطبیقی مالکیت معادن نفت و گاز در ایران و کشورهای حوزه نفتا»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۹، دوره ششم، شماره ۱، ص ۲۲۰.

بند اول: مالکیت خصوصی

به لحاظ پذیرش یک مقوله قابل اجرا در قالب یک سیستم منظم، مقوله مالکیت خصوصی در نظام اقتصاد اسلامی چنان مورد توجه و احترام قرار گرفته که در قرآن کریم، حکم بریدن دست سارق یعنی متجاوز به حریم این نوع مالکیت صادر شده است؛^۱ یعنی کسی که با بی‌احترامی به حق مالکیت به تصرف در شیء اقدام کرده است، مجازات می‌شود. از سوی دیگر، لجام‌گسیختگی این مالکیت سبب طغیان و سرکشی فرد^۲ و نیز فقر و اختلاف طبقاتی شدید می‌گردد.

در حقیقت، نظام‌هایی که مالکیت خصوصی در منابع نفت را نمی‌پذیرند، به دو گروه تقسیم می‌شوند. گروه اول، کشورهایی هستند که به طور سنتی، این منابع را متعلق به حاکم یا پادشاه کشور می‌دانستند و در جهان امروز، آن را متعلق به دولت یا هیئت حاکمه می‌دانند. در این کشورها، دولت به عنوان مالک می‌تواند این منابع را به افراد دیگر واگذار کند یا حق بهره‌برداری از آن را به موجب پروانه، امتیازنامه یا قرارداد به دیگران بدهد. گروه دوم، کشورهایی هستند که منابع نفت را متعلق به ملت می‌شمارند و مالکیت خصوصی یا دولتی را نسبت به نفت درجا منتفی می‌دانند. در این نظام‌ها، دولت، شرایط بهره‌برداری از این منابع را مشخص می‌کند و منابع نفت پس از برداشت به ملکیت افراد درخواهد آمد. به طور کلی، می‌توان گفت که در هر دو دسته از این کشورها، افراد نمی‌توانند رأساً نسبت به بهره‌برداری از منابع نفت اقدام کنند و برای این کار حتماً باید از پیش مجوز بگیرند.^۳

بند دوم: مالکیت عمومی

مالکیت عمومی، مخصوص اموالی است که هیچ فرد خاصی، مالک آن‌ها نیست تا بتواند به صورت دل‌خواه در آن تصرف کند، بلکه ملک همه مسلمانان است؛ خواه آنان که در قید حیاتند و خواه آنان که هنوز به دنیا نیامده‌اند.^۴ در مالکیت عمومی، اجازه تصرف و بهره‌برداری عموم مردم (اعم از مسلمان و غیر مسلمان که تابعیت دولت اسلامی را دارند) در ثروت‌های عمومی با نظارت مستقیم دولت است.

۱. مائده: ۲۸.

۲. علق: ۶.

۳. همان، ص ۲۱۵.

۴. حقانی زنجانی، حسین، تحقیقی درباره انفال یا ثروت‌های عمومی، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه الزهراء، ۱۳۷۴، ص ۳۴.

به همین سبب، تحت نظارت ولی امر مسلمانان قرار می‌گیرد تا به گونه‌ای مناسب به افراد، واگذار شود و درآمد حاصل از آن‌ها به صورت ملک عموم مسلمانان، در راه‌هایی صرف گردد که نفع آن، عاید عموم مسلمانان شود. یکی از فلسفه‌های وجودی که برای این نوع مالکیت مطرح شده، احترام به مصالح آیندگان است؛ زیرا اگر ملکی جزء اموال عمومی باشد، دغدغه این‌که مسلمانان آینده نیز در آن سهیم هستند، مالک را به استفاده از ملک به اندازه رفع نیاز و نگه‌داری از آن برای آیندگان ملزم می‌کند.^۱

بند سوم: مالکیت دولتی

مقصود از «مالکیت دولتی»، «مالکیت حکومت اسلامی» با «مالکیت امام» است. در حقیقت، این نوع مالکیت به نوعی مالکیت منصب امامت و رهبر امت اسلامی است که شامل مالکیت شخص امام نمی‌گردد؛ چون این نوع مالکیت از امامی به امام دیگر منتقل می‌شود، نه به وارثان او. از دیدگاه اسلام، در رأس دولت، شخصیت امام معصوم یا ولی فقیه قرار می‌گیرد.^۲

با توجه به ریشه لغوی کلمه «انفال» (به معنای زیادی هر چیزی) و کلمه «فیء» (به معنای بازگشت) می‌توان استنباط کرد که انفال از آن رو شامل این اموال می‌شود که مازاد بر حقوق فردی مسلمانان است و دست تصرف افراد از آن به دور و کوتاه است و باید در اختیار مقام امامت و رهبری قرار گیرد. از آن رو که ناروا در تصرف دیگران قرار گرفته است و باید به موضع اصلی و ذاتی خویش بازگردد، «فیء» نام گرفته است.^۳

شأن نزول «آیه انفال» و «آیه فیء»، دلالت این آیات را بر مالکیت رسول به صورت مالکیت دولتی تأیید می‌کند. پس می‌توان بر این نکته تأکید ورزید که انفال شامل زمین‌های موات، جنگل‌ها، مراتع، غنایم جنگی، مالیات‌ها و درآمدهای ناشی از اموال و مؤسسه‌های دولتی است. مالکیت دولت بر این امور سبب جلوگیری از نزاع‌های اجتماعی و انحصار قشر ثروتمند می‌شود. دولت با در اختیار داشتن این گونه ثروت‌ها می‌تواند قشر محروم جامعه را برخوردار سازد و آن‌ها را به سطح متوسط برساند.

۱. آفانظری، حسن، مبنای اقتصاد اسلامی، تهران: سمت و دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۱۰۹.

۲. سبحانی، جعفر، محاضرات فی الالهیات (جلد ۲)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴، ص ۵۱.

۳. موسوی خامنه‌ای، سید علی، بیانات در اجتماع مردم بجنورد، تهران: پایگاه دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله خامنه‌ای، ۱۳۹۱، ص ۴۲.

بند چهارم: تبیین مالکیت دولتی و تطبیق آن با نظام مالکیت اسلامی

در مالکیت دولتی، مالک، دولت است و با توجه به عنوان اعتباری که دارد، دارای حق تصرف است، اما در مالکیت عمومی، مردم، مالک هستند و دولت از سوی آن‌ها جانشینی و نیابت دارد که با توجه به مصلحت عمومی در آن تصرف کند. البته در این عرصه، وظایفی برای دولت معین شده است. این مالکیت به گونه‌ای نیست که قابل تفکیک باشد و هر کسی بتواند سهم خویش را جدا کند. یکی دیگر از تفاوت‌های بین این دو مالکیت آن است که در مالکیت عمومی، درآمدهای ایجادشده از ثروت‌ها باید به وسیله دولت یا ولی امر، به مصارف جمعی مثل ساختمان بیمارستان، راه، پل و نظیر آن برسد.^۱ هم‌چنین به جز موارد استثنایی که توازن جامعه ایجاد می‌کند، نمی‌توان آن را برای تأمین نیازهای گروه خاصی از اجتماع، به صورت کمک نقدی اختصاص داد. این در حالی است که ثروت‌های دولتی، افزون بر آن که می‌تواند به مصارف عمومی برسد، برای کمک به گروه‌های اجتماعی قابل مصرف است.^۲

تئوری مصلحت حیات جمعی یا مصلحت مردم که مصلحت عمومی را منفعت همگانی و مشترک تمام اعضای جامعه می‌داند در میان متفکران شیعی از اقبال ویژه‌ای برخوردار است. بر اساس این دیدگاه، حاکم باید منفعت مردم را معیار و ملاک قرار دهد و بر مبنای مصلحت آنان عمل نماید.^۳

درباره مقایسه مالکیت عمومی و دولتی با مالکیت خصوصی نیز باید گفت در نظام اقتصاد اسلامی، منشأ مالکیت به مالکیت تکوینی پروردگار بازمی‌گردد و یکی از مظاهر مالکیت تکوینی پروردگار، مالکیت اعتباری یا تشریعی اوست. ارتباط تنگاتنگ بین مالکیت حقیقی تکوینی پروردگار و مالکیت تشریعی خداوند اقتضا می‌کند که مالکیت تشریعی وی نیز مطلق و مستقل باشد؛ یعنی خداوند در جعل و وضع مالکیت اعتباری، اولی و احق است. به همین سبب، فردی که به توحید اعتقاد دارد، لزوماً با قبول سلطه و مالکیت تکوینی و تشریعی خداوند، تمام اعتبارات وضع شده از

۱. آقانظری، پیشین، ص ۱۱۵.

۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷، ص ۲۵۹.

۳. بالوی، مهدی و همکاران، حکم حکومتی و مصلحت عمومی، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، ۱۳۹۹، ص ۵۶.

سوی وی یعنی احکام و قوانین شرعی را می پذیرد و او را در حوزه اعتباریات، ذی حق می داند.

درباره جایگاه مالکیت عمومی و دولتی در جهان بینی اسلامی می توان گفت که این نوع جایگاه، زمانی آشکارتر می شود که به نظریه قرآنی «استخلاف انسان» توجه شود. استخلاف به لحاظ لغوی یعنی جانشینی انسان در تصرفی که نسبت به مخلوقات و هستی در کره زمین دارد. استخلاف انسان بر روی زمین و تفویض مالکیت عین یا منفعت موجود در آن به وی، در شکل ها و ساختارهای گوناگون انجام می شود. یکی از آن ساختارها و حیطه ها، واگذار کردن ثروت های طبیعی و غیر آن به مقام ولایت و سلسله مراتب نزولی ولایت تشریحی برای صرف در مصالح و منافع عموم مردم است. پیامبر یا امام معصوم که مصداق اتم و اکمل جانشینی پروردگارند، این شایستگی را دارند که تصرف این اموال را برای کسب مصالح عمومی هدایت کنند.

گفتار سوم: تبیین نظام حقوقی حاکم بر معادن نفت و گاز از نظر حقوق اموال

با عنایت به این که معادن نفت و گاز در حقیقت، مال هستند، تشخیص نوع مالکیت این اموال برای شناسایی نظام حقوقی حاکم بر آن ها اهمیت دارد. پس ابتدا به تعریف اموال عمومی و سپس تبیین نظام حقوقی حاکم بر معادن نفت و گاز از نظر حقوق اموال می پردازیم.

بند اول: تعریف اموال عمومی

اموال عمومی در حقوق اداری به مجموعه اموال دولت و دیگر اشخاص عمومی اطلاق می شود. در این مجموعه اموال با دو دسته اموال «ملی و اختصاصی» با قواعد و ضوابط خاص مواجه هستیم که در اختیار اشخاص عمومی هستند. نظام حقوقی حاکم و دادگاه های صالح در زمینه هر کدام از این اموال متفاوت است. دسته اول، تابع قواعد حقوق عمومی و اختلافات مربوط به آن در صلاحیت دادگاه های اداری است، در حالی که قواعد حقوق خصوصی بر اموال دسته دوم حاکم است و دادگاه های عمومی به اختلافات آن رسیدگی می کنند.^۱

در واقع، اشخاص عمومی در زمینه اموال در موضع برتر قرار دارند. حال آن که دسته دوم اموال مانند دیگر اشخاص خصوصی تابع قواعد مالکیت مدنی است. دسته اول که عمدتاً اموال طبیعی

۱. جلالی، محمد و حامد کرمی، «تمایز میان اموال اشخاص عمومی در حقوق فرانسه»، حقوق تطبیقی دانشگاه تهران،

۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۲، ص ۳۹.

و زیرساخت‌ها و ابنیه عمومی را شامل می‌شود، نیازمند حمایت ویژه قواعد حقوق عمومی و تحت سلطه اشخاص عمومی هستند.

در حقوق ایران از دو اصطلاح «اموال عمومی و اموال دولتی» به عنوان برابرنهاد استفاده شده است. به این ترتیب، اموال عمومی، اموالی است که عموم مردم از آن استفاده می‌کنند. اموال دولتی، اموالی است که در اختیار دولت قرار دارد. به نظر می‌رسد این معادل سازی صحیح نباشد؛ چون هنگام صحبت از اموال اشخاص عمومی، اصطلاح «اموال دولتی» برای اشخاص عمومی غیر از دولت (مانند مؤسسات عمومی غیر دولتی)، صحیح و دقیق نیست. البته در برخی از آثار حقوقی و نیز قانون آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۴۶، از اصطلاح «اموال عمومی و اموال اختصاصی» استفاده شده که در حقوق ایران قابل قبول است.^۱

یکی از ویژگی‌های مال، قابل تملک بودن آن است. به عبارتی دیگر، اشخاص می‌توانند اموال را از طریق قانونی تملک کنند و پس از تملک مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی، مالک حق هرگونه تصرفی را دارد. در مقابل مالکیت اشخاص حقیقی، دولت‌ها نیز می‌توانند به اعتبار شخصیت مستقل و حقوقی خویش به تملک اموال اقدام کنند و این تملک اصولاً دارای همان آثاری است که اموال تحت مالکیت اشخاص حقیقی دارند.

برای تشخیص اموال عمومی، معیارهایی ارائه شده است که یکی از آن‌ها، معیار «اختصاص مال برای استفاده عموم» است. تخصیص شیء برای استفاده عموم یا اختصاص یافتن به منافع جمعی موجب می‌شود که مال در زمره اموال قرار گیرد. نحوه تخصیص در اموال مختلف، متفاوت است. در اموال عمومی، دولت، اموال خود را به نفع مردم اختصاص می‌دهد. تلفیق حق مالکیت دولت و حق انتفاع مردم، مفهومی را ایجاد می‌کند که آن را مالکیت عمومی می‌نامند.^۲

مطابق این نظر، مبادله کالاها و تضمین حقوق اموال و اجرای قرارداد در نظام جمعی و عمومی، بهتر و کاراتر از نظام فردی و خصوصی سازماندهی می‌شود و هزینه‌های معاملات بازار کاهش می‌یابد.^۳

۱. کرمی، حامد و داوود مجبی، «تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر ماهیت اموال عمومی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷، سال هفتم، شماره ۲۲، ص ۱۰۵.

۲. کنعانی، محمدطاهر، تملک اموال عمومی و مباحثات، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص ۱۹۱.

۳. طجربلو، رضا، بررسی تئوری‌های حاکم بر مقررات دولتی در حقوق عمومی اقتصادی، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق

در نظام حقوقی فرانسه به مجموع اموال منقول و غیر منقولی که در اختیار دولت قرار می‌گیرد، اموال در اختیار دولت گفته می‌شود. بخشی از این اموال که به اموال عمومی شهرت یافته، به استفاده عموم یا خدمات عمومی اختصاص می‌یابد و از مقررات حقوق عمومی پیروی می‌کند و بخش دیگری که به آن اموال خصوصی دولت یا اموال دولتی گفته می‌شود، تا حدود زیادی تابع مقررات حقوق خصوصی است.^۱ اموال دولتی، اموالی هستند که در راستای خدمات عمومی به عنوان یک مال، تحت لوای دولت است و قابلیت تملک آن، نه از نظر مدیریتی، بلکه از باب رفع نیاز عمومی است و بیش‌تر به مفهوم حقوق خصوصی مال نزدیک است.^۲

در نظام حقوقی ایران، بر خلاف حقوق فرانسه، در هیچ قانونی، تعریف دقیق و جامعی از اموال عمومی ارائه نشده و رویه قضایی نیز در خصوص تشخیص این اموال ساکت است. با توجه به شفاف نبودن قوانین، نویسندگان حقوقی نیز معیارهایی برای تشخیص اموال عمومی ذکر کرده‌اند. برخی از آن‌ها، معیارهایی چون طریق قانونی (به این مفهوم که قانون، انواع خاصی از اموال را جزء اموال عمومی تلقی کرده باشد)، رجوع به طبیعت ذاتی اموال و معیار عدم تملک خصوصی را بیان کرده‌اند.^۳ این ضابطه در مورد بسیاری از اموال موضوع اصل‌های ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی که به طور مستقیم یا با واسطه مورد استفاده عموم نیست، مانند معادن صدق نمی‌کند و باید دید این اموال، عمومی هستند یا دولتی.

در پاسخ می‌توان گفت اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، خود، ضابطه مستقلی برای تفکیک اموال عمومی هستند. در این اصول و قوانین اجرایی این اصول، اموال یادشده در آن‌ها به عنوان مالکیت عمومی توصیف شده‌اند و بنا به حکم صریح قانون باید آن‌ها را جزء اموال عمومی دانست. در مورد اموال موضوع اصل ۴۵ قانون اساسی، ضابطه طبیعت مال نیز صدق می‌کند. پیش از تصویب این

اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱، ص ۱۹۹

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و مهدی بابایی، «نظریه مربوط به ماهیت حقوقی اموال»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۱۶، ص ۵.

۲. دشتی، تقی و شهاب حایری اصفهانی، «داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲، ص ۱۴۴.

۳. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، دانش‌نامه حقوق خصوصی (جلد ۳)، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴، ص ۱۶۵۲.

اصل، این اموال از مباحات بود، ولی در حال حاضر، به دلیل خارج شدن از زمره مباحات، بنا به طبیعتشان باید آن‌ها را جزء اموال عمومی دانست. پس این اموال در زمره مباحات نیستند و قابل تملک خصوصی نخواهند بود.^۱

بند دوم: حاکمیت دولت؛ مبنای مالکیت دولت

با وجود تفاوت رویکردهای اقتصادی در موضوع مالکیت، سخن گفتن از انواع مالکیت، منحصر به نظام اقتصادی و حقوقی خاصی نیست و نمی‌توان به صورت مطلق، نافی وجود مالکیت عمومی یا خصوصی در برخی نظام‌ها شد. آن‌چه گروه‌های ذی‌نفع را در انواع نظام‌های اقتصادی و حقوقی با مشکل مواجه می‌سازد، ابهام و تداخل در عنوان‌های حقوقی مرتبط است، به ویژه اگر این عناوین از یک سو دارای تشابه و از سوی دیگر، واجد نقاط افتراق باشند. مفهوم اموال عمومی از جمله این نمونه‌هاست که ترسیم دایره شمول آن در نظام حقوقی ایران با توجه به دیگر مفاهیم مشابه مانند «اموال دولتی» و «اموال شرکت‌های دولتی» ضروری است. پس از ملی شدن صنعت نفت ایران و حتی قبل از آن، ملی شدن در ذهن دولت مردان و دیگر اقدار جامعه تقریباً مترادف با دولتی شدن تلقی می‌شد. در این میان، حقوق دانان، بیش‌تر ذیل عنوان‌هایی مانند اموال و مالکیت و گاهی در خلال شرح و تفصیل قانون مدنی، موضوعات حقوق اداری و هنگام بررسی اموال عمومی مانند نفت، به بیان مراد خود از اموال عمومی و دولتی و دیگر مفاهیم مشابه پرداخته‌اند.^۲

در دوره مدرن، نظریه نگه‌داری از اموال عمومی توسط دولت، نوعی واکنش به اتفاقات سیاسی و حقوقی این عصر است. از نظر سیاسی، لیبرال‌ها با توجه به تجربه تلخ دوره نظام‌های سلطنتی که در آن، پادشاه از اموال عمومی سوء استفاده می‌کرد، با مالکیت دولت بر این اموال مخالف بودند. از سوی دیگر، بی‌اعتمادی بیش‌تر نویسندگان قرن نوزدهم به اندیشه‌های تهدیدکننده لیبرالیسم مانند مارکسیسم و سوسیالیسم که به مخالفت با مالکیت خصوصی برخاسته بودند، موجب شد تا واکنشی منفی نسبت به مفهوم مالکیت عمومی شکل بگیرد. نظریه‌های مخالف مالکیت عمومی، در مبنای

۱. آجری آیسک، عاطفه، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی‌سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، فصل‌نامه پژوهش بازرگانی، ۱۳۹۵، شماره ۷۸، ص ۱۹۵.

۲. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۸، سال بیست و یکم، شماره ۶۳، ص ۶۸.

خود، مختلف، اما در این مسئله، متحد بودند که اداره، نقش یک «ژاندارم و راهدار» دارد و در واقع، دولت و دیگر اشخاص، قابلیت تملک اموال عمومی را ندارند و صرفاً مجاز به نگاهداری از آن‌ها هستند. در این زمینه، برخی حقوق دانان، مبنای نظریه نگاهداری را حق حاکمیت دولت دانسته‌اند. این بیان در برخی از قوانین مانند قانون نفت مصوب، سال ۱۳۶۶، با اصلاحات ۱۳۹۰ به صراحت آمده است. در بند هفدهم ماده ۱ این قانون، مواردی جزء امور حاکمیتی صنعت نفت ذکر شده است: «اعمال حق مالکیت و مالکیت عمومی از طرف جمهوری اسلامی ایران بر منابع نفتی و سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، هدایت و راهبری و نظارت عالیه بر اقدامات اجرایی در صنعت نفت.» یعنی نفت از اموال عمومی و تابع مالکیت عمومی ملی است. چون دولت بر تمام سرزمین حاکمیت دارد، بر این اموال نیز حاکمیت خواهد داشت و آن را به وسیله اقتدار خود اداره می‌کند. ماده ۲ این قانون به این مسئله تصریح دارد: «کلیه منابع نفتی جزء انفال و ثروت‌های عمومی است. اعمال حق مالکیت و مالکیت عمومی بر منابع مذکور به نمایندگی از طرف حکومت اسلامی بر عهده وزارت نفت است.» این ماده، تبیین‌کننده اصل ۴۵ قانون اساسی درباره نفت به عنوان یکی از معادن است و به صورت جزئی، مقام مسئول در زمینه نفت حکومت اسلامی را وزارت نفت معرفی کرده است.^۱

گفتار سوم: اولویت‌گذاری مالکیت بر انفال و منابع نفت و گاز در قواعد کلی حاکم بر ثروت‌های عمومی

تعیین قواعد حاکم بر ثروت‌های عمومی، بیش از هر چیز به تعیین ماهیت رابطه حکومت اسلامی با این ثروت‌ها بستگی دارد. در تعیین قواعد حاکم بر ثروت‌های عمومی می‌توان به نگرش فقیهان در تعیین ماهیت رابطه حکومت اسلامی و انفال توجه کرد. به طور کلی، رویکرد فقیهان در تعیین ماهیت رابطه حکومت اسلامی و انفال را می‌توان در سه دسته قرار داد:

بند اول: اولویت ذاتی یا مالکیت حقیقی شخص امام

به طور کلی، آن دسته از فقیهان که به طور مطلق، حکم به ممنوعیت تصرف در انفال داده‌اند،

۱. کرمی، حامد و سید علی‌رضا میربد، «ولایت دولت بر اموال عمومی از منظر حقوق اداری و فقه امامیه»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال هفتم، شماره ۲۲، ص ۲۱۲.

مالکیت شخصیت حقیقی امام را بر این اموال پذیرفته‌اند. از نظر ایشان، صاحب اختیار انفال در هر عصری، امام زنده همان عصر است. پس نمی‌توان در دوران غیبت با استناد به اخباری که از سوی ائمه پیشین صادر شده است و بر تحلیل انفال برای اشخاص دلالت دارد، حکم جواز تصرف در انفال را صادر کرد؛ زیرا در دوران غیبت، حق تصرف در این اموال، متعلق به امام عصر (عج) است و جواز تصرف باید از سوی خود ایشان صادر شود. به عبارت دیگر، این اموال در دوره غیبت، مالک دیگری پیدا کرده است که حتی با پذیرش روایات و ادله تحلیل از سوی ائمه پیشین، اذن امام عصر (عج) - که هم اکنون مالک این اموال است - لازم خواهد بود.^۱

بر اساس این دیدگاه فقهی، تصرف در انفال در عصر غیبت برای عموم اشخاص ممنوع است؛ زیرا اولاً صاحب اختیار انفال در هر عصری، امام زنده همان عصر است. در دوران غیبت، جواز تصرف باید از سوی امام زمان (عج) صادر شود که تاکنون صادر نشده است. ثانیاً چون این اموال متعلق به شخصیت حقیقی هر امام است، با به امامت رسیدن امام بعدی، مالکیت این اموال به وراثت او از جمله شخصیت حقیقی او انتقال می‌یابد. به همین دلیل، ادله تحلیل از جانب ائمه پیشین، موجب جواز تصرف در انفال در زمان امام بعدی نمی‌شود.

این رویکرد که بر تعلق اموال حکومتی به شخصیت حقیقی امام دلالت دارد، چندان مقبول فقیهان نیافتاد و نقدهایی بر آن صورت گرفت؛ چون تصور ملکیت شخصی امام بر این اموال با مذاق شارع و روح فقه اسلامی هماهنگ نیست. در حقیقت، دایره انفال آن قدر گسترده است که قرار دادن همه این اموال به عنوان ملک شخصی فردی موجب تجمع ثروت در دست افراد معدودی می‌گردد و این امر با روح قرآن منافات دارد که بیان می‌دارد: «كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ؛ تا (این اموال عظیم) در میان ثروتمندان شما دست به دست نگردد.» به علاوه این که ممنوعیت تصرف در انفال به طور مطلق هم عملاً موجب تعطیلی حکم الهی در مورد انفال می‌شود و هم توالی فاسدی چون معطل ماندن ثروت عظیم انفال، استفاده نکردن از آن در راه برطرف کردن مشکلات و نیازهای مسلمانان، ایجاد زمینه تعدی و دست‌درازی دیگران در این اموال و محروم کردن حکومت صالح و مؤمنان از این ثروت الهی عظیم را در پی دارد.

۱. امین فرد، محمد و زینب مشکانی، «تأثیر حکومت سیاسی بر حکم فقهی استفاده از انفال در دوران غیبت»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۶۹، ص ۴۱.

بند دوم: اولویت نسبی تصرف امام

این دیدگاه، انفال را ملک شخصیت حقیقی امام به حساب نمی‌آورد. اساساً «شخصیت» را منحصر در شخصیت حقیقی می‌داند و شخصیت حقوقی حکومت و مالکیت آن را به رسمیت نمی‌شناسد. پس معتقد است که تنها «اولویت در تصرف» اموال حکومتی برای امام قرار داده شده است. از دیدگاه این گروه، وحدت سیاق در آیه انفال بر این مطلب دلالت می‌کند که اختصاص یادشده برای خداوند و رسولش نسبت به انفال یکسان باشد. ظاهر «لام» مندرج در آیه برای خدا و رسولش، معنای واحدی است. پس هر معنایی که از «لام» اختصاص در مورد خداوند اراده شده، در مورد رسول خدا (ص) نیز اراده شده است.

البته فقیهان معاصر ایراد گرفته‌اند که اولویتی که برای رسول خدا (ص) و امام ثابت شده، به معنای آن است که ایشان حق دارند در این اموال تصرف کنند و در هر مصلحتی که مناسب دیدند، به مصرف برسانند. این معنا از اولویت همانند مالکیت اعتباری خداوند بر اموال یادشده، معقول و پذیرفتنی نیست؛ چون خداوند به صورت مباشر، در هیچ یک از این اموال تصرف نمی‌کند. این در حالی است که معنای ولایت امر در این اموال آن است که ولی به صورت مباشر، اولویت در تصرف این اموال را داشته باشد. بنا بر این، هر دو معنای «اولویت در تصرف» و «مالکیت اعتباری» در لزوم تفکیک در معنای «لام» مشترکند.^۱

بند سوم: مالکیت حکومتی به معنای مالکیت شخصیت حقوقی حکومت

قائلان به این دیدگاه بر خلاف دیدگاه نخست، مالکیت شخصیت حقیقی امام نسبت به انفال را منتفی می‌دانند. هم‌چنین در نظری مغایر با دیدگاه دوم، حق حکومت نسبت به این اموال را از جنس «مالکیت» می‌شمارند. از نظر ایشان، مسلم است که اموال ذکرشده مانند خمس و انفال، در شریعت، «ملک» شمرده شده است، ولی مالک آن‌ها، شخص حقیقی رسول خدا (ص) و امام نیست، بلکه این‌ها اموالی عمومی هستند که مقام امامت و حکومت، مالک آن‌هاست و چون امام، قائم به امور جامعه است، موظف است آن را در مصالح عموم مردم صرف کند.

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع (جلد ۲)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۷، ص ۶۶۲.

بی‌تردید، می‌توان در دوران حضور معصوم نیز مالکیت عمومی را به گونه‌ای در نظر بگیریم که در صورت حضور امام معصوم، امامت، حق آن حضرت است، ولی لفظ «امام» به ائمه دوازده‌گانه شیعه اختصاص ندارد و حتی عنوان یادشده به آن اشاره ندارد. مطابق با روایات، مراد از «امام»، همان حاکم واجد شرایط در زمان خویش است و انفال نیز اموال شخصی او نیست، بلکه برای منصب امامت و حکومت است؛ یعنی ملک «شخصیت حقوقی» حکومت به حساب می‌آید. افزون بر این، عنوان «مالکیت»، عنوانی مشخص همراه با یک امر اعتباری است و می‌توان آن را برای مقام و حیثیت نیز اعتبار کرد، همان گونه که امروزه بسیاری از اموال، ملک دولت و حکومت به شمار می‌آید.^۱

در عرصه عملی نیز بخش عمده‌ای از منابع مالی حکومت به وسیله انفال تأمین می‌شود؛ چه از طریق واگذاری عین که از آن به «واگذاری دارایی‌های سرمایه‌ای» یاد می‌شود و چه از طریق واگذاری منافع یا حق انتفاع انفال که بخش عمده‌ای از «درآمدهای حاصل از مالکیت دولت» را تشکیل می‌دهد. برای مثال، می‌توان به وابستگی بیش از شصت درصدی بودجه کشور به منابع نفت و گاز (از مصادیق انفال) اشاره کرد.^۲

به نظر می‌رسد در شرایط فعلی، معادن چه متعلق به امام یا عموم مردم باشد، دولت می‌تواند برای توزیع عادلانه ثروت، در خصوص استخراج آن‌ها قانون‌گذاری کند؛ چون با فرض تعلق به امام، حکومت اسلامی طبق قانون اساسی، جانشین امام است و انفال نیز با در نظر گرفتن حق عموم، با اذن حاکم قابل حیات است. در صورت تعلق معادن به عموم مردم، حکومت به نمایندگی از سوی مردم برای حسن اداره آن‌ها، حق قانون‌گذاری دارد؛ چون بنای عقلا، خود از مصادر تشریح است و چون شارع هم جزء عقلاست، برای رفع تزاخم بین مصالح فرد و جامعه، چنین حکمی را بایسته مسلمانان می‌داند.

بر همین اساس، به موجب ماده ۱۴ الحاقی قانون نفت، مصوب ۱۳۹۰/۳/۲۲، همه درآمدهای حاصل از فروش نفت خام، گاز طبیعی و میعانات گازی در چارچوب قانون برنامه، پس از کسر پرداخت‌های بیع متقابل، به طور مستقیم به خزانه‌داری کل کشور نزد بانک مرکزی واریز می‌شود.

۱. منتظری نجف‌آبادی، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی (جلد ۷)، قم: کیهان، ۱۴۰۹، ص ۲۵۷.

۲. رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۵۷.

بنا بر این، با عنایت به ارتباط حکومت با مقوله انفال می‌توان گفت که ماهیت رابطه حکومت با انفال، هم‌چون مالکیت یک شخصیت حقوقی با اموال خویش در حیطه صلاحیت‌ها و وظایف آن است و آثار چنین رابطه‌ای را در پی دارد.

نتیجه‌گیری

از لحاظ فقهی، معادن جزء انفال محسوب می‌شوند که در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند. معادن نفت و گاز نیز جزء این موارد هستند. بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی، مالکیت معادن نفت و گاز در اختیار دولت است و با وجود صبغه موجود در نظام حقوقی ایران در قبل از انقلاب اسلامی مبنی بر پذیرش مالکیت خصوصی، امروز معادن نفت و گاز در زمره اموال عمومی قرار دارند و نظام حقوقی حاکم بر آن‌ها تابع حقوق عمومی است. با توجه به نبود تعریف دقیق و روشن از اموال عمومی و دولتی و تفکیک دقیق میان آن‌ها، مالکیت دولت بر معادن نفت و گاز از نوع مالکیت عمومی است و این معادن در زمره اموال عمومی قرار دارند که دولت در اعمال حق حاکمیت، مدیریت و بهره‌برداری از این معادن را در دستور کار خود قرار می‌دهد.

یافته‌های حاصل از پژوهش حاضر عبارتند از:

۱. نظام مالکیت خصوصی، مجموعه‌ای منسجم و برگرفته از روابط اعتباری یکی از امور تکوینی است که اشیا یا موقعیت‌ها و ثروت‌هایی را مختص به افراد و نه عموم می‌سازد.
۲. لزوم و وجوب پرداخت مواردی مانند خمس و انفاق و صدقه یا زکات، حاکی از مقبولیت و به رسمیت شناختن مالکیت خصوصی است و در منطق دین اسلام برای آن، حدود و ثغور خاصی معین شده است.
۳. پدیداری نظام مالکیت خصوصی اقتضا می‌کند که متعرضان به حریم و تعدی‌گران محدوده آن مجازات حدی یا تعزیری می‌شوند.
۴. نظام مالکیت عمومی افزون بر مالکیت خصوصی به گونه‌ای است که مالکان را عموم یا اقشار جامعه می‌داند و استفاده از آن را حق عامه معرفی می‌کند. در نتیجه، می‌توان گفت که وجود این نوع نظام مالکیت در کنار نظام مالکیت خصوصی موجبات تعادل در نظام اقتصادی یک کشور را فراهم می‌آورد.

۵. به موازات نظام مالکیت خصوصی و عمومی، وجود و رسوخ مالکیت دولتی و تعهد و تسلط آن به مقوله انفال، عرصه‌ای دیگر از توسعه اقتصادی در کشورهاست که زمینه پیشرفت را فراهم می‌آورد و دولت‌ها را در اجرای سیاست‌گذاری‌های خرد و کلان یاری می‌رساند، چنان‌که انفال نیز چنین رویکردی دارد.

۶. منشأ پدیداری مالکیت در نظام اقتصاد اسلامی به مالکیت پروردگار برمی‌گردد و مالکیت‌های منشعب از آن به گونه‌ای اعتباری یا تشریحی هستند و در طول مالکیت اصلی قرار گرفته‌اند. مقوله انفال و ثروت‌های عمومی منشعب از آن و معادن ارزشمندی مانند نفت و گاز در اولویت ذاتی یا مالکیت حقیقی حاکم اسلامی قرار می‌گیرند. پس با توجه به عدالت‌محوری او، در سیاست‌های تقسیم ثروت‌ها به صورت عادلانه و منصفانه به آحاد جامعه می‌تواند مؤثر باشد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آقانظری، حسن، **مبانی اقتصاد اسلامی**، تهران: سمت و دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۲. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، **دانش نامه حقوق خصوصی (جلد ۳)**، تهران: محراب فکر، ۱۳۸۴.
۳. پاک دامن، رضا، **حقوق نفت ایران**، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۴. حقانی زنجانی، حسین، **تحقیقی درباره انفال یا ثروت های عمومی**، تهران: معاونت پژوهشی دانشگاه الزهراء، ۱۳۷۴.
۵. رستمی، ولی، **مالیه عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۶. شیروی، عبدالحسین، **حقوق نفت و گاز**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۷. کنعانی، محمدطاهر، **تملك اموال عمومی و مباحات**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۸. منتظری نجف آبادی، حسین علی، **مبانی فقهی حکومت اسلامی (جلد ۷)**، قم: کیهان، ۱۴۰۹.
۹. موسوی خامنه‌ای، سید علی، **بیانات در اجتماع مردم بجنورد**، تهران: پایگاه دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت الله خامنه‌ای، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. آجری آپسک، عاطفه، «**بررسی حقوقی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)**»، فصل نامه پژوهش بازرگانی، ۱۳۹۵، شماره ۷۸.
۲. امین فرد، محمد و زینب مشکانی، «**تأثیر حکومت سیاسی بر حکم فقهی استفاده از انفال در دوران غیبت**»، فصل نامه حکومت اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۶۹.
۳. بالوی، مهدی و همکاران، **حکم حکومتی و مصلحت عمومی**، فصلنامه پژوهش های نوین

حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، ۱۳۹۹

۴. بهمنی، محمدعلی و محمد آرین، «مالکیت عمومی بر منابع نفتی و تأثیر آن بر انتخاب الگوی قراردادی در حوزه بالادستی صنعت نفت و گاز»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۷، دوره چهارم، شماره ۱.
۵. جلالی، محمد و حامد کرمی، «تمایز میان اموال اشخاص عمومی در حقوق فرانسه»، حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۲.
۶. خادم رضوی، قاسم و پوریا راست‌گو خیاوی، «رابطه مالکیت خصوصی بر منابع نفتی در فقه امامیه و حقوق امریکا»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۴۴.
۷. دشتی، تقی و شهاب حایری اصفهانی، «داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲.
۸. رضایی‌زاده، محمدجواد و مهدی بابایی، «نظریه مربوط به ماهیت حقوقی اموال»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۱۶.
۹. صانعی سبزواری، مهدی، «ولایت و مالکیت بر منابع نفت و گاز از دیدگاه فقه و حقوق با تأکید بر قوانین جمهوری اسلامی ایران»، مجله‌گفت‌مان فقه حکومتی، ۱۳۹۸، سال سوم، شماره ۵.
۱۰. طجریلو، رضا، بررسی تئوری‌های حاکم بر مقررات دولتی در حقوق عمومی اقتصادی، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱.
۱۱. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۸، سال بیست و یکم، شماره ۶۳.
۱۲. کاشانی، جواد، «وضعیت حقوقی منابع نفت و گاز واقع در مرز بین کشورها»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۷، سال بیست و پنجم، شماره ۳۹.
۱۳. کرمی، حامد و داوود محبی، «تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر ماهیت اموال عمومی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷، سال هفتم، شماره ۲۲.
۱۴. کرمی، حامد و سید علی‌رضا میربد، «ولایت دولت بر اموال عمومی از منظر حقوق اداری و فقه

- امامیه»، فصل نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال هفتم، شماره ۲۲.
۱۵. کنعانی، محمدطاهر، «حق بهره‌برداری از معادن»، فصل نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، شماره ۳.
۱۶. موسی‌زاده، ابراهیم و نسیم برخی، «بررسی تطبیقی مالکیت معادن نفت و گاز در ایران و کشورهای حوزه نفتا»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۹، دوره ششم، شماره ۱.
۱۷. نیازی، قدرت‌الله و کریم کوخایی‌زاده، «مالکیت معدن از منظر فقهای امامیه با رویکردی بر دیدگاه امام خمینی (ره)»، پژوهش نامه متین، ۱۳۹۶، سال نوزدهم، شماره ۷۶.
۱۸. یثربی، سید محمدعلی و سینا رازقیان، «ترابط حقوق شهروندی و مبانی آن با حقوق نفت و گاز در ایران»، فصل نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال یازدهم، شماره ۵۸.

۲. عربی

۱. سبحانی، جعفر، محاضرات فی الالهیات (جلد ۲)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۴.
۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷.
۳. طوسی، ابوجعفر، تهذیب الاحکام (جلدهای ۳، ۴ و ۹)، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
۴. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع اسلام (جلد ۱ و ۱۲)، قم: مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۳.
۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع (جلد ۲)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۷.

کرونا، محل تلاقی حق بر سلامت و حق بر اطلاعات: جستاری در مسئولیت دولت

جعفر شفیعی سردشت^۱، سید محمدجواد ساداتی^۲، سید سجاد میری^۳

چکیده

همه‌گیری ویروس کرونا زمینه‌ساز بروز مشکلات متعدد اقتصادی، اجتماعی و بهداشتی در سرتاسر جهان شد و این ویروس، قدرت طبیعت را دوباره به رخ جهانیان کشاند. موج‌های متعدد همه‌گیری این ویروس هم اکنون نیز زندگی شهروندان را پیوسته تهدید می‌کند. از جمله مهم‌ترین مسائلی که در ابتدای همه‌گیری بیماری کرونا، شهروندان و رسانه‌ها در ایران به آن توجه کردند، اطلاع‌رسانی ناکافی و نابه‌هنگام دولت درباره ابعاد مختلف شیوع این بیماری به ویژه در زمینه پیش‌گیری و مبارزه با آن بود. صرف نظر از پی‌آمدهای اطلاع‌رسانی ناکافی و نابه‌هنگام، شیوع بیماری کرونا موجب شد تا به حق بر اطلاعات در حوزه سلامت بیش از پیش توجه صورت گیرد. بر این اساس، شهروندان از این حق بنیادین برخوردارند تا در مورد بیماری‌ها، ویروس‌ها و دیگر عواملی که سلامتشان را تهدید می‌کند، اطلاعات پیشینی و پسینی دقیقی دریافت کنند.

در این راستا، با روش توصیفی و تحلیلی تلاش می‌کنیم ضمن بررسی و تحلیل حق بر سلامت و حق بر اطلاعات در حوزه اطلاع‌رسانی پیشینی و پسینی به این پرسش اصلی پاسخ دهیم که آیا نهادهای عمومی مرتبط نیز مکلف به رعایت این حق هستند؟ در پاسخ می‌توان گفت که حق بر اطلاعات در حوزه سلامت به عنوان یک حق بنیادین می‌تواند زمینه‌ساز مسئولیت‌آفرینی برای دولت شود و اگر نقضی در این باره در نظام حقوقی وجود دارد، باید به سمت شناسایی چنین مسئولیت‌هایی حرکت کرد.

واژگان کلیدی: کرونا، ارزش حیات، حق بر اطلاعات، حق بر سلامت، مسئولیت دولت.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول) @jshafiee@ferdowsi.um.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران @mj.sadati@ferdowsi.um.ac.ir

۳. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران ۱۹۹۶@sajadmiri@yahoo.com

مقدمه

اطلاع‌رسانی و دسترسی به اطلاعات از جمله آثار و تکالیف ناشی از حق بر سلامت و حق بر اطلاعات است که در اسناد بین‌المللی نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قوانین داخلی به رسمیت شناخته شده است. در این راستا، دولت و نهادهای مربوط از جمله وزارت بهداشت و سازمان صدا و سیما باید اطلاعات کافی، مناسب و بهنگام را درباره ابعاد مختلف مربوط به بیماری‌های تهدیدکننده سلامت مانند روش‌های پیش‌گیری و مبارزه، واقعیت‌های پزشکی و آمارهای واقعی در اختیار مردم قرار دهند. شیوع بیماری همه‌گیر کرونا و آثار ناگواری که بر افزایش مرگ‌ومیر، سلامت جسمانی و حتی روانی شهروندان گذاشت، توجه افکار عمومی را بیش از گذشته به اهمیت حق بر اطلاعات در حوزه سلامت جلب کرد. در ابتدای شیوع این بیماری در ایران، انتقادهای زیادی متوجه دولت و دیگر نهادهایی شد که به طور مستقیم، متولی حفظ سلامت جامعه و عهده‌دار اطلاع‌رسانی کافی و به موقع بودند.

حق بر اطلاعات در حوزه سلامت را می‌توان از دو جنبه مطالعه کرد: ابتدا از دریچه حق بر اطلاعات و سپس از پنجره حق بر سلامت. بر این اساس، دولت و دیگر نهادهای متولی، موظف به اطلاع‌رسانی درباره همه ابعاد شیوع بیماری کرونا هستند. در غیر این صورت، شناسایی مسئولیت مدنی و حتی کیفری برای آن‌ها چندان دور از ذهن نخواهد بود. تقصیر و قصور در اطلاع‌رسانی می‌تواند بر اساس مقررات میثاقین، قانون اساسی، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و دیگر قوانین مرتبط با سلامت و بهداشت جامعه، مسئولیت‌هایی را متوجه آن‌ها و مقامات مربوط سازد. وانگهی، عدم تقارن اطلاعات در زمینه تولید و ارائه کلیه اطلاعات مربوط به سلامتی اعم از پیشگیری، برنامه‌های بهداشتی و درمانی، مراکز درمانی، پزشکان، دارو و مانند اینها که به انتخاب نامساعد شهروندان دامن می‌زند لزوم دخالت و مسئولیت دولت را بیش از پیش نمایان می‌سازد.^۱ از سویی، ارائه خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی جزو مهمترین وظایف اداره است. بهداشت و سلامت ضمن این که از زمره کالاهای عمومی محسوب می‌شود که حکومت موظف به تأمین و ارائه آن به شهروندان است، به مثابه یکی از عناصر مهم نظم عمومی نیز در عهده مقامات پلیس اداری

۱. مؤذن، وحید، حقوق سلامت عمومی، اخلاق و سیاست‌گذاری، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۴۰۱، صص ۱۹

بوده که معمولاً جنبه پیشگیرانه داشته و تکلیف اتخاذ کلیه تدابیر لازم به ویژه اطلاع‌رسانی پیشینی و پسینی را متوجه اداره می‌کند.

پرسش بنیادین پژوهش حاضر آن است که آیا شناسایی حق بر سلامت و حق بر اطلاعات، تکلیف یا تکالیفی را متوجه دولت و دیگر نهادهای عمومی مرتبط در زمینه اطلاع‌رسانی به عموم می‌کند؟ در صورت نقض این تکلیف، آیا مسئولیتی متوجه دولت و مقام‌های تصمیم‌گیرنده خواهد بود؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا ارتباط سلامت با ارزش حیات و مسئولیت دولت را در این باره از نظر می‌گذرانیم. آن‌گاه دسترسی به اطلاعات مرتبط با سلامت را با تأکید بر حق بر اطلاعات بررسی می‌کنیم. سپس با بررسی حق بر سلامت و نقش آن در لزوم اطلاع‌رسانی، انواع مسئولیت‌های دولت را در این باره برمی‌شماریم.

گفتار نخست: ارزش حیات و مسئولیت دولت

موجه‌ترین نظریه «حق» بر مفهوم و اصل کرامت و ارزش ذاتی حیات انسان استوار است. این اصل، نهاد حق را مستدل می‌سازد و اساس و مبنای موجه‌سازی همه حق‌ها تلقی می‌شود. بر این اساس، حیات آدمی ارزش ذاتی دارد و برای تضمین حیات رفیع انسان و نیز کرامت ذاتی او و دیگر ارزش‌های مشابه، پای نهاد «حق» به میان می‌آید. بنابراین، نهاد حق هم‌چون خادمی در خدمت و پا در رکاب ارزش‌های مخدوم خود است. از این منظر، حکم به حفظ حیات موجب بنیان‌گذاری نهاد حق می‌شود و این نهاد نیز به عنوان بهترین روش حفظ و حمایت از حیات ارزشمند انسان پا به میدان می‌گذارد.^۱

سلامت اعضای جامعه هم در وضعیت عادی و هم در وضعیت اضطراری ناشی از علل و اسباب طبیعی (نظیر سیل و بیماری) و غیر طبیعی (نظیر جنگ و انقلاب) باید تأمین شود. شیوع بیماری‌های همه‌گیر که از جمله مصادیق وضعیت اضطراری است، اهمیت حفظ سلامت را بیش از پیش نشان می‌دهد. دولت‌ها معمولاً در تضمین حق بر سلامت اعضای جامعه در وضعیت عادی با کمبود منابع برای تأمین خدمات پزشکی و بهداشتی مواجه می‌شوند و باید

۱. راسخ، محمد، «حق» یا «ارزش» حیات؟ نکته‌ای منطقی در باب ادعای حق بر حیات»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳۹۶، ۷۹، صص ۸۸-۹۰.

نظام ترجیحی در تخصیص منابع پی‌ریزی کنند. این مسئله در وضعیت همه‌گیری یک بیماری، به صورت ملموس، گریبان‌گیر نظام سلامت یک کشور خواهد بود. نخستین وظیفه و هدف دولت هنگام شیوع بیماری همه‌گیر، مهار آن بیماری است؛ زیرا در این وضعیت، کیان جامعه به خطر می‌افتد و ارزش ذاتی جان انسان باید هدف اصلی دولت باشد.^۱ دسترسی به اطلاعات مرتبط با سلامت به ویژه در مورد شیوع بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا که موضوع اصلی این پژوهش و محل تلاقی دو حق بر سلامت و حق بر اطلاعات است، با حفظ ارزش حیات آدمی ارتباطی وثیق دارد که در صورت شناسایی و تضمین در نظام حقوقی می‌تواند به حفظ مهم‌ترین ارزش‌ها یعنی ارزش حیات انسان کمک شایان کند.

بر اساس نظام تلفیقی. بازدارنده که از جمله نظام‌های مطرح در حوزه مسئولیت مدنی دولت در زمینه بیماری‌های واگیردار و همه‌گیر است، برای دولت مردان و همه کسانی که بر اثر بی‌مبالاتی، بی‌احتیاطی، قصور، تقلب و دیگر تخلفات و جرایم در شیوع بیماری همه‌گیر سهیم بوده‌اند، حسب مورد، مسئولیت مدنی و مسئولیت مدنی. کیفری در نظر گرفته می‌شود. در این نظام که نظریه «دولت مسئول» در رأس آن مطرح می‌شود، دولت مکلف است خسارت‌های وارد شده را جبران کند و پس از جبران کامل می‌تواند از جنبه مسئولیت مدنی یا کیفری یا هر دو به خاطیان و عوامل حقیقی و حقوقی رجوع کند که شیوع بیماری منتسب به آن‌هاست. در این صورت، مقاماتی که موقعیت شغلی یا جان و آزادی خویش را در معرض کیفر بینند، پیش‌گیری و مقابله با بیماری همه‌گیر را وجهه همّت خود قرار خواهند داد.^۲

دولت در قبال جان و مال شهروندان، مسئول است و حیات و زندگی انسان، مقدمه و شرط بهره‌مندی از رفاه محسوب می‌شود. این نظریه می‌تواند زمینه گسترش دامنه مسئولیت مدنی دولت و حتی مسئولیت کیفری آن را فراهم کند که بر اساس ضرورت‌ها و مقتضیات زمان انعطاف‌پذیر بوده و عنصر تقصیر در آن مستتر است. بر این اساس، دولت به عنوان سرپرست شهروندان، به

۱. راسخ، محمد، «مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطراری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۵، ۱۴۰۰، صص ۶۳-۵۸.

۲. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیر (بررسی موردی: کووید ۱۹)»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹، صص ۲۲۵-۲۲۴.

طور قهری، مسئول جبران خسارت منتسب به فعل یا ترک فعل خود خواهد بود.^۱ تأمین سلامت شهروندان به دلیل پیوند وثیق آن با حفظ ارزش حیات که در اسناد بین‌المللی، مبنای بهره‌مندی شهروندان از حق‌ها محسوب می‌شود، از جمله مهم‌ترین تکالیف دولت است.

در خصوص جنایت‌های رخ داده در حق افراد، مثل مرگ فرد بر اثر بیماری کرونا یا آسیب دیدن دایمی اعضای بدن فرد مبتلا به ویژه ریه‌ها، مسئولیت اصلی حسب مورد بر عهده جانی یا عاقله او در مورد دیه است. به علاوه، دولت را نیز می‌توان به استناد قاعده «خون مسلمان هدر نمی‌رود»، با حصول شرایط مربوط، مسئول پرداخت دیه از محل بیت‌المال دانست.^۲ البته در بیماری‌های همه‌گیر مثل کرونا، در فرض مرگ و میر اشخاص مبتلا و آسیب‌های دایمی یا موقت بدنی ناشی از اطلاع‌رسانی ناکافی، نادقیق و نابه‌نگام دولت در زمینه پیش‌گیری و درمان، با توجه به محسوس نبودن انتقال بیماری و شناسایی نشدن دقیق انتقال‌دهنده، فاصله زمانی میان انتقال و بروز علائم و سپس آسیب نهایی (مرگ یا آسیب دایمی)، احراز رابطه استناد می‌تواند دشوار باشد. وانگهی رابطه استناد بین عملکرد دولت و آسیب نهایی نیز باید اثبات شود.^۳

به لحاظ شرعی، اگر انتقال یک بیماری مسری با ارتکاب یک رفتار خاص و معین قطعی باشد، به قطع و یقین حرمت دارد. با این حال، به نظر می‌رسد انتقال بیماری در اکثریت قریب به اتفاق تعاملات اجتماعی، محتمل و مشکوک باشد. پس مشمول قاعده عقلی «وجوب دفع ضرر محتمل» می‌شود که از مستقلات عقلی است. مقتضای دفع در این قاعده عقلی آن است که پیش از آن‌که مقتضای ضرر (بیماری همه‌گیر مسری) بتواند در مقتضا (آدمیان) تأثیر کند، باید از بین برود، نه صرفاً پس از ایجاد ضرر. در نتیجه، اگر رفع یک منکر (انجام اقدامات درمانی درباره بیماری همه‌گیر واگیردار) واجب باشد، به طریق اولی، دفع منکر (همه اقدامات

۱. هاشمی، سید محمود و دیگران، «طرق احتمالی نقض حق درمان توسط دولت و مسئولیت ناشی از آن»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، شماره ۴۹، ۱۳۹۸، صص ۹۶-۹۲؛ دانش‌پور بخشایش، عیسی، «مسئولیت و تعهد دولت در ترویج حقوق شهروندی با تأکید بر حق بر سلامت»، در: کرونا و حق بر سلامت، تبریز: نامه خرد، چاپ اول، ۱۳۹۹.

۲. مهرا، نسرین، «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹، صص ۱۵۱-۱۴۹.

۳. فروغی، فضل‌الله و دیگران، «نحوه احراز مسئولیت کیفی در بیماری‌های واگیردار و جرایم قابل انتساب»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، شماره ۳۵، ۱۳۹۴، صص ۱۳۲.

پیش‌گیرانه از جمله لزوم اطلاع‌رسانی پیشینی کامل، دقیق و به‌هنگام درباره همه ابعاد بیماری همه‌گیر واگیردار) که مرحله پیش از ایجاد منکر است، نیز واجب است. پس مقتضای دفع ضرر در این قاعده، جلوگیری از اصل سرایت و انتقال بیماری واگیردار است و هر رفتاری که به سرایت بیماری کمک کند (مانند اطلاع‌رسانی نابه‌هنگام بیماری همه‌گیر واگیردار) و با ضرر مظنون (یعنی احتمال بیش‌تر ابتلا به بیماری کرونا در مقایسه با نبود احتمال ابتلا) همراه باشد و به شیوع و انتقال بیش‌تر بیماری همه‌گیر واگیردار کمک کند، باید دفع شود.^۱

علاوه بر آن چه گذشت، تأمین سلامت اعضای جامعه به عنوان پیش‌زمینه و شرط استمرار ارزش حیات آدمی، از منظر قاعده «مقدمه واجب، واجب است»، از جمله وظایف بدیهی دولت است. به همین دلیل، نوک پیکان حفظ حیات و تأمین سلامت اعضای جامعه متوجه دولت است که در خط مقدم تضمین و اجرای حق بر سلامت شهروندان باید آستین همت را بالا بزند و به این تکلیف مهم جامه عمل ببوشاند. وانگهی، نظر به این‌که هدف از تأسیس نهاد دولت، تأمین خیر عمومی است و ایجاد رفاه و سلامت برای شهروندان از جمله مصادیق خیر عمومی است و نیز عرضه همه خدمات مرتبط با سلامت و مراقبت‌های بهداشتی در جرگه مصادیق خدمت عمومی محسوب می‌شود، تأمین آن‌ها تکلیف دولت است. هم‌چنین بر اساس قاعده پیش‌گفته که به طور غیر مستقیم، معطوف به حفظ ارزش حیات آدمی است، اطلاع‌رسانی کامل و دقیق پیشینی و پسینی در خصوص ابعاد مختلف بیماری همه‌گیر واگیردار بر دولت واجب است و ترک فعل موجب مسئولیت.

گفتار دوم: اثبات حق بر اطلاعات در حوزه سلامت از رهگذر حق بر اطلاعات

آزادی بیان به عنوان زیربنای حق بر اطلاعات، نه تنها شامل حق اشتراک‌گذاری یا انتشار اطلاعات و ایده‌ها می‌شود، بلکه حق جست‌وجو و دریافت آن‌ها را نیز دربرمی‌گیرد. دلیل اصلی این امر در ایده بنیادین گردش آزاد اطلاعات و ایده‌ها در جامعه نهفته است. این اندیشه از ابتدای دهه ۹۰ میلادی به این اجماع بین‌المللی منتهی شد که آزادی بیان شامل حق دسترسی به اطلاعات در اختیار مراجع دولتی یا حق بر اطلاعات نیز می‌شود. نقطه عطف در این تحول، رأی مهم «دادگاه

۱. احسانی‌فر، احمد، «ابعاد فقهی و حقوقی بیماری‌های واگیر خطرناک و سریع‌الانتشار (کرونا) از منظر قاعده وجوب دفع ضرر محتمل»، حقوق اسلامی، شماره ۶۴، بهار ۱۳۹۹، صص ۱۵۱-۱۴۵.

بین‌امریکایی حقوق بشر»^۱ در سال ۲۰۰۶ در قضیه «کلود رییس علیه شیلی»^۲ بود که بر اساس آن، دولت شیلی موظف شد تا دسترسی به اطلاعات عمومی را فراهم سازد.^۳

حق بر اطلاعات به عنوان نتیجه آزادی بیان و اصل شفافیت به معنای آگاه‌سازی و ارائه اطلاعات به روز (از طریق مطبوعات، رادیو و تلویزیون و اینترنت) در مورد رویدادی است که پی‌آمدهای نظری و عملی برای جامعه داشته باشد. طبق بند یک ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حق آزادی بیان شامل آزادی دریافت اطلاعات و نظرها یا ارتباط با دیگران است. این حق باید بدون مداخله مقام‌های عمومی و در نظر گرفتن مرزها اعمال شود. در عین حال، این ماده، دولت را از نظارت بر بنگاه‌های رادیویی، سینمایی و تلویزیونی منع نمی‌کند. آزادی بیان نه تنها آزادی عقیده، بلکه آزادی تبادل اطلاعات را هم دربرمی‌گیرد. آزادی تبادل اطلاعات فقط شامل آزادی انتشار اطلاعات نیست، بلکه آزادی دریافت اطلاعات را نیز شامل می‌شود.

این حق به منع مداخله مقامات در برخورداری از اطلاعات محدود نمی‌شود، بلکه آن‌ها را به ارائه اطلاعات در برخی مسائل مهم مکلف می‌کند. آن‌ها باید اطلاعات را در اختیار عموم قرار دهند و منابع متعدد لازم را برای دریافت اطلاعات در دسترس شهروندان بگذارند. شهروندان حق دارند به اطلاعات مربوط به عمل اداری دسترسی داشته باشند و باید دسترسی آن‌ها به مدارک دولتی تضمین شود. اطلاعات باید در کوتاه‌ترین زمان ممکن و به طور کامل و قابل فهم در اختیار شهروندان قرار گیرد، به ویژه هنگامی که زندگی ایشان در معرض خطر است. دیوان اروپایی حقوق بشر، نه تنها بر تعهد منفی دولت در حق دستیابی عموم به اطلاعات جامع و روشن به عنوان حقی بنیادین، بلکه بر تعهد مثبت دولت در جمع‌آوری و انتشار اطلاعات نیز تأکید دارد.^۴

1. Inter-American Court of Human Rights

2. Claude Reyes v. Chile

3. Centre for Law and Democracy, Maintaining Human Rights during Health Emergencies: Brief on Standards Regarding the Right to Information, research report, 2020, Available at: www.kq.freepressunlimited.org/wp-content/uploads/2020/07/RTI-and-COVID-19-Briefing.20-05-27.Final.pdf, pp.1-2

۴. ویژه، محمدرضا، «حق دسترسی به اطلاعات محیط زیست: بررسی حقوق بشر اروپایی»، محیط‌شناسی، شماره ۴۰، ۱۳۸۵، صص ۸۳-۷۸.

در این رابطه باید به اهمیت وجود شفافیت نیز اشاره کرد. شفافیت در ارتباط با ارائه و دریافت اطلاعات بکار می‌رود و به این معنا است که دسترسی به اطلاعات حکومتی، امکان آگاهی از عملکرد حکومت را فراهم می‌سازد و متعاقباً به شهروندان فرصت نقد منصفانه را می‌دهد. شفافیت با به راه انداختن جریان آزاد اطلاعات درباره اداره به شهروندان و سایر ذی‌نفعان اجازه می‌دهد تا ضمن ارزیابی بهتر عملکرد اداره، انتظار پاسخگویی نیز داشته باشند. آگاهی مردم از کمیت و کیفیت فعالیت‌های حکومت باعث می‌شود تا پرسش‌هایی در اذهان ایشان پدید آید و به دنبال پاسخگویی مسئولان باشند. شفافیت از این منظر، پیش شرط پاسخگویی و لازمه اجتناب‌ناپذیر فرآیند پاسخگو ساختن اداره و عوامل آن است.^۱ شفافیت در زمینه مدیریت بیماری‌های همه‌گیر یعنی آشکار و قابل فهم بودن فرآیندهای تصمیم‌گیری اداره، ارائه دلایل اتخاذ تصمیم و تا حد ممکن دسترسی مردم به اطلاعاتی که تصمیم‌ها مبتنی بر آنها هستند. در نتیجه، تصمیم باید واضح و کاملاً منطقی باشد و به اطلاع عموم رسانده شود. وانگهی، شفافیت مقدمه پاسخگویی نیز قلمداد می‌شود. زیرا، تا هنگامی که قواعد، رویه‌ها، فرآیندها، وظایف و اختیارات اداره و مقام اداری و ساختار سازمانی اداره شفاف نباشد، مشخص نیست چه نوع اختیاری توسط کدام مقام یا مرجع و تا چه اندازه اعمال شده است. شفافیت ابزاری برای ارزیابی محسوب می‌شود و نقش پررنگی در فائق آمدن بر مشکل اصیل-عامل ایفا می‌کند. زیرا، علاوه بر تضمین جریان آزاد اطلاعات، اصیل‌جاهل و غیرمتخصص (شهروندان) را از عملکرد عامل خود (حاکمان) آگاه می‌سازد و عامل را از گام برداشتن برخلاف منفعت اصیل برحذر می‌دارد و مقدمه شناسایی مسئولیت و متعاقباً پاسخگویی توضیحی یا جبرانی مقامات یا دستگاه‌های متولی را فراهم می‌سازد.

حق بر اطلاعات هم چون دیگر حقوق مدنی و سیاسی از جمله حق آزادی‌ها محسوب می‌شود و با مداخله نکردن دولت تأمین خواهد شد، اما از یاد نباید برد که همه حقوق بشر و شهروندی در رابطه با دولت به لحاظ ماهوی، حق ادعا نیز محسوب می‌شوند.^۲ برای نمونه، در قضیه «اونریلدیز علیه ترکیه»^۳، شاکی به دلیل سهل‌انگاری در حادثه انفجار گاز متان در انبارهای واقع در کوهی نزدیک به محل زندگی

۱. یزدانی نوز، هرمز (۱۳۸۸)، بررسی نقش شفافیت در تحقق حکمرانی خوب، فصلنامه حقوق عمومی، شماره ۵، صص ۵۴-۵۰.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر یکم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۱.

3. Önerildiz v. Turkey

برخی زاغه‌نشینان که منجر به فوت نه نفر از اعضای خانواده ایشان شد، علیه مقامات مسئول اقامه دعوا کرد. به نظر دیوان، مقامات مربوط موظف بودند علاوه بر انجام پیش‌بینی‌های لازم برای پیش‌گیری از حادثه، اطلاعات ضروری را درباره خطرهای زندگی در چنین مکانی در اختیار ساکنان بگذارند.^۱

دولت متعهد است به مردم و افراد در معرض خطر درباره رویدادهای خطرناک و بلایای طبیعی، هشدار و آگاهی لازم را بدهد. بنابراین، اگر دادن هشدار و ارائه اطلاعات برای ارزیابی خطرهای تهدیدکننده حیات و سلامت افراد ضروری باشد، دولت مکلف است با ارائه اطلاعات و دادن هشدارهای لازم، مردم را از آن خطرها آگاه سازد. در غیر این صورت، مسئولیت خسارت‌های مادی، جانی و معنوی بر عهده او خواهد بود. مبنای این تعهد، حفظ ارزش حیات انسان است. بنا به نظر دادگاه اروپایی حقوق بشر در قضیه «اونریلدیز علیه ترکیه»، تعهد مقامات درباره رویدادهای خطرناک و بلایای طبیعی و نیز فعالیت‌های خطرناک نظیر آزمایش هسته‌ای، کارخانه‌های شیمیایی و محل‌های جمع‌آوری زباله‌ها به عواملی مانند میزان زیان بار بودن آن فعالیت و قابل پیش‌بینی بودن یا نبودن خطر آن‌ها برای حیات انسان بستگی دارد.^۲

مقامات مسئول مدیریت وضعیت اضطراری باید از طریق جلسات توجیهی، کنفرانس‌های مطبوعاتی، تورهای مطبوعاتی یا دیگر ابزارهای مناسب، اطلاعات منظمی را در اختیار همه متخصصان رسانه‌های پوشش‌دهنده رویدادها قرار دهند. در صورت امکان، مقامات باید یک مرکز اطلاعاتی امن با تجهیزات مناسب برای اصحاب رسانه ایجاد کنند.^۳ بر این اساس، به راحتی می‌توان تعهد دولت را به هشداردهی و آگاه‌سازی پیشینی در خصوص مخاطرات مربوط به شیوع بیماری همه‌گیر از جمله کرونا و ارائه دیگر اطلاعات مربوط استخراج و قیاس کرد؛ چون اطلاع‌رسانی پیشینی درباره بیماری‌های همه‌گیر درست مانند رویدادهای خطرناک و بلایای طبیعی با ارزش حیات انسان، پیوندی اساسی و ناگسستنی دارد.

1. Available at: www.hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-67614

۲. انصاری، باقر. *مطالعه تطبیقی قوانین و مقررات ناظر بر فرهنگ شفافیت*، تهران: پویه مهر اشراق، ۱۳۹۶، صص ۸۸-۸۵.

3. Committee of Ministers of the Council of Europe, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis, 2007, Available at: www.search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ae60e, p.11

هنگامی که اطلاعات از شهروندان دریغ شود، اعتمادشان به منابع اطلاعاتی کاهش یابد و تبلیغات و اطلاعات نادرست بر اظهارات مقامات دولتی حاکم باشد، شهروندان نمی‌توانند به درستی از خود در برابر بیماری محافظت کنند. مدیریت یک بیماری همه‌گیر، نه تنها باید با شناسایی ویژگی‌های بیماری و مداخلات بهداشتی خاص همراه باشد، بلکه به «اطلاع‌رسانی خطر»^۱ نیاز دارد که بر اساس آن:

الف) مقامات باید اطلاعات مربوط به ماهیت تهدید و اقدامات مراقبتی را که مردم می‌توانند انجام دهند، منتشر کنند؛

ب) درک درستی از ترس‌ها و نگرانی‌های عمومی و فردی داشته باشند تا بتوانند تعامل مناسبی با شهروندان برقرار کنند؛

ج) شایعات را با روش‌های مناسب از جمله گوش دادن به اطلاعات غلط و تصحیح نمونه‌های آن با روش‌های مناسب و بدون تأخیر مدیریت کنند.

به نظر سازمان بهداشت جهانی، اهداف اصلی استانداردهای حقوق بشری از انتشار فعال اطلاعات در زمینه سلامت عمومی عبارتند از:

نخست. ارتباطات و اخبار زود هنگام، شفاف و قابل درک درباره یک رویداد، خطوط گفت‌وگو را با جمعیت‌های آسیب‌دیده و ذی‌نفعان ایجاد می‌کند و باعث اعتماد آفرینی می‌شود؛

دوم. ارتباطات و اخبار مکرر، اما در حال تکامل به ایجاد یک رابطه قابل اعتماد و پویا کمک می‌کند؛

سوم. ارتباطات و اخبار باید خطر را به زبان عامیانه پوشش دهد و اقدامات عملی را پیشنهاد کند که افراد بتوانند انجام دهند؛

چهارم. ارتباطات و اخبار باید با به‌روز نگه داشتن مردم در مورد وضعیت اقدامات انجام شده و تأثیر آن‌ها بر کنترل شیوع، پاسخ‌گویی مقامات را به نمایش بگذارد.

به علاوه، از نظر حقوقی، این موارد از لوازم تضمین کرامت ذاتی و احترام به انسان‌ها به شمار می‌رود:

۱. داشتن صداقت با مردم و اطلاعات دهی بدون تبعیض به آن‌ها؛
۲. در اختیار گذاشتن ابزارهای ارتباطی که در قدم نخست برای یادگیری در مورد بیماری همه‌گیر و در قدم دوم برای در پیش گرفتن تدبیرهای محافظتی از خود و دیگران ضروری است؛
۳. حمایت از نقش رسانه‌های مستقل در اطلاع‌رسانی به مردم و پاسخ‌گو کردن مقامات در قبال اظهارات و اقدامات خود؛
۴. اطمینان‌یابی از این‌که ابزارهای مقابله با اطلاعات نادرست و اصلاح آن‌ها در اختیار مردم است و به ویژه اجتناب از انجام اقداماتی که مانع از اشتراک‌گذاری اطلاعات حیاتی در زمان بحران شود؛
۵. انجام اموری که برای ردیابی پیشرفت بیماری ضروری است؛
۶. اطمینان‌یابی از پاسخ‌گویی، به طوری که دولت نتواند از بحران سلامت عمومی برای اهداف غیر قانونی فراتر از دامنه تهدید سلامت استفاده کند.^۱

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با تأکید بر قابل دسترس بودن اسناد رسمی مقرر می‌کند که یک مرجع عمومی می‌تواند و در صورت لزوم باید اقدامات لازم را برای گردآوری اسناد رسمی عمومی انجام دهد. با این حال، ارتباطات و اطلاعات رسمی نباید تنها مجرای اطلاعاتی در مورد بیماری همه‌گیر باشد؛ زیرا در جای خود می‌تواند به سانسور و سرکوب نگرانی‌های مشروع بیانجامد. روزنامه‌نگاران، رسانه‌ها، پزشکان، جامعه مدنی و عموم مردم باید بتوانند از مقامات، انتقاد و واکنش آن‌ها را به بحران بررسی کنند. هر گونه محدودیت قبلی درباره موضوعات خاص، بستن رسانه‌ها یا مسدود کردن کامل دسترسی به بسترهای ارتباطی آنلاین مستلزم دقیق‌ترین بررسی‌هاست و تنها در استثنایی‌ترین شرایط توجیه می‌شود. از وضعیت حاکم بر دوره همه‌گیری نباید برای ساکت کردن افشاگران یا مخالفان سیاسی استفاده کرد. البته با مجازات‌های بعدی و پویش‌های اطلاعاتی دولتی می‌توان با انتشار اطلاعات نادرستی مقابله کرد که از روی سوء نیت انجام شده است. دولت‌ها باید با سکوه‌های آنلاین و رسانه‌ها همکاری کنند تا از دست‌کاری و انحراف افکار عمومی جلوگیری شود. هم‌چنین باید به منابع عمومی اخبار و اطلاعات مورد اعتماد به ویژه اطلاعات و اخباری که توسط

1. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Disease pandemics and the freedom of opinion and expression, Report, 2020, Available at: www.freedomofexpression.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/04/A-HRC_44_49_AdvanceEditedVersion.pdf, pp. 5, 7, 18 & 63

مقامات بهداشت عمومی اعلام می‌شود، اهمیت بیش‌تری داد.^۱

ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی به حق آزادی بیان و اشاعه اطلاعات و افکار اشاره دارد. آزادی بیان بدون اطلاع‌رسانی و دریافت اطلاعات معنا ندارد و وجود هر یک، وابسته به دیگری است. ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز به حق آزادی بیان و با صراحت به کسب، دریافت و انتشار اطلاعات و افکار اشاره کرده و آن را به رسمیت شناخته است. در نظام حقوقی ایران، این اصول قانون اساسی به حق بر اطلاعات اشاره دارند: بندهای ۲ (بالا بردن سطح آگاهی مردم در همه زمینه‌ها) و ۸ اصل سوم (مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت)، اصل هشتم (امر به معروف و نهی از منکر)، اصل بیست و چهارم (آزادی نشریات و مطبوعات در بیان مطالب) و اصل صد و هفتاد و پنجم قانون اساسی (آزادی بیان و نشر افکار در صدا و سیما).

البته قانونی وجود ندارد که به طور جامع صرفاً به این حق بپردازد و تنها می‌توان به قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ به عنوان گام اولیه برای تضمین این حق اشاره کرد. به موجب ماده ۱۷ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات،^۲ استثنائاتی راجع به دسترسی به اطلاعات پیش‌بینی شده است که از قضا درباره اطلاعات مربوط به وجود یا بروز خطرهای زیست‌محیطی و تهدید سلامت عمومی اعمال نمی‌شود. مفهوم این حکم آن است که طبقه‌بندی این اطلاعات و افشا نشدن آن‌ها با هیچ توجیهی قابل پذیرش نیست و دستگاه‌های اجرایی باید در این باره، هشدارهای کافی بدهند. بنابراین، دولت و دستگاه‌های اجرایی متولی از جمله وزارت بهداشت نمی‌توانند با استناد به معاذیری هم‌چون امنیت و آسایش عمومی از دادن اطلاعات مربوط به همه‌گیری کرونا خودداری کنند.

1. The Council of Europe, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: A toolkit for member states, Information Documents, 2020, pp. 6-7

۲. مؤسسات مشمول این قانون مکلفند در مواردی که ارائه اطلاعات درخواست شده به امور زیر لطمه وارد می‌نماید، از دادن آن‌ها خودداری کنند:

الف) امنیت و آسایش عمومی؛

ب) پیش‌گیری از جرایم یا کشف آن‌ها، بازداشت یا تعقیب مجرمان؛

ج) ممیزی مالیات یا عوارض قانونی یا وصول آن‌ها؛

د) اعمال نظارت بر مهاجرت به کشور.

به طور کلی، قوانین و مقررات دسترسی به اطلاعات در کشورها به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته نخست به الزام دولت در دسترس‌پذیر ساختن اطلاعات به صورت ابتکاری یا کنشی اشاره دارد. اطلاع‌رسانی ابتکاری یا کنشی (اطلاع‌رسانی توسط مؤسسات عمومی یا خصوصی بدون توجه به وجود تقاضا) به دو صورت است:

در صورت اول باید اطلاعات کلیدی یعنی اطلاعاتی که کلید شناسایی، مطالبه و استفاده از اطلاعات موجود در مؤسسه یادشده است، منتشر شود. این قبیل اطلاعات که نفع عمومی قابل ملاحظه دارند، باید صرف نظر از هرگونه تقاضا و رأساً منتشر شود و در دسترس عموم قرار گیرد؛ زیرا تا هنگامی که مؤسسات عمومی، اطلاعات خود را منتشر نکنند، شهروندان نمی‌دانند چه اطلاعاتی را از کدام مؤسسه می‌توانند به دست آورند. در نظام حقوقی ایران، این نوع اطلاع‌رسانی به موجب مواد ۵ و ۱۰ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات^۱ به رسمیت شناخته شده است.

در صورت دوم، آزادی اطلاعات شامل حق مشارکت مردم در تصمیم‌سازی و حق آگاهی از اموری

۱. ماده ۵: «مؤسسات عمومی مکلفند اطلاعات موضوع این قانون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترسی مردم قرار دهند.

تبصره: اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، باید علاوه بر موارد قانونی موجود از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسد».

ماده ۱۰: «هر یک از مؤسسات عمومی باید جز در مواردی که اطلاعات دارای طبقه‌بندی می‌باشد، در راستای نفع عمومی و حقوق شهروندی دست کم به طور سالانه، اطلاعات عمومی شامل عملکرد و ترازنامه (بیلان) خود را با استفاده از امکانات رایانه‌ای و حتی الامکان در یک کتاب راهنما که از جمله می‌تواند شامل موارد زیر باشد، منتشر سازد و در صورت درخواست شهروند با اخذ هزینه تحویل دهد:

الف) اهداف، وظایف، سیاست‌ها و خطی‌مشی‌ها و ساختار؛

ب) روش‌ها و مراحل اتمام خدماتی که مستقیماً به اعضای جامعه ارائه می‌دهد؛

ج) سازوکارهای شکایت شهروندان از تصمیمات یا اقدامات آن مؤسسه؛

د) انواع و اشکال اطلاعاتی که در آن مؤسسه نگه‌داری می‌شود و آیین دسترسی به آن‌ها؛

ه) اختیارات و وظایف مأموران ارشد خود؛

و) تمام سازوکارها یا آیین‌هایی که به وسیله آن‌ها، اشخاص حقیقی و حقوقی و سازمان‌های غیر دولتی می‌توانند در اجرای اختیارات آن واحد مشارکت داشته یا به نحو دیگری مؤثر واقع شوند.

تبصره: حکم این ماده در مورد دستگاه‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری است، منوط به عدم مخالفت معظم له می‌باشد».

است که حکومت به نمایندگی از ایشان انجام می‌دهد. برگزاری جلسات عمومی و نیز آزاد بودن شرکت عموم در نشست‌های دستگاه‌های اجرایی از جمله الزامات قانونی در برخی کشورهاست. در این باره، قوانین ایران به ویژه قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات حکمی ندارد.

دسته دوم، اطلاع‌رسانی واکنشی است که ناظر به حمایت از دسترسی متقاضیان به اطلاعات درخواستی است و در واکنش به یک درخواست صورت می‌گیرد و موضوع اصلی قوانین آزادی اطلاعات در کشورهاست. در نظام حقوقی ایران، مواد ۲ و ۸ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات^۱ در این مورد قابل اعتناست.^۲

افشای فعال اطلاعات مربوط به بحران کووید ۱۹ از جمله اطلاعات راجع به ویروس و علایم آن، تعداد موارد ابتلا و مرگ‌ومیر، روش‌های آزمایش و واکنش دولت در توان‌مندسازی مردم برای تصمیم‌گیری در مورد شیوه مراقبت از سلامت خود و پاسخ‌گو نگه داشتن آن برای حفظ سلامت مردم ضروری است. بدیهی است انتشار کنشی، فعالانه و مؤثر اطلاعات مربوط به وضعیت اضطراری سلامت اهمیت بالایی دارد. افزایش انتشار فعالانه در جای خود می‌تواند عملکرد نظام‌های واکنشی و منفعل حق بر اطلاعات را بهبود بخشد. به اشتراک‌گذاری فعال اطلاعاتی که احتمالاً مورد

۱. ماده ۲: «هر شخص ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد، مگر آن که قانون منع کرده باشد. استفاده از اطلاعات عمومی یا انتشار آن‌ها تابع قوانین و مقررات مربوط خواهد بود».

ماده ۸: «مؤسسه عمومی یا خصوصی باید به درخواست دسترسی به اطلاعات در سریع‌ترین زمان ممکن پاسخ دهد و در هر صورت، مدت زمان پاسخ نمی‌تواند حداکثر بیش از ده روز از زمان دریافت درخواست باشد».

۲. انصاری، پیشین، صص ۲۶-۲۴. در این زمینه، مورد کره جنوبی قابل توجه است. در این کشور، اطلاع‌رسانی کنشی و واکنشی توسط دولت پیش‌بینی شده است. طبق بند ۲ ماده ۶ قانون کنترل و پیش‌گیری از بیماری‌های عفونی، هر شهروند حق دارد از وضعیت شیوع بیماری‌های عفونی و پیش‌گیری و کنترل هر یک و نحوه مقابله با آن‌ها مطلع شود و دولت و حکومت‌های محلی باید فوراً اطلاعات مربوط را افشا کنند. مرکز کنترل و پیش‌گیری از بیماری‌های عفونی (KCDC)، این اطلاعات را که افراد آلوده با کجا و چه کسانی در ارتباط بوده‌اند، در اختیار عموم قرار می‌دهد. این قانون به دولت اجازه می‌دهد طیفی گسترده از اطلاعات را در مورد افرادی که به دست آورد که به بیماری عفونی آلوده شده‌اند یا مشکوک به ابتلا هستند. هم‌چنین دولت را به ارائه اطلاعات به دست آمده ملزم می‌کند. بند ۲ ماده ۳۴ این قانون مقرر می‌دارد: «در صورت شیوع بیماری عفونی مضر برای سلامت شهروندان، وزیر بهداشت و رفاه موظف است اطلاعاتی را که باید شهروندان بدانند، از قبیل پیش‌گیری از بیماری عفونی، مانند مسیرهای رفت‌وآمد، وسایل حمل‌ونقل، مکان مؤسسات درمانی و اماکنی که بیماران عفونی با آن‌جا در تماس بوده‌اند، فوری افشا کند». برای اطلاعات بیشتر نک: Lee, Y. and Mun, H. "COVID-19: Public Access to Information - Legal and Institutional Frameworks", Law and Development Review, Vol.13, Issue 2, 2020, p. 537

درخواست عموم مردم است، مانند اطلاعات کلیدی در مورد فوریت‌های بهداشتی و پاسخ دولت به آن، از بار مسئولیت دستگاه‌های دولتی برای پاسخ‌گویی به درخواست‌های فردی می‌کاهد و در نتیجه، کارآیی قابل توجهی را نشان می‌دهد.^۱

گفتار سوم: اثبات حق بر اطلاعات در حوزه سلامت از رهگذر حق بر سلامت

سلامتی در معنای محدود یعنی کارکرد عادی و بهینه یک ارگانیسم در حالتی بدون مریضی یا ناهنجاری است و در معنای موسع از نبود بیماری یا ناتوانی فراتر می‌رود و وضعیت رفاه کامل جسمی، روانی، اجتماعی و معنوی را دربرمی‌گیرد.^۲ حق بر سلامت، حق ادعایی است که دولت و نهادهای مسئول، موظف به تأمین آن هستند. دولت در زمینه حمایت از حق بر سلامت، تکالیفی هم‌چون مقابله و پیش‌گیری از بیماری‌های واگیردار، بیمه کردن شهروندان، انجام واکسیناسیون و تهیه امکانات مناسب درمان بیماری را بر عهده دارد.

از نگاه کمیته میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق بر سلامت به عنوان یک حق جامع نه تنها شامل مراقبت‌های بهداشتی به‌موقع و مناسب می‌شود، بلکه عناصر جدایی‌ناپذیر و عوامل اساسی حافظ سلامت را مانند دسترسی به آب سالم و آشامیدنی و سرویس بهداشتی مناسب، ذخیره کافی از غذای سالم، تغذیه و مسکن، شرایط شغلی و محیطی سالم و دسترسی به آموزش و اطلاعات مرتبط با سلامت را دربرمی‌گیرد. دسترس‌پذیری، متضمن حق جست‌وجو، دریافت و انتشار اطلاعات مرتبط با سلامت در یک قالب قابل دسترس (برای همه، از جمله افراد دارای معلولیت) است. البته این موضوع نافی محرمانگی داده‌های مربوط به سلامت اشخاص نیست. بنابراین، حق بر سلامت در همه اشکال و در همه سطوح شامل عناصر مرتبط و ضروری از جمله دسترسی به اطلاعات است.^۳ در این راستا، در دسترس بودن یکی از عناصر چهارگانه

1. Centre for Law and Democracy, op.cit., pp.1-3 & 22

۲. عباسی، محمود و دیگران، «الزامات حقوقی اسناد بین‌المللی در قبال بهداشت و سلامت عمومی و چالش‌های فراروی آن»، مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، دوره سی و سوم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۱۳۹.

3. Committee on Economic, Social and Cultural Rights(CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 2000, pp. 11-12; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights(OHCHR), The Right to Health, Geneva: Fact Sheet No. 31, 2000, p. 4

تضمین حق بر سلامت (یعنی مهیا بودن، در دسترس بودن، قابل پذیرش بودن و کیفیت داشتن) محسوب می شود که با دسترس پذیری کلیه اطلاعات مربوط به سلامت مورد ارزیابی قرار می گیرد.^۱ در نتیجه، دسترسی به اطلاعات در خصوص عوامل تهدیدکننده سلامت، بخشی جدایی ناپذیر از حق بر سلامت است. به این ترتیب، دولت ها و دیگر نهادهای عمومی مرتبط نمی توانند نسبت به ایجاد امکان دسترسی به اطلاعات مربوط به عوامل تهدیدکننده سلامت عمومی بی توجه باشند. بر این اساس، پی آمدهای جدی پزشکی، اقتصادی و اجتماعی بیماری همه گیر کرونا، ضرورت دسترسی عموم به اطلاعات مرتبط از قبیل اطلاعات مربوط به وضعیت همه گیری (مثل اطلاع رسانی به موقع و کافی درباره اولین موارد شناسایی و ابتلا و شیوه شیوع بیماری، آغاز همه گیری در مناطق مختلف و تعداد موارد سرایت و مرگ و میر در سطح کشور و در شهرها)، اطلاعات مربوط به تدبیرهای دولت برای کنترل شیوع ویروس (مانند اعمال محدودیت هایی نظیر قرنطینه، ممنوعیت سفر و بسته شدن مرزها) و اقدامات توصیه شده برای محافظت از افراد جامعه در برابر این بیماری (مانند فاصله گذاری اجتماعی، دستورالعمل های بهداشتی، اقدامات توصیه شده هنگام مشکوک شدن به ابتلا) را افزایش داده است.

بنابراین، از دولت به عنوان متولی اصلی تأمین سلامت و امنیت عمومی انتظار می رود اطلاعات مربوط به شیوع همه گیری را به صورت شفاف و مؤثر در اختیار عموم قرار دهد. اگر نتواند اطلاعات به موقع و کافی در مورد شیوع این بیماری به ویژه در مراحل اولیه ارائه دهد یا به بهانه ترس از تشویش اذهان عمومی از انتشار آن ها جلوگیری کند، مردم را از امکان پیش بینی و انجام دادن تدبیرها و اقدامات لازم برای محافظت از جان خود در برابر این بیماری محروم خواهد کرد. پس نخستین گام دولت این است که اطلاعات کامل شیوع و سرایت بیماری را به موقع به مردم ارائه دهد.^۲

با توجه به آن چه گذشت، دولت موظف است همه اطلاعات مربوط به همه گیری را به ویژه در مراحل اولیه شیوع به موقع منتشر کند. این اطلاعات می تواند شامل این موارد باشد: اطلاعات کافی درباره آمار مبتلایان، بهبودیافتگان و درگذشتگان، وضعیت همه گیری در سطح کشور به تفصیل و به طور کلی، مراکز

۱. مؤذن، وحید، پیشین، صص ۵۸-۵۷

2. Lee and Mun, op.cit., pp.536-537

واکسیناسیون و انجام آزمایش و مراکز درمانی مربوط، روش‌های پیش‌گیری از ابتلا و مقابله با بیماری، داروهای مفید در مراحل مختلف بیماری، مراکز ارائه‌کننده داروهای مخصوص بیماری همه‌گیر، اطلاعات (ردیابی) افراد مبتلا از قبیل این‌که به چه مکان‌هایی رفت‌وآمد داشته‌اند (با حفظ اصل ناشناخته بودن، مگر در صورتی که افشای هویت فرد مبتلا برای جلوگیری از گسترش همه‌گیری ضروری باشد)، اقدامات و تدبیرهای دولت برای جلوگیری از شیوع بیش‌تر مانند قرنطینه، محدودیت‌های ضروری مانند مسدود کردن مرزها، فاصله‌گذاری اجتماعی، تعیین مجازات برای جرایم مربوط به نقض الزامات قانونی مربوط.

حق بر سلامت در بند یکم ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی به عنوان یکی از مهم‌ترین منابع مرتبط با سلامتی به رسمیت شناخته شده است. طبق تعریف مقدمه اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی، حق بر سلامت، دست‌یابی به بالاترین حالت رفاه روحی، جسمی و اجتماعی است و صرف نبود بیماری، سلامتی تلقی نمی‌شود. از این منظر، حق بر سلامت، حقی عام‌الشمول است که با حقوق دیگر ارتباط تنگاتنگ دارد، به طوری که برای تضمین حق بر سلامت باید حقوق دیگری نظیر حق بر غذا، حق بر شادی و نشاط، حق بر تأمین اجتماعی، حق بر کار، حق بر انجام واکسیناسیون عمومی و حق برخورداری از مسکن تأمین گردد. در این صورت، می‌توان ادعا کرد که حق بر سلامت نیز تأمین شده است. این حق، مفهوم مضیق نیز دارد که جنبه‌هایی شامل حق پیش‌گیری از بیماری‌ها، دسترسی به دارو، ارائه اطلاعات و آموزش‌های سلامت‌محور، دسترسی آزاد به اطلاعات در زمینه بیماری‌های واگیردار و دسترسی عادلانه به مراکز بهداشتی را دربرمی‌گیرد.

قوانین ایران به ویژه قانون اساسی با صراحت به حق بر سلامت پرداخته‌اند. با این حال، اصل ۲۹ قانون اساسی، برخورداری از خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه را حقی همگانی می‌داند. بند یک اصل ۴۳ نیز به تأمین نیازهای اساسی نظیر مسکن، خوراک، پوشاک و بهداشت اشاره دارد. بندهای ۱۲ و ۱۳ اصل سوم و هم‌چنین بند دوم اصل ۲۱ قانون اساسی نیز به سلامتی شهروندان و تکلیف دولت در تأمین حقوق همه‌آحاد جامعه توجه دارد. شاهد دیگر بر این ادعا، ماده یکم قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب سال ۱۳۶۴ است.

۱. ماده یک قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۴: «به منظور استفاده مطلوب و هماهنگ از امکانات پزشکی کشور در جهت تأمین و تعمیم بهداشت و درمان و بهزیستی و آموزش و پژوهش پزشکی و تحقق بندهای ۴ و

بر اساس آنچه گذشت و با عنایت به بند یکم ماده ۲ و بند دوم ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که دولت‌های عضو آن میثاق را متعهد می‌داند به طور انفرادی یا از طریق همکاری‌های بین‌المللی به ویژه اقتصادی، فنی و با (استفاده از) حداکثر منابع موجود و با همه ابزارهای مناسب به ویژه قانون‌گذاری برای تحقق کامل حقوق شناخته شده در این میثاق اقدام کنند. هم‌چنین از آن‌ها می‌خواهد که تدبیرهای لازم را برای استیفای کامل حق بر سلامت از جمله در زمینه پیش‌گیری و درمان بیماری‌های همه‌گیر و دیگر بیماری‌ها و نیز پیکار علیه آن‌ها در پیش بگیرند.

تعهدات دولت درباره حق بر سلامت به ویژه در زمینه اطلاع‌رسانی را می‌توان چنین برشمرد:

بند نخست: تعهد به احترام^۱

تعهد به احترام به معنای تعهد دولت به خودداری از دخالت مستقیم یا غیر مستقیم در حق بر سلامت و اجتناب از محدود ساختن دسترسی به اطلاعات است. برای مثال، دولت‌ها باید از ممنوع یا محدود ساختن دسترسی به خدمات مراقبت‌های بهداشتی، عرضه داروهای خطرناک، تحمیل رویه‌های تبعیض‌آمیز مربوط به وضعیت سلامت زنان و نیازهای آن‌ها، پنهان کردن، سانسور یا ارائه نادرست اطلاعات سلامت و در نهایت، نقض حق حریم خصوصی خودداری کنند. آن دسته از اقدامات، خط‌مشی‌ها یا قوانینی که با استانداردهای مندرج در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۲ مغایرت دارد و احتمالاً منجر به آسیب بدنی، بیماری غیر ضروری و

۱۲ و ۱۳ اصل سوم و آن قسمت از اهداف اصل ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مربوط به خدمات بهداشت و درمان و بهزیستی می‌باشد، از تاریخ تصویب این قانون، وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی که از این پس در این لایحه وزارت نامیده می‌شود، تشکیل می‌گردد».

