

پژوهش‌های نوین حقوقی

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال ششم: شماره نوزدهم: تابستان ۱۴۰۳



عنوان مقاله‌ها

- ▶ درنگی فقهی و حقوقی در مسئولیت مدنی دولت در تأزیمی های اجتماعی و اغتشاشات «طوبی قنبری آزاد، اردوان ارژنگ و عباس کلانتری خلیل آباد»
- ▶ چالش‌های حقوقی فقرزدایی در ایران (مورد مطالعه: استان سیستان و بلوچستان) «محمدذاکر بایستی زهی، محمد جلالی و سیداحمد حبیب‌نژاد»
- ▶ تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه بهداشت مبتنی بر نظریه حکمرانی خوب «سارا گرگیچ، حسین آلکجیاف و حمیدرضا صالحی»
- ▶ اعمال قواعد حقوق رقابت در خودروسازی ایرانی «رضا فرج‌پور، محمدباقر عامری‌نیا و داریوش بابائی»
- ▶ بررسی امکان وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در پرتو نقد رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری «سجاد کریمی پاشاکی، مهدی خطیب دماوندی و علی مشهدی»
- ▶ چالش‌های نظارت دیوان محاسبات کشور بر دانشگاه‌های وزارت علوم، تحقیقات و فناوری «فریدین مرادخانی و سعید گماری»
- ▶ رفع تعارض منافع شرکت‌های دولتی در عرصه حقوق رقابت «باقر جوکار، اکرم تاجیک و زهراتجری مودنی»
- ▶ نسبت فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن در مشروطیت و جمهوریت ایران معاصر «شاهرخ غلامی، عرفان شمس و احمد منتظری»
- ▶ تحلیل اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای ناشی از سوء استفاده از موقعیت مسلط «رویا مفاخری، ام‌البنین رمضان زاده و سید حسن حسینی مقدم»
- ▶ مسئولیت مقاطعه‌دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه‌کار در برابر کارگران وی بر اساس قانون کار: چالش‌ها و راهکارها «محمدقاسم تنگستانی و مهدی مرادی برلیان»
- ▶ مسئولیت دولت در قبال حوادث هوایی (موردکاوی پرواز ۷۵۲ هواپیمای اوکراینی) «مهدی غفوری زاد، علی رادان جیلی و حسن پاک نیت»
- ▶ امکان سنجی کاربرد مفهوم «مصلحت» در نظام حقوق اداری ایران «حسن سلیمی پوربائی، طاهره سادات نعیمی و سیدعلی ربانی موسویان»
- ▶ نقش، آثار و حدود منفعت عمومی در سلب مالکیت توسط دولت در حقوق ایران و انگلیس «مهدی منتظری و سعید کریمی»
- ▶ بررسی امکان استثنایپذیری مالی مناطق آزاد تجاری - صنعتی از شمول اصل پنجاه و سوم قانون اساسی «محسن خاکزاد»
- ▶ تحلیلی بر نظام دادرسی مالیاتی جدید در ایران با نگاهی به کد اروپایی «رفتار خوب اداری» «علی حاجی‌پور کندرود، امین بناء زاده اردبیلی و رویا مرادی بلارغو»
- ▶ امکان سنجی انتقال و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها «جلال‌الدین قیاسی، محمدخلیل صالحی و حسین محمدی درخ»
- ▶ بررسی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران «علی فقیه حبیبی، وجیهه محسنی و هاشم محمد سرخان»
- ▶ ظرفیت‌های اصل هشتم قانون اساسی برای نظارت بر دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر «مهدی حسونود و محمد حسونود»





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نویسن حقوق اداری

سال ششم / شماره ۱۹ / تابستان ۱۴۰۳

شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنوند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

دکتر محمد امامی، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی متین، دکتر عباس زراعت

دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر علی مشهدی، دکتر مرتضی نجابت خواه

دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

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

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

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی:

مهدی حسنوند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

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



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

کوچه هفت‌پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

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

ب. شیوه ارجاع دهی:

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

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

نمونه:

دستورگرایي بين المللي: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

۵- مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه:

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

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

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

نکات مهم پایانی:

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



فهرست مطالب

درنگی فقهی و حقوقی در مسئولیت مدنی دولت در ناآرامی‌های اجتماعی و اغتشاشات طوبی قنبری آزاد، اردوان ارژنگ و عباس کلانتری خلیل آباد	۱۳
چالش‌های حقوقی فقرزدایی در ایران (مورد مطالعه: استان سیستان و بلوچستان) محمدذاکر بایستی زهی، محمد جلالی و سیداحمد حبیب‌نژاد	۳۷
تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه بهداشت مبتنی بر نظریه حکمرانی خوب سارا گرگیچ، دکتر حسین آلکجیاف و دکتر حمیدرضا صالحی	۶۳
اعمال قواعد حقوق رقابت در خودروسازی ایرانی رضا فرج‌پور، محمدباقر عامری‌نیا و داریوش بابائی	۸۷
بررسی امکان وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در پرتو نقد رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری سجاد کریمی پاشاکی، مهدی خطیب دماوندی و علی مشهدی	۱۰۹
چالش‌های نظارت دیوان محاسبات کشور بر دانشگاه‌های وزارت علوم، تحقیقات و فناوری فردین مرادخانی و سعید گماری	۱۳۳
رفع تعارض منافع شرکت‌های دولتی در عرصه حقوق رقابت باقر جوکار، اکرم تاجیک و زهرا تجری موذنی	۱۶۵
نسبت فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن در مشروطیت و جمهوریت ایران معاصر شاهرخ غلامی، عرفان شمس و احمد منتظری	۱۸۹

- ۲۲۹ تحلیل اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای ناشی از سوء استفاده از موقعیت مسلط رویا مفاخری، ام البنین رمضان زاده و سید حسن حسینی مقدم
- ۲۵۹ مسئولیت مقاطعه دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه کار در برابر کارگران وی بر اساس قانون کار؛ چالش ها و راهکارها محمد قاسم تنگستانی و مهدی مرادی برلیان
- ۲۸۵ مسئولیت دولت در قبال حوادث هوایی (موردکاوی پرواز ۷۵۲ هواپیمای اوکراینی) مهدی غفوری زاد، علی رادان جبلی و حسن پاک نیت
- ۳۱۳ امکان سنجی کاربرست مفهوم «مصلحت» در نظام حقوق اداری ایران حسن سلیمی پوربانی، طاهره سادات نعیمی و سیدعلی ربانی موسویان
- ۳۳۵ نقش، آثار و حدود منفعت عمومی در سلب مالکیت توسط دولت در حقوق ایران و انگلیس مهدی منتظری و سعید کرمی
- ۳۶۱ بررسی امکان استثنای پذیری مالی مناطق آزاد تجاری - صنعتی از شمول اصل پنجاه و سوم قانون اساسی محسن خاکزاد
- ۳۸۵ تحلیلی بر نظام دادرسی مالیاتی جدید در ایران با نگاهی به کد اروپایی «رفتار خوب اداری» علی حاجی پور کندرود، امین بناءزاده اردبیلی و رویا مرادی بلارغو
- ۴۱۳ امکان سنجی انتقال و فروش اراضی واگذار شده به دانشگاه ها جلال الدین قیاسی، محمد خلیل صالحی و حسین محمدی درج
- ۴۳۵ بررسی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران علی فقیه حبیبی، وجیهه محسنی و هاشم محمد سرحان
- ۴۶۳ ظرفیت های اصل هشتم قانون اساسی برای نظارت بر دستگاه های حاکم بر یکدیگر مهدی حسنوند و محمد حسنوند



درنگی فقهی و حقوقی در مسئولیت مدنی دولت در ناآرامی‌های اجتماعی و اغتشاشات

طوبی قنبری آزاد^۱

اردوان ارژنگ^۲

عباس کلانتری خلیل آباد^۳

چکیده

امروزه، اغتشاشات و ناآرامی‌ها یکی از وقایع در حال گسترش است که خسارت‌های هنگفتی به جان و اموال اشخاص وارد می‌کند. گسترش این پدیده‌های نسبتاً همیشگی - اما همواره در حال تغییر چهره در عصر حاضر - زنگ هشدار برای جوامع است.

برخورد با اغتشاشات و خسارات جانی ناشی از آن اصولاً در حقوق کیفری کشورها از جمله ایران مطرح بوده و خسارات مالی ناشی از آن تقریباً جای خود را در بین مباحث مسئولیت مدنی نیز باز کرده است. با این حال، این پرسش هم‌چنان خودنمایی می‌کند که چه شخص یا اشخاصی، مسئول جبران خسارات وارد شده هستند و چنین خساراتی به چه شیوه‌هایی باید جبران شوند؟

جستار پیش رو به پشتوانه نظام فقهی غنی، اصول مسلم حقوقی و تأمل در حقوق ایران به تعیین مسئول و کیفیت جبران این گونه خسارات پرداخته است. انگاره اثبات مسئولیت مدنی دولت یا تأمین خسارات از طریق نهادهای ویژه‌ای همانند بیمه - که غالباً در اختیار دولت است - پشتوانه قواعد فقهی و توجیه‌های حقوقی دارد. مدعای این نظریه در برخی از مبانی سنتی مسئولیت مدنی هم وجود دارد و در بخش اعظم دیگر، نیازمند ارائه رهیافتی جدید است که با نگاهی نو به ابعاد فقهی و حقوقی مسئولیت دولت قابل توجیه است.

واژگان کلیدی: اغتشاش، ناآرامی‌های اجتماعی، خسارات مالی، مسئولیت مدنی، دولت، بیمه.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران، (نویسنده مسئول)،

toba.ghanbari@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران، arzhang1345@yahoo.com

۳. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران، abkalanitari@gmail.com

مقدمه

رفتارهای جمعی اعتراض‌آمیز گاه شکل قانونی ندارند و در بسیاری از مواقع، نقطه آغازین ره‌سپار شدن به سمت اغتشاش است. با توسعه جوامع بشری از نظر اقتصادی و نیز توسعه مطالبات سیاسی و اجتماعی، تقریباً همه کشورها با سیل عظیمی از اغتشاشات شهری خسارت‌بار روبه‌رو بوده‌اند.^۱

از سوی دیگر، گویی وقوع خسارت، همزاد و همراه اغتشاشات است؛ چون در غیر این صورت، اطلاق واژه «اغتشاش» بر چنین وقایعی بی‌وجه می‌نمود. ناشناخته‌ترین اسباب خسارت در این حوادث اقتضا دارد که جبران خسارت و مسئولیت مدنی ناشی از آن جزو مبهم‌ترین و مجهول‌ترین شیوه‌های جبران خسارت باشد. از همین رو، شناسایی پدیده اغتشاش به عنوان یک واقعیت اجتماعی می‌تواند برای پیش‌بینی و طراحی یک نظام مسئولیت مدنی خاص در مورد خسارات ناشی از اغتشاشات گره‌گشا باشد. هر چند قانون‌گذاران از آن رو که بخش جدایی‌ناپذیر از حکومت مورد هجمه هستند، به ندرت تمایل دارند این گونه خسارات را به رسمیت بشناسند؛ چون ممکن است این کار به گونه‌ای مجوز ضمنی برای اغتشاشگران در ورود خسارت به اموال تلقی شود.

تاریخچه وضع قوانین در برخی کشورها نشان می‌دهد که اغتشاش، یکی از دغدغه‌های اساسی دولت‌هاست. نظام حقوقی برخی کشورها در قالب قانون مدون (قانون اغتشاشات انگلستان) یا رویه قضایی (آمریکا) به تعیین تکلیف در خصوص این خسارات پرداخته‌اند. در بیش‌تر موارد نیز خسارات مادی واردشده از رهگذر اغتشاشات یا فاعل فعل زیان‌بار شناسایی نمی‌شود یا اگر شناسایی شود، خسارات چنان سنگین است که جبران آن از عهده اغتشاشگران خارج است. در این وضعیت، چنان‌چه نظام حقوقی کشوری، مبانی کافی برای جبران این گونه خسارات نداشته باشد، این قربانیان حادثه خسارت‌بار هستند که هزینه رفتار نابهنجار عده‌ای اغتشاشگر یا سهل‌انگاری احتمالی دولت در حفظ نظم و امنیت را باید تحمل کنند. در این صورت، ضررشان بدون جبران باقی می‌ماند، در حالی که قبلاً به دولت برای ایجاد نظم عمومی و حفظ امنیت مالیات پرداخته‌اند و هم اکنون با خسارات پیش‌آمده به طور فزاینده‌ای متضرر شده‌اند.

۱. غریب‌نواز، ایمان، مسئولیت مدنی اشخاص در اعتراض‌های عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۴.

نقطه عزیمت این است که با وجود برخی چالش‌ها از منظر سنتی نمی‌توان سازوکار و روش قطعی برای جبران این خسارات مشخص کرد. از همین رو، پرسش اصلی این است که آیا با وجود این چالش‌ها، جبران خسارت به گونه فراموشی سپرده می‌شود؟ اگر جواب، منفی است، چه شخص یا اشخاصی مسئولیت خواهند داشت و مبنای توجیه‌کننده مسئولیت آن‌ها چیست؟ از فرض‌های قابل قبول در این مورد، نظریه مسئولیت مدنی دولت یا تأمین خسارات از طریق نهادهای دیگر هم چون بیمه یا صندوق تأمین خسارات است. چگونه می‌توان مسئولیت را بر دوش دولت نهاد یا خسارت را از طریق نهادهایی هم چون بیمه جبران کرد؟ بر مبنای دیدگاه‌های سنتی، پاسخ، مثبت نیست، اما امروزه نوعی مسئولیت نوظهور برای دولت خودنمایی کرده است که می‌تواند از باب احسان و نیز نوعی ضرورت اجتماعی و مصلحت‌اندیشی باشد.^۱ دولت رفاه و دولت مسئول بنا بر حفظ مصالح، هم‌بستگی و تعاون اجتماعی، این خسارات را جبران می‌کند.

در این راستا از دو منظر می‌توان مسائلی را شناسایی کرد. اول این که برای شناسایی قوانین ترمیم‌کننده باید با بررسی وضعیت موجود قوانین و مقررات مشخص شود که خلأهای قانونی کدامند؟ قوانین و مقررات نامناسب و تبعیض‌آمیز چه مواردی هستند؟ دوم، برای شناسایی قواعد جبران خسارت باید به تقسیم‌بندی حقوقی خسارت توجه کرد و انواع مختلف خسارات بدنی، مادی و معنوی را کاوید. از این رهگذر لازم است به محدودیت‌ها و توالی فاسدی توجه شود که ممکن است پدید آید. برای مثال، اگر تفسیر موسعی از قوانین ناظر بر جبران خسارت ارائه شود، می‌توان عامل ورود زیان اعم از دولت و دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی را مکلف کرد تا خسارات بدنی، مادی و معنوی عظیم و بسیار گسترده‌ای را که در جریان ناآرامی‌ها به اشخاص وارد شده است، جبران کند، در حالی که جبران همه خسارات وارد شده، خارج از توان و امکان دولت است. این در حالی است که با تفسیر مضیق قوانین ترمیم‌کننده ممکن است خسارات بسیار عظیمی قابل جبران و ترمیم نباشد. بنابراین، در چنین موقعیتی، رعایت انصاف و نیز اصل موازنه ایجاب می‌کند تا ضوابط و معیارهایی برای خروج از این تعارض و ابهام و بلا تکلیفی شناسایی شود. این ضوابط، مسائل و مشکلاتی جدید پدید می‌آورد که نیازمند بازنگری، به‌روزرسانی و تطبیق مقررات

۱. یزدانیان، علی‌رضا، «مطالعه تطبیقی اندیشه جمعی شدن مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران و آثار عملی آن بر نحوه جبران خسارت»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره چهل و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۴۷۷.

ترمیم‌کننده و جبران‌کننده خسارت خواهد بود.^۱

گفتنی است حل مسئله در گرو آن است که ضمن تحلیل اجمالی مبانی متصور مسئولیت مدنی خسارات ناشی از اغتشاشات در حقوق غرب و حقوق اسلام، مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی خسارات یادشده بررسی شود. هدف پیش روی پژوهشگر، تبیین و نهادینه‌سازی اصل جبران ضرر و نقض ضرر جبران نشده در اجتماع است، حتی در موقعیت‌های اضطراری، بحرانی و شرایطی که منافع، مصالح عمومی و امنیت ملی به مخاطره می‌افتد. تحقق منافع عمومی و امنیت ملی، مشروط به پذیرش مبانی نفی ضرر به مثابه امری بسیار بنیادین در تمام ابعاد حقوقی، اجتماعی و اقتصادی است.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که مبنا و حدود مسئولیت مدنی دولت در فرض بروز ناآرامی‌ها و اغتشاشات اجتماعی چگونه قابل تحلیل است؟ روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است که بعد از گردآوری داده‌ها، به تحلیل آن‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول. مفهوم‌شناسی

بند اول. اغتشاش

بنا به نظر واژه‌شناسان، «اغتشاش» به معنای پیدا شدن غل و غش و آلودگی در کسی یا چیزی، درهم و برهم شدن و آشفتگی و شورش آمده است.^۲ از نظر اصطلاحی، برخی، معنی کردن آن را غیر منطقی می‌دانند و معتقدند که «این اصطلاح را می‌توان شرح داد، اما نمی‌توان معنا کرد».^۳ شاید دلیلش این باشد که رفتارهای اغتشاش‌آمیز، رفتارهای نامتعارف هیجانی هستند.^۴ با در نظر گرفتن مسائل و ابعاد مختلف، اجمالاً می‌توان گفت اغتشاش، رفتارهای جمعی هنجارشکن و غیر

۱. صفایی، سید حسین و همکاران، «مسئله‌یابی حقوقی در ناآرامی‌های ۱۴۰۱ ایران»، دانش‌نامه حقوقی، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۱، ص ۲۰.

۲. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، تهران: راه رشد، ۱۳۸۹، ص ۴۶.

3. Douglas, R., *Dealing with Deoustration the Law of public protest and its Enforceent*, English federation press, 2004, p. 83.

4. Doob, I. M., *psychological Basis of Collective Behaviors*, *Journal of personality and Social psychology*, 1988, VOL. 17, pp.121-135.

عادی است که در پی تغییرات سیاسی، اجتماعی یا پس از وقوع جنگ یا با وقوع حوادثی هم‌چون ناآرامی‌های شهری به وقوع می‌پیوندد. نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، هرگونه اعتراض جمعی در قالب بی‌نظمی را اغتشاش نمی‌داند، بلکه آن را به معنای هر عملی می‌داند که مغایر با قوانین جاری کشور است و نظم و امنیت جامعه را برهم زند یا مختل کند یا اقدامی شدید و عملی دو نفر به بالا است که به منظور برهم زدن آرامش عمومی و رسیدن به مقصود مشترک و اجرای تعهدی خاص واقع می‌شود.^۱

اغتشاشات به دلیل خشونتی که به همراه دارد، معمولاً و در بیش‌تر موارد به خسارت اموال منجر می‌شود. بر همین اساس، تنها اقدامات خراب‌کارانه جمعی که در سطح جامعه با هدف برهم زدن نظم و آرامش جامعه و در قالب خسارت زدن به اموال عمومی و خصوصی واقع می‌شود، در دایره مفهوم فعل زیان‌بار اغتشاش قرار می‌گیرد.

بند دوم. ناآرامی‌های اجتماعی

ناآرامی‌های اجتماعی از جمله مفاهیمی است که تعریف‌های گوناگونی در مورد آن ارائه شده است. به عقیده برخی، ناآرامی، ابتدایی‌ترین مرحله از یک جنبش اجتماعی بوده و ممکن است تداوم یابد و سال‌ها به درازا بکشد. به نظر گروهی دیگر، ناآرامی‌های اجتماعی منجر به اجتماعات غیر قانونی می‌گردد که به این صورت‌ها مشاهده می‌شوند: اعتصاب، تحصن، تجمع و ازدحام، راه‌پیمایی و تظاهرات، اغتشاش، قیام، بلوا و جمعیت آشوب. منظور از ناآرامی‌های اجتماعی، ابراز نارضایتی گروه‌هایی از مردم است که موجب برهم خوردن نظم جامعه و وقوع جرایم و تخلفات می‌شود.^۲

بحران‌های اجتماعی، خطرهایی هستند که تعادل، امنیت و سلامت اجتماعی را به طور جدی تهدید می‌کنند، اما هم ماهیت و هم منشأ اجتماعی دارند و به صورت تعارض‌های اجتماعی، ناآرامی‌ها، فشارهای برهم زننده سیاسی، شورش‌ها و اعتصاب‌های بی‌مهار برای درخواست‌های اقتصادی و

۱. شریفی، رضا، «بررسی ابعاد روان‌شناختی خشونت‌گرایی جمعیت اغتشاشگر و روش‌های تأثیرگذاری بر آن»، فصل‌نامه مطالعات بسیج، شماره ۴۵، ۱۳۹۸، ص ۱۰.

۲. عسگری، محمود و سید حسین حسینی، «تبیین فرآیند و معرفی عوامل وقوع ناآرامی‌های اجتماعی در ایران»، فصل‌نامه راهبرد، سال نوزدهم، شماره ۷۴، ۱۴۰۰، ص ۱۵۳.

همانند آن‌ها ظاهر می‌شوند. روند ناآرامی‌های اجتماعی از هر نوعی که باشد، سبب ایجاد اختلال در چرخه تولید و تداوم آموزش در مراکز علمی می‌گردد. این آشفتگی منجر به اختلال در اعمال مدیریت بین نخبگان سیاسی و مدیران دولتی و غیر دولتی و از بین رفتن اعتماد سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی و در نهایت، از دست رفتن اعتماد عمومی مردم به دولت می‌شود.^۱

گفتار دوم. تعیین رژیم حقوقی مناسب برای خسارات مالی ناشی از اغتشاشات

همواره در مورد خسارات ناشی از اغتشاشات باید پرسید که خسارت‌دیدگان در چه شرایطی از یک نظام جبران خسارت واقعی برخوردار می‌شوند و می‌توانند خسارات مالی خویش را که به واسطه ناشناخته بودن سبب زیان یا سنگین بودن خسارت - که جبران آن از سوی فاعل امکان‌پذیر نیست - مطالبه کنند؟

گویی در این مهم، مسئولیت مدنی حقوق خصوصی آن‌گونه که باید و شاید، کارایی ندارد و نوبت به جبران زیان در حقوق عمومی یعنی مسئولیت مدنی دولت می‌رسد. در این راستا، ابتدا مبانی سنتی مسئولیت مدنی در خصوص مسئولیت مدنی دولت بررسی می‌شود. آن‌گاه با توجه محدودیت‌های مبانی یادشده، با ارائه مبانی نوین و مبانی فقهی که با مسئولیت مدنی دولت سازگارند، نظام مسئولیت مدنی خاص برای جبران این خسارات پیشنهاد می‌شود.

بند اول. از مسئولیت عمل غیر تا نظریه تضمین

مسئولیت ناشی از فعل غیر، استثنایی بر اصل شخصی بودن مسئولیت و تنها شامل موارد مصرّح قانونی است. در حقوق ایران، مواد ۷ و ۱۲ ق.م.م و ماده ۳۸۶ ق.ت و در حقوق فرانسه، ماده ۱۳۸۴ و به دنبال تحولات حقوقی در قانون مدنی این کشور (از جمله ماده ۱۳۵۵ طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه) به این مورد اشاره شده است. گویی در نظام حقوقی فرانسه با صدور رأی موسوم به «رأی بلیک»، مسئولیت ناشی از فعل غیر به یکی از قواعد حقوقی این کشور تبدیل شده است.^۲

۱. مدنی، علی‌رضا، «بررسی تطبیقی مقابله با ناآرامی‌های اجتماعی در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه علوم امنیتی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۸، ص ۷۳.

2. Carbillac, Remy, *Droit des obligations*, 8^e éd., Dalloz, 2008, p. 11.

این رأی به اشخاص حقوقی نیز تسری یافته است. بر همین اساس، در حقوق این کشور با تمسک به این امر که مسئولیت ناشی از عمل غیر، قاعده حقوقی تلقی گردیده و به گستردگی دامنه مسئولیت ناشی از فعل غیر منجر شده است، مسئولیت دولت در خصوص دیگر خسارات که قابلیت جبران توسط اسباب واقعی زیان وجود ندارد، پذیرفته شده است. در این خصوص، قانون شماره ۵۸۹-۹۰ فرانسه مورخ ژوئیه ۱۹۹۰ قابل استناد است. مطالعه نظام حقوقی این کشور و نیز انگلیس و دیگر رژیم‌های حقوقی بر ایجاد تحولاتی در مسئولیت مدنی ناشی از اغتشاشات دلالت دارد، به گونه‌ای که هم اکنون در این کشورها، مسئولیت مدنی دولت در این گونه حوادث پذیرفته شده و اصل مسئولیت دولت، جای‌گزین اصل مصونیت دولت گردیده است.^۱

توجیه دیگر در این راستا، مبتنی بر مسئولیت تبعی دولت به مثابه یک ضرورت است. این سخن منبعث از لزوم و بایستگی کمک و مساعدت دولت به اشخاصی است که به هر دلیل از جمله نداشتن استطاعت مالی فاعل فعل زیان‌بار یا شناسایی نشدن او نمی‌توانند خسارتی را که بر آنان وارد آمده است، وصول کنند. بعد از انقلاب صنعتی در سیستم کامن‌لا، چنین مسئولیتی - گونه‌ای از مسئولیت در قبال افعال غیر - در شرایط خاصی پذیرفته شده است.

این نوع مسئولیت در فقه امامیه بی‌سابقه نیست و با عنوان مسئولیت مدنی امام مطرح می‌شود.^۲ بر مبنای قواعد مسلم فقهی همانند حرمت جان و خون مسلمان، رفع عسر و حرج، ضابطه مُعد بودن بیت‌المال در کمک به مردم و از همه مهم‌تر قاعده لاضرر - به مثابه مبنایی‌ترین قاعده فقهی در حقوق مسئولیت مدنی - قابل توجیه است.

البته این تلقی وجود دارد که در خسارات ناشی از اغتشاش، مسئولیت مدنی دولت، ذیل عنوان مسئولیت ناشی از عمل غیر به راحتی قابل اثبات نیست؛ چون در بیش‌تر موارد نمی‌توان رابطه سببیت بین عمل دولت و خسارات را اثبات کرد. از همین رو، گونه‌ای از «تضمین» به سود زیان‌دیده

۱. یزدانیان، علی‌رضا، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال تروریستی در جبران خسارت فراموش‌شدگان ناشی از تروریسم در ایران و فرانسه»، حقوق خصوصی، دوره چهل و ششم، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۴۸۱.

۲. حسینی، سید هادی، «مسئولیت تبعی دولت در جبران ضررهای بلاجبران وارده به شهروندان»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۸، شماره ۲۸، ۱۳۹۴، ص ۱۲۶.

مطرح می‌شود تا وی بدون اثبات تقصیر، خسارات وارد شده بر خویش را از دولت بگیرد.^۱

بند دوم. مسئولیت مبتنی بر تقصیر

بر پایه این نگرش، مسئولیت مدنی بر مدار تقصیر است. در موضوع خسارت ناشی از اغتشاش، پذیرش مسئولیت مدنی دولت به احراز و اثبات تقصیر منتسب به دولت وابسته است. مواردی از جمله ناتوانی دولت در حفظ نظم و امنیت، عملکرد نامناسب نیروهای پلیسی و امنیتی و نیز کافی نبودن اقدامات و تدبیرهای پیش‌گیرانه از وقوع جرایم می‌تواند نشانه تقصیر دولت باشد. گفتنی است که در این گونه موارد، اثبات تقصیر دولت توسط زیان‌دیده بسیار سخت و تقریباً ناشدنی است؛ چون خسارت‌دیدگان به منظور اثبات تقصیر دولت باید اقدامات پیچیده و خاص قضایی را انجام دهند که با مشکلات فراوان، اطاله دادرسی و هزینه‌های مالی و آسیب‌های روانی و روحی عدیده همراه است و در بیش‌تر موردها، این اقدامات عقیم می‌ماند. به علاوه، این که بتوان به طور مطلق بر اساس این دیدگاه، به جبران خسارت توسط دولت حکم کرد، امکان‌پذیر نیست؛ زیرا بر این مبنا آن‌گاه می‌توان مسئولیت را بر دوش دولت گذاشت که یکی از نیروهای وی در انجام وظایف خویش، رفتاری خطرناک برای شهروندان انجام داده باشد.^۲ در بیش‌تر موارد، خسارتی که ایجاد می‌شود، ناشی از اصل فعل اغتشاش و هدف خاص اغتشاشگرانی است که در پی ایجاد آشوبند و کارگزار دولت در عمل، هیچ نقشی در ایجاد خسارات ندارد. به همین دلیل، این نظریه نمی‌تواند مبنای مناسبی برای خسارت‌دیدگان اغتشاش باشد.

بند سوم. مسئولیت محض

با توجه به محدودیت‌های نظریه تقصیر، دیدگاه مسئولیت محض در پژوهش حاضر نیز قابل طرح است. در این باره می‌توان دو فرضیه را تصور کرد؛

یک - وقوع اغتشاش به گونه‌ای حاصل خطرات ناشی از اعمال و فعالیت‌های دولت یا مرتبط با آن

1. Renoux, Thierry S, Roux, André, Responsabilité de l'Etat Et Droits des VictXims d'actes de terrorisme, AJDA, 1993, p. 95.

۲. یزدانیان، علی‌رضا، «مطالعه تطبیقی اندیشه جمعی شدن مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران و آثار عملی آن بر نحوه جبران خسارت»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره چهل و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲.

است. مثل این‌که در پی تصمیم دولت در یک موضوع خاص، عده‌ای به اغتشاش تحریک می‌شوند. دو - در واقع، شخص زیان‌دیده از اغتشاشات، قربانی منافع دیگران و متحمل هزینه‌های عمومی جامعه شده است.

بر همین اساس می‌توان چنین استدلال کرد که همه افراد یک جامعه در استفاده از منافع و مزایای موجود جامعه یکسانند و در نتیجه، اگر از رهگذر اغتشاشات، عده‌ای متحمل خسارت شوند، اصل برابری و قاعده تساوی شهروندان در استفاده از مزایا به هم می‌خورد. عدل و انصاف حکم می‌کند که در این موارد، شخص خسارت‌دیده، قربانی نگردد و خسارتش فراموش نشود. همان‌گونه که همه افراد جامعه در بهره‌مندی از مزایا یکسان و برابرند، در جبران و تدارک خسارات نیز سهیم خواهند بود و سرانجام دولت باید خسارات را جبران کند. این امر ناپذیرفتنی است که عده‌ای از ناحیه جرایمی مانند اغتشاشات، متحمل زیان شوند تا برخی دیگر از خسارت، مصون بمانند. عقل سلیم حکم می‌کند که هیچ دولتی نباید راضی به این امر باشد که برخی را قربانی عده‌ای دیگر کند.

بند چهارم. دیدگاه‌های سنتی؛ نقدپذیر، ناکارآمد

از دیدگاه سنتی، پذیرش مسئولیت مدنی دولت در خصوص خسارات ناشی از اغتشاشات که فاعل آن، مجهول است یا قادر به جبران نیست، خالی از صعوبت نیست و با محدودیت‌هایی مواجه است. دولت‌ها گاه از سر لطف و کمک و به منظور التیام آلام خسارت‌دیدگان، قسمتی از خسارات وارد شده را جبران می‌کنند، اما آیا زیان‌دیده می‌تواند برای مطالبه تمامی ضررهای وارد شده به خود به دولت به عنوان مسئول مراجعه کند؟ در برخی نظام‌های حقوقی، گاهی سازوکار و ابزارهای سنتی مسئولیت مدنی، فرد را در طرح دعوا علیه دولت با چالش‌هایی مواجه می‌کنند.

الف. چالش مسئولیت فعل غیر

مسئولیت ناشی از فعل غیر اصولاً طبق موارد مصرّح قانونی در دو مورد است؛ یکی در جایی که شخصی بر دیگری نظارت و کنترل دارد که عنوان مسئولیت ناشی از عمل تابع دارد و دیگری، مسئولیت ناشی از مراقبت افراد تحت تکفل بر مبنای شیوه زندگی آنان است. در حقوق ایران، ماده ۱۲ ق.م.م در خصوص فعالیت کارمندان - که دولت بر فعالیت آنان کنترل و نظارت دارد - با صراحت

بیان می‌کند که اگر فاعل مادی خسارت، کارمند باشد و ناشی از نقص سیستم اداری نباشد، زیان دیده باید به کارمند رجوع کند و عملاً در این مورد، دولت هیچ مسئولیتی ندارد؛ زیرا با توجه به مفهوم، منطوق و قیده‌های ماده ۱۱ ق.م.م، این نتیجه به دست می‌آید که مقنن به گسترش دامنه مسئولیت دولت تمایل نداشته است. گویی قانون‌گذار با محدود کردن مسئولیت دولت به نقص وسایل و مصون ساختن وی نسبت به اعمال حاکمیت در ذیل ماده تلاش دارد دامنه مسئولیت دولت را تضییق کند.^۱ ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیک نیز صحنه‌ای است بر ماده ۱۱ ق.م.م و این که مسئولیت دولت به نقص وسایل اداره محدود شده است.

بدیهی است در موضوع مورد نظر ما، دولت از جهت دو مورد یادشده، نه کنترلی بر اغتشاشگر دارد و نه از لحاظ سبک زندگی بر آن‌ها مراقبت دارد که بتوان آن را مشمول این موارد دانست. افزون بر آن، در بیش‌تر مورد‌ها، نگرش حاضر، تعیین‌کننده مسئولیت دولت در قبال افعال اشخاصی است که هیچ ارتباطی با دولت ندارند و بالاتر از این، حتی ممکن است شناسایی نشوند. به این ترتیب، بر مبنای مسئولیت ناشی از فعل غیر، مسئولیت دولت قابل توجیه نخواهد بود.

ب. چالش احراز رابطه سببیت

بر پایه قواعد عام حقوقی، دولت آن‌گاه مسئول است که سببی که موجب تحقق فعل زیان‌بار شده است، به فعالیت وی مرتبط باشد. در خسارات ناشی از اغتشاشات، اثبات رابطه سببیت بین خسارات ایجادشده و فعالیت‌های دولت در محکمه و حتی مرحله ثبوت علی و معلولی آن (در عالم واقع)، بسیار پیچیده، دقیق و سخت است. به سادگی نمی‌توان گفت که دولت با اعمال و فعالیت‌های خود سبب وقوع اغتشاشات یا تشدید خسارات ناشی از این حوادث شده است. البته گاه بسیار روشن است که فاعل زیان، شخصی غیر از دولت و کارکنان دولتی است که در این حالت، استناد سببیت به دولت بی‌وجه است. هم‌چنین در مواردی که خسارت ناشی از قصور دولت و کارکنان آن در انجام وظیفه باشد، با توجه به قدرت برتر دولت، اثبات رابطه سببیت توسط خسارت دیده بسی دشوار و بی‌نتیجه است. در نظام حقوقی ایران به دلیل چالش نبود رابطه سببیت یا احراز نشدن رابطه سببیت و نیز صراحت ماده ۱۱ ق.م.م که متمایل به تحمیل نکردن مسئولیت بر دولت است،

۱. زرگوش، مشتاق، مسئولیت مدنی دولت: قواعد عمومی؛ مبانی و اصول (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۸۷.

مسئولیت مدنی دولت به سختی قابل پذیرش است. از همین رو، این محدودیت‌ها و چالش‌ها اقتضا دارد مبنایی موجه برای جبران تمام و کمال این نوع خسارت‌ها یافت.

گفتار سوم. مبانی نوین مسئولیت مدنی در قبال خسارات ناشی از اغتشاشات

متفرع بر تحلیل‌های پیشین می‌توان مبانی نوینی را پیش رو نهاد که به موجب آن، مسئولیت مدنی دولت در خصوص این خسارات قابل توجیه باشد. چگونگی مسئولیت دولت در خسارات ناشی از این حوادث در ذیل تحول مبانی ذکر شده و پذیرش نسبی نظریه تضمین، این زمینه را ایجاد خواهد کرد مبنای نوینی که ترکیبی از مبانی موجود، به همراه تطبیق با نیازها و ضرورت‌های روز اجتماع است، مطرح شود.

بند اول. مبانی حقوقی نظریه منتخب

الف. تسری اصل لزوم جبران خسارت ناشی از حوادث قهری طبیعی به حوادث قهری غیر طبیعی

امروزه موضوع جبران خسارت با عنوان حقوق حوادث و بلایای طبیعی در حال شکل‌گیری و رشد است. در این قبیل موارد با این‌که حادثه قهری، در بیش‌تر موارد، قابل پیش‌بینی و به تبع، قابل پیش‌گیری نیست، اما در بیش‌تر نظام‌های حقوقی، دولت‌ها به جبران خسارات ناشی از این حوادث پرداخته‌اند. به این ترتیب، الزام دولت نسبت به زیان حاصل از بلایای طبیعی و غیر مترقبه که قابلیت انتساب به دولت را ندارند، به تدریج، در حال اضافه شدن به دامنه مسئولیت مدنی دولت است.^۱ برای نمونه، دولت در آمریکا هنگام سیل و توفان^۲ یا در بلژیک بر پایه قانون بلایای طبیعی، خسارت وارد شده به اشخاص را جبران می‌کند.^۳ در ایران نیز مقرره‌هایی هم چون ماده ۱۰ قانون تنظیم بخشی

1. Faure, Michael G., **financial compensation for victims of catastrophes: a law and economics perspective**, LAW AND POLICY, 2007. VOL. 29, NO. 3, p. 340.

2. Borchard, Edwin. M., **Tort liability of the state**, journal of comparative legislation and international law, third series, 1930, VOL. 12, NO. 1, p. 10.

3. Durant, Isabelle C., Faure, Michael (Eds), **financial compensation for victims of catastrophes: a comparative legal approach**, tort ad insurance law, 2005, VOL. 14, Wien. New York Springer, First published, p. 46.

از مقررات مالی دولت و ماده ۱ مصوبه شماره ۴۶۴۶ ت ۵۲۲۷۹۳ مورخ ۱۳۷۹/۰۲/۱۲ هیئت وزیران، حامل رویکرد پذیرش مسئولیت دولت است. رویه عملی و تلاش دولت‌ها در جبران خسارات ناشی از بلاهای طبیعی در سال‌های اخیر نشان از همین رویکرد دارد.

حال که دولت‌ها در حوادث طبیعی پیش‌بینی‌ناپذیر وارد می‌شوند و جبران خسارت می‌کنند، می‌توان گفت بر همین مبنا و بر پایه این بایستگی و لزوم، در خصوص اغتشاشات که با توجه به شرایط زمانی و مکانی، غالباً و معمولاً قابل پیش‌بینی و پیش‌گیری هستند، به طریق اولی (قیاس اولویت) می‌توان مسئولیت را بر دوش دولت نهاد. در جایی که اغتشاش به هیچ وجه قابلیت پیش‌بینی ندارد و به گونه‌ای توسط گردانندگان آن سازمان‌دهی و برنامه‌ریزی شده است که مطلقاً قابل شناسایی نیستند، این استدلال و قیاس اولویت، خود را بیش‌تر نشان می‌دهد. البته اگر این مبنا و استدلال ناپذیرفتنی باشد، می‌توان اغتشاش را گونه‌ای از حوادث قهری (اما غیر طبیعی) دانست که ذیل آن قرار گیرد. توجیه دیگر این مسئولیت می‌تواند آن باشد که دولت، خود، زمینه تحریک مردم به اغتشاش را فراهم کرده است یا از این جهت باشد که گفته شود دولت در مقابل مردم، متعهد به حفظ نظم و امنیت است که در صورت نقض آن، مسئول خواهد بود.

در مواقع اضطراری مانند جنگ، تمام تمرکز حکومت منعطف به آرام کردن وضعیت کنونی و جلوگیری از اغتشاشات آینده است که مستلزم وقت و هزینه بسیار است و در این مواقع با استفاده از سیاست‌های سخت‌گیرانه باید اوضاع کنترل گردد. با توجه به پیشرفت علم و صنعت، بحران‌های جدیدتری نیز به وجود می‌آیند که در این موارد باید اوضاع را کنترل کرد و این موارد نیز نیازمند برنامه‌ریزی مدوّن و پیش‌بینی‌های اصولی است.^۱

ب. تعهد تضمین پرداخت خسارات از سوی دولت

امروزه دیگر رهیافت دولت‌محور در پارادایم واقع‌گرایی، پذیرفتنی نیست و نمی‌توان قدرت مطلق العنان برای دولت‌ها قائل شد. از این رو، آزادی عمل دولت‌ها، محدودتر، مضبوط و روشمندتر شده است. دولت با اختیارات مشخص موسوم به دولت قانون‌مند مبتنی بر حقوق و با کارویژه‌های دقیق

۱. فغان‌نژاد، سعدالله و مهدی نوری، «بررسی حقوق شهروندی در وضعیت بحران: مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فرانسه و آمریکا»، مجله مدیریت بحران، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۷۰.

موسوم به دولت حداقل مطلوب تلقی می‌شود. در این فضا، شهروند می‌تواند حقوق تضمین شده ملت مانند مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر در ستم به منظور قیام علیه حکومت جبار و خودکامه را از قدرت حاکم بخواهد و حکومت نیز باید به آن‌ها احترام بگذارد.^۱

نظریه تعهد دولت به تضمین خسارات واقع شده از رهگذر خشونت و اعتراض - که اغتشاش نیز زیرمجموعه بارز آن است - یکی از نظریه‌هایی است که می‌تواند مبنا و مستند جبران خسارت اشخاص از سوی دولت باشد. این قسم تعهد، نوعی تعهد ایمنی است.^۲ بر اساس این دیدگاه، نیازی به تحقق شروط سنتی مسئولیت مدنی نیست، بلکه مسئولیت مدنی دولت، نوعی تضمین به نفع شخص خسارت دیده است. این دیدگاه بر مبنای نوعی تعاون و هم‌بستگی اجتماعی و در راستای نظریه دولت رفاه هم قابل توجیه و مآلاً پذیرفتنی است. توجیه دیگری که این دیدگاه را پشتیبانی می‌کند، ضرورت و مصلحت جامعه خواهد بود. همانا جبران نشدن خسارات اشخاص بی‌گناه در جریان اغتشاشات، چیزی نیست جز برهم زدن تعادل، تعاون و نظم عمومی جامعه که خلاف مصلحت جامعه است.

این دیدگاه با تقریر دیگری ذیل عنوان عدالت و انصاف قابلیت توجیه دارد. با این توضیح که اصل عدالت و انصاف اقتضا نمی‌کند که از یک سو، اشخاص به تعهدات خود از قبیل پرداخت مالیات در قبال حفظ امنیت و رفاه توسط دولت عمل کنند، اما از سوی دیگر، در صورت وقوع حوادث ضد امنیتی، متحمل نتایج زیان بار آن وقایع هم باشند.

ج. توزیع عادلانه و منصفانه مسئولیت

بایستگی اقدام دولت در جبران غرامت ناشی از فعل زیان بار، نوعی مدیریت در هزینه کردن اموالی است که متعلق به خود مردم است. اموال عمومی، منابع و بیت‌المال که در ید و تسلط دولت است، در واقع، متعلق به عموم است و دولت نیز به عنوان مسئول کلی و مدیر ارشد جامعه و از

۱. پیری، حیدر، «فراز و فرود حاکمیت در مقابله با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی در پرتو حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۲، ۱۳۹۴، ص ۵۵.

2. Radé, Christophe, *Contrat de travail: l'obligation de sécurité de l'employeur plus forte que le pouvoir de direction*, Revue des contrats, 2008, No. 4, p. 12.

موقعیت تعاون اجتماعی با پرداخت غرامت به خسارت‌دیده فقط شیوه مصرف اموال عمومی و توزیع عادلانه آن را در بین شهروندان مدیریت می‌کند، نه این‌که از منابع مختص به خود، چیزی پرداخت کرده باشد.^۱ از همین رو، رأی به پذیرش این نظریه در کسوتِ درستیِ مسئول بودن دولت در این نوع حوادث با پشتوانه فقهی که دارد، در حقوق ما به جبران خسارات ناشی از اغتشاشات کمک بسزایی خواهد کرد.

د. تئوری دولت مسئول

نظریه دولت مسئول مبتنی بر این است که دولت وظیفه دارد متناسب با ساختار سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی و نیز سیاست‌گذاری‌های کلان و عمده خود، جامعه را مدیریت کند. این نظریه، بازتاب برخی مفاهیم حقوقی و متکی بر تحلیل‌های فلسفی و حقوقی در خصوص نهادهای حقوقی است. بر اساس این نظریه، در خسارت ناشی از اغتشاشات که سبب زیان، مجهول یا حجم خسارت، عظیم باشد، مسئولیت فردی رنگ می‌بازد و چاره‌ای جز توسل به مسئولیت جمعی مبتنی بر نظریه مسئولیت مدنی دولت به عنوان فرمانروای جامعه نیست. این نظریه، مقدمه توسعه مفاهیم مسئولیت مدنی در فضایی جدید - و البته مبنایی نه چندان متعارف - خواهد بود. افزون بر این، به نظر می‌رسد که با تحولات جوامع، مفهوم تقصیر هم دچار تحول شده است و هر آن، امکان تغییرات دیگر نیز وجود دارد.^۲

فراز و فرود در این مقوله، امری محتمل و ممکن است. این، خود، استدلالی برای پذیرش مسئولیت مدنی دولت در راستای دولت مسئول است. دولت مسئول به عنوان سرپرست امور جامعه ظاهر می‌شود و این سرپرست، وظایفی هم چون ایجاد و حفظ نظم و امنیت و تدبیراندیشی لازم برای جلوگیری از وقوع جرم دارد. وقوع حوادث خشونت‌آمیز و در پی آن ایجاد خسارات، چیزی جز قصور و کوتاهی دولت در انجام وظیفه سرپرستی خویش نیست. از پذیرش این نظریه - هرچند سابقه‌ای در رویه قضایی و قانون‌گذاری کشور ما ندارد - می‌توان به مثابه راهبردی عملی و کاربردی در حل مسئله یاد کرد.

۱. حسینی، پیشین، ص ۱۳۳.

۲. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹، ص ۲۱۵.

ح. نظریه دولت رفاه

نظریه دولت رفاه در آموزه‌های دینی مبنا و ریشه دارد. البته در پس این نظریه، نگاه کلان امنیت محور و مصون ساز اجتماع - که واجد مبانی قوی و ادله محکم است - قرار دارد. بی توجهی دولت نسبت به حق رفاه و زیست سالم و امن، ناموجه و غیر قابل دفاع است. با پیدایش اعتراضات خشونت آمیز، رفاه و امنیت اشخاص به خطر می افتد. وقوع اغتشاش و خسارت می تواند بدان معنا باشد که دولت در ایجاد رفاه اتباع خویش بی توجه بوده است. تأمین نشدن رفاه و امنیت به معنای قصور دولت در انجام وظیفه خویش است و منجر به مسئولیت مدنی دولت می شود. بنابراین، در این شرایط، تحمیل این تعهد در قالب مسئولیت مدنی به دولت ها، گزینه ای قابل توجه و توجیه برای جبران خسارات محسوب می شود.

بند دوم. مبانی فقهی نظریه منتخب

رأی به جبران نشدن خسارات ناشی از اغتشاش، با برخی از قواعد مسلم فقهی هم چون قاعده لاضرر، نفی عسر و حرج ناسازگار است. در نظام حقوقی ایران با استناد به برخی منابع فقهی معتبر می توان در خصوص مسئولیت مدنی ناشی از اغتشاشات به نتایج خاص رسید. تعهد و وظیفه حاکمیت به جبران برخی از خسارات که بنا بر جهاتی قابلیت جبران توسط اشخاص خصوصی را ندارند، مبتنی بر مواسات، تعاون اجتماعی و کمک به اشخاص مستحق است.^۱

در این میان، گاهی هدف تحمیل مسئولیت مدنی می تواند پیش گیری از پای مال شدن حقوق خسارت دیده از وقایع و حوادث باشد. از همین رو، بررسی این مقوله از منظر مبانی فقهی، بایستگی و لزوم بیشتری پیدا می کند و مدعای ما را به کرسی اثبات نزدیک تر و در نهایت، پذیرفتنی تر می سازد. در ادامه، به برخی از آن ها اشاره می شود.

الف. قاعده لاضرر

این قاعده، یکی از مشهورترین قواعد فقهی است. خوانش ها و انگاره های فقیهان در مورد این قاعده

۱. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع، پاکستان: مکتبه الحبیبیه، ۱۴۰۹ هـ.ق، ص ۶۸.

- برگرفته از روایت مشهور لاضرر و لاضرار فی الاسلام^۱ - به صورت مختصر گزارش می‌شود. سپس به دیدگاهی خواهیم پرداخت که با لزوم جبران خسارات ناشی از اغتشاشات هم‌خوانی بیشتری دارد. مبتنی بر پذیرش نقش اثباتی قاعده لاضرر، اگر در نتیجه فعل اشخاص، ضرری به دیگری وارد آید و مصداق هیچ کدام از موجبات معهود ضمان قهری و موارد موجود در قانون مسئولیت مدنی نباشد، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی باید به سراغ منابع معتبر فقهی رفت و جبران آن به استناد قاعده لاضرر امکان‌پذیر است. بنابراین، جبران نشدن خسارات وارده به اشخاص در جریان اغتشاشات در مواردی که جبران توسط فاعل ممکن نیست، ضرری است که به دلیل نبود حکم و خلأ قانون بر اشخاص وارد می‌آید و قاعده لاضرر با نقش اثباتی خود، به مسئولیت مدنی دولت یا مسئولیت جمعی در قالب پیش‌بینی نهادهایی هم‌چون بیمه، صندوق تأمین خسارات و تأمین اجتماعی حکم می‌کند. گویی شارع مقدس به بهترین وجه ممکن، نهادی حکیمانه در این خصوص جعل کرده است.

ب. قاعده الضمان بالخراج

فقیهان مشهور امامیه، خوانش‌ها و تفسیرهای مختلفی از عبارت روایی یادشده^۲ - که در قالب قاعده‌ای در آمده است - دارند که به فهم مسئله مدد می‌رساند و اجمالاً گزارش می‌شود. امام خمینی (ره) با توجه به واژه «قضی» که قبل از عبارت مورد نظر (عبارت روایت قاعده)^۳ آمده است، چنین استنباط کرده است که این قاعده از احکام سلطانی و حکومتی است و خراج ذکرشده در قاعده، همان خراج متعارف است که ولی امر مسلمین در قالب زکات و جزیه می‌گیرد. چنین چیزی مجانی و رایگان نیست، بلکه به ازای تکالیف و تعهداتی است که دولت بر عهده دارد و آن تعهدات، اداره صحیح جامعه و برطرف کردن نیازهای مردم است.^۴ از نظر ایشان، چنین برداشتی از

۱. کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ.ق، ص ۲۴۷.

۲. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۳)، تهران: مکتب المرتضویه، ۱۳۶۳ هـ.ق.

۳. لان النبی (ص) قضی ان الخراج بالضمان. (همان، ج ۲، ص ۱۲۵)

۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹، ص ۶۱۵.

مفهوم قاعده با الفاظ قاعده سازگارتر و اقرب است.^۱

بنابراین، مبتنی بر قرائت و خوانش اخیر، مفاد این قاعده از احکام حکومتی است که به موجب آن، همان گونه که شهروندان در قبال حکومت، وظایفی مانند پرداخت مالیات و زکات دارند، حکومت نیز در مقابل، تعهداتی در اداره مناسب امور جامعه و تدبیر مصالح عامه بر عهده دارد. این قاعده می‌تواند از جمله مبانی اختصاصی مسئولیت مدنی دولت باشد؛ چون دولت با مالیات‌ستانی از شهروندان و دیگر منابع مالی عمومی که در اختیار دارد، ملزم به تأمین امنیت، رفاه و تدبیراندیشی برای حفظ حقوق مالی و جانی اشخاص است. پس اگر به دلیل ایجاد نکردن امنیت و نظم عمومی و نداشتن تدبیر مقتضی برای حفظ حقوق اشخاص، اموال آن‌ها از رهگذر وقایعی هم‌چون اغتشاشات دست‌خوش خسارت شود، دولت، مسئولیت مدنی خواهد داشت.

ج. قاعده لایبطل دم امرء مسلم

به نظر می‌رسد که دم و خون در این قاعده خصوصیتی ندارد؛ یعنی در مورد همه جنایات (قطع عضو و جرح) و نیز همه خسارت‌ها اعم خسارت‌های ناشی از اغتشاشات و سلب منافع می‌توان به مسئولیت بیت‌المال قائل شد. همانا اموال اشخاص بسان خون آنان حرمت دارد و در جرایمی که به هر دلیلی منجر به خسارات مالی بلاجبران شود، می‌توان تعهد دولت به پرداخت خسارات را مطرح کرد. از فحوای روایت: «أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: مَنْ مَاتَ فِي زِحَامِ النَّاسِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ أَوْ يَوْمَ عَرَفَةَ أَوْ عَلَى جِسْرِ لَا يَعْلَمُونَ مَنْ قَتَلَهُ قَدِيتُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ»^۲ چنین برمی‌آید که بیت‌المال در ناآرامی و تشنج‌های سیاسی، مسئول جبران خسارات بوده و این مسئولیت ناشی از قصور دولت در تنظیم امور جامعه و حفظ نظم و امنیت آن است.

د. پوشش بیمه‌ای؛ شیوه‌ای نوین در جبران خسارات ناشی از اغتشاشات

اگر با فعل عده‌ای از اغتشاشگران، شهری به ویرانی کشیده شود، بدیهی است که جبران چنین خساراتی از عهده این اشخاص خارج است. از همین رو، رویکرد جمعی کردن جبران خسارات در قالب نهادهایی

۱. موسوی بجنوردی، سید محمد و فریبا قنبریان‌زاده مهابادی، «قاعده الخراج بالضمان و مسئولیت مدنی دولت با توجه به آرای امام خمینی (ره)»، نامه الهیات، شماره ۵۰، ۱۳۹۹، ص ۹۹.

۲. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، چاپ سوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ هـ - ق، ص ۷۸.

هم چون پوشش بیمه‌ای و صندوق‌های تأمین خسارات یا ترکیبی از بیمه و الزام مسئولیت مدنی بر دولت به عنوان نماینده یک جمع، نه یک تئوری ساده، بلکه نوعی ضرورت تلقی می‌شود.^۱ بیمه در راستای توزیع و تقسیم خطرهاست. در برخی از کشورها، بیمه به عنوان راهکاری بنیادین، مهم و اساسی برای جبران خسارات سنگین ایجاد شده است. بنابراین، نه تنها دلیل منطقی بر ردّ بیمه خسارات ناشی از اغتشاشات وجود ندارد، بلکه ادله‌ای مبنی بر صواب و صائب بودن این رهیافت رخ‌نمایی می‌کند.

در حقوق ایران نیز با توجه به بی‌سابقه نبودن نهاد بیمه در برخی از خسارات که در صورت نبود نهاد یادشده بلاجبران خواهند ماند (مانند بیمه اجباری حوادث ناشی از رانندگی یا وجود نهادهایی هم چون نهاد عاقله و مسئولیت بیت‌المال که کم و بیش در مقاله نیز به آن اشاره رفته است)، زمینه طرح چنین نگرشی با توجه به گسترش روزافزون اغتشاشات و خسارات زیاد و با هدف جبران خسارت زیان‌دیدگان و جلوگیری از فراموش شدن خسارت اشخاص بی‌گناه، امکان‌پذیر و موجه است.

بند سوم. مؤیداتی از قوانین داخلی

در حقوق داخلی، جبران خسارات ناشی از اغتشاشات خیابانی، ادبیات نظری پررنگی ندارد، اما بدیهی است که لزوم ایجاد آن از اصول حقوقی و فقهی بسیاری قابل استنباط باشد. به نظر می‌رسد مسئولیت مدنی دولت در این زمینه باید از دو جهت تعدیل شود: نخست آن که چنان بی‌حد و مرز نباشد که باعث گردد عامل زیان در پناه آن از مصونیت مدنی برخوردار شود و هم‌چنین از سویی دیگر نباید چنان مضیق تعیین گردد که زیان‌دیده را از جبران خسارت محروم کند.^۲

در حقوق ایران برای بیان ظرفیت مسئولیت دولت در خصوص ناشناخته بودن فاعل فعل زیان‌بار در حوادث یا مواردی که فاعل، قادر به جبران خسارات نیست - که اغتشاشات نیز می‌تواند زیرمجموعه آن قرار بگیرد - گویی چهارم مقرر و وجود دارد که امکان پذیرش مسئولیت مدنی دولت را در این نوع خسارات در خود جای داده است:

یک - بند ۵ دستورالعمل وزارت کشور به شماره ۴/۲۷/۵۴۱۶ مورخ ۹۳/۴/۲۴ به این مورد پرداخته

۱. یزدانیان، پیشین، ص ۲۰۶.

۲. نادى، محمدتقى و سيد على موسوى، «واکاوى جبران خسارات اغتشاشات خیابانى با تأکید بر رویکردی پیش‌گیرانه»، فصل‌نامه پژوهش‌های حفاظتی - امنیتی، سال یازدهم، شماره ۱۴۰۱، ۴۱، ص ۱۵۳.

است که بر اساس پیوست چهار قانون برنامه بودجه سال ۱۳۹۳ تنظیم شده است. طبق این دستورالعمل در خسارات مالی وارده به اشخاص حقیقی بر اثر اغتشاشات و بحران‌های شهری، در صورتی که عامل خسارت شناسایی نگردد و فرد خسارت‌دیده، طرف دعوا نباشد، نیمی از خسارت مالی طرف زیان‌دیده توسط دولت جبران می‌شود.^۱

دو - قانون‌گذار در موادی از قانون مجازات اسلامی (مانند مواد ۴۳۵، ۴۷۰، ۴۷۱، ۴۷۵) به صراحت به مسئولیت بیت‌المال نسبت به بزه‌دیدگان یا بازماندگان آن‌ها در شرایطی هم‌چون فراری بودن، دسترسی نداشتن و تمکن مالی نداشتن مجرم اشاره کرده است.

سه - ماده ۱۰ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث از دیگر قوانین قابل استناد است.

چهار - ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی معالجه و از کارافتادگی ورزشی نیز دربردارنده مقرره‌ای است که به استناد آن، دولت ملزم به پرداخت خسارت به ورزش‌کاران صدمه‌دیده می‌شود، در حالی که صدمه، مستند به فعل دولت نیست.

نتیجه‌گیری

گسترش اغتشاشات و همراهی آن با خسارات مالی، ادبیات حقوقی خاصی را اقتضا می‌کند که فقط بر جنبه کیفری جرم اغتشاش متمرکز نشود، بلکه به سویه جبران خسارات مالی نیز بپردازد که از لحاظ اهمیت، دست کمی از جنبه کیفری ندارد. عدالت و انصاف به مثابه یک اصل وجدانی، عقلی و عقلایی، نادیده گرفتن خسارات اشخاص بی‌گناهی را برنمی‌تابد که به سبب اغتشاش، متحمل خسارت شده‌اند و امکان جبران آن توسط سبب زیان وجود ندارد و چنین موضع نظری و عمل به چنین رفتاری مجاز نمی‌نماید. به نظر می‌رسد که در این موضوع مهم، به استناد ضرورت، وجدان و هم‌بستگی اجتماعی و با توجه به اقتدار دولت از نظر مالی و این که مدیریت بودجه و منابع مالی را در اختیار دارد، گذاردن مسئولیت بر عهده وی موجه و مدلل است. هم‌چنین گفتنی است گاهی دولت، تصمیم‌ها و سیاست‌هایی را در پیش می‌گیرد که به گونه‌ای اشخاص را به اغتشاش سوق می‌دهد.

۱. زرگوش، پیشین، ص ۳۷۵.

در این مورد، پذیرش مسئولیت مدنی دولت با توجه به مبانی غنی موجود در فقه و اصول مسلم حقوقی و با کمک رویه‌های موجود در برخی کشورها امکان‌پذیر است. سیر اجمالی در مبانی فقهی و حقوقی ایران، این نتیجه را می‌دهد که در مجموع، مبانی عقلایی و قواعد فقهی و شرعی بر لزوم جبران خسارات مالی ناشی از اغتشاشات، وحدت نظر دارند. بر اساس قواعد فقهی هم‌چون قاعده لاضرر، حرمت مال و جان مسلمان، الضمان بالخراج و سازوکارهایی هم‌چون نهاد حسبه، اخذ زکات و ضوابط فقهی همانند اصل وحدت ملاک (نه قیاس ناپذیرفتنی) می‌توان مسئولیت دولت را در پرداخت خسارات ناشی از اغتشاشات پذیرفت.

به موجب قاعده بنیادین «لاضرر»، جان، مال و آبروی اشخاص، محترم و مصون از هرگونه تعرض و خسارت است. این قاعده بر این حقیقت عقلانی دلالت دارد که طبیعت و فطرت بشر به ایجاد نشدن ضرر و جبران آن تمایل دارد. این قاعده مبین این است که هیچ ضرر ناحقی نباید بلاجبران (لایتذارک) باقی بماند و در صورت نبود حکم برای جبران ضرر، قاعده لاضرر با نقش اثباتی خود به میدان عدالت پای می‌نهد و با اثبات حکم به جبران ضرر در صورت مسئولیت مدنی دولت یا مسئولیت جمعی در قالب پیش‌بینی نهادهایی هم‌چون بیمه می‌پردازد.

افزون بر این، گویی مسئولیت مدنی برخلاف گذشته دیگر فقط جنبه جبران‌کنندگی ندارد، بلکه مهم‌تر از آن، واجد سویه پیش‌گیرانه نیز هست. از همین رو به نظر می‌رسد با توجه به شرایط موجود در جامعه‌ای که اغتشاش در آن صورت می‌گیرد، وقوع این حادثه بنا بر اوضاع و احوال موجود در جامعه قابل پیش‌بینی و با توجه به امکانات در دسترس دولت اعم از نظامی، مالی و امنیتی قابل پیش‌گیری است. در نهایت، وقوع اغتشاش و ایراد خسارت، نشان‌دهنده این امر است که دولت برخلاف اصل احتیاط عمل کرده و تدبیرهای لازم را برای پیش‌بینی یا پیش‌گیری یا دست کم جلوگیری از تشدید خسارت به کار نگرفته است و با این تفسیر، به عنوان زمام‌دار جامعه، مسئول است. باید افزود که جبران این نوع از خسارات از طریق بیمه یا صندوق تأمین خسارات که در نظام حقوقی ایران بی سابقه نیست، از دیگر نتایج است و ضمان عاقله و نیز وظایف بیت‌المال و وجود سابقه پرداخت بیمه در دیگر خسارات، مؤید این مدعاست. البته به نظر می‌رسد فرض تحقق مسئولیت مدنی دولت در وقایع موضوع مقاله مورد نظر، نیازمند اصلاح قوانین موجود در حوزه مسئولیت مدنی دولت است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. زرگوش، مشتاق، مسئولیت مدنی دولت: قواعد عمومی؛ مبانی و اصول (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۲. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، چاپ اول، تهران: راه رشد، ۱۳۸۹.
۳. غریب‌نواز، ایمان، مسئولیت مدنی اشخاص در اعتراض‌های عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. پیری، حیدر، «فراز و فرود حاکمیت در مقابله با شورش‌ها و ناآرامی‌های داخلی در پرتو حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۲، ۱۳۹۴.
۲. حسینی، سید هادی، «مسئولیت تبعی دولت در جبران ضررهای بلاجبران وارده به شهروندان»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره ۸، شماره ۲۸، ۱۳۹۴.
۳. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و سوم، ۱۳۹۹.
۴. شریفی، رضا، «بررسی ابعاد روان‌شناختی خشونت‌گرایی جمعیت اغتشاشگر و روش‌های تأثیرگذاری بر آن»، فصل‌نامه مطالعات بسیج، شماره ۴۵، ۱۳۹۸.
۵. صفایی، سید حسین و همکاران، «مسئله‌یابی حقوقی در ناآرامی‌های ۱۴۰۱ ایران»، دانش‌نامه حقوقی، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۱.
۶. عسگری، محمود و سید حسین حسینی، «تبیین فرآیند و معرفی عوامل وقوع ناآرامی‌های اجتماعی در ایران»، فصل‌نامه راهبرد، سال نوزدهم، شماره ۷۴، ۱۴۰۰.
۷. فغان‌نژاد، سعدالله و مهدی نوری، «بررسی حقوق شهروندی در وضعیت بحران؛ مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فرانسه و آمریکا»، مجله مدیریت بحران، شماره ۱، ۱۳۹۱.
۸. مدنی، علی‌رضا، «بررسی تطبیقی مقابله با ناآرامی‌های اجتماعی در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه

علوم امنیتی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۸.

۹. موسوی بجنوردی، سید محمد و فریبا قنبریان زاده مهابادی، «قاعده الخراج بالضمان و مسئولیت مدنی دولت با توجه به آرای امام خمینی (ره)»، نامه الهیات، شماره ۵۰، ۱۳۹۹.

۱۰. نادى، محمدتقى و سید علی موسوی، «واکاوی جبران خسارات اغتشاشات خیابانی با تأکید بر رویکردی پیش‌گیرانه»، فصل‌نامه پژوهش‌های حفاظتی - امنیتی، سال یازدهم، شماره ۴۱، ۱۴۰۱.

۱۱. یزدانیان، علی‌رضا، «مطالعه تطبیقی اندیشه جمعی شدن مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه و ایران و آثار عملی آن بر نحوه جبران خسارت»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره چهل و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۲.

۱۲. یزدانیان، علی‌رضا، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال تروریستی در جبران خسارت فراموش‌شدگان ناشی از تروریسم در ایران و فرانسه»، حقوق خصوصی، دوره چهل و ششم، شماره ۳، ۱۳۹۵.

۲. عربی

۱. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۳)، تهران: مکتب المرتضویه، ۱۳۶۳ هـ.ق.

۲. کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع، پاکستان: مکتبه الحبیبیه، ۱۴۰۹ هـ.ق.

۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، چاپ سوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ هـ.ق.

۴. کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ.ق.

۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹.

3.Latin source

1. Borchard, Edwin. M., **Tort liability of the state**, journal of comparative legislation and international law, third series, 1930, VOL. 12, NO. 1.
2. Carbillac, Remy, **Droit des obligations**, 8^é.éd., Dalloz, 2008.
3. Doob, I. M., **psychological Basis of Collective Behaviors**, Journal of personality and Social psychology, 1988, VOL. 17, 121-135.
4. Douglas, R., **Dealing with Deounstration the Law of public protest and its Enforceent**, English federation press, 2004.
5. Durant, Isabelle C., Faure, Michael (Eds), **financial compensation for victims of catastrophes: a comparative legal approach, tort ad insurance law**, 2005, VOL. 14, Wien. New York Springer, First published.
6. Faure, Michael G., **financial compensation for victims of catastrophes: a law and economics perspective**, LAW AND POLICY, 2007. VOL. 29, NO. 3.
7. Radé, Christophe, **Contrat de travail: l'obligation de sécurité de l'employeur plusforte que le pouvoir de direction**, Revue des contrats, 2008, No. 4.
8. Renoux, Thierry S, Roux, André, **Responsabilité de l'Etat Et Droits des Victims d'actes de terrorisme**, AJDA, 1993.

چالش‌های حقوقی فقرزدایی در ایران (مورد مطالعه: استان سیستان و بلوچستان)

محمد ذاکر بایستی زهی^۱

محمد جلالی^۲

سید احمد حبیب‌نژاد^۳

چکیده

با وجود تلاش‌ها و صرف هزینه‌های هنگفتی که برای توسعه کشور و مناطق محروم از جمله استان سیستان و بلوچستان شده است و با وجود دستاوردها، هنوز تعداد زیادی از مردم این استان در فقر و محرومیت زندگی می‌کنند، به گونه‌ای که بر اساس آمارهای کشوری، استان سیستان و بلوچستان، در شاخص‌های فقر و محرومیت، رتبه یک را در کشور دارد. از بین بردن فقر از جمله تعهدات دولت است و در قانون اساسی، اسناد چشم‌انداز، برنامه‌های توسعه کشوری و استانی هم بندهایی در خصوص فقرزدایی تنظیم و تصویب شده است. با این حال، تصویب قوانین به تنهایی و بدون نظارت و اجرای مطلوب در این زمینه کفایت نمی‌کند و تجویز راهکار بدون شناخت ریشه‌های مختلف فقر نمی‌تواند راه‌گشا باشد.

برای رفع فقر در کشور به ویژه استان سیستان و بلوچستان به شناخت موانع موجود برای فقرزدایی در این استان نیاز داریم؛ چون شناسایی هر چه بهتر این چالش‌ها می‌تواند به ارائه راهکارهای مناسب برای ریشه‌کنی فقر کمک شایانی کند. پژوهش حاضر به بررسی چالش‌ها و موانع حقوقی فقرزدایی در استان سیستان و بلوچستان به روش کیفی و مصاحبه عمقی پرداخته است. داده‌های پژوهش در سه محور چالش‌های هنجاری، ساختاری و رفتاری دسته‌بندی شده‌اند. نتایج پژوهش، گویای آن است که آن‌چه چالش اصلی در این حوزه به حساب می‌آید، خود قانون نیست، بلکه نحوه اجرای آن است.

واژگان کلیدی: استان سیستان و بلوچستان، چالش‌های حقوقی، فقر، فقرزدایی، محرومیت.

۱. دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات تهران (نویسنده مسئول)، mzaker.b@gmail.com

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

۳. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران، a.habibnezhad@ut.ac.ir

مقدمه

فقر و محرومیت در بیش‌تر کشورها، یکی از مسائل و مشکلات مهم برای دولت‌ها به ویژه برنامه‌ریزان به شمار می‌رود. هم‌چنین برخورد دولت‌ها با این مشکل و اجرای راهکارهایی برای حل یا کاهش آن اهمیت دارد.^۱ موفقیت برنامه‌های فقرزدایی به همان اندازه که به سیاست‌ها و چگونگی اجرای برنامه وابسته است، به شناسایی دقیق پدیده فقر و معرّف‌های آن بستگی دارد.^۲ استان سیستان و بلوچستان از جمله استان‌هایی است که هم در شاخص فقر و هم در شاخص بی‌کاری و نبود اشتغال در رتبه‌های نخست قرار می‌گیرد. شاخص فقر را می‌توان با شاخص‌های درآمد سرانه و دسترسی به شاخص‌های بهداشتی سنجید. با نگاهی به این شاخص‌ها متوجه می‌شویم که استان سیستان و بلوچستان، بدترین وضعیت موجود در این شاخص‌ها را دارد و از سوی دیگر، در شاخص بی‌کاری هم در رتبه‌های نخست قرار دارد.^۳ رتبه استان سیستان و بلوچستان در شاخص توسعه انسانی، در سال ۱۳۶۵، بیست و سومین استان و در سال ۱۳۷۵، بیست و چهارمین استان کشور پس از استان کردستان بوده است.^۴ سیستان و بلوچستان در دو دهه اخیر از سال ۱۳۹۵ از لحاظ شاخص‌های رفاهی و اقتصادی در بین استان‌ها با کم‌ترین امتیاز شاخص توسعه انسانی در رده آخر قرار گرفته است.^۵

پژوهش حاضر با روش کیفی و مصاحبه عمیق به بررسی و شناخت ریشه‌های فقر و موانع و چالش‌های موجود بر اساس نظر مشارکت‌کنندگان در سه محور چالش‌های هنجاری، ساختاری و رفتاری

۱. زیبایی، منصور و آشان شوشتریان، «بررسی پویایی فقر در ایران با استفاده از داده‌های مرکب خانوارهای شهری و روستایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی ایران، ۱۳۸۶، سال نهم، شماره ۳۲، صص ۸۳-۵۵.

۲. عرب مازار، عباس و سید مرتضی حسینی‌نژاد، «عوامل مؤثر بر فقر خانوارهای شاغل روستایی در ایران»، جستارهای اقتصادی، ۱۳۸۳، سال اول، شماره اول، صص ۹۴-۶۷.

۳. مرکز آمار ایران و آرشیوی ستاد مبارزه با مواد مخدر، ۱۳۹۵.

۴. نبی‌زاده سرابندی، سیما، «بی‌عدالتی در فرصت‌های آموزشی استان سیستان و بلوچستان»، زن در توسعه و سیاست (پژوهش زنان)، ۱۳۸۴، سال سوم، شماره پیاپی ۱۳، صص ۱۷۵-۱۵۵.

۵. اطاعت، جواد و سیده زهرا موسوی، «رابطه متقابل امنیت ناحیه‌ای و توسعه‌یافتگی فضاهای سیاسی با تأکید بر استان سیستان و بلوچستان»، فصل‌نامه ژئوپولیتیک، ۱۳۹۰، سال هفتم، شماره ۱، صص ۸۷-۷۰.

می‌پردازد و در نهایت، راهکارهای مناسب برای ریشه‌کنی فقر را ارائه می‌دهد. در کتاب‌ها و مقالاتی که نگارش یافته‌اند، برخی از جنبه‌های این تحقیق بررسی شده‌اند، مانند مقاله محمدامین قانع‌راد با عنوان «رویکرد توسعه اجتماعی به برنامه‌های فقرزدایی در ایران»، مقاله سید محمدمهدی آرایبی با عنوان «آسیب‌شناسی برنامه‌های فقرزدایی در ایران»، پژوهش علی اصغر پورعزت و انسیه نجابت با عنوان «بررسی خط مشی‌های فقرزدایی و رتبه‌بندی آن‌ها»، مقاله سید احمد حبیب‌نژاد و مرضیه سلمانی سبینی با عنوان «الگوی شایسته فقرزدایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر مفهوم آزادی مسئولانه»، تحقیق سید مهدی الوانی، علی اصغر پورعزت و انسیه نجابت با عنوان «بررسی دلایل اثربخش نبودن عملکرد سیستم خط مشی‌گذاری ایران در زمینه فقرزدایی (مطالعه موردی: لایحه «فقرزدایی در کشور جمهوری اسلامی ایران»)» و آناهیتا سیفی با عنوان «رویکرد حقوق بشری فقرزدایی برنامه توسعه ملل متحد با تأکید بر توان‌مندسازی زنان در ایران». با این حال، هیچ یک از این تحقیقات به موضوع مورد بحث تحقیق حاضر یعنی بررسی چالش‌های فقرزدایی در استان سیستان و بلوچستان از منظر حقوقی نپرداخته‌اند. از این نظر، موضوع مقاله حاضر کاملاً بدیع و کاربردی است.

گفتار اول. فقرزدایی در قانون اساسی

در آغاز بحث، فقرزدایی در قانون اساسی و تعهدات دولت در مورد فقرزدایی در نظام جمهوری اسلامی ایران را بررسی می‌کنیم. یکی از علل انقلاب بهمن سال ۱۳۵۷ که به سرنگونی رژیم پهلوی و برپایی جمهوری اسلامی انجامید، نارضایتی مردم از توزیع ناعادلانه ثمرات رشد سریع اقتصادی و بی‌عدالتی اقتصادی و اجتماعی در دوران رژیم گذشته بود. در اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر ریشه‌کنی فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد اقتصادی با حفظ آزادی تأکید شده است. برای تأمین این هدف نیز ضوابط و وظایف روشن و مشخصی برای دولت وضع شده است که مهم‌ترین آن را می‌توان چنین برشمرد: تأمین نیازهای اساسی شامل مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت و درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه (بند یکم اصل ۴۳)؛ تأمین شرایط و امکانات کار برای همه (بند دوم اصل ۴۳)؛ تسهیل شرکت فعال افراد در رهبری کشور (بند سوم اصل ۴۳).

در اصل ۲۹ قانون اساسی، برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بی‌کاری، پیری، از کار افتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه، حقی همگانی تلقی گردیده و دولت مکلف شده است طبق قوانین، از محل درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی یادشده را برای همه شهروندان کشور تأمین کند. در اصل ۳۰ قانون اساسی تأمین وسایل آموزش و پرورش رایگان برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه و تأمین وسایل تحصیلات عالی تا سرحد خودکفایی کشور به طور رایگان پیش‌بینی شده است. به موجب اصل ۳۱ قانون اساسی، داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی دانسته و دولت موظف شده است با رعایت اولویت برای آن‌هایی که نیازمندترند، به ویژه روستائینان و کارگران، زمینه اجرای این اصل را فراهم کند.

قانون اساسی با الگو گرفتن از اقتصاد مختلط و دولت رفاه که در دوره بعد از جنگ دوم جهانی در کشورهای پیشرفته صنعتی پا گرفت، تنظیم شده است. به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که در قانون اساسی، فقر و محرومیت، امری طبیعی یا اجتناب‌ناپذیر تلقی نشده، بلکه مهندسی اجتماعی و دخالت در سازوکار اقتصاد بازار برای رسیدن به اهداف جامعه آرمانی که مبتنی بر عدالت اجتماعی است، ضروری شمرده شده است.^۱

نکته دیگر، انطباق تعریف قانون اساسی با تعریف‌های پذیرفته‌شده در مجامع جهانی است. در قانون اساسی، تأمین نیازهای اساسی شامل خوراک، مسکن، بهداشت و درمان و آموزش در کنار حق مشارکت مردم در راهبری جامعه به رسمیت شناخته شده و این درست همان چیزی است که امروزه با عنوان مشارکت مردم در تصمیم‌هایی که در مورد آن‌ها گرفته می‌شود، مطرح است. در این میان، آن‌چه در قانون اساسی به آن توجه صورت نگرفته، توان‌مندسازی افراد برای رهایی از فقر است و این عامل موجب افزایش وظایف دولت در مقابله با فقر و نابرابری است.^۲

هر چند در قانون اساسی، دوره زمانی مشخصی برای دستیابی به اهداف مورد نظر تعیین نشده، اما انتظار این است که دولت در مسیر تعیین‌شده، گام‌های بنیادین بردارد و بر اساس شاخص‌های معتبر،

۱. هادی زوز، بهروز، «فقر و نابرابری درآمد در ایران»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۴، دوره چهارم، شماره ۱۷، ص ۱۸۵.

۲. همان، ص ۱۸۶.

نتایج سیاست‌ها و برنامه‌های خود را در زمینه فقرزدایی به مردم اعلام دارد. قدر مسلم این است که دولت‌های بعد از انقلاب در ۴۳ سال اخیر، اقدامات مهمی در این زمینه انجام داده‌اند، اما نکته در این جاست که نه تنها تاکنون اهداف متعالی مندرج در قانون اساسی را به طور کامل محقق نکرده، بلکه نتوانسته‌اند از تبدیل شدن این معضل به چالش بزرگ اجتماعی و سیاسی نیز جلوگیری کنند.^۱

مرور اسناد بالادستی و سفارش‌های رهبران انقلاب در لزوم برخورد با فقر در ایران، موارد مهمی را آشکار می‌سازد. در قانون اساسی به پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه طبق ضوابط اسلامی برای ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف کردن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، مسکن، کار، بهداشت و تعمیم بیمه (اصل سوم) توجه شده است. حال پرسش این است که آیا تعهدات دولت در زمینه رفع فقر و ایجاد یک زندگی بر پایه کرامت انسانی، تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه؟

از ابتدای تصویب قانون اساسی، برخی حقوق‌دانان در کتاب‌های حقوق اساسی به طور غیر مستقیم و مستقیم، تمامی تعهدات دولت در اصل سوم این قانون را تعهد به وسیله قلمداد کرده و بیان داشته‌اند که این وظایف به حکومت اختصاص ندارد و از مسئولیت‌های مشترک بین حکومت و مردم است و باید با هم‌یاری و مشارکت افراد ملت انجام پذیرد.^۲ هم‌چنین با تکیه بر عبارت «امکانات موجود» در صدر اصل، مفهوم تعهد به وسیله را در خصوص تعهدات دولت استخراج کرده و با تلقی همه بندهای این اصل به صورت آرمانی، این مفهوم را توسعه داده‌اند. این گروه در تأیید تفسیر خود بیان داشته‌اند که در قوانین اساسی تمام کشورها، سلسله اصول و اهداف آرمانی نیز مطرح شده است که باید آن‌ها را از جمله تعهدات به وسیله دولت‌ها تلقی کرد.^۳ قائلان به وسیله بودن تعهدات دولت نیز به این مسئله اذعان داشته و در خصوص تعهدات دولت‌ها که متصف به وصف به وسیله بودن است، بیان کرده‌اند که با توجه به سند توسعه هر کشور و تحولات موازین بین المللی باید قائل به آن شد که این اصول و اهداف، رفته رفته جنبه عینی‌تر می‌یابد و جزو تعهدات به نتیجه قرار می‌گیرد.^۴ برای نمونه، تعهد دولت در اصل سوم قانون اساسی در آموزش و پرورش رایگان

۱. همان، ص ۱۸۵.

۲. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی: نظام سیاسی و رهبری در اسلام، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۷، ص ۲۱۱.

۳. وکیل، امیرساعد و پوریا عسکری، نسل سوم حقوق بشر (حقوق هم‌بستگی)، تهران: مجد، ۱۳۹۱، ص ۵۵.

۴. همان.

گاهی در فضای اول انقلاب و نبود امکانات و ایام جنگ بررسی می‌شود که می‌توان این تعهدات را تعهد به وسیله دانست، ولی در فضای آرام‌تر کنونی و بعد از نزدیک به چهل سال از انقلاب نمی‌توان هم چنان تعهد را به وسیله قلمداد کرد و باید آن را تعهد به نتیجه دانست.^۱

فارغ از استدلال‌های یادشده برای اثبات لزوم گذار تفسیر تعهدات دولت از تعهد به وسیله به تعهد به نتیجه می‌توان منشأ برداشت‌ها و اظهار نظرها در مورد به وسیله بودن تعهدات دولت را نگاهی غیر جامع به برداشت غالب از تعهدات به نتیجه دانست. در واقع، با بازتعریف تعهد به نتیجه می‌توان مسئله را چنین حل کرد که اکثریت، تعهد به نتیجه را به تعهد فوری منحصر دانسته‌اند. بر این اساس، امتناع تحقق این اهداف در نظرشان پیش آمده و نتیجه گرفته‌اند که تعهدات دولت در اصل سوم، تعهد به وسیله است، در حالی که اگر عنصر تدریجی بودن را در تعریف لحاظ کنیم، مشکل برطرف می‌شود. پس باید این گونه بیان کرد که تحقق نتیجه تعهد گاهی فوری و گاهی تدریجی است. این تفکیک بیانگر این واقعیت است که برخی تعهدات در کوتاه مدت قابل دستیابی به صورت کامل نیست و به گذشت مدت زمان معقولی برای تحقق کامل آن‌ها نیاز است، اما این نکته نباید تعهد را از معنا تهی و بی‌اثر کند. در واقع، هنگامی که اجرای کامل تعهدات امکان‌پذیر نیست، بر مبنای قاعده عقلی، اجرای آن مقدار که ممکن باشد، لازم است.

به طور کلی، می‌توان بیان داشت که تعهدات به نتیجه دولت در مورد حقوق سیاسی و مدنی و در مورد حداقل‌های حقوق اقتصادی و اجتماعی قابل مطالبه است. بنابراین، این دیدگاه که تمامی تعهدات مندرج در اصل سوم را تعهد به وسیله می‌داند، درست نیست، بلکه باید قائل به تفصیل شد. برخی از تعهدات، تعهد به وسیله و بیش‌ترشان، تعهد به نتیجه هستند. با در نظر گرفتن عنصر زمان و تغییر اوضاع و احوال و شرایط به همراه سنجش معیارهای تمییز تعهدات درمی‌یابیم که برخی از بندهای اصل سوم، ویژگی‌های تعهد به وسیله را ندارند و در شمار تعهدات به نتیجه قرار می‌گیرند. هم‌چنین با توجه به تقسیم تعهدات دولت به ویژه در مورد حق‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در قالب فوری و تدریجی می‌توان بیان کرد که تعهد دولت در مورد حداقل‌های حقوق از نوع تعهد به

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد و سیده زهرا سعید، «لزوم گذار از «تعهد به وسیله» به «تعهد به نتیجه» در تفسیر تعهدات دولت در اصل سوم قانون اساسی»، حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، سال چهاردهم، شماره ۵۲، ص ۷۳.

نتیجه فوری و فراتر از معیارهای حداقلی تعهد به نتیجه تدریجی است.^۱ در ادامه، با بررسی و تحلیل داده‌های پژوهش، چالش‌های فقرزدایی را در سه محور چالش‌های هنجاری، ساختاری و رفتاری دسته‌بندی کرده‌ایم.

گفتار دوم. چالش‌های هنجاری

بند اول. بی‌برنامگی و استراتژی نامطلوب نمایندگان مجلس و نارسایی‌های قوه مقننه

مشارکت‌کنندگان درباره ناکارآمدی نمایندگان استان خود، اظهار نظرهای مختلفی می‌کنند و اعتقاد دارند که نمایندگان استان به جای نماینده مردم، به دنبال حفظ صندلی خود برای دوره بعد هستند و در این زمینه، استراتژی و برنامه مطلوبی ندارند. یکی از مشارکت‌کنندگان، ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «معمولاً خیلی یک برنامه مشخص که نماینده‌های استان داشته باشن که به طور خاص فقر در این استان، فقرزدایی بشه، من ندیدم».

از نظر مصاحبه‌شوندگان، بی‌برنامگی نمایندگان مردم در مجلس شورای اسلامی، علت‌های مختلفی دارد مانند: حفظ جایگاه خود برای ادوار بعدی و متوسل نشدن به طرح و پروژه‌های بلندمدت و انجام طرح‌های کوتاه‌مدت و مقطعی برای حفظ جایگاه خود: «اصولاً رویکرد نمایندگان مجلس به این طریق بوده است که می‌خواهند برای دوره بعد، نماینده باقی بمانند. نمی‌خواهند طرح و پروژه کلانی را انجام بدهند که مدت زمان زیادی طول بکشد. چون این نمایندگان مجلس به دنبال این هستند دوره بعد هم بتوانند انتخاب بشوند و می‌خواهند یک برنامه‌ها و پروژه‌هایی کوتاه‌مدت انجام بدهند که در دید مردم باشند و با این برنامه‌ها، خودشان را برای چهار سال بعد تزیین بکنند».

مشارکت‌کننده دیگری به نبود روحیه مطالبه‌گری در وجود این نمایندگان اشاره می‌کند: «به نظر من، نمایندگان نقش چندانی نداشتند؛ چون تعداد و هم‌چنین ابزارهای کمی داشتند و نگاه مطالبه‌گری کم‌تری داشتند و این عدم مطالبه‌گری با عدم مطالبه طرح و برنامه‌های فقرزدایی پیوند دارد و اصلاً این موضوع را دنبال نمی‌کنند».

۱. همان، صص ۷۴-۷۵.

بند دوم. قوانین ناقص و ناکارآمد

بررسی تجربی آمارهای کشور نشان می‌دهد که سیاست‌های کاهش فقر در طول اجرای برنامه‌های توسعه به صورت برنامه‌ای راهبردی و پایدار به کار گرفته نشده است که منجر به کاهش فقر پایدار در جوامع شهری و روستایی شود.^۱ در واقع، می‌توان گفت هیچ برنامه جامع فقرزدایی مصوب در کشور وجود ندارد و حضور بعضی از سیاست‌های کلی در برنامه‌های توسعه نیز متنوع، پراکنده است و هدفمند نیست.^۲

قریب به اتفاق مشارکت‌کنندگان اذعان دارند که با وجود اصل‌های متعددی که در قانون اساسی در خصوص فقرزدایی وجود دارد، اما قوانین عادی در این زمینه، ناقص و ناکارآمد هستند: «قوانین ناقص و ناکارآمد در ریشه‌کن کردن فقر که به دنبال عدم شناخت کافی از جامعه و راه‌های کارآمد در نحوه ایجاد اشتغال است و نبود علم کافی در نحوه استفاده از متخصصین جامعه‌شناس و در آخر هم فقدان آموزش مؤثر به جامعه و آموزش و پرورش ناکارآمد در افزایش فقر در استان به شدت تأثیرگذار هستند».

نداشتن طرح و برنامه و روحیه مطالبه‌گری و ناآگاهی نمایندگان مجلس شورای اسلامی و آنان تلاش برای حفظ منافع شخصی در کنار ضعف قوانین موجود و ناآگاهی دیگر مسئولان از قوانین در حوزه فقرزدایی، مهم‌ترین عوامل در مسیر رفع فقر هستند. از این رو، انتخاب آگاهانه مردم در مورد نمایندگان مجلس شورای اسلامی و نظارت و پی‌گیری و احساس مسئولیت خود نمایندگان برای رفع موانع فقرزدایی اهمیت دارد.

بند سوم. ناآگاهی مردم به قوانین

مشارکت‌کننده دیگری از بحث اجرای قانون فراتر می‌رود و به ناآگاهی مردم از حقوق و وظایف تعریف‌شده در قانون اشاره می‌کند و اعتقاد دارد افرادی که آگاهی بیشتری از قانون دارند، قدرتمندترند و قدرت مطالبه‌گری و چانه‌زنی بیشتری دارند. این مشارکت‌کننده، ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «کسی که قانون را می‌داند، قدرت دارد. آگاهی به شما قدرت می‌دهد. شما، افراد متخصص پزشک و حقوق‌دان و... دارید، اما اصلاً این موارد برایشان مهم است؟ نه، بلکه به پول درآوردن فکر می‌کنند. مطالبه‌گری نمی‌کنند. اگر شما حقوق‌خوان‌ها روی حقوق شهروندی مانور

۱. مدنی قهفرخی، سعید، ضرورت مبارزه با فقر و نابرابری، تهران: آگاه، ۱۳۹۴، ص ۲۸۸.

۲. آرای، سید محمد مهدی، «آسیب‌شناسی برنامه‌های فقرزدایی در ایران»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۴، دوره پنجم، شماره ۱۸، ص ۶۰۹.

بدهید، بیاپید آموزش بدهید حقوق شهروندی را با نگاه صلح، حساسیت ایجاد نکنید و بهشون بگید به طور مثال، وظایف دولت مطابق این ماده قانونی برای شمای شهروند این است، مثلاً در رابطه با بهداشت و درمان، وظیفه پزشک و بیمارستان این است...».

یکی از مشارکت‌کنندگان که سابقه نمایندگی در مجلس شورای اسلامی را هم دارد، اذعان کرده که اطلاعات حقوقی‌اش نسبتاً کم است و به مقایسه خودش که نماینده مردم بود، با مردم اشاره می‌کند و اعتقاد دارد که اطلاعات حقوقی شهروندان به مراتب پایین‌تر است. این مشارکت‌کننده، قانون را مساوی با قدرت می‌داند. وی، ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «اطلاعات حقوقی‌مان کم است. منی که نماینده هستم و اطلاعات حقوق شهروندی‌ام زیاده، شاید نتوانم به خاطر یک سری مسائل سیاسی از حق خودم دفاع کنم. بحث قدرت است، [این‌که] قدرت از چه کسی حمایت بکند. ضمن این‌که مردم ما نمی‌خواهند. به طور مثال، در انتخابات، مردم به آگاهی مطلوب نرسیدند، وگرنه فرد فاسدی را چندین دوره به مجلس نمی‌فرستادند».

مشارکت‌کننده دیگری هم این موضوع را چنین بیان می‌کند: «کلاً مردم - اگر نگاه حقوقی بکنیم - به حقوق خودشون آشنا نیستن کلاً؛ یعنی حتی تو زاهدان، شما با مردم صحبت می‌کنید، از ادبیات شهروندی قوانین شهروندی و حقوق شهروندی و کل حقوقشون، مردم واقعاً ناآگاهن. نمی‌دونم دلیلش رو. من خبر ندارم چرا در این سال‌ها هیچ وقت مردم به این باور نرسیدن که حقوقی دارند که می‌تونن برن ازش دفاع کنن و واقعاً تا حالا واردش نشدن به نظر من».

گفتار سوم. چالش‌های ساختاری

بند اول. ناکارآمدی نهادی و حکومتی

در مطالعات مدیریت و رهبری به میزان دستیابی به اهداف از پیش تعیین شده، اثربخشی گویند. در واقع، اثربخشی، دربرگیرنده نتایج حاصله از عملکرد سیستم است.^۱ کارآمدی به درست انجام دادن وظیفه و رابطه صحیح بین ورودی و خروجی اشاره دارد.^۲ در پارادایم مدیریت دولتی نوین نیز کارایی

۱. هیوز، آون، مدیریت دولتی نوین، ترجمه: سید مهدی الوانی و همکاران، تهران: مروارید، ۱۳۸۰، ص ۸۶.

۲. راوینز، استیفن، تئوری سازمان (ساختار و طرح سازمانی)، ترجمه: سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: صفار،

و اثربخشی، ویژگی‌های اصلی نظام اداری و سیاسی محسوب می‌شود.^۱ بر این اساس، می‌توان گفت که ناکارآمدی نهادی در کشور به ویژه در نهادها و سازمان‌هایی که پس از پیروزی انقلاب با هدف رفع فقر و محرومیت تأسیس شد، به چشم می‌خورد. برخی از این سازمان‌ها که در قالب مؤسسه اقتصادی فعالیت می‌کردند، اساساً برنامه یا اقدامی روشن در مبارزه با فقر نداشتند. برای مثال، بنیاد مستضعفان انقلاب اسلامی که با فرمان رهبر انقلاب برای کاهش استضعاف مادی مستضعفان و محرومان شکل گرفته، هیچ گاه گزارشی از فعالیت در این زمینه ارائه نداده است. دستگاه‌های دیگری هم چون بنیاد مسکن انقلاب اسلامی و سازمان هلال احمر نیز وضعیت کم و بیش مشابهی دارند.^۲

برای مثال، مطابق بند الف ماده ۸۳ قانون ششم توسعه، سازمان منطقه آزاد چابهار مکلف است برای فقرزدایی از چهره مناطق بوم و محلی، یک درصد از محل وصول عوارض ورود کالا و خدمات این مناطق را پس از واریز به خزانه کل کشور طبق بودجه سنواتی از طریق کمیته امداد امام خمینی و سازمان بهزیستی برای اشتغال محرومان و نیازمندان بومی این مناطق اختصاص دهد.^۳ با این حال، در عمل مشاهده می‌شود که چابهار، بزرگ‌ترین حاشیه‌نشینی کشور را در خود جای داده است، به گونه‌ای که نیمی از جمعیت این شهر در حاشیه یا همان سکونت‌گاه‌های غیررسمی سکونت گزیده و از حداقل امکاناتی هم چون آب، برق، بهداشت و فضای تفریحی یا آموزشی محرومند.^۴

یکی از مشارکت‌کنندگان در این تحقیق در این باره گفته است: «ما به صورت کلان و ساختاری با مشکلات زیادی مواجه هستیم. نهادهایی که در کشور وجود دارد و این نهادها باید تلاش کنند که فقر را از بین ببرند، اصلاً اقدام مطلوبی انجام نمی‌دهند. ما از نظر نهادی و دولتی مشکل داریم؛ چون برنامه مشخص و طرح و پروژه تعریف‌شده مشخصی نداریم و در ضمن، مشخص نیست که کدام نهاد باید در رابطه با فقرزدایی، اقدامات و برنامه‌هایی را اجرا کند».

۱۳۸۶، ص ۱۳۲.

۱. هیوز، پیشین.

۲. مدنی قهفرخی، پیشین، ص ۳۱۳.

۳. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰-۱۳۹۶).

۳.

۴. خبرگزاری صدا و سیما، کد خبر: ۳۳۰۸۷۱.

برای اصلاح و تحول نظام اداری کشور، قوانین، بخش‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های اجرایی متعددی وضع شده است تا شرایط احراز مشاغل و وظایف و مسئولیت‌های مدیران و مجریان دولتی به درستی رعایت و اجرا شود، ولی با یک نگاه اجمالی به شناسنامه شغلی برخی از مدیران دولتی پی می‌بریم که برخی از مدیران و مجریانی که در جایگاه شغلی قرار دارند، تخصص، تجربه، مهارت و توانایی‌های لازم را ندارند. در واقع، صلاحیت و شایستگی مدیر موجب رشد و شکوفایی اقتصادی می‌شود و برعکس، نبود صلاحیت و شایستگی مدیر، اقتصاد کشور را به سمت تورم، فقر و فساد سوق می‌دهد. با این مقدمه و توضیح می‌توان استنباط کرد که یکی از عوامل شکل‌گیری و گسترش فقر و فساد، انتخاب نادرست افراد در سمت‌های مدیریتی است، مانند مدیری که صرفاً بر اساس ارتباطات سیاسی و روابط فامیلی منصوب شود یا سلسله مراتب شغلی (نردبان شغلی) را نپیموده است.

از ملاحظه ادراک مشارکت‌کنندگان در خصوص ناکارآمدی نهادهای متولی فقرزدایی درمی‌یابیم که این نهادها نه تنها در فقرزدایی، اثر مثبت نداشته‌اند، بلکه نقش مُسکِّن گونه داشته‌اند به طوری که وظایف و برنامه‌های مرتبط با فقرزدایی این نهادها نامشخص و تعریف نشده است که باعث سردرگمی و ناکارآمدی این نهادها می‌شود. از دیگر چالش‌های فقرزدایی، برنامه‌ریزی نامناسب سیاست‌گذاران در شناسایی نکردن ظرفیت‌های مناطق مختلف استان است. نگارنده اذعان دارد اگر مسئولان با شناسایی ظرفیت‌های مختلف بندر چابهار و سواحل مکران، رونق بازارچه‌های مرزی و استفاده صحیح از موقعیت مرزی استان و تجارت برون مرزی، برنامه‌ریزی مناسب می‌کردند، می‌توانستند برای فقرزدایی، گام‌های مفیدی بردارند. هم‌چنین با انتصاب مدیران شایسته و متعهد به اجرای برنامه‌های موجود برای فقرزدایی و جلوگیری از سوء مدیریت در استان می‌توانستیم شاهد اجرای مطلوب‌تر قوانین معطوف به فقرزدایی باشیم.

بند دوم. ناآگاهی و نارسایی در نهادهای محلی

دو نهاد شورا و دهیاری روستاها می‌توانند اقدامات گوناگونی برای فقرزدایی انجام دهند و صدای مردم را به دولت انعکاس دهند. علاوه بر نهادهای اداری ملی، نهادهای اداری محلی نیز در توسعه و فقرزدایی نقش اساسی دارند. ارکان اصلی توسعه روستایی شامل شوراهای اسلامی مردم و نهادهای

دولتی است که با تعامل با یکدیگر، زمینه توسعه روستایی را فراهم می‌کنند.^۱ بررسی و شناخت نیازها، کمبودها و نارسایی‌های روستاییان، برنامه‌ریزی و اقدام برای مشارکت مردم در انجام خدمات اجتماعی اقتصادی، عمرانی بهداشتی و دیگر امور رفاهی و نظارت بر حسن اجرای تصمیم‌گیری‌های شورا از جمله وظایف شوراهاست. تشکیل شوراهای روستایی، یکی از اصول قانون اساسی و گام نخست در راه سهیم کردن مردم در امور خویش است و در تغییر باورها، ایجاد حسن مشارکت و مسئولیت‌پذیری در حوزه زندگی روستایی نقش بزرگی دارد.^۲ به طور کلی، شورا، نهادی مشارکتی است که به وسیله آن، کوشش‌های مردم برای بهبود وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جامعه به سرانجام می‌رسد و هماهنگ می‌شود و متشکل از نمایندگان قشرهای مختلف جامعه است.^۳

در این راستا، قانون‌گذار هم وظایفی را بر عهده شوراهای اسلامی قرار داده است که عبارتند از:

«۱. ارائه پیشنهاد جهت رفع کمبودها، نارسایی‌ها و نیازها به مقامات ذی‌ربط؛

مقامات مذکور موظف به بررسی پیشنهادات و ارائه پاسخ، حداکثر ظرف مدت دو ماه به شورا هستند. در صورت عدم ارائه پاسخ در موعد مقرر، مراتب برای پی‌گیری قانونی به اطلاع مقامات مافوق می‌رسد.

۲. نظارت و پی‌گیری اجرای طرح‌ها و پروژه‌های عمرانی اختصاص یافته به روستا.

۳. کمک‌رسانی و امداد در مواقع بحرانی و اضطراری مانند جنگ و وقوع حوادث غیر مترقبه و نیز کمک به مستمندان و خانواده‌های بی‌سرپرست با استفاده از خودیاری‌های محلی.

۴. ایجاد زمینه مناسب برای توسعه اشتغال و جلب مشارکت‌های عمومی در جهت گسترش فعالیت‌های تولیدی.

۱. برقی، حمید، یوسف قنبری و محمد سعیدی، «بررسی عملکرد شوراهای اسلامی روستا و میزان مشارکت مردم در توسعه روستایی (مطالعه موردی: دهستان حسین‌آباد شهرستان نجف‌آباد)»، فصل‌نامه اقتصاد فضا و توسعه روستایی، ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۲، ص ۱۲۲.

۲. نصر، عباس، *شوراها و توسعه پایدار*، تهران: کویر، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۰۱.

3. Ghadoliya, M. K., "Self Help Groups in India, a Study of the Light and Shades", Journal of Rural Systems Private, 2005, p. 22.

۵. بررسی برنامه‌های پیشنهادی ارگان‌های اجرایی در زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی از نظر تطبیق با ضرورت‌های موجود در حوزه انتخابیه شورا و ارائه گزارش نارسایی‌ها به شورای مافوق و مراجع اجرایی ذی‌ربط.^۱

مهم‌ترین نظرات مشارکت‌کنندگان را در این زمینه به اختصار بیان می‌کنیم: «یکی از مهم‌ترین و مؤثرترین نهادها در بحث فقر و نیازمندان، شورای روستا و دهیاری‌ها می‌باشد که با استفاده از همکاری و حمایت بقیه ساکنین روستا و محله می‌توانند نیازهای این‌گونه افراد را به حداقل برسانند. با توجه به شناسایی خیرین و مشارکت این نهادها و از همه مهم‌تر، خود مردم می‌توان در کاهش امر فقرزدایی، تأثیر بسزایی را نمایش دهیم».

یکی از مشارکت‌کنندگان به نقش واسطه‌گری این نهادها بین دولت و مردم تأکید دارد و ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «شوراهای شهر و روستا بالاخره چون این‌ها هم جنبه مردمی دارند، واسط بین مردم و حاکمیت دولت هستند و هم از بابت این‌که صدای مردم را به دولت برسوند و هم از بابت این‌که به هر حال به اصطلاح می‌تونن راحت‌تر با مسئولین ارتباط بگیرند و در راستای رسوندن حرف مردم و کشوندن مسئولین یا سرمایه‌گذاران و همین‌طور بخش‌های خصوصی به این منطقه و از این منظر می‌تونن نقش مهمی داشته باشن».

مشارکت‌کننده دیگری معتقد است که از نظر قانون، طرح و ایجاد چنین نهادهایی باعث انتقال بخشی از مسئولیت‌ها به خود مردم می‌شود، اما در عمل و بحث اجرای قانون، این نهادهای محلی، مشکلات فراوانی دارند. این مشارکت‌کننده در این باره گفته است: «تأسیس این شوراهای اسلامی از نظر قانون، فکر بسیار خوبی بود، اما در اجرا مشکل پیدا کرد. در اجرا نتوانستن عملیاتش بکنن. الانشم اگر بچه‌های بلوچی که توی روستاها به عنوان دهیار هستند، این‌ها همون نقش سردار و خان رو بر عهده بگیرن، یک مدیریتی می‌کنن. نیروی انسانی رو به کار بیندازن، خیلی از مشکلات منطقه به نظرم پاسخ می‌دن؛ یعنی این طوری نیست که هیچ امکانی نداشته باشه».

مشارکت‌کننده دیگری هم به قانون مطلوب تأسیس نهادهای محلی اشاره می‌کند و معتقد است که باعث تفویض بعضی از اختیارات طبق قانون به این نهادهای محلی شده است، اما مسئله به فهم

۱. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران با آخرین اصلاحات (ماده ۶۸).

نادرست مردم از این نهادها و درک تقسیم قدرت به وسیله دولت و تفویض قدرت‌ش به این نهادهای محلی برمی‌گردد. این مشارکت‌کننده در این باره چنین گفته است: «شوراهای اسلامی که قانونش وجود دارد، هم در شهر هست، هم در روستا و در واقع، یک توزیع قدرت هم هست؛ یعنی یک سری اختیاراتی می‌دن قانوناً به شوراهای که می‌تونن قانون محلی وضع کنند. مثلاً فرض کنید یک درصدی مالیات می‌گیرن، یک درصدی هم دولت کمک‌هایی می‌کنه که خرج کنن برای کارها، منتهی هنوز نه مردم اینو درست فهم کردند که شورا چه قدر می‌تونه نقش مثبت داشته باشه و نه حاکمیت حاضره که اون بخش از قدرت‌شو که فکر می‌کنه باید متمرکز باشه، در اختیارشورها بذاره».

به نظر می‌رسد اگر از ظرفیت‌های موجود در دو نهاد محلی شوراهای اسلامی شهر و روستا و دهیاری‌ها به درستی استفاده شود و برخی از اختیارات طبق قانون به این سازمان‌ها تفویض گردد، شاهد اقداماتی مؤثر برای فقرزدایی در روستاهای استان خواهیم بود.

بند سوم. نهادهای مدنی بی‌بضاعت و کم‌اثر

برای مقابله با معضل فقر که ماهیتی چندبعدی دارد، به اقدامات گسترده دولت و سازمان‌های جامعه مدنی برای تقویت یکدیگر نیاز است. در واقع، مشارکت بخش دولتی و خصوصی، یکی از راهکارهایی است که می‌تواند منجر به فقرزدایی شود.

سازمان‌های جامعه مدنی در فقرزدایی نقش بسیار مهمی دارند که می‌توان آن را از چند منظر بررسی کرد: یک - سازمان‌های جامعه مدنی به عنوان حدّ واسط میان دولت و جامعه عمل می‌کنند.

دو - سازمان‌های جامعه مدنی، بهترین نهادهایی هستند که می‌توانند زمینه مشارکت مردم به ویژه گروه‌های فقیر جامعه را فراهم آورند.^۱

در یکی دو دهه اخیر، سیاست‌گذاران به اهمیت مشارکت مردم به ویژه قشرهای محروم و تشکل‌های مدنی در زمینه فقرزدایی به خوبی وقوف پیدا کردند، به گونه‌ای که در همین راستا، قانون‌گذار در برنامه پنج ساله چهارم توسعه در بند ۵ ماده ۹۵ به نقش نهادهای غیر دولتی برای فراهم آوردن زمینه مشارکت عمومی در فقرزدایی اشاره کرده است. بر اساس این بند، «ارتقای مشارکت نهادهای

۱. بشیری موسوی، مهشید، تعهد به فقرزدایی در حقوق بین‌الملل، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۳۵۰-۳۵۱.

غیردولتی و مؤسسات خیریه، در برنامه‌های فقرزدایی و شناسایی کودکان یتیم و خانواده‌های زیر خط فقر، در کلیه مناطق کشور توسط مدیریت‌های منطقه‌ای و اعمال حمایت‌های اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی برای افراد یادشده توسط آنان و دستگاه‌ها و نهادهای مسئول در نظام تأمین اجتماعی» باید صورت پذیرد.^۱

مشارکت‌کنندگان در این تحقیق هم به تجربه‌های متفاوتی اشاره می‌کنند که شامل بافت و بستر جامعه و شیوه شکل‌گیری این نهادهای مدنی، نداشتن بودجه و درآمد لازم و بهره‌برداری برخی از اشخاص حاضر در این نهادهای مدنی از آن‌ها برای دستیابی به منفعت شخصی است. یکی از مشارکت‌کنندگان معتقد است که حضور و وجود این نهادهای مدنی در فقرزدایی لازم است و این نهادهای مدنی می‌توانند امکان مشارکت مردم فقیر را در جامعه فراهم کنند و باعث تسهیل پروژه‌ها شوند. این مشارکت‌کننده، ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «وجود جامعه مدنی برای فقرزدایی بسیار مهم است و مشارکت آن‌ها با بخش دولتی در پروژه‌های فقرزدایی می‌تواند به امحای آن کمک شایانی کند. با این وجود، مشکلاتی که فراروی سازمان‌های جامعه مدنی اعم از شناسایی آن‌ها، اثربخشی و نفوذ و در نهایت، تأمین مالی وجود دارد، نتیجه حاصله این است که شکستن دور باطل فقر مستلزم مجموعه‌ای از اقدامات هم‌زمان است. سازمان‌های جامعه مدنی، امکان مشارکت مردم فقیر را در جامعه فراهم نموده و تسهیل‌کننده فرآیندهای تحول اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در سطوح گروه‌ها و افراد جامعه می‌باشند. حال در استان ما هم جامعه مدنی و سازمان‌های مردم‌نهاد نقش موثری دارند، اما مستلزم همکاری و همدلی بیش‌تری از سوی مردم، دولت و مؤسسات خیریه می‌باشد».

یکی دیگر از مشارکت‌کنندگان با اشاره به اهمیت نهادهای مدنی در فقرزدایی در استان اعتقاد دارد که اگر فعالیتی در زمینه فقرزدایی انجام شده است، با وجود نحیف بودن نهادهای مدنی در استان، همین نهادها، عهده‌دار فعالیت‌هایی در بخش فقرزدایی بوده‌اند و اگر این نهادها و انجمن‌های مردم‌نهاد نبودند، فقر در استان خیلی گسترده‌تر می‌بود: «نهادهای مدنی در امر فقرزدایی، خیلی زیاد مؤثر هستند. البته نقاط ضعفی هم دارند. ببینید اگر ان.جی.اوها، سمن‌ها یا فعالین مدنی نبودند، واقعاً فقر گسترده‌تر بود».

۱. قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳/۰۶/۱۱.

کارآیی و اثربخشی حداکثری سازمانهای مردم‌نهاد در فقرزدایی نیز به همکاری و هم‌یاری و مشارکت همه‌جانبه مردم، قشرهای فقیر و دولت بستگی دارد. مشارکت‌کننده دیگری با اشاره به نقش این نهادها در فقرزدایی، مهم‌ترین موانع این نهادهای مدنی را پشتیبانی نکردن مردم می‌داند: «ما احساس می‌کنیم سازمان‌ها دارند نقش خودشان را پیدا می‌کنند و در منطقه دارند فعالیت می‌کنند و آن‌جی. اوها دارند سعی می‌کنند عملکرد خوبی از خودشان در استان نشان بدهند و یک کار خوب از خودشان به یادگار می‌گذارند. هر چند آن‌جی. اوها در این استان ضعیف هستند، به این دلیل که مردم استان پشتیبان نیستند، ولی عملاً دارند خوب فعالیت می‌کنند و عملکردشون نشان داده که کار رو به رشد هست».

حمایت نشدن از نهادهای مدنی در ساختار سیاسی، معضل دیگری است. اگر از این نهادها بیش‌تر حمایت شود، می‌توانند راهکارهای عملیاتی و عملی زیادی در مورد فقرزدایی در استان ارائه دهند و به تبع آن، فقر در این استان کاهش یابد: «جامعه مدنی در ساختار نظام سیاسی کم‌تر مورد حمایت قرار می‌گیرد و در واقع، جامعه مدنی که بتواند پیوندگر مردم و جامعه با دولت باشد، وجود خارجی ملموسی ندارد تا این‌که بتواند اثرگذار باشد. چنان‌چه جامعه مدنی و سازمان‌های مردم‌نهاد در جامع وجود می‌داشتند و مورد حمایت دولت قرار می‌گرفتند، قطعاً می‌توانستند با پادرمیانی بین دولت و جامعه، راهکارهایی ارائه بدهند و آن راهکارهایشان را عملیاتی کنند».

بند چهارم. متناقض‌نمایی حمایت‌گر بودن نهادهای حامی (کمیته امداد و بهزیستی)

با وجود نهادهای مختلفی که برای فقرزدایی در کشور فعالیت می‌کنند، در عمل، نهاد، سازمان یا کمیته رسمی در کشور وجود ندارد که مسئولیت تمام اقدامات انجام‌گرفته تاکنون یا برای آینده را در زمینه فقر بر عهده بگیرد. برای مثال، نهادهای مهمی مثل کمیته امداد امام خمینی، سازمان بهزیستی، وزارت رفاه و تأمین اجتماعی در ایران وجود دارند که در تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری نقش‌آفرینی می‌کنند، ولی با وجود تجربه‌های موفقشان در فقرزدایی با پدیده موازی‌کاری و نبود انسجام و هماهنگی در سیاست‌هایشان مواجهیم.^۱ قانون‌گذار در بند (ب) ماده ۸۳ قانون ششم

۱. آرابی، سید محمد مهدی، «آسیب‌شناسی برنامه‌های فقرزدایی در ایران»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۴، دوره پنجم، شماره ۱۸، صص ۶۰۹-۶۱۰؛ سلیمی‌فر، مصطفی و جواد خزاغی، «موفقیت نظام تأمین اجتماعی ایران در کاهش فقر»، نامه

توسعه، دو نهاد کمیته امداد امام خمینی و سازمان بهزیستی را موظف به ایجاد صد هزار شغل به صورت سالانه کرده است. اگر این امر محقق می‌شد، هیچ مددجویی در کشور نباید زیر پوشش این دو نهاد باقی می‌ماند.

اکثریت مشارکت‌کنندگان در تحقیق به ناهماهنگی و موازی‌کاری بین نهادهای متولی فقرزدایی اذعان داشتند: «ما در کل دنیا، سازمان بهزیستی را داریم با اسامی مختلف. ما، کمیته [امداد امام خمینی] را برای چه چیزی می‌خواهیم؟ این موازی‌کاری در واقع، از بین بردن پول و اعتبار هست. بهزیستی این قدر وانهاده شده است که به مردم اصلاً نمی‌تواند برسد. شاید تقصیر بهزیستی نباشد، بلکه سیستماتیک خراب شده باشد. من با بهزیستی کار کردم. خیلی جاها وظایفش را نمی‌تواند انجام بدهد».

مشارکت‌کننده دیگری نیز معتقد است که وظایف نهادهای متولی فقرزدایی به درستی مشخص نشده است: «مشکل فقر را نه کمیته امداد [امام خمینی] و نه بهزیستی و نه سپاه [پاسداران] و... به تنهایی نمی‌تونن حل کنند. من بارها گفتم استان نیاز به یک پازل دارد که هر کسی جایگاه خودش رو توی اون پازل پیدا بکنه؛ یعنی به کمیته امداد [امام خمینی] بگیم کمیته امداد، توی این پازل، جای شما این جاست و باید این اتفاق را پیش ببری و...».

هم‌چنین مشارکت‌کنندگان معتقدند نقش این نهادها بیش‌تر، تأمین نیازهای معیشتی و ضروری بوده است و این نهادها به همین اندازه اکتفا کرده‌اند. این نهادها نقش پررنگی در فقرزدایی نداشته‌اند؛ زیرا در این زمینه، اقدامی انجام نداده‌اند: «در رابطه با نقش کمیته امداد [امام خمینی] و بهزیستی و سایر نهادهایی که با هدف فقرزدایی به وجود آمده‌اند، می‌توانم بگویم که این نهادها به رفع نیازهای اولیه و نیازهای معیشتی افراد تحت پوشش اکتفا کرده‌اند و در توان‌مندسازی و رفع فقر، اقدامات مطلوبی انجام نداده‌اند. شاید اقدامی انجام شده باشد و من اطلاع ندارم. آن‌چه که من اطلاع دارم و شنیده‌ام، برنامه و پروژه در رابطه با فقرزدایی که به نحو احسن اجرا شود، انجام نشده است».

یکی دیگر از مشارکت‌کنندگان به فلسفه وجودی این نهادها که فقرزدایی بوده است، اشاره می‌کند

و اعتقاد دارد با این‌که در مورد تأمین برخی از معیشت مردم کمک کرده و نقش مُسکِّن داشته‌اند، ولی در زمینه فقرزدایی، اقدامی صورت نگرفته است: «من خودم معتقدم که فلسفه وجودی این نهادها، فقرزدایی بوده است و از حق نگذریم که این نهادها خدمات ارزنده‌ای در رابطه با فقرزدایی و حداقل این‌که این افراد زنده بمانند، انجام دادند. این حقوق معیشتی و کمک هزینه که کمیته امداد [امام خمینی] و بهزیستی و... در نظر گرفته‌اند، حداقل مُسکِّنی بوده است تا مردم نیازهای معیشتی و دردهایشان را فراموش کنند، ولی من احساس می‌کنم که اون نهاد اداری و بوروکراسی که بر این نهادها حاکم است، باعث شده که این نهادها نتوانند اون وظایفی را که بر دوششان قرار داده شده است، انجام بدهند».

مشارکت‌کننده دیگری نیز به نقش مُسکِّن‌گونه این نهادها اشاره می‌کند: «این‌ها در کل نقش مُسکِّنی دارند و نمی‌توانند یک سرمایه‌گذاری کامل بکنند که از یه خانواده مثلاً بی سرپرست حمایت می‌کنند، این یک تولید ثروت و تولید شغل نمی‌شه و فقط نقش ترمیمی و مُسکِّنی داره در همین حد. فقط می‌تونه فقر مطلق رو تا حدی کاهش بده، ولی فقر واقعی رو نمی‌تونه از بین ببره».

گفتار چهارم. چالش‌ها و ظرفیت‌های رفتاری

بند اول. تبعیض و اجرا نشدن قوانین

واکاوی و تحلیل داده‌ها نشان می‌دهد که مشارکت‌کنندگان معتقدند با نوعی بی‌مهری روبه‌رویند و این بی‌مهری دولت‌مردان و سیاستمداران در حال حاضر هم وجود دارد. آنان، یکی از این بی‌مهری‌های دولت‌مردان را نبود برنامه‌ریزی مشخص می‌دانند. این مشارکت‌کنندگان معتقدند که سیاستمداران کشور، برنامه و استراتژی خاصی برای مقابله با وضعیت حاضر جامعه سیستان و بلوچستان به ویژه بلوچ‌ها ندارند و این کار باعث می‌شود این افراد هم نوعی بی‌مهری به دولت‌ها داشته باشند. یکی از مشارکت‌کنندگان در این مورد معتقد است یکی از دلایل فقر به برنامه‌ریزی سیاستمداران و دولت‌مردان برمی‌گردد که در این برنامه‌ها به ظرفیت‌های مناطق مختلف توجه نمی‌کنند و برنامه‌ریزی بخشی، مطلوبی وجود ندارد. یکی از مشارکت‌کنندگان، ادراک خود را به این شکل بیان می‌کند: «برنامه‌ریزی‌های بخشی و عدم توجه به ظرفیت‌ها و پتانسیل‌های مناطق مختلف جهت برنامه‌ریزی صحیح آمایشی و به بیان دیگر، تبعیض‌های ساختاری و سیستماتیک

دولت مرکزی در بعد اقتصادی و ابعاد توسعه نامتوازن هم از جمله عواملی است که در گسترش فقر نقش پررنگی دارد».

یکی دیگر از مشارکت‌کنندگان به سوء مدیریت مدیران استان اشاره می‌کند و اعتقاد دارد که این مدیران اصلاً استراتژی مطلوبی در زمینه فقرزدایی در استان ندارند. به باور وی: «رویکرد اصلی در استان سیستان و بلوچستان، رویکرد سوء مدیریتی است. یعنی این سوء مدیریت و تنگ‌نظری باعث شده است در رابطه با فقر و فقرزدایی، استراتژی‌های مطلوبی به کار نرود و این باعث شده است ما نتوانیم میزان فقر در استان را کنترل کنیم».

برخی از مشارکت‌کنندگان در راستای اجرای قانون به اجحاف‌هایی در مورد این استان به ویژه قوم بلوچ اشاره می‌کنند: «به لحاظ حقوقی، اون چیزی که من معتقدم، دو بحث باید مجزا بشه که بحث خود قانون و بحث مجریان و دست‌اندرکاران قانون است. ما یک قانون اساسی در کشورمون داریم که لازم الاجراست برای همه ما، ولی بندهای زیادی از این قانون وجود دارد که بعضی‌ها احساس می‌کنند که به اون‌ها اجحاف شده است، ولی خودم معتقدم که قانون حتی اگر قانون بدی باشد، باز هم از بی‌قانونی خیلی بهتر است. من به خود قانون کاری ندارم؛ برای این که در این زمینه تخصصی ندارم که قانون چگونه تغییر می‌کند و چگونه به وجود آمده است. این بحث یک بحث خیلی تخصصی است، ولی در رابطه با مجریان قانون [باید بگویم که] این مجریان در رابطه با اجرای قانون، ناکارآمد هستند. مثلاً بندهای زیادی در قانون داریم - به طور مثال از فقر یک کم فاصله بگیریم - مثلاً زبان‌های محلی اقوام در مدارس آموزش داده بشود. ما در قانون این را داریم، ولی مجریان قانون چگونه رویکردی دارند. رویکردشون متفاوت است. فقر هم به همین صورت است. اجحاف‌هایی در قانون وجود دارد و باید این را بپذیریم. اصلی‌ترین عامل به مجریان قانون برمی‌گردد، به مجریان و دست‌اندرکاران قانون که نمی‌توانند به نحو احسن قانونی را که تصویب کردند، اجرا بکنند».

مشارکت‌کننده دیگری هم به مباحث قانونی و چالش‌های قانونی فقرزدایی و مسائل و مشکلات اجرایی قانون در کشور اشاره می‌کند: «به نظر من، عوامل حقوقی زیادی تأثیرگذار هستن و اون چیزی که مد نظر من است، بحث قوانین هست. می‌توانند که می‌توانند خیلی اثرگذار باشند».

طبیعتاً قوانین موجود که در کشور وجود دارند، در مجلس مصوب شدن و هدف این قوانین مصوب، تأثیر بر چنین مسائلی است. به عنوان مثال، شما در نظر بگیرید که مجلس با هدف کاهش فقر و از بین بردن شکاف‌هایی که آن‌ها منظورم، تولیدکنندگان است، از دهک‌های بالای جامعه و جزء قشر مرفه هستند، در واقع، باز هم شکاف طبقاتی رو بیش‌تر می‌کند و این باعث افزایش فقر می‌شود. آنگاه دقت بکنید، ما دچار چنین چالش‌هایی هستیم».

بند دوم. نداشتن قدرت مطالبه‌گری

یکی دیگر از مشارکت‌کنندگان هم به قدرت چانه‌زنی اشاره می‌کند و معتقد است اگر قدرت چانه‌زنی در این استان افزایش پیدا کند، به لحاظ حقوقی، وضعیت جامعه هم تغییر می‌کند: «یکی از موارد برای تغییر وضعیت موجود، چانه‌زنی است و نفوذ ما. اگر در بدنه دولت نفوذ داشته باشیم؛ یعنی افراد ذی‌نفوذی داشته باشیم که در بدنه دولت باشند و نمایندگان مجلس استان قدرت چانه‌زنی‌شان بالا باشد، مطمئناً هم به لحاظ حقوق و هم به لحاظ اجتماعی و اقتصادی، وضعیت تغییر پیدا می‌کند. چرا؟ چون بحث، بحث ساختاری و کلانی هست و اصلی‌ترین بازیگر در بحث ساختاری و کلان دولت است. شما باید در این دولت نفوذ پیدا کنید و با این دولت‌ها چانه‌زنی کنید تا وضعیت تغییر پیدا بکند».

بر اساس جمع‌بندی نظرهای مشارکت‌کنندگان در حوزه رفتاری درمی‌یابیم که با وجود قوانین مربوط به فقرزدایی در مرحله عملیاتی و اجرایی دچار چالش‌های جدی هستیم. در حوزه اجرای قوانین به نظارت و پی‌گیری‌های مستمر مدیران و مسئولان و ارائه راهکارهای قطعی به جای مقطعی و کوتاه‌مدت و در نظر گرفتن اهداف بلندمدت به جای اهداف کوتاه‌مدت و مُسکِن‌گونه نیاز است. در اجرای روند برنامه‌های فقرزدایی، مشارکت دادن مردم از طریق نهادهای مدنی و محلی مانند دهیاری و شورای روستا و توان‌مندسازی افراد می‌توان گام‌های مؤثری برداشت.

نتیجه‌گیری

آگاهی‌یابی از وضعیت فقر در هر جامعه‌ای، اولین قدم در مسیر برنامه‌ریزی برای فقرزدایی و محرومیت است. فقر، ماهیتی چندبعدی و پیچیده دارد. از این رو، راهکارها و برنامه‌های مربوط به آن نیز نیازمند طراحی برنامه‌های شفاف و روشن و مشخص است و تا زمانی که چالش‌ها و موانع مربوط

به این مسئله به خوبی تبیین نشود، راهکار مناسبی برای رفع معضل نمی‌توان پیدا کرد. موفقیت برنامه‌های فقرزدایی به همان اندازه که به سیاست‌ها و چگونگی اجرای برنامه‌ها وابسته است، به شناسایی دقیق پدیده فقر و معرّف‌های آن بستگی دارد.

تحقیق حاضر که برای بررسی و شناخت موانع فقرزدایی در استان سیستان و بلوچستان با رویکرد حقوقی تهیه شده است، نشان می‌دهد این استان مرزی با چالش‌های جدی در مسیر ریشه‌کنی فقر مواجه است و با وجود تدوین و اجرای برنامه‌های متعدد توسعه، زیرساخت‌ها و بهبود خدمات اجتماعی در سال‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی هنوز وضعیتی نامطلوب دارد. با وجود اجرای بخش مهمی از طرح‌ها و پروژه‌های مصوب در اسناد فرادستی، برنامه آمایش سرزمین و اسناد توسعه استان، متأسفانه جز بخشی از اهداف و راهبردهای مصوب تحقق نیافته است و این استان با فقر و محرومیت دست و پنجه نرم می‌کند و از منظر شاخص‌های مختلف، در بدترین وضعیت بین استان‌های کشور قرار دارد.

باتوجه به بررسی‌های انجام‌شده در سال‌های پس از انقلاب تا کنون، بر اساس رویکرد قانون اساسی، تلاش‌های بسیاری برای برقراری عدالت اجتماعی و فقرزدایی از طریق اقدامات برنامه‌ای و اجرایی دولت و نهادهای حمایتی انجام شده است. با این حال، ارزیابی‌های انجام‌شده نشان می‌دهد این تلاش‌ها با وجود صرف منابع مالی و انسانی فراوان، اثربخشی مورد انتظار را در کاهش فقر و محرومیت نداشته‌اند. برنامه‌های توسعه پس از انقلاب موجب شکل‌گیری روندی باثبات در کاهش فقر و نابرابری در کل کشور نشده است. به طور کلی، می‌توان گفت در برنامه‌های توسعه پس از انقلاب، رویکرد دولت در برابر فقر و نابرابری، با درجاتی کم و بیش، رویکردی رفاهی بوده و به رویکرد قابلیت و توان‌مندسازی فقیران با ارائه راهکارهای اجرایی مشخص، توجه لازم نشده است.

هم‌چنین پس از تحلیل یافته‌های پژوهش در قالب موانع حقوقی فقرزدایی، نتایج گویای آن است که در هر سه محور یعنی چالش‌های هنجاری، ساختاری و رفتاری، چالش‌های متعددی وجود دارد. در بخش هنجاری که به بحث قوانین موجود درباره فقرزدایی می‌پردازد، نتایج نشان داد که مقررات متعددی در قانون اساسی و اسناد فرادستی درباره فقرزدایی وجود دارد و اصلی‌ترین چالش در این بخش به بی‌برنامگی و استراتژی نامطلوب نمایندگان مجلس شورای اسلامی و نارسایی‌های قوه مقننه برمی‌گردد.

از نظر ساختاری هم ناکارآمدی و موازی‌کاری بین نهادها وجود دارد. نهادهای اصلی متولی فقرزدایی نیز با تناقض‌ها و تضادهای بی‌شماری دست و پنجه نرم می‌کنند و نهاد مشخص و معینی برای رفع فقر تعریف نشده است. در بخش رفتاری، از نظر تصویب قوانین، ضعفی وجود ندارد، ولی آن‌چه چالش اصلی به حساب می‌آید، نه خود قانون، بلکه شیوه اجرا و نظارت مطلوب بر آن است. مشارکت‌کنندگان در این تحقیق از میان چالش‌های موجود بر سر راه فقرزدایی به ناآشنایی مردم با قوانین و مباحث حقوقی اشاره می‌کنند و اعتقاد دارند این ناآگاهی باعث می‌شود قدرت مطالبه‌گری حقوقی مردم بسیار کاهش یابد.

پیشنهادهایی که در این موضوع به ذهن می‌رسد، به این شرح است:

۱. ایجاد سازمان جداگانه با اهدافی منحصر به رسیدگی به توسعه مناطق محروم و شرح وظایف دقیق و تلاش برای جلوگیری از تداخل وظایف و اختیارات سازمان‌های متولی توسعه و فقرزدایی؛

۲. توجه به ارزش‌ها، گرایش‌ها و نهادهای قومی و محلی در سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های فرهنگی، هنری و اجتماعی استان؛

۳. اعمال «تبعیض مثبت» از طریق مشوق‌های مالی و مالیاتی، تسهیلات با نرخ ترجیحی و تخصیص منابع بخش عمومی به سرمایه‌گذاران در استان؛

۴. حرکت به سوی برابری قومی با افزایش دسترسی استان سیستان و بلوچستان در سطح کشوری و قوم بلوچ در سطح استانی به مواهب ارزشمند مانند ثروت و مشارکت سیاسی؛

۵. استفاده از افراد بومی و مدیران محلی و نخبگان توانمند استانی برای اشتغال در پست‌های مدیریتی و فرصت‌های شغلی در سطح استان؛

۶. تصویب و اجرای برنامه‌های فقرزدایی با هدف توانمندسازی مناطق محروم با استفاده از ظرفیت‌های استان سیستان و بلوچستان؛

۷. توانمندسازی مددجویان تحت پوشش کمیته امداد امام خمینی و بهزیستی که شامل فرهنگ‌سازی برای خودباوری و خوداتکایی در میان اقشار کم‌بضاعت و بی‌بضاعت مالی و تلاش برای ایجاد اسکان و اشتغال این افراد و تأکید جدی و مضاعف بر آموزش مشاغل زودبازده و کم‌سرمایه و اعطای تسهیلات بانکی برای کارآفرینی می‌شود.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف) کتاب

۱. بشیری موسوی، مهشید، *تعهد به فقرزدایی در حقوق بین‌الملل*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۵.
۲. راوینز، استیفن، *تئوری سازمان (ساختار و طرح سازمانی)*، ترجمه: سید مهدی الوانی و حسن دانایی‌فرد، تهران: صفار، ۱۳۸۶.
۳. عمید زنجانی، عباس‌علی، *فقه سیاسی: نظام سیاسی و رهبری در اسلام*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۴. مدنی قهفرخی، سعید، *ضرورت مبارزه با فقر و نابرابری*، تهران: آگاه، ۱۳۹۴.
۵. نصر، عباس، *شوراها و توسعه پایدار*، تهران: کویر، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۶. وکیل، امیرساعد و پوریا عسکری، *نسل سوم حقوق بشر (حقوق هم‌بستگی)*، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۷. هیوز، آون، *مدیریت دولتی نوین*، ترجمه: سید مهدی الوانی و همکاران، تهران: مروارید، ۱۳۸۰.

ب) مقاله

۱. آرای، سید محمد مهدی، «آسیب‌شناسی برنامه‌های فقرزدایی در ایران»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۴، دوره پنجم، شماره ۱۸، ص ۶۰۹.
۲. اطاعت، جواد و سیده زهرا موسوی، «رابطه متقابل امنیت ناحیه‌ای و توسعه‌یافتگی فضاهای سیاسی با تأکید بر استان سیستان و بلوچستان»، فصل‌نامه ژئوپولیتیک، ۱۳۹۰، سال هفتم، شماره ۲، صص ۷۰-۸۷.
۳. برقی، حمید، یوسف قنبری و محمد سعیدی، «بررسی عملکرد شوراهای اسلامی روستا و میزان مشارکت مردم در توسعه روستایی (مطالعه موردی: دهستان حسین‌آباد شهرستان نجف‌آباد)»، فصل‌نامه اقتصاد فضا و توسعه روستایی، ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۲، ص ۱۲۲.
۴. حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا عامری، «امانی بودن مناصب عمومی در نظام حقوق اساسی ایران با تأکید بر اندیشه علوی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حکومت اسلامی، ۱۳۹۶، سال بیست و دوم،

شماره ۲، صص ۱۰۵-۱۳۰.

۵. حبیب‌نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی سبینی، «الگوی شایسته فقرزدایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر مفهوم آزادی مسئولانه»، حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۰، صص ۳۵-۹.

۶. حبیب‌نژاد، سید احمد و سیده زهرا سعید، «لزوم گذار از «تعهد به وسیله» به «تعهد به نتیجه» در تفسیر تعهدات دولت در اصل سوم قانون اساسی»، حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، سال چهاردهم، شماره ۵۳، صص ۸۴-۵۹.

۷. زیبایی، منصور و آشان شوشتریان، «بررسی پویایی فقر در ایران با استفاده از داده‌های مرکب خانوارهای شهری و روستایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی ایران، ۱۳۸۶، سال نهم، شماره ۳۲، صص ۸۳-۵۵.

۸. سلیمی‌فر، مصطفی و جواد خزاعی، «موفقیت نظام تأمین اجتماعی ایران در کاهش فقر»، نامه مفید، ۱۳۸۴، شماره ۲، صص ۷۰-۵۱.

۹. عرب‌مازار، عباس و سید مرتضی حسینی‌نژاد، «عوامل مؤثر بر فقر خانوارهای شاغل روستایی در ایران»، جستارهای اقتصادی، ۱۳۸۳، سال اول، شماره ۱، صص ۹۴-۶۷.

۱۰. نبی‌زاده سرابندی، سیما، «بی‌عدالتی در فرصت‌های آموزشی استان سیستان و بلوچستان»، زن در توسعه و سیاست (پژوهش زنان)، ۱۳۸۴، سال سوم، شماره پیاپی ۱۳، صص ۱۷۵-۱۵۵.

۱۱. هادی زنوز، بهروز، «فقر و نابرابری درآمد در ایران»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۴، دوره چهارم، شماره ۱۷، صص ۲۰۳-۱۶۲.

ج) قوانین

۱. سند آمایش سرزمین، ۱۳۹۹/۱۲/۱۱.

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۳/۰۶/۱۱.

۴. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، با آخرین



اصلاحات ۱۳۷۵/۳/۱.

۵. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰-۱۳۹۶).

2. Latin source

1. Ghadoliya, M. K., “Self Help Groups in India, a Study of the Light and Shades”, Journal of Rural Systems Private, 2005, p. 22.

تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه بهداشت مبتنی بر نظریه حکمرانی خوب

سارا گرگیچ^۱

حسین آلكجباڤ^۲

حمیدرضا صالحی^۳

چکیده

حق بر بهداشت و سلامتی، یکی از اساسی‌ترین حق‌های بشری است که در نسل دوم حقوق بشر قرار گرفته است. ارتباط این حق با بنیادین‌ترین حق بشر یعنی حق حیات نیز قابل توجه است. دولت‌ها در حوزه حقوق بشر دارای تعهدات ایجابی و سلبی هستند. تعهد به احترام، ایفا و اجرا، مهم‌ترین تعهدات دولت‌ها در حوزه حق بر بهداشت است. در حوزه حقوق بین‌الملل، سازمان بهداشت جهانی، متولی اجرای صحیح حق بر بهداشت است و در حقوق داخلی، سازمان‌ها و نهادهای دولتی مانند وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مکلف به اجرای حق بر بهداشت هستند.

از سوی دیگر، امروزه دولت‌ها به حکمرانی خوب در حوزه سلامت نیز توجه می‌کنند و مقامات اداری باید حق بر بهداشت را به رسمیت بشناسند. جنبه‌های حمایت از این حق بر مبنای مؤلفه‌های حکمرانی خوب شامل حمایت قضایی از حق بر بهداشت، آموزش بهداشت، انتشار و دستیابی به اطلاعات بهداشتی و مشارکت اعضای جامعه در تصمیم‌گیری‌های بهداشتی استوار است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: حقوق بشر، حق بر بهداشت، حکمرانی خوب، دولت، تعهدات، سازمان بهداشت جهانی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، soagorgich2016@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، (نویسنده مسئول) dr.alekajbaf@pnu.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، Salehi_hamid1202@yahoo.com

مقدمه

حقوق بشر، تجلی بارز حفظ کرامت انسان است و تکلیف دولت‌ها به تضمین رعایت حقوق بشر ناشی از شناخت همین کرامتی است که قبلاً منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر آن را اعلام کرده‌اند. اگر حقوق بشر واقعاً با کرامت انسانی پیوند خورده و حقوق بشر با شناخت این کرامت، پیوندی ایجاد کرده باشد، به نظر می‌رسد رعایت این حقوق باید به عنوان التزامی که از یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل ناشی می‌شود، به همه دولت‌ها بازگردد. منشور ملل متحد را باید سند اولیه برای تعیین محدوده جغرافیایی التزام بین‌المللی دولت‌ها در اجرای ترتیبات حقوق بشری دانست.^۱

ساختارهای ملی حقوق بشر مانند نهادها یا کمیسیون‌های داخلی در ارتقای حق بر بهداشت نقش مهمی دارند. آن‌ها می‌توانند در ارزیابی سیاست‌ها و بودجه‌بندی مسائل بهداشتی نقشی فعال داشته باشند. این نهادها، فرصت گفت‌وگوی سازنده بین جامعه مدنی و مقامات مسئول را فراهم می‌کنند و می‌توانند به عنوان پلی در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی عمل کنند.^۲ با ایجاد کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق بر بهداشت وارد مرحله جدیدی شد. در سال ۲۰۰۰، این کمیته، تفسیر عمومی شماره ۱۴ را در مورد حق بر سلامت ارائه داد. کمیته، بالاترین استاندارد قابل دستیابی به حق بر بهداشت را شامل عناصر مرتبط و ضروری از جمله در دسترس بودن، مقبولیت، کیفیت امکانات، کالاها و خدمات بهداشتی می‌داند.^۳

به طور کلی، در نظام بین‌المللی حقوق بشر به ویژه در زمینه حق بر سلامت، در یک تقسیم‌بندی، سه دسته تعهد کلی برای دولت‌ها قابل شناسایی است؛ تعهد به رعایت، تعهد به حمایت و اجرا. به اجمال می‌توان گفت که تعهد به رعایت و احترام به حق بر سلامت مستلزم این است که دولت‌ها به طور مستقیم و غیر مستقیم از مداخله در بهره‌مندی از حق بر سلامت در برابر مداخله و مزاحمت‌های

۱. مدنی، ضیاءالدین، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان»، مجله حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۱۵.

2. Hammonds, Richard, *Protecting the right to health through inclusive a resilient health care for all*, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2021, p. 64.

3. Marks, Stephen, *Normative expansion of right to health and the proliferation of human rights*, The Geo. Wash. Int'l L. Rev., Vol. 49, p. 49.

طرفین ثالث حمایت کنند و در نهایت، تعهد به اجرا دربردارنده طیف وسیعی از اقدامات قانونی، قضایی و مالی برای اجرا و پیشبرد حق بر بهداشت باشد.^۱

امروزه حکمرانی خوب به عنوان پارادایم جدید در اداره بخش عمومی، نقطه تلاقی و تعامل بین رشته‌های مختلف علوم انسانی مانند مدیریت، اقتصاد، علوم سیاسی، جامعه‌شناسی، حقوق، سیاست‌گذاری عمومی و روابط بین‌الملل را ایجاد کرده است. این نظریه بر دخالت منطقی دولت و نقش تسهیل‌گری و هماهنگ‌کنندگی آن تأکید دارد.^۲

حکمرانی نظام سلامت، ایجاد سیستمی شامل ساختارها، فرآیندها، ارزش‌ها، قوانین، اختیارات و قدرت برای مدیریت هدفمند منابع، هماهنگی و هدایت رفتار ذی‌نفعان، تولید برنامه‌های بهداشتی و درمانی و ارزش‌یابی عملکرد نظام سلامت با هدف تأمین، حفظ و ارتقای سلامت جامعه است. سیاست‌گذاری سلامت، برنامه‌ریزی استراتژیک، سازمان‌دهی، تولید و کنترل، اجزای اصلی حکمرانی نظام سلامت هستند. مهم‌ترین عوامل مؤثر بر سلامتی مردم در خارج از نظام سلامت قرار دارد. تصمیمات سازمان‌های مختلف در سطوح محلی، منطقه‌ای، استانی، کشوری، بین‌المللی و جهانی بر سلامت و رفاه مردم و جامعه تأثیر دارند. هماهنگی و همکاری مؤثر بین وزارت بهداشت و سازمان‌هایی مانند پارلمان، وزارت آموزش و پرورش، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، سازمان بیمه سلامت، صنایع داروسازی و تجهیزات پزشکی و رسانه‌های عمومی منجر به تقویت حمایت‌طلبی از برنامه‌های بهداشتی و درمانی و دستیابی پایدار به اهداف نظام سلامت می‌شود.

نظام سلامت ایران به طور کامل تحت نظارت وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی قرار دارد. این وزارت‌خانه، مسئول سلامت مردم است و علاوه بر مدیریت و نظارت بر مراکز بهداشتی و درمانی کشور، مدیریت دانشگاه‌های علوم پزشکی، مسئولیت ایجاد نظام هماهنگ بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، گسترش شبکه تلفیقی بهداشت و درمان، تربیت نیروی انسانی گروه پزشکی و نظارت

۱. طاهرخانی، خیرالله و همکاران، «بحران کرونا و مسئولیت حقوقی دولت‌ها در حوزه سلامت»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۹، ۱۳۹۹، ص ۲۴۵۶.

۲. الوانی، سید مهدی و محسن علی‌زاده ثانی، «تحلیلی بر کیفیت حکمرانی خوب در ایران»، مطالعات مدیریت بهبود و تحول، دوره هجدهم، شماره ۵۳، ۱۳۸۶، ص ۱۳.

بر پژوهش‌ها را بر عهده دارد. مأموریت اصلی وزارت بهداشت، فراهم آوردن موجبات تأمین بهداشت و درمان همه افراد کشور از تعمیم و گسترش خدمات بهداشتی، درمانی و آموزشی است. با وجود تلاش‌های نظام سلامت در اجرای طرح تحول سلامت، تعدد مسئولیت‌های وزارت بهداشت، مانعی در برابر انجام وظایف اصلی تولید است.^۱

نظام سلامت شامل سازمان‌ها، مؤسسات، گروه‌ها و افرادی است که در بخش دولتی و غیردولتی به سیاست‌گذاری، تولید منابع، تأمین مالی و ارائه خدمات سلامت با هدف بازیابی، ارتقا و حفظ سلامتی مردم می‌پردازند.^۲ حکمرانی نظام سلامت نیازمند مشارکت فعال مردم، مشتریان و بیماران است. همکاری و مشارکت بیش‌تر مردم موجب تقویت شفافیت، پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری دولت‌ها خواهد شد که از شاخص‌های مهم حکمرانی خوب محسوب می‌شود.^۳

در خصوص پیشینه تحقیق نیز تاکنون «حق بر بهداشت» و «تعهدات دولت‌ها» در مورد آن، موضوع مقالات و کتاب‌های متعددی بوده است. علی‌رضا دقتی و مهشید عبدالسلامی در مقاله «نقش حکمرانی خوب در تأثیرگذاری مخارج دولت بر بخش بهداشت: مطالعه موردی منتخبی از کشورهای در حال توسعه» به بررسی معیارهای حکمرانی خوب بر وضعیت سلامت پرداخته و نتیجه گرفته‌اند که بدون تحمل بار هزینه‌ای و فقط با تغییر کیفیت اعمال حاکمیت توسط نهادها می‌توان سطح سلامت را در کشورهای در حال توسعه افزایش داد.

محمدفاروق خسروی و همکاران در مقاله «حکمرانی نظام سلامت: یک مرور مفهومی» به بررسی مفهوم حکمرانی در نظام سلامت پرداخته‌اند و معتقدند حکمرانی در نظام سلامت در سطوح کلان (وزارت بهداشت) و خرد (سازمان‌های بهداشتی و درمانی) کاربرد دارد. تقویت عناصر سیاست‌گذاری سلامت، برنامه‌ریزی استراتژیک، سازمان‌دهی، تولید و کنترل برای دستیابی به حکمرانی خوب

۱. دمازی، بهزاد و همکاران، «ارزیابی برنامه پزشک خانواده شهری و نظام ارجاع در استان‌های فارس و مازندران: پیشینه، دستاوردها، چالش‌ها و راه‌ها»، فصل‌نامه دانشکده بهداشت و انستیتو تحقیقات بهداشتی، دوره چهاردهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۴۵.

۲. مصدق‌راد، علی‌محمد و پریسا رحیمی تبار، «الگوی حاکمیت نظام سلامت در ایران: یک مطالعه تطبیقی»، مجله علوم پزشکی رازی، دوره بیست و ششم، شماره ۹، ۱۳۹۸، ص ۱۲.

۳. خسروی، محمدفاروق و همکاران، «حکمرانی در نظام سلامت: یک مرور مفهومی»، مجله حکیم، دوره بیست و چهارم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۴۶.

نظام سلامت نیز ضروری است.

حسن خسروی و همکاران در مقاله «چالش‌های همکاری دولت‌ها در اجرای تعهدات حقوق بشری» به لزوم رسیدن به درکی روشن از حقوق بشر توجه کرده و بیان داشته‌اند تقویت همکاری برای پیشبرد مؤثر و حفاظت از حقوق بشر جنبه اساسی دارد و دولت‌ها باید در این زمینه مشارکت فعال داشته باشند. در نهایت، تقویت همکاری بین‌المللی در راستای حقوق بشر به بهبود و احترام به حقوق در سطح بین‌المللی می‌انجامد.

فریبا میراسکندری و سیمین درویش در مقاله «حکمرانی خوب و سلامت اجتماعی (واکاوی انتقادی سیاست‌گذاری دولت در حوزه سلامت و بهداشت در دوران کروناویروس)»، حکمرانی خوب راهم‌کنشی متقابل دولت و بخش خصوصی تعریف کرده و نتیجه گرفته‌اند در غیاب جامعه مدنی و بخش خصوصی، دولت بسیار ناتوان و ضعیف عمل کرده است.

موضوع اصلی این پژوهش، بررسی تعهدات دولت‌ها با تأکید بر مؤلفه‌های حکمرانی خوب در مورد حق بر بهداشت است. فرضیه تحقیق نیز بر این پایه استوار است که دولت به ویژه سازمان‌های موضوع حقوق اداری می‌توانند نقش مهمی در اعمال و اجرای حق بر بهداشت ایفا کنند. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در جمع‌آوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مبانی نظری

در این گفتار برای آشنایی با مبانی تحقیق به بررسی مبانی نظری این پژوهش می‌پردازیم.

بند اول. دولت‌ها و تعهدات مربوط به حق بر بهداشت

تعهدات دولت‌ها در قبال حق بر سلامتی همانند هر حق بشری دیگر دارای سه بعد است: تعهد به احترام، تعهد به حمایت و تعهد به ایفا. کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تفسیر عمومی شماره ۱۴ خود با استفاده از این الگوی سه بعدی رایج به تبیین تعهدات دولت‌ها در قبال حق بر سلامتی پرداخته است. از این میان، تعهد به ایفا اهمیتی بسزا دارد.

الف. تعهد به ایفا

تعهدات دولت‌ها برای ایفای حق بر سلامتی به معنای انجام کارهای ضروری برای برآورده ساختن نیازهای افراد در خصوص سلامتی است. به عبارت دیگر، دولت‌ها موظفند زمینه برخورداری و امکانات لازم برای بهره‌مندی از حق بر سلامتی را تأمین کنند. چنان‌که گذشت، حق بر سلامتی به معنای حق دریافت مستقیم و بدون هزینه امکانات سلامتی نیست، ولی این حق به وجود شرایط و تسهیلات کافی در امر مراقبت سلامتی وابسته است و بدون آن‌ها تلاش افراد در دستیابی به بالاترین سطح ممکن از سلامتی ثمری نخواهد داشت. شاید همه اقدامات دولت‌ها را بتوان تحت عنوان «خط مشی ملی سلامتی» یا «طرح جامع و تفصیلی برای تحقق حق بر سلامتی» جای داد. نمونه‌های عینی از این تعهدات، این موردها را دربرمی‌گیرد: تضمین ارائه مراقبت سلامتی از جمله برنامه‌های ایمن‌سازی در برابر بیماری‌های عمده مسری، تضمین دسترسی برابر همگان به مؤلفه‌های اصلی سلامتی نظیر غذای مناسب و کافی از نظر اصول تغذیه، آب آشامیدنی سالم، نظافت اولیه و مسکن و شرایط کافی زندگی و داشتن زیرساخت‌های سلامت عمومی.

تعهد به ایفا را می‌توان در دو وضعیت عادی و غیر عادی بررسی کرد. در وضعیت عادی، افراد به عنوان دارندگان مسئولیت اصلی در قبال سلامتی خود، نیازمند در اختیار داشتن و در دسترس داشتن تسهیلات، کالاها و خدمات مربوط به سلامتی هستند تا بتوانند نیازهایشان را رفع کنند. در وضعیت غیر عادی، اشخاص، نیازمند دسترسی مستقیم به این امکانات هستند و صرف در اختیار بودن آن‌ها کفایت نمی‌کند. نمونه‌های عینی از این تعهدات، این موارد را دربرمی‌گیرد: تضمین ارائه مراقبت سلامتی، داشتن زیرساخت‌های سلامتی عمومی، پشتیبانی تأسیس نهادهای عرضه‌کننده خدمات مشاوره و سلامتی روانی، پیش‌بینی نظام بیمه عمومی و خصوصی یا مختلط.^۱

ب. تعهد به احترام

تعهد به احترام، نوعی تعهد منفی و در جایی است که حقوق بشر با اجتناب و خویش‌داری دولت تحقق می‌پذیرد. برای مثال، آزادی اندیشه و بیان از این دسته حقوق است. در این جا دولت وظیفه دارد نه تنها از ایجاد موانع در راه استفاده از این حق خودداری کند، بلکه از اقدام‌هایی پرهیزد

۱. حبیبی مجنده، محمد، «حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، حقوق بشر، دوره دوم، شماره ۱، ۱۳۸۶، ص ۴۰.

که باعث محروم شدن افراد از حقوق ناشی از میثاق‌ها می‌شود. در حقیقت، این بعد یا سطح از تعهد دولت‌ها، بعد سلبی تعهدهای حقوق بشری است. این بعد سلبی از دسته‌ای از خودداری‌ها و احترازها، حسب حق مورد بحث تشکیل شده است. این نوع تعهد معمولاً و نه لزوماً هزینه‌ای در بر ندارد و کافی است که دولت، اقدام‌هایی را انجام ندهد. این تعهد از نگاهی دیگر، تعهد به ایفا هم به شمار می‌آید؛ چون مستلزم وارد کردن برابر همگان به زیر چتر خدمات سلامتی است و این مثال می‌تواند نمونه‌ای از مواردی باشد که بعد سلبی تعهد دولت‌ها ممکن است هزینه‌هایی برای آنان به همراه داشته باشد.

ج. تعهد به حمایت

دولت‌ها نه تنها نباید مانع استیفای حقوق افراد شوند، بلکه وظیفه دارند از حقوق افراد در برابر نقض و تجاوز از سوی دیگران حمایت کنند. این تعهد در جایی است که دولت در موضعی قرار ندارد که حقی را تأمین کند، ولی می‌تواند تعامل‌های خصوصی را به گونه‌ای تنظیم کند که افراد با اقدام‌های خودسرانه دیگران از حقوق خود محروم نشوند. این تعهد، نوعی تعهد مثبت و از آثار افقی حقوق بشر یعنی آثاری است که حقوق بشر در سطح افقی بین بازیگران خصوصی ایجاد می‌کند، غیر از آثاری که در سطح عمودی بین افراد و دولت در پی دارد. در واقع، تعهد به حمایت به طور کلی مستلزم ایجاد و نگهداری فضا یا چارچوبی ناشی از برهم کنش مؤثر قوانین، مقررات و ابزارهای دیگر به صورتی است که افراد و گروه‌ها بتوانند آزادانه از حقوق و آزادی‌های خود بهره‌مند شوند یا آن‌ها را محقق سازند. بررسی آرا و نظریه‌های دیوان‌ها و نظرهای یادشده آشکار می‌سازد که دولت‌ها به منظور ایفای تعهد خود بر حمایت از حقوق بشر می‌توانند سیاست‌هایی برای جلوگیری از نقض حقوق بشر توسط اشخاص حقیقی و حقوقی خصوص در پیش بگیرند یا قوانین و مقررات مدنی، کیفری و اداری در این زمینه تصویب کنند.^۱ هنگامی که فرد به تنهایی نمی‌تواند حقوق خود را استیفا کند، دولت وظیفه دارد برای تأمین حقوق او اقدام کند. تعهد به اقدام، دو وظیفه را دربردارد:

۱. زمانی، سید قاسم و نسیم رحمان نسب امیری، «تعهد دولت به حمایت از حقوق بشر: ضرورت طرح مسئولیت کیفری شرکت‌ها در قبال نقض حقوق بشر در نظام‌های حقوق داخلی»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره نهم، شماره ۱۷، ۱۴۰۰، ص ۱۶.

