

پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال ششم: شماره بیستم: پاییز ۱۴۰۳



عنوان مقاله‌ها

- نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از حقوق استخدامی کارمندان «جعفرعلی رازینی، خیراله پروین و محمدحسن حبیبی»
- حق تمدد کارمند از منظر اصل قانون‌مندی و استناد به اصول بنیادین «شبنم فهیمی، سیدمجتبی واعظی و محمد امامی»
- دلایل وقوع فرار مالیاتی در نظام حقوقی ایران «حسین قنبری، حسن حاجی‌تبار فیروزجانی و مهدی اسماعیلی»
- پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی با تأکید بر اصلاح نظام اداری مالیات‌ستانی «محمد رضا کریمی، محمد بارانی و محمد آشوری»
- هم‌سنجی صلاحیت و اداره شورای شهر با مجلس شورای اسلامی و معرفی الگوی شایسته «محمد مظہری، رضا حسین زاده و سیدعلی موسوی»
- آسیب‌شناسی نهادهای حقوقی حمایت از تولید: قواعد و سازوکارهای اجرایی «زهره خدایاری و محمد رضا ویر»
- بررسی برابری زن و مرد در حقوق استخدامی با رویکردی تطبیقی «فاطمه اصطبار، صالح پیرلی و مجید صفوی»
- خودانضباطی و خودتنظیمی، راهکار جرم‌زدایی از جرایم سازمان‌های دولتی «سعید گوهری، سید حسین صادقی»
- شرط تمامیت متن قرارداد در چارچوب پروژه‌های عمرانی و قراردادهای پیمان‌کاری دولتی با تأکید بر شرایط عمومی پیمان «رسول سلیمانی، محمود حبیبی و علی زارع»
- امکان‌پذیر بودن یا نبودن ابطال تصمیم با عدول از آن توسط مقام اداری «مسعود مهجوری، کورش استوارسنگری و حسین علائی»
- دلیل و نقش دادرس اداری در نظام اثبات دعوا «سید مهدی رضوی، مصطفی سراجی و غلام‌رضا مولایگی»
- نظام حقوقی حاکم بر مرخصی‌های خاص در حقوق اداری ایران با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری «زهره دانش‌ناری و روشنک صابری»
- تبیین کارویژه «کارگروه تعیین ماهیت» و امکان‌سنجی اعمال نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات آن «آرین پتفت و حامد کاویانی»
- مفهوم و ارکان دعوای اداری و مراجع صالح به رسیدگی در نظام حقوقی اسپانیا «هادی صالحی و الهام حیدری»
- ارزیابی حقوق معلولان و تضمینات آن در نهادهای کیفری و عمومی ایران «حمید رضا دانش‌ناری و محمدصادق محمدی قهرخ»
- بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی افغانستان و ایران «محمد علم‌عبدیل و بیژن عباسی»
- امکان‌سنجی اصلاح آسیب‌های دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری «حسین آئینه‌نگینی، محمد شعبانی جهرمی و علیرضا مزینانی»
- آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی «فریده وکیلی، دکتر سعید شریعتی فرانی و دکتر سید مهدی جلالی»
- واکاوی دستگاه‌های نظارتی در ایران با تأکید بر فلسفه انقلاب کیفیت «عبدالعلی زارعیان جهرمی، مهدی شعبان‌نیا منصور و سیدجواد میرقاسمی»





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نوین حقوق اداری

سال ششم / شماره ۲۰ / پاییز 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 نجابت‌خواه
دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر کوروش استوار سنگری، دکتر جواد تقی‌زاده، دکتر محمد جلالی
دکتر سید احمد حبیب‌نژاد، دکتر محمد حسنوند، دکتر ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی‌زاده
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 هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

نقل مطالب با ذکر مأخذ بدون مانع است.
مقالات درج شده بیان دیدگاه‌های نشریه نمی‌باشد.
مسئولیت صحت مطالب بر عهده 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 علمی‌کتاب، 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

نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از حقوق استخدامی کارمندان جعفرعلی رازینی، خیراله پروین و محمدحسن حبیبی	۱۳
حق تمرد کارمند از منظر اصل قانون‌مندی و استناد به اصول بنیادین شبیم فهمی، سیدمجتبی واعظی و محمد امامی	۳۹
دلایل وقوع فرار مالیاتی در نظام حقوقی ایران حسین قنبری، حسن حاجی‌تبار فیروزجائی و مهدی اسماعیلی	۶۵
پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی با تأکید بر اصلاح نظام اداری مالیات‌ستانی محمد رضا کریمی، محمد بارانی و محمد آشوری	۸۹
هم‌سنجی صلاحیت و اداره شورای شهر با مجلس شورای اسلامی و معرفی الگوی شایسته محمد مظهری، رضا حسین‌زاده و سیدعلی موسوی	۱۳۳
آسیب‌شناسی نهادهای حقوقی حمایت از تولید؛ قواعد و سازوکارهای اجرایی زهرا خدایاری و محمد رضا ویژه	۱۶۷
بررسی برابری زن و مرد در حقوق استخدامی با رویکردی تطبیقی فاطمه اصطبار، صالح یمرلی و مجید صفوی	۱۹۵
خودانضباطی و خودتنظیمی، راهکار جرم‌زدایی از جرایم سازمان‌های دولتی سعید گوهری، سید حسین صادقی	۲۲۳
شرط تمامیت متن قرارداد در چارچوب پروژه‌های عمرانی و قراردادهای پیمان‌کاری دولتی با تأکید بر شرایط عمومی پیمان رسول سلیمانی، محمود حبیبی و علی زارع	۲۴۹

- ۳۲۵ امکان‌پذیر بودن یا نبودن ابطال تصمیم یا عدول از آن توسط مقام اداری
مسعود مهجوری، کورش استوارسنگری و حسین علائی
- ۳۰۱ دلیل و نقش دادرسی اداری در نظام اثبات دعوا
سید مهدی رضوی، مصطفی سراجی و غلام‌رضا مولایی
- ۳۲۱ نظام حقوقی حاکم بر مرخصی‌های خاص در حقوق اداری ایران با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری
زهرا دانش‌ناری و روشنک صابری
- ۳۴۹ تبیین کارویژه «کارگروه تعیین ماهیت» و امکان‌سنجی اعمال نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات آن
آرین پتفت و حامد کاویانی
- ۳۷۳ مفهوم و ارکان دعوای اداری و مراجع صالح به رسیدگی در نظام حقوقی اسپانیا
هادی صالحی و الهام حیدری
- ۴۰۳ ارزیابی حقوق معلولان و تضمینات آن در نهادهای کیفری و عمومی ایران
حمیدرضا دانش‌ناری و محمدصادق محمدی قهفرخی
- ۴۲۵ بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی افغانستان و ایران
محمد علم‌عَدیل و بیژن عباسی
- ۴۵۳ امکان‌سنجی اصلاح آسیب‌های دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری
حسین آئینه‌نگینی، محمد شعبانی جهرمی و علیرضا مزینانی
- ۴۸۱ آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی
فریده وکیلی، دکتر سعید شریعتی‌فرانی و دکتر سید مهدی جلالی
- ۵۰۵ واکاوی دستگاه‌های نظارتی در ایران با تأکید بر فلسفه انقلاب کیفیت
عبدالعلی زارعیان جهرمی، مهدی شعبان‌نیا منصور و سیدجواد میرقاسمی



نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از حقوق استخدامی کارمندان

جعفرعلی رازینی^۱

خیراله پروین^۲

محمد حسن حبیبی^۳

چکیده

حقوق استخدامی، مجموعه اصول و قواعد مربوط به ورود به خدمت دولت، حقوق و مزایای کارکنان اعم از مزایای مادی و معنوی است. حقوق شهروندی نیز که در پیوند با بحث تابعیت مطرح شده، از گفتمان‌های بنیادین در نظام اداری است و بر اساس آن، کارکنان و نیز مخاطبان نظام اداری باید از حقوق شهروندی برخوردار گردند.

چون امکان دارد مقامات و دستگاه‌های اداری از این حقوق تخطی یا سوء استفاده یا آن را تحدید کنند، در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری، مرجع پاسداشت از این حقوق تعیین شده است. دیوان عدالت اداری از طریق نظارت قضایی و نیز رویه‌سازی در صیانت از حقوق استخدامی در ابعاد مختلف آن نقش مهمی بر عهده دارد.

نتایج این پژوهش نشان می‌دهد رویه قضایی دیوان در صیانت از حقوق استخدامی از غنای کافی برخوردار است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، کارمندان، صیانت، حقوق شهروندی، حقوق استخدامی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران. razinijafar@gmail.com

۲. استاد حقوق عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، khparvin@ut.ac.ir

۳. استاد حقوق عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. mhhabibi@ut.ac.ir

مقدمه

شکل‌گیری و نهادینه‌سازی یک جامعه دموکراتیک و پایدار مستلزم توجه جدی به حقوق شهروندان است. امروزه موضوع حقوق شهروندی و مسائل مربوط به آن در سراسر جهان اهمیتی ویژه دارد و همه دولت‌ها در تلاشند تا حد امکان، این حقوق را به بهترین شکل ممکن برای شهروندان جامعه خود فراهم کنند.

گفتمان‌های شهروندی و حقوق بشر، پیوندهای زیادی با هم دارند و مبانی مشترکی همانند برابری و آزادی برای آن‌ها می‌توان یافت که در تعیین حقوق و آزادی‌ها هم‌پوشانی خواهند داشت. با این حال، سرچشمه‌های هر یک از این گفتمان‌ها جداست. «شهروندی» که ساختاری اجتماعی و سیاسی برای محدودسازی دولت و مدیریت اجتماعی است، لزوماً مفهومی هنجاری انگاشته نمی‌شود. این در حالی است که حقوق بشر، مفهومی کاملاً هنجاری و اخلاقی است. رابطه دوسویه حق‌تکلیف‌مدارانه که وضعیت شهروندی را ایجاد می‌کند، در روابطی که حقوق بشر، موجد آن است، ماهیتی یک‌سویه و مطالباتی دارد. ارزش‌های پایه‌ای حقوق بشر، داعیه جهان‌شمولی دارند، اما رکن پایه‌ای شهروندی، عضویت است.^۱

در عصر حاضر، پذیرش و رعایت حقوق شهروندان در همه تصمیمات و اقدامات دولتی به عنوان یک پدیده اصلی و ضروری پذیرفته شده است. شهروندان با سلیقه‌ها و انگیزه‌های مختلف در جامعه به فعالیت می‌پردازند و دولت با مدیریت صحیح وضعیت‌ها، حقوق شهروندان را به طور مطلق رعایت و از آن حمایت می‌کند. مهم‌ترین اصل در صیانت از حقوق شهروندان، التزام و پای‌بندی دولت به حاکمیت قانون است. بدیهی است در صورت نبود حاکمیت قانون، زور، اجحاف و تزویر حاکم می‌شود و حقوق شهروندان به راحتی نادیده انگاشته خواهد شد. امروزه به دلیل افزایش و تنوع ارتباطات و نیازمندی‌ها، صیانت از حقوق شهروندان نیز بیش از پیش اهمیت و پیچیدگی یافته است.^۲

۱. فلاح‌زاده، علی محمد، «نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۸، ۱۳۸۶، ص ۶۲.

۲. جمشیدی، علی‌رضا و آرین پتفت، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، فصل‌نامه اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵، ص ۳۲.

تأسیس دیوان عدالت اداری به عنوان یک مرجع عالی قضایی برای رسیدگی به شکایات افراد از عملکرد دولت به موجب قانون اساسی، نشانگر درجه اهمیتی است که قانون‌گذار برای صیانت از حقوق فردی شهروندان و تضمین تشکیلات دستگاه اداری کشور قائل گردیده و گامی مهم برای اصلاح دستگاه اداری کشور و منشأ انقلابی بزرگ و اساسی در ساختار آن است.

اهداف کلی دیوان عدالت اداری عبارت است از حمایت و صیانت از حقوق مردم در مقابل دستگاه‌های حکومتی. به تعبیر دیگر، یکی از اهداف دیوان، تضمین حقوق شهروندی مردم در مقابل دستگاه‌های اداری و کنترل اعمال حاکمیتی از طریق نظارت قضایی بر اقدامات و تصمیمات تمامی دستگاه‌های اجرایی و اداری کشور است؛ زیرا شعب دیوان عدالت اداری و هیئت عمومی آن در واقع، دادگاه‌های عمومی هستند و باید در برابر تجاوز و تخلف احتمالی مقامات اداری و اجرایی حکومت از حریم قانون پاسداری کنند. هم‌چنین تحقق اصل حاکمیت قانون یعنی قانون‌مداری در تمام شئون اداری و اجرایی کشور برای انتظام بخشی به رابطه دولت و مردم و پاسخ‌گو کردن زمامداران، یکی دیگر از اهداف دیوان عدالت اداری است. دیوان بر اساس این اصل می‌خواهد دولت را به رعایت حقوق بشر در تمام شاخص‌هایی ملزم کند که در صلاحیت دیوان قرار دارد؛ زیرا با توجه به اهداف مورد نظر دیوان، در این ساختار قرار است هیچ یک از اعمال دولت و رفتار زمامداران خارج از قواعد تعیین شده و فراتر از سازوکارهای نظارتی قرار نگیرد.^۱

حقوق شهروندی در نظام اداری، ترسیم فضایی کلی از آن چیزی است که مراجعان نظام اداری باید از آن بهره‌مند باشند. در نظام بین‌المللی شاید بتوان مفاهیمی چون استاندارد خدمات‌رسانی عمومی، چارچوب خدمات‌رسانی و نظام خدمات‌رسانی دولتی باکیفیت را معادل حقوق شهروندی در نظام اداری در نظر گرفت. منظور از مفاهیم مورد اشاره، مجموعه‌ای از اصول، استانداردها، سیاست‌ها و محدودیت‌هایی است که برای هدایت و بازطراحی، توسعه، استقرار و بهره‌برداری از خدمات‌رسانی یک ارائه‌دهنده خدمت به منظور عرضه تجربه خدمت پایدار به یک کاربر خاص در زمینه مشخص اتخاذ می‌شود.^۲

۱. نوروزی، قدرت‌الله، «نقش دیوان عدالت اداری در توسعه و حمایت از حقوق بشر»، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره‌های ۵ و ۶ و ۷، پاییز ۱۳۸۹، ص ۲۵۱.

2. Lewis, Blane D., Minimum Local Public Service Delivery Standards in Indonesia: **Fiscal Implications and Affordability Concerns**, 2003, p. 251.

در ایران به موضوع رعایت حقوق مردم در نظام اداری، به صورت تلویحی و پراکنده در قانون استخدام کشوری و برخی مقررات مرتبط با معدودی از سازمان‌های دولتی پرداخته شده است. با این حال، به صورت صریح و در چارچوب یک متن منسجم و یک پارچه، برای نخستین بار در قالب طرح تکریم ارباب رجوع در نظام اداری توجه صورت گرفت. طرح تکریم از زمان تصویب تا سال ۱۳۹۳ در دستگاه‌های اجرایی ملاک عمل بوده و در طول اجرای آن با فراز و نشیب‌ها و چالش‌هایی همراه شده است.^۱

دیوان عدالت اداری به عنوان عالی‌ترین رکن قضایی که عهده‌دار نظارت بر تصمیمات و اعمال اداری است، از جایگاهی ویژه در نظام حقوقی ایران برخوردار است؛ چون مطابق قانون اساسی وظیفه دارد به «شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حق آن‌ها» رسیدگی کند. واضح است که چنین قدرتی، دیوان را در نظارت بر اعمال و تصمیمات اداری در موقعیتی والا قرار می‌دهد. این نوع نظارت که از آن به نظارت قضایی بر اعمال دولت یاد می‌شود، ضامن سلامت دستگاه‌های اداری و حاکمیت قانون در آن‌ها خواهد بود. در این نوشتار به بررسی نقش دیوان عدالت اداری در حقوق استخدامی با صیانت از حقوق شهروندی پرداخته می‌شود.

گفتار اول. تفسیر قضایی دیوان در راستای حمایت از حقوق استخدامی

تفسیر قضایی افزون بر آن که لازم است، باید در چارچوب روش خاص انجام پذیرد تا به عدالت و انصاف منتهی شود؛ چون عدالت، روح حقوق است. در خصوص جایگاه و ویژگی‌های تفسیر در حقوق عمومی در ایران هنوز نمی‌توان نظریه یا چارچوب روشن و مشخصی ارائه کرد. از یک سو، شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی، مقید به یک شیوه خاص نیست. از سوی دیگر، در حقوق اداری نیز با وجود رویکردی مشخص در برخورد با مکتب‌های تفسیری، متناسب با ظرفیت‌های آن‌ها در امور متفاوت بهره‌بردار و گاه در امور یکسان از شیوه‌های متفاوت استفاده می‌کنند.^۲

۱. سلیمانی، مسعود و همکاران، «حقوق شهروندی در نظام اداری: تحلیلی بر چالش‌های اجرا»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، ص ۱۱۶.

۲. یآوری، اسدالله و پرهام مهرآرام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷، ص ۲۸۶.

حقوق دانان نباید از نقش مهمی غافل شوند که دادگاه‌ها در توسعه حقوق اداری ایفا می‌کنند. در بیش‌تر نظام‌های اداری، اکثریت قریب به اتفاق تصمیمات مقامات اداری تحت سیطره نظارت قضایی است. البته برخی از تصمیمات صادرشده از مقامات اداری از شمول اصل نظارت قضایی مستثنا شده‌اند.^۱ در کشورهای پیرو نظام کامن‌لا، وظیفه قوه قضاییه این امر است که تعیین کند قانون دقیقاً چیست. برای بیان این امر نیز قضات، ابزارهای تفسیری متفاوتی دارند، مانند: متن قانون، تاریخ و پیش‌زمینه‌های تصویب قانون، هدف قانون، ساختار و نیز نتایج تصمیمات آن‌ها.^۲ امروزه در نظام‌های حقوقی، تفسیر قضایی از قوانین اداری به رسمیت شناخته شده است. اختیار تفسیر قضایی توسط دادگاه‌های اداری اصولاً اختیاری موسّع است. در روند تفسیر قضات از منابع حقوق اداری، بستر قانون اساسی کشور از اهمیت بالایی برخوردار است.^۳

در واقع، پایه‌ای تحولات سریع زندگی اجتماعی و تکامل تدریجی مفاهیم و کارکردهای حقوق اداری، اصول بسیاری شکل گرفته و تمام ساختارهای این رشته را دگرگون ساخته است. اصول حقوق اداری از جمله کارآمدترین، مؤثرترین و مهم‌ترین هنجارهای موجود در حوزه حقوق اداری است. این اصول در کنار اصول حقوق عمومی مثل اصل قانونی بودن، اصل برابری و منع تبعیض و اصل ثبات و پیش‌بینی‌پذیری که در حقوق اداری هم مفید و مؤثرند، می‌توانند راه حل‌های مطلوب و مناسبی ارائه کنند تا از یک سو، در توازن قدرت عمومی و مقتضیات اداری راه‌گشا باشند و از دیگر سو، آزادی‌های افراد را تضمین کنند.^۴ نیاز حقوق اداری به رویه قضایی، بیش‌تر از دیگر حوزه‌های حقوق احساس می‌شود؛ چون امکان تدوین قواعد و مقررات اداری به شکل قانون واحد و مدوّن مثل مدنی، تجارت و جزا وجود ندارد و نوپا و جوان و دارای قواعد پراکنده است.^۵

1. Fox, William, **Understanding administrative law**, 4th edition, library of congress cataloging in publication data, 2014, p 12

2. Gluck, A., "The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism", The Yale Law Journal 119, 2010, pp. 1750-1862.

3. Martenet, Vincent, **judicial defence to administrative interpretation of statutes from a comparative perspective**, Vanderbilt journal of transnational law, Vol. 54, issue 1, 2021, p. 87.

۴. کاظمی، داوود، «بررسی اصول و مبانی حقوق اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۰، ص ۴.

۵. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱ و ۲)**، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۸۰.

در این زمینه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در راستای صلاحیت‌های قضایی به اصول کلی و سنتی اکتفا کرده است که استناد نکردن دیوان به اصول را می‌توان از نقاط ضعف آن ارزیابی کرد. با این حال، می‌توان گفت به همت استادان و پژوهشگران حقوق اداری و تغییر رویکرد دیوان در جذب و آموزش قضات با تخصص حقوق عمومی، رد پای استناد به اصول نوین حقوق اداری در آرای صادرشده از شعب و هیئت عمومی دیوان قابل مشاهده است.

نظام حقوق اداری ایران بر اثر پراکندگی قوانین در موارد زیادی دچار تشتت و آشفتگی است و در برخی موارد، قوانین، توانایی تعیین حکم دعاوی را ندارند. در این وضعیت، نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیش‌تری می‌یابد. رویه قضایی از سویی، نقص ناشی از انعطاف‌ناپذیری قانون اساسی در برابر مسائل اجتماعی جدید را جبران می‌کند که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را درگیرد و به نوعی، قانون اساسی به آن‌ها اشاره نکرده است. از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم قانون‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند و قوانین متعارض را با اموری سازگار می‌سازد که برای قانون‌گذار قابل پیش‌بینی نبوده است. در این خصوص، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط نبود قانون عام اداری و اشاره نکردن قانون اساسی به اصول جدید راه‌گشا خواهد بود، می‌تواند منجر به ارائه اصول و حقوق جدید به ویژه در حوزه حقوق اداری شود.^۱ دیوان عدالت اداری، مرجع پاسداشت از حقوق استخدامی در برابر تعدیات دستگاه‌ها و مقامات دولتی است و در حمایت از حقوق استخدامی با رویکرد شهروندی می‌تواند نقشی مؤثر داشته باشد.

گفتار دوم. حقوق استخدامی در آینه رویه قضایی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در آرای متعدد به حقوق استخدامی کارمندان اعم از حقوق معنوی و مادی خود توجه داشته است. رعایت حقوق شهروندی از جمله مسائلی است که در آن، وظیفه و کار عمده و کلیدی، متوجه دولت‌هاست، ولی محدود و منحصر به آن نیست، بلکه خود شهروندان هم وظیفه‌هایی دارند. برای این منظور، اولاً رعایت اصول اداره مطلوب و نظام عادلانه

۱. حسونود، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹، ص ۹۱.

اداری الزامی است. ثانیاً باید مرجع نظارتی و کنترل‌کننده وجود داشته باشد تا عملکرد حاکمان را بر مبنای قانون ارزیابی کند. حضور شهروندان در عرصه‌های عمومی، تشخیص حقوق عمومی را در چنین وضعیت‌هایی تسهیل خواهد کرد؛ چون جهت‌گیری کلی شهروندان در اداره امور و اهداف دنبال شده، حدود کلی منافع جمعی و حقوق آنان را ترسیم می‌کند.^۱

وقتی در برخورد اشخاص و روابط آن‌ها مشکلاتی پیش می‌آید یا به حقوق افراد جامعه تجاوز می‌شود، شخص، ناگزیر به مراجعه و پناه آوردن به یک مرجع بی‌طرف است. در نظام حاکمیت ایران به طور عام، بر اساس قانون اساسی، این مرجع در مرحله اول، قوه قضاییه است و برابر تقسیمات قانون، این مراجع به بخش‌های مختلفی تقسیم شده‌اند؛ یعنی به نحوی، تقسیم کار و حوزه‌بندی صورت گرفته است.

دیوان عدالت اداری از تأسیسات بدیع قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بدیهی است هر قدر این نهاد در رسیدگی خود به شکایات افراد توجه و احکامی عادلانه صادر کند، اعتماد ملی و عمومی به دولت و نهادها بیش‌تر می‌شود و حس خوبی به افراد جامعه منتقل می‌گردد و احساس امنیت بیش‌تری به دست می‌آید. مردم هم می‌فهمند اگر بخش‌های مختلف دولت و مجریان قانون بر آنان ظلمی روا دارند، دیوان عدالت اداری به فریادشان خواهد رسید تا جلوی ظلم را بگیرد. در قانون قبلی دیوان عدالت اداری و رویه حاکم معمولاً رسیدگی‌ها بسیار کند و گاه مأیوس‌کننده بود. از طرفی، دیوان علیه سازمان و ادارات و نهادها، دادنامه صادر می‌کرد، ولی متأسفانه اجرا نمی‌گردید و به نوعی، حقوق شهروندی پای‌مال می‌شد. با این حال، در قانون جدید، بعضی از نواقص برطرف و ضمانت اجرایی قوی‌تری در نظر گرفته شده است.^۲ در بسیاری از مواقع، آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها ممکن است کلاً یا جزئاً مغایر با حقوق و آزادی شهروندان باشد که در این صورت، دیوان، مواردی را که با قانون مغایر باشد، ابطال می‌کند و همانند سدی در مقابل تعدی و تجاوز سازمان‌های دولتی به حقوق شهروندان ظاهر می‌شود.^۳

۱. جمشیدی و پتفت، پیشین، ص ۲۹.

۲. رازینی، مرتضی، بررسی آرای دیوان عدالت اداری در حوزه امور امنیتی و انتظامی، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۶۲.

۳. رمضان‌پور، رحمان، ابوریحان رنجبر و سجاد زارع طسوجی، نقش دیوان عدالت اداری در ارتقا و گسترش حقوق شهروندی، تهران: حق‌گستر، ۱۳۸۵، ص ۷.

گفتار سوم. مصادیق حقوق استخدامی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری

حقوق استخدامی شامل حقوق و مزایای مادی و غیر مادی می‌شود.^۱ منظور از حقوق و مزایای مادی، وجوه یا کالاهایی است که مستخدم در طول خدمت خود به صورت مستمر و منظم یا نامنظم دریافت می‌کند. حقوق و مزایای ماهانه جزء این گروه از حقوق است. حقوق و مزایای مالی، حقوقی است که در قبال انجام کار و ایفای وظایف و مسئولیت‌های شغل مورد تصدی به نام حقوق ماهانه یا مزد و با توجه به طبع و اهمیت شغل یا محل خدمت یا به منظور جبران هزینه‌ها و خسارات احتمالی ناشی از انجام وظایف محوله تحت عناوین مختلفی از قبیل فوق‌العاده شغل یا فوق‌العاده بدی آب و هوا و محرومیت از تسهیلات زندگی یا هزینه سفر و نقل مکان به صورت نقدی یا به عنوان مزایای غیر نقدی («کمک‌های جنسی») به شخص مستخدم تعلق می‌گیرد.^۲

مصادیق حقوق مالی که قانون‌گذار در مقررات استخدامی حاکم بر بخش عمومی و خصوصی به آن اشاره کرده، متعدد و متنوع است که به مواردی از آن اشاره می‌شود:

بند اول. حق برابری فرصت‌های شغلی در ورود به خدمت دولتی

اصل برابری فرصت‌های شغلی یا به عبارتی، اصل پذیرش به خدمت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال، یکی از مصادیق مهم حقوق بشر محسوب می‌شود. وظیفه قانون‌گذار در هر جامعه‌ای این است که امکانات و تسهیلات طبیعی، اقتصادی و اجتماعی را به طور یکسان در اختیار همه افراد قرار دهد. اقتضای عدالت به طور پیشینی، برابری و مساوات است، اما اگر حقوقی مشروع کسب شود، این حقوق به صاحبانش تعلق دارد و در این موارد، معیار عدالت، رعایت استحقاق و شایستگی و وجود امنیت برای اکتساب آن حقوق است. پس اگر در حوزه روابط اجتماعی و چارچوب موازین لازم‌الرعایه و اصول و موازین توافق شده استفاده می‌کنند و ارزش افزوده‌ای ایجاد می‌کنند، حاصل تلاش و زحمت به خودشان تعلق دارد.^۳

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۴۰.

۲. صدرالحافظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت، تهران: شهریار، ۱۳۷۲، ص ۳۶۷.

۳. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۲۰.

بیان اصول کلی ورود به خدمت به ویژه تأکید بر اصل لیاقت و شایستگی و اصل برابری فرصت‌ها، رفع برخی نارسایی‌ها و اشکال‌های شرایط قبلی ورود به خدمت، از جمله تحولات مثبت ورود به خدمت در قانون مدیریت خدمات کشوری است. ضابطه‌مند کردن دقیق شرایط و ضوابط انواع استخدام و به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرایی از تحولات مثبت این قانون در استخدام است.^۱

با وجود ابهام در مفهوم شکلی، ماهویی و محتوای برابری، برخی از نویسندگان، آن را از جمله اصول زیربنایی حقوق می‌دانند. برابری به مفهوم کلی و در ابعاد مختلف آن مورد توجه و تأکید اسناد بین‌المللی متعدد بوده است. مطابق با اسناد بین‌المللی، شرکت در اداره امور عمومی کشور، خواه مستقیم و خواه از طریق نمایندگان و هم‌چنین تساوی فرصت‌ها در دستیابی به مشاغل عمومی از جمله حقوق شهروندان محسوب می‌شود. با وجود این موارد، امروزه در حقوق عمومی، تفسیر اصل برابری با توجه به شرایط اجتماعی صورت می‌گیرد و چه بسا در برخی شرایط، برابری مطلق به بی‌عدالتی می‌رسد. دست کم، وجود مفاهیمی چون تبعیض مثبت یا تبعیض حمایتی و مشروعیت آن طبق قوانین اساسی برخی کشورها، چالشی در مسیر برابری فرصت‌های استخدامی نیست و موجب محدودیتی مشروع برای آن شده است.^۲

همان‌طور که در برخی نظام‌های حقوقی، وجود تبعیض مثبت به رسمیت شناخته شده و تعارضی با اصل برابری مندرج در قانون اساسی نیافته است، در کشور ما نیز تبعیض مثبت وجود دارد. بر همین اساس، تبصره ۳ ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری ایران، استخدام ایثارگران و خانواده‌های آن‌ها را بر اساس قوانین مصوب مربوط به خود می‌داند. به طور کلی، قوانین مصوب مربوط به استخدام ایثارگران و خانواده‌های آن‌ها در چند دسته قابل تقسیم‌بندی هستند. برخی از آن‌ها، معافیت و برخی دیگر نیز اولویت را برای ایثارگران در نظر گرفته‌اند.^۳

به طور کلی، طبق قوانین و مقررات ایران، شرایط لازم برای استخدام عمومی را می‌توان به دو

۱. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲۱، ۱۳۸۹، ص ۹۶.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، مجله حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۷۶.

۳. همان، ص ۸۵.

دسته شرایط عمومی استخدام و ضوابط عمومی گزینش تقسیم‌بندی کرد. دسته اول، ناظر بر صلاحیت‌های علمی و توانایی جسمی و روانی داوطلبان است و دسته دوم شامل ضوابط اخلاقی، اعتقادی و سیاسی است. در این میان، قانون‌گذاران بر مفاهیم برابری فرصت‌ها در احراز مشاغل عمومی و منع تبعیض تأکید و تأکید کرده‌اند.

اصل شایسته‌سالاری یکی از استلزامات عدالت اداری در نظام اداری است. این اصل، ناظر بر ابتدای ورود به استخدام کشوری بر پایه شاخص‌هایی هم‌چون استحقاق، توانایی، مهارت‌های لازم برای شغل مورد نظر و هم‌چنین اتکای ارتقای شغلی و تصدی مناصب اداری بر اساس سنجش شایستگی و استحقاق و پرهیز از توسل به معیارهای غیر مرتبط است. پس ورود به خدمت باید از طریق برگزاری آزمون‌های عمومی و مسابقات تخصصی تحقق یابد. یک نظام اداری کارآمد و شایسته‌زمانی محقق می‌شود که توانایی جذب و به کارگیری نخبگان را داشته باشد. این نظام باید بتواند افراد را بر اساس معیارهایی مانند تخصص، خلاقیت و اخلاق حسنه جذب کند و افراد بر اساس لیاقت و شایستگی‌هایی ارتقا یابند که در طول خدمت از خود نشان می‌دهند.^۱

مهم‌ترین موارد این اصل که در رویه قضایی ایران بر آن تأکید شده است، عبارتند از اصل برابری در ورود به استخدام دولتی، برابری میان نامزدهای دریافت رتبه‌های دانشگاهی، اصل برابری میان داوطلبان کنکور و برابری جنسیتی. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به احکام مقرر در بند ۳ اصل سوم و اصل بیستم و سی‌ام قانون اساسی در باب ضرورت تعمیم آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح و تسهیل و تعمیم آموزش عالی و تکلیف دولت در خصوص گسترش وسایل تحصیلات عالی تا سرحد خودکفایی و تأکید بر تساوی اشخاص در استفاده از همه حقوق انسانی، اقدام به ابطال بند ۴/۴ ماده ۴ مصوبه ۴۹ نشست شورای آموزش پزشکی و تخصصی کشور مورخ ۱۳۷۷/۴/۲۸ کرد که با ایجاد محدودیت سنی، اشخاص متجاوز از ۴۰ سال را از ورود به دوره دستیاری و ارتقای سطح علمی و تجربی خود محروم کرده بود.^۲

بر این اساس، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۲۰۸۲-۲۰۸۶ مورخ

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. حسنوند و اکبری، پیشین، ص ۱۵۱.

فرصت‌های شغلی پرداخته است. «اولاً مطابق ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب سال ۱۳۸۶، سازمان تأمین اجتماعی به عنوان نهاد عمومی غیر دولتی از شمول مقررات این قانون مستثنی شده است و با اجازه حاصله از ماده ۱ قانون تأمین اجتماعی، مصوب سال ۱۳۵۴ و به موجب ماده ۱۲ اساس‌نامه سازمان تأمین اجتماعی، آیین‌نامه استخدامی آن سازمان به تصویب رسیده است و به موجب ماده ۱۴ آیین‌نامه مذکور مقرر شده ضوابط برگزاری آزمون استخدامی توسط هیئت مدیره سازمان تعیین خواهد شد که ضوابط مذکور تعیین نشده است. ثانیاً بومی‌گزینی و برتری نمره کتبی بومی‌های شهرستان بر استان، مطابق آن چه در آگهی مزبور قید شده، در آیین‌نامه استخدامی مذکور پیش‌بینی نشده است و ثالثاً به موجب بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی، رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی از جمله وظایفی است که دولت باید برای تحقق آن همه امکانات خود را به کار برد و اصل ۲۸ قانون اساسی نیز دولت را مکلف کرده برای همه افراد، امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد کند. با توجه به مراتب فوق، نظر به این که آگهی استخدامی مورد شکایت بدون تعیین ضوابط برگزاری آزمون از سوی هیئت مدیره سازمان تأمین اجتماعی تهیه و منتشر شده و بومی‌گزینی در آیین‌نامه استخدامی آن سازمان پیش‌بینی نشده است و با توجه به این که امتیاز بومی استخدام و جذب نیرو را منحصر به یک شهرستان یا استان خواهد کرد و این محدودیتی برای سایر شهرها و استان‌ها خواهد بود و بومی‌گزینی را به صورت مطلق و بدون تفکیک مناطق محروم مقرر کرده است و با عنایت به این که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پیش‌تر به موجب آرای متعدد، بومی‌گزینی را در آگهی آزمون‌های دستگاه‌های اجرایی ابطال کرده است، بنابراین، تصویب مقررره مورد شکایت به علت خارج بودن از حدود اختیارات سازمان تأمین اجتماعی و مغایرت با قوانین یادشده، مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

بند دوم. حقوق، مزد و افزایش آن

میزان حقوق و مزایای مادی که به مستخدمین پرداخت می‌شود، با توجه به مسئولیت‌ها، وظایف و تکالیف سازمانی آن‌ها تعیین می‌گردد. به همین دلیل، تفاوت در حقوق و مزایای مادی کارمندان امری بدیهی است و این تفاوت به هیچ وجه به معنای تبعیض ناروا نیست. اصل نوزدهم قانون اساسی بیانگر یکی از اصول پایه و بنیادین حقوق بشر است و آن، اصل عدم تبعیض یا در معنای

ایجابی، برابری و مساوات است. بیش‌تر قوانین اساسی دنیا نیز که مبتنی بر قواعد دموکراتیک هستند، به این امر اشاره دارند.

طبق مواد ۶۵ و ۶۶ قانون مدیریت، حقوق ثابت کارمندان با توجه به امتیازاتی که بر اساس ارزش‌یابی عوامل شغل و شاغل کسب می‌کنند، تعیین می‌گردد و طبق ماده ۶۸ و تبصره ۲ ماده ۷۱ وجوهی که بر اساس عوامل یادشده به کارمند پرداخت می‌شود، حقوق ثابت محسوب می‌گردد. در ماده ۳۵ قانون کار نیز مزد، متشکل از وجوه نقدی یا غیر نقدی یا مجموع آن‌هاست که در مقابل انجام کار به کارگر پرداخت می‌شود. طبق بند (ب) ماده ۱۷ این قانون، «در صورتی که بر اساس قرارداد یا عرف کارگاه، پرداخت مزد به صورت ماهانه باشد، این پرداخت باید در آخر ماه صورت گیرد. در این حالت، مزد مذکور، حقوق نامیده می‌شود».

افزایش حقوق سالانه به عنوان یک خط مشی جبران خدمت می‌تواند با دو معیار افزایش به اندازه تورم با درصد معین و قید شرط تا سقف اعتبار مصوب دستگاه‌های اجرایی عملی گردد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این دو معیار متعارضند و پرداختن به یکی، ما را از دیگری دور می‌سازد. حال مجریان می‌توانند بر اساس نظرهای خود به یکی از این دو معیار اتکا کنند و خط مشی را به سمت و سویی هدایت کنند که خود مایلند. البته ممکن است معیارها بیش از دو معیار باشد و این معیارهای چندگانه به مجریان امکان می‌دهند نظرهای خود را در قالب معیار خاصی اعمال کنند که مورد علاقه‌شان باشد. افزایش حقوق کارمندان در سال ۱۳۸۹ بر مبنای بند ۷ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۳۸۹، تا سقف اعتبار مصوب است، در حالی که ماده ۱۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، افزایش حقوق را متناسب با نرخ تورم تصویب کرده است و این دو مبنای اجرا را قانون‌گذاران و تصویب‌کنندگان یک خط مشی یعنی نمایندگان مجلس شورای اسلامی به تصویب رسانده‌اند. بنابراین، بر مبنای این دو تناقض، اجراکننده خط مشی می‌تواند با نظر خود، قانون را اجرا کند و نتیجه حاصل برای کارمندان در سال ۱۳۸۹، افزایش حقوق به میزان کم‌تر از شش درصد بوده، در حالی که کم‌ترین نرخ تورمی اعلامی منتهی به این سال از سوی بانک مرکزی، بیش از ۹ درصد بوده است.

بر این اساس، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس رأی شماره ۶۶۷ مورخ ۱۳۸۸/۹/۱۶ چنین رأی داد: «به موجب ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱، دولت موظف شده است حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان دولت

را متناسب با نرخ تورم در طول برنامه چهارم و در ابتدای هر سال برای تمامی رشته‌های شغلی افزایش دهد و به موجب ماده ۱۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب سال ۱۳۸۶، ضرایب حقوق مذکور در فصول دهم و سیزدهم به تفکیک هر فصل، متناسب با احکام این قانون در اولین سال اجرا، پانصد ریال تعیین شده و در سال‌های بعد حداقل به اندازه نرخ تورم که هر سال از سوی بانک مرکزی اعلام می‌شود، افزایش می‌یابد و بر اساس قسمت (د) بند ۲۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۷ در صورت عدم تکافوی مبالغ تعیین شده برای افزایش سنواتی کلیه شاغلان و بازنشستگان کشوری و لشکری مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری، اعتبار مورد نیاز جزء دیون دولت قرار گرفته است. بنابراین، بند ۳ مصوبه ۲۲۹۹۳۸/ت/۴۲۱۹۶ ک. ۱۳۸۸/۱۱/۲۰ وزیران عضو کمیسیون امور اجتماعی و دولت الکترونیک که تکلیف دولت در افزایش حقوق بازنشستگی و وظیفه تمام بازنشستگان و وظیفه‌بگیران و مشترکان صندوق‌های بازنشستگی کشوری و نیروهای مسلح که تا پایان سال ۱۳۸۶ برقرار شده است را از ابتدای سال ۱۳۸۷ به میزان نرخ تورم در حد اعتبار بودجه سالانه موضوع ماده ۱۲۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و بدون توجه به قسمت (د) بند ۲۴ قانون بودجه سال ۱۳۸۷ اعلام کرده است و هم‌چنین تعیین میزان افزایش را در اختیار کارگروهی مرکب از اعضای مذکور در بند ۳ مصوبه مورد شکایت قرار داده است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص می‌شود و به استناد بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود. بنابراین، در این رأی، هیئت عمومی با تلقی صحیح از متن و روح قانون مدیریت خدمات کشوری و توجه به اصل حمایتی، دستگاه‌های دولتی را مکلف به افزایش حقوق کارمندان بر اساس نرخ تورم اعلامی از سوی بانک مرکزی کرده است.

هم‌چنین هیئت عمومی دیوان در دادنامه اخیرالصدور خود به شماره ۲۶۷۵ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۱۳ که در مقام ابطال تبصره‌های ۱ و ۲ بند ۴ تصویب‌نامه شماره ۲۱۴۸۷/ت/۵۹۸۲۶ هـ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۱۵ هیئت وزیران صادر شده است، احکام مقرر در تبصره‌های ۱ و ۲ بند ۴ مصوبه معترض‌ عنه را که مبتنی بر تعیین حداقل مبلغی کم‌تر از حداقل مبلغ مقرر در جزء ۱ بند الف تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار شمرده است.

بند سوم. فوق‌العاده سختی کار

مطابق بند ۳ ماده ۶۸ قانون مدیریت، این فوق‌العاده به مستخدمینی قابل پرداخت است که در شرایط نامتعارف محیط کار نظیر کار با اشعه و مواد شیمیایی، کار با بیماران عفونی، روانی و در اورژانس و در بخش‌های سوختگی و مراقبت‌های ویژه بیمارستانی مجبور به انجام کارند.

بر اساس بند ۳ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری و بخش‌نامه شماره ۵۰۷۹۵/۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۵ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رییس جمهور، به کارمندان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری که به طور مستمر به کار با اشعه اشتغال داشته باشند، تا (۱۰۰۰) امتیاز فوق‌العاده سختی کار تعلق می‌گیرد. این مقررات صرفاً ناظر بر مشمولین قانون مدیریت خدمات کشوری از تاریخ ۱۳۸۸/۰۱/۰۱ است و غیر مشمولین این قانون، مشمول قانون حفاظت در برابر اشعه‌اند.

در این خصوص نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۴۶۸-۴۶۷ مورخ ۵/۱۷/۱۳۹۶ که در مقام ابطال بندهایی از بخش‌نامه شماره ۹۳۸۶/ص/۹۳۸۶/۲۲۰۲۶۶/۱۳۹۰/۶ سرپرست مدیریت حقوقی سازمان بازنشستگی کشوری صادر شده، چنین بیان کرده است: «نظر به این که قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب سال ۱۳۶۸، با لحاظ ماده ۲ قانون مدنی، از همان سال ۱۳۶۸ قابل اجرا بوده است، بنابراین، بندهای ۳ و ۲ و ۱ از بخش‌نامه شماره ۹۳۸۶/ص/۲۶۶-۱۳۹۰/۶/۲۲ سرپرست مدیریت حقوقی سازمان بازنشستگی کشوری در تعیین تاریخ‌هایی غیر از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور برای اجرای مفاد آن، مغایر قانون حفاظت در برابر اشعه است و ابطال می‌گردد.» بنابراین، رویه قضایی دیوان، محدودسازی بهره‌مندی از فوق‌العاده سختی کار را از نظر زمانی، مغایر با قانون دانسته است.

هم چنین هیئت عمومی در دادنامه شماره ۱۱۲ مورخ ۱۳۸۵/۳/۷ که در مقام تعارض میان آرای صادره از شعب دیوان صادر شده است، «فوق‌العاده مزبور را از جمله مزایای مستمر دانسته است و آن را مشمول پرداخت کسورات بازنشستگی دانسته است و در نهایت، آرای ورود را صحیح تشخیص داده است».

بند چهارم. فوق‌العاده مناطق کم‌تر توسعه‌یافته و بدی آب و هوا

بر اساس بند ۱ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، «فوق‌العاده مناطق کم‌تر توسعه‌یافته و بدی آب و هوا برای مشاغل تخصصی که شاغلین آن‌ها دارای مدارک تحصیلی کارشناسی ارشد و بالاتر می‌باشند، تا به میزان بیست و پنج درصد امتیاز حقوق ثابت و برای سایر مشاغل تا بیست

درصد حقوق ثابت هر کدام از کارمندان واجد شرایط پرداخت خواهد شد. فهرست این مناطق در هر دوره برنامه پنج ساله با پیشنهاد سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.» از زمان تصویب این فصل از قانون یادشده (۱۳۸۸/۱/۱)، مشمولین قانون مدیریت خدمات کشوری از شمول قانون جذب خارج شده‌اند و این فوق‌العاده جای‌گزین فوق‌العاده جذب و پاداش دهستان‌های محروم شده است. نحوه پرداخت این فوق‌العاده به موجب دستورالعمل شماره ۲۰۰/۴۱۷۲۲ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی مورخ ۱۳۸۹/۰۸/۱۱۱ (همراه با اصلاحات بعدی) مشخص گردیده است.

در این خصوص نیز هیئت عمومی دیوان بر اساس دادنامه شماره ۴۳۰ مورخ ۱۴۰۱/۳/۱۰ که در مقام ابطال مکاتبه مدیرکل سیاسی و انتخابات و تقسیمات کشوری استانداری گیلان و فرماندار شهرستان بندر انزلی صورت گرفته، چنین نظر داده است: «هرچند در بند ۱ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، فوق‌العاده مناطق کم‌تر توسعه‌یافته و بد آب و هوا پیش‌بینی شده است، ولی الزاماً هر منطقه مرزی، مشمول حکم مقرر در بند قانونی فوق نیست و بر همین اساس، اطلاق مکاتبات شماره ۳۶۱۹/۲۱/۸۰/۹۹. ۱۳۹۹/۲/۳۰. مدیرکل سیاسی و انتخابات و تقسیمات کشوری استانداری گیلان و شماره ۱۳۹۹/۳/۱۲. ۲۰۹۷/۱/۹۹/۸۰/۲۷ فرماندار شهرستان بندر انزلی که کلیه نقاط شهری و روستایی واقع در بخش مرزی شهرستان‌های استان گیلان و از جمله بندر انزلی را مشمول فوق‌العاده مرزی اعلام کرده است، از جهت آن‌که الزاماً هر منطقه مرزی مشمول فوق‌العاده مناطق کم‌تر توسعه‌یافته و بد آب و هوا نیست، با بند ۱ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶ و مفاد رأی شماره ۱۴۰۰/۹/۹. ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۲۴۶۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مغایرت دارد و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ در حد اطلاق مذکور ابطال می‌شود».

بند پنجم. کمک هزینه عایله‌مندی و اولاد

کمک هزینه عایله‌مندی و اولاد به کارمندان مرد شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری که دارای همسر هستند، معادل (۸۰۰) امتیاز و برای هر فرزند (حداکثر سه فرزند)، معادل (۲۰۰) امتیاز است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۶۵۵-۶۵۴ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۸ با موضوع

ابطال بخش‌نامه صادره از دیوان محاسبات بوشهر و نیز اردبیل بیان داشته است: «مقنن در فراز دوم بند ۴ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برای برقراری حق عایله‌مندی، زنان فاقد همسر را در کنار زنانی که همسر آنان معلول و یا از کارافتاده باشند و یا خود، به تنهایی، متکفل مخارج فرزندان خود هستند، قرار داده است. این بدان معنی است که مراد مقنن این است که زنانی که فاقد همسر هستند، فقط به زنانی اطلاق می‌شود که قبلاً همسر داشته‌اند و بعداً به هر دلیلی فاقد همسر شده‌اند و اینان مانند کسانی می‌باشند که همسر آنان معلول و یا از کارافتاده کلی است. با توجه به مراتب بخش‌نامه شماره ۲/۱۷۳/۱۲۸۲-۱۳۹۱/۸/۲۰ سرپرست دیوان محاسبات بوشهر و ۲/۱۷۵/۲۰۰۰-۱۳۹۴/۱۲/۲۷ مدیرکل دیوان محاسبات اردبیل که پرداخت کمک‌هزینه عایله‌مندی به زنان مجرد بدون سابقه ازدواج را مغایر قانون دانسته است، خلاف قانون و قابل ابطال تشخیص نشد».

هیئت عمومی دیوان بر اساس دادنامه شماره ۷۲۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۲ که در مقام تعارض آرای صادره میان شعب دیوان صادر گردیده، بیان داشته است: «قانون‌گذار در مقام مساعدت به کارمندان عایله‌مند دولت و کمک به تأمین معاش خانواده آنان به شرح ماده ۹ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت، مصوب شهریور ماه ۱۳۷۰، پرداخت کمک‌هزینه عایله‌مندی و اولاد به مستخدمان مشمول قانون مزبور را تجویز کرده و در مورد اولاد اناث، تأدیه آن را تا زمان ازدواج مورد تأیید قرار داده است. نظر به این‌که هدف مقنن از قید عبارت (زمان ازدواج)، عدم تعلق کمک‌هزینه اولاد اناث در مدت وجود رابطه علقه زوجیت و داشتن همسر و نتیجتاً برخورداری از نفقه از طریق شوهر است و فرزند اناث پس از مطلقه شدن و یا فوت همسر علی‌الاصول از نظر مالی تحت حمایت پدر خود قرار می‌گیرد، بنابراین، قطع کمک‌هزینه اولاد اناث به لحاظ ازدواج حتی پس از وقوع طلاق و یا فوت همسر او، انطباقی با هدف و حکم مقنن ندارد و دادنامه شماره ۲۱۰۰ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۹ شعبه دوم که در مرحله تجدیدنظر تأیید شده و متضمن این معنی است، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

بند ششم. فوق‌العاده ایثارگری

فوق‌العاده‌ای که متناسب با درصد جانبازی و مدت خدمت داوطلبانه در جبهه و مدت اسارت و یا

به دارندگان نشان‌های دولتی پرداخت می‌گردد،^۱ بر اساس بند ۲ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، فوق‌العاده ایثارگری متناسب با درصد جانبازی و مدت خدمت داوطلبانه در جبهه و مدت اسارت تا (۱۵۰۰) امتیاز و به دارندگان نشان‌های دولتی تا (۷۵۰) امتیاز تعلق می‌گیرد. هم‌چنین کارمندان و بازنشستگانی که در زمان جنگ در مناطق جنگ‌زده مشغول خدمت اداری بوده‌اند، به ازای هر سال خدمت در جنگ، برای آن‌ها، (۱۲۵) امتیاز در نظر گرفته می‌شود. این فوق‌العاده در ماده ۵۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران نیز پیش‌بینی شده است.

بر این اساس، هیئت عمومی دیوان به موجب دادنامه شماره ۶۰۴ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸ چنین رأی داده است: «نظر به این‌که در بند ۲ ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر شده است فوق‌العاده ایثارگری متناسب با درصد جانبازی و مدت خدمت داوطلبانه در جبهه و مدت اسارت تا ۱۵۰۰ امتیاز به کارمندان واجد شرایط قابل پرداخت خواهد بود، حکم مقرر در تبصره بند ۴ دستورالعمل شماره ۱۳۸۸/۰۲/۲۱-۲۰۰/۱۴۵۹۳ معاون توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور که در صورت اجتماع حالات مذکور در قانون برای کارمندان، پس از احتساب امتیاز بالاترین حالت، فقط ۲۵ درصد امتیاز سایر حالات را قابل احتساب دانسته است و این مقررره موجب تضییق حکم قانون‌گذار و تضییع حقوق اشخاص است. بنابراین، ابطال می‌شود».

بند هفتم. حق مسکن

احتیاج انسان به مسکن و محلی که در آن بیاساید و به آرامش روحی و جسمی دست یابد، امروزه یکی از مسائل مورد توجه در جوامع است. به همین دلیل، برخورداری از مسکن، یکی از حقوق اساسی مردم شمرده شده است.^۲

در نظام جمهوری اسلامی ایران، با توجه به اصل بیست و دوم قانون اساسی، مسکن اشخاص از تعرض مصون است. اصل سی و یکم قانون اساسی نیز در این باره مقرر می‌دارد: «داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آن‌ها که نیازمندترند، به خصوص روستائینان و کارگران، زمینه اجرای این اصل را فراهم کند». از این

۱. داداش‌زاده، علی‌رضا، حقوق اداری، تهران: منشور گفتمان، ۱۳۹۶، ص ۱۳۷.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۸۸، ص ۵۷.

رو، بر اساس این اصل، برخورداری از مسکن مناسب از دو جنبه قابل بررسی است: یکی، وظیفه دولت در تأمین و تسهیل اعمال این حق از طریق نظارت بر تولید مسکن و ارائه تسهیلات مناسب و دیگری، حق شهروندان مبنی بر داشتن مسکن که در قانون اساسی بر آن تأکید شده است. اسناد حقوق بشری نیز همراه با دیگر مظاهر رفاه اجتماعی نظیر خوراک و پوشاک بر این حق بنیادین تأکید کرده‌اند.

با توجه به این دو جنبه، در دادنامه شماره ۵۷۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به این حق بنیادین چنین اشاره شده است: «استحقاق اشخاص در استفاده از امکانات مشابه و یکسان در شرایط مساوی و این‌که اعطای هر گونه امتیاز به اشخاص بدون وجود علل و اسباب موجه و وجوه تمایز مطلوب، منوط به حکم صریح قانون‌گذار می‌باشد و این‌که رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همگان در تمام زمینه‌های مادی و معنوی به حکم بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی، از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران است. هم چنین به موجب مدلول اصل سی و یکم قانون اساسی، داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است. بنابراین، عبارت «خود و همسر و فرزندان تحت تکفل» از ماده ۷ فصل سوم آیین‌نامه اجرایی فروش خانه‌های سازمانی و تبصره ذیل ماده ۸ مفهوم تبعیض ناروا می‌باشد؛ چرا که دو گروه از خرید خانه‌های سازمانی محروم شدند:

۱. افرادی که قبلاً از تسهیلات مسکن استفاده کرده‌اند، ولو آن‌که بعداً آن را عودت داده باشند.
 ۲. اشخاصی که زوجه یا فرزندشان خانه دارند، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص و به موجب قسمت دوم ماده ۵۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال گردید».
- در این ابطال، دیوان عدالت اداری صرفاً قانون اساسی را مستند رأی خود قرار داده است. امری که نشان می‌دهد دیوان تمایل و اشتیاق فراوانی در استناد به حقوق بنیادین، علی‌الاصول حقوق بیان‌شده در قانون اساسی دارد و در این راه به دلیل اختلاف نظرها و تردیدها، در اعمال این صلاحیت ذاتی، محتاطانه گام برمی‌دارد.

بند هشتم. حق مرخصی

امروزه استراحت کردن و تجدید قوا در قالب «حق مرخصی» به عنوان یکی از حقوق اجتماعی کارمندان بخش دولتی و عمومی و کارگران در نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. ماده ۲۴ اعلامیه جهانی حقوق بشر در این خصوص بیان می‌دارد: «هر کس حق استراحت کردن، فراغت ... و برخورداری از مرخصی‌های ادواری با دریافت دستمزد دارد». در نظام حقوقی ایران نیز حق مرخصی سالانه یا استحقاقی برای کارمندان در نظر گرفته شده است، چنان‌که ماده ۴۷ قانون استخدام کشوری بیان می‌دارد: «مستخدمین رسمی دولت، سالی یک ماه، حق مرخصی با استفاده از حقوق و فوق العاده‌های مربوط را دارند».^۱

بر اساس ماده ۸۴ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز «کارمندان دستگاه‌های اجرایی، سالی سی روز حق مرخصی کاری با استفاده از حقوق و مزایای مربوطه را دارند. حداکثر نیمی از مرخصی کارمندان در هر سال قابل ذخیره شدن است».

مطالعه آرای دیوان نشان می‌دهد که در چارچوب مقتضیات اداری، کارمند و اداره قادر نیست تا کارمند را در استفاده نکردن از مرخصی، کاهش استفاده از مرخصی یا حتی اعمال این حق در زمان‌های خاص اجبار کند. در ادامه به موارد لزوم رضایت مستخدم در ایفای حق مرخصی می‌پردازیم.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۴ مورخ ۱۳۷۴/۸/۲۷ چنین رأی داده است: «نظر به این‌که مرخصی وفق ماده ۴۷ قانون استخدام کشوری مستلزم تقاضای مستخدم و علی‌القاعده متضمن اختیار تعیین تاریخ استفاده از آن با رعایت مقتضیات اداری می‌باشد و الزام مستخدم به استفاده از حق مذکور در زمان خاص بدون جلب رضایت او، موافق اصل اختیار استفاده از این حق نیست، سه تصویب‌نامه هیئت وزیران مبنی بر احتساب ایام تعطیلاتی که بنا به مناسبت‌های خاص و خارج از تعطیلات رسمی از طرف دولت در مرخصی سالیانه کارمندان اعلام می‌شوند، مغایر قانون است و ابطال می‌شود».

در دادنامه شماره ۷۰۵ هیئت عمومی نیز بیان شده است: «با عنایت به این‌که استفاده از حق

۱. آگاه، وحید، حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۸۴.

مرخصی استحقاقی سالانه از جمله حقوق مکتسب قانونی مستخدمین دولت است و اعمال حق مزبور به نحو مطلوب، ملازمه با استفاده از آن در زمان متناسب به تشخیص ذی حق با رعایت مصالح و مقتضیات واحد دولتی دارد و مدلول مادتین ۶ و ۳۰ آیین‌نامه مرخصی کارکنان نیروهای مسلح نیز مفید جواز احتساب ایام تعطیل فعالیت واحد دولتی جزء مرخصی استحقاقی سالانه مشمولین آیین‌نامه مزبور نیست، بنابراین، مصوبات مورد نظر، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات مقام اداری است و ابطال می‌شود».

مبنای این آرا با موضوع لزوم اطلاع کارمندان از مرخصی خودشان می‌تواند ایجاد انگیزه در آن‌ها باشد؛ چون کارمندانی که از مرخصی‌های خودشان و چگونگی گذراندن و زمان مناسب آن رضایت کافی داشته باشند، پس از اتمام مرخصی با انرژی مضاعف‌تری، وظایف کاری خودشان را انجام خواهند داد.

هم‌چنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۳۱ تا ۳۳ مورخ ۱۳۹۲/۱/۱۹ که در مقام تعارض میان آرای شعب دیوان صادر شده است، مصوبات شورای عالی جهاد سازندگی را در خصوص ذخیره‌سازی مرخصی‌های استحقاقی استفاده‌نشده به دلیل مغایرت با مقررات عمومی قانون استخدام کشوری و نیز تضییع حقوق استخدامی کارمندان این سازمان ابطال کرد و در نتیجه، آرای صادرشده مبنی بر ورود شکایت را صحیح دانست.

نتیجه‌گیری

یکی از موضوعات بسیار مهمی که سزاوار بحث‌های مفصل است و در عین حال، باید با کمال احتیاط به طرف آن قدم برداشت، مسئله حقوق استخدامی شهروندان در دستگاه‌های اجرایی و رابطه آن با دیوان عدالت اداری به عنوان رابطی برای احقاق حقوق است. حقوق شهروندی به حقوقی گفته می‌شود که یک شهروند بر اساس قوانین و مقررات و ارزش‌های مشترک در یک کشور از آن برخوردار است و اهمیت آن در جوامع امروزی سبب شده است مورد توجه منابع داخلی و بین‌المللی قرار بگیرد.

در نظام جمهوری اسلامی ایران علاوه بر نظارت پارلمانی برای تضمین و حمایت از حقوق شهروندی، نظارت قضایی نیز پیش‌بینی گردیده است. بر اساس اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، یکی از مهم‌ترین

نهادهایی که برای تضمین و تحقق حقوق شهروندان نقش بسیار مهمی دارد، دیوان عدالت اداری است. تأسیس دیوان به عنوان یک مرجع عالی قضایی برای رسیدگی به شکایت افراد از اعمال دولت به موجب قانون اساسی، نشانگر اهمیت والایی است که قانون‌گذار برای صیانت حقوق فردی شهروندان قائل شده است و گامی مهم برای اصلاح دستگاه اداری کشور محسوب می‌شود.

در بسیاری از آرای دیوان عدالت اداری به ویژه آرای هیئت عمومی، بسیاری از مصوبات و تصمیمات دولتی که بر خلاف قوانین و مقررات دولتی و موازین اسلامی بوده و به حقوق شهروندان آسیب زده، ابطال شده است. با بررسی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به نظر می‌رسد این هیئت، مؤلفه‌ها و مصادیق حقوق شهروندی شامل حق تأمین اجتماعی، سختی کار، فوق‌العاده مناطق محروم، بدی آب و هوا، حق عایله‌مندی و حق مرخصی را تا حد قابل توجهی شناسایی کرده است تا مستخدمین دولتی به عنوان شهروندان ایرانی به راحتی و با اطمینان خاطر بتوانند برای احقاق حقوق حقه خود اقدام کنند. نتیجه این امر نیز تضمین حقوق شهروندان در جامعه است. با شناسایی این مصادیق در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌توان گفت در نظام حقوقی ایران تا حد زیادی به حقوق شهروندی توجه شده است. شاید در این مسیر، ضعف و نقص‌های احتمالی نیز در آرای دیوان مشاهده شود، اما نباید از قدم برداشتن دیوان در راه تضمین حقوق شهروندان چشم پوشید.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۲. آگاه، وحید، **حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. داداش‌زاده، علی‌رضا، **حقوق اداری**، تهران: منشورگفتمان، ۱۳۹۶.
۴. داوید، رنه، کامی ژوفره اسپینوزی و ماری گوره، **درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر**، ترجمه: سید حسین صفایی، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۵. رازینی، مرتضی، **بررسی آرای دیوان عدالت اداری در حوزه امور امنیتی و انتظامی**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۶. رمضان‌پور، رحمان، ابوریحان رنجبر و سجاد زارع طسوجی، **نقش دیوان عدالت اداری در ارتقا و گسترش حقوق شهروندی**، تهران: حق‌گستر، ۱۳۸۵.
۷. صدرالحافظی، سید نصرالله، **نظارت قضایی بر اعمال دولت**، تهران: شهریار، ۱۳۷۲.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۸۸.
۹. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱ و ۲)**، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۱۰. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، زیر نظر: معاونت حقوقی قوه قضاییه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. جمشیدی، علی‌رضا و آرین پتفت، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، فصل‌نامه اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵.
۲. حسنوند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده‌تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی

دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹.

۳. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲۱، ۱۳۸۹.

۴. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پیرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، مجله حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.

۵. سلیمانی، مسعود و همکاران، «حقوق شهروندی در نظام اداری: تحلیلی بر چالش‌های اجرا»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸.

۶. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳.

۷. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «نسبت حقوق شهروندی و حقوق بشر»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۸، ۱۳۸۶.

۸. نوروزی، قدرت‌الله، «نقش دیوان عدالت اداری در توسعه و حمایت از حقوق بشر»، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره‌های ۵ و ۶ و ۷، پاییز ۱۳۸۹.

۹. یآوری، اسدالله و پیرهام مهرآرام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۲، ۱۳۹۷.

ج) پایان‌نامه

۱. کاظمی، داوود، «بررسی اصول و مبانی حقوق اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه آزاد، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۰.



2. Latin Source

1. Fox, William, **Understanding administrative law**, 4th edition, library of congress cataloging in publication data, 2014.
2. Gluck, A., “**The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism**”, The Yale Law Journal 119, 2010.
3. Lewis, Blane D., **Minimum Local Public Service Delivery Standards in Indonesia: Fiscal Implications and Affordability Concerns**, 2003.
4. Martenet, Vincent, **judicial defence to administrative interpretation of statutes from a comparative perspective**, Vanderbilt journal of transnational law, Vol. 54, issue 1, 2021.

حق تهرّد کارمند از منظر اصل قانون مندی و استناد به اصول بنیادین

شبنم فهیمی^۱

سید مجتبی واعظی^۲

محمد امامی^۳

چکیده

رابطه «فرمان دَهی» و «فرمان بَری» در علوم و حقوق اداری با اصطلاح «اصل سلسله مراتب»، شناخته شده است که از ضروریات تأسیس و برپایی اداره و تأمین نظم و انضباط اداری به حساب می آید. با این همه، پنداشت تکلیف همیشگی کارمند به اطاعت و انقیاد محض وی در برابر اداره، معایبی دارد و مانع از رواج فرهنگ گفت و گو در اداره، پاسخ گویی و تقویت فرصت های مشارکتی می گردد.

این نوشتار با هدف پرداختن به مفهوم «مقاومت» و «نافرمانی» در ساحت حقوق اداری و پذیرش مفهوم موسع از اصل قانون مندی، امکان و حق تهرّد کارمند را در مصاف با دستوری بررسی می کند که به هر نحو، مغایر با قانون، شرع و اصول بنیادین به نظر می رسد. عمده منابعی که به نحوی به مقوله «امر غیر قانونی آمر» پرداخته اند، بیش تر بر مواد ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی تمرکز کرده اند. نوشتار حاضر بر آن است تا ضمن نگاه و پرداختی تازه به مواد یادشده و ارائه تحلیلی مبنایی، موضوع «مقاومت مأمور و آمر آمر» را در دیگر مواد قانونی به ویژه ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی رصد کند و انعکاس آن را در حقوق خارجی نیز در نظر گیرد.

واژگان کلیدی: مقاومت، نافرمانی، اداره، آمر، مأمور، دستور، اصل سلسله مراتب اداری.

۱. دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، (نویسنده مسئول)، fahimi.

shabnam@yahoo.com

۲. دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، mojtaba-vaezi@yahoo.com

۳. دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، dr-emami27@yahoo.com

مقدمه

«نافرمانی مدنی» در زمره مفاهیمی است که وجوه نظری آن در قیاس با زوایا و ابعاد عملی، بیش‌تر در نظر گرفته شده و عمده مطالعات مربوط به مفهوم «نافرمانی مدنی» یا «مقاومت در برابر قانون»، ناظر بر کاوش‌های نظری و مبنایی و یابش علل و عوامل توجیهی آن است و در حوزه اندیشه سیاسی و نگرش‌های فلسفی صورت‌بندی شده‌اند. بخش مهمی از چرایی این مسئله به خاستگاه مفهوم نافرمانی مدنی باز می‌گردد؛ چون طلوع و ظهور این مفهوم در غرب موجب شده است مسیر مطالعه و روند ملاحظه نافرمانی مدنی، منطبق با نحوه پرداخت و ذایقه تحلیلی اندیشمندان و نویسندگان غربی باشد که از ابتدا نسبت به بنیادهای نظری و شمایل فلسفی نافرمانی مدنی، دغدغه‌مندتر ظاهر شده و عمده تمرکز خود را به جلوه‌های مبنایی و رهیافت‌های فلسفی آن معطوف کرده‌اند. در این میان، پاسخ به چالش‌های بسیاری که در صحنه‌ها و عرصه‌های عملی پیش روی نافرمانی مدنی قرار گرفته و راه را بر آن پیچیده و دشوار کرده است و چه بسا به بن‌بست می‌کشاند، از نظرها دور مانده و پردازش بدین مفهوم به نوعی طفره‌روی عمل‌گرایانه مبتلاگشته است. از همین روست که گفته می‌شود: «نافرمانی مدنی حتی در زادگاه خویش به سرانجام مقصود نرسیده است» و چالش‌های حل‌ناشده بسیاری در این مورد وجود دارد.

پژوهش حاضر ضمن تأکید بر اهمیت ابعاد نظری و فلسفی نافرمانی مدنی و یافته‌هایی که در این فقرات به دست آمده است، در نظر دارد تا موضوع نافرمانی مدنی و مقاومت را از «منظری عملی» و در ساحت حقوق اداری به بحث و سخن‌گذارد و آن را ذیل یکی از مباحث مطرح در حقوق اداری ایران با عنوان «حق تمرّد کارمند» بررسی کند. گفتنی است اداره شایسته امور عمومی، اجرای اصل سلسله‌مراتب اداری و فرمان‌بری مادون از مافوق را اقتضا می‌کند و تبعیت مأمور از امر آمر در ردیف انتظارات بدیهی و اولیه برای برپایی یک نظم حقوقی سالم قرار می‌گیرد. با این همه، آیا می‌توان بر پایه همان ادله توجیهی که حق نافرمانی بر قانون «ناعادلانه» و «نادرست» را برای یک شهروند مطرح می‌کند، از حق تمرّد مأمور نسبت به اوامر مافوق سخن گفت؟ به عبارت بهتر، آیا کارمند می‌تواند گاهی نقض دستور کند تا از این رهگذر، نامشروع بودن یک فرمان را نشان دهد و خواهان اصلاح آن باشد. روشن است که در رهیافت اخیر، حق نافرمانی و مقاومت در سطح مادون قانون و نسبت به تصمیم‌های آمر یا مافوق مطرح می‌گردد.

غرض از تمرّد در این نوشتار، سنجی از مقاومت است که با اتکا و استناد به اصول بنیادین و در دفاع از ایده «اداره اخلاق‌گرا، خلاق و قانون‌مدار» صورت پذیرد و بتواند به منزله راه حلی برای برون‌رفت از انجماد و انفعال سیستمی در نظر گرفته شود. بر این اساس، بناست تا ضمن تحلیل مواد مربوط به مسئولیت آمر و مأمور در قوانین موضوعه داخلی و مناقشه‌هایی که از قرائگیری آن‌ها در جوار یکدیگر مطرح می‌گردد. هم‌چنین لزوم توجه به عناوینی چون دموکراسی اداری، نظام اداری سالم و کارآمد، توسعه مشارکت و ارتقای فرهنگ گفت‌وگو و پذیرش مفهوم موشع از اصل قانون‌مندی در گستره حقوق اداری^۱ ایجاب می‌کند به چند و چون امکان نافرمانی مأمور از اوامر مافوق خویش بپردازیم.

عمده منابع موجود در موضوع «امر غیر قانونی آمر» بر مواد قانونی ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری متمرکز شده‌اند. در نوشتار حاضر تلاش می‌شود تا در کنار تبیینی تازه از مواد یادشده و اشاره به دیگر مواد قانونی مرتبط با موضوع «امر غیر قانونی آمر» به ویژه ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی که به آن‌ها کم‌تر توجه شده است، از کالبدِ ظاهری مواد عبور کنیم تا از پسِ آن به فلسفه حق مقاومت کارمند به ویژه در ساحت حقوق اداری دست یابیم و علاوه بر آن، بازتاب حق مقاومت مأمور را در حقوق خارجی نیز رصد کنیم.

گفتار اول. مفهوم آمر و مأمور قانونی و حدود مسئولیت آن‌ها

«امر»^۲ به لحاظ لغوی به معنای دستور دادن و فرمان است^۳ و «امر قانونی»^۴ در اصطلاح به کسی گفته می‌شود که به حکم قانون، صلاحیت صدور فرمان و دستور به مأمور تحت امر خویش را داراست.^۵ در همین راستا می‌توان «مأمور»^۶ را شخصی دانست که در سلسله‌مراتب اداری در مرتبه مادون آمر قرار گرفته و مکلف به تبعیت از اوامر آمر قانونی است و در صورت استنکاف از اجرای دستور، مسئول

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ۱۳۹۱، ص ۱۳۶.

2. Order

۳. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: ادنا، ۱۳۸۶، ص ۱۹۲.

4. Superior

۵. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۶۴.

6. Subordinate

شناخته می‌شود. بنابراین، در نگاه نخست، تشخیص آمر و مأمور قانونی، روشن و بقاعده می‌نماید. آن‌چه از دیرباز درباره این دو مفهوم محل مناقشه و معرکه‌آرا بوده، حدود مسئولیت آمر و مأمور نسبت به اوامری است که شایبه ایراد و اشکالی در ارتباط با آن‌هاست و سؤال آن است که در فرض و وضعیت اخیر، مأمور در مواجهه با اوامری از این دست چه تکلیفی دارد؟ حقوق دانان در پاسخ به این پرسش، رویکردهایی متفاوت در پیش گرفته‌اند.

بند اول. نظریه فرمان‌بری محض

گروهی بر این باورند که نظم عمومی و انضباط اداری اقتضای آن را دارد که مأمور در هر شرایطی، از دستورهای مافوق اطاعت کند و هیچ حقی مبنی بر ارزیابی فرمان و بررسی مشروعیت داشتن و نداشتن محتوای دستور را ندارد. به این ترتیب، مأمور در هر حال، مکلف به اجرای فرمان‌های مافوق خویش است و مسئولیت‌های ناشی از اجرای امر با آمر است.^۱ نقدهایی بر این تئوری وارد شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به «عدم تصور مسئولیت برای مأمور» اشاره کرد. با این توضیح که سلب کامل مسئولیت از مأمور، موافق با اصل انصاف می‌نماید، اما موجب می‌گردد مأمور در مصاف با اعمال غیر قانونی رؤسا و مسئولان سکوت کند و مانع از اجرای آن‌ها نگردد.^۲ دیگر انتقاد وارد بر سیستم تبعیت کورکورانه از دستور، تحقق نوعی معاونت اجباری در ایفای جرم میان آمر و مأمور است و چون منجر به فقد ایده جرم‌زدایی از سیستم عدالت کیفری می‌گردد، محکوم به بطلان است. هم‌چنین چون در بستر این نظریه، کارمند یا مأمور بسان عروسک خیمه شب‌بازی و بدون اراده و اختیار در نظر گرفته شده و ملزم به اطاعت بدون تأمل است، در نهایت، منجر به ترویج نوعی دیکتاتوری سیستمی می‌گردد.^۳

بند دوم. نظریه تکلیف به ارزیابی فرمان

در رویکردی دیگر، اعتقاد بر این است که مأمور باید دستورهای مافوق خود را در چارچوب قانون اجرا کند و صرف مافوق بودن آمر، مجوزی برای اجرای دستورهای ناسازگار با قانون نیست. بر این

۱. نجفی توانا، علی و ایوب میلی، حقوق جزای عمومی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۲۴۳.

۲. صناعی، پرویز، حقوق جزای عمومی (جلد ۱)، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲، ص ۱۸۷.

۳. محسنی، مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی (جلد ۳)، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۲۰۸.

اساس، مأمور، مکلف است در هر مورد بررسی کند که دستور و فرمان مافوق مطابق با قانون صادر شده باشد.^۱ بنابراین، هر گاه آمر، مادون را مکلف به اجرای عمل غیر قانونی کند، مأمور، مکلف است که اطاعت نکند و در غیر این صورت، مأمور هم مسئول خواهد بود. در تأیید این نظریه گفته شده است در سیستمی که ادعای جهل شهروند نسبت به قانون استماع نمی‌شود، نمی‌توان از مأمور توقع داشت به صرف اتکا به دستورهای مافوق، مقررات و قوانین را نادیده گیرد^۲ و بسان آلتی در دستان آمر، تابع صرف هر نوع امر و فرمانی از ناحیه وی باشد. البته رویکرد اخیر نیز از نگاه منتقدان دور نمانده و ایرادهایی متوجه آن گردیده است که از بارزترین آن می‌توان به تزلزل انضباط اداری و نظم سلسله‌مراتبی اشاره کرد، با این تحلیل که واگذاری تشخیص قانونی بودن دستور آمر به شخص مأمور، با هدف استقرار نظم و امنیت اداری در تعارض است و چه بسا کارمند با اشکال تراشی‌های ناروا یا بیم ایجاد مسئولیت، دستور آمر را نادیده گیرد و نظام اداری را مختل کند.^۳ افزون بر آن، تشخیص قانونی بودن دستور آمر گاهی امری زمان‌بر و تخصصی می‌نماید که از عهده مادون خارج است و چه بسا به معطل ماندن امور در یک مجموعه اداری منتهی گردد.

بند سوم. نظریه فرمان‌بری مشروط

نظر به آثار نامطلوب دو نظریه پیش‌گفته، برخی حقوق‌دانان، نظریه سومی را مطرح کرده‌اند که به موجب آن، همین میزان که مأمور، ظاهر امر را قانونی و مشروع تشخیص دهد، مکلف به اجرای آن است.^۴ این رویکرد در قیاس با مواضع پیشین، با استقبال بیش‌تری همراه شد؛ چون به نحوی منطقی منجر به توجیه مسئولیت مأمور می‌گردد. به موجب این نظریه، مأمور باید میان اوامری که آشکارا خلاف مقررات است و اوامری که ظاهراً مشروع و قانونی می‌نماید، تمایز قائل شود و صرفاً از دستورهای اخیر پیروی کند. عمده‌ترین دلیلی که برای توجیه مسئولیت مأمور در این نظریه به آن استناد می‌شود، این است که مأمور با حسن نیت، عملی مجرمانه انجام داده است که ظاهراً قانونی به نظر می‌رسد، ولی اگر ظاهر امر، مجرمانه باشد، توجیه جهل یا اشتباه از مأمور پذیرفته نمی‌شود.

۱. نجفی توانا و میلیکی، پیشین، ص ۲۴۳.

۲. محسنی، پیشین، ص ۲۰۸.

۳. نوربها، رضا، زمینه‌های حقوق جزای عمومی، تهران: دادآفرین، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲.

۴. همان.

در ادامه، پس از بررسی رد پای نظریه‌ها و رویکردهای یادشده در قوانین موضوعه داخلی، نمونه‌هایی از حدود مسئولیت آمر و مأمور در حقوق خارجی بیان می‌شود.

بند چهارم. حدود مسئولیت آمر و مأمور در قوانین موضوعه داخلی

گفته شد که اگر آمر، موافق با قانون باشد، تبعیت از آن الزامی است، ولی در مصاف با فرمان غیر قانونی آمر بایستی مسئولیت پیش‌بینی‌شده از ناحیه قانون‌گذار (نظام حقوقی ایران) برای مأمور بررسی گردد و معلوم شود که اگر مقام ذی‌صلاح، دستوری مخالف با قانون صادر کند، سیاست تقنینی، چه رفتاری را از مأمور انتظار دارد و بر چه اساسی، وی را مسئول تلقی می‌کند.

قانون‌گذار در بند (پ) ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی با ملاحظه دو شرط، عمل مأمور را قابل مجازات نمی‌داند؛ نخست آن‌که صدور امر از سوی آمر قانونی ذی‌صلاح باشد و شرط دوم، خلاف شرع نبودن امر است. در تکمیل این ماده و توضیح دقیق‌تر درباره مسئولیت مأمور، قانون‌گذار در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «هر گاه به امر غیر قانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود، آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌گردد. لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور این‌که قانونی است، اجرا کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است». در این موارد، ظاهراً قانون‌گذار از نظریه بررسی ظواهر پیروی کرده است و مفهوم مخالف ماده ۱۵۹ دلالت بر آن دارد که اطاعت از اوامری که به نحوی، واضح و آشکار، غیر قانونی است، موجب مسئولیت است.^۱ عبارت «اشتباه قابل قبول» در این مقرر، دلیل بر این ادعاست که اگر مأمور به تصور قانونی بودن امر، آن را انجام دهد و ظاهر امر نیز قانونی باشد، مسئولیت کیفری متوجه وی نیست و مأمور صرفاً به پرداخت جرای نقدی یا دیه محکوم می‌گردد. به این ترتیب، مأمور، مکلف به بررسی ظواهر حکم است و با ملاحظه غیر قانونی بودن آن نبایست از دستور تبعیت کند.

افزون بر نظریه فرمان‌بری مشروط، دیگر مبانی تبعیت مأمور از آمر نیز در نظام حقوقی ایران قابل ملاحظه است. در سازمان‌های نظامی و انتظامی چون هر گونه تخطی از اوامر مافوق ممکن است

۱. حسینی، سید حسن و محمد نوروزی، «مبانی مسئولیت مأمور در اجرای فرامین غیر قانونی و رویکردهای قانون‌گذار»، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۶، شماره ۲۰، ص ۳۷.

به پیکره نظم و امنیت عمومی آسیب جدی وارد سازد، قانون‌گذار در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح به طور عمده از نظریه اطاعت محض پیروی می‌کند و مأمور را مکلف به تبعیت مطلق از آمر کرده است. بر این اساس، اگر آمر و مأمور نظامی باشند، نافرمانی مادون از دستور مافوق در هر حال جرم تلقی می‌شود و برابر با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، مأمور نافرمان، صرف نظر از ادله و عوامل نافرمانی، مستحق اعمال کیفر است.^۱

هم‌چنین به موجب ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند. اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را بر خلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلفند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد، کارمندان، مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث، مسئولیتی متوجه کارمند نخواهد بود و پاسخ‌گویی با مقام دستوردهنده می‌باشد». این ماده قانونی نیز ظاهراً تداعی‌کننده نظریه بررسی ظواهر امر است؛ چون ماده ۹۶ از تشخیص کارمند صحبت به میان می‌آورد و هر تشخیصی در قدم نخست بر پایه سنجش نشانه‌های ظاهری شکل می‌گیرد. جهت‌گیری ماده ۹۶ از آن نظر که پس از اعلام مغایرت دستور با قانون به مافوق خویش، در هر حال، مکلف به تبعیت و فرمان‌بری است، با نظریه

۱. برخی از مواد قانون مجازات اسلامی نیز به نحو موردی، متضمن تئوری اطاعت محض مأمور از آمر است. به موجب ماده ۵۷۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵: «اگر مسئولین و مأمورین بازداشتگاه‌ها و ندامتگاه‌ها از ارائه دادن یا تسلیم کردن زندانی به مقامات صالح ممانعت یا خودداری نمایند، مشمول ماده قبل خواهند بود؛ مگر آن‌که ثابت نمایند که به موجب امر کتبی رسمی از طرف رئیس مستقیم خود، مأمور به آن بوده‌اند که در این صورت، مجازات مزبور درباره آمر مقرر خواهد شد». هم‌چنین به موجب ماده ۵۸۰ همین قانون: «هر یک از مستخدمین و مأموران قضایی یا غیرقضایی یا کسی که خدمت دولتی به او ارجاع شده باشد، بدون ترتیب قانونی به منزل کسی بدون اجازه و رضای صاحب منزل داخل شود، به حبس از یک ماه تا یک سال محکوم خواهد شد؛ مگر این‌که ثابت نماید به امر یکی از رؤسای خود که صلاحیت حکم را داشته است و مکره به اطاعت او بوده، اقدام کرده است...». در هر دو ماده به صرف اثبات این‌که اقدامات یادشده به امر رئیس مربوط بوده است، مجازات مقرر نسبت به آمر به اجرا گذاشته می‌شود و با توجه به اطلاق دو ماده، آگاهی و ناآگاهی مأمور از غیر قانونی بودن فرمان در وضعیت وی اثری نخواهد داشت. در مواد ۵۷۸، ۵۷۹ قانون مجازات اسلامی نیز مقنن از نظریه اطاعت محض پیروی کرده است. نک: حسینی و نوروزی، پیشین، ص ۳۹.

بررسی ظواهر امر، متفاوت می‌نماید. البته اطلاع کتبی مأمور در این فقره از وی سلب مسئولیت می‌کند و در صورت اجرای دستور، مسئولیت و مجازاتی متوجه وی نخواهد بود.

در نظام حقوقی ایران، نظریه تکلیف به ارزیابی اوامر نیز قابل ملاحظه است. در نهادهای نظامی و انتظامی، اصل اولیه بر تبعیت محض مأمور از امر استوار است. با این حال، حساسیت ویژه برای رعایت ضوابط شرعی و فرمان‌های رهبری باعث شده است که مقنن، مأمور را مکلف به بررسی بداند. به موجب تبصره ۴ ماده ۶ آیین‌نامه انضباطی ارتش: «هرگاه دستوری که صادر می‌گردد، خلاف شرع مقدس اسلام و فرامین مقام معظم فرماندهی کل قوا باشد، قابل اجرا نبوده و دستوردهنده، مسئول و قابل پی‌گرد است. ضمن آن‌که عدم اجرای این قبیل دستورات، بازخواست نداشته و مصون از تعقیب خواهد بود». بنابراین، بر اساس مقرر اخیر، کارگزاران ارتشی مکلفند اوامر صادرشده را بررسی کند تا دستوری خلاف شرع و فرمان رهبری عملیاتی نشود. چنین تکلیفی کاملاً منطبق با نظریه لزوم ارزیابی فرمان است و هر چند قانون‌گذار صراحتاً به مسئولیت مأمور در صورت اجرای فرمان‌های پیش‌گفته اشاره نداشته است، به نظر می‌رسد وصف «قابل اجرا نبودن» این فرمان‌ها بر مسئولیت مأمور مجری دلالت دارد.

در مقام جمع‌بندی می‌توان گفت که نظام حقوقی ایران در تبیین حدود مسئولیت آمر و مأمور، رویه واحدی ندارد و مقنن به فراخور موضوع و وضعیت‌های گوناگون از هر سه نظریه استفاده کرده است. به این ترتیب، برای تعیین تکلیف مسئولیت مأمور در مواجهه با امر غیر قانونی باید به قوانین حاکم بر موضوع مراجعه کرد تا مشخص گردد که تمرد و نافرمانی مأمور برای وی مسئولیت ایجاد می‌کند یا خیر. مطلوب بود تا قانون‌گذار نظام حقوقی ایران همانند دیگر نظام‌های حقوقی در خصوص مسئله تبعیت مأمور از آمر، رویه واحدی در پیش می‌گرفت تا از بروز تشتت و ابهام در عملکرد مأمور جلوگیری شود.

بند پنجم. انعکاس حدود مسئولیت آمر و مأمور در حقوق خارجی

در حقوق جزای بین‌المللی، در قرون متمادی، اصل اطاعت از سلسله‌مراتب حاکم بود و اطاعت محض از دستورهای آمر بر مبنای لزوم انضباط نظامی، امکان نداشتن تمرد از فرماندهان نظامی و وجود ضمانت اجراهای سخت و خشن برای متمردان توجیه می‌شد.^۱ این اطاعت محض و کورکورانه،

1. Kudo, Koji, "Command Responsibility and the Defense of superior order", The Thesis submitted for Degree or

سربازان و مأموران را به پذیرش فرض قانونی بودن همه دستورهای فرماندهان مجاب کرد و آنان را به ابزار دست مقامات عالی‌به‌دولت ساخت و رفته رفته به شکل‌گیری دکترین «عدم مسئولیت مطلق» منجر شد.^۱ بر این اساس، اگر سرباز یا مأموری به حکم مافوق یا دستورهای دولت متبوع خود، مرتکب فعل یا رفتاری شده باشد، وی را به این علت نمی‌توان محاکمه کرد.

این نظریه در طول زمان و به ویژه پس از جنگ جهانی اول در سلسله محاکماتی که برای نظامیان آلمان در دیوان عالی لایپزیگ برپا گردید، تعدیل شد.^۲ نظریه «عدم مسئولیت مطلق» بر این مبنا بود که مأموران و اشخاص زیردست به دلیل اطلاع نداشتن از قوانین، فرض را بر قانونی بودن دستورها قرار می‌دهند، ولی اگر دستور صادر شده، آشکارا غیر قانونی باشد یا معلوم گردد که مأمور از غیر قانونی بودن آن مطلع بوده است، منطق این نظریه به چالش کشیده می‌شود. بنابراین، به مرور زمان، نظریه «عدم مسئولیت مطلق»، جای خود را به «مسئولیت مشروط مأمور» داد که مطابق با آن، تنها در صورتی از مأمور رفع مسئولیت می‌گردد که دستور به نحوی آشکار، غیر قانونی نبوده یا مأمور از غیر قانونی بودن آن بی‌اطلاع باشد.^۳ این نظریه در حقیقت، خواستار برقراری آشتی میان ضرورت‌های حفظ انضباط نظامی و الزامات حقوق کیفری بوده و بر آن است که اگر فرمان به نحوی روشن و آشکارا در مغایرت با قانون صادر شده باشد یا مأمور از اشکال قانونی دستور، مطلع باشد، حقوق کیفری از تقصیر مأمور نخواهد گذشت.^۴

هم‌چنین گفتنی است که جنگ جهانی دوم و جنایات ارتكابی واقع در آن، پیدایش نظریه «مسئولیت مطلق» را به دنبال داشت. کمیسیون ملل متحد در خصوص جنایات جنگی، قاعده بین‌المللی ویژه‌ای را تدوین کرده است که این قاعده بعدها به ماده ۸ منشور اساس نامه دادگاه نظامی نورنبرگ

Doctor of philosophy at university of Leicester, 2007, p. 8.

۱. نظری نژاد، محمدرضا، «مبانی و شرایط استناد به دفاع امر آمر در حقوق جزای بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۲، شماره ۲، ص ۲۲۹.

۲. کاسسه، آنتونیو، حقوق کیفری بین‌المللی، ترجمه: حسین پیران و دیگران، تهران: جنگل، ۱۳۷۵، ص ۱۴۲.

3. Geata, Paola, "The Defense or superior order: The statute to the International criminal court versus customary International Law", European Journal of International Law, Valum 10, 1999, p. 175.

4. Hamid, Abdol Gohafar & Sein, khin Maung, "The Defense of superior order, Manifest illegality principle and statute the international criminal court", Asian journal of International Law, Valum 3, 2008, pp. 7-8.

تبدیل شد که مضمون آن بدین شرح است: «این موضوع که متهم طبق دستور دولت یا مافوق خود رفتار کرده است، او را از مسئولیت مبرا نمی‌سازد، ولی در صورتی که دادگاه معتقد باشد که ضرورت عدالت ایجاب می‌نماید، می‌تواند در حد دلیلی برای تخفیف مجازات مورد توجه قرار گیرد».^۱ مبنای نظریه «مسئولیت مطلق» این بود که زیردستان، آدمک‌های مصنوعی در اختیار فرماندهان نیستند، بلکه از اراده آزاد برخوردارند و موظفند در هر مورد، دستورها را تجزیه و تحلیل کنند.^۲ در غیر این صورت و در فرض غیر قانونی بودن دستور آمر، مأمور، خطر مجازات را به جان خریده است.^۳

در همه محاکم بین‌المللی تا پیش از تشکیل اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی، نظریه «مسئولیت مطلق» مأموران حاکم بود. در دوران حاکمیت این نظریه، آن‌چه در مواردی در اعمال تخفیف مجازات مأموران (و نه معافیت از مجازات) اثر می‌گذاشت، استناد مأموران و اشخاص زیردست به نداشتن آزادی معنوی یا اختیار بود.^۴ این در حالی است که در ماده ۳۳ اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌المللی، تحت شرایطی، امر آمر به عنوان یکی از موجبات معافیت از کیفر به رسمیت شناخته شد. مطابق ماده ۳۳:

«۱. این واقعیت که ارتکاب یکی از جرایم مشمول صلاحیت دیوان، در اجرای دستور یک دولت یا یک مقام نظامی یا غیر نظامی انجام گرفته، شخص را از مسئولیت کیفری معاف نمی‌کند، مگر این‌که:

الف) شخص به اطاعت از دستورهای دولت یا مقام مافوق مورد بحث الزام قانونی داشته باشد.

ب) شخص نمی‌دانسته که دستور صادرشده غیر قانونی بوده است.

ج) دستور صادرشده آشکارا غیر قانونی نبوده است.

۲. مطابق این ماده، دستور ارتکاب نسل‌کشی یا دستور ارتکاب جنایت علیه بشریت، جرایمی که آشکارا غیر قانونی هستند، تلقی می‌گردد».

۱. کاسسه، پیشین، ص ۱۴۷.

2. Kudo, op.cit., p. 10.

3. Geata, op.cit., p. 178.

4. Dinstein, Yoram, *The defense of obedience to superior orders in International Law*, A.W. Sijthoff leydan, 1965, pp. 26 – 27.

بنابراین، ملاحظه می‌گردد که اساس‌نامه دیوان نیز رویکرد اطاعت مشروط مأمور از اوامر آمر را برگزیده است. در قوانین داخلی کشورهایی مانند فرانسه، انگلیس، آلمان و سوئیس هم نظریه مسئولیت مشروط مأمور قابل ملاحظه است.^۱ برای مثال، به موجب ماده ۲۸ قانون ۱۹۸۳ فرانسه (تصویب‌نامه جای‌گزین قانون شورای دولتی، مصوب ۱۹۴۵)، مأمور اداری، ملزم به تبعیت از مافوق است، مگر آن‌که امر آمر، متضمن نقض آشکار قانون و نفع عمومی باشد. هرچند در عمل عموماً زمانی برای مأمور، قائل به «حق تمرد» هستند که دستور مافوق منتهی به ارتکاب جرم گردد.^۲ در غیر این صورت، اگر دادرس اداری، تصمیم اداری را ابطال کند، مأمور متمرد هم چنان قابل مجازات انتظامی است.^۳

در کشورهایی چون چین، ژاپن و روسیه، نظریه عدم مسئولیت مطلق مأمور حاکم است که مطابق با آن، مأمور، موظف به اجرای دستورهای مافوق است و هیچ تکلیفی به اطاعت نکردن و بررسی اوامر ندارد.^۴ برخی از کشورها از جمله آمریکا نیز نظریه مسئولیت مطلق مأمور را در سیستم حقوقی خود حاکم کرده‌اند.^۵

گفتار دوم. امکان سنجی ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری از منظر «حق کارمند بر مقاومت»

پیش‌تر اشاره شد که مستند به ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، کارمندان دستگاه‌های اجرایی در مواجهه با اوامری که به تشخیص آنان، مغایر با قوانین و مقررات اداری به نظر می‌رسد، تکلیف دارند مغایرت ملحوظ را کتبی به اطلاع آمر برسانند و اگر مقام مافوق بر اجرای دستور اصرار ورزد، کارمند، مکلف به اجرای امر خواهد بود. در ادامه، ضمن تبیین مفهومی و مبنایی ماده ۹۶ قانون مدیریت کشوری، رویکرد این ماده از منظر امکان مقاومت کارمند در خصوص اوامر خلاف قانون ارزیابی می‌شود.

1. Kudo, pp. 176-177.

2. Chapus René, *Droit administratif général*, Paris: Montchrestien, t2, 2001, pp. 294-295.

3. Ibid, p. 295.

4. Kudo, op.cit., pp. 51-60.

5. Ibid, pp. 40-42.

بند اول. جایگاه شرع، اخلاق و اصول بنیادین در گستره اصل قانون‌مندی

برداشت از یک اصطلاح در مقایسه با مفهوم مستقیم آن، گامی فراتر محسوب می‌شود. بر این اساس، اگرچه مفهوم عبارت «قوانین و مقررات» در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری ابتدائاً، روشن و واضح به نظر می‌رسد، ولی آن زمان که این تعبیر در زمین برداشت‌ها می‌نشیند، وجوه چالش‌آفرین آن یکی پس از دیگری خودنمایی می‌کند که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به گستره شمول مفهوم «قوانین و مقررات» در ماده یادشده اشاره کرد.

آیا صرفاً می‌توان قوانین وضع‌شده از سوی مجلس شورای اسلامی و مصوبات دولتی را ذیل عبارت «قوانین و مقررات» در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری قرار داد و تکلیف کارمند را در اطلاع‌رسانی مغایرت فرمان‌ها با قوانین تصویبی پارلمان و مقررات دولتی احصا کرد یا این‌که می‌توان از صدق این عبارت بر قواعد دیگری نیز سخن گفت؟ برای مثال، آیا می‌توان چنین تکلیفی را برای کارمندی در نظر گرفت که با فرمان‌های خلاف شرع روبه‌رو شود؟ با توجه به مترادف نبودن شرع و قانون و این‌که قانون‌گذار در برخی مواد قانونی با رویکردی ویژه به لزوم رعایت قواعد شرعی پرداخته است، سؤال آن است که می‌توان مقرر ماده اخیر را در قبال دستورهای مخالف با شرع نیز قابل اجرا دانست و مفهوم شرع را داخل در عبارت قوانین و مقررات به حساب آورد؟ از آن جهت که ممکن است امر یا دستور صادرشده از ناحیه مافوق با هیچ یک از قوانین موجود و مستقر در سیستم حقوقی مغایرتی نداشته، اما در عین حال، متضمن ایراد و اشکالی شرعی باشد، در چنین وضعیتی آیا لازم است که کارمند را به اعلام مغایرت یادشده مکلف دانست؟

پیش‌تر گفته شد که قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۵۸، یکی از شروط فراغت مأمور از اجرای دستور غیر قانونی آمر را مخالفت نداشتن آن با شرع اعلام کرده است. این در حالی است که موضع‌گیری ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری در این فقره صراحت ندارد.

هم‌چنین از دیگر مناقشه‌هایی که می‌توان در خصوص گستره مفهومی ماده ۹۶ مطرح کرد، بحث شمول قواعد اخلاقی و اصول بنیادین است. در توضیح باید گفت با وجود هم‌مرزی موردی حقوق و اخلاق، هر یک، قلمرویی مجزا دارد و اگرچه مطلوب است که قوانین حقوقی، هم‌راستا با قواعد

اخلاقی باشد، ولی اخلاقی کردنِ کاملِ حقوق، امری ناشدنی است.^۱ از سوی دیگر، حقوقی کردنِ کاملِ اخلاق نیز از شأن و منزلت ذاتی آن فرو می‌کاهد. چون صدور یک دستور یا فرمان در فرآیندی ساده‌تر و مختصرتر نسبت به وضع قانون انجام می‌گیرد و از سویی دیگر، نظر به اهمیت عنوان‌هایی چون «مسئولیت اخلاقی دولت و اداره» و «اداره اخلاق مدار» که در دهه‌های اخیر به آن‌ها بسیار توجه شده است، می‌توان مغایرت نداشتن دستورها و اوامر مقامات را با قواعد اخلاقی نیز انتظار داشت و بر این اساس، تکلیف ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری را به حوزه قواعد اخلاقی هم سرایت داد. البته نظر به گستردگی قلمرو اخلاق و سیالیت مضامین اخلاقی می‌توان محدوده چنین انتظاری را به رعایت اصول و قواعد بنیادین تضییق کرد و اوامر و فرمان‌های صادرشده نایست با اصول و قواعد بنیادین در تعارض باشند. منظور از اصول بنیادین، مجموعه‌ای از حقوق بدیهی، طبیعی و اولیه‌ای است که همه انبای بشری فارغ از هر نوع ملاحظه‌ای از آن برخوردارند^۲ و انتظار می‌رود که در هر سیستم حقوقی رعایت شود. امروزه حتی پوزیتیویست‌های افراطی (قائلان به مکتب اثبات‌گرایی) نیز که وضع قانون توسط مرجع صلاحیت‌دار را یگانه شرط مشروعیت قانون می‌پنداشتند، از موضع اولیه خود کوتاه آمده و زیر بار لزوم مراعات اصول بنیادین حقوقی در متن و بطن قوانین رفته‌اند. بر این اساس، توقع رعایت اصول یادشده در قالب یک دستور یا تصمیم اداری یا قضایی، منطقی به نظر می‌رسد و جا دارد که اصول و قواعد بنیادینی چون حق حیات، حق بر آزادی و برابری، حق بر تعیین سرنوشت، ممنوعیت شکنجه و خدشه برکرامت انسانی را به گستره مفهومی ماده ۹۶ راه داد.

در خاتمه بحث اخیر باید دانست که مراد از هر گونه تکلیف کارمند به اعلام مغایرت دستور با قوانین، شرع یا اصول بنیادین، نسبت به تعارض‌های واضح و روشن است، به نحوی که هر کارمند عادی در مواجهه با آن بتواند مغایرت موجود را تشخیص دهد؛ چون اگر از کارمند انتظار داشته باشیم بر یکایک قواعد حقوقی و شرعی تسلط داشته و کاشف تمامی ایرادهای اوامر مافوق و دستگاه باشد، تکلیفی مالایطاق است و کارمند را به مشقت می‌اندازد. این در حالی است که یکی از مهم‌ترین دلایل

۱. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص مقدمه.

۲. کاظمی، پریسا و اکبر بشیری، «سازوکار تضمین حقوق بنیادین بشر در نظام حقوق عمومی ایران»، فصل‌نامه علمی مطالعات حقوق بشر اسلامی، ۱۳۹۸، شماره ۱۶، ص ۱۲۰.

برای بسط گستره مفهومی ماده ۹۶، ارتقای شأن کارمند و شناسایی حق اظهار نظر و ارزیابی دستور مافوق است. بدون تردید، این مهم در ارتقای کیفیت اختیارات کارمند اثر دارد و به نوعی مانع از رواج رکود و دیکتاتوری سیستمی نیز می‌گردد.

بند دوم. مفاهیم پشتیبان «فرصت ارزیابی فرمان» توسط کارمند

با دقت در رویکردی که قانون‌گذار در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری در پیش گرفته است، ملاحظه می‌گردد که برخی اصول و موازین حقوقی از فرصت ارزیابی فرمان و امکان نظارتی که برای کارمند در نظر گرفته شده است، پشتیبانی می‌کنند. برای نمونه، منطبق ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری با مضمون اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم‌راستاست. در این اصل به لزوم نظارت همگانی از طریق «دعوت به خیر» و «بازداشت از منکر» اشاره شده است، تا بدان جا که این نظارت همگانی، «وظیفه» پنداشته شده است. با توجه به آن‌که زمامداران و مقامات امرکننده چونان هر انسان عادی دیگری از بروز خطا و اشتباه مصون نیستند، اعمال نظارت بر عملکرد آن‌ها ضروری می‌نماید.^۱ بنابراین، می‌توان وظیفه ارزیابی تصمیم مافوق در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری را در راستای ضرورت اعمال نظارت اصل هشتم قانونی اساسی به حساب آورد و آن را نوعی پشتوانه مبنایی برای ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری منظور داشت که امروزه از آن با عنوان «اساسی سازی حقوق اداری» و ورود ارزش‌های حقوق اساسی به حوزه حقوق اداری یاد می‌شود.

هم‌چنین با توجه به تحولاتی که در مفاهیم اولیه حقوق اداری صورت گرفته است و طرح عنوان‌هایی چون اداره دموکراتیک، اداره پاسخ‌گو، اداره مشارکت طلب و تأکید بر مفهوم حاکمیت قانون می‌توان محتوای ماده ۹۶ را در بستر همان رویکرد تحولی در حقوق اداری تحلیل کرد؛ چون قانون‌گذار در این ماده به طور هم‌زمان، حق و تکلیفی را برای کارمند در نظر گرفته است که با پذیرش ایده دموکراسی مشورتی در حقوق اداری و پرهیز از خودکامگی سیستمی هم‌سو می‌نماید. الزام اداره به بیان انگیزه و توجیه عمل و تصمیم خویش، مراعات اصل شفافیت و تناظری شدن فرآیند تصمیم‌سازی ادارات،^۲

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۲۵۵.

۲. واعظی، سید مجتبی، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۱، ص ۴۴.

اگرچه عمده‌تأ در ارتباط با شهروندان و خطاب به آنان مطرح می‌گردد، ولی با در نظرگیری این الزامات حتی در مواجهه اداره با مجریان خود می‌توان تکلیف پاسخ‌گویی اداره را یک مرحله به عقب کشاند و اداره را ابتدائاً در قبال مأموران و مجریان خویش، مسئول شناخت. مضاف بر آن‌که تکلیف اداره به پاسخ‌گویی در برابر کارمندان خود، منجر به ارتقا و توسعه امر مشارکت و مشورت در یک مجموعه اداری می‌شود و در گذار از «اداره خودکامه» به «اداره دموکراتیک»، مقبول می‌افتد. عده‌ای از صاحب‌نظران نیز در توصیف الزامات و اقتضائات دموکراسی اداری، معیارهایی را ارائه داده‌اند که در این میان، تأمین مشارکت از منظر کمیت و کیفیت اختیاراتی که برای کارمندان در نظر گرفته می‌شود، مخرج مشترک الزامات پیشنهادی از سوی تحلیلگران به حساب می‌آید. رابرت داهل ضمن تأکید بر تأمین مشارکت حداکثری در یک مجموعه اداری به صراحت از لزوم کنترل تصمیمات اداری توسط مجریان تصمیم‌ساختن گفته و از آن به عنوان یکی از شاخص‌های تحقق دموکراسی در اداره یاد کرده است.^۱

به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که بسیاری از مفاهیم و ارزش‌های حقوق اداری نوین در پس منطق قانون‌گذار در تصریح ابتدایی ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری ایستاده است. از همین رو، لازم است تا در کاربست دقیق و صحیح این ماده اهتمام ورزید و در صورت توجیه نشدن مقامات و مأموران در اجرای مفاد این ماده، بسترسازی لازم صورت گیرد؛ چون اگرچه ممکن است در نگاه نخست، تصریح این ماده، تکلیفی را بر دوش کارمند قرار دهد، در ورای چنین تکلیفی، حقی نهفته است که ضمن ارتقای جایگاه و توسعه اختیارات کارمند، در استقرار اداره پویا و کوشا نیز مؤثر واقع می‌گردد.

بند سوم. محدوده مضیق «حق مقاومت» کارمند در مصاف با دستورهای مخالف قانون

قانون‌گذار، ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری را در دو بخش به نگارش درآورده و در تصریح ابتدایی و انتهایی آن، تکالیفی جداگانه را برای کارمند در مواجهه با اوامر خلاف قانون در نظر گرفته است. بر همین اساس، لازم است تا «حق مقاومت» کارمند نیز در مراحل جداگانه ارزیابی گردد. به این ترتیب که تکلیف اولیه کارمند هنگام رویارویی با فرمان‌های مغایر با قانون، مقاومت در برابر اجرای فوری فرمان و اعلام دلایل مقاومت به مقام دستوردهنده است. پذیرش امکان چنین مقاومتی

1. Dahel, Robert, *A right to Workplace democracy*, University California Press, 2001, p. 250.

از ناحیه کارمند تا حد زیادی به مباحث نظری و فلسفی مربوط به «نافرمانی مدنی» پیوند خورده است و در ذکر عوامل توجیهی آن می‌توان به مواردی چون کفایت نداشتن دموکراسی نمایندگی^۱ و در نظر گرفتن حق نظارت مستمر بر فعل و تصمیم زمامداران و آمران، شکل‌گیری نوعی دیالوگ انتقادی میان دو طیف «امرکننده» و «امرشونده»، احتمال عقلی مبنی بر اصلاح تصمیم، تکریم حق آزادی بیان و لحاظ فرصت‌های مشارکتی اشاره کرد. بر این اساس، یک تصمیم غلط چه در قامت قانون و چه در رخت دستور می‌تواند محل مناقشه و مقاومت قرار گیرد.

در مباحث مربوط به نافرمانی مدنی به اقدام به نافرمانی حتی به اتکای انگیزه‌های شریف و اصلاحی واکنش صورت گرفته است و عمده نویسندگانی که در حوزه نافرمانی مدنی قلم زده‌اند، شخص نافرمان را از اعمال مجازات، مصون ندانسته‌اند. در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز قانون‌گذار از منظری دیگر، پذیرای ضرورت‌های موجود شده است. اگرچه در ماده مورد بحث، صحبت از مجازات و مسئولیت مأمور نافرمان نیامده است، ولی این ماده در اشاره پایانی خود، کارمندی را که تکلیفش را مبنی بر اعلام کتبی خطای امر یا دستور انجام داده، در صورت اصرار مافوق به اجرای آن امر، مکلف به اجرا دانسته و امکان مقاومت مجدد را از وی سلب کرده است. بنابراین، منطبق با مضمون ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، امکان مقاومت کارمند در قبال دستورهای مغایر با قانون تا آن جا پیش می‌رود که کارمند، ادله امتناع از اجرا را به اطلاع مقام مافوق برساند و وی را به قبول وجود مغایرت قانع کند و با اصراری از ناحیه مافوق، جهت امر مجدد بر اجرا مواجه نگردد که در صورت اخیر، هیچ‌گونه حق یا تکلیفی برای مقاومت کارمند در نظر گرفته نشده و کارمند صراحتاً مکلف به اجرای فرمان شده است.

گفتنی است که اگرچه در نگاه اولیه، تصریح پایانی ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به انقطاع حق مقاومت کارمند می‌انجامد، نباید از نظر دور داشت که با وجود ضرورت پاسداشت ارزش‌ها و موازین حقوق اداری نوین نبایست از مراقبت‌های مرتبط با استقرار نظم اداری و نظام سلسله‌مراتبی غافل شد و به استناد هم‌گامی با حقوق اداری مدرن، اصولی را کنار زد که اداره و حقوق اداری بر پایه آن‌ها بنا شده‌اند. بر این اساس، حتی اگر قرار باشد که قواعد مربوط به نظم و سلسله‌مراتب اداری

۱. کیوان‌فر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص ۳۰۵.

منطبق با الزامات نوظهور حقوق داری، شمایی از تعدیل و انعطاف را به خود گیرند، ولی نبایست به طور مطلق کنار گذاشته شوند. از این رو، قانون‌گذار اگرچه در بخش ابتدایی ماده ۹۶ به لزوم اعمال نظارت و ارزیابی امر و دستور تن داده است، در بخش پایانی ماده به منظور تأمین نظم و تضمین اصل سلسله‌مراتب در حقوق اداری و توالی فاسدی که از کنارگیری کامل آن برمی‌خیزد،^۱ در نهایت، متعاقب صلاح دید مافوق مبنی بر اعمال دستور، کارمند را مکلف به تبعیت کرده است.

گفتار سوم. نسبی بودن مفهوم آمر و مسئولیت مأمور

مراد از نسبی بودن مفهوم آمر آن است که این مفهوم همواره می‌بایست در تقابل با مفهوم مأمور و صلاحیت صدور فرمان خطاب به وی (مأمور) سنجیده شود؛ به این معنا که چه بسا فردی در یک موقعیت، نظر به صلاحیت‌های تعریف‌شده قانونی نسبت به فرد دیگر، در مقام «آمر» قرار گرفته است، ولی همان فرد در موقعیت دستوری دیگر به دلیل نداشتن صلاحیت قانونی نمی‌تواند در جایگاه آمر قانونی قرار گیرد. برای مثال، رئیس یک اداره، اگرچه در محدوده صلاحیت‌های قانونی و سازمانی خود، حق صدور فرمان به مأموران و کارمندان خویش را دارد، ولی در خارج از محدوده یادشده، چنین حقی برای وی متصور نیست. به عبارت دقیق‌تر، در بیرون از این محدوده صلاحیتی، صدق عنوان «آمر قانونی» بر او ممکن نیست.

هم‌چنین گفتنی است که چون قوانین متعددی به مسئولیت کارمند یا مأمور در صورت اجرای دستورهای مغایر با قانون پرداخته‌اند، نمی‌توان در تبیین مسئولیت نهایی مأمور صرفاً بر یک ماده قانونی متمرکز گردید و لازم است با دقت در مضامین قواعد مربوط، جمع‌بندی دقیق و صحیحی در این زمینه صورت گیرد؛ چون در نگاه نخست، مواد مربوط ظاهراً دارای مضامین معارض با یکدیگرند.^۲ در ادامه به منظور تبیین هم‌جواری منطقی مواد مرتبط با موضوع و تعیین مسئولیت کارمند، فروض جداگانه‌ای از صدور دستور غیر قانونی از سوی آمر مطرح می‌گردد تا در نهایت، تکلیف کارمند به «تبعیت» یا «عدم اجرا»، روشن گردد و معلوم شود که هر فرض و موقعیت را باید مشمول مفاد کدام یک از مواد قانونی دانست.

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: انتشارات سهامی عام، ۱۳۷۰، صص ۵۸، ۵۹.

۲. بابایی مهر، علی، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: مجد، ۱۳۹۳، ص ۱۸۴.

بند اول. فروض صدور اوامر غیر قانونی

فرض نخست مربوط به حالتی است که مقام آمر و مأمور به ترتیب برای «صدور دستور» و «اجرای امر»، صلاحیت قانونی دارند و موضوع دستور در حوزه صلاحیت سازمانی هر دو قرار می‌گیرد. با این حال، دستور در مغایرت با یک قانون و مقرر اداری صادر شده است، بی آن‌که ناظر بر انجام یک فعل مجرمانه باشد. برای مثال، رئیس یک اداره به کارگزینی یا کارشناس امور مالی اداره دستور می‌دهد حقوق کارمندی را نپردازد.

فرض دوم، حالتی است که باز هم با وجود صلاحیت قانونی آمر برای صدور فرمان و صلاحیت کارمند در اجرای دستور مافوق، نفس دستور، واجد وصف مجرمانه است، مانند وضعیتی که رئیس یک اداره به کارشناس مالی خود، دستور صدور چکی را می‌دهد که تصرف غیر مجاز در وجوه دولتی به حساب می‌آید.

فرض سوم مربوط به موقعیتی است که آمر، صالح به صدور دستور است، ولی قانون، صلاحیت اجرای دستور صادرشده را به کارمند نداده است. برای مثال، اگر یک قاضی به دلیل حضور نداشتن مأمور در شعبه خود، دستور بازداشت متهم را به منشی خویش بدهد، ذیل فرض اخیر قرار می‌گیرد.

فرض چهارم در خصوص موقعیتی است که مقام آمر و مأمور، هر دو چه از جهت فرمان‌دهی و از جهت فرمان‌بری، صلاحیت قانونی ندارند. مثال آن نیز صدور دستور مبنی بر بازداشت و حبس فردی است که در اجرای یک پروژه به اداره بدهکار گردیده و رئیس اداره به منظور اجبار وی به پرداخت بدهی، دستور حبس وی را به کارمند خویش داده و در حقیقت، دستوری صادر کرده که از حیطه صلاحیت سازمانی او خارج است. در عین حال، توقیف غیر قانونی افراد به حساب می‌آید.^۱

به نظر می‌رسد از بین فرض‌های مطرح، ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، تنها فرض و حالت نخست را پوشش می‌دهد؛ یعنی موردی که آمر و مأمور، هر دو صلاحیت‌دار باشند و صورت قضیه، سالم است. با این حال، به انجام امری دستور داده شده است که با وجود مغایرت داشتن با یک مقرر قانونی، واجد وصف مجرمانه نیست. در چنین حالتی، برابر با مفاد ماده ۹۶ قانون مدیریت

۱. واعظی، سید مجتبی، «تقریرات کلاسی حقوق تطبیقی»، دوره کارشناسی ارشد، نیم‌سال اول سال تحصیلی ۱۴۰۰-۱۳۹۹، ص ۱۲۵.

خدمات کشوری، تکلیف اولیه کارمند، اعلام مغایرت موجود به مافوق است و در صورت اصرار آمر به اجرای دستور، تکلیف ثانویه وی، تبعیت از دستور و اجرای آن است. با ذکر این نکته که بنا بر تصریح پایانی ماده ۹۶، در وضعیت یادشده، مسئولیتی از جهت اجرای امر، متوجه کارمند نخواهد بود.

در خصوص سه فرض دیگر که دستور، ناظر بر انجام فعل مجرمانه است، قطعاً می‌بایست از شمول مواد قانون مجازات اسلامی سخن گفت به این ترتیب که اگر دستور، متضمن رخدادی مجرمانه باشد، تکلیف به اطاعت برداشته می‌شود و در صورت اجرای دستور، آمر و مأمور مطابق با مفاد ماده ۱۵۹ قانون مجازات، هر دو، مسئولیت کیفری دارند، مگر آن‌که به تصریح ماده یادشده، مأمور یا کارمند بر اساس یک اشتباه قابل قبول و با تصور قانونی بودن دستور، اقدام به اجرا کرده باشد که در حالت اخیر، مسئولیت کیفری مأمور زایل می‌شود. با این حال، مسئولیت مدنی وی برقرار می‌ماند و از این جهت، هم‌چنان ضامن است. بنابراین، اجرای دستور اداری نمی‌تواند رافع مسئولیت جزایی باشد و کارمند باید از اجرای دستوری خودداری کند که متضمن ارتکاب جرم است؛ چون حکم قانون جزا، عام و حکم مقرر در قانون مدیریت خدمات کشوری، خاص است و قلمرو آن به ساحت حقوق اداری محدود می‌گردد.^۱

البته در کنار ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی لازم است به مفاد بند (پ) ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز توجه شود. ماده ۱۵۸ قانون مجازات به بیان معاذیر قانونی رافع کیفر اختصاص یافته است و به مواردی اشاره دارد که با وجود ارتکاب فعل مجرمانه، مرتکب مجازات نمی‌شود. در همین راستا، در بند (پ) قانون مورد بحث آمده است: «در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی‌صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد». پیش از آن‌که به تطبیق مفاد این بند با فروض مطرح پرداخته شود و تکلیف و مسئولیت کارمند به ابتدای این بند ارزیابی گردد، لازم است ابتدا مشخص شود که چگونه امر به ارتکاب فعل مجرمانه می‌تواند امری قانونی تلقی شود؟^۲ به عبارت دیگر، چگونه ممکن است که یک مقام ذی‌صلاح، نیروی تحت فرمان خود را به ارتکاب جرمی امر کند و چنین امری، قانونی تلقی گردد؟

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳.

۲. قربان‌نیا، ناصر، ملاحظات دربارۀ قانون مجازات اسلامی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۳، ص ۴۲.

به نظر می‌رسد ماده ۱۵۸ قانون مجازات به نوعی تکرار مضمون ماده ۵۷ قانون مجازات سابق است و در ماده ۵۷ سابق به جای عبارت «امر قانونی مقام ذی صلاح» از تعبیر «امرِ آمرِ قانونی» استفاده شده بود. پس مقصود مقنن، صلاحیت قانونی آمر و مأمور برای صدور دستور و اجرای آن است. بر این اساس، می‌توان فرض دوم را به نوعی با مفاد این بند تطبیق داد، به این ترتیب که اگر آمر و مأمور هر دو صلاحیت‌دار باشند و به انجام فعل مجرمانه‌ای دستور داده شود که در عین حال، با احکام شرعی مغایر نیست، درست است که تکلیف به اطاعت به دلیل مجرمانه بودن دستور برداشته می‌شود، ولی در صورت اجرای امر، مأمور از اعمال مجازات معاف می‌گردد. روشن است که اگر فرمان، مخالف با قواعد شرعی نیز باشد، می‌بایست مورد را مشمول ماده ۱۵۹ قانون مجازات دانست و در صورت اجرای فرمان، برای کارمند و مافوق به صورت توأمان، مسئولیت کیفری در نظر گرفت.

بند دوم. حکم خاص ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی در مصاف با فرمان‌های مغایر با قانون

در کنار استنتاجی که از جمع مواد ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی درباره مسئولیت کارمند در مواجهه با تصمیم‌های مغایر با قانون حاصل شد، توجه به ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی نیز به دلیل موضع‌گیری قانون‌گذار به ویژه درباره مسئولیت ذی حساب در مصاف با دستور مخالف قانون سودمند است. در ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی چنین مقرر شده است: «در صورتی که ذی حساب، انجام خرجی را بر خلاف قانون و مقررات تشخیص دهد، مراتب را با ذکر مستند قانونی مربوط کتباً به مقام صادرکننده دستور اعلام می‌کند. مقام صادرکننده دستور پس از وصول گزارش ذی حساب چنان‌چه دستور خود را منطبق با قوانین و مقررات تشخیص داده و مسئولیت قانونی بودن دستور خود را کتباً با ذکر مستند قانونی بر عهده بگیرد و مراتب را به ذی صلاح اعلام نماید، ذی حساب مکلف است وجه سند هزینه مربوط را پس از ضمیمه نمودن دستور کتبی متضمن قبول مسئولیت مذکور پرداخت و مراتب را با ذکر مستندات قانونی مربوط به وزارت امور اقتصادی و دارایی و رونوشت آن را به جهت اطلاع دیوان محاسبات کشور گزارش نماید...». در خصوص این ماده باید در نظر داشت که اگر ذی حساب، انجام خرجی را مخالف قانون و مقررات تشخیص دهد، در حقیقت به این معناست که به باور وی، هزینه‌کرد یادشده به منزله تصرف غیر مجاز در وجوه عمومی است؛ امری که صراحتاً به موجب ماده ۵۹۸ قانون مجازات

اسلامی از آن به عنوان رفتاری مجرمانه یاد شده است. با این همه، مطابق مفاد ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی، مأمور با وجود تشخیص مبنی بر مجرمانه بودن دستور، متعاقب اطلاع‌رسانی به مقام صادرکننده دستور و درخواست مجدد وی بر اجرای امر، مکلف به اجرا شده است. به این ترتیب، با وجود تصریح پایانی ماده که مأمور را به ارائه گزارش هزینه‌کرد مربوط به وزارت اقتصاد و دارایی و دیوان محاسبات ملزم می‌کند، حکم اصلی ماده با منطق عدم مسئولیت مأمور در صورت اجرای دستور ناظر بر رفتار مجرمانه انشا شده است. حکمی که مغایر با مفاد مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی بوده و با توجه به بیان عام مقنن در مواد یادشده به نظر می‌رسد که باید به اتخاذ موضع متمایز و ویژه قانون‌گذار در ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی قائل گردید. به عبارت دیگر، در ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی گویا مقنن با در پیش گرفتن نوعی رویکرد موردی به مسئولیت خاص ذی حساب در اجرای دستور ناظر بر فعل مجرمانه پرداخته و وی را با لحاظ جمیع شروط مطرح، معاف از مسئولیت کیفری دانسته است. چه بسا حکم ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی در مواد دیگری نیز رؤیت شود یا در آینده، قانون‌گذار در قوانین دیگری، این رویکرد موردی را در پیش بگیرد که در این صورت، در کنار فروض چهارگانه که ذکرشان رفت، می‌بایست از فرض پنجمی نیز سخن گفت که با وجود مجرمانه بودن دستور، مأمور با اعلام گزارش دستور مجرمانه به مراجع مربوط، تکلیف به تبعیت دارد.

البته پیش‌تر نیز اشاره شد که قانون‌گذار در چند ماده از قانون مجازات اسلامی^۱ و هم‌چنین در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح^۲ به طور عمده از نظریه اطاعت محض پیروی کرده و مأمور را مکلف به تبعیت از امر کرده است، حتی اگر صحبت از ارتکاب فعل مجرمانه در میان باشد. به موجب ماده ۵۸۰ قانون مجازات اسلامی: «هر یک از مستخدمین و مأموران قضایی یا غیر قضایی یا کسی که خدمت دولتی به او ارجاع شده باشد، بدون ترتیب قانونی به منزل کسی بدون اجازه و رضای صاحب منزل داخل شود، به حبس از یک ماه تا یک سال محکوم خواهد شد، مگر این‌که ثابت نماید به امر یکی از رؤسای خود که صلاحیت حکم را داشته است و مکره به اطاعت او بوده، اقدام

۱. مواد ۵۷۹، ۵۷۸، ۵۷۴ و ۵۸۰ قانون مجازات اسلامی.

۲. برابر با مواد ۳۷ و ۳۸ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، مأمور نافرمان، صرف نظر از ادله و عوامل نافرمانی، مستحق اعمال کیفر است و نافرمانی مادون از دستور مافوق در هر حال، جرم تلقی شده است.

کرده است...». روشن است که منظور از عبارت مکره بودن به اطاعت، نوعی معذوریت سلسله‌مراتبی است که مأمور را به ناچار در مصاف با امر غیر قانونی آمر قرار داده و به موجب نص صریح قانون، در چنین فرضی، وی از اعمال مجازات، معاف دانسته شده است. به عبارت دیگر، قسمت اخیر ماده ۵۸۰ قانون مجازات اسلامی به نحو موردی به موقعیت اکراهی مأمور در اجرای فرمان غیر قانونی آمر پرداخته و به صراحت به معافیت کیفری او اشاره کرده است؛ اشاره‌ای که در بطن آن به نوعی، تجویز اطاعت‌پذیری سلسله‌مراتبی مأمور از آمر در وضعیت اکراهی ماده یادشده ملاحظه می‌گردد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار، با هدف پردازش به مفهوم مقاومت و نافرمانی در بستر حقوق اداری، امکان و حق تمرد کارمند در مصاف با اوامر و دستورهای بررسی شد که به نحوی مغایر با قوانین، شرع و اصول بنیادین به نظر می‌رسد. به همین منظور، چگونگی رابطه و حدود مسئولیت آمر و مأمور در قوانین موضوعه داخلی و حقوق خارجی ردیابی شد و توأمان به نظرهای سه‌گانه‌ای پرداخت شد که بر «فرمان‌بری محض»، «تکلیف به ارزیابی فرمان» و «فرمان‌بری مشروط» دلالت داشت. هم‌چنین بیان گردید که در نظام حقوقی ایران، در مواد قانونی مختلفی به مقوله «امر غیر قانونی آمر» پرداخته شده که بررسی مفاد این مواد در تعیین گستره حق مقاومت کارمند در مواجهه با دستورهای مخالف با قوانین و مقررات، ضروری می‌نماید. ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری که به نوعی شمایل تقنین‌یافته اصل سلسله‌مراتب اداری است، ضمن پاسداشت اصل یادشده در تصریح ابتدایی و پایانی خود، برای گریز از «اطاعت‌پذیری مطلق» کارمند و انقیاد محض وی در برابر اداره، در بخش میانی خود، راه حلی بینابینی ارائه داده و موضع معتدلی را درباره تکلیف کارمند به فرمان‌بری در پیش گرفته است،^۱ به این معنا که کارمند مکلف شده است دستورهای مغایر با قوانین و مقررات اداری را کتبی به اطلاع مافوق برساند و این همان تکلیفی است که دست بر قضا از بطن آن، حق مقاومت کارمند در اداره نیز به اثبات می‌رسد.

گفتنی است اگرچه این مقاومت را تنها می‌توان تا مرحله‌ای جلو برد که آمر به اجرای دوباره دستور امر نکند و در صورت اصرار مجدد مافوق به اجرای امر، گریزی از اطاعت نیست، ولی

۱. ابوالحمد، پیشین، ص ۶۱.

به هر حال، شناسایی چنین مجالی برای کارمند به جهت کاربست اصول حقوق اداری نوین، تقویت فرصت‌های مشارکتی و به طور کلی، تمرین مهارت‌های لازم برای رسیدن به دموکراسی اداری می‌بایست غنیمت شمرده شود. به این ترتیب، یکی از زمینه‌هایی که مؤید حق نافرمانی و مقاومت کارمند در بستر حقوق اداری ایران بوده، در حقیقت، همان بخش میانی ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری است.

در کنار تصریح خاص قانون مدیریت خدمات کشوری در این فقره، در مواد ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی با بیانی عام به حدود مسئولیت آمر و مأمور پرداخته شده است. بر این اساس، اگر دستوری، ناظر بر فعل مجرمانه باشد، تکلیف به اطاعت برداشته می‌شود و در صورت اجرای دستور، بنا بر حکم ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی، آمر و مأمور، هر دو دارای مسئولیت کیفری خواهند بود. بنابراین، اجرای دستورهای اداری که واجد وصف مجرمانه است، نمی‌تواند رافع مسئولیت کیفری باشد و مأمور می‌بایست از اجرای دستوری خودداری کند که متضمن ارتکاب جرم است و قانوناً مکلف به تمرد است. البته مطابق با ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی، اگر آمر و مأمور برای صدور امر و اجرای فرمان، صلاحیت قانونی داشته باشند و دستور صادرشده، مغایر با احکام شرعی نباشد، مأمور از تحمل مجازات معاف شده است. روشن است که در صورت فقدان شروط مطرح در ماده ۱۵۸ می‌بایست مورد را مشمول حکم عام ماده ۱۵۹ قرار داد و از مسئولیت کیفری توأمان آمر و مأمور سخن گفت. در کنار مواد یادشده، در ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی مقنن با درپیش گرفتن نوعی رویکرد موردی به مسئولیت خاص ذی حساب در اجرای دستور ناظر بر فعل مجرمانه پرداخت و وی را با در نظر گرفتن جمیع شروط مطرح، از مسئولیت کیفری، معاف دانست. این حکم با منطق ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی در ارتباط با مسئولیت مأمور، هم‌راستا به نظر نمی‌رسد، ولی باید ملاحظه کرد که آیا می‌توان به نمونه‌های مشابه دیگری از حکم ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی در قوانینی دست یافت که در آینده به تصویب می‌رسند که در چنین حالتی حکم ماده ۹۱ قانون محاسبات عمومی را باید از ذیل سایه عناوین «خاص و ویژه» خارج کرد و به منزله یک فرض و حالت مستقل با شروط و شرایط مشخص مطرح ساخت.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: انتشارات سهامی عام، ۱۳۷۰.
۲. اردبیلی، محمدعلی، **حقوق جزای عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۴. بابایی مهر، علی، **حقوق اداری (جلد ۲)**، تهران: مجد، ۱۳۹۳.
۵. زولر، الیزابت، **درآمدی بر حقوق عمومی**، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۶. صانعی، پرویز، **حقوق جزای عمومی (جلد ۱)**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۲.
۷. قربان‌نیا، ناصر، **ملاحظات دربارۀ قانون مجازات اسلامی**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۳.
۸. کاسسه، آنتونیو، **حقوق کیفری بین‌المللی**، ترجمه: حسین پیران و دیگران، تهران: جنگل، ۱۳۷۵.
۹. کیوان‌فر، شهرام، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
۱۰. محسنی، مرتضی، **دوره حقوق جزای عمومی (جلد ۳)**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
۱۱. معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، تهران: ادنا، ۱۳۸۶.
۱۲. موسی‌زاده، ابراهیم، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۱.
۱۳. نجفی‌توانا، علی و ایوب میلی، **حقوق جزای عمومی (جلد ۱)**، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۱۴. نوربها، رضا، **زمینه‌های حقوق جزای عمومی**، تهران: دادآفرین، ۱۳۸۸.
۱۵. واعظی، سید مجتبی، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۱۶. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

ب) مقاله

۱. حسینی، سید حسن و محمد نوروزی، «مبانی مسئولیت مأمور در اجرای فرامین غیر قانونی و رویکردهای قانون‌گذار»، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۶، شماره ۲۰.
۲. کاظمی، پرپسا و اکبر بشیری، «سازوکار تضمین حقوق بنیادین بشر در نظام حقوق عمومی ایران»، فصل‌نامه علمی مطالعات حقوق بشر اسلامی، ۱۳۹۸، شماره ۱۶.
۳. نظری‌نژاد، محمدرضا، «مبانی و شرایط استناد به دفاع امر آمر در حقوق جزای بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۲، شماره ۲.

ج) قانون

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸.
۲. قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲.
۳. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.
۴. قانون مجازات اسلامی. کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، ۱۳۷۵.

د) تقریر کلاسی

۱. واعظی، سید مجتبی، «تقریرات کلاسی حقوق تطبیقی»، دوره کارشناسی ارشد، نیم‌سال اول سال تحصیلی ۱۴۰۰-۱۳۹۹.

2. Latin Source

1. Chapus René, **Droit administratif général**, Paris: Montchrestien, t2, 2001.
2. Dahel, Robert, **A right to Workplace democracy**, University California Press, 2001.
3. Dinstein, Yoram, **The defense of obedience to superior orders in International Law**, A.W. Sijthoff leydan, 1965.
4. Geata, Paola, "The Defense or superior order: The statute to the International criminal court versus customary International Law", *European Journal of International Law*, Valum 10, 1999.

5. Hamid, Abdol Gohafar & Sein, khin Maung, “**The Defense of superior order, Manifest illegality principle and statute the international criminal court**”, Asian journal of International Law, Valum 3, 2008.
6. Kudo, Koji, “**Command Responsibility and the Defense of superior order**”, The Thesis submitted for Degree or Doctor of philosophy at university of Leicester, 2007.

دلایل وقوع فرار مالیاتی در نظام حقوقی ایران

حسین قنبری^۱

حسن حاجی تبار فیروزجائی^۲

مهدی اسماعیلی^۳

چکیده

مالیات، یکی از عمده‌ترین منابع درآمدی دولت‌ها به شمار می‌رود و دولت‌ها همواره درصددند بیش‌ترین میزان مالیات را از مؤدیان دریافت کنند. در همه نظام‌های حقوقی همواره احتمال دارد مؤدیان از خلأهای موجود در قوانین مالیاتی استفاده و از این طریق، مسیر فرار مالیاتی را هموار کنند. دلایل وقوع فرار مالیاتی را می‌توان در دو دسته هنجاری و ساختاری گنجانند.

دلایل هنجاری بیش‌تر از اقدامات قانون‌گذار و خلأهایی ریشه می‌گیرد که فرار مالیاتی را ممکن می‌سازد. دلایل ساختاری، دلایلی است که در ساختار و سازمان دستگاه مالیات‌ستانی ریشه دارد. راهکارهای حقوقی برای پیش‌گیری از فرار مالیاتی عبارتند از: شفاف‌سازی و چگونگی هزینه‌کرد درآمدهای مالیاتی، تنقیح قوانین و مقررات مالیاتی، فرهنگ‌سازی مالیاتی و تقویت ضمانت‌های اجرای اداری.

در این پژوهش از روش تحقیق توصیفی و تحلیلی استفاده شده است و نتایج آن نشان می‌دهد با اصلاحات صورت‌گرفته در قوانین مالیاتی می‌توان به کاهش فرار مالیاتی امیدوار بود. البته نظام مالیاتی نیز نیازمند به‌روزرسانی است.

واژگان کلیدی: فرار مالیاتی، نظام مالیاتی، ضمانت اجرای اداری، شفاف‌سازی، فرهنگ‌سازی مالیاتی.

۱. دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد آیت اله آملی، دانشگاه آزاد اسلامی، آمل، ایران، hossein_gh1357@yahoo.com

۲. دانشیار، گروه حقوق، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران، (نویسنده مسئول)، hajitabar@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، dresmaeli@yahoo.com

مقدمه

مالیات، یکی از مهم‌ترین ابزارهای دولت برای تأمین هزینه‌های خود و بازتوزیع سرمایه و درآمد در میان اقشار کم‌درآمد جامعه به شمار می‌آید. با توجه به اهمیت مالیات، فرار و تقلب مالیاتی در ارتباط با بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری کشور به عنوان یکی از مصادیق جرایم اقتصادی، پایه و اساس یک حکومت و به تبع آن، طبقات مختلف اجتماع را متزلزل می‌سازد و با اثرگذاری بر همه بخش‌های اجتماع، افول پیشرفت‌های علمی، فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی را در پی خواهد داشت.

توسعه نظام مالیاتی، یکی از محورهای اساسی توسعه اقتصادی کشور شناخته می‌شود و کم‌توجهی به مقوله مالیات‌ها، یکی از عوامل اصلی کندی روند توسعه اقتصادی و اجتماعی ایران است. از منظر اقتصادی، اتکای بیش از اندازه به درآمدهای نفتی با توجه به نوسان‌های شدید و پیش‌بینی‌ناپذیر آن در بازارهای جهانی سبب بی‌ثباتی کل درآمدهای دولت می‌شود. در این راستا، جای‌گزینی درآمدهای ناپایدار نفتی همواره از مهم‌ترین محورهای برنامه‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور است. توسعه و تکمیل نظام مالیات بر ارزش افزوده، بازنگری قوانین و مقررات مالیاتی، اجرای طرح جامع مالیاتی و اصلاح و تکمیل نیروی انسانی، زمینه‌گسترش بخش دولتی را به ویژه در امور تصدّی‌گری فراهم آورده است.

دیدگاه واقع‌بینانه در مورد فرار مالیاتی این است که این پدیده ضد اجتماعی همواره وجود خواهد داشت و تا جایی که مالیات وجود دارد، تلاش برای فرار از آن نیز هست. در این میان، مسئله مهم، کاهش زمینه‌ها و عوامل آن و مسدود کردن روش‌های آن است که مجموعه وسیعی از فعالیت‌ها و همکاری‌های بخش‌های گوناگون جامعه را می‌طلبد؛ زیرا فرار از پرداخت مالیات موجب می‌شود توان رقابت اقتصادی به نفع فراریان مالیاتی تغییر یابد و امنیت اقتصادی که برای گسترش فعالیت‌های اقتصادی و سرمایه‌گذاری لازم است، مختل شود.

ضمانت اجرای اداری معمولاً به صورت افزایش مبلغ مالیات است، به این صورت که مؤدی مکلف است درصدی از مالیات متعلقه را اضافه بر کل مالیات قطعی شده بپردازد. این جرایم در هر مورد با توجه به نوع تخلف با یکدیگر متفاوتند و از آن‌ها به عنوان عامل بازدارنده از فرار مالیاتی و پرداخت

به موقع مالیات یاد می‌کنند. قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم در مواد متعددی، جرایم و مجازات‌های اداری مقرر کرده است که از آن جمله می‌توان به بندهای ۳، ۱۷، ۲۲، ۲۳، ۲۸، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۵ و ۳۷ اشاره کرد. مطالعه ضمانت‌های اجرای اداری در این قانون بیانگر آن است که دولت و مجلس شورای اسلامی از ضعف این ضمانت‌های اجرایی، درک درستی داشته و بر همین مبنا، آن‌ها را تقویت کرده‌اند. در برخی موارد نیز ضمانت اجرای دقیقی درج نشده است. صرف نظر از وجود برخی ابهام‌ها به نظر می‌رسد اعمال ضمانت اجرای اداری در نظام مالیاتی ایران، هزینه چندان برای دولت نخواهد داشت. این در حالی است که تقویت این ضمانت اجرا، هزینه فرار مالیاتی را برای مرتکبان افزایش می‌دهد.^۱

میزان استفاده از این ضمانت‌های اجرایی در نظام‌های مختلف، متفاوت است. برای مثال، در انگلستان عموماً تخلفات و جرایم مالیاتی از طریق سازوکارهای مدنی و اداری و هم‌چنین از طریق مذاکره حل و فصل می‌شوند و کم‌تر از نظام عدالت کیفری استفاده می‌گردد.^۲ بر اساس قوانین کشورهای مختلف از جمله آمریکا، فرار مالیاتی، رفتاری ممنوع و در مقابل، اجتناب مالیاتی، امری قانونی است. البته تعیین مرزهای دقیق و کامل میان دو مفهوم فرار مالیاتی و اجتناب مالیاتی چندان روشن نیست. بنابراین، ورود اشخاص به منطقه خاکستری همواره سبب نگرانی است.^۳

هر گونه تلاش غیر قانونی برای نپرداختن مالیات، فرار مالیاتی خوانده می‌شود. فرار مالیاتی ممکن است به روش‌های مختلف صورت گیرد، ولی هدف اصلی در به‌کارگیری این روش‌ها، نپرداختن کامل مالیات یا پرداخت ناقص مالیات است. در واقع، فرار مالیاتی موجب کاهش درآمد مالیاتی دولت، اختلال در بودجه سالانه و تغییر توان رقابتی عوامل اقتصادی به نفع مرتکبان می‌شود. این عامل، شکاف بین گروه‌های مختلف درآمدی را بیش‌تر خواهد کرد. چنان‌چه برای پیش‌گیری از فرار مالیاتی چاره‌اندیشی نشود، ممکن است افراد دیگر نیز به منظور افزایش توان مالی خود به این کار

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد و سلمان ایزدی، «تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای مالیاتی مندرج در قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۹۴»، در: مجموعه مقالات نهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران، ۱۳۹۴، ص ۱۲۶.