1. Respect

۲. دولت‌های عضو این میثاق، حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی دست‌یافتنی به رسمیت می‌شناسند.
۲. تدبیرهایی که دولت‌های عضو این میثاق برای استیفای کامل این حق در پیش خواهند گرفت، شامل اقدامات لازم برای تأمین این امور خواهد بود:

(الف) تقلیل میزان مرده متولدشدگان و مرگ‌ومیر کودکان و تأمین رشد سالم آنان؛

(ب) بهبود بهداشت محیط و بهداشت صنعتی از جمیع جهات؛

(ج) پیش‌گیری و معالجه بیماری‌های همه‌گیر، بومی، حرفه‌ای و دیگر بیماری‌ها و پیکار علیه این بیماری‌ها؛

(د) ایجاد شرایط مناسب برای تأمین مراجع پزشکی و کمک‌های پزشکی برای عموم در صورت ابتلا به بیماری.

مرگ‌ومیر قابل پیش‌گیری می‌شود، مانند ممانعت از دسترسی افراد یا گروه‌های خاص به امکانات، کالاهای و خدمات بهداشتی و پنهان کردن عمدی یا ارائه نادرست اطلاعات حیاتی برای حفاظت از سلامت یا درمان، نقض این تعهد از جانب دولت محسوب می‌شود.

بند دوم: تعهد به حمایت^۱

بر این اساس، دولت باید با تصویب قانون یا انجام دادن دیگر تدبیرها از دخالت اشخاص ثالث در حق سلامت جلوگیری کند و اطمینان یابد که محدودیتی برای دسترسی افراد به اطلاعات و خدمات مرتبط با سلامت ایجاد نمی‌شود. هم‌چنین باید مانع «اینفودمی»^۲ و «دیس اینفودمی» در خصوص بیماری‌های همه‌گیر در سطح جامع گردد و مراقب باشد تا فعالان بخش خصوصی هنگام ارائه مراقبت‌های بهداشتی یا دیگر خدمات (مانند ترکیب محصولات غذایی)، مطابق استانداردهای حقوق بشری عمل کنند. کوتاهی یک دولت در انجام دادن همه اقدامات لازم برای محافظت از شهروندان خود در برابر نقض حق سلامت توسط اشخاص ثالث از قبیل حمایت نکردن از مصرف‌کنندگان و کارگران در برابر اقدامات زیان‌بار کارفرمایان و تولیدکنندگان دارو یا مواد غذایی برای سلامت، جلوگیری نکردن از تولید، بازاریابی و مصرف دخانیات، مواد مخدر و دیگر مواد مضر و تصویب نکردن یا اجرا نکردن قوانین برای جلوگیری از آلودگی آب، هوا و خاک توسط صنایع، نقض این تعهد محسوب می‌شود.

بند سوم: تعهد به ایفا^۳

بر این اساس، دولت این تعهد اصلی را دارد که سطح حداقلی از حق بر سلامت را تأمین و تضمین کند. دولت ملزم است به منظور تحقق کامل حق بر سلامت، تدبیرهای قانونی، اداری،

1. Protect

۲. Infodemic یا مواجهه بیش از حد اطلاعاتی به معنای وجود حجم عظیمی از اطلاعات که گاه صحیح یا نادرست است که پیدا کردن منابع مورد اعتماد و راهنمایی قابل اتکا را برای افراد در زمانی که به آن نیاز دارند، دشوار می‌سازد. برای اطلاعات بیش‌تر نک: مختاری حساری، پریسا و دیگران، «ویروس کرونا و مواجهه بیش از حد اطلاعاتی»، نشریه پایش، سال نوزدهم، شماره ۳، خرداد و تیر ۱۳۹۹.

3. Fulfill

مالی، قضایی، تبلیغاتی و دیگر تدبیرهای مناسب را انجام دهد. برای مثال، باید از ارائه اطلاعات و مشاوره در مورد مسائل مرتبط با سلامتی مانند بیماری کرونا اطمینان یابد. دولت‌های عضو میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی باید حق بر سلامت را در نظام سیاسی و حقوقی داخلی ترجیحاً از طریق قانون‌گذاری به رسمیت بشناسند و برای تحقق این حق، سیاست بهداشتی منسجم در پیش بگیرند. آن‌ها باید از ارائه مراقبت‌های بهداشتی، از جمله برنامه‌های ایمن‌سازی در برابر بیماری‌های عفونی عمده اطمینان یابند و دسترسی برابر همگان به عوامل اساسی سلامت، مانند غذای سالم و آب آشامیدنی، بهداشت اولیه و مسکن و شرایط زندگی مناسب را تضمین کنند. تعهد به ایفا، دولت را ملزم می‌کند در راستای بهره‌مندی افراد و گروه‌ها از حق بر سلامت به اقدامات ایجابی دست بزند. هم‌چنین باید اقداماتی انجام دهد که سلامت جمعیت حفظ شود و ارتقا یابد. در این راستا باید:

یک - از راه تحقیق و ارائه اطلاعات به شناخت عواملی کمک کند که نتایج مثبتی برای حق بر سلامت به ارمغان می‌آورد؛

دو - متعهد به انتشار اطلاعات مناسب مربوط به سبک زندگی سالم و تغذیه، شیوه‌های سنتی مضر و در دسترس بودن خدمات باشد و آموزش‌ها و اطلاعات مربوط به مسائل اصلی سلامت در جامعه، از جمله روش‌های پیش‌گیری و کنترل آن‌ها را در اختیار مردم بگذارد؛

سه - از مردم در انتخاب‌های آگاهانه درباره سلامتی خود حمایت کند.

کوتاهی دولت‌های عضو در انجام اقدامات لازم برای تضمین حق بر سلامت نظیر تصویب نکردن یا اجرا نکردن سیاست ملی سلامت معطوف به تضمین حق بر سلامت برای همگان، تخصیص هزینه ناکافی یا نادرست منابع عمومی که به نابرخورداری افراد یا گروه‌ها از حق بر سلامت به ویژه افراد آسیب‌پذیر یا حاشیه‌نشین می‌شود، نظارت نکردن بر تحقق حق بر سلامت در سطح ملی و انجام ندادن تدبیرهایی برای کاهش توزیع ناعادلانه امکانات، کالاها و خدمات بهداشتی، نقض این تعهد محسوب می‌شود.¹

1. OHCHR, op.cit., pp. 25-27; CESCR, op.cit., pp. 12, 34-37 & 50-52

گفتار چهارم: امکان سنجی مسئولیت دولت در قبال نقض حق بر دسترسی به اطلاعات در حوزه سلامت

با عنایت به این‌که به موجب قوانین مربوط^۱ و بر اساس اصل جانشینی کشورها، مقررات میثاقین برای جمهوری اسلامی ایران نیز معتبر و لازم‌الاجراست و هر چند با عنایت به ماده ۹ قانون مدنی^۲، نظام حقوقی ایران در جذب قواعد حقوق بین‌الملل در زمره نظام‌های مونیستی قرار می‌گیرد، اما نظر به قلمت استناد به مقررات بین‌المللی در مراجع مربوط، در عمل تا اندازه‌ای شبیه نظام‌های حقوقی دوآلیستی عمل می‌شود.^۳ با این حال، مراجع قضایی گاهی به مواد میثاقین استناد می‌کنند.

در صورتی که دولت به تکلیف خود مبنی بر اطلاع‌رسانی و در دسترس گذاشتن همه اطلاعات مربوط به بیماری همه‌گیر، قبل و بعد از شیوع عمل نکند و هشدارها و اخطارهای پیش‌گیرانه را به اطلاع مردم نرساند و بر اثر این تقصیر، شهروندان جان خود را از دست دهند یا متحمل درد و رنج

۱. قانون اجازه الحاق دولت شاهنشاهی ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۳۵۴/۲/۱۷؛ قانون اجازه الحاق دولت شاهنشاهی ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

۲. مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است.

۳. در نظریه مونیستی، حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، اجزای یک نظام حقوقی واحد هستند و نباید آن‌ها را دو نظام حقوقی متفاوت دانست؛ زیرا حقوق لزوماً واحد است و مقررات معاهدات بین‌المللی پس از پیمودن تشریفات مربوط، در نظام حقوق داخلی قابل استناد است. در نظریه دوآلیستی، حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل، دو نظام حقوقی متفاوت قلمداد می‌شوند و هر یک هم‌چون دو ساختمان مستقل و مجزا از یکدیگرند، بدون آن‌که هر یک به دیگری متکی باشد. برای این‌که مفاد معاهده بین‌المللی در نظام داخلی قابل اجرا باشد، قانون‌گذار باید درباره آن قانون وضع کند. با عنایت به مفاد ماده ۹ قانون مدنی می‌توان دریافت که قانون‌گذار ایرانی به نظریه مونیستی و اجرای تعهدات بین‌المللی بر اساس روش خوداجرایی یا انتقال نظر دارد، به این معنا که مقررات معاهدات بین‌المللی پس از پیمودن تشریفات قانونی مربوط، به طور مستقیم در نظام حقوقی داخلی لازم‌الاجرا می‌شود. در این زمینه، سه گرایش وجود دارد: برتری حقوق بین‌الملل، برابری حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی و برتری حقوق داخلی. در نظام حقوقی ایران به نظر می‌رسد قانون‌گذار عادی درباره مقررات معاهدات بین‌المللی، اگرچه در عمل، برخوردی مشابه با قانون دارد، اما با به کار بردن عبارت «در حکم قانون» به لحاظ معنایی، شأن و اعتباری کم‌تر برای معاهدات بین‌المللی در مقایسه با قوانین داخلی قائل شده است. این امر در جای خود به عنوان یک مانع به این مسئله دامن زده است که در عمل، دادگاه‌های داخلی توجه و حساسیت کم‌تری نسبت به اجرای مفاد تعهدات بین‌المللی در مقایسه با قوانین داخلی داشته باشند (نک: هاشمی، حمید، «اجرای تعهدات بین‌المللی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها»، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۵، ۱۳۸۸، صص ۲۵۸-۲۲۹).

ناشی از ابتلا به بیماری کرونا و هزینه‌های مرتبط با بستری و درمان آن شوند، بدون تردید و بر اساس قاعده لاضرر، قاعده دفع ضرر محتمل، قاعده تحذیر^۱ و قاعده غرور^۲ باید قائل به لزوم جبران خسارت شهروندان توسط دولت بود. در همین زمینه می‌توان به این قواعد حقوقی هم استناد کرد:

۱. احکام قانون اساسی در حوزه سلامت شهروندان، سیاست‌های کلی سلامت در حوزه پیش‌گیری از بیماری و آگاه‌سازی مردم از حقوق و مسئولیت‌های اجتماعی خود و افزایش آگاهی ایشان.

۲. قانون مدیریت بحران، مصوب ۱۳۹۸/۵/۷ که به منظور ارتقای توان‌مندی جامعه در امور پیش‌بینی و پیش‌گیری، کاهش خطر و آسیب‌پذیری، پاسخ مؤثر در برابر مخاطرات طبیعی، حوادث و بحران‌ها، تأمین ایمنی، تقویت تاب‌آوری با ایجاد مدیریت یک‌پارچه در امر سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، ایجاد هماهنگی و انسجام در زمینه‌های اجرایی و پژوهشی، اطلاع‌رسانی متمرکز، سامان‌دهی و بازسازی مناطق آسیب‌دیده و نظارت دقیق بر فعالیت دستگاه‌های ذی‌ربط در حوزه حوادث و سوانح و کمک به توسعه پایدار برای مدیریت بحران کشور تصویب شده است.

۳. قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۴/۷/۹.

۴. قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۷/۳/۳ که تأمین بهداشت عمومی را جزو تکالیف وزارت بهداشت می‌داند.

۵. قوانین برنامه به ویژه قوانین برنامه چهارم، پنجم و ششم توسعه که تکالیفی را متوجه دولت و به طور خاص، وزارت بهداشت می‌کند.

۶. قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹/۲/۷.

۱. بر این اساس، اگر کسی پیش از اقدام به کاری که احتمال دارد بر اثر آن، خطر جانی یا مالی متوجه دیگری شود، دیگران را از وجود آن خطر آگاه کند و به نحو مقتضی هشدار دهد و مخاطب با وصف اطلاع، خود را در معرض خطر قرار دهد، هشداردهنده تحت شرایطی از مسئولیت مدنی و کیفری مبرا خواهد بود (نک: هوشمند فیروزآبادی، حسین، «امکان‌سنجی رفع مسئولیت مدنی ناقلان بیماری‌های همه‌گیر در پرتو قاعده تحذیر»، حقوق اسلامی، شماره ۶۴، ۱۳۹۹).

۲. به موجب این قاعده، هرگاه از شخصی، عملی صادر شود که باعث گول خوردن دیگری بشود و ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست، ضامن است و باید از عهده خسارات وارد شده برآید.

حال با توجه به شناسایی اصل مسئولیت دولت در این مورد باید دید آیا می‌توان در صورت نقض حق بر دسترسی به اطلاعات در حوزه سلامت، مسئولیت مدنی و کیفری برای دولت در نظر گرفت و از قابلیت تحقق مسئولیت اداری، انتظامی و نیز مسئولیت سیاسی سخن گفت؟

برای شناسایی مسئولیت مدنی باید سه رکن ورود ضرر، فعل زیان بار و رابطه سببیت وجود داشته باشد. با این حال، اثبات این که فعل زیان بار دولت (اطلاع‌رسانی نکردن پیشینی و پسینی در مورد کرونا) به طور مستقیم موجب شیوع و گسترش بیماری کرونا و از بین رفتن جان‌ها و دیگر آسیب‌های جسمی و روحی به افراد شده است، موضوعیت ندارد؛ زیرا سببیت به طور سنتی بر ادله عینی و ملموس از جمله اقرار عامل زیان، شهادت شهود یا انجام کارشناسی استوار است. این در حالی است که در خسارت ناشی از بیماری کرونا، اثبات مسئولیت مدنی دولت و انتساب زیان به او یا دیگر نهادهای مسئول، بیش‌تر با استناد به اوضاع و احوال قضیه صورت می‌گیرد.

در این زمینه، برای افکار عمومی در تحمیل بار جبران خسارت به شخصی غیر از عامل زیان (یعنی دولت) نیز باید نقش اساسی قائل شد. برای نمونه، طبق ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی، اگر سرپرست محجور از تکلیف خود مبنی بر نگاه‌داری و مواظبت از او کوتاهی کند، مسئول جبران خسارت‌های ناشی از فعل محجور خواهد بود. افکار عمومی نیز بر اساس این ایده که «باید مواظبتش می‌بودی»، سرپرست را مسئول می‌داند. پس بر اساس معیار «تو مسئولی چون»، لزومی ندارد عامل زیان همواره خود، مسئول جبران خسارت باشد. اقتضای این معیار درباره بیماری‌های واگیردار این است که چون هیچ شخصی بهتر از دولت نمی‌تواند از همه‌گیری بیماری پیش‌گیری کند یا چون هیچ شخصی جز دولت نمی‌تواند خسارت گزاف و گسترده کرونا را جبران کند، در نهایت، دولت، مسئول جبران خسارت است.^۲

در خصوص مسئولیت کیفری، شناسایی چنین مسئولیتی برای دولت و دیگر نهادهای عمومی غیر دولتی در صورت نقض «حق بر سلامت» و «حق بر اطلاعات در حوزه سلامت»، امکان‌پذیر، اما دشوار است. ارتکاب جرم از سوی شخص حقوقی مستلزم تحقق ارکان مادی و معنوی آن جرم

1. But for Test

۲. السان، پیشین، صص ۲۳۷-۲۳۴.

است، در حالی که شخص حقوقی وجود خارجی و عینی ندارد و هم چون شخص مصنوعی و انتزاعی محسوب می‌شود. پس انتساب ارتکاب رکن معنوی یک جرم و نیز اسناد تقصیر به او محل تأمل است. تأکید بیش از اندازه بر تقصیر فردی و خطای انسانی درباره اشخاص حقوقی چندان منطقی نیست؛ زیرا هر قدر، خطای انسانی اجتناب‌ناپذیر باشد، در واقع، حوادث زیان‌بار در زمینه فعالیت اشخاص حقوقی بیش از آن‌که نتیجه خطاهای فردی باشد، ناشی از عوامل گوناگون آشکار و نهان است. به بیان بهتر، در وقوع حوادث و جرایم اشخاص حقوقی، خطای فردی در مقایسه با نواقص دیگر از قبیل سوء مدیریت، ناکارآمدی روش‌ها، بوروکراسی بیش از اندازه و مسائلی از این دست، سهمی ناچیز دارد. قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) با تعیین معیار نمایندگی، نظریه مغز متفکر یا شناسایی را در حوزه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی پذیرفته است. بر این اساس، عمل ارکان و نمایندگان اصلی شخص حقوقی را باید به مثابه عمل شخص حقوقی قلمداد کرد و جرم را به او نسبت داد. این نظریه درصدد احراز تقصیر کیفری فردی و انتساب آن به شخص حقوقی است.^۱

قانون مجازات اسلامی از یک سو، بر اساس ماده ۱۴۳، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را شناسایی کرده است. از سوی دیگر، تبصره ماده ۲۰ همین قانون، مسئولیت کیفری دولت و نهادهای عمومی غیر دولتی را به زمانی محدود کرده است که در مقام اعمال حاکمیت نباشند. طبق ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، «در مسئولیت کیفری، اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن، مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست».^۲

۱. موسوی مجاب، سید درید و علی رفیع‌زاده، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، صص ۱۵۷-۱۵۰.

۲. بدون تردید، مسئولیت مدنی و کیفری از باب تسبیب برای اشخاص حقیقی، امری مسلم و پذیرفته شده است. ماده ۴۳۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «وجود فاصله زمانی میان رفتار مرتکب و نتیجه ناشی از آن، مانع از تحقق جنایت نیست، مانند فوت ناشی از انتقال عامل بیماری‌کننده که حسب مورد موجب قصاص یا دیه است. حکم این ماده و ماده ۴۹۲ این قانون در مورد کلیه جرایم جاری است». بنابراین، باید آگاه بود که سببیت هر فردی در انتقال بیماری همه‌گیر مسری، مسئولیت‌آور است. در صورت عمدی بودن قابل قصاص است، ولی اگر غیر عمدی باشد، اما شخص در مراقبت‌هایی که باید نوعاً و شخصاً داشته باشد، اهمال کند، باید از عهده جبران خسارت (دیه یا هزینه‌های درمان) برآید. (خدابخشی،

بر این اساس، اگر بتوان اطلاع‌رسانی نکردن درباره بیماری همه‌گیر کرونا اعم از پیش‌گیری و درمان به ویژه شیوع و همه‌گیری آن را به طور مستقیم، نتیجه ترک فعل نمایندگان شخص حقوقی حقوق عمومی به نام یا در راستای منافع آن شخص برشمرد، چه بسا بتوان هر یک را به لحاظ کیفری، مسئول دانست. با این حال، شناسایی مسئولیت کیفری، منصرف از مواردی است که اشخاص یادشده در مقام اعمال حاکمیت هستند. نکته قابل توجه در خصوص تبصره این ماده آن است که به «اعمال حاکمیت» اشاره دارد. به بیان بهتر، به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار، عمل حاکمیت در مقابل عمل تصدی باشد، اما به اشتباه، از اعمال حاکمیت نام برده است. برای شناسایی عمل حاکمیت نیز می‌توان به ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مراجعه کرد. با وجود این، اگرچه ماده پیش‌گفته، ناظر به تعریف و مصادیق امور حاکمیتی است، اما مستنبط از صدر ماده و مصادیق ذکرشده، ظاهراً امور عمومی به اشتباه، امور حاکمیتی تلقی شده است.

در خصوص مسئولیت سیاسی که ناشی از نبود اتفاق و تفاهم ناشی از سیاست‌های دولت است، علی‌الاصول باید قائل به مسئولیت سیاسی اشخاص حقیقی (وزیران و رئیس جمهوری) با ضمانت اجرای عزل یا کناره‌گیری آن مقام بود. با این حال، هر یک از وزیران به اعتبار عضویت در هیئت وزیران و مشارکت در تصمیم‌گیری‌های دولت، دارای مسئولیت جمعی هستند. تصمیم‌های هیئت وزیران نیز اصولاً با اکثریت آرای وزیران گرفته می‌شود. چه بسا وزیری هنگام تصمیم‌گیری، رأی منفی داده باشد، اما از جنبه هماهنگی، وزیر مورد نظر از مسئولیت مبرا نیست.^۱ از طرفی، با عنایت به اصول ۱۳۷۲ و ۸۷۲ و ۸۹۴ قانون اساسی می‌توان قائل به مسئولیت جمعی هیئت وزیران

عبدالله، «کرونا و مسئولیت مدنی و جزایی»، ۱۳۹۸، قابل دسترس در: t.me/khkhodabakhshi/2030.

۱. نک: هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی (جلد دوم): حاکمیت و نهاد‌های سیاسی، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲، صص ۲۱۳-۲۰۷ و ۳۳۲-۳۳۱.

۲. هر یک از وزیران، مسئول و وظایف خاص خویش در برابر رئیس جمهور و مجلس است و در اموری که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، مسئول اعمال دیگران نیز هست.

۳. رئیس جمهور برای هیئت وزیران پس از تشکیل و پیش از هر اقدام دیگر باید از مجلس رأی اعتماد بگیرد. در دوران تصدی نیز در مورد مسائل مهم و مورد اختلاف می‌تواند از مجلس برای هیئت وزیران تقاضای رأی اعتماد کند.

۴. نمایندگان مجلس شورای اسلامی می‌توانند در مواردی که لازم میدانند، هیئت وزیران یا هر یک از وزرا را استیضاح کنند. ... اگر مجلس رأی اعتماد نداد، هیئت وزیران یا وزیر مورد استیضاح عزل می‌شود.

بود. توضیح این‌که سیاست کلی دولت و برنامه‌های پیشنهادی آن از جمله سیاست و برنامه دولت در حوزه ارتقای بهداشت و سلامت عمومی، در آغاز کار به تأیید مجلس شورای اسلامی می‌رسد. مجلس نیز خود را موظف به نظارت مستمر بر سیاست کلی و برنامه‌های اعلامی قوه مجریه هنگام تشکیل کابینه و در طول دوره خدمت و نیز نظارت بر استنکاف دولت از انجام وظایف خود در حوزه سلامت و بهداشت عمومی می‌داند. چون مسئولیت مقابله با بیماری کرونا و پیش‌گیری از شیوع آن به شیوه‌های مختلف به ویژه اطلاع‌رسانی به‌هنگام، دقیق و کامل از جمله وظایف کلی قوه مجریه محسوب می‌شود، از این منظر می‌توان مسئولیت سیاسی هیئت وزیران را شناسایی کرد.

در خصوص مسئولیت اداری و انتظامی، چون در قوانین و مقررات مربوط به رسیدگی به تخلفات اداری و نیز مصادیق تخلفات و مجازات‌های مربوط که تنها می‌تواند از یک شخص حقیقی سر بزند و به همان ترتیب نیز مجازات نسبت به او اعمال شود، چنین استنباط می‌شود که ارتکاب خطا و تخلف اداری را صرفاً می‌توان به مرتکب حقیقی منتسب کرد. با عنایت به سکوت نظام حقوقی درباره شناسایی مسئولیت اداری و انتظامی برای دولت و تعیین نشدن مجازات برای آن و نیز حکومت اصل مسئولیت شخصی مستخدم در باب مسئولیت اداری و انتظامی، دیگر نمی‌توان قائل به وجود مسئولیت اداری و انتظامی برای اشخاص حقوقی حقوق عمومی بود. بر اساس ماده ۲ دستور العمل رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۸/۷/۴ هیئت عالی نظارت، «تخلف اداری عبارت است از ارتکاب اعمال و رفتار نادرست توسط مستخدم و عدم رعایت نظم و انضباط اداری که منحصر به موارد مذکور در قانون رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد و به دو دسته قصور و تقصیر تقسیم می‌شود: الف) قصور عبارت است از کوتاهی غیر عمدی در انجام وظایف اداری محوله؛ ب) تقصیر عبارت است از نقض عمدی قوانین و مقررات مربوط».

با این حال، شاید بتوان این‌گونه استدلال کرد که در فرضی که نقض حق دسترسی به اطلاعات در پیش‌گیری از بیماری واگیردار و مقابله با آن ناشی از جریان یافتن نادرست امور و سوء مدیریت کلی در دولت و دستگاه متولی باشد و منجر به ورود خسارت مالی، جسمی و روانی یا از دست رفتن حیات شهروندان شود؛ یعنی خطا و تخلف اداری در نقص وسایل اداره ریشه داشته و باعث ورود خسارت شده باشد، نتیجه برخورد با چنین تخلف اداری، صرفاً محکومیت دولت به جبران خسارت زیان دیده خواهد بود. به بیان بهتر، در این فرض نیز اعمال مجازات اداری نسبت به دستگاه دولتی یادشده، سالبه به انتفاء موضوع است، هر چند اثر خود را در شناسایی مسئولیت مدنی دولت و الزام آن دستگاه به جبران خسارت می‌گذارد.

نتیجه‌گیری

دسترسی مردم به اطلاعات مربوط به بیماری‌های همه‌گیر، محل تلاقی حق بر سلامت و حق بر اطلاعات است. این دو حق به ترتیب، از حق‌های نسل دوم و اول هستند که علی‌الاصول با مداخله و عدم مداخله تأمین می‌شوند، اما در مورد دولت به عنوان مخاطب اصلی، حق - ادعا محسوب می‌شوند و مسئولیت انجام همه اقدامات سلبی و ایجابی حمایتی از حق‌های پیش‌گفته را بر عهده آن می‌گذارد. اطلاع‌رسانی در حوزه سلامت از یک سو در حق بر سلامت و از سوی دیگر در حق بر اطلاعات ریشه دارد که هر یک دارای ابعاد و آثار مختلفی است.

از جمله اساسی‌ترین آثار این موضوع، اطلاع‌رسانی در خصوص همه موضوعات مربوط به سلامتی در مراحل مختلف شیوع یک بیماری اعم از پیش‌گیری و درمان است. لذا، اگر دولتها در اوان انتشار بیماری‌های مسری به موقع و کافی اطلاع‌رسانی کرده و همه اطلاعات مرتبط دیگر را از قبیل روش‌های پیش‌گیری و درمان، مراکز دارویی و درمانی، به صورت کافی و به موقع در اختیار شهروندان قرار دهند، چه بسا جلو بسیاری از مرگ‌ومیرها بر اثر این بیماری‌ها گرفته شود. لذا، تضمین دسترسی مردم به اطلاعات نهادهای عمومی متولی سلامت در رابطه با بیماری کرونا و انتشار عمومی این قبیل اطلاعات نه تنها سهم بسزایی در کاهش میزان ابتلا به این بیماری مهلک دارد بلکه همچنین با مطلع ساختن مبتلایان از مراکز درمانی اختصاصی و سایر اطلاعات مربوط به دوران بیماری و نقاهت، نقش بی‌بدیلی در کاهش میزان مرگ و میر و آسیب‌های ناشی از این بیماری خواهد داشت. و انگهی، در دسترس‌گذاردن و انتشار کلیه اطلاعات عمومی مربوط به بیماری کرونا، مانع توجه شهروندان به اطلاعات نادرست، شبه‌اطلاعات و اطلاعات درست آمیخته به نادرست شده و متعاقباً به افزایش سطح اعتماد عمومی به حکومت خواهد انجامید.

شناسایی انواع مسئولیت برای دولت می‌تواند در تأمین هر چه بهتر حقوق شهروندان به ویژه در زمینه تضمین حق بر دسترسی به اطلاعات در حوزه سلامت سهمی بسزا ایفا کند. در میان انواع مسئولیت‌های دولت شاید بتوان مدعی شد که مأنوس‌ترین آن‌ها، مسئولیت مدنی دولت و الزام دولت در جبران خسارت شهروندان زیان‌دیده از جهت نقص وسایل اداره باشد. با این حال، با تصویب قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و شناسایی مسئولیت کیفری برای دولت و اشخاص حقوقی

حقوق عمومی با توجه به فلسفه اصلی مسئولیت کیفری دولت یعنی پیش‌گیری از بزه‌دیدگی شهروندان، گامی مهم در توجه بیش‌تر به اوضاع و احوال مردم و جلوگیری از سوء استفاده از قدرت تلقی می‌شود. بنابراین، به نظر می‌رسد شناسایی مسئولیت کیفری برای دولت‌ها و اشخاص حقوقی حقوق عمومی در موارد اعمال حاکمیت، نه تنها نادرست نباشد، بلکه در صورت رعایت اعتدال و وضع قوانین مناسب، باعث تضمین حقوق ملت و پیشرفت جامعه خواهد شد. وانگهی، شناسایی مسئولیت سیاسی در قبال نقض حق دسترسی به اطلاعات شهروندان در زمینه پیش‌گیری و مقابله با بیماری‌های واگیردار نیازمند رسیدن به بلوغ سیاسی، برنامه‌محوری دولت‌ها و نظام‌مندی مشارکت سیاسی است تا مجلس شورای اسلامی بتواند با استفاده از ابزارهای خود و فشار بر دولت‌مردان، گامی مهم در تضمین حقوق شهروندان بردارد.

شناسایی مسئولیت اداری و انتظامی برای دولت هنوز در مرحله جنینی به سر می‌برد و لازم است که دکتترین حقوقی به نظریه‌پردازی بپردازد و رویه قضایی نیز با کمک آرا و آثار حقوق دانان، راه را برای شناسایی چنین مسئولیتی هموار سازد. در نهایت، قانون‌گذار نیز با عنایت به مساعی دانشمندان حقوق و قضات نسبت به قانون‌گذاری در این عرصه همانند مسئولیت کیفری اقدام کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، باقر، مطالعه تطبیقی قوانین و مقررات ناظر بر فرهنگ شفافیت، تهران: بویه مهر اشراق، ۱۳۹۶.
۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر یکم)، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی (جلد دوم): حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۲.

ب) مقاله

۱. احسانی‌فر، احمد، «ابعاد فقهی و حقوقی بیماری‌های واگیر خطرناک و سریع‌الانتشار (کرونا) از منظر قاعده وجوب دفع ضرر محتمل»، حقوق اسلامی، شماره ۶۴، بهار ۱۳۹۹، صص ۱۷۲-۱۴۳.
۲. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیر (بررسی موردی: کووید ۱۹)»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹، صص ۲۴۳-۲۱۵.
۳. خدابخشی، عبدالله، «کرونا و مسئولیت مدنی و جزایی»، قابل دسترس در: t.me/khk-hodabakhshi/2030.
۴. دانش‌پور بخشایش، عیسی، «مسئولیت و تعهد دولت در ترویج حقوق شهروندی با تأکید بر حق بر سلامت»، در: کرونا و حق بر سلامت، تبریز: نامه خرد، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۵. راسخ، محمد، ««حق» یا «ارزش» حیات؟ نکته‌ای منطقی در باب ادعای حق بر حیات»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹، ۱۳۹۶، صص ۹۸-۷۵.
۶. راسخ، محمد، «مبانی و نظام حقوق سلامت عمومی در وضعیت اضطراری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۵، ۱۴۰۰، صص ۸۰-۵۷.
۷. عباسی، محمود و دیگران، «الزامات حقوقی اسناد بین‌المللی در قبال بهداشت و سلامت عمومی و چالش‌های فراروی آن»، مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، دوره

سی و سوم، شماره ۲، ۱۳۹۴، صص ۱۴۶-۱۳۸.

۸. فروغی، فضل‌الله و دیگران، «نحوه احراز مسئولیت کیفری در بیماری‌های واگیردار و جرایم قابل انتساب»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، شماره ۳۵، ۱۳۹۴، صص ۱۵۶-۱۲۵.

۹. موسوی مجاب، سید درید و علی رفیع‌زاده، «دامنه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، دوره چهارم، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، صص ۱۶۹-۱۴۷.

۱۰. مهرا، نسرين، «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹، صص ۱۶۱-۱۴۳.

۱۱. ویژه، محمدرضا، «حق دسترسی به اطلاعات محیط زیست: بررسی حقوق بشر اروپایی»، محیط‌شناسی، شماره ۴۰، ۱۳۸۵، صص ۸۶-۷۷.

۱۲. هاشمی، حمید، «اجرای تعهدات بین‌المللی در نظام قضایی ایران: محدودیت‌ها و ظرفیت‌ها»، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۵، ۱۳۸۸، صص ۲۵۸-۲۲۹.

۱۳. هاشمی، سید محمود و دیگران، «طرق احتمالی نقض حق درمان توسط دولت و مسئولیت ناشی از آن»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، شماره ۴۹، ۱۳۹۸، صص ۱۲۱-۸۷.

2. Latin Source

A) Article

1. Giritly Nygren, K. and Olofsson, A., "Managing the covid-19 pandemic through individual responsibility: the consequences of a world risk society and enhanced ethopolitics", Journal of risk research, 2020, pp.1031-1035
2. Lee, Y. and Mun, H. "COVID-19: Public Access to Information - Legal and Institutional Frameworks", Law and Development Review, Vol.13, Issue 2, 2020, pp. 535542-

B) Document and Report

1. Centre for Law and Democracy, Maintaining Human Rights during Health Emergencies: Brief

- on Standards Regarding the Right to Information, research report, 2020, Available at: www.kq.freepressunlimited.org/wp-content/uploads/2020/07/RTI-and-COVID-19-Briefing.20-05-27.Final_.pdf
2. Committee of Ministers of the Council of Europe, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis, 2007, Available at: www.search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ae60e
 3. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), 2000
 4. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), The Right to Health, Geneva: Fact Sheet No. 31, 2000
 5. The Council of Europe, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: A toolkit for member states, Information Documents, 2020
 6. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Disease pandemics and the freedom of opinion and expression, Report, 2020, Available at: www.freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/04/A_HRC_44_49_Advance-EditedVersion.pdf

مفهوم‌شناسی حسن نیت در حقوق عمومی

علی ولایی^۱

محمد جلالی^۲

چکیده

«حسن نیت»، مفهومی است که تا کنون در حوزه‌های مختلف حقوقی مطرح شده است، اما در حقوق عمومی، مفهومی تازه محسوب می‌شود. در حالی که حقوق عمومی در برداشتهای مدرن حقوق بشری بر پایه حسن نیت استوار است تا حاکمان نگاهی مبتنی بر اعتماد به شهروندان داشته و در عملکرد خود، به اداره‌شوندگان وفادار باشند. حسن نیت شهروندان به حاکمان نیز باعث سامان‌دهی بهتر امور جامعه می‌شود. حسن نیت گاهی به مفهوم صداقت، وفاداری و اقدام منصفانه، و گاهی به مفهوم اشتباه‌موجه و جهل قابل‌حمایت است. تعریف مفهوم ذهنی و نسبی حسن نیت، همانند مفاهیم عدالت، انصاف و اخلاق حسنه، دشوار و همراه با ابهام است. از این رو، توصیف آن از طریق مفاهیم متضادی چون سوء نیت، سوء استفاده از اختیار و تقلب و در کنار توجه به کاربردهای آن امکان‌پذیر می‌شود. حسن نیت را در برخی کارکردها، فرض حقوقی در نظر می‌گیرند و با اثبات بر عهده مدعی خلاف آن است، اما گاهی هم به اصل حقوقی و معیار رفتاری تعبیر می‌گردد. این مقاله در پی آن است که به چیستی مفهوم حسن نیت در حقوق عمومی بپردازد و با توجه به کاربرد آن در قوانین و رویه قضایی اداری، ورود این مفهوم به حیطه حقوق عمومی را امکان‌سنجی کند. بر اساس یافته این پژوهش، معانی حسن نیت در حقوق عمومی با دیگر حوزه‌های حقوقی تفاوت چندانی ندارد، ولی کاربرد آن متفاوت است. در نتیجه، طرح چنین مفهومی می‌تواند به تدریج، خلأ آن را در قوانین و رویه قضایی اداری ایران تکمیل کند.

واژگان کلیدی: اشتباه‌موجه، حسن نیت، حقوق عمومی، صداقت، وفاداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (alivelaei@gmail.com)

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) (mdjalali@gmail.com)

مقدمه

امروزه بسیاری از مفاهیم اخلاقی، جامه حقوقی به تن کرده و در قالب اصولی چون حسن نیت، انصاف، امانت و رازداری، وفای به عهد و ممنوعیت داراشدن بلاجهت قابل مشاهده است. اصول اخلاقی بر رفتار مدیران نیز حاکم است و در برخی مواد قانون مدیریت خدمات کشوری نظیر مواد ۲۵، ۴۶ و به ویژه ماده ۹۰ این قانون^۱ به آن‌ها اشاره شده است. از این رو، بخش عمده‌های از اصول حقوق اداری را میتوان در مبانی اخلاقی جست، به گونه‌ای که تفکیک مرز میان حقوق و اخلاق دشوار شده است.

این‌که قاضی اداری در کنترل قضایی اعمال اداری به انگیزه، قصد و نیت و هدف مقام اداری در تصمیم‌گیری یا اقدام اداری توجه کند، اداره را به تبعیت از اصولی وامی‌دارد که در حقوق موضوعه، نمود عینی چندانی ندارند و در واقع، به دنبال اخلاقی‌سازی حقوق موضوعه با اصولی چون رازداری، احترام، صداقت و تکلیف به راهنمایی است. چنین مسائلی با رویکرد حقوق طبیعی سازگار است که به پیوند عمیق حقوق و اخلاق باور دارد و اساساً فلسفه ظهور اصول کلی حقوق اداری، نفوذ قواعد اخلاقی به عنوان اصول نانوشته و فراقانونی در حوزه حقوق است.

حسن نیت یکی از این مفاهیم اخلاقی است که به قاعده طلایی^۲ نیز بی‌شبهت نیست و ریشه آن را در حقوق عمومی می‌توان در اصل ممنوعیت رفتار متناقض^۳ پی‌گیری کرد.^۴ برخی چون گستن معتقدند اصل حسن نیت، جوهر اخلاقی دارد، اما یک اصل عام حقوقی محسوب می‌شود و

۱. «کارمندان دستگاههای اجرایی موظف میباشند که وظایف خود را با دقت، سرعت، صداقت، امانت، گشاده‌رویی، انصاف و تبعیت از قوانین و مقررات عمومی و اختصاصی دستگاه مربوطه انجام دهند و در مقابل عموم مراجعین به طور یکسان و دستگاه ذیربط پاسخ‌گو باشند. هر گونه بیاعتنایی به امور مراجعین و تخلف از قوانین و مقررات عمومی ممنوع میباشد. ارباب رجوع میتواند در برابر برخورد نامناسب کارمندان با آن‌ها و کوتاهی در انجام وظایف به دستگاه اجرایی ذیربط و یا به مراجع قانونی شکایت نمایند.»

2. Treat others as you wish to be treated

3. Venire contra factum proprium

۴. اقدام هیچ فردی نباید متناقض با اقدام قبلی خودش باشد و فرد دیگر میتواند اعتماد معقول به اقدام قبلی فرد اول داشته باشد (اصل سازگاری). شبیه چنین چیزی را در سنت خود به عنوان قاعده «انکار پس از اقرار مسموع نیست» و در کامن لات تحت عنوان Estoppel داریم.

دارای مفهومی حقوقی است.^۱ اصل حسن نیت^۲ از جمله اصول حقوقی مشترک در نظام‌های داخلی و بین‌المللی است که در کنار اصولی بنیادین مانند وفای به عهد، جبران خسارت ناروا، احترام به حقوق مکتسبه و اعتبار قضیه محکوم بها قرار دارد.^۳ در قانون‌گذاری و رویه قضایی با تمسک به حسن نیت می‌توان با تعدیل قواعد خشک حقوقی، جلوگیری از تدلیس، تقلب و تبانی و جبران خلأ سکوت، تعارض و ابهام در قوانین، از آن به عنوان ابزاری برای اخلاقی کردن قوانین موجود کمک گرفت.

حسن نیت، اصلی جهانی و مورد پذیرش همگان تلقی می‌شود و به ویژه در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، کاربردی گسترده دارد و در صورت تزامم با اصول دیگر، حسن نیت، حاکم خواهد بود.^۴ با این حال، این اصل در سنت کامن لاریشه‌دار نیست و بیش‌تر به حقوق قراردادها (اعم از انعقاد، اجرا و تفسیر آن) اختصاص پیدا کرده و به ویژه از دهه ۶۰ میلادی، در امریکا گسترش یافته است.

پرسش این پژوهش آن است که آیا حسن نیت در حقوق عمومی قابل شناسایی است؟ در صورت شناسایی حسن نیت، با چه مفهومی در حقوق عمومی کاربرد خواهد داشت و چه نقشی را ایفا می‌کند؟ بر همین اساس، در این مقاله، به دنبال آن هستیم که مفهوم و ماهیت حسن نیت را در حقوق عمومی در مقایسه با مفاهیم مشابه واکاوی کنیم. در ادامه نیز به کاربردهای حسن نیت در شاخه‌های مختلف حقوق عمومی می‌پردازیم تا وظیفه حسن نیت برای شهروندان یا حاکمیت در هر مورد به خوبی تبیین گردد.

گفتار اول: مفهوم و ماهیت حسن نیت

ورود مفهوم حسن نیت به حوزه حقوق عمومی و به ویژه حقوق اداری سابقه زیادی ندارد. در نظام حقوقی کانادا، حسن نیت، اصلی فراگیر در حقوق عمومی محسوب می‌شود.^۵ آلمان، سوئیس،

۱. قاسمی حامد، عباس، «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۰، ۱۳۷۵، مندرج در کتاب حقوق اقتصادی، تهران: دراک، ص ۶۴.

2. Buona Fede, (فرانسوی) La Bonne Foi, (لاتین) Bona Fide, Ubertima Fides, (انگلیسی) Good Faith, Good Will (آلمانی) Treu Und Glauben, Guter Glaube, (ایتالیایی)

۳. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۶۷.

۴. جعفری، علی، اصل حسن نیت در قراردادها (بررسی فقهی-حقوقی)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۴، ص ۱۶.

5. Grey, J. H., *Discretion in Administrative Law*, Osgoode Hall Law Journal. Vol. 17, 1979, p. 128

اسلوونی، فنلاند و لوکزامبورگ نیز اصل حسن نیت را در حقوق اداری و حقوق مالیاتی مطرح کرده‌اند و مقرر می‌دارند که از حسن نیت و اعتماد اشخاص به قواعد مالیاتی و ادارات مالیاتی حمایت می‌شود.^۱ در مقابل، دادگاه‌های لهستان، حسن نیت را مفهومی مختص حقوق خصوصی می‌دانند^۲ و آن را وارد حقوق عمومی، اعم از حقوق اداری و حقوق مالیاتی نمی‌کنند.^۳ از این رو، شناخت مفهوم و ماهیت حسن نیت، ضرورت پیدا می‌کند.

اگر معتقد به چندگانگی در مفهوم حقوقی حسن نیت و مشترک لفظی دانستن آن باشیم، این‌که حسن نیت در چه نوع نظام حقوقی، در کدام شاخه حقوق و در کدام موضوع آن شاخه مطرح شود، موجب تحقق معنای متفاوتی از این مفهوم می‌شود. فرض این مقاله بر آن است که حسن نیت، مشترک معنوی است و در شاخه‌های گوناگون حقوق، مصادیق و کاربردهای مختلفی دارد. در نتیجه، همان معنایی از حسن نیت که تا کنون در شاخه‌های مختلف حقوق بیان شده، در حقوق عمومی نیز قابل استفاده است. از این رو، ضروری است تا معانی مختلف حسن نیت ارزیابی شود و کاربرد آن به صورت اصل یا فرض حقوقی مشخص گردد.

بند اول: چیستی حسن نیت

حسن نیت به معنای درست‌کاری، صداقت، اعتماد و امانت آمده و در اصطلاح آلمانی آن به فقدان قصد ناشایست و نادرست و نیز باور و اعتقاد نادرستی که قابل بخشش است، اشاره شده است. بر این اساس، حسن نیت، دو نقش و مفهوم اساسی دارد:^۴ تصور یا باور اشتباه (خلاف واقع) و

1. Simonek Madeleine, Becker Martina, **Tax Law, in Thommen Marc, Introduction to Swiss Law**, Berlin, 2018, p. 251 & 267

۲. ماده ۵ قانون مدنی لهستان از هم‌زیستی اجتماعی و ممنوعیت سوء استفاده از حق بحث میکند و معادل ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان محسوب میشود که ناظر به حسن نیت است؛ با این تفاوت که به حوزه حقوق عمومی تعمیم نیافته است. نک:

Parchomiuk Jerzy, **The Protection of Legitimate Expectation in Administrative Law: A Horizontal Perspective**, Baltic Journal of Law and Politics, Vol. 10, No. 2, 2017, p. 18

3. Hesselink Martijn W., **The Concept of Good Faith**, pp. 634 & 635

۴. این تفکیک میان ماده ۵۵۰ قانون مدنی فرانسه مبنی بر حسن نیت در تصرف مالکانه در صورت جهل به عیوب نقل مالکیت با ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مبنی بر حسن نیت در اجرای قرارداد قابل مشاهده است.

قابل بخشش،^۱ درست‌کاری و صداقت و رفتار شایسته. از طرفی، حسن نیت، مفهومی درونی، معنوی و روان‌شناختی است که همانند جهل و عدم شناخت قابل تعریف است؛ از طرف دیگر، مفهومی کاملاً اخلاقی به عنوان منبع وظایف یا معیار رفتار است و به معنای الزام‌آوری رفتار توأم با درستی، صداقت، یک‌رنگی و وفاداری به وعده‌ها و تهی از اهداف نهانی و هرگونه فریب‌کاری و سوء نیت در امور حقوقی است.^۲ حسن نیت در فرهنگ حقوقی بلک چنین تعریف شده است: یک حالت ذهنی بر اساس (۱) صداقت در باور یا قصد و نیت؛ (۲) وفاداری به تعهد و التزام؛ (۳) رعایت استانداردهای تجاری متعارف برای تعامل منصفانه در یک کار تجاری معین؛ (۴) فقدان قصد تقلب یا تحصیل امتیاز بر خلاف وجدان.^۳

به دیگر سخن، حسن نیت، کیفیتی ناملموس و انتزاعی و به معنای حسن فاعلی است که شامل یک اعتقاد صادقانه و فقدان سوء نیت است و در یک کلام، حاکی از وفاداری به وظیفه یا تعهد تلقی می‌شود. از این رو، حسن نیت که ریشه‌های مذهبی دارد، به مفهوم وفاداری در حقوق اداری، در نسبت میان کارمند با اداره و نیز در نسبت میان اداره با اداره‌شوندگان یا شهروندان کاربرد خواهد داشت. تمرکز بر اعتقاد به صحت عمل در تعریف حسن نیت، نشان‌دهنده حسن فاعلی صرف است، اما اگر به جای اعتقاد، به بروز خارجی آن یعنی رفتار نیز اشاره شود، حسن فعلی اهمیت می‌یابد، مانند حسن اجرا در بحث از حسن نیت در اجرای قرارداد.

بنابراین، حسن نیت را به وضع فکری کسی تعریف می‌کنند که از روی جهل و اشتباه به عمل حقوقی اقدام می‌کند و می‌پندارد که عمل او طبق قانون است، در حالی که موافق قانون نیست. پس از کشف خلاف واقع بودن باوری که همراه با حسن نیت بوده و قابل سرزنش نیست، قانون‌گذار در مقابل عواقب زیان‌آور آن عمل حقوقی، در حدود معینی از او حمایت می‌کند.^۴ اما اگر فرد، اشتباهی را عمداً مرتکب شود، نباید از صداقت نداشتن خود منتفع گردد. در حقیقت، حسن نیت در مورد باور اشتباه به شرایط خاص قانونی فرض گرفته می‌شود تا به اعمال حقوقی متعاقب آن اعتبار

1. Good Faith as Justifiable Ignorance or Mistaken Belief

2. Carter Holt Harvey Ltd. v. National Distribution Union Inc. [2002] 1 ERNZ 239 (CA)

3. Black's Law Dictionary – Good Faith

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲، ش ۱۷۱۶.

بخشد. حسن نیت موجب قانونی شدن عمل غیر قانونی یا اعتبار مقررات وضع شده توسط مقام اجرایی نمی‌گردد، بلکه تنها باعث کاهش پی‌آمدهای ناشی از تخلف می‌شود.

حسن نیت به معنای باور اشتباه می‌تواند ناظر به صحت عملکرد خود نسبت به دیگران باشد که ذیل عنصر روانی جرم در حقوق کیفری و در موارد متعددی مانند وطی به شبهه در حقوق مدنی مطرح می‌شود. حسن نیت در این معنا، اگر ناظر به صحت عملکرد دیگران نسبت به خود باشد، نظریه ظاهر در حقوق^۱ را ایجاد می‌کند که به موجب آن، اقدام‌کننده بر اساس ظاهر متعارف و قابل اعتماد، شایسته حمایت حقوقی است. این گونه از حسن نیت اشخاص ثالث حمایت می‌شود و اعمال حقوقی فاقد شرایط که ظاهراً به طور قانونی منعقد شده‌اند، معتبر تلقی می‌گردد؛^۲ زیرا نظام حقوقی می‌بایست از اعتمادی که هر تابع حقوق بر اثر فعل یا ترک فعل یا اظهار و رفتار خود نزد دیگران به وجود می‌آورد، پشتیبانی کند و از کسی که با حسن نیت، به ظاهر قانونی رفتار دیگری اعتماد کرده است، حمایت کند.^۳

حسن نیت دارای دو مفهوم ذهنی و عینی است.^۴ در مفهوم ذهنی که اثبات آن دشوار است، فرض حسن نیت برای فردی وجود دارد که از او حمایت می‌شود تا خلاف حسن نیت وی به اثبات برسد. حسن نیت ذهنی به دنبال حمایت از باور اشتباه و اعتماد به ظاهر است و در داشتن حق به کار می‌رود، اما حسن نیت عینی در پی اخلاقی کردن و ایجاد برابری در روابط قراردادی است و

1. Theory of the Appearance in the law

۲. جعفری، پیشین، ص ۴۸. برای مثال، در رأی شعبه پانزدهم دیوان عدالت اداری که در مورد اعتراض به دادنامه شماره ۷ هیئت موضوع ماده ۲۵۱ قانون مالیات‌های مستقیم مربوط به مالیات بر ارزش افزوده صادر شده است، قاضی با توجه به مراجعه شاکی به سامانه سازمان امور مالیاتی و انعقاد قرارداد پس از حصول اطمینان از اعتبار شرکت‌های طرف معامله، وی را دارای حسن نیت دانسته است. در این قضیه از اعتقاد صادقانه و حسن فاعلی شاکی حمایت شده است.

۳. رأی شعبه دوم دادگاه عمومی (حقوقی) دادگستری استان کردستان، شماره دادنامه: ۱۳۹۹/۰۵/۰۱، ۹۹۰۹۹۷۸۷۳۶۷۰۴۲۱.

۴. در حقوق آلمان میان حسن نیت عینی (Treu Und Glauben) و ذهنی (Guter Glaube) حتی به لحاظ لفظی تفاوت گذاشته میشود. حسن نیت ذهنی به وضعیت ذهنی و جهل و غفلت نسبت به یک واقعه معین تعریف میشود، اما حسن نیت عینی به معنای هنجاری برای اقدام طرفین قرارداد و تکلیف کلی به انصاف و معقولیت است.

See: Hesselink Martijn W., **The Concept of Good Faith, Towards a European civil code – 4th rev.**, University of Amsterdam, 2011, p. 619; Tassone Bruno, **Good Faith and the Abuse of Right in the Context of the Autonomy of Negotiating Contract**, LUISS Guido Carli, 2014, p. 5

در اجرای حق به کار می‌رود تا با رفتار فردی متعارف، معقول، صادق و اخلاقی ارزیابی گردد.^۱ حقوق اداری همواره به عنوان حقوقی عینی^۲ تلقی می‌شود، اما ورود مفاهیمی چون حسن نیت برای تغییر به سمت ذهنی‌سازی حقوق اداری^۳ قابل ارزیابی است.

در قضیه Doyle v. Gordon که در ایالات متحده امریکا مطرح شد،^۴ قاضی، حسن نیت را شامل اعتقاد صادق، نبود سوء نیت و نبود طرح و برنامه برای فریب دادن یا پی‌گیری منافع نامعقول دانست که به دلیل ذهنی و درونی بودن، به صرف اعلان و اظهار قابل احراز نیست. در قضیه دیگری که مربوط به حقوق بیمه است،^۵ حسن نیت حاکی از صداقت، رفتار منصفانه و بیان کامل حقایق تعریف شده است. در برخی قراردادها مانند بیمه، وظیفه ایجابی حداکثر حسن نیت^۶ به عنوان اساس قرارداد در نظر گرفته می‌شود که فراتر از تقلب و فریب‌کاری نکردن، طرفین را به افشای صادقانه تمام وقایع و اعمال مهم ملزم می‌کند و سوء نیت به معنای بیان خلاف واقع و ندادن اطلاعات مؤثر است.^۷

وظیفه حسن نیت نیز به دو وظیفه وفاداری^۸ و همکاری^۹ تفکیک می‌شود؛ وفاداری ناظر به تکلیفی سلبی به معنای جلوگیری از هر اقدام غیر منصفانه است، ولی همکاری، ناظر به تکلیفی ایجابی است. در حقوق اقتصادی، نظریه تعهد به دادن اطلاعات بر پایه ضرورت رعایت اصل حسن نیت هنگام انعقاد و اجرای عقد استوار است و در دو شکل تعهد به درست‌کاری و تعهد به مشارکت و همکاری متجلی است و با سکوت نیرنگ‌آمیز که مخالف این اصل است، این تعهد نقض می‌شود.^{۱۰}

1. YaŞar Yusuf, İçer Zafer, **The Concept of "Good Faith" in Criminal Law**, Journal of Criminal Law and Criminology, No. 7(2), 2019, pp. 1-20

2. Objective Law

3. Subjectivization of Administrative Law

4. Doyle v. Gordon, 158 New York Supreme Court 2d 248, 260 [1954]

5. Davy v. Public National Insurance Company, Court of Appeals of California, 4th Appellate District [1960]

6. Uberrimae Fidei

۷. ماده ۱۷ قانون بیمه دریایی ۱۹۰۶ انگلستان.

8. Duty of Loyalty

9. Duty of Cooperation

۱۰. قاسمی حامد، پیشین، ص ۶۵.

در حقوق بین‌الملل عمومی، یکی از مهم‌ترین اصولی^۱ که مطابق مواد ۲۶ و ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین، در تفسیر و اجرای معاهدات باید مراعات شود، اصل حسن نیت است.^۲ بدین ترتیب، اصل حسن نیت از اصول کلی حقوق محسوب می‌شود که طبق ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از منابع حقوق بین‌الملل هستند. حسن نیت، یکی از عناصر ضروری برای هر گونه همکاری نیز محسوب می‌شود، چنان‌که تشریک مساعی و همکاری صادقانه و مؤثر که در ماده ۳ اساس‌نامه شورای اروپا، مصوب سال ۱۹۴۹ ذکر شده، مبتنی بر حسن نیت است.^۳

خلاصه آن‌که حسن نیت، هنجاری گشوده^۴ به شمار می‌رود و با حضور در همه عرصه‌های حقوقی، مفهومی منعطف با مرزهای مبهم، سیال و تعریف‌ناپذیر است که بر اساس هر قضیه، کاربرد آن روشن می‌شود. از این رو، معمولاً حسن نیت با کاربردهای خود در شاخه‌های مختلف حقوق توصیف می‌گردد. در قوانین متعددی از نظام حقوقی ایران نیز به طور تلویحی به حسن نیت اشاره شده است.^۵

بند دوم: مقایسه حسن نیت با مفاهیم مشابه

حسن نیت، ابزاری برای اجرای کارآمد حاکمیت قانون است. این اصل مستلزم صداقت، درست‌کاری و انصاف است و سوء استفاده از حق و اکتساب منافع غیر منصفانه را ممنوع می‌گرداند. حسن نیت به عنوان یک اصل، رابطه نزدیکی با مفاهیم انصاف و عدالت دارد و حتی با تئوریهای جدید عدالت، مانند نظریه عدالت جان رالز که به انصاف توجه ویژه دارد، ارتباطی نزدیک می‌یابد.^۶ حسن

۱. بند ۲ ماده ۲ منشور ملل متحد: «کلیه اعضا به منظور تضمین حقوق و مزایای ناشی از عضویت، تعهداتی را که به موجب این منشور بر عهده گرفته‌اند، با حسن نیت انجام خواهند داد».

۲. ضیایی بیگدلی، محمد رضا، **حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۱۳۱.

3. See for instance: GÜZELYURTLU and Others v. CYPRUS and TURKEY (no. 36925/07), ECHR (Grand Chamber), 29 January 2019

4. Open Norm

۵. مفاد اصل حسن نیت را تصریحاً یا تلویحاً میتوان در این قوانین مشاهده کرد: مواد ۳۰۵ و ۱۱۶۴ تا ۱۱۶۶ قانون مدنی، ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی، مواد ۴۰ و ۹۶ مکرر قانون دریایی، مواد ۱۱ تا ۱۳ و ۱۶ قانون بیمه، مواد ۳ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیک، ماده ۶ قانون صدور چک، مواد ۱۵۴ و ۳۹۶ تا ۳۹۹ قانون تجارت، ماده ۳۷ قانون امور حسبی، ماده ۳۸ قانون اعسار و ماده ۱۵ قانون حمایت از نشانه‌های جغرافیایی.

6. See: Rawls John, Justice as Fairness, Harvard University Press, 2001, p. 102

نیت همانند انصاف، عدالت و اخلاق حسنه، مفهومی سهل‌ممتنع است که در بادی امر، معنای آن بدیهی به نظر می‌رسد، ولی در ارائه یک تعریف جامع از آن، اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد.

مفاهیم حسن نیت، عدالت، انصاف و اخلاق حسنه دارای تشابه هستند و گاهی از یکدیگر قابل تمییز نیستند و همگی برگرفته از اخلاق و حقوق طبیعی‌اند، اما با یکدیگر تفاوت‌هایی نیز دارند. برای مثال، حسن نیت، زیرمجموعه عدالت محسوب می‌شود، اما برداشتی از انصاف است و نوعی این‌همانی میان آن‌ها حاکم است. به عبارت دیگر، در سنت کامن‌لا بر خلاف سنت حقوق نوشته، به دلیل نبود نظریه عمومی حسن نیت و دشواری تعریف و تبیین آن، این مفهوم در حقوق عمومی همانند حقوق خصوصی نفی شده^۱ یا تنها به حوزه قراردادی اختصاص یافته است. از این رو، مفاهیمی چون انصاف و عرف، جای‌گزین حسن نیت عینی شده است. هم‌چنین حسن نیت بر معیاری ذهنی و شخصی مبتنی است، در حالی که اخلاق حسنه غالباً بر نگاهی عرفی و اجتماعی استوار است.

حسن نیت اعم از ممنوعیت سوء استفاده از حق است و مبنای آن محسوب می‌شود. برخی از قضات آلمانی گفته‌اند که اگر اعمال حق با مبانی اخلاقی، مصلحت عمومی یا عرف، مخالف باشد، خلاف حسن نیت تلقی می‌شود و قاضی حق تحدید آن را دارد.^۲ بنابراین، در مقابل حسن نیت، مفاهیمی چون سوء نیت، سوء استفاده از حق و تقلب نسبت به قانون مطرح می‌شود که در ایضاح مفهوم حسن نیت مؤثر است. وجود حسن نیت با فقدان سوء نیت و قصد ناشایست و به عبارتی، فقدان تقلب، تدلیس و سوء استفاده از حق ملازمه دارد. البته وضعیتی نیز متصور است که حسن نیت و سوء نیت در آن وجود نداشته باشد؛ یعنی تدلیس یا عمل متقلبانه صورت نگرفته، اما فرد همکاری و مشارکت لازم را هم نکرده و تمام تلاش خود را برای انجام تعهدات صورت نداده است که در این صورت، فاقد حسن نیت دانسته می‌شود.^۳ از این رو، برای نشان دادن فقدان حسن نیت، اثبات سوء نیت لازم نیست؛ اگرچه بی‌تردید، اثبات آن نشانه فقدان حسن نیت است.

1. R (Gallaher Group) v. Competition and Markets Authority [2018] UKSC 25

۲. بهرامی احمدی، حمید، سوء استفاده از حق، تهران: موسسه اطلاعات، ۱۳۷۷، ص ۲۲۷.

۳. قاسمی حامد، عباس، «حسن نیت در قرارداد؛ مبنای تعهد به درست‌کاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، مندرج در کتاب حقوق اقتصادی، تهران: دراک، ص ۱۵۰.

بند سوم: حسن نیت؛ اصل، قاعده یا فرض؟

نویسندگان حقوقی به حسن نیت به عنوان هنجار، اصل، فرض، قاعده، وظیفه، معیار اقدامات، منبع حقوق نانوشته، شرط عام و نظیر آن نگریسته‌اند.^۱ این مفهوم به دلیل ابهامی که در همه شاخه‌های حقوق دارد، با وجود حضور در همه آن‌ها، کم‌تر در قوانین ذکر و تعریف می‌شود. بر این اساس، برخی صاحب‌نظران، حسن نیت را از اصول کلی حقوقی میدانند که در شاخه‌های گوناگون حقوق از جمله حقوق عمومی قابلیت اجرا دارد.^۲ به همین دلیل، معمولاً به اصل حسن نیت و گاهی نیز به قاعده حسن نیت ترجمه شده است.

قاعده به هنجاری مطلق قابل تعریف است که به صورت «همه یا هیچ» اجرا می‌شود و با توجه به شروط اجرای آن، زمینه محدودتری دارد. دو قاعده بر خلاف دو اصل با یکدیگر قابل جمع، تعارض و مقایسه نیستند و زمینه اجرای متفاوتی خواهند داشت. اما اصل به استانداردهایی ضروری و بنیادین و نماینده ارزش‌های حقوقی حاکم بر جامعه تعریف می‌شود و نیز بازتاب‌دهنده اصول پایه‌ای اخلاق و از لوازم عدالت و انصاف است که نظام حقوقی بر آن استوار می‌شود و همواره باید به آن توجه کرد.^۳ اصول حقوقی، هنجارهایی کلی و بنیادین هستند که دیگر هنجارهای حقوقی از آن‌ها متولد می‌شوند. اصول حقوقی، قواعد راهنمای عمومی هستند که صرفاً ناظر به یک مورد خاص نیستند و به تفسیر موارد مبهم و تکمیل خلأهای موجود کمک می‌کنند.

تفاوت اصل و قاعده در آن است که اصل، گسترده، جهانشمول،^۴ عام، موسّع، دایمی، انتزاعی و نامشخص است، ولی قاعده، زیرمجموعه آن محسوب و برای اجرای اصول وضع می‌شود که در

1. Norm, Principle, Rule, Maxim, Duty, **Standard for Conduct, Source of Unwritten Law, General Clause**. For further information, See: Hesselink Martijn W., *The Concept of Good Faith, Towards a European civil code - 4th rev.*, University of Amsterdam, 2011, p. 622

2. Parchomiuk Jerzy, **The Protection of Legitimate Expectation in Administrative Law: A Horizontal Perspective**, *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol. 10, No. 2, 2017, p. 5

3. Dworkin Ronald, **Taking Rights Seriously**, *Harvard University Press*, 1977, supra note 1, at 22 & 24. See also: Piers Maud, *Good Faith in English Law; Could a Rule Become a Principle?*, *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 26, 2011, p. 124

4. Universal

کشورهای مختلف، متفاوت است. هم‌چنین اصول قابلیت استناد دارند، اما نانوشته هستند و تضمین قانونی، وصف کمال آن‌ها محسوب می‌شود، در حالی که شرط مقوم قواعد است. به همین دلیل، اصول حقوق اداری در موردی که قانون ساکت است و همه معیارها را پیش‌بینی نکرده است، وارد عمل می‌شود تا با کمک به تفسیر قانون در راستای تعدیل، تکمیل یا مخالفت با آن توسط قضات، به عنوان حلقه واسط بتواند خلأ ناشی از نبود معیارهای قانونی را در اعمال کنترل قضایی بر صلاحیت اختیاری پر کند و نیز به عنوان منبعی نامدوّن، معیاری برای ارزیابی حقوق موضوعه ارائه کند. بدین ترتیب، حسن نیت، اصلی اخلاقی - مذهبی، مدرن، نامدوّن، رویه‌ای، فراملی و بیش‌تر مربوط به اداره‌کنندگان (گاهی اداره‌شوندگان) است. البته در برخی نظام‌های حقوقی، برای قاعده‌مند کردن آن، در قوانین نیز ذکر می‌شود.

حسن نیت علاوه بر اصل حقوقی، به عنوان فرض و اماره قانونی مبتنی بر غلبه و ظاهر هم کاربرد دارد و با اثرگذاری بر مبنای اثبات، بار اثبات را بر عهده مدعی سوء نیت قرار می‌دهد.^۱ به طور کلی، در مواردی که اثر حقوقی، متوقف بر حسن نیت افراد است، به صورت قانونی، فرض حسن نیت در نظر گرفته می‌شود تا خلاف آن به اثبات برسد. در حقوق اداری، فرض حسن نیت مقامات عمومی^۲ و فرض صحت و اعتبار اقدامات اداری^۳ وجود دارد که خلاف آن باید به اثبات برسد؛ یعنی به دلیل دشواری احراز و مبتنی بر مصلحت، فرض اولیه بر وجود آن است تا ادله و شواهدی بر خلاف آن اقامه شود و بار اثبات دعوا را تغییر دهد. برای مثال، در نگاه ابتدایی، فرض بر آن است که مأمور دولتی، ارزیابی مالیاتی را صحیح و همراه با حسن نیت انجام داده است^۴ تا آن‌که مشخص شود ارزیابی یادشده مبنایی نداشته و دلایلی بر خلاف آن و برای اثبات عملکرد خودسرانه و دل‌بخواهی

۱. ماده ۲۲۶۸ قانون مدنی فرانسه، فرض را همواره بر حسن نیت می‌گذارد و بار اثبات را بر عهده مدعی سوء نیت قرار می‌دهد. هم‌چنین در مقررات WTO، مواد ۳-۱۰ و ۳-۴ و ۳-۷ (Dispute Settlement Understanding) به همین موضوع پرداخته است.

2. The Presumption of Good Faith of Public Officials

۳. برای نمونه، ماده ۹ قانون آیین دادرسی اداری بوسنی به اصل صحت در فرآیند دادرسی اشاره کرده است.

4. Presumption of correctness / Prima facie correctness of a tax assessment / Presumption of validity; See: Moran Sean M., The Presumption of Correctness: Should the Commissioner Be Required to Carry the Initial Burden of Production, Fordham Law Review, Vol. 55, Issue 6, Article 9, 1987, p. 1095-1097

ارائه شود.^۱ بدین ترتیب، فرض حسن نیت برای اقدامات مقامات و مسئولان عمومی که دربرگیرنده انگیزه آنان در خصوص اقدامات اجرایی و صلاح‌دیدی است، از بنیادهای حقوق عمومی تلقی می‌شود و اساس حکومت بر همین پایه استوار است.^۲ مواردی چون وظیفه اقدام با حسن نیت ممکن است بارها ترک شود که با ادله می‌توان این مقامات را به چالش کشید و خلاف فرض را اثبات کرد. البته اگر با توجه و مراقبت مناسب اقدام نگردد، حسن نیت فرض گرفته نمی‌شود.^۳

گفتار دوم: کاربرد حسن نیت در حقوق عمومی

کاربرد مفهوم حسن نیت تاکنون در شاخه‌های مختلف حقوق سابقه داشته، اما در حقوق عمومی، امری نسبتاً جدید محسوب می‌شود. در حوزه حقوق اساسی، حقوق بشر، حقوق اداری، حقوق مالیاتی، حقوق کار و حقوق رقابت می‌توان آثار حسن نیت را ردیابی کرد و به دنبال آن بود که در هر کدام از این حوزه‌ها، مفهوم حسن نیت چه معنا و ماهیتی دارد. هم‌چنین حسن نیت را گاهی در رفتار حاکمیت با شهروندان، زمانی در رفتار شهروندان با حاکمیت و در بعضی موارد هم در رفتار شهروندان با شهروندان به همراه مداخله حمایتی حاکمیت می‌توان مشاهده کرد. در نتیجه، نمی‌توان معنا و ماهیت یکسانی برای حسن نیت در هر کدام از این سه مورد در حوزه‌های گوناگون حقوق عمومی متصور بود.

در این نوشتار به کاربردهای مفهوم حسن نیت در شاخه‌های گوناگون حقوق عمومی اشاره

1. United States v. Ahrens, 530 F.2d 781, 786-87 (8th Cir. 1976); Asstt. Commissioner, Anti Evasion Commercial Taxes, BHARATPUR v. Amtek India Ltd., Supreme Court of India, 22 February 2007. See for more cases: Judicial Deference to Taxing Agencies, National Association of State Bar Tax Sections (Annual Conference), San Francisco, California, October 27-29th, 2016

۲. مجلس اعیان انگلیس معتقد است که دادگاهها باید تابع قانون مصوب پارلمان باشند و حتی نمیتوانند حسن نیت قانون‌گذار را بررسی کنند. نک:

Pickin v. British Railway Board, House of Lords [1974] (AC 765)

هم‌چنین ویلیام گلدستون، نخست وزیر انگلستان در قرن ۱۹ معتقد است که قانون اساسی بیش‌تر از همه به فرض حسن نیت مجریان آن تأکید دارد. نک:

Gladstone William, Gleanings of Past Years, London: John Murray, 1879, Vol. 1, p. 245

3. BHARATPUR v. Amtek India Ltd., Supreme Court of India, 22 Feb. 2007

می‌شود تا فتح بابی برای پژوهش‌های عمیق‌تر در هر کدام از این مصادیق قرار گیرد. در خلال این مباحث، معنا و ماهیت حسن نیت در هر کدام از مصادیق تبیین می‌گردد و مشخص می‌شود که در هر مورد، وظیفه حسن نیت بر عهده شهروندان یا حاکمیت است.

بند اول: حقوق اساسی و حقوق بشر

حسن نیت در حوزه حقوق اساسی در مقام یک اصل و معیار رفتار به عنوان وظیفه حاکمیت و مقامات عمومی مطرح شده است تا قوانین و مقررات را با صداقت، درست‌کاری و وفاداری اجرا کنند. چنین مواردی را در قوانین اساسی بعضی کشورها مانند آمریکا، اسپانیا، فنلاند، ژاپن و عراق میتوان مشاهده کرد. در واقع، اصل حاکمیت قانون در معنای موسع آن (اعم از شکلی و ماهوی) اقتضا میکند قوانین، صادقانه، منصفانه و با حسن نیت و مطابق با شرایط توسط مقامات و نهادهای عمومی اجرا شوند تا به حکومت با ابزار قانون تبدیل نگردد.^۲ البته به دلیل دشواری احراز امور ذهنی و درونی برای انجام وظایف، وجود آن فرض گرفته میشود تا خلاف آن به اثبات برسد.

کاربرد حسن نیت در حقوق اساسی انگلستان را می‌توان در ماجرای استعفای دو مهره کلیدی در دپارتمان حقوقی دولت در سال ۲۰۲۰ مشاهده نمود. آنها سیاست برگزیت و نقض با سوء نیت معاهدات بین‌المللی را به نوعی نقض عرف اساسی انگلستان و اصل حاکمیت قانون تلقی کردند که به استبداد منجر می‌شود و وظیفه بین‌المللی اقدام با حسن نیت را کنار می‌گذارد.^۳ هم‌چنین در این راستا، بعضی پرونده‌ها نیز رفتار «عاری از صداقت و حسن نیت»^۴ را مغایر قانون اساسی اعلام کردند.^۵

حسن نیت حتی در مرحله قبل از تصدی منصب عمومی نیز برای داوطلبان و مقامات عمومی

1. Rule by Law

2. See: Waldron Jeremy, Rule by Law: **A Much Maligned Preposition**, **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, 2019, p. 21; Bingham Tom, *The Rule of Law*, London: Penguin Books, 2011, pp. 68-70

3. See for instance: Smith Ewan, "**British Laws for British Ministers!**", 5th October 2020, available at: www.uk-constitutionallaw.org/2020/10/05/ewan-smith-british-laws-for-british-ministers/

4. Disingenuous

5. *Miller v. Prime Minister* [2019] UKSC41; See also: *Walumba Lumba v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12

آینده کاربرد دارد. بند ۲ (۱) ماده ۳۲ قانون دادرسی انتخاباتی مجارستان (مصوب ۲۰۱۳)، اصل حسن نیت در اعمال حق را بر دیگر قواعد دادرسی انتخاباتی مقدم دانسته است. در ماده ۱۱۸.۱۷۶ قوانین ایالت کنتاکی امریکا که در سال ۲۰۱۰ افزوده شد، اعتراض به حسن نیت داوطلبان انتخابات مطرح شده است. هر نامزدی باید برای نامزدی در انتخابات، مطابق شرایط قانون دارای حسن نیت^۱ باشد. هم‌چنین در این مورد که دعاوی قابل طرح است، حسن نیت به صورت فرض قانونی در نظر گرفته می‌شود و بار اثبات در دعوی که رأی دهندگان یا دیگر نامزدها علیه نامزدی در این زمینه مطرح می‌کنند، بر عهده مدعیان مخالف حسن نیت است. در صورت اثبات فقدان حسن نیت، نام داوطلب با حکم قاضی از میان فهرست نامزدها حذف خواهد شد.^۲

در حوزه حقوق بشر، حسن نیت برای شهروندان در مقابل حاکمیت و نیز برای حاکمیت در مقابل شهروندان کاربرد دارد. در این موارد، حسن نیت به معنای اقدام منصفانه و صادقانه است و در برابر اقدام همراه با سوء نیت و سوء استفاده از حق قرار دارد که به عنوان یک اصل باید به اثبات برسد. برای نمونه، آزادی بیان خبرنگاران و افشاگران فساد در صورت وجود حسن نیت تضمین می‌گردد و از آن حمایت می‌شود. هم‌چنین این محدودیت آزادی بیان برای وکلای در برابر نظام قضایی و دادگاه‌ها هم وجود دارد تا اعتماد به دستگاه قضایی را با سوء نیت مخدوش نسازند. از طرف دیگر، در دعاوی نقض حقوق بنیادین شهروندان که مقامات عمومی بازخواست می‌شوند، اثبات وجود حسن نیت در رفتار با شهروندان، اقدامات آن‌ها را موجه می‌گرداند و می‌تواند مسئولیتشان را کاهش دهد یا رفع کند.

بند دوم: حقوق اداری

اصل حسن نیت که در حقوق اداری انگلیس و فرانسه سابقه چندانی ندارد، در حقوق اداری کشورهایی چون سوئیس، از موضوع اخلاقی محض خارج گشته و به عنوان یکی از اصول کلی حقوق اداری و قواعد عمومی حاکم بر اداره و به مثابه اصل کنترل قضایی اعمال اداری مطرح شده است. علاوه بر بند ۳ ماده ۵ قانون اساسی ۱۹۹۹ کشور فدرال سوئیس که با صراحت به وظیفه رعایت حسن نیت از جانب نهادهای دولتی و اشخاص خصوصی اشاره میکند و نیز ماده ۹ قانون اساسی

1. Bona fide

2. STEPHENSON v. WOODWARD, Supreme Court of Kentucky, December 22, 2005

که از حق بنیادین افراد بر رفتار با حسن نیت و غیر خودسرانه مقامات عمومی مانند قانون‌گذاران و مجریان قانون سخن به میان می‌آورد، برداشت دادگاه فدرال سوئیس از ماده ۴ قانون اساسی پیشین نیز ضرورت اعمال دوسویه اصل حسن نیت از طرف اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان است و بدین ترتیب، احترام به این اصل در سوئیس تضمین شده است.^۱ رعایت نشدن این اصل از جانب مقام اداری باعث می‌شود دادگاه، تصمیم مقام اداری را ابطال کند.^۲ در مقابل، رعایت نشدن این اصل از سوی شهروند به ویژه در مواردی که تقاضای ابطال تصمیم می‌شود، آثار تصمیم را به لحاظ حقوقی، متوجه شهروند می‌کند.

اصل حسن نیت از اصول کلی حاکم بر تصمیم‌گیری‌های اداری در حقوق آلمان نیز تلقی می‌شود که برگرفته از ماده ۲۴۲ قانون مدنی این کشور است و به موجب آن، از اعمال حقوقی همراه با حسن نیت حمایت قانونی می‌گردد. بر این اساس، هر کس که به قانونی بودن یک تصمیم اداری عمومی اعتماد و اتکا کند، باید از حمایت برخوردار شود. اصل حسن نیت که در قوانین آیین اداری آلمان به آن توجه شده، همراه با اصول شفافیت، قابلیت پیش‌بینی و قطعیت حقوقی است که همگی از اصل حاکمیت قانون (بند ۳ ماده ۲۰ قانون اساسی) ریشه می‌گیرند.^۳

حسن نیت در حقوق اداری، بیش از دیگر حوزه‌های حقوق عمومی کاربرد دارد و تقریباً تمام موارد حسن نیت در حقوق اداری را که حکومت، از قبیل دادرسی اداری یا مقام اداری یا کارمند اداری اجرا می‌کند، به نوعی در صلاحیت اختیاری می‌توان خلاصه کرد. امروزه صلاحیت‌های اختیاری، بخش جدایی‌ناپذیر از اختیارات قوه مجریه به شمار می‌رود و هر گونه اعمال نامناسب صلاحیت اختیاری می‌تواند در قالب دعوای سوء استفاده از اختیار مطرح شود. البته تشخیصی کردن یک صلاحیت به معنای اعتماد کردن به مأمور برای رعایت اهداف قانون و دادن این اطمینان متقابل به اوست که درباره هر خطایی، مسئول نیست و مترادف با دادن حاشیه امنیت و مصون‌سازی نسبی مأمور است

1. Recueil Officiel des arrêts du Tribunal Federal Suisse; 91 I 521 s

2. Grisel Andre, Droit Administrative Suisse, Ides et Calendes, Neuchatel, 1970, p. 187

3. Parchomiuk Jerzy, **The Protection of Legitimate Expectation in Administrative Law: A Horizontal Perspective**, Baltic Journal of Law and Politics, Vol. 10, No. 2, 2017, p. 5

تا از اشتباه غیر فاحش او در برآورد عمل مورد انتظار قانون‌گذار حمایت صورت گیرد.^۱ برای مثال، ابقا یا حذف یک پست اداری، جزو صلاحیت اختیاری اداره و حکومت برای تصمیمگیری محسوب میشود که اگر با حسن نیت باشد و پوششی برای خاتمه دادن به خدمات فرد عهددار آن پست نباشد، دادگاه نمیتواند آن را نقض کند یا نظر دادگاه، جای‌گزین آن شود.^۲

مقام‌های عمومی در راستای انجام وظایف و تحقق منفعت عمومی و خدمت عمومی، با اعمال قدرت خود، تصمیم‌هایی یک‌جانبه می‌گیرند و گاهی هم قراردادهایی را با اشخاص خصوصی منعقد می‌کنند که در آن، دست بالاتر دارند و رعایت حسن نیت در تفسیر و اجرای آن، ضروری به نظر می‌رسد. در مواردی چون صلاحیت اختیاری مقامات یا کارمندان اداری و مسئولیت مدنی دولت، وجود حسن نیت به معنای رفتار صادقانه و منصفانه یا اشتباه قابل حمایت^۳ می‌تواند نقش مهمی در توجیه اقدامات ایفا کند و نشان دهد که سوء استفاده از اختیاری صورت نگرفته است.^۴ در نتیجه، به عنوان عامل رفع مسئولیت یا مانع نظارت قضایی، رفتار توأم با حسن نیت باید به اثبات برسد. از طرف دیگر، گاهی حسن نیت به عنوان تکلیف دادرسی یا وظیفه مقامات و کارمندان اداری مبنی بر رعایت صداقت در ارائه دلایل تصمیمات اداری مطرح می‌گردد. در چنین مواردی، انجام وظایف قانونی همراه با حسن نیت به معنای اقدام صادقانه و منصفانه فرض گرفته می‌شود و بار اثبات بر عهده مدعی خلاف است.

اقدام با سوء نیت از مصادیق بارز سوء استفاده از اختیار محسوب می‌شود.^۵ سوء استفاده از

۱. زرگوش، مشتاق، مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن (قواعد اختصاصی)، تهران: جنگل، ۱۳۹۲، ص ۶۳۹.

2. State of Haryana v. Shri Des Raj Sangar and Another, **Supreme Court of India**, 16 December 1975

۳. در ابتدا به نظر میرسد تنها از اشتباه موضوعی میتوان در صورت حسن نیت و معقول بودن حمایت کرد و اشتباه حکمی از مقامات حکومتی پذیرفته نخواهد بود. این در حالی است که این محدودیت توجیهی ندارد و میتوان اشتباه حکمی همراه با حسن نیت را نیز در مواردی قابل حمایت دانست.

۴. برای مثال، مطابق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۸۰۰۱۷۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۰۱/۲۸ در شعبه هجدهم دیوان عدالت اداری، مطالبه خسارت ناشی از صدور رأی غیر قانونی زمانی وجاهت دارد که هیئت حل اختلاف کار مرتکب تقصیر عمدی همراه با سوء نیت شده باشد و این مورد در مراجع قانونی نیز به اثبات برسد.

۵. ماده ۲۱ آییننامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری ایران نیز به سوء نیت کارمند اداره و رعایت تناسب مجازات و تخلف انتسابی اشاره کرده که در آرای دیوان عدالت اداری هم به آن استناد شده است. برای نمونه، نک: دادنامه شماره

اختیار و خطای اداری که همراه با سوء نیت باشد نیز به مسئولیت مدنی می‌انجامد. سوء نیت، به علم نسبت به غیر قانونی بودن اقدام یا قابلیت ایجاد ضرر یا بی‌مبالاتی نسبت به قانونی بودن و ایجاد ضرر تعریف شده است که عنصر روانی موثعی دارد. معیار غفلت و بی‌مبالاتی به فعل و معقولیت آن مربوط است، اما معیار سوء نیت به ذهنیت شخص فاعل مربوط است و صرف معقول نبودن برای احراز عنصر روانی و ذهنی کفایت نمی‌کند.^۱ حداقل از زمانی که دعوی *Kruse v. Johnson* در سال ۱۸۹۸ در انگلستان مطرح شد، دادگاه‌های این کشور تمایل دارند تا تصمیم‌های اداری را به واسطه وجود سوء نیت، غیر معقول و تجاوز از اختیار تلقی و نقض کنند؛ چون پارلمان هم هیچ‌گاه قصد اعطای اختیار برای وضع چنین قواعدی نداشته است. سوء نیت، عنصر اساسی رویکرد کلاسیک به غیر معقول^۲ و غیر قانونی^۳ بودن در انگلستان است.^۴

اعمال صلاحیت اختیاری در صورتی غیر معقول خواهد بود که هیچ فرد متعارفی، تصور طرح آن در اختیارات یک مقام اداری را نکند، با سوء نیت اعمال شود و هیچ مقام اداری معقولی به آن اقدام نکند.^۵ در حقیقت، یکی از جهات مداخله قضایی در صلاحیت اختیاری، هدف مناسب است که شامل سوء نیت به عنوان یکی از جهات نقض می‌شود. اقدام با سوء نیت، یکی از مثال‌های روشن برای اقدام بر اساس ملاحظات نامرتب با اهداف قانونی محسوب می‌شود. بنابراین، تصمیمی که با سوء نیت گرفته شود، از جهت ملاحظات نامرتب، دارای نقص ماهوی و از جهت تصمیم‌گیری توسط

۱۳۹۱/۱۱/۲۱، شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری؛ دادنامه شماره ۳۲۷۶/۹۰/۲۲ به تاریخ ۱۳۹۱/۰۷/۲۹، شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری؛ دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۱۰۲۹۹۴ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۱، شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری؛ دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۸۷۱ به تاریخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۲، شعبه ۶ دیوان عدالت اداری.

1. Endicott Timothy, **Administrative Law**, Oxford University Press, 2011, p. 556

2. Irrationality

3. Illegality

۴. برای رویکرد کلاسیک لرد گرین به غیر معقول بودن نک:

Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corp [1948] 1 K.B. 223 at 229

برای رویکرد کلاسیک لرد رید به غیر قانونی بودن نک:

Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission [1969] 2 A.C. 147; *Padfield v. Minister for Agriculture Fisheries and Food* [1968] AC 997

5. Endicott Timothy, **Administrative Law**, Oxford University Press, 2011, p. 45

فرد جهت دار و غیر بی طرف، دارای نقص شکلی است. به عبارت دیگر، صلاحیت اختیاری الزاماً مستلزم حسن نیت است و مطابق معیارهای گوناگون، سوء نیت از ویژگی‌های ماهوی محسوب می‌شود که اعمال اختیار را غیر قانونی می‌سازد^۱ یا موجب اعلام بطلان آن می‌شود.^۲

سوء نیت، ملاکی قدرتمند است که بدون توجه به محتوای تصمیم موجب نظارت قضایی می‌شود، اما اثبات آن بسیار سخت است و شاید جز در مواردی هم چون فساد و انتقام‌گیری قابل تشخیص نباشد. قاضی انگلیسی، لرد دیپلاک در پرونده‌ای،^۳ اولین اصل معیار و نسبوری^۴ برای تشخیص معقول بودن را اعمال صلاحیت همراه با حسن نیت می‌داند تا استفاده از قدرت، قانونی تلقی گردد. برای نمونه، تفسیرهای مبتنی بر صلاحیت^۵ باید با قواعد حسن نیت هماهنگی داشته باشد؛ یعنی مطابق هدف کلی قانون باشد، به طرز نامعقول اعمال نشود و با دیگر قوانین موضوعه در تضاد نباشد.

مقصر دانستن مقامات عمومی به واسطه فقدان صداقت در قصد و نیت بسیار نادر است و به طور معمول، بی‌مبالاتی یا برداشت اشتباه، عامل مقصر دانستن آن‌هاست. دادگاه‌ها نیز تنها به دلیل انجام وظایف به صورت غیر معقول یا بر مبنای نادرست، آن‌ها را محکوم می‌کنند. انجام اقدامات با حسن نیت فقط به معنای انجام دادن آن به دلایل مشروع است.^۶ حسن نیت در پرونده‌ای به معنای اجرای قانون بر اساس ارزیابی عقلانی مفاد و هدف آن دانسته شده و در مقابل قصد و هدف و محتوای نامناسب قرار گرفته است.^۷ طبق پرونده‌های مختلف در استرالیا، سوء نیت به فقدان صداقت یا تلاش واقعی برای انجام وظایف قانونی تعریف می‌شود که به فرآیند تصمیم‌گیری توجه

۱. سوء نیت از موارد مشترک میان غیر قانونی بودن و سوء مدیریت محسوب می‌شود. (Ibid., p. 492)

2. Ibid., p. 221 & 313

3. Holgate Mohammed v. Duke [1984] AC 437

4. Wednesbury

5. Discretionary Interpretation

6. Wade William, Forsyth Christopher, **Administrative Law**, Oxford, 1977, p. 372

7. Roncarelli v. Duplessis, **Supreme Court of Canada** (1956) (S.C.R. 121)

دارد، نه نتیجه آن. پس حتی اگر تصمیمی درست با سوء نیت گرفته شود، نقض می‌گردد.^۱ البته این مسئله عمومیت ندارد و در برخی پرونده‌ها، تصمیم گرفته شده بدون حسن نیت هم دارای پی‌آمدهای حقوقی و معتبر تلقی شده است.^۲

حسن نیت در تمام مراحل قراردادی، ابزار نظم عمومی محسوب می‌شود^۳ و در قراردادهای اداری هم اصلی است که در تفسیر و اجرای قرارداد، حتی در مرحله مذاکرات پیش از قرارداد^۴ باید رعایت گردد. در قانون برگزاری مناقصات ایران که مربوط به مرحله پیش قراردادی است، تعهد به ارائه اطلاعات توسط مناقصه‌گر (مواد ۱۲ و ۱۵؛ ارائه مدارک کامل و خوانا برای ارزیابی کیفی) و مناقصه‌گزار (مواد ۹ و ۱۳؛ فراخوان برگزاری مناقصه)، نشان‌دهنده اصل شفافیت است که از لوازم حسن نیت و اقدام صادقانه و منصفانه محسوب می‌شود. در مرحله اجرای قرارداد^۵ هم حسن نیت به شفافیت روابط قراردادی^۶ و تعدیل تعهدات قراردادی میان طرفین نابرابر (دولت به عنوان قدرت عمومی) کمک می‌کند. در مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری، شرایط عمومی پیمان حاکم است که برخی از قسمت‌های موافقت‌نامه و شرایط عمومی با حسن نیت ارتباط دارد. رعایت اصل حسن نیت در قراردادهای موجب توجه به اوضاع و احوال اجرای آن می‌شود و در نهایت به تعدیل یا فسخ قرارداد می‌انجامد. در حقوق ایران نیز تنها در مورد قراردادهای پیمان‌کاری، با اشاره به تغییر قیمت به دلیل اوضاع و احوال، تعدیل در قرارداد پذیرفته شده است.

از طرف دیگر، حسن نیت در رفتار شهروندان با اداره نیز کاربرد دارد و از شهروندان به دلیل

-
1. McClellan Peter, **Australian Administrative Law**, International Symposium Hangzhou, China, 2006, p. 7
 2. Smith v. East Elloe Rural District Council, House of Lords (1956) (AC 736)
 3. Chiarella Maria Luisa, Legitimate Expectation and Good Faith in Public Contracts, Athens Journal of Law, Vol. 3, Issue 4, pp. 307-320
 ۴. تعهد به مذاکره با حسن نیت (خیار تدلیس ماده ۴۳۸ ق.م.) و تعهد به ارائه اطلاعات (خیار عیب ماده ۴۲۳ ق.م، ضمانت اجرای مواد ۱۲ و ۱۳ قانون بیمه)، مربوط به مرحله پیش قراردادی است که در قوانین دیگر کشورها مانند ایتالیا نیز به آن اشاره شده است.
 ۵. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۵۵.
 ۶. در دعوای Gerard Martin Scott v. Belfast Education & Library Board [۲۰۰۷] NICH ۴، دادگاه عالی ایرلند شمالی، نبودن اسنادی را که لازمه شفافیت در مناقصه است، از مصداق‌های فقدان حسن نیت دانست.