نخست، فراهم‌سازی شرایط لازم برای بهره‌مندی از حقوق و دوم، ارائه خدمات.^۱

بعد حمایتی تعهدات دولت‌ها در قبال این حق در پی پاسداشت این حق در برابر نقض آن از سوی ارکان یا مؤسسه‌های دولتی یا اشخاص خصوصی است. به این بعد هم می‌توان از زاویه سلبی توجه کرد؛ چون متضمن پرهیز از نقض حق و بازداشتن دیگران از نقض آن است. نمونه‌هایی از این نوع تعهد عبارتند از: تضمین این‌که خصوصی‌سازی بخش سلامت، دربردارنده تهدیدی برای در اختیار بودن، در دسترس بودن، مقبول بودن و کیفیت تسهیلات، کالاها و خدمات سلامتی نباشد. تعهد به کنترل و به‌روزرسانی تجهیزات پزشکی و داروها از سوی اشخاص ثالث و دسترسی برابر به مراقبت سلامتی و خدمات مرتبط با سلامتی.^۲

د. تعهد به استفاده از حداکثر منابع موجود

بعد دیگر تعهد دولت‌های عضو در اجرا و تحقق تدریجی حق بر سلامتی، تعهد به استفاده از حداکثر منابع موجود و در دسترس است. برای احراز این‌که دولت‌ها از حداکثر منابع موجودشان استفاده کرده‌اند یا خیر، دو مشکل عمده وجود دارد: اول، تعیین این‌که چه منابعی واقعاً در دسترس دولت عضو قرار دارد و دوم این‌که آیا دولت عضو از این منابع به طور حداکثری استفاده کرده است یا خیر؟ اصطلاح «در دسترس»، تعیین محتوای تعهد تدریجی و احراز مواردی را که این تعهد نقض می‌شود، مشکل می‌سازد؛ چون دولت‌ها می‌توانند اجرا نشدن آن را با استناد به نبود یا محدودیت منابع در دسترس توجیه کنند. محتوای تعهد به تحقق تدریجی حق بر سلامتی و دیگر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حداکثر استفاده از منابع در دسترس بستگی دارد. استفاده حداکثری از منابع تحت اختیار دولت برای تحقق عالی‌ترین استاندارد سلامتی به این معناست که دولت‌ها باید در تخصیص منابع، حقوق اقتصادی و اجتماعی به ویژه حق بر بهداشت و سلامتی را در اولویت قرار دهند. در این مورد باید دانست دولت‌ها در تصمیم‌گیری برای شیوه تخصیص و تقسیم منابع موجود از یک حاشیه صلاح دید برخوردارند، اما لازم است که تحقق حقوق بشر در کل در اولویت قرار گیرد.^۳

۱. میرموسوی، سید علی، «تعهد و مسئولیت‌های دولت در برابر حقوق بشر»، مجله حقوق بشر، شماره ۳۱، ۱۴۰۰، ص ۳۹.

۲. حبیبی مجنده، پیشین، ص ۲۸.

۳. طاهرخانی و همکاران، پیشین، ص ۵۶.

بند دوم. حکمرانی در حوزه حق بر بهداشت

امروزه تمایلات زیادی برای درک ماهیت حکمرانی به عنوان ابزار ارتقای فرآیند توسعه‌یافتگی وجود دارد. نهادهای مالی بین‌المللی نظیر بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول، همگی بر این عقیده‌اند که حکمرانی خوب، ضرورتی حیاتی برای کمک به تحقق برنامه‌های توسعه است. بانک جهانی، حکمرانی خوب را بر اساس شش شاخص تعریف می‌کند و بر این اساس، این شاخص‌ها وضعیت حکمرانی خوب را در کشورهای مختلف ارزیابی می‌کنند. این شاخص‌ها عبارتند از: حق اظهار نظر و پاسخ‌گویی، ثبات سیاسی و نفی خشونت، کارایی و اثربخشی دولت، کیفیت قانون‌گذاری، حاکمیت قانون و کنترل فساد.^۱

کمیسیون اقتصادی و اجتماعی آسیا و اقیانوس آرام، اصول مهم حکمرانی خوب و عوامل مؤثر در تقویت این اصول را تبیین کرده است. حکومت‌ها با احترام‌گزاردن به این اصول و اجرایی کردن آن‌ها می‌توانند گام‌های مؤثری در روند توسعه پایدار بردارند. کمیسیون، اصول حکمرانی خوب را شامل این موارد می‌داند: مشارکت، حاکمیت قانون، شفافیت، پاسخ‌گویی، شکل‌گیری وفاق عمومی، حقوق مساوی، اثربخشی و کارایی و مسئولیت‌پذیری.^۲

تحقیقات متعدد بیانگر آن است که بسیاری از نظام‌های بهداشتی و درمانی جهان، بد اداره می‌شوند و هنوز بسیاری از کشورهای جهان در تصمیم‌گیری در بخش بهداشت و درمان خود، مشکلات فراوانی دارند. آسیب‌شناسی این مشکلات بیانگر این واقعیت است که شرایط قابل توجه در مورد سلامت جامعه، بسیار متعدد و گسترده است و حوزه‌های مختلفی هم‌چون ارتباطات، حوزه محیطی، حوزه سکونت، اجتماعی و اقتصادی را دربرمی‌گیرد. علاوه بر این، پیچیدگی تهدیدها و چالش‌های حوزه سلامت در سطح کلان مانند گرم شدن زمین و شبیه آن، افزایش هزینه‌های سلامت به دلیل روند سال‌خورده شدن جمعیت و فشارهای ناشی از آن و عوامل اجتماعی و دیگر عوامل مشابه، ضرورت حکمرانی باکیفیت و اثربخش در حوزه سلامت جامعه و توجه به سلامت در همه سیاست‌ها را بیش از پیش نشان می‌دهد.

۱. دققی، علی‌رضا و مهشید عبدالاسلامی، «نقش حکمرانی خوب در تأثیرگذاری مخارج دولت بر بخش بهداشت: مطالعه موردی منتخبی از کشورهای در حال توسعه»، مجله اقتصادی، دوره هجدهم، شماره ۳ و ۴، ۱۳۹۷، ص ۱۰.

۲. صباغ کرمانی، مجید و مهدی باسحا، «نقش حکمرانی خوب در بهبود کارکرد هزینه‌های دولت (مطالعه موردی: بخش بهداشت و آموزش کشورهای اسلامی)»، تحقیقات اقتصادی، شماره ۸۶، ۱۳۹۹، ص ۶.

الگوی فعلی حاکمیت نظام سلامت ایران و بسیاری از کشورهای در حال توسعه، چالش‌هایی در دستیابی به اهداف نظام سلامت ایجاد می‌کند. توسعه مدل یک‌پارچه نظام سلامت شامل کاهش یا ادغام برخی از معاونت‌ها و اداره‌های وزارت بهداشت، توسعه ارتباطات بیش‌تر با سازمان‌های مرتبط خارج از وزارت بهداشت، تعیین اصول راهنمای تدوین قوانین و مقررات بخش سلامت، استفاده بیش‌تر از شواهد پژوهشی در سیاست‌گذاری بهداشت و درمان، تقویت رهبری، مدیریت و تولید نظام سلامت و تدوین استانداردهای جامع سیستمی برای ارزش‌یابی و اعتباربخشی خدمات سلامت، برای حاکمیت نظام سلامت ایران پیشنهاد می‌شود.^۱

دولت‌ها در تمامی اقدامات خود در مورد تحقق سلامت و بهداشت، با دو مقوله هزینه‌بر بودن و زمان‌بر بودن ارائه خدمات به شهروندان مواجه هستند. بدیهی است این دو امر به عنوان محدودیت‌های بنیادین خارج از اراده دولت‌ها در تحقق حق بر سلامت عمومی شهروندان همواره وجود داشته است. از این رو، دولت‌ها ناگزیر به در نظر گرفتن آن دو در سیاست‌گذاری‌های در حال انجام در حوزه سلامت و بهداشت و برنامه‌های توسعه خدمات بهداشتی و درمانی و قانون‌گذاری و تنظیم مقررات در حوزه سلامت عمومی هستند. این امر به روشنی در تخصیص بودجه به حوزه سلامت به طور عام و موارد مختلف قابل طرح ذیل آن به صورت خاص نیز قابل بررسی است.^۲

با توجه به شکست بخش خصوصی در تولید و ارائه کالاها و خدمات عمومی به ویژه بخش بهداشت و درمان، دخالت دولت ضروری است که در این زمینه، الگوی حکمرانی خوب می‌تواند نقشی سازنده در ارتقای شاخص‌های بخش سلامت و بهداشت داشته باشد. وزارت بهداشت به عنوان نهادی که به طور مستقیم با سلامت در ارتباط است، می‌تواند در وضعیت جسمی و روانی مردم تأثیر مستقیم بگذارد و در نهایت به نگاه مردم به حکومت و دولت کمک زیادی کند. نوع مدیریت استفاده‌شده در وزارت بهداشت تا به حال نشان داده که همیشه کمی و کاستی‌ها در این وزارت‌خانه چه در بخش

۱. کاظمی‌نیا، محسن و همکاران، «ارزیابی حکمرانی خوب در ابعاد کیفیت و اثربخشی و مسئولیت‌پذیری در نظام سلامت ایران و کشورهای منتخب: یک مطالعه تطبیقی»، فصل‌نامه مدیریت بهداشت و درمان، دوره دوازدهم، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص ۱۵.

۲. متقی، سمیرا و همکاران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره هجدهم، شماره ۴۶، ۱۳۹۶، ص ۳۰.

اجرائی و چه در بخش آموزشی وجود داشته است.^۱

در بخش سلامت، سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۰۰ برای اولین بار از واژه «تولیت» به عنوان یکی از کارکردهای مهم نظام سلامت به منظور مدیریت دقیق و مسئولانه رفاه جمعیت استفاده کرد. هدف از این کارکرد، تقویت نقش راهبری و تنظیم‌گری وزارت بهداشت به عنوان متولی نظام سلامت به منظور بهبود عملکرد و دستیابی به نتایج خوب سلامتی بود. سازمان بهداشت جهانی در سال ۲۰۰۷ نیز با درک اهمیت مفاهیمی نظیر سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، رهبری، کنترل عملکرد و تفکر سیستمی و استراتژیک در مدیریت نظام سلامت، از واژه «حکمرانی» به جای «تولیت» برای تشویق وضع قوانین شفاف، نظارت مؤثر، پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری استفاده کرد.

گفتار دوم. تعهدات دولت‌ها و سازمان بهداشت جهانی بر اساس اسناد بین‌المللی

مقررات بین‌المللی بهداشت مصوب ۲۰۰۵، دو دسته تعهد را برای دولت‌ها و سازمان جهانی بهداشت در نظر گرفته است. تعهداتی که سازمان جهانی بهداشت در دوران همه‌گیری یک بیماری باید انجام دهد، عبارتند از: همکاری با دولت درگیر بیماری در حوزه‌های مختلف برای کنترل بیماری در داخل مرزهای آن کشور و شیوع نیافتن به کشورهای همسایه، همکاری با دیگر دولت‌ها و سازمان‌ها برای کنترل و مهار بیماری شایع‌شده، دریافت اطلاعات از دولت‌ها اعم از مراجع رسمی و غیر رسمی و مقایسه اطلاعات و سپس انتشار آن‌ها، صدور توصیه‌نامه‌هایی برای کاهش سفر، صادرات و قرنطینه مناطق آلوده و حمایت از حقوق بشر هنگام مدیریت بیماری‌ها. به موجب ماده ۱۲ این سند، مدیرکل سازمان جهانی بهداشت می‌تواند وضعیتی را که بهداشت عمومی را فوری تهدید می‌کند، یک دغدغه بین‌المللی یا وضعیتی اضطراری اعلام کند. دسته بعدی تعهدات، کارهایی هستند که کشورهای عضو جامعه بین‌المللی باید هنگام همه‌گیری یک بیماری انجام دهند. مطابق ماده ۶ این سند، «۱. هر دولت وظیفه دارد ظرف مدت ۲۴ ساعت با بهترین وسایل ارتباطی، سازمان جهانی بهداشت را از تمامی اتفاقاتی که ممکن است یک وضعیت اضطراری بین‌المللی باشد، مطلع سازد. ۲. به دنبال اطلاعیه یادشده، آن دولت باید هم‌چنان با سازمان جهانی بهداشت در ارتباط باشد و

۱. رادفر، فرشید و همکاران، «ارائه مدل جهت تحقق‌پذیری حکمرانی خوب سلامت در وزارت بهداشت (مطالعه موردی در دانشگاه علوم پزشکی تهران)»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۸، ۱۴۰۱، ص ۱۶۲۷.

نتایج آزمایشگاهی، منبع و نوع خطر و تعداد تلفات را گزارش دهد». وظیفه دیگر دولتی که دچار شیوع یک بیماری شده، تبادل اطلاعات است. مطابق ماده ۷ مقررات، «هر دولتی که با یک وضعیت بهداشتی غیر معمول روبه‌رو می‌شود، باید اطلاعات حاصل از فعالیت بهداشتی در آن زمینه را به اشتراک بگذارد». این تبادل اطلاعات و همکاری باید میان دیگر دولت‌ها و سازمان‌های درگیر نیز در جریان باشد.

بر اساس ماده ۱ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (مصوب ۲۰۰۱)، هر فعل متخلفانه بین‌المللی دولت‌ها موجب مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها می‌شود. از جمله تعهداتی که تخطی از آن‌ها موجب فعل متخلفانه بین‌المللی می‌گردد، می‌توان به بند ۳ ماده ۱ منشور ملل متحد اشاره کرد که کشورها، متعهد به همکاری با یکدیگر در حل مسائل بین‌المللی هستند که جنبه‌های اقتصادی و بشردوستانه داشته باشد تا همه ملت‌ها بتوانند از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی بدون تبعیض بهره‌مند شوند. در شرایطی که تحریم‌های یک‌جانبه اولیه و ثانویه، دسترسی مردم کشورهای تحریم‌شونده را به اقلام پیش‌گیری و درمانی از بیماری‌های فراگیر مسدود می‌کنند، علاوه بر نقض اصل همکاری، حق سلامت شهروندان یک کشور نقض می‌شود و همه کشورهای مشارکت‌کننده در تحریم‌های اولیه و ثانویه، به میزان مشارکت در ورود آسیب‌های جانی، مالی و روانی مسئولیت دارند و ملزم به جبران خسارتند. در صورت هر گونه سهل‌انگاری دولت و سازمان‌های بین‌المللی یا احساس مسئولیت نکردن، شیوع یک بیماری می‌تواند حق سلامت و حق حیات مردم در نقاط مختلف جهان را به خطر اندازد. از جمله حقوقی که در مورد حق سلامت می‌بایست تضمین گردند، حق دسترسی آزاد به اطلاعات بهداشتی، حق دسترسی به داروهای اساسی مقرون به صرفه، حق بهره‌مندی از داروها و روش‌های پیش‌گیری و درمانی جدید ابداعی و حق بر تجارت و مبادلات مالی برای مهار بحران در کشورهاست.

گفتار سوم. نقش شاخص‌های حکمرانی خوب در تحقق حق بر بهداشت

از درجه حقوق داخلی کشورها، سازمان‌ها و اداره‌های دولتی به ویژه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، متولی امور مربوط به بهداشت هستند. در این گفتار به بررسی موضوع از جنبه حقوق داخلی به ویژه حقوق اداری می‌پردازیم.

بند اول. حمایت قضایی از حق بر بهداشت

برخی مقررات دو میثاق قابلیت اجرای فوری در بسیاری از نظام‌های حقوقی داخلی دارند، ولی تحقق برخی از آن‌ها نیازمند قانون‌گذاری است. در چنین مواردی، تعهد به اقدام، مستلزم اقدام‌های تقنینی خواهد بود. اقدام تقنینی در قانون‌گذاری خلاصه نمی‌شود و تعهد دولت تنها با وضع قانون به پایان نمی‌رسد. قوانین حتی در بهترین وضعیت، راهی ناقص برای دفاع از شرایط زندگی بهتر است. از این رو، دولت‌ها باید نشان دهند که این قوانین با پیشرفت در اجرای حق‌ها همراه بوده‌اند. افزون بر این، در مواردی که قانونی تصویب شده است، باید آیین‌هایی برای توسل به دادگاه‌ها وجود داشته باشد تا هر کسی که حقوق و آزادی‌های او نقض می‌شود، از راهی مؤثر بتواند آن‌ها را جبران کند. کمیته در تفسیر عمومی خود افزون بر قانون‌گذاری، بر «پیش‌بینی و تدارک طرق جبران قضایی در خصوص حق‌هایی» که در چارچوب نظام حقوق داخلی قابل دادخواهی هستند، تأکید کرده است.^۱

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تأکید دارد که بسیاری از اقدامات مانند بیش‌تر راهبردها و برنامه‌های طراحی شده برای محو تبعیض مرتبط با سلامتی را می‌توان با کم‌ترین آثار مالی از طریق تصویب، اصلاح یا لغو قوانین یا توزیع اطلاعات پی‌گیری کرد. کمیته در تفسیر عمومی شماره ۳ اشعار می‌دارد: «حتی هنگام محدودیت‌های شدید منابع باید با درپیش گرفتن برنامه‌های نسبتاً کم‌هزینه و هدفمند از اعضای آسیب‌پذیر جامعه حمایت کرد». به این ترتیب، روشن می‌گردد که با وجود جهت‌گیری اصلی اسناد بین‌المللی حقوق بشری به سمت برابری و نفی تبعیض در دسترسی به خدمت سلامت، گروه‌های خاص و اعضای آسیب‌پذیر جامعه به لحاظ وضعیت ویژه خود نسبت به دیگر اقشار مرفه جامعه، اولویت و ارجحیتی قابل ملاحظه دارند. تخصیص نادرست منابع سلامتی ممکن است منجر به تبعیضی شود که آشکار نیست. مثلاً سرمایه‌گذاری‌ها نباید به صورت نامتناسبی به سمت خدمات پرهزینه درمان سلامتی هدایت شود که فقط برای قشر دارا و برخوردار جامعه قابل دسترس است، به جای آن‌که صرف مراقبت اولیه و پیش‌گیرانه سلامتی شود که بخش بزرگ‌تری از جمعیت از آن بهره‌مند گردند.^۲

۱. میروسوی، پیشین، ص ۳۸.

۲. سید موسوی، میرسجاد، «رویکردی بر نظریه حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۹، ۱۳۹۸، ص ۲۸۴.

در این خصوص، بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع پاسداشت از حقوق افراد در برابر تعذبات دستگاه‌های دولتی به رسمیت شناخته شده است. بر این اساس، افراد در صورت نقض حق بر بهداشت توسط سازمان‌ها و اداره‌های دولتی، حق دارند شکایت خود را در شعب و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح کنند. البته بررسی رویه قضایی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد دیوان عدالت اداری با وجود هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی تاکنون به حمایت از حق بر بهداشت، توجهی درخور نکرده است.

بند دوم. ارائه آموزش در حوزه مسائل بهداشتی

در نظام بین‌الملل حقوق بشر برای مقوله کسب آموزش و اطلاعات مفید علمی و تخصصی اهمیت زیادی قائل شده‌اند، به طوری که در قالب کنفرانس‌ها و کمیسیون‌های متعدد به امر آموزش به ویژه درباره مسائل پزشکی و مراقبت‌های درمانی و بهداشتی و راه‌های کسب علم و فنون و مبارزه با انواع بیماری‌های واگیر پرداخته شده است. در پیمان‌نامه‌های حقوق بشر از حقوق مربوط به پژوهش و کسب اطلاعات به این دلیل حمایت شده که چنین حقوقی برای تحقق حقوق انسان‌ها لازم است. اطلاعات شامل خدمات بهداشتی و درمانی است که بنا به اختیار یا اجبار توسط مقامات مسئول سلامت در اختیار افراد انسانی باید گذاشته شود. آموزش حقوق بشر در حوزه سلامت و بهداشت عمومی دربردارنده مجموعه‌ای از آموزش‌ها برای ایجاد آگاهی افراد نسبت به مسائل بهداشتی، آشنایی با تضمین‌هایی برای مقابله با نقض این حق و توسعه زمینه‌های رعایت چنین حقی است. همان گونه که حق بر سلامت و بهداشت عمومی در نظام حقوق بین‌الملل بشر از موقعیت خاصی برخوردار است، ارتباطی ناگسستنی میان آموزش حقوق بشر و حق بر سلامت و بهداشت عمومی وجود دارد و نمی‌توان این دورا از یکدیگر جدا دانست.^۱ به نظر می‌رسد که حق آموزش، پایه و اساس حق‌های بنیادین است؛ زیرا بدون داشتن آگاهی در مورد تغذیه یا مراقبت‌های بهداشتی، تأمین درآمد یا اقدامات بهداشتی اساسی کفایت نخواهد کرد. افزون بر آن، آموزش الزاماً به افراد امکان می‌دهد به گونه‌ای مؤثر از حقوق مدنی و اساسی خود آگاه شوند.^۲

۱. باقری حامد، یوسف، «آموزش حقوق بشر و حق بر سلامت و بهداشت عمومی»، مطالعات بین‌المللی، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، ص ۶۹.

۲. همتی، مجتبی، «حق‌های اقتصادی - اجتماعی و نسبت آن با حقوق شهروندی در پرتو نظریه عدالت رولز»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۸، ۱۳۸۶، ص ۶۵.

حقوق بشر و بهداشت و سلامت عمومی را می‌توان رویکردهایی مکمل و در عین حال، متضاد برای مراقبت و ارتقای خوب زیستی و کرامت انسان دانست. سلامت و بهداشت عمومی، نیازهای مردم را واریسی و آن را از طریق مداخله و آموزش برای پیش‌گیری از شیوع بیماری‌ها دنبال می‌کند. رویکرد حقوق بشر نیز در قوانین ملی و بین‌الملل به دلیل تقدس و اهمیت حق بر بهداشت در حفظ حق حیات انسان، تعهدات دولت را برای حفظ شهروندان از خطر و خلق شرایطی که هر فرد به واسطه آن قادر باشد به ظرفیت کامل بالقوه‌اش دست یابد، شکل می‌دهد.^۱

در این خصوص، بند ۲ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در مقام بین وظایف وزارت بهداشت بیان می‌دارد: «تأمین بهداشت عمومی و ارتقای سطح آن از طریق اجرای برنامه‌های بهداشتی خصوصاً در زمینه بهداشت محیط، مبارزه با بیماری‌ها و بهداشت خانواده‌ها و مدارس، آموزش بهداشت عمومی، بهداشت کار و شاغلین با تأکید بر اولویت مراقبت‌های بهداشتی اولیه به ویژه بهداشت مادر و کودکان با همکاری و هماهنگی دستگاه‌های ذی‌ربط.» بنابراین، آموزش بهداشت از جمله تکالیف مقرر برای این وزارت‌خانه است.

بند سوم. شفافیت و انتشار اطلاعات در حوزه مسائل بهداشتی

حق آگاهی از جمله حقوق بشری است که به عنوان یک حق بنیادین، ارتباطی عمیق با کرامت ذاتی انسان‌ها دارد. تحقق حق دسترسی مردم به اطلاعات مستلزم اقدامات مسئولان کشورهاست تا نظامی قابل دسترس و به‌روز در این عرصه ایجاد شود. هزینه دسترسی به اطلاعات نباید آن قدر سنگین باشد که متقاضیان اطلاعات صحیح عملاً از این حق محروم شوند. دسترسی به اطلاعات صحیح سلامت باعث کاهش تقاضا برای درمان می‌شود. دسترسی به اطلاعات بهداشتی هم‌چنین می‌بایست در حداقل زمان ممکن امکان‌پذیر باشد؛ زیرا ممکن است با گذشت زمان، فایده خود را از دست بدهند. با توجه به فعالیت شبکه‌های اجتماعی در فضای مجازی که گاه با ارائه اطلاعات ناصحیح، مردم را سردرگم می‌کنند و با سیاه‌نمایی‌ها یا دیگر اطلاعات غیر واقعی در فضایی هیجانی باعث گسترش و شیوع بیش‌تر بیماری‌های فراگیر شوند، می‌بایست اطلاعات صحیح

۱. وحدانی‌نیا، ولی‌الله و همکاران، «سلامت به مثابه حق بشری: روایت حقوقی از منطق حکمرانی برای سلامت»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، سال سیزدهم، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۲.

غیر طبقه‌بندی شده مربوط به تهدیدهای موجود مربوط به سلامت مردم از سوی منابع رسمی به صورت برابر و غیر تبعیض‌آمیز و متمرکز در اختیار شهروندان قرار گیرد تا شهروندان با دسترس داشتن اطلاعات دقیق و معتبر به پیش‌گیری از بیماری با درمان به موقع خود بپردازند. این امر باعث اعتماد مردم به منابع رسمی می‌شود و سبب افزایش توان‌مندی شهروندان به تفکیک اخبار صحیح از اخبار غیر واقعی و مانع نگرانی شهروندان می‌گردد.^۱

اعتبار بخشیدن و به رسمیت شناختن آزادی اطلاعات به عنوان یک حق بنیادین بشر، دو پی‌آمد مهم دارد:

نخست - اطلاعات، وسیله‌ای برای تأمین مزایا و منافع حکومت‌کنندگان و سیاست‌گذاران نیست و ضروری است که از آن برای تأمین منفعت عمومی بهره‌برد. در یک جامعه دموکراتیک، دولت، امانت‌دار اطلاعات است و شهروندان به حکومت خود اعتماد می‌کنند تا اطلاعات لازم را برای مصلحت و منفعت آنان تدوین کنند.

دوم - اصل بر این است که همگان از حداکثر آزادی اطلاعات بهره‌مند گردند و کسانی که استثنائاتی را درباره این حق قائل هستند، باید دلایل توجیهی خود را بیان کنند. از دیدگاه آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعاتی که در اختیار دولت است، کلیدواژه‌های مورد توجه در ماده ۱۹ اعلامیه و میثاق، حق آزادی «جست‌وجو»، «دریافت» و «انتشار» اطلاعات و اندیشه‌هاست.^۲

انتشار دقیق و به موقع اطلاعات و تجربه‌های پزشکی و بهداشتی در مواقع بروز بیماری‌های واگیر می‌تواند به پزشکان و مسئولان بهداشتی در درمان و مقابله با همه‌گیری این بیماری‌ها کمک مؤثری کند. بدیهی است همان گونه که هیچ پزشکی بدون دسترسی به اطلاعات دقیق و شفاف در مورد بیماری نمی‌تواند بیمار را درمان کند، نظام مدیریت بهداشت عمومی نیز بدون این اطلاعات نمی‌تواند شیوع این بیماری را در جامعه کنترل کند و مردم نیز بدون دسترسی به این اطلاعات در

۱. امین‌زاده، الهام، «ابعاد حقوقی مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان بهداشت جهانی در خصوص حق بر سلامت در شرایط بیماری‌های فراگیر و تحریم‌های بین‌المللی»، مجله حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، ص ۵.

۲. شیخ دزفولی، روح‌الله و همکاران، «تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در دوران کرونا با تأکید بر حق اطلاع‌رسانی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲، ص ۳۰۶.

معرض بیماری و آسیب‌های روحی قرار خواهند گرفت. از این رو، تضمین اصل شفافیت و دسترسی سریع به اطلاعات دقیق حداقل در موارد اضطراری بهداشتی باید بیش از پیش تضمین شود. در این زمینه، پاسخ‌گویی و انتشار به موقع و دقیق اطلاعات توسط نهاد مسئول کنترل بیماری حایز اهمیت است.

تبصره ۱ ماده ۱۷ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در راستای حمایت از انتشار اطلاعات بهداشتی مقرر می‌کند که اطلاعات راجع به وجود یا بروز خطرهای زیست محیطی و تهدید سلامت عمومی مشمول استثنا و منع دسترسی نمی‌شوند، اما شرط اجرای این ماده، وجود نظام‌های مؤثری برگردآوری، تسهیم و انتشار دقیق اطلاعات بهداشتی است. بنابراین، با توجه به اصل همکاری میان سازمانی و دسترسی به اطلاعات در حقوق اداری لازم است تا سازوکارهای اداری مقتضی برای تنظیم روش‌های گردآوری اطلاعات، تسهیم و اشاعه سریع این اطلاعات و تجربه‌های پزشکی و بهداشتی میان کادر درمانی و مسئولان بهداشت عمومی ایجاد شود. در این زمینه، پاسخ‌گویی و انتشار به موقع و دقیق اطلاعات توسط نهاد مسئول کنترل بیماری اهمیت دارد.^۱

در این خصوص نیز توجه به مفاد منشور حقوق بیمار قابل توجه است. منشور حقوق بیمار در قالب سندی جامع توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در تاریخ ۱۳۸۸/۸/۱۰ به تصویب رسیده و در بند دوم به بحث ارائه اطلاعات اشاره شده است.

بند چهارم. مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها

مشارکت، عنصر کلیدی چارچوب حقوق بشری است. کانال‌های مشارکتی مؤثر نسبت به سیاست‌گذاران و مجریان برنامه، اجازه بررسی و دریافت بازخورد از ذی‌نفعان را می‌دهد و در نتیجه، موجب بهبود کارایی برنامه‌های حمایت اجتماعی می‌شود. بدون سازوکارهای کافی برای دخالت ذی‌نفعان در طراحی و اجرای برنامه‌های حمایت اجتماعی، خطر ناپایداری و ناکامی در دستیابی به اهداف مورد نظر برنامه وجود دارد. در طراحی روش‌های مشارکتی باید به نامتوازن بودن قدرت در جامعه، تداوم خطر به جای از بین بردن آن، سوء استفاده از قدرت توسط گروه‌های محلی و

۱. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و پنجم، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۲۳۲.

استمرار پردشدگی گروه‌های حاشیه‌ای در فرآیند مشارکت به ویژه زنان توجه صورت گیرد.^۱

بارزترین سود حاصل از مشارکت اجتماعی که در منابع مختلف به آن پرداخته شده، ارتقای حس مسئولیت‌پذیری و هوشیاری مردم نسبت به سلامت فردی و جمعی است. مزیت دیگر آن، کسب قدرت از طریق ایجاد مهارت‌های جدید و قدرت کنترل منابع است. در فرآیند مشارکت در سلامت، فرصت توزیع دانش سلامت در جامعه ایجاد و منجر به کسب درونی تبحر و تسلط در امور ارتقادهنده سلامت عمومی ممکن می‌شود. شناخت بهتر نیازهای سلامت و رفاه مردم و ارتقای زمینه اشتغال از دیگر مزایای مشارکت مردم در امر سلامت است.^۲

سازمان بهداشت جهانی معتقد است مشارکت در سلامت، نوعی تعاون است که در آن، مردم به صورت داوطلبانه یا به سبب تشویق و توجیه می‌پذیرند که با مداخلات مرتبط با سلامت تعامل داشته باشند و با فراهم کردن نیروی کار یا دیگر منابع مورد نیاز، منافعی را کسب کنند. امروزه، مشارکت اجتماعی به بخش اساسی سلامت جامعه و برنامه‌های توسعه‌ای تبدیل شده است. مفهوم مشارکت در سلامت اساساً از رویکرد مردم‌محوری در اقدامات توسعه‌ای ریشه گرفته است و این مهم را به ذهن متبادر می‌سازد که برای ارتقای سلامت باید به اصل «با مردم و نه برای مردم» متعهد بود و بر این اساس، استراتژی‌هایی را در پیش گرفت که بر دخالت مردم در امور اجتماعی و سلامت شهری استوار باشد.

برای ارتقای سلامت جامعه می‌توان دو بعد را در نظر گرفت: فعالیت‌هایی که مستلزم دخالت مستقیم دولت باشند و راهکارهایی که مستلزم فعالیت مستقیم مردم هستند. برای تحقق ارتقای سلامت فرد و جامعه، نیازمند ایجاد قدرت مدیریت و تصمیم‌گیری صحیح در تمامی افراد جامعه هستیم. به عبارت دیگر، تا زمانی که مردم نتوانند عوامل مؤثر بر سلامت را شناسایی و کنترل کنند، تأمین و ارتقای سلامت به مفهوم کلی آن دست‌نیافتنی خواهد بود.

منظور از مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها این است که وقتی مقامات اداری تصمیمی می‌گیرند که بر حقوق و منافع مردم تأثیر منفی بگذارد، الزاماً باید اظهارات شهروندان استماع گردد. قانون

۱. نک: کارمونا، مگدالنا و کارلی نایست، رویکرد حقوق بشری به حمایت اجتماعی، ترجمه: محسن آرامش‌پور و مریم ابراهیمی، تهران: مؤسسه راهبردهای بازنشتگی صبا، ۱۳۹۸.

۲. محمدی شاه بلاغی فرحناز، ستاره فروزان آمنه، همتی ساحل، کریملو مسعود. عوامل مرتبط با مشارکت اجتماعی در ارتقای سلامت. رفاه اجتماعی، دوره ۱۳، شماره ۴۸، سال ۱۳۹۲، صفحه ۵۰

اساسی جمهوری اسلامی ایران اصولاً مشارکت بنیاد است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در چند اصل از ارزش‌های مردم سالارانه و نقش سازنده مردم در تعیین راهبردها و اداره امور جامعه سخن به میان آورده است.^۱

عملکردهای قانون در حوزه سلامت بسیار است. قانون می‌تواند حقوق قانونی به فرد بدهد و تعهدات قانونی را تحمیل کند. تأثیر قانون می‌تواند در زمینه تنظیم رفتار، مجوز برنامه‌ها، تنظیم منابع برای خدمات درمانی از جمله منابع انسانی و تأمین بودجه خدمات درمانی باشد. هرچند قانون‌گذاری به تنهایی نمی‌تواند راه‌گشای نظام سلامت باشد، ولی در کنار دیگر مؤلفه‌ها برای پیشبرد نظام سلامت ضروری است. یکی از سؤال‌های مهمی که در تصویب یک قانون وجود دارد، شیوه مشارکت ذی‌نفعان در فرآیند تدوین قانون است. این مشارکت شامل مشارکت در تدوین پیش‌نویس قانون یا تصویب آن در پارلمان است. فرآیند مشارکت دو عامل اصلی دارد: قانون‌گذاران و شهروندان. هر دو عامل باید روند خود را در ایجاد ظرفیت، آموزش و توسعه پیمایند. دو مؤلفه قانون‌گذاران و شهروندان نمی‌توانند در مسیرهای موازی بدون تلاقی با یکدیگر پیشرفت کنند.^۲

نظام سلامت نیازمند مشارکت فعال مردم، مشتریان و بیماران است. همکاری و مشارکت بیش‌تر مردم موجب تقویت شفافیت، پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری دولت‌ها خواهد شد. مشارکت افراد، گروه‌ها و سازمان‌های مختلف باید در فرآیند تدوین، اجرا و ارزش‌یابی سیاست‌های سلامت تقویت شود. باید سازوکاری ایجاد شود تا مردم بتوانند نظرهای خود را بیان کنند و از نتایج نظرسنجی‌ها در ارزش‌یابی و اعتباربخشی سازمان‌های بهداشتی و درمانی استفاده شود. ذی‌نفعان نظام سلامت باید در تصمیم‌گیری‌ها و اجرا و ارزش‌یابی برنامه‌های بهداشتی و سازمان‌هایی مشارکت فعال داشته باشند که در سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، مدیریت، تولید، مصرف و ارزش‌یابی برنامه‌های بهداشتی و درمانی مشارکت دارند.^۳

۱. میرزاده کوه‌شاهی، نادر و حسن رضایی، «نقش مشارکت شهروندان و کارمندان در تصمیم‌گیری‌های اداری مطلوب»، مجله حقوق اداری، شماره ۱۷، ۱۳۹۷، ص ۱۲.

۲. اخوان بهبهانی، علی و همکاران، «چالش‌های مشارکت در قانون‌گذاری در بخش سلامت (مطالعه کیفی)»، مجله توان بخشی، دوره بیست و یکم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۴۶.

۳. خسروی و همکاران، پیشین، ص ۴۶.

بند پنجم. توجه به نقش بخش غیر دولتی

ساختارهای ملی حقوق بشر مانند نهادها یا کمیسیون‌های داخلی در ارتقای حق بر بهداشت نقش مهمی دارند. آن‌ها می‌توانند نقش فعالی در ارزیابی سیاست‌ها و بودجه‌بندی مسائل بهداشتی داشته باشند. این نهادها، فرصت گفت‌وگوی سازنده بین جامعه مدنی و مقامات مسئول را فراهم می‌کنند. این نهادها می‌توانند به عنوان پلی در سطح ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی عمل کنند.^۱

از مهم‌ترین وظایف نهادها، برقراری ارتباط میان حکومت و مردم است. آن‌ها موظفند ارتباطی درست و تحریف‌ناشده میان سیاست‌سازان و مردم برقرار کنند تا حاکمان با تصمیم‌گیری درست و منطبق با نیازهای جامعه هم بتوانند جامعه را به سوی اهداف خود راهبری کنند و هم با نشان دادن کارآیی خود، مشروعیت نظام سیاسی را گسترش بخشند.^۲

مقامات ملی و محلی باید درک از حقوق بشر همه افراد تحت صلاحیتشان را از طریق تعلیم و تربیت ارتقا دهند. به طور خاص، این مقامات باید بر پایه سیستماتیک، آموزش حقوق بشر را به نمایندگان انتخاب‌شده و مقامات اجرایی و انتشار اطلاعات مرتبط با حقوق بشر را برای شهروندان سازمان‌دهی کنند. از این طریق، ارتقای حقوق بشر تحقق پیدا می‌کند.^۳

نتیجه‌گیری

حق بر بهداشت، یکی از اساسی‌ترین حق‌های بشری است که با حق حیات ارتباط دارد. دولت‌ها در اجرای حقوق بشر دارای تعهداتی هستند که در سه سطح تعهد به احترام، تعهد به ایفا و تعهد به اقدام است. بر این اساس، در سطح جهانی، بر پایه ماده ۲ اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی، اشتغالات فراوان و متنوعی را در قلمروهای اصلی و فرعی مرتبط با امر سلامت برای این سازمان در نظر گرفته که بخش عمده آن در خصوص ارتقای سلامت و بهداشت عمومی در کشورهاست.

1. Hammonds, op.cit., p. 64.

۲. پورعزت، علی اصغر و همکاران، «رابطه آگاهی شهروندان از حقوق شهروندی با پاسخگویی و شفافیت سازمان»، نشریه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۹، شماره ۳۸، صفحه ۱۱۸

۳. رئوف رحیمی، مسئولیت دولت و بخش خصوصی در قبال حقوق بشر، مجله مطالعات بین‌المللی سال ۱۵ زمستان ۱۳۹۷، شماره ۳ (پیاپی ۵۹)، صفحه ۷۳

ماده ۶۳ اساس نامه نیز تصریح دارد هر دولت باید آیین نامه‌ها و گزارش‌های مربوط به بیماری را که در سرزمینش رخ داده و انتشار یافته است، فوری به سازمان اعلام کند که نشان دهنده تأکید این سازمان بر مسئولیت جمعی و مشترک دولت‌های عضو است. هم‌چنین بر اساس ماده ۶۴ این سند، هر دولت عضو سازمان باید بر اساس ترتیباتی که مقرر می‌کند، گزارش‌هایی را در خصوص اپیدمی‌های رخ داده در سرزمینش تهیه و به سازمان ارائه کند. با این حال، باید توجه داشت که لغو عضویت کشورهای عضو از سازمان بهداشت جهانی تنها محدود به همکاری نکردن دولت‌هاست و موجد مسئولیت الزام‌آور نیست.

در حقوق داخلی، متولی اجرای حق بر بهداشت، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است. ابعاد این حق از بعد حقوق اداری قابل توجه است و بر این اساس، به رسمیت شناختن مشارکت مردم در تصمیم‌گیری‌های بهداشتی، انتشار و ارائه اطلاعات کافی و به موقع به ویژه در زمان وقوع اپیدمی‌ها، حق بر پی‌گیری قضایی حق بر بهداشت و نیز ارائه آموزش در حوزه مسائل سلامت و بهداشت از جمله تعهدات دولت و سازمان‌های دولتی است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

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

ب) مقاله

۱. اخوان بهبهانی، علی و همکاران، «چالش‌های مشارکت در قانون‌گذاری در بخش سلامت (مطالعه کیفی)»، مجله توان‌بخشی، دوره بیست و یکم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۲. امین‌زاده، الهام، «ابعاد حقوقی مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان بهداشت جهانی در خصوص حق بر سلامت در شرایط بیماری‌های فراگیر و تحریم‌های بین‌المللی»، مجله حقوق پزشکی، دوره پانزدهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰.
۳. باقری حامد، یوسف، «آموزش حقوق بشر و حق بر سلامت و بهداشت عمومی»، مطالعات بین‌المللی، شماره ۶۱، ۱۳۹۸.
۴. حبیبی مجنده، محمد، «حق بر سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، حقوق بشر، دوره دوم، شماره ۱، ۱۳۸۶.
۵. خسروی، محمدفاروق و همکاران، «حکمرانی در نظام سلامت؛ یک مرور مفهومی»، مجله حکیم، دوره بیست و چهارم، شماره ۱، ۱۴۰۰.
۶. دقیقی، علی‌رضا و مهشید عبدالاسلامی، «نقش حکمرانی خوب در تأثیرگذاری مخارج دولت بر بخش بهداشت: مطالعه موردی منتخبی از کشورهای در حال توسعه»، مجله اقتصادی، دوره هجدهم، شماره ۳ و ۴، ۱۳۹۷.
۷. دمازی، بهزاد و همکاران، «ارزیابی برنامه پزشک خانواده شهری و نظام ارجاع در استان‌های فارس و مازندران: پیشینه، دستاوردها، چالش‌ها و راه‌ها»، فصل‌نامه دانشکده بهداشت و انستیتو تحقیقات بهداشتی، دوره چهاردهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.

۸. رادفر، فرشید و همکاران، «ارائه مدل جهت تحقق‌پذیری حکمرانی خوب سلامت در وزارت بهداشت (مطالعه موردی در دانشگاه علوم پزشکی تهران)»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۸، ۱۴۰۱.
۹. زمانی، سید قاسم و نسیم رحمان نسب امیری، «تعهد دولت به حمایت از حقوق بشر: ضرورت طرح مسئولیت کیفری شرکت‌ها در قبال نقض حقوق بشر در نظام‌های حقوق داخلی»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره نهم، شماره ۱۷، ۱۴۰۰.
۱۰. سید موسوی، میرسجاد، «رویکردی بر نظریه حق بر بالاترین سطح قابل حصول سلامت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۹، ۱۳۹۸.
۱۱. شیخ دزفولی، روح‌الله و همکاران، «تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در دوران کرونا با تأکید بر حق اطلاع‌رسانی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲.
۱۲. صباغ کرمانی، مجید و مهدی باسزا، «نقش حکمرانی خوب در بهبود کارکرد هزینه‌های دولت (مطالعه موردی: بخش بهداشت و آموزش کشورهای اسلامی)»، تحقیقات اقتصادی، شماره ۸۶، ۱۳۹۹.
۱۳. طاهرخانی، خیرالله و همکاران، «بحران کرونا و مسئولیت حقوقی دولت‌ها در حوزه سلامت»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۹، ۱۳۹۹.
۱۴. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، دوره بیست و پنجم، شماره ۲، ۱۴۰۱.
۱۵. کاظمی‌نیا، محسن و همکاران، «ارزیابی حکمرانی خوب در ابعاد کیفیت و اثربخشی و مسئولیت‌پذیری در نظام سلامت ایران و کشورهای منتخب: یک مطالعه تطبیقی»، فصل‌نامه مدیریت بهداشت و درمان، دوره دوازدهم، شماره ۴، ۱۴۰۰.
۱۶. متقی، سمیرا و همکاران، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره هجدهم، شماره ۴۶، ۱۳۹۶.
۱۷. مدنی، ضیاءالدین، «التزام بین‌المللی دولت به رعایت حقوق بشر: مقید به مکان»، مجله حقوقی، شماره ۳۸، ۱۳۸۷.

۱۸. مصدق‌راد، علی محمد و پریسا رحیمی‌تبار، «الگوی حاکمیت نظام سلامت در ایران: یک مطالعه تطبیقی»، مجله علوم پزشکی رازی، دوره بیست و ششم، شماره ۹، ۱۳۹۸.
۱۹. میرزاده کوه‌شاهی، نادر و حسن رضایی، «نقش مشارکت شهروندان و کارمندان در تصمیم‌گیری‌های اداری مطلوب»، مجله حقوق اداری، شماره ۱۷، ۱۳۹۷.
۲۰. میرموسوی، سید علی، «تعهد و مسئولیت‌های دولت در برابر حقوق بشر»، مجله حقوق بشر، شماره ۳۱، ۱۴۰۰.
۲۱. الوانی، سید مهدی و محسن علی‌زاده ثانی، «تحلیلی بر کیفیت حکمرانی خوب در ایران»، مطالعات مدیریت بهبود و تحول، دوره هجدهم، شماره ۵۳، ۱۳۸۶.
۲۲. وحدانی‌نیا، ولی‌الله و همکاران، «سلامت به مثابه حق بشری: روایت حقوقی از منطق حکمرانی برای سلامت»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، سال سیزدهم، شماره ۱، ۱۳۹۹.
۲۳. همتی، مجتبی، «حق‌های اقتصادی - اجتماعی و نسبت آن با حقوق شهروندی در پرتو نظریه عدالت رولز»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۸، ۱۳۸۶.

2. Latin source

1. Hammonds, Richard, **Protecting the right to health through inclusive a resilient health care for all**, Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2021.
2. Marks, Stephen, **Normative expansion of right to health and the proliferation of human rights**, The Geo. Wash. Int'l L. Rev, Vol. 49, 2010.
3. Petersen, P. E., & Yamamoto, T., "Improving the oral health of older people: the approach of the WHO Global Oral Health Programme", Community dentistry and oral epidemiology, 2005, 33(2), 81-92.
4. Rogers, W., **Health inequities and the social determinants of health, Principles of Health Care Ethics**, Second Edition, 2006.

اعمال قواعد حقوق رقابت در خودروسازی ایرانی

رضا فرج پور^۱، محمدباقر عامری نیا^۲ و داریوش بابائی^۳

چکیده

حقوق رقابت با تبیین مجموعه‌ای از اصول و قواعد ناظر بر رفتار و ارتباط و توافقاتی میان بنگاه‌ها، مانع از انحراف ساختار بازار به سمت انحصار می‌شود و سبب بهبود عملکرد آن می‌گردد. در واقع، حقوق رقابت به عنوان مهم‌ترین ابزار سیاست رقابتی به منظور جبران نقصان شکلی و ماهوی مقررات حقوق خصوصی و در مقام عمومی‌ترین و منصفانه‌ترین ابزارهای نظارت بر اقتصاد پا به این عرصه گذاشته است تا سبب افزایش رفاه مصرف‌کنندگان از طریق افزایش کارایی منابع گردد.

حقوق رقابت یکی از ساحت‌های مهم و پرنفوذ حقوق عمومی اقتصادی است. بازخوانی تاریخی تحولات اقتصادی و حقوق عمومی حاکی از آن است که مبانی حقوق عمومی قواعد حقوق رقابت از تئوری‌های دولت و عدالت متأثر بوده است. با توجه به تبعات منفی انحصار از جمله بر هم خوردن تعادل بازار، ضایع شدن حقوق مصرف‌کنندگان و خارج کردن دیگر فعالان اقتصادی از رقابت، دولت‌ها عموماً تلاش می‌کنند تا با تدبیرهایی مانند تصویب مقررات ضد انحصار و وضع مقررات تسهیل‌کننده رقابت به منظور برقراری رقابت سالم و آزاد در روابط فعالان اقتصادی، ضمن حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و ایجاد تعادل در بازار از شکل‌گیری انحصار غیر طبیعی نیز جلوگیری کنند. خودروسازی از جمله صنایعی است که به ظاهر دارای انحصار نیست، اما در مقام عمل می‌توان این صنعت را در ایران در زمره صنایع انحصاری به حساب آورد. این مقاله با هدف بررسی اعمال قواعد حقوق رقابت در خودروسازی ایرانی به شیوه کتاب‌خانه‌ای با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی و استنباطی نوشته شده است. نتایج آن نیز مؤید این نکته است که با توجه به انحصاری بودن خودروسازی در ایران، قوانین حقوق رقابت چنان‌که شایسته و بایسته است، در این صنعت به کارگرفته نمی‌شود و این امر نیازمند بازنگری اساسی است.

واژگان کلیدی: حقوق رقابت، خودروسازی، شورای رقابت، حقوق عمومی اقتصادی

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران (نویسنده مسئول) dr.r.farajpour@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران mohamadamerinia@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد یاسوج، دانشگاه آزاد اسلامی، یاسوج، ایران dr.babaei56@yahoo.com

مقدمه

رقابت به معنای نگرهبانی کردن و انتظار کشیدن است.^۱ برخی نیز آن را به معنای چشم و هم چشمی کردن گرفته‌اند.^۲ در زبان عربی، «التَّنَافُس»، معادل کلمه رقابت و به معنای در پیروزی یا کسب چیزی پیشی گرفتن آمده و «التَّنَافُس التِّجَارِي» همان رقابت بازرگانی است. معادل این کلمه در زبان انگلیسی، کامپیتیشن^۳ و در زبان فرانسه، کونکوگانس^۴ است. هر دو کلمه به معنای مسابقه میان رقبا، تلاش دو یا چند طرف برای به دست آوردن کار یا امتیاز تجاری شخص ثالث با پیشنهاد کردن شرایط بهتر و هم چنین تلاش رقبا برای انجام یک کار تجاری به طور هم‌زمان است.^۵ گفته شده که لغت کامپیتیشن از لاتین گرفته شده و به معنای «با هم تلاش کردن» یعنی شرکت کردن رقبا در یک مسابقه واحد با شرایط مشابه است.^۶

از منظر اقتصاد، رفتار مصرف‌کننده و تولیدکننده بر این فرض استوار است که به تنهایی قادر به اثرگذاری بر قیمت‌های خرید و فروش نیستند. مصرف‌کننده با قیمت‌هایی مواجه است که از پیش تعیین شده‌اند. او با خرید ترکیبی از کالاهای موردنیازش تلاش می‌کند تا مطلوبیت^۷ خود را به حداکثر برساند و کالاهایی را انتخاب می‌کند که حداکثر رضایت خاطر^۸ وی را ایجاد کند. این فرض بیانگر آن است که از وجود تمام راه‌های ممکن برای انتخاب خود، آگاهی کامل دارد و قادر به ارزیابی آن‌ها نیز هست. تولیدکننده نیز با قیمت‌های معین برای ستاده و نهاده^۹ روبه‌روست و آن مقدار تولید می‌کند

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه (جلد ۸)، تهران: امیرکبیر، بی تا، ص ۱۲۱۸۹.

۲. نفیسی، علی‌اکبر، فرهنگ نفیسی (جلد ۳)، تهران: مروی، ۱۳۵۵، ص ۱۶۷۷.

3. competition

4. concurrence

5. Black, H. C., Black's Law Dictionary Sixth Edition, St. Paul Minn, 1990, p. 149.

۶. سماواتی، حشمت، مقدمه‌ای بر حقوق رقابت بازرگانی و نقش آن در سیاست‌گذاری و تنظیم بازار، تهران: فردوسی، ۱۳۹۴، ص ۱۷.

7. Utility

8. Utility Satisfying

۹. آورده‌های بنگاه مانند نیروی انسانی، ابزار تولید و سرمایه، نهاده (Input) نام دارد و به کالا یا خدمتی که از فرآیند تولید به دست می‌آید، ستاده یا محصول (Output یا Product) گفته می‌شود. به بیان دیگر، از ترکیب یک سری نهاده در تولید، کالا یا خدمتی حاصل می‌شود. مثلاً با ترکیب مقداری زمین زراعی، بذر گندم، آب و نیروی کار در یک نهاده به‌همراه

که بتواند سود خود را به حداکثر برساند. بنابراین، مصرف‌کننده و تولیدکننده با مسئله به حداکثر رساندن روبه‌رویند و فعالیت‌های آنان، سطح قیمت‌ها را تعیین می‌کند. پس قیمت در سازوکار بازار که برخی آن را عظیم‌ترین کام‌یابی ذهن بشر دانسته‌اند، تعیین می‌شود.^۱

بازار، محلی است که تولیدکننده و مصرف‌کننده با یکدیگر روبه‌رو می‌شوند و کالای خود را مبادله می‌کنند. در بازار کالاهای نهایی، مصرف‌کننده نقش خریدار و تولیدکننده نقش فروشنده را ایفا می‌کند. نقش این افراد در بازار نهاده‌های عوامل تولید مانند بازار نیروی کار کاملاً معکوس می‌شود. تجزیه و تحلیل تعادل بازار مستلزم آن است که قیمت خرید و فروش به درستی تبیین شود. این قیمت در حالتی از بازار مشخص می‌شود که رقابت درستی در آن وجود داشته باشد و عوامل قدرت یا هر عامل خارجی بر بازار تأثیر نگذارد.^۲

رقابت امروزه به معنای تلاش برای برتری در یک زمینه کاری یکسان است و به وضع حاکم بر بازاری گفته می‌شود که ورود در آن برای عموم آزاد باشد و هر کس و هر مؤسسه، بنگاه^۳ و شرکت بتواند به خرید و فروش بپردازد و سهم هیچ کس موجب به هم خوردن برابری مبادله‌کنندگان و خریداران

مقداری از عوامل تولید دیگر مثل ساعاتی از کار ماشین‌آلات و نیروی کار، گندم و در فرآیند دیگری منجر به تولید محصول دیگری به نام آرد می‌شود. بنابراین، واژه‌های ستاده یا محصول و نهاده اصطلاحاً نسبی هستند، به این معنی که یک محصول یا ستاده ممکن است خود به عنوان نهاده تولید در فرآیند دیگری به کار رود.

۱. ساموئلسن، پلوه‌اوس نورد، *اصول علم اقتصاد*، ترجمه: مرتضی محمدخان، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۴، ص ۵۵.
۲. جیمز. م. هندرسن و ریچارد. آ. کوانت، *تئوری اقتصاد خرد*، ترجمه: مرتضی قره‌باغیان و جمشید پژویان، تهران: خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۷۱، ص ۱۹۹.

۳. کوچک‌ترین واحد اقتصادی که تولیدکننده کالا یا عرضه‌کننده خدمت است، بنگاه نام دارد و محل گردآوری وسایل سرمایه‌ای و دیگر منابعی است که برای تحصیل سود تحت مدیریت معینی با یکدیگر ترکیب می‌شوند. در بنگاه، نیروی کار، مواد اولیه را در فرآیند تولید تغییر شکل می‌دهد و به ارزش آن می‌افزاید و محصول به دست آمده به فروش می‌رسد. زمینه فعالیت بنگاه‌ها را می‌توان در قالب‌های مشخصی گروه‌بندی کرد که اصطلاحاً به آن «بخش» گفته می‌شود. مثلاً بخش معدن، بخش ساختمان که شامل هر نوع فعالیت عمرانی هم چون ساختمان‌سازی، پل‌سازی و حتی احداث جاده می‌شود. بخش خدمات که شامل خدمات پزشکی حقوقی، هتل‌داری و نظیر آن می‌شود. اگر بنگاه‌ها در یک بخش معین اقتصادی فعالیت کنند که دارای خصلت‌های مشترک باشند، به آن «صنعت» گفته می‌شود. مثلاً صنعت هتل‌داری و صنعت تفریحات مجزا از یکدیگرند، ولی در بخش خدمات واقع می‌شوند.

کالاها نگردد و تساوی رقابت کنندگان را برهم نزنند. نقطه مقابل این معنا، رقابت نامشروع^۱ است که به عمل فروشندگان یا صاحبان حِرَف در تفریق مشتریان و ارباب رجوع همکاران خود و جلب آنان به گرد خویش از راه‌های غیر شرافتمندانه و اخلاقی گفته می‌شود.^۲

گفتار اول. تاریخچه حقوق رقابت در ایران

برای اولین بار، ماده ۲۴۴ قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴/۱۲/۱۷، موضوع رقابت به معنای عام را مطرح کرد و در ذیل عنوان «فصل یازدهم: دسیسه و تقلب در کسب و تجارت» مقرر می‌داشت: «هر کس مشتری را در خصوص عیار طلا یا نقره یا اصل بودن جواهر فریب دهد یا جنسی را به جای جنس دیگر قلم دهد، به طوری که مقصود مشتری از ابتیاع آن حاصل نشود یا این که به واسطه اوزان و مقادیر غیر صحیح یا تقلبی، مقدار جنس را کم کند و به طور کلی، مشتری را از حیث کمیت یا کیفیت مبیع فریب دهد، به حبس تأدیبی... و به تأدیه غرامت... یا به یکی از این دو مجازات محکوم خواهد شد».

این قانون به موجب قانون اصلاح ماده ۲۴۴ و ماده ۲۴۹ «قانون مجازات عمومی»، مصوب ۱۳۱۰/۴/۲۲ اصلاح شد و با تصریح به اصطلاح «رقابت مکارانه» مقرر می‌کرد که اگر تاجری برای انصراف خرید یا استعمال متاعی مشابه متاع خود به وسیله اسباب چینی یا نسبت‌های کذب یا به طور کلی به هر وسیله متقلبانه دیگر متوسل شده و به طور مستقیم یا غیر مستقیم تلویحاً یا تصریحاً درصدد معیوب یا نامرغوب جلوه دادن آن متاع برآید، مجازات خواهد شد. در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۶۲ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، اثری از ماده ۲۴۴ قانون مجازات عمومی ۱۳۱۰ مشاهده نمی‌شود؛ زیرا به مرور زمان، قوانین تخصصی‌تری در زمینه تجارت و مبارزه با انحصارگرایی وضع شده بود و دانشمندان اقتصاد تا آن اندازه از رقابت بحث کرده بودند که این اصطلاح دیگر معنای مضیق سابق خود را نداشت و علاوه بر این، مقنن را از وضع مجازات و جرم‌انگاری آن بی‌نیاز می‌کرد.

1. uncompetitive

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۳)، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۰۵۹.

پس از وقوع انقلاب اسلامی نیز به طور کلی و در راستای سیاست‌های اقتصادی نظام مبنی بر برقراری اقتصاد سالم و گسترش قسط و عدالت اقتصادی^۱ تاکنون قوانین موضوعه متعددی در نظام حقوقی ایران به تصویب رسیده‌اند که عبارتند از: قانون تعزیرات حکومتی مصوب ۱۳۶۷،^۲ قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹،^۳ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲،^۴ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲،^۵ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸^۶ و قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴/۲/۱.

علاوه بر این موارد، موضوع رقابتی شدن فعالیت‌های اقتصادی به طور مستقیم در قانون برنامه پنج‌ساله سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ مطرح گردید و فصل چهارم قانون یادشده با عنوان تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی به قوانین رقابتی اختصاص یافته است.^۷ پس از اتمام اجرای برنامه سوم توسعه، قانون برنامه پنج‌ساله چهارم توسعه

۱. بند ۹، ۶ و ۱۲ اصل سوم قانون اساسی در خصوص رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه و پی‌ریزی صحیح اقتصاد در جهت عدالت و نیز بند ۸ اصل چهارم و سوم قانون اساسی در خصوص مبارزه با انواع فعالیت‌های ناکارآمد و نامشروع اقتصادی و اصل چهارم و هشتم قانون اساسی در مورد توزیع عادلانه امکانات و فعالیت‌های اقتصادی، اصول قانون اساسی مرتبط با حقوق رقابت هستند و سیاست اقتصادی جمهوری اسلامی را در این زمینه تبیین می‌کنند.

۲. در مواد ۲ تا ۸ این قانون، گران‌فروشی، احتکار، کم‌فروشی و تقلب، صادر نکردن فاکتور و بسیاری دیگر از رویه‌های ضد رقابتی چه از سوی بخش دولتی و چه خصوصی جرم شناخته شد و در مورد ارتکاب هر یک از آن‌ها مجازات‌هایی تعیین گردید. به عبارتی، این قانون درصدد مهار رویه‌های ضد رقابتی برآمد.

۳. این قانون با جرم‌انگاری در خصوص اخلال در امر توزیع مایحتاج عمومی اخلال در نظام تولیدی کشور درصدد حمایت و سالم‌سازی نظام اقتصادی کشور برآمده است.

۴. این قانون در مورد آزادی ورود و خروج به بازار و ممنوعیت خودداری از ارائه کالا یا خدمت ممنوعیت اجباری فروش کالا سخن رانده است.

۵. این قانون در حمایت از مصرف‌کنندگان، تشویق رقابت‌های مشروع و حمایت از اسرار تجاری در بستر مبادلات الکترونیک به وضع قواعدی پرداخته است.

۶. این قانون در خصوص رویه‌های ضد رقابتی چون تبانی و سازش، فروش اجباری کالا یا خدمت، ارائه کالای بدون استاندارد، ارائه ندادن اطلاعات لازم و تبلیغات خلاف واقع به مطالب بااهمیتی اشاره کرده است.

۷. به موجب این قانون به دولت اجازه داده شد که انحصارات دولتی در زمینه خدمات پستی و مخابراتی، تولید و توزیع جای، حمل و نقل بار و مسافر به وسیله راه‌آهن، تولید، توزیع واردات و صادرات دخانیات، پالایش، پخش و حمل و نقل مواد نفتی انعقاد قرارداد با شرکت‌های بیمه خصوصی را با حفظ حاکمیت دولت لغو کند و بخش خصوصی را در این امور

اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در تاریخ ۱۳۸۳/۷/۱۶ به تصویب رسید و فصل سوم این قانون نیز تحت عنوان رقابت‌پذیری اقتصاد با تأکید بیش‌تری به موضوع خصوصی‌سازی و لغو انحصارات و حمایت از رقابت سالم پرداخت. در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۱۵ نیز که بعد از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به تصویب رسید، در موارد مختلفی به تمهید و تسهیل شرایط سالم رقابتی پرداخته است.^۱

«قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی»^۲ در بند ۱۱ ماده ۱ در تعریف رقابت مقرر می‌دارد: «رقابت، وضعیتی در بازار است که در آن، تعدادی تولیدکننده، خریدار و فروشنده مستقل برای تولید خرید و یا فروش کالا یا خدمت فعالیت می‌کنند، به طوری که هیچ یک از تولیدکنندگان، خریداران و فروشندگان قدرت تعیین قیمت را در بازار نداشته باشند یا برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن محدودیتی وجود نداشته باشد».^۳ مقنن در تعریف رقابت کاملاً به مفهوم اقتصادی توجه می‌کند و عناوین و مصادیق مندرج در ماده ۴۵ این قانون هم تبیین بیش‌تری از این مفهوم دارد و بیانگر توجه مقنن به مفهوم اقتصادی رقابت است. رقابت، ناظر بر ساختار و سازمان ویژه‌ای از بازار است. اقتصاددانان کلاسیک معتقدند که بهترین سازوکار هماهنگی

مشارکت دهد. هم‌چنین دولت موظف گردید ظرف مدت یک سال، انحصارات قانونی اعطاشده را لغو کند و اقدامات قانونی لازم برای لغو انحصار و جلوگیری از فعالیت‌های انحصارگرایانه انجام دهد.

۱. مواد ۲۸، ۷۴، ۱۱۴، ۱۲۵ و ۱۴۴ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه از جمله این مواردند.

۲. ابتدا این قانون با عنوان «قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که با ایراد شورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد و در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۵ به تصویب مجمع رسید. مدت اعتبار قانون برنامه چهارم توسعه در پایان سال ۱۳۸۸ خاتمه یافت. در تاریخ ۱۳۸۹/۱۲/۱۱ قانونی با عنوان «قانون اصلاح قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» در مجلس تصویب شد. به موجب ماده واحده این قانون، نام قانون به «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» تغییر یافت. در این نوشتار برای رعایت اختصار از این قانون به عنوان «قانون رقابت» یاد می‌شود.

۳. تعریف مقنن از رقابت منطبق با تعاریف اقتصاددانان نیست؛ زیرا از عناصر بازار دارای رقابت، وجود «تجانس کالاها» است؛ یعنی کالاهای موجود در بازار همگن هستند و بازار صرفاً تولیدکننده یک نوع کالا یا خدمات مشخص نیست. در اصلاحات آتی این قانون باید عبارت مشابه یا جانشین «نزدیک» بعد از عبارت «کالا یا خدمت» اضافه شود.

و تخصیص منابع، بازار رقابتی است. بازار رقابتی دارای ویژگی‌های ذره‌ای بودن، بازار تجانس کالاها، آزادی ورود به صنعت، آگاهی کامل از بازار یا شفافیت کامل آن و قابلیت تحرک عوامل تولید است.^۱ بنابراین، مشخص شد که اصطلاح رقابت متضمن دو نظریه متفاوت است. برخی، آن را توصیفی از ساختار صنعت می‌دانند و برخی دیگر، یک فرآیند می‌پندارند. به موجب بند ۱۲ قانون رقابت، «انحصار عبارت است از وضعیتی در بازار که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولیدکننده خریدار و فروشنده از عرضه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت یا مقدار را در بازار داشته باشد یا ورود بنگاه‌های جدید به بازار یا خروج از آن با محدودیت مواجه باشد» و به دو نوع «انحصار طبیعی»^۲ و «انحصار قانونی»^۳ تقسیم می‌شود. اخلاص در رقابت شامل مواردی می‌شود که موجب انحصار، احتکار، افساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه یا سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور شود.

گفتار دوم. اهداف حقوق رقابت

برای حقوق رقابت، برخی اهداف اقتصادی و غیر اقتصادی به این شرح برشمرده‌اند:

بند اول. اهداف اقتصادی

شناخت این مقاصد و تحقق آن‌ها تا حد بسیاری بر تحلیل‌ها، توجیه‌ها و استدلال‌های اقتصادی استوار است. اهداف اقتصادی را که از رهگذر قوانین رقابت دست‌یافتنی باشند، می‌توان در این موارد خلاصه کرد:

الف) کارایی اقتصادی

ب) افزایش رفاه

1. Ferguson, C. E., *A Macroeconomic Theory of Workable Competition*, Durham, NC, Duke University Press, 1964, p. 20.

۲. Natural monopoly: وضعیتی از بازار است که یک بنگاه به دلیل نزولی بودن هزینه متوسط می‌تواند کالا یا خدمت را به قیمتی عرضه کند که بنگاه دیگری با آن قیمت، قادر به ورود یا ادامه فعالیت در بازار نباشد.

۳. Statutory monopoly: وضعیتی از بازار است که به موجب قانون، تولید، فروش یا خرید کالا یا خدمت خاص در انحصار یک یا چند بنگاه معین قرار می‌گیرد، مانند انحصارات ناشی از مالکیت فکری هم‌چون اختراعات.

(ج) جلوگیری از سوء استفاده از قدرت بازاری

(د) حمایت از آزادی رقابت و جلوگیری از محدود کردن آن

بند دوم. اهداف غیر اقتصادی

به طور معمول، سیاست رقابتی، بخشی از سیاست‌های عمومی و تجاری وسیع‌تر تلقی می‌شود. بنابراین، بحث از اهداف غیر اقتصادی آن تا حدودی طبیعی جلوه می‌کند. این گروه از اهداف که به عقیده برخی باید در تمهید و اجرای قواعد رقابت نیز برای آن‌ها سهمی قائل شد، توجیه و پشتوانه اقتصادی ندارند، بلکه با استقلال فردی، عدالت و انصاف، توزیع منابع و قدرت اقتصادی و ممانعت از شکل‌گیری تمرکزهای اقتصادی در ارتباط هستند. اگر از این اهداف پیروی شود، نتایجی به دست خواهد آمد که همواره بر تئوری‌ها و تحلیل‌های اقتصادی منطبق نیستند. در هر حال، از جمله اهداف غیر اقتصادی حقوق رقابت می‌توان به این موارد اشاره کرد:

الف) توزیع منصفانه قدرت اقتصادی و حمایت از بنگاه‌های کوچک

ب) حمایت از استقلال فردی و برخورداری همه از فرصت‌های اقتصادی برابر

ج) حمایت از کارگران و اشتغال‌زایی

گفتار سوم. انحصار قانونی و مؤسسات عمومی

در نظام‌های حقوقی که قواعد حقوق رقابت بر مبنای سنت‌های عدالت توزیعی پی‌ریزی می‌شوند، مؤسسات عمومی به اهداف اجتماعی دولت کمک زیادی می‌کنند. در واقع، یکی از ابزارهای دولت برای تحقق اهداف اجتماعی، تأسیس و شناسایی دسته‌ای از انحصارات است که به انحصارات قانونی موسوم هستند. چون هدف از این انحصارها عموماً تأمین اهداف عمومی و اجتماعی است، غالباً از طریق مؤسسات عمومی نیز پی‌گیری می‌شوند. به عبارت دیگر، دولت‌ها عموماً به منظور تأمین منافع عمومی یا ارائه خدمات عمومی، بخشی از فعالیت‌هایی را که نفع عمومی و ناتوانی ابتکارات خصوصی اقتضا می‌کند، در قالب این‌گونه مؤسسات انجام می‌دهند و برای تأمین بهتر آن‌ها، امتیازاتی را بر اساس قوانین و مقررات یا به صورت عملی برای آن‌ها قائل می‌شوند. این نوع انحصارها

که به انحصار قانونی موسومند، مغایر حقوق رقابت تلقی نمی‌شوند. در این چارچوب، حقوق رقابت برای کشورهای در حال توسعه نیز ضروری و حیاتی است؛ چون تجربه کشورهای توسعه یافته نشان می‌دهد که مزیت رقابتی بودن بازار عمدتاً نتیجه مداخلات موفقیت‌آمیز دولت‌هاست.^۱

از این رو، مداخله و نظارت دولت در قالب قواعد حقوق عمومی اقتصادی تحت عنوان حقوق رقابت ثمربخش و ضروری است. از سوی دیگر، اصل بر این است که حقوق رقابت نمی‌تواند اقداماتی را که به وسیله قوانین دیگر، قوانینی غیر از قوانین ضد انحصار الزامی شده‌اند، شامل شود، بلکه اعمالی که از روی اراده آزاد و در مقام اعمال اختیارات قانونی اعمال می‌شود، مشمول حقوق رقابتند. در این چارچوب، انحصار فی نفسه ناقض حقوق رقابت نیست، بلکه هنگامی که این انحصار از طریق یک سری از اقدامات صوری تداوم یابد، نقض رقابت انگاشته می‌شود. با این حساب، عنوان قانون ضد انحصار عنوان مناسبی نخواهد بود؛ چون این نوع قوانین، امتیاز انحصاری را منع نمی‌کنند،^۲ بلکه انحصارطلبی را منع می‌کنند. در واقع، این واژه، دو معنا را دربردارد، اول این که انحصار عمومی^۳ که از طریق قانون و مقررات وضع شده است و برای مؤسسات عمومی و دولتی، امکان ارائه بهتر خدمات عمومی و تأمین رفاه اجتماعی را ممکن می‌سازد، غیر قانونی نیست. دوم آن که صرف انحصار نیز ممنوع نخواهد بود، بلکه اگر انحصار قرین رفتارهای صوری تداوم یابد، مردود است.^۴

در هر صورت، انحصارها ممکن است به دلایلی نظیر حمایت‌های قانونی یا امتیازات، انحصارات طبیعی، حقوق مالکیت معنوی یا کارآمدی ایجاد شوند، اما انحصار قانونی نمی‌تواند موضوع حقوق رقابت باشد، بلکه چنین قوانینی که موجب انحصار قانونی‌اند، باید از نظر کارآمدی، خط‌مشی‌گذاری و مصلحت‌اندیشی ارزیابی شوند. نمونه این نوع انحصارها که مربوط به مؤسسات عمومی و دولتی است، در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی^۵ یافت می‌شود. این قانون ضمن توجه

1. Rall, E., "Market failure and Government failure", journal of economic perspective, 4, No. 3, 1990, p. 25.

۲. همانند امتیاز انحصاری مؤسسات عمومی و دولتی.

3. Public Monopholy

۴. باقری، محمود و علی محمد فلاح‌زاده، مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۸، دوره سی و نهم، شماره ۳، ص ۷۴.

۵. مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۷/۳/۲۵ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق

شایسته به اصل رقابتی بودن بازارهای داخلی و بین‌المللی، در بند ۱۴ ماده ۱، انحصار قانونی را تعریف کرده است. انحصار قانونی، وضعیتی از بازار است که به موجب قانون تولید، فروش یا خرید کالا یا خدمت خاص در انحصار یک یا چند بنگاه معین قرار می‌گیرد. بر اساس بند ج ماده ۳ از قانون موصوف، سرمایه‌گذاری مالکیت و مدیریت در فعالیت‌های خاص منحصراً در اختیار دولت است. برای نمونه، شبکه‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، بانک مرکزی و برخی بانک‌های دیگر، رادیو و تلویزیون، سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتی‌رانی و شبکه‌های اصلی انتقال برق در انحصار دولت قرار گرفته است. این موارد که در زمره انحصارات قانونی تلقی می‌شوند، مشمول حقوق رقابت قرار نمی‌گیرند، بلکه دولت از طریق مؤسسات عمومی و دولتی نظیر شرکت ملی نفت، ذوب آهن، برخی از بانک‌ها و سازمان صداوسیما از چنین انحصاری بهره خواهد برد تا نفع و خدمات عمومی بهتر تأمین گردد.^۱

گفتار چهارم. سیاست رقابتی و حقوق رقابت

به سیاست‌های مرتبط با رقابت در بازار از جمله سیاست تجاری، سیاست تنظیم‌کننده و سیاست‌های اتخاذشده از سوی دولت برای اصلاح رویه‌های ضد رقابتی شرکت‌های خصوصی و یا عمومی، سیاست رقابتی گفته می‌شود. از دیدگاه برخی نویسندگان، تمایز کلیدی میان قانون رقابت و سیاست رقابتی این است که سیاست رقابتی شامل هر دو بخش دولتی و خصوصی می‌شود، در حالی که قانون رقابت تنها شامل بنگاه‌های خصوصی است.^۲

واقعیت آن است که قانون رقابت شامل عملکرد بنگاه‌های اقتصادی دولتی هم می‌شود و تمایز کلیدی قانون رقابت و سیاست رقابتی در این است که عملکرد دولت اعم از اعمال حاکمیتی و تصدی است و اعمال تصدی دولت همانند فعالان خصوصی اقتصادی، تابع قانون رقابت است، اما عملکرد حاکمیتی دولت تابع سیاست رقابتی است. برخی از محققان معتقدند که تنها سیاست

مصلحت نظام تشخیص داده شد.

۱. همان، ص ۷۵.

۲. خدادادکاشی، فرهاد و محمدنبی شهیکی تاش، «حوزه و وسعت قانون رقابت با توجه به ساختار اقتصادی (مطالعه موردی ایران)»، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۶، سال نهم، شماره ۲۳.

رقابتی برخلاف حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی دولت اعمال می‌شود.^۱ ما نیز این ادعا را در راستای ارتقای سطح مسئولیت‌پذیری، دولت‌گسترش شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری اوضاع و احوال اقتصادی و ایجاد بستر لازم برای مشارکت فعالان بخش خصوصی قابل قبول می‌دانیم.

گفتار پنجم. صلاحیت شورای رقابت در تعیین قیمت خودرو

شورای رقابت در سال‌های اخیر با این توجیه که بازار خودرو انحصاری است، تعیین قیمت در این بخش را از جمله اختیارات خود دانسته است.^۲ این اقدام از نظر امکان قانونی و عملی، واکنش‌های متفاوتی در پی داشت. نظرهای موجود در این خصوص را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم کرد:

بند اول. موافقان مطلق

این گروه غالباً دغدغه حقوق مصرف‌کننده را یدک می‌کشند، با این استدلال که بازار خودرو در ایران، انحصاری است و در واقع، حدود ۹۰ درصد آن در اختیار دو یا سه بنگاه اقتصادی است که با سوء استفاده از این شرایط، ضمن بی‌توجهی به کیفیت و حقوق مصرف‌کننده و افزایش هزینه‌های تولید باعث افزایش بی‌رویه قیمت خودرو فراتر از تورم واقعی این صنعت می‌شوند. پس شورا در راستای کنترل انحصار می‌بایست وارد قیمت‌گذاری شود.^۳

۱. غفاری فارسانی، بهنام، «ضمانت اجرای مدنی نقض قواعد حقوق رقابت»، رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

۲. شورای رقابت در برهه‌ای با اقدامی چالش‌برانگیز و منشأ اختلاف، فرمولی را به منظور مدیریت قیمت‌گذاری انواع خودروهای تولید داخل تصویب کرد. این شورا، قیمت خودروها را با احتساب الزامات قانونی و با لحاظ عوارض و مالیات تحت عنوان قیمت مصرف‌کننده اعلام کرد و گفت که منظور از قیمت مصرف‌کننده، قیمت کارخانه به علاوه پرداخت‌های قانونی به این شرح است:

$$Pt1 += Pt + Pt (APi_X + Z)$$

در این فرمول، Pt برابر قیمت هر خودرو در سال، APi_t برابر تورم در نهاده‌های تولید بر اساس قیمت‌های بازار، X برابر شاخص هدف در رشد بهره‌وری و Z تابعی از شاخص کیفیت است که پرداختن به این مهم، فراتر از اصل امکان‌سنجی چنین اقدامی و از حوصله نوشتار حاضر خارج است.

۳. پورسید، سید بهزاد، محمد صادقی و شهرام محمدی، «شورای رقابت: از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، مجلس و راهبرد، ۱۳۹۶، سال بیست و چهارم، شماره ۹۱، ص ۲۶۵.

بند دوم. مخالفان مطلق

این گروه، روش تعیین قیمت دستوری را ناکارآمد و مغایر هزینه‌های صورت گرفته و باعث ورشکستگی صنعت خودروسازی می‌دانند و معتقدند نهاد رگولاتور در هیچ جای دنیا قیمت خودرو را تعیین نمی‌کند. این دسته، وظیفه شورا را تسهیل رقابت پذیری اقتصاد و مبارزه با انحصار می‌دانند، نه تعیین قیمت که خود، نوعی اقدام ضد رقابت است.^۱

بند سوم. دسته سوم

این گروه بر این باورند که در شرایط فعلی، بازار خودرو، یک بازار انحصاری است و شورا وظیفه قیمت‌گذاری را بر عهده دارد و این به معنای آن نیست که شورا به صورت موردی و مصداقی وارد حوزه تعیین قیمت خودرو شود، بلکه همان گونه که قانون تصریح کرده، وظیفه شورا در این خصوص صرفاً تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت است و این اقدام هم تا زمان تداوم انحصار در تولید و عرضه این کالا مجاز خواهد بود. بنابراین، در صورت خروج خودرو از فضای انحصاری، بدون شک، شورای رقابت وظیفه‌ای در این خصوص نخواهد داشت. به نظر می‌رسد با استناد به استدلال‌هایی که در پی می‌آید، شورای رقابت، صلاحیت حقوقی و قانونی در تعیین قیمت خودرو ندارد:

۱. قید تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در ماده (۶۲)، دلالتی بر صلاحیت شورا در قیمت‌گذاری به صورت علی‌الرأس ندارد و صرفاً شورا را مکلف به تدوین و تصویب دستورالعمل مربوط به تنظیم قیمت کرده است که اساساً متفاوت از قیمت‌گذاری است. افزون بر این، اختیار نهادهای رگولاتور در کنترل قیمت، دلالتی بر قیمت‌گذاری مستقیم ندارد و به معنای ایجاد بسترهای مناسب برای مقابله با ایجاد قیمت کاذب یا انحصاری است.^۲

۲. به موجب قانون یادشده، در ماده (۶۲)، شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی است و از صلاحیت‌های آن، تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری ذکر شده است. با این حال، این مورد را نمی‌بایست به این صورت تفسیر

۱. همان، ص ۳۶۵.

۲. همان، ص ۳۶۶.

کرد که شورا مجوز ورود به قیمت‌گذاری در بازارهای رقابت‌پذیر را داشته باشد؛ زیرا قیمت‌گذاری منحصر به بازارهای رقابت‌ناپذیر است و بازارهای رقابت‌پذیر از جمله خودرو نمی‌تواند از مصادیق این بند از قانون باشد.^۱

قیمت‌گذاری نباید در بازارهای رقابت‌پذیر اعمال شود؛ چون آن چیزی که قیمت را در بازارهای رقابت‌پذیر معین می‌کند، رفتار فعالان بازار است. بازارهای رقابت‌پذیر ماهیتاً قابلیت قیمت‌گذاری ندارند، بلکه وجود رقابت در آن‌ها به صورت طبیعی موجب تعدیل قیمت خواهد شد. بنابراین، تنها اقدام موجه شورای رقابت در این زمینه آن است که از طریق مجاری تعریف‌شده قانونی، موجبات رقابت در بازار خودرو را فراهم آورد تا علاوه بر تعادل قیمت، رفاه مصرف‌کنندگان آن را نیز جلب کند.^۲ از این منظر، ممانعت از تعیین قیمت‌های تهاجمی که بر اساس انحصار و عدم رقابت است، جزئی از این معنا خواهد بود.

گفتار ششم. ورود شورای رقابت به قیمت‌گذاری خودرو از سال ۱۳۹۱

قیمت‌گذاری خودرو را می‌توان پرمناقشه‌ترین پرونده شورای رقابت در عرصه افکار عمومی دانست که بسیاری از شهروندان نیز با شورا از مسیر این مداخله آشنا شده‌اند. شورای رقابت از بهمن ۱۳۹۱ و با تصمیم دولت به مسئله قیمت‌گذاری خودروهای داخلی وارد شد. تجربه نزدیک به یک دهه حضور شورای رقابت در این عرصه و قیمت‌گذاری خودروهای داخلی با فرمولی خاص باعث شده است شورا با انتقادهایی مواجه شود. بسیاری بر این باورند که شورای رقابت با قیمت‌گذاری دستوری خودرو باعث افزایش ضرر و زیان خودروسازان و کاهش تمایل آن‌ها به افزایش تولید شده است که خود به بی‌ثباتی در بازار دامن می‌زند. چون شماری از متقاضیان موفق به تهیه خودرو با قیمت مصوب نمی‌شوند، باعث ایجاد فاصله زیاد بین قیمت کارخانه و قیمت بازار می‌گردد و خرید خودرو به قیمت نازل کارخانه را به نوعی رانت جویی تبدیل می‌کند.

۱. باقری، محمود و محمد صادقی، «تعامل مفهومی و مصداقی بازار و نابازار در کالبد قاعده حقوقی رقابت»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲، صص ۴۳۴-۴۳۳.

۲. صادقی، محمد، «تفکیک بازار از نابازار و تأثیر آن بر گستره اعمال حقوق رقابت»، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۳، صص ۱۳۷-۱۳۶.

شورای رقابت از منظر صلاحیت قانونی و حقوقی نمی‌تواند در این زمینه وارد شود؛ زیرا اولاً شورا مکلف به تدوین و تصویب دستورالعمل مربوط به تنظیم قیمت است که امری متمایز از قیمت‌گذاری است. ثانیاً بازار خودرو در ایران، بازاری رقابت‌ناپذیر تفسیر نشده است که شورا قیمت‌گذاری در آن را برای رفع انحصار بر عهده بگیرد.

شورای رقابت در دو سال اخیر، قیمت‌گذاری برخی از خودروهای گران‌قیمت خودروسازان را به خودشان واگذار کرد، اما هم‌چنان خودروهایی که بخش اعظم تولید را به خود اختصاص می‌دادند، توسط شورا قیمت‌گذاری می‌شدند که در نهایت و با اعطای اختیار قیمت‌گذاری خودرو به ستاد تنظیم بازار، شورای رقابت از این عرصه حذف شد.^۱

گفتار هفتم. پرونده‌های رقابتی شرکت‌های ایران خودرو و سایپا

در خصوص رفتارهای ضد رقابتی شرکت‌های انحصارگر، صنعت خودرو (به طور خاص، ایران خودرو و سایپا)، پرونده‌های متعددی نزد شورای رقابت به عنوان متولی قانونی رسیدگی به پرونده‌های رقابتی از جمله پرونده‌های رقابتی صنعت خودرو مطرح شده است. بخش عمده‌ای از این شکایات، ناشی از سوء استفاده این شرکت‌ها از وضعیت انحصاری صنعت خودروست. سوء استفاده این شرکت‌های دارای وضعیت مسلط منتهی به یکی از مهم‌ترین تصمیمات شورای رقابت در سال‌های اخیر (دستورالعمل تنظیم قیمت خودرو) شد. این دستورالعمل به دلیل تغییراتی که در روابط تولیدکنندگان خودرو و مصرف‌کنندگان به وجود آورد و اثراتی که در بازار خودرو داشت، واجد اهمیت است. شورای رقابت در تنظیم این دستورالعمل، جلسات متعددی را با خودروسازان برگزار و قراردادهای پیش‌فروش و فروش فوری شرکت‌های خودروسازی را بررسی کرد.^۲

دستورالعمل تنظیم قیمت خودرو، پنج شرط را برای افزایش قیمت خودرو ضروری می‌داند که به قابل قبول بودن میزان تولید خودرو (با تأیید شورای رقابت)، اجباری نبودن آپشن نصب‌شده روی خودروها به جز در موارد قانونی، اجرای طرح‌های فروش به گونه‌ای که دریافت‌کننده خودرو،

۱. نک: تنظیم گفتار، اولین نشریه تخصصی حوزه تنظیم‌گری، سال سوم، شماره هشتم، فروردین و اردیبهشت ۱۴۰۱.

۲. حسینی، مینا، حقوق رقابت در آیین ساختار و تصمیمات شورای رقابت، تهران: مجد ۱۳۹۶، صص ۳۱۷-۳۱۲.

مصرف‌کننده نهایی باشد و از میان برداشته شدن بازار حاشیه می‌توان اشاره کرد. هم‌چنین در این مصوبه آمده است که فرمت قراردادها باید طبق نظر شورای رقابت و به صورت منصفانه اصلاح گردد.^۱ یکی دیگر از پرونده‌هایی که با شکایت تعداد زیادی از خریداران خودرو در شورای رقابت مطرح گردید، با این وصف بود که شرکت‌های ایران خودرو و سایپا در پیش‌فروش‌های محصولات خود، تعیین قیمت نهایی خودرو را به زمان تحویل خودرو موکول کرده بودند و چنین شرطی سبب نامشخص شدن قیمت خودرو در زمان انعقاد قرارداد می‌شد. این در حالی است که در عقود معوض، شرط همواره بخشی از مورد معامله تلقی می‌گردد و مجموعه تعهدات اصلی و فرعی طرفین قرارداد، عوض عقد را مشخص می‌کند. هرگاه تعهدات فرعی مجهول باشد، موجب جهل به عوض عقد می‌شود و در عقد، غرر ایجاد می‌کند. بنابراین، طبق بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی،^۲ شرط، باطل و موجب بطلان عقد خواهد بود.^۳ از طرفی، شاکیان، خواهان تعلق نگرفتن نرخ تورم قیمتی نسبت به بخشی از قیمت خودرو شدند که در زمان انعقاد قرارداد پیش‌فروش پرداخت شده بود.

شورای رقابت در جلسه شماره ۴۷۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۵/۱۱ به استناد ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی با اکثریت آرا چنین مقرر کرد: «چنان چه مراجع ذی‌صلاح در رابطه با خودروهای انحصاری مشمول دستورالعمل قیمت‌شورا، با پیش‌فروش خودرو موافقت کنند، به نسبت مبلغ پرداختی بابت پیش‌پرداخت، هر مشتری، درصدی از قیمت رسمی خودرو را در زمان ثبت‌نام (نسبت به قیمت کارخانه) پرداخت کرده است. در این صورت، سهمی از خودرو که پیش‌پرداخت آن قبلاً انجام شده، مشمول هیچ‌گونه تورم بخشی احتمالی نخواهد بود. بدیهی است خودروهایی که قیمت آن تعیین نشده، حق پیش‌فروش نخواهند داشت». با این وصف، شرکت‌های ایران خودرو و سایپا محکوم شدند. شرکت‌های محکوم علیه به این رأی اعتراض کردند که اعتراض آن‌ها در مرحله تجدیدنظر نیز رد شد.^۴

۱. مصوبه شورای رقابت، ۱۳۹۹.

۲. ماده ۲۳۳ قانون مدنی: شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

الف) شرط خلاف مقتضای عقد.

ب) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

۳. فرحزادی، علی‌اکبر، «شرط مجهول»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۲، دوره هشتاد و یکم، شماره ۱۰۲، صص ۲۱۹-۲۱۲.

۴. شورای رقابت در جلسه مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۰ با این وصف اعلام کرد: «نظر به این‌که رأی معترض‌عنه بر اساس ماده ۵۸ قانون

نتیجه‌گیری

خودرو در عمده کشورهای پیشرفته در زمره کالاهای مصرفی است و کم‌تر ماهیت کالایی سرمایه‌ای را به خود می‌گیرد، اما در ایران با توجه به محدودیت‌های تولیدی مبتنی بر عوامل مختلف از جمله تحریم‌های ظالمانه و وضع تعرفه‌های سنگین وارداتی و نیز قوانین بازدارنده از واردات^۱، حالت کالایی سرمایه‌ای به خود گرفته که تفاوت قیمت کارخانه با بازار آزاد نیز فضایی رانتهی را به وجود آورده است.

مقررات حقوق رقابت در زمینه کنترل و نظارت دولت بر اقتصاد اهمیتی ویژه دارد و به عنوان ابزار اصلی برای پیشبرد سیاست رقابتی دولت در کنار ابزارهای دیگر عمل می‌کند. این قبیل مقررات را می‌توان در کنار مقررات زدایی و خصوصی‌سازی سبب حفاظت از کیان اقتصاد و رفاه مصرف‌کننده از طریق ممنوعیت اعمالی دانست که احتمالاً یا محققاً سبب اخلاف در رقابت سالم می‌گردند. این اعمال تحت عنوان رویه‌های ضد رقابتی یا محدودکننده رقابت به اقتصاد بسیاری از کشورها به ویژه کشورهای توسعه‌نیافته، زیان‌های جبران‌ناپذیری وارد ساخته است.

در کشور ما نیز متأسفانه با وجود زمینه‌ها و بسترهای مناسب در فقه برای تدوین قانون رقابت و ممنوعیت رویه‌های مورد اشاره، تا قبل از تصویب فصل نهم قانون اصلاح قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تنها به صورت پراکنده و نامنسجم می‌توانستیم تعداد محدودی از ممنوعیت این رویه‌ها را در قوانین ملاحظه کنیم که متأسفانه از این غفلت، خسارات زیادی بر اقتصاد کشور و تبعاً حقوق ملت تحمیل گردید.

تعجب آن جاست که با وجود احساس نیاز به تدوین قانون رقابت از سال ۱۳۷۰ به بعد، نظام حقوقی ما دارای قانون مستقلى در این زمینه نگردید و مقررات مربوط در درون قانون اصلاح قانون برنامه چهارم جای گرفت. مقتضی است اکنون که مقنن پس از گذشت سال‌های طولانی به درک این

اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اتخاذ گردیده که با اصل عدالت و انصاف در قیمت‌گذاری‌ها منطبق می‌باشد و از سویی، عمده استناد تجدیدنظرخواهان، ایراد و اشکال مؤثر و مدللی که به ارکان و مبانی استدلال رأی مذکور، خدشه قابل نقضی وارد سازد، اقامه نگردیده است. بنا علی هذا مستنداً به بند (ج) شق ۳ ماده ۶۴ قانون مارالذکر ضمن رد تجدیدنظرخواهی مطروحه، رأی معترض عنه را تأیید می‌نماید. این رأی به موجب ماده ۶۳ همین قانون قطعی است».

۱. ابلاغ ممنوعیت واردات خودرو به گمرک (۱۳۹۷/۰۴/۰۳).

ضرورت رسیده است، با اصلاحات و رفع نقاط ضعف این قانون به اقتصاد کشور و رفاه مصرف‌کنندگان کمک شایانی کند.

شورای رقابت که مولود قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است، بر اساس وظایف قانونی به مدیریت فضای رقابت مقابله با انحصار و رویه‌های ضد رقابتی می‌پردازد. از آن‌چه مطرح شد، می‌توان به این نتایج رهنمون شد:

۱. شورای رقابت بر اساس نوع وظایف و اختیارات خود از جمله مقررات‌گذاری، اجرا، تحقیق و بازرسی و هم‌چنین با توجه به ویژگی‌هایی مثل استقلال در رأی، فراقوه‌ای بودن، فرآیند تصمیم‌گیری، ابزار اقدام و سبک کنترل و پاسخ‌گویی و هم‌چنین دامنه گسترده صلاحیت آن، یک نهاد رگولاتوری ملی و فرابخشی محسوب می‌شود. با عنایت به ترکیب شورا و فرآیند تصمیم‌گیری و تدبیری که قانون‌گذار برای تضمین موقعیت شغلی اعضا در نظر گرفته است، می‌توان اذعان داشت که شورای رقابت، نهادی فراقوه‌ای است که از استقلال نسبی برخوردار است. البته با توجه به دولتی بودن بخش عمده‌ای از اقتصاد و انحصارات ناشی از آن در ایران، نحوه انتصاب اعضای شورا اگرچه لزوماً نافی استقلال رأی اعضا نیست، اما می‌تواند عینیت یافتن استقلال شورا را به ویژه در برابر دولت مشتبه کند.

۲. وجود کنترل درونی از طریق هیئت تجدیدنظر و امکان کنترل بیرونی توسط قوای مقننه و قضاییه بر تصمیمات و اقدامات شورای رقابت، امکان وقوع اشتباه‌های احتمالی را به حداقل می‌رساند و ظرفیت پاسخ‌گویی شورا را افزایش می‌دهد.

۳. قیمت‌گذاری خودرو از سوی شورای رقابت، پشتوانه قانونی و منطق حقوقی ندارد. با این حال، دخالت‌های توجیه‌پذیر شورا در دیگر کالاهایی که جنبه انحصاری داشته باشد، مشروط به این‌که در محدوده اختیارات قانونی^۱ و با توجه به همه متغیرهای اقتصادی باشد، می‌تواند مانع از تضییع حقوق مصرف‌کنندگان خودرو شود و تولیدکنندگان خودرو را به سمت افزایش بهره‌وری و کیفیت تولیدات خود و کاهش قیمت تمام‌شده هدایت کند.^۲

۱. یعنی در قالب تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالا و خدمات انحصاری باشد، نه به صورت قیمت‌گذاری.

۲. هرچند می‌توان گفت در عمل تاکنون چنین نبوده است، بلکه بر عکس با توجه به انحصاری بودن این صنعت عملاً

۴. شورای رقابت به عنوان رگولاتوری فرابخشی در اعمال صلاحیت و اختیارات خویش با چالش‌های حقوقی متعددی مواجه است که توفیق بیش‌تر منطق حقوقی حاکم بر صلاحیت‌های شورا در گرو رفع موانع و خلأهای موجود خواهد بود. از اهم این چالش‌ها، مسائلی چون ماهیت حقوقی، صلاحیت، نظارت‌پذیری و شأن قضایی شورا است که هر یک از این چالش‌ها در بطن خود با جزئیات و ابعاد دیگری نیز همراه است. از این رو، ضمن رفع خلأهای متعدد ناشی از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رفع چنین شبهاتی نیز از سوی قانون‌گذار ضرورت دارد.

تولیدکننده به شکل حداکثری در بازار دخالت و اعمال نفوذ می‌کند که این امر موجبات تضییع حقوق مصرف‌کننده را پدید می‌آورد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۳)، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۲. جیمز. م. هندرسن و ریچارد. آ. کوانت، تئوری اقتصاد خرد، ترجمه: مرتضی قره‌باغیان و جمشید پیژویان، تهران: خدمات فرهنگی رسا، ۱۳۷۱.
۳. حسینی، مینا، حقوق رقابت در آیینہ ساختار و تصمیمات شورای رقابت، تهران: مجد ۱۳۹۶.
۴. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه (جلد ۸)، تهران: امیرکبیر، بی‌تا.
۵. ساموئلسن، پلوه‌اوس نورد، اصول علم اقتصاد، ترجمه: مرتضی محمدخان، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۴.
۶. سماواتی، حشمت، مقدمه‌ای بر حقوق رقابت بازرگانی و نقش آن در سیاست‌گذاری و تنظیم بازار، تهران: فردوسی، ۱۳۹۴.
۷. فرهنگ، منوچهر، فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی (جلد ۱)، تهران: البرز، ۱۳۷۱.
۸. کاتبی، حسین‌قلی، فرهنگ حقوق (فرانسه - فارسی)، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۳.
۹. نخعی آغمیونی، منیژه و رضا نجارزاده، واژه‌های کلیدی اقتصاد خرد و کلان، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۲.
۱۰. نفیسی، علی‌اکبر، فرهنگ نفیسی (جلد ۳)، تهران: مروی، ۱۳۵۵.

ب) مقاله

۱۱. باقری، محمود و محمد صادقی، «تعامل مفهومی و مصداقی بازار و نابازار در کالبد قاعده حقوقی رقابت»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲.
۱۲. باقری، محمود و علی محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۸، دوره سی و نهم، شماره ۳.

۱۳. پورسید، سید بهزاد، محمد صادقی و شهرام محمدی، «شورای رقابت؛ از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، مجلس و راهبرد، ۱۳۹۶، سال بیست و چهارم، شماره ۹۱.
۱۴. حسینی، سید شمس‌الدین و افسانه شفیعی، «تعامل دولت و بازار و رویکرد تنظیم در اقتصاد ایران؛ تأملی در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۱۳۸۶، شماره ۴۳.
۱۵. خدادادکاشی، فرهاد، «دیدگاه‌های مختلف در مورد مفهوم و نظریه رقابت و تطبیق آن با وضعیت رقابت در بخش صنعت ایران»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۱۳۸۸، دوره هفدهم، شماره ۵۱.
۱۶. خدادادکاشی، فرهاد و محمدنبی شهیکی تاش، «حوزه و وسعت قانون رقابت با توجه به ساختار اقتصادی (مطالعه موردی ایران)»، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۶، سال نهم، شماره ۲۳.
۱۷. صادقی مقدم، محمد حسن و بهنام غفاری فارسانی، «روح حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت)»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، دوره هفتاد و پنجم، شماره ۷۳.
۱۸. فرحزادی، علی اکبر، «شرط مجهول»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۲، دوره هشتاد و یکم، شماره ۱۰۲.
۱۹. صادقی، محمد، «تفکیک بازار از نابازار و تأثیر آن بر گستره اعمال حقوق رقابت»، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۳.

ج) پایان‌نامه

۲۰. غفاری فارسانی، بهنام، «ضمانت اجراهای مدنی نقض قواعد حقوق رقابت»، رساله دکتری، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

2. Latin source

Article

1. Amerinia, M. B. "The possibility of forcing the tenant to demolish the property after the expiration of the lease period (jurisprudential-legal analysis of Article ۵۰۴ of the Civil Code)." *Fiqh Foundations of Islamic Law (Research on Islamic Jurisprudence and Law)*, 2015, 8(15), 117-135. available at: <https://sid.ir/paper/212183/fa>
2. Black, H. C., **Black's Law Dictionary** Sixth Edition, St. Paul Minn, 1990.

3. Cseres, K. J., **Competition law and consumer protection**, **Competition Law and Consumer Protection**, 2005.
4. Farajpour, R. **General maritime law**. Tehran, Arshadan Publications, 2022.
5. Ferguson, C. E., **A Macroeconomic Theory of Workable Competition**. Durham, NC, Duke University Press, 1964.
6. Gerber, D. J., **Fairness in Competition Law: European and US Experience**. In Conference on Fairness and Asian Competition Laws, Kyoto, Japan. 2004.
7. Green, O., **"Integration of Non-Efficiency Objectives in Competition Law"**, PhD diss., University of Toronto, 2008.
8. Pitofsky, R., **Political content of antitrust**. University of Pennsylvania Law Review, 127, 1978.
9. Rall, E., **"Market failure and Government failure"**, journal of economic perspective, 4, No. 3, 1990.
10. Stuyck, J., **"EC competition law after modernisation: More than ever in the interest of consumers"**, Journal of Consumer Policy, 28, 2005.
11. Taylor, M. D., **International competition law: a new dimension for the WTO?**, Cambridge University Press, 2006.
12. Valentine, Debra A., **"The Goals of Competition Law"**, In The PECC Conference on Trade and Competition Policy, 1997, Available at: [www.ftc.gov/speeches/ other/dvspeech.shtm](http://www.ftc.gov/speeches/other/dvspeech.shtm).
13. Van den Bergh, R., & Camesasca, P.D., **European competition law and economics: a comparative perspective**, Intersentia nv, 2001.

بررسی امکان وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در پرتو نقد رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

سجاد کریمی پاشاکی^۱، مهدی خطیب دماوندی^۲ و علی مشهدی^۳

چکیده

تصویب عوارض شهری از تکالیف شوراهای شهر است. قانون‌گذار در موضوع عوارض متعلق به شهرداری‌ها یا خود به صورت مستقیم تعیین تکلیف کرده یا این‌که اختیار وضع آن را به شوراهای شهر واگذاشته است. از جمله این عوارض، حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری است که با تعابیر متفاوتی در مصوبات شوراهای شهرها آمده است. بر همین اساس، دعاوی بسیاری با خواسته ابطال مصوبات یادشده در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری رسیدگی شده که نتایجی متفاوت اعم از ابطال یا تأیید برای آن‌ها رقم خورده است.

امکان تصویب این تعرفه عوارض، در مبانی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری (مصوب ۱۳۶۱ با اصلاحات بعدی) و نیز قوانینی چون موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور (مصوب ۱۳۷۵) و قانون مالیات بر ارزش افزوده (مصوب ۱۳۸۷) و قانون برنامه پنجم توسعه مستند شده است.

در این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی ضمن بررسی ماهیت عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و امکان قانونی وضع آن به ویژه در خصوص مؤسسات با ماهیت دولتی، به نقد رویه متعارض هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده‌های مربوط پرداخته و مشخص می‌شود که مبانی استدلالی این مرجع قضایی در این زمینه قابل ایراد است.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، شورای شهر، عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها، نقد رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) Sajadkarimipashaki@gmail.com

۲. مهدی خطیب دماوندی، دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. Mehdikhatib76@yahoo.com

۳. علی مشهدی، دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. droitenviro@gmail.com

مقدمه

ملازمه اداره امور شهر با منابع درآمدی شهرداری‌ها امری اجتناب‌ناپذیر و ثابت شده است. بر همین اساس، برای اداره ساختار شهرداری‌ها اعم از منابع انسانی و مدیریت شهری، وجود منابع مالی و پیش‌بینی تحویل آن در بودجه شهرداری‌ها ضروری خواهد بود. به این ترتیب، رابطه معناداری میان توسعه پایدار شهری و منابع درآمدی شهرداری‌ها وجود دارد. بی‌تردید، کیفیت زندگی و چگونگی خدمات‌رسانی در شهر، رابطه معناداری با پویایی اقتصادی آن دارد و این پویایی نیز در تعامل منابع مالی پایدار جریان می‌یابد.^۱

بر همین اساس و حسب نیاز به منابع درآمدی، قانون‌گذار در قوانین مختلف علاوه بر پیش‌بینی اعتبارات دولتی به شهرداری‌ها، ابزارهایی را برای تحویل درآمد در اختیار شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها گذارده است که یکی از آن‌ها، امکان وضع و دریافت عوارض است. در همین راستا، قانون‌گذار یا به طور مستقیم مانند قانون عوارض نوسازی یا به واسطه مانند احکام قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران و نیز قانون مالیات بر ارزش افزوده، تمهیداتی را برای ایجاد منابع درآمدی در قالب عوارض پیش‌بینی کرده است که شوراهای شهر مطابق با تشریفات می‌بایست تصویب کنند.

از جمله این عوارض که یکی از مناقشه‌برانگیزترین مباحث در رسیدگی‌های هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به شمار می‌رود، عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری است که تحت عناوین مختلفی مانند: عوارض فعالیت شعب بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و عوارض فعالیت عابربانک در مصوبات شوراهای شهر وضع می‌گردد. با این حال، بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری منقسم به دولتی و غیر دولتی دارای احکامی در قوانین مختلف مبنی بر معافیت از شمولیت در چنین تعرفه عوارضی هستند و برداشت‌ها و تفسیرهای قضایی از برخی احکام دیگر قوانین نیز بر شمولیت آن‌ها در این عوارض دلالت دارد. از این رو، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. رحیمی، احمد، حمیدرضا کرمانی حبیب آبادی و فرزانه حیرانی، «نقش درآمد پایدار عوارض مالیات بر ارزش افزوده در مدیریت شهری»، اولین کنفرانس سالانه پژوهش‌های معماری، شهرسازی و مدیریت شهری، یزد: ۲۸ آذر ۱۳۹۴.

در مقاطع زمانی مختلف، دو نوع رأی مبتنی بر ابطال شدن یا نشدن چنین تعرفه عوارضی صادر کرده است. از مهم‌ترین آرای صادرشده که ناظر بر اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است، دادنامه‌ای است که در آن، برخی از آرای گذشته این مرجع قضایی را که مبتنی بر ابطال مصوبات حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری صادر شده بود، لغو و صحت صدور این عوارض را تأیید کرد.

با این حال، با توجه به ضرورت شناخت ماهیت عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و دیگر عناوین مشابه آن و تطابق فرمول محاسبه این عوارض با ممنوعیت‌های مصرّح قانونی دریافت عوارض از جمله مفاد قانون ارزش افزوده و علاوه بر آن، مذاقه در استنادات ارجاعی مندرج در آرای هیئت عمومی دیوان در ابطال نکردن این عوارض بیانگر آن است که در رسیدگی قضایی، جنبه‌های بسیاری مغفول مانده و رویکرد دوگانه دیوان عدالت اداری را پدید آورده است.

سوابق تحقیقاتی موضوع نشان می‌دهد که امید محمدی در مقاله «بررسی فقهی و حقوقی اخذ عوارض و بهای خدمات کسب و پیشه و مشاغل از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری» با اشاره به ممنوعیت اخذ عوارض از فعالیت‌های فرامحلی و نیز ممنوعیت اخذ عوارض به درآمدهای مأخذ محاسبه مالیات مستند به مواد ۵۰ و ۵۱ قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷/۲/۱۷، وضع و دریافت عوارض از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و صندوق قرض‌الحسنه را مخالف با قوانین و شرع دانسته است.^۱

علی سهراب‌لو نیز در مقاله «درآمدی بر صلاحیت شوراهای محلی در وضع عوارض و تحدیدات وارده بر آن»، به صلاحیت شوراهای محلی در وضع عوارض پرداخته و تحدیدات قانونی حاکم بر این صلاحیت را به ویژه ناظر بر قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷ بررسی کرده است.^۲ مقالات دیگری هم در خصوص تأمین درآمد پایدار برای شهرداری‌های کشور و نقش عوارض در این درآمدها وجود دارد.

۱. محمدی، امید، «بررسی فقهی و حقوقی اخذ عوارض و بهای خدمات کسب و پیشه و مشاغل از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری»، چهارمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، تهران: دانشگاه تهران، ۲۳ اسفند ۱۳۹۷، صص ۱-۱۸.

۲. سهراب‌لو، علی، «درآمدی بر صلاحیت شوراهای محلی در وضع عوارض و تحدیدات وارده بر آن»، مجموعه مقالات نهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران: سازمان امور مالیاتی، ۲۵ آذر ۱۳۹۴، صص ۱۵۹-۱۷۴.

با توجه به اهمیت دادرسی اداری و ایجاد رویه قضایی در استقرار عدالت اداری و اصل قانونی بودن وصول عوارض که در شکل و ماهیت وضع می‌بایست از این اصل تبعیت داشته باشد، در مقاله حاضر به روش تحلیلی و توصیفی ضمن پرداختن به ماهیت عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری به رویکرد دوگانه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رسیدگی به موضوع ابطال این عوارض پرداخته‌ایم و ضمن نقد رویه این مرجع قضایی، امکان یا امتناع وضع چنین عوارضی بررسی می‌شود.

گفتار نخست. مفاهیم و مبانی نظری

بند اول. عوارض، مفهوم لغوی و دامنه کاربردی

در قوانین موضوعه ایران، تعریف دقیقی از عبارت عوارض وجود ندارد. بر همین اساس، برداشت‌ها و تفاسیر عملاً باعث شناور بودن دامنه مفهومی آن شده است و عموماً به جهت انتفاع حاصله، در مواقعی که قوانین، حکم صریحی بر وضع عوارض مشخص ندارد، ذی‌نفعان، تعاریف آن را به تأمین منافع خود معطوف می‌کنند.

عبارت «عوارض» از ریشه «عَرَض» و جمع واژه «عارضه» است. عارضه، «حادثه، پی‌آمد و رویداد» معنا شده، اما اسم جمع آن، استعمالی به طور اخص داشته که مبتنی بر کارکرد آن در مقاطع زمانی گوناگون، اما نسبتاً مشابه با معنای لغوی آن مفهوم یافته که ناظر بر دریافتی با ارزش مالی در قبال خدمت است. این عبارت در معنای نوعی باج تعریف شده است که عُمال حکومت دریافت می‌کردند، اما توسعه آن با توجه به تشکیل دولت-ملت‌ها و تحدید حقوق و تکالیف این دو در قوانین اساسی و موضوعه باعث گردید تا تعریف «عوارض» نسبت به گذشته تنظیم و تنسیق حقوقی‌تری یابد. آن چه اهمیت دارد، همان فهم ریشه لغوی «عوارض» است که پی‌آمد و رخدادی حادث شده معنا و مفهوم یافته است. این حوادث بنا به سبب معین، مستلزم نوعی تأدیه تحت عنوان باج یا مفهوم امروزی آن، عوارض می‌گردد. بنابراین، وجه مشترک همه تعاریف اعم از لغوی و حقوقی، مُعوض بودن این دریافت‌ها آن هم به شکلی قابل احساس است؛ چون در غیر این صورت، این عبارت در کارکرد با عبارات خَلط خواهد شد.

محمدجعفر جعفری لنگرودی، «عوارض» را کلمه‌ای به صیغه جمع به معنی نوعی باج تعریف کرده است که فرق عمده آن (در غالب مصادیق) با مالیات در این است که هزینه‌هایی است که یک مؤسسه عمومی (اداری یا شهرداری) در مقابل انجام کار یا خدمت دریافت می‌کند و ممکن است مستقیماً یا غیر مستقیم از مصوبات مجلس باشد.^۱ علی‌اکبر دهخدا نیز آن را «خراج و مالیات فوق‌العاده و غیر معهود که علاوه بر مالیات معین از رعایا اخذ می‌شود»،^۲ تعریف کرده است. بنابراین، مُعوض بودن عوارض به ارائه خدماتی معین از جمله مهم‌ترین خصوصیات آن محسوب شده است که از طریق دولت یا مؤسسات عمومی با جواز مستقیم قانون‌گذار مبنی بر اخذ یا به وسیله واگذاری صلاحیت وضع آن به مراجع قانونی، امکان مطالبه این عوارض را ممکن می‌سازد. بر همین اساس است که عوارض را «شبه مالیات» نیز می‌خوانند.^۳

در حوزه فعالیت شهرها، عوارض را مبلغ یا مبالغی دانسته‌اند که مستند به قوانین جاری، نوع و میزان آن به تصویب مرجع قانونی رسیده و به صورت آگهی عمومی برابر مقررات، توسط شهردار اعلام می‌شود.^۴ توجه به لزوم آگهی عمومی در تعریف اخیر، به ایجاد تکلیف و ضرورت آگاهی مردم از آن دلالت می‌کند. بنابراین، بدیهی است که مانند قاعده حاکم بر ماده ۴ قانون مدنی که قوانین را پس از ۱۵ روز از انتشار در روزنامه رسمی لازم‌الاجرا می‌داند، ایجاد تکلیف ناشی از وضع عوارض نیز می‌بایست مشابه آن، از طریق مجاری رسمی به اطلاع مردم رسانده شود. در تعریفی دیگر، عوارض، مبلغی دانسته شده است که دولت یا سازمان‌های اداری محلی یا مؤسسات عمومی، به اجبار در قبال انجام خدمتی عمومی و بدون تناسب با قیمت آن از استفاده‌کنندگان ممتاز خدمت وصول می‌کنند، مانند عوارض عبور از بزرگراه‌ها، عوارض نوسازی شهرداری و عوارض صید و شکار.^۵

بر اساس تعاریف گفته‌شده و ریشه لغوی «عوارض»، شاخص‌های آن را می‌توان به این ترتیب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۴۹۸.

۲. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ذیل واژه «عوارض».

۳. رستمی، ولی، *مالیه عمومی*، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۵۰.

۴. عباس‌زاده، عبدالرضا، *انواع عوارض و نحوه محاسبه آن‌ها در شهرداری‌ها*، تهران: معاونت آموزشی پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی، ۱۳۸۹، ص ۴.

۵. رستمی، ولی، «جزوه درس مالیه عمومی»، تهران: مؤسسه آموزش عالی غیر انتفاعی مجازی نور طوبی، بی تا، ص ۲۸.

طبقه‌بندی کرد:

۱. دریافت به موجب قانون؛
 ۲. وصول به اجبار؛
 ۳. قرار گرفتن در قبال خدمت معین؛
 ۴. تناسب نداشتن با قیمت خدمات ارائه‌شده؛
 ۵. اختیاری بودن نهاد عوارض (اختیاری بودن استفاده از خدمتی که عوارض در قبال آن معین شده است و در نتیجه، اختیاری بودن پرداخت عوارض)^۱؛
 ۶. تشریفاتی بودن وضع آن؛
 ۷. اطلاع‌رسانی عمومی وضع آن.
- از این رو، حق و تکلیف در وضع و برخورداری از این خدمات با پرداخت عوارض ملازمه دارد و تراضی یا توافق کتبی یا شفاهی و نیز اقتضایی طرفین به همراه دیگر مشخصه‌های عنوان شده در تشخیص مشمولان و چارچوب‌های حاکم بر وضع و وصول عوارض نقش کلیدی خواهد داشت.

بند دوم. مستندات قانونی وضع عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری و موارد منع اخذ آن

شورای شهر از مصادیق نهاد شورا است که جایگاه و تأثیر بسیاری در اداره امور شهری دارد. به این منظور، استقرار حق وضع عوارض برای این نهاد برای تحقق مدیریت مطلوب این شورا لازم و ضروری است.^۲ شوراهای شهر، مستند به قوانین مختلف نسبت به وضع عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری اقدام می‌کنند که بسیاری از آن‌ها در متن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز دارای ارجاع است. از سوی دیگر، موادی از قوانین نیز در تقابل با این استنادات قانونی مطرح شده که مجتمعاً به این شرح قابل طرح و تقسیم‌بندی است:

۱. موسی‌زاده، ابراهیم و علی سهراب‌لو، «صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، دوفصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، ص ۹۱.

۲. سهراب‌لو، پیشین، ص ۱۶۵.

یک - مستندات امکان

۱. بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری، مصوب ۱۳۶۱ با اصلاحات مصوب ۱۳۶۹؛^۲
۲. بند ۱۶ ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی؛^۳
۳. تبصره ۱ ماده ۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه، مصوب ۱۳۸۱^۴ (معروف به قانون تجمیع عوارض)؛
۴. تبصره ۱ ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷؛^۵

دو - مستندات امتناع

۱. بند «ب» ماده ۳۰ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸؛^۶
۲. بند «ج» ماده ۱۷۴ قانون برنامه پنجم توسعه، مصوب ۱۳۸۹؛^۷

۱. «مادامی که درآمدهای پیش‌بینی شده کافی نباشد، شورای شهر می‌تواند با تنفیذ ولی امر برای تأمین هزینه‌های شهرداری، عوارضی متناسب با امکانات اقتصادی محل و خدمات ارائه شده تعیین نماید».

۲. «مادامی که درآمدهای پیش‌بینی شده کافی نباشد، شورای شهر می‌تواند با تصویب وزارت کشور و تنفیذ ولی امر، عوارضی متناسب با امکانات اقتصادی محل و خدمات ارائه شده تعیین نماید».

۳. «تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و هم‌چنین تغییر نوع و میزان آن با در نظر گرفتن سیاست عمومی دولت که از سوی وزارت کشور اعلام می‌شود».

۴. «وضع عوارض محلی جدید و یا افزایش نرخ هر یک از عوارض محلی، می‌بایستی حداکثر تا پانزدهم بهمن ماه هر سال برای اجرا در سال بعد تصویب و اعلام عمومی گردد».

۵. «شوراهای اسلامی شهر و بخش جهت وضع هر یک از عوارض محلی جدید که تکلیف آن‌ها در این قانون مشخص نشده باشد، موظفند موارد را حداکثر تا پانزدهم بهمن ماه هر سال برای اجرا در سال بعد، تصویب و اعلام عمومی نمایند».

۶. «هرگونه افزایش قیمت برای خدمات، تحقیقات و تولیدات و وضع عوارض غیر از موارد پیش‌بینی شده در این قانون برای وزارت خانه‌ها، نهادها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی منوط به تصویب شورای اقتصادی می‌باشد».

۷. «شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها و سایر مراجع ذی‌ربط موظفند تا پایان سال اول برنامه از طریق تدوین نظام درآمدهای پایدار شهرداری‌ها با اعمال سیاست‌های ذیل اقدام نمایند».

۳. ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷^۱ و بندهای ۸ و ۱۱ ماده ۱۲ این قانون؛^۲

۴. ماده ۱۱۲ قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات بعدی.^۳

گفتار دوم. یافته‌های تحقیق

بند اول. ماهیت عوارض حق کسب و پیشه یا تجارت

اصطلاح «حق کسب و پیشه و تجارت» برای نخستین بار در قانون ۴ آوریل ۱۸۷۲ فرانسه به رسمیت شناخته شد و سپس در سال ۱۹۰۹، «قانون کوردله» نام گرفت که مقرراتی را برای رهن حق کسب و پیشه و تجارت معین کرد.^۴ زمانی که از حق کسب و پیشه در قوانین ایران صحبت می‌شود، بدواً باید به قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۳۹ مراجعه کرد؛ چون در این قانون، چنین حقی تأسیس شد و سپس در قوانینی چون قانون مربوط به تملک زمین‌ها برای اجرای برنامه‌های شهرسازی، مصوب ۱۳۳۹/۳/۱۷ تصریح و تکرار گردید. در واقع، حقوق کسب و پیشه، جبران زیان ناشی از تخلیه محل کار و فعالیت انتفاعی مستأجر و از بین رفتن موقعیت شغلی اوست که در سالیان متمادی فراهم شده است.^۵

در حقوق عرفی (کامن‌لا)، حق کسب، پیشه یا تجارت به مفهوم توقع معقول به داشتن مشتریان

۱. «برقراری هر گونه عوارض و سایر وجوه برای انواع کالاهای وارداتی و تولیدی و هم چنین ارائه خدمات که در این قانون، تکلیف مالیات و عوارض آن‌ها معین شده است، هم چنین برقراری عوارض به درآمدهای مأخذ محاسبه مالیات، سود سهام شرکت‌ها، سود اوراق مشارکت، سود سپرده‌گذاری و سایر عملیات مالی اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی مجاز، توسط شوراهای اسلامی و سایر مراجع ممنوع می‌باشد».

۲. معافیت‌ها:

۸. اموال غیر منقول...

۱۱. خدمات بانکی و اعتباری بانک‌ها، مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری و صندوق‌های قرض الحسنه مجاز و صندوق تعاون؛

۳. «ادارات و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت به نسبت سهمی که متعلق به دولت است و هم چنین باشگاه‌های ورزشی غیر انتفاعی که وابسته به سازمان تربیت بدنی بوده و ترازنامه آن‌ها مورد رسیدگی و تصویب سازمان مزبور قرار گیرد، از پرداخت عوارض مستغلات و سطح شهر معافند، ولی مکلف به پرداخت سایر عوارض شهرداری‌ها خواهند بود.»

۴. صدقی، غلام علی، «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی (با تحلیل آرای قضایی)»، فصل‌نامه نقد رأی، دوره جدید، سال اول، زمستان ۱۳۹۱، شماره ۱، ص ۲.

۵. نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، تهران: کیهان، ۱۳۷۰، ص ۲۶۶.

دایم و گذری ثابت است.^۱ پس حق کسب و پیشه یا تجارت، یک حق مالی است که به تدریج برای مستأجر محل کسب و پیشه تحصیل می‌شود و قابل تقویم به پول است و در صورت تخلیه عین مستأجره (جز در مواردی که مستأجر مرتکب تخلفات ماده ۱۴ شده باشد)، باید تقویم و به مستأجر پرداخت شود و در صورت انتقال و واگذاری منافع عین مستأجره (به اذن مالک یا دادگاه) توسط مستأجر بعدی به مستأجر قبلی پرداخت می‌شود.^۲ این حق مالی به تبع مالکیت منافع برای مستأجر محل کسب و پیشه یا تجارت تحقق می‌یابد و قابلیت انتقال به غیر را همراه با منافع عین مستأجره دارد.^۳ ماهیت «حق کسب و پیشه یا تجارت»، ناظر بر فعالیت تجاری و اقتصادی در مکان معین است که باعث ایجاد ارزش کسب و کار می‌گردد و به اعتبار این فعالیت و در گذر زمان، در واگذاری یا اجاره ملک، این ارزش نیز منتقل می‌شود و واجد ارزش مالی خواهد بود.

در حقوق ایران در خصوص حق کسب و پیشه و نیز مناسبات آن با حق سرقتی، مباحث مفصلی وجود دارد، اما صرف نظر از دیدگاه‌های مختلف، در این تحقیق، مبنا بر فهم دقیق این عبارت و تداخل آن در موضوع عوارض موضوعه شوراهای شهر است و این که چه گونه به اعتبار این عبارت می‌توان عوارض وضع و وصول کرد؟ بنابراین، در مورد وضع عوارض شهری، قواعد حاکم بر حق کسب و پیشه و تجارت که ناشی از تملک منافع یعنی قالب اجاره است، حاکم نیست و در عوارض موضوعه شوراهای شهر، نوعی مطالبه و وجوه از اعتبار تجاری مالک یا مستأجر مبتنی بر حدود اعیانات ناشی از فعالیت تجاری مجرا می‌شود. ملاک تعلق عوارض کسب و پیشه به صنوف مختلف، فعالیت در مشاغل مختلف (اعم از کسب و پیشه و تجارت و صنعت) به منظور انتفاع است.^۴ این انتفاع را در

۱. قلی‌زاده منقوطای، احد، «تحلیل چگونگی کارکرد حقوقی جای‌گزینی حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقتی، اجتناب‌ناپذیری پذیرش احترام حق رونق تجاری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهارم و هفتم، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۳، ص ۴۹۲.

۲. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقتی»، مجله فقه و حقوق، سال دوم، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۶، صص ۱۱۴-۸۹.

۳. ملک‌زاده، فهیمه، «سرقطی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (س))»، پژوهش‌نامه متین، دوره هفدهم، شماره ۶۸، آذر ۱۳۹۴، ص ۱۴۳.

۴. ایمانی، غلام‌رضا و پروین رضایور، «گذری بر عوارض کسب و پیشه (نمونه موردی: شهر تبریز)»، قابل دسترسی در: www.daramad.tabriz.ir/?MID=21&Type=News&TypeID=7&id=18.

ماده ۱۴ قانون نظام صنفی، مصوب ۱۳۸۲ هم می‌توان دید، چون به انحایی به عوارض کسب و پیشه اشاره شده بود: «افراد صنفی مکلفند در هر سال، عوارض کسب و پیشه، حق عضویت اتحادیه (در صورت عضویت) و مالیات خود را بپردازند».

این ماده با اصلاح قانون در سال ۱۳۹۲ به پرداخت حق عضویت سالانه اتحادیه‌ها توسط افراد صنفی محدود شد. با این حال، وضع این عوارض توسط شوراهای شهر مبتنی بر شهرت تجاری و وجود مشتریان و اعتبار تاجر با تأکید بر اعیانات اشغالی است که مبنای محاسبه عوارض کسب و پیشه و تجارت قرار می‌گیرد. به نوعی می‌توان این عوارض را بر املاکی که در آن تجارت جریان دارد، توصیف کرد؛ چون در فرمول‌های محاسباتی این عوارض نیز صرف نظر از نوع فعالیت تجاری و ارزش آن، مساحت اعیانات نقش کلیدی را ایفا می‌کند.

بند دوم. فرمول و شیوه محاسبه عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری

فرمول و شیوه محاسبه عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری عموماً در قالب مصوبه‌های شوراهای شهر یکسان است و متغیرهای این فرمول ناظر بر مکان است. به طور مثال، در ماده ۳۶ دفترچه عوارض سال ۱۳۹۸، مصوب شورای شهر بندرانزلی آمده است: «به دلیل ارائه خدمات شهرداری به شهروندان و اماکن از جمله بانک‌ها و مؤسسات مالی، اعتباری و قرض‌الحسنه‌های واقع در محدوده شهر و صرف هزینه خدمات در این زمینه، عوارضی بر مکان‌های استقرار بانک‌ها و ... به شرح زیر وصول خواهد گردید»^۱.

فرمول محاسبه این عوارض نیز چنین تعیین شده است: $۵۰\% \times \text{مساحت اعیانی شعبه PT}$. در تبصره ۱ این ماده آمده است: «ملاک محاسبه عوارض یادشده، مساحت مورد استفاده تجاری می‌باشد و شامل سرویس بهداشتی، اتاق نگهبانی مجزا، لابی، بایگانی، نورگیر و راه‌پله و ساختمان مسکونی مدیر شعبه، نمازخانه و ... نمی‌شود».

منظور از P یا قیمت منطقه‌ای، ارزش معاملاتی زمین و ساختمان بر مبنای اعلام سازمان امور اقتصادی و دارایی در اجرای ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم و در صورت دسترسی نداشتن به

۱. شورای اسلامی شهر بندرانزلی، دفترچه تعرفه عوارض سال ۱۳۹۸، بندرانزلی: دبیرخانه شورای اسلامی شهر بندرانزلی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۲.

ارزش داریی، ارزش معاملاتی سال ۹۴ با احتساب افزایش‌های سنواتی مصوب شوراهای شهر ملاک عمل است. هم‌چنین عبارت T در جدول پیشنهادی، محدوده P بر اساس ارزش منطقه‌ای داریی است. در نتیجه، برآیند این فرمول آن است که عوارض یادشده را در منشأ املاک ظاهر می‌سازد به عبارتی، شوراهای شهر با اشاره به کسب و پیشه و تجارت بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری که ناظر بر فعالیت و عملکرد است، احتساب عوارض گفته‌شده را مبتنی بر متغیرهایی چون مساحت اعیانات، موضوع فعالیت و نیز ارزش منطقه‌ای در نظر گرفته است.

بند سوم. محدودیت‌های قانون مالیات بر ارزش افزوده در وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها

در قوانین، اجازه وضع عوارض به شوراهای شهر داده شده است، اما وضع این عوارض باید چارچوبی قانونی داشته و امکان وضع آن نیز اقتضائاً باشد. علاوه بر آن، توجه به مشخصه‌های هفت‌گانه عوارض نیز در وضع و وصول آن اهمیت دارد. بانک‌ها و مؤسسات مالی بر دو قسم دولتی و غیر دولتی در نظام بانکداری ایران تأسیس یافته‌اند و با توجه به ماده ۳ قانون تجارت، به دلیل فعالیت بانکی، تجاری محسوب می‌شوند. یکی از دلایل وضع این عوارض، استناد به فعالیت تجاری بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری است که بر همین مبنا حتی در برخی از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به آن استناد شده است. مستند قانونی مربوط به وضع عوارض یادشده، تبصره ۱ ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷ است که بر اساس آن، شوراهای شهر و بخش برای وضع هر یک از عوارض محلی جدید که تکلیف آن در این قانون مشخص نشده باشد، موظفند که موارد را حداکثر تا پانزدهم بهمن ماه هر سال برای اجرای در سال بعد، تصویب و اعلام عمومی کنند.

توجه به ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده در امکان داشتن یا نداشتن وضع این عوارض اهمیت دارد؛ چون در این ماده، برقراری هر گونه عوارض توسط شوراهای که تکلیف مالیات و عوارض آن‌ها معین شده، ممنوع است. شیوه چینش عبارات در این ماده به صورتی است که دو نوع برداشت از آن قابل طرح است. برداشت نخست ناظر بر آن است که هر گونه وضع عوارض در خصوص عوارضی که در این قانون تعیین تکلیف شده، ممنوع است که در این صورت، ممنوعیت یادشده بر تعیین تکلیف مالیات چه دایر بر پرداخت و چه ناظر بر معافیت برای انواع کالاهای وارداتی، تولید و ارائه خدمت، قابل تسری نیست. برداشت دوم مبتنی بر منطوق ماده است که در آن، وضع هر گونه

عوارض در صورت تعیین تکلیف شدن عوارض و مالیات برای انواع کالاهای وارداتی و تولیدی و هم‌چنین ارائه خدمات اعم از شمولیت و نیز معافیت ممنوع دانسته شده است.

به نظر می‌رسد برداشت دوم با توجه به ادامه ماده که در آن، برقراری عوارض به درآمدهای مأخذ محاسبه مالیات، سود سهام شرکت‌ها، سود اوراق مشارکت، سود سپرده‌گذاری و دیگر عملیات‌های مالی اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی مجاز، ممنوع دانسته شده، به اراده مقنن نزدیک‌تر است. علاوه بر آن، توجه به بندهای ۸ و ۱۱ ماده ۱۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده که بر اساس آن، اموال غیر منقول و نیز خدمات بانکی اعتباری بانک‌ها، مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری و صندوق‌های قرض الحسنه مجاز و خدمات معاملات و تسویه اوراق بهادار و کالا در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس را در زمره معافیت‌های مالیاتی تصریح کرده، از عزم مقنن بر منع وضع عوارض بر مالیات و عوارضی دارد که در این قانون تعیین تکلیف شده است.

در قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۴۰۰، معافیت از مالیات و عوارض با عناوین احصاشده دقیق‌تری بیان شده است. مقنن در ماده ۹ این قانون، عرضه کالاها و ارائه خدمات عنوان شده ذیل این ماده را از پرداخت مالیات و عوارض معاف کرده است. در بند ۱۰ بخش «الف» این ماده، دارایی‌های غیر منقول و در بند ۵ و ۶ بخش «ب» این ماده، عملیات و خدمات بانکی و نیز خدمات اعتباری قرض الحسنه صندوق‌های قرض الحسنه دارای مجوز، معاف از عوارض و مالیات شمرده شده است که مشخص می‌کند امکان وضع عوارض شهری بر این عناوین وجود ندارد.

بند چهارم. رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نقد آن

در موضوع رسیدگی به دعاوی مربوط به ابطال تعرفه عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، پرونده‌های متعددی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح گردیده و به تناسب زمان وضع این عوارض و قوانین حاکم و هم‌چنین استدلال‌های اصحاب دعوا، آرای مبنی بر ابطال کردن یا نکردن مصوبات شوراهای شهر صادر کرده است. با این حال، رویکرد دوگانه متعارض هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در موضوعی واحد به چشم می‌خورد که حتی در مقاطعی با اعمال ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، نسبت به آرای صادره قبلی، بازنگری کرده یا تعارض میان آرای هیئت عمومی در خصوص این موضوع، منجر به رأی جدید شده است.

توجه به مبانی استدلالی آرا نیز بیانگر تناقض‌هایی است که نشان می‌دهد رویکرد علمی به موضوع مناقشه‌آمیز امکان یا امتناع وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات اعتباری حاکم نیست که نتیجه آن، شفاف نبودن رویه قضایی در خصوص این موضوع است. صرف نظر از دلایل اصحاب دعوا در موضوع پرونده‌های مطرح‌شده و نیز گستره ملی یا محلی بودن فعالیت بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، نشناختن ماهیت عوارض حق کسب و پیشه باعث ورود مرجع دادرسی به مصادیق گردید که به تناسب آن سبب صدور آرای متعارضی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و به فراخور آن، اعمال ماده ۹۲ گردید. به همین دلیل، آخرین رأی صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۴۷۶ الی ۴۷۹ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۳ که جامع مبانی استدلالی مؤثر در موضوع است، نقد و بررسی می‌شود.

در این دادنامه آمده است: «ب: حسب تبصره ۱ ماده ۳ قانون تجارت، محل فعالیت بانک‌ها از مصادیق واحدهای تجاری است و از آن‌جا که بانک‌های دولتی، خصوصی، صندوق‌های قرض‌الحسنه و مؤسسات مالی و اعتباری بر اساس قانون تجارت، تاجر محسوب می‌شوند، تبعاً تاجر بودن، ارتباطی با فعالیت کشوری و غیر محلی آن‌ها نداشته و پرداخت عوارض محلی، منصرف از سطح فعالیت می‌باشد و از سوی دیگر، چون همه مشاغل مشمول قانون نظام صنفی و خارج از نظام صنفی کشور به لحاظ تجارت و کسب درآمد نسبت به سطح اشغال در شهرها، مکلف به پرداخت عوارض محلی (کسب و پیشه) هستند و بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری یادشده، مستثنی از این قاعده نخواهند بود و با عنایت به این‌که در بند ۱۱ ماده ۱۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده، فعالیت بانکی و اعتباری بانک‌ها و مؤسسات و تعاونی‌های اعتباری و صندوق‌های قرض‌الحسنه مجاز و صندوق تعاون صرفاً از پرداخت مالیات، معاف و طبق بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۱ که اشعار می‌دارد عوارض محلی شهرداری از کلیه مشمولین قانون نظام صنفی (صاحبان حرفه و پیشه و مشاغل) و مشمولین قوانین خاص مثل بانک‌ها، مطب پزشکان، وکلا و غیره با پیشنهاد وزیر کشور تصویب و اجرا شده است و اختیارات قانونی موضوع بند ۱۶ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی و تبصره ۱ ماده ۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان

خدمات و کالاهای وارداتی مصوب ۱۳۸۱ و مستنداً به ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ ضمن احراز تعارض در آرای بند (الف) گردش کار این رأی، آرای شماره ۱۰۳۳-۱۳۹۶/۱۰/۱۲، ۱۲۴۰-۱۳۹۷/۱/۶ و ۳۵۰ الی ۳۵۳-۱۳۹۷/۳/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که به رد شکایت صادر شده، صحیح تشخیص داده می‌شود و در نتیجه، مصوباتی که به موجب آرای شماره (۱۱۳-۱۳۸۷/۲/۲۹)، (۲۲۰-۱۳۹۱/۴/۲۶)، (۳۴۴-۱۳۸۸/۴/۲۱)، (۲-۱۳۸۹/۲/۱۶)، (۲۱۹)، ۲۲۰ و ۲۲۱-۱۳۹۱/۴/۲۶، (۷۲۴ الی ۷۵۹-۱۳۹۱/۱۰/۱۱)، (۱۱۱-۱۳۹۲/۲/۲۳)، (۲۵۴ الی ۲۶۰-۱۳۹۲/۴/۱۰)، (۴۷۳-۱۳۹۲/۷/۲۲)، (۱۶۸۱ الی ۱۷۵۳-۱۳۹۳/۱۰/۸)، (۷۰۸ الی ۷۱۵-۱۳۹۵/۹/۱۶)، (۴۱۳-۱۳۹۶/۵/۳) هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شده است، واجد اعتبار است»^۱.

این رأی دربرگیرنده ۲ دادنامه با نتیجه عدم ابطال و ۱۲ دادنامه با نتیجه ابطال تعرفه عوارض مربوط است که برخی از این دادنامه‌ها به آرای دیگری از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مستند شده‌اند. در مجموع، رأی مورد بررسی بر آرای صادرشده بسیاری از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام وحدت رویه اثر می‌گذارد.

دادنامه مورد بررسی از چند بخش تشکیل شده که در واقع، مبانی استدلالی دادنامه است و هر قسمت به طور مستقل قابل بررسی و نقد است.

۱. برگرفته از سایت دیوان عدالت اداری.

جدول شماره ۱ - فهرست آرای ابطالی و عدم ابطالی موضوع دادنامه ۴۷۶ الی ۴۷۹

آراء ابطالی			آراء عدم ابطالی		
ردیف	شماره دادنامه	تاریخ	ردیف	شماره دادنامه	تاریخ
۱	۱۰۳۳	۱۳۹۶/۱۰/۱۲	۱	۱۱۳	۱۳۸۷/۲/۲۹
۲	۳۵۳-۳۵۰	۱۳۹۷/۳/۱	۲	۲۲۰	۱۳۹۱/۴/۲۶
			۳	۳۴۴	۱۳۸۸/۴/۲۱
			۴	۲	۱۳۸۹/۲/۱۶
			۵	۲۱۹ الی ۲۲۱	۱۳۹۱/۴/۲۶
			۶	۷۲۴ الی ۷۵۹	۱۳۹۱/۱۰/۱۱
			۷	۱۱۱	۱۳۹۲/۲/۲۳
			۸	۲۵۴ الی ۲۶۰	۱۳۹۲/۴/۱۰
			۹	۴۷۳	۱۳۹۲/۷/۲۲
			۱۰	۱۶۸۱ الی ۱۷۵۳	۱۳۹۳/۱۰/۸
			۱۱	۷۰۸ الی ۷۱۵	۱۳۹۵/۹/۱۶
			۱۲	۴۱۳	۱۳۹۶/۵/۳

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در بخش اول دادنامه در خصوص گستره فعالیت محلی یا ملی بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری با اشاره به بند ۱ ماده ۳ قانون تجارت، این دسته از مؤسسات را صرف نظر از محدوده فعالیت، تاجر دانسته و از این رو، محلی یا ملی بودن فعالیت این مؤسسات را تضییق‌کننده شمولیت عوارض مطرح‌شده ندانسته است. این موضوع بدون رد یا تأیید مصداقی عوارض، درست ارزیابی می‌شود؛ زیرا عوارضی که بر اساس قانون و اقتضائات قانونی وضع گردیده باشد، صرفاً به دلیل ملی بودن فعالیت، از شمول معافیت محسوب نخواهد شد، مگر به تصریح قانون.

با این حال، بر خلاف مقدمه مطرح‌شده در این بخش، نتیجه‌گیری فراز دوم آن بی‌ارتباط است و منجر به تأسیس قاعده شده است. در فراز دوم از بخش اول این رأی آمده است: «... و از سوی دیگر،

چون همه مشاغل مشمول قانون نظام صنفی و خارج از نظام صنفی کشور به لحاظ تجارت و کسب درآمد نسبت به سطح اشغال در شهرها، مکلف به پرداخت عوارض محلی (کسب و پیشه) هستند و بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری یادشده، مستثنی از این قاعده نخواهند بود».

در این فراز از دادنامه بدون استناد به جواز مقنن، بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مبتنی بر سطح اشغال، مکلف به پرداخت عوارض کسب و پیشه شده‌اند، در حالی که ماده ۱۴ قانون نظام صنفی مبنی بر پرداخت عوارض کسب و پیشه با اصلاح سال ۱۳۹۲، منصرف از شمول یا عدم شمول بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در آن، حذف و اصلاح گردید. هم‌چنین توجه به عبارت «سطح اشغال» به ویژه برای بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری که حوزه عمل اداری آن‌ها در اعیانات است، دایر بر اموال غیر منقول خواهد بود. از این رو، مستند به بند ۸ ماده ۱۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده سال ۱۳۸۷، اموال غیر منقول به شکل معاف از مالیات در این قانون تعیین تکلیف شده است و اراده مقنن در بند ۱۰ بخش الف ماده ۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده سال ۱۴۰۰ که پس از صدور این دادنامه وضع شد، مشخص‌کننده معافیت اموال غیر منقول از عوارض و مالیات است. علاوه بر آن، مقنن در این خصوص، مواضع خود را در بند «ج» ماده ۱۷۴ قانون برنامه پنجم توسعه در لزوم تبدیل اخذ عوارض از املاک به خدمات و مصرف اعلام کرده بود.

بنابراین، اولاً فقدان استناد قانونی بر این‌که عوارض کسب و پیشه اساساً در چه مفهومی تجلی پیدا کرده است و ثانیاً توجیه این‌که این دسته از عوارض در قبال چه خدمتی ارائه می‌شوند و ثالثاً مدلول به‌کارگیری عبارت «سطح اشغال» که ناظر بر اعیانات و اموال غیر منقول است و رابعاً محذورات دریافت عوارض از خدمات بانکی و مؤسسات مالی و اعتباری، این فراز از دادنامه را مخدوش می‌سازد. هم‌چنین توجه به ماده ۱۱۲ قانون شهرداری در موضوع مؤسسات دولتی و از نظر تفکیک بانک‌ها و مؤسسات مالی دولتی، هر گونه وضع عوارض بر مستغلات این مؤسسات را ممنوع کرده است.

در فراز دیگری از این دادنامه که از دو بخش تشکیل شده است، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به بند ۱۱ ماده ۱۲ قانون مالیات بر ارزش افزوده و نیز بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری مصوب ۱۳۶۱، امکان وضع عوارض کسب و پیشه و تجارت را برای بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری ممکن می‌داند. همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد، مقنن در ماده ۵۰ قانون ارزش

افزوده مصوب ۱۳۸۷ صراحتاً معافیت از عوارض را مشمول اشخاصی دانسته است که وضعیت مالیات و عوارض آن‌ها در این قانون تعیین تکلیف شده‌اند. بنا به اطلاق اگر قرار بود صرفاً اشخاصی که تکلیف عوارض آن‌ها در این قانون مشخص شده باشد، از عوارض موضوعه دیگر مراجع قانونی معاف باشند، ضرورتی بر تصریح عبارت مالیات به همراه عوارض نبود. پس هرگونه تعیین تکلیف اعم از شمولیت یا معافیت مالیاتی، اشخاص موضوع این قانون را از عوارض دیگر مراجع معاف می‌دارد. همان طور که اراده مقنن در راستای شفافیت تقنینی در قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰ به صراحت در ماده ۹، با اطلاق معافیت از عوارض و مالیات، موضوع را تعیین تکلیف کرد.

فراز بعدی این بخش مربوط است به استناد بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری که در بسیاری از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع عدم ابطال عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری ملاحظه می‌شود. این بند عنوان داشته است: «مادامی که درآمدهای پیش‌بینی شده کافی نباشد، شورای شهر می‌تواند با تنفیذ ولی امر برای تأمین هزینه‌های شهرداری، عوارضی متناسب با امکانات اقتصادی محل و خدمات ارائه شده تعیین نماید». این بند در اصلاح ۱۳۶۹/۹/۵ این قانون به این شرح اصلاح گردید: «مادامی که درآمدهای پیش‌بینی شده کافی نباشد، شورای شهر می‌تواند با تصویب وزارت کشور و تنفیذ ولی امر، عوارضی متناسب با امکانات اقتصادی محل و خدمات ارائه شده تعیین نماید».

مبتنی بر بند اصلاحی مصوب ۱۳۶۹ به تنفیذ ولی امر بر مصوبه وزارت کشور حکم شده است، اما مرجع رسیدگی قضایی بدون تناسب تقارن زمانی، بر اعتبار بخش‌نامه شماره ۳۴۱/۲۳۱۳۷ مورخ ۱۳۶۶/۲/۵ وزارت کشور تأکید کرد که به تأیید نماینده ولی فقیه در حاکمیت قانون اجرا شده است. این در حالی است که تشریفات گفته شده در بند ۱ ماده ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری، اصلاحی ۱۳۶۹ با بخش‌نامه وزارت کشور، مصوب ۱۳۶۶ که به تنفیذ نماینده ولی فقیه رسیده است، تقارن زمانی ندارد. از این رو، این عدم تقارن زمانی ایراد دارد؛ چون تا زمانی که مقنن، تکلیف را به وزارت کشور واسپاری نکرده، اعتبار پیشنهاد، ابتنای قانونی ندارد.

هم‌چنین استناد به این بند در آرای متعددی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در حالی صورت می‌پذیرد که مقنن در ماده ۱۰۸ قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب

شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی، این بند قانونی را صریحاً نسخ کرده و به عبارتی پس از لازم‌الاجرا شدن قانون یادشده، قابلیت استناد نداشته است. با این حال، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در بخشی از آرای خود با موضوع رسیدگی به دعاوی عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، به این نص منسوخ استناد و از آن به عنوان مبانی استدلالی آرای خود استفاده کرده است.

در فراز نهایی مبانی استدلالی دادنامه مطرح‌شده به بند ۱۶ ماده ۸۰ قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران و نیز ماده ۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه در امکان وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری اشاره شده است. بند ۱۶ ماده ۸۰ به وظیفه کلی وضع عوارض با قید رعایت سیاست‌های عمومی کشور که توسط وزارت کشور ابلاغ می‌شود، اشاره و در ماده ۵ قانون اصلاح قانون برنامه سوم توسعه، مصطلح به «قانون تجمیع عوارض»، برقراری هر گونه عوارض و سایر وجوه برای انواع کالاهای وارداتی و کالاهای تولیدی و هم‌چنین آن دسته از خدمات که در ماده ۴ این قانون، تکلیف مالیات و عوارض آن‌ها معین شده است، هم‌چنین برقراری عوارض به درآمدهای مأخذ محاسبه مالیات، سود سهام شرکت‌ها، سود اوراق مشارکت، سود سپرده‌گذاری و سایر عملیات مالی اشخاص نزد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی مجاز توسط شوراها و سایر مراجع را ممنوع دانسته است.

در این ماده نیز اگرچه معتبر به زمان حاکمیت قانون برنامه سوم توسعه است، وضع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها ناظر بر سطح اشغال، دایر بر عملکرد معنا می‌یابد؛ زیرا سطح تحت اشغال بدون در نظر گرفتن عملکرد مانند املاک و مستغلات بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، مشمول عوارض کسب و پیشه نخواهد بود. همان‌طور که در قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ به حکم بند ۸ ماده ۱۲، اموال غیر منقول از مالیات معاف و به حکم ماده ۵۰ این قانون، معافیت مصرح در اطلاق، تعیین تکلیف محسوب شده که از عداد معافیت از عوارض تعیین گردیده است. در بند «ج» ماده ۱۷۴ قانون برنامه پنجم توسعه نیز مقنن بر لزوم تغییر محوریت وضع عوارض از املاک به خدمات و مصرف تأکید کرده که در مجموع، نشان‌دهنده مخدوش بودن این بخش از دادنامه است.

بند پنجم. حکم خاص بانک‌ها و مؤسسات مالی دولتی

بانک‌های دولتی به حکم ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، دستگاه اجرایی محسوب می‌شوند و تابع قوانین و مقررات مالی حاکم بر دولتند. از وجوه تمایز بانک‌ها و مؤسسات دولتی با غیر دولتی، ماهیت اراده تأسیسی آن است که در خصوص مؤسسات دولتی بر اراده قانونی استوار است. بر همین اساس، توجه به اصل ۵۳ قانون اساسی، هر گونه دریافت و پرداخت از بودجه کشور را مقید به تجویز قانون کرده و بنا به این استلزام، پرداخت‌های دولتی تابع شرایط و تشریفات خاص قوانین مربوط است. بند «ب» ماده ۳۰ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ در این راستا اشعار داشته است: «هر گونه افزایش قیمت برای خدمات، تحقیقات و تولیدات و وضع عوارض غیر از موارد پیش‌بینی شده در این قانون برای وزارت‌خانه‌ها، نهادها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی منوط به تصویب شورای اقتصادی می‌باشد».

بر همین مبنا، ایجاد هزینه زاید بر اعتبار مستند به قانون اخیرالذکر چون ماده ۹۲ قانون محاسبات عمومی و بند «ح» ماده ۲۸ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳ و ماده ۷۱ قانون احکام دائمی توسعه، ممنوع و واجد وصف کیفری است. با توجه به اقتضای وضع و مطالبه عوارض حق کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری که می‌بایست معوض خدمت باشند، نوع خدمت دریافت‌شده که دولت را علی‌القاعده به آن جهت مدیون می‌سازد، مورد توجه دستگاه‌های نظارتی از جمله دیوان محاسبات کشور قرار خواهد گرفت. از سوی دیگر، با توجه به ماده ۱۶ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی که بر صرفه‌جویی در هزینه‌های عمومی کشور تأکید کرده است، حتی در صورت وجود خدمات معین نیز انتخاب و استفاده از آن توسط بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری دولتی با محدودیت مواجه است.

با این حال، همان‌طور که گفته شد، در ماده ۱۱۲ قانون شهرداری، وضع عوارض بر مستغلات دولتی ممنوع دانسته شده است و اگرچه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری دولتی، بنگاه‌های اقتصادی محسوب می‌شوند، اما تأسیس و فعالیت آن‌ها به موجب قانون است و سطح و حجم فعالیتشان در حدود اشغال‌شده، موجد اعتبار برای دولت و سبب انتفاع بیش‌تر آن، اما هم‌سو با اهداف قوانین تأسیسی است. در نتیجه، بنا به محذورات و امتناعات گفته‌شده در قوانین، وضع عوارض بر درآمد

و عملکرد و نیز اموال غیر منقول بانک‌ها و مؤسسات مالی به ویژه دولتی ابتدای قانونی ندارد و هر گونه استفاده از خدمات که مابازای آن عوارض اخذ می‌گردد، باید موجب قانونی برای این دسته از دستگاه‌های اجرایی داشته باشد

نتیجه‌گیری

شهرداری‌ها برای انجام بهتر وظایف واگذار شده به آن‌ها و خدمات‌رسانی بهتر به شهروندان با توجه به مطالبات روزافزون مردم و در نظر گرفتن این مورد که خدمات ارائه شده توسط شهرداری‌ها مستقیماً به مردم است و این امر، حساسیت مردم را افزایش می‌دهد، نیازمند منابع درآمدی پایدارند.^۱ با این حال، این امر، مانع فهم و چپستی عوارض موضوعه نیست. شناخت ماهیت عوارض شهری باعث می‌شود تا در صورت تغییر عناوین آن توسط مراجع صدور که به دلایلی مختلفی چون ابطال در مراجع قضایی از جمله دیوان عدالت اداری صورت می‌پذیرد، وحدت رویه در رسیدگی قضایی پدید آید و تفاوت ناشی از تغییر عناوین موجب تعارض آرا در موضوعی واحد نشود. هم‌چنین توجه به مشخصه‌های عوارض از جمله مُعوض بودن آن، مراجع واضع را از بی‌قیدی و دریافت وجوه بدون ارائه خدمت باز می‌دارد، چنان‌که بر اساس نظریه فقهای شورای نگهبان،^۲ فقدان جواز قانونی دریافت وجه، خلاف شرع دانسته شده است.

بر همین اساس، در این مقاله به ماهیت و چپستی عوارض کسب و پیشه و تجارت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و مالی اعم از دولتی و خصوصی پرداخته شد و استنادات وضع آن تحلیل گردید. در خصوص بانک‌های دولتی که به موجب قانون، ایجاد و دستگاه اجرایی اطلاق می‌شوند، مبتنی بر قوانین و مقررات حاکم باید هر نوع پرداختی با جواز مقنن معمول شود؛ چون مراجع نظارتی مانند دیوان محاسبات بنا به تکالیف قانونی خود، مابازای خدمت عوارض پرداخت شده را پایش و واخواهی می‌کنند. با این حال، نمی‌توان صرفاً بنا به اراده وضع‌کننده عوارض و بدون موافقت یا مطالبه قانونی خدمت، بانک‌ها و مؤسسات دولتی را محکوم به پرداخت عوارض دانست؛ چون هر

۱. قدمی، مصطفی، میر یعقوب سیدرضایی و سعید آزادی قطار، «تحلیلی بر مبانی حقوقی منابع درآمدی شهرداری‌ها با تأکید بر عوارض»، فصل‌نامه مطالعات برنامه‌ریزی شهری، سال اول، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۴، ص ۵۰.

۲. نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۲۶۲۰ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۹ فقهای شورای نگهبان.

گونه پرداختی بدون مابازای خدمت ارائه شده قانونی، زاید بر اعتبار تلقی می‌گردد و موجب تبعات قانونی برای پرداخت‌کننده خواهد شد.

با بررسی ماهیت عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مشخص گردید که این عوارض به دلیل محذوریت اخذ عوارض بر عملکرد بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری در احکام قوانین مختلف، بنا به سطح اشغال اخذ می‌شود. به عبارتی، در ماهیت، این عوارض متشکل از حاصل ضرب مساحتی از اعیانات محل فعالیت این مؤسسات اعم از تملک یا اجاره در ارزش منطقه‌ای است که مستند به قوانین مختلف مطرح شده در این مقاله از جمله بند «ج» ماده ۱۷۴ قانون برنامه پنجم توسعه و بند ۸ ماده ۱۲ و ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ و قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰، وضع و وصول آن ابتدای قانونی ندارد.

رویکرد متعارض دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده‌های موضوع عوارض کسب و پیشه بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری که از سویی به ابطال این تعرفه عوارض حکم صادر کرد و از دیگر سو، به عدم ابطال آن رأی داد، در آرای عدم ابطالی و اعمال ماده ۹۱ واجد ایرادهای گفته شده است. رسیدگی علمی در دادرسی اداری اقتضا می‌کند در موضوع این پرونده‌ها بدو چستی این عوارض و ماهیت وجودی و کارکردی آن مشخص شود؛ چون فرمول محاسبه آن کاملاً مشخص می‌کند که این عوارض مبتنی بر اعیانات وضع و در حال مطالبه و وصول است. هم‌چنین نبود ارائه خدمت در قبال این عوارض از دیگر جهات مغفول در آرای عدم ابطال و حتی آرای ابطالی است. به عبارت دیگر، این عوارض مشابه مالیات که مابازای مشخصی ندارد، صرفاً به جهت اشتغال به بانکداری و سطح اشغال این بانک‌ها و مؤسسات مالی در شهر وضع و اخذ می‌شوند و نپرداختن به این موضوع در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قابل ایراد و نقدهای عنوان شده بود.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۲. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۳. رستمی، ولی، *مالیه عمومی*، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۴. شورای اسلامی شهر بندر انزلی، *دفترچه تعرفه عوارض سال ۱۳۹۸*، بندر انزلی: دبیرخانه شورای اسلامی شهر بندر انزلی، ۱۳۹۷.
۵. عباس‌زاده، عبدالرضا، *انواع عوارض و نحوه محاسبه آن‌ها در شهرداری‌ها*، تهران: معاونت آموزشی پژوهشکده مدیریت شهری و روستایی، ۱۳۸۹.
۶. نوبخت، یوسف، *اندیشه‌های قضایی*، تهران: کیهان، ۱۳۷۰.