2. Levi, Michael, Civil and Criminal penalties for serious tax non-compliance: a review of impact evidence: Cardiff University Press, 2009, p. 56.

3. Morse, Matthew, effects of tax evasion in the United States, state university of New York, 2015, p. 10.

ترغیب شوند. به دلیل تأثیر رفتار اجتماعی افراد بر یکدیگر، فرار مالیاتی با وجود پرهیز برخی افراد، به تدریج مقبولیت عمومی پیدا می‌کند.^۱

برای فرار مالیاتی، تعاریف متعددی در متون ارائه شده است. فرار مالیاتی در حالت کلی به انجام اقدامات غیر قانونی از قبیل حساب‌سازی، ارائه نکردن دفاتر رسمی و انجام فعالیت‌های اقتصادی زیرزمینی برای فرار از پرداخت مالیات اشاره دارد. در این راستا و برای رسیدن به این هدف، درآمدی که مشمول پرداخت مالیات می‌شود، سودی که به آن مالیات تعلق می‌گیرد، میزان یا منبع درآمدها مخفی می‌گردد یا اقداماتی که سبب تخفیف مالیاتی می‌شوند، به طور کلی، بالاتر از میزان واقعی بیان می‌گردند.^۲

علی‌رضا نظری و ایمان فدایی در مقاله «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران»، معایب کلی نظام مالیاتی ایران از جمله فرار مالیاتی را بیان و روش سنتی تشخیص و وصول مالیات را از جمله دلایل فرار مالیاتی دانسته‌اند. علی‌حسین صمدی و راضیه تابنده در مقاله «فرار مالیاتی در ایران؛ بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن»، با استفاده از روش علل و آثار چندگانه به بررسی دلایل وقوع فرار مالیاتی در ایران پرداخته و نتیجه گرفته‌اند که فرار مالیاتی در ایران روند افزایشی دارد.

یگانه موسوی جهرمی، فرهاد طهماسبی و نرگس خاکی در مقاله «فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده: یک مدل نظری»، تعیین جریمه‌های مالیاتی مناسب و انجام هماهنگی با دیگر نهادهای مربوط را یکی از راهکارهای مؤثر جهت جلوگیری از فرار مالیات دانسته‌اند. عبدالله میلانی و نرگس اکبرپور نیز در مقاله «فرار مالیاتی ناشی از اقتصاد غیر رسمی در ایران»، یکی از دلایل اصلی فرار مالیاتی را ناشی از وجود اقتصاد زیرزمینی از ایران دانسته‌اند.

در این راستا، قانون‌گذار ایران در قانون اصلاح مالیات‌های مستقیم (۱۳۹۴)، جرم‌انگاری فرار مالیاتی را با در پیش گرفتن رویکردی موشع در مقایسه با مقررات پیشین در دستور کار قرار داد. هرچند اقدام اخیر، تدبیری سنجیده ارزیابی می‌شود، اما راهبرد کیفری یادشده چنان طراحی و اجرا نشده است

۱. ثنایی‌پور، هادی، «شناسایی و اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر فرار مالیاتی کسب‌وکارهای کوچک و متوسط از نظر کارکنان سازمان امور مالیاتی کشور: مطالعه‌ای آمیخته»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۴۷، ۱۳۹۹، ص ۱۰.

۲. صمدی، علی‌حسین و راضیه تابنده، «فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۱۹، ۱۳۹۲، ص ۸۱.

که بتواند سیاستی مقتدر و بازدارنده را در راستای مقابله با فرار مالیاتی به وجود آورد.^۱

در ایران، برنامه اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم از سال ۱۳۸۷ و در قالب طرح تحول نظام مالیاتی مطرح و لایحه آن با عنوان لایحه اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم از سوی وزارت امور اقتصادی و دارایی به دلیل خلأها و نواقص موجود در قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۶۶/۱۲/۳ و اصلاحات بعدی آن و ضرورت اصلاح آن، پس از تصویب هیئت وزیران با قید یک فوریت در ۱۳۹۱/۸/۱ به مجلس شورای اسلامی ارسال شد. یکی از اهداف اصلی تدوین این لایحه در مقدمه آن چنین بیان شده بود: «شکل لایحه تحول نظام مالیاتی کشور به عنوان بخشی از برنامه طرح تحولات اقتصادی با هدف ارتقای جایگاه مالیات‌ها در تأمین مالی دولت و کاهش اتکای بودجه دولت به عواید حاصل از صادرات نفت از طریق افزایش مشارکت عمومی و بدون تحمیل بار مالیاتی مضاعف بر پایه‌های موجود، فراهم آوردن بستر مناسب برای دسترسی و تجمیع اطلاعات مبادلات اقتصادی کشور، احصای درآمدها به خصوص درآمدهای پنهان و در نتیجه، ایجاد شفافیت و به تبع آن، جلوگیری از فرار مالیاتی تدوین شده است.» این لایحه در نهایت در ۳۱ تیر ۱۳۹۴ و با وجود انتقادهای وارد بر آن از جمله دامن زدن به تورم کیفری با تعداد بیش‌تر رفتارهای جرم‌انگاری شده به عنوان جرایم مالیاتی با نام «قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم» تصویب گردید و به تأیید شورای نگهبان رسید.^۲

در این پژوهش درصدد بررسی عوامل مؤثر بر فرار مؤدیان از پرداخت مالیات هستیم و پس از شناسایی این عوامل، پیشنهادهایی برای کاهش فرار مالیاتی ارائه خواهد شد.

گفتار اول. دلایل هنجاری وقوع فرار مالیاتی

با توجه به اهمیت فرار مالیاتی، قانون‌گذار در مواردی به جرم‌انگاری این پدیده دست زده، اما از نظر تقنینی، قوانین موجود با آسیب‌هایی همراه است که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۱. مشکات، سید مصطفی، «مطالعه سنجشی فرار مالیاتی در مقررات کیفری ایران و کانادا»، مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۹، ص ۲۱۶.

۲. شاکری، ابوالحسن و عاطفه شیخ‌الاسلامی، «تأملی بر رویکرد کیفری قانون مالیات‌های مستقیم با تأکید بر قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۹۴/۴/۳۱»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۹۸، ص ۱۳۳.

بند اول. وجود نواقص و ناکارآمدی در قوانین و مقررات مالیاتی

قوانین و مقررات مالیاتی به عنوان مجوز دولت در وصول مالیات از مؤدیان، رکن اساسی یک نظام مالیاتی محسوب می‌شوند؛ زیرا این قوانین و مقررات دربردارنده سیاست‌های مالیاتی (از جمله نرخ و پایه مالیاتی) و فرآیندهای کلی وصول مالیاتند. بنابراین، شاکله اصلی یک نظام مالیاتی در چارچوب قوانین مربوط تعیین می‌گردد. از این رو، می‌توان اذعان کرد که بهره‌مندی از یک نظام مالیاتی کارآمد در گرو بهره‌گیری از قوانین و مقررات مالیاتی کارآ و اثربخش خواهد بود. به این دلیل، اصلاح قوانین و مقررات مالیاتی در راستای کارآمد ساختن و حفظ پویایی نظام مالیاتی همواره مورد توجه سیاست‌گذاران و برنامه‌ریزان اقتصادی کشور قرار داشته است. با این وجود، بر اساس مطالعات صورت‌گرفته، یکی از علل ناکارآمدی نظام مالیاتی فعلی کشور، وجود نقاط ضعف عدیده در قوانین و مقررات مالیاتی است که این نقاط ضعف را می‌توان در قالب این موارد دسته‌بندی کرد:^۱

۱. پیچیدگی و جامع نبودن

۲. وجود معافیت‌های کلی و گسترده در عین ناکارآمدی

۳. ضعف در ضمانت‌های اجرایی

۴. محدودیت در پایه‌های مالیاتی

جرم‌انگاری و کیفردهی تقلب مالیاتی، کانون توجه قانون‌گذار، سازمان امور مالیاتی یا افکار عمومی است، ولی مبارزه مؤثر با تقلب مالیاتی با توجه به وضعیت فعلی بودجه نظام عدالت کیفری، نیروی انسانی یعنی قاضی و کارمند دفتری و کیفیت فعالیت، منحصر به جرم‌انگاری نیست. بر اساس ماده ۲۷۸ قانون مالیات‌های مستقیم، رئیس قوه قضاییه بنا به درخواست رئیس سازمان امور مالیاتی کشور در هر یک از استان‌ها و مناطقی که مقتضی بداند، دادسرا و دادگاه ویژه مالیاتی تشکیل می‌دهد. بر این اساس، مشخص نیست این درخواست چه زمانی انجام می‌شود؛ زیرا در همین ماده تصریح شده که سازمان امور مالیاتی کشور موظف است لوازم و تجهیزات و مکان استقرار مستقلى را برای آن‌ها تأمین کند.

۱. برنامه طرح تحول نظام مالیاتی کشور، تهران: وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان امور مالیاتی کشور، ۱۳۹۰، ص ۸۹.

از مهم‌ترین عوامل مؤثر در تضعیف و بی‌اثر شدن سیاست‌های مالیاتی می‌توان در وهله اول به وجود نواقص در قوانین مالیاتی و در وهله دوم به ناکارآمدی قوانین مالیاتی اشاره کرد که در دو بند جداگانه تجزیه و تحلیل می‌کنیم. در این راستا، بند ۸ سیاست‌های اقتصاد مقاومتی بر لزوم اصلاح و تقویت همه‌جانبه نظام مالی کشور تأکید کرده است. از این رو، یکی از موارد و مصادیق چنین بندی را می‌توان لزوم اصلاح و بازبینی نظام قانون‌گذاری مالیاتی کشور دانست و در این شرایط، وجود یک نظام قانون‌گذاری شایسته و مطلوب می‌تواند با قانون‌گذاری به‌هنگام و منطبق با زمان و دور از هر گونه افراط و تفریط ضمن نظارت بر دولت و قوه مجریه به وضع قوانین متناسب مالی و مالیاتی نیز اقدام کند که در خصوص مجلس شورای اسلامی هنوز اتفاق نیافتاده است. این نهاد قانون‌گذاری نتوانسته است به وظایف و کارکردهای حقیقی خود عمل کند و نظارت مطلوبی بر قوه مجریه داشته باشد یا قوانین موضوعه کارآمد و شایسته‌ای تدوین کند؛ قوانینی که ضمن کوچک‌سازی دولت و توسعه‌بخشی خصوصی‌سازی و حمایت از آن و تدوین سازوکارهای مناسب بتواند نظام مالی و مالیاتی کشور را در مسیر مناسب و بایسته خود قرار دهد.^۱

بند دوم. ناشفاف بودن قوانین مالیاتی

با وجود اقدامات متعدد انجام‌شده در دو دهه اخیر برای اصلاح نظام مالیاتی ایران به ساده‌سازی سیستم مالیاتی کم‌تر توجه شده است. از سال ۱۳۶۸ تا ۱۳۸۴ بیش از ۹۰۰ بخش‌نامه برای شفاف‌سازی قانون مالیاتی صادر شده که از سال ۱۳۴۶ تغییرات چندانی نداشته است. بی‌شک، شفاف نبودن مقررات و رویه‌های قانون مالیات‌های مستقیم موجب بروز فساد در جامعه می‌گردد. از این رو، شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی برخی مفاد پیچیده قانون مهم و ضروری است. البته در اصلاحیه قانون جدید مالیات مستقیم و در راستای اصلاح ساختار مشوق‌ها و معافیت‌های مالیاتی با هدف گسترش نظارت مالی دولت بر بنگاه‌های اقتصادی بر ساده‌زیستی و شفافیت قانون و فرآیندهای اجرای آن تأکید شده است.^۲

۱. سرائی، مرتضی و همکاران، «سازوکار تأمین مالیات مطلوب در پرتو سیاست‌های اقتصادی»، مجله حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۸، ۱۴۰۰، ص ۱۱۰.

۲. نوروزی، عزیزالله و همکاران، «موانع حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۷، ۱۳۹۷، ص ۱۴.

تخفیف و جلوگیری از فرار مالیاتی به سیاست‌های کلی و نظارتی و کنترلی نظام اقتصادی هر کشور وابسته است. ابزار کلیدی جلوگیری از آن نیز در اختیار داشتن بانک اطلاعاتی مناسب توسط سازمان مالیاتی است.^۱ از جمله وظایف مدیریت مالیاتی، آگاهی رساندن به مؤدیان برای سهولت بیش‌تر کار و مطلع کردن مردم از قوانین، آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و تصمیمات سازمان مالیاتی است. این امر به طور سامان‌مند از فرار مالیاتی می‌کاهد و باعث خود به خودی افزایش تمکین مالیاتی می‌شود.^۲

با بررسی سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی می‌توان به خوبی متوجه شد که در صورت وجود سازوکارهای مرتبط با پاسخ‌گویی می‌توان این سیاست‌ها را به خوبی اجرا کرد. در غیر این صورت، اجرای چنین سیاست‌هایی با مشکلات و چالش‌های خاصی مواجه می‌گردد. به نظر می‌رسد در صورت نبود سازوکار دقیق و روشن برای پاسخ‌گوسازی نظام مالیاتی کشور در متن سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی می‌توان از بند ۱۹ این سیاست‌ها به این نتیجه رسید که پاسخ‌گویی، بخش مهمی از این سیاست‌ها به شمار می‌آید. از مفاد بند ۱۹ به روشنی برمی‌آید که شفاف‌سازی اقتصاد و سالم‌سازی آن که نظام مالیاتی نیز بخش مهم آن به شمار می‌آید، مستلزم وجود سازوکارهای پاسخ‌گویی است. از این رو، شفاف‌سازی و شفافیت با پاسخ‌گویی پیوند و رابطه عمیق و ناگسستنی دارد. البته سازوکارهای شفافیت و پاسخ‌گویی در نظام حقوق مالی ایران چندان روشن و مشخص نیست.^۳

بند سوم. ضعف و ناکارآمدی تدبیرهای نظارتی در ضمانت‌های اجرا

با تصویب قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم در سال ۱۳۹۴ به نظر می‌رسد خلأ قانونی برای برخورد با فراریان مالیاتی وجود ندارد. متأسفانه ضعف و ناکارآمدی نظارت مسئولان اجرایی، یکی از علل اصلی فرار مالیاتی در کشور است. کلیدی‌ترین مجموعه نظارتی بر پرداخت تمام مالیات‌ها، سازمان امور مالیاتی است که در زیرمجموعه وزارت اقتصاد و دارایی فعالیت می‌کند و متولی دریافت مالیات از تمام اقشار جامعه است.

۱. موسوی جهرمی، یگانه و همکاران، «راهکارهای پیش‌گیری از فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده»، مجله مطالعات مالی، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۶.

۲. رستمی، ولی و عزیزالله نوروزی، «بسترهای حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۷۴.

۳. سرایی و همکاران، پیشین، ص ۱۰۳.

ذی نفوذ بودن برخی از افراد که با برخورداری از قدرت و داشتن رابطه، از پرداخت مالیات‌های کلان فرار می‌کنند، یکی دیگر از عواملی است که در نظارت درون‌دستگاهی ریشه دارد. اگر فردی با داشتن دوستانی در سمت رئیس و کارمندان یک مجموعه مالیاتی می‌تواند اسناد جعلی تنظیم و با سندسازی از زیر پرداخت مالیات‌های خود شانه خالی کند، فقط یک مجموعه می‌تواند مانع آن باشد که آن هم سازمان امور مالیاتی است و طبق قانون اگر با تخلف مالیاتی مواجه شود، باید به دادستان اطلاع دهد. نظارت انتظامی بر رفتار مأموران مالیاتی از دو جنبه قابل بررسی است. نخست، نظارت خاص که توسط دادستان انتظامی مالیاتی صورت می‌گیرد و در قانون مالیات‌های مستقیم پیش‌بینی شده است. دوم، نظارت عام که در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون رسیدگی به تخلفات اداری مطرح شده است. این نظارت عام از نظر نظارت بر جنبه کارمندی و اداری است. حدود اختیارات دادستان انتظامی مالیاتی در فصل ششم قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۹۴ (ماده ۲۶۴) بیان شده است که مهم‌ترین آن، رسیدگی و کشف تخلف‌ها و تقصیرهای مأموران مالیاتی و نمایندگان سازمان امور مالیاتی در هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی است. هم‌چنین وفق مفاد بند ۲ ماده ۲۷۰ و بند (ت) ماده ۲۶۴ قانون یادشده، دادستان انتظامی مالیاتی مکلف است نسبت به زیان واردشده به دولت اقامه دعوا کند.

به عبارتی، کیفرها و راهکارهای پیش‌گیرانه پیش‌بینی‌شده در قوانین مالیاتی اثر بازدارندگی فردی و اجتماعی ندارند. برای مثال، می‌توان به اقدامات نظارتی پیش‌بینی‌شده در قانون مالیات‌های مستقیم اشاره کرد. در بعد نظارت درون‌سازمانی، با استناد به ماده ۲۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم، دادستانی انتظامی مالیاتی به عنوان مرجع مهم نظارتی درون‌سازمانی، علاوه بر نهادهای نظارتی به سازمان و نهاد مالیاتی و نداشتن استقلال رأی کافی در این نهادهای نظارتی به کارآمدی و نقص در اجرای برنامه‌های پیش‌گیرانه منجر می‌گردد.^۱

بند چهارم. پیچیدگی قوانین مالیاتی

یکی دیگر از موانع حقوقی فساد، پیچیدگی قوانین مالیاتی و اداری سازمان امور مالیاتی است. نظام مالیاتی، وظیفه حاکمیتی وصول مالیات را بر عهده دارد، اما منابع انسانی، بودجه، منابع مالی،

۱. احمدی موسوی، سید مهدی و فرشته عبدالحیمی، «تحلیل عوامل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیست و دوم، شماره ۵۳، ۱۴۰۲، ص ۴۳۶.

ساختار و تشکیلات اجرایی، فضای فیزیکی و تجهیزات، فرآیندهای اجرایی، دسترسی به بانک اطلاعات اقتصادی مؤدیان و به عبارتی، تمام عواملی که در کارآیی سازمان وصول‌کننده مالیات اثرگذارند، از عوامل اصلی تشکیل‌دهنده رکن سازمان وصول مالیات محسوب می‌شوند. دولت با وضع قوانین پیچیده قصد دارد این نوع سوء استفاده‌ها را محدود کند و مالیات‌دهندگان در عوض با پیچیده کردن فرآیند معاملات و مناسبات اقتصادی خود سعی می‌کنند قوانین جدید را دور بزنند. این اقدام، یک دور باطل ایجاد می‌کند که منجر به پیچیده‌تر شدن قوانین مالیاتی و به تبع آن، پیچیده‌تر شدن راهبردهای امتناع مالیاتی می‌شود. بنابراین، سطح مشخصی از پیچیدگی در قالب ضد امتناع مالیاتی، ضروری و برای به حداقل رساندن کاهش درآمد از طریق امتناع و فرار مالیاتی معقول است.^۱

قانون مالیات‌های مستقیم یک قانون فنی و تکنوکراسی شده است که تسلط بر مفاهیم و مقررات آن به تخصص در این زمینه نیاز دارد. قانون‌گذار در ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم در قالب ۷ بند، جرایم مالیاتی را احصا کرده است که هر کدام از این بندها، مصادیق بسیاری در قوانین و مقررات مالیاتی دارند. آگاهی و فهم این مواد قانونی که پیچیده هم هستند، شاید برای تمامی مؤدیان امکان‌پذیر نباشد. این موضوع، عاملی برای ناآگاهی از تکالیف قانونی یا سرپیچی از آن‌هاست.^۲ هرچند اقداماتی برای ساده‌سازی کل نظام مالیاتی انجام گرفته است، اما هنوز هم پیچیدگی و مشکلات فراوانی را در نظام مالیاتی به ویژه دادرسی مالیاتی شاهدیم. این در حالی است که در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰، بسیاری از کشورها، اصلاح نظام مالیاتی با سیاست‌های بنیادین اصلاح مالیاتی خود را با ساده‌سازی نظام مالیاتی و بهبود سطح تمکین شروع کرده‌اند.^۳

بند پنجم. سیاست کیفری افتراقی

با نگاهی به گسترش قلمرو توصیف عناوین مجرمانه در نظام مالیاتی می‌توان بیان کرد که سیاست

۱. نوروزی و همکاران، پیشین، ص ۱۴.

۲. تاجمیر ریاحی، حسین و سیده فاطمه آل محمد، «واکاوی و نقد سیاست جنایی تقنینی جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم، اصلاحی ۱۳۹۴»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۴۶، ۱۳۹۹، ص ۲۹.

۳. تاریکی‌نژاد، علی و جعفر شفیع سردهشت، «آیین دادرسی مالیاتی در ایران (ساختار، اصول راهبردی، مشکلات و موانع)»، پژوهش‌های حقوقی، دوره پنجم، شماره ۱۰، ۱۳۸۵، ص ۲۶۰.

کیفری قانون‌گذار در این زمینه، سیاست کیفرگرایانه است، ولی این کیفرگرایی، افتراقی است. در خصوص جرایم مؤدیان، رویکرد کیفرگرایانه مبتنی بر تهدید کیفری است؛ یعنی قانون‌گذار تمایل ندارد که کیفر در هر صورت اجرا شود و کیفر صرفاً ابزار و اهرمی است برای تقویت و ارتقای قدرت چانه‌زنی و برقراری صلح و سازش بین مؤدیان و دستگاه مالیات‌ستانی و وادار کردن مؤدیان به پرداخت مالیات قانونی خود و تمکین و پذیرش سازوکارهای غیر کیفری از قبیل الزامات اداری و مدنی. در خصوص جرایم مأموران مالیاتی، رویکرد کیفرگرایی با هدف تنبیه مرتکبان این جرایم و پیش‌گیری از جرایمشان، بالاصاله کیفری است. جهت‌گیری‌های سیاست کیفرگرایانه را می‌توان در خصوص رویکرد سیاست کیفری سخت‌گیرانه‌ای مشاهده کرد که در جرایم یادشده به چشم می‌خورد. نسبت به اشخاص حقوقی نیز این کیفرگرایی با پذیرش مسئولیت کیفری این اشخاص و پاسخ‌های کیفری افتراقی (متفاوت و خاص) در خصوص آنان تجلی یافته است.^۱

بند ششم. سامان‌دهی معافیت‌ها و مشوق‌های مالیاتی

یکی از عوامل زمینه‌ساز فرار مالیاتی، معافیت‌های بی‌موردی است که در قانون مالیات‌های مستقیم وجود دارد. از جمله می‌توان به معافیت‌های موجود در زمینه ارث اشاره کرد که اصلاح آن ضروری است. در همین راستا، بند ۲ و بند ۴ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم، مقررات ماده ۱۷ در زمینه مالیات بر ارث را اصلاح کرده است. به موجب بند ۴ ماده ۲۴ قانون یادشده، معافیت‌های وسیع و متنوعی در حوزه مالیات بر ارث مقرر شده است که از یک سو می‌تواند ترفندی برای فرار از مالیات باشد و از سوی دیگر، اگر بخش عمده ماترک متوفی را نزد بانک‌های داخل یا خارج کشور قرار دهند، دستگاه مالیاتی قادر نخواهد بود که مالیات آن را مطالبه کند و به این ترتیب، با گذاشتن کلاه شرعی از پرداخت مالیات فرار می‌کنند. دیگر نکته مهم قابل ذکر در بحث سامان‌دهی مشوق‌ها و معافیت‌های مالیاتی، محاسبه معافیت‌های مالیاتی با نرخ صفر در اصلاحات اخیر است که از ابتداعات این قانون به شمار می‌رود. تبصره ماده ۱۶۹ اصلاحی (بند ۴۴)، اشخاص حقوقی و صاحبان مشاغل را ملزم به استفاده از «سامانه‌های صندوق فروش» و تجهیزات مشابه کرده است

۱. بنی‌نعیمه، عیسی و حسن حمودی، «آسیب‌شناسی سیاست کیفری در جرم‌انگاری رفتارهای مجرمانه مالیاتی»، همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران، ۱۳۹۷، ص ۱۵.

که گام مهمی در راستای شفافیت مبادلات اقتصادی محسوب می‌گردد و با یک مشوّق مالیاتی (کسر هزینه‌های راه‌اندازی این سامانه از مالیات متعلقه) و یک ضمانت اجرا (محرومیت از معافیت‌های مالیاتی)، زمینه اجرای آن را فراهم کرده است.^۱

بی‌تردید، اعطای معافیت‌های گسترده بدون دلایل توجیهی به ناکارآمدی نظام مالیاتی و ضعف نظام اجرایی مالیاتی منجر می‌شود. برای نمونه، معافیت ماده قانونی در نظام حقوقی ایران، ۱۰۰ درصد درآمدهای شرکت‌های تعاونی، تعاونی روستایی، کارگری، کارمندی و اتحادیه‌های آن‌ها را معاف می‌داند. واقعیت این است که این شرکت‌ها، تسهیلاتی به اعضا ارائه نمی‌دهند؛ زیرا فلسفه تشکیل آن‌ها، خدمات‌رسانی به اعضاست و مقنن نیز به همین خاطر، این معافیت را پیش‌بینی کرده است. بعد از خصوصی‌سازی به دلیل واگذاری بیش‌تر فعالیت‌های اقتصادی به بخش خصوصی، انگیزه‌ای مبنی بر اعطای امتیاز به هیچ یک از فعالان اقتصادی و تبعیض قائل شدن وجود ندارد. بنابراین، امکان اعمال مطلوب، کم‌هزینه و بدون تبعیض مقررات رقابتی و دریافت مالیات فراهم است.^۲

گفتار دوم. دلایل ساختاری وقوع فرار مالیاتی

علاوه بر دلایل هنجاری که اساساً در قوانین و مقرراتی ریشه دارند که توسط قانون‌گذار تصویب شده‌اند، دسته‌ای دیگر از دلایل به ساختارهای موجود در نظام حقوقی بازمی‌گردد.

بند اول. ضعف ساختاری سازمان امور مالیاتی

سازمان امور مالیاتی کشور به عنوان منبع دریافت مالیات از مؤدیان، مرجع و رابط دولت و مؤدی در امور مالیاتی، مشهودترین رکن نظام مالیاتی را تشکیل می‌دهد. از این رو، هرگونه ضعف سازمانی، ساختاری، فساد کارکنان و ضعف سیاست اجرایی این سازمان می‌تواند به شیوع، تسهیل و ترغیب مؤدی متمایل به ارتکاب جرایم مالیاتی کمک شایانی کند تا با آسایش بیش‌تری به ارتکاب جرایم مالیاتی بپردازد. علاوه بر آن، نبود نظام جامع مالیاتی، تحت کنترل نبودن ورودی و خروجی اشخاص،

۱. حبیب‌نژاد و ایزدی، پیشین، ص ۱۲۶.

۲. رستمی، ولی و ایام کمرخانی، «رقابت، مالیات‌ستانی و ارتقای کیفی خصوصی‌سازی»، اقتصاد، برنامه‌ریزی و بودجه، شماره ۱۳۳، ۱۳۹۵، ص ۱۶۷.

نقد بودن بسیاری از معاملات و نبود نظارت و اطلاع از معاملات نقدی و کثرت قواعد هنجاری متعدد مثل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های متعدد در سازمان امور مالیاتی که تناقض‌هایی نیز در آن‌ها وجود دارد، جملگی نقاط ضعف سازمان امور مالیاتی بوده‌اند که راه را برای گریز از پرداخت مالیات فراهم می‌کردند.^۱

توجه به پیوند میان سیاست مالیاتی و دستگاه وصول مالیات در اصلاح نظام مالیاتی کشور از هر نظر، موضوعی مهم و قابل تأمل به شمار می‌آید. بنابراین، برقراری و اجرای صحیح مالیات و بهره‌برداری مطلوب از آن، نیازمند شناخت دقیق دستگاه مالیاتی از اختیارات و وظایف خود در زمینه وصول مالیات است. در همین راستا، استفاده بهینه، مطلوب و منصفانه از قدرت عمومی مالیاتی برای اطمینان‌یابی مؤدیان و به وجود آوردن ضمانت اجرایی مناسب ضروری می‌نماید.^۲

بند دوم. نبود سامانه یک‌پارچه اطلاعاتی

ضعف نظام مالیاتی در تشخیص کامل و دقیق منابع مشمول مالیات و وصول مالیات‌های حقّه دولت (که از طریق فرار یا اجتناب مالیاتی یا ناآگاهی از صاحبان درآمد که تکالیف قانونی مربوط را انجام نمی‌دهند)، سبب کاهش عملکرد درآمدهای مالیاتی می‌شود. چون برخی مؤدیان مالیاتی از منابع درآمدی دیگران اطلاعاتی دارند، وقتی نظام مالیاتی این درآمدها را تشخیص ندهد و وصول نکند، سبب می‌شود تصور رخ دادن تبعیض در مؤدیان پدید آید و انگیزه دیگر مؤدیان در انجام تعهدات مالیاتی‌شان کاهش یابد.^۳

خوش‌بختانه در قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم به بحث استقرار نظام جامع اطلاعاتی توجه شده است. از جمله می‌توان به ماده ۱۶۹ مکرر اشاره کرد که استقرار نظام یک‌پارچه اطلاعات مالیاتی، پایگاه اطلاعات هویتی، عملکردی و دارایی مؤدیان مالیاتی در سازمان امور مالیاتی را مقرر کرد که در صورت شکل‌گیری می‌تواند تحولی عمده در نظام مالیاتی کشور به وجود آورد. هم‌چنین

۱. احمدی موسوی و عبدالرحیمی، پیشین، ص ۴۳۷.

۲. رستمی، ولی و احمد کتابی رودی، «اختیارات و اقتدارات دستگاه مالیاتی: زمان و شیوه وصول مالیات»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۶۴.

۳. نوروزی و همکاران، پیشین، ص ۱۶.

تبصره ۶ و ۷ همین ماده به ترتیب، ایجاد «بانک اطلاعاتی ثبتی شرکت‌ها» و «سامانه ملی املاک و اسکان کشور» را تجویز کرده که در همین راستا قابل تحلیل است و گامی مثبت در راستای شفافیت فعالیت‌های اقتصادی مؤدیان و کارآیی نظام مالیاتی به شمار می‌رود.^۱

گفتار سوم. راهکارهای حقوقی پیش‌گیری از فرار مالیاتی

با توجه به دلایل وقوع فرار مالیاتی، راهکارهایی برای پیش‌گیری از فرار مالیاتی مورد توجه است که در صورت به کار بستن آن‌ها می‌توان از فرار و تقلب مالیاتی پیش‌گیری کرد.

بند اول. افزایش شفاف‌سازی و چگونگی هزینه‌کرد درآمدهای مالیاتی

شفاف‌سازی در مسائل مالیاتی و چگونگی مصرف آن در جامعه به فرهنگ‌سازی مالیاتی و جذب مؤدیان در ایران کمک می‌کند. در دهه‌های گذشته، جنبش شفاف‌سازی سیاسی و اقتصادی از اهمیت و سرعت قابل توجهی برخوردار گشته است. شفافیت، یکی از پایه‌های اصلی دموکراسی و جمهوریت و ملازم با «حق دانستن» و «دسترسی آزاد به اطلاعات» است. سازمان‌های بین‌المللی و غیر دولتی ضمن تأکید بر لزوم شفاف‌سازی، آن را یکی از شرایط مهم برای ارتقای کیفیت عملکرد دولت، پاسخ‌گویی مؤثرتر و محدودسازی هر چه بیش‌تر زمینه‌های فساد تلقی می‌کنند.

پایگاه جامع اطلاعاتی، مهم‌ترین ابزار شفاف‌سازی در اقتصاد است. تحقق دولت الکترونیک و ارائه خدمات الکترونیکی به مردم نیز از مهم‌ترین مراحل شفاف‌سازی هستند. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸، مهم‌ترین قانون ناظر بر موضوع شفاف‌سازی است که در ماده ۲ مقرر می‌دارد: «هر شخص ایرانی، حق دسترسی به اطلاعات عمومی را دارد، مگر آن‌که قانون منع کرده باشد. استفاده از اطلاعات عمومی یا انتشار آن‌ها تابع قوانین و مقررات مربوطه خواهد بود».

سازمان امور مالیاتی در فرآیندی شفاف حتی می‌تواند با دادن کارت سفید، خاکستری و قرمز به مؤدیان، میزان خوش‌حسابی مؤدیان را مشخص کند. کاهش پیچیدگی و افزایش شفافیت و تا اندازه‌ای، افزایش رضایت عمومی، کارکردی است که اصلاح رویه مالیات‌ستانی تا حدودی به همراه داشته است. بخش عمده‌ای از فساد در جریان مالیات‌ستانی ناشی از نبود شفافیت

۱. حبیب‌نژاد و ایزدی، پیشین، ص ۱۰۵.

است. ماده ۱۶۹ قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم با هدف شفاف شدن اطلاعات مالی برای سازمان مالیاتی در راستای شفافیت اطلاعات اقتصادی مقرر کرده است که نظام یک پارچه اطلاعات مالیاتی استقرار یابد. واژه یک پارچگی اشاره به آن دارد که دستگاه‌های مختلف اقتصادی باید اطلاعاتشان را به این سامانه هوشمند ارائه کنند. باید توجه داشت معنی شفافیت اطلاعات اقتصادی با افشای اطلاعات اقتصادی متفاوت است. شفافیت اطلاعات اقتصادی به دسترسی دولت به دارایی و اموال افراد جامعه در تسهیل وصول مالیات به عنوان ابزار کاهش فساد اشاره دارد. دسترسی به اطلاعات، نوعی سازوکار نظارتی برای دولت نسبت به موقعیت افراد جامعه است تا در صورت لزوم بتواند از آن استفاده کند.

به علاوه، در مورد طراحی، راه‌اندازی و ایجاد این بانک اطلاعاتی توصیه می‌شود این اقدام به صورت پایلوت (نمونه) در یکی از استان‌ها انجام شود و گسترش آن نیز مرحله‌ای باشد تا هزینه‌های اقتصادی و اجتماعی کم‌تری به بار آید. از مهم‌ترین مزیت چنین راهبردی این است که وقتی مشکلات کار در جنبه‌های به ویژه نرم‌افزاری و فرآیندهای متعدد اجرایی و کنترلی در مقیاس کوچک بروز می‌کند، برایشان چاره‌اندیشی شود.^۱

بند دوم. تنقیح قوانین و مقررات مالیاتی

با وجود اقدامات متعددی که در دو دهه اخیر برای اصلاح نظام مالیاتی کشور انجام شده، به ساده‌سازی سیستم مالیاتی کم‌تر توجه شده است. از سال ۱۳۶۸ تا سال ۱۳۸۴ بیش از ۹۰۰ بخش‌نامه برای شفاف‌سازی قانون مالیاتی - که از سال ۱۳۴۶ تغییرات چندانی نداشته - صادر شده است. بی‌شک، نبود شفافیت مقررات و رویه‌های قانون مالیات‌های مستقیم موجب بروز فساد در جامعه می‌گردد. از این رو، شفاف‌سازی و اطلاع‌رسانی برخی مفاد پیچیده قانون مهم و ضروری است. در واقع، یکی از پی‌آمدهای ناشفاف بودن قانون، پنهان‌کاری است که در بی‌اعتمادی دولت و ملت به همدیگر ریشه دارد.^۲

۱. موسوی جهرمی، یگانه، راه‌های فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده و راهکارهای جلوگیری از آن، تهران: پژوهشکده امور اقتصادی، ۱۳۸۶، ص ۲۳.

۲. کریمی پتانلار، سعید و همکاران، «بررسی تأثیر اثربخشی دولت بر کاهش فرار مالیاتی در کشورهای منتخب»، پژوهش‌نامه

حجم بالای بخش نامه‌های مالیاتی و مقررات فوقانونی و منتشر نکردن این قبیل مقررات و حتی بی‌توجهی به جمع‌آوری، دسته‌بندی و نظم بخشیدن به این قبیل مقررات و ضوابط اجرایی و بخش نامه‌ای سبب بی‌اطلاعی یا کم‌اطلاعی مؤدیان مالیاتی و حتی برخی کارکنان نهاد مالیاتی از تکالیف خود شده است. از این رو، ثبات و استحکام مقررات فوقانونی متزلزل و استناد و اطمینان به آن‌ها به عنوان منابع حقوقی دچار ایراد و اشکال شده است که از عوامل مهم نارسایی و ضعف در زمینه هنجاری مالیات‌ها محسوب می‌شود و تأثیر مهمی بر فرآیند تمکین مالیاتی دارد.^۱

بند سوم. فرهنگ‌سازی مالیاتی

کشورها برای تأمین منابع مورد نیاز خود از دو راهکار سود سود جسته‌اند: درآمد مالیاتی و درآمد حاصل از فروش منابع زیرزمینی که ایران همواره راه دوم را برگزیده است. این‌گزینش، فرهنگی را ترویج داده که مالیات‌گریزی، تنها یکی از پدیده‌های آن است. این در حالی است که مالیات، سالم‌ترین منبع مالی برای سرمایه‌گذاری زیربنایی و محرکی مهم برای رشد و توسعه اقتصادی است. در سده اخیر، دامنه وظایف دولت به شکل‌های گوناگون گسترش یافته و با وجود اجرای برنامه‌های خصوصی‌سازی، هزینه‌های دولت هم‌چنان به صورت بی‌سابقه فزونی یافته است و در نتیجه، به منابع عظیم مالی نیاز دارد. از بین این منابع، مالیات در جهان امروز نقش اصلی را ایفا می‌کند و توجه دولت به توان انسجام نظام مالیاتی بیش از پیش نمایان گشته است. در نظام مالیاتی ایران، فرهنگ پرداخت مالیات به طور داوطلبانه بر اساس خوداظهاری پایین است؛ چون سیستم مالیاتی کارساز و مؤثر نیست.^۲

دستیابی به اهداف نظام مالیاتی بدون برخورداری از مؤدی خوب مالیاتی امکان‌پذیر نیست، ولی نمی‌توان گفت نقش مؤدی مالیاتی در یک نظام مالیاتی، نقش محوری است. از جمله مسائل مهم

مالیات، شماره ۲۷، ۱۳۹۴، ص ۵۱.

۱. نظری، علی‌رضا و ایمان فدایی، «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران»، سیاست‌های مالی و اقتصاد، دوره اول، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۹۵.

۲. کریمی پتانلار، سعید و جعفر کریمی، «شناسایی مهم‌ترین عوامل مؤثر بر فرار مالیاتی در اقتصاد ایران و بررسی نحوه اثرگذاری آن‌ها در طی زمان»، مدل‌سازی اقتصادسنجی، سال هفتم، شماره ۲۸، ۱۴۰۱، ص ۹۶.

برای رسیدن به اهداف مورد نظر در این راه، موضوع فرهنگ مالیاتی جامعه است. تلاش برای ایجاد فرهنگ مالیاتی پیشرو و قوی در کشور می‌تواند تأثیر مهمی در کاهش هزینه‌ها، افزایش درآمدهای دولت و ایجاد کنترل‌های مؤثر داشته باشد که نتیجه آن، افزایش عدالت اجتماعی، رفاه عمومی، گسترش چتر مالیاتی و تمکین مالیاتی است. با توسعه فرهنگ مالیاتی و به تبع آن، تأثیر بر تمکین مالیاتی (که منجر به شناسایی مؤدیان مالیاتی از طریق خوداظهاری می‌شود)، مالیات‌دهندگان با تمایل بیش‌تری در زمینه پرداخت مالیات همراهی می‌کنند و این امر سبب می‌شود مؤدیان مالیاتی جدیدی نیز در این مسیر همراه شوند و منجر به توسعه و گسترش چتر مالیاتی و جلوگیری از پدیده فرار مالیاتی می‌گردد. به عبارت دیگر، دستیابی به اقتصادی سالم و متکی بر منابع درون‌زا و بهره‌گیری مؤثر از منابع ثروت ملی، بخشی از شاخص‌های مؤثر در توسعه و پویایی نظام‌های اقتصادی به شمار می‌رود. در این میان، بهره‌گیری مؤثر از عنصر فرهنگ، شاخصی است که توسعه اقتصادی بدون آن امکان‌پذیر نیست.

میزان همکاری افراد با سیستم مالیاتی و تمایل آن‌ها به پرداخت مالیات به درجه ارزش اجتماعی و اعتقاد مردم نسبت به رسالت سیستم مالیاتی بستگی دارد و سیستم مالیاتی باید تمهیداتی بیاندیشد تا باور مردم نسبت به سیستم مالیاتی افزایش یابد و اعتماد آن‌ها را فراهم آورد. متأسفانه، سازمان امور مالیاتی کشور در دور جدید مالیات‌ستانی، هیچ برنامه‌ای برای افزایش آگاهی افراد جامعه نداشته و صرفاً روی رصد، استحصال و اجرای مقررات متمرکز شده است.

بند چهارم. تقویت ضمانت‌های اجرای اداری

قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم در مواد متعددی، جرایم و مجازات‌های اداری را به عنوان یک ضمانت اجرای اداری مقرر کرده است که از آن جمله می‌توان به بندهای ۳، ۱۷، ۲۲، ۲۳، ۲۸، ۳۲، ۳۳ و ۳۷ اشاره کرد. مطالعه ضمانت‌های اجرای اداری در این قانون بیانگر آن است که دولت و مجلس از ضعف این ضمانت‌های اجرا درک درستی داشته و بر همین مبنا، تقویشان کرده‌اند. علاوه بر این، در چند ماده از اصلاحیه، ضمانت اجرای تخلف مؤدیان با عنوان «جرایم و مجازات‌های مقرر در این قانون» تعیین شده است که ابهام دارد و مصادیق آن با دیگر موارد مشمول جرایم و مجازات قابل تطبیق نیست که این امر می‌تواند زمینه فرار مالیاتی را با تفاسیر به نفع مؤدی از

سوی مأموران و مراجع مالیاتی فراهم آورد. با صرف نظر از چنین ابهام‌هایی به نظر می‌رسد اعمال ضمانت اجرای اداری در نظام مالیاتی ایران، هزینه چندانی برای دولت نخواهد داشت و تقویت این ضمانت اجرا، هزینه فرار مالیاتی را برای مرتکبان افزایش می‌دهد.^۱

یکی دیگر از انواع ضمانت‌های اجرای اداری برای جلوگیری از فرار مالیاتی، وادار کردن مؤدیان به تمکین، جرایم و مجازات‌های اداری است. برخی معتقدند جرایم مالیاتی هیچ‌گاه به منظور کسب درآمد برای دستگاه مالیاتی وضع نشده است، بلکه هدف از آن‌ها، تنبیه و مجازات مؤدیانی است که در انجام وظایف خود برای تشخیص مالیات کوتاهی کرده یا آن را انجام نداده‌اند.^۲

نتیجه‌گیری

آسیب‌شناسی نظام مالیاتی کشور در چارچوب ارکان سه‌گانه آن (قوانین و مقررات مالیاتی، سازمان اجرایی یا دستگاه مالیات‌ستان و مؤدیان مالیاتی) نشان‌دهنده نقاط ضعف هر یک از ارکان آن است. این نقاط ضعف از علل ناکارآمدی نظام مالیاتی و فرار یا تقلب مالیاتی گسترده‌اند که آثار سوء آن در سیستم بانکی و مؤسسات مالی و اعتباری کشور ملموس است. از جمله نقاط ضعف قوانین و مقررات مالیاتی می‌توان به پیچیدگی و جامع نبودن، وجود معافیت‌های کلی، گسترده و در عین حال، ناکارآمد، ضعف در ضمانت‌های اجرایی و محدودیت در پایه‌های مالیاتی اشاره کرد.

سازمان اجرایی یا دستگاه مالیات‌ستان نیز به عنوان مجری قوانین و مقررات مالیاتی با ضعف در زیرساخت‌های فناوری اطلاعات و به تبع آن، به کار نگرفتن گسترده فناوری اطلاعات در انجام امور، نبود پایگاه جامع اطلاعات مؤدیان، نبود ارتباط اطلاعاتی و آماری میان تشکیلات اجرایی، وجود ساختار تشکیلات اجرایی گسترده مبتنی بر الگوی پیمانه‌ای و فرآیندهای ناکارآمد مالیاتی روبه‌روست. مؤدیان مالیاتی نیز که در واقع، همان مخاطبان دستگاه مالیات‌ستانند، تمکین مالیاتی ندارند که این وضعیت علاوه بر نواقص موجود در دو رکن دیگر، تا حدود زیادی در فرهنگ جامعه نهفته است.

۱. حبیب‌نژاد و ایزدی، پیشین، ص ۱۱۳.

۲. مجیبی‌فر، محمدصادق، حقوق و تکالیف مؤدیان و دستگاه‌های مالیاتی ایران، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۲۳.

برآیند ناکارآمدی ارکان سه‌گانه نظام مالیاتی، مشکلات و چالش‌هایی است که در طول سال‌ها به ویژگی و مشخصه نظام مالیاتی کشور تبدیل شده‌اند که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: نسبت پایین مالیات‌ها به تولید ناخالص داخلی، سهم پایین مالیات‌ها در منابع عمومی دولت، سهم پایین مالیات‌ها در تأمین هزینه‌های جاری دولت، هزینه‌های بالای وصول مالیات، تمکین نامناسب مالیاتی آحاد جامعه، نبود تنوع در پایه‌های مالیاتی، ترکیب نامناسب درآمدهای مالیاتی، روش سنتی تشخیص و وصول مالیات، معافیت‌های مالیاتی گسترده و ناکارآمد، وجود وقفه‌های مالیاتی و ضعف نظام اطلاعات مالیاتی.

قانون‌گذار در ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم در قالب هفت بند، جرایم مالیاتی را احصا کرده است که هر کدام از این بندها، مصادیق بسیاری در قوانین و مقررات مالیاتی دارند. آگاهی و فهم این مواد قانونی که گاهی پیچیده هم هستند، برای تمامی مؤدیان امکان‌پذیر نیست. همین موضوع، عاملی است برای ناآگاهی از تکالیف قانونی یا سرپیچی از آن‌ها. پیچیدگی قوانین مالیاتی تأثیرات بالقوه زیادی دارد، مانند: سطح پایین تمکین مالیاتی، مخفی نگاه داشتن درآمد از **اصابت** مالیاتی، افزایش احتمال اشتباه سهوی مؤدیان در محاسبه میزان مالیات پرداختی، پرداخت‌های بیش از حد یا کمتر از حد به طور غیر عمدی، افزایش تصور عموم مبنی بر ناعادلانه بودن سیستم مالیاتی، هزینه‌های بالای اداری و تمکین مالیاتی و کاهش اثربخشی ابزارهای در دسترس سیستم مالیاتی نظیر جرایم مالیاتی.

در همین راستا، مالیات‌ستانی هوشمند و عادلانه باید در دستور کار دولت قرار گیرد. مشاغلی که درآمدهای میلیاردی دارند و با این توجیه که کارت‌خوان ندارند یا خراب است و از مشتریان می‌خواهند پول را به صورت کارت به کارت به حسابشان واریز کنند، باید رصد و از آن‌ها مالیات دریافت شود. سامانه سوت‌زنی نیز باید در سازمان امور مالیاتی راه‌اندازی گردد تا از طریق آن، شکایت‌های مردمی ثبت و رسیدگی شود.

موضوع تبعیت از قوانین مالیاتی، یکی از نگرانی‌های اصلی برای بیش‌تر دولت‌های دنیاست و بسیاری از پژوهشگران به آن توجه دارند. با توجه به نوسان بازار نفت در سالیان اخیر، جلوگیری از فرار مالیاتی از دغدغه‌های مهم دولت در عرصه اقتصادی بوده است. دولت با اصلاحیه قانون

مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۹۴ و تقویت ضمانت‌های اجرایی جلوگیری از فرار مالیاتی برای افزایش میزان درآمد مالیاتی و کاهش فرار مالیاتی گام برداشته شده است. چون مبارزه با فرار مالیاتی به عنوان یکی از مظاهر و مصادیق مهم جرایم اقتصادی به یکی از راهبردهای اصلی کشورمان در مسیر پیشرفت و عدالت بدل گشته است، بهره‌مندی از یک قانون منسجم با ضمانت‌های اجرایی قوی در مقابله با جرایم مالیاتی به بهبود عملکرد نظام مالیاتی کمک قابل توجهی می‌کند که به بخشی از این اصلاحات در قانون مالیات‌های مستقیم تیر ۱۳۹۴ توجه صورت گرفته و این پدیده اقتصادی، جرم‌انگاری و کیفر حبس برای آن پیش‌بینی شده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. برنامه طرح تحول نظام مالیاتی کشور، تهران: وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان امور مالیاتی کشور، ۱۳۸۴.
۲. برنامه طرح تحول نظام مالیاتی کشور، تهران: وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان امور مالیاتی کشور، ۱۳۹۰.
۳. مجیبی فر، محمدصادق، حقوق و تکالیف مؤدیان و دستگاه‌های مالیاتی ایران، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۹۰.
۴. موسوی جهرمی، یگانه، راه‌های فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده و راهکارهای جلوگیری از آن، تهران: پژوهشکده امور اقتصادی، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. احمدی موسوی، سید مهدی و فرشته عبدالرحیمی، «تحلیل عوامل مؤثر بر ارتکاب جرایم مالیاتی»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیست و دوم، شماره ۵۳، ۱۴۰۲.
۲. بنی‌نعیمه، عیسی و حسن حمودی، «آسیب‌شناسی سیاست کیفری در جرم‌انگاری رفتارهای مجرمانه مالیاتی»، همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران، ۱۳۹۷.
۳. تاجمیر ریاحی، حسین و سیده فاطمه آل محمد، «واکاوی و نقد سیاست جنایی تقنینی جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم، اصلاحی ۱۳۹۴»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۴۶، ۱۳۹۹.
۴. تاریکی‌نژاد، علی و جعفر شفیعی سردشت، «آیین دادرسی مالیاتی در ایران (ساختار، اصول راهبردی، مشکلات و موانع)»، پژوهش‌های حقوقی، دوره پنجم، شماره ۱۰، ۱۳۸۵.
۵. ثنائی‌پور، هادی، «شناسایی و اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر فرار مالیاتی کسب‌وکارهای کوچک و متوسط از نظر کارکنان سازمان امور مالیاتی کشور: مطالعه‌ای آمیخته»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۴۷، ۱۳۹۹.

۶. حبیب‌نژاد، سید احمد و سلمان ایزدی، «تحلیل اقتصادی ضمانت اجراهای مالیاتی مندرج در قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب ۱۳۹۴»، در: مجموعه مقالات نهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، تهران، ۱۳۹۴.
۷. رستمی، ولی و احمد کتابی رودی، «اختیارات و اقتدارات دستگاه مالیاتی؛ زمان و شیوه وصول مالیات»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۸. رستمی، ولی و ایام کمرخانی، «رقابت، مالیات‌ستانی و ارتقای کیفی خصوصی‌سازی»، اقتصاد، برنامه‌ریزی و بودجه، شماره ۱۳۳، ۱۳۹۵.
۹. رستمی، ولی و عزیزالله نوروزی، «بسترهای حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
۱۰. سرایی، مرتضی و همکاران، «سازوکار تأمین مالیات مطلوب در پرتو سیاست‌های اقتصادی»، مجله حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۸، ۱۴۰۰.
۱۱. شاکری، ابوالحسن و عاطفه شیخ‌الاسلامی، «تأملی بر رویکرد کیفری قانون مالیات‌های مستقیم با تأکید بر قانون اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم ۱۳۹۴/۴/۳۱»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۹۸.
۱۲. صمدی، علی حسین و راضیه تابنده، «فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۱۹، ۱۳۹۲.
۱۳. کریمی پتانلار، سعید و جعفر کریمی، «شناسایی مهم‌ترین عوامل مؤثر بر فرار مالیاتی در اقتصاد ایران و بررسی نحوه اثرگذاری آن‌ها در طی زمان»، مدل‌سازی اقتصادسنجی، سال هفتم، شماره ۲۸، ۱۴۰۱.
۱۴. کریمی پتانلار، سعید و همکاران، «بررسی تأثیر اثربخشی دولت بر کاهش فرار مالیاتی در کشورهای منتخب»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۲۷، ۱۳۹۴.
۱۵. مشکات، سید مصطفی، «مطالعه سنجشی فرار مالیاتی در مقررات کیفری ایران و کانادا»، مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۹.
۱۶. موسوی جهرمی، یگانه و همکاران، «راهکارهای پیش‌گیری از فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده»، مجله مطالعات مالی، شماره ۴، ۱۳۸۸.
۱۷. نظری، علی‌رضا و ایمان فدایی، «آسیب‌شناسی نظام مالیاتی ایران»، سیاست‌های مالی و



اقتصاد، دوره اول، شماره ۴، ۱۳۹۲.

۱۸. نوروزی، عزیزالله و همکاران، «موانع حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۷، ۱۳۹۷.

2. Latin Source

1. Levi, Michael, **Civil and Criminal penalties for serious tax non-compliance: a review of impact evidence**: Cardiff University Press, 2009.
2. Morse, Matthew, **effects of tax evasion in the United States**, state university of New York, 2015.

پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی با تأکید بر اصلاح نظام اداری مالیات‌ستانی (مطالعه موردی کلان‌شهر کرج در بازه زمانی ۱۳۹۵ تا ۱۳۹۸)

محمد رضا کریمی^۱

محمد بارانی^۲

محمد آشوری^۳

چکیده

مقاله حاضر با هدف شناسایی رویه‌های فرار مالیاتی و شناخت راهکارهای پیش‌گیری وضعی در ۵ تکنیک اصلی و ۲۵ تکنیک فرعی تهیه شده است. پیش‌گیری وضعی به معنی تغییر در محیط فیزیکی و امکان ارتکاب جرم است، به نحوی که مجرم از انجام آن منصرف شود یا ارتکاب جرم دشوار گردد. این مطالعه ضمن تأکید بر ایجاد عدالت و فرهنگ مالیاتی و تقویت فناوری سازمان امور مالیاتی و همکاری همه‌جانبه تمامی مؤسسات دولتی و بانک‌ها و دیگر نهادهای مربوط به پرداخت مالیات، پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی از طریق افزایش زحمت، افزایش خطرات، کاهش منافع، کاهش تحریم و حذف بهانه‌ها را در پیش‌گیری از فرار مالیاتی مؤثر می‌داند. هم‌چنین با تحقیق میدانی و تحلیل پرسش‌نامه‌هایی که از خبرگان مالیاتی اداره کل مالیاتی استان البرز به دست آمد، موفقیت و کارایی اقدامات پیش‌گیرانه وضعی به اثبات رسیده است. نتایج تحقیق، با آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول، تأثیر مستقیم و مثبت اقدامات پیش‌گیرانه وضعی را نشان می‌دهد.

واژگان کلیدی: پیش‌گیری وضعی، فرار مالیاتی، افزایش زحمت، افزایش خطرات، کاهش منافع.

۱. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، mohamadrezakarimi729@gmail.com

۲. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علوم انتظامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، barani.afarid2@gmail.com

۳. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، mashoori@ut.ac.ir

مقدمه

مالیات، قسمتی از درآمد یا دارایی افراد است که به منظور تأمین هزینه‌های دولت از اشخاص حقیقی و حقوقی فعال در اقتصاد هر کشور دریافت می‌شود. مالیات‌ستانی و فرار مالیاتی تنها یک موضوع اقتصادی یا یک جرم مانند دیگر جرایم نیست؛ زیرا با حیات و ممات دولت، چگونگی ساختارهای آن و قوت یا ضعف دولت مرتبط بوده و موضوعی سیاسی است.^۱

فرار مالیاتی، یکی از مصداق‌های فساد اداری را تشکیل می‌دهد. به طور خلاصه، فساد اداری عبارت است از سوء استفاده از قدرت اختیارات تفویضی به منظور کسب منافع شخصی. با این اوصاف، چون مأموران و کارگزاران مالیاتی به مناسبت حرفه‌ای که به آن اشتغال دارند، می‌توانند زمینه و بستر لازم را برای تحقق فرار مالیاتی خود یا دیگر اشخاص فراهم کنند، فرار مالیاتی در زمره جلوه‌های فساد اداری قرار می‌گیرد. در این خصوص، تبانی ممیز مالیاتی با مؤدی مالیاتی در راستای ارتکاب فرار مالیاتی قابل ذکر است. فرار مالیاتی به عنوان رفتاری که در آن، شخص برخوردار از مسئولیت مالیاتی با نقض مقررات عمدتاً تلاش می‌کند تا مالیات کم‌تری بپردازد یا اصلاً مالیاتی نپردازد، آثاری مخرب و گسترده دارد.^۲ سهم مالیات در اقتصاد در ایران تقریباً در کم‌ترین میزان در مقایسه با دیگر کشورها قرار دارد و چون در کشورهای توسعه‌نا یافته کم‌تر از ۱۵ درصد است، سهم ایران را بین ۶/۵ درصد تا ۸/۵ درصد می‌دانند.^۳ در فرار مالیاتی، مرتکبان می‌کوشند به طور غیرقانونی از پرداخت بدهی مالیاتی خود بگریزند اما در اجتناب مالیاتی تلاش می‌کنند، میزان تعهد خود را به روش‌های قانونی کمتر سازند و از ابزارهای مختلفی مثل کسری درآمد، استثنائات، معافیت‌ها و اقدامات حقوقی صوری بهره می‌برند.^۴

جامعه آماری تحقیق، خبرگان و مطلعان کلیدی در سازمان امور مالیاتی استان البرز هستند. برای

۱. پیکتی، توماس، سرمایه در قرن بیست و یکم، ترجمه: ناصر زرافشان، تهران: نگاه، چاپ دوم، ۱۳۹۸، ص ۴۵۲.

۲. مشکات، سید مصطفی، «مطالعه سنجشی فرار مالیاتی در مقررات کیفری ایران و کانادا»، مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۹، ص ۲۱۶.

۳. دادگر، یدالله، بررسی عوامل شکاف توسعه بین نظام مالیاتی موجود و مطلوب در ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۸۲.

۴. الماسی خانی، صابر، طجرلو، رضا، تأملی در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران با نظر به قواعد دیگر کشورها، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲، ص ۳۰۷.

نمونه‌گیری از روش نمونه‌گیری هدفمند استفاده شده است. در این روش، پژوهشگر به گونه‌ای آگاهانه، شرکت‌کنندگان خاص را برمی‌گزیند. برگزیدگان یا به صورت مشخص از ویژگی مورد نظر برخوردارند یا در حوزه‌ای خاص، غنی از اطلاعات هستند. بنابراین، با توجه به ماهیت موضوع، راهکارهایی جدید برای پیش‌گیری از فرار مالیاتی و پاسخ‌گویی به علل ناکارآمدی در استفاده کامل از ظرفیت مالیاتی و چرایی فرار مالیاتی مطرح می‌گردد. این تحقیق کاربردی از نوع روش، تحقیق ترکیبی است و از نظر ماهیت داده‌ها، توصیفی و پیمایشی و از نوع داده‌ها، کمی است و از منظر استدلال، استقرایی در نظر گرفته می‌شود.

پیش‌گیری وضعی یا موقعیت مدار با تسلط بر محیط و شرایط پیرامون جرم (وضعیت مشرف بر جرم) درصدد آن است که از طریق کاهش جذابیت آماج و جاذبه‌زدایی از آن، وضعیت پیش‌جنایی آمار جرایم را مهار کند.^۱ در تعریفی دیگر آمده است: «اقدامات غیر کیفری است که معادله جرم را به هم زند و هزینه انجام بزه را بالا می‌برد، به نحوی که بزهکار بالقوه از ارتکاب جرم صرف نظر کند».^۲ به نظر برخی دیگر، «مجموعه تدابیری است که هدف غایی آن‌ها، منصرف یا ناتوان ساختن مقطعی بزهکاران مصمم از ارتکاب جرم است و از طریق برهم زدن موقعیت جرم صورت می‌گیرد».^۳

مخفی نگاه داشتن درآمد یا شغل، کم‌اظهاری درآمد و فعالیت در اقتصاد پنهان یا اقتصاد زیرزمینی که اصولاً خارج از چتر نظارتی دولت است، از جمله مهم‌ترین راه‌های فرار مالیاتی است.^۴ هر شکلی از عدم تمکین که منجر به عدول از تکالیف مالیاتی قانونی اشخاص حقیقی و حقوقی گردد، فرار مالیاتی محسوب می‌شود. در دانش‌نامه حقوقی آکسفورد درباره فرار مالیاتی چنین آمده است: «فرار مالیاتی: هر اقدام غیر قانونی که برای جلوگیری از ارزیابی قانونی مالیات‌ها به کار برده می‌شود، مانند پنهان‌کاری یا به شکست کشاندن اظهارنامه مالیاتی».^۵

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، دایرةالمعارف علوم جنایی (کتاب چهارم)، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۹۸.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، پیش‌گیری عادلانه از جرم در علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، چاپ نخست، تهران: سمت، ۱۳۸۳، ص ۸۹.

۳. محمدنسل، غلام‌رضا، کلیات پیش‌گیری از جرم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۲۹.

۴. موسوی جهرمی، یگانه و فرهاد طهماسبی بلداجی، «راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده»، مجله مطالعات مالی، شماره ۴، ۱۳۸۸، ص ۱۷۷.

5. A Dictionary of law, fifth edition, oxford university press, 2007, p. 384.

مالیات‌ستانی در ایران نوپا نیست و هم‌چنین از وصول مالیات به طریق نظام شبه‌سیستمی در حدود یک قرن در ایران می‌گذرد. با این حال، هم‌چنان نمی‌توان ادعا کرد که نظام مالیات‌گیری در ایران حتی شبیه کشورهای در حال توسعه است. در هر صورت، پای‌بندی به اصول و روش‌های نوین در اجرای سیاست‌های توسعه باید سرلوحه کار مسئولان مربوط قرار گیرد تا به هدف‌های مورد نظر در وصول حداکثر مالیات دست پیدا کنند.^۱

قانون‌گذار ایرانی، جرم فرار مالیاتی را تعریف نکرده و حتی عنوان «فرار مالیاتی» را به کار نبرده، بلکه از اصطلاح «جرم مالیاتی» بهره برده است. با دقت در متن قانون، این اقدام، جرم‌انگاری روش‌هایی است که نتیجه نهایی آن، نپرداختن مالیات، مخفی کردن درآمد از سازمان امور مالیاتی و هر گونه تلاش در فریب عامدانه آن سازمان است. این رفتارها در ۷ بند و در ماده ۲۷۴ اصلاحی ۱۳۹۴ جرم‌انگاری و مجازات درجه ۶ برای آن تعیین شده است.

قانون‌گذار کوشیده است تعریفی از فرار مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم ارائه کند. در ماده ۲۰۱ همین قانون مقرر داشته است: «هرگاه مؤدی به قصد فرار از مالیات از روی علم و عمد به ترازنامه و حساب سود و زیان یا به دفاتر و اسناد و مدارکی که برای تشخیص مالیات ملاک عمل می‌باشد و بر خلاف حقیقت تهیه و تنظیم شده است، استناد نماید یا برای سه سال متوالی از تسلیم اظهارنامه مالیاتی و ترازنامه و حساب سود و زیان خودداری کند...». این تعریف، جامع از جرم فرار مالیاتی نیست و برخی از افعال منجر به نپرداختن مالیات را پوشش نمی‌دهد. مثلاً هرگاه مؤدی با جعل اسناد و مدارکی که ملاک تشخیص مالیات نیست، فعالیت‌های شغلی خود را از موارد معافیت مالیاتی قلمداد کنند، مشمول ماده ۲۰۱ نخواهند بود. در تعریف فرار مالیاتی مناسب آن است که بیان شود: «ارتکاب هر فعل و یا ترک فعل مؤدی که به قصد فرار مالیاتی صورت گیرد و منجر به پرداخت ناقص یا نپرداختن مالیات شود».^۲

۱. نوروزی، عزیزالله و همکاران، «موانع حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۷، ۱۳۹۷، ص ۱۳.

۲. خالقی، ابوالفتح و داوود سیفی قره‌یتاق، «رویکرد نظام کیفری ایران به جرم فرار مالیاتی»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۲۸، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴.

اصلاحیه جدید قانون مالیات‌های مستقیم بستر مناسب و ایده‌آلی را برای مبارزه با فساد فراهم نموده است. مهم‌ترین رویکرد این اصلاحیه، بحث جرم‌انگاری مالیات است. هرچند قبل از اصلاحیه ضمانت اجرای کیفری مرتبط با این قانون، مشتمل بر مجازات مقرر در ماده ۲۴ قانون ارتقای سلامت اداری و مبارزه با فساد، مواد ۲۳۱ و ۲۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم وجود داشت اما به دلیل عدم بازدارندگی کافی، قانونگذار در اصلاحیه یاد شده بر آن شد تا مجازات‌های کیفری را ضمن مواد ۲۷۴ تا ۲۸۰ قانون مذکور، به عنوان ضمانت اجرا در نظر بگیرد.^۱

رشد درآمد مالیاتی استان البرز در سال ۱۳۹۴ عبارت از ۱۸/۹۶ و در سال ۱۳۹۵، ۲۷/۷۳ درصد بوده است. سهم مالیاتی در منابع بودجه در سال‌های ۹۶ و ۹۷، ۳۶ درصد بوده است. درآمدهای مالیاتی استان البرز در سال ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷ به ترتیب، ۲۲۸، ۴۲۰ و ۱۹ میلیون ریال و ۵۹۱، ۱۱۲ و ۲۰ میلیون ریال بوده که به ترتیب در سال ۱۳۹۶، ۲۲/۲۹ درصد نسبت به سال ۱۳۹۵ رشد کرده و در سال ۱۳۹۷ نسبت به سال ۱۳۹۶، ۶ درصد رشد داشته است. این در حالی است که در سال ۱۳۹۵، سهم مالیات استان البرز نسبت به درآمد مالیات کشور، ۱/۵۶ بوده است. در سال ۱۳۹۶ به ۲/۰۲ درصد و در سال ۱۳۹۷ به ۱/۸۹ درصد کل مالیات رسیده که روندی افزایشی است.^۲

توجه به ادبیات موضوع نشان‌دهنده این است که اساساً دو جریان عمده در تبیین رفتار فرار مالیاتی وجود داشته است. از یک سو، مدل‌های مبتنی بر اقتصاد نئوکلاسیک مرسوم سعی داشته‌اند پدیده تمکین یا عدم تمکین مالیاتی را بر بنیان داده‌های مفروض در اقتصاد متعارف از قبیل اصل «حداکثرسازی سود مورد انتظار» و «اصل عقلانیت فردی» تبیین کنند. از سوی دیگر، رویکردهای متفاوتی را شاهدیم که یا به کلی، منتقد مدل‌های فرمالیته اقتصاددانان مرسوم بوده‌اند یا پیش‌فرض‌های اولیه آن‌ها را در تبیین این پدیده کافی نمی‌دانند و درصدد افزودن پارامترهای غیر اقتصادی مثل نهادی رسمی و غیر رسمی به مدل‌های ریاضی‌وار آن‌ها برآمده‌اند.^۳ علاوه بر این،

۱. عامری، ریحانه و همکاران، الگوی مطلوب ضمانت اجرای مالیات ستانی در پرتوی اصول به زمامداری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰، ص ۹۶.

۲. سالنامه آمارهای مالیاتی ۱۳۹۵، ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷، تهران: معاونت پژوهش و برنامه‌ریزی سازمان امور مالیاتی کشور، قابل دسترسی در: www.taxgov.ir

۳. خان‌جان، علی‌رضا، «نقش نهادهای غیر رسمی در فرار مالیاتی (مطالعه موردی: شهرستان مشهد)»، تهران: وزارت امور

رشته اقتصاد رفتاری نیز به تبیین چرایی تمکین یا عدم تمکین مالیاتی پرداخته است.

میثم امیری در مقاله «اقتصاد رفتاری و فرار مالیاتی» با عنایت به افزایش فرار مالیاتی در کشور پس از بررسی مؤلفه‌های مطرح شده در اقتصاد رفتاری، در خصوص عوامل مؤثر در فرار مالیاتی و هم‌چنین بهره‌گیری از ظرفیت‌های سیاست‌گذاری مطرح شده در این رویکرد نتیجه گرفته است که کارکردهای اقتصاد رفتاری می‌تواند در کاهش فرار مالیاتی در کشور و افزایش کارایی نظام مالیاتی مؤثر باشد.

سعیده کریمی در «پیش‌گیری فناورانه از تخلفات و جرایم مالیاتی در ایران» به پیش‌بینی راهکارهای نظارتی نوین و تقویت راهکارهای نظارت اداری و رفع موانع این نوع از نظارت به عنوان مهم‌ترین راهکارهای وضعی در جهت پیش‌گیری از بزه‌های مالیاتی و فساد اداری و به نوعی از پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی به صورت اختصاصی پرداخته است.

پرسش اصلی که این پژوهش در پی پاسخ به آن است، بررسی وضعیت نظام اداری در وقوع تخلف فرار مالیاتی است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع میدانی است و پس از گردآوری داده‌ها، تجزیه و تحلیل منطقی صورت می‌گیرد. در این روش تحقیق، هم‌زمان و هم‌مکان تحقیق مشخص است و از کار میدانی در حالت توصیفی و تحلیلی استفاده شده و روش گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای برای منابع نظری است. بنابراین، از روش توصیفی و پیمایشی برای این تحقیق استفاده شده است. جامعه آماری تحقیق، خبرگان و مطلعان کلیدی در سازمان امور مالیاتی استان البرز هستند و بدیهی است تعامل همیشگی کارکنان سازمان با صاحبان کسب و کارها، خبرگی در این افراد ایجاد کرده است که می‌توان اطلاعات دقیق، مرتبط و کاملی از آن‌ها دریافت کرد. برای نمونه‌گیری هم از روش نمونه‌گیری هدفمند استفاده شده است. در این روش، پژوهشگر به گونه آگاهانه، شرکت‌کنندگان خاص را برمی‌گزیند. برگزیدگان یا به صورت مشخص از ویژگی مورد نظر برخوردارند یا در حوزه‌ای، خاص غنی از اطلاعاتند.

گفتار اول. عوامل مؤثر بر فرار مالیاتی

بند اول. عوامل برون سازمانی فرار مالیاتی

منظور از عوامل برون سازمانی، عواملی هستند که خارج از ساختار سازمان امور مالیاتی بر فرار مالیاتی اثرگذارند.

الف. گسترش نیافتن فرهنگ مالیاتی در جامعه

فرهنگ مالیاتی، مجموعه‌ای از طرز تلقی، بینش و واکنش افراد در قبال نظام مالیاتی است. مدیریت نظام مالیاتی یک کشور نمی‌تواند بدون شناخت فرهنگ مالیاتی حاکم و مدیریت آن به اهدافش برسد. در یک سامانه مالیاتی، توجه به فرهنگ مالیاتی به عنوان زیرساخت اساسی و مدیریت آن مهم و ضروری است. بهترین قوانین مالیاتی، امکانات، روش‌ها، منابع و دیگر تسهیلات، بدون توجه به باورها، ارزش‌ها و هنجارهای جامعه و به طور کلی، فرهنگ مالیاتی یک کشور، ناکارآمد و نامؤثر خواهد بود.^۱ عوامل ضعف در فرهنگ مالیاتی کشور عبارت است از:

۱. مبادله ناقص اطلاعات و نبود سیستم نظارت و پی‌گیری در مالیات‌ستانی
۲. تشخیص علی‌الرأس و وجود ضعف در اجرای آن
۳. استقبال نکردن از تسلیم اظهارنامه‌های مالیاتی و ضعیف بودن ضمانت اجرایی آن
۴. تأخیر در وصول مالیات
۵. شناخته نشدن مؤدیان و مستند نبودن میزان درآمدها

ب. معافیت‌های وسیع

معافیت‌های مالیاتی، نه فقط در ایران، بلکه در دیگر کشورهای جهان نیز موضوعی چالش‌برانگیز است که حتی منجر به ایجاد بهشت‌های مالیاتی شده است. وجود چنین معافیت‌های وسیع و متعددی سبب سوء استفاده و تحقق نیافتن اهداف مالیاتی می‌شود. خروج حجم قابل توجهی از اقتصاد از چتر نظام مالیاتی، تأمین نشدن اهداف نظام مالیاتی از برقراری معافیت‌ها از آثار برقراری

۱. عباسیان، عزت‌الله، مالیه عمومی و خط مشی دولت، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۱۱۰.

معافیت‌ها و حذف نهادها از پرداخت مالیات است. معافیت‌های خاص نهادها و مؤسسات مندرج در قوانین مالیاتی و قوانین مرتبط از این دسته محسوب می‌شود. این گونه معافیت‌ها سبب ایجاد و شکل‌گیری حجم قابل توجهی از شرکت‌ها و مؤسسات تولیدی و خدماتی وابسته به نهادها در پوشش معافیت مالیاتی آن‌ها گردیده است. از مهم‌ترین موارد می‌توان به معافیت آستان‌های متبرکه، ستاد اجرایی فرمان امام و قرارگاه سازندگی اشاره کرد. با توجه به حجم وسیع فعالیت‌های این گونه نهادها و این‌که شفافیت فعالیت‌های اقتصادی ضرورت دارد، معافیت‌های متعدد ضمن آثار متعدد بودجه‌ای و اقتصادی سبب ایجاد بار مالیاتی مضاعف بر دوش دیگر مؤدیان مالیاتی می‌شود و آثار روانی و اجتماعی نیز به دنبال خواهد داشت. به نظر برخی صاحب‌نظران، همین وضعیت موجب ضعف فرهنگ مالیاتی و به قولی، «بازماندگی فرهنگ مالیات» شده است.^۱

ج. نرخ و بار مالیاتی

نرخ‌های مالیاتی بالا و بار مالیاتی (وجوهی که توسط افراد پرداخت می‌شود) از مهم‌ترین علل فرار مالیاتی محسوب می‌شوند. نرخ مالیات بیش‌تر منجر به افزایش قوی در سرمایه‌گذاری اجتماعی می‌شود و فرار مالیاتی را افزایش خواهد داد. فرض معمول این است که افزایش بار مالیاتی، گرایشی قوی برای جذب نیروی کار به سمت اقتصاد زیرزمینی ایجاد می‌کند.^۲

بند دوم. عوامل درون‌سازمانی فرار مالیاتی

الف. ناتوانی فنی در شناسایی و ثبت صحیح مؤدیان مالیاتی

قانون‌گذار ایرانی هم از اهمیت فوق‌العاده این راهکار در پیش‌گیری وضعی آگاهی کامل داشته و بیش‌ترین استفاده را از این نوع پیش‌گیری کرده است. ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۹۴/۴/۳۱ می‌گوید: «به منظور شفافیت فعالیت‌های اقتصادی و استقرار نظام یکپارچه

۱. احمدی موسوی، سید مهدی و همکاران، «آسیب‌شناسی‌های نظام مالیاتی ایران در تبیین علل در بروز آسیب‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، شماره ۹۶، ۱۳۹۵، ص ۱۰۱.

۲. صمدی، علی حسین و مرضیه تابنده، «فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۱۹، ۱۳۹۲، ص ۱۶.

اطلاعات مالیاتی، پایگاه اطلاعات هویتی، عملکردی و دارایی مؤدیان مالیاتی شامل مواردی نظیر اطلاعات مالی، پولی و اعتباری، معاملاتی، سرمایه‌ای و ملکی اشخاص حقوقی و حقیقی در سازمان امور مالیاتی کشور ایجاد می‌شود.

آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۱۶۹ اصلاحی مصوب ۱۳۹۴/۰۴/۲۴ شماره روزنامه رسمی ۴۹۹۰۶/ت/۵۳۴۰۱ هـ، اصناف و مشاغل را موظف به داشتن سامانه صندوق فروش کرده است که به حداکثرسازی شفافیت درآمد و تراکنش مالی می‌انجامد.

ب. ناتوانی در ایجاد عدالت مالیاتی

از شرایط لازم برای ساختار مالیاتی خوب، عادلانه بودن آن است. بار مالیاتی باید به طور عادلانه توزیع شود؛ یعنی هر شخص سهمی عادلانه پرداخت کند. به عبارت دیگر، میزان مشارکت افراد در کل مالیات جمع‌آوری شده باید متناسب با نظام درآمدی و برخورداری وی از امکانات جامعه باشد. از طرف دیگر، نظام مالیاتی باید دارای دستگاه اجرایی عادلانه و غیر مستبدانه باشد و به راحتی از طرف مؤدیان مالیاتی قابل درک باشد. در واقع، امکان تفاهم بین مؤدی و نظام مالیاتی فراهم باشد. (درک متقابل) عدالت یک مفهوم ارزشی است و بر اساس قضاوت‌ها و معیارهای مختلف ارزشی به صورت متفاوت تعبیر و تفسیر می‌گردد. تعریف مفهوم عدالت مالیاتی به دلایل متعددی بسیار دشوار است؛ چون:

۱. عدالت، مفهومی چند بعدی است.
۲. مفهوم عدالت مالیاتی را می‌توان در دو سطح فردی و اجتماعی تعریف کرد.
۳. عدالت بسیار پیچیده و درهم‌تنیده است.
۴. نبود انصاف مالیاتی را می‌توان توجیهی برای فرار مالیاتی در نظر گرفت.^۱

ج. فساد درونی

فساد در سازمان امور مالیاتی، هر گونه اقدام پیش‌گیرانه را بی‌اثر می‌کند. سلامت کارشناسان و

۱. بهزادی موزری، سعید و همکاران، «نقش و تأثیر نصب صندوق فروش در برقراری عدالت مالیاتی در شهر تهران»، یازدهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، ۱۳۹۵، ص ۲۰۶.

کارگزاران مالیاتی که به نقش منابع مالیاتی در توسعه اعتقاد عمیقی داشته باشند، از لوازم ابتدایی اعمال برنامه‌های پیش‌گیرانه است. ارتکاب برخی از اعمال مجرمانه مانند جعل و دست‌کاری اوراق مالیاتی، اختلاس، ارتشا و تبانی از جانب متصدیان و کارگزاران مالیاتی ضمن این‌که وصول مالیات با سلامت مالیات را به خطر می‌اندازد، ممکن است در درازمدت موجب بحران‌های اجتماعی گردد.^۱

گفتار سوم. روش‌های پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی

بند اول. تکنیک‌های مبتنی بر افزایش تلاش و زحمت فرار مالیاتی

اصلی‌ترین آماج جرم فرار مالیاتی، مخفی نگاه داشتن درآمد از سازمان امور مالیاتی است. پس هر اقدامی که این پنهان‌کاری را آشکار کند، پیش‌گیری وضعی محسوب می‌شود، مانند:

الف. سخت کردن آماج فرار مالیاتی

بدیهی است سخت کردن هر جرمی با توجه به آماج آن جرم متفاوت است. در فرار مالیاتی، شفافیت اقتصاد و فعالیت‌های مالی باعث رؤیت‌پذیری و به تبع آن، سخت شدن آماج می‌گردد که عبارتند از:

۱. پیش‌گیری از پول‌شویی

جرم پول‌شویی، هر گونه اقدامی است که در نتیجه آن، منابع مالی و مادی ناشی از جرایم دیگر پنهان شود.^۲ جرایم پول‌شویی و فرار مالیاتی با یکدیگر ارتباط دارند. نقاط اشتراک این دو جرم اولاً مشابهت عنصر مادی جرایم و ثانیاً شباهت پیش‌گیری هر دو جرم است.

۲. نظارت بر حساب‌های بانکی

آماج اصلی فرار مالیاتی، مخفی کردن درآمد است و اکثریت مردم به علت توسعه روابط مالی مجبورند از بانک‌ها استفاده کنند. شفافیت تراکنش‌های مالی و حذف حساب‌های اجاره‌ای

۱. ابراهیمی، شهرام، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی از منظر فنون خنثی‌سازی»، در: مجموعه مقالات «ارتقای سلامت اداری نظام مالیاتی کشور»، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۶۹.

۲. رضوی فرد، بهروز، رودگر کوهپر، عطاء اله، تسهیم اموال؛ راهبرد نوین همکاری کشورها در زمینه استرداد اموال و عواید ناشی از جرم، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۶، ۱۳۹۸، ص ۱۳۷.

می‌تواند از فرار مالیاتی پیش‌گیری کند. بانک‌ها می‌توانند به حذف آماج اصلی فرار مالیاتی، بزرگ‌ترین کمک را کنند و درآمدهای مالیاتی را افزایش دهند. ماده ۱۶۹ و ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۹۴، اختیارات وسیعی به سازمان امور مالیاتی داده است که موجب سخت شدن فرار مالیاتی می‌گردد.

۳. تقویت سازمان امور مالیاتی

یکی از عواملی که احتمال کشف فرار مالیاتی را بالا خواهد برد و باعث فزونی هزینه‌های فرار مالیاتی بر منافع آن خواهد شد، اعتبارات سازمان مالیاتی برای بهبود عملکرد آن است. بدیهی است هر چه سازمان مالیاتی، اعتبارات بیش‌تری داشته باشد، توانایی استخدام نیروی انسانی متخصص و امکان بررسی پرونده‌های مالیاتی بیش‌تر را خواهد داشت و حسابرسی مالیاتی افزایش خواهد یافت. هم‌چنین هر چه تعداد سخت‌افزارها برای پردازش اطلاعات بیش‌تر شود، دقت و سرعت بررسی پرونده‌ها بیش‌تر خواهد شد و وصول مالیات بالاتر می‌رود و امکان فرار مالیاتی کاهش خواهد یافت.

سیستم مالیاتی، یک نهاد مهم و عنصر اصلی در سیاست درآمدی و سیستم‌های نظارتی یک کشور است. مالیات‌دهندگان به سیستم شامل افراد و نهادهایند. سیستم مالیاتی به تشکیل شدن عناصر کلیدی نظام مالی کمک می‌کند، مبنی بر این‌که چگونه مالیات‌ها و درآمدها افزایش می‌یابد و مصرف می‌شوند، چگونه سیاست‌ها طراحی می‌شوند و چگونه سیستم اداره می‌شود. در دموکراسی‌های نوپا و تعدادی از کشورهای در حال توسعه، پاسخ‌گو بودن سیستم‌های مالیاتی در خصوص این‌که منابع عمومی چگونه هزینه می‌شود، زمینه قوی برای شهروندان برای پرداخت مالیات به سیستم را فراهم می‌کند.^۱

۴. ساده‌سازی نظام مالیاتی

ساده‌سازی نظام مالیاتی، راه حلی برای روشن کردن و کارآمد ساختن قوانین لازم با هدف کاهش قدرت مأموران و ساده‌تر کردن و کم‌تر سلیقه‌ای کردن کنترل است. اصلاحات مالیاتی شامل ساده کردن مالیات‌ها و وصول آن‌ها بر مبنایی است که پنهان کردن یا کم‌تر قلمداد کردن آن‌ها دشوار است.^۲

۱. نوروزی و همکاران، پیشین، ص ۱۷.

2. Ackerman, rose, *the political economy of corruption and the global economy* (Washington DC institute for interna-

یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر در تضعیف اثربخشی سیاست‌های مالیاتی، پیچیدگی و ابهام در قوانین و مقررات مالیاتی است. این مسئله به تنهایی به کارآیی اجرای سیاست‌های مالیاتی صدمه وارد می‌کند. اصولاً چون قوانین وضع شده برای استفاده عموم مردم است و از طرفی میزان درک و فهم مردم با هم زیاد تفاوت دارد، اولاً قوانین پیچیده، قابل درک و فهم برای عموم نیست و ثانیاً زمینه تفسیرهای سلیقه‌ای و غلط برای سوء استفاده‌کنندگان فراهم می‌شود. منابع الزام‌آور قانونی و اجرایی در نظام مالیاتی توسط دو نهاد قانون‌گذار و دولت تهیه و تنظیم می‌گردد. تعدد و تورم ناروای قوانین و مقررات مالیاتی از یک سو و ابهام و نبود شفافیت قوانین مالیاتی از سوی دیگر، بعد قانونی و نبود شفافیت و وجود ابهام در قوانین و مقررات مالیاتی به عنوان دو عامل مهم تأثیرگذار بر کیفیت قوانین و مقررات مالیاتی محسوب می‌گردند.^۱

بند دوم. کنترل دسترسی

۱. برون‌سپاری محاسبات مالیاتی

فرهنگ مالیاتی در بعد مادی و معنوی خود از ابتدای قانون‌گذاری نوین مالیاتی و کارکرد سازمانی و نهادی در ایران دچار پس‌رفتگی و عقب افتادن از معیارهای نوین مالیاتی بوده است. این ارتباط سبب جا افتادن پدیده چانه‌زنی میزان مالیات بین مؤدی و مأموران مالیاتی می‌گردد. در ایالات متحده آمریکا، بریتانیا و در کشورهای مشترک‌المنافع بریتانیا، کوشش‌هایی که برای حذف کنترل دولت و کوچک کردن دستگاه حکومتی صورت گرفته، به بازنگری نقش مقامات دولتی منجر شده است. قانون‌گذار ایرانی، راهکارهایی برای غربال خروجی‌ها در فرار مالیاتی پیش‌بینی کرده است که تأمین مالیاتی از جمله این غربال‌هاست و در ماده ۱۶۱ قانون مالیات‌های مستقیم، اصلاحی ۱۳۹۴ پیش‌بینی شده است.

۲. جلوگیری از خروج مؤدیان بدهکار از کشور

این اختیار در زمره قرارهای سالب آزادی است که در مرحله تحقیقات مقدماتی کیفری توسط

1. (tional economics), 2015, p. 91.

۱. عزتی غریب‌دوستی، صمد و صمد قائم‌پناه، «خلاءهای قانونی فرار مالیاتی در حقوق مالی ایران»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، سال دهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۸، ص ۲۴۵.

مقامات قضایی قابل صدور است و ماده ۱۳۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، آن را به قرارهای تأمین افزوده است. هدف از آن نیز جلوگیری از فرار مجرمان مالیاتی از کشور است.

۳. منحرف کردن بزهکاران از آماج جرم

یکی از شگردهای مهم فرار مالیاتی، حساب‌سازی و ساختن دفترها و فاکتورهای متقلبانه به قصد کم نشان دادن سود به سازمان امور مالیاتی است. این امر در بند ۱ ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم با عنوان تنظیم دفاتر، اسناد و مدارک خلاف واقع و استناد به آن جرم‌انگاری شده است. قانون‌گذار تنها به جرم‌انگاری این رفتار بسنده نکرده و در ماده ۱۸۱ قانون مالیات‌های مستقیم با بررسی اسناد و حتی توقیف آن‌ها، نوعی پیش‌گیری وضعی از طریق منحرف کردن و نهی مجرمان از انجام جرم در پیش گرفته است.

بند سوم. تکنیک‌های مبتنی بر افزایش خطرهای قابل پیش‌بینی فرار مالیاتی

مراقبت و بررسی به دنبال ارائه این پیام به بزهکار بالقوه است که در صورت گذر از اندیشه به عمل، مشاهده، کنترل و دستگیر خواهد شد.^۱

الف. توسعه محافظت

۱. پایش تراکنش‌های بانکی

پایش تراکنش‌ها، احتمال کشف جرم را به شدت بالا می‌برد. تراکنش‌های بانکی در سیستم‌ها و حافظه کامپیوتری بانک‌ها ثبت و ضبط می‌شود و امکان بررسی آن‌ها وجود دارد. پژوهش‌ها نشان می‌دهد که احتمال کشف جرم بر رفتار مجرمان یقه‌سفید که فراریان مالیاتی جزء آن‌ها نیستند، تأثیر بیش‌تری بر بازدارندگی دارد.^۲

۱. ابراهیمی، پیشین، ص ۱۰۲.

۲. قورچی بیگی، مجید، پیش‌گیری وضعی از جرایم یقه‌سفیدها (مجموعه مقالات دانش‌نامه علوم جنایی اقتصادی)، تهران: میزان و معاونت توسعه مدیریت و منابع سازمان تعزیرات حکومتی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۶.

۲. کاهش گم‌نامی

سیاست جنایی ایران با هوشمندی، این نوع تکنیک را برای مبارزه با فرار مالیاتی در نظر گرفته است.

یک. سازوکار مقرر در ماده ۱۶۹ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم

هدف از تصویب این ماده، «شفافیت فعالیت‌های اقتصادی و استقرار نظام یکپارچه اطلاعات مالیاتی، پایگاه اطلاعات و هویتی و...» تعیین شده است. در اولین بسته اطلاعاتی سازمان‌ها، اطلاعات هویتی ذکر شده که شامل اطلاعات هویتی و مکانی اشخاص حقیقی و حقوقی است. به این شکل، گم‌نامی در برابر سازمان امور مالیاتی بسیار دشوار می‌شود، مگر این‌که شخصی اصولاً از سیستم بانکی استفاده نکند.

دو. صدور صورت حساب و درج شماره اقتصادی

سه. ایجاد پایگاه اطلاعات هویتی

طراحی شبکه اطلاعاتی که اطلاعات هویتی، معاملاتی، دارایی و اموال و فعالیت اقتصادی اشخاص و مؤدیان در آن درج گردد، از مهم‌ترین سیاست‌های دولت در سامان بخشیدن به شفافیت فعالیت‌های اقتصادی، رفع تبعیض مالیاتی و دریافت مناسب مالیات بر اساس منابع صحیح و واقعی‌سازی محسوب می‌گردد.

۳. تقویت نظارت رسمی

کنترل تراکنش‌های بانکی را که در تکنیک‌های دیگری از آن‌ها بحث کردیم، می‌توان ذیل این تکنیک هم دسته‌بندی کرد. تشکیل واحد بازرسی مالیاتی از جمله این اقدامات است.

بند چهارم. تکنیک‌های مبتنی بر کاهش منافع قابل پیش‌بینی جرم فرار مالیاتی

۱. مشخص کردن اموال

قانون‌گذار ایرانی از این تکنیک در ماده ۱۶۹ قانون مالیات‌های مستقیم استفاده کرده و صدور صورت حساب و درج شماره اقتصادی و طرف معامله در صورت حساب و قراردادهای دیگر اسناد را برای اشخاص حقوقی و صاحبان مشاغل ضروری دانسته است.

۲. استفاده از سامانه صندوق فروش

به منظور شفافیت هر چه بیشتر فعالیت اقتصادی مؤدیان در ماده ۱۶۹ قانون مالیات‌های مستقیم، راهکار ارتباط برخط سامانه فروش مؤدیان به سازمان امور مالیاتی در نظر گرفته شده که نگارنده آن را زیرمجموعه مشخص کردن اموال در نظر گرفته است؛ زیرا درآمد مؤدی از این طریق شفاف می‌شود و دیگر انگیزه‌ای برای فرار مالیاتی باقی نمی‌ماند.

سامانه صندوق مکانیزه فروش که با اسامی دیگری مانند صندوق مکانیزه فروش یا پایانه فروشگاهی و در عرف به دستگاه (POS) معروف است، ابزار کارآمد ثبت مبادلات اقتصادی به شمار می‌رود و در کشورهای بسیاری استفاده می‌شود. علاوه بر این، سیاست‌گذاران اقتصادی نیز (برای شفاف‌سازی جریان گردش اطلاعات کالا و خدمات در طول زنجیره)، تأکید زیادی بر آن دارند.

گفتار چهارم. تجزیه و تحلیل داده‌ها

بند اول. جامعه آماری و متغیرها

با توجه به موضوع تحقیق، یافتن راهکارهای جدید در پیش‌گیری از فرار مالیاتی و پاسخ‌گویی به علل ناکارآمدی در استفاده کامل از ظرفیت مالیاتی و چرایی فرار مالیاتی است. برای تحقیق کمی و کیفی که در بخش قبلی این مقاله اشاره شد، جامعه آماری به دو بخش به این شرح انتخاب گردید:

۱. جامعه آماری در بخش کیفی: در این روش، برای پاسخ‌گویی به سؤالات پرسش‌نامه، با جامعه آماری مصاحبه صورت گرفت که سازمان امور مالیاتی استان البرز برای مطالعه موردی انتخاب شد.

۲. جامعه آماری در بخش کمی: در این بخش برای تبیین مدل از معاونان، مشاوران، مدیران، رییسان قسمت‌ها و رییسان امور مختلف سازمان امور مالیاتی استان البرز (فعال و بازنشسته) به عنوان جامعه آماری استفاده شد که طبق آمار دقیق، تعداد این افراد، ۴۳۰ نفر است.

حجم نمونه برای روش کمی: همان گونه که در فرمول دیده می‌شود، حجم نمونه تقریباً برابر است با ۲۰۴ نفر. برای رسیدن به این حجم نمونه و بازگشت تعداد مطلوب، در مجموع، ۳۰۰ پرسش‌نامه توزیع شد که در نهایت، ۲۹۰ پرسش‌نامه جمع‌آوری گردید و با حذف پرسش‌نامه‌های ناقص، ۲۸۳ پرسش‌نامه تجزیه و تحلیل گردید.

- حجم نمونه برای روش کیفی: چون در تحقیق حاضر، جامعه آماری در بخش کیفی، ۹ نفر بود، از روش سرشماری استفاده گردید.
- متغیر وابسته: راهکارهای پیش‌گیری وضعی.
- متغیرهای مستقل: افزایش زحمت، افزایش خطرات، کاهش منافع، کاهش تحریک، حذف بهانه‌ها.

جدول متغیرهای اصلی پرسش‌نامه (متغیرهای تحقیق)

متغیر	ابعاد	شماره سؤالات
راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	افزایش زحمت	۱ تا ۱۰
	افزایش خطرات	۱۱ تا ۲۰
	کاهش منافع	۲۱ تا ۳۰
	کاهش تحریک	۳۱ تا ۴۰
	حذف بهانه‌ها	۴۱ تا ۴۶

در این تحقیق از ۴۷ پرسش برای متغیرهای تحقیق استفاده شده است که هر یک دارای طیف لیکرت پنج‌گزینه‌ای هستند. برای تجزیه و تحلیل پرسش‌نامه ابتدا سؤالات کدگذاری خواهند شد.

جدول کدهای تخصیص یافته به گزینه‌های سؤالات پرسش‌نامه

میزان موافقت با سؤال مورد نظر	کاملاً مخالفم	مخالفم	بی نظر	موافقم	کاملاً موافقم
کدگذاری	۱	۲	۳	۴	۵

- الف) مرحله اول از طریق نسبت اعتبار محتوایی CVR
- ب) مرحله دوم از طریق شاخص روایی محتوایی (CVI)
- آزمون پایایی: از طریق مقدار آلفای کرونباخ برای تمام متغیرها، از حد قابل قبول برای مقاصد کاربردی که ۰/۷ است، بیش‌تر است. پس می‌توان ادعا کرد که پرسش‌نامه مورد نظر دارای پایایی قابل قبول است. نتایج این آزمون به پیوست گزارش شده است.

جدول آزمون آلفای کرونباخ برای پایایی پرسش‌نامه

متغیرها	مقدار آلفای کرونباخ
افزایش زحمت	۰٫۹۱۹
افزایش خطرات	۰٫۸۰۳
کاهش منافع	۰٫۹۳۳
کاهش تحریک	۰٫۸۹۶
حذف بهانه‌ها	۰٫۷۶۵
راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	۰٫۸۹۳

بند دوم. تجزیه و تحلیل داده‌ها

پس از جمع‌آوری کامل پرسش‌نامه‌ها و نمره‌گذاری آن‌ها، همه اطلاعات به دست آمده با استفاده از روش‌های آماری توصیفی و استنباطی بررسی شد. داده‌هایی که به صورت نمونه‌ای جمع‌آوری شده و هدف از آن، تعمیم نتیجه به کل جامعه است، تأکید بر آمار استنباطی است، اما برای ارائه شمای کلی از داده‌ها و خلاصه کردن آن از آمار توصیفی نیز استفاده می‌شود. تمام نتایج این بخش درباره نمونه مورد نظر صادق است و قابل تعمیم به کل جامعه. سپس به محاسبه مدل معادلات اندازه‌گیری (برای روایی سازه) هر یک از سازه‌های اصلی با استفاده از تحلیل عاملی تأییدی (CFA) پرداختیم. پس از آن، محاسبه و برازش مدل مفهومی با استفاده از مدل معادلات ساختاری انجام شد که آمیزه‌ای از نمودار تحلیل مسیر است. تحلیل عاملی تأییدی به منظور شناسایی و معرفی راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی با استفاده از نرم‌افزارهای LISREL و SPSS انجام گردید. در ادامه برای پاسخ‌گویی به پرسش‌های پژوهش و آزمون فرضیه‌های آماری پژوهش، از آزمون‌های آماری ذکرشده در این جدول استفاده شده است.

جدول آزمون‌های مورد استفاده جهت آمار استنباطی

ردیف	آزمون مورد استفاده	جهت مورد استفاده
۱	آلفای کرونباخ	جهت بررسی پایایی سؤالات پرسش‌نامه
۲	آزمون کولموگروف-اسمیرنوف	جهت انتخاب نوع آماری
۳	آزمون رگرسیون هم‌زمان (معادلات ساختاری)	تبیین مدل راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی

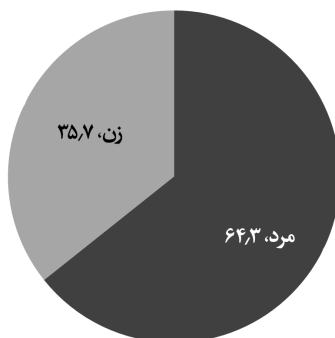
۱. آمار توصیفی جمعیت‌شناختی

۲. جنسیت پاسخ‌دهندگان

جدول فراوانی مطلق و نسبی توزیع جنسیت در نمونه آماری پاسخ‌دهندگان

جنسیت	فراوانی مطلق	فراوانی نسبی درصد
مرد	۱۸۲	۶۴,۳
زن	۱۰۱	۳۵,۷
مجموع	۲۸۳	۱۰۰,۰

همان‌طور که در جدول مشاهده می‌شود، بیش‌تر پاسخ‌دهندگان (۶۴ درصد)، مردند و ۳۵ درصد، زن.



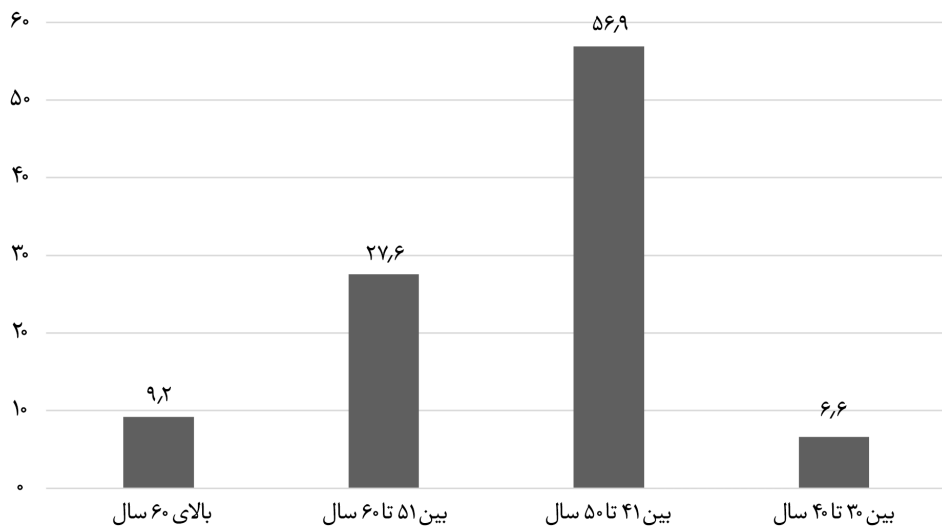
نمودار توزیع فراوانی جنسیت پاسخ‌دهندگان

۳. وضعیت سن افراد پاسخ‌دهنده

جدول فراوانی مطلق و نسبی توزیع سن افراد پاسخ‌دهنده نمونه آماری

سن	فراوانی مطلق	درصد فراوانی نسبی
بین ۳۰ تا ۴۰ سال	۱۸	۶,۴
بین ۴۱ تا ۵۰ سال	۱۶۱	۵۶,۹
بین ۵۱ تا ۶۰ سال	۷۸	۲۷,۶
بالای ۶۰ سال	۲۶	۹,۲
مجموع	۲۸۳	۱۰۰,۰

جدول نشان می‌دهد که میزان سن افراد پاسخ‌دهنده، (۶,۴ درصد) بین ۳۰ تا ۴۰ سال، (۵۶,۹ درصد) بین ۴۱ تا ۵۰ سال، (۲۷,۶ درصد) بین ۵۱ تا ۶۰ سال و (۹,۲ درصد) بالای ۶۰ سال سن دارند. بیش‌ترین پاسخ‌دهندگان از رده سنی بین ۴۱ تا ۵۰ سال هستند.



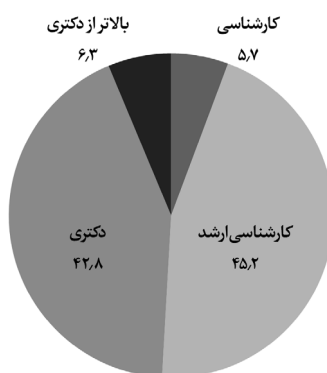
نمودار توزیع فراوانی سن افراد پاسخ‌دهندگان

۴. وضعیت تحصیلات پاسخ‌دهندگان

جدول فراوانی مطلق و نسبی توزیع تحصیلات در نمونه آماری

تحصیلات	فراوانی مطلق	درصد فراوانی نسبی
کارشناسی	۱۶	۵,۷
کارشناسی ارشد	۱۲۸	۴۵,۲
دکتری	۱۲۱	۴۲,۸
بالتر از دکتری	۱۸	۶,۳
مجموع	۲۸۳	۱۰۰,۰

مطابق با داده‌های حاصل از پرسش‌نامه‌ها، ۵,۷ درصد پاسخ‌دهندگان به گروه کارشناسی و ۴۵,۲ درصد به گروه کارشناسی ارشد، ۴۲,۸ درصد به گروه دکتری و ۶,۳ درصد به گروه بالاتر از دکتری اختصاص دارد. هم‌چنین وضعیت تحصیلات پاسخ‌دهندگان نشان می‌دهد که کم‌ترین درصد افراد به تحصیلات کارشناسی و بیش‌ترین درصد به افراد تحصیلات کارشناسی ارشد اختصاص دارد.



نمودار توزیع فراوانی تحصیلات افراد پاسخ‌دهندگان

بند سوم. آمار استنباطی

۱. آزمون‌های نرمالیتی پرسش‌نامه

ابتدا به منظور تعیین آزمون‌های آماری می‌بایست نرمال بودن شاخص‌های پرسش‌نامه با استفاده از آزمون کولموگروف-اسمیرنوف بررسی گردد. آزمون فرض نرمالیتی به صورت زیر بیان می‌گردد:

$$\begin{cases} H_0: & \text{داده‌ها نرمال هستند (داده‌ها از جامعه نرمال آمده‌اند)} \\ H_1: & \text{داده‌ها نرمال نیستند (داده‌ها از جامعه نرمال نیامده‌اند)} \end{cases}$$

نتایج آزمون نرمالیتی به طور خلاصه در جدول به این شرح نشان داده شده است:

جدول شماره نتایج آزمون نرمالیتی پرسش‌نامه (منبع: یافته‌های تحقیق)

متغیرها و شاخص‌ها	سطح معنی‌داری	نتیجه آزمون
افزایش زحمت	۰٫۶۳۲	قبول فرض صفر
افزایش خطرات	۰٫۵۰۵	قبول فرض صفر
کاهش منافع	۰٫۰۸۷۴	قبول فرض صفر
کاهش تحریک	۰٫۸۱۴	قبول فرض صفر
حذف بهانه‌ها	۰٫۰۹۵	قبول فرض صفر
کل	۰٫۱۱۲	قبول فرض صفر

همان گونه که در جدول بالا نشان داده شده است، برای تمامی شاخص‌های تحقیق، سطح معنی‌داری آزمون کولموگروف-اسمیرنوف نشان می‌دهد که بزرگ‌تر از مقدار خطای ۰٫۰۵ است و در نتیجه، فرض صفر در سطح معنی‌داری ۰٫۰۵ قابل قبول است.

۲. آزمون KMO^۱

برای بررسی کفایت نمونه‌گیری از آزمون KMO استفاده می‌شود. در جدول شماره (۴-۷)، نتایج آزمون KMO برای هر یک از متغیرهای تحقیق آورده شده است.

نتایج آزمون KMO

شاخص‌ها	مقدار آزمون KMO
افزایش زحمت	۰٫۸۰۱
افزایش خطرات	۰٫۹۲۲
کاهش منافع	۰٫۷۶۲
کاهش تحریک	۰٫۰۸۸۲
حذف بهانه‌ها	۰٫۸۵۱

همان طور که از جدول شماره (۴-۷) مشخص است، تمامی ضرایب آزمون KMO بالاتر از ۰٫۷۰ است که در سطح مطلوبی قرار دارد و از کفایت نمونه‌گیری برای تحلیل عاملی حکایت می‌کند.

برای بررسی مدل اندازه‌گیری فرضیه‌های پژوهش، از آزمون‌های روایی و پایایی استفاده می‌شود. معیارهای اصلی که روایی و پایایی برای مدل اندازه‌گیری را با آن می‌توان سنجید، در جدول ذکر شده است. کفایت مدل اندازه‌گیری (Outer Model) از سه بعد مختلف سنجیده می‌شود:

الف) پایایی سنجه‌ها و سازه‌ها^۲

ب) روایی همگرا^۳

ج) روایی واگرا^۴

1. Kaiser-Meyer-Olkin

2. individual item and construct reliabilities

3. Convergent validity

4. Discriminant validity

۳. پایایی سنج‌ها و سازه‌ها

برای تعیین پایایی سنج‌ها در معادلات ساختاری از بار عاملی آن‌ها استفاده می‌شود. این معیار نشان‌دهنده هم‌بستگی این سنج‌ها در سازه مربوط است. حداقل میزان قابل قبول برای بار عاملی هر یک از سنج‌ها بنا به نظر هالند (1999)، برابر با 4/0 است. سنج‌هایی که بار عاملی آن‌ها کمتر از این میزان باشد، باید از فرآیند آزمون کنار گذاشته شوند. جدول (9-4)، بارهای عاملی برای سنج‌های تحقیق حاضر را نشان می‌دهد:

جدول بارهای عاملی در مدل اندازه‌گیری

حذف بهانه‌ها	کاهش تحریک	کاهش منافع	افزایش خطرات	افزایش زحمت	سوالات
				۰٫۸۲	int1
				۰٫۸۸	int2
				۰٫۷۹	int3
				۰٫۸۳	int4
				۰٫۸۲	Int5
				۰٫۶۹	Int6
				۰٫۷۱	Int7
			۰٫۷۴		Int8
			۰٫۸۰		Int9
			۰٫۹۱		Int10
			۰٫۸۴		Int11
			۰٫۶۵		Int12
			۰٫۷۷		Int13
			۰٫۷۶		Int14

سؤالات	افزایش زحمت	افزایش خطرات	کاهش منافع	کاهش تحریک	حذف بهانه‌ها
Int15			۰٫۶۸		
Int16			۰٫۸۶		
Int17			۰٫۷۳		
Int18			۰٫۶۴		
Int19			۰٫۶۶		
Int20			۰٫۷۷		
Int21			۰٫۸۵		
Int22			۰٫۷۸		
Int23				۰٫۸۸	
Int24				۰٫۸۴	
Int25				۰٫۸۹	
Int26				۰٫۹۳	
Int27				۰٫۷۶	
Int28				۰٫۸۴	
Int29				۰٫۷۶	
Int30				۰٫۷۳	
Int31					۰٫۸۱
Int32					۰٫۹۶
Int33					۰٫۶۳
Int34					۰٫۸۹
Int35					۰٫۷۳
Int36					۰٫۸۵

نتایج جدول نشان می‌دهد که بار عاملی برای تمامی سنجه‌ها بالاتر از $0/4$ است. پس وجود این سؤالات در مدل تحقیق منجر به ایجاد شاخص‌های روایی سازه می‌گردد و مورد تأیید خواهد بود.

یک. پایایی ترکیبی

در روش‌های مدل‌یابی معادلات ساختاری، جهت ارزیابی پایایی سازه‌های مورد بررسی در مدل تحقیق، از دو شاخص آلفای کرونباخ^۱ و پایایی ترکیبی^۲ استفاده می‌شود. در این جا به پایایی ترکیبی اشاره می‌شود که برای هر یک از سازه‌های تحقیق در جدول زیر ارائه شده است.

جدول شاخص‌های پایایی ترکیبی سازه‌های تحقیق

Composite Reliability	بعدها
۰/۹۴۰	افزایش زحمت
۰/۹۲۱	افزایش خطرات
۰/۸۹۲	کاهش منافع
۰/۹۴۶	کاهش تحریک
۰/۹۲۰	حذف بهانه‌ها

بر اساس مشخصات این جدول، تمامی سازه‌های تحقیق، این شرایط حداقلی را برای پایایی ترکیبی (حداقل $0/70$) برآورده کرده‌اند و حتی در سطحی بسیار بالاتر از آن قرار دارند.

1. Cronbach's Alpha

2. Composite Reliability

جدول معیار Fornell-Larcker

حذف بهانه‌ها	کاهش تحریک	کاهش منافع	افزایش خطرات	افزایش زحمت	بعدها
				۰/۹۱۶	افزایش زحمت
			۰/۸۶۳	۰/۷۹۷	افزایش خطرات
		۰/۸۲۲	۰/۷۴۰	۰/۷۵۷	کاهش منافع
	۰/۹۲۴	۰/۷۵۵	۰/۸۶۱	۰/۷۹۶	کاهش تحریک
۰/۸۹۲	۰/۸۳۷	۰/۷۶۸	۰/۷۷۱	۰/۷۶۷	حذف بهانه‌ها

همان‌طور که در جدول مشاهده می‌کنید، در بررسی معیار فورنل لاکر نشان داده شده است که مقادیر موجود در روی قطر اصلی ماتریس (ریشه دوم مقادیر واریانس شرح داده شده (AVE)) از همه مقادیر موجود در سطر و ستون مربوط بزرگ‌ترند. این امر نیز نشان‌دهنده هم‌بستگی شاخص‌ها با سازه وابسته به آن‌هاست و در بررسی روایی و پیاپی مدل با در نظر گرفتن آستانه قبولی برای شاخص‌های یادشده در جدول (۴-۱۲)، تمامی نتایج به دست آمده در مدل اندازه‌گیری تأیید می‌شود.

دو. تحلیل عاملی تأییدی (مدل اندازه‌گیری) متغیرهای مکنون^۱ (پنهان)

شکل زیر، مدل اندازه‌گیری متغیرهای مکنون را در حالت تخمین استاندارد نشان می‌دهد. بارهای عاملی مدل در حالت تخمین استاندارد، میزان تأثیر هر کدام از متغیرها یا گویه‌ها را در توضیح و تبیین واریانس نمرات متغیر یا عامل اصلی نشان می‌دهد.

جدول بارهای عاملی تخمین استاندارد و تی معنی‌داری در مدل تأییدی مرحله دوم

ابعاد	تخمین استاندارد (بالاتر از ۰/۵۰)	تی معنی‌داری (بزرگ‌تر از ۰/۰۵)
افزایش زحمت	۰/۹۱	۱۰/۸۵
افزایش خطرات	۰/۸۶	۱۱/۰۳

۱. Latent

ابعاد	تخمین استاندارد (بالتر از ۰٫۵۰)	تی معنی‌داری (بزرگ‌تر از ۱٫۹۶)
کاهش منافع	۰٫۷۹	۱٫۹۷
کاهش تحریک	۰٫۸۹	۱٫۳۶
حذف بهانه‌ها	۰٫۷۸	۱٫۴۸

گفتار پنجم. پاسخ به سؤالات تحقیق

بند اول. پاسخ به پرسش اصلی تحقیق

سؤال اصلی تحقیق: راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی چه مؤلفه‌ها و شاخص‌هایی دارد؟ در پاسخ به سؤال اصلی، تحقیق به دو صورت ارائه می‌گردد. در بخش اول، کلیت مدل مفهومی برازش‌یافته بررسی می‌شود. در بخش دوم، معیارهای اندازه‌گیری معادلات ساختاری در روابط بین متغیرهاست که در بخش اول برای بررسی کلیت مدل مفهومی تحقیق به این شرح ارائه می‌گردد:

۱. بررسی مدل کلی با شاخص‌های معادلات ساختاری

با توجه به انجام مصاحبه اولیه و تحقیق میدانی، مؤلفه‌ها و شاخص‌ها از طریق ادبیات نظری استخراج شده و برای تبیین مدل مفهومی بر مبنای داده‌های کمی برای راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی از طریق پرسش‌نامه اندازه‌گیری و با استفاده از مدل معادلات ساختاری، خروجی نرم‌افزار نشان دهنده مناسب بودن مدل ساختاری برازش‌یافته برای آزمون سؤال‌های تحقیق است. نسبت χ^2 به df کم‌تر از ۳ است. میزان $RMSEA = 0.070$ نیز نشان دهنده مناسب بودن برازش مدل ساختاری است.

۲. برازش مدل کلی با معیار SOF

این معیار شامل هر دو بخش مدل اندازه‌گیری و ساختاری می‌شود و با تأیید برازش آن، بررسی برازش در یک مدل کامل می‌شود. معیار GOF توسط تننهاوس و همکاران^۱ (۲۰۰۴) به عنوان برازش

۱. gk Tenenhaus et al

مدل کلی ابداع شد و از طریق فرمول زیر محاسبه می شود:

$$GOF = \sqrt{\text{Commuality} \times R^2} \quad \text{فرمول ۱:}$$

جدول مقادیر اشتراکی و R Square متغیرهای درون‌زا

Commuality	R Square	متغیرهای پنهان درونی
۰٫۵۳۲	۰٫۹۱۲	افزایش زحمت
۰٫۶۰۹	۰٫۹۱	افزایش خطرات
۰٫۵۷۱	۰٫۸۸	کاهش منافع
۰٫۶۷۶	۰٫۸۴	کاهش تحریک
۰٫۵۵۶	۰٫۷۶	حذف بهانه‌ها

مقادیر جدول بالا در این فرمول قرار داده شد:

$$GOF = \sqrt{\text{AVG} \times R^2}$$

با توجه به سه مقدار ۰٫۲۵، ۰٫۳۶ و ۰٫۳۶ که به عنوان مقادیر ضعیف، متوسط و قوی برای GOF تعریف شده‌اند، حصول مقدار ۰٫۵۶۴۳ نشان از برازش کلی قوی مدل دارد. با نگاهی به خروجی لیززل با شاخص‌های نیکویی برازش بالای ۹۰ درصد و برازش کلی مدل با معیار GOF می‌توان ادعا کرد مدل ارائه شده برای راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی مناسب است. به عبارتی، این کلیت مدل معادلات ساختاری روایی سازه‌ای برای برازش مورد تأیید است.

۳. تحلیل معیارهای تبیین متغیرهای مدل

بخش مدل ساختاری بر خلاف مدل‌های اندازه‌گیری، شاخص‌ها (متغیرهای آشکار) را در نظر نمی‌گیرد و تنها متغیرهای پنهان همراه با روابط میان آن‌ها را بررسی می‌کند.

جدول مقادیر ضرایب معناداری روابط مدل و وضعیت روابط بین متغیرها

نتیجه آزمون	مقدار T-Value	مسیر
تأیید تأثیر	۱۰,۸۵	افزایش زحمت ← راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی
تأیید تأثیر	۱۱,۰۳	افزایش خطرات ← راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی
تأیید تأثیر	۱۰,۹۷	کاهش منافع ← راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی
تأیید تأثیر	۱۰,۳۶	کاهش تحریک ← راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی
تأیید تأثیر	۱۰,۴۸	حذف بهانه ← راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی

بند دوم. سؤال فرعی اول تحقیق

آیا مؤلفه افزایش زحمت بر راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی تأثیر معنی‌داری دارد؟

تأثیرعامل مستقل وعامل وابسته	رابطه	ضرایب مسیر	t-value	نتیجه آزمون
مؤلفه افزایش زحمت بر راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	افزایش زحمت ← راهکارهای پیش‌گیری	۰,۹۱	۱۰,۸۵	تأیید

تأثیر شاخص‌های شناسایی شده مؤلفه افزایش زحمت به این شرح بررسی خواهد شد:

جدول شاخص‌های مؤلفه‌های افزایش زحمت بر راهکارهای پیش‌گیری

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰,۸۲	۴,۰۱	با احتمال کشف درآمدهای مشمول مالیات	تأیید تأثیر
۰,۸۸	۳,۱۵	مطالبه مالیاتی از مردم بیش از حد توانایی آن‌ها	تأیید تأثیر
۰,۷۹	۳,۵۴	هم‌خوانی قانون مالیات‌های مستقیم با وضعیت اقتصادی کشور	تأیید تأثیر
۰,۸۳	۴,۶۵	میزان کاهش بار مالیاتی	تأیید تأثیر

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰٫۸۲	۵٫۱۲	استفاده از دستگاه پوز	تأیید تأثیر
۰٫۶۹	۵٫۳۶	افزایش شفافیت اقتصادی	تأیید تأثیر
۰٫۷۱	۵٫۳۴	رایانه‌ای شدن فرآیندها در سازمان امور مالیاتی	تأیید تأثیر

بر اساس نتایج جدول، با انجام آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار T به دست آمد. چون مقدار آماره T بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است، فرض صفر رد و فرض مقابل پذیرفته می‌شود. سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول بالا، تأثیر مستقیم و مثبت را نشان می‌دهد.

بند سوم. سؤال فرعی دوم تحقیق

آیا مؤلفه افزایش خطرات بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی تأثیر معنی‌داری دارد؟

جدول مقادیر ضریب مسیر و t-value (افزایش خطرات بر راهکارهای پیش‌گیری)

تأثیر عامل مستقل و عامل وابسته	رابطه	ضرایب مسیر	t-value	نتیجه آزمون
مؤلفه افزایش خطرات بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	افزایش زحمت ← راهکارهای پیش‌گیری	۰٫۸۶	۱۱٫۰۳	تأیید

نتایج نشان می‌دهد که در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار $T = ۱۱٫۰۳$ بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است؛ یعنی مؤلفه «افزایش خطرات» بر «راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی» در سطح اطمینان ۹۵٪ مؤثر است و میزان تأثیر، برابر با ۰٫۸۶ است که حاکی از تأثیر مستقیم و مثبت است.

جدول شاخص‌های مؤلفه افزایش خطرات بر راهکارهای پیش‌گیری

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰٫۷۴	۵٫۳۴	شفافیت فرار مالیاتی از طریق فناوری اطلاعات	تأیید تأثیر
۰٫۸۰	۷٫۳۱	ایجاد پایش تراکنش‌های بانکی	تأیید تأثیر

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰٫۹۱	۵٫۹۷	توسعه اینترنت و شبکه‌های هوشمند و هوش مصنوعی	تأیید تأثیر
۰٫۸۴	۶٫۰۳	اختصاص شماره اقتصادی	تأیید تأثیر
۰٫۶۵	۶٫۳۱	ایجاد پایگاه اطلاعاتی هویتی مؤدیان در اداره کل استان	تأیید تأثیر
۰٫۷۷	۶٫۱۷	ایجاد مشارکت و همکاری بانک‌ها با سازمان مالیاتی	تأیید تأثیر
۰٫۷۶	۵٫۶۹	وجود حسابرسی و ممیزی اسناد و ترازنامه‌های مؤدیان	تأیید تأثیر

بر اساس نتایج جدول، با انجام آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار T به دست آمد. چون مقدار آماره T بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است، فرض صفر رد و فرض مقابل پذیرفته می‌شود. سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول بالا، تأثیر مستقیم و مثبت را نشان می‌دهد.

بند چهارم. سؤال فرعی سوم تحقیق

آیا مؤلفه کاهش منافع بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی تأثیر معنی‌داری دارد؟

پس از شناسایی مؤلفه کاهش منافع به عنوان یکی از راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی و استخراج متغیرهای پنهان با استفاده از تحلیل عاملی، به منظور تأیید عوامل و تعیین شدت تأثیر از مدل‌سازی معادلات ساختاری برازش یافته و نتایج در جدول زیر به این شرح ارائه می‌گردد:

جدول مقادیر ضریب مسیر و t-value (کاهش منافع بر راهکارهای پیش‌گیری)

تأثیر عامل مستقل و عامل وابسته	رابطه	ضرایب مسیر	t-value	نتیجه آزمون
مؤلفه کاهش منافع بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	کاهش منافع ← راهکارهای پیش‌گیری	۰٫۷۹	۱۰٫۹۷	تأیید

نتایج نشان می‌دهد که در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار $T = ۱۰٫۹۷$ بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است؛ یعنی مؤلفه «کاهش منافع» بر «راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی» در سطح اطمینان ۹۵ درصد مؤثر است و میزان تأثیر، برابر با ۰٫۷۹ است.

جدول شاخص‌های مؤلفه کاهش منافع بر راهکارهای پیش‌گیری

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰,۶۸	۵,۰۳	امکان جلوگیری از خروج مؤدیان مالیاتی بدهکار	تأیید تأثیر
۰,۸۶	۵,۹۶	امکان حذف پول نقد و استفاده از پول الکترونیکی	تأیید تأثیر
۰,۷۳	۳,۶۴	ایجاد فرآیند مبارزه با کاهش فساد (سلامت اداری) در درون سازمان امور مالیاتی	تأیید تأثیر
۰,۶۴	۶,۸۵	وجود پول نقد در حال حاضر	تأیید تأثیر
۰,۶۶	۵,۹۷	امکان برخورد قضایی و کیفری یا گزارش فرار مالیاتی به دادستانی مالیاتی	تأیید تأثیر
۰,۷۷	۴,۶۶	مسئولیت‌پذیری اداره کل مالیاتی در مبارزه با فرار مالیاتی	تأیید تأثیر
۰,۸۵	۴,۶۸	تصویر ذهنی مردم از فرار مالیاتی به عنوان عملی ناپسند	تأیید تأثیر
۰,۷۸	۳,۶۷	ایجاد تسهیل ارسال اظهارنامه مالیاتی از طریق مشارکت اصناف	تأیید تأثیر

بر اساس نتایج جدول، با انجام آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار T به دست آمد. چون مقدار آماره T بزرگ‌تر از ۱,۹۶ است، فرض صفر رد و فرض مقابل پذیرفته می‌شود. سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول بالا، تأثیر مستقیم و مثبت را نشان می‌دهد.

بند پنجم. سؤال فرعی چهارم تحقیق

آیا مؤلفه کاهش تحریک بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی تأثیر معنی‌داری دارد؟

پس از شناسایی مؤلفه کاهش تحریک به عنوان یکی از راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی و استخراج متغیرهای پنهان با استفاده از تحلیل عاملی، به منظور تأیید عوامل و تعیین شدت تأثیر از

مدل سازی معادلات ساختاری برازش یافته و نتایج در جدول به این شرح ارائه می‌گردد:

جدول مقادیر ضریب مسیر و t-value (کاهش تحریک بر راهکارهای پیش‌گیری)

تأثیر عامل مستقل و عامل وابسته	رابطه	ضرایب مسیر	t-value	نتیجه آزمون
مؤلفه کاهش تحریک بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	کاهش تحریک ← راهکارهای پیش‌گیری	۰٫۸۹	۱۰٫۳۶	تأیید

نتایج نشان می‌دهد که در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار $T = ۱۰٫۳۶$ = بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است؛ یعنی مؤلفه «کاهش تحریک» بر «راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی» در سطح اطمینان ۹۵ درصد مؤثر است و میزان تأثیر، برابر با ۰٫۸۹ است که حاکی از تأثیر مستقیم و مثبت است.

جدول شاخص‌های مؤلفه کاهش تحریک بر راهکارهای پیش‌گیری

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰٫۸۸	۶٫۰۱	هشدارهایی مبنی بر اعلام «فرار مالیاتی جرم است» با استفاده از رسانه‌های جمعی	تأیید تأثیر
۰٫۸۴	۸٫۳۱	ایجاد شفافیت اقتصادی	تأیید تأثیر
۰٫۸۹	۶٫۰۳	افزایش انتشار اخبار فساد اقتصادی منجر به افزایش تمایل مردم به فرار مالیاتی	تأیید تأثیر
۰٫۹۳	۵٫۳۴	امکان تغییر در مبلمان شهری	تأیید تأثیر
۰٫۷۶	۶٫۳۴	ایجاد دسترسی برخط به حساب‌های بانکی مؤدیان	تأیید تأثیر
۰٫۸۴	۴٫۶۵	وجود رعایت استانداردهای رفتاری پرسنل با مؤدیان	تأیید تأثیر
۰٫۷۶	۳٫۶۷	درک و احساس مؤدیان از وجود برخورد منصفانه کارمندان مالیاتی	تأیید تأثیر
۰٫۷۳	۴٫۹۷	ایجاد برخورد عادلانه و بدون تبعیض با مؤدیان از سوی سازمان مالیاتی	تأیید تأثیر

بر اساس نتایج جدول، با انجام آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار T به دست آمد. چون مقدار آماره T بزرگ‌تر از ۱٫۹۶ است، فرض صفر رد و فرض مقابل پذیرفته می‌شود. سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول بالا، تأثیر مستقیم و مثبت را نشان می‌دهد.

۵. سؤال فرعی پنجم تحقیق

آیا مؤلفه حذف بهانه‌ها بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی تأثیر معنی‌داری دارد؟

پس از شناسایی مؤلفه حذف بهانه‌ها به عنوان یکی از راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی و استخراج متغیرهای پنهان با استفاده از تحلیل عاملی، به منظور تأیید عوامل و تعیین شدت تأثیر از مدل‌سازی معادلات ساختاری برآزش یافته و نتایج در جدول به این شرح ارائه می‌گردد:

جدول مقادیر ضریب مسیر و t -value (حذف بهانه‌ها بر راهکارهای پیش‌گیری)

تأثیر عامل مستقل و عامل وابسته	رابطه	ضرایب مسیر	t-value	نتیجه آزمون
مؤلفه حذف بهانه‌ها بر راهکار پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی	حذف بهانه‌ها ← راهکارهای پیش‌گیری	۰٫۷۸	۱۰٫۴۸	تأیید

جدول شاخص‌های مؤلفه حذف بهانه‌ها بر راهکارهای پیش‌گیری

ضریب مسیر	آماره T	تأثیر متغیرها	نتیجه آزمون
۰٫۸۱	۴٫۳۱	وجود ضعف پرسنل و اداره دارایی مؤدیان مالیاتی	تأیید تأثیر
۰٫۹۶	۶٫۴۹	اثرگذاری وجود فرار مالیاتی به عنوان امری شایع در تمکین مالیاتی مؤدیان خوش حساب	تأیید تأثیر
۰٫۶۳	۵٫۶۴	مواجهه مؤدیان با پیشرفت و توسعه شهر کرج در زمینه امکانات شهری	تأیید تأثیر
۰٫۸۹	۶٫۳۲	تأثیر تعدیل و تنظیم مالیات بر اساس اعلام میزان درآمدهای مالیاتی مؤدیان بر اساس درآمد همکارانشان	تأیید تأثیر

تأثیر متغیرها	آماره T	ضریب مسیر	نتیجه آزمون
وجود فساد درون سازمانی به عنوان مهم‌ترین دلیل طمع فراریان مالیاتی	۵,۷۹	۰,۷۳	تأیید تأثیر
احساس سلامت و دوری از هرگونه فساد اقتصادی در محیط کاری	۵,۵۵	۰,۸۰	تأیید تأثیر

بر اساس نتایج جدول، با انجام آزمون در سطح اطمینان ۹۵ درصد، مقدار T به دست آمد. چون مقدار آماره T بزرگ‌تر از ۱,۹۶ است، فرض صفر رد و فرض مقابل پذیرفته می‌شود. سطح اطمینان ۹۵ درصد میزان تأثیر برای هر یک از شاخص‌ها بر اساس جدول بالا، تأثیر مستقیم و مثبت را نشان می‌دهد.

جدول راهکارهای پیش‌گیری از فرار مالیاتی

سخت کردن آماج جرم	کنترل دسترسی به آماج	غیرال خروجی‌ها	منحرف کردن بزهکار از آماج جرم	کنترل وسایل تسهیل جرم
۱- پیش‌گیری از پول شویی ۲- نظارت بر حساب‌های بانکی ۳- تقویت سازمان امور مالیاتی از طریق تقویت نرم‌افزاری و پرسنلی ۴- حسابرسی ۵- استفاده از هوش مصنوعی ۶- ساده‌سازی نظام مالیاتی ۷- بازرسی از مراکز فعالیت اقتصادی و بررسی اسناد فعالیت‌های اقتصادی	۱- برون‌سپاری محاسبات مالیاتی ۲- گسترش دولت الکترونیکی ۳- افزایش شفافیت اقتصادی	۱- تأمین مالیاتی ۲- جلوگیری از خروج مؤدیان مالیاتی بدعکار از کشور ۳- ابطال معاملات به قصد فرار از مالیات	۱- حذف تدریجی پول نقد ۲- کنترل کارت بازرگانی و شرکت‌های کاغذی از طریق اعتبارسنجی ۳- مالیات‌ستانی از مبدأ مانند مالیات‌ستانی کامل در ورودی گمرک	

دلایل وقوع فرار مالیاتی
در نظام حقوقی ایران

تقویت نظارت رسمی	استفاده از مدیران محلی در پیش‌گیری از جرم	کاهش گم‌نامی	کمک به نظارت طبیعی	توسعه محافظت	افزایش خطرات
بازرسی حساب‌های بانکی و اسناد مالی فعالان اقتصادی		۱- دریافت اطلاعات اقتصادی فعالان اقتصادی از بانک ادارات ثبت ۲- صدور صورت حساب و درج شماره اقتصادی ۳- ایجاد پایگاه اطلاعات هویتی	توسعه آزادی اجتماعی و سیاسی و ایجاد دموکراسی	پایش تراکشن‌ها	

از بین بردن سود	برهم زدن بازار غیر قانونی	مشخص کردن اموال	از دسترس خارج کردن آماج جرم	نهان کردن آماج جرم	کاهش منافع
	۱- الزام صاحبان دستگاه‌های کارت خوان به اتصال به شبکه مالیاتی ۲- تفکیک حساب‌های بانکی به شخصی و تجاری ۳- ارسال پیامک به صاحبان تجاری که حساب‌هایشان مشمول مالیات است	الزام مؤدیان و فعالان اقتصادی در استفاده از سامانه صندوق فروش			

نهی از تقلید	خشی کردن فشار روانی	کاهش تحریک هیجانی	اجتناب از ستیزه	کاهش ناکامی و فشار	کاهش تحریک
به کارگیری اقتصاد رفتاری ۲- استفاده از ابزارهای نمادین و تشویقی ۳- نفی تبعیض بین مؤدیان	به کارگیری هوشمندانه تلنگرها		۱- پاسخ‌گویی در خصوص هزینه‌کرد درآمدهای مالیاتی ۲- ایجاد هنجارهای مالیاتی ۳- ایجاد انصاف مالیاتی		

کنترل مواد مخدر و الکل	کمک به هماهنگی	تحریک وجدان	راهنمایی قبلی	وضع قواعد	حذف بهانه‌ها
	ایجاد سیستم مالیاتی عادلانه	ارسال نامه‌های اطلاع رسانی و یا تهدیدآمیز	به کارگیری تلنگرها	دریافت تأییدیه هنگام ارسال اظهارنامه	

نتیجه‌گیری

به دلیل اهمیت بحث فرار مالیاتی در این مقاله تلاش شد به چگونگی و امکان کاربرد پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی و راهکارهای آن توجه شود. قانون‌گذار در سال ۱۳۹۴ با تغییراتی که در اختیارات قانونی سازمان امور مالیاتی ایجاد کرد و به جرم‌انگاری رفتارهایی پرداخت که هدف آن، مخفی کردن میزان درآمد از سازمان امور مالیاتی و به تبع آن، فرار مالیاتی است، در حقیقت، نوعی سیاست جنایی امنیت‌مدار را در پیش گرفت.

اختیارات قانونی که در مواد ۱۶۹، ۱۶۹ مکرر و ۱۸۱ تصویب شد، نوعی پیش‌گیری وضعی محسوب می‌شود که به افزایش زحمت، افزایش خطرات، کاهش منافع، کاهش تحریک و حذف بهانه‌های فرار مالیاتی خواهد انجامید. از پنج تکنیک اصلی، تکنیک افزایش زحمت با ۱۶ راهکار پیشنهادی و قانونی و بیش‌ترین کاربرد شناسایی گردید. بعد از این تکنیک، کاهش تحریک با ۷ پیشنهاد، افزایش خطرات با ۶ پیشنهاد، راهکار و تکنیک‌های کاهش منافع و حذف بهانه‌ها با ۴ راهکار در رده‌های بعدی قرار گرفتند. پیشرفت‌های تکنولوژیکی و ضرورت فعالیت بخش اقتصادی در استفاده از بانک‌ها، فرصتی گران‌بها در اختیار سازمان امور مالیاتی قرار داده است تا از ظرفیت‌های گسترده سیاست جنایی جدید تقنینی قانون‌گذار ایران بهره‌گیرد و با استفاده از شناخت شگردهای فرار مالیاتی، راهکارهایی برای پیش‌گیری از فرار مالیاتی بجوید.

نتایج این تحقیق نشان داد که این روش‌ها، موفقیت‌هایی چشم‌گیر برای سازمان امور مالیاتی ایران و به طور ویژه، اداره کل امور مالیاتی استان البرز ایجاد کرده است. درآمد اداره کل استان البرز در سال ۱۳۹۶ مبلغ ۱۹،۴۲۰،۲۰۸ میلیون ریال بود که ۲۲،۲۹ درصد نسبت به سال قبل رشد داشت و این میزان در سال ۱۳۹۷ مبلغ ۲۰،۵۹۱،۱۱۲ میلیون ریال رسید که نسبت به سال قبل تنها ۹ درصد رشد داشت. (سال‌نامه‌های ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷) در سال ۲/۰۲،۹۶ درصد از کل مالیات کشور توسط اداره کل استان البرز وصول شده که در سال ۱۳۹۷، ۱/۸۹ درصد بوده است. این در حالی است که درآمد اداره کل استان البرز در سال ۱۳۹۵ بالغ بر ۱/۵۶ درصد از کل مالیات کشور بود. همه این ارقام از مؤثر بودن سیاست جنایی جدید در پیش‌گیری از فرار مالیاتی و به تبع آن، افزایش درآمد مالیاتی حکایت دارد.

در کنار استفاده از تکنیک‌های پیش‌گیرانه وضعی از فرار مالیاتی باید از روش‌های دیگری نیز استفاده کرد، مانند ایجاد فرهنگ مالیاتی. پیشنهاد می‌شود علاوه بر اجرای دقیق قانون در الزام فعالان بخش اقتصادی به نصب صندوق‌های فروش، ارتباط دادن آن به سازمان امور مالیاتی، پایش حساب‌های بانکی و تفکیک حساب‌های شخصی از تجاری که موجب کنترل آماج جرم فرار مالیاتی می‌گردد، باید برای شفاف‌سازی هزینه‌های دولت، کوچک‌سازی دولت، کارآمدسازی دولت و پاسخ‌گوسازی دولت اقدام کرد تا مؤدیان به تمکین مالیاتی روی آورند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابراهیمی، شهرام، جرم‌شناسی پیش‌گیری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۲. پیکتی، توماس، سرمایه در قرن بیست و یکم، ترجمه: ناصر زرافشان، تهران: نگاه، چاپ دوم، ۱۳۹۸.
۳. دادگر، یدالله، بررسی عوامل شکاف توسعه بین نظام مالیاتی موجود و مطلوب در ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۴. سالنامه آمارهای مالیاتی ۱۳۹۵، ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷، تهران: معاونت پژوهش و برنامه‌ریزی سازمان امور مالیاتی کشور، قابل دسترسی در: www.taxgov.ir.
۵. عباسیان، عزت‌الله، مالیه عمومی و خط مشی دولت، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
۶. قورچی بیگی، مجید، پیش‌گیری وضعی از جرایم بقه سفیدها (مجموعه مقالات دانش‌نامه علوم جنایی اقتصادی)، تهران: میزان و معاونت توسعه مدیریت و منابع سازمان تعزیرات حکومتی، ۱۳۹۸.
۷. محمدنسل، غلام‌رضا، کلیات پیش‌گیری از جرم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۸. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، پیش‌گیری عادلانه از جرم در علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، چاپ نخست، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۹. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین، دایره‌المعارف علوم جنایی (کتاب چهارم)، تهران: میزان، ۱۳۹۸.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی، شهرام، «تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی از منظر فنون خنثی‌سازی»، در: مجموعه مقالات «ارتقای سلامت اداری نظام مالیاتی کشور»، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. الماسی خانی، صابر، طبرلو، رضا، تأملی در وضعیت قواعد ضد اجتناب مالیاتی در ایران با نظر به قواعد دیگر کشورها، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲.
۳. احمدی موسوی، سید مهدی و همکاران، «آسیب‌شناسی‌های نظام مالیاتی ایران در تبیین

علل در بروز آسیب‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره ۹۶، ۱۳۹۵.

۴. بهزادی موزری، سعید و همکاران، «نقش و تأثیر نصب صندوق فروش در برقراری عدالت مالیاتی در شهر تهران»، یازدهمین همایش سیاست‌های مالی و مالیاتی ایران، ۱۳۹۵.

۵. خالقی، ابوالفتح و داوود سیقی قره‌یتاق، «رویکرد نظام کیفری ایران به جرم فرار مالیاتی»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۲۸، ۱۳۹۴.

۶. خان‌جان، علی‌رضا، «نقش نهادهای غیر رسمی در فرار مالیاتی (مطالعه موردی: شهرستان مشهد)»، تهران: وزارت امور اقتصاد و دارایی، پژوهشکده امور اقتصادی، طرح مطالعاتی (کد ۲۹۹)، ۱۳۸۴.