جهل و اشتباه موجه و رعایت صداقت حمایت می‌کند و خلاف فرض حسن نیت باید به اثبات برسد. به عنوان نمونه، در فرانسه قانون ۲۲۷.۲۰۱۸ درباره روابط میان مردم و اداره در راستای اعتماد و اطمینان به شهروندان تصویب شد. به این ترتیب، اداره‌شوندگان دارای حق بر خطا در مقابل اداره هستند و از انتظارات مشروع آن‌ها حمایت صورت می‌گیرد. آمبودزمان اروپایی^۱ در پرونده‌ای که علیه کمیته اقتصادی و اجتماعی اروپا مطرح شده بود،^۲ به صورت تلویحی، دفاع خواهان مبنی بر وجود حسن نیت در ارائه اطلاعات اشتباه را پذیرفت و بیان داشت که کمیته بابت اظهارات خود که مستلزم انتساب سوء نیت و ارائه عمدی اطلاعات نادرست است، باید عذرخواهی کند. البته در این پرونده، خواهان به دلیل آن‌که در رقابت با دیگر متقاضیان، امتیاز لازم را کسب نکرده بود، مُحِق تشخیص داده نشد.

اصل حسن نیت و اصل تعامل منصفانه،^۳ مبنای تاریخی و غایی اصل حمایت از انتظار مشروع و اصل قانونی بودن^۴ اقدامات اداری را تشکیل می‌دهد. انتظار مشروع با قاعده استاپل^۵ (امکان ناپذیری تغییر سیاست گرفته شده و امکان ناپذیری تناقض‌گویی نسبت به موقعیت پیشین به زیان دیگری) پیوندی نزدیک دارد که برگرفته از اصل حسن نیت است.^۶ به دیگر سخن، حسن نیت، مستلزم ممنوعیت رفتار متناقض است که همین امر، نشان‌دهنده نزدیکی آن با حمایت از انتظار مشروع است. هم‌چنین انتظار مشروع با اصل الزام به بیان صادقانه دلایل و مبانی تصمیم ارتباط دارد^۷ که ناشی از لزوم صداقت و حسن نیت است.

1. European Ombudsman

2. European Economic and Social Committee

3. Complaint 852/2003/OV, 17 December 2003

4. Fair Dealing

5. Legality

6. Estoppel

7. Parchomiuk Jerzy, **The Protection of Legitimate Expectation in Administrative Law: A Horizontal Perspective**, Baltic Journal of Law and Politics, Vol. 10, No. 2, 2017, p. 6

۸. بهنیا، مسیح، **اصل انتظار مشروع**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳، ص ۱۱۹

به هر حال، شهروندان باید بتوانند به عمل اداری که منفعتی برایشان دارد، اعتماد کنند. به ویژه اعمال اداری قابل ابطالی که منافع مالی یا امتیاز خاصی را به آن‌ها اعطا می‌کنند، نباید پس گرفته و لغو شود؛ در حالی که شهروند به اعتبار آن اعتماد کرده است و این حسن نیت او قابلیت حمایت دارد. به همین دلیل، مطابق قانون آیین دادرسی اداری مجارستان، اگر از صدور و اجرایی شدن تصمیم اداری غیر قانونی، یک سال گذشته باشد، قابل اصلاح یا ابطال نیست و به طور کلی، اصلاح و ابطال باید با حسن نیت و در تسالم با حق افراد باشد. در اسپانیا هم برای ابطال تصمیم، رعایت بعضی اصول از جمله حسن نیت ضروری است.^۱

بند سوم: حقوق عمومی اقتصادی

عنصر اصلی در حقوق عمومی اقتصادی، مداخله دولت در امور مالی و اقتصادی در جهت منفعت عمومی یا مداخله حمایتی در روابط اقتصادی اشخاص خصوصی است. در این نوشتار، حوزه‌های حقوق مالیاتی و حقوق رقابت و حقوق کار، زیرمجموعه حقوق عمومی اقتصادی تلقی شده است که حسن نیت به معنای رفتار صادقانه و منصفانه در آن‌ها نیز کاربرد دارد. به این ترتیب، حسن نیت در حقوق عمومی را علاوه بر روابط شهروندان و حاکمیت، در روابط میان اشخاص خصوصی که دولت برای حمایت مداخله می‌کند، میتوان مشاهده کرد.

در حوزه مالیاتی به طور مشابه با حقوق اداری، به صورت ابتدایی، فرض حسن نیت و صحت عمل مأموران مالیاتی در انجام وظایف خود در نظر گرفته می‌شود تا مواردی چون تقلب و سوء نیت و اقدامات خودسرانه اثبات گردد. البته در مقابل برای شهروندان باید بنا را بر این گذارد که خطا و اشتباه موجه مؤدیان مالیاتی نیز همراه با حسن نیت بوده و در مقابل اداره قابل حمایت است. چنان‌که در مورد قراردادهای اداری بیان شد، در قراردادهای کار که تعادل میان طرفین قرارداد وجود ندارد، حمایت ضرورت می‌یابد و تفسیر و اجرای قرارداد مبتنی بر اصل حسن نیت، یکی از جنبه‌هایی است که به تحقق عدالت و انصاف و جلوگیری از تقلب و فریب‌کاری در چنین قراردادهایی کمک می‌کند. قوانین کار در فرانسه، کانادا و نیوزیلند^۲ با تفصیل به حسن نیت در روابط کاری پرداخته‌اند.

1. The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law and EU Law (General Report), Seminar organized by the Supreme Administrative Court of Lithuania and ACA-Europe, Vilnius, 2016, p. 20

۲. برای نمونه نک: New Zealand Employment Relations Act (2000). مواد ۴، ۳۳، ۳۲، ۳۱، ۳۰، ۲۹، ۲۸، ۲۷، ۲۶، ۲۵، ۲۴، ۲۳، ۲۲، ۲۱، ۲۰، ۱۹، ۱۸، ۱۷، ۱۶، ۱۵، ۱۴، ۱۳، ۱۲، ۱۱، ۱۰، ۹، ۸، ۷، ۶، ۵، ۴، ۳، ۲، ۱. ناظر به حسن نیت در روابط کاری است.

در حقوق رقابت و برای حمایت از مصرف‌کننده، انصاف و صداقت و اعتماد از طریق حسن نیت و جلوگیری از سوء استفاده از حق، نقش اساسی خود را ایفا می‌کند و با تعهد به همکاری و تعهد به ارائه اطلاعات و تعهد به شفافیت، موجب تضمین توانایی مصرف‌کننده در مذاکرات منصفانه خواهد شد.¹ در این حوزه، رقابت نامشروع و آمیخته با سوء استفاده منجر به ایجاد مسئولیت برای جبران خسارت می‌گردد، ولی در رقابت فریب‌کارانه و تجاوزکارانه که سوء نیت هم مفروض است، میزان خسارت، کامل و شدیدتر خواهد بود. در این راستا، تنظیم‌گران حوزه رقابت، وظیفه رسیدگی و در نظر گرفتن حسن نیت را دارند. دادگاه‌ها نیز با الهام از نظریه انصاف، سوء نیت و حسن نیت را ملاک وجود مسئولیت تلقی می‌کنند.

نتیجه‌گیری

حسن نیت در حقوق عمومی و به ویژه در حقوق اداری از مفاهیم پرکاربردی است که کم‌تر به آن پرداخته شده است. این اصل که در مبانی اخلاقی ریشه دارد و با رویکرد حقوق طبیعی سازگارتر است، زیربنای برخی مفاهیم دیگر را در حوزه‌های مختلف حقوقی تشکیل می‌دهد. معانی مختلفی که از آن اراده میشود، از قبیل جهل مورد حمایت و حسن فعلی و حسن فاعلی موجب ابهام و دشواری احراز آن میشود. از مفاهیم حقوق خصوصی می‌توان در حقوق عمومی استفاده کرد، اما باید توجه داشت که حسن نیت در حقوق عمومی به لحاظ مفهوم، میزان و شیوه جبران نقض آن با حقوق خصوصی کاملاً یکسان نیست. هدف این پژوهش نیز ارزیابی و شناسایی این مفهوم در حوزه حقوق عمومی بود.

کاربرد حسن نیت در حقوق عمومی را در حوزه‌های حقوق اساسی و حقوق بشر، حقوق اداری و حقوق اقتصادی با تفکیک میان عملکرد شهروندان و حاکمیت در روابط افقی و عمودی آن‌ها می‌توان مشاهده کرد. صداقت و حسن نیت به عنوان وظیفه مقامات عمومی و مأموران مالیاتی و نیز تکلیف دادرس اداری و هم‌چنین تکلیف کارمند اداری در ارائه صادقانه دلایل تصمیم‌های اداری مطرح شده است. به علاوه، حسن نیت، دفاع و توجیهی محسوب می‌شود که مقام عمومی و اداری

1. See: Ucaryilmaz Talya, *Morality in Competition Law: The Culture of Honesty and Trust in Consumer Protection*, Athens Journal of Law, Vol. 7, No. 2, 2021, pp. 189–210

برای رفع مسئولیت در دعاوی نقض حقوق بنیادین یا مسئولیت مدنی دولت و نیز برای جلوگیری از نظارت قضایی در مورد صلاحیت‌های اختیاری به کار می‌برند. از طرف دیگر، حسن نیت موجب می‌شود تا حق خطا برای شهروندان در مقابل اداره به رسمیت شناخته شود و از انتظار مشروع آن‌ها حمایت صورت گیرد؛ چون حسن نیت در موجه بودن توقع و اعتماد مردم به اداره‌ها نقش آفرینی می‌کند. حسن نیت، معیاری برای محدودیت آزادی بیان خبرنگاران، افشاگران فساد و وکلانیز معرفی شده است. در قراردادهای اداری و کار که توازن میان قدرت و اختیار طرفین وجود ندارد، حسن نیت در منصفانه ساختن قرارداد هم نقش ایفا می‌کند.

از منظر مبانی فقهی و اصولی به عنوان سنت نظام حقوقی ایران، برای حسن نیت می‌توان به اصل صحت تکلیفی، حسن فعلی و فاعلی در مبحث انقیاد و تجزی و قاعده احسان اشاره کرد. این مفهوم در حقوق خصوصی شناسایی شده و در نظام حقوق عمومی ایران هم چنان ناشناخته به نظر می‌رسد. البته مطابق اصول ۱۵۶، ۱۶۱ و ۱۷۴ قانون اساسی، نظارت بر حسن اجرای قوانین در دستگاه‌های قضایی بر عهده دیوان عالی کشور و در دستگاه‌های غیر قضایی بر عهده سازمان بازرسی کل کشور قرار دارد که نظریه تفسیری شماره ۴۲۰۹ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۵ شورای نگهبان آن را به اخطار در موارد تخلف از اجرای قوانین معنا کرده است. به نظر می‌رسد حسن اجرای قوانین، عبارتی عام‌تر از حسن نیت مقامات و کارمندان اداری باشد و با تفسیری موسع شامل ارزیابی حسن نیت نیز می‌شود.

هم‌چنین بعضی مواد قانون مدیریت خدمات کشوری در راستای ورود مفاهیم اخلاقی به حقوق اداری قابل ارزیابی هستند، ولی نبود قانون آیین دادرسی اداری در ایران و بی‌توجهی دیوان عدالت اداری به این مفهوم، مانع توجه کافی در زمینه حسن نیت شده و محدودیتهایی را در برابر این مفهوم ایجاد کرده است. این در حالی است که فساد ساختاری در ایران و نبود معیار مناسب برای ارزیابی عملکرد سوتزنان واقعی فساد، زمینه طرح این مفهوم را در ایران فراهم می‌کند. به علاوه، حسن نیت می‌تواند در سنجش وعده‌های انتخاباتی و اجرای صادقانه آن‌ها کاربرد داشته باشد. مهمتر از همه آن‌که اگر فرض حسن نیت برای داوطلبان انتخابات در مورد اطلاعات ارائه شده توسط آنان به شورای نگهبان به عنوان نهاد ناظر انتخاباتی پذیرفته شود، عمده معضلات حقوقی موجود در نظام انتخاباتی ایران که ناظر به احراز صلاحیت است، رفع می‌گردد. این پیشنهادها، تنها گوشه‌های از کاربرد حسن نیت در حوزه حقوق عمومی است که از آن غفلت شده است.

بر اساس کاربردهای حسن نیت که در قوانین و رویه قضایی مطرح شده است و به طور اجمالی در این مقاله بررسی گردید، برای مفهوم حسن نیت در حقوق عمومی می‌توان پنج کارکرد تکلیفی، توجیهی، تفسیری، تحدیدی و حمایتی نام برد. حسن نیت در برخی از این کارکردها به مثابه اصل حقوقی و در بعضی دیگر به عنوان فرض حقوقی در نظر گرفته می‌شود و معانی آن‌ها نیز می‌تواند متفاوت باشد. بحث تفصیلی در مورد کارکردهای حسن نیت در حقوق عمومی، فراتر از گنجایش این مقاله است و به نوشتاری دیگری موکول می‌شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. باقرزاده، حمید، **حقوق مناقصات** (مبانی و ماهیت) (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. بهرامی احمدی، حمید، **سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی)**، تهران: موسسه اطلاعات، ۱۳۷۷.
۳. بهنیا، مسیح، **اصل انتظار مشروع**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
۴. جعفری، علی، **اصل حسن نیت در قراردادها (بررسی فقهی - حقوقی)**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۴.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمیمولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲.
۶. زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت (قواعد عمومی، ساختار و ارکان)** (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۷. زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن (قواعد اختصاصی)**، تهران: جنگل، ۱۳۹۲.
۸. صادقی، محسن، **اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه**، تهران: میزان، ۱۳۹۴.
۹. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها** (جلد ۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۰. مشهدی، علی، **صلاحیت تخییری (نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه)**، تهران: معاونت حقوقی رئیس جمهور (معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی)، ۱۳۹۱.
۱۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اسکینی، ربیعا و رضا نیازی شهرکی، «**مفهوم اصل حسن نیت و رفتار منصفانه**»، فصل‌نامه حقوقی گواه، شماره ۱۰، ۱۳۸۶، صص ۳-۲۱.
۲. انصاری، علی و حسین دهقانی، «**حسن نیت در حقوق دادرسی**»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال

- چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶، صص ۱۰۹-۱۳۳.
۳. بهنیا، مسیح و محمدحسین زارعی، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه راهبرد، سال بیستم، شماره ۶۱، ۱۳۹۰، صص ۱۵۳-۱۸۹.
۴. بهنیا، مسیح و محمدحسین زارعی، «بررسی و نقد بومی‌سازی اصل حقوقی حسن نیت»، فصل‌نامه راهبرد فرهنگ، شماره ۳۲، ۱۳۹۴، صص ۱۴۷-۱۶۸.
۵. قاسمی حامد، عباس، «حسن نیت در قرارداد؛ مبنای تعهد به درست‌کاری و تعهد به همکاری در حقوق فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶، مندرج در کتاب حقوق اقتصادی، تهران: دراک، صص ۱۴۱-۱۸۳.
۶. قاسمی حامد، عباس، «مروری اجمالی بر نظریه تعهد به دادن اطلاعات در قرارداد از دیدگاه حقوق فرانسه»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۰، ۱۳۷۵، مندرج در کتاب حقوق اقتصادی، تهران: دراک، صص ۴۷-۸۷.
۷. کرمی کلمتی، فرزاد و رضاحسین گندم‌کار، «اصل حسن نیت و انصاف در تفسیر قراردادها در حقوق ایران و انگلستان»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی عدل و انصاف، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۰، صص ۷-۲۲.
۸. مشهدی، علی، «اصول و معیارهای کنترل قضایی اداری در حقوق سوئیس»، فصل‌نامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهل و دوم، شماره ۳، ۱۳۹۱، صص ۲۹۱-۳۰۱.
۹. هداوند، مهدی و داوود کاظمی، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری (تحلیل ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری)»، فصل‌نامه راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۲، صص ۶۳-۹۳.

ج) پایان‌نامه

۱. خسروی، نیما، «اصل الزام به بیان دلایل تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی ایران و انگلستان)»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۸.

2. Latin Source

A) Book

1. Endicott, T., *Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011
2. Grace, J., *Constitutional and Administrative Law (Key Facts Key Cases)*, New York: Routledge, 2016
3. Mahandra, S., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, New York: Springer, 2001
4. Panizzon, M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Oxford: Hart Publishing, 2006
5. Thanasegaran, H., *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia*, New York: Springer, 2016
6. Wade, H. W. R. & Forsyth, C. F., *Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004

B) Article

1. Apaydın, E., “The Application of the Principle of Good Faith on Administrative Contracts from the Turkish Law Perspective”, in *Recent Challenges of Public Administration* (3), Papers Presented at the Conference of ‘3rd Contemporary Issues of Public Administration’, 2019, 53-74
2. Chiarella, M. L., “Legitimate Expectation and Good Faith in Public Contracts”, *Athens Journal of Law*, Vol. 3, Issue 4, 307-320
3. Friedman, L., “The Good Faith Defense in Constitutional Litigation”, *Hofstra Law Review*, Vol. 5, Issue 3, Art. 2, 1977, 501-544
4. Goldman, M., “Putting Your Faith in Good Faith: A Principled Strategy for Smoother Sovereign Debt Workouts”, *The Yale Journal of International Law Online*, Vol. 41, No. 2, 2016, 117-140
5. Grey, J. H., “Discretion in Administrative Law”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 17, No. 1, 1979, 107-132

- Hesselink, M. W., “The Concept of Good Faith”, Towards a European civil code - 4th rev., University of Amsterdam, 2011, 619–649
7. Inglis, C. (Chief Judge), “Defining good faith (and Mona Lisa’s smile)”, A paper presented to Law@Work Conference: Auckland, Wellington, Christchurch, 31 July 2019, Available at: www.employmentcourt.govt.nz
8. Mackaay, E., “Good Faith in Civil Law Systems; A Legal–Economic Analysis”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 18, 2012, 149–177
9. McCause, W. A., “Constitutional Good Faith”, *New York University Law Review*, Vol. 93, 2018, 101–109
10. McClellan, P., “Australian Administrative Law”, *International Symposium Hangzhou, China*, 2006, 1–18
11. Parchomiuk, J., “The Protection of Legitimate Expectation in Administrative Law: A Horizontal Perspective”, *Baltic Journal of Law and Politics*, Vol. 10, No. 2, 2017, 1–25
12. Piers Maud, “Good Faith in English Law; Could a Rule Become a Principle?”, *Tulane European & Civil Law Forum*, Vol. 26, 2011, p. 124
13. Pozen, D., “Constitutional Bad Faith”, *Harvard Law Review*, Vol. 129, No. 4, 2016, 885–955
14. Salamanca, P. & Keller, J., “The Legislative Privilege to Judge the Qualifications, Elections and Returns of Members”, *Kentucky Law Journal*, Vol. 95, No. 2, 2006, 241–383
15. Shalev, G., “Good Faith in Public Law”, *Israel Law Review*, Vol. 18, No. 1, 1983, 127–134
16. Simonek, M. & Becker, M., “Tax Law”, in Thommen Marc, *Introduction to Swiss Law*, Berlin, 2018, 245–269
17. Tassone, B., “Good Faith and the Abuse of Right in the Context of the Autonomy of Negotiating Contract”, *LUISS Guido Carli*, 2014, 1–42
18. “The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law and EU Law” (General Report), Seminar organized by the Supreme Administrative Court of Lithuania and ACA–Europe, Vilnius, 2016

19. Ucaryilmaz, T., “Morality in Competition Law: The Culture of Honesty and Trust in Consumer Protection”, Athens Journal of Law, Vol. 7, No. 2, 2021, 189–210
20. Uhlmann, F., “Administrative Law”, in Thommen Marc, Introduction to Swiss Law, Berlin, 2018, 187–217
- YaŞar Yusuf, Içer Zafer, “The Concept of Good Faith in Criminal Law”, Journal of .21
Criminal Law and Criminology, No. 7(2), 2019, pp. 1–20

C) Website

1. www.aeaj.org/page/Principle-of-Good-Faith-and-Fair-Dealing-and-Legitimate-Expectations-in-tax-proceedings (The Association of European Administrative Judges, WG Taxation, Ljubljana meeting 2011)
2. www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/13._CH_5_Good_faith.pdf

تأملی در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران با نظر به قواعد دیگر کشورها

صابر الماسی خانی^۱

رضا طجریلو^۲

چکیده

بسیاری از مواقع، مؤدیان به دنبال پرداخت نکردن یا پرداخت کم‌تر مالیات، بدون نقض یا همراه با نقض قوانین هستند که اگر پرداخت مالیات کم‌تر بدون نقض قوانین باشد، یا مشروع است یا نامشروع. پرداخت مالیات کم‌تر به شیوه‌ای نامشروع با توسل به روش‌های قانونی، اجتناب مالیاتی خوانده می‌شود که شکاف مالیاتی پدید می‌آورد و برابری مالیاتی را از بین می‌برد. با این منطق، قواعد مالیاتی در نظام حقوقی ایران پدید آمد، اما همچنان شاهد وجود قواعد جامع درباره ضد اجتناب نیستیم.

در نوشته حاضر، با روشی تحلیلی و توصیفی و با رویکردی انتقادی و کمک‌گرفتن از قواعد ضد اجتناب دیگر کشورها می‌کوشیم در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی تأمل کنیم. تأمل حاضر در سه رده انجام پذیرفته است: قواعد و مقررات نظام حقوقی ایران؛ قواعد و دکترین‌های ضد اجتناب و چالش ایجاد قواعد ضد اجتناب و ابعاد موجودیت این قواعد. می‌توان گفت مطالعه قواعد ضد اجتناب در حقوق ایران، موجودیت قانونی و رویه‌ای نیافته است و این وضعیت با مطالعه حقوق خارجی درک پذیرتر می‌شود. افزون بر آن، ظهور قواعد ضد اجتناب همراه با چالش است و چالش در دو بعد ماهوی و صلاحیتی پدید می‌آید.

واژگان کلیدی: اجتناب مالیاتی، قواعد ضد اجتناب، صلاحیت، ماهیت.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول) saber.almasi@ut.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران rtajarlou@ut.ac.ir

مقدمه

پژوهش در دانش حقوق معمولاً ماهیت و هدفی خاص دارد و می‌کوشد تغییری عملی در اجرا یا فهم پدیده آورد و به‌طور کلی، محل درست هنجارمندی را تعیین کند. از این نظر، محققان در بسیاری از موارد می‌کوشند هنجارهای نظام حقوقی را به چالش بکشند و با انتقاد، ارتقای کیفیت را رقم زنند. همان‌گونه که می‌دانیم، مالیات مهم‌ترین رکن تأمین بودجه دولت است.^۱ با این حال، در هر امری، خلل‌هایی به وجود می‌آید که روند وضع و وصول مالیات و تزریق درآمد ناشی از آن به خزانه دولت هم از این قاعده مستثنا نیست و یکی از این چالش‌ها، پرداخت کم‌تر مالیات است.

پرداخت کم‌تر هم در فرار مالیاتی بروز می‌کند و هم در اجتناب مالیاتی. در فرار مالیاتی، مرتکبان می‌کوشند به‌طور غیرقانونی، از پرداخت بدهی مالیاتی خود بگریزند، اما در اجتناب مالیاتی تلاش می‌کنند میزان تعهد خود را به روش‌های قانونی کم‌تر سازند و از ابزارهای مختلفی مثل کسری درآمد، استثنائات، معافیت‌ها و اقدامات حقوقی صوری بهره می‌برند.^۲ بنابراین، اجتناب، ناقض قانون نیست، بلکه سوءاستفاده از آن است و اجتناب مالیاتی، «روح قوانین مالیاتی» را نقض می‌کند.^۳ همین که در بریتانیا، باتوجه به تخمین دولت، ۴۲ میلیارد دلار، شکاف مالیاتی در سال ۲۰۰۸ وجود داشته و از این مقدار، ۱۷ درصد فقط در نتیجه اجتناب روی داده است، خود، گویای اهمیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی است.^۴ به‌طور کلی، نه در بریتانیا، بلکه در بسیاری از کشورها، اجتناب مالیاتی در حال ازدیاد است^۵ و به کیفیت کارکرد نهاد دولت، ضربه بزرگی می‌زند و فشار مالیاتی را بر دوش دیگر مؤدیان با حسن نیت بار می‌کند.

۱. عامری، ریحانه، سیدجواد میرقاسمی و ولی رستمی، «الگوی مطلوب ضمانت اجراهای مالیات ستانی در پرتو اصول به زمامداری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، ص ۹۰

2. Braithwaite, Valerie, *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Tax Evasion*, Burlington: Ashgate, 2003, p. 157

3. Freedman, Judith, "Is Tax Avoidance "Fair"?", in: C. Wales (ed.), *Fair Tax: Towards a Modern Tax System*, London: Smith Institute, 2008, p. 90; Filipczyk, Hanna, "Why Is Tax Avoidance (Im) Moral? Ethics, Metaethics and Taxes", *Toruński Rocznik Podatkowy*, October 27, 2014, p. 35

4. HMRC, "Tackling Tax Evasion and Avoidance", available at: www.gov.uk/government/publications/tackling-tax-evasion-and-avoidance, 6 March 2015

5. Freedman, J., "Defining taxpayer responsibility: in support of a general anti-avoidance principle", *British Tax Review*, Vol. 4, 2004, p. 347

با وجود طراحی قوانین و قواعد ضد اجتناب مالیاتی^۱ در بسیاری از کشورهای جهان، وضعیت قواعد ضد اجتناب در ایران با پرسش روبه‌روست. در واقع، نه از پیش‌بینی اصول و قواعد ضد اجتناب در فصل و مواد قانونی مجزا خبری است و نه از قواعد و اصول اجرایی که امکان صلاحیت تشخیصی و منصفانه دادرسان مالیاتی را رقم زند و نه رویه قضایی خاصی در دیوان عدالت اداری پدیدآمده است؛ زیرا اساساً موضوع طرح و بسط نیافته و اهمیتش مغفول مانده است.

مقاله «قواعد عمومی قراردادها و قواعد ضد خودداری و فرار از پرداخت مالیات» (امینی، رستمی و چراغی) بیش‌تر در پی کشف نقطه تعادلی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی است و بر جایگاه آزادی اراده افراد و نظم تأکید می‌کند که ممکن است با وضع قواعد ضد اجتناب یا فرار مالیاتی تضییع شود. رویکرد نویسندگان در مقابل قواعد ضد اجتناب مالیاتی (حقوق عمومی)، اقتصادمحور است، درحالی‌که به نظر ما ابتدا باید محل و مقرر مناسبی برای ایجاد قواعد مالیاتی در قالب رویه قضایی و تقنینی پدید آید. از این رو، قواعد ضد اجتناب مالیاتی باید استحکام وجودی بیش‌تری یابند و با نظر به قواعد دیگر کشورها، امکان ایجاد منسجم نظام قواعد ضد اجتناب مالیاتی فراهم آید. رویکرد مقاله حاضر، انتقادی و با چیرگی حقوق عمومی است و با آن مقاله که رویکردی انتقادی با غلبه حقوق خصوصی دارد، متفاوت است.

تحقیق حاضر در نظر دارد با روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به این پرسش پاسخ دهد که وضعیت نارس قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران چگونه است و در چه ابعادی نمایان می‌شود؟ تأمل درباره این سؤال در سه بعد نمود می‌یابد: اول، سنجش داشته‌ها؛ دوم، انکشاف وضعیت حقوق ایران با نظری به وضعیت دیگر کشورها و سوم، چالش ایجاد این قواعد و رده‌های موجودیت آن. فرض نویسنده بر آن است که وضعیت نارس هم در قوانین و مقررات هست و هم در رویه قضایی و دکتترین حقوقی و در این باره، تحولی نیز در وضع قوانین ماهوی و صلاحیتی صورت نپذیرفته است.

۱. اجتناب مالیاتی بر دو نوع است: مشروع (acceptable) و نامشروع (Unacceptable). بحث ما، قواعد ضد اجتناب نامشروع است.

گفتار اول: ردّ پای قواعد ضد اجتناب مالیاتی در نظام حقوقی ایران

بند اول: مُرّ قانون

فصلی در قانون مالیات‌های مستقیم به قواعد ضد اجتناب مالیاتی اختصاص نیافته است و برخی مواد به طور مستقیم و غیرمستقیم، ماهیت ضد اجتناب پیدا می‌کنند. قانون‌گذار ایران در تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم به صراحت اشاره کرده است که اگر مؤدیان مالیاتی، اموال خود را به طور صوری به همسر و فرزندانشان منتقل کنند، سازمان امور مالیاتی می‌تواند از طریق مراجع قضایی، اسناد صوری را باطل کند. در ماده ۱۶۱ این قانون آمده است که اگر بیم تفریط برود، ممیز می‌تواند قرار صدور تأمین را از هیئت حل اختلاف مالیاتی تقاضا کند. این ماده بیش از آن‌که مقابله با اجتناب باشد، امکان پیش‌گیری از اجتناب را فراهم می‌آورد. هم‌چنین ضمانت اجرای توقیف که قانون‌گذار از مواد ۲۱۱ تا ۲۱۶ قانون مالیات‌های مستقیم پیش‌بینی کرده است، ماهیت پیش‌گیرانه دارند و تا حدّی، بیش از جنبه پیش‌گیرانه، با اجتناب مناسبتی می‌یابد.

قانون‌گذار از ماده ۵۴ تا ۶۳ و نیز در مواد ۱۱۹ به بعد قانون مالیات‌های مستقیم، هر نوع انتقال اموال اعم از بیع، معاوضه، ارث و هبه را مشمول مالیات دانسته است تا به نوعی ضد اجتناب عمل کند و مانع از تحقق اجتناب مالیاتی شود. این مواد، گستره معاملات را که ضامن اهداف اقتصادی جامعه است، محدود ساخته و بر خلاف اصول مالیاتی با این‌که هیچ ممانعتی با انعقاد قراردادهای صوری ندارد، راهکاری ساده برای تنبیه معامله‌کننده با حسن نیت و بدون حسن نیت است.^۱

حقوق مالیاتی ایران نتوانسته است در قانون مالیات‌های مستقیم یا رویه قضایی به صورت سامان‌مند، قواعد ضد اجتنابی طرح کند. این در حالی است که در بسیاری از کشورهای پیشرفته دنیا، قواعد عمومی ضد اجتناب مالیاتی با عنوان GAAR به تصویب رسیده است. برای مثال، در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته همچون آلمان، سوئد و هنگ‌کنگ، با نظر به اهمیت منبع

۱. امینی، منصور، ولی رستمی و رضا چراغی، «قواعد عمومی قراردادهای و قواعد ضد خودداری و فرار از پرداخت مالیات»، پژوهش‌نامه مالیات، دوره بیست و هشتم، شماره ۴۵، ۱۳۹۹، ص ۱۲۳.

درآمدی مالیات در بودجه عمومی، قواعد عمومی ضد اجتناب تصویب شده است.^۱ سنت تصویب قواعد موضوعه در کشورهای سیویل لایده می‌شود و در کشورهای دارای نظام حقوقی کامن لاینز آمریکا، انگلیس، استرالیا و نیوزلند به رویه قضایی توسل شده است که اشاره خواهد شد.

بند دوم: وحدت ملاک از حقوق خصوصی

فقدان مقررات و قواعد مصرّح، برخی را بر آن داشته است تا با وحدت ملاک از مقررات حقوق خصوصی، تا حدّی از شکاف بزرگ میان حقوق و نیاز اجتماع بکاهند و معاملاتی را که با هدف خودداری مالیاتی منعقد می‌شود، بی‌اثر سازند. معامله به قصد فرار از دین و به طور صوری که در ماده ۲۱۸ قانون مدنی، باطل است، قابلیت استفاده به عنوان قواعد ضد اجتناب مالیاتی را دارد.^۲ در این باره، معامله به قصد فرار از دین، معامله با جهت نامشروع و معامله صوری از مفاهیمی هستند که ماهیت ضد اجتناب مالیاتی دارند.

معامله به قصد فرار از دین، معامله‌ای است که مدیون، اراده انجام آن را دارد، ولی می‌خواهد با انجام دادن آن، از پرداخت دین فرار کند.^۳ اصل ۴۰ قانون اساسی، مواد ۶۵، ۲۱۸ و ۲۱۸ قانون مدنی و ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی و نیز مواد ۴۲۴ و ۵۰۰ قانون تجارت، معامله به قصد فرار از دین را غیرنافذ دانسته‌اند. عدم نفوذ در مقابل طلبکاران، محل ظهور و بروز است و عدم تنفیذ آن برابر است با بطلان مطلق.^۴

برخی صاحب‌نظران، حکم تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم را در خصوص قابلیت ابطال اسناد برای معامله به قصد فرار از مالیات مناسب‌تر دانسته و این معامله را غیر نافذ اعلام کرده‌اند.^۵ این جا، مسئله‌ای درگرفته و آن این است که ضمانت اجرای معامله در برابر دولت، بطلان

1. See: Leif Mutdn, **The Swedish Experiment with a General Anti-Avoidance Rule**, in TAX AVOIDANCE AND THE RULE OF LAW 307

۲. توکل، محمد، «جنبه‌هایی از یک رأی مالیاتی، حقوقی»، فصل‌نامه تخصصی مالیاتی، شماره ۴۷، ۱۳۸۶، صص ۴۶-۴۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها: جلد دوم، انعقاد و اعتبار قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۴، ص ۲۷۲.

۴. همان، ص ۳۱۱.

۵. رستمی، ولی، «اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و

نسبی معامله است یا بطلان مطلق یا عدم استناد. معتقدان به عدم استناد با تکیه بر قانون تجارت، عدم استناد را با مزایای متنوعی همراه می‌بینند که رعایت اصل استحکام قراردادها و ارضای غرض از آن جمله است؛ زیرا عدم قابلیت استناد در برابر دولت ضمن حفظ استحکام قراردادی، امکان انتفاع حاکمیت را فراهم می‌آورد.^۱ برخی هم از ضمانت بطلان نسبی سخن گفته و آن را به عنوان قابلیت ابطال تصور کرده‌اند.^۲ با این حال، تصریحی در قانون مدنی وجود ندارد. البته بسیاری از مواد در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن^۳ به امکان عدم استناد و بطلان نسبی تصریح کرده‌اند.

کاربست معامله با جهت نامشروع به عنوان قاعده ضد اجتناب مالیاتی ممکن است. طبق ماده ۲۱۷ قانون مدنی، جهت اگر تصریح شود، باید مشروع باشد، وگرنه معامله باطل است. از این رو، خودداری از پرداخت مالیات، اگر جهت کلی و اساسی معامله باشد، می‌تواند موجب ابطال قرارداد شود. برخی از حقوق‌دانان حقوق خصوصی، اجتناب مالیاتی را از مصادیق نقض نظم عمومی اقتصادی دانسته‌اند.^۴ با این حال، محل کاربرد قاعده ضد اجتناب جهت نامشروع زمانی است که جهت با صراحت در قرارداد ذکر شود. در غیر این صورت، برای بطلان به استناد جهت نامشروع نیازی نیست و اثبات صوری بودن رفع غرض می‌کند.^۵

معامله صوری با ضمانت بطلان مواجه است؛ زیرا به واقع، قصدی وجود نداشته است^۶ و صرفاً معاملاتی که طبق قواعد حقوق خصوصی منعقد شده باشند، می‌توانند در مالیات‌پردازی شخص اثر بگذارند.^۷ البته این امر باید اثبات شود؛ چون اصل صحت وجود دارد. آنچه در قوانین مالیاتی

علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷.

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۳۱۲؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۵۵.

۲. محسنی، سعید و سید محمد مهدی قبولی درافشان، «مفهوم آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، ۱۳۸۹، ص ۲۵۰.

۳. مواد ۸۳، ۱۰۰، ۱۰۵، ۱۲۵ و ۱۸۸ از قانون تجارت و مواد ۴۰، ۱۱۸، ۱۳۰، ۱۲۹ و ۱۳۱ از لایحه اصلاحی.

۴. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۴۴.

۵. امینی و همکاران، پیشین، ص ۱۴۴.

۶. کاتوزیان، پیشین.

7. Harris, Peter, *Income Tax in Common Law Jurisdictions*, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 135

راجع به معامله صوری آمده است، مفهوم و کارکردی متفاوت از مفهوم معامله صوری در حقوق خصوصی دارد. در واقع، صوری بودن معاملات باید از لحاظ وصول مالیات باشد، نه از لحاظ استناد به آن در مقابل همگان. گفتنی است که در بسیاری از کشورهای مبتنی بر سنت کامن لا مثل انگلیس و امریکا و کانادا و نیوزلند، اعمال دکترین معامله صوری در حقوق مالیات برای مقابله با اجتناب مالیات انجام پذیرفته است.^۱ به طوری که به لحاظ تاریخی، دکترین معامله صوری بر وجود قواعد ضد اجتناب مالیاتی مقدم است.

باین حال، وحدت ملاک و اتکا به قواعد حقوق خصوصی برای حل مبارزه با اجتناب مالیاتی از تکامل نیافتن سازوکار مقابله با قواعد ضد اجتناب مالیاتی حکایت دارد؛ چون بیش تر نظام‌های حقوقی دنیا باتکیه بر قواعد ضد اجتناب مالیاتی مدون یا نامدوّن که بخشی از قواعد مالیاتی است، با قواعد اجتناب مالیاتی مبارزه کرده‌اند. افزون بر آن، ماهیت قواعد حقوق عمومی و قواعد حقوق خصوصی اساساً متفاوت است. از این نظر، اتکا به قواعد حقوق خصوصی همچون قواعد حقوقی مدنی یا تجارت در ایران نمی‌تواند شیوه و استراتژی مطلوبی باشد؛ زیرا قواعد حقوق خصوصی، هدف و ماهیتی متفاوت دارند.

بند سوم: وضعیت نارس رویه قضایی

در رویه قضایی دیوان عدالت اداری و آرای صادرشده از شورای عالی مالیاتی، رویه‌ای جامع شکل نگرفته است تا بتواند نبود قواعد موجود در این زمینه را جبران کند و اندیشه اجتناب صرفاً در برخی از آرا ظهور یافته است. در این باره، رأیی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره «تقدّم ماهیت بر شکل» قابل ذکر است که دیوان در دادنامه ۳۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۵ با تأکید بر ماهیت بیان می‌دارد: «مراد از حکم مقرر در ماده ۱۳۳ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم، معافیت شرکت‌های تعاونی از پرداخت مالیات ناشی از درآمد فعالیت‌های متناسب و هماهنگ با اهداف و اساس نامه شرکت‌های مزبور است». در این جا ماهیت مقدم می‌شود و دیوان، تفسیر هدف محوری ارائه می‌دهد.

همچنین آراییی از هیئت عمومی شورای عالی مالیات قابل بیان است. مطابق رأی هیئت عمومی شورای مالیاتی در شماره ۱۱۸۱۸/۴/۳۰ مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۱۹، «مأمورین مالیاتی حسب مورد می‌بایست

1. Zimmer, F., "Form and Substance in Tax Law", IFA Cahiers, General Report, 2002, Vol. 87A, p. 18

هر جا امکان فرار از پرداخت مالیات مسجل بود، با توسل به ماده ۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم، قراردادهای عادی انتقال املاک را معتبر شناخته و بدین وسیله، مشمول مالیات بر نقل و انتقال املاک قرار دهند و در غیر از حالت ماده ۷۴ و به دلیل ممانعت ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، صرفاً انتقال رسمی املاک را مأخذ محاسبه مالیات قرار دهند». این رأی ماهیت ضد اجتناب دارد، اما با وجود این، واضح است که بدون وجود معیار و ملاک کلی و قانونی، شورا، قاعده‌ای غیرشفاف که ماهیتی خودسرانه دارد، تجویز کرده است.

همچنین شورا در رأی شماره ۱۴۰۵/۴/۳ مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۰۷، تصرف املاک توسط خریداران آپارتمان‌های در حال ساخت یا تازه ساخت را نشانه مالکیت آن‌ها دانسته است، بر خلاف مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک که آن‌ها را نافی انتقال مالکیت دانسته است. در واقع، رأی شورا به نوعی مبارزه با اجتناب مالیاتی بوده است. با این حال، رأی شورا، خلاف قواعد حقوق خصوصی است و هیچ یک از حقوق دانان، این قراردادها را بیع مطلق و حامل انتقال مالکیت ندانسته‌اند. از طرفی هم بدون رعایت تشریفات نمی‌توان انتقال را محرز دانست. مفاد این رأی در خصوص صاحبان حق در شهرک‌ها که به استناد اسناد عادی انتقال، متصرف آپارتمان‌ها هستند، در رأی شماره ۳۰/۴/۶۶۴۲ تکرار شده است.^۱ به نظر می‌رسد با وجود نقص‌های محرز قانونی، شورا گاهی آرایبی خلاف اصول حقوقی صادر کرده است. به این ترتیب، می‌توان گفت نیاز به مقابله با اجتناب پدید آمده است، ولی نوع مقابله متکی بر اصول نیست.

شناسایی قاعده «تقدم ماهیت بر شکل» در رأیی از دیوان عدالت اداری، امری مثبت است؛ زیرا در قالب رویه قضایی، قاعده الزام‌آور تولید گشته است. با این حال، نمی‌توان رویه قضایی نظام حقوقی ایران را مناسب دانست؛ زیرا در مقایسه با بسیاری از نظام‌های حقوقی که در گفتار بعد بررسی خواهد شد، از جمله نظام حقوقی انگلیس، فرانسه و آمریکا، رویه قضایی و آرای صادر شده رویه چندان مناسبی برای مقابله با اجتناب مالیاتی رقم نزده است.

۱. امینی و همکاران، پیشین، ص ۱۲۴.

گفتار دوم: انکشاف نارس بودن وضعیت حقوق ایران در مقایسه با وجود قواعد ضد اجتناب در دیگر کشورها

بند اول: نگاهی به قواعد قضایی ضد اجتناب مالیاتی در برخی کشورهای دنیا^۱

دکترین‌های مختلفی برای ضد اجتناب مالیاتی مطرح شده‌اند که این دکترین‌های قضایی یا در قوانین موضوعه منعکس گشتند و شکل قاعده مدوّن به خود گرفتند یا در رویه قضایی به شکل یک قاعده قابل اعمال شدند. اکنون به مهم‌ترین دکترین‌های قضایی اشاره می‌شود:

۱. دکترین تقدّم ماهیت بر شکل^۲

از اولین و جامع‌ترین نظریه‌های مقابله با اجتناب مالیاتی است. به موجب این دکترین، لازم است به ماهیت و نتیجه معاملات توجه کنیم تا این‌که اقدامات شکلی طرفین را در نظر بگیریم. دادگاه عالی استرالیا در دعوای «گریدلاند علیه کمیسیونر مالیاتی»^۳ که گریدلاند تلاش کرده بود با استفاده از روش‌های قانونی میزان مالیات‌پردازی در نظام مالیاتی را به طور نامنصفانه‌ای به حداقل برساند، با اعمال دکترین تقدّم ماهیت بر شکل، گریدلاند را به اجتناب مالیاتی و پرداخت مقدار مالیات کاسته شده محکوم کرد.

این دکترین در ایالات متحده آمریکا به شکل قاعده در آمد و به آن، قاعده «تقدّم ماهیت بر شکل» گفته شد که کنگره آمریکا، این قاعده را در قانون درآمدهای داخلی مدوّن کرد.^۴ این دکترین که ماهیت کلی و جامعی دارد، چنان اهمیت یافت که بسیاری از کشورها در همین دهه دوم قرن جاری میلادی، قواعد مرتبط را تصویب کردند. برای مثال، قواعد مرتبطی در سال ۲۰۰۷ در چین و سال ۲۰۱۳ در بریتانیا و سال ۲۰۱۳ در هند به تصویب رسید.^۵

۱. به قواعد قضایی ضد اجتناب، «دکترین‌های قضایی ضد اجتناب» یا «Judicial Anti Avoidance Doctorines» گفته می‌شود و منظور، قواعدی است که به شکل دکترین در رویه قضایی شکل گرفته است.

2. The Substance over form doctrine

3. Cridland v Federal Commissioner of Taxation, HCA 61, (1977) 140 CLR 330

4. 7701(o) of the United States Internal Revenue Code

5. Finance Act 2013 Part 5, General Anti-Abuse Rule, ss 206-15

این دکتترین، دایره‌ای گسترده‌تر از دکتترین‌هایی نظیر هدف اقتصادی و هدف تجاری دارد^۱ و فرصت بیش‌تری برای مقام مالیاتی یا قضایی با هدف مبارزه با اجتناب مالیاتی پدید می‌آورد. البته نمونه‌های مشابه هم در نظام حقوقی ایران قابل‌ردیابی است. موارد معامله صوری و معامله به قصد فرار از دین از این دست هستند. هم‌چنین در رویه قضایی، مواردی از اعمال این دکتترین به چشم می‌خورد،^۲ به‌طوری‌که برخی حقوق‌دانان برای جلوگیری از اجتناب مالیاتی، هبه‌ای را که به صورت بیع واقع شده است، دارای آثار عقد هبه می‌دانند.^۳

برخی حقوق‌دانان هم^۴ با اتکا به چند ایراد، امکان تعیین ماهیت را ممکن ندانسته‌اند. این ایرادها پذیرفتنی نیست و با طرح این ایرادها، استدلالشان نقد می‌شود:

یک. تعیین ماهیت یک قرارداد را بسته به قصد طرفین دانسته‌اند. این ایراد پذیرفته نیست؛ زیرا قصد ظاهری، معیار قانون‌گذار بوده است و برخی از فقیهان^۵ و حقوق‌دانان^۶ به ظاهری بودن قصد اشاره داشته‌اند. در واقع، عرف، ظواهر و اوضاع و احوال، قصد را مشخص می‌کنند.

دو. گفته‌اند دادگاه‌ها و مقام‌های عمومی اصولاً حق دخالت و تغییر تعهدات قراردادی را ندارند.^۷ این استدلال در مقابل مفاهیم نفع عمومی و برابری مالیاتی رنگ می‌بازد؛ زیرا ذهنیت فریب‌کارانه و وجود سوء نیت، حمایت‌های مشابهی چون حسن نیت ندارد.

سه. ایشان متذکر شده‌اند که تفسیرهای مرتبط به نقض بارز قواعد حقوق قراردادهای منجر می‌شوند، ولی اصولاً

1. Ostwal, T.P. and Vikram Vijayaraghavan, "Anti-Avoidance Measures", National Law School of India Review 22, No. 2, 2010, p. 65

۲. در بند سوم از گفتار اول به توضیحی رجوع شود که درباره رأی صادرشده از دیوان عدالت اداری آمد.

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای: جلد سوم، آثار قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۹۳، ص ۲۲۴.

۴. امینی و همکاران، پیشین، صص ۱۲۲-۱۲۳.

۵. نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱، ۲ و ۳)، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸، ص ۴۰۷.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲.

۷. قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، مختصر قراردادهای و تعهدات، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۴۹؛ صفایی، پیشین، صص ۵۵-۵۶.

چنین چیزی رخ نمی‌دهد؛ زیرا تفسیرها بر معیارهای عینی مبتنی هستند و مفسر نمی‌تواند دل خواهانه تفسیر کند، بلکه موظف است مطابق معیارهای عینی که مشخص و معین هستند، شرایط و اوضاع و احوال را تفسیر کند. چهارم. ایشان بر اصل صحت ادعای طرفین معامله و اتکا به ظاهر قرارداد برای تحلیل ماهیت و نفوذ می‌پردازد که با صدر ادله‌اش در تناقض است. در صدر استدلال بر دشوار بودن تعیین قصد طرفین تأکید می‌شود و در استدلال چهارم، به اتکا به ظاهر قرارداد؛ زیرا اتکا به ظاهر قرارداد به نوعی محصول نظام عینی‌گرایانه است که تشکیل و تفسیر قرارداد را بر معیارهای عینی مبتنی می‌سازد.

۲. نظریه معامله واحد^۱

مشابه دکتربین پیشین، دکتربین معامله واحد بر ماهیت تأکید می‌کند؛ با این تفاوت که بحث راجع به چندین معامله گمراه‌کننده است. از رهگذر این دکتربین، تمامی معاملات شکلی، معامله‌ای واحد شمرده می‌شود تا ماهیت و واقعیت قضیه کشف شود. این نظریه بر معیار وابستگی تکیه می‌کند که به موجب آن، تمامی معاملات واقع شده در حقیقت به یکدیگر وابسته‌اند و در پی تحقق یک معامله واحدند.^۲ در حقوق انگلیس، در دعوی «رمزی علیه اداره درآمد»،^۳ مجلس اعیان متذکر گشت که «باید به نتیجه نهایی حاصل از چندین معامله مرتبط برای اجتناب مالیاتی توجه کرد؛ این گونه که آیا هدف، صرفه مالیاتی بوده و واقعاً هم به آن منجر شده است».^۴ بنابراین، تأثیر نهایی چند معامله با هم بررسی می‌شود. هم‌چنین این دکتربین در دعوی «فرنیس علیه داونسون» به صراحت جاری گشت.^۵ این دکتربین در حقوق امریکا نیز نفوذ پیدا کرده است، با این تفاوت که اعمال این قاعده و بی‌اثرسازی معاملات به عهده دادگاه‌های دادگستری نهاده شده است، نه ارگان‌های مالیاتی.^۶ در واقع، اگر یک قرارداد اهداف اقتصادی نداشته، ولی مؤلفه‌های حقوقی داشته باشد، مقام‌ها می‌توانند ماهیت آن را تعیین کنند.

1. The Step transaction doctrine

2. Interdependence Test

3. W T Ramsay Ltd v. IRC, 2 W.L.R. 449, 180 (1981) (HL, UK)

4. Ibid

5. Furniss v. Dawson, 1 All E.R. 530 (1984) (HL, UK)

6. Avi-Yonah, Reuven, Nicola Sartori and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011, p. 104

۳. دکترین هدف تجاری^۱ و ماهیت اقتصادی^۲

به دلیل شباهت این دو دکترین و برای دوری از خلط مبحث، دو دکترین را به صورت اجمالی بررسی می‌کنیم. به موجب دکترین هدف تجاری، هدف معامله باید تجاری باشد و منطقی تجاری در رخداد آن معامله وجود داشته باشد و اگر از ماهیت و اوضاع و احوال قضیه برآید که اهداف مالیاتی در انجام معاملات در نظر است، دادگاه، آن معامله را بی اعتبار اعلام می‌کند. این دکترین در دعوی «گرگوری علیه هلورینگ»^۳ به کار رفت. البته بطلان به اثبات انگیزه معاملاتی بستگی دارد. معیار هدف تجاری از اختلاط معاملات مرحله‌ای و نظریه ماهیت پدید آمده است که بر اساس آن، معامله باید به طور منطقی، تغییری در وضعیت اقتصادی مؤدی مالیاتی پدید آورد و افزون بر آن، مؤدی باید برای به دست آوردن هدفی اساسی وارد معامله شده باشد. بنابراین، معامله‌ای که در وضعیت تجاری تغییری ندهد و صرفاً با هدف صرفه اقتصادی انجام شود، غیر واقعی و صوری است و مشمول مالیات می‌شود.^۴ دکترین ماهیت اقتصادی به جای توجه به خود معامله، جایگاه اقتصادی مؤدی را در نظر می‌گیرد، از این نظر که آیا با انجام معاملات، جایگاه اقتصادی مؤدی تغییر کرده است یا خیر. دکترین ماهیت اقتصادی در دعوی «شرکت فرانک لیون علیه دولت امریکا» ظاهر گشت و دیوان عالی این کشور، دکترین ماهیت اقتصادی را به کار گرفت.^۵

۴. دکترین معامله صوری^۶

اعمال این دکترین در معاملاتی است که به صورت صوری و به قصد فرار از دین جهت مشمولیت مالیاتی به صورت قانونی واقع گشته‌اند. برخی کشورها مثل بلژیک، پا را فراتر گذاشته و هبه یا ارث را در حالت وضع مالیات، بیع تلقی کرده و گفته‌اند اگر هبه، منفعتی قابل توجه برای هبه‌کننده

1. The business purpose

2. The doctrine of Economic Substance

3. GREGORY v. HELVERING, Commissioner of Internal Revenue. Supreme Court. 293 U.S. 465. 55 S.Ct. 266. 79 L.Ed. 596

4. Ibid

5. Frank Lyon Co. v. United States: 435 US 561 (1978)

6. Sham Transaction

داشته باشد، دادگاه‌ها، قرارداد را باید بیع بدانند.^۱ هم‌چنین قانون‌گذار در کشورهایی هم‌چون سوئد، سوئیس و ژاپن، وضعیت‌های صوری مبتنی بر اجتناب مالیاتی را با پیش‌بینی صلاحیت‌های تشخیصی برای مقامات مالیاتی به حداقل رسانده است. این جا تفسیر مهم‌تر می‌شود و مفسر، مانع از اجتناب می‌گردد. برای مثال، در ژاپن، مقام مالیاتی با تجمیع چهار شرط، صلاحیت رد معامله را پیدا می‌کند:

۱. صرفه قابل توجه مؤدی مالیاتی؛

۲. دخالت مستقیم یا غیر مستقیم مؤدی در معامله؛

۳. توجیه برجسته معامله بر پایه صرفه مالیاتی؛

۴. نقض قواعد حقوقی.

در ایتالیا، اگر معامله توجیه اقتصادی نداشته باشد و نتیجه معامله، صرفه مالیاتی باشد و قواعد آمره در مورد تعهدات نقض شده باشد، مقامات مالیاتی می‌توانند معامله را رد کنند.^۲ این دکترین، تنها دکترینی است که قانون‌گذار در حقوق ایران، آن را به طور قاعده‌مندی پیش‌بینی کرده است. از اعمال این دکترین در بند اول گفتار دوم سخن رفت.

۵. دکترین سوء استفاده از قانون^۳

محل کارکرد این دکترین در جایی است که طرفین یک معامله، ماهیت خاصی برای آن معامله قائل هستند، اما از لحاظ قوانین مربوط به انعقاد قراردادها، ماهیت آن معامله چیز دیگری است و در نظر گرفتن ماهیت خلاف، صرفه‌ای مالیاتی برای شخص دارد که با در نظر گرفتن ماهیت، مقام مالیاتی یا قضایی، مانع از اجتناب می‌شود.^۴ دکترین سوء استفاده از قانون در جهت اهداف مالیاتی،

1. Vanistendael, F., **Legal Framework for Taxation, Tax Law Design and Drafting**, Vol. 1, International Monetary Fund, 1996, p. 37

2. Arnold, op.cit., p. 488

3. Abuse of law

4. Tanto, V., “**Abuse of law Doctrine in Tax aw**”, European journal of Social Science Education and Research, September– December 2020, Vol. 7, Issue 3, p. 161

در نظام‌های حقوقی نوشته هم‌چون فرانسه و آلمان وجود دارد^۱ و در قانون درآمد داخلی آمریکا هم وارد شده است.^۲ برای مثال، اگر یک عمل حقوقی به وضوح با هدف خودداری از پرداخت مالیات انجام شده باشد، دادگاه‌های آمریکا می‌توانند آن را نادیده بیانگارند.^۳ در حقوق ایران نمی‌توان به بهانه شخصی، قرارداد را فاسد اعلام کرد و گفت فرد از قانون سوء استفاده کرده است. به همین دلیل، این قاعده، مجال ظهور نیافته است.

بند دوم: نگاهی به انواع قواعد قانونی ضد اجتناب مالیاتی در دیگر کشورها

افزون بر دکتربین‌هایی که برای مبارزه با اجتناب مالیاتی شکل پذیرفته‌اند و گفتیم که می‌توان آن‌ها را به قواعد قضایی نیز تعبیر کرد، قواعد قانونی ضد اجتناب مالیاتی هم وجود دارند که قانون‌گذاران برای دستیابی به نظام مدوّن و مشخص وضع کرده‌اند. قواعد و معیارهای ضد اجتناب مالیاتی به دو نوع قواعد ضد اجتناب عام^۴ و قواعد ضد اجتناب خاص^۵ تقسیم می‌شوند. قواعد عام، ماهیتی عام‌الشمول دارند و قانون‌گذار، معاملات یا اقدامات خاصی را که به اجتناب مالیاتی می‌انجامد، در نظر نگرفته است و نگاهی کلی به مسئله اجتناب دارد و معیارها هم کلی است. در قواعد خاص، قانون‌گذار، دسته خاصی از معاملات یا اعمال مؤدیان را هدف‌گذاری می‌کند.^۶

ممکن است چنین سؤالی پیش آید که چرا قواعد عام ضد اجتناب باید وجود داشته باشد؛ زیرا قواعد خاص به دقت و ظرافت، مشکل را رفع می‌کند. در این باره، قاضی مورفی در دعوای «کمیسیونر مالیاتی فدرال علیه هنکوک» می‌گوید: «وجود اذهان خلاق جهت اجتناب از پرداخت، پایان‌ناپذیر است و از این رو، ممکن نیست یا به صلاح نیست که بگوییم در آینده دقیقاً چه اتفاقی خواهد افتاد (یا به عبارتی، مؤدیان چگونه اجتناب خواهند کرد)».^۷ بنابراین، قواعد عام ضد اجتناب

1. Avi-Yonah, Et al, op.cit., p. 106

2. See: USA IRC § 269

3. Vanistendael, op.cit., p. 28

4. GAAR or general anti-avoidance rules

5. SAAR or specific anti-avoidance rules

6. Ostwal, et al, op.cit., p. 73

7. Federal Commissioner of Taxation v. Hancock, (1961) 8 ATR 3

در زمانی که قواعد خاص، پاسخگو نیستند یا با ابهام مواجهند، مفید واقع می‌شوند؛ زیرا مؤدیان هر آن، روش‌هایی جدید برای اجتناب می‌یابند. البته قواعد عام به عدم قطعیت دامن می‌زنند. همین موضوع می‌تواند حقوق مؤدیان و حاکمیت قانون را تهدید کند.

گفتنی است که در کانادا، قواعد عام ضد اجتناب با چالش تَخلف از قانون اساسی مواجه بود که دیوان عالی این کشور در دعوی «تراستکو»، تفسیری هدف‌محور از این قواعد ارائه کرد.^۱ در کشورهایی هم چون کانادا، استرالیا، آلمان و فرانسه، قواعد ضد اجتناب عام تصویب کرده‌اند. در استرالیا، قواعد عام ضد اجتنابی تصویب شد که با صدور آرای دادگاه‌ها با تحدید مواجه گردید و قانون‌گذار در سال ۲۰۱۳ این قواعد را اصلاح کرد. نزدیک به صد سال است که قواعد عام ضد اجتناب در قانون مالیات آلمان داخل گشته است.^۲ برخی کشورها مثل ایالات متحده آمریکا و انگلیس، قواعد عام ضد اجتناب ندارند و فقط از قواعد خاص پیروی می‌کنند. اگر مشکلی پیش آمد و وضعی دیده شد و قواعد خاص پاسخگو نبود، دکتربین‌های قضایی که در بند قبل از آن سخن رفت، رفع مشکل می‌کنند.^۳

گفتار سوم: چالش ایجاد قواعد ضد اجتناب و رده‌های موجودیت آن

پس از شرح و تحلیل وضعیت نارس مقررات در ایران و بحثی تطبیقی درباره تکامل نیافتن قواعد ضد اجتناب در حقوق ایران، اینک به موجودیت این قواعد پرداخته می‌شود تا هم با چالش اولیه آن آشنا شویم و هم بتوان رده‌های مختلف موجودیت را در نظر گرفت.

بند اول: چالش‌های منطقی و اجرایی قواعد ضد اجتناب

۱. تعارض با قانون امتناع تناقض

از طرفی، قواعد و مقررات مالیاتی به مؤدی مالیاتی اجازه می‌دهند با تکیه بر این قواعد، مالیات کم‌تری بپردازند. از طرف دیگر، شخص را از اجتناب مالیاتی که با اتکا به قواعد مالیاتی است، منع

1. Canada Trustco Mortgage Co v. Canada, 2005 2 S.C.R. 601 (Supreme Court of Canada)

2. Waerzeggers, Christophe and Cory Hillier, "Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose", Tax Law: International & Comparative Tax eJournal, 2016, p. 154

3. Ostwal, et al, op.cit., p. 75

می‌کنند. برای مثال، قاعده‌ای ممکن است به مؤدیان اجازه دهد که در احتساب مقدار درآمد خود، کسوری را در نظر بگیرند و از این دریچه، با کم شدن میزان درآمد، مالیات کم‌تری پردازند.^۱ قواعد ضد اجتناب دقیقاً می‌خواهند با شرایطی مقابله کنند که برخی قواعد مالیاتی رقم می‌زنند. از این رو، ارزش بسیاری بر این قواعد مترتب است. البته اجرایی کردن این قواعد چندان آسان نیست و علت اصلی آن هم این است که قواعد ضد اجتناب، «قانون امتناع تناقض»^۲ را نقض می‌کنند.

ارسطو، اصل عدم تناقض را با جزئیات بررسی کرده است و آغاز فلسفه و متافیزیک را که با هستی‌شناسی و اولین اصول سر و کار دارد، با قانون عدم تناقض می‌داند که مهم‌ترین قانون است. در حقیقت، اصل عدم تناقض، پرسشی علمی و ابزاری در استدلال‌آوری و ارتباطات است که بدون آن نمی‌توانیم چیزی بدانیم.^۳ این اصل در نظر ارسطو، سه حالت مختلف دارد. اول، ناممکن است که یک چیز در یک زمان به یک چیز مشابه از جنبه‌ای مشابه هم متعلق باشد و هم نباشد. دوم، ناممکن است که یک چیز را هم موجود و هم ناموجود بینداریم. سوم، دو ادعای مخالف نمی‌تواند در یک زمان، درست باشند.^۴

قواعد مالیات با هر یک از این سه حالت قانون امتناع تناقض قابل مطالعه هستند، به ویژه با نوع سوم که نزدیکی بیش‌تری دارند. مطابق حالت سوم، نمی‌توانیم بگوییم که در عین حال هم مطابق قواعد مالیاتی، مالیات بر درآمد به شخص الف تعلق نمی‌گیرد و هم مطابق قواعد ضد اجتناب مالیاتی شخص را مشمول درآمد بدانیم. شکی نیست که تناقض با اعمال قواعد ضد اجتناب مالیاتی حادث می‌شود. در واقع، هم باید شخص الف را مشمول قواعد مالیاتی نکنیم و هم باید او را مشمول قواعد مالیاتی بدانیم. بنابراین، با نظر در اصل عدم تناقض ارسطو دانستیم که وجود قواعد ضد اجتناب، ناقض اصل عدم تناقض است.

1. Cecil Bros Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation (1964) 111 CLR 430 (HCA, FC). 13 Cridland v Federal Commissioner of Taxation (1977) 140 CLR 330 (HCA, FC)

2. The Law of Non-Contradiction

3. Cohen, S. Marc, "Aristotle on the Principle of Non-Contradiction", Canadian Journal of Philosophy 16, No. 3, 1986, p. 365

4. Ibid

اینک به نظرهای کلسن می‌پردازیم که با غور در نظر او لزوماً نمی‌توان شرایط پیش‌آمده را به تناقض تعبیر کرد؛ چون این تعارض در «هست‌ها»^۱ نیست، بلکه تعارض در «باید»^۲ است. چون هیچ گزاره حقوقی در «هست‌ها» نمی‌گنجد و حقوق درباره «بایدها»ست، نمی‌توان مدعی تناقض شد.^۳ او در کتاب تئوری کلی حقوق و دولت می‌آورد: «حکم «الف باید باشد» و «الف نباید باشد»، برای مثال، «الف باید حقیقت را بگوید» و «الف نباید حقیقت را بگوید» با حکم «الف هست» و «الف نیست»، سازگار و مشابه نیست».^۴ در واقع، این دو حکم با هم سازگار نیستند و یکی، ماهیت هنجاری دارد و دیگری، ماهیت تجربی و وجودی. اصل تناقض به همان شیوه‌ای که در مورد حقایق اعمال می‌شود، در مورد هنجارها اعمال نمی‌گردد.

تفسیری که کلسن ارائه می‌دهد، تا حدّ زیادی، مسئله تناقض را برطرف می‌کند. با این حال، تناقض همیشه بروز می‌کند و امکان بروز تناقض در قواعد ضد اجتناب بیش‌تر است. برای کلسن، بروز تعارض در هنجارهای یک نظام حقوقی، مشکلی جدی و اجتناب‌ناپذیر است. اگر دو نُرم یا هنجار، متناقض باشند، یکی یا هر دو باید بی‌اعتبار شوند.^۵ پس حل تعارض، اهمیت ویژه دارد. کلسن، شیوه حل تعارض را تشریح نکرده است. برای توضیح شیوه حل تعارض می‌توان به رویه قضایی نظر انداخت که در آن، پدیده رفع تناقض به خوبی قابل مشاهده است.

یکی از دکتربین‌هایی که برای رفع تعارض به کار گرفته شده، «دکتربین انتخاب» است که دیوان عالی استرالیا در دعوی «شرکت با مسئولیت محدود کایگری علیه کمیسیونر وضع مالیات»^۶ به کار گرفت. قاضی دادگاه در اختیار نمودن این دکتربین برای رفع تعارض چنین بیان کرد: «هر مشکلی که در تفسیر وجود داشته باشد، یک امر واضح است و آن این‌که هدف این قسمت (۲۶۰) از قانون، منع

1. "is"

2. "ought"

3. Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Michael Hartney (trans.), New York: Oxford University Press, 1991, pp. 163-4, 213-14, 219

4. Ibid, p. 408

5. Ibid, pp. 18 & 73

6. W.P. Keighery Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation

از خنثی شدن مقررات قانون است و به معنای امحای حق انتخاب بین راه‌های جای‌گزین نیست که قانون، خود استفاده از آن‌ها را ممکن دانسته است»^۱.

در واقع، اجرای قواعد ضد اجتناب مالیاتی بسیار تناقض‌برانگیز است که رویه قضایی می‌تواند این مسئله را تا حدّ زیادی برطرف سازد. برای مثال، قاضی وود هاوس جی. در دعوایی^۲ به صراحت می‌گوید: «هر مالیاتی مطابق قواعد تعیین شده دریافت و به حساب دولت واریز می‌شود. اگر در احتساب مالیات، فاکتور و مشخصه‌ای غیر واقعی باشد، مسئولیت مؤدی مجدد برقرار می‌شود و بایست طبق واقع احتساب نمود»^۳. در این راستا، تشخیص دادگاه و مقام مفسر نقش عمده‌ای در غیر واقعی بودن ایفا می‌کند. به طور کلی، همان‌گونه که قاضی ام. سی. کارتی می‌گوید: «قواعد ضد اجتناب مالیاتی به دنبال رفع اثر سوء و بد قواعد مالیاتی هستند که مؤدیان با اتکا به آن‌ها کوشیده‌اند از پرداخت مالیات معاف شوند یا مالیات پرداختی را به حداقل برسانند»^۴.

۲. تعارض با اصل حاکمیت قانون

محدوده شمول مفهوم حاکمیت قانون همیشه مورد بحث بوده است.^۵ قواعد ضد اجتناب مالیاتی از مواردی هستند که می‌توانند با اصل حاکمیت قانون اصطکاک یابند^۶ و در واقع، قواعد ضد اجتناب مالیاتی در حاله‌ای از عدم قطعیت^۷ قرار گرفته‌اند؛ به این صورت که اقدام یا معامله‌ای از سوی مؤدی گاه می‌تواند به کاهش مالیاتی تعبیر شود و گاهی به اجتناب مالیاتی. در دعوایی^۸

1. W.P. Keighery Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation [1957] 100 CLR 66 (HCA, FC)

2. Elmiger v Commissioner of Inland Revenue 6

3. Higgins v Smith, 308 U.S. 473 (1940), 476-7

4. Commissioner of Inland Revenue v Gerard [1974] 2 NZLR 279, 280 (CA)

5. Waldron, J., "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" 21 Law and Philosophy, 2002, 137, p. 200

۶. با نظر به اصل قانونی بودن مالیات، دادگاه‌ها و مراجع مالیاتی با تفسیر لغوی خود از تعمیم عبارات قانونی منع می‌شوند و به نوعی، همین مانع از نفوذ هدف قانون‌گذار می‌شود (شهنیایی، احمد، «مبانی تفسیر قانون در حقوق مالیاتی با نگاهی به آرای مالیاتی و قضایی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۵۲۹).

۷. قطعیت یا «certainty» از شاخص‌های حاکمیت قانون است که هم برای قانون‌گذاران امر مهمی است و هم برای تابعان قانون.

8. Challenge Corporation Ltd v. CIR [1986] 2 NZLR 513, 562

قاضی لرد تمپلمان با ارائه تفسیری از ماده ۹۹ قانونی مالیات بر درآمد نیوزلند و با عنایت به رویه قضایی انگلیس، انعقاد قراردادی بین طرفین برای انتقال درآمد را مشمول کاهش مالیاتی دانست؛ زیرا ظاهراً درآمد شخص کاهش می‌یابد و کاسته شدن از میزان مالیات پرداختی او، معقول و مشروع است و باید آن را به کاهش مالیاتی تعبیر کرد. ماده ۹۹ در موارد کاهش مالیاتی اجرایی نمی‌شود.^۱ این مثال نشان می‌دهد که قواعد ضد اجتناب هنگام اجرا امکان بیش‌تری دارند با حاکمیت قانون در تعارض افتند که یکی از این موارد، مشابهت آن با مفهوم کاهش مالیاتی است.

از نگاهی دیگر، تنظیم‌کنندگان قانون نمی‌تواند همه اوضاع و احوال را پیش‌بینی کنند؛ چون عمل، اقتضائات خاصی را رقم می‌زند. پروفیسور هارت در همین باره به وجود منطقه تردید یا «Penumbra» اشاره می‌کند که در آن، قطعیتی در اجرا شدن یا نشدن قانون وجود ندارد.^۲ گفتنی است که وجود اصل برائت در حقوق کیفری تا حد ممکن از ایجاد «Penumbra» می‌کاهد؛ زیرا اشتباه و تردید می‌تواند نفس و حیثیت و جان شخص را به خطر اندازد. این وضعیت یعنی وضعیتی که تردید قامت راست می‌کند، در اجرای قواعد ضد اجتناب مالیاتی بروز بیش‌تری می‌یابند؛ زیرا در بسیاری از مواقع، مفسر در مشروعیت داشتن یا نداشتن آن تردید می‌کند. از این رو، گفته می‌شود که امکان تلاقی نقض حاکمیت قانون و اجرای قواعد ضد اجتناب مالیاتی بسیار است.

با این حال، اجتناب مالیاتی نه تنها دولت را به چالش می‌اندازد، بلکه جامعه را هم دچار مشکل می‌کند. هم‌چنین با اجتناب مالیاتی، اصل برابری افراد در پرداخت مالیات نقض می‌شود؛ زیرا گروهی مجبورند مالیات بیش‌تری بپردازند.^۳ باری، امکان اصطکاک قوانین ضد اجتناب با اصل حاکمیت قانون وجود دارد که مفسر تا جایی که ممکن است، باید از تفسیر معارض با اصل حاکمیت قانون بپرهیزد.

1. Ibid

2. Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", in: H. L. A. Hart (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 49 & 63

3. Krever, R. E., "Structure and Policy of Australian Income Taxation", in: R. E. Krever (ed.), *Australian Taxation: Principles and Practice*, Melbourne: Longman Cheshire Pty Ltd, 1987, pp. 1 & 11.

بند دوم: اهمیت موجودیت قواعد ضد اجتناب در رده ماهیت^۱

منظور از ایجاد قواعد ضد اجتناب در رده ماهیت آن است که در یک نظام حقوقی بایست ابتدا قواعدی شکل بگیرند که ماهیت اقدام یا معامله افراد با سوء نیت را هدف قرار دهند و به عبارتی، اقدامات با سوء نیت مؤدیان را بی اثر سازند. برای مثال، قانون‌گذار در قسمت ۹۹ قانون مالیات بر درآمد نیوزلند (مصوب ۱۹۷۶)، این اقدام‌ها یا اعمال را بی اعتبار دانسته است: «هر عملی که هدف یا نتیجه‌اش، فرار و اجتناب مالیاتی باشد یا یکی از دو یا چند هدف یا نتیجه معامله، اجتناب از پرداخت مالیات باشد».^۲ به این ترتیب، قانون‌گذار با پیش‌بینی قواعدی کلی و جامع، مانع از اجتناب مالیاتی شده است.

قانون‌گذار انگلیس نیز در سال ۲۰۱۳، «قاعده ضد سوء استفاده»^۳ را تصویب کرد.^۴ در قانون مالی انگلیس که قاعده اخیر در آن است، واژه سوء استفاده یا «Abusive» به آن رفتاری اطلاق می‌شود که نمی‌تواند با در نظر داشتن اوضاع و احوال در مورد قواعد مالیاتی، معقول تلقی شود.^۵ در ایالات متحده آمریکا نیز قواعد ضد اجتناب مالیاتی در سال ۲۰۱۰ تصویب شد. بدیهی است قواعد ماهیتی صرفاً اشاره‌ای به چیستی و بطان اقدام امری است و اجرا و تشخیص آن، بحث مفصل‌تر و مهم‌تری می‌طلبد و در بخش قواعد صلاحیتی است.

بند سوم: اهمیت موجودیت قواعد ضد اجتناب در رده صلاحیت^۶

مضاف بر قواعد ماهیتی، لازم است قواعد ضد اجتناب در رده صلاحیت نیز موجودیت یابند و

۱. در برخی نظام‌ها بر وجود قواعد قانونی ضد اجتناب تأکید می‌شود و جای کم‌تری برای اختیار عمل مقام صلاحیت‌دار باقی مانده است. نظام حقوقی آلمان از نظام‌هایی است که قواعد ضد اجتناب مالیاتی را نگاشته است

(Schön, W.). 'Abuse of rights and European tax law', in J. A. Jones, P. Harris and D. Oliver (eds), *Comparative Perspectives on Revenue Law: Essays in Honour of John Tiley*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008)

2. Section 99 of NZ's Income Tax Act 1976

3. Anti-abuse rule

4. Finance Act 2013 s 206-215 (UK)

5. Finance Act 2013 s 207(2) (UK)

۶. در کشورهای مثل ایالات متحده آمریکا و کره جنوبی از چنین نظامی استفاده می‌کنند که به جای آن که قواعد جنبه ماهیتی اهمیت داشته باشد، جنبه صلاحیتی اهمیت دارد و ممانعت از اجتناب بیش‌تر مبتنی است بر تشخیص مقامات صلاحیت‌دار و کم‌تر بر قواعد ماهیتی نگاشته شده در قانون اتکا دارد.

(cMahon, M., "Beyond a GAAR: Retrofitting the code to rein in 21st century tax shelter", *Tax Notes*, 2003, p. 98, 1721.)

با ایجاد صلاحیت‌های خاصی برای مقامات مالیاتی و قضات، امکان مبارزه بهتر و بیش‌تر را فراهم آورند. پیش‌بینی صلاحیت تشخیص اجتناب و ممانعت از آن در بسیاری از نظام‌های حقوقی، در دو وضعیت ظاهر می‌شود؛ یکی، صلاحیت تشخیصی مقامات اداری (مالیاتی) و دیگری، قدرت تفسیر و قانون‌گذاری قضات.^۱

۱. صلاحیت تشخیصی

مقام اداری دو صلاحیت دارد: صلاحیت تشخیصی و صلاحیت تکلیفی. در نوع اول با نظر به قراین و اوضاع تشخیص می‌دهد و تصمیم اداری می‌گیرد. در نوع دوم، وجود اوضاع همان و ایجاد تکلیف هم همان و ردی از سبک و سنگین کردن نیست. در کاربرست قواعد ضد اجتناب، مضاف بر صلاحیت تکلیفی مقام مالیاتی، صلاحیت تشخیصی او هم اهمیتی دوچندان می‌یابد. از این بابت، بحث از معیارهای اداری ضد اجتناب مالیاتی به میان می‌آید که بر اساس آن، افزون بر وجود قواعد ماهیتی نظیر قواعد عام و خاص ضد اجتناب، مقام مالیاتی، صاحب اختیاراتی دیگر است. به چندی از این اختیارات می‌توان اشاره کرد:

۱. صلاحیت‌های تفتیشی:^۲ مقام اداری به موجب قانون می‌تواند در صورت وجود قراینی برای اثبات وضعیت، تحقیقات و اعمال مقتضی را به عمل آورد.
۲. صلاحیت‌های اداری: به همان صلاحیت تشخیصی اطلاق می‌شود که مقام مالیاتی دارد.
۳. امکان اخطار به مؤدی مالیاتی و تصمیم‌گیری درباره اقدام یا رفتارش: این صلاحیت برای این است که اداره چگونه می‌تواند قواعد ضد اجتناب مالیاتی را مستقیم اعمال کند.
۴. تشکیل هیئت‌های ویژه برای اعمال قواعد ضد اجتناب مالیات: گاهی به موجب قواعد مالیاتی، هیئت مختص تشخیص و مبارزه با اجتناب تشکیل می‌شود.^۳

افزون بر همه این‌ها، بسیاری از کشورها از روش‌های اداری دیگری نظیر ابزارهای کنترل معاملات و صدور گواهی‌نامه شفافیت مالیاتی بهره می‌جویند که از آن‌ها می‌توان به عنوان ابزارهای

1. Ostwal, et al, op.cit., p. 76

2. Investigative powers

3. Ostwal, et al, op.cit., p. 77

صلاحیتی برای مبارزه با فرار مالیاتی استفاده کرد. در کانادا، دولت، اتباع خود را مکلف کرده است تا همه سرمایه‌گذاری‌های خارجی خود را که میزان آن، بیش از صد هزار دلار کانادا است، به دولت گزارش دهند.^۱

ممکن است نتیجه معکوسی از این اقدامات حاصل شود؛ زیرا هر آن، احتمال نقض حاکمیت قانون و عدم ثبات قراردادهای وجود دارد. در این باره گفتنی است که در کنار مفهوم اجتناب مالیاتی، مفهوم کاهش مالیاتی یا «Tax Mitigation» وجود دارد که امری مشروع است. تشخیص تمایز بین این دو گاهی بسیار دشوار است و تفسیر و تعبیر مقام مالیاتی راه‌گشاست. در واقع، اعمال ساده و زبانی قواعد ضد اجتناب مالیاتی بدون توجه به ماهیت اوضاع و احوال، بسیاری از معاملات مشروع را بی اعتبار می‌سازد که همین موضوع بر خلاف اصل حاکمیت قانون و اصل آزادی قراردادهای اصل امنیت معاملات است.^۲ در هر حال، توجه به قواعد صلاحیتی در زمینه اختیارات مقام اداری اهمیت بسیاری دارد که در تنظیم قواعد ضد اجتناب باید در نظر گرفت.

۲. قانون‌گذاری قضایی^۳

شیوه برخورد دولت‌ها با اجتناب مالیاتی فقط از نظرگاه مصوبات قانونی نیست، بلکه برخی کشورها از دکتربین‌های قضایی که از آن‌ها سخن رفت، برای مبارزه با این عمل نامشروع بهره‌جسته‌اند. از این رو، افزون بر قواعد ضد اجتناب قانونی،^۴ دکتربین‌های قضایی ضد اجتناب،^۵ قابلیت وجودی دارند. این دکتربین‌ها ناشی از آرای دادگاه‌ها هستند و زمینه‌ای مشروع برای مبارزه با اجتناب مالیاتی فراهم می‌آورند.

ساختار منحصر به فرد نظام حقوقی کامن‌لا، جایگاهی خاص برای تصمیم قاضی رقم زده است. گاه تصمیم، رویه‌ساز می‌شود و باید از آن پس طبق آن عمل کرد. گاهی هم تصمیم با اتکا به اصول

1. Ibid

2. Challenge Corporation Ltd v. CIR [1986] 2 NZLR 513, 562

3. Judicial law-making

4. Statutory general anti-avoidance rules

5. Judicial general anti-avoidance doctrines

حقوقی و مفهوم منفعت اجتماعی گرفته می‌شود. در مورد اجتناب مالیاتی، دادگاه‌ها می‌توانند هر قراردادی را که با نظم عمومی در تعارض باشد، بی‌اثر کنند. برای مثال، در دعوی «ناپیر علیه سازمان تجارت ملی»، دادگاه به این دلیل که هدف قرارداد، اجتناب از پرداخت مالیات بوده است، قرار را فاقد اثر حقوقی دانست.^۱ مثال مشابه، دعوی «هال علیه ولستون» است که دادگاه با این استدلال که هدف اجتناب مالیاتی بوده است، با استناد به حقوق مسئولیت مدنی، قرارداد را بی‌اعتبار خواند.^۲

هم‌چنین حقوق‌دانی به نام تایللی درباره رأی صادرشده در دعوی «رمزی»^۳ گفت: «رأی صادرشده، نمونه‌ای سنتی از تکامل حقوقی را نمایان می‌سازد که در این رهگذر، هم نیاز به تغییر پیش آمد و هم تغییر عملاً اتفاق افتاد و برای حل مسئله به پاسخ‌های از پیش تعیین شده تکیه نکردیم». بدیهی است تایللی بر اهمیت قابل ملاحظه رویه قضایی در تکامل حقوق تأکید داشته و بر این مسئله پافشاری کرده است که چالش‌هایی در حل مسائل حقوقی به وجود می‌آید که فقط رویه قضایی، پاسخ‌گوست.^۴

نظام حقوقی امریکا نیز بر قابلیت‌های رویه قضایی تکیه کرده و دیوان عالی در دعوی «گرگوری علیه هلروینگ»^۵ در سال ۱۹۳۵ برای مقابله با اجتناب مالیاتی، رأی داده بود. مبنای تصمیم دیوان عالی بر دکتترین ماهیت اقتصادی مبتنی بود که همین قاعده به طور مشابه در حقوق انگلستان نیز جریان یافت. دکتترین ماهیت اقتصادی که در رأی دادگاه بروز یافت، مبنایی برای تصویب این دکتترین در سال ۲۰۱۰ گشت. با این حال، می‌توان گفت فقط دکتترین ماهیت اقتصادی که در رویه قضایی پدید آمده بود، شکل قانونی به خود گرفت و نظام این کشور برای مبارزه با اجتناب هم‌چنان بر رویه قضایی و صلاحیت‌های اداری متکی است.

هم‌چنین قابل اشاره است که دیوان عالی کانادا در دعوی «شرکت رهن تراستکوی کانادا علیه

1. Napier v The National Business Agency (1951)

2. Hall v Woolston Hall Leisure Ltd (2000)

3. N W T Ramsay Ltd v. IRC [1982] AC 300

4. Tiley, J., "An Academic Perspective on the Ramsay/Dawson Doctrine", in: J. Dyson (ed.), Recent Tax Problems, London: Stevens & Sons, 1985a, p. 19

5. Gregory v. Helvering: 293 US 465 (1935)

ملکه»^۱ معاملات و روابط قراردادی مؤدی را بر اجتناب مالیاتی ناعادلانه حمل کرد و برای اثبات و اعمال قاعده ضد اجتناب مالیاتی، این مبانی سه‌گانه را در نظر گرفت: نفع مالیاتی چیست؟ آیا معامله یا اقدام فرد برای انتفاع مالیاتی را می‌توان اجتناب دانست؟ حال، اگر اجتناب است، از نوع نامشروع و سوء استفاده‌گرانه است؟^۲ دیوان با طرح این سه پرسش در رأی صادر شده به دنبال ایجاد مبنایی برای اعمال مقابله با اجتناب مالیاتی بود.

غرض از بیان قسمت قانون‌گذاری قضایی آن بود که اهمیت رویه قضایی و نقش دادگاه‌ها به عنوان مقام‌های صلاحیت‌دار قضایی برای ایجاد قواعد ضد اجتناب را در نظر بگیریم و بر این تأکید کنیم که بسیاری از کشورها با تکیه بر رویه قضایی خود با اجتناب مالیاتی مبارزه کرده‌اند.^۳

نتیجه‌گیری

نارس بودن وضعیت حقوق ایران در قواعد ضد اجتناب مفروض گشت و این فرض هم قطعی شد؛ زیرا هیچ قاعده یا دکترینی به جز قواعدی اندک، به طور خاص به امر مبارزه با اجتناب اختصاص نیافته است. برای توضیح «چگونگی وضعیت حقوق ایران و ابعاد مختلف آن» در این زمینه، قواعد و مقررات بررسی گردید. سپس در آیین‌ها قواعد و دکترین‌های مطرح در این عرصه، وضعیت نارس ایران نمایش داده شد. در نهایت، چالش ایجاد این قواعد و ابعاد تحول آن تحلیل گشت.

برخلاف بسیاری از کشورها اعم از آن‌که مثل امریکا، انگلیس، کانادا و استرالیا جزو نظام کامن لا باشند یا هم‌چون فرانسه، بلژیک، آلمان و دانمارک جزو سیویل لا باشند، در حقوق ایران، قواعد خاص و عام ضد اجتناب مالیاتی تصویب نشده است. فقط قانون‌گذار در تبصره ماده ۲۰۲ قانون مالیات‌های مستقیم به بی‌اعتباری معاملات صوری اشاره کرده که آن هم امری کلی است و نمی‌توان آن را به طور خاص، قواعد عام و خاص دانست؛ زیرا قواعد عام و خاص با تفکر قبلی مقام قانونی به

1. Canada Trustco Mortgage Co. v. The Queen, [2005] 5 C.T.C. 215 (S.C.C.) ("Canada Trustco")

2. Ibid

۳. بنگرید به: فرناز، ارتا؛ محسن طاهری؛ مریم آقایی بجستانی، «دادرسی اداری اختلافات مالیاتی، ابزاری در راستای کاهش وقفه مالیاتی (مطالعه تطبیقی ایران و ایالات متحده آمریکا)»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ۳، شماره

۱۴۰۰، ۱۱۱-۱۴۲

طور نظام‌مند طرح می‌شوند و هم ماهیت را در نظر می‌گیرند و هم صلاحیت را. هم‌چنین در ایجاد قواعد ضد اجتناب، بسیاری از کشورها، رویه قضایی پویا و نیرومندی داشته‌اند و همان‌طور که در قسمت مربوط به دکترین‌های قضایی مشاهده شد، عمده ایده‌های مبارزه با اجتناب مالیاتی در رویه قضایی شکل گرفته بود. با این حال، در رأیی از دیوان عدالت اداری، ماهیت بر شکل مقدم شده و شورای عالی مالیاتی هم آرایه ضد اجتناب تصویب کرده است.

افزون بر این، یکی از چهره‌های تأمل در وضعیت حقوق ایران، کشف و فهم چالش ایجاد قواعد ضد اجتناب مالیاتی بود که دیدیم قواعد ضد اجتناب با دو چالش تناقض و نقض حاکمیت قانون مواجهند. اگرچه تناقض زدوده شد و نقض نشدن حاکمیت قانون توجیه گردید، اما خطر وجود تناقض و نقض حاکمیت قانون، دو مسئله بالقوه هستند که هر آن ممکن است رخ دهند. پس مقام و مفسر مالیاتی نباید در خطر ایجاد تناقض و نقض حاکمیت قانون بیافتد. از این بابت، ضرورت دارد هر ادعایی اثبات شود و اصل بر حسن نیت مؤدی مالیاتی است.

گفتنی است به جز قواعد ماهیتی که ماهیت اقدامات مؤدیان با سوء نیت را بی‌اثر می‌سازند، قواعد صلاحیتی که در دو مرتبه اداری و قضایی بروز می‌یابند، اهمیتی ویژه دارند. از این رو، قانون‌گذار در تنظیم و تدوین قواعد ضد اجتناب مالیاتی باید بحث صلاحیت را به دقت در نظر بگیرد تا وضع قواعدی نارس و غیر عملی را شاهد نباشیم. رویه قضایی اعم از رویه دیوان عدالت اداری و آرای شورای عالی مالیاتی هم شاید بهترین و آسان‌ترین روش برای ایجاد اولیه قواعد ضد اجتناب باشند که گاهی مناسب عمل کرده‌اند. سخن آخر هم این است که در تحقیقی دیگر باید با بررسی الگوهای ضد اجتناب، الگوی مناسب حقوق ایران شناسایی شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۲. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: جلد دوم، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان، چاپ بیست و دوم، ۱۳۹۴.
۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی، مختصر قراردادها و تعهدات، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۴. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها: جلد دوم، انعقاد و اعتبار قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۹۴.
۵. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها: جلد سوم، آثار قرارداد، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۹۳.
۶. نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱، ۲ و ۳)، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸.

ب) مقاله

۱. امینی، منصور، ولی رستمی و رضا چراغی، «قواعد عمومی قراردادها و قواعد ضد خودداری و فرار از پرداخت مالیات»، پژوهش‌نامه مالیات، دوره بیست و هشتم، شماره ۴۵، ۱۳۹۹، صص ۱۵۴-۱۱۹.
۲. توکل، محمد، «جنبه‌هایی از یک رأی مالیاتی. حقوقی»، فصل‌نامه تخصصی مالیاتی، شماره ۴۷، ۱۳۸۶، صص ۴۶-۴۹.
۳. رستمی، ولی، «اقتدارات و اختیارات دستگاه مالیاتی در حقوق مالیاتی ایران»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۳، ۱۳۸۷، صص ۱۶۵-۱۸۹.

۴. شهنیایی، احمد، «**مبانی تفسیر قانون در حقوق مالیاتی با نگاهی به آرای مالیاتی و قضایی**»، فصل نامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، صص ۵۰۷-۵۲۹.
۵. محسنی، سعید و سید محمد مهدی قبولی درافشان، «**مفهوم آثار بطلان نسبی**»، مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، ۱۳۸۹، صص ۲۴۶-۲۷۱.
۶. ریحانه، عامری، سید جواد میرقاسمی و ولی رستمی، «**الگوی مطلوب ضمانت اجرای مالیات ستانی در پرتو اصول به زمامداری**»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰، ۸۸-۱۱۰.
۷. فرناز، ارتا، محسن طاهری و مریم آقایی بجستانی، «**دادرسی اداری اختلافات مالیاتی، ابزاری در راستای کاهش وقفه مالیاتی (مطالعه تطبیقی ایران و ایالات متحده آمریکا)**»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰، ۱۱۱-۱۴۲.