۲. مقاله

۱. ایمانی، غلام‌رضا و پروین رضاپور، «گذری بر عوارض کسب و پیشه (نمونه موردی: شهر تبریز)»، قابل دسترسی در: www.daramad.tabriz.ir/?MID=21&Type=News&TypeID=7&id=18
۲. رحیمی، احمد، حمیدرضا کرمانی حبیب آبادی و فرزانه حیرانی، «نقش درآمد پایدار عوارض مالیات بر ارزش افزوده در مدیریت شهری»، اولین کنفرانس سالانه پژوهش‌های معماری، شهرسازی و مدیریت شهری، یزد: ۲۸ آذر ۱۳۹۴.
۳. رستمی، ولی، «جزوه درس مالیه عمومی»، تهران: مؤسسه آموزش عالی غیر انتفاعی مجازی نور طوبی، بی تا.
۴. سهراب‌لو، علی، «درآمدی بر صلاحیت شوراهای محلی در وضع عوارض و تحدیدات وارده بر آن»، مجموعه مقالات نهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران: سازمان امور مالیاتی، ۲۵ آذر ۱۳۹۴.
۵. صدقی، غلام‌علی، «وحدت یا تعدد حق کسب، پیشه و تجارت با حق سرقفلی (با تحلیل آرای قضایی)»، فصل‌نامه نقد رأی، دوره جدید، سال اول، زمستان ۱۳۹۱، شماره ۱، صص ۴۹-۱.
۶. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، «رویکردی تحلیلی به ماهیت حق کسب یا پیشه یا تجارت و حق سرقفلی».

مجله فقه و حقوق، سال دوم، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۶، صص ۸۹-۱۱۴.

۷. قدمی، مصطفی، میر یعقوب سیدرضایی و سعید آزادی قطار، «تحلیلی بر مبانی حقوقی منابع درآمدی شهرداری‌ها با تأکید بر عوارض»، فصل‌نامه مطالعات برنامه‌ریزی شهری، سال اول، زمستان ۱۳۹۲، شماره ۴، صص ۵۲-۲۷.

۸. قلی‌زاده منقوطای، احد، «تحلیل چگونگی کارکرد حقوقی جای‌گزینی حق کسب، پیشه یا تجارت با حق سرقفلی، اجتناب‌ناپذیری پذیرش احترام حق رونق تجارتنی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هفتم، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۳، صص ۵۱۰-۴۹۱.

۹. محمدی، امید، «بررسی فقهی و حقوقی اخذ عوارض و بهای خدمات کسب و پیشه و مشاغل از بانک‌ها و مؤسسات اعتباری»، چهارمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، تهران: دانشگاه تهران، ۲۳ اسفند ۱۳۹۷.

۱۰. ملک‌زاده، فهیمه، «سرقفلی حق کسب و پیشه (با رویکردی به دیدگاه امام خمینی (س))»، پژوهش‌نامه متین، دوره هفدهم، شماره ۶۸، آذر ۱۳۹۴، صص ۱۵۲-۱۳۷.

۱۱. موسی‌زاده، ابراهیم و علی سهراب‌لو، «صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، دوفصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صص ۸۹-۱۱۰.

۳. قانون

۱. قانون احکام دائمی توسعه، مصوب ۱۳۹۵.

۲. قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری و وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه‌دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی، مصوب ۱۳۸۱.

۳. قانون اصلاح موادی از قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشور، مصوب ۱۳۶۹.

۴. قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۳.

۵. قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹.

۶. قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری، مصوب ۱۳۶۱.
۷. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی.
۸. قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات بعدی.
۹. قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷.
۱۰. قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۴۰۰.
۱۱. قانون محاسبات عمومی، مصوب ۱۳۶۶.
۱۲. قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، مصوب ۱۳۷۳.

چالش‌های نظارت دیوان محاسبات کشور بر دانشگاه‌های وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

فردین مرادخانی^۱

سعید گماری^۲

چکیده

نیاز به هماهنگ شدن با تحولات روزافزون دانش باعث شده است در بسیاری از کشورهای دنیا، دانشگاه‌ها با درجات مختلف در مسائل اداری و مالی خود استقلال داشته باشند. یکی از روش‌های اعطای استقلال به دانشگاه‌ها، اداره آن‌ها توسط هیئت امناست. اداره هیئت امنایی در عمل و هنگام اجرایی شدن مصوبات آن‌ها ممکن است به دلیل مغایرت یا حتی تضاد با دیگر قوانین و مقررات با مشکلات عمده‌ای مواجه شوند و دستگاه‌های نظارتی مثل دیوان محاسبات کشور از آن‌ها ایراد بگیرند.

این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی و بررسی آرای دیوان عدالت اداری و رویه دیوان محاسبات کشور به دنبال پاسخ به این پرسش است که دیوان محاسبات کشور برای نظارت بر دانشگاه‌ها با چه ابهام‌ها و چالش‌هایی مواجه است. از جمله ابهام‌های بررسی شده می‌توان به ناهماهنگی بین قانون هیئت امنای دانشگاه‌ها و دیگر قوانین، فهم متفاوت از قوانین و دشواری پیدا کردن متخلف اشاره کرد.

واژگان کلیدی: دانشگاه، هیئت امناء، مصوبات، بودجه، نظارت، دیوان محاسبات.

۱ دانشجویار حقوق عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان. ایران (نویسنده مسئول)

email: f.moradkhani@basu.ac.ir

۲ کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان. ایران، saeedgoomari@yahoo.com

مقدمه

در حقوق اداری، الگوهای متعددی برای اداره کردن وجود دارد. یکی از این الگوها، عدم تمرکز است. در این شیوه به مقامات یا نهادها، صلاحیت تصمیم‌گیری در موضوعاتی داده می‌شود و سطوح اعطای این صلاحیت متفاوت است. این نهادها شخصیت حقوقی مستقل دارند، مقاماتشان انتخابی‌اند و صلاحیت تصمیم‌گیری دارند.^۱ سیستم عدم تمرکز به دو صورت سرزمینی و فنی است. در عدم تمرکز فنی، تصمیم‌گیری در مورد امور عمومی که جنبه تخصصی و فنی دارند، به نهادی اعطا می‌شود.^۲ عموماً مبنای اعطای این صلاحیت، نیاز سیستم اداری یا منفعتی خاص است یا این که ملاحظه‌ای فنی یا علمی ایجاب کرده است که قدرت مرکزی، اموری را از حوزه تمرکز خود جدا کند.^۳

به گفته پژوهشگران، در این سیستم، مبنای اعطای تصمیم‌گیری، مشارکت دادن مردم در سرنوشت خودشان نیست، بلکه هدف، سودمندی یا کارآمدی بیش‌تر است^۴ و بر خلاف عدم تمرکز سرزمینی، اصل بر تخصص‌گرایی است.^۵ هدف از عدم تمرکز فنی این است که در اموری که جنبه تخصصی دارد، متخصصان آن امر بتوانند فارغ از جریان‌های سیاسی، کار خود را انجام دهند و در انجام کار خود، آزادی عمل داشته باشند. البته برای این که به سمت بی‌قانونی حرکت نکنند، دولت بر آن‌ها، نوعی از نظارت را اعمال می‌کند. به گفته برخی پژوهشگران، نظارت از مهم‌ترین چالش‌های نظام عدم تمرکز فنی است.^۶

به گفته برخی محققان، سیر تحول نظام اداری ایران، حرکت از سمت تمرکز به سوی عدم تمرکز بوده

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۰، صص ۵۴-۵۵.

۲. مشکینی اصفهانی، اصغر، «بهبود نظام اداری به سمت خصوصی‌سازی و عدم تمرکز»، ماه‌نامه تدبیر، شماره ۲۱۶، ۱۳۸۹، ص ۵۹؛ امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۱۳۷.

۳. قلی‌زاده، احد، «تحلیل مسائل حقوقی نظام بازرسی شرکت‌های سهامی، دولتی و عمومی»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۵۸، ۱۳۹۰، ص ۲۴۱.

۴. واعظی، مجتبی، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۹۴.

۵. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۸۳.

۶. سرمدی، محمد حسین، مجید نجارزاده هنجنی و محمدرضا حکاک‌زاده، «آسیب‌شناسی نظام عدم تمرکز فنی در ایران با تأکید بر حوزه نظارت و بودجه»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۴۰۵۴.

است،^۱ اما در نظم حقوقی ایران، اصل بر اداره امور به صورت تمرکز است و انتخاب شیوه‌های عدم تمرکز به تصریح قانون‌گذار نیاز دارد.^۲ این نهادها، عناوین متعددی در نظام حقوقی ایران دارند، مانند مؤسسه دولتی، مؤسسه عمومی غیر دولتی و شرکت‌های دولتی. اداره دانشگاه نیز مصداقی از بحث عدم تمرکز فنی است. نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، این است که درجات عدم تمرکز فنی متفاوت است. یکی از معیارهای قوی بودن یا ضعیف بودن عدم تمرکز سیستم، برگزیدن مدیران است. اگر مدیران، منتصب سیستم مرکزی باشند، طبیعتاً استقلالشان، کم‌تر از مدیری است که ساختار خود اداره یا مؤسسه مربوط برمی‌گزیند. به گفته حقوق دانان، زمانی می‌توان مدعی شد که عدم تمرکز فنی به صورت کامل صورت گرفته است که منابع مالی آن‌ها نیازمند دولت نباشد و بتوانند خودشان درآمدزایی کنند. این استقلال مالی زمانی ایجاد می‌گردد که دارایی مستقل داشته باشند.^۳

علم و فناوری در دنیای امروز نقشی حیاتی دارد و دانشگاه‌ها به عنوان مراکز تولید علم و فناوری و به منزله پل ارتباطی با فناوری‌های جدید و تربیت و پرورش نیروی انسانی در حل مشکلات جامعه اهمیتی ویژه دارند. از این رو، سامان‌دهی و برنامه‌ریزی برای توسعه علمی هر کشوری اهمیت فراوان دارد که میزان زیادی از این توسعه بر عهده نظام آموزشی عالی است. هم‌چنین ماهیت دانش‌رهای بخش، نقادی و نوآورانه است و آزادی را طلب می‌کند.^۴ تغییرات سریع در دانش ایجاب می‌کند که دانشگاه‌ها امکان تصویب و بازنگری ضوابط و مقررات اداری خود را داشته باشند. زمانی که قوه قانون‌گذار تصمیم می‌گیرد برای یک دستگاه دولتی، استقلال قائل شود، هدفی را دنبال می‌کند که ممکن است سیاسی یا فنی باشد.^۵ فرض بر این است که با اعطای استقلال، دستگاه اجرایی، وظایف محول شده را بهتر انجام می‌دهد. اعطای استقلال به مؤسسات آموزشی بیش‌تر ناشی از ملاحظات فنی و علمی است و برای رسیدن به اهداف علمی است. چون انجام یک عمل اداری از

۱. آیین‌نگینی، حسین و محمد ابریشمی‌راد، «تحول ساختار دولت کشور در ایران در پرتو پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۷، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶.

۲. انصاری، ولی‌الله، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۷۴.

۳. دوگی، لئون، دروس حقوق عمومی، ترجمه: محمدرضا ویژه، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۸۹.

۴. رستمی، ولی و حمید قهوه‌چیان، حقوق مالی محاسباتی، تهران: دادگستر، ۱۳۹۶، ص ۲۴۷.

۵. بنایی اسکویی، محمد، «جایگاه قلمرو مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌ها»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۷، ۱۳۹۴، ص ۱.

سوی دستگاه اجرایی، روندی طولانی نیاز دارد که با انجام سریع کارها در حوزه علم در تضاد است، قانون‌گذار به سوی استقلال آن‌ها به ویژه در حوزه مالی حرکت کرده است. برای رسیدن به اهداف یادشده، علاوه بر این‌که دانشگاه‌ها، قوانین و مقررات خاص خود را دارند، همه ساله بخشی از منابع مالی کشور به دانشگاه‌ها اختصاص می‌یابد.

الگوهای مختلفی در مورد شیوه اداره و تصمیم‌گیری در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی وجود دارد. برخی صاحب‌نظران، شرایط اداره دانشگاه را حکمرانی دانشگاهی نامیده‌اند که به معنای برخورداری از آزادی و پای‌بند نداشتن به مقررات دست و پاگیر بوروکراسی دولتی است. هم‌چنین می‌توان به الگوهای دانشکده‌ای (کالجی)، سیاسی، دیوان‌سالاری و کارآفرینی اشاره کرد. هر کدام از این الگوها معایب و محاسنی دارند. برای مثال، در الگوی دانشکده‌ای، رئیس مؤسسه قدرت چندانی ندارد یا در الگوی دیوان‌سالاری، ابتکار کم‌تر بوده و در الگوی کارآفرینی، منابع بودجه متعدد و پراکنده است.^۱ اداره دانشگاه‌ها توسط هیئت امنایی هم یک الگو محسوب می‌شود.

استقلال سه جنبه ساختاری، مالی و محتوایی دارد.^۲ اعطای استقلال به دانشگاه‌ها و اختیار وضع مقررات به هیئت امنای نیازمند این است که استقلال دانشگاه‌ها به طور کامل انجام گیرد، نه این‌که دانشگاه در شرایط پذیرش دانشجو، انتخاب آزادانه روش‌های تدریس، جذب استاد و استفاده از منابع علمی استقلال نداشته باشند. با توجه به قوانین و مقررات فعلی، دانشگاه‌های ایران در اموری مثل جذب دانشجو، برنامه‌ریزی علمی و روش‌های تدریس از مصوبات بیرون دانشگاه تبعیت می‌کنند، ولی در امور اداری و مالی تا میزان زیادی، تابع مصوبات هیئت امنای خودند که این دوگانگی با ایراد مواجه است؛ زیرا نه تنها استقلال دانشگاه به معنای دقیق کلمه وجود ندارد، بلکه بخش اصلی بودجه دانشگاه از بودجه عمومی کشور تأمین می‌شود و از قواعد بودجه تبعیت نمی‌کند.

این مشکل در نظام حقوقی دانشگاه‌ها ریشه دارد که در حقوق ایران با ابهام‌هایی مواجه است. سؤالاتی مانند جایگاه مصوبات هیئت امنای در سلسله مراتب قوانین ایران کجاست؟ آیا هیئت امنای یک

۱. فرهنگی، علی‌اکبر و سید حیدر حسینی، «رهبری مدیریت در دانشگاه‌ها»، فصل‌نامه مطالعات مدیریت، بهبود و تحول، شماره ۲۷، ۱۳۷۸، ص ۵.

۲. مهرآرام، پرهام و بدیع فتحی، حکمرانی دانشگاهی: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، آلمان و ایران (با تأکید بر رویه قضایی)، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، ص ۴.

دانشگاه می‌تواند مقرراتی خلاف قوانین جاری کشور وضع کند؟ شیوه نظارت بر این مصوبات هنگام اجرای آن‌ها چگونه است؟ نسبت دیوان محاسبات و دانشگاه چیست؟ رابطه دانشگاه با وزارت علوم و مقررات آن چیست؟ شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن بر دانشگاه چه اثری دارد؟ این سؤالات در مورد مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌های علوم پزشکی بیش‌تر اهمیت می‌یابد؛ زیرا این مصوبات علاوه بر داشتن جنبه آموزشی بر سلامت و بهداشت عمومی مردم نیز اثر می‌گذارند.

این ابهام‌ها با وضع چند ماده قانونی بیش‌تر شده است. در ماده ۱۰ قانون اهداف و وظایف و تشکیلات وزارت علوم در سال ۱۳۸۳ آمده است که دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند و برابر ضوابط و آیین‌نامه‌های خاص مالی، معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی که به تصویب هیئت امنای تأیید وزیر می‌رسد، اداره می‌شوند. سند بعدی، سیاست‌های کلی نظام در بخش آموزش عالی، مصوب ۱۵ اسفند ۱۳۸۳ است. سپس با تصویب بند «الف» ماده (۴۹) قانون برنامه چهارم توسعه و بند «ب» ماده (۲۰) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه و در حال حاضر به استناد ماده (۱) احکام دائمی برنامه‌های توسعه، دانشگاه‌ها به وضع مقررات مالی، معاملاتی، اداری و تشکیلاتی برای خود اقدام می‌کنند. اکنون به شمار دانشگاه‌های ایران، مراجع قانون‌گذاری درباره دانشگاه وجود دارد که این مصوبات گاه در مغایرت با قوانین مجلس شورای اسلامی و قانون اساسی هستند. همه دانشگاه‌ها هم رویه واحدی ندارند و در خصوص یک موضوع معین، رویه‌های متعدد و گاه متناقضی در دانشگاه‌ها وجود دارد.

موضوع این مقاله به یکی از مسائل موجود در دانشگاه یعنی نظارت دیوان محاسبات اختصاص دارد. نظارت مالی یکی از انواع نظارت است که به منظور ایجاد نظم و انضباط مالی، شرایط و سازوکار لازم، طراحی، تدوین و اجرا می‌شود. طبق اصول ۵۲، ۵۳ و ۵۴ قانون اساسی، هر گونه تغییر در ارقام بودجه تابع قانون است و همه دریافت‌های دولتی باید در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز شود و همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام گیرد. دیوان محاسبات به همه حساب‌های وزارت خانه‌ها، مؤسسات و دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، رسیدگی و حسابرسی می‌کند و گزارش تفریغ بودجه را در اختیار مجلس شورای اسلامی می‌گذارد.

با وجود صراحت قانون اساسی، چگونه ممکن است سازمانی که بودجه سالانه خود را از دولت و بر اساس قانون مصوب بودجه دریافت می‌کند، به استناد مصوبات هیئت امنا، خود را مجاز به تغییر ارقام بودجه و افتتاح حساب خارج از قواعد خزانه‌داری کل بداند و به دستگاه نظارتی نیز پاسخگو نباشد؟ این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش است که نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه‌ها دارای چه مبانی و چالش‌هایی است؟

در خصوص این موضوع تاکنون تحقیقی صورت نگرفته است. البته در مورد ابهام‌های نظام حقوقی دانشگاه در ایران، تحقیقاتی صورت گرفته است. برای نمونه، بنایی اسکویی در مقاله «جایگاه و قلمرو حقوقی مصوبات هیئت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی»^۱، قلی‌پور و محمدنژاد در مقاله «تحلیلی بر عملکرد هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی»^۲ و جواد محمودی در کتاب نظام حقوقی دانشگاه در ایران^۳ و نیز مشهدی و دبیرنیا در خصوص نظارت دیوان عدالت اداری بر دانشگاه‌ها^۴ به برخی از این ابهام‌ها اشاره کرده‌اند، اما تاکنون موضوع نظارت دیوان محاسبات بر نهاد دانشگاه در تحقیق مستقلی بررسی نشده است. نکته آخر این است که چون نظام حقوقی حاکم بر دانشگاه‌های وزارت بهداشت و منابع مالی آن‌ها، متفاوت از دانشگاه‌های زیرمجموعه وزارت علوم، تحقیقات و فناوری است، در این مقاله تنها به رابطه دیوان محاسبات با دانشگاه‌های زیرمجموعه وزارت علوم پرداخته می‌شود.

گفتار اول. تقسیم‌بندی دانشگاه‌ها

درباره تقسیم انواع دانشگاه‌ها، اتفاق نظری وجود ندارد و انواع متفاوتی از آن‌ها وجود دارد.^۵ دانشگاه‌های وابسته به وزارت علوم، وابسته به وزارت بهداشت، وابسته به سازمان‌ها، وزارت خانه‌ها

۱۱. بنایی اسکویی، پیشین، صص ۱۷ و ۱۸.

۲۲. محمدنژاد، یوسف و رحمت‌الله قلی‌پور، تحلیلی بر عملکرد هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵، صص ۱۳ و ۱۴.

۳۱. محمودی، جواد، نظام حقوقی دانشگاه‌های ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

۴. مشهدی، علی، علیرضا دبیرنیا، «نظارت قضایی بر تصمیمات دانشگاه جامع علمی-کاربردی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره ۲ شماره ۱۲.

۵. همان، صص ۱۸-۱۹.

و نهادهای دولتی و دانشگاه آزاد اسلامی، نمونه‌هایی از انواع دانشگاه در ایران هستند. البته می‌توان از جنبه‌های دیگری هم دانشگاه‌ها را تقسیم کرد. برای مثال، دانشگاه‌های وزارت علوم، صلاحیت و وظیفه تربیت نیروی متخصص در رشته‌های علمی به جز رشته‌های علوم پزشکی را دارند، اما دانشگاه‌های علوم پزشکی علاوه بر تربیت نیروی متخصص، وظیفه بهداشت و سلامت مردم را نیز به عهده دارند. از سوی دیگر، دانشگاه‌های وابسته به سازمان‌ها و وزارت خانه‌های دولتی ضمن تبعیت از قوانین و مقررات بالادستی ملزم به رعایت مقررات تبیین شده از سوی دستگاه متولی خود نیز هستند. دانشگاه آزاد نیز نسبت به دیگر دانشگاه‌ها استقلال مالی دارد، اما ماهیت حقوقی آن با توجه به استفاده از عبارت «مؤسسه غیر خصوصی و غیر دولتی» توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی مبهم است.^۱ با توجه به تفاوت‌های اساسی که دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی با یکدیگر دارند، نظارت دیوان محاسبات بر آن‌ها نیز متفاوت است.

طبق ماده ۱۰ قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم، دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی، شخصیت حقوقی مستقل دارند و بر اساس ضوابط و آیین‌نامه‌های خاص مالی و معاملاتی، اداری و استخدامی اداره می‌شوند که به تصویب هیئت امنا و تأیید وزیر می‌رسد. علاوه بر آن، در دیگر قوانین از جمله ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم و نیز ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه یا اساس‌نامه‌های تأسیس برخی دانشگاه‌ها - مانند ماده ۲ اساس‌نامه دانشگاه تربیت مدرس - به استقلال دانشگاه‌ها و نقش هیئت امنا در اداره آن‌ها اشاره شده است.

به طور کلی، شناسایی شخصیت حقوقی دانشگاه‌ها آثار فراوانی دارد. برای نمونه، می‌توان به استقلال دیون و مطالبات و اموال آن‌ها از وزارت علوم اشاره کرد. بارزترین وجه شخصیت مستقل حقوقی دانشگاه‌ها را می‌توان در ساختار تصمیم‌گیری اداری، استخدامی و به ویژه امور مالی توسط هیئت امنا مشاهده کرد. دریافت بودجه سالانه دولتی، آثاری مانند درج بودجه دانشگاه‌ها در لایحه بودجه سالانه کشور، نظارت دیوان محاسبات بر این اعتبارات، نظارت دیگر دستگاه‌ها از جمله وزارت دارایی و سازمان بازرسی را به دنبال دارد.

۱. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی، مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره ششم، شماره ۴، ۱۳۹۳؛ محمودی، پیشین، ص ۳۰.

گفتار دوم. نظام تصمیم‌گیری در دانشگاه‌ها

در یک تقسیم‌بندی، نظام تصمیم‌گیری دانشگاه‌ها به چهار دوره تقسیم شده است: نخست از تأسیس دانشگاه تا سال ۱۳۳۹ که توسط شوراهای دانشگاه اداره می‌شدند. دوم تا سال ۱۳۵۸ که دانشگاه‌ها نوعی استقلال نسبی داشتند و تابع مصوبات هیئت امنا بودند و در ماده ۶۹ قانون محاسبات عمومی ۱۳۴۹ آمده بود: «مؤسسات دولتی که تمام یا قسمتی از بودجه آن‌ها در بودجه کل کشور منظور می‌شود، در صورتی که دارای مقررات قانونی خاصی برای مصرف اعتبارات خود نباشند، مشمول مقررات این قانون خواهند بود.» طبق تبصره این ماده، «مؤسسات علمی که هیئت امنا دارند، مشمول مقررات این قانون نیستند.» مرحله سوم تا سال ۱۳۶۷ است که تسهیلات اعطایی به دانشگاه‌ها حذف و صرف اعتبارات جاری و عمرانی شد و استقلال از دست رفت و با محدودیت جدی مواجه شد. مرحله چهارم از سال ۱۳۶۷ تاکنون است که در مسیر اعطای استقلال به دانشگاه‌ها گام برداشته شده است.^۱ در یک تقسیم‌بندی دیگر از مراحل تلاش برای استقلال از دولت از سال ۱۳۲۰ تا ۱۳۳۲ و کنترل مطلق دولت بر دانشگاه از ۱۳۳۲ تا ۱۳۴۲ نام برده شده است.^۲

نظام دانشگاه در ایران اکنون هیئت امنایی است. در نظام‌های هیئت امنایی، این هیئت در بالای هرم ساختار اداره دانشگاه‌ها قرار دارد و صیانت از استقلال سازمانی و آزادی علمی، تضمین اثربخشی و اطمینان از مدیریت مطلوب نهاد علمی از وظایف آن است.^۳ نظام هیئت امنایی دانشگاه در ایران سابقه طولانی ندارد؛ زیرا اساساً خود دانشگاه در ایران قدمت چندانی ندارد. در هیچ یک از مؤسسات قدیمی آموزشی مثل دارالفنون یا مدارس عالی حقوق، بازرگانی و فلاح و حتی هنگام تشکیل دانشگاه تهران، سخنی از هیئت امنا به میان نیامده است. البته در دانشگاه تهران، شورایی به نام شورای دانشگاه با عملکردی شبیه به هیئت امنا وجود داشت. اصطلاح هیئت امنا اولین بار در سال ۱۳۳۹ در اساس‌نامه دانشگاه ملی پیش‌بینی شد، اما اولین دانشگاهی که توانست هیئت

۱۱. مهرآرام و فتحی، پیشین، صص ۶۹-۷۱.

۲۲. جمالی، شادی، «بررسی مقایسه‌ای رابطه دولت و دانشگاه در ایران در دوران پهلوی دوم و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه علوم اجتماعی دانشگاه آزاد شوشتر، سال یازدهم، شماره ۴، پیاپی ۳۹، ۱۳۹۶، صص ۱۹۴-۱۹۶.

33. Baird, J., Taking it on board: Quality audit findings for higher education governance. Higher education research & development, 2007, 26(1), pp. 101-115.

امنا را تشکیل دهد، دانشگاه شیراز در سال ۱۳۴۳ بود. به تدریج، دیگر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی دارای هیئت امنا شدند.^۱ اولین مقررات نسبتاً جامع در این خصوص، تصویب قانون تشکیل و اختیارات هیئت امنای دانشگاه تهران در سال ۱۳۴۶ بود. قبل از این، در سال ۱۳۲۱، مقرراتی برای استقلال دانشگاه تهران از وزارت علوم به تصویب مجلسین شورای ملی و سنا رسیده بود. به واسطه همین قانون، دانشگاه تهران بسیاری از تصمیمات را بدون مراجعه به وزارت می‌گرفت.

پس از انقلاب به موجب لایحه قانونی انحلال هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی، هیئت امنای دانشگاه‌ها منحل و هیئت سه نفره جانشین هیئت امنا شد. این هیئت سه نفره دارای چند کمیته کارشناسی از جمله کمیته اداری، مالی و بررسی آیین‌نامه استخدامی بود.^۲ گسترش آموزش عالی در دهه اول انقلاب باعث شد اندیشه احیای هیئت امنا دوباره مطرح گردد. سرانجام با تصویب قانون تشکیل هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی، مصوب جلسات ۱۸۱ و ۱۸۳ مورخ ۹ و ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ شورای عالی انقلاب فرهنگی مشتمل بر ۱۱ ماده، هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی به عرصه وضع مقررات پا نهاد. البته این مسئله که آیا شورای عالی انقلاب فرهنگی به عنوان نهادی سیاست‌گذار می‌تواند قانون وضع کند و مصوبات این نهاد چه جایگاهی در نظام حقوقی ایران دارند، با ابهام‌های بسیاری مواجه است.^۳ سپس آیین‌نامه مدیریت دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی در جلسه ۲۴۹ مورخ ۱۱ تیر ۱۳۷۴ شورای عالی انقلاب فرهنگی به تصویب رسید که تاکنون بارها اصلاح شده است.

طبق ماده ۳ این مصوبه، هیئت امنا، عالی‌ترین رکن مؤسسه است که چهارده وظیفه دارد از جمله تصویب بودجه و بودجه تفصیلی، تصویب حساب‌ها، تصویب آیین‌نامه مالی و معاملاتی، تعیین میزان حق التحقیق و حق التدریس و حق الزحمه. اعضای هیئت امنا شامل وزیر، رئیس دانشگاه، چهار تا شش

۱. بنایی اسکویی، پیشین، ص ۱.

۲. شریعت، بهاء‌الدین، «تحلیلی بر عملکرد هیئت امنا در نظام آموزش عالی»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی آموزش عالی، شماره ۷، ۱۳۷۳، ص ۶.

۳. نک: زارعی، محمدحسین، سید محمد حسینی و محمد نجفی کلانی، «شورای عالی انقلاب فرهنگی در ترازوی استقلال قوا»، مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره ۳، ۱۳۹۸؛ شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مرتبه مصوبات آن»، پژوهش حقوق عمومی، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴.

تن از شخصیت‌های علمی فرهنگی یا اجتماعی محلی و کشوری که نقش محوری در توسعه و پیشرفت دانشگاه داشته باشند، نماینده معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری می‌شود. در همه کشورها، هیئت امناء، ترکیبی از نیروهای درون و بیرون دانشگاه است. طبق یک تحقیق، ترکیب اعضای هیئت امناء در ایران با کارکردهای آن تناسبی ندارد. تعداد اعضای هیئت امناء به تدریج کاهش یافته، ترکیب شخصیت‌های حقیقی از شخصیت‌های فرهنگی، اقتصادی و صاحبان صنایع به شخصیت‌های علمی و فرهنگی یا اجتماعی محلی تغییر کرده است و شخصیت‌های حقوقی از مقامات بالای سیاسی به مقامات اداری و مدیریتی تغییر پیدا کرده‌اند.^۱ برای نمونه، در آمریکا، تعدادی از اعضای هیئت امناء، عضو هیئت مدیره شرکت‌های بزرگ هستند^۲ تا بتوان از منابع مالی این شرکت‌ها استفاده کرد.

با این حال، در ایران، اعضای هیئت امناء عمدتاً از نیروهای دولت هستند.^۳ ترکیب هیئت امناء در ایران نمونه‌ای از قرار گرفتن نیروهای سیاسی و دخالت دولت در هیئت امناء است.^۴ قرار گرفتن وزیران علوم، تحقیقات و فناوری یا بهداشت به عنوان رئیس هیئت امناء، رئیس مؤسسه به عنوان دبیر و رئیس سازمان برنامه و بودجه کشور یا نماینده وی به عنوان یکی از اعضای اصلی هیئت امناء برای هم‌خوانی و برقراری سیاست‌های مالی و بودجه‌ای همه دانشگاه‌ها و سیاست‌های مالی دولت می‌تواند از نکات مثبت ترکیب هیئت امناء باشد. با این حال، نمی‌توان از این نکته غفلت کرد که وقتی در کشورهای دیگر، شاهد کاهش وابستگی به دولت هستیم و با فروش خدمات آموزشی و پژوهشی، موقوفات، قراردادهای خصوصی و کمک بنگاه‌ها مواجهیم، در ایران، وابستگی به دولت روز به روز بیش‌تر می‌شود.^۵

۱. کسکه، شهاب و یوسف محب‌زادگان، «توسعه راهبردی دانشگاه‌ها از منظر تبیین مؤلفه‌های عملکردی هیئت‌های امناء و روند پژوهی کارکرد و ترکیب اعضای آن»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره ۵، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

2. Mathies, C. & Slaughter, S., University Trustees as Channels Bween Academe and Industry: Toward an Understanding of the Executive Science Network, Res Policy, 2013, 42(6-7), 1286-1300.

۳. اخوان هزاوه، فاطمه، مصطفی اجتهادی، امیرحسین محمد داوودی و کامران محمدخانی، «شناسایی و تبیین ابعاد و مؤلفه‌های ایجاد نقش هیئت امناء در تأمین منابع مالی دانشگاه و ارتقای آن»، فصل‌نامه مدیریت و برنامه‌ریزی در نظام‌های آموزشی، دوره چهاردهم، شماره ۱، پیاپی ۲۶، ۱۴۰۰، ص ۱۳۴.

۴. بنایی اسکویی، پیشین، ص ۹۱.

۵. اخوان هزاوه و همکاران، پیشین، ص ۱۳۴.

در خصوص عملکرد هیئت امنای دانشگاه‌ها به ویژه در دوره احیای این نهاد، تحقیقاتی توسط پژوهشگران انجام گرفته است. یکی از این پژوهش‌ها نشان می‌دهد متوسط تعداد جلسات هیئت امنای در دوره ۱۳۸۵-۱۳۷۰ یک و نیم جلسه در سال بوده که خیلی کم است و یکی از دلایل افزایش تعداد صورت جلسات و بی‌کیفیتی مصوبات را همین موضوع دانسته‌اند. هم‌چنین مصوبات هیئت امنای بیش‌تر در خصوص امور مالی و معاملاتی و امور اعضای هیئت علمی است و با سیاست‌گذاری ارتباطی ندارد.^۱ تحقیق دیگری با بررسی مصوبات هیئت امنای نتیجه گرفته که عمده این فعالیت‌ها در زمینه مسائل اداری و استخدامی و معاملاتی متمرکز شده است، نه تحقیقاتی و پژوهشی.^۲ کسی منکر لزوم وجود هیئت امنای نیست، بلکه مسئله، نوع کارکرد آن است که گاه از مسیر اصلی و هدفی که برای آن منظور شده است، خارج می‌گردد.^۳

به مرور با وضع قوانین متعدد، حوزه وظایف و اختیارات هیئت امنای تغییراتی کرده که حاصل آن‌ها تبعیت سهل‌گیرانه دانشگاه‌ها از قوانین بوده است. با وضع قوانین جدید به ویژه ماده ۱ قانون احکام دائمی، حکومت مقررات عمومی در این حوزه دچار تحول چشم‌گیری شد. تصویب این قوانین را تحولی مثبت در استقلال دانشگاه‌ها می‌دانند، ولی با توجه به ماهیت مالکیت دولت در دانشگاه‌ها و نقش نمایندگان دولت در هیئت امنای، استقلال دانشگاه‌ها مغفول مانده است. به گفته یکی از محققان، جایگاه حقوقی هیئت امنای در نظم جدید در برنامه چهارم و پنجم تثبیت شد، اما در دولت نهم و دهم به تدریج بخش اعظم اختیارات اعطایی به دانشگاه‌ها در قالب قوانین بودجه سنواتی پس گرفته شد و تمرکزگرایی سال‌های ۸۴ تا ۹۲ تعارض جدی بین متن‌های مکتوب و رویه‌های عملی ایجاد کرد.^۴ اکنون در بهترین حالت، هیئت امنای به نهادی

۱. آذرگشب، اذن‌الله، حمیدرضا آراسته، زهرا صباغیان و جعفر توفیقی، «کارکردهای هیئت امنای دانشگاه‌های دولتی»، مجله پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶.

۲. کسکه و محب‌زادگان، پیشین.

۳. مهدی، رضا و اذن‌الله آذرگشب، «اداره هیئت امنایی در نظام آموزش عالی ایران»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، دوره بیست و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۶.

۴. ذاکر صالحی، غلام‌رضا، «مطالعه تطبیقی ساختار مدیریت و رهبری دانشگاهی: مطالعه مورد هیئت امنای»، فصل‌نامه آموزش عالی ایران، سال هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۸۱.

هماهنگ‌کننده تبدیل شده که نهادی دولتی برای پی‌گیری امور به ویژه بودجه‌ای است.^۱ به هر حال، هیئت امنا باید به عنوان واسطه بین دانشگاه و جامعه باشد تا منابع مالی را تأمین کند و گسترش روزافزون دانشگاه‌ها، کار را دشوارتر کرده است.^۲

در خصوص مصوبات هیئت امنا، دو نظر مطرح شده است. طبق نظر اول، مصوبات هیئت امنا در حکم قانون است که لازمه استقلال این نهاد است و وزیر هم آن‌ها را امضا می‌کند. در پاسخ به این نظر باید گفت وقتی خود مصوبات وزیر تحت نظارتند، نمی‌توان چنین شأنی را برای مصوبات هیئت امنا قائل شد.^۳ طبق نظر دوم، مقررات دولتی و تابع قانون هستند.^۴ بر این اساس، شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز اختیارات هیئت امنا را مشخص کرده است. دیوان عدالت اداری هم در دادنامه ۲۵۳ مورخ ۶ مهر ۷۳ و دادنامه ۱۹۴ مورخ ۹ مرداد ۸۴ بر این مسئله تأکید کرده است.

شورای دانشگاه، دومین رکن سیاست‌گذاری بعد از هیئت امناست که متشکل از هیئت رئیسه، رؤسای دانشکده‌ها، دو نفر از اعضای شوراهای تخصصی و دو تن از اعضای هیئت عملی (حداقل دانشیار) است. سپس هیئت رئیسه دانشگاه قرار دارد که دومین رکن اجرایی است و متشکل از رئیس و معاونان دانشگاه است و تعداد آن‌ها به تناسب حجم کار و گستردگی دانشگاه، حداکثر هفت نفر خواهد بود (ماده ۵ مصوبه جلسه مورخ ۱۳۷۰/۶/۱۹ شورای عالی انقلاب فرهنگی). مهم‌ترین اختیارات هیئت رئیسه مطابق آیین‌نامه مدیریت دانشگاه‌ها، فراهم‌سازی زمینه‌های اجرایی مصوبات شورای انقلاب فرهنگی، پیشنهاد نمودار تشکیلاتی به هیئت امنا و از جمله آن‌ها که مرتبط با موضوع این بحث است، پیشنهاد بودجه سالانه دانشگاه به هیئت امناست.

مقام بعدی در اداره دانشگاه، رئیس دانشگاه است که عملاً و به طور مستمر، وظیفه اداره دانشگاه را به عهده دارد و یکی از وظایفش، تهیه آیین‌نامه‌های مالی معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی و پیشنهاد به هیئت امنا برای تصویب و هم‌چنین تهیه بودجه تفصیلی و ارائه به هیئت امناست. در

۱. همان، ص ۸۲.

۲. اخوان هزاوه و همکاران، پیشین، صص ۱۲۹-۱۳۰.

۳. محمودی، پیشین، ص ۸۴.

۴. همان، صص ۹۱-۹۲.

دوران پیش از انقلاب، در ظاهر امر، رئیس دانشگاه، منتصب شورای دانشگاه بود که به تدریج، نقش شورای دانشگاه در تعیین رئیس کم‌رنگ شد. در حال حاضر، شورای انقلاب فرهنگی، اختیار خود را در این مورد به کمیته‌ای مرکب از رئیس نهاد نمایندگی مقام رهبری در دانشگاه‌ها، وزیر علوم و دبیر شورای انقلاب فرهنگی و رئیس هیئت نظارت و بازرسی شورا تفویض کرده است (مصوبه تفویض صلاحیت انتخاب رؤسای دانشگاه‌ها شورای عالی انقلاب فرهنگی، جلسه ۷۶۴ مورخ ۱۳۹۴/۳/۵). در عمل، رئیس و هیئت رئیسه دانشگاه، کار اصلی را انجام می‌دهند و در طول سال، دو یا چند جلسه انگشت شمار توسط هیئت امنا برگزار می‌شود و همان مصوبات هیئت رئیسه را به تصویب می‌رسانند. حتی در بسیاری از دانشگاه‌ها، اصطلاحات عجیبی مانند دست‌گردان پدید آمده است که بدون حضور اعضای هیئت امنا صرفاً مصوبه را به امضای تک‌تک اعضا بدون برگزاری جلسه می‌رسانند. در این مقاله قصد نقد و بررسی این شیوه‌ها را نداریم و صرفاً به تعارض این مصوبات با قوانین بودجه به عنوان یکی از ایرادهای آن‌ها اشاره می‌شود.

گفتار سوم. نظام مالی دانشگاه‌ها

وجود نظام مالی روشن، پاسخ‌گو و شفاف، لازمه یک حکمرانی خوب و مطلوب است. نبود نظام مالی منسجم و شفاف، تبعاتی مانند ایجاد فساد، اختلاف نظر و صرف زمان طولانی در تصمیم‌گیری و نیز طرح دعاوی و اختلاف با دستگاه‌های نظارتی خواهد داشت. یک نظام مالی مطلوب به گونه‌ای طراحی می‌گردد که ضمن پیش‌بینی کامل نیازهای مجموعه، ارتباطی منطقی نیز در سطح دریافت منابع، مصرف منابع و گزارش‌گیری سریع از وضعیت حاضر را فراهم آورد.

بند اول. اجرای بودجه

بودجه‌بندی، فرآیند تخصیص منابع محدود به نیازهای نامحدود است و سند درآمدها و هزینه‌های دولت است که به تصویب پارلمان می‌رسد.^۱ بودجه دولت، بزرگ‌ترین سند مالی است که بر بیش‌تر شاخص‌های اقتصادی اثر می‌گذارد.^۲ موضوع مهم در این خصوص، ارزیابی عملکرد دولت در تحقق

۱۱. رستمی، ولی، *مالیه عمومی*، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۹۸.

۲۲. فرج‌وند، اسفندیار، *فراگرد تنظیم تا کنترل بودجه*، تهران: فروزش، ۱۳۹۴، ص ۳۲.

اهداف و استخراج انحرافات از بودجه است و دلیل اصلی آن نیز منابع محدود و نیازهای نامحدود و تعیین اهداف مشخصی در قانون بودجه است. بودجه سالانه دانشگاه‌ها در چارچوب راهبردها، سیاست‌ها و پیوست‌های مندرج در بخش‌نامه بودجه هر سال تهیه و به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور ارسال می‌شود و پس از تصویب، در پیوست‌های قانون بودجه انعکاس می‌یابد (ماده ۲ قانون نحوه انجام امور مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها) و به دانشگاه‌ها ابلاغ می‌گردد. پیش‌بینی و تصویب نهایی بودجه دانشگاه‌ها به صورت مجزا از تبعات شناسایی شخصیت مستقل دانشگاه‌هاست و تا زمان تهیه بودجه تفصیلی توسط هیئت امناء، به تشخیص رئیس مؤسسه یا مقام مجاز، هزینه‌ها حداکثر به میزان یک دوازدهم بودجه برای هر ماه انجام خواهد شد. هم‌چنین بر اساس تبصره ۲ ماده یادشده، هرگونه جابه‌جایی در میزان اعتبارات بودجه تفصیلی مصوب تا میزان حداکثر ۱۰ درصد اعتبار هر یک از اقلام دارای کسری از محل کاهش دیگر اقلام با تشخیص رئیس مؤسسه و تصویب هیئت رئیسه مجاز است. این‌گونه تغییرات در اولین اصلاحیه بودجه تفصیلی درج می‌شود و به تصویب هیئت امناء می‌رسد.

بر اساس ماه ۷ قانون نحوه انجام امور مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها، دانشگاه‌ها مکلفند حساب همه اعتبارات و هزینه‌ها را نگه‌داری و صورت حساب دریافت و پرداخت هر ماه و حساب نهایی هر سال را تنظیم کنند و پس از گواهی ذی حساب به همراه مدارک و اسناد مرتبط برای رسیدگی یا حسابرسی در اختیار دیوان محاسبات قرار دهند و یک نسخه را هر سال را به وزارت اقتصاد ارسال کنند.

بر اساس دادنامه ۱۹۵ مورخ ۲۷ تیر ۱۳۹۰، دیوان محاسبات، صلاحیت رسیدگی به امور مالی دانشگاه‌ها را دارد.^۱ رعایت نشدن مهلت‌های مقرر در آیین‌نامه در تصویب بودجه تفصیلی و اصلاحیه مربوط از آسیب‌های جدی هیئت امناءست که معیار هزینه و بالتبع نظارت را محو می‌کند، به گونه‌ای که بودجه تفصیلی عمده‌تأ بر مبنای عملکرد در سنوات بعدی اصلاح می‌شود و شکل قانونی به عملکرد مالی می‌بخشد. یکی از تحقیقات صورت‌گرفته در خصوص عملکرد هیئت امناء دانشگاه‌های دولتی نشان می‌دهد میانگین مصوبات تصویب بودجه تفصیلی دانشگاه‌ها با ۹ فقره در پانزده سال مورد بررسی (۱۳۸۵-۱۳۷۰)، کم‌تر از حد انتظار بوده و این در حالی است که در دانشگاه‌های معتبر

۱. رستمی و قهوه‌چیان، پیشین، ص ۲۵۲.

جهان مثل دانشگاه واشینگتن و کالیفرنیا، بررسی و تصویب بودجه پیشنهادی از کارکردهای اصلی هیئت امناست.^۱

بودجه موصوف پس از ابلاغ و در راستای مفاد بندهای (ج) و (د) قانون تشکیل هیئت‌های امنای دانشگاه‌ها، تحت عنوان بودجه تفصیلی، شامل بودجه ابلاغی سال مربوط و هم‌چنین وجوه انتقالی از سنوات قبل و دیگر منابع تأمین اعتبار (وام و شبیه آن) به تفکیک برنامه‌ها و طرح‌ها، مستند به ماده ۲۶ آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها باید تا پایان شهریور همان سال به تصویب هیئت امناء برسد.

یکی از نقاط ضعف موجود در خصوص نظام حقوقی حاکم بر دانشگاه‌ها، پیش‌بینی نشدن مرجع یا سازوکار لازم برای انطباق مصوبات هیئت امناء با حدود اختیارات قانونی است که این امر، دستگاه‌های نظارتی را با مشکلات عدیده‌ای مواجه می‌سازد. دیوان محاسبات کشور و سازمان بازرسی کشور از طریق دیوان عدالت اداری، برخی مصوبات هیئت امناء را ابطال کرده‌اند، ولی با توجه به تعدد مصوبات هیئت امناء، مشکلات عدیده‌ای در این زمینه وجود دارد. برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۱۹۵ مورخ ۱۳۹۰/۴/۲۷ اشاره کرد که دیوان عدالت اداری، ماده ۵۵ اصلاحی آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها مبنی بر ارسال نشدن اسناد و مدارک لازم به دیوان محاسبات کشور را ابطال کرده است. نمونه دیگر، دادنامه شماره ۳۱۷ مورخ ۱۳۹۶/۴/۱۳ دیوان است که در آن، ماده ۲۸ آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها مبنی بر واریز نشدن وجوه حاصل از سپرده‌های دریافتی به حساب‌های خزانه به استناد مخالفت با اصل ۵۳ قانون اساسی ابطال شد.

البته دانشگاه‌ها در این دعاوی همواره معترض بوده‌اند. مستثنی شدن دانشگاه‌ها در ماده ۱ احکام دائمی بودجه، مستند دانشگاه‌هاست. ایجاد استثنا، آثار بسیار بدی مثل بدبینی به حکومت، خودکامگی و فسادهای عظیم دارد، اما نظام حقوقی ایران، استثنائات فراوان محاسباتی شامل مراجع، موضوعات و اعتبارات را به رسمیت شناخته است.^۲ برخی از نهادهای مستثنی شده دارای آیین‌نامه

۱. آذرگشب و همکاران، پیشین، ص ۱۳

۲. نک: رستمی و قهوه‌چیان، پیشین، صص ۲۵۶-۲۵۲.

مالی و محاسباتی نیز هستند، مانند شرکت ملی نفت، صنایع پتروشیمی، انرژی اتمی و دانشگاه‌ها.^۱ باید توجه داشت که وضع استثنائات محاسباتی فقط در صلاحیت قانون‌گذار است و هیچ نهادی نمی‌تواند مرجعی را مستثنی کند.^۲ به همین دلیل، دیوان عدالت اداری، مصوبه ۳۷۳۳۲/۳۲۱۱۲ مورخ ۱۹ خرداد ۸۶ را که در آن اعلام شده بود وجوه مصرف‌شده، اعتبارات مصرف‌نشده و اعتبارات هزینه‌ای در تراز نهایی سال‌های ۸۴ و ۸۵ سازمان میراث فرهنگی تابع مقررات مالی و معاملاتی دانشگاه شود، در دادنامه ۷۹۲ مورخ ۳ بهمن ۱۳۸۷ خارج از صلاحیت قوه مجریه دانست.^۳ البته مستثنی شدن یک مرجع به معنای خروج از حکومت قانون نیست و استثنا باید دلیلی موجهی داشته باشد، موقت باشد و مضیق تفسیر شود.^۴

بند دوم. اموال دانشگاه

مسئله مهم دیگر، موضوع اموال دانشگاه‌ها و حدود اختیار دانشگاه‌ها در مورد این اموال است. هم‌زمان با گسترش دانشگاه‌ها در ایران، قوانینی در مورد اموال دانشگاه‌ها به تصویب رسید، مانند بندهای ۸ و ۹ ماده هفتم لایحه قانونی تأسیس دانشگاه پهلوی که «فروش و تعویض و انتقال اموال دانشگاه‌ها» را در زمره اختیارات هیئت امنای قرار داد.^۵ پس از تصویب قانون محاسبات عمومی در سال ۱۳۴۹ تا تصویب قانون محاسبات عمومی در سال ۱۳۶۹، قوانین و مقررات متعددی برای اداره اموال دانشگاه‌ها به اجرا گذاشته شد. از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به قانون هیئت امنای مؤسسات عالی علمی دولتی اشاره کرد که در ماده ۱۱ آن تصریح گردید دانشگاه‌ها جز در خصوص ذی‌حسابی، مشمول دیگر مقررات قانون محاسبات عمومی کشور و دیگر قوانین و مقررات مربوط به مؤسسات دولتی نخواهند بود.^۶ در قانون محاسبات عمومی نیز فصل پنجم به اموال دولتی اختصاص یافت. در این فصل و مواد ۱۰۶ تا ۱۲۲، مقررات مفصلی در خصوص اموال دولتی به تصویب رسید و وظایف

۱۴. همان، ص ۳۰۳.

۲۵. همان، ص ۳۰۰.

۳. همان.

۴. همان، صص ۲۰۰-۲۰۱.

۵. عباسی، اسماعیل، نظام حقوقی و ضوابط حاکم بر اموال دانشگاه‌ها، تهران: مؤسسه مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۴۰۰، ص ۳۵.

۶. همان، ص ۳۶.

متعددی برای نگه‌داری حساب اموال دولتی به عهده وزارت دارایی گذاشته شد که مبنایی برای پیدایش اختلاف میان این وزارت‌خانه و وزارت علوم شد. نکته جالب این است که تصویب این قانون تقریباً با احیای مجدد هیئت امنا دانشگاه‌ها مقارن شد.

گفتار چهارم. چالش‌های نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه

به گفته یکی از محققان، سه فرض را برای نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه‌ها می‌توان مطرح کرد: فرض نخست، خروج نسبی دانشگاه از نظارت دیوان محاسبات است که طبق این نظر، دانشگاه‌ها از قانون محاسبات عمومی به جز ماده ۳۱ آن قانون مستثنی هستند. تصویب نامه ۷ شهریور ۱۳۸۰ راجع به اموال دانشگاه‌ها و ماده ۹ قانون تشکیل هیئت امنا هم بر شمول ماده ۳۱ تأکید کرده‌اند. فرض دوم، خروج مطلق از نظارت دیوان محاسبات است که قانون نحوه هزینه کردن اعتبارات دانشگاه پیام نور خارج از مقررات عمومی دولت (۱۹ اسفند ۷۵) و نیز قانون استفاده از ساعات اساتید آزاد و مدرّسین دانشگاه‌ها و درآمد کارگاه‌ها (۲ مرداد ۶۵) می‌تواند مؤید این نظر باشد. فرض سوم هم نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه است؛^۱ زیرا به موجب قانون اساسی، هر دستگاهی که از بودجه استفاده می‌کند، تحت نظارت دیوان محاسبات است و دانشگاه نیز در زمره این دستگاه‌ها قرار دارد.

دیوان محاسبات از جمله دستگاه‌های نظارتی است که طبق قانون اساسی تأسیس شده است. اصل ۵۴ مبّین نهاد دیوان و جایگاه آن و اصل ۵۵ نیز مبّین کارویژه‌های دیوان است. دیوان محاسبات، دو هدف عمده اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به منظور پاسداری از بیت‌المال و نیز تهیه و تدوین گزارش تفریغ بودجه را به عهده دارد و مأمور کنترل و نظارت مستمر مالی تمامی دستگاه‌های اجرایی است. این نهاد در رسیدگی‌های خود دارای صلاحیت شبه‌قضایی است و در خصوص تخلفات مالی، وظیفه کشف، تعقیب و رسیدگی و صدور حکم را بر عهده دارد.

در ماده ۱ قانون دیوان محاسبات کشور، «کنترل مالی سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند»، درج گردیده است که این موضوع می‌تواند ابهام در صلاحیت دیوان محاسبات در ورود به کنترل مالی برخی از دستگاه‌های اجرایی وابسته به سه قوه و دیگر

۱. محمودی، پیشین، صص ۲۵۷-۲۶۰.

مؤسسات مستقل از جمله دانشگاه‌ها را رفع کند. اگر ملاک و معیار نظارت مالی دیوان محاسبات را دستگاه اجرایی یا بودجه عمومی در نظر بگیریم، هر میزان استفاده از بودجه عمومی و به هر نحو ممکن، در صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات قرار می‌گیرد.

شورای نگهبان در نظریه شماره ۷۵/۲۱/۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ در پاسخ استعلام رئیس جمهور وقت عنوان کرده است: «اصل پنجاه و پنجم ناظر به اعتباراتی است که در بودجه کل کشور منظور شده و صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی محدود به همان موارد است». این نظر، چالش‌های فراوانی در روند رسیدگی دیوان محاسبات در مورد مؤسسات عمومی غیر دولتی ایجاد کرده^۱ و تأیید قانون دیوان محاسبات توسط شورای نگهبان، مفهوم پاسداری از بیت‌المال، تهیه گزارش مهم تفریغ بودجه و نظارت دیوان محاسبات را با ابهام مواجه ساخته است. برای نمونه به حسابرسی کردن یا نکردن شرکت‌هایی که سهم دولت در آن‌ها کم‌تر از (۵۰ درصد) باشد یا حسابرسی نهادهایی مثل تأمین اجتماعی و شهرداری می‌توان اشاره کرد. به نظر می‌رسد موضوع حسابرسی یا رسیدگی در اصل ۵۵ قانون اساسی، همه حساب‌های دستگاه‌های دولتی است و نه صرف اعتبار مصوب مندرج در قانون بودجه. وظایف دیوان محاسبات کشور در قانون مصوب مجلس هم معین شده و این قانون تاکنون نسخ نشده است.

تفسیر شورای نگهبان از اصل ۵۵ چالش‌های فراوانی ایجاد کرده، ولی در خصوص دانشگاه‌ها این موضوع کم‌تر چالش آفریده است؛ زیرا دانشگاه‌ها از جمله مؤسسات دولتی به شمار می‌روند و به لحاظ مالی، وابسته به بودجه عمومی دولت هستند. البته این سخن به معنی نبود چالش نظارت دیوان محاسبات با دانشگاه‌ها نیست. چالش اصلی و مهم در حسابرسی و رسیدگی به عملکرد مالی دانشگاه‌ها، نگاه ویژه رؤسا و هیئت امنای دانشگاه‌ها به صلاحیت‌های خود است و پس از تصویب ماده ۱ قانون احکام دائمی، خود را از پاسخ‌گویی به دیوان مبرا می‌دانند. این موضوع تا جایی پیش

۱۲. مرادخانی، فردین و فرشید بنده علی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال (با نگاهی بر نقش نظارت دیوان بر شهرداری‌ها)»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره هشتم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷؛ کدخدایی، عباس علی، سید محمد طباطبایی‌نژاد و علی فتاحی زرقندی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی: رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، دانش حقوق عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۸.

رفت که در ماده ۵۵ اصلاحی آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها عنوان شد لزومی به ارسال اسناد و مدارک مالی برای انجام حسابرسی و رسیدگی به دیوان محاسبات نیست که در دادنامه شماره ۱۹۵ مورخ ۱۳۹۰/۴/۲۷ دیوان عدالت اداری ابطال شد. در سال‌های اخیر، دیدگاه دانشگاه‌ها نسبت به اختیارات خود در اداره دانشگاه‌ها تا حدودی تغییر کرده است، به گونه‌ای که هیئت‌های حسابرسی دیوان محاسبات در مجموعه وزارت علوم و دانشگاه‌های وابسته به آن مستقرند و صورت‌های مالی را رسیدگی و گزارش می‌کنند. با این وجود، هم‌چنان چالش‌هایی در حسابرسی وجود دارد که در ادامه به علل این چالش‌ها اشاره خواهیم کرد.

بند اول. تفسیر متفاوت از قوانین

مهم‌ترین چالش در خصوص نظارت مالی دیوان محاسبات بر دانشگاه‌ها به تفسیر متفاوت از قوانین مربوط است. دانشگاه‌ها به استناد قانون برنامه چهارم و پنجم و ماده ۱ قانون احکام دائمی، خود را از شمول همه قوانین و مقررات عمومی از جمله نظارت دیوان محاسبات مستثنی می‌دانند. دیوان محاسبات کشور نیز صلاحیت نظارتی خود را برگرفته از قانون اساسی می‌شمارد و دانشگاه‌ها را مشمول نظارت خود می‌داند. اگرچه با توجه به ماده ۱ قانون احکام دائمی، دانشگاه‌ها از شمول بسیاری از قوانین خارجند و از آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی، اداری و استخدامی مصوب هیئت امنا خود پیروی می‌کنند، اما تصویب قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور را بایستی در منظومه قانون‌گذاری کشور و صلاحیت قوه مقننه و در پرتو اصل حاکمیت قانون در نظر گرفت. مفاد ماده ۱ قانون احکام دائمی به دانشگاه‌ها اجازه داده است که امور اداری و مالی و معاملاتی و استخدامی خود را با تصویب هیئت امنا و تأیید وزارت مربوط به انجام برسانند و این اختیار به مفهوم قانون‌گذاری مستقل از قوه مقننه و خارج از سلسله‌مراتب قانون‌گذاری نیست. همان‌گونه که قانون‌گذار، اختیار اداره دانشگاه‌ها را به هیئت امنا واگذاشته، دیگر قوانین مانند قانون دیوان محاسبات را هم وضع کرده است. بنابراین، اختیار واگذار شده به دانشگاه‌ها به منزله نادیده گرفتن اصل حاکمیت قانون و سلسله‌مراتب قوانین نیست. مسئولان دانشگاه‌ها، تأکیدی بیش از حد بر جنبه ظاهری ماده ۱ قانون احکام دائمی در خصوص استقلال نسبی دانشگاه‌ها در امور مالی، محاسباتی و استخدامی بدون در نظر داشتن سلسله‌مراتب قانون‌گذاری دارند و برای هیئت امنا، شأن قانون‌گذاری تصور می‌کنند.

به نظر می‌رسد دانشگاه‌ها نمی‌توانند مصوباتی وضع کنند که منظومه نظام حقوقی کشور را به هم بریزد. این موضوع را دیوان عدالت اداری هم تأیید کرده است. در موارد متعددی، هیئت امنای دانشگاه‌ها، مواردی را مغایر با اصول قانون اساسی تصویب کرده‌اند که نشان می‌دهد درکی صحیح از اختیارات قانونی هیئت امنای ندارند و دیوان به درستی در مقابل آن‌ها ایستاده است. برای نمونه می‌توان به ابطال دستور سیزدهم از بیست و یکمین نشست مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۲۴ هیئت امنای دانشگاه جامع علمی کاربردی در خصوص تخفیف شهریه دانشجویان خانواده کارکنان دانشگاه اشاره کرد که دیوان عدالت اداری آن را در دادنامه شماره ۷۵۲ به عنوان مصداق تبعیض ناروا موضوع بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی ابطال کرد. این موضوع در دادنامه شماره ۱۷۸۶ در مورد مصوبه هیئت امنای دانشگاه تهران نیز اتفاق افتاد (ابطال امتیاز برای فرزندان پرسنل دانشگاه). در مواردی هم هیئت امنای با تصویب مقرراتی، قوانین عادی از جمله قوانین کیفری را نقض کرده است. بر خلاف بودن چنین مصوباتی به صراحت در رأی شماره ۱۰۵۵ مورخ ۱۳۹۸/۶/۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این عبارت تأکید شده است: «صلاحیت قانونی هیئت امنای دانشگاه نمی‌تواند متضمن تعطیل و توقف نصوص کیفری باشد».

حال سؤال این است که آیا تهیه گزارش تفریغ بودجه بدون انجام نظارت مالی و اعزام کارشناسان در خصوص بررسی و حسابرسی عملکرد دستگاه‌ها درباره قانون بودجه در سال مورد نظر قابلیت انجام دارد؟ مجلس شورای اسلامی متناسب با تحولات اقتصادی و اهداف بودجه دولت با عنایت به انبساطی بودن (افزایش هزینه‌های دولت) یا انقباضی بودن بودجه (کاهش هزینه‌های عمومی دولت)، تکالیف متعددی را بر عهده دستگاه‌های دریافت‌کننده بودجه می‌گذارد. با توجه به دو مؤلفه مهم محدوده زمانی اجرای بودجه (اصل سالانه بودن) و تخصیص منابع در سال مورد نظر، گزارش تفریغ بودجه از اهمیت دوجندانی برخوردار می‌گردد. دانشگاه‌ها نیز مکلف به اجرای سیاست‌های ابلاغی بودجه هستند و در مصوبات خود بایستی این موضوع را در نظر بگیرند و گزارش عملکرد خود را به دیوان محاسبات ارائه کنند.

اداره دانشگاه‌ها بر اساس آیین‌نامه مالی، معاملاتی و استخدامی خاص مورد قبول دستگاه‌های نظارتی است، چنان‌که دیوان محاسبات نیز در حسابرسی از عملکرد دانشگاه‌ها، آیین‌نامه مصوب آن‌ها و مصوبات هیئت امنای را ملاک رسیدگی قرار می‌دهد. چالش از جایی آغاز می‌گردد که در

عمل و هنگام اجرای بودجه، در مواردی، مصوبات هیئت امنای اجرا و تفسیر آیین‌نامه‌ها با قوانین بالادستی مغایرت دارد و دیوان محاسبات به آن‌ها ایراد می‌گیرد. حلقه مفقوده در ارتباط منطقی و سلسله‌مراتبی مصوبات هیئت امنای بودجه در دانشگاه‌ها و رعایت دیگر قوانین است. دانشگاه در قلمرو سرزمینی کشور قرار گرفته و مکلف است قوانین مصوب به ویژه بالادستی را رعایت کند. تنها تفاوت اداره آن با دیگر دستگاه‌ها، آزادی عملی است که در قالب آیین‌نامه‌ها و مصوبات هیئت امنای اداره خود دارد. در مواردی، دانشگاه‌ها آزادی عمل خود را حتی فراتر از قوانین مناطق آزاد تجاری تصور می‌کنند که منجر به مصوبات مغایر با قوانین بالادستی از جمله قانون اساسی می‌شود که در بسیاری از موارد با شکایت سازمان‌ها یا اشخاص حقیقی ابطال شده است.

بند دوم. دشواری مشخص کردن متخلف

چالش دوم در مورد نظارت مالی دیوان محاسبات بر دانشگاه‌ها، تشخیص نقش اشخاص حقیقی و حقوقی در نقض قوانین مالی و معاملاتی یا به عبارت دیگر، تعیین میزان تقصیر اشخاص در تخلفات مالی است. شاید در نگاه اول این‌گونه به نظر آید که در تمامی موارد نقض قوانین مالی، هیئت امنای، مقصر اصلی باشد، ولی در عمل، شناسایی مقصران به سادگی امکان‌پذیر نیست. برای مثال، در مواردی، رئیس دانشگاه با توجه به موارد فورس‌ماژور یا دیگر دلایل در ارقام بودجه تغییر می‌دهد. سپس تغییرات انجام‌شده را برای پیمودن مراحل قانونی به اطلاع هیئت امنای می‌رساند؛ یعنی موضوعی که ابتدا باید به تصویب هیئت امنای برسد، در انتها و پس از انجام فعل به اطلاع و احیاناً به تصویب هیئت امنای می‌رسد. در موارد متعدد، مسئولان اجرایی دانشگاه در توجیه فعل یا ترک فعل خود به مصوبات هیئت امنای اشاره و در واقع، خود را تبرئه می‌کنند. اگر مصوبات هیئت امنای دانشگاه واجد ایراد قانونی باشد و بعد از تصویب به اجرا نیز گذاشته شود، روشن است که در این‌گونه موارد، تمام ارکان دانشگاه، مسبب و مباشر فعل یا ترک فعل مسئول هستند. با این حال، در مواردی که سلسله‌مراتب در انجام فعل یا ترک فعل رعایت نشود و مسئولان، تقصیر را به عهده نمی‌گیرند و حتی در پاسخ مکاتبات، دیگر ارکان تصمیم‌گیری را مسئول معرفی می‌کنند، مستندسازی موضوع با ابهام مواجه می‌گردد.

موضوع مهم دیگر در تخلفات مالی، نقش مدیر مالی دانشگاه است. برخی محققان اشاره کرده‌اند

که در مراجع استثنایی، مدیر مالی، جای‌گزین ذی‌حساب می‌شود که خلاف اصل بی‌طرفی است.^۱ مدیر مالی دانشگاه برخلاف دیگر دستگاه‌های دولتی از میان کارکنان دانشگاه انتخاب می‌گردد و همانند مدیران مالی و ذی‌حسابان منصوب وزارت دارایی استقلال کافی ندارد و در صورت مخالفت، امکان برکناری آن توسط رئیس مؤسسه وجود دارد؛ موضوعی که در خصوص عزل ذی‌حساب منصوب وزارت دارایی به سهولت امکان‌پذیر نیست و در جلوگیری از وقوع تخلفات مالی نقش دارد.

گفتار پنجم. انواع تخلفات مالی دانشگاه‌ها

تخلفات دانشگاه‌ها در امور مالی به انواع متعددی تقسیم می‌شوند که با توجه به رویه دیوان محاسبات تقسیم‌بندی می‌کنیم:^۲

بند اول. بی‌توجهی به قوانین

نمونه اول: در یک دانشگاه با استناد به مصوبات متعدد هیئت امنا و در سه سال، تعداد کارکنان غیر هیئت علمی، بیش از ۳۰۰ درصد رشد داشته است. با توجه به اسناد بالادستی که در آن به صراحت بر کوچک‌سازی دولت در طول دوره اجرا اشاره شده است، آیا می‌توان این موضوع را به بهانه وجود ماده ۱ قانون احکام دائمی نادیده گرفت؟

نمونه دوم: محکومیت مسئولان یک دانشگاه به دلیل برگشت وجوه برخلاف قوانین و مقررات به حساب مؤسسه و هزینه کردن آن.^۳

نمونه سوم: جذب و استخدام اعضای غیر هیئت علمی در یک پارک علم و فناوری بدون رعایت قوانین و مقررات و در قالب نیروی خدماتی.

۱۱. رستمی و قهوه‌چیان، پیشین، ص ۳۰۹.

۲۲. متأسفانه مجموعه کامل و منقحی از آرای دیوان محاسبات تاکنون منتشر نشده است و دسترسی به این آرا با دشواری‌هایی مواجه است. حتی در یکی از محدود آثاری که در این خصوص منتشر شده است (سلطان‌نیا، ۱۴۰۰)، نهاد متخلف، متن رأی به طور کامل و اطلاعات دقیق پرونده درج نشده است. برای این مقاله به برخی آرا دسترسی پیدا کردیم که به شرط اشاره نکردن به اشخاص و شماره رأی به آن‌ها ارجاع دادیم.

۳۱. سلطان‌نیا، اکبر، نقد و بررسی ۱۱۰ رأی صادره از سوی هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات کشور، تهران: مرکز آموزش و برنامه‌ریزی دیوان محاسبات کشور، ۱۴۰۰، ص ۱۷۱.

نمونه چهارم: تسامح و تساهل (ترک فعل) در دفاع از دانشگاه در مرجع قضایی (دیوان عدالت اداری) و صدور رأی در خصوص اجبار دانشگاه در تبدیل وضعیت تعداد بیش از ۱۰۰ نفر از افراد قراردادی به پیمانی که دانشگاه مورد نظر را با مشکل تورم نیرو در بخش غیر هیئت علمی مواجه خواهد کرد. این موضوع، مغایر با تبصره ۲ ماده ۱ احکام دائمی مبنی بر اخذ مجوز استخدام از سازمان امور اداری و استخدامی در استخدام‌های جدید توسط وزارت علوم است.

نمونه پنجم: پرداخت هزینه‌های نامرتبب مانند حق الزحمه مربیان ورزشی، حق طراحی سؤال و پاداش تشویقی مغایر با امر تحقیقات از محل اعتبارات تحقیقات دانشگاهی که این موضوع، مغایر با اهداف تعیین شده برنامه و موافقت‌نامه و نیز بودجه تفصیلی دانشگاه مورد نظر بوده است.

نمونه ششم: تغییر ماهیت اعتبارات کمکی در خصوص حمایت از واحدهای فناور مستقر در یکی از پارک‌های علم و فناوری و مصرف این اعتبارات در قالب تسهیلات و دریافت اقساط آن از واحدهای فناوری مستقر که این موضوع ضمن مغایرت با ماده ۲۴ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم مقررات مالی دولت (۲) با مقررات عملیات بانکی از جمله پرداخت تسهیلات و وام مغایر است.

نمونه هفتم: واریز نشدن وجوه سپرده، وجه‌الضمان، ودیعه و نظایر آن به حساب‌های خزانه‌داری کل کشور توسط یک دانشگاه، در حالی که این موضوع در دادنامه شماره ۳۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۶/۴/۱۳ با شکایت دیوان محاسبات کشور ابطال گردیده است.

نمونه هشتم: هزینه کردن اعتبارات برنامه مدیریت راهبری علم، فناوری و برنامه انتشار علم و توسعه فناوری در امور نامرتبب مانند خرید اقلام مصرفی دانشگاه که مغایر با اهداف برنامه‌های یادشده بوده و نیز مغایر نص صریح بند (ع) ماده ۲۸ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مبنی بر رعایت شرح موافقت‌نامه با سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی در خصوص دریافت اعتبارات ردیف‌های خاص است.

نمونه نهم: رعایت نشدن قانون راجع به منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی در یک دانشگاه در قالب قرارداد خدمات رایانه. دانشگاه در پاسخ خود به انعقاد هر ساله قرارداد با این فرد، قرارداد را مشمول قانون منع مداخله ندانسته است.

نمونه دهم: رعایت نکردن مفاد آیین‌نامه مالی معاملاتی دانشگاه در تسویه نکردن به موقع مبلغ

تنخواه‌گردان پرداختی با واحدهای دانشگاه است. در این مورد مشاهده می‌گردد که در مواردی، دانشگاه‌ها حتی آیین‌نامه مصوب خود را رعایت نمی‌کنند.^۱

نمونه یازدهم: در یک دانشگاه، دو میلیارد و هفت صد میلیون ریال برخلاف قانون در سال ۱۳۷۷ پرداخت می‌شود که هرچند مدیر مالی و رئیس دانشگاه آن را برگردانند، دیوان، آن‌ها را محکوم کرده است.^۲

نمونه دوازدهم: پرداخت به کارکنان دانشگاه به عنوان پاداش از برنامه تحقیقات، خارج از ضوابط ماده ۷۸ قانون مدیریت خدمات کشوری است و به استناد ماده ۴۰ آن قانون به رعایت آیین‌نامه مصوب هیئت وزیران وابسته است.^۳

بند دوم. رعایت نشدن قانون بودجه سالانه مصوب مجلس شورای اسلامی

نمونه اول: دانشگاهی در سال مالی ۱۳۹۶، اعتبارات برنامه پژوهشی پایه‌ای و توسعه‌ای خود را کاهش داد و مبلغ کاهش یافته را بابت جبران کسری حقوق و مزایای پرسنل هزینه کرد. در سال مورد نظر، کاهش اعتبارات پژوهشی، مغایر نص صریح مفاد قانون بودجه سال ۱۳۹۶ (تبصره ۹) است.

نمونه دوم: رعایت نشدن قانون بودجه سال ۱۳۹۸ (تبصره ۴ بند ۴) توسط یکی از پارک‌های علم و فناوری مبنی بر رعایت نشدن اهداف قانون‌گذار در تخصیص منابع جهت حمایت از نوآوری علمی و صرف اعتبار دریافت شده در احداث مستحقات که نه تنها قانون بودجه سال مورد نظر رعایت نشده، بلکه مفاد تفاهم‌نامه تبادل شده بین پارک و معاونت علمی و فناوری رئیس جمهوری نیز رعایت نگردیده است.

نمونه سوم: کاهش اعتبارات برنامه‌های پژوهشی پایه‌ای و توسعه‌ای و اضافه شدن به اعتبارات پرسنلی که ضمن مغایرت با قانون بودجه سال مورد بررسی (قانون بودجه سال ۱۳۹۶ تبصره ۹) با بودجه تفصیلی مصوب هیئت امنای نیز مغایر بوده است.

۱۱. همان، ص ۱۹.

۲۲. همان، ص ۱۵۶.

۳. همان، ص ۱۵۷.

نمونه چهارم: کاهش اعتبارات تحقیقات دانشگاهی مندرج در اعتبار مصوب دانشگاه و نیز بودجه تفصیلی مصوب هیئت امنا و مصرف این اعتبارات در دیگر برنامه‌های مصوب که با قانون بودجه سال ۱۳۹۴ و نیز بودجه تفصیلی مصوب هیئت امنا دانشگاه مغایر بوده است.

نمونه پنجم: رعایت نشدن قانون بودجه سال ۱۳۹۸ (تبصره ۷) مبنی بر افتتاح حساب بانکی نزد بانک مرکزی توسط دانشگاه.

نمونه ششم: رعایت نشدن مفاد قانون بودجه سال ۱۳۹۸ (تبصره ۴) توسط دو دانشگاه مبنی بر دریافت گواهی از معاونت علمی و فناوری رئیس‌جمهور در خرید تجهیزات آزمایشگاهی.

بند سوم. رعایت نشدن قوانین مرتبط با اموال

نمونه اول: فروش یک قطعه زمین توسط یک دانشگاه با مجوز هیئت امنا به صندوقی که اعضای آن از کارکنان دانشگاه بوده که مغایر قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی است. دانشگاه ادعا کرده که مطابق ماده ۱ قانون احکام دائمی از شمول قانون برگزاری مناقصات مستثنی است، در حالی که موضوع، مغایر با قانون منع مداخله بوده است.

نمونه دوم: فروش اموال غیر منقول دانشگاه بدون دریافت مجوز از هیئت وزیران. با توجه به رأی شماره ۲۴۶۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر این که همه اموال دانشگاه‌ها که به نام دولت یا دانشگاه ثبت شده است، جزء اموال دولتی محسوب می‌گردد و فروش آن‌ها بدون اخذ مجوز از هیئت وزیران ممنوع است، دانشگاه در دفاع از این اقدام خلاف خود، به دریافت مصوبه هیئت امنا اشاره کرده است.

نتیجه‌گیری

اهمیت مراکز علمی بر کسی پوشیده نیست. رشد مراکز علمی و دانشگاهی در بلندمدت می‌تواند دیگر شاخص‌های توسعه یک کشور را بهبود بخشد. به همین دلیل، استقلال دانشگاه‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است. استقلال دانشگاه‌ها، طیف وسیعی از امور فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و اداری را دربرمی‌گیرد. موضوع این نوشتار به استقلال دانشگاه‌ها از جنبه اداری و مالی مربوط بود. در سال ۱۳۶۷ و با تصویب قانون تشکیل هیئت امنای دانشگاه‌ها توسط شورای انقلاب فرهنگی، اداره

دانشگاه‌ها به هیئت امنا واگذار گردید. سپس با تصویب بند الف ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم و بند ب ماده ۲ قانون برنامه پنجم و در نهایت نیز ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، روند استقلال مالی و اداری دانشگاه‌ها ادامه یافت.

با توجه به نمونه‌های یافت‌شده از انحرافات و تخلفات مالی کشف‌شده می‌توان این نتایج را برداشت کرد: هیئت امنای دانشگاه‌ها، تفسیر منطقی از اختیارات و صلاحیت‌های خود ندارند و این موضوع منجر به چالش با دستگاه نظارتی دیوان محاسبات می‌گردد. در بسیاری از موارد، هیئت امنای دانشگاه‌ها، مصوباتی مغایر با قوانین جزایی و قوانین بودجه سالانه داشته‌اند. این مصوبات در بسیاری موارد در دیوان عدالت اداری ابطال شده‌اند.

هدف اصلی از اعطای استقلال، کمک به آزادی و سرعت در تصمیم‌گیری‌های مرتبط با امور علمی و پژوهشی است؛ در حالی که عمده مصوبات هیئت امنا یا هیئت رئیسه دانشگاه که دارای ابهام قانونی هستند، با فعالیت‌های علمی و پژوهشی ارتباط ندارند. تعدادی از دانشگاه‌ها، اعتبارات دیگر نهادهای پژوهشی مانند معاونت علمی رئیس جمهوری را نیز در محل و در راستای اهداف خود هزینه نکرده‌اند.

نمونه‌های بررسی شده نشان می‌دهد دانشگاه‌ها ابتدا تصمیم می‌گیرند و سپس موضوع را در هیئت امنا طرح می‌کنند. این موضوع بیش‌تر در امور پرسنلی و پرداخت حقوق و مزایا رخ داده است، به گونه‌ای که بودجه امور پرسنلی و کارکنان را از منابع و بودجه پژوهشی تأمین و پرداخت می‌کنند. آن‌گاه پس از رفع مشکل، موضوع را به هیئت امنا واگذار می‌کنند و برای آن مصوبه می‌گیرند. این موضوع نه تنها مغایر قوانین و سلسله‌مراتب تصمیم‌گیری است، بلکه نظام تصمیم‌گیری در دانشگاه را گرفتار دور باطل می‌کند.

در این مقاله بیش‌تر به وجوه سلبی اشاره و کوشش شد به لزوم نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه‌ها اشاره شود. نظارت دیوان محاسبات بر دانشگاه یک اصل است که در قانون اساسی نیز به آن توجه شده است. به بیان دیگر، دیوان محاسبات، صلاحیت خود را از قانون اساسی دریافت کرده است و نمی‌توان با استناد به قانون عادی، صلاحیت آن را مخدوش کرد. البته این سخن به آن معنی نیست که استقلال دانشگاه قابل قبول نیست. دانشگاه به عنوان نهاد علم نیازمند استقلال

است. برای رسیدن به این استقلال، دو کار باید صورت بگیرد:

نخست، استقلال باید در همه وجوه آن به وجود آید. نمی‌توان گفت که دانشگاه از جذب استاد و دانشجو گرفته تا قوانین انضباطی و انتظامی و تخلفات اداری و حتی سرفصل دروس تحت نظارت نهادهای بالادستی و مکلف به تبعیت از مصوبات و قوانین باشد و نوبت به نحوه مصرف بودجه تخصیص یافته از دولت که می‌رسد، ادعای استقلال مالی کند.

دوم این که لازم است دانشگاه‌ها بنا بر سنت دانشگاهی در دیگر کشورها از کمک‌های دولت بی‌نیاز گردند و بتوانند منابع مالی خود را با کارآفرینی، ارتباط با بازار و کمک از خیرین تأمین کنند و دولت نیز در مواردی که نیاز باشد، به آن‌ها کمک کند، نه این که دانشگاه در عمل، همه منابع مالی خود را از دولت و در ردیف بودجه بگیرد و پاسخ‌گوی شیوه هزینه‌کرد آن نیز نباشد.

در پایان با توجه به وضعیت موجود در نظام حقوقی دانشگاه‌ها در ایران برای اداره مطلوب و بهتر دانشگاه‌ها پیشنهاد می‌شود:

۱. مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌ها از نظر مغایر نبودن با دیگر قوانین برای بررسی به یک مرجع بالادستی ارجاع و با دیگر قوانین تطبیق داده شود.

۲. وزارت علوم با همکاری سازمان برنامه و بودجه می‌توانند آیین‌نامه‌ای واحد برای اداره امور اداری و مالی و معاملاتی و اموال دانشگاه‌ها با دیدگاه سهل‌گیرانه آماده کنند و برای تصویب آن و پیمودن مراحل قانونی به هیئت وزیران یا مجلس شورای اسلامی ارائه دهند.

۳. با توجه به اهمیت اعتبارات پژوهشی و علمی در دانشگاه‌ها می‌توان برای این گونه اعتبارات، مقرراتی در نظر گرفت که متضمن سرعت در تصمیم‌گیری باشد و دیگر اعتبارات دانشگاه‌ها را مشمول قوانین عام در نظر گرفت.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری** (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۲. انصاری، ولی‌الله، **حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۳۷۴.
۳. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۴. دوگی، لئون، **دروس حقوق عمومی**، ترجمه: محمدرضا ویژه، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۵. رستمی، ولی، **مالیه عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۶. رستمی، ولی و حمید قهوه‌چیان، **حقوق مالی محاسباتی**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۶.
۷. سلطان‌نیا، اکبر، **نقد و بررسی ۱۱۰ رأی صادره از سوی هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات کشور**، تهران: مرکز آموزش و برنامه‌ریزی دیوان محاسبات کشور، ۱۴۰۰.
۸. عباسی، اسماعیل، **نظام حقوقی و ضوابط حاکم بر اموال دانشگاه‌ها**، تهران: مؤسسه مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۴۰۰.
۹. فرج‌وند، اسفندیار، **فراگرد تنظیم تاکنترل بودجه**، تهران: فروزش، ۱۳۹۴.
۱۰. محمدنژاد، یوسف و رحمت‌الله قلی‌پور، **تحلیلی بر عملکرد هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
۱۱. محمودی، جواد، **نظام حقوقی دانشگاه‌های ایران**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۲. مهرآرام، پرهام و بدیع فتحی، **حکمرانی دانشگاهی: مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، آلمان و ایران (با تأکید بر رویه قضایی)**، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
۱۳. واعظی، مجتبی، **حقوق اداری**، تهران: میزان، ۱۴۰۰.

۱. اخوان هزاوه، فاطمه، مصطفی اجتهادی، امیرحسین محمدداوودی و کامران محمدخانی، «شناسایی و تبیین ابعاد و مؤلفه‌های ایجاد نقش هیئت امنای در تأمین منابع مالی دانشگاه و ارتقای آن»، فصل‌نامه مدیریت و برنامه‌ریزی در نظام‌های آموزشی، دوره چهاردهم، شماره ۱، پیاپی ۲۶، ۱۴۰۰.
۲. آذرگشب، اذن‌الله، حمیدرضا آراسته، زهرا صباغیان و جعفر توفیقی، «کارکردهای هیئت امنای دانشگاه‌های دولتی»، مجله پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، شماره ۴۶، ۱۳۸۶.
۳. آیین‌نگینی، حسین و محمد ابریشمی‌راد، «تحول ساختار دولت کشور در ایران در پرتو پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۷، ۱۴۰۰.
۴. بنایی اسکویی، محمد، «جایگاه قلمرو مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌ها»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۷، ۱۳۹۴.
۵. جمالی، شادی، «بررسی مقایسه‌ای رابطه دولت و دانشگاه در ایران در دوران پهلوی دوم و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه علوم اجتماعی دانشگاه آزاد شوشتر، سال یازدهم، شماره ۴، پیاپی ۳۹، ۱۳۹۶.
۶. ذاکر صالحی، غلام‌رضا، «مطالعه تطبیقی ساختار مدیریت و رهبری دانشگاهی: مطالعه مورد هیئت امنای»، فصل‌نامه آموزش عالی ایران، سال هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۵.
۷. زارعی، محمدحسین، سید محمد حسینی و محمد نجفی‌کلیانی، «شورای عالی انقلاب فرهنگی در ترازوی استقلال قوا»، مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره ۳، ۱۳۹۸.
۸. سرمدی، محمدحسین، مجید نجارزاده هنجنی و محمدرضا حکاک‌زاده، «آسیب‌شناسی نظام عدم تمرکز فنی در ایران با تأکید بر حوزه نظارت و بودجه»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره پنجم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱.
۹. شریعت، بهاء‌الدین، «تحلیلی بر عملکرد هیئت امنای در نظام آموزش عالی»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی آموزش عالی، شماره ۷، ۱۳۷۳.

۱۰. شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مرتبه مصوبات آن»، پژوهش حقوق عمومی، شماره‌های ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۴.
۱۱. فرهنگی، علی‌اکبر و سید حیدر حسینی، «رهبری مدیریت در دانشگاه‌ها»، فصل‌نامه مطالعات مدیریت، بهبود و تحول، شماره ۲۷، ۱۳۷۸.
۱۲. قلی‌زاده، احد، «تحلیل مسائل حقوقی نظام بازرسی شرکت‌های سهامی، دولتی و عمومی»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۵۸، ۱۳۹۰.
۱۳. کدخدایی، عباس‌علی، سید محمد طباطبایی نژاد و علی فتاحی زفرقندی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی: رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، دانش حقوق عمومی، دوره هشتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۸.
۱۴. کسکه، شهاب و یوسف محب‌زادگان، «توسعه راهبردی دانشگاه‌ها از منظر تبیین مؤلفه‌های عملکردی هیئت‌های امانا و روند پژوهی کارکرد و ترکیب اعضای آن»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره ۵، ۱۳۸۹.
۱۵. مرادخانی، فردین و فرشید بنده علی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال (با نگاهی بر نقش نظارت دیوان بر شهرداری‌ها)»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.
۱۶. مشکینی اصفهانی، اصغر، «بهبود نظام اداری به سمت خصوصی‌سازی و عدم تمرکز»، ماه‌نامه تدبیر، شماره ۲۱۶، ۱۳۸۹.
۱۷. مشهدی، علی، علیرضا دبیرنیا، (۱۴۰۰) «نظارت قضایی بر تصمیمات دانشگاه جامع علمی-کاربردی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری» پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۲ شماره ۱۲
۱۸. مهدی، رضا و اذن‌الله آذرگشپ، «اداره هیئت امنایی در نظام آموزش عالی ایران»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، دوره بیست و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۶.
۱۹. ویژه، محمدرضا و فاطمه افشاری، «دانشگاه آزاد اسلامی، مؤسسه عمومی یا خصوصی؟»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره ششم، شماره ۴، ۱۳۹۳.

۳. قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها، مصوب ۱۳۸۴.
۲. قانون اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم و تحقیقات و فناوری، مصوب ۱۳۸۴.
۳. قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، مصوب ۱۳۸۹.
۴. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، مصوب ۱۳۹۶.
۵. قانون برنامه چهارم توسعه ج.ا.ا، مصوب ۱۳۸۴.
۶. قانون تشکیل هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی، مصوب ۱۳۶۷.
۷. قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۶۱.
۸. قانون هیئت امنای مؤسسات آموزشی دولتی، مصوب ۱۳۵۰.
۹. گزارش تفریغ بودجه سال ۱۳۹۴.
۱۰. ماده واحده اداره دانشگاه‌ها، مصوب شورای انقلاب ۱۳۵۸.

2. Latin source

1. Baird, J., Taking it on board: **Quality audit findings for higher education governance**. Higher education research & development, 2007, 26(1), 101-115.
2. Mathies, C. & Slaughter, S., **University Trustees as Channels Bween Academe and Industry: Toward an Understanding of the Executive Science Network**, Res Policy, 2013, 42(6-7), 1286-1300.

رفع تعارض منافع شرکت‌های دولتی در عرصه حقوق رقابت

باقر جوکار^۱، اکرم تاجیک^۲ و زهرا تجری موذنی^۳

چکیده

تعارض منافع، وضعیتی است که در آن، برخی اشخاص اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی در موضوعی مشخص می‌توانند یک یا چند تصمیم بگیرند. در این حالت، اگر تصمیم‌گیرنده به نفع افراد خاص تصمیم‌گیری کند، تعارض منافع رخ می‌دهد. این امر در خصوص شرکت‌های دولتی اهمیت بیش‌تری دارد؛ زیرا دولت‌ها با مقررات‌گذاری به این فرآیند مشروعیت می‌بخشند. تعارض منافع زمانی رخ می‌دهد که امور شخصی افراد، وظایف عمومی و رسمی آنان یا منافع مالی با یکدیگر در تعارض بوده و نتیجه منطقی این تلاقی، رخداد تعارض باشد.

در مورد شکل‌گیری شرکت‌های دولتی، علل و میزان دخالت دولت در اقتصاد حایز اهمیت است که البته مخالفانی هم دارد. چون مقررات‌گذاری می‌تواند زمینه‌های فعالیت شرکت‌های دولتی را فراهم سازد، مقررات‌زدایی در قالب حذف یا اصلاح مقررات می‌تواند میان حضور شرکت‌های خصوصی و دولتی در اقتصاد تعادل ایجاد کند. بر مبنای اصول مقرر در حقوق رقابت، احتمال وجود تعارض منافع در مورد شرکت‌های دولتی بیش از دیگر شرکت‌های فعال در عرصه اقتصاد است.

بر این اساس، موضوع اصلی این پژوهش، بررسی راهکارهای حقوقی برای رفع تعارض شرکت‌های دولتی است. راهکارهای ارائه‌شده در این مقاله در دو دسته هنجاری و ساختاری قابل تقسیم‌بندی است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد مقررات‌زدایی و ایجاد فرصت‌های برابر میان شرکت‌های دولتی و خصوصی در بهبود عملکرد این شرکت‌ها و رفع تعارض نقش مهمی دارد.

واژگان کلیدی: تعارض منافع، شرکت دولتی، حقوق رقابت، مقررات‌گذاری، مقررات‌زدایی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران، jb.persian@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد آزادشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، آزادشهر، ایران، (نویسنده مسئول)، akram.tajik@iau.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران، moazen509@gmail.com

مقدمه

تعارض منافع، مجموعه‌ای از شرایط است که موجب می‌شود تصمیمات و اقدامات حرفه‌ای تحت تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد. راهنمای سازمان توسعه و همکاری اقتصادی نیز تعارض منافع را تعارضی میان وظایف دولتی و منافع خصوصی مأموران دولتی تعریف می‌کند، به طوری که این منافع بتواند به صورت ناصحیحی، وظایفشان را تحت تأثیر قرار دهد. این تعاریف حکایت از آن دارد که تعارض منافع، شاکله اصلی وقوع فساد است و مبارزه با آن به نوعی تلاش برای پیش‌گیری از وقوع مفاسد خواهد بود. بسیار مهم و ضروری است که راهکارهای کنترل و مدیریت تعارض منافع شناسایی شود و متناسب با موقعیت‌های مختلف از آن‌ها استفاده شود.^۱

در سنت نظریه‌پردازی درباره دولت، دولت را مدعی انحصار در استفاده از زور در همه ابعاد و حوزه‌ها می‌دانند. بنابراین، دولت می‌تواند آن‌چه را می‌خواهد، قدغن کند و اگر مقاومتی در برابرش صورت گیرد، با کیفر مواجه شود. بحث تعارض منافع در حقوق عمومی اهمیتی بسزا دارد و تحقیقات متعددی در این زمینه انجام شده است. این امر به دلیل بالا بردن شفافیت فضای انجام اعمال اداری و ارائه خدمات عمومی، ارتقای نظام سلامت اداری و جلوگیری از فساد است و هدف غایی آن، جلوگیری از مخدوش شدن اعتماد مردم به دولت است.^۲

این نکته بیانگر آن است که در حوزه اقتصاد، دولت تصدی بسیاری از کارهای اقتصادی را در اختیار خویش دارد. از طرفی، صاحب بخش بزرگی از منابع مصرف‌کننده آن است. پس در بخش خصوصی این احساس به وجود آمده که همواره رقیبی قدرتمند و صاحب اختیارات و اقتدار وسیع در مقابلش قرار دارد و می‌تواند با او به صورت ناسالم رقابت کند. بزرگ بودن دولت باعث ضعیف شدن در

1. Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union, A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions: www.ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/hpo_professional_ethics_en.pdf#page=27.

۲. بادینی، حسن و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «تحلیل مفهوم و مصادیق منافع در حقوق خصوصی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، ص ۲۱۱.

سیاست‌گذاری، ایفای وظایف حکومتی و اعمال نظارت مؤثر و افزایش فساد می‌شود.^۱ در این میان، حقوق رقابت به دنبال ایجاد تعادل در این ساختار است.

دستیابی به اهدافی که از بازار انتظار می‌رود، در گرو وجود یک سری نهادها یا وجود فرآیندی به نام رقابت است که ویژگی بارز آن، آزادی اقتصادی و نتیجه‌اش، ایجاد انگیزه و سازوکاری مناسب برای رشد اقتصادی از رهگذر نوآوری و ابداع است. در این فرآیند یا فضای نهادی، رفتار آزادانه فعالان اقتصادی و مصرف‌کنندگان به طور کامل قابل پیش‌بینی نیست و ارائه محصولات جدیدتر و ارزان‌تر از سوی رقیبان و در نتیجه، جلب مشتریان بنگاه‌ها از سوی رقیبان، تهدیدی جدی تلقی می‌شود. نتیجه چنین وضعیتی، کارآرایی تخصیصی و تولیدی و افزایش رفاه مصرف‌کننده است.^۲

از حقوق رقابت به عنوان یکی از ضروریات و عوامل مؤثر در توفیق نظام‌های اقتصاد بازار آزاد یاد می‌شود. تصور بر این است که اگر در میان فعالان عرصه تولید و توزیع، رقابت سالم حاکم باشد، کارآیی اقتصادی به بار می‌آید و رفاه عمومی افزایش می‌یابد. رقابت موجب می‌شود تا فعالان عرصه تولید و توزیع کالا و خدمات پیوسته به فکر حفظ بقای خود در بازار باشند و برای ارتقای جایگاه خود در بازار و پیشی گرفتن از رقبای حداقل عقب‌نماندن از قافله آنان، طراحی و برنامه‌ریزی کنند. منطق اقتصادی حکم می‌کند که بقا و افزایش سهم بازاری محقق نخواهد شد، مگر آن‌که با حداقل منابع و کم‌ترین هزینه، بیش‌ترین تولید ممکن را داشته باشند.^۳

شرکت‌ها مرکزیت و قدرت اقتصادی دارند و به همین دلیل، امروزه به بازیگران یک‌ه‌تاز عرصه اقتصادی تبدیل شده‌اند. نقش مهم شرکت‌ها در تولید ثروت ایجاب می‌کند برای درک آن‌ها از مفاهیم و تحلیل‌های اقتصادی بهره‌گرفته شود. شرکت‌ها به عنوان نهاد قدرتمند اقتصادی، ذی‌نفعان متعددی دارند. حالت بهینه شرکت زمانی است که منافع این ذی‌نفعان متعادل باشد و رفاه جمعی

۱. جعفری، انوش و حمیده قنبری، «مطالعه موانع توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران»، ماه‌نامه پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۵۰.

۲. باقری، محمود و مهدی رشوند بوکانی، «حقوق رقابت و دفاع از تمامیت بازار در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸، ۱۳۸۷، ص ۵۱.

۳. صادقی مقدم، محمدحسن و بهنام غفاری فارسانی، «روح حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت)»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳، ۱۳۹۰، ص ۷.

حاصل گردد، اما موارد مختلفی مانند منفعت‌طلبی و خطرپذیری ذی‌نفعان مانع این تعادل می‌شود و تعارض منافع ایجاد می‌کند.^۱

با توجه به گستره مسئله تعارض منافع و تنوع عوامل ایجادکننده آن می‌توان از راهکارهای مختلفی برای پیش‌گیری و مدیریت این موضوع استفاده کرد. در برخی موارد که تعارض منافع بر مبنای ویژگی‌ها و تعاملات اشخاص حقیقی و حقوقی به وجود آمده است، تغییر شخصیت حقیقی و حقوقی قرارگرفته در آن جایگاه یا ایجاد محدودیت و شفافیت می‌تواند تعارض منافع را از بین ببرد. این راهکارها به صورت عمومی قابل تجویز هستند. قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۵ بر جلوگیری از مداخلات مسئولین حاکمیتی در خرید و فروش‌ها تمرکز کرده است. بنا بر اصل ۱۴۵ قانون اساسی نیز «رییس جمهور، معاونان رییس جمهور، وزیران و کارمندان دولت نمی‌توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند و داشتن هر نوع شغل دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی و وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نیز ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای آنان ممنوع است»، اما متأسفانه این اصل مغفول مانده است.

«قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل نیز تا حدودی به مسئله تعارض منافع موجود در اشتغال هم‌زمان در دو شغل اشاره دارد. هم‌چنین قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران به مسئله اعلام دارایی‌های مسئولان به قوه قضاییه پرداخته است. با این حال، ممکن است به علت نبود نظام یک‌پارچه پیش‌گیری از تعارض منافع در این قوانین به گستره مسئله تعارض منافع توجه نشده یا این‌که در عمل، این قوانین به صورت صحیحی اجرایی نشده باشد».^۲

مدیریت و پیش‌گیری از تعارض منافع به عنوان راهکاری مؤثر برای جلوگیری از فساد در کشورهای مختلف مورد توجه سیاست‌گذاران قرار دارد و قواعد و سازوکارهای متعددی برای پیش‌گیری از انواع

۱. باقری، محمود و مهرداد صادقیان ندوشن، «تئوری ذی‌نفعان در حقوق شرکت‌ها»، فصل‌نامه قضاوت، دوره شانزدهم، شماره ۸۷، ۱۳۹۵، ص ۳۵.

۲. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، «تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۵۴۴۸، ۱۳۹۶، ص ۹.

تعارض طراحی شده است. این سازوکارها در سطوح مختلف با استفاده از شفافیت، اقرار به وجود تعارض منافع، محدودیت و تغییر قواعد ساختاری تلاش می‌کنند که مخاطرات و آسیب‌های ناشی از تعارض منافع در مقامات، کارکنان و مسئولان حاکمیتی و سازمان‌ها یا بنگاه‌هایی را کاهش دهند که به بخش حاکمیتی خدمات ارائه می‌دهند. در نظام قانونی ایران، در برخی قوانین به صورت موردی برای کنترل برخی از جنبه‌های تعارض منافع اقدام شده، اما می‌توان گفت که به صورت مستقیم و فراگیر به مسئله تعارض منافع توجه نشده است.^۱

در حقوق ایران برای رفع تعارض شرکت‌های دولتی، راهکارهایی پیش‌بینی شده است که به نظر می‌رسد با استفاده صحیح از راهکارهای ساختاری و هنجاری می‌توان به میزان قابل توجهی، موضوع تعارض را کاهش داد. بر این اساس، در گفتار اول به بررسی جهات تعارض منافع شرکت‌های دولتی، در گفتار دوم به راهکارهای هنجاری رفع تعارض و در گفتار سوم به راهکارهای ساختاری رفع تعارض می‌پردازیم.

گفتار اول. جهات تعارض منافع شرکت‌های دولتی

تعارض منافع در شرکت‌های دولتی مسئله‌ای مبتلا به است. طبق ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، «شرکت دولتی، بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد».

در خصوص شرکت‌های دولتی، دو نوع تعارض منافع قابل تصور است: یکی، تعارض منافع شخص محور و دیگری، تعارض منافع سازمان محور. در مورد اول، منافع شخص مورد مخاطره و تعارض قرار می‌گیرد. در این حالت، اشخاص به علت مناصب و مشاغل مختلف ممکن است در موقعیت‌های تعارض منافع قرار گیرند. صاحبان مناصب حاکمیتی و عمومی یا شرکتی مانند قضات، اعضای هیئت مدیره و مدیران شرکت‌ها و نظایر آن در تعارض قرار می‌گیرند. در مورد دوم، شبیه مورد اول، ولی با محوریت یک سازمان است، نه شخص و منافع سازمان ممکن است به تعارض دچار شود.^۲

1. Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union, op.cit.

۲. پرهیزکاری و رزقی، پیشین، ص ۶.

شرکت‌های دولتی با توجه به ماهیت و ویژگی‌های خود با مشکلات مختلفی مواجهند. اهداف متعارض ذی‌نفعان یکی از مسائل مهمی است که در کانون توجه قرار گرفته است. شرکت‌های دولتی علاوه بر در نظر داشتن اهداف تجاری و کسب سود متعهد برای رفع مشکلات اجتماعی و تحقق اهداف اجتماعی تلاش می‌کنند تا از این طریق، منافع عامه مردم جامعه تأمین شود. بنابراین، در کنار هدف سودآوری بایستی اهداف عمومی را از طریق اقدام‌هایی نظیر ایجاد اشتغال، ارائه خدمات عمومی و تأمین کالاهای ضروری پی‌گیری کنند.^۱

بند اول. وجود رانت اطلاعاتی

در کشورهایی مثل ایران که در نتیجه سیاست‌های خصوصی‌سازی، همکاری بخش عمومی و خصوصی گسترده‌تر شده است و بخشی از مقامات و کارمندان بخش عمومی، ناگهان به مدیران و کارکنان بخش خصوصی تبدیل می‌شوند، پدیده درهای چرخان و استفاده از رانت اطلاعاتی به چالش بزرگی در حوزه تعارض منافع تبدیل شده است. نبود مدیریت و کنترل تعارض‌های مختلف در این حوزه، علاوه بر ناکارآمدی سیاست خصوصی‌سازی به گسترش فساد و فرار از پاسخ‌گویی منجر می‌شود. در نتیجه، تعارض منافع در سیاست گسترده‌تر پیش‌گیری از فساد و مبارزه با آن نیز باید در نظر گرفته شود. بر همین اساس، در برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا مانند آلمان، لتونی و لهستان و برخی دیگر از کشورها، سیاست‌های مربوط به تعارض منافع، بخشی از راهبرد پیش‌گیری و مبارزه با فساد است.^۲

در برخی موارد، بسیاری از شرکت‌هایی که برنده مزایده‌های متعددی می‌شوند، صوری‌اند و متعلق به یک جریان خاص هستند. با توجه به تأکید صریح قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۱۷ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری، باز هم این قانون در بسیاری از موارد با استفاده از دیگر اقارب دور زده می‌شود.^۳

۱. ابراهیمی، علی و همکاران، «چارچوب بهبود پاسخ‌گویی شرکت‌های دولتی ایران»، مجله مدیریت دولتی، شماره ۱۲، ۱۳۹۹، ص ۴۹.

۲. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۳۵.

۳. دل‌پسند، کوروش و همکاران، «تعارض منافع و عدم شفافیت به مثابه فساد در نظام سلامت»، فصل‌نامه اندیشه حقوقی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۳۳.

بند دوم. تصمیم‌گیری و سیاست‌سازی

نکته شایسته توجه در این زمینه آن است که لازمه بروز تعارض منافع، درگیر شدن نفع بخش خصوصی با بخش عمومی است به این معنا که بدون ارتباط اشخاص با بخش عمومی یا حاکمیتی، بروز تعارض منافع منتفی است. پس وجود منافع شخصی به خودی خود موجب تعارض منافع نمی‌شود، بلکه مشارکت صاحب منافع شخصی در فرآیند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری موجب نگرانی در شکل‌گیری تعارض منافع می‌شود. بنابراین، باید گفت تعارض منافع هنگام ارائه خدمات عمومی به وجود می‌آید. چون تعارض منافع در عرصه خدمت عمومی توسط مقامات عمومی اعم از مقامات سیاسی و اداری رخ می‌دهد، مدیریت تعارض منافع و پیش‌گیری از آن اهمیت بسزا دارد. برای پیش‌گیری از تعارض منافع، دو دلیل عمده وجود دارد. اگر تعارض منافع رخ ندهد، اعتبار نظام اداری و اعضای آن حفظ خواهد شد. چشم‌پوشی کردن و اهمیت ندادن به خطرات تعارض منافع، خود، یکی از عوامل اصلی تعارض منافع بالقوه است.^۱

تعارض منافع به سه صورت رخ می‌دهد: حالت اول مربوط به تعارض منافع واقعی است. تعارض منافع واقعی زمانی است که مقام دولتی در موقعیتی است که منافع شخصی‌اش باعث سوگیری در انجام وظایفش شود. شکل دوم، تعارض منافع بالقوه است. این تعارض، زمانی رخ می‌دهد که مقام دولتی، منافع شخصی دارد که می‌تواند سبب ایجاد موقعیت تعارض منافع در آینده شود. شکل سوم از تعارض منافع به صورت ظاهری و صوری است. ممکن است به نظر برسد که یک مقام دولتی، تعارض منافع دارد، اما در واقعیت این گونه نباشد. مثلاً یک مدیر ارشد که سهام‌دار بزرگ شرکتی است، مقررات رسمی در سازمان دولتی وضع کند تا از تصمیم‌گیری در خصوص قراردادهایی که شرکت وی در آن رقابت می‌کند، معزول و برکنار باشد. این وضعیت ممکن است برای عموم مردم آشکار نباشد، اما برای حل تعارض منافع در سازمان دولتی مناسب و کافی است.^۲

۱. افشاری، فاطمه و داور درخشان، «مدیریت تعارض منافع بازار بورس اوراق بهادار در آیین‌های چهاره‌ای تقنینی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹، ص ۱۶۹.

۲. واثقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتابی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خط‌مشی‌گذاری عمومی»، فصل‌نامه حکمرانی متعالی، دوره سوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۱۶۳.

بند سوم. انتخاب نشدن اعضای هیئت مدیره با اصول حاکمیت شرکتی

مطالعات تجربی در کشورهای مختلف نشان می‌دهد که اعضای هیئت مدیره شرکت‌های دولتی غالباً نمایندگان دولت در هیئت مدیره‌ها هستند که تسلط قابل توجهی در هیئت مدیره دارند و سمت و سوی شرکت به نظر آن‌ها می‌چرخد که معمولاً حضور این اعضا در هاله‌ای از حمایت‌های سیاسی قرار می‌گیرد. این افراد به جای شایستگی و توان‌مندی با دیدگاه‌های اداری دولتی و انگیزه‌های سیاسی وارد این شرکت‌ها می‌شوند و مهارت، تخصص و زمان کافی برای ایفای نقش‌های خود در این شرکت‌ها ندارند. مشاهدات و مطالعات انجام‌شده حاکی از آن است که انتخاب و انتصاب اعضای هیئت مدیره شرکت‌های دولتی بر اساس اصول حاکمیت شرکتی انجام نمی‌گیرد. از طرف دیگر، معرفی و انتخاب اعضای هیئت مدیره شرکت‌های دولتی برای دولت بسیار ضروری است؛ زیرا این اعضا در نقش نمایندگان حقیقی دولت در این شرکت‌ها حضور دارند و سیاست‌های دولت را به طور واضح به شرکت انتقال می‌دهند. این نمایندگان هنگامی از تصمیمات هیئت مدیره شرکت حمایت می‌کنند که صرفاً متعهد به دولت باشند. در بسیاری مواقع، نمایندگان دولتی از نفوذشان برای تحکیم نظر خود استفاده می‌کنند و بر فرآیندهای هیئت مدیره تأثیر می‌گذارند.^۱

شرکت‌های دولتی در ایران، گذشته از بحث ترکیب هیئت مدیره از نظر ساختار مدیریتی نیز وضعیت بسیار نامناسبی دارند. بر خلاف قانون تجارت، نه تنها هیئت مدیره، بالاترین رکن تصمیم‌گیر، سیاست‌گذار و مقام ناظر بر مدیرعامل در شرکت‌ها نیست، بلکه زیردست و تابع مدیرعامل است. به عبارتی، اعضای هیئت مدیره همان معاونان و تأییدکنندگان مدیرعامل هستند. در این شرکت‌ها، اعمال حاکمیت به معنای حقیقی خود صورت نمی‌پذیرد. بنابراین، طبیعی است که معاونان مدیر نمی‌توانند بر مدیرعامل نظارت کنند که این مسئله با اصول حاکمیت شرکتی کاملاً در تعارض است و می‌تواند عملکرد نظارتی هیئت مدیره را زیر سؤال ببرد. علاوه بر این، گاهی ریاست هیئت مدیره نیز به مدیرعامل تفویض می‌شود که قدرت مدیرعامل را در شرکت متمرکز افزایش می‌دهد. بررسی مطالعات پیشین نشان می‌دهد که نتایج متناقضی در این باره وجود دارد و این تحقیقات، کم‌تر در حوزه شرکت‌های دولتی است. تمرکز بیش از حد قدرت در دست مدیرعامل برخاسته از شرایطی بود

۱. شریعت‌نیا، اکبر، «اثر سرمایه فکری هیئت مدیره بر عملکرد نقش‌های هیئت مدیره شرکت‌های دولتی: نقش تعدیل‌گری محرک‌های هیئت مدیره»، فرآیند مدیریت و توسعه، دوره سی و سوم، شماره ۱۱۳، ۱۳۹۹، ص ۳.

که از دوره پیش از پیروزی انقلاب اسلامی به ارث رسیده است.^۱

بند چهارم. تعدد اشتغال و منابع درآمد مدیران شرکت‌های دولتی

داشتن هم‌زمان چند شغل یا سمت توسط کارگزاران عمومی چه در بخش عمومی و چه در بخش خصوصی از مهم‌ترین مصادیق تعارض منافع است. هم‌چنین است فرضی که کارگزار عمومی، منابع درآمدی خارج از درآمد رسمی خود داشته باشد. دلایل منع یا تحدید چنین وضعیت‌هایی آن است که اولاً وفاداری و تعهد اداری کارگزاران به دستگاه اداری متبوع را کاهش می‌دهد؛ زیرا یک شخص نمی‌تواند هم‌زمان به دو دستگاه اداری وفادار باشد. ثانیاً زمینه سوء استفاده از موقعیت عمومی و برتر را برای منافع شخصی فراهم می‌کند. ثالثاً چنین وضعیت‌هایی، ضمانت اجراها و تشویق و تنبیه اداری را که از ابزارهای مدیریتی دستگاه‌های اداری هستند، بی‌اثر و ناکارآمد می‌کنند.

در نظام حقوقی ایران، قوانین متعددی در خصوص ممنوعیت تعدد مشاغل وجود دارد، اما حکم خاصی در مورد کسب درآمد و منافع در خارج از اداره وجود ندارد. از جمله این که اصل ۱۴۱ قانون اساسی، داشتن بیش از یک شغل دولتی را منع کرده و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، تفصیل این ممنوعیت را بیان کرده است. با وجود این، در قوانین موجود:

یک - داشتن هم‌زمان یک شغل دولتی و دو یا چند شغل خصوصی منع نشده، در حالی که در بحث تعارض منافع، تعدد شغل اعم از دولتی و غیر دولتی مورد نظر است. تنها در قوانین مربوط به سال‌های اخیر مانند قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۴، «اشتغال یا پذیرش مسئولیت دیگر در سایر دستگاه‌ها، بنگاه‌ها و نهادها اعم از دولتی و غیر دولتی» ممنوع اعلام شده است.

دو - مفهوم داشتن شغل دولتی مبهم است. ممکن است افراد مختلفی در سطح مختلف اداری بدون آن که پست سازمانی خاصی را در بخش دولتی اشغال کرده باشند، عهده‌دار مسئولیت‌های مهم و آسیب‌پذیر در برابر تعارض منافع باشند. قوانین کنونی صراحت لازم را در این خصوص ندارند.

سه - در قوانین مختلف، «سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و تحقیقاتی» از

۱. امیدوار، علی‌رضا و علی‌رضا عسکری مارانی، دستورالعمل‌های نظام راهبری حاکمیت شرکتی شرکت‌های دولتی، تهران: گندمان، ۱۳۹۱، ص ۲۱.

ممنوعیت تصدی دو شغل مستثنا شده‌اند. بدیهی است اشخاص یادشده از منظر تعارض منافع فرقی با دیگران ندارند و از این رو، بر تعدد مشاغل این اشخاص نیز از این زاویه نظارت و کنترل صورت گیرد.^۱

بند پنجم. وجود انحصارات قانونی

در نظام‌های حقوقی که قواعد حقوق رقابت بر مبنای سنت‌های عدالت توزیعی پی‌ریزی می‌شوند، مؤسسات عمومی به اهداف اجتماعی دولت کمک زیادی می‌کنند. در واقع، یکی از ابزارهای دولت برای تحقق اهداف اجتماعی، تأسیس و شناسایی دسته‌ای از انحصارات است که به انحصارات قانونی موسوم هستند. چون هدف از این انحصارها عموماً تأمین اهداف عمومی و اجتماعی است، از طریق مؤسسات عمومی نیز پی‌گیری می‌شوند. به عبارت دیگر، دولت‌ها به منظور تأمین منافع عمومی یا ارائه خدمات عمومی، بخشی از فعالیت‌هایی را که نفع عمومی و ناتوانی ابتکارات خصوصی اقتضا می‌کند در قالب این گونه مؤسسات انجام می‌دهند و برای تأمین بهتر آن‌ها، امتیازاتی را بر اساس قوانین و مقررات یا به صورت عملی برای آن‌ها قائل می‌شوند. این انحصارها که به انحصار قانونی موسومند، مغایر حقوق رقابت تلقی نمی‌شوند. در هر صورت، انحصارها ممکن است به دلایلی نظیر حمایت‌های قانونی یا امتیازات، انحصارات طبیعی، حقوق مالکیت معنوی یا کارآمدی ایجاد شوند. انحصار قانونی نمی‌تواند موضوع حقوق رقابت باشد، بلکه چنین قوانینی که موجب انحصار قانونی‌اند، باید از نظر کارآمدی، خط‌مشی‌گذاری و مصلحت‌اندیشی ارزیابی شوند.

نمونه این نوع انحصارها که مربوط به مؤسسات عمومی و دولتی است، در قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی یافت می‌شود. بر اساس بند ج ماده ۳ از قانون موصوف، سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌های خاص منحصراً در اختیار دولت است. برای نمونه، شبکه‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، بانک مرکزی و برخی بانک‌های دیگر، رادیو و تلویزیون، سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتی‌رانی و شبکه‌های اصلی انتقال برق در انحصار دولت قرار گرفته است و دولت از طریق مؤسسات عمومی و دولتی خدمات‌رسانی می‌کند.^۲

۱. انصاری، پیشین، ص ۳۲۳.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد و محمود باقری، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی

گفتار دوم. راهکارهای هنجاری رفع تعارض شرکت‌های دولتی

مقررات‌گذاری می‌تواند زمینه فعالیت شرکت‌های دولتی را فراهم سازد و مقررات‌زدایی در قالب حذف یا اصلاح مقررات می‌تواند میان حضور شرکت‌های خصوصی و دولتی در اقتصاد تعادل ایجاد کند. بر این مبنا از این ابزار برای رفع این تعارض می‌توان استفاده کرد.

بند اول. از مقررات‌گذاری تا مقررات‌زدایی

مقررات‌گذاری می‌تواند به عنوان تمام روش‌هایی شناخته شود که توسط آن‌ها، دولت و نهادهای مقررات‌گذار از طریق ابزارهای اداری، یا قانون‌گذاری و حتی قضایی در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی مداخله می‌کنند تا رفتار بازیگران این حوزه‌ها را کنترل و تنظیم کنند.^۱

ایجاد مقررات در امر اقتصاد به دخالت حاکمیت در این حوزه مشروعیت می‌دهد؛ زیرا هر قدر قواعد، برای دولت، حوزه بیش‌تری برای مداخله در امر اقتصاد قائل شوند، اختیارات حاکمیت در مداخله گسترش می‌یابد. این دیدگاه در گذشته وجود داشت که قواعد و مقررات در همه حوزه‌ها از جمله در حوزه اقتصاد باید تأمین‌کننده منافع نهاد حاکم باشد تا منافع مردم و منافع مردم ذیل منافع حاکمیت در نظر گرفته می‌شد، به گونه‌ای که اگر حاکمیت منفعی نداشت، برای مردم هم منفعتی تصور نمی‌گردید. بنابراین، روشن است که حاکمیت برای مداخله در امر اقتصاد در قالب تدوین قانون، مقرراتی وضع می‌کند که عمده‌تاً شامل شیوه دریافت مالیات است. مبادلات اقتصادی نیز باید تحت نظارت حاکمیت و قواعد و مقررات دولت صورت گیرد.^۲

این موارد نشان می‌دهد که دخالت دولت در امر اقتصاد در قالب تدوین مقررات، با نگاه حاکمیت‌محور است، نه مردم‌محور و این مقررات چیزی جز تعریف‌کننده منافع حاکمیت نیستند. در حقیقت، با نگاهی دقیق‌تر به محتوای این مقررات درمی‌یابیم که اقتصاد تنها ابزاری است که

ایران»، فصل‌نامه حقوق، شماره ۳، ۱۳۸۸، ص ۷۵.

1. Wymeersch, Eddy, *the Structure of Financial Supervision in Europe about Single, Twin Peak and Multiple Financial Supervisor*, 2010, p.22: www.ecb.int.

۲. سوئدبرگ، ریچارد و مارک اس. گرانووتر، *جامعه‌شناسی اقتصادی: ساخت اجتماعی و کنش اقتصادی* (کتاب انسان‌شناخت)، ترجمه: علی اصغر سعیدی، تهران: مؤسسه تیسسا ساغر مهر، ۱۳۹۷، ص ۲۹۵.

با قانون‌مند کردن آن، حاکمیت بتواند بر قدرت خود بیافزاید. این امر که چنین دیدگاهی آیا مبتنی بر عدالت است و تأمین‌کننده نیازها و منافع مردمان هم هست، زنگ تحول در این اندیشه را به صدا درآورد.

در واقع، حکومت با وضع قوانین و مقررات سعی در ایجاد نظم در روابط اقتصادی مردم دارد و حذف قوانین و مقررات می‌تواند این نظم را بر هم بزند. ممکن است وجود این قوانین و مقررات و شیوه وضع آن‌ها از یک سو، مانعی برای حضور بخش خصوصی باشد و از سوی دیگر، اقتدار اقتصادی حکومت نیز مانعی برای رشد و توسعه اقتصادی باشد. پس لازم است تا ضمن شناسایی مقرراتی که چنین ویژگی‌هایی دارند، نسبت به اصلاح آن‌ها اقدام کرد تا اهداف مورد نظر که همانا محدود شدن دخالت دولت در قلمرو اقتصاد و واگذاری امر اقتصاد به خود مردم است، صورت بگیرد تا در سایه آزادی بازار و تجارت، شرایط پیشرفت اقتصادی فراهم شود.

بند دوم. توسعه خصوصی‌سازی در پرتو مقررات‌زدایی

تعاریف ارائه‌شده درباره خصوصی‌سازی دربردارنده یک معنا و مفهوم است. ساده‌ترین تعریف عبارت است از: «انتقال دارایی‌ها یا ارائه خدمات از دولت به بخش خصوصی. ولجان ووسکی، خصوصی‌سازی را به معنای انجام گرفتن فعالیت‌های اقتصادی از سوی بخش خصوصی یا انتقال مالکیت دارایی‌ها به بخش خصوصی می‌داند».^۱ در تعریفی دیگر، خصوصی‌سازی، مجموعه اقداماتی دانسته شده که در قالب آن، در سطوح و زمینه‌های گوناگون، کنترل، مالکیت یا مدیریت از دست بخش عمومی (دولت) خارج و به بخش خصوصی سپرده می‌شود.^۲

گفتنی است تمام اموالی که نزد دولت است، اموال عمومی محسوب نمی‌شود. پس برای درک بهتر معنای خصوصی‌سازی باید میان اموال عمومی و اموالی که به دولت اختصاص دارد، قائل به تفکیک شویم. دولت برای انجام خدمات عمومی و اجرای وظایف خود، اموال گوناگونی در اختیار

۱. مرادی، بهنام، «ابعاد خصوصی‌سازی و آثار آن بر سرمایه‌گذاری خصوصی»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره‌های ۲۱۳ و ۲۱۴، ۱۳۸۴، ص ۱۸۱.

۲. آجری آیسک، عاطفه، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی‌سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۷۸، ۱۳۹۵، ص ۱۸۱.

دارد و به تناسب موارد، از هر یک استفاده خاصی می‌کند. اموال دولتی در معنی عام به دو دسته تقسیم می‌شوند: نخست، اموالی که مالک آن، دولت است و دوم، اموال و مشترکات عمومی که برای استفاده مستقیم تمام مردم آماده است یا به حفظ مصالح عمومی اختصاص یافته است و دولت تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد، می‌تواند آن را اداره کند.^۱

همچنین گاهی از واژه «عمومی»، مفهوم دولت استنباط می‌شود؛ یعنی آن دسته از فعالیت‌هایی که مستقیم از طرف دولت انجام می‌گیرد و همه بخش‌های اقتصادی می‌توانند مشمول آن شوند. در ادبیات اقتصادی، مترادف بودن عمومی و دولتی در این بخش مشاهده می‌شود. بنابراین، مراد از بخش عمومی اقتصاد، بخشی است که همه فعالیت‌های درآمدزا و هزینه‌بر دولت در آن تحقق می‌یابد.^۲ در مجموع، اهداف خصوصی‌سازی را می‌توان در دو دسته تقسیم‌بندی کرد:

دسته اول - اهداف اولیه: شامل کاهش ابتکار عمل‌های مستقیم دولت در فعالیت‌های اقتصادی، سبک کردن بار ضررهای مؤسسات اقتصادی عمومی و هزینه‌های سرمایه‌ای از دوش خزانه‌داری دولت و بهبود کارایی عملیات مؤسسات اقتصادی است.

دسته دوم - اهداف ثانویه: شامل تشویق مالکیت گسترده سهام، توسعه و رشد بازارهای سرمایه، به حداقل رساندن دخالت بوروکراسی در عملیات مؤسسات اقتصادی و تحلیل دریافت‌های سرمایه‌ای برای خزانه‌داری دولت است.^۳

در فرآیند خصوصی‌سازی باید یکی از این مدل‌ها را انتخاب کرد. مقررات‌زدایی نیز باید به گونه‌ای صورت گیرد تا امکان اجرای هر کدام از این شیوه‌ها که مورد نظر باشد، فراهم آید.

در دیدگاه متعارف و سنتی، خصوصی‌سازی با غیر ملی کردن و انتقال مالکیت مؤسسات عمومی - دولتی به بخش خصوصی برابر است. با این حال، گاه دیده می‌شود که قدرت عمومی برای حفظ

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۶۵.

۲. یازلو، حجت‌الله، «تحلیل تئوری‌های خصوصی‌سازی و تأثیر آن بر اقتصاد دولت»، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۹۱، ص ۷.

۳. میرزاده، اکبر، محمد شهبازی و مهدی جواهری کامل، «نگاهی به فلسفه و روندهای جهانی خصوصی‌سازی»، تدبیر، شماره ۲۰۹، ۱۳۸۸، ص ۳۲.

منافع عمومی یا مصالح دولت ضمن انتقال مالکیت به بخش خصوصی، مایل به حفظ کنترل بعد از فروش است.^۱

یکی دیگر از روش‌های خصوصی‌سازی، فروش شرکت است. فروش دارایی‌ها زمانی صورت می‌گیرد که شرکت مشمول واگذاری هیچ امیدی برای استقلال اقتصادی نداشته باشد یا نتوان امیدوار بود که شرکت به صورت فعلی خود بتواند به سودآوری برسد. در مواردی، بررسی‌های حقوقی و مالیاتی نشان می‌دهند که روش واگذاری تا چه حد می‌تواند با خواست‌ها و اهداف بخش دولتی پیوند داشته باشد. مهم‌ترین مزیت این روش، سرعت کسب درآمد توسط دولت است.^۲

در شیوه‌ای دیگر، دولت بیش از آن که بر انتقال مالکیت شرکت‌ها به بخش خصوصی پافشاری کند، بر خصوصی‌سازی فعالیت‌ها تأکید دارد. عمده‌ترین راه حل در این زمینه، خصوصی‌سازی مدیریت بدون انتقال مالکیت یا فعالیت است. در این زمینه می‌توان از فروش دارایی واحدهای تحت پوشش عمومی و نیز مشارکت بدون در اختیار گرفتن کنترل مدیریت توسط بخش عمومی سخن گفت.^۳ در واقع، در این شیوه، مالکیت مجموعه در اختیار دولت باقی می‌ماند، اما مدیریت آن به بخش خصوصی واگذار می‌شود. به عبارت دیگر، در این نوع از خصوصی‌سازی، انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد و تنها از بخش خصوصی در مدیریت استفاده می‌گردد.

هم‌چنین از دیگر روش‌ها، فروش و عرضه سهام به صورت کلی یا جزئی به بخش خصوصی است. البته در جریان واگذاری واحد مشمول واگذاری به بخش خصوصی، نیاز به تغییرات سازمانی احساس می‌شود که این تغییرات می‌بایست پیش از عرضه سهام به عموم مردم صورت گیرد و در غیر این صورت، تنها باید جریان‌ها و تشریفات عادی عرضه سهام به عموم را پیمود. آگهی فروش سهام را باید در هر مورد به‌طور خاص تهیه کرد و اگر واحد مشمول واگذاری در بورس پذیرفته شده باشد، جریان واگذاری به عموم به مراتب ساده‌تر است؛ زیرا تنها کاری که باید انجام شود، عرضه سهام در بورس است. بر این مبنا، این نگاه وجود دارد که با خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی بتوان بخش عمده‌ای از این مشکلات را سامان داد.

۱. شمس، عبدالحمید، «اثرات خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی»، دانش مدیریت، شماره ۲۲، ۱۳۷۲، ص ۴۲.

۲. واحد پژوهش و مشارکت شرکت سرمایه‌گذاری سازمان صنایع ملی ایران، مجموعه مقالات «خصوصی‌سازی: از تئوری تا عمل»، تهران: آگاه، ۱۳۷۴، ص ۵.

۳. شمس، پیشین، ص ۴۲.

گفتار سوم. راهکارهای ساختاری رفع تعارض شرکت‌های دولتی

منظور از راهکارهای ساختاری، اصلاح در ساختار و شکل شرکت‌های دولتی است تا از طریق آن بتوان به رفع تعارض شرکت‌های دولتی پرداخت.

بند اول. شفافیت

تعارض منافع میان شرکت‌های خصوصی و دولتی زمانی ایجاد می‌شود که دولت با وضع قانون، زمینه را برای فعالیت خود و ایجاد محدودیت برای شرکت‌های خصوصی ایجاد کند. این امر می‌تواند در قالب بازتعریف دولت در شکل حکمرانی مطلوب سبب رفع تعارض منافع گردد.

اصولاً مدیریت شرکت‌های دولتی به افشای اطلاعات علاقه‌ای ندارند. شفافیت مالی در این بخش اقتصادی مطلوب نیست. برخی ضوابط و چارچوب‌های اداری در سیستم دولتی نیز این وضعیت را تقویت می‌کند. گردش اطلاعات، مهم‌ترین بستر برای اعمال نظارت عمومی است. شرکت‌های دولتی، منابع متعلق به عموم جامعه را اداره می‌کنند و به طور معمول انتظار می‌رود که فعالیت‌های آن‌ها در راستای انتفاع عموم باشد. بنابراین، افشای اطلاعات به ارزیابی ذی‌نفعان از عملکرد شرکت در تحقق اهداف کمک می‌کند.^۱

یکی از مصادیق مهم اعمال اداری در مورد خود، قرارداد با خود است. بخش عمومی، بسیاری از خدمات و کالاهای مورد نیاز خود را از طریق انعقاد قرارداد با بخش خصوصی تهیه می‌کند. حال، اگر مقامات و کارکنان شخصاً یا از طریق بستگان خویش در حوزه‌های مورد نیاز بخش عمومی فعالیت داشته باشند، ممکن است وارد قرارداد با بخش عمومی متبوع یا غیر متبوع خود شوند و با توجه به اشراف اطلاعاتی و نفوذی که در بخش عمومی دارند، در انعقاد و اجرای این قراردادها، منافع شخصی خود را بر منافع عمومی ترجیح دهند. از این رو، در کشورهای مختلف جهان، مقامات و کارکنان بخش عمومی از طرف یا سهام یا ذی‌نفع شدن در قراردادهای بخش عمومی منع شده‌اند. قرارداد مستقیم کارگزاران با خود یا بستگان، تبانی با طرف قرارداد برای انعقاد قراردادهای صوری

۱. ابراهیمی کردلر، علی و همکاران، «مدل بهبود شفافیت مالی شرکت‌های دولتی ایران»، تحقیقات حسابداری و حسابرسی، شماره ۵۱، ۱۴۰۰، ص ۲۸.

یا با شرایط پنهانی و سهم‌خواهی و ارجاع به خود هم از منظر مبارزه با فساد و هم از منظر تعارض منافع مورد توجه هستند. در نظام حقوقی ما جز در موارد معدودی (مانند دادرسان و هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری)، تصمیم‌گیری در مورد خود با ممنوعیت جدی مواجه نیست. در مورد قراردادهای دولتی نیز از منظر مبارزه با فساد، مداخله و تبانی در معاملات دولتی، دریافت پورسانت یا در نظر گرفتن کمیسیون و پاداش برای خود یا دیگری، جرم‌انگاری شده است.^۱

بودجه شرکت‌های دولتی، بخشی از بودجه کل کشور است. به طور معمول، بودجه در نظام مالی و حساب‌رسی بخش دولتی نقش اساسی را ایفا می‌کند. بودجه علاوه بر نقش پیش‌بینی مالی و عملیاتی به عنوان بخشی از قوانین و مقررات جاری کشور محسوب می‌گردد. بر این اساس، یکی از ضروریات موفقیت در اداره شرکت‌ها، استقرار سیستم کنترل‌های داخلی مناسب است. در اداره شرکت‌های دولتی به دلیل مدیریت وجوه عمومی و گستردگی ذی‌نفعان، محافظت از دارایی‌ها و مدیریت کارآ و اثربخش منابع اقتصادی اهمیت بیش‌تری دارد. در این راستا، اهداف کنترل‌های داخلی شامل بیان شفاف و مستند اهداف و برنامه‌های شرکت، تدوین سیاست‌ها و رویه‌های کلیدی، مدیریت ریسک مالی و عملیاتی، شرح وظایف کارکنان کلیدی، قابلیت اعتماد گزارشگری درون‌سازمانی و برون‌سازمانی و اطمینان از استفاده مناسب از منابع عمومی و ممانعت از سوء استفاده از آن است.

یکی از عناصر اصلی شفافیت، افشای اطلاعات است. مدیریت شرکت‌های دولتی به افشای اطلاعات علاقه ندارند. برخی ضوابط و چارچوب‌های اداری در سیستم دولتی نیز این وضعیت را تقویت می‌کند. گردش اطلاعات، مهم‌ترین بستر برای اعمال نظارت عمومی است. شرکت‌های دولتی، منابع متعلق به عموم مردم را اداره می‌کنند و به طور معمول انتظار می‌رود که فعالیت‌های آن‌ها در راستای انتفاع عموم باشد. بنابراین، افشای اطلاعات به ارزیابی ذی‌نفعان از عملکرد شرکت در تحقق اهداف کمک می‌کند.

ارتباط دوسویه با ذی‌نفعان موجب ارتقای شفافیت می‌شود. از این طریق، شرکت‌ها بازخورد عملکرد خود را از جامعه دریافت می‌کنند و با ترجیحات و خواسته‌های گروه‌های هدف فعالیت خود آشنا می‌شوند. گردش اطلاعات، مهم‌ترین بستر برای اعمال نظارت عمومی است. شرکت‌های دولتی،

۱. انصاری، پیشین، ص ۳۱۲.

منابع متعلق به مردم را اداره می‌کنند و به طور معمول انتظار می‌رود که فعالیت‌های آن‌ها در راستای انتفاع عموم باشد. بنابراین، تعامل با ذی‌نفعان را به عنوان یک عنصر فرعی معرفی کرده است.^۱

بند دوم. رعایت اصل بی‌طرفی

نظام حقوقی بی‌طرف باید به وجود آید و ارائه خدمات عمومی نیز برای همه باید به صورت یکسان صورت گیرد. علاوه بر این، امکان ورود کسب و کارهای جدید و انتخاب دوره شغلی و کاری برای مردم باید همه جا یکسان باشد. ماده ۴۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی بیان می‌دارد: «تمام اشخاص حقیقی و حقوقی، بخش‌های دولتی، تعاونی و خصوصی مشمول مواد این فصل (تسهیل رقابت و منع انحصار) هستند». قانون‌گذار در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در ماده ۸ بیان می‌دارد: «هر امتیازی که برای بنگاه‌های دولتی با فعالیت اقتصادی گروه یک و دو ماده ۲ این قانون مقرر شود، عیناً و با اولویت برای بنگاه یا فعالیت اقتصادی مشابه در بخش خصوصی تعاونی و عمومی غیر دولتی باید در نظر گرفته شود». این ماده به صراحت بر امتیازات برابر میان بخش خصوصی و دولتی تأکید می‌کند و در تبصره آن، دولت را تا سه ماه پس از تصویب این قانون، مکلف به لغو یا تعمیم همه امتیازات موجود موضوع این ماده کرده است.^۲

سوء استفاده از موقعیت مسلط یا انحصارگرایی یکی از موضوعات بسیار بحث‌برانگیز حقوق رقابت هم در بازارهای توسعه و هم در بازارهای نوظهور است. در نظام حقوقی ایران به ممنوعیت سوء استفاده از وضعیت مسلط اقتصادی، در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به عنوان اعمالی که منجر به اخلاص در رقابت می‌شود، توجه صورت گرفته است. قانون‌گذار ایران بر خلاف ماده ۸۲ معاهده مؤسس اتحادیه اروپا، ارائه تعریف وضعیت اقتصادی مسلط را به رویه قضایی واگذار کرده است که ممکن است شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی و حقوقی قرار گیرد. در این خصوص می‌توان به مصوبه مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۰ شورای رقابت اشاره کرد. در این جلسه، شکایت شرکت شاتل به شماره ۵۸۴۷-۲-۹۰-۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۳ در خصوص رفتار

۱. همان، ص ۳۵.

۲. طجریلو، رضا و محمدعلی کرباسیون، «حاکمیت قانون و کارایی در نظام حقوقی رقابت»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴۷، ۱۳۹۶، ص ۹۸۸.

تبعیض‌آمیز شرکت مخابرات نسبت به شرکت‌های ندا در دسترسی به کابل مسی که در انحصار شرکت مخابرات در ارائه خدمات اینترنتی و ایجاد محدودیت در ظرفیت انتقال بوده است، مطرح گردید. شورای رقابت به استناد بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و مستند به بند ۳ ماده ۶۱ قانون یادشده مقرر کرد: «شرکت مخابرات در هیچ شرایطی، حق رفتار تبعیض‌آمیز بین خود و شرکت ندا و هم‌چنین حق ایجاد محدودیت در دسترسی به کابل مسی و ظرفیت برای آن‌ها را ندارد»^۱.

بسیاری از شرکت‌ها ظاهراً خصوصی هستند، اما تحت تسلط مستقیم دولت قرار دارند. برای مثال، ایران خودرو و سایپا عمده‌تأ تحت مالکیت بخش غیر دولتی هستند و سهم دولت در آن‌ها کم‌تر از ۴۰ درصد است، ولی مدیران دولتی، مدیرعامل، اعضای هیئت مدیره و حتی سیاست‌های آن را در بازار تعیین می‌کنند.^۲

بند سوم. پیش‌بینی نهاد ناظر

یکی از شیوه‌های ارتقای کارایی و شکوفایی اقتصادی، جلوگیری از انحصار و حمایت از رقابت است. به همین دلیل، در بیش‌تر نظام‌های حقوقی سعی شده است با وضع قوانین و مقررات علاوه بر ایجاد و گسترش رقابت بر عملکرد آن در بازار نیز نظارت شود. بنابراین، در کنار منابع تقنینی، وجود نهادهای اجراکننده و ناظر بر اجرای قوانین ضروری است.^۳

شورای رقابت به عنوان تنها نهاد مرجع رسیدگی‌کننده به رویه‌های ضد رقابتی در کشور مکلف است نسبت به تنظیم تعادل در بازار و جلوگیری از انجام رویه‌های ضد رقابتی توسط تمام اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و در همه بخش‌های دولتی، خصوصی و تعاونی به طریق مقتضی اقدام کند. بر اساس ماده ۶۲ قانون، شورای رقابت، تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی و مکلف است

۱. بزرگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوق اداری، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۳۵۹.

۲. نصیری اقدم، علی و حسن فاتحی‌زاده، «سهم بخش خصوصی و بخش عمومی از واگذاری شرکت‌های دولتی»، مجله جستارهای اقتصادی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰، ص ۱۷.

۳. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدید نظر از آرای آن»، تحقیقات حقوقی، دوره نوزدهم، شماره ۷۵، ۱۳۹۵، ص ۲۰۲.

رأساً یا بر اساس شکایت هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیر دولتی، بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضد رقابتی را آغاز کند و در چارچوب ماده ۶۱ این قانون تصمیم بگیرد.^۱

در ایران، هدف از تأسیس شورای رقابت، تسهیل رقابت، منع انحصار و رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی و در یک کلام، تحقق اهداف مقرر در اصل ۴۴ قانون اساسی و مهیا کردن فضای رقابتی مناسب برای فعالان اقتصادی در بازارهای مختلف است. مواد ۴۴ تا ۴۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، برخی فعل و ترک فعل‌های مختل‌کننده رقابت را ممنوع اعلام کرده است. مرجع رسیدگی به نقض موازین مقرر در این موارد، شورای رقابت است.^۲

نظر به تشکیل نهادهای نظارتی مستقل (مثل نهاد رقابت) به منظور ایجاد ثبات، تنظیم مقررات اقتصادی و نیز بهبود اجرای سیاست‌ها بالطبع نهاد رقابت دارای وظایف متعدد تنظیم‌کنندگی خواهد شد. تدوین و ابلاغ راهنماها و دستورالعمل‌های لازم برای اجرای صحیح فصل نهم، تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری، ارزیابی وضعیت و تعیین محدوده بازار کالاها و خدمات مرتبط با رویه‌های ضد رقابتی، ارائه نظرهای مشورتی به دولت برای تنظیم لوایح مورد نیاز در مواقع لزوم، وظایفی است که در این زمینه از جانب قانون‌گذار برای شورا پیش‌بینی شده است.^۳

۱. رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰، ص ۳۵۹.

۲. میرزاده کوه‌شاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره نهم، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۳۶۴.

۳. شیخ‌الاسلامی، عباس و امید ابراهیمی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و نهم، شماره ۳، ۱۳۹۸، ص ۷۰۵.

نتیجه‌گیری

رسیدن به اهدافی که از بازار انتظار می‌رود، در گرو وجود یک سری نهادها یا وجود فرآیندی به نام رقابت است که ویژگی بارز آن، آزادی اقتصادی و نتیجه‌اش، ایجاد انگیزه و سازوکاری مناسب برای رشد اقتصادی از رهگذر نوآوری و ابداع است. تعارض منافع، وضعیتی است که در آن، برخی اشخاص اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی در مورد موضوعی مشخص می‌توانند یک یا چند تصمیم بگیرند که اگر تصمیم‌گیرنده به نفع افراد خاص تصمیم‌گیری کند، تعارض منافع رخ می‌دهد. تعارض منافع زمانی رخ می‌دهد که امور شخصی افراد، وظایف عمومی و رسمی آنان یا منافع مالی با یکدیگر در تعارض بوده و نتیجه منطقی این تلاقی، رخ دادن تعارض باشد که در این هنگام باید فرد به حفظ منافع عمومی یا تراضی بین منافع دست بزند.

میان فساد و تعارض منافع، تمایزهایی وجود دارد. فساد، استفاده از موقعیت و سمت عمومی برای منافع شخصی است، حال آن‌که تعارض منافع مربوط به انجام وظایف قانونی مقام عمومی است، در صورتی که مقام عمومی دارای منافع شخصی باشد یا هنگام انجام وظیفه عمومی، تعارض منافع بروز یابد. یکی از موضوعات قابل بحث در حقوق رقابت، معاملات تبعیض‌آمیز است. منظور از معاملات تبعیض‌آمیز، قراردادهایی است که با وجود یکسان بودن اوضاع و احوال، در یکی از آن‌ها، تبعیضی توجیه‌ناپذیر وجود دارد. این معاملات، از منظر حقوق رقابت، ضد رقابتی و ممنوع شناخته شده است. نکته مهم در مورد شکل‌گیری شرکت‌های دولتی، علل و میزان دخالت دولت در اقتصاد است که مخالفانی هم دارد. اندیشه متمایز ساختن سیاست از اقتصاد به این معنا نیست که آن‌ها کاملاً جدا و منزوی از یکدیگر یا بی‌اعتنا نسبت به هم هستند و بر یکدیگر اثر نمی‌گذارند. جدا بودن اقتصاد به معنای استقلال آن از دیگر جنبه‌های زندگی اجتماعی نیست و به این معنا هم نیست که اقتصاد می‌تواند به تنهایی پابرجا باشد.

قدیمی‌ترین سازوکاری که حکومت برای تنظیم رفتار اقتصادی به کار برده است و حقوق‌دانان بیشترین آشنایی را با آن دارند، ابزارهای دستورمحور است. این سازوکار مستلزم اعلام و اعمال قواعد و مقررات قانونی از سوی حکومت است. بر این اساس، برخی رفتارها ممنوع اعلام می‌گردد و برای نقض ممنوعیتشان، ضمانت اجراهای قهری تعیین می‌شود. یکی دیگر از علل مخالفت با دخالت

دولت در امر اقتصاد این است که دخالت دولت، یکی از موانع توسعه است. از دیگر دلایل مخالفان دخالت دولت در اقتصاد این است که بخش خصوصی نه تنها تضعیف می‌شود، بلکه انگیزه‌ای نیز برای حضور و فعالیت در حوزه اقتصاد نخواهند داشت.

دخالت‌ها و سیاست‌های ارشادی دولت‌ها در اقتصاد با اصل عدم تبعیض نیز که لازمه تجارت آزاد است، تضاد دارد. با اوج گرفتن حضور حداکثری دولت‌ها در عرصه اقتصاد و ترویج گفتمان خیر عمومی و تحت لوای این نظریه، دولت‌ها، دست خود را در ورود به عرصه‌های مختلف از جمله اقتصاد در قالب شکل‌گیری شرکت دولتی باز دیدند. چون مقررات‌گذاری می‌تواند زمینه‌های فعالیت شرکت‌های دولتی را فراهم سازد، مقررات‌زدایی در قالب حذف یا اصلاح مقررات می‌تواند میان حضور شرکت‌های خصوصی و دولتی در اقتصاد تعادل ایجاد کند.

توسعه خصوصی‌سازی در پرتو مقررات‌زدایی، امر دیگری است که می‌تواند در این فرآیند به رفع تعارض منافع کمک کند. بر این مبنا با خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی می‌توان بخش عمده‌ای از این مشکلات را سامان داد. تعارض منافع میان شرکت‌های خصوصی و دولتی زمانی ایجاد می‌شود که دولت با وضع قانون، زمینه را برای فعالیت خود و محدودیت‌آفرینی برای شرکت‌های خصوصی فراهم کند. این امر می‌تواند در قالب بازتعریف دولت در شکل حکمرانی مطلوب، زمینه رفع تعارض منافع را ایجاد می‌کند. مقابله با فساد و رانت نیز یکی دیگر از شیوه‌های رفع تعارض منافع است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امیدوار، علی‌رضا و علی‌رضا عسکری مارانی، دستورالعمل‌های نظام راهبری حاکمیت شرکتی شرکت‌های دولتی، تهران: گندمان، ۱۳۹۱.
۲. رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.
۳. سوئدبرگ، ریچارد و مارک اس. گرانووتر، جامعه‌شناسی اقتصادی: ساخت اجتماعی و کنش اقتصادی (کتاب انسان‌شناخت)، ترجمه: علی اصغر سعیدی، تهران: مؤسسه تیسا ساغر مهر، ۱۳۹۷.
۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۵. واحد پژوهش و مشارکت شرکت سرمایه‌گذاری سازمان صنایع ملی ایران، مجموعه مقالات «خصوصی‌سازی: از تئوری تا عمل»، تهران: آگاه، ۱۳۷۴.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی کردلر، علی و همکاران، «مدل بهبود شفافیت مالی شرکت‌های دولتی ایران»، تحقیقات حسابداری و حسابرسی، شماره ۵۱، ۱۴۰۰.
۲. ابراهیمی، علی و همکاران، «چارچوب بهبود پاسخ‌گویی شرکت‌های دولتی ایران»، مجله مدیریت دولتی، شماره ۱۲، ۱۳۹۹.
۳. افشاری، فاطمه و داور درخشان، «مدیریت تعارض منافع بازار بورس اوراق بهادار در آیین هنجارهای تقنینی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹.
۴. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۵. آجری آیسک، عاطفه، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی‌سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی

حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۷۸، ۱۳۹۵.

۶. بادی‌نی، حسن و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «تحلیل مفهوم و مصادیق منافع در حقوق خصوصی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰.

۷. باقری، محمود و مهدی رشوند بوکانی، «حقوق رقابت و دفاع از تمامیت بازار در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸، ۱۳۸۷.

۸. باقری، محمود و مهرداد صادقیان ندوشن، «تئوری ذی‌نفعان در حقوق شرکت‌ها»، فصل‌نامه قضاوت، دوره شانزدهم، شماره ۸۷، ۱۳۹۵.

۹. برزگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوق اداری، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۳.

۱۰. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، «تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۵۴۴۸، ۱۳۹۶.

۱۱. جعفری، انوش و حمیده قنبری، «مطالعه موانع توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران»، ماه‌نامه پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.

۱۲. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدید نظر از آرای آن»، تحقیقات حقوقی، دوره نوزدهم، شماره ۷۵، ۱۳۹۵.

۱۳. دل‌پسند، کوروش و همکاران، «تعارض منافع و عدم شفافیت به مثابه فساد در نظام سلامت»، فصل‌نامه اندیشه حقوقی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۹.

۱۴. شریعت‌نیا، اکبر، «اثر سرمایه‌فکری هیئت مدیره بر عملکرد نقش‌های هیئت مدیره شرکت‌های دولتی: نقش تعدیل‌گری محرک‌های هیئت مدیره»، فرآیند مدیریت و توسعه، دوره سی و سوم، شماره ۱۱۳، ۱۳۹۹.

۱۵. شمس، عبدالحمید، «اثرات خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی»، دانش مدیریت، شماره ۲۲، ۱۳۷۲.

۱۶. شیخ‌الاسلامی، عباس و امید ابراهیمی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و نهم، شماره ۳، ۱۳۹۸.

۱۷. صادقی مقدم، محمدحسن و بهنام غفاری فارسانی، «روح حقوق رقابت (مطالعه تطبیقی در اهداف حقوق رقابت)»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و پنجم، شماره ۷۳، ۱۳۹۰.

۱۸. طجرلو، رضا و محمدعلی کرباسیون، «حاکمیت قانون و کارایی در نظام حقوقی رقابت»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴۷، ۱۳۹۶.
۱۹. فلاح‌زاده، علی محمد و محمود باقری، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه حقوق، شماره ۳، ۱۳۸۸.
۲۰. مرادی، بهنام، «ابعاد خصوصی‌سازی و آثار آن بر سرمایه‌گذاری خصوصی»، اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره‌های ۲۱۳ و ۲۱۴، ۱۳۸۴.
۲۱. میرزاده کوه‌شاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره نهم، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۲۲. میرزاده، اکبر، محمد شهبازی و مهدی جواهری کامل، «نگاهی به فلسفه و روندهای جهانی خصوصی‌سازی»، تدبیر، شماره ۲۰۹، ۱۳۸۸.
۲۳. نصیری اقدم، علی و حسن فاتحی‌زاده، «سهم بخش خصوصی و بخش عمومی از واگذاری شرکت‌های دولتی»، مجله جستارهای اقتصادی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰.
۲۴. واثقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتابی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خط مشی‌گذاری عمومی»، فصل‌نامه حکمرانی متعالی، دوره سوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۲۵. یازرلو، حجت‌الله، «تحلیل تئوری‌های خصوصی‌سازی و تأثیر آن بر اقتصاد دولت»، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۹۱.

2. Latin source

1. Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union, A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions: www.ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/hpo_professional_ethics_en.pdf#page=27.
2. Wymeersch, Eddy, **the Structure of Financial Supervision in Europe about Single, Twin Peak and Multiple Financial Supervisor**, 2010: www.ecb.int.

نسبت فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن در مشروطیت و جمهوریت ایران معاصر

شاهرخ غلامی^۱، عرفان شمس^۲ و احمد منتظری^۳

چکیده

نسبت فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن در هم‌سنجی مفهومی حکومت‌مندی متافیزیکی و فیزیکی، مبنا و منابع حق حاکمیت مشروطیت و جمهوریت است. گفتمان نظریه نخست، مکانیسم تئولوژیکی و نظریه مقابل، مکانیسم فیزیولوژیکی دارد و تدبیر حکمرانی آن‌ها بر پایه نمایندگی استوار است. نظریه نخست بر بنیاد نمایندگی الهی با واسطه فقیهان سیاسی در نظریه‌های الهیاتی و نظریه مقابل بر بنیان اجماع همپوش شهروندان آزاد در نظریه‌های انسانی است. قدرت و حکومت‌مندی در نظریه نخست، امر کیفی و ذهنی و بر پایه‌های نامرئی و سوژکتیویسم و نظریه دوم با حکومت‌مندی مکانیکی بر امر کمی و عینی و بر پایه‌های مرئی و ابژکتیویسم مشهود است. هر یک از نظم سیاسی مشروطه و جمهوری در فقه سیاسی مشروطه و فقه سیاسی جمهوری معاصر مورد‌گرفته‌برداری فقهی قرار گرفته است.

پژوهش حاضر مبتنی بر روش تحلیل و مطالعه کتاب‌خانه‌ای با وجه کارکردی، کارنامه مشروطه و جمهوری را با نگاه تحلیلی و انتقادی بر فقه سیاسی معاصر بررسی کرده است. یافته‌های تحقیق نیز دلالت دارد که نسبت مفاهیم مورد بحث در ادبیات سیاسی و حقوقی فقه سیاسی معاصر با حقوق عمومی مدرن صرفاً نومی‌نالیستی و پوپولیستی^۴ است و با واژگان مفهومی آن گسست معنایی دارد.

واژگان کلیدی: فقه سیاسی، حقوق عمومی مدرن، حاکمیت، مشروطیت، جمهوریت.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران: ایران Shahrokhqolami@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران: ایران (نویسنده مسئول) e_shams@sbu.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران: ایران a_montaze-ri85@yahoo.com

۴. پوپولیسم بر مفاهیم بسیاری در حقوق عمومی مدرن همچون قدرت موسس، نمایندگی، مفهوم حق و حاکمیت قانون- و نیز نظام حقوقی و سیاسی از جمله مشروطیت و جمهوریت- چالش برانگیز و اثرگذار می باشد (شفیعی افراپلی، مهدی، علیرضا دبیرنیا و علی مشهدی واکاوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگار یا تقابل، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۴۰۱ ص ۱۰۵)

مقدمه

آشکال و مفاهیم مشروطیت و جمهوریت در حقوق عمومی مدرن، بنیاد نظم سیاسی مدرن است. از این مفاهیم مدرن در نظم سیاسی فقه سیاسی مشروطه و جمهوری اسلامی با وام‌گیری واژگانی نسخه‌برداری شده است. حاکمیت در قلمروهای مرکزی و پیرامونی حقوق عمومی مدرن از معاهدات و ستفالن از حق‌های انسان و آموزه‌های مکانیکی است که بر پایه‌های عرفی، سکولار و مدرن بنیادگذاری شده است. این خوانش از سویی در حوزه‌های نومی‌نالیستی مفاهیم مدرن مشروطیت و جمهوریت در انقلاب‌های ایران معاصر در بوته‌آزمون سیاسی و حقوقی حاکمیت قرار گرفته است. از سوی دیگر، کارآمدی این مفاهیم در معناگرایی آن تجلی می‌یابد و گریته‌برداری آن در حوزه زیست‌بوم سیاسی و غیر واقعی آن سبب تقلیل مفهومی و شکلی آن در وجه کارکردگرایانه بوده و این رویکرد، تحلیل مفهومی شده است.

پرسش‌های فنی در باب مشروطه و جمهوری مبتنی بر حاکمیت استوار بر قانون اساسی بر چگونگی خوانش بنیادین حوزه سیاسی حقوقی در مقارنه و مفارقه مفهومی مشروطیت و جمهوریت با مشروعیت و اسلامیت در فیزیک و متافیزیک آن است. هرچند نشانه‌هایی از سکولاریسم در انقلاب مشروطیت و فقه سیاسی مشروطه و نه انقلاب اسلامی و فقه سیاسی جمهوری وجود داشته، اما این نشانه‌ها نومی‌نالیستی بوده و با وجه مفهومی و معنایی آن، دارای فاصله عمیق در موضوعه‌سازی، عقلانی‌سازی و عرفی‌سازی قدرت سیاسی است. فقه سیاسی معاصر، آموزه‌های دینی وقف و حکم را به حاکمیت سیاسی ربط داده است، در حالی که آموزه‌های مفهومی و مدرن مشروطیت و جمهوریت مبتنی بر شاکله‌سازی اکثریت انسانی و اجماع همپوش شهروندان آزاد و خودآیین اراده انسانی قابل انطباق است و نمی‌تواند با ساختارها و هنجارهای مذهبی این‌همانی داشته باشد. بنابراین، معرفت شناختی و هستی‌شناختی فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن در دازاین و ذات انسان به عنوان معمار و طراح حاکمیت با مشروطیت و جمهوریت متضاد است و به تعبیر فریدون آدمیت، نسبت سیاست مشروطیت و سیاست دینی تباین ذاتی دارد و مغایرت ذاتی توجیه شرعی مشروطیت، تعارض‌های چندوجهی متضاد به دنبال دارد^۱ در این چشم‌انداز مفروض تحقیق در دیدگاه اندیشه

۱. آدمیت، فریدون، *ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران*، جلد اول، چاپ دوم، سوئد: کانون کتاب ایران و انتشارات روشنگران،

سیاسی مدرن، حق حاکمیت فقه سیاسی حتی در مشروطه اسلامی و جمهوری اسلامی با حقوق عمومی مدرن در حکومت‌مندی فیزیکی و متافیزیکی نامأنوس و نامتجانس بوده و این همانی مفهومی، معرفتی و کارکردی در حق‌های پایه‌ای و پیرامونی میان آن‌ها نیست.