۷. رضوی فرد، بهروز، رودگر کوهپر، عطاء اله، تسهیم اموال؛ راهبرد نوین همکاری کشورها در زمینه استرداد اموال و عواید ناشی از جرم، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۶، ۱۳۹۸.

۸. صمدی، علی حسین و مرضیه تابنده، «فرار مالیاتی در ایران (بررسی علل و آثار و برآورد میزان آن)»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۱۹، ۱۳۹۲.

۹. عامری، ریحانه و همکاران، الگوی مطلوب ضمانت اجرای مالیات ستانی در پرتوی اصول به زمامداری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰.

۱۰. عزتی غریب دوستی، صمد و صمد قائم‌پناه، «خلاف‌های قانونی فرار مالیاتی در حقوق مالی ایران»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، سال دهم، شماره ۴۰، ۱۳۹۸.

۱۱. مشکات، سید مصطفی، «مطالعه سنجشی فرار مالیاتی در مقررات کیفری ایران و کانادا»، مجلس و راهبرد، سال بیست و هفتم، شماره ۱۰۴، ۱۳۹۹.

۱۲. موسوی جهرمی، یگانه و فرهاد طهماسبی بلداجی، «راهکارهای پیش‌گیری وضعی از فرار مالیاتی در نظام مالیات بر ارزش افزوده»، مجله مطالعات مالی، ۱۳۸۸، شماره ۴.

۱۳. نوروزی، عزیزالله و همکاران، «موانع حقوقی مقابله با فساد مالیاتی»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۷، ۱۳۹۷.



2. Latin Source

1. **A Dictionary of law**, fifth edition, oxford university press, 2007.
2. Ackerman, rose, **the political economy of corruption and the global economy** (Washington DC institute for international economics), 2015.

هم‌سنجی صلاحیت و اداره شورای شهر با مجلس شورای اسلامی و معرفی الگوی شایسته

محمد مظهری^۱

رضا حسین زاده^۲

سیدعلی موسوی^۳

چکیده

اصل هفتم قانون اساسی ایران، شوراهای محلی را در ردیف مجلس شورای اسلامی از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور دانسته است. مشارکت در تصمیم‌گیری و اداره کشور مستلزم وجود اختیار و قدرت است. از آن جایی که شوراهای محلی در واقع، پارلمان محلی‌اند، باید دید آیا شوراهای محلی مانند مجلس شورای اسلامی، واجد اختیارات و قدرت کافی برای ایفای این نقش اساسی و بنیادین خود هستند و چگونه می‌توان از مجلس شورای اسلامی، الگویی مناسب برای حکمرانی بهتر شوراهای به دست آورد؟

برای روشن‌تر شدن مطلب، نگاهی گذرا به تشابه‌ها و تفاوت‌های شوراهای شهر و مجلس شورای اسلامی ضروری است. در قالب مقرراتی که هم اکنون لازم‌الاجراست، شوراهای محلی از لحاظ مقید بودن همه مصوبات به موافقت با موازین اسلام، انتخاب مستقیم توسط مردم، جنبه مشورتی و نظارتی داشتن و عضویت اقلیت‌های مذهبی همانند مجلس شورای اسلامی است. این در حالی است که با ملاحظه مقررات مربوط به مجلس شورای اسلامی درمی‌یابیم که از جنبه حدود وضع مصوبات، صلاحیت، علنی بودن، سلب عضویت و انحلال با مجلس شورای اسلامی قابل مقایسه نیستند. در نوشتار حاضر با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و شیوه کتاب‌خانه‌ای به این نتیجه می‌رسیم که بهبود الگوی حاکم بر اداره شورای شهر از رهگذر الگوبرداری از مجلس شورای اسلامی و اعمال برخی الگوهای نوین امکان‌پذیر است.

واژگان کلیدی: الگوهای شایسته، شورای شهر، قانون اساسی، قانون شوراها، مجلس شورای اسلامی.

۱. استادیار دانشگاه تبریز، (نویسنده مسئول)، m.mazhari@tabrizu.ac.ir

۲. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، r.hosseinzadeh@ut.ac.ir

۳. وکیل دادگستری، seyed.ali.moosaviii@gmail.com

مقدمه

تشکیل سازمان‌های جمعی و دموکراتیک برای شهرها در ایران، سابقه‌ای صدساله دارد و در گذشته، تجربه‌هایی چون «انجمن بلدی» و «انجمن شهر» وجود داشت، اما حیات آن‌ها در مدیریت شهری بی‌دوام و ناپایدار بود. در راستای درک علل بی‌ثباتی نهادهای دموکراتیک شهری، بررسی تاریخی موضوع بیانگر این واقعیت است که تا پیش از ورود به دوران مدرن، هیچ یک از بازیگران اصلی مدیریت شهری در ایران، ماهیتی دموکراتیک نداشته‌اند. شهرهای اسلامی بر خلاف شهرهای اروپایی، خودمختاری سیاسی نداشتند و تابع نماینده شاه یا حاکم بودند. در مجموع، می‌توان گفت تا پیش از انقلاب مشروطه، در شهرهای ایران، نهادهای منتخب مردم برای اداره امور وجود نداشت و مدیریت شهری در اختیار نمایندگان حاکمان بود.

با ورود به دوران مدرن که آن را می‌توان سرآغاز سده ۱۳۰۰ خورشیدی دانست، در عرصه مدیریت شهری نیز تحولاتی اتفاق افتاد و سازمان‌های اداری مدرن برای اداره امور شهرها در قالب شهرداری‌ها تشکیل شد. با این وجود، این سازمان‌ها با توجه به ماهیت مطلقه حاکمیت در دوران پهلوی و سیاست «نوسازی از بالا» به شدت به دولت مرکزی به ویژه وزارت کشور وابسته بودند. توسعه‌نیافتگی سیاسی در دوره پهلوی سبب شد ساختارهای کلان و خرد مشارکت سیاسی یعنی مجلس شورای ملی و انجمن‌های شهر هیچ‌گاه نتوانند کارایی لازم را داشته باشند. آن‌ها به آسانی تسلیم قدرت دولت شده بودند و استقلال و آزادی عمل نداشتند. دخالت مقامات حکومت مرکزی در انتخابات محلی و محدود بودن اختیارات انجمن‌های شهر نیز موجب شد این سازمان‌های بی‌بهره از ماهیتی دموکراتیک، در عرصه توسعه شهری نیز اثرگذاری لازم را نداشته باشند.^۱

از دستاوردهای مهم انقلاب اسلامی ایران، ایجاد شوراهای اسلامی است که یکی از مظاهر دموکراسی و حاکمیت مردم به شمار می‌رود. هدف از تشکیل این شوراهای، شرکت دادن مردم در اداره امور جامعه است، از پایین‌ترین سطح جامعه تا بالاترین سطح آن (روستا، شهر، بخش، شهرستان، استان تا کشور) تا مردم به اداره امور شهر و محلی که در آن زندگی می‌کنند، علاقه‌مند شوند و نسبت به

۱. صبوری کاشانی، منوچهر، «تصمیم‌گیری و مشارکت: بررسی انجمن‌های شهر در نظام کنونی عدم تمرکز»، مؤسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی، شماره ۳۰، ۱۳۵۴، ص ۳۰.

آن، احساس شخصیت و مسئولیت کنند. به علاوه از این طریق، زمینه بحث و گفت‌وگو در سطح محلی و ملی برای همه افراد و گروه‌ها فراهم می‌گردد و مسائل و مشکلات اجتماعی به روشنی و به دور از غرض‌ورزی انتقادی، مطرح و راه‌حل‌های مناسب و سازنده برای آن‌ها پیدا می‌شود. اگر به جایگاه شوراها در سراسر کشور نظری بیافکنیم، به این نتیجه خواهیم رسید که شوراها با گذشت بیش از بیست سال از شروع به کارشان، تاکنون در جایگاه واقعی خود قرار نگرفته‌اند و در عمل فقط جانشین وزارت کشور در سال‌های قبل شده‌اند. این در حالی است که به نظر می‌رسد تمام تلاش شوراها باید این باشد که حضور و مشارکت مردم را در توسعه و عمران شهرها نهادینه کنند. تلاش شوراها برای دستیابی به اختیارات بیش‌تر باید صرفاً به منظور فراهم آوردن زمینه‌های حضور مردم باشد، نه این‌که اختیاراتی به دست بیاورند و خودشان، شهر را اداره کنند.^۱

با نگاهی به قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی^۲ مشخص می‌شود که در برخی از موارد، نقص قانونی موجب اختلال‌هایی در نظام شورایی ایران گردیده است. برای مثال، به موجب ماده ۱۷ قانون شوراها، مصوب ۱۳۶۱، شوراها دارای شخصیت حقوقی بودند و حق اقامه دعوا علیه اشخاص حقیقی یا حقوقی و دفاع در مقابل دعاوی آنان علیه شورا را داشتند. با وجود این‌که شخصیت حقوقی مستقل و مجزای شوراهای اسلامی از مواد مختلف قابل استنباط است،^۳ این موضوع در قانون ۱۳۷۵ مسکوت مانده است. هم‌چنین در ماده ۱۸ اصلاحیه قانون شوراها، مصوب ۱۳۶۵، تمامی اداره‌ها و سازمان‌های وابسته به دولت مکلف شده بودند که در صورت درخواست، تمامی اطلاعات لازم و مرتبط با وظایف شورا را در اختیار شورا قرار دهند. این الزام نیز در قانون شوراهای ۱۳۷۵ حذف شده است.

اصل هفتم قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی را در کنار شوراهای محلی از ارکان تصمیم‌گیری و اداره کشور شمرده است. سؤال کلیدی که از مطالعه این اصل به ذهن می‌رسد، این است که

۱. نوروزی، غلام‌رضا، «آسیب‌شناسی شوراها»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۳۰، ۱۳۸۰، ص ۳۲.

۲. از این پس، برای اختصار، «قانون شوراها» به کار خواهد رفت و در صورت استناد به نسخه‌های قبلی، سال تصویب نیز ذکر می‌شود.

۳. فقیه لاریجانی، فرهنگ، «دوگانگی شخصیت حقوقی شورای شهر و شهرداری: آسیب‌شناسی ساختاری نهاد محلی در ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱۴۰۱، ص ۲۱۰۴.

آیا خبرگان قانون اساسی هنگام تهیه و تدوین این قانون قصد داشتند شوراهای محلی را مانند مجلس شورای اسلامی قلمداد کنند و شأن قانون‌گذاری (محلی) برایش در نظر بگیرند؟ لازمه درک جایگاه شوراهای در قانون‌گذاری و تبیین ماهیت آن‌ها به عنوان مبنایی برای پیش‌بینی سازو کارهای اجرایی این است که حوزه اختیارات شوراهای، فلسفه وجودی آن‌ها و دایره شمول الزام‌های ایجادشده توسط آن‌ها بررسی شود. به نظر می‌رسد اصل هفتم قانون اساسی در پی آن نیست که شوراهای را در عرض مجلس شورای اسلامی قرار دهد، اما این دو نهاد در ویژگی‌های اساسی با یکدیگر تشابه دارند. شوراهای نیز مانند مجلس شورای اسلامی، یکی از راهکارهای اعمال حاکمیت مردم (مقرر در اصل ۵۶ قانون اساسی) هستند و با این‌که به روشنی در مجموعه هیچ یک از قوای سه‌گانه جای نمی‌گیرند، آن قدر اهمیت دارند که فصل هفتم قانون اساسی پس از قوه مقننه به موضوع شوراهای اختصاص یافته است.

این مقاله با نگاهی انتقادی به وضع موجود شوراهای در پی آن است تا وجوه تشابه و تفاوت و هم‌چنین خلأهای قانونی موجود در قوانین عادی کشور را در مقایسه میان شوراهای اسلامی و مجلس شورای اسلامی بررسی کند. از این رو، شوراهای اسلامی با مجلس شورای اسلامی مقایسه می‌شود که هر دو، نهادی قانون‌گذار در معنای عام کلمه هستند و تصمیم‌لازم‌الاجرا می‌گیرند. از طرف دیگر، مجلس و شورای شهر بر نهادی اجرایی (دولت و شهرداری) نظارت دارند و از این نظر نیز قابل مقایسه و هم‌سنجی‌اند. تفاوتشان هم در این است که مجلس شورای اسلامی در بعد ملی و شوراهای در بعد محلی تصمیم‌لازم‌الاجرا می‌گیرند و بر دستگاه اجرایی متناظر نظارت دارند. پس با این بیان، سؤال اصلی مقاله این است که در چه مواردی بین شوراهای اسلامی شهر و مجلس شورای اسلامی تشابه و تفاوت وجود دارد؟ آیا با تسری برخی از پیش‌بینی‌های قانون اساسی برای ایجاد شفافیت در مجلس شورای اسلامی به شوراهای محلی می‌توان کارکرد مناسب‌تری به لحاظ شفافیت برای این شوراهای متصور شد؟

هدف این پژوهش آن است که نشان دهد شوراهای محلی و مجلس شورای اسلامی با تکیه بر مبانی مشابهی از جمله انتخاب مستقیم توسط مردم و وجهه شوری در تصمیم‌گیری‌ها، کارکردهای مشابهی دارند. عمده‌ترین این کارکردها، اعمال نظارت از طریق ایجاد الزامات حقوقی و تصمیمات لازم‌الاجراست که در دو سطح ملی و محلی صورت می‌گیرد. برای مثال، عمده‌ترین مسئله شوراهای اسلامی شهر (دست کم در کلان‌شهرها)، نداشتن پوشش زنده خبری در رسانه‌هاست که موجب دور ماندن فضای جلسات

شوراهای شهر از نظارت عامه و فاصله گرفتن از اصل شفافیت می‌شود. اصل شفافیت، یکی از مبانی مهم و از لوازم حکومت مطلوب و آثار حاکمیت قانون به شمار می‌آید. در این مقاله، موارد تشابه شوراهای اسلامی شهر و مجلس شورای اسلامی، وجوه تمایز شوراهای اسلامی شهر و مجلس شورای اسلامی و در نهایت، الگوهای شایسته برای توسعه نظام عدم تمرکز در کشور بررسی می‌شود.

گفتار اول. شباهت‌های شوراهای اسلامی شهر و مجلس شورای اسلامی

مجلس شورای اسلامی و شوراهای محلی به عنوان ارکان تصمیم‌گیری و اداره کشور مشابَهت‌هایی با هم دارند که این دو نهاد را به هم نزدیک می‌سازد. با بررسی این مشابَهت‌ها می‌توان برای به دست آوردن الگوی شایسته برای اداره شورای شهر گام برداشت. مجلس شورای اسلامی و شوراهای محلی از نظر قانونی در این موارد مشابَه یکدیگرند:

بند اول. مقید بودن همه مصوبات هر دو شورا به موازین اسلام

مهم‌ترین قید و محدودیت قانون‌گذاری شوراهای اسلامی در اصل ۱۰۵ قانون اساسی مقرر شده است که تصمیمات شوراهای نباید مخالف موازین اسلام و قوانین کشور باشد. موازین اسلام، معیار اساسی برای سنجش مشروعیت قوانین و مقررات و هر قاعده الزام‌آور در نظام جمهوری اسلامی ایران است که وفق اصل چهارم قانون اساسی بر عموم یا اطلاق همه اصول قانون اساسی و قوانین کشور حاکم است. بر این اساس، مصوبات شوراهای نیز به عنوان ضوابط و مقررات الزام‌آور نباید مخالف موازین اسلام باشند. از سوی دیگر، این مصوبات نباید با قوانین کشور مخالف باشند. قانون اساسی فقط به لزوم مخالفت نداشتن تصمیمات شورا با موازین اسلام و قوانین اشاره کرده، ولی ماده ۹۰ قانون شوراهای، مغایرت نداشتن مصوبات آن با قوانین و مقررات کشور و خارج نشدن از محدوده وظایف و اختیارات شوراهای را امر الزامی دانسته است.^۱ با این وصف، مصوبات شوراهای نمی‌بایست با مصوبات

۱. ماده ۹۰: «مصوبات کلیه شوراهای موضوع این قانون در صورتی که پس از دو هفته از تاریخ ابلاغ، مورد اعتراض هیئت تطبیق مصوبات شوراهای اسلامی کشور با قوانین که در این قانون به اختصار، «هیئت تطبیق مصوبات» نامیده می‌شود، قرار نگیرد، لازم‌الاجرا می‌باشد و در صورتی که هیئت مذکور آن را مغایر با قوانین و مقررات کشور و یا خارج از حدود وظایف و اختیارات شوراهای تشخیص دهد، می‌تواند با ذکر مورد و به طور مستدل، حداکثر ظرف مدت دو هفته از تاریخ ابلاغ مصوبه، اعتراض خود را به اطلاع شورا رسانده و درخواست تجدیدنظر کند. شورا موظف است ظرف مدت ده روز از تاریخ

هیئت وزیران نیز مخالف باشد.

هم‌چنین وضع مصوبه توسط شوراهای به وظایف و اختیارات مصرّح آن‌ها در قوانین و مقررات محدود شده است. البته از اصل هفتم و اصل یک‌صدم قانون اساسی این‌گونه مستفاد می‌گردد که اصل بر صلاحیت عام شوراهای در تصمیم‌گیری است، اما این موضوع در قوانین عادی به اصل عدم صلاحیت و رعایت اختیارات و وظایف مصرّح در قوانین تنزل یافته است. اضافه کردن مقررات به عنوان مبنایی برای قانونی بودن مصوبات شوراهای، در رویه اجرایی در عرصه حقوق اداری چالش برانگیز خواهد بود. آیا اطلاق عبارت «مقررات»، همه مصوبات الزام‌آور کشوری از جمله بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها را در بر می‌گیرد یا منحصر به مصوبات هیئت وزیران است یا مراد قانون‌گذار از وظایف و اختیارات، محدود به وظایفی است که در قانون شوراهای به تبیین روابط شورای شهر و شهرداری یا شورای روستا و دهیاری می‌پردازند؟ در این صورت، جایگاه شوراهای از لحاظ وضع مصوبه در نظام حقوقی فعلی، تقلیل مبنایی مقرر در قانون اساسی به شورای شهرداری و شورای دهیاری آن‌هم با اختیار قانون‌گذاری بسیار محدود خواهد بود.^۱

طبق ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی ماده ۹۰ قانون شوراهای، هیئت تطبیق، مکلف به نظارت بر مصوبات شوراهای اسلامی شهر از نظر رعایت قوانین و مقررات و حدود صلاحیت است. در قانون عادی از نظارت بر مغایرت نداشتن مصوبات شوراهای اسلامی شهر با موازین شرعی به صراحت صحبت نشده، اما مستند به اصل ۴ قانون اساسی، تشخیص این امر نیز بر عهده فقهای شورای نگهبان است. به موجب اصل ۷۲ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی نیز از وضع قوانینی که با مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشند، منع شده است. در این راستا، اصول متعددی از قانون اساسی از جمله اصول ۴، ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ به صلاحیت نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس و قوانین و مقررات کشور اشاره دارد.

وصول اعتراض، تشکیل جلسه داده و به موضوع رسیدگی و اعلام نظر نماید. در صورتی که شورا در بررسی مجدد از مصوبه مورد اختلاف عدول نماید، موضوع برای تصمیم‌گیری نهایی به هیئت حل اختلاف ذی‌ربط ارجاع می‌شود. هیئت مزبور مکلف است ظرف مدت بیست روز به موضوع رسیدگی و اعلام نظر نماید».

۱. فقیه لاریجانی، فرهنگ، حقوق روابط شورا و شهرداری، چاپ دوم، تهران: مجد، ۱۳۹۲، ص ۲۷.

بند دوم. انتخاب مستقیم توسط مردم

شوراها به واسطه انتخابی بودن اعضا می‌توانند استقلال عمل داشته باشند که این امر، اقبال جامعه نسبت به شورا را در پی دارد. در موضوع مورد بحث باید گفت مشروعیت مردمی و انتخابی بودن نهاد عدم تمرکز بسیار اساسی و حیاتی است؛ یعنی این مردم هستند که در انتخاباتی آزاد و منصفانه، افراد مورد نظر خود را برای اداره شهر گزینش می‌کنند. بنابراین، اگر نهادهای عدم تمرکز، مشروعیت و منبع قدرت خود را از غیر مردم بگیرند، در واقع، نهاد عدم تمرکز نیستند. در این جا بحث مشروعیت دولت مرکزی نیز مطرح است و این می‌تواند باعث چالش دو مشروعیت (مشروعیت دولت مرکزی و مشروعیت دولت محلی) در درون یک حکومت بسیط باشد.^۱

مطابق با اصل ششم قانون اساسی، «در جمهوری اسلامی ایران، امور کشور باید به اتکا آرای عمومی اداره شود». پس مشارکت در انتخابات آزاد و منصفانه از مصادیق مشارکت در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است که با برخورداری و اعمال حق رأی و حق انتخاب‌پذیری در انتخابات تبلور می‌یابد. اعضای شوراها مطابق با قوانین موضوعه مانند نمایندگان مجلس شورای اسلامی با آرای مستقیم و آزاد مردم انتخاب می‌شوند. آشکار است که شیوه انتخاب و نظارت بر انتخاب آن‌ها و حدود تکالیف و اقتدار آن‌ها طبق قانون با یکدیگر تفاوت دارد. با این حال، مبنای عمل هر دو و مشروعیت اقداماتشان، رویکردی مبتنی بر آرای مستقیم مردم است.

بند سوم. تصمیم‌گیری به صورت مشورتی

این پرسش ساده، ابتدای ورود به مباحث عمیقی است که درک آن‌ها به روشن شدن فلسفه اولیه و موقعیت کنونی شوراهای شهر و روستا در سراسر کشور کمک می‌کند. این‌که شهروند با چه علمی و بر اساس کدام معیار به نامزد محبوب خود در شوراهای شهر و روستا رأی داده است یا می‌دهد؟ آیا مناسبات سنتی حاکم بر شوراها با فلسفه اولیه تشکیل آن‌ها مغایرت دارند یا نه؟ آیا بر اساس مناسبات سنتی می‌توان به نتایج مدرن رسید یا نه؟ همه این پرسش‌ها از لزوم بازخوانی مجدد

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد، «بررسی حقوقی شوراهای اسلامی شهر در پرتو اصول تمرکززدایی»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۲۰، ۱۳۸۸، ص ۱۱۵.

دلیل تشکیل شوراهای شهر حکایت دارد.^۱ منظور و مقصود اساسی از تشکیل شوراهای کشوری، تحقق مشارکت مستقیم مردم در اداره امور اجتماعی است. حق مشارکت مردم در اداره کشور از طریق انتخابات ریاست جمهوری، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری و از رهگذر اداره ارکان حکومتی، قانون‌گذاری و رهبری و نظارت بر آن‌ها محقق می‌شود. با انتخابات شوراهای اسلامی، این مشارکت جنبه محلی و منطقه‌ای می‌یابد و به دیگر امور مرتبط با نظام زندگی اجتماعی اتصال پیدا می‌کند.^۲ ترمینولوژی حقوق علاوه بر اشاره به معنای لغوی شورا به معنی مشورت کردن، به لحاظ اصطلاحی، آن را هیئتی دانسته است که صلاحیت شور و گرفتن تصمیم نسبت به امر یا اموری را دارا باشد.^۳

صدر اصل هفتم با ذکر آیه ۳۸ سوره شورا و آیه ۱۵۹ سوره آل عمران بر ماهیت شورایی مجلس و شوراهای محلی تأکید می‌کند. در حقیقت، قانون اساسی با تأکید بر کلمه شورا در اصل هفتم صرفاً ذکر یک عبارت قانونی را اراده نکرده، بلکه به طور عام، هر هیئت متشکل از افراد صالح را در نظر گرفته است که مستند به مشورت و مشاوره تصمیم‌گیری می‌کند. تصمیم‌گیری جمعی، مبنای اساسی هر یک از این دو نهاد محسوب می‌شود. بر این اساس، وجوه تشابه بین شوراهای اسلامی و مجلس شورای اسلامی در ایجاد الزامات حقوقی و وضع قواعد، همانندی‌هایی را پدید آورده است. این مشابهت‌ها برخاسته از ذات مشابه این دو نهاد است که کارکردهای همسانی را نیز اقتضا می‌کند. مردم، مشروعیت این دو نهاد را به صورت مستقیم اعطا می‌کنند. بنابراین، ارجحیت و اولویت تصمیمات آن‌ها بر نهادهای اجرایی، واضح و مبرهن است. دلیل این ادعا را می‌توان به جایگاه ویژه شوراهای محلی نزد قانون اساسی در اصل ۱۰۳ مربوط دانست. این در حالی است که در هیچ یک از اصول قانون اساسی، شوراها ملزم به رعایت تصمیم‌های استانداران، فرمانداران، بخشداران و دیگر مقامات کشوری در سطح محلی و ملی نشده‌اند که نشان‌دهنده جایگاه برجسته شورا در آیین قانون اساسی است. شوراها نیز مانند مجلس شورای اسلامی، قانون وضع می‌کنند و مصوبات آن‌ها موجد حق و تکلیف و نظام حقوقی خاص و مشخص است.

۱. مظهری، محمد، حقوق شهری، تهران: آیدین، ۱۳۹۶، ص ۹۲.

۲. نوروزی، غلامرضا، «وظایف قانونی شوراها»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۲۸، ۱۳۷۸، صص ۳۲-۳۳.

۳. جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۹۵.

بند چهارم. جنبه نظارتی

مجلس شورای اسلامی از مهم‌ترین مصادیق نهاد شورا در نظام حقوقی ایران است. کارویژه نظارت نیز در نظام‌های حقوقی معاصر، از مهم‌ترین وظایف مجالس در کنار قانون‌گذاری است.^۱ این اختیار را می‌توان ناشی از اصل تفکیک قوا دانست که نظارت قوا بر یکدیگر را برای تعدیل اختیارات و قدرت قوا لازم و ضروری می‌داند. موارد نظارتی مقرر در قانون اساسی برای مجلس شورای اسلامی را به این صورت بیان کرده‌اند: نظارت تأسیسی شامل نظارت بر تشکیل دولت (اصل ۸۷ و ۱۳۳ قانون اساسی)؛ نظارت اطلاعاتی شامل کمیسیون اصل ۹۰ (اصل ۹۰ قانون اساسی)، سؤال از وزرا و رئیس جمهور (اصل ۸۸)؛ حق تحقیق و تفحص (اصل ۷۶ قانون اساسی)؛ نظارت استصوابی؛ نظارت بر معاهدات و قراردادهای بین‌المللی (اصل ۷۷ قانون اساسی)، نظارت بر تغییر خطوط مرزی (اصل ۷۸ قانون اساسی)، نظارت بر حالت‌های فوق‌العاده و محدودیت‌های ضروری (اصل ۷۹ قانون اساسی)، نظارت بر صلح دعاوی مالی دولت و یا ارجاع آن‌ها به دآوری (اصل ۱۳۹ قانون اساسی)، نظارت بر دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات به خارجیان (اصل ۸۱ قانون اساسی)، نظارت بر قرض و استقراض دولتی و استخدام کارشناسان خارجی و فروش بناها و اموال دولتی (اصول ۸۰ و ۸۲ و ۸۳ قانون اساسی)؛ نظارت مالی شامل نظارت بر تدوین بودجه (اصل ۵۲ قانون اساسی)، نظارت بر اجرای بودجه از طریق دیوان محاسبات (اصل ۵۴ قانون اساسی)؛ نظارت سیاسی شامل طرح مسئولیت سیاسی رئیس جمهور و وزرا در مقابل مجلس (اصول ۱۲۲ و ۱۳۷ قانون اساسی)، حق سؤال و استیضاح وزرا و رئیس جمهور (اصول ۸۸ و ۸۹ قانون اساسی)^۲ مشاهده می‌شود که کارکرد نظارتی مجلس شورای اسلامی که از مهم‌ترین نهادهای شورایی در نظام حقوقی ایران است، به صورت گسترده‌ای شناسایی و مقرر شده است.^۳

این در حالی است که در شوراهای محلی نیز نقش نظارت وجود دارد و ضمانت اجرای آن در ماده

۱. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۸۳، ص ۲۲.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، چاپ بیست و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۵۹.

۳. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۴۱۹.

۸۳ قانون شوراها قابل مشاهده است. امر نظارت در مورد شوراهای محلی به صراحت و روشنی در قانون اساسی و قانون شوراها^۱ مقرر گشته و بر آن بسیار تأکید شده، به نحوی که مقنن اساسی در فصل هفتم در کنار ذکر دیگر صلاحیت‌های شوراهای محلی به نقش نظارتی این شوراها توجه خاص نشان داده است. اصل یک صدم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «برای پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی اداره امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌پذیرد». مقنن اساسی در این اصل جایگاه نظارتی شوراهای محلی را در اداره امور اقتصادی، اجتماعی و رفاهی بیان می‌کند و در اصل یک صد و یکم نیز نظارت بر اجرای هماهنگ برنامه‌های عمرانی و رفاهی استان‌ها را یکی از وظایف شورای عالی استان‌ها می‌داند.^۲

بند پنجم. عضویت اقلیت‌های دینی

مطابق اصل ۶۴ قانون اساسی، اقلیت‌های مذهبی می‌توانند پنج نماینده در مجلس شورای اسلامی داشته باشند. مجلس شورای اسلامی که به فرموده امام خمینی (ره) در رأس امور قرار دارد، در همه ادوار خود این حق قانونی را برای اقلیت‌های جامعه ایرانی رعایت کرده است. تبصره ۱ ماده ۳۰ قانون

۱. در ماده ۸۳ قانون شورای‌های اسلامی، چنان‌چه یک یا چند نفر از اعضای شورای شهر به عملکرد شهردار یا عملیات شهرداری اعتراض یا ایرادی داشته باشند، ابتدا توسط رئیس شورا، موارد را به صورت روشن به شهردار تذکر خواهند داد. در صورت عدم رعایت مفاد مورد تذکر، موضوع به صورت سؤال مطرح می‌شود که در این صورت، رئیس شورا سؤال را کتباً به شهردار اطلاع خواهد داد و حداکثر ظرف ده روز پس از ابلاغ، شهردار، موظف به حضور در جلسه عادی یا فوق‌العاده شورا و پاسخ به سؤال می‌باشد. چنان‌چه شهردار از حضور استنکاف ورزیده یا پاسخ وی قانع‌کننده تشخیص داده نشود، طی جلسه دیگری، موضوع مجدداً به صورت استیضاح که حداقل به امضای یک‌سوم اعضای شورا رسیده باشد، ارائه می‌شود. فاصله بین ابلاغ تا تشکیل جلسه که از طرف رئیس شورا تعیین خواهد شد، حداکثر ده روز خواهد بود. شورا پس از طرح سؤال یا سوالات و جواب شهردار، رأی موافق یا مخالف خواهد داد. در صورتی که شورا با اکثریت دوسوم کل اعضا رأی مخالف دهد، شهردار از کار، برکنار و فرد جدیدی از سوی شورا انتخاب خواهد شد. تبصره: در فاصله بین صدور رأی عدم اعتماد و برکناری شهردار و یا خاتمه خدمت شهردار تا انتخاب فرد جدید که نباید بیش از سه ماه به طول انجامد، یکی از کارکنان شهرداری با انتخاب شورای شهر، عهده‌دار و مسئول اداره امور شهرداری خواهد بود.

۲. اصلانی و سهراب‌لو، پیشین، ص ۴۲۰.

شوراها نیز به صراحت بر حضور نمایندگان اقلیت‌های دینی شناخته شده در شوراهای اسلامی شهر تأکید ورزیده است.^۱ لازم به توضیح است در پی صدور رأی شعبه ۴۳ دیوان عدالت اداری و پی‌گیری‌های نافرجام، در نهایت، موضوع عضو تعلیق شده اقلیت زرتشتی دوره پنجم شورای اسلامی شهر یزد به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار گردید و در تاریخ ۳۰ تیر ۱۳۹۷ پس از ماه‌ها رفع تعلیق گردید و وی دوباره بر کرسی شورای اسلامی شهر یزد تکیه زد. به موجب مصوبه مجمع: «ماده ۱. یک تبصره به عنوان تبصره یک به ماده ۳۰ (۲۶) قانون شوراها مصوب ۱۳۷۵ به شرح ذیل الحاق می‌شود: تبصره ۱: اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به جای اسلام باید به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند. ماده ۴ این قانون از زمان برگزاری انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی شهر و روستا لازم‌الاجرا می‌باشد».

بدیهی است زمانی که قانون‌گذار اساسی در مجلس شورای اسلامی که بالاترین و مهم‌ترین مجلس در جمهوری اسلامی ایران تلقی می‌شود، حضور اقلیت‌ها را در کنار دیگر نمایندگان مسلمان، بی‌اشکال قلمداد می‌کند، به طریق اولی، شورای اسلامی شهر که موظف است طبق اصل ۱۰۵ قانون اساسی همیشه مطابق موازین اسلام و قوانین کشور تصمیم بگیرد، باید در صورت تمایل نمایندگان اقلیت‌های مذهبی به نامزدی، حضور آن‌ها را در شهر مغتنم شمارد. البته در خصوص پرونده عضو شورای شهر یزد، شورای نگهبان در نظر خود به تاریخ ۱۳۹۶/۱/۲۳ در مورد مغایرت تبصره ماده ۲۶ قانون شوراها (ماده ۳۰ فعلی) با منطوق اصل ۱۳ قانون اساسی^۲ و مفهوم اصل ۱۲ قانون اساسی^۳ و اصول ۱۰۰ و ۱۰۵ قانون اساسی، به مصوبات شوراها توجه داشته و نه مصوب (تصویب‌کننده) و مشخصاً

۱. بیگی، جمال و محمدحسن فرخی، «بازشناسی حقوق اقلیت‌های مذهبی در حکومت اسلامی با تأکید بر حق انتخاب دین و آزادی عقیده»، اولین همایش ملی پژوهش‌های نوین در حوزه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی ایران (تهران)، ۱۳۹۴، ص ۱۰.

۲. «ایرانیان زرتشتی، کلمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند».

۳. «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی‌الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه، ازدواج، طلاق، ارث و وصیت و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب».

به مسئله کنترل نشدن مصوبات شوراهای اسلامی شهر توسط شورای نگهبان از نظر مغایرت نداشتن با شرع تمسک کرده است. البته هر دو اصل ۱۳ و ۱۰۵ قانون اساسی نیز ناظر به مصوبات است نه مقام تصویب‌کننده (مصوّب).

اگر مصوبات، ملاک امر باشد که هست، هم در مجلس، نماینده غیر مسلمان و اثرگذار بر اهمّ تصمیمات، حضوری قانونی دارد و هم تئوری مطرح و غالب در فقه، امکان وکالت به غیر مسلمان را منع نمی‌کند. در مبحث وکالت، نظر مشهور فقها آن است که مسلمان بودن وکیل شرط نیست. بنابراین، وکیل شدن کافر، بلکه مرتد، اگرچه فطری باشد، از طرف مسلمان یا کافری دیگر صحیح است، مگر این‌که وکالت در موردی باشد که انجام آن توسط کافر صحیح نیست، مانند خریدن قرآن کریم برای کافری دیگر یا جایی که مخاصمه علیه مسلمانی بوده و قرار است کافری که وکیل شده است، از آن مسلمان استیفای حق کند.^۱ هم‌چنین اصولاً و مطابق دیدگاه نزدیک‌تر به صواب، نفی سبیل در مسائل کلان مطرح می‌شود و نه مسائل جزئی و موردی. پس باید روی مصوّب (آن‌چه تصویب می‌شود) تمرکز کرد، نه مقام تصویب‌کننده.

بند ششم. تصویب بودجه

از دیگر اشتراکات میان مجلس و شوراها، تصویب بودجه است. مطابق اصل ۵۲ قانون اساسی، بودجه سالانه کل کشور از طرف دولت تهیه و برای رسیدگی و تصویب به مجلس شورای اسلامی ارسال می‌گردد. قانون‌گذار در بند دوازدهم ماده ۸۰ قانون شوراها نیز تصویب بودجه، اصلاح و متمم بودجه و تفریغ بودجه سالانه شهرداری و حتی مؤسسات و شرکت‌های وابسته به شهرداری را (البته با رعایت آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها) بر عهده شورای شهر گذاشته است.

در این‌جا اختیارات بودجه‌ای شورای شهر حتی از مجلس شورای اسلامی نیز فراتر رفته؛ زیرا قانون‌گذار اختیار اصلاح و متمم بودجه و تفریغ بودجه را نیز به شورا واگذار کرده است، در حالی‌که مجلس شورای اسلامی چنین حدّی از اختیار و آزادی عمل را ندارد. برابر با نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل ۵۲، به شماره ۷۸/۲۱/۵۱۴۶ تاریخ ۱۳۷۸/۰۵/۲۴: «...۱. تغییر در ارقام بودجه به نحوی

۱. نک: طباطبایی، سید محمدکاظم، تکملة العروة الوثقی (جلد ۱)، چاپ اول، قم، ناشر: مکتبه الدواری، ۱۴۱۴، ص ۱۳۸.

که در کل بودجه تأثیر بگذارد، به وسیله طرح قانونی با توجه به اصل ۵۲ قانون اساسی امکان پذیر نیست. ۲. تصویب متمم و چند دوازدهم بودجه از طریق طرح قانونی با توجه به اصل ۵۲ قانون اساسی جایز نمی باشد.» بر اساس نظریه تفسیری شماره ۹۲/۳۰/۵۰۰۰۲ تاریخ ۱۳۹۲/۰۱/۳۱ نیز «تغییر در ارقام بودجه به نحوی که شاکله بودجه را تغییر دهد، امکان پذیر نیست و نتیجاً خلاف اصل ۵۲ قانون اساسی می باشد...»^۱. بنابراین، در خوش بینانه ترین حالت، مجلس شورای اسلامی، اختیار اصلاحات جزئی را خواهد داشت، آن هم بدون این که به شاکله بودجه لطمه ای وارد گردد. البته اختیار شورای شهر نیز محدود به رعایت آیین نامه مالی شهرداری هاست.

شورای شهر، تفریغ بودجه را نیز بر عهده دارد. در این خصوص، مجلس شورای اسلامی هم گزارش تفریغ بودجه را بررسی و بر آن نظارت می کند، ولی صادرکننده آن نیست. اصل پنجاه و پنجم قانون اساسی، دیوان محاسبات را مسئول رسیدگی به حساب همه وزارت خانه ها، مؤسسات، شرکت های دولتی و تمام دستگاه هایی قرار داده است که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می کنند و گزارش تفریغ بودجه نیز از جمله وظایف این دیوان است.

گفتار دوم. وجوه تمایز شوراهای اسلامی شهر و مجلس شورای اسلامی

اکنون اختلافات و تفاوت های این دو نهاد تصمیم ساز با همدیگر را بررسی می کنیم تا از این رهگذر، راهی برای اصلاح کاستی ها و تقویت نقاط قوت این نهاد محلی در اداره امور محلی بیابیم. تفاوت های این دو مجلس ملی و محلی را به این ترتیب می توان برشمرد:

بند اول. حدود وضع مصوبات

مجلس شورای اسلامی در مهم ترین وظیفه خود یعنی قانون گذاری به مقتضای اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت عام دارد و می تواند در عموم مسائل، قانون وضع کند. البته در تحلیل قلمرو صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی باید توجه کرد که اولاً حکم مندرج در اصل ۷۱ قانون اساسی، ناظر بر تصریح به صلاحیت اختیاری مجلس در قانون گذاری است. بر این اساس، در موضوعاتی که

۱. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، صص ۸۱ و ۸۵.

مجلس به موجب اصل یادشده احراز ضرورت کند، پس از ابتکار طرح یا لایحه مجاز در قانون‌گذاری و قاعده‌سازی هنجاری خواهد بود. این صلاحیت جزء صلاحیت‌های تخییری مجلس است و علی‌الاصول در اعمال چنین صلاحیتی، تکلیف حقوقی وجود نخواهد داشت. به علاوه باید توجه داشته باشیم در صورت احراز ضرورت قانون‌گذاری در راستای اصل ۷۱، صلاحیت تقنینی مجلس ماهیتاً به اموری تعلق خواهد گرفت که شأنیت امر تقنینی را داشته باشند. ویژگی‌هایی هم‌چون آمرانه و الزام‌آور بودن به مثابه اوصاف ذاتی نهاد قانون‌تلقی می‌شوند و لازم است که همه مصوبات تقنینی مجلس واجد دو وصف پیش‌گفته باشند. از حیث افراد موضوع قانون‌گذاری نیز مجلس باید در حدودی که به صلاحیت‌ها و حیطه‌های مقررشده در قانون اساسی تجاوز نکند؛ یعنی «در حدود مقرر در قانون اساسی»، قانون وضع کند. بنابراین، مجلس نمی‌تواند به واسطه تصویب قانون، ساختار یا نهادی را از قانون اساسی کم یا اضافه کند یا صلاحیت‌ها و اختیارات تصریح‌شده در قانون اساسی را کاهش یا افزایش دهد.^۱

یکی از مواردی که اختیار وضع مصوبه توسط شوراها را در مقایسه با مجلس متفاوت می‌سازد، دایره شمول و عرصه‌ای است که مقررات شوراها الزام می‌آفرینند. اولین نکته‌ای که به نظر می‌رسد، آن است که شوراها در حدود محلی، مقرراتی وضع می‌کنند، ولی مجلس در ابعاد ملی و کشوری، قانون ایجاد می‌کند. اصل یک‌صد و سوم قانون اساسی اشعار می‌دارد: «استانداران، فرمانداران، بخشداران و سایر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند، در حدود اختیارات شوراها، ملزم به رعایت تصمیم‌های آن‌ها هستند». مشابه مضمون این اصل از قانون اساسی، در ماده ۱۰۴ مکرر ۶ قانون شوراها (اصلاحی ۸۲/۷/۶) تکرار شده است. مفاد این اصل بیانگر آن است که شوراها در حوزه محلی مقررات وضع می‌کنند و دامنه شمول آن‌ها منحصر به محدوده عملکردشان است. در مقابل، مجلس شورای اسلامی که از منتخب نمایندگان ملت در تمام سطوح تقسیمات کشوری تشکیل شده است، در معیار ملی و کشوری قانون‌گذاری می‌کند.

۱. جواهری طهرانی، محمد، «شرح مبسوط قانون اساسی شرح اصل هفتاد و یکم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳، ص ۲۸.

بند دوم. حدود صلاحیت این دو شورا

تحقق شوراها با هر رویکردی که صورت بپذیرد، به این بستگی دارد که در چنین ساختارهایی باید قوانینی وضع شوند تا چگونگی روابط بین مقامات محلی و دولت مرکزی یا نمایندگان رسمی آن را در محل تنظیم کنند. در عین حال، قانون باید به نحوی تنظیم شود که سطح قانون‌گذاری شوراها یا دولت‌های محلی از سطح قانون‌گذاری پارلمان رسمی کشور مشخص و متمایز شود. صلاحیت مجلس شورای اسلامی در وضع قوانین، صلاحیتی عام است. مطابق اصل ۵۸ قانون اساسی، اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است. هم‌چنین طبق اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. عموم مسائل نیز همه زمینه‌ها را در بر می‌گیرد. در حقیقت، مجلس مختار است و قابلیت دارد در عرصه‌های مختلف اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، قواعد الزام‌آور وضع کند و تنها قانون اساسی است که این صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی را محدود می‌کند. مجلس موظف است در قانون‌گذاری، «حدود مقرر در قانون اساسی» را رعایت کند.

با این حال، مقنن اساسی علاوه بر مجلس شورا، نهادهای دیگری هم‌چون هیئت وزیران و مجلس خبرگان (تنها در حوزه وظایف و اختیارات) را نیز عهده‌دار و ذی‌صلاح در وضع قواعد و مقررات کلی و الزام‌آور دانسته است. از دیگر نهادهایی که در قانون اساسی برای وضع قواعد عام‌الشمول یا به عبارتی، وضع قانون در معنای عام، ذی‌صلاح شناخته شده‌اند، شوراهای محلی هستند که مطابق اصول قانون اساسی از این کارکرد برخوردار گشته‌اند. حقوق دانان و صاحب‌نظران بر سر کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول توسط شوراهای محلی مناقشه دارند. برخی با استناد به انحصار صلاحیت وضع قانون به مجلس شورای اسلامی و اصل تفکیک قوا، منکر این کارکرد برای دیگر نهادها از جمله شوراهای محلی گشته و کارکرد این نهاد را منحصر به نظارت و مشورت دانسته‌اند.^۱ برخی دیگر نیز با توجه به اختیارات و صلاحیت‌های شوراهای محلی در نظام حقوقی کشورمان، صلاحیت قاعده‌گذاری این نهاد را در عداد کارکردهای تصمیم‌گیری شوراهای محلی معنا کرده‌اند.^۲ در مقابل

۱. عمید زنجانی، عباس‌علی، کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، تهران: مجد، ۱۳۸۷، ص ۷۴.

۲. رستمی، ولی و مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه دانش حقوق مدنی، شماره ۵، ۱۳۹۲، ص ۴۶.

این دو گروه، برخی معتقدند شوراهای محلی، صلاحیت وضع مصوبه در مفهوم عام آن را دارند.^۱ در حقوق اداری همواره مفهوم تصمیم یا مقررات‌گذاری محل بحث بوده است. برخی صاحب‌نظران، این مقررات‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های شوراهای اسلامی شهر را دارای ماهیت خاص و انفرادی می‌دانند.^۲ برخی دیگر با تقسیم‌بندی تصمیمات اداری به عام (اقدامات عام‌الشمول) و خاص (اقدامات انفرادی)، تصمیمات شوراهای محلی را در جرگه تصمیمات عام به شمار می‌آورند.^۳ که می‌تواند در قالب اقدامات عام‌الشمول هم چون آیین‌نامه‌ها یا اقدامات انفرادی تبلور یابد. آن‌چه امروزه بیش‌تر از معنای تصمیم‌گیری برداشت می‌گردد و هر گاه که سخن از این مفهوم می‌رود، اقدامات انفرادی منظور است که در نظام حقوق اداری موضوعیت می‌یابد. این در حالی است که قانون‌گذاری به معنای وضع قواعد و مقررات عام و کلی است که قدرت ضمانت اجرا دارند. اختیارات و صلاحیت‌هایی که برای شوراهای محلی مقرر شده است، در موارد متعددی به وضع مقررات عام اشاره می‌کند که جدای از ماهیت انفرادی تصمیم‌گیری است. برای نمونه، اختیار وضع آیین‌نامه پیشنهادی شهرداری و تصویب مقررات لازم برای اراضی غیر محصور شهری از نظر بهداشت، آسایش عمومی و زیبایی شهر و لوایح برقراری و لغو عوارض، صلاحیتی نیست که بتوان آن را در حوزه اختیارات تصمیم‌گیری دسته‌بندی کرد. این اختیارات در حوزه کارکرد وضع قواعد عام‌الشمول (تقنین به معنای عام آن) قرار دارد و بی‌شک، در مرتبه‌ای پایین‌تر از قانون مصوب مجلس شورای اسلامی قرار می‌گیرند. در واقع، برخلاف مجلس شورای اسلامی، حدود صلاحیت شورای شهر در وضع مصوبه بسیار محدودتر از آن است که آن را بتوان نهادی تقنینی تلقی کرد.

بند سوم. علنی بودن و شفافیت جلسات

یکی از نشانه‌های سلامت و شفافیت اداره کشور، آگاه‌سازی مردم از امور جاری است. وقتی مردم، اداره کشور و شهرها را به نمایندگان خود سپرده‌اند، توقع دارند هم‌چنان‌که هنگام انتخابات، وعده‌های متعددی از نامزدهای کرسی‌های نمایندگی می‌شنوند، آنان بعد از نشستن بر کرسی‌ها

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد ۱)*، چاپ نهم، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۰۹.

۲. همان، ص ۲۸.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۳۳۱.

پی‌گیر مطالب وعده داده باشند، نه این‌که آن وعده‌ها را فراموش کنند. به این منظور، قانون اساسی در اصل شصت و نهم قانون اساسی بر علنی بودن جلسات مگر در موارد خاص و حالت اضطراری تأکید کرده است. مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن نیز در رسانه‌های کشور در دسترس ملت قرار گیرد. این اصل، شرایطی را تعیین کرده است که با رعایت آن‌ها، امکان برگزاری جلسه غیر علنی مجلس میسر می‌شود. در غیر این صورت، باید جلسات به صورت علنی برگزار شود. از جمله این شرایط می‌توان به وجود شرایط اضطراری، ضرورت رعایت امنیت کشور، تقاضای رئیس‌جمهور یا یکی از وزرا یا ده نفر از نمایندگان اشاره کرد.

مصوبات این جلسه غیر علنی وقتی مورد تأیید است که اعضای شورای نگهبان در این جلسه حضور داشته باشند و مصوبات به تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان مجلس رسیده باشد. در نهایت، این مصوبات باید بعد از برطرف شدن شرایط اضطراری به اطلاع عموم برسد. به نظر می‌رسد تمامی این سخت‌گیری‌ها برای آن است که تا حد امکان، جلسات مجلس شورای اسلامی علنی باشد تا مردم نیز از محتوا و تصمیمات نمایندگان خود در لحظه آگاه شوند. همانا این اصل از آثار افکار مرقی قانون‌نویسان صدر انقلاب اسلامی است.

در همین راستا، شوراهای اسلامی شهر نیز به واسطه وظایفی که در قبال شفافیت و اطلاع‌رسانی دارند، همانند مجلس شورای اسلامی هستند. بنابراین، با الگو قرار دادن اصل ۶۹ قانون اساسی می‌توان در خصوص شوراهای اسلامی شهر (دست کم در مراکز استان‌ها) می‌توان سازوکاری مشابه برای اطلاع‌رسانی در نظر گرفت و مشروح جلسات هفتگی شوراهای اسلامی شهر را به اطلاع عموم شهروندان آن شهر رساند. سال‌های متمادی است که رادیویی مخصوص در مراکز استان‌ها تأسیس شده و در حال خدمات‌رسانی است.

اگر به فواید شفافیت و اطلاع‌رسانی نظر افکنیم که لازمه وجود هر حکومت دموکراتیک به حساب می‌آید، انتشار مشروح جلسات شوراهای اسلامی شهر (دست کم در کلان‌شهرها یا مراکز استان‌ها)، فواید بسیاری برای آن شهر خواهد داشت. بدیهی است برای جلسات غیر علنی شوراهای اسلامی شهر نیز می‌توان دستورالعملی مشابه آن‌چه برای مجلس شورای اسلامی پیش‌بینی شده است، تهیه و تصویب کرد. گفتنی است شورای اسلامی شهر مشهد از بدو شروع به کار دوره پنجم خود، هر

هفته، جلساتش را به صورت زنده و بدون هیچ‌گونه مشکلی از طریق فضای مجازی پخش می‌کند.^۱

بند چهارم. سلب عضویت

در واقع، شوراهای محلی، واحدهای عدم تمرکز سرزمینی هستند که با توجه به دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل، برای اداره امور خود، اموال و امکانات مادی دارند، از نیروی انسانی و نیز مدیریت خاص برای خود در قالب بودجه محلی برخوردارند، موضوع حقوق و تکالیف قرار می‌گیرند و می‌توانند به عنوان خواهان به دادگاه شکایت کنند و به عنوان طرف شکایت فراخوانده شوند. با استفاده از تمام این عناصر می‌توان این واحدها و نهادهای محلی را در اموال، نیروی انسانی، بودجه، حقوق و تکالیف، مستقل از دولت مرکزی دانست. از این رو، به اقتضای اختیاراتی که به آن‌ها واگذار می‌شود، لازم است مراقبت شود تا از حدود اختیارات محوله خارج نشوند. به این منظور، برای اطمینان‌یابی از صحت عملکرد و جلوگیری از انحراف احتمالی اعضای شوراهای از حدود صلاحیت‌های پیش‌بینی شده، وجود نهاد یا نهادهایی به منظور نظارت همه‌جانبه بر آن‌ها ضروری است.

اعمال نظارت به منظور حمایت از منافع عمومی، جلوگیری از تعدی واحدهای غیر متمرکز در اعمال صلاحیت‌های خود و ناهماهنگی این نهادها با آهنگ کلی اداره کشور، ایجاد وحدت نظر در اداره امور عمومی و حفظ حقوق شهروندی در مقابل اعمال واحدهای نامتمرکز صورت می‌پذیرد. در قانون اساسی و قانون عادی، تمهیدات لازم برای اعمال این نظارت در نظر گرفته شده و ضمانت اجرای مؤثری هم برای آن مقرر شده است که می‌توان در عنوان نظارت بر اعضا به آن اشاره کرد.^۲ مطابق ماده ۹۲ (اصلاحی ۱۳۸۲/۷/۶) قانون شوراهای، «چنان‌چه هر یک از اعضای شوراهای موضوع این قانون، شرایط عضویت را از دست داده و یا در انجام وظایف قانونی خود، مرتکب قصور یا تقصیر شود یا اقدامی که موجب توقف یا اخلال در انجام وظایف شوراهای گردد یا عملی خلاف شئون اعضای شورا انجام دهد، به شرح زیر به صورت موقت یا برای مدت باقی‌مانده دوره شورا، سلب عضویت می‌گردد: در مورد اعضای شوراهای روستا و بخش به پیشنهاد شورای شهرستان و یا فرماندار در مورد شورای

۱. www.shora.mashhad.ir.

۲. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه و کوثر آملی جلودار، «مراجع تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، دو فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۰، ۱۳۹۵، ص ۶۰.

شهر و شهرستان به پیشنهاد شورای استان و یا استاندار و تصویب شورای حل اختلاف استان. در مورد اعضای شورای استان به پیشنهاد شورای عالی استان‌ها و یا استاندار و در مورد شورای عالی استان‌ها به پیشنهاد وزیر کشور و تصویب هیئت حل اختلاف مرکزی». بنابراین، در خصوص سلب عضویت اعضا شوراها می‌توان گفت چون این شرایط بسیار موسّع و تفسیرپر دارند، به صورت بالقوه امکان سلب عضویت غیر شفاف اعضای شورا را ایجاد می‌کنند، این در حالی است که اصل ۸۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهار نظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آن‌ها را به سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرایی که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند، تعقیب یا توقیف کرد». البته باید به این نکته نیز اشاره کرد که حق اعتراض در دیوان عدالت اداری برای اعضای سلب عضویت شده شورا محفوظ است.

آن‌گونه که از این اصل استنباط می‌شود و بیش‌تر حقوق دانان نیز بر آن اجماع دارند، نماینده را فقط در ایفای وظایف نمایندگی در نطق‌ها، تذکرات، تحقیق و تفحص مصون می‌کند. بنا بر مطالعه مستندات حقوقی در این زمینه، اگر نماینده‌ای، خارج از حیطه وظایف نمایندگی، که در اصل ۸۶ قانون اساسی احصا شده است، جرم یا تخلفی مرتکب شود، همانند دیگر شهروندان در برابر قانون و مقررات کیفری و حقوقی مساوی است و باید در برابر قانون پاسخ‌گو باشد. در ماده ۷۳ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز به صراحت بیان شده و در تبصره قید گردیده است: «وظایف نمایندگی شامل نطق، بحث‌های داخل دستور، بحث‌های جلسات کمیسیون‌ها، اظهار نظراتی که برای اعمال اصل ۸۴ قانون اساسی انجام می‌شود و سایر موارد نظارتی و قانونی است».

با توجه به قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، مصونیت نمایندگان فقط معطوف به مواردی است که در مواد ۷۳، ۷۴ و ۷۵ این قانون آمده است و موارد دیگری از جمله ارتکاب جرم و تخلف مشهود و غیر مشهود را شامل نمی‌شود. با توجه به اختلاف نظر رؤسای قوای مجریه و قضاییه در ۱۳۸۰/۱۰/۲۰، شورای نگهبان، نظر تفسیری خود را به شماره ۸۰/۲۱/۳۶ درباره مصونیت پارلمانی ارائه کرد و حدود و موارد شمول مصونیت نمایندگان را برشمرد. بر اساس تفسیر شورای نگهبان، مصونیت، ریشه‌ای غیر اسلامی دارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابر هستند. شورای نگهبان در تفسیر خود از اصل ۸۶ قانون اساسی به نظر حضرت امام خمینی (ره)

به عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی در خصوص ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه قضاییه استناد و بیان می‌کند: «... اصل هشتاد و ششم قانون اساسی در مقام بیان آزادی نماینده در رابطه با رأی دادن و اظهار نظر در جهت ایفای وظایف نمایندگی در مجلس است و ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه از شمول این اصل خارج است و این آزادی، منافی مسئولیت مرتکب جرم نمی‌باشد»^۱.

تخلف و ارتکاب جرم از سوی نماینده مجلس به موجب قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان نیز مستوجب پی‌گرد و پیمودن مراحل قانونی است. ماده ۹ این قانون در تبصره‌های خود مقرر می‌دارد: «تشخیص مصادیق موضوع اصل هشتاد و ششم (۸۶) قانون اساسی و ماده (۷۵) آیین نامه داخلی مجلس با هیئت است» و «تخلف از مفاد این ماده از سوی مراجع قضایی حسب مورد مستوجب مجازات انتظامی از درجه پنج تا هفت است». با توجه به تبصره ماده ۹، اگر نماینده‌ای در اظهار نظر خود، بنا بر تشخیص مقام قضایی، مرتکب جرمی شده و مقام قضایی قصد احضار او را داشته باشد، احضار او باید از طریق هیئت رئیسه به هیئت نظارت ابلاغ شود تا این هیئت با ترکیبی که در قانون مشخص شده است، تشخیص دهد که آیا اظهار نظر نماینده مجلس در زمره وظایف نمایندگی است یا خارج از وظایف او تلقی می‌شود. چنان چه موضوع اظهار نظر، داخل وظیفه نماینده تلقی شود، او مصون از تعقیب است و قابل پی‌گرد نیست. چنان چه تشخیص این هیئت بر خروج موضوعی مصونیت باشد، مراتب به مقام قضایی اعلام می‌شود.

قانون اساسی جمهوری اسلامی، قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی و استفساریه‌های شورای نگهبان به اصل «عدم مسئولیت» در مصونیت پارلمانی قائل هستند، به این معنا که نمایندگان پارلمان با بهره‌گیری از دو ویژگی مطلق و دایمی بودن مصونیت، با آزادی کامل و بی حد و حصر می‌توانند در جلسات عمومی پارلمان و در شعبه‌ها و کمیسیون‌ها نطق کنند و رأی دهند و هیچ کس حق نخواهد داشت نماینده را به دلیل اظهار نظر، نوشتار، اعمال و تصمیماتش یعنی اجرای وظایف و تکالیف قانونی تعقیب و بازخواست کند.

مصونیت نمایندگی، «عدم تعرض» را شامل نمی‌شود. عدم تعرض به این معناست که نمی‌توان

۱. فتحی و کوهی اصفهانی، پیشین، ص ۱۵۳.

نمایندگان پارلمان را به شیوه آیین رسیدگی معمولی در امور کیفری تعقیب کرد. از طرف دیگر، سلب عضویت از نمایندگان مجلس شورای اسلامی حتی در صورت ارتکاب امور کیفری یا خروج از حدود صلاحیت نمایندگی در هیچ قانونی پیش‌بینی نشده است. بنا بر استدلال حقوق دانان، اصل عدم تعرض به منظور استقلال و آزادی کامل نمایندگان در انجام وظایف نمایندگی آن‌ها و در راستای این است که دو قوه مجریه و قضاییه و هم‌چنین اشخاص به بهانه ارتکاب جرم، مخالفان و رقیبان خود را به آسانی تحت تعقیب قرار ندهند. این در حالی است که نمایندگان مردم در شوراهای محلی که گاه دارای وظایف خطیر و مهمی هستند، از مزایای مصونیت پارلمانی بی‌بهره‌اند.

بند پنجم. انحلال

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، شوراهای محلی در ایران یکی از مهم‌ترین انواع نهادهای محلی هستند که دارای شخصیت حقوقی مستقل از سازمان مرکزی دولتند. با این حال، استقلال این نهاد موجب نمی‌شود نظارت بر آن‌ها نفی گردد. یکی دیگر از مصادیق نظارت بر شوراهای محلی، انحلال در صورت انحراف از وظایف قانونی است که در اصل یک صد و ششم قانون اساسی آمده است. از مسائل و موضوعات مهم، مرجع تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی است. در حوزه انحلال شوراهای محلی، با نظر به سکوت مقنن اساسی درباره مرجع تشخیص انحراف منجر به انحلال، تشخیص انحراف و به تبع آن، اعلام انحلال به قانون عادی واگذار شده است. به این منظور در ماده ۹۱ قانون شوراها آمده است: «هرگاه شورا اقداماتی برخلاف وظایف مقرر یا مخالف مصالح عمومی کشور و یا حیف و میل و تصرف غیر مجاز در اموالی که وصول و نگه‌داری آن را به نحوی به عهده دارد، انجام دهد، به پیشنهاد کتبی فرماندار، موضوع جهت انحلال شورا به هیئت حل اختلاف استان ارجاع می‌گردد و هیئت مذکور به شکایات و گزارش‌ها رسیدگی و در صورت احراز انحراف هر یک از شوراهای روستاها، آن را منحل می‌نماید و در مورد سایر شوراها در صورت انحراف از وظایف قانونی، بنا به پیشنهاد هیئت استان و تصویب هیئت حل اختلاف مرکزی منحل می‌گردند».

شدیدترین مجازاتی که ممکن است در مورد اشخاص حقوقی در نظر گرفته شود، انحلال آن‌هاست. مسئله زوال و خاتمه حیات شوراهای محلی، یکی از مباحث مرتبط با شخصیت حقوقی مستقل شوراهای محلی است. البته قانون‌گذار اساسی به منظور حفظ و صیانت از شوراهای محلی، انحلال

آن‌ها را امری استثنایی قلمداد کرده و اصل بر تداوم فعالیت قانونی و سلب نشدن عضویت شوراهای محلی است. صرفاً در مواردی که انحراف آن‌ها از وظایف قانونی در مراجع ذی‌ربط تشخیص داده شود، منحل می‌شوند.

این در حالی است که در قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات مرتبط با آن، اصل یا ماده‌ای که بر انحلال مجلس شورای اسلامی دلالت کند، وجود ندارد. سازوکار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به گونه‌ای است که امکان انحلال مجموعه‌ای که با رأی مردم به وجود آمده‌اند (به جز شوراها) وجود ندارد. البته بر اساس اصل پنجم قانون اساسی، اعمال حاکمیت در جمهوری اسلامی ایران به عهده فقیه عادل و باتقواست. با این بیان، او عالی‌ترین مقام در جمهوری اسلامی است و همه صلاحیت‌های ناشی از این منصب به عهده اوست. یکی از صلاحیت‌های رهبر به عنوان رئیس کشور، تصمیم‌گیری برای حل معضلات اجتماعی و مدیریت کشور در بحران‌هاست که در قوانین اساسی از آن به عنوان اختیارات دوره اضطرار تعبیر می‌شود. برخی عقیده دارند که در بعضی شرایط که حل معضلات نظام از طریق قانونی قابل حل نیست، مقام رهبری می‌تواند مجلس را منحل کند. در این خصوص باید گفت که اصل اولی در اعمال ولایت، اجرای همه امور عمومی است. شروط عقد ولایت را باید در قوانین دید. با مراجعه به قانون اساسی و دیگر قوانین که اجرای آن به عنوان شرط ضمن عقد، بر ولی فقیه لازم است، چنین اختیاری برای وی در نظر گرفته نشده است. چون در امور عمومی، اصل، عدم صلاحیت است، برای اعمال هر صلاحیتی باید مجوز قانونی وجود داشته باشد. وقتی چنین مضمونی در قانون وجود ندارد، او قانوناً به انجام دادن این کار مجاز نیست و چون این کار نه در عقد بوده و نه به عنوان شرط در ضمن عقد گنجانده شده، عمل بر خلاف عقد تلقی شده است. بنابراین، هیچ مجوز شرعی هم وجود ندارد.^۱

بند ششم. رجوع به آرای عمومی

طبق اصل ۵۹ قانون اساسی، با تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعمال قوه مقننه می‌تواند از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای مردم صورت پذیرد. رفراندوم، یکی از روش‌های اعمال دموکراسی مستقیم است که در قانون اساسی برای مجلس شورای اسلامی در امور

۱. کاویانی، محمدهادی، «بررسی مسئله انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری»، اندیشه‌های حقوق خصوصی، شماره ۱۲، ۱۳۸۷، ص ۱۸۴.

تقنینی پیش‌بینی شده است. چنین صلاحیتی برای شوراهای ایران پیش‌بینی نشده است. با توجه به بند (ج) ماده ۷۶ قانون شوراهای^۱ و نیز ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی و نحوه انتخاب دهیار، امکان نظرخواهی از اهالی فراهم شده است.^۲ این امر، نمایی از دموکراسی مستقیم را به ذهن متبادر می‌کند، ولی جای‌گزین فراندوم و رجوع به آرای عمومی نیست. چون روند اداره شهرها و روستاها از ساختار متمرکز دولت و مجلس در قالب برنامه و بودجه از بالا به پایین تأمین می‌گردد، نقش و مشارکت شهروندان و بهره‌گیری از ظرفیت‌ها و توانمندی‌های محلی در عمل به فراموشی سپرده می‌شود. به عبارت دیگر، مدل اداره در چارچوبی ناپایدار تعریف و تنظیم شده که محصول این رویه، دوری از «شهروندپایگی» و «محیط‌پایگی» در برنامه‌ریزی و مدیریت شهری و روستایی است و به عبارت روشن‌تر، مدیریت محلی مطلوب شکل نمی‌گیرد.^۳

بند هفتم. نظارت قیمومیتی

در نظام اداری، نظارت سلسله‌مراتبی وجود دارد و مافوق بر تصمیمات و اعمال مادون نظارت دارد. در این نظارت، مادون باید پاسخ‌گوی مقام مافوق باشد، ولی در سیستم عدم تمرکز به دلیل استقلال نهاد عدم تمرکز، نظارت سلسله‌مراتبی متصور نیست؛ زیرا بودجه واحدهای نامتمرکز محلی مستقل و از راه دریافت عوارض محلی تأمین می‌شود و دولت مرکزی، نظارت خفیف‌تری اعمال و به ندرت برای آن‌ها، دستور اداری صادر می‌کند.^۴ در عدم تمرکز به ویژه نوع محلی آن، دولت مرکزی می‌تواند بر تصمیمات نهاد عدم تمرکز، دو نوع نظارت پیشینی و پسینی (قیمومیتی) داشته باشد. در ایران، حاکمیت بر شوراهای اسلامی هم نظارت پیشینی یا قیمومیتی و هم نظارت پسینی دارد.^۵

۱. بند ج ماده ۷۶: «تشکیل گردهم‌آیی عمومی جهت ارائه گزارش کار و دریافت پیشنهادها و پاسخ به سؤالات و جلب مشارکت و خودیاری مردم برای پیشبرد امور روستا حداقل دو بار در سال و با پانزده روز اعلام قبلی».

۲. عباسی، بیژن، حقوق اداری، چاپ اول، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۲۱.

۳. هاشمی، سید مناف و محمدحسین بوچانی، «الزامات تحول رابطه قوه مقننه و مجریه با مدیریت‌های محلی در افق ۱۴۰۴ جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۹۲.

۴. حسامی، شاهین، «نظارت قیمومیتی در ساختار اداری ایران»، همایش ملی ارتقای کارآمدی دیوان عدالت اداری در نظارت بر مقررات اداری، ۱۴۰۱، ص ۹.

۵. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۸۶.

بر اساس تبصره ۱ ماده قانون شوراهای، مصوبات شوراهای برای بررسی به نماینده دولت مرکزی (مجموعه وزارت کشور و دستگاه‌های اجرایی مربوط) ارسال می‌شود تا اگر آن را خلاف قوانین و مقررات یا خارج از حدود وظایف شوراهای تشخیص دهند، نسبت به آن مصوبه اعتراض کنند.^۱ علاوه بر آن، مصوبات شوراهای اسلامی برای انطباق با قوانین و مقررات در «هیئت‌های تطبیق مصوبات شوراهای اسلامی کشور با قوانین» موضوع ماده ۹۰ قانون شوراهای نیز بررسی می‌شود. شاید از یک منظر بتوان این نظارت را با نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس برای انطباق با قانون اساسی مقایسه کرد، ولی نوع نظارت نهاد حاکمیتی بر شوراهای اسلامی با نظارت شورای نگهبان تفاوت ماهوی دارد. نظارت نهاد حاکمیت بر نهادهای عدم تمرکز و شوراهای اسلامی، نظارت قیم‌آبانه است. هم‌چنین به منظور رسیدگی به انحرافات شوراهای اسلامی از وظایف قانون خود، در ماده ۸۹ قانون شوراهای، «هیئت اختلاف و رسیدگی به شکایات» پیش‌بینی شده است و وزارت کشور به موجب تبصره ۲ همین ماده،^۲ مسئولیت نظارتی و اجرایی قانون شوراهای را بر عهده دارد. همه این امور از حاکمیت نگاه قیمومیتی از طرف دولت مرکزی به شوراهای محلی حکایت دارد که چنین اختیاری برای شورای نگهبان دیده نشده است. با این وصف، شوراهای اسلامی، یک تفاوت ماهوی با مجلس شورای اسلامی دارند و هیچ نظارت قیمومیتی بر مجلس شورای اسلامی وجود ندارد. به نظر می‌رسد برای حفظ استقلال شوراهای اسلامی نیز باید این نظارت قیمومیتی به حداقل برسد و با راه‌کار شفاف قانونی، دایره تصمیم‌گیری، قدرت عمل و مشارکت آنان در اداره امور محلی گسترش یابد.

۱. «اعتراض در مورد مصوبات شوراهای اسلامی روستا و بخش توسط بخشدار یا شورای اسلامی شهرستان، در مورد مصوبات شوراهای اسلامی شهر و شهرستان توسط فرماندار یا شورای اسلامی استان، در مورد مصوبات شورای اسلامی استان توسط استاندار، مسئولان دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط یا شورای عالی استان‌ها و در مورد مصوبات شورای عالی استان‌ها توسط وزیر کشور یا عالی‌ترین مقام دستگاه‌های ذی‌ربط صورت می‌گیرد. شوراهای موضوع این تبصره مکلفند یک نسخه از مصوبات خود را ظرف یک هفته برای شورای واجد صلاحیت اعتراض به مصوبات آن‌ها و دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط که مصوبه مربوط به آن‌ها می‌باشد، ارسال کنند. رسیدگی به اعتراض موضوع این قانون مانع از رسیدگی به شکایات سایر اشخاص در محاکم صلاحیت‌دار نیست».

۲. تبصره ۲: «وزارت کشور براساس مسئولیت نظارتی و اجرایی قانون شوراهای می‌تواند موارد تخلف از قانون را به هیئت حل اختلاف ارجاع نماید».

گفتار سوم. الگوهای شایسته برای توسعه سیستم عدم تمرکز در ایران

بند اول. تخصص‌گرایی

تخصص‌گرایی همراه با دگرگونی‌های اجتماعی و اقتصادی جوامع و به طور کل، با پیچیدگی‌های فرهنگی جوامع ارتباط مستقیم دارد. حتی از آن به عنوان عامل اساسی در اقتصاد سیاسی کشورهای پیشرفته یاد می‌شود.^۱ متخصص، کسی است که تمام یا بخشی از وقتش را به کار یا فعالیتی ویژه در مورد زندگی مادی و معنوی شهروندان (اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و نظیر آن) اختصاص می‌دهد.^۲

ارتباط این اصل مهم با نهاد شورا به این مسئله برمی‌گردد که گونه‌های مختلفی از شوراها، به ویژه شوراهای حاکمیتی به صورت تخصصی و با حضور خبرگان حوزه مورد نظر برای تصمیم‌گیری‌های مقرون به صواب از طریق این نهادها تشکیل می‌شوند.^۳ شوراهای اسلامی نیز از این امر مستثنی نیستند. با توجه به صلاحیت‌ها و وظایفی که در قانون برای آن‌ها پیش‌بینی شده، ضروری است اشخاصی متخصص در رشته‌های مختلف از جمله حقوق، اقتصاد و جغرافیای شهری و روستایی در آن فعالیت داشته باشند. متأسفانه در قانون شوراها به این امر مهم توجه نشده و تنها در بند (ه) ماده ۳۰ این قانون به میزان تحصیلات انتخاب‌شوندگان اشاره شده است که هرگز اصل تخصص‌گرایی به عنوان یکی از مهم‌ترین ضروریات حکمرانی خوب را از آن نمی‌توان برداشت کرد. نهادهایی که بر مبنای تخصص‌گرایی استوار باشند، بسترهای اولیه کمال‌یابی سازمانی را دارند. اگر نهاد یا سازمانی چنین خصلت بنیادی را نداشته باشد، کارکرد آن دچار چالش می‌شود و افراد در آن در ورطه اشتغال حاشیه‌ای قرار می‌گیرند. دولت محلی، یکی از نهادهایی است که بر مبنای ساختار و کارکرد، دارای حوزه‌ای تخصصی هستند.^۴ دولت محلی مطلوب باید از دو ویژگی اثربخشی و کارآمدی

1. Peregrine, Peter, (1991) "Some Political Aspects of Specializations". World Archaeology, 23, 1991, p. 8.

2. Cobb, Charles R., "specialization, Exchange and power in small-scale societies", Research in Economic Anthropology, 17(1), 1996, p. 251.

۳. گرجی از زردبانی، علی اکبر و محسن ابوالحسنی، «نقش شورا در مدیریت امور عمومی: تصمیم‌گیر یا تصمیم‌ساز؟»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳، ۱۳۹۵، ص ۱۱۶.

۴. رومینا، ابراهیم، «تأثیر تخصص‌گرایی بر کارکرد دولت محلی، نمونه: شورای اسلامی شهر تهران»، فصل‌نامه تحقیقات جغرافیایی، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۵۴.

برخوردار باشد. اثربخشی یعنی رسیدن به اهداف ترسیم‌شده و کارآمدی یعنی استفاده از حداقل امکانات و منابع برای رسیدن به اهداف تعیین‌شده.^۱ بدیهی است یکی از مهم‌ترین عوامل در تحقق این دو امر مطلوب، لزوم رعایت اصل تخصص‌گرایی است.

بند دوم. بودجه مشارکتی

تنظیم بودجه، اول بار در قرن هفدهم در انگلیس معمول شد. تاریخ دخالت مجالس قانون‌گذاری در بودجه و بودجه‌نویسی با تاریخ آزادی ملت‌ها گره خورده است. تنظیم بودجه را باید در عامل سیاسی جست‌وجو کرد که نمایندگان ملت می‌خواستند درآمدها و هزینه‌های دولت را کنترل کنند. پارلمان مایل نبود که شاه یا دولت بدون رضایت نمایندگان ملت، قانون وضع کند و بدون کنترل مجالس قانون‌گذاری، بیت‌المال مردم خرج شود. به همین سبب، به تدریج، درآمدها و هزینه‌های دولت در سندی تنظیم شد و تصویب پارلمان ضرورت پیدا کرد تا آن‌جا که در قرن نوزدهم میلادی، اراده قانون‌گذار در تنظیم و اجرای بودجه از ضرورت‌های دموکراسی کلاسیک شناخته شد.^۲

بودجه، آینده‌نگری است و به همین سبب، گاهی با واقعیت‌ها تطبیق نمی‌کند و تغییراتی باید در آن انجام شود. برای جلوگیری از این وضع یا به حداقل رساندن تغییرات لازم باید با کمک روش‌های مناسب، برآوردها به واقعیت نزدیک شوند.^۳ در اصطلاح کلی، بودجه‌ریزی مشارکتی، فرآیندی اصلاحی است که شامل تغییر جهت از روش انحصاری بودجه‌ریزی سنتی توسط هیئت اجرایی (منتخب یا انتصابی) به سمت روشی عام‌الشمول است که شهروندان را به ایفای نقش مستقیم در برنامه‌ریزی و تخصیص منابع شهرداری وادار می‌کند.^۴ به نظر می‌رسد بودجه مشارکتی را می‌توان هم مشارکتی و هم مشورتی دانست که اجازه حضور شهروندان در فرآیند تصمیم‌گیری را می‌دهد و به مشورت نیاز

1. Yaghi, Abdulfattah, "Good Governance Practices by Local Administration in Jordan and USA", International Journal of Rural Management, (4), 2008, p. 51.

۲. قدیری اصل، باقر، «تحول بودجه و بودجه‌نویسی در جهان و ایران»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۱، ۱۳۸۰، ص ۱۰.

۳. عامری، معصومه و زهرا عامری، «بررسی مقایسه‌ای فرآیند اجرای بودجه شهرداری‌ها در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۰، ۱۳۹۷، ص ۲۰۸.

4. Devas, Nick, Ian Blore & Richard Slater, **Municipalities and finance: A source book for capacity building**, London: Routledge, 2004. P. 97.

دارد. بنابراین، تجزیه و تحلیل آن به موجب نظریه مشارکتی و مشورتی باعث ایجاد ارزیابی از بودجه مشارکتی بر اساس اصول دموکراتیک مشورتی مشارکتی می‌شود. هم‌چنین این ارزیابی را میسر می‌سازد که چه طور یک فرآیند مشورتی مشارکتی در چارچوب محدودیت‌های دموکراسی نمایندگی عمل می‌کند. بنابراین، در وهله نخست، اگرچه به نظر می‌رسد بودجه‌ریزی مشارکتی چنان‌که از نامش مشخص است، با دموکراسی مشارکتی مرتبط است، اما بررسی‌های بیش‌تر نمایانگر آن است که این فرآیند با دیگر نظریه دموکراتیک یعنی دموکراسی مشورتی، هماهنگی‌های بیش‌تری دارد. بدین ترتیب، با قرار دادن آن در یک چارچوب نظری بزرگ‌تر می‌توان به درکی صحیح‌تر از بودجه مشارکتی دست یافت.^۱

در نظام حقوقی ایران، در سه مورد به موجب ماده ۷۶ و بند ۳۱ ماده ۷۱ قانون شوراها و هم‌چنین ماده ۷۱ قانون شهرداری صرفاً حق اطلاع شهروندان از مصوبات و بودجه شوراها و شهرداری پیش‌بینی شده است که بی‌گمان، ضامن اجرای بودجه‌ریزی مشارکتی نیست. در ماده ۸۴ قانون شوراها، شورای شهر، شهرداری، شرکت‌ها و سازمان‌های وابسته، موظف به ایجاد پایگاه رایانه‌ای برای اطلاع عموم مردم از مصوبات، تصمیمات، عملکرد، بودجه، هزینه و درآمد شده‌اند. بند ۳۱ ماده ۸۰، شورا را موظف به انتشار صورت هزینه و بودجه در پایان سال مالی کرده است. ماده ۷۱ قانون شهرداری را می‌توان به دو بخش تقسیم کرد. در بخش اول، شهرداری مکلف است هر شش ماه یک‌بار، صورت جامع درآمد و هزینه شهرداری را که به تصویب انجمن شهر رسیده است، به اطلاع عموم برساند و در بخش دوم ماده، شخص شهردار باید هر شش ماه یک‌بار، آمار همه عملیات‌های انجام‌شده را به اطلاع عموم برساند.

برای تحقق بودجه‌ریزی مشارکتی در نظام عدم تمرکز به صورت عام و شوراها به عنوان بخشی از این نظام به صورت خاص، اولین اقدام ممکن این است که در قوانین مربوط به هر سه حوزه یعنی تهیه بودجه، تصویب بودجه و اجرای بودجه، زمینه‌های لازم برای مشارکت هر چه بیش‌تر شهروندان ایجاد گردد.

۱. عامری، زهرا، احمد خسروی و محمدباقر مقدسی، «مؤلفه‌های بودجه‌ریزی شهری: مشارکتی شایسته با نگاهی به نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۹، ۱۳۹۸، ص ۸۴.

بند سوم. دموکراسی مستقیم

دموکراسی مستقیم یا اعمال مستقیم قدرت عمومی توسط شهروندان باعث درگیر شدن آن‌ها با مشکلات محلی از یک طرف و مشارکت آن‌ها در حل و فصل مشکلات از طریق مدیریت مشارکتی می‌شود و این امر باعث ارتقای دانش و آگاهی شهروندان و تمرین واقعی، عملیاتی و آگاهانه دموکراسی و نظارت همگانی می‌گردد. قانون‌گذار این پدیده را در نظام مدیریت محلی کشور ایران به رسمیت نشناخته و یکی از خلأها و آسیب‌هاست.^۱

در فرانسه، حق اعتراض و حق referendum، یکی از بزرگ‌ترین نوآوری‌های قانون ۲۸ مارس ۲۰۰۳ است. روش‌های تحقق این حق به این صورت است که انتخاب‌کنندگان از باب اعمال حق دادخواهی (اعتراض) می‌توانند تقاضای ثبت نام جهت شرکت در جلسه شورای محلی و اعلام اعتراض کنند. چنین حقی البته در قانون اساسی ۱۷۹۱ هم ریشه دارد. علاوه بر این، موضوعات و برنامه‌های واقع در صلاحیت شورای نهاد محلی می‌تواند با تصمیم شورا به referendum واگذار شود.^۲

دموکراسی مستقیم در حکومت محلی ژاپن به روش‌های مختلف صورت می‌گیرد. در این کشور، ابتکار یا درخواست مستقیم، نظامی است که در آن، شهروندان حداقل باید کم‌ترین حد نصاب امضای رأی‌دهندگان واجد شرایط را جمع کنند تا بتوانند وضع، بازنگری یا لغو آیین‌نامه‌های محلی یا انجام بازرسی از فعالیت‌های حکومت محلی یا انحلال مجلس محلی یا عزل اعضای مجلس یا رؤسای قوه مجریه محلی را درخواست کنند.^۳

در نظام حقوقی ایران نیز با الگوبرداری از کشورهای یادشده می‌توان برای ایجاد و ساختارمندسازی دموکراسی مستقیم در سطح شورای شهر، گام‌های اساسی برداشت. در این راستا، نخستین گام، برخورداری از اطلاعات دقیق در خصوص میزان جمعیت یک شهر است؛ زیرا تا زمانی که این امر

۱. همتی، مجتبی، «بررسی و تحلیل ارکان حکومت محلی در ژاپن»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۵، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰.

۲. واعظی، سید مجتبی و سارا فدایی، «مطالعه تطبیقی الگوهای عدم تمرکز در فرانسه، انگلستان و آمریکا با نگاهی کوتاه به ایران»، دو فصل‌نامه حقوق اساسی، شماره ۲۸، ۱۳۹۶، ص ۱۳۰.

3. Council of Local Authorities for International Relations (CLAIR), St. Clair College, 2014, Local government in Japan, available in: www.clair.or.jp, p. 18.

مشخص نباشد، اعمال حدّ نصاب امکان‌پذیر نیست. در مرحله بعد، حدّ نصاب‌های تعیینی باید معقول باشد. برای مثال، نباید آن چنان بالا باشند که قابلیت تحقق اراده اکثریت شهروندان را مخدوش کنند و هم‌چنین باید شامل اختیارات پیشنهاد بازنگری، لغو و وضع مصوبه باشد.

بند چهارم. تخفیف نظارت قیمومیتی

به نظر می‌رسد در قانون شوراها و آیین‌نامه‌های اجرایی آن، نظارت قیمومیتی و نظارت پیشینی دولت مرکزی تا جایی پیش رفته است که در عمل، اختیار و صلاحیتی برای شورای محلی باقی نمانده است. به جای این‌که شوراهای محلی، تصمیم‌گیر و اداره‌کننده امور محلی باشند، به شورای شهرداری و دهیاری بدل شده‌اند. این شوراها به جز مسائل مربوط به شهرداری و دهیاری، هیچ اختیار و صلاحیتی ندارند و نمی‌توانند در دیگر حوزه‌های مربوط به دستگاه‌های اجرایی دیگر تصمیم بگیرند. برای مشارکت دادن شوراهای محلی در اداره امور محل لازم است قوانین و مقررات اصلاح و قدرت تصمیم‌سازی در همه حوزه‌های محلی به آنان اعطا گردد. البته تا وقتی دیدگاه‌ها به شوراهای محلی و به طور کلی، عدم تمرکز اصلاح نشود، چنین اتفاقی نخواهد افتاد؛ زیرا دیدگاه به عدم تمرکز به گونه‌ای است که گسترش آن را موجب کاهش اقتدار ملی و به خطر افتادن حاکمیت مرکزی می‌پندارند. این در حالی است که مشارکت مردم از طریق شوراها در سرنوشت خود، یکی از اصول مترقی قانون اساسی است و در درازمدت می‌تواند منجر به افزایش اقتدار ملی به دلیل پشتوانه مردمی حاکمیت گردد.

نتیجه‌گیری

وقتی از منظر قانون اساسی، نهاد شورا به عنوان ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشور در همه سطوح قلمداد می‌شود و مقامات عالی‌رتبه کشوری در استان‌ها و در مرکز کشور ملزم به رعایت تصمیمات آن‌ها می‌شوند، نشانگر این است که شوراهای اسلامی بر خلاف تلقی‌ها و برداشت‌های معمول و سنتی، نه تنها ماهیتی مشورتی به مفهوم مصطلح آن ندارند، بلکه رکن تصمیم‌گیری و اداره امور کشور محسوب می‌شوند. در این مقاله، وجوه مشترک و تمایز مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر در حد امکان ذکر شد و به الگوی شایسته تخصص‌گرایی، بودجه مشارکتی، دموکراسی مستقیم و تخفیف نظارت قیمومیتی پرداختیم که منجر به بهبود الگوی حاکم بر اداره شورای شهر

می‌شود. اصلاح قانون انتخابات و در نظر گرفتن برخی ضرورت‌ها در آن نکته‌ای است که باید به آن توجه کرد؛ زیرا هیچ کدام از آن‌ها در مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی رعایت نمی‌شود.

قبل از پرداختن به شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان شوراهای اسلامی شهر باید دانست که اگر قرار باشد از شهروندان خواسته شود به جراحان متخصص قلب رأی دهند تا آن‌ها شورایی بسازند و خدمات تخصصی بهتری برای بهداشت و سلامتی مردم در حوزه بیماری قلبی ارائه دهند، به یقین، مردم به کسی که ارجح است و متخصص‌تر، رأی خواهند داد. در این میان، اگر بر فرض، آیین‌نامه چنین انتخاباتی اجازه دهد، به یک دندان‌پزشک رأی نخواهند داد؛ چون معتقدند او در جمع جراحان متخصص قلب جایگاهی ندارد و توان انجام خدمت‌رسانی به مردم را در زمان برخورد با مشکل قلبی آنان نخواهد داشت. در این خصوص، شایسته است شورای عالی استان‌ها (در درجه نخست) یا دولت یا نمایندگان مجلس در راستای اصل تخصص‌گرایی، پیشنهاد قانونی را برای تصویب به مجلس شورای اسلامی بدهند تا از این پس (ولو به صورت آزمایشی و برای تنها یکی از کلان‌شهرها)، قبل از انتخابات، آزمونی استاندارد برگزار شود تا عیار تخصصی آشنایی با موضوعات شهری نامزدان آن شهر سنجیده شود. سپس اگر از این مرحله موفق بیرون آیند، با رأی مردم انتخاب شوند. حداقل نتیجه این آزمون آن خواهد بود که مردم با انبوهی از افرادی روبه‌رو نخواهند شد که خویشتن را متخصص کار شوراها می‌دانند و تنها تعداد معقولی برای انتخاب شدن در فهرست باقی خواهند ماند.

پیش‌بینی سازوکارهای قانونی لازم برای مشارکت هر چه بیش‌تر شهروندان از طریق اشکال مختلف دموکراسی مستقیم مانند تعیین حدّ نصاب مشخصی برای میزان حضور شهروندان در پیشنهاددهی وضع، لغو و بازنگری در مصوبات شورای شهر و امکان‌پذیر دانستن مداخله شهروندان در فرآیندهای تهیه، تصویب و اجرای بودجه، به بهبود کارکردهای شوراها کمک قابل توجهی خواهد کرد.

شفاف‌سازی در تصمیم‌گیری شوراها با پخش مذاکرات نمایندگان مردم در این شوراها از طریق رسانه‌های جمعی و روزنامه‌ها و جراید نیز از دو منظر اثر خواهد داشت: نخست این که موجب می‌شود تا اعضای شوراها در تصمیمات خود با دقت و وسواس بیش‌تری عمل کنند و خواست مردم را در نظر بگیرند. دوم این که مردم از نظرهای هر یک از اعضا آگاهی می‌یابند و در انتخابات بعدی با شناخت کافی از آنان به انتخاب افراد شایسته‌تر و موافق با خواست خود دست می‌یازند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، چاپ نهم، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۲. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۴. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹.
۵. عمید زنجانی، عباس علی، **کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ سوم، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۶. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان**، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷.
۷. فقیه لاریجانی، فرهنگ، **حقوق روابط شورا و شهرداری**، چاپ دوم، تهران: مجد، ۱۳۹۲.
۸. قاضی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
۹. مظهری، محمد، **حقوق شهری**، تهران: آیدین، ۱۳۹۶.
۱۰. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)**، چاپ بیست و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اصلانی، فیروز و علی سهراب‌لو، «کارکردهای نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۳، ۴۰۵: ۱۳۹۴-۴۲۷.
۲. بیگی، جمال و محمد حسن فرخی، «بازشناسی حقوق اقلیت‌های مذهبی در حکومت اسلامی با تأکید بر حق انتخاب دین و آزادی عقیده»، اولین همایش ملی پژوهش‌های نوین در حوزه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی ایران (تهران)، ۱۳۹۴.

۳. تقی‌زاده، جواد، مرتضی نجابت‌خواه و کوثر آملی جلودار، «مراجع تشخیص انحراف و اعلام انحلال شوراهای محلی در حقوق ایران»، دو فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۰، ۱۳۹۵: ۸۰-۶۰.
۴. جواهری طهرانی، محمد، «شرح مبسوط قانون اساسی شرح اصل هفتاد و یکم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳.
۵. حبیب‌نژاد، سید احمد، «بررسی حقوقی شوراهای اسلامی شهر در پرتو اصول تمرکززدایی»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۲۰، ۱۳۸۸: ۱۳۱-۱۱۱.
۶. حسامی، شاهین، «نظارت قیمومیتی در ساختار اداری ایران»، همایش ملی ارتقای کارآمدی دیوان عدالت اداری در نظارت بر مقررات اداری، ۱۴۰۱.
۷. رستمی، ولی و مجتبی حسینی‌پور اردکانی، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه دانش حقوق مدنی، شماره ۵، ۱۳۹۲: ۶۰-۴۱.
۸. رومینا، ابراهیم، «تأثیر تخصص‌گرایی بر کارکرد دولت محلی، نمونه: شورای اسلامی شهر تهران»، فصل‌نامه تحقیقات جغرافیایی، شماره ۳، ۱۳۹۵: ۵۵-۴۳.
۹. عامری، زهرا، احمد خسروی و محمدباقر مقدسی، «مؤلفه‌های بودجه‌ریزی شهری: مشارکتی شایسته با نگاهی به نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۹، ۱۳۹۸: ۹۶-۷۹.
۱۰. عامری، معصومه و زهرا عامری، «بررسی مقایسه‌ای فرآیند اجرای بودجه شهرداری‌ها در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۰، ۱۳۹۷: ۲۳۶-۲۰۷.
۱۱. فقیه لاریجانی، فرهنگ، «دوگانگی شخصیت حقوقی شورای شهر و شهرداری: آسیب‌شناسی ساختاری نهاد محلی در ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۴، ۱۴۰۱: ۲۰۹۵-۲۱۰۹.
۱۲. قدیری اصل، باقر، «تحول بودجه و بودجه‌نویسی در جهان و ایران»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۱، ۱۳۸۰: ۲۲-۹.
۱۳. کاویانی، محمدهادی، «بررسی مسئله انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری»، اندیشه‌های حقوق خصوصی، شماره ۱۲، ۱۳۸۷: ۱۸۸-۱۶۵.
۱۴. گرجی ازندریانی، علی اکبر و محسن ابوالحسنی، «نقش شورا در مدیریت امور عمومی: تصمیم‌گیر

- یا تصمیم‌ساز؟»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳، ۱۳۹۵: ۱۳۳-۱۰۹.
۱۵. صبوری کاشانی، منوچهر، «تصمیم‌گیری و مشارکت: بررسی انجمن‌های شهر در نظام کنونی عدم تمرکز»، مؤسسه مطالعات و تحقیقات اجتماعی، شماره ۳۰، ۱۳۵۴.
۱۶. نوروزی، غلام‌رضا، «وظایف قانونی شوراها»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۲۸، ۱۳۷۸.
۱۷. نوروزی، غلام‌رضا، «آسیب‌شناسی شوراها»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۳۰، ۱۳۸۰.
۱۸. واعظی، سید مجتبی و سارا فدایی، «مطالعه تطبیقی الگوهای عدم تمرکز در فرانسه، انگلستان و آمریکا با نگاهی کوتاه به ایران»، دو فصل‌نامه حقوق اساسی، شماره ۲۸، ۱۳۹۶: ۱۴۷-۱۲۱.
۱۹. هاشمی، سید مناف و محمدحسین بوچانی، «الزامات تحول رابطه قوه مقننه و مجریه با مدیریت‌های محلی در افق ۱۴۰۴ جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات میان‌رشته‌ای در علوم انسانی، شماره ۳، ۱۳۹۱: ۱۱۹-۸۹.
۲۰. همتی، مجتبی، «بررسی و تحلیل ارکان حکومت محلی در ژاپن»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۵، ۱۳۹۷: ۱۵۶-۱۲۵.

۲. عربی

۱. طباطبایی، سید محمدکاظم، تکمله العروه الوثقی (جلد ۱)، چاپ اول، قم، ناشر: مکتبه الدواری، ۱۴۱۴.

3. Latin Source

1. Cobb, Charles R., "specialization, Exchange and power in small-scale societies", Research in Economic Anthropology, 17(, 1996.
2. Council of Local Authorities for International Relations (CLAIR), St. Clair College, 2014, Local government in Japan, available in: www.clair.or.jp.
3. Devas, Nick, Ian Blore & Richard Slater, **Municipalities and finance**: A source book for

capacity building , London: Routledge, 2004.

4. Peregrine, Peter, (1991) “**Some Political Aspects of Specializations**”. World Archaeology, 23, 1991.

5. Yaghi, Abdulfattah, “**Good Governance Practices by Local Administration in Jordan and USA**”, International Journal of Rural Management (4), 2008.

آسیب شناسی نهادهای حقوقی حمایت از تولید؛ قواعد و سازوکارهای اجرایی

زهرا خدایاری^۱

محمد رضا ویژه^۲

چکیده

نهادهای حقوقی معادل قواعد و سازوکارهای اجرایی، در عملکرد اقتصادی دولت ها نقش مؤثری ایفا می کنند. از ابتدای دهه ۹۰، حمایت از تولید ملی، یکی از مهم ترین مسائل کشور در پیشبرد اهداف اقتصادی بوده که موضوع سیاست های کلی قرار گرفته است. در راستای اعمال این سیاست ها، نظام حقوقی به وضع قواعد حقوقی و ایجاد نهادهای دولتی پرداخته است. با توجه به ناکامی در دستیابی به این هدف، بررسی و آسیب شناسی نهادهای حقوقی حمایت از تولید می تواند در بهبود عملکرد دولت در ارتقا و رشد تولید ملی مفید باشد.

با بررسی صورت گرفته در سه سطح سیاست گذاری، قانون گذاری و اجرا با چالش هایی مواجه هستیم که توجه به چالش ها و حل آن ها موجب تحقق سیاست های کلی می شود. نبود نگرش واحد در سیاست های حمایت از تولید، بی توجهی به کیفیت قانون گذاری و نبود دیوان سالاری توان مند از جمله آسیب های موجود در نهادهای حقوقی است. تدوین سند توسعه صنعتی و رعایت ملزومات نهادی، اعمال ارزیابی تأثیرات قانون و توجه به ویژگی های دیوان سالاری که شامل تمرکز نهادی و پاسخ گویی نهادها می شود، راهکارهای پیشنهادی در راستای دستیابی به نظام حقوقی مؤثر در عملکرد اقتصادی دولت است.

واژگان کلیدی: نهادهای حقوقی، حمایت از تولید، سیاست صنعتی، قانون گذاری، دیوان سالاری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران، (نویسنده

مسئول)، Zahra.khodayari@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران،

(نویسنده مسئول)، mreza.vijeh@yahoo.com

مقدمه

به اعتقاد بسیاری از اقتصاددانان، بنیه تولیدی ایران در دهه ۱۳۹۰ دچار افول گسترده شده است. آمارهای کارشناسان نیز این گزاره را تأیید می‌کند. در ارزیابی آسیب‌شناختی بحث صنعت گفته می‌شود بی‌سابقه‌ترین روند قهقهه‌رایی در ساحت کمیّت و کیفیت در دهه ۹۰ اتفاق افتاده است. برای سنجش میزان اثرگذاری سیاست‌های «رونق» یا «جهش» تولید، از دو شاخص «بهره‌وری عوامل تولید» و «تشکیل سرمایه ثابت ناخالص» استفاده می‌شود. شاخص بهره‌وری به نوعی همه تحولات کیفی را اندازه‌گیری می‌کند که در پی توسعه صنعتی و جهش تولید باید رخ دهد. بر اساس تحقیقات صورت‌گرفته، از بهره‌وری کل عوامل تولید در یک دهه گذشته کاسته شده و تشکیل سرمایه ثابت روند نزولی داشته و در واقع، میزان سرمایه‌ای که صرف سرمایه‌گذاری و تشکیل سرمایه در اقتصاد شده، نسبت به سال‌های گذشته کاهش یافته است.^۱ علاوه بر آن، بر اساس آخرین آمارهای موجود، در دهه ۹۰، میانگین نرخ تشکیل سرمایه ثابت ناخالص داخلی کشور، منفی ۴/۴ درصد بوده و نسبت تشکیل سرمایه به هزینه ناخالص داخلی از ۲۴/۷ درصد در سال ۱۳۹۰ به ۱۳/۱ درصد در سال ۱۳۹۹ کاهش یافته است.^۲

در رویکردهای دخالت دولت در اقتصاد، نظریه نهادگرایی معتقد است که نهادهای حقوقی در رشد و توسعه اقتصادی نقشی مؤثر دارند. به نظر نهادگرایان، برای بهبود امور اقتصادی به بهینه شدن محیط کسب‌وکار نیاز است و بهینه شدن فضای کسب‌وکار نیازمند شکل‌گیری ترکیب دولت و بازار و توجه به امور نهادی است.^۳ از این رو، یکی از عوامل مؤثر در عملکرد بازار و تقویت امور اقتصادی، توجه به ساختار نهادی موجود در حکومت است. به عبارت دیگر، نادیده انگاشتن اثرگذاری ساختار نهادها و قدرت در جوامع بر اموری چون افزایش تولید ملی، بهبود وضعیت زندگی و افزایش فرصت‌های شغلی، خطای بزرگی است که نتیجه آن، شکست بسیاری از برنامه‌های توسعه است.^۴ بر

۱. رجب‌پور، حسین، «آسیب‌شناسی استراتژی توسعه صنعتی در ایران (۳): الزامات نهادی»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۵۶۲.

۲. حسینی، سید جعفر و همکاران، «تحلیل راهبردی وضعیت اقتصادی و اجتماعی کشور در آستانه برنامه هفتم توسعه کشور به همراه ارائه راهبردها و رویکردهای اصلاحی»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۵۷۵، ص ۶.

۳. دادگر، یدالله، اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان، چاپ هفتم، تهران: آماره، ۱۳۹۶، ص ۶۶.

۴. تودارو، مایکل پی. و استیفن سی. اسمیت، توسعه اقتصادی، ترجمه: وحید محمودی، تهران: نگاه دانش، ۱۳۹۳، صص

اساس این نگرش، مفاهیمی همانند حقوق مالکیت، نظام حقوقی و ساختارهای حکمرانی، عوامل مهمی در شکل‌دهی به عملکرد اقتصادی کشورها^۱.

طبق تعریف داگلاس نورث، نهادها، قواعد بازی ابداعی بشرد که محدودیت‌هایی در رفتار انسان‌ها در جامعه ایجاد می‌کنند و عوامل انگیزه‌بخشی هستند که رفتارهای بشر را جهت می‌دهند. مراد نورث از نهاد، سه مقوله قواعد رسمی، محدودیت‌های غیر رسمی و سازوکار اجرای آن‌هاست که بر روی هم ماتریس یا محیط نهادی را می‌سازند. از رهگذر همین ماتریس نهادی است که نهادها، ناطمینانی را کاهش می‌دهند؛ چون به واسطه این قواعد، چارچوب‌ها و ساختارهایی برای زندگی روزمره ایجاد و با ساختارمند شدن رفتار و کنش‌های بشر از ناطمینانی کاسته می‌شود.^۲

تصویب قوانین متعدد و ایجاد نهادهای دولتی که به وضع مصوبات و اجرای قوانین می‌پردازد، بیانگر این نکته است که نظام حقوقی می‌کوشد در نظام اقتصادی کشور و رشد و تقویت تولید مؤثر باشد. با توجه به وضعیت نامطلوب در حوزه تولید می‌توانیم ادعا کنیم که نظام حقوقی به عنوان یکی از عوامل مؤثر در آن در پیشبرد این هدف موفق نبوده است.

مسئله مورد بحث در این مقاله، آسیب‌شناسی نهادهای حقوقی حمایت از تولید است. نهادهای حقوقی بر اساس تعریف نورث، معادل قواعد حقوقی و سازوکارهای اجرایی مورد نظر است. در بررسی قواعد حقوقی، قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و در سازوکارهای اجرایی، شوراها و هیئت‌هایی که در دولت ایجاد شده‌اند، تحلیل می‌شود. با توجه به ساختار و کارکرد نهادهای حقوقی در حوزه تولید به سه چالش کلی در سیاست‌گذاری، قانون‌گذاری و اجرا می‌پردازیم که عبارتند از: نبود نگرش واحد در سیاست‌های حمایتی از تولید، رعایت نشدن الزامات قانون‌گذاری در قوانین و ناکارآمدی دولت در معنای ضعف در دیوان‌سالاری.

۱۹۸-۲۰۴.

۱. محمدی، تیمور و محمد ندیری، «بررسی تأثیر نهادهای خالق بازار و سایر نهادها بر رشد اقتصادی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی، سال سیزدهم، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۸۰.

۲. ریزوندی، محمدامیر، بهرام سجایی و فرشاد مؤمنی، «کاوشی در تعریف نهاد: ارزیابی رویکردهای متأخر بدیل تعریف از نهاد»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۹۴، ص ۱۹۰.

گفتار اول. قواعد و سازوکارهای اجرایی حمایت از تولید

در دوره‌های تقنینی مجلس شورای اسلامی، احکام و تکالیفی در قوانین در حمایت از تولید و سرمایه‌گذاری وجود دارد. در ابتدای دهه ۱۳۹۰ به بحث حمایت از تولید بیش‌تر توجه شد که اعلام شعار سال توسط مقام رهبری مؤید همین نکته است. سیاست‌های کلی تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی نیز در سال ۱۳۹۱ توسط مقام رهبری ابلاغ گردید. از جمله محورهای مورد توجه در این سند، بهبود فضای کسب‌وکار، تنظیم نقش نهادهای عمومی غیر دولتی اقتصادی در جهت تولید ملی، شفاف‌سازی، بسترسازی اشتغال، توسعه نهادهای مردمی برای رشد تولید ملی، توسعه فرهنگ حمایت از تولید، حمایت از سرمایه‌گذاری، تنقیح و اصلاح قوانین و مقررات با رویکرد ثبات نسبی قوانین و جلوگیری از ایجاد انحصار در تولید است. پیرو سیاست‌های کلی، قوانین «حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات»، «رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور»، «حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی» و «جهش تولید دانش‌بنیان» تصویب شده‌اند. «قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه»، «قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» و «قانون احکام دایمی برنامه‌های توسعه کشور» از جمله قوانینی هستند که قواعد متعددی را با محتوای بهبود محیط کسب‌وکار و حمایت از تولید و سرمایه‌گذاری به تصویب رسانده‌اند.^۱

قانون‌گذار در قوانین متعدد، قواعدی را به صورت پراکنده در حمایت از تولید وضع کرده است، مانند: حمایت‌های مالی، حمایت‌های پولی و اعتباری، حمایت‌های مالیاتی، بیمه‌ای و تعرفه‌ای و حمایت‌های مقرراتی. حمایت‌های قانون‌گذار از تولیدکنندگان بیش‌تر متوجه اعطای تسهیلات بانکی و اعتباری است. در این زمینه، مواردی از جمله تضمین خرید محصولات داخلی، تسهیل و نظام‌مند کردن صدور مجوز کسب‌وکارها و رفع موانع ورود داوطلبان فعالیت اقتصادی به بازار، ایجاد تأسیسات و زیرساخت‌های فیزیکی و اجرای طرح‌های زیرساختی، ارائه کمک‌های فنی و آموزشی

۱. نک: مرکزالمیری، احمد، و سید امیر سیاح، «رویکردها و روش‌های حمایت از تولید در شش قانون برنامه توسعه»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۵۴۷۴؛ مرکزالمیری، احمد و مریم احمدیان، «بررسی احکام قانونی حمایت از تولید، سرمایه‌گذاری و کسب‌وکار، مصوب چهار دوره تقنینی هفتم تا پایان دهم»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۳۵۳.

در سطوح و رشته‌های مختلف و حمایت از فعالیت‌های پژوهشی و فناوری، شفاف‌سازی اطلاعات و پرداخت مطالبات دولتی در نظر گرفته شده است.

سازوکارهای اجرایی قوانین مصوب که در دولت پیش‌بینی شده‌اند، شامل شورا، هیئت، کمیسیون، کارگروه و ستادهایی می‌شود که از آن‌ها با عنوان «نهادهای دولتی» یاد می‌شود. یکی از نهادهای دولتی، «ستاد تسهیل و رفع موانع تولید» است که به موجب ماده ۶۱ «قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور» تشکیل شد. اهداف مورد نظر مقنن از تشکیل ستاد تسهیل و رفع موانع تولید شامل بررسی و تصمیم‌گیری برای حل و فصل مشکلات واحدهای تولیدی به ویژه در موارد مربوط به تکمیل و راه‌اندازی طرح‌های نیمه‌تمام، تأمین مالی، تعیین تکلیف بدهی‌های معوق و رفع موانع صادراتی و مشکلات مرتبط با محیط زیست، منابع طبیعی و معادن می‌شود.

بر اساس گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در ارزیابی عملکرد ستاد تسهیل و رفع موانع تولید در بازه زمانی دو سال تا پایان تیر ۱۴۰۰، بخش عمده مصوبات ستاد به موضوع تأمین مالی مربوط است. حدود نیمی از مصوبات ستاد نیز در خصوص شرکت‌ها و بنگاه‌ها اجرا نشده و فقط یک‌پنجم از مصوبات بررسی شده به طور کامل اجرا شده است.^۱

نهاد دیگری که یکی از ابزارهای پیش‌بینی شده قانون‌گذار برای تقویت تولید داخلی محسوب می‌گردد، «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل در صدور مجوزها» ست. مسئله مجوزهای دست‌وپاگیر و مخل تولید یکی از مسائل جدی محیط کسب‌وکار محسوب می‌شود، به طوری که یکی از برنامه‌های وزارت صمت برای رونق تولید، بهبود فضای کسب‌وکار است و برای تحقق این برنامه به اصلاح فرآیندها و دستورالعمل‌ها و حذف یا کاهش زمان صدور مجوزها اشاره کرده‌اند.^۲

با بررسی محتوای مصوبات هیئت مقررات‌زدایی در ۶۸ نشست برگزار شده (از بهمن ۱۳۹۴ تا آبان ۱۴۰۱)،^۳ می‌توان مصوبات را این گونه تقسیم‌بندی کرد: مصوبات ناظر بر تعداد مجوزها، مصوبات ناظر بر

۱. مرکزالمیری، احمد و مریم احمدیان، «ارزیابی عملکرد ستاد تسهیل و رفع موانع تولید از ابتدای سال ۱۳۹۸ تا پایان تیرماه ۱۴۰۰»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۳۴۶، ص ۱۷.

۲. «جزئیات ۳۵ برنامه برای رونق تولید: وزارت صمت منتشر کرد»، دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸/۲/۳ در: www.donya-e-qtasad.com.

۳. مصوبات هیئت مقررات‌زدایی تا تاریخ ۱۴۰۱/۸/۲۴ مطالعه شده است.

ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌ها، مصوبات ناظر بر اصلاح رویه‌ها، مصوبات ناظر بر الزام دستگاه‌ها به تدوین و اصلاح مقررات و مصوبات ناظر بر لغو مقررات.^۱ بر اساس گزارش‌های مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و اظهارات مقامات مسئول در وزارت امور اقتصادی و دارایی، بسیاری از مصوبات هیئت مقررات‌زدایی در دستگاه‌ها اجرا نمی‌شود. برای مثال، وزیر امور اقتصادی و دارایی در جلسه هیئت مقررات‌زدایی تصریح کرد: «۹۰ درصد مصوبات هیئت مقررات‌زدایی اجرا نمی‌شود.»^۲ در حقیقت، با وجود تصویب ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، وظیفه تسهیل شرایط صدور مجوزهای کسب‌وکار در مقررات، تکلیفی نامتناسب با جایگاه قانونی هیئت مقررات‌زدایی است. به همین دلیل، پس از گذشت سال‌های متمادی از تصویب ماده ۷، هیئت وزیران به مسئله مجوزها ورود کرد و تصویب‌نامه‌ای را در سال ۱۳۹۹ درخصوص یک‌پارچگی و انسجام نظام صدور مجوزها در کشور به تصویب رساند. تصویب قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار در سال ۱۴۰۰ نیز مؤید همین نکته است که قوانین پیشین و عملکرد هیئت مقررات‌زدایی در تسهیل صدور مجوزها موفق نبوده است.

«شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی» و «کمیته حمایت از کسب‌وکار» نیز از نهادهایی هستند که به موجب قانون بهبود محیط کسب‌وکار و قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور ایجاد شدند و یکی از وظایفشان، پیشنهاد اصلاح قوانین و مقررات مخل کسب‌وکار، تولید و سرمایه‌گذاری است. تعداد مصوبات شورای گفت‌وگو در خصوص اصلاح قوانین و مقررات نسبت به کل مصوبات اندک است. از آن مصوبات نیز تنها چند مصوبه اثربخشی مطلوب داشته که بسیار زمان‌بر و دشوار بوده و در بسیاری از موارد، فرآیند مشارکت شورا در این امر موفق نبوده است.^۳ در بازه زمانی ۱۳۹۶ تا ۱۳۹۸ نیز تنها سه مورد از مصوبات کمیته حمایت از کسب‌وکار اثربخشی مطلوب داشته‌اند که شامل اصلاح یک آیین‌نامه، اصلاح یک دستورالعمل و تصویب یک بخش‌نامه است.^۴

۱. مرکزالمیری، احمد، «گزارش نظارت بر اجرای احکام قانونی مجوزهای کسب‌وکار؛ ارزیابی عملکرد هیات مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۳۹۹، صص ۱۶-۳۰.

۲. خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷/۸/۲۹، در: www.irna.ir/fa/News/83106872.

۳. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی عملکرد شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی؛ پیشنهاد اصلاح، حذف یا وضع مقررات»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۱۳۷، صص ۶-۲۰.

۴. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی عملکرد کمیته ماده (۱۲) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در رفع موانع قانونی و مقرراتی تولید و سرمایه‌گذاری»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۱۸۳، صص ۸-۴۰.

دو نهاد دیگر که در راستای پیشبرد اهداف حمایت از تولید در کشور ایجاد شده‌اند، «کارگروه رفع موانع جهش تولید» و «شورای هماهنگی اقتصادی سران قوا» هستند. وجه اشتراک این دو نهاد به نحوه شکل‌گیری آن‌ها مرتبط است که با پیشنهاد رهبری در نظام حقوقی تشکیل شده‌اند و مرجع ایجاد آن‌ها قانون نیست.

مقام رهبری در سخنرانی خود در سال ۱۳۹۹ با توجه به انتخاب «جهش تولید» برای نام و شعار سال به موانع تولید اشاره کرد و تشکیل کارگروهی فراقوه‌ای متشکل از سران سه قوه را پیشنهاد داد.^۱ سران قوا در شورای عالی هماهنگی اقتصادی با تأیید این مطلب، وظیفه تشکیل آن را بر عهده معاون اول رئیس‌جمهور گذاشتند. با توجه به بررسی‌های انجام شده تا پایان سال ۱۳۹۹، ده جلسه کارگروه برگزار شده است. با ملاحظه مصوبات این کارگروه به نظر می‌رسد هدف اولیه از تشکیل آن محقق نشده است؛ زیرا این کارگروه به عنوان کارگروه فراقوه‌ای که می‌تواند موانع تولید را در همه بخش‌ها مرتفع سازد، مورد توجه قرار گرفت، اما تنها عمل مؤثر آن، اجرایی کردن مصوبات هیئت مقررات‌زدایی است که آن هم با مصوبه هیئت وزیران محقق گردید. در مصوبات بعدی، بیش‌تر شاهد تصمیم‌ها و دستورهای کلی هستیم که حجم بسیاری از آن‌ها به تسهیلات بانکی و حمایت‌های مالی اختصاص یافته است. شاید بیان این تصمیمات در ستادها و کارگروه‌های دیگر از جمله شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا یا ستاد تسهیل و رفع موانع تولید هم می‌توانست محقق گردد. مسئله دیگر، نبود قانون یا مقرر مشخص در خصوص ایجاد این نهاد است. به همین دلیل، فعالیت آن کاملاً متکی به قوه مجریه و معاون اول رئیس‌جمهور است و بعد از اتمام فعالیت دولت نیز این کارگروه به فعالیت خود پایان می‌دهد.

شورای هماهنگی اقتصادی سران قوا به پیشنهاد رهبری در سال ۱۳۹۷ ایجاد شد. سرمایه‌گذاری، تورم، اشتغال، بهبود شرایط نظام بانکی و موضوعات مربوط به تولید ملی از سرفصل‌های مهم موضوعات اقتصادی بود که رهبری اعلام کرد تا به عنوان اولویت‌های اصلی در دستور کار این شورا قرار بگیرد. نکته مهم در این شورا آن است که اختیاراتی به موجب حکم رهبری به شورا اعطا شده است، در حالی که ساختار و وظایف آن به طور مصرّح و مشخص وجود ندارد. نبود سامانه مشخص

1. www.farsi.khamenei.ir (1399/06/02).

باعث شده است در بررسی مصوبات این نهاد با مشکل مواجه باشیم؛ چون مصوبات شورا به طور شفاف در دسترس نیستند. بنابراین، ایجاد نهادهایی بدون مقرر قانونی به دلیل نبود شفافیت در وظایف، اختیارات و عملکردشان موفقیت‌آمیز نخواهد بود (مانند کارگروه رفع موانع جهش تولید). هم‌چنین تشکیل این گونه نهادها موجب می‌شود از ظرفیت نهادهای قانونی موجود استفاده نشود، مانند کاهش فعالیت شورای اقتصاد پس از ایجاد شورای هماهنگی سران قوا.

گفتار دوم. نبود نگرش واحد در خصوص سیاست‌های حمایتی از تولید

از نظر متخصصان توسعه اقتصادی، الگوی حمایت از تولید وقتی مؤثر است که دولتی توانمند آن را طراحی و اجرا کند؛ یعنی دولتی که هم سطوح مناسبی از تعهد به اهداف توسعه‌ای در میان سیاست‌گذاران آن وجود داشته باشد و هم سیاست‌هایی هماهنگ‌کننده در پیش بگیرند. توجه به سیاست صنعتی و تدوین سند توسعه صنعتی به عنوان یکی از راهکارهای مؤثر برای دستیابی به این هدف شناخته شده است. در حقیقت، در مرحله اول، توجه به سیاست‌گذاری در حوزه حمایت از تولید اهمیت دارد؛ زیرا قانون‌گذار با توجه به سیاست‌های موجود قانون وضع می‌کند و زمانی که راهبرد مشخصی در خصوص تولید وجود نداشته باشد، موجب تصویب قوانین با حمایت‌هایی پراکنده می‌شود.

بند اول. ضرورت سند توسعه صنعتی

سیاست صنعتی راهبردی در مورد صنعت به معنای وسیع آن است و سیاست‌هایی هستند که هدفشان، هدایت فعالیت‌های اقتصادی در جهت‌ی خاص است.^۱ سیاست‌های صنعتی به مداخله هدفمند دولت در بخش‌ها برای تحریک تحول ساختاری و استقرار فعالیت‌های با ارزش افزوده بالا اطلاق می‌شود.^۲ این سیاست‌ها دربرگیرنده مجموعه‌ای از خط‌مشی‌های هدایت سرمایه‌گذاری، تجاری، آموزشی، فناوری و اعتباری است که با ایجاد آرایشی از نهادها و سازمان‌های توسعه‌ای و

1. Laurids, S. Lauridsen, "Strategic Industrial Policy and Latecomer Development: The What, the Why and the How", Forum for Development Studies Vol. 37, No. 1, March 2010, p. 8-9.

۲. استیگلیتز، ج. و ج. لین، انقلاب در سیاست صنعتی؛ نقش دولت در فراسوی ایدئولوژی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۹، ص ۸۱.

با اختصاص منابع، صنعتی شدن و تغییر ساختارهای تولیدی و ترکیب کالاهای صادراتی و وارداتی کشور را دنبال می‌کند.^۱ در راستای این سیاست‌ها، نهادهای قدرتمند برای اجرای هر دسته از سیاست‌ها و نهادهای مرکزی نیز برای هدایت و نظارت بر کل فرآیند توسعه صنعتی (مانند وزارت تجارت بین‌المللی و صنعت در ژاپن) ایجاد می‌شوند.^۲ در حقیقت، سیاست‌های صنعتی است که ظرفیت دولت را برای کمک به رشد اقتصادی به حداکثر می‌رساند و در عین حال، خطرهای ناشی از اتلاف و رانت‌جویی را به حداقل می‌رساند.^۳

با گذشت قریب به دو دهه از اولین تلاش‌ها برای طراحی سند توسعه صنعتی و با وجود احکام قانونی در سه برنامه توسعه کشور (ماده ۲۱ قانون برنامه چهارم توسعه، ماده ۱۵۰ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۴۶ قانون برنامه ششم توسعه)، مطالعات متعددی برای طراحی استراتژی صورت گرفته است. با این حال، هیچ کدام به مرحله اجرا نرسیده و مبنای جهت‌دهی سیاست‌های حمایتی، تجاری و بانکی قرار نگرفته‌اند. نتایج این مطالعات در سال‌های ۱۳۸۲، ۱۳۹۲ و ۱۳۹۴ منتشر شده است. در حال حاضر، سند راهبردی صنعت ۱۴۱۰ در حال تدوین است. هیچ کدام از این مطالعه‌ها به برنامه عملیاتی منجر نشده و هم‌چنان در مرحله «تدوین سند» باقی مانده‌اند. بنابراین، به نظر می‌رسد یکی از چالش‌های پیش رو برای بهبود فرآیند قانون‌گذاری و اجرای آن‌ها، نبود راهبرد توسعه صنعتی و جهت‌گیری در حمایت‌هاست که بتواند تمام حمایت‌های قانونی و به تبع آن، اجرای مناسب آن را تضمین کند.

تجربه کشورهای موفق تازه صنعتی شده جهان نشان می‌دهد که یکی از اصلی‌ترین اقدامات این کشورها، تنظیم راهبرد توسعه صنعتی است.^۴ راهبرد توسعه صنعتی، تعیین تکلیف این سه حوزه است: صنایعی که باید حمایت شوند، نوع یا انواع حمایت‌هایی که باید از صنایع صورت گیرد و بازه

۱. رجب‌پور، پیشین، ص ۹.

2. Mazzucato, Mariana, Mario Cimoli, Giovanni Dosi, Joseph E. Stiglitz, Michael A. Landesmann, Mario Pianta, Rainer Walz, and Tim Page, "Which industrial policy does Europe need?", *Intereconomics* 50, No. 3 (2015), pp. 120-155.

3. Rodrik, Dani, "Industrial Policy for the Twenty-First Century", November 2004, p. 2.

۴. گزارش پژوهشی با عنوان مشترک «الگوی راهبردی حمایت از تولید» مربوط به کشورهای ژاپن، کره جنوبی، چین، ترکیه، آلمان، امریکا و برزیل، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

زمانی حمایت‌ها، نهادها و دستگاه‌هایی که باید در این زمینه همکاری و هماهنگی داشته باشند. مطالعه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی راجع به کیفیت و کمیت انواع حمایت‌های مقرر در قوانین برنامه توسعه و دیگر قوانین مرتبط نشان می‌دهد اختلاف نظر سیاست‌گذاران، نبود نگرش منظم و واحد در خصوص راهکارهای رشد تولید داخلی و نبود استراتژی مشخص توسعه صنعتی از ضعف‌های مهم حمایت قانونی از تولید است. پس هماهنگی میان سیاست‌های صنعتی، اعتباری، فناوری، علمی و تجاری ضروری است تا حمایت‌های صورت‌گرفته از تولید هدفمند باشد و پراکنده و بی‌اثر نباشد.

بند دوم. الزامات اجرای سند توسعه صنعتی

نبود برنامه و استراتژی موجب هدر رفتن منابع عمومی می‌شود. با ارزیابی نهادها و قوانین به نتیجه مشابه دست می‌یابیم که اگرچه اولویت‌بندی در اختصاص منابع وجود دارد، اما با تصمیم‌های پراکنده و نامنسجم در اختیار و صلاح دید افراد قرار می‌گیرد که مستلزم وجود الزاماتی در ساختار قوانین و نهادهای درون جامعه است. بنابراین، برای بهبود ساختار سیاسی و نهادهای دولتی نیازمند رعایت اصولی کلی هستیم که اعمال آن‌ها فارغ از تفاوت‌های چیدمان سیاسی کشورهاست.

۱. یکی از موارد مؤثر در موفقیت برنامه‌های توسعه صنعتی و اقتصادی، حمایت سیاسی در سطح بالای حکومت است که موجب هماهنگی و نظارت می‌شود. ناهماهنگی نهادهای دولتی، دلیل اصلی ناکامی در تدوین سند سیاست صنعتی است. اگر تنها وزارت صمت را مسئول آن بدانیم، قاعدتاً امکان اجرا و هماهنگی در همه سطوح وجود ندارد و باید مقام سیاسی مافوق مانند رئیس جمهور، مسئولیت اجرای سیاست‌های صنعتی را بر عهده بگیرد که این امر منجر به پاسخ‌گویی مقام مسئول در قبال پی‌آمدهای اجرای سیاست‌ها می‌گردد. با وجود سیاست‌گذاری کلی در حمایت از تولید، مقام مسئولی وجود ندارد که مسئولیت اجرا و هماهنگی و نظارت را بر عهده بگیرد. در همه کشورهایی که در اجرای سیاست‌های صنعتی موفق بوده‌اند، حضور یک قهرمان سیاسی به چشم می‌خورد.^۱

1. Rodrik, Dani, "Industrial Policy for the Twenty-First Century", November 2004.

Rodrik, Dani, "INDUSTRIAL POLICY: DON'T ASK WHY, ASK HOW", Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Cambridge, Received: 14 August 2008, p. 25.

۲. دیگر اصل مؤثر در اجرای سیاست‌های صنعتی و حمایت از تولید، وجود شوراها و کمیته‌هایی است که متشکل از افراد دولتی و اشخاص خصوصی باشد. در مباحث اقتصادی، دولت، نقش تنظیم‌گر بخش خصوصی کشور را دارد. بنابراین، توجه به درخواست‌ها و مطالبات بخش خصوصی و دریافت اطلاعات از آن‌ها برای پیشبرد هر چه بهتر مقاصد اقتصادی مهم است. این نکته در نظریه اقتصاددانان با عنوان «استقلال متکی به جامعه»^۱ قابل ملاحظه است. بر اساس آن، در طراحی و تقنین سیاست‌های اقتصادی در جامعه و به تبع آن، تصویب مقررات و اجرا توسط دولت باید به بخش خصوصی به عنوان یک منبع اطلاعات و دارای نقش اصلی توجه کرد، به این معنا که تنها به یک فرآیند از بالا به پایین به آن نگاه نشود. زمانی می‌توانیم ادعا داشته باشیم که فرآیند تصمیم‌گیری از پایین به بالاست که نهادهای ایجادشده در تعامل مداوم و مؤثر با بخش خصوصی و اقتصادی جامعه باشند.

دولت سنگاپور برای طراحی استراتژی‌های توسعه صنعتی این کشور، از مدیران ارشد شرکت‌های بزرگ صادراتی این کشور دعوت می‌کند تا با برگزاری سلسله‌ای از جلسات منظم و برنامه‌ریزی شده، نظرهای خود را درباره سیاست‌های پیشنهادی دولت به صورت مکتوب اعلام کنند. دولت سنگاپور ابتدا آن دسته از سیاست‌های دولتی را که درباره آن اجماع نظر وجود دارد، به عنوان سیاست قطعی در نظر می‌گیرد. سپس آن دسته از سیاست‌هایی را که به نظر دولت، مناسب است، اما به نظر بیش‌تر مدیران ارشد بخش خصوصی، سیاست‌های نادرست محسوب می‌شوند، طبق نظر مورد اجماع آن مدیران تعدیل می‌کند.^۲

در حالی که بیش‌تر اعضای نهادهای دولتی حمایت از تولید، سیاستمداران و اشخاص دولتی هستند و کم‌تر از اشخاص خصوصی در تصمیم‌گیری‌ها استفاده می‌شود، در ستاد تسهیل و رفع موانع تولید به حضور بخش خصوصی توجه شده است. با این حال، کارکردی مؤثر ندارد؛ زیرا رؤسای اتاق تعاون و بازرگانی و نمایندگان تشکل‌های تولیدی در تصمیم‌گیری مشارکت دارند، اما مصوبات با رأی اکثریت وزیران و رؤسای دستگاه‌های اجرایی نافذ و اجرایی است. به نظر می‌رسد نافذ بودن مصوبات با

1. embedded autonomy

2. Yeung, Wai-Chung Henry, "Institutional capacity and Singapore's developmental state, Managing economic (in) security in the global economy", 2005, p. 91-92.

رای اکثریت وزیران و رؤسای دستگاه‌های اجرایی در حقیقت، کم‌رنگ کردن نقش بخش خصوصی و به طور خاص، نمایندگان تولیدکنندگان باشد. کارگروه رفع موانع جهش تولید نیز که کاملاً دولتی و وابسته به قوه مجریه و متشکل از اشخاص سیاسی و دولتی است. علاوه بر الزام وجود نمایندگان بخش خصوصی در این شوراها، با توجه به ترکیب اعضا به نظر می‌رسد وجه غالب آن، افراد سیاسی است، در حالی که بهره‌مندی از کارشناسان می‌تواند راه‌گشا باشد.

۳. پیش‌بینی سازوکار شفافیت در نهادهای دولتی، یکی دیگر از عواملی است که می‌تواند منجر به گسترش فرصت‌ها و حمایت‌ها برای همه بخش‌های تولیدی بدون ملاحظات و صلاح‌دید شخصی شود. ارزیابی عملکرد ستاد تسهیل و رفع موانع تولید سازوکار نشان می‌دهد که در دستور کار قرار گرفتن واحدهای تولیدی مشکل‌دار در این ستاد، شفافیت لازم وجود ندارد که یکی از دلایل آن نیز منتشر نشدن گزارش عملکردهای دقیق و قابل استناد توسط ستاد است. مصوبات ستاد، امتیازات قابل توجهی را برای بنگاه‌هایی به ارمغان می‌آورد که موفق به طرح مشکلات خود در ستاد می‌شوند. پس شفافیت و رعایت انصاف و عدالت در اعطای چنین امتیازی در فرآیند رسیدگی ستاد مهم است. تشکیل کارگروه رفع موانع جهش تولید و شورای عالی اقتصادی سران قوا نیز بر اساس مقرر یا قانون خاصی نیست که به ابهام در اهداف و وظایف و ابزارهای اجرایی آن‌ها انجامیده است. نه تنها شفافیت در عملکرد آن‌ها وجود ندارد، بلکه سازوکار نظارت و پاسخ‌گویی هم در آن‌ها با مشکل مواجه می‌شود. در حقیقت، افشای اطلاعات مربوط به هزینه‌ها و تسهیلات، یکی از اولویت‌های حمایت مؤثر از تولید است.

گفتار سوم. تصویب قوانین بی‌بهره از الزامات قانون‌گذاری در حوزه حمایت از تولید

قانون‌گذاری، یکی از ابزارهای مهم دستیابی به اهداف سیاسی و اقتصادی دولت‌هاست. تدوین قانون به صورت کامل و صحیح می‌تواند موجب تحقق اهداف دولت‌ها و افزایش مشروعیت آن‌ها گردد. در حال حاضر، در نظام‌های اقتصادی در حال توسعه، بیش‌تر بر تغییر از «دولت حداقلی» به «دولت بهتر» تأکید صورت می‌گیرد. برای یافتن دولت بهتر، اصلاح بنیادین در نظام قانون‌گذاری حیاتی است.^۱

1. Jalilian, H., C. Kirkpatrick and D. Parker, 'The Impact of Regulation on Economic Growth in Developing Countries

تولید قوانین ناقص اعم از شکلی و محتوایی باعث افت کیفیت قوانین و بروز ناسازگاری‌هایی در نظام حقوقی و ناکارآمدی‌هایی در امر حکمرانی می‌شود.^۱ سال‌هاست که تصویب قوانین بی‌کیفیت به ویژه قوانینی که اجرا نمی‌شوند یا دست‌کم ناقص اجرا می‌شوند، از مهم‌ترین معضلات نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران است. این مسئله بیش‌تر در قوانین مصوب در حوزه اقتصادی به چشم می‌خورد. بیش‌ترین درصد احکام مندرج در قوانین حمایت از تولید به تأمین مالی به ویژه تسهیلات بانکی اختصاص دارد، اما یکی از نامناسب‌ترین مؤلفه‌های محیط کسب‌وکار در گزارش پایش ملی محیط کسب‌وکار، دشواری تأمین مالی از بانک‌هاست.^۲ بنابراین، اجرا نشدن آن‌ها بیانگر این نکته است که قوانین مصوب، کیفیت لازم را ندارند.

قانون‌گذاری، فعالیتی عقلانی برای تحقق اهداف دولت‌هاست. با این حال، گاهی قانون به حل مسئله با ایجاد تغییر اجتماعی نمی‌پردازد، بلکه بیان تنگناهای سیاسی و حاصل مذاکرات و مصالحه سیاسی است. در این صورت، کارکرد اصلی آن می‌تواند اظهار آگاهی مقامات سیاسی از یک مسئله یا تمایلشان به سهیم بودن در نگرانی افکار عمومی باشد. در این معنا، دیدگاه ابزاری-عقلانی به قانون‌گذاری که مبتنی بر رویکرد روش شناختی است، فقط تا حدی معتبر است.^۳ در حقیقت، در دیدگاه رایج، قانون‌گذاری، عرصه جولان سیاستمداران و سیاست است؛ جایی که هیجان و بده‌بستان‌های مبتنی بر منافع سیاسی و حزبی و مصالحه بر منطق و اصول غلبه دارد.^۴

به نظر می‌رسد اگر فارغ از قصد قانون‌گذار که نگاه ابزاری به قانون دارد یا سیاسی، به عقلانیت و ارزیابی اثرگذاری قانون توجهی نشود، خواه ناخواه به نتیجه مشابه یعنی نرسیدن به اهداف مورد نظر منجر می‌شود. بنابراین، کاهش تعداد قوانین و ارتقای کیفیت آن‌ها ضروری است.

- A Crosscountry Analysis", World Development, November 2006, p. 10.

۱. وکیلان، حسن و احمد مرکز مالیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱، تابستان ۱۳۹۵، ص ۲۹.

۲. «پایش ملی محیط کسب و کار ایران، بهار ۱۴۰۱»، مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، دوره بیست و سوم، مرداد ۱۴۰۱.

۳. مدر، لوئیس، «ارزیابی تأثیرات: به سوی ارتقای کیفی قانون‌گذاری»، در: گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۳۰۹.

۴. وکیلان، پیشین، ص ۳۵.

بند اول. ضرورت ارزیابی تأثیر قانون

ارزیابی تأثیر قانون، یکی از ابزارهای ارتقای کیفیت قانون‌گذاری است و برای بهبود سطح اداره امور از طریق مقررات و ارتقای سرمایه‌گذاری خصوصی و رشد اقتصادی در کشورها قابلیت قابل توجهی دارد. تجربه بین‌المللی نشان می‌دهد که ارزیابی تأثیر قانون می‌تواند چارچوبی منسجم برای پیشبرد تدوین مقررات و اجرای آن در حکومت ایجاد کند. در یکی از مطالعات راجع به ارزیابی پیشینی قانون در کشورهای اروپایی، نگرانی فزاینده از افزایش مقررات که می‌تواند به طفره رفتن از قانون منجر شود، یکی از دلایل این ارزیابی‌ها شمرده شده است.^۱

ارزیابی، وسیله‌ای برای اعلام گزینه‌های حکومت است: گزینه‌هایی در مورد اسناد حقوقی، تدوین یک سند خاص یا نیاز به تغییر یا توقف یک مصوبه موجود.^۲ در فرآیند ارزیابی تأثیر قانون باید از علوم مختلف به ویژه در مرحله پیش از تصویب به صورت گسترده استفاده کرد. در تهیه پیش‌نویس قوانین، با توجه به روش‌های آماری و بهره‌گیری از متخصصان علوم اقتصادی و مدیریتی، تأثیر قانون در دست تصویب بر محیط اقتصادی از نظر هزینه‌های اجرای آن برای بنگاه‌ها و نیز بر گروه‌های ویژه ارزیابی می‌شود.^۳

ارزیابی تأثیر قانون به این عوامل نیاز دارد: آگاهی و اراده مقامات عالی حکومت، تأسیس نهادی برای انجام این کارکرد در قوه مجریه یا قوه مقننه، اعطای وجهه قانونی به اعمال انواع ارزیابی مقررات‌گذاری با تصویب قانون توسط پارلمان یا آیین‌نامه توسط هیئت وزیران و برخورداری نهاد مسئول ارزیابی تأثیر قانون از متخصصان، امکانات و منابع لازم.^۴

بی‌توجهی به سازوکارهای ارزیابی تأثیر هر مصوبه پیش از تصویب و نیز محتوای نظام حقوقی موجود

1. Verschuuren, Jonathan and Rob van Gestel, "Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction", in: Jonathan Verschuuren (ed.), The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 3-4.

۲. پارکر، دیوید و کالین کرکپاتریک، «ارزیابی پی‌آمدهای مقررات‌گذاری در کشورهای در حال توسعه»، ترجمه: مسعود فریادی، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره‌های ۱۷ و ۱۸، سال هشتم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۱.

۳. وکیلان، پیشین، صص ۳۷ و ۳۸.

۴. پارکر، پیشین، صص ۱۱۶-۱۱۸.

سبب اصلاح زودهنگام و مکرر قوانین می‌شود. برای نمونه می‌توان به اقدامات قانون‌گذار در خصوص تسهیل صدور مجوزهای اقتصادی اشاره کرد. در این زمینه، یک ماده قانونی ویژه به تصویب رسید و در دو نوبت اصلاح شد. ابتدا ماده ۷ در «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، مصوب ۱۳۸۶ در خصوص تسهیل و تسریع در امر سرمایه‌گذاری و صدور مجوز فعالیت‌های اقتصادی برای بخش‌های غیر دولتی به تصویب رسید. سپس آن ماده در «قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، مصوب ۱۳۹۳ اصلاح شد. ماده ۳ قانون یادشده نیز تنها پس از گذشت حدود ۱۰ ماه، بر اساس ماده ۵۷ «قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور»، مصوب ۱۳۹۴ اصلاح شد. سپس در «قانون اصلاح مواد ۱ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، مصوب ۱۳۹۹ هم اصلاحاتی صورت گرفت. علاوه بر آن به موجب «قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار»، مصوب ۱۴۰۰، ماده ۷ مکرر به «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» الحاق گردید. در این ماده نیز مقرراتی در خصوص مجوزهای کسب و کار پیش‌بینی شده است. در مثالی دیگر، طرحی با عنوان «طرح جهش تولید دانش‌بنیان» در مجلس یازدهم مطرح شد. در این طرح به ارزیابی تأثیرهای آن هیچ اشاره‌ای نشده است.^۱

به طور کلی، انگیزه چنین اصلاح‌های مکرری، قابلیت اجرای مؤثرتر قانون است. در واقع، مجریان فرآیند تسهیل صدور مجوزها با این استدلال که اختیارات کافی برای اعمال وظایف قانونی در این خصوص ندارند، مسبب اصلی اصلاح پیاپی و زودهنگام مفاد قانونی مرتبط محسوب می‌شوند. پی‌آمد حداقلی و قطعی این شیوه قانون‌گذاری، بی‌ثباتی احکام قانونی و فربه شدن نظام حقوقی است.^۲

با توجه به منابع در دسترس می‌توان ادعا کرد قوانین مربوط به کسب و کار، تولید و سرمایه‌گذاری، بدون ارزیابی اجرای مفاد قانونی موجود به تصویب می‌رسند. ضرورت قانونی برای انجام ارزیابی تأثیر پیشینی قانون وجود ندارد. سازوکار نظارتی بر اجرای فرآیند ارزیابی تأثیر قانون حتی به صورت ناقص و اجمالی نیز وجود ندارد.^۳ بنابراین، با توجه به اصلاحات مکرر در قوانین ناظر بر حمایت از

۱. نک: نظر اداره کل تدوین قوانین، برگرفته از: اداره قوانین مجلس شورای اسلامی، «طرح جهش تولید دانش‌بنیان»، دوره یازدهم، سال اول، ۱۳۹۹/۴/۲۱، شماره چاپ: ۵۷، شماره ثبت: ۵۶.

۲. وکیلان، پیشین، صص ۴۳-۴۵.