2. Latin Source

A) Book

1. Arnold, B., "A comparison of statutory general anti-avoidance rules and judicial general anti-avoidance doctrines as a means of controlling tax avoidance: Which is better? (What would John Tiley think?)", In: J. Avery Jones, P. Harris, & D. Oliver (Eds.), *Comparative Perspectives on Revenue Law: Essays in Honour of John Tiley*, 2008
2. Avi-Yonah, R., Nicola Sartori and Omri Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law*, Oxford University Press, 2011
3. Braithwaite, Valerie, *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Tax Evasion*, Burlington: Ashgate, 2003
4. Freedman, Judith, "Is Tax Avoidance "Fair"?", in: C. Wales (ed.), *Fair Tax: Towards a Modern Tax System*, London: Smith Institute, 2008

5. Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Michael Hartney (trans.) New York: Oxford University Press, 1991
6. Harris, Peter, *Income Tax in Common Law Jurisdictions*, New York: Cambridge University Press, 2006
7. Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", in: H. L. A. Hart (ed.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 49-63
8. Krever, R. E., "Structure and Policy of Australian Income Taxation", in: R. E. Krever (ed.), *Australian Taxation: Principles and Practice*, Melbourne: Longman Cheshire Pty Ltd, 1987
9. Schön, W., "Abuse of rights and European tax law", in: J. A. Jones, P. Harris and D. Oliver (eds), *Comparative Perspectives on Revenue Law: Essays in Honour of John Tiley*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008
10. Vanistendael, Frans, *Legal Framework for Taxation, Tax Law Design and Drafting*, Vol. 1, International Monetary Fund, 1996

B) Article

1. Cohen, S. Marc, "Aristotle on the Principle of Non-Contradiction", *Canadian Journal of Philosophy* 16, No. 3, 1986
2. Filipczyk, Hanna, "Why Is Tax Avoidance (Im) Moral? Ethics, Metaethics and Taxes", *Toruński Rocznik Podatkowy*, October 27, 2014
3. Freedman, J., "Defining taxpayer responsibility: in support of a general anti-avoidance principle", *British Tax Review*, Vol. 4, 2004
4. HMRC, "Tackling Tax Evasion and Avoidance", available at: www.gov.uk/government/publications/tackling-tax-evasion-and-avoidance, 6 March 2015
5. Jones, John Avery, "Tax Law: Rules or Principles?", *FISCAL STUDIES*, 17(3), 1996
6. Mahon, M. "Beyond a GAAR: Retrofitting the code to rein in 21st century tax shelters", *Tax Notes*, 98, 1721. USA IRC § 269, 2003

7. Ostwal, T. P. and Vikram Vijayaraghavan. “Anti-Avoidance Measures”, National Law School of India Review 22, No. 2, 2010, 59103-
8. Tanto, Viola, “Abuse of law Doctrine in Tax aw”, European journal of Social Science Education and Research, , Vol. 7, Issue 3, September- December 2020
9. Tiley, J., “An Academic Perspective on the Ramsay/Dawson Doctrine”, in: J. Dyson (ed.), Recent Tax Problems, London: Stevens & Sons, 1985a, pp. 1927-
10. Waerzeggers, Christophe and Cory Hillier, “Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR): Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose”, Tax Law: International & Comparative Tax eJournal, 2016
11. Waldron, J., “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, Law and Philosophy, 2002, 21,137
12. Zimmer, F., “Form and Substance in Tax Law”, IFA Cahiers, Vol. 87A, General Report, 2002

C) Document

1. Canada Trustco Mortgage Co v. Canada, 2005 2 S.C.R. 601 (Supreme Court of Canada)
2. Canada Trustco Mortgage Co. v. The Queen, [2005] 5 C.T.C. 215 (S.C.C.) (“Canada Trustco”)
3. Challenge Corporation Ltd v. CIR [1986] 2 NZLR 513, 562
4. Commissioner of Inland Revenue v Gerard [1974] 2 NZLR 279, 280 (CA)
5. Cridland v Federal Commissioner of Taxation, HCA 61, (1977) 140 CLR 330
6. Elmiger v Commissioner of Inland Revenue⁶
7. Furniss v. Dawson, 1 All E.R. 530 (1984) (HL, UK)
8. Gregory v. Helvering :: 293 US 465 (1935)
9. Hall v Woolston Hall Leisure Ltd (2000)
10. Higgins v Smith, 308 U.S. 473 (1940), 4767-

11. Leif Mutdn, The Swedish Experiment with a General Anti-Avoidance Rule, in TAX AVOIDANCE AND THE RULE OF LAW 307
12. N W T Ramsay Ltd v. IRC [1982] AC 300
13. Napier v The National Business Agency (1951)
14. W T Ramsay Ltd v. IRC, 2 W.L.R. 449, 180 (1981) (HL, UK)
15. W.P. Keighery Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation
16. W.P. Keighery Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation [1957] 100 CLR 66 (HCA, FC)

D) Law

1. The United States Internal Revenue Code
2. Finance Act 2013 Part 5, General Anti-Abuse Rule, ss 20615-
3. Section 99 of NZ's Income Tax Act 1976

تحلیل حقوقی برنامه تحولات نظام اداری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور؛ در پرتو سند تحول قوه قضاییه

الناز فدائی^۱

مصطفی محسنی ثانی^۲

چکیده

در هر حاکمیتی، اصلاح خط‌مشی اداری به صورتی که تحقق هر چه بیش‌تر اهداف را ممکن سازد، موضوع اصلی است. چنین تحولاتی در مورد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به عنوان مرجع تثبیت حقوق اشخاص، با توجه به جایگاه ساختاری و عملکردی که این نهاد در برقراری امنیت حقوقی و قضایی دارد، از حساسیتی دوچندان برخوردار است. با این حال، دیده می‌شود که نتایج به دست آمده از اجرای سه دهه برنامه‌های تحول با اهداف مورد نظر اختلاف بسیار دارد. با در نظر گرفتن تمایز ماهیت مدیریتی نظام اداری با اقتدار بوروکراتیک حاکم بر نهادهای حاکمیتی، سؤال اصلی این است که قواعد حقوق اداری چه نقش و جایگاهی در نتیجه تحولات نهاد ثبتی ایفا می‌کند؟

در خصوص مسئله پژوهش، به دلیل تمرکز بر تأثیر متقابل حقوق اداری (مبنا) و نظام اداری (شیوه)، پیشینه‌ای موجود نیست. پژوهش حاضر به روش توصیفی و تحلیلی علی به بررسی نقش قواعد حقوقی در بروز معضلات اداری و چگونگی رفع آن‌ها پرداخته است. گردآوری داده‌ها در این مطالعه به روش اسنادی و میدانی است و یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که به طور کلی، قواعد حقوق اداری به جهت نقص و اجمال در نظارت بر صلاحیت‌های تشخیصی، در مقام اجرا، معکوس عمل کرده است. پس راهکارهای ارائه شده با رویکرد رفع مشکل نظارت، متضمن تحقق اهداف خواهد بود.

واژگان کلیدی: بوروکراسی کارآمد، تحولات نظام اداری، فساد اداری، مدیریت تعارض منافع.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق ثبت اسناد و املاک، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بین‌المللی امام رضا

(ع)، مشهد، ایران. Elnaz.Fadaee@imamreza.ac.ir

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بین‌المللی امام رضا (ع)، مشهد، ایران. mmohsenisani@gmail.com

مقدمه

نظام حقوقی، تبلوری از ارزش‌های مشترک فرهنگی و مدنی یک جامعه است و نظام اجرایی در معنای عام شیوه و چگونگی تحقق ارزش‌ها، تجلی‌گاه تعهد و رویکرد عملی هر نظام حاکمیتی است. بنابراین، نظام اداری، مؤثرترین عنصر بر عملکرد این نظام اجرایی است و با توسعه سیاسی کشور ارتباط تنگاتنگ دارد.^۱

در حال حاضر، شرایط اقتصادی و اجتماعی جوامع در جهان حاکی از آن است که نظام اداری حاکم بر دستگاه‌های اجرایی با وجود در پیش گرفتن رویکردهای تحولی، کارآمدی لازم را ندارند و نهادینه شدن فساد اداری معضلی است که اقتدار سیاسی و اقتصادی هر حاکمیتی را تهدید می‌کند. در این بین، مسئولیت قوای نظارتی در بدنه حاکمیت حساسیتی ویژه دارد.

قوه قضاییه به عنوان بازوی نظارتی جمهوری اسلامی ایران نیز با وقوف به لزوم این تحولات، هم‌افزایی نهادها و استفاده حداکثری از ظرفیت سازمان‌های تابعه را در مبارزه با فساد و کارآمدسازی نظام اداری، سرلوحه راهبردها و راهکارهای اجرایی در سند تحول معرفی کرده است. جایگاه مهم و نقش اساسی سازمان ثبت اسناد و املاک در هدایت فعالیت‌ها و اجرای اهداف کلان حاکمیت^۲ به واسطه شفاف‌سازی اطلاعات، در دستیابی قوه قضاییه به هدف غایی خویش، امری بدیهی است. از این رو، برنامه‌های تدوین‌شده در تحولات اداری این نهاد باید متضمن تحقق اهداف سازمانی و فراسازمانی نهاد ثبتی باشد؛ چون استفاده حداکثری از ظرفیت‌های عملکردی چشم‌گیر در نهاد ثبتی، در کوتاه‌ترین زمان، سلامت و امنیت قضایی و حقوقی را به ارمغان خواهد آورد. برای نمونه:

۱. کارکرد حمایتی نهاد ثبت^۳ (رویکرد چه کسی؟) با تثبیت حقوق افراد و رسمیت بخشیدن به آن موجب جلوگیری از ایجاد و رفع ترافع می‌شود و امنیت قضایی یک جامعه را محقق می‌سازد.

۱. عابدی اردکانی، محمد و لقمان سلطانی، «رابطه نظام اداری و توسعه سیاسی جمهوری اسلامی ایران (با بهره‌گیری از نظریه جاگورایب)»، نشریه سیاست، شماره ۵۴، تابستان ۱۳۹۹، ص ۶۳۴.

۲. ریاحی، نوریخس، «جایگاه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در نظام تفکیک قوای ایران»، فصل‌نامه علمی و تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره ۸، بهار ۱۳۹۸، ص ۱۳۵.

۳. اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. کارکرد حفاظتی نهاد ثبت^۱ (رویکرد چه چیزی؟) برای تثبیت حقوق افراد بر رعایت قوانین مربوط به موضوع نظارت می‌کند و موجب حفظ منافع و منابع ملی می‌گردد، مانند کاربرد قانون حفظ اراضی کشاورزی در مقابل تغییر کاربری‌های غیر مجاز.

۳. کارکرد نظارتی نهاد ثبت^۲ (رویکرد چگونه؟) با شفافیت مناسبات فرد نزد قوای حاکم موجب می‌گردد مشروعیت درآمدها و مالکیت‌ها قابل رصد باشد که این کار موجب پیش‌گیری از انحرافات اقتصادی و رصد پیدایش قدرت‌های پنهان می‌گردد.

۴. کارکرد کنترلی نهاد ثبت^۳ (رویکرد چرا؟) با الزام به رسمیت یافتن مراوده‌ها موجب کنترل بازارهای هیجانی و جهت‌دهی به سرمایه‌های سرگردان می‌شود.

۵. کارکرد درآمدی نهاد ثبت^۴ (رویکرد چه میزان؟) با دریافت بهای خدمات ثبتی و اترگذاری بر نظام مالیاتی موجب افزایش درآمدهای دولتی می‌گردد.

نظام اداری در بدنه حاکمیت، مفهومی است مبتنی و متأثر از حقوق اداری.^۵ به همین دلیل نیز تحولات اداری و تحولات حقوقی، لازم و ملزوم یکدیگرند. از نظر ماکس وبر، بوروکراسی به معنای تدوین چارچوب‌ها و خط‌مشی‌ها در قالب قوانین و مقررات است که برای یکسان‌سازی و نظارت‌پذیری در خدمت قوای حاکم قرار می‌گیرد.^۶ بر اساس رهیافت مطالعاتی کل‌نگر، عملکرد هر

۱. کاتوزیان، ناصر، «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، ص ۲۸۵.

۲. پالیزدار، کاظم، ابراهیم چیرانی، سید مظفر میربرگ کار و کامبیز شاهرودی، «نقش میانجی شفافیت اطلاعاتی در کاهش فساد اقتصادی در فضای تجارت الکترونیک کشور»، نشریه تحقیقات حسابداری و حسابداری، شماره ۴۹، بهار ۱۴۰۰، ص ۶۱.

۳. ابروش، رضا و علی جابری، «راهبردهای کنترل بازار در سیره امام علی (ع)»، نشریه حکومت اسلامی، شماره ۷۹، بهار ۱۳۹۵، ص ۱۴۷.

۴. طباطبایی حساری، نسرین، «مطالعه تطبیقی جایگاه سازمان ثبت اسناد و املاک در ساختار حاکمیت: ادغام در «سیستم قضایی» یا «سیستم اجرایی» و بدنه دولت»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۲۴۱.

۵. فرهادیان، علی و علی بهادری جهرمی، «تأثیر و تأثر مدیریت کارآمد و حقوق شهروندی با تأملی بر قوانین اداری داخلی»، نشریه حقوق اداری، شماره ۳۰، بهار ۱۴۰۱، ص ۱۲۹.

۶. کمالی‌زاده، محمد، «دیوان‌سالاری کارآمد از منظر نهادگرایی»، دوفصل‌نامه پژوهش سیاست نظری، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۷۵.

نهاد از قوای حاکم به عنوان خروجی خرده سیستم بر عملکرد دیگر نهادها و کیفیت حکمرانی اثر می‌گذارد.^۱ با این حال، آنچه در سیاست‌های حقوقی تحولات اداری به چشم می‌خورد، صرفاً جنبه مشروعیت بخشیدن به تغییر در فعالیت‌های اداری دارد و اصلاح قوانین مؤثر در فعالیت‌ها به چشم نمی‌خورد. برای مثال، سیاست تحولات نظام اداری بر توان‌مندسازی نیروی انسانی متمرکز است، ولی به قوانین و سیاست‌های گزینشی نیروی انسانی بی‌اعتناست.

بنابراین، هدف از انجام این پژوهش، تدوین سازوکارهای بهینه و کارآمد در تحولات سازمانی و فراسازمانی است. دستیابی به این هدف، مستلزم پاسخ‌گویی به این سؤال است که قواعد حقوق اداری چه نقش و جایگاهی در نتایج تحولات اداری ایفا می‌کند؟

پیشینه پژوهش

پژوهش حاضر از نظر محوریت تمرکز بر چگونگی تحولات اداری نهاد ثبتي و روش به کار رفته دارای پیشینه نیست. با این حال، راستای سؤالات پژوهش، مطالعاتی در زمینه‌های نزدیک به مسئله صورت پذیرفته است که برمی‌شماریم:

مطالعات در خصوص عارضه‌یابی نظام اداری

۱. سید مهدی الوانی و محمدی در مبانی مدیریت دولتی (۱۳۹۱)، مهم‌ترین عارضه نظام اداری را تناقض عملکرد در سازمان‌های دولتی دانسته‌اند که به واسطه انتخاب شاخص‌های نامناسب در ارزیابی‌ها به وجود می‌آید، ولی به چرایی وقوع این انتخاب نادرست توجهی نشده است.

۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در پژوهش سیاست‌زدگی دستگاه‌های اداری و ارائه راهکارها برای جمهوری اسلامی ایران (مطالعه مورد پاکستان، چین و انگلیس) در سال ۱۳۹۲ با بررسی تطبیقی دستگاه‌های اداری، تحقق نیافتن شایسته‌سالاری در نظام گزینشی انتخابات و انتصابات را علت بروز سیاست‌زدگی نهادها معرفی می‌کند. این بررسی بسیار کلی است و مشخص نیست کدام قسمت نظام گزینش، مانع تحقق شایسته‌سالاری است.

۳. پژوهش گرجی ازندیانی و قهرمان‌زاده با نام بررسی کنترل اقتدار بوروکراتیک در بستر مناسبات

۱. همان، ص ۱۸۱.

بوروکراسی، سیاست و کارآمدی (۱۳۹۵) نشان می‌دهد که در رویکرد سنتی مدیریت عمومی، اقتدار بوروکراتیک در تعارض با ارزش‌های دموکراتیک قرار دارد. مدیریت عمومی نوین با اعطای حق مشارکت بیش‌تر در تصمیم‌گیری‌ها موجب کاستن از حجم بوروکراسی و تسهیل پاسخ‌گویی شده است. با این حال، به دلیل بروز بوروکراسی زاید در رویکرد سنتی و پی‌آمدهای افزایش صلاحیت‌های تشخیصی پرداخته نشده است.

مطالعات در زمینه وضعیت موجود سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

۱. محمدرضا توکلی در پایان‌نامه «بررسی تحولات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» (۱۳۸۱) بر مطالعه سیر تکامل سازمان ثبت اسناد و املاک کشور از نظر ساختار و وظایف از بدو تأسیس تمرکز داشته است. رویکرد گذشته‌نگر در این مطالعه به نتایج عملکردی حاصل از سیر تحولات بی‌توجه بوده است.

۲. پروانه ویسی در پایان‌نامه «امکان‌سنجی استقرار الگوی تعالی سازمان EFQM در ستاد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» (۱۳۹۲) با آزمون نتایج تحلیل داده‌ها مشخص کرده است که وضعیت موجود مؤلفه‌های الگوی تعالی سازمانی نسبت به وضعیت مطلوب، تفاوتی معنا‌دار دارد.

۳. اداره کل طرح و برنامه معاونت راهبردی در گزارش عملکردی سازمان‌های تابعه قوه قضاییه در سال‌های ۱۳۹۷، ۱۳۸۸، اطلاعاتی جامع و کامل از اقدامات و تحولات سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در دهه گذشته، مربوط به نهادینه‌سازی فناوری الکترونیک در همه واحدهای تابعه سازمان اعم از کاداستر یا اجرای اسناد در اختیار می‌گذارد. با این حال، این گزارش با وجود اعداد و ارقام به صورت ذاتاً کیفی و وابسته به تشخیص گزارشگر است.

پژوهش حاضر به صورت میان‌رشته‌ای (حقوقی - مدیریتی) و به روش توصیفی - تحلیلی علی انجام شده است. اطلاعات مورد نیاز در این مطالعه از طریق مطالعات اسنادی (ادبیات پژوهش) و مطالعات میدانی (پرسش‌نامه) و مصاحبه‌ای نخبگانی گردآوری شده است و در دو گفتار به عارضه‌یابی ریشه‌ای در بستر قواعد حقوقی و سپس با رویکرد بهینه‌گرایی و حذف علت بروز موانع، به نداشت نهادی برنامه تحول در سازمان پرداخته می‌شود.

گفتار اول: عارضه‌یابی ریشه‌ای عملکرد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

در اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به لزوم تحولات اداری بر مبنای موازین اسلامی اشاره شده است. در همین راستا، قانون مدیریت خدمات کشوری و مصوبات نهادهای مربوط هم چون سازمان امور اداری و استخدامی، خط‌مشی کلی سازمان‌ها را در بازنگری‌های اداری تعیین می‌کند.

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به جهت ماهیت قضایی و جایگاه ساختاری خود، به طور خاص، پیرو سیاست‌گذاری‌ها و تصمیمات قوه قضاییه است. بر همین مبنا، در ایجاد تغییرات و اصلاحات سازمانی و فراسازمانی باید هم‌سو با برنامه‌ها و اسناد تحول قوه قضاییه باشد. البته در ایجاد اصلاحات نمی‌تواند مغایر با سیاست‌های تقنینی پارلمانی یا تصمیمات نهادهای دولتی مربوط اقدام کند؛ چون نقطه تعادل و توازن بین سیاست‌های عمومی و اختصاصی اداری، در جنبه جبری قواعد حقوقی نهفته است. به عبارتی، اثر جبری قواعد مبتنی بر منشأ و محتوای قاعده است که با حفظ سلسله‌مراتب حقوقی و تفکیک صلاحیت‌های تکلیفی و تشخیصی در اعمال اداره جاری می‌گردد.^۱

عارضه‌یابی و ارزیابی عملکرد، دو بُعد مدیریت بازخورد است که با هدف بهبود مستمر صورت می‌پذیرد. ارزیابی عملکرد، نتایج را با اهداف معین شده، مقایسه و عارضه‌یابی، علل ایجاد فاصله بین نتیجه و هدف را تحلیل می‌کند. در پژوهش حاضر با در نظر گرفتن اقتدار بوروکراتیک، برای عارضه‌یابی از مدل تحلیل ریشه‌ای در بستر قواعد حقوقی حاکم استفاده شده است.

بند اول: تبیین وضعیت مطلوب (هدف)

سیاست‌های تحول قوه قضاییه نیز در راستای سلسله‌مراتب قوانین و مقررات عمومی با در نظر گرفتن برنامه‌های عام تحول اداری، به صورت خاص، اهداف نهادهای وابسته و مأموریت‌های سازمانی و فراسازمانی هر یک را معین می‌کند. در آخرین سند تحول ابلاغی از سوی قوه قضاییه، به دو محور اصلی مبارزه با فساد و تحقق کارآمدی پرداخته و دو هدف اساسی تحقق عدالت و جلب رضایت عمومی را دنبال کرده است. به عبارتی رویکرد اتخاذ شده در برنامه تحول قوه قضاییه به دنبال پیاده‌سازی تفکر اداره خوب و

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق اداری (۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۲۱.

تحقق ماهیتی روح قوانین میباشد^۱ و روش تکوین اهداف راهبردی در این سند، مطالعه و تحلیل نظام مند اسناد بالادستی برای دستیابی به ارکان محتواساز و درک نوع نقش قوه قضاییه در تحقق آنهاست.

اهداف راهبردی سند تحول قوه قضاییه، رویکردهای نظارتی - عملکردی این قوه و سازمان‌های تابعه را مبتنی بر ویژگی پیشرو و مشارکت محور بودن فعالیت‌ها اعلام می‌کند. بنابراین، وضعیت مطلوب برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، دستیابی حداکثری به اهدافی چون مبارزه با فساد و کارآمدسازی نظام اداری از طریق راهکارهایی مبتنی بر رویکردهای پیش‌تازانه و مشارکتی است.

هدف	شیوه	پیشرو بودن	مشارکت محور بودن
مبارزه با فساد	هوشمندسازی (بند ۲، ۱۰، ۱۱، ۱۳)	مردم‌محوری (بند ۶، ۸، ۱۴)	
کارآمدی سازی نظام اداری	هوشمندسازی (بند ۴، ۵، ۹، ۱۱)	هم‌افزایی فراسازمانی (بند ۱۲، ۱۱، ۷، ۳، ۱)	

۱. ماتریس چرخش‌های تحول‌آفرین احصاشده در سند تحول قوه قضاییه

شناخت وضعیت موجود نهاد ثبتی علاوه بر این‌که موجب آگاهی از موانع احتمالی و نواقص عملکردی می‌گردد، متضمن دستیابی به راهکارهای بهینه در تحقق حداکثری اهداف است. در این پژوهش برای ارزیابی وضعیت موجود نهاد ثبتی از روش میدانی استفاده شده است.

بند دوم: بررسی وضعیت موجود (نتیجه)

در پژوهش حاضر، با توجه به نوآورانه بودن تلفیق حقوق و مدیریت، برای سنجش عملکرد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، پرسش‌نامه‌ای محقق ساخته به روش دلفی در گروهی ده نفره از صاحب‌نظران رشته‌های مرتبط، طراحی و بعد از تأیید روایی صوری توسط هیئت هفت نفره نخبگانی توزیع گردید. نتایج نیز در نرم‌افزار spss و لیزرل تحلیل شد.

۱. مستندات پرسش‌نامه

طراحی پرسش‌نامه حاضر در چند مرحله صورت پذیرفت:

۱. رحمانی، زهره، «مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری سال دوم، شماره سوم، ۱۳۹۶، ص ۱۷۰.

الف) تعیین مؤلفه‌های نظری

تأثیر نظام اداری در مقام سامان‌دهی فرآیندهای اداری نزد محققان و صاحب‌نظران، امری بدیهی است و مؤلفه‌های رایج در این باره، کارآیی و اثربخشی است. سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای هدفی از سوی حاکمیت تشکیل شده و عملکرد آن نیز در راستای تحقق اهداف کلان است، ولی به عنوان سازمانی خدمات‌محور، برای ارائه خدمات، نیازمند درخواست و تقاضای مردم است. بر همین مبنا، اگر تقاضایی برای خدمات ثبت نباشد، خدماتی هم ارائه نمی‌شود. پس عملکرد سازمان تحت الشعاع قرار می‌گیرد. بنابراین، یکی از مؤلفه‌های نظری (درون‌داده‌ها)، میزان بهره‌گیری مردم از این خدمات در نظر گرفته شد.

ب) اصلاح مؤلفه‌ها به روش دلفی

بعد از مطالعات اولیه و ارائه مدل نظری، برای مرحله اول، گروهی شش نفره متشکل از صاحب‌نظران در رشته‌های حقوق عمومی، مدیریت و مستخدمین سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، به صورت ناشناس نسبت به مؤلفه‌های نظری اظهار نظر کردند که در این مرحله، سلامت اداری نیز به مؤلفه‌های نظام اداری اضافه و مؤلفه میزان بهره‌گیری مردم به اثر قوانین در تنظیم سند تغییر یافت.

در مرحله دوم، با اضافه شدن چهار کارشناس از رشته‌های روان‌شناسی، جرم‌شناسی، دانش‌شناسی و سردفتران اسناد رسمی، نتایج مرحله اول سنجش شد. مؤلفه میزان بهره‌گیری مردم در جنبه اختیاری بودن تنظیم سند تحت عنوان کیفیت و ریسک ادراک شده از سند رسمی در ذهن مردم نیز در نظر گرفته شد.

در مرحله سوم، توافق جمعی بر سر شش مؤلفه کارآیی و اثربخشی و سلامت اداری برای بخش فرآیندها و سه مؤلفه قوانین، کیفیت و ریسک ادراک شده برای بخش درون‌داد صورت گرفت.

ج) تعیین شاخص‌ها

با توجه به رویکرد حقوقی موضوع، مؤلفه‌های شناسایی شده نیازمند شاخص‌هایی مبتنی بر حقوق بودند. بر همین اساس نیز چون اصل نظارت‌پذیری منجر به پایش فعالیت‌های اداری می‌گردد و معیار رایج ارزیابی در این پایش، سطح کارآیی و اثربخشی فعالیت‌هاست^۱ و در مطالعات

۱. الوانی، سید مهدی و حامد محمدی، مبانی مدیریت دولتی، بابل: مبعث، ۱۳۹۱، ص ۵۶.

متعدد مدیریتی، کیفیت عملکرد دولت با کارایی و اثربخشی نظام اداری وابستگی عمیق دارد، دو متغیر کارایی و اثربخشی در نظر گرفته شد. در حقوقی سازی این معیارها بر اساس معنای عام انجام درست کار (کارایی) و انجام کار درست (اثربخشی)،^۱ گویه‌های مربوط برای کارایی عبارت است از انجام به موقع کار (متمرکز بر روند ارائه خدمات) و گویه‌های مربوط به اثربخشی عبارت است از صحیح بودن کار انجام شده (متمرکز بر موضوع خدمات).

برای تعیین گویه‌های مربوط به سلامت اداری، میزان تخلفات عملکردی نیز در مباحث سلامت منظور گردید؛ چون بر اساس مفهوم مخالف ماده ۱ قانون مبارزه با فساد و ارتقای سلامت اداری، «سلامت اداری» به طور کلی عبارت است از اعمال نشدن منفعت شخصی ارائه‌دهنده خدمات بابت جایگاه شغلی. از سویی، فساد اداری را از نظر شدت واکنش به عامل به سه دسته فساد اداری سیاه، فساد اداری خاکستری و فساد اداری سفید تقسیم‌بندی می‌کنند^۲ که فساد اداری سیاه، معادل رشوه و فساد اداری خاکستری، معادل تخلفات عملکردی و فساد اداری سفید، معادل نقض اخلاقیات است.

برای تعیین شاخص‌هایی که اثر قوانین را بسنجند، قوانین در دو حوزه مستقیم و غیر مستقیم در نظر گرفته شد. هم‌چنین گویه‌های سنجش کیفیت و ریسک ادراک شده بر اساس میزان آگاهی اشخاص از آثار سند رسمی تعیین شد.

د) سنجش روایی سؤالات

بعد از تعیین نظری شاخص‌ها، سؤالات و ارتباط متغیرهای آشکار با مؤلفه‌های پنهان، مورد ارزیابی هیئت نخبگانی (گروه دلفی) قرار گرفت و روایی صوری پرسش‌نامه، «مناسب» تشخیص داده شد.

ه) سنجش برازش سازه پرسشنامه

برای اطمینان از استاندارد بودن روش‌های تحلیل، آزمون سنجه‌ها، با توجه به مواردی از قبیل تصادفی بودن یا نبودن داده‌ها، نرمال بودن یا نبودن توزیع داده‌ها و قابلیت تعمیم‌پذیری نتایج

۱. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری؛ امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹.

۲. صالحی، جواد، «فساد اداری؛ مفهوم، علل و آثار آن»، نشریه کانون، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵.

صورت پذیرفت. در این راستا:

✓ آزمون تصادفی بودن داده‌ها به کمک نرم‌افزار SPSS، نتایج در سطح P . value < 0.05 محاسبه گردید و تصادفی بودن داده‌ها تأیید شد.

✓ آزمون کیفیت نمونه در سنجش متغیر بر مبنای کشیدگی و چولگی، محاسبات صورت‌گرفته در نرم‌افزار SPSS، حاکی از توزیع نرمال داده است.

✓ برای سنجش پایایی بر اساس آلفا کرونباخ، در پژوهش حاضر، آلفای پیش آزمون بین ۳۱ مورد، میانگین ضریب آلفا برای سؤالات ۰٫۷۸۳ بود که نشان‌دهنده میزان سازگاری درونی قابل قبول بود. پس از تکمیل داده‌ها در ۲۰۲ مورد نمونه آماری، نیز میانگین آلفای کرونباخ هم‌چنان بالاتر از ۰٫۷۳ است.

✓ در تعیین روایی پرسش‌نامه، مقادیر بیش از ۰٫۹۶ در برازش مدل، حاکی از روایی سازه مطلوب است.

۲. نتایج توصیفی آماری

با توجه به عمومیت خدمات ثبتی، بافت نمونه آماری از بین عموم مردم با جنسیت و سن مختلف انتخاب گردید که بنا بر نتایج بین اعضای نمونه، از نظر امتیاز پرسش‌نامه و مناطق مختلف، اختلافی معنادار مشاهده نشد. تفسیر توصیفی متغیرهای منتخب به این شرح است:

بر اساس فراوانی پاسخ‌ها، ریسک ادراک شده از سوی مردم، در سطح نسبتاً زیاد به بالا، در ۷۴٫۳ درصد از پاسخ‌گویان به چشم می‌خورد. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصد در پژوهش انجام شده می‌توان نتایج را به ۷۰٫۳ درصد از مردم تعمیم بخشید.

کیفیت ادراک شده از سوی مردم، در سطح نسبتاً زیاد به بالا، در ۸۱٫۱ درصد از پاسخ‌گویان است. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصد در پژوهش انجام شده می‌توان نتایج را به ۷۶٫۹ درصد از مردم تعمیم بخشید.

نتایج حاصل برای اثر سلبی قوانین و مقررات در میزان تنظیم سند از سوی مردم حاکی از آن است که ۹۰ درصد پاسخ‌گویان به دلیل الزامات قانونی به تنظیم سند می‌پردازند. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصد در پژوهش انجام شده می‌توان نتایج را به ۸۵٫۵ درصد از مردم تعمیم بخشید. هم‌چنین ۸۴٫۵ درصد پاسخ‌گویان معتقدند اعتباربخشی دادگاه به اسناد عادی، دلیل

تنظیم نشدن سند رسمی است. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصد در پژوهش انجام شده می‌توان نتایج را به ۷۹٫۸ درصد از مردم تعمیم بخشید.

هم‌چنین نتایج حاکی از آن است که بوروکراسی تدوین شده برای نظام اداری ثبتی، از نظر ۷۲٫۳ درصد پاسخ‌گویان، از نظر کارآیی در سطح متوسط به پایین است. اتوماسیون اداری این سازمان نیز به دلیل مشکلات فنی و تخصصی از نظر ۷۸٫۶ درصد پاسخ‌گویان، ناکارآمد اعلام شد. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصدی تعمیم‌پذیری می‌توان گفت به صورت میانگین، ۷۱٫۲ درصد مردم نیز همین ارزیابی را از سطح کارآیی سازمان دارند.

هم‌چنین ۸۶٫۹ درصد پاسخ‌گویان، وجود هیئت‌های نظارتی را در کاهش اشتباهات و اختلافات اجرایی مؤثر دانستند. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصدی تعمیم‌پذیری می‌توان گفت به صورت میانگین، ۸۲٫۵ درصد مردم همین ارزیابی را از سطح کارآیی نظارت اداری دارند. ۸۰٫۲ درصد پاسخ‌گویان نیز تشریفات نظارتی انتظامی را مانعی برای پی‌گیری خطاها از سوی مراجعین اعلام کردند. با در نظر گرفتن سطح اطمینان ۹۵ درصدی تعمیم‌پذیری می‌توان گفت به صورت میانگین، ۷۶٫۱ درصد مردم همین ارزیابی را از سطح کارآیی نظارت انتظامی دارند.

در خصوص بروز تخلفات و فساد اداری در هر کدام از واحدهای سازمان، نتایج حاکی از آن است که وقوع تخلفات در دفاتر اسناد رسمی، از نظر ۱۷ درصد پاسخ‌گویان محتمل است که این مقدار، کم‌ترین میزان در بین واحدهای سازمانی ثبتی است. اداره ثبت از نظر ۳۶٫۲ درصد از پاسخ‌گویان در بالاترین میزان وقوع تخلفات قرار دارد. در خصوص میزان فساد اداری نیز اداره ثبت شرکت‌ها از نظر ۲۲٫۲ درصد پاسخ‌گویان، کم‌ترین میزان فساد و اداره ثبت از نظر ۳۴٫۶ درصد پاسخ‌گویان، بالاترین میزان فساد را داراست.

بند سوم: ریشه‌یابی علل در بستر قواعد حقوقی

حاکمیت قانون و نظارت‌پذیری به عنوان اصول اساسی حکمرانی، رکن بنیادین نظام اداری است. لزوم تفکیک قوا، لزوم رعایت سلسله‌مراتب قواعد حقوقی در وضع قوانین و مقررات نیز حاکی از اجتناب‌ناپذیری نظارت در یک ساختار حکومتی و اداره امور است. در همین راستا، برخی

حقوق دانان، اصل نظارت‌پذیری را ضمانت اجرای حاکمیت قانون می‌دانند.^۱ با در نظر گرفتن اصل قانونی بودن فعالیت‌ها، بروز معضلات اداری مربوط به صلاحیت‌های تکلیفی نیست و زمینه معضلات اداری به تصمیمات ناشی از صلاحیت‌های تشخیصی، چگونگی نظارت‌های ساختاری (متمرکز و نامتمرکز، سازمانی و فراسازمانی) و نقش نظارت‌های مردمی مربوط می‌باشد. لذا در این پژوهش، سیاست‌های نظارتی عام و خاص حاکم بر نهاد ثبتی، مبنای عارضه‌یابی ریشه‌ای است.

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به عنوان یک نهاد حاکمیتی به دلیل تابعیت از نظامات عامه اداری، مشمول معضلات عمومی اداری نیز می‌شود. با در نظر گرفتن اقتدار بوروکراتیک حاکم بر نهاد‌های عمومی، تحلیل قوانین و مقررات عمومی، ریشه معضلات و تحلیل وضعیت موجود این نهاد، مصادیق و نشانه‌ها را آشکار می‌سازد.

۱. قواعد عمومی اداری

طبق ادبیات پژوهشی موجود، عوامل عامه که در ناکارآمدی نظام اداری مؤثرند، عبارت است از: بوروکراسی زاید، تناقض عملکرد در سازمان‌های دولتی و سیاست‌زدگی سازمان‌های دولتی، عدم تحقق شایسته‌سالاری. نقطه مشترک این عوامل، نقص در سیاست‌های نظارتی مربوط است؛ چون بوروکراسی در معنای عام به عنوان مجموعه‌ای از مقررات برای حفظ یک پارچگی و نظم در امور به طور طبیعی بر ساختار اداری و شیوه انجام کار اثر می‌گذارد، شناخته می‌شود.^۲ لکن برخی استثنائات قانونی، بدون سیاست‌های نظارتی کارآمد و مؤثر بستر سواستفاده را فراهم خواهد نمود.

قواعد عام حقوقی مؤثر بر بوروکراسی اداری در فصل چهارم و پنجم قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) و آیین‌نامه اجرایی مربوط (۱۳۸۸) و آیین‌نامه اجرایی تحقق دولت الکترونیک (۱۳۸۱) منعکس شده است. در این قوانین، همه تصمیمات مقام اداری مسئول در خصوص ساختار اداری یا روند انجام کار باید به تأیید شورای عالی اداری یا کمیسیون‌های تخصصی برسد. در این راستا، معیارها مبتنی بر نیاز سازمان، منحصرراً به اعلام حداکثر/ سقف قانونی موارد مربوط اکتفا کرده،

۱. پتفت و مرکزالمیری، پیشین، ص ۴۴.

۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و فرزین قهرمان‌زاده نیمگزی، «بررسی کنترل اقتدار بروکراتیک در بستر مناسبات بوروکراسی، سیاست و کارآمدی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۰، بهار ۱۳۹۵، ص ۲۲.

در حالی که نیاز سازمان، معیاری چندوجهی و سنجش ناپذیر است که به عامل انسانی سازمانی وابستگی کامل دارد. بنابراین، نظارت در خصوص بوروکراسی اداری به رعایت حداکثرهای مجاز در موارد مربوط و از طریق مرجع مافوق منحصر خواهد بود. این رویه در بروز حداکثر بوروکراسی، تورم بدنه سازمانی و بار مالی کاذب، سهمی بسزا خواهد داشت. سیاست نظارتی در این زمینه، نه تنها مؤثر نیست، بلکه به دلیل وابستگی به عامل انسانی منجر به بروز تعارض منافع نیز می‌گردد.

تناقض عملکرد در سازمان‌های دولتی به این دلیل شدت می‌یابد که فعالیت و بقای سازمان‌ها به خزانه عمومی وابسته است و وقتی عملکرد نامناسب سازمان موجب تخصیص منابع مالی بیش‌تر برای سازمان می‌گردد، نوعی تشویق منفی محسوب می‌شود و ارزیابی‌ها به آمارگرایی کاذب می‌انجامد.^۱ فصل یازدهم قانون مدیریت خدمات کشوری به ارزیابی عملکرد و جنبه‌های مربوط پرداخته است که آیین‌نامه اجرایی، دستورالعمل‌های لازم و بخش‌نامه‌های مربوط باید متعاقباً برای تعیین شاخص‌های عمومی و اختصاصی ارزیابی عملکرد در سطوح سازمانی مختلف مبتنی بر برنامه‌های اعلامی دستگاه اجرایی توسط سازمان توسعه مدیریت و معاونت برنامه‌ریزی تدوین و تأیید گردد. طبق دستورالعمل‌های مربوط به شاخص‌های عمومی ارزیابی عملکرد و نحوه امتیازدهی آن‌ها از سال ۱۳۸۹ تا ۱۴۰۰، شاخص‌های عمومی صرفاً کیفی، منحصراً محورهای ده‌گانه برنامه‌های تحول اداری را پوشش می‌دهند. بنابراین، ارزیابی‌های نتیجه‌محور، منجر به مخفی ماندن شاخص‌های مربوط به فرآیند خواهد شد. این پدیده موجب بروز اضافه‌کاری‌های کاذب، کاهش فرهنگ سازمانی و کاهش رضایت شغلی نیروهای خدوم می‌گردد. پس وابستگی این گونه ارزیابی‌ها به عامل انسانی، نه تنها مؤثر نیست، بلکه موجب تشدید تعارض منافع خواهد بود.

سیاست‌زدگی سازمان‌های دولتی که ناشی از ثبات مقامات بوروکرات و تغییر مقامات سیاسی است، با میزان تحقق شایسته‌سالاری در انتصابات و انتخابات نیروهای انسانی ارتباط تنگاتنگ دارد.^۲ در این زمینه، فصل ششم و هشتم قانون مدیریت خدمات کشوری در خصوص شیوه ورود به خدمت و چگونگی ارتقای شغلی، ضوابطی را پیش‌بینی کرده است که در ماده ۴۳ قانون یادشده، با

۱. الوانی و محمدی، پیشین، ص ۱۰۷.

۲. سیاست‌زدگی دستگاه‌های اداری و ارائه راهکارها برای جمهوری اسلامی ایران (مطالعه مورد پاکستان، چین، انگلیس)، تهران: دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۲، ص ۲۶.

آزاد گذاشتن سازمان‌ها در اعمال مقررات‌گزینشی خویش و در ماده ۵۴ همان قانون، تعیین شرایط تخصصی مدیران حرفه‌ای و میزان امتیازات مکتسبه لازم و تجربه اشتغال مورد نیاز، به خود دستگاہ اجرایی محول گردیده است که باید به تأیید شورای عالی اداری برسد. این سازوکار صرف نظر از سلیقه‌ای بودن مصادیق شایستگی، منجر به تشدید سیاست‌زدگی سازمانی و بروز تعارض منافع می‌گردد. به این ترتیب، می‌توان گفت که سیاست‌های نظارتی منبعت از قواعد عمومی، اثربخشی کافی ندارد و موجب تشدید تعارض منافع نیز می‌شود.

یکی از علل عدم تحقق شایسته‌سالی به استثنائات نظام استخدامی در کشور مربوط می‌باشد که در ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشور، نظام استخدامی برخی نهادها از شمول قانون مدیریت خدمات استثناء شده است؛ و کلی‌گویی مستثنائات آنهم طبق معیار یک سویه در دسته بندی آنها از زمینه‌های چالش برانگیز تحقق شایسته‌سالی می‌باشد.^۱

۲. ریشه‌یابی وضعیت موجود سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

طبق اطلاعات میدانی، عملکرد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در نگاهی کل‌نگر، به دو موضوع میزان بهره‌گیری مردم و کیفیت نظام اداری وابسته است. مطلوبیت خدمات ثبتی با نمره ۲۱،۸۷۵ از ۱۰۰ و کیفیت نظام اداری با امتیاز ۲۳،۲ از ۱۰۰، از فاصله چشم‌گیر عملکرد سازمان با اهداف سازمانی و فراسازمانی این نهاد حکایت می‌کند. بر اساس رهیافت مطالعاتی کل‌نگر یا نهادگرا، عملکرد هر نهاد از قوای حاکم به عنوان خروجی خرده‌سیستم بر عملکرد دیگر نهادها و در نهایت، کیفیت حکمرانی نیز اثر می‌گذارد.^۲ قوه قضاییه نیز با وقوف به لزوم معماری اطلاعات، هم‌افزایی نهادها و استفاده حداکثری از ظرفیت سازمان‌های تابعه را در مبارزه با فساد و کارآمدسازی نظام اداری سرلوحه راهبردها و راهکارهای اجرایی در سند تحول معرفی کرده است.

یکی از روش‌های تحلیل ریشه‌ای علل، شیوه «سطوح پنج‌گانه چرا؟» است که ساکیچی

۱. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۱، دوره ۴، تیر ۱۴۰۱، صفحه ۲۵۴.

۲. کمالی‌زاده، محمد، «دیوان‌سالاری کارآمد از منظر نهادگرایی»، دوفصل‌نامه پژوهش سیاست‌نظری، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۸۸.

تویودا ابداع کرد. در این روش، پاسخ‌ها دارای سلسله‌مراتب هستند و از طریق مطالعات اسنادی و مشاهدات میدانی یا مصاحبه‌های نخبگانی به دست می‌آید و به دلیل رویکرد فراترکیبی در نظریه‌ها، علت مشکلات ریشه‌یابی می‌گردد. بر اساس این روش، جدول تحلیل ریشه‌ای علل برای عوامل به دست آمده، مطابق جدول‌ها و نمودارهای بعدی خواهد بود.

مشکل ۱. بی‌کیفیت بودن نظام اداری نهاد ثبتي		
سطح	چرا؟	چون:
۱	نظام اداری نهاد ثبتي کیفیت مطلوبی ندارد؟	نظام مدیریت بازخورد (کنترل کارآیی، اثربخشی و سلامت اداری) مناسب نیست. ^{۲۱}
۲	نظام مدیریت بازخورد مناسب نیست؟	شاخص‌ها و معیارهای نامناسب ارزیابی می‌شوند. ^۳
۳	مؤلفه‌های نامناسب مد نظر قرار می‌گیرد؟	قوانین و مقررات مربوط به ارزیابی در احاطه صلاحیت‌های تشخیصی مقام اداری قرار دارند. ^۴
۴	صلاحیت تشخیصی مقام اداری، اثر معکوس داشته است؟	منشأ و معیار ارزیابی، کلی و تفسیرپذیر است. ^۵
۵	معیار ارزیابی تفسیر نادرست می‌شود؟	بررسی و ارزیابی تصمیمات داخلی مقام اداری محدود به مقامات صلاحیت‌دار است. ^۶

۱. الوانی و محمدی، پیشین، ص ۹۶.

۲. یافته‌های پژوهش.

۳. الوانی و محمدی، پیشین، ص ۱۰۷.

۴. واعظی‌زاده، مجتبی، **حقوق اداری** (۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۱۱.

۵. مواد ۱ و ۵ آیین‌نامه اجرایی تحقق دولت الکترونیک.

۶. فصول چهارم و پنجم قانون مدیریت خدمات کشوری.

مشکل ۲. نامطلوب بودن خدمات نهاد ثبتی		
سطح	چرا؟	چون:
۱	بهره‌گیری مردم از خدمات ثبتی کافی نیست؟	خدمات ثبتی، مزیت رقابتی در مقابل اسناد عادی ندارند.
۲	خدمات ثبتی، مزیت رقابتی با اسناد عادی ندارند؟	اثر مستقیم و غیر مستقیم قوانین و مقررات مربوط باعث رواج اعتبار اسناد عادی می‌شود.
۳	قوانین و مقررات مربوط موجب سندگریزی می‌شود؟	کیفیت ادراک شده از آثار خدمات ثبتی را کاهش می‌دهد. ^۱
۴	کیفیت ادراک شده خدمات ثبتی کاهش می‌یابد؟	اقدامات حمایتی. نظارتی، منفعل و گذشته‌نگر است. ^۲
۵	اقدامات، منفعل و گذشته‌نگر است؟	نظارت بر بانک‌های اطلاعاتی متعدد (رسمی و غیر رسمی) در عمل، ناممکن است. ^۳

بنا بر این جدول‌ها مشخص شد که مشکل بی‌کیفیت بودن نظام اداری نهاد ثبتی در سیاست‌های عمومی نظارتی ریشه دارد که موجب بروز تعارض منافع خواهد شد. مشکل نامطلوب بودن خدمات ثبتی هم در سیاست‌های فراسازمانی ریشه دارد که به ناشفاف بودن اطلاعات انجامیده‌اند. ناشفاف بودن اطلاعات نیز به دلیل اثرگذاری معکوس بر پیش‌گیری‌های وضعی جرایم منجر به تشدید تعارض منافع می‌گردد.^۴ هم‌چنین فراگیر شدن فساد اداری و افزایش پرونده‌های قضایی خصوصی، گواه پی‌آمدها و عوارض ناشفاف بودن اطلاعات است.

۱. نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۶۷/۰۸/۰۸ شورای نگهبان درباره «خلاف شرع اعلام نمودن ماده ۱۳۰۹ ق.م.».

۲. نظریه شماره ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵ مورخ ۹۵/۸/۴ درباره «معتبر دانستن سند عادی مقدم به سند رسمی مؤخر».

۳. مواد ۸ و ۱۰ آیین‌نامه اجرایی تحقق دولت الکترونیک، مصوب ۱۳۸۱.

۴. مارتی، مری دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۸۶.

گفتار دوم: نگاشت نهادی برنامه تحول سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

نگاشت نهادی تحولات بر اساس روابط بین اعضا به تدوین وظایف و مأموریت هر یک از آن‌ها می‌پردازد و بر رهیافت مطالعاتی کل‌نگر مبتنی است.^۱ مطالعات تطبیقی در خصوص جایگاه سازمان ثبت اسناد و املاک در کشورهای مختلف نشان می‌دهد که چنین سازمانی در کشورهایی که اثر حقوقی خدمات ثبتی مورد نظر است، جایگاه قضایی و در کشورهایی که اثر مالیاتی یا تجاری خدمات ثبتی مورد نظر باشد، جایگاه اداری دارد.^۲ نهاد ثبتی به دلیل کارکرد دوگانه حقوقی-اداری، اصلی‌ترین ابزار در تحقق نظارت بر حسن جریان امور است؛ چون بانک اطلاعاتی حاصل از رسالت این سازمان، دارای ویژگی شفاف‌سازی مناسبات اشخاص است.

بند اول: مأموریت‌های تحولی نهاد ثبت در پرتو سند تحول قوه قضاییه

یکی از روش‌های رایج در تعیین راهبردهای جامع و راهکارهای اجرایی بهینه، ماتریس سوات^۳ است. در ماتریس سوات، راهبردها را از لحاظ میزان بهره‌گیری از فرصت‌ها، نقاط قوت در کاهش نقاط ضعف و پاسخ به تهدیدها در نظر می‌گیرند.^۴ فرصت‌ها و تهدیدهای سازمان، مربوط به شرایط محیطی فراسازمانی و نقاط قوت و ضعف سازمان، مربوط به شرایط محیطی سازمانی در نظر گرفته می‌شود.

۱. حاجی، محمد، «ضرورت بهره‌گیری از ظرفیت نگاشت نهادی در سیاست‌گذاری‌های عمومی»، نشریه حکمتانه، شماره ۱۵، بهمن و اسفند ۱۳۹۶، ص ۱۷.

۲. طباطبایی حصار، پیشین، ص ۲۴۳.

3. SWOT matrix

۴. خورشید، صدیقه و رضا رنجبر، «تحلیل استراتژیک، تدوین و انتخاب استراتژی مبتنی بر ماتریس سوات و تکنیک‌های تصمیم‌گیری چندشاخصه فازی»، فصل‌نامه مدیریت صنعتی دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد واحد سنندج، شماره ۱۲، تابستان ۱۳۸۹، ص ۲۵.

تهدیدها (T ^۲)	فرصت‌ها (O ^۱)	
استراتژی انطباقی: تبدیل تهدید به فرصت با استفاده از نقاط قوت	استراتژی تهاجمی: کمال استفاده از فرصت‌ها با نقاط قوت	نقاط قوت (S ^۳)
استراتژی دفاعی: محافظت از نقاط ضعف در مقابل تهدیدها	استراتژی اقتضایی: رفع نقاط ضعف با فرصت‌ها	نقاط ضعف (W ^۴)

جدول شماره ۱. ماتریس راهبردی سوات^۵

۱. شناسایی فاکتورهای ماتریس سوات برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

به دلیل اعتبار عوامل احصاشده در این ماتریس و دوری از نظر فردی محقق، فاکتورها با در نظر گرفتن مؤلفه‌های احصاشده در سنجش دلفی پرسش‌نامه و نتایج آماری تعریف شده است. ظرفیت‌های عملکرد، ضریب نفوذ، کیفیت فرآیندها، میزان حاکمیت فناوری، سطح فرهنگ سازمانی و ساختار سازمانی از مهم‌ترین و رایج‌ترین عوامل درونی هستند که برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور می‌توان در نظر گرفت.^۶ و توسعه فناوری، انحصاری شدن، قوانین، رقیبان، ارزش سیستمی و انتظارات مشتریان نیز از مهم‌ترین و مؤثرترین عوامل بیرونی هستند.^۷

1. Opportunities
2. Thraets
3. Strengths
4. Weaknesses

۵. الوانی و محمدی، پیشین، ص ۱۳۴.

۶. همان، ص ۱۳۲.

۷. همان.

نقش سیستمی	عامل	از نظر	وضعیت
ورودی (حقی که برای رسمیت یافتن به سازمان اعلام می‌گردد)	ظرفیت بالفعل عملکرد	محدود شدن به ثبت رسمی املاک و اسناد مربوط ^۱	ضعف
	ظرفیت بالقوه عملکرد	دامنه گسترده فعالیت در حیطه اسناد ^۲	قوت
	ضریب نفوذ ارائه خدمات	در دسترس بودن دفاتر اسناد ^۳	قوت
فرآیند (روند گردش کار)	شیوه سنتی عملکرد	اقتدار بوروکراتیک ^۴	ضعف
	سطح استقلال عملکرد	نفوذ ناپذیری سیاسی یا اداری ^۵	قوت
	معماری اطلاعات	تورم ساختار سازمانی ^۶	ضعف
	شیوه فناورانه عملکرد	اتوماسیون اداری ^۷	قوت
خروجی (حقی که ثبت شده است)	کارآیی عملکرد	ابتنا بر فناوری ^۸	قوت
	اثربخشی عملکرد	تمرکز بر حقوق عینی ^۹	ضعف

جدول شماره ۲. احصای عوامل درونی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

۱. ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، ۱۳۱۶.

۲. همان، ماده ۴۶.

۳. ماده ۵ قانون سردفتران و دفتریاران و قانون سردفتران، ۱۳۵۴.

۴. گرجی ازندریانی و قهرمان‌زاده نیمگزی، پیشین، ص ۲۹.

۵. ریاحی، پیشین، ص ۱۲۵.

۶. همتی، پیشین، ص ۱۰.

۷. همان.

۸. همان.

۹. ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، ۱۳۱۶.

وضعیت	از نظر	عامل	جایگاه سیستمی
فرصت	بسترهای نوین اطلاعاتی	توسعه فناوری ^۱	ورودی (حقی که برای رسمیت یافتن به سازمان ارائه می‌گردد)
تهدید	بهره نگرستن مردم از خدمات ثبتي	مراودات عادی ^۲	
تهدید	تعدد مرجعیت ثبت حقوق تبعی (پلاک خودرو، پروانه ساخت و...)	رقبای عملکردی ^۳	
تهدید	ایجاد تعارض منافع (اعم از نظارت سلسله‌مراتبی یا قانونی)	مقررات	فرآیند (روند کار)
فرصت	گسترش مویرگی تلفن هوشمند بین مردم	سواد دیجیتال ^۴	
فرصت	بازنگری راهبردی و عملیاتی	رویکردهای تحولی	
تهدید	اثر سندگیزی	قوانین	
فرصت	شفاف‌سازی اطلاعات مورد نیاز دیگر سازمان‌ها	ارزش سیستمی	خروجی (حقی که ثبت شده است)
فرصت	ایجاد امنیت حقوقی. قضایی	کیفیت ادراکی آثار سند رسمی از نگاه مردم ^۵	
تهدید	اثر سلبی در وضعیت حقوقی اشخاص	ریسک ادراکی آثار سند رسمی از نگاه مردم ^۶	

جدول شماره ۳. احصای عوامل بیرونی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

۱. خدیوی، اسدالله و علی‌رضا فرید، «بررسی مفهومی سواد دیجیتالی»، فصل‌نامه مطالعات مدیریت اقتصاد و کارآفرینی، شماره ۳، مهر ۱۴۰۰، ص ۸۰.

۲. ایمن، «دعاوی ملکی، موضوع ۷۰ درصد پرونده‌های حقوقی دادگستری‌ها»، قابل دسترس در: imna.ir/x6hGY (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۴/۲۴).

۳. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، «عدم الزام به تنظیم سند خودرو در دفاتر اسناد رسمی»، شماره ۹۸۰۴۱۸۵، ۱۴۰۰.

۴. خدیوی و فرید، پیشین، ص ۷۹.

5. Baek, A. and Karen Whitehill King, "Exploring the consequences of brand credibility in services", Journal of Services Marketing, No. 25, 2011

6. ibid

۲. تدوین راهبردهای چهارگانه سوات

بنا بر آن چه از سند تحول قوه قضاییه مشخص گردید، دو ویژگی پیشرو بودن و مشارکت محوری در عملکرد، مبنای تدوین راهبردهای تحول در سازمان‌های تابعه است. هدف غایی تحولات نیز، مبارزه با فساد و کارآمدسازی نظام اداری است و چون ناشفاف بودن اطلاعات و بروز تعارض منافع از علل اصلی بروز فساد برشمرده شده است^۱، لذا راهبردهای سوات را بر اساس عوامل احصاشده در جهت تحقق اهداف می‌توان این‌گونه در نظر گرفت:

نقاط ضعف: (ظرفیت عملکرد، شیوه عملکرد، معماری اطلاعات، بار مالی عملکرد، اثربخشی عملکرد)	نقاط قوت: (ظرفیت عملکرد، ضریب نفوذ، شیوه عملکرد، سطح استقلال، کارایی عملکرد)	
استراتژی انطباقی: مردم‌محوری برای جامعیت و پویایی بانک اطلاعات	استراتژی تهاجمی: هوشمندسازی برای کارآمدسازی نظام اداری	فرصت: (سواد دیجیتال، توسعه فناوری، رویکرد تحولی، ارزش سیستمی، کیفیت ادراکی)
استراتژی تدافعی: هم‌افزایی سازمانی و فراسازمانی برای شفافیت اطلاعات	استراتژی اقتصادی: هوشمندسازی برای مدیریت تعارض منافع	تهدید: (مراودات عادی، رقبای عملکردی، منابع مالی، قوانین و مقررات، ریسک ادراکی)

جدول شماره ۴. راهبردهای چهارگانه سوات

بر اساس راهبردهای سوات، سازمان نیازمند دست‌یابی به بانک اطلاعات پویا و جامع ضمن مدیریت تعارض منافع است. در نتایج آماری نیز اندازه اثر (بارعاملی) متغیرهای مربوط به راهبردهای اقتصادی و تدافعی، بسیار قوی به دست آمد که از اولویت تحول در مدیریت این عوامل حکایت می‌کند.

بند دوم: راهکارهای اجرایی رفع چالش‌ها و علل احصاشده

با توجه به هم‌پوشانی تعارض منافع و ناشفاف بودن اطلاعات، در دو سطح سازمانی و فراسازمانی، چالش‌ها و راهبردهای پیش روی سازمان در دست‌یابی حداکثری به نتایج مطلوب به این شرح است:

۱. صالحی، پیشین، ص ۱۲۲.

۱. تعارض منافع نهاد ثبتی در امور فراسازمانی

املاک، موضوع همیشگی مفاسد و جرایمی از قبیل پول شویی، تغییر کاربری غیر مجاز، جعل و رشوه هستند. بانک اطلاعاتی کاداستری می‌تواند مانع بسیاری از جرایم و مفاسد باشد. باید در نظر داشت که ناشفاف بودن اطلاعات به دلیل اثرگذاری معکوس بر پیش‌گیری‌های وضعی جرایم، به تشدید تعارض منافع منجر می‌گردد.^۱ البته فرآیند حدنگاری املاک اهمیتی ویژه دارد و در راستای هدف تحول آفرین مردم‌محوری و مشارکت‌گرایی در امور می‌توان به مردم، نگاه سرمایه‌ای داشت و با در نظر گرفتن ارتقای سواد دیجیتال شهروندان و نفوذ مویرگی تلفن‌های هوشمند، شیوه‌نامه‌های اجرایی کارآمدتری تدوین کرد.

بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون حدنگاری (۱۳۹۳)، رویه کنونی حدنگاری املاک و اراضی مبتنی بر نقش واسطه‌ها در تهیه نقشه مورد تأیید سازمان است. برون‌سپاری، رافع تعارض منافع موجود بین منافع اشخاص و نقشه‌بردار، نماینده ثبتی و سازمان‌های مربوط نیست، به ویژه آن‌که برون‌سپاری به دلیل ذات نامتمرکزش، از نظر نظارتی، نیازمند نص است. به دلیل تدوین نشدن شیوه‌نامه حرفه‌ای، نظارتی بر اجرای قانون حدنگار و آیین‌نامه اجرایی آن وجود ندارد. به این ترتیب، می‌توان گفت برون‌سپاری حدنگاری املاک و اراضی، یکی از موانع اجرای آن شده است؛ چون از نظر هزینه‌ها و مشاعی بودن اراضی، به ویژه اراضی روستایی و زراعی، مردم تقاضایی برای تنظیم سند ندارند و این موضوع به سوی معاملات عادی هدایت شده است. بهینه بودن روش‌های اجرایی فعلی با توجه به پیشرفت باورناپذیر فناوری و نفوذ آن، محل اشکال است. برای مثال، نقشه‌برداری کاداستر طبق مقررات سازمان ثبت، باید صرفاً از طریق ابزار GNSS انجام شود، ولی امروزه مطالعات نشان می‌دهد که دقت GPS و GNSS صرفاً در موقعیت‌های خاص و چالش‌برانگیز مانند دره‌ها متفاوت خواهد بود.^۲ بنابراین، فرآیند حدنگاری را می‌توان ساده‌سازی و هزینه‌های غیر ضروری را حذف کرد.

راهکار به دست آمده متضمن تحقق هوشمندسازی و مشارکت‌محوری مردمی است و در سطح فراسازمانی نیز با ایجاد بانک اطلاعاتی جامع و پویا از املاک و اراضی کشور، رکن اصلی در تحقق

۱. مارتی، پیشین، ص ۱۱۱.

۲. شرکت دانش‌بنیان رایمند، «تفاوت GPS و GNSS»، قابل دسترسی در: www.raymand.net، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۳/۲۱.

نظارت‌پذیری مناسبات اشخاص خواهد بود و به دلیل ذات پیش‌گیرانه خود موجب ارتقای سلامت اداری و امنیت حقوقی-قضایی خواهد گردید.

۲. تعارض منافع سازمانی در نهاد ثبتی

بهترین راهکار اجرای نظام اداری هوشمند است که دخالت عامل انسانی در ارزیابی به حداقل برسد. با این حال، محظوریات ارزشی از قبیل اشتغال اشخاص، مانع از این اقدام می‌گردد. با تجدید نظر در نظام نظارت بر عملکرد کارکنان می‌توان با نتیجه‌گرایی هوشمند و تحقق سیاست‌صیانت از منابع انسانی خدمت، منجر به رقابت سالم و مسئولیت‌پذیری کارمندان شد. بنابراین، اگر به جای تهدیدنگری به تعارض منافع به چشم فرصت به آن نگریسته شود، می‌توان از تعارض منافع استفاده مفید کرد. نتیجه‌گرایی در نظام نظارتی بر سازوکار هوشمند اگر-آنگاه استوار است. به این صورت که شاخص‌های کمی برای جنبه‌های مختلف عملکرد تعیین می‌گردد و سیستم هوشمند، مسئولیت ارزیابی عملکرد را با توجه به بازخورد هوشمند دریافت‌کننده خدمات، مرحله به مرحله بر عهده دارد.

در این میان، شرط اثربخش کردن این نظارت، وابسته کردن بخشی از حقوق و دست‌مزدها به نتیجه ارزیابی هاست؛ چون مطالعات بسیاری در تأثیر مثبت رقابت در عملکرد و هم‌چنین تأثیر معکوس اطمینان‌یابی از نتیجه ثابت در بهبود مستمر صحه گذاشته‌اند.^۱ این شیوه نظارتی در ماده ۶۸ قانون خدمات کشوری نیز دیده می‌شود. با این حال، سه موضوع قابل توجه در این ماده به چشم می‌خورد: ذات تشویقی بودن؛ ناچیز بودن مبالغ فوق‌العاده و اکتفا به نظارت مافوق و گزارش وی. مجموع اثر این موارد موجب بروز روابط سمی و غیر رسمی می‌شود. راهکار به دست آمده متضمن تحقق هوشمندسازی و مشارکت‌محوری مردمی است و با مدیریت تعارض منافع سلسله‌مراتبی موجب کارآمدسازی نظام اداری می‌گردد و به جهت ذات پیش‌گیرانه خود به ارتقای سلامت اداری خواهد انجامید.

۱. رابینز، استیفن پی.، *تئوری سازمان (ساختار، طراحی و کاربردها)*، ترجمه: سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: اشراقی و صفار، ۱۳۸۵، ص ۵۶.

۳. معماری اطلاعات کارآمد

مهم‌ترین رکن نظارت، اطلاع‌یابی و اشراف اطلاعاتی است،^۱ به ویژه هنگامی که بخشی از اطلاعات در دیگر نهادها به گردش درآید و سیاست‌های نظارتی موجب تعدد بانک اطلاعاتی می‌گردد. بنابراین، اصلی‌ترین چالش ناکارآمدی بانک‌های اطلاعاتی، موضوع‌محور بودن آن‌هاست. به عبارتی، به تعداد سازمان‌ها و اداره‌ها و شرکت‌های خصوصی که خدمات داده می‌شود، موضوع برای تشکیل بانک اطلاعاتی وجود دارد و قطعاً اشراف اطلاعاتی به همه آن‌ها ناممکن است. از سویی، موضوع مفاسد، جرایم و دعاوی در هر سطحی (کلان یا خرد، بین مردم و دولت یا بین مردم و مردم)، از جنس حق اشخاص است. شفافیت حقوق اشخاص به صورت شخص‌محور، بانک اطلاعاتی جامع مورد نیاز را فراهم می‌سازد؛ جامعیتی که به مرجعیت واحد سازمان ثبت اسناد و املاک در سامان‌دهی همه امور موجد حق برای اشخاص می‌انجامد.

از سویی، کالاهای سرمایه‌ای در ایران را می‌توان از نظر ماهیت مال به عینی و اعتباری تقسیم کرد:^۲ ملک، خودرو و طلادر گروه اول قرار دارند و اوراق بهادار و امتیازات در دسته دوم. نسبت به گروه اول با نظارت عملکرد (مبتنی بر اعمال قانون در اسناد صادرشده) و نسبت به گروه دوم با تعامل فراسازمانی، امکان تهیه شناس‌نامه حقوقی اشخاص میسر می‌گردد. که این امر مستلزم وحدت مرجع می‌باشد.

در خصوص ساختار سازمانی در ماده ۲۹ قانون خدمات کشوری، صرفاً به معیار «نیاز سازمان» در تعیین ساختار اکتفا شده است. به همین دلیل، ابهام و تفسیرپذیری این معیار با در نظر گرفتن سیاست‌زدگی نهادهای اجرایی و به ویژه قید سازمانی بودن نیاز، منجر به تولید و گسترش پست‌های سازمانی موازی و بلاجهت خواهد شد. پس در تعیین ساختار یک نهاد باید نگاهی فراسازمانی و هدف‌محور داشت.^۳

۱. واعظی‌زاده، پیشین، ص ۶۴.

۲. مظاهری، اسماعیل، «رویه‌های حسابداری دارایی‌های نامشهود و چالش‌های پیش رو»، مطالعات حسابداری و حسابرسی، شماره ۹، بهار ۱۳۹۳، ص ۱۲۶.

۳. همتی، علی‌رضا، «معماری اطلاعات در نظام اداری»، نشریه تحول اداری، شماره ۴۵، پاییز ۱۳۸۳، ص ۷.

راهکار به دست آمده در این خصوص نیز متضمن تحقق هوشمندسازی و مشارکت محوری سازمانی است و با کارآمدسازی نظام اداری موجب پویایی و جامعیت حداکثری بانک اطلاعات حقوق اشخاص می‌گردد و به دلیل ذات پیش‌گیرانه خود موجب ارتقای سلامت اداری و برقراری امنیت حقوقی و قضایی خواهد گردید.

۴. بوروکراسی کارآمد با هوشمندسازی

نتایج مطالعات پژوهشی درباره وفاداری کارمند و رضایت‌مندی مشتری نشان می‌دهد که سطح استانداردسازی فرآیندها با متغیرهای یادشده ارتباط مستقیم دارد.^۱ برخلاف سابقه دیرینه مطالعات مربوط به استانداردسازی فرآیندهای ارائه خدمات، این مفهوم در ایران جزو رویکردهای نوین عملیاتی محسوب می‌گردد.

ابتدایی‌ترین گام در طراحی فرآیند استاندارد، ترسیم مدل فرآیند عملیات است که نیازمند تعیین مسیر اطلاعات و بررسی رویه انجام کار است. مدل استاندارد شده فرآیند، ناظر به تفکیک عملیات معمول و اتفاقی است. برای مثال، در یک روند اجرایی، بعد از صدور اجرائیه، استعلام اموال و توقیف آن‌ها در مواردی چون خودرو یا ملک، از موارد معمول و توقیف امتیاز بهره‌برداری معدن از موارد اتفاقی است. بنابراین، با در نظر گرفتن قابلیت‌های فناوری‌های اطلاعات می‌توان امور معمول را به سیستم سپرد و تمام رفت و برگشت‌های تأییدی و اجرایی را حذف کرد. رویکرد حذف واسطه‌ها و عامل انسانی غیر مؤثر در روند موجب چابک‌سازی سازمان می‌گردد.^۲ چابک‌سازی سازمان‌های دولتی در سیاست‌های کلی نظام اداری ابلاغی (۱۳۸۲) نیز در نظر گرفته شده و بازنگری فرآیند بر اساس ترسیم مسیر فعالیت‌ها موجب کشف اقدامات غیر ضروری و آگاهی از نقاط مستعد در چابک‌سازی است.

رویه فعلی نظام اجرایی ایران در خصوص رویکردهای فناورانه، در ماده ۱ و ۵ آیین‌نامه اجرایی تحقق دولت الکترونیک (۱۳۸۱) ریشه دارد. در این مواد صرفاً به مکانیزه‌سازی فعالیت‌ها اشاره شده است و هیچ قیدی برای توصیف وضع مطلوب این بازنگری‌ها به چشم نمی‌خورد، بلکه

۱. یوسف‌پور، بهاره، «بهبود کارکنان به واسطه استفاده از اتوماسیون اداری»، پژوهش مدیریت در جهان اسلام، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۹، ص ۷۷.

۲. همتی، پیشین، ص ۱۱.

مؤید استفاده سنتی از فناوری است. نبود معیار در بازبینی فرآیندها موجب بروز بوروکراسی زاید و هزینه‌های مضاعف و موازی می‌شود.

راهکار به دست آمده متضمن تحقق هوشمندسازی و مشارکت محوری مردمی است و با تقسیم مسئولیت بین سازمان و مردم موجب کارآمدسازی نظام اداری می‌گردد و به دلیل ذات پیش‌گیرانه خود موجب ارتقای سلامت اداری خواهد گردید.

نتیجه‌گیری

در سند چشم‌انداز بیست‌ساله افق ۱۴۰۴ جمهوری اسلامی، جامعه ایران، جامعه‌ای برخوردار از عدالت اجتماعی و امنیت حقوقی و قضایی به تصویر کشیده شده است. در سیاست‌های کلی ابلاغی برای اصل ۴۴ قانون اساسی نیز بر نظارت حاکمیتی بر اجرای قوانین موضوعه بدون مداخله در امور اجرایی تأکید گشته است. بنا بر جایگاه مهم و نقش اساسی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، برنامه‌های تدوین شده در تحولات اداری این نهاد باید متضمن تحقق اهداف تحول درونی و برونی سازمان باشد.

طبق سند تحول قوه قضاییه، تحولات اداری مورد نظر برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور بر دو محور ارتقای سلامت اداری و افزایش رضایت مردم استوار است. در آسیب‌شناسی حقوقی وضعیت موجود مشخص شد سیاست‌های نظارتی که مبتنی بر ساختار توزیع صلاحیت است، در نظام متمرکز منجر به فساد نظام‌مند و در نظام نامتمرکز منجر به رانت‌جویی می‌شود؛ چون اثر نظارت سلسله‌مراتبی، تعارض منافع و اثر نظارت قانونی، ناشفاف بودن است. به دلیل ابتدای نظارت‌ها بر قانون از نظر مقام ناظر و معیار نظارت، تحقق اهداف مورد انتظار از تحول اداری، معطوف به تحولات حقوقی در شیوه‌های نظارتی است. بنابراین:

۱. برای رفع تعارض منافع ثبتی در سطح فراسازمانی که بر ایجاد بانک اولیه اطلاعات توسط اشخاص مبتنی بود، پیشنهاد می‌شود یک ماده به این صورت به آیین‌نامه اجرایی قانون حدنگار اضافه گردد:

ماده الحاقی. سازمان با ایجاد تمهیدات فناورانه، زمینه تهیه بانک اطلاعاتی رقومی از املاک

مورد ادعای اشخاص را بدون واسطه و توسط خود شخص فراهم می‌آورد.

تبصره ۱. هر گونه تراحم و تداخل فاقد مستندات در حدود اربعه ملک هنگام خوداظهاری اولیه، در صورت اثبات سوء نیت موجب جزای نقدی معادل قیمت روز هر متر مربع تجاوزشده در حق دولت می‌شود.

تبصره ۲. نسبت به تعیین تراحم و تداخل ناشی از خطای اندازه‌گیری بر اساس نظامات نقشه‌برداری اقدام می‌گردد.

• مستندات قانونی: بند ۸ و ۱۰ اصل سوم قانون اساسی

• مستندات اجرایی: بند ۱۹ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۶ چرخش‌های تحول‌آفرین سند تحول قضایی

• نمونه مشابه در رویه: خوداظهاری مالیاتی

۲. برای رفع تعارض منافع سازمانی که بر توزین منافع بر دست‌مزد معلق مبتنی بود، پیشنهاد می‌شود یک تبصره به این صورت به ماده ۶۸ قانون خدمات کشوری الحاق گردد: تبصره الحاقی. پرداخت بخشی از حقوق ثابت و هم‌چنین مبالغ فوق‌العاده به ارزیابی هوشمند عملکرد و امتیاز مکتسبه بستگی خواهد داشت.

• مستندات قانونی: ماده ۶۵ و ۶۷ قانون خدمات کشوری

• مستندات اجرایی: بند ۲۱ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۹ چرخش‌های تحول‌آفرین سند تحول قضایی

• نمونه مشابه در رویه: اجیر گرفتن بر مبنای موضوع و پرداخت اجرت در ازای عملکرد

۳. برای بهره‌مندی از معماری اطلاعات مناسب در نهاد ثبت که بر هم‌افزایی عملکرد مبتنی بود، پیشنهاد می‌شود دو تبصره به این صورت به ماده ۲۹ قانون خدمات کشوری الحاق گردد:

تبصره الحاقی. تعیین پست‌های سازمانی مورد نیاز و سطوح سازمانی لازم بر اساس جایگاه عملکردی نهاد مربوط در بدنه اجرایی و با لحاظ نقش حداکثری فناوری تعریف گردد.

تبصره الحاقی ۲. در راستای بهره‌مندی از بوروکراسی کارآمد، هر کدام از شهروندان، حق اعتراض به تصمیم‌های ساختاری سازمان را خواهد داشت. مرجع رسیدگی به این اعتراض‌ها، دیوان عدالت اداری خواهد بود.

- مستندات قانونی: بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی، بند ج ماده ۲ قانون برنامه سوم توسعه
- مستندات اجرایی: بند ۱۰ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۱ چرخش‌های تحول‌آفرین سند تحول قضایی

۴. برای برخورداری از بوروکراسی کارآمد که بر نقش حداکثری فناوری مبتنی بود، پیشنهاد می‌شود برخی قوانین و مقررات به این شرح اصلاح گردند:

در راستای حذف استفاده سنتی از فناوری، حذف تبصره ۵ ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی حدنگار (۱۳۹۲) و الحاق تبصره جای‌گزین به شرح ذخیره‌سازی مبتنی بر فناوری‌های هوشمند پیشنهاد می‌شود.

در راستای تحقق بهینگی، الحاق تبصره به ماده ۱ و ۵ آیین‌نامه اجرایی تحقق دولت الکترونیک (۱۳۸۱) به شرح بازنگری مبتنی بر استانداردسازی بهینه فرآیند در اتوماسیون اداری با حق اعتراض مراجعه‌کننده به مرجع صالح اضافه شود.

- مستندات قانونی: بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی، ماده ۳۷ قانون خدمات کشوری
- مستندات اجرایی: بند ۱۲ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۵ و ۱۱ چرخش‌های تحول‌آفرین سند تحول قضایی

همه این پیشنهادها مبتنی بر رویکرد تحولی اداره خوب و نگاه سرمایه‌ای به شهروندان است. به پژوهشگران علاقه‌مند به این حوزه مطالعاتی پیشنهاد می‌شود برای تسهیل کارآمدسازی نظام اداری به تدوین و تنقیح قوانین عملکردی نهاد ثبتی بپردازند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری؛ امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۲. رایبیز، استیفن پی، «تئوری سازمان (ساختار، طراحی و کاربردها)»، ترجمه: سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: اشراقی و صفار، ۱۳۸۵.
۳. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق اداری (۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۴. سیاست‌زدگی دستگاه‌های اداری و ارائه راهکارها برای جمهوری اسلامی ایران (مطالعه مورد پاکستان، چین، انگلیس)، تهران: دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۲.
۵. مارتی، مری دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۶. واعظی‌زاده، مجتبی، حقوق اداری (۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۷. الوانی، سید مهدی و حامد محمدی، مبانی مدیریت دولتی، بابل: مبعث، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. ابروش، رضا و علی جابری، «راهبردهای کنترل بازار در سیره امام علی (ع)»، نشریه حکومت اسلامی، شماره ۷۹، بهار ۱۳۹۵.
۲. پالیزدار، کاظم، ابراهیم چیرانی، سید مظفر میربرگ‌کار و کامبیز شاهرودی، «نقش میانجی شفافیت اطلاعاتی در کاهش فساد اقتصادی در فضای تجارت الکترونیک کشور»، نشریه تحقیقات حسابداری و حسابرسی، شماره ۴۹، بهار ۱۴۰۰.
۳. خدیوی، اسدالله و علی‌رضا فرید، «بررسی مفهومی سواد دیجیتالی»، فصل‌نامه مطالعات

مدیریت اقتصاد و کارآفرینی، شماره ۳، مهر ۱۴۰۰.

۴. خورشید، صدیقه و رضا رنجبر، «تحلیل استراتژیک، تدوین و انتخاب استراتژی مبتنی بر ماتریس سوات و تکنیک‌های تصمیم‌گیری چندشاخصه فازی»، فصل‌نامه مدیریت صنعتی دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد، واحد سنندج، شماره ۱۲، تابستان ۱۳۸۹.

۵. رحمانی، زهره، «مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری سال دوم، شماره سوم، ۱۳۹۹، ص ۱۶۶-۱۹۴.

۶. ریاحی، نوربخش، «جایگاه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در نظام تفکیک قوای ایران»، فصل‌نامه علمی و تخصصی مجله حقوقی دانشگاه اصفهان، شماره ۸، بهار ۱۳۹۸.

۷. صالحی، جواد، «فساد اداری؛ مفهوم، علل و آثار آن»، نشریه کانون، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷.

۸. طباطبایی حصار، نسرین، «مطالعه تطبیقی جایگاه سازمان ثبت اسناد و املاک در ساختار حاکمیت؛ ادغام در «سیستم قضایی» یا «سیستم اجرایی» و بدنه دولت»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸.

۹. عابدی اردکانی، محمد و لقمان سلطانی، «رابطه نظام اداری و توسعه سیاسی جمهوری اسلامی ایران (با بهره‌گیری از نظریه جاگورایب)»، نشریه سیاست، شماره ۵۴، تابستان ۱۳۹۹.

۱۰. فرهادیان، علی و علی بهادری جهرمی، «تأثیر و تأثر مدیریت کارآمد و حقوق شهروندی با تأملی بر قوانین اداری داخلی»، نشریه حقوق اداری، شماره ۳، بهار ۱۴۰۱.

۱۱. کاتوزیان، ناصر، «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴.

۱۲. کمالی‌زاده، محمد، «دیوان سالاری کارآمد از منظر نهادگرایی»، دوفصل‌نامه پژوهش سیاست نظری، شماره ۲۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.

۱۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و فرزین قهرمان‌زاده نیمگزی، «بررسی کنترل اقتدار بروکراتیک در بستر

۱۳۹۵. مناسبات بوروکراسی، سیاست و کارآمدی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۰، بهار ۱۳۹۵.
۱۴. خاجی، محمد، «ضرورت بهره‌گیری از ظرفیت نگاهت نهادی در سیاست‌گذاری‌های عمومی»، نشریه حکمتانه، شماره ۱۵، بهمن و اسفند ۱۳۹۶.
۱۵. مظاهری، اسماعیل، «رویه‌های حسابداری دارایی‌های نامشهود و چالش‌های پیش‌رو»، مطالعات حسابداری و حسابرسی، شماره ۹، بهار ۱۳۹۳.
۱۶. همتی، علی‌رضا، «معماری اطلاعات در نظام اداری»، نشریه تحول اداری، شماره ۴۵، پاییز ۱۳۸۳.
۱۷. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار: چالش‌ها و راهکارها»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۱، دوره ۴، تیر ۱۴۰۱، صفحه ۲۴۳-۲۷۴.
۱۸. یوسف‌پور، بهاره، «بهبود کارکنان به واسطه استفاده از اتوماسیون اداری»، پژوهش مدیریت در جهان اسلام، شماره ۵، زمستان ۱۳۹۹.

ج) دیگر منابع‌ها

۱. ایمنای، «دعاوی ملکی، موضوع ۷۰ درصد پرونده‌های حقوقی دادگستری‌ها»، قابل دسترس در: imna.ir/x6hGY (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۴/۲۴).
۲. شرکت دانش‌بنیان رایمند، «تفاوت GPS و GNSS»، قابل دسترس در: www.raymand.net، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۳/۲۱.
3. Baek, A. and Karen Whitehill King, "Exploring the consequences of brand credibility in services", Journal of Services Marketing, No. 25, 2011

نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران

کوثر پیرنیا^۱

محمدامین ابریشمی راد^۲

چکیده

با گسترش فزاینده استفاده از اینترنت و فضای مجازی، کشورهای متعددی درصدد سامان دهی فضای مجازی برآمدند. در این راستا، شورای عالی فضای مجازی در سال ۱۳۹۰ با حکم مقام معظم رهبری به منظور تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری در عرصه فضای مجازی در ایران تأسیس شد. این شورا در سال‌های گذشته، قواعد حقوقی متعددی را در عرصه فضای مجازی به تصویب رسانده است. با توجه به صلاحیت‌های گسترده شورای عالی فضای مجازی در تدوین مقررات الزام‌آور و ایجاد حقوق و تکالیف متعدد برای شهروندان، این مقاله در پی آن است تا به این سؤال پاسخ دهد که ضرورت، موانع و شیوه‌های ممکن برای نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران چیست؟

در پژوهش حاضر، در قالبی توصیفی-تحلیلی، این نتیجه به دست آمد که عواملی هم‌چون مبهم بودن ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی و الزامی نبودن انتشار مصوبات این شورا، مانع نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی است. با رفع این موانع و توجه به ضرورت نظارت بر این مصوبات باید زمینه نظارت مردم، فقهای شورای نگهبان، مقام رهبری و دیوان عدالت اداری را بر مصوبات این شورا فراهم کرد و رویه‌های خلاف این یافته، نیازمند اصلاح هستند.

واژگان کلیدی: فضای مجازی، شورای عالی فضای مجازی، مصوبات شورای عالی فضای مجازی، ترتیب آثار قانونی، دیوان عدالت اداری.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه سمنان، سمنان، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان، سمنان، ایران. (نویسنده مسئول) Abrishmirad@semnan.ac.ir

این مقاله مستخرج از پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه سمنان با عنوان «نظارت‌پذیری مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» است.

مقدمه

ضرورت ورود دولت‌ها به حوزه فضای مجازی موجب شد تا در دوره‌های مختلف، مراجع متعددی در این زمینه قاعده‌گذاری کنند. در این زمینه، پیرو ابلاغ سیاست‌های کلی شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای^۱ از سوی مقام معظم رهبری، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مقررات و ضوابط شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای را در سال ۱۳۸۰ به تصویب رساند. در این مصوبه بر رعایت حقوق داخلی در موضوعات اجتماعی، فرهنگی و فنی کشور تأکید شد. مقررات پراکنده دیگری نیز در این زمینه به چشم می‌خورد که از جمله آن‌ها می‌توان به قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران، قانون تجارت الکترونیک (مصوب ۱۳۸۲) و مصوبات کمیسیون تنظیم و مقررات ارتباطات در سال ۱۳۸۴ و نظایر آن اشاره کرد.

با توجه به تعدد و پراکندگی مراجع دخیل در حوزه فضای مجازی و ضرورت مدیریت متمرکز این حوزه، با حکم مقام رهبری، «شورای عالی فضای مجازی» به منظور سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در زمینه فضای مجازی کشور در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۷ تأسیس شد. در حکم تأسیس و نصب اعضای این شورا بیان شده است که «گسترش فزاینده فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی به ویژه شبکه جهانی اینترنت و آثار چشم‌گیر آن در ابعاد زندگی فردی و اجتماعی و لزوم سرمایه‌گذاری وسیع و هدفمند در جهت بهره‌گیری حداکثری از فرصت‌های ناشی از آن در جهت پیشرفت همه‌جانبه کشور و ارائه خدمات گسترده و مفید به اقشار گوناگون مردم و هم‌چنین ضرورت برنامه‌ریزی و هماهنگی مستمر به منظور صیانت از آسیب‌های ناشی از آن اقتضا می‌کند که نقطه کانونی متمرکز برای سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در فضای مجازی کشور به وجود آید».^۲

با تأسیس شورای عالی فضای مجازی باید این شورا را مرکز سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در حوزه فضای مجازی کشور دانست و هم‌چنان که در حکم تصریح شده است، این شورا «با اختیارات کافی به ریاست رئیس‌جمهور تشکیل می‌گردد و لازم است به کلیه مصوبات آن ترتیب آثار قانونی داده شود».

۱. نامه شماره ۱۰۷۲/۱ مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۳ دفتر مقام معظم رهبری.

۲. برای مشاهده حکم مقام معظم رهبری نک:

ممکن است در مورد ماهیت، شیوه تشکیل، قانونی بودن و امکان تعیین حق و تکلیف برای شهروندان توسط شورای عالی فضای مجازی، اشکال‌ها و ابهام‌هایی مطرح شود^۱ که بررسی این موضوعات به پژوهش‌های حقوقی نیاز دارد. در این میان، باید این واقعیت را پذیرفت که امروزه شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران، الزامات حقوقی وضع می‌کند و دستگاه‌های اجرایی و نظام قضایی این الزامات را لازم‌الاتباع می‌دانند. این پژوهش در نظر دارد تا امکان پذیر بودن یا نبودن نظارت بر مصوبات این شورا، موانع آن و شیوه‌های نظارت بر مصوبات این شورا را بررسی کند. از این رو، به روش توصیفی-تحلیلی تلاش خواهد کرد تا به این پرسش اصلی پاسخ دهد که ضرورت، موانع و شیوه‌های ممکن برای نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران چیست؟

فرضیه نویسندگان تحقیق آن است که با توجه به حکومت اصل ۴ قانون اساسی بر «اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر»، فقهای شورای نگهبان صلاحیت اعمال نظارت شرعی بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی را دارند. هم‌چنین با توجه به صلاحیت عام دیوان عدالت اداری برای نظارت بر «آیین‌نامه‌های دولتی» (اصل ۱۷۳ قانون اساسی)، این دیوان باید بر مقررات مصوب شورای عالی فضای مجازی نظارت کند.

در خصوص پیشینه موضوع این تحقیق باید گفت که با توجه به نوپا بودن شورای عالی فضای مجازی، تاکنون پژوهشی در خصوص امکان نظارت بر مصوبات این شورا و به صورت خاص، روش‌های نظارت بر مصوبات و موانع آن صورت نگرفته و از این جهت، موضوع این تحقیق، بدیع است. علاوه بر آن، در حال حاضر، ابهام در امکان یا روش‌های نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی می‌تواند به تزییع حقوق و آزادی‌های شرعی و قانونی مردم منجر شود و از این جهت، پرداختن به این موضوع ضروری است.

۱. برخی از حقوق دانان معتقدند که مطابق با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در صورتی که مصلحت ایجاب کند، مانعی برای ولی فقیه در تأسیس یک نهاد جدید و اختیار تصویب مصوبات مختلف به واسطه آن وجود نخواهد داشت. (الهام، غلام حسین و سید مصطفی میرمحمدی میبدی، «بررسی تداخل مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی با مصوبات مجلس شورای اسلامی، دولت و مجمع تشخیص مصلحت نظام»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۷)، ۱۳۹۲، ص ۱۵۷) البته این رویکرد، منتقدانی دارد که بررسی تفصیلی آن از موضوع مقاله حاضر خارج است.

برای پاسخ‌گویی به سؤال‌های این تحقیق و اثبات فرضیه ذکرشده، پس از معرفی اجمالی جایگاه و ساختار شورای عالی فضای مجازی (بند ۱)، به اثبات ضرورت نظارت بر مصوبات این شورا می‌پردازیم (بند ۲). سپس موانع نظارت بر مصوبات این شورا، بررسی و ارزیابی (بند ۳) و در نهایت، روش‌های ممکن برای نظارت بر مصوبات این شورا معرفی می‌شود (بند ۴).

گفتار اول: معرفی اجمالی جایگاه و ساختار شورای عالی فضای مجازی

شکل‌گیری شورای عالی فضای مجازی مبتنی بر سه ایده کلی بود: اول آن‌که به دلیل ماهیت فضای مجازی و فرهنگی بودن موضوع، این شورا به عنوان زیرمجموعه شورای عالی انقلاب فرهنگی شناسایی شود. دوم، با توجه به وجوه امنیتی موضوع، این شورا، زیرمجموعه شورای عالی امنیت ملی تشکیل شود. در نهایت، ایده تشکیل شورای عالی فضای مجازی به صورت مستقل مطرح گردید^۱ که پیشنهاد اخیر پذیرفته شد. اکنون این شورا به عنوان مرجعی مستقل و برگرفته از حکم حکومتی مقام رهبری، به ریاست رئیس جمهور به عنوان مرکز سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در حوزه فضای مجازی کشور شناخته می‌شود.

در خصوص ساختار شورای عالی فضای مجازی باید گفت که در حکم تأسیس شورای عالی فضای مجازی، دو دسته اعضای حقوقی و حقیقی شناسایی شده‌اند. اعضای حقوقی این شورا، ترکیبی فراقوه‌ای مشتمل بر «رئیس جمهور (رئیس شورای عالی)، رئیس مجلس شورای اسلامی، رئیس قوه قضاییه، رئیس سازمان صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، دبیر شورای عالی و رئیس مرکز، وزیر ارتباطات و فناوری اطلاعات، وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی، وزیر علوم، تحقیقات و فناوری، وزیر اطلاعات، رئیس کمیسیون فرهنگی مجلس شورای اسلامی، رئیس سازمان تبلیغات اسلامی، فرمانده کل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی و فرمانده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران» است. اعضای حقیقی نیز به انتخاب مقام رهبری به مدت سه سال، عضو این شورا خواهند بود.

در ذیل این شورا، به موجب حکم مقام رهبری، شورای عالی فضای مجازی مکلف شده است مرکزی به نام مرکز ملی فضای مجازی کشور ایجاد کند تا با اشراف کامل و روزآمد بر فضای مجازی

۱. وکیلی، امیرحسین، «بررسی جایگاه، ساختار و صلاحیت‌های شورای عالی فضای مجازی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد، تهران مرکز، ص ۱۳.

در سطح داخلی و جهانی نسبت به مواجهه فعال و خردمندانه با این موضوع از نظر سخت‌افزاری، نرم‌افزاری و محتوایی در چارچوب مصوبات شورای عالی تصمیم‌گیری و بر اجرای دقیق تصمیمات در همه سطوح نظارت کند. به موجب عبارت ذیل حکم یادشده، «کلیه دستگاه‌های کشور» به «همکاری همه‌جانبه با این مرکز» موظف شده‌اند.