گفتار اول. اتیمولوژی فقه سیاسی

اگر سیاست را به تعبیر رابرت دال بر اعمال نفوذ^۱ تفسیر کنیم، در این صورت، فقه سیاسی به مثابه قدرت در همه ابعاد انسان اعمال نفوذ و دخالت دارد. فقه سیاسی به قول لاگلین در بسیاری از ابهام‌های ناشی از ناهماهنگی‌هایی در توصیف دو مفهوم مرتبط در هسته اصلی نظریه‌های فقهی مدرن قدرت و آزادی است.^۲ امام خمینی، فقه و فقه سیاسی را نه از جنبه تکنیکی، بلکه از بعد تاکتیکی، «تئوری واقعی و کامل اداره انسان و اجتماع از گهواره تا گور» دانسته است.^۳ برخی، فقه سیاسی را شاخه‌ای از فقه شمرده و آن را به فقه سیاسی عام و خاص تقسیم کرده و فقه سیاسی عام را شامل همه مباحث سیاسی و اجتماعی و فقه سیاسی خاص را فقط شامل مباحث سیاسی و حکومتی دانسته‌اند^۴ و برخی دیگر هم فقه سیاسی را همان فقه ولایی می‌دانند.^۵

داوود فیرحی، اتیمولوژی فقه سیاسی را در قرآن و سنت می‌داند و قرآن را پایه نخست نص فقه سیاسی شیعه در استنباط هر نوع حکم سیاسی^۶ می‌شمارد. عمید زنجانی، فقه سیاسی را در راستای فقه اصولی تبیین کرده که پس از احیای مجدد فقه اجتهادی توسط وحید بهبهانی، تحولی در فقه سیاسی و مسئله ولایت فقیه^۷ ایجاد کرده است. جوزف شاخت، مستشرق اسلام

۱. دال، رابرت و بروس استاین بریکتر، تحلیل سیاسی مدرن، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، چاپ اول، تهران: فرهنگ جاوید، ۱۳۹۲. ص ۶۰

2. Loughlin, Martin, *Foundation Of Public Law*, Frist Published, Oxford University Press, 2010. p158

۳. امام خمینی، روح الله، صحیفه نور، جلد ۲۱، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹، ص ۹۸

۴. اکبری، کمال، فقه سیاسی و جمهوری اسلامی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲. ص ۳۸

۵. مهدوی زادگان، داوود، فقه سیاسی در اسلام: رهیافت فقهی در تأسیس دولت اسلامی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۴. ص ۳۷

۶. فیرحی، داود، فقه و سیاست در ایران معاصر، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: نی، ۱۳۹۶. ص ۸۵

۷. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۳. صص ۵۰-۵۵

شناس معتقد است فقه شیعه از جنبه‌های نظریه و عمل و قطع نظر از فرقه و مناسک، از نظر حقوق اساسی، ضعیف‌ترین است و از جهاتی حتی وجود نداشته است.^۱ محسن کدیور نیز در هم‌سویی با این نظریه معتقد است نگرش زعامت سیاسی و مدیریت اجتماعی فقیه در هزاره اول هجری در بین فقیهان وجود نداشته است.^۲

دکترین ولایت فقیه از نظر سید حسن امین با نضج فقه اصولی و غلبه اصولیان بر مجتهدان اخباری در عصر قاجاریه شکل گرفته و مجتهدان، خود را مرجع انحصاری ولایت عامه در حوزه قضا و فتوا و نه تمام حوزه مدیریت جامعه دانستند.^۳ اما در حال حاضر عده‌ای معتقدند فقه سیاسی نمی‌تواند نظام‌سازی کند و نظام‌سازی در حوزه فلسفه سیاسی است و ماهیت و چیستی دولت یا ماهیت عدالت و آزادی در حوزه فلسفه سیاسی و نه فقه سیاسی است.^۴ به علاوه نظریه‌سازی فقه سیاسی ولایت، شیوه قطعی اسلام نیست و به عرف عادلانه زمانه موکول شده است.^۵ بنابراین فقه سیاسی شیعه به مثابه حقوق عمومی اسلامی در دوره غیبت با رویکرد ولایت فقیه به عنوان امر حکمرانی و کشورداری اساسا یا وجود نداشته و یا تا هزاره نخستین عملکرد ضعیفی داشته است و تبار تاریخی فقهای سیاسی قدیم و جدید، نشانه‌های مهمی از سیر تکوین و تحول دکترین ولایت سیاسی فقیه است.

گفتار دوم. تبارشناسی فقیهان سیاسی

بند اول. فقیهان سیاسی متقدم

تبار فقیهان سیاسی در دو حوزه فقه سیاسی عام و فقه سیاسی خاص (ولایت سیاسی فقیه) قابل تفکیک است. فقه سیاسی خاص مستحدث و معطوف به زمان معاصر است، اما فقه سیاسی عام، سنت و تباری دیرینه دارد. از نظر تبارشناسی و نقطه‌آغازین نظریه ولایت فقیه، با شروع غیبت کبری، بحران و چالش‌های نظری و عملی در

1. Joseph, Schacht, *An Introduction Islamic Law*, Oxford, University Press, 1982.p76

۲. کدیور، محسن، *حکومت ولایی*، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: نی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۱

۳. امین، سید حسن، *تاریخ حقوق ایران*، تهران: دایرةالمعارف ایران شناسی، ۱۳۹۱، ص ۳۸۸

۴. حقیقت، سید صادق، *مبانی اندیشه سیاسی در اسلام*، چاپ چهارم، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۶، ص ۹۳

۵. مجتهد شبستری، محمد، *بستر معنوی و عقلایی علم فقه*، کیان، شماره ۴۶، ۱۳۷۸، ص ۹

زندگی سیاسی شیعه آغاز^۱ و نظریه‌های گوناگون ارائه شده است. گروهی معتقدند افاده نخستین نظریه توسط شهید ثانی در مسالک الافهام در سال ۹۵۵ است که چند سال قبل از آن توسط محقق کرکی در توسعه قلمرو اختیارات فقیه انعکاس یافته بود و آن را نخستین نشانه تولد نظریه ولایت عامه فقها دانسته‌اند که تا قبل از آن، ولایت فقیه در امور حسبه بوده است.^۲ برخی دیگر معتقدند نخستین بن‌مایه‌های فقه حکومتی اسلام را می‌توان در جوامع حدیث در کتاب‌های شیخ کلینی، شیخ طوسی و شیخ مفید و دیگران مشاهده کرد که در آن روایات، ولایت فقیه و شئون حکومت درج شده است^۳ و ایده طرح ولایت مطلقه فقیه را به شیخ مفید^۴ منتسب کرده‌اند. اما این نظریه، افاده مفهوم فقه سیاسی عام و نه حکمرانی است.

هم‌چنین این گروه معتقدند ظهور ابتدایی این نظریه از آغاز غیبت کبری و از زمانه شیخ مفید صورت گرفته است و سپس فقها به طور پراکنده درباره ولایت فقیه بحث کرده‌اند. هرچند ظهور نظریه ولایت عامه فقیه را به ابن فهد حلی اسدی^۵ در قرن نهم هجری نیز منسوب می‌کنند. اما به نظر می‌رسد در ادوار اولیه فقه سیاسی دوران غیبت، تألیفات روایی فقه شکل گرفته^۶ و کلینی و شیخ صدوق صرفاً به جمع‌آوری احادیث پرداختند. شیخ مفید در تقابل با آنان در برابر مکتب حدیث‌گرای قم قرار گرفت و آن عالمان را حشویه (عنوانی اهانت‌آمیز) خواند^۷. بنابراین این تألیفات، ترکیبات سیاسی و حکمرانی نداشته است؛ زیرا اساساً در دوره غیبت، حکومت مطلوب و مشروع وجود نداشته است و در تاریخ سیاسی شیعه به آن «دوره الحیره» می‌گویند^۸ و لذا نظریه ولایت سیاسی فقیه به مفهوم حکمرانی در آن ایام ظهور پیدا نکرده است.

۱. فیرجی، داود، نظام سیاسی و دولت در اسلام، چاپ سیزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۵، ص ۲۱۱

۲. کدیور، محسن، حکومت ولایی، جلد دوم، چاپ پنجم، تهران: نی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۳

۳. منتظری، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، جلد اول، ترجمه: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۳۶۷، صص ۱۳-۱۶

۴. شیخ الاسلامی، محسن، ولایت فقیه، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۷۸، ص ۳۶

۵. سلطانی، مصطفی، ولایت فقیه از دیدگاه ابن فهد حلی، فصل‌نامه علوم سیاسی، دانشگاه باقر العلوم، سال هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۸۳، ص ۱۵۹

۶. جرفادقانی، م.، علمای بزرگ شیعه از کلینی تا خمینی، چاپ اول، قم: معارف اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۱۰

۷. مادلونگ، ویلفرد، فرقه‌های اسلامی، ترجمه: ابوالقاسم سری، تهران: اساطیر، ۱۳۸۱، ص ۱۳۴

۸. Nasr, Seyyed Hossein, Ideals and Realities of Islam, Frist Published, Mandala Publisher, 1979. p10

شیخ مفید در الْمُقْنَعَة معتقد است که اجرای حدود شرعی بر عهده حاکم اسلامی منصوب از طرف خداوند است. ائمه این حق را در صورت امکان اجرا به نحوی که خوف رسیدن ضرر به فقیه از اجرای حکم نباشد، به فقهای شیعه واگذار کرده‌اند. اقامه حدود، تنفیذ احکام امر به معروف و نهی از منکر و جهاد با کفار، حکم به حق و اصلاح اختلاف بین مردم به فقهای شیعه واگذار شده^۱ (مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۱-۸۱۲) و سرپرستی تمام اموری که سلطان/امام در آن‌ها ولایت دارد، بر عهده فقیهان است.^۲ همین قرائت در نظریه شیخ الطائفة نیز نمایان است. شیخ طوسی در التَّهْیَیْه در باب امر به معروف و نهی از منکر می‌گوید: «فَأَمَّا الْحُدُودُ فَلَيْسَ يَجُوزُ لِأَحَدٍ إِقَامَتُهَا إِلَّا لِسُلْطَانِ الزَّمَانِ الْمَنْصُوبِ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ مَنْ نَصَبَهُ الْإِمَامُ لِإِقَامَتِهَا»^۳ یعنی اجرای حدود بر هیچ کس جایز و روا نیست، مگر سلطان زمان منصوب خداوند یا کسی که از جانب امام منصوب است. غیر اینان، کسی دیگری حق اقامه حدود را ندارند.

ابن فهد حلی اسدی (متوفای ۸۴۱) نیز معتقد است اگر اجرای حد در زمان غیبت باشد، حاکم اسلامی و فقیه به نیابت از معصوم حق اجرای حدود را دارد و مردم هم باید فقیه را یاری کنند. اقامه نماز، دریافت خمس و اعلام و دعوت جهاد با نیابت از فقیه است ... که در زمان غیبت، فقیه مأمون، نایب امام (ع) است.^۴ محقق کرکی (۸۶۸-۹۴۰ق) نیز در دوره صفویه و در رسالة الصلاة از مجموعه رسائل خود اشاره دارد که اصحاب ما اتفاق دارند که فقیه عادل جامع الشرایط در زمان غیبت، در هر آن چه نیابت در آن مدخلیت دارد، از طرف ائمه، نایب هستند. او اقامه نماز جمعه در زمان غیبت بدون حضور فقیه جامع الشرایط را مشروع نمی‌شمارد و شرط فقیه را ضروری می‌داند.^۵ پس از محقق کرکی، معروف‌ترین فقیه‌ای که در باب ولایت عامه فقیه نظریه‌پردازی کرده، ملا احمد نراقی در عصر قاجاریه است.

۱. مفید، محمد بن محمد، المقنعة، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق. ص ۸۱۱-۸۱۲

۲. مفید، محمد بن محمد، المقنعة، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق. ص ۶۷۶

۳. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، النهایه فی مجرد الفقح و الفتاوی، ترجمه: محمدتقی دانش‌پژوه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۲. ص ۳۰۳

۴. ابن فهد حلی اسدی، ابوالمعالی احمد، اللمعة الجلیة فی معرفة النیة، شماره ۵۶۰ و مذهب البارع فی شرح المختصر النافع، شماره ۳۵۲، نسخه خطی، کتابخانه آیه الله مرعشی، بی تا

۵. کرکی، علی بن الحسین، رسالة المحقق الكرکی، الجزء الاول، نشر الکترونیکی شبکه الامامین الحسینین، بی تا. ص ۸۷ و ص ۱۰۳

بند دوم. فقیهان سیاسی متأخر، مصدر اصلی فقه سیاسی خاص

نگارنده معتقد است فقیهان سیاسی صدر قاجاریه به ویژه شیخ جعفر کاشف الغطا، ملا احمد نراقی و شیخ محمد حسن نجفی، مصدر اصلی بنیادگذاری ولایت سیاسی فقیه هستند و آن را به مثابه یک خوانش و نظریه سیاسی در فقه سیاسی معاصر بارگذاری کردند. بسیاری از متفکران، زمان شکل‌گیری نهاد فقیهان را در دوران قاجاریان می‌شمارند^۱ و عوامل قدرتمندی آنان را محصول امر اجتهاد و تقلید^۲ در مشروعیت و قدرت بخشی دوگانه و متقابل فقیهان و شاهان قاجار در این دوره می‌دانند^۳. کاشف الغطا، حکومت فتح‌علی شاه قاجار را مشروع خواند و مجوز دخالت در بخشی از امور شرعی را به او داد و با حاکم عادل و مجاهد خواندن وی به مدحش پرداخت و او را فرشته کریم دانست^۴. یکی دیگر از مهم‌ترین این عوامل، مبسوط‌الید بودن مجتهدان در رسیدگی قضایی و به اصطلاح، حکومت شرعی با سپاه خصوصی مسلح به اجرای احکام خود^۵ است که سبب اقتدار و توانمندی سیاسی و حقوقی و اجتماعی فقیهان گردید.

به باور حسین بشیریه، نظام سیاسی قاجاریه از نظر ساختار قدرت حکومت و تکرر در منابع و گروه‌های نیرومند قدرت در دست اشراف، اصناف و روحانیون بود و روحانیون و علما از مصونیت و امتیازات اقتصادی و اجتماعی، حقوقی و سیاسی برخوردار بودند^۶ و آنان جزء قدرت صاحب نفوذ دوره قاجاریان در قدرت مادی و معنوی بودند^۷. به طور کلی، اندیشه سیاسی و فقهی فقهای قاجاریه، دو گرایش عمده در باب ولایت فقیه و حدود اختیارات آنان است. گرایش نخست در آثار کاشف الغطا، نراقی و نجفی طرح

۱. مرادخانی، فردین، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۱۶۲ و

۲. حائری، عبدالهادی، تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۴، ص ۸۱ و عباس امانت، تاریخ ایران مدرن، ترجمه: م. حافظ، تهران: فراگرد، ۱۴۰۰، ص ۲۰۹

۳. زرگری نژاد، غلام حسین، رسایل مشروطیت، جلد اول، چاپ دوم، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۶ و الگار، حامد، دین و دولت در ایران، ترجمه: ابوالقاسم سری، چاپ دوم، تهران: توس، ۱۳۶۹، ص ۴۸

۴. هواسی، اسماعیل، اندیشه فقهی و عمل سیاسی کاشف الغطا در باب مشروعیت حاکمیت سیاسی فتح‌علی شاه قاجار، پژوهش‌نامه تاریخ اسلام، سال نهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۸، ص ۹۵

۵. امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران: دایرةالمعارف ایران‌شناسی، ۱۳۹۱، ص ۳۸۸

۶. بشیریه، حسین، موانع توسعه سیاسی در ایران، چاپ دهم، تهران: گام نو، ۱۳۹۵، صص ۴۷ و ۵۷

۷. شمیم، علی اصغر، ایران در دوره سلطنت قاجار، تهران: بهزاد، ۱۳۸۹، ص ۳۵۰

شده که حوزه اختیارات فقیه به گونه‌ای است که از سلطان سبقت گرفته است. گرایش دوم در آثار شیخ مرتضی انصاری است که بر تفکیک حوزه سلطانی و عرفی از حوزه فقه‌ای و شرعی تأکید دارد.^۱ این گرایش‌ها، آبخشور جریان فقهی اصولی آیت‌الله محمدباقر اصفهانی و وحید بهبهانی است که عصر جدید استنباط فقهی را پایه‌گذاری^۲ و تفکر فقهی اصولی را بنیادگذاری نمودند.

میرزا ابوالقاسم قمی، رابطه دیانت و سیاست را عمیق دانسته و در ارشادنامه که آن را برای فتح‌علی شاه نوشته، پادشاه را «ظل الله» خوانده و پادشاه زمان را «سایه پادشاه پادشاهان» خطاب کرده است.^۳ کاشف الغطا نیز در نظریه سیاسی خود معتقد به ولایت سیاسی مجتهد است و می‌گوید کسی می‌تواند سلطنت را به عاریه داشته باشد که دارای یکی از شروط: نبوت، امامت، علم، نسب، ارث و امثال آن باشد. او هم‌چنین درباره تولیت اقامه و اجرای حدود، این وظیفه را در صورت تعذر امام یا نایب خاص او، بر عهده نایب امام و مجتهدین و مأذونین و فقیه می‌داند.^۴ این خوانش فقه سیاسی در اندیشه دینی و سیاسی ملا احمد نراقی آشکارتر و گسترده‌تر است.

ملا احمد نراقی، شاگرد کاشف الغطا از دیگر فقه‌هایی است که با فتح‌علی شاه قاجار ارتباط تعاملی داشت و دو کتاب معراج السعاده و وسیله النجاه را به او هدیه کرد. شاه قاجار نیز مدرسه‌ای در کاشان به او بخشید.^۵ او نخستین فقیه‌ای است که به صورت مضبوط، حق حکومت و کشورداری را در غیبت امام از آن فقیه عادل می‌داند^۶ و معتقد است همه فقه‌های عادل از طرف شارع به ولایت بر مردم منصوبند و همه مناصب و اختیارات حکومتی رسول خدا (ص) را دارند؛ چه مردم بخواهند و چه مردم نخواهند.^۷ هم‌چنین او اولین فقیه‌ای است که از «ولایت فقیه» به طور مفصل

۱. میرموسوی، سید علی، اسلام، سنت، دولت مدرن، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۷.

۲. اکبری، کمال، سیر تطور فقه سیاسی شیعه، چاپ اول، تهران: طرح آینده، ۱۳۸۷، ص ۲۰۷.

۳. قمی، میرزا ابوالقاسم، ارشادنامه، به کوشش: حسن قاضی طباطبایی، مندرج در: نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، شماره ۸۷، ۱۳۴۷، ص ۳۷۱.

۴. نجفی کاشف الغطاء، شیخ جعفر بن خضر، کشف الغطاء عن مبهمات شریعة الغراء، اصفهان: مهدوی، بی تا، صص ۳۷ و ۴۱۹.

۵. طاهری، مهدی و رسول حکمی شلمزاری، سیر تحول و تکامل فقه سیاسی در ادوار تطور فقه سیاسی شیعه، حکومت اسلامی، سال بیست و یکم، شماره چهارم، ۱۳۹۵، ص ۷۰.

۶. آجودانی، ماشاء الله، مشروطه ایرانی، چاپ یازدهم، تهران: اختران، ۱۳۹۸، ص ۶۵.

۷. صالحی نجف‌آبادی، نعمت‌الله، ولایت فقیه (حکومت صالحان)، تهران: امید فردا، ۱۳۹۳، صص ۳۵-۳۶.

و مستقل بحث کرده و انتظام امور دنیای مردم را از وظایف فقها شمرده و این اولین تصریح به وظیفه سیاسی فقیهان است.^۱

اما ملا احمد نراقی در عائده ۵۴ از عواید الایام به ولایت سیاسی فقیه جامع‌الشرایط در زمان غیبت امام اشاره کرده و اختیاراتی گسترده‌ای را برای فقیه قائل شده است که در زمان غیبت به عنوان حاکم جامعه اسلامی و جانشین ائمه هستند. از نظر وی، هر چه نبی و امام به عنوان سلاطین انام و حصون اسلام در آن ولایت دارند، فقیه نیز چنین ولایت و اختیاری دارد، مگر آن که مثلاً به دلیل اجماع و نص استثنا شده باشد.^۲ مشابه این دیدگاه را نیز صاحب جواهر دارد.

شاگرد نراقی، شیخ محمدحسن نجفی، معروف به صاحب جواهر هم با تفسیر نصوص وارده در باب ولایت فقیه، فقها را از مصادیق اولوالامر می‌داند^۳ و در حوزه اختیارات ولی فقیه، به اختیارات عامه ولایت فقیه اعتقاد دارد.^۴ هم‌چنین از نظر صاحب جواهر، اگر فقیه با اذن عام از جانب امام (ع) منصوب است، سلطان یا حاکمی را برای جامعه اسلامی نصب کند، او از مصادیق حکام جور نخواهد بود.^۵

نجفی در جواهرالکلام معتقد است: «بَلْ لَوْلَا عُمُومُ الْوَلَايَةِ لَبَقِيَ كَثِيرٌ فِي الْأُمُورِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِشِيعَتِهِمْ مَعْطَلَةٌ»؛ اگر عموم ولایت برای فقیهان وجود نداشته باشد، بسیاری از امور شیعیان معطل خواهد ماند. بعد ادامه می‌دهد: «کسی که طعم فقه را چشیده باشد (آن را درک نماید)، مراد از این که می‌گویند من، او را حاکم، قاضی، حجت و خلیفه در زمان غیبت قرار دادم، چیست؟ یقین است که آنان را به این امر/ ولایت عامه تفویض کردند. بنابراین، این مسئله (ولایت عامه فقیهان) واضحاتی است که نیازی به دلیل نیست و از ضرورت مذهب (شیعه) در زمان غیبت است و قدر متیقن از روایات، اجماع محصل و منقول و هم‌چنین ضرورت مذهب شیعه درباره نیابت ائمه در زمان غیبت، مجتهد جامع‌الشرایط است و اطلاق و افاده ادله حکومت داشتن فقیه به ویژه روایت نصب از سوی

۱. کدیور، محسن، نظریه‌های دولت در فقه شیعه، جلد اول، چاپ اول، تهران: نی، ۱۳۷۶، ص ۱۷

۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵ ش. صص ۵۲۹-۵۳۰ و ۵۳۶

۳. میرموسوی، سید علی، اسلام، سنت، دولت مدرن، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۶

۴. مهاجرنیا، محسن، اندیشه سیاسی متفکران اسلامی، جلد دوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۳۵۵

۵. فیرحی، داود، قدرت، دانش و مشروعیت در اسلام، چاپ چهاردهم، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص ۳۲۰

صاحب امر صادر شده است و از مسلمات و ضروریات دین است.^۱

اما اثبات و پذیرش مسئله ولایت سیاسی فقیه از نظر شیخ مرتضی انصاری، فقیه نامدار عصر قاجاریه، غامض و دشوار بوده و اثبات ولایت فقیه که همانند امام، اطاعتش واجب باشد، کاری بس دشوارتر از تراشیدن چوبک خاردار با کف دست است و «أَنَّ إِبْطَالَ عَمُومِ نِيَابَةِ الْفَقِيهِ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي هَذَا النَّحْوِ مِنَ الْوَلَايَةِ عَلَى النَّاسِ دُونَهُ خَرَطُ الْقِتَادِ». شیخ اعظم، مسئله ولایت فقیه را با حکم مشهور فقیهان، گاه موهون و گاه تخیل فقیهان می‌داند: «لَكِنَّ الْمَسْئَلَةَ لَا تَخْلُو عَنْ إِشْكَالٍ وَإِنْ كَانَ الْحُكْمُ بِهِ مَشْهُورِيًّا» یا می‌گوید: «وَأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ وَهْنٍ فِي دَلَالَتِهِ... شَكٌّ فِي عَمُومِ النِّيَابَةِ... يَحْتَاجُ إِلَى ادْلِهِ عَمُومِ النِّيَابَةِ» و نیز می‌گوید: «وَلَوْ ثَبَتَ ادْلُهُ النِّيَابَةِ عَمُومَاتِهَا مَا ذَكَرْتُ». بنابراین، اندیشه‌های سیاسی و فقهی فقهای صدر قاجاریه با زمینه‌های زبانی، مکانی و معرفتی در چشم‌انداز زبان‌شناسی و شناخت‌شناسی فقه سیاسی، ظهور و شکل‌گیری فقه سیاسی مشروطه با نمایندگی میرزا حسین نایینی و فقه سیاسی جمهوری با نمایندگی امام خمینی در بیان مسئله مشروطیت و جمهوریت ارزیابی می‌گردد.

گفتار سوم. مشروطیت و فقه سیاسی

مهم‌ترین نظریه‌پرداز فقه سیاسی مشروطه، میرزا حسین نایینی است. پژوهشگران و تحلیلگران درباره اندیشه سیاسی مشروطه‌خواهی نایینی اختلاف نظر دارند. گروهی او را دچار آشفتگی و تزلزل در بیان اندیشه‌خواهی مشروطه و گروهی دیگر اندیشه او را اصیل، پرمایه و برخاسته از آموزه‌های شریعت اسلامی می‌دانند.^۲ اما فریدون آدمیت، دانش نایینی را در فلسفه سیاسی غربی/ مشروطیت، سطحی می‌داند و می‌گوید که اشخاصی چون نایینی تلاش دارند شکاف میان سیاست مشروطیت و سیاست دینی را بپوشانند و لذا دچار تناقض می‌شوند.^۴

۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محشی و مصحح: عباس قوچانی، الطبعة السابعة، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۲ ش. مجلد ۲۱: صص ۳۹۷-۳۹۹ مجلد ۱۵: ص ۴۲۲ و مجلد ۱۶ ص ۱۷۸

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، الجزء الثالث، الطبعة السادسة عشرة، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ ق. صص ۵۵۷-۵۵۹

۳. ایزدی اودلو، عظیم، بررسی حکومت مشروطه از نگاه آیت‌الله نایینی، نامه فرهنگ، شماره ۵۴، ۱۳۸۳. ص ۱۶۹

۴. آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، جلد اول، چاپ دوم، سوئد: کانون کتاب ایران و انتشارات روشنگران، ۱۹۸۵. صص ۲۲۹-۲۳۰

در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله از نایینی که فقه سیاسی مشروطه او در آن منعکس است، حاکمیت همان سلطنت است و وجود آن، عقلانی، ضروری و واجب است؛ زیرا استقامت نظام عالم و تعیش نوع بشر متوقف بر سلطنت و سیاستی است. این سلطنت اسلامی از وظایف و شئون امامت دانسته و ولایت بر سیاست از امور امت است که با دسترس نبودن به آن دامان مبارک (غیبت امام دوازدهم)، شخص سلطان را نه از باب استحقاق، بلکه از مقوله تفضل می‌پذیرد؛^۱ نایینی معتقد است چون در عصر غیبت، دست امت از دامان عصمت، کوتاه و مقام ولایت و نیابت نواب عام در اقامه وظایف مذکوره هم مغضوب است، لذا تحدید استیلای جوری به قدر ممکن واجب است و مغضوبیت موجب سقوط تکلیف نیست. او در نظریه خود، «سلطنت مشروطه غاصبه را بر سلطنت جائره غاصبه که ظلم و اغتصابش فقط به مقام مقدس امامت است و نه اغتصاب ردای کبریایی و نه اغتصاب رقاب و بلاد و ظلم درباره عباد»^۲ می‌پذیرد.

ویژگی اصلی مشروطه اسلامی نایینی، دو وجه سلبی و ایجابی است. مهم‌ترین وجه سلبی دیدگاه مشروطیت نایینی در برابر استبداد سیاسی و دینی در نفی و نهی آن است. در مقابل، مهم‌ترین وجه ایجابی مشروطیت او، مشروطه اسلامی و مبتنی بر شریعت و آیات و روایات شوریه^۳ است. او، حکومت مشروطه را «اول از باب نهی از منکر بالضرورة من الدین که ردعش از ارتکاب منکرات تکلیف است و دویم از باب عدم اهمال در وظایف حسبیه و حفظ بیظه اسلام با قدر متیقن ثبوت نیابت فقهای عصر غیبت از قطعیات مذهب امامیه (حاکمیت و فقیه) و بیثم در باب ولایات بر اوقاف، چنان چه غاصبی عدواناً وضع ید نماید و رفع یدش ممکن نباشد، با گماشتن هیأت نُظار، تصرفش را تحدید و موقوفه مغضوبه را مثلاً از حیف و میل صیانت (حاکمیت و وقف) نمود». نایینی، تفکیک قوای مشروطه را به سطح تجزیه قوای مملکت تقلیل داده است و آن را ایرانی - اسلامی و از فرس

۱. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، مندرج در: غلام حسین زرگری نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۴۱۵-۴۱۶ و صص ۴۲۰ و ۴۳۹.

۲. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، مندرج در: غلام حسین زرگری نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۴۳۳ و ۴۳۷.

۳. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، مندرج در: غلام حسین زرگری نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۴۲۷ و ۴۴۰ و ۴۶۸.

جمشید و فرمان تفویض ولایت مصر از سوی امام علی (ع) می‌داند.^۱

هندسه حکومت مقیده و دولت مشروطه نایینی بر دو امر مبتنی است: نخست، «تدوین دستور اساسی یا قانون اساسی» که آن را به منزله «رسائل عملیه تقلیدیه» می‌داند^۲ و دوم، «هیئت منتخبه مبعوثان ملت با انضمام فقاہت هیئت مجتہدین منتخبین که دستور اساسی جز با اذن مجتہد نافذالحکومه معتبر نباشد» این تعابیر همان حدّ سطحی انگارانه مشروطه نایینی است. مشروطه او، متجنس بالعرض است که با اذن قابل تطہیر است؛ چون تصرفات چنین حکومتی با اذن شرعی لباس مشروعیت تواند پوشید. او هم چنین به استناد رؤیای صادقه خود، مشروطه را به «کنیز سیاهی» تعبیر کرده که دستش آلوده است و با شستن آن وادارش کنند^۳ تا غصبیت مشروطیت به مثابه آلودگی غاصبانه با شستن و اذن شرعی مجتهد و نه اجماع همپوش شهروندان آزاد زایل گردد. بنابراین، سلطنت مشروطه در نظریه نایینی، یک اعوجاج سیاسی است که با واژگان ولایت و غصب و تولیت و وقف و شبانی و گله‌ای هم‌سو است و با فروکاستن اصول و بنیادهای مشروطه به احکام رساله عملیه با مفاهیم مشروطه سیاسی، فاصله مفهومی عمیق دارد و نمی‌توان میان آن این همانی مفهومی ایجاد کرد.

گفتار چهارم. جمهوریت و فقه سیاسی

بند اول. امام خمینی و پروبلماتیک فقه سیاسی

از نظر آلتوسر، پروبلماتیک یک نظریه، کشف مفهوم‌پردازی و شیوه‌های حل مسئله است. پروبلماتیک، یک نظام ارجاع درونی در یک مورد خاص با طرح یک سری پرسش‌ها برای یافتن یک پاسخ است. پروبلماتیک، یک ساختار بنیادین طرح پرسش‌های بررسی موضوع و حقیقت یک

۱. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیہ الامه و تنزیہ الملّہ، مندرج در: غلام حسین زرگری‌نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۴۳۶ و ۴۷۰

۲. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیہ الامه و تنزیہ الملّہ، مندرج در: غلام حسین زرگری‌نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۴۲۱

۳. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیہ الامه و تنزیہ الملّہ، مندرج در: غلام حسین زرگری‌نژاد، رسایل مشروطیت، تهران، جلد ۲، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۴۶۱ و ۴۲۷

نظریه معنادار است که حقیقت قابل رؤیت می‌گردد.^۱ در واقع، پروبلماتیک، نظریه و عمل محوری است و پروبلماتیک فقه سیاسی امام خمینی با فقه نظرورزانه دانش و قدرت در اسلام سیاسی و ولایت سیاسی فقیه است.

امام خمینی، اسلام را با تمام شئونش، دین سیاست می‌داند و می‌گوید هر کس مختصر تدبیری در احکام حکومتی و سیاسی و اجتماعی و اقتصادی اسلام داشته باشد، آشکار می‌شود. پس هر که خیال کند که دین از سیاست جداست، نادان است که نه اسلام را شناخته و نه سیاست را. زیرا «تأسیس حکومت اسلامی، آنی آرزوی همه مسلمین و آنی آرزوی رسول اکرم و آرزوی ائمه است».^۲ او هم چنین می‌گوید: «ای بی‌خردان! مملکت دین، بهشت روی زمین است و آن با دست پاک روحانی تأسیس می‌شود».^۳

پروبلیم امام خمینی، اسلام سیاسی است و از نظر او، اسلام، سیاست است و اسلام یک دین عبادی و سیاسی است که در امور سیاسی‌اش، عبادت منضم است و در امور عبادی‌اش، سیاست.^۴ از منظر امام خمینی، اسلام همان طور که قانون‌گذاری کرده، قوه مجریه هم قرار داده است و ولی امر، متصدی قوه مجریه هم هست. از نظر ایشان، هر کس اظهار کند که تشکیل حکومت اسلامی ضرورت ندارد، منکر ضرورت اجرای احکام اسلام شده و جامعیت احکام و جاودانگی دین مبین اسلام را انکار کرده است.^۵ چون اسلام برای تأسیس یک حکومت اسلامی در قوانین مالیاتی و وضع قوانین حقوقی و جزایی و آن چه مربوط به نظام مملکت است، همه چیز دارد.^۶ بنابراین، پروبلماتیک اسلام سیاسی امام خمینی اگرچه در مقطعی با فقه نظارتی و مجلس مؤسسان بوده، اما مسئله اصلی،

۱. حیدری، آرش و هدایت نصیری، مسئله آلتوسر، چاپ یکم، تهران: تیسرا، ۱۳۹۴، ص ۳۳

۲. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، جلد ۱، ص ۴۲۵ و جلد ۱۱، ص ۴۹

۳. خمینی، سید روح‌الله، کشف اسرار، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ص ۲۰۲

۴. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، جلد ۹، ص ۲۰۳ و جلد ۱۳، ص ۱۲۳

۵. خمینی، سید روح‌الله، ولایت فقیه؛ حکومت اسلامی، چاپ بیست و نهم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۴، صص ۲۲ و ۲۵

۶. خمینی، سید روح‌الله، کشف اسرار، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ص ۱۸۴

تأسیس حکومت اسلامی بر مبنای ولایت فقیه است و این اصل از احکام اولیه اسلامی^۱ است.

امام خمینی در کشف الاسرار در مورد نظریه نظارتی ولایت فقیه می‌گوید: «ما که می‌گوییم حکومت و ولایت در این زمان با فقها است، نمی‌خواهیم بگوییم فقیه هم شاه و هم وزیر و هم سپور است، بلکه می‌گوییم همان طور که یک مجلس مؤسسان تشکیل می‌شود... و یک هم‌چو مجلسی از مجتهدین دین‌دار... انتخاب یک نفر سلطان عادل کنند... و همین طور اگر مجلس شورای این مملکت از فقهای دین‌دار تشکیل شود یا به نظارت آن‌ها باشد». او در ادامه هم می‌گوید: «هیچ فقیهی تاکنون نگفته و در کتابی هم ننوشته که ما شاه هستیم یا سلطنت حق ماست»^۲ و پادشاهی را نیز به این شرط می‌پذیرد که شاه از روحانیون مشاوره و رضایت حاصل کند^۳. او هم‌چنین می‌افزاید: «ما نمی‌گوییم حکومت باید در دست فقیه باشد، بلکه دولت مطابق قانون خدا اداره شود تا رفاه مردم باشد»^۴ و در برخی مصاحبه‌های خود نیز به نقش نظارتی و ارشادی فقها نظر دارد: «روحانیون در حکومت آینده نقش ارشاد و هدایت دولت را دارا می‌باشند»^۵.

با چرخش سیاسی نظریه نظارتی به نظریه ولایتی و تأسیسی پس از انقلاب، پروبلماتیک اساسی امام خمینی برای تشکیل حکومت اسلامی است که می‌گوید: «ان شاء الله با تدریج، یک حکومت عدل اسلامی که مردم و عالم بفهمند معنای اسلام چه است و معنای حکومت چه است»^۶ تشکیل می‌دهیم و این حکومت برای فقیه است. در کتاب الاجتهاد و التقليد نیز تأکید دارد که: «هوأنّ الحكومة مطلقاً للفقیه»؛ حکومت مطلقاً از آن فقیه است و امام، آنان را حاکمان بر مردم قرار داده است^۷. هم‌چنین در کتاب البیع هم شرح مفصلی بر ولایت فقیه و حکومت اسلامی دارد و می‌گوید:

۱. بالویی، مهدی، مهنای بیات کمیتکی و مرجان زارع مهدیه، حکم حکومتی و مصلحت عمومی، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، ۱۳۹۹ ص ۵۲

۲. خمینی، سید روح‌الله، کشف اسرار، بی‌جا، بی‌تا، صص ۱۸۵-۱۸۶

3. Abrahamian, Ervand, *Khomeinism*, University Of California prees, 1993. p54

4. Byrd, Dustin John, *Ayatollah Khomeini and the Islamic Revolution in Iran*, Western Michigan University, 2006. p 5-6

۵. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۴، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱. ص ۱۸۰

۶. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۵، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱. ص ۱۴۸

۷. خمینی، سید روح‌الله، الاجتهاد و التقليد، الطبعة الرابعة، طهران: مطبعة مؤسسه العروج، ۱۴۴۰ق. صص ۵۳-۵۴

«افرادی هستند که مستقلاً حق تصرف در اموال خود را ندارند که اسلام برای آن راهکاری تعیین نموده و حاکم اسلامی که همان فقیه جامع‌الشرایط است، حق تصرف آن را دارد»^۱ و در تحریرالوسیله نیز اعلام می‌دارد: «هیچ کس حق ندارد متکفل امور سیاسی مانند اجرای حدود و امور قضایی و مالی شرعی گردد، مگر آن که از طرف امام منصوب شده باشد که در زمان غیبت ولی امر، قائم مقام آن حضرت و تمام آن چه برای امام (ع) است، مگر جهاد ابتدایی، نواب عام حضرتش باشند و آن‌ها فقهای جامع‌الشرایط هستند»^۲.

سرانجام در باب ماهیت و اختیارات حکومت اسلامی، آن را جزء احکام اولیه و مقدم بر احکام فرعیه اسلام مثل نماز و روزه دانسته و در اختیارات فرامطلقه ولایت فقیه و حکومت اسلامی می‌گوید: «آن چه گفته شده است تاکنون و یا گفته می‌شود، ناشی از عدم شناخت ولایت مطلقه الهی (اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعیه باشد) است... صریحاً عرض می‌کنم که فرضاً چنین باشد، این از اختیارات حکومت است و بالاتر از آن هم مسائلی است که مزاحمت نمی‌کنم»^۳ و در این قانون اساسی، یک مطلبی ولو به نظر من یک قدری ناقص است، روحانیت بیش‌تر از این در اسلام اختیارات دارد و این بعض شئون ولایت فقیه است و نه همه شئون ولایت فقیه^۴. بنابراین چنین گفتمان و اندیشه‌ای می‌تواند بستر ساختارهای جمهوری سیاسی تأسیس گردد؟

بند دوم. امام خمینی و جمهوری اسلامی

امام خمینی در کتاب البیع بر حکومت‌های انسانی استوار بر قانون اساسی مشروطه و جمهوری خط بطلان می‌کشد: «فالإسلام أُنس حُکومة... ولا علی نهج المشروطة أو الجمهورية المؤسّسة علی القوانين البشريّة، الّتی تفرض تحکیم آراء جماعة من البشر علی المجتمع. بل حُکومة تستوحي و تستمدّ فی جمیع مجادلاتها من القانون الالهی»^۵؛ یعنی بنیان حکومت در اسلام بر مشروطه و

۱. خمینی، سید روح‌الله، البیع، جلد ۲، الطبعة الرابعة، طهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۴۳۴ق. ص ۶۵۵

۲. خمینی، سید روح‌الله، تحریرالوسیله، جلد دوم، ترجمه: علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳. ص ۳۲۳

۳. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۲۰، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹. صص ۱۷۰-۱۷۱

۴. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۱۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱. ص ۱۳۳

۵. خمینی، سید روح‌الله، البیع، جلد ۲، الطبعة الرابعة، طهران: مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۴۳۴ق. ص ۶۵۷

جمهوری نیست که بر اساس قوانین انسانی بنا شود و در آن، گروهی از مردم بر جامعه حاکم شوند، بلکه حکومت اسلامی در تمام شئون مبتنی بر قوانین الهی است.

نظریه‌های امام خمینی در باب تناظر جمهوریت و اسلامیت همانند نظریه‌های نظارتی و ولایتی دارای چرخش سیاسی و ابهام و ابهام است. به نظر ایشان، «از حقوق اولیه هر ملتی است که باید سرنوشت و تعیین شکل و نوع حکومت خود را در دست داشته باشد» که این حکومت را جمهوری می‌داند: «جمهوری به همان معنا که در همه جا جمهوری است، جمهوری اسلامی، جمهوری است مثل سایر جمهوری‌ها^۱»، در حالی که جمهوری مورد نظر امام خمینی، متناظر جمهوری‌های دیگر نیست و از نظر مفهومی با آن متعارض و متفاوت است؛ چون «جمهوری اسلامی مثل سایر جمهوری‌هاست، لکن محتوایش قانون اسلام است» و «رژیمی که ما می‌خواهیم، رژیم جمهوری اسلامی است و در اسلام، آزادی به طور مطلق است، مگر آن چه به حال ملت و کشور ضرر داشته باشد و موجب مفسده‌ای باشد^۲». در محتوای اسلامی بودن جمهوریت نیز در پاسخ خبرنگاری که شما مرتب از جمهوری اسلامی صحبت کرده‌اید که مطلب خیلی کلی است و رئیس کلی این نظام چیست؟ می‌گوید: «حکومت جمهوری اسلامی هم یک جمهوری است مانند سایر جمهوری‌ها و لکن قانونش، قانون اسلامی است» و «شکل حکومت ما، جمهوری اسلامی است؛ جمهوری به معنای این که متکی بر آرای اکثریت است و اسلامی برای این که متکی به قانون اسلام است^۳».

امام خمینی در پاسخ به سؤالی که جمهوری اسلامی ممکن است از بعضی رژیم‌های سلطنتی، استبدادی‌تر باشد، می‌گوید: «رژیم اسلامی با استبداد جمع نمی‌شود. آن رژیم‌های جمهوری هم که استبدادی هستند، در اسم، جمهوری هستند، در محتوا، سلطنتی هستند» و «ما خواهان استقرار یک جمهوری اسلامی هستیم و آن حکومتی است متکی به آرای عمومی. شکل نهایی حکومت با توجه به شرایط و مقتضیات کنونی جامعه ما توسط خود مردم تعیین خواهد شد^۴».

۱. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۳، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۴۲.

۲. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۳۵۱.

۳. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۴، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، صص ۱۷۲ و ۱۹۹.

۴. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۴، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، صص ۱۲۸ و ۳۷.

۵. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، صص ۲۰۵ و ۲۶۰.

آشکار است که جمهوری خواهی امام خمینی، اسلام خواهی است، نه جمهوری خواهی. پس از پیروزی انقلاب و از زبان ملت نیز می‌گوید: «آن که ملت ما می‌خواهد، جمهوری اسلامی است، نه جمهوری فقط، نه جمهوری دموکراتیک، نه جمهوری دموکراتیک اسلامی؛ جمهوری اسلامی» و «دعوت کنید به این که رأی بدهید به جمهوری اسلامی، این هم با همین یک کلمه، نه یک حرف زیاده‌تر و نه یک حرف کم‌تر و نه جمهوری محض و نه جمهوری دموکراتیک» و اگر کسی غیر از این بگوید، دشمن خواهد بود و من خودم به جمهوری اسلامی رأی می‌دهم و از شما تقاضا دارم برای اسلام رأی بدهید، به جمهوری اسلامی رأی بدهید^۱. «و ما نظام جمهوری را به آرای عمومی می‌گذاریم و ایران چون همه‌شان مسلمان هستند، رأی بدین قضیه خواهند داد و بعد از رأی آن‌ها، حکومت اسلامی تشکیل خواهد شد». زیرا ملاک پایه‌ای امام خمینی در تأسیس حکومت، ارزش‌ها و معیارهای اسلامی است، نه مفاهیم و ارزش‌های جمهوری. هدف نهایی از نظر ایشان هم همان تأسیس حکومت عدل اسلامی است «که مقصد اعلی عبارت از این است که یک حکومت عدلی مبتنی بر قواعد اسلامی حاصل شود و آن، مقصد اعلای ماست»^۲. از نظر امام خمینی، رفاندوم یا تصویب ملی در مقابل اسلام ارزشی ندارد^۳. بنابراین، مختصات توصیفی و تحلیلی جمهوری خواهی امام خمینی با صورت ظاهرگرایی فقهی فرمالیستی و نومیالیستی با قلمرو مفهوم اسلامی و حکومت اسلامی است که بر وجه پله بیسیت توده‌ای و نقش فرهمندی کاریزماتیکی در رفاندوم تصویبی اسلامی، فارغ از جمهوری سیاسی تأسیس یافته و مفهوم سیاسی آن افاده نشده است.

گفتار پنجم. مشروطه سیاسی

سرچشمه‌های تاریخی و سنتی مشروطه‌گرایی در قرارداد اجتماعی^۴ است. قرارداد اجتماعی، مفهومی فرضی بین دولت و شهروندان است که بر اساس آن، شهروندان، قدرت را به دولت واگذار می‌کنند^۵.

۱. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۵، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، صص ۱۲۹، ۱۴۷ و ۱۹۶.

۲. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۳، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، صص ۲۵۹، ۱۴۸ و ۱۸۶.

۳. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۲۳.

4. Social Contract

5. Barnett, Hilaire, Understanding Public Law, First Edition, Routledge-Cavendish, 2010.p35

(Barnett, 2010: 35) و به لحاظ تبارشناسی، فلسفه سیاسی یونان، زمینه یکی از فراگیرترین و پربارترین نظریه‌های سیاسی حقوقی اروپایی یعنی نظریه قرارداد اجتماعی است^۱ که مفهوم آن، بی‌درنگ، رضایت را در ذهن انسان مدرن تداعی می‌کند^۲. در یونان باستان، مکتب اپیکوری قائل به اصالت قرارداد بود^۳ و سوفسطاییان نیز سازمان‌های سیاسی را در نتیجه قرارداد اجتماعی^۴ می‌دانستند. اندیشه قرارداد اجتماعی در سده‌های معاصر مجدداً توسط اصحاب قرارداد هم‌چون هابز، لاک و روسو بنیادگذاری و تشریح گردید و فلاسفه جدید از جمله ایمانوئل کانت و جان رالز آن را به عنوان یک فرض روش‌شناختی و ابزار عقلی در تدوین اصول یک ساختار سیاسی و اجتماعی^۵ مطرح ساختند.

برایان تیرنی نیز تبار تاریخی و تدوین و توسعه دولت مشروطه را در دو عامل مهم دانسته است. دکتربان دولت مشروطه تنها زمانی رشد کرد که اندیشمندان انسان‌گرای مدینه‌محور به تمام دنیای قرون وسطا پشت کردند و نکته مهم‌تر آن نیز فرهنگ حقوقی (فرهنگ حقوقی حقوق دانان رومی و کلیسایی) قرن دوازدهم بود که بستر و بذری برای رویش تفکر مشروطه در اوایل قرون جدید شد^۶. وینسنت، جان لاک را نخستین اندیشمند لیبرال دانسته است که اندیشه‌های مشروطیت او به دو دلیل اهمیت دارد. یکی، اندیشه مفهوم عقلایی و فلسفی او که انسان را موجودی عقلانی و خودمختار می‌دانست که می‌تواند از روی مسئولیت دست به انتخاب بزند و دوم، مفاهیم جدی چون تفکیک قوا، سلطنت مشروطه، قاعده اکثریت، قانون، حقوق طبیعی، نظریه قرارداد و رضایت که در نظریه دولت مشروطه به کار بست. او، ریشه‌های نظری و عملی نظریه دولت مشروطه را در شش دوره تاریخی توصیف کرده است: اول، اندیشه‌های یونانی و رومی به ویژه حقوق رومی. دوم، اندیشه‌های دوران فئودالیسم که توسط حقوق دانان عرضه شد. سوم، جنبش شورایی قرن پانزدهم در کلیسای کاتولیک. چهارم، نویسندگان فرانسوی نظریه دولت مشروطه. پنجم،

۱. کلی، جان موریس، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۸، ص ۵۵

۲. همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹، ص ۸۱

۳. پولادی، کمال، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب، جلد اول، چاپ نهم، تهران: مرکز، ۱۳۹۳، ص ۹۴

۴. فاستر، مایکل ب.، خداوندان اندیشه سیاسی، جلد اول، ترجمه: جواد شیخ‌الاسلامی، چاپ هشتم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲

۵. شهابی، مهدی، فلسفه حقوق، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶، ص ۲۴۳

۶. تیرنی، برایان، دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه‌خواهی، ترجمه: حسین بادامچی و محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶، ص ۱۹

مناقشه‌های مذهبی و سیاسی دوران جنبش اصلاح دین مثل لوتر و کالون و اندیشه‌های جزمی جنبش ضد فرماسیون و بالاخره مناقشات دوران جنگ داخلی انگلستان درباره سلطنت محدود و مرکب که موجب بسط مشروطه‌خواهی گردید^۱.

از نظر مارتین لاگلین، مشروطه‌خواهی یک نظام حقوقی مدرن مبتنی بر قانون اساسی، جنبش فکری و سیاسی بود که در سده هجدهم در آمریکا و اروپای غربی به تکامل رسید و منشأ انقلاب‌های سیاسی مبتنی بر قانون اساسی شد و اوج این جنبش، ظهور قوانین اساسی مدرن بود^۲ و از نظر گابریل گانز، این قانون اساسی و مشروطه‌گرایی در ذیل حاکمیت قانون^۳ معنی و تجلی می‌یابد.

متفکران غربی همچون توماس هابز، قانون بنیادی را قانون مبنایی در تفویض اختیارات قدرت از ناحیه مردم به حاکم می‌داند که موجب استقرار دولت می‌شود و بدون آن، دولت فرو می‌پاشد^۴. جان لاک، حاکمیت سیاسی را در یک قانون اساسی استوار بر رضایت و تصویب همگانی^۵ معرفی کرد. روسو، اقتدار مشروع حاکمیت یا اراده عمومی را بر اساس قرارداد میان انسان‌ها استوار ساخت. قراردادی که بر اساس نوعی شرکت با شریک دیگر و در عین اتحاد با دیگر شرکاست که مسئله بنیادین قرارداد اجتماعی است و با انعقاد قرارداد، هیئت سیاسی و جمعی یا جمهوری شکل می‌گیرد^۶. کانت، تشکیل حکومت را ناشی از اتحاد گروهی از مردم تحت قوانین حقانی دانسته که ناشی از قرارداد اولیه است^۷. جان رالز هم مشروطه‌گرایی را به مثابه برساختی‌انگاری سیاسی در آرایش نهادهای یک رژیم استوار بر قانون اساسی برای برآورده شدن شروط منصفانه همکاری شهروندان آزاد و برابر دانست^۸.

۱. وینسنت، اندرو، نظریه‌های دولت، ترجمه: حسین بشیریه، چاپ یازدهم، تهران: نی، ۱۳۹۵، صص ۱۷۸-۱۸۰ و ۱۳۱.

۲. لاگلین، مارتین، نظریه مشروطه: درآمدی بر مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷، ص ۱۴۷.

3. Gabriele, Ganz, *Understanding Public Law*, First Published, Fontana Press, 1987, p88

۴. هابز، توماس، *لویاتان*، ترجمه: حسین بشیریه، چاپ نهم، تهران: نی، ۱۳۹۳، ص ۲۷۰.

۵. لاک، جان، *دو رساله حکومت*، ترجمه: فرشاد شریعت، چاپ اول، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲، ص ۲۶۹.

۶. روسو، ژان ژاک، *قرارداد اجتماعی*، ترجمه: مرتضی کلانتریان، چاپ هشتم، تهران: آگه، ۱۳۹۵، صص ۷۴ و ۱۰۱-۱۰۷.

۷. کانت، ایمانوئل، *فلسفه حقوق*، ترجمه: منوچهر صانعی دزه‌بیدی، چاپ چهارم، تهران: نقش و نگار، ۱۳۹۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۲.

۸. رالز، جان، *لیبرالیسم سیاسی*، ترجمه: موسی اکرمی، تهران: ثالث، ۱۳۹۳، ص ۸۲.

در این چشم‌انداز، آمارتیا سن می‌نویسد که رالز با برهان قراردادباوری و با تعمیم نظریه سنتی قرارداد اجتماعی لاک، روسو و کانت، آن را در مفهوم تجریدی متعالی‌تر توصیف کرد و نظریه عدالت به مثابه انصاف، نه صرفاً قراردادباور و سودآیین، بلکه الزاماً ناظر بی‌طرف است؛ زیرا انصاف، الزام پرهیز از جانب‌داری در ارزیابی‌ها و بر حذر ماندن از اثرپذیری از منافع و ترجیحات فردی و تعصب‌ها است.^۱

مارتین لاگلین هم حکمرانی و تشکیل دولت مدرن و مشروطیت را بر اساس الگوی اساس‌نامه‌ای و قانون اساسی به مثابه قرارداد توسط مردم برای استقرار و تحدید قوای نهادهای حکومتی و ظهور مدرن حکمرانی، در نتیجه فرآیند عرفی‌سازی،^۲ عقلانی‌سازی^۳ و موضوعه‌سازی^۴ حقوق بنیادین می‌داند.^۵ مشروطه‌خواهی مدرن بر اصل قدرت مؤسس متعلق به مردم بنا شده است. در آن، مردم، قدرتی محدود به حکومت تفویض می‌کنند و حاکمان به مثابه خادمان مردمند^۶ که در مفهوم قدرت مؤسس به عنوان کلید رازگشایی اسرار ترتیبات مشروطه‌خواهی مدرن، شامل کشش و امتداد بین قدرت مؤسس مستقل مردم و اشکال مشروطه برای بیان و بررسی این قدرت است. «ایده مردم به عنوان قدرت مؤسس و سازنده»، خالقان فعال نظم مشروطه^۷ است. بنابراین حکومت مشروطه با سازوکار اجرایی و تکنیک بازنگری قضایی و با ظهور نهاد بازنگری قضایی در روابط قضایی و حقوق اساسی همراه است که اولاً قانون اساسی به عنوان یک حقوق بنیادین شناخته می‌شود؛ ثانیاً قوه قضاییه، خود را مفسر و مجری این قانون معرفی می‌کند و ثالثاً این قوه، ادعای حفظ عالی قانون اساسی را دارد.^۸

۱. سن، آمارتیا کومار، اندیشه عدالت، ترجمه: احمد عزیزی، تهران: نی، ۱۳۹۴. صص ۸۶ و ۱۰۴

2. Secularization

3. Rationalization

4. Positivation

۵. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی در غرب، ترجمه: محمد مقتدر، تهران: مجد، ۱۳۹۵. صص ۳۶ و ۳۲۳

۶. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۳. ص ۱۱

7 Loughlin, Martin and Walker, Neil, **The Paradox of Constitutionism**, Frist Published, Oxford University Press, 2007. p47

8. Loughlin, Martin, **Foundation Of Public Law**, Frist Published, Oxford University Press, 2010. p288

در ترمینولوژی مشروطیت مدرن، داریوش آشوری در دانش‌نامه سیاسی، حکومت مشروطه را رژیم سیاسی دانسته که دامنه کاربرد قدرت آن، محدود به حدود قانونی است و از لوزم و شرایط ذاتی آن، قانون، آزادی، تفکیک قوا و پارلمان^۱ است. فردین مرادخانی معتقد است این شرایط ذاتی و مواردی چون محدودیت دولت، فدرالیسم، حاکمیت مردم، حقوق فردی، حکومت قانون، نظارت و تعادل، کنترل قضایی، نمایندگی، استقلال قضایی، حقوق طبیعی و قرارداد اجتماعی به عنوان اصول و مبانی مشروطیت مدرن جای دارد^۲. نظامی از پیش‌فرض‌ها در مفاهیم مرتبط مانند قدرت، اقتدار، آزادی، حق، قانون، دموکراسی، مسئولیت، پاسخ‌گویی و شهروندی است که مجموعه‌ای به نسبت سازگار با باورها را تشکیل می‌دهد^۳. بنابراین، ترجمان مشروطه حاصل دستاورد تاریخی و تجربی بشری است و تمایز جوهر حاکمیت در مشروطه مدرن و ماقبل آن در بنیان خودمختاری اراده انسان در تعیین سرنوشت سیاسی است. به تعبیر فوکو، حقوق‌دانان و فیلسوفان در قرارداد اجتماعی در جست‌وجوی الگویی بنیانی برای ساختن یا بازسازی پیکر اجتماعی‌اند^۴ که عاملیت مدرن حاکمیت را تأسیس کنند. مشروطیت به عنوان یک دولت لیبرال مدرن، مجموعه‌ای از حقوق بنیادین در عالی‌ترین سطوح نظم حقوقی و اسناد بالادستی (قوانین اساسی) است و تضمین آزادی‌ها و استیفای حقوق مندرج در آن را وظیفه خود می‌داند^۵.

از این رو، مشروطه‌گرایی مدرن^۶ با دو ضرورت اساسی متضاد رو به روست که قدرت حاکمیت در نهایت از رضایت مردم ایجاد می‌شود و برای پایداری و مؤثر بودن چنین قدرتی بایستی از طریق اشکال نهادی متمایز، تقسیم، محدود و اعمال شود. قدرت آن‌ها نیز تنها باید از طریق اشکال مشروطه که قبلاً برقرار شده یا استمرار پیدا کرده است، اعمال شود. این البته ابتدایی‌ترین

۱. آشوری، داریوش، دانش‌نامه سیاسی، چاپ سی‌ام، تهران: مروارید، ۱۳۹۹، ص ۱۴۲

۲. مرادخانی، فردین، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۸۶

۳. لاگلین، مارتین، نظریه مشروطه: درآمدی بر مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹

۴. فوکو، میشل، مراقبت و تنبیه: تولد زندان، ترجمه: نیکو سرخوش و افشین جهان‌دیده، چاپ یازدهم، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲

۵. باستانی، محمدحسین، اسداله یآوری، بایسته‌های دولت کارآمد: مطالعه موردی دولت لیبرال، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۵، شماره ۱۴، بهار ۱۴۰۲، ص ۴۴۰

صورت‌بندی پارادوکس مشروطیت است^۱ که با دو قطب متضاد قدرت مؤسس به عنوان بازیگران سیاسی غیر حکومتی و قدرت مؤسس به عنوان بازیگران سیاسی حکومتی همراه است. هرمن بلز نیز مشروطه‌خواهی را شکلی از اندیشه و عمل سیاسی دانسته که به دنبال جلوگیری از استبداد و تضمین آزادی و حقوق فردی^۲ است. بنابراین، ایده مشروطیت مدرن، راه حقوقی و سیاسی ایده جمهوریت مدرن برای مسئولیت و زمان‌بندی دوره‌ای حاکمان و حضور مؤثر و فعال اکثریت مردم در تعیین سرنوشت سیاسی در عقلانیت و خودآیین اراده سیاسی به عنوان قوه مؤسس در نظریه‌های انسانی قدرت است.

گفتار ششم. جمهوری سیاسی

بند اول. جمهوری، پیشینه و مفهوم

ماکیاول در کتاب گفتارها با ستایش جمهوری، آن را در کنار ستایش نامداران و بنیادگذاران دین و پادشاهی قرار می‌دهد و اعلام می‌کند با بنیادگذاری دولت جمهوری، اشخاص نام‌نیک جاودان، نام و آوازه، اعتبار و افتخار، امنیت و آرامش و خرسندی درونی به دست خواهند آورد و مردمانی که به مساوات دل‌بستگی دارند، باید دولت جمهوری بنیاد نهند و آن‌جا که مساوات وجود ندارد، دولت پادشاهی تشکیل گردد.^۳ اسپینوزا، جمهوری را مشارکت عمومی می‌داند که در پرتو آن، آزادی اندیشه و بیان افکار آزاد است و ترس از آن وجود ندارد.^۴ سنت جمهوری‌خواهی در اندیشه سیاسی غرب در روزگاران باستان در جمهوری‌های روم وجود داشت. بعدها ماکیاول در اندیشه سیاسی مدرن به آن، مضمون مستقلی داد.^۵ در جمهوری‌های یونان و روم باستان، شهروندان عادی به عنوان پلین‌ها^۶ در روم باستان یا مردم عادی در یونان باستان در اداره دولت شهرها سهیم شدند

1. Loughlin, Martin and Walker, Neil, *The Paradox of Constitutionism*, Frist Published, Oxford University Press, 2007.p1

۲. بلز، هرمن، *مشروطه‌خواهی*، ترجمه: احمد مرکز مال‌میری، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷. ص ۱۸۸

۳. ماکیاولی، نیکولو، *گفتارها*، ترجمه: محمد حسن لطفی، تهران: خوارزمی، ۱۳۸۸. صص ۶۸ و ۱۷۵

۴. باریبه، موریس، *دین و سیاست در اندیشه مدرن*، ترجمه: امیر رضایی، چاپ سوم، تهران: قصیده‌سرا، ۱۳۹۵. ص ۱۶۳

۵. مصلی‌نژاد، عباس، *جمهوری‌خواهی در ایران*، چاپ اول، تهران: اختران، ۱۳۹۸. ص ۲۳

و شکل‌هایی از حکومت دموکراتیک را ایجاد کردند. در قرن پنجم پیش از میلاد یک نظام جمهوری در روم مستقر شد و پلین‌ها حق مشارکت سیاسی را به دست آوردند و جهان مدرن، میراث‌دار نظام حقوقی رومی گردید.^۱

در مختصات جمهوری، جمهوری به رژیمی اطلاق می‌گردد که در رأس قوه مجریه، فرد یا افراد انتخابی قرار گرفته است و رئیس دولت- کشور برگزیده و مبعوث شهروندان را «رئیس جمهور» می‌گویند. برای تحقق جمهوریت، اراده عام شهروندان به شکل مستقیم یا غیر مستقیم مؤثر است و با صرف انتخاب رئیس دولت- کشور، نباید آن را صورت‌بندی کامل جمهوری دانست. ماهیت ناب جمهوری به دموکراتیک بودن گزینش زمامداران است که بر محتوای رژیم تأثیر قطعی دارد.^۲ جمهوری در دانش‌نامه سیاسی داریوش آشوری هم، نوعی از حکومت است که در آن، جانشینی رئیس کشور اثری نیست و مدت ریاست جمهوری محدود و انتخاب رئیس کشور با رأی مستقیم و غیر مستقیم مردم انجام می‌شود.^۳ صاحب مبسوط نیز معنی جمهوری را شراب مستی‌آور و کهنه می‌داند و اصطلاح جمهوری را حکومت اکثریتی می‌شمارد که رئیس حکومت برای مدت معین و از سوی مردم انتخاب شود و پیشینه آن را به یونان و روم باستان می‌رساند.^۴

در منطق حقوقی و سیاسی، واژه «جمهوری» هنگامی در نظام سیاسی و ساختارهای حکومتی آن به کار می‌رود که نمایندگی صورت پذیرد. سیسرون، سیاست‌مدار روم، جمهوری را به معنای «امور عمومی» می‌داند.^۵ هابرماس، جمهوری‌خواهی مبتنی بر دموکراسی شورایی را به مثابه تجلی وحدت اجتماعی و تبدیل جامعه به یک جمع سیاسی می‌داند.^۶ منتسکیو، حکومت را بر سه قسم جمهوری، پادشاهی و حکومت خودسرانه یا دل‌بخواهی تقسیم کرده و جمهوری را حکومت جماعتی

۱. پولادی، کمال، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب، جلد اول، چاپ نهم، تهران: مرکز، ۱۳۹۳، صص ۹۹-۱۰۰.

۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، جلد اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۵۶۳.

۳. آشوری، داریوش، دانش‌نامه سیاسی، چاپ سی‌ام، تهران: مروارید، ۱۳۹۹، ص ۱۱۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۱۵۶۸.

۵. غمامی، سید محمد مهدی (با جمعی از نویسندگان)، دایرةالمعارف حقوق عمومی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۶، صص ۲۸۱-۲۸۲.

۶. پولادی، کمال، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب، جلد سوم، چاپ هشتم، تهران: مرکز، ۱۳۹۴، ص ۱۶۱.

دانسته است که جمیع مردم در آن دخیل باشند^۱. سعید حجاریان، مهم‌ترین خصال جمهوری را در پذیرش حوزه وسیع امور عمومی در یک منطقه بسیار گسترده مشاع دانسته است که همه شهروندان در این حوزه مشاع از نظر حقوق پایه‌ای سهم یکسان داشته باشند و مجموع حقوق حاصله به عنوان صاحبان حق، حق حاکمیت ملی را تشکیل دهد و آن را نوعی عقد و قرارداد اجتماعی میان دولت و ملت می‌داند^۲.

در واقع، تعبیر غایی از آرمان جمهوری خواهانه، آزادی سیاسی به عنوان عدم سلطه است. وضعی که شهروندان صاحب اختیارند و قوانین با اراده خود آن‌ها بازتاب یابد و تابع اراده خودکامه دیگران نباشد و جامعه سیاسی در وضعیت خودحکمرانی به سر برد و اصل خودحکمرانی در شور عالی شهروندان برای منافع و خیر عمومی و مشارکت سیاسی است^۳. کانت هم حکومت جمهوری را مستلزم مشارکت واقعی مردم از طریق نمایندگان مردم می‌داند^۴ در نظریه سیاسی کانت، نظام جمهوری با جامعه همسود برابر دانسته شده است. در این نظام، آزادی، قانون و قدرت، سه بنیاد اساسی اند و حکومت مبتنی بر قانون است و فرمانروا نمی‌تواند برابر با قانون یا مافوق قانون باشد. اصولاً فرمانروایی فرابشری و فراقانونی با نظام جمهوری ناسازگار است^۵.

بنابراین، مفهوم مدرن جمهوری خواهی یعنی قدرت تأسیس هنجارها برای خود و پیروی از هیچ هنجاری از دیگران. این مفهوم آزادی خودمختاری در جمهوری خواهی مدرن در قانون خودمختارانه و قانون دگرمختارانه^۶ بازتاب یافته است. این نگرش همان خودآیین اراده در فلسفه سیاسی کانت است که والاترین ارزش در مفهوم اندیشه و عقل خودبنیاد و مستقل از هر نوع وابستگی سیاسی و اقتصادی است که طراح و معمار نظام سیاسی با تکیه بر ذات انسان^۷ و به عنوان امر مطلق

۱. فروغی، محمدعلی، سیر حکمت در اروپا، جلد دوم، تهران: زوار، ۱۳۴۴، ص ۱۶۳.

۲. حجاریان، سعید، جمهوریت: افسون‌زدایی از قدرت، چاپ اول، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹، ص ۷۵۴.

۳. ویرولی، مائوریتسیو، جمهوری خواهی، ترجمه: حسن افشار، چاپ اول، تهران: مرکز، ۱۳۹۴، صص ۶-۱۱.

۴. راوشر، فردریک، فلسفه سیاسی و اجتماعی کانت، ترجمه: داوود میرزایی، چاپ اول، تهران: ققنوس، ۱۳۹۴، ص ۳۵.

۵. محمودی، سید علی، فلسفه سیاسی کانت، چاپ سوم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۵، صص ۲۵۰-۲۵۱.

۶. ویرولی، مائوریتسیو، جمهوری خواهی، ترجمه: حسن افشار، چاپ اول، تهران: مرکز، ۱۳۹۴، صص ۱۹-۲۴.

۷. صانعی دژه‌بیدی، منوچهر، جایگاه انسان در اندیشه کانت، چاپ دوم، تهران: ققنوس، ۱۳۹۴، ص ۸۴.

خودآیینی اراده^۱ در استقلال تقنینی ذاتی عقل عملی محض^۲ انسان است.

ویژگی‌های شکلی و ماهوی نظام سیاسی جمهوری از نظر سید محمد هاشمی در مقابل نظام سلطنتی قرار دارد و دارای مختصات است که حاکم به طور مستقیم توسط مردم یا غیر مستقیم از طرف پارلمان انتخاب می‌شود. ثانیاً دوره زمامداری اصولاً محدود و تجدید انتخاب آن یک یا دو بار ممکن نیست. ثالثاً حاکم هیچ امتیاز شخصی نسبت به دیگران ندارد و او همانند مردم، تابع و مسئول در برابر قانون است. رابعاً حاکم دارای مسئولیت مضاعف حقوقی و سیاسی است و لازمه آن، تحمل، هم‌زیستی و امکان برقراری رابطه و برخورد اندیشه‌ها از طریق تعددگرایی مکتبی و تعددگرایی سیاسی است. در غیر این صورت، موضوع جمهوری بودن منتفی است.^۳

در نتیجه، در مشخصات و مختصات نظری و کارکردی جمهوری، تمام ارکان اصلی حکومت توسط جمهور مردم به صورت مستقیم و غیر مستقیم انتخاب و در این دولت مقام رئیس جمهور وجود دارد. موقت بودن منصب در مقام عالی حکومت، بازتاب خواست مردم است و دایمی بودن منصب نمی‌تواند تجلی اراده مردم باشد؛ چون زمان در حال تغییر است و تغییر مستمر مقامات و توقیت مناصب، یکی از ویژگی‌های بنیادین نظام جمهوری است.^۴ بنابراین، به طور کلی، جمهوری تنها نشانه شکلی از حکومت نیست که با محتواهای گوناگون قابل تحقق باشد، بلکه با توجه به بنیادهای نظری آن، نظریه‌ای برای تحقق حاکمیت ملی در بیان ماده و صورت و محتوا و شکل است و نظریه‌پردازان مدرن به هیچ روی چنین تفکیکی را پذیرا نیستند و جمهوری را به عنوان یک کلیت یگانه پذیرفته‌اند.^۵

1. Autonomy

۲. کانت، ایمانوئل، نقد عقل عملی، ترجمه: انشاءالله رحمتی، چاپ پنجم، تهران: سوفیا، ۱۳۹۵، ص ۵۸

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول)، چاپ دوم، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، صص ۵۴-۵۵

۴. استوارسنگری، کوروش، دولت حقوقی، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۱۶۶

۵. میرموسوی، سید علی، اسلام، سنت، دولت مدرن، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۷

بند دوم. اقسام جمهوری

صاحب مبسوط، جمهوری را به چند نوع تقسیم کرده است: جمهوری با واسطه که ملت به وسیله نمایندگان خویش، حق حاکمیت را اعمال کند؛ جمهوری بی واسطه که ملت مستقیماً و بدون وساطت نمایندگان، حق حاکمیت خود را به کار بندد؛ جمهوری اشرافی که تصدی مقامات عالیه اختصاص به اشراف دارد و جمهوری دموکراتیک یا ملی که تصدی مقامات عالیه به اشراف اختصاص نداشته باشد^۱. داریوش آشوری هم در دانش نامه سیاسی، جمهوری را به دسته های زیر تقسیم می کند:

الف) جمهوری های دموکراتیک غربی: ریشه های تاریخی این نوع از دموکراسی به انقلاب های قرون هجدهم و نوزدهم فرانسه و آمریکا بازمی گردد. سپس کشورهایی مثل ایتالیا و آلمان نیز از این سنت پیروی کردند. در این کشورها، جمهوری با سنت آزادی احزاب، مطبوعات و اجتماعات همراه است و درجه مشارکت عامه در امور سیاسی در این کشور فرقی ندارد.

ب) جمهوری های رسمی، اما عملاً نظامی و پلیسی: این دولت ها رسماً جمهوری نامیده می شوند، اما عملاً رژیم هایی با ماهیت نظامی و پلیسی بر مردم حکومت می کنند. این همان جمهوری شکلی است که به لحاظ مفهومی و ماهوی با جمهوری متفاوت است، مانند بیش تر کشورهای آمریکای مرکزی، آفریقا و آسیا.

ج) جمهوری های دموکراتیک توده ای: این نوع جمهوری ها در سال های پس از جنگ جهانی دوم در اروپا و آسیای شرقی رایج شد. عنوان رسمی آن ها، دیکتاتوری پرولتاریاست که حکومت تک حزبی است و آزادی مطبوعات و اجتماعات در آن ها به راستی وجود ندارد.

د) جمهوری فدرال: یکی دیگر از اصطلاحات جمهوری می تواند جمهوری فدرال باشد. واحدهای کوچک تری که از اتحاد فدراسیون به وجود می آید. در بعضی از اختیارات و قدرت، مستقل و دارای خودمختاری است. این اختیارات با قانون اساسی تعیین و تحدید می گردد، مانند هر ایالت از ایالات متحده یا جمهوری از جماهیر شوروی سابق.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد دوم)، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۱۵۶۸

ه) **جمهوری پارلمانی و جمهوری ریاستی**: در جمهوری پارلمانی^۱، قوه اجرایی به دو قسمت بخش می‌شود. یکی، رئیس کشور که رئیس جمهور است و اغلب، پارلمان او را انتخاب می‌کند. دیگری، حکومت که رئیس آن، نخست وزیر یا صدراعظم است، مانند آلمان. در سیستم جمهوری ریاستی^۲، مانند آمریکا، رئیس جمهور هم رئیس دولت و هم رئیس حکومت است^۳. برخی دیگر در یک تقسیم‌بندی کلی، حکومت جمهوری را بر دو نوع جمهوری ریاستی و جمهوری پارلمانی تقسیم کرده‌اند. در جمهوری ریاستی، قوه مقننه و قوه مجریه در مقابل یکدیگر از استقلال کامل برخوردارند. پارلمان، عهده‌دار امر تقنین و قوه مجریه، عهده‌دار امور اجرایی است، اما در جمهوری پارلمانی، قوه مقننه و قوه مجریه با یکدیگر همکاری دارند و هر کدام می‌توانند به وسیله ابزارهای قانونی در کار یکدیگر مداخله کنند^۴. در این میان، برخی به جمهوری نیمه ریاستی هم اشاراتی دارند.

و) **جمهوری کلاسیک و جمهوری لیبرال**: تقسیم دیگری که در جمهوری وجود دارد، تقسیم آن به جمهوری کلاسیک و جمهوری لیبرال است. از منظر تاریخی، رابطه جمهوری خواهی با لیبرالیسم، یک رابطه انشقاقی و ابتدایی است. یعنی لیبرالیسم تعدادی از اصول اولیه خود هم چون اصل دفاع از دولت محدود در برابر دولت مطلق یا اصل تفکیک قوا را از جمهوری خواهی انشقاق و اقتباس کرده و هسته اصلی جمهوری خواهی مدرن در جمهوری خواهی کلاسیک آن نهفته است. در جمهوری خواهی کلاسیک، قانون یک فرمان همگانی و فراگیر است که یکسان شامل حال همه شهروندان می‌شود و اگر حاکمیت قانون به دقت اعمال شود، هیچ فردی، اراده خودکامه خود را تحمیل نخواهد کرد. از جمله جمهوری خواهان کلاسیک، ماکیاولی است^۵.

گفتار هفتم. حکومت‌مندی مشروطیت و جمهوریت فقه سیاسی و حقوق عمومی مدرن

مشروطه و جمهوری سیاسی به مثابه قانون اساسی‌گرایی، عینیت بخش مکانیکی و ریاضی‌مند کردن

1. Parliamentary Republic

2. Presidential Republic

۳. آشوری، داریوش، دانش‌نامه سیاسی، چاپ سی‌ام، تهران: مروارید، ۱۳۹۹، صص ۱۱۲، ۲۳۸ و ۱۸۰.

۴. غم‌امی، سید محمد مهدی (با جمعی از نویسندگان)، دایرةالمعارف حقوق عمومی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۶، ص ۲۸۳.

۵. ویرولی، مائوریسیو، **جمهوری خواهی**، ترجمه: حسن افشار، چاپ اول، تهران: مرکز، ۱۳۹۴، صص ۴۷ و ۳۸.

نهاد حکمرانی مدرن است. نقطه آغاز مکانیکی دیدن آن در عصر مدرن با دکارت آغاز گردید که معتقد بود هر معلول، علتی دارد و قابل کشف و کمیت پذیر است. او کلیت دانش خود را بر ریاضیات استوار کرد و این رویکرد، دست مایه پوزیتیویستی در علوم اجتماعی و انسانی گردید.^۱ فوکو، شکل گیری مناسبات قدرت را در هستی شناسی تاریخی انسان^۲ به ویژه در عصر کلاسیک در راستای اطاعت حکمرانی در دو دفتر کالبدشناختی متافیزیکی و دفتر تکنیکی - سیاسی بیان کرده^۳ که در ابعاد تاریخی و تجربی فیزیکی و متافیزیکی شکل گرفته است. از نظر فوکو، هنر حکمرانی و بنیان هایش در قواعد متعالی و الگوی کیهان شناختی نیست، بلکه در واقعیت خاص دولت و در درون مایه مصلحت عینیت می یابد.^۴ در حکومت مندی فیزیکی، قدرت، تبلوری مکانیکی و بوروکراتیک پیدا می کند و با چینش ساختارها و نهادهای بیرونی می توان سیاست را به گونه ای نظم داد که صلح، رفاه و قدرت را برای واحدهای سیاسی و اجتماعی به ارمغان آورد. سامان مندی قدرت در ایران (فقه سیاسی) نیز به شکل سنتی و متافیزیکی، میراثی بود که از فارابی تا ملاصدرا با چارچوب اثرگذاری تداوم یافته است.^۵

حکومت مندی متافیزیکی فقه سیاسی معاصر با تاکتیک فقیهان و تکنیک دانش قدرت فقه و با هم بسته کردن اجتهاد و تقلید، تئوری سنتی سلطه و سلطنت عصر کلاسیک و میانه را به عصر مدرن منتقل کرد. در واقع، فقه سیاسی به تعبیر میشل فوکو در روش شناختی گفتمان حاکم بر پویه تاریخی، قدرت را بر اساس اصل واژگونی نظریه سیاسی حاکمیت، کالبدشکافی^۶ و گفتمان سیاسی - حکمرانی ولایت فقیه را نظریه پردازی کرد. دو موج فقیهان سیاسی صفویه و قاجاریه، حاملان این پیام بودند. در این میان، بزرگ ترین و شاخص ترین موج نظریه پردازی و پروبلماتیک حکومت مندی متافیزیکی فقه سیاسی معاصر توسط امام خمینی مطرح شد. او حکومت مندی متافیزیکی را با نظریه

۱. حیدری، آرش و هدایت نصیری، مسئله آلتوسر، چاپ یکم، تهران: تیس، ۱۳۹۴. ص ۱۳۴

۲. ضیمران، محمد، میشل فوکو: دانش و قدرت، چاپ هفتم، تهران: هرمس، ۱۳۹۳. ص ۱۸۰

۳. فوکو، میشل، مراقبت و تنبیه: تولد زندان، ترجمه: نیکو سرخوش و افشین جهان دیده، چاپ یازدهم، تهران: نی، ۱۳۹۲. ص ۱۷۰

۴. کسرائی، محمدسالار و دیگران، فوکو: حکومت مندی، سوژه سیاسی و کنش سیاسی، جامعه شناسی تاریخی، دوره سوم، شماره ۲، ۱۳۹۰. ص ۱۰

۵. اسلامی، روح الله، دولت مشروطه و حکومت مندی مکانیکی، فصل نامه دولت پژوهی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۴. صص ۱۷۵-۱۷۷

۶. ضیمران، محمد، میشل فوکو: دانش و قدرت، چاپ هفتم، تهران: هرمس، ۱۳۹۳. ص ۳۸

ناب فقهی با ثرم و هنجار آموزه‌های اسلامی بر پایه مهم‌ترین روایات مرسله شیخ صدوق: «اللَّهُمَّ ارْحَمْ خُلَفَائِي»، روایت علی بن ابی حمزه: «الْفُقَهَاءُ خُصُونُ الْإِسْلَامَ»، روایت سَکُونی: «الْفُقَهَاءُ أَمْنَاءُ الرُّسُلِ»، توقیع مبارک: «وَأَمَّا الْخَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ»، مقبوله عمر بن حنظله: «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا»، مشهوره ابی خدیجه: «فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا»، روایت ابوالبختری: «إِنَّ الْعُلَمَاءَ وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ» یا «الْعُلَمَاءُ حُكَّامٌ عَلَى النَّاسِ وَ مَجَارِي الْأُمُورِ وَالْأَحْكَامِ عَلَى أَيْدِي الْعُلَمَاءِ» بنا نهاد که موافقان و مخالفانی دارد. حکومت‌مندی متافیزیکی و حکومت اسلامی امام خمینی، مجموعه قوانین اسلام را در قرآن و سنت دارد و قانون اسلام یا فرمان خدا بر همه افراد و بر دولت اسلامی حکومت تام دارد.^۱

حکومت‌مندی فیزیکی مشروطه‌خواهی و جمهوری‌خواهی، ایده استوار ساختن حکومت بر پایه قانون اساسی با سوبه‌ای تجویزی و تحدیدی همان ایده‌ها و ارزش‌هایی^۲ است که مردم آن را تأسیس و تنظیم می‌کنند و از نظر هرمان بلز،^۳ مشروطه‌خواهی مدرن، نظریه‌ای سیاسی است که حکومت، محدود به دفاع از حقوق فردی و به عنوان قدرت مؤسس محسوب می‌شود.^۴ این ایده‌ها و ارزش‌ها به عنوان ساختار و هنجار بنیادین حکومت فیزیکی است که به تعبیر کلسن به عنوان ثرم نهایی و ثرم اساسی^۵ در هنجار برتر قانون اساسی تضمین می‌گردد.

حکومت‌مندی فیزیکی به تعبیر فوکو، دخالت عقلانیت حکومتی به عنوان بعد معرفتی، فنون حکمرانی به عنوان بعد کرداری و سامانه‌های حکومتی به عنوان بعد نهادی^۶ رسمیت می‌یابد. در حکومت‌مندی فیزیکی، دولت، مفهوم مکانیکی دارد که در عصر روشنگری برای تأمین نظم و امنیت

۱. خمینی، سید روح‌الله، ولایت فقیه: حکومت اسلامی، چاپ بیست و نهم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۴. صص ۵۹-۱۱۸ و ۴۱-۴۳

۲. لاگلین، مارتین، نظریه مشروطه: درآمدی بر مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷. ص ۱۴۸

3. Belz

۴. بلز، هرمن، مشروطه‌خواهی، ترجمه: احمد مرکز مالگیری، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷. ص ۱۹۲

۵. کلسن، هانس، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه: محمد حسین تمدن جهرمی، چاپ دوم، تهران و قم: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۵. ص ۱۷۲

۶. یحییوی، حمید، کالبدشناسی فوکویی دولت، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۴. ص ۱۱

و با ماهیتی ارادی و قراردادی برای انسان تأسیس شده و وجود پیدا کرده^۱ که در انگارینه نمایندگی مصنوع و بر ساخت مشروطه و جمهوری انسانی و پوزیتیویستی تجلی یافته است؛ زیرا حاکمیت جمهوری مستلزم حکومت جمهوری است^۲ و حاکمیت خداوند در حکمرانی اسلامی با حاکمیت مردم در یک بن بست متوقف^۳ قرار دارد و نمی‌توان حکمرانی فقهی را در اجماع همپوش حکمرانی ملی شهروندان آزاد دانست.

نتیجه‌گیری

وجه دموکراتیک و بوروکراتیک و ساختاری فقه سیاسی در مفهوم دیوان‌سالاری و ولایت‌سالاری در مفصل‌بندی فقهی سیاسی با تمرکز قدرت سیاسی و دینی در حق حاکمیت الهی با نمایندگی فقهی و متافیزیکی است. وجه دموکراتیک و ساختارمندی حق مشروطه و جمهوری سیاسی با اجماع همپوش شهروندان معقول و آزاد بر حق حاکمیت مکانیکی و فیزیکی انسان قرار دارد. در بعد فقهی، انسان، موجودی مکلف و متعبد است که این انگاره به فقه سیاسی نیز تسری پیدا کرده است و نمی‌تواند فاعل شناسای خودمختار و معقول فلسفی و سیاسی در حقوق عمومی مدرن باشد. این تمایز هم در مبنا و منبع و هم در روش‌شناسی و هستی‌شناختی انسان قرار دارد. این ساختارها در فنون و تکنیک حکومت‌مندی فیزیکی مشروطه و جمهوری به عنوان حق‌های اساسی، قانون، نمایندگی، پارلمان، تفکیک قوا و آزادی و انتخابات منصفانه در روش و معنای پوزیتیویستی در منبع و مبنای لایه‌های مفهومی حق‌ها برای اجماع همپوش انسان و ملت قرار دارد، اما ماهیت مشروطه اسلامی و جمهوری اسلامی با بن‌مایه‌ها و لایه‌های متافیزیکی و اجماع همپوش عقیده و امت استوار است. بنابراین، وجوه فیزیکی و متافیزیکی حق حاکمیت مشروطه‌خواهی و جمهوری‌خواهی در مانعه الجمع مفهومی قرار دارد.

این تغایر مفهومی و معنایی مشروطه سیاسی و مشروعه حتی در نسبت میان اندیشه‌های سیاسی و

۱. توحیدفام، محمد، ساختارهای آینده ملت-دولت‌ها و چالش‌های فراروی آن‌ها، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۶، ص ۴

۲. زارعی، محمدحسین، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن: حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۰

۳. حلاق، وائل ابن، دولت ممتنع: اسلام، سیاست، مخمصه اخلاقی مدرنیته، ترجمه: مهدی رضایی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۲۱۷

شرعی فقیهان سیاسی عصر مشروطیت هم‌چون علامه نایینی و آخوند خراسانی در یک سو و شیخ فضل‌الله نوری و عبدالنبی مازندرانی در فتوای ارتداد تمام مردم مشروطه ایران اعم از عارف و عامی اولی الشوکه و ضعیف^۱ در جریان انقلاب مشروطه به چشم می‌خورد. در نگاه تحلیلی و قرائت مفهومی جمهوری و اسلامی از نظر امام خمینی نیز اگر کسی جز «جمهوری اسلامی» (جمهوری محض یا جمهوری سیاسی و جمهوری دموکراتیک) بگوید، دشمن خواهد بود.^۲ (امام خمینی، ۱۳۶۱ج: ۵: ۱۹۶). بنابراین، در تحلیل مفهوم نهایی و انتاجی یافته‌های مورد تحقیق، نسبت مفهومی میان مشروطه و جمهوری سیاسی با مشروطه اسلامی / مشروعه و جمهوری اسلامی با امتناع مفهومی مواجه است و یافته‌های هم‌سنجی تحقیق، مؤید تضاد و تغایر مفهومی میان آن است.

۱. نوری، شیخ فضل‌الله، رساله حرمت مشروطه، مندرج در: غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسایل مشروطیت، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۲۷۳

۲. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، جلد ۵، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۱۹۶

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استوارسنگری، کوروش، دولت حقوقی، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۲. اکبری، کمال، سیر تطور فقه سیاسی شیعه، چاپ اول، تهران: طرح آینده، ۱۳۸۷.
۳. اکبری، کمال، فقه سیاسی و جمهوری اسلامی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۲.
۴. الگار، حامد، دین و دولت در ایران، ترجمه: ابوالقاسم سری، چاپ دوم، تهران: توس، ۱۳۶۹.
۵. امانت، عباس، تاریخ ایران مدرن، ترجمه: م. حافظ، تهران: فراگرد، ۱۴۰۰.
۶. امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، تهران: دایرةالمعارف ایران شناسی، ۱۳۹۱.
۷. آجودانی، ماشاءالله، مشروطه ایرانی، چاپ یازدهم، تهران: اختران، ۱۳۹۸.
۸. آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران (جلد اول)، چاپ دوم، سوئد: کانون کتاب ایران و انتشارات روشنگران، ۱۹۸۵.
۹. آشوری، داریوش، دانش نامه سیاسی، چاپ سی ام، تهران: مروارید، ۱۳۹۹.
۱۰. باریبه، موریس، دین و سیاست در اندیشه مدرن، ترجمه: امیر رضایی، چاپ سوم، تهران: قصیده سرا، ۱۳۹۵.
۱۱. بشیریه، حسین، موانع توسعه سیاسی در ایران، چاپ دهم، تهران: گام نو، ۱۳۹۵.
۱۲. پولادی، کمال، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب (جلد اول)، چاپ نهم، تهران: مرکز، ۱۳۹۳.
۱۳. پولادی، کمال، تاریخ اندیشه سیاسی در غرب (جلد سوم)، چاپ هشتم، تهران: مرکز، ۱۳۹۴.
۱۴. تیرنی، برایان، دین، قانون و پیدایش فکر مشروطه خواهی، ترجمه: حسین بادامچی و محمد راسخ، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
۱۵. جرفادقانی، م.، علمای بزرگ شیعه از کلینی تا خمینی، چاپ اول، قم: معارف اسلامی، ۱۳۶۴.

۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد دوم)، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۱۷. حائری، عبدالهادی، تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۴.
۱۸. حجاریان، سعید، جمهوریت: افسون‌زدایی از قدرت، چاپ اول، تهران: طرح نو، ۱۳۷۹.
۱۹. حقیقت، سید صادق، مبانی اندیشه سیاسی در اسلام، چاپ چهارم، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۶.
۲۰. حلاق، وائل ابن، دولت ممتنع: اسلام، سیاست، مخمصه اخلاقی مدرنیته، ترجمه: مهدی رضایی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۲۱. حیدری، آرش و هدایت نصیری، مسئله آلتوسر، چاپ یکم، تهران: تیسرا، ۱۳۹۴.
۲۲. خمینی، سید روح‌الله، تحریرالوسیله (مجلدات اول و دوم)، ترجمه: علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
۲۳. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱ و ۱۳۶۹.
۲۴. خمینی، سید روح‌الله، کشف اسرار، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۵. خمینی، سید روح‌الله، ولایت فقیه: حکومت اسلامی، چاپ بیست و نهم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۴.
۲۶. دال، رابرت و بروس استاین بریکنر، تحلیل سیاسی مدرن، ترجمه: حمیرا مشیرزاده، چاپ اول، تهران: فرهنگ جاوید، ۱۳۹۲.
۲۷. رالز، جان، لیبرالیسم سیاسی، ترجمه: موسی اکرمی، تهران: ثالث، ۱۳۹۳.
۲۸. راوشر، فردریک، فلسفه سیاسی و اجتماعی کانت، ترجمه: داوود میرزایی، چاپ اول، تهران: ققنوس، ۱۳۹۴.
۲۹. زارعی، محمدحسین، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن: حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۳۰. روسو، ژان ژاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه: مرتضی کلانتریان، چاپ هشتم، تهران: آگه، ۱۳۹۵.

۳۱. زرگری نژاد، غلام حسین، رسایل مشروطیت (مجلدات اول و دوم)، چاپ دوم، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
۳۲. سن، آمارتیا کومار، اندیشه عدالت، ترجمه: احمد عزیزی، تهران: نی، ۱۳۹۴.
۳۳. شمیم، علی اصغر، ایران در دوره سلطنت قاجار، تهران: بهزاد، ۱۳۸۹.
۳۴. شهابی، مهدی، فلسفه حقوق، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
۳۵. شیخ الاسلامی، محسن، ولایت فقیه، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۷۸.
۳۶. صالحی نجف آبادی، نعمت الله، ولایت فقیه (حکومت صالحان)، تهران: امید فردا، ۱۳۹۳.
۳۷. صانعی درّه بیدی، منوچهر، جایگاه انسان در اندیشه کانت، چاپ دوم، تهران: ققنوس، ۱۳۹۴.
۳۸. ضیمران، محمد، میشل فوکو: دانش و قدرت، چاپ هفتم، تهران: هرمس، ۱۳۹۳.
۳۹. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، النهایه فی مجرد الفقح و الفتاوی، ترجمه: محمدتقی دانش پژوه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
۴۰. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (جلد دوم)، چاپ سوم، تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۳.
۴۱. غمامی، سید محمد مهدی (با جمعی از نویسندگان)، دایرةالمعارف حقوق عمومی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۶.
۴۲. فاستر، مایکل ب.، خداوندان اندیشه سیاسی (جلد اول)، ترجمه: جواد شیخ الاسلامی، چاپ هشتم، تهران: امیر کبیر، ۱۳۹۲.
۴۳. فروغی، محمد علی، سیر حکمت در اروپا (جلد اول و دوم)، تهران: زوار، ۱۳۴۴.
۴۴. فوکو، میشل، مراقبت و تنبیه: تولد زندان، ترجمه: نیکو سرخوش و افشین جهان دیده، چاپ یازدهم، تهران: نی، ۱۳۹۲.
۴۵. فیرحی، داود، فقه و سیاست در ایران معاصر (جلد اول و دوم)، چاپ ششم، تهران: نی، ۱۳۹۶.
۴۶. فیرحی، داود، قدرت، دانش و مشروعیت در اسلام، چاپ چهاردهم، تهران: نی، ۱۳۹۴.
۴۷. فیرحی، داود، نظام سیاسی و دولت در اسلام، چاپ سیزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۴۸. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (جلد اول)، تهران: دانشگاه

تهران، ۱۳۷۳.

۴۹. قمی، میرزا ابوالقاسم، ارشادنامه، به کوشش: حسن قاضی طباطبایی، مندرج در: نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، شماره ۸۷، ۱۳۴۷.

۵۰. کانت، ایمانوئل، فلسفه حقوق، ترجمه: منوچهر صانعی درّه‌بیدی، چاپ چهارم، تهران: نقش و نگار، ۱۳۹۳.

۵۱. کانت، ایمانوئل، نقد عقل عملی، ترجمه: انشاءالله رحمتی، چاپ پنجم، تهران: سوفیا، ۱۳۹۵.

۵۲. کدیور، محسن، حکومت ولایی (جلد دوم)، چاپ پنجم، تهران: نی، ۱۳۸۷.

۵۳. کدیور، محسن، نظریه‌های دولت در فقه شیعه (جلد اول)، چاپ اول، تهران: نی، ۱۳۷۶.

۵۴. کلسن، هانس، نظریه محض حقوق و دولت، ترجمه: محمدحسین تمدن جهرمی، چاپ دوم، تهران و قم: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۵.

۵۵. کلی، جان موریس، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۸.

۵۶. لاک، جان، دو رساله حکومت، ترجمه: فرشاد شریعت، چاپ اول، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۲.

۵۷. لاگلین، مارتین، حقوق عمومی و نظریه سیاسی، ترجمه: محمد امامی و آیدا حیدری، تهران: میزان، ۱۳۹۹.

۵۸. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی در غرب، ترجمه: محمد مقتدر، تهران: مجد، ۱۳۹۵.

۵۹. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۳.

۶۰. مادلونگ، ویلفرد، فرقه‌های اسلامی، ترجمه: ابوالقاسم سری، تهران: اساطیر، ۱۳۸۱.

۶۱. ماکیاوولی، نیکولو، گفتارها، ترجمه: محمدحسن لطفی، تهران: خوارزمی، ۱۳۸۸.

۶۲. محمودی، سید علی، فلسفه سیاسی کانت، چاپ سوم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۵.

۶۳. مرادخانی، فردین، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

۶۴. مصلی‌نژاد، عباس، جمهوری خواهی در ایران، چاپ اول، تهران: اختران، ۱۳۹۸.

۶۵. منتظری، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی (جلد اول)، ترجمه: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، چاپ اول، تهران: کیهان، ۱۳۶۷.

۶۶. مهاجرنیا، محسن، اندیشه سیاسی متفکران اسلامی (جلد دوم)، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۶۷. مهدوی زادگان، داود، فقه سیاسی در اسلام؛ رهیافت فقهی در تأسیس دولت اسلامی، چاپ اول، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۴.
۶۸. میرموسوی، سید علی، اسلام، سنت، دولت مدرن، تهران: نی، ۱۳۹۲.
۶۹. نایینی غروی، میرزا محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، مندرج در: غلام حسین زرگری نژاد، رسایل مشروطیت، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
۷۰. نوری، شیخ فضل الله، رساله حرمت مشروطه، مندرج در: غلام حسین زرگری نژاد، رسایل مشروطیت، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
۷۱. ویرولی، مائوریتسیو، جمهوری خواهی، ترجمه: حسن افشار، چاپ اول، تهران: مرکز، ۱۳۹۴.
۷۲. وینسنت، اندرو، نظریه های دولت، ترجمه: حسین بشیریه، چاپ یازدهم، تهران: نی، ۱۳۹۵.
۷۳. هابز، توماس، لویاتان، ترجمه: حسین بشیریه، چاپ نهم، تهران: نی، ۱۳۹۳.
۷۴. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول)، چاپ دوم، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
۷۵. همپتن، جین، فلسفه سیاسی، ترجمه خشایار دیهیمی، چاپ سوم، تهران: طرح نو، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. اسلامی، روح الله، «دولت مشروطه و حکومت مندی مکانیکی»، فصل نامه دولت پژوهی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۴.
۲. ایزدی اودلو، عظیم، «بررسی حکومت مشروطه از نگاه آیت الله نایینی»، نامه فرهنگ، شماره ۵۴، ۱۳۸۳.
۳. باستانی، محمدحسین، اسداله یآوری، بایسته های دولت کارآمد؛ مطالعه موردی دولت لیبرال، فصلنامه پژوهش های نوین حقوق اداری، دوره ۵، شماره ۱۴، بهار ۱۴۰۲.
۴. بالویی، مهدی، مهناز بیات کمیتکی و مرجان زارع مهدییه، حکم حکومتی و مصلحت عمومی، فصلنامه پژوهش های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۹.

۵. بلز، هرمن، «مشروطه‌خواهی»، ترجمه: احمد مرکز المیری، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷.
۶. توحیدفام، محمد، «ساختارهای آینده ملت-دولت‌ها و چالش‌های فراروی آن‌ها»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۶.
۷. سلطانی، مصطفی، «ولایت فقیه از دیدگاه ابن فهد حلی»، فصل‌نامه علوم سیاسی، دانشگاه باقر العلوم، سال هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۸۳.
۸. شفیعی افراپلی، مهدی، علیرضا دبیرنیا و علی مشهدی، واکاوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگار یا تقابل، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۴۰۱.
۹. طاهری، مهدی و رسول حکمی شلمزاری، «سیر تحول و تکامل فقه سیاسی در ادوار تطور فقه سیاسی شیعه»، حکومت اسلامی، سال بیست و یکم، شماره چهارم، ۱۳۹۵.
۱۰. کسرای، محمدسالار و دیگران، «فوکو: حکومت‌مندی، سوژه سیاسی و کنش سیاسی»، جامعه‌شناسی تاریخی، دوره سوم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۱. لاگلین، مارتین، «نظریه مشروطه؛ درآمدی بر مبانی حقوق عمومی»، ترجمه: محمد راسخ، مجلس و پژوهش، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۳۸۷.
۱۲. مجتهد شبستری، محمد، «بستر معنوی و عقلایی علم فقه»، کیان، شماره ۴۶، ۱۳۷۸.
۱۳. هواسی، اسماعیل، «اندیشه فقهی و عمل سیاسی کاشف الغطا در باب مشروعیت حاکمیت سیاسی فتح‌علی شاه قاجار»، پژوهش‌نامه تاریخ اسلام، سال نهم، شماره ۳۵، ۱۳۹۸.
۱۴. یحیوی، حمید، «کالبدشناسی فوکوبی دولت»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۹۴.

۲. عربى

۱. ابن فهد حلى اسدى، ابوالمعالي احمد، **اللمعة الجلية فى معرفة النية**، شماره ۵۶۰۱ و مذهب البارع فى شرح المختصر النافع، شماره ۳۵۵۳، نسخه خطى، كتابخانه آية الله مرعشى
۲. انصارى، مرتضى بن محمد امين، **المكاسب (الجزء الثالث)**، الطبعة السادسة عشرة، قم: مجمع الفكر الاسلامى، ۱۴۳۱ق.
۳. خمينى، سيد روح الله، **الاجتهاد والتقليد**، الطبعة الرابعة، طهران: مطبعة مؤسسه العروج، ۱۴۴۰ق.
۴. خمينى، سيد روح الله، **البيع (المجلد الثانى)**، الطبعة الرابعة، طهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخمينى، ۱۴۳۴ق.
۵. كركى، على بن الحسين، **رسالة المحقق الكركى**، الجزء الاول، نشر الكترونيكى شبكه الامامين الحسينين، بى تا.
۶. مفيد، محمد بن محمد، **المقنعه**، چاپ اول، قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ق.
۷. نجفى كاشف الغطاء، شيخ جعفر بن خضر، **كشف الغطاء عن مبهمات شريعة الغراء**، اصفهان: مهديوى، بى تا.
۸. نجفى، محمد حسن، **جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام** (مجلدات ۱۵ و ۱۶ و ۲۱)، محشى و مصح: عباس قوجانى، الطبعة السابعة، بيروت: دار إحياء التراث العربى، ۱۳۶۲ش.
۹. نراقى، احمد بن محمد مهدي، **عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام**، قم: دفتر تبليغات اسلامى، ۱۳۷۵ش.

3. Latin Source

1. Abrahamian, Ervand, **Khomeinism**, University Of California prees, 1993.
2. Barnett, Hilaire, **Understanding Public Law**, First Edition, Routledge-Cavendish, 2010.
3. Byrd, Dustin John, **Ayatollah Khomeini and the Islamic Revolution in Iran**, Western Michigan University, 2006.



4. Gabriele, Ganz, **Understanding Public Law**, First Published, Fontana Press, 1987.
5. Joseph, Schacht, **An Introduction Islamic Law**, Oxford, University Press, 1982.
6. Loughlin, Martin, **Foundation Of Public Law**, Frist Published, Oxford University Press, 2010.
7. Loughlin, Martin and Walker, Neil, **The Paradox of Constitutionlism**, Frist Published, Oxford University Press, 2007.
8. Nasr, Seyyed Hossein, **Ideals and Realities of Islam**, Frist Published, Mandala Publisher, 1979.

تحلیل اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای ناشی از سوء استفاده از موقعیت مسلط

رویا مفاخری^۱، ام البنین رمضان زاده^۲ و سید حسن حسینی مقدم^۳

چکیده

رقابت در تجارت سبب رشد اقتصادی است و به عنوان یکی از اصول توسعه اقتصادی در کشورها مطرح است که سبب رسیدن به موفقیت تجارتي می شود. همین امر موجب شده است قانون گذار، قواعد رقابت تجاری را وضع کند.

از اصلی ترین مباحث حقوق رقابت می توان به سوء استفاده از موقعیت مسلط نام برد. تعمق در میان قوانین مختلف حقوقی و جزایی از وجود مواد قانونی بسیاری حکایت دارد که بر حسب نوع جرم یا تخلف بر بنگاه یا مدیر خاطی بار می شود. در پژوهش حاضر، حدود اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهایی بررسی می شود که وضعیت مسلط یا هر آن چه مرتبط با سوء استفاده از وضعیت مسلط است، در آن به چشم می خورد تا روشن شود ضمانت اجرای سوء استفاده از موقعیت مسلط نسبت به قراردادهای منعقد شده بر مبنای اختیارات شورای رقابت چگونه است؟ آیا این قبیل قراردادها قابل خاتمه یافتن هستند یا خیر؟ ذی نفع این قبیل دعاوی چه اشخاصی است؟ در نهایت این که اعتراض به تصمیمات شورای رقابت در خاتمه دادن به قرارداد در کدام مرجع صورت می گیرد؟

با بررسی صورت گرفته مشخص شد که شورای رقابت، اختیار پایان دادن به قرارداد را به روش های مختلفی دارد. در خصوص امکان اعتراض به رأی شورای رقابت باید اذعان داشت رأی صادر شده در هیئت تجدیدنظر شورای رقابت قابل اعتراض است. در نهایت به عنوان یک تصمیم اداری نیز در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است. البته در محاکم دادگستری قابل رسیدگی و اعتراض نیست و فرجام خواهی از آن در دیوان عالی کشور نیز میسر نخواهد بود. **واژگان کلیدی:** وضعیت مسلط، حقوق رقابت، شورای رقابت، سوء استفاده، دعاوی رقابتی، وضعیت قرارداد.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران، Royamafakheri.law5396@gmail.com.

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران، (نویسنده مسئول)

O.ramzanzadeh@umz.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران، s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir.

مقدمه

بشر با امکانات محدودی که در اختیار دارد، همواره در تلاش برای دست یافتن به خواسته‌های نامحدود خود است. همین اصل سبب می‌گردد اشخاص برای رسیدن به این جایگاه از راه‌های غیر قانونی به انحصارگری در امکانات دست بزنند و به این ترتیب، به نظام رقابت‌پذیری عادلانه خدشه وارد کنند.^۱

حقوق رقابت و حقوق معاملات عمومی در سال‌های اخیر، تعاملی گسترده با یکدیگر پیدا کرده است و انتظار می‌رود این تعامل در آینده بیش‌تر شود. هر دو نهاد حقوق معاملات عمومی و حقوق رقابت، زمینه‌های مشترکی درباره سیاست عمومی، حقوق و اقتصاد دارند. دولت به عنوان یک خریدار قدرتمند و هم‌چنین نهادی که موظف است از مقررات آمره سختی در معاملات خود پیروی کند، می‌تواند آسیب‌های جدی به بازار وارد و اهداف حقوق رقابت را مخدوش کند. این حوزه در مطالعات حقوق رقابت مغفول مانده است.^۲

نظام و قواعد ویژه حقوق عمومی در بسیاری از اعمال قدرت عمومی وجود دارد که از آن جمله، امتیاز قدرت عمومی در انجام دادن اعمال یک‌جانبه اداری است. از این رو، در اعمال اداری دولت یا قدرت عمومی، اصل بر ایقاعات اداری است و قراردادهای اداری حالت استثنا بر اصل دارند. پس تنظیم مقررات یا مقررات‌گذاری اقتصادی را باید نوعی از اعمال یک‌جانبه اداری و ابزاری حقوقی در اختیار قوه مجریه یا دولت دانست.^۳

بنگاه‌های اقتصادی غالب در پی دست یافتن به این خواسته‌ها و رسیدن به جایگاه برتر در بازار آن‌گاه که باعث اخلاص در رقابت گردند، آثار سوء اقتصادی پدید می‌آورند. همین امر سبب شده است تا بخش مهمی از قوانین به مبارزه با این پدیده، پیش‌گیری از آن و در صورت ارتکاب به مجازات

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

۲. فرد کاردل، محمود و همکاران، «فقدان رقابت کارآمد در معاملات عمومی و شکست بازار»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۷، ۱۴۰۰، ص ۳۰۵.

۳. اصغر نیا، مرتضی و ولی رستمی، «درآمدی بر ویژگی‌های مقررات اقتصادی خوب و کارآمد در حقوق رقابت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷، ص ۶۲.

آن بپردازند. در میان قوانین موضوعه ایران، نخستین مقرراتی که به طور ویژه به حقوق رقابت اختصاص یافت، موادی در فصل نهم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ بود که به تبیین حقوق رقابت و جلوگیری از انحصار پرداخت و به موجب بند ط از ماده ۴۵ این قانون، سوء استفاده از وضعیت مسلط اختصاصی را تبیین کرد و امکان مداخله در قراردادهای منعقدشده را از طریق مراجعی هم‌چون دادگاه‌های عمومی، تعزیرات و شورای رقابت فراهم آورد که هر یک آیین رسیدگی ویژه خود را دارد.

از این میان، بررسی حدود اختیارات شورای رقابت در خاتمه بخشیدن به قراردادهایی که در پی سوء استفاده از موقعیت مسلط با اجحاف در حقوق دیگران منعقد می‌شوند، از یک سو و چگونگی اعتراض به این تصمیم شورای موصوف از سوی دیگر در پژوهش‌های حقوقی مغفول مانده است. از همین رو، در پژوهش حاضر به تبیین و تفسیر قوانین مربوط به حدود اختیارات شورای رقابت در پایان دادن به قراردادهای بنگاه‌های دارای موقعیت مسلط با دیگر بنگاه‌ها و افراد پرداخته می‌شود. این پژوهش به دنبال پاسخ‌گویی به دو پرسش مهم است: وضعیت حقوقی قراردادی که با سوء استفاده از وضعیت مسلط اقتصادی منعقد شده است، چگونه خواهد بود؟ شیوه و مرجع رسیدگی به اعتراض تصمیم شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای یادشده چیست؟ در پایان نیز با توجه به چالش‌ها و نقایص قانونی، پیشنهادهایی برای رفع این مشکلات ارائه می‌شود.

گفتار اول. ماهیت شورای رقابت

به منظور دستیابی به شرایط بازار رقابتی و بهره‌مندی از مزایای ناشی از افزایش کارایی، تخصیص بهینه منابع و رفاه اقتصادی در قوانین برنامه سوم و چهارم توسعه، دولت به تدوین لایحه‌ای برای تسهیل رقابت و تنظیم انحصارات موظف شد. هم‌چنین مطابق جزء ۳ بند (ه) اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ۱۳۸۴/۳/۱ بر جلوگیری از ایجاد انحصار توسط بنگاه‌های غیر دولتی از طریق تنظیم و تصویب قوانین و مقررات تأکید گردید.^۱

فصل نهم قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه کشور که مواد ۴۳ تا ۸۸ این قانون را

۱. میرجلیلی، فاطمه، درباره لایحه مقررات تسهیل‌کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل‌گیری انحصارات: مروری بر قانون رقابت کشورهای منتخب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۷۷۳۰، ۱۳۸۵، ص ۱.

دربرمی گیرد، به مفاهیم مرتبط با تسهیل رقابت و منع انحصار می پردازد. مروری بر این مواد نشان می دهد که یک رکن اساسی و مهم قانون یادشده، معطوف به تبیین اعمال و رویه های ضد رقابتی، محدود کردن و تنظیم انحصارات، معرفی و استقرار شورای رقابت، هیئت تجدیدنظر و نهادهای نظارتی و تنظیم کننده بخشی در زمینه انحصارات طبیعی و قانونی و هم چنین احکام مجازات مرتکبان اعمال مخل رقابت است.^۱

بند اول. سیر تشکیل و اختیارات

در راستای تحقق این سیاست و قوانین برنامه توسعه، لایحه مقررات تسهیل کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل گیری انحصارات در سال ۱۳۸۴ به تصویب هیئت وزیران رسید و به مجلس تقدیم شد. برای تحقق اهداف این لایحه، شورای رقابت تشکیل شد که برای انجام امور کارشناسی و اجرایی و فعالیت های دبیرخانه ای شورای رقابت، مرکز ملی رقابت در قالب مؤسسه ای دولتی زیر نظر رئیس جمهور تأسیس شده است.^۲ این شورا بر اساس موضوع^۳ ماده

۱. چراتیان، ایمان، واکاوی چالش های رقابت، مجلس و راهبرد، سال ۲۰، شماره ۷۳، ۱۳۸۷، ص ۶۸

۲. میرجلیلی، فاطمه، لایحه مقررات تسهیل کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل گیری انحصارات، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۸۰۲۴، ۱۳۸۴، ص ۴۰.

۳. ماده ۵۳ - برای نیل به اهداف این فصل، شورایی تحت عنوان «شورای رقابت» تشکیل می شود. ترکیب و شرایط انتخاب اعضای شورا به شرح زیر است:

الف) ترکیب اعضا

۱. سه نماینده مجلس از بین اعضای کمیسیون های اقتصادی، برنامه و بودجه و محاسبات، صنایع و معادن، از هر کمیسیون، یک نفر به انتخاب مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر.

۲. دو نفر از قضات دیوان عالی کشور به انتخاب و حکم رئیس قوه قضاییه.

۳. دو صاحب نظر اقتصادی برجسته به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی و حکم رئیس جمهور.

۴. یک حقوق دان برجسته و آشنا به حقوق اقتصادی به پیشنهاد وزیر دادگستری و حکم رئیس جمهور.

۵. دو صاحب نظر در تجارت به پیشنهاد وزیر بازرگانی و حکم رئیس جمهور

۶. یک صاحب نظر در صنعت به پیشنهاد وزیر صنایع و معادن و حکم رئیس جمهور

۷. یک صاحب نظر در خدمات زیربنایی به پیشنهاد رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور و حکم رئیس جمهور.

۸. یک متخصص امور مالی به پیشنهاد وزیر امور اقتصادی و دارایی و حکم رئیس جمهور. ۹. یک نفر به انتخاب اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران. ۱۰. یک نفر به انتخاب اتاق تعاون مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

تبصره ۱ - رئیس شورا از بین صاحب نظران اقتصادی عضو شورا، موضوع بند (۲) به پیشنهاد اعضا و با حکم رئیس جمهور

۵۳ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تشکیل گردید.

شورای رقابت می‌تواند تصمیمات متعددی بگیرد، مانند صدور دستور فسخ هر نوع قرارداد، توقف طرفین توافق از ادامه رویه ضد رقابتی، عزل مدیران، واگذاری سهام یا سرمایه، الزام به تعلیق یا دستور ابطال هر گونه ادغام، استرداد اضافه درآمد، اصلاح اساس نامه، تعیین جریمه نقدی، رسیدگی به تخلفات موضوع فصل هشتم قانون نظام صنفی که موجب اخلاف در رقابت شود. (تصمیم شماره ۱۰۹ مورخ ۱۳۹۱/۲/۳۱ شورای رقابت).

مطابق ماده ۶۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت، تنها مرجع صالح در رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی است.^۱ در حقوق ایران، نهاد شورای رقابت به عنوان بالاترین نهاد تنظیم مقررات در کشور بر اساس فصل نهم قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه برای نظارت بر اعمال و رویه‌های ضد رقابتی، محدود کردن و تنظیم انحصارات و جلوگیری از رفتارهای مخل رقابت تشکیل شده است. از آن جا که احکام و قوانین این فصل از قانون، تمام فعالان اقتصادی شامل اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های خصوصی، تعاونی، دولتی و عمومی غیر دولتی را شامل می‌شود، می‌توان آن را قانون مرجع مقابله با انحصار در فعالیت‌های اقتصادی به شمار آورد.

منصوب می‌شود.

تبصره ۲ - نایب رئیس از بین اعضای شورا به پیشنهاد اعضا و با حکم رئیس شورا منصوب می‌شود.

۱. ماده ۶۲ - شورای رقابت تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی است و مکلف است رأساً و یا بر اساس شکایت هر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیر دولتی، بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضد رقابتی را آغاز و در چارچوب ماده (۶۱) این قانون تصمیم بگیرد. شورا مکلف است برای رسیدگی به موضوع شکایات، وقت رسیدگی تعیین و آن را به طرفین ابلاغ نماید. طرفین می‌توانند شخصاً در جلسه حضور یابند یا وکیل معرفی نمایند یا لایحه دفاعیه به شورا تقدیم کنند. تبصره - تخلفات موضوع فصل هشتم قانون نظام صنفی چنانچه موجب اخلاف در رقابت باشد، مطابق مقررات این قانون رسیدگی خواهد شد. در صورت بروز اخلاف، حل اخلاف با کمیته‌ای مرکب از یکی از اعضای شورای رقابت به انتخاب رئیس شورا، یک نفر نماینده از هیئت عالی نظارت موضوع ماده (۵۳) قانون نظام صنفی و یک نفر به انتخاب وزیر دادگستری خواهد بود. رأی اکثریت اعضای این هیئت قطعی است. محل استقرار کمیته در وزارت دادگستری خواهد بود.

بند دوم. اداری بودن شورای رقابت

شورای رقابت از نظر ماهیت، نهادی اداری است؛ چون زیر نظر مستقیم رئیس جمهور قرار دارد و اکثریت اعضای آن با اختیار رئیس جمهور به سمت‌های مربوط منتسب می‌شوند. صنف شورای رقابت یک مرجع اداری است و از لحاظ نوع مرجع، شورای رقابت از جمله مراجع استثنایی است که قانون‌گذار در ماده ۵۴ قانون اصلاح موادی از قانون چهارم برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، صلاحیت این سازمان را به صراحت مشخص کرده است. این نهاد از لحاظ درجه، یک مرجع بدوی است؛^۱ زیرا تصمیمات این مرجع قابلیت اعتراض دارند.

گفتار دوم. مفهوم سوء استفاده از موقعیت مسلط و معیار احراز آن

منظور از سوء استفاده از موقعیت مسلط که در بند ۱۵ از ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ذکر شده، وضعیتی در بازار است که در آن، توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضا کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد، در اختیار یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی قرار می‌گیرد. این عبارت با وجود این که با مفهوم انحصارگرایی^۲ متفاوت است، اما گاهی به جای آن به کار می‌رود. پیش‌تر و قبل از آن که به عنوان یک مفهوم مستقل بررسی شود، در ادبیات حقوقی گذشته نیز به عنوان زیرشاخه‌ای از سوء استفاده از حق، مسبوق به سابقه بوده است.

۱. ماده ۵۴ - به منظور انجام امور کارشناسی و اجرایی و فعالیت‌های دبیرخانه‌ای شورای رقابت، مرکز ملی رقابت در قالب مؤسسه‌ای دولتی مستقل زیر نظر رئیس جمهور تشکیل می‌شود که تشکیلات آن به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی و تصویب هیئت وزیران تعیین می‌شود. تغییرات بعدی تشکیلات مرکز ملی رقابت با پیشنهاد شورای رقابت و تأیید سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و تصویب هیئت وزیران خواهد بود.

تبصره ۱ - رئیس شورای رقابت، رئیس مرکز ملی رقابت نیز می‌باشد.

تبصره ۲ - در تأمین نیروی انسانی مورد نیاز مرکز ملی رقابت، اولویت با کارکنان رسمی و پیمانی وزارتخانه‌ها و دستگاه‌ها و مؤسسات دولتی است.

تبصره ۳ - آیین‌نامه تشویق اعضای شورای رقابت و کارکنان مرکز ملی رقابت به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

بند اول. سیر تقنینی

با پیروزی انقلاب اسلامی و تلاش برای تطبیق قوانین با فقه شیعه و مقررات اسلامی، قانون اساسی با هدف برقراری عدالت اقتصادی و ایجاد اقتصادی سالم برای همگان و فراهم‌سازی مقدمات رشد اقتصادی ضمن احترام به مالکیت خصوصی افراد و جلوگیری از ایراد هر گونه خسارت به دیگران بر اساس قاعده لاضرر در بندهای ۹، ۱۲ و اصل سوم و بند ۵ اصل چهارم و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صراحتاً منع اضرار به غیر، ممنوعیت انحصار، احتکار، ربا و دیگر معاملات باطل و نیز رفع تبعیض ناروا، ایجاد امکانات عادلانه برای همه و در ادامه، پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت را به عنوان اصلی‌ترین اهداف اقتصادی نظام جمهوری اسلامی مطرح کرد.^۱

بند دوم. مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط

مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط در قانون ایران برای نخستین بار در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی احصا شد. در حقوق موضوعه ایران می‌توان چنین گفت که مصادیق مندرج در بند (ط) از باب تمثیل است و جنبه حصر ندارد؛ به ویژه قسم چهارم از بند (ط) که به طور کلی با ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب که فعالیت مشخص را سوء استفاده از وضعیت مسلط، تلقی و ممنوع کرده است.

هنگامی که فعالان بازار با به‌کارگیری راه‌های نامناسب به قدرت برتر بازار تبدیل می‌شوند و این قدرت را با توسل به روش‌های نامشروع محفوظ می‌دارند، اصطلاح سوء استفاده از موقعیت مسلط^۲ رخ می‌نماید. این مفهوم منطبق بر مواد ۸۱ تا ۸۹ معاهده اروپایی است که بر حقوق رقابت دلالت دارد و در بسیاری از کشورها در همین مفهوم به کار می‌رود.

برای ارزیابی و احراز سلطه در گام نخست باید بازار دقیق تعریف شود تا بتوان قدرت بنگاه اقتصادی مورد نظر را در آن بررسی کرد. مطابق با ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون

۱. گلستانی نجف‌آبادی، افروز، «جرم‌انگاری فعالیت‌های ضد رقابت در پرتو حقوق ایران و سیاست‌های سازمان تجارت جهانی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۰۵.

2. abuse of dominant position

اساسی، بازار به فضایی جغرافیایی یا مجازی اطلاق می‌شود که در آن، خریداران و فروشندگان، کالاها و خدمات مشابه یا جانشین نزدیک را مبادله می‌کنند. بازار دارای دو بعد است: بعد جغرافیایی و بعد محصول.^۱

پاسخ‌گویی به این سؤال که چند درصد از سهم بازار برای اطلاق سلطه کفایت می‌کند، اهمیتی ویژه دارد؛ چون وضعیت مسلط را به درستی نمایان می‌سازد. این امر در نظام‌های حقوقی متفاوت است و بر اساس و اهداف هر سیستمی از قواعد حقوق رقابت مبتنی است.

آرای صادرشده از کمیسیون اروپایی بیانگر این امر است که چهل تا چهل و پنج درصد برای سهم بازار و اطلاق موقعیت مسط کفایت می‌کند. در ایالات متحده آمریکا، دادگاه‌ها معمولاً سهم بازار هشتاد تا نود درصد و حتی بیش‌تر را لازمه انحصارگری یک بنگاه می‌دانند و کم‌تر از این درصد را برای اعلام عنوان انحصارگر نمی‌پذیرند.^۲

در حقوق ایران، ضابطه مشخصی وجود ندارد؛ زیرا حقوق و مقررات حیطه رقابت امری نوپا و نوظهور و از تأسیسات نسبتاً جدید حقوقی است. به همین دلیل، معیارهای کمی و ضوابط عینی لازم داریم که در این باره ارائه نشده است و رویه‌ای وجود ندارد. در بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، سوء استفاده از وضعیت مسلط ممنوع اعلام شده، اما قانون‌گذار تنها به ذکر مصادیق آن بسنده کرده است.

توان افزایش قیمت‌ها یا محدود کردن تولید و عرضه، آنگاه که دغدغه‌ای از باب از دست دادن مقدار قابل توجهی از فروش توسط بنگاه عامل وجود نداشته باشد، قدرت بازار این بنگاه را نمایان می‌سازد. به بیان دیگر، می‌توان قدرت بازار را قدرت تعیین قیمت‌ها یا نفی رقابت دانست، ولی اقتصاددانان دقیقاً مشخص نمی‌کنند قدرت بازار در چه نقطه‌ای به قدرت انحصاری بدل می‌گردد. واقعیت آن است که وضعیت مسلط و قدرت انحصاری، تعبیرهایی قانونی هستند که بر ملاحظات سیاسی مبتنی شده‌اند و هنگامی مطرح خواهند شد که خطی میان قدرت بازار و قدرت انحصار ترسیم گردد.^۳

1. Van Sien, Sally, **Abuse of Dominance and Monopolisation**, 1996, p. 8, available at: www.oecd.org/dataoecd.

2. Wish, Richard, **Competition Law**, 3rd ed., London, Butter Worths, 1989, p. 106.

3. Hawk, B. E., United States, **Common Market & International Antitrust: A Comparative Guide**, 2nd ed., New York,

وجود موانع ورود، معیاری دیگر برای تشخیص قدرت مسلط بازار است با این توضیح که گاه بازار برای تازه‌واردان مخاطره‌آمیز است و گاه بنگاه با ورود رقبای جدید متزلزل می‌گردد و ثبات و جایگاه خود را از دست می‌دهد. موانع ورود چنین تعریف می‌شد که دامنه‌ای که در درازمدت، شرکت‌ها محقق و پابرجا ساخته‌اند تا بتوانند قیمت‌های فروش خود را بالاتر از حداقل میانگین هزینه‌های تولید و توزیع بالا ببرند، بدون این‌که رقبای تازه‌واردان بالقوه را به ورود به آن صنعت ترغیب کرده باشند.^۱ در بند ط از ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایران، ایجاد مانع با هدف صعوبت ورود رقبای تازه‌وارد و حذف بنگاه‌های رقیب در یک فعالیت خاص، سوء استفاده از وضعیت مسلط بوده و ممنوع شده است.

در این خصوص می‌توان به مصوبه مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۰ شورای رقابت اشاره کرد. در این جلسه، شکایت شرکت شاتل به شماره ۵۸۴۷-۲-۹۰-۰۱ مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۶ در خصوص رفتار تبعیض‌آمیز شرکت مخابرات نسبت به شرکت‌های ندا در دسترسی به کابل مسی مطرح شد که در انحصار شرکت مخابرات است و سبب انحصارگری در ارائه خدمات اینترنتی و ایجاد محدودیت در ظرفیت انتقال شده است. شورای رقابت به استناد بند ط ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و مستند به بند ۳ ماده ۶۱ قانون مقرر کرد: «شرکت مخابرات در هیچ شرایطی، حق رفتار تبعیض‌آمیز بین خود و شرکت ندا و هم‌چنین حق ایجاد محدودیت در دسترسی به کابل مسی و ظرفیت برای آن‌ها را ندارد.» در واقع، در این مصوبه، شورای رقابت، دستور توقف رویه ضد رقابتی سوء استفاده از وضعیت انحصاری از طریق رفتار تبعیض‌آمیز با بنگاه‌ها یا مشتریان را به شرکت مخابرات اعلام می‌دارد.^۲

Aspen Law & Business, 1986, p. 788.

1. West, Jeremy, **An Analytical note**, 2005, p. 20, available at: www.oecd.org/dataoecd.2005.

۲. برزگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۱۶۳.

گفتار سوم. نقش شورای رقابت در خاتمه دادن به قرارداد و بررسی ذی نفع در دعوای خاتمه

اختیارات گسترده شورای رقابت در صورتی قرین موفقیت خواهد بود و اثری ملموس در فضای اقتصادی خواهد گذاشت که این اختیارات و تکالیف با ضمانت اجرای موثق حمایت شود. در همین راستا، قانون‌گذار به شورا اجازه می‌دهد اگر رویه‌های ضد رقابتی را توسط بنگاه‌های اقتصادی احراز کند، بتواند تصمیم لازم را بگیرد که عبارتند از صدور دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی، توقف طرفین یا توافق‌های مربوط با آن از ادامه رویه‌های ضد رقابتی، توقف هر رویه ضد رقابتی یا پرهیز از تکرار آن، اطلاع‌رسانی عمومی برای شفافیت بیش‌تر بازار، عزل مدیرانی که برخلاف مقررات ماده ۴۶ قانون انتخاب شده‌اند، واگذاری سهام یا سرمایه بنگاه‌ها یا شرکت‌هایی که برخلاف ماده ۴۷ قانون حاصل شده است، استرداد اضافه درآمد یا توقیف اموالی که از طریق ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی تحصیل شده است؛ از طریق مراجع صلاحیت‌دار قضایی و در نهایت، تعیین جریمه نقدی در صورت ارتکاب اعمال ضد رقابتی تا سقف یک میلیارد ریال.^۳

ضمانت اجرای که در دسته دوم قرار می‌گیرد، موضوع پژوهش حاضر نیست و صرفاً از ضمانت‌های اجرایی سخن می‌گوییم که به خاتمه قراردادهای منعقدشده ناشی از سوء استفاده از وضعیت مسلط می‌پردازد، مانند فسخ (موضوع بند یک ماده ۶۱ قانون ا. س. ک. ا. ۴۴ ق. ا.)، عدم نفوذ، ابطال و دستور توقف (بند ۲ ماده ۶۱ ق. ا. س. ک. ا. ۴۴ ق. ا.).

بند اول. ابطال

ابطال قرارداد، شدیدترین ضمانت‌اجرائی است که قانون‌گذار برای ادغام‌های ضد رقابتی در نظر گرفته است و می‌توان آن را مناسب‌ترین ضمانت اجرا نیز دانست. عقد باطل، عقدی است که هیچ‌گونه اثر حقوقی نمی‌توان بر آن بار کرد؛ چون از ابتدا اثری ندارد و در حقیقت، در عالم حقوق تشکیل نشده است. همان‌طور که با رعایت نکردن تشریفات ادغام، هر ذی‌نفعی می‌تواند ابطال آن ادغام را درخواست کند، شورا می‌تواند اگر این اقدام را شایسته بداند، به آن عمل کند. برابر مقررات رقابتی و

۳. پورسید، بهزاد و همکاران، «شورای رقابت: از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، مجلس و راهبرد، سال بیست و چهارم، شماره ۹۱، ۱۳۹۶، ص ۳۵۳.

جنبه عمومی آن و تأثیری که ادغام‌های ضد رقابتی دارد، نهادهای رقابتی می‌توانند برای ابطال این ادغام تصمیم بگیرند. بدون درخواست ذی‌نفع و تنها به تشخیص شورای رقابت هم امکان ابطال ادغام وجود دارد.

در قوانین تجاری، معامله قابل ابطال به همان مفهومی که در قوانین خارجی می‌نماید، پیش‌بینی شده است. ماده ۱۳۱ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ می‌تواند مصداقی از این مفهوم باشد.^۱ عقد باطل از ابتدا در عالم حقوقی ایجاد نشده است و هیچ اثری ندارد، در حالی که معامله قابل ابطال جزء معاملات صحیح است و تا هنگامی که ابطال نشود، دارای اثر حقوقی است. برخی صاحب‌نظران، مفهوم قابل ابطال را با وصفی که بیان شد، در نظام حقوقی ایران نپذیرفته‌اند و حتی عبارت «قابل ابطال» در ماده ۱۳۱ قانون یادشده را به «عدم نفوذ» تعبیر کرده‌اند. اثر ابطال نسبت به ادغام مانند این است که ادغامی رخ نداده است. این گونه تصور می‌شود که با ابطال ادغام، بنگاه‌های ادغام‌شده شخصیت خود را باز می‌یابند و گویی که ادغامی رخ نداده است و این گونه ارزیابی می‌شود که به طبع ابطال همه اجزا به زمان قبل از تنظیم برمی‌گردد. حکم به ابطال ادغام سبب تغییر ساختاری شرکت و ساختمان سهام‌داران می‌شود. قانون‌گذار در این نوع از ضمانت اجرا هم چون فسخ، شرایط و وضعیت حقوقی پس از اعمال ضمانت اجرا را مقرر نکرده است، ولی با وجود اختیار حاصل از بند ۳ ماده ۵۸ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از طریق دستورالعمل به این مهم می‌پردازد.

بند دوم. فسخ

فسخ، ایقاعی است که اختیار انحلال یک طرفه عقد را برای یکی از طرفین یا شخص ثالثی به همراه دارد. اثر فسخ نسبت به آینده است و وجود عقد را از آغاز مخدوش نمی‌سازد و پیش از فسخ قرارداد، اثر خود را به وجود آورده است و نمی‌توان وجود آن را انکار کرد.^۲ فسخ قرارداد جنبه اعلامی دارد و دادگاه یا مرجع حاکمیتی در تحقق فسخ نقشی ندارد و حکمی که در دادگاه در خصوص اعلام فسخ قرارداد و به درخواست خواهان صادر می‌شود، چهره اعلامی دارد و چیزی بر اعتبار

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، صص ۳۳۰-۳۳۱.

۲. همان، ص ۳۶۵.

فسخ انجام شده توسط یکی از طرفین قرارداد نمی افزاید.^۱ به موجب بند یک ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه های ضد رقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون امکان پذیر است. این ضمانت اجرای مدنی شامل همه رویه های ضد رقابتی مندرج در مواد یاد شده می شود. برای مثال، قانون گذار این اختیار را به شورای رقابت اعطا کرده است که هر گاه بنگاه مسلط با سوء استفاده از موقعیت مسلط خود در بازار، طرف معامله را به انعقاد قرارداد با اشخاص ثالث یا تحمیل کردن شروط قرارداد ملزم کند، این نهاد با فسخ قرارداد میان طرفین، حق طرف ذی نفع را احقاق کند. هم چنین می تواند قراردادی را فسخ کند که انعقاد آن از سوی بنگاه متخلف به قبول تعهدات تکمیلی توسط طرف های معامله موکول شده است.

قانون گذار در خصوص اعمال و اقدامات ضد رقابتی از جمله ادغام های ضد رقابتی، به شورای رقابت اختیار فسخ معاملات را در صورتی داده است که این اقدام را به تشخیص خود برگزیند. این تصمیم شورا را نباید تصمیمی اعلامی دانست، بلکه لازم است تا آن را به لحاظ اصول حقوقی و ماهیتی و با وجود به کارگیری واژه «دستور»، حکم بدانیم؛ چون با اندکی دقت درمی یابیم که دستور قابلیت تجدیدنظر ندارد، حال آن که از تصمیمات شورا می توان تجدیدنظر خواست.

از سوی دیگر، در قوانین دیگری برای مصادیق سوء استفاده از موقعیت مسلط در بازار، این حق برای طرف معامله در نظر گرفته شده است. در فضای بازارهای معاملاتی، هر گونه کسب و درآمدزایی که از طریق اغوا و فریب یا اضرار به دیگران حاصل آید، ممنوع است و سبب بطلان معامله یا ثبوت خیار برای شخص زیان دیده می شود. عده ای از حقوق دانان، دست کاری بازار کالا از طریق معامله صوری را تدلیس دانسته اند و با توجه به ماده ۴۳۸ قانون مدنی که مقرر می دارد، تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود، بیان می دارند که دست کاری کننده بازار را باید فاعل عمل تدلیس دانست، اعم از این که دست کاری مبتنی بر اطلاعات باشد یا معامله؛ زیرا این شخص ابتدا اعمال فریب کارانه ای در قالب فعل مثبت انجام می دهد و از این طریق، اشخاص نا آگاه را به انعقاد معامله ترغیب می کند و سبب گمراهی آنها می شود. بنابراین، شخصی که پس از وقوع

۱. همان، صص ۶۸-۶۹.

دست‌کاری در اثر ناآگاهی با دست‌کاری‌کننده بازار معامله می‌کند، می‌تواند قرارداد را بر مبنای خیار تدلیس فسخ کند.^۱

بند سوم. عدم نفوذ

به موجب قانون مدنی، سوء استفاده از وضعیت اضطراری در ماده ۲۰۶ آمده است که اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند، مکره محسوب نمی‌شود و معامله اضطراری معتبر خواهد بود. با این حال، اگر متعامل یعنی بنگاه اقتصادی متخلف، شرایط اضطراری را برای طرف مقابل ایجاد کرده است، نمی‌توان قائل به صحت معامله چنین فردی شد؛ چون شرایط اکراهی شدن معامله ایجاد شده است.^۲ بنابراین، اگر شخصی با استفاده از وضعیت اضطراری مضطر برای رسیدن به نتیجه دلخواه خود با وارد کردن فشار بر او، استفاده نامشروعی ببرد و با خودداری از انجام کاری که برای مضطر جنبه حیاتی دارد، نظیر فروش کالایی اساسی در مقابل خرید کالای غیر ضروری دیگری در کنار این کالا یا فروش به قیمتی بالا به دلیل نبود محصول در بازار و اختصاص به یک تولیدی خاص و دیگر موارد ممنوع شده در قانون رقابت، او را به قبول تعهد دیگری یا انعقاد قرارداد دیگری اجبار کند، عنصر مادی اکراه تحقق یافته است.^۳ علی‌القاعده در بیش‌تر موارد سوء استفاده از اضطرار، عنصر مادی اکراه محقق می‌شود و معامله نه بر اساس اضطرار، بلکه به دلیل اکراه باید غیر نافذ شناخته شود. این نظر در خصوص بحث حاضر که یک بنگاه مسلط با سوء استفاده از شرایط خود، موقعیتی را برای طرف معامله فراهم می‌آورد که مضطر به واسطه شرایط ایجاد شده ناچار است دست به معامله بزند، صادق است؛ چون در اکراه نیازی نیست اکراه‌کننده، عامل ایجاد وسیله تهدید و فشار باشد، بلکه صرف استفاده از وسیله‌ای که قبلاً ایجاد شده، برای اعمال تهدید و فشار و تحمیل قرارداد بر طرف معامله کافی است.^۴ نمونه آن، بنگاه مسلط متخلفی است که با در دست داشتن محصول خاص در ابتدا از انجام معامله

۱. قربانی، مجید و عباس باقری، «دست‌کاری بازار اوراق بهادار»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۳۲۲.

۲. مصطفوی، مصطفی و علی‌رضا نورآبادی، «وضعیت معاملات مضطر در حالت سوء استفاده از اضطرار»، دوفصل‌نامه علمی تخصصی آموزه‌های حقوقی گواه، سال سوم، شماره ۲، ۱۳۹۶، صص ۱۲۷-۱۵۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره‌المعارف مدنی و تجارت تهران (جلد ۱)، تهران: مشعل آزادی، ۱۳۵۷، ص ۲۶۳.

۴. صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۲.

استنکاف می‌کند. آن گاه پس از مدتی، انعقاد قرارداد را به قبول تعهدات تکمیلی توسط طرف‌های دیگر موکول می‌کند که بنا بر عرف تجاری با موضوع قرارداد ارتباطی ندارد یا فروش یک کالا یا خدمت را به خرید کالا یا خدمت دیگر وابسته می‌سازد یا برعکس، طرف مقابل را به معامله با شخص ثالث وادار می‌کند، به صورتی که اتمام معامله به عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت دیگری ارتباط می‌یابد و اعمالی از این دست. این در حالی است که شخص به این قبیل معاملات نیازی ندارد و صرفاً به دلیل انعقاد قرارداد پایه، بدون رضایت، آن را منعقد می‌کند.

شرکت آ^۱ به عنوان یکی از شرکت‌های فعال در بازار خدمات آنلاین، در اوایل اردیبهشت ۱۳۹۸، شکایتی را از شرکت «م» در مرکز ملی رقابت ثبت کرد. ادعای اصلی شاکی به وجود قراردادهایی با ماهیت انحصاری میان رستوران‌دارها و شرکت «م» مربوط بود. طبق ادعای شاکی، شرکت «م» با ایجاد یک مانع ساختاری، ورود رقبای دیگر را به بازار آنلاین سفارش محدود ساخته بود که در نهایت، منجر به حذف رقبای موجود می‌گردد.

پس از وصول شکایت، ادعای شاکی مبنی بر وجود قراردادهایی با ماهیت انحصاری در بین قراردادهای شرکت «م» با رستوران‌های طرف قرارداد، در مرکز ملی رقابت بررسی شد. در نتیجه بررسی‌ها، نمونه‌هایی از قرارداد میان شرکت «م» و رستوران‌دارها به دست آمد که شامل قراردادهایی از این دست بود که در یکی از بندهای آن به صراحت، واژه «انحصار» ذکر شده و بر اساس آن، رستوران‌دار متعهد گردیده بود با هیچ وب‌سایتی مشابه شرکت یادشده همکاری نکند. هم‌چنین در قراردادی دیگر، رستوران‌دار متعهد شده بود تمام ظرفیت آنلاین فروش خود را در اختیار شرکت «م» قرار دهد و در صورت فسخ از سوی رستوران‌دار، جریمه نقدی برای رستوران‌دار تعیین شده بود. همه این موارد از نظر فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، مصداق رویه‌های ضد رقابتی قلمداد می‌شوند.

اعضای شورای رقابت در جلسه ۳۹۵ مورخ ۹۸/۰۷/۱۳ پس از رسیدگی به موضوع و با توجه به ادله موجود و با اکثریت آرا، اقدامات شرکت «م» را در این موارد، مصداق رویه‌های ضد رقابتی دانستند که به این شرح بود: وادار کردن رستوران‌ها به استنکاف از معامله با رقبا، «مصداق قسمت (۲) بند (الف)

۱. اسامی، فرضی و موضوع، حقیقی است.

ماده (۴۵) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی، معامله با رستوران‌ها مشروط به امتناع از معامله با رقبا، «مصادق قسمت (۳) بند (و) ماده (۴۵) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی»، ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبا یا حذف رقبا، موجود شرکت «م» در بازار سفارش آنلاین، «مصادق قسمت (۴) بند (ط) ماده (۴۵) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی». با استناد به بندهای (۳) و (۴) ماده (۶۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی، دستور به توقف رویه ضد رقابتی و اطلاع‌رسانی عمومی در جهت شفافیت بازار و به استناد بند (۱۲) ماده (۶۱) همین قانون، جهت نقض ممنوعیت قسمت (۲) بند (الف) ماده (۴۵) قانون، شرکت «م» را به پرداخت یک میلیارد ریال جریمه نقدی محکوم کردند. در نهایت با انتشار رأی اعلام کردند که به موجب رأی این نهاد، در تمامی قراردادهایی که شرکت «م» با رستوران‌ها بسته است، بندهای مربوط به قرارداد انحصاری دیگر موضوعیت ندارد و شرکت «م» نمی‌تواند به رستوران‌ها فشار بیاورد و رستوران‌ها مختارند با هر پلتفرمی کار کنند.^۱ شایسته بود شورای رقابت با قید بند ۱ از ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مبنی بر دستور به فسخ هر نوع قرارداد، توافق و تفاهم متضمن رویه‌های ضد رقابتی موضوع مواد (۴۴) تا (۴۸) این قانون، در حکم خود، به صراحت، سرانجام قراردادهای منعقدشده میان شرکت «م» را با بازار مرتبط معین می‌کرد. شورای رقابت در حکم خود، این تصمیم را بر عهده اشخاص طرف قرارداد شرکت «م» نهاد و تنها در صورت فسخ قرارداد از سوی آن‌ها، آثار حقوقی مندرج در قرارداد را از عهده آنان ساقط کرد.

پس از گذشت یک سال، دیوان عدالت اداری، رأی شورای رقابت را وارد ندانست. بنا به تشخیص دیوان، شرکت «م» هیچ‌گونه انحصاری بر بازار نداشته و شرایط رقابت سالم بوده است. بنابراین، دیوان عدالت اداری، رأی شورای رقابت را در موضوع انحصارطلبی شرکت «م» بازنگری کرد و تصمیم بر ابطال آن گرفت. این دیوان، تصمیم شورای رقابت را به دلیل نبود مدارک و مستندات لازم برای اثبات اتهام یادشده وارد ندانست. در پایان اسفند ۱۳۹۸، شرکت «آ» تصمیم گرفت به فعالیت خود پایان دهد.

1. www.nice.gov.ir/17-council-news/1093-2019-10-16-08-56-59.html.

شورای رقابت در زمان رسیدگی به این پرونده، مواردی را مردود اعلام کرد، مانند: محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم بازار، تحمیل شرایط قراردادی غیر منصفانه، ارائه هدیه و جایزه که سبب وارد آمدن لطمه جدی به دیگر بازیگران شود. مواردی که شورای رقابت پذیرفته بود و دیوان عدالت اداری رد کرد، عبارت بود از:

- وادار کردن اشخاص دیگر به استنکاف از معامله یا محدود کردن معاملات آن‌ها با رقیب؛
- معامله با طرف مقابل با این شرط که طرف یادشده با رقیب معامله نکند؛
- ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های رقیب در یک فعالیت خاص.

بخشی از رأی دیوان عدالت اداری که از طرف شرکت «م» برای رسانه‌ها ارسال شد، دلالت بر این دارد که رأی شورای رقابت، ایرادهای شکلی و ماهوی دارد و در آن آمده است: «طرف شکایت صرفاً با توسل به اظهارات کلی و بدون ارائه مدارک و اسناد مثبت وقوع تخلف از سوی خواهان، مبادرت به صدور حکم نموده و هیچ گونه مدرکی دال بر این موضوع وجود ندارد. لذا رأی صادره، واجد ایرادات شکلی و ماهوی موثر است»^۱.

بند چهارم. ذی نفع در دعاوی رقابتی برای درخواست خاتمه به قرارداد

آیین‌نامه اجرایی نحوه تحقیق و بازرسی، رسیدگی به شکایات و اجرای آرای شورای رقابت بیان می‌دارد: هر شخص حقیقی و حقوقی ذی نفع می‌تواند با ارائه شکایت کتبی و دلایل و مدارک مربوط مبنی بر وقوع رویه‌های ضد رقابتی، از شورا درخواست رسیدگی کند. سامانه شورای ملی رقابت به عنوان مرجع پی‌گیری شکایات در زمینه‌های مربوط به رقابت در بازار، امکان طرح شکایت و ثبت شکواییه دادخواست را فراهم کرده است که با مراجعه به آدرس وب‌سایت و وارد کردن اطلاعات لازم و بارگذاری مدارک مورد نیاز، شکایت ثبت می‌شود و از طریق همان سامانه قابلیت پی‌گیری دارد. شورا مطابق قانون و این آیین‌نامه و با دریافت هزینه دادرسی، به ترتیب وصول به شکایات واصله پس از احراز صلاحیت، بررسی و تحقیق می‌کند و در چارچوب ماده ۶۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل

1. Ibid.

۴۴ قانون اساسی می‌تواند در همه جرایم موضوع این قانون، سمت شاکی را داشته باشد و از دادگاه صلاحیت‌دار برای جبران خسارت وارد شده به منافع عمومی درخواست رسیدگی کند. دادگاه تصمیم مقتضی می‌گیرد و نتیجه را حسب مورد به شاکی یا مرجع درخواست‌کننده ابلاغ می‌کند.

تمامی شکایات حسب دستور رییس شورا در دبیرخانه شورا ثبت می‌شود و مرکز نسبت به جمع‌آوری مدارک و اطلاعات اولیه اقدام می‌کند و به موارد فوری و دارای اولویت با درخواست یکی از اعضای شورا و با تصویب شورا، خارج از نوبت رسیدگی می‌شود. هر گونه تحقیق و بازرسی در شورای رقابت در خصوص رویه‌های ضد رقابتی و رسیدگی به شکایات اشخاص حقیقی یا حقوقی از جمله دادستان کل یا دادستان محل، دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، تنظیم‌کننده‌های بخشی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به دولت، تشکل‌های صنفی، انجمن‌های حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و دیگر سازمان‌های غیر دولتی مبنی بر وقوع رویه‌های ضد رقابتی به صورت مقرر در قانون و آیین‌نامه انجام می‌شود. بررسی و تحقیق در خصوص رویه‌های ضد رقابتی به صورتی که در مواد قانونی آتی آمده است، آغاز می‌گردد.

برای ثبت شکایت در موضوعات ضد رقابتی منطبق با مواد ۴۵ تا ۴۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی می‌توان با مراجعه به سایت شورای رقابت، فرم‌های مربوط به شکایت را پر کرد.^۱ رسیدگی شورای رقابت به صورت توافقی است. بر اساس ماده ۶۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت، اختیار احضار مشتکی عنه، احضار شهود یا هر شخص دیگری را دارد که حضور آن‌ها برای رسیدگی به شکایات ضروری دانسته شود.

گفتار چهارم. امکان سنجی ضمانت اجرای ابطال در مورد قراردادهای اداری

رقابت را می‌توان به عنوان یکی از شرایط حکمرانی خوب از دیدگاه اقتصادی دانست. منظور از بیان این ویژگی آن است که نشان دهیم همان طور که مردم در بعد سیاسی ضمن انتخاب و عزل مدیران سیاسی و اقتصادی باید در امور سیاسی مشارکت کنند، در امور امور اقتصادی نیز باید به مردم اجازه داده شود که در اقتصاد دولتی مشارکت کنند. مشارکت در جنبه‌های اقتصادی و سیاسی همراه با

1. www.nice.gov.ir.

رقابت است؛ در بعد سیاسی، رقابت برای کسب قدرت و در بعد اقتصادی، رقابت برای دسترسی به منابع اقتصادی دولت. عمده فعالیت‌های اقتصادی دولت، انجام خدمات عمومی از خرید کالا، کار و خدمات یا فروش کالا و خدمات به بخش خصوصی است. البته در بیش‌تر کشورها، دولت، نقش رفاهی سنتی خود را با افزایش فعالیت‌های بخش خصوصی کاهش داده است. با این حال، خرید کالا و خدمات در تمام کشورها با استفاده از شیوه مناقصه و فروش کالا و اموال دولتی از طریق مزایده صورت می‌گیرد. حتی خرید کالا و خدمات در کشورهایی مانند انگلستان و آمریکا نیز به وفور انجام می‌شود.

بند اول. صلاحیت شورای رقابت در رسیدگی به قراردادهای اداری و معاملات دولتی

در حال حاضر، معاملات دولتی که به صورت مزایده و مناقصه انجام می‌شود، در ادبیات اقتصادی چه به صورت تجربی و چه به صورت تئوریک تجزیه و تحلیل می‌شود. دلیل توجه به معاملات دولتی این است که قسمت اعظم تولید ناخالص ملی را به خود اختصاص می‌دهد. با توجه به اهمیت معاملات دولتی باید گفت که سیاست رقابتی به دنبال این هدف است که ارزش واقعی پول را حفظ کند و زمینه دسترسی وسیع به سلسله‌ای از نرخ‌ها و پیشنهادهای فراهم کند. با این که معاملات دولتی بر پایه رقابت استوار است، اما نمی‌توان همواره این موضوع را تأیید کرد که به صرف شرکت همه داوطلبان بالقوه در معاملات دولتی یا انجام استفاده از روش مزایده یا مناقصه، معامله، رقابتی است. در بسیاری از موارد دیده می‌شود که برخی مؤسسات دولتی یا مؤسسات نیمه دولتی با شرکت در معاملات دولتی که ظاهراً رقابتی است، بر معاملات دولت دسترسی پیدا می‌کنند.^۱

در ایران، قراردادهای اداری در مورد خرید و فروش کالا و خدمات و کار توسط دولت و نهادهای دولتی با رعایت تشریفات کامل مندرج در نظام حقوقی کشور انجام می‌شود. در نظام حقوقی کشور، همه دستگاه‌های اجرایی کشور مجبور به خرید و تهیه کالا و خدمات از بخش خصوصی هستند و باید برای خرید خدمت و تهیه کالا از نظام حقوقی خاصی تبعیت کنند که این نظام تحت عنوان «مناقصه و مزایده» به دنبال ایجاد رقابت در انعقاد قراردادهای اداری است تا دستگاه‌های اجرایی از این طریق بتوانند اشخاصی را که بالقوه توانایی شرکت در معاملات دولتی را دارند و در یک فرآیند رقابتی به عنوان پیمان‌کاران خود انتخاب کنند. این فرآیند سبب می‌شود که متقاضی کالا و خدمت از طریق ایجاد

۱. ناعمه، حسن، «رعایت اصل رقابت در انعقاد قراردادهای اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۶، ۱۳۹۷، ص ۱۶.

رقابت، محصولی با کیفیت و کارکردهای مطلوب در ازای پرداختن کم‌ترین هزینه متناسب با آن کیفیت و کارکردها به دست آورد یا با فروش کالا و خدمات دولتی به بیش‌ترین بها، منافع عمومی را حفظ کند. برای این منظور، قوانین متعددی از جمله قانون محاسبات عمومی، مصوب ۱۳۶۶ و آیین‌نامه معاملات دولتی، مصوب ۱۳۴۹ و قانون برگزاری مناقصات، مصوب ۱۳۸۲ و قوانین و مقررات دولتی دیگر، راهکارهایی را برای تأمین و خرید و فروش کالا و خدمات توسط نهادهای دولتی پیش‌بینی کرده‌اند.^۱

ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رقابت را وضعیتی تعریف کرده است که در آن، هیچ یک از فروشندگان و خریداران نتوانند قیمت را در بازار تعیین کنند. علاوه بر این، در ذیل تعریف انحصار نیز انحصار در تقاضا را پیش‌بینی کرده است. طبق همین ماده، انحصار، وضعیتی در بازار است که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولیدکننده، خریدار و فروشنده از عرصه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت یا مقدار را در بازار داشته باشد یا ورود بنگاه‌های جدید به بازار یا خروج از آن با محدودیت مواجه باشد. زمانی که توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی قرار گیرد، با وضعیت اقتصادی مسلط مواجهیم.

بنابراین، در حقوق ایران، انحصار در تقاضا به صراحت در قانون منع شده است و انحصاری که دولت به عنوان یک بنگاه دارای وضعیت اقتصادی مسلط در بازار ایجاد می‌کند، مطابق با تعاریف قانون باعث ایجاد فساد در اقتصاد، اضرار به عموم، منتهی شدن به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص، کاهش مهارت و ابتکار در جامعه و به طور کلی، اخلاق در رقابت می‌شود.

ماده ۴۳ قانون یادشده به صراحت، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی بخش‌های عمومی، دولتی، تعاونی و خصوصی را مشمول فصل تسهیل رقابت و منع انحصار آن قانون دانسته است. از این رو، شورای رقابت، صلاحیت رسیدگی و ورود به پرونده‌های معاملات عمومی را دارد که رقابت را مختل می‌کند. بنابراین، در نظام حقوقی ایران، فعالیت‌های اقتصادی دولت که موجب اخلاق در رقابت شوند، چه در بخش تقاضا و چه در بخش عرضه ممنوع است و شورای رقابت صلاحیت نظارت و کنترل این اقدامات را دارد.^۲

۱. همان، ص ۲۱.