۳. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی تأثیرات قانون در ایران؛ ملزومات اجرای ارزیابی تأثیرات اقتصادی پیشینی»، تهران: مرکز

تولید و وضع قوانین و مقررات متعدد در این حوزه، توجه قانون‌گذاران به ارزیابی تأثیر قانون، ضروری به نظر می‌رسد. میزان اثرگذاری قوانین مصوب بر فعالان اقتصادی و بنگاه‌های تولیدی می‌تواند در وضع قوانین و مقررات بهتر به قانون‌گذار کمک کند.

بند دوم. تورم قوانین

استفاده بیش از حد از قوانین باعث کاهش کیفیت قوانین شده و آن‌ها را دچار ناکارآمدی کرده است. آن‌چه امروزه با عنوان مقررات‌زدایی به عنوان یکی از ضرورت‌های کارآمدسازی از آن یاد می‌شود، تدبیری برای مقابله با پدیده تورم قوانین و مقررات‌گذاری افراطی است. خلاصه استدلال جریان موافق مقررات‌زدایی این است که تورم قوانین موجب «کاهش ارزش» قوانین و مقررات شده است و به آن اجازه نمی‌دهد تا وظیفه «تنظیم‌کنندگی» خود را ایفا کند، به این ترتیب که بخشی از قوانین به مفادی اجراناشدنی تبدیل می‌شود.^۱ این وضعیت، یکی از اسباب قانون‌شکنی و قانون‌گریزی است؛ چون نظام متورم قانونی متشکل از قوانین آشفته و مبهم باعث خواهد شد هم شهروندان و هم مقامات مجری قانون به انحای مختلف، ملزم به اجرای قانون نباشند.

سوین‌انگ در مقاله «تورم تقنینی و کیفیت قانون»، دو نوع نقص را دلیل کاهش کیفیت قانون می‌داند: نخست، نقایص ماهوی و دوم، نقص فنی. وی، وجود این قبیل نقایص در قانون را یکی از دلایل افت کیفیت قانون مطرح می‌کند و انگیزه رفع این نقایص در قانون قبلی را دلیل وضع قوانین جدید و در نتیجه، تورم تقنینی می‌خواند.^۲ یکی از معیارهایی که در تبیین نقایص ماهوی به آن اشاره می‌شود، ناهماهنگی عملی است؛ هنگامی که حوزه بحث چنان گسترده شود که بیش از یک قانون را شامل شود. این اصطلاح به وضعیتی گفته می‌شود که در آن یک قانون، رفتاری را تجویز می‌کند، در حالی که قانونی دیگر به دنبال مقابله با آن رفتار است.^۳

در سال‌های اخیر، سیر وضع قوانین برای حمایت از تولید بر حمایت‌های مالی از مدعیان

پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۸۳۰، ص ۳۵.

۱. وکیلان، پیشین، ص ۴۴.

۲. همان.

۳. انگ، سوین، «تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون»، ترجمه: حسن وکیلان، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۴، ص ۱۹۷.

سرمایه‌گذاری و تولید تأکید کرده است. در راستای دستیابی به این امتیازات چون معیار مشخصی برای انتخاب وجود نداشته، موجب هدر رفتن بخشی از منابع و کمک‌ها به دست داوطلبان گیرنده کمک‌ها شده است؛ چون آن را صرف تولید نکرده‌اند. گاهی نیز دستگاه حمایت‌کننده، محدودیت‌هایی برای تولیدکننده مقرر می‌دارد که موجب انحراف همّت و دغدغه تولیدکننده از دستیابی به فناوری بهتر، قیمت تمام‌شده پایین‌تر، حداکثرسازی بهره‌وری و کاهش کیفیت محصول تولیدی می‌شود. در این صورت، ناسازگاری بین قوانین حمایت از تولید و دیگر قوانین از جمله قانون جهش تولید دانش بنیان وجود دارد.

از سوی دیگر، در مورد نقایص فنی قانون می‌توان به ناسازگاری منطقی، زبان دشوار، قانون مضیق و خاص یا مبهم و سلیقه‌ای، قانون‌گذاری از طریق اسناد مقدماتی و نبود نظام مشخص به عنوان دلیلی بر تورم قوانین اشاره کرد. هر قدر از نقایص فنی قانون کاسته شود، به همان اندازه از علل افزایش کمیت قانون کاسته می‌شود؛ چون دیگر ضرورتی ندارد که درگیر اصلاح مستمر قانون ناقص شویم.^۱ توسعه اقتصادی، نیازمند وجود حداقلی از قوانین و مقررات معتبر است که نقض و زیر پا گذاشتن آن‌ها به سادگی امکان‌پذیر نباشد و قانون، مبنایی برای تعاملات اقتصادی مردم باشد.

در حوزه حمایت از تولید، قوانین متعددی وجود دارد، اعم از قوانین برنامه توسعه و قوانین مصوب در بحث تولید. به نظر می‌رسد افزایش حجم قواعد در هر قانون برنامه توسعه نسبت به دوره قبل بیانگر اجرا نشدن آن‌هاست. برخی مفاد قانونی مصوب، مفادی مشابه و گاه تکراری‌اند که بود یا نبود بسیاری از آن‌ها، تغییری ملموس در نظام حقوقی ایجاد نمی‌کند؛ چون بیش‌تر شبیه به سیاست هستند تا قانون. برای نمونه، بند (ذ) ماده ۴ برنامه ششم توسعه مقرر می‌دارد که اصلاح سیاست‌های تجاری و ارزی و تعرفه‌ای با رویکرد ارتقای کیفیت و رقابت‌پذیر ساختن کالاهای تولید داخل باید تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه محقق گردد یا در ماده ۱۲۰ قانون برنامه ششم توسعه، قوه قضاییه مکلف است تا پایان سال دوم اجرای قانون برنامه، سند امنیت قضایی را تهیه و تصویب کند. موارد دیگری از صدور احکام کلی به چشم می‌خورد، از جمله بهبود محیط کسب‌وکار،^۲ حمایت از ایجاد زیرساخت‌های

۱. همان، صص ۲۰۴ و ۲۰۵.

۲. بند ب و ج ماده ۴، بند الف ماده ۲۲، بند الف ماده ۲۴، بند الف ماده ۳۳.

مناسب^۱ و خصوصی‌سازی^۲ که همه در راستای تقویت تولید و سرمایه‌گذاری در داخل کشور است. به عبارت دیگر، گویا وضع بسیاری از احکام صرفاً برای تأکید مجدد بر احکام پیشین اجراندرده صورت می‌گیرد. بنابراین، رویکرد غالب نظام تقنینی ایران برای اجرای مفاد اجراندرده پیشین، تصویب قانون جدید است که به همین دلیل، با تورم قوانین روبه‌رو می‌شویم.

گفتار چهارم. ناکارآمدی نهادهای دولتی

علاوه بر وضع قوانین، ملاحظه دیوان‌سالاری و ظرفیت دولت در اجرای این قوانین ضروری است. قوانین با هدف اجرا به تصویب می‌رسند و اجرای آن‌ها مستلزم وجود شرایطی در تصویب قوانین و شرایط نهاد دولت و نهادهای اجرایی آن است. زمانی که نهادهای دولتی از ویژگی‌های یک دیوان‌سالاری خوب بی‌بهره باشند، اجرا نشدن قانون قابل پیش‌بینی است و تصویب قوانین متعدد نه تنها هدف قانون‌گذار را تأمین نمی‌کند، بلکه موجب نقض حاکمیت قانون می‌شود. کیفیت پایین دیوان‌سالاری می‌تواند مانع تحقق سیاست‌های اقتصادی و اثرگذاری بر فعالان اقتصادی شود. نظریه‌های مختلفی در موضوع تحقق توسعه اقتصادی بیان شده است. در دوره‌های مختلف تاریخی، الگوی صنعتی شدن، الگوی تعدیل ساختاری و در دوره اخیر، حکمرانی خوب به عنوان سرمشق‌های اصلی و نجات‌دهنده معرفی شده‌اند. هر کدام از این نظریه‌ها با شکست‌هایی روبه‌رو بوده‌اند. در خصوص حکمرانی خوب، اجرایی نشدن توصیه‌های آن به چشم می‌خورد. در همین زمینه، راهکار ارائه‌شده برخی از نویسندگان، افزایش قابلیت‌های حکومت یا قابلیت‌های اجرایی دولت است.^۳

منظور از ظرفیت دولت، «توانایی نهادهای دولتی برای تحقق اهداف است».^۴ «ظرفیت نهادی»، نشانگر قابلیت دولت در وضع و لازم‌الاجرا کردن مجموعه گسترده‌ای از قواعد و مقررات است که بر تعاملات اقتصادی و سیاسی حاکم است.

۱. بند الف و ج ماده ۳۱، ماده ۳۵، بند ۷ ماده ۳۷، بند ب و پ ماده ۴۸، بند ب ماده ۶۱، بند الف ماده ۱۰۰

۲. بند ب ماده ۲۱، بند ب ماده ۲۵، ماده ۴۸، بند پ ماده ۶۷، بند ب ماده ۹۲

۳. اندروز، مت، لنت پریجت و مایکل وولکاک، توسعه به مثابه توان‌مندسازی حکومت، ترجمه: جعفر خیرخواهان و مسعود درودی، تهران: روزنه، ۱۳۹۸، صص ۳۰-۳۰.

۴. مرکزالمیری، احمد، ویژگی‌های بوروکراسی توانمند برای اجرای قانون، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۱۹، تابستان ۱۳۹۸، صص ۲۱۹.

تحقیقات انجام شده در دو دهه اخیر نشان می‌دهد کیفیت دیوان سالاری در کشورهای مختلف از کانال‌های متعددی بر عملکرد اقتصاد اثر می‌گذارد. در ایران نیز کیفیت ضعیف و ناسالم دیوان سالاری، اثربخشی سیاست‌های اصلاحی را به حداقل کاهش می‌دهد و مانع تحقق سیاست‌های اقتصادی می‌شود.^۱

بند اول. عدم تمرکز نهادی

یکی از ویژگی‌های دیوان سالاری برای اجرای قانون، یک‌پارچگی است. تجربه کشورهای موفق در توسعه مانند ژاپن و کره جنوبی نشانگر آن است که در چنین کشورهایی، یک‌پارچگی دیوان سالاری با بهره‌گیری از نظام‌های مختلف از جمله تمرکز نهادی محقق شده است. در ژاپن، محوریت دولت در عرضه سرمایه‌های جدید سبب شد تا بتواند یک‌پارچگی صنعتی و سیاست ساختار صنعتی را نیز به اجرا درآورد.^۲ نمونه دیگری از تمرکز نهادی در راهبری اقتصادی کشور، دولت کره جنوبی است. نهادها در زمان پارک به ابزار توسعه کره جنوبی تبدیل شدند. برای جلوگیری از پراکندگی نهادهای سیاست‌گذار در حوزه اقتصادی، نهادی به نام «هیئت برنامه‌ریزی اقتصادی» تشکیل شد که به نهادی محوری در سیاست‌گذاری‌ها و برنامه‌ریزی‌های اقتصادی تبدیل شد.^۳

به نظر می‌رسد برای تحقق ویژگی انسجام در اعمال سیاست‌های حمایت از تولید، نیازمند تمرکز نهادی در دولت باشیم. آن‌چه می‌تواند مانع از ایجاد یک‌پارچگی و تمرکز شود، تعدد نهادهای دولتی و مقررات‌گذار در حمایت از تولید است. وجود چندین شورا، هیئت و کارگروه که با مقررات‌گذاری برای بهبود تولید و رفع موانع آن می‌کوشند، موجب تداخل وظایف آن‌ها می‌گردد.

با توجه به اظهار نظر فعالان اقتصادی مبنی بر وجود قوانین و مقررات مزاحم و مخل محیط کسب و کار و مانع تولید و سرمایه‌گذاری، قانون‌گذار، ابزارهایی را برای برداشتن این موانع پیش‌بینی کرده است. کمیته حمایت از کسب و کار و شورای گفت‌وگو وظیفه دارند پیشنهادهایی برای اصلاح

۱. خاندوزی، سید احسان و زهرا کاویانی، «کانال‌های تأثیر بوروکراسی بر عملکرد اقتصاد ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۵، ص ۵.

۲. مرکز‌المیری، پیشین، ص ۲۲۰.

۳. نقیب‌زاده، احمد و محمدتقی دلفروز، «بررسی فرآیند توسعه اقتصادی کره جنوبی در چارچوب الگوی دولت توسعه‌گرای غیر دموکراتیک»، فصل‌نامه سیاست، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۰۲۷.

قوانین و مقررات تهیه کنند و راهکار قانونی لازم را در پیش بگیرند. در راستای دستیابی به این هدف، عملکرد هیچ کدام از این دو نهاد به دلایلی از جمله ترکیب اعضا و ناهماهنگی دستگاه‌ها موفق و مؤثر نبوده است و ما شاهد وجود دو نهاد در دو قانون مجزا با کارکردی شبیه و در مواردی هم پوشان هستیم. یکی از وظایف ستاد تسهیل و رفع موانع تولید نیز ارائه پیشنهاد اصلاح قوانین، مقررات و ضوابط و رویه‌های مرتبط با تولید است. بنابراین، قانون‌گذار برای اصلاح قوانین و مقررات مخلّ تولید، سه نهاد را پیش‌بینی کرده که همین امر باعث شده است فرآیندی واحد وجود نداشته باشد و نتیجه‌ای مطلوب به دست نیاید.

همان طور که در موضوع اصلاح قوانین و مقررات با تعدد نهادها مواجه هستیم، در وضع مقررات برای رفع موانع تولید هم نهادی متمرکز، عهده‌دار این امر نیست. با وجود «ستاد تسهیل و رفع موانع تولید» و «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزها»، کارگروه «رفع موانع جهش تولید» نیز تشکیل شده است. این کارگروه، وظیفه خود را اجرایی کردن مصوبات دو نهاد یادشده می‌داند و در عمل، مصوبه‌ای مرتبط با وظیفه هیئت مقررات‌زدایی تصویب می‌کند. هم‌چنین یکی از وظایف شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا، تصمیم‌گیری در موضوعات مربوط به تولید ملی است. پیش‌بینی این نهاد در شرایط اضطراری بوده است، اما به گفته کارشناسان، با شروع به کار این نهاد، شورای اقتصادی در عمل به انزوارفته و جلسات آن به ندرت تشکیل شده است و تصمیم‌های مهمی هم در آن گرفته نمی‌شود. بخشی از اختیارات دولت و به طور خاص، شورای اقتصاد به قوای دیگر منتقل شد. همین موارد باعث شد شورای اقتصادی دولت کاملاً به حاشیه برود و ناهماهنگی در بدنه اقتصادی دولت افزایش یابد. در حال حاضر، شورای اقتصادی به دستور رییس جمهور، فعال‌تر از قبل عمل می‌کند و در موضوعات مربوط به تولید، تصمیم می‌گیرد.^۱

بنابراین، وجود چندین نهاد که به وضع مقررات و مصوبات می‌پردازد و در راستای تقویت تولید ملی و رفع موانع آن تصمیم‌گیری می‌کند، در عمل موجب تداخل وظایف و پراکندگی در تصمیمات و حتی به انزوا رفتن نهادهای قانونی می‌شود. در زمانی که به طور مشخص، نهادی واحد وجود نداشته باشد، پاسخ‌گویی در قبال ناکامی در سیاست‌های اقتصادی و حمایت از تولید محقق نمی‌گردد.

۱. نک: پایگاه اطلاع‌رسانی دولت، جزئیات ده برنامه مهار تورم و رشد تولید در شورای اقتصاد: www.dolat.ir.

تمرکز نداشتن موجب تداخل صلاحیت‌ها و وظایف و در نتیجه، کاهش کارآمدی نهادها در ایفای کارکردشان در مقررات‌گذاری است. از این رو، برای ایجاد هر نهادی باید به محتوای نظام حقوقی توجه شود تا نهادهایی به موازات هم و با وظایف مشابه تشکیل نشوند.

بند دوم. پاسخ‌گو نبودن

پاسخ‌گویی، یکی از ویژگی‌های دیوان‌سالاری توان‌مند برای اجرای قانون است. پاسخ‌گویی به طور خاص، «ابزاری برای پاسخ و توضیح دادن اعمال و تصمیم‌های یک فرد یا مقام به مقام یا نهاد دیگری است که همراه با آثار حقوقی و سیاسی و اداری لازم باشد»^۱.

بی‌توجهی به اجرای قوانین مصوب بیانگر پاسخ‌گو نبودن و مسئولیت‌ناپذیری نهادهای دولتی است. در موضوع حمایت از تولید، گزارش‌هایی مبنی بر اجرا نشدن قوانین مربوط منتشر شده است، اما دولت به عنوان نهاد اجرایی قوانین هیچ‌گونه واکنشی به گزارش‌ها نشان نمی‌دهد. برای نمونه، می‌توان به برخورد دولت پس از قرائت «گزارش کمیسیون ویژه حمایت از تولید ملی درباره اجرای قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» اشاره کرد. ارزیابی این گزارش آن بود که از ۵۳ حکم مندرج در قانون مورد بحث که در سال ۱۳۹۰ به تصویب رسیده، تا سال ۹۶۱۳ صرفاً ۱۰ حکم به طور کامل اجرا شده، ۱۸ حکم به طور ناقص اجرا شده و ۵۳ حکم هم‌چنان اجرا نشده است. به عبارت دیگر، صرفاً حدود یک‌پنجم احکام آن اجرا شده است. این گزارش در اولین روز کاری مجلس در سال ۱۳۹۷ قرائت شد، اما تا به امروز، واکنش رسمی از مقام‌های دولتی در پاسخ‌گویی مشاهده نشده است.

از سوی دیگر، ترکیب اعضا و قدرت تصمیم‌گیری آن‌ها باید متناسب با حیطه مسئولیت و وظایف نهاد مورد نظر باشد؛ چون در غیر این صورت، امکان پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری متصور نخواهد بود. با بررسی هیئت مقررات‌زدایی و ارزیابی عملکرد آن به این نتیجه دست یافتیم که یکی از دلایل ناکامی آن، متناسب نبودن قدرت نفوذ و اجرای مصوبات هیئت با توجه به وظایف و اهداف آن است. در این صورت، به دلیل ناتوانی اجرای مصوبات توسط آن هیئت که زیرمجموعه یک وزارتخانه است و نیازمند هماهنگی میان دیگر وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها توسط یک مقام سیاسی

۱. زارعی، محمدحسین، «فرآیند دموکراتیک شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، در: گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۲۶۴.

بالتر است، امکان پاسخ‌گویی منتفی می‌گردد. هم‌چنین این مورد درباره شورای گفت‌وگو و شورای حمایت از کسب‌وکار صدق می‌کند که ترکیب اعضا با مسئولیت آن‌ها تناسب ندارد. بنابراین، نتیجه مطلوب حاصل نمی‌گردد. یکی از دلایل اثربخش نبودن مصوبات دو نهاد این است که کمیته و شورا برای ایجاد هماهنگی‌های نهادی لازم در خصوص اصلاح مقررات صلاحیت ندارند. نبود انسجام و هماهنگی درون اجزای دولت و به تبع، ناتوانی در تصمیم‌گیری مقتضی در راستای حل‌وفصل معضلات مقرراتی و رویه‌ای سبب شده است موضوعاتی که اصولاً باید در نهادهایی مانند هیئت وزیران، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، معاونت‌های حقوقی وزارت‌خانه و دیگر دستگاه‌های مرتبط طرح گردد، در نهادهایی متشکل از اعضای قوا و بخش خصوصی طرح شود. در حال حاضر، کمیته حمایت از کسب‌وکار در خصوص ایفای تکلیف پیشنهاد اصلاح مقررات به مثابه نهادی واسطه بین دولت و بخش خصوصی عمل می‌کند، در حالی که با وجود اتاق‌های بازرگانی، ضرورتی برای وجود نهاد واسطه دیگری به نظر نمی‌رسد.

نکته دیگری که به نظر می‌رسد مانع از عملکرد موفق آن‌ها باشد، سپردن تهیه گزارش‌های کارشناسی به دبیرخانه و به طور کلی، اتاق‌هایی است که بخش خصوصی و تعاونی را نمایندگی می‌کنند که مبنای تصمیم‌گیری راجع به قوانین و مقررات محسوب می‌شوند. تدوین چنین گزارش‌هایی، نیازمند بهره‌بردن از نیروهای متخصص در بستر ترتیبات نهادی پژوهشی در پژوهشگاه‌ها و دانشگاه‌هاست. به همین دلیل، کمیته نمی‌تواند گزارش‌های کارشناسی با کیفیتی قابل قبول را به هیئت وزیران ارائه دهد. بنابراین، زمانی که مسئولیت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون، متناسب با ظرفیت نهاد دولتی نباشد، نتیجه‌ای جز بی‌اثر نشدن مصوبات و پاسخ‌گو نبودن نهادهای یادشده حاصل نمی‌گردد.

نتیجه‌گیری

مداخلات اقتصادی دولت با رویکرد تقویت بنیه تولیدی از طریق ابزارهای حقوقی و فراحقوقی صورت می‌پذیرد، به این معنا که ابتدا در قالب سیاست‌های کلان و سپس در قالب مفاد قانونی به تصویب می‌رسند. در چند سال اخیر، موضوع اصلی شعار سال و سیاست‌های کلی، مسئله رشد تولید است و در دهه اخیر، قوانین متعددی به صورت مستقیم و غیر مستقیم به این موضوع پرداخته و علاوه بر آن، نهادهایی در قالب شورا و کمیته، مسئولیت اجرا و تصویب مصوبات را بر عهده گرفته‌اند. با این حال، با

توجه به آمارهای موجود که در مقدمه به آن اشاره شد، تلاش‌های دولت در ارتقای تولید ناموفق بوده است. توجه ویژه به موضوع حمایت از تولیدکنندگان و ارتقای تولید ملی، نظام حقوقی را هم تحت تأثیر قرار داده و این امر در تلاش قانون‌گذار با تصویب قوانین متعدد و ایجاد نهادهای دولتی قابل ملاحظه است. نظریه‌های اقتصادی متعددی مبنی بر نسبت‌سنجی میان دولت و اقتصاد وجود دارد که نظریه نهادگرایی، یکی از آن نظریه‌هاست. بر اساس این نظریه، نهادها بر عملکرد اقتصادی دولت اثرگذارند، به نحوی که چگونگی ایجاد نهادها و اصول طراحی آن‌ها مهم است.

با شناسایی و بررسی قوانین و نهادهای دولتی موجود در نظام حقوقی ایران که به حمایت از تولید می‌پردازند، با چالش‌هایی در سیاست‌گذاری، قانون‌گذاری و اجرا روبه‌رویم. اولین چالش، نبود نگرش واحد در سیاست‌های حمایت از تولید است. کشورهای موفق در رشد اقتصادی با تدوین سند توسعه صنعتی، توجهی ویژه به تولید در سیاست صنعتی دارند و همین امر موجب ایجاد هماهنگی و هدفمند شدن حمایت‌های قانونی شده است. بنابراین، به نظر می‌رسد برای بهبود فرآیند قانون‌گذاری، توجه به تدوین سیاست‌های صنعتی واحد ضروری است. هم‌چنین توجه به اصول آن یعنی وجود شفافیت، بهره‌مندی از بخش خصوصی و حمایت سیاسی در سطح بالای حکومت جزء ملزومات اثربخشی آن است. از سوی دیگر، با بررسی قوانین مصوب در این حوزه می‌توانیم ادعا کنیم که قوانین کیفیت پایینی دارند؛ چون اثربخشی لازم را ندارند و به دلیل اجرا نشدن به طور مکرر با اصلاح یا وضع قانون جدید روبه‌رو می‌شویم. تورم قوانین، یکی از معضلات قانون‌گذاری اقتصادی در حوزه حمایت از تولیدکنندگان و رشد تولید در کشور است. در راستای بهبود کیفیت و کمیت قوانین لازم است در نظام حقوقی، ابزارهایی برای ارزیابی اثرگذاری مقررات پیش‌بینی شود. با شناسایی نهادهای دولتی و بررسی عملکرد آن‌ها می‌توان گفت که اگرچه دولت، ابزارهای اجرایی را پیش‌بینی کرده، اما به دلیل بی‌توجهی به اصول دیوان‌سالاری توان‌مند نتوانسته است به نتیجه مطلوب دست یابد. نبود تمرکز نهادی و پاسخ‌گو نبودن نهادها از جمله علل موجود است. نهادهای موجود در بسیاری از موارد وظایف مشابه دارند و تصمیم‌گیری‌ها به صورت متمرکز و منسجم امکان‌پذیر نیست. هم‌چنین در بسیاری از موارد، وظایف نهادها با اختیارات و صلاحیت آن‌ها تناسب ندارد و این امر نه تنها موجب اجرا نشدن مصوبات می‌شود، بلکه از دلایل پاسخ‌گو نبودن نهاد مربوط است.

در نهایت، می‌توان گفت آسیب‌هایی که در نظام حقوقی ایران در خصوص حمایت از تولید وجود دارد، حاصل بی‌توجهی به اصول کلی حکمرانی خوب است؛ چون تنها به صورت و شکل قوانین و نهادهای پرداخته شده و به الزامات ماهوی آن توجه نشده است. در ظاهر، دولت سعی داشته است در مقام دولت تنظیمی در امور اقتصادی وارد شود، اما اصول آن را رعایت نکرده است. توجه به اصول دولت تنظیمی می‌تواند موجب نقش مؤثر نظام حقوقی در حمایت از تولید گردد که بررسی آن در این نوشتار نمی‌گنجد و نیازمند بررسی در پژوهشی جداگانه است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استیگلیتز، ج. و ج. لین، **انقلاب در سیاست صنعتی؛ نقش دولت در فراسوی ایدئولوژی**، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۹.
۲. اندروز، مت، لنت پریجت و مایکل وولکاک، **توسعه به مثابه توان‌مندسازی حکومت**، ترجمه: جعفر خیرخواهان و مسعود درودی، تهران: روزنه، ۱۳۹۸.
۳. تودارو، مایکل پی. و استیفن سی. اسمیت، **توسعه اقتصادی**، ترجمه: وحید محموری، تهران: نگاه دانش، ۱۳۹۳.
۴. دادگر، یدالله، **اصول تحلیل اقتصادی خرد و کلان**، چاپ هفتم، تهران: آماره، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. انگ، سوین، «**تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون**»، ترجمه: حسن وکیلان، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۴.
۲. پارکر، دیوید و کالین کرکپاتریک، «**ارزیابی پی‌آمدهای مقررات‌گذاری در کشورهای در حال توسعه**»، ترجمه: مسعود فریادی، اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره‌های ۱۷ و ۱۸، سال هشتم، ۱۳۸۸.
۳. حسینی، سید جعفر و همکاران، «**تحلیل راهبردی وضعیت اقتصادی و اجتماعی کشور در آستانه برنامه هفتم توسعه کشور به همراه ارائه راهبردها و رویکردهای اصلاحی**»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۵۷۵.
۴. خاندوزی، سید احسان و زهرا کاویانی، «**کانال‌های تأثیر بوروکراسی بر عملکرد اقتصاد ایران**»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۵.
۵. رجب‌پور، حسین، «**آسیب‌شناسی استراتژی توسعه صنعتی در ایران (۳): الزامات نهادی**»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۵۶۲.

۶. ریزوندی، محمدمیر، بهرام سحابی و فرشاد مؤمنی، «کاوشی در تعریف نهاد: ارزیابی رویکردهای متأخر بدیل تعریف از نهاد»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۹۴.
۷. زارعی، محمدحسین، «فرآیند دموکراتیک شدن، پاسخ‌گویی و مدیریت دولتی»، در: گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۸. محمدی، تیمور و محمد ندیری، «بررسی تأثیر نهادهای خالق بازار و سایر نهادها بر رشد اقتصادی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اقتصادی، سال سیزدهم، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۹. مدر، لوئیس، «ارزیابی تأثیرات: به سوی ارتقای کیفی قانون‌گذاری»، در: گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۰. مرکزالمیری، احمد و مریم احمدیان، «ارزیابی عملکرد ستاد تسهیل و رفع موانع تولید از ابتدای سال ۱۳۹۸ تا پایان تیرماه ۱۴۰۰»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۳۴۶.
۱۱. مرکزالمیری، احمد و مریم احمدیان، «بررسی احکام قانونی حمایت از تولید، سرمایه‌گذاری و کسب‌وکار، مصوب چهار دوره تقنینی هفتم تا پایان دهم»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۸۳۵۳.
۱۲. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی تأثیرات قانون در ایران؛ ملزومات اجرای ارزیابی تأثیرات اقتصادی پیشینی»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۸۳۰.
۱۳. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی عملکرد شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی؛ پیشنهاد اصلاح، حذف یا وضع مقررات»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۱۳۷.
۱۴. مرکزالمیری، احمد، «ارزیابی عملکرد کمیته ماده (۱۲) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در رفع موانع قانونی و مقرراتی تولید و سرمایه‌گذاری»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۱۸۳.
۱۵. مرکزالمیری، احمد، «ویژگی‌های بوروکراسی توان‌مند برای اجرای قانون»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۱۹، ۱۳۹۸.
۱۶. مرکزالمیری، احمد، «گزارش نظارت بر اجرای احکام قانونی مجوزهای کسب‌وکار: ارزیابی عملکرد هیات مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، تهران: مرکز پژوهش‌های

مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۳۹۹.

۱۷. مرکز مال‌میری، احمد، و سید امیر سیاح، «رویکردها و روش‌های حمایت از تولید در شش قانون برنامه توسعه»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۵۴۷۴.

۱۸. نقیب‌زاده، احمد و محمد تقی دلفروز، «بررسی فرآیند توسعه اقتصادی کره جنوبی در چارچوب الگوی دولت توسعه‌گرای غیر دموکراتیک»، فصل‌نامه سیاست، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۴.

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

ج) دیگر منابع‌ها

۱. «پایش ملی محیط کسب و کار ایران، بهار ۱۴۰۱»، مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، دوره بیست و سوم، مرداد ۱۴۰۱.

۲. «جزئیات ۳۵ برنامه برای رونق تولید: وزارت صمت منتشر کرد»، دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸/۲/۳ در: www.donya-e-eqtasad.com.

۳. خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۷/۸/۲۹ در: www.irna.ir/fa/News/83106872.

2. Latin Source

1. Jalilian, H., C. Kirkpatrick and D. Parker, "The Impact of Regulation on Economic Growth in Developing Countries – A Crosscountry Analysis", World Development, November 2006.

2. Laurids, S. Lauridsen, "Strategic Industrial Policy and Latecomer Development: The What, the Why and the How", Forum for Development Studies Vol. 37, No. 1, March 2010.

3. Mazzucato, Mariana, Mario Cimoli, Giovanni Dosi, Joseph E. Stiglitz, Michael A. Landesmann, Mario Pianta, Rainer Walz, and Tim Page, "Which industrial policy does Europe need?", Intereconomics 50, No. 3 (2015).

4. Middle East Development Journal, Demo Issue 2008.
5. Rodrik, Dani, “**Industrial Policy for the Twenty-First Century**”, November 2004.
6. Rodrik, Dani, “**INDUSTRIAL POLICY: DON’T ASK WHY, ASK HOW**”, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Cambridge, Received: 14 August 2008.
7. Verschuuren, Jonathan and Rob van Gestel, “**Ex Ante Evaluation of Legislation: An Introduction**”, in: Jonathan Verschuuren (ed.), *The Impact of Legislation: A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
8. Yeung, Wai-Chung Henry, “**Institutional capacity and Singapore’s developmental state, Managing economic (in) security in the global economy**”, 2005.

بررسی برابری زن و مرد در حقوق استخدامی با رویکردی تطبیقی

فاطمه اصطبار^۱، صالح یمرلی^۲، مجید صفوی^۳

چکیده

موضوع برابری زن و مرد همواره یکی از موضوعات بسیار مهمی است که در حقوق بین الملل و در سطح حقوق نوشته بیش تر کشورها مطرح شده است که این موضوع در حیطه قوانین استخدامی اهمیت اساسی دارد. در این راستا، دولت ها رسالت بسیار مهمی در عرصه تحقق حقوق شهروندی، عدالت و اصل تساوی دارند. موضوع برابری زنان و مردان در بحث استخدامی در حقوق ایران، اصل بسیار مهمی است که متأسفانه، قوانین جامع و کاملی با ضمانت اجرای مؤثر در این زمینه یافت نمی شود و تنها چند مقرر و سند بین المللی دیده می شود که چالش هایی به دنبال دارد. مطابق نص صریح اصل ۲۸ قانون اساسی، هر انسانی اعم از زن و مرد حق اشتغال خواهد داشت و البته شغل وی نمی بایست با شریعت اسلام و قوانین کشور منافاتی داشته باشد.

از این رو، هدف از نگارش مقاله پیش رو، بررسی برابری زن و مرد در حقوق استخدامی به روش تحلیلی و توصیفی است. نتایج این پژوهش نشان می دهد با توجه به پذیرش برابری زن و مرد در حقوق استخدامی، قوانین منسجمی در حقوق ایران دیده نمی شود و این موضوع، قوه مجریه و مقننه را به وضع آیین نامه ها و قوانین خاص در این راستا مجاب می کند. از جهاتی نمی توان در قوانین استخدامی، زنان را به پذیرش اشتغال در موضوعات بر خلاف شرع مجاب کرد که این امر، نیازمند تدقیق در قانون گذاری است. با این حال، رویه های تبعیض آمیز در قوانین و رویه قضایی مشاهده می شود.

واژگان کلیدی: شغل، استخدام، عدالت، تساوی جنسیتی، انصاف، رویه قضایی.

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد گرگان، دانشگاه آزاد اسلامی، گرگان، ایران، Fatemeh6969.estebar@gmail.com

۲. استادیار گروه الهیات، دانشگاه گنبد کاووس، گنبد کاووس، ایران. (نویسنده مسئول)، salehyamralli@gonbad.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران، M.safavi@gv.ac.ir

مقدمه

مفهوم لغوی استخدام به معنای به خدمت گرفتن، به کارگماشتن، کسی را به خدمت گرفتن، به کارگماشتن، است. مفهوم غیرحقوقی آن هم به نوبه خود، چندان کم نیست.^۱

بر حسب قاعده عدالت، برابری در اشتغال و استخدام مردان و زنان، یکی از مهم‌ترین قواعد و اصول پذیرفته شده است که در کشورهای مختلف همواره مقررات و آیین‌نامه‌های خاصی در این زمینه وضع شده است. پیشینه حق اشتغال زنان در قوانین استخدامی در حقوق ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در سال‌های ۱۳۸۰ به بعد به اوج خود رسیده است تا این‌که حتی در منصب قضا نیز می‌توان از حق اشتغال زنان سخن به میان آورد.

یکی از حقوق اساسی زنان به عنوان نیمی از پیکره جوامع بشری، حضور در عرصه مشارکت‌های سیاسی و اجتماعی و احراز تصدی‌های خرد و کلان است. اگر چنین حقی را در کنار فرآیندهای پیچیده زندگی بشر در عصر کنونی قرار دهیم، درخواهیم یافت که امروزه جایگاه و اعتبار زنان در جوامع بشری از جمله مهم‌ترین معیارهای توسعه‌یافتگی قلمداد می‌شود.^۲

مشارکت اجتماعی زنان در عرصه‌های مختلف در ایران در دهه‌های گذشته رو به افزایش بوده است. یکی از مهم‌ترین حوزه‌های این دگرگونی‌های اقتصادی و اجتماعی، حضور و مشارکت زنان در سازمان‌ها و نظام دیوان‌سالاری است. این دگرگونی بسیار مهم و حیاتی است. در سال‌های نخست، حضور زنان چندان گسترده نبود، ولی اکنون بخش درخور توجهی از کارکنان اداره‌ها را زنان تشکیل می‌دهند.^۳ اصل برابری در اشتغال و مباحث استخدامی، یکی از مهم‌ترین اصول حقوق اداری است. به همین دلیل، می‌توان گفت اصل برابری در حقوق عمومی، یکی از پراهمیت‌ترین و پیچیده‌ترین اصول است. آن‌چه از منظر این اصل، مهم به نظر می‌رسد، این است که انسان‌ها

۱. کرمی، حامد و مهدی گودرزی، تحلیل حقوقی قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاههای اجرایی با تأکید بر آراء دیوان عدالت اداری، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم / شماره چهارم / پاییز ۱۳۹۹، ص ۸۱

۲. خسروی، ملک‌تاج، «مشارکت سیاسی زنان و توسعه سیاسی»، علوم سیاسی و روابط بین‌الملل، سال اول، شماره ۴، ۱۳۸۶، ص ۱۲۵.

۳. نقدی، اسدالله و خاطره ترکمان، «بررسی تعارض‌های شغلی زنان شاغل در نظام دیوان‌سالاری (مورد مطالعه: اداره شهرهای منتخب شهر همدان)»، جامعه‌شناسی کاربردی، سال بیست و هشتم، شماره ۶۷، ۱۳۹۶، ص ۲۲۱.

برابر متولد می‌شوند. پس حیات آن‌ها از ارزش اخلاقی برابر برخوردار است. این اصل در اعلامیه‌های حقوق بشری و قوانین اساسی بروز یافته است، ولی این اصل امروزه در کنار اصل نفی جانب‌داری و ممنوعیت تبعیض که در واقع، برآمده از اصل برابری است، در فرآیند تصمیم‌گیری اداری اهمیت بسیار یافته‌اند، به گونه‌ای که می‌توان نمود عینی این اصل را در رویه قضایی و اداری یافت.

استخدام را به طور خلاصه می‌توان به پذیرش ورود به خدمت شخص متقاضی به منظور فعالیت در خدمات عمومی و کشوری تعریف کرد. آن‌چه امروزه درباره استخدام در جوامع مردم‌سالاری کنونی مسلّم است، حاکمیت قانون بر این فرآیند و به بیان دیگر، قانون‌مندی و اتکای استخدام بر قوانین و مقررات است. یکی از ابعاد عدالت در جامعه، فراهم کردن شرایط یکسان برای همه افراد به منظور رسیدن به جایگاه‌های مختلف در مشاغل گوناگون است. به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی اسلام، برابری استخدامی یا عدالت استخدامی هرگز به معنای تساوی مطلق نیست؛ زیرا بر خلاف تصور رایج، در خود مفهوم عدالت، نابرابری نهفته است. عدالت معنایی غیر از رعایت استحقاق‌ها ندارد؛ یعنی رفتار برابر با برابرها و رفتار نابرابر با نابرابرها. با فهم درست این معنا می‌توان نظام هنجاری و رویه‌ای دقیق و منسجمی را طراحی کرد که بسیاری از چالش‌های استخدامی در مرحله تقنین و هنجارگذاری از جمله مسئله جنسیت، اعتقادات، قومیت و نژاد، پاسخی منطقی تنظیم و سامان‌دهی کرد.^۱

با وجود ابهام در مفهوم شکلی، ماهوی و محتوای برابری، برخی از نویسندگان، آن را از جمله اصول زیربنایی حقوق بشر می‌دانند و تحقق آن را از اولویت‌های نخست حاکمیت قانون پنداشته و یکی از حوزه‌های مهم آن را دسترسی به مشاغل عمومی دانسته‌اند. این مفهوم به عنوان یکی از مفاهیم کلیدی در حوزه مدیریت منابع انسانی مطرح شده است. اصولاً تلاش‌های حقوقی برای دستیابی به برابری، با هدف مشارکت سیاسی است و به لحاظ حقوقی، توجهی محدود به «برابری فرصت‌های استخدامی» صورت گرفته است.^۲

۱. صادقی کبریا، جعفر، «رعایت اصل برابری در قوانین و مقررات استخدامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه آموزش عالی راهیان نوین دانش، ساری، ۱۴۰۰، ص ۱.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۷۹.

دو برداشت از برابری فرصت می‌توان بیان کرد. یکی، برابری عرصه بازی میان افرادی است که برای رسیدن به موقعیت‌های اجتماعی با یکدیگر رقابت می‌کنند و بتوانند وارد عرصه رقابت شوند و دیگر این‌که در رقابت برای کسب موقعیت‌های اجتماعی، همه افرادی که شرایط را دارند، با یکدیگر سنجیده شوند و عدم تبعیض در فرصت‌ها و امکانات حاکم باشد. نکته مهم در برابری عرصه بازی و رفع تبعیض، درک مقوله فرصت است و پاسخ به این پرسش است که چه فرصت‌هایی باید یکسان شوند؟

می‌توان گفت سیاست برابری فرصت باید دستاوردهای آموزشی همه تیپ‌ها را که بر اساس نوع شرایط بیرونی با هم تفاوت دارند، برابر کند، نه دستاوردهای افراد داخل یک تیپ که بر اساس تلاش و توانایی‌شان با یکدیگر فرق می‌کند. بنابراین، در برابری فرصت رفتار برابر با افراد برابر، تساوی عرصه بازی برای ورود همه شایستگان به دایره رقابت و رفع تبعیض در اختصاص به امکانات به گروه‌ها و افراد خاص است.^۱

مقررات مختلفی در راستای حق اشتغال زنان وجود دارد که به عنوان متفرعات موضوع مطرح است. برای مثال، ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی کشور ایران، این اختیار را به شوهر اعطا کرده است که از اشتغال زوجه در شرایطی پیش‌گیری کند و از مفاد این ماده برمی‌آید که قانون‌گذار، حق اشتغال را برای زن در نظر گرفته است. از جهاتی می‌توان به دیگر قوانین هم چون قانون خدمت نیمه‌وقت بانوان، مصوب ۱۳۶۲، ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۶، ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۴ اشاره داشت که به حق اشتغال زنان اشاره داشته است.^۲ مسئله این جاست که دولت در اعطای اشتغال با عنوان مقررات استخدامی چه نقشی دارد؟

۱. سیدباقری، سید کاظم، «راهبرد برابری فرصت‌ها و امکانات در عدالت سیاسی با تأکید بر قرآن کریم»، سپهر سیاست، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷، ص ۱۱.

۲. برخی مقررات و قوانین دیگر نیز وجود دارند که به برابری و تساوی حق اشتغال و استخدام اشاره داشته‌اند که به این شرح می‌توان عنوان داشت:

الف) ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی؛

ب) مواد ۷۵ - ۷۸ قانون کار؛

ج) قانون خدمت نیمه‌وقت بانوان، مصوب ۱۳۶۲؛

و چه نوع ضمانت اجرایی در این راستا در حقوق ایران وضع گردیده است؟

در راستای پاسخ به این مسائل می‌توان به اصول مختلف قانون اساسی اشاره داشت که بر اساس اصل بیست و هشتم قانون اساسی، دولت موظف است با رعایت ضرورت‌های اجتماعی، برای همه شهروندان اعم از زن و مرد، امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی احراز شغل را فراهم آورد. به طور کلی، در راستای برابری حق شغل و استخدام در حقوق ایران می‌توان به موضوعات مختلفی اشاره داشت که پس از بیان مفهوم‌شناسی به ابعاد حقوقی آن اشاره خواهد شد.

گفتار اول. برابری زن و مرد در حقوق استخدامی در حقوق ایران

از جمله اصول اساسی حقوق بشر، کرامت انسانی و اصل برابری است که این اصول باید در مرحله ورود به خدمت دولتی و استخدام رعایت گردد. این نگرش بر احترام به کرامت انسانی و اصول عدالت در این میان، توجه خاص و برابری استوار است و پیوندی ناگسستنی با آموزه‌های حقوق بشری دارد. به اشخاص آسیب پذیر اهمیتی دوچندان می‌یابد. افرادی که به لحاظ موقعیتشان همواره در معرض آسیب‌ها و تهدیدهای جدی درخصوص پای مال شدن حیثیت و کرامت انسانی‌شان هستند، عبارتند از، سالمندان، معلولان و زنان که همواره به حمایت مؤثر از حقوقشان نیاز دارند. برابری در عرصه فرایندهای اداری و سازمانی چون عینیت یافته و به مرحله اجرا و تصمیم‌گیری رسیده است، برابری در این عرصه به معنای برخورداری یکسان شهروندان از حقوق و تکالیف خود بدون تفاوت‌های گفته شده است. بر این اساس، فرض بر این است که در فرآیند تصمیم‌گیری باید تصمیمی یکسان برای اشخاصی گرفت که در وضعیتی یکسان به سر می‌برند و نباید معیارهای سیاسی، عقیدتی، نژادی یا قومی، مبنای برخورداری یا اولویت

(د) ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۳۶؛

(ه) ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۰؛

(و) ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۴؛

(ز) تبصره ۵ ماده واحده قانون اصلاح قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۷۴؛

(ح) ماده ۲ تصویب‌نامه سیاست‌های اشتغال زنان در جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی؛

(ط) ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر؛

(ی) ماده ۶ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.

افراد در استفاده از این خدمات باشد. دولت نمی‌تواند به این بهانه‌ها میان شهروندان تبعیض قائل شود و افرادی را از خدمات عمومی محروم کند یا برای برخی از آنان در استفاده از خدمات عمومی، امتیازات خاص در نظر بگیرد^۱ از جمله اشتغال زنان که نه تنها در مقررات ایران، بلکه در مبنای این قوانین که فقه امامیه، منشأ و مبنای آن است، اشتغال زنان مورد توجه شارع اسلام بوده است.^۲ در قانون اساسی ایران و قانون کار به حق اشتغال زنان با ذکر مقررات حمایتی توجه شده است، مانند: منع کار شبانه زنان و حمایت از سلامتی زنان کارگر در مقابل آثار ناشی از اشتغال در کارهای سخت، خطرناک و زیان‌آور. می‌توان گفت که قانون کار ایران در این زمینه تقریباً سیر مشابهی را در راستای اصول بین‌المللی گذرانده، اما گاهی دیده شده است که موافق حقوقی و غیر حقوقی چون نگرش مرد سالارانه و نگاه جنسیتی به زنان انجام گرفته است.^۳

به منظور استقرار نظام شایسته‌سالاری در نظام اداری ایران در قانون مدیریت خدمات کشوری، پیش‌بینی‌هایی انجام شده است. ماده ۵۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶ به برگزاری آزمون‌های دوره‌ای، انتصاب حداقل تعداد ممکن مدیران خارج از سلسله‌مراتب مدیریتی و ایجاد فضای رقابتی اشاره دارد.^۴

موضوع امکان حضور زنان در نهادهای عمومی یا صلاحیت آنان برای تصدی مشاغل مختلف در رویه قضایی ایران به جز حوزه حقوق خانواده به درستی تبیین نگردیده است. تنها در بحث آیین‌نامه‌های استخدامی، قانون اساسی، قانون مدنی و اندک آیین‌نامه‌ها و قوانین دیگری که در ادامه مطالب به آن پرداخته، اشاره شده است.

۱. حقیقی، حسن و توسلی نائینی، منوچهر و احمدی، سید محمد صادق، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتو موازین حقوق بشری سال ششم / شماره هجدهم / بهار ۱۴۰۳، ص ۱۱۹.

۲. رستمی چورسی، نسربین، «بررسی فقهی. حقوقی اشتغال بانوان با تأکید بر هست‌ها و بایدهای شغلی در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و مبنای حقوق، مؤسسه آموزش عالی آفاق، ۱۳۹۸، ص ۲۰.

۳. آزمند، زینب، «آزادی کار و حق اشتغال زنان در نظام حقوقی ایران و بازتاب آن در برنامه‌های توسعه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندرعباس، ۱۳۹۴، ص ۵۱.

۴. فرهادی نژاد، محسن و همکاران، «بررسی وضعیت موجود و ترسیم وضعیت مطلوب نظام انتصاب در سازمان‌های دولتی ایران»، پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، دوره دوازدهم، شماره ۱۴۰۱، ۲، ص ۸۷.

بند اول. برابری فرصت‌های شغلی

برابری در دو جهت مطرح می‌شود: برابری در فرصت‌ها و برابری در نتایج. در این زمینه، چالش‌های زیادی در میان اقتصاددانان و سیاست‌گذاران وجود دارد. جریان اصلی اقتصاد یعنی اقتصاد نئوکلاسیک بر برابری در فرصت‌ها تأکید می‌کند و معتقد است دیگر نابرابری‌ها به عملکرد بازار مرتبط است و برای از بین بردن آن نباید اقدامی کرد. در این دیدگاه، برابری در نتایج تقبیح می‌شود؛ چون این اعتقاد وجود دارد که ثمره آن، تضعیف بهره‌وری است. در مقابل این دیدگاه، اقتصاددانان فمینیست بر میزانی از برابری در نتایج تأکید دارند. آن‌ها می‌گویند نابرابری در فرصت و نتایج با یکدیگر رابطه نزدیکی دارند؛ چون ترویج فرصت‌های برابر با توجه به معایبی که از گذشته تاریخ به جای مانده و ترتیبات اجتماعی کنونی را به وجود آورده است، کافی نیست. در دیدگاه اسلامی، به بحث عدالت جنسیتی توجه شده است. می‌توان گفت دیدگاه اسلامی، ناظر بر فرصت‌های عادلانه و نتایج عادلانه است. عدالت جنسیتی اسلام، ناظر به وجود تفاوت میان زنان و مردان و حقوقی متناسب با این تفاوت‌هاست.^۱

در قانون اساسی بر اصل تساوی زن و مرد در برخورداری از حقوق متنوع انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی تأکید شده است و دقت قانون‌گذار با آوردن «قید موازین اسلامی» به خوبی فهمیده می‌شود. در قوانین و مقررات عمومی استخدام مانند قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش، محدودیتی در استخدام زنان وجود ندارد و بین زن و مرد تفکیکی صورت نگرفته است. الفاظ به کار رفته در قوانین عام هستند و زن و مرد را شامل می‌شوند و در قوانین و مقررات استخدامی خاص نهادها و ارگان‌ها نیز تلاش بر این است تا جایی که امکان دارد، تفاوتی بین آن‌ها لحاظ نگردد. البته این امر کاملاً مطابق با موازین اسلامی است؛ زیرا تنها در برخی از حوزه‌ها منع وجود دارد و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. در همان موارد مصرّح نیز قانون‌گذار تلاش کرده است تا جایی که می‌تواند، قوانین را به گونه‌ای وضع کند که ابزاری برای سوء استفاده علیه نظام جمهوری اسلامی قرار نگیرد و نهادهای به اصطلاح حقوق بشری غرب آن را دستاویزی برای هجمه به نظام قرار ندهند. نمونه بارز این امر را می‌توان در ترکیب اعضای شورای نگهبان

۱. خیری دوست لنگری، زهرا و همکاران، «درآمدی بر مبانی نظری شاخص توان‌مندسازی زنان»، زنان و خانواده، سال چهاردهم، شماره ۴۸، ۱۳۹۸، ص ۱۷۶.

مصرّح در اصل ۹۳ یافت که کاملاً عام است، ولی در عمل شامل زنان نمی‌شود. در برخی موارد هم هدف قانون‌گذار از عام نوشتن الفاظ، پوشش همه زمینه‌هاست؛ چون به‌کارگیری زنان به عنوان کارمند و مستخدم اداری هیچ‌گونه منعی ندارد و در برخی موارد هم شاید گریزی از آن نباشد، به نحوی که حتی در قانون نیروهای مسلح نیز منعی برای استخدام آن‌ها پیش‌بینی نشده است. با این حال، در عمل، استخدام زنان در ارتش به عنوان نیروی نظامی صورت نمی‌گیرد.^۱

اصل برابری فرصت‌های شغلی یا به عبارتی، اصل پذیرش به خدمت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال، یکی از مصادیق مهم حقوق بشر محسوب می‌شود که در بند ۲ ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. تأکید بر این حق به عنوان یکی از اصول ورود به خدمت در ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری به ویژه برای آشکار کردن تعهد دولت به رعایت آن در استخدام کشوری، از نکات مثبت این قانون است، اما سازوکارهای دقیق رعایت آن پیش‌بینی نشده است که جای ایراد دارد. با وجود این، در نظام حقوق ایران، بر این اصل در مورد استخدام زنان و اقلیت‌های مذهبی در برخی مشاغل، استثنائاتی وجود دارد، به این صورت که زنان نمی‌توانند در مشاغل نیروهای مسلح استخدام شوند.^۲

بند دوم. لزوم رعایت شایستگی در استخدام

بدون تردید، نظام اداری و استخدامی کارآمد و شایسته زمانی برقراری می‌شود که توانایی جذب و به‌کارگیری افراد لایق را داشته باشد و بتواند بر اساس معیارهایی مانند تخصص، کارایی، خلاقیت، اخلاق حسنه و مانند آن، چنین افرادی را جذب کند و افراد بر پایه لیاقت و شایستگی‌هایی که دارند، پذیرش شوند و ارتقا یابند. هم‌چنین این نظام باید به گونه‌ای سازمان‌دهی شود که این افراد را حفظ و از خروج و جذب آن‌ها به سازمان‌های دیگر جلوگیری کند. پذیرش افراد بر اساس وابستگی‌های قومی، مذهبی، سیاسی، دوستی و مانند آن، خلاف اصل یاد شده است و در عمل

۱. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۰۶.

۲. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۹.

موجب ورود افراد ناشایست به خدمت می‌شود.^۱ هر چند در اسلام، تساوی در حقوق اولیه وجود دارد. مساوات مطلق نه ممکن است و نه مطلوب، بلکه عدالت مورد نظر اسلام با تشابه حقوق مرد و زن مخالف است.

دولت نمی‌تواند مشاغل دولتی را در انحصار افرادی خاص قرار دهد، ولی می‌تواند بدون توجه به داوطلبان، شرایطی معین کند تا هر کس، آن شرایط را داشت، به خدمت دولت درآید. امروزه در بیش‌تر کشورها، استخدام از طریق مسابقه صورت می‌گیرد. نه تنها در مقام استخدام دولت، بلکه در تمام مراحل خدمتی، اصل تساوی باید رعایت شود. برتری و ارجحیت در ارتباط با لیاقت، کاردانی، تحصیلات و تجربه‌ها به اصل تساوی لطمه وارد نمی‌آورد، ولی مقدم داشتن روابط بر معیارها و ضوابط قانونی، نفی رضایت عمومی را به دنبال دارد.^۲

بند سوم. لزوم تبعیض روا در مورد زنان

تبعیض روا، تفاوت حقوقی موقتی است که قانون‌گذار آن را به نفع یک گروه از اشخاص حقیقی یا حقوقی و به زیان گروهی دیگر تجویز می‌کند تا نابرابری‌های پیشین آن‌ها را جبران کند. اعمال این تبعیض، موقعیت گروه یا افراد فرودست اجتماعی را در قبال گروه یا افراد دیگر ارتقا می‌دهد و در واقع، آن‌ها را به سوی برابری رهنمون می‌کند. نتیجه به کار بستن تبعیض روا در مورد استخدام این می‌شود که به جای آن‌که برای تصدی مشاغل مختلف، کارمندان را تنها بر اساس معیار شایستگی انتخاب کنیم، ملاک‌هایی مانند نژاد، رنگ، جنس و دیگر موارد را نیز دخالت دهیم و ملاک شایستگی را در مرتبه بعدی قرار دهیم.^۳

تبعیض مثبت به آن دسته از سیاست‌ها و دستورالعمل‌هایی اطلاق می‌شود که قانون‌گذار به شکل موقتی و مخصوص به دوره‌ای خاص به کار می‌برد تا تفاوت‌های ناشی از شرایط خاص گروهی در

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۳.

۲. سعیدی، داوود و محمد رضا کیخا، «وجاهت شرط تأهل در استخدامی برخی مشاغل»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۱۶، ۱۳۹۶، ص ۱۸۹.

۳. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و همکاران، «دلایل موجهه اولویت‌های استخدامی ایثارگران و کهنه‌سربازان در حقوق ایران و آمریکا»، مجله حقوق بشر، جلد هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۱۱۶.

اجتماع از قبیل رنگ، نژاد، جنسیت، زبان، عقیده، اصالت ملی یا قومی را با هدف نابرابری‌های ایجادشده در گذشته یا حال جبران کند. در نتیجه، این امر باعث خواهد شد تا منافع پدیدار شود که به نفع گروه‌هایی خاص از افراد در یک اجتماع و به زیان گروه‌هایی دیگر از اشخاص با هدف جبران نابرابری‌های ایجاد شده است. سیاستی که در حمایت از معلولان، زنان و اقلیت‌ها در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو، تبعیض‌های منفی از بین رود و از سوی دیگر، تبعیض‌های مثبت به نفع این افراد لحاظ شود.^۱

این سخن به آن معناست که انتظار می‌رود زنان بتوانند مثل مردان بر اساس شرایط عمومی یکسان و مجال‌های برابر به مناصب عمومی، سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی و فرهنگی دست یابند. بر این اساس، تضمین حقوق برابر زنان و مردان در بهره‌مندی از تمامی مواهب و احترام به شخصیت بشر بوده و این مهم نیز متضمن رفع موانع مشارکت زنان در شرایط مساوی با مردان در زندگی انسانی اجتماعی و تحقق سعادت اجتماعی آنان بر پایه شکوفایی قابلیت‌ها و استعدادهای جنس جنسیتی در خدمت به کل جامعه بشریت است.^۲

حاکمیت اصل برابری در احراز مشاغل عمومی به معنای منتفی بودن تبعیض‌های روا و موجه در این زمینه نیست که مستند به دلایل موجه، برخورد تبعیض‌آمیز موضوعیت می‌یابد. البته تبعیض‌های روا و اعمال حمایتی در خصوص گروه‌هایی مانند زنان و اقلیت‌ها باید واجد شرایطی باشند که آن‌ها را در پرونده کارگران فولاد علیه وبر در سال ۱۹۷۹ می‌توان مشاهده کرد که دیوان عالی آمریکا بیان می‌کند. مطابق رأی صادرشده از این دیوان که در پرونده‌های بعدی نیز مقرر و تکرار می‌شود، عمل حمایتی در حوزه استخدام باید واجد چهار شرط باشند: ضرورت داشته باشد؛ با هدف اصلاح عدم توازن موجود باشد؛ موجب ممنوعیت ورود دیگر داوطلبان نگردد؛ موقتی باشد.^۳

۱. بلوردی، طیه، «بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی زن و جامعه، سال یازدهم، ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۲۸.

۲. صباحی‌گراغانی، معین و همکاران، «تأملی بر مفهوم برابری در نظام حقوقی ایران با رویکردی به اسناد فراملی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۲۲، شماره ۵۳، ۱۴۰۰، ص ۲۸۲.

۳. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «بومی‌گزینی در آزمون‌های استخدامی در پرتو اصول حاکم بر استخدام دستگاه‌های دولتی و قوانین موضوعه»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۱۳۱.

گفتار دوم. نگاهی به قوانین و رویه قضایی در حوزه برابری استخدامی زنان و مردان

نظام حقوق اداری ایران بر اثر پراکندگی قوانین در موارد زیادی دچار آشفتگی است و در برخی موارد، قوانین، توانایی تعیین حکم دعاوی را ندارند. در این وضعیت، نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیش‌تری می‌یابد. از یک سو، رویه قضایی، نقص ناشی از انعطاف‌ناپذیری قانون اساسی را درباره مسائل اجتماعی جدید جبران می‌کند که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و به نوعی، در قانون اساسی اشاره نشده است. از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند و قوانین متعارض را با اموری سازگار می‌سازد که برای قانون‌گذار قابل پیش‌بینی نبوده است. در این خصوص، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط نبود قانون عام اداری و اشاره نکردن قانون اساسی به اصول جدید، راه‌گشا خواهد بود، می‌تواند منجر به ارائه اصول و حقوق جدید به ویژه در حوزه حقوق اداری شود.^۱

بند اول. وضعیت قوانین و بخش‌نامه‌های موجود

در بند ۲ ماده ۲ قانون‌گزینش کشور، یکی از مواردی که باید در‌گزینش در نظر گرفته شود و از موانع استخدام افراد به شمار می‌رود، «عدم التزام عملی به احکام اسلام» است. دامنه موّسع اصطلاح حاضر، اختیاری گسترده برای هیئت‌های‌گزینش و قضات قرار می‌دهد و تشخیص مصادیق را با دشواری همراه ساخته است. یکی از مصادیقی که به استناد این بند قانونی در نظر هیئت‌گزینش همواره مورد توجه بوده، مسئله حجاب بانوان است که در مواردی، از نظر هیئت مرکزی‌گزینش نزد دیوان عدالت اداری اعتراض شده است. داشتن حجاب، یکی از مصادیق وجود التزام عملی به احکام اسلام است. در بند ۲ ماده ۲ قانون‌گزینش تصریح شده و تعیین مصادیق آن نیز بر عهده هیئت‌گزینش قرار گرفته است که اولاً مصادیق احکام اسلام را برای احراز صلاحیت تصدّی شغل تشخیص دهد. ثانیاً مصداق التزام عملی را بیابد و بر اساس‌گزینش خود به این نکته دست یابد که شخص مورد نظر به حکم اسلام التزام عملی دارد یا خیر؟ گرچه این تشخیص در برخی امور به ویژه امور اعتقادی با سختی همراه است و نحوه تشخیص آن به ویژه در امور قلبی خود جای سؤال دارد،

۱. حسنونند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹، ص ۸۷.

اما به نظر می‌رسد با توجه به ظاهری بودن حجاب، بتوان در خصوص التزام عملی به آن نظر داد. نداشتن حجاب اسلامی، مطابق تفسیر موجود و انطباق آن بر مصادیق، طبق نظر هیئت گزینش می‌تواند موجب ردّ فرد در مراحل استخدام گردد، اما ذکر انکار حجاب، در کنار ضعف یا نداشتن حجاب با ورود در رویه می‌تواند عواقبی ناپسند داشته باشد.^۱

در نظام حقوقی ایران با عنایت به حاکمیت موازین شرعی علاوه بر این‌که موازینی در بدو استخدام وجود دارد، در حین خدمت نیز ارکان گزینش کشور با توجه به قانون گزینش کارمندان، حق ورود و دخالت دارد و در مواردی، اقدام به صدور آرای مبنی بر «قطع رابطه کاری» می‌کند. بنابراین، بر اساس قانون گزینش، مسئله نداشتن حجاب، مختص زنان است، در حالی که حجاب در موازین شرعی به زنان اختصاص ندارد و حجاب، امری عرفی است که در مورد مردان نیز مصداق دارد.

در قوانین عادی ایران نیز به طور خاص به رعایت فرصت برابر در استخدام اقلیت‌های قومی و مذهبی و زنان نه هیچ اشاره‌ای شده است و نه آمار دقیقی از استخدام آنان در دست است. فقط در مورد استخدام اقلیت‌های دینی و مذهبی، بخش‌نامه‌ای در تاریخ ۱۳۸۰/۹/۴ با این مضمون صادر شده است که در اجرای اصول ۲۰ و ۲۸ قانون اساسی در خصوص حمایت قانونی یکسان از حقوق همه آحاد ملت و وظیفه دولت در ایجاد شرایط مساوی برای احراز شغل؛ رعایت حقوق اجتماعی همه افراد، سیاست کلان جمهوری اسلامی است. در خصوص زنان نیز شاهد تصویب قوانینی مثل قانون خدمت نیمه‌وقت بانوان بوده‌ایم که فقط برای تسهیل کار زنان است، اما به اعطای فرصت‌های بیش‌تر به زنان و افزایش آنان در کل نیروی کار توجهی نشده است. به طور کلی، دولت ایران، سیاستی در مورد اعطای فرصت‌های برابر به زنان و اقلیت‌های قومی و مذهبی ندارد.^۲

بند دوم. وضعیت رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

نگاهی به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، توجه جدی این نهاد را به موضوع منع

۱. افشاری، فاطمه، «شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی: نقد و بررسی رأی دیوان عدالت اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۱۴.

۲. یآوری، اسدالله و مصطفی رضایی، «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱، ص ۲۳۱.

تبعیض و حاکمیت قانون شکلی در استخدام عمومی نشان می‌دهد. هیئت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۱۷۸۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۲ چنین مقرر می‌کند: «با توجه به این که چگونگی ورود به خدمت و استخدام در دستگاه‌های اجرایی در مواد ۳۲، ۴۲ تا ۴۵ آن قانون تعیین تکلیف شده است و مفاد مصوبه شماره ۴۳۳۴۶/۱۳۱۱۰۰ مورخ ۱۳۸۸/۷/۱ هیئت وزیران که در حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری تصویب شده است، نمی‌تواند بر خلاف قانون تکلیف ایجاد کند. بنابراین، به غیر از احکام مقرر در قانون مدیریت خدمات کشوری، ورود به خدمت و استخدام در دستگاه‌های اجرایی موضوع قانون امکان‌پذیر نیست».^۱

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۴۴۵ مورخ ۱۳۹۸/۷/۱۶ که در مقام اعلام تعارض در آرای شعب دیوان در مورد تبدیل وضعیت قراردادی‌های شاغل سرپرست خانوار صادر شده، چنین بیان داشته است: «با توجه به این که مصوبه شماره ۴۳۳۴۶/۱۳۱۱۰۰ مورخ ۱۳۸۸/۷/۱ هیئت وزیران که مورد استناد شاکیان برای تبدیل وضعیت قرار گرفته است، به موجب مصوبه دیگر هیئت وزیران به شماره ۲۷۸۰۹۶/۴۳۳۴۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۵ اصلاح شده و عبارت «با رعایت قانون مدیریت خدمات کشوری» به آن اضافه شده است و بر اساس مواد ۵۱، ۴۵، ۴۴ و ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، ورود به خدمت بر اساس مجوزهای صادره و رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت‌ها پس از پذیرفته شدن در امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است و در قانون مذکور، حکمی راجع به تبدیل وضعیت کارمندان قراردادی و زنان سرپرست خانوار بیان نشده است. بنابراین، آرای صادرشده بر رد شکایت صحیح هستند».

هم‌چنین هیئت عمومی در رأی دیگری به شماره ۱۸۴۱ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۹ که در مورد ابطال بخش‌نامه شماره ۱۸۰/۳۸۰۸۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۸ وزارت آموزش و پرورش صادر شده، بیان داشته است: «هرچند وزارت آموزش و پرورش مجاز است به استناد بند (ز) ماده ۴۲ قانون مدیریت و رعایت آیین‌نامه اجرایی مربوط، معیارهای توانایی جسمی و شرایط فیزیکی مناسب برای استخدام مشاغل از جمله میزان قد داوطلبین برای مشاغل آموزشی را تعیین کند و رأی شماره ۱۳۱۲ هیئت عمومی دیوان مؤید این امر است، لیکن از آن جایی که در دفترچه آزمون استخدامی سال ۹۵ وزارت آموزش

۱. همان، ص ۲۲۲.

و پرورش مقرر شده داشتن سلامت جسمانی، روانی معلمین طبق ضوابط و مقررات آموزش و پرورش مورد سنجش قرار می‌گیرد و در آن مقطع زمانی طبق مصوبه آموزش و پرورش، قد مناسب برای داوطلبان زن جهت استخدام، ۱۵۵ سانتی‌متر تعیین شده است، ثانیاً دستگاه‌های اجرایی موظفند شرایطی را که وفق مقررات قانونی تعیین و در آگهی استخدام درج کرده‌اند، رعایت کنند و آرای وحدت رویه دیوان، شرایط قیدشده در آگهی‌های استخدام را الزام‌آور دانسته است و داوطلبان با آگاهی از این موضوع در آزمون شرکت کرده‌اند. بنابراین، تغییر بعدی شرایط آزمون استخدامی که در نامه رئیس مرکز برنامه‌ریزی وزارت آموزش و پرورش صادر شده، مغایر با بند (ز) ماده ۴۲ و ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری از حیث عدم رعایت شرایط آگهی استخدام است و ابطال می‌شود».

هیئت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۹۳۶ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۹ به موجب رأی صادره بر ابطال مصوبه شماره ۱۳۵۱۸۲۴-۱۳۹۶/۵/۳۰- شورای عالی اداری نظر داده است: «تبصره ۶- به منظور بهره‌گیری از ظرفیت زنان و جوانان توانمند کشور برای تصدی پست‌های مدیریتی، میزان تجربه مورد نیاز برای تصدی هر یک از سطوح مدیریت حرفه‌ای (از تجربه خدمت دولتی) در مورد زنان و کارمندان کم‌تر از ۱۵ سال سابقه در مواردی که سایر شرایط احراز شده باشد، به دو سوم مدت زمان پیش‌بینی شده در جدول شماره ۱ تصویب‌نامه، توسط شورای راهبری توسعه مدیریت دستگاه تقلیل می‌یابد.

تبصره ۷- زنان و جوانان شاغل در دستگاه‌های اجرایی کشور می‌توانند با ارائه اقدامات علمی و پژوهشی خود در زمینه موضوعات مدیریتی یا در رابطه با حوزه‌های تخصصی عملکرد دستگاه متبوع از امتیازات ویژه‌ای برای تصدی پست‌های مدیریتی برخوردار گردند».

شاکي، مصوبه را با مقررات مندرج در مواد ۵۴ و ۵۷ قانون مدیریت خدمات کشوری و نیز بند نهم اصل سوم قانون اساسی، اصل نوزدهم قانون اساسی و هم‌چنین بند ۳ سیاست‌های کلی اداری ابلاغی مقام معظم رهبری مغایر دانسته است. در نهایت، هیئت عمومی دیوان به این شرح رأی داد: «با توجه به این‌که به موجب مقررات فصل هشتم قانون مدیریت خدمات کشوری، اصول حاکم بر انتصاب و ارتقای شغلی کارکنان تعیین شده و بر استقرار نظام شایستگی تأکید شده است، از جمله به موجب ماده ۵۳ قانون مذکور مقرر است نسبت به «انتصاب و ارتقای شغلی کارمندان باید با رعایت شرایط تحصیلی و تجربی لازم و پس از احراز شایستگی و عملکرد موفق در مشاغل قبلی

آنان صورت گیرد.» هم‌چنین در تبصره ۴ ماده ۵۴ مقرر شده است: «دستگاه‌های اجرایی موظفند امکان ارتقای مسیر شغلی را با توجه به امتیازات مربوطه در فضای رقابتی برای کلیه کارمندان فراهم نمایند.» بنابراین، شورای عالی اداری اختیار ندارد خارج از چارچوب اصول شایستگی و فضای رقابتی اقدام به وضع مقرراتی نماید که طی آن برای بخشی از کارمندان دولت شامل زنان و جوانان به لحاظ جنسیت و سن، فراتر از قانون، امتیازات خاصی در نظر بگیرد. بنابراین، مصوبه مورد شکایت به جهت تبعیض آمیز بودن و مغایرت با قانون ابطال می‌شود».

گفتار چهارم. رویکرد تطبیقی در برابری مرد و زن

جنبش حمایت از حقوق زنان با تأکید بر حق اشتغال، بیش از یک قرن پیش در زمان حکومت عثمانی آغاز شد. قوانین اساسی مصوب در مصر در سال‌های ۱۹۵۶ و نیز ۱۹۷۱ بر برابری زنان و مردان در زمینه‌های مشارکت سیاسی، اشتغال و آموزش تصریح دارند. ماده ۱۳ قانون اساسی ۱۹۷۱ به حق اشتغال برای زنان و مردان بدون تبعیض تصریح دارند.^۱

در قوانین و مقررات کشورهای اسلامی و غیر اسلامی به برابری حقوقی زن و مرد توجه شده است که در این گفتار به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. حقوق مصر

قانون اساسی مصر که در سال ۲۰۱۴ میلادی به تصویب رسید، به مسائل زنان بیش از حقوق ایران توجه می‌کند و بیش از ۲۰ ماده را در بر داشته است که زنان را به گونه مستقیم خطاب قرار می‌دهد و دارا بودن فرصت‌های برابر و مشارکت زنان در جامعه و برابری بین زنان را تضمین می‌کند. قانون اساسی ۲۰۱۴ مصر در ماده ۱۱ به این موارد اشاره کرده است: دولت، برابری زن و مرد را در همه حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مطابق احکام قانون اساسی تضمین می‌کند. دولت، تدبیرهای لازم را برای تضمین نمایندگی مناسب زنان در پارلمان‌ها به روشی که قانون معین می‌کند، اتخاذ خواهد کرد. دولت، حق زنان را برای تصدی مناصب عمومی و مناصب مدیریتی ارشد در ایالت و انتصاب در ارگان‌ها و مقامات قضایی بدون تبعیض تضمین می‌کند. در اصل ۱۸۰ قانون

1. Outi kärkkäinen, etf, *women and work in egypt tourism and ict sectors: a case study*, 2010, p. 41.

اساسی مقرر شد ۲۵ درصد کرسی‌های شوراهای محلی به زنان اختصاص یابد و بدین ترتیب، تعداد کرسی‌های اختصاص یافته به زنان به ۱۳۵۰۰ کرسی می‌رسد. ماده ۶ این قانون، این حق را به زنان مصری می‌دهد که تابعیت خود را به فرزندان خود منتقل کنند. ماده ۲۱۴ نیز استقلال و مصونیت شورای ملی زنان و حق بررسی همه قوانین مربوط به زنان را قبل از صدور آن اعطا می‌کند. ماده ۱۷ قانون، ارائه خدمات اجتماعی را تضمین می‌کند. ماده ۱۹ نیز سن برای تحصیل اجباری را تا پایان دوره متوسطه تعیین می‌کند که اقدامی بی‌سابقه در مواجهه با ازدواج زودهنگام است. ماده ۹۳، پای بندی به معاهدات، میثاق‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر را که مصر تصویب کرده است و دارای قوت قانون تلقی می‌شوند، پیش‌بینی می‌کند و پس از تصویب اصلاحات اخیر قانون اساسی در آوریل ۲۰۱۹، یک چهارم کرسی‌های مجلس نمایندگان همان طور که در ماده ۱۰۲ اصلاحی آمده است، علاوه بر بسیاری از مواد قانون اساسی که بر عدم تبعیض بین جنسیت تأکید کرده بودند، به زنان اختصاص یافت. در کلیه مواد (هم‌چون مواد ۸، ۹، ۱۷، ۱۹، ۷۴، ۸۰، ۸۱، ۸۳، ۱۸۰، ۱۸۱، ۲۱۴، ۲۴۴)، حقوق و تکالیف اصلاح شده است.^۱

به طور کلی، مبنای حقوق مصر بر آن است که اشتغال زنان به عنوان یک حق در دین اسلام شناسایی شده و آیات قرآن کریم، کار را جزء عبادات قرار داده و آیات قرآن بین زن و مرد، تفاوتی قائل نشده است. دولت مصر در ماده ۱۱ قانون اساسی خود که به طور خاص به موضوع زنان پرداخته است، از دولت می‌خواهد بستر فعالیت زنان را در عرصه خصوصی و اجتماعی فراهم کند و برای ایجاد فرصت برابر با مردان در همه زمینه‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی تضمین دهد. اصل ۴۰ قانون اساسی مصر نیز بر مساوی بودن زن و مرد در برابر قانون تأکید و هر گونه تبعیض و اعمال معیارهای دوگانه در سیستم قضایی را به شدت نفی می‌کند.

در کنفرانس زنان، توان‌مندسازی و مشارکت در قانون خدمات کشوری مصر که در سال ۲۰۲۲ میلادی با همکاری شورای ملی زنان تشکیل شد، به چالش‌هایی اشاره و برای احقاق حقوق حداکثری مقرر گردید:

۱. حق تصدیٰ مناصب دولتی: زنان حق دارند بر اساس صلاحیت و شایستگی، بدون تبعیض برای پست‌های عمومی در واحدهای مختلف دستگاه اداری دولتی درخواست دهند.

1. Rick Penn-Kraus, **Barriers to employment tha women face in Egypt**, available at: WWW.rand. Org., 2015, p. 12.

۲. حق ارتقا با انتخاب کارمند زن: در صورت اثبات برتری و ممتاز بودن به ترتیبی که در قانون خدمات کشوری و آیین‌نامه اجرایی آن مقرر می‌شود، زنان حق ترفیع با انتخاب دارند.
۳. حق تصدی مناصب رهبری: زنان حق دارند برای پست‌های رهبری و مدیریت نظارتی در واحدهای مختلف دستگاه اداری دولتی درخواست دهند، تا زمانی که شرایط لازم برای تکمیل این پست‌ها را داشته باشند.
۴. حق درخواست کار پاره‌وقت: کارمند زن در ازای دریافت ۶۵ درصد مزد شغلی و تکمیلی و مرخصی استعلاجی و اتفاقی حق دارد سه روز در هفته، درخواست کار کند.
۵. حق کاهش ساعات کار روزانه: در برخی موارد، ساعات کار روزانه برای هر یک از این موارد، یک ساعت کاهش می‌یابد: کارمندی که تا دو سالگی به فرزندش شیر می‌دهد؛ کارمندی که فرزند معلول دارد و کارمند باردار از ماه ششم بارداری.
۶. حق مرخصی زایمان: کارمند زن برای مدت چهار ماه و حداکثر سه بار در تمام مدت کار در خدمات کشوری حق مرخصی زایمان دارد و حتی اگر نوزادش فوت کرده باشد، از مرخصی زایمان برخوردار است. مرخصی زایمان از روز بعد از زایمان شروع می‌شود و این مرخصی ممکن است یک ماه قبل از موعد مقرر زایمان بر اساس درخواست کارمند زن و گزارش شورای پزشکی صلاحیت‌دار شروع شود.
۷. حق مرخصی مراقبت از کودک: کارمند زن برای نگهداری از فرزندش، مستحق مرخصی بدون حقوق است و این مرخصی هر بار، حداکثر دو سال و حداکثر، شش سال در تمام مدت کار در خدمات کشوری است.
۸. حق مرخصی برای همراهی با همسر کارمند زن: در صورتی که شوهرش برای کار یا تحصیل حداقل شش ماه به خارج از کشور سفر کند، تا زمانی که شوهر در خارج از کشور بماند، مستحق مرخصی ویژه بدون حقوق است.
۹. حق مرخصی برای انجام حج: کارمند زن برای ادای حج یا زیارت بیت‌المقدس به مدت سی روز و برای یک بار در طول کار در خدمات کشوری از مرخصی ویژه با حقوق کامل برخوردار است.

۱۰. حق مرخصی برای همراهی با بیمار: کارمندی که با بیمار مبتلا به بیماری عفونی در تماس بوده، به مدت تعیین شده توسط شورای پزشکی صلاحیت دار از مرخصی ویژه با حقوق کامل برخوردار است.

۱۱. حق مرخصی آسیب ناشی از کار: کارمندی که دچار آسیب ناشی از کار شود، برای مدتی که شورای پزشکی صلاحیت دار تعیین می کند، از مرخصی ویژه با حقوق کامل برخوردار است.

۱۲. حق مرخصی استعلاجی: کارمند زن به ازای هر سه سالی که در خدمت سپری می کند، در این حدود، مستحق مرخصی استعلاجی است: سه ماه اول با حقوق کامل، سه ماه آینده با دستمزدی معادل ۷۵ درصد دستمزد شغل، شش ماه آینده با دستمزدی معادل ۵۰ درصد دستمزد شغل و ۷۵ درصد دستمزد شغل برای افراد بالای پنجاه سال.

۱۳. حق مرخصی استعلاجی استثنایی با حقوق کامل: کارمندی که مبتلا به بیماری مزمن است، تا زمان بهبودی یا تثبیت وضعیتش تا وقتی که بتواند به کار خود بازگردد، از مرخصی استثنایی با حقوق کامل برخوردار است. در صورت محرز شدن ناتوانی کامل وی تا رسیدن به سن بازنشستگی با همان حقوق در مرخصی استعلاجی می ماند.

۱۴. حق مرخصی در روزهای امتحانات نهایی: کارمندان زن که در یکی از دانشکده ها، مؤسسات یا مدارس ثبت نام کرده اند، برای روزهای برگزاری امتحانات نهایی، از مرخصی ویژه با حقوق کامل برخوردارند.^۱

به طور کلی، در ماده ۱ قانون خدمات کشوری مصر مصوب ۲۰۱۶ میلادی عنوان گردیده است: «مشاغل عمومی بر اساس شایستگی برای شهروندان به عنوان حق تلقی می شود و در جهت خدمت به مردم به متولیان آن واگذار می گردد و دولت از حقوق آن ها حمایت می کند و وظایف آن ها را در تأمین منافع تضمین می کند. ایجاد تبعیض بین کارکنان در اجرای احکام این قانون به دلیل مذهب، جنسیت یا هر دلیل دیگر ممنوع است».

بند دوم. حقوق فرانسه

دولت فرانسه، رویه ای جدید از تعهدات را برای کارفرمایان با هدف ارتقای برابری حرفه ای بین مردان و زنان در محل کار ایجاد کرده است، از جمله معرفی و انتشار شاخص های شکاف دستمزد خاص و

۱. عمید، مکرم، المرأة: تمكين و شراكة في قانون الخدمة المدنية، القاهرة: مكتب الشكاوى، ۲۰۲۲، صص ۲-۵.

مجازات برای رسیدگی نکردن به نابرابری دستمزد. رئیس جمهور وقت (امانوئل ماکرون)، قبل و بعد از انتخابش در سال ۲۰۱۷ میلادی، متعهد به برابری جنسیتی و به ویژه دست‌یابی به برابری حرفه‌ای بین زنان و مردان تا پایان دوره پنج‌ساله خود بود. جای تعجب نیست که پیشنهادهای او برای دست‌یابی به این هدف، انتظارات زیادی خلق کرد. در زمان انتخاب ماکرون، قانون کار از قبل شامل تعداد زیادی از اقدامات طراحی شده برای ارتقای برابری جنسیتی در محیط کار بود، از جمله الزام به مشورت با کمیته اجتماعی و اقتصادی (CSE) در مورد برابری جنسیتی هر ساله و مذاکره با کارگران. با وجود این معیارها، میانگین شکاف دستمزد بین مردان و زنان هم‌چنان قابل توجه است (۲۴ درصد به طور کلی و ۹ درصد برای موقعیت‌ها و ساعات کاری معادل) و بسیاری از کارمندان زن نیز انواع دیگری از رفتار نابرابر را در محل کار تجربه می‌کنند. بنابراین، دولت فرانسه تصمیم گرفت به منظور دست‌یابی به برابری جنسیتی در پرداخت مؤثرتر، به تعهدات شرکت‌ها اضافه و آن‌ها را تشدید کند. این تعهدات جدید از طریق «آزادی انتخاب یک قانون حرفه‌ای در آینده» که در ۶ سپتامبر ۲۰۱۸ منتشر گردید، ایجاد شد که شامل افزودن یک بخش کامل به برابری جنسیتی است.^۱ قانون جدید، حاوی مقرراتی با هدف ارتقای برابری حرفه‌ای بین زنان و مردان به ویژه در زمینه پرداخت و مبارزه با خشونت جنسی و جنسیتی در محل کار است.^۲

فرمانی که در ۸ ژانویه برای اجرای این مقررات منتشر شد، جزئیات بیش‌تری را در مورد شاخص‌های مورد استفاده برای اندازه‌گیری شکاف دستمزد بین زنان و مردان و الزام گزارش دهی برای شرکت‌هایی با حداقل ۵۰ کارمند مشخص کرد. در این جا ضرورت بحث از تغییرات عمده‌ای است که بر شیوه‌های منابع انسانی اثر می‌گذارد.

۱. در سال ۲۰۱۸، مارلن شیپا، وزیر امور خارجه وقت برای برابری جنسیتی و موریل پنیکا، وزیر کار وقت، از شاخص برابری جنسیتی با هدف از بین بردن نابرابری حرفه‌ای در سه سال رونمایی کردند. بنابراین، هر ساله از شرکت‌ها خواسته می‌شود تا امتیازی از ۱۰۰ را بر اساس پنج معیار اصلی منتشر کنند: شکاف دستمزد (۴۰ امتیاز)، درصد مردان و زنانی که در طول سال افزایش یافته‌اند (۲۰ امتیاز)، درصد مردان و زنانی که ترفیع دریافت کردند (۱۵ امتیاز)، افزایش حقوق بعد از مرخصی زایمان (۱۵ امتیاز) و تعداد زنان در میان ده کارمند پردرآمد (۱۰ امتیاز). در سال ۲۰۲۰، ۷۰ درصد از شرکت‌های دارای بیش از ۵۰ کارمند به تعهد خود مبنی بر انتشار امتیاز برابری حرفه‌ای خود تا اول مارس عمل کردند.

2. Marion Le Roux and Ji Eun Kaela Kim, *New Gender Equality Obligations Established*, Paris, Capstan Avocats, 2019, p. 22.

از نظر پرداخت برابر در فرانسه، برخی از کارفرمایان به شدت، موظف به تضمین حقوق برابر بین زنان و مردان هستند. آن‌ها هم‌چنین مشمول یک سیستم ارزیابی شکاف جنسیتی می‌شوند که شامل ارزیابی شاخص‌های خاص شکاف پرداختی و انتشار نمرات آن‌ها در این شاخص‌هاست. در صورتی که آنان، امتیاز خود را به حداقل سطح مورد نیاز نرسانند، جریمه مالی می‌شوند.

ظرف سه سال، کدام شرکت‌ها نگران‌کننده هستند؟ قانون جدید، همه کارفرمایان را ملزم می‌کند که به دنبال رفع شکاف‌های حقوقی جنسیتی باشند. با این حال، تکالیف قانونی جدید صرف نظر از داشتن اتحادیه‌های صنفی یا نمایندگی، فقط برای شرکت‌هایی با حداقل ۵۰ کارمند اعمال می‌شود.

تعهدات جدید حق اشتغال برابر چیست؟ این موضوع به مفهوم ارزیابی و انتشار شاخص‌های برابری دستمزد جنسیتی است. هر سال، کارفرمایان باید پنج شاخص را در مورد شکاف دستمزد جنسیتی اندازه‌گیری و منتشر کنند (فقط چهار شاخص برای شرکت‌هایی با ۵۰ تا ۲۵۰ کارمند): درصد شکاف دستمزد بین زنان و مردان بر اساس میانگین دستمزد زنان و مردان در همان گروه سنی و رده شغلی (مقیاس از ۰ تا ۴۰ امتیاز) محاسبه شده است. شکاف در میزان حقوق فردی بین زنان و مردان افزایش می‌یابد (مقیاس از ۰ تا ۲۰ امتیاز یا از ۰ تا ۳۵ امتیاز) و برای شرکت‌هایی است که بین ۵۰ تا ۲۵۰ کارمند استخدام می‌کنند. شکاف در میزان ارتقا بین زنان و مردان (مقیاس از ۰ تا ۱۵ امتیاز) که در مورد شرکت‌هایی که بین ۵۰ تا ۲۵۰ کارمند استخدام می‌کنند، صدق نمی‌کند. درصد زنانی که از افزایش حقوق سالانه، پس از بازگشت از مرخصی زایمان بهره‌مند می‌شوند (مقیاس از ۰ تا ۱۵ امتیاز). تعداد کارمندان از جنس کم‌تر در میان ۱۰ کارمند پردرآمد (مقیاس از ۰ تا ۱۰ امتیاز). امتیاز کلی، مجموع امتیازهای به دست آمده برای هر یک از پنج شاخص (چهار شاخص برای شرکت‌های بین ۵۰ تا ۲۵۰ کارمند) است. حداقل امتیاز کلی مورد نیاز، ۷۵ از ۱۰۰ امتیاز است. در صورت ناکامی، کارفرما باید اقدامات اصلاحی انجام دهد. امتیاز کلی هر سال تقویمی می‌بایست تا اول مارس سال بعد، در وب‌سایت شرکت منتشر شود یا در صورت نداشتن وب‌سایت، به هر طریقی به اطلاع کارکنان برسد. در صورت وجود وب‌سایت باید این اطلاعات را در مورد سال تقویمی قبل تا اول مارس ارائه کند: شاخص‌ها، نتایج، هر گونه اطلاعات لازم برای (CSE) برای درک روش اعمال شده و در صورت لزوم، اقدامات اصلاحی برنامه‌ریزی شده یا قبلاً اجرا شده. این اطلاعات باید در پایگاه داده‌های اقتصادی و اجتماعی (BDES) در دسترس همه نمایندگان کارکنان قرار گیرد و هم‌چنین باید در اختیار مقامات

کار قرار گیرد. اگر امتیاز کلی برای یک سال معین، کم‌تر از ۷۵ امتیاز باشد، کارفرما ملزم خواهد بود برای مذاکرات اجباری با اتحادیه‌های کارگری در مورد جنسیت حرفه‌ای، طرح جبران دستمزد را در دستور کار قرار دهد.^۱

مذاکرات اجباری در فرانسه در خصوص برابری جنسیتی گسترش یافته است. تاکنون مذاکرات اجباری در مورد برابری جنسیتی در محیط کار بر اقداماتی برای مبارزه با هر گونه تبعیض جنسیتی در استخدام، استخدام و دسترسی به آموزش حرفه‌ای متمرکز بود. قانون جدید این فهرست را گسترش داد تا موضوعات مربوط به کسب مدرک حرفه‌ای (شرکت در حداقل یک دوره آموزشی، کسب الزامات مورد نیاز برای صدور گواهی نامه از طریق آموزش یا تأیید تجربه قبلی، افزایش حقوق یا پیشرفت شغلی) را شامل شود. برابری جنسیتی در رأس برخی شرکت‌ها تشویق می‌شود. هیئت مدیره یا هیئت ناظر همه شرکت‌های محدود، شرکت‌های با مسئولیت محدود و شرکت‌های محدود شده با سهام فرانسوی باید سالانه در مورد خط‌مشی شرکت در مورد حرفه و حقوق صاحبان سهام مشورت کنند. در این قانون، در هر شرکتی با حداقل ۲۵۰ کارمند، شرکت باید یک فرد مرجع را برای راهنمایی، اطلاع‌رسانی و حمایت از کارکنان در مبارزه با آزار و اذیت جنسی و رفتارهای جنسیتی منصوب کند. برخی از اقدامات جدید از ۶ سپتامبر ۲۰۱۸ اعمال شده است، مانند مذاکرات اجباری سالانه در مورد برابری جنسیتی و تعهدات در بدنه‌های مدیریتی. دیگر اقدامات مانند اقدامات سخت‌گیرانه علیه آزار و اذیت جنسی و رفتارهای جنسی، از اول ژانویه اعمال شده‌اند. بنابراین، هر شرکتی باید مطمئن شود که اقدامات مناسبی را برای رعایت تعهدات جدید انجام داده است.^۲

1. Lepinard, E., **From Breaking the Rules to Making the Rule: the adoption and diffusion of gender quotas in France**, working paper series, Law Department, European University institute, Florence, 2015, p. 22.

۲. هرگز فراموش نکنید که برای زیر سؤال بردن حقوق زنان فقط یک بحران سیاسی، اقتصادی یا مذهبی لازم است. این نقل قول از نویسنده فرانسوی سیمون دوبووار امروزه به شدت طنین‌انداز شده است. بر اساس گزارش آوریل ۲۰۲۰ سازمان ملل محمد، بحران کووید ۱۹ به ویژه زنان را تحت تأثیر قرار داده است، در درجه اول از طریق افزایش خشونت مبتنی بر جنسیت، به طوری که بسیاری از زنان در کشورهایی که قرن‌تینه را تجربه می‌کنند، مجبور به ماندن در خانه با افراد آزاردهنده خود هستند. افزایش کار مراقبتی بدون دستمزد، به دلیل تعطیلی مدارس و افزایش نیازهای مراقبتی سالمندان، عمده‌تأ به زنان بستگی دارد و تأثیرات اقتصادی بحرانی به ویژه توسط زنان احساس می‌شود که عموماً درآمد کم‌تری نسبت به مردان دارند و مشاغل ناامن بیش‌تری دارند. به طور کلی، اشتغال زنان ۱۹ درصد بیش‌تر از مردان در معرض خطر است. فرانسه نیز از این قاعده مستثنی نیست. در طول اولین قرن‌تینه، افزایش ۳۶ درصدی در گزارش‌ها و

بر اساس میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مصوب ۱۹۶۶، دولت‌های عضو متعهد می‌شوند حقوق پیش‌بینی‌شده در میثاق را بدون تبعیض از نظر نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگری که منشأ ملی یا اجتماعی، مالی یا نسبی داشته باشد، تضمین کنند. بنابراین، کشورهای عضو باید بکوشند تساوی حقوق زنان و مردان را در استفاده از همه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مقرر در میثاق برآورند. در این زمینه، دولت‌های عضو باید حق کار را برای زنان به رسمیت بشناسند و به آن‌ها نیز فرصت دهند تا شغلی را آزادانه انتخاب یا قبول کنند که به وسیله آن به معاش خانواده کمک شود. دولت‌ها برای تحقق این موارد، اقدامات مقتضی به عمل می‌آورند که شامل راهنمایی، تربیت فنی، آموزش حرفه‌ای، طرح‌ریزی، تعیین خط مشی و دیگر تدبیرهای لازم می‌شود. این اقدام‌ها از لوازم توسعه مداوم اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و اشتغال تام و مولد است، مشروط به این‌که به آزادی‌های اساسی، سیاسی و اقتصادی زن آسیب وارد نکند.^۱

نتیجه‌گیری

تساوی در حقوق مردان و زنان از جمله برابری در اشتغال و مباحث استخدامی یکی از مهم‌ترین موضوعاتی است که همواره دغدغه سیاست‌گذاران و دولتمردان است. هر کشوری با توجه به اهمیتی که برای اشتغال زنان و تساوی در حقوق کار قائل گردیده است، قوانین مختلف وضع می‌کند.

مداخلات ثبت‌شده توسط مجریان قانون مربوط به خشونت خانگی مشاهده شد. بر اساس گزارش مؤسسه ملی آمار و مطالعات اقتصادی فرانسه، مادران دو برابر بیش‌تر از پدران برای مراقبت از فرزندان خود از کار دست می‌کشند. وقتی نوبت به نابرابری مربوط به کار می‌رسد، بحران فقط وضعیت شکننده‌ای را برای زنان در فرانسه تشدید کرد: از ۵ میلیون شغل نیمه‌وقت، ۳/۸ میلیون (یا ۷۶ درصد) در اختیار زنان است. ۲۹/۳ درصد از زنان به صورت پاره‌وقت کار می‌کنند، در مقایسه با ۸/۴ درصد از مردان. این توزیع نابرابر بین زنان و مردان در بازار کار تأثیر پایداری بر نابرابری دستمزد دارد: مردان ۲۸/۵ درصد بیش‌تر از زنان درآمد دارند و شکاف دستمزد برای همان موقعیت و مهارت‌های برابر ۹ درصد است. گزارش شکاف جنسیتی در سال ۲۰۲۱ که در مجمع بین‌المللی اقتصاد جهانی رونمایی شد، فرانسه را در رتبه ۱۶ در جهان و رتبه دهم از ۲۲ کشور اروپای غربی و آمریکای شمالی قرار داده است. این نتیجه ولرم تا حدودی با امتیاز ضعیف فرانسه از نظر مشارکت اقتصادی و فرصت (که برای آن در رتبه ۵۸ جهانی قرار دارد) توضیح داده می‌شود که یکی از چهار بعد کلیدی مورد مطالعه (همراه با پیشرفت تحصیلی، سلامت و بقا و توان‌مندسازی سیاسی) است. این گزارش، تداوم سقف شیشه‌ای را نشان می‌دهد که بیانگر حضور محدود زنان در پست‌های ارشد، حتی در برخی از پیشرفته‌ترین اقتصادهاست.

۱. ناصرزاده، هوشنگ، اعلامیه‌های حقوق بشر، تهران: ماجد، ۱۳۷۲، ص ۱۰۳.

در این مقاله، اهمیت برابری زن و مرد در حقوق استخدامی در حقوق ایران بررسی شد که ضعف تقنینی و اجرایی ایران در برابر کشورهای دیگر و اسناد بین‌المللی نمایان است. در قانون اساسی، اصول مختلفی در راستای برابری حقوق زن و مرد تبیین شده است. برای مثال، در اصل ۲۰ قانون اساسی مقرر گردیده است: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند». در اصل ۲۱ نیز آمده است: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد: ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او...».

بر اساس این اصول، پس از انقلاب اسلامی، تحولات حقوقی زیادی با هدف احیای حقوق زنان انجام گرفته، اما انتقاد مهم در مورد تساوی حقوق استخدامی این است که زمینه‌ها و ضمانت‌های اجرایی مناسبی در راستای تحقق تساوی در حق اشتغال و استخدام زنان و مردان در حقوق ایران دیده نمی‌شود. از سوی دیگر، برای زنان خانه‌دار با توجه به تساوی در حق اشتغال باید فرصت شغلی ایجاد گردد، به طوری که قانون‌گذار در بیش‌تر کشورها به این موضوع توجه کرده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۲. بسته‌نگار، محمد، **حقوق بشر از منظر اندیشمندان**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۳. دهخدا، علی‌اکبر، **لغت‌نامه**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۴. زاهدی، فضل‌الله، **بررسی تطبیقی شرایط کار زنان**، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۱.
۵. شریعتی، روح‌الله، **قواعد فقه سیاسی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
۶. مصباح، محمدتقی، **حکومت اسلامی و ولایت فقیه**، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۹.
۷. ناصرزاده، هوشنگ، **اعلامیه‌های حقوق بشر**، تهران: ماجد، ۱۳۷۲.

ب) مقاله

۱. افشاری، فاطمه، «**شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی: نقد و بررسی رأی دیوان عدالت اداری**»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۲. بلوردی، طیبه، «**بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی**»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی زن و جامعه، سال یازدهم، ۱۳۹۹، شماره ۳.
۳. حسنونند، محمد و مینا اکبری، «**گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹.
۴. حسینی، سید ابراهیم، ۱۳۷۹، «**فمینیسم علیه زنان**»، کتاب نقد، ۱۳۷۹، شماره ۱۷.
۵. خان‌باشی، محمد، ۱۳۹۴، «**کار شایسته و منابع شایسته انسانی**»، ماه‌نامه اجتماعی، اقتصادی، علمی و فرهنگی کار و جامعه، ۱۳۹۴، شماره ۱۸۲.
۶. خسروی، ملک‌تاج، «**مشارکت سیاسی زنان و توسعه سیاسی**»، علوم سیاسی و روابط بین‌الملل،

سال اول، شماره ۴، ۱۳۸۶.

۷. خیری دوست لنگری، زهرا و همکاران، «درآمدی بر مبانی نظری شاخص توان‌مندسازی زنان»، زنان و خانواده، سال چهاردهم، شماره ۴۸، ۱۳۹۸.

۸. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹.

۹. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.

۱۰. سعیدی، داوود و محمدرضا کیخا، «وجاهت شرط تأهل در استخدامی برخی مشاغل»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۱۶، ۱۳۹۶.

۱۱. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «بومی‌گزینی در آزمون‌های استخدامی در پرتو اصول حاکم بر استخدام دستگاه‌های دولتی و قوانین موضوعه»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.

۱۲. سیدباقری، سید کاظم، «راهبرد برابری فرصت‌ها و امکانات در عدالت سیاسی با تأکید بر قرآن کریم»، سپهر سیاست، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷.

۱۳. فرهادی‌نژاد، محسن و همکاران، «بررسی وضعیت موجود و ترسیم وضعیت مطلوب نظام انتصاب در سازمان‌های دولتی ایران»، پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، دوره دوازدهم، شماره ۲، ۱۴۰۱.

۱۴. صباحی‌گراغانی، معین و همکاران، «تأملی بر مفهوم برابری در نظام حقوقی ایران با رویکردی به اسناد فراملی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال ۲۲، شماره ۵۳، ۱۴۰۰.

۱۵. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳.

۱۶. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و همکاران، «دلایل موجهه اولویت‌های استخدامی اینترگران و کهنه‌سربازان در حقوق ایران و آمریکا»، مجله حقوق بشر، جلد هفتم، شماره ۲، ۱۳۹۱.

۱۷. نقدی، اسدالله و خاطره ترکمان، «بررسی تعارض‌های شغلی زنان شاغل در نظام دیوان‌سالاری (مورد مطالعه: اداره شهرهای منتخب شهر همدان)»، جامعه‌شناسی کاربردی، سال بیست و

هشتم، شماره ۶۷، ۱۳۹۶.

۱۸. یاوری، اسدالله و مصطفی رضایی، «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.

ج) پایان‌نامه

۱. آزمند، زینب، «آزادی کار و حق اشتغال زنان در نظام حقوقی ایران و بازتاب آن در برنامه‌های توسعه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندرعباس، ۱۳۹۴.
۲. رستمی چورسی، نسرين، «بررسی فقهی. حقوقی اشتغال بانوان با تأکید بر هست‌ها و باید‌های شغلی در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق، مؤسسه آموزش عالی آفاق، ۱۳۹۸.
۳. صادقی کبریا، جعفر، «رعایت اصل برابری در قوانین و مقررات استخدامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، مؤسسه آموزش عالی راهیان نوین دانش، ساری، ۱۴۰۰.

۲. عربی

۱. رمضان البوطی، محمدسعید، ضوابط المصلحه فی شریعه الاسلامیه، بیروت: مؤسسه الرسالیه، ۱۹۹۲.
۲. شائلی، فتوح، حمایه المرأة فی قوانین العمل و الوظیفه العامه، قاهره، الطبعه الاولى، ۲۰۱۲.
۳. عمید، مکرم، المرأة؛ تمکین و شراکه فی قانون الخدمه المدنیه، قاهره: مکتب الشکاو، ۲۰۲۲.
۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع (جلد ۲)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۸.

3.Latin Source

1. Lemiere, S., **Le partage entre emploi et famille et entre femmes et hommes: une question de politique**, Regards croisés sur l'économie, n°15, Paris: La Découverte, 2014.
2. Lepinard, E., **From Breaking the Rules to Making the Rule: the adoption and diffusion**

of gender quotas in France, working paper series, Law Department, European University institute, Florence, 2015.

3. Marion Le Roux and Ji Eun Kaela Kim, **New Gender Equality Obligations Established**, Paris, Capstan Avocats, 2019.

4. Outi kärkkäinen, etf, **women and work in egypt tourism and ict sectors**: a case study, 2010.

5. Rick Penn-Kraus, **Barriers to employment tha women face in Egypt**, avalaible at:W-WW.rand. Org.,2015.

خودانضباطی و خودتنظیمی، راهکار جرم‌زدایی از جرایم سازمان‌های دولتی

«موردپژوهی: طرح آزادسازی سواحل خزر»

سعید گوهری^۱

سید حسین صادقی^۲

چکیده

سازمان‌های دولتی در توسعه و پیشرفت جوامع نقش حیاتی دارند. با این وجود، ارتکاب هرگونه جرم و تخلف از سوی این سازمان‌ها می‌تواند پی‌آمدهای جدی برای جامعه داشته باشد. از این رو، در پیش گرفتن تدبیرهایی برای افزایش خودانضباطی و خودتنظیمی در سازمان‌های دولتی به بهبود قابل توجهی در عملکرد سازمان‌های دولتی و پیش‌گیری از جرایم ارتكابی از سوی آنان خواهد انجامید. نتایج این پژوهش نشان‌دهنده آن است که با روش تحقیق مطالعه موردی انجام پذیرفته است، نشان می‌دهد، دولت با معرفی طرح آزادسازی حریم سواحل دریا، ارتکاب جرایم مرتبط با رعایت نشدن حریم قانونی سواحل دریا به دست نهادهای حاکمیتی را پذیرفته است. با این وجود، مجازات را پاسخی مناسب برای مقابله با رفتارهای مجرمانه صورت‌گرفته ندانسته است، بلکه سیاست‌های خودانضباطی را به عنوان یکی از اشکال جرم‌زدایی از جرایم ارتكابی در دستور کار خود قرار داده است تا از رهگذر بهبود عملکرد سازمان‌های دولتی برای رعایت حریم ساحل، ضمن الگوسازی برای رعایت قانون از سوی نهادهای حاکمیتی و پیش‌گیری از جرم در راستای تحقق عدالت اجتماعی گام بردارد.

واژگان کلیدی: خودانضباطی، خودتنظیمی، جرم‌زدایی، پیش‌گیری از جرم، سواحل خزر، سازمان‌های دولتی

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه زابل، زابل، ایران (نویسنده مسئول)، sgohari@uoz.ac.ir.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه زابل، زابل، ایران. hsadeghi@uoz.ac.ir.

مقدمه

گاهی به فراخور اهمیت برخی از هنجارها، راهبرد سیاست جنایی دولت در راستای جرم‌انگاری قرار می‌گیرد و گاهی نیز سیاست‌ها در جهت جرم‌زدایی بازخوانی می‌گردد. در پیش گرفتن هر یک از این دو رویکرد، مبتنی بر اوضاع و احوال حاکم بر جامعه از منظر حاکمیت است و هر یک، موافقان و مخالفان خود را دارد. با این حال، گاهی در پاسخ به مطالبه‌گری و عدالت‌خواهی افکار عمومی از حاکمیت در عرصه مقابله با جرایم می‌طلبند که سیاست‌های متنوعی برای دستیابی به آرمان پیش‌گیری از جرم در نظر گرفته شود. در این راستا، یکی از کانون‌های مهمی که دولت برای مقابله با جرایم باید در عرصه آن سیاست‌گذاری مناسب داشته باشد، جرایم سازمان‌های دولتی است. این جرایم بیش‌تر در بستر موقعیت تعارض منافع یعنی در جایگاه انتخاب میان منافع سازمان و منافع جامعه به وجود می‌آید.^۱ در این راستا، اگرچه پاسخ‌دهی کیفری، یکی از شیوه‌های متداول برای پیش‌گیری و مقابله با جرایم است، اما لزوماً مناسب‌ترین روش به شمار نمی‌رود، بلکه پاسخ‌دهی مناسب به مقابله با جرایم سازمان‌های اداری زیرمجموعه حاکمیت نظیر بازگشت به قانون‌مداری می‌تواند به کاهش جرایم در سطح جامعه بیانجامد.

بدون تردید، توسل به پاسخ‌های جای‌گزین برای پاسخ‌دهی به جرایم سازمان‌های دولتی بایستی مبتنی بر مصالح و منافع عموم جامعه باشد. در غیر این صورت، پاسخ‌های جای‌گزین مانند جرم‌زدایی می‌تواند بستری برای مصونیت قضایی نهادهای دولتی از تعقیب و مجازات تلقی گردد. شفاف نبودن سیاست‌گذاری‌های حاکمیت در عرصه پیش‌گیری از جرایم سازمان‌های دولتی از رهگذر جرم‌زدایی ممکن است افکار عمومی را در زمینه جدی بودن دولت برای مقابله و پیش‌گیری از جرایم و تخلفات سازمان‌های زیرمجموعه حاکمیت با تردید اساسی روبه‌رو سازد. بر این اساس، ضرورت دارد مدل‌های پاسخ‌دهی سیاست جنایی به جرایم سازمان‌های دولتی به سمتی سوق یابد که منافع جامعه به صورت مطلوب و به دور از هر گونه شایبه تأمین گردد. در غیر این صورت، هر گونه سیاست‌گذاری در حوزه مقابله با جرایم دولتی از رهگذر جرم‌زدایی می‌تواند مهر تأییدی باشد بر نقش ابزار بودن قوانین خاص و تکنیک‌های کنترل اجتماعی در راستای ترویج و حفظ

۱. دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه و محمد مهدی‌فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی، حقوقی)»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲، ص ۲۵۵.

منافع گروه‌های قدرتمند اجتماعی^۱

برای نمونه، می‌توان به نقش حکومت‌ها در حفاظت از مناطق ساحلی اشاره کرد. حکومت‌ها، مسائل خشکی و دریا را در سطوح محلی و ملی مدیریت می‌کنند. مدیریت دو سیستم دریا و خشکی از چالش‌های اساسی در مدیریت سواحل است. اقدام‌های حکومت‌ها در این سطح، وابسته به ظرفیت‌ها، روش‌ها، عملکردها و مسئولیت‌های سازمان‌های دولتی است. سه رهیافت که حکومت‌ها برای اجرای مدیریت یک‌پارچه سواحل انجام می‌دهند، عبارتند از: استفاده از سازوکارهای غیر قانونی برای همکاری در میان نهادها، سیاست‌ها و قوانین موجود؛ سازوکارهای قانونی برای هماهنگی نهادها، سیاست‌ها و قوانین موجود و قوانین، سیاست‌ها، نهادها و ساختارهای جدید.^۲

سیاست‌گذاری یک‌پارچه در ایران برای اولین بار در برنامه سوم توسعه مطرح شد که در آن به طور مختصر به آزادسازی سواحل خزر اشاره شد، ولی به دلیل افزایش مشکلات زیست‌محیطی در سواحل خزر در برنامه چهارم توسعه مورد توجه جدی قرار گرفت. سازمان بنادر و دریانوردی، متولی انجام مطالعات کارشناسی و فراهم‌سازی زمینه اجرای آن شد.^۳ در خصوص پیوند سیاست جرم‌زدایی با طرح آزادسازی سواحل دریای خزر باید گفت در سال‌های اخیر، بسیاری از نهادهای دولتی با عناوین و اهداف متعدد، اقدام به تصرف غیر قانونی حریم سواحل دریای خزر کرده‌اند و مانع از حق دسترسی آزاد و آسان مردم برای استفاده از این سواحل شده‌اند. از طرفی، با وجود مطالبات جدی مردم برای مقابله با این اقدامات غیر قانونی، در عمل، اراده‌ای برای مقابله با جرایم این حوزه از سوی حاکمیت مشاهده نشده است.

با این حال، دولت سیزدهم به دنبال فضای مطالبه‌گری جدی مردم برای مقابله با جرایم سازمان‌های دولتی، یک مدل سیاست جنایی خاص تعریف کرد که از یک‌سو، تأمین‌کننده خواست مردم باشد و در سوی دیگر، بازدارندگی جرایم سازمان‌های دولتی را به همراه داشته باشد. به

۱. هادی تبار، اسماعیل و هادی زاده، رضا. درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی نژادی. مطالعات پیشگیری از جرم، شماره ۱۱، ۱۳۹۵، ص ۱۲۵.

۲. کولایی، الهه و مهدی شایسته، «حکمرانی خوب و مدیریت یکپارچه مناطق ساحلی دریای خزر»، محیط‌شناسی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۶۸۲.

۳. شایسته، مهدی و مجید وحید، «سیاست‌گذاری زیست‌محیطی دریای خزر»، شانزدهمین همایش صنایع دریایی، ۱۳۹۳، ص ۱۲.

نظر می‌رسد ماهیت مدل پاسخ‌دهی به جرایم سازمان دولتی همان سیاست جرم‌زدایی است؛ زیرا دولت، پیش‌گیری و مقابله از جرم تصرف غیر قانونی حریم سواحل را از طریق سیاست جنایی خودانتظام^۱ به عنوان یکی از اشکال جرم‌زدایی دنبال کرد. مقصود از سیاست جنایی خودانتظام این است که دولت، رفتارهای مجرمانه صورت‌گرفته را تحت تعقیب کیفری قرار نمی‌دهد، بلکه با اصلاح آگاهانه سیاست‌های اجرایی تلاش می‌کند رفتارهای غیر قانونی نهادهای تحت حاکمیت خود را بر مدار تمکین از قوانین به نفع عموم جامعه جهت دهد و به نوعی از این طریق، از اقدامات غیر قانونی صورت‌گرفته جرم‌زدایی کند.

هدف پژوهش حاضر این است که ضمن بررسی مبانی نظری پاسخ‌دهی غیر کیفری از طریق جرم‌زدایی به شناسایی جلوه‌های جرم‌زدایی دولت از طریق خودتنظیمی در عرصه پاسخ‌دهی به جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی سواحل دریای خزر بپردازد. این امر، بستری مناسب در راستای هر گونه تحلیل و سنجش میزان سنخیت سیاست‌های دولت سیزدهم برای آزادسازی سواحل دریای خزر با مبانی پیش‌گیری از جرم از طریق جرم‌زدایی فراهم می‌سازد. با این وجود، رسیدن به این هدف، نیازمند یافتن پاسخ برای این پرسش است که دولت به منظور مقابله با جرایم سازمان‌های تحت حاکمیت خود چه کرده است؟ علاوه بر این، اقدامات صورت‌گرفته تا چه میزان با مبانی دانش جرم‌زدایی از رهگذر خودتنظیمی هم‌سویی لازم را دارد؟ این نوشتار در گام نخست، گفتمان‌های حاصل از دانش پیش‌گیری از جرم را از رهگذر جرم‌زدایی بررسی می‌کند تا از طریق ارزیابی پاسخ‌های غیر کیفری دولت سیزدهم در رفع تصرف غیر قانونی حریم سواحل دریای خزر به پاسخ پرسش‌های یادشده برسد.

گفتار اول. مفهوم و مبانی سیاست جنایی خودانضباطی

بند اول. مفهوم جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی

بی‌میلی سیاست‌گذار به پاسخ‌دهی کیفری به برخی از رفتارهای خاص که در قانون جرم‌انگاری شده است، نشان می‌دهد که در برخی موارد، تمایل به جرم‌زدایی وجود دارد. البته جرم‌زدایی را

1. The criminal policy of self-regulation

نباید به معنای مجازات‌زدایی تفسیر کرد؛ چون جرم‌زدایی گاهی به شکل حذف ممنوعیت‌ها بر اساس قوانین کیفری یا استفاده از مجازات اداری به جای مجازات کیفری و گاهی هم در منع تعقیب و مجازات کردن در عمل صورت می‌پذیرد.^۱

در واقع، این قرائت از جرم‌زدایی، منفعت جامعه را لزوماً در جرم‌انگاری و تعقیب رفتار خاص ارزیابی نمی‌کند.^۲ به عبارت دیگر، جرم‌زدایی به معنای محدود کردن نقش قوه قضاییه در تعقیب و مجازات نیست، بلکه شامل پذیرش تغییرات ساختاری و سازمانی در نهادهای دولتی برای ارائه پاسخ‌های غیرکیفری به رفتارهای مجرمانه نیز می‌شود. در این رویکرد، تأکید بر جایگزین‌های حقوقی و اجتماعی به جای تمرکز صرف بر مجازات کیفری است، که می‌تواند شامل سیاست‌های پیشگیرانه، اصلاحات اجتماعی و مکانیسم‌های حل و فصل غیرقضایی باشد. هدف اصلی جرم‌زدایی، کاهش بار سیستم قضایی و ارتقاء رویکردهای مبتنی بر بازپروری، بازپروری اجتماعی و بازگشت مجرم به جامعه است. برای نمونه، می‌توان به پذیرش تغییر و سازمان‌دهی درونی نهادهای دولتی اشاره کرد که از نظر ماهیت، نوعی خودانضباطی به شمار می‌رود. در حقیقت، در این تغییر رویکرد، خودانضباطی به عنوان یکی از اشکال جرم‌زدایی به معنای واکنش نشان ندادن در مقابل رفتارهای مجرمانه خاص نیست، بلکه به دلیل ناکارآمدی پاسخ‌های کیفری، پاسخ‌های غیر کیفری از نوع خودانضباطی، جای‌گزین پاسخ‌های کیفری می‌شود.^۳

در این فرآیند، سیاست‌گذار، پیش‌گیری و کنترل جرم خاص را از طریق بازپذیرسازی مرتکبان رفتارهای مجرمانه با بازگشت به قانون‌مداری امکان‌پذیر می‌داند و بر همین اساس، خودانضباطی به مفهوم بازگشت آگاهانه به وظایف و تکالیف پیش‌بینی‌شده در قوانین را جای‌گزین پاسخ‌های کیفری می‌کند. به همین دلیل، برخی بر این باورند که جرم‌زدایی، رویکردی منفرد و یکسان نیست،

1. Hughes, C. E. & Stevens, A., **What Can We Learn From The Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs?** British Journal of Criminology, 50(6), 2010, 999–1022; www.doi.org/10.1093/bjc/azq038, p. 2.

۲. حسینی، علی اصغر، محمدعلی مهدوی ثابت، محمد آشوری و علی صفاری، «قرائتی عدالت‌مدار از سیاست جنایی ایران در توسل به واکنش کیفری از طریق جرم‌زدایی با تأکید بر اصول حقوق کیفری و اسناد بین‌المللی»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، ۱۳۹۹، ص ۳۳۱.

۳. می‌ری دلماس-مارتی، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۳۷۸.

بلکه اصطلاحی است که مدل‌های قانونی و نظارتی بی‌شماری را توصیف می‌کند.^۱ بر این اساس، جرم‌زدایی از جرایم و تخلفات نهادهای دولتی در طرح آزادسازی حریم سواحل خزر به مفهوم بازگشت آگاهانه به قانون‌مداری در سیاست‌گذاری و عمل به تکالیف قانونی در این عرصه تعبیر می‌شود. این طرح از یک سو، پی‌آمدهای منفی اجتماعی و احساس ناعدالتی عمومی را به شدت کاهش خواهد داد و از سوی دیگر، به دنبال پای‌بندی نهادها و سازمان‌های دولتی، کاهش جرایم دولتی را می‌توان انتظار داشت.

بند دوم. مبانی سیاست جنایی خودانضباطی

در ادامه، به مهم‌ترین مبانی نظری جرم‌زدایی به معنای خودانضباطی سازمان‌های دولتی اشاره می‌کنیم.

الف. کارآمد بودن پاسخ‌دهی غیر کیفری نسبت به جرایم سازمان‌های دولتی

پاسخ‌دهی به جرایم و تخلفات سازمان‌های دولتی لزوماً به معنای در پیش گرفتن رویکرد پاسخ‌دهی کیفری به رفتارهای خاص مجرمانه از سوی این نهادها نیست، بلکه رهیافت‌های نوین به رویکردهای جای‌گزین عدالت کیفری تمایل دارد،^۲ به ویژه آن‌که راهکارهایی نظیر جرم‌زدایی (از طریق خودتنظیمی سازمان‌ها دولتی با قوانین کشور) می‌تواند مشکلات فراروی دستگاه قضایی را با کم‌ترین تشریفات در مسیر نزولی قرار دهد.^۳

هر گاه تعداد زیادی از سازمان‌ها و نهادهای دولتی، رفتاری خاص و مغایر با قانون را انجام دهند، مقابله و پیش‌گیری از جرم به سادگی امکان‌پذیر نخواهد بود. از این رو، توفیق در فرآیند پاسخ‌دهی به جرایم و تخلفات سازمان‌های دولتی با هدف پیش‌گیری پایدار، نیازمند سیاست جنایی مناسب،

1. Alissa Greer, Matt Bonn, Caitlin Shane, Alex Stevens, Natasha Tousenard, Alison Ritter, **The details of decriminalization: Designing a non-criminal response to the possession of drugs for personal use**. International Journal of Drug Policy.102.P2

۲. جمشیدی، علی‌رضا و همکاران، «از جرم‌زدایی یا تخلف‌انگاری (مطالعه تطبیقی)»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، شماره ۹۷، ۱۴۰۱، ص ۱۰۹.

۳. محمودی، جواد، «قضازدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، ۱۳۸۵، شماره ۱۹، ص ۱۲۰.

هوشمند و منسجم خواهد بود تا از رهگذر تغییر نگرش در ارکان تصمیم‌گیری سازمان‌های حاکمیتی (قوه مجریه)، پیش‌گیری از تکرار جرم این نهادها امکان‌پذیر شود. سیاست جنایی مبتنی بر خودانضباطی می‌تواند تأثیری فزاینده بر پیش‌گیری از تکرار جرایم این سازمان‌ها بگذارد. از همین رو، این رویکرد با رهیافت‌های مکتب دفاع اجتماعی نوین که بر فراهم‌سازی شرایط بازگشت مجرم به جامعه از رهگذر احترام و تمکین از قانون تأکید دارد، بیش‌تر هم‌سوست.^۱

ب. کمیته‌گرایی کیفری و ضرورت توجه به سودمند بودن مجازات

کمیته‌گرایی به عنوان نحله‌ای از فایده‌گرایی، مجازات را به عنوان آخرین راهکار و در فرضی که راه حل‌های دیگر به بن‌بست رسیده باشد، تجویز و تعیین می‌کند.^۲ در حقیقت، رهیافت‌های پی‌آمدگرایی، توسل به مجازات را تنها در صورت دستیابی به فایده‌های از پیش تعریف‌شده مجاز می‌داند و بر پایه همین اندیشه، کیفر را آخرین چاره‌اندیشی نظام عدالت کیفری برای مقابله با جرم می‌پندارد. براین اساس، ضرورت دارد دولت در فرآیند مقابله و پیش‌گیری از جرایم سازمان‌های زیرمجموعه خود، توسل به مجازات را به عنوان آخرین حلقه برای بازگشت به قانون‌مداری نهاد‌های تابعه در نظر بگیرد. کمیته‌گرایی در قلمرو حقوق کیفری، توسل حاکمیت به لازم‌الاجرا کردن یک ارزش اجتماعی از رهگذر کیفر را زمانی توجیه‌پذیر می‌داند که دیگر ضمانت‌های اجرای مدنی، اداری و اجتماعی در تحقق اهداف مورد نظر، ناتوان و ناکارآمد باشند.^۳ بر این اساس، اگر دولت با سیاست‌گذاری مناسب برای پاسخ‌دهی غیر کیفری به جرایم نهاد‌های تحت حاکمیت خود بتواند از جرایم پیش‌گیری کند، باید این کار را انجام دهد تا وضعیت به قبل از ارتکاب جرم و اعتماد و احساس عدالت به جامعه بازگرداند. از منظر کمیته‌گرایی کیفر، تمامی توجیه‌های مداخله کیفری برای پاسخ‌دهی به جرایم نمی‌تواند فلسفه کیفر را مباح سازد. بنابراین، باید در نظر داشت که تحمیل کیفر بر سازمان‌ها و نهاد‌های

۱. جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و محسن نورپور، «تعقیب‌زدایی کیفری؛ بازتابی نوین از الغاگرایی کیفری»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۸۱.

۲. رستمی، هادی، «ساختار نظریه مجازات و رابطه آن با نظریه سیاسی»، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، دایره‌المعارف علوم جنایی، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۳۶۸.

۳. رستمی، هادی و مهری برزگر، «کمیته‌گرایی در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) و چالش‌های فراروی آن»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۴۰۱، سال سیزدهم، شماره ۱، ص ۷۸.

دولتی که بر اساس بودجه عمومی کشور اداره می‌شوند، نمی‌توانند با رویکردهای اخلاق‌گرایی توجیه‌پذیر باشد. پاسخ‌دهی به جرایم سازمان‌های تحت حاکمیت دولت، نیازمند رویکردهای نوین است؛ چون دامنه کیفر تنها محدود به مقامات رسمی دولتی نمی‌گردد و پی‌آمدهای ناشی از برچسب مجازات به این نهادها می‌تواند پی‌آمدهای اجتماعی منفی در سطح جامعه داشته باشد. وانگهی، ایده جرم‌زدایی از رفتارهای خلاف قانون نهادهای عمومی و دولتی لزوماً به معنای چشم‌پوشی کامل از جرایم ارتكابی نیست، بلکه نوعی سیاست‌گذاری هدفمند برای پاسخ‌دهی غیر کیفری به آن‌هاست که ضمن کاستن از پی‌آمدهای منفی ناشی از برچسب‌زنی کیفر، نوعی بازگشت به قانون‌مداری و نهادینه‌سازی مقوله احترام به قانون از سوی همه تابعان تلقی می‌گردد.

پ. جرایم زیست‌محیطی و مسئولیت دولت

بررسی قوانین داخلی کشورها و اسناد و مقررات منطقه‌ای و بین‌المللی نشان می‌دهد که در حال حاضر، محیط زیست به یکی از ارزش‌های برتر جوامع انسانی تبدیل شده است. در خصوص مسئولیت کیفری دولت در جرایم زیست‌محیطی، چالش‌های متعددی وجود دارد که باعث مصون ماندن دولت از تعقیب می‌شود، به ویژه آن‌که دولت، حسابگری ماهر است و با در نظر گرفتن هزینه‌ها و سودهای ناشی از ارتكاب جرم به این جرایم روی می‌آورد. قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را مستقل از اشخاص حقیقی به رسمیت شناخته و در ماده ۲۰ همان قانون، ضمانت‌های اجرای مختلفی را در مورد جرایم اشخاص حقوقی پیش‌بینی کرده است. در تبصره این ماده، اشخاص حقوقی دولتی و عمومی غیر دولتی را در مقام اعمال حاکمیت از شمول ضمانت‌های اجرای ماده ۲۰ مستثنا کرده است. هرچند پیش‌بینی مفاد این تبصره در مقام برطرف کردن دغدغه‌های قانون‌گذار در تداوم اعمال دولتی و حاکمیتی به نظر می‌رسد، اما چون دولت، مهم‌ترین مخرب و آلوده‌کننده محیط زیستی است و برای کسب سود و منافع اقتصادی، حق برخورداری از محیط زیست سالم را نقض می‌کند، ضروری است تا دولت را برجسته‌ترین شخص حقوقی دارای مسئولیت کیفری بدانیم.^۱

۱. حاجی‌وند، امید و همکاران، «مسئولیت کیفری دولت در قبال جرایم زیست‌محیطی در ایران: ضرورت‌ها و چالش‌ها»، علوم محیطی، دوره شانزدهم، شماره ۲، ۱۳۹۷، ص ۶۹.

در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، امور حاکمیتی، تعریف و مصادیقی از آن به صورت تمثیلی ذکر شده است. از موارد اعمال حاکمیتی در بند «ط» ماده ۸، «حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی» است. بنابراین، آلوده کردن و تخریب محیط زیست، نه از امور حاکمیتی است و نه از امور تصدی‌گری، بلکه دولت که قوه قهریه را در اختیار دارد، باید با مخربان مقابله کند، نه این‌که خود به مهم‌ترین آلاینده و مخرب زیست‌محیطی تبدیل شود.

امروزه بسیاری از اقدام‌ها و تصمیم‌های دولت‌ها با این‌که در قوانین وضع شده توسط خود آن‌ها جرم‌انگاری شده است، با چنین توجیه‌هایی مشمول مصونیت می‌شود. تخریب و آلودگی زیست‌محیطی، تملک و فروش منابع، سلب یا محدود ساختن حقوق و آزادی‌های اساسی اشخاص، دستگیری، بازداشت، شکنجه، سوء مدیریت گسترده درون شهری که موجب اضرار شهروندان می‌گردد و اعطای اختیارات گسترده به پلیس، ضابطان خاص، مأموران شهرداری و اداره‌های دولتی مختلف که موجب سلب حقوق شهروندی می‌گردد، در زمره این جرایمند.^۱

گفتار دوم. جلوه‌های سیاست جنایی خودانضباطی در طرح آزادسازی سواحل

هر گونه تحلیل برای سنجش میزان سنخیت سیاست‌های جنایی اجرایی دولت سیزدهم با مبانی سیاست جنایی خودانضباطی در طرح آزادسازی سواحل دریای خزر، نیازمند شناسایی و ارزیابی جلوه‌های سیاست‌گذاری‌های اعلامی و اجرایی در این عرصه است. در واقع، به هر میزان، سیاست‌های دولت به سمت خودانضباطی آگاهانه و هدفمند ریل‌گذاری شود، پیش‌گیری پایدار از جرایم سازمان‌های دولتی به شکلی برجسته پدیدار می‌گردد. با این حال، ارزیابی عملکرد دولت برای پاسخ‌دهی غیر کیفی به دستگاه‌های متخلف نشان می‌دهد چرخش اصلاح سیاست‌های دولت در رفع تصرف غیر قانونی از سواحل خزر در مسیر منافع عموم جامعه قرار دارد. البته به نظر می‌رسد دولت قصد دارد از طریق سیاست‌های خودانضباطی از رفتارهای مجرمانه سازمان‌های تحت حاکمیت خویش به نوعی جرم‌زدایی کند؛ چون تصرف حریم غیر قانونی سواحل جرم‌انگاری شده است، مانند ماده ۱۱ قانون اراضی و مستحدثات ساحلی، مصوب ۱۳۵۴: «هر کس به قصد تصرف به اراضی مستحدث و ساحلی متعلق به

۱. دکسردی، والت، اس.، *جرم‌شناسی انتقادی معاصر*، ترجمه: مهرداد رایجیان اصلی و حمیدرضا دانش ناری، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲، ص ۱۶۱.

دولت و حریم دریا و دریاچه‌ها و تالاب‌های کشور تجاوز و یا اراضی مزبور را با برداشت شن و ماسه و خاک و سنگ تخریب نماید، به حبس جنحه‌ای تا سه سال و خلع ید محکوم خواهد شد...».

علاوه بر این، در ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ در کتاب تعزیرات پیش‌بینی شده است که هرگونه اقدام در جهت تخریب محیط زیست، اقدامی مجرمانه به شمار می‌رود. بر این اساس، هرگونه ساخت‌وساز در حریم ۶۰ متری سواحل خزر چون باعث برهم خوردن نظم طبیعی طبیعت در این مناطق شده است، می‌تواند مصداق بارزی از رفتار مجرمانه علیه محیط زیست تلقی گردد. پس مدیرانی که در قالب تصمیمات اداری، سواحل خزر را با عنوان‌های مختلف مانند مجتمع‌های رفاهی، آموزشی و نظیر آن به نفع سازمان‌های دولتی تصرف کرده‌اند، مشمول ضمانت اجرای کیفری مواد قانونی یادشده قرار می‌گیرند. با این وجود، با تأمل در سیاست‌های خودانضباطی جدید می‌توان استدلال کرد که بنیان‌های فکری دولت بر پاسخ‌دهی غیر کیفری به رفتارهای مجرمانه نهادهای دولتی و عمومی بنا نهاده شده است، اما پذیرش این استدلال، نیازمند بررسی جلوه‌های خودانضباطی در این عرصه است.

بند اول. نگاهی به اقدامات صورت‌گرفته در راستای حمایت از حریم ساحلی

بررسی اهداف محتوایی جریان قانون‌گذاری برای زمین‌های ساحلی در سال‌های پیش از انقلاب نشان‌دهنده تسلط گفتمان عدالت اجتماعی در سامان‌دهی سواحل است. هدف از تعیین زمین مستحدث و تدقیق مرز حریم ساحل در مضامینی چون ضرورت «استفاده مردمی»، تدارک راه «دسترسی عمومی»، «منع حصارکشی» و «استفاده اختصاصی» حتی از طریق سازمان‌های دولتی نمود یافته است. این جریان پس از انقلاب و در سال‌های جنگ، هم‌چون ابعاد دیگر سیستم برنامه‌ریزی شهرها و مناطق تا سال‌ها مسکوت باقی ماند. از سال ۱۳۷۰، بار دیگر تلاش برای تعریف حریم ساحل، این بار با مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری با تعریف ترازهای ۲۴ و ۲۲ متر ساحل به عنوان محدوده عمل فعالیت طبیعی ساحل صورت‌بندی شد. این مصوبه برخلاف رویکرد پیشین، تحت گفتمان «حفاظت اکوسیستم ساحلی» برای حفاظت از کاربری‌های ساحلی در مقابل خطر افزایش تراز آب دریا تصویب شد، به طوری که در این تراز، تنها ساخت‌وسازهای سبک و قابل انتقال، مجاز به استقرارند.^۱

۱. هدایتی‌فرد، مانده، «تحلیل فضا‌مندی قانون در مدیریت زمین‌های ساحلی: کنشگری آب و تعارض منافع (بررسی موردی):

در سال ۱۳۸۶، سازوکارهای تهیه و تصویب سند مدیریت یک پارچه ساحل و نیز روند کار اقدامات آزادسازی ساحل در دستور کار قرار گرفت. متعاقب آن، ستاد اجرایی آزادسازی حریم ساحلی به عنوان بازوی اجرایی آزادسازی حریم ساحلی دریای خزر، موظف به شناسایی گونه‌های مختلف تصرف حریم ۶۰ متر ساحل توسط نهادهای دولتی، نهادهای نظامی، تصرفات اشخاص حقیقی و حقوقی در داخل و خارج از محدوده قانونی و حریم شهرها و تدوین چارچوب‌های نحوه توافق با مالکان است. پس از گذشت ۳۳ سال، آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۲ قانون اراضی مستحدثات ساحلی در ۱۳۸۷ به تصویب رسید. در ماده ۶۳ قانون برنامه چهارم توسعه، بر ضرورت آزادسازی حریم ۶۰ متر در املاک وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی تأکید شده و تبصره ذیل این ماده نیز مهلت تحقق کامل این امر را تا پایان برنامه چهارم توسعه یعنی ۱۳۸۸ معرفی کرده بود، اما اقدامات آزادسازی در عمل با تأخیری بیش از ۱۰ سال آغاز گردید و تاکنون نیز به طور کامل عملیاتی نشده است. از مهم‌ترین موانع اجرایی این قانون، همکاری نکردن سازمان‌ها و نهادهای دولتی، حکومتی و نظامی با عنوان‌های مختلف مانند اهمیت حفظ تأسیسات گردشگری در ساحل، حاکمیتی بودن املاک، مستثنا بودن از ماده قانونی و امنیتی بودن قلمروست.^۱

در قانون برنامه سوم توسعه بر حفاظت و سامان‌دهی ساحل دریای خزر تأکید شده است. بر اساس بند «ه» ماده ۱۰۴ قانون برنامه سوم توسعه، دولت مکلف شد تا برای جلوگیری از آلودگی و سامان‌دهی ساحل دریای خزر به آزادسازی حریم دریای خزر اقدام کند. با این وجود، هیچ‌گونه آیین‌نامه یا سازوکاری در این مقرر مشخص نشده بود و در عمل، اقدام خاصی هم صورت نگرفت و تنها مباحثی در این خصوص در رسانه‌های گروهی و جلساتی در دستگاه‌های متولی برگزار شد که به نتایج عملی منتهی نشد. در ماده ۶۳ قانون برنامه چهارم توسعه نیز دولت موظف شده است حداکثر تا پایان برنامه چهارم برای سامان‌دهی و جلوگیری از آلودگی و تخریب سواحل با اولویت دریای خزر، طرح سامان‌دهی سواحل را که متضمن اقدام‌های ضروری هم چون تعیین و آزادسازی حریم، استقرار مدیریت یک پارچه سواحل، ضوابط استانداردهای زیست‌محیطی و دریاوردی،

۱. ساحل جنوبی دریای کاسپین»، نامه معماری و شهرسازی، سال چهاردهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۱، ص ۳۴.

۱. هدایتی فرد، مائده و رضا خیرالدین، «توسعه چارچوب انگاشتی از فضاهاى انحصارى در نواحى ساحلى پیراشهرى: کرانه جنوبی دریای کاسپین از شهرستان ساری تا محمودآباد»، آمایش سرزمین، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۱۴۶.

صیادی و آبروی‌پروری، بازبینی، اصلاح و تکمیل قوانین و مقررات است، همراه با تعیین مسئولیت دستگاه‌های ذی‌ربط در زمینه سیاست‌گذاری، اجرا، نظارت و تدوین کند. در تبصره همین ماده نیز دولت موظف شده است تمام وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی را به شکلی سامان‌دهی کند که تا پایان برنامه چهارم، عقب‌نشینی ۶۰ متر حریم دریا، صد در صد انجام پذیرد.^۱

بند دوم. خودانضباطی در پرتو الزام دستگاه‌ها به رعایت حریم ساحلی

واقعیت آن است که در سال‌های اخیر، بیش‌تر سازمان‌های دولتی و بخش‌های خصوصی با عنوان‌هایی از ساخت مجتمع‌های فرهنگی و آموزشی گرفته تا ایجاد مناطق نظامی و امنیتی به تصرف غیر قانونی حریم سواحل خزر دست زده‌اند. این امر، بازتاب سیاست‌گذاری‌های ناعادلانه و غیر قانونی برخی از دستگاه‌ها و تداوم هژمونی طبقه فرادست بر شیوه بهره‌برداری از این سواحل است. از جمله پی‌آمدهای چنین رویکردهایی در عرصه سیاست‌گذاری، شکل‌گیری احساس بی‌عدالتی نزد افکار عمومی، تضعیف جایگاه قانون نزد کارگزاران دولتی و محرومیت بیش‌تر جامعه از حق دسترسی آسان و قانونی به حریم سواحل و نظایر آن خواهد بود. از این رو، نوع واکنش و پاسخ‌دهی حاکمیت در قبال اقدامات غیر قانونی دستگاه‌های زیرمجموعه خود باید به‌گونه‌ای باشد که از پی‌آمدهای منفی این اقدامات بکاهد. در پیش‌گرفتن این رویکرد، مشروعیت حاکمیت را نیز در پی دارد؛ زیرا مشروعیت یک نظام را بر پایه عادلانه یا ناعادلانه بودن آن ارزیابی می‌کنند.^۲ در این راستا، بررسی سیاست‌های دولت در طرح آزادسازی سواحل خزر نشان می‌دهد که دولت، مقابله و پیش‌گیری از جرم را به عنوان بخشی از چاره‌اندیشی برای تحقق عدالت اجتماعی در نظر گرفته است.^۳ برای نمونه، می‌توان به اظهارات رئیس‌جمهور پیشین در پاسخ به سؤال خبرنگار درباره آزادسازی سواحل اشاره کرد: «ساحل حریمی دارد و در جهت احداث بنا باید این حریم رعایت

۱. رضانی، بهمن و محمد طالقانی، «رویکرد به مدیریت یکپارچه محیطی در سازمان‌دهی سواحل کشور (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها)»، اطلاعات جغرافیایی، دوره بیست و یکم، شماره ۸۴، ص ۹۳.

۲. محمودی عباس تبار، رحمت و شهربانو فولادی، «عدالت سیاسی در اندیشه شهید مطهری و راولز در یک نگاه تطبیقی»، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، ۱۳۹۶، شماره ۱۱۵، ص ۱۵۵.

۳. قماش، سعید و مرتضی عارفی، «موانع سیاسی و اقتصادی پیش‌گیری اجتماعی از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳۹۶، شماره ۱۳، صص ۱۰۲.

[شود]. برای همین اگر دستگاه‌هایی مانع استفاده و آزادسازی سواحل برای مردم شوند، باید رعایت کنند»^۱.