نکته قابل توجه در خصوص ساختار شورای عالی فضای مجازی آن است که به استناد پیوست حکم مقام رهبری که «نکات اساسی در مورد وظایف شورای عالی و مرکز ملی فضای مجازی با تأکید بر توجه جدی به آن» در این پیوست تعیین شده، شورای عالی فضای مجازی تاکنون ارکان جدیدی تأسیس کرده است. از جمله این ارکان می‌توان به سه کمیسیون عالی: «کمیسیون عالی ارتقای تولید محتوای فضای مجازی کشور»، «کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی» و «کمیسیون عالی امنیت فضای مجازی» اشاره کرد که در راستای اجرای بند (ب) ۲۱ پیوست حکم مقام رهبری و در نهمین جلسه شورای عالی فضای مجازی (۱۳۹۱/۱۱/۲۲) به تصویب رسید.^۱

از سوی دیگر، با توجه به ترکیب شورای عالی فضای مجازی که از مقامات عالی‌رتبه تشکیل شده است و این امر، برگزاری منظم جلسات این شورا را مشکل می‌سازد، تشکیل «شورای معین شورای عالی فضای مجازی کشور» به موجب ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی این شورا، یکی از تمهیداتی است که چالش‌های مضاعفی در نظام حقوقی کشور ایجاد کرده است. طبق این ماده، «به منظور استفاده بهینه از وقت جلسات شورای عالی و تمرکز زمان جلسات بر مسائل اساسی و سیاست‌گذاری کلان در اهم مسائل و موضوعات فضای مجازی، در ابتدای هر دوره، شورایی تحت عنوان «شورای معین شورای عالی فضای مجازی کشور»، مرکب از اعضای حقیقی شورای عالی به همراه اعضای حقوقی شورای عالی یا نمایندگان ثابت معرفی شده از سوی آنان که حداقل سمت معاونت یا سمت هم‌تراز در دستگاه ذی‌ربط دارند، تشکیل می‌شود. وظیفه شورای مزبور، بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص موضوعاتی است که از سوی شورای عالی به این شورا محول می‌شود».

۱. شرح وظایف، اختیارات و اعضای سه کمیسیون عالی یادشده در هشتمین، نهمین و دهمین جلسه شورای عالی فضای مجازی در تاریخ‌های ۱۳۹۱/۵/۲۵، ۱۳۹۱/۷/۲۲ و ۱۳۹۱/۹/۱۱ تصویب و پس از استحضار مقام رهبری برای اجرا ابلاغ شد. (نجابت‌خواه، مرتضی، «ساختار و جایگاه حقوقی مرکز ملی فضای مجازی»، نشریه حقوق اساسی، دوره دوازدهم، شماره ۲۴، ۱۳۹۴، ص ۲۱۱)

در زمینه صلاحیت‌های شورای معین باید دانست که بر اساس تبصره ۵ ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای عالی، «مصوبات شورای معین، ظرف مدت دو هفته بعد از ارسال به اعضا و اعلام وصول و قرائت در شورای عالی، در صورت درخواست حداقل پنج نفر از اعضای شورای عالی، در شورای عالی مجدداً مطرح می‌شود و در غیر این صورت، مصوب تلقی خواهد شد». پس اگر حداقل پنج نفر از اعضای شورای عالی، بررسی مصوبات شورای معین را درخواست نکنند، مصوبات این شورا بدون نیاز به بررسی و تأیید مجدد توسط شورای عالی و صرفاً پس از اطلاع آن شورا معتبر خواهد بود.

از ظاهر مواد یادشده چنین برمی‌آید که در حکم مقام رهبری، امکان تفویض صلاحیت‌های شورای عالی فضای مجازی به شوراهای فرعی پیش‌بینی نشده است و برخلاف اصل عدم تفویض صلاحیت به عنوان یکی از اصول پذیرفته‌شده در حوزه حقوق عمومی^۱، شورای عالی فضای مجازی با تأسیس یک شورای فرعی (شورای معین)، اختیارات خود از جمله سیاست‌گذاری و تصویب مقررات را به این شورا واگذار کرده است. در مقام توجیه این اشکال ممکن است گفته شود که آیین‌نامه داخلی شورای عالی پس از تصویب اعضا به استحضار مقام رهبری رسیده است و با توجه به مخالفت نداشتن مقام رهبری با تشکیل آن، مشابه دیگر احکام حکومتی رهبری محسوب می‌شود. این در حالی است که از واژه «استحضار» نمی‌توان «تأیید» مصوبه را استنباط کرد. از این جهت، شورای معین قابل انتساب به حکم مقام رهبری نیست و از نظر حقوقی، تشکیل شورای معین با اختیارات یادشده مشخصاً خلاف ضوابط حقوقی است.

گفتار دوم: اثبات ضرورت نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی

«نظارت»، مقوله‌ای است که از دیرباز، ذهن اندیشمندان حقوق عمومی را به خود مشغول کرده است. امروزه نظارت‌پذیری به دلیل آثاری که بر تحقق اصول حقوق عمومی نظیر تضمین حاکمیت قانون، تفکیک قوا و اجرای صحیح قانون اساسی دارد، به عنوان یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌ها

۱. اصل عدم تفویض یکی از اصول سنتی حوزه حقوق اساسی و حقوق اداری است. بنا بر این اصل، هیچ مقامی حق ندارد اختیارات قانونی خود را به شخص دیگری تفویض کند. برای تفویض اختیار باید موارد تفویض و اشخاصی که به نفع آنان می‌توان تفویض اختیار کرد، در قانون، معین و پیش‌بینی شده باشد. (طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۵، ص ۶۳) بنابراین، تفویض اختیار، اصل نیست، بلکه استثناست. (امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۸۳)

و ویژگی‌های حکومت‌های نوین به شمار می‌آید. در ادبیات حقوقی، «نظارت»، مجموعه عملیاتی است که در آن، میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از این طریق، از مطابقت داشتن نتایج عملکرد با هدف‌های مطلوب، اطمینان به دست آید.^۱

نظارت‌پذیری ارکان و تصمیمات حکومت در ادبیات دینی نیز دارای مبانی و مستندات محکمی است. در این زمینه، با عنایت به این‌که زمام‌داران و رهبران جامعه و نمایندگان آن‌ها (به جز معصومین)، معصوم نیستند و احتمال بروز خطا از جانب آن‌ها مفروض است، منفعت عمومی اقتضا می‌کند تا مردم بر کار آنان نظارت کنند و موارد انحراف را به صورت مقتضی متذکر شوند.^۲ این موضوع چنان اهمیتی دارد که معصومین (ع) همیشه کارگزاران و جامعه را به نظارت بر اعمال حکومت متذکر شده‌اند. برای نمونه، امام علی (ع) در خطبه ۱۶ نهج‌البلاغه در پاسخ به ستایش یکی از اصحاب فرمود: «... از گفتن حق و مشورت به عدل، از من خودداری نکنید؛ زیرا من آن چنان برتر نیستم تا از خطا، مصون و در رفتار، ایمن باشم، مگر آن‌که خدا مرا بر نفس خود مسلط کند».

نظارت‌پذیری ارکان و تصمیمات حکومت در حکومت‌های نوین اهمیت مضاعفی دارد؛ چون قاعده‌مندسازی چگونگی اعمال قدرت سیاسی، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های حکومت‌های امروزی است که از آن با عنوان «متمدن‌سازی پدیده قدرت» یاد می‌شود.^۳ برای مصون داشتن قدرت از خطاها و خودکامگی‌ها لازم است تا مراجع قانونی همواره بر اعمال و تصمیمات حاکمان نظارت کنند. وجود سازوکارهای قانونی و مطمئن برای نظارت بر حکومت می‌تواند از فساد حکومت جلوگیری کند. این ویژگی را می‌توان یکی از مهم‌ترین وجوه تمایز نظام‌های مردم‌سالار با غیر آن به شمار آورد. در واقع، در نظام‌های مردم‌سالار به دلیل توجه به نظارت‌پذیری و پاسخ‌گویی به مطالبات و نیازهای مردم و مصالح عمومی، قدرت بلامنازع دولت، مقید و مشروط می‌گردد و رضایت‌مندی مردم جلب می‌شود.^۴

۱. اخوان کاظمی، بهرام، نظارت در نظام اسلامی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۳۱.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصول و مبانی کلی نظام، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۲۴۷.

۳. عمید زنجانی، عباس‌علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

۴. اخوان کاظمی، پیشین، ص ۱۳۰.

با عنایت به مبانی و ادله ذکرشده، چه از منظر فقهی و چه از منظر حقوقی، ضرورت نظارت‌پذیری اقدامات و تصمیمات ارکان حکومت، امری بدیهی و مسجل است و نیازی به طرح مباحث تفصیلی نیست. از این رو، با فرض پذیرش صلاحیت شورای عالی فضای مجازی و ارکان آن برای تصمیم‌گیری‌های لازم‌الاتباع، پیش‌بینی و اعمال نظارت مستمر بر این گونه مصوبات، ضروری است.

گفتار سوم: موانع نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی

با پذیرش ضرورت نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی و مشخص بودن نقش این نظارت بر تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی، اعمال نظارت بر مصوبات این شورا با موانعی روبه‌روست که پیش از شناسایی روش‌های نظارت بر این قبیل مصوبات باید این موانع را شناسایی و تحلیل کرد. با این مقدمه، در ادامه، دو عامل مبهم بودن ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی و الزامی نبودن انتشار مصوبات این شورا بررسی و تحلیل می‌شوند.

بند اول: مبهم بودن ماهیت مصوبات این شورا

یکی از مهم‌ترین عواملی که بر امکان نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی اثرگذار است، ابهام در ماهیت مصوبات این شورا است. با توجه به تشکیل شورای عالی فضای مجازی به موجب حکم مقام رهبری و شناسایی صلاحیت «سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در حوزه فضای مجازی» برای شورای عالی فضای مجازی و از سوی دیگر، با عنایت به تأکید ایشان در حکم تشکیل این شورا مبنی بر این که «به کلیه مصوبات آن، ترتیب آثار قانونی داده شود»، تا زمانی که ماهیت مصوبات این شورا تعیین نشود و جایگاه آن در سلسله مراتب هنجاری نظام حقوقی کشور مشخص نگردد، نمی‌توان روش‌های نظارت بر این قبیل مصوبات را مشخص کرد.

در این زمینه ابتدا باید اشاره کرد که اگر مصوبات شورای عالی فضای مجازی صرفاً سیاست‌گذاری در حوزه فضای مجازی به شمار آیند، با عنایت به این که در بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، تعیین سیاست‌های کلی نظام در صلاحیت مقام رهبری دانسته شده است و به موجب عبارت ذیل اصل یادشده، مقام رهبری صلاحیت دارد تا بخشی از صلاحیت خود را به دیگری تفویض کند، در این

صورت، ماهیت مصوبات این شورا را می‌توان با اغماض^۱، سیاست موضوع بند ۱ اصل ۱۱۰ دانست.

با عنایت به تعاریف ذکر شده برای «سیاست‌های کلی نظام» که آن را تنها ناظر بر جهت‌گیری‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران در ابعاد گوناگون دانسته^۲ یا تعیین و تدوین مقتضیات کلی دولت به شمار آورده‌اند^۳ و با عطف توجه به این نکته که در حکم مقام رهبری علاوه بر سیاست‌گذاری، «تصمیم‌گیری و هماهنگی در حوزه فضای مجازی» نیز برای آن شورا پیش‌بینی شده است، قدر متیقن آن است که کل مصوبات این شورا را نمی‌توان سیاست‌گذاری به شمار آورد. پس حسب مورد باید آن‌ها را جزو قوانین یا مقررات دانست و روش‌های نظارت بر این قبیل هنجارها را بر مصوبات این شورا بار کرد.

با پذیرش این فرض، اگر مصوبات شورای عالی فضای مجازی، «قانون» محسوب شوند یا «مقرره»، دارای آثاری ویژه در زمینه نظارت‌پذیری آن‌ها خواهد بود. اگر مصوبات این شورا، «مقرره» محسوب شوند، مشمول روش‌های نظارت بر مقررات هم‌چون نظارت دیوان عدالت اداری نیز خواهند بود. بی‌تردید، در تقسیم‌بندی اخیر، منظور از «قانون»، معنای خاص آن است که به قواعدی گفته می‌شود که با تشریفات ویژه در مجلس قانون‌گذاری به تصویب رسیده است یا در شرایطی از طریق همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب مردم می‌رسد.^۴ با عنایت به این مقدمه، تردیدی نیست که مصوبات شورای عالی فضای مجازی را از آن جهت که مصوبات قوه مقننه محسوب نمی‌شوند، نمی‌توان «قانون» در مفهوم خاص آن به شمار آورد.

با فرض این‌که مصوبات شورای عالی فضای مجازی، «قانون» در معنای خاص آن نیستند، این مصوبات را تنها می‌توان «مقرره» محسوب کرد. در این تعریف، «مقررات» در مفهوم خاص آن، مفهومی مقابل «قانون» (مصوبات قوه مقننه) دارد^۵ و به معنای مجموعه قواعدی است که به حکم

۱. اغماض از آن جهت ذکر شده که در این صورت نیز ترتیبات شکلی مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام در بند ۱ اصل ۱۱۰ رعایت نشده است.

۲. غلامی، علی و علی بهادری جهرمی، «مفهوم، ماهیت و نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۵۵.

۳. حق پناه، رضا، «رابطه ولی فقیه با قانون»، مجله اندیشه حوزه، شماره ۱۸، ۱۳۷۸، صص ۵۰.

۴. کانونیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۱۲۰.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۶۶۹.

صریح یا ضمنی قانون‌گذار یا به اعتبار اختیار ناشی از مسئولیت اداری، توسط مقامات صلاحیت‌دار (به جز قوه مقننه) وضع می‌شود.^۱ برخی نیز این اصطلاح را ناظر بر تصمیمات عام و کلی دانسته‌اند که مقامات و نهادهایی غیر از قوه مقننه وضع می‌کنند و نتیجه آن، ایجاد قواعد حقوقی است.^۲

با پذیرش این مطلب که مصوبات شورای عالی فضای مجازی به عنوان «مقرره» در نظام حقوقی ایران قابل شناسایی هستند، این شبهه قابل طرح است که در حکم تأسیس شورای عالی فضای مجازی توسط مقام رهبری، این‌گونه مقرر شده است که «به کلیه مصوبات آن ترتیب آثار قانونی داده شود». از این جهت، بنا بر حکم حکومتی مقام رهبری باید مصوبات این شورا را واجد شأنی مشابه «قانون» دانست. در تأیید این شبهه ممکن است به وضعیت مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی در نظام حقوقی ایران به عنوان نهاد مشابه با شورای عالی فضای مجازی اشاره شود که مصوبات آن صراحتاً «در حکم قانون» دانسته شده‌اند و در رویه، هم‌شأن با «قانون» قلمداد می‌شوند.

در مقام ردّ این شبهه، تأکید بر این نکته لازم است که از عبارت «به کلیه مصوبات آن ترتیب آثار قانونی داده شود»، می‌توان دو برداشت متفاوت داشت. در برداشت نخست، «ترتیب آثار قانونی دادن» به یک مصوبه به آن معناست که همه آثار «قانون» در معنای خاص آن، الّا و لابد بر مصوبات این شورا بار شود. از این جهت، همان‌طور که مراجع نظارت‌کننده بر «مقررات» نمی‌توانند بر «قوانین» نظارت کنند، امکان نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی نیز از حدود صلاحیت‌هایشان خارج است.

نکته قابل توجه در خصوص این رویکرد آن است که با پذیرش این دیدگاه، نظام حقوقی با سه نوع «قانون» مواجه خواهد بود و علاوه بر قوانین مصوب مجلس و همه‌پرسی، مصوبات نهادهایی هم چون شورای عالی فضای مجازی یا شورای عالی انقلاب فرهنگی را نیز شامل خواهد شد. این دیدگاه علاوه بر این‌که با ظاهر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم‌خوانی ندارد، از آن رو محل انتقاد جدّی است که بر خلاف مصوبات مجلس و همه‌پرسی که به صورت پیشینی و در چارچوب

۱. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری** (۱-۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۵۰.

۲. امامی، محمد و کورش استوارسنجری، **حقوق اداری** (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۳۹؛ مدنی، سید جلال‌الدین، **حقوق اداری** (جلد ۱)، تهران: پایدار، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶؛ غمامی، محمد مهدی، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی ایران، ۱۳۹۰، ص ۴۴۹.

نظامات قانونی، مورد نظارت شورای نگهبان قرار می‌گیرند، هیچ‌گونه سازوکار و فرآیندی برای نظارت شورای نگهبان بر مصوبات این قبیل شوراها وجود ندارد. این وضعیت علاوه بر این‌که می‌تواند سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی را خدشه‌دار کند، می‌تواند موجب نقض حقوق و آزادی‌های قانونی شهروندان شود. از سوی دیگر، در این صورت، به غیر از امکان نظارت شرعی پسینی به استناد اصل ۴، هیچ سازوکار قانونی برای نظارت پسینی بر این قبیل مصوبات وجود ندارد و به نوعی باید این قبیل مصوبات را نظارت‌ناپذیر دانست که با مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مغایر است.

با توجه به اشکال‌های ذکرشده که گویای غلط بودن دیدگاه نخست است، باید عبارت «به کلیه مصوبات آن، ترتیب آثار قانونی داده شود» را به صورت حداقلی تفسیر کرد و منظور از این عبارت را صرفاً تأکیدی بر «لازم‌الاجرا بودن» این مصوبات برای دستگاه‌های اجرایی دانست. به بیان دیگر، ترتیب اثر قانونی دادن به مصوبات این قبیل مراجع به مثابه قانون دانستن آن‌ها نیست و صرفاً از نظر آثار اجرایی و شیوه اجرا، اثر قانون را دارد. در این حالت، بدیهی است که همانند دیگر مقررات باید امکان تسری نظارت‌های قانونی بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی را فراهم کرد. این تفسیر می‌تواند چالش مطرح‌شده درباره نظارت‌ناپذیری مصوبات دیگر شوراها را عالی ایجادشده به دست مقام رهبری را نیز برطرف سازد و ضمن تضمین اصل سلسله مراتب هنجاری، آن را هر چه بیش‌تر با مبانی فقهی و حقوقی پذیرفته‌شده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هم‌سو گرداند.

بند دوم: الزامی نبودن انتشار مصوبات این شورا

یکی دیگر از موانع جدی نظارت‌پذیری مصوبات شورای عالی فضای مجازی، الزامی نبودن انتشار مصوبات آن شورا است. در این زمینه، تبصره ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی مقرر داشته است: «آن دسته از مصوبات شورای عالی که بنا بر تشخیص دبیر، انتشار عمومی آن ضرورت دارد، به منظور درج و انتشار به روزنامه رسمی کشور ابلاغ می‌شود.» بر اساس این تبصره، طبق آیین‌نامه داخلی این شورا، انتشار عمومی مصوبات شورای عالی فضای مجازی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که انتشار عمومی آن‌ها بنا به تشخیص دبیر این شورا ضروری دانسته شود. از این جهت، ممکن است برخی از مصوبات این شورا هیچ‌گاه منتشر نشوند. هم‌چنین طبق ماده

۸ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی^۱، حتی مشروح مذاکرات و اوراق و اسناد مربوط به جلسات این شورا دارای طبقه‌بندی حفاظتی هستند و محرمانه به شمار می‌آیند. پس حتی برخی اخبار و اسناد مربوط به جلسات این شورا نیز قابل انتشار و استناد نیستند. از این جهت، امکان آگاهی یافتن از محتوای برخی مصوبات به کلی منتفی می‌شود.

عوامل ذکرشده به مرور موجب خواهد شد که نظام حقوقی به سمت ناشفاف شدن حرکت کند و مستند بسیاری از تصمیمات و اقدامات که می‌تواند حتی با حقوق و آزادی‌های شهروندان در ارتباط باشد، مشخص نباشد. این در حالی است که مردم نباید دچار هیچ‌گونه سوء تفاهمی درباره چگونگی سازمان‌دهی جامعه خود باشند و این امر می‌تواند به مشروعیت نهادهای حقوقی و سیاسی آسیب بزند.^۲

این وضعیت را می‌توان مغایر با مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران دانست. در حالی که قانون اساسی در اصول مختلف تلاش دارد علاوه بر آگاه‌سازی مردم از محتوای قوانین،^۳ آن‌ها را از جریان مذاکرات مجلس شورای اسلامی باخبر کند،^۴ چنین ضوابط و رویه‌هایی می‌تواند موجب افزایش فاصله بین مردم و حاکمیت شود. این عامل موجب شده است در موارد مشابه مانند مقررات هیئت دولت نیز ضوابط موجود بر ضرورت انتشار عمومی دلالت کنند. تبصره ماده ۳۰ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت (مصوب ۱۳۶۸) نیز مقرر داشته است: «مصوباتی که علاوه بر دستگاه‌های اجرایی و کارکنان آن برای سایر مردم حق و تکلیف ایجاد می‌نمایند، ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران لازم‌الاجراست، مگر آن‌که در خود مصوبه، زمان یا کیفیت خاصی برای اجرای آن پیش‌بینی شده باشد.» پس حداقل در خصوص آن دسته

۱. ماده ۸: «اوراق و اسناد کتبی، الکترونیکی، صوتی و تصویری ارائه‌شده در جلسات شورای عالی و نیز مشروح مذاکرات شورا دارای طبقه‌بندی حفاظتی است و مرجع آن، دبیر است. بهره‌برداری از این اسناد برای اعضای شورا مشروط به حفظ طبقه‌بندی بلامانع است.»

۲. والدرون، جرمی، «اصول قانون‌گذاری»، ترجمه: حسن وکیلان، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۲، ۱۳۸۸، ص ۱۲۵.

۳. اصل ۱۲۳ قانون اساسی و ماده ۱ قانون مدنی مشخصاً در پی اعلان عمومی قوانین بوده‌اند.

۴. اصل ۶۹ قانون اساسی صراحتاً مقرر داشته است: «مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود.»

از مصوبات شورای عالی فضای مجازی که با حقوق و آزادی‌های مردم ارتباط دارند، وابسته شدن انتشار مصوبات به تشخیص دبیر شورا، خلاف مبانی نظام حقوقی کشور است.

علاوه بر دلایل ذکرشده، از یک سو، دسترسی آزاد شهروندان به اطلاعات، یکی از اصول پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی امروزی است و دولت در این زمینه، تعهدات سلبی و ایجابی دارد.^۱ از سوی دیگر، نظام حقوقی ایران این موضوع را به صراحت در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۸) پذیرفته است. از این رو، منتشر نشدن مصوبات شورای عالی فضای مجازی، خلاف ضوابط و اصول یادشده است. به موجب تبصره ماده ۵ این قانون مقرر شده است: «اطلاعاتی که متضمن حق و تکلیف برای مردم است، باید علاوه بر موارد قانونی موجود از طریق انتشار و اعلان عمومی و رسانه‌های همگانی به آگاهی مردم برسد.» پس شورای عالی فضای مجازی به عنوان یکی از مراجع عمومی تصمیم‌گیر باید به تکالیف مندرج در این قانون ملتزم باشد.

چون ممکن است تصمیمات شورای عالی فضای مجازی، حقوق و تکالیف خاصی برای مردم ایجاد کند، انتشار نشدن مصوبات این شورا ممکن است در مصادیقی مغایر با قاعده «قبح عقاب بلا بیان» به عنوان یکی از قواعد مسلم فقهی و حقوقی باشد. در این زمینه، علامه حلی بیان کرده است: «متوجه ساختن تکلیف به کسی که آگاهی بر آن ندارد، خواستن امری، خارج از توان و به اصطلاح، «تکلیف مالایطاق» است و چنین تکلیفی قبیح است.»^۲ هم‌چنین میرزای قمی با عبارت «لا تکلیف الا بعد البیان» به این قاعده اشاره دارد.^۳

ملاحظات ذکرشده از آن جهت اهمیت مضاعف می‌یابد که شورای عالی فضای مجازی در مصوبه ۱۳۹۱/۶/۲۵ با شناسایی «کمیسیون عالی تنظیم مقررات فضای مجازی کشور»، مسئولیت «تدوین و ارائه پیشنهاد در خصوص تعیین نوع فعالیت‌ها و بهره‌برداری‌های غیر مجاز در فضای

۱. تعهدات سلبی دولت‌ها مربوط به مانع‌تراشی نکردن در مسیر تحقق این حق است و تعهدات ایجابی آن‌ها ناظر به فراهم کردن وسایل و امکانات لازم برای دسترسی شهروندان به اطلاعات است. (سلیمان ده‌کردی، الهام و علی افراسیابی، «حق دسترسی آزاد به اطلاعات در نظام حقوقی بین‌المللی و ملی»، فصل‌نامه علمی-ترویجی مطالعات بین‌المللی پلیس، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۴، ص ۷۶)

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، *مبادی الاصول الی علم الاصول*، تهران: المطبعة العلمیه، ۱۳۶۰، ص ۹۳.

۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *القوانین الحکمه فی الاصول المتقنه*، بیروت: دارالمحجّه البیضاء، ۱۴۳۱، ص ۱۴.

مجازی و تعیین جریمه و مجازات در موارد نیاز جهت تصویب در شورای عالی و عنداللزوم ارجاع به مراجع قانون‌گذاری» را برای این کمیسیون پیش‌بینی کرده است. تردیدی نیست که شورای عالی فضای مجازی حتی صلاحیت وضع مقررات کیفری و جزایی و تعیین مجازات را برای خودش مفروض می‌داند و از این جهت، لازم است انتشار مصوبات این شورا، یک ضرورت عقلایی شمرده شود.

گفتار چهارم: روش‌های نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی

با پذیرش ضرورت نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی و شناسایی موانع موجود در این مسیر، روش‌های ممکن برای نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی در نظام حقوقی ایران و چالش‌های پیش‌روی هر یک بررسی و تحلیل می‌شوند.

بند اول: نظارت مردم

نظارت «مردم بر دولت» یکی از اقسام مهم نظارت بر دولت و پاسخ‌گو کردن آن به شمار می‌آید. در این زمینه، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۸،^۱ نظارت مردم بر دولت از طریق سازوکار امر به معروف و نهی از منکر را وظیفه‌ای همگانی دانسته است. به موجب این اصل، همه شهروندان حق دارند تا فارغ از جایگاه و مقام سیاسی و اجتماعی خود نسبت به اقدامات و تصمیمات ارکان مختلف دولت نظارت کنند و کج‌روی‌های احتمالی را به مسئولان مربوط متذکر شوند. طبیعتاً این نظارت می‌تواند از طریق تذکر، نامه‌نگاری، انتشار مطلب در نشریات و مطبوعات یا دیگر رسانه‌ها، تجمعات و گردهم‌آیی‌ها و نظایر آن محقق شود.

تردیدی نیست که فارغ از ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی، نظارت مردمی بر مصوبات این شورا ممکن است و می‌تواند آن شورا را از تصمیمات خود منصرف کند. البته اشکال ذکرشده مبنی بر این‌که ممکن است برخی از مصوبات شورای عالی فضای مجازی، انتشار عمومی پیدا نکنند، مانعی جدی در مسیر اعمال این نظارت خواهد بود. این در حالی است که اصل ۸

۱. اصل ۸: در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر، وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند. «و الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ».

قانون اساسی و امکان اعمال نظارت مردمی بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی را می‌توان به عنوان یکی از مبانی ضرورت انتشار مصوبات این شورا به شمار آورد. برای امکان پذیر شدن اعمال اصل ۸ قانون اساسی راجع به مصوبات شورای عالی فضای مجازی باید آن شورا را به انتشار عمومی مصوباتش - جز در مواردی که استثنائاً توجیه منطقی امنیتی دارند - مکلف دانست.

بند دوم: نظارت شرعی توسط فقهای شورای نگهبان

یکی از فراگیرترین و گسترده‌ترین روش نظارت بر هنجارهای حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان است. مستند این نظارت، اصل ۴ قانون اساسی است که مقرر می‌کند: «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».

در این تحقیق، ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی، «مقرره» دانسته شد و از این جهت، باید این قبیل مصوبات را به دلالت لفظ «مقررات» در ظاهر اصل یادشده، مشمول نظارت فقهای شورای نگهبان دانست. با این حال، با عنایت به مبنای شناسایی این اصل که به دنبال جلوگیری از ظهور و بقای هرگونه هنجار الزام‌آور خلاف شرع در نظام حقوقی است، باید لفظ «قوانین» در این اصل را در معنای موسع آن و به معنای هر سند دارای ضمانت اجرا حمل کرد که مقامات صالح وضع کنند.^۱ مبتنی بر اطلاق واژه «قوانین» در اصل ۴ قانون اساسی باید نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان را بر همه هنجارهای الزام‌آور از جمله مصوبات شورای عالی فضای مجازی حاکم دانست.

عموم عبارت صدر اصل ۴ قانون اساسی نیز که بر لزوم انطباق «کلیه» قوانین و مقررات حاکم بر حوزه‌های «مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها» با موازین اسلام حکم کرده، مؤید این ادعاست. با عنایت به این واقعیت که همه هنجارهای حاکم بر حوزه‌های مورد اشاره در قوانین و مقررات در تعریف خاص و مضمیق آن‌ها تعیین نشده‌اند، تفسیر

۱. دانش‌پژوه، مصطفی، منابع حقوق، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۲۱؛ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، چاپ هشتم و نهم، ص ۱۲۰.

منطقی و منطبق با غرض اصل ۴ قانون اساسی آن است که عبارت «کلیه قوانین و مقررات»، شامل هر نوع هنجار الزام‌آوری است که در حوزه‌های مورد اشاره، باید و نبایندی ایجاد کرده است.

در تأیید این رویکرد، برخی حقوق دانان، اصل ۴ را شامل تمامی سطوح هنجارهای لازم‌الاجرا در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی دانسته‌اند.^۱ جالب آن است که برخی از لفظ «کلیه» در عبارت «کلیه قوانین و مقررات» در صدر اصل ۴ قانون اساسی استفاده عموم می‌کنند و معتقدند هر چیز که بتواند مصداق عنوان «قانون» یا «مقررات» قرار گیرد، مشمول اصل چهارم خواهد بود. بر این اساس، حتی احکام وحدت رویه دیوان عالی کشور را نیز که واجد وصف کلیت است، در حکم قانون شناخته‌اند.^۲ بررسی رویه عملی فقهای شورای نگهبان نیز گواه آن است که فقهای شورا در مواردی به نظارت شرعی بر مصوبات مراجع مشابه شورای عالی فضای مجازی هم چون شورای عالی انقلاب فرهنگی اقدام کرده‌اند. برای نمونه، فقهای شورای نگهبان، بندهایی از «سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در حوزه مطبوعات» (مصوب ۱۳۸۰) را خلاف شرع دانسته و به موجب رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، آن‌ها را ابطال کرده‌اند.^۳

مبتنی بر ادله ذکر شده، فارغ از این‌که ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی چه باشد، بایستی امکان نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر این قبیل مصوبات را ممکن دانست. البته تعیین ماهیت مصوبات این شورا بر روش اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان تأثیر مستقیم دارد. بر خلاف نظارت شرعی مستقیم توسط فقهای شورای نگهبان که مستند به ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان^۴ ممکن است نسبت به همه قوانین و مقررات اعمال شود، برخی از روش‌های اعمال نظارت فقهای شورا هم چون نظارت شرعی از بستر دیوان عدالت اداری تنها راجع به «مقررات اداری»، مشمول صلاحیت دیوان قابلیت اعمال دارند.^۵

۱. حاجی علی‌خمسه، مرتضی، مصطفی مسعودیان و حمید فعلی، «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، دوره نهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۳۰.

۲. حسینی خامنه‌ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۴، ۱۳۶۹، صص ۱۲-۱۳.

۳. رأی شماره ه/۳۰۷/۸۰ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، روزنامه رسمی، شماره ۱۶۷۴۷، ۱۳۸۱/۶/۵.

۴. ماده ۱۹: اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آن‌ها با شرع با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، در هر زمان که مقتضی باشد، توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد و تابع مدت‌های مذکور در اصل نود و چهارم قانون اساسی نمی‌باشد.

۵. برای مطالعه بیشتر در خصوص این طریق نظارت شرعی نک: پروین، خیرالله و محمدامین ابریشمی‌راد، «سازوکار مطلوب نظارت

در این زمینه، تأکید بر این نکته مفید خواهد بود که به استناد این‌که مصوبات این شورا طبق ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی^۱ به «استحضار» مقام رهبری می‌رسند، نمی‌توان شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر این قبیل مصوبات را منتفی دانست؛ چون اولاً نظارت شرعی موضوع اصل ۴ قانون اساسی به صورت مقید پیش‌بینی نشده است. ثانیاً در این موارد، به دلیل تردید در اعمال نظارت شرعی مؤثر بر آن هنجار الزام‌آور باید به شمول نظارت شرعی فقهای شورا بر این قبیل مصوبات حکم کرد. به عبارت دیگر، به صرف به استحضار رساندن یک مصوبه نمی‌تواند مشابه تأیید مصوبه، تضمین کافی و قطعی برای اعمال نظارت شرعی بر آن مصوبه محسوب شود و از این جهت، احتیاط اقتضای شمول نظارت شرعی فقهای شورا بر این قبیل مصوبات را دارد. شاید یکی از دلایل ارسال رونوشت مصوبات شورای عالی فضای مجازی برای «دبیرخانه شورای نگهبان» نیز فراهم کردن امکان نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبه شورای عالی باشد.

بنا بر آن چه گفته شد، هر چند ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی هرگز نمی‌تواند مانع نظارت فقهای شورای نگهبان بر این مصوبات باشد، اما انتشار نیافتن این مصوبات می‌تواند بر گستره نظارت این مرجع تأثیر منفی بگذارد.

بند سوم: نظارت مقام رهبری

فارغ از ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی، نظارت مقام رهبری بر مصوبات این شورا از دو منظر قابل شناسایی است. از یک منظر، با توجه به جایگاه و نقش ولی فقیه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و شناسایی این مقام به عنوان بالاترین مقام رسمی کشور (اصل ۱۱۳ قانون اساسی) و از سوی دیگر، شناسایی ولایت مطلقه فقیه در اصل ۵۷ قانون اساسی به عنوان شأن مقام رهبری، این مقام را باید ناظر بر همه اقدامات و تصمیمات مراجع رسمی کشور از جمله مصوبات شورای عالی فضای مجازی دانست.

از منظر دیگر، با عنایت به این‌که شورای عالی فضای مجازی مشخصاً با حکم حکومتی مقام رهبری

۱. ماده ۱۱: مصوبات شورای عالی پس از ملاحظه رئیس شورا بلافاصله توسط دبیر به استحضار مقام معظم رهبری می‌رسد و سپس توسط دبیر به دستگاه‌ها و اشخاص ذی‌ربط ابلاغ می‌شود.

تشکیل شده و حدود صلاحیت آن به اعتبار حکم مقام رهبری تعیین گردیده، طبیعتاً استمرار وجود و تصمیم‌گیری این شورا به رضایت مقام رهبری از عملکرد آن شورا وابسته است. به عبارتی، به واسطه جایگاه مقام رهبری نسبت به شورای عالی فضای مجازی قطعاً نمی‌توان کیفیت نظارت مقام رهبری بر مصوبات این شورا را به سطح نظارت اطلاعی تقلیل داد و بی‌تردید، این نظارت را باید نظارتی مؤثر نسبت به آن شورا محسوب کرد. در این راستا، ماده ۱۱ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی بر این نکته تصریح داشته است که مصوبات این شورا باید به استحضار مقام رهبری برسند.

بنا بر ویژگی‌های ذکرشده، بر خلاف دیگر روش‌های نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی که به دلیل انتشار نیافتن مصوبات این شورا ممکن است امکان نظارت بر برخی از مصوبات فراهم نشود، با توجه به الزام آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی به ارسال مصوبات شورای عالی فضای مجازی برای مقام رهبری، قطعاً ایشان امکان اطلاع از همه مصوبات این شورا و اعمال نظارت مؤثر بر آن‌ها را خواهد داشت.

پذیرش نظارت مقام رهبری بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی نباید مانعی در مسیر اعمال دیگر روش‌های نظارت بر مصوبات این شورا باشد و در عرض این نظارت باید امکان نظارت مردمی، فقهای شورای نگهبان و هم‌چنین دیوان عدالت اداری را محفوظ دانست؛ مگر آن‌که به جهت یا در موارد خاص، به واسطه اعمال نظارت مقام رهبری، اعمال نظارت دیگر مراجع موضوعاً منتفی شود.

بند چهارم. نظارت قضایی توسط دیوان عدالت اداری

در هر نظام حقوقی، نظارت قضایی بر اعمال و تصمیمات اداری که به معنای کنترل این اعمال و تصمیمات توسط دستگاهی مستقل از قدرت اداری و اجرایی است، از مهم‌ترین ضمانت‌های اجرایی تحقق اصل حاکمیت قانون است و تضمینی مهم در برابر تجاوز مقامات عمومی از حدود صلاحیت‌ها و اختیارات خود به شمار می‌رود.^۱ اهمیت نظارت قضایی موجب شده است که برخی معتقد باشند حقوق واقعی وجود ندارد، مگر آن‌که یک راه‌کار قضایی برای مطالبه آن وجود داشته باشد.^۲

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد، احسان اکبری و محمدحسن روزی‌طلب، «مطالعه تطبیقی معیارهای اعمال نظارت قضایی در حقوق اداری ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، ص ۶۳.

۲. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی؛ مطالعه تطبیقی بنیادهای حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و امریکا، ترجمه:

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به استناد اصل ۱۷۳ قانون اساسی، امکان نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر «آیین‌نامه‌های دولتی» به رسمیت شناخته شد. در این راستا، در قوانین مربوط به دیوان عدالت اداری، نظارت بر «مقررات» بر عهده هیئت عمومی دیوان قرار گرفت. لذا، با فرض این‌که مصوبات شورای عالی فضای مجازی در ردیف «مقررات» به شمار آید، باید آنها را مشمول نظارت هیئت عمومی دیوان دانست. این نظر مبتنی بر ملاک‌های شخصی یا شکلی (شکایت مردم از حکومت) و موضوعی یا ماهوی (اداری بودن موضوع دعوا) تعیین‌کننده صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز قابل تأیید است.^۱ البته، با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری (الحاقی ۱۴۰۲) که «رسیدگی به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی در حوزه صلاحیت این نهادها» را از شمول صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری خارج دانسته و اصل بر شمول نظارت قضایی دیوان بر همه مقررات است، صرفاً باید آن دسته از مصوبات شورای عالی فضای مجازی که «در حوزه صلاحیت» آن شورا وضع شده را از شمول نظارت دیوان خارج دانست؛ ولیکن آن دسته از مصوبات شورای عالی فضای مجازی که خارج از «حوزه صلاحیت» آن شورا است را کماکان مشمول نظارت دیوان دانست تا از نظر «مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود» مورد نظارت دیوان قرار گیرد.

از سوی دیگر، از نظر مبنایی، حق دادخواهی، یکی از اصول پذیرفته‌شده در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود (اصل ۳۴ قانون اساسی) و در یک نظام حقوقی، اصل بر این است که هیچ یک از اعمال و رفتار زمام‌داران نباید خارج از قواعد از پیش تعیین‌شده و فراتر از سازوکارهای نظارتی قرار گیرد.^۲ از این رو، خارج دانستن همه مصوبات شورای عالی فضای مجازی از شمول نظارت دیوان،

سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۱۳.

۱. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص رک: آیین‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «مطلوب‌سازی دیوان عدالت اداری مبتنی بر جایگاه و صلاحیت‌های دیوان مظالم در ایران و اسلام»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۹، ۱۴۰۱، صص ۱۳۶-۱۳۸.

۲. گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق خواهی در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸.

مغایر با مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران قلمداد می‌شود.

در راستای تأیید ضرورت نظارت دیوان عدالت اداری بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی می‌توان به امکان مغایرت این مصوبات با قانون اساسی یا قوانین عادی یا ایجاد تداخل در سلسله مراتب هنجاری و نظم حقوقی کشور به واسطه مصوبات این شورا اشاره کرد. برای نمونه، در بند ۱ مصوبه شماره ۱ جلسه ۵۳ مورخ ۱۳۹۷/۷/۳ شورای عالی فضای مجازی با عنوان «تعیین تکلیف وظایف اجرایی شورای عالی انفورماتیک»،^۱ وظایفی که در قوانین مختلف برای مراجع دیگر شناسایی شده بود، به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات محوّل شد. بند ۳ این مصوبه با علم به مغایرت این مصوبه با قوانین جاری و ضرورت اصلاح آن‌ها بیان داشته است: «تا زمان تصویب قوانین و مقررات اجرایی اصلاحی، در چارچوب بند ۱ اقدام شود».

مبنتی بر مطالب ذکرشده، با وجود مستثنی شدن آن قسمت از مصوبات شورای عالی فضای مجازی که در حوزه صلاحیت آن شورا وضع شده از صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و با فرض اینکه دیوان عدالت اداری به عنوان یک دادگاه اختصاصی در ذیل قوه قضائیه محسوب می‌شود^۲، باید مصوبات شورای عالی فضای مجازی در این موارد را به استناد اصل ۱۵۹ قانون اساسی مشمول نظارت عام دادگاه‌های دادگستری قلمداد کرد. البته الزام نداشتن شورای عالی فضای مجازی به انتشار مصوبات آن شورا می‌تواند مانعی جدی در زمینه نظارت بر این قبیل مصوبات باشد.

۱. بند ۱؛ وظایف و مسئولیت‌های اجرایی شورای عالی انفورماتیک سابق در خصوص ثبت نرم‌افزارهای رایانه‌ای و صدور تأییدیه فنی برای نرم‌افزارها (موضوع مواد ۸ و ۱۱ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۷۹ و مواد ۲۳ و ۳۱. آیین‌نامه اجرایی ثبت نرم‌افزار و نظام صنفی رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۳)، کمیته حق اختراع (موضوع ماده ۱۰ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۷۹ و مواد ۲۰، ۲۱ و ۲۲ آیین‌نامه اجرایی ثبت نرم‌افزار و نظام صنفی رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۳)، صلاحیت نظارت بر نظام صنفی رایانه‌ای (موضوع ماده ۱۲ قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای، مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۵۹ آیین‌نامه اجرایی ثبت نرم‌افزار و نظام صنفی رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۳) و وظایف اجرایی موضوع مواد ۲۱ و ۲۲ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد پیرامون استفاده از نرم‌افزارهای اداری و مالی به وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات محول شود.

۲. ابریشمی‌راد، محمدامین و آیین‌نگینی، حسین، «نسبت‌سنجی جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌نویین حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۱۲۵-۱۳۶.

نتیجه‌گیری

با شناسایی شورای عالی فضای مجازی به عنوان مرجع سیاست‌گذاری، تصمیم‌گیری و هماهنگی در زمینه فضای مجازی کشور، اثبات ضرورت نظارت بر مصوبات این شورا و موانع پیش روی آن از جمله چالش‌های نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌آید. این موضوع، پژوهش در این حوزه و شناسایی روش‌های نظارت بر این قبیل مصوبات را ضروری می‌کند.

تحقق این ضرورت، نیازمند شناسایی موانع نظارت‌پذیری مصوبات این شورا بود که با بررسی‌های انجام‌شده دریافتیم مبهم بودن ماهیت مصوبات شورای عالی فضای مجازی و الزامی نبودن انتشار مصوبات این شورا از جمله مهم‌ترین موانع نظارت بر این مصوبات به شمار می‌آیند. این در حالی است که بنا بر بررسی‌های صورت‌گرفته اثبات شد که عبارت مندرج در حکم مقام رهبری راجع به شورای عالی فضای مجازی («به کلیه مصوبات آن، ترتیب آثار قانونی داده شود») را نباید به معنای «قانون» بودن ماهیت مصوبات آن شورا تلقی کرد و ماهیت این مصوبات در صورتی که «سیاست» نباشند، «مقرره» است. از سوی دیگر، الزامی نبودن انتشار مصوبات این شورا به خصوص در مواردی که بر حقوق و آزادی‌های شهروندان اثر می‌گذارد، خلاف مبانی و ضوابط حاکم بر نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است.

با تأکید بر ضرورت رفع موانع ذکرشده، نظارت بر مصوبات شورای عالی فضای مجازی از چهار طریق نظارت مردم در چارچوب اصل ۸ قانون اساسی (امر به معروف و نهی از منکر)، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان (اصل ۴ قانون اساسی)، نظارت مقام رهبری (اصل ۵۷ قانون اساسی) و نظارت قضایی از طریق دیوان عدالت اداری (اصل ۱۷۳ قانون اساسی) یا حسب مورد دادگاه‌های عمومی دادگستری (اصل ۱۵۹)، ممکن دانسته شد. در این راستا، علاوه بر مقام رهبری که به واسطه ارسال خودکار همه مصوبات شورای عالی فضای مجازی برای ایشان، ظرفیت خوبی برای اعمال نظارت بر مصوبات این شورا است و می‌تواند از لازم‌الاجرا شدن یا استمرار اثرگذاری مصوبات این شورا جلوگیری کند، به منظور تحقق نظارت مردمی، ضمن ضرورت رفع موانع انتشار مصوبات این شورا، تضمین آزادی بیان و دیگر آزادی‌های مرتبط با آن هم‌چون آزادی نشریات، مطبوعات و دیگر ابزارهای اعتراض و انتشار عمومی، یکی از مهم‌ترین روش‌های تحقق این نوع نظارت هستند.

هم‌چنین به منظور تضمین نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان لازم است تا ضمن الزامی کردن ارسال رونوشتی از همه مصوبات شورای عالی فضای مجازی برای دبیرخانه شورای نگهبان، زمینه اعمال ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان را فراهم کرد. اگر نظام حقوقی در زمینه «مقرر بودن» ماهیت مصوبات شوراهای عالی ایجاد شده توسط مقام رهبری هم‌چون شورای عالی فضای مجازی به اجماع برسد، زمینه و بستر اعمال نظارت قانونی و شرعی نظام‌مند بر مصوبات این قبیل شوراها به واسطه تظلم‌خواهی مردم یا گزارش دیگر مراجع نظارتی نیز فراهم خواهد شد.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. اخوان کاظمی، بهرام، **نظارت در نظام اسلامی**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۲)**، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۵. دانش پژوه، مصطفی، **منابع حقوق**، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۶. زولر، الیزابت، **درآمدی بر حقوق عمومی؛ مطالعه تطبیقی بنیادهای حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و امریکا**، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۸.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۸. علامه حلی، حسن بن یوسف، **مبادی الاصول الی علم الاصول**، تهران: المطبعه العلمیه، ۱۳۶۰.
۹. عمید زنجانی، عباس‌علی و ابراهیم موسی‌زاده، **نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۱۰. غمامی، محمدمهدی، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی ایران، ۱۳۹۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق و مطالعه نظام حقوقی ایران**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۲. مدنی، سید جلال‌الدین، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: پایدار، ۱۳۸۷.
۱۳. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، **القوانین الحکمه فی الاصول المتقنه**، بیروت: دارالمحجه البيضاء، ۱۴۳۱.
۱۴. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۲۰۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۱۵. نایینی، محمدحسین، **تنبيه الامه و تنزیه الملّه**، با توضیحات: سید محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.

۱۶. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (اصول و مبانی کلی نظام)، تهران: میزان، ۱۳۹۴.

۲. مقاله

۱. آیین‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «مطلوب‌سازی دیوان عدالت اداری مبتنی بر جایگاه و صلاحیت‌های دیوان مظالم در ایران و اسلام»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱، صص ۱۲۹-۱۴۸.

۲. ابریشمی‌راد، محمدامین و آیین‌نگینی، حسین، «نسبت‌سنجی جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۱۱۹-۱۳۸.

۳. الهام، غلام حسین و سید مصطفی میرمحمدی میبدی، «بررسی تداخل مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی با مصوبات مجلس شورای اسلامی، دولت و مجمع تشخیص مصلحت نظام»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۷)، ۱۳۹۲، صص ۱۷۸-۱۵۵.

۴. پروین، خیرالله و محمدامین ابریشمی‌راد، «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲، ۱۳۹۷.

۵. حاجی علی‌خمسه، مرتضی، مصطفی مسعودیان و حمید فعلی، «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، دوره نهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۵۰-۲۵.

۶. حسینی خامنه‌ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۴، ۱۳۶۹، صص ۴۱-۱۰.

۷. حق‌پناه، رضا، «رابطه ولی فقیه با قانون»، مجله اندیشه حوزه، شماره ۱۸، ۱۳۷۸، صص ۷۱-۴۵.

۸. رضایی‌زاده، محمدجواد، احسان اکبری و محمدحسن روزی‌طلب، «مطالعه تطبیقی معیارهای اعمال نظارت قضایی در حقوق اداری ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، صص ۸۱-۶۳.

۹. سلیمان ده‌کردی، الهام و علی افراسیابی، «حق دسترسی آزاد به اطلاعات در نظام حقوقی بین‌المللی و ملی»، فصل‌نامه علمی-ترویجی مطالعات بین‌المللی پلیس، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۴، صص ۷۵-۱۰۰.
۱۰. غلامی، علی و علی بهادری جهرمی، «مفهوم، ماهیت و نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۲، صص ۷۲-۵۱.
۱۱. گرجی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون و محدودیت‌های حق خواهی در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹، ۱۳۸۷، صص ۱۸۹-۱۴۹.
۱۲. نجابت‌خواه، مرتضی، «ساختار و جایگاه حقوقی مرکز ملی فضای مجازی»، نشریه حقوق اساسی، دوره دوازدهم، شماره ۲۴، ۱۳۹۴، صص ۲۳۳-۲۱۱.
۱۳. والدرون، جرمی، «اصول قانون‌گذاری»، ترجمه: حسن وکیلان، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۲، ۱۳۸۸، صص ۱۳۵-۱۱۵.

۳. پایان‌نامه

۱. وکیلی، امیرحسین، «بررسی جایگاه، ساختار و صلاحیت‌های شورای عالی فضای مجازی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد، تهران مرکز.

۴. قانون

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸.
۲. قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۴۰۲.
۳. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷.

قواعد آیینی حاکم بر فرآیند تصمیم‌گیری اداره (با مطالعه موردی قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا)

خدیدجه شجاعیان^۱

چکیده

آیین‌های تصمیم‌گیری اداری، شیوه‌های تصمیم‌گیری موردی و عام‌الشمول دستگاه‌های اداری هستند که به صورت نانوشته یا در قالب قوانین آیین اداری الزامی هستند. ایجاد قطعیت و ثبات برای حمایت از شهروندان و کارآمدی اداره از دلایل تدوین این قواعد و تصویب قوانین آیین اداری است. به صورت تاریخی، قوانین آیین‌های اداری، سه نسل را پشت سر گذاشته‌اند. نسل اول قوانین به بیان قواعدی برای تصمیم‌گیری‌های موردی پرداخته‌اند. نسل دوم، دربردارنده الزاماتی برای تصویب قواعد عام‌الشمول به صورت سلسله‌مراتبی است و در نهایت، نسل سوم، بیانگر قواعدی برای انجام اعمال اداری به صورت تعاملی و مشارکتی میان نهادهای مختلف هستند.

هدف اصلی این مقاله، بررسی مفهوم آیین اداری، تاریخچه و محتوای قوانین آیین اداری و الزامات آیینی در دو نظام حقوق اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا به عنوان دو نظام مهم است. روش مقاله توصیفی و تحلیلی است و بر همین اساس، ابتدا مفهوم آیین اداری و محتوای قوانین آیین اداری توصیف می‌شود. سپس مشابهت‌ها و تفاوت‌های موجود در قوانین آیین اداری ایالات متحده آمریکا و آلمان تحلیل می‌گردد.

واژگان کلیدی: آیین‌های اداری، تدوین، تصمیم‌گیری موردی، قاعده‌سازی، قانون آیین اداری.

مقدمه

آیین‌های اداری، قواعد و الزامات حاکم بر روند تصمیم‌گیری مقامات اداری هستند. با این استدلال که برخی تصمیم‌های نهادهای اداری، آثاری بسیار جدی و عمیق بر زندگی افراد دارند، اندیشه آیین‌مندسازی فرآیند تصمیم‌گیری اداری تحت تأثیر فرآیند رسیدگی‌های قضایی وارد قلمرو حقوق اداری شد. بنابراین، حمایت از حقوق شهروندان در اداره مستلزم پیروی اداره از الزامات و آیین‌های خاصی در تصمیم‌گیری است.

بسته به نوع تصمیم‌های اداری، آیین‌های متفاوتی لازم‌الاجرا هستند. در نتیجه، آیین‌های متنوعی برای تصمیم‌های موردی، دادرسی اداری و مقررات‌گذاری اداره ایجاد شده است. امروزه بسیاری از نظام‌های حقوقی، آیین‌های اداری را برای شفاف‌تر کردن فرآیند تصمیم‌گیری اداره و پاسخ‌گوتر کردن آن و رفتار منصفانه با شهروندان تدوین و در قالب قوانین آیین اداری تصویب کرده‌اند. رعایت الزامات مقرر در این قوانین، یکی از معیارهای نظارت قضایی بر اعمال اداره است.

هدف مقاله، بررسی توصیفی تحولات مربوط به شکل‌گیری آیین‌های تصمیم‌گیری اداری و محتوای قوانین آیین اداری به صورت کلی و بررسی تحلیلی آیین‌های اداری در دو نظام حقوقی آلمان و ایالات متحده امریکاست. ابتدا کلیاتی در خصوص مفهوم آیین‌های تصمیم‌گیری اداری، تاریخچه تدوین این آیین‌ها در قالب قوانین و محتوای این قوانین بیان می‌شود. آن‌گاه پس از بررسی الزامات آیینی ذکر شده در قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده امریکا به عنوان دو الگوی مطرح در این زمینه، شباهت‌ها و تفاوت‌های دو نظام حقوقی در این خصوص و پی‌آمدهای رعایت نشدن این آیین‌ها تحلیل می‌گردد.

گفتار اول: مفهوم آیین اداری^۱

از منظر تاریخی، مفهوم آیین اداری به عنوان یکی از حوزه‌های مشخص حقوق اداری، مقوله‌ای نسبتاً جدید است.^۲ برای بیان مفهوم آیین اداری به چند مورد از تعریف‌های مطرح شده اشاره می‌شود:

1. Administrative procedure

2. Arzoz, Xabier, "Administrative Procedures", Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law

۱. آیین اداری، مسیر شکلی است که در قانون تعیین شده است و عمل اداری باید در این مسیر انجام شود.^۱ در معنای موسّع، آیین اداری را می‌توان همه اقدامات مقام اداری دانست که برای انجام عمل اداری لازم است.^۲
۲. آیین، شیوه انجام شغل یا اجرای یک وظیفه یا مجموعه‌ای از اعمال است که به ترتیب یا روشی خاص انجام می‌شود.^۳ طبق تعریف فرهنگ لغت، آیین‌گرایی،^۴ باور به اهمیت ایجاد و تبعیت از آیین مورد توافق است. در نتیجه، عمل اداری طبق اشکال حقوقی قابل پیش‌بینی و قواعدی مشخص انجام می‌شود.^۵
۳. آیین اداری به شیوه‌ها و فرآیندهای دستگاه‌های اداری مربوط می‌شود و از آیین قضایی قابل اعمال در دادگاه‌ها متمایز است. آیین اداری را می‌توان به عنوان توالی اعمالی تعریف کرد که توسط نهاد اداری به ابتکار خودش یا بر اساس تقاضای طرفین برای رسیدگی به حقوق، منافع و تعهداتشان طبق قوانین و دیگر مقررات لازم‌الاجرا انجام می‌شود.^۶
۴. بر خلاف بسیاری از قوانین آیین اداری که بدون تعریف آیین اداری به آن پرداخته‌اند،^۷ در

[MPECCoL], 2017, p.1

1. Rusch, Wolfgang, "Good Administration through General Administrative Procedures", conference on Modernising Administrative Procedures, Meeting Eu Standards, 2011, p. 9, Available at: file:///C:/Users/acer/Desktop/New%20folder/Modernising%20Administrative%20Procedures%20Meeting%20EU%20Standards%20(2).pdf., p.3

2. Schmitz, Thomas, "The administrative procedure in German administrative law", DAAD Lecturer at Hanoi Law University, German Law Centre, 2013, p.1

3. Harlow, Carol & Rawlings, Richard, "Proceduralism and Automation: Challenges to the Values of Administrative Law", in: The Foundations and Future of Public Law (in honour of Paul Craig), edited by: E. Fisher, J King and A Young, Oxford: Oxford University Press, 2019, p.2

4. Proceduralism

5. Harlow & Rawlings, p.4

6. Dragos, Dacian C., "Administrative Procedure", in: Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance, Edited by: A. Farazmand, Berlin: Springer, 2016, Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=3143434 or www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143434, p.1

7. Ibid

ماده ۹ قانون آیین اداری فدرال آلمان، تعریفی مضیق ارائه شده است. این ماده، آیین اداری را شامل فعالیت‌هایی می‌داند که دارای اثر خارجی هستند و برای اجرای الزامات، تهیه و تصویب یک عمل اداری یا انعقاد قرارداد اداری لازم هستند.

در نتیجه، می‌توان گفت آیین‌های اداری، مسیری را مشخص می‌کنند که مقام اداری باید با استفاده از صلاحیت خود، برای اتخاذ یا اجرای تصمیمات و حل و فصل اختلافات ناشی از تصمیماتش بپییماید.^۱ این تصمیمات ماهیت رسمی یا غیر رسمی دارند. تصمیمات رسمی شامل اعمال اداری موردی و حل اختلافات مربوط به این تصمیمات، قواعد (مقررات یا برنامه‌ریزی سرزمینی) و فرآیندهای انعقاد قراردادها هستند. تصمیمات غیر رسمی، اصول راهنما، توصیه‌ها، دستورالعمل‌ها و تفاسیر را دربرمی‌گیرند. آیین اداری، معیارهایی را برای هدایت اعمال خصوصی اداره عمومی، اعمال فراملی اداری و ارائه خدمات یا میانجی‌گری ارائه می‌دهد.^۲ با تنظیم آیین‌های اداری، مراحل لازم برای انجام عمل اداری از نظر شیوه شروع، مذاکره، امکان مشارکت عموم، تحقیق و مدارک مشخص می‌شود. الزامات آیین اداری تا حدّ زیادی با توجه به نوع اقدام مقامات اداری از قبیل مقررات، برنامه، سیاست‌گذاری، تصمیمات موردی، قراردادها، توافق نامه‌ها و اقدامات غیر رسمی تعیین می‌شود. از آن جا که وضع قواعد یکسان برای همه کارکردهای اداری دشوار است، مجموعه‌های مختلفی از هنجارهای آیینی در حیطه حقوق اداری قابل اجرا هستند.^۳

گفتار دوم: تدوین آیین‌های اداری

بند اول: تاریخچه

آیین‌های تصمیم‌گیری اداری تا اواخر قرن ۲۰ در بیش‌تر کشورها تدوین نشده بودند. قضات در نبود الزامات قانونی آیین اداری، به تدریج، معیارهای عدالت رویه‌ای را ایجاد کردند. دادگاه عالی اداری ایتالیا در پرونده Chiantera (1895) مقرر داشت که افراد حق برخورداری از آیین اداری منصفانه

۱. هداوند، مهدی و همکاران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۳۸.

2. Barnes, Javier, "Introduction: Reform and Innovation of Administrative Procedure", in: Transforming A Administrative Procedure, Edited by: Javier Barnes, First Edition, Seville: Global Law Press, 2008, p. 17

3. Arzoz, op.cit., p.2

را دارند. شورای دولتی فرانسه در پرونده‌های Dame Veuve TrompierGravier (Fr) (۱۹۴۴) و Aramu (Fr) (۱۹۴۵) اظهار داشت: «اگر عمل مقام اداری، اثر منفی شدیدی بر منافع فرد دارد، باید به وی فرصت اعتراض داده شود». دادگاه لردان انگلستان در پرونده Ridge v Baldwin^۱ (۱۹۶۴) با احیای اصول عدالت طبیعی، عدم استماع را به عنوان یکی از جهات ابطال تصمیم اداری شناسایی کرد. عدالت آیینی (رویه‌ای) کامن لا شامل دو اصل استماع و بی‌طرفی است. دادگاه عالی استرالیا در پرونده Kioa v West (Austl) (۱۹۸۵) مقرر داشت که عدالت رویه‌ای در قالب استماع در مورد هر تصمیمی اعمال می‌شود که بر حقوق و منافع فرد اثر بگذارد.^۲

در این خصوص، لازم به ذکر است که نبود آیین مدوّن، ارزش حقوق آیین اداری و اهمیت نقض آن را از بین نمی‌برد. نقض اصول یا قواعد انصاف رویه‌ای یا عدالت طبیعی، یکی از معیارهای نظارت قضایی در کشورهای کامن لا به شمار می‌رود^۳ مدل آیین تدوین نشده هنوز در برخی کشورهای دارای نظام کامن لا از قبیل انگلستان، نیوزلند، استرالیا و در کشورهایی مثل فرانسه، اسرائیل و پاراگوئه حاکم است. در این دولت‌ها، آیین اداری در مجموعه‌ای از اسناد قانونی، اصول ایجاد شده توسط قضات و اصول کلی حقوقی یافت می‌شود.

امروزه بسیاری از دولت‌ها مقررات اداری کم و بیش گسترده‌ای در خصوص آیین اداری دارند.^۴ اولین قانون‌گذاری قواعدی که اداره باید در عملکرد خود رعایت کند، به اواخر قرن نوزدهم برمی‌گردد. در اسپانیا پس از تصویب قانونی درباره نظارت قضایی بر اقدامات اداری در سال ۱۸۸۸، قانونی در سال ۱۸۸۹ وضع شد که پایه‌های آیین اداری را تعیین می‌کند که ظاهراً اولین قانون آیین اداری است. اسپانیا با تصویب چهار قانون در ۱۳۰ سال (۱۸۸۹، ۱۹۵۸، ۱۹۹۲ و ۲۰۱۵)، مقررات آیین اداری خود را به طور مداوم با

1. Ridge v Baldwin [1964] AC 40

2. Arzoz, op.cit., pp.3-4

3. Alder, John, **General Principles of Constitutional & Administrative Law, Palgrave Macmillan**, Fourth Edition, 2002, p. 386

۴. اتریش (۱۹۲۵)، جمهوری چک (۲۰۰۵)، کرواسی (۲۰۰۹)، دانمارک (۱۹۸۷)، استونی (۲۰۰۱)، فنلاند (۲۰۰۳)، آلمان (۱۹۷۶)، یونان (۱۹۹۹)، مجارستان (۱۹۶۰)، ایتالیا (۱۹۹۰)، لوکزامبورگ (۱۹۷۸)، هلند (۱۹۹۳)، نروژ (۱۹۶۷)، پرتغال (۱۹۹۱)، لهستان (۱۹۶۰)، روسیه (۲۰۱۵)، سوئد (۱۹۸۶)، سوئیس (۱۹۶۸)، اسپانیا (۲۰۱۵)، آرژانتین (۱۹۷۲)، بولیوی (۲۰۰۲)، برزیل (۱۹۹۹)، کلمبیا (۲۰۱۱)، کاستاریکا (۱۹۷۸)، شیلی (۲۰۰۳)، هندوراس (۱۹۸۷).

شیوه‌های جدید حکمرانی سازگار کرده است. روند فراگیر تدوین آیین‌های اداری از دهه ۱۹۷۰ آغاز گردید. در خصوص قوانین آیین‌های اداری موجود، سه مرحله تاریخی قابل شناسایی است:

۱. قوانین بنیان‌گذار: قانون اسپانیا (۱۸۸۹) و قانون اتریش (۱۹۲۵). مدل اتریش، الهام‌بخش دیگر کشورهای اروپایی شد.

۲. قوانین پس از جنگ جهانی دوم در ایالات متحده آمریکا (۱۹۴۶) و آلمان (۱۹۷۶).

۳. قوانین از دهه ۱۹۹۰ به بعد که برای اصلاح رژیم‌های کمونیستی سابق در اروپای شرقی تصویب شدند.^۲

اولین قانون عام حاکم بر شیوه انجام اعمال اداره در سال ۱۸۸۹ در اسپانیا تصویب شد. این قانون دربردارنده ۱۸ قاعده کلی بود. اداره‌های دولتی مکلف شدند این قواعد را تکمیل کنند و توسعه دهند. در نتیجه، برای انطباق قواعد کلی و غیر دقیق قانون عام با اعمال اداره‌های مختلف، مقررات زیادی به تصویب رسید که بر خلاف هدف قانون برای ایجاد آیین‌های متحد تصمیم‌گیری؛ پراکندگی، پیچیدگی و ابهام در فرآیند تصمیم‌گیری را در پی داشت.^۳ اتریش در سال ۱۹۲۵، اولین قانون موفق و اثرگذار آیین اداری را تصویب کرد. ایده تدوین آیین‌های یکنواخت ابتدا بر کشورهای همسایه اتریش اثر گذاشت. تدوین آیین اداری در چکسلواکی و لهستان در سال ۱۹۲۸، در یوگسلاوی در ۱۹۳۰ و در استونی در ۱۹۳۵ انجام شد. تدوین آیین اداری در این منطقه حتی در زمان تسلط دولت کمونیستی متوقف نشد. در سال‌های ۱۹۵۶ و ۱۹۶۰، مجارستان، قانون جدیدی راجع به مقررات عمومی آیین اداری تصویب کرد و چکسلواکی، یوگسلاوی و لهستان، مقررات خود را اصلاح کردند.^۴

موج دوم تدوین پس از جنگ جهانی دوم به جریان افتاد. اثرگذارترین مقررات، قانون آیین اداری ایالات متحده (۱۹۴۶)، قانون آیین اداری اسپانیا (۱۹۵۸)، قانون آیین اداری آلمان (۱۹۷۶) و قانون آیین رسیدگی اداری ایتالیا (۱۹۹۰) بود. سوئد نیز اولین قانون عمومی اداری خود را در ۱۹۷۱ تصویب

1. Founding Model

2. Dragos, op.cit., p.1

3. Arzoz, op.cit., p.4 & Rusch, op.cit., p.3

4. Arzoz, op.cit., p.4

کرد. این قوانین در بیش‌تر موارد طی دهه‌ها بحث و گفت‌وگو تهیه شد و بر بیش‌تر قوانین آیین اداری اثرگذار بود که بعد در دیگر کشورهای اروپایی، امریکای لاتین و آسیای شمال شرقی تصویب گردید.^۱ چین نیز در کم‌تر از سه دهه، چندین قانون را بدون هیچ‌گونه سابقه قبلی به تصویب رساند که عبارت بودند از: قانون دعاوی اداری (۱۹۸۹)،^۲ قانون مجازات اداری (۱۹۹۶)،^۳ قانون مربوط به تقنین (۲۰۰۰)،^۴ قانون صدور مجوز اداری (۲۰۰۳)^۵ و قانون الزام اداری (۲۰۱۱).^۶

بند دوم: مزایای تدوین آیین‌های اداری

اهداف اصلی آیین‌مند کردن فرآیند تصمیم‌گیری اداره، حفاظت از حقوق و منافع افراد در مقابل اداره، تضمین منفعت عمومی از طریق شفافیت تصمیم‌گیری و پاسخ‌گویی اداره، فراهم ساختن امکان کنترل بهتر اعمال اداره و ایجاد شرایط برای سرمایه‌گذاری مالی و توسعه اقتصادی است.^۷ با استفاده از این آیین‌ها، کیفیت تصمیم‌هایی بهبود می‌یابد که با اعمال صلاحیت‌های اختیاری گرفته می‌شوند.^۸ فایده تدوین آیین اداری، افزایش وضوح، تسهیل دسترسی به قانون، انسجام اصول و آیین‌ها، پر کردن خلأهای قوانین موجود با تعیین آیین‌های پیش‌فرض و تثبیت کارکردهای آیین اداری است.^۹

1. Ibid, p.5

2. Administrative Litigation Law (1989)

3. Administrative Penalty Law (1996)

4. Law on Legislation (2000)

5. Administrative Licensing Law(2003)

6. Administrative Coercion Law (2011)

7. Rusch, Wolfgang, "Administrative Procedures In Eu Member States", Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 2009, pp. 3-4

8. Ponce, Juli, "Good Administration and Administrative Procedures", Indian Journal Of Global Legal Studies, Vol.12, Issue 2, 2005, pp. 552-553

9. Craig, Paul P., "A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence", European Public Law, Vol. 19, Issue 3, 2013, p. 503

الف) افزایش وضوح و قطعیت قانونی

هدف تدوین آیین اداری، روشنی بخشیدن به قوانین است. در نتیجه، حقوق، بهتر و به دور از آشفتگی دیده می‌شود و بیش‌تر و ساده‌تر در دسترس است.^۱ بر اساس تجربه کشورهای که آیین اداری خود را تدوین کرده‌اند، قانون کتبی که مقررات آیینی را خلاصه، هماهنگ و نظام‌مند ساخته است، باعث قطعیت حقوقی بیش‌تر و ساده‌سازی و افزایش کیفیت تصمیم‌گیری می‌شود.

تدوین آیین اداری موجب فهم بهتری از قانون در بین مقامات و شهروندان می‌شود و پذیرش و رعایت بهتر قانون را در پی دارد. کاهش هزینه‌های مالی برای کسب اطلاعات در مورد قانون، دادرسی و هزینه کم‌تر برای سیستم قضایی از دیگر فواید تدوین و قطعیت قانونی است.^۲ قطعیت قانونی، شرایط را برای سرمایه‌گذاری مالی و توسعه اقتصادی از طریق قابلیت پیش‌بینی تصمیمات عمومی و احترام به انتظارات مشروع افراد فراهم می‌سازد.^۳

ب) استانداردسازی قواعد و ضمانت‌های آیینی و انسجام اصول

فراهم کردن امکان اجرای مؤثر و کارآمد قانون و عمل در جهت منفعت عمومی، تعقیب اهداف مقرر در قوانین و مقررات مربوط و تضمین حقوق شهروندان از کارکردهای آیین اداری است. به علت نابرابری میان اداره که می‌تواند تصمیم‌های خود را به مثابه دارنده قدرت عمومی الزام کند، با اشخاص خصوصی، بیش‌تر آیین‌های اداری با در نظر گرفتن حقوق بنیادین شهروندان مقرر می‌شوند.^۴ آیین‌های اداری، مجموعه‌ای از حق‌های آیینی و شکلی را دربرمی‌گیرند، از جمله: حق برخورداری از فرصت کافی برای آماده کردن پاسخ سؤالات و دفاع مناسب، حق دسترسی به پرونده، فرصت اظهار نظر شفاهی، داشتن فرصت برای فراخواندن شهود طرف دعوا، حق معرفی وکیل و تصمیم بدون جانب‌داری.^۵ با تدوین

۱. سلطانی، سید ناصر، «علل نافرجامی تدوین و تنقیح قوانین در ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۵، ۱۳۹۳، ص ۱۳۴.

2. Dragos, op.cit., p.4

3. Rusch, Wolfgang, "Good Administration through General Administrative Procedures", conference on Modernising Administrative Procedures, Meeting Eu Standards, 2011, pp.3-4

4. Schmitz, op.cit., p.2

۵. هداوند، پیشین، ص ۳۲.

آیین‌های اداری، با افرادی که تحت تأثیر اعمال و تصمیم‌های نهادهای اداری قرار می‌گیرند، به صورت مناسب و منصفانه برخورد می‌شود.^۱ آیین اداری می‌تواند برای طرفین تصمیم اداری، راه‌های جبران مؤثری قبل از اقامه دعوا فراهم کند و مشروعیت دموکراتیک تصمیم اداره را در پی دارد.^۲

ج) بیان آیین‌های اداری پیش‌فرض برای پر کردن شکاف قوانین موجود

خلأهای موجود به دلیل وجود مقررات و آیین‌های بخشی، چندگانه و توسعه حقوق اداری از طریق رویه قضایی است. در نتیجه، وجود قانون عام آیینی، امکان پر کردن شکاف‌های قواعد چندگانه را فراهم می‌سازد.^۳

د) فرصت اصلاح

در زمان تصویب قانون آیین اداری صرفاً به جمع‌بندی، هماهنگی، نظام‌مندسازی و حل تناقض‌های قواعد و اصول موجود پرداخته نمی‌شود، بلکه می‌توان با ارائه راه‌های نوآورانه در قانون جدید، قواعد موجود را بهبود بخشید و تکمیل کرد.^۴

ه) ثبات قواعد حقوقی

قانون برای اعمال در مدت طولانی وضع می‌شود. بنابراین، به قواعدی که دربرگرفته است، ثبات می‌بخشد. اگر عبارات قانون آیین اداری به گونه‌ای نوشته شوند که از مقاومت در برابر گذر زمان برخوردار باشند، از این طریق، با تغییرات سریع، به درستی قابل تطبیق هستند و خطر ابتلا به جمود و نسخ کاهش می‌یابد.^۵

1. "Administrative Procedures and The Supervision Of Administration In Hungary, Poland, Bulgaria, Estonia and Albania", Sigma Papers: No. 17, 1997, p. 12

2. Pünder, Hermann, "German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law", International Journal of Constitutional Law, Vol. 11, Issue 4, 2013, p. 941

3. Dragos, op.cit., p.5

4. Ibid

5. Ibid

گفتار سوم: محتوای قوانین آیین اداری

معمولاً این نکات در قوانین آیین اداری ذکر می‌شود:

۱. ابتکار/ شروع: به طور کلی، فرآیند اداری با درخواست شخص حقیقی یا حقوقی به نهاد اداری آغاز می‌شود. گاهی طبق قانون، نهاد اداری می‌بایست یک فرآیند اداری را آغاز کند.
۲. طرفین فرآیند: قواعد مربوط به چگونگی تفسیر مفهوم طرف در یک فرآیند اداری، نهاد اداری، مقام عمومی، شخص حقوقی یا شخص حقیقی و قواعد مربوط به نمایندگی و وکالت طرفین در طول فرآیند باید در قوانین آیین اداری در نظر گرفته شود.
۳. صلاحیت: نهاد اداری باید صلاحیت خود را برای مواجهه با موضوع اداری مطرح شده بررسی و تأیید کند یا موضوع را به نهاد صالح ارجاع دهد. قواعد مربوط به حل اختلاف صلاحیت و تفویض صلاحیت در قوانین آیین اداری مقرر می‌شوند.
۴. تحقیق/ مدارک: نهاد اداری به تقاضای طرفین یا بنا بر وظیفه خود، تحقیقاتی را به منظور احراز واقعیت‌های پرونده انجام می‌دهد. مدارک متشکل از اظهارات طرفین یا دیگر اشخاص، اسناد و معاینات محلی و نظر کارشناس است. بار اثبات بر عهده طرفی است که فرآیند را آغاز کرده است، اما نهادهای اداری متعهدند اطلاعاتشان را در اختیار طرف مقابل قرار دهند.
۵. مشورت با طرفین ذی‌نفع یا طرفینی که از تصمیم نهایی متأثر می‌شوند، برای احراز وقایع و پیچیدگی‌های حقوقی پرونده (قضیه) ضروری است.
۶. حق بر شنیده شدن (استماع): تصمیم‌هایی که آثار نامطلوب بالقوه دارند، باید بعد از استماع و ثبت اظهارات طرفین متأثر از تصمیم تصویب شوند. همه طرفین ذی‌نفع باید بتوانند به پرونده‌هایشان دسترسی داشته باشند و در خصوص شیوه اجرای فرآیند و یافته‌ها نظر دهند.
۷. اصول حاکم بر صلاحیت‌های اختیاری نهادهای عمومی در طول اجرای فرآیند اداری شامل قانونی بودن، شفافیت، دسترسی به اطلاعات، انصاف، بی‌طرفی، رفتار برابر و عدم تبعیض، عینیت و حمایت از اطلاعات شخصی، تناسب، غیر رسمی بودن، کنترل و مسئولیت است.

۸. محدودیت زمانی: همه طرفین باید محدودیت زمانی اجرای فرآیند را رعایت کنند. تمدید مهلت زمانی و محاسبه زمان جزء فرآیند هستند. معمولاً سکوت اداری و بی‌توجهی یک نهاد اداری به زمان پاسخ‌گویی به تقاضا به معنای رد تقاضاست، اما گاهی برای اعمالی که به صراحت ذکر شده، به معنای قبول است.

۹. اعمال اداری: تفسیر مفهوم عمل اداری به منظور احراز قلمرو نظارت قضایی اهمیت دارد. اعمال اداری، اعمالی هستند که آثار حقوقی دارند و از طریق اعتراض اداری یا نظارت قضایی قابل چالش هستند. اعمال اداری ممکن است آثاری برای آینده یا حتی نسبت به گذشته (آثار عطف بماسبق شونده) داشته باشند. این اعمال طبق قانون با انتشار (قاعده‌گذاری یا اعمال کلی) یا ابلاغ به مخاطبان ذی‌نفع (اعمال موردی/ قضاوتی) لازم‌الاجرا می‌شوند.

۱۰. عملیات اداری: اعمالی هستند که آثار حقوقی ندارند، بلکه در خدمت صدور اعمال اداری هستند.

۱۱. قراردادهای اداری: نتیجه یک فرآیند اداری ممکن است قرارداد اداری باشد که میان نهاد عمومی و یک شخص خصوصی یا نهاد عمومی دیگر برای انجام کارها، تهیه خدمات و کالاها تحت قواعد حقوق عمومی منعقد می‌شوند و به صورت کلی یا بخشی با بودجه‌های عمومی تأمین می‌شوند، مانند خرید عمومی یا امتیاز.

۱۲. اعتراض اداری: به معنی امکان اعتراض به اعمال غیر قانونی یا نامتناسب مقام اداری یا در خصوص سکوت اداری (خودداری مقام اداری از بررسی درخواست افراد) است. الزامی یا اختیاری بودن اعتراض اداری قبل از مراجعه به دادگاه برای نظارت قضایی بیان می‌شود. صلاحیت بررسی اعتراض اداری بر عهده مقام صادرکننده، نهاد اداری بالاتر یا نهاد کنترل‌کننده است. اعتراض به دیوان اداری فرآیندی شبه‌قضایی، ترکیبی است، اما با فرآیند دادگاه فرق دارد. برخی قوانین آیین اداری، شیوه‌های جای‌گزینی برای حل اختلاف از قبیل داوری و میانجی‌گری مطرح می‌کنند.

۱۳. اجرای اعمال اداری: اعمال اداری بعد از لازم‌الاجرا شدن به صورت داوطلبانه یا اجباری اجرا می‌شوند و قواعد اجرای اجباری در قوانین مقرر می‌گردند.

۱۴. تعلیق اعمال اداری: به معنای توقف اجرای اعمالی است که خسارت جبران‌ناپذیر ایجاد می‌کنند. دستور تعلیق را مقام صادرکننده یا نهادهای ناظر صادر می‌کنند.

گفتار چهارم: نسل‌های سه‌گانه آیین‌های اداری

تاریخ حقوق اداری، تاریخ تغییر و اصلاح است. جهانی‌سازی، خصوصی‌سازی، شیوه‌های جدید حکمرانی و موارد مشابه بر حقوق اداری اثر گذاشته و باعث تغییراتی در آن شده‌اند.^۱ این تغییرات بر آیین‌های اداری نیز تأثیر داشته و سه نسل از آیین‌های اداری را ایجاد کرده است. هر نسل به هدفی خاص پاسخ می‌دهد و نسل جدید، نسل‌های قدیمی‌تر را منسوخ نمی‌کند:

بند اول: نسل اول

آیین‌های نسل اول، روش‌های تصمیم‌گیری موردی مبتنی بر الگوی «قضایی» و مدیریت سلسله‌مراتبی هستند. در بیش‌تر کشورها، این آیین‌ها مطابق با دستورالعمل سنتی فرمان و کنترل^۲ هستند. محصول آیین‌های نسل اول، تصمیم‌گیری‌های موردی مانند مجوزها، مجازات‌ها، احکام و حل و فصل اختلافات است. نسل اول به دنبال مشخص کردن تصمیم‌گیری‌های با تمام جزئیات برای مأموران اداری است. ساختار اساسی آیین‌های نسل اول از زمان شروع در قرن نوزدهم نسبتاً بدون تغییر مانده است.^۳ در نسل اول، جمع‌آوری و پردازش اطلاعات را خود اداره انجام می‌دهد. آیین‌های اداری به عنوان ابزاری برای اجرای قانون و به سبک دادرسی دادگاه تدوین شده‌اند. قانون ۱۸۸۹ آیین اداری اسپانیا، نمونه‌ای از این نسل است.^۴

بند دوم: نسل دوم

آیین‌های نسل دوم که در قوانین پس از جنگ جهانی دوم دولت‌های اروپایی از قبیل آلمان یافت می‌شوند، درصدد وضع قواعدی هستند که مأموران دولتی در وضعیت‌های مختلف بتوانند با توجه به این قواعد، تصمیم متناسب بگیرند یا اقدام مناسب انجام دهند. بنابراین، آیین‌های اداری مربوط به قاعده‌گذاری (قانون تفویضی یا مقررات اجرایی) هستند که به عنوان بخشی از یک فرآیند تنظیمی و نظارتی

۱. طاهری، علی و سارا خاک‌پور، «تأملی بر چپستی و چرایی ظهور حقوق اداری نوین»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۴۸.

2. Command and control

3. Barnes, Javier, "Towards A Third Generation Of Administrative Procedures", Conference on Comparative Administrative Law, April 29-30, 2016, p.10

4. Ibid, p.2

متمركز از بالا به پایین توسط اداره‌ها به صورت سلسله‌مراتبی تصویب شده‌اند. بنابراین، این مدل برای قاعده‌گذاری مبتنی بر همکاری میان دستگاه‌های اداری و طرفین نیست، بلکه شبیه فرآیند وضع قانون است. مشارکت عموم در آیین‌های قاعده‌سازی و وضع مقررات بیش‌تر طبق آیین‌های دادرسی دادگاه‌ها صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، مشارکت به عنوان یک حق دفاعی تلقی می‌شود، نه به عنوان گفت‌وگویی تعاملی میان شهروند و سازمان‌ها. در نسل دوم، گردآوری و پردازش اطلاعات با مشارکت و مشورت محدود یا بدون گفت‌وگوی واقعی بین طرفین و ذی‌نفعان در فرآیندهای مقررات‌گذاری انجام می‌شود.^۱

بند سوم: نسل سوم

امروزه تفکیک بین بخش عمومی و خصوصی کم‌رنگ شده است و روابط دوگانه در حال تبدیل شدن به یک استثنا هستند. شبکه‌سازی و ارتباط چند قطبی بین هنجارها، کنشگران و رویه‌ها به صورت قاعده درآمده است. نظام‌های حقوقی به دلیل واردات و صادرات مدل‌های اداری به هم نزدیک‌تر شده‌اند. روابط دوگانه سنتی بین دستگاه‌های اداری و شهروند با روابط چندجانبه بین نهادهای عمومی مستقل جای‌گزین می‌شود. از ربع آخر قرن بیستم، نهادهای اداری به دلیل عوامل مختلفی از جمله جهانی شدن، خصوصی‌سازی و مشارکت شهروندان تغییراتی چشم‌گیر داشته‌اند.^۲ نسل سوم هم‌زمان با شکل‌گیری دولت‌های تنظیم‌گر^۳ رشد پیدا کرده است.^۴ در این راستا، ابزارها و سازوکارهای مورد استفاده دولت برای تنظیم فعالیت‌های اقتصادی و اجتماعی تغییر یافته است؛ چون دولت به جای اقتدار سلسله‌مراتبی می‌بایست از ابزارهای نرم‌تر و مبتنی بر مذاکره، ظرفیت‌های جامعه مدنی و بخش خصوصی استفاده کند.^۵

1. Ibid, p.11

2. Cassese, Sabino, Napolitano, Giulio and Casini, Lorenzo, "Towards Multipolar Administrative Law: a Theoretical Perspective", International Journal of Constitutional Law, Vol. 12, Issue 2, 2014, p.354

۳. زارعی محمدحسین و عرفان شمس، «درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۲، تابستان ۱۳۹۲، صص ۲۳۴-۱۶۳؛ پتفت، آرین و حمید مؤمنی‌راد، «سیر تحول نحوه مداخله دولت در اقتصاد از منظر حقوق عمومی، از دولت رفاه تا دولت فراتنظیمی»، دوره هفدهم، شماره ۴۷، ۱۳۹۴، صص ۲۰۴-۱۸۵.

۴. طاهری و خاک‌پور، پیشین، ص ۱۶۰.

۵. زارعی، محمدحسین و عرفان شمس، «مفهوم خودتنظیمی در نظریه‌های اقتصاد سیاسی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه

این نسل از آیین‌های اداری به سیاست‌گذاری و اجرای سیاست‌های ناشی از روش‌های جدید حکمرانی مربوط است و آیین‌هایی را دربرمی‌گیرد که در محیط غیر سلسله‌مراتبی و غیر متمرکز معاصر باعث تقویت همکاری‌های عمومی/ خصوصی و بین‌سازمانی و حکمرانی ملی، فراملی می‌شود.^۱ امور اداری از طریق تعاملات پیچیده میان نهادهای دولتی و غیر دولتی انجام می‌شود و تقسیم کلاسیک وظایف میان سطوح ملی و بین‌المللی از میان می‌رود.^۲ دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی، بازیگران انحصاری حقوق اداری نیستند، بلکه قدرت میان شبکه‌هایی از نهادهای دولتی و غیر دولتی اعم از ملی و فراملی توزیع شده است.^۳

نسل سوم مبتنی بر مشارکت است و دربرگیرنده آیین‌هایی است که سیاست‌های عمومی را با استفاده از انعطاف‌پذیری، غیر رسمی بودن، دخالت عمومی و اشکال جدید پاسخ‌گویی، شفافیت و روابط متقابل دنبال می‌کند.^۴ هدف این آیین‌ها عمدتاً نه کنترل، بلکه هدایت بازیگران دولتی و خصوصی است. نسل سوم بر اساس روش‌های جدید حکمرانی، طیفی گسترده از نوآوری‌های سیاسی را دربردارد که به دنبال ایجاد اشکال مؤثرتر مشارکت، هماهنگی سطوح مختلف دولت، تمرکززدایی و انعطاف‌پذیری بیش‌تر هستند.^۵ محصول آیین‌های نسل سوم نه تنها تصمیم‌گیری‌های موردی و مقررات، بلکه آیین‌هایی است که در مراحل مختلف سیاست‌گذاری و اجرا (مانند تنظیم استاندارد، ارزیابی‌ها، گواهی‌نامه‌ها و نظارت) باید از آن‌ها بهره‌گرفت.

با استفاده از آیین‌های نسل سوم، دیگر بازیگران اداری یا خصوصی در مراحل مختلف برای جمع‌آوری اطلاعات مربوط مشارکت می‌کنند. در پیمودن انجام این مراحل، امکان استفاده از راه‌حل‌های جدید وجود دارد که در قانون پیش‌بینی نشده‌اند (مثل ارزیابی آثار زیست‌محیطی).^۶ به همین دلیل، از شیوه‌های

شماره ۱۵، زمستان ۱۳۹۲، صص ۲۹۸-۲۹۹.

1. Barnes, op.cit., p.11

۲. رحمتی‌فر، سمانه، «جهان چگونه اداره می‌شود؟ (تحلیل ماهیت حقوق اداری جهانی)»، فصل‌نامه سیاست، دوره پنجاهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۸۳۲.

۳. همان، صص ۸۳۲-۸۳۳.

4. Barnes, op.cit., p.9

5. Ibid, p.12

6. Ibid, pp.2-3

جدید حکمرانی و مدیریت مشارکتی استفاده می‌شود و به جای سلسله‌مراتب هرمی، شبکه‌های مشورتی تعاملی و منعطف‌تر جای‌گزین می‌گردد. اطلاعات موردنیاز برای تصمیم‌گیری، قاعده‌گذاری و سیاست‌گذاری‌ها با همکاری بخش خصوصی و در تمام طول فرآیند جمع‌آوری می‌شود و افراد موضوع قواعد یا سیاست‌ها در ایجاد هنجارها به طور فعالانه در تمام فرآیند تصمیم‌گیری مشارکت می‌کنند.^۱ یکی از نمونه‌های این نسل، دستورالعمل ارزیابی آثار زیست‌محیطی، مصوب سال ۲۰۰۱ اتحادیه اروپاست.

گفتار پنجم: مطالعه تطبیقی

بند اول: زمینه قانون آیین اداری آلمان

آیین اداری در آلمان تا مدت‌های مدید اهمیت چندانی نداشت و دستگاه‌های اجرایی برای انتخاب فرآیند تصمیم‌گیری خود از صلاح‌دید^۲ کامل برخوردار بودند. در قرن ۱۹ با پدیدار شدن روش حقوقی^۳ در حقوق عمومی آلمان، آیین اداری در سایه حقوق ماهوی قرار گرفت. روش حقوقی، تضمین اداره قانون‌مند را از طریق نظام‌مند کردن و تدوین حقوق ماهوی ممکن می‌دانست.^۴ کم‌کم پیشرفت‌هایی رخ داد. حقوق دانان از جمله اتو مایر،^۵ مشتاق بودند که اعمال اداری را با حاکمیت قانون تازه مطرح‌شده در قانون اساسی مرتبط سازند. از نظر مایر، اداره می‌بایست به اصول عدالت دادگاهی متعهد باشد. البته مایر بر تصمیم‌گیری‌های الزام‌آور حقوقی و تعیین راه حل عادلانه برای هر پرونده در اداره و نه تبعیت اداره از آیین‌های خاص تأکید داشت.^۶ قانون اساسی آلمان هیچ اصلی در خصوص آیین اداری ندارد. آیین اداری آلمان پس از جنگ، مدت طولانی تا تصویب قانون در سال ۱۹۷۶ تحت تأثیر اصول حقوقی نانوشته بود.^۷

۱. طاهری و خاک‌پور، پیشین، ص ۱۶۱.

2. Discretion

3. Juristische method (juristic methodology)

۴. بکر، فلورین، «تحولات حقوق اداری آلمان»، ترجمه: خدیجه شجاعیان، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۷۹.

5. Otto Mayer

6. Pünder, op.cit., p.942

7. Ibid, p.943

قانون آیین اداری آلمان (۱۹۷۶) تحت تأثیر زمینه‌های خاصی قرار دارد که عبارتند از:

یک. سابقه تاریخی: حقوق اداری فرانسه در قرن ۱۹ اثری قابل ملاحظه بر مدرنیزه کردن حقوق آلمان داشت. تحت تأثیر دکترین فرانسوی، قانون آیین اداری آلمان به شدت بر عمل اداری (موردی) متمرکز است.