۲. فردکاردل و همکاران، پیشین، ص ۳۰۶.

بند دوم. تأملی در رویه قضایی

محاکم قضایی ایران در مواجهه با دعاوی راجع به تشریفات و شکل‌گرایی با مراتب و درجات تأثیرگذاری متفاوت، رویه واحدی ندارند. برای نمونه، مرجع بدوی در دادنامه صادرشده، رعایت تشریفات مناقصه را صلاحیت تکلیفی اداره دانسته و رأی بر بطلان عقد بیع صادر کرده است. این در حالی است که دادگاه تجدیدنظر، رعایت تشریفات را جزء صلاحیت اختیاری اداره شمرده و رعایت نکردن آن را از موجبات مسئولیت مدنی مأمور اداره دانسته است. به عبارت دیگر، دادگاه پژوهش، رعایت ماده ۱۵ آیین‌نامه معاملات دولتی را ناظر بر انجام تشریفات دانسته که فقط مأموران و دستگاه دولتی ملزم به رعایت آن هستند و این امر به منظور رعایت غبطه دولت صورت می‌گیرد. از این رو، طبق استدلال مرحله پژوهش، مناقصه برای به دست آوردن فروشنده‌ای است که به قیمت کم‌تر از دیگران حاضر به فروش می‌شود. از این رو، ضمانت اجرای اعمال نشدن آن مربوط به فروشنده نیست و صرفاً مسئولیت مدنی مأمور اداری را به همراه دارد. بنابراین، دادگاه تجدیدنظر، فلسفه رعایت تشریفات را رعایت غبطه دولت می‌داند و چون در این امر صرفاً نفع دولت متصور است، دولت به طور ارادی از آن صرف نظر کرده است و به مناقصه‌گر ربطی ندارد و رعایت نشدن تشریفات را موجب بطلان نمی‌داند.^۱

استدلال دادگاه تجدیدنظر خالی از ایراد نیست؛ زیرا از جهتی، این نظریه که قراردادهای اداری را تابع نظام حقوق خصوصی قرار می‌دهد، در نگاه سنتی به مقوله حقوق اداری ریشه دارد و آکنده از ایراد است. ایراد دیگر از این جهت وارد است که دادگاه تجدیدنظر، لزوم رعایت تشریفات را صرفاً به منظور رعایت رعایت غبطه دولت می‌داند. این در حالی است که فلسفه ضرورت رعایت تشریفات مناقصه و مزایده ناظر بر چند محور مهم دیگر هم چون ضرورت جلوگیری از سوء استفاده مأموران دولتی از اختیارات خود و نیز اصل برابری فرصت‌ها و اصل رقابتی بودن انعقاد این قسم قراردادهاست. از سوی دیگر، به موجب اصل عدم تبعیض در رقابت برای کسب امتیازات و موقعیت‌های اجتماعی، همه افرادی که صفات مقتضی برای انجام دادن وظایف مربوط به موقعیت اجتماعی مورد بحث را دارند، باید در فهرست نامزدهای واجد شرایط گنجانده شوند و تصرف این موقعیت توسط افراد فقط باید بر اساس آن صفات مقتضی باشد.

۱. واعظی، سید مجتبی و فاطمه کیانی، «بی‌اعتباری قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و هفتم، شماره ۹۹، ۱۴۰۱، ص ۱۷۸.

در مورد قضیه واگذاری معادن انگوران، شورای اقتصاد با مصوبه‌ای، واگذاری این معدن را به بخش خصوصی بدون رعایت تشریفات مزایده در واگذاری معدن موصوف تصویب کرد. استدلال هیئت عمومی دیوان عدالت اداری برای ابطال تصمیم مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۲۶ شورای اقتصاد به این شرح است: «نظر به این که واگذاری معدن سرب و روی انگوران به منظور استخراج و بهره‌برداری از ماده معدنی سرب و روی آن از نوع معاملات عمده دولتی موضوع بند ج ماده ۸۰ قانون مزبور بوده و به همین جهت بر اساس بند ج ماده ۸۲ آن قانون، ضرورت واگذاری معدن مذکور از طریق مزایده و با انتشار آگهی تسجیل و تثبیت و اعلام شده و عدول از مقررات و ضوابط مذکور و واگذاری معدن با شرایطی که متضمن قطع و یقین در رعایت صرفه و صلاح دولت و بیت‌المال نبوده، وجاهت قانونی نداشته است، مصوبه مذکور مشعر بر واگذاری معدن از طریق ترک تشریفات مزایده خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات شورا تشخیص داده می‌شود و مستند به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان ابطال می‌شود»^۱.

گفتار پنجم. مراجع اعتراض به احکام شورای رقابت در خاتمه قرارداد

به موجب اصلاحاتی که در مورخه ۱۳۹۷/۴/۲۸ در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صورت گرفته است، متن ماده ۶۳ به این صورت درآمد: «کلیه تصمیمات شورای رقابت و نهادهای تنظیم‌گر بخشی موضوع ماده ۵۹ ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ به ذی‌نفع صرفاً قابل تجدیدنظر در هیئت تجدیدنظر موضوع ماده ۶۴ این قانون است. این مدت برای اشخاص مقیم خارج از کشور، دو ماه می‌باشد و در صورت عدم ارائه درخواست تجدیدنظر، این تصمیمات قطعی هستند». با تأکید بر عبارت «صرفاً» در اصلاحات، این اعتقاد ایجاد می‌گردد که ظاهر قانون با این قید تأکیدی به دنبال تثبیت صلاحیت انحصاری برای هیئت تجدیدنظر رقابتی در فرآیند بازنگری تصمیمات شورای رقابت است و مداخله دیوان عدالت اداری در تصمیمات یادشده وجهی ندارد. اگر موضوع مطرح شده، به تشخیص شورا، جنبه عمومی داشته باشد، پس از آن که قطعیت یافت، لازم است با هزینه شخصی محکوم علیه در یکی از جراید کثیرالانتشار منتشر گردد.

هرچند در ماده ۶۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، وظیفه تجدیدنظر از آرای

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۹۷.

قابل تجدید نظر شورای رقابت به عهده هیئت تجدید نظر واگذار شده است، اما مراجع دیگری نیز صلاحیت رسیدگی به اعتراض به آرای شورای رقابت را دارند که معرفی می‌کنیم.

بند اول. هیئت تجدید نظر شورای رقابت

هیئت تجدید نظر شورای رقابت متشکل از سه قاضی دیوان عالی کشور به انتخاب و حکم رئیس قوه قضاییه، دو صاحب نظر اقتصادی به پیشنهاد وزیر امور اقتصاد و دارایی، دو صاحب نظر در فعالیت‌های تجاری و صنعتی و زیربنایی به پیشنهاد مشترک وزیران صنایع و معادن و بازرگانی و حکم رئیس جمهور است. قانون‌گذار در مواد ۵۳ و ۵۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ضوابط مربوط به انتخاب و عملکرد آن‌ها را بیان کرده است. با اعلام صریح شق ج بند ۳ ماده ۶۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رسیدگی در این هیئت ماهوی است، اما اثر تعلیقی ندارد^۱ و صرف نظر از جریمه‌های نقدی مقرر در بند ۱۲ ماده ۶۱، قانون یادشده، مانع اجرای تصمیمات شورای رقابت نخواهد بود. هیئت تجدید نظر با موافقت اکثریت اعضا تصمیم می‌گیرد، اما قانون مقرر داشته که در مورد تصمیمات ماده ۶۱، موافقت حداقل دو عضو قاضی این هیئت نیز ضروری است.

هیئت تجدید نظر شورا در تهران مستقر است. شیوه تصمیم‌گیری و صدور آرا هم به این شرح است که تصمیمات هیئت به تصویب اکثریت اعضای هیئت بستگی دارد. اگر موضوعات ماده ۶۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مطرح باشد و رأی تجدید نظر در خصوص این مصادیق صادر گشته است، لازم است علاوه بر شرط یادشده، متضمن موافقت حداقل دو عضو قاضی این هیئت باشد. در خصوص شیوه تحقیق و بازرسی توسط هیئت تجدید نظر باید بیان داشت که مطابق با بند ب بخش ۳ ماده ۶۳ قانون یادشده این اختیار را دارد که امر تحقیق و بازرسی را به مؤسسات تخصصی و اشخاص حقیقی و حقوقی متخصص ارجاع دهد که طبق قوانین خاص تشکیل و احراز صلاحیت شده‌اند. این هیئت می‌تواند تصمیمات شورا را نقض یا عیناً تأیید یا حسب مورد تعدیل یا اصلاح کند یا به صورت مستقل تصمیم دیگری بگیرد و تصمیمات یادشده، قطعی و لازم‌الاجراست.

۱. رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۲، صص ۱۴۷۱۵۱.

هیئت تجدیدنظر می‌تواند طرفین دعوا را برای ادای توضیحات دعوت کند. هم‌چنین طرفین یا وکیل آن‌ها بنا به تشخیص خود می‌توانند حضوری یا با ارائه لایحه دفاعیه در جلسه رسیدگی به پرونده مطرح‌شده توضیح دهند. در غیر این صورت، هیئت با توجه به مدارک و مستندات مضبوط در پرونده، تصمیم مقتضی خواهد گرفت. تصمیمات شورای رقابت جز در مورد بند «۱۲» ماده (۶۱) قانون یادشده پس از ابلاغ به ذی‌نفع قابل اجراست و تجدیدنظرخواهی ذی‌نفع به موجب ماده (۶۳) قانون یادشده مانع اجرا نخواهد شد. در هر صورت، ذی‌نفع می‌تواند هم‌زمان با تجدیدنظرخواهی یا پس از آن تا زمان تصمیم‌گیری هیئت تجدیدنظر، توقف اجرای تصمیم شورای رقابت را تقاضا کند و هیئت تجدیدنظر فوری به تقاضا رسیدگی می‌کند و می‌تواند با اخذ تأمین یا تضمین مناسب، دستور توقف اجرای تصمیمات شورای رقابت را صادر کند. با این‌که آرای نهادهای ناظر بر رقابت بی‌تردید قابل تجدیدنظرخواهی است، اما در تعیین مرجع صالح آن و انواع تجدیدنظرخواهی محل اختلاف است.

بند دوم. فرجام‌خواهی نسبت به آرای مراجع نخستین و تجدیدنظر

فرجام‌خواهی نسبت به آرای صادره از مرجع تجدیدنظر ابهام‌هایی دارد. مفاد ماده ۶۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در این خصوص قابل استناد نیست و قانون‌گذار در تنظیم آن به صورتی عمل کرده است که قابلیت فرجام‌خواهی این قبیل آرا را تقویت می‌کند.

در متنی که در سال ۱۳۸۶ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، بندی وجود داشت که بیان می‌کرد تصمیمات هیئت تجدیدنظر به شرح بند فوق، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود و در هیچ یک از مراجع اداری و قضایی قابل اعتراض نیست. مخالفان این بند بر این اعتقاد بودند که مقرره یادشده به شاکي، اجازه اعتراض در مراجع بعدی را نمی‌دهد. بنابراین، در نظام حقوقی ما پیشینه ندارد و قابل توجیه نخواهد بود. در مقابل، بعضی نمایندگان نیز بر این باور بودند که دلیل وجود چنین بندی در این ماده آن است که برخی احکام مطابق قوانین موضوعه نهایی است و این بند، صراحتاً امکان اعتراض در دیگر محاکم (اعم از دیوان عدالت اداری و محاکم دادگستری) را منتفی می‌سازد.^۱

^۱ خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵، ۱۳۹۵، ص ۲۱۴؛ مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره هفتم، جلسه سیصد و شصت و سوم، مورخ نهم مهر ۱۳۸۶، روزنامه رسمی شماره ۱۸۲۳۰.

مطابق با اصول دادرسی، فرجام‌خواهی از روش‌های فوق‌العاده شکایت از آرا و خلاف اصل است و ضروری است تا امکان تجویز آن توسط قانون‌گذار تصریح گردد.

درباره جایگاه دیوان عالی کشور به عنوان عالی‌ترین نهاد قضایی کشور در نظارت بر حسن اجرای قوانین رقابتی، دو رویکرد وجود دارد. ابتدا تصمیمات شورای رقابت در دیوان عالی کشور امکان تجدیدنظر می‌یابند. سپس آرای صادرشده از نهاد رقابتی امکان تجدیدنظرخواهی در محاکم دادگستری را دارا می‌شوند و همانند دیگر پرونده‌های غیر رقابتی، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور هستند (نظام رقابت آمریکا این رویکرد را در پیش گرفته است و به آن عمل می‌کند). به موجب اصول قانون اساسی، وظیفه دیوان عالی، نظارت بر دادگاه‌ها و کنترل کار قضاات و رسیدگی به احکام صادرشده از نظر شکلی، ایجاد وحدت رویه قضایی هنگام اختلاف نظر قضایی قضاات در برداشت از قانون و انجام مسئولیت‌های محوله است. بر همین اساس، هرچند قضاات دیوان عالی کشور در شورای رقابت حضور دارند، اما این امر سبب نمی‌گردد تا این نهاد، مرجعی قضایی به شمار آید و ممکن نیست تا تجدیدنظر از آرای شورای رقابت را در حیطه وظایف آن قرار داد. صرف وجود قضاات در شورای رقابت سبب نمی‌شود تا آن را محکمه نام نهیم تا به تبع آن، بحث اختلاف نظر قضایی قضاات و ایجاد وحدت رویه قضایی مطرح گردد. با تکیه بر اصل امکان ناپذیری فرجام‌خواهی از برخی آرای دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر (مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی)، با آن‌که مورد بحث محاکم قضایی دادگستری است، اما قابل تعمیم به آرای شورای رقابت و هیئت تجدیدنظر آن نیز هست.

بنابراین، می‌توان بیان داشت که فرجام‌خواهی از آرای هیئت تجدیدنظر در شعب دیوان عالی کشور به سبب قضایی نبودن آن، مخالف با اصل فرجام‌خواهی از آرای محاکم حقوقی و کیفری در این دیوان است و به تصریح قانون‌گذار نیاز دارد؛ زیرا هر آن‌چه خلاف اصل بیان گردد، حکم خاص قانون‌گذار را طلب می‌کند.

بند سوم. تجدیدنظر و فرجام‌خواهی در دیوان عدالت اداری

شورای رقابت و هیئت تجدیدنظر، دادگاه محسوب نمی‌شوند و از نظر ماهیت، مرجع شبه قضایی هستند. پس می‌توان از آرای قطعی شورای رقابت و هیئت تجدیدنظر آن به دیوان عدالت اداری

شکایت کرد. گفتنی است با توجه به اصلاح ماده ۶۳ قانون اصلاح سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، برخی حقوق دانان نسبت به صلاحیت دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به شکایات علیه آرای شورای رقابت اظهار تردید کرده‌اند.

ماده ۶۳ قانون قبل از اصلاح مقرر می‌داشت: «تصمیمات شورای رقابت به موجب ماده ۶۱ ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ به ذی نفع قابل تجدیدنظر در هیئت تجدیدنظر موضوع ماده ۶۴ این قانون است. این مدت برای اشخاص مقیم خارج، دو ماه خواهد بود. در صورت عدم تجدیدنظرخواهی در مدت یادشده و هم‌چنین در صورت تأیید تصمیمات شورا در هیئت تجدیدنظر، این تصمیمات قطعی است».

ماده یادشده در سال ۱۳۹۷ به این شرح اصلاح شد: «کلیه تصمیمات شورای رقابت و نهادهای تنظیم‌گر بخشی از موضوع ماده ۶۴ این قانون است. در صورت عدم ارائه درخواست تجدیدنظر در مدت یادشده و هم‌چنین در صورت تأیید تصمیمات شورا در هیئت تجدیدنظر، این تصمیمات قطعی هستند.» آن قسمت از ماده که برای نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آرای شورای رقابت به آن استناد شده، عبارت «صرفاً قابل تجدیدنظر در هیئت تجدیدنظر»، موضوع ماده ۶۴ این قانون است.^۱

در دیوان عدالت اداری، وظیفه ابلاغ و اجرای احکام بر عهده اداره کل ابلاغ و اجرای احکام دیوان عدالت اداری است. این اداره یکی از ادارات کل زیرمجموعه معاونت اجرای احکام و نظارت و ارزش‌یابی است که در سال ۱۳۸۶ تشکیل شد و اداره ابلاغ و اداره اجرای احکام از اداره‌های تابعه آن به شمار می‌رود. هدف از اقامه دعوا در دیوان عدالت اداری از ناحیه اشخاص، رفع تعدی و تظلمات از مأموران یا واحدهای دولتی است و تا زمانی که رأی صادره قطعی و لازم‌الاجرا به صورت صحیح و کامل اجرا نشده باشد، شاکی به حقوق خود نرسیده است. پس برای اجرای صحیح آرای قطعی و جلوگیری از تعلل سازمان طرف شکایت از اجرای رأی واحد اجرای احکام مطابق قانون مرقوم متناسب با حجم ورودی و موجودی پرونده با تشکیل چندین شعبه اجرای احکام و تعدادی دادرس و کارمند دفتری به تعداد لازم، موضوع اجرای آرای صادره را مطابق قانون پی‌گیری می‌کند.

۱. میرزاده کوه‌شاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال نهم، شماره ۱۴۰۱، ص ۳۷۱.

مطابق ماده ۳۴ قانون مصوب ۱۳۸۵ و ماده ۱۰۷ قانون مصوب ۱۳۹۰، همه سازمان‌های محکوم علیه مکلفند آرای صادرشده از دیوان عدالت اداری را بلافاصله پس از ابلاغ اجرا کنند. در صورت استنکاف طرف شکایت از اجرای رأی، مطابق ماده ۳۵ قانون ۱۳۸۵ اگر شاکی به شعبه صادرکننده رأی مراجعه و اظهار کند که طرف شکایت از اجرای رأی صادرشده خودداری کرده است، پس از بررسی موضوع از طرف رئیس شعبه و احراز استنکاف، پرونده به اجرای احکام ارسال می‌گردد. پس از ارجاع آن به یکی از شعب، موضوع اجرای رأی مطابق ماده ۳۶ و ۳۷ قانون پی‌گیری می‌شود. با اجرای قانون مصوب ۱۳۹۰ و با استناد ماده ۱۰۸، آرای قطعی از شعب بدوی یا تجدیدنظر بلافاصله پس از ابلاغ به اجرای احکام ارسال می‌گردد و پس از ارجاع آن به شعبه اجرای احکام، مطابق مواد بعدی، اقدامات اجرایی پی‌گیری می‌شود.^۱

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار با تأسیس شورای رقابت تلاش کرد با ایجاد نهاد اختصاصی، اهداف حقوق رقابت در نظام حقوقی ایران را محقق سازد. پس صلاحیت رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی را در اختیار این شورا نهاد و از مراجع دیگر در رسیدگی به اعمال ضد رقابتی که تنظیم قراردادهای غیر منصفانه نیز از جمله آن‌هاست، سلب صلاحیت کرد. اهداف گوناگونی برای رقابت ذکر شده است که همگی در جهت توسعه کشور، مجری حقوق رقابتند که شاید بتوان مهم‌ترین آن را پیش‌گیری از سوء استفاده از موقعیت برتر بنگاه‌های بزرگ بعد از به دست آوردن موقعیت برتر نسبت به دیگران و حمایت از آزادی رقابت و جلوگیری از محدود کردن آن دانست.

در نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق آمریکا، اگر در نتیجه تخطی از ممنوعیت مقررات رقابت که نمونه آن، قراردادهای ضد رقابتی منعقد شده میان بنگاه اقتصادی و بنگاه دیگر یا مصرف‌کننده است، توافقی میان آن‌ها صورت گیرد، آن توافق باطل خواهد بود. به عبارت دیگر، در رویه قضایی آمریکا از اصطلاح «غیر قانونی» در متن ماده ۱ قانون شرمین، «بطلان قهقرایی» برداشت می‌گردد. جرم‌انگاری و مجازات کیفری در نظر گرفته شده در این قوانین از این موضع، حمایت کیفری می‌کند. در حقوق اتحادیه اروپایی، بر مبنای بند ۲ ماده ۱۰۱ معاهده، هر گونه توافق یا تصمیمی که برابر این ماده ممنوع شده است، خود به خود باطل خواهد بود.

1. www.divan-edalat.ir.

در حقوق رقابت ایران، هرچند توافق ضد رقابتی ممنوع است، اما بطلان پذیرفته شده نیست و با وجود تصمیم‌گیری شورای رقابت در این زمینه بر مبنای ماده ۶۲ ق.ا.س.ک.ا. و اصل ۴۴ ق.ا. و وظیفه این شورا در انعقاد توافقات ضد رقابتی، فسخ قرارداد است. اساساً به حکم قانون، تنها مرجع صالح برای اعلام فسخ، شورای رقابت است. با توجه به متن صریح ماده ۶۱ و سیر تکوین قانون در ابتدا، این توافق‌ها باطل اعلام گردید، اما در تصویب نهایی نظر هیئت وزیران اعمال نگردید و ضمانت اجرای فسخ در نظر گرفته شد. این ضمانت اجرای اختصاصی در حقوق ایران پذیرفته شد.

بر مبنای ماده ۶۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ق.ا. هر شخص حقیقی و حقوقی متضرر از اعمال رویه‌های ضد رقابتی در قانون امکان جبران خسارت را خواهد داشت. بنابراین، خریدار مستقیم و غیر مستقیم بر اساس قاعده‌گذاری ماده ۶۶ قانون ا.س.ک.ا.۴۴ ق.ا. می‌تواند به جبران بیاندیشند. با توجه به این قانون و تبصره آن، در حوزه مسئولیت مدنی ناشی از اعمال رویه‌های ضد رقابتی هم‌چون قواعد عمومی مسئولیت مدنی در این مورد می‌توان امکان بهره‌مندی از جبران خسارت غیر قراردادی را با وجود ناشی شدن ضرر از قرارداد مطالبه کرد. در خصوص امکان اعتراض به رأی شورای رقابت باید اذعان داشت رأی صادرشده در هیئت تجدیدنظر شورای رقابت قابل اعتراض است و در نهایت به عنوان یک تصمیم اداری در دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است. با این حال، قابل رسیدگی و اعتراض در محاکم دادگستری نیست و فرجام‌خواهی از آن در دیوان عالی کشور نیز میسر نخواهد بود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرةالمعارف مدنی و تجارت تهران (جلد ۱)، تهران: مشعل آزادی، ۱۳۵۷.
۲. رشوند بوکانی، مهدی، حقوق رقابت در فقه امامیه، حقوق ایران و اتحادیه اروپا، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۲.
۳. صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
۵. میرجلیلی، فاطمه، درباره لایحه مقررات تسهیل کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل گیری انحصارات: مروری بر قانون رقابت کشورهای منتخب، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۷۷۳۰، ۱۳۸۵.
۶. میرجلیلی، فاطمه، لایحه مقررات تسهیل کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل گیری انحصارات، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۸۰۲۴، ۱۳۸۴.
۷. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. اسماعیلی، محسن و سید محمد مهدی غمامی، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۲. اصغر نیا، مرتضی و ولی رستمی، «درآمدی بر ویژگی های مقررات اقتصادی خوب و کارآمد در حقوق رقابت»، فصل نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷.
۳. برزگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، فصل نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۳.

۴. پورسید، بهزاد و همکاران، «شورای رقابت: از جایگاه حقوقی تا صلاحیت قیمت‌گذاری خودرو»، مجلس و راهبرد، سال بیست و چهارم، شماره ۹۱، ۱۳۹۶.
۵. چراتیان، ایمان، «واکاوی چالش‌های رقابت»، مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۳، ۱۳۸۷.
۶. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۵، ۱۳۹۵.
۷. فرد کاردل، محمود و همکاران، «فقدان رقابت کارآمد در معاملات عمومی و شکست بازار»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۷، ۱۴۰۰.
۸. قربانی، مجید و عباس باقری، «دست‌کاری بازار اوراق بهادار»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، شماره ۲۹، ۱۳۸۹.
۹. مصطفوی، مصطفی و علی‌رضا نورآبادی، «وضعیت معاملات مضطر در حالت سوء استفاده از اضطرار»، دوفصل‌نامه علمی تخصصی آموزه‌های حقوقی گواه، سال سوم، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۱۰. میرزاده کوه‌شاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال نهم، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۱۱. ناعمه، حسن، «رعایت اصل رقابت در انعقاد قراردادهای اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۶، ۱۳۹۷.
۱۲. واعظی، سید مجتبی و فاطمه کیانی، «بی‌اعتباری قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و هفتم، شماره ۹۹، ۱۴۰۱.

ج) پایان‌نامه

۱. گلستانی نجف‌آبادی، افروز، «جرم‌انگاری فعالیت‌های ضد رقابت در پرتو حقوق ایران و سیاست‌های سازمان تجارت جهانی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.

2.latin source

1. Van Siclen, Sally, **Abuse of Dominance and Monopolisation**, 1996, available at: www.oecd.org/dataoecd.
2. Wish, Richard, **Competition Law**, 3rd /ed., London, Butter Worths, 1989.
3. Hawk, B. E., **United States, Common Markek & International Antitrust: A Comparative Guide**, 2nd /ed., New York, Aspen Law & Business, 1986.
4. Hovenkamp, Herbert, **Antitrust, Black Letter Series**, West Publishing Co., 1990.
5. West, Jeremy, **An Analytical note**, 2005, available at: www.oecd.org/dataoecd.2005.

مسئولیت مقاطعه‌دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه‌کار در برابر کارگران وی بر اساس قانون کار؛ چالش‌ها و راهکارها

محمد قاسم تنگستانی^۱ و مهدی مرادی برلیان^۲

چکیده

ماده ۱۳ قانون کار با شناسایی مسئولیت مقاطعه‌دهنده در مورد قراردادهایی که مقاطعه‌کار با کارگران خود منعقد می‌کند، وی را ملزم کرده است به صورت مقتضی از رعایت تمام تکالیف مقاطعه‌کار بر اساس قانون کار در قبال کارگرانش اطمینان یابد و قرارداد خود را با وی بر این اساس منعقد کند. این تکلیف قانونی که با هدف حمایت از کارگران و پیش‌بینی تضمین‌های لازم برای استیفای کامل حقوقشان وضع شده است، با اقتضائات اصل نسبی بودن قراردادهای هماهنگ نیست.

نوشتار پیش رو با برگرفتن روش توصیفی و تحلیلی و با هدف بررسی و ارائه راهکارهایی برای رفع چالش‌های اجرای این ماده قانونی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش است که مقاطعه‌کار باید چگونه قرارداد خود را با مقاطعه‌دهنده تنظیم کند و اقدامات لازم را انجام دهد که مفاد این ماده، اجرا شده تلقی گردد؟

بر اساس یافته‌های مقاله، چالش‌های گوناگونی هم‌چون ابهام در نحوه انعقاد قرارداد با مقاطعه‌دهنده، تصویب نشدن مقررات لازم برای اجرایی کردن ماده ۱۳، نامشخص بودن میزان مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در صورت رعایت نشدن حقوق کارگر و ابهام در صلاحیت مراجع صلاحیت‌دار در رسیدگی به شکایات کارگران قابل شناسایی است. برای رفع این چالش‌ها سعی شده است راهکارهای شبه‌تقنینی و اجرایی نظیر تصویب دستورالعمل اجرایی ماده ۱۳ و تعیین میزان مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار پیشنهاد و گامی برای ارتقای نظام حقوقی فعلی برداشته شود. برخی راهکارهای تحلیل‌شده در این مقاله، در رویه کنونی به کار گرفته می‌شود و شماری دیگر، ابتکاری هستند.

واژگان کلیدی: اصل نسبی بودن قراردادهای، حقوق کار، کارفرما، ماده ۱۳ قانون کار، ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی.

۱ دانشجویار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.tangestani@khu.ac.ir

۲ استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابل، ایران. mmoradib@umz.ac.ir

مقدمه

تکالیف قانونی کارگران و کارفرمایان به تفصیل در قانون کار به عنوان قانون مادر در روابط کار و نیز دیگر قوانین (هم‌چون قانون تأمین اجتماعی) و مقررات ناشی از آن‌ها مشخص شده است. قرارداد کار از جهات متعددی مشمول قواعد حقوقی برآمده از اصول حاکم بر قراردادهاست. یکی از این اصول، اصل نسبی بودن آثار قراردادهاست که به موجب آن، قرارداد صرفاً دارای اثر نسبت به طرفین و قائم مقام قانونی آن‌هاست و علی‌القاعده نسبت به اشخاص ثالث، بی‌اثر.

ماده ۳ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹/۸/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام)، کارفرما را شخصی (اعم از حقیقی یا حقوقی) دانسته است که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت حق‌السعی کار می‌کند. منظور از کارفرما در این ماده و دیگر مواد قانون کار، شخصی است که به طور مستقیم، وارد رابطه کار با کارگر می‌شود. قانون‌گذار در مواردی که شخص، کاری را در قالب پیمان‌کاری یا مقاطعه‌کاری به دیگری واگذار می‌کند، از واژه «مقاطععه‌دهنده» استفاده کرده است. بر این اساس، مقاطعه‌دهنده دارای رابطه قراردادی با مقاطعه‌کار است. مقاطعه‌کار نیز برای انجام اموری که عهده‌دار شده است، کارگرانی را استخدام می‌کند که در رابطه اخیر، وی، کارفرما محسوب می‌شود.

با عنایت به ارتباط قراردادی مستقیم میان کارفرما (مقاطععه‌کار) و کارگر، مسئولیت انجام وظایفی که در قانون کار و دیگر قوانین و مقررات بر عهده کارفرما گذاشته شده، علی‌الاصول متوجه مقاطعه‌دهنده نمی‌شود، مگر مواردی که تصریح شده باشد. ماده ۱۳ قانون کار در خصوص استثنای اخیر مقرر داشته است: «در مواردی که کار از طریق مقاطعه‌کار انجام می‌یابد، مقاطعه‌دهنده مکلف است قرارداد کار خود را با مقاطعه‌کار به نحوی منعقد نماید که در آن مقاطعه‌کار متعهد گردد که تمامی مقررات این قانون را در مورد کارکنان خود اعمال نماید». هم‌چنین در تبصره‌های این ماده تصریح شده است که «مطالبات کارگر جزء دیون ممتاز بوده و کارفرمایان موظف می‌باشند بدهی پیمان‌کاران به کارگران را برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمان‌کار، من جمله ضمانت حسن انجام کار پرداخت نمایند. ... چنان‌چه مقاطعه‌دهنده برخلاف ترتیب فوق به انعقاد قرارداد با مقاطعه‌کار بپردازد یا قبل از پایان ۴۵ روز از تحویل موقت تسویه حساب نماید، مکلف به پرداخت دیون مقاطعه‌کار در قبال کارگران خواهد بود».

همان طور که ملاحظه می‌شود، مفاد تبصره‌های این ماده صرفاً ناظر بر دیون مالی مقاطعه‌کار (نظیر حقوق و دست‌مزد کارگر، اجرائیه تأمین اجتماعی برای پرداخت حق بیمه و اجرای آرای قطعی مراجع صلاحیت‌دار) است و شامل همه وظایف قانونی کارفرما در برابر کارگر (اعم از این که ماهیت مالی داشته یا نداشته باشد) نمی‌شود. بر این اساس، تبصره‌های ماده ۱۳، ضمانت اجرای این تکلیف را در همه موارد بیان نداشته است. پس ظاهراً مقاطعه‌دهنده در خصوص دیگر تکالیف کارفرمایان نسبت به کارگران خود تکلیفی ندارد.

نوشتار پیش رو با روش توصیفی و تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش اصلی است: منظور از انعقاد قرارداد میان مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار «... به نحوی که در آن، مقاطعه‌کار متعهد گردد که تمامی مقررات این قانون را در مورد کارکنان خود اعمال نماید...» بر اساس ماده ۱۳ قانون کار چیست؟ به عبارت دیگر، اگر مقاطعه‌دهنده درصدد رعایت این حکم باشد، دقیقاً باید چگونه اقدام کند؟ پرسش‌های فرعی نیز که در راستای پاسخ‌گویی به این پرسش و مسائل مرتبط با آن مطرح می‌شوند، عبارتند از: اجرای حکم ماده ۱۳ قانون کار چه چالش‌هایی دربردارد و چه راهکارهایی برای رفع آن‌ها می‌توان پیشنهاد کرد؟ آیا به صرف درج احکام مربوط مبنی بر لزوم رعایت قوانین و مقررات کار توسط کارفرما (مقاطعه‌کار)، تعهد مقاطعه‌دهنده، انجام شده تلقی می‌شود یا وی باید اقدامات ایجابی مشخصی را نیز انجام دهد؟ در این صورت، اقدامات یادشده جنبه نظارتی دارد یا شامل ورود به عملیات اجرایی نیز می‌شود؟ در صورت پیش‌بینی حکم خاص در خصوص مفاد آن تبصره‌ها آیا به تکلیف یادشده عمل شده است؛ به عبارت دیگر، آیا آن احکام، تمامی سازوکارهای لازم برای اجرای مفاد حکم ماده ۱۳ قانون کار را دربرگرفته‌اند؟ در هر حال، اگر اقداماتی که مقاطعه‌دهنده باید انجام دهد، شامل اقدامات ایجابی نیز شود، آیا این امر مغایر صلاحیت‌های مقاطعه‌کار و دخالت در عملیات اجرایی و النهایه، موجب لوژ شدن مسئولیت وی نمی‌گردد؟ در صورت رعایت نشدن مفاد ماده ۱۳ قانون کار، نسبت مسئولیت مقاطعه‌کار و مقاطعه‌دهنده در برابر کارگر چگونه است؟ رویه مراجع قضایی در اجرای این ماده چه دلالتی دارد؟

فرضیه اصلی این نوشتار مبتنی بر این گزاره است که اجرای ماده ۱۳ قانون کار، چالش‌های عمده دارد، مانند: مغایرت با اصل نسبی بودن اثر قراردادها، ابهام در نحوه انعقاد قرارداد مقاطعه، نابسندگی تصویب مقررات اجرایی مناسب برای عملیاتی کردن این ماده، نامشخص بودن میزان

مسئولیت مقاطعه‌دهنده در حوادث ناشی از کار و ابهام در صلاحیت مراجع قضایی و شبه‌قضایی در رسیدگی به دعاوی مربوط. به عنوان راهکار برطرف کردن چالش‌های یادشده می‌توان کاربرست مواردی هم‌چون تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ قانون کار، الزام به ارائه بیمه مسئولیت مدنی توسط مقاطعه‌کار، الزام به پرداخت حقوق کارگران از طریق تراکنش‌های بانکی، مشخص کردن حدود مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در صورت انجام نشدن تکالیف قانونی مربوط در برابر کارگران و اشخاص ثالث، سامان‌دهی کارگران (نیروهای) شرکتی دستگاه‌های دولتی و تهیه احکام قرارداد نمونه (تیپ) برای درج در قراردادهای پیمان‌کاری را علاوه بر راهکارهای قانونی موجود پیشنهاد داد.

حسب بررسی انجام‌شده، پژوهشی در موضوع اصلی این نوشتار نگاشته نشده است که این امر یکی از دشواری‌های انجام پژوهش پیش رو بود. فقر منابع علمی در این زمینه، تعدد قابل توجه مشمولان و نیز ذی‌نفعان حکم ماده ۱۳ قانون کار و اجمال مقررات قانونی موجود در زمینه شیوه اجرای حکم یادشده، از جمله جهات ضرورت و اهمیت نگارش مقاله حاضر است.

این نوشتار در قالب سه گفتار ابتدا به بررسی چارچوب نظری موضوع پرداخته است. سپس با تبیین چالش‌های فراوری شناسایی مسئولیت مقاطعه‌دهنده در خصوص تکالیف قانونی مقاطعه‌کار بر اساس قانون کار، ضمن ارزیابی راهکارهای موجود، پیشنهادهایی در چارچوب نظام حقوقی ایران برای رفع مشکلات و چالش‌های یادشده به عنوان هدف اصلی این نوشتار ارائه می‌گردد.

گفتار اول. چارچوب نظری

در گفتار حاضر به منظور فراهم کردن مقدمات ورود به بحث اصلی مقاله، ابتدا ضمن بررسی منابع حقوقی راجع به موضوع این نوشتار، مفاهیم مرتبط و دامنه شمول آن واکاوی و سپس مبانی آن تبیین می‌گردد.

بند اول. مفاهیم و دامنه شمول

محتوای حکم موضوع ماده ۱۳ قانون کار (مصوب ۱۳۶۹) به ترتیبی که پیش‌تر بیان شد، در قانون کار (مصوب ۱۳۳۷) پیش‌بینی نشده است. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، محدوده شمول ماده ۱۳ قانون کار از نظر قراردادهای، صرفاً قرارداد «مقاطععه» یا «پیمان‌کاری» و از نظر موضوع حکم، صرفاً تکالیف مقرر

در قانون کار است، نه دیگر قوانین. توضیح آن که برخی وظایف کارگر و کارفرما در قوانینی به جز قانون کار نظیر قانون مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده است. هم‌چنین باید افزود مقررات وضع شده در اجرای قانون کار طبعاً مشمول حکم این ماده قرار می‌گیرند. این حکم شامل همه کارفرمایان (مقاطعه‌دهندگان) اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی (دولتی^۱ و خصوصی) می‌شود. البته باید توجه داشت که اجرای این حکم توسط دستگاه‌های دولتی با ملاحظات گوناگونی مواجه است که در ادامه به آن اشاره خواهد شد. با توجه به محدود بودن این حکم به قراردادهای مقاطعه، در مواردی که عملیات موضوع قرارداد در قالب عقد اجاره یا دیگر عقود (دارای شروط ضمن عقد) منعقد می‌شود، ظاهراً آن قرارداد مشمول حکم این ماده نیست.^۲ این نکته می‌تواند زمینه فرار از مسئولیت مقاطعه‌دهندگان را فراهم کند. برای مثال، ممکن است یک دستگاه دولتی به جای انعقاد قرارداد تحت عنوان و قالب پیمان‌کاری یا مقاطعه‌کاری، قرارداد اجاره ببندد و به موجب شروط ضمن عقد، همان مقررات مربوط به ساخت، بهره‌برداری و انتقال را اراده کند. حال در چنین مواردی، عنوان قرارداد ملاک عمل است یا ماهیت کار واگذار شده به طرف قرارداد؟

اگر منظور از عبارت «... از طریق مقاطعه‌دهنده...» را انعقاد قرارداد در قالب قرارداد مقاطعه بدانیم، طبعاً قراردادهایی که در قالبی جز این عنوان منعقد شوند، مشمول حکم این ماده قرار نمی‌گیرند. اگر ماهیت موضوع واگذار شده، مورد نظر قانون‌گذار باشد، حتی قراردادهایی را دربرمی‌گیرد که عنوان قرارداد مقاطعه ندارند. بر اساس یک نظر، اولاً حکم این ماده خلاف اصل نسبی بودن آثار قراردادهاست (پس باید به قدر متیقن و به صورت مضیق تفسیر شود). ثانیاً قرارداد مقاطعه یا پیمان‌کاری، عنوان خاص شناخته شده در نظام حقوقی ایران است. پس دیدگاه نخست، موجه است. با وجود این، دیدگاه رقیب که از جمله به اصل حمایتی بودن مقررات قانون کار تمسک می‌جوید، بی‌مبنا نیست.

۱. برخلاف ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی که به شمول حکم یادشده نسبت به دستگاه‌های دولتی تصریح کرده، در ماده ۱۳ قانون کار، چنین تصریحی صورت نگرفته است. با عنایت به اطلاق این ماده، اشخاص یادشده نیز مشمول این حکم قرار می‌گیرند. به نظر می‌رسد حکم ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی را باید از باب تأکید دانست.

۲. نیک‌خواه، رضا، سید مهدی صالحی و سید سلمان مرتضوی، «واکاوی فقهی تفکیک مقاطعه‌کاری از قراردادکار»، پژوهش‌های فقهی، دوره سیزدهم، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۳، ص ۵۹۶.

در خصوص تعریف قرارداد پیمان کاری یا مقاطعه، ذیل فصل اول آیین نامه ایمنی امور پیمان کاری، «قرارداد/پیمان» چنین تعریف شده است: «پیمانی است مکتوب فی مابین کارفرما با پیمان کار اصلی یا پیمان کار اصلی با پیمان کاران فرعی یا مابین پیمان کاران فرعی با یکدیگر که بیان کننده تعهدات و التزام طرفین قرارداد در موضوع پیمان آنان است. در قرارداد پیمان کاری، مواردی از قبیل مشخصات طرفین قرارداد، موضوع، مبلغ، مدت پیمان، تعهدات و اختیارات کارفرما و پیمان کار و فسخ یا خاتمه پیمان مشخص می شود».

برخی نویسندگان با استناد به ماده ۱۱ قانون مالیات بر درآمد (مصوب ۱۳۳۹)، مقاطعه را قراردادی دانسته اند که به موجب آن، اداره یا مؤسسه عمومی، فروش کالا یا انجام عمل معینی را در قبال قیمت معین با شرایط معین و مدت معین به شخص یا اشخاص معین واگذار می کند.^۱ در این نظر، انواع قرارداد مقاطعه شامل مقاطعه ساختمانی، مقاطعه ملزومات، مقاطعه حمل و نقل و دیگر مقاطعه کاری ها می شود.^۲ برخی دیگر نیز قراردادهای پیمان کاری را ذیل دو دسته قراردادهای مشمول طرح های عمرانی و قراردادهای پیمان کاری عادی یا غیر مشمول طرح های عمرانی دانسته اند. قراردادهای نخست نیز به دو نوع قراردادهای پیمان کاری اجرایی و مشاوره ای تقسیم می شوند.^۳

یکی از نکات قابل ذکر در این زمینه، تعهدات لازم الاجرا برای دولت ایران به موجب اسناد سازمان بین المللی کار است. افزون بر مقاله نامه های این سازمان^۴ که دولت ایران به آن ها ملحق شده، آن دسته از استانداردهای بین المللی کار نیز که به حقوق بین الملل عرفی یا اصول کلی حقوقی تبدیل شده باشند، الزام آورند. هم چنین مقاله نامه های بنیادین حتی در صورت تصویب نشدن توسط دولت ها، برای اعضای سازمان بین المللی کار لازم الاجرایند.^۵ این در حالی است که حوزه شمول ماده

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هجدهم، ۱۳۸۶، ص ۶۷۶.

۲. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان و دانش نگار، چاپ پنجم، ۱۳۹۰، ص ۶۴.

۳. محمدی، صادق، «تأثیر ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی بر قراردادهای اداری»، فصل نامه مطالعات حقوق، دوره دوم، ۱۳۹۷، شماره ۱۹، ص ۱۰۹.

۴. شمار قابل توجه مقاله نامه های این سازمان موجب شده است این اندیشه مطرح گردد که آن چه مهم است، نه صرف تصویب، بلکه «اجرای مناسب» آن است. بحث «مقررات زدایی» از اسناد این سازمان به عنوان یکی از سیاست های کلی حاکم بر فعالیت های آن مطرح شده است: عراقی، سید عزت الله و امیرحسین رنجبریان، تحول حقوق بین الملل کار، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۲۷۷.

۵. پناهنده ثمرین، امیر، استناد به مقاله نامه های سازمان بین المللی کار در رویه قضایی با مطالعه تطبیقی، تهران:

۱۳ قانون کار صرفاً تکالیف مندرج در این قانون است و شامل تعهدات بین‌المللی درج نشده در این اسناد نیست. البته در این زمینه باید اذعان داشت که بخشی از تعهدات یادشده در قانون کار به عنوان یک قانون داخلی پیش‌بینی شده است.

بند دوم. مبانی و منابع مرتبط

مبنای اصلی وضع حکم موضوع ماده ۱۳ قانون کار، حمایت از کارگرانی است که در رابطه قراردادی با مقاطعه‌کار هستند. قانون‌گذار با این روش درصدد اطمینان‌یابی از رعایت الزامات مندرج در قانون کار نسبت به کارگران است. با توجه به نابرابری طرفین رابطه کار و لزوم تعدیل این رابطه، حکم این ماده کاملاً در چارچوب فلسفه وجودی حقوق کار قرار دارد و یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر روابط کار یعنی اصل حمایتی بودن حقوق کار است.^۱ در مقابل، ممکن است گفته شود که در تفسیر مقررات قانون کار نباید به گونه‌ای عمل شود که ضمن نقض اصول کلی حاکم بر انعقاد قراردادها و مسئولیت‌های ناشی از آن، تکلیف ناموجهی بر عهده دیگر اشخاص مربوط به روابط کار تحمیل شود. البته باید این نکته را اضافه کرد که محدود کردن حکم ماده ۱۳ قانون کار به تعهدات مندرج در قانون یادشده، با توجه به درج برخی مقررات حمایتی در دیگر قوانین، اقتضائات اصل حمایتی بودن حقوق کار را به صورت کامل تأمین نمی‌کند.

با عنایت به این که تأیید صورت وضعیت انجام کار در امور پیمان‌کاری بر عهده کارفرما یا مشاور تعیین شده از طرف اوست، قانون‌گذار با توجه به این ابزار، کارفرما (مقاطعه‌دهنده) را مکلف کرده است روابط خود را با مقاطعه‌کار به گونه‌ای تنظیم کند که شخص اخیر، همه ضوابط و مقررات قانونی مربوط مندرج در قانون کار را در خصوص کارگران تحت مدیریت خود رعایت کرده باشد.

افزون بر ماده ۱۳ قانون کار، لازم است به دیگر مقررات مربوط در اسناد حقوقی موجود اشاره شود. از جمله این اسناد می‌توان به شرایط عمومی پیمان (ابلاغی ۱۳۷۸/۳/۳ سازمان برنامه و بودجه کشور و اصلاحات بعدی آن) اشاره کرد که این مقررات حمایتی را پیش‌بینی کرده است:

پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۸، شماره گزارش: ۹۸۴۰۰۱۰۱، صص ۷ و ۱۳.

اعراقی، سید عزت‌الله، حقوق کار (۱)، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۱، صص ۱۹-۱۸.

الف) تعهد مقاطعه‌کار به اطلاع و رعایت قوانین و مقررات کار

به موجب بند «د» ماده ۱۶ شرایط عمومی پیمان، پیمان‌کار تأیید می‌کند که از قوانین و مقررات مربوط به کار، بیمه‌های اجتماعی، مالیات‌ها، عوارض و دیگر قوانین و مقررات که تا تاریخ تسلیم پیشنهاد معمول و مجرا بوده، کاملاً مطلع بوده و متعهد است که همه آن‌ها را رعایت کند. در تحلیل این مقررره باید بیان داشت که در هر حال، مسئولیت رعایت نشدن قوانین و مقررات یادشده بر عهده پیمان‌کار است. به لحاظ حقوقی، درج شدن یا نشدن این حکم به جهت فرض قانونی مبنی بر علم به قانون، تفاوتی نمی‌کند و می‌توان آن را نوعی حکم تأکیدی دانست.

ب) صلاحیت اختیاری مقاطعه‌دهنده در پرداخت حقوق معوق کارگران مقاطعه‌کار

به موجب بند «و» ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، با وجود تعهد پیمان‌کار نسبت به پرداخت منظم دست‌مزد کارگران خود طبق قانون کار، در صورتی که در پرداخت دست‌مزد کارگران، تأخیری پیش آید، مهندس مشاور به پیمان‌کار اخطار می‌کند که طلب کارگران را پرداخت کند. در صورت استنکاف پیمان‌کار، کارفرما می‌تواند دست‌مزد کارگران را برای ماه یا ماه‌هایی که صورت وضعیت آن‌ها به پیمان‌کار پرداخت شده است، طبق کارنامه‌های کارگری که در دست کارگران و دارای امضای رئیس کارگاه است، با توجه به پرداخت‌های علی‌الحساب که به آن‌ها شده است، با حضور نماینده مهندس مشاور و پیمان‌کار از محل مطالبات پیمان‌کار پرداخت کند و مبلغ پرداختی را به اضافه ۱۵ درصد به حساب بدهی پیمان‌کار منظور دارد. اگر مطالبات پیمان‌کار کافی نباشد، باید از محل تضمین‌های پیمان‌کار تأمین شود. در صورتی که نماینده پیمان‌کار، با وجود اخطار مهندس مشاور، از حضور برای پرداخت‌ها خودداری کند، کارفرما این پرداخت را انجام می‌دهد، بدون این که پیمان‌کار حق اعتراضی به این عمل و مبلغ پرداختی و تعداد کارگران و مبلغ استحقاقی آنان داشته باشد.^۱

در تبصره ۱ ماده ۱۳ قانون کار، پرداخت مطالبات کارگران توسط مقاطعه‌دهنده به رأی مرجع قانونی وابسته شده است، در حالی که در ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان چنین الزامی ملاحظه نمی‌شود.

۱. دیگر تکالیف مندرج در بندهای ماده ۱۷ به این شرح است: بند «ب» (تأمین محل سکونت مناسب، آب آشامیدنی، روشنایی کافی و آذوقه)، بند «ه» (صدور کارنامه کارکرد روزانه کارگران)، بند «ز» (انتخاب کارگران از میان سکنه منطقه)، بند «ح» (اجرای مقررات بیمه‌های درمانی و اجتماعی، مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار).

شرایط عمومی پیمان جنبه قراردادی دارد و پیمان‌کار با امضای آن، مفاد ماده ۱۷ را عملاً پذیرفته و با استناد به اصل حمایتی بودن حقوق کار، عمل مقاطعه‌دهنده طبق ماده ۱۷ مجاز است.^۱ از این رو، حکم این ماده از شرایط عمومی پیمان قابلیت درج در دیگر انواع قراردادهای مقاطعه را نیز دارد.

ج) مسئولیت نداشتن مقاطعه‌دهنده نسبت به خسارت‌های واردشده در محوطه کارگاه

حسب بند «ب» ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان، پیمان‌کار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های واردشده به شخص ثالث در محوله کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد، هیچ نوع مسئولیتی به عهده ندارد. کارفرما و مهندس مشاور می‌توانند در صورت مشاهده رعایت نشدن دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، دستور توقف بخشی از کار را صادر کنند که ایمنی لازم را ندارد تا این که ایمنی لازم طبق دستورالعمل‌های یادشده برقرار شود. در این حالت، پیمان‌کار حق مطالبه خسارت بر اثر دستور توقف کار را ندارد. در ارزیابی و تحلیل این حکم باید اشاره داشت که تصریح نکردن به مسئولیت نداشتن مقاطعه‌دهنده در فرض ورود خسارت به ثالث، رافع مسئولیت وی بر اساس ماده ۱۳ قانون کار نیست و حکم ماده اخیر در هر حال بر احکام شرایط عمومی پیمان حاکم است.

د) تکلیف مقاطعه‌کار نسبت به بیمه کردن کار

طبق بند «ه» ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان، مقاطعه‌کار مکلف است تمام یا قسمتی از کار را که در اسناد و مدارک پیمان تعیین شده است، در مقابل حوادث نزد مؤسسه مورد قبول کارفرما بیمه کند و بیمه‌نامه را به کارفرما ارائه دهد. اگر پیمان‌کار این تکلیف را انجام ندهد، کارفرما آن را انجام می‌دهد و به اضافه ۱۵ درصد به حساب پیمان‌کار محاسبه می‌کند. هر گونه ادعای پیمان‌کار نسبت به این پرداخت‌ها «بی‌اثر» است. در هر حال، این امر از مسئولیت و تعهدات پیمان‌کار نمی‌کاهد و پیمان‌کار، مسئول تمام عملیاتی است که توسط پیمان‌کاران جزء یا کارکنان آن‌ها انجام می‌شود.

ه) نظارت مقاطعه‌دهنده بر مقاطعه‌کار

بر اساس بند (الف) ماده ۳۲، عملیات اجرایی پیمان‌کار زیر نظر و با اطلاع مهندس مشاور انجام

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱، صص ۲۵۰-۲۴۹.

می‌شود. نظارتی که از طرف کارفرما و مهندس مشاور در اجرای کارها به عمل می‌آید، به هیچ روی از میزان مسئولیت پیمان‌کار نمی‌کاهد.

در پایان این قسمت باید گفت که به موجب جزء ۱ از بند ۲ دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌ها و مقررات مربوط به آن‌ها، شرایط عمومی باید بدون هیچ نوع تغییری در پیمان‌ها به کار رود و تغییر دادن، کاستن یا افزودن مطالبی به آن مجاز نیست.

ریاست وقت سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه، «موافقت‌نامه و شرایط عمومی همسان قراردادهای خدمات مشاوره پژوهشی» را با ابلاغیه مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۴ برای دستگاه‌های اجرایی کشور فرستاده است تا هنگام انعقاد قراردادهای پژوهشی که تمام یا بخشی از هزینه اجرای آن از محل اعتبارات طرح‌های عمرانی تأمین می‌گردد، آن را رعایت (الزامی) کنند. در آن جا نیز حکمی در خصوص الزامات رعایت قانون کار در انعقاد قرارداد همکاری میان مشاور و همکاران وی پیش‌بینی نشده است.

از دیگر احکامی که با حکم موضوع ماده ۱۳ قانون کار مرتبط است و با هدف اجرایی کردن بخشی از تکالیف کارفرما به تصویب رسیده، ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی است که بر اساس آن، در مواردی که انجام کار به طور مقاطعه به اشخاص حقیقی یا حقوقی واگذار می‌شود، کارفرما (مقاطععه‌دهنده) باید در قراردادی که منعقد می‌کند، مقاطعه‌کار را متعهد سازد که کارکنان خود و کارکنان مقاطعه‌کاران فرعی را نزد سازمان تأمین اجتماعی بیمه کند و کل حق بیمه را بپردازد. پرداخت پنج درصد بهای کل کار مقاطعه‌کار از طرف کارفرما موکول به ارائه مفصاحساب از طرف سازمان خواهد بود.^۱

در مورد مقاطعه‌کارانی که صورت مزد و حق بیمه کارکنان خود را در موعد مقرر به سازمان یادشده تسلیم و پرداخت می‌کنند، معادل حق بیمه پرداختی بنا به درخواست سازمان از مبلغ گفته‌شده آزاد خواهد شد. هر گاه کارفرما، آخرین قسط مقاطعه‌کار را بدون مطالبه مفصاحساب سازمان بپردازد، مسئول پرداخت حق بیمه مقرر و خسارات مربوط خواهد بود و حق دارد جوهری را که از این

۱. اجرای حکم مقرر در این ماده با چالش‌هایی روبه‌روست، به‌ویژه اساس محاسبات دریافت حق بیمه مربوط به پیمان‌کاری‌ها به علت انواع مختلف آن‌ها چالش‌زاست. طوسی، عباس و جواد کاشانی، «تحلیل حقوقی - اقتصادی حق بیمه‌های پیمان‌کاری‌ها؛ نقدی بر رویه سازمان تأمین اجتماعی و دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، دوره نوزدهم، شهریور ۱۳۹۶، شماره ۵۵، ص ۳۸.

بابت به سازمان پرداخته است، از مقاطعه‌کار مطالبه و وصول کند. در پایان این ماده تصریح شده است که همه وزارت خانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها و اتاق اصناف و مؤسسات غیردولتی و مؤسسات خیریه و عام‌المنفعه مشمول مقررات این ماده می‌شوند.

پس از بررسی مختصر مبنا و منابع قانونی مسئولیت مقاطعه‌دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه‌کار، در بخش بعدی این گفتار به چالش‌های مربوط به اجرای این تکلیف می‌پردازیم.

گفتار دوم. چالش‌ها

همان گونه که در مقدمه این نوشتار اشاره شد، اجرای حکم ماده ۱۳ قانون کار، چالش‌هایی را برای طرفین رابطه کار، مقاطعه‌دهندگان و نیز مراجع رسیدگی‌کننده به اختلافات کار ایجاد کرده است که در این گفتار به صورت مختصر بررسی می‌کنیم.

بند اول. مغایرت با اصل نسبی بودن آثار قراردادها

مطابق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها در حقوق خصوصی و با عنایت به ماده ۲۳۱ قانون مدنی، آثار هر قرارداد علی‌الاصول صرفاً شامل طرفین آن قرارداد و قائم مقام قانونی آن‌ها می‌شود و متعهد ساختن شخص ثالث نسبت به آن، خلاف اصل است.^۱ گرچه باید اذعان داشت که حتی در حوزه حقوق خصوصی نیز این اصل بدون استثنا نمانده است. توضیح آن که در برخی موارد، اثر مستقیم عقد، اشخاص ثالث را نیز دربرمی‌گیرد. استثنائات اصل نسبی بودن قراردادها عبارتند از:

۱. تعهد به نفع شخص ثالث (موضوع ماده ۱۹۶ قانون مدنی)؛

۲. معامله فضولی (موضوع ماده ۲۴۷ قانون مدنی)؛

۳. عقود جمعی در اشخاص حقوقی.^۲

افزون بر ماده ۱۳ قانون کار، پیمان‌های دسته‌جمعی کار (موضوع مواد ۱۴۰ و ۱۴۱ قانون کار) نیز از

۱. سوکی، آذر، «اصل نسبی بودن آثار قراردادها و تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق موضوعه ایران»، نامه الهیات، سال سوم، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۷، ص ۵۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص ۳۱۵-۳۱۴.

استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهای در حوزه حقوق کار محسوب می‌شوند.^۱

با توجه به این که طرفین رابطه کار، کارگر و کارفرمایند، مقاطعه‌دهنده اصولاً نباید مسئولیتی در خصوص فعل دیگری داشته باشد. با وجود این، به دلیل نابرابری طرفین رابطه کار و لزوم حمایت از طرف ضعیف‌تر (کارگر)، قانون‌گذار به موجب ماده ۱۳ قانون کار، به نوعی مقاطعه‌دهنده را در برابر کارگران مقاطعه‌کار، مسئول تلقی کرده است. قواعد حاکم بر قراردادهای کار، نه به صورت کلی، بلکه تا حدود قابل توجهی، متفاوت از قواعد حاکم بر قراردادهای خصوصی اشخاص است. همان طور که اشاره شد، لزوم حمایت از کارگران به عنوان اصلی‌ترین مبنای تکوینی حقوق کار موجب وضع تکلیف خاصی بر عهده مقاطعه‌دهنده شده است. این در حالی است که اصل نسبی بودن قراردادهای می‌تواند شامل قرارداد کار نیز شود، اما به دلیل تبعیت حقوق کار از اصول و قواعد خاص متناظر بر خود، حداقل در برخی جهات ممکن است وظایف و مسئولیت‌هایی متوجه شخص یا اشخاصی شود که اطراف قرارداد مربوط نبوده‌اند. بر این اساس، در حوزه روابط کار نمی‌توان با استناد به اصل نسبی بودن قرارداد، قائل به مسئولیت نداشتن مقاطعه‌دهنده شد. پس اصل اخیر، محلی برای اجرا در این حوزه خاص و مشخصاً ماده ۱۳ قانون کار ندارد. در نسبت‌سنجی میان اصل نسبی بودن اثر قراردادهای و اصل حمایتی بودن حقوق کار، اصل اخیر حاکمیت دارد و به آن استناد می‌شود.

بند دوم. ابهام در شیوه انعقاد قرارداد با مقاطعه‌کار

یکی دیگر از چالش‌های فراروی مقاطعه‌دهندگان، نامشخص بودن شیوه انعقاد قرارداد با مقاطعه‌کار است، به گونه‌ای که تکلیف موضوع ماده ۱۳ قانون کار رعایت شود. گرچه برخی اشخاص به خصوص دستگاه‌های دولتی در متن قراردادهای پیمان‌کاری که منعقد می‌کنند،^۲ معمولاً متنی مشابه این حکم را پیش‌بینی می‌کنند: «پیمان‌کار موظف است کلیه قوانین و مقررات حاکم از جمله الزامات مندرج در قانون کار و مقررات ناشی از آن را در قبال کارگران خود رعایت/ اجرا نماید و کارفرما (مقاطععه‌دهنده) هیچ مسئولیتی در این زمینه ندارد».

۱. کریمی‌نیا، محمد مهدی، علی‌رضا شجاعی و مجتبی انصاری مقدم، «قرارداد گروهی به عنوان یکی از استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهای»، فصل‌نامه مطالعات و تحقیقات در علوم رفتاری، سال سوم، ۱۴۰۰، شماره ۶.

۲. به منظور آشنایی با اصول حاکم بر پیمانکاری‌های دولتی، رک. سماعیلی هریسی، ابراهیم، شرح حقوقی پیمان، تهران: معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۹، صص ۵۳-۴۸.

با این حال، این پرسش وجود دارد که آیا با درج این حکم، مسئولیت از عهده آن دستگاه برداشته می‌شود یا درج این حکم به تنهایی رافع مسئولیت مقاطعه‌دهنده نیست؟ از یک سو، با درج این حکم، مقاطعه‌دهنده قرارداد را به این ترتیب منعقد کرده است که مقاطعه‌کار، حقوق کارگران خود را رعایت کند، اما از سوی دیگر، این حکم به تنهایی بر رعایت مفاد آن در عمل دلالت ندارد. افزون بر این، فلسفه حقوق کار نیز تضمین رعایت حقوق کارگر در عمل است و نه صرفاً در مقام انعقاد قرارداد. بر این اساس، به نظر می‌رسد درج این حکم به تنهایی رافع مسئولیت مقاطعه‌دهنده نیست.

بند سوم. تصویب نشدن مقررات مناسب برای اجرای ماده ۱۳ قانون کار

حسب بررسی انجام‌شده تاکنون ضوابط اجرایی ماده ۱۳ قانون کار به تصویب مراجع صلاحیت‌دار نرسیده است. با وجود این، در این زمینه، مفاد دستورالعمل شماره (۵) اداره کل تنظیم و نظارت بر روابط کار (موضوع ابلاغیه شماره ۳۷۰۲۵ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱۲) که به حکم ماده ۱۳ قانون کار مربوط می‌شود، قابل اشاره است. متأسفانه در این دستورالعمل، سازوکار(های) اجرایی کردن تکلیف مقاطعه‌دهنده به صورت مشخص تبیین نشده است. به صورت خلاصه، دستورالعمل یادشده ضمن شناسایی رابطی سه‌سویه کار میان پیمان‌دهنده (مقاطعه‌دهنده)، پیمان‌کار (مقاطعه‌کار) و کارگر و امکان دعوت از مقاطعه‌دهنده به جلسه مراجع حل اختلاف کار در صورت لزوم و نیز امکان درخواست متن قرارداد منعقدشده میان مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار و نیز دیگر مستندات مربوط در رسیدگی به اختلافات کار، به مسئولیت مقاطعه‌دهنده در برابر کارگر در صورت انجام ندادن وظایف مندرج در ماده ۱۳ قانون کار تصریح کرده است. در این دستورالعمل، رسیدگی به درخواست پرداخت دیون کارگر (موضوع تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون کار) در صلاحیت محاکم دادگستری دانسته شده و صلاحیتی برای مراجع حل اختلاف کار در صورت محق بودن کارگر، نسبت به صدور رأی نسبت به مقاطعه‌دهنده پیش‌بینی نگردیده است.^۱ با عنایت به این نکات، این دستورالعمل متضمن سازوکارهای لازم و مناسب برای اجرایی کردن ماده یادشده نیست.

۱ برای ملاحظه نحوه نظارت دیوان عدالت اداری بر آرای مراجع حل اختلاف کار، رک. نجابت‌خواه، مرتضی و همکاران، «قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آرای مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۲۶-۹.

بند چهارم. نامشخص بودن میزان مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در حوادث ناشی از کار

واقعیت آن است که در صورت وقوع خسارت در محیط کار، میزان و نسبت مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار دقیقاً مشخص نیست. تعیین میزان این مسئولیت معمولاً از طریق ارجاع موضوع به کارشناسی رسمی دادگستری صورت می‌گیرد و طبقاً نظرهای کارشناسان در این زمینه با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد.

به موجب مواد ۱۲ و ۱۴ قانون مسئولیت مدنی، کارفرمایانی که مشمول قانون کارند، مسئول جبران خساراتی هستند که از طرف کارکنان اداری یا کارگران آنان هنگام انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است، مگر این‌که محرز شود تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌کند، به عمل آورده‌اند یا این‌که اگر احتیاط‌های یادشده را هم به عمل می‌آوردند، جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود. البته کارفرما می‌تواند به واردکننده خسارت در صورتی که مطابق قانون، مسئول شناخته شود، مراجعه کند. هرگاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند، به صورت تضامنی، مسئول جبران خسارت وارده‌اند. در این مورد، میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به شیوه مداخله هر یک، از طرف دادگاه تعیین خواهد شد.^۱

در اجرای این مقررات قانونی مشخص نیست که آیا مقاطعه‌دهنده می‌تواند بابت تمامی خسارت‌های پرداختی به کارگر یا اشخاص ثالث به دلیل نقض تکالیف قانونی و قراردادی مقاطعه‌کار به وی مراجعه کند یا این‌که هر یک از این اشخاص به نسبت سهم خود، مسئولند؟ اگر پاسخ قسمت اخیر مثبت باشد، نسبت سهم هر یک از مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار بر اساس چه شاخص‌هایی مشخص می‌شود؟

پاسخ به این قبیل پرسش‌ها مستلزم تعیین مبانی مسئولیت مقاطعه‌دهنده به دلیل نقض تکالیف قانونی مقاطعه‌کار و وضع مقررات لازم برای اجرای آن است. در تحلیل موضوع به نظر می‌رسد اجرای این تکلیف مستلزم در نظر داشتن فلسفه وضع ماده ۱۳ قانون کار یعنی حمایت از کارگران و هم‌چنین فراهم کردن امکان پرداخت خسارات به اشخاص ثالث توسط مقاطعه‌دهنده باشد و پرداخت خسارت از سوی مقاطعه‌دهنده نافی مراجعه وی به مقاطعه‌کار نیست. بر همین اساس، به نظر می‌رسد با در نظر گرفتن فلسفه حمایتی ماده ۱۳، در مواردی که کار به صورت مقاطعه انجام

۱. امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۷۸، ص ۲۹۶.

می‌شود، اجرای اصل نسبی بودن قراردادهای و شخصی بودن مسئولیت تحت تأثیر قرار می‌گیرد. در قسمت اخیر ماده ۹۵ قانون کار با این عبارت به اجرای اصل نسبی بودن قراردادهای و شخصی بودن مسئولیت تصریح شده است: «هرگاه بر اثر عدم رعایت مقررات مذکور از سوی کارفرما یا مسئولین واحد، حادثه‌ای رخ دهد، شخص کارفرما یا مسئول مذکور از نظر کیفری و حقوقی و نیز مجازات‌های مندرج در این قانون مسئول است». مقاطعه‌دهنده در این زمینه واجد مسئولیت خواهد بود، هرچند همان‌گونه که ذکر شد، حدود و نسبت این مسئولیت محل اختلاف است.

بند پنجم. ابهام در صلاحیت مراجع قضایی و شبه قضایی در رسیدگی به دعاوی کارگری و کارفرمایی مربوط

با عنایت به طرح شکایات متعدد در مراجع حل اختلاف کار و نیز مراجع قضایی با موضوع مطالبه حقوق و خسارات وارده به کارگر، بررسی رویه موجود حاکی از آن است که در این زمینه، رویکرد مشابهی حاکم نیست. مراجع صلاحیت‌دار در رسیدگی به مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار، حسب مورد شامل دادگاه‌های حقوقی، کیفری و دیوان عدالت اداری هستند. اگر مقاطعه‌دهنده، دستگاه دولتی باشد و خواهان (غیر کارگر) دعوای مطالبه خسارت را طرح کند، مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی، شعب دیوان عدالت اداری است. در این زمینه می‌توان به معدود آرای صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری اشاره کرد که در آن‌ها به وظیفه کارفرمایان در پرداخت بدهی پیمان‌کاران به کارگران برابر رأی مراجع قانونی از محل مطالبات پیمان‌کار، از جمله ضمانت حسن انجام کار اشاره شده است.^۱ البته اگر موضوع دعوا، وقوع جرم نظیر مطالبه دیه بر اثر فوت یا ورود جراحت یا نقص عضو کارگر در حوادث ناشی از کار باشد، دادگاه‌های کیفری صلاحیت رسیدگی دارند.

اگر مقاطعه‌دهنده، بخش غیر دولتی باشد، رسیدگی به دعوای مطالبه خسارت در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است. به موجب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (اصلاحی ۱۴۰۲)، رسیدگی به دعاوی مطالبه خسارت از دستگاه‌های دولتی در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است، اما اگر مطالبه خسارت ناشی از تخلف در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی یا ترک فعل از انجام وظایف یادشده از سوی دستگاه‌های دولتی باشد، رسیدگی به دعوا در صلاحیت شعب دیوان

۱. از جمله دادنامه‌های شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۰۳۹۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۱۴ و شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۰۹۴۱ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۱۲.

عدالت اداری است. در این قبیل پرونده‌ها در صورت احراز وقوع تخلف، شعبه دیوان حکم مقتضی در مورد میزان خسارت وارده صادر می‌کند. هم‌چنین به موجب تبصره ۳ ماده یادشده (الحاقی ۱۴۰۲)، رسیدگی به شکایات مربوط به وقوع تخلف و رعایت نشدن قوانین و مقررات در مراحل انعقاد قرارداد توسط دستگاه‌های دولتی در صلاحیت شعب دیوان و رسیدگی به دعاوی مربوط به تخلف از اجرای قرارداد در صلاحیت دیوان نیست.^۱

گفتار سوم. راهکارها

پس از تبیین مختصر مبانی و منابع مسئولیت مقاطعه‌دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه‌کار و چالش‌های فراروی آن، در این واپسین گفتار ابتدا راهکارهای موجود و مورد عمل در برخی دستگاه‌ها ارزیابی می‌شود. سپس به امکان‌سنجی در نظر گرفتن راهکارهای جدید و چاره‌اندیشی برای چالش‌های موجود پرداخته خواهد شد.

بند اول. ارزیابی تحلیلی راهکارهای موجود

در این بند، راهکارهایی که برای اجرای مسئولیت مقاطعه‌دهنده در دستگاه‌ها به کار گرفته می‌شود، به صورت مختصر تحلیل و بررسی می‌گردد.

الف) وابسته کردن پرداخت‌های مرحله‌ای و تسویه حساب نهایی به پرداخت حقوق و حق بیمه کارگران

یکی از راهکارهای موجود برای اطمینان‌یابی از رعایت حقوق کارگران، مشروط کردن پرداخت مرحله آخر و تسویه حساب نهایی با مقاطعه‌کار در صورت ارائه مدارک مثبت مبنی بر پرداخت حق بیمه کارگران و نیز تسویه حساب با کارگران است. هم‌چنین در پیمان‌هایی که با توجه به ماهیت موضوع پیمان، متناسب با میزان پیشرفت اجرای طرح، بخشی از مبلغ قرارداد به مقاطعه‌کار پرداخت می‌شود، به خصوص در مواردی که فاصله میان مراحل مختلف انجام قرارداد چندین ماه باشد، یک راهکار قابل اقدام، وابسته کردن پرداخت مرحله‌ای به ارائه گواهی بیمه‌پردازی و پرداخت حقوق ماه‌های مربوط به کارگران است. در ارزیابی راهکار اخیر باید گفت که این راهکار، اقدام مؤثرتری برای

۱. در این قبیل پرونده‌ها، دادگاه‌های عمومی دادگستری به عنوان مرجع عام رسیدگی به تظلمات عمومی بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی صلاحیت رسیدگی دارند.

تضمین حقوق کارگران محسوب می‌شود، اما به لحاظ اجرایی، نیازمند طراحی سازوکار اداری مناسب برای اجرای آن است تا این راهکار هم‌زمان به عاملی برای تأخیر در پرداخت‌ها تبدیل نگردد.

ب) الزام به ارائه گواهی تأییدیه صلاحیت مقاطعه‌دهنده

به موجب ماده ۲ آیین‌نامه ایمنی امور پیمان‌کاری (مصوب ۱۳۸۹ وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی)، «پیمان‌کاران می‌بایست صلاحیت انجام کار خود را از نظر ایمنی از وزارت کار و امور اجتماعی اخذ نمایند». متعاقباً کارفرما نیز ملزم شده است «... با پیمان‌کارانی قرارداد منعقد نماید که صلاحیت انجام کار آنان از نظر ایمنی توسط وزارت کار و امور اجتماعی تأیید شده باشد» (ماده ۳ آیین‌نامه).

در اجرای این آیین‌نامه، دستورالعمل اجرایی در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۵ به تصویب وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی رسیده که در آن، فرآیند اجرایی مربوط به صدور گواهی ایمنی تبیین شده است. این الزام قانونی نیز از دیگر مواردی است که با وجود جایگاه قانونی آن، در عمل، کم‌تر رعایت می‌شود. این آیین‌نامه در اجرای مواد ۱۳، ۸۵ و ۹۱ قانون کار به تصویب رسیده و به لحاظ موضوع، مشمول حکم ماده ۱۳ این قانون است. در صورت ایراد خسارت به دلیل رعایت نشدن استانداردهای ایمنی و در صورت ارائه نشدن گواهی تأییدیه صلاحیت ایمنی بدیهی است مقاطعه‌دهنده در کنار دیگر عوامل مؤثر در ایراد خسارت مسئولیت دارد.

پ) الزام به اطلاع یا تأیید فهرست متخصصان همکار مقاطعه‌کار

با توجه به اهمیت بهره‌مندی مقاطعه‌کار از عوامل انسانی به ویژه متخصصان دارای صلاحیت برای انجام صحیح امور محوله و تأثیری که این مهم در رعایت الزامات فنی و بهداشتی مربوط به انجام کار دارد، امکان پیش‌بینی حکم قراردادی مبنی بر لزوم اطلاع دادن فهرست متخصصان مقاطعه‌کار و حسب مورد، تأیید صلاحیت ایشان توسط وی با توجه به سطح تخصص مورد نیاز ایشان وجود دارد. هم‌چنین در برخی موارد، در قرارداد مربوط، تعداد اشخاص لازم در تخصص‌های مختلف را بدون اشاره به مشخصات شخصی آن‌ها تعیین می‌کنند. افزون بر این موارد، تغییر این همکاران نیز علی‌القاعده نیازمند اطلاع/ تأیید موضوع توسط مقاطعه‌دهنده است. در شرایطی که عملیات موضوع پیمان توسط عوامل انسانی ناکافی یا نامتخصص انجام می‌پذیرد، احتمال بروز نقصان در کمیت و کیفیت کار ارجاعی و رعایت نشدن الزامات فنی و حسب مورد، بهداشتی مربوط وجود

دارد که می‌تواند موجبات مسئولیت مقاطعه‌دهنده را فراهم کند. این موضوع به خصوص از این جهت اهمیت دارد که مقاطعه‌کاران معمولاً سعی دارند با کاستن از هزینه‌های انجام کار که شامل هزینه‌های پرسنلی نیز می‌شود، سود خود از اجرای قرارداد را افزایش دهند.

ت) امکان توقف عملیات موضوع پیمان توسط مقاطعه‌دهنده

صرف نظر از موجبات ایجاد حق فسخ برای مقاطعه‌دهنده که بررسی آن، خارج از مجال این نوشتار است،^۱ در برخی شرایط به منظور الزام مقاطعه‌کار به رعایت ضوابط فنی و بهداشتی، اقتضا دارد اختیاراتی به مقاطعه‌دهنده اعطا شود که ضمن حفظ حیات حقوقی قرارداد، از رعایت این موارد اطمینان حاصل شود. یکی از این اختیارات، امکان توقف عملیات متعاقب صدور اخطاریه‌های مکتوب به مقاطعه‌کار است، به گونه‌ای که در صورت رعایت الزامات مربوط، زمینه ادامه انجام عملیات موضوع پیمان وجود داشته باشد. این حکم قراردادی که برخلاف استقلال عملکردی مقاطعه‌کار است، باید به صورت مضیق تفسیر و سعی شود تا حد امکان، وقفه یا خللی در انجام عملیات موضوع پیمان وارد نشود.

بند دوم. امکان سنجی تعیین راهکارهای جدید

پس از بررسی راهکارهای پیش‌گفته در این قسمت از نوشتار حاضر، به ارائه برخی راهکارهای پیشنهادی برای فراهم ساختن امکان اجرای مناسب مسئولیت مقاطعه‌دهنده نسبت به تکالیف قانونی مقاطعه‌کار و امکان کاربست آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف. پیش‌بینی سازوکارهای لازم برای اجرای ماده ۱۳ قانون کار در قالب آیین‌نامه یا دستورالعمل اجرایی

یکی از راهکارهای قابل توصیه برای رفع مشکلات و خلأهای موجود در خصوص موضوع این نوشتار، تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ قانون کار است. گرچه در قانون کار، حکمی در مورد مرجع تصویب این آیین‌نامه پیش‌بینی نشده است، به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت موضوع، وزارت تعاون، کار و

۱. برای مطالعه در خصوص این موضوع در قراردادهای پیمان‌کاری دولتی نک: ویژه، محمدرضا و محمدقاسم تنگستانی، «حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمان‌کاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)»، فصل‌نامه حقوق دانشگاه تهران، دوره چهل و چهارم، ۱۳۹۳، شماره ۱، صص ۱۱۸-۱۱۰.

رفاه اجتماعی باید پیشنهاد خود را در این زمینه تهیه کند و به تصویب هیئت وزیران برساند. همان طور که پیش‌تر نیز بیان شد، مقررات ابلاغی توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (عمدتاً در قالب بخش‌نامه و دستورالعمل) شامل مجموعه سازوکارهای اجرایی لازم برای تحقق ماده ۱۳ قانون کار نیست. از طرفی به علت این‌که دستگاه‌های دولتی بر اساس الزامات قانونی وضع شده در نظام حقوقی (از جمله قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون مدیریت خدمات کشوری و قوانین برنامه توسعه) موظف شده‌اند عمده امور غیر حاکمیتی خود را از طریق بخش غیر دولتی انجام دهند، تعداد قراردادهای با موضوع پیمان‌کاری در دستگاه‌های یادشده قابل توجه است. به منظور امکان الزام حقوقی این دستگاه‌ها به رعایت این مقررات، تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ قانون کار توسط هیئت وزیران ضرورت دارد. لازم به اشاره است سازوکارهای کاربست راهکارهای ارائه‌شده در بندهای بعدی باید در ضمن مفاد آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ قانون گنجانده شود.

ب. الزام به ارائه بیمه مسئولیت مدنی توسط مقاطعه‌کار

گرایش نظام‌های حقوقی در دهه‌های اخیر مبنی بر جبران حداکثری خسارات به ویژه در زمینه حوادث ناشی از کار موجب شده است برخی از کارفرمایان تمام یا بخش عمده این ریسک (مخاطره) را از طریق تهیه بیمه‌نامه مسئولیت مدنی خود به بیمه‌گران منتقل کنند.^۱ از منظر حقوقی به موجب ماده ۱۳ قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹/۲/۷، کارفرمایان مشمول قانون کار مکلفند تمام کارگران و کارکنان اداری خود را در مقابل خسارات واردشده از ناحیه آنان به اشخاص ثالث بیمه کنند. با عنایت به سپری شدن بیش از شش دهه از تصویب این قانون، فراهم کردن سازوکاری برای اطمینان‌یابی از انجام این تکلیف قانونی می‌تواند تا حدودی زمینه رفع مشکلات محتمل در روابط کار را فراهم کند. هم‌چنین این حکم در قرارداد قابل پیش‌بینی است که در صورت اقدام نکردن مقاطعه‌کار برای بیمه کردن مسئولیت خود، مقاطعه‌دهنده می‌تواند مبلغ حق بیمه را به همراه جریمه مشخصی به حساب مقاطعه‌کار قرار دهد. با وجود اهمیت اجرای این تکلیف باید تأکید داشت این تکلیف ناشی از قانون کار نیست و مشمول ماده ۱۳ قانون کار قرار نمی‌گیرد.

۱. خدابخشی، عبدالله و یعقوب عظیمی، «تحلیل اقتصادی بیمه مسئولیت مدنی کارفرما در قبال کارکنان با تأکید بر آیین‌نامه شماره ۸۰ شورای عالی بیمه»، دوفصل‌نامه دانش‌نامه حقوق اقتصادی، سال بیست و چهارم، ۱۳۹۶، شماره ۱۱، ص ۱۰۸.

ج. الزام به پرداخت حقوق از طریق تراکنش بانکی قابل گزارش‌گیری

یکی از اقداماتی که برخی کارفرمایان برای فرار از مسئولیت در پرداخت حقوق کارگران انجام می‌دهند، دریافت سند سفید امضا از کارگران است که در صورت لزوم، متن مربوط مبنی بر دریافت حقوق و مزایای قانونی را در آن درج کنند. برخی نیز از همان ابتدای شروع به کار یا هنگام انجام کار، پرداخت اولیه یا تسویه حساب با کارگر را به صدور اقرارنامه مبنی بر دریافت همه حقوق و مزایای قانونی وابسته می‌کنند. در مواجهه با این وضعیت‌ها، الزام مقاطعه‌دهنده به پرداخت حقوق کارگران به حساب بانکی به نام آن‌ها از طریق تراکنش بانکی قابل گزارش‌گیری می‌تواند تا حدودی مانع از سوء استفاده برخی مقاطعه‌کاران شود.

د. مشخص‌سازی حدود مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در صورت انجام ندادن تکالیف قانونی

مسئولیت مقاطعه‌دهنده در برابر در کارگران مقاطعه‌کار در ماده ۱۳ قانون کار و تبصره‌های آن مشخص شده است. با این حال، پرسش آن است که چه نسبتی میان مقاطعه‌دهنده و دیگر اشخاص (غیر کارگر) از نظر جبران خسارات واردشده به اشخاص اخیر برقرار است؟ آیا مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در این زمینه مسئولیت تضامنی دارند؟ به موجب بند (الف) دادنامه ۵۳۸-۵۳۷ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، «.... در مواد ۲ و ۳ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹، کارگر و کارفرما تعریف شده و در ماده ۱۳ این قانون نیز مسئولیت پیمان‌دهنده در قبال کارگران پیمان‌کار به شرایط و ضوابطی از جمله رأی مراجع قانونی، از محل مطالبات پیمان‌کار من جمله ضمانت حسن انجام کار، عدم رعایت ترتیبات مقرر در قانون در انعقاد قرارداد با مقاطعه‌کار و یا تسویه حساب قبل از پایان ۴۵ روز از تحویل موقت محدود شده است. هم‌چنین به موجب ماده ۱۵۷ قانون یادشده، صلاحیت هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار در رسیدگی به هر گونه اختلاف بین کارگر و کارفرما تبیین شده است. نظر به این‌که توسعه دامنه شمول حکم قانون‌گذار و تفسیر حکم قانون از شئون مقنن است و این امر از جمله صلاحیت وزرا در اصل ۱۳۸ قانون اساسی و معاون وزیر به طریق اولی نیست، بنابراین، مفاد بندهای ۵ و ۴ و ۳ دستورالعمل شماره (۳۸)^۱ و بندهای ۵ و ۲ و ۱

۱. بند (۳): چنان‌چه قرارداد منعقد بین پیمان‌دهنده و پیمان‌کار موجبات تضمین حقوق کارگران پیمان‌کار را فراهم نیاورد و... با توجه به تبصره (۲) ماده (۱۳) قانون کار مکلف به پرداخت دیون پیمان‌کار به کارگران خواهند بود و مسئولیت

بخش نامه شماره (۳) معاون روابط کار و وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی از حیث تجویز مسئولیت تضامنی پیمان‌دهنده و پیمان‌کار در مقابل کارگران پیمان‌کار و فراتر از حکم ماده ۱۳ قانون کار، تجویز برقراری رابطه کار بین پیمان‌دهنده و کارگران پیمان‌کار خارج از تعاریف مذکور در مواد ۳ و ۲ قانون یادشده و نیز ایجاد صلاحیت مراجع حل اختلاف کار در رسیدگی به اختلاف آنان فراتر از آن‌چه در ماده ۱۵۷ قانون کار ذکر شده است، خلاف قانون و از حدود اختیارات وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی و معاون وزیر خارج است».

در تحلیل این رأی باید اشاره کرد که پیش‌بینی مسئولیت تضامنی برای مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار که از جمله کامل‌ترین گونه‌های مسئولیت^۱ و موجبات تحقق بایسته حقوق تضییع شده کارگران است، در دستورالعمل یادشده با روح حاکم بر قانون کار که در آن، جنبه حمایتی از کارگران از اقتضانات مورد نظر قانون‌گذار بوده، سازگار است. بر این اساس به نظر می‌رسد دیوان، تفسیری مضیق از قانون کار ارائه کرده و روح حمایتی حاکم بر آن را نادیده انگاشته است. ضمناً مشخص نیست که چرا در نظر گرفتن مسئولیت تضامنی فراتر از حدود ماده ۱۳ قانون قلمداد شده است. گویا این ماده در خصوص نوع مسئولیت، تجویز خاصی ندارد و حتی می‌توان ادعا کرد با توجه به عبارات به کار رفته در آن و تبصره‌هایش نظیر دیون ممتاز قلمداد کردن مطالبات کارگران یا تکلیف مقاطعه‌دهنده به پرداخت دیون مقاطعه‌کار، قانون‌گذار متمایل به پیش‌بینی مسئولیتی است که حقوق کارگران به شایسته‌ترین وجه محقق گردد.

پیمان‌دهنده و پیمان‌کار در این خصوص، در مقابل کارگران به صورت تضامنی خواهد بود.

بند (۴): مرجع رسیدگی به اختلافات بین کارگران پیمان‌کار و پیمان‌دهنده در خصوص موارد فوق‌الذکر علی‌الاصول مراجع دادگستری می‌باشد، لیکن در مواردی که کارگران پیمان‌کار و پیمان‌دهنده در کارگاه واحدی مشغول به کارند و فعالیت پیمان‌دهنده و پیمان‌کار مشابه است، پیمان‌کار نسبت به ارائه خدمات عمومی به پیمان‌دهنده اقدام می‌کند. با توجه به این‌که تبعیت حقوقی کارگران به عنوان ضابطه اصلی در تشخیص رابطه کار تابع، هم پیمان‌دهنده و هم با پیمان‌کار برقرار است... بنابراین، مرجع رسیدگی به اختلافات بین این قبیل کارگران و پیمان‌دهنده، مراجع حل اختلاف کار می‌باشد. بند (۵): متذکر می‌گردد مسئولیت پیمان‌دهندگان در مقابل کارگران پیمان‌کار صرفاً در فرض بند (۲) دستورالعمل می‌باشد و به سایر موارد تسری نمی‌یابد و مراجع حل اختلاف در چارچوب این بند، صالح به رسیدگی به اختلافات احتمالی مطروحه خواهند بود.

۱. دیلمی، احمد، «تأملی در قرائت‌های مختلف از مسئولیت تضامنی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۳، ص ۱۱۵.

در مورد پرداخت طلب کارگران، به موجب تبصره ۲ ماده ۱۳ قانون کار هم باید گفت اگر مقاطعه‌دهنده برخلاف ترتیب مندرج در این ماده، قرارداد ببندد یا قبل از پایان ۴۵ روز از تحویل موقت، تسویه حساب کند، مکلف به پرداخت دیون مقاطعه‌کار در قبال کارگران خواهد بود. در این حکم، تکلیف اشخاص مسئول در برابر کارگران مشخص شده است، اما اگر مقاطعه‌دهنده، دیون کارگران را بپردازد، آیا می‌تواند متعاقباً به مقاطعه‌کار (کارفرمای کارگران) مراجعه کند؟ مسئولیت مقاطعه‌کار در پرداخت به معنای مسئولیت نهایی وی در این زمینه نیست. چون در احتساب مدل مالی قرارداد، همه هزینه‌های پرسنلی محاسبه شده، در فرض این پرسش، مقاطعه‌کار در برابر مقاطعه‌دهنده، مسئول پرداخت دیون یادشده است. قانون‌گذار در ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی نیز به امکان مراجعه مقاطعه‌دهنده به مقاطعه‌کار تصریح کرده است.

ه. سامان‌دهی کارگران (نیروهای) شرکتی دستگاه‌های دولتی

با عنایت به حجم و اندازه دولت در ایران و تأثیری که این امر در ارتقای کارآمدی دولت دارد، باید برنامه‌ریزی فرهنگی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی یک‌پارچه و فراگیر در سطح کشور به منظور رها کردن فعالیت‌های تصدی‌گری دولت و بهره‌گیری از توان و ظرفیت بخش غیر دولتی صورت پذیرد.^۱ یکی از هدف‌های قانون‌گذار از وضع تکالیف قانونی عیدیه مبنی بر کاهش حجم دولت و الزام به واگذاری امور به بخش غیر دولتی، رهایی از الزامات قانونی مربوط به استفاده از نیروی انسانی و کاهش هزینه‌هاست. با این حال، اجحافات که در برخی موارد به نیروهای شرکتی صورت گرفته، موجب شده است دیدگاه نامساعدی نسبت به این موضوع ایجاد گردد. در پاسخ به این شرایط بهتر است به جای استخدام نیروهای شرکتی و افزایش تشکیلات اداری، نیروهای شرکتی سامان‌دهی شوند تا حجم دولت فربه نشود و هزینه‌ها مدیریت و از تضییع حقوق کارگران جلوگیری شود.

و. تهیه احکام قراردادی نمونه (تیپ) برای درج در قراردادهای پیمان‌کاری

مشابه اقدامی را که سازمان برنامه و بودجه کشور در تهیه و ابلاغ شرایط عمومی پیمان انجام داده است،^۲ وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی می‌تواند در مورد احکام قابل درج در قراردادهای پیمان‌کاری

۱. الوانی، سید مهدی، «درآمدی بر نقش و اندازه دولت در ایران»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ۱۳۸۵، شماره ۵۳، ص ۳۱.

۲. برای ملاحظه شرح تفصیلی و حقوقی مقررات یادشده که البته از برخی جهات، شباهت‌هایی با بحث فعلی دارد، نک: اسماعیلی

انجام دهد و به عنوان یک الگوی پیشنهادی برای استفاده اشخاص مختلف اعم از دولتی و غیر دولتی معرفی کند. قراردادهای پیمان‌کاری (در معنای عام آن) در دستگاه‌های دولتی مشمول شرایط عمومی پیمان نیستند. پس در مورد دیگر قراردادهای پیمان‌کاری دستگاه‌های دولتی (جز مواردی که مشمول شرایط عمومی پیمان است)، تهیه و ابلاغ نمونه احکام قابل درج در قرارداد مربوط سبب می‌شود این دستگاه‌ها به رویه واحدی در این عرصه برسند.

نتیجه‌گیری

اصل حمایتی بودن حقوق کار به عنوان یکی از اصول کلی حاکم بر این رشته، منشأ تولید قواعد حقوقی متعدد و گاهی متفاوت از قواعد مدنی مجری در روابط میان افراد در نظام حقوقی بوده است. از جمله این قواعد، شناسایی مسئولیت مقاطعه‌دهنده در برابر کارگران مقاطعه‌کار و تکلیف قانونی وی به انعقاد قرارداد پیمان‌کاری/مقاطعه به صورتی است که مقاطعه‌کار مکلف به اجرای تمامی وظایف خود بر اساس قانون کار (ماده ۱۳) باشد. این حکم، پرسش‌ها، ابهام‌ها و چالش‌های متعددی در پی دارد که در پژوهش‌های مربوط به حوزه حقوق کار به آن‌ها توجه نشده است. ارائه راهکارهایی برای برطرف ساختن این چالش‌ها، هدف بنیادین از نگارش مقاله حاضر تلقی می‌شود. مطابق یافته‌های تحقیق حاضر، مهم‌ترین چالش‌های اجرای ماده ۱۳ قانون کار شامل مغایرت با اصل نسبی بودن اثر قراردادها، ابهام در شیوه انعقاد قرارداد مقاطعه، تصویب نشدن مقررات اجرایی مناسب برای عملیاتی کردن این ماده، نامشخص بودن میزان مسئولیت مقاطعه‌دهنده در حوادث ناشی از کار و ابهام در صلاحیت مراجع قضایی و شبه قضایی در رسیدگی به دعاوی مربوط می‌شود. در مواجهه با این چالش‌ها در وضعیت کنونی سعی شده است با وابسته کردن پرداخت‌های مرحله‌ای و تسویه حساب نهایی به پرداخت حقوق کارگران و نیز پرداخت حق بیمه آن‌ها، تکلیف به ارائه گواهی تأییدیه صلاحیت ایمنی مقاطعه‌کار، الزام به اطلاع یا تأیید فهرست همکاران مقاطعه‌کار و امکان توقف عملیات موضوع پیمان توسط مقاطعه‌دهنده در صورت رعایت نشدن الزامات قانونی مربوط، از اجرای تکالیف قانونی توسط مقاطعه‌دهنده اطمینان حاصل شود. ارزیابی و تحلیل راهکارهای پیش‌گفته نشان می‌دهد که آن‌ها نتوانسته‌اند چالش‌های موجود را به صورت بایسته حل و فصل کنند.

بر این اساس، نوشتار حاضر به منظور تکمیل این سازوکارها، کاربست راهکارهای زیر را پیشنهاد داده و امکان‌سنجی کرده و بر ضرورت توجه به آن‌ها برای برطرف ساختن مشکلات و ابهام‌های مطرح‌شده در حوزه تکلیف مقرر در ماده ۱۳ قانون کار تأکید ورزیده است:

۱. تصویب آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۳ قانون کار؛
 ۲. الزام به ارائه بیمه مسئولیت مدنی توسط مقاطعه‌کار؛
 ۳. الزام به پرداخت حقوق کارگران از طریق تراکنش‌های بانکی؛
 ۴. مشخص‌سازی حدود مسئولیت مقاطعه‌دهنده و مقاطعه‌کار در صورت انجام ندادن تکالیف قانونی مربوط در برابر کارگران و اشخاص ثالث؛
 ۵. سامان‌دهی کارگران (نیروهای) شرکتی دستگاه‌های دولتی؛
 ۶. تهیه احکام قرارداد نمونه (تیپ) برای درج در قراردادهای پیمان‌کاری.
- امروزه در حاکمیت اصل حمایتی بودن حقوق کار بر برخی از اصول کلی حاکم بر قراردادها (در این جا، اصل نسبی بودن اثر قراردادها)، تردیدی وجود ندارد. با این حال، در عمل باید برای تحقق این اصل به صورت مضیق و متناسب با فلسفه وضع قواعد قانونی مربوط (به شرح پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۳ قانون کار و ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی) قدم برداشت و از هر گونه توسعه دامنه شمول مواد یادشده به موارد پیش‌بینی‌نشده در مواد یادشده و مصادیق مشابه خودداری کرد. بی‌تردید، مسئولیت اولیه رعایت و تأمین حقوق قانونی کارگران بر عهده کارفرمای مستقیم آن‌ها (مقاطععه‌کار) است. به رسمیت شناختن مسئولیت مقاطعه‌دهنده به مثابه تضمینی برای استیفای حقوق کارگران علی‌القاعده نباید نافی مسئولیت قانونی و قراردادی کارفرمای مستقیم اصلی باشد، مگر در مواردی که مقاطعه‌دهنده، یکی از وظایف مصرّح قانونی خود را انجام نمی‌دهد (مثل انعقاد قرارداد مقاطعه با اشخاص بدون گواهی صلاحیت ایمنی) که در این موارد، طبعاً مسئولیت خواهد داشت.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، شرح حقوقی پیمان، تهران: معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۹.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۷۸.
۴. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان و دانش نگار، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.
۵. پناهنده ثمرین، امیر، استناد به مقاله‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار در رویه قضایی با مطالعه تطبیقی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۸، شماره گزارش: ۹۸۴۰۰۱۰۱.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هجدهم، ۱۳۸۶.
۷. عراقی، سید عزت‌الله، حقوق کار (۱)، تهران: سمت، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۱.
۸. عراقی، سید عزت‌الله و امیرحسین رنجبریان، تحول حقوق بین‌الملل کار، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۹. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.

۲. مقاله

۱. اسماعیلی، میترا و همکاران، «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۷، صص ۵۸-۳۹.
۲. الوانی، سید مهدی، «درآمدی بر نقش و اندازه دولت در ایران»، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، ۱۳۸۵، شماره ۵۳، صص ۳۲-۱۱.
۳. خدابخشی، عبدالله و یعقوب عظیمی، «تحلیل اقتصادی بیمه مسئولیت مدنی کارفرما در قبال کارکنان با تأکید بر آیین‌نامه شماره ۸۰ شورای عالی بیمه»، دوفصل‌نامه دانش‌نامه حقوق اقتصادی، سال بیست و چهارم، ۱۳۹۶، شماره ۱۱، صص ۱۳۱-۱۰۷.

۴. دیلمی، احمد، «تأملی در قرائت‌های مختلف از مسئولیت تضامنی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، سال دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۳، صص ۱۱۸-۸۹.
۵. سوکی، آذر، «اصل نسبی بودن آثار قراردادهای و تعهد به نفع شخص ثالث در حقوق موضوعه ایران»، نامه الهیات، سال سوم، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۷، صص ۷۲-۵۷.
۶. طوسی، عباس و جواد کاشانی، «تحلیل حقوقی - اقتصادی حق بیمه‌های پیمان‌کاری‌ها؛ نقدی بر رویه سازمان تأمین اجتماعی و دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، دوره نوزدهم، شهریور ۱۳۹۶، شماره ۵۵، صص ۵۹-۲۹.
۷. عزیزی، خه‌بات، «تحلیل ابعاد قانونی مسئولیت مهندس ناظر و پیمان‌کار ساختمان»، قانون‌یار، دوره چهارم، ۱۳۹۹، شماره ۱۴، صص ۵۴۷-۵۲۵.
۸. کریمی‌نیا، محمد مهدی، علی‌رضا شجاعی و مجتبی انصاری مقدم، «قرارداد گروهی به عنوان یکی از استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهای»، فصل‌نامه مطالعات و تحقیقات در علوم رفتاری، سال سوم، ۱۴۰۰، شماره ۶، صص ۱۱۶-۱۰۶.
۹. مال میر، کیومرث، «مسئولیت کارفرما در حوزه حقوق کیفری کار»، کار و جامعه، ۱۳۹۲، شماره ۱۵۷، صص ۵۶-۵۱.
۱۰. محمدی، صادق، «تأثیر ماده ۳۸ قانون تأمین اجتماعی بر قراردادهای اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق، دوره دوم، ۱۳۹۷، شماره ۱۹، صص ۱۱۹-۱۰۷.
۱۱. نجابت‌خواه، مرتضی و همکاران، «قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آرای مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۲۶-۹.
۱۲. نیک‌خواه، رضا، سید مهدی صالحی و سید سلمان مرتضوی، «واکاوی فقهی تفکیک مقاطعه‌کاری از قراردادکار»، پژوهش‌های فقهی، دوره سیزدهم، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۳، صص ۶۱۰-۵۸۳.
۱۳. ویژه، محمدرضا و محمد قاسم تنگستانی، «حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمان‌کاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)»، فصل‌نامه حقوق دانشگاه تهران، دوره چهل و چهارم، ۱۳۹۳، شماره ۱، صص ۱۲۴-۱۰۵.

مسئولیت دولت در قبال حوادث هوایی (موردکاوی پرواز ۷۵۲ هواپیمای اوکراینی)

مهدی غفوری زاد^۱، علی رادان جبلی^۲ و حسن پاک نیت^۳

چکیده

امروزه، صنعت حمل و نقل هوایی، یکی از مهم‌ترین راه‌های ارتباطی میان کشورهاست. با وجود مزایای استفاده از هواپیما، بروز سوانح و حوادث هوایی اجتناب‌ناپذیر است. بنابراین، در سطح حقوق بین‌الملل، امنیت هوایی و نیز شناسایی مسئولان مسبب سوانح و حوادث، موضوع کنوانسیون‌های متعددی قرار گرفته است. در حقوق داخلی نیز مقررات و سازمان‌های مختلفی، متولی امور مربوط به پرواز است.

در تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۸، هواپیمای اوکراینی که تهران را به مقصد کی‌یف در اوکراین ترک می‌کرد، هدف شلیک پدافند هوایی نیروهای نظامی ایران قرار گرفت و سبب فوت تمام ۱۷۶ سرنشین هواپیما گردید. علت این حادثه هم خطای انسانی بیان شد. پرسش اساسی این است که ایران در برابر بازماندگان چه وظایف و مسئولیتی دارد و برای اجرای تعهدات خود باید چه گام‌های اساسی بردارد؟

این تحقیق با هدف بررسی حقوقی وظایف دولت ایران در برابر بازماندگان پرواز شماره ۷۵۲ طبق حقوق موضوعه ایران و حقوق بین‌الملل صورت پذیرفته است. پرسش اصلی در این پژوهش، بررسی حدود مسئولیت مدنی و حقوقی دولت ایران در قبال حادثه یاد شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که از نظر بین‌المللی، شرایط برای تحقق مسئولیت حقوقی دولت فراهم است. از نظر حقوق داخلی نیز دولت، مسئول جبران خسارت وارده شده بر بازماندگان است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: پرواز شماره PS752، سانحه هوایی، مسئولیت مدنی، دولت، کنوانسیون شیکاگو، حقوق بازماندگان، مسئولیت حقوقی.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد اصفهان، خراسگان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. mehdighafoori1372@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد اصفهان، خراسگان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران، (نویسنده مسئول) dr.aliradan@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد اصفهان، خراسگان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. ایمیل: paktinat.hasan@yahoo.com

مقدمه

هم‌زمان با رشد سریع هوانوردی، مشکلات جدیدی فراروی حقوق دانان جهان در مورد مسائل مربوط به هوانوردی به ویژه امنیت هوانوردی ایجاد شد. دولت‌ها و مجامع بین‌المللی برای تدوین قوانین مناسب حاکم بر حقوق هوایی و یکسان‌سازی آن در مواردی مثل امنیت فرودگاه، تأسیسات هوایی، هواپیما و سرنشینان آن کوشیده‌اند.^۱

اصلی‌ترین و اولین حقی که در زمان وقوع سوانح هوایی نقض می‌شود، حق حیات سرنشینان است. از ابتدای پیدایش هواپیما تاکنون که پیشرفته‌ترین فناوری‌ها در ساخت و بهره‌برداری از آن به کار می‌رود، سوانح هوایی، خسارت‌های مالی و جانی بسیاری را به مسافران و اشخاص ثالث روی زمین وارد کرده است و می‌کند. به همین دلیل، دولت‌ها درصدد تصویب کنوانسیون‌های بین‌المللی مختلفی برای جبران خسارت اشخاص زیان‌دیده برآمدند. این کنوانسیون‌ها از قبیل کنوانسیون ورشو ۱۹۲۹ و الحاقیه‌های آن، کنوانسیون رم ۱۹۵۲ و کنوانسیون مونترال ۱۹۹۹، قواعدی جامع را برای جبران خسارت زیان‌دیدگان مقرر کرده‌اند.^۲

سوانح هوایی در یک دسته‌بندی کلی به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند: دسته اول، سوانحی که دولت در وقوع آن‌ها هیچ‌گونه نقشی ندارد و دسته دوم، سوانحی که دولت به صورتی در وقوع آن‌ها نقش دارد. در پی تحولاتی که حقوق مسئولیت مدنی دولت در دو سده اخیر شاهد آن بوده و زمینه‌ساز گسترش این نوع از حقوق شده است، در بعضی از نظام‌های حقوقی مثل فرانسه و در راستای تحقق هر چه بیش‌تر عدالت، جبران خسارت از هر گونه محدودیت رها گردیده و زمینه حمایت هر چه بیش‌تر از قربانیان اعمال زیان‌بار و جبران هر چه بیش‌تر خسارت‌های وارد شده بر آنان فراهم آمده است. این حمایت‌ها چنان بود که برخی از نویسندگان مانند ریپر در این باره می‌گوید: «امروز مسئله مسئولیت، چیزی جز جبران خسارت نیست و حقوق کنونی تمایل به آن

۱. مالمیر، محمود و همکاران، «اخلال در امنیت پرواز هواپیما از منظر حقوق داخلی و بین‌الملل»، مجله حقوق تطبیقی، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص ۵۱.

۲. صادقی مقدم، محمدحسن و مجتبی اشراقی آرانی، «ارکان مسئولیت ناشی از عیب تولید هواپیما»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۵۹، ۱۳۹۱، ص ۱۴۶.

دارد تا اندیشه جبران خسارت را جای‌گزین اندیشه مسئولیت کند».^۱

در مورد پیشینه پژوهش، تاکنون مقالاتی منتشر شده است که هر یک از جنبه‌ای به موضوع پرداخته‌اند. سید عباس جزایری و امیرقائدی در مقاله «ابعاد حقوقی مسئولیت‌های مربوط به سقوط هواپیمای اوکراینی»، از بُعد مسئولیت کیفری مسببان حادثه به موضوع توجه داشته و ماده ۵۴ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح را تحلیل کرده‌اند. اعظم امینی و وحید بذار در مقاله «جنبه‌های حقوقی سانحه هوایی هشتم ژانویه ۲۰۲۰ مربوط به پرواز شماره ۷۵۲ شرکت هواپیمایی اوکراین» به بررسی مسئولیت بین‌المللی دولت ایران در این حادثه از جنبه حقوق بین‌الملل پرداخته‌اند. مهشید کرباسی و علی‌رضا ظاهری در مقاله «قاعده مصونیت دولت‌ها و تقابل آن با تروریسم با تأکید بر سانحه سقوط هواپیمای اوکراین»^۲، قاعده مصونیت دولت را تحلیل کرده‌اند. همان‌گونه که واضح است، در مقالات مورد نظر، به بحث مسئولیت مدنی دولت پرداخته نشده، در حالی که بحث جبران خسارت از نظر مادی و معنوی قابل توجه است.

ممکن است خطای انسانی بر اثر تقصیر عاملی جز خلبان از قبیل برج مراقبت فرودگاه یا شرکت‌های خدمات فرودگاهی باشد که به همراه نقص فنی، خسارت به بار می‌آورد. در حادثه سقوط هواپیمای اوکراینی، عامل اصلی وقوع حادثه، خطای انسانی در تشخیص اشتباه هواپیما با موشک‌های آمریکایی بود که سبب فوت تمام سرنشینان هواپیمای اوکراینی شد. پرسش اصلی در این پژوهش، بررسی حدود مسئولیت دولت ایران از نظر حقوقی و مدنی در حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است. بنابراین، در گفتار اول به بیان مقررات بین‌المللی در این موضوع می‌پردازیم. در گفتار دوم، موضوع را از نظر حقوق بین‌الملل و در گفتار آخر نیز از نظر حقوق داخلی و به ویژه مسئولیت مدنی دولت جمهوری اسلامی ایران بررسی می‌کنیم.

گفتار اول. بررسی موضوع از دیدگاه حقوق بین‌الملل

حمل و نقل هوایی که هسته مرکزی و موضوع اصلی حقوق هوایی را تشکیل می‌دهد، به دو دلیل،

۱. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۱۱۶.

۲. مقاله مورد نظر در مجله پژوهش‌های حقوقی به صورت آن‌لاین منتشر شده است. دسترسی نویسنده صرفاً به چکیده مقدور بود.

جایگاهی برتر دارد:

یک - حمل و نقل هوایی جنبه خدمات عمومی دارد و از آن، نه تنها در سطح بین الملل، بلکه در داخل کشور به عنوان حمل و نقل بار و مسافر و پست به طور همگانی استفاده می شود.

دو - حمل و نقل هوایی جنبه بین المللی دارد، به طوری که روابط و مناسبات سیاسی، بازرگانی، اجتماعی و فرهنگی کشورها را توسعه داده است.^۱

بند اول. جایگاه کنوانسیون های بین المللی هوانوردی در بررسی سوانح هوایی

سوانح هوایی و رویدادهای ناگوار پس از رخداد این حوادث، موضوع کنوانسیون های بین المللی متعددی قرار گرفته است که هر یک به دنبال تعیین مسئول در بروز این سوانح هستند تا از این طریق، جبران خسارت به بهترین و کامل ترین شکل ممکن صورت پذیرد.

الف. کنوانسیون های مربوط به مسئولیت متصدی حمل و نقل

عموماً هر رفتار خطا کارانه ای که به وارد آمدن خسارت منجر شود، در ضمن مباحث مسئولیت مدنی قابل بررسی است. چون در نظام حقوقی کامن لا، مسئولیت، نوعی است، نه شخصی؛ دادگاه، رفتار مدعی علیه را با رفتاری متعارف می سنجد که اگر آن فرد در آن موقعیت قرار می گرفت، چنان عمل می کرد.^۲

با این وجود، قانون گذار، گزاره هایی را احصا کرده است و به عنوان علل موجهه و عوامل رافع تقصیر، موارد دفاع افراد را معرفی می کند تا زمینه رفع کامل یا کاهش میزان مسئولیت را فراهم سازد. عموماً تمام نظام های حقوقی این مسئله را پذیرفته اند و بر همین مبنا، کنوانسیون های متعددی وقتی به مسئله مسئولیت ورود کرده اند، به موارد دفاع هم پرداخته اند. برای مثال، مواد ۲۰ و ۲۱ کنوانسیون ورشو و مونترال، موارد دفاع متصدی حمل و نقل را به «کلیه تدابیر لازم» و «تقصیر مشترک» منحصر کرده است.^۳

۱. اسماعیلی، شیوا، «بررسی مسئولیت حقوقی ناشی از سقوط هواپیمای مسافربری در حقوق ایران و اسناد بین المللی»، فصل نامه بین المللی قانون یار، دوره سوم، شماره ۹، ۱۳۹۸، ص ۳۰۱.

2. Schwartz, S. J., Côté, J. E., & Arnett, J. J., "Identity and agency in emerging adulthood: Two developmental routes in the individualization process", Youth & society, 2005, 37(2), p. 13.

۳. سلمان زاده، جعفر، «بررسی فقهی حقوقی موارد دفاع شرکت های هواپیمایی در دعاوی سوانح هوایی (کنوانسیون ورشو - مونترال)»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۱۵۰.

درباره قلمرو کاربرد کنوانسیون ورشو، اصلاحی لاهه باید گفت که ماده ۱ کنوانسیون، قلمرو اجرایی خود را در سه مورد بیان کرده است:

الف) حمل و نقل بین‌المللی؛

ب) حمل و نقل مسافر بار و بئنه و کالا؛

ج) حمل و نقل اعم از معوض باشد یا رایگان.

بنابراین، در صورت نبود یکی از این شرایط، کنوانسیون قابل اجرا نخواهد بود.^۱

در این کنوانسیون، منظور از اصطلاح «حمل و نقل بین‌المللی»، هر نوع حمل و نقلی است که در مبدأ و مقصدی انجام می‌شود که دو کشور، عضو کنوانسیون هستند، حتی اگر توقفی در سرزمین طرفین متعاهد معظم واقع باشد یا در سرزمینی که از متعاهدین کنوانسیون نباشد، توقفی پیش‌بینی شده باشد (بند ۲ ماده ۱ کنوانسیون). بنابراین، به منظور اجرای کنوانسیون، فهم و درک وصف «بین‌المللی بودن»، نقش اساسی دارد. زمانی که سانحه‌ای رخ می‌دهد، مبدأ - مقصد، اصلی‌ترین کلید در حل مسیر قانون حاکم بر مسئولیت متصدی حمل و نقل است. به عبارت دیگر، اگر یک کشور به عنوان مبدأ و مقصد نهایی در بلیت درج شده باشد (مثل: تهران - برلین - تهران)، آخرین کنوانسیونی که ایران به آن ملحق شده است، قانون حاکم بر جبران خسارت‌های وارد شده به مسافران (از هر ملیتی که باشند) در نظر گرفته می‌شود.

نکته مهم‌تر این است که چون همه کشورها در پیوستن به کنوانسیون‌های بین‌المللی هوایی یکسان عمل نکرده‌اند، تصور کنید که اگر پرواز یک شرکت هواپیمایی ایرانی در مسیر تهران - برلین در آسمان ترکیه دچار سانحه شود و به دلیل نقص فنی سقوط کند، چه وضعیتی رخ می‌دهد. در این مورد، چند عنصر دخالت دارد. شاید به نظر برسد با مسئله تعارض قوانین روبه‌رویم؛ چون ایران به عنوان محل ثبت شرکت هواپیمایی و تابعیت هواپیما فقط به کنوانسیون ورشو، اصلاحی لاهه پیوسته است. آلمان به عنوان کشور مقصد به کنوانسیون مونترال و ترکیه به عنوان محل وقوع سانحه به کنوانسیون ۱۹۶۱ گوادالاخارا پیوسته است. از همه مهم‌تر، مسافران از ملیت‌های متفاوتی در این پرواز وجود داشته‌اند.

۱. همان، ص ۱۵۱.

در عمل، این طور نیست که با تعارض قوانین روبه‌رو باشیم؛ چون در تعیین قانون حاکم، همان طور که گفته شد، اعمال دو قاعده وصف و قاعده مبدأ - مقصد در حل مسئله کفایت می‌کند. بنابراین، برای بلیت‌هایی که مسیر مندرج در آن، تهران - برلین - تهران باشد، همان طور که گفته شد، کنوانسیون ورشو، اصلاحی لاهه حاکم است. برای بلیت‌های مسیر تهران - برلین، قانون حاکم برای جبران خسارت آسیب‌های وارد شده به مسافران اعم از ایرانی و آلمانی و دیگر ملیت‌ها، کنوانسیون مشترکی است که مبدأ و مقصد پذیرفته باشند. پروفیسور راستین، مدیر حقوقی شرکت هواپیمایی لوفت‌هانزا، این معیار را به عنوان یک قاعده مطرح می‌کند^۱ و ملیت مسافران در این باره مؤثر نخواهد بود.^۲ به عبارت دیگر، مسافر آلمانی پرواز نمی‌تواند ادعای جبران خسارت بیش‌تر کند، فقط به این دلیل که کشور متبوعش به کنوانسیون مونترال پیوسته است.^۳

بنابراین، مسافران آلمانی که بلیت یک‌طرفه تهران - برلین خریده‌اند، مشمول میزان مسئولیت مندرج در کنوانسیون ورشو، اصلاحی لاهه خواهند شد. حالت دیگر این است که هر دو کشور یا یک کشور، عضو هیچ کنوانسیون بین‌المللی نباشد. در این صورت، باید به تعریف حمل و نقل بین‌المللی مندرج در ماده ۱ کنوانسیون ورشو رجوع کنیم. از نظر این کنوانسیون، حمل و نقلی وصف بین‌المللی دارد که هر دو کشور مبدأ - مقصد، عضو کنوانسیون باشند. در غیر این صورت، میزان مسئولیت مندرج در کنوانسیون درباره آن‌ها قابل اعمال نخواهد بود.

سؤالی که در این‌جا مطرح می‌شود، این است که اگر قرار باشد کنوانسیون قابلیت اجرا نداشته باشد، پس با چه سازوکاری، میزان خسارت‌های جسمی و مالی وارد شده قابل جبران خواهد بود؟ در پاسخ باید گفت که حقوق داخلی، مناسب‌ترین معیار برای جبران خسارت است. برای مثال، مسافران در مسیر پروازهای بین ایران و تایلند (که عضو هیچ کنوانسیون هوایی نشده است)، بر اساس حقوق داخلی، جبران خسارت خواهند شد.^۴

1. Lecture of Prof. Rostine at Leiden University, *Aviation Law Workshop* Sep 2015.

۲. سلمان‌زاده، پیشین، ص ۱۵۲.

3. Mankiewicz, R. H., *The liability regime of the international air carrier: a commentary on the present Warsaw system*, Kluwer, 1981, p. 29.

۴. سلمان‌زاده، پیشین، ص ۱۵۳.

ب. مقررات مندرج در کنوانسیون شیکاگو

معاهده ۱۹۱۹ پاریس، نخستین سند حقوقی است که در حقوق هوایی به اجرا درآمده است. بر اساس این معاهده که ۲۳ کشور تصویب کرده‌اند، حاکمیت کامل و انحصاری کشورها بر آسمان سرزمین خودشان به رسمیت شناخته شد. در سال ۱۹۴۴، معاهده شیکاگو، جای‌گزین معاهده پاریس گردید و آن را نسخ کرد. معاهده شیکاگو، عهدنامه‌ای چندجانبه برای ایجاد نظم و ایمنی و کمک به پیشرفت مؤثر هواپیمایی بین‌المللی است.^۱

کنوانسیون شیکاگو یا همان هوانوردی غیر نظامی بین‌المللی در سال ۱۹۴۴ با حضور کشورهای بسیاری در شیکاگو به تصویب رسید. پیمان شیکاگو، یکی از مهم‌ترین و اصلی‌ترین قوانین پروازی است و همه کشورهای عضو این پیمان مستلزم رعایت مفاد آن هستند. کشور ایران نیز یکی از امضاکنندگان پیمان شیکاگو است. پیمان بین‌المللی هواپیمایی کشوری مشهور به معاهده شیکاگو، ۷ دسامبر ۱۹۴۴ در شیکاگو منعقد شد. طبق ماده ۱، کنوانسیون دولت‌های متعهد قبول دارند که هر کشور حق حاکمیت تام و مطلق نسبت به فضای مافوق قلمرو خود دارد.

برابر ماده ۸۱ و جمله دوم ماده ۸۳ معاهده، همه موافقت‌نامه‌های هوایی و ترتیبات دولت‌های متعهد باید نزد شورای ایکائو به ثبت برسد. علاوه بر این، جمله اول ماده ۸۳، هر دولت متعهد می‌تواند تفاهم‌نامه‌های جدید یا موافقت‌نامه‌هایی را تنظیم کند که مواد معاهده را در بر ندارند. ماده ۸۹، مشروط به زمان جنگ مقرر می‌دارد که در صورت وقوع جنگ، آزادی عمل دولت‌های متعهد مربوط نباید تحت الشعاع این معاهده قرار گیرد. هم‌چنین اگر دولتی در سطح داخلی، وضعیت اضطراری اعلام کند، به صورتی مشابه عمل می‌شود. با این حال، مقرر شده است تا مراتب به آگاهی ایکائو برسد. کوتاه سخن آن‌که اهمیت مسافرت‌های هوایی در زندگی امروز و تنوع مخاطراتی که جان مسافران و خدمه پرواز را تهدید می‌کند، ایجاب می‌کند که ایمنی و امنیت هوانوردی اعتلا یابد.

بر اساس موازین حقوق بین‌الملل که به ویژه در کنوانسیون ۱۹۴۴ شیکاگو در مورد هواپیمایی کشوری بین‌المللی و ضمایم آن درج شده است، دولت‌ها باید تمام تمهیدات لازم و حداکثر اقدامات

۱. جباری، منصور، «استفاده دستگاه قضایی از نظرات کارشناسی سازمان هواپیمایی کشوری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، ۱۳۹۴، ص ۱۹.

احتیاطی را در نظر بگیرند تا از جان و اموال مسافران و خدمه هواپیما و نیز دیگر شهروندان محافظت شود. در قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم، مفهوم «مراقبت بایسته»، بیش‌تر در زمینه حمایت از بیگانگان مطرح می‌شد، در حالی که دعاوی ناشی از رفتار نسبت به بیگانگان در ابتدا بر اساس حسن نزاکت بین‌المللی و حفظ روابط دوستانه مطرح می‌گردید. دولت‌ها به تدریج، در معاهدات خود، مقرراتی را برای حمایت از شهروندان خویش درج کردند. بر این مبنا، دولت‌ها برای طرح دعا در زمینه غرامت‌های ناشی از آسیب به شهروندان خود و اموالشان، از کمیسیون‌های اختلاف یا داوری استفاده کردند. این دعاوی که عمدتاً بر اساس اصول و قواعد حقوق بین‌الملل به آن‌ها رسیدگی می‌شد، رویه‌های قضایی اولیه را در مورد مفهوم «مراقبت بایسته» ایجاد کردند.^۱

بند دوم. امکان سنجی طرح مسئولیت بین‌المللی برای دولت ایران

الف. ارکان تحقق مسئولیت بین‌المللی

حقوق مسئولیت بین‌المللی، یکی از شاخه‌های اصلی و اساسی حقوق بین‌المللی است که با دیگر شاخه‌های حقوق بین‌الملل، ارتباط تنگاتنگ دارد. حقوق مسئولیت بین‌المللی عبارت است از مجموعه قواعد و مقررات بین‌المللی مربوط به موضوع مسئولیت دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی. بنابراین، هر موضوعی که به نوعی با موضوع مسئولیت دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی ارتباط داشته باشد، در حقوق مسئولیت بین‌المللی مطرح می‌شود.^۲

نخستین رکن تحقق مسئولیت حقوقی دولت در سانحه سقوط هواپیمای مسافربری اوکراین، مسئله انتساب رفتار مسبب این سانحه به دولت است. فارغ از این که دلیل قطعی سقوط هواپیما پس از خوانده شدن جعبه سیاه آن مشخص خواهد شد، نیروهای مسلح ایران پذیرفته‌اند که این هواپیما با موشک‌های پدافند هوایی ساقط شده است. پرسش این جاست که آیا شلیک موشک به دولت

1. Alvarez-Jiménez, A., "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice", The Journal of World Investment & Trade, 2008, 9 (1), p. 51.

۲. بیرانوند، فرید، «قواعد آمّره و تعهدات عام‌الشمول»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، ۱۳۹۲، ص ۷۱.

ایران قابل انتساب است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت رفتار ارگان یک دولت که در راستای اجرای وظایف آن ارگان باشد، عمل دولت تلقی می‌شود، فارغ از این که آن ارگان یک کارکرد اجرایی، تقنینی یا قضایی را انجام می‌دهد و آن ارگان چه جایگاهی در ساختار دولت دارد. بدون تردید، نیروهای مسلح ایران، ارگان دولت ایران قلمداد می‌شوند.^۱

رکن دوم تحقق مسئولیت بین‌المللی دولت، نقض تعهد بین‌المللی آن دولت است که در این مورد باید تعهدات دولت ایران را در معاهدات مرتبط با موضوع به ویژه کنوانسیون‌های مربوط به حقوق بین‌الملل هوایی جست‌وجو کرد. مهم‌ترین سند موجود در این حوزه، کنوانسیون بین‌المللی هواپیمایی کشوری یا کنوانسیون شیکاگو و ضمیمه نوزده گانه آن است. طبق این کنوانسیون، دولت‌ها باید از به‌کارگیری سلاح علیه هواپیمای کشوری در حال پرواز خودداری کنند و اگر چنین اقدامی هم کردند، نباید جان سرنشینان هواپیما را به خطر اندازند.

بی‌تردید، در سانحه هواپیمای مسافربری اوکراین، این تعهد نقض شده است. با این حال، پرسشی که در این جا مطرح می‌شود، این است که آیا به لحاظ حقوقی، ایران نباید در وضعیت ملتهب و متشنج زمان وقوع سانحه هواپیمای مسافربری اوکراین، پروازها را محدود یا حداقل تا برقراری شرایط عادی، ممنوع می‌کرد؟ دولت ایران در طول جنگ تحمیلی، این وضعیت را بارها تجربه کرده بود و در مواقع ضروری، باید محدودیت و ممنوعیت پروازی را اعمال می‌کرد. ایران در روز وقوع سانحه هواپیمای مسافربری اوکراین تشخیص نداد که به چنین اقدامی دست بزند. به لحاظ حقوقی اگر ادعا شود که ایران آسمان ناامنی داشت، ایران، مخیر بود تا منطقه ممنوعه پروازی را اعلام کند. طبق کنوانسیون شیکاگو، دولت‌های طرف معاهده می‌توانند به دلیل ضرورت نظامی یا امنیت عمومی، پرواز هواپیماهای دیگر دولت‌ها را بدون تبعیض میان آن‌ها در برخی مناطق سرزمین خود محدود یا ممنوع کنند.

ماده ۱۰ قانون هواپیمایی کشوری ایران (۱۳۲۸) نیز با ادبیاتی مشابه، این اختیار را تصریح کرده است: «اداره کل هواپیمایی کشوری می‌تواند در مواردی که امنیت عمومی یا علل نظامی ایجاب می‌کند،

۱. امینی، اعظم و وحید بذار، «جنبه‌های حقوقی سانحه هوایی هشتم ژانویه ۲۰۲۰ مربوط به پرواز شماره ۷۵۲ شرکت هواپیمایی اوکراین»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۴۰.

با تصویب هیئت وزیران، پرواز هواپیمای ایرانی یا خارجی را بر فراز قسمتی از خاک کشور ممنوع یا محدود یا مقید به شرایط خاصی بنماید.» بنابراین، از این منظر نمی‌توان کوتاهی، تقصیر یا مسئولیتی را متوجه دولت ایران دانست و ایران در خصوص محدودیت پروازی آسمان، خودمختار بوده است و در این خصوص می‌توانست کاملاً به تشخیص خود اقدام کند.^۱

ب. امکان استناد ایران به اصل دفاع مشروع

بند ۴ ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد، تمام دولت‌های عضو را ملزم می‌دارد که در روابط بین‌المللی خود از استفاده از زور علیه تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی هر دولت یا به هر شیوه‌ای که مغایر اهداف ملل متحد باشد، خودداری ورزند. مسلّم است که استفاده از زور علیه یک هواپیمای خارجی، حتی در محدوده قلمروی یک دولت، ناقض حقوق بین‌الملل است، به این معنا که استفاده از زور در مفهوم قاعده مقرر در بند ۴ ماده ۲ منشور قلمداد می‌شود. در مورد سرنگونی هواپیمای اوکراینی به دست ایران، مسئله دفاع مشروع قابل طرح است؛ زیرا بعد از هدف قرار گرفتن وسیله نقلیه سردار قاسم سلیمانی به دست پهادهای ایالات متحده آمریکا و پاسخ‌دهی نظامی ایران به آن حمله، چنین اتفاقی رخ داده است. بنابراین، یکی از مستندات ایران، دفاع مشروع است. ایران باید بتواند اثبات کند که در مورد شلیک به هواپیمای مسافربری اوکراینی، تهدید قریب‌الوقوع وجود داشته است.

چون هواپیمای مسافربری اوکراینی چند ساعت پس از حمله ایران به دو پایگاه آمریکا در عراق سرنگون شده، این ادعا ممکن است مطرح شود که اشتباه مهلک نیروهای موشکی ایران بر اثر اشتباه گرفتن هواپیمای اوکراینی با یک موشک آمریکایی اتفاق افتاده باشد. با وجود این، هیچ ادعای روشنی در مورد تهدیدی قریب‌الوقوع از جانب یک هواپیمای مسافربری وجود نداشته است. پس در این قضیه نمی‌توان به دفاع مشروع استناد کرد؛ زیرا در این مورد، تهدیدی فوری و قریب‌الوقوع، متوجه ایران نبود. چون پرواز شماره ۷۵۲ بعد از چند ساعت پس از حمله ایران به پایگاه آمریکا در عراق رخ داده بود، ایران می‌تواند ادعا کند که خطای انسانی باعث شده است هواپیمای اوکراینی را با یک موشک آمریکایی اشتباه بگیرد.^۲

۱. همان، ص ۴۱.

۲. سلمانی، لیا، «جایگاه اصل مراقبت بایسته در پیش‌گیری از سوانح هوایی با تأکید بر سرنگونی هواپیمای مسافری اوکراین».

گفتار سوم. بررسی موضوع از دیدگاه حقوق داخلی

علاوه بر این که موضوع سانحه سقوط هواپیمای اوکراینی، موجبات مسئولیت بین‌المللی ایران را فراهم کرده است، از نظر حقوق داخلی به ویژه حقوق اداری نیز دو موضوع مسئولیت بین‌المللی دولت و سازمان‌های دولتی مقصر قابل بحث و بررسی هستند.

بند اول. مسئولیت مدنی دولت

هر سانحه یا حادثه‌ای که برای هواپیمایی اتفاق افتد، هر چند این سانحه یا حادثه جزئی باشد و قابل توجه نباشد، مسئولان مربوط برای یافتن علت وقوع سانحه یا حادثه به تحقیق و بررسی دست می‌زنند. هدف از این تحقیقات و بررسی‌ها صرفاً یافتن علت وقوع سانحه یا حادثه و تلاش برای بهبود دادن وضعیت موجود است و با این دید انجام می‌شود که در آینده از وقوع چنین حادثه یا سانحه‌ای جلوگیری شود. این تحقیقات و نتایج حاصل از آن اقداماتی که مسئولان برای رفع مشکلات و نواقص انجام می‌دهند، موجب شده است هواپیما، وسیله‌ای امن تلقی گردد.

وقوع یک سانحه یا حادثه هوایی ممکن است بر منافع اشخاص مختلف حقیقی و حقوقی از جمله مسافران، فرستندگان و گیرندگان بار و شرکت‌های بیمه اثر بگذارد. در این صورت، بحث جبران خسارت وارد شده مطرح است و اشخاص مسئول سانحه یا حادثه باید مشخص شود تا معلوم گردد چه کسی یا کسانی باید خسارت‌های وارد شده را جبران کنند. معمولاً علاوه بر جبران خسارت و مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری افراد نیز مطرح است. ورود دستگاه قضایی برای تعیین مسئولیت‌های مدنی و کیفری ضروری است و باید پرونده‌ای تشکیل شود و تحقیقاتی برای یافتن مقصر سانحه یا حادثه صورت گیرد.^۱

الف. تحولات تاریخی مسئولیت مدنی دولت

از زمان منسوخ شدن مصونیت و غلبه تفکر مسئولیت و پاسخ‌گویی زمام‌داران، این مقوله همواره در حال تغییر و دگرگونی بوده و دست‌خوش تحولات فراوانی شده است، به گونه‌ای که در ابتدای

مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۹۹، ص ۷۲.

۱. جباری، پیشین، ص ۶۰.

پذیرش اصل لزوم پاسخ‌گویی دولت‌ها، این مسئولیت، تنها ناظر بر اعمال زیان بار دولتی به صورت ایجابی (فعل)، تکلیفی، غیر قانونی و تصدی بود. بنابراین، ترک فعل‌ها، صلاحیت تشخیصی، اقدامات قانونی و اعمال حاکمیتی، بیش‌تر به منظور حفظ حاکمیت و اقتدار حکومت، اگر به زیانی می‌انجامید، سبب مسئولیت دولت نمی‌شد. اکنون این مرزبندی تا حدی از بین رفته و در برخی نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است که اقدامات زیان بار افزون بر صورت‌های کلاسیک خود می‌تواند به صورت ترک فعل، صلاحیت‌های تشخیصی، اقدام کاملاً قانونی و عمل حاکمیتی نیز نمودار یابد و از این نظر، دولت را ملزم به پرداخت غرامت کند.^۱

در اواخر قرن نوزدهم، نظریه جدیدی درباره مسئولیت مدنی دولت ارائه شد که دایره مسئولیت دولت را به گونه‌ای قابل توجه گسترش داد. این نظریه، دولت را مکلف می‌کند که در بعضی موارد، خسارت‌هایی را که بر اثر اعمال او به اشخاص وارد شده است، جبران کند. حتی اگر ارتکاب این اعمال، عاری از هر گونه تقصیر و به عبارت دیگر، به حکم قانون باشد. امروزه با توجه به فراگیر شدن مبانی فکری دولت رفاه، این نظریه که به نظریه «عدم تقصیر» شهرت دارد، در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است و دادگاه‌ها در شرایط معینی، دولت را مسئول جبران خسارت‌های وارد شده به شهروندان می‌دانند، بدون این‌که نهادهای عمومی یا کارکنان آن‌ها، قانونی را نقض کرده باشند. استدلال کسانی که از این نظریه طرفدارای می‌کنند، این است که نظریه مسئولیت مبتنی بر تقصیر، به تنهایی کافی نیست؛ زیرا بر اساس این نظریه، بسیاری از خسارت‌هایی که از اعمال و اقدامات دولت به افراد وارد می‌شود، بدون جبران خواهد ماند. این در حالی است که انصاف و عدالت ایجاب می‌کند زیان‌های یادشده، جبران و ترمیم شوند.

در پی تحولات رخ داده در حقوق مسئولیت مدنی در دو سده اخیر که زمینه‌ساز گسترش این نوع از حقوق شده است، در بعضی از نظام‌های حقوقی هم‌چون فرانسه و در راستای تحقق هر چه بیش‌تر عدالت، جبران خسارت از هر گونه محدودیت رها گردیده و سبب حمایت هر چه بیش‌تر از قربانیان اعمال زیان بار و جبران هر چه بیش‌تر خسارت‌های وارده بر آنان شده است. از این رو، در بعضی از نظام‌های حقوقی، لزوم جبران همه خسارت‌ها و جبران کامل خسارت وارد شده بر زیان‌دیده به

۱. رضایی‌زاده، محمد جواد و فرامرز عطریان، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری»، مجله حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ص ۱۲.

عنوان دو اصل بنیادین حقوقی پذیرفته شده است. به موجب اصل لزوم جبران همه خسارت‌ها، هر کس، زانی ناروا به دیگری وارد کند، مکلف به جبران خسارت وارد شده است، خواه قانون‌گذار به جبران آن حکم داده باشد و خواه نداده باشد.^۱

نظریه مسئولیت محدود دولت امروزه به دلیل ایرادهای وارد شده بر آن به ویژه از آن رو که به میزانی درخور توجه، حدود مسئولیت دولت را محدود می‌کند و در نتیجه، موجب نفی حقوق می‌شود، در کشور فرانسه که خاستگاه آن بود، متروک شده و حتی مسئولیت دولت را در مواردی پذیرفته است که زیان از اعمال حاکمیت ناشی شده باشد.^۲ نخستین بار با رأی مشهور «بلانکو» در فرانسه در سال ۱۸۷۳، تغییر مسیر در مسئولیت دولت آغاز گردید. مطابق این رأی، دولت به صورت غیر مستقیم، مسئول اعمال کارکنانش است و می‌بایست آسیبی را جبران می‌کرد که از برخورد گاری متعلق به کارخانه تنباکو به دختری به نام بلانکو وارد شد. با این گام بلند، هیچ مقام عمومی نمی‌توانست مصونیت مطلق داشته باشد و همگان در پیشگاه قانون و هزینه‌های عمومی، برابر شمرده شدند. با وجود تحولات جهانی صورت‌گرفته در نظام حقوقی ایران، با در پیش گرفتن نظریه سنتی تفکیک میان اعمال حاکمیتی و تصدی‌گرایانه در قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)، مسئولیت شخصیت حقوقی دولت به طور محدود پذیرفته شد.

ب. بنیان‌های حقوقی مسئولیت مدنی دولت

به مسئولیت مدنی دولت از دو منظر حق شهروندان و تکلیف دولت می‌توان نگریست. مطابق نگاه تکلیف‌محور، برای حکم به جبران خسارت از سوی مراجع صالح، تصریح به تکلیف دولت در قوانین موضوعه ضروری است؛ زیرا منطق حاکمیت قانون شکلی اقتضا دارد برای ایجاد صلاحیت تکلیفی تازه برای دولت می‌بایست قانونی وجود داشته باشد و در صورت تردید در تکلیف داشتن یا نداشتن دولت، تفسیر مصونیت‌محور و اصل عدم صلاحیت حاکم خواهد بود. در نتیجه، به جای دولت یا مرجع عمومی، مقام عمومی که عمل زیان‌بار را انجام داده است، باید شخصاً آن را جبران کند، وگرنه

۱. خانی، زهرا و همکاران، «جنبه‌های اقتصادی مسئولیت مدنی دولت در سوانح هوایی در فقه و حقوق بین‌الملل»، فصل‌نامه مطالعات فقه اقتصادی، سال سوم، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۶۶.

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

قسمت اعظم درآمدهای دولت در بودجه به دلیل نقض حقوق افراد، صرف پرداخت به زیان دیدگان خواهد شد. دکترین مصونیت که با نظریه سنتی مسئولیت مبتنی بر تقصیر سازگاری دارد، به حفظ اقتدار دولت اهتمام می‌ورزد و فرض تقصیر مأموران دولتی را مقدّم بر تقصیر دولت می‌پندارد.^۱

مطابق این دیدگاه، در حقوق عمومی بر خلاف حقوق خصوصی، مسئولیت مدنی تنها دارای گزاره «حق بر جبران شدن زیان وارده» نیست، بلکه تکلیف به جبران زیان نیز آموزه‌ای دیگر است که مهم‌ترین انگاره آن است. از این نظر، مسئولیت مدنی دولت به این دلیل، تابع حاکمیت قانون است که صلاحیت دولت به جبران زیان، تحت حاکمیت قانون قرار دارد. محتوای حاکمیت قانون تنها اعلام حق نیست، بلکه تکلیف دولت نیز است. بنابراین، اگر در مواردی، حق اعلام شود، اما تکلیف یا تکالیفی نسبت به آن بیان نگردد، به این معناست که پاسداشت اقتدار یا حاکمیت دولت، با تعریف نشدن صلاحیت تکلیفی برای جبران زیان، نسبت به حق یا حقوق نقض شده ملازمه دارد.^۲

حق محوری در مسئولیت مدنی دولت، نیازمند تصریح قانون‌گذار مبنی بر صلاحیت تکلیفی دولت برای جبران زیان نیست، بلکه بین پذیرش حق شهروندان و تکلیف دولت به جبران زیان، ملازمه وجود دارد و مسئولیت مدنی به عنوان یکی از وجوه پاسداشت حق، الزامی انگاشته می‌شود. چنین نگاهی با مسئولیت مدنی بدون تقصیر و فرض تقصیر دولت و نیز با حقوق بشر معاصر و حکمرانی خوب سازگارتر است و مصونیت دولت و صلاحیت‌های اختیاری مقامات دولتی را به صورت مضیق تفسیر می‌کند.^۳

ج. تحقق مسئولیت مدنی دولت در مورد حادثه هواپیمای اوکراینی

۱. مطالبه خسارت‌های مادی

اقدام دولت ایران در شلیک دو موشک به هواپیمای اوکراینی با خطای انسانی همراه بوده است و در

۱. ولایی، علی و همکاران، «در سودای مسئولیت‌پذیری قانون‌گذار: درنگی بر مسئولیت مدنی ناشی از اعمال تقنینی»، مطالعات حقوق تطبیقی، سال سیزدهم، شماره ۲۶، ۱۴۰۱، ص ۸۹۷.

۲. امامی، محمد و مشتاق زرگوش، «اصل قانونی بودن مسئولیت مدنی دولت»، پژوهش‌نامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۳۸۶، ص ۱۶.

۳. ولایی و همکاران، پیشین، ص ۸۹۸.

واقع، کاربر مربوط، هواپیما را با موشک‌های آمریکایی اشتباه گرفته است. در این امر، شکی نیست که اقدام ایران در این حادثه در شمار اعمال حاکمیتی بوده است. حال پرسش این جاست که به استناد حاکمیتی بودن عمل می‌توان دولت را از مسئولیت معاف دانست؟

منظور از عمل حاکمیتی، عملی است که به وسیله آن، ارگان‌های دولتی به شیوه‌های دستور، منع و قاعده‌گذاری یک جانبه متوسل می‌شوند و به طور خلاصه، یک اراده آمرانه آشکار می‌شود. کارهایی که از اقتدار و مرجعیت سیاسی دولت حکایت دارند و دولت به موجب آن قانون‌گذاری می‌کند، فرمان‌روایی خود را به رخ می‌کشد، متهمان را تعقیب و مجازات می‌کند، سیاست‌گذاری خارجی می‌کند و برای برقراری رابطه با دیگر دولت‌ها یا قطع آن یا جنگ با آن‌ها تصمیم می‌گیرد و وارد عمل می‌شود.^۱

قانون‌گذار ایران در عملکردی قابل انتقاد، ذیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به نظریه مسئولیت محدود استناد کرده است و مقرر می‌دارد: «در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت، مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.» به عبارت دیگر، با این‌که مسئولیت دولت در ارتکاب فعل زیان‌بار پذیرفته شده، اما الزام به پرداخت خسارت از دوش دولت برداشته شده است. چون اثر مستقیم مسئولیت مدنی، الزام به پرداخت خسارت است، وقتی این الزام برداشته شود، مانند این است که دولت در این‌جا مسئولیتی ندارد.^۲

مسئولیت مدنی دولت در موارد اعمال حاکمیت تحت شرایطی پذیرفته شده است. با وجود این، هنوز سایه قسمت آخر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بر حقوق ایران سنگینی می‌کند. ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی دولت نیز ناممکن بودن جلوگیری از ورود زیان و رعایت تمام احتیاط‌های متناسب با اوضاع و احوال قضیه را از موجبات عدم مسئولیت مدنی شناخته است.^۳ مصونیت دولت در اعمال حاکمیت، حداقل از لحاظ مدنی موجب مباح جلوه داده شدن بسیاری از اعمال

۱. صادقی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر با نگاهی به آموزه‌های اخلاق سایبری»، مجله اخلاق در علوم و فناوری، دوره شانزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۴.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد اول)، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۳۶۰.

۳. همان، ص ۳۶۷.

نامشروع دولت می‌شود و موجب خواهد شد حقوق جمعی بی‌گناه در معرض خودخواهی‌ها و لجام‌گسیختگی‌ها قرار گیرد.^۱

شرط دیگری که برای رفع مسئولیت دولت در اعمال حاکمیتی لازم دانسته شده، ضرورت و اضطراب است. بدون شک، ضرورت و اضطراب در صورتی که فعل انجام گرفته، متناسب با آن اضطراب، نه فراتر از آن باشد، مسئولیت کیفری فرد را رفع می‌کند. در خصوص مسئولیت مدنی اختلاف نظر است؛ چون تأثیر اضطراب بر اجرای احکام جزایی از باب لطف و امتنان است، در حالی که برداشتن مسئولیت مدنی در این مورد بر خلاف لطف و امتنان در حق زیان دیده است.

بسیاری از حقوق دانان با توجه به عبارت مندرج در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، اعمال حاکمیت را از جمله اعمال معاف از مسئولیت مدنی تلقی کرده‌اند.^۲ توجه دقیق‌تر به عبارت‌های این ماده و مقایسه آن با ماده ۱ قانون موصوف، نتیجه دیگری را به ذهن می‌رساند. قانون مسئولیت مدنی در ماده ۱، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را تأسیس کرده است؛ چون در این ماده، صرفاً زیان‌های ناشی از اعمال بدون مجوز قانونی یا در نتیجه عمد یا بی‌احتیاطی را سبب تحقق مسئولیت دانسته است. در ادامه همین رویکرد، ماده ۱۱ این قانون، مسئولیت مدنی کارمند را صرفاً در نتیجه عمد یا بی‌احتیاطی شناخته و مسئولیت اداره را در صورت «نقص وسایل» قابل تحقق دانسته است که خود، نوعی تقصیر محسوب می‌شود. انتهای ماده با حرف «ولی» آغاز شده است و به لحاظ ادبی، این انتظار را در مخاطب ایجاد می‌کند که با حکمی متفاوت و متمایز نسبت به عبارت قبل خود مواجه شود. با این حال، همان گونه که بیان شد، نگاه دقیق در عبارت‌های این بند، نتیجه دیگری به بار می‌آورد.

در هر حال، حتی با فرض پذیرش تفاوت بین اعمال تصدی و حاکمیت و موافقت با برداشت غالب از این ماده مبنی بر معافیت مطلق دولت از مسئولیت مدنی در اعمال حاکمیت برآیند تا نشان دهیم که این برداشت از ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی با تأسیس نظام حقوقی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات پس از انقلاب اسلامی منسوخ گردیده است و از آن پس نمی‌توان دولت را

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۲۴۶.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۵، ص ۳۹۲.

بابت اعمال حاکمیتش، مصون و معاف از مسئولیت مدنی دانست.^۱

راهکار دیگر برای توسعه مسئولیت دولت بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی دولت این است که از مفهوم «نقص وسایل ادارات یا مؤسسات» مندرج در این ماده، تفسیر موسّع شود. اگر حادثه ناشی از نقص وسایل باشد، از مسئولیت دولت سخن به میان می‌آید. این امر نیز با اشکال روبه‌روست که بخش زیادی از اقدامات دولت از اعمال حاکمیتی است و بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۱ پیش‌گفته، دولت، مجبور به جبران خسارت نیست. در هر حال، این فراز از ماده ۱۱ قابل انتقاد است و معلوم نیست چرا اعمال حاکمیت موجب معافیت از مسئولیت است. به تعبیر برخی از اندیشمندان فقهی، در زمینه مسئولیت‌های مدنی، ملاک ضمان ایجاد موجب ضمان یا تسبیب در خصوص آن است و این دو درباره دولت نیز حتی در فرض اعمال حاکمیت مصداق دارد.^۲

برخی دیگر از فقیهان نیز با استناد به قاعده لاضرر و نیز اصول ۴۰ و ۱۷۱ قانون اساسی و استدلال‌های دیگر به نقد ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی پرداخته‌اند. به اعتقاد ایشان، از سویی به موجب قاعده لاضرر، حکم ضرری در اسلام وجود ندارد و اگر شخصی به دیگری ضرر بزند، ملزم به جبران است. این حکم در خصوص ورود ضرر به وسیله دولت اسلامی به طریق اولی جاری است. به ویژه این که قاعده لاضرر، قاعده‌ای امتنانی است و همین امر، مقتضی جبران همه ضررهاست. از سوی دیگر، بر اساس اصل ۴۰ قانون اساسی، هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد و در این اصل، دولت مستثنا نشده است. به علاوه با وجود این که قضاوت از بارزترین اعمال حاکمیتی دولت است، اصل ۱۷۱ قانون اساسی، دولت را حتی مسئول جبران خسارتی دانسته است که بر اثر اشتباه قاضی بر افراد وارد می‌آید.^۳

۱. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۲۱۰.

۲. عمید زنجانی، عباس علی، موجبات ضمان؛ درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار در فقه اسلامی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۶۷.

۳. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و وحید رضادوست، «مطالعه تطبیقی تعیین مسئول و مبنای جبران خسارت در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث مربوط به تأسیسات هسته‌ای در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۷۴۷.

ممکن است در خصوص سانحه یادشده به قوه قاهره نیز استناد گردد که به نظر می‌رسد قوه قاهره که در معنای عام بر وقایع پیش‌بینی‌ناپذیر، نامنتظره و اجتناب‌ناپذیر دلالت دارد، در مدیریت کشور به عنوان بحران شناخته می‌شود. البته بحران، یکی از مصادیق فورس ماژور است، اما معمولاً اولین مصادیقی که با استعمال قوه قاهره به ذهن می‌رسد، از نمونه‌های حوادث طبیعی هم‌چون سیل و زلزله هستند. این رخدادها بنا به تعریف قوه قهریه، پیش‌بینی‌ناپذیرند و اصولاً خاستگاه انسانی ندارند. بنابراین، در نگاه نخست، رابطه علیت میان فعل و ورود ضرر منتفی است. سخن گفتن از تقصیر در این باب، دشوار به نظر می‌رسد. البته برخی رویدادهای طبیعی مثل سیل ممکن است نتیجه سیاست‌های نادرست بشری و اشتباه در تعامل با طبیعت شناخته شود. با این حال، در فرض نبود تقصیر، اداره یا دولت، مکلف به جبران نسبی ضرر برای شهروندان است.^۱

۲. مطالبه خسارت‌های معنوی

«خسارت معنوی»، مفهومی است که در برابر خسارت مادی به کار می‌رود و مقصود از آن، ضررهایی است که به واسطه ایجاد تألم روحی و روانی به آبرو، اعتبار و شخصیت فرد یا نزدیکان او وارد می‌آید.^۲ با تصویب قانون مسئولیت مدنی، برای نخستین بار بود که در قانونی با موضوعات غیر کیفری، جبران خسارت معنوی مطرح شد. بنابراین، جبران‌پذیری خسارت معنوی در ماده ۱ ق.م.م.، یکی از مهم‌ترین نوآوری‌های این قانون است. چه بسا به علت فعل واحد هم زیان مادی وارد آید و هم زیان معنوی که در این صورت، دادرس باید به جبران هر دو زیان حکم صادر کند.^۳

خسارت معنوی در قوانین ایران به صراحت پذیرفته شده و این، نشانه کامل تکامل حقوق ایران است.^۴ قانون‌گذار برای جبران خسارت معنوی، هر دو شیوه مالی و غیر مالی را در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی ایران پیش‌بینی کرده است. برخی نویسندگان معتقدند که ماده ۱۰ قانون مسئولیت

۱. امامی، محمد و همکاران، «تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۰، ص ۲۴.

۲. ابوالحمد، عبدالحمید، تحولات حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ص ۹.

۳. حیاتی، عباس‌علی، «بررسی و نقد قانون مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه کنونی ایران»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره ۷۶، ۱۳۹۸، ص ۱۴۷.

۴. پروین، فرهاد، خسارت معنوی در حقوق ایران، تهران: ققنوس، ۱۳۸۰، ص ۱۵۰.

مدنی، ناظر بر زیان‌های وارد شده به حیثیت، اعتبار شخصی و خانوادگی است و شامل زیان‌های عاطفی و روحی نمی‌شود.^۱ برای درک بهتر نظام حقوقی کشور شاید مناسب باشد به دو شیوه‌نامه سازمان هواپیمایی کشوری نیز نگاهی بیاندازیم. بی آن‌که منکر باشیم که این موارد در حدّ قانون الزام‌آور نیست، اما می‌تواند روح حاکم بر نظام حقوقی ما تلقی گردد.

در مقدمه شیوه‌نامه ۱۳۹۸/۶/۱.۱۹۴۰ با عنوان «حقوق مسافر در پروازهای بین‌المللی» و شیوه‌نامه ۱۳۹۶/۱۲/۱.۲۰۴۰ با عنوان «حقوق مسافر در پروازهای داخلی»، هدف این سندها، «تضمین حقوق مادی و معنوی و رعایت شأن و منزلت مسافران در مسافرت‌های هوایی» بیان شده است.^۲ چنان‌که ملاحظه می‌شود، قانون‌گذار بدون این‌که بین خسارت مادی و معنوی، تفاوتی قائل شده باشد، آن‌ها را قابل جبران دانسته است. چون شورای نگهبان، تفسیری خلاف این استنباط ندارد، باید خسارت معنوی را قابل مطالبه دانست.^۳

یکی از راه‌های جبران غیر مالی زیان معنوی که در ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹) مطرح شده و علاوه بر جبران‌های مالی در کنار درج حکم در جراید آمده، الزام به عذرخواهی از زیان‌دیده معنوی است. هر زمانی که نوع ضرر و زیان و خسارت، ضروری سازد، دادگاه رسیدگی‌کننده این حق را دارد که اگر تقصیر اثبات شد، ضمن تعیین تکلیف کردن در مورد خسارت و ضرر مالی، به رفع زیان معنوی مانند الزام به عذرخواهی یا نشر حکم قضایی در رسانه‌ها اقدام کند.^۴

بند دوم. سازمان‌های اداری مسئول در حادثه هواپیمای اوکراینی

بیش‌تر مواد کنوانسیون شیکاگو به ویژه ضمایم ۱، ۶، ۸، ۱۴ و ۱۸ آن و هم‌چنین تدوین استانداردها و مقررات و توصیه‌ها از سوی ایکائو و به موازات آن، قوانین و مقررات داخلی از جمله قانون هواپیمایی

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری (جلد ۱: مسئولیت مدنی)، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۲۳.

۲. نورشرق، جمشید و همکاران، «رویه قضایی محاکم ایران در مورد صدمات روانی وارده بر مسافران هوایی و نحوه جبران آن»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاهم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۸۲۷.

۳. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، «جبران خسارت معنوی در حقوق ایران»، پژوهش‌نامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲، ص ۳۷.

۴. اسماعیلی، پیشین، ص ۳۱۲.

کشوری، آیین نامه اجرایی گواهی نامه های متخصصان فنی هواپیمایی و مؤسسه های مربوط به تعلیم و تربیت متخصصان هواپیمایی، آیین نامه استاندارد بین المللی قابلیت پرواز هواپیما، آیین نامه احداث، توسعه، بهره برداری و مدیریت فرودگاه های غیر نظامی، دستورالعمل ها و شیوه نامه های صادر شده از سوی هواپیمایی کشوری و دیگر مقررات پیش گفته، همگی در راستای پیش گیری از حوادث و سوانح هوایی است. با این حال، اگر حادثه یا سانحه هوایی اتفاق افتاده باشد، کنوانسیون شیکاگو، رسیدگی به سوانح هوایی را در سطح بین المللی مجاز دانسته است. اگر سانحه ای برای یکی از هواپیماهای یک کشور عضو کنوانسیون در خاک کشور دیگر عضو کنوانسیون پیش آید و موجب مرگ یا صدمه گردد یا این که خرابی فنی هواپیما یا وسایل هوانوردی وارد آید، کشوری که اتفاق در آن روی داده است، باید درباره علت سانحه مطابق اصولی که از طرف سامانه هواپیمایی بین المللی کشوری توصیه و قوانین آن کشور، اجرای آن را مجاز می داند، تحقیقات به عمل آورد.^۱

قانون اساسی با توجه به اهمیت امور هواپیمایی، آن را به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار داده است. در این راستا، طبق ماده ۵ اصلاحی قانون هواپیمایی کشوری، سازمان هواپیمایی کشوری وابسته به وزارت راه و شهرسازی تأسیس شده است. در قوانین بسیاری از کشورها از جمله فرانسه و ایالات متحده امریکا، نهاد مسئول امور هوانوردی زیر مجموعه وزارت حمل و نقل تأسیس گردیده است.^۲

آیین نامه بررسی سوانح هوایی، بررسی سانحه را جزو وظایف انحصاری سازمان قرار داده و ممکن است سازمان، خود، از ذی نفع ترین اشخاص در حادثه باشد. مقررات اتحادیه اروپا، بررسی سوانح را به دست کارآزموده ترین کارشناسان مستقل کشورهای اروپایی مجاز دانسته است. در امریکا نیز هیئت ایمنی حمل و نقل ملی که یک هیئت مستقل دولتی است، مسئولیت بررسی سوانح را بر عهده دارد. سازمان هوانوردی امریکا ملزم است در این زمینه، هیئت را یاری کند.^۳ متأسفانه، نهادهای یادشده در اعمال حاکمیتی در امور هوانوردی هیچ گونه هم گرایی ندارند و جایگاه مصوبات آن ها در سلسله

۱. محمدزاده قره باغ، حسین و همکاران، نقش سازمان هواپیمایی کشوری ایران در حفظ ایمنی هوانوردی، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، شماره ۶۶، ۱۳۹۹، ص ۹۵

۲. اشراقی آرانی، مجتبی، قانون هواپیمایی کشوری در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران: مخاطب، ۱۳۹۴، ص ۲۸.