ماهیت این سیاست‌ها بر خودانضباطی دستگاه‌های دولتی در چارچوب رعایت حریم ساحل دریا به نفع عموم جامعه تأکید دارد؛ زیرا ارتقای عدالت اجتماعی و بهبود کیفیت زندگی اجتماعی مردم، زمینه‌ساز کاهش بسیاری از جرایم خواهد بود.^۲ در راستای اجرای سیاست‌های ابلاغی، مدیرکل دفتر فنی، امور عمرانی، حمل‌ونقل و ترافیک استانداری مازندران، میزان پیشرفت آزادسازی سواحل مازندران را ۴۲۴ کیلومتر اعلام کرد.^۳

باید دانست عقب‌نشینی حاکمیت از پاسخ‌دهی کیفری به جرایم سازمان‌های دولتی در تصرف غیر قانونی حریم ساحل خزر به معنای چشم‌پوشی از جرایم ارتكابی آن‌ها نیست، بلکه این جرم‌زدایی صرفاً یک تغییر رویکرد واکنشی در قبال رفتار مرتکب جرم (سازمان‌های دولتی) به شمار می‌رود.^۴ در حقیقت، هدف اصلی دولت از جرم‌زدایی از طریق الزام دستگاه‌های دولتی به رعایت حریم سواحل، رفع محرومیت نسبی از حق دسترسی آحاد جامعه به سواحل خزر است. این نوع پاسخ‌دهی غیرکیفری که از طریق خودانضباطی در نهادهای دولتی به وجود آمده، همچنین به پیشگیری سازمانی و اجتماعی از جرم منجر می‌شود. چرا که محرومیت نسبی با نارضایتی همراه است و نارضایتی، در نبود راه‌حل سیاسی، به افزایش جرم می‌انجامد.

کاربست رهیافت‌های جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی، در تحقق عدالت اجتماعی و پیشگیری از جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی حریم سواحل به شکل پایدار نقش مهمی خواهد داشت. مشروط بر این‌که کاربرد این سیاست‌ها از یک سو، مانع از گسترش جرایم این حوزه گردد و از سوی دیگر، بسترهای لازم برای تحقق حق دسترسی آسان و قانونی را به صورت عادلانه فراهم سازد. سازمان‌دهی و ضابطه‌مند کردن استقرار فعالیت‌ها در این مناطق به ویژه سواحل شمالی کشور که

۱. www.farsnews.ir/news.

۲. عظیمی، فاطمه و محمد میرزایی، «جایگاه و نقش عدالت اجتماعی در نظام قضایی اسلام و سیاست جنایی جمهوری اسلامی»، رهیافت‌های انقلاب اسلامی، ۱۴۰۰، شماره ۵۴، ص ۲۳۸.

۳. www.tabnak.ir/fa/news.

۴. غفاری، محمد و نوبهار، رحیم. (۱۳۹۹). «چالش

کارکردهای گردشگری برای آن‌ها پیش‌بینی شده است، باید در اولویت برنامه‌های توسعه کشور قرار گیرد و سیاست‌ها و برنامه‌های مشخصی برای استفاده مطلوب و بهینه از این عرصه‌ها اجرا گردد. هر گونه تعلل و کوتاهی و از دست دادن فرصت‌ها در این زمینه می‌تواند پی‌آمدهایی زیان‌بار بر کشور تحمیل کند و موجودیت این مناطق و دستیابی به توسعه پایدار را در این مناطق بسیار پرهزینه و گاه ناممکن سازد.

بند سوم. خودانضباطی در پرتو تأکید بر قانون‌مداری

در هر جامعه، تبعیت نهادهای حاکمیتی به موازات دیگر تابعان از قانون، سنجه بسیار مهمی در عرصه پیش‌گیری از جرم به شمار می‌رود. با این حال، یکی از بارزترین نقدهایی که جرم‌شناسی انتقادی به دولت وارد می‌داند، این است که قدرت از قانون در راستای منافع خود بهره می‌برد. جان‌هاگان با اعتقاد به این‌که مناسبات قدرت در شکل‌گیری پدیده جرم اثرگذار است، چنین استدلال می‌کند که کسانی که قدرت را در اختیار دارند، آن را برای دست یافتن به اهدافی خاص به کار می‌برند.^۱

به عبارت دیگر، قانون در مناسبات قدرت، ابزاری برای دستیابی به منافع گروه‌های خاص به شمار می‌رود.^۲ بدون تردید، پی‌آمد چنین نگرشی در هر جامعه، بی‌پاسخ ماندن جرایم سازمان‌های تحت حاکمیت گروه‌های حاکم بر قدرت است. علاوه بر این، پای‌بند نبودن دولت به قانون به ترویج فرهنگ قانون‌گریزی در جامعه دامن خواهد زد، به گونه‌ای که قانون در تأمین منافع جامعه دیگر کارآیی نخواهد داشت. سیاست جنایی خودانضباطی به عنوان یکی از سیاست‌های پیش‌گیرانه از ارتکاب جرایم از رهگذر حاکمیت قانون به معنای تبعیت تمامی شهروندان به ویژه مدیران و زمامداران از قانون امکان‌پذیر خواهد بود.^۳ بر این اساس، خودانضباطی دستگاه‌های دولتی در احترام و تبعیت از قانون، ضمن پیش‌گیری از جرایم ارتكابی از سوی نهادهای دولتی می‌تواند افکار

1. Hagan, John, Gerd Hefler, Gabriele Cleven, Klaus Boehnke, Hand Boehnke, and Hanks Merckens, *Subterranean sources of subcul- tural delinquency beyond the American dream*. *Criminology* " 36, 1989, p. 341.

۲. دکسردی، پیشین، ص ۸.

۳. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۴۹.

عمومی جامعه را به سمت احترام به قانون‌مداری همراه سازد. در این صورت، جامعه، پیش‌فرضی را که بر اساس آن، قانون برای منافع همه آحاد جامعه در نظر گرفته می‌شود، به وضوح در عملکرد نهادهای وابسته به قدرت مشاهده می‌کند.

در مقام پیوند سیاست جنایی خودانضباطی از طریق احترام به حاکمیت قانون با مقوله پیش‌گیری از جرم باید تأکید کرد که تلاش نهادها و دستگاه‌های حاکمیتی بر محور هم‌سو کردن جامعه با اطاعت‌پذیری از قانون است تا از رهگذر گسترش فرهنگ احترام به قانون، مانع از وقوع جرایم در سطح جامعه شوند. موفقیت در پیش‌گیری از جرم در بستر مشاهده قانون‌مداری از سوی نهادهای حاکمیتی امکان‌پذیر خواهد بود؛ زیرا برخی بر این باورند که جرم ناشی از تضاد میان منافع و مصالحه طبقه صاحب سرمایه و قدرت و اقلیت قدرتمند سیاسی و اقتصادی و منافع اکثریت اعضای جامعه است.^۱

بنابراین، جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی در صورتی نزد افکار عمومی پذیرفته خواهد شد که احترام به حاکمیت قانون در گفتمان و عملکرد مدیران و نهادهای دولتی نیز عینیت داشته باشد. از این منظر، جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی به دنبال این است که از یک سو، مانع سوء استفاده نهادهای حاکمیتی از قانون در راستای منافع قانون‌های قدرت شود و از سوی دیگر، حاکمیت قانون بر تمامی مناسبات اجتماعی را در راستای منافع جامعه برجسته سازد.

در همین راستا، اعتراض و انتقاد افکار عمومی به ویژه ساکنان محلی سواحل خزر در مقابل تصمیمات و سیاست‌های دستگاه‌های دولتی برای تصرف غیر قانونی حریم سواحل دریای خزر، این واقعیت را نمایان ساخت که برخی از دستگاه‌های دولتی، تمکین و پای‌بندی به قانون را در راستای رعایت حریم قانونی ساحل خزر نادیده انگاشته‌اند. عملکرد این سازمان‌ها نشان می‌دهد که بی‌توجهی سیاست جنایی به جرایم این نهادها در طول سالیان گذشته در گسترش جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی حریم سواحل خزر نقش داشته است. از این رو، صرف‌نظر از اهداف و انگیزه‌های هر یک از نهادها در تصرف سواحل خزر می‌توان دیدگاه‌های مرتبط با جرم‌زدایی از طریق سیاست جنایی خودانضباطی را در عرصه تحلیل علل گسترش تصرف غیر قانونی حریم دریا

۱. رستمی، پیشین، ص ۱۳۱.

به پای‌بند نبودن کانون‌های قدرت در احترام به قانون خلاصه کرد. در مقام انطباق عملکرد دولت در عرصه پیش‌گیری از جرم از طریق سیاست خودانضباطی، بررسی اقدامات و سیاست‌های اعلامی و اجرایی نشان می‌دهد که دولت، سیاست‌های خود را بر مدار احترام به قانون‌مداری از سوی دستگاه‌های دولتی ریل‌گذاری کرده است.^۱

این سیاست‌گذاری به‌وضوح نمایانگر این واقعیت است که دولت، رفع ناهنجاری‌ها موجود در جامعه را از رهگذر احترام به حاکمیت قانون توسط تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی امکان‌پذیر می‌داند؛ چون بهره‌برداری از منابع موجود در اختیار دولت نظیر سواحل دریا در راستای تأمین نیازهای جامعه یک ضرورت است.^۲ این رویکرد در گفتمان اعلامی دولت سیزدهم به وضوح قابل مشاهده بود. با این حال، به منظور درک بهتر دیدگاه‌های رئیس‌جمهور پیشین در موضوع رفع تصرف غیر قانونی سواحل خزر از سوی نهادهای تحت حاکمیت دولت از رهگذر احترام و تمکین به قانون از سوی نهادهای دولتی به اختصار به برخی از دیدگاه‌های ایشان اشاره می‌کنیم: «این‌که دستگاه‌ها مانع استفاده مردم از ساحل شوند، پذیرفتنی نیست»، «ساحل یک حریم مشخص دارد و آزاد کردن سواحل مورد تأکید است»، «اگر جایی نقض قانون شده و حریم ساحل اشغال شده است، باید آزادسازی شود» و «دستگاه‌های اداری بیش از همه باید قانون را رعایت کنند تا مردم نیز رعایت کنند».^۳

تأمل در سیاست‌های اعلامی از منظر دانش پیش‌گیری از جرم نشان می‌دهد که گفتمان حاکم بر سیاست‌های اعلامی بر ترویج فرهنگ قانون‌مداری و حاکمیت قانون بر عملکرد دستگاه‌های اداری دلالت دارد. در واقع، دولت می‌کوشد با الزام دستگاه‌های اداری به تمکین از قانون برای رعایت حریم سواحل دریا نشان دهد که قانون، ابزاری برای تأمین منافع آحاد جامعه است، نه منافع نهادهای دولتی. از طرفی، با اصلاح تصمیم‌های اداری نهادهای زیرمجموعه در راستای تمکین به قانون، تغییر در عملکرد جامعه از رهگذر همگرایی مردم با قوانین را دنبال می‌کند که موفقیت در

۱. نک: www.mehrnews.com/news/5411172.

۲. بستانی، محمدحسین و اسدالله یآوری، «بایسته‌های دولت کارآمد: مطالعه موردی دولت لیبرال مدرن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲، ص ۴۳۴.

۳. نک: www.mehrnews.com/news/5437003.

این مسیر، پیش‌گیری از جرایم مختلف را به ارمغان می‌آورد. بدیهی است به هر میزان، اقدامات و تصمیمات دولتی در ملزم ساختن دستگاه‌های دولتی به احترام به قانون در عمل پرنرنگ‌تر باشد، به همان میزان، جامعه، عدالت بیش‌تری احساس خواهد کرد و در نتیجه توزیع عادلانه ثروت‌های ملی، گرایش کم‌تری به ارتکاب جرایم از خود نشان خواهد داد.

گفتار سوم. خودتنظیمی در سیاست غیر کیفری سازمان‌های دولتی

بند اول. خودتنظیمی در مقام قاعده‌گذاری

تنظیم‌گری به عنوان یک تأسیس حقوقی با وجود استفاده رایج از آن در ادبیات حقوق عمومی و اداری، ابهام‌های زیادی در محتوا و قلمرو دارد، تا حدی که در واژه‌نامه‌ها و فرهنگ‌های حقوقی معتبر و نسبتاً جامع و حتی جدید نیز به عنوان یک اصطلاح حقوقی مستقل به آن پرداخته نشده است. به سخن دیگر، مشکل بیش‌تر در جایی است که این مفهوم به عنوان الگو، سازوکار و ابزار حقوقی خاص در اداره امور به وسیله بخش عمومی به کار گرفته می‌شود.^۱ سازوکار خودتنظیمی و طبیعی ممکن است بتواند تداوم نوعی فعالیت منظم در جامعه انسانی را در پی داشته باشد، اما نخست این‌که الزاماً متعادل و موزون با حفظ هم‌بستگی و پیوستگی در اجزای جامعه نخواهد بود. دوم، بی‌توجهی به مؤلفه‌هایی مانند کرامت انسانی و به تبع آن، شناسایی و رعایت این شأن برای همه انسان‌ها در جامعه در درازمدت نمی‌تواند دوام بیاورد. این همان نقطه‌ای است که مداخله دولت به عنوان نهاد مشروع برای تنظیم یادشده مطرح می‌گردد.^۲

نظام خودکنترلی یا خودتنظیم‌کنندگی، ضمانت اجرای قضایی کیفری ندارد، بلکه ضمانت اجرای انضباطی دارد و فقط تعدادی قواعد رفتاری برای پیش‌گیری است. به همین دلیل، بر خلاف دیگر قواعد حقوقی که به علت ضمانت‌های اجرای حقوقی کیفری با نام «حقوق سخت» شناخته می‌شوند، این قواعد را «حقوق نرم» می‌توان نامید. به باور طرفداران دانش خودتنظیمی ضرورتی ندارد تا قانون‌گذار برای هر رفتار انسانی، یک قاعده حقوقی وضع و اعمال ایشان را صرفاً از طریق

۱. اسدی، حمید و همکاران، «مفهوم و جایگاه تنظیم‌گری با تأکید بر پاسخ‌گویی به جرایم بورسی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیستم، شماره ۵۰، ۱۳۹۸، ص ۴۷۶.

۲. یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۶۴۷.

ابزار قانون‌گذاری پیش‌بینی و هدایت کند. قانون‌گذاری تنها یکی از ابزارهای تنظیم‌گری است و تنظیم‌گری مساوی با قانون‌گذاری نیست و این فرصت به شهروندان داده نشده است که بر اساس و مبنای روابط خودشان، قانون وضع کنند.^۱

ضمانت اجرای کیفری، حدّ‌اعلای ارباب و تهدید حقوقی است. تأثیر هیچ نهاد یا تأسیس دولتی دیگری بر زندگی شهروندان، عمیق‌تر از نظام عدالت کیفری نیست. بنابراین، در چرخه اقتصادی، هدف، کاستن از ضمانت‌های اجرای کیفری یا استفاده حداقلی از سازوکارهای حقوق کیفری است؛ زیرا هر چند حقوق کیفری، حمایت‌گر و ارزش‌گزار است، ولی استفاده از تدبیرها و اقدام‌های آن در این قبیل مناسبات اقتصادی هزینه‌بر است.

بند دوم. تخلف‌انگاری، جای‌گزین جرم‌انگاری

ضمانت اجرای اداری، واکنش نظام اداری در قالب قوانین و مقررات خاص اداری به تخلف یا تخلفات کارگزاران و مأموران دولتی است. اگرچه واکنش اجتماعی در برابر پدیده‌های گوناگون و به صورت‌های مختلف بروز می‌یابد، اما این واکنش در مقابل رفتار و اعمالی است که به جامعه صنفی و حرفه‌ای ضرر و آسیب می‌رساند و نظم سازمان یافته بر مبنای مقررات صنفی را دست‌خوش آشفتگی می‌کند.^۲

در حوزه حقوق اداری، قوانین مختلفی به منظور ایجاد و تقویت نظم و انضباط اداری به تصویب رسیده است که می‌توان به قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۲، قانون ناظر بر رفتار قضات، مصوب ۱۳۹۲ و قانون مقررات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، مصوب ۱۳۶۴ اشاره کرد. تحت تأثیر اصول فراتقنینی حقوق اساسی و مبانی خاص کیفری حقوق بین‌الملل، بسیاری از قواعد هم‌چون اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت و اصل شخصی بودن مجازات به تدریج به ضمانت‌های اجرای اداری و انضباطی نیز تسری پیدا کرده‌اند.^۳

۱. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۰، ص ۱۴۳.

۲. درویشی، بابک و امیرعلی زینالی اقدم، «ماهیت ضمانت اجراهای اداری در نظام حقوقی ایران»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۹۳، ص ۱۲.

۳. حسینی، سید حسین و همکاران، «ضرورت رعایت اصول کلی حقوق کیفری در رسیدگی به تخلفات اداری»، دانش حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۳۲، ۱۴۰۰، ص ۳.

تفاوت بین مقرر و قانون، موضوع جدیدی نیست و حداقل در انگلستان به قرن هجدهم برمی‌گردد. قاعداً با توجه به جنبه‌های متفاوت ارزش‌های اجتماعی می‌توان از آن‌ها به وسیله حقوق کیفری، حقوق اداری و حقوق مدنی حمایت کرد. امروزه حقوق کیفری به وسیله قانون موضوعه تدوین می‌شود و این قسمت از حقوق، آن‌چه را نظریه سنتی جرایم می‌دانیم، تشکیل می‌دهد. قانون موضوعه، مصوبه مقنن است که به عنوان قانون مدون تصویب و امضا شده است. مقررات به وسیله مراجع اداری وضع و اعمال می‌شود، اگر مقنن چنین اختیاری را تفویض کرده باشد.

حقوق کیفری اداری به عنوان رشته‌ای تقریباً نوظهور با منشأ آلمانی، ترکیبی از سیر تحول تدریجی، تاریخچه مقررگذاری و نظریه نفوذ جرمه‌های اداری در چارچوبی نظام‌مند است. به عبارت دیگر، برای مطالعه حقوق کیفری اداری با نوعی تکامل تدریجی روبه‌رویی‌م که مستلزم توجه به فرآیند مقررگذاری و تدقیق در نظریه سلطه جرمه‌های اداری بر جرایم اداری است.^۱

نتیجه‌گیری

موفقیت در مقوله پیش‌گیری و مقابله با جرایم سازمان‌ها و نهادهای حاکمیت، مستلزم پیوند یافته‌های دانش سیاست جنایی با دیدگاه‌های جرم‌شناسی در حوزه پیش‌گیری از جرم است. در واقع، پیدایش رویکردهای نوین در پاسخ‌دهی غیر کیفری به جرایم، تلاشی برای مقابله با ناکارآمدی پاسخ‌دهی کیفری به شمار می‌رود. از جمله این تلاش‌ها می‌توان به مقوله جرم‌زدایی اشاره کرد. در حقیقت، جرم‌زدایی، نوعی پاسخ‌دهی غیر کیفری تلقی می‌گردد که در اشکال مختلف (جرم‌زدایی رسمی، جرم‌زدایی در عمل و جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی) سعی دارد ناکارآمدی مجازات را جبران کند و از حجم تورم حقوق کیفری بکاهد. وانگهی، چون جرم‌زدایی از طریق خودانضباطی در سیاست‌گذاری و برنامه‌های اجرایی به صورت آگاهانه و با اختیار صورت می‌پذیرد، پی‌آمدهای مثبت متعددی در عرصه پیش‌گیری از جرایم مختلف دارد. برای نمونه، پیش‌گیری از طریق خودانضباطی، هزینه‌های مادی و معنوی تحمیل‌شده بر جامعه را کاهش خواهد داد.

بر پایه همین منطق، اقدام نهادهای دولتی در تصرف غیر قانونی حریم ساحل خزر، بر افکار عمومی نسبت به سیاست‌های نهادهای دولتی در تضمین حقوق ملت تأثیر مخرب گذاشته، به

۱. جمشیدی و همکاران، پیشین، ص ۱۱۰.

ویژه آن‌که تصرف غیر قانونی مساحت زیادی از سواحل دریای خزر، مانع دسترسی آسان و قانونی مردم به دریا شده است.

از طرفی، در نتیجه تعارض میان منافع دستگاه‌های دولتی و حق دسترسی مردم به سواحل دریا، شاهد تقویت دیدگاه‌های جرم‌شناسی انتقادی در مورد رویکرد ابزارگرایی نهادهای عمومی و دولتی به قانون هستیم؛ رویکردی که در نوع خود، زمینه را برای قانون‌گریزی دستگاه‌های دولتی در تصرف غیر قانونی حریم ساحل فراهم ساخته است. با تداوم سیاست‌های منفعت‌طلبانه و انحصارطلبانه برخی از نهادهای دولتی در تصرف حریم ساحل دریا، مطالبات افکار عمومی برای دادخواهی از حاکمیت در مقابله با جرایم و تخلفات نهادهای حاکمیتی افزایش یافته است. با این حال، یافته‌های این پژوهش بر این واقعیت مبتنی است که سیاست‌گذاری دولت سیزدهم در عرصه مقابله با جرایم به ویژه جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی حریم سواحل مبتنی بر الغاگرایی حقوق کیفری بود و می‌کوشید با تمام ظرفیت قانونی و اجرایی، قانون را در راستای منافع ملی به اجرا بگذارد و از هر گونه رویکرد ابزارگرایی به قانون در راستای منافع خویش خودداری کند.

جرم‌زدایی، بازتاب نگرشی است که مجازات را مناسب‌ترین واکنش در مقابل با جرم در نظر نمی‌گیرد. در این چارچوب، دولت با ریل‌گذاری در عرصه سیاست‌های عدالت‌محور به منظور فراهم ساختن حق دسترسی آحاد مردم به سواحل دریا موجبات پاسخ‌دهی غیر کیفری به جرایم سازمان‌ها و نهادهای عمومی و دولتی را فراهم آورد که به تصرف غیر قانونی حریم ساحل دریا دست زده بودند. در پرتو این رویکرد، دولت، جرم‌زدایی از رفتارهای مجرمانه نهادهای تحت حاکمیت خود را از طریق سیاست‌های خودانضباطی دنبال کرد؛ چون مجازات را برای پاسخ‌دهی به جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی سواحل خزر مناسب نمی‌دانست. دولت یادشده در چارچوب سیاست خودانضباطی، بازگشت به قانون‌مداری و الزام دستگاه‌های دولتی به رعایت حریم قانونی سواحل را در دستور کار قرار داد. به هر حال، سیاست‌های خودانضباطی دولت در حوزه پاسخ‌دهی غیر کیفری به جرایم نهادهای دولتی در خصوص طرح آزادسازی سواحل خزر، پی‌آمدهایی اجتماعی و اقتصادی دارد و از منظر دانش جرم‌شناسی، پیش‌گیری از جرم را به دنبال خواهد آورد. دولت با دنبال کردن سیاست‌های خودانضباطی می‌خواهد بر افکار عمومی در عرصه پیش‌گیری از جرم از طریق فرهنگ‌سازی احترام به قانون اثر بگذارد. در این راستا، رهیافت‌های دانش جرم‌زدایی،

این دیدگاه را منعکس می‌کنند که به هر میزان، قانون‌مداری و احترام به قانون از سوی نهادهای حاکمیتی در میدان عمل، نمود عینی بیش‌تری داشته باشد، به همان نسبت، تمایل جامعه به سمت ارتکاب جرم کم‌تر خواهد شد.

از منظر دانش جرم‌شناسی، پیش‌گیری از جرم از رهگذر بازگشت به قانون‌مداری و اصلاح ساختارهای حاکم بر نهادهای وابسته به قدرت زمانی امکان‌پذیر خواهد بود که هرگونه نگاه ابزارگرایی به قانون در راستای دستیابی به منافع خاص الغا گردد. به علاوه، دولت در تمکین و احترام به قانون باید پیشگام ملت باشد. تنها در این صورت می‌توان در پرتو چنین رویکردی، هم‌نوایی افکار عمومی را با قوانین رسمی انتظار داشت. هرگونه تسامح در برخورد کیفری با نهادهای خاطی و در مقابل، دنبال کردن سیاست تسامح صفر در قبال اشخاص حقیقی و حقوقی غیر دولتی در جرایم مرتبط با تصرف غیر قانونی سواحل خزر، به رویکرد دولت در نگاه ابزارگرایی قانون کیفری، جلوه پررنگ‌تری خواهد داد و این همان چالشی است که جرم‌شناسان انتقادی همواره بر آن تأکید دارند. همانا بی‌توجهی به انتظارات افکار عمومی در عرصه مقابله با جرایم سازمان‌های دولتی بر گسترش فرهنگ قانون‌گریزی از سوی جامعه، تأثیری معنادار به جا می‌گذارد و مشروعیت دولت را در عرصه عدالت با چالش مواجه می‌سازد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. دکسردی، والتر، اس.، **جرم‌شناسی انتقادی معاصر**، ترجمه: مهرداد رایجیان اصلی و حمیدرضا دانش ناری، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲.
۲. می‌ری دلماس - مارتی، **نظام‌های بزرگ سیاست جنایی**، انتشارات میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۳. اسدی، حمید و همکاران، «مفهوم و جایگاه تنظیم‌گری با تأکید بر پاسخ‌گویی به جرایم **بورسی**»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیستم، شماره ۵۰، ۱۳۹۸.
۴. امامی، محمد و حمید شاکری، «**حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۵. بستانی، محمدحسین و اسدالله یآوری، «**بایسته‌های دولت کارآمد؛ مطالعه موردی دولت لیبرال مدرن**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲.
۶. جمشیدی، علی‌رضا و همکاران، «**از جرم‌زدایی یا تخلف‌انگاری (مطالعه تطبیقی)**»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، شماره ۹۷، ۱۴۰۱.
۷. جوان جعفری بجنوردی، عبدالرضا و محسن نورپور، «**تعقیب‌زدایی کیفری؛ بازتابی نوین از **الغاگرایی کیفری****»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۸. حاجی‌وند، امید و همکاران، «**مسئولیت کیفری دولت در قبال جرایم زیست‌محیطی در ایران: **ضرورت‌ها و چالش‌ها****»، علوم محیطی، دوره شانزدهم، شماره ۲، ۱۳۹۷.
۹. حسینی، سید حسین و همکاران، «**ضرورت رعایت اصول کلی حقوق کیفری در رسیدگی به **تخلفات اداری****»، دانش حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۳۲، ۱۴۰۰.
۱۰. حسینی، علی‌اصغر، محمدعلی مهدوی ثابت، محمدآشوری و علی صفاری، «**قرائتی عدالت‌مدار**

- از سیاست جنایی ایران در توسل به واکنش کیفری از طریق جرم‌زدایی با تأکید بر اصول حقوق کیفری و اسناد بین‌المللی»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، ۱۳۹۹.
۱۱. درویشی، بابک و امیرعلی زینالی اقدم، «ماهیت ضمانت اجرای ادارای در نظام حقوقی ایران»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره هفتم، شماره ۲۵، ۱۳۹۳.
۱۲. دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه و محمد مهدی‌فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی - حقوقی)»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲.
۱۳. رستمی، هادی و مهری برزگر، «کمینه‌گرایی در قانون کاهش مجازات حبس تعزیری (۱۳۹۹) و چالش‌های فراروی آن». پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۴۰۱، سال سیزدهم، شماره ۱.
۱۴. رستمی، هادی، «ساختار نظریه مجازات و رابطه آن با نظریه سیاسی»، در: نجفی ابرندآبادی، علی حسین، دایره‌المعارف علوم جنایی، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۱۵. رضائی، بهمن و محمد طالقانی، «رویکرد به مدیریت یک پارچه محیطی در سازمان‌دهی سواحل کشور (فرصت‌ها، چالش‌ها و راهکارها)»، اطلاعات جغرافیایی، دوره بیست و یکم، شماره ۸۴.
۱۶. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۰.
۱۷. شایسته، مهدی و مجید وحید، «سیاست‌گذاری زیست‌محیطی دریای خزر»، شانزدهمین همایش صنایع دریایی، ۱۳۹۳.
۱۸. عظیمی، فاطمه و محمد میرزایی، «جایگاه و نقش عدالت اجتماعی در نظام قضایی اسلام و سیاست جنایی جمهوری اسلامی»، رهیافت‌های انقلاب اسلامی، ۱۴۰۰، شماره ۵۴.
۱۹. غفاری، محمد، و نوبهار، رحیم. (۱۳۹۹). چالش
۲۰. قماش، سعید و مرتضی عارفی، «موانع سیاسی و اقتصادی پیش‌گیری اجتماعی از جرم»، آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳۹۶، شماره ۱۳.
۲۱. کولایی، الهه و مهدی شایسته، «حکمرانی خوب و مدیریت یک‌پارچه مناطق ساحلی دریای خزر»، محیط‌شناسی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۳.

۲۲. محمودی عباس‌تبار، رحمت و شهربانو فولادی، «عدالت سیاسی در اندیشه شهید مطهری و راولز در یک نگاه تطبیقی»، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، ۱۳۹۶، شماره ۱۱۵.
۲۳. محمودی، جواد، «قضازدایی و جرم‌زدایی از منظر قانون اساسی و حقوق اداری»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، ۱۳۸۵، شماره ۱۹.
۲۴. هدایتی‌فرد، مائده و رضا خیرالدین، «توسعه چارچوب انگاشتی از فضاهای انحصاری در نواحی ساحلی پیراشهری: کرانه جنوبی دریای کاسپین از شهرستان ساری تا محمودآباد»، آمایش سرزمین، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۲۵. هدایتی‌فرد، مائده، «تحلیل فضا‌مندی قانون در مدیریت زمین‌های ساحلی: کنشگری آب و تعارض منافع (بررسی موردی: ساحل جنوبی دریای کاسپین)»، نامه معماری و شهرسازی، سال چهاردهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۱.
۲۶. هادی‌تبار، اسماعیل و هادی‌زاده، رضا. «درآمدی بر جرم‌شناسی انتقادی نژادی». مطالعات پیشگیری از جرم، ۱۳۹۵، شماره ۱۱.
۲۷. یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۳.

2. Latin Source

1. Alissa Greer, Matt Bonn, Caitlin Shane, Alex Stevens, Natasha Tousevard, Alison Ritter
The details of decriminalization: Designing a non-criminal response to the possession of drugs for personal use. International Journal of Drug Policy. 102.2022. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2022.103605>
2. Greer, Alissa, Matt Bonn, Caitlin Shane, Alex Stevens, Natasha Tousevard, Alison Ritter,
The details of decriminalization: Designing a non-criminal response to the possession of drugs for personal use, International Journal of Drug Policy, Volume 102, April 2022, 103605; www.doi.org/10.1016/j.drugpo.2022.103605.

3. Hagan, John, Gerd Hefler, Gabriele Cleven, Klaus Boehnke, Hand Boehnke, and Hanks Merckens, **Subterranean sources of subcul- tural delinquency beyond the American dream. Criminology**” 36, 1989:309-341.
4. Hughes, C. E. & Stevens, A., **What Can We Learn From The Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs? British Journal of Criminology**, 50(6), 2010, 999-1022:www.doio-rg/10.1093/bjc/azq038.

شرط تمامیت متن قرارداد در چارچوب پروژه‌های عمرانی و قراردادهای پیمان‌کاری دولتی با تأکید بر شرایط عمومی پیمان

رسول سلیمانی^۱

محمود حبیبی^۲

علی زارع^۳

چکیده

به موجب شرط تمامیت متن قرارداد، مفاد متن قرارداد شامل تمام توافق‌های دو طرف است و به استثنای مواردی که قرارداد ساکت است و هیچ حکمی ندارد، طرفین نمی‌توانند به شروط ضمنی متعارض با شروط قراردادی و توافق‌های قبلی استناد کنند. بنابراین، کارکرد و فایده شرط تمامیت متن قرارداد به مثابه یک «فراشرط»، تنظیم و حل تعارض میان شروط کتبی و نهایی مندرج در متن قرارداد است.

این پژوهش در پاسخ به این پرسش که «مناسبات میان شرط تمامیت متن قرارداد با شرایط عمومی پیمان (اعم از موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان) چیست؟» مناسبات میان «شرط تمامیت متن قرارداد» با دستورالعمل‌های موضوع آیین‌نامه استانداردهای اجرایی، طرح‌های عمرانی «مصوب ۳۰ تیرماه ۱۳۵۲ هیئت وزیران» را که ناظر به قراردادهای همسان، شامل موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان و دسته‌بندی آن‌ها در قالب سه گروه لازم‌الاجرا (گروه اول)، در مواردی عادی (گروه دوم) و ارشادی (گروه سوم) است، بررسی می‌کند.

بهره‌گیری از شرط موصوف در هر یک از قراردادهای موضوع دستورالعمل‌های گروه اول، دوم یا

۱. دانشجوی دکترای تخصصی رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، soleimanyrasool@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، نویسنده مسئول، Dr.habibi99@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، dr.alizare@gmail.com

سوم، لوازم و اقتضائات خاص خود را دارد. در حالی که درج این شرط در پیمان‌های گروه اول منحصراً در اختیار سازمان برنامه و بودجه است، در گروه دوم طرفین در حدود قابل قبولی که در دستورالعمل‌های مربوط آمده است، اختیار درج آن را در مفاد قرارداد خود دارند و در گروه سوم نیز بدون هیچ گونه محدودیتی می‌توانند این شرط را در قراردادشان بگنجانند.

واژگان کلیدی: شرط تمامیت متن قرارداد، پروژه‌های عمرانی، قراردادهای پیمان‌کاری دولتی، شرایط عمومی پیمان.

مقدمه

هر قرارداد به طور معمول، حاصل مذاکرات، مکاتبات و اظهارات گاه مفصل متعارض با متن نوشته و نهایی قرارداد است و ممکن است هر یک از طرفین هنگام بروز اختلاف درصدد استناد به آن‌ها برآید که این امر می‌تواند مشکل ایجاد کند. برای جلوگیری از بروز این گونه مشکلات، در نمونه قراردادهای تجاری، شرطی با عنوان «تمامیت متن قرارداد» گنجانده می‌شود. به موجب این شرط، قرارداد شامل تمام توافق‌های دو طرف است و به این ترتیب، به استثنای مواردی که قرارداد ساکت است (که در این صورت، بحث تعارض منتفی است)، مواردی هم‌چون شروط خارج از قرارداد، شروط ضمنی (شامل شروط ضمنی بنایی و عرفی) و توافق‌های قبلی متعارض با متن نوشته و نهایی از قلمرو قرارداد خارج می‌شوند. این شرط که راجع به اعتبار شروط گوناگون قراردادی است، در سال‌های اخیر، در ضمن قراردادهای مختلف از سوی طرفین پذیرفته می‌شود. دلیل اصلی این امر نیز ایجاد شفافیت و جزمیت در تعهدات ناشی از قرارداد و محدودسازی مراجع حل و فصل اختلاف در تغییر محدوده تعهدات با توسل به ابزارهای تفسیری در قراردادهاست.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که مناسبات میان شرط تمامیت متن قرارداد با شرایط عمومی پیمان چیست؟ برای بررسی مناسبات میان شرط تمامیت متن قرارداد با شرایط عمومی پیمان باید در وهله نخست در نظر داشت که در شرایط عمومی فعلی (نشریه ۴۳۱۱)، شرط تمامیت متن قرارداد وجود ندارد. چون بدون اصلاح شرایط عمومی پیمان توسط سازمان برنامه و بودجه و ابلاغ ویرایش اصلاح‌شده به دستگاه‌های اجرایی، در قراردادهای نوع اول (گروه لازم‌الاجرا) اساساً اضافه کردن هیچ نوع شرط جدید به شرایط عمومی پیمان ممکن نیست، بدون چنین اصلاحیه‌ای اساساً بحث شرط تمامیت متن قرارداد موضوعیت ندارد.

البته در قراردادهای گروه دوم و سوم می‌توان امکان افزودن شرط تمامیت متن قرارداد به شرایط اختصاصی (شرایط خصوصی) را تصور کرد. در این صورت، شرط تمامیت متن قرارداد تعیین می‌کند که مفاد قرارداد حاوی چه شروط و احکامی است و کدام شروط و احکام (مثلاً توافق‌های شفاهی و مذاکرات) خارج از قراردادند. برای نمونه، اگر در جریان مذاکرات، طرفین توافق کرده باشند که مرجع حل و فصل اختلافات، دادگاه‌های دادگستری باشد، اما در متن نهایی و کتبی قرارداد، شرط داوری

درج شده باشد (که آشکارا در تعارض با توافق قبلی در طول مذاکرات است)، به حکم شرط تمامیت متن قرارداد، مرجع حل اختلاف، داوری است، نه دادگاه‌های دادگستری.

پژوهش حاضر که با روش توصیفی و تحلیلی و با ابزار کتاب‌خانه‌ای گردآوری و تألیف شده، درصدد آن است که با بررسی حالت‌های مختلف، مناسبات میان شرط تمامیت متن قرارداد با شرایط عمومی پیمان را تبیین کند. تحلیل شرط تمامیت متن قرارداد به شکلی که صورت‌بندی شد، موضوعی کاملاً بدیع است و بدون پیشینه پژوهشی. البته برخی پژوهش‌ها درباره شرط تمامیت متن قرارداد انجام شده است. در مقاله جلال سلطان‌احمدی با عنوان «شرط انحصار متن کتبی قرارداد در حقوق انگلیس، ایران، اصول قراردادهای اروپا و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی» که در سال ۱۳۹۵ به چاپ رسیده، از نظر نویسنده، به موجب شرط انحصار یا تمامیت متن کتبی قرارداد که به ویژه در قراردادهای تجاری، جزء مواد ثابت و شروط استاندارد شده، حقوق و تعهدات طرف‌ها به متن کتبی قرارداد منحصر و محدود است؛ زیرا قرارداد، مستقل از مذاکرات پیشین و روابط قبلی است. پس هر چه مورد گفت‌وگو و مذاکره طرف‌ها قرار گیرد، اما در متن کتبی قرارداد وارد نشود، از آن خارج است. به این ترتیب، مذاکرات، روابط و توافق‌های پیش از قرارداد که در متن کتبی وارد نشده‌اند، بخشی از مفاد قرارداد تلقی نمی‌شوند.

محمود حبیبی در کتاب «تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی» از عبارت «Merger clause» به عنوان «شرط ادغام» یاد می‌کند و آن را شرط «تأویل متن»، «ابتنا بر اصالت متن» یا «تمامیت متن قرارداد» می‌داند. آن‌گاه ضمن مقایسه این شرط در مقررات اصول اروپایی با اصول مؤسسه بیان می‌دارد که آن چه نوعاً در مواد مربوط در دو سند یادشده بر آن‌ها تأکید و تصریح شده، این است که اظهارات و توافق‌های پیشین طرفین نمی‌تواند در تعارض با متن قرارداد قرار گیرد، آن را تکمیل کند یا بخشی از قرارداد محسوب شود. فرضیه اصلی پژوهش هم این است که هر چند شرط ادغام، اعتبار خود را از اصل حاکمیت اراده می‌گیرد، موارد و استثنائات متعددی وجود دارد که در قرارداد منعقدشده حاوی شرط ادغام، ناگزیر به مراجعه به اظهارات و مذاکرات شفاهی گذشته هستیم.

در پژوهش پیش رو، ابتدا و در گفتار نخست، ضمن بررسی مفهوم و فایده شرط تمامیت متن قرارداد، آن را با قاعده منع استناد به دلیل شفاهی مقایسه می‌کنیم و سپس از ایرادهای واردشده به آن

سخن می‌گوییم. در گفتار دوم، به تحلیل این شرط در حقوق ایران خواهیم پرداخت. بدین منظور، در بندهای نخست و دوم این گفتار، از سابقه شرط در فقه و قوانین ایران سخن خواهیم گفت و در بند سوم، شرط موصوف را در پروژه‌های عمرانی و قراردادهای پیمان‌کاری دولتی و شرایط عمومی پیمان بررسی می‌کنیم. در نهایت، آثار شرط تمامیت متن قرارداد را در چارچوب ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی «مصوب ۳۰ تیرماه ۱۳۵۲ هیئت وزیران» تحلیل خواهیم کرد.

گفتار اول. مفهوم و فایده شرط تمامیت متن قرارداد و مقایسه آن با قاعده منع استناد به دلیل شفاهی و ایرادهای وارد به این شرط

بند اول. مفهوم شرط تمامیت متن قرارداد

رابطه قراردادی بر اظهارات، انتظارات، پیش‌بینی‌ها، عرف و عادت، اعمال و رفتار طرف‌های قرارداد مبتنی است. تنها برخی از این موارد جزء تعهدات قراردادی قلمداد می‌شوند. به منظور جلوگیری از بی‌ثباتی و ایجاد اطمینان نسبت به آن چه توافق شده است، طرف‌های قرارداد، آن را مکتوب می‌کنند. در قراردادهای مکتوب، شرطی اضافه می‌شود با عنوان «شرط ادغام» یا «تمامیت متن کتبی قرارداد». دیگر نام‌های این شرط عبارتند از: شرط مرجر (Merger)، شرط قرارداد کامل، شرط انحصار متن کتبی قرارداد، شرط یک‌پارچگی قرارداد، شرط بی‌اعتباری اظهارات غیر کتبی، شرط تأویل متن، شرط ابتنا بر اصالت متن (Integrity of the Instrument، Merger clause، Zipper clause)، Entire Agreement clause). در فرهنگ‌نامه black law در تعریف این شرط بیان شده است: «این شرط، ادعای طرف‌های قرارداد را مبنی بر این‌که قرارداد مکتوب، تمام مقصود آن‌ها را دربر نمی‌گیرد یا این قرارداد با توافق‌های پیشین (مذاکرات پیش‌قراردادی) منطبق نیست، مانع می‌شود».^۱ بر اساس شرط ادغام یا تمامیت متن کتبی قرارداد که به طور خاص در قراردادهای تجاری اهمیت دارد، تمامی حقوق و تعهدات طرف‌ها به متن کتبی قرارداد منعقدشده محدود می‌شود و در واقع، به قرارداد به صورت یک واحد مستقل از مذاکرات پیشین و روابط قبلی توجه صورت می‌گیرد.

این شرط از حقوق کامن‌لا وارد اسناد بین‌المللی شده است و امروزه به صورت شروط استاندارد

1. Black's law Dictionary.

(Standard Terms) در قراردادها درج می‌شود. آن قسمت از مذاکرات و گفت‌وگوهای مقدماتی طرف‌های قرارداد که در متن کتبی وارد نشده باشد، از قرارداد خارج است و بخشی از مفاد قرارداد تلقی نمی‌شود. رابطه شرط ادغام با این مقدمات، مذاکرات، توافقات احتمالی و دیگر منابع قراردادی خارج از متن مکتوب و نقش آن در تعیین مفاد قرارداد و هم‌چنین تکمیل و تفسیر آن، از موضوعات اساسی به شمار می‌رود. در اهمیت درج این شرط در قراردادهای تجاری همین بس که در مهم‌ترین اسناد بین‌المللی از این شرط یاد شده است. مثلاً در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در اصل (۲،۱۷) به این شرط اشاره شده است: «یک قرارداد کتبی متضمن عبارتی با این معنا را که «قرارداد مذکور کاملاً حاوی شرط مورد نظر طرفین است»، نمی‌شود با دلایلی از جمله اظهارات یا توافقات قبلی طرفین در تعارض قرار داد یا این‌که کامل کرد، هر چند این اظهارات یا توافقات می‌توانند در تفسیر قرارداد استفاده شوند».^۱ اصول اروپایی حقوق قراردادهای در اصل (۲:۱۰۵) هم به این شرط اشاره می‌کند. هم‌چنین در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا با اصلاح صورت‌گرفته در سال ۲۰۰۳ در ماده (۲،۲۲) به این شرط اشاره شده است. در کتاب‌های مختلفی که به صورت مستقل، الگوهای خاص قراردادهای را بررسی کرده‌اند، به شرط تمامیت متن قرارداد به عنوان یکی از موضوعات خاص یا محورهای فرعی اشاره گردیده است. برای مثال، ایسنبرگ در بخش پانزدهم کتاب «اصول مبنایی حقوق قراردادهای» (۲۰۱۸)، شرط ادغام را به تفصیل بررسی کرده است.^۲ دیماتئو و همکاران نیز در کتاب «حقوق بیع بین‌الملل» (۲۰۲۱) به شرط ادغام در ذیل مباحث تفسیر قرارداد توجه کرده‌اند، هر چند تمرکز نویسندگان در این کتاب بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا است.^۳

بنا بر آن‌چه گذشت، می‌توان گفت شرط تمامیت متن قرارداد، شرطی است درباره شروط و مفاد قرارداد؛ یعنی شرط تمامیت متن قرارداد تعیین می‌کند که کدام یک از شروط مصرّح یا ضمنی داخل در قصد طرفین و در نتیجه، در زمره شروط قراردادی هستند و کدام یک، خارج از اراده واقعی طرفین و در نتیجه، خارج از قراردادند. به این ترتیب، شرط تمامیت متن قرارداد هم‌چون یک حکم

1. Principles of international commercial contract, Rome: unidroit press, 1994.

2. Eisenberg, Melvin, A foundational principles of contract law, oxford: university press, 2018.

3. DiMatteo, Larry A., Andre Janssen, Ulrich Magnus, Reiner Schulze, International Sales Law: A Handbook, London: Zed Books, 2021.

یا اصل حاکم بر تمامیت و خود قرارداد است؛ اصلی که تعیین می‌کند کدام یک از شروط قراردادی (اعم از شروط صریح یا ضمنی) در هر قرارداد، معتبرند و کدام یک، بی‌اعتبارند و در نتیجه، هنگام بروز اختلاف قابل استناد نیستند.

بند دوم. فایده شرط تمامیت متن قرارداد

فایده شرط تمامیت متن قرارداد آن است که طرف‌ها را به تنظیم قراردادی جامع تشویق می‌کند که در صورت نبودن شرط انحصار، چنین انگیزه‌ای در کار نیست. برحسب موارد، آن‌جا که از طرف‌ها انتظار متعارف نمی‌رود که همه حقوق و تعهدات را در قرارداد درج کنند، شرط انحصار باید به صورت انعطاف‌پذیری تفسیر شود. مسلماً در حقوق ایران نیز همانند حقوق انگلیس، برخی از موارد حکمی و آمره، خارج از اراده طرفین است و شرط انحصار، مانع اعمال دلایل خارج از متن کتبی بر قرارداد نیست. این موارد عبارتند از: اهلیت طرف‌های قرارداد، ماهیت، صحت، نفوذ و اعتبار قرارداد و به‌طور کلی، ادعای فقدان اعتبار قرارداد. برای نمونه، اگر در یک قرارداد حاوی شرط ادغام، احدی از طرفین، مدعی بطلان شود، مثلاً مدعی فقدان اهلیت یکی از طرفین قرارداد یا مدعی فقدان عوض (Consideration) گردد، احراز این موارد با هر دلیلی صورت می‌پذیرد، چه متن قرارداد، چه خارج از آن و در نتیجه، از موضوع بحث خارجند. بنابراین، در مورد بی‌اعتباری کامل قرارداد، امکان ارائه دلیل برای اثبات تدلیس (misrepresentation) و تقلب و موارد مشابه وجود دارد. این موارد و استثنائات ناشی از قواعد آمره است.^۱ در ایران نیز همانند حقوق انگلیس، حمایت‌های خاص از حقوق مصرف‌کنندگان در قوانین از جمله در ماده ۱۸ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان ۱۳۸۸ یا ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی ۱۳۸۲، از قبیل حق انصراف در معاملات از راه دور برای مصرف‌کننده و بطلان شروط غیرمنصفانه، از قواعد آمره است و شرط انحصار کتبی قرارداد نمی‌تواند موجب تجاوز به این حقوق شود.

۱. ایزانلو، محسن و مینا چراغی، «شرط ادغام و اعتبار آن در فقه و حقوق ایران»، نشریه حقوق ملل، ۱۳۹۹، شماره ۳۸.

بند سوم. مقایسه شرط تمامیت متن قرارداد با قاعده منع استناد به دلیل شفاهی

اهمیت توجه به درج شرط ادغام در قراردادها زمانی روشن خواهد شد که این شرط را با قاعده منع استناد به دلیل شفاهی^۱ یا شرط ممنوعیت اصلاح شفاهی قرارداد^۲ مقایسه کنیم که شبیه آن است. قاعده منع استناد به دلیل شفاهی یکی از قواعد شکلی است. به موجب این قاعده، مفاد قرارداد مبین تمام توافقاتی که در تعارض با آن باشد، پذیرفته نخواهد شد. البته این قاعده صرفاً یک فرض حقوقی است و خلاف آن قابل اثبات است. به عبارت دیگر، قاعده حقوقی صرفاً یک قاعده شکلی و فرض حقوقی جهت اثبات است و برای طرفین قرارداد، در صورت وجود دلیل، این امکان وجود دارد که خلاف این فرض را ثابت کنند. اگر اختلاف میان طرفین قرارداد در محاکم حادث گردد، محاکم به ظاهر سند توجه می‌کنند. چنانچه سند قرارداد از نظر عرفی کامل باشد، قاعده منع استناد به دلیل شفاهی جاری می‌شود و ادعای شفاهی متعارض با آن مسموع نیست، مگر این‌که طرف مقابل با ارائه دلیل خلاف آن را اثبات کند. این در حالی است که در شرط ادغام، خلاف مفاد قرارداد قابل اثبات نیست و با ادله شفاهی نمی‌توان خلاف قرارداد را ثابت کرد، حتی اگر ادله شفاهی وجود داشته باشد؛ یعنی در شرط ادغام، اثبات وجود مذاکرات و توافقات قبلی مؤثر نیست و چیزی را عوض نمی‌کند. در نتیجه، با قرار دادن شرط ادغام، میان موارد مورد توافق با مفاد قرارداد تفاوت قائل می‌شوند؛ به این معنا که آن‌چه از ناحیه طرفین قابلیت الزام‌آور بودن را دارد، صرفاً مفاد قرارداد است و توافقاتی متعارض قبلی که در قرارداد نیامده است، اولاً الزام‌آور نیستند. ثانیاً قابلیت اثبات ندارند. با درج شرط ادغام در قرارداد، همه توافقات و اظهارات پیشین را بی اعتبار می‌کنند و مجال اثبات آن از مدعی گرفته می‌شود. در مباحث حقوق تعهدات و قراردادهای آموخته‌ایم که سند قرارداد چون بر توافق و تراضی دلالت می‌کند، دارای اعتبار است، ولی با درج شرط ادغام، مفهوم سند قرارداد، متفاوت خواهد شد؛ چون در فرض درج شرط ادغام، این، خود قرارداد است که اصالت دارد و موارد دیگر را نمی‌توان به قرارداد اضافه کرد، حتی اگر تراضی و توافق بر آن احراز و اثبات گردد.

1. Parol evidence rule

2. No oral modification

گفتیم یکی از شروطی که به شرط ادغام شباهت دارد، شرط ممنوعیت اصلاح شفاهی قرارداد است. این شرط بیان می‌کند که هر گونه اصلاح قراردادی بایستی همراه با شکل نوشتاری باشد. این شرط بر اساس اصل آزادی قراردادها پذیرفته شده است و معمولاً با شرط ادغام در قراردادها ظاهر می‌شود تا به نحو دیگری از نفوذ تعدیل شفاهی قرارداد هنگام اجرای آن جلوگیری کند.

برای این که این شرط در ضمن یک قرارداد بتواند مؤثر واقع شود و قاضی را در رسیدن به اختلاف حادث شده از ادله شفاهی خارج از متن قرارداد بی‌نیاز سازد، ضرورت دارد که قرارداد کامل باشد. منظور از کامل بودن قرارداد این است که قرارداد، حاوی همه شروط اساسی و حقوق و تعهدات مرتبط با قرارداد باشد. در حقوق داخلی، نبود سنت قراردادنویسی و کامل نبودن مفاد قراردادها از این نظر که حاوی همه حقوق و تعهدات طرفین قراردادی باشد، باعث می‌شود از تأثیر شرط ادغام کاسته شود، به نحوی که اگر واقعیت‌های توافق طرفین به طور کامل در قرارداد درج نشود، این امر، انگیزه‌ای خواهد بود که برای احراز واقع به ادله خارجی و شفاهی نیز مراجعه شود، هر چند شرط ادغام در قرارداد درج شده باشد. برای مثال، اگر تصور شود که طرفین در متن کتبی قرارداد خود، هیچ چیز جز شرط ادغام ننویسند، قاعدتاً این قرارداد، هیچ نقطه روشنی برای رسیدگی قاضی یا داور ایجاد نمی‌کند و مقام رسیدگی‌کننده به ناچار بایستی شرح تعهدات را از زبان طرفین یا شاهد تعریف شده بشنود. بنابراین، در هر قرارداد، بسته به نوع و ماهیت آن بایستی در متن قرارداد راجع به حقوق و تعهدات طرفین تعیین تکلیف شود، مثل: مشخصات طرفین، موضوع قرارداد، بهای کالا یا خدمات، مدت قرارداد، نحوه اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، روش پرداخت، موارد فسخ یا انفساخ، موارد عدم مسئولیت، شیوه حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد، قانون حاکم بر قرارداد، مشخصات دقیق مبیع و کالا یا خدمات از نظر ماهیت و اوصاف و اطلاعات کامل از نحوه اجرای قرارداد و تبیین مفاهیم موجود در قرارداد به نحوی که از هر گونه برداشت یا تفسیر متفاوت جلوگیری شود.

بند چهارم. ایرادهای وارد به شرط تمامیت متن قرارداد

برخی صاحب نظران، وجود شرط ادغام را زیر سؤال برده‌اند. آن‌ها درباره اعتبار شرط ادغام ایراد وارد کرده‌اند که این شرط به موجب ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرطی بی‌فایده و باطل است؛ چون طرفین با تهیه متن مکتوب نهایی دقیقاً به دنبال هدفی هستند که از شرط ادغام حاصل می‌شود.

هم‌چنین درباره بی‌نفع بودن شرط ادغام بر این باورند که قرارداد مکتوب نهایی، اراده متأخر طرفین است و هر آن‌چه متعارض با متن مکتوب، پیش از آن، مورد تراضی قرار گرفته است، با انعقاد متن مکتوب نهایی قرارداد که بیانگر آخرین اراده آن‌هاست، بی‌اثر خواهد شد. به این ترتیب، معتقدند دیگر نیازی به شرط ادغام نیست؛ زیرا اساساً کارکرد این شرط، ممانعت از وارد شدن توافق‌های قبلی حاصل از مذاکرات یا شروط بنایی و اظهاراتی است که در تعارض با متن مکتوب و نهایی پیش از عقد قرارداد بین طرفین قرار می‌گیرد.

گفتار دوم. تحلیل شرط تمامیت متن قرارداد در حقوق ایران

در قوانین ایران، تصریحی در خصوص شرط تمامیت متن قرارداد وجود ندارد و وضعیت آن را در حقوق ایران باید با تحلیل فقهی و حقوقی مشخص کرد که در ادامه بررسی می‌شود.

بند اول. تحلیل فقهی شرط تمامیت متن قرارداد

بسیاری از فقها بر این باورند که مهم‌ترین عامل به وجود آورنده قرارداد، تراضی است و آن‌چه موضوعیت دارد، بیان اراده واقعی و قصد باطنی متعاملین است که می‌تواند به هر طریق از جمله با هر لفظ یا فعل بیان شود. البته اعلام تراضی در بعضی موارد استثنایی در فقه از طریق فعل قابل تحقق نیست. اعمال حقوقی که در آن، تراضی طرفین از طریق فعل برداشت می‌شود، به این دلیل در فقه معتبر است که نشان‌دهنده قصد باطنی طرفین بر تراضی است. مباحثی مانند شروط بنایی، تبانی، اختلاف در اعتبار یا عدم اعتبار این شروط، نزدیک‌ترین عناوین فقهی است که با شرط ادغام یافت می‌شود.

مذاکرات پیش از انعقاد عقد گاه حاوی تعهداتی است که بین طرفین از آن سخن به میان می‌آید، بی‌آن‌که در متن عقد ذکر شود و مبنای قصد طرفین قرار گیرد. این تعهدات را در فقه، شرط بنایی نامیده‌اند.^۱ پس هر گاه در عقد بر مبنای گفت‌وگوهای مقدماتی قبل از انشا، شرطی، مبنای توافق قرار گیرد، آن را در اصطلاح، شرط بنایی یا شرط تبانی می‌نامند.^۲

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۹، ص ۱۹۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶.

در فقه، اختلاف نظر در اعتبار شرط تبانی بسیار است و بیش‌تر فقها آن را فاقد نیروی الزام‌آور می‌دانند. برای مثال، به نظر میرزای نایینی، چنان‌چه طرفین بخواهند قصدشان در عقد مؤثر باشد، باید آن را در عقد بیاورند؛ زیرا توافق قبلی و قصد درونی به تنهایی کفایت نمی‌کند. صاحب عناوین نیز لزوم شرط را منوط به درج در متن عقد می‌داند. از نظر اینان، شرط در صورتی لزوم پیدا می‌کند که در متن عقد ذکر شود و قصد درونی به تنهایی نمی‌تواند معامله را مقید سازد. فرض بر عدم است و برای اعتبار شروط بنایی نیز شرط باید در قالب عقد و در متن آن ذکر شود. بجنوردی، قائل به وجود هرگونه شرط تابع اراده و قصد طرفین در مرحله ثبوت است. در مرحله اثبات، این‌که طرفین، قصد معامله با قید یا شرطی خاص داشته‌اند، به ارائه دلیل هنگام اعلام اراده و استعمال الفاظ نیاز دارد؛ زیرا با اطلاق عقد، فرض بر این است که عقد بدون قید و شرط تحقق یافته است.

با این حال، بعضی از فقها^۱ به ارتباط شرط با عقد توجه دارند. به باور آنان، رضایت طرفین موجب لزوم شرط می‌شود و زمان نمی‌تواند ملاک شناسایی لزوم شرط قرار بگیرد. ذکر نشدن در عقد لزوماً نشان‌دهنده نبود قصد مشترک نیست.^۲ محقق اصفهانی (متوفی ۱۳۶۱ ه.ق)، حاشیه‌نویس مکاسب پس از تحلیل معنای شرط، شرط تبانی را الزام‌آور دانسته است و از آن به عنوان یک امر بدیهی یاد می‌کند.^۳ فقهای متأخر از لفظ‌گرایی جدا شده‌اند و با توجه به قصد و نیت انشا در معاملات، استفاده از هر روش متعارف را برای اعلام اراده جهت انعقاد عقد مؤثر می‌دانند. از نظر اینان، در تحقق اعمال حقوقی، شیوه اعلام اراده به جهت حکایت از قصد موجب اعتبار خواهد بود.^۴

راحت‌تر بودن اثبات اراده ظاهری نسبت به اراده باطنی، دلیل اصلی بحث اعتبار شروط بنایی در فقه است؛ زیرا صراحت ابراز اراده موجب می‌شود تا شروط بنایی و هر آن‌چه خارج از سند نهایی قرارداد باشد، داخل در تراضی محسوب نگردد و این اراده صریح به طریق اولی، واجد اعتبار خواهد

۱. هرمزی، خیرالله، «اراده ظاهری و اراده باطنی و نقش آن در تفسیر قرارداد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶، ص ۶۷.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۹.

۳. همان، ص ۱۱۷.

۴. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب (جلد ۵)، بی‌تا؛ بی‌نا، ۱۳۹۶ ه.ق، ص ۱۷۱.

۵. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱)، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۲۷۰.

بود. پس برای اعتبار نداشتن آن، آوردن دلیل لزوم پیدا می‌کند. در مورد شرط ادغام، مسئله اثبات مطرح نیست، حال آن‌که در فقه، اعتبار شروط بنایی در مرحله اثبات محل بحث است. به بیان دیگر، شرط ادغام وقتی به طور صریح بیان می‌شود که هر آن چه غیر از سند نهایی، بی اعتبار است، به دلیل حاکمیت اراده و محوریت تراضی بر الزام‌آوری شروط و تعهدات، ماهیتاً شرط ادغام از اعتبار برخوردار خواهد بود.

سابقه‌ای از طرح دقیق شرط انحصار کتبی قرارداد در منابع معتبر فقهی مطالعه شده مشاهده نمی‌شود. با این همه، از بحث‌های فقهی مرتبط می‌توان نتیجه گرفت که در فقه، عرف و عادت و اراده ضمنی در تفسیر و تکمیل قرارداد که شروط بنایی جزئی از آن است، از اهمیت بسیار برخوردار است و در زمره مباحث کاربردی در باب اعتبار اظهارات پیش از قرارداد به شمار می‌رود. در فقه، شرط بنایی یا تبانی به تعهدات ضمن مذاکرات پیش از عقد که در متن عقد ذکر نشده است، اطلاق می‌شود^۱ و باید پذیرفت که اعتبار آن در فقه، محل اختلاف است. مشهور فقها چنین شرطی را الزام‌آور نمی‌دانند و حتی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند.^۲ اصل بر عدم شمول شروط تبانی است، مگر خلاف آن ثابت شود. از طرفی، با وجود پذیرش اصل حاکمیت اراده طرفین از جمله بر محدوده و قلمرو شرط انحصار کتبی در فقه، تمایل روزافزون به پذیرش اعتبار و لزوم شروط تبانی در میان فقهای معاصر دیده می‌شود.^۳

در حقوق ایران، شرط ضمنی و بنایی (تبانی) به عنوان بخشی از قرارداد به رسمیت شناخته شده است و حقوق دانان با وحدت ملاک از مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، مفاد بنایی را معتبر دانسته‌اند.^۴ به نظر یکی از استادان حقوق، مفاد ضمنی قرارداد شامل حکم عقل، بدهت (که شروط تبانی، یکی از موارد آن شناخته شده است)، قانون و عرف قراردادی می‌شود؛^۵ نتیجه‌ای که در فقه نیز پذیرفته شده است. هم چنین یکی از فقها و حقوق دانان معاصر با استناد به بند ۷ ماده ۱۳ قانون

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۰۰.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب (جلد ۲)، بیروت: مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ هـ.ق، ص ۱۲۵.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۵.

۴. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۰۰؛ کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۷.

۵. کاتوزیان، پیشین.

آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸، شرط بنایی را قانونی می‌داند.^۱ البته برخی حقوق دانان نیز شرط تبانی یا بنایی را از شرط ضمنی متفاوت می‌دانند، هر چند به صحت هر دو نظر دارند.^۲

از منظر فقهی، شرط انحصاری که موجب استثنا شدن منابع و عوامل مؤثر در تفسیر قرارداد و آن‌چه طرفین خارج از قرارداد بر آن اراده کرده‌اند، از قبیل: مذاکرات، روابط و تعهدات پیش از قرارداد می‌شود، مشروع است. شرط انحصار بر اساس معیارهای فقهی در زمره شروط صحیح است و نامشروع، نامقدور و بی‌فایده محسوب نیست. آن‌چه در فقه محل اختلاف است، قلمرو امکان اعمال این شرط در تفسیر شرایط قرارداد است.

بند دوم. شرط تمامیت متن قرارداد در قوانین ایران

در حقوق ایران بر اساس اصل آزادی قراردادی، توافق‌های بین طرفین نافذ است، مگر این‌که با مانع نظم عمومی و اخلاق برخورد کند. آزادی اشخاص در انشای عمل حقوقی، انتخاب نوع عقد یا ایقاع، طرف عقد، تعیین حدود آثار آن و شروط مندرج ضمن عقد، نتیجه آزادی قراردادی است.^۳ هم‌چنین با توجه به اصل رضایی بودن قراردادها و بر اساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی، در صورتی که در شکل خاصی از توافق، رعایت تشریفات مربوط لازم باشد، امکان تراضی به تشریفات وجود دارد.^۴

در عین حال، به موجب اصل آزادی قراردادی که از جمله مبانی آن، آیه «... المؤمنون عند شروطهم...» است،^۵ اصل بر معتبر بودن تعهداتی است که انسان به اراده خود، به هر صورت که باشد، به وجود می‌آورد.^۶ بر همین اساس، تعیین محدوده این تعهد به اراده طرفین وابسته است؛ یعنی آن‌ها می‌توانند بر اساس آن‌چه پیش از عقد در گفت‌وگوهای خود در مورد تعیین شروط و محدوده تعهدات در موردش

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (جلد ۱)، چاپ ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۵.

۲. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران: مجد، ۱۴۰۲، ص ۴۱.

۳. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۸۲، ص ۵۷.

۴. کاتوزیان، پیشین، ص ۸۹.

۵. کاتوزیان، پیشین، ص ۱۴۵.

۶. جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، پیشین، ص ۱۲۱.

به توافق دست یافته بودند، در انعقاد شروط قرارداد نیز حاکم سازند. بنابراین، اگر طرفین نسبت به توافق‌های قبلی خود تا قبل از انعقاد قرارداد یا حتی هم‌زمان با آن، به این تراضی دست یابند که از آن توافق‌ها و اظهارات منصرف گشته‌اند، واجد اعتبار است؛ زیرا اراده طرفین در زمان انعقاد قرارداد مکتوب نهایی، آخرین اراده آن‌هاست که آن را مبنای توافق نهایی خود قرار می‌دهند.

بر اساس عموماً قانون مدنی، عقد با ایجاب از یک طرف و قبول از طرف دیگر محقق می‌شود. بیش‌تر عقود پیش‌بینی‌شده در قانون مدنی و همچنین قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی، تابع تشریفات خاص نیست و کتبی یا شفاهی بودن در صحت و لزوم آن تأثیری ندارد. وقوع عقد را می‌توان با یکی از ادله اثبات دعوا از قبیل اقرار، سند، شاهد، اماره و سوگند اثبات کرد. بنابراین، کتبی بودن، شرط صحت معامله نیست، اما بر خلاف قراردادهای مدنی، اسناد و مدارک پیمان‌های اداری همگی تابع اصل کتبی بودن، ممضی به امضای طرفین بودن و نیز امضای مقام‌های صالح اداری است.^۱

وفق مواد مربوط به معاملات دولتی از جمله ماده ۳۱ آیین‌نامه معاملات دولتی، مصوب ۱۳۴۹ کمیسیون مجلسین سابق باید نکاتی در هر قرارداد رعایت شود که بر لزوم کتبی بودن آن دلالت دارد. هم‌چنین ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ می‌گوید: «معاملات وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید، فروش، اجاره، استجاره و پیمان‌کاری و اجرت‌کاری و غیره (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید حسب مورد از طریق مناقصه و مزایده برگزار شود».

فرآیند برگزاری مناقصه که برای معاملات دسته بزرگ بر اساس ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات مصوب سال ۱۳۸۳ پیش‌بینی شده، گویای این مطلب است که مناقصه باید به صورت کتبی اجرا گردد. مستفاد از مواد قانون محاسبات عمومی، آیین‌نامه اموال دولتی و دیگر مواد قانون برگزاری مناقصات، تنظیم قراردادهایی که موضوعشان، پیمان‌کاری دولتی است، باید با تشریفات مناقصه انجام پذیرد که در نهایت، انعقاد قرارداد با برنده مناقصه نیز با استناد به بند (پ) ماده ۲۱ قانون مناقصات باید به شکل کتبی باشد. بر همین اساس، دستگاه‌های اجرایی حتی در انجام معاملات جزئی و پیمان‌های شفاهی نیز موظف به تهیه اسناد کتبی‌اند. علاوه بر این، همه

۱. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: دانش‌نگار، ۱۳۹۴، ص ۱۴۰.

دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمان‌کاران برای انعقاد قرارداد با پیمان‌کاران و مشاوران باید از قراردادهای تیبی استفاده کنند که این سازمان تهیه کرده است. این قراردادهای تیبی از تاریخ ابلاغ بخش‌نامه شماره ۱۰۲/۱۰۸۸۵۴/۸/۴۲ مورخ ۷۸/۳/۳ سازمان برنامه و بودجه با استناد به ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه و آیین‌نامه اجرایی اش تهیه شده‌اند. اگر نیاز دستگاه اجرایی با مفاد قراردادهای تیبی و پیمان و شرایط عمومی آن رفع نگردد، دستگاه اجرایی مکلف است با اعلام تغییرات مورد نظر خود به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، منتظر تأیید آن سازمان باشد تا قرارداد مورد نظر خود را منعقد کند.

هم‌چنین برابر تصویب‌نامه شماره ۳۸۳۲ ت ۲۷۵۶ هـ مورخ ۸۱/۹/۵ هیئت وزیران، مورد دیگری از قراردادهای دولتی که باید در قالب قراردادهای فرم استاندارد منعقد شود، قراردادهای واگذاری فعالیت‌های پشتیبانی و خدماتی دستگاه‌های اجرایی است که باید با هماهنگی وزارت امور اقتصادی و دارایی صورت پذیرد. بر اساس ماده ۹ قانون نمونه پیمان‌کاری آنسیترال: «کلیه مکاتبات، دعوت‌نامه‌ها آگهی‌های مناقصه و نهایتاً قراردادهای باید به صورت فرم مکتوب در یک مجموعه تهیه و نگه‌داری شود». کشورهایی که قانون آنسیترال را پذیرفته‌اند، باید به این روش اقدام کنند؛ چون این روش موجب می‌شود در صورت بروز اختلاف بین طرفین، با مراجعه به مجموعه یادشده، خود به ارزیابی آن پردازند. آنسیترال از این روش به عنوان self enforcing . self policing نام می‌برد و آن را روشی مؤثر در حل اختلاف قلمداد می‌کند.

باید توجه کرد که مکتوب بودن قراردادها موجب تشریفات بودن آن‌ها نمی‌گردد و بر همین اساس، اسناد کامپیوتری (EDI) نیز از مصادیق کتبی بودن هستند که می‌توان در مقام اثبات از آن‌ها استفاده کرد. علاوه بر قرارداد پیمان و مکاتبات هنگام قرارداد، اسنادی نیز که در تشخیص صلاحیت و رتبه‌بندی پیمان‌کاران به عنوان ادله ابراز می‌شوند، باید کتبی و مستند باشند.

یادآور می‌شود دادگاه‌های ایران هم‌چنان بر اساس قانون مدنی و احکام ادله اثبات دعوا به قراردادهای شفاهی نیز رسیدگی می‌کنند و رعایت نشدن اصل کتبی بودن قراردادهای پیمان عموماً موجب صدور قرار عدم استماع دعوا در رسیدگی نمی‌شود.^۱

۱. اعلایی‌فرد، محمدعلی، «اصول حاکم بر قراردادهای پیمان‌کاری دولتی»، مجله حقوقی عدالت آرا، ۱۳۸۴، شماره ۱، ص ۶۴.

بند سوم. شرط تمامیت متن قرارداد در پروژه‌های عمرانی و قراردادهای پیمان‌کاری دولتی

مبحث اول. مفهوم پروژه‌های عمرانی

عمران به معنای آبادانی، سازندگی و رونق است و پروژه هم به مجموعه‌ای از وظایف و کارها اطلاق می‌شود که باید در یک دوره زمانی مشخص با توجه به منابع، امکانات و محدودیت‌ها اجرا شود. با این اوصاف، پروژه عمرانی به پروژه‌ها و اقداماتی گفته می‌شود که شامل ساخت‌وساز است و حاصل آن، آبادانی و رونق باشد. این پروژه‌ها شامل طیف وسیعی از کارهای ساخت‌وساز مانند ساختمان‌سازی، سدسازی، راه‌سازی، مراکز خرید و ورزشی و نظیر آن می‌شود.

وجود پروژه‌های عمرانی از معیارهایی است که با آن می‌توان توسعه اقتصادی یک کشور را ارزیابی کرد. این پروژه‌ها در مقیاسی وسیع توسط دولت‌ها اجرا می‌شوند. دولت‌ها از بیش‌ترین میزان قدرت و ثروت در جهان برخوردارند. از این جهت، معاملات دولتی، بیش‌ترین میزان معاملات و مبادلات مالی را از لحاظ تعداد و ارزش مالی به خود اختصاص می‌دهند. هر ساله، بخش بزرگی از بودجه دولت‌ها برای اجرای طرح‌های عمرانی در بخش‌های زیربنایی مانند صنعت، حمل و نقل، راه‌سازی، کشاورزی، مسکن، بهداشت عمومی، آموزش و ارتباطات صرف می‌شود که در زمره اعمال تصدّی است.^۱

مبحث دوم. ماهیت قراردادهای دولتی

نظام حقوقی فرانسه و نیز بیش‌تر حقوق‌دانان در حقوق ایران، قراردادهایی را که برای انجام پروژه‌های عمرانی میان دولت و پیمان‌کاران منعقد می‌شود، قراردادهای اداری و گاه برحسب مورد، «قراردادهای دولتی» یا «پیمان‌های عمومی» نامیده‌اند.^۲

ماهیت قراردادهایی که دولت‌ها با اشخاص خصوصی منعقد می‌کنند، مورد اختلاف است. گروهی، قائل به وحدت ماهیت قراردادهای عمومی و خصوصی هستند. از دیدگاه اینان که سرشناس‌ترینشان،

۱. همان، ص ۵۶.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، «اصول حاکم بر نظم و انعقاد قراردادهای دولتی»، مجله کانون وکلا، ۱۳۷۶، دوره جدید، شماره ۱۱، صص ۱۶۶-۱۶۷.

لئون دوگی فرانسوی است، قراردادهای عمومی نیز از قواعد حقوقی مدنی و تجارتی در باب معاملات و قراردادها تبعیت می‌کنند و اصول نسبی بودن قراردادها، حاکمیت اراده و شرایط اساسی صحت معاملات که بر قراردادهای خصوصی حاکم است، در قراردادهای عمومی نیز رعایت می‌شود. از سوی دیگر، قواعد آمره حقوق کار، حقوق تأمین اجتماعی و حقوق مالیاتی بر قراردادهای خصوصی نیز تحمیل می‌شود و معافیت‌های استثنایی در قراردادهای دولتی موجب تفاوت این قراردادها با قراردادهای خصوصی نمی‌شود. لزوم رعایت مقررات قانون محاسبات عمومی و آیین‌نامه معاملات دولتی در قراردادهای دولتی نیز ناشی از الزامات اداری است و رعایت نشدن آن‌ها، تنها نوعی تخلف اداری است و موجب بطلان قرارداد یا خدشه به صحت آن نیست. در رسیدگی به اختلافات ناشی از این قراردادها، اصل بر صلاحیت محاکم عمومی است؛ هرچند صلاحیت مرجع اداری نیز موجب تفاوت ماهیت قراردادهای دولتی و خصوصی نمی‌شود.

در مقابل، گروهی دیگر به استناد اصل تفکیک حقوق عمومی و خصوصی، ماهیت و انعقاد قراردادهای دولتی را تابع حقوق عمومی و متفاوت با قراردادهای خصوصی می‌دانند. از نظر اینان، هدف نهایی قراردادهای دولتی، حفظ حقوق دولت و منافع عمومی است. به همین دلیل، قواعد حاکم بر انعقاد آن‌ها نیز امری است و رعایت نشدن آن‌ها موجب بطلان می‌شود. از یک سو، قراردادهای دولتی شامل طیف وسیعی از قراردادها مانند اجاره، رهن، خرید کالا و حمل و نقل می‌شوند که تابع قواعد عام قانون مدنی و مقررات خاص آن‌ها نیستند و با قراردادهای خصوصی تفاوتی ندارند. از سوی دیگر، قراردادهایی هم چون اعطای امتیاز، نمایندگی یا قراردادهای استخدامی مشمول قواعد آمره حقوق عمومی مانند قانون محاسبات عمومی هستند و قواعد خاص خود را دارند.

قراردادهای پیمان‌کاری ساخت یا مقاطعه‌کاری از کامل‌ترین قراردادهای دولتی است و به طور معمول شامل موافقت‌نامه، شرایط عمومی پیمان، شرایط اختصاصی پیمان، جدول زمان‌بندی کل، فهرست بها و تعیین مشخصات فنی کار و نقشه‌های اجرایی آن می‌شوند. در قراردادهای گروه اول (لازم‌الاجرا)، در صورت تعارض این اسناد، حل تعارض با توجه به اولویت آن‌ها صورت می‌گیرد. به این ترتیب، موافقت‌نامه بر شرایط عمومی پیمان، شرایط عمومی پیمان بر شرایط اختصاصی و شرایط اختصاصی بر مفاد اسناد تکمیلی و قراردادهای الحاقی ارجحیت دارند. البته در قراردادهای گروه‌های دوم و سوم با توجه به تفاوت میان بندهای (۱) و (۲) ماده (۷) آیین‌نامه استانداردهای

اجرایی طرح‌های عمرانی (مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ هیئت وزیران)، دست‌طرفین در تعیین ترتیب اسناد بازتر است. به هر روی، به موجب بند ۱۰۳ دستورالعمل نحوه تکمیل و تنظیم موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌ها و مقررات مربوط به آن‌ها در تنظیم قراردادهای پیمان‌کاری گروه اول (لازم‌الاجرا)، شرایط اختصاصی نباید با شرایط عمومی پیمان و شرایط عمومی پیمان نیز نباید با موافقت‌نامه تعارض داشته باشد.^۱

مبحث سوم. شرایط عمومی پیمان

۱. دلایل تصویب شرایط عمومی پیمان

قراردادهای پیمان‌کاری به ویژه در اقتصاد کشورهای در حال توسعه به دلایل مختلف از جمله اصلاح فرآیندهای حقوقی و اقتصادی کشورها تهیه می‌شوند. از جمله این اصلاحات، یکسان‌سازی قواعد حاکم بر قراردادهای پیمان‌کاری است. از این جمله است تلاش‌های کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) از سال ۱۹۸۶ که در بیست و ششمین نشست این کمیسیون در ۲۳ جولای ۱۹۹۳ منجر به تصویب قانون نمونه درباره پیمان‌کاری و تهیه کالا مشتمل بر ۵۷ ماده شد. در این قانون و راهنمای اجرایی آن، مباحثی در خصوص نحوه برگزاری مناقصات، مزایده‌ها و شرایط صلاحیت پیمان‌کاران به جامعه جهانی ارائه شده است. با توجه به مبنا و هدف تهیه قانون آنسیترال و موافقت‌نامه پیمان‌کاری دولتی گات معروف به GAP، پیمان‌کاران خارجی نباید به علت ملیت و وابستگی ملی، از ورود در مناقصات، حسب ماده ۸ قانون آنسیترال منع شوند.^۲

در ایران نیز سازمان برنامه و بودجه از نظر سهولت مراجعه و به منظور ایجاد زبان مشترک فنی و اجرایی بین دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور و پیمان‌کاران و سازندگان و دیگر عوامل اجرایی (مواد ۱ و ۴ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی «مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ هیئت وزیران») و احیاناً برای پیش‌گیری از سوء استفاده از اموالی که در دست بخش دولتی است و صیانت از حقوق و منافع عمومی، ممانعت از تضییع اموال دولتی و تبانی در معاملات دولتی و جلوگیری از فساد

۱. علایی فرد، پیشین، ص ۵۹.

2. Arrowsmith, Sue, Public Procurement: An Appraisal of UNCITRAL Model Law as A Global Standard, International and Comparative Law Quarterly, Vol 53 Jan, 2004, pp. 1746..

اداری و در نهایت، حمایت از پیمان‌کاران و سازندگان در مقابل قدرت دولت، قراردادهای همسان دستگاه‌های اجرایی را تهیه کرده است. این قراردادهای همسان در سه گروه لازم‌الاجرا (گروه اول)، قابل تغییر برحسب شرایط خاص کار (گروه دوم) و کاملاً اختیاری و ارشادی (گروه سوم) می‌گنجند. ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی «مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ هیئت وزیران» در قراردادهای همسان گروه اول، شرایط اختصاصی نباید با شرایط عمومی در تعارض قرار گیرند.

گفتیم که طرح‌های عمرانی، یکی از معیارهای ارزیابی میزان توسعه اقتصادی یک کشور هستند. دولت در مقیاس گسترده، این طرح‌ها را اجرا می‌کند. به دلیل وسعت و هزینه‌های زیاد این طرح‌ها، نبود سازوکارهای مناسب در مقررات مربوط موجب سوء استفاده در بخش دولتی می‌شود. از این رو، این امر، یکی از مهم‌ترین دلایلی است که بر اساس آن، بخش دولتی در این طرح‌ها، مکلف به رعایت شرایط عمومی شده است.

هدف سازمان برنامه و بودجه از تصویب موافقت‌نامه و شرایط عمومی پیمان که آن را در سال ۱۳۴۰ تصویب کرده و از آن زمان تا کنون بارها اصلاح شده، معرفی الگویی است که (با وجود کاستی‌های فراوان) باید در روابط میان پیمان‌کاران و کارفرمایان، مبنا قرار گیرد. شرایط عمومی پیمان با تعیین حدود مسئولیت‌ها و اختیارات پیمان‌کار، کارفرما و دیگر اشخاص دخیل در طرح عمرانی و به حداقل رساندن نقاط کور و خلأهای قرارداد و پیش‌گیری از چالش‌های احتمالی درصدد است راه بر سوء استفاده سودجویان ببندد و اتلاف زمان و بودجه در طرح‌ها به حداقل برسد. بنابراین، نادیده گرفتن موارد مندرج در نشریه شماره ۴۳۱۱ می‌تواند برای اطراف قرارداد، مشکلات متعددی ایجاد کند.^۱

در حالت ایدئال، شرایط عمومی پیمان باید ظرفیت ارائه قالب قراردادی مناسب برای اطمینان از اتمام پروژه در مهلت تعیین شده و رعایت استانداردهای لازم در آن با صرف هزینه و زمان حداقلی را داشته باشد. هم‌چنین این قالب قراردادی باید با اصول و موازین حقوقی منطبق باشد؛ به نحوی که بسترهای مورد نیاز، برابر با عرف اجتماع در امور شغلی، مسائل مالی و سازوکارهای حل چالش‌ها و تعیین فرد محق در صورت بروز اختلاف برای طرفین قرارداد فراهم گردد.

۱. اعلامی فرد، پیشین.

۲. جایگاه قانونی شرایط عمومی پیمان در حقوق ایران

سازمان برنامه و بودجه به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه، آیین‌نامه اجرایی آن و نظام فنی و اجرایی طرح‌های عمرانی کشور، شرایط عمومی و شرایط اختصاصی پیمان و مقررات آن‌ها را در بخش‌نامه شماره ۱۰۸۸/۲۰-۸۴۲/۴۵ مورخ ۱۳۷۸، در قالب نشریه شماره ۴۳۱۱ (چاپ دوم سال ۱۳۷۸ شامل ویرایش شرایط عمومی و شرایط اختصاصی پیمان) به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمان‌کاران ابلاغ کرده است که هم‌اکنون نیز در پیمان‌های طرح‌های عمرانی دولتی ملاک عمل است.^۱ یادآوری می‌شود شرایط عمومی پیمان برای گروه اول، موضوع بند (۱۱) ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی (مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ هیئت وزیران) لازم‌الاجراست و باید در انعقاد پیمان‌های دولتی بر اساس آن‌ها اقدام کرد. چنان‌چه شرایط عمومی پیمان نشریه ۴۳۱۱، نیازهای طرفین قرارداد را پوشش ندهد، دستگاه اجرایی موظف به اعلام نیازهای خود به سازمان برنامه و بودجه است و باید مطابق نظر این سازمان برای تأمین نیاز خود در طرح مفاد قرارداد اقدام کند.^۲

مبحث چهارم. آثار درج شرط تمامیت متن قرارداد در شرایط عمومی پیمان

پیش‌تر اشاره شد که سازمان برنامه و بودجه، قراردادهای همسان برای دستگاه‌های اجرایی را تهیه کرده است. در پیمان‌های دولتی، شرط تمامیت متن قرارداد را باید در چارچوب ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی طرح‌های عمرانی (مصوب ۳۰ تیر ۱۳۵۲ هیئت وزیران) تحلیل کرد.^۳ به موجب

۱. ابراهیمی، امین و محمد ابراهیمی، «بررسی و ارائه پیشنهادهای در مورد برخی از مفاد ماده‌های شرایط عمومی پیمان (نشریه ۴۳۱۱)»، *نخبگان علوم و مهندسی*، ۱۳۹۷، دوره ۲، شماره ۲، صص ۸۰-۹۲.
۲. همان.

۳. ماده ۷. دستورالعمل‌های موضوع این آیین‌نامه به سه گروه به شرح زیر تقسیم می‌شود:
بند ۱. گروه اول دستورالعمل‌هایی که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمان‌کاران و عوامل دیگر ضروری است، نظیر فرم ضمانت‌نامه‌ها، فرم پیمان‌ها، استانداردهای فنی تجزیه واحد بها و غیره.
بند ۲. گروه دوم دستورالعمل‌هایی که به طور کلی و برای موارد عادی تهیه می‌گردد و برحسب مورد، دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمان‌کاران و عوامل دیگر می‌توانند به تشخیص خود، مفاد دستورالعمل و یا ضوابط و معیارهای آن را با توجه به کار مورد نظر و در حدود قابل قبولی که در دستورالعمل تعیین شده، تغییر داده و آن را با شرایط خاص کار مورد نظر تطبیق دهند (نظیر حق الزحمه مهندسان مشاور و شرایط عمومی پیمان و مشخصات عمومی و غیره).
بند ۳. گروه سوم دستورالعمل‌هایی است که به عنوان راهنمایی و ارشاد دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور و پیمان‌کاران و سایر عوامل تهیه می‌شود و رعایت مفاد آن در صورتی که دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور، روش‌های

این ماده، قراردادهایی که دستگاه‌های اجرایی منعقد می‌کنند، به سه گروه دسته‌بندی می‌شوند. در ادامه، شرط تمامیت متن قرارداد در هر یک از این سه گروه را بررسی می‌کنیم.

۱. شرط تمامیت قرارداد در پیمان‌های لازم‌الاجرا (گروه اول)

به موجب بند (۱) ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی دستگاه‌های اجرایی، گروه اول شامل قراردادهای موضوع دستورالعمل‌هایی است که رعایت کامل مفاد آن از طرف دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمان‌کاران و عوامل دیگر ضروری است. بنابراین، در گروه اول اساساً بدون آن‌که سازمان و برنامه بودجه رأساً ویرایشی اصلاح‌شده حاوی این شرط را تهیه و به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ کند، امکان گنجانیدن شرط تمامیت متن قرارداد در موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان وجود ندارد و طرفین قرارداد صرفاً می‌توانند با رعایت دیگر قوانین و مقررات جاری کشور، اطلاعات خاص هر پروژه در موافقت‌نامه و شرایط خصوصی را (که صرفاً در توضیح و تکمیل مواردی از شرایط عمومی پیمان است که تعیین تکلیف برخی از موارد در آن‌ها به شرایط خصوصی پیمان موکول شده است و هیچ‌گاه نمی‌تواند مواد شرایط عمومی پیمان را نقض کند) تکمیل کنند. یادآوری می‌شود که این اطلاعات در خصوص موافقت‌نامه صرفاً شامل تاریخ انعقاد و نام طرفین، موضوع پیمان، مبلغ پیمان، ضرب پیمان، مدت پیمان، مهلت تجهیز کارگاه، مدت دوره تضمین، دستگاه ناظر و نشانی آن، نشانی کارفرما و پیمان‌کار می‌شود. اطلاعات یادشده در شرایط خصوصی نیز شامل مواردی هم‌چون تعداد کارشناسان (ماده ۱۷. الف)؛ آخرین مهلت پیمان‌کار برای ارائه برنامه زمانی تفصیلی اجرای کار (ماده ۱۸. ب)؛ تعیین جزئیات گزارش پیشرفت کار پیمان‌کار (ماده ۱۸. ه)؛ فهرست امکانات و تسهیلات تجهیز کارگاه، از قبیل ساختمان، راه، آب، برق، مخابرات و سوخت که کارفرما در اختیار پیمان‌کار قرار می‌دهد (ماده ۲۰. الف) و مواردی از این دست است و به هر حال، امکان اضافه کردن شرط تمامیت متن قرارداد در قراردادهای گروه اول (لازم‌الاجرا) وجود ندارد.

در پیمان‌های گروه اول (لازم‌الاجرا)، با فرض گنجانده شدن شرط تمامیت متن قرارداد در شرایط عمومی پیمان، طرفین، تابع مفاد آن هستند. دو فرض برای حالت اخیر متصور است: نخست، در صورت تعارض میان متن نهایی و کتبی قرارداد با مفاد مذاکرات شفاهی یا مندرجات اسناد کتبی

بهتری داشته باشند، اجباری نیست.

مبادله‌شده میان طرفین پیش از امضای قرارداد نهایی و دوم، تعارض نداشتن آن‌ها.

در فرض نخست، وجود شرط تمامیت متن قرارداد به معنای بی‌اثر بودن هر گونه توافق صریح یا ضمنی قبلی به موجب مکاتبات و مذاکرات است که با مفاد کتبی و نهایی قرارداد (مندرج در اسناد قراردادی نهایی) متعارض است.

در فرض دوم، به ویژه در مواردی که قرارداد (موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی) ساکت باشد، (مثلاً اگر برخی مشخصات مصالح در قرارداد تعیین نشده باشد)، اساساً تعارض میان دو حکم قبلی (مثلاً توافق‌های قبلی چه به شکل شفاهی و چه به شکل انواع مکاتبات و صورت‌جلسات و... قبلی) و متن نوشته، کتبی و نهایی قرارداد پیش نمی‌آید. بنابراین، چاره‌ای جز استناد به دیگر منابع (عرف، توافق‌های قبلی و...) برای پر کردن خلأ قرارداد و تعیین حقوق و تعهدات طرفین باقی نمی‌ماند. البته ممکن است یکی از آثار شرط تمامیت متن قرارداد در مقام حل تعارض میان شرط ضمنی عرفی (و نه شرط ضمنی بنایی) با مثلاً اظهارات شفاهی یا دیگر مکاتبات مبادله‌شده بین طرفین، بی‌اعتبار شدن این اظهارات شفاهی و مکاتبات باشد.

۲. شرط تمامیت قرارداد در پیمان‌هایی که برای موارد عادی منعقد می‌شوند (گروه دوم)

بند (۲) ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی دستگاه‌های اجرایی، شامل پیمان‌های گروه دوم می‌شود که رعایت کامل مفاد دستورالعمل‌های مربوط از طرف دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمان‌کاران و عوامل دیگر ضروری نیست. قراردادهای این گروه به طور کلی و برای موارد عادی تهیه شده‌اند و برحسب مورد، دستگاه‌های اجرایی و مهندسان مشاور و پیمان‌کاران و عوامل دیگر می‌توانند به تشخیص خود، مفاد دستورالعمل یا ضوابط و معیارهای آن را با توجه به کار مورد نظر و در حدود قابل قبولی که در دستورالعمل تعیین شده است، تغییر دهند و آن را با شرایط خاص کار مورد نظر تطبیق دهند (نظیر حق الزحمه مهندسان مشاور و شرایط عمومی پیمان و مشخصات عمومی و غیره). بنابراین، طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر، هر شرطی را که مغایر با حدود قابل قبول تعیین شده در دستورالعمل موصوف باشد، از جمله شرط تمامیت متن قرارداد در پیمان بگنجانند.

۳. شرط تمامیت قرارداد در پیمان‌های موضوع دستورالعمل‌های ارشادی (گروه سوم)

بند (۳) ماده ۷ آیین‌نامه استانداردهای اجرایی دستگاه‌های اجرایی شامل پیمان‌های گروه سوم

می‌شود که صرفاً شامل دستورالعمل‌هایی است که به عنوان راهنمایی و ارشاد دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور و پیمان‌کاران و دیگر عوامل تهیه می‌شود و رعایت مفاد آن در صورتی که دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات مشاور، روش‌های بهتری داشته باشند، اجباری نیست. بنابراین، طرفین بیش‌ترین آزادی عمل را در استفاده از اسناد موضوع این دستورالعمل‌ها یعنی موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان دارند؛ چون نه تنها هیچ الزامی در به‌کارگیری بدون کم و کاست اصل این اسناد ندارند (چنان‌که در گروه اول چنین است)، بلکه حتی به «حدود قابل قبولی که در دستورالعمل» مربوط آمده است (چنان‌که در گروه دوم چنین است)، محدود نیستند.

نتیجه‌گیری

شرط تمامیت متن قرارداد، شرطی نیست که خود، حاوی حق یا تعهد مستقیم راجع به اجرای موضوع پیمان باشد (مثلاً تکلیف پیمان‌کار به انجام کار. ساخت ساختمان یا جاده و نظیر آن. یا حق پیمان‌کار به دریافت مبالغ صورت وضعیت‌ها یا تکلیف کارفرما به پرداخت مطالبات پیمان‌کار یا تکلیف پیمان‌کار به صدور و تمدید ضمانت‌نامه بانکی و...)، بلکه یک «فراشرط» یعنی شرط تنظیم‌کننده شروط دیگر است. به دیگر سخن، شرط تمامیت متن قرارداد به مثابه یک فراشرط، راجع به آن است که اساساً قرارداد حاوی کدام شروط است (شروط کتبی و نهایی یا شروط شفاهی یا قبلی و...) و کارکرد آن حل تعارض میان شروط پیش‌گفته به سود شروط کتبی و مندرج در متن نهایی قرارداد است.

صرف نظر از این موضوع، الزامات و اقتضائات گنجاندن شرط تمامیت متن قرارداد در کدام یک از سه گروه قراردادهای نوع اول (لازم‌الاجرا)، نوع دوم (برای موارد عادی) و نوع سوم (ارشادی) با یکدیگر تفاوت دارد. در گروه اول، گنجاندن شرط تمامیت متن قرارداد به کلی خارج از اراده طرفین است و کاملاً در اختیار نهاد تنظیم‌گر قراردادهای پیمان‌کاری دولتی یعنی سازمان برنامه و بودجه است. در این صورت، ضروری است سازمان یادشده، ویرایش جدیدی که حاوی شرط تمامیت قرارداد باشد، تهیه، تصویب و به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ کند.

در گروه دوم، گنجاندن شرط تمامیت متن قرارداد در اسناد نهایی پیمان با مانع خاصی مواجه نیست، مگر آن‌که این شرط از «حدود قابل قبولی که در دستورالعمل» مربوطه تعیین شده است،

خارج شده باشد. چون شرط تمامیت متن قرارداد، یک فراشرط است و متعرض حقوق و تعهدات مستقیم طرفین نمی‌شود، بلکه صرفاً درصدد تنظیم شروط حاکم بر قرارداد و رفع تعارض میان شروط قدیم و جدید، شروط ضمنی بنایی و شروط ضمنی عرفی و شروط ناشی از مذاکرات شفاهی و مکاتبات است، به نظر نمی‌رسد با «حدود قابل قبولی که در دستورالعمل»‌ها آمده است، تعارضی داشته باشد. با وجود این، گنجاندن آن، بسته به مورد و منوط به بررسی این دستورالعمل‌ها و احراز عدم تعرض به «حدود قابل قبول در دستورالعمل»‌های موصوف است.

در گروه سوم نیز که طرفین بیش‌ترین آزادی عمل را دارند و اساساً اختیار کامل در به‌کارگیری (یا به کار نگرفتن) موافقت‌نامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان دارند، به طریق اولی، حق خواهند داشتند بدون هیچ‌گونه مانع و محدودیتی، شرط تمامیت متن قرارداد را در پیمان خود بگنجانند.

سخن آخر این است که به دلیل ماهیت متفاوت شرط تمامیت متن قرارداد که یک فراشرط است، با شروط معمول و متعارف قراردادی که به طور مستقیم راجع به حقوق یا تعهدات طرفین قرارداد در اجرای کارهاست، امکان تعارض میان شرط تمامیت متن قرارداد با شروط عادی به شرح پیش‌گفته وجود ندارد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: دانش‌نگار، ۱۳۹۴.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۴. حبیبی، محمود، تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۵. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۸۲.
۶. شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران: مجد، ۱۴۰۲.
۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۸. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (جلد ۱)، چاپ ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱)، تهران: سمت، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی، امین و محمد ابراهیمی، «بررسی و ارائه پیشنهاداتی در مورد برخی از مفاد ماده‌های شرایط عمومی پیمان (نشریه ۴۳۱۱)»، نخبگان علوم و مهندسی، ۱۳۹۷، دوره ۲، شماره ۲.
۲. اعلائی‌فرد، محمدعلی، «اصول حاکم بر قراردادهای پیمان‌کاری دولتی»، مجله حقوقی عدالت آرا، ۱۳۸۴، شماره ۱.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، «اصول حاکم بر نظم و انعقاد قراردادهای دولتی»، مجله کانون وکلا، ۱۳۷۶، دوره جدید، شماره ۱۱.
۴. ایزانلو، محسن و مینا چراغی، «شرط ادغام و اعتبار آن در فقه و حقوق ایران»، نشریه حقوق ملل، ۱۳۹۹، شماره ۳۸.

ج) پایان‌نامه

۱. امیران بخشایشی، عیسی، «نظریه شرط ضمنی در حقوق ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی قم، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۲. هرمزی، خیرالله، «اراده ظاهری و اراده باطنی و نقش آن در تفسیر قرارداد»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶.

۲. عربی

۱. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب (جلد ۵)، بی‌تا: بی‌نا، ۱۳۹۶ ه.ق.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب (جلد ۲)، بیروت: مؤسسة النعمان، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، شرح مکاسب (جلد ۲)، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۷.

3. Latin Source

1. Arrowsmith, Sue, **Public Procurement: An Appraisal of UNCITRAL Model Law as A Global Standard, International and Comparative Law Quarterly**, Vol 53 Jan, 2004, pp. 17-46.
2. DiMatteo, Larry A., Andre Janssen, Ulrich Magnus, Reiner Schulze, **International Sales Law: A Handbook**, London: Zed Books, 2021.
3. Eisenberg, Melvin, **A foundational principles of contract law**, oxford: university press, 2018.
4. Principles of international commercial contract, Rome: unidroit press, 1994.

امکان پذیر بودن یا نبودن ابطال تصمیم یا عدول از آن توسط مقام اداری

مسعود مهجوری^۱

کوروش استوارسنگری^۲

حسین علائی^۳

چکیده

مقامات اداری در اجرای وظایف خویش، روزانه، تصمیم‌های متعددی می‌گیرند که بر وضعیت اداری و شهروندان اثر می‌گذارد. مبنای اولیه برای اعمال این تصمیمات و نظارت بر آن‌ها، تعیین حدود صلاحیت مقام اداری است.

در این تحقیق به دنبال پاسخ این پرسش هستیم که آیا مقام اداری پس از تصمیم‌گیری و اجرای آن، صلاحیت ابطال و عدول از تصمیم خویش را دارد یا خیر؟ در این راستا ضمن تبیین تمایز عدول از ابطال و تعیین ابطال به عنوان ضمانت اجرای قضایی که از حوزه قضا وام گرفته شده است، صرفاً در مواجهه با تصمیمات غیر قانونی برای مقام اداری و عدول به عنوان استثنایی بر اصل منع برگشت یا تغییر تصمیم‌گیری‌های قانونی به موانع و استثنائات قابل عدول پرداخته می‌شود.

با توجه به اصولی هم‌چون اصل حاکمیت قانون و به تبع آن، عدم صلاحیت مقام اداری، حقوق مکتسبه و انتظار مشروع شهروندان، لزوم ثبات و قطعیت در تصمیم‌های اداری با هدف قابلیت پیش‌بینی و برنامه‌پذیری اعمال اداری، ابطال تصمیم اداری قانونی و عدول از سوی مقام تصمیم‌گیرنده نیز امری بر خلاف اصول حقوقی و قواعد اخلاقی است. البته می‌توان استثنائاتی بر این امر وارد دانست. هم‌چنین با تقسیم اعمال اداری قانونی به امکان‌پذیر بودن عدول از برخی تصمیم‌گیری‌ها نیز می‌پردازیم.

واژگان کلیدی: ایقاع اداری، تحدید صلاحیت، تصمیم اداری غیر قانونی، صلاحیت مقام اداری.

۱. دانشجو دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد واحد شیراز، (نویسنده مسئول)، masoudmahjouri0803@gmail.com

۲. عضو هیات علمی دانشکده حقوق و علوم انسانی دانشگاه آزاد شیراز، kourosh_ostovar_s@yahoo.com

۳. استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران، alae1364@yahoo.com

مقدمه

امروزه در حیات اجتماعی افراد، کم‌تر عرصه‌ای را می‌توان یافت که آثار تصمیمات و اقدامات مقامات اداری بر آن مترتب نشود. تغییر نقش دولت و به تبع آن، حوزه حقوق اداری، تحول در ابزار و فنون مقام اداری و اعطای صلاحیت‌گزینشی یا اختیاری را به همراه داشته که بیش از پیش، لزوم مذاقه در حدود صلاحیت مقام اداری را نمایان ساخته است. بیش‌ترین اعمال دولت که به صورت مستقیم و غیر مستقیم با حقوق شهروندان ارتباط پیدا می‌کند، به عنوان «اعمال اداری» تعریف می‌شوند. اعمالی که هر تصمیم یا اقدام یا فعل و ترک فعلی است که مقامات اداری و مأموران اداری دولتی و عمومی در مقام انجام وظیفه طبق قانون انجام می‌دهند و ناظر بر اشخاص و موارد معین است و آثار حقوقی دارد.^۱

در این راستا، اعمال حقوقی دولت به اعمال حقوقی یک‌جانبه و دوجانبه تقسیم شده که متناظر تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع در حقوق خصوصی است. بر این اساس، در حقوق اداری، اعمال حقوقی یک‌جانبه، اعمالی هستند که ناشی از اراده و قصد یک شخص یعنی مقام اداری صلاحیت‌دار است. در تقسیم‌بندی اعمال اداری یک‌جانبه، اختلاف نظرهایی وجود دارد. بر همین اساس بنا به نظر برخی نویسندگان، اعمال حقوقی یک‌جانبه اداری دو گونه‌اند: برخی از آن‌ها به صورت عام و غیر شخصی است. عام به این معنی است که حکم آن‌ها شامل همه افراد یا گروهی از افراد است و همه آن‌ها از نظر قانون برابرند. غیر شخصی به این معنی است که آن حکم ناظر بر وضع حقوقی معینی است، نه شخص معین. به عبارت دیگر، این حکم شامل یک وضع حقوقی یعنی یک رابطه حقوقی بین گروهی از افراد است، به گونه‌ای که هر کس در آن قالب قرار گیرد، مشمول آن شناخته می‌شود.^۲ از سوی دیگر، برخی از اندیشمندان، تمام اعمال یک‌جانبه صادرشده از مقامات اداری را عمل اداری نمی‌دانند، بلکه میان عمل اداره و عمل اداری تفکیک قائل شده‌اند.^۳ مطابق این نظر،

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد دوم)، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۷.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۳۰۲.

۳. استوارسنگری، کوروش، صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن (مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری)، تهران: مجد، ۱۳۹۳، ص ۲۲.

تمام تصمیم‌گیری‌های مقام اداری، ماهیت اداری نخواهد داشت، هر چند از جانب اداره صورت پذیرد. برای مثال، وضع قاعده عام‌الشمول برای تنظیم روابط اجتماعی، امری تقنینی است که در صلاحیت اولیه قوه مقننه است، اما بنا بر مصالحی به قوه مجریه نیز صلاحیت ثانویه در این مورد اعطا شده است. این گونه موارد، عمل شبه تقنینی محسوب می‌شوند، نه عمل اداری. هم‌چنین هنگامی که مقام اداری در مقام حل و فصل دعوا و مرافعه میان اشخاص تصمیم می‌گیرد، این تصمیم، شبه قضایی است که ماهیت قضایی دارد و بنا به مصالح و ضرورت در اختیار قوه مجریه قرار گرفته است. به این ترتیب، اعمال اداره در این دیدگاه به سه دسته کلی اعمال اداری، شبه تقنینی و شبه قضایی تقسیم می‌شوند.

در راستای نظریه اخیر، اگر مبنای تقسیم‌بندی اعمال اداره را نوع و ماهیت تصمیم ملاک قرار دهیم و نه موقعیت مقام تصمیم‌گیرنده، تصمیم‌های اداری مقامات غیر از قوه مجریه را نیز باید شبه اداری قلمداد کرد. با این اوصاف، در این مقاله، مراد از تصمیم اداری، مطابق تقسیم‌بندی اول، تصمیم‌های یک‌جانبه جزئی یا موردی است و مطابق تقسیم‌بندی دوم، اعمال اداری است. در حقوق عمومی به ویژه حقوق اداری، با توجه به حاکمیتی که دولت دارد، در روابط حقوقی، اصل بر اعمال و تصمیم‌های یک‌جانبه یعنی ایقاع استوار شده است، به این ترتیب که مقامات اداری و اجرایی در حدود وظایف و صلاحیت‌های خود تصمیم‌هایی می‌گیرند و اعمالی انجام می‌دهند که اصولاً به توافق با افراد نیازی ندارد و برای آن‌ها حق و تکلیف ایجاد می‌کند. بر این اساس، عمل اداری به ایقاع اثبات (مطلوب/موجد حق) و ایقاع اسقاط (نامطلوب/سالب حق) قابل تقسیم است که بر مبنای آثار و نتایج مثبت و منفی آن بر حقوق و امتیازات اشخاص دسته‌بندی می‌شوند. عمل اداری دوم را می‌توان مانع‌شونده^۱ یا منع‌کننده نیز نامید. رد تقاضای پرداخت کمک بلاعوض یا اخراج از کار، اعمال اداری آمرانه یا ممنوع‌کننده از نوع زیان‌آورند^۲ و اعطای بورس تحصیلی یا صدور مجوز برای ساختن یک خانه یا برقراری حقوق بازنشستگی که همگی مطلوب و موجد حق.

1. encumbering

۲. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۸۹، ص ۳۵۷.

در این مقاله به دنبال پاسخ این پرسش خواهیم بود که آیا مقام اداری پس از تصمیم‌گیری و اجرای آن، صلاحیت ابطال و عدول از تصمیم خویش را دارد یا خیر؟ به نظر می‌رسد با تفکیک اعمال اداری به موجد حق و سالب حق و قانونی و غیر قانونی، امکان ابطال تصمیم غیر قانونی و عدول از تصمیم سالب حق وجود داشته باشد. در این راستا ضمن تبیین تمایز عدول از ابطال، به موانع و موارد مجاز عدول و ابطال تصمیم اداری از سوی مقام تصمیم‌گیرنده پرداخته می‌شود. مهدی هداوند در مقاله «اصل لزوم در ایقاعات اداری»^۱ با توجه به تأثیر مستقیم تصمیم‌های یک‌جانبه اداری بر حقوق و زندگی شهروندان، انتفای تصمیم‌های اداری توسط مقامات دولتی را به دلیل آثار منفی آن برای حقوق شهروندان، مغایر با انتظار مشروع می‌داند و معتقد است که باید به دیده احترام به آن نگریست.

گفتار اول. تمایز ابطال و عدول از تصمیم اداری

در عالم اعتباری حقوق، ابطال و عدول دارای آثار متمایز از یکدیگرند. پس ضروری است به تفکیک بررسی شوند.

بند اول. ابطال تصمیم اداری

عمل اداری باطل اصولاً مرحله تکامل خود را برای بروز آثار حقوقی نپیموده است. از این رو، تصمیم، خود به خود، زایل و منحل است و به اسباب زوال برای زایل شدن یا انحلال نیازی ندارد؛ زیرا چیزی وجود ندارد که بتوان آن را منحل یا زایل کرد.^۲ به اصطلاح، تصمیم اداری باطل نضج نگرفته است. بنابراین، اداره می‌تواند چنان عمل کند که گویی تصمیم اولیه آن اصلاً وجود نداشته است.^۳ برای مثال، اگر مقام اداری با نداشتن صلاحیت، درباره موضوعی تصمیم بگیرد، با ابطال این تصمیم، هم خود تصمیم از بین می‌رود و هم آثار آن به کلی و حتی نسبت به گذشته.

۱. هداوند، مهدی و فرامرز عطریان، «اصل لزوم در ایقاعات اداری»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۳، شماره ۳، صص ۱۴۵-۱۱۳.

۲. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، شماره ۵۴، ص ۲۱۰.

3. Craig, Paul, "Ultra vires and the foundations of judicial review", Cambridge law journal, 1998, Vol. 57 (1), pp. 63-9.

وجه تمایز اساسی ابطال در حقوق عمومی و حقوق خصوصی این است که در حقوق عمومی، اثر ابطال جز در موارد استثنایی نسبت به آینده است.^۱ در ضمن، برخی صاحب‌نظران، ابطال را اصولاً ضمانت اجرای قضایی دانسته‌اند که جز توسط مرجع قضایی نمی‌تواند اعمال شود.^۲ البته ابطال از نظر ماهوی، ضمانت اجرایی قضایی است، ولی تنها در مورد تصمیم غیر قانونی، به مقام اداری صادرکننده یا مافوق او قابل تعمیم است (با فرض پذیرش غیر قانونی بودن تصمیم توسط مقام صادرکننده). جهات ابطال هم چون خروج ماهوی و شکلی از صلاحیت توسط مقام و شخص تصمیم‌گیرنده بهتر قابل شناسایی است تا این‌که مقام قضایی هدف و اراده تصمیم‌گیرنده را کشف، استنباط و متعاقب آن، با هدف قانون‌گذار سنجش و ارزیابی کند. با این استدلال باید گفت ابطال، ضمانت اجرای قضایی است که صرفاً نسبت به تصمیم‌های غیر قانونی برای مقام اداری نیز از حوزه قضا با استدلالی که بیان شد، وام گرفته شده است.

بند دوم. عدول از تصمیم اداری

عدول از تصمیم اداری به معنی برگشت از تصمیم یا تغییر تصمیم قانونی است. به عبارت دیگر، مقام اداری ضمن توجه به اصل حاکمیت قانون و صلاحیت اختیاری خویش درباره شخصی تصمیم می‌گیرد. با این حال، آن تصمیم را تغییر می‌دهد یا به کلی از تصمیم برمی‌گردد (لغو می‌کند). به عبارت دیگر، اصل لزوم در ایقاعات به چالش کشیده می‌شود و تصمیم قانونی از سوی مقام اداری تغییر می‌یابد. آثار چنین تصمیمی به سابق قابل تسری نیست و معطوف به حال و آینده است. نقطه تمایز حقوق عمومی از حقوق خصوصی، رابطه نابرابر به لحاظ برخورداری دولت از اقتدار و امکان تصمیم‌گیری‌های یک‌جانبه در مقابل شهروندان است که این امر سبب شناسایی اصولی هم‌چون انتظار مشروع و حقوق مکسب برای حمایت از اشخاص در مواجهه با تغییر ناگهانی تصمیم مقام اداری یا قانون در قالب ابطال یا عدول است. البته ابطال تصمیم، مانع ایجاد حقوق مکسبه ناشی از قانون است؛ چون عنصر اساسی در این امر، قانونی بودن است.

۱. ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیئت عمومی است، مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیئت مذکور، اثر آن را به زمان تصویب مترتب می‌سازد».

۲. ویژه، محمدرضا، «ارزیابی صلاحیت نظارتی رئیس مجلس شورای اسلامی بر مصوبات دولت»، نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۳۹، ص ۳۳۳.

گفتار دوم. ابطال و عدول از تصمیم خویش توسط مقام اداری، امکان یا امتناع

اکنون به دنبال پاسخ آن هستیم که آیا مقام اداری می‌تواند پس از تصمیم‌گیری و اجرایش، آن را ابطال یا از تصمیم خود عدول کند؟ در تمایز عدول و ابطال توضیح داده شد که اساساً ابطال، ضمانت اجرایی قضایی در مقابل تصمیم غیر قانونی است که با توجه به اهمیت کشف هدف و اراده مقام تصمیم‌گیرنده برای قانونی یا غیر قانونی شمردن تصمیم، امکان ابطال به مقام تصمیم‌گیرنده تعمیم می‌یابد؛ چون صادرکننده تصمیم می‌تواند بهترین ارزیابی را بین هدف خویش و هدف قانون‌گذار داشته باشد. هم‌چنین مقام مافوق، تابع سلسله مراتب اداری از نظر تخصص موجود درباره تصمیم صادرشده است و مقام اداری تنها صلاحیت ابطال تصمیم غیر قانونی خویش را دارد و نه تصمیم‌های قانونی.

مصادق بارز این موضوع مطابق تبصره ۱ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۳)، مقامات اداری هم‌چون وزیران یا بالاترین مقام اجرایی سازمان‌های مستقل دولتی یا شهردار تهران هستند که می‌توانند مجازات‌های اداری مقرر در بندهای «الف» تا «د» را بدون مراجعه به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در مورد کارمندان متخلف اعمال کنند. مضاف بر این، در صورت اعمال مجازات توسط مقامات و اشخاص یادشده، هیئت تجدید نظر، حق رسیدگی و صدور رأی مجدد در مورد همان تخلف را ندارد، مگر با تشخیص و موافقت کتبی خود آن مقامات و اشخاص. با توجه به قانونی تلقی نشدن تصمیم اولیه توسط مقام صادرکننده درباره متخلف دانستن کارمند، ابطال آن امکان‌پذیر است. از سویی دیگر، عدول صرفاً در معنای برگشت از تصمیم قانونی قابل تصور است (البته با موانعی همراه است و اصل بر منع عدول از تصمیم اداری است) و نه تصمیم‌های غیر قانونی؛ چون تصمیم‌های غیر قانونی اصطلاحاً متولد نشده و از ابتدا بی‌اثر بوده‌اند. پس صحبت از برگشت یا تغییر تصمیم (عدول) منتفی است.^۱ در راستای نظریه یادشده، استدلال، موانع و استثنائاتی قابل طرح است که در ادامه می‌آوریم.

۱. مگر این‌که نظریه «ترمیم‌پذیری عمل اداری» در نظر باشد که از این مقال خارج است. نک: هداوند، پیشین، صص

بند اول. تصمیم قانونی و موانع عدول

اصولاً بعد از تصمیم‌گیری مقام اداری، به دلایل و موانعی که برمی‌شماریم، امکان عدول تصمیم‌گیرنده از تصمیمش وجود ندارد.

الف. حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت

اصل حاکمیت قانون، مانع استفاده خودسرانه از قدرت و سوء استفاده از آن است و علاوه بر آن، تضمینی است برای حفظ، رعایت و ارتقای حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و دسترسی بیش‌تر به عدالت.^۱ با این استدلال باید گفت تمام تصمیمات و اقدامات اداری باید منطبق با قانون باشد. از این رو، حق هیچ‌گونه تصمیم‌گیری خودسرانه‌ای برای مقام اداری متصور نیست. مهم‌ترین کارکرد اصل عدم صلاحیت، جلوگیری از اقدامات خودسرانه مقام اداری است. اصولاً تصمیم‌گیری مقام اداری، یک عمل اداری و ابطال همان تصمیم نیز عمل اداری دیگری است.

مطابق اصل حاکمیت قانون و به تبع آن، اصل عدم صلاحیت، در صورتی که قانون صرفاً صلاحیت تصمیم‌گیری را به مقام اداری داده باشد، مقام صلاحیت‌دار امکان عدول از همان تصمیم را ندارد. برای نمونه، مطابق ماده ۲ آیین‌نامه صدور گواهی‌نامه‌های رانندگی (۱۳۹۰/۱۱/۰۹)، انواع گواهی‌نامه رانندگی با در نظر گرفتن شرایطی از جمله ارائه گواهی سلامت جسمی و روانی از مراجع صلاحیت‌دار پزشکی توسط پلیس راهنمایی و رانندگی صادر می‌شود. پس از حایز شرایط دانستن متقاضی و پیمودن مراحل مربوط و صدور گواهی‌نامه، امکان عدول پلیس راهنمایی و رانندگی از تصمیم قانونی خویش نیست، مگر این‌که مطابق مواد ۲۷ و ۲۸ آیین‌نامه، مراکز انجام معاینات پزشکی، شرایط و صلاحیت رانندگی را احراز نکنند.

ب. اصل انتظار مشروع و حقوق مکتسبه اشخاص

انتظارات مشروع، خواسته‌ها و توقع‌های موجه و معقولی است که در روابط متقابل افراد با مقامات دولتی به ویژه در چارچوب اعمال صلاحیت‌های اختیاری ایجاد می‌شود، به صورتی که بی‌توجهی

۱. مشهدی، علی، علی‌داری و صدیقه قارلقی، «شرایط استثنایی و استثنای حاکمیت قانون (موردپژوهی رویکرد خبرگان قانون اساسی به وضعیت‌های اضطراری)»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۴.

به آن‌ها یا صرف نظر کردن از آن‌ها موجب ورود خسارت یا سلب منفعت از شهروندان مخاطب می‌گردد.^۱ نکته مهم، ارتباط مستقیم انتظار مشروع و حق بر استماع است، با این توضیح که در صورت ضرورت تصمیم‌گیری بر خلاف انتظار مشروع شهروندان (عدول از تصمیم قبلی) باید حق بر استماع در فرآیند تصمیم‌گیری اداری (که به صورت مضیق به ارائه و بررسی دلایل تصمیم اشاره دارد) را در نظر گرفت.

این حق مشتمل بر دو عنصر است:

یک. اطلاع و آگاهی قبلی؛

دو. اطلاعات دهی و افشای آن‌ها.

اطلاع دادن به این معناست که طرف ذی‌نفع نسبت به تصمیم قریب‌الوقوع آگاهی پیدا کند و به او گفته شود و راهنمایی‌های لازم را درباره آن چه در آن تصمیم در مورد او گرفته می‌شود و مبنای تصمیم‌گیری اعلام شود. اطلاعات دهی و افشای آن‌ها نیز به این معناست که هر واقعیت و حقایقی که به تصمیم‌گیری مربوط می‌شود، برای افراد ذی‌نفع و دخیل قابل دسترس باشد.^۲ این موضوع، نتیجه تضمین حق دسترسی به دادگاه‌های اداری است؛ زیرا خواهان فقط در صورتی می‌تواند حقوق خود را مطالبه کند که از دلایل عمل اداری آگاه باشد.^۳

در کنار انتظار مشروع، حقوق مکتسبه بر اثر رویه‌های اداری و در طول یک زمان معقول و گونه‌ای قانونی و مشروع برای شهروندان شکل گرفته و ثبات یافته است. مطابق این اصل، مقام اداری نمی‌تواند تصمیم خود را که مستلزم محدود کردن، نسخ، یا سلب حق است، نسبت به دارندگان قبل از آن تسری دهد. به عبارت بهتر، حقوق اشخاص نباید به موجب تصمیم لاحق، سلب یا تحدید گردد. البته حقوق مکتسبه نیز از انتظار مشروع متمایز است. با این حال، مرز مشترک این مفاهیم

1. Craig, Paul, **Substantive legitimate expectations and the principals of judicial review**, In: M. Andenas (ed)., *English public law and the common law*, Europe, 1998.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحوالات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۴۱، ص ۱۷۸.

3. Seerden, Rene and Stroink, Frits, **Administrative law of the European Union: Its Members and the United States**, Intesentia Vittevers Antwerpen-Groningen, 2002, p.122.

از سوی دیوان عدالت اداری و رویه قضایی ایران به درستی تفکیک نشده است.^۱ بر همین اساس، به هر دو با عنوان «حقوق مکتسبه» پرداخته شده است. این در حالی است که انتظار مشروع، توقع‌هایی معقول است که در روابط متقابل افراد با کارگزاران عمومی به ویژه مقامات دولتی بر اثر تصمیم‌گیری‌ها، اعلام‌ها و رویه‌های اداری ایجاد شده است، به گونه‌ای که نادیده گرفتن آن‌ها ضمن نقض انتظارات متعارف سابق موجب ایراد خسارت یا سلب منافع اشخاص ذی نفع می‌گردد.

تمایز اساسی حقوق مکتسبه و انتظار مشروع شهروندان این است که اولی در نتیجه اعمال صلاحیت‌های تکلیفی مقامات عمومی و از تکیه و تأکید شهروندان بر قوانین موضوعه یا قراردادهای خصوصی پدید می‌آید، اما دومی، محصول اعتماد شهروندان به اداره و اتکای آن‌ها به یک تصمیم یا اعلام اداری ناشی از اعمال صلاحیت‌های اختیاری است.^۲ باید بین ابطال تصمیم و عدول از تصمیم قبلی تفکیک قائل شد. در انتظارات مشروع، مقام اداری از روند تصمیم‌گیری قبلی خود عدول می‌کند، ولی در حقوق مکتسبه، مقام اداری، حقی را که به واسطه قانون به وجود آمده است، از بین می‌برد. به عبارت دیگر، حقوق مکتسبه، مسبوق به سابقه است و جنبه اعلامی دارد، در حالی که انتظارات مشروع جنبه تأسیسی دارد و با صلاحیت اختیاری تصمیم‌گیرندگان مرتبط است.

حقوق مکتسبه و انتظار مشروع، از جمله دستاوردهای حاکمیت قانون است که با هدف گسترش دادن آزادی‌های شهروندان و تضییق شمول اقتدار بی چون و چرای دولت و مقام اداری است. با در نظر داشتن حقوق مکتسبه و انتظار مشروع حاصل برای شهروندان، اصولاً مقام اداری، صلاحیت ابطال و حتی عدول از تصمیم خویش را ندارد. بنابراین، اگر مقامات و کارگزاران عمومی به انتظارات مشروع شهروندان احترام بگذارند، چگونگی اعمال اختیارات توسط ایشان برای عموم افراد ملت پیش‌بینی‌پذیر می‌شود و آسیب‌پذیری شهروندان در مقابل انواع تصمیمات و اعلامات احتمالی خودسرانه این مقامات کاهش می‌یابد. به عبارت بهتر، با احترام به انتظارات مشروع در قالب قواعد حقوق اداری، مقامات دولتی و حکومتی نمی‌توانند از تصمیمات، اعلامات، رویه‌های اداری یا حتی

۱. ضیایی، رضوان و دیگران، «تأملی بر حق مکتسب در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۴، شماره ۸، صص ۱۶۲-۱۴۳.

۲. همان، صص ۱۴۶-۱۴۷.

هرگونه اظهارات سابق خود، جز در برخی شرایط استثنایی عدول کنند.^۱

بر همین اساس، ابطال تصمیم اداری و حتی عدول مقام اداری از تصمیم اداری با انتظار مشروع شهروندان هم‌خوانی ندارد. با توجه به ارتباط مستقیم و مؤثر مقام اداری با زندگی و برنامه‌ریزی‌های اقتصادی و اجتماعی شهروندان، ابطال صرفاً نسبت به تصمیمات غیر قانونی قابل تصور است. هم‌چنین عدول یا برگشت از تصمیم قانونی، مستلزم دلیل موجهه با محتوای منفعت عمومی یا اعلام قبلی است که بیان شد (موارد استثنایی به تفصیل بیان خواهد شد). با این حال، با تفکیک ایقاع موجد و سالب حق با توجه به آثار مثبت عدول از ایقاع سالب حق برای شهروندان، این امر قابل پذیرش به نظر می‌رسد.

ج. لزوم پیش‌بینی‌پذیری و ثبات در تصمیم‌های اداری

اساساً مأمور دولتی هرگز اجازه ندارد از تصمیم قانونی خویش عدول کند؛ چون این اقدام، خودسرانه محسوب می‌شود و با قطعیت و ثبات تصمیم‌گیری اداری که از لوازم حاکمیت قانون است، مغایر است. اگر مقام اداری، خودسرانه بتواند از تصمیم خویش عدول کند، اعتماد مردم به نهاد عمومی و مأموران آن سلب می‌شود و در نتیجه، سعی می‌کنند کارهای خود را از راه‌هایی جز مراجعه به اداره‌های دولتی (یعنی به روش غیر قانونی) پیش ببرند. در این صورت، نوعی هرج و مرج، جامعه را فرا خواهد گرفت. بنابراین، اگر مقام اداری مطابق قانون تصمیم بگیرد، اجازه ابطال تصمیم قانونی خود یا عدول از آن را نخواهد داشت.^۲

بند دوم. تمیز امکان عدول از تصمیم‌های اداری قانونی موجد حق و سالب حق

اصولاً تصمیم اداری قانونی از سوی مقام صادرکننده به دلیل تعارض با اصل عدم صلاحیت و لزوم ثبات در تصمیم‌گیری و حقوق مکتسبه و انتظار مشروع افراد قابل عدول نیست. با این حال، با تمیز میان تصمیم‌های اداری قانونی موجد حق و تصمیم‌های قانونی سالب حق می‌توان جزئی‌تر و دقیق‌تر به موضوع نگریست. در این راستا، برخی صاحب‌نظران بر مبنای نتایج و آثار عمل اداری

۱. بهنیا، مسیح، اصل انتظار مشروع مفهوم، مبانی و شیوه‌های حمایت در حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵.

۲. هداوند و عطریان، پیشین، ص ۱۲۵.

بر یک شخص معین، عمل اداری را به دو دسته سودآور^۱ و زیان‌آور^۲ تقسیم کرده و دومی را مانع‌شونده یا عمل اداری تنظیمی نامیده‌اند.^۳

الف. عدول از تصمیمات اداری موجد حق توسط مقام صادرکننده

برخی تصمیم‌های مقام اداری برای اشخاص، حق و امتیاز ایجاد می‌کند و سودآورند. این تصمیم‌ها، یک امتیاز حقوقی را ایجاد، تصدیق یا تأیید می‌کند که بر برنامه‌های آتی زندگی کاملاً اثرگذار است، مانند اعطای بورس تحصیلی، صدور پروانه ساخت یا گواهی پایان کار از سوی شهرداری^۴ یا صدور گواهی نامه رانندگی توسط پلیس راهنمایی و رانندگی.^۵ عدول مقام صادرکننده از چنین تصمیم‌هایی در فرض قانونی بودن، مخالف اصول اخلاقی و حقوقی هم‌چون حاکمیت قانون و عدم صلاحیت، حقوق مکتسبه و انتظار مشروع شهروندان نیز است. بر همین اساس، اصل بر منع عدول از تصمیم قانونی، موجد حق پیشین است و تنها در موارد خاص و استثنایی قابل عدول است که به تفصیل در ادامه بیان خواهد شد.

ب. عدول مقام صادرکننده از تصمیم‌های اداری سالب حق

برخی تصمیم‌های اداری از طریق مداخله در حقوق شخص یا از طریق رد درخواست اشخاص مثل مخالفت با مساعدت یا کمک مالی یا اخراج فرد از کار موجب سلب امتیاز و حقوق اشخاص می‌شود و زبانی را متوجه شخص متأثر از آن تصمیم می‌کند. بر همین اساس، این گونه اعمال اداری که بر حقوق و آزادی شهروندان اثر منفی دارد، احکام بسیار ویژه‌ای دارند؛ یعنی قانون‌گذار و نظام حقوقی در برابر این گونه اعمال سخت‌گیرانه‌تر رفتار می‌کند.^۶ عدول مقام تصمیم‌گیرنده از تصمیم سالب حق و امتیاز،

1. Beneficial

2. Injurious

۳. هداوند، مهدی و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۸.

۴. ماده ۵۵ قانون شهرداری: «وظایف شهرداری به شرح زیر است: ... بند ۲۴: صدور پروانه برای کلیه ساختمان‌هایی که در شهر می‌باشند».

۵. ماده ۲ آیین‌نامه صدور گواهی‌نامه‌های رانندگی (۱۳۹۰/۱۱/۰۹): «انواع گواهی‌نامه رانندگی با در نظر گرفتن شرایطی از جمله ارائه گواهی سلامت جسمی و روانی از مراجع صلاحیت‌دار پزشکی و... توسط راهنمایی و رانندگی صادر می‌شود».

۶. هداوند، پیشین، ص ۱۸۶.

نه تنها موجب تضییع حقوق اشخاص نمی‌شود، بلکه به طور مستقیم، آثار مثبت نسبت به اشخاص ذی نفع فراهم می‌آورد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت شرط اساسی در امکان عدول از تصمیم قانونی ناشی از صلاحیت تخییری مقام تصمیم‌گیرنده، سالب حق بودن تصمیم اداری و آثار مثبت عدول برای مخاطب است که به نوعی، رضایت ذی نفع در آثار مثبت عدول از تصمیم قبلی نهفته است.

بند سوم. موارد مجاز و مستثنیات اصل منع عدول از تصمیم یا ابطال آن

اصولاً ابطال به معنای انتفای تصمیم اداری از ابتداست؛ یعنی گویا هیچ‌گاه چنین تصمیمی گرفته نشده است. به عبارت دیگر، در ابطال، اثر قهقرایی وجود دارد. پس همه آثار و نتایج تصمیم اداری نسبت به حال، آینده و حتی گذشته از بین می‌رود.^۱ در مقابل، عدول مقام اداری از تصمیم بدون داشتن اثر قهقرایی، صرفاً نتایج و آثار تصمیم اداری را نسبت به حال و آینده از بین می‌برد یا تغییر می‌دهد. در همین راستا، موارد مجاز ابطال تصمیم اداری را بررسی خواهیم کرد.

الف. موارد مجاز و مستثنیات اصل منع ابطال تصمیم اداری از سوی صادرکننده

با توجه به اصول مطرح‌شده هم‌چون منع تزلزل در تصمیم اداری و قابلیت پیش‌بینی‌پذیری آن، اصل بر این است که ابطال تصمیم اداری از سوی مقام صادرکننده ممکن نیست. مضاف بر این‌که اساساً ابطال ضمانت اجرایی قضایی است که با ارزیابی، سنجش و قضاوت همراه است، ولی صرفاً در حدود تصمیماتی تعمیم یافته که مقام اداری نیز غیر قانونی بودن آن را پذیرفته است.

۱. تصمیم غیر قانونی

همان‌گونه که بیان شد، در مورد تصمیم‌های غیر قانونی صرفاً موضوع ابطال قابل طرح است، نه عدول؛ چون عدول به معنای برگشت و تغییر تصمیم قانونی سابق است. اساساً تصمیم غیر قانونی را بدون نیاز به هر گونه سند، مدرک و دلیلی می‌توان لغو کرد؛ زیرا چنین تصمیم‌هایی از زمان گرفتن، باطل و بی‌اثر محسوب می‌شوند و وقتی تصمیمی، باطل و بی‌اثر باشد، بدیهی است موجد حق یا انتظار مشروع نخواهد شد.^۲ اساساً عمل اداری باطل، عمل نیست، بلکه کاملاً باطل و گان لم یکن

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۳۲۳.

2. Craig, op.cit., p. 139.

است، به گونه‌ای که به لحاظ حقوقی هرگز نمی‌تواند نافذ و مؤثر شود. اشخاص ذی‌ربط، اشخاص ثالث و دیگر مقامات اداری و حتی مقامی که آن را صادر کرده است، می‌تواند چنین عملی را نادیده بگیرد. اشخاص ذی‌نفع نیز برای اعلام باطل بودن آن به مراجعه به دادگاه نیازی ندارند و کافی است باطل بودن آن را به مقام صادرکننده متذکر شوند و مقام یادشده مکلف است باطل بودن آن را اعلام کند.^۱

رویه برخی کشورها نظیر آلمان، فرانسه و بلژیک مبتنی بر این است که اداره ضمن رعایت اصل قانونی بودن باید برای لغو تصمیمی که غیر قانونی بودن آن آشکار شده است، از صلاحیت اختیاری ذاتی برخوردار باشد. با این حال، امروزه در بیش‌تر این کشورها به ویژه در آلمان و فرانسه پذیرفته شده است که حمایت از مفهوم «دولت قانون‌مند» تا آن‌جا اهمیت دارد که مانع حفظ اطمینان و اعتماد شهروند به اداره و سالب مراعات و حمایت از انتظارات مشروع وی نباشد.^۲ با این اوصاف، اگر تصمیم اداری به لحاظ غیر قانونی بودن ابطال گردد، آثار ابطال از چه زمانی باید در نظر گرفته شود؟ در پاسخ باید گفت اگر تصمیم خلاف قانون باشد، چون تصمیم از ابتدا به طرز صحیح گرفته نشده و بر خلاف قانون و خارج از اختیارات مقام تصمیم‌گیرنده بوده، باطل است و اثر ابطال از تاریخ تصمیم‌گیری اعمال خواهد شد. پس صرفاً اخبار ابطال تصمیم اداری اعلام می‌گردد؛ چون تصمیم از ابتدا اصلاً شکل نگرفته است. اگر به لحاظ نفع عمومی و دیگر مستثنیات وارد شده بر اصل منع عدول و ابطال تصمیم قانونی توسط صادرکننده تصمیم، ابطال یا عدول صورت پذیرد، شرط ضروری و لازم، جبران خسارت از ذی‌نفعان و اشخاص متضرر از تصمیم اخیر است. البته درباره جبران خسارت، در کشورهای نظیر استرالیا و انگلستان با پیروی از اندیشه «حاکمیت قانون» دایسی، اصل بر این است که اداره در زمان ارتکاب اعمال خارج از صلاحیت‌های قانونی خویش، مسئول جبران خسارت احتمالی وارد شده به شهروندان است. بر مبنای این نظر، برای ضرر و زیان ناشی از لغو قانونی تصمیم‌های قانونی، طریق پرداخت غرامت وجود ندارد و تنها خسارت ناشی از لغو غیر قانونی تصمیم‌های قانونی قابل جبران است.^۳

۱. هداوند و دیگران، پیشین، ص ۱۴۱.

2. Kunnecke, Martina, *Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2007, p. 175.

3. Stauch, Marc, "Risk and Remoteness of Damage in Negligence", *The Modern Law Review*, 2001, Vol. 64, pp.

در مقابل کشورهای یادشده، بر اساس یک اندیشه سنتی، در قوانین و مقررات تعدادی از کشورهای تابع نظام حقوق موضوعه نظیر فرانسه و بلژیک، پرداخت غرامت برای خسارت ناشی از اعمال اختیار قانونی اداره برای نقض یک تصمیم قانونی با سهولت بیش‌تری قابل تحصیل است؛ زیرا محاکم این کشورها قادرند به سادگی ضمن تأکید بر اصل برابری شهروندان در تأمین هزینه‌های عمومی و بر مبنای نظریه مسئولیت بدون تقصیر به پرداخت غرامت رأی بدهند.^۱

۲. تدلیس و فریب و اشتباه در فرآیند تصمیم‌گیری

ابطال تصمیم اداری از سوی مقام اداری به تصمیم‌های غیر قانونی محدود است که تدلیس و فریب و اشتباه در فرآیند تصمیم‌گیری نیز از موجبات تصمیم غیر قانونی است. اگر تصمیم اداری اولیه بر مبنای تدلیس و با توسل به فریب یا اشتباه مقام اداری گرفته شده باشد، قابل ابطال خواهد بود. به عبارت دیگر، اگر شهروند متقاضی یک تصمیم اداری برای رسیدن به مقصود خویش، اسناد و مدارک جعلی و غیر مصدق ارائه کند، حتی اگر پیش‌تر، اطلاعات صحیحی را اظهار کرده باشد، به تدلیس متوسل شده است.^۲ چون مبنای تصمیم‌گیری، اسناد و مدارک ارائه شده از سوی شخص متقاضی است، تصمیم باطل است و خسارت وارد شده متوجه اوست.

اگر غیر قانونی دانستن تصمیم ناشی از اشتباه مقام اداری باشد، موضوع مطالبه خسارت وارد شده متفاوت خواهد بود. در این راستا، نظریه شماره ۷/۱۳۵۵ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۱۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه درباره صدور پروانه ساختمانی یا پیمان‌کاری خارج از ضوابط و مقررات یا برحسب اشتباه و امکان ابطال آن رأساً از سوی شهرداری (مقام صادرکننده) قابل توجه است: «چنان‌چه شهرداری در صدور پروانه ساختمانی یا گواهی پایان کار مرتکب اشتباه شده باشد و وقوع اشتباه محرز باشد و رعایت اصول شهرسازی و مبنای دیگر که در صدور پروانه ضرورت دارد، به هنگام صدور پروانه مورد لحاظ قرار نگرفته باشد، اقدام شهرداری در اصلاح و یا ابطال پروانه‌ای که اشتباه صادر گردیده است (تصمیم غیر قانونی محسوب می‌گردد)، قانوناً منعی نداشته و به منظور جلوگیری از آثار سوء آن ضروری است.

191-214, p. 203.

1. Schonberg, Soren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2003, p. 172.

2. Lichtman, Douglas, "Rethinking Prosecution History Estoppels", *The university of Chicago Law Review*, 2004, Vol. 71, pp. 151-183.

بدیهی است دارندة پروانه می‌تواند به دیوان عدالت اداری از این تصمیم شکایت نموده و در صورت صدور رأی به نفع او، چنان‌چه متحمل خسارتی شده باشد، از طریق مراجع قضایی نسبت به مطالبه ضرر و زیان حسب مورد از شهرداری و یا کارمند صادرکننده پروانه اقدام نماید.^۱

در مورد اشتباه مقام اداری در قالب مثال می‌توان گفت در کمیسیون ماده ۱۴۷ قانون ثبت با گرفتن سند توسط یک شخص و بلامانع بودن خروج از اراضی موات موافقت شده است. با این حال، متعاقب آن، اشتباه در تشخیص و غیر قانونی بودن آن از سوی مقام تصمیم‌گیرنده احراز می‌گردد. در چنین مواردی، آیا مقام تصمیم‌گیرنده شخصاً امکان ابطال تصمیم خویش را دارد؟

در پاسخ باید گفت اصولاً تصمیم‌های مقام‌های اداری دولتی، واجد اعتبار امر مختومه نیست و این تصمیم‌ها در صورت وجود اشتباه قابلیت ابطال دارند، مگر این‌که در قوانین مربوط، ضوابط خاصی تعیین شده باشد که در این صورت، مطابق ضوابط اقدام خواهد شد. افزون بر این، درباره انتظار مشروع و حقوق مکتسبه نیز باید گفت چون تصمیم اداری منطبق با ضوابط قانونی نیست، وجود حق یادشده منتفی است. رأی شماره ۱۳۹۱/۰۳/۰۱۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز با همین استدلال صادر شده است. البته باید قبل از در نظر داشتن صلاحیت ابطال تصمیم غیر قانونی از سوی صادرکننده به هدف اساسی از نظارت درون سازمانی دولت (سلسله مراتب اداری مختص قوه مجریه) یعنی جلوگیری از فساد اداری و کنترل کیفیت انجام وظایف و مسئولیت‌های محول شده توجه ویژه صورت گیرد. نظارت درون سازمانی یا اساساً سلسله مراتب اداری، ابزاری است برای نظارت تخصصی بر حسن انجام امور و ارزیابی عملکرد مادون از سوی مافوق. پس اگر مقام اداری به اشتباه تصمیم خویش پی ببرد، صلاحیت اعلام مستقیم ابطال تصمیم‌گیری غیر قانونی را دارد. البته در این حالت، زمینه تبانی و هرج و مرج در امور اداری به واسطه امکان تغییر تصمیم صادرشده به دلیل اعلام غیر قانونی بودن تصمیم سابق (علل موجهه) فراهم می‌آید. بر این اساس، در راستای انسداد باب تبانی و تزلزل در تصمیم‌گیری، جایگاه نظارت سلسله مراتبی و درون سازمانی پررنگ می‌شود.