دو. فدرالیسم: در عالم نظر، امکان وجود حقوق آیینی متفاوت در دولت فدرال و ایالت‌ها وجود دارد. به صورت شکلی، هر ایالت، قانون آیین اداری خود را دارد، اما در ماهیت و محتوا تا حد زیادی شبیه هستند، به این دلیل که یا به قانون فدرال ارجاع می‌دهند یا محتوای آن را با اصلاحات کمی پذیرفته‌اند. قانون فدرال به صورت مستقیم در اقدامات اداری مقامات فدرال اعمال می‌شود.

سه. حقوق اتحادیه اروپا: در امور روزانه، مقامات اداری بیش‌تر باید مقررات اروپایی یا قانون ملی اعمال‌کننده دستورالعمل‌های اروپایی را اجرا کنند. بنابراین، به طورت مستقیم، ملزم به اعمال حقوق اتحادیه اروپا به ویژه اصول کلی حقوقی هستند. ظهور حقوق اداری اروپایی، تغییرات مهمی را در حقوق آلمان ایجاد کرده است.^۱

قانون آیین اداری فدرال در اقدامات و قراردادهای اداری نهادها و مؤسسات فدرال اعمال می‌شود. آیین‌های حقوق خصوصی نیز در مورد اقدامات انجام‌شده به موجب حقوق خصوصی اعمال می‌گردد.^۲ در خصوص اشکال عمل اداری باید گفت که این قانون نه فقط شکل و فرآیند را تنظیم می‌کند، بلکه به برخی ابعاد قانونی بودن در محتوا نیز می‌پردازد. علاوه بر قانون یادشده، مقررات دیگری نیز الزامات شکلی و رویه‌ای را برای برخی اعمال اداری خاص مقرر کرده‌اند.^۳

دادگاه قانون اساسی آلمان مقرر داشته است که حق‌های بنیادین نه فقط در حقوق ماهوی، بلکه در آیین‌ها نیز باید لحاظ شوند و تا حد ممکن در حقوق آیینی نیز باید از این حق‌ها حمایت

1. Schmitz, Thomas, "Implementing the rule of law in public administration by an administrative procedure act—the example of Germany", Teoria și practica administrării publice, Materiale ale Conferinței internaționale științifico-practice, 2016, p.18

2. Ibid, p.3

3. Ibid, p.19

شود و تضمین گردند.^۱ قانون آیین اداری، این رویکرد را با اعطای حق‌های آیینی به شرکت‌کنندگان (شامل متقاضی (خواهان)، شاکی، مخاطب و مخاطبان بالقوه اعمال اداری، طرفین و طرفین بالقوه قراردادهای اداری و اشخاص متأثر از فرآیندهای اداری) در فرآیند تصمیم‌گیری‌ها اعمال کرده است. این حقوق عبارتند از: حق داشتن مشاور و نماینده واجد شرایط، حق دریافت مشاوره و اطلاعات از مقامات عمومی، حق بر استماع (شنیده شدن)، حق بر بررسی پرونده و حق بر رازداری.^۲

در خلال مباحثات گسترده درباره نقش آلمان در اقتصاد جهانی در دهه ۱۹۹۰، قانون یادشده به عنوان یکی از موانع فعالیت‌های اقتصادی دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات خصوصی تلقی شد. قانون‌گذار به این ادعا واکنش نشان داد و در این راستا، مقرراتی را تصویب کرد که بر بی‌اهمیت بودن اشتباه‌های آیینی صحه گذاشتند. در نتیجه، قانون را متناسب با انتقادهای دانشگاهیان تغییر دادند. با این تغییرات، اداره، رویکردی سهل‌انگارانه‌تر نسبت به آیین‌های اداری در پیش می‌گیرد.^۳

بند دوم: قانون ایالات متحده آمریکا

تا قرن ۲۰، مجموعه‌ای متحدالشکل از آیین اداری در آمریکا وجود نداشت و در مقابل وضع چنین قانون شکلی و متحد نیز مقاومت می‌شد؛ چون چنین مجموعه‌ای را موجب افزایش قدرت دولت بر شهروندان و در نهایت، تضعیف حقوق افراد می‌دانستند. در نتیجه، در سراسر قرن ۱۹ تا قرن ۲۰، دستگاه اداری بر اساس اختیار تفویض شده از سوی کنگره، قواعد آیینی لازم را طبق قانون اختیاردهنده در نظر می‌گرفت.^۴

در قرن ۲۰، یکی از مهم‌ترین تحولات دولت و سیاست آمریکا، گسترش قدرت دستگاه‌های اداری بود که با عصر ترقی‌خواهی^۵ آغاز شد و با سرعت زیادی در عصر اصلاحات^۶ تداوم یافت. بعد از

1. Pünder, op.cit., p. 941

2. Schmitz, op.cit., pp.6-7

3. Pünder, op.cit., pp.945-946

4. Elias, Roni A., "The Legislative History Of The Administrative Procedure Act", Fordham Environmental Law Review, Vol. 27, No. 2, 2016, pp.208-209

5. Progressive era (1890-1920)

6. New deal (1933-1939)

جنگ جهانی دوم با افزایش کارکردهای دستگاه‌های اداری، مقررات زیادی نیز وضع شدند. تصویب قانون آیین اداری در سال ۱۹۴۶، اساسی‌ترین رویداد این جریان بود.^۱ این قانون، حاصل تلاش‌های طولانی‌مدت برای تنظیم تصمیم‌گیری دستگاه‌های اداری و نتیجه نهایی جنبش سیاسی اصلاحات اداری در دوره اصلاحات بود.^۲ در گزارش کمیته قضایی سنا، اهداف این قانون، عدالت آیینی، کنترل دستگاه‌ها و تضمین کارایی و اثربخشی سیاست‌کنگره بیان شده است.^۳

این قانون، آیین‌هایی را دربرمی‌گیرد که سازمان‌های اداری باید در قاعده‌گذاری، وضع مقررات و داوری رعایت کنند و شامل مقرراتی در مورد قلمرو نظارت قضایی بر اقدامات و تصمیم‌هایشان می‌شود.^۴ بر قانون آیین اداری آمریکا از دو جهت انتقاد وارد شده است. طبق نظر عده‌ای، تحمیل الزامات و محدودیت‌های زیاد به دستگاه‌های اداری مانع از انجام وظایف آن‌ها می‌شود. در مقابل، گروهی دیگر معتقدند که الزامات و محدودیت‌های مقرر در این قانون کم هستند و موجب عمل غیر مسئولانه دستگاه‌های اداری می‌شود.^۵

بند سوم: الزامات آیینی

در این قسمت به الزامات مقرر شده در قوانین دو کشور یاد شده برای فرآیند تصمیم‌سازی اداره می‌پردازیم. در این خصوص باید میان تصمیم‌های عام‌الشمول (قاعده‌گذاری) و تصمیم‌های موردی اداره قائل به تفکیک شد. منظور از قاعده‌گذاری یا وضع مقررات، اعمال یک جانبه اداری است که قواعد عمومی و غیر شخصی را برای یک یا چند شخص نامشخص برقرار می‌کنند.^۶ عمل اداری

1. Elias, op.cit., p.207

2. Metzger, Gillian, "The Administrative Procedure Act: An Introduction", Brennan Center for Justice, Poverty & Race Research Action Council, and AARP Foundation, 2017, p.1

3. McNollgast, "The Political Origins of the Administrative Procedure Act", Journal of Law, Economics & Organization, Vol. 15, No. 1, 1999, p.180

4. Beermann, Jack M., "Common Law and Statute Law in Administrative Law", Administrative Law Review, Volume 63, Issue 1, 2011, p.2

5. Rubin, Edward, "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", Cornell Law Review, Vol. 89, Issue 1, 2003, p.97

۶. رضایی‌زاده محمدجواد، اعمال اداری، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۱۵.

موردی، «تصمیم یا اقدام و یا فعل و ترک فعل مقامات اداری در مقام انجام وظیفه است که طبق قانون انجام می‌دهند و ناظر بر اشخاص و موارد معین است و آثار حقوقی دارد».^۱

الف) قاعده‌گذاری اداری (وضع مقررات)^۲

طبق ماده ۵۵۱ قانون آیین اداری امریکا، قاعده بیانیه صادره از سازمان اداری با قابلیت اعمال کلی یا خاص و اثر برای آینده است که برای اجرا، تفسیر یا توصیف قانون یا سیاست یا توصیف الزامات سازمانی، آیینی و عملکرد سازمان اداری طراحی شده است. فرآیندی که در آن، آژانس‌ها، قواعد را ایجاد، اصلاح یا نسخ می‌کنند، قاعده‌گذاری نامیده می‌شود.^۳ قاعده‌گذاری،^۴ واژه‌ای است کلی برای قانون‌گذاری و برای مقررات مصوب مراجع دارای صلاحیت به جز قانون‌گذار به کار می‌رود.^۵ سازمان‌های اداری فدرال امریکا می‌توانند قواعد را با شیوه‌های مختلف از قبیل رسمی، غیر رسمی (روش اعلام و نظر) و مستقیم و موقت تدوین کنند.^۶ روش اعلام و نظر سه مرحله دارد: اعلام مقررات پیشنهادی، دوره دریافت نظرها و وضع مقررات نهایی. قاعده پیشنهاد شده باید برای اطلاع عموم در روزنامه رسمی دولت فدرال منتشر شود. سازمان اداری باید فرصتی معقول را برای مشارکت افراد ذی‌نفع در نظر بگیرد. با اتمام مدت، سازمان اداری، موضوعات مرتبط ارائه شده را بررسی و به صورت کلی، مبنا و هدف قاعده نهایی را بیان می‌کند. قاعده نهایی و بیانیه کلی باید حداقل ۳۰ روز قبل از لازم‌الاجرا شدن در روزنامه رسمی فدرال منتشر شوند.^۷ سازمان اداری، ملزم به پاسخ‌گویی به نظرهای مهمی است که به صورت مستقیم به موضوع مقررات پیشنهادی مربوط است، به این

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد ۲)*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۷.

2. Administrative rule making

3. Carey, Maeve P., "The Federal Rulemaking Process: An Overview", Congressional Research Service, June 17, 2013, p.1

4. Rule making

5. Rubin, op.cit., p.106

6. Garvey, Todd, "A Brief Overview of Rulemaking and judicial review", Congressional Research Service [CRS] Reports, March 27, 2017, p.1

7. Ibid, p.2

صورت که یا مقررات نهایی را اصلاح کند یا در شرح همراه با مقررات نهایی، علت تغییر ندادن مقررات را بیان کند.

طبق قانون آیین اداری، زمانی که دستگاه‌های اجرایی، دلیل خوبی برای غیر عملی بودن، غیر ضروری بودن یا مخالفت با منفعت عمومی داشته باشند، فرآیندهای اعلام و نظر اعمال نمی‌شود^۱ یا می‌توانند از دوره ۳۰ روزه انتظار قبل از لازم‌الاجرا شدن قاعده صرف نظر کنند.^۲

قاعده‌سازی رسمی فرآیندی متفاوت دارد. در این نوع قاعده‌سازی، سازمان اداری، جلسه استماعی شبیه جلسه دادگاه برگزار می‌کند. به افرادی که به صورت مستقیم تحت تأثیر قاعده مورد بحث قرار می‌گیرند، برای شرکت در جلسه اطلاع داده می‌شود و آن‌ها می‌توانند مدارک خود را به صورت شفاهی یا مکتوب ارائه دهند. در نهایت، قاضی اداری یا هیئتی از قضات، تصمیم نهایی را می‌گیرند.^۳ برخی صاحب‌نظران به قانون آمریکا از این نظر انتقاد وارد کرده‌اند که الزام به مشارکت عمومی، کارآیی و مؤثر بودن مقررات را به نظر سازمان‌های بزرگ، مؤسسات تجاری، اتحادیه‌های کارگری و به طور مشخص، گروه‌های ذی‌نفع سازمان وابسته یافته می‌کند. کسانی جز لابی‌کنندگان حرفه‌ای و وکلای چنین سازمان‌هایی به ندرت، روزنامه رسمی فدرال را می‌خوانند و نظر خود را درباره قواعد پیشنهادی ارسال می‌کنند یا قانونی بودن چنین قواعدی را در دادگاه فدرال به چالش می‌کشند.^۴

در دهه‌های اخیر، دستگاه‌های اجرایی به صورت فزاینده از دو شیوه دیگر قاعده‌گذاری استفاده کرده‌اند: قاعده‌گذاری نهایی مستقیم^۵ و قاعده‌گذاری نهایی موقت^۶ که هیچ‌کدام به صورت مستقیم تحت پوشش قانون آیین اداری نیستند. قواعد نهایی مستقیم از زمان خاصی بعد از انتشار در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا می‌شوند، مگر این‌که نظرهای مخالفی دریافت شود. قواعد نهایی

1. Carey, op.cit., p.6

2. "Counting Regulations: An Overview of Rulemaking, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register", Congressional Research Service, Updated September 3, 2019, p. 15

3. Carey, op.cit., p.3

4. Rubin, op.cit., pp.101-102

5. Direct Final Rules

6. Interim final rules

موقتی به محض انتشار یا زمان کوتاهی بعد از انتشار لازم‌الاجرا می‌شوند.^۱ اگر دستگاه اداری، قاعده مورد نظر خود را عادی یا غیر اختلافی بداند، از روش مستقیم استفاده می‌کند و بدون اطلاع قبلی، قاعده را صادر می‌کند، اما فرصتی برای اظهار نظر مردم در نظر می‌گیرد. در صورت دریافت نشدن نظر مخالف، قاعده لازم‌الاجرا خواهد بود، ولی اگر حتی یک نظر مخالف دریافت شود، قاعده را پس می‌گیرد و مراحل معمول اعلامیه و اظهار نظر را ادامه می‌دهد. برای صدور قاعده نهایی موقت، دستگاه اداری باید به دلیل موجهی استناد کند. سپس مهلت زمانی برای اظهار نظر پس از انتشار در نظر بگیرد. اگر دستگاه اداری با هر یک از نظرهای مخالف متقاعد شود، قاعده را اصلاح می‌کند.^۲

نهادهای اداری آلمان از چنین الزاماتی نسبتاً معاف هستند. به عنوان یک قاعده کلی، الزام به مشارکت عمومی در فرآیند وضع قواعد مادون قانون وجود ندارد و مقام اداری برای تعیین امکان مداخله عموم در وضع مقررات یا مداخله نداشتن آن‌ها اختیار دارد. علاوه بر این، الزام قانون امریکا به تکمیل و ایجاد سابقه قاعده‌گذاری یا بیان مستدل مبنا و هدف قاعده، در آلمان ناشناخته است.^۳ در خصوص قاعده‌گذاری اداری، الزامی برای ارائه ادله مقررات وجود ندارد. البته برخی قوانین مدرن (مثل قوانین زیست‌محیطی)، مشارکت عموم را در قالب استماع ذی‌نفعان متأثر^۴ مقرر داشته‌اند، اما طبق دیدگاه سنتی، هدف اصلی از مشارکت، ورود تجربه و تخصص در فرآیند تقنین اداری و افزایش کارایی و عقلانیت است و بر خلاف امریکا، مشروعیت دموکراتیک و ارائه حمایت حقوقی قبل از دادگاه^۵ مورد نظر نیست.^۶

دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان نیز بیان کرده است که با وجود نبود الزام قانون اساسی به مشارکت عموم در فرآیند وضع مقررات، مشارکت شهروندان خلاف قانون اساسی نیست و قانون‌گذار برای تعیین لازم بودن یا نبودن استماع در فرآیند وضع قواعد اداری و مشارکت افراد آزاد است. نگاهی

1. Farber, Daniel A. & O'Connell, Anne Joseph, "The Lost World of Administrative Law", Texas Law Review, Vol. 92, 2014, p.1161

2. Counting Regulations, op.cit., p.16

3. Pünder, op.cit. p.946

4. Anhörung beteiligter Kreise

5. Pre-judicial

6. Pünder, op.cit., p.948

به رویه تقنینی آلمان نشان می‌دهد که دستگاه‌های مقررات‌گذار، فراتر از قانون اساسی و قواعد آیینی الزام شده عمل کرده‌اند. در سطح غیر رسمی، مشاوره بین مقامات اجرایی و نمایندگان صنعت مورد تنظیم در طول فرآیند تصمیم‌گیری رخ داده است و همان گونه که ذکر شد، برخی قوانین مدرن، مشارکت ذی نفعان متأثر را الزام کرده‌اند.^۱

ب) تصمیم‌های موردی

تصمیم‌های موردی به فرآیند تصمیم‌گیری و صدور دستور اداری گفته می‌شود که شامل اعمال ترافعی و غیر ترافعی می‌گردد و با دو شیوه رسمی و غیر رسمی صورت می‌گیرد.^۲

۱. روش رسمی^۳

در آمریکا، روش رسمی برای تصمیم‌گیری‌های موردی فقط زمانی اعمال می‌شود که قانون، استماع و تصمیم بر اساس سابقه را الزامی کرده باشد.^۴ میان حقوق آلمان و آمریکا در خصوص روش رسمی شباهت وجود دارد. طبق ماده ۵۵۴ قانون آمریکا، اگر استماع بر اساس سابقه طبق قانون الزامی باشد، از طریق فرآیند شبه دادگاهی تصمیم‌گیری می‌شود. قصد اداره برای تصمیم‌گیری باید اعلام شود. ابلاغ باید شامل اطلاعاتی در خصوص عوامل اثرگذار بر تصمیم طبق قانون و واقعیت باشد.

در مرحله بعد، استماع نزد مقامی مستقل در اداره (که در بیش‌تر موارد، قاضی حقوق اداری است) انجام می‌شود. در طول این فرآیند، طرفین درگیر، فرصت بیان دیدگاهشان و ارائه مدارک برای حمایت از نظر خود را دارند. هم‌چنین می‌توانند شهود خود را حاضر سازند یا از وکیل استفاده کنند. سابقه شامل همه اطلاعاتی است که در طول فرآیند، مطرح شده و همه اسنادی که تصمیم نهایی اداره بر آن‌ها مبتنی است. در نهایت، دلایل تصمیم باید ارائه شوند.

آیین‌های اداری مشابه آیین دادرسی دادگاه در حقوق آلمان نیز وجود دارد و در صورت الزام

1. Ibid, pp.948-949

2. Brudzinski, Walter J., "Administrative Adjudication", Summary of lecture, Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux, November 17, 2015, p.1

3. Formal

4. Metzger, op.cit., p.4

قانون و در پروژه‌های بزرگ طراحی شهری و منطقه‌ای از قبیل تصمیم‌گیری برای ساخت بزرگراه، خطوط راه آهن، فرودگاه‌ها، آبراهه‌ها و مکان‌های دفع زباله به کار می‌رود و فرآیند استماع مفصلی دنبال می‌شود. این فرآیند تا حدّی شبیه روش امریکایی انجام می‌شود، آن هم از جانب دستگاهی متفاوت از مقامی که در خصوص قضیه باید تصمیم‌گیری کند که «مقام استماع» نامیده می‌شود. اولین مرحله، انتشار عمومی برنامه و طرح است. سپس هر شخصی که منافع وی از پروژه متأثر می‌شود، تا دو هفته بعد از پایان دوره بررسی فرصت دارد که اعتراض خود را تقدیم کند. مانند امریکا، مقام استماع باید در زمان مناسب، اعتراض‌های وارد شده به طرح و اظهارات دیگر مقامات را در جلسه شفاهی با طراح پروژه، مقامات درگیر و اشخاص معترض بحث و بررسی کند. هدف این جلسه، رسیدن به توافق متقابل میان طرفین است. مقام استماع سپس یک اظهاریه غیر الزامی در خصوص نتیجه استماع صادر می‌کند و قضیه را با نظرهای مقامات و اعتراض‌های حل نشده به مقام تصویب طرح ارجاع می‌دهد. این مقام با یک عمل اداری با عنوان «تصمیم تصویب طرح»^۱ طرح را بررسی و با ارائه استدلال تصمیم‌گیری می‌کند.^۲

۲. روش غیر رسمی^۳

در هر دو کشور، بیش‌تر تصمیم‌گیری‌ها از طریق فرآیند غیر رسمی صورت می‌گیرد. بر خلاف حقوق امریکا، قانون آیین اداری آلمان به صراحت و با جزئیات، روش تصویب اعمال اداری را تعیین کرده است. البته طبق ماده ۱۰، آیین اداری، مقید به قالب خاصی نیست، مگر این‌که قانون، شکل خاصی را مقرر کند. اصل بر این است که آیین‌های انجام اعمال اداری ساده، مقتضی و دارای زمان مناسب باشند. ماده ۲۸ مقرر می‌دارد که قبل از انجام یک عمل اداری اثرگذار بر حقوق فرد باید فرصت اظهار نظر در خصوص وقایع مربوط به تصمیم را داشته باشد.

در مقایسه با حقوق امریکا، استحقاق بر استماع در آلمان، قلمرویی وسیع دارد و به هر کسی تعمیم می‌یابد که حقوقش به صورت منفی از تصمیم اداری تأثیر می‌پذیرد. حق استماع علاوه بر

1. Planning approval decision

2. Pünder, op.cit., p.950

3. Informal

طرف مستقیم تصمیم شامل اشخاص ثالثی می‌شود که حقوقشان تحت تأثیر قرار می‌گیرد. علاوه بر این، ماده ۳۹ قانون آیین اداری آلمان به صراحت، اداره را ملزم می‌کند تا دلایل اعم از دلایل قانونی و ماهوی اصلی تصمیم‌گیری و دیدگاه‌های مقام تصمیم‌گیرنده را در زمان اعمال صلاحیت خود اعلام کند. بر خلاف آلمان، قانون آیین اداری آمریکا، مقرراتی در خصوص آیین مورد تبعیت ندارد، مگر این‌که در قوانین دیگر، چنین الزاماتی موجود باشد. طبق قانون آمریکا، استدلال فقط باید در صورت رد درخواست کتبی شخص ذی‌نفع ارائه شود.^۱

ج) نتایج اشتباه‌های آیینی

نتایج بی‌توجهی به قواعد آیینی در همه نظام‌های حقوقی یکسان نیست. در برخی موارد، امکان تصحیح نقایص شکلی وجود دارد و در برخی موارد، نادیده گرفتن آیین می‌تواند به استرداد یا ابطال تصمیم منجر شود.^۲ در آلمان، قبل از تدوین قانون آیین اداری در دهه ۱۹۷۰، در میان دادگاه‌ها و دانشگاهیان در خصوص این مسئله اختلاف نظر وجود داشت.^۳ در حال حاضر، قانون آلمان، مقررات صریحی در خصوص موضوع دارد. الزامات شکلی و آیینی مقرر شده باید تضمین کند که عمل اداری در پرتو حاکمیت قانون و احترام به حقوق شهروندی انجام می‌شود و مانعی برای اداره کارآمد ایجاد نمی‌کند.^۴

طبق ماده ۴۵ قانون آیین اداری، نقض قواعد حاکم بر آیین و رویه باید نادیده گرفته شود، در صورتی که استماع متعاقباً انجام شده یا دلایل بعداً ارائه شده است. به محض این‌که اشتباه اداری تصحیح شد، عمل اداری، قانونی تلقی می‌شود و دادگاه‌ها حق نقض تصمیم اداره را ندارند. طبق این ماده، اشتباه‌های آیینی حتی در طول فرآیند رسیدگی دادگاه قابل اصلاح هستند. این قاعده با هدف تصمیم‌گیری مؤثر و کارآمد وضع شده و بخشی از تلاش‌های قانون‌گذار برای سرعت بخشیدن

1. Pünder, op.cit., p.952

2. Fodor, Elena-Mihaela, "About Three Administrative Procedure Rules From A Human Rights Perspective", Law Review, Vol. VI, special issue, 2016, p. 219

۳. کونکه، مارتینا، حقوق اداری تطبیقی: سنت و تغییر در حقوق اداری انگلستان و آلمان، ترجمه: خدیجه شجاعیان و نگین شفیعی بافتی، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۶۷.

4. Schmitz, op.cit., p.22

به فرآیند اداری است. اگر اشتباه‌های آیینی اصلاح نشوند یا تصحیح ممکن نباشد، طرف متضرر می‌تواند برای نقض تصمیم دستگاه اجرایی به دادگاه مراجعه کند.

طبق ماده ۴۶ اگر مشخص شود که نقض مقررات آیینی بر ماهیت تصمیم اثر ندارد، نادیده گرفته می‌شود. بر این اساس، تصمیم‌هایی که از نظر ماهوی، صحیح هستند، صرف نظر از روش و شکل تصمیم‌گیری باید حفظ شوند.^۱ قوانین آیین اداری فدرال و ایالتی، همه ضمانت اجراهای معمول را پیش‌بینی کرده است و نقض یک قاعده آیینی، به عنوان یک قاعده کلی موجب می‌شود که عمل اداری مورد نظر باطل یا قابل ابطال شود، ولی قاعده کلی «اشتباه آیینی بی‌اهمیت است»، اعمال می‌شود.

محدوده‌ای گسترده برای جبران خطای آیینی وجود دارد و اداره می‌تواند با جای‌گزینی یک تصمیم مستدل صحیح به جای تصمیم اصلی خود در طول دادرسی، رعایت نشدن تعهد خود به بیان دلایل را جبران کند.^۲ بنابراین، حق استماع و تکلیف به ارائه دلیل هنوز مشخصه‌های مهم فرآیند تصمیم‌سازی محسوب می‌شوند، ولی تصمیم‌های اشتباه مبنی بر نادیده گرفتن این مشخصه‌ها را می‌توان تا پایان مرحله رسیدگی نظارت قضایی اصلاح کرد. در این صورت، رسیدگی دادگاه، جای‌گزین فرآیند تصمیم‌سازی اداری می‌شود و قاضی بدون درخواست طرفین خود، مکلف به پیشبرد تحقیقات است. دادگاه‌های یادشده در صورت ناکافی بودن ادله تصمیم، به مقامات مشاوره می‌دهند. قاضی می‌تواند سه ماه به مقامات عمومی فرصت دهد تا تصمیم‌هایشان را اصلاح کنند.^۳

در امریکا، دادگاه‌ها با معیار سخت‌گیرانه (هارد لوک)^۴ بر رعایت الزامات آیینی نظارت می‌کنند.^۵ آن‌ها طبق دکتترین «اشتباه بی‌ضرر» بررسی می‌کنند که آیا یک اشتباه بر واقعیت‌های مبنای تصمیم

1. Schmitz, op.cit., 2013, p.8

2. Nolte, Georg, "General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective", The Modern LAW Review, Vol. 57, Issue 2, 1994, pp.197-198

۳. کونکه، پیشین، ص ۱۹۲.

4. Hard look

۵. نک: شجاعیان، خدیجه، «تحولات معیار عقلایی بودن در نظارت قضایی ایالات متحده امریکا»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیستم، شماره ۶۱، ۱۳۹۷، صص ۲۵۹-۲۳۵.

(معیار سابقه‌محور) یا بر تصمیم‌نهایی (معیار نتیجه‌محور) تأثیر گذاشته است یا خیر. در آمریکا نیز مانند آلمان، خواهان برای نقض تصمیم می‌بایست اثبات کند اشتباه‌های آیینی بر نتیجه‌نهایی اثر گذاشته است. دادگاه‌های امریکایی نیز تا حدی، تصحیح اشتباه‌های آیینی را می‌پذیرند و به دستگاه اجرایی، امکان تصحیح آن‌ها را در طول فرآیندهای رسیدگی دادگاه می‌دهند، تا زمانی که دلایل ارائه‌شده شامل انگیزه‌های واقعی دستگاه باشد، نه فقط استدلال‌هایی که مقامات بعداً ساخته‌اند. به طور خلاصه، حقوق آلمان و آمریکا در خصوص اشتباه‌های آیینی، رویکرد مشابهی دارند.^۱

نتیجه‌گیری

آیین‌های اداری، بیان‌کننده شیوه تصمیم‌گیری‌های اداره هستند و در کنار حقوق ماهوی و سازمانی و دادرسی اداری، یکی از بخش‌های چهارگانه حقوق اداری را تشکیل می‌دهند. این آیین‌ها بیانگر اقداماتی است که اداره می‌بایست برای تصمیم‌گیری‌هایش از آن‌ها پیروی کند. بسته به نوع عمل اداری (تصمیم‌موردی، نوعی و قرارداد اداری)، آیین‌های وضع تصمیم نیز فرق دارند. آیین‌های اداری از نظر شفاف‌سازی فرآیندهای تصمیم‌گیری و کمک به کارآمدی اداره و رفتار مناسب و منصفانه با شهروندان در اداره اهمیت دارند.

از لحاظ تاریخی، مفهوم آیین اداری یکی از مباحث نسبتاً جدید حقوق اداری است. اولین قواعد آیینی را قضاات به عنوان معیارهای عدالت رویه‌ای ایجاد کردند. کم‌کم از اواخر قرن ۱۹، قوانینی در این خصوص وضع شدند. امروزه بسیاری از کشورها این آیین‌ها را تدوین و در قالب قوانین عام آیین اداری، مراحل لازم برای انجام عمل اداری و ضمانت اجرای رعایت آن‌ها را تصویب کرده‌اند. این قوانین معمولاً دربرگیرنده مطالبی درباره شیوه شروع عمل اداری، تعریف عمل اداری، طرفین عمل اداری، قواعد حاکم بر حل اختلافات صلاحیتی، مدارک مورد قبول در فرآیند تصمیم‌گیری، اصول حاکم بر صلاحیت‌های اختیاری مقام اداری، استماع طرفین ذی‌نفع، امکان اعتراض به تصمیم اداری و روش‌های اعتراض و شیوه تعلیق عمل اداری است. یکی از معیارهای نظارت قضایی بر عملکرد دستگاه‌های اداری، رعایت نشدن الزامات مقرر در این قوانین است. تدوین آیین اداری، مزایای زیادی برای اداره از قبیل افزایش قطعیت قانونی، انسجام و ثبات قواعد حقوقی به همراه دارد

1. Pünder, op.cit., p.954

و امکان تحقق دو هدف اصلی از ایجاد آیین‌های اداری یعنی شفافیت فرآیند تصمیم‌سازی و حمایت از حقوق شهروندان را فراهم می‌سازد.

مقایسه قوانین آیین اداری دو کشور آلمان و آمریکا به عنوان دو نمونه مهم از نظر سابقه تاریخی و الزامات آیینی در حوزه‌های تصمیم‌گیری‌های موردی و مقررات‌گذاری نشان می‌دهد که ابتدای قوانین کشور بر دو بنیاد متفاوت مشروعیت عمومی و حمایت از حق‌های فردی، تفاوت‌هایی ایجاد کرده است. در زمینه مقررات‌گذاری، مشارکت عمومی در آمریکا الزامی است، اما در آلمان، چنین الزامی به صورت کلی وجود ندارد. البته با توجه به مقتضیات جدید، در برخی مقررات، مشورت با ذی‌نفعان را لحاظ می‌کنند.

در خصوص روش تصمیم‌گیری‌های موردی نیز در شیوه رسمی میان دو نظام شباهت وجود دارد و هر دو از فرآیندهایی شبیه جلسات دادگاه استفاده می‌کنند. در هر دو کشور، شیوه غیررسمی، روش اصلی تصمیم‌گیری موردی است. در قانون آلمان، جزئیات این روش مشخص شده، اما در قانون آیین اداری آمریکا مغفول مانده است. البته ممکن است در قوانین دیگر، الزاماتی در این خصوص مقرر شود. حقوق آلمان و آمریکا در خصوص اثر اشتباه‌های آیینی، رویکردی مشابه دارند. رعایت نشدن این الزامات همواره باعث بطلان عمل اداری نمی‌شود و با توجه به تأثیر داشتن یا نداشتن اشتباه بر نتیجه نهایی، امکان اصلاح تصمیم مورد اعتراض را فراهم می‌کنند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۲)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۲. رضایی زاده محمدجواد، **اعمال اداری**، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۳. کونکه، مارتینا، **حقوق اداری تطبیقی: سنت و تغییر در حقوق اداری انگلستان و آلمان**، ترجمه: خدیجه شجاعیان و نگین شفیعی بافتی، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۴. هداوند، مهدی و همکاران، **آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. بکر، فلورین، «**تحولات حقوق اداری آلمان**»، ترجمه: خدیجه شجاعیان، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۹۳-۶۹.
۲. پتفت، آرین و حمید مؤمنی‌راد، «**سیر تحول نحوه مداخله دولت در اقتصاد از منظر حقوق عمومی، از دولت رفاه تا دولت فراتنظیمی**»، دوره هفدهم، شماره ۴۷، ۱۳۹۴، صص ۲۰۴-۱۸۵.
۳. رحمتی‌فر، سمانه، «**جهان چگونه اداره می‌شود؟ (تحلیل ماهیت حقوق اداری جهانی)**»، فصل‌نامه سیاست، دوره پنجاهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۸۴۱-۸۲۷.
۴. زارعی محمدحسین و عرفان شمس، «**درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی**»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۲، تابستان ۱۳۹۲، صص ۲۳۴-۱۶۳.
۵. زارعی، محمدحسین و عرفان شمس، «**مفهوم خودتنظیمی در نظریه‌های اقتصاد سیاسی**»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۱۵، زمستان ۱۳۹۲، صص ۳۰۸-۲۶۳.
۶. سلطانی، سید ناصر، «**علل نافرجامی تدوین و تنقیح قوانین در ایران**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۵، ۱۳۹۳، صص ۱۶۴-۱۳۱.

۷. شجاعیان، خدیجه، «تحولات معیار عقلایی بودن در نظارت قضایی ایالات متحده امریکا»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیستم، شماره ۶۱، ۱۳۹۷، صص ۲۵۹-۲۳۵.
۸. طاهری، علی و سارا خاک‌پور، «تأملی بر چیستی و چرایی ظهور حقوق اداری نوین»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۱۶۴-۱۴۵.
۹. فلاح‌زاده، علی‌محمد و سید جمال رکاب‌دار، «نگاهی به حق اداره مطلوب در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶، صص ۶۰-۳۳.

2. Latin Source

A) Book

1. Alder, John, *General Principles of Constitutional & Administrative Law*, Palgrave Macmillan, Fourth Edition, 2002
2. Barnes, Javier, "Introduction: Reform and Innovation of Administrative Procedure", in: *Transforming A Administrative Procedure*, Edited by: Javier Barnes, First Edition, Seville: Global Law Press, 2008
3. Daly, Paul, "Administrative Law: a Values-Based Approach", in: *Public Law Adjudication in Common Law Systems*, edited by: John Bell, Mark Elliott, Jason NE Varuhas, Philip Murray, Oxford: Hart. 2015, Available at: SSRN: www.ssrn.com/abstract=2460264 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2460264>
4. Dragos, Dacian C., "Administrative Procedure", in: *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy and Governance*, Edited by: A. Farazmand, Berlin: Springer, 2016, Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=3143434 or www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3143434
5. Harlow, Carol & Rawlings, Richard, "Proceduralism and Automation: Challenges to the Values of Administrative Law", in: *The Foundations and Future of Public Law (in honour of Paul Craig)*, edited by: E. Fisher, J King and A Young, Oxford: Oxford University Press, 2019

B) Article

1. “Administrative Procedures and The Supervision Of Administration In Hungary, Poland, Bulgaria, Estonia and Albania”, Sigma Papers: No. 17, 1997
2. Arzoz, Xabier, “Administrative Procedures”, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL], 2017
3. Barnes, Javier, “Towards A Third Generation Of Administrative Procedures”, Conference on Comparative Administrative Law, April 29–30, 2016
4. Beermann, Jack M., “Common Law and Statute Law in Administrative Law”, Administrative Law Review, Volume 63, Issue 1, 2011
5. Brudzinski, Walter J., “Administrative Adjudication”, Summary of lecture, Centre d’Etudes et de Recherches sur les Contentieux, November 17, 2015
6. Carey, Maeve P., “The Federal Rulemaking Process: An Overview”, Congressional Research Service, June 17, 2013
7. Cassese, Sabino, Napolitano, Giulio and Casini, Lorenzo, “Towards Multipolar Administrative Law: a Theoretical Perspective”, International Journal of Constitutional Law, Vol. 12, Issue 2, 2014
8. “Counting Regulations: An Overview of Rulemaking, Types of Federal Regulations, and Pages in the Federal Register”, Congressional Research Service, Updated September 3, 2019
9. Craig, Paul P., “A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence”, European Public Law, Vol. 19, Issue 3, 2013
10. Elias, Roni A., “The Legislative History Of The Administrative Procedure Act”, Fordham Environmental Law Review, Vol. 27, No. 2, 2016
11. Farber, Daniel A. & O’Connell, Anne Joseph, “The Lost World of Administrative Law”, Texas Law Review, Vol. 92, 2014
12. Garvey, Todd, “A Brief Overview of Rulemaking and judicial review”, Congressional Research Service [CRS] Reports, March 27, 2017

13. Fodor, Elena-Mihaela, "About Three Administrative Procedure Rules From A Human Rights Perspective", *Law Review*, Vol. VI, special issue, 2016
14. Jordao, Eduardo & Ackerman, Susan Rose, "Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review", *Administrative Law Review*, Vol. 66, No.1, 2014
15. Metzger, Gillian, "The Administrative Procedure Act: An Introduction", Brennan Center for Justice, Poverty & Race Research Action Council, and AARP Foundation, 2017
16. McNollgast, "The Political Origins of the Administrative Procedure Act", *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 15, No. 1, 1999
17. Negruț, Vasilica, "Europeanization of Public Administration through the General Principles of Good Administration", *Acta Universitatis Danubius*, No. 2, 2011
18. Nolte, Georg, "General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective", *The Modern LAW Review*, Vol. 57, Issue 2, 1994
19. Ponce, Juli, "Good Administration and Administrative Procedures", *Indian Journal Of Global Legal Studies*, Vol.12, Issue 2, 2005
20. Pünder, Hermann, "German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Issue 4, 2013
21. Rubin, Edward, "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", *Cornell Law Review*, Vol. 89, Issue 1, 2003
22. Rose-Ackerman, Susan, "American Administrative Law Under Siege: Is Germany A Model?", *Harvard law Review*, Vol. 107, 1993-1994
23. Rusch, Wolfgang, "Good Administration through General Administrative Procedures", conference on Modernising Administrative Procedures, Meeting Eu Standards, 2011
24. Rusch, Wolfgang, "Administrative Procedures In Eu Member States", Conference on Public Administration Reform and European Integration, Budva, Montenegro, 2009

25. Schmitz, Thomas, “The administrative procedure in German administrative law”, DAAD Lecturer at Hanoi Law University, German Law Centre, 2013
26. Schmitz, Thomas, “Implementing the rule of law in public administration by an administrative procedure act-the example of Germany”, Teoria și practica administrării publice, Materiale ale Conferinței internaționale științifico-practice, 2016

معيار دوگانه يا يگانه نظارت قضايي؛ تحليل عبارت شوراي نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات ديوان عدالت اداری

سید مجتبی حسینی الموسوی^۱

چکیده

در نظام حقوقی ایران، ابطال مصوبات قوه مجریه در دیوان عدالت اداری از دو راه قانون و شرع امکان پذیر است. شورای نگهبان در پاسخ به برخی استعلام‌های دیوان عدالت اداری در مورد مغایرت مصوبه با شرع از عبارت کوتاه و مجمل «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست»، استفاده کرده است.

ابهام آمیز بودن عبارت شورای نگهبان سبب گردید که دیوان عدالت اداری، مقصود شورای نگهبان را از به‌کارگیری این عبارت استفسار کند. از اظهار نظر شورای نگهبان این‌گونه برمی‌آید که از میان آرای گوناگون در مورد ماهیت قانون و نسبت آن با شرع در نظام حقوقی، نظر این نهاد به حکم حکومتی نزدیک‌تر است. به سخن دیگر، قانون در کنار اجبار اجتماعی، الزام شرعی هم دارد. علاوه بر آن، دایره شرع بسیار گسترده‌تر از قانون است.

اگر دیوان عدالت اداری، مصوبه قوه مجریه را مغایر با قانون تشخیص ندهد، رأی دیوان بر آن دلالت دارد که مقرر قوه مجریه فقط با حکم حکومتی مغایرت ندارد، نه با دیگر احکام شرع. شورای نگهبان به صراحت بر این موضوع تأکید کرده است. خودداری از اظهار نظر صریح به ویژه در موضوعات جدید مانند مالیات و تأمین اجتماعی و ارجاع شورای نگهبان به این عبارت مبهم با یکی از اصول مهم دادرسی یعنی شفافیت هم خوانی ندارد. به نظر می‌رسد اگر نگاه این نهاد در مورد قانون در نظر گرفته شود، تنها با یک معیار در نظارت قضایی (شرع) روبه‌رو هستیم.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، شورای نگهبان، شرع، قانون، مقرر، حکم حکومتی.

۱. استادیار رشته حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه زنجان. almousavi.mojtaba@znu.ac.ir

استادیار رشته حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اراک. m-halmousavi@araku.ac.ir

مقدمه

جایگاه نظارت شرعی در نظام‌های گوناگون به نگرش مسئولان نظام‌ها به نقش دین در عرصه حکومت‌داری بستگی دارد. بعد از انقلاب اسلامی ایران، یکی از اهداف پیش رو، اجرای احکام دین در تمام زمینه‌های مرتبط با حکومت بود. این اهتمام را می‌توان در سراسر اصول قانون اساسی به خوبی مشاهده کرد، به گونه‌ای که مردمی‌ترین نهاد در ایران یعنی مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان که یکی از وظایف اصلی آن، پاسداری از احکام اسلام است، اعتباری ندارد.

یکی از راه‌های تحقق اصل چهارم قانون اساسی، دادخواهی از دیوان عدالت اداری به بهانه مغایر بودن مصوبه قوه مجریه با موازین اسلام است. رویه شورا در مقررات دولتی فرق می‌کند. به طور معمول، تا زمانی که شکایتی از سوی دیوان عدالت اداری نرسیده باشد، اصل بر این است که مصوبه قوه مجریه با موازین فقهی مغایرتی ندارد (اصل صحت). شورای نگهبان قبل از آن که مقرر قوه مجریه را با موازین فقهی انطباق دهد (ماهوی)، معیارهای شکلی قابلیت طرح دعوا در محاکم هم‌چون منقضی نشدن مدت اعتبار آیین‌نامه و انصراف شاکی را بررسی می‌کند. اگر دادخواست، ایراد شکلی نداشته باشد، نظر خود را اعلام می‌کند. این رویه از ابتدای پاسخ‌گویی به استعلامات دیوان عدالت اداری تاکنون ادامه داشته است.

این نقد به دیوان عدالت اداری وارد است که این مرجع قضایی باید مواردی را به شورای نگهبان ارجاع دهد که از نظر شکلی هیچ‌گونه اشکال و ایرادی نداشته باشد. با آن که قانون، صلاحیت هر یک از نهادها را به صراحت مشخص کرده است، اما فرآیند پاسخ‌گویی شورای نگهبان به استعلامات دیوان عدالت اداری، ساختاری روشن ندارد.^۱

بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، نظارت شرعی بر مصوبات قوه مجریه و مقننه از وظایف انحصاری شورای نگهبان است. شورا در انطباق مقررات با موازین شرع در موضوع‌های گوناگونی که دیوان عدالت اداری ارجاع داده، رویه متفاوتی در پیش گرفته است. اظهار نظرهای شورا را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد:

۱. مقررات قوه مجریه در مورد مسائلی تدوین شده است که در فقه سنتی، ادبیاتی پربار درباره آن وجود دارد، مثل وقف و مالکیت زمین.

۱. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، سال هشتم، شماره بیست و پنجم، ۱۳۹۹، ص ۲۰۸.

۲. آیین‌نامه‌های قوه مجریه به موضوعاتی پرداخته است که سابقه چندانی در کتاب‌های فقهی برای آن نمی‌توان متصور شد، بلکه با تطبیق قواعد فقهی با موضوع مطرح شده باید جوابی برای آن یافت. گستره نفوذ قوه مجریه در موضوع‌های گوناگون از قبیل آموزش و پرورش، بهداشت، راه و شهرسازی، نیازمند یک سری مقررات لازم‌الاجراست که خطوط کلی ترسیم شده از سوی قوه مقننه را به مرحله فعلیت درآورد. پیچیده و تخصصی شدن بسیاری از حوزه‌های فعالیت دولت، این امکان را فراهم می‌کند که قاعده‌ای وضع کند که همسان مجلس، حق یا تکلیفی را بر عهده مردم بگذارد. گاهی شورا به جای آن‌که به صراحت در مورد مقرر ارجاعی اظهار نظر کند، تنها به این جمله «در صورتی که بر خلاف قانون نباشد، بر خلاف شرع نیست»، اکتفا و تصمیم‌گیری را به دیوان عدالت اداری احاله کرده است.^۱

شفافیت در آرای اعلامی از اصول مهم دادرسی است. طرفین دعوا از این حق برخوردارند که از مبانی فقهی دادرسی شرعی، آگاهی کامل پیدا کنند. این موضوع به ویژه برای قوه مجریه اهمیتی بسزا دارد؛ چون با درک درست از موازین فقهی از تصویب مقرره‌های خلاف شرع جلوگیری می‌کند و حقوق مردم کم‌تر تضییع می‌شود. از این رو، ضروری است دیدگاه شورای نگهبان از به‌کارگیری این جمله تبیین شود.

روش کار در این پژوهش به این قرار است که ابتدا جایگاه اصل چهارم و نقش دیوان عدالت اداری در استعلام از شورای نگهبان بررسی می‌شود. سپس به تبیین مفهوم قانون و شرع از دیدگاه فقه اسلامی خواهیم پرداخت. در آخر هم تلاش خواهیم کرد که مقصود شورای نگهبان را از این جمله مشخص کنیم.

گفتار اول: جایگاه اصل چهارم قانون اساسی در نظام حقوقی

شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی از این حق برخوردار است که مصوبات مجلس را اعاده یا آیین‌نامه‌های دولتی را مغایر با شرع اعلام کند. از دیرباز، این موضوع در میان حقوق دانان مطرح بوده که محدوده این اصل تا کجاست؟ آیا شورای نگهبان، حق نظارت شرعی خود را می‌تواند به

۱. رأی شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۳ مورخ ۷۵/۳/۲۶، ۷۵/۲۱/۰۵۷۴، ۷۵/۳/۲۶ مورخ ۷۵/۲۱/۰۵۷۷، مورخ ۷۵/۳/۲۹، ۱۳۷۵/۳/۲۹، ۷۵/۲۱/۰۹۹۳ مورخ ۷۵/۸/۱۰.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

مقررات پیش از انقلاب هم تسری دهد؟ اگر شورای نگهبان، قانون قبل از انقلاب را مغایر با موازین شرع بداند، مقرره‌هایی که بر اساس آن قانون تدوین شده باشد، اعتبار حقوقی نخواهند داشت. آیین‌نامه در نظام حقوقی بعد از قانون قرار می‌گیرد. اگر قانون، مغایر با شرع تشخیص داده شود، مقرره‌هایی هم که به منظور اجرای آن قانون تدوین شده است، مشروعیت نخواهند داشت.

فلسفه نظام سلسله‌مراتب بر این مبنا شکل می‌گیرد که قاعده مادون، اعتبار خود را از قاعده مافوق می‌گیرد. نظارت خودکار شورای نگهبان بر قوانین مصوب بعد از انقلاب، این فرض را در نظام حقوقی ایجاد می‌کند که قانون در حداقل‌ترین برداشت، مغایرتی با شرع ندارد. پاسخ به این پرسش، صاحب‌نظران را در دو جبهه متفاوت قرار می‌دهد که به ترتیب به بررسی آن خواهیم پرداخت. دلیل این اختلاف نظر واضح است؛ چون قانون اساسی در هیچ یک از اصول خود، راه حلی در این زمینه ارائه نداده است.

بند اول: تحدید اصل چهارم قانون اساسی به قانون و مقررات بعد از انقلاب

بر اساس این نظر، نظارت شرعی شورای نگهبان به مصوباتی محدود است که بعد از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده شده باشد. اصل چهارم قانون اساسی که تنها مرجع ناظر بر مقررات را مشخص می‌کند، در این مقام نیست که بتواند مصوبات را ابطال کند. ورود شورای نگهبان به این دسته از مقررات باید مشابه باشد با آن چه در مجلس رخ می‌دهد؛ یعنی مصوبات را برای اصلاح به نهاد تقنین بازگرداند.^۱

قسمتی که این اصل را در قانون اساسی بیان کرده است، به اصول کلی ارتباط دارد. این صلاحیت عام و مطلق که شورای نگهبان بدون هیچ‌گونه محدودیتی بتواند هر مقرره‌ای را که خلاف شرع دید، از نظام حقوقی حذف کند، فراتر از ظرفیت‌های اصل چهارم قانون اساسی است. به سخن دیگر، اصول ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی، چارچوب نظارت شرعی شورای نگهبان را به مصوبات مجلس شورای اسلامی محدود کرده است. مشکل بعدی پذیرش چنین صلاحیتی، مواجه شدن کشور با خلأ قانونی است که فساد آن، به مراتب، بیش‌تر از حالتی است که قانون، مخالف شرع در نظام حقوقی حاکم باشد.^۲

۱. پروین، خیرالله، حمید افکار سرند و میثم درویش متولی، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، شماره چهارم، سال هفتم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱.

۲. خامنه‌ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳، ص ۲۶.

بند دوم: گسترش نظارت شورای نگهبان به تمامی مقررات

در مقابل دیدگاه بالا، برخی بر این باور هستند که چتر نظارت شرعی شورای نگهبان بر تمام مقررات لازم‌الاجرای کشور سایه گسترانده است. میان اصل چهارم با اصول هفتاد و دوم و نود و ششم قانون اساسی، هیچ گونه ارتباط منطقی نمی‌توان پیدا کرد. گستره اصل چهارم تنها قواعد الزام‌آور تصویب‌شده در قوه مقننه را دربرمی‌گیرد و بهره‌گیری از واژه «مقررات»، این ادعا را به خوبی اثبات می‌کند (اصل چهارم قانون اساسی).

نهاد مسئول تضمین ابقای قوانین و مقررات در چارچوب شرع در اصل نود و یکم مشخص شده است. بر این اساس، شورای نگهبان، دو تکلیف کاملاً مستقل و جدا از هم را بر عهده دارد.^۱ اعتراف ضمنی قائلین بر محدود شدن نظارت شرعی شورا در اصول بعدی، خود، دلیلی بر این برداشت نادرست است که آنان، اصل هفتاد و دوم را مختص اصل چهارم می‌پندارند؛ حال آن‌که طبق علم اصول، «خصوصیت مورد»، هرگز دایره عام را کم نمی‌کند.^۲

فرا دستوری بودن اصل چهارم، این نتیجه را در بر دارد که اگر دیگر اصول قانون اساسی با موازین اسلامی تعارض داشته باشند، اصل معارض تا جایی اعتبار دارد که با شرع موافقت داشته باشد. بر همین اساس، بالاترین سند حقوقی کشور در برابر شرع، تاب مقاومت ندارد؛ به طریق اولی، دیگر مقررات از این قاعده مستثنا نیستند.^۳

گفتار دوم: جایگاه دیوان عدالت اداری در استعلامات از شورای نگهبان

دیوان عدالت اداری، تنها مرجع ابطال آیین‌نامه‌های قوه مجریه (به معنای اعم آن) در نظام حقوقی ایران است. اگر خواهان به استناد شرع، ادعای مغایرت مقرر با موازین اسلامی را داشته باشد، دیوان حق اظهار نظر ماهوی ندارد. شورای نگهبان به استناد اصل چهارم قانون اساسی، تنها نهادی است که امکان اعلام مغایرت مقررات را با شرع دارد. رأی شورا الزام‌آور است و دیوان نمی‌تواند بر خلاف آن، اقدامی انجام دهد.

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۰، ص ۲۴۴.

۲. موسی‌زاده، ابراهیم، «تحلیل فرجام‌شناختی اصل چهارم قانون اساسی»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهلیم، شماره دوم، ۱۳۸۹، ص ۳۳۷.

۳. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (جلد ۱)، تهران: امیرکبیر، ۱۴۲۱، ص ۴۱۹.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

میان اندیشمندان در مورد نقش دیوان عدالت اداری در این گونه پرونده‌ها که از نظر ماهوی، حق ورود ندارد، اختلاف نظر هست. کاستن جایگاه دیوان به واسطه، با استقلال قضایی در تعارض است. نظر شورای نگهبان هم به منزله نظر کارشناس نیست که هیئت عمومی در قبول یا رد آن اختیار داشته باشد.

ماهیت دادرسی شرعی با دادرسی معمولی (قانونی) بسیار متفاوت است و هر کدام در نظم حقوقی، کارکرد خاص خود را دارند. درست است که اظهار نظر شورا از اعتبار امر مختومه برخوردار است، اما دیوان باید رأی را بدون هیچ گونه تغییری به خواهان اعلام کند. تا زمانی که دیوان، رأی را به طور رسمی اعلام نکند، مصوبه قوه مجریه، اعتبار خود را از دست نداده است.^۱

به سخن دیگر، دادرسی شرعی، دو مرحله جداگانه دارد. بخش اول، اظهار نظر ماهوی نسبت به مغایرت داشتن یا نداشتن آن از جانب شورا است. بخش دیگر، تکمیل فرآیند دادرسی و ابلاغ رأی به طرفین دعواست و هیچ یک به تنهایی اثر حقوقی ندارند.

گفتار سوم: مفهوم قانون در فقه اسلامی

بی‌تردید، قانون به معنایی که امروزه از آن فهمیده می‌شود، محصول دنیای مدرن است. کشورهای اسلامی به ویژه ایران بعد از عصر مشروطیت همواره با این پرسش مواجه بودند که نسبت قانون با احکام الهی (شرع) چیست؟ این بحث از اوایل شکل‌گیری نهضت مشروطه مطرح شد و بعد از پیروی انقلاب اسلامی و با حاکمیت شرع بر تمام جنبه‌های زندگی به اوج خود رسید. متفکران اسلامی در برابر این پدیده نوین، به موضع‌گیری‌های متفاوت و مختلفی دست زده‌اند.

بند اول: تعریف قانون از منظر حقوق اسلامی

«قانون» از نظر لغوی در این معناها به کار رفته است: خط‌کش، دستور، سؤال و تراز.^۲ معنای اصطلاحی «قانون» هم از معنای لغوی آن چندان دور نیافتاده، به گونه‌ای که از دیدگاه علم اصول، قانون، حقیقت شرعی به وقوع پیوسته است.^۳ ادبیات فقهی با لفظ «قانون»، بیگانه نیست و آن را در موارد متعددی به کار بسته است. برای مثال، یکی از فقها در تعریف قانون آورده است: قانون اسلامی،

۱. عباسی و حسین الموسوی، پیشین، ص ۲۰۹.

۲. معین، محمد، فرهنگ‌نامه، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۰، ص ۲۶۲۷.

۳. لطفی، اسدالله، مبانی استنباط حقوق اسلامی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۷۱.

قانون واحدی است که مشروعیت و استمرار خودش را از شارع واحدی می‌گیرد که همه مسلمانان بر آن اتفاق نظر دارند و آن، کسی نیست جز ذات باری تعالی.^۱ بر اساس این تعریف، قانون در حقوق اسلامی باید این سه خصیصه را داشته باشد: کلی باشد؛ خواه الزامی باشد، مانند (حرام و واجب) و خواه غیر الزامی (مستحب و مکروه)؛ از طریق وحی رسیده باشد و جنبه دایمی داشته باشد.^۲

صاحب نظران، قانون را در رشته حقوق این گونه تعریف کرده‌اند: «قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد»^۳ یا «قانون عبارت است از قاعده‌ای که توسط یک قدرت عمومی مقرر شده و مدلول آن، الزام یا اذن و اباحه است و همه افراد باید از آن پیروی کنند».^۴ با وجود نقاط مشترک زیادی که میان دو مفهوم قانون در فقه اسلامی و حقوق می‌توان یافت، تفاوت‌هایی هم به چشم می‌خورد که باعث تمایز می‌گردد:

۱. نفوذ قانون، محدود به مرزهای کشوری است که این قاعده الزام‌آور در آن جا تصویب شده باشد، ولی حکم شرع به مکان ارتباطی ندارد.
۲. احکام شرع، فراگیر و تبدیل‌ناپذیر هستند، بر عکس قواعد حقوقی که با نیازهای انسان تغییر می‌کنند.^۵

بند دوم: دیدگاه فقیهان نسبت به قانون

پیش از پاسخ به نسبت‌سنجی میان قانون و شرع، این پرسش را همواره مطرح می‌کردند که با وجود احکام شرع آیا به قانون در عرصه اجتماع نیازی هست؟ خاتمیت دین اسلام این اقتضا را با خود به همراه دارد که قوانینش به تمام نیازهای انسان در همه اعصار پاسخ بدهد. با این وصف، احتیاج به قانون احساس نخواهد شد. در مرحله بعد، این سؤال پیش می‌آید که آیا انسان حق دارد

۱. حلی، حسن، ارشاد الاذهان (جلد ۱)، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۲ هـ.ق، ص ۸.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۵۱۸.
۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۹۵.
۵. ابوالصفا، محمد، التشریح الاسلامی صالح فی کل زمان و مکان، بی‌جا: بی‌نا، ۱۳۹۷ هـ.ق، ص ۱۰۶.

که برای هم نوعان خود، قاعده الزام آور وضع کند یا نه؟ به سخن دیگر، اندیشمندان اسلامی با این چالش جدی روبه رویند که حق حکمرانی که یکی از مصادیق بارز آن، تقنین است، تا چه حدی برای بشر به رسمیت شناخته شده است. اکنون نظرهای گوناگون درباره این موضوع را بررسی می کنیم.

۱. قانون در جوامع اسلامی، خاصیت برنامه ریزی دارد، نه قاعده گذاری

طیف وسیعی از فقیهان ژرف اندیش که حضرت امام خمینی (ره) و تعدادی از شاگردان بارزشان در رأس آن ها هستند، این اندیشه را دارند که بشر، حق قاعده گذاری الزام آور برای هم نوع خود را ندارد. تقنین، حق انحصاری ذات باری تعالی است که هر بشر در هر مقامی که بخواهد باشد، نمی تواند مردم را به ترک یا انجام کاری اجبار کند.^۱

قانون گذاری هنگامی ثمربخش است که از موضوعی که قصد قاعده گذاری برای آن داریم، شناخت کامل داشته باشیم. انسان، موجودی چندبعدی است که عقل بشری از درک تمام ظرایف آن عاجز است. بدون آگاهی همه جانبه از مصالح و مفاسد نمی توان ادعا کرد که قانون، نظم اجتماعی مبتنی بر عدالت را به ارمغان خواهد آورد. اتفاق نظر شمار زیادی بر یک مسئله (اکثریت)، حقانیت آن را اثبات نمی کند. در اندیشه اسلامی، انسان، مالک چیزی نیست و حتی بر خودش هم سلطه و اختیاری ندارد، بلکه خداوند، مالک حقیقی تمام اشیاست. برآیند نفی مالکیت از بشر آن است که حق تقنین از او سلب می گردد؛ چون فردی که بر نفس خودش هیچ تسلطی ندارد، چگونه می تواند برای دیگران تعیین تکلیف کند.^۲

قانون از رهگذر اندیشه این دسته از متفکران، سه مرحله اساسی و بنیادی را پشت سر خواهد گذاشت: اولین ایستگاه، قاعده گذاری است که جز خداوند، هیچ کس حق دخالت در آن را ندارد. بعد از این مرحله، نوبت به استنباط احکام از منابع معتبر می رسد که فقها، عهده دار آن در جوامع اسلامی هستند. مجلس شورای اسلامی هم در این دو مرحله هیچ نقشی ندارد، بلکه تنها به شناسایی مشکلات و معضلات می پردازد. بعد از شناخت درست نیازهای کشور، تلاش می کند تا با بهره گیری از قوانین اسلام، پاسخ درستی برای آن پیدا کند. با این تفسیر، کار مجلس شورای اسلامی، بیش تر شبیه برنامه ریزی الزام آور برای تحقق هر چه بیش تر احکام اسلام در جامعه است.^۳

۱. سبحانی، جعفر، مبانی حکومت اسلامی، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۰، ص ۲۶۰.

۲. مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷، ص ۹۹.

۳. منتظری، حسین علی، نظام الحکم فی الاسلام، تهران: سرابی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۲۳۵.

۲. ثانویت در امر تقنین

جریان فقهی مقابل همانند مکتب فکری نخستین، قانون را در اسلام به دو حیطة جداگانه تقسیم می‌کند:

۱. قانون منصوص: گزاره‌هایی که حکم معین و مشخصی در شرع دارند و وظیفه مجلس شورای اسلامی در قبال آن‌ها جز تفریع و تبدیل به مواد قانونی، چیز دیگری نیست.

۲. قانون غیر منصوص: مواردی که شرع در مورد آن‌ها سخنی نگفته است و اصطلاحاً به آن، امور حسبیه می‌گویند.

به نظر می‌رسد میان صاحب‌نظران از هر دو طیف این اتفاق نظر وجود دارد که در مواردی که شرع در مورد آن به صراحت سخن گفته باشد، کارکرد مجلس شورای اسلامی، تنها آماده‌سازی مفاد شرع در قالب متن جدید است. اختلاف اصلی در جایی است که اسلام درباره آن موضوع خاص، حکم معینی نداشته باشد.

آخوند خراسانی، یکی از بزرگ‌ترین اندیشمندان دوره مشروطیت، مسائلی را که شرع در مورد آن ساکت است (به عبارت دیگر، مباحثات)، بر عهده مجلس می‌گذارد. او در این زمینه بیان کرده است: «موجزاً تکلیف فعلی عامه مسلمین را بیان می‌کنم که موضوعات عرفیه و امور حسبیه در زمان غیبت، به عقلای مسلمین و ثقات مسلمین مفضّض است و مصداق آن، همین دارالشورای کبرا بوده که امروز به ظلم و طغات و عصات جبراً منفصل شده است»^۱.

از عبارت آخوند خراسانی این‌گونه فهمیده می‌شود که موضوع‌های عرفی را خارج از حیطة فقهها قلمداد می‌کند و آن را در اختیار وکلای مجلس می‌گذارد یا در حالت خوش بینانه، عقلای مسلمانان را که یکی از مصادیق آن، اعضای پارلمان است، در آن شریک می‌بیند. این رأی آخوند خراسانی با نظر مشهور شیعه در امور حسبیه در تضاد است. از همین رو، شاگرد پرآوازه‌اش، میرزای نایینی، دیدگاه استاد خویش را این‌گونه تعدیل کرد که مباشرت علمای دین در موضوع‌های عرفی لازم نیست و کسانی که مآذون از جانب فقهها باشند، برای تصدی و تصمیم‌گیری این قبیل از مسائل کفایت می‌کنند. سید حسن مدرّس هم با تقسیم‌بندی قانون به دو نوع ماهیتی و اداری، وظیفه مجلس را تنها وضع

۱. کفایی، عبدالحسن، مرگی در نور، تهران: زوار، ۱۳۵۹، ص ۲۵۴.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

مقررات در اموری می‌داند که به اداره کشور ارتباط دارد. این دیدگاه مدرّس به آرای شیخ فضل‌الله نوری نزدیک است که هدف از تأسیس مجلس را فقط نظم‌بخشی به امور اداره کشور می‌پندارد. محقق نایینی پا را از این فراتر گذاشته است و قوانین ماهیتی را صرفاً در حوزه منصوصات شرعی محدود نمی‌کند.

داوود فیرحی از قسمتی از سخنان میرزا، «خروج احکام از این عموم از باب تخصص است، نه تخصیص»، چنین برداشت کرده است: «وی برخلاف شهید مدرّس، قوانین حاکمیتی را به حوزه منصوصات شرعی و ترفیع و تطبیق آن‌ها محدود نمی‌کند، بلکه آن را به غیر منصوصات و لاجرم به حوزه صلاحیت شورا هم می‌کشاند و ذیل عنوان عمومی شورا قرار می‌دهد... نایینی، بحث تقنین در موارد حاکمیتی را البته در موارد غیر منصوص به فلسفه ماهیت در تعبیر مدرّس نیز توسعه می‌دهد و مقید به فلسفه اداره نمی‌داند»^۱.

۳. منطقه الفراغ

۳.۱. منطقه الفراغ در اقتصاد ما

سید محمدباقر صدر برای طرح نظریه خود، ابتدا، احکام اسلام را به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم می‌کند. سپس بر این باور است که احکام الزامی از امور ثابتند که حکومت اسلامی هرگز نمی‌تواند در آن تغییری دهد. در کنار احکام ثابت، یک سری حکم‌های غیر الزامی (متغیر) وجود دارد که این قسمت از احکام شریعت را «منطقه فراغ» نام‌گذاری کرده است. «منطقه الفراغ» هیچ‌گاه به حیطة واجب یا حرام وارد نمی‌شود، بلکه دایره نفوذ آن، مباحات به معنی عام یعنی مباح، مستحب و مکروه است.

صدر با انتقاد از رویه کسانی که تمام عملکرد حضرت محمد (ص) و ائمه معصومین را در شأن تبلیغی منحصر می‌دانند و جایگاهی برای امور حکومتی که پیامبر به عنوان رهبر انجام داده است، قائل نیستند؛ اختلاط میان این دو شأن را نادرست می‌داند.^۲ خاستگاه منطقه الفراغ، حکومت اسلامی به ویژه ولی امر است که مردم به استناد آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء، موظف به اطاعت از دستورهای صادر شده از جانب دولت اسلامی هستند. او در ادامه، منع پیامبر از بخشیدن آب و گیاه

۱. فیرحی، داوود، در آستانه تجدد، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص ۴۴۵.

۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷، ص ۳۸۰.

اضافه یا قیمت‌گذاری برخی اجناس در دوره حکومت علوی را از همین سلک ارزیابی می‌کند.^۱

۳،۲. منطقه الفراغ الاسلام يقود الحياة

صدر به مناسبت انتشار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، گریزی دوباره به نظریه منطقه فراغ می‌زند. وی دوباره بر این موضوع تأکید می‌کند که در اسلام، احکام به دو بخش الزامی و غیر الزامی تقسیم می‌شود. بعد از تأکید بر این دسته‌بندی، خداوند را مظهر تمام قدرت‌ها می‌داند که دیگر نیروهای حکومتی، مشروعیت خود را از او می‌گیرند. اگر قرار باشد قانون اساسی بر اساس مبانی اسلام هم نوشته شود، لازم است به این موضوع اهتمام کافی شود.

صدر در مرحله بعد بر شخصیت پیامبر به عنوان حاکم اسلامی تمرکز می‌کند. پیشوایان دین، عناصر متحرک دین را از ضوابط عام استخراج می‌کردند و آن را برای حل معضلات جامعه خود به کار می‌بستند. این وظیفه امروزه بر دوش ولی فقیه قرار گرفته است. شناخت عناصر متغیر، نیازمند درک دقیق و درست از ماهیت امور تغییرپذیر، فهم صحیح از وظایف و صلاحیت حاکم اسلامی (ولی فقیه) و تشخیص به موقع معیارهای ثابت است.

از دیدگاه صدر، مجلس به عنوان نمادی از عقلای جامعه می‌تواند در تحقق ضوابط سه‌گانه در صورت تفویض اختیار به ولی فقیه کمک کند. دخالت پارلمان در موضوع‌هایی که شرع به طور قطع در مورد آن‌ها اظهار نظر نکرده است، تحت عنوان تقنین یا قانون‌گذاری قرار می‌گیرد تا چارچوب حرکت جامعه را بر اساس اهداف غایی حکومت در اسلام تعیین کند.^۲

۴. قانون در جایگاه حکم حکومتی

از دیدگاه فقه حکومتی، احکام به سه دسته اولی، ثانوی، ولایی یا حکومتی تقسیم می‌شوند. در تعریف حکم حکومتی یا ولایی می‌توان گفت حکمی است که حاکم از این نظر صادر می‌کند که مقام ولایت دارد^۳ یا حکمی است که حاکم برای تأمین مصالح مقطعی و با توجه به شرایط زمان و

۱. امینی پژوه، حسین و محسن اسماعیلی، «منطقة الفراغ به مثابه نظریه قانون‌گذاری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۱، ص ۳.

۲. صدر، سید محمدباقر، *الاسلام يقود الحياة*، قم: دارالصدر، ۱۳۸۲، ص ۱۹.

۳. بحرانی سند، محمد، *ملکية الدولة*، قم: فدک، ۱۴۲۸ هـ.ق، ص ۱۴۹.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

مکان صادر می‌کند و بیش‌تر در مقام اجرا و تراحم اهم یا مهم مربوط است.^۱

سه ویژگی بارز حکم حکومتی چنین است:

۱. مصدر جعل حکم حکومتی، حاکم اسلامی است، در برابر حکم شرعی غیر حکومتی که مصدر آن، شرع و فتوای مجتهد، کاشف آن است.

۲. متعلق به انشای حاکم، حکم تکلیفی است یا حکم وضعی یا موضوع یکی از آن دو.

۳. حکم حکومتی در طول احکام اولیه و ثانویه قرار دارد، از این نظر که مقدمات اجرایی آن‌ها را فراهم می‌آورد.

بعد از شناخت و تبیین ماهیت حکم حکومتی به انواع آن می‌پردازیم:

۱. اجرای حکم اجرایی در مورد قصاص یا دیات؛

۲. احکام سیاسی مثل انتصاب مقام‌های قوه مجریه؛

۳. احکام برای آبادانی کشور مانند احداث راه یا خط آهن؛

۴. حکم در مورد امور نظامی از قبیل اجبار جوانان به خدمت سربازی؛

۵. احکام مربوط به قوه قضاییه یا امور اقتصادی مثل تعیین مالیات.^۲

در این جا قصدی برای اثبات نظریه ولایت فقیه نداریم؛ چون مفروض بر این است که از میان دیگر اقشار گوناگون جامعه، تنها فقها، صلاحیت حکومت بر جامعه را دارند. اداره دولت اسلامی به دلیل روبه‌رو شدن با حوادث مختلف، نیازمند سلسله احکام حکومتی است که در قالب قانون مصوب مجلس شورای اسلامی با تأیید شورای نگهبان به این ضرورت، پاسخ مناسب می‌دهد. این دو نهاد برشمرده در مقام بازوان ولی فقیه، کار صدور حکم حکومتی را بر عهده دارند. کار مجلس شورای اسلامی، تشخیص موضوعات متناسب با نیازهای جامعه است و در طرف دیگر، شورای نگهبان با تطبیق موارد پیشنهادی با عناوین کلی، حکم نهایی را صادر می‌کند.

۱. علی‌نوری، علی‌رضا، کلیات فقه (جلد ۱)، قم: یاقوت، ۱۳۸۰، ص ۳۳.

۲. بحرانی سند، محمد، أسس نظام سیاسی عند الامامیة، قم: فدک، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۳۱۴.

گفتار چهارم: مفهوم شرع در اسلام

«شریعت» در لغت به آب‌شخور مکانی اطلاق می‌شود که بدون طناب می‌توان از آب نوشید.^۱ شریعت در اصطلاح عبارت است از آن‌چه خداوند برای مردم تشریح می‌کند، خواه مربوط به عقاید باشد یا اخلاق یا افعال مکلفین از عبادات و معاملات^۲ یا یک نظام یا ایدئولوژی برای انسان که دارای سلسله عقاید و بینش‌ها و شناخت‌ها درباره جهان، خدا، انسان و جهان دیگر است. هم‌چنین مشتمل است بر سلسله دستورهایی برای رفتار در زندگی فردی و اجتماعی و این‌که چگونه باید بود و چگونه باید زیست. خلاصه، دین یعنی دستگاهی عظیم که به آن می‌گوییم شریعت.^۳ بشر پس از ایمان به شریعت آسمانی، مسئولیتی عظیم در برابر پروردگار خود دارد.

گفتار پنجم: نسبت قانون با شرع

بحث اصلی از این‌جا شروع می‌شود که آیا قوانین مصوب در مجلس شورای اسلامی از نظر رتبه و مقام همانند حکم شرع است؟ پاسخ به این سؤال از دو جنبه قابل بررسی است:

۱. قانون به موضوعاتی می‌پردازد که حکم آن در شرع از قبل مشخص و معلوم شده باشد؛ مانند حرمت خوردن شراب. در این دسته از قوانین، جای هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد که قانون، هم‌ردیف حکم شرع است. وضع قانون در این موارد، تنها برای حفظ نظم اجتماع است. پس اگر فردی، شرب خمر کند، هم قانون را نقض کرده است و هم حکم شرع را.

۲. قانون به مسائلی می‌پردازد که در شرع، سابقه‌ای برای آن نمی‌توان یافت. برای مثال، مجلس، هر فرد را به پرداخت مالیات ملزم می‌کند. حال اگر شخصی از قانون تخطی کند و مالیات نپردازد، خلاف شرع انجام داده است؟

به نظر می‌رسد که در میان صاحب‌نظران بر این امر اتفاق نظر وجود دارد که اگر قانون به حوزه‌هایی بپردازد که فقه سنتی در مورد آن، تعیین تکلیف کرده باشد، حکم شرع تنها در لباس جدید ظاهر گشته است. این قسمت از قوانین، بخش اندکی از مصوبات مجلس را دربرمی‌گیرد. قسمت اعظم

۱. ابن فارس، پیشین، ج ۳، ص ۲۶۲.

۲. میراحمدی، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰، ص ۲۴.

۳. مطهری، مرتضی، آشنایی با قرآن (جلد ۱۳)، تهران: صدرا، ۱۳۸۱، ص ۲۳۲.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

شامل مواردی می‌شود که شرع در مورد آن‌ها صحبت نکرده است. پاسخ به پرسش بالا مستلزم آن است که ابتدا، محدوده ولایت فقیه به خوبی ترسیم شود. چهار دیدگاه در این زمینه وجود دارد:

بند اول: ولایت در امور حسبی به معنای مضیق

بر اساس دیدگاه اول، فقیه تنها می‌تواند در برخی امور از قبیل حفظ مال غایب و صغیر و تصرف مال محجورین به اعمال تصرف بپردازد. بیش از آن مانند نکاح دختر صغیره یا اجرای حدود در زمان غیبت امام معصوم یا معامله برای مال غایب از ادله ولایت فقیه اثبات نمی‌گردد؛ چون اگر مجتهد هم میان مردم نباشد، این امور معطل نمی‌ماند. آیت‌الله خویی و محقق نایینی، نماینده این تفکر میان فقها هستند.^۱

بند دوم: ولایت در امور حسبی به معنای موسع

این دسته از فقیهان با قبول محدوده ترسیم‌شده از سوی مجتهدان دسته اول، پا را فراتر گذاشته و بر این باورند که اموری وجود دارد که شارع هرگز راضی به ترک آن نیست، مانند حفظ مرزها، دفاع از مرزهای کشورهای اسلامی، اقامه نماز جمعه یا هر امور دیگری که شرع، مکلف خاصی برای آن تعیین نکرده باشد.^۲

بند سوم: ولایت در حدود ضرورت (ولایت مقید)

یکی از وظایف ولی فقیه، صدور احکام حکومتی به منظور پیشبرد امور جامعه است. از نگاه این بخش از فقیهان، مجتهد حاکم تنها وقتی می‌تواند حکم صادر کند که ضرورتی در میان باشد و به جز احتیاج مبرم مردم یا دولت، حاکم اسلامی، حق قاعده‌گذاری الزام‌آور ندارد. فرض کنید که کشیدن خیابان برای تسهیل رفت‌وآمد خودروها و کاهش بار ترافیک لازم است. در این حالت، شکی نیست که ولی فقیه با اعمال حق ولایت و سرپرستی خود بر جامعه (احکام حکومتی)، کسانی را که به فروش املاک خود برای احداث خیابان راضی نیستند، وادار می‌سازد. اگر صورت مسئله تغییر کند، ساختن میدان یا پارک در شهر برای حل معضل آلودگی یا ترافیک نباشد و تنها جنبه زیباسازی آن منطقه معیار قرار بگیرد، ولی فقیه حق ندارد مالکان را به فروش یا ترک خانه مجبور کند.^۳

۱. نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱)، تهران: مکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳، ص ۳۲۸.

۲. تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب (جلد ۳)، قم: اسماعیلیون، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۳۹.

۳. مصباح یزدی، محمدتقی، ولایت فقیه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۹.

بند چهارم: ولایت در حدود مصلحت (ولایت مطلقه)

صدور حکم حکومتی از جانب ولی فقیه به ضرورت محدود نیست و ولی فقیه هر جا صلاح ببیند، می‌تواند احکامی متناسب با اوضاع جامعه برای اتباع تحت‌الامر خود در نظر بگیرد. امام خمینی (ره) به عنوان چهره شاخص این جریان فقهی شناخته می‌شود. به اعتقاد ایشان، ولی فقیه دارای همان اختیاراتی است که ائمه به عنوان رهبر جامعه اسلامی از آن برخوردارند. مصلحت اجتماع، جایگاهی بسیار والا در اندیشه معمار کبیر انقلاب اسلامی دارد، به گونه‌ای که اگر ضرورت اقتضا کند، ولی فقیه این قدرت را دارد که احکام اولیه را به طور موقت معلق سازد. امام خمینی (ره)، توجه به این موضوع را معیار اصلی برای ارکان دولت هنگام صدور حکم حکومتی دانسته است: «می‌تواند هر امری، چه عبادی یا غیر عبادی است که جریان مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است، جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشورهای اسلامی دانسته، موقتاً جلوگیری کند»^۱.

مجتهد در عرصه فقه حکومتی باید توانایی لازم برای تشخیص مصلحت و تقدیم اهم بر مهم داشته باشد. بدون بینش سیاسی و اجتماعی، عرصه فقاہت در چارچوب مسائل صرفاً عبادی خواهد ماند و خارج از آن حق اظهار نظر ندارد. تفاوت بنیادی میان نظریه سوم و چهارم در این نقطه است که اولی، حق صدور حکم حکومتی را فقط در موارد ضرورت، مجاز می‌شمارد و دیگری، دایره آن را بر مدار مصلحت توسعه می‌دهد.

پیش فرض بر این مبنا استوار شده است که مجتهد جامع‌الشرایط تنها صلاحیت حکمرانی بر جامعه اسلامی را دارد. بعد از اثبات مشروعیت ولی فقیه، این سؤال پیش می‌آید که آیا میان حقانیت شرعی با واجب بودن اطاعت از حاکم اسلامی تلازم وجود دارد؟ برخی محققان، تصدی منصب فقیه را در رأس جامعه سیاسی می‌پذیرند، اما روایات دال بر ولایت فقیه، این معنا را نمی‌رساند که حکم صادرشده از جانب او، مجازات اخروی دارد.

صرامی در این زمینه بیان کرده است: «به این ترتیب، اگر حکم حکومتی و به طور کلی، تصمیمات حکومتی حکومت اسلامی به شرع هم منسوب باشد، به این معنا نیست که مفاد و محتوای حکم، شرعی و الهی است، بل به این معناست که حاکم یا حکومت مورد تأیید شرع، به

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۲)، تهران: عروج، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸.

صدور آن پرداخته است یا حکم حکومتی فقط حق مجازات و تعقیب و آثار اجتماعی دارد... اما برای بیش از این مقدار، از روایات، دلالت خاصی به دست نیاوردیم. مثلاً عبور از چراغ قرمز فی نفسه به عنوان حکم حکومتی، عقاب اخروی نمی آورد.^۱

تبعیت از احکام حکومتی که در قانون تبلور پیدا می کند، بر مردم، وجوب شرعی ندارد. مهم ترین جنبه کاربرد قانون در زندگی اجتماعی، تنظیم روابط میان افراد است. این احکام چون از مرجع غیر الهی صادر می شود، نمی تواند متصف به حکم شرعی باشد. از این رو، بر مردم واجب نیست که از آن اطاعت کنند. به سخن دیگر، ملت در قبال قانون، الزام اجتماعی دارند، نه اجبار شرعی. البته می توان گفت قانون از این نظر که مصلحت شرعی را برآورده می کند، اطاعتش بر مردم واجب می گردد، مانند توقف هنگام چراغ قرمز که در صورت رعایت نکردن آن باعث اضرار به غیر می شود. این قانون، حکم شرع را پیدا می کند، اما نه به عنوان حکم حکومتی، بلکه در چارچوب حکم ثانویه جای می گیرد. اگر بخواهیم به طور خلاصه، دیدگاه این محققان را بیان کنیم، قانون در حکم شرع نیست.

در نقد این نظریه می توان بیان کرد که قائلان به الزام اجتماعی قانون، این مطلب را قبول دارند که نصب فقیه از مشروعیت دینی برخوردار است. بنا بر تعالیم اسلام، حق تشریح در این جهان، تنها به ذات باری تعالی تعلق دارد و تنها او می تواند تعیین کند چه کسی حق وضع قاعده الزام آور بر مردم را دارد. دلیل اطاعت مردم از پیامبر عظیم الشان آن بود که ایشان از جانب خداوند، اذن امر و نهی به امت اسلامی داشت. ائمه معصومین هم جانشین پیغمبر در این زمینه بودند. فقها نیز که ادامه دهنده راه این بزرگواران هستند، بنا بر نص صریح مقبوله عمرو بن حنظله، همه شئونی را دارند که امام دارد.

در اسلام، قانون درجات مختلفی دارد؛ درجه اول، قانونی است که خداوند به طور صریح در قرآن بیان کرده است. بعد از آن، قانونی است که پیامبر در مورد خاص با اذن پروردگار وضع کرده است. اوامر امام هم از این نظر که وجوب اطاعت آنان مانند پیامبر، حکمی است از سوی خداوند، در همین رتبه جای می گیرد. مجتهدان پیش از دستور معصوم با دیگر افراد در یک رتبه قرار دارند و هیچ کس نسبت به دیگری ولایت و سرپرستی ندارد. برای مثال، حضرت علی (ع) در حکمی از مردم خواست که به دستوره‌های مالک اشتر گوش فرادهند. پیش از این حکم، اوامر مالک اشتر برای مردم

۱. صرامی، سیف‌الله، «احکام حکومتی و مصلحت»، فصل نامه راهبرد، شماره چهارم، ۱۳۷۳، ص ۷۶.

ذاتاً ارزش و اعتباری نداشت، ولی بعد از فرمان معصوم، تخطی از منویات او، گناه محسوب می‌شد. پیروی از احکام فردی اگر از امام معصوم اذن داشته باشد، به دوران حیات یا غیبت او ارتباطی ندارد و این تفکیک بی‌مورد است.

بنا بر تعالیم اسلام، انسان مستقلاً حق قانون‌گذاری ندارد، مگر آن‌که در این راستا به او اذن داده باشند. در غیر این صورت، هر حکمی بگذارد، مشروع نخواهد بود.^۱ در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج)، فقهای عظام از جانب امام معصوم، این وظیفه را بر عهده دارند. شورای نگهبان به نیابت از ولی فقیه بعد از تشخیص موضوع در مجلس و تطبیق آن با عنوان کلی، حکم شرع را بیان می‌کند. عباس علی عمید زنجانی در این زمینه نوشته است: «قواعد کلی فقه برای روشن نمودن حکم شرعی هر پدیده در حوزه عمل انسان احتیاج به تطبیق دارد که فقها از آن به عمل تفریع یا استنباط تعبیر کرده‌اند و خواه ناخواه وقتی تطبیق قواعد کلی شرع بر موضوعات عینی و مفروض انجام می‌گیرد، حکم شرعی نام موضوع خود را به دنبال دارد».^۲

اگر قانون در نظام اسلامی تنها الزام اجتماعی در پی داشته باشد، به طور ضمنی، معترف شدیم که ماهیت حکم حکومتی با در نظر گرفتن مرجع صادرکننده متفاوت خواهد بود که خود این امر نیازمند دلیل است. مشروعیت و اطاعت از حاکم، لازم و ملزوم همدیگرند. از ادله ولایت فقیه نیز چنین برمی‌آید که پیروی از ولی فقیه وجوب شرعی دارد. پس طبیعی خواهد بود که اوامر او هم از وصف شرعیت برخوردار باشند.

تشبیه حکم فردی که از درجه عصمت برخوردار است، با شخصی که از این مقام محروم است، قیاس مع‌الفارق است. وجوب شرعی اطاعت از امام از همین رتبه نشئت می‌گیرد که ولی فقیه فاقد آن است. کسی منکر آن نیست که میان فردی که معصوم است، با دیگران تفاوت‌های فاحشی وجود دارد، اما این سخن در جایی مصداق پیدا می‌کند که دستور فقیه جنبه شخصی پیدا کند. بی‌تردید، این بخش از اوامر فقیه، وجوب شرعی ندارد، ولی به نظر می‌رسد که اهداف عالی اسلام از حکومت از قبیل اقامه حدود و اجرای عدالت از وظایف حاکم است و در این زمینه، میان معصوم و غیر آن، مرزبندی نمی‌توان متصور شد.

۱. مصباح یزدی، محمدتقی، نظریه سیاسی اسلام، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۸.

۲. عمید زنجانی، پیشین، ج ۲، ص ۴۷.

ابتدا باید مشخص کرد که مرجع حکم حکومتی تنها به شخص ولی فقیه اختصاص دارد یا نهادی مثل مجلس شورای اسلامی یا قوه مجریه به نیابت آن می‌توانند احکام الزام‌آور را صادر کنند. ادبیات فقهی در این زمینه بسیار کم است. پس اگر قائل باشیم که جز مجتهد جامع الشرایط، کسی نمی‌تواند قائم مقام او شود، پرونده حکم حکومتی برای همیشه بسته خواهد شد. سیره حضرت علی (ع) هنگام زمام‌داری نشان می‌دهد که ایشان، اختیار صدور حکم حکومتی را به اشخاصی هم چون مالک اشتر تفویض کرده بود. واگذاری اختیار وضع حکم حکومتی، شخصی نبود، به این معنا که مالک اشتر از آن رو حق امر و نهی به مردم را داشت که فرماندار حضرت بود. حضرت علی (ع) خطاب به مردم مصر این‌گونه نوشت: «سخن او را بشنوید و از او اطاعت کنید در آن چه مطابق حق است...»^۱

با توجه به گستردگی بلاد اسلامی و تنوع وظایف حاکم اسلامی، این امر امکان‌پذیر نبود که امام علی (ع) در تمام موارد، خود، رأساً وارد عمل شود و حکم حکومتی متناسب با آن موضوع را بیان کند. پس ناگزیر باید نمایندگانی را برمی‌گزید که اداره مملکت را به واسطه آنان پیش ببرد.

گفتار ششم: نسبت سنجی شرع با قانون در رویه شورای نگهبان

شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری نسبت به ابهام‌زدایی از عبارت «در صورتی که بر خلاف قانون نباشد، بر خلاف شرع نیست»، این‌گونه نظر داد:^۲ «نظر شورا در همه جا این بوده که اگر خلاف قانون باشد، بالطبع خلاف شرع هم هست و چنین مفهوم کلی ندارد که هر جا خلاف قانون نباشد، خلاف شرع هم نیست، بلکه موارد مختلف است؛ ممکن است خلاف شرع باشد، ممکن است نباشد».^۳

از این سخن به درستی فهمیده می‌شود که شورای نگهبان، ماهیت قانون در جوامع اسلامی را حکم حکومتی می‌پندارد که احاد مردم باید از آن تبعیت کنند. نهادینه‌سازی مرجع صدور حکم حکومتی (مجلس) با نظارت شرعی ولی فقیه به طور غیر مستقیم (شورای نگهبان)، تفاوت بنیادی میان شرع و قانون را از میان برداشته است. حکم شرع از منابع معتبر اسلامی استخراج می‌گردد. برعکس آن، قانون

۱. نهج البلاغه، نامه ۵۲.

۲. رأی شماره ن/۱۷۸/ه مورخ ۱۳۷۵/۹/۸.

۳. رأی شماره ۱۳۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴.

ابتدا نگارش می‌یابد. سپس با موازین فقهی تطبیق داده می‌شود. اگر قانون با شرع مغایرت نداشته باشد، به حکم شرعی دیگری تبدیل می‌شود که اعتبار آن تا پابرجا ماندن مصلحت است.

احکام اسلام در شرایط عادی از حالت ثبات و پایداری برخوردارند. تغییر اوضاع و احوال این امکان را فراهم می‌آورد که به طور موقت، حکم اولیه کنار گذاشته شود و حکم دیگری جای‌گزین گردد. مثال بارز آن در فقه عبادی، تیمم بدل از وضوست. ادله ولایت مطلقه فقیه، این اختیار را به حاکم اسلامی می‌دهد که اگر اجرای احکام اولیه، نظم اجتماع را بر هم می‌زند، آن را به طور موقت کنار بگذارد. تخصصی شدن موضوع‌ها و دقت نظر در اموری که تأثیر زیادی بر زندگی مردم دارد، وجود نهادهایی را ضروری می‌سازد که به ولی فقیه در اصدار حکم شرعی کمک کند.

مجلس شورای اسلامی در نظام فعلی همانند کارشناسی است که با تشخیص موضوع، حکم اصلی را به شورای نگهبان وامی‌گذارد. تا زمانی که شورای نگهبان، مغایرت با شرع را اعلام نکند، مصوبات مجلس، وصف الزام‌آوری به خود نخواهد گرفت. تأکید قوه مؤسس بر بی‌اعتباری مجلس شورای اسلامی بدون شورای نگهبان، این نکته را با خود دارد که مرجع نهایی صدور حکم حکومتی، شورای نگهبان است که نصف اعضای آن به طور مستقیم، منصوب ولی فقیه است. فقیه حاکم تنها مقامی است که حق دارد بنا بر مصلحت، احکام اولیه را تعطیل کند. نامه امام خمینی (ره) به رئیس جمهوری وقت هم از این دیدگاه ریشه می‌گیرد.

مصوبات قوه مجریه هنگام طرح در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از این چهار حالت خارج نیست:

۱. مصوبه با قانون مغایرت دارد، اما با شرع ندارد.
۲. مصوبه هم با قانون و هم با شرع مغایرت دارد.
۳. مصوبه تنها با شرع هم‌خوانی ندارد، ولی با قانون هماهنگ است.
۴. مصوبه نه با شرع و نه با قانون تضادی ندارد.

از تحلیل نظر شورای نگهبان این‌گونه برمی‌آید که اگر مصوبه با قانون موافق نباشد، از دو منظر ابطال می‌گردد. یکی، قانون است که دیوان عدالت اداری طبق صلاحیت بنیادی خود، آیین‌نامه را بی‌اثر می‌کند و دیگری، از سوی شرع است، ولی به طور غیر مستقیم با اعلام مغایرت مصوبات با قانون، کنترل شرعی تحقق می‌پذیرد. با احتساب نظر شورای نگهبان، تنها سه حالت باقی می‌ماند. حالت اول خودبه‌خود حذف می‌شود؛ چون بر اساس بافت حقوقی و نظارت خودکار دادرسی اساسی

(شرع)، قانون مصوب مجلس محال است با حکم شرع تعارض داشته باشد. نظر صادرشده از سوی شورا را باید بر این مبنا واکای کرد. البته به نظر می‌رسد که این دیدگاه، معطوف به قوانینی باشد که بعد از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده، وگرنه اطلاق این رأی به قوانین مصوب پیش از استقرار نظام جمهوری اسلامی و شورای انقلاب، بسیار دور از ذهن است.