۳. حسین زاده قره باغ، محمد و همکاران، «چگونگی اعمال حاکمیت دولت جمهوری اسلامی ایران در امور هوانوردی و چالش های آن»، فصل نامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، دوره سیزدهم، شماره ۴۹، ۱۳۹۹، ص ۳۶.

منابع حقوقی معین نیست یا حداقل، سیاستی واحد را در راستای مقررات بین‌المللی در پیش نمی‌گیرند. به همین دلیل، تصمیم‌هایشان گاهی با مبانی و اصول هوانوردی تعارض دارد و ممکن است در برابر استانداردها و بازدیدهای ایکائو، چالش‌های جدی ایجاد کند.

نمونه بارز این چالش‌ها در سانحه هواپیمای اوکراینی به چشم می‌خورد که در آن، شورای عالی امنیت ملی برای آغاز عملیات موشکی به اهداف و مراکز نظامی امریکا در منطقه بدون اطلاع و هماهنگی با سازمان هواپیمایی کشوری تصمیم گرفت. پس از عملیات یادشده به دست نیروهای مسلح ایران در ۱۳۹۸/۱۰/۱۸، منطقه تا مدتی در حالت جنگی و خطر قرار داشت. حدود پنج ساعت بعد از این عملیات، هواپیمای بویینگ متعلق به خطوط هوایی اوکراین، پنج دقیقه پس از برخاستن از فرودگاه امام خمینی، به اشتباه، هدف موشک پدافند هوایی نیروهای مسلح قرار گرفت و سقوط کرد.

تصدی‌گری دولت در هوانوردی شامل حمل مسافر، بار و خدمات فرودگاهی از طریق شرکت‌های متعدد دولتی از جمله شرکت ایران‌ایر، شرکت فرودگاه‌ها و ناوبری هوایی ایران، شرکت شهر فرودگاهی امام خمینی، شرکت هواپیمایی قشم و دیگر شرکت‌های شبه‌دولتی انجام می‌پذیرد. دولت با تداوم و اصرار بر تصدی‌گری در امور هوانوردی، اعمال حاکمیتی را به دلیل تعارض منافع تضعیف می‌کند؛ زیرا بخش اعظم حمل و نقل هوایی را شرکت دولتی ایران‌ایر انجام می‌دهد. این تصدی‌گری موجب شده است سازمان بعضی از نظارت‌ها را نسبت به این شرکت نادیده بگیرد. این در حالی است که بر اساس سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در واگذاری تصدی‌گری از جمله امور هوانوردی، دولت نه تنها تاکنون نسبت به واگذاری این امور، اقدام مؤثر انجام نداده، بلکه با ایجاد شرکت شهر فرودگاهی امام خمینی، بر تداوم تصدی‌گری اصرار داشته است. هر قدر دولت به تصدی‌گری بپردازد، به همان میزان، تضعیف اعمال حاکمیتی را به دنبال خواهد داشت.^۱

شاید ناظران هوانوردی، نقض قانون را به استناد دستورالعمل‌های درونی سازمان و آیین‌نامه بررسی سوانح و حوادث هوایی قابل جبران تلقی کنند، ولی باید گفت که سازمان و هیئت وزیران به نقص قانون پاسخ نداده‌اند. پیش‌تر در نبود «آیین‌نامه بررسی سوانح و حوادث هوایی»، به سوانح و حوادث بر مدار دستورالعمل‌های درونی سازمان رسیدگی می‌شد. در آن فضا، نویسندگان، رفع

۱. همان، صص ۴۰، ۴۱.

دو چالش را در زمینه مقررات و مرجع رسیدگی و تبیین هدف از رسیدگی به سانحه هوایی پیشنهاد کردند که همان دو چالش در فضای آیین نامه نیز به شکلی دیگر باقی مانده است.

به طور کلی، آیین نامه از دو منظر اشکال دارد:

نخست - آیین نامه در ماده ۳، سازمان هواپیمایی کشوری را به عنوان مرجع بررسی سوانح و حوادث هوایی غیر نظامی در قلمرو ایران معرفی می کند. می دانیم که سازمان از مراجع ذی نفع در هوانوردی است. از این رو، بی طرفی و استقلال مرجع رسیدگی لحاظ نشده است. چگونه است که در ایالات متحده امریکا، هیئت ملی ایمنی حمل و نقل به عنوان مرجعی مستقل از اداره هوانوردی فدرال و حتی دیپارتمان حمل و نقل تعیین شده، ولی در ایران، مرجعی نیست که سازمان را نیز مخاطب توصیه ها و یافته های ایمنی بخواند؟ آیا این آیین نامه از حکم مقرر در ضمیمه ۱۳ پیمان شیکاگو مبنی بر «لزوم استقلال سازمان بررسی سانحه در اجرای بررسی» غافل نمانده است؟

دوم - غفلت آیین نامه از مبانی ایمنی هوانوردی به حدی است که از اصل بنیادین مقرر در ماده دوم خود یعنی رویکرد غیر جبرانی و غیر کیفری نیز تخطی کرده است. در حقیقت، اگر قرار باشد بر مبنای گزارش بررسی، هیچ شخصی، مقصر و مسئول نباشد و گزارش یادشده، مدرکی قابل استناد در دادگاه تلقی نشود، چرا آیین نامه در ماده ۱۴ مقرر کرده است: «در صورت طرح دعاوی مربوط به سانحه و حادثه هوایی، سازمان باید به عنوان مرجع بررسی، ضمن همکاری با مقامات قضایی ذی ربط، زمینه دسترسی مرجع قضایی را به اطلاعات فراهم نماید»؟

همین آیین نامه، امکان دسترسی سازمان های بیمه، شرکت ها و مؤسسات را به گزارش نهایی بررسی در تبصره ۲ ماده ۳۱ چنین فراهم ساخته است: «در صورت تقاضای سازمان های بیمه، شرکت ها و مؤسسات داخلی و خارجی برای دریافت نسخه ای از گزارش نهایی سانحه باید تقاضای مربوط به سازمان ارسال تا پس از بررسی های لازم و به تشخیص سازمان اقدام لازم در مورد آن ها به عمل آید».^۱

۱. صادقی نشاط، امیر و میلاد صادقی، «نقدی بر قانون هواپیمایی کشوری و ضرورت تصویب قانونی جدید در امور هواپیمایی»، فصل نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۳۹.

نتیجه‌گیری

ایران در کنوانسیون‌های بین‌المللی هوانوردی از قبیل شیکاگو و ورشو عضو است. پرواز ۷۵۲ هواپیمای اوکراینی نیز حسب تعریف و شرایط مندرج در رسته پروازهای بین‌المللی است؛ چون کنوانسیون ورشو و پروتکل لاهه، پروازی را بین‌المللی می‌داند که مبدأ و مقصد آن، قلمرو یکی از کشورهای عضو باشد یا مبدأ و مقصد، قلمرو یک عضو با اجازه توقف در قلمرو حاکمیت یک عضو دیگر کنوانسیون باشد. به علاوه، مسافران این پرواز از ملیت‌های مختلف بودند و حتی برخی از ایرانیان قربانی نیز تابعیت مضاعف کانادایی داشتند. تنوع تابعیت مسافران حتی مسافران ایرانی با فرض نپذیرفتن تابعیت مضاعف در قانون مدنی ایران، موجب دیگری است که موضوع مرتبط با این پرواز را به یک مسئله تمام‌عیار بین‌المللی تبدیل کند.

بین‌المللی بودن پرواز به این معناست که قانون حاکم بر یک واقعه بین‌المللی، فراتر از قوانین داخلی است و مقررات بین‌المللی مرتبط با یک موضوع بر آن حاکمیت دارد و طرف‌های درگیر، تابعان مختلف حقوق بین‌الملل هستند. این مقررات گاهی مقررات عمومی / بین‌المللی است و گاهی مقررات خاص که بر یک واقعه حاکم است. با توجه به چگونگی سرنگونی هواپیمای اوکراینی، اصول کلی حقوق بین‌الملل و مقررات هوانوردی بین‌المللی که بیش‌تر متأثر از کنوانسیون شیکاگو و پروتکل لاهه و نیز کنوانسیون مونترال است، بر این حادثه حاکم است. از این رو، باید به همین قوانین به عنوان قوانین مرجع رجوع کرد.

واقعه سرنگونی این هواپیما، تابع مقررات و اصول کلی حقوق بین‌الملل در باب مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و نیز مقررات و قواعد مرتبط با حقوق بین‌الملل هوایی است که ناشی از قواعد حقوقی مندرج در کنوانسیون ورشو، شیکاگو، مونترال و پروتکل لاهه می‌شود. اگر هنگام سوار یا پیاده شدن از هواپیما، حادثه‌ای رخ دهد که منجر به جرح یا فوت مسافر شود، اگر شرایط کامل و محقق باشد، کنوانسیون‌های ورشو یا مونترال درباره یکسان‌سازی مقررات حمل و نقل هوایی اعمال می‌شود. این شروط عبارت است از:

۱- حمل و نقل بین‌المللی باشد؛

۲- حمل و نقل از سوی یک مؤسسه حمل و نقل هوایی و به وسیله هواپیما انجام شود؛

۳- کشورهای مبدأ و مقصد، عضو کنوانسیون باشند؛

۴- حمل کننده کالا برای حمل کالا و مسافر، اجرت گرفته باشد، اگر یک مؤسسه حمل و نقل هوایی نیست؛

۵- حادثه باعث مرگ یا آسیب بدنی در هواپیما یا در زمان سوار یا پیاده شدن از هواپیما روی داده باشد.

بنابراین، مقررات این کنوانسیون زمانی قابلیت اجرا دارد که تمام شرایط یادشده وجود داشته باشد و در صورت نبود هر یک از این مقررات قابل اجرا نیست. از جمله کاربردهای قانون قابل اجرا، تعیین و تعریف حقوقی رخداد منجر به زیان است. «حادثه» در عموم کنوانسیون تعریف نشده و تفسیر این موضوع بر عهده محاکم بین المللی گذاشته شده است، ولی این واگذاری به این معنا نیست که دادگاه ها برای این تفسیر آزاد باشند.

از بعد حقوق داخلی نیز اقدام دولت ایران در شلیک دو موشک به هواپیمای اوکراینی بر مبنای خطای انسانی، موجبات مسئولیت مدنی دولت را محقق کرده است. اقدام کاربر شلیک کننده در قالب جرم خاص نظامیان نیز قابل پی گرد قضایی است. متأسفانه روند رسیدگی به پرونده مربوط به جبران خسارت و نیز جنبه کیفری موضوع با اطلاع دادرسی همراه بوده و با وجود گذشت سه سال از وقوع حادثه، احقاق حق زیان دیدگان از این سانحه به صورت قطعی تعیین تکلیف نشده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، *تحولات حقوق خصوصی*، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
۲. اشراقی آرانی، مجتبی، *قانون هواپیمایی کشوری در نظم حقوقی کنونی*، چاپ اول، تهران: مخاطب، ۱۳۹۴.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد اول)*، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۴. پروین، فرهاد، *خسارت معنوی در حقوق ایران*، تهران: ققنوس، ۱۳۸۰.
۵. جباری، منصور، *حقوق بین الملل هوایی*، تهران: فروزش، ۱۳۸۱.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، ۱۳۸۵.
۷. عمید زنجانی، عباس علی، *موجبات ضمان؛ درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار در فقه اسلامی*، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۸. غمامی، مجید، *مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود*، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۹. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری (جلد ۱: مسئولیت مدنی)*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: ضمان قهری. مسئولیت مدنی*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.

ب) مقاله

۱. اسماعیلی، شیوا، «بررسی مسئولیت حقوقی ناشی از سقوط هواپیمای مسافربری در حقوق ایران و اسناد بین‌المللی»، فصل‌نامه بین‌المللی قانون‌یار، دوره سوم، شماره ۹، ۱۳۹۸.
۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، «جبران خسارت معنوی در حقوق ایران»، پژوهش‌نامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۹ و ۱۰، ۱۳۸۲.
۳. امامی، محمد و مشتاق زرگوش، «اصل قانونی بودن مسئولیت مدنی دولت»، پژوهش‌نامه حقوق

و علوم سیاسی، شماره ۷، ۱۳۸۶.

۴. امامی، محمد و همکاران، «تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۰.

۵. امینی، اعظم و وحید بذار، «جنبه‌های حقوقی سانحه هوایی هشتم ژانویه ۲۰۲۰ مربوط به پرواز شماره ۷۵۲ شرکت هواپیمایی اوکراین»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹.

۶. بادینی، حسن، «هدف مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.

۷. جباری، منصور، «استفاده دستگاه قضایی از نظرات کارشناسی سازمان هواپیمایی کشوری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، ۱۳۹۴.

۸. حسین‌زاده قره‌باغ، محمد و همکاران، «چگونگی اعمال حاکمیت دولت جمهوری اسلامی ایران در امور هوانوردی و چالش‌های آن»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، دوره سیزدهم، شماره ۴۹، ۱۳۹۹.

۹. حسین‌زاده قره‌باغ، محمد و همکاران، «نقش سازمان هواپیمایی کشوری در حفظ ایمنی هوانوردی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و یکم، شماره ۶۶، ۱۳۹۹.

۱۰. حیاتی، عباس‌علی، «بررسی و نقد قانون مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه کنونی ایران»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال نوزدهم، شماره ۷۶، ۱۳۹۸.

۱۱. خانی، زهرا و همکاران، «جنبه‌های اقتصادی مسئولیت مدنی دولت در سوانح هوایی در فقه و حقوق بین‌الملل»، فصل‌نامه مطالعات فقه اقتصادی، سال سوم، شماره ۳، ۱۴۰۰.

۱۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری»، مجله حقوق اداری، سال اول، شماره ۱.

۱۳. سامانی، احسان و سید حسن وحدتی شبیری، «تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیان‌بار حاکمیتی در قبال شهروندان»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۰.

۱۴. سلمان‌زاده، جعفر، «بررسی فقهی حقوقی موارد دفاع شرکت‌های هواپیمایی در دعاوی سوانح هوایی (کنوانسیون ورشو. مونترال)»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۳، ۱۳۹۹.

۱۵. سلمانی، لیلا، «جایگاه اصل مراقبت بایسته در پیش‌گیری از سوانح هوایی با تأکید بر سرنگونی

- هواپیمای مسافری اوکراین»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۹۹.
۱۶. صادقی مقدم، محمد حسن و مجتبی اشراقی آرانی، «ارکان مسئولیت ناشی از عیب تولید هواپیما»، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۵۹، ۱۳۹۱.
۱۷. صادقی نشاط، امیر و میلاد صادقی، «نقدی بر قانون هواپیمایی کشوری و ضرورت تصویب قانونی جدید در امور هواپیمایی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۱۸. صادقی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در فضای سایبر با نگاهی به آموزه‌های اخلاق سایبری»، مجله اخلاق در علوم و فناوری، دوره شانزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰.
۱۹. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و وحید رضادوست، «مطالعه تطبیقی تعیین مسئول و مبنای جبران خسارت در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث مربوط به تأسیسات هسته‌ای در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۲۰. مالمیر، محمود و همکاران، «اخلال در امنیت پرواز هواپیما از منظر حقوق داخلی و بین‌الملل»، مجله حقوق تطبیقی، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۹۳.
۲۱. نورشرق، جمشید و همکاران، «رویه قضایی محاکم ایران در مورد صدمات روانی وارده بر مسافران هوایی و نحوه جبران آن»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاهم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۲۲. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۲۳. ولایی، علی و همکاران، «در سودای مسئولیت‌پذیری قانون‌گذار: درنگی بر مسئولیت مدنی ناشی از اعمال تقنینی»، مطالعات حقوق تطبیقی، سال سیزدهم، شماره ۲۶، ۱۴۰۱.

ج) پایان‌نامه

۱. بیرانوند، فرید، «قواعد آمره و تعهدات عام‌الشمول»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، ۱۳۹۲.

2. Latin source

1. Alvarez-Jiménez, A., “Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2008, 9 (1), 51–70.
2. Schwartz, S. J., Côté, J. E., & Arnett, J. J., “Identity and agency in emerging adulthood: Two developmental routes in the individualization process”, *Youth & society*, 2005, 37(2), 201–229.
3. Mankiewicz, R. H., *The liability regime of the international air carrier: a commentary on the present Warsaw system*, Kluwer, 1981.

امکان سنجی کاربست مفهوم «مصلحت» در نظام حقوق اداری ایران

حسن سلیمی پوریانی^۱

طاهره سادات نعیمی^۲

سیدعلی ربانی موسویان^۳

چکیده

طبق روایات اسلامی، همه احکام مورد نیاز بشر در کتاب و سنت بیان شده است. با این حال، چون حکومت اسلامی متضمن احکام ثابت و متغیر است و محدود و متناهی بودن ادله تفصیلی و نصوص و نامتناهی بودن حوادث و وقایع، توسل به مصلحت را امکان‌پذیر و حتی ضروری می‌سازد، باید از طریق توسل به مصلحت و اصول کلی و مقاصد عامه شرع به وقایع روز و مستحدثات پاسخ داد.

تأمل در متون قانونی نظام حقوقی ما به روشنی نشان می‌دهد ملحوظ داشتن اصل مصلحت، مقدم داشتن مصلحت جمعی بر حقوق افراد در نظام اداری از سازوکارهای جدی قانون‌گذاری اسلامی در تحکیم و سازمان‌دهی روابط آحاد ملت با دستگاه‌های دولتی مبتنی بر حدود و ارزش‌های اسلامی است. اصل ۴۰ قانون اساسی، جلوه‌ای ویژه از تجلی حضور اندیشه مصلحت جمعی در قانون‌گذاری نظام حقوقی ایران است.

نوشتار پیش‌رو درصدد است پس از تبیین اصل مصلحت به عنوان ابراصل حاکم بر نظام قانون‌گذاری اسلامی، جایگاه این اصل را در نظام قانون‌گذاری اسلامی ترسیم کند و در نهایت، به تبیین محوریت این اصل در نظام اداری با تأکید بر تقدّم مصلحت جمعی بپردازد.

واژگان کلیدی: مصلحت، منفعت، حکم حکومتی، قانون‌گذاری، حقوق اداری.

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران، (نویسنده مسئول)،

salami.hassan5834@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، واحد اصفهان، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران. tsnaimi@gmail.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. a.rabbani110@yahoo.com

مقدمه

با شکل‌گیری اجتماع به مسئله قانون‌گذاری برای سامان‌دهی امور اجتماعی مردم توجه شده است؛ چون قانون‌گذاری مطلوب از مهم‌ترین موجبات به سامان رسیدن مناسبات میان افراد انسانی است. امروزه حاکمیت قانون از جمله مؤلفه‌های حکمرانی خوب به شمار می‌رود و حکومت‌های دینی نیز که هدف اصلی خود را اجرای شریعت می‌دانند، در تلاشند تا شریعت را به نحوی سازگار با اقتضائات عصر جدید اجرا کنند.

از جمله اقتضائات عصر جدید، به وجود آمدن مسائلی است که حکم آن‌ها در شریعت به عهده حاکم حکومت نهاده شده است. اسلام به عنوان آیینی جامع و جاودان علاوه بر تأمین نیازهای فردی، به نیازهای مردم و جامعه در حوزه امور عمومی و حکومتی نیز پاسخ‌گوست و احکامی وضع کرده است تا انسان در هیچ زمانی در بلا تکلیفی به سر نبرد. در مواقعی نیز که امثال احکام اولی میسور نیست، احکام ثانوی را مقرر داشته و سرانجام برای باز کردن گره‌ها و معضلات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، احکام حکومتی را تشریع کرده است تا با قوه محرک اجتهاد، نظام قانون‌گذاری اسلام را در هر لحظه با نیازهای برخاسته از تحولات جهان به پیش ببرد.

شهید سید محمدباقر صدر معتقد است که مکتب اسلام دارای دو جنبه مستقل است: یک جنبه را شارع به طور منجز معین کرده است که تغییر و تبدیل در آن راه ندارد. جنبه دیگری را که «منطقه الفراغ» نامیده‌اند، باید ولی امر بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم کند. بی‌تردید، یکی از اصلی‌ترین ابزارهای تحقق این مهم، ابراصل مصلحت است که در فقه اسلامی، پیشینه‌ای کهن و البته چالش‌برانگیز دارد. دلیل کاربرد این اصل در مانحن فیه آن است که طبیعت احکام حکومتی به گونه‌ای است که نمی‌تواند حالت ثابت و پیش‌ساخته داشته باشد، بلکه حاکم فقیه و متخصص عادل باید با توجه به زمان و مکان و دیگر شرایط، مصلحت عموم را کشف کند و بر مبنای آن، احکام حکومتی را استنباط و القا کند؛ زیرا این احکام از پیش تعیین شده نیست و باید در هر زمانی بنا به مصالح عمومی، آن را از کلیات منابع فقه استخراج کرد و به دست آورد.^۱

نظریه دولتی مصلحت با رویکرد حکومت‌داری در خصوص مصلحت گاه این گونه مطرح می‌شود که

۱. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر، حقوقی‌سازی سیاست، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲.

مصلحت عبارت از آن چیزی است که در فرمان مقامات حکومتی آمده و در نتیجه، محدود به طیف طرح‌های حکومتی است. به دیگر سخن، بر اساس این نظریه، هیچ معیار و ملاکی برای تعیین مصادیق مصلحت عمومی، خارج از تشخیص و نظر حاکم وجود ندارد و هر آن چه حاکم تعیین کند، انعکاس خودکار منفعت عمومی است. این دیدگاه در میان فقهای شیعه نیز از اقبال قابل توجهی برخوردار است. برای مثال، لزوم رعایت مصلحت از دیدگاه شیخ مفید به عنوان مبنا و ضابطه تصمیم‌ها و احکام رهبری جامعه اسلامی به زمین‌های مفتوح العنوه محدود نمی‌شود و در موارد دیگری از قبیل احتکار نیز به صراحت از این نکته یاد می‌شود. شیخ طوسی نیز همانند شیخ مفید، معیار و ملاک مصلحت را نظر و تشخیص حاکم و ولی امر می‌داند.^۱

پرسش اصلی این پژوهش آن است که با توجه به ادراک فقهای امامیه از بحث مصلحت، این اصل در نظام قانون‌گذاری ایران به ویژه در زمینه حقوق اداری چه جایگاهی دارد؟ تحقیق پیش رو با روش توصیفی و تحلیلی ابتدا به شناسایی مختصر مصلحت می‌پردازد. سپس با واکاوی جایگاه آن در قانون و فقه امامیه، مرجع تشخیص و نیز نقش مصلحت در نظام قانون‌گذاری را بررسی می‌کند. در نهایت هم به عنوان تطبیق، نظام حقوق اداری ایران را در لوای اصل مصلحت تبیین و تلاش می‌کند به نتایج و پیشنهادهای جامع و کاربردی منتج گردد.

گفتار اول. مبانی نظری و مفهوم‌شناسی

اگر مبنای مشروعیت قواعد حقوقی را در جامعه اسلامی، حکم ولایی حاکم اسلامی بدانیم، از آن جا که مبنای صدور حکم ولایی، رعایت مصالح عمومی است، آن گاه می‌توان معیار «مصلحت» را به عنوان ملاک وضع قواعد حقوقی مبتنی بر احکام اسلامی به راحتی پذیرفت.

بند اول. تعریف مصلحت

در فقه شیعه، هر جا ولایتی وجود داشته باشد، بحث مصلحت نیز مطرح است. واژه «مصلحت» از ماده (صَلَح) بوده و در لغت‌نامه‌ها نیز با تعبیرهایی نزدیک به آن تعریف شده است. در بیش‌تر این

۱. بالوی، مهدی و همکاران، «حکم حکومتی و مصلحت عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۵۷.

تعاریف، عنصر «نقیض افساد و ضد فساد» به چشم می‌خورد و فساد را نیز به خارج شدن چیزی از حدّ اعتدال معنا کرده‌اند. دهخدا، «مفسده» را در مقابل «مصلحت» آورده و معانی شایستگی و اصلاح را برای این کلمه بیان می‌کند و مصلحت‌اندیشی یا صلاح‌اندیشی را رعایت اقتضای حال می‌داند.^۱

جوهری در الصحاح در ذیل ماده «صَلَحَ» می‌نویسد: «الصلاح: ضدّ الفساد. نقول: صَلَحَ الشَّيْءُ يَصْلَحُ صلوحاً مثل دَخَلَ يدخل دخولاً».^۲ صاحب لسان العرب نیز تعریف نزدیکی به بیان جوهری ارائه می‌دهد: «والإصلاح: نقیض الإفساد. والمَصْلَحَةُ الصّلاح... الصلاح ضد الفساد».^۳

معانی اصطلاحی مختلفی درباره مصلحت ارائه گردیده است. برای نمونه، مصلحت را از منظر علم فقه می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: اول، مفهوم خاص مصلحت که در فقه شیعه به عنوان یکی از عناوین ثانویه هنگام امکان‌ناپذیر اجرای احکام اولیه و مستند به احکام حکومتی بررسی می‌شود. دسته دوم، مصلحت به مفهوم عام آن است که در دیدگاه فقها، حقیقتی است که بر یک فعل مشروع مترتب می‌گردد و در نتیجه آن، کمال و هدف ناشی از عمل محقق می‌شود. درباره مفهوم مصالح عمومی می‌توان گفت مفهوم مختار از مصالح عمومی، رعایت خیر و صلاح مشترک جامعه است که متضمن رعایت حقوق، ارزش‌ها و اهداف یک نظام سیاسی است و مستلزم تصمیم‌گیری‌های گوناگون متناسب با موقعیت پیش آمده است. با این توصیف، هنگامی که از مصالح عمومی در حکومت اسلامی سخن به میان می‌آید، به آن دسته از اعمال و اقداماتی اشاره دارد که در رساندن عموم افراد جامعه به هدف غایی خلقت مؤثر است.^۴

در معنای دوم، مصلحت، مفهوم دیگری نیز دارد. باید در نظر داشت که بسیاری از فرمان‌ها و احکامی که انبیا و معصومین چارچوب آن را تعیین کرده‌اند، در شرایطی غیر از تصدی حاکمیت و دولت بوده است. وقتی یک نظام سیاسی بخواهد احکام فقهی را در قالب حکومت اجرا کند، ممکن است زمینه‌های تعارض فراوانی میان احکام دارای موضوعات فردی با اقتضائات مدیریت امور جمعی در

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه (جلد ۱۲)، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۱.

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح (جلد ۶)، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۳۶۶، ص ۶.

۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار الصادر، ۱۴۰۸، ص ۳۸۴.

۴. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۸۷.

قالب یک کشور بروز کند. در این جا با مفهوم دیگری از مصلحت روبه‌رویم و آن هم راهکار و قاعده‌ای برای گزینش منافع جمعی در فرضی است که راهکارهای عادی نمی‌تواند این منافع را محقق کند. این چهره از مصلحت در عین حال در مفهوم حکم حکومتی هم به روشنی قابل درک است.^۱

بند دوم. انواع مصلحت

مراد ما در این تقسیم‌بندی، تقسیم مصلحت به مصالح ثابت و متغیر است. موضوعات برحسب این‌که از مصلحت ثابت یا متغیر برخوردار باشند، دارای احکام ثابت و متغیر خواهند بود. مصلحت در بسیاری از احکام، مصلحت ثابت و دایم بوده، برای همیشه پیش‌بینی شده است و قابل تغییر و تبدیل نیست؛^۲ «حلال محمد حلال ابداً الی یوم القیامه و حرامه حرام ابداً الی یوم القیامه».^۳ احکام اسلام ابدی است. اگر اصل «نسخ» را انکار نکنیم و معتقد باشیم که بعضی از احکام در زمان رسول خدا (ص) نسخ شده است، قطعاً بعد از ایشان، نسخی در کار نیست و از آن‌جا که واجب باید مصلحت داشته باشد و حرام، مفسده، پس واجب ابدی، مصلحت ابدی دارد و حرام ابدی، مفسده ابدی. بنابراین، هر حکمی که ابدی است، چه حکم اولی باشد، چه حکم ثانوی و چه حکم واقعی باشد، چه حکم ظاهری، مصلحت ابدی دارد. مثل حکم «حرّم الربا» که یک حکم ابدی است، باید تا ابد مفسده داشته باشد و «احل الله البیع» نیز یک حکم ابدی است و باید تا ابد مصلحت داشته باشد. بنابراین، حکم ابدی مصلحت ابدی لازم دارد.^۴

در مقابل، مصلحت دیگری نیز وجود دارد که خاصیت ثبات و دوام را ندارد و به پیشامدها و رویدادهای مربوط به زمان و مکان بستگی دارد. از این رو، هر گونه تشریعی که بر وفق این مصالح صورت گیرد، همانند خود این مصلحت، دوام و ثبات نخواهد داشت. این‌گونه تشریعات که به مصالح مقطعی

۱. فتاحی زفرقندی، علی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم مصالح عمومی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، شماره مسلسل: ۱۳۹۵۰۳۶، ۱۳۹۵، ص ۱۳۲.

۲. موسی‌زاده، ابراهیم، «مفهوم «مصلحت نظام» و مرجع تشخیص آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص ۶۴.

۳. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (جلد ۱)، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸، ص ۵۸.

۴. استادی، رضا، «حکم ابدی، مصلحت ابدی دارد»، پیام حوزه، شماره ۱۳، ۱۳۷۶، ص ۱۳.

وابسته است، به نظر «ولی فقیه» بستگی دارد که عالم به احوال زمان است.^۱

قوانین مربوط به این گونه مصالح مقطعی، از احکام حکومتی محسوب می‌شوند که به نظر و صلاح‌دید فقیه بستگی دارد و شرع مقدس، وضع چنین قوانینی را به فقیهان هر دوره واگذار کرده است. از این رو، می‌توان احکام شرع را به دو دسته اساسی تقسیم کرد: الف) احکام ثابت که از روی مصالح یا مفاسد ثابت برخاسته است؛

ب) احکام متغیر که به اوضاع و احوال پیش‌آمده بستگی دارند.

احکام متغیر، محدوده ولایت فقیه را مشخص می‌سازند؛ زیرا احکام مربوط به آن‌ها به نظر فقیه بستگی دارد. البته مصالح و احکام ثابت از محدوده ولایت فقیه بیرون است؛^۲ چون از نظر وضع و جعل و قبض و بسط در قلمرو اجتهاد نیستند و افزودن و کاستن آن‌ها بدعت محسوب می‌شود.^۳ در مقابل، احکام متغیر به تبع تغییر شرایط زمانی و مکانی قابل تغییرند؛ چون این احکام، دایر مدار مصالح مترتب بر این امورند که با بقای این مصالح به معنای نسخ و تبدیل نصوص و قواعد شرعی و اخراج یک مسئله از شمول قاعده‌ای خاص و الحاق آن به قلمرو قاعده‌ای دیگر از قواعد شرعی است.^۴

گفتار دوم. تعامل میان منفعت عمومی و مصلحت عمومی

مصلحت به عنوان یک اصل فقهی در حقوق راه یافته و در حقوق اداری گاه از عنوان اصل مصلحت به «منفعت عمومی» تعبیر شده است. منفعت عمومی یا خیر عام از جمله اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی و در عین حال، مفهومی متنازع فیه به شمار می‌رود و ارائه تعریفی جامع از آن دشوار می‌نماید. در برخی آثار، نفع عمومی به معنی نفع یا خیر اکثریت، سودمندی برای جامعه، هر امر، کار یا شیء به سود عموم مردم یا مجموعه‌ای از نیازهای انسانی است.^۵

۱. معرفت، محمدهادی، «مصلحت در فقه»، پیام حوزه، شماره ۱۴، ۱۳۷۶، ص ۱۴.

۲. همان.

۳. امیدی، جلیل، مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق، تهران: احسان، ۱۳۸۳، ص ۲۶.

۴. همان.

۵. عباسی، بیژن، مبانی حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳، ص ۱۷۳.

بند اول. منفعت عمومی و مصلحت عمومی: رویکرد ترادف

منفعت عمومی و مصلحت عمومی از زمره اصطلاحاتی هستند که بارها جای‌گزین یکدیگر شده‌اند و در معنای یکسان به کار می‌روند. منفعت عمومی گاهی درباره منافع عمومی برای توجیه عملکرد خاص حکومت‌ها مطرح می‌شود و در حقوق عمومی، ناظر بر استدلالی است که بر پایه آن، حکومت به توجیه عملکرد خود در مورد قانون و اخلاق عمومی می‌پردازد.^۱

در اندیشه فقهی، مصلحت از ابتدا با صفت عمومی توصیف می‌شد و در حوزه عمومی تعریف شده است. فقها در بستر احکام دینی به صورت‌بندی مفهوم مصلحت پرداخته و در این مسیر، بسیاری از ایشان، مصلحت را هم‌ردیف منفعت و مخالف آن یعنی دفع مفسده و ضرر دانسته و نخستین مرتبه از مراتب تشریع احکام را مبتنی بر مصالح و مفاسد در نظر گرفته‌اند.^۲

اگر منفعت عمومی را هم‌سنگ مصلحت دولت بدانیم، در راستای تبیین آن باید به عنصر عقلانیت در دولت‌های مدرن اشاره کنیم. در حقیقت، مصلحت دولت، ناظر بر عقلانی‌سازی رفتار حکومت است که خلأ دولت حاضر و دولتی را که باید مطابق مفاد قرارداد اجتماعی بر ساخت شود، پر می‌کند. ویژگی بارز عقلانیت حکومتی نوین یعنی مصلحت دولت این بود که دولت را تعین بخشید و آن را به منزله واقعیتی خاص و مستقل یا نسبتاً مستقل متمایز کرد. به عبارتی، حکمرانی دولت باید آشکارا چندین قاعده و مقررات مافوق یا حاکم بر دولت را که در ساحتی خارج از آن است، رعایت کند.^۳

بند دوم. منفعت عمومی به عنوان مصداقی از مصلحت عمومی

همان‌گونه که بیان شد، مصلحت عمومی عبارت است از هر پدیده یا فعلی که دارای خیر و عام باشد. در فقه شیعه، این مفهوم، ضابطه‌های دیگری نیز دارد و این‌گونه تعریف می‌شود: «سودمندی معقول و اجتناب‌ناپذیری که ضرورت تأمین آن از بیان شرع معلوم گردیده و از نظر عقل، رعایت

۱. پورعزت، علی اصغر و همکاران، «شاخص‌های مفهوم‌پردازی از اصطلاح «منفعت عمومی» بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات مدیریت دولتی ایران، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۳.

۲. بروغنی، نازنین‌زهر و همکاران، «تفسیر مفهوم «مصلحت عمومی» در بستر اندیشه موافقان مشروطیت با تأکید بر آرای شیخ اسماعیل محلاتی غروی»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، دوره سیزدهم، شماره ۵۳، ۱۴۰۱، ص ۱۴.

۳. فوکو، میشل، تولد زیست‌سیاست، ترجمه: رضا نجف‌زاده، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۲، ص ۱۳.

آن الزام‌آور باشد. با توجه به این تلقی و تعریف، برخی نویسندگان معتقدند یکی از مصادیق آشکار مصلحت، منافع عمومی است و لذا از آن‌جا که مصلحت، یکی از مجاری صدور احکام ثانویه است و منفعت عمومی نیز یکی از مصادیق مصلحت دانسته شده است، پس در واقع، منفعت عمومی یکی از مجاری صدور احکام ثانویه است.^۱

به منفعت عمومی به عنوان یک مفهوم، از زمان شکل‌گیری اجتماعات انسانی توجه شده است، اما پروفیسور مارلین والین این مفهوم را نخستین بار در قالب یک نظریه برای توجیه اعمال اداری و پوشاندن کاستی‌های نظریه خدمات عمومی مطرح کرد.^۲

در قوانین اداری نیز تبلور این امر دوچندان است. برای نمونه، در قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶/۷/۸، موارد متعددی از توجه به منفعت عمومی وجود دارد. به موجب ماده ۸ این قانون، یکی از مؤلفه‌ها و ویژگی‌های امور حاکمیتی آن است که منافع آن بدون محدودیت برای استفاده دیگران نشود. دسته‌ای دیگر از امور عمومی در ماده ۹ قانون مدیریت با عنوان «امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی» معرفی شده و آن‌ها را اموری دانسته است که «منافع اجتماعی حاصل از آن‌ها نسبت به منافع فردی برتری دارد و موجب بهبودی وضعیت زندگی افراد می‌گردد، از قبیل آموزش و پرورش عمومی و فنی و حرفه‌ای، علوم و تحقیقات، درمان و توان‌بخشی.» در دیگر قوانین اداری نیز چون هدف اصلی قوانین، تأمین منافع عمومی است، نمونه‌های متعددی از توجه مستقیم به قوانین عمومی را می‌توان مشاهده کرد.^۳

گفتار سوم. جایگاه منفعت عمومی در حقوق اداری

در حقوق فرانسه به ویژه در ابتدا و نیمه سده بیستم، مباحث مفصلی در خصوص بنیاد یا مبنای وجودی حقوق اداری مطرح شد و مکاتب مختلفی در این زمینه شکل گرفت. مکتب تولوز را موریس هوریو معرفی کرد که بنیاد حقوق اداری را در ابزارها و شیوه‌های اقتداری مورد استفاده اداره

۱. حاج‌زاده، هادی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم منفعت عمومی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۶۲، ۱۳۹۳، ص ۴۲.

۲. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۱، ص ۷۱.

۳. حاج‌زاده، پیشین، ص ۴۰.

می‌جست. در مقابل، در مکتب بوردو که لئون دوگی پدید آورد، هدف اداره یعنی خدمات عمومی به عنوان بنیان حقوق اداری معرفی شد. مکتب دیگر را مارسل والین بنا نهاد که مکتب نفع عمومی بود و گستره‌ای وسیع‌تر از خدمات عمومی را در نظر می‌گرفت و هرگونه نفع جمعی فراتر از تصدی دولتی را نیز شامل می‌شد. پس در هر دوره، کارکرد مفهوم نفع عمومی را به عنوان یکی از علل مواجهه فعالیت‌های اداره و اعمال حقوق اداری می‌توان دید. از یک سو، انسان به تنهایی از عهده ارضای تمامی نیازهای خود برنمی‌آید، از سوی دیگر، زیست جمعی مستلزم نیاز و نفع‌هایی مانند دفاع ملی و نیازمند سازمانی کارآمد است.^۱

هر نظام حقوقی برای رسیدن به اهداف مشروع مندرج در قانون اساسی تلاش می‌کند و بر این اساس، هر عملی که با این اهداف، مناسبت و تناسب بیش‌تری داشته باشد، منفعت عمومی جامعه در آن نهفته است. به عبارت دیگر، مراجع و سازمان‌های اجرایی و اداری به منظور تحقق دو هدف دولت شکل می‌گیرند. نخست، انجام خدمات عمومی و دوم، حفظ نظم عمومی که مبنای هر دو، منفعت عمومی است و قانون‌گذار یا دولت به موجب قوانین یا مقررات تصویب می‌کنند و برای اجرای آن تصمیم می‌گیرند. هرچند نفع عمومی را قوه قانون‌گذاری یا قوه مجریه به طور آزادانه تعریف یا شناسایی می‌کند، اما مشروعیت برخی از خدمات عمومی از اصول قانون اساسی که بیانگر هدف نفع عمومی است، سرچشمه می‌گیرد. برای نمونه، اصول سوم، بیست و یکم، بیست و هشتم تا سی و یکم، سی و پنجم و چهل و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است که اجرا و تحقق آن‌ها به ایجاد خدمات عمومی بستگی دارد.^۲

گفتار پنجم. جایگاه مصلحت در حقوق اداری

با عنایت به آن‌چه تاکنون بیان شد، مشخص گردید که قاعده مصلحت، یکی از قواعد مؤثر در پویایی فقه است و در حقیقت، شریعت اسلامی با بهره‌مندی از چنین قواعدی، دینی جامع و

۱. واعظی، مجتبی، «نظریه نفع عمومی و جایگاه آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: از نظریه دولت تا نظریه حقوق عمومی»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، انتشار آن‌لاین، ۱۴۰۱، ص ۹.

۲. ویژه، محمدرضا و محمدمهدی ولدخانی، «تحلیلی بر رابطه سنجه‌های مصلحت در حقوق ایران و منفعت عمومی در حقوق غرب»، فصل‌نامه پژوهش تطبیقی حقوق غرب و اسلام، سال هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۲۴۱.

جاودانی محسوب می‌گردد. از این رو، در بند ۱۲ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری که رهبری معظم انقلاب در مهر ۱۳۹۸ ابلاغ کرده، بر ضابطه‌مندی و تعیین نصاب بالا برای ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام در موارد تعارض مصوبه مجلس با نظر شورای نگهبان تأکید شده است. اکنون به مصلحت‌اندیشی در وضع قوانین اداری می‌پردازیم.

بند اول. مصلحت‌مبنای صدور قوانین اداری

دولت دارای عالی‌ترین قدرت سیاسی است و بر دیگر گروه‌های اجتماعی فرمان می‌راند و دستورها را اجرا می‌کند. وجه امتیاز دولت بر دیگر گروه‌های اجتماعی همین قدرت عالی اجتماعی یا به اصطلاح، حاکمیت سیاسی است که یک حق و امتیاز برای دولت به شمار می‌رود و به عنوان نماینده و مظهر جامعه مدنی خودنمایی می‌کند. مرتبه پایانی در سلسله مراتب قانون‌گذاری، «قوه مجریه» است که توسط هیئت دولت یا دستگاه‌های دولتی به تصویب مقررات دواتی (تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها) در نظام اداری می‌پردازد.^۱ به طور کلی، قواعد حقوق اداری در میان دیگر رشته‌های حقوق عمومی موقعیتی ممتازی دارد. این امتیاز علاوه بر مدوّن نبودن قوانین و مقررات آن و دارا بودن امتیازات حقوق عمومی (مانند صدور دستور و دریافت مالیات و عوارض، مصادره و نظیر آن)، استوار بودن بر اصولی است که در ذات خود موجب مصلحت‌انگاری در حقوق آحاد مردم می‌گردد. بی‌تردید، بخشی از این مهم به حوزه فعالیت این رشته از حقوق مربوط می‌شود که عبارت است از انجام خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی. پس الزام به ارائه خدمت عمومی در قوانین نشان‌دهنده جلوه‌ای دیگر از اهتمام قانون‌گذار به اندیشه مصلحت عمومی است. البته این گفته به آن معنا نیست که نفس انجام این امور موجب اخذ مصلحت در اقدامات متولیان امر می‌شود. پس هم‌چنان قاعده مصلحت در بستر حقوق اداری مجرای اعمال دارد.

اصول حاکم بر خدمات عمومی عبارت است از: استمرار خدمات عمومی، تساوی خدمات عمومی، انطباق خدمات عمومی و تقدّم خدمات عمومی. رعایت این اصول در قانون‌گذاری و البته اجرای صحیح آن منجر به آسایش، بهداشت و امنیت عمومی خواهد شد و مشخص است که هیچ مصلحتی بالاتر از این امور نیست. پس شایسته است قانون‌گذار حقوق اداری در هر مقامی که باشد،

۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات)، تهران: میزان، ۱۳۷۷، ص ۷۵.

این اصول و اهداف را در نظر داشته باشد. هم‌چنین شوراهای محلی که در حقوق ما از ارکان اداره امور کشور محسوب می‌شوند، ملزم به رعایت این اصول به ویژه مصلحت هستند؛ چون تصمیمات این نهادها در زندگی و حقوق شهروندان اثرگذار خواهد بود. از این رو، نخستین اقدام باید مقید کردن قلمرو اختیارات و صلاحیت‌های این نهادها در حوزه مقررات‌گذاری به قواعد و بایسته‌هایی از پیش تعیین شده باشد که در آن، مصلحت عمومی رعایت شده است. نکته دیگری که در کلیت قاعده مصلحت نیز به آن اشاره شد، توجه به مقتضیات زمان و مکان است. قانون‌گذار باید با ضرورت‌ها و مقتضیات مربوط به موضوع مقررات‌گذاری آشنایی کافی داشته باشد تا تناسب میان تصمیم‌گیری‌های محلی با مقتضیات و شرایط موجود در این مناطق به دست آید.^۱

در ایران با مجوز اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، اداره، حق وضع مقررات دارد و مبنای آن هم این است که قوه مقننه صلاحیت فنی لازم و وقت کافی را برای قانون‌گذاری و تعیین تکلیف جزئیات ندارد. قوه مجریه به دلیل داشتن وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌های مختلف فنی و تخصصی و دارا بودن افراد متخصص با تجربه در این امر صالح است. به علاوه از نظر تقسیم کار و نفی تمرکز امور نیز بسیار سودمند است که قوه مجریه در عمل با واقعیت‌ها و مشکلات امور سر و کار دارد، در تعیین تکلیف آن‌ها با قوه مقننه همکاری کند.^۲

تصمیم‌های اداری به دو دسته تصمیمات نوعی و موردی دسته‌بندی می‌شوند. تصمیمات نوعی هم در دو سطح مطرح هستند. ابتدا خط‌مشی‌ها و برنامه‌های دولت است که تابع شرع، قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام و سند چشم‌اندازند، اما دولت می‌تواند در صورت تحقق نیافتن این برنامه‌ها و خط‌مشی‌ها در چارچوب قوانین فعلی، با تصویب لوایح قانونی به این مهم دست یابد؛ یعنی در راستای رسیدن به اهداف مورد نظر که همان خط‌مشی‌ها و برنامه‌ها هستند، با لوایح قانونی، پیشنهاد اصلاح قوانین موجود را بدهد. به علاوه، بخشی از خط‌مشی‌های دولت ممکن است در قالب آیین‌نامه‌های دولتی جلوه‌گر شود و بخشی از آن نیز سیاست‌های غیر رسمی

۱. نوروزی، نادر، نگاهی گذرا به شوراها و نقش آن‌ها در تمرکززدایی، شوراهای اسلامی؛ نگاهی به یک دهه تجربه، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۷۴.

۲. حسنونند، محمد و همکاران، «تفکیک مفهومی مصوبات عام‌الشمول از تصمیمات موردی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲، ص ۱۸۰.

باشد که در هیچ یک از اسناد و متون قانونی به آن‌ها اشاره نشده است. هم‌چنین از نظر محتوایی، این آیین‌نامه‌ها به موضوعات اجرای قوانین، انجام وظایف اداری، تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری محدودند. به عبارتی، تصویب این آیین‌نامه‌ها در راستای مدیریت بهتر مسائل اجرایی و در چارچوب صلاحیت‌های قوه مجریه صورت می‌گیرد.^۱

بند دوم. مصلحت؛ معیار تقدّم منافع عمومی بر منافع خصوصی

گاهی ممکن است میان منافع و حقوق خصوصی افراد با منافع عمومی تعارض ایجاد گردد، به گونه‌ای که اجرای حقوق فردی، منافع عمومی را خدشه‌دار کند یا حمایت از منافع و حقوق عمومی، نادیده گرفتن برخی از حقوق فردی مشروع را ایجاد کند. در این صورت، وضعیتی شکل می‌گیرد که نیازمند ورود قانون‌گذار است.^۲

این تعیین تکلیف، جلوه‌ای دیگر از حضور اندیشه منفعت عمومی را در قانون‌گذاری شکل می‌دهد که تجلی این مفهوم در اصل چهارم قانون اساسی قابل مشاهده است. این اصل به وضوح از عبارت «منافع عمومی» بهره گرفته است. در قوانین دیگر نیز بر همین رویکرد در تحدید حق مالکیت به دلیل رعایت مصالح عمومی تأکید شده است. نمونه دیگری که به روشنی دامنه حقوق فردی را به جهت منافع عمومی محدود ساخته، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ است: «در مورد اعمال حاکمیت، هر گاه دولت اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع عمومی اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود». ناگفته نماند که در این جا منفعت عمومی در بستر مصلحت عمومی فرض شده و در واقع، مصلحت عمومی یا مصالح عامه، منافع برگزیده و مشروعی است که با توسل به راه‌کارهای فقهی برای پاسخ‌گویی به اقتضائات حادث از آن‌ها حمایت شده است.

در دهه‌های اخیر و در سیر تحول نگرش فقهای شورای نگهبان، رویکرد انعطاف‌ناپذیر موجب می‌شود در صیانت از منافع عمومی، محدودیت‌هایی را بر مالکیت خصوصی اعمال کند. برای مثال،

۱. ششگل، حمید و شیرین قاسمی، «گستره عمل تقنینی در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال نهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۵، ص ۴۷.

۲. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۲۹۸.

در اظهار نظر فقهای شورای نگهبان به شماره ۹۵۱ مورخ ۱۳۶۸/۶/۱۹ در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری اعلام شد: «ماده ۴ ضوابط و مقررات شهرسازی مصوب جلسه ۱۳۶۲/۱/۲۲ شورای عالی شهرسازی و معماری خلاف موازین شرع است.» این آیین‌نامه به افراز و تفکیک اراضی مزروعی و مشجر در محدوده شهرها پرداخته بود. در مقابل، فقهای شورای نگهبان در نظری دیگر به تاریخ ۱۳۷۵/۳/۶، دستورالعمل ماده ۱۴ قانون زمین شهری را که عیناً همان حداقل‌های لازم را برای تقسیم و تفکیک و افراز باغات سطح شهر در دستورالعمل ۱۳۶۲/۱/۲۲ مقرر کرده بود، مغایر با موازین شرع شناختند. به نظر می‌رسد پس از گذشت مدت زمان طولانی، فقهای شورای نگهبان با تعدیل موضع قبلی خویش در حمایت مطلق از مالکیت خصوصی به سود منافع عمومی اظهار نظر کرده‌اند. سیر این تحول در بسیاری از اظهار نظرهای شورای نگهبان مشهود است.^۱

معیار محدودکننده مصلحت را کم‌تر می‌توان در اظهار نظرهای فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی یافت، اما در پاسخ به استعلام‌های دیوان عدالت اداری، موارد متعددی دیده می‌شود که فقهای شورای نگهبان ضمن احتراز از استناد صریح به مصلحت، در جهت تأمین منفعت عمومی اظهار نظر کرده‌اند. دادخواستی که مصوبه مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۶ سازمان میراث فرهنگی کشور در خصوص تعیین حریم مجموعه فرهنگی و تاریخی رامسر را مغایر با اصل تسلیط و قاعده فقهی لاضرر دانسته بود، از نظر فقهای شورای نگهبان در مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸، خلاف موازین شرع تشخیص داده نشد. با این‌که بعضی از بندهای مندرج در ضوابط و مقررات حریم‌های درجه ۱، ۲ و ۳ مستلزم منع مالکان از تصرف مشروع در اموال و املاک شخصی خویش است و موجب تحدید اختیارات مالک می‌شود، اما از جانب فقهای شورای نگهبان، مغایر قاعده تسلیط محسوب نشده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به استناد نظر فقهای شورای نگهبان، آن مصوبه را مغایر شرع و مقررات تشخیص نداد. اظهار نظر فقهای شورای نگهبان در استعلام یادشده مبنی بر مغایرت نداشتن مصوبه با موازین شرع و به تبع آن، رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به معنای پذیرش تحدید سلطه مالک در صیانت از منفعت عمومی است. در واقع، فقهای شورای نگهبان، تعیین حریم برای مجموعه‌های فرهنگی و تاریخی را واجد نفع عمومی دانسته و در راستای حمایت از منفعت عمومی، حقوق مالکانه اشخاص را تحدید کرده‌اند.^۲

۱. حاج‌زاده، پیشین، ص ۴۰.

۲. ویژه، محمدرضا و حسن امجدیان، «رویکرد فقهای شورای نگهبان در زمینه رویارویی مالکیت خصوصی و منفعت عمومی؛

بند سوم. نظارت قضایی بر اقدامات اداره

علاوه بر حقوق ماهوی در حقوق شکلی نیز می‌توان اثر اندیشه مصلحت را مشاهده کرد. در توضیح این موضوع باید گفت که با توجه به گسترش اندیشه‌های آزادی خواهانه و مردم‌سالاری و تأکید بر لزوم افراد در تصمیم‌گیری‌های اداری، روابط شهروندان با حاکمان وارد فاز جدیدی شد که مولّد نگرش نوین عدالت ناظر بر روابط حاکمان و شهروندان به مقوله دولت و رابطه آن با شهروندان بود. با توجه به توسعه وظایف و اختیارات قوه مجریه و بالتبع افزایش مداخله آن در ابعاد مختلف زندگی اجتماعی، رسوخ اصل حاکمیت و تفوّق قانون در حقوق اداری، قانون‌گذاران مختلف، ضرورت وجود نظارت بر اعمال دولت برای حمایت از منافع مردم و رسیدگی به شکایات ایشان از اقدامات واحدهای اجرایی را درک کرده و پذیرفته‌اند.

در واقع، دادگاه‌های اداری بر مصلحت‌اندیشی دولت نظارت می‌کنند. این دو وجه از منفعت عمومی را می‌توان ترکیبی از تشخیص مصلحت از طریق مقررات‌گذاری و راستی‌آزمایی آن از سوی دادگاه‌های اداری دانست که دومی در حوزه عدالت اداری تعقیبی است. مبنای دادرسی اداری یا نظارت قضایی بر مصوبات دولتی در بافت عدالت اداری، بررسی انطباق مصلحت دولت یا مراجع عمومی با معیارهای منفعت عمومی مقنن است. در نظام حقوقی ایران، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبات دولتی را که بر خلاف منفعت عمومی مقرر در قوانین مصوب مجلس باشد، ابطال می‌کند. در زمینه دادرسی اداری یا نظارت قضایی بر تصمیمات نوعی دولت، آنچه بر اساس مفهوم عدالت اداری یک ضرورت محسوب می‌شود تا میان منافع فردی و منفعت عمومی موازنه‌ای ایجاد کند، وجود مدعی‌العموم یا حافظ منافع دولت در رسیدگی‌های هیئت‌های تخصصی و عمومی دیوان عدالت اداری به تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مصوبات و آیین‌نامه‌های دولتی است. این وظیفه مهم بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری به دیوان عدالت اداری (هیئت عمومی) واگذار شده است. در این راستا دیوان عدالت اداری با توجه به نقش خود در رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها سعی کرده است در آرای خود از آن اقدامات دولتی بکاهد که به نام

منفعت انجام و موجب تضییع حقوق و منافع مردم شده است تا زمینه‌ساز عملکرد شفاف دولت در حوزه‌های گوناگون سیاسی و اجتماعی گردد.^۱

بند چهارم. پی‌گیری موارد نقض حقوق عامه

افزون بر این، نمونه دیگری از نمودهای اهمیت مصالح عامه در نگاه قانون‌گذار، الزام برخی مقامات به پی‌گرد موارد نقض حقوق و منافع عمومی است. این تکلیف، ناظر به مواردی است که شخص یا اشخاص دارای سمت قادر به احقاق حقوق خود نباشند یا فرضی که موضوع به طور کلی واجد حیثیت عمومی بوده و متضرر تمامی آحاد جامعه باشد. در این جا قانون‌گذار با هدف حراست از منافع عمومی، تدبیرهایی پیش‌بینی کرده است که می‌توان آن را بازتابی از اندیشه مصلحت عمومی قلمداد کرد. این تدابیر شامل اعطای سمت به برخی مقامات و الزام آنان به پی‌گیری و برخورد با ناقضان منافع عمومی است.^۲ ماده ۱۲۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، نمونه‌ای از این تکلیف است.

غایت پاسداری از حقوق مردم در قبال رفتارهای اداری سلیقه‌ای و نیز جنبه عمومی دعوای اداری، مستلزم نظام حقوقی ویژه‌ای است که با توجه به این نکته، دادرسی در دیوان عدالت اداری با خلأ صلاحیت و ارکان مقتضی روبه‌روست. نکته مهم آن است که در قوانین موجود، حیطه وظایف دادستان در پاسداری از حقوق افراد، به امور کیفری محدود نشده است. حال با توجه به هم‌راستایی غایت دیوان عدالت اداری و مقام دادستان، این سؤال به ذهن خطور می‌کند که دادستان با توجه به این موارد چه کارکردی می‌تواند در دیوان عدالت اداری ایفا کند؟

نگاهی به قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ و برخی قوانین دیگر نشان می‌دهد که قانون‌گذار درصدد ایجاد نهاد دادستان اداری نبوده، اما صلاحیت‌هایی برای گروهی از مقامات وضع کرده است که بی‌شبهت به کارکرد دادستان نیست. برای مثال، می‌توان به ماده ۱۲۱ قانون دیوان اشاره کرد. در این حالت، رییس دیوان عدالت اداری در جایگاه یکی از

۱. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۲۸۶.

۲. منصوریان، ناصرعلی و عادل شیبانی، «مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانون‌گذاری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۷۶-۷۵، ۱۳۹۵، ص ۱۳۷.

ارکان نهاد دادسرا عمل می‌کند؛ زیرا پاسدار حق‌های عمومی می‌شود. هرچند این ماده دچار ابهام و نقص است، اما باید توجه داشت که چنین ضوابطی در قانون سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳۶۰ با اصلاحات و الحاقات ۱۳۹۳ نیز دیده می‌شود و تبصره ۲ ماده ۲ این قانون به سازمان یادشده، صلاحیت طرح شکایت علیه مصوبات دولتی در دیوان عدالت اداری داده است. با توجه به واژه «مردم» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و تفاسیر مختلف از مفهوم شاکی در دیوان، چنین اختیاراتی محل پرسش است، اما نشان می‌دهد که به طور کلی، فراهم آوردن مقدمات نظارت قضایی بر مصوبات دولتی توسط یک مقام ناظر متخصص، مطمح نظر خاص قانون‌گذار بوده است.^۱

نتیجه‌گیری

با عنایت به مطالب بیان شده، این نتایج به دست می‌آید:

۱. مصلحت، اصل زیربنایی فقه اسلامی و دربردارنده روح مشترک تمام احکام است. تمامی مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند که احکام بر مصالح و مفاسد مبتنی هستند و دین برای جلب مصالح بندگان و دور کردن مفسده از ایشان آمده است. از این رو، مصلحت در فقه اسلامی، در مقام فتوا و حکم حکومتی جایگاه مهمی دارد. این اهمیت در نظام ولایی و حکومت دینی از آن روست که اگرچه طبق روایات، همه احکامی که مورد نیاز بشر است، در کتاب و سنت بیان شده است. با این حال، چون حکومت اسلامی متضمن احکام ثابت و متغیر است و محدود و متناهی بودن ادله تفصیلی و نصوص و نامتناهی بودن حوادث و وقایع، توسل به مصلحت را امکان‌پذیر و حتی ضروری می‌سازد، باید از طریق توسل به مصلحت و اصول کلی و مقاصد عامه شرع به وقایع روز و مستحدثات پاسخ داد.

۲. از نظر تاریخی، پذیرش اصل مصلحت در فقه امامیه محل اختلاف است، اما تجربه حکمرانی پس از پیروزی انقلاب اسلامی، زمینه پذیرش آن را با اجتهاد نوین مهیا کرد. سرانجام قانون‌گذار ایران با بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ و پیش از آن با تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۷، حضور این اصل را به رسمیت شناخت. بر این اساس، عالی‌ترین بازتاب اندیشه

۱. موسوی زاده، سید شهاب‌الدین، «امکان‌سنجی ایجاد مقام دادستان اداری»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، ص ۲۳۲.

منفعت عمومی (منافع برگزیده و مشروع جمعی همان مصلحت عمومی یا مصالح عامه است) در قانون‌گذاری ایران در قالب اصل ۱۱۲ قانون اساسی شکل گرفته است. این حضور با توجه به محتوای اسلامی قانون‌گذاری در ایران، در بستر مصلحت عمومی متجلی شده و نتیجه آن، شکل‌گیری نهادی است که در شرایط خاص بتواند بر اساس منافع عمومی تصمیم بگیرد.

۳. کاربرد مصلحت در فقه شیعه نه به عنوان منبعی مستقل برای استنباط احکام شرعی است، بلکه تنها به عنوان شرط اجرای حکم یا معیار تقدّم یک حکم بر دیگری است. لزوم رعایت مصالح موقوف علیهم توسط متولّی وقف، لزوم رعایت مصالح یتیم توسط سرپرستان او، صرف درآمد زمین‌های به دست آمده در جنگ با کافران برای مصالح مسلمانان، رعایت مصلحت در نوع رفتار با اسیران جنگ و رعایت مصلحت در گرفتن جزیه از جمله مصالح اجراییه محسوب می‌گردد. کاربرد دیگر مصلحت در فقه شیعه نیز در زمینه حکم حکومتی مطرح می‌گردد که مطابق نظر مختار، صرف وجود مصلحت هرچند ریشه‌گرفته از عناوین ثانویه نباشد، می‌تواند منشأ تبدیل احکام گردد. به این بیان که وجوب حفظ نظام اسلامی از احکام اولیه است و دارای چنان مصلحتی قوی است که مقدّم بر دیگر احکام شرعی است. اگر میان مصلحت نظام اسلامی و دیگر مصالح تراحم باشد (هرچند هیچ یک از عناوین ثانویه موجود نباشد)، در تراحم میان این دو حکم شرعی، مصلحت نظام مقدّم می‌شود و حکم دیگر موقتاً تعطیل می‌گردد.

۴. به طور کلی، قواعد حقوق اداری در میان دیگر رشته‌های حقوق عمومی موقعیت متمایزی دارد. این امتیاز علاوه بر مدوّن نبودن قوانین و مقررات آن و دارا بودن امتیازات حقوق عمومی (مانند صدور دستور و دریافت مالیات، عوارض، مصادره و نظیر آن)، استوار بودن بر اصولی است که در ذات خود موجب مصلحت‌انگاری در حقوق آحاد مردم می‌گردد. بخشی از این مهم به حوزه فعالیت این رشته از حقوق مربوط می‌شود که عبارت است از انجام خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی. الزام به ارائه خدمت عمومی در قوانین و مقررات مربوط نشان‌دهنده جلوه‌ای دیگر از اهتمام قانون‌گذار به اندیشه مصلحت عمومی است. البته این گفته به آن معنا نیست که نفس انجام این امور موجب اخذ مصلحت در اقدامات متولیان امر می‌گردد. پس هم‌چنان قاعده مصلحت در بستر حقوق اداری مجرای اعمال دارد.

۵. ملحوظ داشتن اصل مصلحت و مقدّم داشتن مصلحت جمعی بر حقوق افراد در نظام اداری از سازوکارهای جدّی قانون‌گذاری اسلامی در تحکیم و سازمان‌دهی روابط آحاد ملت با دستگاه‌های دولتی مبتنی بر حدود و ارزش‌های اسلامی است.

در همین زمینه پیشنهاد می‌شود جایگاه کلان اصل مصلحت در نظام قانون‌گذاری تبیین گردد تا بهره‌وری عملی از آن در حوزه قانون‌نگاری بیش از پیش امکان‌پذیر شود. افزون بر آن، تقنین جامع قوانین اداری با حفظ ابزار مقررات‌گذاری برای رفع معضلات نظام نامتمرکز ضروری است. هم‌چنین اصلاح و بازنگری مقررات حقوق اداری با لحاظ اصل مصلحت اهمیت دارد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امیدی، جلیل، مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق، تهران: احسان، ۱۳۸۳.
۲. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۱.
۳. حاج‌زاده، هادی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم منفعت عمومی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۶۲، ۱۳۹۳.
۴. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه (جلد ۱۲)، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۵. عباسی، بیژن، مبانی حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳.
۶. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۷. فتاحی زفرقندی، علی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم مصالح عمومی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، شماره مسلسل: ۱۳۹۵۰۰۳۶، ۱۳۹۵.
۸. فوکو، میشل، تولد زیست سیاست، ترجمه: رضا نجف‌زاده، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
۹. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر، حقوقی‌سازی سیاست، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۱۰. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات)، تهران: میزان، ۱۳۷۷.
۱۱. نوروزی، نادر، نگاهی گذرا به شوراها و نقش آن‌ها در تمرکززدایی، شوراها و اسلامی؛ نگاهی به یک دهه تجربه، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. استادی، رضا، «حکم ابدی، مصلحت ابدی دارد»، پیام حوزه، شماره ۱۳، ۱۳۷۶.
۲. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۳. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۸، ۱۳۹۸.

۴. بالوی، مهدی و همکاران، «حکم حکومتی و مصلحت عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۵. بروغنی، نازنین زهرا و همکاران، «تفسیر مفهوم «مصلحت عمومی» در بستر اندیشه موافقان مشروطیت با تأکید بر آرای شیخ اسماعیل محلاتی غروی»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، دوره سیزدهم، شماره ۵۳، ۱۴۰۱.
۶. پورعزت، علی‌اصغر و همکاران، «شاخص‌های مفهوم‌پردازی از اصطلاح «منفعت عمومی» بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات مدیریت دولتی ایران، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۷. حسنوند، محمد و همکاران، «تفکیک مفهومی مصوبات عام‌الشمول از تصمیمات موردی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲.
۸. ششگل، حمید و شیرین قاسمی، «گستره عمل تقنینی در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال نهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۵.
۹. معرفت، محمدهادی، «مصلحت در فقه»، پیام حوزه، شماره ۱۴، ۱۳۷۶.
۱۰. منصوریان، ناصرعلی و عادل شیبانی، «مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانون‌گذاری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۷۶-۷۵، ۱۳۹۵.
۱۱. موسوی‌زاده، سید شهاب‌الدین، «امکان‌سنجی ایجاد مقام دادستان اداری»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸.
۱۲. موسوی‌زاده، ابراهیم، «مفهوم «مصلحت نظام» و مرجع تشخیص آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۱، ۱۳۸۸.
۱۳. واعظی، مجتبی، «نظریه نفع عمومی و جایگاه آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: از نظریه دولت تا نظریه حقوق عمومی»، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، انتشار آن لاین، ۱۴۰۱.
۱۴. ویژه، محمدرضا و حسن امجدیان، «رویکرد فقه‌های شورای نگهبان در زمینه رویارویی مالکیت خصوصی و منفعت عمومی؛ مطالعه رویه‌ای»، دانش حقوق عمومی، دوره چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۴.
۱۵. ویژه، محمدرضا و محمد مهدی ولدخانی، «تحلیلی بر رابطه سنج‌های مصلحت در حقوق ایران و منفعت عمومی در حقوق غرب»، فصل‌نامه پژوهش تطبیقی حقوق غرب و اسلام، سال هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۹.

۲. عربی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت: دارالصادر، ۱۴۰۸.
۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح (جلد ۶)*، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۳۶۶.
۳. کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی (جلد ۱)*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸.

نقش، آثار و حدود منفعت عمومی در سلب مالکیت توسط دولت در حقوق ایران و انگلیس

مهدی منتظری^۱

سعید کرمی^۲

چکیده

سلب مالکیت از اشخاص، امری نارواست و تنها با رعایت شرایط خاص، تملک املاک و اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی امکان‌پذیر است. در حقوق کنونی کشورهای مختلف، اعمال اختیار سلب مالکیت توسط مراجعی که حق تملک دارند، به وجود نفع عمومی در طرح مورد نظر و پرداخت غرامت پیشینی بستگی دارد. لزوم وجود منفعت عمومی برای سلب مالکیت را می‌توان یکی از اصول کلی حقوقی دانست که بدون آن، سلب مالکیت نامشروع است. در حقوق ایران ظاهراً به این اصل تصریح نشده است، اما چون قانون‌گذار این امر را تنها برای اجرای برنامه‌ها و اهداف عمومی امکان‌پذیر کرده است، تردیدی در پذیرش آن باقی نمی‌ماند و ضمانت اجرای آن نیز امکان ابطال تملکات دولت خواهد بود. در حقوق انگلیس با توجه به پروتکل اول کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی، منفعت عمومی باید در طرح‌های تملک (سی پی او) رعایت شود و با عنایت به اصل منع خروج از صلاحیت قانونی، مراجع تملک نمی‌توانند بدون وجود منفعت عمومی، از قدرت خرید اجباری بهره بگیرند. هم‌چنین در هر دو کشور، استفاده از منفعت عمومی برای خرید اجباری، افسارگسیخته نیست، بلکه این امر به موارد ضروری محدود شده است.

واژگان کلیدی: سلب مالکیت، منفعت عمومی، طرح عمومی، ضرورت، خروج از اختیارات قانونی.

۱. دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه علوم و تحقیقات تهران، (نویسنده مسئول)، montazeri.mehdi12@gmail.com

۲. استادیار دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، karami.t54@pnu.ac.or

مقدمه

دولت و شهرداری‌ها در راستای اجرای برخی از وظایف قانونی خود به اراضی و املاک نیاز دارند. سدسازی، ایجاد نیروگاه برق، احداث پروژه‌های ملی و محلی، خیابان و جاده‌کشی و ساخت فرودگاه، اموری هستند که باید در اراضی گسترده اجرا شوند. در بسیاری از موارد، اشخاص عمومی برای اجرای این تکالیف و برنامه‌های خود، زمین کافی در اختیار ندارند و در عین حال، اجرای این برنامه‌ها نیز ضروری است و نمی‌توان به دلیل کمبود اراضی، آن را تعطیل کرد. از همین رو، قانون‌گذار به طور استثنایی، اجازه سلب مالکیت از اشخاص را می‌دهد.

در خصوص تملک املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، مباحث متعددی در مورد شرایط و آثار آن، غرامت و خسارت‌های قابل مطالبه، زمان پرداخت غرامت و چگونگی محاسبه آن، نحوه طرح دعوا برای مطالبه خسارت، نقش طرح و منفعت عمومی در سلب مالکیت، ضمانت اجرای رعایت نشدن شرایط سلب مالکیت، تعارض حقوق خصوصی و منفعت عمومی در تملکات دولت قابل طرح است. برخی نویسندگان به بعضی از این مسائل توجه کرده‌اند،^۱ ولی این آثار کافی نیست و قوانین، دکترین و رویه قضایی ایران به برخی از مسائل اساسی و مباحث جدید در این عرصه نپرداخته است. ضعف حقوق ایران در این حوزه موجب بی‌توجهی به حقوق اشخاص خصوصی در روند سلب مالکیت و توسعه بیش از حد اختیارات دولت و شهرداری‌ها در تملک اموال اشخاص گردیده است.

نکته‌ای که این مقاله به آن توجه خاص دارد، شرط اساسی منفعت عمومی در تملک اموال توسط نهادهای قانونی است. این شرط اگر چه با توجه به مطالب پیش رو، پذیرشی گسترده در جهان دارد

۱. کامیار، غلامرضا، حقوق اداری اموال سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی: مطالعه تطبیقی (ایران و فرانسه)، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۹۴؛ کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ هشتم، تهران: مجد، ۱۳۹۵؛ میرزایی، علی‌رضا، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران: بهنامی، ۱۳۹۲؛ بهشتیان، سید محسن، تملک اراضی توسط شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران: مجد، ۱۳۹۴؛ گواهی، زهرا و مریم ثقفی، «مبانی فقهی - حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، فصل‌نامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۵، ۱۳۹۵، صص ۴۵-۲۳؛ منتظری، مهدی، سید حسین صفایی، منصور امینی و عباس قاسمی حامد، «انواع غرامت‌های سلب مالکیت و قواعد ارزیابی آن در حقوق ایران و انگلیس»، فصل‌نامه حقوق اسلامی، دوره شانزدهم، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، صص ۳۹-۷.

و در برخی اسناد حقوق بشری^۱ بر آن تأکید رفته است و می‌توان آن را در شمار اصول کلی حقوقی^۲ قلمداد کرد، با عنایت به شیوه نگارش لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت،^۳ مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، مورد توجه حقوق دانان و رویه قضایی قرار نگرفته و در نتیجه به آثار ناشی از پذیرش آن پرداخته نشده است. در مکتوبات موجود با آن که شرایط متعددی برای سلب مالکیت توسط دولت برشمرده شده، اما به این شرط اساسی اشاره‌ای نرفته است.^۴ حتی برخی حقوق دانان که به موضوع منفعت عمومی در تملک در حقوق فرانسه توجه داشته‌اند، گمان برده‌اند که «طراحان لایحه قانونی نحوه خرید و تملک مصوب ۱۳۵۸ از نظریه «ضرورت» به جای «منفعت عمومی» استفاده کرده‌اند»^۵ و «در حقوق ایران، مشروعیت تملک به نفع دولت ناشی از ضرورت است».^۶ علاوه بر این، بررسی این مقاله به صورت تطبیقی با حقوق انگلیس است که در ایران به ندرت به آن توجه شده است. این در حالی است که انگلیس، رویه قضایی و قوانین مفصل و کارآمدی در حوزه تملک یا خرید اجباری دارد و می‌تواند به غنای حقوقی کشور ما در این زمینه یاری رساند.

پس در نوشتار پیش رو، به روش تحلیلی و تطبیقی به بررسی لزوم و چگونگی رعایت منفعت عمومی در سلب مالکیت در حقوق ایران و انگلیس می‌پردازیم. پرسش‌های اصلی این است که آیا با وجود

1. European Convention on Human Rights, Protocol No 1, Article: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law".

۲. اصول کلی حقوقی به آن دسته از قواعد و اصولی اطلاق می‌شود که جنبه عام دارند و کشورهای گوناگون آن را شناسایی کرده‌اند. در ماده ۲۸ اساس نامه دیوان بین‌المللی دادگستری، اصول کلی حقوقی به عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل شناسایی شده است. نک: شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵؛ شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ یازدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۴۵.

۳. از این پس از عنوان «لایحه قانون نحوه خرید و تملک» برای اشاره به این قانون استفاده می‌کنیم.

۴. کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ هشتم، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۲۲۸؛ میرزایی، علی‌رضا، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران: بهنامی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۲.

۵. کامیار، غلامرضا، حقوق اداری اموال سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی: مطالعه تطبیقی (ایران و فرانسه)، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۹۴، ص ۹۲.

۶. همان، ص ۹۰.

تصریح نشدن به لزوم رعایت منفعت عمومی در قوانین ناظر به تملک املاک توسط دستگاه‌های اجرایی در حقوق ایران می‌توان این شرط را ضروری دانست؟ آیا عنصر منفعت عمومی در خرید اجباری در حقوق انگلیس نیز ضروری است و در قوانین و حقوق این کشور به آن تأکید شده است؟ ضمانت اجرای رعایت نکردن منفعت عمومی در تملک اموال مردم چیست؟ حدود بهره‌گیری دولت از اختیار قانونی تملک تا کجاست؟

گفتار اول. مفاهیم و کلیات

تعریف برخی اصطلاحات و توضیح اصل ناروایی سلب مالکیت در حقوق هر دو کشور، برای فهم مطالب اصلی گریزناپذیر است که به اختصار می‌آید

بند اول. مفهوم سلب مالکیت

«سلب مالکیت» در معنای عام خود یعنی از بین بردن حق مالکیت یک شخص نسبت به یک شیء. این مفهوم می‌تواند شامل ساقط کردن این حق بدون پرداخت بهای آن باشد، مانند مصادره و ضبط اموال یا ساقط کردن مالکیت در برابر پرداخت غرامت باشد، مانند تملک اراضی در راستای اجرای برنامه‌های عمومی دولت. سلب مالکیت به معنای دوم را می‌توان سلب مالکیت به معنای خاص دانست که «فرآیند اداری و قضایی است که به موجب آن، دولت و شهرداری‌ها برای تأمین منافع عمومی با رعایت تشریفات قانونی در قبال غرامت عادلانه و پیش از تصرف، افراد را ملزم به انتقال حقوق مالکانه می‌نماید.»^۱ هم‌چنین می‌توان آن را قدرت دولت برای کسب حقوق خصوصی در املاک بدون رضایت مالک یا متصرف آن در راستای نفع عمومی معرفی کرد. این قدرت به شکل‌های متفاوت در اختیار دولت‌های برخاسته از ملت‌های مدرن قرار می‌گیرد و به کارگیری آن برای توسعه اجتماعی و اقتصادی و حفاظت از محیط زیست طبیعی ضروری است.^۲

در حقوق انگلیس، برای اشاره به سلب مالکیت به معنای خاص از عبارت «compulsory purchase» به

۱. همان، ص ۱۵.

2. Keith, Simon, McAuslan, Patrick, Knight, Rachael, Jonathon Lindsay, Munro-Faure, Paul, Palmer, David, **Compulsory acquisition of land and compensation**, FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), 2008, p. 5.

معنای «خرید اجباری» استفاده می‌شود. واژه «compulsory acquisition» نیز به همین منظور به کار می‌رود. در حقوق آمریکا، برای اشاره به این مفهوم از اصطلاح «eminent domain» یاری می‌گیرند.^۱ علاوه بر انگلیس، در ولز، ایرلند، اسکاتلند و نیوزلند نیز عبارت «compulsory purchase» به کار گرفته می‌شود.^۲ در ادبیات اداری ایران برای اشاره به سلب مالکیت به معنای خاص، به پیروی از لایحه قانونی نحوه خرید و تملک از عبارت «تملک» استفاده می‌شود. تملک در حقوق ایران، مصداق‌های بسیاری دارد که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی به برخی مصداقیق آن اشاره شده است. هیچ یک از موارد مندرج در آن ماده، دربرگیرنده تملکی نیست که به اجبار از سوی دولت و اشخاص عمومی صورت می‌پذیرد. قانون‌گذار ایران در کنار عبارت «تملک»، کلمه «خرید» را نیز به کار گرفته که حاکی از لزوم تملک از راه خرید است و در صورت رضایت نداشتن مالک، به خرید اجبار می‌شود. از همین رو، کاربرد عبارت «خرید اجباری» در حقوق ما نیز درست به نظر می‌رسد. به هر حال، در این پژوهش از همه این واژگان به یک معنا بهره می‌گیریم.

بند دوم. مفهوم منفعت عمومی در سلب مالکیت

منفعت عمومی، امری است که پاسخ‌گوی یکی از دغدغه‌های مشروع عموم باشد.^۳ اگر چه تعریف منفعت عمومی، کار دشواری به نظر نمی‌رسد، ولی در میان حقوق دانان، تعریف یکسانی از آن ارائه نشده است و اختلاف نظرهایی در آن وجود دارد. در مبحث سلب مالکیت به نظر می‌رسد با این دشواری روبه‌رو نیستیم و همین که سلب مالکیت موجب رسیدن به اهداف عمومی باشد، شرط وجود منفعت عمومی رعایت شده است. به دیگر بیان، لزومی ندارد که برای توجیه منفعت عمومی به مشقت افتاد یا در تفسیر منفعت عمومی گرفتار اختلاف نظرها در خصوص معنای این اصطلاح شد. دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز در پرونده [1986] James v. United Kingdom government تفسیری گسترده از مفهوم منفعت عمومی به دست می‌دهد که با این دیدگاه سازگار است.

عبارت «برنامه‌ها و اهداف عمومی» که در قوانین راجع به سلب مالکیت تکرار شده است، دربردارنده

1. Cambridge business English dictionary, 2011, p. 158.

2. www.extranet.kenan-flagler.unc.edu/kics/ORIG%20shared%20eminent%20Domain.pdf.

3. Office of the Ombudsman, 2017, p.4).

همان مفهوم منفعت عمومی است. در واقع، به طور معمول، در قوانین اساسی و عادی ملی به این موضوع که سلب مالکیت باید برای «اهداف عمومی»،^۱ «استفاده عمومی»^۲ یا «منفعت عمومی»^۳ صورت بگیرد، اشاره می‌شود. این واژگان که اشتراک معنایی بسیاری دارند، در برخی مباحث حقوقی،^۴ دارای معانی متفاوت هستند و در برخی مباحث دیگر، معنای یکسانی دارند یا اختلاف معنایی آن‌ها بسیار مبهم است.^۵ بنابراین، می‌توان گفت که در گفتار سلب مالکیت، مقصود از منفعت عمومی، همگانی بودن هدف یا برنامه است که برای رسیدن به آن، تملک صورت می‌پذیرد

بند سوم. اصل ناروایی سلب مالکیت

در حقوق انگلیس، گرفتن هر چیزی از دیگری بدون اجازه وی، سرقت^۶ محسوب می‌شود و در دادگاه قابل مجازات است. پس کامن لا، سلب مالکیت را مجاز نمی‌داند. با وجود این، پارلمان تنها در مواردی خاص، سلب مالکیت را قانون‌مند کرده است.^۷ برای این که یک نهاد یا مرجع اجازه سلب مالکیت بیاورد، ضروری است که پارلمان، تملک زمین، استفاده از اجبار، روش تملک، هدف تملک و قطعه زمینی را که باید تملک شود، تأیید کند. برخی موردهای یادشده در قوانین عمومی^۸ مختلف پیش‌بینی شده‌اند. برای نمونه، تملک، استفاده از اجبار و هدف از آن در قانون خانه‌سازی^۹ و روش

1. Public purposes

2. Public uses

3. Public interest

4. jurisdictions

5. Mills Lindsay, Jonathan, "Compulsory Acquisition of Land and Compensation in Infrastructure Projects", PPP in-sights, Vol. 1, Issue3, 2012, p.2.

6. theft

7. Plimmer, Frances, "Compulsory Purchase and Compensation: an overview of the system in England and Wales", Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research, Special Series, 2008, Vol. 3, p.144.

۸. Public General Act قانونی است که نسبت به همه اشخاص در کشور لازم‌الاجراست، برخلاف Local and Personal Act که مقررات آن اشخاص حقیقی یا حقوقی معین و محلی را دربرمی‌گیرد. (-skills-mooting-research-legal.uk.ox.ac.uk/Law) (programme/legislation)

9. Housing Act 1988.

تملك در قانون خريد اجباري^۱ پيش بيني شده است.^۲

در حقوق ايران نيز اصل بر ناروايي سلب مالكيت است. اصل ۲۲ قانون اساسي،^۳ اموال اشخاص را جز در مواردی كه قانون مشخص کرده، مصون از تعرض دانسته است. ماده ۳۱ قانون مدني بيان مي‌كند كه «هيچ مالي را از تصرف صاحب آن نمي‌توان بيرون كرد، مگر به حكم قانون». در فقه نيز بر اساس قاعده احترام،^۴ اموال مسلمان محترم و غير قابل تجاوز است. هم‌چنين اصل تسليط^۵ به اشخاص، اجازه هرگونه تصرفي در اموالشان را مي‌دهد. با اين حال، همان گونه كه از مواد قانوني يادشده آشكار مي‌گردد، در موارد استثنائي، سلب مالكيت رواست. يكي از اين موارد، تملك املاك براي اجراي برنامه‌هاي عمومي است. قانون عام و اصلي كه مقررات و شرايط تملك را مشخص کرده، لايحه قانوني نحوه خريد و تملك است.

گفتار دوم. نقش و آثار منفعت عمومي در سلب مالكيت

در مبحث پيشين ديديم كه سلب مالكيت از اشخاص، جز در مواردی كه قانون‌گذار مجاز دانسته است، امكان پذير نيست. قانون‌گذار نيز بايد اصول مسلم حقيقي و اصول بنياديني را كه در قانون اساسي بيان شده است، مبنای تصميم‌گيري قرار دهد. با نگاهی به قوانين كشورهاي مختلف مي‌توان به اين اصل حقيقي دست يافت كه تنها در صورتي امكان سلب مالكيت وجود دارد كه منفعت عمومي در ميان باشد، مشروط بر آن كه حقوق اشخاص متأثر از طرح رعايت گردد. در

1. Compulsory Purchase Act 1965.

2. Plimmer, op.cit, p. 144.

۳. اصل ۲۲ قانون اساسي: «حيثيت، جان، مال، حقوق، مسكن و شغل اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی كه قانون تجويز مي‌كند».

۴. اين قاعده كه در حديث «حرمه مال المسلم كحرمه دمه» ريشه دارد، حاكي از آن است كه اموال، منافع و اعمال مشروع متعلق به انسان نبايد بدون اجازه از اختيار وی خارج شوند و بدون رضاي او در آن‌ها تصرف گردد. اين اصل مورد پذيرش همه عقلا از دين دار و بي دين است و اين كه در شرع بر حرمت مال مسلم تأكيد شده است، در راستای امضای همين بنای عقلاست. (مكارم الشيرازي، ناصر، القواعد الفقيهيه (المجلد الثاني)، الطبعة الثالثة، قم: مدرسه الامام اميرالمؤمنين، ۱۴۱۱ق، ص ۲۱۸)

۵. الناس مسلطون على اموالهم.

واقع، استثنای اصل ناروایی سلب مالکیت، منفعت عمومی است. قوانین ناظر بر سلب مالکیت در کشورهای مختلف، متفاوت است، اما اصل بنیادین آن در همه کشورها این است که اگر تصرف اراضی برای تحقق هدفی عمومی، ضروری باشد، دولت می‌تواند مالکان را به فروش زمین خود مجبور کند و در عوض به آنان، غرامتی متناسب بپردازد.^۱ در حقوق ایران و انگلیس نیز این امر صادق است. در ادامه این بخش، جایگاه حقوقی منفعت عمومی در تملکات و آثار پذیرش این اصل و ضمانت اجرای رعایت نکردن آن را بررسی می‌کنیم.

بند اول. شرط منفعت عمومی در تملک

در حقوق انگلیس بر مشروط بودن خرید اجباری به وجود منفعت عمومی تصریح شده است. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که مقررات آن با تصویب قانون حقوق بشر^۲ ۱۹۹۸ به حقوق انگلیس راه یافت، در ماده ۱ پروتکل ۱ بیان می‌کند که «هر شخص حقیقی و حقوقی حق بهره‌برداری صلح‌آمیز از دارایی‌های خود را دارد. هیچ کس را نمی‌توان از دارایی‌اش محروم کرد، مگر آن که منفعت عمومی در میان باشد که در این صورت نیز رعایت شرایطی که قانون و اصول کلی حقوق بین‌الملل می‌دهد، ضروری است.» با توجه به قانون یادشده، در انگلیس باید در حد امکان، قوانین سابق در راستای مطابقت با آن کنوانسیون اصلاح شوند. افزون بر این اقدامات، همه مراجع عمومی^۳ نیز باید هم‌راستا با کنوانسیون یادشده باشند.^۴ بنابراین، آشکار است که در این کشور، خرید اجباری یا همان تملک، تنها در صورتی قابل توجیه است که منفعت عمومی وجود داشته باشد.

در رأیی که در یکی از دعاوی حقوقی این کشور صادر شده، بر نقش کلیدی وجود منفعت عمومی برای سلب مالکیت تأکید رفته و حتی این امر را یک اصل از حقوق اساسی انگلیس قلمداد کرده است. این رأی در سال ۱۹۸۲ در پرونده [1982] *priest v. secretary of state for wales* صادر شد. در این

1. Holtslag-Broekhof, Sanne, "Exploring the valuation of compulsory purchase compensation", *Journal of European Real Estate Research*, July 2018 2001, p. 1.

2. Human rights Act 1998

3. Public authority

4. Gray, Kevin, *Land Law and Human Rights*, Willian Publishing, 2002, p. 3.

پرونده، لرد دنینگ ام آر^۱ بیان کرد: «واضح است که هیچ وزیر یا مقام عمومی نمی‌تواند سلب مالکیت کند، مگر آن‌که چنین اختیاری از سوی پارلمان به وی ارائه شده باشد. پارلمان نیز «فقط» یا «باید فقط» زمانی چنین اختیاری را اعطا کند که برای منفعت عمومی ضروری باشد... من این موضوع را که نمی‌توان هیچ شهروندی را از ملک خود از طریق قدرت عمومی محروم کرد، مگر آن‌که پارلمان چنین اجازه‌ای داده باشد و البته منفعت عمومی نیز در آن وجود داشته باشد، به عنوان یکی از اصول حقوق اساسی مان محسوب می‌کنم. چنان‌چه هر گونه شکی در این خصوص وجود داشته باشد، توازن به سود شهروندان به هم می‌خورد.^۲ از همین رو، در حقوق انگلیس، طرح سلب مالکیت، تنها زمانی قابل ارائه است که دلیلی قانع‌کننده مبنی بر منفعت عمومی وجود داشته باشد.^۳

در حقوق ایران، همان‌گونه که از عنوان قانون حاکم بر تملکات، «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مشخص است، امتیازات و شرایط مقرر در آن برای اهداف عمومی وضع شده است. علاوه بر این، در ماده ۱ این قانون بیان می‌شود که «هر گاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی وزارت خانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، هم چنین شهرداری‌ها و... به اراضی، ابنیه، مستحذات، تأسیسات و سایر حقوق مربوط به اراضی مذکور متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی نیاز داشته باشند و اعتبار آن قبلاً وسیله «دستگاه اجرایی» یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد، دستگاه اجرایی می‌تواند مورد نیاز را مستقیماً یا به وسیله هر سازمان خاصی که مقتضی بداند، بر طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک نماید». آشکار است که قانون‌گذار صرفاً در مواردی که نفع عمومی در میان باشد، سلب مالکیت را روا دانسته است و جز برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی، سلب مالکیت امکان‌پذیر نیست.

1. Lord Denning M.R

2. www.swarb.co.uk/prest-v-secretary-of-stste-for-wahes-ca-1982/&uk.practicallaw.com/books/9781847667465/diva-champtner03.

3. Department for Levelling Up, Housing and Communities and Ministry of Housing, Communities & Local Government, Guidance on Compulsory purchase process and The Crichel Down Rules, London, 2019, p.6.

بند دوم. مصادیق منفعت عمومی در سلب مالکیت

در خصوص مصادیق هدف عمومی یا منفعت عمومی در سلب مالکیت، تفاوت‌های زیادی در قوانین داخلی کشورها دیده می‌شود. در برخی کشورها، فهرستی از موارد تملک اراضی وجود دارد. این فهرست معمولاً شامل انتقال (مانند معابر، بزرگراه، راه آهن، فرودگاه، پل و کانال)؛ ساختمان‌های عمومی (مانند مدرسه، کتاب‌خانه، بیمارستان، کارخانه، اماکن عمومی، کارخانه و خانه‌های عمومی)؛ تأسیسات عمومی (آب، برق، گاز، آبیاری و تخلیه)، پارک و باغ عمومی، زمین بازی، تأسیسات ورزشی و گورستان و اهداف دفاعی است. برعکس، در برخی دیگر از کشورها، چنین فهرستی ارائه نمی‌شود و مجال بیش‌تری برای اعمال نظر و تفسیر وجود دارد.^۱ در حقوق ایران، مصادیق مشخصی برای اعمال حق سلب مالکیت مشخص نشده است و دستگاه‌های اجرایی یادشده در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک، برای اجرای «برنامه‌های عمومی، عمرانی^۲ و نظامی» خود که دارای منفعت عمومی باشد، با رعایت شرایط مندرج در این لایحه قانونی از این حق برخوردارند.

در حقوق انگلیس در پرونده James v. United kingdom government [1986] خواهان کوشید قانون اصلاح اجاره‌داری ۱۹۶۷ را با این استدلال بی اعتبار کند که جز در موارد وجود نفع عمومی نمی‌توان مالکیت خصوصی را سلب کرد. دادگاه اروپایی حقوق بشر، تفسیری گسترده از مفهوم نفع عمومی ارائه کرد. بر اساس استدلال این دادگاه، قانون‌گذار، اختیارات گسترده در به کارگیری سیاست‌های اجتماعی و اقتصادی دارد و مجلس از این حق برخوردار است که تشخیص دهد بی عدالتی‌های اجتماعی وجود دارد که باید توسط قانون ۱۹۶۷ اصلاح شود. از همین رو، برخی نویسندگان بیان کرده‌اند که مفهوم «منفعت عمومی» در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بسیار گسترده است و به

1. Mills Lindsay, op.cit., p.2.

۲. در بند ۱۰ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰، طرح عمرانی تعریف شده است که همین تعریف نیز نشان از گستردگی مصادیق آن دارد: «منظور، مجموعه عملیات و خدمات مشخصی است که بر اساس مطالعات توجیهی فنی و اقتصادی یا اجتماعی که توسط دستگاه اجرایی انجام می‌شود، طی مدت معین و با اعتبار معین، برای تحقق بخشیدن به هدف‌های برنامه عمرانی پنج ساله به صورت سرمایه‌گذاری ثابت، شامل هزینه‌های غیر ثابت وابسته در دوره مطالعه و اجرا و یا مطالعات اجرا می‌گردد و تمام یا قسمتی از هزینه‌های اجرای آن از محل اعتبارات عمرانی تأمین می‌شود و به سه نوع انتفاعی، غیر انتفاعی و مطالعاتی تقسیم می‌شود...».

3. Leasehold Reform Act 1967

طور کلی، این امر در اختیار مجلس است تا اهدافی را که برای رسیدن به آن می‌توان از قدرت خرید اجباری بهره گرفت، تعیین کند.^۱

بند سوم. استفاده اشخاص خصوصی از سلب مالکیت

ممکن است چنین به نظر برسد که با توجه به لزوم رعایت منفعت عمومی، اشخاص خصوصی نباید از حق سلب مالکیت برخوردار باشند. با این وجود، در حقوق انگلیس گاه اشخاص خصوصی از این قدرت قانونی برخوردار شده‌اند. در راستای خصوصی سازی، برخی پیمان کاران در صنعت گاز و برق که اشخاص خصوصی قلمداد می‌شوند، از این اختیار بهره‌مند گردیده‌اند. این موارد قبلاً در اختیار دولت بود، اما قانون گاز ۱۹۸۶ و قانون برق ۱۹۸۹ به این پیمان کاران، قدرت خرید اجباری داد.^۲ هم چنین قدرت سلب مالکیت و حق عبور لوله‌های فاضلاب از اراضی به شرکت‌های جدید داده شد. برای نمونه، این حق در قانون صنعت آب ۱۹۹۱ مطرح شد. می‌توان چنین فرض کرد که قانون‌گذار این موارد را در راستای منافع عمومی پذیرفته است.^۳

در حقوق ایران، اگر چه لایحه قانونی نحوه خرید و تملک، قدرت سلب مالکیت را به دستگاه‌های اجرایی یادشده در ماده ۱ آن قانون اعطا کرده است که همگی در زمان تصویب قانون در شمار اشخاص عمومی بوده‌اند، اما در قانون تشکیل شرکت‌های آب و فاضلاب مصوب ۱۳۶۹ به این شرکت‌ها که برابر ماده ۳ همان قانون اصل بر خصوصی بودن آن‌هاست و تشکیل آن‌ها به صورت دولتی جنبه استثنایی دارد،^۴ حق تملک واگذار شده است و از امتیازات لایحه قانونی نحوه خرید و

1. Denyer-green, Barry, **Compulsory Purchase and Compensation**, 10th Edition, London and New York: Routledge, 2014, p.76.

2. Pierce, carlos and young, Robert, "statutory undertakers compulsory powers", practice & law magazine, 21 june 2014, p.76.

3. Denyer-Green, op.cit., p. 75.

۴. «شرکت‌های موضوع این قانون دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی بوده و به صورت بازرگانی، طبق مقررات این قانون و قانون تجارت اداره خواهند شد. تبصره - در صورتی که بنا به تشخیص وزارت نیرو، تشکیل و اداره این شرکت‌ها در شرایط و مناطق خاص به صورت غیر دولتی ممکن نباشد، با تصویب هیئت وزیران، شرکت به صورت دولتی تشکیل و اداره می‌شود».

تملك بهره‌مندند.^۱ علاوه بر این، بسیاری از بانک‌ها که پیش‌تر دولتی بودند و لایحه قانونی قدرت سلب مالکیت را به آن‌ها واگذار کرده است، اکنون خصوصی شده‌اند و وضعیت امکان تداوم و استمرار برخورداری آن‌ها از امتیازات لایحه قانونی مشخص نیست.

در مجموع، با این‌که منفعت عمومی، هدف یا یکی از اهداف سلب مالکیت است و برای رسیدن به آن ضرورتی ندارد که مرجع تملك‌کننده، دولتی یا عمومی باشد، اما قانون‌گذار ایرانی جز در موارد نادر، وجود چنین حقی را برای اشخاص خصوصی به رسمیت نشناخته است. بنابراین، چون این حق، امری استثنایی است و جز در موارد تصریح قانونی، هیچ شخصی از آن برخوردار نخواهد بود، نمی‌توان قدرت سلب مالکیت را به اشخاص خصوصی اعطا کرد.

بند چهارم. طرح‌های مصوب سلب مالکیت و منفعت عمومی

یکی از شرایط سلب مالکیت، وجود طرح عمومی است. طرح عمومی، خود، نماد رعایت منفعت عمومی است یا دست کم باید چنین باشد. در حقوق هر دو کشور مورد مطالعه، وجود طرح عمومی برای تملك ضروری است. در حقوق ایران، برنامه‌هایی که برای انجام آن‌ها، دولت و شهرداری‌ها نیازمند اراضی مردمند، در صورتی که دارای اهداف و منافع عمومی باشند، باید جامه طرحی مصوب را به خود بپوشند. ماده ۲ لایحه یادشده در این باره بیان می‌کند: «برنامه‌های مذکور در ماده یک شامل برنامه‌هایی است که اجرای آن به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرایی «دستگاه اجرایی» برسد.» بنابراین، در حقوق ایران سلب مالکیت، نیازمند وجود طرحی است که به تصویب مراجع قانونی رسیده باشد و تملك بدون وجود چنین طرحی، تخلف از مقررات قانونی خواهد بود.

طرح تصویبی برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی علاوه بر این‌که باید مطابق قوانین

۱. ماده ۴ این قانون مقرر می‌دارد: «با تشکیل شرکت‌های موضوع این قانون، هر یک از شرکت‌ها و مؤسسات و واحدهایی که در حال حاضر، امر تقسیم و توزیع آب شهری و جمع‌آوری و دفع فاضلاب و بهره‌برداری از آن را به عهده دارند، منحل و کلیه تأسیسات، ماشین‌آلات، ابنیه و هر نوع مایملک و حقوق آن‌ها با رعایت مقررات مربوط تملك می‌گردد.» هم‌چنین ماده ۱۴ آن بیان می‌کند که «شرکت‌های آب و فاضلاب موضوع این قانون برای اجرای طرح‌های عمرانی خود می‌توانند از لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت و قوانین دیگری که در زمینه خرید و تملك اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی دولت تصویب می‌شود، استفاده کنند».

و مقررات و اصول شهرسازی باشد، دربردارنده منفعت عمومی هم است. از همین رو، به این طرح، طرح عمومی گفته می‌شود. عمومی بودن اهداف این طرح و لزوم هم‌سو بودن آن با منافع عمومی به درستی از ماده یادشده دریافت می‌گردد؛ زیرا این ماده، برنامه‌ها و موضوع طرح را عمومی و امنیتی دانسته است. بنابراین، طرح عمومی، خود، تضمین‌کننده منفعت عمومی است.

با این حال، طرح‌های یادشده باید به رعایت منافع اشخاص خصوصی نیز توجه کنند. به دیگر بیان، طرح‌های ناظر بر سلب مالکیت، از یک سو، تضمین‌کننده منفعت عمومی و از دیگر سو، ایجادکننده توازن میان حقوق اشخاص خصوصی و منفعت عمومی است. به این شرح که اگر مراجع عمومی که دارای اقتدار لازم برای سلب مالکیت هستند، بدون ضابطه و صرفاً به این دلیل که تملک اراضی و املاک دارای منفعت عمومی است، املاک اشخاص را از مالکیتشان خارج کنند. این امر حقوق اشخاص ثالث را به شدت تهدید و تحدید می‌کند که با اصل تسلیط، قاعده احترام، اصول قانون اساسی و اصول حقوقی مندرج در قوانین عادی در تعارض است. تهیه طرحی که هدف سلب مالکیت را مشخص و ضرورت آن را تبیین و قطعه زمین موضوع تملک را مشخص کند، از تصرف بی‌ضابطه و دخالت بی‌قاعده در اموال اشخاص خصوصی جلوگیری می‌کند. افزون بر این، طرح‌های عمومی به تصویب نهادهای بالادستی نیز می‌رسد که این نهادها باید رعایت قوانین و ورود کم‌ترین میزان خسارت به حقوق اشخاص را در تصویب طرح‌ها، معیار تصمیم‌گیری قرار دهند. بنابراین، طرح‌های عمومی با برقراری توازن میان حقوق عمومی و خصوصی هم از معطل ماندن برنامه‌های عمومی که دارای نفع همگانی است، جلوگیری می‌کند و هم تصرف و تملک اموال خصوصی را به موارد ضروری محدود می‌سازد.

در حقوق انگلیس نیز تملک، نیازمند طرحی است که به اختصار، سی‌پی‌او^۱ نامیده می‌شود و می‌توان آن را به «دستور سلب مالکیت» ترجمه کرد. این دستور، هدف سلب مالکیت و قطعه زمین موضوع تملک را مشخص می‌کند^۲ و توسط نهادی که قصد تملک دارد، تهیه و تنظیم می‌گردد و به وزیر مربوط در دولت ارائه می‌شود. سی‌پی‌او بر پایه یک قانون عمومی پارلمان استوار است و در

1. CPO: compulsory purchase order

2. Plimmer, op.cit., p.145.

پی گرفتن اختیار لازم برای تملک زمینی خاص، برابر یکی از اهداف گسترده مندرج در قانون عمومی است.^۱ مقررات مربوط به آن، در بخش II قانون تملک املاک^۲ ۱۹۸۱ بیان شده و قانون برنامه ریزی و سلب مالکیت،^۳ مصوب ۲۰۰۴ اصلاحاتی در این خصوص ایجاد کرده است.^۴

ارائه سی پی او، نیازمند تعیین هدف، بررسی مساحت و حدود زمین مورد نیاز و اموال اثرپذیر از طرح است. پس از آن، گزارشی دربرگیرنده هدف طرح، ویژگی های زمین و معرفی اشخاص ذی نفع تهیه می گردد. افشای این گزارش برخلاف دیگر اشخاص، برای مراجع و شوراهای محلی ضروری است.^۵ طرح پیشنهادی باید به اطلاع عموم برسد. به همین دلیل، در روزنامه محلی منتشر و آگهی آن در محل اجرای طرح یا نزدیکی آن نیز نصب می گردد. در این آگهی اعلان می شود که ذی نفعان در مهلتی مشخص، حق اعتراض^۶ دارند. پس از گذشت مهلت اعتراض، طرح برای تصویب نزد مقام مربوط فرستاده می شود.^۷ سی پی او صرفاً باید در مواردی ارائه گردد که دلیلی قانع کننده مبنی بر منفعت عمومی وجود داشته باشد.^۸

همان گونه که آشکار است، در حقوق انگلیس، سی پی او به وضوح توصیف گردیده و شیوه ارائه، اعتراض و تصویب آن به طور مشروح بیان شده است. در حقوق ایران با وجود تصریح به وجود طرح مصوب، قانون گذار به تبیین و تشریح آن نپرداخته است. از همین رو، نویسندگان حقوقی، نظرهای مختلفی در تعریف آن ارائه کرده اند. برخی بر این باورند که بر اساس اصالت ظهور، مقصود از طرح

1. Ibid.

2. Acquisition of Land 1981

3. Planning and Compulsory Purchase, 2004

4. Denyer-Green, op.cit., p. 87.

5. Department for Communities and Local Government, Compulsory Purchase and Compensation: Compulsory Purchase Procedure, booklet 1, London: Communities and Local Government Publications, 2004, pp. 9-10).

6. objection

7. Department for Communities and Local Government, op.cit., p.13.

8. Department for Levelling Up, Housing and Communities, op.cit., p.6.

مصوب همان طرح‌های مصوب شهری است.^۱ برخی هم تأکید می‌کنند که طرح مصوب پایه سلب مالکیت به طرح‌های سه‌گانه شهری محدود نمی‌شود، بلکه هر نوع طرح عمرانی را دربرمی‌گیرد که مراحل قانونی تصویب و تأیید آن سپری شده باشد و یک نیاز عمومی را برطرف کند و اعتبار آن تأمین شده باشد.^۲ در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۰۲۹ مورخ ۱۳۷۷/۶/۲۹ آن اداره حقوقی نیز در پاسخ به این پرسش که وجود طرح به معنی طرح جامع یا هادی شهر است یا خیر، بیان می‌گردد که وجود طرح به معنای تصویب طرح جامع یا هادی نیست، ولی به معنی آن است که سازمان مربوط با استفاده از وجود طرح، محل مورد نیاز خود را تملک و برای اجرای طرح اقدام کند.^۳

به نظر می‌رسد با عنایت به توضیحاتی که گذشت، باید پذیرفت که مقصود از طرح مصوب در قوانین سلب مالکیت ایران نیز همانند انگلیس، طرحی است که هدف سلب مالکیت و مشخصات و حدود زمین و املاکی را بیان می‌کند که باید تملک شود. هدف سلب مالکیت ممکن است در قالب تعیین کاربری ملک مشخص شود. برای نمونه، کاربری فضای سبز برای یک زمین مشخص معلوم می‌کند که هدف، ایجاد پارک عمومی است. بدیهی است این هدف باید دارای منفعت عمومی باشد. گفتنی است اصل قانونی بودن سلب مالکیت و شرایط آن در طرح‌های مصوب پایه‌گذاری نمی‌شود، بلکه این موضوع در قوانین مجلس به ویژه لایحه قانونی نحوه خرید و تملک تشریح شده است و دستگاه‌های اجرایی نیازمند تصویب طرحی جداگانه در این خصوص نیستند. آن‌چه تصویب طرح را گریزناپذیر می‌سازد، بیان هدف و ضرورت تملک و تعیین موقعیت و مشخصات دقیق ملک یا املاکی است که در مسیر تملک قرار می‌گیرند.

در عمل، چون در طرح‌های تفصیلی و جامع شهری، کاربری زمین‌های مختلف مشخص شده است و زمین‌هایی که برای اجرای برنامه‌های عمومی در نظر گرفته می‌شوند، مشخص می‌گردند، در بسیاری از موارد، طرح‌های شهری مبنای سلب مالکیت قرار می‌گیرند؛ زیرا هم هدف از پیش‌بینی این کاربری‌های عمومی و هم حدود اراضی قرارگرفته در آن کاربری در این طرح‌ها مشخص می‌گردد.

۱. میرزایی، پیشین، ص ۳۳۰.

۲. کامیار، پیشین، ص ۱۱۴.

۳. میرزایی، پیشین، ص ۳۳۰.

بند پنجم. ضمانت اجرای سلب مالکیت بدون منفعت عمومی و طرح مصوب

با توجه به آن چه تاکنون بیان گردید، آشکار می گردد که دولت و دستگاه های مجاز به سلب مالکیت، در صورتی می توانند از این اختیار قانونی استفاده کنند که منفعت عمومی در میان باشد و دستیابی به این منفعت عمومی در قالب طرحی عمومی به تصویب رسیده باشد. بنابراین، برای سلب مالکیت، یکی از شرایط قانونی، وجود طرح مصوب است. البته طرحی که منطبق با منفعت عمومی باشد و نه در مقابل آن. به همین دلیل، در صورت نبود طرح مصوب یا در صورتی که طرح برخلاف منافع عمومی باشد، تملک اراضی و املاک از سوی دستگاه اجرایی، غیر قانونی و بی اعتبار است.

در حقوق انگلیس، دکترین خروج از اختیارات قانونی^۱ پذیرفته شده است. نهادهایی که توسط مجلس ایجاد شده اند، باید در چارچوب اختیارات قانونی عمل کنند. اقداماتی که تجاوز از صلاحیت آن نهاد باشد، خروج از اختیارات قانونی است و از طریق دادگاه می توان از آن جلوگیری کرد. وزیر نیز مشمول این اصل می گردد. او صرفاً باید در چارچوب قوانین عمل کند و هرگاه تشخیص امری به صلاح دید وی گذاشته شده است، نباید از چنین اختیاری سوء استفاده کند یا برخلاف هدف قانون گذار اقدام کند.^۲ بنابراین، نهادهایی که برای تملک، نیازمند مجوز قانونی هستند و بدون وجود چنین مجوزی، حتی اگر مالک راضی باشد و به فروش ملک خود اجبار نگردد، سلب مالکیت از آن، خروج از اختیارات قانونی و نامشروع است.^۳

این دکترین، مبنای بازنگری قضایی^۴ است که نوعی اعتراض قانونی است که به طور معمول در برابر فعل یا ترک فعل یک نهاد عمومی مطرح می گردد. در انگلستان، ولز و ایرلند شمالی، نظارت قضایی معمولاً در دادگاه عالی^۵ آغاز می شود و از رهگذر آن می توان به تصمیمی اعتراض کرد که برای مثال با تخلف از قانون گرفته شده است.^۶ بر این اساس، در انگلیس برابر بخش ۲۳ و ۲۴ قانون تملک اراضی

1. Ultra vires doctrine

2. Denyer-Green, op.cit., p.78.

3. Ibid, p.79.

4. Judicial review

5. High Court

6. Cowie, Graeme, Dawson, Joanna, *The Government's judicial review reforms and the Judicial Review and Courts*

۱۹۸۱، هر شخصی که از سی پی او متضرر گردد و قصد بی اعتبار کردن آن را داشته باشد، می تواند پس از تصویب آن نیز تا شش هفته، درخواست خود را به دادگاه عالی ارائه دهد. در صورت موفقیت خواهان، دادگاه سی پی او را منحل می کند.^۱

در حقوق انگلیس، حق اعتراض به سی پی او، حتی قبل از تأیید وزیر نیز پیش بینی شده است. مالک، مستأجر و متصرف ملک، حق اعتراض به طرح را دارند. هم چنین به فراخور طرح، اشخاص دیگری نیز از چنین حقی بهره مندند. برای نمونه، اگر زمین از آثار ملی یا فرهنگی باشد، اداره میراث فرهنگی یا اگر زمین، پارک ملی باشد، مرجع مربوط نیز می تواند نسبت به طرح اعتراض کند.^۲ اگر ذی نفع، اعتراض خود را ارائه دهد و آن را استرداد نکند، وزیر مربوط باید به صورت قانونی به این اعتراض رسیدگی کند و تصمیم بگیرد.^۳ علت چنین اعتراضی ممکن است رعایت نکردن تشریفات قانونی مانند آگهی و انتشار سی پی او، ضروری نبودن اجرای طرح و رعایت نکردن الزامات کنوانسیون حقوق بشر باشد. الزامات این کنوانسیون دربرگیرنده منفعت عمومی، تناسب میان هدف و روش خرید اجباری و تناسب میان حقوق مردم و دولت است.^۴

در حقوق ایران نیز رویه قضایی بر لزوم وجود طرح عمومی به منظور سلب مالکیت اشخاص تأکید کرده و ضمانت اجرای تخلف از این شرط قانونی، ابطال تملک دانسته شده است. دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بیان می کند که حکم مقرر در ماده یک لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و هم چنین مقررات قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح های دولتی و شهرداری ها، مصوب ۱۳۶۷ مبنی بر جواز تملک اراضی و ابنیه اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی در حد نیاز شهرداری برای اجرای برنامه های عمومی و عمرانی شهری بر اساس طرح ها و نقشه های مصوب مراجع و مقامات صلاحیت دار است. تمسک به قوانین یادشده

Bill, Commons Library Research Briefing, House of Common Library, 20 April 2022, p.17.

1. www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/67/section/23.

2. Bowman, gohn, CPO: **powers, procedures and pitfalls**, 2013: www.fieldfisher.com/publications/2013/5/cpo-powers-procedures-and-pitfalls.

3. Barclay, christoher, **Compulsory purchase and compensation**, London: house of common library, 2010, p. 2.

4. Denyer-Green, op.cit., pp. 89 & 385.

برای تملک اراضی و ابنیه زاید بر آن که تابع احکام قانون مدنی است، وجاهت قانونی ندارد. از همین رو، این هیئت، ابطال تملک اراضی خارج از محدوده طرح‌های مصوب را موافق اصول و موازین قانونی قلمداد کرده است.

شعبه هفتم دیوان عدالت اداری نیز در دادنامه شماره ۱۹۶۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۴ با این استدلال که «مستفاد از لایحه قانونی نحوه خرید و تملک این است که تملک اراضی، مستلزم اجتماع شرایط مصرّحه (به منظور اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی،... نیاز داشتن، تأمین بودجه، ضرورت اجرای طرح، تصویب بالاترین مقام اجرایی، حتی‌المقدور استفاده از اراضی ملی شده یا دولتی، عدم وجود این قبیل اراضی و...) قانونی می‌باشد و در پرونده مورد رسیدگی، تمامی شرایط منظور نظر قانون‌گذار از جمله ضرورت اجرای طرح و تصویب بالاترین مقام اجرایی، استفاده از اراضی ملی شده یا دولتی و عدم وجود این قبیل اراضی که حسب مورد باید به تأیید وزارت کشاورزی و عمران روستایی یا سازمان عمران اراضی شهری برسد، رعایت نشده است، حکم به ابطال مصوبه شهرداری مشهد مبنی بر تملک یک قطعه صادر می‌نماید. این حکم برابردادنامه شماره ۸۷۷ مورخ ۱۳۸۴/۶/۱۹ شعبه دوازدهم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تأیید می‌گردد».

با این حال، نباید گمان کرد که تنها تملکات بدون طرح مصوب است که از نگاه قانون‌گذار قابل ابطال است، بلکه حتی اگر سلب مالکیت مستند به طرح عمومی مصوب باشد، اما در آن طرح به منفعت عمومی توجه نشده باشد، آن طرح و تملک متکی بر آن نیز قابلیت ابطال دارد. برای نمونه، اگر احداث بیمارستان در خیابانی با تراکم زیاد جمعیتی باعث ایجاد ترافیک سنگین خودروها و گسترش آلودگی‌های عفونی گردد، هم به زیان بیمارانی است که باید به سرعت به بیمارستان برسند و هم شهروندانی که در آن محله ساکنند. همین‌طور احداث فرودگاه، ایستگاه راه آهن، نیروگاه برق و نظیر آن در مراکز مسکونی شهر، باعث به هم ریختگی نظم شهر و سلب آسایش شهروندان می‌گردد. بنابراین، به نظر نگارنده، احداث این مراکز در مکان‌های نامناسب، حتی اگر در چارچوب طرحی مصوب باشد، با توجه به این که نفع عمومی در آن متصور نیست، غیر قانونی است و طرح مربوط قابل ابطال است. در چنین مواردی، هر چند در حقوق کشور ما به حق اعتراض به طرح‌های سلب مالکیت به صورت خاص تصریح نشده است، اما عمومات قانونی و اصول و قواعد حقوقی در خصوص وجود چنین حقی،

هیچ گونه تردیدی باقی نمی‌گذارد. به این شرح که در اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی، تأسیس مرجعی قضایی به نام دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده است که به شکایت‌ها و دادخواهی و اعتراض مردم نسبت به مأموران یا واحدهای یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها رسیدگی می‌کند. در همین راستا، بند ۱ - الف ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین رسیدگی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲، آن دیوان را مرجع صالح به رسیدگی به شکایت و اعتراض اشخاص خصوصی از تصمیمات دولت و شهرداری و مؤسسه‌های وابسته به آن‌ها معرفی می‌کند و در بند ۱ ماده ۱۲ همان قانون، دیوان را عهده‌دار «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیر دولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مخالفت 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 افراد می‌شود»، دانسته است. بنابراین، آشکار است که اشخاص می‌توانند از طرح‌های عمومی مصوبی که در آن، شرایط قانونی و اصول مسلم حقوقی از جمله منفعت عمومی رعایت نشده است، به دیوان یادشده شکایت برند. این مواد قانونی به درستی بر این امر دلالت دارند و قانون‌گذار را از تصویب قانون خاص نسبت به طرح‌های مصوب سلب مالکیت بی‌نیاز می‌سازد.

گفتار سوم. نقش ضرورت در تحدید سلب مالکیت

همان گونه که پیش‌تر بیان شد، گمان می‌رود که در مبحث سلب مالکیت نمی‌توان تفاوتی میان واژگان «منفعت عمومی»، «اهداف عمومی» و «استفاده عمومی» گذاشت و برای مثال، داشتن هدف عمومی در احداث یک بزرگراه یا خیابان را از منفعت عمومی آن جدا دانست. در واقع، وقتی هدف عمومی در اجرای یک طرح وجود دارد، آن طرح دارای منفعت عمومی نیز هست. به دیگر بیان، در حقوق ایران، هر چند کلمه منفعت عمومی در این قانون به کار گرفته نشده است، ولی برنامه‌هایی که برای اجرای آن‌ها، سلب مالکیت تجویز شده است؛ یعنی «برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی»، همگی اهداف و استفاده و منافع عمومی دارد. از همین رو، اگر چه در ماده ۲ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک بر وجود «ضرورت» برای اجرای طرح تملک تأکید شده است،^۱ اما نباید گمان کرد

۱. «برنامه‌های مذکور در ماده ۱ شامل برنامه‌هایی است که اجرای به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی «دستگاه

که قانون‌گذار به جای بهره‌گرفتن از نظریه منفعت عمومی، سلب مالکیت را مبتنی بر نظریه ضرورت دانسته است. اساساً برای سلب مالکیت، وجود هر دو شرط منفعت عمومی و ضرورت اجرای طرح باید احراز گردد. در واقع، این دو مفهوم، جای‌گزین یکدیگر نیستند که مجبور شویم یکی را برگزینیم و دیگری را فروگذاریم، بلکه از وجود هر دو شرط به صورت هم‌زمان و در کنار یکدیگر، گریزی نیست.

برخی صاحب‌نظران حقوق شهری، ظاهراً با این پیش‌فرض که «ضرورت» و «منفعت عمومی» در مبحث سلب مالکیت، جای‌گزین یکدیگرند و قانون‌گذار باید یکی را برگزیند، در توجیه کاربرد کلمه «ضرورت» در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک به دشواری افتاده‌اند. از همین رو بیان کرده‌اند که مبنای تملکات، احتیاج و منفعت عمومی است و تفسیر محدود از مفهوم ضرورت با مبانی حقوقی توسعه‌نا سازگار است. بر پایه این دیدگاه، طرح‌های عمرانی از قبیل جاده‌ها و راه آهن موقت نیستند و نمی‌توان برای آن‌ها محدوده زمانی تعیین کرد. بنابراین، اگر چه لایحه قانونی نحوه خرید و تملک از «ضرورت» سخن می‌گوید، اما گریزی از معادل‌انگاری آن با منافع همگانی نیست.^۱ با توضیحی که ارائه شد، آشکار می‌گردد نه تنها پذیرش شرط ضرورت، در تعارض با لزوم رعایت منفعت عمومی نیست، بلکه این دو شرط در کنار یکدیگر، از یک سو به پاسداشت حقوق عمومی و از سوی دیگر، به حداقل رساندن سلب مالکیت اشخاص خصوصی می‌انجامد.

در ماده ۲ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک مقرر گردیده است که «برنامه‌های مذکور در ماده یک شامل برنامه‌هایی است که اجرای به‌موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرایی «دستگاه اجرایی» برسد.» بنابراین، به تصریح این ماده قانونی، ضرورت اجرای طرح نیز برای سلب مالکیت ضروری است. در واقع، علاوه بر این که شرط سلب مالکیت، وجود منفعت عمومی است که در قالب طرح‌های عمومی بازتاب می‌یابد، اجرای طرح نیز باید ضرورت داشته باشد تا عنصر ضرورت از به‌کارگیری افسارگسیخته منفعت عمومی برای تملک املاک اشخاص خصوصی بکاهد.

ممکن است عملیات و طرح‌های بسیاری دارای منفعت عمومی باشد، اما نباید استناد به وجود

اجرایی» لازم و ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرایی «دستگاه اجرایی» برسد.»

۱. کامیار، پیشین، ص ۹۱.

منفعت عمومی، بهانه‌ای برای ستاندن املاک مردم از ایشان گردد. از همین رو، وجود منفعت عمومی به تنهایی برای سلب مالکیت کافی نیست، بلکه باید ضرورت آن نیز احراز گردد. شرط ضرورت، مانعی بر سر راه استفاده نادرست از مفهوم منفعت عمومی است و از حقوق اشخاص خصوصی در برابر دولت و نهادهای عمومی پشتیبانی می‌کند که از قدرت سلب مالکیت برخوردارند. برای نمونه، هر چند تعریض خیابان یا ایجاد فضای سبز می‌تواند دارای منفعت عمومی باشد، اما اگر انجام این امور در محله‌ای کم‌تردد با تراکم پایین جمعیتی ضروری نباشد، نمی‌توان به دلیل منفعت عمومی، ملک اشخاص را از ایشان ستاند.

در حقوق انگلیس نیز مرجع تملک هنگام تهیه سی پی او باید اطمینان یابد هدفی که برای آن سلب مالکیت می‌کند، توجیه‌کننده دخالت در حقوق بشر ذی‌نفعان است.^۱ این مهم نشانگر نامحدود بودن اختیار سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی است. در واقع، منفعت عمومی باید دارای چنان اهمیتی باشد که اختلال در حق انسانی برخورداری از حقوق مالکانه را توجیه‌پذیر کند.

نتیجه‌گیری

وجود منفعت عمومی در سلب مالکیت، موضوعی است که به صورت گسترده در کشورهای مختلف پذیرفته شده است و می‌توان آن را در شمار اصول کلی حقوقی قلمداد کرد. در حقوق انگلیس نیز بر اساس رویه قضایی و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، این اصل پذیرفته شده است. در حقوق ایران، قانون‌گذار به لزوم وجود منفعت عمومی در تملکات تصریح نکرده، اما چون سلب مالکیت به معنای خاص یا خرید اجباری را تنها برای اجرای برنامه‌های عمومی پذیرفته است، باید رعایت این شرط را ضروری دانست. افزون بر این، رویه قضایی ایران نیز پذیرفته است که تملک بدون وجود طرح عمومی مشروع نیست و به شرحی که گذشت، منفعت عمومی، رکن مهم طرح‌هایی است که مبنای سلب مالکیت قرار می‌گیرند.

با این حال، در حقوق ایران به این موضوع بسیار مهم و حتی بدیهی در حقوق سلب مالکیت و رویه قضایی کم‌تر توجه شده است و در طرح‌های شهری نیز گاه اهمیت خود را از دست می‌دهد که این امر سبب ورود زیان‌های بسیار به نظم شهری و آسایش و رفاه شهروندان گردیده است. از جمله موارد

1. Department for Levelling Up, Housing and Communities, op.cit., p.6.

غفلت مراجع تصویب‌کننده طرح از منافع عمومی می‌توان به رعایت نکردن عرض مناسب در معابر شهری، ایجاد تأسیسات عمومی در نقاط نامناسب شهری مانند مناطق پرتردد، احداث تأسیسات درمانی و بیمارستانی در نقاط پرجمعیت مسکونی و تخصیص مکان‌های نامناسب برای جمع‌آوری و دفع پسماندهای شهری اشاره کرد که موجب پدید آمدن دشواری‌ها و بحران‌های شهری می‌گردد.

بنابراین، مراجع تهیه‌کننده طرح‌های عمومی باید بر رعایت «منفعت عمومی» در طرح‌های شهری به عنوان یک اصل اساسی توجه کنند. طرح‌های شهری اصولاً بر پایه منفعت عمومی تنظیم می‌شوند و بر این اساس، قانون و رویه قضایی، وجود طرح عمومی مصوب را برای تملک اموال اشخاص ضروری دانسته است. با این حال، هرگاه این مراجع از رعایت این اصل خودداری یا غفلت کنند، مراجع قضایی نیز می‌توانند نسبت به ابطال این طرح‌ها تصمیم بگیرند. در حقوق انگلیس، در صورت رعایت نکردن تشریفات و بایسته‌های قانونی برای خرید اجباری املاک توسط نهادهای تملک‌کننده از جمله وجود طرح یا منفعت عمومی، این امر مشمول «قاعده خروج از اختیارات قانونی» و در دادگاه قابل رسیدگی است. هم‌چنین در این کشور، افراد ذی‌نفع پیش از تصویب سی‌پی‌او می‌توانند اعتراض خود را نسبت به آن مطرح کنند که باید بررسی شود. پس از تصویب آن نیز امکان اعتراض در دادگاه عالی فراهم است.

در حقوق ایران به این حق اشخاص در خصوص تملکات دولت تصریح نگردیده است، اما با عنایت به عموماًت قانونی، طرح تصویبی در صورت رعایت نشدن منفعت عمومی قابل ابطال است. بنابراین، چون در عمل، برخی از طرح‌های عمومی با منفعت شهروندان در تعارض است و ایشان را به دشواری می‌افکند، این اشخاص می‌توانند ابطال این طرح‌ها را از دیوان عدالت اداری درخواست کنند. البته بر خلاف انگلیس در حقوق ایران، حقی برای طرح اعتراض از سوی اشخاص خصوصی در دوره بررسی و تصویب طرح پیش‌بینی نشده است که یکی از کاستی‌های قانون ایران است و پیشنهاد می‌گردد که قانون‌گذار به منظور تضمین رعایت منافع عمومی در طرح‌های شهری، بستر قانونی برای مشارکت شهروندان در بررسی و تصویب این طرح‌ها فراهم آورد و نهادهای تملک را به گرفتن نظرهای مردم در شکل‌گیری طرح و بررسی اعتراض ایشان ملتزم کند.

نکته مهم دیگری که از بررسی‌های این پژوهش حاصل می‌شود، وجود شرط ضرورت در کنار منفعت

عمومی است. در واقع، اگر چه در ماده ۲ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک، بر وجود «ضرورت» برای اجرای طرح تملک تأکید شده است، اما نباید گمان کرد که قانون‌گذار به جای بهره‌گرفتن از نظریه منفعت عمومی، سلب مالکیت را مبتنی بر نظریه ضرورت دانسته است. اساساً برای سلب مالکیت، وجود هر دو شرط منفعت عمومی و ضرورت اجرای طرح باید احراز گردد. این دو مفهوم جای‌گزین یکدیگر نیستند که مجبور شویم یکی را برگزینیم و دیگری را فرو گذاریم، بلکه از وجود هر دو شرط به صورت هم‌زمان و در کنار یکدیگر، گریزی نیست. پذیرش این دیدگاه در حقوق ایران می‌تواند موجب تحولی گسترده در بررسی تصرفات و تملکات دولت گردد و از بهره‌گیری ناروای دولت از این اختیار قانونی و تضییع حقوق اشخاص خصوصی به بهانه منفعت عمومی جلوگیری کند. علاوه بر این، با توجه به اصل ناروایی سلب مالکیت که در حقوق هر دو کشور بررسی شد، تخلف مراجع تملک از شروط منفعت عمومی و ضرورت غیر قانونی است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بهشتیان، سید محسن، تملک اراضی توسط شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۲. شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ یازدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۴. کامیار، غلام‌رضا، حقوق اداری اموال سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی: مطالعه تطبیقی (ایران و فرانسه)، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۵. کامیار، غلام‌رضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ سوم، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۶. کامیار، غلام‌رضا، حقوق شهری و شهرسازی، چاپ هشتم، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۷. میرزایی، علی‌رضا، تملک اراضی توسط دولت و شهرداری‌ها، چاپ سوم، تهران: بهنامی، ۱۳۹۲.

ب) مقاله

۱. گواهی، زهرا و مریم ثقفی، «مبانی فقهی - حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، فصل‌نامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۵، ۱۳۹۵، صص ۲۳-۴۵.
۲. منتظری، مهدی، سید حسین صفایی، منصور امینی و عباس قاسمی حامد، «انواع غرامت‌های سلب مالکیت و قواعد ارزیابی آن در حقوق ایران و انگلیس»، فصل‌نامه حقوق اسلامی، دوره شانزدهم، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، صص ۷-۳۹.

۲. عربی

۱. مکارم الشیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه (المجلد الثانی)، الطبعة الثالثة، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۱ق.

3. Latin source

A) Book

1. Barclay, christoher, **Compulsory purchase and compensation**, London: house of common library, 2010.
2. **Cambridge business English dictionary**, 2011.
3. Cowie, Graeme, Dawson, Joanna, **The Government's judicial review reforms and the Judicial Review and Courts Bill**, Commons Library Research Briefing, House of Common Library, 20 April 2022.
4. Denyer-green, Barry, **Compulsory Purchase and Compensation**, 10th Editon, London and New York: Routledge, 2014.
5. Department for Communities and Local Government, **Compulsory Purchase and Compensation: Compulsory Purchase Procedure**, booklet 1, London: Communities and Local Government Publications, 2004.
6. Department for Levelling Up, **Housing and Communities and Ministry of Housing, Communities & Local Government**, Guidance on Compulsory purchase process and The Crichel Down Rules, London, 2019.
7. Gray, Kevin, **Land Law and Human Rights**, Willian Publishing, 2002.
8. Keith, Simon, McAuslan, Patrick, Knight, Rachael, Jonathon Lindsay, Munro-Faure, Paul, Palmer, David, **Compulsory acquisition of land and compensation**, FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), 2008.

B) Article

1. Mills Lindsay, Jonathan, “**Compulsory Acquisition of Land and Compensation in Infrastructure Projects**”, PPP insights, Vol. 1, Issue 3, 2012.

2. Pierce, Carlos and Young, Robert, “**statutory undertakers compulsory powers**”, practice & law magazine, 21 June 2014, 76–77.
3. Plimmer, Frances, “**Compulsory Purchase and Compensation: an overview of the system in England and Wales**”, Nordic Journal of Surveying and Real Estate Research, Special Series, 2008, Vol. 3, 144–163.
4. Holtslag–Broekhof, Sanne, “**Exploring the valuation of compulsory purchase compensation**”, Journal of European Real Estate Research, July 2018.

C) Website

1. Bowman, Gohn, CPO: powers, procedures and pitfalls, 2013: www.fieldfisher.com/publications/2013/5/cpo-powers-procedures-and-pitfalls.
2. www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/67/section/23.
3. www.Law.ox.ac.uk/legal-research-mooting-skills-programme/legislation.
4. www.extranet.kenan-flagler.unc.edu/kics/ORIG%20shared%20eminent%20Domain.pdf
5. Office of the Ombudsman, 2017: www.ombudsman.parliament.nz/system/paperclip/document_files/document_files/1991/original/public_interest_june.2017.pdf?1498081531.
6. www.swarb.co.uk/prest-v-secretary-of-state-for-wales-ca-1982/.
7. www.uk.practicallaw.com/books/9781847667465/diva-chapter03.

بررسی امکان استثنایذیری مالی مناطق آزاد تجاری - صنعتی از شمول اصل پنجاه و سوم قانون اساسی

محسن خاکزاد^۱

چکیده

اصل ۵۳ قانون اساسی مبین تعیین تکلیف مالی دولت از نظر تمرکز وجوه درآمدی است که بر اساس آن، همه دریافت‌ها و پرداخت‌های دولتی از حساب خزانه صورت می‌پذیرد. این اصل، مبنای تصویب قوانین محاسباتی مانند قانون محاسبات عمومی و قانون دیوان محاسبات کشور است. با توجه به رویه تاریخی و شرعی جایگاه بیت‌المال در جامعه اسلامی، محاسبات و حسابرسی درآمدها و هزینه‌ها نیز در جمهوری اسلامی ایران اهمیتی فزاینده دارد.

مناطق آزاد تجاری - صنعتی به استناد قانون خاص مصوب ۱۳۷۲ و با ماهیت شرکت دولتی، فعالیت خود را در پهنه ایران آغاز کردند و امروزه هفت منطقه آزاد تجاری - صنعتی در کشور فعال است. از این رو، لزوم تبیین چگونگی محاسبه درآمدها و هزینه‌های این شرکت‌ها در پرتو اصل پنجاه و سوم ضروری است. در طول فعالیت این مناطق تا کنون، درآمدهای وصولی این دستگاه‌های اجرایی به حساب خزانه کل واریز نمی‌شود. به عبارتی، بودجه مناطق آزاد سال‌ها در بودجه کل کشور تلفیق نگردیده است و وفق مقررات موضوعه هیت وزیران به حساب‌های هر یک از این مناطق واریز می‌شود. این مقاله تلاش می‌کند با مذاقه در قوانین و مستندات مربوط، چارچوب‌های استثناینگاری مناطق آزاد تجاری - صنعتی از اصل ۵۳ قانون اساسی و قوانینی چون قانون محاسبات عمومی را بررسی و آسیب‌های آن را بیان کند.

واژگان کلیدی: استثنا، اصل پنجاه و سوم قانون اساسی، درآمد عمومی، خزانه کل، قانون محاسبات عمومی، مناطق آزاد تجاری - صنعتی.

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، گیلان، ایران. (نویسنده مسئول)، mohsen.

khakzad@gmail.com

مقدمه

مناطق آزاد تجاری - صنعتی در جمهوری اسلامی ایران که از نمونه‌های خارجی الگوبرداری شده بود، با توجه به تکلیف مندرج در برنامه سوم توسعه، پس از مناطق ویژه اقتصادی شکل گرفت. با توجه به موقعیت جمهوری اسلامی ایران در ابتدای دهه ۷۰ و لزوم بازسازی کشور پس از جنگ هشت ساله با عراق و نیز رشد و توسعه در قالب توجه به سرمایه‌گذاری، توسعه صنایع تبدیلی، درآمدزایی و افزایش درآمد عمومی، مناطقی از کشور که موقعیت مستعد داشتند و توسعه نیافته بودند، در تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران به عنوان منطقه آزاد انتخاب شدند. قانون‌گذار با در نظر گرفتن موقعیت جغرافیایی و استعداد مرزی، جزیره کیش، بخشی از جزیره قشم و بخشی از شهرستان چابهار را به عنوان منطقه آزاد تعیین کرد تا زمینه توسعه سرمایه‌گذاری، استقرار صنایع و مبادلات مرزی با در نظر گرفتن معافیت‌هایی تحقق یابد. هر چند برخی از حقوق دانان، مناطق آزاد تجاری - صنعتی را از مستثنائات اصل سرزمینی بودن قانون یا اصل عدم تأثیر قانون خارج از قلمرو برشمرده‌اند، اما دیدگاه‌های متعارضی در این خصوص وجود دارد که می‌تواند به نقض این استثنا منجر شود.

پس از گذشت زمان زیادی از ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی، امروزه هفت منطقه تجاری - صنعتی در کشور فعال است. با توجه به قوانین مصوب و نیز مستندات حقوقی، درآمدهای این شرکت‌ها باید به حساب خزانه عمومی کشور واریز شود تا حسب اصل ۵۳ قانون اساسی به واسطه تعیین در بودجه سالانه هزینه گردد. در این میان، با توجه به تفاسیر متفاوت از برخی از مواد قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲، این امر محقق نگردیده است و تا کنون این مناطق، درآمدهای خود را بدون الزام به واریز به حساب خزانه کل، به واسطه تصویب هیئت وزیران هزینه می‌کنند.

با توجه به توسعه مناطق آزاد تجاری - صنعتی در کشور به لحاظ تعدد و وسعت و در برگرفتن پهنه‌های انفالی مثل جنگل‌ها، مراتع، معادن، دریا و نظیر آن عملاً انتفاع حاصله بدون تحقق اصل ۵۳ قانون اساسی به حساب این شرکت‌ها واریز و هزینه می‌گردد که با این اصل از قانون اساسی و نیز قوانین منبعث از آن مانند قانون محاسبات عمومی تعارض جدی دارد. با توجه به ضرورت

تبیین حقوقی موضوع حاضر و تفسیر قوانین موضوعه در راستای تحقق قانون اساسی، شمولیت این مناطق در قوانین جاری به ویژه قوانین و قواعد مالی حاکم بر دولت و تبیین مستثنی بودن مناطق آزاد از شمول قوانین حاکم بر شرکت‌های دولتی موضوع ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی از جمله مواردی است که در این مقاله بررسی خواهد شد.

این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی و با استفاده از منابع کتاب‌خانهای و اسناد حقوقی به دنبال تبیین چارچوب‌های تحقق اصل ۵۳ قانون اساسی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی است. در همین راستا ضمن بررسی متون حقوقی، قوانین و برخی از اصول و قواعد حاکم بر قوانین، مقالات مرتبط و نظریه‌های شورای نگهبان در خصوص مصوبات مرتبط با بحث بودجه و درآمدهای مناطق آزاد، چارچوب‌های حقوقی حاکم بر شمولیت مناطق آزاد تجاری - صنعتی در اصل ۵۳ قانون اساسی را تجزیه و تحلیل می‌کند.

سؤال اصلی این پژوهش آن است که آیا اصول حاکم بر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران و به ویژه مواد ۲ و ۵ این قانون امکان مستثنی‌سازی مناطق آزاد تجاری - صنعتی از اصل ۵۳ قانون اساسی را دارند؟ سؤال فرعی هم این است که نواقص و خلأهای موجود در شمولیت مناطق آزاد تجاری - صنعتی بر قوانین محاسبات عمومی کشور کدام است؟

فرضیه نگارنده متکی بر آن است که اصول حاکم بر قانون اساسی و دیگر قوانین نمی‌تواند مستثنی‌کننده بخشی از قلمرو جغرافیایی جمهوری اسلامی ایران تحت عنوان مناطق آزاد تجاری - صنعتی از اصل ۵۳ قانون اساسی و قوانین محاسبات عمومی باشد و اساساً در موارد اجمال یا سکوت قانون، تفاسیر باید مزیق در اصول قانون اساسی صورت پذیرد.

پژوهش‌های مرتبط با موضوع مقاله حاضر بسیار محدود است. تنها عزیزالله فضل‌ی و مهدی هداوند در مقاله «ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران» به زوایایی از این مسئله اشاره کرده‌اند. نپرداختن به فلسفه وضع اصل ۵۳ قانون اساسی و نیز قوانین کیفردهنده ناشی از واریز نشدن درآمدها به حساب خزانه کل کشور از موضوعاتی است که در مقاله حاضر بر آن تمرکز شده است. این مقاله در سه بخش سامان یافته است که در هر یک از بخش‌ها، مطالب مربوط به استفاده از منابع علمی و تحلیل‌های قانونی در راستای سؤال و فرضیه بیان شده ساختارمند گردیده‌اند.

گفتار اول. مبانی و مفاهیم نظری تحقیق

بند اول. اصل حاکمیت قانون

حاکمیت قانون به عنوان اصلی کلیدی در قوانین اساسی کشورها در نظر گرفته می‌شود. این اصل بیانگر حاکمیت قوانین بر شئون زندگی مردم و ارتباط آن با ارکان حاکمیت است. تعریف سازمان ملل متحد از حاکمیت قانون از برابری در مقابل قوانین و ماجرایی برابر قانون صحبت می‌کند که اساساً به یک معناست. برابری در مقابل قانون، یک حق بشری است. این حق به معنای برابری در اعمال و اجرای قانون معنا شده است؛ یعنی مقامات عمومی نباید قانون را به شیوه‌ای سلیقه‌ای یا تبعیض‌آمیز اعمال کنند.^۱

در بند ۹ از اصل سوم قانون اساسی به رفع تبعیض‌های ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی و در بند ۱۴ این اصل به تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد، ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون به عنوان اهدافی اشاره شده است که دولت جمهوری اسلامی ایران باید در راستای تحقق آن گام بردارد. استقرار قانون و اجرای آن منتج به برقراری عدالت می‌شود و چون معیار سنجش عدالت و انطباق آن با قوانین، دستگاه قضایی است، وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین دستگاه قضایی پیش‌بینی شده است. آن‌گاه که از اصل حاکمیت قانون در نظام قضا بحث می‌شود، نباید از عدالت قضایی به عنوان یکی از اهداف نهایی غفلت کرد. عدالت قضایی به این معناست که اگر افراد جامعه انسانی از نظر انسانیت و حقوق انسانی مساوی هستند، باید نزد مقام قضایی نیز جایگاهی برابر داشته باشند؛ اگر به حقی تجاوز شده باشد، آن حق استیفا گردد و هیچ‌گونه تبعیض و ملاک غیر ارزشی در کار نباشد.^۲

در نتیجه، حاکمیت قانون در پی آن است که چگونه می‌توان حقوق و آزادی‌های افراد را تضمین کرد. این کوشش سبب شده است که نظریه‌ها و تعاریف متعددی از حاکمیت قانون به میان آید و

۱. شجاعیان، خدیجه، «مؤلفه‌های اصل حاکمیت قانون در پرتو تعریف سازمان ملل متحد»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۶، ص ۷۶.

۲. محسنی، فرید و علی اصغر فرج‌پور اصل مرندی، «اصل حاکمیت قانون در نظام قضایی ایران»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، سال هجدهم، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۲ (پیاپی ۶۸)، ص ۱۰۳.

چگونگی سیر آن از دیرزمان تا به امروز بررسی شود. در این میان، برداشت‌هایی از حاکمیت قانون مطرح شده است که گروهی آن را صرف قانونیت می‌دانند و گروهی دیگر، معیارهای اخلاقی، اصول حقوق طبیعی و عدالت را هم در نظر می‌گیرند.

بند دوم. اصل سرزمینی بودن قانون

اصل سرزمینی بودن قانون به عنوان یکی از اصول حاکم بر نظام‌های حقوقی کشورهای جهان پذیرفته شده است و در قوانین حقوقی و جزایی، ترتیباتی برای آن پیش‌بینی شده است. منظور از قلمرو قانون در مکان (اصل سرزمینی بودن قانون) این است که قانون تا کجا و در چه سرزمینی، حکومت و قابلیت اعمال و اجرا دارد.^۱ ماده ۵ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر کرده است: «کلیه سکنه ایران، اعم از اتباع خارجه و داخله، مطیع قوانین ایران خواهند بود، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

این‌گونه استثنائات در قوانین بسیار محدود است، اما یکی از دلایل مهم در خصوص محدودیت این مستثنیات، استقرار عدالت، برابری و جلوگیری از عسر و هرج است؛ زیرا اصولاً قوانین در راستای پایداری نظم عمومی استوار می‌شوند. ازدیاد استثنائات هم به بی‌نظمی و سردرگمی مردم و دستگاه‌های اجرایی در امور مربوط و تکالیف وضع شده می‌انجامد که قطعاً مورد نظر قانون‌گذار نیست. بنابراین، اصل سرزمینی بودن قوانین، منجر به لازم‌الاجرا شدن آن در سرتاسر پهنه جغرافیایی کشور می‌شود و نمی‌توان بدون نص صریح قانونی، بخشی از جغرافیای یک کشور را مجزا یا مستثنا از قوانین دانست.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز در این خصوص، ملاحظات خاصی دارد که همان طور که عنوان شد، با حاکمیت اصول قانون اساسی و شرع اسلام، عملاً استثنائاتی محدود و قائم بر اشخاص و روابط میان آنان و نیز احوالات شخصیه آن‌ها حاکم می‌شود که به طور نمونه در مواد ۶ و ۷ و ۹۶۸ قانون مدنی تصریح شده است. هم‌چنین برای منطقه محدود جغرافیایی، مزایای مشخصی طبق قوانین تعیین می‌شود که می‌توان به محدوده‌های شهر و روستا و شهرک صنعتی و نیز مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی اشاره کرد.

۱. بهرامی، بهرام، اصول حقوقی و فقهی، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۱۴۱.

بند سوم. مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران

تجربه ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی را باید در اولین برنامه پنج ساله توسعه کشور جست. هدف اصلی از تشکیل مناطق آزاد در کشور، وجود جای‌گزینی برای توسعه صادرات انحصاری نفتی بود.^۱ با توجه به وضعیت کشور ایران پس از جنگ هشت ساله با عراق و ضرورت بازسازی و رشد و توسعه اقتصادی، الگوگیری از برخی کشورها از جمله کشورهای شرق و جنوب شرق آسیا در بحث تجارت آزاد و امور مناطق آزاد تجاری - صنعتی باعث شد تا در تبصره ۱۹ قانون برنامه پنج ساله اول توسعه، دولت اجازه یابد تنها در سه نقطه مرزی، مناطق آزاد تجاری - صنعتی را ایجاد کند. با توجه به تصویب نشدن قانون مربوط به این مناطق، بدو این موضوع اجرایی نشد تا این که در اواخر برنامه اول توسعه، قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی در ۱۳۷۲/۶/۷ به تأیید شورای نگهبان رسید و به این ترتیب، چارچوب‌های قانونی اداره این مناطق مشخص و قلمروهای نسبی آن تعیین شد. در همین راستا سه منطقه جزیره کیش، بخشی از قشم و بخشی از چابهار به عنوان اولین مناطق آزاد تجاری - صنعتی تعیین حدود شدند و سازمان‌های مناطق آزاد به منظور اجرای قانون در محدوده‌های تعیین شده استقرار یافتند.

هدف از ایجاد این مناطق، کاهش وابستگی به نفت و صادرات کالا و ایجاد صنایع تبدیلی بود که در ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی مصوب شده است: «ماده ۱- به منظور تسریع در انجام امور زیربنایی، عمران و آبادانی رشد و توسعه اقتصادی، سرمایه‌گذاری و افزایش درآمد عمومی، ایجاد اشتغال سالم و مولد، تنظیم بازار کار و کالا، حضور فعال در بازارهای جهانی و منطقه‌ای، تولید و صادرات کالاهای صنعتی و تبدیلی و ارائه خدمات عمومی، به دولت اجازه داده می‌شود مناطق ذیل را به عنوان مناطق آزاد تجاری و صنعتی بر اساس موازین قانونی و این قانون اداره نماید». قبل از تصویب این قانون، بند «ز» تبصره ۲۵ از قانون بودجه سال ۱۳۸۲، تکالیف مالی را برای مناطق آزاد تعیین کرده بود^۲ که با توجه به زمان تصویب قانون مناطق آزاد تجاری - صنعتی، مصوب ۱۳۷۲/۶/۷، یکی از موارد ابهام است.

۱. فضلی، عزیزالله و مهدی هداوند، «ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران»، دو فصل نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص ۹.

۲. بند «ز» تبصره ۲۵ قانون بودجه سال ۱۳۷۲ مدیریت مناطق آزاد تجاری موظف است مبلغ ده میلیارد ریال از درآمد سال ۱۳۷۲ بنادر آزاد کیش و قشم را به نسبت (۱ و ۲) جهت ادامه خط محرم به سازمان آب منطقه‌ای استان هرمزگان اختصاص دهد.

بند چهارم. استناد مستثنی شدن مناطق آزاد از قانون محاسبات عمومی

در بررسی متون حقوقی و قوانین و مقررات نمی‌توان نص صریحی را مبنی بر مستثنی شدن مناطق آزاد تجاری - صنعتی از بودجه کل کشور و نیز شمولیت قانون محاسبات عمومی یافت. تنها استنباط موجود ناشی از تفسیر به رأی برخی از مواد قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی است، مثل ماده ۲ این قانون که گفته است: «ماده ۲ - درآمد سازمان‌ها و مناطق آزاد صرفاً بایستی در چارچوب بودجه سالیانه که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، هزینه گردد. کمک‌های سازمان جهت عمران و آبادانی سایر نواحی (با اولویت نواحی هم‌جوار) صرفاً با تصویب هیئت دولت امکان پذیر بوده و هر گونه کمک دیگری، تصرف غیر قانونی در اموال عمومی محسوب خواهد شد».

ماده ۵ نیز عنوان داشته است: «ماده ۵ - هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می‌گردد و سرمایه آن، متعلق به دولت است، اداره می‌شود. این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصرأ بر اساس این قانون و اساس‌نامه مربوط اداره خواهند شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساس‌نامه، تابع قانون تجارت خواهند بود».

همین موردها باعث شده است این مناطق، درآمدهای خود را به حساب خزانه کل واریز نکنند. تصویب‌نامه شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۵، مستند دیگری بر موضوع است: «نامه شماره ۴۱۱۰/۴۵۱ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۲ دیوان محاسبات در جلسه مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۵ شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی مطرح و اعضای شورا به استناد قسمت آخر ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد مقرر نمودند: با توجه به ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد که مقرر می‌دارد سازمان‌های مناطق آزاد از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی می‌باشند و لحاظ این‌که سازمان‌های مذکور از بودجه کل کشور استفاده نمی‌نمایند و با عنایت به تفسیر شماره ۷۵/۲۱/۱۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ شورای محترم نگهبان در خصوص اصل ۵۵ قانون اساسی مبنی بر تعیین حدود صلاحیت دیوان محاسبات، ضمن تأکید بر تداوم رویه ۱۷ سال گذشته مبنی بر عدم حسابرسی سازمان‌های مناطق آزاد توسط دیوان محاسبات، مرکز امور مناطق آزاد و

سازمان‌های مذکور، عدم الزام قانونی حسابرسی سازمان‌های یادشده توسط دیوان محاسبات را به آن مرجع محترم اعلام نمایند»^۱.

هم‌چنین آیین‌نامه مالی و معاملاتی سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی ابلاغی به شماره ۱۵۹۰۹/ت۴۸۲۱۷ ک مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ وزرای عضو شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی، تکالیفی را از نظر واریز درآمدهای مناطق آزاد به حساب‌های افتتاح‌شده توسط سازمان‌های این مناطق مقرر کرده است که از مفاد آن می‌توان مستثنی شدن از اصل ۵۳ قانون اساسی و قوانین محاسباتی مرتبط را استنباط کرد.

گفتار دوم. تجزیه و تحلیل یافته‌های تحقیق

بند اول. درآمد عمومی یا درآمد اختصاصی مناطق آزاد

اولین بحث در خصوص موضوع درآمدهای مناطق آزاد تجاری - صنعتی، ماهیت خصوصی یا عمومی بودن آن است. اساس بحث این است که آیا می‌توان درآمدهای مناطق آزاد تجاری - صنعتی را که ماهیتشان، شرکت دولتی است، از درآمدهای عمومی که مشمول واریز به خزانه کل است، مستثنی کرد؟ آیا بر اساس اصول قانون اساسی و دیگر قوانین مانند قانون محاسبات عمومی می‌توان درآمدهای سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی را به عنوان درآمدی کاملاً اختصاصی برای دولت محسوب کرد؟

برای تجزیه و تحلیل این موضوع و پاسخ به این سؤالات باید به ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲ توجه کرد. در این ماده که اهداف ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی در جمهوری اسلامی ایران مشخص شده است، ذکر عبارت «افزایش درآمد عمومی» به عنوان یکی از اهداف، این تصور را تقویت می‌کند که منظور قانون‌گذار، شمولیت آن‌ها در قوانین محاسباتی و بودجه‌ای کشور است؛ زیرا با یافتن تعریف احصاشده در قوانین از عبارت «درآمد عمومی»، مندرج در مفاد برخی از قوانین مانند ماده ۱۰ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ می‌توان به هم‌پوشانی میان عبارت افزایش درآمدهای عمومی در ماده ۱ قانون چگونگی اداره

۱. انبارلویی، محمدصادق، «نظارت مالی و تأملی در اقتدار دیوان محاسبات کشور»، روزنامه رسالت، شماره ۷۲۹۳، ۱۳۹۰/۳/۳۰، ص ۴.

مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران و تعریف این عبارت در ماده ۱۰ قانون محاسبات عمومی پی برد. در ماده ۱۰ آمده است: «درآمد عمومی عبارت است از درآمدهای وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی و مالیات و سود سهام شرکت‌های دولتی و درآمد حاصل از انحصارات و مالکیت و سایر درآمدهایی که در قانون بودجه کل کشور تحت عنوان درآمد عمومی منظور می‌شود».

توجه به ماده ۱۱ قانون محاسبات عمومی نیز این بحث را روشن‌تر خواهد ساخت. این ماده عنوان می‌دارد: «دریافت‌های دولت عبارت است از کلیه وجوهی که تحت عنوان درآمد عمومی و درآمد اختصاصی و درآمد شرکت‌های دولتی و سایر منابع تأمین اعتبار و سپرده‌ها و هدایا به استثنای هدایایی که برای مصارف خاصی اهدا می‌گردد و مانند این‌ها و سایر وجوهی که به موجب قانون باید در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز شود».

در واقع، این ماده، تکمیل‌کننده ماده قبل است از این نظر که میان انواع درآمدها تفکیک قائل شده و آن‌ها را به دو شکل درآمدهای عمومی و درآمدهای اختصاصی تفکیک کرده است. با این حال، به جز مستثنی شدن برخی هدایا برای مصارف خاص، دیگر درآمدها اعم از عمومی و اختصاصی باید به خزانه‌داری کل واریز شوند. بنابراین، محرز است که هدف قانون‌گذار در ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی، افزایش درآمد عمومی بوده است و این افزایش طبیعتاً مستفاد از دو ماده ۱۰ و ۱۱ قانون محاسبات عمومی می‌بایست در بودجه عمومی کشور منظور و به حساب خزانه کل واریز گردد. چون ماهیت سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی، شرکت دولتی است، اما درآمد آن‌ها عمومی پیش‌بینی شده است، منظور از افزایش درآمد عمومی، افزایش درآمد انحصاری برای دولت (بدون تجویز واریز به حساب خزانه کل) نیست. بنابراین، ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ارتباط موضوعی آن با مواد ۱۰ و ۱۱ قانون محاسبات عمومی، منجر به تبیین استدلالی قانونی مبنی بر واریز درآمدهای مناطق آزاد به حساب خزانه کل می‌شود.