۱. نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه موافق با نظریه مطرح شده درباره امکان ابطال تصمیم غیر قانونی خویش از سوی مقام اداری است.

ب. موارد مجاز و مستثنیات اصل منع عدول از تصمیم اداری

۱. منفعت عمومی^۱

تصمیم‌گیری و اجرای تصمیم لاحق، مستلزم ابطال یا عدول از تصمیم سابق است. در این حالت، اصل بر عدم امکان عدول و ابطال تصمیم از سوی صادرکننده است. با این حال، ممکن است میان منافع و حقوق خصوصی افراد با منافع عمومی تعارض ایجاد شود، به طوری که اجرای حقوق فردی، منافع عمومی را خدشه‌دار کند یا حمایت از منافع و حقوق عمومی، نادیده گرفتن برخی از حقوق فردی مشروع را ایجاب کند. چون ابطال و عدول مقام اداری از تصمیم ضمن توجه به حقوق مکتسبه و لزوم ثبات در نظام اداری و قابلیت پیش‌بینی‌پذیری و برنامه‌ریزی از سوی شهروندان بر خلاف اصل است، با نگرش حداقلی و تفسیری مضیق در تغییر آثار حقوقی تصمیمات، صرفاً عدول از تصمیم، آن هم با مجوز قانونی و قبول جبران خسارت‌های وارد شده امکان‌پذیر است، نه ابطال؛ چون آثار عدول نسبت به حال و آینده است، در حالی که ابطال، ضمانت اجرای مواجهه با تصمیم غیر قانونی است و اثر قهقرایی هم دارد. با توجه به بیم تعرض به حقوق مکتسبه و انتظار مشروع شهروندان، نکته مهم در سنجش نفع عمومی (نفع برتر) با تکیه بر معیارهای حقوقی است. به عبارت دیگر، تشخیص منفعت عمومی برای جواز عدول از تصمیم شایان توجه است. در این خصوص، توسل به اصل عقلایی بودن تصمیم اداری نیز اهمیت دارد.

۲. رضایت ذی‌نفع

عدول از تصمیم‌های موجد حق بر خلاف تصمیم‌های سالب حق بدون رضایت ذی‌نفع امکان ندارد. حسب مورد در صورت جلب رضایت اشخاص ذی‌نفع، تصمیم مربوط قابلیت عدول و ملغی شدن نیز پیدا می‌کند. در برخی کشورها هم چون جمهوری فدرال آلمان، حتی اعمال اداری غیر قانونی موجد حق یا امتیازی را که موجب تکیه ذی‌نفع بر آن تصمیم شده باشد، غیر قابل استرداد و به طور کلی، این اتکا را در خور حمایت دانسته‌اند.^۲

1. Public interest

۲. هداوند و دیگران، پیشین، ص ۱۷۹.

۳. تغییر واقعیت‌ها و خط‌مشی‌های اداره و قانون‌گذار

تغییر در واقعیت‌ها و خط‌مشی قانون‌گذار به تصمیم‌هایی مربوط است که بر اساس شرایط از پیش مشخص اداره گرفته می‌شود. این تغییرات غیر قابل انتظار، استثنایی بر اصل لغوپذیری یا منع عدول از تصمیم اداری است. به عبارت دیگر، اگر تصمیم اداری مطلوب بر اساس شروط از پیش تعیین‌شده گرفته شده باشد، تحقق نیافتن شروط مورد نظر با اثری صرفاً معطوف به آینده قابل لغو و عدول خواهد بود. برای مثال، فرمانداری، نبستن مسیر و ایجاد نشدن ترافیک را شرط برپایی نمایشگاه در شهرستان در نظر می‌گیرد. در صورت انسداد مسیر، امکان لغو تصمیم برای مقام تصمیم‌گیرنده نیز فراهم می‌شود. نمونه دیگر آن است که تصمیم اداری موجد حق، متضمن تعهدی برای ذی‌نفع باشد، ولی ذی‌نفع به تعهد عمل نکند.

لغوپذیری تصمیم‌های اداری، یکی از اصول پذیرفته‌شده در حقوق اداری امروز و ابزار حمایت از شهروندان است.^۱ با این حال، یکی دیگر از استثنائات این اصل، لغو تصمیم اداری مطلوب یا موجد حق در زمانی است که اداره با تغییر واقعیت‌های بنیادین یا سیاست‌ها یا قانون مواجه می‌شود. در این مورد نمی‌توان با اثری معطوف به گذشته، تصمیم را لغو کرد؛ چون چنین اقدامی، مغایر حقوق و منافع از پیش تعیین‌شده است. البته نمی‌توان منکر شد که کارگزاران عمومی و قانون‌گذار برای خدمات‌رسانی عمومی بهتر می‌توانند سیاست‌های جاری اداره را تغییر دهند. در این راستا، نباید به امکان عدول از تصمیم اداری به عنوان اصل و قاعده نگریست، بلکه صرفاً در حدود استثنائات و شرایط خاص نیز باید قابل پذیرش باشد. این شرایط عبارتند از:

اول - به منافع مخاطب و آسیب‌های واردشده احتمالی به وی در نتیجه لغو تصمیم توجه شود.

دوم - مقام اداری بر مبنای دلایل و مستندات مشخص و معین، تصمیم را لغو کند.

سوم - قبل از لغو تصمیم، به اشخاص ذی‌نفع، اطلاع‌رسانی و آگاهی‌بخشی لازم صورت پذیرد تا امکان برنامه‌ریزی و مواجهه با شرایط جدید فراهم گردد.

۱. بهنیا، پیشین، ص ۱۴۷.

۴. شرایط اضطراری

شرایط اضطراری مطابق بند «ذ» ماده ۳ قانون مدیریت بحران (۱۳۹۸) این‌گونه بیان شده است: «وضعیتی که در پی وقوع مخاطرات و قریب‌الوقوع بودن حادثه یا بعد از وقوع آن ایجاد می‌شود و نیاز به اقدامات فوق‌العاده برای پاسخ دارد. بدیهی است در اثر بروز شرایط اضطراری مانند بحران‌های طبیعی و بهداشتی ممکن است اداره برخی امور عمومی کشور با توسل به قواعد معمول حقوق اداری به نحو مطلوب میسر نباشد».^۱

امروزه اتفاق نظری میان حقوق‌دانان وجود دارد که بر مبنای آن، گاهی وقایع و وضعیت‌هایی در عرصه ملی رخ می‌نمایند که استمرار و بقای حکومت قانون، نه تنها گرهی از مشکلات نمی‌گشاید، بلکه امکان دارد به ساختار سیاسی نظام حقوقی به ویژه اعمال قانونی، آسیب‌های جبران‌ناپذیر وارد آید. از همین رو، واقع‌گرایی حکم می‌کند در آن وضعیت‌ها، اصول و قواعد حاکمیت قانون با محدودیت‌ها و تبصره‌هایی روبه‌رو شوند. این وضعیت‌ها بیش‌تر زمانی رخ می‌دهند که مرزها و منافع ملی و نیز نظم عمومی در معرض تهدید و خطر باشند و منافع و مصالح مردم در وضعیت مخاطره‌آمیزی قرار بگیرند. در این مواقع، وضعیت استثنایی ایجاب می‌کند دستگاه‌های قانونی حقوقی و اداری از روال معمولی در انجام اقدامات و تصمیم‌های خویش خارج شوند و اعمالی انجام دهند که با فوریت وضعیت پیوند می‌خورد.^۲

نکته اساسی این است که در وضعیت اضطراری هم باید رویه قانونی و منظم بر اداره حاکم باشد. برای مثال، اگر اتاق اصناف و فرمانداری شهرستان، مجوز برپایی نمایشگاه بهاره را صادر کرده باشند و متعاقب آن، اداره هواشناسی با پیش‌بینی سیل ناشی از بارندگی‌های پیش‌رو، وضعیت قرمز اعلام کند، آیا مقام صادرکننده مجوز صلاحیت ابطال یا عدول از تصمیم خود را دارد؟ در پاسخ باید گفت که در این نمونه، تصمیم غیر قانونی گرفته نشده است تا صلاحیت و امکان ابطال برای مقام اداری قابل تصور باشد. در خصوص امکان عدول نیز گفته شد که در راستای حمایت از شهروندان در قبال ایقاعات یک‌جانبه اداری، اصل بر منع عدول از تصمیم قانونی از سوی صادرکننده است و استثنائات

۱. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۴۰۱، دوره بیست و پنجم، شماره ۲، ص ۲۳۸.

۲. مشهدی، دارایی و قارلقی، پیشین، صص ۴۳-۴۴.

باید به صورت مضیق تفسیر شوند. در این خصوص باید گفت مجوز برپایی نمایشگاه ابطال ناپذیر است و عدول از آن صرفاً در قالب تعلیق تا خروج از وضعیت اضطراری امکان‌پذیر است، هرچند ممکن است زمان در مجوز صادرشده اهمیت داشته باشد. برای مثال، مجوز برای فعالیت نمایشگاه بهاره و پیش از سال نو باشد، ولی به دلیل دخالت نداشتن دولت در وقوع وضعیت اضطراری، مسئولیتی متوجه اداره نیست.

نتیجه‌گیری

۱. در تمایز ابطال و عدول، عمل اداری باطل، اصولاً مرحله تکامل خود را برای بروز آثار حقوقی نپیموده است. بر این اساس، تصمیم، خود به خود، زایل و منحل است و به اسباب زوال برای زایل شدن یا انحلال نیازی ندارد؛ زیرا چیزی وجود ندارد که بتوان آن را منحل یا زایل کرد. ابطال از نظر ماهوی، ضمانت اجرایی قضایی است و صرفاً درباره تصمیم غیر قانونی قابل تعمیم به مقام اداری است (با فرض پذیرش غیر قانونی بودن تصمیم توسط مقام صادرکننده)؛ چون جهات ابطال هم چون خروج ماهوی از صلاحیت از سوی خود مقام تصمیم‌گیرنده بهتر قابل شناسایی است تا این که مقام قضایی، هدف و اراده تصمیم‌گیرنده را کشف و استنباط کند و متعاقب آن با هدف قانون‌گذار بسنجد و ارزیابی کند. عدول از تصمیم اداری به معنی برگشت از تصمیم یا تغییر تصمیم قانونی است. به عبارت دیگر، اصل لزوم در ایقاعات را به چالش می‌کشد. وجه تمایز ابطال از عدول در این است که ابطال، ضمانت اجرای قضایی است که نسبت به تصمیم‌های غیر قانونی برای مقام اداری نیز از حوزه قضا با استدلال یادشده وام گرفته شده است. در مقابل، عدول از تصمیم، تغییر تصمیم قانونی از سوی مقام اداری است. مضاف بر این، اثر ابطال، قهقرایی است و عطف بماسبق می‌شود، ولی عدول اصولاً قابل تسری به سابق نیست و معطوف به حال و آینده است.

۲. ابطال تصمیم خویش از سوی مقام اداری اصولاً عمل اداری مستقل از تصمیم مبنی بر ابطال آن است که به صورت مستقل به صلاحیت نیاز دارد. با این حال، رویه برخی کشورها نظیر آلمان، فرانسه و بلژیک در خصوص تصمیم‌های غیر قانونی این است که اداره ضمن رعایت اصل قانونی بودن باید صلاحیت اختیاری ذاتی برای لغو تصمیمی را داشته باشد که غیر قانونی بودن آن آشکار شده است. با این حال، امروزه در بیش تر کشورها پذیرفته شده است که حمایت از مفهوم «دولت

قانون‌مند» تا آن جا اهمیت دارد که مانع حفظ اطمینان و اعتماد شهروند نباشد. پس ابطال تصمیم اداری از سوی مقام اداری به آن تصمیم‌های غیر قانونی، محدود است که تدلیس و فریب و اشتباه در فرآیند تصمیم‌گیری نیز از آن است.

۳. با رویکرد حمایت از شهروندان در مقابل دولت، عدول از تصمیم قانونی از سوی مقام اداری با موانعی همراه است. این موانع عبارتند از: حاکمیت قانون و اصل عدم صلاحیت، اصل انتظار مشروع و حقوق مکتسبه اشخاص، لزوم پیش‌بینی‌پذیری و قطعیت در تصمیم‌های اداری. البته باید میان تصمیم‌های اداری موجد حق و سالب حق تمایز قائل شد. عدول مقام تصمیم‌گیرنده از تصمیم سالب حق و امتیاز، نه تنها موجب تضییع حقوق اشخاص نمی‌شود، بلکه به طور مستقیم، آثار مثبت برای اشخاص ذی‌نفع فراهم می‌آورد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت عدول از تصمیم قانونی ناشی از صلاحیت تخییری مقام تصمیم‌گیرنده، مستلزم سالب حق بودن تصمیم اداری و آثار مثبت عدول برای مخاطب است که به نوعی، رضایت ذی‌نفع در آثار مثبت عدول از تصمیم قبلی نهفته است. با این حال، تصمیم‌های اداری موجد حق عدول ناپذیر است و تنها در حدود استثنائات وارد بر اصل منع عدول از تصمیم اداری قابل پذیرش است.

۴. موارد مجاز و مستثنیات اصل منع عدول از تصمیم توسط صادرکننده تصمیم به این موارد محدود شد: منفعت عمومی، رضایت ذی‌نفع، تغییر واقعیت‌ها و سیاست‌های اداره و قانون‌گذار و وضعیت اضطراری. به امکان عدول از تصمیم اداری به عنوان اصل و قاعده نباید نگریست، بلکه عدول صرفاً در حدود استثنائات و شرایط و مقدمات خاص قابل تجویز است. این شرط‌ها عبارتند از:

اول - به منافع مخاطب و آسیب‌های احتمالی وارد شده بر وی در نتیجه لغو تصمیم باید توجه شود.

دوم - بر مبنای دلایل و مستندات مشخص و معین به لغو تصمیم دست بزنند.

سوم - قبل از لغو تصمیم به اشخاص ذی‌نفع، اطلاع‌رسانی و آگاهی بخشی مناسب صورت پذیرد تا امکان برنامه‌ریزی و مواجهه با وضعیت تازه را داشته باشند.

در این حالت‌ها، موجبات تبانی و هرج و مرج در امور اداری به واسطه امکان تغییر تصمیم صادره (علل موجهه) فراهم می‌شود. بر این اساس، در راستای انسداد باب تبانی و تزلزل در تصمیم‌ها، جایگاه نظارت سلسله‌مراتبی و درون‌سازمانی پررنگ می‌شود.

۵. نقطه تمایز حقوق عمومی از حقوق خصوصی، رابطه نابرابر به لحاظ برخورداری دولت از اقتدار و امکان تصمیم‌گیری‌های یک‌جانبه در مقابل شهروندان است که این امر سبب شناسایی اصولی هم‌چون انتظار مشروع و حقوق مکتسبه برای حمایت از اشخاص در مواجهه با تغییر ناگهانی تصمیم مقام اداری یا قانون در قالب عدول یا ابطال است. البته ابطال تصمیم، مانع ایجاد حقوق مکتسبه ناشی از قانون است؛ چون عنصر اساسی در این امر، قانونی بودن تصمیم است. مقام اداری تنها صلاحیت ابطال تصمیم غیر قانونی خویش را دارد و نه تصمیم‌های قانونی. از سویی دیگر، عدول صرفاً در معنای برگشت از تصمیم قانونی قابل تصور است که با موانعی نیز همراه است و نه تصمیمات غیر قانونی؛ چون این گونه تصمیم‌ها اصطلاحاً متولد نشده و از ابتدایی اثر بودند. پس در این خصوص، صحبت از برگشت یا تغییر تصمیم (عدول) منتفی است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استوارسنگری، کوروش، **صلاحیت دیوان عدالت اداری و مسائل پیرامون آن (مجموعه مقالات اندیشه‌های حقوق اداری)**، تهران: مجد، ۱۳۹۳.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد اول)**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد دوم)**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۴. بهنیا، مسیح، **اصل انتظار مشروع مفهوم، مبانی و شیوه‌های حمایت در حقوق اداری**، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۶. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی ایران**، تهران: دراک، ۱۳۹۸.
۷. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد دوم)**، تهران: دراک، ۱۳۹۵.
۸. صادقی، محسن، **اصول حقوق و جایگاه آن در حقوق موضوعه**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۱۰. مشهدی، علی، **صلاحیت تخییری (نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه)**، تهران: معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱.
۱۱. هداوند، مهدی و دیگران، **آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۳. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۸۹.

۱. امامی، محمد و فرشته دهقان، «نظارت درونی سلسله‌مراتبی بر دستگاه‌های اداری در نظام حقوقی ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۲، شماره ۱، ۲۳-۱.
۲. آقاشاهی، احسان، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی تصمیمات موردی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، شماره ۲۴، ۲۷-۹.
۳. آقای طوق، مسلم، «مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت»، پژوهش‌نامه معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۸۶، شماره ۱، ۱۹۱-۱۲۵.
۴. بابازاد، وحید و اسدالله یاور، «مفهوم صلاحیت‌گزینشی درآرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۳، شماره ۲۵، ۳۲-۱.
۵. رستمی، ولی و حمیدرضا سلیمی، «نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت اختیاری در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۲۲، ۱۲۳-۱۰۵.
۶. ضیایی، رضوان و دیگران، «تأملی بر حق مکتسب در پرتوآرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۴، شماره ۸، ۱۶۲-۱۴۳.
۷. فتحی، یونس و علی اکبر گرجی، «مطالعه تطبیقی بر اعمال صلاحیت‌های گزینشی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۱، شماره ۷۸، ۲۴۶-۲۱۱.
۸. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۴۰۱، دوره بیست و پنجم، شماره ۲.
۹. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۴۱، ۲۰۶-۱۶۹.
۱۰. مشهدی، علی، علی دارایی و صدیقه قارلقی، «شرایط استثنایی و استثنای حاکمیت قانون (موردپژوهی رویکرد خبرگان قانون اساسی به وضعیت‌های اضطراری)»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۴.
۱۱. مظهری، محمد و سمیه مرندی، «بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی»، دانش حقوق مدنی، ۱۳۹۷، شماره ۱، ۱۱۱-۹۹.

۱۲. مولاییگی، غلامرضا و عادل شیبانی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، شماره ۲۶، ۱۲۹-۱۱۱.
۱۳. ویژه، محمدرضا، «ارزبابی صلاحیت نظارتی رئیس مجلس شورای اسلامی بر مصوبات دولت»، نشریه پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۳۹.
۱۴. ویژه، محمدرضا، «اصل قانون‌مداری در اعمال اداری»، آموزه‌های حقوقی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۷، شماره ۱۲، ۸۵-۱۱۳.
۱۵. هداوند، مهدی و فرامرز عطریان، «اصل لزوم در ایقاعات اداری»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۳، شماره ۳، ۱۴۵-۱۱۳.
۱۶. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی اسباب زوال عمل اداری»، فصل‌نامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱۳۹۷، شماره ۱، ۲۱۰-۱۷۷.
۱۷. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، شماره ۵۴، ۲۱۰-۱۷۷.

2. Latin source

A) Book

1. Craig, Paul, **Substantive legitimate expectations and the principals of judicial review**, In: M. Andenas (ed)., English public law and the common law, Europe, 1998.
2. Seerden, Rene and Stroink, Frits, **Administrative law of the European Union: Its Members and the United States**, Intesentia Vitgevers Antwerpen-Groningen, 2002.
3. Schonberg, Soren, **Legitimate Expectations in Administrative Law**, Oxford University Press, 2003.
4. Kunnecke, Martina, **Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German Comparison**, Berlin, Heidelberg: Springer, 2007.



B) Article

1. Craig, Paul, “**Ultra vires and the foundations of judicial review**”, Cambridge law journal, 1998, Vol. 57 (1), pp. 63–9.
2. Lichtman, Douglas, “**Rethinking Prosecution History Estoppels**”, The university of Chicago Law Review, 2004, Vol. 71, pp. 151–183.
3. Stauch, Marc, “**Risk and Remoteness of Damage in Negligence**”, The Modern Law Review, 2001, Vol. 64, pp. 191–214.

دلیل و نقش دادرسی اداری در نظام اثبات دعوا

سید مهدی رضوی^۱

مصطفی سراجی^۲

غلام رضا مولایی^۳

چکیده

در نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری، نقش دادرسی اداری برای تضمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان، اهمیتی انکارناپذیری دارد. الزام قاضی به دلیل‌آوری در تصمیم، یکی از موضوعات مهم برای برپایی دادرسی منصفانه است. این دلیل‌آوری باید به نحوی باشد که اصحاب دعوا و دادگاه‌های بالاتر را به معقول بودن رأی قانع سازد. دادرسی اداری با رعایت استقلال و در جهت تأمین منافع عمومی باید تحقیقات لازم را برای اطمینان‌یابی از تحقق اصل حاکمیت قانون و تضییع نشدن حق‌ها و آزادی‌های شهروندان انجام دهد و به شهروندانی یاری رساند که از دسترسی به بسیاری از ادله و مدارک محرومند تا نابرابری میان اداره و شهروند را در دادرسی اداری تا حدی جبران کند. پژوهشگران پیشین به جایگاه ادله در دادرسی اداری و نقش آن کم‌تر پرداخته‌اند. از این رو، در این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی، موضوع دلیل و نقش دادرسی اداری و میزان مشارکت وی با عنایت به اهداف و مقتضیات خاص دادرسی اداری در نظام اثبات دعوا ارزیابی گردیده است. نقش قاضی دیوان عدالت اداری، اصل انصاف رویه‌ای، اصل مستدل و مستند بودن آرا، ساختار دادرسی اداری و آسیب‌شناسی دادرسی اداری در این نوشتار بررسی خواهد شد.

واژگان کلیدی: اثبات، اداری، دادرسی اداری، دلیل، دادرسی منصفانه.

۱. گروه حقوق، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران، sedmr313@gmail.com

۲. گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران، (نویسنده مسئول)، mostafa_seraji@yahoo.com

۳. گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران، smr2015@yahoo.com

درآمد

مسلم است که علم قاضی در عداد دلایل اثبات امور مدنی نیامده و قانون‌گذار تنها در بعضی از مواد قوانین کیفری بر آن به عنوان دلیل اثباتی جرایم خاص تصریح کرده است. با این که نظر مشهور فقها در مورد حجیت علم قاضی، اعتبار به صورت مطلق است، با توجه به نظام دلایل قانونی و تصریح نشدن به حجیت علم قاضی در امور حقوقی، به سادگی نمی‌توان قائل به حجیت آن به عنوان دلیلی مستقل برای اثبات امر مدنی شد.

محدوده صلاحیت قاضی اداری در نظام‌های مبتنی بر تفکیک قوا بسیار حیاتی و مهم است. دادرسی اداری از سویی، ضامن صیانت از حقوق و آزادی‌های مردم است و از طرفی دیگر نباید در امور ذاتی قوه مجریه دخالت کند. ورود وی به حوزه‌های مربوط به صلاحیت اختیاری مقامات و مراجع عمومی، مسئله‌ای بنیادین است و دارای حساسیت‌های ویژه. اصل ۱۷۳ قانون اساسی، ناظر به تأسیس و صلاحیت دیوان عدالت اداری است و اصل ۱۷۰ نیز ناظر بر صلاحیت قضات عمومی و اداری در مواجهه با مصوبات دولتی مغایر با قانون یا شرع یا خارج از حدود صلاحیت مراجع عمومی. تفاسیر شورای نگهبان از اصل ۱۷۰ قانون اساسی در توسعه یا تحدید صلاحیت قضات اداری در رسیدگی به مصوبات یادشده نقشی پررنگ داشته است. هم‌چنین تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری که سابقاً در تبصره ماده ۱۹ قانون سال ۱۳۸۵ برای نخستین بار وضع شد (با اندکی تغییر)، صلاحیت قاضی اداری را در رسیدگی به تصمیمات نوعی رئیس قضاییه و برخی مراجع دیگر سلب کرده است.^۱ به طور کلی، پرسش این است که چرا مقام قضایی ملزم است تصمیم قضایی خود را مستند و مستدل به مواد قانون و دلایلی کند که منطبق با موازین قانونی و منطق و عقل باشد؟ به عبارت دیگر، چرا تصمیم قضایی باید دلیل‌مند باشد؟ چرا او ملزم است راه‌های رسیدن به ادله را در رأی خود تبیین کند و توضیح دهد؟^۲ در پاسخ می‌توان ادعا کرد که تکلیف به بیان دلایل و مبانی تصمیم اداری، به یکی از اجزای عدالت رویه‌ای و حکمرانی خوب تبدیل شده است. هدف اصلی این مقاله نیز تبیین و شناخت جایگاه دادرسی در دادرسی‌های اداری است.

۱. امین زابلی، حمیدرضا، «توسعه یا تحدید صلاحیت قاضی اداری در دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مرودشت، دانشکده علوم، ۱۳۹۵، ص ۱.

۲. سبزواری‌نژاد، مهدی و حجت سبزواری‌نژاد، «فلسفه دلیل‌مندی تصمیم قضایی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۲، ۱۳۹۹، صص ۱۵۴ و ۱۵۵.

هم‌چنین دیوان عدالت اداری در برخی از آرای خود در مقام حل اختلافات مربوط به صلاحیت استدلال کرده است چون دعاوی مربوط به قراردادهای اداری حالت ترافعی دارند، در صلاحیت دیوان عدالت اداری نیستند. این در حالی است که این استدلال با مفاد قانون اساسی مغایرت دارد که مطابق آن، رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم علیه دولت در صلاحیت دیوان است؛ زیرا در قانون اساسی، میان این‌که منشأ دعوا، عمل ایقاعی (یک‌طرفه) اداری است یا عقد (دوطرفه)، هیچ گونه تفکیکی وجود ندارد. در قانون سال ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری به این موضوع اشاره نشده بود، همان طور که در قانون جدید دیوان، مصوب ۱۳۹۲ نیز چنین تفکیکی وجود ندارد. بنابراین، در حال حاضر، با این استدلال قابل نقد، در صورت وجود اختلاف در مورد قراردادهای اداری، این اختلاف‌ها در دادگاه‌های عمومی رسیدگی می‌شوند. دلیل این موضوع هم آرای وحدت رویه‌ای است که در این زمینه وجود دارد. این وضع باعث شده است که رویه متحدالشکلی در اختلافات مربوط به قراردادهای اداری در ایران شکل نگیرد، در حالی که در حقوق اداری فرانسه، این ویژگی مهم وجود دارد که دعاوی مربوط به قراردادهای اداری در دادگاه‌های اداری رسیدگی می‌شود. بنابراین، رویه مربوط به قراردادهای اداری در این کشور بسیار رشد کرده است. البته در حقوق کشور ما نیز با توجه به اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی می‌توان به این دعاوی رسیدگی کرد و این‌که این امر ترافعی است، استدلال ضعیفی به شمار می‌رود و این دعاوی بایستی در دیوان رسیدگی شوند. بنابراین، به نظر می‌رسد دیوان باید به دعاوی مربوط به قراردادهای اداری نیز رسیدگی کند. هم‌چنین مراجع اداری نه تنها دارای ماهیت متفاوت از مراجع عمومی دادگستری هستند، بلکه برخلاف دادگاه‌ها که حداقل در دو دسته دادگاه‌های حقوقی و کیفری دارای ماهیت یکسان و یکنواخت هستند، در بین خود این مراجع نیز تفاوت‌های اساسی و ماهوی دیده می‌شود.^۱

۱. ضرورت جبران برتری اداره در دادرسی اداری

در دادرسی اداری، اداره، یکی از اصحاب دعواست که به عنوان نماینده منافع عمومی و تحت نظارت مستقیم یا غیر مستقیم دولت، مطابق قانون در جهت تأمین نفع عمومی و حفظ نظم عمومی اقدام

۱. هداوند، مهدی، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، چاپ سوم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۵۶.

می‌کند و از قدرت عمومی برخوردار است.^۱ منظور از قدرت عمومی، امتیازها و برتری‌هایی است که قانون برای اداره قائل است تا در صورت تعارض بین منافع خصوصی و منافع عمومی، منافع عمومی ارجح باشد.^۲ در حقیقت، دولت، حافظ منافع عمومی جامعه است و اگر در شرایط برابر با اشخاص جامعه قرار بگیرد، قادر به ایفای تعهدات و وظایف خود نخواهد بود و در تأمین نیازها و احتیاجات عمومی قطعاً با شکست روبه‌رو خواهد شد. قدرت عمومی این امکان را برای اداره فراهم می‌کند که با تصمیم‌های آمرانه و تحمیل آن‌ها به اشخاص اعم از تصمیم‌های موردی، صدور آیین‌نامه و بخش‌نامه، اعمال مقررات انضباطی هم‌چون لغو پروانه و دسترسی ویژه به برخی از اسناد و اطلاعات در جهت پیشبرد اهداف عمومی گام بردارد و منافع عمومی را به بهترین شکل تأمین کند.^۳

بیش‌تر تصمیم‌های اداری به صورت ایقاع هستند و اراده و رضایت طرف دیگر در آن موضوعیتی ندارد و اداره با اراده یک‌طرفه خود، آثار حقوقی مورد نظرش را ایجاد و به اشخاص تحمیل می‌کند. حتی در قراردادهای اداری نیز به دلیل قدرت عمومی اداره، نابرابری طرفین در آن مشهود است. البته اگر اداره بر خلاف قانون و با سوء استفاده از قدرت عمومی تصمیمی بگیرد که تضییع‌کننده حقوق و آزادی‌های شهروندان باشد، افراد می‌توانند برای احقاق حقوق خود به دادرسی اداری متوسل شوند. حاکمیت قانون در صورتی تحقق می‌یابد که برابری اشخاص و اداره در دادرسی اداری تضمین شود و شأن سیاسی و حکومتی یک طرف دعوا، او را در موضعی برتر و مسلط نسبت به طرف دیگر نشانند.^۴ بنابراین، تساوی سلاح‌ها که مقتضای دادرسی منصفانه است، ایجاب می‌کند هر یک از طرفین دعوا امکان منطقی و برابری برای طرح موضوعات و دلایل مورد نظر خود داشته باشند.^۵ برتری اداره به دلیل برخورداری از قدرت عمومی در دادرسی اداری مشهود است. پس ضرورت دارد با

1. Pierce, Jr., J. Richard, Sidney A. Shapiro and Paul R. Verkuil, "Administrative law and process", Fourth Edition, Foundation press, New York, 2004, p. 3.

۲. امیرارجمند، اردشیر، «جزوه چایی حقوق اداری (۱)»، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۹.

3. Council of Europe, Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 2019, p. 13.

۴. مرکزالمیری، احمد، حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۷۰.

۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته: جلد ۳)، چاپ نهم، تهران: دراک، ۱۳۸۶، ص ۱۲۵.

سازوکارهایی، نابرابری طرفین دعوا در دادرسی اداری جبران شود تا امکان رسیدگی منصفانه و فرصت دفاع برای اشخاص فراهم آید که قدرت و امتیازهای عمومی را ندارند و چه بسا در مورد دادرسی و توان مالی برای گرفتن وکیل هم دانش کافی ندارند. ایده اساسی سیستم اتهامی و پیش‌بینی نقشی منفعل برای قاضی این است که طرفین دعوا، فرصت منصفانه برای ارائه ادله خود و دانستن ادله طرف مقابل داشته باشند و در نهایت، قاضی به عنوان شخصی بی‌طرف، بر اساس ادله ارائه شده از سوی طرفین تصمیم بگیرد کدام ادعا به حقیقت نزدیک‌تر است. در سیستم تفتیشی به ادله ارائه شده از سوی طرفین اکتفا نمی‌شود و اتکای زیادی به قاضی می‌شود تا با تحقیق و اقدامات مقتضی، حقیقت را کشف کند. به طور کلی، بی‌طرفی در هر دو سیستم به یک میزان اهمیت دارد. با این وجود، در سیستم اتهامی، قاضی در فرآیند کشف حقیقت مشارکت بسیار کمی دارد، در حالی که در سیستم تفتیشی، نقش وی در کشف حقیقت، فعال‌تر است.^۱

بنابراین، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دادرسی اداری باید هم‌چون دادرسی مدنی، نقشی تقریباً منفعل داشته و به ادله ارائه شده از سوی طرفین دعوا محدود باشد یا هم‌چون دادرسی کیفری به دنبال کشف حقیقت بوده و در دادرسی مشارکت فعالانه داشته باشد؟ در بسیاری از دعاوی اداری هم‌چون موضوعات کار و تأمین اجتماعی و استخدام، بسیاری از شهروندان، اطلاعات حقوقی دقیق یا توان مالی کافی برای شرکت در دادرسی رسمی و فنی را ندارند. در مقابل، اداره از امتیازهای قابل توجهی هم‌چون برخورداری از وکلا و مشاوران توانمند، دسترسی به اسناد و مدارک متعدد، صدور آیین‌نامه و بخش‌نامه و تحمیل تصمیم‌های آمرانه به اشخاص برخوردار است. دادرسی اداری باید به گونه‌ای پیش‌بینی شود که امکان تظلم‌خواهی شهروندان از اداره مهیا شود و اشخاص بتوانند بدون صرف هزینه‌های زمانی و مالی گزاف به احقاق حقوق خود بپردازند. از این رو، برای جبران برتری اداره در دادرسی اداری ضرورت دارد نقشی فعال برای دادرسی اداری پیش‌بینی شود تا اجرای عدالت و تظلم‌خواهی از اشخاص در دادرسی منصفانه محقق گردد.

در دسترس نبودن اطلاعات و مدارک لازم، یکی از این موانع شهروندان برای پیروزی در دادرسی

1. Cane, Peter, *In Introduction to Administrative Law*, Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 163.

اداری است.^۱ اگر اداره، یک طرف دعواست، افشای اطلاعات و حق دسترسی اشخاص به آن‌ها اهمیت بیش‌تری می‌یابد.^۲ طبق ماده ۲ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸/۵/۳۱، هر ایرانی حق دسترسی به اطلاعات عمومی «اطلاعات غیر شخصی نظیر ضوابط و آیین‌نامه‌ها، آمار و ارقام ملی و رسمی، اسناد و مکاتبات اداری» را دارد، مگر آن‌که قانون منع کرده باشد. در ماده ۵ همین قانون مقرر شده است که مؤسسات عمومی مکلفند اطلاعات موضوع این قانون را در حداقل زمان ممکن و بدون تبعیض در دسترس مردم قرار دهند. در فصل چهارم قانون نیز استثنائات دسترسی به اطلاعات پیش‌بینی شده است که شامل اسرار دولتی، امنیت و آسایش عمومی، پیش‌گیری از جرایم یا کشف آن‌ها، بازداشت یا تعقیب مجرمان، حمایت از حریم خصوصی، حمایت از سلامت افراد و اطلاعات تجاری است.^۳ این قانون با پیش‌بینی آیین دسترسی به اطلاعات و هم‌چنین شناسایی مسئولیت‌های مدنی و کیفری برای متخلفان در تحقق شفافیت و تضمین حق دسترسی شهروندان به اسناد و مدارک، نقش بسیار مؤثری دارد. برای تحقق اهداف قانون، ضرورت دارد استثنائات دسترسی به اسناد و مدارک که در فصل چهارم با عبارات کلی هم‌چون امنیت و آسایش عمومی و حریم خصوصی پیش‌بینی شده است، به صورت مضیق و محدود تفسیر گردد تا این فصل از قانون، توجیهی برای ممنوعیت دسترسی شهروندان به اطلاعات و بستری برای نبود شفافیت و سوء استفاده مقامات اداری و دولتی نگردد.^۴

۲. رویکرد مبتنی بر استقلال دادرسی اداری در استناد به قواعد فقهی

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ که به عنوان آخرین اراده مقنن در تکمیل اصل

1. Nason, Sarah, "Understanding administrative justice in wales Full report including executive summary", Bangor University, November 2015, pp. 50-58.

2. Pierce & et. al., op.cit., p. 432.

3. Frumarová, Kateřina, "Evidence in administrative proceedings – proof by audio-visual record, proof by the content of the website and other means of proof lacking explicit regulation in the Code of Administrative Procedure", Journal of Administrative Sciences, Vol. 2, 2022, p. 132.

۴. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴، صص ۸۵، ۸۲.

۱۶۷ قانون اساسی بیان شده، «اصول حقوقی غیر مغایر با شرع» را نیز یکی از منابع استنباط قضایی معرفی و منابع مقرر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را تکمیل کرده است. بنابراین، اگر منابع قانونی معتبر در دسترس دادرس اداری نباشد یا این منابع با یکدیگر در تعارض باشند، دادرس اداری می‌تواند با استناد به ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از منابع فقهی (در صورتی که قاضی، مجتهد باشد) یا فتاوی معتبر در موضوعات مستحدثه کمک بگیرد و حکم قضیه را صادر کند.

قانون‌گذار در قانون دیوان عدالت اداری برای بررسی و استعلام جنبه شرعی تصمیمات موردی اداری تعیین تکلیف نکرده و قانون در این مورد ساکت است، ولی در ماده ۸۶ قانون دیوان به این موضوع اشاره شده است که اگر رئیس قوه قضاییه یا رئیس دیوان، مصوبه‌ای را خلاف شرع تشخیص دهند، موظفند ابطال مصوبه را از هیئت عمومی درخواست کنند. البته بر اساس اصل ۱۵۷ قانون اساسی، رئیس قوه قضاییه، مجتهد و دارای شأن فقاهاست، ولی نمی‌توان الزاماً چنین شأنی را برای رئیس دیوان عدالت اداری نیز قائل شد. به همین دلیل، در جایی که رئیس دیوان می‌تواند به عنوان قاضی منصوب از طرف رئیس قوه قضاییه، در اجرای ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به درخواست‌های مطرح در خصوص بررسی مجدد رأی قطعی پرونده‌ای به دلیل مخالفت رأی صادره با بَیِّن شرع رسیدگی کند یا ابطال مصوبه‌ای را به دلیل مخالفت با شرع به استناد ماده ۸۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از هیئت عمومی دیوان بخواهد، می‌توان این صلاحیت را نیز برای قضات دیوان قائل بود که بتوانند در مورد جنبه شرعی اعمال و تصمیمات موردی مقامات اداری تصمیم بگیرند.

نقطه قابل ملاحظه در خصوص ماده ۷۹ این قانون آن است که در ثبت درخواست بررسی، ذی‌نفع بودن و دارا بودن سمت نسبت به دادنامه مورد درخواست شرط نیست و اگر رئیس دیوان از هر طریق و به وسیله هر شخص حقیقی و حقوقی از صدور رأی خلاف بَیِّن مطلع شود و خلاف بَیِّن بودن را احراز کند، باید به تکلیف قانونی خود مطابق ماده ۷۹ عمل کند؛ زیرا فلسفه وضع این ماده، اعمال حقوق عامه است. همانا اهمیت و جایگاه این ماده در پیش‌بینی کردن اختیاری است که به موجب آن، مقامات مندرج در این ماده می‌توانند به رأی قطعی و پرونده‌های مختومه شعب دیوان دوباره رسیدگی کنند. نکته قابل توجه دیگر در این ماده قانونی، تبیین مفهوم قانون در آن است. در نظام حقوقی ایران، قانون بالمعنی الاخص به معنای قوانینی است که مجلس شورای اسلامی تصویب

می‌کند و به تأیید شورای نگهبان می‌رسد که در این معنا، نظر و رأی مجلس شورای اسلامی است که وصف و اعتبار در معنای قانونی پیدا می‌کند.^۱ از طرفی، در دعوی شرعیت نمی‌توان یکی از دو مرجع شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری را دادرس اصلی و دیگری را کارشناس یا مشاور تلقی کرد.^۲

این استدلال به ویژه از این جهت تقویت می‌گردد که آرای صادرشده از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به دلیل انتشار در روزنامه رسمی کشور اعتبار و شأن قانونی دارد. بر همین اساس، قانون‌گذار در ماده ۹۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، صلاحیت تشخیص خلاف شرع بودن آرای صادرشده توسط هیئت عمومی را فقط برای رئیس قوه قضاییه قائل شده و چنین شأنی را برای رئیس دیوان به رسمیت نشناخته است. مؤید این امر آن است که در برخی از شکایت‌های رسیده به دیوان عدالت اداری، موضوع محرومیت از حقوق اجتماعی مطرح است (مانند آرای هسته‌های گزینش) و طبعاً رسیدگی به این نوع شکایت‌ها در صلاحیت شعب دیوان است و دادرس اداری نیز برای تشخیص موضوع و صدور رأی، نیازمند دلیل شرعی و قانونی است. از این رو، نظارت شرعی قضات دیوان عدالت اداری بر تصمیمات و اقدامات مقامات اداری در بسیاری از موارد، اجتناب‌ناپذیر است؛ زیرا قضات را در مقام انشای رأی نباید بدون تشخیص فرض کرد.^۳

در مواردی که قانون مصوب مجلس شورای اسلامی وجود ندارد؛ یعنی با خلأ قانونی روبه‌رو هستیم، اگر قاضی حکم نکند، مستنکف شناخته می‌شود. پس باید حکم هر دعوا را بیابد. مطابق قانون اساسی و اصل ۱۶۸، در وضعیت خلأ قانون‌گذاری، قاضی باید حکم موضوع مختلف فیه را از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر بیابد.^۴ بنابراین، دادرس اداری به عنوان قاضی منصوب از طرف رئیس

۱. مولایی، غلام‌رضا و ولی‌الله حیدرنژاد، «نظام حقوقی حاکم بر رسیدگی به آرای خلاف بین شرع و قانون در دیوان عدالت اداری (شرح و تحلیل ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۸، صص ۵۹۰-۵۹۱.

۲. سعیدی روشن، حمیده، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، ص ۳۴.

۳. سوادکوهی، سام، «بررسی تطبیقی دو مرجع قانونی صالح برای نقض مصوبات دولت (قوه مقننه، مرجع رسیدگی سیاسی و قوه قضاییه، مرجع رسیدگی قضایی)»، دادرسی، شماره ۲۶، ۱۳۸۰.

۴. معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در آرای مراجع قضایی، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

قوه قضاییه باید قادر به تشخیص و احیاناً ابطال یک تصمیم اداری و موردی خلاف شرع باشد. با این‌که تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، موضوع استعلام از شورای نگهبان را فقط در مورد پرونده‌های مطرح در کمیسیون‌های تخصصی و هیئت عمومی دیوان قید کرده است، ولی برخلاف اصول ۷۳ و ۱۶۷ قانون اساسی، برخی قضات دیوان عدالت اداری معتقدند با استفاده از مبنای کلی مقرر در اصل چهارم قانون اساسی و تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان می‌توانند در جریان رسیدگی به شکایت شرعی از اعمال و اقدامات موردی مقامات اداری نیز موضوع را از فقه‌های شورای نگهبان استعلام کنند.^۱ بر این اساس، استعلام قضات از فقه‌های شورای نگهبان در روند دادرسی شرعی جنبه الزامی ندارد.

برای نمونه، در پرونده‌ای، شاکی، احراز وقوع تخلف سازمان آب و فاضلاب استان مرکزی را از دیوان عدالت اداری خواستار شد. قاضی شعبه ۱۱ دیوان به موجب دادنامه شماره ۳۶۸۹ مورخ ۱۳۹۷/۲۱/۱۷، پس از بررسی موضوع شکایت و اجرای تشریفات اداری رسیدگی کرد. وی در متن دادنامه با استناد به اصل چهارم قانون اساسی که مقرر می‌دارد هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد، اعلام کرد مالک چاه نمی‌تواند انتفاع از منافع و عواید چاه را وسیله اضرار به مالکان قرار دهد و صرفاً زمانی مجاز به این کار است که مالکان عرصه، ضمن توافق، رضایت خود را اعلام کنند. در مانحن فیه، اجاره دادن چاه آب واقع در ملک شکات بدون رضایت ایشان موجب آزار و اذیت مالکان ملک از جمله شاکی و تضییع حقوق ایشان بوده و این امر برخلاف قاعده لاضرر است. بنابراین، وقوع تخلف از قانون توسط سازمان طرف شکایت محرز است. پس به نفع شاکی حکم داد.

در این رأی، قاضی دیوان بدون استناد به مواد قانونی و مستقل و با استفاده از اصول فقهی و شرعی و در عین حال، بدون استعلام از شورای نگهبان، حکم مقتضی را صادر کرد که نشان می‌دهد دادرس اداری اختیار دارد با استفاده از قواعد فقهی به عنوان یک اصل کلی و شرعی، حکم مسائل مختلف را در آرای خود بیان کند.^۲

۱. دلاوری، محمدرضا، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: جنگل، ۱۳۹۵، ص ۳۹۶.

۲. آقاشاهی، احسان، مهدی هداوند و حسین منوری، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی: تصمیمات موردی اداری»، حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹.

مسئله مهم دیگر این است که قاضی دیوان عدالت اداری در عین استقلال و اثبات عادلانه دعوا باید در راستای «اساسی سازی حقوق اداری» از قانون اساسی نیز صیانت کند. این امر باعث احترام به حقوق اساسی طرفین دعوا نیز می شود. این فرآیند در مقررات دولتی باید توسط دادگاه های اداری و از طریق سازوکار «دادرسی اداری» از دو مسیر متمایز و در عین حال متناظر و مکمل «اساسی سازی حقوق اداری» و نیز «اداری سازی حقوق اساسی» دنبال شود. دیوان عدالت اداری به عنوان دادگاه عالی و عام اداری به منظور احقاق حقوق طرفین می تواند تصمیمات خلاف شرع را ابطال کند یا اجرا نکند. این دادگاه که در ایران، بخش قابل ملاحظه ای از وظیفه نظارت قضایی و صیانت از قانون اساسی را بر عهده دارد، با محدود کردن اقدامات سازمان اداری به مرزهای تعیین شده از سوی قانون اساسی و جلوگیری از اقدامات فراتر از صلاحیت می تواند این نقش را در قلمرو اداره عمومی اعمال کند که نزدیک ترین بخش حکومت به مردم است.^۱

۳. استماع دعوا توسط دادرسی اداری

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تضمین هایی برای حق دفاع اندیشیده شده است،^۲ اما این تضمین ها مخصوص رسیدگی های کیفری و قضایی است. با این حال، به دلیل وجود برخی از شباهت ها نظیر شباهت های ساختاری و کارکردی میان مراجع اختصاصی اداری و دادگاه های قضایی می توان ادعا کرد که این تضمین های دفاعی را باید تا حدی که با هدف غیر قضایی کردن این فرآیندها در تغایر نباشد، در مراجع اختصاصی اداری نیز اعمال کرد. در بسیاری از رسیدگی های مراجع اختصاصی اداری، حق دفاع افراد و امکان شنیدن حرف آن ها نادیده گرفته شده است. برای مثال، کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، احکام مهمی را صادر می کند که بر حقوق و منافع شهروندان اثرهای مهمی دارد. با این حال، مقررات مربوط به این کمیسیون در خصوص حضور شخصی که پرونده اش در کمیسیون مطرح است، امکان دفاع و شنیده شدن سخنان و دلایل او ساکت است و مطلبی ندارد.

۱. امامی، محمد و حمید شاکری، «نقش دادرسی اداری در صیانت قانون اساسی با تأکید بر دیوان عدالت اداری»، قضاوت، شماره ۸۹، ۱۳۹۶، ص ۳۱.

۲. نك: اصول ۳۴، ۳۷، ۱۶۵، ۱۶۶ و ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

حق استماع دربردارنده عناصر متعددی است، از جمله امکان دسترسی به اسناد و اطلاعات و استماع علنی و امکان دفاع شخص در مقابل اتهاماتی که علیه او طرح شده است. با نگاهی به قوانین و مقررات مربوط به مراجع اختصاصی اداری می‌توان ادعا کرد که این حق در بیش‌تر موارد نادیده گرفته شده است. در بیش‌تر موارد، شخصی که از وی شکایت شده یا به نحوی از انحاء، رسیدگی انتظامی یا شبه کیفری علیه او آغاز شده است، در طول رسیدگی از طریق رسمی از مفاد رسیدگی مطلع نمی‌شود و تنها نتیجه رسیدگی به وی ابلاغ می‌شود.^۱

در برخی موارد نیز بعضی از عناصر این حق به صورت ناقص شناسایی شده است. برای نمونه، ماده ۷۲ قانون نظام صنفی کشور مصوب ۱۳۸۲، رسیدگی به تخلفات صنفی را به صورت علنی پیش‌بینی کرده است: «هیئت یا هیئت‌های رسیدگی بدوی در هر شهرستان مرکب از سه نفر نمایندگان اداره یا سازمان بازرگانی، دادگستری با حکم رئیس قوه قضاییه و مجمع امور صنفی ذی‌ربط است که ظرف دو هفته در جلسه‌ای با دعوت از طرفین یا نمایندگان آن‌ها به پرونده رسیدگی [می‌کنند] و طبق مفاد این قانون رأی صادر می‌گردد». در قانون کار و آیین‌نامه رسیدگی و چگونگی تشکیل جلسات هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف، موادی وجود دارد که مبین وجود حق استماع است.^۲ برای مثال، هر یک از طرفین می‌توانند یک نفر را به عنوان مطلع همراه داشته باشند. هم‌چنین پذیرش نماینده تام‌الاختیار طرفین در جلسه، به نوعی به شناسایی حق بهره‌مندی از وکیل منتهی شده است. این مقررات ناقصند؛ چون به مهلت مناسب دفاع و حق دسترسی به اسناد و مدارک و محتویات پرونده توجهی نکرده‌اند. به بیان دیگر، در مواردی که به این حق توجه شده است، ناقص و ناکارآمد است.^۳

۱. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱.

۲. ماده ۱۶۲ قانون کار مصوب ۱۳۶۹: هیئت‌های حل اختلاف از طرفین اختلاف برای حضور در جلسه رسیدگی کتباً دعوت می‌کنند. همین مطلب در ماده ۵ آیین‌نامه نیز تکرار شده است.

۳. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، صص ۱۹۸ و ۱۹۹.

۴. انقلاب دعوا

خواهان پس از آن که ادله خود را بر اثبات ادعا در دادرسی اقامه کرد، اگر آن ادله به نظر دادرس، مثبت ادعای خواهان باشد، دادگاه، خواننده را محکوم می‌کند، مگر آن که به وسیله ایرادهای خواننده مانند صلاحیت نداشتن دادگاه، مرور زمان و امثال آن، دادگاه، دعوای خواهان را نپذیرد یا آن که خواننده، دفاع ماهوی کند و به جهتی از جهات، مدعی استحقاق نداشتن خواهان شود و آن را اثبات کند. مثلاً در مورد حق عینی، اگر کسی به استناد سند انتقال از طرف خواننده، تسلیم مورد معامله را از او بخواهد و خواننده مدعی شود که مورد ادعا، ملک اوست و معامله ادعایی خواهان به جهتی از جهات باطل است یا در مورد حق دینی که کسی به وسیله سندی از دیگری، مبلغی مطالبه می‌کند، خواننده ادعا کند که آن را پرداخته است. در هر یک از این دو صورت، خواننده نسبت به ادعای خود، مدعی است و باید دلیل ادعای خود را ابراز و آن را اثبات کند. به این ترتیب، در یک پرونده مربوط به یک موضوع ممکن است چندین مرتبه، هر یک از طرفین ادعای تازه کند و طرف، منکر آن گردد و ناچار شود با ابراز دلیل، ادعای خود را اثبات کند. بنابراین، در یک دعوا ممکن است چندین بار، مدعی، مدعی علیه و مدعی علیه، مدعی گردد.

آن چه از این گفتار برمی‌آید، این است که هر ادعایی که در جریان دادرسی از ناحیه یکی از اصحاب دعوا به عمل می‌آید و طرف، منکر آن می‌شود و این امر در دادرسی تأثیر دارد، باید دلیل بر اثبات آن را ابراز دارد، وگرنه آن ادعا پذیرفته نمی‌شود. بنابراین، دادگاه به ادعای اصلی خواهان و به ادعای فرعی خواننده و ادعای مجدد خواهان که در دعوای اصلی تأثیر دارد، هر چند مرتبه که تکرار شود، رسیدگی می‌کند.

ماده ۱۲۵۷ ق.م می‌گوید: «هر کس، مدعی حقی باشد، باید آن را اثبات کند و مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج به دلیل باشد، اثبات امر به عهده اوست». ماده ۲۷۵ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹، تبادل وصف مدعی و منکر و انقلاب دعوا را این گونه بیان می‌کند: «هرگاه خواننده در پاسخ خواهان ادعایی مبنی بر برائت ذمه از سوی خواهان یا دریافت مال مورد ادعا یا صلح و هبه نسبت به آن یا تملیک مال به موجب یکی از عقود ناقله نماید، دعوا منقلب شده، خواهان، خواننده و خواننده، خواهان تلقی می‌شود و حسب مورد با آنان رفتار خواهد شد». حکم این

ماده در عنوان سوگند آمده، ولی واقعیت بیان شده به سوگند اختصاص ندارد و انقلاب دعوا ممکن است در هر وسیله اثبات رخ دهد و از قواعد عمومی است.^۱

۵. انجام تحقیقات مقتضی توسط دادرس اداری

در دادرسی اداری، قلمرو آثار تصمیم دادرس، فراتر از شاکی است.^۲ دادرسی اداری، داوری میان منفعت عمومی و خصوصی است و دادرس اداری هنگام تصمیم‌گیری باید به منافع عمومی توجه ویژه داشته باشد و آثار تصمیم خود را بر منافع عمومی و تحقق اهداف اداره در نظر بگیرد. به تعبیر دیگر، دادرس اداری در زمان تصمیم‌گیری نهایی خود باید ضمن تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان، معیار کارآمدی اداره را نیز در نظر داشته باشد. همانا تحقق نیافتن اهداف اداره و ناکامی اداره در تأمین منافع عمومی، در نهایت، گریبان‌گیر همه شهروندان می‌شود و تأمین نیازهای اساسی شهروندان را به مخاطره می‌اندازد. این در حالی است که دادرس مدنی، دغدغه کارآمدی دولت و تأمین منافع عمومی را ندارد و در حل تعارض میان منافع خصوصی اشخاص، پیروزی هر یک از طرفین دعوا برای جامعه علی‌السویه است.^۳

موضوع دادرسی اداری، فراتر از مبارزه و جدال میان دو شخص است و دادگاه باید به منافع و سیاست عمومی و آثار آن‌ها بر جامعه نیز توجه داشته باشد. از این رو، دادرس اداری به اطلاعات ارائه‌شده از سوی شهروند (شاکی) اکتفا نمی‌کند و تحقیقات لازم را برای جمع‌آوری اطلاعات و کشف حقیقت انجام می‌دهد تا صحت و قانونی بودن تصمیم مورد اعتراض را ارزیابی کند. از سوی دیگر، شهروند به بسیاری از اطلاعات و سیاست‌های نهادهای اداری دسترسی ندارد. در نتیجه، دادرسان اداری با مشارکت فعالانه، این کاستی را جبران می‌کنند.^۴

۱. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۰، ص ۶۴.

2. Cane, op.cit., pp. 12-13.

3. Kuenhle, William H., "Standards of Evidence in Administrative Proceedings", New York Law School Journal, Vol. 49, 2019, p. 835.

4. Davis, Kenneth culp, "An Approach to Problems of Evidence in the Administrative process", Harvard Law Review, Vol. 55, No.3, Jan1942, p. 314.

بنابراین، برای جبران نابرابری طرفین دعوا و بی بهره بودن شهروندان از اقتدار و امتیازهای اداره و هم چنین دسترسی نداشتن آن‌ها به بسیاری از اطلاعات و مدارک، شایسته است دادرس اداری با انجام تحقیقات و اقدامات مقتضی به کشف حقیقت بپردازد و از اجرای اصل حاکمیت قانون و تضمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان اطمینان خاطر یابد. مطابق ماده ۴۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «شعبه رسیدگی‌کننده می‌تواند هر گونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد یا آن را از ضابطان قوه قضاییه و مراجع اداری بخواهد یا به سایر مراجع قضایی نیابت دهد. ضابطان و مراجع مزبور مکلفند ظرف مهلتی که شعبه دیوان تعیین می‌کند، تحقیقات و اقدامات خواسته شده را انجام دهند. تخلف از این ماده حسب مورد مستلزم مجازات اداری یا انتظامی است». پس نقش فعال قضات دیوان عدالت اداری در این قانون به رسمیت شناخته شده است و دادرسان اداری برای تحقق اصل حاکمیت قانون و کنترل مقامات و نهادهای اداری ضرورت دارد هر گونه تحقیق و اقدام مقتضی را انجام دهند و خود را به ادله تقدیمی از سوی طرفین دعوا محصور نکنند تا در نهایت، اجرای عدالت و احقاق حقوق شهروندان تضمین شود.^۱

۶. شفافیت در تصمیم‌گیری دادرس اداری

شفافیت در نظام اداری را می‌توان یک هدف مستقل اداری تلقی کرد. تعهد به شفافیت در مقابله با هر تمایلی اهمیت دارد که ممکن است برای هر کس در هر بخش، برای کنترل یا تحریف اطلاعات خروجی یا دسترسی به آن وجود داشته باشد. چنین گرایشی نه تنها ممکن است مانع دسترسی به داده‌هایی شود که برای موضوع مربوط مناسب است، بلکه احتمال دارد از طرح موضوعات و مسائل جلوگیری کند. چنین محدودیت‌هایی، ظرفیت تصمیم‌گیری‌های معقولانه را کاهش می‌دهد. به علاوه علنی بودن، اعتراض به فرآیند تصمیم‌گیری و محتوای تصمیمات با افشای دلایل و روندهای شکلی و ماهوی، تصمیم‌گیری را تسهیل می‌سازد.^۲ تعهدی مشابه برای تصمیم‌گیران برای توجیه و تبیین تصمیماتشان وجود دارد. افشای دلایل عمل یا بی‌عملی و ترک فعل، از طرق مختلف برای

۱. زارعی و محسن‌زاده، پیشین، صص ۸۶ و ۸۷.

2. Longley, Diane and James Rhoda, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, London: Cavendish Publishing, 1999.

اجرای عدالت مفید است. این امر علاوه بر توسعه موازین و اصول، موجب بحث و مراقبت بیش‌تر در مورد اهداف تصمیم می‌شود و پایه نقد و تسهیل اعتراض به تصمیم‌هایی را فراهم می‌آورد که خودسرانه به نظر می‌رسند.^۱

۷. مکلف ساختن دادرسی اداری به نظارت فعال بر اعمال نمایندگان حقوقی اداره در دادرسی

منظور از نظارت فعال و تکلیفی قضات این است که قضات مراقبت کنند آن دسته از اعمال حقوقی که نمایندگان سازمان‌ها در مقام دفاع در برابر شاکی یا اعتراض نسبت به یک رأی انجام می‌دهند، با هنجارهای ماهوی حاکمیت قانون معارض نباشد و منافع عمومی را خدشه‌دار نسازد. در این جا صرف این‌که تصمیم یا اقدام، داخل در صلاحیت اداره است، معیار مناسبی نیست، بلکه لازم است تصمیم یا اقدام آن‌ها، پوسته درونی حاکمیت قانون و اهداف آن را خدشه‌دار نسازد.^۲ مقامات تصمیم‌گیرنده به نام سازمان‌های اداری، نمایندگان قانونی اداره محسوب می‌شوند و ضابطه پذیرش اراده آن‌ها در دادرسی‌ها، مشابه ضابطه پذیرش اراده افراد اصیل در اختلافات و دعاوی خصوصی نیست. این نمایندگان نیز مانند وکلای دادگستری، از یک سو، مکلف به رعایت قانون و حدود اختیارات خودند و از سویی دیگر، نسبت به رعایت مصلحت و غبطه موکل (سازمان - دولت - جامعه) تعهد دارند. بنابراین، هر اقدامی که خارج از حدود این قیود مرتکب شوند، از نظر قضایی، نافذ نیست و موجب مسئولیت آن‌ها خواهد بود.^۳

۱. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳.

۲. پژوهشگاه قوه قضاییه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴، ص ۲۱۱.

۳. شبانی، عادل، علی مشهدی و زهرا بیدار، «تأملی بر انحراف مقامات اداری از اختیارات و صلاحیت‌های ناظر به دادرسی با نگاهی بر الگوی آیین دادرسی اداری افتراقی»، حقوق اداری، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۱۷۲.

برآمد

دلیل و دلیل آوری، مرکز ثقل دادرسی‌ها اعم از مدنی، کیفری و اداری است. دلیل، کاشف حقیقت است و این کشف حقیقت برای تأمین منافع فرد و جامعه است. مقام قضایی باید در تمام مراحل دادرسی اعم از تحقیقات مقدماتی تا اجرای حکم باید پای بند باشد که دستورها و آرای خود را در چارچوب قوانین و مقررات صادر کند و آن‌ها را دلیل‌مند سازد. تصمیم قضایی، آیین تمام‌نمای دادرسی‌هاست. پای‌بندی به آن موجب تضمین حقوق فردی، احترام به تمامیت جسمانی و معنوی و محترم شمردن امور شخصی افراد است. دلیل آوری نه تنها موجب صیانت شأن مقام قضا و قضاوت خواهد بود، بلکه موجب اطمینان خاطر و اعتماد آحاد شهروندان به حکومت خواهد شد. طرفین پرونده در صورت موجه بودن تصمیم قضایی، کم‌تر معترض آن خواهند شد. تصمیم مدلل مقام قضایی موجب مشروعیت دستگاه قضایی و حکومت خواهد شد.

هدف دادرسی اداری، تحقق عدالت اداری، تضمین حاکمیت قانون، حمایت از حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و پاسخ‌گوسازی اداره است. پس تحمیل بار اثبات دعوا هم‌چون دادرسی مدنی بر شهروندی که مدعی نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره است، مانعی جدی برای تحقق اهداف یادشده خواهد بود. ارائه دلیل، بخش ضروری رویکرد شکلی به حاکمیت قانون است؛ زیرا بر اساس این رویکرد، همه آن‌چه حاکمیت قانون مستلزم آن است، این است که دولت هر آن چیزی را که انجام می‌دهد، به روشی پیش‌بینی‌پذیر و منسجم انجام دهد و آن را با دلایل موجه سازد.

دادرسی اداری با رعایت استقلال و در جهت تأمین منافع عمومی باید تحقیقات لازم را برای اطمینان‌یابی از تحقق اصل حاکمیت قانون و تضییع نشدن حق‌ها و آزادی‌های شهروندان انجام دهد و به شهروندان که از دسترسی به بسیاری از ادله و مدارک محرومند، یاری رساند و نابرابری میان اداره و شهروند را در دادرسی اداری تا حدی جبران کند. هم‌چنین شایسته است قضات دیوان عدالت اداری با استناد به ماده ۴۱ قانون و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، هر گونه تحقیق یا اقدامی را که برای کشف حقیقت لازم است، انجام دهند و خود را به ادله ارائه‌شده از سوی شهروند محصور نسازند تا بتوانند با مشارکت فعالانه در دادرسی و کشف حقیقت، آرای منصفانه صادر کنند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تا پایان سال ۱۳۹۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴.
۲. دلاوری، محمدرضا، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: جنگل، ۱۳۹۵.
۳. رستمی، ولی و همکاران، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، چاپ اول، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۴. سعیدی روشن، حمیده، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته: جلد ۳)، چاپ نهم، تهران: دراک، ۱۳۸۶.
۶. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۰.
۷. مرکزالمیری، احمد، حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، چاپ دوم، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
۸. معاونت آموزش و پژوهش دیوان عدالت اداری، استناد به قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در آرای مراجع قضایی، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱.
۹. هداوند، مهدی، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، چاپ سوم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. امامی، محمد و حمید شاکری، «نقش دادرسی اداری در صیانت قانون اساسی با تأکید بر دیوان عدالت اداری»، قضاوت، شماره ۸۹، ۱۳۹۶.
۲. آقاشاهی، احسان، مهدی هداوند و حسین منوری، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی

- شرعی: تصمیمات موردی اداری»، حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹.
۳. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۳.
۴. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴.
۵. سبزواری‌نژاد، مهدی و حجت سبزواری‌نژاد، «فلسفه دلیل‌مندی تصمیم قضایی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۲، ۱۳۹۹.
۶. سوادکوهی، سام، «بررسی تطبیقی دو مرجع قانونی صالح برای نقض مصوبات دولت (قوه مقننه، مرجع رسیدگی سیاسی و قوه قضاییه، مرجع رسیدگی قضایی)»، دادرسی، شماره ۲۶، ۱۳۸۰.
۷. شیبانی، عادل، علی مشهدی و زهرا بیدار، «تأملی بر انحراف مقامات اداری از اختیارات و صلاحیت‌های ناظر به دادرسی با نگاهی بر الگوی آیین دادرسی اداری افتراقی»، حقوق اداری، شماره ۲۳، ۱۳۹۹.
۸. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۹۲.
۹. مولاییگی، غلام‌رضا و ولی‌الله حیدرنژاد، «نظام حقوقی حاکم بر رسیدگی به آرای خلاف ین شرع و قانون در دیوان عدالت اداری (شرح و تحلیل ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۸.

ج) دیگر منابع‌ها

۱. امیرارجمند، اردشیر، «جزوه چاپی حقوق اداری (۱)»، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
۲. امین زابلی، حمیدرضا، «توسعه یا تحدید صلاحیت قاضی اداری در دیوان عدالت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مرودشت، دانشکده علوم، ۱۳۹۵.

2. Latin Source

1. Cane, Peter, **In Introduction to Administrative Law**, Second Edition, Oxford: Clarendon Press, 1992.
2. Council of Europe, **Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings**, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 2019.
3. Davis, Kenneth culp, “**An Approach to Problems of Evidence in the Administrative process**”, Harvard Law Review, Vol. 55, No.3, Jan1942.
4. Frumarová, Kateřina, “**Evidence in administrative proceedings – proof by audio-visual record, proof by the content of the website and other means of proof lacking explicit regulation in the Code of Administrative Procedure**”, Journal of Administrative Sciences, Vol. 2, 2022.
5. Kuenhle, William H., “**Standards of Evidence in Administrative Proceedings**”, New York Law School Journal, Vol. 49, 2019.
6. Longley, Diane and James Rhoda, **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, London: Cavendish Publishing, 1999.
7. Nason, Sarah, “**Understanding administrative justice in wales Full report including executive summary**”, Bangor University, November 2015.
8. Pierce, Jr., J. Richard, Sidney A. Shapiro and Paul R. Verkuil, “**Administrative law and process**”, Fourth Eition, Foundation press, New York, 2004.

نظام حقوقی حاکم بر مرخصی‌های خاص در حقوق اداری ایران با نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری

زهرا دانش‌ناری^۱

روشنک صابری^۲

چکیده

امروزه، بهره‌مندی از مرخصی به عنوان یکی از حقوق معنوی کارکنان نظام اداری و نیز کارگران، در همه کشورهای مورد پذیرش قرار گرفته است. بر این اساس در نظام حقوقی ایران، علاوه بر شناسایی مرخصی‌های عمومی که در قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان قانون عام حاکم بر نظام اداری، تقریر یافته و شامل مرخصی‌های استحقاقی، استعلاجی و بدون حقوق می‌گردد، در برخی قوانین دیگر نیز مرخصی‌های خاصی برای برخی کارکنان با توجه به وضعیت کاری آنان، محل اشتغال و یا جنسیت مورد پیش‌بینی قرار گرفته است. مرخصی‌های مورد بحث در این پژوهش، عبارتند از مرخصی مندرج در قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی، مرخصی مندرج در قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت و نیز مرخصی زایمان. در خصوص هر یک از مرخصی‌های مورد نظر، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع نظارت قضایی، اقدام به صدور آرای وحدت رویه‌ای نموده است که حدود و ثغور مشمولین قوانین مارالذکر را مشخص می‌نمایند و به ابهامات موجود در این راستا پاسخ می‌دهند. نظر به این که آرای وحدت رویه در حکم قانون بوده و یکی از منابع مهم حقوق اداری به شمار می‌آیند، لذا شناسایی و بررسی آرای وحدت رویه مذکور، به شناسایی نظام حقوقی حاکم بر مرخصی‌های مورد بحث، کمک شایانی نموده و گامی به سوی بهبود نظام مرخصی‌ها شمرده می‌شود که در مقاله حاضر بدان پرداخته شده است.

واژگان کلیدی: حقوق اداری، دیوان عدالت اداری، رویه قضایی، مرخصی.

۱. دانش آموخته دوره دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، zdanesh@ut.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شهید مدنی آذربایجان. (نویسنده مسئول)، r.saberi@azaruniv.ac.ir

مقدمه

حق اشتغال به مثابه حق بشری؛ در جهان امروز از بدیهی‌ترین حقوق انسان‌ها به شمار می‌آید. بنابر آموزه‌های دینی و همچنین اسناد حقوق بشری هر انسانی حق اشتغال به شغل دلخواه و مناسب خود را دارد. در سیره پیامبر اکرم (ص) بر ضرورت داشتن شغل و فضیلت آن تأکید شده و همواره انسان بیکار سرزنش گردیده است. همچنانکه می‌فرمایند: «الْكَادُّ عَلَى عِيَالِهِ مِنْ خَلَالِ كَالْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ» کسی که برای تأمین معاش خانواده‌اش از راه حلال تلاش می‌کند، همانند مجاهد در راه خداست.^۱ همچنین بر اساس ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «هرکس حق دارد کار کند و کار خود را آزادانه انتخاب کند». قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز طی اصولی چند، به تضمین حق بر کار پرداخته است. در این راستا اصل ۲۸ مقرر داشته: «هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند» مضافاً بند ۲ و ۴ اصل ۴۳ بر «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه و رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین» تأکید نموده است.

لزوم تأمین خدمات عمومی در زندگی اجتماعی، منجر به تأسیس نظریه خدمات عمومی شده است تا جایی که امروزه میزان و چگونگی برآورده کردن نیازهای همگانی نشان از شایستگی بقای دولت دارد و حتی برخی اعتقاد دارند که مشروعیت دولت از میزان خدماتی که ارائه می‌دهد نشأت می‌گیرد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت خود را موظف به تأمین خدمات عمومی همچون آموزش و پرورش، تأمین اجتماعی، خدمات بهداشتی، درمانی و بیمه، تأمین نیازهای اساسی از قبیل خوراک و پوشاک و مسکن و... کرده است. تعهد به برآورده ساختن نیازهای اساسی و همگانی در قانون اساسی، حاکی از آن است که فلسفه وجودی دولت در حقوق اداری ایران، به ویژه نظریه خدمات عمومی است.^۲ این نظریه همواره بر اصولی استوار است که پایه و اساس حقوق اداری را تشکیل می‌دهند؛ از جمله مهمترین اصول حاکم بر خدمات عمومی، اصل ثبات و استمرار است؛ اصلی که در محتوای خود بر تداوم و عدم ایجاد وقفه در ارائه خدمات عمومی تأکید

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، دارالکتب الاسلامیه، جلد سوم، ۱۳۴۳ ش، ۱۳۹۰ ق، ص ۱۶۸

۲. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ عبدالمحمدی، فرزانه، نظام حقوقی شایسته حاکم بر تعطیلات در جمهوری اسلامی ایران، مجله مطالعات گردشگری، ۱۳۹۷، شماره ۱۱، ص ۵۹

می‌نماید. لیکن بایست به این نکته نیز توجه داشت که فرد مستخدم یک انسان عادی است و نمی‌تواند بدون وقفه همچون یک ماشین به فعالیت بپردازد و بر همین اساس گاه ممکن است در حالت مرخصی قرار بگیرد. از این‌رو مرخصی به عنوان یک حق برای کارمندان نظام اداری در قوانین مختلف به رسمیت شناخته شده است.

به دیگر سخن، هر کارمندی به عنوان انسان دارای حقوق غیر مادی (معنوی) متعددی از جمله حفظ و رعایت حرمت و کرامت انسانی است، لیکن حق بر مرخصی به عنوان شکل خاصی از حقوق غیرمادی مستخدمان، در قرن بیستم در نظام‌های حقوقی مختلف برای کارمندان به رسمیت شناخته شد که فلسفه وجودی آن، استراحت و تجدید قوای کارمندان و گاه دادن فرصت به کارمند برای رسیدگی به مسائل شخصی، برای ایام بیماری و... است.^۱ در اصل چهل و سوم قانون اساسی ایران، بر تنظیم ساعات کار به گونه‌ای که هر فرد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی، سیاسی و اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار داشته باشد، تأکید شده است.

نظام حقوقی ایران به ویژه حقوق عمومی، بیشتر ریشه در نظام حقوقی فرانسه دارد و نخستین قانون استخدام ایران از کشور فرانسه گرفته شده است؛ با این که قانون استخدام کشوری مصوب ۳۱ خرداد ۱۳۴۵، غالباً از حقوق آمریکا اقتباس شده بود، لیکن باید اذعان داشت، هنوز هنجارهای حقوق عمومی و حقوق استخدامی فرانسه بر حقوق اداری و استخدامی ایران حاکم است.^۲ این موضوع را می‌توان از نظام دوگانه موجود در حقوق فرانسه و ایران برداشت نمود. توضیح آنکه، در نظام یگانه، سیستم وحدت دادگاه‌های اداری و قضایی و نیز حقوق استخدامی واحد برقرار است. به این معنی که دستگاه‌های اداری، تابع همان قانونی هستند که اشخاص خصوصی از آن تبعیت می‌کنند.^۳ در فرانسه این روش به کار گرفته نشده است. چون اغلب مسئولان سازمان‌های کشوری و حقوقدانان بر این باورند که مسائل مربوط به خدمت در سازمان‌های عمومی همانند خدمت در مؤسسات خصوصی نیست. از این رو، مستخدمان دولت، مشمول قوانین استخدامی و رژیم

۱. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، جلد اول، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۴۳

۲. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، جلد دوم، چاپ هفتم، نشر توس، ۱۳۸۳، ص ۶۳

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ یازدهم، نشر سمت، ۱۳۸۵، ص ۴۹

حقوقی جداگانه‌ای گردیده‌اند که متمایز از مقررات حقوق کار حاکم بر بخش خصوصی است.^۱ بنابراین در خصوص مرخصی نیز قواعد حاکم بر آن در بخش خصوصی و بخش عمومی متفاوت هستند و این همان نظام دو گانه‌ای است که کشور ایران به تأسی از فرانسه آن را در قوانین خود لحاظ نموده است.

بر این مبنا، حقوق استخدامی مستخدمین دولت، متضمن مسائل، ابهامات و تعارض‌های بسیاری بوده و طرح این ادعا که یکی از پیچیده‌ترین مسائل حقوق عمومی و به طور اخص حقوق استخدامی است، ادعای گزافی نخواهد بود؛ چرا که این موضوع ابعاد مختلف و متفاوتی را دربرگرفته و همچنین به علت فراوانی قوانین و مقررات، فهم آن با دشواری همراه شده است.^۲ یکی از ابعاد مورد بحث در حقوق استخدامی، نظام حقوقی حاکم بر مرخصی‌های خاص در حقوق اداری ایران می‌باشد که علی‌رغم اهمیت وافر آن مورد توجه نبوده‌اند. گفتنی است، در برخی کتب حقوق اداری، نویسندگان به تحلیل و بررسی مرخصی‌های مندرج در قانون مدیریت خدمات کشوری (مرخصی استحقاقی، استعلاجی و بدون حقوق) پرداخته‌اند، لیکن مرخصی‌های خاص که در قوانین خاص مورد توجه قانونگذار قرار گرفته‌اند، کمتر مورد تعمق و تفحص قرار گرفته‌اند مرخصی‌های مورد نظر، ناظر بر وضعیت خاص کارمندان است که قانونگذار آنها را بسته به شرایط ویژه در نظر گرفته‌است. فلذا منابع حقوق استخدامی در زمینه مورد بحث فقیر است. این در حالیست که مرخصی‌های خاص یکی از دعاوی مطروحه و قابل توجه در دیوان عدالت اداری به شمار می‌آید و از این جهت برای تتبع عمیق‌تر در موضوع حاضر بر آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری توجه ویژه‌ای صورت گرفته و همین امر اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر را نمایان می‌سازد. در این میان پرسش اصلی آن است که در آرای وحدت رویه صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، قلمرو مشمولین قوانین مورد بحث و مرخصی‌های مندرج در آن‌ها به چه نحو مورد شناسایی قرار گرفته است؟ در این راستا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به بررسی هر کدام از مصادیق مرخصی‌های خاص و

۱. رنجبری، ابوالفضل، بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی، مجله فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۱، شماره ۵، ص ۵۱

۲. کرمی، حامد؛ گودرزی، مهدی، تحلیل حقوقی قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاه‌های اجرایی با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۲، ۱۳۹۹، شماره ۴، ص ۸۰

آرای وحدت رویه موجود در زمینه آن‌ها پرداخته شده تا بتوان به تدوین نظامی دقیق‌تر، مطلوب‌تر و شایسته‌تر در این خصوص دست یافت.

گفتار اول. رویه قضایی

در حقوق، منظور از رویه، تصمیم دادگاه در گذشته است که به عنوان راهنمایی برای تصمیم جدید دادگاه قرار می‌گیرد. بر این مبنا، رویه نوعی استفاده از تجربه‌های گذشته در رسیدگی قضایی است. این تعبیر یادآور جمله معروف وندل هولمز است که می‌گوید: «حیات حقوق نه منطقی بلکه تجربی بوده است»^۱.

با این وصف، اساس و پایه رویه قضایی، رأی دادگاه است. تصمیم ارادی یک مقام رسمی به نام قاضی که بر طبق تشریفات مقرر در قانون در مقام رسیدگی به یک دعوا و اختلاف معین صادر می‌شود، رأی نام دارد. پرسشی که مطرح است، اینکه چگونه رأی دادگاه به رویه تبدیل می‌شود؟ تحلیل نخست این است که کثرت آرا عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است. تحلیل دوم این است که چون رأی دادگاه تبدیل به عادت می‌شود، همین عادت عامل اصلی تشکیل رویه قضایی است.^۲

رویه قضایی از سویی نقص ناشی از عدم انعطاف قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید و از سوی دیگر، پراکندگی و نارسایی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند و قوانین متعارض را با اموری که برای قانونگذار قابل پیش‌بینی نبوده است، سازگار می‌کند.^۳

نظام حقوق اداری ایران بر اثر نارسایی و پراکندگی قوانین در موارد زیادی دچار تشتت و آشفتگی بوده و در برخی موارد قوانین، توانایی تعیین موضوع را ندارند. در این وضعیت، نقش قاعده‌گذار قضایی و بالتبع رویه قضایی اهمیت ویژه خود را نمایان می‌سازد. فلذا، دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع نظارت قضایی بر سازمان‌های اداری کشور، با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط عدم

۱. وکیلان، حسن، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکتترین حقوقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، ۱۳۹۷، شماره ۵۷، ص ۶۱

۲. اسلامی پناه، علی، رویه قضایی به منزله منبع حقوق، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، ۱۳۹۷، شماره ۸۴، ص ۲۴۷

۳. حسنوند، محمد؛ اکبری، مینا، گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۲، ص ۹۲

حضور قانون عام اداری و عدم اشاره قانون اساسی به اصول جدید راهگشا خواهد بود، می‌تواند منجر به ارائه اصول و حقوق جدید به ویژه در حقوق اداری شود.^۱

در خصوص موضوع مقاله حاضر نیز، با توجه به پراکندگی و ابهام در قوانین موجود در زمینه اعطای مرخصی‌های خاص، مراجعه به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و بررسی و تحلیل آرای وحدت رویه در این باب، ضروری می‌نماید تا بتوان به نحو بهتر و شایسته‌تری با مقررات مربوط به مرخصی‌های مورد بحث، آشنایی پیدا کرد و فهم روشنی از مطلب به دست آورد.

گفتار دوم. مرخصی مندرج در قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی

پیداست، رفع بی‌عدالتی‌های اجتماعی از اهداف مهم نظام اسلامی است و بالتبع برقراری عدالت اجتماعی در مناطق محروم از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.^۲ بر این مبنا، توجه به مناطق محروم و برنامه‌ریزی جدی برای محرومیت‌زدایی، با پیروزی انقلاب اسلامی در حد نسبتاً چشم‌گیری مطمح نظر بوده است. تلاش برای رفع مشکلات مربوط به زیرساخت‌های توسعه، لحاظ کردن سهمیه مناطق در کنکور سراسری، ایجاد مراکز شبانه‌روزی در مناطق روستایی، اولویت دادن به استخدام نیروهای بومی، اعمال سیاست‌های تشویقی از سوی دولت برای شاغلان مناطق محروم از جمله مرخصی، اختصاص اعتبارات خاص محرومیت‌زدایی، از جمله سیاست‌هایی بود که با هدف محرومیت‌زدایی از جانب دولت اعمال گردید.^۳

در کنار این امر، جذب و تأمین نیروی انسانی شاغل در مناطق محروم، دور افتاده و جنگ‌زده، همواره از مسائل پر اهمیت و چالش برانگیز نظام مدیریتی کشور به شمار می‌آید. جذب و تأمین

۱. حسنونند، محمد؛ اکبری، مینا، منبع پیشین، صص ۹۱-۹۲

۲. عیسوی، محمود؛ محمودی، اعظم، اوراق استصناع و تأمین مالی خرد در مناطق محروم، معرفت اقتصاد اسلامی، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۱۲، ص ۸۹

۳. معتمدی، عبدالله، بررسی عوامل مرتبط به نگهداشت نیروهای متخصص در مناطق محروم، نامه علوم اجتماعی، ۱۳۸۴، شماره ۲۶، ص ۱۷۵

نیروی انسانی، فرآیند یافتن و درگیر شدن افراد در سازمان مورد نظر است؛^۱ به زعم صاحب‌نظران علوم اداری، نظام جذب مشتمل بر مراحل برنامه‌ریزی نیروی انسانی، کارمندیابی و گزینش می‌باشد.^۲ بررسی محیط کار در سازمان‌ها از عوامل مهم در فرآیند جذب نیروی انسانی است؛ در این طریق همواره بر اهمیت و چگونگی ایجاد محیط کار مناسب و کارا چه از نظر فیزیکی و چه از نظر روانی برای نیروی انسانی تأکید می‌شود. پر واضح است که شرایط کار مطلوب به عنوان عاملی مؤثر، می‌تواند موجب جذب و به کارگماری سریع‌تر و راحت‌تر نیروی انسانی در سازمان گردد.^۳

از این‌رو در مناطق محروم، دور افتاده و جنگی که دافعه بیشتری برای نیروی انسانی جهت اشتغال دارند، بایست به فاکتورهای ایجاد جاذبه برای نیروی انسانی در این نواحی اندیشید. قانونگذار ایرانی با بهره‌گیری از نظریات اندیشمندان علوم اداری در تاریخ ۱۳۶۷/۱۲/۷ به وضع قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دور افتاده و مناطق جنگی^۴ مبادرت ورزید؛ در این طریق، یکی از مزایایی که برای کارکنان شاغل در مناطق محروم و دورافتاده و مناطق جنگی مورد پیش‌بینی قرار گرفت، «فوق‌العاده جذب و مرخصی مناطق محروم» است. در این خصوص ماده ۲ قانون جذب مقرر داشته است: «مستخدمین مشمول ماده ۱ علاوه بر مرخصی استحقاقی که بر اساس مقررات مربوط، به آنان تعلق می‌گیرد به نسبت مدت خدمت در نقاط مزبور حق استفاده از یک ماه مرخصی در ازای هر سال خدمت با دریافت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط را خواهند داشت. استفاده از این مرخصی نیز با موافقت دستگاه ذیربط امکان‌پذیر است. در صورتی که مستخدم از تمام یا قسمتی از این مرخصی استفاده ننماید حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط به آن در خاتمه هر سال تقویمی به وی پرداخت خواهد شد». اکنون به شرح و تحلیل این موضوع می‌پردازیم.

۱. تیموری، نازنین و همکاران، اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر جذب نیروی انسانی و ارائه الگوی مناسب مبتنی بر نظام شایستگی، مجله پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، دوره ۱۰، ۱۳۹۷، شماره ۳۲، ص ۷۶

۲. رک. به: دقتی، عادل و همکاران، زمینه‌های جذب نیروی انسانی در دانشگاه علوم پزشکی شهرستان بیرجند، پژوهش‌های مدیریت عمومی، ۱۳۹۶، شماره ۳۷، ص ۱۶۰

۳. عباسپور، عباس، مدیریت منابع انسانی پیشرفته، رویکردها، فرایندها و کارکردها، چاپ دهم، نشر سازمان سمت، ۱۳۹۵

۴. به جهت رعایت اختصار، در ادامه، قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دور افتاده و مناطق جنگی با عنوان قانون جذب آورده شده است.

بند اول. مشمولین قانون

به موجب ماده ۱ قانون جذب، مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی که در نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی انجام وظیفه می‌کنند، مشمول این قانون هستند.

قانونگذار در ماده ۱ قانون مزبور، ارکان و کلیات مشمولین قانون را مقرر داشته است؛ لیکن در مقام اجرا برخی ابهامات موجود، منجر به طرح دعوی در دیوان عدالت اداری گردیده که برای تأمین توقعات اجرایی قضیه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بعضاً مبادرت به صدور آراء وحدت رویه در موضوع ما نحن فیه نموده و به تدبیر امور اختلافی پرداخته است.

همچنانکه، در رأی وحدت رویه شماره ۳۸۲ و ۳۸۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۵، که در مقام تعارض آرای صادره از شعب دیوان صادر گردیده، بر این امر تصریح شده است: «به موجب مادتين ۱ و ۲ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی که در مقام جذب و نگهداری مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی شاغل در نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی انشاء شده و اعطای یک ماه مرخصی در آن تجویز گردیده است و با توجه به ماده ۱۲ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت در باب شمول ضوابط و مقررات قانون مزبور، به مطلق دستگاه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و شهرداری‌ها که دارای مقررات خاص استخدامی می‌باشند، دادنامه‌های صادره مبنی بر شمول قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی مصوب ۱۳۶۷، به کارمندان شرکت دولتی راه‌آهن جمهوری اسلامی ایران، صحیح تشخیص داده می‌شود.» فلذا مطابق با رأی مذکور، کارمندان شرکت راه‌آهن جمهوری اسلامی ایران، مشمول قانون جذب و متعاقباً مشمول استفاده از امتیاز مرخصی مرقوم در قانون جذب هستند.

در خصوص برخی دستگاه‌های دیگر نیز، به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۳۸ مورخ ۱۳۸۳/۷/۱۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، باید گفت، بعضی دستگاه‌های اجرایی مانند شهرداری‌ها و نیز جمعیت هلال احمر به موجب قوانین خاص از حیث استخدامی تابع قانون استخدام کشوری شناخته شده‌اند و چون مشمول قانون استخدام کشوری شناخته شده‌اند، بنابراین کارکنان این نهادها نیز مشمول قانون جذب و بالتبع مشمول استفاده از مرخصی مندرج در قانون جذب می‌باشند.

مضافاً، در دادنامه شماره ۷۵ الی ۷۸ مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام تعارض میان آرای صادر شده از شعب دیوان صادر گردیده، هیئت عمومی دیوان، شمول قانون جذب را در مورد شرکت‌هایی مانند شرکت زغال سنگ، شرکت ملی فولاد ایران، به این دلیل که دارای مقررات خاص استخدامی هستند، مورد پذیرش قرار نداده است.

همچنانکه، در رأی وحدت رویه شماره ۲۳۴ مورخ ۱۳۸۸/۳/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، در خصوص مشمولین قانون جذب، قضاات هیئت عمومی دیوان با توجه به مقتضیات قانونی، به اصدار رأی پرداخته‌اند؛ بدین بیان: «امتیازات پیش‌بینی شده در این قانون، مخصوص مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی است. بنابراین دستگاه‌هایی که دارای مقررات خاص استخدامی هستند، مانند قضاات، کارمندان جهاد، سازمان بنادر و کشتیرانی، فولاد خوزستان، سازمان تامین اجتماعی از شمول قانون جذب و امتیازات آن مستثنی می‌باشند.» در ادامه، هیئت عمومی دیوان به موجب دادنامه شماره ۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۸ که در مقام ابطال نظریه‌های صادره از سوی مدیرکل حقوقی سازمان امور اداری و استخدامی کشور و مدیرکل حقوقی معاونت حقوقی امور مجلس و ریاست جمهوری صادر گردیده، بیان داشته است: «با توجه به این که قضاات از لحاظ استخدامی مشمول مقررات استخدامی خاص و از جمله قانون نقل و انتقال دوره‌ای قضاات مصوب سال ۱۳۷۵ هستند و در ماده ۴ قانون مذکور مزایای مورد نظر برای قضاات شاغل در مناطق محروم در نظر گرفته شده است، بنابراین تعمیم حکم مقرر در قانون جذب به قضاات و جاهت قانونی ندارد.»

بدین ترتیب، با توجه به مفاد قانون جذب و به ویژه آرای وحدت رویه صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص مشمولین امتیاز مرخصی مندرج در قانون جذب، اصل بر این است که کلیه مشمولین قانون استخدام کشوری و شاغلین در شرکت‌های دولتی مشمول مرخصی مندرج در قانون جذب می‌باشند. ناگفته نماند در سال ۱۳۸۶ قانونگذار با هدف یکپارچه‌سازی مقررات استخدامی در بخش دولتی، قانون مدیریت خدمات کشوری را به تصویب رساند که به موجب ماده ۱۲۷ قانون مارالذکر، قانون استخدام کشوری در موارد مغایر نسخ گردید، بنابراین در شرایط کنونی، به نظر می‌رسد، مشمولین قانون مدیریت خدمات کشوری که جایگزین قانون استخدام کشوری شده است، از مزایای مندرج در قانون جذب بهره‌مند می‌گردند و مستثنیات قانون مدیریت خدمات

کشوری که در ماده ۱۱۷ و تبصره‌های آن مشخص شده‌اند از شمول قانون جذب مستثنی هستند. فی‌المثل، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شرح دادنامه شماره ۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۸، صراحتاً قضات را که به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مستثنی از قانون اخیرالذکر هستند، از شمول قانون جذب نیز مستثنی نموده است.

شایان ذکر است، با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶، هدف تدوین قانونی جامع برای حل مشکلات نظام اداری بود تا از تشتت و پراکندگی قوانین موجود در خصوص نظام اداری کاسته شود.^۱ لیکن، قید مستثنیات فراوان در این قانون و به دنبال آن تصویب قوانین خاص و شمولیت آن‌ها بر تعدادی چند از دستگاه‌های دولتی، با هدف اولیه قانونگذار هم‌خوانی نداشته و آن را نقض نموده است. چنین پراکندگی و عدم انسجام را از سردرگمی در شمولیت قانون جذب می‌توان برداشت نمود. چرا که شمولیت آن نسبت به برخی دستگاه‌ها و در نتیجه مستثنی دانستن دستگاه‌های دیگر از آن در برخی موارد مبنای منطقی نداشته و این امر در آرای دیوان نیز نمود یافته است. به نحوی که شرکت راه آهن را به عنوان یک شرکت دولتی مشمول قانون جذب کرده لیکن شرکت زغال سنگ که ماهیت دولتی دارد از آن مستثنی دانسته شده است.

بند دوم. شرایط بهره‌مندی

با توجه به قانون جذب، شرایط بهره‌مندی از مرخصی را می‌توان به ترتیب ذیل دانست:

- شخص مستخدم رسمی یا پیمانی مشمول قانون استخدام کشوری یا مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی باشد؛

به این ترتیب باید گفت، کارکنان قراردادی و شرکتی از شمول قانون مزبور خارج هستند.

- اشتغال به صورت تمام وقت باید باشد؛

فلذا اشتغال پاره‌وقت مانع بهره‌مندی از مرخصی مندرج در این قانون می‌گردد.

- محل خدمت باید جزء مناطق محروم مصوب هیئت وزیران و یا مناطق جنگی مصوب شورای عالی دفاع باشد؛

۱. طهرانی، مریم و همکاران، قانون مدیریت خدمات کشوری (اصول، مبانی و راهبردهای پیشنهادی)، مجلس و راهبرد، ۱۳۹۳، شماره ۷۹، ص ۱۸۶

گفتنی است هیأت وزیران، در خصوص تعیین مناطق مشمول قانون جذب، در تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۰ به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی مبادرت به وضع تصویب‌نامه‌ای نمود که در آن مناطق و نقاط مزبور به تفصیل قید گردیده است.

- مستخدم طبق قوانین موضوعه کشور، موظف به انجام وظیفه در مناطق محروم و دورافتاده و یا مناطق جنگی نباشد.^۱

منظور از واژه موظف در اینجا، متعهد به خدمت بودن است؛ گو اینکه شخص با استفاده از سهمیه مناطق محروم در رشته پزشکی پذیرفته شده و تعهد خدمت چندین ساله در این مناطق داشته باشد.

بند سوم. تاریخ اجرای قانون و بهره‌مندی از مرخصی

هیئت وزیران در آیین‌نامه اجرایی سال ۱۳۷۳، تاریخ اجرای قانون را ۱۳۷۴/۱/۱ تعیین کرده بود، لیکن هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۹ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۷، با این استدلال که در متن قانون جذب، ضرورت تدوین و تصویب آیین‌نامه اجرایی آن قانون، ظرف حداکثر مدت دو ماه قید گردیده و با عنایت به اصل کلی تاریخ اجرای قوانین ۱۵ روز پس از انتشار، تاریخ اجرای قانون جذب را ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی دانسته است.

همچنین به موجب دادنامه شماره ۵۸۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۸، با موضوع ابطال بخشنامه شماره ۸۹۰/۷۹۰ مورخ ۱۳۷۷/۲/۲۸ وزارت آموزش و پرورش، بیان گردیده است: «نظر به اینکه حسب تبصره ذیل ماده ۲ قانون جذب نیروی انسانی مقرر است، مستخدمینی که در مشاغل آموزشی خدمت می‌کنند، به ازای خدمت در یک سال تحصیلی به جای استفاده از مرخصی موضوع ماده ۲ قانون مزبور، از حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط استفاده می‌نمایند و مفاد بخشنامه معترض‌عنه که به دلیل عدم وجود اعتبار در سال ۱۳۷۷، کارکنان اداری و آموزشی شاغل در مناطق محروم را توصیه به استفاده از مرخصی ویژه به ترتیب در طول سال و ماه شهریور نموده و در غیر این صورت حقوق و مزایای معادل یک ماه مرخصی مذکور در سال ۱۳۷۷ را غیر قابل پرداخت اعلام نموده است، بر خلاف صریح تبصره بوده، فلذا ابطال می‌گردد.»

۱. ماده ۴ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی

بند چهارم. وضعیت اشخاص موظف به انجام وظیفه در مناطق محروم و دورافتاده و مناطق جنگی

به موجب ماده ۴ قانون جذب: «کسانی که طبق قوانین موضوعه کشور، موظف به انجام وظیفه در مناطق محروم دورافتاده و مناطق جنگی می‌باشند، از شمول قانون مستثنی هستند.»

در خصوص کسانی که مطابق ماده مذکور، موظف به انجام وظیفه در نقاط محروم و جنگی می‌باشند، به نظر می‌رسد با توجه به قوانین موجود می‌توان، اشخاصی را که به موجب حکم دادگاه یا رأی هیئت رسیدگی به تخلفات اداری محکوم به خدمت در منطقه محروم شده‌اند و یا افرادی را که طبق ضوابط و سهمیه‌های استخدامی در دانشگاه‌ها پذیرفته شده و موظف به خدمت در منطقه محروم هستند، از این قسم دانست و بدین ترتیب به عنوان مصادیقی از اشخاص مستثنی شده از قانون برشمرد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۴۲۴ الی ۱۴۳۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶، در خصوص مفهوم موظف و داوطلبانه بودن خدمت مستخدمان در مناطق محروم و مناطق جنگی اقدام به اتخاذ تصمیم نموده است. رأی صادره در مقام تعارض میان آرای صادره از شعب دیوان صادر گردیده و هیئت عمومی دیوان در رأی اصداری به نکات مهمی توجه نموده است؛ با این متن: «در قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی، از واژه «داوطلبانه» استفاده نشده است و قید مزبور فقط در مصوبه شماره ۲۳۳۴۷ ت ۲۱۵ هـ مورخ ۱۳۷۳/۶/۱۲ آمده است؛ در ماده ۴ قانون جذب نیز مقرر شده است، کسانی که طبق قوانین موضوعه موظف به انجام وظیفه در مناطق محروم دورافتاده و مناطق جنگی می‌باشند از شمول قانون مستثنی هستند و در خصوص اشخاص مشمول قانون خدمت پزشکان و پیراپزشکان، مفهوم قانون مزبور، صرفاً تکلیف به خدمت است و تکلیفی ناظر بر خدمت در نقاط محروم و دورافتاده ندارد؛ بنابراین قانونگذار پرداخت مزایای قانون جذب را منوط به داوطلبانه بودن خدمت نکرده است و لذا رأی به وارد دانستن شکایت صحیح است.»

با توجه به این امر، با یک تحلیل حقوقی، می‌توان مزایای مندرج در قانون جذب را در خصوص مأمورین به خدمات عمومی نیز جاری دانست.

بند پنجم. مرجع تعیین نقاط محروم و دور افتاده و مناطق جنگی

بر اساس ماده ۳ قانون جذب، تعیین نقاط محروم و دورافتاده، پس از پیشنهاد مشترک سازمان امور اداری و استخدامی کشور، وزارت کشور و سازمان برنامه و بودجه به تصویب هیئت وزیران و انواده شده است و در خصوص مناطق جنگی نیز طبق تبصره ماده ۳ این قانون، تعیین مناطق جنگی بر عهده شورای عالی دفاع است.

گفتنی است مطابق تبصره ماده یک قانون مذکور، آیین‌نامه اجرایی قانون به پیشنهاد سازمان امور اداری و استخدامی کشور و تصویب هیأت وزیران تهیه خواهد گردید که بر این اساس، آیین‌نامه اجرایی در سال ۱۳۷۳ تهیه و تصویب شده است.

گفتار سوم. مرخصی مندرج در قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت

در هر سازمان، نیروی انسانی مهم‌ترین رکن ترقی سازمان و عامل اصلی تحقق اهداف پیش‌بینی شده در آن مجموعه است. بدیهی است، رضایت شغلی در تحقق اهداف سازمانی، سلامتی فردی و اجتماعی نقش ویژه‌ای ایفاء می‌نماید، بنابراین این امر، یکی از مهم‌ترین مباحث قابل بررسی در مطالعات سازمانی تلقی می‌شود. رضایت شغلی به گفته بسیاری از کارشناسان، یکی از چالش‌برانگیزترین مفاهیم سازمانی و پایه بسیاری از سیاست‌ها و خط‌مشی‌های مدیریت برای افزایش بهره‌وری و کارایی سازمان است.^۱

تلاش جهت بهبود بهره‌وری، نیازمند این اعتقاد است که انسان می‌تواند کارها و وظایفش را هر روز بهتر از دیروز انجام دهد. آژانس بهره‌وری اروپا (EPA)^۲ بهره‌وری را در درجه اول یک دیدگاه فکری دانسته که همواره سعی در بهبود شرایط موجود دارد. وجود ساختار سازمانی مناسب، روش‌های اجرایی کارآمد، تجهیزات و ابزار کار سالم، فضای کار متعادل و از همه مهم‌تر نیروی انسانی واجد صلاحیت و شایسته از

۱. هومن، حیدرعلی، تهیه و استاندارد ساختن مقیاس سنجش رضایت شغلی، مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۸۱، ص ۱۲؛ همچنین براتی، احمد، بهره‌وری شاخص پیشرفت سازمانی و رشد و توسعه یافتگی، مجله فرآیند مدیریت و توسعه، ۱۳۷۴، شماره ۲۸، ص ۲۵

2. European Productivity Agency

ضروریاتی می‌باشد که برای نیل به بهره‌وری مطلوب بایست مورد توجه قرار گیرد.^۱

در این میان، بهره‌وری پرسنل پرستاری موضوع بسیار مهمی است که بهره‌وری کل سازمان را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ زیرا پرستاران بزرگ‌ترین بخش از نیروی انسانی نظام سلامت را تشکیل داده و نقش اساسی در تداوم مراقبت و ارتقاء سلامت دارند.^۲

بر این اساس، با توجه به نقش فعال و پویای پرستاران در اعتلای سطح سلامت جامعه، می‌بایست در برنامه‌ریزی‌های راهبردی سلامت و سختی شرایط کار پرستاری که بعد از کار در معادن دومین رتبه سختی کار را به خود اختصاص داده است، از ساعات کار این قشر جهت تجدید قوای جسمی و روحی کاسته شود.^۳

کاهش ساعات کار، همواره یکی از دغدغه‌های مهم جامعه پرستاری بوده است؛ فلذا در این راستا در سال ۱۳۸۸ طرحی با عنوان کاهش ساعات کار پرستاران در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار گرفت و پس از بحث و بررسی‌های فراوان در قالب قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان (به تاریخ ۱۳۸۸/۲/۹) رسیده و النهایه به مرحله اجرا درآمده است. در این قانون، یکی از راهبردهای مناسب‌سازی ساعات کار، به صورت «پدیده مرخصی کار در محیط‌های غیرمتعارف» مورد شناسایی قرار گرفته است که اکنون به شرح و تحلیل این موضوع می‌پردازیم.

بند اول. مشمولین قانون

مطابق با بند ۲ ماده واحده قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت مصوب ۱۳۸۸،^۴ دولت

۱. صادقی، قربان و همکاران، بررسی وضعیت اجرای قانون ارتقای بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت در بیمارستان‌های دانشگاه علوم پزشکی اردبیل، مجله سلامت و بهداشت، دوره ۸، ۱۳۹۶، شماره ۲، ص ۱۵۷؛ همچنین براتی، احمد، منبع پیشین، ص ۲۵

۲. دهقان نیری و همکاران، بررسی بهره‌وری از دیدگاه پرستاران بالین و عوامل و موانع ارزشیابی در آن: تحقیقی کیفی، مجله یافته، دوره ۷، ۱۳۸۴، شماره ۲۶، ص ۵۳

۳. محمدفام، ایرج و همکاران، ارائه چارچوبی برای ارزیابی عملکرد سیستم‌های مدیریت ایمنی و بهداشت شغلی با استفاده از روش‌های تصمیم‌گیری چندشاخصه، مجله سلامت کار ایران، دوره ۱۴، ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۲۷

۴. به جهت رعایت اختصار، در ادامه، قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت با عنوان قانون ارتقاء بهره‌وری آورده شده است.

می‌تواند کارکنان بالینی بیمارستان‌های روانی و سوختگی و مشمولین موضوع ماده ۱۶ قانون سازمان نظام پرستاری شاغل در بخش‌های دولتی و غیردولتی را جزء مشاغل سخت و زیان‌آور محسوب و از مزایای مواد ۶۷ و ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برخوردار نموده و علاوه بر مرخصی استحقاقی سالیانه، حداکثر تا یک ماه مرخصی کار در محیط‌های غیر متعارف به آنان اعطا نماید.

گفتنی است، با توجه به اطلاق عبارت «کارکنان بالینی» مذکور در بند ۲ ماده واحده قانون ارتقاء بهره‌وری، امتیازات مزبور به کلیه کارکنان بالینی اعم از پیمانی، رسمی و قراردادی تعلق می‌گیرد. ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون ارتقاء بهره‌وری که در تاریخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۰، بنا به پیشنهاد مشترک وزارتخانه‌های بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، کار و امور اجتماعی، رفاه و تأمین اجتماعی، دفاع و پشتیبانی و نیروهای مسلح، سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام پرستاری و به استناد بند (۵) قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت مصوب ۱۳۸۸، به تصویب هیأت وزیران رسیده است، مقرر نموده: «کارکنان بالینی بیمارستان‌های روانی و سوختگی موضوع ماده (۱) آیین‌نامه و همچنین کارشناسان امور روانی، مددیاران و کاردرمانگران این بیمارستان‌ها، علاوه بر مرخصی استحقاقی سالیانه، حداکثر تا یک ماه از مرخصی کار در محیط‌های غیرمتعارف استفاده خواهند نمود. این مرخصی قابل خرید یا ذخیره نمی‌باشد.»

لازم به ذکر است، کارکنان بالینی بیمارستان‌های روانی و سوختگی موضوع ماده (۱) آیین‌نامه اجرایی قانون ارتقاء بهره‌وری، که مشمول استفاده از مرخصی کار در محیط‌های غیرمتعارف هستند، به استناد ماده ۱ آیین‌نامه مارالذکر، کارکنان رسته بهداشتی، درمانی می‌باشند که در بیمارستان‌ها و مراکز درمانی شبانه‌روزی دولتی (کشوری و لشکری) و غیردولتی به بیماران بستری به صورت مستقیم ارائه خدمت می‌دهند و شامل پرستاران، بهیاران، کمک بهیاران، ماماها، پزشکان، کاردان‌ها و کارشناسان اتاق عمل، کاردان‌ها و کارشناسان هوشبری و شاغلین رشته شغلی فوریت‌های پزشکی و آزمایشگاه‌های تشخیص طبی می‌باشند.

بند دوم. تعیین مشمولین از دیدگاه رویه قضایی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۰۰۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۵ که در مقام ابطال دستورالعمل شماره ۳۰۶۰۲۱/۱۰۰-۱۳۸۹/۱۰/۱ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی صادر

گردیده است، با این استدلال که دستورالعمل مزبور، تعیین مصادیق کارکنان بالینی را تغییر داده و پزشکان را از شمول برخورداری از کسر ساعت کار خارج کرده و موجبات تضییع حقوق آنان را فراهم آورده است، مغایر حکم قانون ارتقاء بهره‌وری دانسته و در نتیجه حکم به ابطال دستورالعمل معترض عنه داده است.

همچنین بر اساس دادنامه شماره ۱۳۴۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۷/۵/۳۰ که در مقام تعارض آراء صادره از شعب دیوان صادر گردیده، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اعلام داشته، در قانون ارتقاء بهره‌وری مصوب ۱۳۸۸، کارکنان بالینی نظام سلامت مشمول قانون یاد شده هستند و اجرای آن در سازمان تأمین اجتماعی منوط به تصویب ضابطه اجرایی نشده است، بنابراین کلیه مشمولین قانون از زمان لازم‌الاجرا شدن قانون مزبور، مستحق بهره‌مندی از حقوق وضع شده هستند. فلذا عدم تأمین اعتبار یا تأخیر در اعمال آن، حقوق مکتسبه مشمولین قانون را از بین نخواهد برد.

علاوه بر موارد فوق، در دادنامه شماره ۱۸۹۷ الی ۱۸۹۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۴ که در مقام تعارض میان آراء صادره از شعب دیوان صادر گردیده، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با درک صحیح از قانون ارتقاء بهره‌وری، فارغ از این که شاغلین رشته شغلی فوریت‌های پزشکی، در بیمارستان و مراکز درمانی اشتغال داشته باشند و یا در مراکز فوریت‌های پزشکی پیش بیمارستانی موسوم به مراکز اورژانس ۱۱۵، آنان را مشمول احکام یاد شده دانسته و کلیه اشخاص مزبور را از مرخصی مندرج در این قانون بهره‌مند شناخته است. البته گفتنی است، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۹۳۸ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۹ با موضوع «اعمال ماده ۹۱ قانون دیوان عدالت اداری^۱ نسبت به رأی شماره ۱۸۹۷ الی ۱۸۹۹ مورخ ۱۳۹۷/۴/۱۰، درخواست اعمال ماده ۹۱ را نپذیرفت و بار دیگر تأکید نمود: «با توجه به این که به طور صریح در ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت، صراحتاً مشاغل رشته فوریت‌های پزشکی، از جمله مصادیق شاغلین بالینی تعیین شده و رأی صادره منطبق با قانون است، لذا اعمال ماده ۹۱ قانون دیوان مورد پذیرش اکثریت اعضای هیئت عمومی قرار نگرفت.»

۱. ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: طرح آراء قبلی هیأت عمومی برای رسیدگی مجدد در هیأت عمومی، در موارد ادعای اشتباه یا مغایرت با قانون یا تعارض با یکدیگر، مستلزم اعلام اشتباه از سوی رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان یا تقاضای کتبی و مستدل بیست نفر از قضات دیوان است.

شایان ذکر است، هیئت تخصصی پژوهشی و فرهنگی دیوان عدالت اداری نیز به موجب دادنامه شماره ۱۳۷ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۰، با موضوع ابطال ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت از حیث عدم شمول به ماده ۴ از آیین‌نامه ناظر به اعطای یک ماه مرخصی به شاغلین فیزیوتراپ، با این استدلال که حسب مصوبه شورای عالی برنامه‌ریزی وزارت بهداشت، رشته فیزیوتراپی جزء رشته‌های توان بخشی بوده و جزء رشته‌های بالینی محسوب نمی‌شود، فلذا مقررات قانون ارتقاء بهره‌وری، قابلیت تسری به کارکنان فیزیوتراپ را نخواهد داشت، در نهایت دعوی شاکی را غیر وارد تشخیص داده است.

همچنین هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۹۱ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۹، با موضوع ابطال ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون ارتقاء بهره‌وری، مبنی بر اینکه شاغلان در رشته علوم آزمایشگاهی نیز به دلیل مواجهه با بیماران جزء مشاغل بالینی محسوب می‌گردند؛ اعلام داشته که شاغلین در مشاغل آزمایشگاهی مشمول قانون ارتقاء بهره‌وری نمی‌باشند.

گفتار چهارم. مرخصی مشمولان قانون حفاظت در برابر اشعه

یکی از عوامل زیان‌آور محیط کار، پرتوهای یونساز می‌باشند که می‌توانند سبب ایجاد آسیب‌های جدی و برگشت‌ناپذیر و غیرقابل درمان در نزد افرادی که به نحوی با پرتو سروکار دارند و یا افرادی که جهت تشخیص و درمان مراجعه می‌نمایند، شود. تماس با مقدار بیش از حد مجاز پرتوهای یونساز می‌تواند اثراتی روی دستگاه خونساز، دستگاه گوارش، سیستم اعصاب مرکزی و در نهایت کل بدن بگذارد و یا ممکن است آثار آن در نسل‌های بعدی ظاهر شود.^۱

افزایش میزان مرخصی استحقاقی سالیانه تا یک ماه در سال برای مدت اشتغال به کار با اشعه، استفاده از مرخصی استحقاقی سالیانه در آن گونه موارد در طول هر سال اجباری است. در قانون مدیریت خدمات کشوری نیز کارمندان حداکثر ۱۵ روز از مرخصی استحقاقی خود را می‌توانند ذخیر نمایند. کارگران و یا کارمندانی که در کار با اشعه و پرتوکاری مشغول به کار هستند، مرخصی آنان در یک سال حداکثر تا یک ماه قابل افزایش است. طبق بند ۲ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه

۱. امیرزاده، فرید؛ طباطبایی، حمیدرضا، بررسی میزان آگاهی از اصول حفاظت در برابر اشعه در پرتوکاران شاغل در بیمارستان‌های شهرستان شیراز، مجله پزشکی هسته‌ای ایران، دوره ۱۳، ۱۳۸۴، شماره ۲۴، ص ۳۹

مصوب ۱۳۶۸، کارگران و کارمندان مشمول این قانون مجبور هستند از تمام مرخصی استحقاقی خود استفاده نمایند. طبق بند ۲ ماده ۲۰ قانون مذکور، مرخصی استحقاقی قابل ذخیره شدن نیست.^۱

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۶۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰ در مقام اعمال ماده ۹۰ قانون دیوان صادر نموده است: «مطابق بند ۴ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب ۱۳۶۸، به افرادی که به طور مستمر به کار با اشعه اشتغال داشته باشند بر مبنای مقدار و شرایط بالقوه پرتودهی محیط کار و به تشخیص واحد قانونی و طبق آیین‌نامه‌های مربوط تا ۵۰ درصد حقوق و مزایا فوق‌العاده کار با اشعه تعلق می‌گیرد. با توجه به این که حکم مذکور تا زمان اجرای فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری، موضوع بند ۳ ماده ۶۸ قانون مرقوم حاکمیت داشته است و از تاریخ تصویب قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب سال ۱۳۶۸ و استحقاق اشخاص به دریافت حق اشعه، دستگاه متبوع مستخدم مکلف است کسورات قانونی متعلق را با توجه به استحقاق مستخدم، به هنگام پرداخت حق اشعه به حساب صندوق بازنشستگی کشوری مربوط واریز کند، بنابراین، آرای شعبه سوم و شعبه چهارم که بر استحقاق مستخدم به دریافت حق اشعه از تاریخ تصویب قانون با لحاظ اشتغال به کار با اشعه و اصلاح احکام بازنشستگی صادر شده صحیح است و در اجرای حکم مقرر در بند ۳ ماده ۱۲ و ماده ۹۰ قانون دیوان، به عنوان ایجاد رویه اعلام می‌شود و برای شعب دیوان لازم الاجراست.»

هیئت عمومی دیوان در دادنامه دیگر به شماره ۴۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰ که در مقام تعارض آرای صادره میان شعب دیوان صادر گردیده است، به این شرح اظهار نظر نموده است: «اولاً از حیث قابل ذخیره بودن یا قابل ذخیره نبودن مرخصی اجباری موضوع بند ۲ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب ۱۳۶۸ تعارض بین آراء محرز است. ثانیاً، نظر به این که در بند ۲ ماده ۲۰ قانون حفاظت در برابر اشعه مصوب ۱۳۶۸، برای افرادی که به طور مستمر به کار با اشعه اشتغال داشته باشند، افزایش میزان مرخصی استحقاقی سالیانه تا یک ماه در سال برای مدت اشتغال به کار با اشعه پیش‌بینی مقرر شده استفاده از مرخصی سالیانه در این گونه موارد در طول هر سال اجباری باشد و این امر بیانگر آن است که مستخدم موضوع قانون، لزوماً باید از مرخصی مذکور استفاده کند

۱. سیف، نیما؛ عزیزالهی، محمد مهدی، سازوکار و قوانین و مقررات کار با اشعه و مزایا و فوق‌العاده پرتوکاری، یازدهمین

کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۴۰۱، ص ۱۴

و این مرخصی قابلیت ذخیره سازی ندارد. با توجه به مراتب، آرای صادر شده به غیر وارد دانستن شکایت به شرح مندرج در گردشکار صحیح و موافق مقررات تشخیص می‌شود.» بنابراین، نظر بر حمایتی بودن مرخصی مندرج در قانون مزبور، امکان ذخیره مرخصی موردنظر وجود ندارد.

گفتار پنجم. مرخصی زایمان

توجه به موقعیت مادری زنان و صیانت از حق اشتغال آن‌ها ایجاب می‌کند که قانونگذاران، حمایت‌هایی مانند مرخصی زایمان، مرخصی شیردهی، اتخاذ تدابیر لازم برای جلوگیری از اخراج زنان و ممنوعیت ارجاع کارهای سخت را برای زنان در نظر گیرند.^۱

در قوانین جمهوری اسلامی ایران، مسأله حقوق زنان از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. اصل ۲۱ قانون اساسی وظایف دولت در قبال زنان را برشمرده و بر حمایت از مادران به خصوص در دوران بارداری و حمایت از فرزند تأکید می‌کند. متعاقب این امر، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳/۲/۲۱، در اجرای قانون اساسی این‌گونه حمایت‌ها را جزء نظام تأمین اجتماعی ذکر نمود؛ و شورای انقلاب فرهنگی در سال ۱۳۸۳، با توجه به اصول قانون اساسی در مورد حقوق زنان، منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران را به عنوان یک سند مرجع تصویب کرد. به دنبال آن، مجلس شورای اسلامی با تصویب قانون حمایت از حقوق و مسئولیت‌های زنان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی، دولت را موظف نمود تا زمینه‌های تحقق اهداف سند مرجع را فراهم سازد. در بندهای ۳۳ و ۳۴ این سند بر حق بارداری و برخورداری از حمایت‌های مادی و معنوی در ایام بارداری و شیردهی تأکید شده است.^۲

در وضعیت فعلی مطابق قوانین ایران، دو نظام برای حمایت از زنان در دوران بارداری، زایمان و پس از زایمان وجود دارد: یکی نظام مربوط به قانون استخدام کشوری و قانون تأمین اجتماعی که پس از تصویب قانون ترویج تغذیه با شیر مادر تخصیص خورده و تنها در خصوص آن دسته از زنانی که فرزندان را شیر نمی‌دهند قابلیت اجرایی دارد و دیگری نظام خاص قانون ترویج تغذیه

۱. عراقی، عزت‌اله، حقوق کار تطبیقی، انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۹۲

۲. قربان نیا، ناصر، نقدی بر منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران، نامه مفید، ۱۳۸۴، شماره ۴۹، ص ۱۰

با شیر مادر که مخصوص مادران شیرده است. اصل ۲۱ قانون اساسی نیز با بیان حمایت از مادران در دوران حضانت در این جهت گام برداشته که قانونگذار عادی مکلف است در جهت تأمین حکم قانون اساسی، مقررات ویژه‌ای را در حوزه تأمین اجتماعی تصویب نماید.^۱ به موجب قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده که در تاریخ ۱۳۹۲/۳/۲۹ به تأیید شورای نگهبان رسیده، به دولت اجازه داده شده است که مرخصی زایمان مادران را به نه ماه افزایش داده و همسر آنان نیز از دو هفته مرخصی اجباری برخوردار گردد؛ گفتنی است، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، کلیه محدودیت‌های مقرر در قانون تنظیم خانواده و جمعیت مصوب ۱۳۷۲ لغو شده است. بر این اساس، به شرح و تحلیل مرخصی زایمان مندرج در قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب ۱۳۹۲ می‌پردازیم.

بند اول. اجرای مرخصی زایمان و مشمولین آن

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶۴ با موضوع «ایجاد رویه در خصوص مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه» از ظرفیت ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری استفاده نموده است. در رأی وحدت رویه مورد نظر، هیئت عمومی به تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب ۱۳۹۲^۲ استناد کرده و با صحیح دانستن آرای صادره مبنی بر ورود شکایت، مفاد آرای مذکور را موافق قانون تلقی نموده و آن را برای ادارات، شعب دیوان و اشخاص حقیقی و حقوقی لازم‌الاتباع دانسته است.

بدین ترتیب، رأی مزبور به عنوان ایجاد رویه برای شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است. در این دادنامه و خیل دادخواست مثبت در شعب دیوان در همین موضوع، مشخص گردید که صرف تصویب یک قانون و مصوبه، برای اجرا و صدور حکم کافی نیست. کما این که با عنایت به شرح دادنامه‌های شعب دیوان منتج به ایجاد رویه، خواندگان ایراد و اعتراض مؤثری را ابراز و اقامه نداشته و عدم تأمین اعتبار و عدم صدور دستورالعمل اجرایی هم موجب جواز عدم

۱. بادینی، حسن، جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران، فصلنامه حقوق، ۱۳۸۷، شماره ۴، ص ۶۳

۲. تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده: به دولت اجازه داده می‌شود مرخصی زایمان مادران را به نه ماه افزایش دهد و همسر آنان نیز از دو هفته مرخصی اجباری (تشویقی) برخوردار شوند.

اجرای قانون نیست. اما باید در نظر داشت در گستره حق‌های نسل دوم حقوق بشر، بودجه دولت تعیین‌کننده است و با رأی یا بدون آن، وقتی تأمین اعتباری صورت نگرفته، استیفای حقی نیز انجام نمی‌گیرد. لذا در کنار صحت اقدام دیوان در صدور این رأی، باید توجه داشت که تأمین بودجه جهت اجرایی شدن این حق الزامی است.^۱ بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۲۲۵ و ۲۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۵/۳/۲۵ که در مقام ابطال تصویب نامه شماره ۹۲۰۹۱/ت/۹۴۵۲۷-۰۴ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۹ هیئت وزیران صادر گردیده، هیئت عمومی دیوان، حکم مقنن در قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده را ناظر بر مادران شاغل در بخش دولتی و غیردولتی دانسته است.

بند دوم. اختصاص مرخصی زایمان به نه ماهه اول تولد فرزند

دادنامه شماره ۱۳۰۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۸/۶/۲۶، در مقام تعارض میان آرای صادره از شعب دیوان و بر اساس استنباط مختلف شعب دیوان از قانون موضوع افزایش مدت ۳ ماهه مرخصی زایمان، صادر گردیده است. بر این مبنا، در رأی مورد نظر تصریح شده: «با توجه به تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده، استفاده از مرخصی زایمان به جهت مصلحت مادر و فرزند برای دوره نه ماهگی پس از تولد فرزند می‌باشد و بعد از آن موضوعیت ندارد. بنابراین، چنانچه دستگاه اجرایی محل خدمت مستخدم از اعطای مرخصی زایمان خودداری کند، دلیلی بر الزام مستخدم به حضور در محل خدمت وجود ندارد و در صورت عدم حضور، مرتکب تخلفی نشده است و ثانیاً مرخصی مذکور، قابل ذخیره‌سازی یا مطالبه پس از مدت مذکور نیست. فلذا، آرای صادره به رد شکایت از این حیث که پس از اتمام دوره مرخصی نه ماهه زایمان، الزام دستگاه محل خدمت به اعطای مرخصی وجهی ندارد، صحیح می‌باشد.»

در رأی مورد نظر، هیئت عمومی با استدلال صحیح و درک درست از قانون مستند اعطای مرخصی، به این مهم توجه نموده که اعطای مرخصی مزبور، تکلیف دستگاه اجرایی صرفاً در نه ماهه نخست پس از زایمان می‌باشد و نکته مهم دیگر آن که، عدم حضور در محل خدمت در مهلت نه ماهه پس از تولد فرزند و زایمان، تخلف محسوب نشده و دستگاه حقی برای تنبیه مستخدم ندارد.

۱. آگاه، وحید؛ نبی‌بوربوری، محمد، کارنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۴ در ترازوی حقوق شهروندی، مجله حقوق پزشکی، ۱۳۹۷، شماره ۴۶، ص ۵۱

بند سوم. پرداخت حقوق و مزایای دوران مرخصی زایمان

در خصوص تکلیف به پرداخت حقوق و مزایای ایام مرخصی زایمان، میان شعب دیوان عدالت اداری اختلاف نظر وجود داشته که این امر در نهایت منجر به صدور رأی وحدت رویه به شماره ۱۳۲۸ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۹ از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شده است. بر این اساس با توجه به ماده ۲۶ آیین‌نامه مرخصی‌ها موضوع مواد ۴۷ تا ۵۰ قانون استخدام کشوری که با توجه به سکوت قانون مدیریت خدمات کشوری، مبنای عمل خواهد بود و در مواد مارالذکر بر پرداخت حقوق و مزایای ایام مرخصی زایمان تأکید شده و در مواردی که کارفرمایان، طبق قوانین و مقررات دیگری مکلف به پرداخت حقوق و مزایای بیمه شدگان باشند، تکلیفی متوجه سازمان تأمین اجتماعی نمی‌باشد، بنابراین در خصوص کارکنان شاغل در بخش دولتی، تکلیف به پرداخت حقوق و مزایا بر عهده دستگاه متبوع می‌باشد.

اما در خصوص شاغلان در بخش غیردولتی، بر اساس دادنامه شماره ۲۸۸ تا ۳۰۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۱ که در مقام تعارض میان آرای صادره از شعب دیوان، صادر گردیده با این استدلال که در قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده، تکلیفی متوجه کارفرمایان زنان شاغل در بخش غیردولتی مبنی بر پرداخت حقوق و مزایای ایام مرخصی زایمان پیش‌بینی نشده است، فلذا پرداخت بر عهده سازمان تأمین اجتماعی است.

بند چهارم. افزایش مرخصی زایمان از زمان تصویب قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده

بر اساس دادنامه شماره ۴۰۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۶/۵/۳ که در مقام ابطال بخشنامه شماره ۱۷/۷۱۰- مورخ ۱۳۹۳/۹/۸ وزارت آموزش و پرورش صادر گردیده، هیئت عمومی بر این امر تأکید نموده است که مطابق ماده ۲ قانون مدنی، قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی، در سراسر کشور لازم‌الاجرا هستند و در قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده، ترتیب خاصی برای موقع اجرا پیش‌بینی نشده است، بنابراین بخشنامه معترض‌عنه که افزایش مرخصی از ۶ ماه به ۹ ماه را از تاریخ ۱۳۹۲/۹/۱ قابل اجرا دانسته است، مغایر قانون بوده و از تاریخ تصویب ابطال می‌شود.

نتیجه

در تحلیل کلی باید گفت، در نظام حقوقی ایران، علاوه بر مرخصی‌های عمومی که نسبت به عموم کارمندان وضع گردیده، سه دسته مرخصی تحت عنوان مرخصی‌های خاص نیز وجود دارد که به واسطه شغل و یا وضعیت شاغل در قوانین مختلف مورد شناسایی قرار گرفته است. مرخصی مندرج در قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم و دورافتاده و مناطق جنگی، مرخصی مندرج در قانون ارتقاء بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت و در نهایت مرخصی زایمان مندرج در قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده، در قالب مرخصی‌های خاص و به عنوان یکی از برنامه‌های راهبردی دولت در جهت بهبود کیفیت کار و رفاه حال کارمندان اداری، شناخته می‌شوند و بداهتاً نقش بسیار مهمی در ایجاد جاذبه شغلی دارند.

علی‌رغم تقنین به جا و قابل ستایش در این خصوص، لیکن در عرصه اجرا، این تسهیلات از سوی مقامات اجرایی به دلیل وجود برخی ایرادات و ابهامات موجود در قواعد و مقررات، با مشکل مواجه گردیده و بعضاً منجر به اقامه دعوی توسط ذینفعان در دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع نظارت قضایی بر سازمان‌های اداری کشور شده است. در رویه قضایی، بسیاری از مواد مرتبط با مرخصی در قوانین مذکور و ابهامات موجود آن‌ها و همچنین تصمیمات و اقدامات مسئولین اجرایی در این زمینه، مورد تحلیل و ارزیابی دیوان عدالت اداری قرار گرفته و اجرای قواعد مزبور را تسهیل نموده است. در این طریق بعضی از تصمیمات و اقدامات مجریان قانون، لغو و بعضی نیز مورد تأیید هیئت عمومی دیوان قرار گرفته‌اند.

گفتنی است، هرچند رویکرد قضایی دیوان عدالت اداری نسبت به قواعد مذکور و حقوق مرخصی‌های خاص در بسیاری از موارد منجر به شفاف‌سازی حوزه مربوطه گردیده و بسیاری از ابهامات موجود مرتفع شده است، با این حال در بعضی موارد دیوان عدالت اداری در شناسایی مصادیق و مشمولین مرخصی‌های خاص، نتوانسته رویه واحدی اتخاذ نموده و خلاء و کاستی‌های موجود را از میان بردارد. از این جهت برای رفع نواقص و خلأهای موجود، علاوه بر قانونگذاری شایسته و وافی به مقصود، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به دلیل کارویژه خاص خود، بایست در این زمینه تلاش فراوانی صورت داده و انسجام در رویه عملی را ایجاد نماید.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، جلد دوم، چاپ هفتم، نشر توس، ۱۳۸۳
۲. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، **حقوق اداری**، جلد اول، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۸
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ یازدهم، نشر سمت، ۱۳۸۵
۴. عباسپور، عباس، **مدیریت منابع انسانی پیشرفته، رویکردها، فرایندها و کارکردها**، چاپ دهم، نشر سازمان سمت، ۱۳۹۵
۵. عراقی، عزت اله، **حقوق کار تطبیقی**، انتشارات سمت، ۱۳۹۱
۶. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲
۷. هومن، حیدرعلی، **تهیه و استاندارد ساختن مقیاس سنجش رضایت شغلی**، مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۸۱

ب) مقاله

۱. اسلامی پناه، علی، **رویه قضایی به منزله منبع حقوق**، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۱، ۱۳۹۷، شماره ۸۴
۲. آگاه، وحید؛ نبی بوربوری، محمد، **کارنامه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از ۱۳۸۸ تا ۱۳۹۴ در ترازوی حقوق شهروندی**، مجله حقوق پزشکی، ۱۳۹۷، شماره ۴۶
۳. امیرزاده، فرید؛ طباطبایی، حمیدرضا، **بررسی میزان آگاهی از اصول حفاظت در برابر اشعه در پرتوکاران شاغل در بیمارستان‌های شهرستان شیراز**، مجله پزشکی هسته‌ای ایران، دوره ۱۳، ۱۳۸۴، شماره ۲۴
۴. بادینی، حسن، **جستاری نقادانه در نظام حقوقی تامین اجتماعی ایران**، فصلنامه حقوق، ۱۳۸۷، شماره ۴

۵. براتی، احمد، بهره‌وری شاخص پیشرفت سازمانی و رشد و توسعه‌یافتگی، مجله فرآیند مدیریت و توسعه، ۱۳۷۴، شماره ۲۸
۶. تیموری، نازنین و همکاران، اولویت‌بندی عوامل موثر بر جذب نیروی انسانی و ارائه الگوی مناسب مبتنی بر نظام شایستگی، مجله پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، دوره ۱۰، ۱۳۹۷، شماره ۳۲
۷. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ عبدالمحمدی، فرزانه، نظام حقوقی شایسته حاکم بر تعطیلات در جمهوری اسلامی ایران، مجله مطالعات گردشگری، ۱۳۹۷، شماره ۱۱
۸. حسنوند، محمد؛ اکبری، مینا، گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تاکید بر حقوق استخدامی، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۲
۹. دقتی، عادل و همکاران، زمینه‌های جذب نیروی انسانی در دانشگاه علوم پزشکی شهرستان بیرجند، پژوهش‌های مدیریت عمومی، ۱۳۹۶، شماره ۳۷
۱۰. دهقان نیری و همکاران، بررسی بهره‌وری از دیدگاه پرستاران بالین و عوامل و موانع ارزشیابی در آن: تحقیقی کیفی، مجله یافته، دوره ۷، ۱۳۸۴، شماره ۲۶
۱۱. رفیعی، محمدرضا، چالش‌های نهاد آرای وحدت رویه، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، ۱۳۹۸، شماره ۱۱۴
۱۲. رنجبری، ابوالفضل، بررسی وضعیت استخدامی کارگران شاغل در بخش عمومی، مجله فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۱، شماره ۵
۱۳. سیف، نیما؛ عزیزالهی، محمدمهدی، سازوکار و قوانین و مقررات کار با اشعه و مزایا و فوق العاده پرتوکاری، یازدهمین کنفرانس بین‌المللی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۴۰۱
۱۴. صادقی، قربان و همکاران، بررسی وضعیت اجرای قانون ارتقای بهره‌وری کارکنان بالینی نظام سلامت در بیمارستان‌های دانشگاه علوم پزشکی اردبیل، مجله سلامت و بهداشت، دوره ۸، ۱۳۹۶، شماره ۲
۱۵. طهرانی، مریم و همکاران، قانون مدیریت خدمات کشوری (اصول، مبانی و راهبردهای

پیشنهادی، مجلس و راهبرد، ۱۳۹۳، شماره ۷۹

۱۶. علیزاده، عبدالرضا، تحلیل اجتماعی-حقوقی و معرفتی از رویه قضایی، مجله حقوق خصوصی، سال یازدهم، ۱۳۹۳، شماره ۲۴

۱۷. عیسوی، محمود؛ محمودی، اعظم، اوراق استصناع و تامین مالی خرد در مناطق محروم، معرفت اقتصاد اسلامی، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۱۲

۱۸. قربان نیا، ناصر، نقدی بر منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران، نامه مفید، ۱۳۸۴، شماره ۴۹

۱۹. کرمی، حامد؛ گودرزی، مهدی، تحلیل حقوقی قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاه‌های اجرایی با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۲، ۱۳۹۹، شماره ۴

۲۰. محمدزاده وادقانی، علیرضا، رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۶، شماره ۳۸

۲۱. معتمدی، عبدالله، بررسی عوامل مرتبط به نگهداشت نیروهای متخصص در مناطق محروم، نامه علوم اجتماعی، ۱۳۸۴، شماره ۲۶

۲۲. محمدفام، ایرج و همکاران، ارائه چارچوبی برای ارزیابی عملکرد سیستم‌های مدیریت ایمنی و بهداشت شغلی با استفاده از روش‌های تصمیم‌گیری چندشاخصه، مجله سلامت کار ایران، دوره ۱۴، ۱۳۹۶، شماره ۱

۲۳. وکیلان، حسن، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۹، ۱۳۹۷، شماره ۵۷

ج) پایان نامه

۱. فاطمی، ثریا، «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، قم: پردیس فارابی دانشگاه تهران، ۱۳۹۱

(د) آرای وحدت رویه قضایی (صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)

۱. شماره ۲۳۴ مورخ ۱۳۸۸/۳/۲۴
۲. شماره ۳۳۸ مورخ ۱۳۸۳/۷/۱۹
۳. شماره ۳۸۲ و ۳۸۳ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۵
۴. شماره ۷۵ الی ۷۸ مورخ ۱۳۸۴/۲/۲۵
۵. شماره ۷۴ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۸
۶. شماره ۱۹ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۷
۷. وحدت رویه شماره ۵۸۱ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۱۸
۸. شماره ۱۴۲۴ الی ۱۴۳۶ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶
۹. شماره ۱۰۰۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۵
۱۰. شماره ۱۳۴۵ مورخ ۱۳۹۷/۵/۳۰
۱۱. شماره ۱۸۹۷ الی ۱۸۹۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۴
۱۲. شماره ۹۳۸ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۹
۱۳. شماره ۲۲۵ و ۲۲۴ مورخ ۱۳۹۵/۳/۲۵
۱۴. شماره ۱۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۶/۲۶
۱۵. شماره ۱۳۲۸ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۹
۱۶. شماره ۲۸۸ تا ۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۱
۱۷. شماره ۴۰۶ مورخ ۱۳۹۶/۵/۳
۱۸. شماره ۶۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۹/۳۰
۱۹. شماره ۴۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۰

۲. عربی

۱. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، دارالکتب الاسلامیه، جلد سوم، ۱۳۴۳ ش، ۱۳۹۰ ق.

تبیین کارویژه «کارگروه تعیین ماهیت» و امکان سنجی اعمال نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات آن

آرین پتفت^۱

حامد کاویانی^۲

چکیده

کارگروه تعیین ماهیت به عنوان نهادی تازه تأسیس در نظام حقوق اداری ایران به موجب مقررات دولتی و به منظور بررسی پرونده‌های صادراتی و اطمینان از استفاده نشدن فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز در کالای صادراتی ایجاد شده است. تصمیمات این کارگروه که در تشخیص وجود یا نبود مواد نفتی یارانه‌ای در محموله‌های صادراتی نقش بسیار مهمی دارد، منشأ رسیدگی به اتهام تخلف یا جرم قاچاق فرآورده‌های نفتی و مستند رأی مراجع رسیدگی‌کننده به پرونده‌های مربوط قرار می‌گیرد.

با وجود اهمیت بسزای این نهاد در نظام حقوقی ایران و حساسیت قابل توجه تصمیم‌های آن در تبیین قانونی بودن محموله‌های صادراتی فرآورده‌های نفتی و تأثیری که بر چرخه اقتصادی صنعت تولید و صادرات این محصولات می‌گذارد، تاکنون آثار علمی برای تبیین ماهیت تصمیمات و وظایف آن در قرائت حقوق اداری و نقش دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض اشخاص از تصمیمات این نهاد نگاشته نشده است.

از این رو، مقاله حاضر بر آن است تا ضمن واکاوی ماهیت حقوقی و مسئولیت‌های قانونی این کارگروه، بازنگری قضایی دیوان عدالت اداری در نظرهای اعلامی این نهاد را تحلیل و بررسی کند. به طور کلی، در مقاله حاضر دریافتیم که کارگروه تعیین ماهیت دارای صلاحیت تشخیصی است و تصمیم اداری می‌گیرد. پس لازم است شکایت ذی‌نفعان از نظرهای اعلامی آن نیز در شعب دیوان عدالت اداری به عنوان سازوکار فرجام‌خواهی قضایی پذیرفته شود.

واژگان کلیدی: کارگروه تعیین ماهیت، صلاحیت تشخیصی، دیوان عدالت اداری، قاچاق، فرآورده نفتی.

۱. استادیار، مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی و گروه حقوق فناوری‌های زیستی دانشکده فناوری‌های نوین پزشکی، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)، Arian_petoft@sbmu.ac.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران، Kaviani.hamed@gmail.com

مقدمه

فرآورده‌های نفتی یکی از مهم‌ترین منابع مالی و محور چرخه اقتصادی کشورمان است و شرکت‌های تولیدی و بازرگانی فرآورده‌های نفتی در بخش خصوصی ایران در رونق‌دهی به این صنعت و حمایت از خودکفایی و رشد اقتصادی کشور در شرایط تحریم‌های ظالمانه غرب نقشی بسزا دارند.^۱ همان‌طور که با دغدغه حفظ منافع عمومی، ضمانت‌های اجرای سختی برای قاچاق فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای پیش‌بینی می‌شود،^۲ لازم است که سازوکارهای حمایتی ویژه‌ای از حقوق اشخاص در مظان اتهام این‌گونه جرایم یا تخلفات به منظور دفاع مناسب از حقوق خود و بهره‌مندی از نظام دادرسی منصفانه فراهم آید.^۳ در غیر این صورت، کاستی‌های حقوقی دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی به سبب هراس از سرمایه‌گذاری در صنعت تولید و صادرات فرآورده‌های نفتی موجب بازدارندگی رشد و توسعه اقتصادی این صنعت می‌شود.^۴ بنابراین، نظام کنونی دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی را باید از نظر هنجاری و رویه عملکردی در همه ابعاد تجزیه و تحلیل کرد تا ابهام‌های قانونی، نقاط ضعف، کاستی‌ها و اشکال‌های حقوقی آن برطرف شود.

در این میان، یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که باید به آن توجه شود، نقش و جایگاه «کارگروه تعیین ماهیت (به اختصار: کارگروه)» است که به عنوان نهادی تازه تأسیس در نظام حقوق اداری ایران به موجب مقررات دولتی و به منظور بررسی پرونده‌های صادراتی و اطمینان از استفاده نشدن فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز در کالای صادراتی ایجاد شده است. گمرک از همه

۱. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان، ۱۴۰۰؛ موسوی، سید حسن، تحلیل حقوقی الگوی قراردادی خدمت در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹؛ امیررحیمی، حسین و همکاران، «بررسی وضعیت خصوصی‌سازی صنایع پالایش نفت ایران با رویکرد DID (فازی)»، پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران، دوره دهم، شماره ۳۷، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۱۱.