نظر تفسیری شورای نگهبان در پاسخ به شورای عالی قضایی وقت هنگام مواجهه با موارد مغایر شرع، در ذیل اصل چهارم قانون اساسی هم به این نکته اشاره دارد: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین، قوانین و مقرراتی که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی، آن‌ها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید».

شورای نگهبان به صراحت در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری بیان کرده است که اگر مقرر خلاف قانون باشد، با شرع هم مغایرت دارد. قبل از تحلیل این عبارت باید بیان کرد که میان قانون و شرع از یک منظر، مشابهت وجود دارد. قانون و شرع بیانگر حکم کلی است که مکلفان را خطاب قرار می‌دهد. عمومی بودن قاعده حقوقی یا حکم شرع در برابر خطاب خاص است که از موضوع بحث خارج است.

شرع، رابطه انسان را در سه ضلع اعتقاد، اخلاق و حقوق تنظیم می‌کند. قانون تنها به حوزه انسان و اجتماع می‌پردازد. خاتمیت دین اسلام به این گونه تعبیر می‌شود که قواعد شرع در هر زمان و مکان قابلیت اعمال دارد. اشتراک در برخی حوزه‌ها و افتراق در دیگر مسائل، رابطه شرع و قانون را از منظر علم منطق در چارچوب عموم و خصوص، موجه قرار می‌دهد. به نظر می‌رسد که شورای نگهبان هم این دیدگاه را داشته باشد.

مجلس شورای اسلامی برای کنترل رفت و آمد در کشور قانون‌گذاری می‌کند. دادرس شرع هنگام بررسی مصوبه مجلس، به دلیل آن که با قاعده حفظ نظم منطبق است، آن را مغایر با شرع اعلام نمی‌کند. قوه مجریه در مقام مجری، آیین‌نامه وضع می‌کند. اگر مقرر دولت با قانون مغایر باشد، حکم شرع هم به نوعی نادیده انگاشته شده است؛ چون اگر مصوبه مجلس با موازین فقهی منطبق نباشد، چهره قانون به خود نخواهد گرفت. از زاویه دیگر، ممکن است آیین‌نامه مطابق با

قانون (حکم حکومتی) تدوین شده باشد، اما امکان دارد که با حکم دیگر شرع مغایر باشد. در مثال پیشین این احتمال هست که مقرره میان اشخاص در شرایط برابر تبعیض ایجاد کند.

در مجموع می‌توان گفت که نظارت خودکار شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، آن را با حکم شرع یکسان می‌سازد (حکم حکومتی). این نهاد به نیابت از ولی فقیه، مرجع صدور حکم حکومتی است. از دید ماهوی، آیین‌نامه با قانون تفاوت بنیادی ندارد و تنها مرجع وضع‌کننده آن فرق می‌کند. شورای نگهبان، مقرره قوه مجریه را منهای قانون (حکم حکومتی) بررسی می‌کند. حکم شرع در برابر حکم قانون بسیار گسترده‌تر است. اگر آیین‌نامه، قانون را نقض نکند، دلیل بر آن نیست که با شرع مغایر نباشد.

فرض دیگر این است که مجری قانون بنا به وظایف خود به صورت مستقل، مقرره تصویب کند. شورای نگهبان، مقرره را صرفاً با حکم شرع تطبیق می‌دهد، اگر چه از نگاه این نهاد، قانون مصوب مجلس در مقام حکم حکومتی است. قانون صلاحیت هر یک از نهادهای نظارتی را به طور دقیق مشخص کرده است. شورای نگهبان هم این تفکیک صلاحیت را مغایر با شرع قلمداد نکرده است. شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری، بارها بر این موضوع تأکید کرده که انطباق یا مغایرت مقرره با قانون بر عهده مرجع قضایی است.^۱ قاعده حفظ نظم نیز ایجاب می‌کند که نهادهای حکومتی تنها در حدود صلاحیت خود، حق اعمال حاکمیت داشته باشند.

نتیجه‌گیری

نظارت در نظام اسلامی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. حوزه‌ای در فرهنگ حکومت‌داری یافت نمی‌شود که حاکم، خود را نسبت به رفتارش، مسئول قلمداد نکند. اطلاق اصل چهارم قانون اساسی، این اختیار را به شورای نگهبان می‌دهد که هیچ مقرره الزام‌آوری، مغایر با شرع نباشد. گستره نظارت شرعی، محدود به قوانین و مقررات بعد از انقلاب نیست. نقش دیوان عدالت اداری در موارد مغایرت مصوبه با شرع، فراتر از یک واسطه منفعل است؛ یعنی تا زمانی که نهاد قضایی، ابطال را به طور رسمی اعلام نکند، مقرره، اعتبار حقوقی خود را از دست نمی‌دهد.

نگرش شورای نگهبان به قانون با در نظر گرفتن نظریه ولایت فقیه، تفاوت بنیادی با اندیشه

۱. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۳۴.

مرسوم دارد. جوامع اسلامی قبل از ظهور پدیده قانون با یک سری مسائل مواجه بودند که حکم آن در شرع تعیین شده بود. اگر قانون بخواهد در این موضوعها قاعده‌گذاری کند، حکم شرع تنها چهره جدید به خود می‌گیرد. بحث اصلی به مسائلی بازمی‌گردد که حکم اولیه آن در اسلام مباح است. بنا به دلایلی، دولت تصمیم می‌گیرد که اختیار مردم را محدود کند. طبیعت قانون با خود، الزام اجتماعی دارد. اجباری بودن رعایت قانون در جامعه اسلامی به سمت التزام شرعی حرکت می‌کند. قانون، ماهیت خود را به حکم حکومتی تغییر می‌دهد. این دیدگاه را به روشنی می‌توان از پاسخ شورای نگهبان به دیوان عدالت اداری استنباط کرد. اگر آیین‌نامه برخلاف قانون تنظیم گردد، مغایر با شرع پنداشته خواهد شد.

ولی فقیه در رأس حکومت اسلامی، حق صدور فرمان حکومتی را دارد. احکام حکومتی بر اساس مصالح و مفاسد جاری کشور وضع می‌گردد. قوه مقننه در نظام اسلامی، موضوع احکام را تشخیص می‌دهد. شورای نگهبان هم آن را با موازین فقهی انطباق می‌دهد که حکم حکومتی مغایر با شرع نباشد. آحاد ملت وظیفه دارند از فرمان حکومتی اطاعت کنند. اگر دیوان عدالت اداری رأی بدهد که آیین‌نامه برخلاف قانون است، تنها مغایرت یک نوع از احکام شرع را احراز کرده است. از سمت دیگر، رأی دیوان عدالت اداری بر ابرام یا ابطال مصوبه تنها بر این دلالت دارد که مصوبه با قانون (حکم حکومتی) مغایرتی ندارد و به این معنی نیست که با دیگر احکام شرع مطابقت دارد.

رویه شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری همواره نشان می‌دهد که این شورا هرگز از صلاحیت خاص خود عدول نکرده است. اگر شاکي، مصوبه دولتی را مغایر با شرع می‌پندارد، دادخواهی عادلانه ایجاب می‌کند که جواب روشن به خواهان داده شود. طفره رفتن از پاسخ و احاله دادن موضوع به قانون یا به کاربردن عبارت‌های ابهام‌آمیز هم چون «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست»، کارآمدی نظارت شرعی را با مشکل روبه‌رو می‌کند. این گونه اظهار نظرها، درست نقطه مقابل هدف قانون‌گذار قرار دارد؛ چون احاله تشخیص مغایرت با شرع به معنای تمرکز تصمیم‌گیری در یک نهاد است. تفکیک صلاحیت‌ها به دو قسمت شرع و قانون نیز از اموری است که قوه مؤسس بر آن تأکید داشته و به نوعی جزو مسائل ماهوی نظام حقوقی است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱.
۳. جناتی، ابراهیم، ادوار فقه و کیفیت بیان، تهران: کیهان، ۱۳۷۴.
۴. سبحانی، جعفر، مبانی حکومت اسلامی، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۰.
۵. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷.
۶. علی نوری، علی رضا، کلیات فقه (جلد ۱)، قم: یاقوت، ۱۳۸۰.
۷. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (جلد ۱)، تهران: امیرکبیر، ۱۴۲۱.
۸. فیرحی، داوود، در آستانه تجدید، تهران: نی، ۱۳۹۴.
۹. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۰. کفایی، عبدالحسن، مرگی در نور، تهران: زوار، ۱۳۵۹.
۱۱. لطفی، اسدالله، مبانی استنباط حقوق اسلامی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۱۲. مصباح یزدی، محمدتقی، نظریه سیاسی اسلام، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰.
۱۳. مصباح یزدی، محمدتقی، ولایت فقیه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳.
۱۴. مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷.
۱۵. مطهری، مرتضی، آشنایی با قرآن (جلد ۱۳)، تهران: صدرا، ۱۳۸۱.
۱۶. معین، محمد، فرهنگ نامه، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۰.
۱۷. موسوی خمینی، سید روح الله، صحیفه نور (جلد ۲)، تهران: عروج، ۱۳۸۷.
۱۸. میراحمدی، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰.
۱۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۰.

ب) مقاله

۱. امینی پژوه، حسین و محسن اسماعیلی، «منطقه الفراغ به مثابه نظریه قانون گذاری»، فصل نامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۱، صص ۲۰۱.
۲. پروین، خیرالله، حمید افکار سرند و میثم درویش متولی، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، فصل نامه حکومت اسلامی، شماره چهارم، سال هفتم، ۱۳۹۱، صص ۱۳۲-۱۰۹.
۳. خامنه ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳.
۴. صرامی، سیف الله، «احکام حکومتی و مصلحت»، فصل نامه راهبرد، شماره چهارم، ۱۳۷۳، صص ۹۲-۶۳.
۵. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، سال هشتم، شماره بیست و پنجم، ۱۳۹۹، صص ۲۳۳-۲۰۷.
۶. موسی زاده، ابراهیم، «تحلیل فرجام شناختی اصل چهارم قانون اساسی»، فصل نامه حقوق، دوره چهارم، شماره دوم، ۱۳۸۹، صص ۳۴۴-۳۲۵.
۷. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، فصل نامه مطالعات حقوقی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۸، صص ۱۵۱-۱۲۵.

ج) نظر شورای نگهبان

۱. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۳ مورخ ۷۵/۳/۲۶.
۲. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۴ مورخ ۷۵/۳/۲۶.
۳. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۷ مورخ ۷۵/۳/۲۹.
۴. شماره ن/۱۷۸/۰ مورخ ۷۵/۹/۸.
۵. شماره ۷۵/۲۱/۰۹۹۳ مورخ ۷۵/۸/۱۰.
۶. شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۷۶/۴/۲۴.

الف) کتاب

۱. ابوالصفا، محمد، التشریح الاسلامی صالح فی کل زمان و مکان، بی‌جا: بی‌نا، ۱۳۹۷ ه.ق.
۲. بحرانی سند، محمد، أسس نظام سیاسی عند الامامیه، قم: فدک، ۱۴۲۶ ه.ق.
۳. بحرانی سند، محمد، ملکیه الدوله، قم: فدک، ۱۴۲۸ ه.ق.
۴. تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب (جلد ۳)، قم: اسماعیلیون، ۱۴۱۶ ه.ق.
۵. حلی، حسن، ارشاد الاذهان، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۲ ه.ق.
۶. صدر، سید محمدباقر، الاسلام یقود الحیاه، قم: دارالصدر، ۱۳۸۲.
۷. منتظری، حسین علی، نظام الحکم فی الاسلام، تهران: سرایی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۸. نایینی، محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱)، تهران: مکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.

واگذاری بستر رودخانه از منظر حقوق اموال عمومی

زهرا مشایخی^۱

محمد حسنونند^۲

رحیم گل‌زاده^۳

چکیده

رودخانه‌ها به مثابه شریان‌های حیاتی زمین در شمار اموال ملی و عمومی قرار می‌گیرند و عواملی نظیر واگذاری‌های غیر اصولی بستر و تصرف حریم و تغییر کاربری آن‌ها، اکوسیستم محیط را به خطر می‌اندازد. در حال حاضر، در قوانین عادی، بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها به صورت کشت موقت در قالب عقد اجاره تجویز شده و ایجاد اعیانی و هر گونه دخل و تصرف در این اراضی با مجوز وزارت نیرو میسر گردیده است. انتقال مالکیت منافع بستر رودخانه‌ها به اشخاص خصوصی بدون نظارت کافی و مؤثر سازمان‌های مربوط، منشأ معضلات و جرایم متعددی گشته است که قابل اغماض نیست.

پرسش اصلی در این مقاله آن است که بستر رودخانه در نظام حقوق اموال چه جایگاهی داشته و واگذاری آن در کدام قالب حقوقی تجویز شده است تا از این طریق، آثار کیفی آن تحلیل گردد. این پژوهش با مطالعه منابع کتاب‌خانه‌ای و با بررسی ماهیت رودخانه‌ها در نظام حقوق اموال عمومی به این نتیجه دست یافته است که بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها به عنوان اموال ملی باید به صورت استثنایی و با اذن دولت، بدون انتقال منافع آن در قالب عقد اجاره صورت بگیرد.

واژگان کلیدی: بستر رودخانه، اموال ملی، واگذاری، تغییر کاربری، اموال عمومی، جرایم

زیست محیطی.

۱. قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران z.mashayekhi@outlook.com

۲. قاضی دادگستری و مدرس دانشگاه، دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران md.hasanvand@gmail.com

۳. قاضی دادگستری، کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دپارتمان حقوق، دانشگاه مفید، قم rahimgolzadeh801@gmail.com

مقدمه

بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۱۶ مجلس شورای اسلامی، بستر رودخانه‌ها در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران بوده و مسئولیت حفظ و اجاره و نظارت بر بهره‌برداری از آن‌ها به دولت محول شده است. در این میان، توجه‌هایی چون اشتغال‌زایی و فعالیت اقتصادی به ظاهر سالم، بهانه لازم را برای تخریب و تغییر کاربری بستر رودخانه‌ها ایجاد کرده است. برای مثال، به موجب تبصره ۳ ذیل همان ماده، ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها با اجازه وزارت نیرو ممکن است. اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هر فعالیتی را که با آلودگی محیط زیست یا تخریب جبران‌ناپذیر آن ملازمه پیدا کند، ممنوع اعلام کرده است.

در خصوص نحوه بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها، ماده ۷ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، آب‌یاری و زه‌کشی، مصوب ۱۳۷۹/۰۸/۱۱ هیئت وزیران، کشت موقت در آن قسمت از بستر رودخانه را که برای بهره‌برداری از آب، مزاحمتی ایجاد نکند، با موافقت کتبی و قبلی شرکت آب منطقه‌ای مربوط و در قالب عقد اجاره، بلامانع اعلام و مقرر کرده است که مستأجر هرگز حق ایجاد اعیانی و غرس اشجار (به جز زراعت سطحی) را ندارد. بستر رودخانه‌ها جزء اموال ملی و در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است و محول شدن مسئولیت حفظ و اجاره و نظارت بر بهره‌برداری از آن‌ها به دولت، دلیل بر مالکیت دولت به معنای خاص خود نمی‌شود. از این رو، وزارت نیرو موظف است در انجام مسئولیت‌های محول شده، مبانی شرعی و قانونی را در انعقاد قراردادهای بهره‌برداری مراعات کند. هم‌چنین از هرگونه عملیاتی جلوگیری کند که با موقت بودن واگذاری‌ها منافات دارد یا سبب تغییر کاربری بستر رودخانه‌ها می‌شود. بی‌توجهی به این مبانی، زمینه تصرف غیر قانونی اراضی ملی و تغییر کاربری را فراهم می‌آورد.

حق برخورداری از محیط زیست سالم و پاسداری از اموال عمومی، دو سنجه اساسی در ارزیابی قواعد حاکم بر نظام واگذاری بستر رودخانه است. چالش اساسی این نوشتار نیز بررسی نظام حقوقی حاکم بر واگذاری بستر رودخانه از منظر این دو مفهوم است. پرداختن به این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که کشور دچار بحران آب است و سوء استفاده در واگذاری و استفاده از بستر رودخانه می‌تواند با تشدید این بحران، بر حقوق محیط زیست، حقوق شهروندان نسبت به اموال عمومی و مدیریت منابع

آبی اثر مستقیم بگذارد. از همین رو، نوشتار پیش رو با نگاهی آسیب‌شناسانه به بررسی نظام حاکم در جریان واگذاری‌ها از منظر حقوق اموال عمومی پرداخته است. بر این اساس، این مقاله در سه بخش بیکربندی شده است: در بخش نخست، ماهیت حقوقی بستر رودخانه و آثار آن با نگاهی به مفهوم قانونی آن و جایگاه فقهی موضوع تبیین می‌گردد. در بخش دوم، شیوه بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها در نظام قانونی و در بخش پایانی، جرایم بالقوه ناشی از این واگذاری‌ها بررسی می‌شود.

گفتار اول: ماهیت‌شناسی بستر رودخانه از منظر حقوق عمومی

بستر رودخانه‌ها به سبب ارزشمندی و مرغوبیت ذاتی که برای کشاورزی، غرس اشجار و تفریح و گردشگری دارد، دارای ارزش اقتصادی است و همانند اراضی دیگر جزء اموال محسوب می‌شوند. بستر قانونی رودخانه با بستر طبیعی رودخانه الزاماً یکی نیست. با این‌که بستر طبیعی رودخانه تعریف مشخصی ندارد، بستر قانونی رودخانه به آن بخش از «پهنه سیلابی» رودخانه گفته می‌شود که در فرآیندی فنی و قانونی مشخص می‌شود.

بستر رودخانه برای نخستین بار در سال ۱۳۴۷ در «قانون آب و نحوه ملی شدن آن»، وارد ادبیات حقوقی ایران شد و در ادامه با تصویب «قانون توزیع عادلانه آب‌ها» در سال ۱۳۶۱ نظام‌مند گردید. تعریف‌های قانونی مختلفی از بستر رودخانه از سال ۱۳۴۷ تاکنون به عمل آمده است. در تبصره ماده ۲ «قانون آب و نحوه ملی شدن آن»، بستر به حداکثر طغیان در مورد هر رودخانه و نهر طبیعی با توجه به آمار هیدرولوژیک رودخانه‌ها و انهار و داغ‌آب در بستر طبیعی آن‌ها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی از طرف وزارت آب و برق اطلاق شده است. در بند «ح» ماده یک «آیین‌نامه بستر و حریم رودخانه‌ها و غیره»، مصوب ۱۳۷۹ هیئت وزیران (به استناد ماده ۵۱ قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱)، بستر به آن قسمت از رودخانه اطلاق شد که در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژیک و داغ‌آب و حداکثر طغیان با دوره برگشت ۲۵ ساله به وسیله وزارت نیرو یا شرکت‌های آب منطقه‌ای تعیین می‌شود. در آخرین تعریف، حسب آیین‌نامه اجرایی قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی (مصوب ۱۳۶۳)، بستر، آن قسمت از رودخانه است که در حداکثر طغیان معمولی زیر آب قرار می‌گیرد.

شرکت آب منطقه‌ای در هر مورد، بستر و حریم رودخانه را تعیین می‌کند که تشریفات مربوط به آن در «آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها» (مصوب ۱۳۷۹) به تفصیل بیان شده است.

بنابراین، بستر، قسمتی از رودخانه است که پس از تعیین و اعلام توسط شرکت آب منطقه‌ای و پیمودن تشریفات قانونی، در محل مشخص و علامت‌گذاری می‌شود. بستر به عنوان اراضی اطراف رودخانه بررسی نمی‌شود، بلکه بخشی از رودخانه بوده و غیر از حریم آن است. حریم، آن قسمت از اراضی اطراف رودخانه است که بلافاصله پس از بستر قرار دارد و به عنوان حق ارتفاق برای کمال انتفاع یا حفاظت کمی و کیفی تأسیسات احداثی لازم است.^۱

بند اول: ماهیت بستر رودخانه در نظام فقهی

یکی از مسائل مورد اختلاف در فقه، مالکیت آب‌های عمومی و به تبع آن، بستر رودخانه‌هاست. در این مورد، سه دیدگاه در فقه اهل بیت (ع) می‌توان یافت. برخی از فقیهان معتقدند که آب‌های عمومی از جمله دریاها در ردیف انفال قرار دارند. در مقابل، دیدگاه برخی دیگر از فقیهان این است که این دسته از اموال جزو مشترکات عمومی هستند و گروهی نیز آن را در دسته مباحات قرار داده‌اند. در روایات اهل بیت (ع)، از انفال بودن آب‌های عمومی، ذکری صریح به میان نیامده است. در این خصوص تنها می‌توان به حدیثی از امام صادق (ع) اشاره کرد که فرمود: «پنج رود فرات، دجله، نیل مصر، مهران و نهر بلخ و هر چیزی که به وسیله آن‌ها مشروب می‌شود، از آن امام است.»^۲ مقصود از امام، حکومت اسلامی است که در رأس آن، امام قرار دارد. در مورد قائلین دیدگاه اول می‌توان از شیخ مفید^۳ و ابوالصلاح حلبی^۴ نام برد. امام خمینی (ره) به صراحت بیان کرده است که سواحل دریاها و بستر رودخانه‌ها در زمره انفال^۵ قرار دارد.^۶

۱. بند ۱۲ فصل اول آیین‌نامه اجرایی قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی، مصوب ۱۳۶۳.

۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹، ص ۵۳۰.

۳. بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید)، **المقنعه**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳، ص ۲۷۸.

۴. حلبی، ابوالصلاح، **الکافی فی الفقه**، اصفهان: کتاب‌خانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳، ص ۱۷۱.

۵. انفال، اموال مختص به رسول خدا (ص) و امامان است. انفال، جمع نفل یا نفل به معنای زیادی، بخشش و غنیمت است. وجه نام‌گذاری اموال ویژه پیامبر اکرم (ص) و امامان به انفال که از قرآن کریم نشئت گرفته، این است که خداوند به منظور گرامی‌داشتن مقام رسالت و امامت و برتری بخشیدن وجود مبارک رسول خدا (ص) و امامان بر دیگران، افزون بر خمس، انفال را نیز به آنان اختصاص داده است. نک: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع) (جلد ۲)، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲، صص ۷۰۲-۷۰۰.

۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **تحریرالوسیله**، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا، ص ۳۶۸.

با وجود اختلاف‌هایی که در فقه در خصوص انفال بودن آب‌های عمومی وجود دارد، به علت غلبه آب بر بستر و این‌که در گذشته، امکان انتفاع از بستر وجود نداشته، در فقه به موات و انفال بودن بستر حکم شده است.^۱

در مقابل این دیدگاه، عده دیگری از فقیهان، آب‌های عمومی و بستر آن را در عداد مصادیق انفال ذکر نکرده‌اند. از این گروه می‌توان به سلار،^۲ ابن براج^۳ و ابن ادریس^۴ اشاره کرد. گفتنی است انفال با مشترکات عمومی از نظر مبنایی تفاوت دارند. طبق دیدگاه برخی فقیهان، آب‌های عمومی در زمره مشترکات عمومی و ثروت‌های طبیعی قرار دارند که احدی حق تملک خصوصی آن را ندارد و با حفظ جنبه اشتراکی مال، حق بهره‌برداری دسته‌جمعی برایشان صادر شده است.^۵

گروهی دیگر نیز آب‌های طبیعی را از مباحات دانسته‌اند. بر این اساس، هر کس از آن بهره‌برداری کند، نسبت به دیگران اولویت دارد و اگر قصد تملک داشته باشد، مالک آن محسوب می‌شود.^۶ بر اساس رویکرد فقهی اخیر، آب‌های جاری و رودخانه‌ها جملگی از مباحات اصلیه است و هر کس آن‌ها را به قصد تملک، حیازت کند، مالک آن می‌شود. این در حالی است که انفال این‌گونه نیست و با سبق تصرف و قصد تملک، وارد دارایی افراد نمی‌شوند و تصرف در آن‌ها به اجازه حکومت وابسته است. پس این‌که آب‌های عمومی و بسترها را از مشترکات عمومی، مباحات یا انفال بدانیم، از نگاه فقهی دارای اهمیت و اثر است.

بند دوم: بستر رودخانه در سنجه اموال عمومی

به تبع اختلاف فقهی، رویکردهای مختلفی در دوره‌های مختلف قانون‌گذاری به چشم می‌خورد

۱. نجفی الجواهری، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲، ج ۱۶، ص ۱۱۹.

۲. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویه و الاحکام النبویه فی الفقه الامامی*، قم: منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴، ص ۱۴۰.

۳. طرابلسی، ابن براج، *المهذب (جلد ۱)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶، ص ۱۸۳.

۴. حلی، ابن ادریس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۱)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰، ص ۴۹۷.

۵. صدر، سید محمدباقر، *اقتصاد ما (بررسی‌هایی درباره مکتب اقتصادی اسلام)* (جلد ۲)، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۷، ص ۱۲۷.

۶. جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة (المحشی: کلاتر)*، قم: کتاب‌فروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰، ج ۷، ص ۱۸۴.

و در این موضوع، ادبیات حقوقی متشکلی شکل گرفته است. از یک سو، در قانون مدنی، اراضی اطراف رودخانه جزء مباحات تلقی می‌شد که از طریق حیازت قابل تملک است. از سوی دیگر، قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴، بستر رودخانه‌ها را ملک عمومی و در اختیار شهرداری‌ها تلقی کرده بود. در سال ۱۳۴۷، قانون آب و ملی شدن آن به این سرگردانی پایان بخشید و بستر رودخانه‌ها را متعلق به دولت عنوان کرد. در نهایت، قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱ در ماده ۲ از ادبیات دیگری بهره جست و بستر آنها را در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران محسوب کرد. به کارگیری الفاظ مختلف از سوی قانون‌گذار در سیر تطور قانونی، مانند «انفال و ثروت‌های عمومی» در اصل ۴۵ قانون اساسی، عبارت «متعلق به دولت» در قانون آب و ملی شدن آن، «در اختیار حکومت جمهوری اسلامی، ملک عمومی و مشترکات» در قانون توزیع عادلانه آب، ماهیت دقیق حقوقی بستر رودخانه‌ها را با ابهام مواجه ساخته و مسائل و شبهات جدی در آثار و احکام آن ایجاد کرده است.

مطابق نخستین رویکرد فقهی، در اصل چهل و پنجم قانون اساسی، رودخانه‌ها و دیگر آب‌های عمومی در زمره انفال و ثروت‌های عمومی یاد شده است که در اختیار حکومت اسلامی است تا طبق مصالح عامه درباره آن‌ها عمل کند. با این حال، شورای نگهبان در مقام ایراد به طرح توزیع عادلانه آب، این رویکرد فقهی را نپذیرفت و در نقد ماده ۱ طرح توزیع عادلانه آب، مصوب جلسات ۱۳۶۱/۳/۱۷ و ۱۳۶۱/۷/۱۳ مجلس شورای اسلامی، ذکر انفال را مغایر شرع تلقی کرد و افزود: «این‌که ماده ۱ آب‌ها را از انفال ذکر نموده، شرعاً صحیح نیست و پیشنهاد می‌شود نوشته شود که از مشترکات است و در اختیار دولت و جمله «و آب‌های عمومی» حذف شود.» به نظر می‌رسد مقصودی که فقهای وقت شورای نگهبان از مفهوم انفال برداشت می‌کردند، حمل مفهوم «از آن امام» به شأن مالکیتی برای دولت بوده است که ایشان کوشیده‌اند از احتمال تعلق آب‌های عمومی و به تبع بستر آن به دولت جلوگیری شود.

مطابق نظر رایج میان فقیهان، اموال امام (اموال دولتی) در مقابل اموال عموم (اموال عمومی) است. این در حالی است که تفسیر دیگری از انفال وجود دارد که مقصود از عبارت «از آن امام» را «اختیار حکومت اسلامی» در تصدی و نظارت بر آن دسته اموال می‌داند. بر این اساس، گروهی از فقیهان، رابطه حاکم اسلامی با همه اموال عمومی را ولایت می‌دانند و هیچ مالکیتی برای حاکم

قائل نیستند و معتقدند انفال نظیر دیگر اموال عمومی تابع ولایت حکومت است.^۱

برخی معتقدند با آن‌که شورای نگهبان، آب‌های مشمول قانون توزیع عادلانه آب را مشترک عمومی اطلاق کرده، همان احکام انفال را برای این آب‌ها پذیرفته است.^۲ این در حالی است که چنان‌که گفتیم، به عقیده برخی از فقیهان، مشترکات عمومی غیر از مباحات و انفال است. از این رو، به نظر می‌رسد شورای نگهبان حسب تفسیر مشهور فقیهان از مفهوم انفال (اموال دولتی یا اموال در مالکیت حکومت اسلامی)، مالکیت حکومت را بر این دسته از انفال نفی کرده و بدون آن‌که بخواهد آن‌ها را جزء مباحات بیاورد، با تیزبینی و با اشاره به مفهومی نظیر «مشترکات عمومی» و «در اختیار حکومت»، رودخانه‌ها و به تبع، بستر آن‌ها را در زمره اموال عمومی آورده است. با این حال، لازم است از قید الفاظ و ابهام‌های ناشی از آن‌ها عبور کنیم.

قانون مدنی نیز به تبعیت از یک نظر فقهی، منابع آبی را در زمره مباحات دسته‌بندی کرده است. بر اساس ماده ۲۷ قانون مدنی، اموالی که ملک اشخاص نیست و عموم افراد می‌توانند آن‌ها را مطابق مقررات مندرج در قانون یا سایر قوانین مخصوصه، تملک یا از آن‌ها استفاده کنند، مباحات نامیده شده است و اراضی موات که معطل افتاده باشد و آبادی و کشت و زرع در آن نباشد، جزء مباحات آمده است.

به عقیده برخی از حقوق دانان، با تصویب قانون ملی شدن آب در ۱۳۴۷/۰۴/۲۷، مواد ۱۴۹ به بعد قانون مدنی، منسوخ و مسئله تملک آب منتفی شده و صدور سند رسمی برای مالکیت آن ممنوع گردیده است.^۳ برخی دیگر از حقوق دانان نیز معتقدند که قانون توزیع عادلانه آب، ناسخ قانون مدنی نیست، ولی استفاده از آن‌ها را با اذن و مجوز وزارت نیرو دانسته است و لذا الجمع مهمما امکان اولی من الطرح.^۴

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع (جلد ۲)، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۲۱، ص ۴۹۶؛ منتظری، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی (جلد ۷)، تهران: کیهان، ۱۳۶۷، ص ۲۹۶.

۲. کریمی، عباس، «مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، پاییز ۱۳۷۸، شماره ۴۵، ص ۶۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانش‌نامه حقوقی (جلد ۳)، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۳۵۶.

۴. کائوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ پنجاه و چهارم، ۱۴۰۰، صص ۱۷۲-۱۷۳.

علاوه بر این، در گذشته، اموال عمومی را در مالکیت دولت می‌دانستند و مؤید آن در نظام حقوقی ایران، تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری، مصوب ۱۳۴۵ بود که بستر رودخانه‌ها و نهرها را ملک عمومی و تحت مالکیت شهرداری می‌دانست. در دوره مدرن، نظریه مالکیت دولت بر اموال عمومی به دلایل مختلفی از جمله سوء استفاده‌هایی که دولت‌ها از اموال عمومی می‌کردند و نیز تضاد میان مالکیت و کاربری عمومی مطرود گردید و سبب شد اندیشمندان در خصوص نقش نگه‌داری و حفاظت دولت‌ها در خصوص اموال عمومی نظریه‌پردازی کنند.^۱ با ملاحظه سابقه تقنینی موضوع به نظر می‌رسد باید آخرین اراده قانون‌گذار که همانا قانون توزیع عادلانه آب است، ملاک قرار گیرد. بنابراین، تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری‌ها در این خصوص نسخ ضمنی شده است.

برخی بر این اعتقادند که بستر آب‌های طبیعی و رودخانه‌ها به دلیل طبیعت خاص و مصرفی که دولت برای آن معین کرده، از اموال عمومی است و پهنای بستر رودخانه‌ها تا حدی جزو اموال عمومی است که مسیر رودخانه‌ها یا نهر را حداکثر طغیان معمولی نشان دهد.^۲ به نظر می‌رسد هر چند بستر رودخانه‌ها نیز همانند مشترکات عمومی در اختیار حکومت است، ولی هیچ شباهتی با مصادیق ذکر شده در مواد ۲۴ تا ۲۶ قانون مدنی ندارد. ضمن آن‌که صرف شروع به استفاده از بستر رودخانه‌ها، چنان‌که خواهیم دید، برای متصرف آن، حق تقدمی ایجاد نخواهد کرد و بهره‌برداری از آن‌ها با درجه شدیدتری از نظارت حکومت همراه است که از اعمال حاکمیتی است.

دسته دیگری از اموال وجود دارند که اموال حکومت و ملت تلقی می‌شوند و دولت از باب اعمال حاکمیت، آن‌ها را در اختیار دارد و می‌تواند استفاده عمومی از این اموال را منع کند، ولی حق انتقال و واگذاری این اموال را نخواهد داشت.^۳ به نظر می‌رسد بر اساس ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱، رودخانه‌ها و بستر آن‌ها در زمره همین اموال است. حسب تبصره ۳ و ۴ ماده ۲ همین قانون، هر گونه دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها ممنوع است و این با ویژگی ممانعت حکومت از استفاده عمومی سازگارتر است.

۱. کرمی، حامد و سید علی‌رضا میربد، «ولایت دولت بر اموال عمومی از منظر حقوق اداری و فقه امامیه»، نشریه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲۲، صص ۲۰۱-۲۰۳.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۷۳.

۳. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، «داوری پذیری اموال مربوط به اموال عمومی و دولتی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، بهار ۱۳۹۱، شماره ۳۶، ص ۱۶۸.

اصل ۴۵ قانون اساسی به دسته‌ای از اموال تحت عنوان انفال یا ثروت‌های عمومی اشاره می‌کند که به نظر می‌رسد وجه تمایز این دسته از اموال با اموال عمومی، در نگاه نخست، طبیعی بودن این دسته از اموال است: «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست...» در این اصل، انفال و ثروت‌های ملی، تعریف به مصداق شده است.

طبق یک تعریف ثروت عمومی، معیار ارزش همه دارایی‌هایی است که به اشخاص و جامعه در یک کشور تعلق دارد.^۱

شواهد قانونی مؤید این نظر نیز قانون آب و نحوه ملی شدن آن، مصوب ۱۳۴۷ است که برای نخستین بار در این قانون، آب، ثروت ملی تلقی شد و بستر رودخانه‌های طبیعی را نیز دربرمی‌گیرد. در ادامه سیر قانون‌گذاری، فصل اول قانون توزیع عادلانه آب با نام مالکیت عمومی و ملی آب معنون شده است. اشکال شورای نگهبان نیز در چارچوب اندیشه فقهی فقهای وقت شورا با این توصیف هم‌سو خواهد بود؛ چون ایشان به تبعیت از نظر مشهور فقهی، انفال را ملک امام (اموال دولتی) تلقی می‌کردند. حذف انفال از قانون توزیع عادلانه آب برای آن بود که آب‌ها و بستر آن‌ها متعلق به عموم انگاشته شود و در اختیار حکومت باشد، نه آن‌که جزء اموال متعلق به امام یا دولت تلقی شود. از سویی، این رویکرد از استفاده مطلق مردم از آب‌ها و بستر آن‌ها جلوگیری می‌کند و با ویژگی اموال ملی و اصل ۴۵ قانون اساسی مطابقت دارد. هم‌چنین به اعتقاد برخی از فقیهان، زمین و منابع طبیعی، ملک خاص هیچ کس نیست و سرپرست مسلمانان بر حسب مصلحت عموم بر زمین و منابع آن نظارت دارد و حدود تصرفات و تعیین خراج در این اموال را تعیین می‌کند.^۲

با این حال، قانون‌گذار در سال ۱۳۸۹ با تصویب قانونی در خصوص «افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی»، ذیل ماده ۹ بر تثبیت مالکیت دولت نسبت به منابع ملی و اراضی موات و دولتی تأکید ورزید.

۱. حق پناهان، حمیدرضا و حامد کرمی و مجتبی همتی، «واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۱۵: ص ۴۰۷.

۲. طالقانی، سید محمود، اسلام و مالکیت، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۴، ص ۱۴۷؛ صدر، پیشین، ص ۷۸.

در خصوص تبصره دو ذیل این ماده، مخالفان در شورای نگهبان، به درستی، مغایرت چنین محتوایی را با اصل قانون اساسی را متذکر شدند.^۱ به نظر ما نیز اختیار دولت نسبت به انفال، جنبه تصدی‌گرایانه دارد. در نهایت، این‌که بستر رودخانه‌ها را به عنوان اموال ملی شناسایی کنیم، واجد آثاری است که در بررسی واگذاری آن‌ها تأثیری بسزا دارد:

نخست آن‌که اساساً این دسته از اموال، نه از سوی اشخاص خصوصی و نه از سوی اشخاص حقوق عمومی قابل تملک نیست. صدور سند مالکیت برای وزارت جهاد نیز اقدامی پیش‌گیرانه برای نفی تصرفات غیر بر اراضی ملی و در راستای اعمال حاکمیت خواهد بود. به یقین، مالکیتی که دولت به عنوان شخص حقوقی هیئت دولت نسبت به اموال و دارایی خود دارد، با عنوان مالکیتی که در مقام اعمال حاکمیت و برای حفظ و تصدی اراضی ملی دارد، یکسان نیست و می‌توان گفت مالکیت اخیر در مفهوم مجازی به کار رفته است. همچنین می‌توان برای دولت مسئولیت مدنی در قبال خسارت وارده ناشی از اعمال حاکمیتی در نظر گرفت.^۲

دیگر ویژگی این دسته از اموال، انتقال‌ناپذیر بودن این اموال است. دولت نمی‌تواند اموال عمومی و به تبع، ثروت‌های ملی را انتقال دهد؛ زیرا امکان نقل و انتقال این دسته از اموال با تملک‌ناپذیر بودن آن‌ها منافات دارد.

برخی در راستای اصل ۴۴ قانون اساسی، امکان تغییر مالکیت عمومی اموال به مالکیت خصوصی را با حمایت قانون‌گذار در جهت رشد و توسعه اقتصادی و مصالح عمومی مجاز دانسته‌اند.^۳ اگر

۱. مخالفان تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی در جلسه شورای نگهبان چنین استدلال کرده‌اند: «بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی، دولت مکلف است تا انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات را که در اختیار دارد، بر طبق مصالح عامه مدیریت نماید، حال آن‌که در تبصره مزبور، همانند کشورهای سوسیالیستی، مالکیت این زمین‌ها تنها در انحصار دولت بوده و حق واگذاری آن‌ها، حتی در صورت وجود مصلحت عامه، از دولت سلب گردیده است. به همین جهت، تبصره فوق مغایر با اصل ۴۵ قانون اساسی است.» برگرفته از: شرح تفصیلی نظر شورای نگهبان درباره طرح «افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، مصوب ۱۳۸۹/۲/۲۲ مجلس شورای اسلامی» منتشر شده در: <https://www.shora-gc.ir/0000QC>. (تاریخ انتشار: ۱۳۸۹/۰۶/۲۳)

۲. سامانی، احسان و سیدحسن وحدتی شبیری، «تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیانبار حاکمیتی در قبال شهروندان»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۶، صص ۸۵-۱۰۸.

۳. کنعانی، محمدطاهر، تملک اموال عمومی و مباحثات، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲، صص ۲۵۲-۲۵۳.

قانون‌گذار، هدف اختصاص یافته به آن را تغییر دهد، مانع از انتقال نخواهد بود.^۱ اگر در برخی موارد نظیر پارک‌ها و موزه‌ها، اجازه قانونی برای فروش اموال عمومی به طور محدود داده شده است، به نظر می‌رسد قانون‌گذار به طور مطلق چنین مجوزی در خصوص ثروت‌های ملی صادر نکرده است و این معیار، عاملی برای تمیز اموال عمومی مصنوعی نظیر راه‌ها و موزه‌ها از ثروت‌های ملی نظیر کوه‌ها، دریاها، رودخانه‌ها و بستر آن‌هاست. مؤید این سخن، ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی است که انتقال اراضی ملی را به کلی ممنوع دانسته و همه قوانین مغایر در این خصوص را ملغی شمرده است. این در حالی است که برای مثال، اموال دولتی مطابق اصل ۸۳ قانون اساسی، قابل واگذاری و انتقال به غیر است که البته بر اساس قوانین عادی، رعایت تشریفات خاص مربوط به مزایده و مناقصه در خصوص آن‌ها الزامی است.

سومین ویژگی اموال ملی، ایجاد نشدن حق تقدم برای استفاده‌کننده از آن‌هاست. در خصوص اموال عمومی گفته شد که برای استفاده‌کننده از آن، حق تقدم ایجاد می‌کند و اموال عمومی موضوع مواد ۲۵ و ۲۶ قانون مدنی نیز دارای چنین خصیصه‌ای است. این در حالی است که در خصوص ثروت‌های ملی، همان‌طور که اشاره کردیم، حکومت می‌تواند مانع استفاده عمومی از این دسته از اموال شود. برای نمونه، قانون‌گذار در تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱ تصریح می‌کند که ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها و انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و مسیل‌ها و مرداب و برکه‌های طبیعی و حریم قانونی سواحل دریاها و دریاچه‌ها اعم از طبیعی یا مخزنی ممنوع است، مگر با اجازه وزارت نیرو.

باید دانست در صورت صلاح دید شرکت آب منطقه‌ای صرفاً در قالب عقد اجاره، بهره‌برداری با اولویت برای مجاوران از بستر رودخانه‌ها در ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی مربوط به بستر رودخانه‌ها، مصوب ۱۳۷۹ تجویز شده است. این حق تقدم برای مجاوران در انعقاد عقد اجاره آن هم به صورت صلاح دیدی است و با حق تقدمی که برای استفاده از اموال عمومی به طور مطلق برای عموم ایجاد می‌شود، متفاوت است.

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۹۱.

گفتار دوم: نظام حقوقی حاکم بر بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها

هر چند بستر رودخانه‌ها نیز نظیر دیگر اموال ملی قابل تملک، واگذاری و تصرف نیست. با این حال، نمی‌توان از منافع سرشار خاک‌های حاصل خیز بستر رودخانه‌ها چشم‌پوشی کرد و این ظرفیت عظیم از ثروت‌های خدادادی را معطل گذاشت. البته لازم است ضوابط خاصی برای بهره‌برداری از آن‌ها رعایت شود. به طور کلی، قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، بهره‌برداری از اراضی ملی را به صورت اجاره، حق بهره‌برداری و حق انتفاع در قالب طرح‌های مصوب، مجاز شمرده است. از این رو، قانون‌گذار ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها را با اجازه وزارت نیرو ممکن می‌داند. در خصوص رودخانه‌های مرزی نیز نظر به اهمیت فوق‌العاده آن‌ها و رعایت خطوط مرزی، ضوابط سخت‌گیرانه‌تری پیش‌بینی کرده است.

بند اول: واگذاری بستر رودخانه‌های غیر مرزی

مطابق تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها و انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و مسیل‌ها و مرداب و برکه‌های طبیعی و حریم قانونی سواحل دریاها و دریاچه‌ها اعم از طبیعی یا مخزنی تنها با اجازه وزارت نیرو ممکن است.

در راستای این ماده، به موجب ماده ۷ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، آبیاری و زه‌کشی (مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۱)، کشت موقت در آن قسمت از بستر رودخانه، نهر و مسیل که برای بهره‌برداری از آب، مزاحمتی ایجاد نکند، با موافقت کتبی و قبلی شرکت آب منطقه‌ای مربوط و به صورت اجاره و رعایت اولویت برای مجاوران تجویز شده است. با این حال، مستأجران را از هر گونه ایجاد اعیانی و غرس نهال و درخت (به جز زراعت سطحی) منع کرده است. ضمانت اجرای تخلف مستأجران نیز استرداد اراضی و جلوگیری از ادامه فعالیت است. به هر حال، اموالی که در شمار اموال ملی هستند و باید در راستای مصالح عمومی اداره شوند، متعلق حق عینی اشخاص حقوق خصوصی هستند و در تصرف عده‌ای خاص قرار می‌گیرند. پس روشن است که مدیریت ناصحیح در انعقاد قراردادها و نبود نظارت مستمر و اصولی در طول دوران بهره‌برداری اشخاص (مستأجران) از اراضی واگذار شده، زمینه تصاحب و دارا شدن ناحق اموال عمومی را فراهم می‌آورد.

در این راستا، نمونه قرارداد اجاره اراضی رودخانه‌ها و مجاری آبی یکی از شرکت‌های آب منطقه‌ای که در سال ۱۳۹۱ تنظیم شده است، به همراه مبانی قانونی آن بررسی می‌شود. بر اساس مواد ۵-۲ قرارداد تنظیم‌شده (قرارداد شماره ۵۲۴۱۱/۹۰۰-۱۳۹۱/۱۰/۱۰، شرکت منطقه‌ای استان اردبیل)، حق استفاده و بهره‌برداری از منافع شش دانگ یک قطعه زمین واقع در حاشیه رودخانه به مساحت ۱۱/۸۸ هکتار، موضوع اجاره است و نوع اراضی تحت اجاره نیز بستر غیر فعال رودخانه (بستر باقی‌مانده بعد از دیواره‌سازی - بستر متروکه) است. مدت اجاره، یک سال است و برابر ماده ۱۹ قرارداد، به صورت سالانه و تا هشت سال قابل تمدید خواهد بود. در ماده ۵ سند مورد بحث، در مورد نوع کاربری آمده است: «نوع کاربری بر اساس شرایط فنی تأییدشده توسط موجر و مندرج در پیوست شماره دو قرارداد، صرفاً جهت موارد مشمول ماده ۱۰ آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم مجاری آبی، مصوب ۱۳۷۹ از نوع بستر غیر فعال می‌باشد».

بند ۲ ذیل ماده ۷ (از شروط اختصاصی قرارداد) بر حق استفاده مستأجر از منافع اراضی مورد اجاره، منحصرأ بر اساس نوع کاربری اعلام‌شده در ماده پنجم قرارداد تأکید دارد و مستأجر را از هر گونه احداث تأسیسات، ابنیه و ایجاد اعیانی و غرس اشجار و برداشت مصالح شن و ماسه و مخلوط در اراضی موضوع این قرارداد که منجر به تغییر نوع کاربری یا امکان نداشتن استفاده اولیه شود، منع کرده است.

با دقت در این قرارداد، ایرادهای حقوقی ظریفی در ذهن تداعی می‌شود. اول این‌که بر اساس مقررات قانون مدنی، مستأجر باید عین مستأجره را برای همان مصرفی به کار ببرد که در اجاره مقرر شده است و در صورت معین نشدن، در منافع مورد نظر که از اوضاع و احوال استنباط می‌شود. در قرارداد یادشده، حق استفاده مستأجر از منافع اراضی مورد اجاره، مطلق و بر اساس نوع کاربری اعلام‌شده در ماده پنج با رعایت شروط اختصاصی قرارداد است و موارد مصرف آن مشخص نشده است. چنین رفتار و برخورد ویژه دستگاه دولتی به عنوان متولی امر، زمینه سوء استفاده مستأجر را فراهم می‌آورد که می‌کوشد با طفره رفتن از تعهدات قانونی، به هدف نامشروع خود دست یابد.

ایراد دوم این است که مستأجر این مثال با دریافت «پروانه موافقت اصولی مزرعه پرورش ماهیان گرم آبی» از مدیریت امور شیلات و آبزیان، در عمق یک و نیم متری بستر رودخانه، استخر ساخته و با

عملیات تسطیح و خاک برداری، نوع کاربری موجود را بر خلاف ظاهر قرارداد تغییر داده است. (مدیریت امور شیلات و آبزیان استان اردبیل، پروانه موافقت اصولی به شماره ۳۱۹۹/۳۱.۲۴/۰۴/۱۳۹۱).

با توجه به این که اجاره محل به منظور اجرای طرح پرورش ماهی بوده و مؤجر در ادامه، با تأمین آب از رودخانه به شرط استفاده نکردن از آب برای دیگر مصارف به جز پرورش ماهی موافقت کرده است و اجرای طرح بدون عملیات تسطیح و خاک برداری، ایجاد استخر و احداث انباری و نگهداری طبق نقشه‌ای که مستأجر ارائه کرده است و با تغییر نوع کاربری بستر رودخانه‌ها ملازمت دارد، امکان پذیر نیست. پس عملیات انجام گرفته، تخلف از قرارداد و تعهدات محسوب نخواهد شد.

در نمونه قرارداد مورد بحث، مؤجر با تأکید بر حفظ کاربری زمین و ممنوع کردن مستأجر از هر گونه عملیاتی که منجر به تغییر نوع کاربری یا امکان ناپذیر بودن استفاده اولیه می‌شود، عالمی و عامداً عین مستأجره را برای اجرای طرح پرورش ماهی، تسلیم مستأجر کرده است؛ طرحی که اجرای آن با تغییر کاربری محل ملازمت دارد و سبب تصرف دائمی و دارا شدن ناحق اموال عمومی می‌شود، معقول و منطقی نیست. مستأجر با هزینه‌کرد مبالغ هنگفت و با ایجاد انواع استخر و اعیانی، با انقضای مدت اجاره که حداقل، یک سال و در صورت تمدید، حداکثر، هشت سال است، قبل از استیفای منفعت، عین مستأجره را تحویل دهد.

امکان بهره‌برداری از اموال ملی از جمله بستر رودخانه‌ها توسط خود حکومت و در راستای اعمال حاکمیت نیز ممکن است و لزومی به واگذاری آن به اشخاص خصوصی وجود ندارد. اصل ۴۴ قانون اساسی نیز فعالیت اقتصادی در بخش دولتی را شامل اموالی دانسته که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است و حکومت باید اقدامات لازم برای حفظ و نگهداری اموال ملی را تحقق بخشد. در ماده ۴ قانون حفظ و تثبیت کناره‌های رودخانه‌های مرزی، وزارت کشاورزی، ایجاد پوشش نباتی، غرس اشجار برای تحکیم و تثبیت کناره‌ها و اجرای طرح‌های حفاظت خاک و آبخیزداری در حوزه آبخیز رودخانه‌های مرزی را به عهده دارد.

در حالی که پیش‌تر به اهمیت و حساسیت اموال ملی پرداخته‌ایم و به فرض در راستای اصل ۴۴ قانون اساسی، در حوزه کشاورزی و به عنوان مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی لازم باشد که دولت از اعمال تصدّی‌گرایانه خود بکاهد و آن را به بخش خصوصی واگذار کند، به نظر می‌رسد که

استفاده از قالب قراردادی اجاره که نسبت به این دسته از اموال به نوعی، حق عینی برای مستأجر ایجاد می‌کند، قابل توجیه نیست؛ چون:

یک. عقد اجاره، عقدی تملیکی است. خود دولت نیز نسبت به عین بستر رودخانه، مالکیتی به معنای دقیق حقوقی ندارد که بتواند منفعت آن را در قالب عقد اجاره تملیک کند. به عبارت دیگر، معطی شیء، خود، باید واجد شیء باشد. این در حالی است که خود دولت نه بر عین و نه بر منفعت مورد اجاره مالکیتی ندارد. پس نمی‌تواند بستر رودخانه را عیناً یا منفعتاً به دیگری واگذار کند و اگر خدشه شود که بهره‌برداری از اراضی ملی برای مصالح عامه ضروری است، لازم به اشاره است که امکان بهره‌برداری از بستر رودخانه در قالب قرارداد بهره‌برداری و دادن حق انتفاع نیز ممکن است و دیگر لازم نیست هیچ علقه دیگری برای متصرف ایجاد شود.

دو. عقد اجاره، حق عینی بر مستأجر ایجاد می‌کند که به موجب آن، مستأجر می‌تواند متعلق حق خود را به دیگری واگذار کند. در حالی که مسئله نظارت بر اموال ملی از چنان حساسیتی برخوردار است که نمی‌توان به سهولت، انتقال آن به هر شخصی را به صرف اراده مستأجر تجویز کرد. به عبارتی، شخصیت متصرف برای بهره‌برداری از اراضی ملی اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد.

سه. قانون‌گذار در تبصره ۳ ماده ۲ قانون یادشده صرفاً اذن وزارت نیرو را برای ایجاد اباحه در دخل و تصرف لازم دانسته است که اساساً با ایجاد هر گونه حقی بر بستر رودخانه‌ها اعم از تملیک منفعت در قالب اجاره منافات دارد. اذن در تصرف صرفاً اباحه ایجاد می‌کند و نمی‌تواند دلالتی بر تملیک داشته باشد.

چهار. در فقه، جایی که از تصرف اموال ملی نظیر رودخانه‌ها و دریاها بحث می‌شود، به عقد اجاره هیچ اشاره‌ای نشده است، بلکه صرفاً حکومت می‌تواند بابت اجازه در تصرفی که به ثالث داده است، از ایشان خراج بگیرد و آن را صرف مصلحت عموم کند.

پنج. اصل اولیه در اموال ملی، انتقال ناپذیری اموال ملی است و در انتقال ناپذیری، میان عین و منفعت، تفاوتی وجود ندارد.

در نتیجه، آیین‌نامه را می‌توان خلاف مبانی فقهی، قانون اساسی و قانون عادی دانست و حتی قراردادهای اجاره بستر رودخانه‌ها را ابطال کرد.

بند دوم: بهره‌برداری از بستر رودخانه‌های مرزی

قانون‌گذار به طور خاص به کناره و بستر رودخانه‌های مرزی توجه کرده و بر حفظ و تثبیت آن به موجب قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی، مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۸ مجلس شورای اسلامی تأکید کرده است. این قانون، ناظر بر رودخانه‌های مرزی است و اجرای آن با رعایت مفاد معاهدات و موافقت‌نامه‌ها و پروتکل‌های مرزی بین ایران و دولت‌ها انجام می‌گیرد.

این قانون بر خلاف قانون توزیع عادلانه آب، مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ و آیین‌نامه‌های مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، آبیاری و زه‌کشی (مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۱ هیئت وزیران) که به طور عام، ناظر به رودخانه‌های مرزی و غیر مرزی است، صرفاً اجرای طرح‌های ضروری نظیر عبور لوله‌های نفت و گاز را پس از تأیید کمیته مربوط، در بستر رودخانه‌های مرزی ممکن دانسته است؛ بدون آن‌که امکان انتقال منفعت بستر رودخانه‌های مرزی را تجویز کند. به عبارت دیگر، قانون حفظ و تثبیت کناره و بستر رودخانه‌های مرزی به عنوان خاص مؤخر، قانون توزیع عادلانه آب به عنوان قانون عام، قانون مقدم را نسخ جزئی کرده و رودخانه‌های مرزی را از نظر امکان انتقال منفعت بستر رودخانه‌ها، از شمول آن خارج ساخته است.

گفتار سوم: جرایم ناشی از واگذاری بستر رودخانه‌ها

واگذاری بستر رودخانه به گونه‌ای که در قوانین پیش‌بینی شده است، زمینه سوء استفاده‌های فراوان مأموران دولتی و مستأجران را در بستر رودخانه فراهم می‌آورد که برخی از مصادیق این رفتارها جرم‌انگاری شده است. زمین‌خواری در مفهوم عرفی و هم‌چنین تخریب محیط زیست از جرایم مهمی است که این سرمایه ملی را دچار تهدید جدی کرده است.

«زمین‌خواری»، اصطلاحی است عرفی که در قوانین کیفری ایران تحت برخی از مصادیق رفتارهای مجرمانه هم‌چون تصرف عدوانی اراضی، تغییر کاربری و تفکیک غیر مجاز اراضی زراعی و کشاورزی جرم‌انگاری شده است. در این بین، واگذاری اراضی ملی به دو صورت ممکن است به زمین‌خواری بیانجامد:

اول آن‌که واگذاری‌های صورت‌گرفته خلاف قوانین و موازین پیش‌بینی شده باشد؛ یعنی شرایط

لازم در خصوص طرح پیشنهادی و موافقت کمیسیون‌های مربوط یا اهداف قانون رعایت نشده است و در قوانین کیفری نیز هیچ ضمانت اجرای مؤثری در این خصوص وجود ندارد.

دیگر آن‌که حتی اگر واگذاری‌ها در چارچوب قانونی صحیح و مطابق موازین صورت گرفته است، بر شیوه تصرفات متصرفین، نظارت کافی صورت نمی‌گیرد. انتقادهای فراوانی که از مراجع مختلف به این نوع واگذاری‌ها صورت گرفت و آثار زیان‌باری که واگذاری‌های یادشده از نظر سهولت زمین‌خواری به بار آورد، قانون‌گذار را بر آن داشت تا با وضع تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، مصوب ۱۳۹۸/۴/۲۳، انتقال قطعی مالکیت دولت در واگذاری اراضی ملی و دولتی و حتی موات را ممنوع و بهره‌برداری را صرفاً از طریق اجاره یا حق انتفاع تجویز کند.

از سوی دیگر، برداشت شن و ماسه باعث تغییر خصوصیات فیزیکی گستره تحت بهره‌برداری و تخریب گیاهان، جانوران و خاک‌های نزدیک به محل بهره‌برداری می‌شود و در سیستم هیدرولوژی رودخانه اختلال به وجود می‌آورد.^۱

بند اول: تغییر کاربری

در چند دهه اخیر، افزایش ارزش اقتصادی اراضی سبب شده است تقاضا برای احداث اعیانی در حواشی رودخانه‌ها و مجاری آب افزایش یابد. طمع‌ورزی به بستر رودخانه‌ها برای انجام فعالیت‌های اقتصادی به دلیل برخورداری از آب رودخانه یا داشتن انگیزه گردشگری، زمینه تصرف بستر و حریم رودخانه‌ها را ایجاد کرده است که با تغییر کاربری این خاک حاصل‌خیز و کاهش عرض بستر رودخانه‌ها همراه است. این وضعیت سبب بر هم خوردن اکوسیستم منطقه و در نتیجه، وقوع سیل و خسارت فراوان اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی می‌شود.

تغییر کاربری به معنای تغییر شیوه استفاده و بهره‌برداری از زمین است و هر اقدامی که مانع بهره‌برداری و استمرار کشاورزی در اراضی زراعی و باغ‌ها گردد، تغییر کاربری محسوب می‌شود.^۲ به موجب ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، مصوب ۱۳۷۴، تغییر کاربری اراضی زراعی

۱. عبداللهی، محسن و همکاران، حقوق کیفری محیط زیست: ملاحظات و راهکارها (جلد ۱)، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۲۴.

۲. سهرابی درخشان، مهدی و همکاران، تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در نظام حقوقی ایران، تهران: مجد، ۱۳۹۸، ص ۱۵.

و باغ‌ها در خارج از محدوده قانونی شهرها و شهرک‌ها جز در موارد ضروری، ممنوع است. این ممنوعیت نیز در راستای حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها و تداوم بهره‌وری از آنهاست.

با دقت در مواد قانون حفظ کاربری و مستنبط از عنوان این قانون مشخص می‌شود که موضوع جرم تغییر کاربری، «اراضی زراعی و باغ‌ها» است. ماده ۱ قانون حفظ اراضی زراعی و باغ‌ها و بند «ت» ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی، موضوع جرم تغییر کاربری در «اراضی زراعی و باغ‌ها» را شامل این موارد می‌داند: اراضی تحت کشت، آیش و باغات شامل آبی، دیم اعم از دایر و بایر که سابقه بهره‌برداری داشته باشد و اراضی تحت فعالیت‌های موضوع تبصره ۴ الحاقی که در حکم اراضی زراعی و باغ‌ها محسوب می‌شود.

به استناد شق ۶ بند الف ماده ۶ آیین‌نامه قانون حفظ کاربری، یکی از معیارهای تشخیص زراعی بودن اراضی، کیفیت خاک است.^۱ بستر رودخانه‌ها نیز به دلیل قابلیت خاک و مستعد بودن برای کشاورزی جزء اراضی زراعی محسوب می‌شود که می‌تواند موضوع قانون حفظ کاربری اراضی زراعی باشد. با آن‌که معمولاً واگذاری‌های اولیه از سوی دستگاه‌های صلاحیت‌دار به صورت صحیح و منطبق با قانون انجام می‌گیرد، در ادامه، اشخاص پس از مسلط شدن بر این اراضی، از این واگذاری‌ها سوء استفاده می‌کنند. آنان از طرح اولیه که معمولاً طرح‌های کشاورزی و تولیدی است، به راحتی عدول می‌کنند و با تغییر کاربری زمین به مسکونی و تجاری یا با قطعه‌بندی اراضی، آن‌ها را به افراد می‌فروشند.

بنا به تصریح ماده ۳ قانون حفظ اراضی زراعی و باغ‌ها و بند «ذ» ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی، مرتکب این جرم باید «مالک» یا «متصرف قانونی» اعم از شخص حقیقی یا حقوقی باشد. در این راستا، هیئت دولت با تجویز واگذاری منافع بستر رودخانه در قالب عقد اجاره، مجال وقوع چنین بزه‌ی را به روی مستأجران گشوده است. هر چند به ظاهر، قرارداد اجاره با کاربری کشت موقت در اختیار متصرفان قرار می‌گیرد، ولی در عمل، نبود نظارت کافی بر شیوه دخل و تصرف مستأجران سبب می‌شود اشخاص خصوصی در راستای کسب سود حداکثری به استفاده‌های دیگری از اراضی یادشده روی بیاورند.

۱. محمدی، امید، محشای قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها، تهران: جنگل، ۱۴۰۰، ص ۱۸.

بند دوم: تصرف اراضی ملی

یکی از روش‌های متداول زمین‌خواری، تجاوز مستقیم و تصرف عدوانی اراضی ملی و دولتی است که در ماده ۶۹۰ مجازات اسلامی (تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵)، اقدام به هر گونه تجاوز و تصرف مراتع و منابع طبیعی، جرم‌انگاری شده است.

تصرف اراضی ملی معمولاً به سه طریق صورت می‌گیرد:

یک. اشخاص به صورت غیر قانونی و عدوانی، اراضی متعلق به عموم را تصرف یا با طرح دعاوی متعدد، ادعای تصرف و مالکیت بر آن‌ها می‌کنند.

دو. اشخاص حدود تصرفات قانونی خود را در اراضی مجاور اراضی ملی گسترش می‌دهند و به تدریج، زمینه تجاوز به اراضی ملی را فراهم می‌کنند، تا حدی که مدعی مالکیت آن اراضی می‌شوند. سه. مأموران ذی‌ربط در انجام خلع ید یا رفع تصرفی مورد حکم دادگاه کوتاهی و اهمال می‌ورزند یا با تبانی با اشخاصی که طبق حکم دادگاه، محکوم به خلع ید بوده‌اند، با تنظیم صورت جلسه خلاف واقع، حکم را اجرا شده نشان می‌دهند و زمینه تصرف اشخاص یادشده را فراهم می‌آورند.^۱

اگر نهادهای متولی، حدود بستر رودخانه‌ها را به دقت تعیین نکنند، این اشخاص با توسل به اقداماتی نظیر مصادیق صدر ماده ۶۹۰ و با تغییر کاربری، دعاوی اعتراض به تشخیص ملی بودن اراضی را اقامه می‌کنند. آن‌گاه منابع طبیعی و ثروت‌های ملی به دلیل نبود امکانات کافی در کارشناسی دقیق این اراضی و پی‌گیری نکردن نهادهای متولی تضييع می‌شود. بدیهی است مستأجران بستر رودخانه‌ها با گسترش حدود تصرف خود، با سهولت بیش‌تری به این بزه دست می‌زنند.

بر اساس ماده ۹ لایحه قانونی رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق کشور، مصوب ۱۳۵۹/۴/۳، اگر در حریم کانال‌ها و انهار آب‌یاری، احداث ساختمان یا درخت‌کاری و هر تصرف خلاف مقررات شده یا بشود، وزارت نیرو با اعطای مهلت مناسب، با حضور نماینده دادستان، مستحدمات غیر مجاز را قلع و قمع و رفع تجاوز خواهد کرد. نیروی انتظامی مکلف است به تقاضای وزارت نیرو برای اعزام مأموران

۱. میرمحمد صادقی، حسین و اسلام رجب‌علی، «تحلیل جرم زمین‌خواری از منظر حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، سال هشتاد و یکم، شماره ۹۷، صص ۵۶ و ۵۷.

کافی و انجام این کار اقدام کند. بر این اساس، آزادسازی حریم و بستر رودخانه‌ها با حذف مراحل دادرسی و صرفاً با حضور نماینده دادستان به عنوان مدعی العموم انجام می‌گیرد. رویه جاری در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران نیز همین طور است و وزارت نیرو رأساً با حضور نماینده دادستان رفع تجاوز می‌کند. بدیهی است این امر، مانع از رسیدگی به جرایم مرتبط با تخریب و تصرف عدوانی نیست.^۱

بند سوم: اقدام علیه بهداشت عمومی

تخریب بستر رودخانه‌ها باعث تغییر خصوصیات فیزیکی گستره تحت بهره‌برداری و تخریب گیاهان، جانوران و خاک‌های نزدیک به محل بهره‌برداری می‌شود و در سیستم هیدرولوژی رودخانه، اختلال به وجود می‌آورد. بر این اساس، هر گونه فعالیت اقتصادی در بستر رودخانه‌ها که موجب تخریب و تغییر کاربری آن می‌شود، چون با تخریب جبران‌ناپذیر محیط زیست ملازمت دارد، ممنوع است. بدیهی است سازمان حفاظت محیط زیست در راستای انجام وظایف حفاظت و بهبود و بهسازی محیط زیست و پیش‌گیری از هر اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط زیست می‌شود، باید از ادامه کار و فعالیت منابع و عواملی جلوگیری کند که موجب تخریب محیط زیست می‌شوند.

بی‌تردید، اهمیت و جایگاه حقوق محیط زیست به بهترین شکل در اصل پنجاهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران متبلور شده و پیام‌آور این اصل مهم است که مسائل زیست‌محیطی، موضوعی کاملاً فرابخشی است. پس همه بخش‌های جامعه به ویژه سازمان‌ها و دستگاه‌ها باید به فراخور توان و کارایی تشکیلات خود در حفظ محیط زیست به عنوان یک وظیفه عمومی از هر فعالیتی جلوگیری کنند که با آلودگی یا تخریب جبران‌ناپذیر آن ملازمه پیدا می‌کند.

۱. به گزارش خبرگزاری میزان (۲۰ فروردین ۱۳۹۴، کد خبر: ۴۰۲۷۳) به نقل از پایگاه اطلاع رسانی دادگستری اردبیل، رحیم گل‌زاده، دادستان عمومی و انقلاب پارس آباد با اعلام خبر آزادسازی و رفع تصرف ۱۵۳ هکتار از حریم رودخانه ارس، کانال‌ها و تأسیسات تبعی شبکه مغان گفت: «این اقدام در راستای اجرایی نمودن سیاست‌های کلان قوه قضاییه و در جهت حفاظت و حمایت از انفال و منابع ملی و با اختیار حاصله از ماده ۹ لایحه قانونی رفع تصرف از تأسیسات آب و برق کشور، مصوب شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، با حذف مراحل دادرسی و بدون تشکیل هر گونه پرونده کیفری و حقوقی و صرفاً با حضور نماینده دادستان صورت گرفته است.»

قوانین عادی هم رعایت ضوابط و معیارهای سازمان محیط زیست را در انجام فعالیت‌های اقتصادی تکلیف کرده است. بر اساس ماده ۷ (اصلاحی ۱۳۷۱/۰۸/۲۴) قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، مصوب ۱۳۵۳/۰۳/۲۸، هر گاه اجرای هر یک از طرح‌های عمرانی یا بهره‌برداری از آن‌ها به تشخیص سازمان با قانون و مقررات مربوط به حفاظت محیط زیست مغایرت داشته باشد، سازمان، مورد را به وزارت خانه یا مؤسسه مربوط اعلام خواهد کرد تا با همکاری سازمان‌های ذی‌ربط، مشکل آن طرح را برطرف کنند.

قانون هوای پاک، مصوب ۱۳۹۶/۰۴/۲۵ هم به همان ترتیب، ضمن الزام تمامی اشخاص، دستگاه‌ها و مؤسسات اعم از دولتی و غیر دولتی به رعایت مقررات این قانون و همکاری و اجرای الزامات اعلامی سازمان حفاظت محیط زیست، مسئولان و مدیران مستنکف از این حکم را مشمول ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم: تعزیرات) دانسته است. هم‌چنین هر گونه احداث، توسعه، تغییر خط تولید و تغییر محل واحدهای تولیدی، صنعتی و معدنی را مستلزم رعایت مقررات ابلاغی از سوی سازمان شمرده و متخلفان از مصوبات و تصمیمات سازمان و کمیسیون مربوط را ضمن پرداخت جریمه به جبران خسارت‌های وارد شده مکلف کرده است. ضمانت اجرای جبران نکردن خسارت‌های وارد شده یا سرپیچی از تصمیمات سازمان یا کمیسیون را نیز طرح مجدد در کمیسیون و با تصویب کمیسیون، توقف فعالیت و معرفی متخلف به مرجع قضایی و محکومیت به جزای نقدی درجه چهار موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ قرار داده است.

قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، مصوب ۱۳۷۵ با وجود اهمیت و گستردگی جرایم زیست محیطی، فصلی جداگانه برای آن اختصاص نداده و مصادیق مختلف آن را به طور مشخص جرم‌انگاری نکرده است. با این حال، به موجب ماده ۶۸۸، هر اقدامی را که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود، جرم دانسته و برای مرتکبان آن - اگر طبق قوانین خاص مشمول مجازات شدیدتری نباشند - تا یک سال حبس مجازات تعیین کرده است. ادامه کار یا فعالیت کارخانه‌ها و کارگاه‌های آلاینده محیط زیست نیز پس از ابلاغ دستور سازمان حفاظت محیط زیست، تخلف از مقررات و ضوابط یاد شده در آیین‌نامه‌های موضوع ماده ۱۰ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، ارائه گزارش خلاف واقع یا گزارش نکردن مأمور سازمان با اطلاع از وقوع جرایم و نیز مشارکت و معاونت آن‌ها در ارتکاب جرم، رعایت نشدن مقررات از جانب صاحبان و مسئولان کارخانه‌ها و کارگاه‌های

تولیدکننده و ممانعت از انجام بازرسی مأموران آن سازمان یا در اختیار ندادن اسناد و مدارک و اطلاعات یا ارائه اسناد و مدارک و اطلاعات خلاف واقع، نمونه جرایمی است که در بستر فعالیت اقتصادی در حوزه محیط زیست اتفاق می‌افتد. مواد ۱۲ و ۱۳ از قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، مصوب ۱۳۵۳/۰۳/۲۸، ماده ۱۶ (تبصره ذیل آن) و قانون هوای پاک، حسب مورد، مجازات‌های حبس و جزای نقدی یا هر دوی آن‌ها را برای مرتکبان جرایم یادشده پیش‌بینی کرده است.

نتیجه‌گیری

با بررسی ادبیات قانونی موجود در خصوص بستر رودخانه، آشفتگی مبنایی در شناسایی ماهیت حقوقی بستر رودخانه‌ها به چشم می‌خورد که در رویکردهای فقهی متفاوت فقیهان در مورد ماهیت رودخانه‌ها ریشه دارد. برخی آن را جزء انفال و متعلق به حکومت؛ بعضی، جزء انفال و تحت تصدی حکومت؛ گروهی، جزء اموال بدون مالک و در زمره مباحات اصلیه و عده‌ای نیز در جرگه مشترکات عمومی پنداشته‌اند.

قانون‌گذار نیز در قانون اساسی و قوانین عادی از الفاظ و عبارات مختلفی در نحوه انتساب این اموال به دولت استفاده کرده است. از سوی دیگر، شاهد موضع‌گیری‌های متفاوت و متعارض شورای نگهبان در ادوار مختلف قانون‌گذاری هستیم. در حالی که قانون اساسی به صراحت، رودخانه‌ها را جزء انفال و ثروت‌های ملی دانسته، فقهای شورای نگهبان (دوره نخست شورای نگهبان) در خصوص طرح قانون توزیع عادلانه آب، انفال بودن رودخانه‌ها و به تبع، بستر آن‌ها را نفی کرده‌اند. با این حال، در جایی دیگر با طرح قانونی افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی مشتمل بر مالکیت دولت بر اراضی ملی مخالفت نکرده‌اند.

برای انسجام بخشی به وضع حقوقی موجود و اصطیاد نظر واقعی قانون‌گذار، جایگاه بستر رودخانه‌ها را در نظام حقوق اموال بررسی کردیم و آن را با اموالی نظیر مباحات، اموال دولتی، اموال عمومی و اموال ملی سنجدیم. نتیجه آن شد که بستر رودخانه‌ها با آثار و خصایص اموال ملی که ماهیت آن‌ها طبیعی است و قابل تملک و واگذاری نیست، سازگاری بیش‌تری دارد و قانون اساسی نیز که در رأس هنجارهای قانونی نظام حقوقی قرار دارد، بر این تلقی صحه می‌گذارد.

امکان‌ناپذیری واگذاری اموال ملی، یکی از اصول مهم ناظر بر این اموال در حقوق عمومی

است که در قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی نیز به آن اشاره شده است. در قانون توزیع عادلانه آب، صرفاً ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در بستر رودخانه‌ها با اجازه وزارت نیرو مجاز است. البته پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار در خصوص بستر رودخانه‌ها به عنوان اموال ملی، مسئولیت مصلحت‌اندیشی در خصوص ایجاد اعیانی و حفاری را خودش به عهده بگیرد و آن را به اجازه وزارت نیرو موکول نگرداند.

در راستای این قانون، هیئت وزیران نیز با تصویب آیین‌نامه مربوط به بستر و حریم رودخانه‌ها، انهار، مسیل‌ها، مرداب‌ها، برکه‌های طبیعی و شبکه‌های آب‌رسانی، آبیاری و زه‌کشی (مصوب ۱۳۷۹/۸/۱۱)، انتقال منفعت بستر رودخانه به صورت کشت موقت را مجاز دانسته است، بدون این‌که مستأجر حق ایجاد اعیانی و غرس نهال و درخت (به جز زراعت سطحی) داشته باشد. این در حالی است که اصل انتقال ناپذیری اموال ملی منحصر به اعیان این اموال نیست و شامل واگذاری منافع نیز می‌شود. شایسته بود هیئت دولت از حدود قانون و اصول کلی حقوقی فراتر نمی‌رفت و بدون تجویز عقد اجاره و صرفاً با برقراری اذن در انتفاع یا حداقل در قالب حق انتفاع به بهره‌برداری از بستر رودخانه‌ها مشروعیت می‌بخشید.

توالی فاسدی که بر این نوع واگذاری‌ها مترتب است، لزوم محدود کردن حق دخل و تصرف بخش خصوصی را در این اموال روشن‌تر می‌سازد. از جمله جرایم بالقوه‌ای که با برقراری حق عینی بر منفعت بستر رودخانه به نفع اشخاص خصوصی تسهیل و فعال گشته است و افراد را به سمت و سوی تغییر کاربری این اراضی مهم و تصرف اراضی ملی سوق می‌دهد، تجویز کشت موقت و انتقال منفعت بستر رودخانه بر آن اساس است. این کار، زمینه سوء استفاده و تصرف غیر قانونی افراد فرصت‌طلب را به وجود می‌آورد، به طوری که امروزه واگذاری اراضی واقع در بستر رودخانه‌ها به منظور پرورش ماهی در قالب کشت موقت انجام می‌گیرد.

به لحاظ قانونی نیز هر چند قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی، اجاره، واگذاری حق بهره‌برداری و حق انتفاع اراضی ملی از سوی دولت را مجاز تلقی کرده است، ولی با مبانی پیش‌گفته در خصوص رابطه حقوقی حکومت با اموال ملی مابینت دارد. نظر به مصالحی از قبیل جلوگیری از تخریب بستر رودخانه‌ها و هم‌چنین پیش‌گیری از جرایم مربوط به حوزه اموال ملی لازم است

تا هر چه سریع‌تر از این واگذاری‌ها جلوگیری کرد و همانند رودخانه‌های مرزی، دولت، متصدی بهره‌برداری از این اراضی باشد.

در این راستا، گسترش نظارت قضایی بر فرآیند مدیریت بستر رودخانه از طریق مراجع شبه‌قضایی که به صورت تخصصی و با فوریت، موضوع را بررسی کنند، می‌تواند نقش مؤثری در صیانت از حقوق عامه داشته باشد. ترکیب این مراجع باید به گونه‌ای باشد که به صورت مستقل از اداره، با رعایت اصول بی‌طرفی، دادرسی اداری در اداره را به صورت مقتضی تأمین کند و در نهایت، آرای این مراجع تحت نظارت عالی دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

نکته دیگر، وضع نظام مسئولیت مدنی مدیران و کارگزاران در کنار نظام کیفری است، به گونه‌ای که هر نوع آسیب‌زنی به عرصه اموال ملی ناشی از تصمیم‌های اشتباه مدیران قابل جبران پیش‌بینی شود. تحقق این موضوع مستلزم آن است که امکان نظارت شهروندان بر فرآیند حکمرانی منابع ملی محقق گردد و ذی‌نفعی عمومی در شکایت از تصمیم‌ها و اقدامات مربوط به منابع عمومی و ملی در نظام قضایی شناسایی شود تا سازمان‌های مردم‌نهاد و عموم افراد بتوانند اقدامات زیان‌بار برای منابع آبی در پروژه‌های عمرانی و واگذاری‌ها را از مرجع صالح مطالبه کنند.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید)، **المقنعه**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۲. جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة** (المحشی: کلانتر)، قم: کتاب‌فروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دانش‌نامه حقوقی (جلد ۳)**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹.
۵. حلبی، ابوالصلاح، **الکافی فی الفقه**، اصفهان: کتاب‌خانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳.
۶. حلی، ابن‌ادریس، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۱)**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰.
۷. دفتر حقوقی وزارت نیرو، **مجموعه قوانین و مقررات آب، برق و آب و فاضلاب**، تهران: شرکت برق منطقه‌ای تهران، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۸. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، **المراسم العلویة و الاحکام النبویة فی الفقه الامامی**، قم: منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴.
۹. سهرابی درخشان، مهدی و همکاران، **تغییر کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در نظام حقوقی ایران**، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۱۰. صدر، سید محمدباقر، **اقتصاد ما (بررسی‌هایی درباره مکتب اقتصادی اسلام)** (جلد ۲)، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۵۷.
۱۱. طالقانی، سید محمود، **اسلام و مالکیت**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۴.
۱۲. طرابلسی، ابن‌براج، **المهذب (جلد ۱)**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶.
۱۳. عبداللهی، محسن و همکاران، **حقوق کیفری محیط زیست: ملاحظات و راهکارها (جلد ۱)**، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، اموال و مالکیت**، تهران: میزان، چاپ پنجاه و چهارم، ۱۴۰۰.

۱۵. کرمی، حامد، **حقوق اداری اموال**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۱۶. کنعانی، محمدطاهر، **تملك اموال عمومی و مباحات**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۱۷. گسن، ریموند، **جرم‌شناسی بزه‌کاری اقتصادی**، ترجمه: شهرام ابراهیمی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۸. محمدی، امید، **محشای قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها**، تهران: جنگل، ۱۴۰۰.
۱۹. منتظری، حسین علی، **مبانی فقهی حکومت اسلامی (جلد ۷)**، تهران: کیهان، ۱۳۶۷.
۲۰. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **تحریر الوسیله**، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
۲۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، **کتاب البیع (جلد ۲)**، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۲۱.
۲۲. مهرپور، حسین، **مجموعه نظرات شورای نگهبان**، تهران: دادگستر، ۱۳۷۹.
۲۳. مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع) (جلد ۱)**، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۲۴. نجفی الجواهری، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۳۶۲.

۲. مقاله

۱. حق پناهان، حمیدرضا و حامد کرمی و مجتبی همتی، «**واکاوی مفهوم ثروت عمومی در اصل ۴۵ قانون اساسی از منظر ثروت عمومی ناملموس**»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۱۵: صص ۳۹۹-۴۲۳.
۲. سامانی، احسان و سیدحسن وحدتی شبیری، «**تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیانبار حاکمیتی در قبال شهروندان**»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، شماره ۶، صص ۸۵-۱۰۸.
۳. عصمت ساعت‌لو، سید مهدی، سید جعفر عصمت ساعت‌لو و زیبا جوان، «**بررسی اثرات زیست‌محیطی برداشت شن و ماسه از بستر رودخانه بر اکولوژی رودخانه (مثال موردی: رودخانه نازلو چای ارومیه)**»، سومین کنفرانس مدیریت منابع آب، ۱۳۸۷، پایگاه اینترنتی:

www.civilica.com/paper-WRM03-WRM03-041.html

۴. کرمی، حامد و سید علی‌رضا میرید، «ولایت دولت بر اموال عمومی از منظر حقوق اداری و فقه امامیه»، نشریه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲۲، صص ۱۹۹-۲۱۹.
۵. کرمی، حامد، «راهکارهای حقوقی حمایت از اموال عمومی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۱۶، صص ۱-۲۲.
۶. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، «داوری پذیری اموال مربوط به اموال عمومی و دولتی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، بهار ۱۳۹۱، شماره ۳۶، صص ۱۵۷-۱۸۴.
۷. کریمی، عباس، «مالکیت دولت نسبت به آب‌های عمومی و اراضی وابسته به آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، پاییز ۱۳۷۸، شماره ۴۵، صص ۵۹-۶۸.
۸. میرمحمد صادقی، حسین و اسلام رجب‌علی، «تحلیل جرم زمین‌خواری از منظر حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، سال هشتاد و یکم، شماره ۹۷، صص ۵۳-۷۷.

شرایط حاکم بر بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی مشمولان قانون تأمین اجتماعی با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری

زهرا دانش ناری^۱

چکیده

استفاده از مزایای ازکارافتادگی، یکی از حمایت‌های مقرر در قانون تأمین اجتماعی است که در مواد مختلفی از جمله بندهای ۷، ۸، ۱۳، ۱۴، ۱۷، ماده ۲، ماده ۳، مواد ۶۰، ۶۱ و ۶۶ و نیز مواد ۷۰ تا ۷۵ قانون تأمین اجتماعی (۱۳۵۴) به آن اختصاص یافته است. هدف از برقراری مستمری ازکارافتادگی، حمایت از اشخاصی است که به دلیل حوادث مختلف یا بیماری‌ها، بخشی از توان کاری خود یا همه آن را از دست می‌دهند و با توجه به نوع آسیب، موضوع حمایت می‌تواند در قالب ازکارافتادگی کلی، ازکارافتادگی جزئی و غرامت مقطوع نقص عضو مطرح گردد.

علاوه بر مواد قانونی بیان شده، سازمان تأمین اجتماعی به عنوان متولی برقراری حمایت‌های مربوط به ازکارافتادگی، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های متعددی صادر کرده که آخرین مورد آن، بخش‌نامه تجمیع و تلخیص بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اداری مستمری ازکارافتادگی است که مقررات جامعی برای شیوه برقراری مستمری دارد. از سوی دیگر، بخش مهمی از دعاوی مطرح در دیوان عدالت اداری به موضوع «الزام به برقراری مستمری ازکارافتادگی» و «اعتراض به آرای صادره از کمیسیون‌های پزشکی» اختصاص یافته است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در برخی آرای وحدت رویه خود به موضوع ازکارافتادگی پرداخته و به ویژه در مورد کمیسیون‌های پزشکی، آرای صادر کرده است. نتایج این مطالعه نشان می‌دهد که شعب دیوان عدالت اداری در مورد تاریخ ابتلای فرد به بیماری که در مستمری اثر داشته باشد، صلاحیت اظهار نظر دارند.

واژگان کلیدی: ازکارافتادگی، قانون تأمین اجتماعی، حق بر تأمین اجتماعی، دیوان عدالت

اداری، کمیسیون پزشکی.

مقدمه

یکی از اهداف سیاست‌گذاری‌های اجتماعی، بهبود رفاه انسان و برآورده کردن نیازهای وی در زمینه آموزش، بهداشت، مسکن و تأمین اجتماعی است. هم‌چنین پژوهش درباره سنجش اثرگذاری سیاست‌های اجتماعی بر زندگی مردم از دیگر اهداف سیاست‌گذاری اجتماعی به شمار می‌رود.^۱ تأمین اجتماعی در ایران که یکی از مراکز بسیار مهم در سیاست‌گذاری اجتماعی است، بیمه‌های اجتماعی و حمایت اجتماعی را شامل می‌شود. در بخش بیمه‌های اجتماعی، خدماتی از جمله بیمه درمان، مستمری بی‌کاری، مستمری از کارافتادگی، مستمری بازماندگی و مستمری بازنشستگی مطرح است. حمایت‌های اجتماعی در ایران بر اثر حوادث، به طور خاص، این موارد را شامل می‌شود: پرداخت مستمری از کارافتادگی کلی ناشی از کار، مستمری ازکارافتادگی جزئی ناشی از کار و غرامت مقطوع نقص عضو.

سالمند شدن و ازدیاد طول عمر چالش‌های جدیدی را برای صندوق‌های بازنشستگی و نهادهای تأمین اجتماعی به وجود آورده است. در مواردی ممکن است، قبل از رسیدن به سن بازنشستگی به دلیل حادثه و بیماری و یا سختی و زیان‌آوری کار، توان کار کردن را از دست دهند.^۲ به طور کلی، در خصوص حوادث ناشی از کار، سه مقوله یعنی جبران خسارت، توان بخشی و پیش‌گیری مورد توجه است. سازمان تأمین اجتماعی در خصوص حوادث ناشی از کار عمدتاً به مقوله جبران خسارت توجه دارد. پرسشی که درباره مقوله جبران خسارت مطرح می‌شود، این است که آیا مستمری‌هایی که فرد ازکارافتاده بر اثر حادثه ناشی از کار دریافت می‌کند، برای تأمین نیازهای او کافی است؟^۳

کارآمدی اصل نظم سیستماتیک در سازمان تأمین اجتماعی و عملکرد مناسب آن به قوانین

۱. بلیک مور، کن، *مقدمه‌ای بر سیاست‌گذاری اجتماعی*، ترجمه: علی‌اصغر سعیدی و سعید صادقی جقه، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۱، ص ۱۵.

۲. کریمی، حامد، عصمتی، زینب، *تحلیل نظام حقوقی حاکم بر بازنشستگی اعضاء غیر هیئت علمی متصدی مشاغل سخت و زیان‌آور در دانشگاه‌ها با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری*، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، شماره اول، ۱۳۹۹، ص ۱۴۵.

۳. ارجی، مصطفی، «*تحلیل تاثیر حوادث ناشی از کار بر هزینه‌های سازمان تأمین اجتماعی ایران در سال‌های ۱۳۷۰ تا ۱۳۸۹*»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۶ و ۳۷، ۱۳۹۱، ص ۲۵.

و مقررات رسمی و آیین‌نامه‌هایی بستگی دارد که با واقعیت درونی مشارکت‌کنندگان مرتبط باشد. هم‌چنین آن قواعد کاری اهمیت دارد که به صورت غیر رسمی، بر روابط بیمه‌گر و بیمه‌گذار و اقشار مختلف متأثر از قوانین بیمه اثر می‌گذارد.^۱

حمایت‌های سازمان تأمین اجتماعی از بیمه‌شدگان آسیب‌دیده بر اثر حوادث هنگام کار، همگی در قالب مجموعه قوانینی تدوین شده است. بر اساس تعریف برخی دانشمندان، قوانین، نهاد رسمی محسوب می‌شوند. در واقع، نهادها، قوانین رسمی (قواعد، قوانین و قانون اساسی) و قواعد غیر رسمی (ارزش‌های رفتاری، عرف، قوانین بر خود تحمیل شده رفتار) و ضمانت اجرای آن‌ها هستند.^۲

در حقوق ایران، سازمان تأمین اجتماعی متولی اجرای امور مربوط به تأمین اجتماعی است. این سازمان که بر اساس ماده ۱ قانون تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۵۴ تشکیل شد، در سال ۱۳۸۳ با تصویب تبصره ۲ ماده ۱۲ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی به صندوق تأمین اجتماعی تغییر نام یافت و در سال ۱۳۹۱ با اصلاح ماده ۱ اساسنامه صندوق تأمین اجتماعی و با توجه به ماده ۱۱۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، نام اولیه سازمان تأمین اجتماعی احیاء گردید.^۳ یکی از انواع بیمه‌های اجتماعی، مستمری از کارافتادگی است. در همه کشورهای جهان به حوادث ناشی از کار، توجه ویژه‌گشته و طرح‌های خاص جبران خسارت برای آن در نظر گرفته شده است. کشورهای آلمان، فرانسه، ایتالیا و استرالیا در زمینه حمایت‌های مربوط به حوادث هنگام کار، پیش‌گام هستند. نظام‌هایی که برای جبران خسارت وجود دارد، دو دسته‌اند:

۱. نظام‌های مبتنی بر مسئولیت محض کارفرما که در آن، کارفرما حتی اگر تقصیری مرتکب نشده باشد، مکلف است خسارت کارگر آسیب‌دیده را جبران کند.

۱. متوسلی، محمود، محمود مشهدی‌احمد، علی نیکونستی و مصطفی سمیعی نسب، اقتصاد نهادی؛ پیش‌گامان نهادگرایی که علم اقتصاد را متحول کردند، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص ۲۰.