بند دوم. تجزیه و تحلیل دیدگاه‌های استثنایان مناطق آزاد

سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی به استناد ماده ۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲، استقلال درآمدی و هزینه‌ای نسبت به خزانه کل و بودجه عمومی کشور استنباط کرده است و به استناد ماده ۵ این قانون نیز خود را از

شمول دستگاه‌های اجرایی مشمول محاسبات عمومی منفک می‌داند. با مذاقه در فرآیند تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد می‌توان نگرش متناقضی را طرح کرد. نظر به لایحه تقدیمی دولت به نام «چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران به شماره ۲۰۸۴۵ مورخ ۱۳۷۱/۵/۱۲ به مجلس شورای اسلامی»، ماده ۶ این لایحه عنوان می‌کند: «هر منطقه توسط سازمانی که دارای شخصیت حقوقی می‌باشد و به جز موارد پیش‌بینی شده در این قانون، تابع مقررات مربوط به شرکت‌های سهامی خاص است، اداره می‌شود. سازمان از شمول قوانین و مقررات حاکم بر عملیات شرکت‌های دولتی و قانون محاسبات عمومی مستثناست و سرمایه آن متعلق به دولت است».

همان‌طور که در متن این ماده از لایحه دیده می‌شود، دولت، پیشنهاد خود را صراحتاً مبتنی بر مستثنی بودن از قانون محاسبات عمومی ارائه کرده است. در صورت تصویب این لایحه، نتیجه‌گیری می‌شد که دیوان محاسبات، صلاحیت ورود به مناطق آزاد را نخواهد داشت و شمول صلاحیت دیوان محاسبات نیز دایر بر نظارت بر وصول درآمدهای دولتی به حساب خزانه کل می‌گردد. پس از طرح لایحه در صحن علنی مجلس شورای اسلامی، مورخ ۱۳۷۲/۶/۷ ضمن تغییر شماره ماده آن از ۶ به ماده ۵، چنین اصلاحاتی اعمال و تصویب شد: «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می‌گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است، اداره می‌شود. این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصر بر اساس این قانون و اساس‌نامه مربوط اداره خواهند شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساس‌نامه، تابع قانون تجارت خواهند بود».

بنابراین، مجلس با اصلاحات معمول، عملاً مخالفت خود را با این بخش از لایحه اعلام کرد. در ادامه نیز شورای نگهبان ضمن بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی در خصوص این قانون، به برخی از مواد ایراد وارد کرد، اما این ماده را مغایر قانون اساسی و شرع ندانست و در نهایت، با مکاتبه شماره ۵۲۰۷ مورخ ۱۳۷۲/۶/۲۱، شورای نگهبان، کل این قانون را تأیید کرد. با توجه به موارد مطرح‌شده، همان‌طور که در ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲ تصریح شده است: «این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته، از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی شده و منحصر بر اساس این قانون و اساس‌نامه مربوط اداره خواهند شد».

اکنون لازم است این استثنا به طور مستدل و حقوقی تجزیه و تحلیل شود:

۱. تفسیر مستثنی شدن این شرکت (سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی) و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و دیگر مقررات عمومی دولت به علت متبادر شدن این تفسیر غلط که مناطق آزاد از همه قوانین مستثنایند، اهمیت ویژه خواهد داشت. در برخی از دیدگاه‌ها، آن را مستندی بر استثنا در اصل سرزمینی بودن قوانین شمرده‌اند. ذکر مستثنی شدن این مناطق از قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی، علی‌القاعده بر قوانین و مقرراتی دلالت پیدا می‌کند که مدیریت بر شرکت‌های دولتی را شامل می‌شود و این اطلاق عام نمی‌تواند سالب لازم‌الاجرائی دیگر قوانین باشد. برای مثال، قانون اساسی بر همه شرکت‌های دولتی حاکم است. از این رو، نمی‌توان با تلقی اشتباه از ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی، آن را در این مناطق حاکم ندانست.

ماده ۳۰۰ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت، مصوب ۱۳۴۹ عنوان می‌دارد: «شرکت‌های دولتی تابع قوانین تأسیس و اساس‌نامه‌های خود می‌باشند و فقط نسبت به موضوعاتی که در قوانین و اساس‌نامه‌های آن‌ها ذکر نشده، تابع مقررات این قانون می‌شوند». به نظر می‌رسد این نص مشابه نص ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی باشد؛ زیرا در ماده ۳۰۰ نیز تبعیت شرکت‌های دولتی از قوانین را در قوانین تأسیس و اساس‌نامه منحصر کرده است. این در حالی است که این برداشت، استنباط سطحی از منطوق قانون باشد؛ زیرا با تمرکز بر ماده ۳۰۰ می‌توان دریافت که قوانین حاکم بر شرکت‌های دولتی تنها به نصوص قانونی حاکم بر تأسیس و مدیریت شرکت دولتی و نصوص قانونی مربوط به ساختار اساس‌نامه شرکت محدود می‌شوند. در واقع، مناطق آزاد از قوانین حاکم بر شرکت‌های دولتی مندرج در قانون تجارت مستثنایند و تابع قانون چگونگی اداره مناطق آزادند. در این صورت، طبق ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی، در موارد مسکوت در قانون مناطق آزاد، اداره آن به قانون تجارت احاله شده است. بنابراین، منظور از مستثنی شدن مناطق آزاد از قوانین حاکم بر شرکت‌های دولتی نمی‌تواند موقوف‌الاجرا شدن دیگر قوانین کشور در آن مناطق تلقی گردد.

۲. تفسیر مستثنی شدن از «سایر مقررات عمومی دولت» گاهی به غلط با قسمت قبلی آن در ماده ۵ یعنی «قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی» هم‌پوشانی می‌شود و در نتیجه، هیچ

قانونی را که مخاطب آن، دولت و اجزای آن است، در مناطق آزاد لازم‌الاجرا نمی‌داند. این در حالی است که قوانین به مصوبات مرجع اهلیت‌دار تصویب (مجلس شورای اسلامی، مجلس شورای ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام و شورای انقلاب) اطلاق می‌شود. مقررات نیز در صورت وجود پیشوند قوانین، تلقی نصوص قانونی (مقررات قانونی) را در پی دارد، مانند فراز دوم ماده ۳۰۰ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۹ که عنوان می‌دارد: «... فقط نسبت به موضوعاتی که در قوانین و اساس‌نامه‌های آن‌ها ذکر نشده تابع مقررات این قانون می‌شوند».

بنابراین، به‌کارگیری مقررات دولتی به همه تصویب‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها اطلاق می‌شود. به عبارتی، مصوبات دولتی در این خصوص منظور است، چنان‌که با بررسی آن در اصول قانون اساسی ملاحظه می‌شود واژه «مقررات»، جدا و متفاوت از قوانین استفاده شده است، مانند اصول چهارم، نهم، دهم، هشتاد و پنجم، یک‌صد و هفتادم، یک‌صد و هفتاد و هفتم. در نصوصی که واحد به کارگیری شده است، مانند: اصول دوازدهم، یک‌صد و هشتم، یک‌صد و دوازدهم، یک‌صد و سی و هشتم، بند ۴ یک‌صد و پنجاه و ششم و یک‌صد و هفتادم یا بر آیین‌نامه‌های داخلی نهادهایی چون خبرگان رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نظام دلالت دارد یا منحصر به آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های دولتی است و در محدود موارد نیز به عنوان مقررات اسلامی اطلاق گردیده است. با این توضیحات محرز می‌گردد به کارگیری مستثنی در مقررات عمومی دولت همان تصویب‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مصرّح در اصل یک‌صد و هفتادم قانون اساسی است.

۳. با توجه به فراز پایانی ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی که اداره این مناطق را بر اساس «این قانون و سایر موازین قانونی»، مجاز دانسته است، محرز می‌گردد که علاوه بر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی می‌بایست از «سایر موازین قانونی» در اداره این مناطق استفاده کرد. از این رو، علی‌القاعده قوانین مربوط به قلمرو صلاحیت دیوان محاسبات نیز از شمول موازین قانونی محسوب می‌گردد.

بنابراین، ماده ۵ قانون مناطق آزاد، مستلزم درج نشدن بودجه سازمان‌های مناطق آزاد در بودجه کل کشور نیست.^{۱۱} از آن هم نمی‌توان مستثنی شدن از قوانین حاکم بر دولت را برداشت کرد و نتیجه

۱۱. برزگر خسروی، محمد و همکاران، گزارش بررسی لایحه بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور از منظر حقوقی، تهران: دفتر مطالعات

گرفت؛ زیرا هم با منطوق این ماده منافات خواهد داشت و هم با اصل نظارت دستگاه‌های نظارتی مانند دیوان محاسبات تعارض پیدا می‌کند.

بند سوم. استناد اصل پنجاه و سوم قانون اساسی

مستند به اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی، مصوبات مجلس شورای اسلامی نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و مستفاد از اصل نود و ششم قانون اساسی، «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». بنابراین، چنان‌چه نص مصرّح و منطوق واضح قانونی برای مستثنی شدن مناطق آزاد تجاری - صنعتی از قانون محاسبات عمومی یا قانون دیوان محاسبات کشور وجود نداشته باشد، هر گونه تفسیری از مواد قانونی می‌بایست مضیق در دو اصل هشتاد و پنجم و نود و ششم قانون اساسی صورت پذیرد.

به عبارتی با عنایت به اصل ۵۳ قانون اساسی که بیان داشته است: «کلیه دریافت‌های دولت در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز می‌شود و همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام می‌گیرد»، نمی‌توان متصور شد که شورای نگهبان، ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران را با مغایرت با اصل پنجاه و سوم تأیید کرده است. اگر اقتضائات مصلحتی ایجاب می‌کرد، باید همانند برخی دیگر از قوانین، بر اساس اصل یک‌صد و دوازدهم و سازوکار تعریف‌شده مجمع تشخیص مصلحت نظام عمل می‌شد. پس می‌توان نتیجه گرفت که تفسیر اجرایی ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد نمی‌تواند نافی شمولیت سازمان مناطق آزاد از قانون محاسبات عمومی و قانون دیوان محاسبات کشور و اصل ۵۳ قانون اساسی باشد.

بند چهارم. استندهایی از قانون دیوان محاسبات عمومی

بند الف ماده ۱ قانون دیوان محاسبات کشور، مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ عنوان داشته است: «ماده ۱ - هدف دیوان محاسبات کشور با توجه به اصول مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

عبارت است از اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به منظور پاسداری از بیت‌المال از طریق:

الف) کنترل عملیات و فعالیت‌های مالی کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند».

همان‌طور که در نص ماده ۱ بیان شده، هدف دیوان محاسبات کشور، پاسداری از بیت‌المال از طرق مندرج در بندهای الف، ب و ج است. به استناد تبصره ذیل ماده ۲ این قانون: «تبصره - منظور از دستگاه‌ها در این قانون، کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر واحدها که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند و به طور کلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود، می‌باشد. واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است، نیز مشمول این تعریف می‌باشند».

نظر به این‌که به استناد ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، سرمایه مناطق آزاد متعلق به دولت است، بدو نمی‌توان میان سرمایه دولت و اموال عمومی (بیت‌المال) تفکیک قائل شد؛ زیرا دولت دارای شخصیت حقوقی منبعث از قانون اساسی و دیگر قوانین است. بنابراین، سرمایه آن نیز منحصر از اموال عمومی و بیت‌المال است. در فراز دوم ماده ۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی، کمک‌های سازمان برای عمران و آبادانی دیگر نواحی (با اولویت نواحی هم‌جوار) صرفاً با تصویب هیئت دولت امکان‌پذیر است و هرگونه کمک دیگری، تصرف غیر قانونی در اموال عمومی محسوب خواهد شد.

در نتیجه، درج عنوان «تصرف غیر قانونی در اموال عمومی»، تعیین‌کننده ماهیت اموال مناطق آزاد است که نشان می‌دهد قانون‌گذار نیز آن را اموال عمومی و جزء بیت‌المال دانسته است. بنابراین، حتی اگر این سازمان از بودجه عمومی کشور نیز ارتزاق نکند، به علت عمومی بودن سرمایه آن می‌بایست مشمول قانون دیوان محاسبات گردد. هم‌چنین اطلاق «سرمایه مناطق آزاد متعلق به دولت است» در ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، آن را مشمول قوانین مربوط به اموال دولتی می‌سازد که در فصل پنجم (اموال دولتی) قانون محاسبات عمومی در خصوص آن، احکام قانونی تعیین شده است. پس در عمل نمی‌توان میان سرمایه شرکت‌های مناطق آزاد و اموال دولتی از نظر تبعیت از خزانه کل کشور و شمولیت صلاحیت دیوان محاسبات تفاوت قائل شد.

بند پنجم. تجزیه و تحلیل مستندات مستثنی شدن از واریز درآمد به حساب خزانه کل کشور

۱. مستند اول

مستند مصرّحی که درباره مستثنی شدن مناطق آزاد تجاری - صنعتی از قانون محاسبات عمومی وجود دارد، مصوبه شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی در پاسخ به نامه شماره ۴۱۱۰۰/۴۵۱ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۲ در جلسه مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۵ است که اشاره شد. همان طور که در متن مصوبه مشخص شده است، استدلال مستثنی شدن مناطق آزاد از شمول قانون محاسبات عمومی به نظریه تفسیر شماره ۷۵/۲۱/۱۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ شورای نگهبان ذیل اصل پنجاه و پنجم قانون اساسی مستند شده است. این نظریه تفسیری که در پاسخ به مکاتبه شماره ۱۰۴۱۵۱ مورخ ۱۳۷۵/۹/۶ ریاست جمهوری داده شده، به این شرح است: «اصل پنجاه و پنجم (۵۵) قانون اساسی ناظر به اعتباراتی است که در بودجه کل کشور منظور شده و صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی محدود به همان موارد است».

همان طور که در این سؤال و تفسیر ارائه شده دیده می‌شود، بودجه کل کشور، صلاحیت دیوان محاسبات را در رسیدگی و حسابرسی مشخص می‌کند. مسئله مهم آن است که سؤال مطرح شده در خصوص شرکت‌های دولتی نبوده است و علی‌الاطلاق به استناد اصل ۵۳ قانون اساسی، آنان نیز ملزم به واریز درآمدهای خود به حساب خزانه می‌شوند و چه بسا که از نظر واریز نکردن نیز مستوجب تخلف و حتی جرم گردند. افزون بر این، توجه به اصل ۵۵ قانون اساسی، روشن‌کننده موضوع است؛ زیرا صراحت عنوان شرکت‌های دولتی در این قانون برای رسیدگی و حسابرسی، تعیین‌کننده نقش دیوان محاسبات عمومی است.

از سوی دیگر، نظریه شماره ۳۱۴۰۵ هـ/ب مورخ ۱۳۹۰/۵/۱۷ اصل ۱۳۸ رئیس مجلس شورای اسلامی در خصوص مصوبه یادشده شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی می‌تواند مستندی بر موضوع باشد. این نظریه به این شرح است: «با عنایت به رونوشت تصمیم‌نامه فاقد شماره مصوّب جلسه مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۵ وزرای محترم عضو شورای هماهنگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی و مناطق ویژه اقتصادی، موضوع «مستثنی نمودن حسابرسی فعالیت‌های مالی مناطق آزاد از صلاحیت دیوان محاسبات کشور»، متعاقب بررسی‌ها و اعلام نظر مقدماتی «هیئت بررسی و تطبیق مصوّبات دولت با قوانین» و مستنداً به صدر ماده واحده و تبصره (۴) الحاقی به «قانون نحوه اجرای

اصول هشتاد و پنجم و یک صد و سی و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اصلاحات بعدی» و ماده (۱۰) آیین نامه اجرایی آن، مراتب متضمن اعلام نظر قطعی جهت اقدام لازم در مهلت مقرر قانونی و اعلام نتیجه به این جانب ابلاغ می گردد. بدیهی است پس از انقضای یک هفته مهلت مقرر در قانون، آن بخش از مصوبه که مورد ایراد قرار گرفته است، ملغی الاثر خواهد بود».

«طبق بند «الف» ماده (۱) قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱ و تبصره ذیل ماده (۲) همین قانون، «کنترل عملیات و فعالیت های مالی کلیه وزارت خانه ها، مؤسسات، شرکت های دولتی و سایر دستگاه هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می کنند» و «به طور کلی - رسیدگی و حسابرسی و کنترل عملیات و فعالیت های مالی - هر واحد اجرایی که طبق اصول (۴۴) و (۴۵) قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن ها مترتب بشود»، از جمله وظایف و اختیارات دیوان محاسبات می باشد. علی هذا مفاد تصمیم نامه مورخ ۱۳۸۹/۷/۱۷ مصوب وزارت عضو شورای هماهنگی مناطق آزاد از این حیث که حسابرسی و رسیدگی عملیات و فعالیت های مالی سازمان های مناطق آزاد را مستثنی از شمول صلاحیت دیوان محاسبات کشور می داند، مغایر با قانون دیوان محاسبات کشور به ویژه مغایر با قسمت اخیر تبصره ماده (۲) همین قانون است که به موجب آن، «هر واحد اجرایی - از جمله سازمان های مناطق آزاد تجاری و ... - که بر طبق اصول (۴۴) و (۴۵) قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن ها مترتب بشود»، مشمول حسابرسی یا رسیدگی دیوان محاسبات خواهد بود».

با توجه به نظریه بیان شده، صلاحیت دیوان محاسبات در موضوع مناطق آزاد تجاری - صنعتی به وضوح احراز می شود و با وحدت ملاک از این نظریه می توان همه مصوبات یا دیدگاه هایی را نقض کرد که در زمینه مستثنی پنداشتن مناطق آزاد از شمول قوانین محاسبات عمومی است.

۲. مستند دوم

یکی دیگر از استناداتی که می توان از آن به منظور احراز صلاحیت دیوان محاسبات در امور مناطق آزاد تجاری - صنعتی کمک گرفت، بند ۴ و ۵ مکاتبه اصل ۱۳۸ رئیس مجلس شورای اسلامی به شماره ۳۹۲۹۹هـ/ب مورخ ۱۳۸۹/۶/۱۶ در خصوص بودجه سال ۱۳۸۸ مناطق آزاد تجاری - صنعتی است. در تبصره ۲۵ و ۲۷ بودجه سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی آمده است: «تبصره ۲۵ - در اجرای بند ت ماده ۹ آیین نامه اجرایی اخذ عوارض در مناطق آزاد تجاری، سازمان های مناطق می توانند

از اشخاصی که در سال ۱۳۸۸ به مقصد خارج از کشور از مرزهای منطقه خارج می‌شوند، به هنگام خروج، مبلغی برابر ضوابط سرزمین اصلی دریافت و به حساب درآمدهای سازمان منظور نمایند.

تبصره ۲۷- به سازمان‌های مناطق آزاد اجازه داده می‌شود مشابه مقررات رایج در سرزمین اصلی برای جلوگیری از به کارگیری غیر مجاز اتباع خارجی بابت هر روز اشتغال غیر مجاز هر کارگر خارجی، معادل ۵ برابر حداقل دستمزد روزانه به عنوان جریمه دریافت و به حساب درآمدهای خود منظور نمایند. این مبلغ در صورت تکرار تخلف به دو برابر افزایش می‌یابد».

در هر دوی این تبصره‌ها مقرر شده است مبلغی دریافت و به حساب درآمدهای سازمان‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی منظور گردد. این در حالی است که در دیگر نقاط کشور، این مبالغ به حساب خزانه کل کشور واریز می‌شود. با این حال، رئیس مجلس شورای اسلامی با ایراد به این مصوبه به شرح ذیل، آن را مغایر با قانون اعلام و لغو کرد:

«۴- تبصره (۲۵) تصویب نامه از حیث واریز وجوه مأخوذه به حساب درآمدهای سازمان، مغایر با ماده (۷) قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین و ماده (۳۷) قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶ می‌باشد که بر ضرورت واریز آن به حساب خزانه و دریافت آن بر اساس مجوزهای قانونی تأکید می‌نماید.

۵- با عنایت به تأکید بند «ج» ماده (۱۱) قانون بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۰ بر واریز شدن درآمد حاصله به درآمد عمومی نزد خزانه داری کل، علی‌هذا تبصره (۲۷) تصویب‌نامه مبنی بر واریز نمودن وجوه مأخوذه به حساب درآمدهای سازمان مناطق آزاد مغایر با قانون است».

مفاد این دو بند مبنی بر لزوم واریز درآمدهای مورد بحث به حساب خزانه کل کشور، مستندی است که می‌توان از آن بر شمولیت واریز درآمدهای مناطق آزاد تجاری - صنعتی به حساب خزانه کل کشور نتیجه گرفت.

بند ششم. استنادهای قانونی جدید و مجازات‌های پیش‌بینی شده

از اوایل دهه ۹۰ و پس از نظریه رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر الزام واریز درآمدهای مناطق آزاد تجاری - صنعتی به حساب خزانه کل و نیز مستثنی نبودن این مناطق از قانون محاسبات

عمومی، جدیت بیشتری بر تلفیق بودجه این مناطق با بودجه کل کشور به وجود آمد. اساساً چون سازوکارهای واریز به خزانه اعم از پیش‌بینی بودجه در لایحه و نحوه وصول در اختیار سازمان برنامه و بودجه و نیز وزارت اقتصاد و دارایی است، عملاً اتفاق خاصی در راستای تحقق واریز این درآمدها به حساب خزانه کل کشور و به تبع آن، پیش‌بینی در بودجه سالانه به وجود نیامد.

در این خصوص، توجه به احکامی از بودجه سالانه اهمیت دارد. به نظر می‌رسد هیچ یکی از این احکام اجرایی نگردید، اما از عزم مجلس شورای اسلامی در شمولیت مناطق آزاد در بودجه کشور دلالت می‌کند. بند «ی» تبصره ۲۰ قانون بودجه ۱۳۹۳ عنوان می‌دارد: «معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور مکلف است بر بودجه مناطق آزاد و ویژه اقتصادی در طول سال ۱۳۹۳ که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، نظارت نموده و آن را در پیوست شماره (۳) لایحه بودجه سال ۱۳۹۴ کل کشور درج نماید».

بند «ل» تبصره ۹ قانون بودجه ۱۳۹۴ تصریح کرده است: «سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است بر بودجه سال ۱۳۹۴ سازمان‌های مناطق آزاد و ویژه اقتصادی دولتی نظارت و بودجه سال ۱۳۹۵ این مناطق را در پیوست شماره (۳) لایحه بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور منظور کند».

بند «ن» تبصره ۱۲ قانون بودجه ۱۳۹۷ مقرر کرد: «ن - دولت مکلف است اقدامات قانونی لازم جهت درج بودجه تلفیقی سازمان‌های مناطق آزاد و ویژه اقتصادی در این قانون را انجام دهد».

مجلس شورای اسلامی در سال‌های ۱۳۹۳، ۱۳۹۴ و ۱۳۹۷ تأکید کرده است که بودجه مناطق آزاد می‌بایست در قوانین بودجه کشور لحاظ گردد و اگر در فرآیند تصویب این مصوبات تأمل شود، مشخص می‌گردد که در لایحه‌های پیشنهادی این بودجه‌های سالانه، اثری از درخواست دولت دیده نمی‌شود. به عبارتی، این احکام توسط مجلس شورای اسلامی به لایحه اولیه اضافه و لایحه بودجه در این راستا اصلاح شده، اما همان طور که گفته شد، همین احکام از بودجه نیز تحقق پیدا نکرده است.

بند ج ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات کشور، واریز نشدن به موقع درآمد و دیگر منابع تأمین اعتبار در بودجه عمومی را به حساب مربوط از موارد ارجاعی در هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات برشمرده است و در تبصره ذیل ماده ۲ این قانون، منظور از دستگاه‌ها را «کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر واحدها که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور

استفاده می‌نمایند و به طور کلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود و نیز واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است»، عنوان کرده است. متعاقب آن، در قوانین مختلفی چون قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، مصوب ۱۳۷۳ و قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۰ و الحاقات بعدی آن، بر واریز درآمدها به حساب خزانه کل کشور تصریح شده است.

علاوه بر آن، مفاد ماده ۳ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۳ عنوان داشته است: «ماده ۳- شرکت‌های دولتی موضوع مواد (۴) و (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری و شرکت‌های دولتی موضوع بند (۳) ماده (۱۸) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، به استثنای بانک‌ها و بیمه‌های دولتی و سازمان‌های توسعه‌ای شامل سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان صنایع کوچک و شهرک‌های صنعتی ایران، وزارت نفت از طریق شرکت دولتی تابعه ذی ربط و شرکت شهرک‌های کشاورزی، مشمول مقررات مواد (۳۱)، (۳۹) و (۷۶) قانون محاسبات عمومی کشور می‌باشند و تمام درآمدهای حاصل از فروش کالا و خدمات آن‌ها به حساب‌های معرفی شده از سوی خزانه‌داری کل کشور واریز می‌شود تا حسب مورد طبق احکام و مقررات قانونی مربوط هزینه شود. عدم رعایت مفاد ماده (۷۶) قانون محاسبات عمومی کشور در مورد حساب‌هایی که خلاف مقررات مذکور گشایش یافته است، تصرف غیر قانونی در اموال عمومی محسوب می‌شود.

بانک‌های عامل حسب اعلام بانک مرکزی و خزانه‌داری کل کشور موظفند نسبت به بستن حساب‌هایی که خلاف مقررات مذکور افتتاح شده‌اند، اقدام کنند».

همان طور که در این ماده آمده است، شرکت‌های دولتی مشمول، موظف به واریز درآمدهای حاصل از فروش کالا و خدماتشان به حساب‌های معرفی شده از سوی خزانه‌داری کل هستند. با توجه به مفاد این قانون و احکام تجویزی در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی باب تعزیرات در خصوص تصرف غیر قانونی در اموال عمومی و هزینه کرد بودجه در محلی که برای آن در قانون پیش‌بینی نشده است، می‌توان نتیجه گرفت که هر گونه واریز درآمد به حساب‌هایی غیر خزانه کل کشور و مصرف آن می‌تواند طبق این مواد جرم‌انگاری گردد.

نتیجه‌گیری

نظم و انضباط مالی دولت، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های نظام قانون‌گذاری است؛ زیرا حفظ و بهینه مصرف کردن بیت‌المال با توجه به آموزه‌های دینی و نیز چارچوب‌های قانونی، بخش جدایی‌ناپذیر حقوق عمومی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود. درآمد مناطق آزاد تجاری - صنعتی با ماهیت شرکت دولتی از بدو تأسیس مغفول ماند و اصل ۵۳ قانون اساسی در موضوع درآمدهای این مناطق تحقق نیافت. برخی از تفاسیر متعارض به ویژه از مواد ۲ و ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی و نیز تصور عام مستثنی بودن این مناطق از قوانین جاری کشور و اصل سرزمینی بودن قوانین باعث گردید تا نسبت به وصول درآمدها به حساب خزانه کل کشور التزامی صورت نگیرد و حتی با وجود قوانین مصرّحی چون احکام بودجه سالانه نیز ترتیبات لازم برای تلفیق بودجه مناطق آزاد با بودجه کل کشور تحقق نیابد.

با توجه به احکام قوانینی چون قانون دیوان محاسبات عمومی کشور، قانون محاسبات عمومی، قانون الحاق برخی از مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و نیز اصل ۵۳ قانون اساسی و نیز مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی در زمان تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی می‌توان دریافت که اساساً امکان مستثنی شدن بخشی از بدنه دولت از واریز درآمد به حساب خزانه کل کشور ممکن نیست و نمی‌توان شرکت دولتی منطقه آزاد تجاری - صنعتی را مکلف دانست که درآمد خود را به حساب خزانه کل واریز نکند.

به نظر می‌رسد هدف قانون‌گذار در تصریح تصویب بودجه مناطق آزاد تجاری - صنعتی توسط هیئت وزیران، تعیین بودجه داخلی آنان به لحاظ تسهیم بودجه‌ای هر یک از مناطق است و این موضوع نمی‌تواند نافی واریز درآمد به حساب خزانه کل باشد. اصل ۵۳ قانون اساسی و نیز دیگر قوانین محاسباتی در موضوع این مقاله استثنایذیر نیستند و اموال و دارایی‌های سازمان‌های مناطق آزاد به عنوان اموال عمومی طبقه‌بندی می‌گردد و شمول قانون دیوان محاسبات و دیگر قوانین مربوط به ویژه اصل ۵۳ قانون اساسی در این مناطق حاکم خواهد بود.

بنابراین، واریز نشدن درآمدها بر خلاف اصل ۵۳ قانون اساسی، توجیهی بر عدم شمولیت بر قانون محاسبات عمومی نیست؛ زیرا در قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت

(۲)، این مسئله جرم‌انگاری شده است و از سوی دیگر، اجرا نشدن تکالیف مصرّح در بودجه‌های سال‌های ۱۳۹۳، ۱۳۹۴ و ۱۳۹۷ در خصوص تلفیق بودجه مناطق آزاد در بودجه کل کشور توسط دولت، توجیهی براستنکاف از واریز این وجوه به حساب خزانه کل نیست. در نتیجه، آن چه به عنوان نقص عمده می‌تواند محرز گردد، التزام نداشتن عملی دولت‌ها نسبت به وظایف قانونی مصرّح خود به ویژه لزوم واریز درآمد به حساب خزانه کل کشور و نیز تلفیق بودجه در طول تأسیس مناطق آزاد تجاری - صنعتی با همکاری دیگر دستگاه‌های دولتی است.

بنابراین، روح حاکم بر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی نمی‌تواند به عدم شمول این مناطق از قوانین کشوری حکم دهد. اصول قانون اساسی که مبتنی بر تساوی و برابری است، امکان مجزا شدن حقوقی این مناطق را از قلمرو جمهوری اسلامی ایران نمی‌دهد، بلکه صرفاً مزایایی برای این مناطق حسب فعالیت پیش‌بینی کرده است. از این رو، نواقص و خلأهای موجود عموماً بر انحراف دستگاه‌های دولتی از موازین قانونی و نیز قانون اساسی در خصوص مناطق آزاد دلالت دارد و قوانین در این عرصه، صحیح وضع شده‌اند.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. برزگر خسروی، محمد و همکاران، گزارش بررسی لایحه بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور از منظر حقوقی، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۴۷۵۸.
۲. بهرامی، بهرام، اصول حقوقی و فقهی، تهران: مجد، ۱۳۹۶.

۲. مقاله

۱. انبارلویی، محمدصادق، «نظارت مالی و تأملی در اقتدار دیوان محاسبات کشور»، روزنامه رسالت، شماره ۷۲۹۳، ۳۰/۳/۱۳۹۰.
۲. شجاعیان، خدیجه، «مؤلفه‌های اصل حاکمیت قانون در پرتو تعریف سازمان ملل متحد»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۶، صص ۹۰-۷۱.
۳. فضلی، عزیزالله و مهدی هداوند، «ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران»، دو فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۳۱-۹.
۴. محسنی، فرید و علی اصغر فرج‌پور اصل مرندی، «اصل حاکمیت قانون در نظام قضایی ایران»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، سال هجدهم، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۲ (پیاپی ۶۸)، صص ۱۱۸-۹۱.

۳. قانون

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)، مصوب ۱۳۹۳.
۳. قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸.
۴. قانون بودجه سال ۱۳۷۲.
۵. قانون بودجه سال ۱۳۹۳.
۶. قانون بودجه سال ۱۳۹۴.
۷. قانون بودجه سال ۱۳۹۷.

۸. قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۲ با اصلاحات بعدی.
۹. قانون دیوان محاسبات کشور، مصوب ۱۳۶۱.
۱۰. قانون لایحه اصلاح قانون تجارت، مصوب ۱۳۴۸.
۱۱. قانون مجازات اسلامی، باب تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵.
۱۲. قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶.

۴. پایگاه اینترنتی

۱. تارنمای سامانه جامع نظرات شورای نگهبان: www.nazarat.shora-rc.ir.
۲. تارنمای مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: www.rc.majlis.ir.

تحلیلی بر نظام دادرسی مالیاتی جدید در ایران با نگاهی به کد اروپایی «رفتار خوب اداری»

علی حاجی پور کندرود^۱، امین بناءزاده اردبیلی^۲ و رویا مرادی بلارغو^۳

چکیده

بخش قابل توجهی از دادرسی مالیاتی در ایران از طریق مراجع اداری انجام می‌شود و به همین دلیل، این روند باید با رعایت معیارها و اصول «اداره خوب» باشد. در مقاله حاضر به روش توصیفی و تحلیلی، میزان انطباق قوانین و مقررات جاری کشور در زمینه دادرسی مالیاتی با لحاظ قانون جدید، با معیارهای اداره خوب و کد رفتار خوب مالیاتی بررسی می‌شود.

در نهایت، این نتیجه به دست آمد که هر چند از بین معیارهای یادشده، اصل قانونی بودن، بیش‌تر از اصول دیگر رعایت می‌گردد، ولی به اصول بی‌طرفی و استقلال، استماع، دسترسی به پرونده و انتظار مشروع چندان توجه نمی‌شود. اصل رعایت مهلت معقول نیز با وجود احکام قانونی صرفاً در بخشی از دادرسی مالیاتی اجرا می‌گردد. اجرای اصل ارائه دلایل تصمیم‌گیری نیز چندان مطلوب به نظر نمی‌رسد و به آن توجه نمی‌شود. اصل تناسب در دادرسی مالیاتی به طور کلی مغفول مانده است. اصل جبران خسارت واردشده به شهروندان نیز با توجه به پیش‌بینی در قانون و از طریق نهادهای نظارتی بر اداره، به ویژه دیوان عدالت اداری قابل اجراست.

با وجود اصلاحات انجام‌شده در مقررات دادرسی مالیاتی و بهبود نسبی در آن، به این اصول چندان توجه نشده است. همین امر، لزوم بازنگری و اصلاح مقررات موجود و تدوین قوانین جدید از جمله قانون آیین دادرسی مالیاتی با نگاهی به حقوق مؤدی برای دستیابی به روندی متناسب‌تر با استانداردهای روز دنیا را هویدا می‌سازد.

واژگان کلیدی: دادرسی مالیاتی جدید، حقوق ایران، کد اروپایی رفتار خوب اداری، کد اروپایی رفتار خوب مالیاتی، چالش‌ها.

۱. استادیار، گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران (نویسنده مسئول) Hajipour62@yahoo.com

۲. مدرس گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران banazadehamin@yahoo.com

۳. دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران -roya.mora-di2567@gmail.com

مقدمه

حقوق بشر، نظام برتر و ارزشمندی است که برای استحکام آن، نه تنها در مقابل اشخاص خصوصی، بلکه در مقابل قدرت عمومی باید تدبیرهای حمایتی اثرگذار در نظر گرفت.^۱ در همین راستا، یکی از مباحث اصلی حقوق عمومی، تنظیم و تضمین رابطه میان دولت و ملت است که حق دادخواهی در امور مالیاتی، یکی از جلوه‌های اصل تضمین حقوق مردم به شمار می‌رود. چون بخش بزرگی از رسیدگی‌های مراجع شبه قضایی به منافع شهروندان در ارتباط با سازمان مورد نظر (مثلاً سازمان امور مالیاتی) مربوط می‌شود، مسئله اصلی در این باره، رعایت حقوق شهروندان است و حق دادخواهی شهروندان در این مراجع مهم است. به ویژه با توجه به ساختار این نهادها به نظر می‌رسد که موضوع حق دادخواهی شهروندان با معیارهای کامل، جزئی از مفهوم امنیت قضایی است.^۲

«دادرسی مالیاتی» به معنی رسیدگی به اختلافات میان مالیات‌دهنده (مؤدی) و مالیات‌ستان (اداره امور مالیاتی) در خصوص میزان و نحوه محاسبه مالیات متعلقه است. قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب سال ۱۳۴۵ برای اولین بار به دادرسی مالیاتی پرداخته و مرجعی موسوم به «کمیسیون» را صالح به رسیدگی اختلافات مالیاتی تعیین کرده بود. در اصلاحات بعدی، «هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی»، جای‌گزین کمیسیون شد و در حال حاضر، مرجع بدوی و تجدیدنظر رسیدگی به شکایات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از اقدامات اداره امور مالیاتی است. «شورای عالی مالیاتی» نیز مرجع فرجام‌خواهی از آرای هیئت‌های حل اختلاف تجدیدنظر است. علاوه بر این مراجع، «هیئت موضوع ماده ۲۵۱ مکرر» قانون به عنوان مرجع دادرسی فوق‌العاده در صورت تشخیص ناعادلانه بودن مالیات رسیدگی می‌کند. دیوان عدالت اداری نیز به تجویز تبصره ۲ و ۳ ماده ۳ و بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۴۰۲/۰۲/۱۰، مرجع رسیدگی به شکایات مؤدیان از آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی است.

با این وصف می‌توان گفت دادرسی مالیاتی در ایران در سه بخش اداری، شبه قضایی و قضایی انجام

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

۲. رستمی، ولی و داوود کاظمی، «مبانی و ابعاد حق دادخواهی مالیاتی در حقوق ایران و انگلستان»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره بیستم، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۳، ص ۱۶۹.

می‌پذیرد. رسیدگی به اختلافات مالیاتی در ایران به دادگاه‌های اداری اختصاصی سپرده شده است و این مهم، داخل نظام اداری کشور انجام می‌گیرد. از طرف دیگر، اتکا به درآمدهای مالیاتی در سال‌های گذشته و به ویژه در بودجه سال جاری کشور سبب توسعه انواع مالیات‌ها شده است که بر حقوق اشخاص تأثیر بسزایی خواهد گذاشت. در این میان، اختلافات مالیاتی افزایش می‌یابد و تعارض بین سازمان امور مالیاتی با مؤدیان، به صورت وسیع‌تری رخ خواهد داد. با تصویب قانون جدید مالیات بر ارزش افزوده در سال ۱۴۰۰ نیز تغییراتی در بخش دادرسی مالیاتی به وجود آمده است که اهمیت تحقیق و بررسی در این مورد را بیش‌تر می‌کند.

اهمیت پژوهش حاضر در این است که امروزه اقدامات نهادهای اداری و آیین شکلی رسیدگی به درخواست‌ها و اختلافات میان اداره و مردم در پرتو معیارهای مشخص انجام می‌گیرد که معیارهای اداره خوب باشد. این بررسی می‌تواند در راه بهبود سیستم دادرسی مالیاتی کشور و ارتقای حقوق مردم، گام مؤثری بردارد.

در این میان، توجه به حقوق اساسی افراد از ضروری‌ترین و مهم‌ترین مباحث مرتبط محسوب می‌شود که می‌توان آن را با معیارهای «حق اداره خوب»^۱ محقق کرد که در ماده ۴۱ «منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا»^۲ مصوب دسامبر ۲۰۰۰ در اجلاس «نیس»^۳ به عنوان یک حق بنیادین شهروندی شناخته شده است. مفهوم اداره خوب از سال ۲۰۰۰ با درج در ماده ۴۱ منشور حقوق بنیادین به عنوان یک حق اساسی شهروندان اروپایی تلقی گردید. در سال ۲۰۰۱ نیز قانونی به نام «قانون اروپایی رفتار خوب اداری» در پارلمان اروپا به تصویب رسید. «کد اروپایی رفتار خوب مالیاتی»^۴ نیز به عنوان یک سند غیر الزام‌آور که در سال ۲۰۱۲ توسط کمیسیون اروپا تهیه شده، شامل اصول، راهنمایی‌ها و توصیه‌هایی است که برای بهبود حکمرانی خوب مالیاتی در کشورهای عضو استفاده می‌شود. اصولی

1. The Right to Good Administration

2. The Charter of Fundamental Rights of the European Union

3. Nice

4. European Code of Good Tax Behavior

مانند «شفافیت»^۱، «انصاف»^۲، «پاسخ‌گویی»^۳ و «مشارکت»^۴ از اصول این سند است.

به طور کلی، بسیاری از مباحث اداره خوب در قواعد حقوق بشر ریشه دارد و برای رسیدن به رعایت حق‌های بشری در اداره ظهور کرده‌اند.^۵ سؤال اصلی تحقیق پیش رو این است که مقررات دادرسی مالیاتی در ایران تا چه اندازه با معیارهای کد اروپایی رفتار خوب اداری^۶ و کد اروپایی رفتار خوب مالیاتی هماهنگی دارد؟ فرضیه نویسندگان این است که به این معیارها چندان توجه و عمل نمی‌شود. در این راستا در مقاله حاضر، با مطالعه قانون مالیات‌های مستقیم و متفرعات آن، قانون پایانه‌های فروشگاهی و سامانه مؤدیان و هم‌چنین برخی از اصول یا معیارهای کد اروپایی رفتار خوب اداری مشتمل بر ۲۷ ماده، مصوب پارلمان اروپا در سپتامبر ۲۰۰۱ و کد اروپایی رفتار خوب مالیاتی، مصوب کمیسیون اروپا در سال ۲۰۱۲، هماهنگی قانون یادشده را با این معیارها خواهیم سنجید.

بدون شک، با درک صحیح از این اصول ارزشمند و تلاش برای اعمال آن در حقوق اداری می‌توان به تحقق مطلوب موضوع بحث و هم‌چنین سلامت اداری و مقابله با فساد گسترده اداری امیدوار بود. این اصول می‌تواند برای تنظیم روابط بین قدرت عمومی و شهروندان، تضمین حقوق و آزادی‌های افراد، راه حل‌های مطلوب و مناسبی ارائه دهد و به کارآمدی اداره، تحقق حکمرانی مطلوب و در نهایت، رضایت شهروندان از دستگاه اداری و متعاقب آن از حکومت بیانجامد.

نویسندگان در مقاله حاضر در پنج گفتار، میزان انطباق مقررات فعلی در باب دادرسی مالیاتی با معیارهای اداره خوب را ارزیابی کرده‌اند که به این شرح است: گفتار اول، اصل قانونی بودن، گفتار دوم، اصل بی‌طرفی و استقلال و اصل استماع، گفتار سوم، اصل رعایت مهلت معقول و اصل دسترسی

1. Transparency

2. Fairness

3. Responsiveness

4. Participation

۵. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۵، ص ۳۵.

6. The European Ombudsman, **The European Code of Good Administrative Behavior**, 2001, office for official publications of the European Communities (L-2985 Luxembourg, 16 pages).

به پرونده، گفتار چهارم، اصل ارائه دلایل تصمیم اداری و اصل تناسب و گفتار پنجم، اصل انتظار مشروع و اصل جبران خسارت وارد شده به شهروندان.

نگاهی به پیشینه تحقیقات انجام شده گویای آن است که در مقالات متعددی که در خصوص حقوق مالیاتی در ایران نوشته شده، به گوشه‌ای از چالش‌های موجود در قوانین مالیاتی و دادرسی مالیاتی اشاره گردیده است، ولی در خصوص موضوع مقاله پیش رو، هیچ پژوهش مستقلی یافت نگردید.

گفتار اول. جایگاه اصل قانونی بودن^۱ در دادرسی مالیاتی

اصل قانونی بودن از مفاهیم اساسی و ریشه‌ای حقوق عمومی است.^۲ قانون، مجموعه ضوابط عامی است که مقامات صلاحیت‌دار تدوین می‌کنند و به تنظیم روابط افراد و جامعه و دولت می‌پردازد و برای همگان به طور مساوی ایجاد حق و تکلیف می‌کند. «اصل حاکمیت قانون»،^۳ یکی از اصول مهم حقوقی است که بر اساس آن، انجام همه امور سیاسی، اداری، قضایی و هرگونه تصمیم‌گیری مقامات و مسئولان باید طبق قانون باشد. حکمت این اصل، جلوگیری از استبداد و «اقدام خودسرانه»^۴ حاکم، صاحب‌منصبان عالی و کارگزاران منصوب آنان در اداره امور و برخورد با شهروندان است.^۵ قانون با شرایط برابر برای همه افراد بر اصول شناخته شده و عمومی قابل اجرا تکیه دارد. از این رو، قانون برتر و برای دولت و همه مقامات آن الزام‌آور است و آن‌ها را مقید می‌کند.^۶

مطابق این اصل که در ماده ۴ کد اروپایی رفتار خوب اداری به آن اشاره شده است، مقامات اداری در تصمیم‌گیری‌ها و انجام اقدامات خود آزاد نیستند و مکلف به احترام و رعایت همه قواعدی هستند که بر آن‌ها حکومت دارند. این اصل، اداره را به تبعیت از قواعد حقوقی وادار می‌کند و بیانگر آن است که به جز اطاعت مردم از قانون باید تمام تصمیمات و اقدامات مأموران دولتی نیز منطبق با قوانین باشد.^۷

1. Principle of Legality.

۲. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان، ۱۳۸۳، ص ۸۰.

3. Rule of Law.

4. Arbitrary Action.

۵. هاشمی، پیشین، ص ۲۹۸.

6. Stein, R., "Rule of Law: what does it mean?", The Minnesota Journal of Int'l Law, No. 18, 2009, p. 299.

7. Stott, David, and Felix, Alexandra, *Principles of Administrative Law*, London: Cavendish Publishing Limited, 1997, P. 22.

اصل حاکمیت قانون در حقوق اداری، مبنای تشکیل، تصمیم‌گیری و فعالیت اداره است که در پرتو آن، صلاحیت مقامات اداری و محدوده آن نیز معین می‌گردد.^۱ مطابق اصل قانونی بودن، مقامات اداری و قضایی مسئول اجرای دادرسی مالیاتی علاوه بر قانون یادشده می‌بایست آیین‌نامه اجرایی قانون و دستورالعمل‌های مربوط را رعایت کنند. هدف از این قواعد آن است که حاکمیت قانون در سیاست‌گذاری و اجرا، سد راه تخلفات و نادیده انگاری حقوق بشر و آزادی شهروندان در اداره گردد.^۲

مبنای سازمان امور مالیاتی کشور در اجرای دادرسی مالیاتی، قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی تا ۱۴۰۰/۳/۲، دستورالعمل دادرسی مالیاتی، مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۱۳، آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مصوب ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ و آرا و اظهار نظرهای هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی و آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری در زمینه دادرسی مالیاتی است. در خصوص صلاحیت در دادرسی مالیاتی می‌توان به مواد ۲۳۸، ۲۴۴، ۲۴۷، ۲۵۱، مکرر و بند (۴) ماده ۲۵۵ قانون اشاره کرد.

معیار و ابزار اصلی مراجع قضایی برای کنترل و نظارت بر ادارات دولتی نیز تطابق اعمال اداری با قوانین حاکم است، به طوری که نوعاً دادرسی‌های منجر به صدور حکم ابطال تصمیم اداری بر مبنای اصل قانونی بودن استوار گشته است.^۳ در واقع، مبنای سنتی کنترل قضایی اقدامات اداری، نظریه «خروج از صلاحیت»^۴ است که به طور خلاصه به این معناست که نهاد عمومی از عمل و اقدام خارج از صلاحیت خود ممنوع شده است. خروج از حدود اختیارات نهادهای اداری به طور سنتی می‌تواند در سه شکل بیان شود: «اقدام فراتر از اختیارات»،^۵ «سوء استفاده از اختیار»^۶ و

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، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۱۷۶.

۲. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۵، ص ۲۴.

۳. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۸۶.

4. Withdrawal of Competence

5. Excess of Powers

6. Abuse of Powers

«نقض قواعد رویه‌ای»^۱ که در روند اجرای قانون مورد بحث نیز دیده می‌شود.^۲

دیوان عدالت اداری در موارد متعددی، اقدامات مقامات سازمان امور مالیاتی را خارج از صلاحیت دانسته و ابطال کرده است، مانند: رأی شماره ۱۴۰۱۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۰۴۲۸ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۰۳ که بند ۴ آیین‌نامه اجرایی بند ۱۱ ماده ۱۴۸ قانون مالیات‌های مستقیم را خارج از حدود اختیارات مقام تصویب‌کننده شمرده و ابطال کرده است.

برای تشخیص میزان رعایت اصل قانونی بودن در روند دادرسی مالیاتی می‌بایست میان صلاحیت تکلیفی و تخییری مقامات اداری قائل به تفکیک شویم. در اجرای وظایفی مانند: ابلاغ برگ تشخیص، دریافت و ارسال اعتراض مؤدی به مراجع مربوط در مهلت‌های معین شده و طبق ضوابط قانونی و نحوه رسیدگی مراجع اداری، شبه قضایی و قضایی مسئولان می‌بایست طبق مفاد قانونی از پیش تعیین شده عمل کنند و اختیار عمل ندارند. به عبارت دیگر، صلاحیتشان، تکلیفی است. از طرف دیگر، در خصوص تشخیص کفایت داشتن یا نداشتن دلایل و اسناد و مدارک مؤدی در اعتراض به برگ تشخیص یا اختیار در رسیدگی به همه اسناد و مدارک مؤدی که مقامات اداری حق تصمیم‌گیری و اختیار عمل دارند، صلاحیتشان، تخییری است. در صلاحیت‌های تکلیفی، علی‌الاصول کارمندان مرتکب خروج از صلاحیت نمی‌شوند، اما در صلاحیت‌های اختیاری ممکن است خروج از صلاحیت حادث شود.

گفتار دوم. اصل بی‌طرفی^۳ و استقلال^۴ و اصل استماع^۵

بند اول. اصل بی‌طرفی و استقلال: تأکید در قانون جدید و مقرر

یکی از اصول اداره خوب، بی‌طرفی و استقلال مقامات اداری است که در ماده ۸ کد اروپایی رفتار خوب اداری به آن اشاره شده است. بی‌طرفی اقتضا می‌کند که مقامات اداری جانب‌دارانه تصمیم‌گیری

1. Violation of Procedural Rules

۲. رحمانی، پیشین، ص ۱۷۶.

3. Impartiality

4. Independence

5. Principle of Hearing

نکنند و بدون پیش‌داوری و «ذهنیت قبلی»^۱ نسبت به موضوع، آن را بررسی کنند و طبق اسناد و مدارک و مقررات قانونی تصمیم بگیرند.^۲ استقلال و بی‌طرفی، مؤلفه‌های لازم برای تعامل اجتماعی هستند که به آزادی و برابری در میان افراد با عقاید، علایق و خواسته‌های متفاوت احترام می‌گذارد.^۳

رئیس اداره امور مالیاتی به عنوان اولین مرجع دادرسی طبق مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ اصلاحی وارد رسیدگی می‌شود. با وجود بخش‌نامه‌های متعدد در خصوص تأکید بر انجام وظیفه دادرسی صحیح توسط رؤسای امور مالیاتی از جمله بخش‌نامه شماره ۱۰۶۲۴/۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۴/۰۷، در بیش‌تر موارد، رؤسای امور مالیاتی به دلایل مختلف از دادرسی بر پایه بی‌طرفی و استقلال استنکاف می‌ورزند و معمولاً با ارجاع پرونده به هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی به وظیفه خود در روند دادرسی خاتمه می‌دهند.

رسیدگی در هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی به دلیل نبود ساختار مستقل، میدان‌داری نماینده سازمان و تخصص ناکافی دو عضو دیگر با چالش‌های جدی روبه‌رو بود. با اصلاحاتی که در ماده ۲۴۴ انجام شد، از جمله اشاره صریح به اصل بی‌طرفی و استقلال، ایجاد ساختار مستقل دادرسی (تبصره ۲ و ۸)، عضویت قاضی بازنشسته یا حقوق‌دان مطلع و افزایش مرجع نمایندگان بند ۳، در صورت اجرای صحیح و کامل، شاهد اثرگذاری واقعی همه اعضا در تصمیم‌گیری‌ها و گذاشتن نقطه پایانی بر امضاهای صوری خواهیم بود. اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۱۴۷۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۱۶، عضویت قضات شاغل در هیئت را منطبق با قانون ندانسته است. در بند ۱۱ دستورالعمل دادرسی مالیاتی نیز مواردی برای خودداری از رسیدگی اعضای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی در راستای جلوگیری از تخدیش بی‌طرفی و استقلال رسیدگی‌کنندگان ذکر شده است.

شورای عالی مالیاتی به عنوان مرجع فرجامی در دادرسی مالیاتی، وظیفه رسیدگی شکلی به اعتراض مؤدی از آرای قطعی هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی را بر عهده دارد. ترکیب شورا که با انتخاب رئیس کل سازمان امور مالیاتی کشور و حکم وزیر امور اقتصادی و دارایی منصوب می‌شوند و اکثریت اعضا

1. Preconceived Judgments

2. Hofmann, C.H., Herwig and Gerard, C. Rowe, and Alexander H. Turk, **Administrative Law and Policy of the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.194.

3. Papayannis, D. "Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication," Journals open edition 28, 2016 Papayannis, D., "Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication", Journals open edition, No. 28, 2016, p. 42.

آن از کارکنان وزارت امور اقتصادی و دارایی یا سازمان‌ها و واحدهای تابعه آن هستند، موردی دیگر از موارد ایجاد تردید در خصوص اجرای اصل بی‌طرفی و استقلال در امر دادرسی مالیاتی است.

در خصوص کمیسیون ماده ۲۵۱ مکرر نیز از لحاظ سنجش با اصل مورد بحث، وضعیت تقریباً همان است که در خصوص شورای عالی مالیاتی بحث شد؛ زیرا اعضای آن را وزیر امور اقتصادی و دارایی انتخاب می‌کند. با وجود اصلاحات جدید، مواردی چون عضویت نماینده سازمان امور مالیاتی در هیئت، پرداخت حق‌الزحمه اعضا توسط سازمان امور مالیاتی (دستورالعمل مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۱۱) و انتخاب بیش‌تر دادرسان مالیاتی توسط مقامات قوه مجریه، اعمال اصل بی‌طرفی و استقلال در دادرسی مالیاتی ایران را با تردید مواجه ساخته است.

بند دوم. اصل استماع: تکرار در قانون، اجرای نسبی در عمل

حق بر استماع^۱ یا به عبارت دیگر، اصل شنیده شدن، یکی از حقوق و اصول آیینی است که امروزه در بیش‌تر نظام‌های حقوقی دموکراتیک دنیا در حوزه مسائل قضایی و اداری پذیرفته شده است و اعمال می‌گردد.^۲ ماده ۱۶ قانون رفتار خوب اداری اروپایی نیز به آن پرداخته است. شنیدن عادلانه به این معناست که شخصی که علیه او حکمی یا تصمیمی صادر شده است، باید از آن مطلع باشد و فرصت یابد تا توضیحات و دفاعیات خود را در این باره ارائه دهد.^۳

حق ارائه توضیحات شفاهی، اطلاع از اوقات رسیدگی، ابلاغ اوقات، حق حضور، حق ارسال لایحه، حق مشارکت در کشف حقایق مربوط به پرونده، حق دسترسی به اطلاعات و اوراق پرونده و مواردی مانند آن، مقدمات تحقق حق دفاع محسوب می‌شوند و شیوه تضمین هر یک از این موارد در نظام

1. Right to be heard

۲. عطریان، فرامرز، حقوق اداری تطبیقی، اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۹۰.

۳. استماع در برخی از نظام‌های حقوقی، «حق» و در برخی دیگر، «اصل» تلقی می‌شود. نک: هداوند و مشهدی، پیشین، صص ۳۷۶-۳۷۷.

4. Aqib Aslam, Mohd, *Principles of Natural Justice in the Light of Administrative Law*, Legalserviceindia:www.gal-serviceindia.com. (last visited on 22/02/2020)

حقوقی نشان دهنده کیفیت احسن حق دفاع و معیار عدالت قضایی است.^۱ قانون‌گذار در مواد قانونی مربوط به دادرسی مالیاتی سابق و اصلاحات اخیر به این اصل توجه کرده است.

در خصوص اعتراض به برگ تشخیص موضوع ماده ۲۳۸ با اصلاح اخیر، مؤدی می‌تواند به میزان مابه‌التفاوت مالیات تعدیل شده اعتراض کند. به استناد تبصره ماده ۲۳۹، اگر اوراق مالیاتی از طریق آگهی در روزنامه کثیرالانتشار و الصاق صورت پذیرد و مؤدی طبق مقررات این قانون اقدام نکرده باشد، در حکم معترض به برگ تشخیص شناخته می‌شود و پرونده امر به هیئت حل اختلاف مالیاتی بدوی ارجاع می‌گردد. با تصحیح این ماده، قسمت اخیر تبصره (۲) ماده ۲۰۳ یعنی ابلاغ با روش الصاق توسط مأمور پست نیز وارد قلمرو ماده شد. در ماده ۲۵۱ جدید، حق اعتراض صرفاً در مورد آرای قطعی هیئت‌های حل اختلاف تجدیدنظر در شورای عالی مالیاتی امکان‌پذیر است و مهلت اعتراض نیز از یک ماه به دو ماه افزایش یافته است. از طرفی، حق اعتراض اداره امور مالیاتی لغو و این وظیفه به دادستان انتظامی مالیاتی سپرده شده است.

مهم‌ترین نوآوری در این زمینه را می‌توان به حق شکایت از آرای هیئت‌های تجدیدنظر مربوط به دعاوی ناشی از مالیات بر ارزش افزوده دانست که طبق ماده ۳۳ قانون ارزش افزوده سابق، قابل اعتراض در شورای عالی مالیاتی نبود، اما با نسخ آن و به استناد ماده ۵۵ قانون دائمی ارزش افزوده، حق اعتراض برای مؤدی پیش‌بینی شده است. ماده ۲۵۷ نیز حق استماع مؤدی پس از نقض رأی توسط شورای عالی مالیاتی و دیوان عدالت اداری و ارجاع به شعبه هم‌عرض را به رسمیت شناخته است. ماده ۲۴۹ اصلاح رأی هیئت‌های حل اختلاف را در موارد اشتباه در محاسبه مأخذ مالیات با درخواست مؤدی امکان‌پذیر می‌داند. علاوه بر آن، در بندهای ۱، ۲، ۳۲ و ۴۲ دستورالعمل دادرسی مالیاتی و هم‌چنین در قسمت‌های مختلف آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ به اجرای اصل استماع توسط مؤدی اشاره شده است. حق دادخواهی در دیوان عدالت اداری نیز پس از صدور رأی هیئت حل اختلاف تجدیدنظر و شورا برای مؤدی محفوظ است. دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۹۶۱ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۲۷، شکایت مؤدیان از برگ قطعی مالیات، قبل از صدور رأی قطعی از سوی هیئت حل اختلاف مالیاتی را قابل استماع ندانسته است.

۱. رستمی، ولی و داوود کاظمی، «ارزیابی اصول «حق دفاع» و «علنی بودن» دادرسی مالیاتی در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و نهم، زمستان ۱۳۹۸، شماره ۴، ص ۱۰۷۱.

حق اعتراض به تصمیمات اداری در کنار دیگر اصول کلی نظیر مشارکت، استماع و بی‌طرفی، از عناصر اداره مطلوب محسوب می‌شوند. به عنوان قاعده کلی، کوتاهی در اجرای عدالت آیینی را باید با اجرای عدالت آیینی در مرحله تجدیدنظر جبران کرد.^۱ طبق تبصره ۲ و ۳ الحاقی به ماده ۳ در اصلاحات اخیر قانون دیوان عدالت اداری، اعتراض به آرای قطعی هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی مستقیماً در شعب تجدیدنظر دیوان مطرح و رسیدگی خواهد شد. حذف شعب بدوی از مراحل رسیدگی از موارد نقض حق استماع تلقی می‌شود.

حق بر شنیده شدن یا اصل استماع در دادرسی مالیاتی ایران به استثنای تبصره ماده ۲۴۶ و بند ۱۶ دستورالعمل که به ترتیب، غیبت مؤدی و وراث متوفی را مانع رسیدگی ندانسته، به رسمیت شناخته شده است. بنابراین، اصل حضوری بودن رسیدگی، اگرچه پیش‌بینی شده، اما در هیچ یک از مراجع اداری، حضور مؤدی اجباری نیست و مانع از رسیدگی هیئت و صدور رأی نخواهد بود و این، مخالف حق دفاع است^۲ و با مشکلات و کمبودهایی روبه‌روست. انتظار می‌رود با اجرای اصلاحات اخیر، قسمتی از کاستی‌ها جبران شود.

گفتار سوم. اصل رعایت مهلت معقول^۳ و اصل دسترسی به پرونده^۴

بند اول. پیش‌بینی آرمان‌گرایانه اصل رعایت مهلت معقول

این اصل بیانگر آن است که کارمندان و نهادهای عمومی باید از «تأخیر»^۵ و «تنبلی»^۶ در فرآیندهای اداری و پاسخ‌گویی به شهروندان اجتناب ورزند و امور در دست رسیدگی آن‌ها باید به سرعت و بدون

۱. کریمی، خدیجه، عدالت اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۰۸.

۲. رستمی و کاظمی، پیشین، ص ۱۰۷۹.

3. Principle of Observing logical Deadline.

4. Access to File

5. Delay.

6. Indolence.

تأخیر صورت پذیرد. به این ترتیب، می‌توان گفت این امور در «وقت معقول»^۱ انجام شده است.^۲

در مجموع، اداره کند، یک اداره بد محسوب می‌گردد و بدیهی است که میزان رضایت‌مندی شهروندان از آن نیز بسیار کم خواهد بود. البته این اصل، مؤید عجله بیش از اندازه و بی‌جهت نیز نخواهد بود، بلکه مهلت اقدام باید برای اداره و طرف‌های ذی‌نفع کافی و مناسب باشد؛^۳ چون شتاب بیش از اندازه نیز منجر به تقلیل کیفیت و دقت تصمیمات در اداره می‌شود و از جهت دیگر، ممکن است موجب بروز دشواری‌هایی برای شهروندان شود. تشخیص نامعقول بودن مهلت رسیدگی یا عادلانه یا ناعادلانه بودن آن به مقررات ملی، نوع پرونده، سازمان‌دهی ناصحیح و نامناسب مرجع رسیدگی و لزوم دخالت مراجع قضایی و اداری متعدد در جریان رسیدگی بستگی دارد.^۴ به اصل رعایت مهلت معقول در ماده ۱۷ کد اروپایی رفتار خوب اداری توجه شده است.

در انواع دادرسی، رعایت مهلت معقول از اصول بسیار مهم است. انصاف و امنیت حقوقی، مبانی این اصل به شمار می‌روند. در دادرسی مالیاتی نیز در قانون و دستورالعمل دادرسی به این اصل پرداخته شده است. ماده ۲۳۸ جدید در صورت اعتراض مؤدی به برگ تشخیص، در راستای تدقیق در رسیدگی، مهلت را از ۳۰ روز به ۴۵ روز افزایش داده است. این امر را می‌توان به فلسفه اصل مورد بحث یعنی رسیدگی در زمان معقول در عین حال به دور از عجله مربوط دانست. بند ۳ دستورالعمل، این مدت را به تأسی از قانون سابق، ۳۰ روز پیش‌بینی کرده است. بدیهی است مهلت مقرر در قانون جدید، ملاک عمل خواهد بود.

تبصره (۲) ماده ۲۴۴ جدید با شناسایی دقیق یکی از معضلات دادرسی اشعار می‌دارد: «انشای رأی می‌بایست در همان جلسه یا حداکثر ظرف ۳ روز کاری پس از برگزاری جلسه انجام گیرد». پس از انشای رأی طبق بخش‌نامه شماره ۵۷۵۶/۲۱۴/ص مورخ ۱۴۰۱/۰۴/۲۸ متن دست‌نویس می‌بایست به امضای هر سه عضو برسد و طبق بخش‌نامه ۱۹۸۶۴/۲۱۴/د مورخ ۱۴۰۱/۰۴/۰۴ پس از انطباق و

1. Reasonable Time.

۲. عطریان، پیشین، ص ۶۶، به نقل از: هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۱۸۸.

3. Hofmann, op.cit., p. 196.

4. Leach, P., Taking case to the European Court of Human convention on Human Rights, 2nd Ed. London: Oxford University, 2005, p. 399.

متن با رأی تایپ شده و تأیید آن جهت ابلاغ در سامانه بارگذاری گردد. با وجود تعیین مدت توسط قانون‌گذار در دو مرحله از اجرا به مهلت اشاره نشده است که می‌تواند باعث اطاله دادرسی و نقض اصل مورد بحث گردد.

طبق بند ۱۳ دستورالعمل دادرسی مالیاتی، تعیین وقت و ابلاغ به مؤدی، ۵ روز پس از دریافت اعتراض وی خواهد بود. بند ۱۷ دستورالعمل نیز در صورت تشکیل نشدن جلسه هیئت، مدت زمان یک هفته‌ای را برای ابلاغ مجدد وقت رسیدگی به مؤدی پیش‌بینی کرده است. بند ۲۲ دستورالعمل در صورت صدور قرار رسیدگی، مهلت یک ماهه را در نظر گرفته که طبق تبصره (۲) ماده، حداکثر تا ۲ ماه قابل تمدید است. طبق بند ۲۴ نیز در صورت ارجاع پرونده به کارشناس رسمی دادگستری، مهلت اخذ گزارش، حداکثر ۶۰ روز است. بند ۳۳ هم دبیرخانه هیئت را مکلف کرده است ظرف ۴۸ ساعت، رأی اصداری را به اداره امور مالیاتی مربوط ارسال کند.

در شورای عالی مالیاتی، مهلتی برای رسیدگی و صدور رأی تعیین نشده است و صرفاً در بخش‌نامه شماره ۴۳۵۶۰/۸۱۸۲/۴/۳۰ مورخ ۱۳۷۸/۰۸/۳۰، معاون درآمدهای مالیاتی سازمان به ابلاغ رأی شورا توسط ادارات مربوط، ظرف ۱۰ روز از دریافت به مؤدیان اشاره شده است. در خصوص کمیسیون ماده ۲۵۱ مکرر در قانون، مهلتی پیش‌بینی نشده، اما در دستورالعمل در خصوص مؤدیان درخواست‌کننده طرح پرونده در ماده ۲۵۱ مکرر، مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۸، رئیس سازمان امور مالیاتی، اعضای کمیسیون را به صدور رأی در حداقل زمان مناسب ارشاد کرده و دبیرخانه کمیسیون را به ارسال بلافاصله حکم صادرشده به ادارات مربوط مکلف دانسته است. وزیر وقت امور اقتصادی و دارایی برای ابلاغ اوراقی که برای آن‌ها در قانون، مهلتی پیش‌بینی نشده، در قسمت اخیر بند ۴ بخش‌نامه شماره ۱۰۰۸۵ مورخ ۱۳۸۰/۰۳/۳۰، مراجع مربوط را مکلف به ابلاغ اوراق ظرف حداکثر یک ماه کرده است.

با تدقیق در این موارد و با لحاظ تغییرات جدید می‌توان گفت که اصل رعایت مهلت معقول در بخشی از روند دادرسی مالیاتی به رسمیت شناخته شده و در بخشی به آن توجهی نشده و بخشی هم در اجرا مغفول می‌ماند. بنابراین، در بخش‌هایی هم که به رسمیت شناخته شده، آرمان‌گرایانه است.

بند دوم. اجرای نسبی اصل دسترسی به پرونده

حق دسترسی به پرونده یعنی این که در طول یک تصمیم‌گیری اداری، متقاضی آن پرونده، حق دسترسی به مدارک و اسناد مربوط و اجازه تصویربرداری از اوراق آن عمل اداری را دارا باشد. دسترسی به پرونده، اولین نتیجه شفافیت یک دولت دموکراتیک است.^۱ در اتحادیه اروپا این حق به عنوان یک حق بنیادین شهروندی شناخته شده و ماده ۴۱ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا به آن پرداخته است.

مورد دیگر، لزوم اطلاع متقاضی از قوانین و مقررات مربوط به پرونده خود است. در این خصوص، توجه به دو مورد ضروری است: اول این که مقامات اداری تا چه حدی نسبت به ارائه اطلاعات قانونی به متقاضیان اقدام می‌کنند. دوم این که مفاد بخش‌نامه‌های داخلی به ویژه بخش‌نامه‌های جدید را به چه صورت به اطلاع متقاضیان می‌رسانند.^۲ اداره دولتی، حق اعمال و استفاده از اسناد و مدارکی را ندارد که در دسترس مخاطب تصمیم نبوده است؛ یعنی مأمور اداری صرفاً اجازه استفاده و استناد به مدارکی را دارد که در اختیار مخاطب تصمیم نیز بوده است. پس ذی‌نفع با اثبات این که برخی اسناد مورد استفاده مقام دولتی در اختیار وی گذاشته نشده و این اسناد در نتیجه نهایی تصمیم گرفته شده نقشی بسزا داشته است، می‌تواند بطلان آن عمل اداری را از مرجع قضایی درخواست کند.^۳

سند رفتار خوب مالیاتی اروپا، اصل شفافیت را شامل انتشار قوانین مالیاتی و توضیحات جامع درباره آن‌ها، انتشار آمار مالیاتی و اطلاعات مربوط به نرخ‌های مالیاتی و استثنای قلمداد کرده است. هم‌چنین بر شفافیت در فرایندهای مالیاتی و ارائه اطلاعات به افراد و شرکت‌ها برای درک بهتر قوانین مالیاتی در این سند تأکید شده است.

۱. Livio, G. and Gergeta Modiga and Gabriel Avramescu, "The Right of Access its Own File", Acta universitatis danubius, No. 6, 2012, p. 114.

۲. بن‌زاده اردبیلی، امین، ناصر رهبر فرش‌پیرا و علی حاجی‌پور کندرود، «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در پرتو اصول و معیارهای اداره خوب»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۸، ص ۱۷۶.

۳. عطریان، پیشین، ص ۱۱۴، به نقل از: Milecka, K. The rights to good administration in the light of Article 41 of the charter of fundamental rights of the European union, Contemporary Legal and Economic Issues. 2011 Vol 3, p52

تبصره ۱۰ الزام قانونی جدیدی که به ماده ۲۴۴ اضافه شده است، به طور شفاف به اصل دسترسی به پرونده اشاره می‌کند. به این ترتیب، اگر مؤدیان با رفتار سلیقه‌ای مجریان در این خصوص مواجه نشوند، حق مطالعه پرونده و تصویربرداری از مدارک آن را برای ایراد دفاعیات خود دارند که یکی از مبانی این اصل است. قسمت دوم بحث در خصوص دسترسی مؤدیان به قوانین، دستورالعمل‌ها، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری است که در موضوع و روند پرونده اثرگذار باشند. با توجه به گسترش فضای فناوری اطلاعات و سایت‌های اینترنتی ادارات دولتی، مفاد قوانین از این طریق در اختیار شهروندان قرار می‌گیرد. با توجه به تفاوت سطح اطلاعات جامعه، همه شهروندان، قادر به استفاده از اطلاعات موجود در سایت‌های اینترنتی نیستند. پس این امر، وظیفه مقامات اداری را در خصوص ارائه اطلاعات قانونی به متقاضیان از بین نمی‌برد.^۱ وجود ابهام‌های متعدد در قوانین مالیاتی و تعدد مقررات در قالب‌های مختلف سبب پیچیده‌تر شدن نظام مالیاتی شده است. با توجه به موارد یادشده در سنجش میزان تطبیق دادرسی مالیاتی با اصل دسترسی به پرونده می‌توان گفت این اصل به طور نسبی اجرا می‌شود.

گفتار چهارم. اصل ارائه دلایل تصمیم اداری ۲ و اصل تناسب ۳

بند اول. اصل ارائه دلایل تصمیم اداری

مفهوم اصل مستند و مستدل بودن اقدامات و تصمیمات اداری^۴ یا تکلیف به بیان دلایل و مبانی تصمیم^۵ آن است که مقامات اداری باید مبنا و دلایل تصمیم خویش را به روشنی بیان کنند، به گونه‌ای که به وضوح مشخص شود آن تصمیم با چه توجیهی و بر اساس چه قوانینی گرفته شده است. مطابق این اصل، هر شخصی حق دارد از دلایل تصمیم‌گیری مقام عمومی و اداری اطلاع پیدا کند.^۶

۱. بنازاده اردبیلی و همکاران، پیشین، ص ۱۷۷.

2. Principle of Provision of Reasons for Administrative Decisions

3. Proportionality

4. Principle of Motivation

5. Obligation to State Reasons

۶. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه

کد اروپایی رفتار خوب اداری نیز در ماده ۱۷ خود به این اصل پرداخته است. رفتار خوب مالیاتی اروپا در یکی از چهار محور اصلی خود، پاسخ‌گویی به مؤدیان را چنین تعریف کرده است: «پاسخ‌گویی به افراد و شرکت‌ها در مورد قوانین مالیاتی و فرآیندهای مالیاتی بسیار مهم است. این موضوع شامل ارائه اطلاعات و راهنمایی به افراد و شرکت‌ها در مورد قوانین مالیاتی، پاسخ به سؤالات و شکایات و ارائه راه حل‌های مناسب برای مشکلات مالیاتی است».

در دادرسی مالیاتی، این اصل در قانون و دستورالعمل دادرسی و همچنین آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ و بخش‌نامه‌ها به چشم می‌خورد. قانون‌گذار در ماده ۲۳۷، مسئولان را به ارائه دلایل تصمیم خود در مورد صدور برگ تشخیص مکلف کرده است. قسمت اخیر ماده ۲۳۸ نیز مسئول مربوط را به ارائه مستدل دلایل خویش برای رد اعتراض مؤدی نسبت به برگ تشخیص موظف دانسته است. ماده ۲۴۰، نماینده اداره امور مالیاتی در هیئت حل اختلاف را به ارائه توضیحات لازم و دلایل کافی در خصوص مندرجات برگ تشخیص اجبار کرده است.

در بحث دادرسی در هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، مواد ۲۴۸ و ۲۴۹ به موجه و مدلل بودن رأی و جهات و دلایل آن و مآخذ مورد محاسبه اشاره دارد. بندهای ۲۵ و ۲۸ و ۲۹ دستورالعمل دادرسی نیز به ارائه دلایل تصمیم و مستند بودن آرا توجه کرده است. همچنین ماده ۳۹ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ به موجه و مستدل بودن اظهار نظر همه اعضای هیئت حل اختلاف مالیاتی اشعار دارد. در این خصوص، برای رسیدگی شورای عالی مالیاتی و هیئت موضوع ماده ۲۵۱ مکرر، متن قانونی وجود ندارد. در بند ۷-۲-۵ بخش‌نامه شماره ۱۰۰۸۵ مورخ ۱۳۸۰/۰۳/۳۰ وزیر امور اقتصادی و دارایی آمده است: «بنا به عمومات حقوقی مربوط به اصول دادرسی لازم است متن آرای صادره از هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی متضمن استحکام دلیل و توجیهات کافی باشد و از به کار بردن جملات و عبارات کلی یا انشای رأی به نحوی که حاکی از تردید و عدم یقین هیئت حل اختلاف مالیاتی به صحت رأی باشد، اجتناب شود».

آنچه از قوانین و مقررات رسیدگی به دست می‌آید، توجه ویژه قانون‌گذار به اصل مورد بحث است، اما در روند دادرسی مالیاتی با نگاهی گذرا به پرونده‌های مالیاتی به نتیجه‌ای خلاف ادعاهای قانونی

می‌رسیم؛ چون این اصل در برگ‌های تشخیص و آرای صادرشده رعایت نمی‌شود. آرای صادرشده از هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی معمولاً یا در فرم‌های آماده به امضای اعضا می‌رسد یا در چند سطر به ردّ ادعای مؤدی یا صدور قرار یا تخفیف بدون ارائه دلایل اکتفا می‌شود. در مواردی که تصمیم یا رأی به ضرر مؤدی صادر می‌گردد، این اصل اهمیت بیش‌تری پیدا می‌کند؛ چون در صورت شفاف نبودن تصمیم، امکان نظارت قضایی مؤثر بر آن وجود نخواهد داشت.^۱

اتفاق خوبی که در اصلاحات جدید، شاهد آن هستیم، الزام قانونی به انشای رأی توسط رکن قضایی هیئت است. (تبصره ۲ ماده ۲۴۴) این امر باعث مدلل و مستند بودن آرا می‌شود و در صورت اجرای صحیح، نویدبخش اجرای اکمل اصل ارائه دلایل تصمیمات اداری است. هرچند با تصویب مواد قانونی جدید، وضعیت بهتر شده است، اما رعایت اصل مهلت معقول در دادرسی مالیاتی، نسبی ارزیابی می‌گردد.

بند دوم. اصل تناسب؛ اصلی ناشناخته

اصل تناسب یکی از اصول بسیار مهم حقوق اداری مدرن محسوب می‌شود که در ماده ۶ کد اروپایی رفتار خوب اداری به آن اشاره شده است. توجیه وجود هر اداره، تحقق بخشیدن به اهداف مورد نظر قانون‌گذار از طریق اجرای برنامه‌های دولت است. در این راستا، اداره یا به عبارت بهتر، مقامات اداری باید ابزاری را به کار گیرند که کم‌ترین آسیب را به منافع افراد وارد آورد. اصل تناسب به ارتباط میان اهداف عمل عمومی و ابزار مورد استفاده برای دستیابی به آن اهداف است.^۲ در حقیقت، اصل تناسب در موجزترین و قابل فهم‌ترین برداشت مستلزم آن است که عمل یا اقدام با اهداف مورد نظر سازگار و متناسب باشد.^۳ اگر ابزار یا روش‌هایی جای‌گزین غیر از آن چه مقامات عمومی انتخاب کرده‌اند، وجود دارد که کم‌تر منافع افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد و در عین حال، به صورت برابر در تحقق اهداف عمومی مؤثر است، آن‌گاه عمل اداری نامناسب است.^۴ از اهداف اصل تناسب،

۱. بن‌زاده اردبیلی و همکاران، پیشین، ص ۱۷۶.

2. Thomas, R., *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 77.

۳. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۱۵۰.

4. Thomas, op.cit., p. 78.

جلوگیری از تحمیل تکلیف و هزینه اضافی به شهروندان است، به استثنای مواردی که برای تأمین منافع عمومی لازم باشد.

کد رفتار خوب مالیاتی اتحادیه اروپا نیز ذیل مبحث انصاف ضمن اشاره به اصل تناسب، آن را در اعمال مالیاتی کشورهای عضو مثل رعایت تناسب در تصمیمات، تعیین تناسب بین سطح درآمد و مالیات، تناسب در نرخ‌های مالیاتی، تناسب در معافیت‌ها و استثنای‌ها ضروری شمرده است. ماده ۶۳ قانون برنامه پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران نیز دستگاه‌های اجرایی را از تحمیل تکلیف و هزینه اضافی به شهروندان در راستای دریافت مجوزهای قانونی منع کرده است.

در نظام دادرسی ایران، اصل تناسب چنان‌که باید و شاید، شناسایی نشده است که این امر موجب تضییع حقوق افراد می‌گردد. نظام دادرسی مالیاتی نیز از این امر مستثنی نیست و در قانون و دستورالعمل‌ها به این موضوع پرداخته نشده است. در آرای دیوان عدالت اداری هم استناد به اصل تناسب بسیار اندک است و در خصوص دادرسی مالیاتی وجود ندارد. در تحقیقات و بررسی‌های به عمل آمده، ردّ پایی از اصل تناسب در حوزه دادرسی مالیاتی ایران دیده نشد. با این حال، ضرورت تدوین قوانین در این خصوص به چشم می‌خورد.

گفتار پنجم. اصل انتظار مشروع^۱ و اصل جبران خسارت واردشده به شهروندان^۲

بند اول. اصل انتظار مشروع

انتظارات مشروع به خواسته‌ها و توقع‌های معقولی گفته می‌شود که در روابط متقابل افراد با کارگزاران عمومی به ویژه مقامات دولتی بر اثر تصمیمات، اعلامات، سیاست‌ها و رویه‌های اداری و اجرایی ایجاد می‌شود، به گونه‌ای که انصراف از آن‌ها یا بی‌توجهی به آن‌ها ضمن نقض تمایلات معقول سابق موجب ایراد خسارت یا سلب منفعت مخاطبان ذی‌نفع می‌شود. به این جهت، انتظارات یادشده مستلزم نوعی حمایت حقوقی هستند.^۳ ماده ۱۰ کد اروپایی رفتار خوب اداری به اصل انتظار مشروع اختصاص یافته است.

1. Principle of Legitimate Expectation

2. Principle of Making up the Damage Caused to Citizens

۳. کریمی، پیشین، ص ۱۷۷.

اصل انتظار مشروع مشابه مفهوم «حق مکتسب»^۱ است. حق مکتسب، مفهوم حقوقی قدیمی و سنتی به ویژه در حوزه حقوق خصوصی است، اما امروزه این مفهوم در حوزه حقوق عمومی به ویژه آرای مراجع دادرسی اداری هم چون دیوان عدالت اداری به عنوان ابزاری برای کنترل قضایی اعمال دولت و حمایت از شهروندان مورد حمایت و استناد قرار می‌گیرد. جایی که حق بر اراده و خواست فرد استوار است و اشخاص به صورت قراردادی و در روابط خصوصی خود، آن را در قالب نوعی تکلیف به وجود آورند، قانون، تصمیم یا اعلام مؤخر جدید تأثیری بر آن ندارد و نمی‌تواند امتیاز قراردادی سابق را زایل کند. از این منظر، دلیل اصلی احترام به حق مکتسب، تجاوزناپذیری شخص انسان و احترام به خواست و اراده اوست.^۲

عملکردها ممکن است اعلامی ضمنی در مورد رفتار آینده باشد. برای مثال، دریافت درآمد داخلی برای سال‌ها از مؤدیان مالیاتی می‌تواند اعلام ضمنی رفتاری در مورد آینده باشد. در ماهیت یک سیاست امکان تغییر وجود دارد. معمولاً انتظار کسانی که به واسطه تغییر سیاست‌ها تحت تأثیر قرار گرفته‌اند، این است که در مورد تغییرات با آن‌ها مشورت شود و از آن تغییرات آگاه شوند.^۳

در همین راستا، همکاری بین مراجع مالیاتی و مؤدیان، چهارمین محور اصلی سند اروپایی رفتار خوب مالیاتی است. این سند، مشارکت بین مراجع مالیاتی و مؤدیان را برای اجرای قوانین مالیاتی بسیار مهم می‌شمارد و آن را شامل تعامل سازنده بین مراجع و افراد و شرکت‌ها، جمع‌آوری اطلاعات مالیاتی و همکاری در بررسی تخلفات مالیاتی می‌داند. این بخش از سند از لحاظ مشورت با مؤدیان در راستای تدوین قوانین و مقررات جدید و حفظ حقوق مؤدیان به ویژه حقوق مکتسب آنان بسیار مؤثر است و توقع‌های معقول مؤدیان را در تعامل با کارگزاران برآورده می‌سازد.

توقع‌های مشروع شهروندان در امر دادرسی مالیاتی بر اساس اصول قانونی، رویه‌های اداری یا هر گونه اظهارات سابق مقام‌های اداری و با اتکا به قطعیت و ثبات حقوقی تصمیمات و رویه‌های

1. Le droit aquis

۲. ضیایی، رضوان، قدرت‌الله نوروزی و سید عبدالله جهان‌بین، «تأملی بر حق مکتسب در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۸، ص ۱۴۸.

۳. رستمی، ولی، سید محمد مهدی غمامی و حمیدرضا سلیمی، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱، ص ۲۳۶.

اداری و اجرایی شکل می‌گیرد و با اطمینان به این موارد نسبت به انجام امور مربوط به رسیدگی مالیاتی اعم از تحریر دفاتر قانونی، ارائه اظهارنامه و دیگر وظایف مقرر در قانون که منجر به توافق یا عدم توافق با اداره امور مالیاتی می‌شود و در صورت اخیر، دادرسی مالیاتی وارد بخش شبه قضایی می‌گردد. تغییر رویه در مرحله قبل از رسیدگی (دستورالعمل‌های تحریر و نگه‌داری دفاتر، نحوه ارسال اظهارنامه و...)، مرحله رسیدگی اداری و شبه قضایی بر حقوق مؤدی اثر می‌گذارند.

در صلاحیت‌های اختیاری از جمله تشخیص رئیس امور مالیاتی پیرو اعتراض مؤدی به برگ تشخیص و تخفیف‌هایی که توسط وی یا دیگر افراد و مراجع دخیل در دادرسی اعمال می‌گردد، محل تخدیش اصل انتظار مشروع و حق مکتسب است.

ماده ۲۳۵ قانون، اداره امور مالیاتی را مکلف به صدور مفاصاحساب ظرف ۵ روز از تاریخ درخواست مؤدی پس از پرداخت بدهی قطعی کرده است. در مواردی، مؤدیان به ارائه برگ مفاصاحساب به افراد یا ارگان‌های مختلف نیاز دارند و عدول اداره از تحویل به موقع آن، نوعی تغییر رویه است که احتمال ورود ضرر به مؤدیان را فراهم می‌آورد. تبصره ۱۰ ماده ۲۴۴ جدید نیز از جمله انتظارات مشروعی است که برای مؤدیان ایجاد شده است. در روند دادرسی مالیاتی، هر گونه تغییر رویه که موجب از بین رفتن حقوق مؤدی شود، پذیرفته نیست. مؤدیان از تغییرات قانونی با توجه به تشریفات موجود در تصویب و ابلاغ مطلع می‌شوند. از طرف دیگر، اصولاً قانون عطف به ماسبق نمی‌شود و حقوق مکتسبه افراد را به خطر نمی‌اندازد، اما مقرراتی که مجریان قانون تصویب می‌کنند یا رویه‌های موجودی که تغییر می‌دهند، موجب نقض اصل انتظار مشروع می‌گردد. نقش شورای عالی مالیاتی در اجرای تکالیف مقرر در ماده ۲۵۵ در این زمینه قابل توجه است.

در تطبیق و سنجش دادرسی مالیاتی با اصل انتظار مشروع باید گفت در صلاحیت‌های تکلیفی به این اصل توجه شده است، اما در صلاحیت‌های تخییری به طور نسبی اجرا می‌گردد.

بند دوم. اصل جبران خسارت وارد شده به شهروندان

بحث مسئولیت مدنی دولت همانند بسیاری از مباحث حقوقی دیگر در طول سال‌ها و قرونتمادی، دست‌خوش تحولات و تغییرات فراوانی شده است. در گذشته تحت تأثیر تئوری «پادشاه هیچ‌گاه خطا نمی‌کند»، مصونیت سلاطین، زمام‌داران و مأموران دولتی به جای مسئولیت آن‌ها

حاکم بود. یکی از دلایل این مصونیت آن بود که حکومت در تمامی اقدامات و اعمالی که انجام می‌دهد، به دنبال تأمین آسایش، رفاه و مصالح عامه عمل می‌کند. پس نباید نسبت به زیان‌های ناشی از این اقدامات، مسئول شناخته شود.^۱ این نظریه بعدها منسوخ شد و تفکر مسئولیت و پاسخ‌گویی حکمرانان، جای‌گزین آن گردید، به طوری که بر اثر انتشار عقاید آزادی‌خواهانه و احترام به حقوق افراد، امروزه دولت، مظهر عدالت و حافظ حق و انصاف است و خود را نیز از اصول حقوقی مستثنا نمی‌کند. هم‌اکنون در حقوق اداری مدرن، جبران خسارت شهروندان زیان‌دیده از اعمال مقامات و نهادهای دولتی به صورت کافی و به‌موقع، از ویژگی‌های اداره خوب تلقی می‌شود.

در مورد مأموران مالیاتی، زیان ممکن است به مؤدی، دولت یا شخص ثالث وارد شود. قانون مالیات‌های مستقیم، مصادیقی از مورد اول و دوم را در ماده ۲۷۰ بیان داشته است و مسئولیت مدنی مأموران مالیاتی نیز نسبت به شخص ثالث مطابق اصول و قواعد عام مسئولیت مدنی قابل تحقق است.^۲ برای بررسی روند دادرسی مالیاتی ایران در پرتو اصل جبران خسارت وارده به شهروندان ضروری است مروری کوتاه بر مبنای این اصل در نظام حقوقی ایران داشته باشیم. مسئولیت مدنی دولت از سال ۱۳۳۹ با تصویب قانون مسئولیت مدنی آغاز گردید. مسئولیت مدنی دولت مبتنی بر مواد ۱۱ و ۱۲ این قانون است. با توجه به مواد یادشده و قوانین دیگر می‌توان ارکان مسئولیت مدنی دولت در ایران را به چهار رکن اصلی تحقق ضرر، فعل یا ترک فعل زیان‌بار، سببیت و تقصیر تعریف کرد. در نظام حقوقی ایران و با توجه به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، خسارات وارده به شهروندان بر اثر اقدامات دولت بر نظریه تقصیر استوار است؛ یعنی اثبات سه رکن تحقق ضرر، فعل یا ترک فعل زیان‌بار و سببیت برای تحقق مسئولیت مدنی دولت کافی نیست و زیان‌دیده می‌بایست تقصیر زیان‌زننده یعنی کارمند یا اداره دولتی را اثبات کند. با توجه به عباراتی که در قانون مالیات‌های مستقیم برای مسئولیت مأموران مالیاتی به کار رفته است، به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، مسئولیت آن‌ها مبتنی بر تقصیر است. البته تقصیر در مفهوم نوعی ملاک است، نه در مفهوم اخلاقی.

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ۱۳۹۸، ص ۶۲۴.

۲. قلی، باقر، علی‌رضا انتظاری نجف‌آبادی و سعید شریعتی فرانی، «مبانی مسئولیت مدنی مأموران مالیاتی»، پژوهش‌نامه مالیات، دوره نود و هفتم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۹، ص ۱۳۲.

بنابراین، می‌بایست بین تقصیر و قصور آن‌ها تفاوت قائل شد.^۱

بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، جبران زیان وارده به شهروندان، میان مستخدم اداره و نهاد دولتی تقسیم و توزیع گشته است. در توضیح این مورد باید گفت که از لحاظ این ماده قانونی اگر خسارت وارد شده به افراد ناشی از تقصیر کارمند یعنی عمد یا بی‌احتیاطی او باشد، وی مسئول جبران خسارت خواهد بود. اگر زیان مستند به عمل کارمندان نباشد و ناشی از نقص وسایل اداری باشد، خسارت از اموال اداره و بیت‌المال پرداخت خواهد شد. منظور از نقص وسایل اداره در ماده قانونی، بی‌بهره ماندن اداره از تدبیرها و روش‌های صحیح مدیریت برای انجام وظایف خود است که این امر موجب بی‌نظمی در سازمان و سوء جریان کارهای اداری و در نتیجه، وقوع خسارت گردد. به عبارت دیگر، اداره در تجهیز خود به وسایل لازم که وجود یک تشکیلات و مدیریت صحیح و منظم آن را ایجاب می‌کند، مرتکب تقصیر و کوتاهی شده است.^۲

با توجه به مطالب یادشده و ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، در دادرسی مالیاتی نیز مواردی وجود دارد که ارتکاب یا ترک آن از جانب کارمند یا نقص وسایل اداره موجب ورود خسارت به شهروندان می‌گردد که در ادامه به بیان آن خواهیم پرداخت.

ابتدا اگر به اعمال مسئولان اداری نظر اندازیم، از اشتباه در تشخیص درآمد مؤدی یا محاسبه میزان مالیات وی مندرج در برگ تشخیص تا اشتباه در صدور رأی توسط هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی و تأیید آن در شورای عالی مالیاتی یا کمیسیون ماده ۲۵۱ مکرر، همگی از موارد تقصیر و کوتاهی مسئولان امر به شمار می‌روند. البته در خصوص مسئولیت این مراجع باید قائل به تفکیک شد؛ یعنی مسئولیت شورای عالی مالیاتی صرفاً در زمینه رسیدگی شکلی و کمیسیون ماده ۲۵۱ مکرر در زمینه غیر عادلانه بودن مالیات است؛ چون در این مراجع، رسیدگی ماهوی صورت نمی‌گیرد و نباید در این خصوص نیز مسئولیتی داشته باشند.

حال به موارد نقص اداره می‌پردازیم. ایجاد زیرساخت‌های نرم‌افزاری و سخت‌افزاری مناسب برای اداره‌های امور مالیاتی، هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، شورای عالی مالیاتی و کمیسیون ماده ۲۵۱ مکرر برای انجام هر چه بهتر وظایف خود از تکالیف سازمان امور مالیاتی است. در صورت اجرای ناصحیح این

۱. قلی و همکاران، پیشین، ص ۱۳۷.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۴۳۵.

موارد و بروز خسارتی از این جنبه به مؤدیان، سازمان امور مالیاتی دارای مسئولیت خواهد بود.

قانون پایانه‌های فروشگاهی و سامانه مؤدیان، مصوب ۱۳۹۸ که طبق اعلام سازمان امور مالیاتی از اول مهر ماه ۱۴۰۲ به اجرا در آمد و پس از آن، تبادل اطلاعات میان مؤدیان و سازمان منحصراً از طریق آن انجام می‌شود، در ماده ۱۵ به بحث محرمانه بودن اطلاعات مؤدیان در این سامانه و رعایت ملاحظات امنیتی و حریم خصوصی اشخاص اشاره کرده و در تبصره ۲ همان ماده، متخلفان را مسئول جبران خسارت و مشمول مجازات ماده ۲۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم دانسته است. قسمت اخیر تبصره، الزام به جبران خسارت در مواردی را استثنا کرده است که وارد شدن آسیب منتسب به متخلف نیست. در این مورد نیز به نظر می‌رسد مسئولیت مأموران مالیاتی مبتنی بر نظریه تقصیر خواهد بود.

در قانون مالیات‌های مستقیم، ماده ۲۴۲ و تبصره آن به نوعی بر اصل خسارت وارده به شهروندان پرداخته است، به طوری که اگر اشتباه در محاسبه موجب دریافت مالیات اضافی گردد، علاوه بر استرداد آن مشمول خسارتی به نرخ یک و نیم درصد در ماه از تاریخ دریافت تا زمان استرداد خواهد بود. فارغ از میزان جریمه متعلقه و شیوه اجرای این ماده و پرداخت آن، چنین متنی در قانون قابل توجه است.

در خصوص ورود ضرر به شهروندان و جبران آن در روند دادرسی مالیاتی، قانون مسئولیت مدنی حاکم است و طبق ماده ۱۱ و پس از اثبات ورود ضرر می‌بایست نسبت به جبران خسارت وارد شده توسط کارمند یا اداره یا هر دو اقدام گردد. تبصره (۳) ماده ۲۵ قانون مالیات بر ارزش افزوده جدید نیز به دو برابر شدن شعب شورای عالی مالیاتی تصریح دارد.

نتیجه‌گیری

در روند دادرسی مالیاتی با وجود اصلاحات سال ۱۴۰۰ و بهبود اندک در این زمینه، اصول و معیارهای اداره خوب آن چنان که مطلوب است، رعایت نشده است و مقامات عمومی گاهی حقوق اساسی و بنیادین افراد را نقض می‌کنند. علت اصلی این امر را می‌توان در حاکمیتی بودن امر مالیات از دید دولت جست؛ زیرا مالیات‌ستانی از مظاهر اعمال حاکمیتی دولت‌هاست. به این معنی که دولت‌ها در این زمینه به طور یک جانبه و بدون توجه به نظر مؤدیان و رعایت منافع آنان تصمیم می‌گیرند و آن را با توسل به ابزارهای اقتدارگرایانه به مؤدیان تحمیل می‌کنند.

در نظام حقوقی ایران، مواردی در قوانین و مقررات وجود دارد که می‌تواند مبین این معنا و به طور کلی، اهتمام واضح آن بر ایجاد یک سیستم اداری مطلوب و متعاقب آن، ایجاد یک سیستم اداری بر مبنای معیارهای حقوقی اداره خوب باشد. ردّ پای از رعایت این اصول در برخی از مصوبات دولتی، مصوبات شورای عالی اداری، قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون دوم و سوم توسعه، سیاست‌های کلی نظام اداری، منشورهای اخلاقی ادارات و برخی آرای صادرشده از دیوان عدالت اداری در راستای اصلاح سیستم اداری کشور به چشم می‌خورد. در این زمینه می‌توان از روح حاکم بر بند ۱۸ دستورالعمل شماره ۲۰/۹۹/۱۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۱/۳۱ سازمان امور مالیاتی نیز الهام گرفت که برای رعایت منافع مؤدیان مالیاتی و اعتماد به اظهارات آنان تصویب شده است.

در برخی از مواد منشور حقوق شهروندی، مصوب ۱۳۹۵ به حق برخورداری شهروندان از حق اداره شایسته بر پایه قانون‌مداری، شفافیت، عدالت، پاسخ‌گویی و الزام تمام مقامات اداری به رعایت آن و جلوگیری از هر گونه منفعت‌جویی، غرض‌ورزی شخصی و خانوادگی و پیش‌داوری توجه شده است. از بین معیارهای مندرج در کدهای اروپایی رفتار خوب اداری و رفتار خوب مالیاتی، اصل قانونی بودن، بیش‌تر از اصول دیگر رعایت می‌گردد، ولی به اصول بی‌طرفی و استقلال، استماع، دسترسی به پرونده و انتظار مشروع چندان توجه نشده است. اصل رعایت مهلت معقول نیز با وجود احکام قانونی صرفاً در بخشی‌هایی از دادرسی مالیاتی اجرا می‌گردد. اجرای اصل ارائه دلایل تصمیم‌های اداری هم چندان مطلوب به نظر نمی‌رسد و به آن توجه نشده است. هم‌چنین اصل تناسب در دادرسی مالیاتی به طور کلی مغفول مانده است. اصل جبران خسارت واردشده به شهروندان هم با توجه به پیش‌بینی در قانون و از طریق نهادهای نظارتی بر اداره، به ویژه دیوان عدالت اداری قابل اجراست.

با وجود نشانه‌هایی از برخی اصول اداره خوب در قوانین و مقررات جاری، وضع یک قانون منسجم و مدوّن حاوی این اصول و معیارها مانند آن‌چه در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و کد اروپایی رفتار خوب اداری و سند اروپایی رفتار خوب مالیاتی وجود دارد، از ضروریات نظام حقوقی فعلی ایران است. این هدف باید با آموزش مقامات اداری، مجریان قانون و به ویژه تشکیل دادگاه‌های ویژه مالیاتی با تصدّی قضات و کارشناسان متخصص در امر مالیات به صورت صحیح به اجرا درآید و زمینه بهبود روابط مردم و دستگاه‌های اجرایی و حاکمیت اعتماد میان آن‌ها را فراهم آورد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۲. عطریان، فرامرز، **حقوق اداری تطبیقی**، اداره خوب؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
۴. کریمی، خدیجه، **عدالت اداری**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۵. موسی‌زاده، ابراهیم، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۸.
۶. هاشمی، سید محمد، **حقوق بشر و آزادی‌های عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۷. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۸. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. بنازاده اردبیلی، امین، ناصر رهبر فرش‌پیرا و علی حاجی‌پور کندرود، «**قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در پرتو اصول و معیارهای اداره خوب**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۸.
۲. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «**سرآغازی بر حقوق بشر اداری**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۵.
۳. رحمانی، زهره، «**مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دواصل قانونی بودن و تناسب**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳.
۴. رستمی، ولی و داوود کاظمی، «**ارزیابی اصول «حق دفاع» و «علنی بودن» دادرسی مالیاتی در نظام**

۴. حقوقی ایران و انگلستان»، فصل نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و نهم، زمستان ۱۳۹۸، شماره ۴.
۵. رستمی، ولی و داوود کاظمی، «مبانی و ابعاد حق دادخواهی مالیاتی در حقوق ایران و انگلستان»، فصل نامه پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره بیستم، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۳.
۶. رستمی، ولی، سید محمدمهدی غمامی و حمیدرضا سلیمی، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، فصل نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱.
۷. رضایی زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، فصل نامه دانش حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۹۱.
۸. ضیایی، رضوان، قدرت الله نوروزی و سید عبادالله جهان بین، «تأملی بر حق مکتسب در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصل نامه حقوق اداری، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۸.
۹. قلی، باقر، علی رضا انتظاری نجف آبادی و سعید شریعتی فرانی، «مبانی مسئولیت مدنی مأموران مالیاتی»، پژوهش نامه مالیات، دوره نود و هفتم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۹.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات های مستقیم.
۲. بخش نامه های سازمان امور مالیاتی کشور.
۳. بخش نامه های وزارت امور اقتصادی دارایی.
۴. دستورالعمل دادرسی مالیاتی مصوب ۱۳۸۷.
۵. قانون برنامه پنج ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹.
۶. قانون پایانه های فروشگاه های و سامانه مؤدیان، مصوب ۱۳۹۸.
۷. قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۳۸۷.
۸. قانون مالیات بر ارزش افزوده، مصوب ۱۴۰۰.
۹. قانون مالیات های مستقیم، مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات و اضافات بعدی.
۱۰. قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹.

د) پایگاه اینترنتی

۱. سایت دیوان عدالت اداری: www.divan-edalat.ir.
۲. سایت روزنامه رسمی کشور: www.rrk.ir.
۳. سایت سازمان امور مالیاتی کشور: www.inta.tax.gov.ir.
۴. سایت قوانین و مقررات کشور: www.rrk.ir.

2. latin source

A) Book

1. Hofmann, C.H., Herwig and Gerard, C. Rowe, and Alexander H. Turk, **Administrative Law and Policy of the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
2. Leach, P., **Taking case to the European Court of Human convention on Human Rights**, 2nd Ed. London: Oxford University, 2005.
3. Stott, David, and Felix, Alexandra, **Principles of Administrative Law**, London: Cavendish Publishing Limited, 1997.
4. Thomas, R., **Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law**, Oxford: Hart Publishing, 2000.

B) Article

1. Livio, G. and Gergeta Modiga and Gabriel Avramescu, **The Right of Access its Own File**", Acta universitatis danubius, No. 6, 2012, 111-116.
2. Papayannis, D., **"Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication"**, Journals open edition, No. 28, 2016, 33-52.
3. Stein, R., **"Rule of Law: what does it mean?"**, The Minnesota Journal of Int'l Law, No. 18, 2009, 293-303.

C) Law

1. European Code of Good Tax Behavior.
2. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, adopted in December 2000 at the Nice Summit.
3. The European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behavior, 2001, office for official publications of the European Communities (L-2985 Luxembourg, 16 pages).

D) Website

1. Aqib Aslam, Mohd, Principles of Natural Justice in the Light of Administrative Law, Legalserviceindia:www.galserviceindia.com. (last visited on 22/02/2020)
2. www.Ec.Europa.eu.

امکان سنجی انتقال و فروش اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها

جلال‌الدین قیاسی^۱

محمدخلیل صالحی^۲

حسین محمدی درح^۳

چکیده

اموال در اختیار دانشگاه‌ها به دو گروه اموال اختصاصی دانشگاه‌ها و اموالی تقسیم می‌شود که صرفاً حق بهره‌برداری آن‌ها به دانشگاه‌ها واگذار شده است. مدیران برخی از دانشگاه‌ها با استناد به این که بر اساس قوانین و مقررات مربوط دانشگاه‌ها از شمول مقررات مالی، اداری و استخدامی کشور مستثنایند و صرفاً مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌ها و آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه نسبت به آن‌ها لازم‌الاجراست، بر اساس مصوبات هیئت امنای دانشگاه‌ها، اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها را که جزء اموال قسم دوم است، به اعضای هیئت علمی، کارکنان دانشگاه و افراد عادی فروخته و منتقل کرده‌اند. بر اساس ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، رأی وحدت دیوان عدالت اداری، رویه اداری و آرای قضایی، صرفاً حق بهره‌برداری از این اراضی به دانشگاه‌ها واگذار شده و مالکیت آن متعلق به دولت است. بنابراین، اقدام مدیران دانشگاه‌ها فراتر از اختیار آن‌ها و برخلاف قانون است و امکان انتقال و فروش این اراضی وجود ندارد.

واژگان کلیدی: واگذاری، اراضی، دانشگاه، اموال عمومی، اموال دولتی.

۱. دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، jalalghiasi2001@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، mohamad.salehy@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول) hmd5987@gmail.com

مقدمه

با توجه به محل واقع شدن دانشگاه‌ها، حسب مورد، وزارت راه و شهرسازی یا جهاد کشاورزی، اراضی ملی و دولتی را بر اساس طرح‌های مصوب به صورت رایگان به دانشگاه‌ها واگذار می‌کنند. در این فرآیند، مالکیت اراضی یادشده متعلق به دولت است و صرفاً حق بهره‌برداری از این اراضی به دانشگاه‌ها واگذار می‌گردد.

بر اساس ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه، بند (ب) ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه، ماده ۱ قانون احکام دائمی و ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دانشگاه‌ها از شمول مقررات مالی، اداری و استخدامی کشور مستثنایند و صرفاً تابع مصوب هیئت‌های امنا و آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها هستند. برخی از دانشگاه‌ها با تصویب هیئت امنای خویش، برخلاف طرح و سایت پلن ارائه‌شده، بخشی از اراضی دانشگاه را تفکیک کرده و به اعضای هیئت علمی، کارکنان دانشگاه و دیگر افراد خارج از دانشگاه فروخته‌اند. افراد یادشده نیز در قالب شرکت تعاونی یا به صورت انفرادی به ساخت‌وساز و ایجاد مناطقی در قالب کوی دانشگاه یا شهرک دست زده‌اند.

تفکیک، واگذاری و در ادامه، ساخت‌وساز در اراضی یادشده صرفاً زیر نظر دانشگاه‌ها صورت گرفته و هیچ‌گونه توجهی به قوانین و مقررات دیگر یا دستگاه‌های مسئول در این حوزه نشده است. برای نمونه، این افراد هیچ‌گونه پروانه ساخت‌وسازی از دستگاه‌های ذی‌ربط (شهرداری و بخشداری) نمی‌گیرند.^۱ اثرات کالبدی ایجاد شهرک توسط نهادهای تخصصی این حوزه بررسی نشده و قوانین مرتبط با تغییر کاربری و ساخت‌وساز مسکونی رعایت نگردیده است.

یکی دیگر از تبعات منفی این اقدام دانشگاه‌ها، تبعیض ناروا میان اعضای هیئت علمی و کارکنان دانشگاه‌ها با کارکنان دیگر اداره‌ها و افراد عادی جامعه است. اعضای هیئت علمی و کارکنان دانشگاه به نسبت افراد عادی جامعه از منابع درآمدی کافی برخوردارند، ولی دانشگاه بدون هیچ‌گونه ضابطه‌ای از جمله سبز بودن فرم (ج) و استفاده نکردن از تسهیلات دولتی، قطعاتی از زمین‌های

۱. صدور پروانه ساخت‌وساز به تعیین کاربری مسکونی برای زمین مورد درخواست بستگی دارد. در مانحن فیه با توجه به این‌که اراضی در اختیار دانشگاه‌ها کاربری مسکونی ندارند، در فرض مراجعه اشخاص برای صدور پروانه، امکان صدور چنین پروانه‌ای از نظر قانون وجود ندارد.

خود را به آن‌ها واگذار کرده است، در حالی که چنین امتیازی برای کارکنان دیگر دستگاه‌ها و مردم عادی وجود ندارد.

در نهایت، با توجه به تعداد بالای دانشگاه‌ها در ایران و اراضی وسیعی که در اختیار آن‌هاست، گسترش این اقدامات دانشگاه‌ها باعث خواهد گردید در کنار وزارت راه و شهرسازی و سازمان ملی زمین و مسکن که دستگاه‌های تخصصی حوزه مسکن هستند، دانشگاه‌ها به ایجاد شهرک‌ها و سکونت‌گاه‌هایی دست بزنند و اشخاصی نیز که این زمین‌ها را به دست می‌آورند، بدون صدور پروانه از سوی شهرداری و دستگاه ذی‌صلاح، به صرف مجوز دانشگاه‌ها به ساخت‌وساز در این اراضی روی آورند.

پیشینه تحقیق نشان می‌دهد اگر چه تحقیقات متعددی به موضوع اموال عمومی و دولتی پرداخته، اما تاکنون تحقیق مستقلی در خصوص فرآیند واگذاری اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌ها و بررسی حدود اختیارات دانشگاه‌ها در مورد این اراضی انجام نگرفته است. از این رو، بررسی فرآیند یادشده و تعیین حدود اختیارات دانشگاه‌ها ضرورت می‌یابد. هدف این تحقیق، بررسی امکان انتقال و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌هاست. سؤال این پژوهش آن است که آیا مدیران دانشگاه‌ها با مصوبه هیئت امنا و آیین‌نامه مالی و معاملاتی، اجازه انتقال و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها را دارند؟

به نظر می‌رسد چون حق بهره‌برداری اراضی یادشده به دانشگاه‌ها واگذار گردیده و مالکیت این اراضی هم‌چنان متعلق به دولت است، مدیران دانشگاه‌ها مجوز انتقال و فروش این اراضی را ندارند. نگارنده در این تحقیق، ابتدا به بیان تعریف مال و اموال عمومی خواهد پرداخت و در ادامه، مباحث مرتبط با واگذاری اراضی به دانشگاه‌ها بیان خواهد شد.

گفتار اول. تعریف مال

«مال»، کلمه عربی است که در معنای فعل لازم و متعددی، مال دار شدن، ثروتمند شدن، مایل شدن به چیزی، راغب و علاقه‌مند شدن آمده است.^۱ اعراب ابتدا کلمه «مال» را در خصوص اراضی به کار می‌بردند و به مرور زمان، کاربرد آن توسعه پیدا کرد. اکنون از نظر حقوقی به چیزی، «مال»

۱. قیّم، عبدالنبی، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: سپهر، چاپ اول، ۱۳۸۱.

می‌گویند که دارای دو شرط اساسی باشد: اول، مفید باشد و نیاز را برآورده سازد؛ خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی. دوم قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد.^۱ عناصر سازنده ماهیت مال به این شرح است:

۱. قابل اختصاص یافتن به شخص (حقیقی یا حقوقی) باشد؛
 ۲. در صورت اختصاص به شخص، قابل نقل و انتقال باشد؛
 ۳. دارای نفع باشد. بنابراین، ده شاهی در زمان حاضر، مال نیست؛
 ۴. نفع عقلایی داشته باشد؛
 ۵. ارزش ذاتی داشته باشد؛ مانند کار و کارگر، تمبر، پست، طلب و منافع.^۲
- اموال یا متعلق به اشخاص حقوق خصوصی است یا متعلق به حاکمیت و عموم مردم. موضوع این پژوهش، اراضی واگذار شده به دانشگاه‌هاست. پس اموال متعلق به اشخاص حقوق خصوصی بررسی نمی‌گردد. اراضی جزء اموال غیر منقول محسوب می‌گردند و به اعتبار ملی یا دولتی بودن، حسب مورد متعلق به حاکمیت و امام هستند یا نظارت و مدیریت آن‌ها بر عهده حاکمیت و امام است.
- اموالی که در اختیار دولت قرار دارد، به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند:
- دسته اول: اموال دولتی که عبارت است از هر نوع مال منقول و غیر منقولی که در تصرف مالکانه دولت باشد.^۳ تصرفات دولت در این گروه از اموال به وسیله قوانین و مقررات مربوط محدود شده، ولی با رعایت شرایطی، حق دولت بر اموال دولتی شبیه حق مالکیت اشخاص بر اموال خصوصی است.
- دسته دوم: اموال عمومی که عبارت است از اموالی که مستقیم و بی‌واسطه مورد استفاده عموم است یا برای حفظ مصالح عمومی استفاده می‌شود.^۴ به عبارت دیگر، دولت صرفاً از جهت ولایتی که بر عموم دارد، می‌تواند آن را اداره کند.

۱. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ چهل و نهم، ۱۳۹۶، صص ۱۶-۱۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸، ص ۳۱۲۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴، ص ۸۲.

۴. کاتوزیان، پیشین، ص ۶۵.

ماده ۲۵ قانون مدنی در خصوص امکان ناپذیری تملک اموال عمومی مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد، از قبیل پل‌ها و کاروان‌سراها و آب‌انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدانگاه‌های عمومی تملک کند و هم‌چنین است قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است». هم‌چنین ماده ۲۶ قانون مدنی در خصوص اموال دولتی که مورد استفاده عمومی است، بیان می‌دارد: «اموال دولتی که معدّ است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاک‌ریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره و سفاین جنگی و هم‌چنین اثاثه و ابنیه و عمارات دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتاب‌خانه‌های عمومی و آثار تاریخ و امثال آن‌ها و بالجمله آن‌چه از اموال منقوله و غیر منقوله که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست و هم‌چنین اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد».

بیش‌تر نویسندگان حقوقی درباره ماهیت حق دولت بر اموال و مشترکات عمومی (دسته دوم) عقیده دارند که حق دولت نوعی مالکیت محدود است که باید در حدود قوانین اعمال شود و از آن به «مالکیت اداری» تعبیر کرده‌اند. طبق این نظر، آن‌چه از اموال عمومی که به خدمت عمومی اختصاص یافته، در زمره اموال عمومی است و دیگر اموال جزء اموال خصوصی دولت است.^۱

با توجه به تقسیم‌بندی‌هایی که بیان شد، دولت در مورد اموال دولتی می‌تواند با رعایت برخی محدودیت‌های قانونی، رفتار مالکانه داشته باشد، اما در خصوص اموال عمومی، اصل بر غیر قابل انتقال بودن این اموال است، مگر آن‌که قانون خاصی، مجوز آن را داده باشد.

با توجه به این توضیحات به نظر می‌رسد اراضی جزء انفال و اموال عمومی محسوب می‌گردند که حاکم جامعه اسلامی در حدود قوانین و مقررات نسبت به آن‌ها اعمال مالکیت می‌کند.

گفتار دوم. انواع اراضی از دیدگاه اسلام^۲

اراضی را می‌توان از دیدگاه اسلام، محل قرارگیری و نوع بهره‌برداری دسته‌بندی کرد. مطابق با دیدگاه

۱. همان، صص ۷۱-۶۸.

۲. حسن‌زاده، بهرام، حقوق تحلیلی اراضی و املاک، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۴.

اسلام و به مصداق آیه شریفه: «والله ملک السموات والارض»، مالکیت همه اموال و مخلوقات متعلق به خداوند متعال است و خداوند سبحان در برخی موارد، این مالکیت را با احکام و شرایطی به بشر تفویض فرموده و در این راستا بیان داشته است: «قُلِ اللَّهُمَّ مَالِکَ الْمُلْکِ تُؤْتِی الْمُلْکَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْکَ مِمَّنْ تَشَاءُ».^۱ بنابراین، کسی نمی‌تواند در ملک مالک حقیقی تصرف کند، مگر با اجازه و به اندازه اجازه و بر وجهی که به او اجازه داده شده است و به استثنای اشیایی که دارای منافع محله نیستند، هیچ چیزی از نظر اسلام بدون مالک یافت نمی‌شود؛ زیرا یا ملک امام است یا ملک عموم یا ملک خصوصی است که به موجب احکام شرع مقدس تحصیل شده است.^۲

زمین در اسلام بر حسب احکام و آثاری که بر آن قرار گرفته، به سه دسته تقسیم می‌شود: زمین انفال، زمین موقوفی و زمین دارای مالک خصوصی.

گفتار سوم. واگذاری اراضی ملی و دولتی

در این گفتار، مبنای فقهی واگذاری اراضی ملی و دولتی و تاریخچه قوانین و مقررات مربوط بررسی خواهد شد.

بند اول. مبنای فقهی واگذاری زمین

مالکیت حقیقی بر عالم از آن خداوند است و آیات متعددی در قرآن کریم بر این امر تأکید دارد و خداوند متعال، اختیار تصرف در این اموال را به پیامبر اکرم (ص) و جانشینان ایشان داده است. ویژگی اساسی که موجب اعطای اختیار تصرف در انفال و واگذاری حق مالکیت این اموال به پیامبر و جانشینانش شده، صرف نظر از تکریم ایشان از سوی خداوند به سبب هبه این اموال به ایشان، اختیار و قدرتی است که در اداره جامعه به عنوان حاکم اسلام داشته‌اند. واگذاری حق مالکیت و اختیار تصرف در انفال بدون این که طرف واگذاری، قدرت اداره جامعه را داشته باشد، بدون فایده است و اعمال این حق و اختیار صرفاً در صورتی ممکن است که طرف واگذاری، قدرت اجتماعی و سیاسی تصرف و اداره این اموال را داشته باشد. این استنباط، از روایت مربوط به حق استفاده

۱. آل عمران: ۲۶.

۲. مرتضوی سید حسن، مالکیت و تحدید آن در اسلام، قم: کتاب‌فروشی مصطفوی، ۱۳۴۴.

شیعیان از اموال عمومی در زمان غیبت نیز استفاده می‌شود و حاکمان جامعه اسلامی باید از این اختیار برخوردار باشند؛ زیرا در غیر این صورت، بخش عمده‌ای از امور جامعه مربوط به انفال و اموال عمومی است که در زمان غیبت بلا تصدی و معطل می‌ماند و این امر موجب اتلاف اموال عمومی و انفال است.^۱

در متون فقهی برای واگذاری زمین یا منافع آن از کلمه «اقطاع» استفاده شده است و به واگذاری زمین یا منافع آن، «اقطاع تملیک» می‌گویند. طریحی در کتاب مجمع البحرین در خصوص کلمه اقطاع بیان داشته است: «الْإِقْطَاعُ: إعطاء الإمام قِطْعَةً مِنَ الْأَرْضِ وَ غَيْرَهَا وَ يَكُونُ تَمْلِيكًا وَ غَيْرَ تَمْلِيكٍ. وَ فِي الْحَدِيثِ خَلَقَ اللَّهُ تَعَالَى آدَمَ وَ أَقْطَعَهُ الدُّنْيَا قِطْعِيَّةً وَ الْقَطَائِعُ اسْمٌ لِمَا لَا يَنْقُلُ مِنَ الْمَالِ كَالْقَرَى وَ الْأَرْضَى وَ الْأَبْرَاجِ وَ الْحَصُونِ».^۲

سابقه اقطاع به زمان پیامبر اکرم (ص) برمی‌گردد و موارد متعددی از اقطاعات ایشان ذکر شده است. اصطلاح اقطاع در کتاب‌های فقهی در سه مورد به کار رفته است:^۳

۱. اقطاع تملیک: اقطاعی است که اگر زمین از اراضی موات باشد، با احیا می‌توان مالک آن شد. از این رو، آن را اقطاع تملیک نامیده‌اند. برای نمونه، اگر اقطاعی از سوی حاکم به شخصی از رعیت خود صورت گیرد، فرد درباره این زمین اقطاعی، حق اولویت پیدا می‌کند و در حکم تحجیر است.
۲. اقطاع ارفاق: زمانی اتفاق می‌افتد که حاکم، بخشی از خیابان، جاده، میدان و مسجد را به شخصی اقطاع کند. عده‌ای از فقیهان (به ویژه فقیهان اهل سنت) باور دارند که حاکم می‌تواند بنا بر مصلحت، هر کاری که بخواهد، انجام دهد. با این حال، نظر شیخ طوسی برخلاف دیگر فقها، عدم جواز اقطاع این قبیل راه‌ها و اماکن به اشخاص است؛ چون اولاً همه مردم به طور مساوی در آن شریکند و ثانیاً دلیلی بر جواز آن وجود ندارد.

۳. اقطاع استغلال: این اقطاع به معنای واگذاری حق بهره‌برداری به مقطع است. این نوع اقطاع معمولاً

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (جلد ۱۶)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۷، صص ۸۹-۸۷.

۲. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین (جلد ۴)، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ص ۳۸۱.

۳. مصباحی مقدم، غلام رضا و دیگران، «امکان سنجی فقهی استفاده از ابزار اقطاع و احیا در فرآیند خصوصی‌سازی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، ۱۳۸۹، ص ۹.

در مواضعی اعطا می‌شود که مورد اقطاع وقف دایم مسلمانان است و اقطاع تملیک آن جایز نیست. با توجه به این توضیحات و مستنبط از منابع فقهی، حاکم جامع اسلامی، امکان واگذاری انفال (اراضی ملی و دولتی) را دارد. هم‌چنین امکان دریافت مبالغی در ازای واگذاری زمین (اقطاع) وجود دارد.

بند دوم. مبانی قانونی واگذاری اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌ها تا سال ۱۳۸۰

اراضی ملی و دولتی بر اساس محل قرارگیری به دو دسته اراضی داخل محدوده و حریم شهرها و اراضی خارج از محدوده و شهرها تقسیم‌بندی می‌شوند و ضوابط مربوط به هر گروه متفاوت از ضوابط دسته دیگر است. بر همین اساس، واگذاری اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌ها بر اساس این دسته‌بندی بررسی خواهد گردید.

الف. اراضی خارج از محدوده و حریم شهرها

پس از ابلاغ قانون ثبت اسناد و املاک در سال ۱۳۱۰، افراد بسیاری برای ثبت اراضی موات، جنگل‌ها و مراتع، نیزارها و چراگاه‌های طبیعی به نام خویش اقدام کردند تا این‌که در سال ۱۳۴۱ این اراضی با تصویب قانون ملی کردن جنگل‌ها متعلق به دولت اعلام گردید و پس از آن، دیگر قابلیت ثبت این اراضی به نام اشخاص وجود نداشت. در ماده ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، واگذاری اراضی به دستگاه‌های دولتی پیش‌بینی شده است و این ماده مقرر می‌دارد: «به وزارت منابع طبیعی اجازه داده می‌شود اراضی جنگلی و مراتع غیر مشجر و بیشه‌های طبیعی را به منظور رفع نیازمندی‌های مربوط به وظایف اصلی وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی با تصویب هیئت وزیران، بلاعوض واگذار نماید. حداکثر اراضی واگذاری طبق این ماده برای هر وزارت‌خانه یا مؤسسه دولتی، بیست هکتار در هر استان خواهد بود. اراضی مورد واگذاری قابل اجاره و انتقال به غیر نمی‌باشد». این موضوع در اصلاحیه بعدی این ماده پیش‌بینی شده است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران و تصویب قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران و اصلاحیه‌های بعدی آن و هم‌چنین تصویب آیین‌نامه اجرایی این قانون، مجدداً واگذاری اراضی ملی و دولتی به دستگاه‌های اجرایی در موادی از این قوانین پیش‌بینی گردید. در این راستا بر اساس ماده ۳۲ آیین‌نامه اجرایی قانون یادشده، اراضی مورد احتیاج وزارت‌خانه‌ها و

سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی بر اساس طرح‌های مصوب، توسط وزارت کشاورزی و عمران روستایی از زمین‌های ملی شده و دولتی واگذار خواهد شد. فرآیند واگذاری هم این گونه است که درخواست اراضی در هیئت‌های مربوط در وزارت کشاورزی سابق، بررسی و در صورت تأیید، اراضی برای مدت سه سال به صورت اجاره به دستگاه‌های اجرایی تحویل داده می‌شد. پس از آن که اجرای طرح به تأیید وزارت کشاورزی می‌رسید، مالکیت قطعی اراضی به نام دولت به نمایندگی دستگاه اجرایی انتقال می‌یافت.

ب. واگذاری اراضی داخل حریم و محدوده شهرها

واگذاری اراضی خالصه محدوده شهرها بر عهده سازمان مسکن و وزارت مسکن و آبادی بود. پس از انقلاب اسلامی، اراضی واقع در محدوده و حریم شهر به حکم ماده ۱۰ قانون زمین شهری، مصوب ۱۳۶۶ در اختیار وزارت راه و شهرسازی قرار دارد و همه زمین‌های متعلق به وزارت‌خانه‌ها و نیروهای مسلح و مؤسسات دولتی و بانک‌ها و سازمان‌های وابسته به دولت و مؤسساتی که شمول حکم مستلزم ذکر نام است و همه بنیادها و نهادهای انقلابی در اختیار وزارت مسکن و شهرسازی قرار می‌گیرد. هم‌چنین ماده ۲۰ آیین‌نامه این قانون مصوب ۱۳۷۱ مجدداً بر این امر تأکید کرده و مقرر داشته است که همه دستگاه‌های یادشده در ماده (۱۰) قانون موظفند زمین‌های خود را در اجرای ماده (۱۰) قانون در اختیار وزارت مسکن و شهرسازی قرار دهند.

واگذاری اراضی ملی و دولتی نیز به دستگاه‌های دولتی مطابق تبصره ۴ ماده ۱۰ این قانون بوده و بر این اساس، وزارت مسکن و شهرسازی مکلف است اراضی حاصل از موضوع این ماده را به ادارات و سازمان‌های یادشده در حد نیاز اداری و تأسیساتی به صورت رایگان واگذار کند.

بند سوم. واگذاری اراضی ملی و دولتی پس از تصویب قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۱

با تصویب ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت در تاریخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۷، روند واگذاری

۱. طیبی توکل، حسن، نظام حقوقی و چارچوب‌های انتقال اموال غیر منقول دولتی، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۱۱۰-۱۰۹.

اراضی برای دستگاه‌های دولتی تغییر یافت و در حال حاضر به موجب تبصره ۱ ماده ۶۹ این قانون انجام می‌گیرد. بر این اساس، اراضی ملی و دولتی و منابع طبیعی که حسب اختیارات قانونی دستگاه‌ها برای واگذاری جهت مصارف عمومی یا اختصاصی اشخاص غیر دولتی در اختیار آن‌هاست و تاکنون واگذار نشده، از جمله اراضی در اختیار وزارت جهاد کشاورزی موضوع مواد (۳۱) و (۳۲) لایحه قانونی اصلاح لایحه قانونی احیا و واگذاری اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۹/۱/۲۱ شورای انقلاب و اراضی موضوع قانون زمین شهری، مصوب ۱۳۶۶/۶/۲ تابع مقررات مربوط است. اگر دستگاه‌های اجرایی، نیروهای مسلح و سازمان‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام یا تابع قوانین و مقررات خاص است، برای نیازهای عمومی و عمرانی یا عوض آن به این اراضی نیاز داشته باشند، در حدی که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، با رعایت مفاد این ماده، به صورت بلاعوض در اختیار آن‌ها قرار خواهد گرفت.

با تصویب این ماده، واگذاری اراضی ملی و منابع طبیعی و دولتی واقع در محدوده شهرها و خارج از حریم شهرها صرفاً با تصویب هیئت وزیران به دستگاه‌های اجرایی برای نیازهای عمومی و عمرانی و انجام می‌گیرد و بعد از تصویب این ماده، واگذاری اراضی به تمام دستگاه‌های اجرایی و دیگر سازمان‌ها در این چارچوب انجام می‌شود. نکته مهم این است که در این واگذاری‌ها، دولت، مالکیت خود را بررسی و در همان زمان، مستندسازی می‌کند و در اسناد مالکیت ضمن درج نام دولت به عنوان مالک، مراتب کسب مجوز هیئت وزیران را برای نقل و انتقال بعدی ضروری می‌داند. با این توضیحات مشخص می‌گردد که اراضی دولتی در کنار اراضی ملی قابل واگذاری به دستگاه‌های اجرایی و دانشگاه‌هاست.

بند چهارم. فرآیند واگذاری اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌ها

بر اساس ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، همه اراضی، املاک و ابنیه‌ای که برای استفاده وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی از جمله مؤسساتی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام یا تصریح نام یا تابع مقررات و قوانین خاص است، به یکی از طرق قانونی تملک شده است یا به نام آن وزارت خانه یا مؤسسه خریداری شده یا می‌شود، متعلق به دولت بوده و در اسناد مالکیت آن‌ها، نام دولت جمهوری اسلامی ایران به عنوان مالک با حق استفاده وزارت خانه یا مؤسسه مربوط درج

می‌گردد. تغییر دستگاه بهره‌بردار این اموال در هر مورد بر عهده هیئت وزیران است و همه اسناد و سوابق مدارک موجود مرتبط با این اموال در اختیار وزارت امور اقتصادی و دارایی (اداره کل اموال دولتی) قرار می‌گیرد. هم‌چنین بر اساس تبصره ۱ ماده ۶۹ این قانون، واگذاری اراضی ملی و دولتی به دستگاه‌های یادشده به صورت بلاعوض و رایگان انجام می‌گیرد.

در خصوص ماهیت حقوقی انتقال اراضی یادشده به دستگاه‌های دولتی و امکان فروش و انتقال این اراضی توسط دستگاه‌های دولتی، تبصره‌های ۲ و ۵ ماده ۶۹ همان قانون مقرر داشته است: «... تبصره ۲ - فروش و واگذاری املاک و اراضی که دولت، حق استفاده از آن‌ها را در اختیار شرکت‌های دولتی قرار داده است، نیز موکول به تصویب هیئت وزیران است مگر آن‌که مورد نیاز دستگاه‌های این ماده باشد که به ترتیب مقرر در آن در اختیار وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی قرار می‌گیرد...».

«تبصره ۵ - واگذاری حق استفاده از اراضی و املاک این قانون به نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی و مؤسسات خیریه و عام‌المنفعه با تصویب هیئت وزیران در جهت تحقق اهداف و احکام برنامه‌های پنج‌ساله و قوانین مربوط امکان‌پذیر خواهد بود. پس از رفع نیاز آن‌ها به تشخیص وزارت خانه مربوط و تصویب هیئت وزیران، ملک یا زمین مورد واگذاری به دولت اعاده خواهد شد...».

با توجه به این توضیحات، انتقال اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌های دولتی به صورت رایگان صورت می‌گیرد و اسناد مالکیت این اراضی به نام دولت جمهوری اسلامی ایران و به نمایندگی دانشگاه مربوط تنظیم می‌گردد. در خصوص دانشگاه‌های غیر دولتی که مؤسسه عمومی غیر دولتی محسوب می‌شوند، بر اساس تبصره (۵) ماده (۶۹) این قانون، انتقال مالکیت اراضی و املاک متعلق به دولت به آن‌ها موضوعیت ندارد و فقط حق استفاده از اراضی و املاک به این دانشگاه در محدوده جغرافیایی معین شده و با تصویب کمیسیون واگذار می‌گردد. واگذاری حق استفاده، مقید به مدت خاص خواهد بود که در صورت لزوم با تأیید کمیسیون قابل تمدید است.

گفتار چهارم. استقلال دانشگاه‌ها و ادعای جواز واگذاری و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها

آموزش عالی، مهم‌ترین نوع از سرمایه‌گذاری در منابع انسانی است که با ارتقای دانش و مهارت‌های

مورد نیاز کارکنان به توسعه اقتصادی کمک می‌کند.^۱ مسئله استقلال از دیرباز از جمله دغدغه‌های استادان و مراجع دانشگاهی بوده است. از نخستین روزهای تشکیل دانشگاه‌ها در قرون وسطی، استقلال یا خودگردانی همواره یکی از اصول اساسی نهادهای آموزشی را تشکیل داده است.^۲ برخی از اندیشمندان، استقلال دانشگاه‌ها در حوزه‌های مالی، پرسنلی، علمی و اداری را ضروری می‌دانند.^۳ در حال حاضر نیز دانشگاه‌ها مایلند از استقلال بیش‌تری بهره ببرند، اما در سراسر جهان هیچ دانشگاه کاملاً مستقلی وجود ندارد و در بیش‌تر موارد، دولت‌ها در امور دانشگاه‌های خود دخالت می‌کنند.^۴ دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهش‌های دولتی تا قبل از انقلاب اسلامی، از نظر اداری، مالی و استخدامی به صورت مستقل و بر اساس مقررات مصوب هیئت‌های امنای خود اداره می‌شدند. پس از انقلاب اسلامی و در اجرای تبصره ۳۶ قانون بودجه سال ۱۳۵۸، استقلال مالی، اداری و استخدامی آن‌ها لغو شد و این قبیل امور تابع مقررات عمومی نظیر قانون محاسبات عمومی، قانون استخدام کشوری و مقررات حاکم بر بودجه سالانه گردید.^۵ از سال ۱۳۵۸ به بعد، دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی از طریق وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و شورای عالی انقلاب فرهنگی، تلاش‌هایی را برای کسب استقلال مالی، اداری و استخدامی به عمل آوردند تا این‌که در سال ۱۳۸۳ بر اساس بند الف ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، دانشگاه‌ها از رعایت برخی قوانین هم‌چون قانون محاسبات عمومی، قانون

1. Woodhall, M., **Changing sources and patterns of finance for higher education: A review of international trends**, Higher education in Europe, 1992, 17(1).

۲. رحمانی میان‌دهی، غلام‌رضا و زهرا نصرآبادی لواسانی، «استقلال دانشگاه در آینده»، پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، ۱۳۸۰، ص ۶۰.

3. Verhoest, K. Peters, G. B. Bouckaert, G. and Verschuere, B., **The study of organisational autonomy: a conceptual review**, *Public administration and development*, 2004, p. 24.

4. Anderson, Don & Johnson, Richard, **University Autonomy in Twenty Countries**, The Australian National University, center for Continuing Education, 1998, p. 7.

۵. باباجانی، جعفر، «استقلال اعطایی به دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی (فرصت یا تهدید)»، فصل‌نامه مطالعات حسابداری، شماره ۸، ۱۳۸۳، صص ۳۰-۲۹.

استخدام کشوری و دیگر قوانین و مقررات عمومی، اداری، مالی و استخدامی، معاف شدند.^۱

در حال حاضر بر اساس ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه، بند (ب) ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه، ماده ۱ قانون احکام دائمی و ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دانشگاه‌ها از شمول مقررات مالی، اداری و استخدامی کشور مستثنایند و صرفاً تابع مصوب هیئت‌های امنا و آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها هستند. برخی از مدیران دانشگاه‌ها با استناد به این که از یک سو، هیئت امنای دانشگاه، اجازه واگذاری و فروش اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها را تصویب کرده و از سوی دیگر، رعایت دیگر قوانین و مقررات کشور برای دانشگاه‌ها الزامی است، انتقال و فروش این اراضی را قانونی قلمداد کرده‌اند. مطابق ادعای این گروه، میان اموال اختصاصی دانشگاه‌ها و آن اراضی که به صورت رایگان در اختیار دانشگاه‌ها قرار گرفته است، هیچ گونه تفاوتی وجود ندارد و با توجه به استقلال دانشگاه‌ها، آن‌ها اجازه تصمیم‌گیری و فروش این اموال را دارند.

برخی از حقوق دانان نیز قائل به این موضوع هستند که وصف دولتی بودن اموال در اختیار دانشگاه‌ها بر رژیم مالکیت خصوصی و عمومی ارجحیت دارد. در نتیجه، نقل و انتقال این اموال نسبت به اموال عمومی از سهولت بیش‌تری برخوردار است.^۲ این گروه معتقدند ضوابط پیش‌بینی شده در ماده ۱۱۴ قانون محاسبات عمومی و ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مخصوص مالکیت عمومی نیست که امانت و نگهداری را به ذهن متبادر می‌سازد، بلکه آن چه در این مواد موج می‌زند، نوعی جسارت، بی‌پروایی و قاطعیت در مالکیت دولتی است. موضوعی که به وصف اطلاق مالکیت به معنای جواز بهره‌مندی از انحاء تصرفات و انتفاعات اختصاص دارد و مالکیت عمومی عاری از آن است.^۳

۱. ذاکر صالحی، غلام‌رضا، «بررسی ابعاد حقوقی و مدیریتی استقلال دانشگاه‌ها در ایران (موضوع ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه) و تدوین راهکارهای اجرایی تحقق آن»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، شماره ۵۳، ۱۳۸۸، ص ۸۱.

۲. طباطبایی حساری، نسرين و سروش صفی‌زاده، «عمومی، خصوصی یا دولتی بودن اموال غیر منقول دانشگاه‌های دولتی در بوته رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۹، ۱۴۰۱، ص ۳۶۹.

۳. همان، ص ۳۶۶.

گفتار پنجم. جایز نبودن انتقال و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها

انتقال و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها، ممنوعیت‌های قانونی و ایرادهای فنی متعددی دارد که در ادامه به مهم‌ترین این موارد می‌پردازیم.

بند اول. مغایرت اقدام دانشگاه‌ها با قواعد مرتبط با ساخت‌وساز در اراضی فاقد کاربری مسکونی

با توجه به محل قرارگیری اراضی، وزارت راه و شهرسازی یا جهاد کشاورزی، اراضی ملی و دولتی را بر اساس طرح‌های مصوب به صورت رایگان به دانشگاه‌ها واگذار می‌کند تا در راستای گسترش فعالیت‌های علمی، دانشکده‌ها و آزمایشگاه‌ها استفاده کنند. با توجه به مباحث پیش‌گفته، مالکیت این اراضی به دولت جمهوری اسلامی ایران تعلق دارد و صرفاً نمایندگی دولت از سوی دستگاه‌های متولی به وزارت علوم و دانشگاه مربوط واگذار می‌گردد. در برداشتی متفاوت با این مطالب، برخی از مدیران دانشگاه‌ها به تفکیک و فروش این اراضی دست زده‌اند و به شرحی که در بند سابق آمد، به استقلال مالی، اداری و استخدامی دانشگاه استناد می‌کنند.

توجه به این‌که کاربری اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها مسکونی نیست، واگذاری و فروش اراضی دانشگاه به اعضای هیئت علمی و کارکنان دانشگاه برای احداث ساختمان مسکونی، مغایر با قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی، مصوب ۱۳۸۱/۰۵/۰۶ است. مطابق ادعاهای دانشگاه‌ها و هم‌چنین استنادهای قانونی بیان‌شده از جانب آن‌ها، دانشگاه صرفاً از قوانین و مقررات عمومی اداری و مالی و استخدامی مستثنایند. پس قواعد مربوط به کاربری و ساخت‌وساز در هیچ یک از این موارد قرار ندارد و تعیین و تغییر کاربری اراضی و صدور مجوز ساختمان در هیچ شرایطی در صلاحیت هیئت امنای دانشگاه‌ها و وزارت علوم نیست، بلکه بر اساس ماده ۸ آیین‌نامه شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان، تعیین کاربری و تعیین و تأیید فنی و شهرسازی طرح‌های واقع‌شده در حریم و خارج از حریم شهرها، در اختیار کارگروه زیربنایی و شهرسازی شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان^۱ است. اگر این

۱. حسین‌جانی‌زاده، نعیمه و مهدی‌قائدی، «شناسایی موانع پیشروی سرمایه‌گذاری با تأکید بر واگذاری اراضی دولتی»، فصل‌نامه راهبرد توسعه، سال پانزدهم، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، ص ۱۸۰.

کار باعث تغییر اساسی در طرح جامع شهر گردد، بر اساس ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران می‌بایست به تأیید شورای عالی شهرسازی و معماری نیز برسد.^۱

بند دوم. مغایرت اقدام دانشگاه با ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات دولت

مدیران دانشگاه‌ها بر این باورند که بر اساس ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و دیگر قوانین و مقررات مربوط از شمول قانون محاسبات عمومی، قانون استخدام کشوری و دیگر قوانین و مقررات عمومی اداری، مالی و استخدامی مستثنایند و از هر جهت تابع آیین‌نامه‌ها و مصوبات هیئت‌های امنا هستند. از این رو، اقدام دانشگاه‌ها با توجه به این ماده بر اساس آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌هاست و هیچ‌گونه تخلفی در این زمینه صورت نمی‌گیرد. در پاسخ به این استدلال باید گفت اموال دانشگاه‌ها به دو گروه اموال اختصاصی دانشگاه‌ها و اموالی که صرفاً حق بهره‌برداری آن‌ها به دانشگاه واگذار شده، قابل تقسیم است^۲ و قوانین و مقررات یادشده، ناظر بر اموال قسم اول است. رأی شماره ۷۴۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۴۰۱/۰۵/۱۱ به صراحت در خصوص این موضوع بیان داشته است: «... ثالثاً دسته‌ای از اموال دانشگاه‌ها متعلق به دولت است و صرفاً بهره‌برداری از آن در اختیار دانشگاه قرار دارد و فروش این اموال با رعایت تشریفات قانونی امکان‌پذیر است و دسته دیگر از اموال دانشگاه مشغول ماده (۵۷) آیین‌نامه مالی و معاملاتی (اموال متعلق به دانشگاه و در تملک آن) بوده و در فروش آن‌ها، ضوابط مقرر در بند (ب) ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران دایر بر اختیار هیئت‌های امنا در تصویب امور مالی، معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی بدون متابعت از قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی مجری است...». در نهایت، دیوان عدالت اداری مفاد ماده (۶۰) آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه زابل را که در تاریخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۷ به تصویب هیئت امنای دانشگاه رسیده بود، با این استدلال که شامل هر دو دسته از اموال یادشده می‌شود، در حدّی که متضمن فروش اموال متعلق به دولت بدون کسب مجوز از هیئت وزیران است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار دانست و به ابطال آن حکم کرد.

۱. معصومی، مسعود، «ضرورت بازنگری در اهداف، ساختار و وظایف شورای عالی شهرسازی و معماری ایران»، پژوهش‌های نوین علوم جغرافیایی، معماری و شهرسازی، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، صص ۲۵۹-۲۵۸.

۲. برای مطالعه بیش‌تر نک: معصومی، مسعود و بیژن عباسی، «جایگاه اموال دولتی در نظام حقوق ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.

در متن ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت قید شده که مقررات این ماده صرفاً در خصوص تملک دارایی‌های سرمایه‌ای و اختصاصی دانشگاه‌ها حاکم است. به عبارت دیگر، این اراضی از دارایی‌ها و اموال اختصاصی دانشگاه نیست، بلکه تحت مالکیت دولت است و با حفظ مالکیت دولت جمهوری اسلامی ایران صرفاً حق بهره‌برداری از آن‌ها در اختیار دانشگاه‌ها قرار گرفته است. پس از شمول این ماده خارجند. واگذاری رایگان و بلاعوض اراضی ملی و دولتی به دانشگاه‌ها به معنی انتقال مالکیت این راضی نیست، بلکه صرفاً حق بهره‌برداری اراضی به دستگاه‌های دولتی و اگذار شده است. در نتیجه، فروش و انتقال این اراضی تابع آیین‌نامه معاملاتی دانشگاه‌ها نیست و باید بر اساس شرایط و ضوابط مقرر در قوانین و مقررات مربوط انجام گیرد.

بند سوم. مغایرت انتقال و فروش اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها با قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع

علاوه بر استدلال‌های مطرح شده در بند سابق، قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۶۴ و الحاقات ۱۳۹۶ مجلس شورای اسلامی به صراحت بیان داشته است که «واگذاری اراضی به مؤسسات آموزش عالی و دانشگاه‌ها با تأیید وزارت علوم و آموزش عالی به عمل خواهد آمد. اراضی واگذاری و مورد اجازه قابل تفکیک و واگذاری عین یا منفعت به غیر نبوده و در صورت انحلال و تبدیل مؤسسه آموزشی به وزارت کشاورزی و منابع طبیعی برگشت داده خواهد شد». با توجه به این که نسبت این ماده به دیگر قوانینی که دانشگاه‌ها را از شمول قوانین مالی، اداری و استخدامی کشور مستثنی کرده‌اند، رابطه عام و خاص است و در تفسیر قوانین، قانون عام لاحق، قانون خاص سابق را نسخ ضمنی نمی‌کند،^۱ ماده ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع در این مورد لازم‌الاجراست و دانشگاه‌ها حق واگذاری عین یا منفعت اراضی واگذار شده به این دانشگاه‌ها را ندارند و اقدام آن‌ها بر خلاف مقرر یاد شده است.

بند چهارم. مغایرت اقدام دانشگاه با رویه‌های اداری

مدیرکل اموال دولتی وزارت امور اقتصادی و دارایی در مکاتبه شماره ۴۳۷۷/۵۱ مورخ ۱۳۸۹/۳/۱۹

۱. بهره‌مند، حمید، رسول احمدزاده و سینا رستمی، «واکاوای نهادهای ارفاقی در جرایم مواد مخدر»، مجله علمی - ترویجی کارآگاه، شماره ۳۹، ۱۳۹۶، ص ۵۳.

خطاب به دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی تهران در خصوص فروش اراضی و املاک این دانشگاه چنین بیان داشته است: «با توجه به خروج دانشگاه‌ها از شمول مقررات مرتبط با اموال دولتی (موضوع ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی) و لزوم کسب مصوبه هیئت امنای جهت فروش اموال غیر منقول در اختیار و هم‌چنین خروج موضوعی اموال غیر منقول دانشگاه‌ها از شمول مفاد ماده ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی کشور، خواهشمند است دستور فرمایید با توجه به درج عبارت «هرگونه تغییر بهره‌برداری و واگذاری بعدی منوط به تصویب در هیئت وزیران خواهد بود»، در متن اسناد مالکیت، مراتب قبلاً به هیئت محترم دولت منعکس گردد و ضمناً با عنایت به لازم‌الاجرا بودن ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰، اصول اسناد مالکیت آن دانشگاه می‌بایستی جهت نگه‌داری در خزانه اسناد مالکیت اموال غیر منقول در اختیار آن دانشگاه به این اداره کل ارسال گردد»^۱.

این مکاتبه نشان می‌دهد که در گذشته، وزارت امور اقتصادی و دارایی به برخی از دانشگاه‌ها از جمله دانشگاه شهید بهشتی تهران، مفاد ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت را در خصوص اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها اعلان کرده است. بنابراین، اقدام برخی از دانشگاه‌ها در فروش و انتقال اراضی واگذارشده به این دانشگاه‌ها بر خلاف رویه مرسوم اداری است.

بند پنجم. آرای قضایی صادرشده در خصوص ممنوعیت واگذاری و فروش اراضی واگذارشده به دانشگاه‌ها

دانشگاه دولتی تفرش، بخشی از اراضی واگذارشده به این دانشگاه را قطعه‌بندی کرده و با عنوان «کوی اساتید» به بسیاری از اعضای هیئت علمی، کارکنان و حتی افرادی خارج از دانشگاه واگذار کرده بود. اداره کل منابع طبیعی و آبخیزداری استان مرکزی به عنوان دستگاه واگذارکننده این اراضی، دعوایی به طرفیت دانشگاه تفرش اقامه کرد. مدیران دانشگاه تفرش در لوایح ارائه‌شده به مرجع قضایی بیان داشته‌اند که اقدام آن‌ها بر اساس تصمیم هیئت امنای دانشگاه بوده و دانشگاه‌ها از شمول قوانین جاری کشوری مستثنایند. در نهایت، شعبه اول دادگاه عمومی شهرستان تفرش در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۸۶۳۰۳۰۱۲۹۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۰۹ بیان داشت: «استدلال

۱. احمدی، سجاد، مستندسازی اموال غیر منقول، خوزستان: سازمان امور اقتصاد و دارایی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۹.

و دفاع حقوقی خوانندگان و وکیل بعضی از آنان مبنی بر واگذاری زمین‌ها بر اساس تصمیم هیئت امنای دانشگاه مزبور صحیح نیست؛ چه این که اولاً هیئت امناء اساساً حق تغییر کاربری و واگذاری اراضی ملی و دولتی را ندارد... ضوابط و مقررات مربوطه از جمله قانون منع فروش واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی، تصریح به ممنوعیت واگذاری اراضی فاقد کاربری امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی دارد و قانون زمین شهری نیز ضوابطی برای تفکیک و واگذاری زمین به دیگران تعریف نموده است (خصوصاً کمیسیون امور زیربنایی موافقت نماید)...». در نهایت نیز به استناد به ماده ۳۷ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور و دیگر قوانین و مقررات مربوطه، به ابطال اسناد صادر شده به نام اشخاصی حکم داد که اراضی دانشگاه به آن‌ها واگذار شده بود.

شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر دادگستری استان مرکزی نیز در دادنامه شماره ۱۴۰۲۶۳۹۰۰۰۳۲۷۶۷۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۱۰/۱۳، رأی صادر شده از دادگاه بدوی را تأیید کرد و عنوان داشت: «... تبصره ماده ۳۷ مشاراًلیه و نقل و انتقال این گونه اراضی که از اموال عمومی واگذار شده را ممنوع اعلام نموده که این ممنوعیت و نهی قانون‌گذار موجب فساد اقدامات و نقل و انتقالات بعدی بوده... مالکیت دستگاه‌های عمومی و دولتی و میزان و نحوه تصرفات ایشان در اموال عمومی و دولتی، محدود به رعایت مقررات قانونی است و دستگاه‌های دولتی و عمومی فعال مایشاء نسبت به مایملک خود که در چهارچوب ضوابط و جهت بهره‌برداری اهداف آن مؤسسات به ایشان سپرده، نیستند و قاعده تسلیط در این گونه اموال تخصیص خورده و هر گونه دخل و تصرف به ویژه اگر منتهی به انتقال مالکیت باشد، می‌بایست با تجویز قانون صورت پذیرد که مع الاسف این مهم در مانحن فیه مرعی نگردیده...».

با عنایت به رویه دستگاه قضایی در پرونده تفرش فروش و انتقال اراضی واگذار شده به دانشگاه تفرش و استدلال‌های مطرح شده توسط مراجع محترم بدوی و تجدیدنظر، واگذاری و فروش اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها بر خلاف قوانین و مقررات مربوط است و قابلیت پی‌گیری حقوقی برای ابطال معاملات انجام گرفته در خصوص این اراضی در مرجع قضایی وجود دارد.

نتیجه‌گیری

بر اساس ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه، بند (ب) ماده ۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه، ماده ۱ قانون احکام دائمی و ماده ۱۰۳ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، دانشگاه‌ها از شمول مقررات مالی، اداری و استخدامی کشور مستثنایند و صرفاً تابع مصوب هیئت‌های امنا و آیین نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها هستند. قوانین مربوط به تغییر کاربری و ساخت‌وساز در اراضی فاقد کاربری مسکونی، جزء مقررات مالی اداری و استخدامی نیستند. بنابراین، دانشگاه‌ها در این زمینه هم‌چنان تابع مقررات عمومی کشورند. هم‌چنین استقلال مالی دانشگاه‌ها تنها در اموال اختصاصی دانشگاه‌ها جاری است و در خصوص اموالی که صرفاً حق بهره‌برداری آن‌ها به دانشگاه‌ها واگذار شده است، دانشگاه‌ها ملزم به رعایت قوانین جاری کشورند. فروش و انتقال اراضی واگذار شده به دانشگاه‌ها به اعضای هیئت علمی، کارکنان دانشگاه و افراد عادی بر اساس ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، رأی وحدت دیوان عدالت اداری، رویه اداری و آرای قضایی، خارج از صلاحیت دانشگاه‌ها و بر خلاف قوانین و مقررات مربوط است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. احمدی، سجاد، مستندسازی اموال غیر منقول، خوزستان: سازمان امور اقتصاد و دارایی، ۱۳۸۹.
۲. قیّم، عبدالنبی، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: سپهر، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۳. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ چهل و نهم، ۱۳۹۶.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۷۴.
۶. حسن‌زاده، بهرام، حقوق تحلیلی اراضی و املاک، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۷. مرتضوی سید حسن، مالکیت و تحدید آن در اسلام، قم: کتاب فروشی مصطفوی، ۱۳۴۴.
۸. بشیری، عباس و عبدالرحمان رسولی آستانی، حقوق کاربردی املاک و اراضی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
۹. طیبی توکل، حسن، نظام حقوقی و چارچوب‌های انتقال اموال غیر منقول دولتی، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. رحمانی میان‌دهی، غلام‌رضا و زهرا نصرآبادی لواسانی، «استقلال دانشگاه در آینده»، پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، ۱۳۸۰.
۲. باباجانی، جعفر، «استقلال اعطایی به دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی (فرصت یا تهدید)»، فصل‌نامه مطالعات حسابداری، شماره ۸، ۱۳۸۳.
۳. ذاکر صالحی، غلام‌رضا، «بررسی ابعاد حقوقی و مدیریتی استقلال دانشگاه‌ها در ایران (موضوع ماده ۴۹ قانون برنامه چهارم توسعه) و تدوین راهکارهای اجرایی تحقق آن»، فصل‌نامه پژوهش و برنامه‌ریزی در آموزش عالی، شماره ۵۳، ۱۳۸۸.
۴. طباطبایی حصار، نسرين و سروش صفی‌زاده، «عمومی، خصوصی یا دولتی بودن اموال غیر منقول

- دانشگاه‌های دولتی در بوته رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۹، ۱۴۰۱.
۵. حسین جانی‌زاده، نعیمه و مهدی قائدی، «شناسایی موانع پیشروی سرمایه‌گذاری با تأکید بر واگذاری اراضی دولتی»، فصل‌نامه راهبرد توسعه، سال پانزدهم، شماره ۶۰، ۱۳۹۸.
۶. معصومی، مسعود، «ضرورت بازنگری در اهداف، ساختار و وظایف شورای عالی شهرسازی و معماری ایران»، پژوهش‌های نوین علوم جغرافیایی، معماری و شهرسازی، شماره ۲۰، ۱۳۹۸.
۷. معصومی، مسعود و بیژن عباسی، «جایگاه اموال دولتی در نظام حقوق ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
۸. بهره‌مند، حمید، رسول احمدزاده و سینا رستمی، «واکاوای نهادهای ارفاقی در جرایم مواد مخدر»، مجله علمی - ترویجی کارآگاه، شماره ۳۹، ۱۳۹۶.
۹. رحمانی، محمد، «انفال از نگاه فقه شیعی و سنی»، مجله طلوع، سال چهارم، شماره ۱۳ و ۱۴، ۱۳۸۴.
۱۰. مصباحی مقدم، غلام‌رضا و دیگران، «امکان‌سنجی فقهی استفاده از ابزار اقطاع و احیا در فرآیند خصوصی‌سازی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، شماره ۳۷، ۱۳۸۹.
۱۱. عباسی، روح‌الله، «بررسی ناکارآمدی سیاست جنایی ایران در صیانت از اراضی ملی»، اولین همایش بین‌المللی مخاطرات طبیعی و بحران‌های زیست‌محیطی ایران، راهکارها و چالش‌ها، ۱۳۹۵.

ج) قانون

۱. قانون اساسی.
۲. قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت.
۳. قانون برنامه پنجم توسعه.
۴. قانون احکام دائمی برنامه‌ای توسعه کشور.
۵. قانون محاسبات عمومی کشور.
۶. قانون مدنی.
۷. قانون ثبت اسناد و املاک.

۸. قانون ملی کردن.

۹. قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع.

۱۰. قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران.

۱۱. قانون منع فروش واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی.

۱۲. قانون زمین شهری.

۲. عربی

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام (جلد ۱۶)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۲. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین (جلد ۴)، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۷.