2. Bruwer, C., "Smuggling and trafficking of illicit goods by sea", Global challenges in maritime security: an introduction. Springer: Berline, 2020, pp. 49-73.

3. Murray, J., "Prejudice-based rights in criminal procedure", University of Pennsylvania Law Review, Vol.168, No.2, 2019, pp. 277-296.

4. Contractor, F.J., Dangol, R., Nuruzzaman, N., Raghunath, S., "How do country regulations and business environment impact foreign direct investment (FDI) inflows?", International Business Review, Apr 1, Vol.29, No.2, 2020, pp. 64-87.

فرآورده‌های نفتی صادراتی نمونه می‌گیرد و آن را برای تشخیص این‌که مشتقات نفتی یا رانه‌ای در آن استفاده نشده باشد و سرمایه ملی از کشور به صورت قاچاق خارج نشود، به این کارگروه - مرکب از نمایندگان وزارت صمت (صنعت، معدن و تجارت)، وزارت نفت و سازمان ملی استاندارد - تسلیم می‌کند. اگر کارگروه در نظریه اعلامی خود، مشابهت محموله نفتی صادراتی را با مواد یا رانه‌ای اعلام دارد، گمرک ضمن اعلام جرم یا تخلف قاچاق، در مرجع رسیدگی‌کننده صلاحیت دار هم برای این مورد پرونده تشکیل می‌دهد. نظر اعلامی کارگروه، سرآغاز فرآیند رسیدگی به پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی است و تصمیم آن بر فعالیت بازیگران صنعت فرآورده‌های نفتی اثری بسزا دارد. از این رو، باید نظارت قضایی دقیق و مؤثری بر آن اعمال شود.

پرسش این است که آیا نظریه اعلامی کارگروه، ماهیت اداری تشخیصی یا شبه قضایی دارد که بتوان شعب دیوان عدالت اداری را صالح بر اعمال بازنگری قضایی بر آن دانست یا صرفاً نظر کارشناسی است و دیوان صلاحیت رسیدگی به اعتراض اشخاص از آن را ندارد؟ با وجود اهمیت بسزای این نهاد در نظام حقوقی کشور و حساسیت قابل توجه تصمیم‌های آن در تبیین قانونی بودن محموله‌های صادراتی فرآورده‌های نفتی و تأثیری که بر چرخه اقتصادی صنعت تولید و صادرات این محصولات می‌گذارد، تاکنون آثار علمی برای تبیین ماهیت تصمیمات و وظایف آن در قرائت حقوق اداری و نقش دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض اشخاص از تصمیمات این نهاد نگاشته نشده است.

مقاله حاضر با روش توصیفی و تحلیلی و مطالعات کتابخانه‌ای با هدف برطرف کردن خلأ علمی در این حوزه و پاسخ‌گویی به پرسش یادشده ابتدا به تبیین ساختار و وظایف کارگروه و ماهیت تصمیم‌هایش می‌پردازد تا ضمن جانمایی کارگروه در نظام حقوق اداری ایران، ابعاد و ماهیت حقوقی نظریه اعلامی آن محرز گردد. سپس از رهگذر بحث و نقد مسئله نبود تفوق قضایی بر دادرسی تخلفات قاچاق فرآورده‌های نفتی و اهمیت نقش‌آفرینی دیوان عدالت اداری در فرآیند آن، اعمال بازنگری قضایی شعب دیوان در نظریه‌های اعلامی کارگروه امکان‌سنجی و تجزیه و تحلیل می‌شود تا نتایج مطلوب به دست آید.

گفتار اول. واکاوی کارویژه کارگروه و ماهیت تصمیمات آن

همه محموله‌های نفتی صادراتی در کشور برای بررسی وجود یا نبود مواد یارانه‌ای در آن‌ها به کارگروه ارسال می‌شوند. این نهاد که به موجب «دستورالعمل اصلاح و بهبود (سامان‌دهی) فرآیندهای صادرات، واردات، عبور (ترانزیت) و معاوضه (سواپ) نفت خام، میعانات گازی و فرآورده‌ها و مشتقات نفتی در امور گمرکی (اصلاحیه سال ۱۴۰۱)» (از این پس: دستورالعمل) موضوع ماده ۴۵ آیین‌نامه اجرایی مواد ۵ و ۶ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز ایجاد شده است، مرکب از نمایندگان سازمان ملی استاندارد ایران، وزارت نفت و وزارت صمت (صنعت، معدن و تجارت) به منظور «بررسی پرونده‌های صادراتی و اطمینان از استفاده نشدن فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز^۱ در کالای صادراتی» تشکیل می‌شود. بر اساس ضوابط مختلف دستورالعمل، کارگروه دارای این وظایف است:

الف) کارشناسی و اعلام نظر فنی در خصوص تعیین ماهیت محصول صادراتی نفتی^۲ در مهلت زمانی مشخص^۳، با احتساب ضریب خطای مجاز^۴ و مستند به اسناد معتبر.^۵ کارگروه در این خصوص ملزم به اجرای تشریفات بررسی ماهیت نمونه و اعلام نتایج به گمرک^۶ (صرفاً الکترونیک)^۷ در قالب نتایج چهارگانه معین^۸ است؛

۱. «هر گونه کالا از جمله فرآورده نفتی یارانه‌ای که بر خلاف ضوابط تعیینی دولت تحصیل و یا استفاده شده باشد.» (نک: بخش تعاریف دستورالعمل (فصل اول)).

۲. کارگروه تنها مرجع رسیدگی کارشناسی و اعلام نظر فنی در خصوص تعیین ماهیت محصول صادراتی و اطمینان از استفاده نشدن فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز بوده و صرفاً نظرات اعلامی آن در مراجع رسیدگی‌کننده در خصوص فرآورده و مشتق نفتی مورد استناد خواهد بود (تبصره ۱ ماده ۲۸ دستورالعمل).

۳. کارگروه (بدوی) باید در حداکثر ظرف ۳۰ روز کاری و در مواردی که ضرورت انجام آزمایش تکمیلی یا مجدد را تشخیص دهد، حداکثر ظرف ۴۵ روز پس از تحویل نمونه و کلیه مستندات، نظر نهایی خود را اعلام کند (ماده ۲۷ دستورالعمل و تبصره آن).

۴. کارگروه در درصدهای اعلامی در خصوص میزان مشابهت محموله به مواد یارانه‌ای که عیناً معیار اقدامات بعدی و رسیدگی گمرک و سایر مراجع خواهد بود، باید ضریب خطای مجاز را محسوب نماید (تبصره ۲ ماده ۳۱ دستورالعمل).

۵. کارگروه باید صرفاً بر اساس اسناد مندرج در ماده ۳۰ دستورالعمل، نظر نهایی خود را اعلام کند.

۶. الزامات تشریفات رسیدگی و اعلام نظر کارگروه در ماده ۲۸ دستورالعمل مقرر شده است.

۷. تبصره ۱ ماده ۲۶ دستورالعمل.

۸. نظر اعلامی کارگروه باید در قالب یکی از چهار حالت ذیل باشد (ماده ۳۱ دستورالعمل): ۱. نتیجه آزمون با اظهار صاحب

ب) رسیدگی تجدیدنظر^۱

ج) اولویت رسیدگی به پرونده‌ای که گمرک به سبب معطلی خروج محموله صادراتی در انتظار وصول جوابیه کارگروه یا محموله صادره با تضمین مأخوذه پیش از جوابیه کارگروه اعلام کرده است؛^۲

د) تشخیص قابل استفاده بودن یا نبودن نمونه شاهد و ماهیت آن؛^۳

ه) اعلام فهرست محصولات غیر قابل اختلاط با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای؛^۴

و) اعلام فهرست محصولات نفتی که کد شناسایی نیاز ندارند؛^۵

ز) اعلام فهرست مشتقات نفتی جامد و نیمه جامد قابل اختلاط با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای.^۶

با عنایت به این وظایف قانونی به خوبی روشن است که فلسفه وجودی کارگروه، تعیین ماهیت

کالا تطابق داشته و فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز در آن وجود ندارد؛^۲. نتیجه آزمون با اظهار صاحب کالا تطابق نداشته و فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز در آن وجود دارد؛^۳. اظهار صاحب کالا به جهت ارائه سند منشأ صادراتی غیر مجاز یا فقدان سند با واقع تطابق ندارد؛^۴. نتیجه آزمون با اظهار صاحب کالا تطابق ندارد و فرآورده نفتی یارانه‌ای با منشأ غیر مجاز در آن وجود ندارد.

۱. کارگروه تجدید نظر ملزم به تشکیل جلسه و بررسی پرونده نسبت به اعتراض ذی نفع از رأی کارگروه بدوی بوده و در صورت نیاز، آزمون تکمیلی یا مجدد، اقدام و نظر قطعی خود را حداکثر ۱۵ روز کاری، صادر و به گمرک و مرجع رسیدگی‌کننده ابلاغ می‌نماید. اگر کارگروه تجدیدنظر، زمان بیش‌تری برای رسیدگی لازم بداند، اعلام می‌نماید (ماده ۳۸ دستورالعمل و تبصره). در کارگروه تجدیدنظر، هیچ یک از اعضای کارگروه بدوی نباید حضور داشته باشند. مرجع ذی صلاح پذیرش اعتراض به نظریه اعلامی کارگروه بدوی، مرجع رسیدگی‌کننده به پرونده است و گمرک، مجاز به پذیرش نیست (ماده ۳۷ دستورالعمل).

۲. ماده ۲۹ دستورالعمل.

۳. تبصره ۵ ماده ۲۶ دستورالعمل.

۴. کارگروه ملزم است فهرست محصولات نفتی که به لحاظ ماهیت و شکل، امکان ترکیب یا اختلاط با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای را ندارند، اعلام نماید (تبصره ۱ ماده ۱۸ دستورالعمل). این محصولات نیازی به ارجاع به کارگروه برای اعلام نظر و نیز نیاز به کد شناسایی ندارند (ماده ۱۸ دستورالعمل).

۵. کارگروه ملزم است فهرست محصولات نفتی خاصی که بدون نیاز به اخذ کد شناسایی امکان صادرات دارند را به گمرک ایران اعلام کند (تبصره ۳ ماده ۱۸ دستورالعمل).

۶. کارگروه ملزم است فهرست این‌گونه محصولات را که نیاز به دریافت کد شناسایی نداشته، اما برای اعلام نظر کارگروه ارجاع می‌شوند، به گمرک ایران اعلام نماید (تبصره ۴ ماده ۱۸).

محموله‌های نفتی صادراتی و کارشناسی فنی و تخصصی آن‌ها از نظر تشخیص وجود یا نبود مواد نفتی یارانه‌ای است. ترکیب کارگروه را نمایندگان دولت از سطح عالی‌رتبه اداری (نمایندگانی از وزارت‌خانه‌ها و سازمان مستقل اداری زیر نظر ریاست جمهوری)^۱ تشکیل می‌دهد و دبیرخانه آن در سازمان ملی استاندارد (ادارات کل) مستقر است. با توجه به ترکیب کارگروه می‌توان به خوبی اذعان داشت که این مرجع، یک نهاد اداری است. با این حال، مسئله اصلی این است که ماهیت حقوقی نظرهای اعلامی کارگروه چیست؟ به عبارتی روشن‌تر، آیا کارگروه، یک مرجع اداری تشخیصی، شبه قضایی یا کارشناسی است؟ اگر نهاد تشخیصی است، چرا دستورالعمل در تبیین هدف تأسیس کارگروه، آن را صراحتاً «مرجع رسیدگی کارشناسی و اعلام نظر فنی»^۲ تعریف کرده است؟ اگر نهاد شبه قضایی است، چرا نظرهای آن قاطع دعوا نیست و برای تصمیم‌گیری به مراجع رسیدگی‌کننده پرونده (حسب مورد، شعب ویژه سازمان تعزیرات حکومتی یا دادسرا و دادگاه انقلاب) اعلام می‌شود؟ در نهایت، اگر مرجع کارشناسی است، چرا نظرهای آن، منشأ رسیدگی به اتهام قاچاق و مستند رأی مراجع رسیدگی‌کننده قرار می‌گیرد؟ بدیهی است دریافت پاسخ دقیق به این مسئله افزون بر این‌که کارگروه را در ساختار نظام حقوق اداری ایران جانمایی می‌کند، ما را در تبیین نقش هنجاری تصمیم‌های آن و امکان اعمال نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر آن یاری می‌دهد.

دستورالعمل جامع امور نمایندگان قوه قضاییه و نظارت بر مراجع شبه قضایی مقرر می‌دارد که مرجع شبه قضایی، «مراجع اختصاصی اداری، شبه حقوقی، شبه کیفری، انتظامی یا صنفی است که جهت رسیدگی به صلاحیت، تخلفات، پیش‌گیری از طرح دعوا در دادگستری، قضا‌زدایی و جرم‌زدایی به موجب قوانین و مقررات ایجاد شده است.»^۳ در تعریفی که از مراجع اختصاصی اداری در اصلاحیه اخیر

۱. سازمان ملی استاندارد، نهاد مستقل دولتی زیر نظر مستقیم رئیس جمهور است. این سازمان تا پیش از تصویب قانون اصلاح قوانین و مقررات مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران در سال ۱۳۷۱ با عنوان «مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران» در بدنه وزارت صنایع (وزارت صنعت، معدن و تجارت کنونی) قرار داشت و پس از آن دارای شخصیت حقوقی مستقل شد و طبق تصویب‌نامه جلسه ۱۵۲ شورای عالی اداری در تاریخ ۱۳۹۰/۷/۲۴ به «سازمان ملی استاندارد ایران» تغییر نام داد و زیر نظر مستقیم ریاست جمهوری قرار گرفت.

۲. تبصره ۱ ماده ۲۸ دستورالعمل.

۳. بند «ت» ماده ۱ دستورالعمل جامع امور نمایندگان قوه قضاییه و نظارت بر مراجع شبه قضایی، مصوب ۱۳۹۹.

قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری ارائه شده است،^۱ این مراجع شامل «مراجع شبه قضایی» (موضوع بند ۲ ماده ۱۰ و ماده ۶۳ قانون) و «مراجع اداری تشخیصی» (موضوع ماده ۶۴ قانون) عنوان شده است. به عبارتی، مراجع اختصاصی اداری به «کلیه مراجع و هیئت‌هایی که به موجب قوانین و مقررات قانونی، خارج از مراجع قضایی تشکیل می‌شوند و اقدام به رسیدگی به اختلافات، تخلفات و شکایاتی می‌کنند که در صلاحیت آن‌ها قرار داده شده است؛ نظیر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، کمیسیون‌های مواد (۹۹) و (۱۰۰) قانون شهرداری...، هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، هیئت‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما...» (مراجع شبه قضایی) و هم چنین «هیئت‌هایی که به موجب قوانین و مقررات قانونی، تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت‌های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به عهده آن‌ها واگذار شده باشد» (مراجع اداری تشخیصی) اطلاق می‌شود. فارغ از اختلاف تفسیری از مفاد احکام قانونی یادشده، از این تعاریف به خوبی روشن می‌شود که داشتن صلاحیت «رسیدگی» ترافی با هدف قضا دایی، برای اطلاق شبه قضایی بودن یک مرجع اداری (خارج از قوه قضاییه) ضرورت دارد. در واقع، باید چنین مرجعی به موضوع رسیدگی و رأی مقتضی صادر کند؛ حال آن‌که اولاً کارگروه صلاحیت ترافی ندارد،^۲ بلکه صلاحیت تشخیصی دارد. ثانیاً به اتهام قاچاق رسیدگی نمی‌کند، بلکه در خصوص ماهیت محموله نظر کارشناسی می‌دهد. ثالثاً نظر کارگروه منشأ دادرسی است و موجب تشکیل پرونده اتهام قاچاق فرآورده نفتی می‌شود و نه این‌که بسان رأی مرجع رسیدگی‌کننده، قاطع دعوا باشد، برای اشخاص حق و تکلیف ایجاد کند و حکم لازم الاجرائی باشد.^۳ در واقع، نظر کارگروه برای اصدار رأی مقتضی به مراجع رسیدگی‌کننده (حسب مورد، شعب ویژه رسیدگی به قاچاق کالا و ارز سازمان تعزیرات حکومتی یا دادسرا و دادگاه انقلاب) اعلام می‌شود. بنابراین، کارگروه، یک مرجع شبه قضایی نیست.

۱. تبصره ۳ ماده ۳ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری با آخرین اصلاحات.

۲. اولاً کارگروه، حکم قضیه را تعیین نمی‌کند و صرفاً نظر خود را به مرجع رسیدگی‌کننده برای اصدار رأی مقتضی اعلام می‌کند. ثانیاً امکان حضور صاحب کالا در جلسات کارگروه بدوی وجود ندارد و در جلسات کارگروه تجدیدنظر هم تنها می‌تواند برای تسلیم اظهارات شفاهی حاضر شود (نک: بخش تعاریف در دستورالعمل). این دلایل به خوبی از غیر ترافی بودن و تصمیم‌گیری یک جانبه کارگروه حکایت دارد.

۳. باقری زیاری، رحیم و عباس حق پنهان، «جایگاه مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی ایران»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، ویژه نامه نوآوری حقوقی، شماره ۱۵، ۱۴۰۰، صص ۸۴۵-۸۲۹.

آیا کارگروه، مرجع اداری «تشخیصی» است؟ این نهاد از این نظر که به عنوان مرجع تشخیص مشابهت داشتن یا نداشتن محموله صادراتی با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای تصمیم‌گیری می‌کند و خود نسبت به اتهام قاچاق رسیدگی و اصدار رأی نمی‌کند، بسان یک مرجع «تشخیصی» اداری جلوه می‌نماید.^۱ گزینش‌گری کارگروه در تصمیم‌گیری و اعلام نظر خود، ماهیت تشخیص و قضاوت در خصوص وجود یا نبود مواد یارانه‌ای در محموله نفتی و میزان مشابهت آن با مشتقات نفتی یارانه‌ای دارد؛ به این معنی که کارگروه، قدرت انتخاب در اعلام مشابهت داشتن یا نداشتن دارد، اما تصمیم‌گیری آن باید در چارچوب ضوابط دستورالعمل و دیگر احکام قانونی خاص باشد که جنبه آمره دارند.^۲ با این‌که تبصره ۱ ماده ۲۸ دستورالعمل، کارگروه را صراحتاً مرجع «کارشناسی» بیان کرده است، اما نگرانندگان به دلایلی معتقدند که این مرجع پس از بررسی و کارشناسی فنی محموله نفتی، در نهایت، «تصمیم اداری تشخیصی» می‌گیرد و وجه تسمیه‌ای با اعلام نظر کارشناسی از سوی مراجعی چون کارشناسان رسمی دادگستری ندارد. این دلایل را می‌توان چنین شمرد:

اول. برخی وظایف کارگروه جنبه تصمیم اداری و اجرایی دارد که با ماهیت نظر کارشناسی معمول در آیین‌های دادرسی مدنی، اداری و کیفری کاملاً متفاوت است که صرفاً به علم قاضی در کشف حقیقت موضوع کمک می‌کند.^۳ از جمله این‌که اعلام فهرست محصولات غیر قابل اختلاط با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای، فهرست محصولاتی که کد شناسایی نیاز ندارند و فهرست مشتقات نفتی جامد و نیمه جامد قابل اختلاط با فرآورده‌های نفتی یارانه‌ای از صلاحیت‌های اختیاری است که نوعاً تصمیم اداری برای احصای مصادیق این محصولات است و ماهیت کارشناسی ندارد، بلکه یک عمل وضعی یک‌جانبه و بسان تنظیم‌گری و مقررات‌گذاری (رگولاتوری)^۴ است.^۵ همین امر، قرینه‌ای

۱. شببانی، عادل و غلام‌رضا مولایی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، حقوق اداری، شماره ۲۶، ۱۴۰۰، صص ۱۲۹-۱۱۱.

۲. همان، ص ۱۱۷.

۳. ساعی، سید محمدهادی و مریم ثقفی، «بررسی اعتبار نظریه کارشناس از منظر فقه و حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هفتاد و هفتم، شماره ۸۳، ۱۳۹۲، صص ۸۸-۱۱۲.

4. Regulatory

۵. هداوند، مهدی و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی»، راهبرد، دوره سی‌ام، شماره ۹۹، ۱۴۰۰، صص ۲۶۶-۲۲۷.

بر رد این ادعاست که کارگروه صرفاً یک مرجع کارشناسی است. اگر این گونه بود، فهرست این محصولات را باید مقام صلاحیت دار مقررات‌گذار به ویژه وزارت نفت تصویب و ابلاغ می‌کرد.

دوم. فرآیند اعلام نظر کارگروه با نظام اعلام نظر کارشناسی منطبق نیست. در رسیدگی‌های قضایی، نظر کارشناس اعم از این که پیش از تشکیل پرونده و استماع دعوا (ماده ۱۴۹ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی) یا پس از آن اعلام شود (برای نمونه: ماده ۲۵۷ آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ماده ۱۵۵ آیین دادرسی کیفری، ماده ۷ و بند ۴ ماده ۶۳ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)، مبنای آغاز رسیدگی و دادرسی نیست. نظر اعلامی کارگروه مسبوق بر تشکیل پرونده و دادرسی مرجع رسیدگی‌کننده و مبنای رسیدگی آن است. به عبارتی روشن‌تر، اگر نظر کارگروه مبنی بر مشابَهت محموله صادراتی با مواد نفتی یارانه‌ای نباشد، موضوع برای تشکیل پرونده و صدور رأی مقتضی به مرجع رسیدگی‌کننده ارجاع نمی‌شود. در واقع، دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی، فرآیندی است که نظر اعلامی کارگروه در ابتدای آن قرار دارد و علت تام آغاز رسیدگی در مراجع صلاحیت‌دار است. پس نظر کارگروه نوعاً تصمیم اداری به لزوم اعلام جرم (از سوی گمرک) و تشکیل پرونده (در مراجع رسیدگی‌کننده) است که اقدامات اجرایی گمرک و حسب مورد، رسیدگی‌های شبه قضایی یا قضایی موضوع از سوی مراجع صلاحیت‌دار را الزام می‌دارد. پس کارویژه کارگروه با عملکرد بازپرس در آیین دادرسی کیفری مشابَهت پیدا می‌کند که نظرهای آن در قالب قرار قضایی، نوعی «تصمیم» موجد صدور قرار جلب دادرسی متهم است که با نظر کارشناس، تمایز مفهومی و حکمی دارد.^۱ با این تعبیر، هم‌چنان که بازپرس، مقام قضایی است و نظرش، تصمیم قضایی است، نه کارشناسی قضایی، کارگروه نیز چون مقام اداری است و نظرهایش، منشأ دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی و مستوجب آثار اجرایی است، در واقع، تصمیم اداری می‌گیرد.

سوم. دودرجه‌ای بودن فرآیند رسیدگی در کارگروه نیز یکی دیگر از دلایلی است که نشان می‌دهد نظر

Heled, Y., Rutschman, A.S., Vertinsky, L., "Regulatory Reactivity", Food and Drug Law Journal, Vol.76, No.2, 2021, pp.318-36.

۱. یوسفی، ایمان و مهدی شفیعی، «مطالعه جایگاه بازپرس در قانون قدیم و جدید آیین دادرسی کیفری»، فصل‌نامه قضاوت، دوره هفدهم، شماره ۹۰، ۱۳۹۶، صص ۱۴۲-۱۲۵.

کارگروه نوعاً نظریه کارشناسی نیست. وجود دو درجه بدوی و تجدیدنظر در بدنه کارگروه، به دادرسی پرونده‌ها اختصاص دارد و با مراجع قضایی و شبه قضایی شباهت پیدا می‌کند. البته همان طور که پیش‌تر بیان شد، کارگروه، مرجع شبه قضایی نیست و دودرجه‌ای بودن نظردهی آن نوعاً تأسیس بدیعی در حقوق اداری ایران تلقی می‌شود. شاید بتوان یکی از علل اصلی امکان تجدیدنظرخواهی از نظرهای اعلامی کارگروه را اهمیت و حساسیت بالای تصمیم کارگروه دانست که علت تام آغاز دادرسی پرونده اتهام قاچاق فرآورده نفتی است. در حقیقت، دودرجه‌ای بودن آن به نوعی به اطمینان‌یابی بیش‌تر و افزایش دقت و صحت آزمایش نمونه شاهد کمک می‌کند. این در حالی است که کارشناسی، امری مبتنی بر مراحل است و نه درجات رسیدگی. مراحل کارشناسی حسب رویه قضایی و مبتنی بر حکم ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ابتدا توسط یک نفر و سپس به ترتیب در هیئت‌های سه، پنج، هفت، نه و یازده نفره و در نهایت، شورای عالی کارشناسان انجام می‌شود.^۱ این در حالی است که اعلام نظر کارگروه تنها برای یک بار و در صورت اعتراض در قالب تجدید نظرخواهی از نظر کارگروه بدوی قابل رسیدگی است. افزون بر این که هر دو کارگروه بدوی و تجدیدنظر، سه عضو دارند، در حالی که اگر کارگروه، یک مرجع کارشناسی باشد، اصولاً باید کارگروه تجدیدنظر، مرکب از پنج عضو می‌بود. بنابراین، کارگروه تجدیدنظر به صورت مرجع عالی و درجه دو عمل می‌کند و نه به عنوان هیئت کارشناسی جای‌گزین.

چهارم. آیین عملکردی کارگروه در اعلام نظر خود با آنچه کارشناسان عمل می‌کنند، تفاوت اساسی دارد. در میان کارشناسان رسمی دادگستری، این یک عرف مسلّم است که به «اصل تناظر» (منتج از روح حاکم بر اصول کارشناسی منصفانه)^۲ پای بند باشند.^۳ این اصل ناظر بر این است که کارشناس باید بستری فراهم کند که طرفین رسیدگی به طور برابر بتوانند از حقوق خویشتن در روند رسیدگی دفاع کنند و برای هیچ یک از آنان تبعیض قائل نشود. بنابراین، همه تشریفات و آیین رسیدگی اعم از حضور در جلسه رسیدگی و دفاع از حقوق خود باید به صورت کاملاً منصفانه و برابر برای طرفین

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته (جلد اول)، تهران: دراک، چاپ چهل و ششم، ۱۴۰۲.

۲. نک: قسم‌نامه مندرج در ماده ۱۷ قانون کارشناسان رسمی دادگستری، مصوب ۱۳۸۱.

۳. محمدی، سام و مهران قلی‌پور علمداری، «مطالعه تطبیقی اصل تناظر در حقوق ایران و انگلیس»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره چهارم، شماره ۱۵، ۱۳۹۵، صص ۱۲۷-۱۰۹.

رسیدگی فراهم شود. این در حالی است که این امر در رسیدگی کارگروه موضوعیت ندارد؛ چون امکان حضور صاحب کالا در جلسات کارگروه بدوی وجود ندارد و اساساً نظرهای وی استماع نمی‌شود. در جلسات کارگروه تجدیدنظر هم صاحب کالا تنها می‌تواند با درخواست رسمی صرفاً برای تسلیم اظهارات شفاهی، نه کتبی، حاضر شود.^۱

از این رو، تصمیم‌گیری کارگروه جنبه یک‌جانبه و غیر تناظری دارد. جالب آن است که نظر کارگروه به صورت مستقیم در اعلام تخلف یا جرم از سوی گمرک مؤثر است. چون اعلام قاچاق، صلاحیت تکلیفی گمرک است، عملاً این امر از سوی کارگروه صورت گرفته است، در حالی که نظر کارشناسی هرگز الزام قانونی به اعلام جرم یا تخلف ایجاد نخواهد کرد. بنابراین، کارگروه با کارشناسی در شیوه عملکردی و آثار تصمیم‌گیری در آیین دادرسی تفاوت بنیادین دارد.

پنجم. اعلام نظر این مرجع موجب اقدامات اجرایی گمرک از جمله گرفتن تضمین از ذی نفع (متهم) می‌شود. مطابق ضوابط دستورالعمل، گمرک ملزم است در پی اعلام نظر کارگروه، اقدامات اجرایی متعددی را انجام دهد که نشان می‌دهد نظر کارگروه صرفاً یک نظر کارشناسی مشورتی برای مراجع رسیدگی‌کننده به پرونده نیست، بلکه نوعاً تصمیمی است که مبنای اقدامات گمرک قرار می‌گیرد و اجرایی ساختن مراتب اداری و آثار قانونی آن برای این دستگاه دولتی الزام‌آور است:

۱- عدم اجازه خروج برخی محموله‌های نفتی که هنوز کارگروه نسبت به آن‌ها اعلام نظر نکرده است؛^۲ ۲. اعلام جرم یا تخلف قاچاق؛^۳

۳- ابلاغ نظریه اعلامی کارگروه و نتایج آزمون به صاحب کالا؛^۴

۴- اخذ تضامین از صاحب کالا برای محصولی که نسبت به آن اعلام جرم یا تخلف قاچاق شده است.^۵

۱. نک: بخش تعاریف در دستورالعمل (کارگروه تجدیدنظر).

۲. ماده ۴۸ قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (با آخرین اصلاحات سال ۱۴۰۱)؛ تبصره‌های ۱ و ۲ ماده ۲۴ دستورالعمل.

۳. این امر صرفاً در مواردی که نظر کارگروه بر وجود مواد نفتی با منشأ غیر مجاز در محموله صادراتی باشد (بند «ب» و «پ» ماده ۳۱ دستورالعمل)، صورت می‌گیرد. (ماده ۳۲ دستورالعمل)

۴. تبصره ماده ۳۲ دستورالعمل.

۵. ماده ۳۴ دستورالعمل.

اگر کارگروه صرفاً مرجع کارشناسی بود، نظرهای اعلامی آن می‌بایست ضرورتاً طریقت در رسیدگی به موضوع می‌داشت، حال آن‌که نظر کارگروه مبنی بر وجود مشابهت مواد نفتی یارانه‌ای، ضمن الزام به اعلام قاچاق و انجام شدن اقدامات اجرایی پیش‌گفته موجب تشکیل پرونده در مراجع رسیدگی‌کننده می‌شود و مستند رأی دادرسی قرار می‌گیرد. از این منظر، نظر کارگروه در دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی صرفاً موضوعیت می‌یابد.

از این مسائل به خوبی برمی‌آید که در اندیشه واضعان دستورالعمل، این مسئله مفروض گرفته شده است که نظر کارگروه نوعاً جنبه تعیین‌کننده در تحقیق و کشف قاچاق و آغاز دادرسی آن دارد و تصمیمی می‌گیرد که ماهیت تشخیصی و آثار اجرایی دارد. اگر به تبصره ۱ ماده ۲۸ دستورالعمل نیز نگریسته شود، تصریح این ماده به این‌که نظر اعلامی کارگروه «در مراجع رسیدگی‌کننده در خصوص فرآورده و مشتق نفتی مورد استناد خواهد بود»، ناظر بر همین مفروض است. به عبارتی روشن‌تر، به نظر می‌رسد واضعان دستورالعمل به خوبی به این مسئله واقف بوده‌اند که عملاً آن چه ماهیت محموله صادراتی نفتی را از نظر مشابهت با مواد نفتی یارانه‌ای مشخص می‌سازد و مبنای تشکیل پرونده و آغاز دادرسی قرار می‌گیرد، نظر کارگروه است و دادرسی در رسیدگی به پرونده با توجه به فنی بودن موضوع، نوعاً مبنای احراز وقوع تخلف یا جرم را حسب مورد همان نظر اعلامی کارگروه قرار می‌دهد. البته این‌که دادرسی نقش منفعل داشته باشد و در تحقیق و کشف جرم یا تخلف قاچاق صرفاً به نظر اعلامی کارگروه بسنده کند، با اصول دادرسی منصفانه و اصل استقلال قاضی در تعارض آشکار خواهد بود.^۱

با عنایت به مطالب پیش‌گفته و ذکر این نکته که نظر کارگروه از نظر ماهوی، ناظر بر تشخیص وجود یا نبود مواد یارانه‌ای در محموله نفتی است و عملاً تحقق یافتن یا نیافتن قاچاق فرآورده نفتی را محرز می‌سازد، صلاحیت کارگروه از نوع اداری تشخیصی است. ملهم از تعریف ارائه‌شده از این نوع صلاحیت‌ها در آموزه‌های حقوقی،^۲ تکلیف کارگروه در رسیدگی فنی و تخصصی فرآورده‌های نفتی

۱. ساقیان، محمد مهدی و زهرا اسلامی، «کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، دوره هجدهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، صص ۱۵۴-۱۲۵؛

Stainton, I. & Ewin, R., **Criminal investigation**, Critical Publishing: London, 2022.

۲. شیبانی و مولایی، پیشین، ص ۱۱۹.

صادراتی به نوعی داوری در خصوص ماهیت آن‌هاست که بنا بر استانداردها، مقتضیات خدمات عمومی و ضرورت‌های ناشی از سیاست‌های کلان جامعه. از جمله مبارزه با قاچاق کالا، حمایت از تولید ملی، جلوگیری از فساد اقتصادی و افزایش توان صنعت در صادرات، ارزآوری و اشتغال‌زایی. مبتنی بر احکام و ضوابط قانونی و معیارها و استانداردهای اعلامی مراجع اداری مربوط. وزارت صمت، سازمان ملی استاندارد و وزارت نفت. تصمیم می‌گیرد. به طور کلی، کارویژه مراجع اداری تشخیصی، «تشخیص موضوعات تخصصی از قبیل صلاحیت‌های علمی، فنی، امنیتی و گزینشی» با خصلت شبه‌ترافعی^۱ است که در خصوص کارگروه تعیین ماهیت، صلاحیت تخصصی فنی با همان ویژگی شبه‌ترافعی^۲ حاکم است.

گفتار دوم. امکان سنجی بازنگری قضایی دیوان در تصمیمات شعب ویژه و کارگروه

متعاقب اعلام نظر کارگروه، گمرک موظف است مراتب تخلف یا جرم قاچاق فرآورده نفتی را به مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی و صدور حکم مقتضی اعلام کند. همان طور که پیش‌تر بیان شد، دادسرا و دادگاه انقلاب، مرجع صالح رسیدگی به پرونده‌های «جرایم» قاچاق فرآورده‌های نفتی است و شعب ویژه رسیدگی به قاچاق کالا و ارز سازمان تعزیرات حکومتی نیز صلاحیت رسیدگی به «تخلفات» قاچاق مشتقات نفتی را دارند. شعب ویژه سازمان تعزیرات حکومتی، در دو درجه بدوی و تجدیدنظر تشکیل می‌شوند. شعب بدوی ویژه قاچاق کالا و ارز، مراجع تخصصی هستند که رؤسای آن‌ها از میان رؤسا و اعضای شعب سازمان با ابلاغ رئیس سازمان منصوب می‌شوند. شعب تجدیدنظر نیز متشکل از یک نفر رئیس و دو نفر مستشارند و جلسات آن با حضور رئیس و حداقل یکی از مستشاران رسمیت می‌یابد که رأی صادرشده با نظر موافق حداقل دو نفر از اعضا معتبر و لازم‌الاجراست.^۳ چون سازمان تعزیرات

۱. به این معنا که «اولاً در اغلب آن‌ها، اشخاص در روند رسیدگی و اعلام نظر می‌توانند یا باید ادله و مستندات خود را در راستای اجابت خواسته مورد نظرشان ارائه کنند. ثانیاً نظر و تصمیم اعلام‌شده، گاه در ساختار همان مراجع با درخواست اشخاص قابل بازبینی و تجدیدنظر است.» (همان، ص ۱۲۳).

۲. اولاً صادرکننده کالا ملزم است مستندات مربوط به محموله صادراتی نفتی مزبور را تسلیم نماید (ثبت در سامانه برخط) و می‌تواند ادله خود را به کارگروه ارائه کند (فصل اول دستورالعمل). ثانیاً می‌تواند از نظر کارگروه بدوی اعتراض کند تا موضوع در کارگروه تجدیدنظر مجدداً مورد رسیدگی قرار گیرد (ماده ۳۷ دستورالعمل).

۳. ماده ۸ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی.

حکومتی با وجود صلاحیت رسیدگی ترافیعی، مرجع قضایی نیست و در بدنه وزارت دادگستری تعریف شده است.^۱ به منظور اعمال نظارت قضایی بر پرونده‌های قاچاق در این سازمان، در قانون مقرر شده است که رئیس شعب تجدیدنظر ویژه رسیدگی به پرونده‌های قاچاق کالا و ارز به پیشنهاد رئیس سازمان پس از تأیید وزیر دادگستری از بین «قضات» دارای پایه ۹ قضایی پس از موافقت رئیس قوه قضاییه با ابلاغ ایشان منصوب شود.^۲ از میان اعضای شعب ویژه سازمان، تنها رئیس شعبه تجدیدنظر ویژه مقام قضایی است و رؤسای شعب بدوی ویژه و مستشاران شعب تجدیدنظر ویژه از میان مقامات قضایی نیستند.^۳ بنابراین، تفوق قضایی در رسیدگی و صدور حکم پرونده در این شعب وجود ندارد. حال آن‌که پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی، مسائل تخصصی و پیچیده‌ای را به همراه دارند که رسیدگی به آن‌ها مستلزم داشتن مهارت فنی، دانش قضایی و تسلط به حقوق کیفری است و اگر این امر به غیر مقام قضایی واگذار شود، ممکن است دادرس به دلیل نداشتن تخصص کافی در رسیدگی به آن‌ها، نقش منفعل داشته باشد و به نظر کارگروه اکتفا کند یا در بسیاری از موارد، استدلال حقوقی نه چندان دقیقی از ماهیت موضوع ارائه دهد؛ معضلی که در حال حاضر، دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی در سازمان تعزیرات حکومتی به آن مبتلاست.^۴

مطابق با روح حاکم بر اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری، مرجع قضایی اختصاصی رسیدگی به شکایت شهروندان از تصمیمات و اقدامات دولتی است و از طرف دیگر، سازمان تعزیرات حکومتی نیز در بدنه دولت (وزارت دادگستری) تعریف شده است. بنابراین، اصولاً آرای قطعی صادرشده از شعب این سازمان که ماهیت غیر قضایی دارد و تصمیم اختصاصی اداری تلقی می‌شوند،^۵ قابل

۱. سازمان تعزیرات حکومتی زیر نظر وزیر دادگستری تشکیل (ماده ۱ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی) و رییس آن، معاون وزیر دادگستری می‌باشد که توسط وزیر دادگستری منصوب شده و به تعداد مورد نیاز معاون خواهد داشت (ماده ۲ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی).

۲. ماده ۴۹ قانون قاچاق.

۳. ماده ۱۰ آیین‌نامه سازمان تعزیرات حکومتی.

۴. پتفت، آرین و حامد کاویانی، «آسیب‌شناسی حقوقی رسیدگی به پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی در پرتو حق بر دادخواهی»، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه تحولات حقوقی، شماره ۱۶، ۱۴۰۱، صص ۱۱۸-۱۰۳.

۵. یزدان‌مهر، محمد، تحلیلی بر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: مجد، ۱۴۰۲.

اعتراض در شعب دیوان است.^۱ این امر در بطن استدلال هیئت عمومی دیوان نیز کاملاً مشهود است: «... نظر به این که ... سازمان تعزیرات حکومتی از اجزای قوه مجریه می باشد و شعب تعزیرات حکومتی در زمره مراجع اختصاصی اداری قرار دارند و در عداد مراجع قضایی ... محسوب نمی شوند، بنابراین، آرای قطعی شعب مزبور ... قابل اعتراض و رسیدگی در دیوان است...»^۲

در این زمینه اصولاً نباید میان شعب عادی و ویژه تعزیرات حکومتی قائل به تفاوت بود. با این حال، قانون‌گذار در قانون قاچاق، دیوان عدالت اداری را صالح به رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی قطعی شعب ویژه تعزیرات حکومتی ندانسته و از این رو، دادرسی اداری را از فرآیند رسیدگی به پرونده‌های تخلفات قاچاق فرآورده‌های نفتی حذف کرده است.^۳ با این وجود، علت این که چرا قانون‌گذار میان شعب عادی و ویژه تعزیرات حکومتی قائل به تمیز شده و رسیدگی به اعتراض نسبت به رأی قطعی صادرشده از سوی شعبه ویژه را برخلاف شعبه عادی در صلاحیت دیوان عدالت اداری ندانسته است، معلوم نیست. شعب ویژه هم چون شعب عادی به عنوان بخشی از بدنه سازمان تعزیرات حکومتی، ماهیتاً مراجع اختصاصی اداری هستند و رأی قضایی صادر نمی کنند. از طرفی، همان طور که پیش تر بیان شد، رئیس شعبه ویژه بدوی، مقام قضایی نیست و در شعبه تجدیدنظر ویژه نیز که مقام قضایی ریاست آن را بر عهده دارد، تفوق قضایی برقرار نیست. پس بر اساس اصول کلی حقوق اداری نیز نمی توان رأی قطعی صادرشده از شعب ویژه را مشمول اعتبار امر مختومه قرار داد و مرجع قضایی را صالح به رسیدگی به اعتراض از این آرا ندانست.^۴ از این رو، حکم قانون به خروج صلاحیتی شعب دیوان عدالت اداری از این موضوع، درخور تأمل و قابل نقد است.

با عنایت به این که حق بر دادخواهی مستلزم حق شکایت ذی نفع از تصمیمات و اقدامات اداری در

۱. مستنبط از حکم بند ۲ ماده ۱۰ و تبصره ۳ ماده ۳ قانون دیوان عدالت اداری ۱۴۰۲.

۲. رأی شماره ۲۵۲ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۳. تبصره ۲ ماده ۵۰ قانون قاچاق: «آرای صادره از شعب تعزیرات حکومتی در مورد پرونده‌های قاچاق کالا و ارز قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری و سایر مراجع قضایی نیست». این موضوع در رأی اخیر هیئت عمومی دیوان نیز تصریح شده است. (رأی شماره ۱۷۷۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری).

۴. پتفت، آراین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶.

مراجع قضایی. به عنوان مرجع اصلی و بی طرف حمایت از حقوق اشخاص. است، باید سازوکارهای امکانی صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض ذی نفع در پرونده های قاچاق فرآورده نفتی را در نظر گرفت.^۱ بنابراین، تا جایی که امکان دارد، باید از ظرفیت های قانونی برای اعمال نظارت قضایی دیوان بر تصمیمات مراجع در فرآیند رسیدگی به تخلفات قاچاق فرآورده های نفتی استفاده کرد. در این میان، با توجه به رد صلاحیت رسیدگی دیوان بر آرای اصرداری شعب ویژه، تنها این مسئله قابل طرح است که آیا دیوان در رسیدگی به اعتراض ذی نفع از نظریه اعلامی کارگروه صلاحیت دارد؟ نظر اعلامی این مرجع، منشأ تشکیل پرونده قاچاق فرآورده نفتی نزد مراجع رسیدگی کننده است. به نظر می رسد که اگر این نظر در دیوان عدالت اداری ابطال شود، کل فرآیند رسیدگی به پرونده قاچاق متوقف می شود و همین مسئله می تواند تفوق قضایی را بر فرآیند رسیدگی به این گونه پرونده ها محقق سازد.

پیش تر بیان شد که با توجه به تبصره ۳ ماده ۳ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و مفاد دستورالعمل و نیز رویه عملی فعالیت کارگروه، این مرجع، تصمیم اداری تشخیصی می گیرد. به حکم ماده ۶۴ قانون دیوان عدالت اداری (۱۴۰۲)، «در مواردی که به موجب قانون یا مصوبه ای لازم الاجرا، تشخیص موضوعاتی از قبیل صلاحیت های علمی، تخصصی، امنیتی و گزینشی به عهده کمیسیون یا هیئت هایی واگذار شده باشد، شعب دیوان فقط از جهت رعایت ضوابط قانونی و تطبیق موضوع و فرآیند بررسی آن بر اساس قانون یا مصوبه رسیدگی می کنند و در صورت شکایت شاکی از حیث تشخیص موضوع، شعبه رسیدگی کننده موظف است حسب مورد پس از ارجاع پرونده به هیئت کارشناسی تخصصی ذی ربط که توسط شعبه تعیین می گردد، با کسب نظر آنان، مبادرت به انشای رأی نماید.» با توجه به این که حسب احکام دستورالعمل، کارگروه در تعیین ماهیت مشتقات نفتی، صلاحیت تشخیصی تخصصی دارد، بنا به نص صریح این ماده، شعب دیوان، صلاحیت رسیدگی به اعتراض ذی نفع به نظریه اعلامی کارگروه را دارند و در صورت شکایت شاکی از نظر تشخیص موضوع، نظر هیئت کارشناسی تخصصی در مورد موضوع شکایت دریافت می شود. دیوان می تواند در این خصوص از ظرفیت قانونی «اعلام نظر کارشناسان متخصص» که در ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری منعکس شده است، بهره بگیرد.^۲

۱. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری، با نگاه به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، دوره نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، صص ۲۷۲-۲۴۵.

۲. «دیوان می تواند جهت اعلام نظر در امور تخصصی، حسب مورد از کارشناسانی در رشته های مختلف که دارای مدرک

با این حال، حسب استعلام معاون قضایی دادستان کل کشور از دیوان عدالت اداری در مورد این مسئله که «آیا اعتراض به نظرات کارگروه مزبور در صلاحیت دیوان عدالت اداری است یا خیر؟»، پاسخ کمیسیون اداری، استخدامی و فرهنگی دیوان به این سؤال منفی بود.^۱ استدلال کمیسیون یادشده این است که «نظر کارگروه... کارشناسی است که فی نفسه ماهیت اجرایی ندارد و مبنای تصمیم‌گیری در مراجع رسیدگی‌کننده دیگری از قبیل دادگاه‌ها، دادسرا یا شعب سازمان تعزیرات حکومتی قرار می‌گیرد.» حال آن‌که این موضوع از چند جهت در خور نقد است:

اول - برخلاف نظر کمیسیون، نظر کارگروه همان طور که قبلاً به تفصیل بیان شد، فی نفسه ماهیت اجرایی دارد و گمرک ملزم به انجام اقدامات اداری نظیر اعلام تعلیق تسهیلات گمرکی، ممانعت از خروج محموله‌های صادراتی، ابلاغ مراتب لزوم پرداخت وجه مابه‌التفاوت، لغو خدمات‌رسانی و عرضه تسهیلات گمرکی و ابطال اظهارنامه صادراتی است.

دوم - همان طور که به تفصیل استدلال شد، نظریه اعلامی کارگروه ماهیتاً تصمیم اداری تشخیصی است.

سوم - در استعلام به عمل آمده از دیوان عدالت اداری در این زمینه، درست‌تر آن بود که به جای ارجاع موضوع به «کمیسیون اداری، استخدامی و فرهنگی»، از «کمیسیون صلاحیت و آیین دادرسی دیوان» برای اعلام نظر مشورتی بهره گرفته می‌شد؛ چون از یک سو، سؤال اصلی این استعلام را بحث از «صلاحیت» دیوان در رسیدگی به نظریه اعلامی کارگروه تشکیل می‌دهد، نه بررسی «اداری» ماهیت این نظریه و از سوی دیگر، به دلیل جنبه تخصصی موضوع از نظر امکان‌سنجی فرجام‌خواهی از نظر این مرجع نزد دیوان عدالت اداری و تحلیل آیین دادرسی اداری، کمیسیون اخیرالذکر به مراتب تخصص و اشراف بیش‌تری بر آن داشت.

با عنایت به این توضیحات، نگارندگان معتقدند که نظریه قطعی اعلامی کارگروه قابل اعتراض در شعب دیوان عدالت اداری است. خودداری ذی‌نفع از تجدیدنظرخواهی در مورد نظر کارگروه بدوی در مهلت تجدیدنظرخواهی، سالب حق دادخواهی وی از تصمیم کارگروه در دیوان عدالت اداری

کارشناسی با حداقل ده سال سابقه یا دارای حداقل مدرک کارشناسی ارشد با حداقل پنج سال سابقه در رشته مورد نیاز می‌باشند، بدون ایجاد تعهد استخدامی استفاده نماید...».

۱. نظر مشورتی شماره ۹۰۰۰/۲۰۰/۱۷۷۲۴/۲۰ مورخ ۱۴۰۱/۲/۴ کمیسیون اداری، استخدامی و فرهنگی دیوان عدالت اداری.

نیست؛ چون با وحدت ملاک از رأی وحدت رویه اخیرالصدور هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌توان استنباط کرد که همان طور که فرجام‌خواهی با اسقاط حق تجدیدنظرخواهی حتی قبل از انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی قابل پذیرش است، اعتراض از نظریه اعلامی کارگروه پس از انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی به سبب قطعی شدن تصمیم کارگروه نزد دیوان عدالت اداری قابل پذیرش است.^۱ بنابراین، نظرهای اعلامی کارگروه قابل تجدیدنظر است و نظرهای قطعی کارگروه بدوی در شعب دیوان در قالب اعتراض به تصمیم اداری تشخیصی موضوع ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری قابل طرح هستند.

در یکی از پرونده‌های شعبه سوم دیوان عدالت اداری در خصوص اعتراض به نظریه اعلامی قطعی کارگروه تعیین ماهیت،^۲ شاکی اعلام می‌کند که تصمیم کارگروه از نظر قانونی مخدوش است و خواستار تأیید نمونه‌برداری و اظهارنامه‌های صادراتی (کوتاژ) و رفع اثر از تصمیم کارگروه شده است. به بیان شاکی پرونده، کارگروه در اعلام نظر خود، تشریفات قانونی (از جمله رعایت مهلت زمانی، لحاظ ضریب خطای مجاز و آزمایش استاندارد از نمونه شاهد) را رعایت نکرده است. شعبه دیوان ضمن احراز صلاحیت خود در رسیدگی به این شکایت، این گونه رأی داد که کارگروه، مهلت قانونی اظهار نظر نهایی را بر اساس دستورالعمل رعایت نکرده و با چندین ماه تأخیر، نظر خود را اعلام داشته است و این در حالی است که علی‌القاعده، نمونه‌های گرفته‌شده از محموله نفتی صادراتی در طول این مدت دچار تغییر فرمولاسیون شده و حالت و ماهیت اولیه خویش را از دست داده‌اند و نتایج آزمایش انجام‌شده روی آن‌ها عملاً مخدوش و بی‌اعتبار است. از این رو، شعبه دیوان به ورود شکایت حکم داد و نظریه اعلامی کارگروه را با توجه به «عدم رعایت ضوابط قانونی» ابطال کرد. از این رأی شعبه دیوان به خوبی مشاهده می‌شود که دیوان با مفروض دانستن ماهیت اداری تشخیصی نظریه‌های اعلامی کارگروه و صلاحیت دیوان در رسیدگی به اعتراض اشخاص نسبت به آن (به موجب

۱. مطابق با رأی وحدت رویه شماره ۸۱۹ مورخ ۱۴۰۱/۱/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، اگر محکوم علیه در دعاوی حقوقی که به استناد ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، حق فرجام‌خواهی دارد، به نحوی از انحاء، حق تجدیدنظرخواهی خود را اسقاط نماید، هم‌چنان حق فرجام‌خواهی برای ایشان محفوظ خواهد ماند و مرجع رسیدگی‌کننده نمی‌تواند به استناد اسقاط حق تجدیدنظرخواهی، درخواست فرجام‌خواهی را مسموع نداند.

۲. شماره دادنامه: ۱۴۰۳۱۳۹۰۰۰۲۲۴۷۳۲۱؛ مورخ ۱۴۰۰/۹/۳؛ شعبه ۳ بدوی دیوان عدالت اداری. این رأی در مرحله تجدیدنظر ابرام شد.

ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری)، رعایت نشدن ضوابط قانونی در تصمیم کارگروه را احراز و آن را از درجه اعتبار ساقط کرده است.

نظریات اعلامی کارگروه در تشخیص **نوع** مواد محتوی محموله نفتی صادراتی از جهت انطباق با آن چه در اظهارنامه صادراتی اعلام شده و **میزان** مشابهت با مشتقات نفتی یارانه‌ای (مثلاً بنزین یا گازوئیل) همانند تصمیمات کمیسیون پزشکی موضوع ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی در تشخیص **نوع** بیماری و **میزان** ازکارافتادگی کارگران است. شعب دیوان عدالت اداری در خصوص آرای اصداری این کمیسیون نیز از نظر رعایت ضوابط قانونی اعمال بازنگری قضایی می‌کنند. برای نمونه، در پرونده شعبه ۱۵ دیوان، دادگاه اعلام می‌دارد که کمیسیون‌های پزشکی موضوع ماده ۹۱ قانون تأمین اجتماعی «... تنها حق اظهار نظر راجع به نوع بیماری و میزان از کار افتادگی را دارند. بنابراین، تاریخ ابتلا به بیماری در صلاحیت کمیسیون نبوده و می‌باید با ملاحظه مدارک پزشکی به عمل آید که رأی وحدت رویه شماره ۷۹ صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مؤید همین مطلب است. لذا با توجه به مراتب فوق، حکم به ابطال رأی مورخ... کمیسیون پزشکی تأمین اجتماعی استان تهران از حیث تاریخ و برقراری مستمری از کارافتادگی کلی که بر استفاده ماده ۷۵ قانون تأمین اجتماعی حایز شرایط می‌گردد، صادر و اعلام می‌گردد...»^۱.

کمیسیون ماده ۲۰ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، از جمله مراجع تخصصی دیگری است که با کارگروه شباهت دارد. تشخیص صلاحیت فنی متقاضیان ایفای مسئولیت در مؤسسات پزشکی و داروسازی یا صدور پروانه فعالیت در این خصوص و احراز صلاحیت آنان در ورود و ساخت هر نوع دارو و مواد بیولوژیک بر عهده این کمیسیون است. این کمیسیون تشخیص می‌دهد این که متقاضی، صلاحیت فعالیت در چه **نوع** مواد دارویی و بیولوژیک را دارد و محدوده مجوز فعالیت وی تا چه **میزان** است. رویه قضایی نشان می‌دهد که بازنگری قضایی در تصمیم‌های این کمیسیون از نظر رعایت ضوابط قانونی در صلاحیت شعب دیوان است. برای نمونه، در رأی شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان مقرر شده است: «... اتخاذ تصمیم در خصوص لغو پروانه تأسیس و مسئول فنی داروخانه‌ها بر عهده محاکم قضایی است و حتی در صورتی که مطابق

۱. شماره دادنامه: ۸۱۷/۹۵۵۵۰۹۹۷۰۹۵۰ مورخ ۱۳۹۵/۳/۵؛ شعبه ۱۵ بدوی دیوان عدالت اداری. این رأی در مرحله تجدیدنظر ابرام شد.

آیین نامه داروخانه ها، تجدیدنظر در مورد صلاحیت دارندگان پروانه تأسیس یا مسئول فنی در صلاحیت کمیسیون ماده ۲۰ صدرالذکر باشد، بر اساس اصول دادرسی و محاکمات، اتخاذ تصمیم در این خصوص بایستی پس از ثبوت تخلف با رعایت شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب تخلف باشد که در ما نحن فیه تشریفات مذکور رعایت نگردیده و با این اوصاف، رأی معترض عنه صادره از کمیسیون ماده ۲۰ از حیث کمال و کفایت رسیدگی و تناسب تخلفات انتسابی با مجازات تعیین شده مواجه با خدشه می باشد. در نتیجه، حکم به نقض آن و رسیدگی مجدد با توجه به مفاد این رأی صادر و اعلام می گردد...»^۱.

نتیجه گیری

در مقاله حاضر دریافتیم که برخی وظایف کارگروه تعیین ماهیت جنبه تصمیم اداری و اجرایی دارند. اعلام نظر این مرجع موجب اقدامات اجرایی گمرک از جمله دریافت تضمین های متعدد از ذی نفع (متهم) می شود. هم چنین اعلام فهرست محصولات غیر قابل اختلاط با فرآورده های نفتی یارانه ای، فهرست محصولاتی که کد شناسایی نیاز ندارند و فهرست مشتقات نفتی جامد و نیمه جامد قابل اختلاط با فرآورده های نفتی یارانه ای از سوی کارگروه نوعاً اعمال وضعی یک جانبه است و ماهیت تنظیم گری دارند.

نظریه های اعلامی کارگروه برخلاف نظرهای کارشناسی، مبنای آغاز رسیدگی و دادرسی پرونده های تخلف و جرم قاچاق فرآورده های نفتی قرار می گیرد و از این رو، عملکرد کارگروه با بازپرس در آیین دادرسی کیفری مشابهت پیدا می کند. نظر کارگروه، مبتنی بر درجات بدوی و تجدیدنظر است و نه مراحل. چنان چه ذی نفع به نظریه اعلامی کارگروه بدوی اعتراضی داشته باشد، موضوع را در مرجع رسیدگی کننده به پرونده مطرح می کند و پس از ارجاع شکایت، کارگروه تجدیدنظر، ملزم به رسیدگی به آن است. آیین عملکردی کارگروه نیز با آن چه کارشناسان به آن عمل می کنند، از دو جنبه، یعنی یک جانبه بودن و غیر تناظری بودن تفاوت اساسی دارد.

از مجموع این مطالب دریافته شد که کارگروه، مرجع اداری تشخیصی است و تصمیم آن با نظر کارشناسی تفاوت ماهوی دارد. از این رو، برخلاف نظر مشورتی کمیسیون اداری، استخدامی و

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲۵۱۲؛ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۱؛ شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

فرهنگی دیوان عدالت اداری، مقاله حاضر نشان داد که نظریه اعلامی کارگروه با توجه به ماهیت اداری تشخیصی آن در شعب دیوان قابل اعتراض است. در این راستا، بازنگری قضایی دیوان در تصمیم‌های کارگروه با توجه به سیاق ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌تواند در قالب «بررسی و تطبیق موضوع از جهت رعایت ضوابط قانونی» اعمال شود؛ هم‌چنان‌که با بررسی رویه قضایی دیوان محرز شد که شعب دیوان به اعتراض اشخاص از تصمیمات مراجع تخصصی اداری مشابه با کارگروه. که نوع و میزان موضوع تخصصی و فنی تحت صلاحیت خود را تشخیص می‌دهند. رسیدگی کرده‌اند. حتی دیوان در یکی از پرونده‌ها، شعبه خود را به اعمال بازنگری بر نظریه اعلامی کارگروه، صالح دانسته است.

افزون بر این، چون تفوق قضایی بر شعب ویژه سازمان تعزیرات حکومتی وجود ندارد و به سبب نص صریح قانون، دیوان، صلاحیت بازنگری قضایی بر آرای این شعب را ندارد و از طرفی، با عنایت به حساسیت بسیار زیاد و تخصصی بودن پرونده‌های تخلف قاچاق فرآورده‌های نفتی که ماهیت کیفری دارند، باید تا جایی که امکان دارد، از ظرفیت‌های قانونی برای اعمال نظارت قضایی بر تصمیمات مراجع در فرآیند رسیدگی به تخلفات قاچاق فرآورده‌های نفتی استفاده کرد. این امر نمی‌تواند خلأ نظارت قضایی دیوان بر آرای شعب ویژه تعزیراتی را جبران سازد، اما به هر حال، گامی رو به جلو در راستای بهبود تفوق قضایی در فرآیند دادرسی پرونده‌های قاچاق فرآورده‌های نفتی محسوب می‌شود. به همین سبب، لزوم اعمال نظارت قضایی دیوان بر نظرهای اعلامی کارگروه که منشأ تشکیل پرونده‌های تخلف قاچاق فرآورده‌های نفتی می‌شود، از نظر استدلالی نیز امری قابل دفاع و ضروری جلوه می‌کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی های قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۶.
۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته (جلد اول)، تهران: دراک، چاپ چهل و ششم، ۱۴۰۲.
۳. شیروی، عبدالحسین، حقوق نفت و گاز، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۴. موسوی، سید حسن، تحلیل حقوقی الگوی قراردادی خدمت در بخش بالادستی صنعت نفت و گاز ایران، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹.
۵. یزدان مهر، محمد، تحلیلی بر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: مجد، ۱۴۰۲.

ب) مقاله

۱. امیررحیمی، حسین و همکاران، «بررسی وضعیت خصوصی سازی صنایع پالایش نفت ایران با رویکرد DID (فازی)»، پژوهش نامه اقتصاد انرژی ایران، دوره دهم، شماره ۳۷، ۱۳۹۹، صص ۳۵-۱۱.
۲. باقری زیاری، رحیم و عباس حق پناهان، «جایگاه مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی ایران»، مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی، ویژه نامه نوآوری حقوقی، شماره ۱۵، ۱۴۰۰، صص ۸۴۵-۸۲۹.
۳. پتفت، آرین و حامد کاویانی، «آسیب شناسی حقوقی رسیدگی به پرونده های قاچاق فرآورده های نفتی در پرتو حق بر دادخواهی»، حقوق پزشکی، ویژه نامه تحولات حقوقی، شماره ۱۶، ۱۴۰۱، صص ۱۱۸-۱۰۳.
۴. ساعی، سید محمد هادی و مریم ثقفی، «بررسی اعتبار نظریه کارشناس از منظر فقه و حقوق»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هفتاد و هفتم، شماره ۸۳، ۱۳۹۲، صص ۱۱۲-۸۸.
۵. ساقیان، محمد مهدی و زهرا اسلامی، «کارکردهای اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری»،

- آموزه‌های حقوق کیفری، دوره هجدهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، صص ۱۵۴-۱۲۵.
۶. شیبانی، عادل و غلام‌رضا مولاییگی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، حقوق اداری، شماره ۲۶، ۱۴۰۰، صص ۱۱۱-۱۲۹.
۷. محمدی، سام و مهران قلی‌پور علمداری، «مطالعه تطبیقی اصل تناظر در حقوق ایران و انگلیس»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره چهارم، شماره ۱۵، ۱۳۹۵، صص ۱۲۷-۱۰۹.
۸. هداوند، مهدی و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی»، راهبرد، دوره سی‌ام، شماره ۹۹، ۱۴۰۰، صص ۲۶۶-۲۲۷.
۹. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری، با نگاه به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، دوره نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۶، صص ۲۷۲-۲۴۵.
۱۰. یوسفی، ایمان و مهدی شفیعی، «مطالعه جایگاه بازپرس در قانون قدیم و جدید آیین دادرسی کیفری»، فصل‌نامه قضاوت، دوره هفدهم، شماره ۹۰، ۱۳۹۶، صص ۱۴۲-۱۲۵.

ج) رأی قضایی

۱. دادنامه شماره ۱۴۰۰۳۱۳۹۰۰۰۲۲۴۷۳۲۱؛ مورخ ۱۴۰۰/۹/۳؛ شعبه ۳ بدوی دیوان عدالت اداری.
۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲۵۱۲؛ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۱؛ شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.
۳. دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۵۰۰۸۱۷؛ مورخ ۱۳۹۵/۳/۵؛ شعبه ۱۵ بدوی دیوان عدالت اداری.

2. Latin Source

1. Bruwer, C., "Smuggling and trafficking of illicit goods by sea", Global challenges in maritime security: an introduction. Springer: Berline, 2020, pp. 49-73.
2. Contractor, F.J., Dangol, R., Nuruzzaman, N., Raghunath, S., "How do country regulations and business environment impact foreign direct investment (FDI) inflows?", International Business Review, Apr 1, Vol.29, No.2, 2020, pp. 64-87.

3. Heled, Y., Rutschman, A.S., Vertinsky, L., “**Regulatory Reactivity**”, Food and Drug Law Journal, Vol.76, No.2, 2021, pp. 318–36.
4. Murray, J., “**Prejudice-based rights in criminal procedure**”, University of Pennsylvania Law Review, Vol.168, No.2, 2019, pp. 277–296.
5. Stainton, I. & Ewin, R., **Criminal investigation**, Critical Publishing: London, 2022.

مفهوم و ارکان دعوای اداری و مراجع صالح به رسیدگی در نظام حقوقی اسپانیا

هادی صالحی^۱

الهام حیدری^۲

چکیده

یکی از ویژگی‌های حقوق تطبیقی، یافتن نقاط قوت و ضعف در برخی از شاخه‌های حقوق است که دیرزمانی نیست از عمر آن‌ها گذشته و حقوق اداری از آن دسته است. انتخاب نظام حقوق اداری اسپانیا از چند جهت اهمیت دارد. نخست این‌که نظام سیاسی اسپانیا و رویه اداری آن نه تنها یک نظام نامتمرکز را یادآور می‌شود، بلکه اتفاقات اخیر در اسپانیا که نشان دهنده تشویش در تصمیمات و سیاست‌گذاری‌های عمومی به ویژه امور اداری است، دادگستری را با مسئولیتی مضاعف مواجه می‌سازد. بنابراین، سؤال اصلی این است که نظام حقوق اداری چگونه توانسته است مطالبات شهروندان متکثر را در برابر تصمیمات و سیاست‌گذاری‌های دولت برآورده کند؟ این پژوهش با روش توصیفی و تحلیلی به بررسی تغییرات متعدد قوانین اداری اسپانیا پرداخت و نشان داد که این قوانین چگونه قدم به قدم در راه نزدیک‌تر شدن دولت به شهروندان تلاش کرده و حضور اسپانیا در اتحادیه اروپا و با اثرپذیری از قواعد آن توانسته است رویه قضایی را در تفسیر قوانین با حقوق شهروندی و شهری هم‌سو سازد.

واژگان کلیدی: حقوق اداری اسپانیا، اتحادیه اروپا، رویه اداری، دعوی اداری.

۱. عضو هیات علمی بخش حقوق عمومی و بین‌المللی دانشگاه شیراز، (نویسنده مسئول)، salehi.0306@gmail.com

۲. فارغ‌التحصیل دکتری حقوق عمومی دانشگاه شیراز، heidaryelham.il@gmail.com

مقدمه

به منظور پی بردن به نظام حقوق اداری هر کشوری در بدو امر می‌بایست به قانون اساسی آن کشور رجوع کرد؛ زیرا حقوق اداری دربردارنده اقتدار دولت در برابر شهروندان است.^۱ بنابراین، نحوه و میزان اعمال اقتدار دولت و نیز حقوق و تکالیفی را که شهروندان در برابر دولت دارند، می‌بایست در قانون اساسی جست. بررسی حقوق اداری اسپانیا از آن جهت اهمیت دارد که دارای مناطق خودمختاری است که شیوه اعمال حکومت در چنین نظام پارلمانی می‌تواند ملاک عمل در کشورهایی از جمله ایران باشد که دارای بیش‌ترین تنوع قومیتی و ملیتی است و شوراهای محلی نیز در راستای برآورده‌سازی نیازهای قومیتی تلاش می‌کنند. همانا نظام سیاسی و حقوقی اسپانیا که در مقدمه قانون اساسی، اصل را بر پلورالیسم سیاسی گذاشته است، می‌تواند الگوی مناسبی برای کشورهایی چون ایران باشد.^۲

حال سؤال این است که حقوق اداری اسپانیا چه معیارهایی دارد که بررسی آن می‌تواند گره‌گشای بن‌بست‌های موجود در نظام حقوق اداری ایران گردد؟ آیا پلورالیسم سیاسی و خودمختاری برخی از نواحی اسپانیا برای نظام حقوق اداری ایران که متأثر از تکرر فرهنگی، زبانی و تاریخی است، نسخه‌ای کارساز است؟ اساساً چرا اسپانیا برای بررسی در این قلمرو انتخاب شده است؟^۳

۱. برای مطالعه بنیادین در خصوص مولفه‌های ماهوی مرتبط میان حقوق اداری و حقوق اساسی مراجعه کنید به: اسدی، فهیمه، امامی، محمد، واعظی، سید مجتبی. رابطه عمل سیاسی و عمل اداری: دوگانگی یا فراتر از دوگانگی. فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری ۱۴۰۳؛ ۶(۱۸): ۱۳-۳۷.

۲. برای مطالعه بیشتر در متدولوژی حقوق اداری تطبیقی در نظام‌های حقوق اداری کشورهای آلمان و ایالات متحده مراجعه کنید به:

شجاعیان، خدیجه. قواعد آیینی حاکم بر فرآیند تصمیم‌گیری اداره (با مطالعه موردی قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا). فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری ۱۴۰۲؛ ۵(۱۷): ۳۹۳-۴۲۴.

۳. برای مطالعه در ابعاد گوناگون نظام حقوق اداری اسپانیا مراجعه کنید به آثار همکار محترم: آقای طوق، مسلم، درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه‌ی دعوای کامل در حقوق اداری ایران. نشریه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷؛ ۷(۲): ۹۳-۱۱۲.

آقای طوق، مسلم. نگاه تطبیقی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به ابطال مقررات. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۱۴۰۱؛ ۲۲(۷۹): ۱-۲۲.

آقای طوق، مسلم. تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران،

فرضیه این مقاله آن است که اصل حاکمیت قانون در حقوق اداری اسپانیا، تضمین‌کننده توسعه و تحول آن نگردیده است و این امر را می‌توان از وضعیت اقتصادی و اداری و سیاست‌گذاری‌های صورت‌گرفته در این حوزه‌ها با وجود تکرر قوانین در سال‌های اخیر مشاهده کرد. به نظر می‌رسد آن‌چه توانسته است اصل حاکمیت قانون را اثربخش کند، نظارت قضایی با نظارت عمومی همراه است. تنوع راهکارهای قضایی و توجه به نیاز و خواسته شهروندان از اداره در اسپانیا، تضمین‌کننده اصل حاکمیت قانون با توجه به تکرر فرهنگی و تاریخی این کشور بوده است. با این حال، نباید راهکارهای غیر حقوقی مانند میانجی‌گری را فراموش کرد که اتحادیه اروپا تجویز کرده و اسپانیا از آن متأثر شده است. گرچه این روش، خارج از اصل حاکمیت قانون است، ولی در نهایت، منجر به رضایت خاطر شهروندان می‌گردد.^۱

اسپانیا در اتحادیه اروپا، نه تنها کشوری پیشرفته و صنعتی محسوب نمی‌گردد، بلکه تورم و استقراض‌های این کشور از ارکان اتحادیه اروپا، آن را به کشوری مشابه کشورهای در حال توسعه نزدیک کرده است. بنابراین، انتخاب اسپانیا با توجه به شرایط اقتصادی، سیاسی و فرهنگی می‌تواند انتخاب مناسبی در قاره سبز برای ایران باشد.^۲ برای این‌که دریابیم اسپانیا، الگوی مناسبی است یا خیر، می‌بایست نظام حقوق اداری آن را به تفصیل بررسی کرد. آن‌چه در حقوق اسپانیا به صورت کلی قابل توجه است، حضور این کشور در اتحادیه اروپاست. امروزه قوانین اتحادیه اروپا بر بیشتر کشورهای عضو حاکم است، مگر با شرایطی که گاهی استثنا شده است. به عبارت دیگر، معاهدات بین‌المللی در درجه برتری نسبت به قوانین داخلی قرار دارند.

گفتنی است نهاد «آمبودزمان» نیز گرچه از کشورهای اسکاندیناوی سر برآورد، اما امروزه به صورت یک سنت و نماد در تمام اروپا گسترش پیدا کرده است. بنابراین، نمی‌توان حقوق اداری در اسپانیا را

۱۳۹۷؛ ۴۸ (۲): ۳۳۹-۳۵۶.

آقایی طوق، مسلم، لطفی، حسن. قاعده عدم امکان توقیف اموال عمومی و دولتی در ایران: رویکردی انتقادی- تطبیقی. پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶؛ ۱۹ (۵۶): ۸۴-۱۰۸.

1. For more info: Dragos, Dacian C., Neamtu Bogdana, **Alternative Dispute Resolution in European**, First Edit, Springer-Publisher, 2014.

2. Galera S, Acosta P, Soletto H. **ADR Tools in Spanish Administrative Law**. In *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law 2014 Jul 16* (pp. 233-257). Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg.

بدون توجه به این نهاد تحلیل کرد. نکته دیگر در خصوص مردمان اسکاندیناوی، اهمیت مشارکت آنان در و بر امور عمومی کشور است. حال باید دید این کشورها با حضورشان در اتحادیه اروپا تا چه حد توانسته‌اند بر سنت‌های حقوقی دیگر کشورها اثر بگذارند.^۱ بنابراین، این نکته را باید در نظر گرفت که اسپانیا در حیطه حقوق اداری، بیش‌تر، کشوری الگوبردار بوده است تا کشوری مُبدع. همان‌طور که فرانسه توانست بر کشورهای خارجی از مرزهای اروپا اثر بگذارد، قطعاً بر حقوق به ویژه حقوق اداری همسایگان خود بی‌تأثیر نبوده است.^۲ در ضمن در حقوق اسپانیا به ارتباط بین شهروند و دولت در قالب نهادهایی چون «مدافع ملت» که وظیفه آن، بررسی عملکرد اداره‌های دولتی و در نهایت، گزارش به مجلسین است، توجه شده است.

به طور کلی، چند اصل اساسی را در خصوص حقوق اداری اسپانیا در نظر گرفت:

۱. وظایف اداری در اسپانیا شامل وظایف سیاست‌گذاری، نظارت و خدمات عمومی است. در این راستا نه تنها به مقررات و نظامات اقتصاد خصوصی اشاره دارد، بلکه حوزه‌های وسیعی از وظایف اداری جامع را با پیروی از سنت مدل قاره‌ای پوشش می‌دهد.^۳

۲. در نظام اداری اسپانیا، مشروعیت عمل اجرایی، نتیجه مشروعیت یک سری عوامل است، مانند انتخاب نمایندگان و دیگر مقامات. هیچ تجربه یا زمینه‌ای وجود ندارد که بتوانیم اعمال دیدگاه‌های کثرت‌گرایانه را معیار مشروعیت قرار دهیم. حتی در صورت استفاده، مشارکت شهروندان، بیش‌تر از معیار مشروعیت مورد توجه است.

۳. یکی از ایرادهای نظام حقوق اداری اسپانیا، نبود شفافیت است که باعث شده است فشارهای زیادی از سمت اتحادیه اروپا بر این کشور وارد شود، به گونه‌ای که در پی تدوین قوانینی در این زمینه برآمده است.

1. Boix-Palop, A., "Panish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles", Administrative Law in Europe Between Common Principles and National Traditions", (M. Ruffert, ed.), Europa Law Publishing, 2013, p. 1.

2. Ibid, p. 4.

۳. برای مطالعه در خصوص اساسی‌سازی در نظام حقوقی اسپانیا مراجعه کنید به: تقی زاده، جواد. اساسی‌سازی حقوق اسپانیا. حقوق اساسی، ۱۳۸۴؛ ۳(۵): ۲۲۵-۲۴۷.

۴. در خصوص نظارت بر فعالیت‌های اداری می‌بایست اذعان داشت که این کنترل به دادگاه‌ها بستگی دارد. کارکرد نهادهایی هم‌چون آمبودزمان بسیار ناچیز است. میانجی‌گری و راه‌های جای‌گزین در حقوق اداری اسپانیا هنوز به کار گرفته نشده است. اصولاً دولت از راه حل‌های خود برای رفع مشکلات اداری استفاده می‌کند تا همکاری با دستگاه قضایی. همین امر باعث شده است که اداره در پی یافتن سیستمی اثربخش و مورد قبول نباشد. البته به تازگی با تغییر برخی از قوانین و ایجاد دادگاه‌های اداری، این رویه در حال تحول است.^۱

پژوهشگران به اسپانیا و نظام حقوقی آن چندان توجه نکرده‌اند. با این حال، مقالاتی چند در این خصوص وجود دارد که به آن خواهیم پرداخت. «اساسی‌سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد تقی‌زاده از پروفسور پیر بن است که دغدغه نویسنده، امکان اساسی‌سازی شاخه‌های دیگر حقوق از جمله حقوق اقتصادی است. مقاله دوم با عنوان «الگوی حقوقی تعادل بین خودمختاری مناطق و یک‌پارچگی ملت در اندیشه دادگاه قانون اساسی اسپانیا (مطالعه موردی: استقلال طلبی کاتالان)» به قلم احمد اعتمادی و حسین رحمت‌اللهی است. دغدغه نویسندگان در این مقاله آن است که چگونه نظارت قضایی با وجود تکثر فرهنگی، تاریخی و زبانی در مناطق خودمختار در حفظ اصول قانون اساسی نقش داشته است. مقاله دیگری که به طور ضمنی به تحول نظام حقوق اداری اسپانیا اشاره دارد، «نقش آمبودزمان‌ها در توسعه و ارتقای مردم‌سالاری» به قلم محمد جلالی و رضوان ضیایی است که با توجه به کارکرد آمبودزمان در نظام حقوق اداری اسپانیا قابل توجه است. مقاله حاضر به صورت توصیفی و تحلیلی نوشته و از چند بخش تشکیل شده است. در ابتدا به معرفی دعوای اداری در اسپانیا و نقاط قوت و ضعف آن پرداخته و در نهایت، به اثرپذیری حقوق اداری اسپانیا از قوانین اتحادیه اروپا در نظام سیاسی نامتمرکزش توجه کرده است.

گفتار اول. ارکان دعوای اداری

طرفین حاضر در روند نظارت قضایی بر اعمال اداری اسپانیا، اداره (معمولاً به عنوان خواننده) و مردم (معمولاً به عنوان خواهان) هستند. البته تصور شکایت دو یا بیش‌تر از دو اداره که از یکدیگر

1. Ibid, pp. 7-9.

دادخواهی کنند، چندان دور از ذهن نیست. مسئله مهم در دادخواهی اداری این است که یکی از طرفین الزاماً می‌بایست اداره و جزء بدنه دولت باشد.

بند اول. خواننده دعوای اداری

اداره امور عمومی اسپانیا^۱ در خدمت منافع عمومی شهروندان است و می‌بایست اصل بی‌طرفی را رعایت کند. تصمیمات و اقدامات اداره‌های اسپانیا مطابق کارآمدی، اثربخشی، سلسله‌مراتب و عدم تمرکزگرایی است و الزاماً هماهنگی کامل با حقوق و قوانین را می‌طلبد.

در رویه قضایی اسپانیا، جایگاه اداره به عنوان خواننده می‌بایست مشخص باشد:

۱. اداره کشوری^۲ (مرکزی)

۲. اداره منطقه‌ای^۳ (جوامع خودمختار)^۴

۳. نهادهای وابسته به اداره‌های محلی^۵ مانند شورای شهر^۶ یا انجمن شهر

۴. نهادهای عمومی که با توجه به قانون شکل گرفته‌اند: مجموعه‌ای از انجمن‌ها و سازمان‌ها به صورت مستقل یا وابسته به اداره‌های مرکزی، منطقه‌ای و محلی در راستای خدمات عمومی به فعالیت می‌پردازند.

۱. اداره امور عمومی اسپانیا متشکل از وزارت خانه‌های کشور اسپانیاست، مانند: وزارت ادارات امور عمومی (عامه)، وزارت کشاورزی، شیلات و مواد غذایی، وزارت امور خارجه، وزارت علوم و فناوری، وزارت دفاع، وزارت آموزش و پرورش، فرهنگ و ورزش، وزارت اقتصاد، وزارت توسعه، وزارت مالیات، وزارت امنیت عمومی، وزارت دادگستری، وزارت محیط زیست، وزارت امور ریاست جمهوری، وزارت بهداشت و درمان، وزارت کار و خدمات اجتماعی.

2. Administracion general de Estado.

3. Administracion de las Comunidades Autonomas .

۴. دولت اسپانیا شامل ۱۷ منطقه خودمختار و مستقل با قدرت قانون‌گذاری و اجرایی است. این ۱۷ منطقه شامل منطقه باسک، کاتالونیا، گالیسیا، آندالوسیا، آستوریاس، کانتابریا، ریوخوا، موریسیا، والنسیا، آراگون، کاستیا-لا. مانچا، جزایر قناری، ناوارا، اکسترمادورا، جزایر بالئارس، مادرید، کاستیل و لئون.

5. Administracion Local.

6. Ayuntamiento.

به علاوه، نهادهایی در اسپانیا وجود دارند که به اداره وابسته نیستند، اما در دسته‌بندی این روند قضایی قرار می‌گیرند؛ چون نوع عملکردشان نزدیک به دولت یا اداره‌ای خاص است. این امر از ذات بوروکراتیک^۱ دولت سرچشمه می‌گیرد که بر همه نهادهایی تأثیر می‌گذارد که شامل منفعت عمومی می‌شود. از آن جمله می‌توان به مجلس اسپانیا،^۲ مجلس سنا،^۳ دادگاه قانون اساسی،^۴ شورای عمومی قوه قضاییه،^۵ دادگاه حساب‌رسان^۶ و دادآور (آمبودزمان)^۷ و به همین ترتیب، نهادهای مسئول در مناطق مختلف اشاره کرد.

دفاع قانونی از اداره در قانون اسپانیا، بسته به موضوع و محل پرونده، به گروهی از وکلای دولت یا وکلای جوامع خودمختار سپرده شده است که از طریق امتحان عمومی انتخاب می‌شوند. علاوه بر این وکلا، وزارت ادارات امور عمومی (عامه) می‌تواند به صورت مستقیم در برخی پرونده‌ها ورود پیدا کند، از جمله هنگامی که حقوق اقلیت‌ها یا ناتوانان پایمال شده باشد یا در پرونده‌های سلب مالکیت اموالی که صاحبانشان به صورت معمول شناسایی نمی‌شوند.^۸ شهروندان می‌توانند به بایگانی اداری و دفاتر ثبت اسناد دسترسی داشته باشند، جز مواردی که امنیت کشور را به خطر می‌اندازد یا حریم خصوصی افراد را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

بند دوم. خواهان دعوای اداری

در صورتی که هر شخص اسپانیایی به سبب تصمیمات و اقدامات نهاد یا کارمندان دولت لطمه

۱. ACA: اداره امور عمومی اسپانیا بعنوان یک سازمان بوروکراتیک دارای ماهیتی قانونی و وابسته به دولت بوده.

2. Congreso de los Diputados.

3. Senado.

4. Tribunal Constitucional de España.

5. Consejo General del Poder Judicial, CGPJ: constitutional body that governs all the Judiciary of Spain, such as courts, and judges.

6. Tribunal de Cuentas: responsible of the controlling of the public accounts of Spain and the auditing of the accountability of the political parties, in accordance with the Constitution and its Organic Law.

7. Defensor del Pueblo u Ombudsman.

8. ACA, op.cit, p. 11.

ببیند و متضرر گردد، می‌تواند درخواست دادخواهی کند و تحت شرایط مقررشده به وسیله قانون، محق جبران خسارت در قبال هر گونه ضرر و زیانی شود که در هر یک از اموال و حقوق خود متحمل شده است، آن هم در هر زمان که چنین ضرر و زیانی، نتیجه عملکرد خدمات عمومی باشد (مانند سهل‌انگاری‌های پزشکی)^۱، مگر این‌که این خسارت ناشی از حادثه پیش‌بینی‌ناپذیر در شرایط فورس‌ماژور باشد. آیین دادرسی مدنی اسپانیا^۲ (LEC)، شرایط اشخاصی را بیان می‌کند که می‌توانند اقامه دعوا کنند:

۱. اشخاص حقیقی
۲. جنین تشکیل شده، حتی اگر به دنیا نیامده باشد (همه حقوقی که شخص از آن منتفع می‌گردد، می‌بایست در نظر گرفته شود)
۳. اشخاص حقوقی
۴. نهادهای فاقد شخصیت حقوقی که قوانین اسپانیا ظرفیت لازم برای شناسایی آن‌ها را به عنوان یکی از طرفین به رسمیت می‌شناسد.
۵. دادستان عمومی که در جریان روند دادخواهی با توجه به قانون به عنوان یکی از طرفین شناخته می‌شود.
۶. گروه‌ها یا کاربرانی که متضرر شده‌اند و شخص خاطی شناخته شده یا قابل شناسایی است: در چنین مواردی برای طرح شکایت در دادگاه، حضور افرادی که بیش‌ترین آسیب را دیده‌اند، لازم است. در بسیاری از کشورهای عضو، اتحادیه اروپا، امکان بهره‌مندی از ابزارهای فراقضایی برای حل و فصل اختلافات میان اشخاص حقوقی عمومی و شهروندان وجود دارد. قوه مقننه، ابزارهای اداری کمکی^۳ متعددی را تعبیه کرده است که هدف از آن‌ها، برطرف کردن بی‌عدالتی‌های ناشی از اعمال اداری است. در نظام‌های حقوقی مختلف، این ابزارهای کمکی ممکن است شامل انواع صلاحیت‌ها و اختیارات برای صدور دستورهای و انجام اقدامات منتقدانه باشد و سازمان‌های خاص اعم از انفرادی یا

1. Medical negligence.

2. Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Administrative recourses.

مجموعه‌ای از سازمان‌ها و نهادهایی برای همین منظور تشکیل شده است. این سازمان‌های اداری متشکل از کارمندان دولتی و دیگر اشخاص حقوق عمومی هستند که این اعمال به آن‌ها نسبت داده می‌شود و گاهی متشکل از اشخاص ثالث (از قبیل قضات که معمولاً ریاست این سازمان‌ها را بر عهده دارند) و هم‌چنین نمایندگان مستقیم یا غیر مستقیم شهروندان هستند.

وقتی شهروندان به این سازمان‌ها متوسل می‌شوند، مقام مسئول، قانونی بودن^۱ عمل اداری و در صورتی که قانون اجازه داده باشد، درستی عمل و تصمیم اداری را بررسی می‌کند. این بررسی شامل ارزیابی واقعیت‌ها و تحلیل مصالح و اقتضائات عمل اداری نیز می‌شود. در این زمینه، این سازمان‌ها در اصل برای تصمیم‌گیری در مورد پرونده‌ها و دعاوی مختلف در حوزه‌های متنوع فعالیت‌های دولت ایجاد شده‌اند. با این‌که ماهیت آن‌ها اداری است، قالب تشریفات و آیین‌های قضاوت را رعایت می‌کنند و در عمل کاملاً موفق بوده‌اند.

آمبودزمان، شخصیت یا نهادی است که به شکایت‌های شهروندان درباره تصمیم‌ها، اعمال یا قصورهای مدیریت عمومی رسیدگی می‌کند و نقش آن، حمایت از مردم در برابر نقض حقوق، سوء استفاده از اختیارات، اشتباه، غفلت، تبعیض، تصمیم غیر منصفانه و سوء مدیریت به منظور ارتقای مدیریت عمومی و شفاف‌سازی اعمال حکومتی و پاسخ‌گو کردن حکومت و مقام‌های عمومی در برابر اعضای جامعه است.^۲ از این رو، این نهاد توانسته است جایگاه خاصی را در نظام حقوقی بیش‌تر کشورهای اروپایی از جمله اسپانیا به خود اختصاص دهد. برخی از دولت‌های عضو، نهادهای ناظر بیش‌تری را برای نظارت بر حوزه‌های خاص فعالیت‌های دولت ایجاد و تجهیز کرده‌اند. در اسپانیا با توجه به تقسیمات سیاسی کشور، شاهد آمبودزمان منطقه‌ای نیز هستیم.^۳

طبق قانون ۱۹۹۸ LICA، برخی افراد صغیر حتی می‌توانند تحت شرایطی بدون کمک والدین،

۱. Legality.

۲. جلالی، محمد و رضوان ضیایی، «نقش آمبودزمان‌ها در توسعه و ارتقای مردم‌سالاری»، پژوهش‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۳۹، صص ۱۳۲ و ۱۳۳.

۳. هداوند، مهدی و علی طوقی، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصل و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۳۱.

قیم یا سرپرست از حقوق و منافع مشروع خود دفاع کنند^۱ و از این موقعیت بهره ببرند. گروه‌های مدنی متشکل از شهروندان یا اتحادیه‌ها نیز طبق قانون باید بتوانند درخواست دادرسی عادلانه در دادگاه‌های اختصاصی اداری را داشته باشند.^۲ چنین حقی با توجه به شرایطی که برای اقامه دعوا قانونی شمرده‌اند، به اشخاص حقیقی و حقوقی که حقوق و منافع مشروع آن طبق قانون شناخته شده، اعطا گردیده است. در ضمن، همه شرکت‌ها، انجمن‌ها، اتحادیه‌های بازرگانی و نهادها که از حقوق و منافع مشروع جمعی برخوردارند و با اعمال اداری در ارتباطند،^۳ حق اقامه دعوا در دادگاه دارند.^۴ نهادهای اداری نیز می‌توانند در مقابل یکدیگر به عنوان خواهان از یکدیگر شکایت کنند. اسپانیا، دولتی متشکل از بخش‌ها و مجموعه ادارات مختلف است و قدرت در این کشور تفکیک شده است. از این رو، اختلافات مکرر در میان عموم مردم در بخش‌های متفاوت و در سطوح مختلفی به وجود می‌آید. از سوی دیگر، همان طور که اشاره شد، در مواردی خاص، دادستانی می‌تواند نقش یکی از طرفین را ایفا کند.^۵

دادگاه‌های اداری همان طور که به افراد جامعه اجازه می‌دهند در صورت زیر پا گذاشته شدن منفعت عمومی شان دادخواهی کنند، این حق را برای همه نهادهای حقوقی قائل شده‌اند که تحت قواعد نظام حقوق عمومی تشکیل می‌شوند. از جمله، همه نهادهایی که به تبعیض‌ها از جمله تبعیض‌های جنسیتی و نژادی اعتراض می‌کنند و همه اتحادیه‌های کارگری و انجمن‌ها.^۶ در بیش‌تر موارد، دولت، نقش خوانده را در مشاجره‌های اداری ایفا می‌کند. اگر حکم، تصمیم یا رفتار اداری قابلیت لغو شدن داشته باشد، مطابق وظیفه اداری، در روند بررسی این تصمیمات و اعمال که در تضاد با منافع عمومی قلمداد شده است، حضور همان نهاد اداری برای به چالش کشیدن احکامش نزد دادگاه‌ها ضروری است.

۱. ماده ۱۸ قانون LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

۲. همان.

3. Molina, José Antonio, *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, Moreno, España, Facultad de Derecho Universidad de Alicante, 2012, p. 157.

۴. ماده ۱۸ قانون LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

۵. بند f ماده ۱۹ قانون LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

۶. بند b ماده ۱۹ قانون LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

گاهی ادعاهایی علیه اعمال اداری به شخص دیگری^۱ مربوط می‌شود که مستقیم، درگیر پرونده نیست. این اتفاق ممکن است در مواردی رخ بدهد که از منظر قضایی شامل خسارات و از دست رفتن دارایی یا حقوق شخص دیگری شود. مثال چنین موردی را می‌توان در خصوص اشخاصی یافت که قبلاً از حکم، تصمیم یا عملی نفع می‌بردند یا ضرر کرده‌اند که اکنون به چالش کشیده شده است.^۲ بدیهی است در روند بررسی قضایی، در کنار دولت که به عنوان خوانده یا مدعی علیه به چالش کشیده شده است، جایگاه قانونی برای شخص ثالث در نظر گرفته شود و می‌بایست برای حضور یافتن در این روند به ایشان اعلام گردد.

بند سوم. خواسته در دعوای اداری

پیش از شروع بحث در خصوص نحوه اقامه دعوا بهتر است مقدمه‌ای در خصوص تأثیر قوانین اتحادیه اروپا بر نظام حقوق اداری اسپانیا بیاوریم. بر اساس قوانین اتحادیه اروپا، اصل «انتظارات مشروع»، با محدود کردن لغو اداری و قضایی تصمیمات غیر قانونی، اصل قانونی بودن را واجد شرایط می‌کند. دیوان عدالت اداری، یک آزمون تعادلی طراحی کرده است که به زمان سپری شده بین عمل اولیه و اصلاح یا پس گرفتن آن، تشخیص غیر قانونی بودن، رفتار مخاطب و ظهور مؤثر انتظارات مشروع می‌پردازد. شرایط اعمال شده برای ابطال عطف بما سبق شدن، سخت‌تر از شرایط ابطال آینده است. اگر این اصل نقض شود، طبق قوانین اتحادیه اروپا می‌توان دعوای ابطال را مطرح کرد، اما ادعای جبران خسارت امکان‌پذیر نیست. قانون اداری اسپانیا از جمله قانون آیین دادرسی اداری ۱۹۵۸ مقررات خاصی در مورد ابطال اعمال غیر قانونی و مساعد. از جمله تصمیمات اداری با اثرات مختلط یا مضاعف دارد. در اسپانیا، اشتباه‌های واقعی و حقوقی که منجر به بی‌اعتباری یک تصمیم اداری فردی می‌شود، به طور پیش‌فرض به دسته اول (anulabilidad, y nulidad relativa) تعلق دارد.

اطمینان حقوقی و به ویژه انتظارات مشروع ایجاد شده توسط این نوع اول از تصمیمات اداری به شیوه‌ای بسیار قوی محافظت می‌شود. مقامات اداری که آن تصمیم‌ها را گرفته‌اند، نمی‌توانند

1. Tercera persona.

۲. بند ۳ ماده ۷۲ (LJCA) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

لغویشان کنند. اصلاح یا انصراف ممکن است توسط یک مقام اداری فقط در صورت وجود دلایل جدی و آشکار غیر قانونی (nulidad absoluta) رخ دهد که به طور خاص در قانون پیش‌بینی شده است، مانند نقض حقوق اساسی، عدم صلاحیت آشکار و جرم کیفری. علاوه بر این، درباره این امر تنها پس از اجرای یک رویه اداری بسیار دقیق و پیچیده که مستلزم نظر مساعد یک نهاد مشورتی مستقل (Consejo de Estado) در مورد وجود آن دلایل جدی غیر قانونی است، ممکن است تصمیم‌گیری شود. در نهایت، حتی اگر تمام این الزامات برآورده شود، یک قانون اداری مطلوب فقط در یک دوره زمانی معقول قابل اصلاح یا لغو است. دیوان عالی این محدودیت را با توجه به شرایط خاص پرونده و به گونه‌ای نسبتاً انعطاف‌پذیر تفسیر می‌کند. اجرای آن تنها زمانی است که مرجع تصمیم‌گیری قبلی را پس از یک دوره زمانی بسیار طولانی لغو کرده است. اصول یقین حقوقی و انتظارات مشروع تنها مواردی را که می‌توان اعمال اداری را اصلاح کرد یا پس گرفت، محدود نمی‌کند، بلکه می‌توانند محتوا و اثرات تصمیم انصراف را نیز از دو منظر متفاوت ارزیابی کنند.

از یک سو، از سال ۱۹۵۸، قوانین مختلف رویه اداری اسپانیا مقرر کرده است که قدرت انصراف زمانی اعمال نمی‌شود که با توجه به شرایط موجود، برخلاف عدالت، حسن نیت، حق افراد یا قانون باشد. دادگاه‌ها معمولاً از این ماده برای تصمیم‌گیری در مورد صادر نشدن حکم ابطال استفاده می‌کنند. برای مثال، اگر مدت زمان طولانی سپری شده باشد، کاری که انجام نمی‌دهند، استناد به آن برای احراز آثار ابطال است. ابطال قضایی اعمال اداری که به دلایل عادی غیر قانونی در آن مناقشه می‌شود، همواره مربوط به آینده است.^۱ بنابراین، آثار حقوقی تصمیم بین تصویب و ابطال عمل باقی می‌ماند.

ابطال قضایی و اداری اعمال اداری ناشی از دلایل جدی و آشکار غیر قانونی دارای عطف بما سبق شدن است (ex tunc) که به این معناست که دیگر آثار حقوقی تصمیم بین مصوبه و ابطال وجود نخواهد داشت. برخی از نویسندگان استدلال کرده‌اند که حکم کلی یادشده را می‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که اگر شرایط پرونده مستلزم حمایت از انتظارات مشروع باشد، تنها تأثیرات احتمالی برای ابطال یک تصمیم اداری مطلوب و غیر قانونی را مجاز می‌داند.

۱. اثر آینده‌نگر (ex nunc).

هم‌چنین این وضعیت با رویه قضایی اسپانیا هم‌خوانی دارد که آزمون تعادلی را اجرا می‌کند که شرایط سخت‌تری را برای اجازه ابطال عطف بما سبق نسبت به ابطال احتمالی اعمال می‌کند. دادگاه‌های اسپانیا نیز ارتباط شدید بین nulidad absoluta و عطف بما سبق شدن را تصدیق می‌کنند. اگر مشخص شود که وضعیت قانونی ایجاد شده در قانون اداری باید حفظ شود، ابطال به طور کلی مردود خواهد بود.

بنابراین، این حکم به صورت همه یا هیچ اجرا می‌شود؛ یعنی اگر دادگاه معتقد باشد که باید یقین قانونی بر اصل قانونی غلبه داشته باشد یا آن را معتبر اعلام کند یا در صورتی که خلاف آن باشد، با عطف بما سبق کردن، آن را لغو کند. این حکم به صورت همه یا هیچ اجرا می‌شود. اگر دادگاه معتقد باشد که باید یقین قانونی بر اصل قانونی غلبه داشته باشد یا آن را معتبر اعلام کند یا در صورتی که خلاف آن باشد، با عطف بما سبق کردن، آن را لغو کند.

دیدگاه دومی وجود دارد در مورد این که چگونه یقین قانونی و انتظارات مشروع می‌توانند تأثیرات تصمیم ابطال را واجد شرایط کنند. از زمان قانون آیین دادرسی اداری سال ۱۹۹۲، در صورت اقتضای شرایط پرونده، مقام اداری می‌تواند تصمیم مساعد و غیر قانونی را که قبلاً گرفته بود، ابطال کند و در عین حال، به ذی‌نفع آن خسارت بدهد. این تفاوت مهم دیگری است در مقایسه با قوانین اتحادیه اروپا که در آن، انتظارات مشروع در برابر ابطال منحصرأ با اقدامات ابطال محافظت می‌شود. با این وجود، دادگاه‌های اسپانیایی برای تصمیم‌گیری در مورد زمان تأیید ادعای خسارت، معیارهایی را اعمال می‌کنند که به طور سنتی با اصل انتظارات مشروع در قوانین اتحادیه اروپا و دیگر احکام حقوقی اداری ملی مرتبط است. اول، آن‌ها ارزیابی می‌کنند که این تصمیم غیر قانونی چه قدر جدی و آشکار بوده است؛ زیرا اگر به آسانی آشکار می‌شد که تصمیم اداری قبلی غیر قانونی است، اصلاً هیچ انتظار قانونی برای محافظت وجود ندارد. این معیار، اعطای خسارت را در پرونده‌های مربوط به تصمیمات اداری که از اعمال مساعد قبلی منصرف می‌شود، بسیار دشوار می‌کند؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، برای امکان‌پذیر بودن این امر باید در تصمیمات اداری به ویژه خلاف قانونی جدی و آشکار نشان داده شود. معیار دوم مربوط به نقش ذی‌نفع عمل در غیر قانونی بودن آن عمل است. اگر خطای واقعی یا قانونی توسط ذی‌نفع ایجاد شده باشد، او، مستحق دریافت خسارت نیست. به سادگی، انتظارات مشروع برای حمایت از این مورد وجود ندارد. در نهایت، برای اعطای غرامت، ذی‌نفع باید با این باور که وضعیت قانونی ایجاد شده توسط قانون اداری حفظ می‌شود،

واقعاً سرمایه‌گذاری کرده باشد. در واقع، بر اساس اصل انتظارات مشروع، خساراتی باید پرداخت شود که آن خسارت‌ها مستقیماً با آن سرمایه‌گذاری‌ها و هزینه‌ها مرتبط است. هم‌چنین با از دست دادن سود مربوط به فرصت‌های تجاری که به دلیل این‌که ذی‌نفع در یک تصمیم قانونی قبلی به آن اعتماد کرده است که به آن، «منفعت منفی» می‌گویند.^۱

شرط اصلی در دعوای اداری آن است که شهروندان می‌بایست از طریق یکی از نهادهای اداری (دولت) متضرر شده باشند. هم احکامی که بر اساس نص صریح قانون صادر شده‌اند و هم تصمیمات ناشی از صلاحیت اختیاری و هم‌چنین اظهارات صرفاً سیاسی با محدودیت‌هایی که قبلاً در این نوشته بررسی شدند، قابلیت بازنگری دارند. بازنگری‌هایی که این تصمیمات، احکام و اظهارات را تکرار یا تأیید می‌کنند، امکان تجدیدنظر را برای مرتبه سوم نخواهند داشت و پذیرفته نمی‌شود.^۲ علاوه بر این، امکان به چالش کشیدن تصمیمات لازم‌الاجرا نیست، هنگامی که تصمیم بر لازم‌الاجرا شدنشان قطعی شده باشد. احکام توضیحی صرف را نیز که برای شفاف‌سازی احکام قبلی ارائه شده باشند، تا زمانی که شرایط جدیدی به حکم اصلی اضافه نکنند، نمی‌توان به چالش کشید. دادخواهی‌ها می‌توانند شامل کل مقررات و تصمیمات صادرشده یا صرفاً قسمت‌هایی از آن باشند

رأی ناشی از تجدیدنظر علیه تصمیمات و مقررات اداره بر پایه بی‌توجهی به قانون در برابر مقررات لازم‌الاجراست. حکم باید تصمیم به چالش کشیده شده را باطل و از درجه اعتبار ساقط کند، اما مقررات باید نافذ باقی بمانند.^۳ هرچند قانون LJCA احکام مختلفی را برای باطل کردن مقررات تعیین کرده است. در سال ۱۹۹۸، اصلاحاتی در قانون LJCA صورت گرفت که اجازه داد شهروندان به صورت مستقیم در برابر ترک فعل اداره به دادگاه‌های اداری دادخواهی کنند و نظارت بر ترک فعل اداری مورد نظر را نیز تحت اختیارات قوه قضاییه قرار دهند.^۴ حیطة ترک فعل اداره به تطابق نداشتن عملکرد اداره با وظیفه قانونی و هم‌چنین عدول از آن چه به عنوان تکلیف اداره به انجام

1. For more info Jiménez, L. A. & Pascual, G. D., "the europeanisation of spanish administrative law through the principle of legitimate expectations", Review of European Administrative Law, 13(2), 2020, pp. 55-86.

2. Inadmission.

۳. بندهای ۳۱ اصل ۲۷ قانون LJCA.

۴. بند ۲ اصل ۲۵ و اصل ۲۹ قانون LJCA.

عمل یا تصمیم‌گیری اداری در نظر گرفته شده باشد، تعمیم می‌یابد.^۱ در این خصوص، مقصود ما صرفاً به عمل نکردن اداره و ترک فعل آن به آن‌چه طبق قانون صراحتاً بیان شده است، محدود نمی‌شود، بلکه ترک فعل به مواردی نیز تعمیم می‌یابد که انجام عمل یا وظیفه کارمند اداره لزوماً در قانون به صراحت بیان نشده است، اما انجام دادن یا ندادن آن در منفعت شهروند مؤثر است. این وضعیت ممکن است بر اساس قانون در این موارد رخ بدهد:

۱. نبود شرایط و فراهم نشدن مقدمات لازم توسط اداره برای لازم‌الاجرا کردن تصمیم نهایی^۲

۲. نبود شرایط و فراهم نشدن مقدمات لازم توسط اداره برای لازم‌الاجرا کردن مقررات^۳

۳. عمل نکردن صحیح به متن قراردادها و توافق‌هایی که اقدامات خاص و قطعی را در خصوص خدمات عمومی دربرمی‌گیرد.

«حدود اختیارات قانونی» نیز به طور مستقیم در دادگاه اداری قابل اعتراض است. قبل از اصلاحات LJCA در سال ۱۹۹۸، شهروندان فقط اجازه داشتند در خصوص امور خاصی دادخواهی کنند که به صراحت توسط قانون معین شده باشد. قبل از ارجاع چنین پرونده‌هایی به دادگاه، درخواست مستقیم از اداره برای بازنگری مجدد به تصمیمش اجباری نیست، اگر چه ممکن است و توصیه می‌شود.^۴

طبق نظر پروفسور مولینا، استاد حقوق عمومی دانشگاه آلیکانته اسپانیا،^۵ شاکیان در روند نظارت قضایی بر اعمال اداری اسپانیا می‌توانند ادعای خود را به دو صورت نزد قاضی مطرح کنند. او این دو طبقه‌بندی را این گونه توصیف می‌کند:

نخست. Pretensiones Declarativas: شاکی از قاضی درخواست می‌کند که تصمیم یا حکم اداره را ابطال کند.

1. Bella, Carla Celorrio, "La inactividad material y prestacional de la Administración Pública", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013-2014, p. 5.

2. Final decisions.

3. Regulations.

4. Molina, op.cit., p. 163.

5. Ibid, p. 159.

دوم. Pretensiones de plena jurisdiccion o de condena: شاکی از دادگاه درخواست می‌کند در حکمی، قانون و عمل خاصی را که از جانب اداره سر زده است، غیر نافذ کند. این دادخواست می‌بایست سه درخواست کلیدی را در بر بگیرد:

۱. اعطای منافع شخصی تحت عنوان حقوق مسلم شخص و منافع مشروع او؛

۲. ادعای شاکی برای جبران خسارت به وجود آمده؛

۳. دستور به نهاد اداری برای جبران خسارت.

باید دانست که قاضی نمی‌تواند عمل قانونی را جای‌گزین کند یا وارد حوزه اختیارات دولت (قوه مجریه) شود؛^۱ زیرا اصل تفکیک قوا و بالطبع، حاکمیت قانون و خود مفهوم نظارت برای تحقق حاکمیت قانون به وجود آمده است و آن کار قاضی سبب می‌شود ارکان اصلی ساختار قانونی اسپانیا را زیر پا بگذارد.

یکی دیگر از موارد قابل توجه، پیوستگی ترتیبات رویه قضایی است که اهمیت بسیاری دارد. برای مثال، هر زمان دادگاه می‌فهمد که طرفین، خواسته‌های خود و استدلال مخالف را به درستی ارائه نمی‌دهند، باید مهلت ده روزه را برای تنظیم مجدد ادعا تنظیم کند.

موارد تکرر در دادخواهی یا تجدیدنظر از اموری است که ممکن است در مناسبات میان دولت و اشخاص رخ دهد. چند راهکار اساسی برای سرعت بخشیدن به رویه قضایی در چنین مواردی عبارت است از:

۱. یک پارچه‌سازی پرونده‌ها (تجمیع خواسته‌ها):^۲ شاکی می‌تواند ادعاهای مختلف را در قالب یک پرونده مطرح کند. این کار به نظم قضایی می‌انجامد و باعث یک‌پارچگی ادعاها می‌شود، مگر این‌که نظر قاضی آن باشد که رسیدگی جداگانه مؤثرتر خواهد بود.^۳

۱. بند ۲ اصل ۷۱ قانون LJCA.

2. Acumulacion de pretensions.

3. La acumulacion de pretensions en el proceso administrativo, prof Jesus Gonzales Perez.

۲. یک پارچه‌سازی دادخواهی‌ها؛^۱ هر زمان که تعدادی از شهروندان یا حتی یک شهروند برای به چالش کشیدن مقررات یا حکمی مشترک یا تصمیمات مرتبط درخواست دادخواهی کنند، دادگاه ممکن است برای رسیدگی توأمان پرونده‌ها تصمیم بگیرد و حتی پرونده‌های قبلی مرتبط با همین حکم یا تصمیم را دوباره بررسی کند.^۲

با توجه به محکومیت در دیوان اروپایی حقوق بشر به دلیل طولانی شدن دوره دادرسی و هم‌چنین دستیابی به مناسبات قانون اساسی، اسپانیا نیز مانند بسیاری از کشورهای اروپایی در پی کوتاه کردن دوره دادرسی است. یکی دیگر از این راه‌ها، دریافت نتایج قضایی در مورد همه دعاوی مشابه بدون ضرورت طرح دعاوی مجدد است.^۳

۳. در مواردی که به دادخواهی گسترده^۴ معروف است، قانون، این اختیار را به دادگاه‌ها اعطا می‌کند که از یک پارچه‌سازی پرونده‌ها صرف نظر کند. در عوض، دادگاه، روند مربوط به یک پرونده را به شکل ترجیحی پیش می‌برد و اجازه می‌دهد بررسی دیگر پرونده‌های مشابه به حالت تعلیق درآیند. به محض این‌که دادگاه در این مورد، حکم دهد، حکم باید به طور خودکار به موارد دیگر تعمیم یابد.^۵

گفتار دوم. اقسام دادگاه‌های اداری و صلاحیت آن‌ها

نظام دادگاهی اسپانیا توسط شورای عمومی قوه قضاییه^۶ اداره می‌شود. قانون اساسی اسپانیا در سال ۱۹۷۸، این نهاد را به صورت رسمی، مستقل از قوای مقننه و مجریه دانست. با توجه به تقسیم‌بندی سیاسی و ارضی اسپانیا در راستای تحقق و اجرای عدالت، دادگاه‌ها بر اساس موازین منطقه‌ای به

1. Acumulacion de recursos.

2. Acumulación de expedientes administrativos, wolterskluwer law office.

۳. هداوند و طوقی، پیشین، ص ۵۰.

4. Recusos en masa.

5. Sala Sánchez, Pascual, "Derecho procesal administrativo, comentarios integrales a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativo", expresidente del Tribunal Supremo, Editorial Bosch, S.A., 2013.

6. Consejo General del Poder Judicial.

ترتیب در شهرستان‌ها، استان‌ها، جوامع خودمختار و دولت مرکزی تقسیم‌بندی شدند.

ساختار دادگاه‌های اسپانیا سلسله‌مراتبی است. آن‌چه در این گفتار به آن اشاره می‌شود، سطوح مختلف دادگاه از بالاترین تا پایین‌ترین سطح ساختار است. به طور معمول، عملکرد قضایی به صورت رسمی در دادگاه بدوی آغاز می‌شود و مرحله تجدیدنظر به دادگاه بالاتر ارجاع می‌یابد. دادگاه‌های اداری در اسپانیا به دو دسته تک‌عضوی و هیئتی تقسیم می‌شوند و صلاحیت آن‌ها تحت تأثیر ماهیت نامتمرکز سیستم سیاسی اسپانیا قرار دارد. اصولاً نهادهای تک‌عضو فقط در استانی که در آن واقع شده‌اند، صلاحیت دارند. در مقابل آن‌هایی که به صورت هیئتی تشکیل می‌شوند، در سراسر کشور دارای صلاحیت هستند.^۱ صلاحیت منطقه‌ای و موضوعی و این‌که در مراحل بدوی و تجدیدنظر چه موضوعاتی را می‌توان به آن‌ها ارجاع داد، در مواد ۸ تا ۱۳ قانون LJCA (۱۹۹۸) مشخص شده است.

دادگاه‌های اختصاصی اداری، واجد صلاحیت اختصاصی هستند. این دادگاه‌ها صلاحیت رسیدگی به موضوعات و دعاوی را ندارند، مگر در حدود مطرح در قانون مربوط به آن دادگاه. پس صلاحیتشان محتاج نص صریح قانون است.^۲ صلاحیت نسبی دادگاه‌های اختصاصی اداری اسپانیا را می‌توان از دو دیدگاه عمده بررسی کرد: یکی، از بعد صلاحیت محلی و دیگری، از بعد صلاحیت سازمانی و موضوعی.

منظور از صلاحیت محلی این است که محدوده دادگاه‌های اداری اسپانیا در حوزه جغرافیایی معینی مشخص شده است. در خصوص صلاحیت سازمانی و موضوعی دادگاه‌های اداری اسپانیا توأمان به محدوده فعالیت برخی ادارات و به خصوص مقامات اداری و نیز حیطه موضوع رسیدگی خاصی را که طبق قانون مشخص شده است، توجه می‌گردد. لذا ارجاع پرونده‌ها بر همین اساس است.

دادگاه‌های تک‌قاضی اداری معمولاً مواردی را که قبلاً به دادگاه دیگری ارجاع داده نشده‌اند، قضاوت می‌کنند. به این ترتیب، در بیش‌تر مواقع، رجوع به دادگاه‌های تک‌قاضی اداری، قدم نخست در نظارت قضایی است. در هر صورت، هیئت قضات به طور معمول به عنوان دادگاه‌های تجدیدنظر

1. Egea-de Haro, Alfonso, "How Does Case Law Shape Civil Law System? An Analysis of Spanish Administrative Courts", *Liverpool Law Review*, Volume 45, 2022, p. 3.

۲. هداوند و طوقی، پیشین، صص ۴۹-۵۰.

در پرونده‌ها ورود می‌کنند. گرچه گاهی بر اساس قانون، رجوع به آن‌ها اولین گام برای بررسی قضایی در امور اداری است. علاوه بر آن، در مشاجرات حقوق اداری، ماهیت و موقعیت مقام اداری به چالش کشیده ممکن است چنان سرنوشت‌ساز باشد که در همان مرحله، این تنازعات به هیئت قضات سپرده شود. با این حال، همه دادگاه‌ها می‌بایست تنها به مواردی رسیدگی کنند که تحت حوزه‌ای باشد که قانون برایشان مقرر ساخته است. در واقع، در طول فرآیند قضایی، یکی از مراحل اولیه این است که مشخص کنند آیا دادگاه، صلاحیت لازم برای رسیدگی به پرونده را دارد یا خیر. چنین تجزیه و تحلیلی بر حسب وظیفه انجام می‌شود و نتیجه آن اطلاع داده می‌شود.

باید توجه داشت که نه تنها نمی‌توان دادرسی را به تعویق انداخت، بلکه همین امر برای تعیین صلاحیت نیز صدق می‌کند. اگر چه در بیش‌تر نظام‌های قانونی کامن‌لا، واژه‌های Jurisdiction و Competence در قالب یک مفهوم استفاده می‌شوند، ولی در اسپانیا چنین نیست. در حالی که Jurisdiction صرفاً به پراکندگی حوزه قضایی متنوع قانون اسپانیا (مدنی، جنایی، اداری، اجتماعی و نظامی) اشاره می‌کند، Competence به موضوع پرونده‌ای بازمی‌گردد که دادگاه‌هایی با حوزه یکسان اجازه قضاوت و تصمیم‌گیری در مورد آن را دارند.^۱

طبق تحقیقاتی که توسط دیوان دادگستری اتحادیه اروپا به همراه حوزه‌های قضایی اداری هر یک از اعضای اتحادیه اروپا برای نظارت قضایی بر اعمال اداری اعضای این اتحادیه از جمله کشور اسپانیا صورت گرفته، ریشه‌های قوانین اختصاصی مربوط به صلاحیت و وظایف دادگاه‌ها و محاکم اداری به این شرح است: استانداردهایی که وجود، صلاحیت و عملکرد قضات و دادگاه‌های نظام دادخواهی اداری را تنظیم می‌کنند، توسط قانون تعیین شده‌اند. در ابتدا قانون اساسی، حق محافظت قانونی مؤثر و هم‌چنین شروط مربوط به ساختار و سازمان قوه قضاییه را بنا می‌کند. سپس چارچوب حقوقی بدنه کلی قانون در قانون بنیادی قوه قضاییه (قانون بنیادی ۱۶/۱۹۸۵ جولای) تعریف شده و قانون ۲۹/۱۹۹۸ استانداردهای مشخصی را برای دادخواهی اداری به شکل اختصاصی وضع کرده است.

۱. معنی تحت‌اللفظی فارسی هر دو واژه Competencia و Jurisdicción در زبان اسپانیایی و Competence و Jurisdiction در زبان انگلیسی، «صلاحیت» است. برای جلوگیری از خلط این دو واژه، در متن از واژه لاتین آن استفاده شده است.

دانستن اصول حقوقی برای امتحان الزامی است و حتی نمره‌ای بیش‌تر از آن چه برای وکلا در نظر گرفته می‌شود، لازم خواهد بود. در اسپانیا، برنامه‌هایی اثرگذار و مفید در راستای آموزش پیوسته و روزآمد کردن قضات (مانند کلاس‌ها و سمینارها) در طول دوره حرفه ایشان برگزار می‌گردد و قضات الزاماً در آن‌ها شرکت می‌کنند.

بند اول. دادگاه‌های اداری تک‌قاضی

در اسپانیا، یکی از حوزه‌های دادگاه‌های تک‌قاضی شامل دادگاه‌های تک‌قاضی اداری است که در استان واقع شده‌اند. قبل از سال ۱۹۹۸ شاهد دادگاه‌های تک‌قاضی اداری مرکزی در چارچوب قوانین بنیادی اسپانیا LOPJ نبودیم، اما با بازنگری مجدد، در سال اصلاحات قوانین عادی اسپانیا (۱۹۹۸)، این نهاد نیز به سیستم قضایی اضافه شد.

الف) دادگاه تک‌قاضی اداری و نظارت قضایی بر اعمال اداری بخش خودگردان اسپانیا

طبق اصل ۹۰ قانون بنیادی اسپانیا،^۱ بخش قوه قضاییه، این دادگاه‌ها با حضور یک قاضی شکل می‌گیرد و حیطه صلاحیت آن‌ها به کل استان تعمیم می‌یابد. مقرر اصلی آن در مرکز استان است و هنگامی که حجم پرونده‌ها زیاد باشد، ممکن است یک یا چند دادگاه دادخواهی اداری با توجه به حد جمعیت تعیین شده توسط قانون در دیگر شهرستان‌های آن استان نیز تشکیل شود.^۲

اصلاحات سال ۲۰۰۳ در قانون بنیادی، حوزه قضایی این دادگاه‌ها را به منظور بررسی مسائل جدیدتر گسترش داد و منجر به ترکیب جدیدی در بخش ۸ قانون LJCA گردید. این دادگاه‌ها وظیفه رسیدگی به انواع دادخواهی علیه مقامات و نهادهایی را دارند که عملکردشان به صورت مستقل یا مرتبط با موارد مربوط به امور شهرداری و امور شهری باشد، مگر آن‌که مربوط به سطح کلان‌تری مانند مقررات و برنامه‌ریزی شهری مثلاً منطقه‌بندی شهری باشد.^۳ حیطه صلاحیت آن‌ها نیز به نظارت و رسیدگی به تعدادی از احکام، اقدامات و تصمیمات اداری که در دولت بخش خودگردان گرفته

1. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

۲. بند ۱ و ۲ اصل ۹۰ بخش قوه قضاییه قانون بنیادی LOPJ.

۳. بند ۱ اصل ۸ قانون LJCA.

شده‌اند، راه می‌یابد، مگر آن‌که این احکام توسط نهاد بالاتری مانند شورای حکومتی^۱ دیکته شده باشد. رسیدگی به جرایم اداری که جریمه آن، بیش‌تر از شصت هزار یورو نباشد، جلوگیری از برخی اقدامات اداری از جمله در مواردی که شخص کم‌تر از شش ماه از حقوق خود محروم شده باشد یا جلوگیری از فعالیت او گرفته شده باشد، امور مربوط به پرسنل مگر آن‌که موردی باشد که در خصوص شروع یا خاتمه کار کارمندان دولت باشد، مسئولیت بدون تقصیر دولت که خسارت آن کم‌تر از ۳۰۰۵۰ یورو باشد، بر عهده همین دادگاه نهاده شده است.^۲

دادخواهی از تصمیمات و مقررات وضع‌شده توسط نهادهای موجود در استان و تصمیمات (و نه مقررات) سازمان‌ها، نهادها یا شرکت‌های بزرگ سازمان‌دهی شده تحت قوانین حقوق عمومی که صلاحیت اقداماتشان در سطح ملی نیست، توسط این دادگاه‌ها رسیدگی می‌شوند. منازعات اداری که خسارت آن بیش از ۶۰,۰۰۰ یورو باشد، اموری که مرتبط با اموال عمومی است، اعمال عمومی در سطح ملی،^۳ مصادره اموال و تعیین وضعیت املاک خاص فراتر از صلاحیت آن‌هاست.^۴

بنا بر آن‌چه اشاره شد، موارد مربوط به حیطه صلاحیت ملی یا فراتر از محدودیت‌های کمی که از آن سخن به میان رفت، می‌بایست به دادگاه‌های اداری مرکزی تک‌قاضی^۵ گزارش شوند. به همین ترتیب، تدابیر محدودکننده‌ای که مقامات بهداشت و سلامت جامعه، آن‌ها را ضروری می‌خوانند، حتی اگر به معنی محدود کردن آزادی و دیگر حقوق اساسی شهروندان باشند، در حیطه صلاحیت آن‌ها قرار می‌گیرند. علاوه بر این، آن‌ها باید برای ورود به محل اقامت و جست‌وجوی خانه‌ها، محل‌های تجاری، زمین و وسایل حمل و نقل زمانی که مالک از انجام آن امتناع می‌کند، رسیدگی کنند و حکم تأیید تفتیش را ارائه دهند.^۶

۱. Consejo de Gobierno: شورای حکومتی، بالاترین بدنه تصمیم‌گیری یک جامعه خودمختار است.

۲. بند ۲ اصل ۸ قانون LJCA.

۳. obras públicas del estado.

۴. بند ۳ اصل ۸ قانون LJCA.

۵. Juzgados Centrales de lo Administrativo.

۶. Molina, op.cit, p. 159.

ب) دادگاه‌های تک‌قاضی اداری مرکزی، دادگاهی نوین برای تمرکززدایی از وظایف دادگاه‌ها

قبل از سال ۱۹۹۸، شاهد دادگاه‌های تک‌قاضی اداری مرکزی در چارچوب قوانین بنیادی اسپانیا LOPJ نبودیم، اما با بازنگری مجدد، در سال اصلاحات قوانین اسپانیا، ۱۹۹۸، این نهاد نیز به سیستم قضایی اضافه شد. متعاقباً قانون LJCA نیز تغییر کرد و هدف عملکرد آن را تمرکززدایی از وظایف دادگاه‌ها و سبک‌تر کردن کار دادگاه‌های ملی قرار داد. صلاحیت عمل دادگاه‌های تک‌قاضی مرکزی (که مقرر آن نیز در مادرید است) بعد از اصلاحات مجدد قانون بنیادی اسپانیا در سال ۲۰۰۳ به میزان قابل توجهی افزایش یافت. این دادگاه‌ها باید موارد مربوط به تصمیم‌گیری دولت در امور اجرایی از جمله نهادهای عمومی را بررسی کنند. تحت شرایط مقرر در قانون، این دادگاه‌ها ممکن است نخستین نهاد در امر رسیدگی به دادخواهی اداری تلقی گردند یا مرحله دوم دادخواهی را بر عهده داشته باشند و وظیفه تجدیدنظر را در برابر مقررات و تصمیم‌گیری‌های صادرشده توسط مقامات، سازمان‌ها، بدنه و نهادهای عمومی در سرتاسر قلمرو ملی را انجام دهند.^۱

چند نکته را در خصوص حدود صلاحیت دادگاه‌های تک‌قاضی مرکزی باید در نظر داشت. رسیدگی به تصمیمات وزیران و معاونت وزیر^۲ در خصوص مسئولیت مالی آن‌ها، در شرایطی که مبلغ مورد شکایت از ۳۰۰۵۰ یورو تجاوز نکند، تصمیم‌گیری‌های مربوط به پناهندگی سیاسی و تصمیم‌گیری در اقدامات نظارتی نیز که توسط کمیته انضباطی اسپانیا در ورزش ارائه می‌شوند، در محدود اختیارات این دادگاه است.^۳

بند دوم. دادگاه اداری متشکل از هیئت قضات

قانون، تعداد قضات و نوع دادگاه‌هایی را مشخص کرده است که به موضوع وارد می‌شوند و با رسیدگی‌های لازم، در صورتی که شکایت را وارد تشخیص دهند، نسبت به حل و فصل آن اقدام می‌کنند. ارجاع پرونده به هیئت قضات هم در مرحله بدوی و هم در مرحله تجدیدنظر امکان‌پذیر است. دادگاه‌های عالی اداری، دیوان عالی اداری و هیئت ویژه دیوان در این دسته‌بندی قرار می‌گیرند.

۱. بند ۴ اصل ۹۰ بخش قوه قضاییه قانون بنیادی LOPJ.

2. Secretarios de Estado.

۳. بند ۱ اصل ۹۰ قانون LJCA.

الف) دادگاه‌های عالی اداری منطقه‌ای^۱ و تعارض‌های حقوق اداری منطقه^۲

این دادگاه‌ها متشکل از هیئت قضات هستند و قلمرو صلاحیت این دادگاه‌ها بسته به منطقه‌ای دارد که در آن مستقرند. در واقع، مناطقی مانند آندالوسیا^۳ و کاستیلا لئون^۴ بیش از یک شعبه در استان‌های مختلف دارند. هر شعبه نیز دارای بخش‌های مختلفی است، از جمله بخش رسیدگی به اختلافات اداری. این بخش قضایی حداقل متشکل از سه قاضی است که حداقل یکی از آن‌ها باید در زمینه رویه اداری تخصص داشته باشد. در برخی موارد، این دادگاه‌ها می‌توانند پرونده‌ها را به عنوان دادگاه اولیه^۵ بدون حتی هیچ گزینه فرجام‌خواهی^۶ بررسی کنند، گرچه نقش آن‌ها به طور معمول، تحت عنوان دادگاه تجدیدنظر یا حتی به عنوان یک دادگاه فرجام‌خواهی^۷ است، از جمله تجدیدنظر در خصوص آرای صادره توسط قضات دادگاه‌های تک‌قاضی، احکام متناقض دو دادگاه تک‌قاضی که در یک منطقه خودمختار قرار گرفته‌اند.

بیش‌تر پرونده‌هایی که به این سری از دادگاه‌ها در مقام دادخواهی نخست ارجاع داده می‌شوند، به تعارض‌های حقوق اداری مناطق خودمختار مربوط می‌شوند. تعداد زیادی از موارد ارجاعی نیز به تجدیدنظرخواهی علیه احکام صادرشده از طرف دادگاه‌های تک‌قاضی اداری مربوط است. این دادگاه‌ها می‌توانند هر تصمیمی را بررسی کنند که نهادهای این مناطق می‌گیرند و دادخواهی از آن‌ها با صراحت به دادگاه‌های اداری تک‌قاضی محول نشده‌اند.

به استثنای آن‌چه طبق قانون مشخص شده که تحت صلاحیت حوزه قضایی دادگاه‌های تک‌قاضی است، تصمیمات مرتبط با هیئت‌های انتخاباتی و ممنوعیت‌های مربوط به تظاهرات شهروندان نیز در حیطه صلاحیت این دادگاه قرار می‌گیرد. احکام صادرشده توسط نهادهای اداری دولتی نظارت

1. Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

۲. مناطق خودمختار به اختصار، منطقه نامیده می‌شود.

3. Andalucía.

4. Castilla Leon.

5. Primera Instancia.

6. Unica Instancia.

7. Corte de casación.

بر قدرت که در سطح ملی است، همگی به شرط آن که در رده‌بندی سازمانی در رده‌ای پایین‌تر از وزیر یا معاون وزیر قرار گیرند، می‌بایست در این دادگاه‌ها مورد نظارت قضایی واقع شوند، از جمله مسائل مربوط به پرسنل، اموال خاص و هم‌چنین محکومیت‌هایی که تحت حقوق حاکم در خصوص مصادره اموال شامل افراد شده است.

اختلافات ناشی از تعیین صلاحیت میان دادگاه‌های اداری تک‌قاضی که در منطقه‌ای مشترک واقع شده‌اند و هم‌چنین یک‌پارچه‌سازی قضاوت متناقض بخش‌ها و قسمت‌های مختلف دادگاه‌های منطقه در رابطه با قانون منطقه نیز بر عهده دادگاه‌های عالی اداری است. در ضمن، یکی دیگر از زمینه‌های فعالیت دادگاه‌های عالی اداری هنگامی تحقق می‌یابد که مرتبط با قضاوت دادگاه‌های تک‌قاضی در رابطه با مشاجرات قانون منطقه‌ای، دادگاه عالی چنین تشخیص دهد که تصمیم گرفته شده، منفعت عمومی را به شکلی جدی تحت تأثیر قرار داده و اشتباه است.^۱ در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت که این دادگاه‌ها به درخواست تجدیدنظر^۲ و دادخواهی مجدد علیه تصمیم‌گیری‌های دادگاه‌های تک‌قاضی^۳ برای تصمیم‌گیری نهایی می‌پردازند.

ب) دادگاه ملی اداری^۴ و نقش آن در حل اختلافات مرتبط با اداره ایالات اسپانیا

دادگاه ملی به عنوان یک دادگاه بدوی، صلاحیت رسیدگی به شکایات در خصوص نظارت قضایی بر مقررات و احکام صادرشده توسط وزیران و معاونان دولت در مسائل مربوط به کارمندان اعم از امور مربوط به شروع و پایان و موقعیت تصدی کارمندان دولت را داراست. به همین ترتیب، دادگاه ملی بر اختلافات مرتبط با موافقت‌نامه‌های بین اداری نظارت و آن‌ها را بررسی می‌کند. علاوه بر آن، به احکامی می‌پردازد که دارای ماهیت اقتصادی اداری هستند که توسط وزارت اقتصاد، وزیر خزانه‌داری یا دادگاه مرکزی اداری اقتصادی دیکته شده‌اند. البته مالیات‌های منتقل شده به مناطق در این شمار جای نگرفته است^۵ و دادگاه‌های منطقه صلاحیت لازم در خصوص این قبیل مسائل مالی را دارند.

۱. بند ۱ اصل ۱۰۱ قانون LJCA.

2. Recursos de revision.

3. Recursos de queja.

4. Sala de lo Administrativo de la Audencia Nacional.

۵. قسمت e. بند ۱ اصل ۱۰۱ قانون LJCA.

در بازنگری‌های سال‌های اخیر در قانون LJCA اسپانیا، حیطه این نظارت از قبل گسترده‌تر شده است که از جمله می‌توان به بازنگری ۱۴ نوامبر ۲۰۱۲ اشاره کرد که در آن، شکایات علیه نهادهای مستقل^۱ مانند بانک مرکزی اسپانیا،^۲ CNMV (کمیسیون ملی بازار اوراق بهادار)^۳ در دسته‌بندی مربوط به حیطه و صلاحیت دادگاه ملی اداری قرار می‌گیرند و قضاوت‌ها قابل تجدیدنظر نیستند. این دادگاه‌ها وظیفه فرجام‌خواهی از آرای دادگاه‌های تالی را نیز بر عهده دارند که همانا شامل صلاحیت تجدیدنظر از آرای دادگاه‌های مرکزی اداری تک‌قاضی و هم‌چنین رفع اختلاف در صلاحیت دادگاه‌های تالی است.

ج) دیوان عالی اداری کشور، بخشی مستقل در دیوان عالی کشور

بالترین نهاد قضایی در سلسله‌مراتب قوه قضاییه اسپانیا، دیوان عالی کشور است. در سلسله‌مراتب دادگاه‌های اسپانیا، دیوان عالی کشور در کنار دادگاه قانون اساسی اسپانیا در یک سطح قرار می‌گیرند. با توجه به ماهیت مسائلی که در این دادگاه مطرح می‌شود، چند بخش یا به اصطلاح اتاق^۴ به آن اختصاص یافته است. در مورد مشاجرات حقوق اداری، بخش مسئول در این زمینه، بخش حل اختلافات اداری (اتاق سوم) است که زیر نظر قانون و با توجه به پرونده‌های مختلف به قسمت‌های متنوعی تقسیم می‌شود.

دیوان عالی اداری به عنوان دادگاه تجدیدنظر می‌بایست به همه فرجام‌خواهی‌هایی رسیدگی کند که علیه تصمیم دادگاه‌های تالی (دادگاه عالی اداری و دادگاه ملی اداری) طرح می‌شود. حیطه این بازنگری به دادگاه حساب‌رسان^۵ نیز تعمیم می‌یابد. این دیوان می‌بایست همه شکایات مربوط به تصمیمات و اقدامات هیئت انتخابات مرکزی^۶ را بررسی کند. هم‌چنین نظارت قضایی بر تصمیم‌گیری

1. Administraciones Independientes.

2. Banco de España.

3. Comisión Nacional del Mercado de Valores.

4. Chamber.

5. Tribunal de Cuentas.

۶. Junta Electoral Central: نمایندگان قانونی مردم، سازوکار مستقلی را ترتیب داده‌اند تا روند انتخابات را با هدف اطمینان از شفافیت و عینیت در روند انتخاباتی و رعایت اصل برابری تضمین کنند. این هیئت متشکل از کمیسیون

در خصوص نحوه اعلام برندگان انتخابات مبتنی بر قانون انتخابات بر عهده دیوان عالی اداری قرار گرفته است. چنین فرجام خواهی هایی در راستای یک پارچه سازی دکترین و درخواست نظارت به شعبه ویژه ارجاع می گردد. در ضمن طبق اصل ۱۰۰ و ۱۰۱ قانون LJCA، این دادگاه به عنوان راه حلی خارج از رویه معمول، صلاحیت رسیدگی به شکایاتی را دارد که به منفعت عمومی آسیب رسان است و طبق قوانین، امکان دادخواهی از آن تصمیمات دولت یا اداره در هیچ دادگاهی در نظر گرفته نشده است. در همین راستا، دیوان، روند تفسیر صحیح و عملکرد مناسب را در پیش می گیرد. تصمیم دیوان در روزنامه رسمی منتشر می شود و برای اداره و دادگاه های دیگر لازم الاتباع است.^۱

هیئت ویژه نظارتی نیز در دیوان عالی کشور مستقر است که این هیئت از رئیس دیوان عالی، رئیس هر کدام از شعبه ها و قضات مسن تر و جوان تر هر شعبه تشکیل می شود. در خصوص اختلافات حقوق اداری، این دادگاه نقش دادگاه تجدیدنظر را در مورد احکام صادر شده توسط دیوان عالی اداری کشور (هنگامی که در مقام دادگاه اولیه قرار می گیرد) ایفا می کند. به شکایت علیه تقصیر قضات دیوان عالی اداری و تصمیم گیری در خصوص صلاحیت نداشتن یا بی طرف نبودن رؤسای شعب متفاوت یا بیش از دو قاضی در یک شعبه نیز می بایست در این هیئت رسیدگی شود.^۲

نتیجه گیری

از بین شاخه های حقوق، حقوق عمومی به ویژه حقوق اداری، ارتباط نزدیک دولت در مفهوم عام و خاص را با شهروندان یک جامعه نشان می دهد. از این لحاظ، حقوق اداری می بایست نه تنها پویایی خود را حفظ کند، بلکه در اجرای قدرت حاکم، توازن و تعادل ایجاد کند. بررسی نظام حقوقی اسپانیا نشان دهنده تأثیر حقوق اداری بر تصمیم گیری و سیاست گذاری های قدرت حاکم است.

از زمان حکومت فرانکو تا اعطای خودمختاری به برخی از ایالات و نیز عضویت اسپانیا در اتحادیه اروپا، این تصور ایجاد گردید که اسپانیا در بین نظریه های یگانگی یا دوگانگی حقوق باید نظریه

مرکزی انتخابات، کمیسیون جوامع انتخاباتی مناطق خودمختار، کمیسیون های انتخاباتی استانی، کمیسیون انتخاباتی بخش و دفاتر نظرسنجی است.

1. Enciclopedia juridical.

۲. اصل ۱۴۹ قانون بنیادی اسپانیا.

یگانگی حقوق را انتخاب کند تا به راحتی بتواند تقسیمات کشوری خود را مدیریت کند. با این حال، هم‌مرز بودن با فرانسه باعث گردید که اسپانیا تحت نظام حقوقی آن کشور به دوگانگی حقوقی روی آورد و به تدریج، در راستای توسعه آن بکوشد. از این رو، قوانین اداری آن نزدیک به سه بار تغییر کرد و در هر تغییر نیز پیشرفت و توسعه حقوق به ویژه حقوق اتحادیه اروپا را در نظر گرفت.

«اصل انتظار مشروع» و پاسخ‌گویی اداره و دستگاه قضا نسبت به آن از ویژگی‌های مدیریت نوین و اداره خوب در یک کشور است که اسپانیا نیز در این زمینه توانسته است گام‌هایی مؤثر بردارد. گویی حقوق اداری اسپانیا، اداره خوب را سکوی پرتاب برای دستیابی به حکمرانی خوب قرار داده است. آن‌چه در این پژوهش اهمیت دارد، تقسیم وظیفه بین مقام اداری و مقام قضایی است. این‌که در برخی از موارد، به دلیل پیشبرد سریع حقوق شهروندان، مقام اداری دارای اختیار باشد، گرچه می‌تواند اثر مثبت داشته باشد، اما از طرفی مانند یک شمشیر دولبه می‌تواند باعث سوء استفاده از موقعیت گردد. به همین منظور، موارد مهم به دستگاه قضا سپرده شده است.