2. North, Douglass C., Wallis, John Joseph, Webb, Steven B. and Weingast, Barry R., **Limited Access Orders: An Introduction to the Conceptual Framework**. In the Shadow of Violence: Politics, Economics, and The Problems of Development Cambridge University Press, 2012, p. 25

۳. زکوی، مهدی و همکاران، تصرفات غیرقانونی در اموال و وجوه موسسات عمومی غیردولتی از طریق شرکت‌های مادر و تابعه در سازمان تأمین اجتماعی، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱، ص ۲۵۳

۲. نظام‌های مبتنی بر تأمین اجتماعی که در آن، جبرأت خسارت به سازمان‌های مستقلی واگذار می‌شود و کارفرما فقط مکلف است که حق بیمه تأمین اجتماعی را پرداخت کند. برای اولین بار، این نظام را بیسمارک در سال ۱۸۸۴ در آلمان اجرا کرد و به تدریج، در نظام تأمین اجتماعی بیش‌تر کشورهای جهان جای گرفت.^۱

فصل پنجم (مواد ۵۴ تا ۶۶) قانون تأمین اجتماعی ایران (۱۳۵۴) به طور خاص به حوادث و بیماری‌ها و فصل ششم (مواد ۷۰ تا ۷۵) آن نیز به ازکارافتادگی اختصاص دارد. مواد قانونی نیز به کارهای سخت و زیان‌آور پرداخته است. علاوه بر این، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌های اجرایی و بخش‌نامه‌های مرتبط با مجموعه این قوانین به تدریج در سال‌های مختلف تدوین شده است. بخش‌نامه شماره ۱۰۰۰/۹۶/۵۷۴۳ نیز در تاریخ ۱۳۹۶/۶/۱ با عنوان «بازبینی، تجمیع و تلخیص بخش‌نامه‌ها و دستورات اداری مستمری ازکارافتادگی» صادر شد. در واقع، برای تنقیح، تجمیع و تلخیص بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اداری، شفاف‌سازی مقررات، تسهیل خدمات‌رسانی، ایجاد وحدت رویه در انجام امور، اطلاع‌رسانی مناسب و تبیین یک پارچه موضوع ازکارافتادگی، این بخش‌نامه از تاریخ صدور، جای‌گزین همه بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اداری صادرشده در این زمینه شد.^۲

مهم‌ترین چالشی که به طور خاص، بیمه‌شدگان را در زمینه ازکارافتادگی تهدید می‌کند، فرآیند تشخیص و احراز نوع ازکارافتادگی و تعیین میزان مستمری تعلق‌یافته به فرد است. در مواردی که حوادث ناشی از کار اتفاق می‌افتد، بازرسان سازمان تأمین اجتماعی ابتدا وسایل ایمنی کارگر را در زمان کار بررسی می‌کنند. اگر این وسایل ناقص باشد، دست کم نیمی از تقصیر حادثه برگردن کارگر است، در حالی که کارفرما وظیفه دارد کفش و ملزومات کارگاه را در اختیار کارگر قرار دهد. کارفرماها نیز به دلیل نداشتن اطلاعات و دانش بیمه‌ای کافی، استفاده نکردن از مشاور بیمه و در نهایت، تأخیر در پرداخت حق بیمه کارگران و تحویل به موقع فهرست آنان، خواسته یا ناخواسته، ضررهایی جبران‌ناپذیر به کارگران وارد می‌کنند.^۳

۱. عراقی، سید عزت‌الله، حسن بادینی و مهدی شهبابی، درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی: نقد قانون تأمین اجتماعی ایران بر اساس مطالعه تطبیقی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۲.

۲. قشقایی، محمدحسین، مجموعه کامل قوانین و مقررات کار و تأمین اجتماعی، تهران: مذاکره، چاپ نهم، ۱۳۹۶، ص ۵۱۴.

۳. هندی، حمیدرضا، صلاح‌الدین کریمی، سینا احمدی و ندا سلیمان‌وندی آذر، «مطالعه تطبیقی بیمه ازکارافتادگی در ایران و پنجاه کشور جهان»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال چهاردهم، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۴۵.

با توجه به نظارت تام و جامع دیوان عدالت اداری بر اقدامات و عملکرد سازمان‌های دولتی و نیز مؤسسات عمومی غیر دولتی، هیئت عمومی این دیوان در برخی موارد به موضوع ازکارافتادگی پرداخته و درباره بهره‌مندی از مستمری ازکارافتادگی، آرای وحدت رویه صادر کرده است. روش تحقیق در این مقاله از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول: ازکارافتادگی، بخشی از حق بر تأمین اجتماعی

حق بر تأمین اجتماعی از حقوق اساسی و بنیادین به شمار می‌رود که در اسناد بین‌المللی به ویژه اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ به آن اشاره شده است. حق بر تأمین اجتماعی که در نسل دوم حقوق بشر بر آن تأکید گردیده است، در حوزه اقتصادی و اجتماعی بروز می‌کند. حقوق بشر علاوه بر آزادی‌های اساسی، حق بر تأمین اجتماعی را برای برخورداری از حداقل سطح زندگی ضروری می‌داند.^۱

تأمین اجتماعی به عنوان مقوله‌ای کلیدی و اساسی در قلمروهای توسعه اقتصادی، توسعه سیاسی و توسعه همه‌جانبه و پایدار مطرح بوده و ضرورت توجه به بسط و تکامل قلمروهای آن نسبت به گذشته، اهمیتی بیش‌تر یافته است، به طوری که از آن به عنوان بستر و پیش‌شرط لازم برای ایجاد توسعه و هدف توسعه یاد می‌کنند. با توجه به الزام‌های اساسی در برپایی نظام جامع رفاه تأمین اجتماعی، هدف‌نهایی با توجه به مبانی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و هم‌چنین نیازهای فردی و اجتماعی عبارت است از: شکل دادن به فرد سالم، مولد، بانشاط و خودراهبر، شکل دادن به خانواده سالم، مستحکم و مولد و شکل‌دهی توسعه پایدار در کشور. بر اساس مبانی قانونی و حقوقی و هم‌چنین ملاحظه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این حقیقت بیان می‌شود که قلمرو رفاه و تأمین اجتماعی در تعامل گسترده با قلمرو امنیت، قلمرو حاکمیت و قلمرو اقتصادی و هم‌چنین در تعامل گسترده با بخش بهداشت و درمان، آموزش و پرورش و اشتغال است. قلمرو رفاه و تأمین اجتماعی نیز دربرگیرنده اجزای مختلف مانند بیمه‌های اجتماعی، حمایت‌های اجتماعی و امدادهای اجتماعی است.^۲

۱. ذاکریان، مهدی و فاطمه سررشته‌ایزد موسی، «حق بر تأمین اجتماعی در روابط بین‌الملل»، فصل‌نامه مطالعات سیاسی، سال هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۱۵.

۲. عصمتی، زینب و حسن کولیوند، «بررسی مزایای کوتاه‌مدت تأمین اجتماعی در تحقق اصل برابری»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص ۲۳.

امروزه لزوم برخورداری افراد از نظام رفاه تأمین اجتماعی پویا و فراگیر که به راحتی و سهولت در دسترس افراد باشد، ضرورتی انکارناپذیر است، به گونه‌ای که می‌توان گفت تأمین اجتماعی، یکی از شاخص‌های مهم و اصلی سطح رفاه هر جامعه است که معیار و مقیاسی دقیق برای سنجش میزان رضایت‌مندی از مجموعه حاکمیتی قلمداد می‌شود. نظام تأمین اجتماعی در سه حوزه بیمه‌ای، امدادی و حمایتی در کشورها فعالیت و خدمات‌رسانی می‌کند.^۱

تکوین نظام حقوق تأمین اجتماعی، یک ضرورت به حساب می‌آید و تدوین و تکمیل این نظام حقوقی مستلزم احراز اصول اساسی قابل قبول توسط حاکمیت و مردم است. این نظام حقوقی به منظور تحقق اهداف و استانداردها و راهبردهای ارزش‌یابی از لحاظ ساختاری و تقنینی، نظام دادرسی، بیمه‌ای، خدمات درمانی، حوزه سلامت و بهداشت، حمایت‌های امدادی از قبیل بیمه بی‌کاری و ازکارافتادگی و تأمین منابع مالی بسیار جامع، پویا و کارآمد است.^۲ قانون تأمین اجتماعی ایران، ازکارافتادگی و پیری را دو خطر متفاوت تعریف کرده و برای اولی، مستمری ازکارافتادگی و برای دومی، مستمری بازنشستگی در نظر گرفته است.^۳

گفتار دوم: تعریف ازکارافتادگی

امروزه نیروهای انسانی، بزرگ‌ترین عامل رشد و ترقی هر جامعه و سازمانی هستند. از این رو، در سال‌های نخست دهه ۱۹۵۰، به جنبه‌های اجتماعی انسان در دنیای کار بیش‌تر توجه شده است. با این حال، افراد در محیط کار به دلایل گوناگون دچار بیماری می‌شوند و آسیب می‌بینند. وجود چنین آسیبی می‌تواند به ناتوانی و ازکارافتادگی آنان بیانجامد.^۴

۱. خالق پرست، حسین، محمد راسخ و عمران نعیمی، «تحلیل حقوقی تأمین اجتماعی ایران در پرتو اصول و الگوهای نظام تأمین اجتماعی مطلوب»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، سال هفدهم، شماره ۶۴، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

۲. صابری، مهدی، احمد اسدیان، حسن مرادی و علی آل بویه، «نظام حقوق تأمین اجتماعی ایالات متحده آمریکا»، مجله حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، ص ۲.

۳. کاویانی، کوروش، «مبانی و آثار منع هم‌پوشانی تعهدات بیمه‌های اجتماعی»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، شماره ۲۶، ۱۳۸۸، ص ۲۸۸.

۴. نصر، مهدی، ربابه نوری قاسم‌آبادی و عیسی کریمی کیسیمی، «بررسی ازکارافتادگی و استراحت‌های پزشکی ناشی از بیماری‌های روان‌پزشکی در بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی شهر تهران»، مجله اندیشه و رفتار، سال پنجم،

در هر کشوری، پیش‌گیری و مدیریت درمان بیماری‌های شغلی سبب ارتقای سلامت شاغلان آن جامعه می‌شود. تخمین میزان مشارکت شغل در ایجاد بیماری، چالشی مهم برای پزشکان در پاسخ به سؤال نظام‌های قضایی و قانونی به شمار می‌رود. به ویژه زمانی که یک شاغل، متقاضی دریافت غرامت باشد، تعیین درصد میزان مشارکت شغل در رخداد بیماری اهمیت می‌یابد.^۱

عموماً از کارافتادگی را معادل واژه «ناتوانی» در نظر می‌گیرند و آن را چنین تعریف می‌کنند که از کارافتادگی، وضعیت جسمانی یا روانی است که موجب می‌شود شخص، توانایی انجام یک یا چند وظیفه شغلی خود را از دست بدهد، به گونه‌ای که این اختلال در وضعیت جسمانی و روانی معمولاً نوعی افت اجتماعی را در پی دارد و به همین دلیل، نیاز است که از این افراد حمایت شود. به صورت کلی، بیمه از کارافتادگی از جمله تعهدات بلندمدت سازمان تأمین اجتماعی است که در کنار دو بیمه بازنشستگی و بازماندگی، یکی از ارکان اصلی این سازمان به حساب می‌آید. این بیمه با حمایت‌های مالی از افراد از کارافتاده، تا حدود زیادی، دست‌مزد از دست رفته افراد بیمه‌شده به علت از کارافتادگی را جبران می‌کند و با پوشش هزینه‌ها و عرضه رایگان خدمات درمانی، از مشکلات آن‌ها می‌کاهد.

از کارافتادگی، یکی از مشکلات مهم بهداشتی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در جامعه است که باعث نیازمندی بیش‌تر به مراقبت‌های پزشکی، هدر رفتن زمان مفید خدمت و صرف هزینه‌های جبرانی بسیار زیاد می‌شود. از کارافتادگی‌های فیزیکی که منجر به بازنشستگی زود هنگام نیروهای کار از خدمت شوند، هزینه‌های گزافی برای نیروهای مسلح در پی دارند. سال‌ها، از کارافتادگی را به صورت وجود یک اختلال فیزیکی مانند از دست دادن یک اندام تعریف می‌کردند. اکنون از کارافتادگی به صورت تأثیر اختلال بر فرد از نظر فیزیکی، ذهنی و اجتماعی تعریف می‌شود.^۲

بر اساس گزارش سازمان بین‌المللی کار در سال ۲۰۰۲، سالانه حدود ۲ میلیون نفر یعنی در هر

شماره ۱، ۱۳۷۸، ص ۱۳.

۱. عطارچی، میرسعید، کیوان کرمی‌فر، محمد بابایی و سید مهدی سید محمد، «نحوه تخمین میزان مشارکت شغل در ایجاد بیماری و وضعیت موجود در ایران»، مجله سازمان نظام پزشکی، دوره سی و ششم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۶.

۲. منتظری، بهرام، امیرحسین رضوی، امیر مردانی، مهرداد پنجه‌بند و بهرام شمشیری، «بررسی علل مختلف از کارافتادگی پیش از موعد کارکنان نیروی هوایی در طی سال‌های ۱۳۷۱ تا ۱۳۸۲»، مجله علمی ابن سینا، سال سیزدهم، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

۱۵ ثانیه، ۱ نفر در جهان بر اثر حوادث و بیماری‌های مرتبط با کار، جان خود را از دست می‌دهند.^۱ موضوع ازکارافتادگی از مواردی است که بیمه‌شده قبل از رسیدن به شرایط بازنشستگی از چرخه کار و تولید خارج می‌شود و علاوه بر این که دیگر، حق بیمه‌ای به سازمان پرداخت نمی‌کند، بلکه سازمان، ماهانه به او مستمری می‌دهد. پس برآورد هزینه‌های پرداختی سازمان به ازکارافتادگان ناشی از کار با عنوان مستمری ازکارافتادگی برای سازمان اهمیتی بسزا دارد.^۲

ازکارافتادگی بر اساس بندهای ۱۳ و ۱۴ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی به دو دسته ازکارافتادگی کلی و جزئی تقسیم می‌شود. بر اساس بند ۱۳ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی، ازکارافتادگی کلی عبارت است از کاهش قدرت بیمه‌شده به صورتی که نتواند با اشتغال به کار سابق یا کاری دیگر، بیش از یک سوم از درآمد قبلی خود را به دست آورد. بر اساس بند ۱۴ ماده ۲ قانون تأمین اجتماعی، ازکارافتادگی جزئی عبارت است از کاهش قدرت بیمه‌شده به صورتی که با اشتغال به کار سابق یا کاری دیگر فقط قسمتی از درآمد خود را به دست آورد. نکته مهم این است که پرداخت مستمری ازکارافتادگی صرفاً در ازکارافتادگی کلی موضوعیت دارد، چنان‌که قانون‌گذار در ماده ۷۲ این قانون با صراحت از عبارت «میزان مستمری ماهانه ازکارافتادگی کلی» استفاده کرده است.

ازکارافتادگی یا ناتوانی، وضعیت جسمانی یا روانی است که موجب می‌شود شخص، توانایی انجام یک یا چند وظیفه شغلی خود را از دست بدهد. این اختلال در شرایط جسمانی و روانی معمولاً نوعی افت اجتماعی را به دنبال دارد و به همین دلیل، باید از این افراد حمایت شود. در ماده ۹۳ از قانون تأمین اجتماعی، امکان تغییر در میزان ازکارافتادگی به منظور تغییر در مبلغ مستمری پرداختی پیش‌بینی شده است.^۳ ازکارافتادگی جزئی فقط به حوادث ناشی از کار مربوط است و در مورد بیماری‌ها، درجه ازکارافتادگی در نظر گرفته نمی‌شود. بیمار بیمه‌شده یا از درمان استفاده می‌کند یا آن که ازکارافتاده کلی شناخته می‌شود.^۴

۱. علی‌قلی نژاد، ماشاءالله و مسعود مصطفایی، طب کار و بیماری‌های شغلی (جلد اول)، تهران: ارجمند، ۱۳۷۹، ص ۵۲.
۲. ادیب‌نیا، عبدالله، «بررسی روند شیوع ازکارافتادگی ناشی از کار در بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال هشتم، شماره ۲۶ و ۲۷، ۱۳۸۵، ص ۲۳۴.
۳. مریدی، سیاوش، فرهنگ بیمه‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۷۸، ص ۲۰.
۴. جوهریان، محمودلی، «محاسبه حق بیمه در بیمه ازکارافتادگی»، فصل‌نامه بیمه مرکزی ایران، سال هشتم، شماره ۲، ۱۳۷۲، ص ۲۰.

بدیهی است در مواردی که ازکارافتادگی ناشی از غیر کار باشد، صرفاً در صورت ازکارافتاده بودن کلی، مستمری تعلق می‌گیرد، ولی در مواردی که ازکارافتادگی به علت حادثه ناشی از کار باشد، مزایای ازکارافتادگی کلی، جزئی یا غرامت نقص عضو مقطوع، حسب درصد ناتوانی فرد به او تعلق می‌گیرد.^۱

گفتار سوم: مروری بر تاریخچه ازکارافتادگی

از تصویب قانون تأمین اجتماعی در سوم تیر ۱۳۵۴ که تا حدی مبتنی بر الگوبرداری از قوانین کشورهای غربی و همین طور بر مبنای تجربه‌های به دست آمده از اجرای قوانین گذشته، نظیر بیمه‌های اجتماعی کارگران است، بیش از چند دهه می‌گذرد. در زمان تصویب این قوانین، قانون‌گذار به باور خویش و با توجه به وضعیت اقتصادی و اجتماعی آن زمان، تمامی جنبه‌ها را سنجیده و آن‌گاه قانون را تصویب کرده است. با توجه به تغییر وضعیت، هیچ قانونی نمی‌تواند برای ابد، پابرجا و از اصلاح و بازنگری، مصون بماند.^۲

آلمان، نخستین کشوری بود که در سال ۱۸۸۹، بیمه اجتماعی سال خوردگی و ازکارافتادگی را که صدراعظم آن، بیسمارک طراحی کرده بود، تصویب و اجرایی کرد. سازمان بین‌المللی کار در سال ۱۹۵۲، مقاله‌نامه شماره ۱۰۲ را با عنوان «مقاله‌نامه مربوط به حداقل استانداردهای تأمین اجتماعی» به تصویب رساند که در ماده ۵۳ از بخش نهم آن به مزایای ازکارافتادگی تصریح شده است. مقاله‌نامه شماره ۱۲۸ مصوب ۱۹۶۷ نیز با عنوان «بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی، سال خوردگی و بازماندگی»، دیگر سند مرتبط با موضوع ازکارافتادگی بود. به طور کلی، مواد مندرج در این دو سند، در درجه نخست بر ضرورت حمایت از افراد ازکارافتاده تأکید کرده و سپس به شیوه احراز شرایط فرد ازکارافتاده و نوع و روش اعطای مزایای ازکارافتادگی پرداخته‌اند.^۳

در ایران نیز بحث در باب بیمه ازکارافتادگی، نخستین بار در قانون استخدام کشوری، مصوب سال ۱۳۰۱ مطرح شد. در مواد این قانون، واژه «ازکارافتادگی» قید نشده، اما به طور ضمنی به آن اشاره شده بود. ماده ۴۶ این قانون به بحث ازکارافتادگی هنگام کار اشاره داشت. در سال ۱۳۰۹، «صندوق احتیاط دست‌مزد عمل‌های راه

۱. علی‌قلی نژاد و مصطفایی، پیشین، ص ۲۵.

۲. عراقی، سید عزت‌الله و حسن بادی، «بررسی کاستی‌های قانون تأمین اجتماعی بر اساس مطالعات تطبیقی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۸۴، ص ۲۵.

۳. هندی و همکاران، پیشین، ص ۱۵۰.

آهن» تأسیس شد که بعدها به «صندوق احتیاط اداره طُرُق» تغییر نام داد و در آن بر لزوم حمایت و محافظت از کارگران در برابر مخاطرات شغلی تأکید شده بود. در اساس نامه این صندوق هم به واژه «ازکارافتادگی» اشاره‌ای نشده، ولی منظور ضمنی از آن، همان ازکارافتادگی ناشی از حوادث هنگام کار بود.^۱

در شهریور ۱۳۲۹، دولت بعد از اجرای آزمایشی لایحه کار، لایحه نهایی را مشتمل بر ۵۷ ماده به مجلس شورای ملی تقدیم کرد که با توجه به وضعیت کشور در آن سال که با رخدادهایی هم‌چون ملی شدن صنعت نفت همراه بود، فرآیند تصویب آن به صورت موقت از دستور کار مجلس خارج شد. لایحه قانونی بیمه‌های اجتماعی کارگران در سال ۱۳۳۱ به تصویب رسید و در سال‌های ۱۳۳۴ و ۱۳۳۹ در آن تجدید نظر شد. اهمیت این قانون در مقوله ازکارافتادگی از این روست که نه تنها به پیروی از قانون کار، میان ازکارافتادگی ناشی از کار و ازکارافتادگی ناشی از غیر کار تفکیک قائل می‌شود، بلکه برای نخستین بار به مواردی از قبیل شیوه احراز شرایط ازکارافتادگی، میزان مستمری می‌پردازد.^۲

قانون بیمه تأمین اجتماعی کارگران ساختمانی، مصوب ۱۳۸۶، یکی دیگر از قوانین حمایتی است. در این قانون، چگونگی استفاده از خدمات درمانی، مدت و شرایط و میزان غرامت دست‌مزد برای حوادث ناشی از کار، تعیین درصد ازکارافتادگی، چگونگی تشخیص حوادث ناشی از کار و ناشی از غیر کار، شرایط پرداخت غرامت نقص عضو و برقراری مستمری جزئی و کلی، شیوه محاسبه و میزان تغییر درجه ازکارافتادگی کلی و جزئی، تابع مقررات قانون تأمین اجتماعی شده است.^۳

قانون تأمین اجتماعی، جامع‌ترین قانون در زمینه بیمه‌های اجتماعی، شیوه احراز شرایط و مزایای بیمه‌ای بود که در کشور به تصویب رسید. جامعیت این قانون به قدری بود که ماده ۲ این قانون برای اولین بار به تعریف‌ها اختصاص داشت و اصطلاحات مختلف بیمه و تأمین اجتماعی در این ماده تعریف شدند.^۴

۱. اخوان بهبهانی، علی و ایروان مسعودی اصل، اصول و مبانی بیمه‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۶، ص ۲۰.

۲. آراسته‌خو، محمد، تأمین و رفاه اجتماعی، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

۳. قاضی نوری، سید سپهر، محمود براتی‌نیا و سارا صباغچی، «ارائه الگویی برای حمایت شغلی از پژوهشگران آزاد کشور»، مجله سیاست علم و فناوری، سال چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۱۵.

۴. دفتر قوانین و مقررات سازمان تأمین اجتماعی، قانون تأمین اجتماعی و قوانین و مقررات مربوط، تهران: انتشارات علمی و

در نیم قرن گذشته، نهادها و ساختارها و سازوکارهایی تصویب شده و به اجرا درآمده است و قلمروهای بیمه‌ای، امدادی و حمایتی در کشور، مسائل و مشکلاتی داشته‌اند که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

یک. جامع نبودن خدمات‌رسانی در تأمین اجتماعی (بخش چشم‌گیری از جمعیت کشور فقط در سطح محدودی از خدمات درمان برخوردارند و از مزایایی هم‌چون بازنشستگی، ازکارافتادگی و بی‌کاری بی‌بهره‌اند.

دو. ناکافی بودن خدمات‌رسانی در تأمین اجتماعی و تداوم نارضایتی مردم؛

سه. تداخل گسترده در وظایف و قلمروهای بیمه‌ای، حمایتی و امدادی.^۱

گفتار چهارم: مشمولان بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی

تأمین اجتماعی دارای دو مفهوم مشارکتی (بیمه‌ای) و غیر مشارکتی است که در معنای مشارکت به بیمه‌های اجتماعی اطلاق می‌شود و بر اساس آن، برخوردار از تأمین اجتماعی به پرداخت مبلغی با عنوان حق بیمه و داشتن کار یا حرفه‌های مشخص یا وابستگی خانوادگی به فرد شاغل بستگی دارد. در این حالت، تأمین اجتماعی به معنای تأمین اقتصادی شاغلان و افراد خانواده آن‌ها در برابر رویدادهایی است که در مقابل پرداخت حق بیمه، منجر به کاهش یا قطع درآمد و افزایش هزینه‌های آنان می‌شود. در چنین نظامی، علاوه بر بیمه‌شده، معمولاً کارفرما و دولت نیز بخش قابل توجهی از حق بیمه را که به نسبت دست‌مزد محاسبه می‌شود، پرداخت می‌کنند. در معنای غیر مشارکتی، تأمین اجتماعی، تنها شاغلان را دربر نمی‌گیرد، بلکه شامل همه آحاد ملت و نیازمندان می‌شود.^۲

نظام بازنشستگی عمومی، اقدامی اجتماعی است برای فراهم ساختن پوشش درآمدی برای

فرهنگی، ۱۳۹۴، ص ۸۹.

۱. ستاری فر، محمد، «طرح برپایی نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی کشور»، مجله برنامه و بودجه کشور، شماره ۷۴، ۱۳۸۱، ص ۱۰.

۲. بئاتریس، ماینونی دیتیانو، بیمه‌ها و حمایت‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۰.
۲. جزوه آموزشی رویه قضایی با موضوعات بیمه، کار و تأمین اجتماعی، تهران: معاونت حقوقی، پژوهش و پیش‌گیری دیوان عدالت اداری، اداره کل حقوقی و امور مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۷، ص ۷۹.

اعضای جامعه در مقابل ریسک‌های کهن‌سالی، ازکارافتادگی و مستمری همسران بازمانده. این سازوکار به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به آن هدف به انتقال درآمد بین نسل‌ها به استناد قانون متکی است. نظام‌های بازنشستگی باید در بلندمدت، پایدار و برای نسل‌های آینده قابل اطمینان باشند. هم‌چنان کارکرد اصلی خود یعنی فراهم آوردن امنیت درآمدی مناسب برای سالمندان، ازکارافتادگان و همسران بازمانده آن‌ها را انجام دهند.^۱

مطابق مواد ۴ و ۵ قانون تأمین اجتماعی، دو گروه از افراد، مشمول این قانون و تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی قرار می‌گیرند: گروه اول، افرادی هستند که بیمه آن‌ها اجباری است. به تعبیر قانون، همه کسانی که به هر عنوان در مقابل مزد یا حقوق کار می‌کنند، ممکن است عنوانی مانند کارگر یا کارمند داشته باشند. بنابراین، قانون تأمین اجتماعی، یک قانون عام است و شامل همه حقوق‌بگیران می‌شود، مگر آن‌هایی که تابع قانون و نظام حمایتی خاص هستند. گروه دوم، کسانی هستند که بیمه آن‌ها اختیاری است و شامل صاحبان حرفه‌ها، مشاغل آزاد و کسانی می‌شود که به عللی از شمول بیمه‌شدگان اجباری خارج شده‌اند.^۲

بر مبنای ماده ۳ قانون تأمین اجتماعی، این موارد تحت پوشش سازمان تأمین اجتماعی قرار می‌گیرد: حوادث و بیماری‌ها، بارداری، غرامت دست‌مزد، ازکارافتادگی، بازنشستگی، مرگ و مقرری بیمه بی‌کاری. علاوه بر این، مطابق تبصره ۱ ماده ۳، مشمولان این قانون از کمک‌های ازدواج و عایله‌مندی طبق مقررات برخوردار خواهند شد.^۳

گفتار پنجم: شرایط برقراری مستمری ازکارافتادگی

فرآیند حمایت سازمان تأمین اجتماعی ایران از بیمه‌شده‌های آسیب‌دیده در کار به این صورت است که بعد از وقوع حادثه ناشی از کار، بیمه‌شده بلافاصله مشمول حمایت‌های سازمان تأمین

۱. یحییوی رازلیقی، حسن، **مروری بر اصلاحات بازنشستگی در کشورهای منتخب**، تهران: مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۱۰.

۲. استوارسنگری، کوروش، **حقوق تأمین اجتماعی**، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۸۷.

۳. بدیسار، سید ناصرالدین، کوروش استوارسنگری و ایروان مسعودی اصل، «**ارزیابی خدمات درمانی در حقوق تأمین اجتماعی ایران**»، مجله مجلس و راهبرد، سال هجدهم، شماره ۶۸، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

اجتماعی قرار می‌گیرد. پیش از هر چیز، در قدم اول، معالجه فرد آسیب‌دیده مطرح است؛ یعنی ابتدا برای بازگرداندن سلامتی بیمه‌شده تلاش می‌شود و حمایت‌های درمانی آغاز می‌گردد. مدت زمانی که فرد بیمه‌شده در حال درمان، بستری یا استراحت پزشکی است، برای گذراندن معیشت وی، غرامت دست‌مزد ایام بیماری پرداخت می‌شود که جزء تعهدات کوتاه‌مدت سازمان است. بعد از این مرحله، در صورت لزوم، تعهدات بلندمدت سازمان تأمین اجتماعی آغاز می‌شود که عبارتند از: پرداخت غرامت نقص عضو و مستمری ازکارافتادگی جزئی و مستمری ازکارافتادگی کلی.

با توجه به متفاوت بودن میزان خسارت روحی و جسمی بیمه‌شده، حمایت‌ها نیز سطح‌بندی می‌شوند. عواملی که در تعیین میزان غرامت نقص عضو یا مستمری اثر دارند، عبارتند از: سابقه بیمه‌شده، دست‌مزد بیمه‌شده، مجرد یا متأهل بودن، متکفل بودن یا نبودن و درصد حادثه‌دیدگی. اگر بر اساس نظر کمیسیون پزشکی، میزان خسارت جسمی و روحی واردشده به بیمه‌شده بین ۱۰ تا ۳۳ درصد باشد، باید غرامت نقص عضو پرداخت شود، اما اگر شدت آسیب‌دیدگی، بیش‌تر باشد (یعنی ۳۳ تا ۶۶ درصد)، مستمری ازکارافتادگی جزئی برای جبران کاهش درآمد قبلی بیمه‌شده پرداخت می‌شود. نکته مهم این است که پرداخت غرامت نقص عضو و مستمری ازکارافتادگی جزئی، مانع از اشتغال به کار بیمه‌شده نمی‌گردد.^۱

پرداخت مستمری ازکارافتادگی کلی از جمله تعهدات بلندمدت سازمان تأمین اجتماعی محسوب می‌شود و با در نظر گرفتن برخی شرایط به بیمه‌شدگان واجد شرایط پرداخت می‌گردد. این موضوع از مصادیق شکایت پرتکرار دیوان عدالت اداری است که به عنوان اعتراض به رأی کمیسیون از نظر تاریخ شروع بیماری، الزام به برقراری مستمری ازکارافتادگی و اعتراض به برقرار نشدن مستمری از کارافتادگی مطرح می‌شود.^۲

مبحث اول: لزوم معرفی به کمیسیون‌های پزشکی

بر اساس ماده ۷۰ قانون تأمین اجتماعی، بیمه‌شدگانی که بنا بر نظر پزشک معالج، درمان ناپذیر

۱. فرضی‌زاده، زهرا، «ارزش‌یابی خدمات تأمین اجتماعی در ایران (مورد مطالعه: بیمه حوادث حین کار)»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۱۵۹.

۲. جزوه آموزشی رویه قضایی با موضوعات بیمه، کار و تأمین اجتماعی، پیشین، ص ۸۹.

تشخیص داده می‌شوند، پس از انجام خدمات توان بخشی و اعلام نتیجه توان بخشی یا اشتغال، اگر طبق نظر کمیسیون‌های پزشکی مندرج در ماده ۹۱ این قانون، درجه کاهش قدرت کار بیمه‌شده، ۶۶ درصد و بیش‌تر باشد، ازکارافتاده کلی شناخته می‌شود و با دارا بودن شرایط مقرر در ماده ۷۵ همین قانون، امکان برخورداری از مستمری ازکارافتاده کلی را خواهد داشت.

در خصوص ارجاع مشمولان قانون به تأمین اجتماعی نیز دادنامه شماره ۱۹۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۰/۶/۱۸ در پرونده شماره ۷۸۰۰۴۱۰ قابل توجه است. در این زمینه، شاکي، ابطال بخش نامه شماره ۱۷ جدید درآمد سازمان تأمین اجتماعی را از هیئت عمومی دیوان تقاضا کرد. بر اساس بخش نامه معترض‌عنه، ارسال پرونده بیمه‌شده به دو پیش شرط ضروری بستگی داشت:

۱. بیمه‌شده به عنوان حقوق‌بگیر در کارگاه مشمول تأمین اجتماعی به کار اشتغال داشته و حق استفاده از حمایت‌های مقرر در قانون را داشته باشد.

۲. طبق مدارک و مستندات متقن قانونی در حال استراحت پزشکی یا استراحت همراه با درمان باشد و به تبع آن، از غرامت دست‌مزد ایام بیماری استفاده کند.

هیئت عمومی دیوان در دادنامه اصداری با این استدلال که «شرایط معرفی بیمه‌شدگان مشمول قانون تأمین اجتماعی، مصوب ۱۳۵۴ به کمیسیون‌های پزشکی مذکور در ماده ۹۱ آن قانون و برخورداری آنان از مستمری ازکارافتادگی به شرح مقرر در مواد ۷۰ و ۷۵ این قانون تعیین شده است و حدود و وظایف و اختیارات رییس هیئت مدیره و مدیر عامل سازمان تأمین اجتماعی به شرح مندرج در ماده ۲۶ قانون تأمین اجتماعی، متضمن جواز وضع مقررات خاص در خصوص مورد نیست، بنابراین، مدلول بخش نامه شماره ۱۷ مستمری‌ها خارج از حدود اختیارات مقام مزبور می‌باشد و ابطال می‌گردد.» بنابراین، معرفی به کمیسیون پزشکی توسط سازمان تأمین اجتماعی نباید با مانعی از سوی سازمان رویه‌رو گردد.

در این حالت، صرف دارا بودن شرایط مقرر در مواد ۷۰ و ۷۵ قانون تأمین اجتماعی برای معرفی به کمیسیون پزشکی کفایت می‌کند و قرار دادن شرایط اضافی که عمدتاً نیز مانع از معرفی شخص به کمیسیون پزشکی می‌گردد، ممنوع است و هیئت عمومی دیوان به درستی در رأی وحدت رویه یادشده، به ابطال بخش نامه مورد نظر حکم داده است.

مبحث دوم: تشخیص ازکارافتادگی در کمیسیون‌های پزشکی

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۶۹/۸۵ مورخ ۱۳۶۹/۳/۲۹ نیز بر صلاحیت انحصاری کمیسیون‌های پزشکی بدوی و تجدید نظر موضوع ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی صحت گذارده است. بر این اساس، دادنامه موصوف که در مقام تعارض آرای صادرشده میان شعبه‌ها صادر شده است، تصریح می‌کند: «با توجه به این که در ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی برای تعیین میزان ازکارافتادگی جسمی و روحی بیمه‌شدگان و افراد خانواده آن‌ها، کمیسیون‌هایی تحت عنوان کمیسیون بدوی و تجدید نظر پیش‌بینی گردیده که علی‌الاصول و هم‌چنین طبق ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی ماده فوق‌الذکر، آرای کمیسیون‌های تجدید نظر پزشکی قطعی و لازم‌الاجرا بوده. لذا تعیین کمیسیون رسیدگی غیر از موارد مذکور در قانون تحت عنوان کمیسیون تجدید نظر ویژه پزشکی و رسیدگی تصمیمات اخذشده از ناحیه کمیسیون‌های بدوی و تجدید نظر پزشکی از موقعیت قانونی برخوردار نبوده و آرای صادره که متضمن این معنی است، موافق قانون تشخیص داده می‌شود».

بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۹۶۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۱ که در مقام تعارض میان آرای شعب دیوان صادر شده است، با تصمیم کمیسیون پزشکی صلاحیت‌دار موضوع ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی که با لحاظ احراز شرایط مقرر در ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی، شخص را ازکارافتاده تشخیص می‌دهد، سازمان تأمین اجتماعی، مکلف به برقراری مستمری است و قطع مستمری بدون دلیل و مبنای قانونی سبب نادیده انگاشتن حق مکتسب شاکیان می‌گردد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۷۶۲ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۹ که در مقام ابطال بخش‌نامه شماره ۴۰۱۰/۹۴/۸۸۴۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱۶ حوزه فنی و درآمد سازمان تأمین اجتماعی صادر شده، به ابطال بخش‌نامه مورد نظر حکم داده است. در بخش‌نامه مورد نظر، قبل از معرفی اشخاص به کمیسیون‌های پزشکی سازمان تأمین اجتماعی، تأیید بیماری از جانب پزشک معتمد سازمان پیش‌بینی شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این استدلال که «بر اساس ماده ۷۰ قانون تأمین اجتماعی، میزان ازکارافتادگی بیمه‌شدگان بعد از اخذ نظر پزشک معالج مبنی بر غیر قابل علاج بودن بیماری، پس از انجام خدمات توان‌بخشی و اعلام نتیجه توان‌بخشی یا

اشتغال در کمیسیون‌های پزشکی موضوع ماده ۹۱ قانون مورد بررسی قرار گرفته و تعیین می‌شود. در این ماده، حکمی مبنی بر ضرورت اظهار نظر پزشک معتمد سازمان تأمین اجتماعی بعد از اخذ نظر پزشک معالج توسط پزشک معتمد جهت معرفی به کمیسیون پزشکی مورد تصریح قرار نگرفته است. بنابراین، درج چنین مقرره‌ای و مخالفت پزشک معتمد، حقوق شهروندان در مراجعه به کمیسیون پزشکی را سلب می‌کند.» با توجه به مفاد و محتوای دادنامه مورد نظر، کمیسیون‌های پزشکی، تنها مرجع صلاحیت‌دار برای تشخیص بیماری و تعیین ازکارافتادگی کمیسیون‌های پزشکی هستند و ایجاد هر گونه پیش‌شرطی، مغایر با اطلاق ماده ۷۰ قانون تأمین اجتماعی است.

بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۷/۱/۱۸، کمیسیون‌های پزشکی، فارغ از نوع بیماری، مکلف به تعیین و بیان درصدند. دادنامه مورد نظر که در مقام ابطال بخش‌نامه شماره ۴۸۹۹۶/ک/۴۰۱۰، مورخ ۱۳۸۱/۶/۳ مدیر کل درمان سازمان تأمین اجتماعی صادر شده است، این‌گونه استدلال می‌کند: «طبق بند الف ماده ۷۰ قانون تأمین اجتماعی، هر گاه درجه کاهش قدرت کار بیمه‌شده، ۶۶ درصد و بیش‌تر باشد، ازکارافتاده کلی شناخته می‌شود و با رعایت مقررات قانونی مربوط از حقوق قانونی مترتب بر آن برخوردار می‌گردد و در ماده ۹۱ آن قانون، تعیین میزان ازکارافتادگی جسمی و روحی بیمه‌شدگان و افراد خانواده آن‌ها به ترتیب مقرر در آیین‌نامه مصوب شورای عالی تأمین اجتماعی بر عهده کمیسیون‌های پزشکی است. نظر به اهداف مقنن در خصوص ضرورت حمایت از بیمه‌شدگان در مقام برخورداری از حقوق قانونی و اطلاع و آگاهی شخص بیمه‌شده از میزان درجه قدرت کاهش کار تعیین شده توسط کمیسیون و اعتراض به آن در صورت اقتضا، قسمت آخر بخش‌نامه معترض‌عنه به لحاظ این‌که مفهوم اجتناب سازمان از اعلام کاهش درجه قدرت کار و نتیجتاً عدم اطلاع او در این خصوص می‌باشد، ابطال می‌گردد.»

مبحث سوم: پرداخت حق بیمه حداقل به میزان یک سال در ده سال قبل از ابتلا به بیماری یا وقوع حادثه

بر اساس ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی، بیمه‌شده‌ای که ظرف ده سال قبل از وقوع حادثه ناشی از غیر کار یا ابتلا به بیماری، حداقل، حق بیمه یک سال کار را که متضمن حق بیمه نود روز ظرف یک سال قبل از وقوع حادثه یا بیماری منجر به ازکارافتادگی باشد، پرداخت کند، در صورت از

کارافتادگی کلی، حق استفاده از مستمري کلي ماهانه ناشی از غير کار را خواهد داشت. برای استفاده از مستمري ازکارافتادگی، شخص بیمه شده از نظر قانون گذار باید دارای میزان مشخصی از سابقه پرداخت حق بیمه باشد تا امکان بهره‌مندی وی از مستمري ازکارافتادگی کلی میسر گردد.

منظور از سابقه بیمه مندرج در ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی نیز بر اساس بند ۲۰ بخش نامه شماره ۱۰۰۰/۹۶/۵۷۴۳ مورخ ۱۳۹۶/۶/۱ سازمان تأمین اجتماعی با موضوع «بازبینی، تجمیع و تلخیص بخش نامه‌ها و دستورات اداری مستمري ازکارافتادگی»، موارد زیر می‌باشد:

۱. سوابق پرداخت حق بیمه به سبب اشتغال؛
۲. غرامت دست‌مزد ایام بیماری و بارداری؛
۳. ایام دریافت مقرری بیمه بی‌کاري؛
۴. سوابق مدت خدمت نظام وظیفه و حضور در جبهه بیمه‌شدگان؛
۵. کلیه سوابق منتقله از سایر صندوق‌ها پس از پرداخت ما به التفاوت؛
۶. پرداخت حق بیمه در قالب گروه‌های خاص بیمه‌ای؛
۷. سوابق پرداخت حق بیمه به صورت اختیاری؛
۸. بیمه صاحبان حرف و مشاغل آزاد؛
۹. سوابق پرداخت حق بیمه بافندگان قالی، قالیچه، گلیم و زیلو.

اگر کارگر ازکارافتاده در کارگاهی مشغول به کار باشد و کارفرما در ایام اشتغال، حق بیمه وی را پرداخت نکند و این امر سبب شود شرط سابقه مقرر در ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی محقق نگردد، با توجه به مواد مختلفی از قانون تأمین اجتماعی از جمله مواد ۲، ۳۶، ۳۹ و ۵۰ آن، مسئولیت پرداخت حق بیمه بر عهده کارفرما و سازمان تأمین اجتماعی است و تکلیفی متوجه کارگر نمی‌شود. بنابراین، اساساً این امر مانع برخورداری کارگر از حقوق مکنتسب و مقرر در تأمین اجتماعی نخواهد شد. در این موارد، با احراز اشتغال کارگر، کارفرما باید حق بیمه او را بپردازد تا کارگر ازکارافتاده بتواند با کسب شرایط مقرر در ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی، از مزایای قانونی آن بهره‌مند گردد.

مبحث چهارم: تعیین تاریخ ابتلا به بیماری توسط کمیسیون پزشکی

احراز شرایط مربوط به حق بیمه به تعیین یک تاریخ به عنوان تاریخ معیار برای احراز میزان سابقه مندرج در ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی و تعیین میزان مستمری حسب تبصره آن بستگی دارد. از این رو، تعیین تاریخ ازکارافتادگی اجتناب‌ناپذیر است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در برخی آرای صادرشده به موضوع کمیسیون‌های پزشکی و ماهیت این مراجع پرداخته است. دادنامه شماره ۶۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۷۷/۳/۲۳، نظر کمیسیون‌های پزشکی در باب بیماری و نوع و تاریخ امری فنی و تخصصی دانسته است که امعان نظر قضایی در زمینه اعتبار ماهوی آن و جاهت قانونی ندارد. این رأی با اعمال ماده ۵۳ از نظر تاریخ بیماری مجدداً در هیئت عمومی مطرح شد و با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹ مورخ ۱۳۸۵/۲/۱۷، قید «تاریخ» از دادنامه شماره ۶۱ حذف گردید. بنابراین، برداشت اولیه برخی قضاات این بود که دیوان به صورت مطلق می‌تواند سازمان تأمین اجتماعی را به برقراری مستمری بدون قید تاریخ ملزم کند و در واقع، کمیسیون پزشکی، اختیاری برای تعیین تاریخ ندارد؛ حال آن‌که ملاک قرار دادن یک تاریخ به منظور احراز شرایط ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی و به تبع آن، امکان محاسبه مستمری، الزامی است. در غیر این صورت، سازمان تأمین اجتماعی در عمل، مکلف است شرایط ماده ۷۵ را احراز و مستمری موصوف را از تاریخی نامشخص برقرار کند که در عمل، تعیین میزان مستمری نیز ممکن نیست.

قبل از تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲، دیوان نسبت به تصمیم و آرای هیئت‌ها و کمیسیون‌هایی که در خصوص موضوعات علمی و فنی و تخصصی تصمیم‌گیری می‌کردند، فقط از نظر رعایت قوانین و مقررات شکلی رسیدگی می‌کرد و به ماهیت و محتوای تصمیم وارد نمی‌شد. برای مثال، فردی از تصمیم کمیسیون پزشکی در تشخیص نوع بیماری و ردّ از کارافتادگی خود شکایت داشت. با استناد به رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شماره ۶۱ مورخ ۷۷/۳/۲۳ که اظهار نظر قضایی و رسیدگی به تصمیم‌های فنی و تخصصی را بدون وجاهت قانونی می‌دانست، موضوع در دیوان قابل رسیدگی نبود. با این حال، با تصویب قسمت ذیل ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رأی یادشده نسخ می‌شود. قسمت ذیل

ماده ۶۴ این قانون مقرر می‌دارد: «در مواردی که به موجب قانون یا مصوبه‌ای لازم‌الاجرا، تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به عهده کمیسیون یا هیئتی واگذار شده باشد، در صورت شکایت شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه رسیدگی‌کننده موظف است حسب مورد پس از ارجاع پرونده به هیئت کارشناسی تخصصی ذی‌ربط که توسط شعبه تعیین می‌گردد، با کسب نظر آنان مبادرت به انشای رأی نماید».

به این ترتیب، دیوان عدالت اداری، حق ورود و رسیدگی به موضوعات فنی و تخصصی را با جلب نظر کارشناس دارد. این موضوع یکی از محسنات قانون جدید دیوان محسوب می‌شود که تصمیم هیئت‌ها و کمیسیون‌ها را از نظر ماهوی تحت نظارت قضایی قرار داده است. در حال حاضر، اگر از تصمیم هیئت‌های ممیزه یا کمیسیون پزشکی از نظر تشخیص موضوع شکایت شود، موضوع در صلاحیت دیوان خواهد بود. رسیدگی به تصمیم‌ها و آرای کمیسیون‌های فنی، تخصصی و گزینشی هم از نظر رعایت نشدن مقررات قانونی اعم از شکلی و ماهوی و هم از نظر تشخیص موضوع، در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی و اعتراض خواهد بود.^۱

در همین زمینه، دادنامه شماره ۷۹۳ مورخ ۱۳۹۸/۴/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل توجه است. دادنامه مورد نظر در مقام تعارض میان آرای صادرشده از شعبه‌ها صادر شده است و تصریح می‌کند: «اولاً کمیسیون‌های پزشکی سازمان تأمین اجتماعی واجد صلاحیت در تعیین تاریخ ابتلا به بیماری هستند و ثانیاً آرای کمیسیون‌های مزبور در تعیین تاریخ ابتلا به بیماری مطابق ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری قابل امعان نظر قضایی در شعب دیوان عدالت اداری و لذا چنان چه رأی کمیسیون در تشخیص تاریخ بیماری توسط شعبه دیوان عدالت اداری نقض شود، در اجرای ماده ۶۳ قانون دیوان، موضوع جهت رسیدگی با رعایت مفاد رأی دیوان به همان کمیسیون واگذار می‌شود و مراحل رسیدگی مطابق ماده ۶۳ قانون دیوان انجام می‌شود. به دلایل مذکور، آرای صادرشده به شرح مندرج در گردش کار که کمیسیون‌های پزشکی را واجد صلاحیت برای تعیین تاریخ ابتلا به بیماری دانسته و اعتراض به تصمیمات کمیسیون‌های مذکور را واجد صلاحیت برای تعیین تاریخ ابتلا به بیماری دانسته و اعتراض به تصمیمات کمیسیون‌های

۱. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۷، ص ۸۷.

مذکور از حیث تعیین تاریخ ابتلا به بیماری را در صلاحیت شعب دیوان تلقی کرده، صحیح و موافق مقررات تشخیص داده شد».

در جمع بین دادنامه‌های موصوف باید اذعان داشت هر چند به موجب دادنامه‌های شماره ۷۹، قید «تاریخ» از دادنامه شماره ۶۱ حذف شده، ولی این امر به آن معنا نیست که کمیسیون‌های پزشکی در نظردهی خود، صلاحیت تعیین تاریخ ازکارافتادگی را ندارند، بلکه بر خلاف تخصصی بودن نظر کمیسیون‌های پزشکی در باب بیماری و نوع آن، تعیین تاریخ از سوی این کمیسیون، امری تخصصی قلمداد نمی‌شود. بنابراین، تاریخ اعلامی از سوی کمیسیون‌های پزشکی با شکایت شاکی، در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی است.

رأی هیئت عمومی شماره ۷۹ سال ۱۳۸۵ به هیچ عنوان بر این امر دلالت ندارد که تاریخ تعیین شده توسط کمیسیون پزشکی باید همواره نقض شود، بلکه آن رأی، مفید این معناست که شعبه دیوان به موضوع رسیدگی می‌کند. اگر تاریخ تعیین شده توسط کمیسیون پزشکی منطبق بر مقررات تشخیص داده نشود، با رسیدگی به موضوع، آن را نقض می‌کند. با این حال، برای اجرای ماده ۷۵ حتماً باید تاریخ صحیح ازکارافتادگی تعیین شود. چون قانون‌گذار، مرجعی تخصصی برای اعلام نظر در این موضوع تعیین کرده، هر گونه اظهار نظر در خصوص تعیین تاریخ، متوجه کمیسیون پزشکی است. در این گونه موارد می‌بایست با استناد به ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، با نقض رأی، آن را به کمیسیون پزشکی مربوط ارجاع دهد و کمیسیون هم طبق ماده ۱۱ همین قانون با رعایت مفاد رأی، با رویه‌ای مناسب، تاریخ را تعیین کند. بنابراین، نقض رأی کمیسیون پزشکی و صدور حکم به ورود شکایت با تعیین تاریخ جدید مطابق مقررات نیست و موضوع برای تعیین تاریخ باید به کمیسیون مربوط اعاده گردد. در مرحله دوم، در صورت وجود شرایط، با رعایت ماده ۶۳ قانون دیوان، با نقض رأی مجدد کمیسیون مربوط نسبت به رأی ماهوی به تعیین تاریخ اقدام می‌کند.^۱

بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۹ که در مقام ابطال بند ۳ بخش‌نامه شماره ۶۰۴ فنی سازمان تأمین اجتماعی صادر شده است: «مطابق با ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی،

۱. جزوه آموزشی رویه قضایی با موضوعات بیمه، کار و تأمین اجتماعی، پیشین، ص ۸۲.

کمیسیون پزشکی می‌بایست در خصوص ازکارافتادگی بیمه‌شدگان اظهار نظر نمایند و حق تعیین تاریخ ازکارافتادگی را ندارند و سازمان تأمین اجتماعی، مکلف به برقراری مستمری در صورت دارا بودن شرایط ماده ۷۵ است. در نتیجه، سازمان تأمین اجتماعی و کمیسیون‌های پزشکی نمی‌توانند تاریخ ازکارافتادگی را تعیین نمایند. بنابراین، بند ۳ بخش‌نامه شماره ۶۰۴ سازمان تأمین اجتماعی که تاریخ ازکارافتادگی را تاریخ تشکیل کمیسیون پزشکی تعیین کرده خلاف مواد مذکور و خارج از حدود اختیارات است و از تاریخ صدور ابطال می‌شود».

مبحث پنجم: افزایش مستمری ازکارافتادگی

بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۱۱۷۲ و ۱۱۷۳ مورخ ۱۳۹۹/۹/۲۹ که با موضوع ابطال بند ۳ بخش‌نامه شماره ۷۴ مستمری‌های حوزه معاونت بیمه‌ای سازمان تأمین اجتماعی صادر شده، هیئت عمومی در خصوص افزایش مستمری ازکارافتادگی اظهار نظر کرده است. بر این اساس، «افزایش مستمری ازکارافتادگی مشمولین مقررات تأمین اجتماعی تابع ضوابط مقرر در ماده ۹۶ قانون تأمین اجتماعی خواهد بود. بنابراین، اقدام سازمان تأمین اجتماعی مبنی بر تعیین درصدی از مبلغ ۴۷۰۶۱۱۲ ریال برای دریافت‌کنندگان مستمری، مجوز قانونی ندارد و ابطال می‌شود.» بنابراین، افزایش مستمری ازکارافتادگان اعم از کلی و جزئی تابع شرایط مقرر در ماده ۹۶ قانون تأمین اجتماعی است و سازمان تأمین اجتماعی رأساً حق تعیین درصدی برای افزایش مستمری ازکارافتادگی را ندارد.

نتیجه‌گیری

بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی، یکی از دعاوی پرتکرار در شعب دیوان عدالت اداری است و در بسیاری از موارد، اشخاص از شرایط قانونی برای بهره‌مندی از مستمری ازکارافتادگی اطلاع کافی و دقیق ندارند. بررسی مفاد قانون تأمین اجتماعی و نیز آرای وحدت رویه صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌تواند به شناخت بهتر این نوع از دعاوی در دیوان عدالت اداری کمک شایانی کند. بر این اساس، آن‌چه از مفاد مقررات مندرج در قانون تأمین اجتماعی از جمله مواد ۷۰، ۷۵ و ۹۱ قانون برمی‌آید، کمیسیون‌های پزشکی و تجدید نظر سازمان تأمین اجتماعی، صلاحیت انحصاری در تشخیص نوع بیماری و تعیین درجه ازکارافتادگی دارند و قرار دادن موانع و پیش شرط‌هایی توسط سازمان برای مردم جهت طرح موضوعات در کمیسیون پزشکی، مغایر قانون است. رویه قضایی

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز بر همین معنی تأکید داشته و بخش نامه‌های صادرشده از سازمان را که با اصل دسترسی به مراجع پزشکی مغایرت دارد، ابطال کرده است.

از سوی دیگر، رویه قضایی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد کمیسیون‌های پزشکی، صلاحیت تعیین تاریخ بیماری را ندارند. با این حال، با وجود تخصصی بودن اظهار نظر کمیسیون‌های پزشکی، این امر، مانع از نظارت قضایی شعب دیوان عدالت اداری بر موضوع «تاریخ ابتلا به بیماری» نیست. در قانون فعلی دیوان، بر اساس ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، نظارت قضایی شعب دیوان بر مراجع تشخیصی پذیرفته شده است و در خصوص کمیسیون‌های پزشکی نیز هیئت عمومی دیوان بر صلاحیت شعب دیوان بر نظارت قضایی مراجع موصوف صحه گذارده‌اند. با این وصف، شعب دیوان در صدور آرای خود به این مهم توجهی ندارند. شایسته است شعب دیوان در خصوص دعوی «الزام به برقراری مستمری ازکارافتادگی» یا «اعتراض به تصمیم صادره از کمیسیون پزشکی»، از ظرفیت‌های مقرر در ماده ۶۴ قانون دیوان استفاده کنند.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در آرای خود که در مقام ابطال بخش نامه‌های صادرشده از سازمان تأمین اجتماعی صادر کرده، کوشیده است موانعی را برطرف کند که سازمان تأمین اجتماعی در قالب بخش نامه‌ها، بر مشمولان بهره‌مندی از مزایای ازکارافتادگی تحمیل می‌کند. در خصوص تعیین افزایش مستمری مشمولان ازکارافتادگی نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر این امر تأکید دارد که افزایش مستمری تابع مقررات مندرج در ماده ۹۶ قانون تأمین اجتماعی است و تعیین درصد توسط سازمان تعیین اجتماعی بر خلاف مقررات مندرج در این ماده است.

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، ۱۳۹۶.
۲. استوارسنگری، کوروش، **حقوق تأمین اجتماعی**، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۳. آراسته خو، محمد، **تأمین و رفاه اجتماعی**، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰.
۴. بلیک مور، کن، **مقدمه‌ای بر سیاست‌گذاری اجتماعی**، ترجمه: علی اصغر سعیدی و سعید صادقی جقه، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۱.
۵. بئاتریس، ماینونی دینتیانو، **بیمه‌ها و حمایت‌های اجتماعی**، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۰.
۶. **جزوه آموزشی رویه قضایی با موضوعات بیمه، کار و تأمین اجتماعی**، تهران: معاونت حقوقی، پژوهش و پیش‌گیری دیوان عدالت اداری، اداره کل حقوقی و امور مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۷.
۷. **دفتر قوانین و مقررات سازمان تأمین اجتماعی، قانون تأمین اجتماعی و قوانین و مقررات مربوط**، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۹۴.
۸. عراقی، سید عزت‌الله، حسن بادینی و مهدی شهابی، **درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی: نقد قانون تأمین اجتماعی ایران بر اساس مطالعه تطبیقی**، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶.
۹. علی قلی‌نژاد، ماشاء‌الله و مسعود مصطفایی، **طب کار و بیماری‌های شغلی (جلد اول)**، تهران: ارجمند، ۱۳۷۹.
۱۰. قشقایی، محمدحسین، **مجموعه کامل قوانین و مقررات کار و تأمین اجتماعی**، تهران: مذاکره، چاپ نهم، ۱۳۹۶.
۱۱. متوسلی، محمود، محمود مشهدی احمد، علی نیکونسبتی و مصطفی سمیعی‌نسب، **اقتصاد**

۱۱. نهادی؛ پیش‌گامان نهادگرایی که علم اقتصاد را متحول کردند، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
۱۲. مریدی، سیاوش، فرهنگ بیمه‌های اجتماعی، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۷۸.
۱۳. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۴.
۱۴. مولاییگی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۷.
۱۵. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.
۱۶. یحییوی رازلیقی، حسن، مروری بر اصلاحات بازنشستگی در کشورهای منتخب، تهران: مؤسسه راهبردهای بازنشستگی صبا، چاپ اول، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. ادیب‌نیا، یدالله، «بررسی روند شیوع ازکارافتادگی ناشی از کار در بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال هشتم، شماره ۲۶ و ۲۷، ۱۳۸۵.
۲. ارجی، مصطفی، «تحلیل تاثیر حوادث ناشی از کار بر هزینه‌های سازمان تأمین اجتماعی ایران در سال‌های ۱۳۷۰ تا ۱۳۸۹»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۶ و ۳۷، ۱۳۹۱.
۳. بابازاده، وحید و اسدالله یآوری، «مفهوم صلاحیت‌گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی آزاد، دوره هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۹۳.
۴. بدیسار، سید ناصرالدین، کوروش استوارسنگری و ایروان مسعودی اصل، «ارزیابی خدمات درمانی در حقوق تأمین اجتماعی ایران»، مجله مجلس و راهبرد، سال هجدهم، شماره ۶۸، ۱۳۹۰.
۵. جوهریان، محمدولی، «محاسبه حق بیمه در بیمه ازکارافتادگی»، فصل‌نامه بیمه مرکزی ایران، سال هشتم، شماره ۲، ۱۳۷۲.
۶. خالقی پرست، حسین، محمد راسخ و عمران نعیمی، «تحلیل حقوقی تأمین اجتماعی ایران در پرتو اصول و الگوهای نظام تأمین اجتماعی مطلوب»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، سال هفدهم، شماره ۶۴، ۱۳۹۶.
۷. ذاکریان، مهدی و فاطمه سررشته ایزد موسی، «حق بر تأمین اجتماعی در روابط بین‌الملل»،

فصل‌نامه مطالعات سیاسی، سال هشتم، شماره ۳۰، ۱۳۹۴.

۸. رستمی، ولی و احمد خسروی، «امکان‌سنجی تدوین قانون آیین دادرسی با توجه به ماهیت و ویژگی‌های مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره هجدهم، شماره ۶۴، ۱۳۹۲.

۹. زکوی، مهدی و همکاران، تصرفات غیرقانونی در اموال و وجوه موسسات عمومی غیردولتی از طریق شرکت‌های مادر و تابعه در سازمان تأمین اجتماعی، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱.

۱۰. ستاری‌فر، محمد، «طرح برپایی نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی کشور»، مجله برنامه و بودجه کشور، شماره ۷۴، ۱۳۸۱.

۱۱. شیبانی، عادل و غلام‌رضا مولاییگی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۶، ۱۴۰۰.

۱۲. صابری، مهدی، احمد اسدیان، حسن مرادی و علی آل بویه، «نظام حقوق تأمین اجتماعی ایالات متحده امریکا»، مجله حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰.

۱۳. طبرلو، رضا، زین‌العابدین تقوی و حسین پشت‌دار، «نقش و کارکرد کمیسیون رسیدگی به اختلافات ناشی از اراضی ملی از منظر اصول دادرسی منصفانه»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۹، ۱۳۹۴.

۱۴. عراقی، سید عزت‌الله و حسن بادینی، «بررسی کاستی‌های قانون تأمین اجتماعی بر اساس مطالعات تطبیقی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۸۴.

۱۵. عصمتی، زینب و حسن کولیوند، «بررسی مزایای کوتاه‌مدت تأمین اجتماعی در تحقق اصل برابری»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۳۹۳.

۱۶. عطارچی، میرسعید، کیوان کرمی‌فر، محمد بابایی و سید مهدی سید محمد، «نحوه تخمین میزان مشارکت شغل در ایجاد بیماری و وضعیت موجود در ایران»، مجله سازمان نظام پزشکی، دوره سی و ششم، شماره ۱، ۱۳۹۷.

۱۷. فرضی‌زاده، زهرا، «ارزش‌یابی خدمات تأمین اجتماعی در ایران (مورد مطالعه: بیمه حوادث حین کار)»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۱۸. قاضی نوری، سید سپهر، محمود براتی‌نیا و سارا صباغچی، «ارائه الگویی برای حمایت شغلی از پژوهشگران آزاد کشور»، مجله سیاست علم و فناوری، سال چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۹. کاویانی، کوروش، «مبانی و آثار منع هم‌پوشانی تعهدات بیمه‌های اجتماعی»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، شماره ۲۶، ۱۳۸۸.
۲۰. کرمی، حامد، عصمتی، زینب، تحلیل نظام حقوقی حاکم بر بازنشستگی اعضاء غیر هیئت علمی متصدی مشاغل سخت و زیان‌آور در دانشگاه‌ها با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، شماره اول، ۱۳۹۹.
۲۱. مشهدی، علی، «تأملی بر نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت‌های تشخیصی در پرتو ماده ۶۴ قانون دیوان»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۴، ۱۳۹۵.
۲۲. منتظری، بهرام، امیرحسین رضوی، امیر مردانی، مهرداد پنجه‌بند و بهرام شمشیری، «بررسی علل مختلف ازکارافتادگی پیش از موعد کارکنان نیروی هوایی در طی سال‌های ۱۳۷۱ تا ۱۳۸۲»، مجله علمی ابن‌سینا، سال سیزدهم، شماره ۱ و ۲، ۱۳۸۹.
۲۳. نصر، مهدی، ربابه نوری قاسم‌آبادی و عیسی کریمی کیسمی، «بررسی ازکارافتادگی و استراحت‌های پزشکی ناشی از بیماری‌های روان‌پزشکی در بیمه‌شدگان سازمان تأمین اجتماعی شهر تهران»، مجله اندیشه و رفتار، سال پنجم، شماره ۱، ۱۳۷۸.
۲۴. هندی، حمیدرضا، صلاح‌الدین کریمی، سینا احمدی و ندا سلیمان‌وندی‌آذر، «مطالعه تطبیقی بیمه ازکارافتادگی در ایران و پنجاه کشور جهان»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، سال چهاردهم، شماره ۴، ۱۳۹۸.

ج) رأی وحدت رویه

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۹۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۸/۴/۲۵.
۲. رأی وحدت رویه شماره ۱۷۶۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۴۰۰/۲/۲۹.

۳. رأی وحدت رویه شماره ۶۹۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۶/۹/۱۱.
۴. رأی وحدت رویه شماره ۱۱۷۲ و ۱۱۷۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۹/۹/۲۹.
۵. رأی وحدت رویه شماره ۱۹۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۰/۶/۱۸.
۶. رأی وحدت رویه شماره ۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲/۱/۱۹.
۷. رأی وحدت رویه شماره ۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۷/۱/۱۸.
۸. رأی وحدت رویه شماره ۶۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۷۷/۳/۲۳.
۹. رأی وحدت رویه شماره ۷۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۵/۲/۱۷.
۱۰. رأی وحدت رویه شماره ۶۹/۸۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۶۹/۳/۲۹.
۱۱. رأی وحدت رویه شماره ۹۶۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۶/۹/۱۱.

2.Latin Source

1. North, Douglass C., Wallis, John Joseph, Webb, Steven B. and Weingast, Barry R., Limited Access Orders: An Introduction to the Conceptual Framework. In the Shadow of Violence: Politics, Economics, and The Problems of Development Cambridge University Press, 2012
2. North, Douglass C., "Economic Performance Through Time", The American Economic Review, 84 (3), 1994. pp. 359-368

Pathology of the decision-making system of Islamic councils in the light of the principle of transparency

Fatemeh Shamiri¹

Vali Rostami²

Bijan Abbasi³

Abstract

The principle of transparency is considered as one of the basic principles and elements of good governance. According to this principle, governments are required to abandon confidentiality and make decision-making processes available to all citizens. In this regard, especially institutions such as legislatures and local councils have a special priority to adhere to the principle of transparency. Islamic councils in Iran are considered as one of the important elements of the governing system and through these institutions, local people can be influential in some local affairs. The question is, to what extent do Islamic councils, as an example of a system of governance, act transparently in their decision-making process? Examination of the laws and regulations related to Islamic councils shows that in some cases the principle of transparency has not been observed, such as the lack of prior publication of the regulatory program or the lack of obligation to publish regular detailed discussions of councils. The present research has been done by descriptive and analytical methods.

Keywords: Transparency, Good Governance, Islamic Councils, Decision Making System.

1 PhD student in Public Law – Faculty of Law, Islamic Azad University, Semnan Branch, Semnan, Iran, fshamiri@yahoo.com

2. Tehran University, vroostami@ut.ac.ir

3. Associate Professor of Public Law, Faculty Member of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran, babbasi@ut.ac.ir

Pathology of enlistment quotas from the point of view of the principle of equal opportunities Relying on the procedure of the General Board of the Administrative Court of Justice

Mohammad Esmaili¹

Morteza Nejabatkhah²

Ali Akbar Gorji Azandaryani³

Abstract

Employing competent and capable forces in a fair and equal process is a necessary condition for the realization of the desired administration and optimal performance of public services, which is realized through the implementation and recognition of the principle of equality of opportunities and employment justice. These principles have been recognized in the third and twenty-eighth principles of the Constitution and Article (41) of the Civil Service Management Law. The contrast of employment quotas in public jobs with the principle of equal opportunities in entering the service is the subject of this article, and in this article it is discussed that according to the judicial approach of the General Board of the Administrative Justice Court, in what way employment quotas in entering public jobs contradict The concept of employment justice and the principle of equal opportunities? Although the expansion of quotas, especially towards the martyrs, as well as the selection of localities, is the dominant practice of the legislator in recent years; But the findings of the research indicate that according to the procedure of the General Board of the Court, it can be concluded that the establishment of any type of quota should be based on strong grounds and arguments that justify the difference in treatment in order to reduce inequalities and in line with the public interest. Every quota should be interpreted narrowly so as not to restrict the way to equal opportunities in employment.

Keywords: Employment, employment quota, equal opportunities, employment justice, Article (41) of the Civil Service Management Law.

1. PhD student, Department of Public Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch; Tehran Iran, esmaeil.amirhosseini94@gmail.com

2. Associate Professor and Faculty Member of the Department of Law, School of Law and Political Science, University of Mazandaran, m.nejabatkhah@gmail.com

3. , Associate Prof., Department of Public Law, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran (Corresponding Author), gorji110@yahoo.fr

The position and mechanism of technology transfer in oil contracts in the upstream sector of the oil and gas industry with the implementation in the legal system of mutual sales contracts and the new generation of contracts known as IPC with compliance with the policies of the Islamic Republic of Iran

Mohsen Rabiee¹

Maryam Aqaebejestani²

Mohammad Rouhani Moghadam³

Abstract

Today, the oil and gas industry is the center of policy and strategy of large and developed countries. In oil-rich countries, one of the most important contractual issues in the upstream sector of the oil and gas industry is the transfer and development of technology from foreign companies that own technology to oil-rich countries, which leads to the development of technology in these countries and the maximum use of their internal power. . The author's hypothesis is that the transfer of technology in general in the oil and gas industry in Iran is faced with a fundamental legislative problem because the existing laws and regulations only state some general principles. Therefore, Iran's legislative environment is dependent on creating appropriate legal bases in oil and gas rights for technology transfer. In oil and gas contracts, the issue of technology transfer is in the form of attached conditions or appendices, which sometimes have played an insignificant role in reducing the country's dependence on technology due to the generality and lack of guarantee of effective implementation. Secondly: In contracts of the upstream sector such as cross-selling and the new generation contract model known as IPC, if the components of the policy cycle, especially the formulation and implementation of policies are strictly followed, it becomes an important factor for strengthening the national and strategic interests of Iran. to be

Keywords: Oil and gas industry, upstream sector, technology transfer, mutual sale agreement, IPC

1. Doctoral student of private law, private law department Islamic Azad University, Semnan branch, Iran, rabieem@yahoo.com.

2. Department of Public Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran, maqaib@gmail.com.

3. Associate Professor, Specialized Doctorate in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law. Islamic Azad University Semnan Branch, Iran, rohani113r@gmail.com.

Witness rights in administrative investigations; A comparative study of Iranian law and international documents

Seyyed Loghman Hosseini¹, Shahram Zarneshan², Mohammad Hadi Soleimani³

Abstract

Administrative investigations and inspections are among the mechanisms that administrative authorities perform after violations occur, and one of the ways to collect information is to obtain information from witnesses and informants, but they may not be willing to provide information easily or face risks. Therefore, it seems necessary to foresee some rights and guarantees for them.

Due to the lack of protective provisions for witnesses and informants to participate in investigations and administrative inspections, in the Criminal Procedure Law (2013) and international documents, provisions regarding the protection of witnesses and informants to participate in investigations have been provided. On the other hand, in the regulations related to quasi-judicial criminal authorities, the rights of witnesses have been paid sporadically. However, despite the great importance of ensuring the rights of witnesses in the process of administrative investigations, this issue has not been given enough attention in research works. Based on this, in this article, with an analytical and descriptive method and a comparative approach, we aim to identify some of the most important examples of these rights, and provide a legal framework so that these rights can be applied to witnesses, informants and other citizens in the process of administrative proceedings in special quasi-criminal courts. This is significant due to the lack of single administrative procedure law. In the end, considering the legal gap about the rights of witnesses and informants in the process of administrative investigation, we suggested that the legislator, the regulatory authorities and also the administrative judges pay attention to this matter in order to provide a proper legal framework and judicial procedure in this field.

Keywords: administrative investigation, administrative inspection, rights of witnesses, rights of informants, administrative proceedings, international documents, International Criminal Court.

1. Ph.D. Student in International Law, Islamic Azad University, Hamedan branch, Hamedan, Iran. slhosseini1@gmail.com

2. Associate Professor, Faculty of Law and Political Sciences, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran. (Corresponding Author). szarneshan@yahoo.com.

3. Assistant Professor, Islamic Azad University, Hamadan branch, Hamadan, Iran. zarneshan@atu.ac.ir soleimani-mohamadhad1956@gmail.com

Analysis and criticism of the Decision of the General Board of the Court of Administrative Justice regarding the annulment of the Enactments of the National Headquarters administrating Corona

Mohammad Reza Vijeh¹

Javad Yahyazadeh²

Abstract

Judicial review of administrative actions is one of the fundamental issues in modern public law. Based on this, any authority or institution that performs administrative action can and should be subjected to the most important type of review, that is, judicial review. Beyond the theoretical basis of the possibility or refusal of the Court of Administrative Justice to examine the approvals of the National Headquarters to deal with the Corona virus in Iran, the recent decision of the General Board is of particular importance in terms of understanding the performance of the Court itself regarding the competence or lack of competence in this regard. Therefore, the main question in the present article is that “does the Administrative Justice Court consider itself competent to deal with complaints about the approvals of the National Headquarters to deal with Corona?” Scrutiny in the recent judicial decision shows that although the general board does not directly and officially consider the approvals of the National Headquarters to deal with Corona as voidable, the possibility of revoking the approvals of this institution has been accepted by the general board, at least in practice; Although the weakness in legal reasoning in the said decision and especially the failure to refer to the general principles of administrative law in it can be criticized.

Keywords: Annulment of Enactment, Corona National Headquarters, The General Board of the Administrative Court of Justice, Mandatory Vaccine.

1. Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. mrezavijeh@atu.ac.ir

2. PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author). javad_yahyazadeh@atu.ac.ir

Defects of will in inquiry and permits of online contracting contracts from the point of view of administrative law

Mehdi Malawli¹

Sohail Jadi²

Abstract

With the aim of solving the problems of traditional assignment of projects to contractors, a system was launched to solve this problem. But according to lawyers, in this situation, the will of the parties will be flawed. This research was carried out by analytical–descriptive method and intended to answer the question that what are the defects of will in online contracting contracts from the point of view of administrative law? It was concluded that the lack of an executive document for the establishment of the online system has caused that no legal obligations have been placed on the shoulders of government and governmental bodies, and therefore, in the state of semi-cooperation with this system, the organizations that only have the right to issue licenses in parts of the project, somehow will They become parallel with the main trustee. The confusion between the two establishments of “inquiry” and “license” and the lack of administrative obligation to respond to the inquiry and its other challenges have provided the basis for the contractor to be selective. Therefore, it is suggested that while preparing the legal–executive document for handing over in the online system, all the country’s organs are required to attend it and the obligations of each organization regarding the inquiry should also be clearly mentioned, while the authority of that organ is only limited to issuing a license and after that not have the right to interfere more in the project. At the same time, if necessary, he considered damages for the contractor who suffered losses due to factors beyond his control.

Keywords: Defects of will, Online contract, Contracting, Administrative law.

1. Graduated from the field of private law, Ph.D., Adalat University.

2. Member of the Faculty of Law Department of Adalat University (corresponding author).

Conditions and scope of criminal liability of public law entities in the legal systems of Iran and France

Hamid Taghizade¹

Ali Chekandi Nejad²

Seyed Hassan Hashemi³

Abstract

With the growth of legal entities, the debate over the possibility of committing a crime by them and their responsibility for committing a crime arose among jurists around the world. Obviously, due to the different nature of legal entities from natural persons, the penalties applicable to these persons should also be in different cases from natural persons. Article 20 of the Islamic Penal Code of Iran is dedicated to determining the penalties applicable to legal entities. The emergence of criminal responsibility of legal entities in the Iranian penal system – as a principle – and the precedent of this issue in the French penal system, provided a great opportunity for a comparative study of these two systems before this descriptive–analytical study. . Realizing this fact, the French and Iranian criminal regimes have provided guarantees for the implementation of mandatory measures such as fines, prohibition of professional and professional activities, prohibition of capital increase, prohibition of issuing commercial documents and issuance of convictions for this purpose.

Keywords: Criminal liability, public law entities, Iran, France, government liability

1. h.taghizade1363@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Birjand Branch, Birjand, Iran, a.chekandinjd@gmail.com

3. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Birjand Branch, Birjand, Iran, h.hashemi9878@gmail.com

Phenomenology of private and public ownership system in oil and gas mines with emphasis on jurisprudence and legal foundations

Shamsi Fashkhorani¹

Tahereh Salimi²

Tahereh Sadat Naimi³

Abstract

Ownership means the relationship between the owner and the mamluk or the mastery of the owner over the mamluk in the form of private and public system and in the scope of Anfal and oil and gas resources, it is one of the practical and significant issues to preserve the resources and ensure the public interest of the countries. In terms of substance, ownership is divided into real and credit and in public, private and government formats. The present study, by examining jurisprudential and legal documents, explains the structure and context of the private and public ownership system in the form of oil and gas mines based on jurisprudential and legal foundations. In determining the rules governing public wealth, one can pay attention to the attitude of jurists in determining the nature of the relationship between the Islamic government and Anfal, and in general, the approach of the jurists in determining the nature of the relationship between the Islamic government and Anfal can be seen in cases such as: (intrinsic priority or ownership) He gave priority to the imam's real person, the possession of the imam, etc.

Keywords: Oil and gas ownership – Anfal – Public ownership – State ownership – Origins of ownership

1. PhD student, Department of jurisprudence and fundamentals of law, Yadegar-e- Imam Khomeini (RAH) Shahre Rey Branch, Islamic Azad University , Tehran, Iran, email: Fashkhorani22@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of jurisprudence and fundamentals of law, Yadegar-e- Imam Khomeini (RAH) Shahre Rey Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, email: t.salimi313@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Islamshahr Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, email: tsnaimi@gmail.com

Corona, the Intersection of the Right to Health and the Right to Information: An Inquiry into the Government's Responsibility

Jafar Shafiee Sardasht¹

Seyyed Mohammad Javad Sadati²

Seyyed sajad miri³

Abstract

The Corona virus epidemic caused numerous economic, social, health, etc. problems all over the world. This virus showed the power of nature to the world again. The many waves of this virus epidemic continuously put the lives of citizens at risk. Among the most important issues that were noticed by citizens and media in Iran at the beginning of the Corona virus epidemic, was the lack of adequate and timely information from the government about the various aspects of the spread of this disease, especially in the field of prevention and treatment. Regardless of the consequences of not providing sufficient and timely information, the spread of the Corona disease caused the right to information in the field of health to be paid more attention. Based on this, citizens have the fundamental right to receive accurate information about diseases, viruses and other factors that threaten their health. On the other hand, related public institutions are also obliged to respect this right and will be held responsible if they do not do so. Therefore, the present study tries to identify the right to information in the field of health as a fundamental human right. Recognition of this right can be the basis for creating civil and even criminal liability for the government in case of fault.

Keywords: Corona, Right to Information, Right to Health, Government Responsibility.

1. Assistant Prof., Department of Law, Ferdowsi University of Mahshad, Faculty of Law and Political Sciences (Corresponding Author), jshafiee@ferdowsi.um.ac.ir

2. Assistant Prof., Department of Law, Ferdowsi University of Mahshad, Faculty of Law and Political Sciences

3. LLM in Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mahshad, Department of Law, Faculty of Law and Political Science,



Recognition of Good Faith in Public Law

Ali Velaei¹

Mohammad Jalali²

Abstract

While Good Faith has been recognized as a common concept in the various branches of law, in public law, it is rather a new concept. In this field, good faith is a necessary and fundamental concept based on the modern right-based approach, particularly for citizens to be supposed trustworthy, along with loyalty of state to its administered people. Furthermore, assuming good faith for the state plays an important role to promote efficiency in society. Honesty, loyalty, and fair measures, or justifiable ignorance and forgivable error are two meanings propounded for good faith, as opposed to malice, abuse of authority, and fraud. Like Justice, Fairness, and Good morals, the definition of good faith which has been regarded as a subjective and relative concept, is difficult and with ambiguity. Of course, this concept is better explained by its oppositions and applications. Good faith in some applications is presented as a legal principle and standard of behavior, while in others as a legal presumption, facilitate the burden of proof and repudiators must prove their claims. This article seeks to analyze the concept of good faith and recognize it in public law, especially based on its application in administrative laws and cases. Although the meanings and definitions of good faith in public law are not far from other fields, their applications are different. So introducing this concept can gradually lead to an evolution in Iran's public law system.

Keywords: Good Faith, Justifiable Ignorance, Loyalty, Public Law, Honesty.

1. PhD Student in Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (alivelaei@gmail.com)

2. Assistant Professor of Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) (mdjalali@gmail.com)

A Study On The Tax Avoidance Rules in Iran with Comparative Insights from Other Jurisdictions

Saber Almasi Khani¹

Reza, Tajarloo²

Abstract

Taxpayers frequently endeavor to reduce their tax obligations, occasionally leading to breaches of tax laws. However, there exist scenarios where diminished tax payments do not infringe upon the law, thereby being classified as either legitimate or illegitimate. The illegitimate reduction of taxes via legal avenues is termed as tax avoidance, which exacerbates the tax gap and compromises tax fairness. In light of these circumstances, the promulgation of anti-tax avoidance measures is imperative. Regrettably, the Iranian legal system presently lacks a comprehensive framework for anti-avoidance.

This paper scrutinizes the nascent state of tax avoidance legislation in Iran through an analytical-descriptive and critical lens. The investigation is structured into three segments: initially, it assesses the rules and regulations of the Iranian legal system; subsequently, it delves into anti-avoidance rules and doctrines; finally, it contemplates the challenges associated with the introduction of anti-avoidance measures and the ramifications of their existence. The study infers that the Iranian Legal System has inadequately addressed anti-avoidance rules, a conclusion that is accentuated when juxtaposed with foreign jurisdictions. Moreover, the advent of anti-avoidance measures presents challenges in two key areas: substance and jurisdiction.

Keywords: Tax Avoidance, Anti-Avoidance Rules, Substance, Jurisdiction.

1. MA. Student in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran (corresponding Author)

2. Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran

Legal analysis of the evolution of administrative system of the state registration for deeds and real state property based on judiciary evolution program

Elnaz Fadaee¹

Mostafa Mohsenisani²

Abstract

In any government, reforming the administrative policy in a way that makes it possible to achieve as many goals as possible is the main issue; And these developments have a double sensitivity towards the country's property and documents registration organization, as an authority for establishing the rights of individuals, considering its structural and functional position in establishing legal judicial security. However, the results obtained from three decades of transformation programs have a significant difference compared to the intended goals. Therefore, considering the distinction between the managerial nature of the administrative system and the bureaucratic authority that governs the governing institutions, the main question is, what role and position do the rules of administrative law play as a result of the changes in the registration institution?

Regarding the research problem, in order to focus on the mutual influence of administrative law (basis) and administrative system (method), there is no background. Therefore, the current research has investigated the role of legal rules in the emergence of administrative problems and how to solve them using a descriptive-causal analysis method. The data collection in this study was done by documentary and field method. And the findings of the research indicate that, in general, the rules of administrative law, due to defects and omissions in the supervision of diagnostic qualifications, have acted in the opposite way in the implementation position, therefore, the solutions presented with the approach of solving the problem of supervision, imply the realization goals will be.

Keywords: Evolution of administrative system, administrative corruption, efficient bureaucracy, Conflict of interest management.

1. MA.Student in (The Law of Deeds and Real State Registration), Department Of Law, Faculty of Human Sciences, Imam Reza University, Mashhad, Iran. Elnaz.Fadaee@imamreza.ac.ir

2. Assistant Prof. Department Of Law, Faculty of Human Sciences, Imam Reza University, Mashhad, Iran. mmohsenisani@gmail.com

Monitoring the approvals of the Supreme Council of Cyberspace in the legal system of the Islamic Republic of Iran

Kosar pirnia¹

Mohammad Amin Abrishami Rad²

Abstract

With the increasing use of the Internet and cyberspace, several countries decided to organize cyberspace. Hence The Supreme Council of Cyberspace was established in 2011 by the decree of Ayatollah Khamenei for decision-making and policy-making in the field of cyberspace. In recent years, the council has adopted several legal rules in the field of cyberspace. Given the extensive powers of the High Council of Cyberspace in formulating binding regulations and creating various rights and duties for citizens, this article seeks to answer the question of the necessity, obstacles and possible ways to monitor the decisions of the High Council of Cyberspace in What is the legal system of Iran? In the present study, in a descriptive-analytical format, it was concluded that although factors such as the ambiguity of the nature of the decisions of the High Council of Cyberspace and the necessity of publishing the resolutions of this council, prevent monitoring the decisions of the High Council of Cyberspace, but by removing these obstacles and Considering the need to monitor these resolutions, the people, the jurists of the Guardian Council, the Supreme Leader and the Court of Administrative Justice should provide the ground for monitoring the resolutions of this council, and the procedures contrary to this finding need to be corrected.

Keywords: Cyberspace, Supreme Council of Cyberspace, Approvals of the Supreme Council of Cyberspace, Court of Administrative Justice.

1. Graduated Master of Public Law, Semnan university, Semnan, Iran.

2. Assistant prof. ,Department of Public law, Semnan university, Semnan, Iran. (Corresponding author) Abrishami-rad@semnan.ac.ir

Procedural Rules Governing on the Administration Decision-Making Process (Case study of German and US Administrative Procedure Act)

Khadijeh Shojaeian¹

Abstract

Administrative decision-making procedures are the methods related to the individual and general decision-making process that are required in writing or in the form of administrative procedure laws. Creating certainty and stability to support citizens and the efficiency of the administration has been one of the reasons for codifying these rules. Historically, the laws of administrative procedures have passed three generations. The first generation of acts sets out rules for making case-by-case decisions, the second generation sets out requirements for enacting general rules in a hierarchical manner, and the third generation sets out rules for conducting administrative actions interactively and collaboratively between different institutions. The main purpose of this article is to examine the concept of administrative procedure, the history and content of the administrative procedures acts and procedural requirements in the two systems of administrative law in Germany and the United States of America as two important systems. The method of the article is descriptive and analytical. The concept of administrative procedure and the content of administrative procedure acts are described and the similarities and differences between the administrative procedure acts of the United States of America and Germany are analyzed.

Keywords: Adjudication, Administrative procedures, Administrative Procedure Act, Codification, Rule Making.

1. Assistant Prof. Department of Public Law, Faculty of Law & Humanities, Islamic Azad University Shiraz Branch, Shiraz, Iran, Khadijeh.shojaeian@gmail.com.

The dual or single criterion of judicial supervision; the analysis of the statement of the Guardian Council “if it is not against the law, it is not against the Sharia” in response to the queries of the Administrative Court of Justice

Seyed Mojtaba Hosseini Almousavi¹

Abstract

The fourth principle of the constitution is to guarantee the rule of Sharia in Iran's legal system. The automatic supervision of the Guardian Council on the approvals of the Parliament in advance shows the importance of proportionality between Sharia and the law. The annulment of a government regulation due to its contradiction with the Sharia is beyond the jurisdiction of the Court of Administrative Justice. It is enough to state clearly that “if it is not against the law, it is not against Sharia” and the final decision is left to the Court of Administrative Justice. The correct analysis of this sentence shows the basic judge's view on the concept of law. Despite the strong disagreement among jurists about the nature of the law and its sphere of influence, in cases where it is written. The Shura's reference to the approved laws indicates that the later law is a declaration of non-contradiction with the Sharia as a government ruling. Refraining from expressing an explicit opinion, especially in matters that are a product of the modern world, such as taxes, social security, etc., is not compatible with the dynamics of jurisprudence. Transparency in the declaratory judgment is considered one of the important principles of the proceedings, which provides the possibility of persuasion and preventing the re-approval of the illegal provision.

Keywords: Court of Administrative Justice, Guardian Council, Sharia, Law, Decree

1. assistant of professor of law, smh.almousavi@gmail.com.

Transfer of the riverbed bed from the perspective of public property law

Zahra Mashayekhi¹

Mohammad Hasanvand²

Rahim Golzadeh³

Abstract

Rivers, as the vital arteries of the earth, are among the national property and God-given wealth, and factors such as unprincipled handing over of the bed and seizing their privacy and changing their use have seriously threatened the environment's ecosystem. Currently, in the normal laws, exploitation of the river beds is prescribed in the form of temporary cultivation in the form of a lease contract, and the establishment of encroachment and any encroachment on these lands is allowed with the permission of the Ministry of Energy. The transfer of the ownership of riverbed benefits to private individuals without adequate and effective supervision by relevant organizations has become the source of many problems and crimes that cannot be ignored. The main question in this article is what is the position of the river bed in the property rights system and in what legal form is its transfer prescribed so that its criminal effects can be analyzed and studied. By studying the library resources and examining the nature of rivers in the property rights system, this research has reached the conclusion that the exploitation of river beds as national property should be done exceptionally and with the permission of the government, without transferring its benefits under a lease contract.

Keywords: Transfer of river bed, national property, change of use, illegal possession, environmental crimes.

1. PhD student of private law at Shahid Beheshti University, z.mashayekhi@outlook.com.

2. PhD in public law; Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. professor; Judge of the Court of Administrative Justice, md.hasanvand@gmail.com.

3. Master of Criminal Law and Criminology, Mofid University of Qom, rahimgolzadeh801@gmail.com.

The legal system governing the benefit of disability benefits in the Social Security Law with a look at the jurisprudence of the Court of Administrative Justice

Zahra Danesh nari¹

Abstract

Disability is one of the protections provided in the Social Security Law, which is approved in various articles, including articles 7, 8, 13, 14, 17, Article 2, Article 3, Articles 60, 61 and 66, as well as Articles 70 to 75 of the Social Security Law. 1354 is dedicated to it. The purpose of establishing a disability pension is to support people who lose part or all of their ability to work due to various accidents or illnesses, and depending on the type of injury, the issue of protection can be in the form of general disability, partial disability. And lump sum compensation for disability should be raised. In addition to the legal provisions mentioned, the Social Security Organization, as the custodian of disability protection, has issued several directives and instructions, the latest of which is the directive for the aggregation and summary of directives and administrative orders for continuous disability. Which provides comprehensive rules on how to establish a pension. On the other hand, an important part of the lawsuits filed in the Administrative Court of Justice is dedicated to the issue of “obligation to establish a disability pension” and “objection to the decisions issued by medical commissions” and the General Assembly of the Administrative Court of Justice. The issue of disability has been addressed, especially in the case of medical commissions. The results of this study show that the branches of the Court of Justice have the authority to comment on the history of the disease, which is effective in the matter of pension.

Keywords: Disability, Social Security Act, Right to Social Security, Court of Administrative Justice, the medical commission.

1. PhD in public law, Tehran University, Farabi Campus

**Journal of Modern Research on
Administrative Law**

Fifth year / 17th issue / Winter 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 Vijeh

Dr. Seyed Mohammad Hashemi



Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St.,

Valiasr St., Tehran, Iran

Postal Code: 1434863111

Phone: 09214930838

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

*Journal of
Modern Research on
Administrative Law*



2023 17th issue / Winter / Fifth year



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Fifth year :: 17th issue :: Winter 2023

Title of Articles

- ▶ Pathology of the decision-making system of Islamic councils in the light of the principle of transparency
- ▶ Pathology of enlistment quotas from the point of view of the principle of equal opportunities Relying on the procedure of the General Board of the Administrative Court of Justice
- ▶ The position and mechanism of technology transfer in oil contracts in the upstream sector of the oil and gas industry with the implementation in the legal system of mutual sales contracts and the new generation of contracts known as IPC with compliance with the policies of the Islamic Republic of Iran
- ▶ Witness rights in administrative investigations; A comparative study of Iranian law and international documents
- ▶ Analysis and criticism of the Decision of the General Board of the Court of Administrative Justice regarding the annulment of the Enactments of the National Headquarters administrating Corona
- ▶ Defects of will in inquiry and permits of online contracting contracts from the point of view of administrative law
- ▶ Conditions and scope of criminal liability of public law entities in the legal systems of Iran and France
- ▶ Phenomenology of private and public ownership system in oil and gas mines with emphasis on jurisprudence and legal foundations
- ▶ Corona, the Intersection of the Right to Health and the Right to Information: An Inquiry into the Government's Responsibility
- ▶ Recognition of Good Faith in Public Law
- ▶ A Study On The Tax Avoidance Rules in Iran with Comparative Insights from Other Jurisdictions
- ▶ Legal analysis of the evolution of administrative system of the state registration for deeds and real state property based on judiciary evolution program
- ▶ Monitoring the approvals of the Supreme Council of Cyberspace in the legal system of the Islamic Republic of Iran
- ▶ Procedural Rules Governing on the Administration Decision-Making Process (Case study of German and US Administrative Procedure Act)
- ▶ The dual or single criterion of judicial supervision; the analysis of the statement of the Guardian Council "if it is not against the law, it is not against the Sharia" in response to the queries of the Administrative Court of Justice
- ▶ Transfer of the riverbed bed from the perspective of public property law
- ▶ The legal system governing the benefit of disability benefits in the Social Security Law with a look at the jurisprudence of the Court of Administrative Justice