3. latin source

1. Anderson, Don & Johnson, Richard, **University Autonomy in Twenty Countries**, The Australian National University, center for Continuing Education, 1998.
2. Verhoest, K. Peters, G. B. Bouckaert, G. and Verschuere, B., **The study of organisational autonomy: a conceptual review**, Public administration and development, 2004.
3. Woodhall, M., **Changing sources and patterns of finance for higher education: A review of international trends**, Higher education in Europe, 1992.

بررسی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و عراق

علی فقیه حبیبی^۱

وجیهه محسنی^۲

هاشم محمد سرخان^۳

چکیده

یکی از نهادهای اصلی قوه مجریه در کشورهایی که قانون اساسی مدوّن در آن‌ها حاکم است، نهاد استانداری است. در کشور ایران، استانداری زیر نظر وزارت کشور و تحت تدبیرها و فرمان‌های ریاست جمهوری فعالیت می‌کند. در عراق، نظام شورایی این کشور، نقش مهمی در تعیین استاندار و وضع قوانین و مقررات اداره استان بر عهده دارد. نقش تأثیرگذار این نظام شورایی بر نهاد مهم قوه مجریه، روند اداری متفاوتی نسبت به حقوق ایران شکل داده و نظام فدرالی کشور عراق بر اساس قانون اساسی این کشور، اختیارات اداری گسترده‌ای به استانداران داده است.

هدف این پژوهش، بررسی تطبیقی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق است. پرسش اصلی پژوهش آن است که آیا ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق تفاوت دارد؟ با استفاده از منابع کتاب‌خانه‌ای و به روش توصیفی و تحلیلی ضمن پاسخ به این پرسش مشخص شد که با توجه به وضعیت حکومت، ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق متفاوت است.

واژگان کلیدی: صلاحیت اداری، استانداران، حقوق ایران، حقوق عراق.

۱. گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران، (نویسنده مسئول) a.faghihabibi@gmail.com

۲. گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، تهران، ایران، mosane447@gmail.com

۳. حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران، tbkh457@yahoo.com

مقدمه

قانون اساسی، عالی‌ترین قانون ملی ایران و عراق است. همه مقاماتی که قوانین یا مقررات را در حوزه‌های مختلف وضع می‌کنند، صلاحیت خود را به نوعی منبعث از این قانون می‌دانند. این قانون، میثاق ملی و فصل‌الخطاب حقوق موضوعه ایران و عراق است. قوه مجریه به موجب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال عراق به عنوان یکی از ارکان حاکمیت قانون، وظیفه اجرای قوانین و مقررات را بر عهده دارد. در ایران، یکی از نهادهای کلیدی این قوه، نهاد استانداری است. در خصوص حدود اختیارات و صلاحیت اعمال اداری استانداران و کارکنان دولتی در حقوق ایران، گفتمان جامعی مطرح نشده است. هرچه هست، در میان قوانین و مقررات پراکنده نهفته است و در حقوق عراق، قوه مجریه نیز به عنوان بازوی اجرای سیاست‌ها، خط‌مشی‌ها و برنامه‌های کشور، همواره در کانون توجه عموم مردم، نهادها و مؤسسات قرار دارد. پس برای شناخت جایگاه حقوقی استاندار و کارکنان اداری در نظام اداری ایران و عراق باید به مرجع این نهاد یعنی قوه مجریه رجوع کرد.

مطابق قانون شماره ۲۱ مصوب سال ۲۰۰۸، جایگاه استاندار در حقوق اداری عراق، زیر نظر مقام نخست وزیری این کشور و بر اساس اصل سلسله‌مراتب اداری تعریف می‌شود. این اصل بیانگر شکل رابطه‌ای است که بین مقامات مافوق و مأموران مادون در نظام اداری استانداری وجود دارد. به طور خلاصه، این اصل بیان می‌کند هر مأموری که از نظر سازمانی زیر نظر مأمور دیگری فعالیت کند، ملزم است از دستورهای وی پیروی کند. در ایران، استانداران مطابق قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۳۹ در حوزه مأموریت خود، نماینده عالی دولت و مسئول اجرای سیاست عمومی دولتند. از این رو، قانون‌گذار در ایران، روش‌های مختلفی برای نظارت بر تصویب و اجرای آیین‌نامه‌های اداری استانداران پیش‌بینی کرده است. به طور کلی، نظارت بر آیین‌نامه اداری به دو شکل متصور است:

الف) نظارت پارلمانی: تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مشترک وزارت‌خانه‌ها نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد و تشخیص این امر به شرح مندرج در اصل ۹۶ قانون اساسی با شورای نگهبان آمده است. ضمناً به منظور بررسی و اعلام مغایرت نداشتن آیین‌نامه‌ها با قوانین عادی باید آن‌ها را ضمن ابلاغ برای

اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی رساند. در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی، مصوبات، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات یادشده در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر با متن و روح قوانین تشخیص دهد، نظروى برای دولت معتبر و لازم‌الاتباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این‌گونه موارد، صلاحیت رسیدگی ندارد.^۱ اگر هیئت وزیران پس از اعلام ایراد به هیئت وزیران، ظرف مدت مقرر نسبت به اصلاح یا لغو آن اقدام نکند، پس از پایان مدت یادشده، حسب مورد، تمام یا قسمتی از مصوبه مورد ایراد ملغی‌الاثربود.

ب) نظارت قضایی: قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی و شکایات اداری، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری تشکیل داده که عهده‌دار نظارت بر مطابقت آیین‌نامه‌ها و تصمیمات و اقدامات اداری قوه مجریه با قوانین کشور است. دیوان عدالت اداری مکلف است اگر شکایت را وارد تشخیص داد، آن را ابطال کند. علاوه بر این، مطابق مقررات قانونی، قضات دادگستری مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها خلاف قانون و شرع خودداری ورزند.

در عراق، وظایف و اختیارات استاندار در این سیستم اداری بر اساس یک سری قواعد و مقررات از سوی حقوق اداری و سلسله‌مراتب اداری تعیین می‌شود. از سوی دیگر، با وجود سلسله‌مراتب اداری و ارتباط مستقیم عملکرد سازمان‌های دولتی با مردم و الزام رعایت حقوق و آزادی‌های شهروندی، امکان سوء استفاده و بروز فساد و تعرض به حقوق شهروندان متصور است. پس برای جلوگیری از این امر، فرآیندی به نام نظارت و کنترل سلسله‌مراتبی به وجود آمده است. مهم‌ترین هدف نظارت سلسله‌مراتبی در اداره‌ها و سازمان‌های دولتی، کنترل کیفیت انجام امور محوله و همچنین جلوگیری از بروز فساد اداری و تضعیف حقوق ارباب رجوع است. علاوه بر آن، مهم‌ترین مرجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های استانداران در عراق، شوراهای استان و ولایتی هستند. در این کشور، شورای استان، بالاترین مرجع تقنینی و نظارتی در محدوده اداری استاندار است و حق دارد قوانین محلی را در محدوده استانداری وضع کند تا بتواند امور خود را مطابق با اصل عدم تمرکز اداری به صورتی اداره کند که با قانون اساسی و قوانین فدرال در تضاد نباشد. شورای ولایتی و شوراهای محلی تحت نظارت مجلس نمایندگان هستند.

۱. نک: تبصره ۸ قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی.

سؤال مهم در این زمینه آن است ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق چگونه است؟ ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق چه تفاوت‌هایی با هم دارند؟ به عنوان فرضیه به نظر می‌رسد که ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران با توجه به شکل حقوقی دولت غیر متمرکز ایران و دولت فدرال عراق تعیین می‌شود و با توجه به وضعیت حکومت، ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق متفاوت است. با وجود اهمیت این مسئله تاکنون پژوهش مستقلی به بررسی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در حقوق ایران و عراق با مطالعه تطبیقی نپرداخته است. از میان پژوهش‌هایی که به بررسی وظایف استانداران و فرمانداران در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران پرداخته‌اند، به پایان‌نامه کارشناسی ارشد هادی شوشتری (۱۳۸۷) در دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران می‌توان اشاره کرد.

در این پژوهش تلاش می‌شود در قالب چارچوب نظری پژوهش یادشده و با فراتر رفتن از مطالب مختصر آن پژوهش، ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در ایران و عراق بررسی شود و تفاوت‌ها و شباهت‌های آن بیان گردد. با توجه به نوع پژوهش کنونی و هدفی که دارد، روش تحقیق توصیفی و تحلیلی به کار گرفته شده است. مقاله حاضر در چهار گفتار سازمان یافته است. نویسنده در گفتار نخست به بررسی پیشینه ساختار استانداران در ایران و عراق پرداخته است. در گفتار دوم، ساختار و جایگاه استانداران در ایران و عراق تبیین می‌گردد. در گفتار سوم به بیان محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق پرداخته و در گفتار چهارم، مراجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق بیان شده است.

گفتار اول. پیشینه ساختار استانداری در ایران و عراق

استانداری در حقوق ایران بر اساس قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۳۹ تأسیس شد. در کشور عراق نیز استانداری به موجب قانون شماره ۲۱ مصوب ۱۹ مارس ۲۰۰۸ تعریف و تبیین شده است.

بند اول. پیشینه ساختار استانداری در ایران

از نظر تاریخی، کشور ایران عموماً به صورت متمرکز اداره می‌شده است. بر همین اساس، دولت

مرکزی برای اداره کشور، آن را به مناطق یا واحدهای متعددی تقسیم می‌کرد و برای اداره هر منطقه، مأمور خویش را از مرکز به آن جا می‌فرستاد. در زمان هخامنشیان، کشور به ساتراپی تقسیم می‌شد که شبیه ایالت یا استان عصر حاضر بود. مأموری را که از طرف شاه برای اداره امور ساتراپی تعیین می‌شد، ساتراپ می‌نامیدند. با ورود و حاکمیت اسلام به ایران نیز تقسیماتی مانند ولایت یا ایالت مرسوم گردید که حاکم یا امرایی برای ولایت از طرف حاکم (که عموماً خلیفه نامیده می‌شد) تعیین می‌شد. با ضعیف شدن دولت اسلامی، کشورهای مستقلی از درون امپراتوری اسلامی سر برآوردند. در ایران نیز چیرگی دولت مرکزی بر سراسر کشور، یکی از ویژگی‌های حکومت‌های پدیدآمده پس از فروپاشی دولت اسلامی است. هر چند این نفوذ گاهی با حوادثی مانند حمله چنگیز خان قطع می‌شد، اما از دوره صفویه به بعد، نفوذ دولت مرکزی بر سراسر کشور توسعه یافت. البته در این دوران همیشه سربچی و طغیان علیه دولت مرکزی وجود داشته است. با وقوع نهضت مشروطیت و شروع سامان‌دهی اداره کشور با وضع قانون، اصل سوم متمم قانون اساسی مشروطیت مقرر کرد که حدود مملکت ایران و ایالات و ولایات و بلوکات آن تغییرپذیر نیست، مگر به موجب قانون. بر همین اساس، نخستین قانون ناظر بر تقسیمات کشوری با عنوان قانون تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام در ۱۳۲۵ هـ.ق تصویب شد. بر اساس این قانون، ایران به غیر از پایتخت به چهار ایالت یعنی آذربایجان، خراسان، فارس، کرمان و بلوچستان تقسیم گردید. هر ایالت هم به چند ولایت و هر ولایت به چند بلوک و هر بلوک به چند قصبه تقسیم شد.^۱

دومین قانون ناظر بر تقسیمات کشوری، قانون تقسیمات کشوری و وظایف فرمانداران و بخشداران، مصوب آذر ۱۳۱۶ بود که برای اولین بار برای مناطق تقسیم‌شده کشور، عناوینی مانند استان، شهرستان و بخش در نظر گرفته شد. بر همین اساس، کشور به ۱۰ استان و ۴۰ شهرستان تقسیم گردید و برای مسئولان این مناطق، عناوین استاندار و فرماندار وضع شد. در نهایت، تا قبل از استقرار نظام جمهوری اسلامی، تعداد استان‌های کشور به ۲۴ استان رسیده بود. سومین قانون در این مورد، قانون تعاریف و ضوابط تقسیمات کشوری، مصوب تیر ۱۳۶۲ است^۲ که در حال حاضر در ایران اجرا می‌شود. قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۳۹ و مصوبه تعیین

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ شانزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۷۸.

۲. همان.

وظایف و اختیارات استانداران و فرمانداران و نحوه عزل و نصب آنان، مصوب شورای عالی اداری در هشتادمین جلسه مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۸، اصلی‌ترین قوانین و مقرراتی محسوب می‌شوند که در آن‌ها درباره مقام استاندار و سازمان استانداری تعیین تکلیف شده است. در ماده ۱ و ۲ قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۳۹، وظایف و اختیارات مربوط تشریح گردیده است که در ماده ۱ آن، استانداران در حوزه مأموریت خود، نماینده عالی دولت و مسئول اجرای سیاست عمومی دولتند و بر همه ادارات دولتی حوزه مأموریت خود، سوای محاکم قضایی، ریاست عالی و حق نظارت در امور را خواهند داشت. در ماده ۲ نیز همه وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی و بنگاه‌های وابسته به دولت مکلفند هنگام تهیه برنامه‌های اجرایی مخصوص برای هر استان، نظر استاندار محل را در نظر بگیرند و برنامه‌های مصوب را به اطلاع استاندار محل برسانند.

مصوبه تعیین وظایف و اختیارات استانداران و فرمانداران و نحوه عزل و نصب آنان، در هشتادمین جلسه مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۸ شورای عالی اداری بنا به پیشنهاد سازمان امور اداری و استخدامی کشور و وزارت کشور در اجرای مفاد تبصره ۳۱ قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به منظور متناسب کردن اختیارات استانداران و فرمانداران با مسئولیت‌های محوله در استان و تعیین نحوه ارتباط آن‌ها با مقامات مرکزی و نحوه نظارت بر عملکرد مدیران محلی و چگونگی عزل و نصب آنان و همچنین تعیین وظایف استانداران و فرمانداران و نحوه عزل و نصب آن‌ها و چگونگی ارتباط آن‌ها با مسئولان دستگاه‌های اجرایی تصویب شد. در این مصوبه، تعریف کامل‌تری از مقام استاندار و سازمان استانداری آمده است. بر اساس ماده ۱ و دو تبصره آن، «استانداران در قلمرو مأموریت خویش به عنوان نماینده عالی دولت، مسئولیت اجرای سیاست‌های عمومی کشور در ارتباط با وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از بودجه عمومی دولت استفاده می‌نمایند، نهادهای انقلاب اسلامی، نیروهای انتظامی، شوراهای اسلامی شهر و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیر دولتی را عهده‌دار خواهند بود». در تبصره ۱ ماده یادشده، نیروهای نظامی در چارچوب وظایفی که در زمینه امنیت مناطق دارند، تحت نظارت استانداران عمل خواهند کرد. در تبصره ۲ آن مقرر شده است که «استاندار به عنوان نماینده عالی دولت در برابر رئیس‌جمهور و هیئت وزیران، مسئول است و به عنوان نماینده وزارت کشور، مسئولیت اجرای وظایف و اختیارات آن وزارت در استان را عهده‌دار خواهد بود و در مقابل وزیر کشور

پاسخ‌گوست.» همان طور که ملاحظه می‌شود، تعریف مقنن از مفهوم قانونی استانداردار دچار تغییر شده و قانون‌گذار به سمت گسترش ابعاد مسئولیتی و حقوقی این مقام گام نهاده است.^۱

بند دوم. پیشنهاد ساختار استانداری در عراق

اولین قانونی که در عراق به تعریف «استانداری» دست زد، قانون استانی شماره ۱۵۹ در سال ۱۹۴۸ بود. پس از آن، قانون استانداری کشور عراق، مصوب ۲۰۰۸، مهم‌ترین قانون اداره استان‌های فدرال در این کشور است. در ماده ۲ قانون استانداری در فصلی به نام شوراها و مراحل تشکیل آن‌ها چنین مقرر شده است:

«۱. شورای استان، بالاترین مرجع تقنینی و نظارتی در محدوده اداری استانداری است و حق دارد قوانین محلی را در محدوده استانداری وضع کند تا بتواند امور خود را مطابق با اصل عدم تمرکز اداری به نحوی اداره کند که با قانون اساسی و قوانین فدرال در تضاد نیست.

۲. شورای ولایتی و شوراها محلی تحت نظارت مجلس نمایندگان است.»^۲

«هم‌چنین، مطابق ماده ۵۳ قانون استانداری عراق، مصوب سال ۲۰۰۸، قوانینی که در آن‌ها در خصوص استانداری تعیین تکلیف شده، نام برده شده و همه این قوانین با تصویب قانون شماره ۲۱ یادشده لغو گردیده است. در ماده ۵۳ آمده است: پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، موارد زیر لغو می‌شود:

۱. قانون استانی شماره (۱۵۹) سال (۱۹۴۸) و اصلاحات آن

۲. قانون شوراها محلی مردمی شماره (۲۵) سال ۱۹۷۴ و اصلاحات آن

۳. آن‌چه در قانون اداره شهرداری‌ها شماره (۱۶۵) مصوب ۱۹۴۳ در خصوص تشکیلات و اختیارات شوراها محلی شهرداری آمده است.

۴. فرمان مرجع موقت ائتلاف شماره (۷۱) مورخ ۶ آوریل ۲۰۰۴ و اصلاحات آن.»

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۱، صص ۸۶-۸۴.

۲. ابوزید، محمد عبدالمجید، مبادئ فی الانظمة السياسية المعاصرة (دراسة المقارنة)، قاهره: دار النهضة العربية، ۱۹۹۶، عدد ۴۲.

بنابراین، قوانین قبلی دیگر در این کشور محل اجرا نیست و قانون فعلی یعنی قانون شماره ۲۱ مصوب سال ۲۰۰۸، همه وظایف و اختیارات و حدود فعالیت‌های استاندار و شوراهای مرتبط با استانداری را تعیین تکلیف کرده است.^۱

گفتار دوم. ساختار و جایگاه استانداری در ایران و عراق

مطابق قانون، استانداری در حقوق ایران زیر نظر سازمان وزارت کشور و ریاست جمهوری مشغول به فعالیت است. در حقوق عراق، استانداری زیر نظر شورای استانی و ولایتی و سازمان نخست وزیر فعالیت می‌کند.

بند اول. نصب و عزل استاندار در ایران

در حقوق ایران، هر استان تحت اداره یک مأمور بلندپایه کشوری به نام استاندار قرار دارد. استاندار از طرف وزیر کشور به هیئت دولت پیشنهاد می‌شود و پس از تأیید انتصاب او در هیئت دولت، حکم استانداری با امضای رئیس جمهور و وزیر کشور صادر می‌گردد. استانداری، مقام سیاسی است و به همین دلیل، قانون‌گذار اجازه داده است که وزارت کشور بتواند در صورت لزوم، اشخاصی را که دارای خدمت رسمی و سابقه خدمت دولتی هم نیستند، به مقام استانداری منصوب کند.^۲ چون استانداران، مقام سیاسی هستند، دولت می‌تواند هر موقع که سیاستش ایجاب کند، آن‌ها را از کار برکنار کند و این امر تابع اصول و تشریفات استخدام کشوری نیست. مقررات حاکم در زمینه عزل و نصب استانداران مبتنی بر چپش حقوقی فردی در انتخاب و عزل است و جنبه عمومی ندارد و به تصمیم شخصی مقامات عالی‌رتبه دولت، وزارت کشور و رئیس جمهور بستگی دارد. ضرورت بازبینی در نحوه نصب و عزل استانداران در ایران بر این تفکر استوار است که «دستیابی به دولتی پاسخگو و مسئولیت‌پذیر مستلزم به‌کارگیری سازوکارهای مدیریتی و اداری از جمله اعتماد و پذیرش صلاحیت‌ها، واگذاری اختیارات متناسب و سرانجام حمایت گسترده در عمل است تا بدین ترتیب،

۱. البدیری، اسماعیل و محمد هدام العامری، التنظيم القانوني للاختصاص الرقابي لرؤساء الوحدات الإدارية في القانون العراقي (دراسة المقارنة)، جامعه بابل: کلیه القانون، العدد الثاني، ۲۰۲۲، عدد ۳۰.

۲. لایحه اصلاح تبصره ماده ۶ و ۷ قانون تقسیمات کشوری و وظایف استانداران، مصوب ۱۳۵۸/۴/۲۰.

دولت (قوه مجریه) با توان مندی و استقلال بتواند به وظایف و تکالیف خویش عمل نماید».^۱

عزل استاندار در ایران به پیشنهاد وزیر کشور، تأیید رئیس جمهور و حکم وزیر کشور صورت می‌گیرد. اختلاف فرآیند انتصاب استاندار با عزل استاندار عبارت است از این که هیئت دولت، مرجع تصویب در انتصاب استاندار است، اما هیئت دولت در فرآیند عزل استاندار، مرجع تصویب نیست. پیشنهاد عزل استاندار باید به تأیید رئیس جمهور برسد و پس از تأیید رئیس جمهور با صدور حکم از سوی وزیر کشور، استاندار عزل می‌شود.^۲

بند دوم. نصب و عزل استاندار در عراق

در حقوق عراق، عزل و نصب استانداران با تصمیم شورای استانی و ولایتی و زیر نظر نخست وزیر عراق و بر اساس قانون شماره ۲۱ مصوب ۲۰۰۸ صورت می‌گیرد. در واقع، اعضای شورای استان با رأی اکثریت مطلق از میان خود، یکی را به عنوان استاندار بر می‌گزینند. انتشار تصمیم اداری در خصوص عزل استاندار در عراق به دو صورت است: اعلان و ابلاغ. تصمیم اداری که جنبه عمومی و عینی دارند، مانند آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری، معمولاً از طریق اعلان و تصمیم‌هایی که جنبه انفرادی دارند؛ یعنی مربوط به شخص یا اشخاص معینی هستند، مانند احکام اداری از طریق ابلاغ به اطلاع افراد ذی‌نفع می‌رسند. البته باید متذکر شد که اعلان تصمیم‌های عمومی و اداری در تمام موارد، تابع قواعد و تشریفات یکسان و متحدالشکل نیست. انتشار قوانین، تشریفات خاصی دارد و باید در روزنامه رسمی درج شود، ولی درج تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های اداری در روزنامه رسمی الزام قانونی ندارد و دولت می‌تواند از طریق رسانه‌های ملی عراق، سخن‌گوی دولت و درج در جراید و حتی در مواردی با الصاق در معابر، آن‌ها را منتشر کند.^۳ تصمیم اداری مربوط به نصب یا عزل استانداران تا زمانی که ابلاغ یا اعلان نشده‌اند، برای افراد لازم‌الاتباع نیستند، ولی اگر قبل از ابلاغ موجود شده‌اند، دارای آثار حقوقی محدودی هستند که آثار حقوقی آن عبارت از:

۱. کاظمی، سید علی اصغر و ابراهیم گلشن، «جایگاه دولت (قوه مجریه) در نظام جمهوری اسلامی ایران»، نشریه آینده‌پژوهی مدیریت، شماره ۲، ۱۳۸۰، ص ۶۷.

۲. مواد ۳ و ۴ مصوب شورای عالی اداری، ۱۳۷۷/۷/۲۸.

۳. سعد عمران، علی، القضا الاداریه العراقی و المقارن، بغداد: مکتب السنهوی، ۲۰۱۱، عدد ۲۵.

۱. اداره استانداری می‌تواند قبل از این‌که منتظر ابلاغ و اعلان تصمیم خود باشد، آن‌ها را در حدی که به حقوق افراد لطمه نزند، اجرا کند.

۲. در مقام رسیدگی به صلاحیت مقام تصمیم‌گیر که آیا دارای صلاحیت بوده است یا نه، باید زمان صدور آن تصمیم، مورد توجه باشد، نه زمان ابلاغ و اعلان.

۳. تصمیم اداری به محض این‌که گرفته شد، برای خود اداره استانداری الزام‌آور است، هرچند به اطلاع افراد ذی‌نفع نرسیده باشد؛ زیرا از لحاظ منطقی، هیچ‌کس نمی‌تواند از اعمال خود اظهار بی‌اطلاعی کند.

۴. معمولاً تصمیم اداری استانداری در قالب احکام و اسناد کتبی، تنظیم می‌شود و به امضای مقام صلاحیت‌دار می‌رسد. این اسناد و احکام، اعتبار اسناد رسمی را دارند؛ یعنی «در مقابل آن‌ها، انکار و تردید مسموع نیست و فقط می‌توان نسبت به آن‌ها ادعای جعل کرد یا ثابت کرد که این اسناد یا احکام به جهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده‌اند».^۱

برکناری و عزل استانداران در عراق توسط شورای استان صورت می‌گیرد و اگر استانداران مورد سؤال اعضای شورای استان واقع شوند و نتوانند پاسخ‌گو باشند، با رأی اکثریت دو سوم اعضای شورا برکنار می‌شوند. درخواست برکناری یا طرح سؤال توسط اعضای شورای استان می‌تواند به دو دلیل باشد:

۱. وقتی که یکی از شرایط لازم برای نمایندگی در شورای استان را از دست بدهند.

۲. یکی از موارد دزدی یا استفاده ناروا از قدرت و بی‌اعتنایی عمدی در انجام وظایف علیه آنان ثابت شود، برکنار می‌شوند و استاندار می‌تواند علیه شورای استان ظرف ۱۵ روز در دادگاه اداری به حکم عزل و برکناری خود اعتراض کند.^۲

۱. نفس المصدر، عدد ۲۳.

۲. عبود، امیر عبدالله احمد، اختصاصات مجلس المحافظات غير المنتظمه في اقليم و الرقابة عليها، بغداد: مكتب القانون المقارن، ۲۰۱۴، عدد ۱۲۸.

گفتار سوم. محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق

حدود و محدودیت‌های اختیارات و صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق به منع قانونی آن‌ها در تصویب مقررات خلاف قوانین و نیز وضع آیین‌نامه و بخش‌نامه خارج از اختیارات قانونی آن‌ها اطلاق می‌شود که به بررسی این موضوع در حقوق ایران و عراق می‌پردازیم.

بند اول. محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران

موضوع وضع مقرر خلاف قانون توسط استانداران در حقوق ایران، به طور کلی، خلاف اصل حاکمیت قانون و تفکیک قواست که بر اساس آن، دولت از مسئولیت قانون‌گذاری مبرا شده است. مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمیتواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری میتواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیونهای داخلی خود تفویض کند. در این صورت، این قوانین در مدتی که مجلس تعیین مینماید، به صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود. هم‌چنین مجلس شورای اسلامی میتواند تصویب دایمی اساس‌نامه سازمان‌ها، شرکتها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیونهای ذیربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت، مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نود و ششم با شورای نگهبان است. علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آن‌ها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص قوانین آزمایشی و تفویض اختیار قانون‌گذاری و نظارت مجلس بر مصوبات دولت است. «به این ترتیب، پرسش این است که معیارهای تفویض اختیار قانون‌گذاری و صلاحیت‌های پیش‌بینی شده در اصل بر چه اساس می‌باشد و حدود قانون‌گذاری و اجرا چیست و نظارت بر آن به چه نحو می‌باشد»^۱.

۱. نجفی، مهدی، «بررسی تحلیل انتقادی اصل ۸۵ قانون اساسی»، فصل‌نامه قانون‌یار، شماره ۸، ۱۳۹۷، ص ۱۸۵.

مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی می‌تواند در موارد ضروری، صلاحیت وضع قوانین آزمایشی را به کمیسیون‌های خویش تفویض کند. از این رو، وجود ضرورت از جمله شرایط امکان قانون‌گذاری تفویضی است. به این ترتیب، پرسش این است که رویکرد مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در خصوص مفهوم ضرورت و لوازم آن از جمله نهاد تشخیص‌دهنده ضرورت چیست؟ عده‌ای عقیده دارند: «از نظر مجلس، مفهوم ضرورت، موضوع اصل ۸۵ قانون اساسی محدود به ضرورت تفویض تصویب قانون است و ضرورت وقتی حاصل می‌شود که این نهاد به هر دلیل، تفویض تصویب قانون برای پیشبرد بهتر امور را مفید بداند. بنابراین، آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، این نهاد را مرجعی می‌داند که باید دلایل و ضرورت تفویض اختیار قانون‌گذاری را تشخیص دهد. اما شورای نگهبان در چند سال اخیر با نظرهایی که صادر کرده است، تأیید احراز ضرورت به وسیله مجلس شورای اسلامی را توسط شورا لازم می‌داند. شورای نگهبان، ضرورت را با توجه به نظم حقوقی کشور و در واقع، در قالب ضرورت وضع قانون بررسی می‌کند»^۱.

هم‌چنین گفته شده است که «نظارت تقنینی ذیل اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی به رئیس مجلس شورای اسلامی واگذار شده است. مصوبه هیئت وزیران هم‌زمان با ابلاغ به دستگاه‌ها باید به اطلاع رئیس مجلس برسد. آن‌چه حایز اهمیت است، دامنه اختیار رئیس مجلس و سازوکار این نوع نظارت بر مصوبات مذکور است. سؤال اصلی در این زمینه این است که در صورت ایراد اشکال از جانب رئیس مجلس بر مصوبه و عدم اصلاح آن توسط هیئت وزیران، پس از گذشت مهلت مقرر قانونی، آیا مصوبه مورد ایراد ملغی‌الاثرب خواهد شد؟»^۲

در این خصوص، آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، محدوده اقدامات قانون‌گذاری هیئت وزیران را تا حدودی تبیین کرده است. مطابق ماده ۳۰ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت و تبصره آن، مصوب ۱۳۶۸/۹/۸، اگر مصوبات هیئت وزیران و کمیسیون‌های موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی صرفاً حق یا تکلیف برای وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت ایجاد کند، ولو

۱. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه و سجاد فولادوند، «مفهوم ضرورت در اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۵، ص ۲۳.

۲. پروین، خیرالله و آرین پتفت، «حدود نظارت تقنینی بر مصوبات هیئت وزیران با تأکید بر اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۶۳.

آن‌که در روزنامه رسمی منتشر نشده باشد یا منتشر نشود، هم‌چنین مصوبات طبقه‌بندی شده (محرمانه، خیلی محرمانه، سری و به کلی سری) از تاریخ ابلاغ به وزارت خانه یا سازمان دولتی که مصوبه به عنوان و خطاب به آن صادر شده است، لازم‌الاجراست. مطابق تبصره، مصوباتی که علاوه بر دستگاه‌های اجرایی و کارکنان آن برای دیگر مردم، حق و تکلیف ایجاد کند، 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.

با عنایت به این موارد، صلاحیت‌های استانداران از آن خارج نیست و چون مطابق قانون راجع به وظایف و اختیارات استانداران، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۳۹ و مصوبه تعیین وظایف و اختیارات استانداران و فرمانداران و نحوه عزل و نصب آنان، مصوب شورای عالی اداری در هشتادمین جلسه مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۸، استانداران، عالی‌ترین مقام اداری استان هستند، تنها در محدوده قانونی، موظف به صدور دستورالعمل‌ها و بخش‌نامه‌های اداری هستند. پس موظف به تنظیم و ارائه پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح به هیئت دولت یا مجلس شورای اسلامی نیستند.

استانداران علاوه بر این‌که نماینده عالی دولت در مناطق هستند، نماینده وزارت کشور در استان حوزه مأموریت خودند و مسئولیت اجرای وظایف و اختیارات وزارت کشور را به عهده دارند. مأموریت‌هایی که در پی می‌آید، وظایف بنیادین وزارت کشور، استانداران و فرمانداران است و با اندکی تسامح می‌توان آن را راهنمای کلی استانداران و فرمانداران نامید. بنابراین، وظایف و صلاحیت‌های استانداران عبارتند از:

۱. تأمین و حفظ امنیت داخلی و استقرار نظم و آرامش در کشور با هماهنگی شورای امنیت کشور و ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های اطلاعاتی و انتظامی

از دیرباز، یکی از مهم‌ترین دلایل عقلی تأسیس حکومت تأمین امنیت برای شهروندان توسط نهاد دولت می‌باشد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به عنوان سند حقوقی برتر در تعیین وظایف حاکمیت، تأمین امنیت عمومی و فراگیر را در اصول بند ۱۱ اصل سوم و هم‌چنین اصل یک‌صد و هفتاد و ششم به عهده دولت محول کرده است. با توجه به ساختار اداری تقسیمات کشوری، در سطوح استانی استانداران به نمایندگی از حاکمیت، به این وظیفه تأمین امنیت خواهند پرداخت.

علاوه بر قانون اساسی که در اصول یادشده به شکل کلی مقوله امنیت را مطرح کرده است، قانون‌گذار عادی به تفصیل در خصوص وظایف امنیتی استانداران، مطالبی را مقرر داشته است. قانون‌گذار به صراحت در قانون راجع به تعیین وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور، استانداران را مسئول امنیت در استان معرفی کرده و افزوده است که شورای تأمین استان صرفاً به منظور مشورت در امور امنیتی تشکیل می‌گردد و حق تصمیم‌گیری با استاندار است.

بنابراین، همان‌گونه که بیان گردید، استانداران به عنوان نمایندگان دولت مرکزی در مناطق به نمایندگی از دولت مرکزی مسئولیت برقراری نظم و امنیت عمومی را در حوزه مأموریت خود بر عهده دارند. مطابق ماده ۴ قانون راجع به وظایف و تشکیلات شورای امنیت کشور مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ مجلس شورای اسلامی، مسئولیت امنیت در استان بر دوش استاندار است و هدایت و تشکیل مرتب جلسات شورای تأمین استان و نظارت بر حسن اجرای مصوبات آن از دیگر وظایف اوست.

۲. تلاش در جهت تحقق برنامه‌های توسعه سیاسی و اجتماعی و ارتقای مشارکت و حضور مؤثر مردم در فعالیت‌های سیاسی و اجتماعی

یکی از وظایف اساسی استانداران، نمایندگی عالی دولت و اجرای سیاست‌های عمومی دولت در حوزه قلمرو مسئولیت خویش است. استانداران در مقام ایفای نمایندگی عالی دولت و اجرای سیاست‌های عمومی همانند وزیران دارای دو شأن سیاسی و اداری هستند. استانداران در اجرای نمایندگی عالی دولت و اجرای سیاست‌های عمومی دولت در چارچوب وظایف «سیاسی» و «وظایف اداری» به اجرای مأموریت محوله می‌پردازند و در وظایف سیاسی استانداران باید به مسئولیت آن‌ها در برابر رئیس‌جمهور و هیئت وزیران، ارتباط با مقامات عالی‌رتبه، نماینده ویژه رئیس‌جمهور، ایجاد ارتباط با دیگر کشورها و تشریفات اشاره کرد. از حدود صلاحیت‌ها و وظایف اداری استاندار می‌توان عزل و نصب مدیران استان، هیئت‌های حل اختلاف بازرسی، نظارت و ارزش‌یابی از مدیران استان، صدور دستورالعمل و حضور در شورای اداری استان را نام برد.

۳. هدایت و راهبری و پشتیبانی شوراهای اسلامی و نظارت بر فعالیت آن‌ها

استانداران در چارچوب اصول هفتم و یک‌صد و هفتم قانون اساسی مضاف بر این‌که مأموریت قانونی اجرای انتخابات شوراهای اسلامی کشور را به عهده دارند، به نمایندگی از حکومت

مرکزی، مأموریت قانونی نظارت بر فرآیند کارکرد شوراهای اسلامی کشور را نیز دارند.

۴. زمینه‌سازی برای فعالیت مطلوب احزاب و تشکل‌های سیاسی و نظارت بر فعالیت آن‌ها

یکی از وظایف اساسی وزارت کشور، زمینه‌سازی برای فعالیت احزاب و تشکل‌ها و نظارت بر فعالیت آن‌هاست. مخاطب اصلی قانون فعالیت احزاب و جمعیت‌ها نیز وزیر کشور است. به وظایف استانداران اشاره‌ای نشده است، اما در مواردی، وظایفی را به استانداران احاله کرده است. دقت در ماهیت وظایف ارجاعی به استانداران نشان می‌دهد وظایف ارجاعی، ماهوی و اصلاتی نیست، بلکه نیابتی است. استانداران در خصوص فعالیت احزاب به نیابت از وزیر کشور آن هم با هدف تسهیل و تسریع در روند امور ایفای وظیفه خواهند کرد. اختیارات مندرج در آیین‌نامه اجرایی، وکالتی است، نه اصلاتی و هم‌چنین از وظایف دیگر استانداران در خصوص سازمان‌های غیر دولتی^۱ می‌توان به دو وظیفه عمده اشاره کرد:

الف) صدور پروانه فعالیت برای متقاضیان تأسیس سازمان‌های غیر دولتی

ب) نظارت بر فرآیند کارکرد سازمان‌های غیر دولتی^۲

۵. برنامه‌ریزی و اجرای انتخابات

۶. انجام اقدامات لازم برای پیش‌گیری و مقابله با حوادث غیر مترقبه و بلایای طبیعی و ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های مسئول امور امدادی و بازسازی در این موارد

یکی از وظایف اساسی استانداران، مدیریت بحران و حوادث غیر مترقبه ناشی از بلایای طبیعی است که ریاست ستاد حوادث و سوانح غیر مترقبه استان بر عهده استاندار است.

۷. هدایت و پشتیبانی فنی - اجرایی شهرداری‌ها و دهیاری‌ها و نظارت بر اجرای قوانین و مقررات مربوط به آن‌ها

۸. سازمان‌دهی و استقرار واحدهای خدمات انتظامی و انجام امور مربوط به صدور گذرنامه

۱. مبانی قانونی تأسیس سازمان‌های غیر دولتی: موضوع ماده ۱۸۲ قانون برنامه سوم.

۲. مقیمی، محمد، اداره امور حکومت‌های محلی، تهران: دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۶۵.

۹. سامان‌دهی امور مرزها و مراقبت در تردد اتباع ایرانی و بیگانه از مرزها

۱۰. برنامه‌ریزی و هدایت اقدامات مربوط به کنترل قاچاق کالا، اسلحه و مواد مخدر در کشور
۱۱. انجام امور مربوط به اقامت، تردد و اشتغال اتباع بیگانه در کشور و ثبت و نگاه‌داری اطلاعات آن‌ها
۱۲. ایجاد نظام مطلوب تقسیمات کشوری و بررسی و ارائه پیشنهاد‌های لازم برای تغییر و اصلاح تقسیمات کشوری

۱۳. ثبت و نگاه‌داری امور سجلی و هویت آحاد جامعه (ایرانیان)^۱

به جز این موارد، مستندات قانونی به لزوم ارتباط بین استانداران با نمایندگان مجلس شورای اسلامی اشاره نکرده است، اما بر اساس اصول متعددی از قانون اساسی، نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران، سیستم پارلمانی است. معنی و مفهوم این گزاره آن است مقامات عالی قوه مجریه یعنی رئیس‌جمهور و وزیران - از جمله وزیر کشور - در قبال پارلمان و نمایندگان مجلس شورای اسلامی مسئولیت سیاسی دارند و در خصوص کارکرد خود و زیرمجموعه سازمانی خویش باید به نمایندگان مجلس شورای اسلامی پاسخ‌گو باشند. پس فرآیند ارتباط بین وزارت کشور، استانداران و فرمانداران با نمایندگان مجلس شورای اسلامی از جایگاه برتری برخوردار است. در این میان، یکی از وظایف اساسی استانداران، ایجاد ارتباط و تعامل با نمایندگان استان حوزه مأموریت خود در مجلس شورای اسلامی است. در ساختار سازمانی وزارت کشور، حوزه معاونت حقوقی و امور مجلس، مسئولیت قانونی تنظیم مناسبات و ارتباطات دوسویه استانداران با مجلس شورای اسلامی و تنظیم ارتباطات نمایندگان مجلس شورای اسلامی با استانداران را بر عهده دارد.^۲

هم‌چنین یکی از وظایف و کارکردهای دولت، برنامه‌ریزی برای توسعه و عمران کشور است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه، وظایفی را برای دولت جمهوری اسلامی ایران مشخص کرده است. استانداران به عنوان نمایندگان عالی دولت در مناطق مأموریت خود، اجرای این وظایف را به نمایندگی از دولت به عهده دارند. هم‌چنین قانون‌گذار در قوانین عادی با هدف اجرایی

۱. شوشتری، هادی، «بررسی وظایف استانداران و فرمانداران در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، صص ۳۴-۳۳.

۲. همان، ص ۱۱۰.

و عملیاتی کردن این مسئولیت‌ها، نهادی قانونی به نام «شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان» به ریاست استانداران تأسیس کرده است. استانداران با استفاده از ابزار قانونی این نهاد، وظایف عمرانی خود را در سطح استان انجام می‌دهند.^۱

بند دوم. محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌های اداری استانداران در عراق

صلاحیت‌های استانداران در حقوق عراق بر اساس اصل حاکمیت قانون تشریح شده است و مربوط به امور امنیتی، شورایی، بیگانگان و فرمانداران و بخشداران و کارکنان اداری می‌شود. اگرچه بر اساس ماده ۲۴ قانون استانداری عراق، استاندار، بالاترین مقام اجرایی در استانداری است و از نظر حقوقی و شغلی دارای رتبه معاونت وزیر است، ولی با توجه به نقش شوراها در نهاد استانداری کشور عراق، صلاحیت اختیاری اداری استانداران محدود شده است. از سوی دیگر، با توجه به نظام فدرالی عراق، نقش قوه مجریه و نهاد استانداری این کشور در تأمین امنیت استان‌های هجده‌گانه عراق انکارناپذیر است که در قانون استانداری مصوب سال ۲۰۰۸ نیز بر این امر تأکید شده است. مطابق بخش دهم از ماده ۳۱ قانون استانداری مصوب ۲۰۰۸، استانداران دارای اختیار مستقیم در مورد دستگاه‌های امنیتی محلی و همه مراجعی هستند که وظیفه حفاظت و حفظ امنیت و نظم را بر عهده دارند (به استثنای نیروهای مسلح). استانداران می‌توانند در صورتی که دستگاه‌های امنیتی استانداری در برقراری نظم و امنیت به وظایف خود عمل نکنند، بلافاصله موضوع را با ذکر میزان نیروی کافی برای انجام آن وظایف به شورای وزیران ارائه کنند.^۲ هم‌چنین در خصوص محدودیت‌های صلاحیت‌های استانداران می‌توان به محدودیت صلاحیت‌های ویژه آنان در خصوص انتخابات کشور عراق اشاره کرد.^۳ استانداران می‌توانند پس از صدور رأی انحلال شورای استان یا انقضای مهلت تجدیدنظر قانونی، به برگزاری انتخابات جدید دعوت کنند. مدت فعالیت شورای استان برای مدت چهار سال است، ولی قانون‌گذار، مدت زمانی را که استاندار متعهد به برگزاری انتخابات جدید است، مشخص نکرده است. این چالش نیز باید در قانون اساسی اصلاح شود.^۴ علاوه بر موارد یادشده، نقش شورای

۱.

۲.

۳. شیخا، ابراهیم عبدالعزیز، النظم السیاسیة و القانون الدستوری، بغداد: منشأة المعارف بالاسکندریه، ۲۰۱۲، عدد ۴۱۷.

۴. البدیری و العامری، نفس المصدر، عدد ۸.

وزیران مطابق ماده ۷۸ قانون اساسی عراق، در محدودیت‌ها و تعیین صلاحیت‌های استانداران از اهمیت بسزایی برخوردار است. از این جهت، دیگر اختیارات شورای وزیران عبارت است از:

۱. برنامه‌ریزی و اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های کلی دولت و نظارت بر عملکرد وزارت خانه‌ها و دستگاه‌های غیر مرتبط با وزارت؛

۲. ارائه لوایح قانونی؛

۳. صدور دستورها و تصمیم‌گیری با هدف اجرای قوانین؛

۴. آماده کردن پیش‌نویس بودجه عمومی، تراز نهایی و برنامه‌های توسعه؛

۵. توصیه به مجلس نمایندگان به منظور موافقت با تعیین کفیل وزارت خانه‌ها، سفیران، صاحبان درجه‌های ویژه، رئیس ستاد ارتش و معاونان او، مناصب فرماندهی لشکر و مافوق آن، رئیس دستگاه اطلاعات ملی و رؤسای دستگاه‌های امنیتی؛

۶. گفت‌وگو درباره معاهدات و توافق نامه‌های بین‌المللی و امضای آن‌ها یا رسیدگی به امور محوله.^۱

هم‌چنین بر اساس ماده ۸۳ قانون اساسی عراق، شورای وزیران برای سامان‌دهی به روند فعالیت‌هایش، نظام‌نامه داخلی تدوین می‌کند. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، نقش هیئت وزیران یا همان شورای وزیران در جمهوری فدرال عراق در زمینه قانون‌گذاری بسیار پررنگ است، به طوری که با توجه به نظام پارلمانی این کشور، مسئولیت قانون‌گذاری دولت و نهاد نخست‌وزیری و شورای وزیران در موارد زیادی حتی بالاتر از پارلمان عراق تعریف شده است که این موضوع خلاف اصل تفکیک قوا در این کشور است. اندیشمندان حقوق عمومی در توجیه فلسفه تفکیک قوا، آن را تضمینی برای امنیت و جلوگیری از استبداد می‌دانند. هدف از نهادینه شدن اصل تفکیک قوا در حقوق اساسی بیش‌تر کشورها به ویژه عراق، کنترل قدرت سیاسی مطرح شده و مدلی برای روش حکومتی یک حکومت است.

بر اساس تفکیک قوا، حکومت عراق به شاخه‌های مختلفی تقسیم می‌شود که هر یک دارای محدوده مجزا و مستقلی از اختیارات و مسئولیت‌هایند، به گونه‌ای که اختیارات هر بخش در

۱. جبر الحافظ، عبدالعظیم، اشکالیه النظام السياسي البرلمانی فی دستور جمهوری العراق، جامعه النهرین: کلیه العلوم السياسي، ۲۰۱۵، عدد ۱۳۲.

تعارض اختیارات بخش‌های دیگر نباشد. هر شاخه قادر است در قدرت اعمالی توسط شاخه‌های دیگر محدودیت‌هایی ایجاد کند که این محدودیت‌ها را اصطلاحاً «نظارت و توازن یا تعادل قوا» می‌گویند تا از جمع شدن و انحصار قدرت در یک قوه جلوگیری شود. نقش شورای وزیران در زمینه قانون‌گذاری باعث در هم پیچیده بودن قوا در نظام پارلمانی و نیز ممزوج شدن قوای مجریه در قوه مقننه شده است. هم‌چنین دولت قانونی به معنای تبعیت دولت از قانون در همه صلاحیت‌ها و جنبه‌های فعالیتش اعم از اداری، قضایی و قانونی است، برخلاف دولت پلیسی و انتظامی که در آن، افراد، تابع اراده دولت استبدادی از مقام حاکم هستند. حتی اگر اسنادی و متونی در قانون اساسی به نام قانون اساسی (متمدن و آزادی‌خواه) موجود باشد، محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌ها در عراق، همه به شئون دولت مجری برمی‌گردد^۱ که این امر (تصویب قوانین و اجرا نشدن آن‌ها)، یکی از چالش‌های تحقق دولت قانون‌مدار در عراق به شمار می‌رود.

علاوه بر آن، عده‌ای از حقوق‌دانان عراقی معتقدند که نظام پارلمانی عراق اشکالات متعددی دارد؛ زیرا با مبانی و ویژگی‌های نظام پارلمانی سازگار نیست. نظام پارلمانی مستلزم همکاری و توازن بین قوه مقننه و مجریه است، در صورتی که اختیارات و صلاحیت‌های شورای وزیران و رئیس‌جمهور و حتی استانداران در عراق بیش از اختیارات و صلاحیت‌های قانونی آن‌هاست. پس باید برای اصلاح قانون اساسی اقدام کرد تا تفکیک قوا و ثبات نظام پارلمانی تضمین شود.^۲ از این رو، نقش نظام پارلمانی و اعضای پارلمان در زمینه نظارت بر شئون حکومت و صلاحیت‌ها از جمله شورای وزیران در کشور عراق به ویژه در صلاحیت‌های استانداران بسیار اهمیت دارد، به گونه‌ای که حتی عده‌ای به «نقش نظارتی مجالس پارلمانی عراق بر صلاحیت‌های استانداران» اشاره کرده‌اند.^۳

شورای وزیران عراق و هم‌چنین نخست‌وزیر با قدرت قانون‌گذاری خود توانسته‌اند تا حدودی خلأهای قانون‌گذاری مجالس نمایندگان عراق را پوشش دهند، ولی با توجه به ضرورت اجرای اصل تفکیک قوا که مورد قبول بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان است، اختیارات گسترده قانون‌گذاری

۱. شیخا، ابراهیم عبدالعزیز، *النظم السياسية لدول والحکومات*، بغداد: منشأة المعارف بالاسکندریه، ۲۰۰۶، عدد ۱۰۲.

۲. عبدالحمیدی، یحیی غازی، *النظام البرلمانی العراقي فی ظل دستور ۲۰۰۵*، بغداد: جامعه الشرق الاوسط، کلیه الحقوق، ۲۰۱۷، عدد ۱۳.

۳. ابوزید، محمد عبدالمجید، *مبادئ فی الانظمه السياسيه المعاصره (دراسة المقارنه)*، قاهره: دار النهضة العربيه، ۱۹۹۶، عدد ۲۶.

شورای وزیران و نخست وزیر می‌تواند به حاکمیت قانون در کشور عراق آسیب وارد کند و هم اکنون نیز چالش‌های سیاسی و حقوقی فراوانی ایجاد کرده است. با وجود این، استانداران در عراق، مطابق قانون استانداری مصوب ۲۰۰۸، حق وضع قانون را ندارند و تنها در محدوده همکاری با شورای استانی، ملزم به اجرای مصوبات این شورا و دیگر نهادهای قانون‌گذاری عراق هستند.^۱

استاندار در عراق مانند وزیر از صلاحیت‌های سیاسی و اداری برخوردار است. استاندار از اعضای اداره‌های محلی محسوب می‌شود، اما صلاحیت‌های اداری او مهم‌تر است. پس باید به صلاحیت‌های گسترده استاندار بر اساس قانون استانداری عراق مصوب ۲۰۰۹ اشاره شود. استانداران، نماینده شورای وزیران در استان حوزه مأموریت خودند و مسئولیت اجرای وظایف و اختیارات شورای وزیران را به عهده دارند. هم‌چنین وزیران مربوط می‌توانند برخی از وظایف و اختیاراتشان را به استانداران محول کنند. وزارت خانه‌هایی که به هیچ وزارتی مرتبط نیستند، باید نظر استاندار را در مورد آن امور بگیرند که می‌خواهند در حوزه استانداری انجام دهند. استاندار باید بر امور آن‌ها نظارت داشته باشد. نظارت بر بهره‌برداری از خدمات عمومی در پروژه‌هایی با هدف دستیابی به منفعت عمومی نیز از دیگر صلاحیت‌های استاندار محسوب می‌شود. هم‌چنین استاندار، پیشنهادهای کمیته تحقیق و تفحص در مورد کارکنان و رفتار آن‌ها را به همراه نظر خود در مورد آنان با تصویب شورای استانداری و وزارت خانه‌ها به وزیر صلاحیت‌دار یا رئیس دستگاه غیر وابسته به وزارت خانه ابلاغ می‌کند.^۲

علاوه بر صلاحیت‌های یادشده، به حدود صلاحیت‌های اداری استانداران در عراق به این شرح می‌توان اشاره کرد: آماده کردن طرح بودجه استان با مشارکت فرمانداران و ارسال آن به شورای استان؛ انجام دادن سیاست عمومی حکومت اقلیم در داخل مرزهای استان با همکاری وزارت‌های مرتبط؛ انجام دادن دستورهای شورای استان طبق قوانین؛ نمایندگی استان در گردهم‌آیی‌ها و سمینارهایی که دعوت می‌شود؛ سرپرستی کردن و اداره اماکن عمومی در استان و نظارت بر آن‌ها به غیر از دادگاه‌ها و پادگان‌های نظامی و مرزبان‌های اقلیم (پیش‌مرگه) و دانشگاه و ادارات آموزش

۱. خضير الخفاجی، سلیم نعیم، «الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية»، مجلة أهل البيت (عليهم السلام)، العدد ۸، ۲۰۰۹.

۲. الطماوی، سلیمان محمد، النظرية العامة للقرارات الادارية (دراسة المقارنة)، مصر: دار الفكر العربي، ۱۹۵۷، عدد ۲۰۴.

عالی و تحقیقات علمی؛ صدور فرمان استخدام کارمندان ادارات و انتصاب در سطح استان بر اساس سلسله‌مراتب اداری که در قانون آمده و هم‌چنین طبق ملاک‌های اعلام‌شده از طرف مراجع صلاحیت‌دار؛ صدور آیین‌نامه اداری و قانونی در مورد حقوق کارمندان ادارات در سطح استان؛ تأمین امنیت و نظم در استان و فرمان دادن به عنوان رئیس گروه امنیت در استان به پلیس و دستگاه‌های امنیتی طبق قانون در مورد جرایمی که در داخل مرز استان رخ می‌دهد؛ درخواست ایجاد یا انحلال مراکز پلیس بعد از تأیید شورای استان با اکثریت مطلق اعضای آن؛ حفظ امنیت و نظم و حقوق هم‌وطنان و جان و مال و ملک آن‌ها و گزارش دادن به وزیر داخله در صورت ناتوانی دستگاه‌های امنیتی از حفظ نظم و امنیت عمومی و درخواست نیرو در این مورد.^۱

گفتنی است استاندار می‌تواند تعدادی از اختیاراتش را به معاونش یا هریک از فرمانداران یا بخشداران حوزه خودش واگذار کند. هم‌چنین اگر دستورهای شورای استان، مخالف قانون یا خارج از اختیاراتش یا خلاف طرح عمومی حکومت اقلیم یا بودجه آن باشد، استاندار می‌تواند آن دستورها را ظرف مدت ۱۵ روز از روز اعلام آن همراه با دلایل انتقاد و پیشنهادهايش به شورای استان برگرداند. اگر شورای استان بر دستور خود اصرار کرد، خود شورا باید آن دستور را به همراه اشکال‌هایی که استاندار تشخیص داده است، برای کسب نظر به دادگاه اداری بفرستد.^۲

گفتار چهارم. مراجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق

مراجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران و عراق متفاوتند که در دو قسمت و به تفکیک در حقوق ایران و عراق بررسی خواهیم کرد.

بند اول. مراجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های اداری استانداران در ایران

یکی از ابزارهای نظارتی بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های استانداران در ایران، نظارت از طریق سازمان

۱. القیسی، حنان محمد، نظام الاداره اللامركزیه و مجالس المحافظات فی العراق، مجله الملتقى، بحث منشور، بغداد: دار الكتاب و الوثائق، ۲۰۰۸، عدد ۱۲۳.

۲. علی، خالد رشید، نظره تحليله لاختیار المحافظ و اختصاصاته علی وفق قانون المحافظات غیر المنتظمه فی اقلیم، بحث منشور فی مجله العلوم القانونیه، بغداد: کلیه القانون، عدد ۲۴۱، ۲۰۰۹.

بازرسی کل کشور است. این سازمان به جواز اصل یک صد و هفتاد و چهارم قانون اساسی تشکیل شده و وظایف و اختیارات سازمان نیز به موجب قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور تعیین گردیده است. به موجب اصل یک صد و هفتاد و چهارم قانون اساسی بر اساس حق نظارت قوه قضاییه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، سازمانی به نام سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رئیس قوه قضاییه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند. بر اساس قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، بازرسی و نظارت مستمر بر همه وزارت خانه ها و ادارات و امور اداری و مالی، انجام بازرسی‌های فوق‌العاده حسب الامر مقام معظم رهبری یا به دستور رئیس قوه قضاییه یا درخواست رئیس جمهور یا کمیسیون اصل نود قانون اساسی مجلس شورای اسلامی، اعلام وقوع جرم در مواردی که گزارش بازرسان سازمان متضمن وقوع جرمی باشد و گزارش موارد تخلف توسط مدیران دولتی به سازمان‌های مربوط و تصویب نامه‌ها و آیین نامه‌های خلاف قانون قوه مجریه به دیوان عدالت اداری از جمله مهم‌ترین وظایف و اختیارات سازمان به شمار می‌آیند.

سازمان بازرسی کل کشور در ارتقای کارآمدی دستگاه‌های اجرایی از طریق نظارت و کنترل راهبردی، بالاتر از حد متوسط عمل کرده است، اما در راهبردهای ارتقای فرهنگ نظارت‌پذیری و اجتناب از نظارت‌گریزی و نیز در شاخصهای نظارت نوین و مقابله با فساد، در حد انتظار ظاهر نشده و نسبتاً ضعیف عمل کرده است. بدون این‌که نقش مثبت و سازنده سازمان بازرسی کل کشور در پیش‌گیری از تخلفات اداری مدیران دولتی با تأکید بر مقابله با نظارت‌گریزی آنان را در برخی از ابعاد نادیده بگیریم، باید گفت این سازمان در برخی موارد در حد انتظار ظاهر نشده است و می‌تواند به تقویت نقش‌های نظارتی خود بر سازمان‌ها و مدیران دولتی بپردازد.^۱

بند دوم. مراجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های استانداران در عراق

تصمیمات و اعمال سازمان‌های اداری در عراق نیز توسط نهادهای متعددی کنترل می‌شود تا هم از خطاهای احتمالی و خروج از صلاحیت‌های آن‌ها جلوگیری و هم نقص‌ها و مشکلات موجود در آن‌ها بررسی و برای رفع آن‌ها اقدام شود. قانون‌گذار هم نقش نظارتی استانداران بر اداره‌ها و دستگاه‌های

۱. مهرورز، محمودرضا، ایرج حسینی صدرآبادی و عطاءالله محمدی ملقرنی، «نقش سازمان بازرسی کل کشور در پیش‌گیری از تخلفات اداری با رویکرد نظارت‌گریزی مدیران»، فصل‌نامه مطالعات بین‌رشته‌ای دانش راهبردی، شماره ۴۸، ۱۴۰۱، ص ۱۱۹.

اجرائی استان از جمله فرمانداری و بخشداری را از چند جهت مشخص کرده است که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: نظارت و بازرسی بر عملکرد دستگاه‌های عمومی در استانداری به استثنای دادگاه‌ها و یگان‌های نظامی و دانشگاه‌ها و مؤسساتی که اختیارات وی در این مورد از اختیارات ویژه‌ای است که قانوناً به استانداران اعطا می‌شود و دارای اختیار نظارت و بازرسی از خدمات عمومی در همه واحدهای عمومی اعم از واحدهای اداری و بخش‌های آن‌ها، علاوه بر ادارات وزارت خانه‌های مربوط، دستگاه‌های اجرایی و حتی ادارات باصلاحیت فدرال در محدوده اداری استان هستند.^۱

مهم‌ترین مرجع نظارت بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های استانداران در عراق، شوراهای استان و ولایتی هستند. در این کشور، شورای استان، بالاترین مرجع تقنینی و نظارتی در محدوده اداری استانداری است و حق دارد قوانین محلی را در محدوده استانداری وضع کند تا بتواند امور خود را مطابق با اصل عدم تمرکز اداری به صورتی اداره کند که با قانون اساسی و قوانین فدرال در تضاد نباشد. شورای ولایتی و شوراهای محلی تحت نظارت مجلس نمایندگان هستند. این شورای ولایتی مشتمل بر بیست و پنج کرسی است. به عبارت دیگر، به ازای هر دویست هزار نفر و برای بیش از پانصد هزار نفر، یک کرسی به آن اضافه می‌شود و شورای محلی از هفت کرسی تشکیل می‌شود که به ازای هر بیست و پنج هزار نفر، یک کرسی به آن اضافه می‌شود. اعضای این شوراهای، طبق قانون انتخابات شوراهای از طریق انتخابات مستقیم مخفی انتخاب می‌شوند.^۲

۱. صداقت نداشتن یا سوء استفاده از سمت؛

۲. اتلاف اموال عمومی؛

۳. از بین رفتن یکی از شرایط عضویت؛

۴. تقصیر یا قصور عمدی در انجام وظیفه و مسئولیت.

علاوه بر شوراهای یادشده، مجلس نمایندگان می‌تواند با اکثریت مطلق به پیشنهاد نخست وزیر به همان دلایل که بیان شد، استانداران را عزل کند.^۳

۱. ناجی، اقبال سعید، «المرکزیة الاداریة فی دستور جمهوریه العراق ۲۰۰۵»، مجله العلوم القانونية، ۲۰۲۰، عدد ۵۱.

۲. البدیری و العامری، نفس المصنر، عدد ۲۴-۲۳.

۳. بدیر، علیم حمد، عصام عبدالوهاب البرزنجی و مهدی یاسین السامی، مبادئ واحکام القانون الإداری، الطبعة الجديدة.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر به بررسی تطبیقی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران در ایران و عراق پرداخته است. همان طور که پیش‌تر اشاره شد، جامعه نیازمند قانون است تا حدود وظایف و صلاحیت‌های همه مشخص باشد و افراد جامعه در مسیر قانون و صلاحیت‌های تعیین‌شده از طرف قانون‌گذار حرکت کنند. به همین ترتیب، صلاحیت‌های تعیین‌شده بر اساس حاکمیت قانون نیازمند مراجع نظارتی صالح و بی‌طرفی است تا به انحراف از قانون و تعدی و تجاوز از حدود صلاحیت‌ها و تجاوز به حقوق دیگران بر اساس ضوابط و معیارهای دقیق قانونی رسیدگی کند و جامعه را در حال اعتدال و نظم و امنیت نگه دارد. از این رو، تعیین صلاحیت‌های اختیاری و اداری استانداران در کشورهای ایران و عراق از ضرورت‌های حقوق عمومی این کشورها بر اساس حاکمیت قانون است.

مطابق قانون اساسی ایران، اعمال قوه مجریه به جز در اموری که به عهده عالی‌ترین مقام سیاسی گذاشته شده است، از طریق رئیس‌جمهور و وزیران و استانداران در حقوق ایران و از طریق نخست‌وزیر و وزیران و استانداران در حقوق عراق انجام می‌شود. می‌توان گفت استانداران بالاترین مقامات قوه اجرایی در استان‌های ایران و عراق هستند.

تفاوت در ساختار و جایگاه استانداران در ایران و عراق ناشی از تفاوت در مبانی و روح حاکم بر قوانین اساسی، ساختارهای کلان حقوقی و سیاسی دو دولت، متمایز بودن اصول فنی حاکم بر سازمان‌های اداری ایران و عراق و شکل حقوقی دولت نامتمرکز ایران و دولت فدرال عراق است. در زمینه اختیارات و وظایف و صلاحیت‌های استانداران در دو نظام حقوقی ایران و عراق، محدودیت‌هایی وجود دارد. تفاوت اصلی نهاد استانداری در دو نظام حقوقی ایران و عراق آن است که نظام اداری ایران، نظامی تابع قوه مقننه و مجریه است، در حالی که در نظام اداری عراق، علاوه بر آن‌ها، شورای وزیران و شوراهای ایالتی و ولایتی دیده می‌شود. در حقوق ایران، استاندار از طرف وزیر کشور به هیئت دولت پیشنهاد می‌شود و پس از تأیید انتصاب او در هیئت دولت، حکم استانداری با امضای رئیس‌جمهور و وزیر کشور صادر می‌گردد. در حقوق عراق، عزل و نصب استانداران با تصمیم شورای استانی و ولایتی و زیر نظر نخست‌وزیر عراق صورت می‌گیرد.

یکی دیگر از تفاوت‌های ساختار استانداران در نظام حقوقی ایران و عراق، مرجع نظارتی بر صلاحیت‌های استانداران است. در ایران، سازمان بازرسی کل کشور، یکی از ابزارهای نظارتی بر وظایف و اختیارات و صلاحیت‌های استانداران است. از ابزارهای نظارتی بر اجرای صحیح وظایف و صلاحیت‌های استانداران در نظام حقوقی عراق می‌توان به شوراهای ایالتی و ولایتی اشاره کرد. هم‌چنین اگر دستورهای شورای استان، مخالف قانون یا خارج از حدود صلاحیت‌های شورای استان باشد، استاندار، دلیل مخالفت خود را اعلام و برای اصلاح به همراه پیشنهادها به شورای استان باز می‌گرداند. اگر شورای استان هم‌چنان بر نظر خود اصرار ورزد، شورای استان باید آن دستورها و دلیل مخالفت استاندار را به دادگاه اداری بفرستد. در عراق، سؤال کردن از استاندار با درخواست یک سوم اعضای شورای استان انجام می‌شود. در صورت پاسخ نگفتن، با رأی اکثریت دوسوم اعضای شورای استان، استاندار عزل و برکنار می‌شود.

با وجود تفاوت‌های ذکرشده در ساختار و صلاحیت‌های استانداران در ایران و عراق می‌توان به وجه تشابه مسئولیت امنیتی استانداران در ایران و عراق یا تأمین و حفظ امنیت داخلی و استقرار نظم و آرامش توسط استانداران اشاره کرد. هم‌چنین استانداران در ایران و عراق به عنوان نماینده عالی دولت در استان و ناظر بر همه امور اجرایی استان (برای مدت چهار سال) محسوب می‌شوند. در صورت استعفا، عزل، فوت یا دیگر مواردی که مانع از انجام وظایف استانداران گردد، در ایران، سرپرست استانداری موقتاً از سوی وزیر کشور تعیین می‌شود و وزیر کشور موظف است حداکثر ظرف مدت یک ماه، استاندار جدید را به هیئت وزیران پیشنهاد کند. در عراق نیز سرپرست استانداری موقتاً از سوی شورای استان تعیین می‌شود. در غیر این صورت، تا انتخاب استاندار جدید، وظایف او را یکی از معاونان وی انجام می‌دهد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری* (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۲. انصاری، ولی الله، *کلیات حقوق اداری*، تهران: میزان، ۱۳۷۴.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، چاپ شانزدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
۴. مقیمی، محمد، *اداره امور حکومت های محلی*، تهران: دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.

ب) مقاله

۱. پروین، خیرالله و آرین پتفت، «حدود نظارت تقنینی بر مصوبات هیئت وزیران با تأکید بر اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل نامه مطالعات حقوقی عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۱، ۱۳۹۴.
۲. تقی زاده، جواد، مرتضی نجابت خواه و سجاد فولادوند، «مفهوم ضرورت در اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل نامه دانش حقوق عمومی، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.
۳. کاظمی، سید علی اصغر و ابراهیم گلشن، «جایگاه دولت (قوه مجریه) در نظام جمهوری اسلامی ایران»، نشریه آینده پژوهی مدیریت، شماره ۲، ۱۳۸۰.
۴. مهرورز، محمودرضا، ایرج حسینی صدرآبادی و عطاءالله محمدی ملقرنی، «نقش سازمان بازرسی کل کشور در پیش گیری از تخلفات اداری با رویکرد نظارت گریزی مدیران»، فصل نامه مطالعات بین رشته ای دانش راهبردی، شماره ۴۸، ۱۴۰۱.
۵. نجفی، مهدی، «بررسی تحلیل انتقادی اصل ۸۵ قانون اساسی»، فصل نامه قانون یار، شماره ۸، ۱۳۹۷.

ج) پایان نامه

۱. شوشتری، هادی، «بررسی وظایف استانداران و فرمانداران در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.

۲. عربی

الف) کتاب

۱. ابوزید، محمد عبدالمجید، مبادئ فی الانظمة السياسيه المعاصره (دراسه المقارنه)، قاهره: دار النهضه العربيه، ۱۹۹۶.
۲. باسم، حسين، الاستقرار الأمنی فی العراق، مقاربه فی مفهوم المعضله الأمنیه (قسم الدراسات السياسيه)، جامعه كربلاء: مركز الدراسات الاستراتيجيه، ۲۰۱۹.
۳. البديري، اسماعيل و محمد هدام العامري، التنظيم القانوني للاختصاص الرقابي لرؤساء الوحدات الإداريه فی القانون العراقي (دراسه المقارنه)، جامعه بابل: كليه القانون، العدد الثاني، ۲۰۲۲.
۴. بدير، عليم حمد، عصام عبدالوهاب البرزنجي و مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، الطبعة الجديدة، بغداد، ۲۰۰۸.
۵. جبر الحافظ، عبدالعظيم، اشكاليه النظام السياسي البرلماني فی دستور جمهوري العراق، جامعه النهرين: كليه العلوم السياسي، ۲۰۱۵.
۶. سعد عمران، علي، القضا الاداريه العراقي و المقارن، بغداد: مكتب السنهوري، ۲۰۱۱.
۷. شيحا، ابراهيم عبدالعزيز، النظم السياسي لدول والحكومات، بغداد: منشأة المعارف بالاسكندريه، ۲۰۰۶.
۸. شيحا، ابراهيم عبدالعزيز، النظم السياسية و القانون الدستوري، بغداد: منشأة المعارف بالاسكندريه، ۲۰۱۲.
۹. الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الاداريه (دراسه المقارنه)، مصر: دار الفكر العربي، ۱۹۵۷.
۱۰. عبدالمحمدي، يحيى غازي، النظام البرلماني العراقي فی ظل دستور ۲۰۰۵، بغداد: جامعه الشرق الاوسط، كليه الحقوق، ۲۰۱۷.
۱۱. عبود، امير عبدالله احمد، اختصاصات مجلس المحافظات غير المنتظمه فی اقليم و الرقابه عليها، بغداد: مكتب القانون المقارن، ۲۰۱۴.
۱۲. علي، خالد رشيد، نظره تحليله لاختيار المحافظ و اختصاصاته على وفق قانون المحافظات غير

المنتظمه فی اقلیم، بحث منشور فی مجله العلوم القانونیه، بغداد: کلیه القانون، عدد ۲۴۱، ۲۰۰۹.
۱۳. القیسی، حنان محمد، نظام الاداره اللامرکزیه و مجالس المحافظات فی العراق، مجله الملتقی، بحث منشور، بغداد: دار الكتاب و الوثائق، ۲۰۰۸.

ب) مقاله

۱. خضیر الخفاجی، سلیم نعیم، «الرقابه القضائیه علی دستوریه القوانين فی الدساتیر العراقیه»، مجله أهل البيت (علیهم السلام)، العدد ۸، ۲۰۰۹.
۲. العبودی، عثمان سلمان، «تفویض الاختصاص و تطبیقاته فی شئون الوظیفه العامه»، مجله القانون والقضا، العدد الثالث، بغداد، ۲۰۱۰.
۳. ناجی، اقبال سعید، «المركزیه الاداریه فی دستور جمهوریه العراق ۲۰۰۵»، مجله العلوم القانونیه، ۲۰۲۰.

ظرفیت‌های اصل هشتم قانون اساسی برای نظارت بر دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر

مهدی حسنوند^۱

محمد حسنوند^۲

چکیده

اصل هشتم قانون اساسی، یکی از اصول مترقی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که بیان می‌دارد: «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».

در این اصل، وظیفه دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر نسبت به سازمان‌های دولتی به یکدیگر تصریح نشده، اما با توجه به این که در صدر اصل به «همگانی» و «متقابل بودن» وظیفه اشاره شده است، می‌توان این وظیفه را به سازمان‌های دولتی نیز تسری داد. به این معنا که با ایجاد یک سازمان در راستای موازین مقرر در اصل هشتم قانون اساسی می‌توان نظارت از طریق امر به معروف و نهی از منکر را محقق کرد. البته در نظری مخالف با عنایت به اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی می‌توان محدوده اصل را خارج از نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر قرار داد.

واژگان کلیدی: نظارت، دستگاه‌های دولتی، اصل هشت، نظارت متقابل، قانون اساسی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، دانشکده فارابی، ایران، (نویسنده مسئول) Ma.hasanvand@yahoo.fr

۲. دانش‌آموخته دکتری تخصصی حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، قاضی دیوان عدالت اداری،

مدرس دانشگاه، Malr.journal@gmail.com

مقدمه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، محتوای حکومت را اسلام دانسته است و در همین راستا، اصل چهارم آن، قوانین را مبتنی بر شرع بیان می‌کند. بنابراین، محتوای حکومت ایران چیزی جز اسلام و احکام آن نیست. امر به معروف و نهی از منکر، یکی از مهم‌ترین فرایض اجتماعی مهم و مسلم جامعه اسلامی شناخته می‌شود که قوام دیگر فرایض بر آن مبتنی شده است. قانون‌گذار اساسی ایران نیز در بند یک اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف می‌کند تا همه امکانات خود را برای ایجاد محیطی مساعد رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان، تقوا و مبارزه با مظاهر فساد و تباهی به کار گیرد.^۱

اصل هشتم در شمار اصول کلی قانون اساسی است. اصول کلی یک ویژگی خاصی دارند که زیربنای برخی دیگر از اصول قانون اساسی هستند؛ یعنی نقش تغذیه‌کننده دارند و دیگر اصول قانون اساسی را می‌توان به این اصول ارجاع داد. نکته دیگر این است که اصول مندرج در فصل اصول کلی، نمای کلی نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران را نشان می‌دهد.^۲

شارع مقدس برای نظام نظارت که شکل‌گیری و تداوم حرکت و بقای نظام به آن وابسته است، یکی از کامل‌ترین الگوهای هدایتی و نظارتی را با کارکردهایی اجتماعی و فردی معرفی کرده که همان نظام امر به معروف و نهی از منکر است. «نظارت» با همه معانی گسترده‌اش، واژه کاملی برای مفاهیم، نقش‌ها و کارکردهای فریضه امر به معروف و نهی از منکر نیست، اما در ادبیات سیاسی و مدیریتی و در بستر نظام‌های اجتماعی، نزدیک‌ترین مفهومی است که می‌تواند نقش و کارکرد این فریضه را در

۱. رجایی، مهدی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی: امر به معروف و نهی از منکر، تهران: دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۷۲، ۱۳۹۲، ص ۱۰.

۲. ظرفیت‌های قانون اساسی در تحقق نظارت عمومی مبتنی بر اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سلسله نشست‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۹۰۰۰۰۱۹، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

طراحی نظام اسلامی تبیین و تعریف کند.^۱

مراد از «دولت» در اصل هشتم، همه نهادهای حکومتی از جمله مقام رهبری است؛ زیرا اولاً رهبری، یکی از شخصیت‌های حقوقی و بلکه مهم‌ترین شخصیت حقوقی حقوق عمومی است و با توجه به قرار گرفتن عنوان دولت در برابر مردم نمی‌تواند در مجموعه مردم قرار گیرد. ثانیاً عدم شمول مفهوم «دولت» نسبت به رهبری به منزله مستثنا دانستن ایشان از حوزه امر به معروف دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت است.^۲

اصل هشتم قانون اساسی، تعریفی از معروف و منکر ارائه نداده و در اجرای این اصل نیز تاکنون قانونی به تصویب نرسیده است. آیا مراد قانون‌گذار اساسی از اصطلاح «معروف» در اصل هشتم همان مفهوم متبادر از شرع است یا اعم از آن است؟ قبل از پاسخ به این سؤال لازم است به دو نکته توجه شود:

یک - با توجه به مشروعیت قانون‌گذاری با ملاحظات اسلامی که دلایل آن در جای خود اثبات شده است و با توجه به فتوای امام خمینی مبنی بر خلاف شرع بودن تخلف از قوانین و مقررات دولت به نظر می‌رسد علاوه بر آن چه در شرع مورد امر یا نهی قرار گرفته است، موارد معروف و منکر نسبت به تمامی قوانین و مقررات موضوعه توسعه و تسری پیدا می‌کند.

دو - در حقوق با الزامات سر و کار داریم، نه با مستحبات و مکروهات. اگر فقها، امر به معروف را به واجب و مستحب و نهی از منکر را به حرام و مکروه تقسیم کرده‌اند، چنین تقسیمی در حقوق معنا ندارد. بنابراین، از نظر حقوقی، آن چه بر لزوم آن توسط شرع یا قانون و مقررات مورد تأیید شرع تصریح شده باشد، معروف است و آن چه بر لزوم ترک آن از سوی شرع یا قانون و مقررات مورد تأیید شرع، دستوری صادر شده باشد، منکر.^۳

۱. برات‌لو، فاطمه، «راهنمای نظارت همگانی در مدیریت سیاسی جامعه دین‌بنیان»، جستارهای سیاسی دین‌بنیان، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۸۹، ص ۵۹.

۲. جوان‌آراسته، حسین، «اصل هشتم و ضرورت تأسیس سازمان امر به معروف و نهی از منکر»، مجله حکومت اسلامی، سال هفدهم، شماره ۴، ۱۳۹۱، ص ۵۶.

۳. جوان‌آراسته، حسین، «نظارت همگانی و متقابل در نظام اسلامی (تحلیل اصل هشتم قانون اساسی)»، مطالعات انقلاب اسلامی، دوره دهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۲، ص ۱۳۲.

این پژوهش می‌تواند به تبیین ظرفیت‌های نظارتی اصل هشتم قانون اساسی برای نظارت بر عملکرد دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر کمک کند و از یافته‌های آن می‌توان برای ارتقای کارایی و اثربخشی این اصل در نظام جمهوری اسلامی بهره برد. بنابراین، پرسش اصلی این تحقیق، پاسخ به این سؤال است که نظارت دستگاه‌های حاکمیتی بر یکدیگر با عنایت به اصل هشتم قانون اساسی چگونه قابل تحقق است؟ فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که با عنایت به مفهوم و فحوای عبارت به کار رفته در اصل هشتم و نیز لزوم رعایت اصل حاکمیت قانون نمی‌توان از سازوکار مقرر در اصل هشتم برای نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر استفاده کرد.

تاکنون پژوهش‌های متعددی در خصوص اصل هشتم قانون اساسی انجام شده است. با این حال، تعداد پژوهش‌هایی که به طور خاص به ظرفیت نظارتی این اصل برای نظارت بر عملکرد دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر پرداخته باشند، محدود است. روش تحقیق حاضر از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای (متون حقوقی، فقهی و سیاسی) استفاده شده است.

گفتار اول. ارتباط بین مفهوم «نظارت» و مفهوم «امر به معروف و نهی از منکر»

گاهی مفاهیمی چون ارزیابی و کنترل را مشابه مفهوم نظارت دانسته‌اند و در بسیاری از مواقع کنار یکدیگر به کار می‌روند. با این حال، نظارت با ارزیابی متفاوت است؛ زیرا اگر در نظرهای بازرسی، خلاف‌کاری‌های عملی در یک سازمان مورد توجه باشد، غایت ارزیابی آن است که سرانجام در یک برنامه چه چیزی عاید شرکت‌کنندگان می‌شود و در مجموع می‌توان گفت که ارزیابی، مفهوم وسیع‌تری نسبت به نظارت دارد. بر همین اساس، نظارت با کنترل نیز متفاوت است. گرچه برخی درصددند مترادف بودن دو واژه را ثابت کنند، ولی باید گفت این دو واژه با وجود نزدیکی معنایی با هم در برخی موارد از یکدیگر جدا می‌شوند، به این صورت که نظارت در بعد حقوقی و فلسفه سیاسی خودنمایی می‌کند و کنترل به حوزه مدیریت نزدیک می‌شود و شکل عملی به خود می‌گیرد.^۱

میان فریضه امر به معروف و نهی از منکر و موضوع نظارت با وجوب امر به معروف و نهی از منکر و نظارت، ارتباط، تعامل و هم‌پیوندی تام برقرار است و اساساً وجاهت شرعی موضوع نظارت با وجوب

۱. رضایی فرد، ۱۴۰۰: ۳۰.

امر به معروف و نهی از منکر حاصل می‌شود. به همین دلیل، موضوع نظارت و فریضه امر به معروف و نهی از منکر، جزو اهداف و سازوکارهای تحقق یکدیگر و لازم و ملزوم همدیگرند. البته امر به معروف و نهی از منکر از امر نظارت، مهم‌تر و دایره شمول آن وسیع‌تر است و رابطه عام و خاص میان آن‌ها حاکم است و به همین علت، آیات متعدد و صدها روایت در اهمیت این فریضه وارد شده است. به این ترتیب، می‌توان نتیجه گرفت که هر گونه نظارتی در آموزه‌ها و نظام اسلامی باید در قالب چارچوب‌ها و اهداف فریضه امر به معروف و نهی از منکر و دستورالعمل‌های آن باشد.^۱

برخی از اندیشوران، نظارت عمومی را جامع‌تر از امر به معروف و نهی از منکر دانسته و آن را مشتمل بر چهار مرحله بیان کرده‌اند:

۱. تعلیم و تعلم؛

۲. دعوت به حق و خیر و ارشاد؛

۳. خیرخواهی و دل‌سوزی که از آن به «نصح» تعبیر شده است؛

۴. امر به معروف و نهی از منکر.

به باور این گروه، «طبیعت امر به معروف و نهی از منکر با معنی تعلیم و ارشاد و نصح، متفاوت و به گونه‌ای است که متلازم با عمل و تحقق معروف و ریشه‌کن شدن منکر است و به همین دلیل، این مرحله پس از انجام مراحل سه‌گانه انجام می‌شود و قبل از اقدام به این مراحل، توسل به این فریضه نادرست است».^۲

در تحلیل موضوع نظارت عمومی می‌توان گفت اگر قائل به این مسئله شویم که سه مرحله مقدماتی، موضوع تکلیف مسلمانان قرار نگرفته است و ترک آن نیز مستوجب عقاب مضاعف نیست، به این معناست که مراحل سه‌گانه قبلی مستقیماً مورد حکم شارع مقدس قرار نگرفته و اگر مسلمانی به خاطر ترک تعلیم و تعلم بازخواست شود، از باب وظیفه‌ای است که به عنوان امر به معروف و نهی از منکر بر عهده داشته است. گویا این سه مرحله به عنوان مقدمات امر به معروف و

۱. اخوان کاظمی، بهرام، «ارزیابی و امکان‌سنجی نظام نظارتی فرادولتی امام خمینی»، پژوهش‌نامه انقلاب اسلامی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۵.

۲. عمیدزنجانی، ۱۴۲۱: ۲۳۷.

نهی از منکر لحاظ نشده‌اند که در این صورت، امر به معروف و نهی از منکر، بخشی از نظارت عمومی نیست، بلکه تمام آن است. بنابراین، می‌توان امر به معروف را به این معنا، امر به معروف به معنای عام نامید که همان نظارت عمومی است. اگر از معنای امر به معروف، معنای خاص را اراده کنیم، به این معنا که امر به معروف و نهی از منکر، مرحله چهارم نظارت عمومی است، آن گاه جزئی از نظارت عمومی خواهد بود.^۱

در تعریف مصطلح، نظارت به مجموعه عملیاتی گفته می‌شود که در آن، میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا به این گونه از مطابقت نتایج با هدف‌های مطلوب، اطمینان به دست آید. آنچه در مجموع نظریه‌های مختلف در تعریف نظارت می‌توان یافت، آن است که در همه تعاریف، نظارت را نوعی آگاهی و اطلاع از آن چیزی دانسته‌اند که در حال وقوع است. به عبارتی، نظارت، مقایسه ضمنی بین آنچه هست و آنچه باید باشد و انجام اموری در راستای رسیدن به هدف مطلوب است. از سوی دیگر، امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یکی از مبانی فقهی نظارت نیز دانسته شده است و بر این اساس، هم نظارت و هم فریضه امر به معروف و نهی از منکر، جزو اهداف و سازوکارهای یکدیگر و لازم و ملزوم یکدیگرند.^۲

گفتار دوم. انواع نظارت

واژه «نظارت»، اسم مصدر از ریشه (ن ظ ر) بوده و اصل این ماده در معنای رؤیت و مشاهده با دقت و تحقیق در موضوعات مادی و معنوی با چشمان ظاهری یا چشم بصیرت به کار رفته است.^۳ بر مبنای همین ریشه لغوی، نظارت در ادبیات عرب به معنای بازرسی، رسیدگی، مطالعه دقیق، تفتیش، بررسی، کنترل و مراقبت است.^۴ نظارت در زبان فارسی به معنای مراقبت، زیر نظر گرفتن و

۱. رجایی، پیشین، ص ۱۵.

۲. حضوری، مصطفی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم نظارت، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۲۰۸، ص ۱۰.

۳. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (جلد ۱۲)، تهران: مرکز نشر آثار علامه مصطفوی، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.

۴. آذرتاش، آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نی، ۱۳۹۶، مدخل «نظر». برخی از لغت‌شناسان عرب بر این باورند که نظارت در مفهوم پاکیزه کردن باغ و بستان به کار رفته و بر همین اساس، نظارت، کنترل و مراقبت از یک چیز در برابر آفات و بیماری‌هاست. ابی‌الحسین احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة (جلد ۵)، قاهره: دار الکتب، ۱۹۴۹، ص ۴۴۴.

دیدهبانی داشتن بر کاری است.^۱ نظارت به فتح نون به معنی عمل ناظر و مقام او، مراقبت در اجرای امور مانند نظارت بیوتات و نظارت امور مالی است. نظارت به کسر نون یعنی زیرکی، درست نظر کردن و نگریستن است.^۲ در ترمینولوژی حقوق، نظارت به معنای ناظر آمده است. در ذیل کلمه ناظر آمده است که ناظر در لغت به معنای نگاه‌کننده و نگران است و در اصطلاح، کسی را گویند که بر کاری دیگر مانند متولی موقوفه یا وصی یا وکیل یا قیم مانند ناظر امین قهار در مسیر نظارت می‌کند تا عمل صحیح صورت گیرد.^۳

در رویکردهای حقوق خصوصی با استناد به مواد ۴۲۷ تا ۴۳۳ از قانون تجارت در خصوص تعیین ناظر نظارت را می‌توان اختیار قانونی برای توجه به عمل یا اعمال خاصی با هدف سنجش صحت و سقم آن‌ها با آن چیزی دانست که در قانون تعیین شده است. در رویکردهای حقوق عمومی، نظارت به مفهوم کنترل و بررسی اقدامات یک مقام و نهاد حکومتی از سوی مقام و نهادهای دیگر است که غایت آن، اطمینان‌یابی از باقی ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانونی است. به عبارت دیگر، به تعبیر یکی از استادان حقوق عمومی، نظارت، کنترل قدرت با قدرت است.^۴ در مجموع، نظارت به مجموعه عملیاتی گفته می‌شود که در آن، میزان نظارت مطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات سنجیده می‌شود تا از این طریق نسبت مطابقت نتایج عملکرد با هدف‌های مطلوب حاصل شود. نظارت در اصطلاح، مفهومی مبهم و سردرگم‌کننده می‌نماید^۵ و متناسب با حوزه‌های گوناگون معرفتی، تعاریف مختلفی از آن بیان شده است.

برخی از رویکردها به کیفیت نظارت توجه دارند. برخی، غایت را در نظر می‌گیرند و برخی دیگر، آن

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۳، ذیل کلمه «نظارت».

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۵)، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸.

۴. راسخ، محمد، نظارت و کنترل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۹۵، ص ۲۱.

۵. در مقام تبیین معادل انگلیسی واژه «نظارت» باید گفت که واژگان supervision, observation, monitoring در این مفهوم به کار رفته است. جمعی از نویسندگان، فرهنگ دانشگاهی یادواره (فارسی به انگلیسی) (جلد ۳)، تهران: ثامن الائمه، ۱۳۷۵، ص ۲۷۳۰.

را با توجه به گزاره‌های موجود در فلسفه سیاسی یا علم مدیریت تعریف می‌کنند.^۱ به نظر می‌رسد درک صحیح از مقوّمات و ذاتیات اصطلاح نظارت به مطالعه تعاریف مطرح شده از این اصطلاح بستگی دارد.

بند اول. نظارت عمومی

از اصول و پایه‌های اساسی نظام مردم‌سالار، نظارت عموم بر عملکرد حاکمان به منظور جلوگیری از استبداد و تأمین منافع عمومی است. شهروندان در فرآیند انتخابات می‌توانند چنین نظارتی را بر عملکرد مأموران و مسئولان انتخاباتی با مشاهده مسائل انتخاباتی و طرح سؤال، ابهام و اشکال و الزام آن‌ها به پاسخ‌گویی کارآمد اعمال کنند. راهکارهای عملی کردن این نوع نظارت توسط شهروندان و رأی‌دهندگان این است که رأی‌دهنده با حضور در حوزه رأی‌گیری هنگام رأی دادن، اوضاع و احوال پیرامون خود را به دقت بنگرد و اگر رویه‌ها و اعمالی مغایر قوانین و مقررات مشاهده کرد، برای اصلاح عمل یا تصمیم تذکر دهد و اعتراض کند.^۲

بند دوم. نظارت سیاسی

قوه مقننه در راستای نظام «نظارت و تعادل»، ابزارهای کنترلی متفاوتی برای مهار دیگر اجزای قدرت سیاسی در اختیار دارد که عمده آن‌ها به قوه مجریه مربوط است. در ادبیات حقوق عمومی ایران از این مجموعه ابزارها به عنوان نظارت سیاسی قوه مقننه نسبت به قوه مجریه تعبیر می‌شود. نقطه کلیدی نظارت سیاسی، دادن یا ندادن رأی اعتماد اکثریت اعضای قوه مقننه به ادامه سیاست‌ها و برنامه‌های دولت است که از طریق استیضاح در نظام حقوقی ایران متبلور شده است.^۳

همین امر منجر به اختلاط مقام ناظر و قاضی در این نوع نظارت می‌شود که با منطق نظارت در تغایر است. در این زمینه، تمایز صورت‌گرفته بین نمایندگان سؤال‌کننده یا استیضاح‌کننده یا کمیسیون رسیدگی‌کننده (به عنوان مقام ناظر) و دادن رأی عدم اعتماد توسط اکثریت نمایندگان

۱. راسخ، پیشین، ص ۱۵.

۲. خسروی، حسن و ایرج حسینی صدرآبادی، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، دوفصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، ص ۹۴.

۳. اصول ۸۸ و ۸۹ قانون اساسی.

«به عنوان مقام قاضی» توسط برخی از صاحب‌نظران^۱ به منظور هم‌نشین‌سازی نظارت سیاسی با منطق حاکم بر نظارت، واجد این ایراد حقوقی است که نمی‌توان هر یک از این دو گروه را دارای شخصیت حقوقی متمایز دانست؛ چون کلیت پارلمان، واجد یک شخصیت حقوقی است. در نتیجه، برای حل این تعارض اولاً نباید عنوان «نظارت» را برای ابزار استیضاح به کار برد. ثانیاً ابزار یادشده تنها و تنها از منظر «کنترل سخت» و در قالب سازوکار «مهار و تعادل» و نه «نظارت و تعادل» قابل توجیه است. البته اطلاق عنوان نظارت بر ابزار تذکر و پرسش بی‌اشکال است؛ زیرا علاوه بر پسینی بودن، تنها پاسخ‌گویی توضیحی مقام مخاطب تذکر و پرسش را به دنبال دارد.^۲

بند سوم. نظارت تقنینی

نظارت تقنینی، نظارت بر قانون‌گذاری است که با نوعی بازبینی و ارزیابی محتوایی از سوی مقامات تعیین‌شده بر بایدها و نبایدهای وضع‌شده به وسیله مقامات صلاحیت‌دار انجام می‌شود. هدف از این نوع نظارت، انطباق قوانین و مقررات با هنجارهای برتر در سلسله‌مراتب قانون‌گذاری است.^۳ به دیگر سخن، آنچه در منظومه حقوق عمومی ایران به عنوان نظارت تقنینی بیان شده است، از یک سو، دربرگیرنده نظارت بر انطباق قانون عادی با موازین اسلام و قانون اساسی است و از سوی دیگر، شامل انطباق مصوبات دولت (هر یک از وزیران و هیئت وزیران) با قوانین و مقررات عمومی می‌شود که در ادبیات حقوق عمومی از نظارت بخش نخست عمدتاً با عنوان «دادرسی اساسی» یاد می‌گردد

در این جا شورای نگهبان به عنوان بخشی از فرآیند تقنین فعالیت می‌کند. پس نه به عنوان ناظر است و نه دادرس در معنای دقیق کلمه؛ زیرا در دیگر نظام‌های حقوق اساسی، دادرس اساسی در فرآیند تقنین نقشی فعال ایفا نمی‌کند و علی‌الاصول پس از تبدیل به قانون شدن یک مصوبه و به طور انفعالی و بر اساس یک تشریفات خاص درباره اساسی بودن یا نبودن یک قانون لازم‌الاجرا

۱. راسخ، پیشین، ص ۱۸.

۲. شفیعی سردشت، جعفر، علی‌اکبر گرجی ازدریانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷، ص ۷۹.

۳. راسخ، پیشین، ص ۳۴.

قضاوت (و نه نظارت) می‌کند. در نتیجه، از باب تسامح شاید نقش این شورا را تا اندازه‌ای مانند مجالس دوم در دیگر نظام‌های حقوقی بتوان دانست. در مقایسه، نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بعد از لازم‌الاجرا شدن مصوبات دولت صورت می‌گیرد و به درستی بر هم‌زمان بودن یا پسینی بودن نظارت اشاره دارد، اما در هر دو، اختلاط مقام ناظر و قاضی (نظارت و نتیجه نظارت) در یک شخصیت واحد وجود دارد و از این نظر، اطلاق عنوان «بازبینی» می‌تواند عنوان دقیق‌تری برای این فرآیند باشد. با این همه، اعطای شأن قضایی به رئیس قوه مقننه حتی از منظر کنترل فراتر از نظارت نیز محل تأمل است.^۱

بند چهارم. نظارت مالی

نظارت مالی نیز مجموعه اقداماتی است که برای بررسی و تطبیق عملیات مالی دولت با قوانین و برنامه‌ها و با هدف جلوگیری یا تصحیح انحرافات احتمالی صورت می‌گیرد.^۲ در این گونه از نظارت، بازبینی حساب هزینه‌های ارگان‌های حکومتی است که بنا بر اصل، به دست کارشناسان مالی و زیر نظر نمایندگان ملت انجام می‌شود. همان گونه که در اصل ۵۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده، تصویب حساب دخل و خرج یا بودجه کل کشور از جمله اختیارات انحصاری مجلس شورای اسلامی است. بر همین اساس، نظارت بر هزینه کردن درآمدهای عمومی نیز به دیوان محاسبات، از نهادهای وابسته به مجلس شورای اسلامی سپرده شده است (اصل ۵۵ قانون اساسی). نتیجه نظارت مالی، ارائه لایحه تفریغ بودجه است. هم‌چنین اگر مقام یا سازمانی در هزینه کردن درآمدها، پای خویش را از حدود مقرر در بودجه کشوری فراتر گذاشته باشد، به مقامات قضایی معرفی می‌شود تا در صورت اثبات تخلف به تحمل کیفر یا جبران خسارت محکوم شود.^۳

بند پنجم. نظارت قضایی

نوعی از ارزیابی و بررسی است که مراجع قضایی بر اعمال و مصوبات مقامات حکومتی انجام می‌دهند.^۴

۱. شفیعی سردشت، گرجی ازندریانی و فاضلی‌نژاد، پیشین، ص ۸۰.

۲. امامی، محمد و مسعود نادری باب‌اناری، «تأملاتی پیرامون نظارت مالی بر دستگاه‌های دولتی در ایران»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص ۳۴.

۳. راسخ، پیشین، ص ۳۹.

۴. جوان آراسته، حسین، گزینش رهبر و نظارت بر او در نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸.

در این نظارت، مرجع قضایی، اقدامات و تصمیمات مقامات حکومتی را کنترل و بازبینی می‌کند که نتیجه آن در قالب کیفرخواست علیه متخلفان یا لغو و ابطال تصمیمات مقامات حکومتی ظهور و بروز می‌یابد.^۱

بند ششم. نظارت اداری

نظارت اداری به گونه‌ای از رسیدگی و بررسی گفته می‌شود که از جانب مقامات یا هیئت‌های ویژه اداری بر مجموعه اداره و اعمال آن صورت می‌پذیرد.^۲ در حقیقت، نظارت اداری، کنترل اعمال اداره و تطبیق آن با اهداف تعیین شده بر اساس ضوابط قانونی است.^۳ این گونه از نظارت به دنبال دستیابی به دو هدف است: اول، بازبینی مستمر اقدامات صورت گرفته به منظور جلوگیری از انجام امور غیر قانونی و تحقق اهداف طراحی شده و دوم، جمع‌آوری اطلاعات لازم برای کاربست ضمانت اجراهای نظارت.^۴

بند هفتم. نظارت حقوقی

نظارت حقوقی، انطباق اعمال و عملکرد دولت مردان با قانون و مقررات توسط نهادهای ناظر است و شامل ارزیابی فعالیت نهادها و مقامات و روابط حکومت با مردم می‌شود و هدف از آن، تحقق نظم عمومی و قانون‌مند ساختن مسیر حرکت حکومت است.^۵ یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های نظارت حقوقی، نظارت بر قوانین یا نظارت تقنینی است.

بند هشتم. نظارت پیشینی

نظارت پیشینی که به آن نظارت پیش‌گیرانه نیز اطلاق می‌شود، پیش از انجام عمل و با هدف

ص ۱۸۴؛ عمید زنجانی، عباس علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۵۵.

۱. راسخ، پیشین، ص ۳۶.

۲. عمید زنجانی و موسی‌زاده، پیشین، ص ۵۴.

۳. جوان آراسته، پیشین، ص ۱۸۳.

۴. راسخ، پیشین، ص ۳۹.

۵. عمید زنجانی و موسی‌زاده، پیشین، ص ۵۴.

جلوگیری از بروز تخلف صورت می‌گیرد.^۱ این نظارت هنگامی است که امکان دسترسی به اطلاعات دقیق وجود داشته و مبتنی بر آن، امکان پیش‌بینی تغییرات و میزان پیشرفت‌های احتمالی باشد.^۲ اصطلاحاتی نظیر کنترل پیش‌نگر یا آینده‌نگر (پیشینی) را می‌توان در قلمرو نظارت جای داد؛ زیرا چنین کنترلی اقتضا دارد پیش از مرحله اجرا و با استفاده از اطلاعات موجود (داده‌ها)، پیش‌بینی اوضاع و احوال آینده و بهره‌گیری از تجربه مدیران و پیش از فوت وقت و اتلاف منابع، نقاط ضعف شناسایی و از وقوع آن‌ها جلوگیری شود.^۳ در واقع، از تجربه‌های گذشته و اطلاعات موجود یعنی داده‌ها و نه ستاده‌ها استفاده می‌شود و مبتنی بر پیش‌بینی آینده است.^۴ باری، آن‌چه از کنترل پیش‌نگر در این جا مستفاد می‌شود، «در پیش گرفتن نهایت دقت و احتیاط قبل از انجام یک عمل برای اطمینان‌یابی از صحت آن»^۵ یا به بیان بهتر، رعایت اصل حزم و احتیاط است، نه مفهوم کنترل.

بند نهم. نظارت هم‌زمان

نظارت هم‌زمان در هنگام انجام عمل است.^۶ در این شیوه از نظارت، فرآیند مورد نظر در زمان اجرا ارزیابی می‌شود و تلاش بر این است که هنگام انجام عملیات از وقوع انحرافات و خطاهای بیش‌تر جلوگیری شود.^۷

بند دهم. نظارت پسینی

نظارت پسینی پس از اتمام فعالیت و با هدف ارزیابی اقدامات پیش‌تر صورت‌گرفته و کشف تخلفات

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۵۶.

۲. فتاحی زعفرندی، علی، شورای نگهبان: نظارت بر انتخابات، تهران: شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۲۲.

۳. الوانی، سید مهدی، «ویژگی‌های نظام کارآمد نظارتی»، در: مجموعه مقالات دومین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرسی در کشور، تهران: سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۰، صص ۲۰-۲۱.

۴. وردی‌نژاد، فریدون و شهلا بهرامی رشتیان، «ارتباط نظارت و بازرسی با حقوق و آزادی‌های عمومی مطرح‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، در: مجموعه مقالات نخستین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرسی در کشور، تهران: سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۷۶، ص ۵۲۸.

5. Due Diligence.

۶. میرمحمدی، سید محمد، الگوی نظارت و کنترل در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۴.

۷. فتاحی زعفرندی، پیشین، ص ۲۳.

احتمالی انجام می‌شود. یکی از مهم‌ترین اهداف تحقق نظارت که جلوگیری از انحرافات و خطاهای احتمالی است، هنگامی محقق می‌گردد که نهادها و افراد ناظر، توان‌مندی نظارت پیشینی، هم‌زمان و پسینی را داشته باشند.^۱

گفتار سوم. سازوکار اجرای اصل هشتم قانون اساسی

اقدامات فردی و جمعی مردمی در زمینه امر به معروف و نهی از منکر از یک سو و وجود سازمان‌ها، نهادها و وزارت‌خانه‌های زیادی که بسیاری از وظایف آن‌ها در راستای دعوت به خیر و اجرای معروف و نهی از منکر است، نظیر دو قوه قضاییه و مقننه، نیروی انتظامی، وزارت‌خانه‌هایی هم‌چون آموزش و پرورش و فرهنگ و ارشاد اسلامی از سوی دیگر، ضرورت هماهنگی میان چنین اقداماتی را روشن می‌سازد. با توجه به ابعاد مختلف این فریضه الهی ناگزیر باید سازمان یا نهادی خاص، مسئولیت کلان امر به معروف و نهی از منکر را بر عهده بگیرد و با سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی و هدایت‌گری‌های شایسته بر تمامی فعالیت‌های مردمی و دولتی نظارتی داشته باشد. در این صورت، جایگاه امر به معروف و نهی از منکر در کشور ارتقا می‌یابد؛ این وظیفه شرعی و قانونی نهادینه می‌شود و امکان ارزیابی کارنامه مردم و دولت در زمینه امر به معروف فراهم می‌شود.^۲

نگاهی به دیدگاه‌های نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مورد اجرای امر به معروف و نهی از منکر که به مناسبت‌های گوناگون در جلسات مختلف ابراز شده است، نشان می‌دهد که بسیاری از آنان در جلسات ابتدایی، ایجاد یک سازمان یا تشکیلات یا وزارت‌خانه را در این زمینه پیشنهاد داده یا به تصریح نشدن آن در قانون اساسی در جلسات نهایی اعتراض داشتند. در مقام جمع‌بندی باید گفت که به دلیل در دسترس نبودن متن اولیه پیش‌نویس اصل هشتم، به تنهایی از مشروح مذاکرات می‌توان به نظر اکثریت نمایندگان در مورد ضرورت داشتن یا نداشتن ایجاد سازمان‌های خاص برای تحقق این اصل پی برد و در مقام تدوین یک قانون جامع و کارآمد باید به دیگر منابع فقهی، نظریات فقها و بنیان‌گذاران انقلاب و تجربه‌های مشابه در اجرای چنین

۱. رضاییان، علی، مبانی سازمان و مدیریت، تهران: سمت، ۱۳۸۰، ص ۵۰۲.

۲. جوان آراسته، «نظارت همگانی و متقابل در نظام اسلامی (تحلیل اصل هشتم قانون اساسی)»، ص ۶۶.

اصلی مراجعه کرد.^۱

در واقع، رویکردهای موجود در اجرای اصل هشتم قانون اساسی به چند دسته تقسیم می‌شود:

۱. رویکرد متمرکز

براساس این رویکرد برای اجرای اصل هشتم قانون اساسی باید به تشکیل سازمان و نهادی ویژه اقدام کرد که اختیارات کافی داشته باشد و بتواند به طور متمرکز، وظایف ارشادی، نظارت و اجرا را محقق کند. در برخی موارد، تشکیل سازمان و نهادی ویژه به عنوان نمادی در نظر گرفته می‌شود که از اهمیت و ارزش فریضه امر به معروف و نهی از منکر حکایت می‌کند. طرفداران این رویکرد گاه به سخنان امام خمینی در آغاز پیروزی انقلاب اسلامی استناد می‌کنند که تشکیل اداره‌ای با موضوع امر به معروف و نهی از منکر را خواستار شده بود.^۲

یکی از ادله‌ای که می‌توان در راستای لزوم تشکیلات امر به معروف و نهی از منکر به آن تمسک کرد، آیه ۱۰۴ سوره آل عمران است. در راستای استدلال به این آیه باید به سه مورد توجه شود. اولاً «لام» در عبارت «ولتکن» در آیه، «لام» امر است. ثانیاً «من» در عبارت «منکم»، تبعیضیه است. ثالثاً کلمه «امه» در معانی مختلفی به کار رفته، اما مقصود از آن در این جا همانا معنای «کل جماعه یجمعهم امر واحد» است که در ترجمه به فارسی می‌توان از معادل «تشکیلات» استفاده کرد.

بعد از بیان این سه مقدمه و تأیید آن می‌توان این آیه را دلیلی در راستای تشکیل یک تشکیلات منسجم برای اجرایی شدن امر به معروف و نهی از منکر دانست. دلیل دیگری که می‌توان در راستای لزوم تشکیل یک تشکیلات برای اجرای امر به معروف و نهی از منکر برشمرد، دلیل عقلی وجوب مقدمه برای امتثال ذی‌المقدمه است. با این بیان، چون مصادیق امر به معروف و نهی از منکر بسیار وسیع است، قطعاً بالوجدان ادراک می‌شود که بعضی از مصادیق آن مانند نظارت بر کارگزاران حکومتی به کار گروهی و تشکیلات نیاز دارد. بنابراین، تأسیس این تشکیلات به عنوان

۱. طلابکی طرقي، اکبر و فیروز اصلانی، «تحلیل و بررسی راهکارهای ارائه شده برای تحقق اصل هشتم قانون اساسی»، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۶۶.

۲. بابایی، احسان، الزامات حقوقی و قانونی اجرایی شدن اصل هشتم قانون اساسی، تهران: دفتر مطالعات فرهنگی، ۱۳۸۹، صص ۴-۷.

مقدمه‌ای برای احیای این فریضه، امری لازم خواهد بود و مقدمات امر به معروف نیز واجب است.^۱

۲. رویکرد نامتمرکز

انتخاب این رویکرد مبتنی بر این پیش فرض است که اگر به محتوای فریضه امر به معروف و نهی از منکر توجه کنیم، نهادهای بسیاری را در نظام جمهوری اسلامی می‌یابیم که وظایف آن‌ها در راستای اجرای این فریضه است. بخش‌های مختلف قوه قضاییه مثل سازمان بازرسی کل کشور، وزارت خانه‌هایی مانند وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در قوه مجریه و مجلس شورای اسلامی به عنوان نهاد قانون گذاری یا مواردی همانند حوزه علمیه، نیروی انتظامی، ستادهای اقامه نماز جمعه، نمایندگی ولی فقیه در دانشگاه‌ها و سازمان‌های تبلیغات اسلامی در فراهم آوردن بستر امر به معروف و نهی از منکر نقش مهمی دارند.

در مقام ارزیابی این دو رویکرد می‌توان گفت هر یک از رویکردها ممکن است نقاط ضعف و قدرت داشته باشد. برای مثال، رویکرد متمرکز، جایگاه امر به معروف و نهی از منکر را در جامعه ارتقا می‌بخشد و ضمانت اجرای قوی‌تری در این زمینه فراهم می‌کند. با این حال، در نظام جمهوری اسلامی می‌بینیم که بسیاری از وظایف امر به معروف و نهی از منکر را نهادهای مختلف بر عهده دارند. در آن سو، در مورد نقطه ضعف رویکرد نامتمرکز نیز این نتیجه احتمالی وجود دارد که انجام این فریضه اساسی توسط یک نهاد اختصاصی ممکن است سبب شود دیگران در این عرصه از ادای این مسئولیت همگانی شانه خالی کنند.

۳. رویکرد میانه

در این رویکرد برای اقامه فریضه امر به معروف و نهی از منکر، تشکیل نهادی ویژه ضروری تلقی می‌شود، اما نه برای حضور مستقیم در اجرا، بلکه برای ایجاد هماهنگی بین نهادهای مختلف. برای تضمین کارآمدی این نهاد باید تدبیرهای مناسبی اندیشید که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. پشتوانه قانونی

۲. تأمین منابع مالی مستقل

۱. کعبی، عباس علی، تحلیل مبانی اصل هشتم قانون اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۱۵۱، ۱۳۹۴، ص ۶۵.

۳. توانایی ایجاد ارتباط با دیگر نهادهای حاکمیتی

۴. جایگاه متناسب با شأن نظارت بر دیگر نهادها^۱

گفتار چهارم. ادله موافقان نظارت سازمان‌ها بر یکدیگر در قالب اصل هشتم قانون اساسی

بند اول. اطلاق و عموم اصل هشتم قانون اساسی

بر مبنای این نظر، چون در اصل هشتم قانون اساسی، دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر، وظیفه‌ای همگانی دانسته شده است، همگانی بودن این وظیفه می‌تواند مقتضی نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر در قالب امر به معروف و نهی از منکر شود. پس مانعی وجود ندارد که دستگاه‌های حاکم در صورت مشاهده خطا و تخلفی از یکدیگر، در قالب امر به معروف، موارد مورد نظر را به یکدیگر گوشزد کنند.

بند دوم. نهادهای موجود در قانون اساسی برای انجام نظارت در قالب اصل هشتم قانون اساسی

۱. مجلس خبرگان رهبری

هرگاه سیاست‌های کلی نظام و سمت و سوی حرکت آن با حاکمیت ارزش‌های اسلامی هم‌خوانی نداشته باشد یا احساس گردد که سیر اخلاقی حاکم بر جامعه، سیری نزولی داشته و همراه با انحطاط اخلاقی است، به طور طبیعی، اولین کسی که باید پاسخ‌گو باشد، رهبری است. اگر رهبر به عنوان عالی‌ترین مقام کشور به وظایف خویش در زمینه امر به معروف و نهی از منکر عمل نکند، مجلس خبرگان رهبری به موجب اصل یک‌صد و یازدهم قانون اساسی و بر اساس آیین‌نامه داخلی خود می‌تواند در این زمینه اقدام کند. وظیفه نظارتی خبرگان ایجاب می‌کند در این زمینه، توضیحات لازم را از مقام رهبری بخواهد و در جست‌وجوی ریشه‌یابی موضوع باشد که آیا افراد و مقاماتی را به این دلیل که به وظیفه امر به معروف و نهی از منکر عامل نبوده‌اند، از مسئولیتشان

۱. بابایی، پیشین، صص ۶-۷.

برکنار کرده است؟ بدون شک، پی‌گیری‌هایی از این دست، عامل مهمی در پویایی دستگاه رهبری خواهد بود و مسیر بهتری فراروی جامعه قرار خواهد داد.

۲. قوه مقننه

درباره امر به معروف و نهی از منکر، دو دسته آیات وجود دارد. در یک دسته، امر به معروف و نهی از منکر به عنوان تکلیف یکایک افراد آمده است و در دسته دوم، وظیفه و نهادی است که بر دوش حاکمیت و مدیریت جامعه اسلامی قرار دارد. در دسته دوم از آیات، امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یک فریضه حکومتی و مسئولیت کلان بر دوش حاکمیت و مدیریت اسلامی قرار گرفته و به عنوان نهادی است که باید در حکومت اسلامی برپا شود و مجموعه‌ای، متکلف و عهده‌دار انجام مسئولیت اقامه معروف و نهی از منکر شوند.^۱

به موجب اصل هشتم قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی وظیفه دارد برای پر کردن خلأهای قانونی در زمینه امر به معروف و نهی از منکر اقدام کند. به نظر می‌رسد بخش قابل توجهی از نارسایی‌های موجود در مورد این فریضه، نبود قانون است. بنابراین، با تصویب قانون تأسیس سازمان همکاری امر به معروف و نهی از منکر زیر نظر مقام رهبری، بیان شرح وظایف، اعطای اختیارات قانونی کافی و الزام تمامی نهادهای رسمی و غیر رسمی کشور به تبعیت از سیاست‌ها، برنامه‌ها و الگوهای ابلاغی از سوی این سازمان، آثار و فواید زیادی در پی دارد.^۲

۳. قوه مجریه

این قوه با در اختیار داشتن ابزارها و امکانات گسترده مادی و معنوی می‌تواند نقش بسیار مهمی در تحقق اصل هشتم ایفا کند که شامل این موردهاست: ابلاغ آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های لازم از سوی رئیس جمهوری، وزیران و مسئولان ارشد دستگاه‌های اجرایی که در راستای مطالبات سازمان هماهنگی امر به معروف صورت می‌گیرد و پی‌گیری لازم نسبت به میزان اجرای آن‌ها و نیز بازخواست کسانی که به وظایف خود در این زمینه اقدام نکرده یا کم‌کاری کرده‌اند و اطلاع‌رسانی به عموم مردم. از سوی دیگر، مجلس شورای اسلامی نیز می‌تواند با تحقیق و تفحص از تمامی دستگاه‌های اجرایی کشور در زمینه

۱. اخوان کاظمی، بهرام، «نظارت و مبانی آن در نظام و اندیشه علوی»، پژوهش‌نامه علوی، سال دوم، شماره ۱۳۹۱، ص ۹۵.

۲. جوان آراسته، «اصل هشتم و ضرورت تأسیس سازمان امر به معروف و نهی از منکر»، ص ۷۱.

اجرایی شدن یا نشدن قوانین مرتبط با امر به معروف و نهی از منکر وارد عمل شود و با سؤال یا تذکر و حتی استیضاح رئیس جمهوری یا وزیران نسبت به این فریضه الهی از خود حساسیت نشان دهد.^۱

۴. قوه قضاییه

بر اساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قانون، ابزارهای لازم را در این زمینه در اختیار این قوه قرار داده است. بیش‌ترین ضمانت اجراها در این خصوص را باید در قانون مجازات اسلامی سراغ گرفت. انتظار از دستگاه قضایی کشور آن است که با قدرت و قاطعیت در سالم‌سازی محیط اجتماعی ایفای نقش کند. جلوگیری از این منکرات، شأن حکومت است و فقها به درستی فتوا داده‌اند که مردم، حق اجرای حدود، تعزیرات، دیات و قصاص را ندارند. حتی اگر چنین حقی را برای این مرتبه از امر به معروف و نهی از منکر برای اشخاص حقیقی قائل باشیم، در بسیاری از منکرات، آنان توان جلوگیری از منکر را ندارند.^۲

الف) دیوان عالی کشور

بر اساس اصل ۱۶۱ قانون اساسی، دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و دیگر مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول شده است، تشکیل می‌شود. این یک نظارت درونی در قوه قضاییه است.

ب) سازمان بازرسی کل کشور

حق نظارت قوه قضاییه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری و سازمانی توسط این نهاد که زیرمجموعه قوه قضایی است، انجام می‌شود.^۳

۱. همان، ص ۷۰.

۲. همان، ص ۷۴.

۳. شاه‌علی، احمد رضا، «شیوه‌های نظارت و اعمال آن‌ها در نظام مردم‌سالار اسلامی از منظر قانون اساسی»، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۴۰۱، ص ۴۵.

گفتار پنجم. ادله مخالفان نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر در قالب اصل هشتم قانون اساسی

مخالفان نظارت دستگاه‌های حاکمیتی بر یکدیگر در قالب اصل هشتم نیز به مبانی و دلایلی استناد می‌کنند که در جای خود قابل توجه است.

بند اول. اصل عدم صلاحیت

اصل صلاحیت در حقوق عمومی ایران مغفول مانده است. «صلاحیت»، مفهومی است که در حوزه عمومی معنی می‌یابد و به معنی توانایی مرجع یا مقام سیاسی یا اداری در تصمیم‌گیری یا انجام عملی در حوزه عمومی است.^۱ به عبارت دیگر، صلاحیت عبارت از مجموعه اختیارات و وظایف اعطایی و تحمیلی به یک نهاد، اداره یا مأمور برای انجام مأموریت خود است. صلاحیت به عنوان یکی از جلوه‌های اصل اقتدار دارای ابعاد چندگانه‌ای است. صلاحیت از یک سو، بیانگر الزام مقام عمومی به انجام دادن یا ندادن کنش خاصی است و از سوی دیگر، مبین نوعی آزادی عمل و حق انتخاب آن‌ها در انجام مأموریت‌های محوله است.^۲

نکته حایز اهمیت این است که در حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت مقام عمومی است، مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطا شده است. از آثار اصل حاکمیت قانون در حقوق عمومی، اصل عدم صلاحیت است؛ یعنی هیچ شخصی اختیار انجام امر عمومی را ندارد، مگر در حدود شرایط و تشریفات قانونی به عنوان رسمی مأموریت پیدا کند.^۳ مداخله اشخاص در امور عمومی یا مداخله مقامات عمومی در امور خارج از صلاحیت خود از لحاظ قانونی ممنوع است. حال اگر قانون‌گذار نسبت به صلاحیت مقامات دولتی به مفهوم عام سکوت کرده باشد، بر اساس اصل عدم صلاحیت باید به صلاحیت نداشتن آن مقام و نهاد قائل باشیم. برای مثال، اگر حق وضع آیین‌نامه برای مقامی در قانون اساسی پیش‌بینی نشده باشد، اصل عدم صلاحیت حاکم است و

۱. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۲۲۰.

۲. مظهری، محمد و سمیه مرندی، «بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی»، دانش حقوق مدنی، سال هفتم، شماره ۱۳، ۱۳۹۷، ص ۱۰۶.

۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸.

آن مقام حق وضع آیین‌نامه ندارد. با توجه به آن چه ذکر شد، صلاحیت در حقوق عمومی، مفهومی کارکردی و تبعی است. تبعی از این جهت که به تبع قانون برای اشخاص ایجاد می‌شود و کارکردی یعنی به صورت عینی، کارکرد مقام عمومی را مشخص می‌کند.

بند دوم. لزوم ضابطه‌مندی نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر

با توجه به مطالب بیان‌شده، نظارت، فرآیندی اساسی و مهم در حقوق عمومی است و باید از طریق سازوکارها و ضوابط خاص تعیین‌شده توسط قانون‌گذار صورت گیرد. با عنایت به اصل هشتم قانون اساسی به نظر می‌رسد این اصل در مقام تبیین و ایجاد نهادی خاص برای اجرای اصل امر به معروف و نهی از منکر در حدود ضوابط مقرر در اصل هشتم (همگانی و متقابل بودن وظیفه امر به معروف و نهی از منکر نسبت به مردم نسبت به یکدیگر، مردم نسبت به دولت و دولت نسبت به مردم) است و از این اصل، نظارت دستگاه‌های دولتی بر یکدیگر در قالب اصل هشتم مستفاد نمی‌گردد. بنابراین، چون قانون‌گذار اساسی به انواع نظارت در قانون اساسی و در خلال دیگر اصول توجه کرده و در مورد فرض مورد نظر این تحقیق، در اصول قانون اساسی به مسئله توجهی نشده است، به نظر می‌رسد این اصل، بیش‌تر به دنبال اعمال سازوکارهای اخلاقی برای اعتلای اخلاقی جامعه باشد. اساساً نظارت در حقوق عمومی، نیازمند ضمانت اجراست که چنین امری در اصل هشتم مشاهده نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

با توجه به مفاد و محتوای اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مفاد این اصل، صورت سؤال این تحقیق را دربرنمی‌گیرد. در تأیید این نظر می‌توان به این ادله مراجعه کرد:

۱. قانون‌گذار اساسی در دیگر اصول قانون اساسی به موارد نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر در مقام نظارت سیاسی، اداری و قضایی پرداخته و به مفاد مندرج در اصل هشتم توجهی نداشته است.
۲. با توجه به صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، قانون‌گذار اساسی به ایجاد نهادی خاص برای اجرای شدن مفاد اصل هشتم نظر دارد، نه نظارت دستگاه‌های حاکم بر یکدیگر از مجرای اصل هشتم. پس تفسیر در راستای هدف مقنن اقتضای آن را دارد که فرض سؤال

را خارج از اصل هشتم بدانیم.

۳. در حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت است. پس در مقام تردید در خصوص صلاحیت‌ها و اختیارات دستگاه‌های حاکم از جمله اختیار نظارت باید اصل عدم صلاحیت را جاری کرد.

۴. به نظارت و انواع آن در قانون اساسی توجه شده و نکته بااهمیت، ضابطه‌مندی و ساختاربندی امر نظارت است. این امر در حالی است که اصل هشتم چنین سازوکاری را در نظر نگرفته است و ضابطه‌مندی نیز از آن قابل استخراج نیست.

۵. اصل حاکمیت قانون به عنوان اعلای اصل حقوق عمومی اقتضای آن را دارد که نظارت دستگاه‌های حاکم در قالب قوانین و با رعایت سلسله مراتب موجود میان قوانین صورت پذیرد. پیشنهادهایی که در این زمینه می‌توان داد، به این شرح است:

۱. انجام پژوهش‌های تکمیلی در خصوص موانع و راهکارهای ارتقای ظرفیت نظارتی اصل هشتم قانون اساسی؛

۲. تدوین و تصویب قوانین و مقررات لازم برای تسهیل و تقویت امر به معروف و نهی از منکر در نظام جمهوری اسلامی ایران؛

۳. ارائه آموزش‌های لازم به آحاد جامعه در خصوص اصل هشتم قانون اساسی و شیوه انجام امر به معروف و نهی از منکر.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابی‌الحسین احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقاییس اللغة (جلد ۵)، قاهره: دار الکتب، ۱۹۴۹.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۳. آذرتاش، آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی، فارسی، تهران: نی، ۱۳۹۶.
۴. بابایی، احسان، الزامات حقوقی و قانونی اجرایی شدن اصل هشتم قانون اساسی، تهران: دفتر مطالعات فرهنگی، ۱۳۸۹.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۵)، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۸.
۶. جمعی از نویسندگان، فرهنگ دانشگاهی یادواره (فارسی به انگلیسی) (جلد ۳)، تهران: ثامن الائمه، ۱۳۷۵.
۷. جوان آراسته، حسین، گزینش رهبر و نظارت بر او در نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸.
۸. حضوری، مصطفی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی: بررسی مفهوم «نظارت»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۲۰۸۰، ۱۳۹۲.
۹. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۳.
۱۰. راسخ، محمد، نظارت و کنترل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۹۵.
۱۱. رجایی، مهدی، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی: امر به معروف و نهی از منکر، تهران: دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۷۲، ۱۳۹۲.
۱۲. رضاییان، علی، مبانی سازمان و مدیریت، تهران: سمت، ۱۳۸۰.
۱۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۱۴. ظرفیت‌های قانون اساسی در تحقق نظارت عمومی مبتنی بر اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سلسله نشست‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای

نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۹۰۰۰۰۱۹، ۱۳۹۹.

۱۵. عمید زنجانی، عباس علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.

۱۶. فتاحی زفرقندی، علی، شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات، تهران: شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۹۷.

۱۷. کعبی، عباس علی، تحلیل مبانی اصل هشتم قانون اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۱۵۱، ۱۳۹۴.

۱۸. مصطفوی، حسن، التحقيق في كلمات القرآن الكريم (جلد ۱۲)، تهران: مرکز نشر آثار علامه مصطفوی، ۱۳۸۵.

۱۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۱.

۲۰. میرمحمدی، سید محمد، الگوی نظارت و کنترل در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۲۱. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۶.

۲. مقاله

۱. اخوان کاظمی، بهرام، «ارزیابی و امکان‌سنجی نظام نظارتی فرادولتی امام خمینی»، پژوهش‌نامه انقلاب اسلامی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۰.

۲. اخوان کاظمی، بهرام، «نظارت و مبانی آن در نظام و اندیشه علوی»، پژوهش‌نامه علوی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۱.

۳. امامی، محمد و مسعود نادری باب‌اناری، «تأملاتی پیرامون نظارت مالی بر دستگاه‌های دولتی در ایران»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۸، ۱۳۸۶.

۴. برات‌لو، فاطمه، «راهبردهای نظارت همگانی در مدیریت سیاسی جامعه دین‌بنیان»، جستارهای سیاسی دین‌بنیان، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۸۹.

۵. جوان آراسته، حسین، «اصل هشتم و ضرورت تأسیس سازمان امر به معروف و نهی از منکر»، مجله

حکومت اسلامی، سال هفدهم، شماره ۴، ۱۳۹۱.

۶. جوان آراسته، حسین، «نظارت همگانی و متقابل در نظام اسلامی (تحلیل اصل هشتم قانون اساسی)»، مطالعات انقلاب اسلامی، دوره دهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۲.

۷. خسروی، حسن و ایرج حسینی صدرآبادی، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، دوفصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶.

۸. شاه‌علی، احمدرضا، «شیوه‌های نظارت و اعمال آن‌ها در نظام مردم‌سالار اسلامی از منظر قانون اساسی»، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۹، ۱۴۰۱.

۹. شفیعی سردشت، جعفر، علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.

۱۰. طلاکی طرقي، اکبر و فیروز اصلانی، «تحلیل و بررسی راهکارهای ارائه‌شده برای تحقق اصل هشتم قانون اساسی»، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۲.

۱۱. مظهری، محمد و سمیه مرندی، «بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی»، دانش حقوق مدنی، سال هفتم، شماره ۱۳، ۱۳۹۷.

۱۲. الوانی، سید مهدی، «ویژگی‌های نظام کارآمد نظارتی»، در: مجموعه مقالات دومین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرسی در کشور، تهران: سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۰.

۱۳. وردی‌نژاد، فریدون و شهلا بهرامی رشتیان، «ارتباط نظارت و بازرسی با حقوق و آزادی‌های عمومی مطرح‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، در: مجموعه مقالات نخستین همایش علمی و پژوهشی نظارت و بازرسی در کشور، تهران: سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۷۶.

Abstract

Jurisprudential-legal delay in the civil responsibility of the government in social unrest and riots

Toba Ghanbari Azad¹

Ardavan Arzhang²

Abbas Kalantari Khalil Abad³

Abstract

Nowadays, riots are one of the spreading events that cause huge damages to people's lives and property. Relatively permanent phenomena – but constantly changing face in the present era – whose spread is a warning for societies. Although dealing with riots and the resulting loss of life has been discussed in the criminal laws of countries including Iran, and the resulting financial losses have almost opened their place among civil liability issues, but this question shows which person Or are there persons responsible for compensating the damages and in what ways should such damages be compensated? The upcoming search has determined the responsibility and the quality of compensation for such damages with the support of the rich jurisprudence system, certain legal principles and reflecting on the laws of European countries. The concept of proving the government's civil responsibility or securing damages through special institutions such as insurance – which is often under the control of the government – is supported by jurisprudence and legal justifications. The claim of this theory is present in some of the traditional foundations of civil responsibility, and in most of the other parts, it is necessary to present a new approach that can be justified with a new look at the jurisprudential and legal dimensions of the government's responsibility.

Keywords: Riot; social unrest; financial losses; civil liability; government,

1. Doctoral student of private law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran, ghanbaritoba991@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Yasuj University, Yasuj, arzhang1345@gmail.com

3. Associate Professor, Department of Fiqh and Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, Meybod University, Meybod, Iran, abkalantari@gmail.com

Legal challenges of poverty alleviation in Iran; (Case study: Sistan and Baluchistan province)

Mohammad Zaker Bayestizahe¹

Mohammad Jalali²

Seyyed Ahmad Habibnezhad³

Abstract

Despite the efforts and spending of huge expenses for the development of the country and deprived areas, including Sistan and Baluchistan province, and despite the achievements, a large number of people in this province still live in poverty and deprivation, so that according to national statistics, Sistan and Baluchistan province ranks first in the country in the indicators of poverty and deprivation. Eliminating poverty is one of the obligations placed on the government in such a way that in the constitution, vision documents, national and provincial development programs, clauses regarding poverty alleviation have been prepared and approved; However, the adoption of laws alone is not enough without proper monitoring and implementation in this field, and prescribing a solution without understanding the various roots of poverty cannot be a solution. In order to eliminate poverty in the country and especially in Sistan and Baluchistan province, we need to know the existing obstacles in the direction of poverty alleviation in this province, because identifying these challenges as best as possible can help to provide suitable solutions to eradicate poverty. The present research has investigated the legal challenges and obstacles of poverty alleviation in Sistan and Baluchistan province through qualitative method and in-depth interviews. The rese

arch data are categorized in three axes of normative, structural and behavioral challenges. The results of the research show that the main challenge in this field is not the law itself, but the way it is implemented.

Keywords: Sistan and Baluchistan province, legal challenges, poverty, poverty alleviation, Deprivation.

1. Ph.D. Student in Public Law, mzaker.b@gmail.com.

2. Assstant Prof, Department of Public Law, Faculty of law, Beheshti University of Tehran, Iran, mdjalali@gmail.com

3. Associate Prof Department of Public Law, Faculty of law, Farabi Campus University of Tehran, Qom, Iran, a.habibnezhad@ut.ac.ir

Human rights obligations of governments in the field of health based on the theory of good governance

Sara Gorgij¹

Hossein Alekajbaf²

Hamidreza Salehi³

Abstract

The concept of collective responsibility, like personal responsibility and joint responsibility, in most fields refers to both the causal responsibility of moral agents for global harms and the reaction shown against these harms. Therefore, it can be said that collective responsibility has moral propositions in a way. Because this notion of collective responsibility posits groups, as distinct from their individual members, as moral agents,. The view of methodological individualism challenges the possibility of associating moral agency with groups as separate from their individual members, and in the view of normative individualism collective responsibility violates the principles of individual responsibility and fairness. In response to these challenges, proponents of collective responsibility attempted to demonstrate that collective responsibility, as well as group intentions and collective action, is possible. One of the biggest issues that requires joint and collective action of governments is the issue of health and hygiene. The World Health Organization has crystallized as a symbol of governments' will to solve health challenges collectively. On this basis, the member countries of the World Health Organization are committed to cooperate with each other in solving international issues that have economic and humanitarian aspects so that all nations can benefit from human rights and basic freedoms without discrimination. Therefore, based on the collective responsibility of the member states of the World Health Organization, taking joint measures in the field of fighting diseases and improving the level of health is one of the duties of the member states.

Keywords: Human rights, right to health, good governance, government obligations, World Health Organization

1. phd student of Public International Law, Department of Law, Payam Noor University, Tehran, Iran, soagorgich2016@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Public Law, Payam Noor University, Tehran, Iran, dr.alekajbaf@pnu.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Payamnoor University, Tehran, Iran, salehi_hamid1202@yahoo.com

Applying the rules of competition law in Iranian automobile industry

Reza Farajpour¹

Mansour Atasheneh²

Dariush Babaei³

Abstract

By explaining a set of principles and rules governing the behavior and communication and agreements between companies, competition law prevents the deviation of the market structure to monopoly and improves its performance, and is actually the most important tool of competition policy in order to compensate for the lack of form and substance of private law regulations. As the most general and fair means of monitoring the economy, it has stepped into this field to increase the welfare of consumers through increasing the efficiency of resources. Considering the negative consequences of monopoly, including; Disruption of the market balance, the loss of consumer rights and the removal of other economic actors from competition, governments generally try to adopt measures such as the adoption of anti-monopoly regulations and the establishment of regulations facilitating competition in order to establish healthy and free competition in the relations of economic actors, while supporting Consumers' rights and creating balance in the market also prevent the formation of unnatural monopoly. Automobile manufacturing is one of the industries that, although it does not seem to have a monopoly, but in practice, this industry can be considered as one of the monopoly industries in Iran. This article was written with the aim of investigating the application of the rules of competition law in the Iranian automobile industry in a library manner using descriptive, analytical and inferential methods. The results confirm the fact that due to the monopoly of automobile manufacturing in Iran, competition laws are not applied in this industry.

Keywords: competition law, automobile industry, competition council, general economic law

1. PhD Student, Private Law, yasuj Branch, Islamic Azad University, yasuj, Iran. dr.r.farajpour@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Economics and Social Sciences, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran, mansour.atasheneh@scu.ac.ir

3. Department of Law, Yasuj Branch, Islamic Azad University, Yasuj, Iran, dr.babaei56@yahoo.com

Investigating the possibility of imposing business taxes on banks and financial and credit institutions in the light of criticism of the procedure of the General Assembly of the Court of Administrative Justice

Sajad Karimi Pashaki¹

Mahdi Khatib Damavndi²

Ali Mashhadi³

Abstract

Approval of city tolls is one of the duties of city councils. In the matter of tolls belonging to the municipalities, the legislator has either directly assigned the task or delegated the authority to impose it to the city councils. Accordingly, many lawsuits have been heard in the General Assembly of the Court of Administrative Justice with the request to annul the resolutions mentioned, for which different results have been obtained, both annulment and non-annulment.

Possibility of approving this toll tariff, based on the votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice; Part 1 of Article 35 of the Law on the Organization of Islamic Councils of the country approved in 1982 with subsequent amendments and laws such as articles of the Law on Organization, Duties and Elections of Islamic Councils of the country approved in 1375 and the Law on Value Added Tax approved in 1387 and the law of the Fifth Development Plan and ..., Documented. In this article, using analytical-descriptive method, while examining the nature of the fees of business and professional rights of banks and financial and credit institutions and its legal possibility, especially in the case of state-owned institutions, critique the conflicting procedure of the General Board of Administrative Justice in handling cases. Relevant and it is determined that the reasoning bases of this judicial authority can be challenged in this regard.

Keywords: Taxes on the right of business of banks, city council, court of administrative justice, procedural criticism.

1. Ph.D. Student, Public Law, Department of Public and International Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Islamic Azad University, Science and Research branch, Tehran, Iran. Sajadkarimipashaki@gmail.com

2. MA. in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Mehdikhatib76@yahoo.com

3. Associate Professor, Department of Public Law and International, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. droitenviro@gmail.com



Challenges of the supervision of supreme audit court on the universities of the Ministry of Science

Fardin Moradkhani¹

Saeed Gomari²

Abstract

Investigation of the supervision of the supreme audit court on the universities of the Ministry of Science. The need to adapt to the increasing developments of knowledge has caused universities in many countries of the world to have independence with different degrees in administrative and financial issues. One of the methods of granting independence to universities is their administration by the Board of Trustees. The administration of the Board of Trustees in practice and during the implementation of their resolutions may face major problems due to inconsistencies or even contradictions with other laws and regulations and may be challenged by regulatory bodies such as the supreme audit court. This article uses a descriptive-analytical method and examines the rulings of the Administrative Justice Court and the procedure of the supreme audit court to answer the question of what ambiguities and challenges the supreme audit court faces in supervising universities. Among the ambiguities examined, we can mention the inconsistency between the law of the University Board of Trustees and other laws, different understanding of the laws, and difficulty in finding the offender.

Keywords: University, Board of Trustees, , Supervision, supreme audit court

1. Associate Prof in public law, Department of law, Faculty of humanities, Bu Ali Sina university, Hamadan, Iran. (Corresponding Author), f.moradkhani@basu.ac.ir

2. Master of Public Law. Department of law, Faculty of humanities, Bu Ali Sina university, Hamadan, Iran, saeed-gomari@yahoo.com

Resolving the conflict of interests of state companies in the field of competition law

Bagher Jokar¹

Akram Tajik²

Zahra Tajri Moazeni³

Abstract

A conflict of interest is a situation in which some individuals, whether natural or legal entities, can make one or more decisions related to a specific issue, and if the decision maker makes a decision in favor of certain individuals, a conflict of interest has occurred. This is the case with state-owned companies. It is more important because governments give legitimacy to this process by making regulations. Considering that regulation can provide the fields for the activities of state-owned companies, deregulation in the form of removing or modifying regulations. It can balance the presence of private and public companies in the economy. Based on the principles stipulated in the competition law, the possibility of conflict of interest in the case of state-owned companies is more than other companies active in the economic field. Based on this, the main question that this research seeks to answer is to examine legal solutions to resolve The conflict is between state-owned companies. The solutions presented in this article can be divided into two categories: normative and structural. The research method in this research is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources. The results of this research show that deregulation and creating equal opportunities between public and private companies play an important role in improving the performance of these companies and resolving conflicts.

Keywords: Conflict of interest, public company, competition law, regulation, deregulation

1. PhD student in private law, Gorgan branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran, jb.persian@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Azadshahr Branch, Islamic Azad University, Azadshahr, Iran, akram.tajik@iau.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran, moazen509@gmail.com



The relationship of political jurisprudence and modern public law in contemporary Iranian constitutionalism and republicanism

Shahrokh Gholami¹

Erfan Shams²

Ahmad Montazeri³

Abstract

The ratio of political jurisprudence and modern public law in the conceptual equivalence of metaphysical and physical governance is the basis and sources of constitutional and republican sovereignty. The discourse of the first theory has a theological mechanism and the opposite theory has a physiological mechanism, and their governance is based on representation. The first theory is based on divine agency through political jurists in theological theories and the opposite theory is based on consensus of free citizens in human theories. The power and governance in the first theory is qualitative and subjective and based on invisible foundations and subjectivism, and the second theory is evident with mechanical governance over quantitative and objective and visible foundations and objectivism. Each of the constitutional and republican political order has been subjected to jurisprudence in the constitutional political jurisprudence and the contemporary republican political jurisprudence. The current research is based on the method of analysis and study of a functional library and the record of the constitution and the republic with an analytical and critical view on contemporary political jurisprudence. The findings of the research also indicate that the relationship between the concepts discussed in the political and legal literature of contemporary political jurisprudence with modern public law is merely nominalist and populist and has a semantic break with its conceptual vocabulary.

Keywords: Political jurisprudence, modern public law, sovereignty, constitutionalism, republicanism,

1. Public Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, shahrokhgholami1212@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, erfanshams2003@gmail.com

3. Department of Public Law, Faculty of Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, a_montazeri85@yahoo.com

Analysis of powers of competition council in terminating contracts due to abuse of dominant position

Roya Mafakheri¹

Omolbanin Ramazanzadeh²

Seyed Hassan Hosseini Moghaddam³

Abstract

Competition in trade is the cause of economic growth and is considered as one of the principles of economic development in countries and it leads to commercial success, which has caused the creation of laws under the title of commercial competition rules by the legislator. One of the main topics of competition law is the abuse of a dominant position. Contemplation among different legal and criminal laws indicates the existence of many legal articles that are charged to the wrongful company or manager according to the type of crime or violation. In the current research, the limits of the powers of the competition council in terminating the contracts that are based on the dominant position and everything related to the abuse of the dominant position are examined in order to clarify the guarantee of the implementation of the abuse of the dominant position compared to the contracts concluded based on the powers of the competition council. How is that? Are such contracts can be terminated or not and who are the beneficiaries of such claims? Finally, in which authority can the appeal against the decisions of the competition council be made in terminating the contract? Through the investigation, it was found that the competition council has the authority to terminate the contract in different ways and regarding the possibility of appealing the decision of the competition council, it should be acknowledged that the decision issued by the appeals board of the competition council can be contested and finally as an administrative decision can be contested in the court of justice.

Keywords: dominant position, competition law, competition council, abuse, contract status.

1. PhD student in private law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran, royamafakheri.law5396@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran, o.ramazanzadeh@umz.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran, s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir

The Employer's Responsibility for the Legal Tasks of the Contractor Against his Workers According to the Labor Law; Challenges and Solutions

Mohammad Ghsem Tangestani¹

Mahdi Moradi Berelian²

Abstract

This article discusses Article 13 of the labor law, which places responsibility on employers for any contracts their contractors make with workers. Employers must ensure that contractors comply with all labor law obligations towards workers and that contracts are based on this. However, this legal duty conflicts with the principle of relativity of contracts. This paper takes a descriptive-analytical approach and aims to provide solutions to the challenges of implementing Article 13. It asks how contractors can modify their contracts with employers and take necessary measures to ensure compliance with the law. The paper identifies challenges such as unclear contract terms, lack of approval for necessary regulations, uncertainty about responsibility for workers' rights violations, and ambiguity in jurisdiction over complaints. To address these challenges, the paper suggests improving the legal system through quasi-legislative and executive resolutions such as approving an executive directive for Article 13 and clarifying the extent of employer and contractor responsibility. Some solutions are already in use while others are innovative.

Keywords: The principle of relativity of the contract's effects, Labor Law, Employer, Article 13 of the Labor Law, Article 38 of the Social Security Law.

1. Associate Professor, Department of International Law., Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran (Corresponding Author). m.tangestani@khu.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Law., Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Mazandaran, Babolsar, Iran. m.moradib@umz.ac.ir

Government liability for air accidents: A case study of Ukrainian Airlines Flight 752

Mehdi Ghafourizad¹

Ali Radan Jabali²

Hassan Pakniat³

Abstract

Today, the air transport industry is one of the most important ways of communication between countries. Despite the advantages of using airplanes, accidents are inevitable. Therefore, at the level of international law, aviation security and the identification of those responsible for accidents and incidents have become the subject of numerous conventions. In domestic law, regulations and various organizations are in charge of flight matters. On 18/10/2018, a Ukrainian plane that was leaving Tehran for Kyiv was targeted by Iranian air defenses, and the cause of this incident was stated to be human error. Considering that the nature of the accident caused the death of all 176 passengers of the plane, the basic question here is what duties and responsibilities Iran has towards the survivors and what basic steps it should take in order to fulfill its obligations. Therefore, this research has been carried out with the aim of examining the legal obligations of the Iranian government towards the survivors of Flight 752 according to Iranian laws and international laws. The main question in this research is the examination of the limits of civil and legal responsibility of the Iranian government for the aforementioned incident. The results of this research show that, from the international point of view, the conditions are ready for the realization of the government's legal responsibility, and from the point of view of domestic law, the government is responsible for compensating the damage caused to the survivors. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: Flight No. PS752, Air Accident, Civil Liability, Government, Chicago Convention.

1. PhD student in private law, Isfahan Branch, Khorasgan, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, mehdighafoori1372@gmail.com

2. Assistant Professor of Private Law Department, Isfahan Branch, Khorasgan, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, (Corresponding Author), dr.aliradan@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Isfahan Branch, Khorasgan, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, paktinat.hasan@yahoo.com

Feasibility of applying the concept of expediency in Iran's administrative law system

Hassan Salimi Pourbani¹

Tahereh Sadat Naimi²

Seyed Ali Rabbani Mousaviyan³

Abstract

According to the narrations, all the rules that are needed by mankind are stated in the Book of Sunnah. However, since the Islamic government includes fixed and variable rulings, and the limited and finite nature of detailed evidence and texts and the infinite nature of events and events, it is possible and even necessary to appeal to expediency, therefore, it is necessary to appeal to expediency and general principles and purposes. The Sharia community responded to the events of the day and new developments. Reflecting on the legal texts of our legal system clearly shows that taking into account the principle of expediency, putting collective expediency before the rights of individuals in the administrative system is one of the serious mechanisms of Islamic legislation in consolidating and organizing the relations between the people of the nation and government institutions based on Islamic limits and values. Article 40 of the Constitution is a special manifestation of the presence of the thought of collective expediency in the legislation of Iran's legal system. After explaining the principle of expediency as the supreme principle governing the Islamic legislative system, the following article aims to outline the position of this principle in the Islamic legislative system, and finally explain the centrality of this principle in the administrative system by emphasizing the primacy of collective expediency.

Keywords: Expediency, benefit, government order, legislation, administrative law.

1. PhD student, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran, Corresponding Author, salami.hassan5834@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Isfahan Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, tsnaimi@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, a.rabbani110@yahoo.com

The role, effects and limits of public interest in compulsory purchase by the government in Iranian and English law

Mehdi Montazeri¹

Said Karami²

Abstract

Although taking property from individuals without their consent is illegal, but it is possible to acquire property and land for the implementation of public programs only by observing certain conditions. In the current laws of different countries, the exercise of expropriation by authorities which have the right to compulsory purchase depends on the existence of public interest in the project in question and the payment of previous compensation. The necessity of public interest for compulsory purchase can be considered as one of the general legal principles without it expropriation is illegal. In Iranian law, although apparently this principle is not specified, but since the legislator has made this possible only for the implementation of public purposes and programs, there is no doubt in its acceptance and the guarantee of its implementation is the possibility of revocation of acquisitions. In English law, according to Protocol 1 of the European Convention on Human Rights and Judicial Procedure, the public interest must be respected in the acquisition plans (CPO) and due to the doctrine of ultra vires, acquisition authorities cannot, without the existence of public interest, Take advantage of the compulsory purchasing power. Also, in both countries, the use of public interest for compulsory purchase is not limitless and this depends on the existence of necessity.

Keywords: Compulsory Purchase, Public interest, CPO, Necessity, Ultra vires.

1. private law PHD ,sciences and researches, university of tehran, montazeri.mehdi12@gmail.com

2. Assistant Professor Payam Noor University, Tehran, Iran, karami.t54@pnu.ac.or

Investigating the possibility of financial exclusion of commercial-industrial free zones from the inclusion of the fifty-third article of the constitution

Mohsen Khakzad¹

Abstract

The fifty-third article of the constitution shows the determination of the government's financial responsibility in terms of the concentration of revenue funds, according to which all government receipts and payments are made from the treasury account. This principle is the basis for approving accounting laws such as the Law of Public Accounts and the Law of the Court of Accounts of the country, and due to the importance of accounting and auditing of revenues and expenses in the Islamic Republic of Iran, according to the historical and religious practice of the position of the Treasury, it is of increasing importance. is. Considering that the commercial-industrial free zones of the Islamic Republic of Iran started their activities in Iran based on their special law approved in 1372 and with the nature of state-owned companies, and today seven commercial-industrial free zones are active in the country, hence the necessity It is necessary to explain how to calculate the income and expenses of these companies in the light of the fifty-third principle. Since during the activity of these regions until now, the revenues collected by these executive bodies are not deposited into the general treasury account, and in other words, the budget of the free zones, , this exceptionalism has caused this article to try to examine the possibility of excluding commercial-industrial free zones from the fifty-third article of the Constitution and the Public Accounts Law while studying the relevant laws and documents of the legal frameworks, and the damage be expressed.

Keywords: "Exception", "Principle fifty-third of the Constitution", "General Revenue in the General Treasury", "General Accounting Law", "Commercial-Industrial Free Zones"

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Guilan, Iran.
mohsen.khakzad@gmail.com

An analysis of the new tax proceedings in Iran with a look at the code of the European system of good administrative behavior

Ali Hajipour kondroud¹ Amin Banazadeh Ardebili² Roya Moradi Belarghou³

Abstract

A large part of the tax proceedings in Iran is the responsibility of the administrative authorities, and for this reason, the said process should be in accordance with the standards and principles of “good administration” and “European Code of Good Tax Behavior”. In this regard, in this article, the degree of compliance of the current laws and regulations of the country in the field of tax proceedings in terms of the new law, with the criteria of good administration, has been examined in the descriptive-analytical method, and finally the conclusion has been reached that although Among the mentioned criteria, the principle of legality is respected more than other principles, but despite this, the principles of impartiality and independence, hearing, access to the file and legitimate expectation have not been given much attention, and the principle of observing a reasonable deadline is also despite the existence Legal rulings are only implemented in a part of the tax proceedings The implementation of the principle of providing the reasons for the administrative decision has not been considered very desirable and has not been paid attention to; Also, the principle of proportionality in tax proceedings is generally neglected; The principle of compensation for the damage caused to the citizens is also enforceable according to the provision in the law and through the supervisory institutions of the administration, especially the Administrative Court of Justice. Therefore, despite the reforms in tax proceedings and little improvement, the aforementioned principles have not been given much attention and care, and this necessitates the review and amendment of existing regulations and the drafting of new laws, including the Law on Tax Procedures with an eye on the taxpayer’s rights, in order to achieve the process It shows more in line with today’s world standards.

Keywords: New Tax litigation, Iranian law, European Charter of Good administrative Behavior, European Code of Good Tax Behavior, Challenges.

1. Assistant Prof, Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran, Hajipour62@yahoo.com

2. Teacher Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, banazadehamin@yahoo.com

3. MA. in Public Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran, roya.moradi2567@gmail.com

Feasibility of transfer and sale of lands assigned to universities

Hossein Mohammadi Doroh¹

Mohammad Khalil Salehy²

Jalal Aldin Ghiasi³

Abstract

The properties at the disposal of the universities can be divided into two groups: exclusive properties of the universities and properties that only their exploitation right are assigned to universities. Some university managers, citing the fact that according to the relevant laws and regulations, universities are exempt from the country's financial, administrative, and employment regulations, and that only the decisions of the Board of Trustees and the university's financial and transaction regulations are mandatory, have sold and transferred lands assigned to universities, which are part of the second group of properties, to university faculty, staff, and ordinary individuals. According to Article 69 of the Law on the Regulation of Some Financial Regulations of the Government, the judgment of the Administrative Justice Court involving an important decisions on matters of principle, administrative procedure and judicial decisions, only the exploitation right of these lands has been assigned to universities, and the ownership belongs to the government. Therefore, these actions by university managers are beyond their authority and contrary to the law, and the transfer and sale of these lands are not possible.

Keywords: assigning, Land, university, Public property, government property

1. Ph. D. Student in Criminal Law and Criminology, University of Qom, hmd5987@gmail.com

2. member in the Department of Criminal Law and Criminology at Qom University, mohamad.salehy@gmail.com

3. member in the Department of Criminal Law and Criminology at Qom University, jalalghiasi2001@yahoo.com

Examining the structure and limits of the administrative authority of governors with a comparative study in the laws of Iran and Iraq

Ali Faghih Habibi¹

Vajiheh Mohseni²

Hashem Mohammad Sarhan³

Abstract

One of the main institutions of the executive branch in the countries where the codified constitution rules is the governorate institution. In Iran, the governorate operates under the supervision of the Ministry of Interior and under the measures and decrees of the president, and in Iraq, its council system plays an important role in determining the governor and establishing the rules and regulations of the province administration. The influential role of the council system is on the important institution of the executive branch, which has formed a different administrative process compared to Iran's laws, and the federal system of Iraq, based on the constitution of this country, has given extensive administrative powers to the governors. The purpose of this research was to investigate the structure and limits of the administrative authority of the governors in Iran and Iraq in a comparative manner. Based on this, the main question of the research is whether the structure and limits of the administrative authority of governors are different in the laws of Iran and Iraq? By using library resources and descriptive and analytical methods, while answering the mentioned question, it was stated that according to the conditions and state of the government, the structure and limits of the administrative authority of the governors are different in Iran and Iraq.

Keywords: Jurisdiction authority, governors, Iran's law, Iraq's law

1. Department of Public Law, Islamic Azad University, Tehran South Branch, Tehran, Iran, a.faghihabibi@gmail.com

2. Department of Public Law, Islamic Azad University, Tehran Branch, Tehran, Iran, mosane447@gmail.com

3. Public Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, tbkh457@yahoo.com



Measuring the capacity of the eighth principle of the constitution to monitor the institutions governing each other

Mahdi hasanvand¹

Mohammad Hasanvand²

Abstract

The eighth principle of the constitution is one of the progressive principles contained in the constitution of the Islamic Republic of Iran, which states: «In the Islamic Republic of Iran, calling for good, enjoining good and forbidding evil is a universal and mutual responsibility of the people. to each other, the government to the people and the people to the government. Its conditions, limits and quality are determined by the law. Although the duty of calling to good and enjoining good and forbidding evil towards government organizations has not been specified in the aforementioned principle, but considering that the «universality» and «reciprocity» of the duty are mentioned at the beginning of the principle, This duty can be extended to government organizations as well. In the sense that by creating an organization in line with the standards stipulated in the 8th principle of the constitution, it is possible to realize supervision through enjoining good and forbidding evil. Of course, in an opinion contrary to the principle of non-jurisdiction in public law, the scope of the principle can be placed outside the supervision of the institutions governing each other.

Keywords: Supervision, government agencies, principle eight, mutual supervision

1. PhD student of Public Law, University of Tehran, Farabi college, Iran, Ma_hasanvand@yahoo.fr

2. Graduated with a PhD in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University/ Judge of the Administrative Court of Justice/University Lecturer, Malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Sixth Year / 19th Issue / Summer 2024

ISSN : 27170497



Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad allah Yavari

Editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami, Dr. Mohammad Rasekh, Dr. Hossein Zarei Matin

Dr. Abbas Zaraat, Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi

Dr. Ali Mashhadi, Dr. Morteza Najabatkhah, Dr. Mohammad Reza Vijeh

Dr. Seyed Mohammad Hashemi



Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St.,

Valiasr St., Tehran, Iran

Postal Code: 1434863111

Phone: 09214930838

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

*Journal of
Modern Research on
Administrative Law*



Sixth Year / 19th Issue / Summer 2024



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Sixth year :: 19th issue :: Summer 2024

Title of Articles

- ▶ Jurisprudential-legal delay in the civil responsibility of the government in social unrest and riots
- ▶ Legal challenges of poverty alleviation in Iran; (Case study: Sistan and Baluchistan province)
- ▶ Human rights obligations of governments in the field of health based on the theory of good governance
- ▶ Applying the rules of competition law in Iranian automobile industry
- ▶ Investigating the possibility of imposing business taxes on banks and financial and credit institutions in the light of criticism of the procedure of the General Assembly of the Court of Administrative Justice
- ▶ Challenges of the supervision of supreme audit court on the universities of the Ministry of Science
- ▶ Resolving the conflict of interests of state companies in the field of competition law
- ▶ The relationship of political jurisprudence and modern public law in contemporary Iranian constitutionalism and republicanism
- ▶ Analysis of powers of competition council in terminating contracts due to abuse of dominant position
- ▶ The Employer's Responsibility for the Legal Tasks of the Contractor Against his Workers According to the Labor Law; Challenges and Solutions
- ▶ Government liability for air accidents: A case study of Ukrainian Airlines Flight 752
- ▶ Feasibility of applying the concept of expediency in Iran's administrative law system
- ▶ The role, effects and limits of public interest in compulsory purchase by the government in Iranian and English law
- ▶ Investigating the possibility of financial exclusion of commercial-industrial free zones from the inclusion of the fifty-third article of the constitution
- ▶ An analysis of the new tax proceedings in Iran with a look at the code of the European system of good administrative behavior
- ▶ Feasibility of transfer and sale of lands assigned to universities
- ▶ Examining the structure and limits of the administrative authority of governors with a comparative study in the laws of Iran and Iraq
- ▶ Measuring the capacity of the eighth principle of the constitution to monitor the institutions governing each other