این پژوهش دلالت بر این امر دارد که امروزه هیچ نظام حقوقی اعم از کامن‌لا و رومی-ژرمنی مانند گذشته صرفاً مقید به منابع خود نیستند و امروزه از نظر منبع حقوقی درهم تنیده‌اند. پس همان گونه که رویه قضایی در اسپانیا توانست تا حدودی گره‌گشای برخی از مطالبات شهروندان باشد، رویه قضایی در ایران به ویژه دیوان عدالت اداری می‌تواند خلأهای ناشی از حاکمیت قدرت در خصوص دولت به مفهوم عام را جبران کند. دو رأی اخیر دادگاه‌های عمومی حقوقی تهران در خصوص ابطال مصوبه رئیس قوه قضاییه، گامی نوین در این خصوص را نشان می‌دهد. بر اساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی نیز یکی از وظایف قوه قضاییه، احیای حقوق عامه و گسترش عدالت و آزادی‌های مشروع است. هم‌چنین بر اساس اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، دولت به مفهوم خاص این اختیار را دارد تا بتواند همراه با قوه قضاییه با سرعت بیش‌تر و تشریفات کم‌تر در این راستا کوشا باشد. پس آگاهی و مطالبات شهروندان در کنار وظایف سه قوه می‌تواند حقوق اداری ایران را به مدیریت نوین دولتی بدل کند و چون اداره، بیش‌تر با شهروندان و مطالباتشان در تماس است، این امر بر حکمرانی خوب اثر خواهد داشت.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. آقای طوق، مسلم. تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۱۳۹۷؛ ۴۸(۲): ۳۳۹-۳۵۶.
۲. آقای طوق، مسلم، درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه ی دعوای کامل در حقوق اداری ایران. نشریه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۷؛ ۷(۲): ۹۳-۱۱۲.
۳. آقای طوق، مسلم، لطفی، حسن. قاعده عدم امکان توقیف اموال عمومی و دولتی در ایران؛ رویکردی انتقادی- تطبیقی. پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶؛ ۱۹(۵۶): ۸۴-۱۰۸.
۴. آقای طوق، مسلم. نگاه تطبیقی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به ابطال مقررات. فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۱۴۰۱؛ ۲۲(۷۹): ۱-۲۲.
۵. اسدی، فهیمه، امامی، محمد، واعظی، سید مجتبی. رابطه عمل سیاسی و عمل اداری: دوگانگی یا فراتراز دوگانگی. فصلنامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری ۱۴۰۳؛ ۶(۱۸): ۱۳-۳۷.
۶. تقی زاده، جواد. اساسی سازی حقوق اسپانیا. حقوق اساسی، ۱۳۸۴؛ ۳(۵): ۲۲۵-۲۴۷.
۷. جلالی، محمد و رضوان ضیایی، «نقش آموذمان‌ها در توسعه و ارتقای مردم‌سالاری»، پژوهش‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۲، شماره ۳۹.
۸. شجاعیان، خدیجه. قواعد آیینی حاکم بر فرآیند تصمیم‌گیری اداره (با مطالعه موردی قوانین آیین اداری آلمان و ایالات متحده آمریکا). فصلنامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری ۱۴۰۲؛ ۵(۱۷): ۳۹۳-۴۲۴.
۹. هداوند، مهدی و علی طوقی، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصل و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

2. Latin Source

1. Bella, Carla Celorrio, **“La inactividad material y prestacional de la Administración Pública”**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013–2014.
2. Boix-Palop, A., **“Panish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles”**, Administrative Law in Europe Between Common Principles and National Traditions”, (M. Ruffert, ed.), Europa Law Publishing, 2013.
3. Dragos, Dacian C., Neamtu Bogdana, **Alternative Dispute Resolution in European**, First Edit, Springer Publisher, 2014.
4. Egea-de Haro. Alfonso, **“How Does Case Law Shape Civil Law System? An Analysis of Spanish Administrative Courts”**, Liverpool Law Review, Volume 45, 2022.
5. Jiménez, L. A. & Pascual, G. D., **“the europeanisation of spanish administrative law through the principle of legitimate expectations”**, Review of European Administrative Law, 13(2), 2020.
6. Molina, José Antonio, **Procedimiento y proceso administrativo práctico**, Moreno, España, Facultad de Derecho Universidad de Alicante, 2012.
7. Sala Sánchez, Pascual, **“Derecho procesal administrativo, comentarios integrales a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativo”**, expresidente del Tribunal Supremo, Editorial Bosch, S.A., 2013.

ارزیابی حقوق معلولان و تضمینات آن در نهادهای کیفری و عمومی ایران

حمیدرضا دانش ناری^۱

محمدصادق محمدی قهفرخی^۲

چکیده

معلولان به عنوان قشر آسیب پذیر جامعه نیازمند حمایت های خاص از سوی حاکمیت هستند. از این رو، حمایت از اشخاص معلول نیازمند شناسایی خلأهای قانونی و تدوین قوانین کارآمد در این حوزه است. نحوه مواجهه و کیفیت خدمات دهی نهادهای کیفری و عمومی به این اقشار ناتوان، نقش مهمی در تضمین حقوق آنها دارد. هدف از انجام این پژوهش، بررسی و آسیب شناسی حقوق معلولان در نهادهای کیفری و عمومی ایران و شناسایی تضمینات متناسب با تحقق این حقوق در این نهادها است. سوال اصلی این پژوهش آن است که اشخاص معلول چه حقوقی در نهادهای کیفری و عمومی دارند و چه تضمیناتی جهت تحقق هرچه بهتر این حقوق، قابل بررسی است. یافته های این پژوهش نشان می دهد که لزوم جبران خسارت های وارده، امکان دسترسی آسان به نهادهای نظام عدالت کیفری و لزوم اتخاذ تدابیر حمایتی. معاضدتی به عنوان برخی از حقوق لازم الرعایه با کاستی ها و خلأهایی قانونی مواجه است و تضمینات لازم در خصوص آنها پیش بینی نشده است. همچنین در نهادهای عمومی کشور، دسترسی آسان معلولان به اماکن اداری، حق بر اشتغال و تفریح و نیز حق برخورداری از خدمات مراقبتی، بهداشتی، درمانی، روانی و توانبخشی، به قدر کفایت وجود ندارد. از این رو، لازم است بر مبنای اصولی همچون کرامت، استقلال و مشارکت اشخاص معلول، اصلاحات تقنینی و اجرایی در حوزه معلولان صورت پذیرد.

واژگان کلیدی: معلولان، نهادهای کیفری، نهادهای عمومی، ضمانت اجرا، حقوق بشر

۱. استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران، (نویسنده مسئول)، Daneshnari@um.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

مقدمه

کم‌توانایی و معلولیت از مفاهیمی هستند که از ابتدای تاریخ بشر وجود داشته و در هر مقطعی از تاریخ، رویکرد جامعه نسبت به این مفاهیم متفاوت بوده است. وضعیت معلولان از دوران باستان مورد توجه جوامع مختلف بوده و بررسی سیر تاریخی این موضوع گواه تحول عمیقی است که در این حوزه صورت گرفته است. تلقی معلولیت کودکان در دوران باستان به عنوان مجازات الهی سبب قربانی شدن آن‌ها در پیشگاه الهه‌ها و یا طرد آن‌ها از خانواده و جامعه می‌شد. در دوره اساطیری ایران باستان هم زمانی که زال به سبب داشتن موی سپید مورد بی‌مهری پدر قرار می‌گیرد و در بیابان رها می‌شود، نشان از این باور قدیمی در دوران ایران باستان بوده است.^۱ در زمان‌های قدیم علاوه بر نابود کردن افراد معلول در بدو تولد جهت جلوگیری از سربار شدن این افراد، گاه با دیدی ترحم برانگیز به آن‌ها نگریده می‌شده و معلولین به افرادی شایسته ترحم بدل می‌شدند.

با این حال، براساس آمار سازمان بهداشت جهانی حدود ۱۵ درصد از جمعیت جهان (تقریباً یک‌هفتم) درگیر نوعی از ناتوانی هستند که ۸۰ درصد آن‌ها در کشورهای با درآمد کم و متوسط زندگی می‌کنند.^۲ معلولان یکی از بزرگترین اقلیت‌هایی هستند که امروزه جمعیتی بالغ بر یک‌دهم جمعیت جهان را تشکیل می‌دهند، معمولاً دو سوم آن‌ها در کشورهای در حال توسعه زندگی می‌کنند و در معرض اشکال مختلف تبعیض و محرومیت‌های اجتماعی قرار دارند. همین معضل باعث شده است که در سال‌های اخیر معلولیت به یک نگرانی بزرگ اجتماعی تبدیل شود.^۳ شاید در روزگار نه‌چندان دور، تنها نگاه دلسوزانه و پرداخت کمک‌های مادی یا معنوی می‌توانست کمک حال آن‌ها باشد، ولی معلولان دنیای امروز نه‌تنها خود، بلکه جامعه بشری هم دیگر به این کمک‌های اندک و گذرا بسنده نمی‌کنند و خواهان ایفای نقش و کسب مسئولیت‌های برابر با سایر اعضای جامعه هستند و با سازماندهی تشکلهای قدرتمند در پی احقاق حقوق فراموش شده خود هستند. همین امر موجب شده است که نهادهای تقنینی و سیاست‌گذار جامعه در راستای تحقق عدالت و بهبود

۱. رضائی قوام آبادی (۱۳۹۰)، «حمایت از معلولین در حقوق بین‌المللی» فصلنامه رفاه اجتماعی، ص ۳۰۸.

۲. صدیقی (۱۴۰۲)، «بررسی لایحه برنامه هفتم توسعه (۴۷): آسیب شناسی اجرای تبصره «۱» ماده (۷) قانون حمایت از حقوق معلولان (۱۹۱۱۹)»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۱.

۳. بختیارنژاد (۱۳۸۳)، «بزرگترین اقلیت اجتماعی و محرومیت از حقوق انسانی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، ص ۱۷۰.

حقوق این قشر آسیب‌پذیر تلاش و کوشش زیادی کنند. هر چند که تمام آحاد انسانی دارای کرامت هستند و نزد قانون با یکدیگر برابر هستند و نباید هیچ‌گونه تبعیضی نسبت به آن‌ها روا داشته شود، اما وضعیت اجتماعی معلولان حاکی از آن است که بسیاری از حقوق آن‌ها تحت تأثیر وضعیت خاص‌شان نادیده گرفته می‌شود. به بیان دیگر چالش‌های پیش‌روی معلولان لزوماً نه به خاطر وضعیت ناشی از شرایط ذهنی و جسمی، بلکه ناشی از طرز تفکر و تلقی غلط جامعه در دور نگه داشتن آن‌ها از صحنه اجتماع است.

بدین ترتیب، امروزه در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا، حقوق معلولان به عنوان یکی از شاخه‌های جدید حقوق به زوایای مختلف زندگی افراد معلول از منظر حقوق می‌پردازد و در این زمینه حقوق متنوعی را جهت بهبود کارکردهای اجرایی و ایفای نقش اجتماعی برای این قشر ناتوان به رسمیت شناخته و تکالیف متعددی را بر دولت‌ها، شهروندان و سازمان‌های دولتی و غیردولتی بار می‌کند. در ماده (۱) قانون حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، قانون‌گذار فرد دارای معلولیت را شخصی می‌داند که «با تأیید کمیسیون پزشکی، توانبخشی تعیین نوع و تعیین شدت معلولیت سازمان بهزیستی کشور با انواع معلولیت‌ها در اثر اختلال و آسیب جسمی، حسی (بینایی، شنوایی)، ذهنی، روانی و یا توأم، با محدودیت قابل توجه و مستمر در فعالیت‌های روزمره زندگی و مشارکت اجتماعی مواجه می‌باشد». در حال حاضر این قانون مبنای بسیاری از حقوق مربوط به معلولان محسوب شده و مطابق آن برای بسیاری از سازمان‌ها و نهادها، تعهدات و تکالیف خاصی تعیین شده است، لکن مقررات این قانون و سایر قوانین مرتبط در جهت رعایت حقوق معلولان در نهادهای عمومی خدمت‌رسان از ضمانت اجرای کافی برخوردار نیست که شناسایی خلأها و آسیب‌های موجود به منظور مرتفع نمودن آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد. از این رو، مسأله اصلی این تحقیق، بررسی و آسیب‌شناسی حقوق معلولان در نهادهای کیفری و عمومی ایران و نیز شناسایی تضمینات متناسب با تحقق این حقوق در نهادهای مزبور است. سوال اصلی این پژوهش این است که اشخاص معلول چه حقوقی در این نهادها دارند و چه تضمیناتی جهت تحقق هرچه بهتر این حقوق در نهادهای مذکور، مناسب و قابل پیشنهاد است. جهت تبیین مسئله، در ابتدا، مفهوم معلول و معلولیت در نظام حقوقی ایران و اسناد حقوق بشری بررسی می‌شود، در ادامه، حقوق معلولان در نهادهای کیفری و عمومی بررسی می‌شوند و در نهایت، نتیجه حاصل از این پژوهش ارائه می‌شود.

گفتار نخست. ارزیابی مفهوم معلول و معلولیت در نظام حقوقی ایران و اسناد حقوق بشری

کلمه «معلول»، اسم مفعول واژه «علت» است. به فردی که به هر علت دچار نارسایی جسمی یا ذهنی شده است، معلول می‌گویند.^۱ نخستین «اعلامیه حقوق معلولان» در سال ۱۹۷۵ در مجمع عمومی سازمان ملل تصویب شد. در این اعلامیه، معلول به کسی اطلاق می‌شد که به علت نقص جسمی و یا روحی (چه مادرزاد و چه غیر از آن) تا حدی و یا به طور کلی از تأمین ضرورت‌های زندگی عادی فردی و اجتماعی ناتوان است. ایرادی که به این تعریف وارد است، آن است که این تعریف بسیار کلی، وسیع و شامل کلیه افرادی است که به هر علتی ناتوانی جسمی و یا روحی دارند.^۲ در ۱۳ دسامبر ۲۰۰۶، مجمع عمومی سازمان ملل با همکاری بعضی از معلولین، کنوانسیون حقوق معلولان و یک پروتکل اختیاری مربوط به آن را تصویب کرد. طبق ماده (۱) این کنوانسیون، افرادی که از ناتوانی جسمی، ذهنی، فکری، حسی و حرکتی دائم رنج می‌برند و کنش متقابل با موانع اجتماعی و روانی مانع از حضور موثر و نخبگی‌شان در عرصه جامعه بر پایه برابری با دیگران است، در این کنوانسیون به عنوان افراد معلول تعریف شده‌اند. این تعریف اشخاص نسبت به تعریف ارائه شده در «اعلامیه حقوق معلولان» مصوب ۱۹۷۵، جامع‌تر و کامل‌تر است. در ماده (۱) قانون حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، قانون‌گذار فرد دارای معلولیت را شخصی می‌داند که «با تأیید کمیسیون پزشکی، توانبخشی تعیین نوع و تعیین شدت معلولیت سازمان بهزیستی کشور با انواع معلولیت‌ها در اثر اختلال و آسیب جسمی، حسی (بینایی، شنوایی)، ذهنی، روانی و یا توأم، با محدودیت قابل توجه و مستمر در فعالیت‌های روزمره زندگی و مشارکت اجتماعی مواجه می‌باشد».

تا پیش از تصویب قانون جامع حمایت از معلولان، سیاست‌های حمایتی نظام حقوقی ایران از معلولان به دلیل این‌که مفهوم معلولیت در آن به شکل یکپارچه مورد شناسایی قرار نگرفته بود،

۱. رحمانی (۱۳۹۰)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد «حقوق کودکان معلول»، ص ۲۸.

۲. کاویار و توسلی نائینی (۱۳۸۷)، «تأملی بر حقوق معلولان از منظر کنوانسیون حقوق معلولان و سایر اسناد بین‌المللی»، فصلنامه اندیشه‌های حقوق خصوصی، ص ۶۵.

دچار ضعف مفراط بود.^۱ البته به دلیل ابعاد گوناگون و انواع فراوان کم‌توانی‌های جسمی و ذهنی، ارائه تعریفی جامع از معلولیت بسیار دشوار است. با وجود این، در قانون جامع حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، تلاش شده تا تعریفی نسبتاً جامع ارائه شود. در ماده (۱) این قانون، شخص دارای معلولیت به فردی اطلاق می‌شود که «با تأیید کمیسیون پزشکی، توانبخشی تعیین نوع و تعیین شدت معلولیت سازمان بهزیستی کشور با انواع معلولیت‌ها در اثر اختلال و آسیب جسمی، حسی (بینایی، شنوایی)، ذهنی، روانی و یا توأم، با محدودیت قابل توجه و مستمر در فعالیت‌های روزمره زندگی و مشارکت اجتماعی مواجه می‌باشد». همچنین پیش‌تر در ماده (۱) قانون حمایت از معلولان مصوب ۱۳۸۳ هم فردی دارای معلولیت محسوب می‌شد که «به تشخیص کمیسیون پزشکی سازمان بهزیستی برائت ضایعه جسمی، ذهنی، روانی یا توأم، اختلال مستمر در سلامت و کارایی عمومی وی ایجاد گردد، به طوری که موجب کاهش استقلال فرد در زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی شود». ایراداتی که در تعریف هر دو قانون از فرد معلول وجود دارد، در وهله نخست این است که اصل معلول بودن را منوط به تأیید «کمیسیون پزشکی» می‌داند. بهتر آن بود که اصل معلول بودن در این قانون، منوط به تأیید کمیسیون پزشکی نشود، بلکه حق بهره‌مندی از مزایای قانونی را منوط به تأیید نظر کمیسیون تخصصی می‌دانست؛ چون ممکن است واقعاً فردی معلول باشد، ولی آن کمیسیون او را معلول نداند و یا برعکس این‌که فردی واقعاً معلول نباشد، ولی کمیسیون مربوطه وی را معلول محسوب کند. از طرف دیگر هم این دو قانون، قید «محدودیت مستمر و قابل توجه در فعالیت‌های روزمره، مشارکت اجتماعی و کاهش استقلال فردی و اقتصادی» را شرط احراز معلولیت دانسته‌اند. این در حالی است که ممکن است که فردی به دلیل معلولیت، نه تنها محدودیت قابل توجهی در فعالیت‌های روزمره و یا مشارکت اجتماعی نداشته باشد، بلکه از موفق‌ترین افراد در زمینه‌های فعالیت خود باشد. همچنین، مشارکت اجتماعی از شخصی به شخص دیگر، از منطقه‌ای به منطقه دیگر و از فرهنگی به فرهنگ دیگر کاملاً متفاوت و متغیر است. درج قیود مبهم «مستمر» و «قابل توجه» در این دو قانون که جنبه کیفی دارند، باعث فقدان ضابطه مشخص جهت تشخیص

۱. پروانه و دیگران (۱۳۹۶)، «مقایسه فرهنگ حمایت حقوقی قضایی از معلولین در ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات رفتاری در مدیریت، ص ۳۶.

و به تبع، اعمال نظر شخصی حتی اشتباه و نادرست توسط کمیسیون پزشکی خواهد شد.^۱ بنابراین، پیشنهاد می‌شود که تعریف فرد دارای معلولیت در ماده (۱) قانون جامع حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶ این‌گونه تغییر و اصلاح شود: «معلول در این قانون به افرادی اطلاق می‌گردد که بر اثر ضایعه جسمی، ذهنی، روانی یا توأم، اختلال و نقص در سلامت جسمانی و روانی وی ایجاد گردد. فرد دارای معلولیت جهت بهره‌مندی از مزایای قانونی این قانون لازم است که معلولیت وی و انواع آن به تأیید کمیسیون پزشکی -توانبخشی تعیین نوع و تعیین شدت معلولیت سازمان بهزیستی کشور برسد».

گفتار دوم. حقوق معلولان در نهادهای کیفری و تضمینات تحقق آن

معلولان به دلیل شرایط خاص جسمانی، اغلب به عنوان بزه‌دیده وارد فرایند کیفری می‌شوند. از ناتوانان بزه‌دیده‌ای همچون معلولان، تحت عنوان «بزه‌دیدگان خاموش و ساکت» یاد شده است. دلیل این امر ناشی از حاشیه‌نشینی این دسته از بزه‌دیدگان و مغفول ماندن آن‌ها در نظام عدالت کیفری است.^۲ عدم تحول نهاد قضایی و سیستم‌های حمایتی در جهت برآورده کردن حقوق مساوی در حمایت از افراد معلول باعث شده است که مجرای مناسبی برای رسیدن به حقوق آن‌ها در نظام کیفری ایران به وجود نیاید. غفلت قانون‌گذار داخلی به حمایت حقوقی از افراد معلول در متن قوانین جزایی، نه تنها باعث اختلال در حمایت حقوقی نظام‌مند از افراد معلول شده، بلکه مانع رشد حمایت کیفری گردیده است؛ زیرا نگرش قانون‌گذار به افراد معلول در قوانین فوق باعث شده است که دستگاه‌های اجرایی و قضایی هیچ‌گونه فعالیتی فراتر از قانون انجام ندهند.^۳

بند اول. اتخاذ تدابیر حمایتی - معاضدتی ویژه برای معلولان در نهادهای کیفری

طبق بند (ب) از پاراگراف ۶ اعلامیه «اصول اساسی عدالت برای قربانیان جرم و سوء استفاده از

۱. غلامی (۱۴۰۱)، آسیب‌شناسی قانون حمایت از معلولان، ص ۱۲.

۲. سماواتی پیروز (۱۳۸۸)، رساله دکتری «ناتوانان بزه‌دیده در پرتو رهیافت جرم‌شناسی و قوانین کیفری حقوق ایران و انگلستان»، ص ۱۳.

۳. پروانه و دیگران (۱۳۹۶)، «مقایسه فرهنگ حمایت حقوقی قضایی از معلولین در ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات رفتاری در مدیریت، ص ۱۸.

قدرت»^۱ مصوب ۲۹ نوامبر ۱۹۸۵ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، دست‌اندرکاران نظام عدالت کیفری مکلف به مدنظر قرار دادن ناراحتی‌ها و دل‌نگرانی‌های بزه‌دیدگان در مراحل مختلف دادرسی هستند.^۲ همچنین مطابق ماده (۱۰) اعلامیه سازمان ملل متحد درباره حقوق معلولین مصوب ۲۰۰۶، «معلولین باید در قبال هرگونه استثمار، مقررات و رفتار تبعیض آمیز، اهانت آمیز و ناشایست مورد حمایت قرار گیرند». به همین علت، برخی از پژوهشگران با استناد به نظریه ۷/۱۰۱۵۳-۱۳۷۹/۱۱/۱۰ اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه که جرایم توهین و تعرض به بانوان و اطفال مورد اشاره در ماده ۶۱۹ از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده مصوب ۱۳۷۵) را به صورت خاص و متمایز از جرم توهین عمومی، غیرقابل گذشت تلقی کرده بود؛ جهت جلوگیری از فشارهای ناروا و فرساینده برای اخذ گذشت توسط بزه‌کاران بر معلولان بزه‌دیده و مختل نشدن روند عادی زندگی آنان در مراجع قضایی و انتظامی، بیان کرده‌اند که باید بسیاری از جرایم همچون توهین و ضرب و جرح علیه معلولان را غیرقابل گذشت اعلام کرد.^۳

ماده (۱۱) اعلامیه سازمان ملل متحد درباره حقوق معلولین مصوب ۲۰۰۶، اشعار بر این دارد که: «معلولین به هنگام لزوم باید حق برخورداری از کمک‌های حقوقی برای حمایت از نفس و دارایی شان را داشته باشند؛ چنانچه معلولی به محاکمه کشیده شود، دادگاه باید وضع جسمی و ذهنی او را کاملاً در نظر گیرد». صرف بسنده کردن قانون جامع حمایت از معلولان در ماده (۲۲) مصوب ۱۳۹۶ به تعیین کردن قیم و سرپرست برای معلولان نشان از این دارد که عملاً حمایت قضایی واقعی از آن‌ها در نظام قضایی ایران صورت نمی‌گیرد. در حالی که حمایت واقعی از معلولان در نظام قضایی ایران در صورتی محقق می‌شود که در فرایند رسیدگی و دسترسی افراد معلول به عدالت تسهیل شود.^۴ اقداماتی مانند تشکیل نهادهای به نام دایره ارشاد و معاضدت قضایی بزه‌دیدگان معلول و ناتوان به

1. Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.

۲. کوهی اصفهانی (۱۳۹۲)، «بایسته‌های ناظر بر جایگاه و حقوق بزه‌دیده در تحقق عدالت قضایی مطلوب (آسیب‌شناسی وضعیت موجود)»، کتاب بازخوانی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، ص ۲۴۶.

۳. محمدی (۱۳۸۴)، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان (مصاحبه با علی حسین نجفی ابراندآبادی، حسین غلامی دون و فیروز محمودی جانکی)»، محله حقوقی دادگستری، ص ۵۳.

۴. پورضیایی و غفاری نیک (۱۳۹۹)، «اثرات حقوقی و اجتماعی الحاق ایران به کنوانسیون حقوق معلولین از منظر حقوق داخلی»، فصلنامه حقوق فارس، ص ۱۲۹.

منظور تدارک تدابیر حمایتی برای آن‌ها، سرعت بخشیدن به محاکمه‌ها در پرونده‌هایی که پای بزه‌دیدگان معلول در میان است، گرفتن وکیل به صورت رایگان برای آن‌ها و لزوم آموزش مأموران پلیس و ضابطان قضایی متناسب با نیازهای خاص بزه‌دیدگان معلول می‌تواند از جمله اقداماتی باشد که فرایند رسیدگی به دعاوی معلولین بزه‌دیده و دسترسی آنان به فرایند عدالت را آسان کند. هرچند که قانون‌گذار در ماده ۲۰۱ قانون آیین دادرسی کیفری جهت تحقیق از معلولان ناشنوا و فاقد قدرت تکلم، با پیش‌بینی حضور افراد خبره به عنوان مترجم، مراجع قضایی را مکلف به انجام تحقیقات لازم کرده است، ولی درخصوص معلولین نابینا چنین امکانی را پیش‌بینی نکرده است، لکن ضروری است که در کنار افراد نابینا هم افراد خبره‌ای حضور داشته باشند تا به بازپرس و قاضی درجهت وقوف به جنایت و شدت و ضعف آثار آن، آگاهی کاملی انتقال دهند.^۱ چنانچه افراد نابینا قادر به نوشتن باشند، منشی شعبه سؤال‌ها را برای آن‌ها به خط بریل ارائه دهد تا این افراد بتوانند به طور کتبی به سوال‌ها پاسخ دهند.

بند دوم. جبران خسارات وارده به معلولان بزه‌دیده

زمانی که شخص معلولی، بزه‌دیده واقع می‌شود، مهم‌ترین اقدام، نجات بزه‌دیده و جبران آسیب‌های جسمانی اوست. اقدامات درمانی فوری و اخذ گواهی‌های مربوطه پیش از آغاز پیگیری قضایی، بزه‌دیدگی معلول و طی روند درمانی وی را تأیید خواهد کرد. حمایت پزشکی از معلول بزه‌دیده و جبران خسارت‌های جسمی و روانی وی با اخذ غرامت مالی ملازمه دارد که در نظام قضایی ایران، ساختار منسجم و نظام روشنی در این خصوص برای حمایت از معلولان بزه‌دیده وجود ندارد.^۲ در نظام حقوقی ایران برای جبران خسارات مادی وارده به معلولان بزه‌دیده، در جایی که بزه‌کار شناسایی نشده و یا در صورت شناسایی، جبران خسارت نشده است، می‌توان موسسه یا صندوقی را تشکیل داد که بتواند خسارات مالی این دسته از معلولان را جبران نماید.^۳ در این

۱. زراعت و دیگران (۱۳۹۸)، «سیاست‌های پاسخ‌دهی جنایی در قبال جرایم ارتكابی علیه ناتوانان و حمایت‌های کیفری، قضایی و فراقضایی افتراقی از آنان»، فصلنامه حقوق اسلامی، ص ۶۸.

۲. رایجیان اصلی (۱۳۹۰)، بزه‌دیده شناسی (تحولات بزه‌دیده شناسی)، ج ۱، ص ۸۹.

۳. محمدی (۱۳۸۴)، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان (مصاحبه با علی حسین نجفی ابرندآبادی، حسین غلامی دون و فیروز محمودی جانکی)»، محله حقوقی دادگستری، ص ۴۷.

راستا، با عنایت به محدودیت‌های مالی، خدماتی و کاستی‌های عملکردی نهادهای دولتی، امکان مدد گرفتن از ظرفیت‌های افراد جامعه همچون خیران نیکوکار، نهادهای خدمات‌رسان عمومی و نیز سازمان‌های مردم‌نهاد حمایتی و تشویق و ترغیب آنها به نقش‌آفرینی در این زمینه می‌تواند زمینه مساعدی برای جبران خسارات و آسیب‌های وارده به معلولان بزه‌دیده را فراهم آورد. نیل به این هدف، می‌تواند در سپهر برنامه‌ها و تدابیر سیاست جنایی مشارکتی به عنوان یکی از موثرترین راه‌های تضمین حمایت از معلولان بزه‌دیده عمل کند. این امر، حتی در خصوص معلولان بزه‌کار که به هر دلیل مرتکب بزه‌کاری شده، اما در جبران خسارات مادی وارده ناتوان هستند و از این جهت، نیازمند کمک و همیاری اجتماعی هستند، می‌تواند راهگشا باشد و آنها را در رها کردن از رنج‌ها و مصائب ناشی از ناتوانی مالی در پرداخت خسارت، پس از تحمل مجازات بزه، یاری‌گر باشد.

بند سوم. دسترسی آسان معلولان به نهادهای نظام عدالت کیفری

دسترسی آسان و سریع بزه‌دیدگان به نهادهای عدالت کیفری، اعم از پلیس، دادسرا و دادگاه‌ها یکی دیگر از مهم‌ترین حقوق بزه‌دیدگان است. با این حال، توجه به شرایط خاص جسمی و روحی معلولان جهت جلوگیری از بزه‌دیدگی ثانویه آن‌ها ضروری است. دسترسی آسان و ساده معلول بزه‌دیده به مراجع پلیسی - قضایی و امکان اخذ وکیل تسخیری و معاضدت برای معلولان از جمله تدابیر حمایتی در این حوزه است. این در حالی است که به علت غلبه رویکرد متهم‌مدار و بزه‌کارمحور در نظام کیفری ایران، این موضوع در قوانین فعلی پیش‌بینی نشده است. برخی پژوهشگران پیشنهاد کرده‌اند همان‌طور که در مراجع قضایی، دفاتر حمایت قضایی ایتاگران وجود دارد، لازم است برای معلولان و افراد کم‌توان نیز دفاتر حمایت قضایی تأسیس شود.^۱ نکته‌ای که در خصوص فراهم آوردن دسترسی آسان معلولان به مراجع قضایی باید در نظر داشت، این است که احضاریه‌های الکترونیکی (سامانه ثنا) برای بعضی از معلولان قابل درک نیست و در بعضی مواقع باعث مختومه شدن پرونده‌ها یا گذشت موعد اعتراض و قطعی شدن پرونده‌ها می‌شود و حتی بالاتر از این، بعضی از معلولان به خاطر مشکلات جسمانی، امکان حضور در دفاتر خدمات قضایی و ثبت مشخصات خود در سامانه

۱. محمدی (۱۳۸۴)، «میزگرد عدالت برای بزه‌دیدگان (مصاحبه با علی حسین نجفی ابراندادی، حسین غلامی دون و فیروز محمودی جانکی)»، محله حقوقی دادگستری، ص ۲۳ - ۲۴ و ۳۵ - ۳۶.

«ثنا» را ندارند. چاره جویی در خصوص این مهم برای معلولان و افراد کم‌توان، با توجه به اقتضائات امروزی جامعه و ضرورت استفاده از سامانه‌های الکترونیکی به جای ابلاغ فیزیکی و حضوری، امری بدیهی می‌نماید که در این راستا باید ابلاغ و تسلیم اوراق دعوا به معلولانی که فاقد وکیل هستند، تنها به صورت حضوری و از طریق اداره ابلاغ به موجب مقررات آیین دادرسی مدنی باشد. حرکت به سمت طراحی سیاست‌گذاری جامع و روزآمد از جمله در خصوص فرهنگ‌سازی و بسترسازی برای تحقق «وکیل و مشاور حقوقی خانواده» و تحت پوشش قرار دادن امور حقوقی خانواده‌ها به یک فرد معتمد متخصص می‌تواند افقی موثر و قابل اتکا برای برطرف کردن این نیاز اجتماعی به ویژه برای معلولان و افراد کم‌توان باشد.

گفتار سوم. حقوق معلولان در نهادهای عمومی و تضمینات تحقق آن

در حالی که معلولان برای زندگی همچون سایر افراد جامعه، حقوق مشابهی دارند و نباید هیچ‌گونه استثنایی دامنگیر تحقق حقوق انسانی آن‌ها شود؛ ولی متأسفانه در عرصه حقوقی مانند دسترسی به نهادهای اداری و دولتی، دسترسی به خدمات بهداشتی و درمانی، برخوردای از فرصت‌های شغلی و تسهیلات ورزشی و تفریحی، افراد معلول هیچ‌گاه به عدالت و به‌طور برابر از این حقوق برخوردار نبوده‌اند. یکی از مهم‌ترین چالش‌های فراروی دولت در ایجاد عدالت اجتماعی و اعتلای حقوق شهروندان جامعه، کیفیت ارائه خدمات در نهادهای عمومی از سوی دولت به اقشار ناتوانی همچون معلولین است.^۱

بند اول. حق بر دسترسی آسان به اماکن اداری و نهادهای عمومی خدمت‌رسان

ضرورت ایجاد مقدمات لازم برای استقلال افراد معلول و دارای ناتوانی جسمی و حرکتی دارای اهمیت ویژه‌ای است و مناسب‌سازی و حمایت از تسهیل تردد این افراد به نهادهای عمومی خدمت‌رسان ضروری به نظر می‌رسد.

ماده (۲) قانون حمایت از حقوق معلولان در خصوص دسترسی‌پذیری و تردد معلولان به نهادهای

۱. گرجی ازندریانی و شیرزاد نظری (۱۳۹۷)، «جایگاه حقوق معلولین در حوزه حقوق شهری»، فصلنامه مطالعات حقوق راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، ص ۱۳۹.

عمومی خدمت‌رسان بیان می‌دارد: «کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی و انقلابی موظفند در طراحی، تولید و احداث ساختمان‌ها و اماکن عمومی و معابر و وسایل خدماتی به نحوی عمل نمایند که امکان دسترسی و بهره‌مندی از آن‌ها برای افراد دارای معلولیت همچون سایر افراد فراهم گردد. بر اساس تبصره اسن ماده، وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی و انقلابی موظفند جهت دسترسی و بهره‌مندی افراد دارای معلولیت، ساختمان‌ها و اماکن عمومی، ورزشی و تفریحی، معابر و وسایل خدماتی موجود را در چهارچوب بودجه مصوب سالانه خود مناسب سازی نمایند». طبق این ماده و تبصره آن، موظف بودن دستگاه‌ها و سازمان‌های مذکور به انجام تکالیف مقرر در خصوص سهولت تردد معلولان به نهادهای عمومی خدمت‌رسان، فاقد هرگونه ضمانت اجرایی است. در واقع، با عدم تعیین ضمانت اجرا در این خصوص، انجام وظایف مزبور منوط به نظر سازمان مذکور است که از این جهت قابل انتقاد است. همچنین با توجه به تکالیف مندرج در این ماده برای دستگاه‌ها و سازمان‌های مذکور مناسب بود که محل تعیین بودجه مدنظر برای انجام این تکالیف، به طور مشخص در قانون پیش‌بینی می‌شد. به طور مثال، تکلیف قانونی شهرداری‌ها یا سایر نهادهای خدمات‌رسان به اختصاص درصد مشخصی (مثلاً نیم درصد) از بودجه سالیانه خود برای انجام این تکالیف می‌تواند تامین‌کننده هدف مزبور باشد. علاوه بر این، پیش‌بینی ضمانت اجرای استنفاف از این تکالیف برای مدیران و رؤسای سازمان‌ها و نهادهای مزبور، با در نظر گرفتن ضمانت اجرای موثر همچون انفصال از خدمت، جهت تحقق تضمینات فوق‌الذکر می‌تواند تدابیری راهگشا برای عینیت بخشیدن به این تکالیف قانونی باشد.

بند دوم. حقوق معلولان در مراکز درمانی و بهداشتی

امروزه در تمام کشورهای در حال توسعه، حق دسترسی به بهداشت و مراکز درمانی از مهم‌ترین مسائل افراد دارای معلولیت است و دولت باید در این زمینه به شهروندان معلول کمک نماید تا حق دسترسی آن‌ها به خدمات بهداشتی و توانبخشی به بهترین نحو مطلوب محقق شود. ماده (۶) اعلامیه سازمان ملل متحد درباره حقوق معلولین مصوب ۲۰۰۶، در این خصوص مقرر می‌دارد که: «معلولین حق برخورداری از معالجات پزشکی، روانی و ناتوانی، از جمله به کمک اعضای مصنوعی، توان بخشی طبی و اجتماعی، تحصیلات، تعلیمات حرفه‌ای، کمک، مشورت، اشتغال و غیره را به

حد اعلا ارتقا دهند و سریعاً به زندگی اجتماعی بازگردند». در همین راستا هم ماده (۶) قانون جامع حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، در خصوص دسترسی معلولان به امکانات بهداشتی و درمانی اشعار بر این دارد که: «وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مکلف است پوشش بیمه سلامت افراد دارای معلولیت تحت پوشش سازمان را به گونه‌ای تأمین نماید که علاوه بر تأمین خدمات درمانی مورد نیاز این افراد، خدمات توانبخشی جسمی و روانی افراد دارای معلولیت را پوشش دهد». نکته نخست در مورد این قانون این است که از آن جایی که طبق همین قانون، مسئولیت اصلی معلولان بر عهده سازمان بهزیستی گذاشته شده است، در نتیجه شایسته بود که پوشش بیمه معلولان و هزینه‌های مربوط به آن هم بر عهده همین سازمان گذاشته می‌شد. از طرفی، محل تأمین بودجه برای انجام تکالیف قانونی مزبور در این قانون مشخص نشده و منظور از «خدمات توانبخشی» مذکور در این ماده، مشخص نیست.^۱

در خصوص «خدمات توانبخشی» باید بیان داشت که بر اساس تعریف سازمان بهداشت جهانی^۲، توانبخشی فرایندی پیش‌رونده، پویا و غالباً محدود به یک دوره زمانی است که به افراد دارای ناتوانی، این توانایی را می‌دهد تا به سطح مطلوبی از عملکرد ذهنی، جسمی و اجتماعی دست یابند. این فرایند با تأمین و در اختیار گذاشتن ابزار، امکانات و تسهیلاتی جهت تغییر سبک زندگی با هدف افزایش کیفیت آن، از طریق جبران محدودیت عملکردی یا نقص عملکردی انجام می‌شود.^۳ بر اساس تعریف فوق‌الذکر، خدمات توانبخشی شامل فیزیوتراپی، کاردرمانی، شنوایی‌شناسی، گفتاردرمانی، بینایی‌سنجی و ارتوپدی فنی می‌باشد.^۴

هزینه‌های سنگین استفاده از خدمات توانبخشی باعث شده است که استفاده از این خدمات تنها در اختیار دهک‌های درآمدی بالای جامعه باشد. حضور موثر بیمه‌های پایه در حوزه ارائه خدمات

۱. غلامی (۱۴۰۱)، آسیب‌شناسی قانون حمایت از معلولان، ص ۳۰.

2. World Health Organization, International Classification of Functioning, Disability and Health, 2001

۳. عبدی و دیگران (۱۳۹۸)، «مقایسه وضعیت پاسخگویی سازمان‌های ارائه‌دهنده خدمات توانبخشی از دیدگاه دریافت‌کنندگان خدمات»، آرشیو توانبخشی (توانبخشی)، ص ۲۷۴.

۴. صدیقی و دیگران (۱۴۰۱)، «بررسی لایحه بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور (۸۰): اعتبارات توانبخشی و چالش‌های پیش روی آن در سازمان بهزیستی»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۴.

توانبخشی می‌تواند سطح دسترسی و بهره‌مندی از خدمات توانبخشی را افزایش دهد که به دلایلی همچون چند تولیتی بودن خدمات توانبخشی، سازمان‌های بیمه‌گر در عمل، حضور موثری را در حوزه ارائه خدمات توانبخشی معلولان ندارند.^۱

با توجه به عدم تحقق کامل حقوق معلولان در مراکز بهداشتی و درمانی، پیشنهاد می‌شود که با اصلاح ماده (۶) قانون جامع حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، سازمان بهزیستی کل کشور مکلف‌شود که پوشش بیمه سلامت افراد دارای معلولیت تحت پوشش سازمان را به گونه‌ای تأمین نماید که علاوه بر تأمین خدمات درمانی مورد نیاز این افراد، خدمات توانبخشی جسمی و روانی افراد دارای معلولیت را پوشش دهد و همچنین خدمات توانبخشی در این ماده را به گونه‌ای تعریف کند که خدماتی همچون فیزیوتراپی، کاردرمانی، شنوایی‌سنجی، گفتاردرمانی، بینایی‌سنجی و ارتوپدی فنی را شامل شود.

بند سوم. حق بر استخدام و اشتغال معلولان

اشتغال لازمه زندگی بشر است و برای بقا و تداوم زندگی همه انسان‌ها اهمیت دارد. بند ۲ ماده اعلامیه حقوق بشر در این خصوص مقرر می‌دارد که: «هرکسی حق دارد با تساوی شرایط به مشاغل عمومی کشور خود نائل آید». همچنین ماده ۷ اعلامیه سازمان ملل متحد درباره حقوق معلولین مصوب سال ۲۰۰۶ اذعان می‌دارد که اشخاص دارای معلولیت دارای حق امنیت اقتصادی و اجتماعی در زندگی مناسب هستند و حق دارند که مطابق توانایی‌هایشان به کار مشغول شوند. اهمیت اشتغال برای معلولان دوچندان است؛ زیرا اشتغال، فرد معلول را قادر می‌سازد که احساس سربلندی و عزت نفس نماید و بتواند نقش اجتماعی اساسی و قابل توجهی را در جامعه ایفا نماید. هر چند که قانون جدید حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶، تبعیض مثبت در حق معلولان را در قالب تمهیداتی در زمینه اشتغال آن‌ها پیش‌بینی نموده است، ولی مقررات ضمانت اجرای این تمهیداتی شده برای تضمین تحقق آنها کافی نیست.

۱. صدیقی (۱۴۰۲)، «بررسی لایحه برنامه هفتم توسعه (۴۷): آسیب‌شناسی اجرای تبصره «۱» ماده (۷) قانون حمایت از حقوق معلولان (۱۹۱۱۹)»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ص ۴.

دولت براساس ماده (۱۱) قانون حمایت از حقوق معلولان^۱ موظف شده است که در راستای اشتغال معلولان، تسهیلاتی همچون اختصاص سی درصد (۳۰٪) از پست‌های سازمانی تلفن چپ (اپراتور تلفن)، متصدی دفتری و ماشین‌نویسی دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد نابینا و کم‌بینا و افراد دارای معلولیت جسمی و حرکتی را فراهم نماید. این در حالی است که در حال حاضر دنیا، دنیای دیجیتال است و در اکثر سازمان‌ها دیگر سمت‌هایی مانند تلفن چپ وجود ندارد. امروزه، بسیاری از سازمان‌ها از وسایل الکترونیکی برای انجام وظایف منشی تلفنی و حتی حروفچین استفاده می‌کنند. به همین دلیل، همان‌گونه که برخی دیگر از پژوهشگران نیز اذعان کرده‌اند ارزش این قسمت از قانون حمایت از حقوق معلولان پایین آمده است.^۲ از طرفی برای اختصاص سهم سی درصدی استخدامی در این ماده برای معلولین در شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. همچنین به اذعان برخی، چنین مقرره‌ای با حقوق اساسی معلولان همچون حق انتخاب آزادانه شغل و ارتقای شغلی مزبور در اصل (۲۸) قانون اساسی^۳

۱. «ماده ۱۱. دولت مکلف است جهت ایجاد فرصت‌های شغلی برای افراد دارای معلولیت تسهیلات ذیل را فراهم نماید:
الف. پرداخت تسهیلات اعتباری به واحدهای تولیدی، خدماتی، عمرانی، صنفی و کارگاه‌های تولیدی حمایتی در مقابل اشتغال افراد دارای معلولیت به میزانی که در قوانین بودجه سالانه مشخص می‌گردد.
ب. پرداخت تسهیلات اعتباری خوداشتغالی (وجوه اداره شده) به افراد دارای معلولیت به میزانی که در قوانین بودجه سالانه مشخص می‌گردد.
پ. پرداخت تسهیلات اعتباری (وجوه اداره شده) جهت احداث واحدهای تولیدی و خدماتی اشتغال‌زا به شرکت‌ها و مؤسساتی که بیش از شصت درصد (۶۰٪) سهام و سرمایه آن‌ها متعلق به افراد دارای معلولیت است.
ت. اختصاص سی درصد (۳۰٪) از پست‌های سازمانی تلفنچی (اپراتور تلفن) دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد نابینا و کم‌بینا و افراد دارای معلولیت جسمی، حرکتی.
ث. اختصاص سی درصد (۳۰٪) از پست‌های سازمانی متصدی دفتری و ماشین‌نویسی دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد دارای معلولیت جسمی، حرکتی.
تبصره. کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی و انقلابی مجازند تا سقف مجوزهای استخدامی سالانه خود، افراد نابینا و ناشنوا و افراد دارای آسیب نخاعی واجد شرایط را با برگزاری آزمون اختصاصی جامعه معلولان به کارگیرند.»

۲. عارفی و پروین (۱۴۰۱)، «بررسی تطبیقی مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و هند»، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، ص ۱۳.

۳. اصل ۲۸ ق.ا: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط

منافات دارد.^۱ از سوی دیگر اطلاق موجود در قید «افراد دارای معلولیت جسمی، حرکتی» در بند «ث» ماده (۱۱) قانون حمایت از حقوق معلولان در خصوص استخدام‌شان در شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی باعث می‌شود که سازمان‌های مذکور فقط مبادرت به استخدام و به کارگیری اشخاصی نمایند که دارای حداقل معلولیت جسمی و حرکتی هستند و دیگر افراد دارای درجات بالای معلولیت را استخدام نکنند.^۲ بنابراین پیشنهاد می‌شود که ضمن ادغام بند «ت» و «ث» ماده (۱۱) قانون حمایت از حقوق معلولان، جهت تضمین هرچه بهتر حق استخدام و اشتغال معلولان در نهادهای عمومی و دولتی، درصد مشخصی از پست‌های سازمانی دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد دارای هرگونه معلولیت که توانایی برعهده گرفتن آن پست سازمانی را دارند، اختصاص یابد. همچنین با پیشنهادی بین‌المللی ضمانت اجرای اداری برای مدیران هریک از سازمان‌های دولتی و عمومی، استنکاف از اجرای این وظیفه قانونی را پیر هزینه کرده و آن را مستوجب تعقیب انتظامی و صدور حکم محکومیت به یکی از مجازات‌های مندرج در قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۲۳ مقرر کند.

بند چهارم. حق بر تفریح و فراغت معلولان

اوقات فراغت می‌تواند امید به زندگی را در معلولان افزایش دهد و سبب شادابی، تماس با دیگران و مشارکت در کارهای جمعی شود. همچنین تفریح و مشارکت در فعالیت‌های فراغتی، فرهنگی و ورزشی نقش موثری به منظور رهایی از انزوا، بروز خلاقیت و تضمین سلامتی دارد که به مثابه حقی فرهنگی و اجتماعی در ماده ۳۰ کنوانسیون حقوق معلولان^۳ مصوب ۱۳ دسامبر ۲۰۰۶ میلادی مجمع عمومی سازمان ملل متحد، مورد شناسایی قرار گرفته است. در این ماده از کنوانسیون، شرح مفصلی از حق تفریح و مشارکت در فعالیت‌های فرهنگی و ورزشی ارائه شده است و معلولان را مستحق برخورداری از این حق نموده و دولت‌ها را به تضمین آن تشویق و ترغیب می‌نماید. این ماده بر اتخاذ اقداماتی

مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید.»

۱. موسوی (۱۳۹۶)، «بررسی حقوق استخدامی معلولان در مقررات داخلی با نگاهی به اسناد بین‌المللی»، مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ص ۹۸.

۲. غلامی (۱۴۰۱)، آسیب‌شناسی قانون حمایت از معلولان، ص ۲۶.

3. Convention on the Rights of Persons with Disabilities

در راستای حمایت از دسترسی معلولان به تمامی مکان‌ها و فعالیت‌های تفریحی، ورزشی و فراغتی تصریح می‌کند.^۱

در همین راستا ماده (۸) قانون حمایت از حقوق معلولان مصوب ۱۳۹۶ قابل توجه است. این ماده بیان می‌دارد: «استفاده افراد دارای معلولیت از مراکز، تأسیسات و خدمات ورزشی دستگاه‌های دولتی و شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور، رایگان است». این در حالی است که طبق اظهارات جامعه معلولان کشور، در عمل، ورزشگاه‌های نهادهایی همچون شهرداری‌ها به هیچ عنوان به صورت رایگان در اختیار معلولان قرار نمی‌گیرد.^۲ از طرفی در وهله نخست، با توجه به این‌که حداقل درخصوص برخی از معلولان، امکان استفاده همزمان آن‌ها و اشخاص فاقد معلولیت از این مراکز وجود ندارد، به طور قطع باید سازوکار مشخصی برای استفاده این اشخاص از مراکز مذکور پیش‌بینی شود (مثلاً روزهای خاصی در هفته یا ساعات خاصی در روز). بدون چنین سازوکاری عملاً امکان استفاده این اشخاص از مراکز مذکور، ممتنع می‌باشد. همچنین در خصوص قید دولتی برای مراکز و تأسیسات ورزشی دو ابهام وجود دارد: ابهام نخست این‌که آیا منظور از مراکز و تأسیسات دولتی، اماکنی است که تنها مالکیت آن‌ها متعلق به دولت است و یا این‌که علاوه بر تأسیسات ورزشی که مالکیت آن‌ها متعلق به دولت است، اماکن ورزشی که از نظر اداره و بهره‌برداری در اختیار دولت است را نیز شامل می‌شود. پر واضح است اثری که بر استفاده از این اماکن در این دو حالت مترتب است، متفاوت می‌باشد. بنابراین در فرضی که امکان مذکور در این ماده فقط شامل اماکنی باشد که تنها مالکیت آن‌ها متعلق به دولت است، امکان استفاده افراد معلول از اماکن ورزشی که بهره‌برداری و اداره آن به نهادهای دولتی واگذار شده است، میسر نمی‌باشد. ابهام بعدی هم در مورد معانی مختلفی از قید «دولتی» است که در اذهان متبادر می‌شود. در اینجا نیز ابهام از این جهت وجود دارد که آیا منظور از «دستگاه‌های دولتی»، صرفاً قوه مجریه است و یا سایر قوای عمومی و رسمی کشور از جمله قوه قضائیه و مقننه و نهادهای نظامی و انتظامی و انقلابی را هم شامل می‌شود.

۱. مقامی و امیرشاکرمی (۱۳۹۷)، «حق تفریح و فراغت معلولین در پرتو اسناد بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ص ۳۱۶.

۲. خبرگزاری ایسنا، قانون حمایت از حقوق معلولان؛ پُر سیاسی یا گامی برای تحقق عدالت، ۱۴۰۲.

این ابهامات در این ماده قانونی باعث شده است که جامعه معلولین کشور عملاً امکان استفاده مناسب از امکان ورزشی موجود در سطح کشور را نداشته باشند. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود که با اصلاح ماده (۸) قانون حمایت از معلولان، استفاده افراد دارای معلولیت از مراکز، تأسیسات و خدمات ورزشی که مالکیت آن‌ها متعلق به دستگاه‌های حاکمیتی کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور است و یا اماکنی که بهره‌برداری و اداره آن‌ها در اختیار دستگاه‌های مذکور است، رایگان شود و این دستگاه‌ها موظف باشند که روزها و ساعت‌های مشخصی را برای استفاده اختصاصی معلولان از این اماکن ورزشی مشخص کنند.

نتیجه‌گیری

تجربه بشری نشان داده است که حاکمیت نمی‌تواند با اتکای صرف اخلاقی در اجتماع به حمایت از اقشار ناتوانی همچون معلولان اقدام ورزد، بلکه نیاز به شناسایی خلأهای قانونی و تدوین قوانین کارآمد دارد. از همین رو در خصوص رعایت حقوق این اشخاص در نهادهای کیفری و عمومی ایران، خلاهای قانونی شناسایی شده است که جهت تضمین هر چه بهتر حقوق این دسته از افراد ناتوان شایسته است که پیشنهادهای تقنینی مناسبی در این خصوص ارائه گردد.

در خصوص حمایت از حقوق معلولان در نظام کیفری ایران باید اقداماتی صورت پذیرد که در فرایند رسیدگی و دسترسی افراد معلول به عدالت تسهیل شود. اقداماتی مانند تشکیل دایره ارشاد و معاضدت قضایی بزه‌دیدگان معلول و ناتوان به منظور تدارک تدابیر حمایتی برای آنان، سرعت بخشیدن به محاکمه‌ها در پرونده‌هایی که پای بزه‌دیدگان معلول در میان است، تأسیس صندوق تأمین خسارات جهت حمایت و جبران خسارات مالی وارده به معلولان بزه‌دیده در صورت عدم شناسایی بزهکار، گرفتن وکیل به صورت رایگان برای آن‌ها، غیر قابل گذشت دانستن برخی از جرایم مانند توهین و ضرب و جرح علیه آنان، تشدید مجازات برخی از جرایم ارتكابی علیه معلولان و لزوم آموزش مأموران پلیس و ضابطان قضایی متناسب با نیازهای خاص بزه‌دیدگان معلول می‌تواند از جمله اقداماتی باشد که فرایند رسیدگی به دعاوی معلولین بزه‌دیده و دسترسی آنان به فرایند عدالت را آسان کند. هر چند که قانون‌گذار مراجع قضایی را مکلف کرده است که جهت تحقیق از معلولان ناشنوا و فاقد قدرت تکلم از افراد خبره به عنوان مترجم، برای انجام تحقیقات استفاده شود؛ ولی درخصوص معلولین نابینا

چنین امکانی را پیش‌بینی ننموده است. به نظر می‌رسد پیش‌بینی استفاده از افراد خبره در کنار افراد نابینا در فرایند رسیدگی کیفری هم ضروری است تا به بازپرس و قاضی رسیدگی‌کننده در جهت وقوف به ابعاد جنایت و شدت و ضعف آثار وارده و به تبع، صدور حکم مقتضی و متناسب و احقاق حقوق از دست رفته معلولان در فرایند بزه‌دیدگی، یاری رسانده شود.

ضرورت ایجاد مقدمات لازم برای استقلال افراد معلول و دارای ناتوانی جسمی و حرکتی و مناسب‌سازی و حمایت از تسهیل تردد این افراد به نهادهای عمومی کشور نیز ضروری به نظر می‌رسد. در این راستا قانونگذار در ماده (۲) قانون حمایت از حقوق معلولان، گام مهمی در شناسایی این حقوق برداشته است؛ ولی به دلیل عدم پیش‌بینی محل تامین بودجه مورد نیاز برای اجرای این تکالیف، در عمل این تکالیف قانونی دستگاه‌ها و سازمان‌ها به مرحله اجرا نمی‌رسد. به نظر می‌رسد با تعیین محل تامین بودجه مشخص برای انجام این تکالیف در قانون، این مشکل نیز قابل رفع است. به طور مثال، تکلیف قانونی شهرداری‌ها یا سایر نهادهای خدمات رسان به اختصاص درصد مشخصی از بودجه سالیانه مسئولیت اجتماعی خود برای انجام این تکالیف می‌تواند تامین‌کننده هدف مزبور باشد. علاوه بر این، پیش‌بینی ضمانت اجرای استنکاف از انجام این تکالیف برای مدیران و رؤسای سازمان‌ها و نهادهای مزبور، با در نظر گرفتن ضمانت اجراهای موثر همچون انفصال از خدمت، جهت تحقق تضمینات فوق‌الذکر می‌تواند تدبیری موثر برای عینیت بخشیدن به این تکالیف قانونی باشد.

از آنجایی که سازمان‌های بیمه‌گر در عمل، حضور موثری را در حوزه ارائه خدمات توانبخشی معلولان ندارند. به همین منظور پیشنهاد می‌شود که سازمان بهزیستی کل کشور مکلف شود تا پوشش بیمه سلامت افراد دارای معلولیت تحت پوشش سازمان را به گونه‌ای تأمین نماید که علاوه بر تأمین خدمات درمانی مورد نیاز این افراد، خدمات توانبخشی جسمی و روانی افراد دارای معلولیت را هم پوشش دهد. همچنین در قوانین مربوطه، باید منظور از خدمات توانبخشی دقیقاً خدماتی همچون فیزیوتراپی، کاردرمانی، شنوایی‌شناسی، گفتاردرمانی، بینایی‌سنجی و ارتوپدی فنی اعلام شود تا جای هرگونه شبهه درخصوص تعریف خدمات مذکور برطرف شود.

ماده (۱۱) قانون حمایت از حقوق معلولان مصوب ۱۳۹۶ در جهت ایجاد اشتغال و استخدام معلولان پیش‌بینی شده که سی درصد (۳۰٪) از پست‌های سازمانی تلفن‌چی (اپراتور تلفن)، متصدی دفتری

و ماشین‌نویسی دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی جهت استخدام به افراد نابینا و کم‌بینا و افراد دارای معلولیت جسمی و حرکتی اختصاص داده شود. این در حالی است که در حال حاضر با توجه به تحولات فناورانه، در اکثر سازمان‌ها، سمت‌هایی مانند تلفن‌چی و ماشین‌نویسی وجود ندارد. از سوی دیگر، در مقررات قانونی فوق‌الذکر برای اعمال سهم سی درصدی استخدام معلولان در شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی، ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. همچنین با توجه به مفاد بند (ث) این ماده، سازمان‌های دولتی فقط مبادرت به استخدام و به کارگیری اشخاصی می‌کنند که دارای حداقل معلولیت جسمی و حرکتی هستند. در نتیجه افراد دارای درجات بالای معلولیت به ندرت موفق به داشتن شغل و استخدام می‌شوند. با توجه به این نقایص قانونی پیشنهاد می‌شود که درصد مشخصی از تمام پست‌های سازمانی دستگاه‌ها، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی به افراد دارای هر گونه معلولیت که توانایی بر عهده گرفتن آن پست سازمانی را دارند، اختصاص یابد. علاوه بر این، به نظر می‌رسد پیش‌بینی ضمانت اجرای موثر همچون انفصال از خدمت برای مدیران متخلف و مستنکف از اجرای این احکام قانونی، می‌تواند راهکاری مناسب جهت تحقق این تکالیف قانونی و تضمین اجرای این حقوق باشد.

در جهت بهره‌مندسازی معلولان از اوقات فراغت و داشتن محل‌های تفریحی و ورزشی مناسب برای آنها، هر چند که ماده (۸) قانون حمایت از حقوق معلولان به استفاده رایگان افراد دارای معلولیت از مراکز، تأسیسات و خدمات ورزشی دستگاه‌های دولتی و شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور اشاره شده است؛ ولی در عمل، ورزشگاه‌های نهادهایی همچون شهرداری‌ها به هیچ عنوان به صورت رایگان در اختیار معلولان قرار نمی‌گیرد. همچنین ذکر قید «دولتی» در این ماده برای مراکز و تأسیسات ورزشی، ابهام‌های قانونی متعددی را به وجود آورده است که بسیاری از نهادهای عمومی کشوری و لشکری خود را از شمول این ماده خارج می‌دانند. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود ماده (۸) قانون فوق‌الذکر به گونه‌ای اصلاح شود که در متن قانون، استفاده افراد دارای معلولیت از مراکز، تأسیسات و خدمات ورزشی کلیه نهادهای عمومی اعم از لشکری، کشوری، نهادهای انقلابی و شهرداری‌ها را شامل شود و امکان بهره‌برداری از این اماکن برای معلولان به صورت رایگان فراهم باشد و این دستگاه‌ها موظف باشند که روزها و ساعت‌های مشخصی را برای استفاده اختصاصی معلولان از این اماکن ورزشی مشخص کنند.

منابع و مآخذ

۱. بختیارنژاد، پروین (۱۳۸۳)، «بزرگترین اقلیت اجتماعی و محرومیت از حقوق انسانی»، فصلنامه تأمین اجتماعی، شماره ۱۶، صص ۱۶۹-۱۸۲.
۲. پروانه، زهرا؛ جلیلیان، زیور؛ رستمی بشمینی، مجید (۱۳۹۶)، «مقایسه فرهنگ حمایت حقوقی قضایی از معلولین در ایران و کنوانسیون‌های بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات رفتاری در مدیریت، سال هشتم، شماره شانزدهم، صص ۱۵-۳۷.
۳. پورضیایی، کمیل؛ غفاری نیک، تارا (۱۳۹۹)، «اثرات حقوقی و اجتماعی الحاق ایران به کنوانسیون حقوق معلولین از منظر حقوق داخلی»، فصلنامه حقوق فارس، دوره سوم، شماره ششم، صص ۱۱۹-۱۴۹.
۴. رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۰)، بزه دیده شناسی (تحولات بزه دیده شناسی)، تهران: شهر دانش.
۵. رحمانی، مهدی (۱۳۹۰)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد «حقوق کودکان معلول»، رشت: دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گیلان.
۶. رضانی قوام آبادی، محمدحسین (۱۳۹۰)، «حمایت از معلولین در حقوق بین‌المللی» فصلنامه رفاه اجتماعی، سال یازدهم، شماره ۴۱، صص ۳۴۱-۳۵۷.
۷. زراعت، عباس؛ چاووشی، محمدصادق؛ کرامتی معز، هادی (۱۳۹۸)، «سیاست‌های پاسخ‌دهی جنایی در قبال جرایم ارتكابی علیه ناتوانان و حمایت‌های کیفری، قضایی و فراقضایی افتراقی از آنان»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ششم (پیاپی ۴۹)، صص ۵۱-۷۶.
۸. سماواتی پیروز، امیر (۱۳۸۸)، رساله دکتری «ناتوانان بزه‌دیده در پرتو رهیافت جرم‌شناسی و قوانین کیفری حقوق ایران و انگلستان»، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۹. صدیقی، سمیه (۱۴۰۲)، «بررسی لایحه برنامه هفتم توسعه (۴۷): آسیب شناسی اجرای تبصره (۱) ماده (۷) قانون حمایت از حقوق معلولان (۱۹۱۱۹)»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۳۱ (۴)، صص ۱-۸.
۱۰. صدیقی، سمیه؛ عزت آبادی پور، حسام؛ شعبان زاده، ایمان؛ بختیاری علی آباد، محمد؛ مختاری پیام، مهدی؛ فیاضی، پرند (۱۴۰۱)، «بررسی لایحه بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور (۸۰): اعتبارات توانبخشی و چالش‌های پیش روی آن در سازمان بهزیستی»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۳۰ (۱۲)، صص ۱-۲۳.

۱۱. قاری سید فاطمی، سید محمد (۱۳۸۷)، «تحول گفتمانی: حق‌ها و آزادی‌های معلولان در آئینه حقوق بشر معاصر»، پژوهش‌های حقوقی، صص ۱۸۵-۲۰۸.

۱۲. عارفی، محمدشعوب؛ پروین، خیرالله (۱۴۰۱)، «بررسی تطبیقی مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و هند»، فصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۴)، صص ۷-۳۱.

۱۳. عبدی، کیانوش؛ فتحی، فرشاد؛ خضری، علی؛ خانجانی، محمدسعید؛ حسین‌زاده، سمانه (۱۳۹۸)، «مقایسه وضعیت پاسخگویی سازمان‌های ارائه‌دهنده خدمات توانبخشی از دیدگاه دریافت‌کنندگان خدمات»، آرشیو توانبخشی (توانبخشی)، صص ۲۷۰-۲۸۵.

۱۴. غلامی، نبی‌الله (۱۴۰۱)، آسیب‌شناسی قانون حمایت از معلولان، تهران: پژوهشکده علوم پایه، پژوهشگاه قوه قضاییه.

۱۵. کاویار، میرحسین؛ توسلی نائینی، منوچهر (۱۳۸۷)، «تأملی بر حقوق معلولان از منظر کنوانسیون حقوق معلولان و سایر اسناد بین‌المللی»، فصلنامه اندیشه‌های حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۳، صص ۵۱-۸۱.

۱۶. کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۲)، «بایسته‌های ناظر بر جایگاه و حقوق بزه‌دیده در تحقق عدالت قضایی مطلوب (آسیب‌شناسی وضعیت موجود)»، بازخوانی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، به کوشش: عباسعلی کدخدایی، صص ۲۲۷-۲۵۶، تهران: دانشگاه امام صادق.

۱۷. گرجی ازندریانی، علی اکبر؛ شیرزاد نظری، زهرا (۱۳۹۷)، «جایگاه حقوق معلولین در حوزه حقوق شهری»، فصلنامه مطالعات حقوق راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۸، شماره ۲۶، صص ۱۳۷-۱۶۳.

۱۸. محمدی، قاسم (۱۳۸۴)، «میزگرد عدالت برای بزه دیدگان (مصاحبه با علی حسین نجفی ابراندادی، حسین غلامی دون و فیروز محمودی جانکی)»، محله حقوقی دادگستری، صص ۸-۷۴.

۱۹. مقامی، امیر؛ امیرشاکرمی، مریم سادات (۱۳۹۷)، «حق تفریح و فراغت معلولین در پرتو اسناد بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره اول، صص ۳۰۵-۳۴۴.

۲۰. موسوی، عاطفه (۱۳۹۶)، «بررسی حقوق استخدامی معلولان در مقررات داخلی با نگاهی به

- اسناد بین‌المللی»، مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، شماره ۱/۲، صص ۸۸-۱۱۰.
۲۱. کنوانسیون حقوق معلولان مصوب ۱۳ دسامبر ۲۰۰۶ میلادی مجمع عمومی سازمان ملل متحد (Convention on the Rights of Persons with Disabilities).
۲۲. مصاحبه با علی‌همت محمودنژاد، «قانون حمایت از حقوق معلولان؛ پُز سیاسی یا گامی برای تحقق عدالت؟» (۱۴۰۲)، خبرگزاری ایسنا. به نشانی: www.isna.ir/news/1402091107709.

بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی افغانستان و ایران

محمد علم عدیل^۱، بیژن عباسی^۲

چکیده

انتخابات، مهم‌ترین راه مشارکت شهروندان در اداره امور کشور است، اما برای بهره‌مندی از این حق ایجاب می‌کند که رأی‌دهنده و رأی‌گیرنده دارای یک سلسله شرایط باشند. مشارکت انتخاب‌کننده و انتخاب‌شونده در انتخابات شوراهای محلی نیز متضمن چنین شرایطی است. این پژوهش به منظور مطالعه تطبیقی و دریافت وجوه اشتراک و افتراق و تشخیص محاسن و معایب شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی افغانستان و ایران انجام یافته و به دلیل این‌که تاکنون تحقیق مستقلی در این زمینه صورت نگرفته است، اهمیت دارد.

در این مقاله به این پرسش پاسخ داده شده است که شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲.۱۴۰۰)^۳ و جمهوری اسلامی ایران چگونه است؟ با استفاده از روش تحقیق توصیفی و تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات به شیوه کتاب‌خانه‌ای به این نتیجه دست یافتیم که این دو نظام، وجوه اشتراک و افتراق نسبتاً زیادی وجود دارد و هر دو مزایا و کاستی‌هایی دارند. شرایط عینی پیش‌بینی شده در این دو نظام انتخاباتی با هم شباهت دارد، ولی شرایط انتزاعی بیش‌تر مختص نظام انتخاباتی ایران است.

واژگان کلیدی: انتخاب‌شونده، انتخاب‌کننده، شوراهای محلی، شورای ولایتی (استانی)، شورای ولسوالی (شهرستان).

۱. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه جوزجان، افغانستان، m.alam.adeel@ut.ac.ir

۲. استاد گروه حقوق عمومی، عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران، babbasi@ut.ac.ir

۳. دولت‌های موقت و انتقالی افغانستان بر اساس توافق‌نامه بن (۲۰۰۱) پس از حملات ناتو به رهبری آمریکا به افغانستان و سقوط امارت اسلامی افغانستان تأسیس شدند. در لویه جرگه (مجلس بزرگ) افغانستان که در سال ۱۳۸۲/۱۴۰۰ برپا شد، نظام «جمهوری اسلامی افغانستان» در قانون اساسی به تصویب رسید و این نظام با پیروزی دوباره امارت اسلامی افغانستان در ۲۴ اسد (مرداد) ۱۴۰۰/۱۵ آگوست ۲۰۲۱ از بین رفت.

مقدمه

دموکراسی از نظر آبراهام لینکلن، رئیس جمهور امریکا، «حکومت مردم، توسط مردم، برای مردم، توسط همه، برای همه» است.^۱ طبق این تعریف، دموکراسی مشارکت آزادانه مردم در اداره امور کشور را تداعی می‌کند. در اروپای دوران گذار از قرون میانه به عصر جدید پادشاهان مشروعیت خود را از کلیسا می‌گرفتند، بعدها ناشی از اراده خدا دانستند و در نهایت به تدریج اصل اراده و حاکمیت مردم به عنوان مبنای مشروعیت قدرت پذیرفته شد. پس، حاکمیت مردم یکی از اصول مادر و اساسی دموکراسی است که اصول دیگر جلوه‌های جزئی‌تر آن است.^۲ امروزه حاکمیت ملی به ملت تعلق دارد که به طور مستقیم یا غیرمستقیم اعمال می‌شود.^۳ درواقع، می‌توان گفت که دموکراسی حق تعیین سرنوشت مردم در حوزه‌های ملی و محلی است که با انتخابات نمود پیدا می‌کند. پس انتخابات، اساسی‌ترین راه مشارکت شهروندان در اداره امور کشور است. مشارکت در انتخابات چه به عنوان رأی‌دهنده و چه به عنوان رأی‌گیرنده و شرایط هر یک از این گروه‌ها، به خصوص زمانی که در حوزه شوراهای محلی مد نظر باشد، مسئله‌ای است که باید بررسی شود.

البته همه افراد در این فرآیند مهم بدون اعمال هیچ گونه محدودیت نمی‌توانند شرکت کنند، بلکه رأی‌دهنده و رأی‌گیرنده برای مشارکت در انتخابات باید دارای سلسله شرایطی باشند. تمرکززدایی موجب حذف فاصله میان دولت و مردم شده و بدین ترتیب نقش مثبتی در کاهش ناکارآمدی دولت و توسعه دموکراسی، ایفا می‌کند.^۴ شوراهای محلی نمونه بارز تمرکززدایی است که دولت مرکزی اختیارات ویژه تصمیم‌گیری اداری در محل را طبق قانون به این واحدها اعطا می‌کند.^۵ این شوراهای نیز به وسیله

۱. عالم، عبدالرحمن، بنیادهای علم سیاست، تهران: نی، ۱۳۹۱، ص ۲۹۶.

۲. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری)، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱، ص ۱۷۹.

۳. ماده ۴ قانون اساسی افغانستان.

۴. عسگری ده‌آبادی، امیر و عرفان شمس، «برداشت بریتانیایی از تمرکززدایی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره یازدهم، تابستان ۱۴۰۱، ص ۹۲.

۵. شمیری، فاطمه، ولی رستمی و بیژن عباسی، «آسیب‌شناسی اختیارات شوراهای اسلامی از منظر تفکیک امور ملی و محلی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره دوازدهم، پاییز ۱۴۰۱، ص ۱۴.

انتخابات مستقیم یا غیر مستقیم برگزیده می‌شوند و اداره بخشی از امور محلی را به عهده می‌گیرند. بنابراین، انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان این شوراهای نیز باید شرایطی داشته باشند.

این مقاله در پی تبیین تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی در جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲-۱۴۰۰) و جمهوری اسلامی ایران است. هرچند امروزه نظام جمهوری اسلامی افغانستان در عمل وجود ندارد، ولی مطالعه تطبیقی موضوع در این دو نظام انتخاباتی اهمیت دارد؛ زیرا قانون اساسی افغانستان که در سال ۱۳۸۲ تصویب شد، آخرین قانون اساسی این کشور بود و نظام فعلی افغانستان نیز تاکنون نتوانسته است قانون اساسی تدوین و تصویب کند و نگاه آن نسبت به شوراهای محلی تاکنون مشخص نیست. بررسی و تحلیل نقاط قوت و ضعف هر دو نظام نیز برای استفاده عملی در آینده، راهنمای پژوهشگران ایرانی و افغانستانی خواهد بود. نوع تحقیق این پژوهش، کاربردی و روش تحقیق آن، توصیفی و تحلیلی و روش گردآوری اطلاعات نیز به شیوه کتاب‌خانه‌ای است.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی شوراهای محلی جمهوری اسلامی افغانستان و جمهوری اسلامی ایران چگونه است؟ میان شرایط رأی‌دهندگان و رأی‌گیرندگان در این دو نظام انتخاباتی شباهت‌ها و تفاوت‌هایی وجود دارد. نظام انتخاباتی افغانستان با برشمردن شرایط عینی، نگاه بازتری به رأی‌گیرندگان دارد، در حالی که نظام انتخاباتی ایران با عجین کردن شرایط عینی و انتزاعی در این زمینه، دیدگاه سخت‌تری را اختیار کرده است. البته قانون‌گذار ایرانی در این زمینه با برخورد احتیاط‌آمیز، دقت لازم را به کار برده است.

این مقاله در دو گفتار ترتیب یافته است که شرایط انتخاب‌کنندگان (گفتار نخست) و انتخاب‌شوندگان (گفتار دوم) را شامل می‌شود. در گفتار اول، تابعیت، سن، اهلیت اخلاقی، اقامت قبلی در حوزه انتخابی و درج بودن اسم رأی‌دهنده در فهرست رأی‌دهندگان به عنوان شرایط انتخاب‌کنندگان بررسی شده است. گفتار دوم نیز دربرگیرنده تابعیت، سن، مدرک تحصیلی، ارائه گواهی عدم سوء پیشینه، سلامت جسمانی، تغییر نیافتن محل سکونت و دیگر شرایط انتخاب‌شوندگان است.

گفتار نخست. شرایط انتخاب کنندگان

امروزه مشارکت شهروندان در اداره امور کشور از راه انتخاب کردن و انتخاب شدن از جمله موضوعات معمولی و در عین حال، بسیار مهم و حیاتی به حساب می‌رود. معمولی به این دلیل است که در نظام‌های دموکراتیک، اولین حرف از همین امر است و برای احراز آن، هیچ دلیلی لازم نیست. مهم نیز به این دلیل است که انتخابات آزاد و همگانی از پایه‌های دموکراسی است و بدون آن، مردم سالاری، مفهوم خود را از دست می‌دهد. این امر به این معنی نیست که هر کسی بدون شرایط لازم در انتخابات شرکت کند؛^۱ چون اداره امور کشور به دقت لازم نیاز دارد و شرکت کنندگان آن باید سلسله شرایطی داشتند تا از ورود افرادی که صلاحیت تشخیص و درک این امور را ندارند، به این فرآیند مهم جلوگیری شود. به همین دلیل، در قوانین همه کشورها، برخی شرایط بر اساس ماهیت نظام آن برای مشارکت کنندگان پیش‌بینی شده است.

در گذشته، شرایط اعمال حق رأی سخت بود و برای عموم شهروندان به آسانی قابل دستیابی نبود. برای نمونه، تعیین شرایطی هم چون پرداخت مالیات، جنسیت و سن، مانع شرکت عموم افراد به عنوان رأی دهنده می‌شد. در کشور انگلستان که بعد از یونان باستان و روم قدیم، مهد دموکراسی پنداشته می‌شود، به موجب قوانین سال‌های ۱۹۴۹ و ۱۹۶۹، شرایط رأی‌دهی تسهیل شد و تقلیل یافت و رأی همگانی پذیرفته شد. بنا بر این قوانین، داشتن تابعیت انگلستان، تکمیل ۱۸ سالگی، سه ماه سکونت در حوزه انتخابیه و ثبت نام قبلی رأی‌دهنده در دفتر انتخابات، شرایطی هستند که رأی‌دهنده باید از آن برخوردار باشد.^۲

با این درآمد، شرایط رأی دهندگان را در نظام حقوقی افغانستان و ایران بررسی می‌کنیم:

بند اول. تابعیت

تابعیت در همه کشورها، اولین شرط رأی دادن است؛ چون تابعیت یک رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی است که شخصی را به دولت معینی مرتبط می‌سازد.^۳ برخی صاحب نظران، اشخاص حقوقی

۱. جعفری، محمد موسی و شوکت علی فرهنگ، *نظام‌های انتخاباتی*، کابل: بنیاد آسیا، ۱۳۹۸، ص ۳۲.

۲. نیاز، عبدالوحد، *حقوق اساسی مقایسه‌ای*، کابل: یوسف‌زاد، ۱۳۹۸، صص ۷۷-۷۸.

۳. ارفع‌نیا، بهشید، *حقوق بین‌الملل خصوصی* (جلد ۱)، تهران: بهتاب، ۱۳۹۱، ص ۴۳.

و اشیایی مثل کشتی و هواپیما را نیز شامل تعریف تابعیت دانسته‌اند. «تابعیت عبارت است از رابطه سیاسی، حقوقی و معنوی یک شخص حقیقی یا حقوقی یا یک شیء با یک دولت معین، به طوری که حقوق و تکالیف وی از همین رابطه ناشی شود».^۱ در حقوق بین‌الملل خصوصی، تنها اشخاص حقیقی مورد نظر است؛ زیرا فقط این اشخاص می‌توانند از حقوق سیاسی برخوردار شوند و در ایجاد دولت سهم داشته باشند.^۲ البته در زمینه بحث حاضر نیز همین دیدگاه صادق است؛ چون تنها افرادند که در انتخابات مشارکت می‌کنند.

به هر حال، بدون موجودیت چنین روابطی بین یک فرد و یک کشور، اعطای حق رأی نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا افراد بدون احساس عضویت در یک جامعه، خود را در خوش‌بختی و مصایب آن شریک نمی‌دانند و در انتخاب مسئولان امور و تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی کشور نیز دقت لازم را به خرج نمی‌دهند. در نظر نگرفتن این امر، از نظر اطلاعاتی و امنیتی نیز می‌تواند آثار نامطلوبی به بار آورد. بنابراین، در افغانستان طبق بند ۱ ماده ۳۷ قانون انتخابات و در ایران بر اساس بند ۱ ماده ۲۹ قانون شوراها، داشتن تابعیت کشور یکی از شرایط اساسی انتخاب‌کنندگان است.

بند دوم. سن

سن یکی از شرایط مهم و عمومی مشارکت در انتخابات است. «شرکت در انتخابات و رأی دادن، تصمیم بسیار مهمی در جهت تعیین سرنوشت سیاسی است. فلذا فرد باید به سنی رسیده باشد که از رشد، آگاهی اجتماعی و سیاسی، هم‌چنین از توانایی فهم و درک زندگی اجتماعی و مسئولیت‌پذیری سیاسی و اجتماعی برخوردار باشد. در واقع، شخص باید دارای قوه تشخیص کافی باشد. در همه کشورها، سن حداقلی وجود دارد که پایین‌تر از آن یعنی کودکان و نوجوانان جزء انتخاب‌کنندگان به شمار نمی‌روند. امروزه سن رشد انتخاباتی در اغلب کشورها به تدریج کاهش یافته است، به طوری که در بسیاری از کشورها بین حداقل ۱۸ سال و حداکثر ۲۳ سال متغیر است».^۳

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۸۴.

۲. مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸، ص ۵۱.

۳. عباسی، بیژن و مصطفی جعفری، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی مجالس ایران و مالزی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، ص ۱۲۱.

در گذشته، شرط سنی بالا بود. حتی پس از برداشته شدن شرایط مالی و جنسیتی و همگانی شدن حق رأی نیز شرط سن تغییرات کم‌تری دیده بود، ولی به تدریج، سیر نزولی را پیموده و به شکل امروزی رسیده است. امروزه در بیش‌تر کشورها، تکمیل سن ۱۸ سال تمام در روز انتخابات به عنوان یک شرط رأی‌دهنده تأیید شده است.^۱ در افغانستان و ایران نیز حداقل سن شرکت در انتخابات به عنوان رأی‌دهنده، ۱۸ سال تمام در روز رأی‌گیری پیش‌بینی شده است (بند ۲ ماده ۳۷ ق. انتخابات و بند ۲ ماده ۲۹ ق. ت. و. ا. ش. ا. ک. ا. ش. ا.). در افغانستان در صورت تکمیل نشدن سن قانونی به شناس‌نامه شخص متقاضی برچسب^۲ زده نمی‌شد و در نتیجه، این فرد در روز رأی‌گیری نمی‌توانست در انتخابات شرکت کند. این شرط در ایران در قانون انتخابات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۶۴، ورود به سن ۱۶ سالگی^۳ و در قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری، مصوب ۱۳۶۱، اتمام ۱۵ سال (که هر دو عین معنی را می‌دهد)، پیش‌بینی شده بود، ولی قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵، شرط سنی را به ۱۸ سال تمام افزایش داد.

بند سوم. اهلیت اخلاقی

برای برخورداری از حق رأی و استفاده از آن، داشتن اهلیت یا شایستگی اخلاقی نیز لازم است.^۴ «محکومیت به برخی از مجازات‌ها که کیفر تبعی آن، محرومیت از حقوق اجتماعی به ویژه حق رأی دادن باشد، سالب اهلیت شهروندی و انتخاباتی محسوب شده است. این محدودیت، خلاف اصول نمی‌نماید، به خصوص اگر موجبات آن بر مبنای نقشه‌های پیش‌اندیشیده سیاسی نباشد. البته جرم ارتكابی باید از اهمیت و شدت درجه خاصی برخوردار باشد تا قوانین جزایی برای محکومیت کیفری آن، قائل به مجازات‌های تبعی از قبیل محرومیت از حقوق شهروندی شوند؛ زیرا اگر بنا باشد هر نوع محکومیتی موجب ممنوعیت از شرکت در انتخابات شود، مسلماً حق رأی شمار زیادی از مردم از میان خواهد رفت و دایره هیئت انتخابیه تا آن جا محدود و تنگ خواهد شد که در عمل،

۱. جعفری و فرهنگ، پیشین، صص ۳۲-۳۳.

۲. استیکر (Sticker).

۳. بزرگمهری، مجید، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی ریاست جمهوری ایران و فرانسه»، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵، ص ۴۷.

۴. عباسی و جعفری، پیشین، ص ۱۲۲.

اصل همگانی بودن حق رأی نقض گردد»^۱. در واقع، چنین ممنوعیت‌هایی با فلسفه حق حاکمیت
آحاد ملت در تضاد است.^۲

بر اساس بند ۳ ماده ۳۷ قانون انتخابات افغانستان، محروم نبودن از حقوق مدنی به حکم قانون یا
دادگاه یکی از شرایط رأی‌دهندگان بود. هرچند بر اساس ماده ۱۷۲ «کود جزا»^۳ (مصوب ۱۳۹۶)، شخصی
که به جزای حبس بیش از ده سال یا به حبس کم‌تر از ده سال در جرایم باب اول و دوم کتاب دوم
این قانون محکوم گردد، از برخی حقوق و امتیازات به شمول نامزدی در سمت‌های انتخابی محروم
می‌گردید، ولی در این قانون در مورد انتخاب‌کننده‌ها چنین حکمی دیده نمی‌شد. در ایران نیز قانون
شوراها به این موضوع اشاره‌ای ندارد. پس چنین به نظر می‌رسد که ممانعتی وجود ندارد.

هرچند در بند ۲ ماده ۹۱۶ کود جزای افغانستان در ۳۴ جزء به لغو کلی یا جزئی اسناد تقنینی قبلی اشاره
شده بود، ولی از موضوع محرومیت رأی‌دهندگان از حقوق اجتماعی مندرج قانون انتخابات سخنی به
میان نیامده بود. از طرف دیگر، در عمل، کمیسیون مستقل انتخابات به منظور ثبت نام زندانیان به عنوان
رأی‌دهنده، مأموران خود را به زندان‌ها می‌فرستاد و در روز انتخابات نیز در زندان‌ها، صندوق رأی‌دهی
می‌گذاشت و انتخابات برگزار می‌کرد. البته از نظر مشارکت در انتخابات نیز در میان زندانیان هیچ‌گونه تفاوتی
وجود نداشت و همه آن‌ها اعم از مجرمان کیفری و سیاسی می‌توانستند مساویانه از این حق استفاده کنند.
با توجه به این موارد به نظر می‌رسد که نظام ایران، نگاهی معقول و بهتر از نظام افغانستان دارد.

بند چهارم. ثبت نام رأی‌دهنده در فهرست رأی‌دهندگان

در افغانستان تا سقوط نظام جمهوری اسلامی و حتی تا امروز نیز توزیع شناس‌نامه الکترونیکی برای
همه شهروندان تکمیل نشده است. پس برای تثبیت تعداد افراد واجد شرایط شرکت در انتخابات،
ثبت نام رأی‌دهنده‌ها پیش از برگزاری انتخابات ضروری بود. بنابراین، یکی از مراحل انتخابات در
افغانستان، ثبت نام رأی‌دهندگان پیش از برگزاری آن بود. در اوایل نظام جمهوری اسلامی در این

۱. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۵۹۰.

۲. بزرگمهری، مجید، بررسی تطبیقی نظام انتخاباتی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فرانسه (مجالس قانون‌گذاری ملی و ریاست جمهوری)، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸.

۳. کود جزا: کد جزا.

کشور، کارت رأی‌دهی توزیع می‌شد و برای توزیع آن نیز اسناد دیگری لازم نبود و فرد بر اساس همان کارت در انتخابات شرکت می‌کرد و قسمتی از آن کارت در صورت رأی دادن، سوراخ و یک انگشت رأی‌دهنده نیز با رنگ مخصوصی به علامت رأی دادن مشخص می‌شد. در سال‌های بعدی، وجود تذکره تابعیت^۱ به منظور تثبیت سن قانونی و جلوگیری از تقلب در انتخابات، هنگام ثبت نام، نقش اساسی بازی می‌کرد. افراد با داشتن شناسنامه خود که توسط «اداره ثبت احوال نفوس»^۲ ثبت و تأیید شده بود، به یکی از مراکز ثبت نام رأی‌دهندگان مراجعه و پس از درج مشخصات او در کتاب ثبت نام، «بخش تصدیق ثبت» از فرم ثبت نام جدا و در عقب شناسنامه او با برچسب امنیتی نصب می‌گردید. این برچسب دارای نمبر مسلسل^۳، اسم و کد مرکز رأی‌دهی می‌بود.

فهرست رأی‌دهندگان، جدولی است که شهرت اشخاص واجد شرایط و کد مرکز رأی‌دهی در آن درج بود (بند ۵ ماده ۴ ق. انتخابات). پس رأی‌دهنده علاوه بر موجودیت اسمش در این فهرست باید در مرکز رأی‌دهی که در روز ثبت نام مشخص و کد آن در برچسب عقب شناسنامه او درج شده بود، با در دست داشتن شناسنامه، مراجعه می‌کرد و رأی می‌داد. کمیسیون مستقل انتخابات، فهرست رأی‌دهندگان را با تفکیک مراکز رأی‌دهی تهیه و به مرکز ملی معلومات این کمیسیون وصل می‌کرد. پس به جز همان مرکز معین، اسم و مشخصات فرد در هیچ مرکز و محل دیگری وجود نداشت و نمی‌توانست رأی خود را در محل و مرکزی دیگر به صندوق بیاندازد.^۴ کمیسیون مستقل انتخابات پس از وارد ساختن نام‌ها و دیگر مشخصات ثبت شده رأی‌دهندگان در دیتابیس^۵ ملی انتخابات، فهرست رأی‌دهندگان را به تفکیک مراکز رأی‌دهی تنظیم می‌کرد. کمیسیون برای نهایی شدن این فهرست، از «اداره احصاییه مرکزی»^۶ نیز برای تفکیک شناسنامه‌های تزویری و تکراری همکاری می‌گرفت.^۷

۱. شناسنامه.

۲. اداره ثبت احوال جمعیت.

۳. شماره مسلسل.

۴. کمیسیون مستقل انتخابات، ۱۳۹۷: www.iec.org.af.

۵. سامانه.

۶. اداره مرکزی آمار.

۷. کمیسیون مستقل انتخابات، ۱۳۹۸: www.iec.org.af.

بنابراین، طبق بند ۴ ماده ۳۷ قانون انتخابات، یکی از شرایط رأی‌دهنده، درج بودن اسم او در فهرست رأی‌دهندگان بود؛ امری که در انگلستان و فرانسه نیز به عنوان یکی از شرایط رأی‌دهندگان و نامزدان به کار می‌رود.^۱ در ایران به خاطر این‌که شهروندان ایرانی دارای شناسنامه‌های الکترونیکی‌اند و تعداد افراد واجد شرایط نیز طبق آن مشخص است، این شرط پیش‌بینی نشده است. با وجود آن، در روز رأی‌دهی، رأی‌دهنده باید با اصل شناسنامه خویش به شعبه رأی‌گیری مراجعه کند و رأی بدهد (ماده ۲۲ ق.ت.و.ا.ش.ا.ک.ا.ش.). هرچند تشریفات ثبت نام هزینه مالی دارد، ولی بنا بر نقشی که در تشخیص تعداد رأی‌دهندگان دارد، به کمیسیون کمک می‌کند تا اوراق رأی‌دهی را به اندازه مورد نیاز چاپ کند.

بند پنجم. اقامت

«حضور مستمر و اقامت فرد در یک منطقه جغرافیایی موجب شناخت بیش‌تر وی نسبت به وقایع سیاسی، اجتماعی و اقتصادی منطقه و مشکلات عموم مردم می‌گردد و قرار گرفتن فرد در چنین وضعیتی به او کمک می‌کند تا با توانایی و آگاهی بیش‌تر، گزینش واقعی‌تری داشته باشد. کسانی که خارج از این منطقه سکونت داشته باشند، طبیعتاً درک کم‌تری از اوضاع آن دارند و چنان‌چه در انتخابات شرکت نمایند، ملاک و معیار چندان خوبی برای انتخاب کردن ندارند. بنابراین، شرط دیگر بهره‌گیری از حق رأی، سابقه اقامت فرد در حوزه انتخابیه در هنگام رأی‌گیری است.»^۲ حتی در کشورهای توسعه‌یافته غربی هم چون انگلستان نیز اقامت سه ماهه قبل از انتخابات در حوزه انتخابیه برای استفاده از حق رأی شرط شده است.^۳

در افغانستان، این شرط در قانون به عنوان یکی از شرایط رأی‌دهندگان نیامده بود، ولی فرد پس از ثبت نام و برچسب زدن به شناسنامه خود، به جز همان مرکز و محل رأی‌دهی که کد آن در برچسب درج بود، نمی‌توانست در مرکز و محل رأی‌دهی دیگر رأی بدهد. همین وضعیت، نشان‌دهنده

۱. نیاز، پیشین، ص ۷۸؛ بزرگمهری، بررسی تطبیقی نظام انتخاباتی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فرانسه (مجالس قانون‌گذاری ملی و ریاست جمهوری)، پیشین، ص ۱۸۵.

۲. عباسی و جعفری، پیشین، ص ۱۲۰.

۳. نیاز، پیشین، ص ۷۸.

سکونت قبلی فرد برای مدت حداقل چند ماه در محل انتخابیه بود؛ زیرا ثبت نام رأی‌دهندگان تا چند ماه قبل از برگزاری انتخابات جریان می‌یافت.

در ایران طبق بند ۳ ماده ۲۹ قانون شوراها، رأی‌دهنده باید حداقل یک سال در محل رأی‌دهی سکونت داشته باشد، ولی شهرهای دارای بیش از ۱۰۰ هزار نفر جمعیت از این شرط مستثنایند. پس سکونت حداقل یک سال در محل مشخص رأی‌دهی به استثنای شهرهای دارای بیش از ۱۰۰ هزار نفر جمعیت، یکی از شرایط انتخاب‌کنندگان محسوب شده است. طبق تبصره این بند، کسانی که محل کار آنان، خارج از محدوده حوزه انتخابیه باشد، ولی افراد تحت تکفلشان مانند همسر و فرزندان، حداقل یک سال پیش از انتخابات در حوزه انتخابیه سکونت داشته باشند، می‌توانند در همان حوزه رأی دهند.

در زمینه مقایسه شرط سکونت قبلی رأی‌دهنده در حوزه انتخابیه در این دو نظام انتخاباتی می‌توان گفت که در نظام انتخاباتی افغانستان، این شرط به صورت دقیق پیش‌بینی نشده، در حالی که در نظام انتخاباتی ایران به شکل روشن و بدون ابهام تصریح شده است. هرچند این شرط منجر به محرومیت برخی افراد از حق رأی‌دهی می‌شود و با حق انتخاب مسکن و محل سکونت شهروندان نیز مطابقت چندانی ندارد، ولی به شناخت بهتر رأی‌دهندگان با نامزدان و در نتیجه، انتخاب درست کمک می‌کند.

گفتار دوم. شرایط انتخاب‌شوندگان

اصولاً هر انتخاب‌کننده نمی‌تواند با همان شرایط رأی‌دهی انتخاب نیز شود.^۱ انتخاب‌شوندگان شوراهای محلی که مسئولیت اداره برخی از امور بخشی از کشور را به عهده می‌گیرند، هر کدام با توجه به کرسی مربوط، علاوه بر شرایط انتخاب‌شونده‌ها دارای یک سلسله شرایط دیگری نیز هستند. در افغانستان، ماده‌های ۴۰ و ۴۱ قانون انتخابات با متن «علاوه بر شرایط رأی‌دهنده، دارای شرایط ذیل نیز باشد»، برای نامزدان هر یک از شوراهای قریه،^۲ ولسوالی^۳ و ولایتی،^۴ دو شرط دیگری

۱. مدنی، سیدجلال الدین، کلیات حقوق اساسی، تهران، پایدار، ۱۳۸۵، ص ۱۳۸.

۲. قریه، واژه عربی است و به معنای روستا.

۳. ولسوالی، واژه پشتو است و به معنای شهرستان.

۴. ولایت، واژه عربی است و به معنای استان.

برمی‌شمرد، ولی در ماده ۳۰ قانون شورای اسلامی ایران بدون ذکر چنین متنی، شرایطی برشمرده شده است که در واقع، برخی از آن‌ها، تکرار شرایط انتخاب‌کننده‌هاست. پس در نظام انتخاباتی ایران نیز همه افراد واجد شرایط رأی‌دهی، صلاحیت نامزدی را ندارند^۱ و باید نامزدان دارای شرایط مخصوص دیگری نیز باشند. اکنون شرایط انتخاب‌شوندگان را به بررسی می‌گیریم.

بند اول. تابعیت

طبق ماده‌های ۴۰ و ۴۱ قانون انتخابات افغانستان، نامزدان شوراهای محلی علاوه بر شرایط رأی‌دهنده باید دارای دو شرط دیگر نیز باشند. تابعیت از جمله شرایط عضویت در این شوراها بود. در ایران نیز برابر بند «الف» ماده ۳۰ قانون شوراها، تابعیت به عنوان یکی از شرایط عضویت در این شوراها شناسایی شده است.

در افغانستان، نامزد کرسی‌های انتخابی باید درخواست کتبی در زمان تعیین‌شده به کمیسیون مستقل انتخابات تقدیم کند. این درخواست باید علاوه بر موارد دیگر، حاوی کاپی^۲ سندی باشد که هویت وی را معرفی کند (بند ۱ و جزء ۲ بند ۲ ماده ۷۳ ق. انتخابات). در ایران، ارائه شناسنامه یا سند دیگری که معرف هویت نامزد باشد، در قانون ذکر نشده است، اما به نظر می‌رسد که ارائه این سند حتمی است. تابعیت، یکی از شرایط نامزدی است و تشخیص تابعیت نیز به رؤیت اسنادی مثل شناسنامه و گذرنامه صورت می‌گیرد.^۳ پس پیش‌بینی شرط کپی سند معرفی‌کننده هویت فرد برای احتیاط بیش‌تر است.

به نظر می‌رسد که تابعیت مورد نظر قانون‌گذار افغانستان، اصلی و اکتسابی را شامل می‌شود و فاصله زمانی اکتساب تابعیت و برگزاری انتخابات نیز مهم نیست. اگر تابعیت اصلی یا اکتسابی با چند سال سابقه در نظر بود، هم‌چون شرط تابعیت رئیس جمهوری و عضو مجلس باید به

۱. بزرگمهری، بررسی تطبیقی نظام انتخاباتی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فرانسه (مجالس قانون‌گذاری ملی و ریاست جمهوری)، پیشین، ص ۷۶.

۲. کپی.

۳. مولایی، آیت و مهدی معنوی، «مطالعه تطبیقی شرایط داوطلبان مجلس شورای اسلامی ایران و ولسی جرگه افغانستان»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۷۶۹.

صورت مشخص در قانون اساسی یا عادی ذکر می‌گردد. داوطلب ریاست جمهوری باید «تبعه افغانستان، مسلمان و متولد از والدین افغان بوده و تابعیت کشور دیگری را نداشته باشد» (بند ۱ ماده ۶۲ ق.ا. و جز ۱ بند ۱ ماده ۳۸ ق.انتخابات) و اعضای شورای ملی (مجلس نمایندگان و مجلس سنا) باید «تبعه افغانستان بوده یا حداقل ده سال قبل از تاریخ کاندید یا تعیین شدن، تابعیت دولت افغانستان را کسب کرده باشد» (بند ۱ ماده ۸۵ ق.ا. و بند ۱ ماده ۳۹ ق.انتخابات). از این دو مورد و متن «علاوه بر شرایط رأی‌دهنده» در ماده‌های ۴۰ و ۴۱ قانون انتخابات برمی‌آید که شرط تابعیت انتخاب‌شوندگان شوراهای محلی با انتخاب‌کنندگان هیچ تفاوتی ندارد و هر شخصی که شناسنامه افغانستان را داشته باشد، بدون در نظر داشت اصلی بودن تابعیت یا مدت اکتساب آن، حق نامزدی در شوراهای محلی را دارد.

در قانون شوراهای ایران نیز تابعیت نامزدان به صورت عام مطرح شده است، ولی براساس ماده ۹۸۲ قانون مدنی، اصلاحی ۱۳۷۰، تابعان اکتسابی از اشتغال به برخی از سمت‌ها به شمول عضویت شوراهای محلی منع شده‌اند. البته اعمال شرط تابعیت اصلی ظاهراً برای جلوگیری از ورود و نفوذ بیگانگان در شوراهای محلی است تا از این طریق، استقلال سیاسی، منافع ملی، حاکمیت ملی و مصالح ملی مردم محافظت شود.^۱

بند دوم. سن

به حکم عقل سلیم، سن نامزدان می‌بایست نسبت به سن رأی‌دهندگان بیش‌تر باشد.^۲ چون سمت نمایندگی و عضویت در شوراهای محلی بنا بر تخصصی بودن و پیچیدگی‌های خاص خود ایجاب می‌کند که کارگزاران آن باید به درجه‌ای از فهم و توانایی تشخیص مصالح و منافع عمومی و زمام‌داری رسیده باشند. هرچند تعیین حداقل سن برای نامزدان متناسب با زمینه‌های فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و نوع نظام انتخاباتی متفاوت است و در هر کشور جلوه خاصی دارد،^۳ اما سن انتخاب‌شونده‌های شوراهای محلی در نظام انتخاباتی افغانستان و ایران، ۲۵ سال تمام در روز

۱. همان، صص ۷۶۸-۷۶۹.

۲. مدنی، پیشین، ص ۱۳۸.

۳. مولایی و معنوی، پیشین، ص ۷۶۹.

رای‌گیری پیش‌بینی شده است. در افغانستان طبق بند ۱ ماده ۴۰ و بند ۱ ماده ۴۱ قانون انتخابات، حداقل تکمیل سن ۲۵ سالگی در روز نامزد شدن به عنوان یکی از شرایط عضویت در شوراهای محلی است. در ایران نیز بر اساس بند «ب» ماده ۳۰ قانون شوراهای محلی، حداقل سن نامزدی شوراهای اسلامی، ۲۵ سال تمام پیش‌بینی شده است.

بند سوم. مدرک تحصیلی

در نظام انتخاباتی شوراهای محلی دو کشور افغانستان و ایران، شرط تحصیل یا حداقل سواد خواندن و نوشتن برای انتخاب‌کنندگان پیش‌بینی نشده است؛ چون در این صورت، افراد زیادی از حق رأی دادن محروم می‌شوند که این امر، مخالف اصل همگانی بودن حق رأی است. با این حال، برای اعضای شوراهای محلی، شرط تحصیلی متفاوت یا حداقل سواد خواندن و نوشتن پیش‌بینی شده است. در افغانستان برای حضور در شوراهای قریه و ولسوالی، حداقل توانایی خواندن و نوشتن (بند ۲ ماده ۴۱ ق. انتخابات) و برای شورای ولایتی، حداقل داشتن مدرک دیپلم (بند ۲ ماده ۴۰ ق. انتخابات) به عنوان یکی از شرایط عضویت مطرح شده بود. در ایران نیز بر اساس بند «ه» ماده ۳۰، سواد خواندن و نوشتن برای شوراهای روستاهای تا ۲۰ خانوار و داشتن مدرک دیپلم برای شورای روستاهای بالای ۲۰ خانوار، داشتن حداقل مدرک فوق دیپلم یا معادل آن برای شورای شهرهای تا ۲۰ هزار نفر جمعیت، داشتن حداقل مدرک لیسانس یا معادل آن برای شورای شهرهای بالای ۲۰ هزار نفر جمعیت به عنوان شرایط تحصیلی پیش‌بینی شده است. بر اساس تبصره ۱ این بند، کسانی که سابقه یک دوره کامل عضویت اصلی شورا را در کارنامه خود داشته باشند، به شرط نامزدی در همان حوزه انتخابیه از این شرط مستثنی هستند.

قانون ایران با پیش‌بینی مدارک تحصیلی مناسب در شورای شهرها و روستاهای مختلف، دیدگاه منطقی و درست دارد، اما نظام حقوقی افغانستان با تفکیک قائل نشدن میان استان‌ها و شهرستان‌ها و هم‌چنین در نظر نگرفتن تعداد جمعیت آن‌ها، شرط یکسان تحصیلی حداقل مدرک دیپلم را پیش‌بینی کرده است، در حالی که دست کم برای شورای ولایتی باید مدرک لیسانس پیش‌بینی می‌شد. بنابراین، منظومه انتخاباتی ایران در مقایسه با افغانستان در این بخش، نگاه متناسب و معقولی دارد.

بند چهارم. ارائه گواهی عدم سوءپیشینه

طوری که گذشت، در افغانستان، یکی از شرایط رأی‌دهنده‌ها، محروم نبودن از حقوق مدنی طبق حکم قانون یا دادگاه بود و ماده‌های ۴۰ و ۴۱ قانون انتخابات برای نامزدان شوراهای محلی نیز این شرط را لازم دانسته بود. البته در روز ثبت نام نامزدان نیز درخواست ثبت نام آن‌ها در پهلوی موارد دیگر باید حاوی معلومات در مورد عدم محکومیتشان نیز می‌بود (جزء ۴ بند ۲ ماده ۷۳ ق. انتخابات). البته این معلومات باید از سوی نهادهای امنیتی و کشفی ارائه می‌گردید؛ چون نامزدان چند روز پیش از ثبت نام رسمی، بسته معلوماتی ثبت نام در انتخابات را از دفتر مرکزی یا ولایتی کمیسیون مستقل انتخابات به دست می‌آوردند که در آن، استعلام‌هایی برای کسب چنین معلوماتی وجود داشت. هرچند قانون در مورد مدت تاریخ صدور آن ساکت بود، ولی چون تاریخ کسب بسته معلوماتی از کمیسیون مستقل انتخابات با تاریخ ثبت نام رسمی، مدت چند روز را در برمی‌گرفت، این مدت، کمتر از مدتی بود که در ایران پیش‌بینی شده است. در ایران، بر اساس تبصره ۳ بند «ز» ماده ۳۰ قانون شوراها، برای نامزدان شوراهای محلی، ارائه گواهی عدم سوء پیشینه که از تاریخ صدور آن، بیش از سه ماه نگذشته باشد، هنگام ثبت نام الزامی است.

بند پنجم. سلامت جسمانی

در ایران طبق بند «ز» ماده ۳۰ قانون شوراها، داشتن سلامت جسمانی در حد برخورداری از نعمت شنوایی و گویایی و سلامت روانی، حسب مورد با گواهی پزشکی قانونی از جمله شروط نامزدی است. نماینده‌های مردم در شوراهای محلی، مسئولیت اداره برخی از امور محلی را به عهد دارند و برای ادای درست این مسئولیت باید دارای سلامت جسمی حداقلی باشند. در قوانین افغانستان نیز این شرط به گونه‌ای بیان شده بود، ولی حداقلی برای آن تعیین نگردیده بود. برابر بند ۱ ماده ۷۳ قانون انتخابات، ارائه درخواست کتبی مبنی بر ثبت نام از سوی نامزدان به کمیسیون مستقل انتخابات لازم بود که بر اساس جزء ۴ بند ۲ این ماده، این درخواستی باید حاوی معلومات در مورد حالت صحی^۱ نامزد نیز می‌بود. البته این حالت صحی طبق ورق استعلام کمیسیون که قبلاً تهیه شده و جزء آن بسته معلوماتی بود که نامزد پیش از ثبت نام به دست می‌آورد و بر اساس معلومات

۱. وضعیت سلامتی.

صحی خواسته شده در آن استعلام، از شفاخانه^۱ دولتی مرکز حوزه انتخابیه جواب می‌گرفتند. با این حال، درباره چگونگی این حالت صحی در قانون، چیزی بیان نشده بود.

در حالی که در میشرانوجرگه^۲ افغانستان باید در میان اعضای انتصابی آن که یک سوم این مجلس را تشکیل می‌داد و از جانب رئیس جمهور منصوب می‌گردید، دو نفر از نماینده‌های معلولان و معیوبان نیز حضور می‌داشتند (بند ۳ ماده ۸۴ ق.ا.و)، ولی در مورد شوراهای محلی، چنین حکمی وجود نداشت. به نظر می‌رسد که حکم قانون ایران نسبت به افغانستان برتری دارد؛ زیرا عبارت «معلومات صحی» یک عبارت مبهم است و مفهوم آن به صورت درست روشن نیست و امکان تفسیر موسّع از سوی کمیسیون مستقل انتخابات وجود داشت. از سوی دیگر، حداقل این سلامت جسمانی در قانون قید نشده بود، در حالی که طبق ماده ۴ قانون اساسی افغانستان، حاکمیت ملی متعلق به ملت است که به طور مستقیم یا به وسیله نمایندگان خود اعمال می‌کند. هم چنین بر اساس ماده ۳۳ همین قانون، انتخاب کردن و انتخاب شدن، حق هر شهروند افغانستان بود. پس وجود چنین عبارات مبهمی در متن قوانین می‌تواند به تمثیل حاکمیت ملی توسط مردم و اعمال حق انتخاب کردن و انتخاب شدن و حق تعیین سرنوشت آسیب بزند. بهتر بود درباره کیفیت و قلمرو «معلومات صحی» توضیح داده می‌شد و حداقل سلامت جسمانی نامزدان انتخابات شوراهای محلی نیز مشخص می‌گردید. در یک مقایسه کوتاه می‌توان گفت که نگاه نظام انتخاباتی ایران نسبت به افغانستان در زمینه شرط سلامت جسمانی داوطلبان منطقی و بجاست؛ زیرا راه میانه و روشنی را در پیش گرفته است که نه ابهامی وجود دارد و نه افراطی است.

بند ششم. تغییر نیافتن محل سکونت

در ایران، اگر هر یک از اعضای شوراهای محلی، محل سکونت خویش را به خارج از محدوده بخش حوزه انتخابیه خود تغییر دهد، عضویت خویش را در شورا از دست خواهد داد (تبصره ۳ ماده ۳۰ ق.ت.و.ا.ش.ا.ک.ا.ش). این شرط در قوانین افغانستان پیش‌بینی نشده بود، ولی نامزدان باید

۱. بیمارستان.

۲. واژه‌ای، آمیخته از جرگه (مجلس) فارسی و «مشران» (بزرگان) پشتوست به معنای مجلس اعیان (سنا). مجلس نمایندگان نیز به «وُلُسی جرگه» موسوم بود؛ آمیخته از جرگه (مجلس) فارسی و «وُلُسی» (مردم) پشتو.

درخواست کتبی ثبت نام در انتخابات را ارائه می‌کردند (بند ۱ ماده ۷۳ ق. انتخابات). در آن هم باید اسم و نشانی مشخص و محل سکونت اصلی و فعلی و آخرین محل شغل خود را ثبت می‌کردند (اجزای ۱ و ۴ بند ۲ ماده ۷۳ ق. انتخابات). هرچند این مورد، یکی از تضمیناتی بود که عضو شورا را بیش‌تر به محل انتخابی‌اش وابسته می‌ساخت، ولی در صورت تغییر محل سکونت به خارج از حوزه انتخابیه، هیچ مقرراتی پیش‌بینی نشده بود.

پیش‌بینی نشدن این شرط در حقوق افغانستان، ایراد بزرگی بود؛ چون دیده شده بود در برخی ولایت‌ها، عضو شورای محلی در خارج از حوزه انتخابیه خود سکونت داشت یا سکونت اختیار می‌کرد که به خاطر رسیدگی به مسائل خانوادگی، مدت‌ها در جلسات شورا شرکت نمی‌کرد و اعضای شورای مربوط نیز در این قسمت به عضو غایب ارفاق می‌کردند. با این حال، حق انتخاب کردن و انتخاب شدن که حق هر شهروند افغانستان (ماده ۳۳ ق. ۱) بود و حق انتخاب شدن عضو شورای محلی که مسئولیت نمایندگی از مردم در شورای مربوط و فعالیت در شورا را داشت، به وجه احسن اعمال نمی‌گردید. بنابراین، صراحت این شرط در نظام انتخاباتی ایران از محاسن این نظام است.

بند هفتم: دیگر شرایط

برای عضویت در شوراهای محلی ایران طبق قانون شوراهای، شرایط عینی و انتزاعی دیگری نیز پیش‌بینی شده است و برابر ماده ۷۳ قانون انتخابات افغانستان، اشخاصی که خود را به کرسی‌های انتخابی نامزد می‌کنند، مکلفند در زمان تعیین‌شده، درخواست کتبی نامزدی خود را برای ثبت نام به کمیسیون مستقل انتخابات ارائه دهند. این درخواست باید حاوی مطالبی باشد که برخی از آن‌ها پیش‌تر بیان شد و بقیه موارد را در ادامه با حقوق ایران مقایسه و تحلیل می‌کنیم.

الف. اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه

نظام جمهوری اسلامی ایران بر مبنای ایدئولوژی مذهبی و بر اساس فقه شیعه تأسیس شده است. در رأس نظام سیاسی کشور، یک فقیه جامع‌الشرایط شیعه به نام ولی فقیه یا رهبر انقلاب اسلامی قرار دارد. بر اساس قانون شوراهای، هر کسی که در شوراهای محلی نامزد شود، باید اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه داشته باشد و اقلیت‌های شناخته‌شده در قانون اساسی نیز به جای اسلام باید به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند (بند «ج» و تبصره ۱ بند «ز» ماده ۳۰). در

افغانستان چنین شرطی برای نامزدی در هیچ یک از نهادهای انتخابی پیش‌بینی نشده بود. در برخی موارد مثل نامزدی ریاست جمهوری، وزارت و دادگاه عالی فقط مسلمان بودن (بدون در نظر داشت مذهب خاصی)، شرط شده بود. به نظر می‌رسد هر فردی که تحت حاکمیت قانون اساسی و نظام سیاسی یک کشور به عنوان شهروند زندگی می‌کند، طبعاً تابع احکام قانون اساسی و دیگر قوانین است و اقدام به نامزدی در یک نهاد انتخابی نیز طبق این قوانین ممکن است و خارج از آن، چنین حقی وجود ندارد. نامزدی در شوراها نیز به معنی پذیرش قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات مندرج در این قوانین است. حتی بعد از کسب عضویت یک نهاد انتخابی نیز در صورت خروج از قوانین نافذ کشور، طبق قانون قابل پی‌گرد است و اعضا باید نسبت به عملکرد خود پاسخ‌گو باشند.

به نظر می‌رسد که نظام حقوقی افغانستان در این زمینه برخورد سهل‌تری داشت، در حالی که نظام حقوقی ایران در این زمینه از احتیاط و دقت لازم بهره گرفته است. نظام جمهوری اسلامی افغانستان، یک نظام عرفی آمیخته با احکام اسلام بود و نظام جمهوری اسلامی ایران با توجه به مذهبی بودن آن، با الهام از فقه تشیع، چنین رویکردی را در پیش گرفته است. البته در احراز این شرط، ظرافت‌ها و مسائلی در برابر ناظران انتخابات وجود دارد. از یک سو، در خصوص شرط اعتقاد به اسلام و ولایت مطلقه فقیه، اعلام اعتقاد کفایت می‌کند، همان طوری که در سیره اسلامی نیز صرف ادای شهادتین برای شناختن فرد کافی است. از سوی دیگر، شرط اعتقاد به اسلام و ولایت مطلقه فقیه جنبه رفتاری دارد و ممکن است با ارزیابی‌های متفاوت روبه‌رو شود و برخوردهای سلیقه‌ای و سیاسی جای نظارت بی‌طرفانه را بگیرد. با توجه به مذهبی بودن نظام جمهوری اسلامی ایران،^۱ قانون شوراها با الهام از قانون اساسی، این رویکرد را در پیش گرفته است. جای تحسین این شرط در آن است که از ورود افراد فاسد و غیر متعهد به اسلام و نظام سیاسی کشور جلوگیری می‌کند.

ب. ابراز وفاداری به قانون اساسی

در ایران برابر بند «د» ماده ۳۰ قانون شوراها، یکی از شرایط نامزدان، ابراز وفاداری به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، در حالی که در قوانین افغانستان چنین شرطی پیش‌بینی نشده بود. در یک نگرش سطحی چنین به نظر می‌رسد که هر گاه فردی بخت خود را برای راه‌یابی به یک کرسی انتخابی می‌آزماید،

۱. همان، ص ۷۷۳.

در واقع، تمام اصول و مقررات مربوط به ویژه قانون اساسی و قوانین حکومتی کشور را قبول کرده است. این حق را قانون مشخص کرده است و در خارج از آن، کسی نمی‌تواند نامزد شود. پس زندگی در سایه حاکمیت یک نظام و شرکت در روندهای قانونی به معنی پذیرش قانون اساسی است و این پذیرش نیز به معنی قبول همه مفاد قانون اساسی است. با این حال، درج اعتقاد و التزام عملی به ولایت مطلقه فقیه و ابراز وفاداری به قانون اساسی در نظام انتخاباتی ایران، احتیاط و دقت لازم را نشان می‌دهد. قانون اساسی، میثاق ملی یک کشور است که ارزش‌های مهم یک ملت در آن تبلور می‌یابد. پس پاسداری و حفظ آن از تکالیف هر شهروند است. پیش‌بینی این شرط در هر کشور باید از الزامات بس مهم باشد؛ زیرا اگر عضو شورا به قانون اساسی وفادار نباشد، مسلم است که به شأن شورا و وظایف محوله نیز وفادار نخواهد بود.^۱

شرط ابراز وفاداری به قانون اساسی در نظام انتخاباتی ایران، شرطی مقعول و بجاست، درحالی که پیش‌بینی نشدن این شرط در نظام انتخاباتی افغانستان از کاستی‌های این نظام بود. امکان داشت فردی از حقوق و امتیازات پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی استفاده کند و از این طریق، عضویت شورای محلی را نیز به دست آورد، ولی به قانون اساسی وفادار نباشد. پس باید ابزار قانونی برای جلوگیری از ورود چنین افرادی به شورا در دست باشد تا شورای محلی در یک کشور اسلامی متناسب با شأن اسلامی آن تشکیل شود و فعالیت کند.

ج. خدمت نظام وظیفه^۲

در ایران، خدمت نظام وظیفه تنها مسئولیت مردان است و این شرط، انتخاب‌شوندگان زن را دربرنمی‌گیرد. برابر بند «و» ماده ۳۰ قانون شوراها، داشتن کارت پایان خدمت نظام وظیفه یا معافیت دایم از خدمت، یکی از شرایط انتخاب‌شوندگان مرد است. در افغانستان بر اساس قانون اساسی، تعیین وضعیت مکلفیت عسکری به قانون عادی محول شده بود (بند ۲ ماده ۵۵ ق.ا.). قانون مربوط تا فروپاشی نظام جمهوری اسلامی در این کشور (۲۴ مرداد ۱۴۰۰) تصویب نگردید. دلیل تأخیر تصویب این قانون تا لحظه سقوط نظام نیز نبود امکان تطبیق خدمت نظام وظیفه بر همه شهروندان به نظر می‌رسید. چون تعداد بسیاری از شهروندان افغانستان بر اثر جنگ‌های داخلی

۱. همان، ص ۷۷۴.

۲. مکلفیت عسکری (خدمت سربازی).

بین سال‌های (۱۳۷۱.۱۳۸۰) و پس از آن تا فروپاشی نظام جمهوری اسلامی بنا بر نبود امنیت لازم و حاکمیت دولت در برخی از مناطق کشور به بیرون از کشور مهاجرت کرده بودند. البته ممکن است این مسئله، دلایل دیگری نیز داشته باشد. هر چند مکلفیت عسکری تا پیروزی مجاهدین در سال ۱۳۷۱ در دولت‌های گذشته اعمال می‌شد، ولی بحث حاضر که تنها نظام حقوقی جمهوری اسلامی (۱۳۸۲.۱۴۰۰) را شامل می‌شود، در طول عمر این نظام عملی نگردید، بلکه خدمت سربازی در نیروهای نظامی، امنیتی و انتظامی هم چون یک شغل در بدل حقوق ماهانه انجام می‌شد.

در واقع، خدمت نظام وظیفه در حقوق ایران مشخصاً از جمله شرایط انتخاب‌شوندگان برجسته شده است، اما در جمهوری اسلامی افغانستان، قانون مربوط به نظام وظیفه هیچ‌گاه تصویب نگردید و در قوانین انتخاباتی هم این امر در شرایط انتخاب‌شوندگان پیش‌بینی نشده بود. از این نگاه نیز نظام انتخاباتی ایران، برتری خود را نمایان می‌کند؛ زیرا انجام خدمت نظام وظیفه موجب دل‌بستگی بیش‌تر فرد به نظام می‌شود و از نظر رشد فکری و ذهنی نیز فرد را آماده پذیرش مسئولیت عضویت شورای محلی می‌سازد.

د. اعتقاد و التزام عملی اقلیت‌های دینی جای اسلام به اصول دین خود

در ایران، طبق تبصره ۱ بند «ز» ماده ۳۰ قانون شوراها، اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی به جای اسلام باید به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند. این اقلیت‌های دینی مطابق اصل ۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ایرانی‌های زرتشتی، کلیمی و مسیحی‌اند که در حدود احکام قانون در اجرای مراسم دینی‌شان آزادند و در تعلیمات دینی و احوال شخصیه بر اساس آیین خویش عمل می‌کنند. ملاحظه می‌شود که از جمله غیرمسلمانان فقط سه فرقه دینی در ایران طبق قانون اساسی آزادند تا مراسم دینی خود را در حدود احکام قانون اجرا کنند و در شوراها محلی نیز به شرط این‌که به جای اسلام به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند، نامزد شوند.

در جمهوری اسلامی افغانستان، پیروان ادیان غیر از اسلام، حق پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان را در محدوده احکام قانون داشتند. طبق ماده ۲ قانون اساسی، دین دولت جمهوری اسلامی افغانستان، دین مقدس اسلام بود و پیروان دیگر ادیان در پیروی از دین و اجرای مراسم دینی‌شان در حدود احکام قانون آزاد بودند. دیده می‌شود که در افغانستان، همه ادیان فراتر از اسلام به رسمیت شناخته شده بود و برای نامزدی در انتخابات شوراها محلی نیز عقیده دینی

شرط نبود و هر کسی با تکمیل شرایط عینی دیگر می‌توانست برای حضور در شوراهای نامزد شود. برخی داوطلبان از اقلیت‌های هندو و سیک در افغانستان، چند بار نامزد انتخابات مجلس نمایندگان شدند، ولی به دلیل به دست نیامدن رأی کافی، از راه‌یابی به این مجلس باز ماندند. به نظر می‌رسد به همین دلیل بود که برابر بند ۱ ماده ۲۱ قانون انتخابات، مصوب ۱۳۹۴ برای اقلیت‌های اهل هندو و سیک، یک کرسی اختصاصی پیش‌بینی شد که بر اساس آن، یک نماینده از این اقلیت‌ها با آرای خودشان به مجلس نمایندگان برگزیده می‌شد. این روند در قانون انتخابات ۱۳۹۵ نیز لحاظ گردیده بود (ماده ۴۸ ق. انتخابات). برای نامزدان این اقلیت‌ها، تمام کشور، یک حوزه انتخابی بود (بند ۱ ماده ۲۴ ق. انتخابات ۱۳۹۴)، در حالی که قانون اساسی برای این اقلیت‌ها چنین امتیازی در نظر نگرفته بود. این امتیاز نیز به دلیل حمایت نکردن مسلمانان در انتخابات‌ها از نامزدان این اقلیت‌های دینی در نظر گرفته شده بود، ولی بر فرض حمایت مسلمانان از آن‌ها، برای ورودشان به مجلس نمایندگان، مجلس سنا و شوراهای محلی، هیچ نوع محدودیتی وجود نداشت. در چند سال اخیر دوره جمهوری اسلامی در افغانستان، یک نفر از این گروه توسط رئیس‌جمهور در مجلس سنا نیز انتصاب می‌گردید. در این مورد، موضوع سپنتا نیک‌نام، یکی از زرتشتیان ایران در شوراهای محلی قابل دقت است؛ زیرا این شخص بر اساس تبصره ماده ۲۶ قانون شوراهای محلی، مصوب ۱۳۷۵ در حوزه مسلمان‌نشین، نامزد شورای شهر یزد شده و در این انتخابات، برنده گردیده و یک دوره نمایندگی را نیز سپری کرده بود. با این حال، فقهای شورای نگهبان در جریان بررسی صلاحیت نامزدان انتخابات پنجمین دوره شوراهای شهر و روستا، ابلاغیه‌ای را برای جلوگیری از تأیید صلاحیت نامزدهای غیر مسلمان در حوزه مسلمان‌نشین منتشر کردند.^۱ فقهای شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۳ خویش، تبصره یادشده را مغایر نص سخنان امام خمینی در صحیفه نور خواندند و آن را خلاف موازین شرع تشخیص دادند.^۲ با وجود این ابلاغیه، هیئت‌های نظارت بر انتخابات در یزد، نامزدی نیک‌نام را تأیید کردند.^۳

۱. موج باز، «سپنتا نیک‌نام و ماجرای شورای شهر یزد»، بی‌تا، قابل دسترس در: www.mojbaz.com/سپنتا-نیک‌نام-کیست...، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۱۰/۳۰.

۲. شورای نگهبان، نظر ۱۳۹۶/۱/۲۴ فقهای شورای نگهبان. نک: موسوی خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۶)، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۱، ص ۳۱.

۳. موج باز، پیشین.

در نهایت، انتخابات پنجمین دوره شوراهای اسلامی روستا و شهر هم‌زمان با انتخابات دوازدهمین دوره ریاست جمهوری در تاریخ ۱۳۹۶/۲/۲۹ برگزار شد و نیک‌نام در این دوره نیز در حوزه شهر یزد، برنده انتخابات گردید. در دور اخیر، یک نامزد شکست‌خورده این حوزه (علی اصغر باقری)، عضویت نیک‌نام را در شورای شهر خلاف اسلام خواند و به دیوان عدالت اداری شکایت کرد و خواستار توقف و جلوگیری از فعالیت او به عنوان عضو شورای شهر یزد شد. درخواست شاکی به شعبه ۴۵ دیوان عدالت اداری ارجاع و شعبه یادشده به استناد نظر یادشده فقهای شورای نگهبان، طبق مواد ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷ و ۳۸ ق.ت.آ.د.د.ع.ا. دادنامه شماره ۸۴۶ مورخ ۱۳۹۶/۶/۱۳ کلاسه پرونده ۹۶۰۴۵۷ خویش را در قالب دستور موقت به تعلیق عضویت سپنتا نیک‌نام از شورای شهر یزد علیه هیئت نظارت بر انتخابات استان یزد و فرمانداری شهرستان یزد صادر کرد. به این ترتیب، فعالیت نام‌برده در شورای شهر یزد تعلیق شد.^۱

طرح اصلاحی قانون شوراهای در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۴ از سوی مجلس شورای اسلامی تصویب گردید که بر اساس آن، تبصره یادشده به عنوان تبصره ۱ در بند «ز» ماده ۳۰ الحاق شد و پس از ایراد شورای نگهبان، در نهایت، مجمع تشخیص مصلحت نظام آن را در تاریخ ۱۳۹۷/۴/۳۰، موافق با مصلحت نظام تشخیص داد. این گونه بود که سپنتا نیک‌نام دوباره عضویت شورای شهر یزد را به دست آورد. چون برابر ماده ۴ قانون اصلاحی که در تاریخ ۱۳۹۷/۴/۳۰ به تأیید مجمع رسیده، تبصره اخیرالذکر از زمان برگزاری انتخابات دوره پنجم شوراهای اسلامی روستا و شهر لازم‌الاجراست.^۲ بنابراین، بر اساس این اصلاحیه قانون شوراهای، اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی می‌توانند از حوزه مسلمان‌نشین و با رأی مسلمانان نیز وارد شوراهای محلی شوند. نیک‌نام در انتخابات ششمین دوره شوراهای شهر و روستا از حوزه شهر تهران نامزد شد، ولی بنا بر دلایلی، این بار صلاحیت وی رد گردید.

ناگفته نباید گذاشت که در ایران نیز اقلیت‌های دینی شناخته‌شده مندرج در اصل ۱۳ قانون

۱. آزادی، مجید و ایرج حسینی صدرآبادی، «تحلیل و ارزیابی نظر شرعی فقهای شورای نگهبان و رأی دیوان عدالت اداری در خصوص عدم فعالیت آقای سپنتا نیک‌نام در شورای شهر یزد»، چهارمین همایش ملی حقوق؛ ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران، دانشگاه آزاد اسلامی یزد، ۲۶ بهمن ۱۳۹۶، صص ۷۳-۷۴: www.civilica.com/Paper-LAW-MAYBOD04-LAWMAYBOD04_175.html.

۲. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، مجموعه تنقیحی قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۷، صص ۳۴-۳۵.

اساسی دارای تعداد مشخصی کرسی در مجلس شورای اسلامی هستند. برابر اصل ۶۴ قانون اساسی، زرتشتیان و کلیمیان، هر کدام یک نماینده و مسیحیان آشوری و گلدانی مجموعاً یک نماینده و مسیحیان ارمنی جنوب و شمال، هر کدام یک نماینده انتخاب می‌کنند. بنابراین، اقلیت‌های دینی شناخته‌شده از کل نمایندگان مجلس شورای اسلامی، پنج نماینده در این مجلس دارند (تبصره ماده ۲ ق.ا.م.ش.ا). در ذیل این تبصره نیز ترتیب مندرج در اصل ۶۴ قانون اساسی در زمینه سهمیه‌بندی کرسی‌های این اقلیت‌ها بیان شده است. در این زمینه، تفاوتی که نظام حقوقی ایران با افغانستان دارد، این است که طبق نظریه تفسیری مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۸ شورای نگهبان، اقلیت‌های یادشده تنها بر سر همین پنج کرسی با هم رقابت می‌کنند و خارج از آن، حق نامزدی ندارند.

در حالی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، این محدودیت پیش‌بینی نشده بود، به نظر می‌رسد که اگر فردی از اهل هنود و سیک می‌توانست اعتماد مردم را کسب کند، هیچ نوع محدودیتی در این زمینه وجود نداشت و خارج از یک کرسی اختصاصی نیز امکان ورود به مجلس نمایندگان را داشت. به دلیل جا نیافتادن فرهنگ اقلیت‌گزینی، قانون انتخابات، یک کرسی اختصاصی برای هندوها و سیک‌ها در مجلس نمایندگان در نظر گرفته بود.

پیش‌بینی چنین شرایط دشواری برای عضویت غیر مسلمانان در شوراهای (اعم از ملی و محلی) در یک کشور اسلامی، درست و معقول به نظر می‌رسد. منطقی است که غیر مسلمان‌ها تنها از حوزه خویش و با رأی هم‌کیشان خود به کرسی‌های انتخابی راه یابند. در غیر آن، ممکن است عواقب مخربی برای نظام و کشور پدید آید.

ه. حمایت مردمی

حمایت مردمی در این‌جا به آن معناست که تعدادی از رأی‌دهندگان از نامزد شوراهای محلی و دیگر کرسی‌های انتخابی هنگام نامزدی آنان حمایت کنند. در حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، نامزد انتخابات باید فهرستی از اسامی رأی‌دهندگان حوزه انتخابیه خود را با شماره کارت ثبت نام و نشان انگشتشان هنگام ثبت نام به دفتر مرکزی یا ولایتی کمیسیون مستقل انتخابات ارائه می‌کرد. تعداد این تأییدکنندگان در هر کرسی انتخابی حسب مورد فرق می‌کرد. نامزدان شوراهای محلی نیز هنگام ثبت نام در زمان تعیین‌شده درخواست کتبی به کمیسیون مستقل انتخابات ارائه می‌کردند. این درخواست

حسب مورد و با در نظر داشت جمعیت حوزه انتخابی مربوط دربرگیرنده مواردی مانند فهرست اسامی، کارت ثبت نام و نشان انگشت رأی‌دهندگان ساکن در حوزه مربوط و تأیید نامزدان در ورق رأی‌دهی بود. تعداد تأییدکنندگان یا حامی نامزدان در شورای ولایتی، ۶۰۰۲۰۰ نفر، در شورای ولسوالی، ۳۰۰۱۰۰ نفر و در شورای قریه، ۱۰ رأی‌دهنده بود (بند ۱ و جزء ۵ بند ۲ ماده ۷۳ ق. انتخابات).

در قوانین ایران چنین شرطی برای نامزدان دیده نمی‌شود. به نظر می‌رسد که در افغانستان، این شرط به منظور کاهش تعداد نامزدان در نظر گرفته شده بود؛ زیرا اگر کسی که از حمایت حداقل مردمی برخوردار نباشد، نباید خود را نامزد شوراها کند و باعث ایجاد هزینه اقتصادی برای دولت و هدر رفتن وقت کمیسیون‌های مستقل انتخابات و شکایات انتخاباتی در اعلام نتایج و رسیدگی به شکایت‌ها شود. بنابراین، پیش‌بینی شرط حمایت مردمی در حقوق افغانستان معقول و بجا به نظر می‌رسد.

و. ضمانت مالی

این شرط نیز از جمله دو نظام انتخاباتی جمهوری‌های اسلامی افغانستان و ایران فقط در افغانستان پیش‌بینی شده بود. به نظر می‌رسد که منطق این شرط نیز جلوگیری از کثرت نامزدان در انتخابات شوراها محلی بود. چون در صورت نبود این شرط احتمال دارد که هر فردی در انتخابات نامزد شود و باعث ضیاع مالی و زمانی کمیسیون‌های انتخاباتی گردد. از سوی دیگر، ضمانت مالی، نوعی منبع درآمد برای دولت نیز بود. نامزدان مکلف بودند پول پیش‌شرط را حسب مورد در شورای ولایتی، مبلغ ۲۰۰۰۰ افغانی^۱، در شورای ولسوالی، مبلغ ۱۰۰۰۰ افغانی و در شورای قریه، مبلغ ۵۰۰۰ افغانی به کمیسیون مستقل انتخابات بپردازند و در صورت برنده شدن یا کسب حداقل ۲ درصد آرای قانونی در حوزه مربوط، مبالغ یادشده دوباره به نامزد مربوط پرداخته می‌شد (اجزای ۳-۵ بند ۴ ماده ۷۳ ق. انتخابات). کمیسیون مستقل انتخابات مکلف بود پول پیش‌شرط نامزدانی را که درصد آرای قانونی مشخص شده را به دست نیاورند، به حساب واردات^۲ دولت تحویل بانک کند (بند ۵ ماده یادشده). این شرط در ایران پیش‌بینی نشده است. پیش‌بینی این شرط در افغانستان بجا و معقول به نظر می‌رسد و از نگاه این شرط نیز نظام انتخاباتی افغانستان نسبت به ایران برتری دارد.

۱. واحد پول افغانستان.

۲. حساب دریافتی‌های دولت در خزانه کل.

ز. امضای تعهدنامه

در حقوق جمهوری اسلامی افغانستان طبق قانون انتخابات، امضای تعهدنامه نیز از جمله مکلفیت‌های نامزدان بود. در واقع، نامزدان تعهد می‌کردند که در جریان تبلیغات انتخابی، در دوره انتخابات و اعلان نتایج آن، قوانین و مقررات مربوط را رعایت کنند و در صورت برنده شدن یا نشدن در انتخابات، نتایج آن را بپذیرند؛ چون حدود و صلاحیت‌های کمیسیون‌های انتخاباتی و مکلفیت‌هایشان به طور واضح در قانون انتخابات مشخص شده بود و اعضای این کمیسیون‌ها در برابر آن پاسخ‌گو بودند. پس امضای تعهدنامه نیز یکی از شرایط نامزدان بود و در صورت امضا نکردن، نامزدی آنان تأیید نمی‌شد. برابر ماده ۱۰۵ قانون انتخابات، نامزدان، احزاب و ائتلاف احزاب سیاسی، رسانه‌ها، ناظرین و مشاهدین مکلف بودند تعهدنامه تهیه‌شده از سوی کمیسیون مستقل انتخابات را امضا کنند. این امر نیز در قانون شوراهای ایران پیش‌بینی نشده است. هرچند شاید در عمل، چنین تعهدی در انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران نیز عملی شود، ولی در این قانون بازتاب نیافته است. به نظر می‌رسد که پیش‌بینی این شرط نیز از جمله محاسن نظام انتخاباتی افغانستان باشد. در پایان تحقیق باید گفت شرایط بررسی‌شده، مهم‌ترین شرایط پیش‌بینی‌شده در قوانین جمهوری اسلامی افغانستان و ایران بود و برای جلوگیری از به درازا کشیدن بحث به برخی از شرایط سلبی دیگر هم چون نداشتن محرومیت دائمی یا رفع محرومیت موقت که در قوانین این دو کشور بازتاب یافته است، پرداخته نشد. جا دارد که این موضوع در مقاله مستقلی تحقیق شود.

نتیجه‌گیری

نویسندگان پژوهش حاضر در خصوص پاسخ به پرسش شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان شوراهای محلی در نظام انتخاباتی افغانستان و ایران به این نتایج دست یافتند که شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در منظومه انتخاباتی افغانستان و ایران در برخی موارد مشابه است و در بعضی موارد دیگر از هم فاصله دارد. در واقع، شرایطی نیز وجود دارد که تنها در نظام افغانستان آمده است و در نظام ایران وجود ندارد و در مواردی نیز موضوع برعکس است. هر دو نظام در کنار محاسن قابل ارج خود، معایب و کاستی‌هایی نیز دارند که نیازمند اصلاحات لازم است. در زمینه شرایط انتخاب‌کنندگان، دیدگاه هر دو نظام تقریباً یکسان است. داشتن تابعیت و تکمیل

سن ۱۸ سال تمام از جمله شروط مشترک انتخاب‌کنندگان در این دو نظام انتخاباتی است و عدم سوء پیشینه یا اهلیت اخلاقی و ثبت بودن اسم انتخاب‌کننده در فهرست رأی‌دهندگان تنها در نظام انتخاباتی افغانستان بازتاب یافته بود که اعمال این دو شرط دشوار بر انتخاب‌کنندگان، مخالف اصل همگانی بودن رأی است و با دموکراسی سازگاری ندارد. اقامت حداقل یک سال پیش از برگزاری انتخابات در حوزه انتخابیه، شرطی است که تنها در منظومه انتخاباتی ایران تسجیل یافته است. هرچند این شرط می‌تواند به عنوان الزام رأی‌دهنده به تغییر نیافتن سکونت در یک سال آخر دوره شوراهای محلی باشد و در واقع، با حق انتخاب مسکن و محل سکونت که از حقوق شهروندی هر فرد است، سازگاری چندانی ندارد، در زمینه انتخاب درست به فرد کمک می‌کند تا نامزد مناسب را برگزیند. با وجود آن، نظام انتخاباتی ایران با در نظر گرفتن شرایط کم‌تری برای رأی‌دهندگان، زمینه مشارکت هرچه بیش‌تر افراد را در انتخابات مساعد ساخته که این امر نشان‌دهنده برتری آن نسبت به نظام انتخاباتی افغانستان است.

داشتن تابعیت، اكمال سن ۲۵ سالگی و مدارک تحصیلی شرایطی هستند که هر دو نظام برای انتخاب‌شوندگان شناسایی کرده‌اند. نظام انتخاباتی ایران در مورد شرط تابعیت از احتیاط لازم بهره‌گرفته و تابعیت اصلی را معیار دانسته است. در حالی که در افغانستان، تابعیت اصلی و اکتسابی (بدون توجه به مدت اکتساب) شرط است. شرط مدرک تحصیلی در ایران با توجه به سطح شورا و جمعیت حوزه انتخابیه تا مدرک لیسانس پیش‌بینی شده است، ولی مدرک دیپلم به عنوان شرط یکسان برای عضویت در شوراهای ولسوالی و ولایتی مقرر شده بود. در شرط اخیر نیز نظام ایران نسبت به افغانستان برتری دارد.

در منظومه انتخاباتی ایران، یک سلسله شرایط انتزاعی هم‌چون اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه و اعتقاد و التزام عملی اقلیت‌های دینی به جای اسلام به اصول دین خود برای انتخاب‌شوندگان دیده می‌شود. هرچند این شرایط می‌تواند موجب تفسیرهای موسع از سوی ناظران انتخاباتی شود، ولی به دلیل مذهبی بودن نظام جمهوری اسلامی ایران، امری بجاست. از همه مهم‌تر، ابراز وفاداری به قانون اساسی، شرطی است که در قوانین ایران بازتاب یافته است و به یقین، یکی از مزایای نظام انتخاباتی این کشور را تشکیل می‌دهد. این شرط مهم در حقوق افغانستان پیش‌بینی نشده بود. با توجه به سه شرط اخیر نیز محاسن نظام انتخاباتی ایران نسبت به نظام انتخاباتی افغانستان بیش‌تر می‌نماید، در حالی که در افغانستان، هیچ یک از این شروط تسجیل نشده بود.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۲. ارفع‌نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی (جلد ۱)، تهران: بهتاب، ۱۳۹۱.
۳. بزرگمهری، مجید، بررسی تطبیقی نظام انتخاباتی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فرانسه (مجالس قانون‌گذاری ملی و ریاست جمهوری)، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵.
۴. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری)، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۱، ص ۱۷۹.
۵. جعفری، محمد موسی و شوکت علی فرهنگ، نظام‌های انتخاباتی، کابل: بنیاد آسیا، ۱۳۹۸.
۶. عالم، عبدالرحمن، بنیادهای علم سیاست، تهران: نی، ۱۳۹۱.
۷. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۸. مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸.
۹. مدنی، سید جلال‌الدین، کلیات حقوق اساسی، تهران: پایدار، ۱۳۸۵.
۱۰. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، مجموعه تنقیحی قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، تهران: معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۷.
۱۱. نیاز، عبدالوحد، حقوق اساسی مقایسه‌ای، کابل: یوسف‌زاد، ۱۳۹۸.

۲. مقاله

۱. آزادی، مجید و ایرج حسینی صدرآبادی، «تحلیل و ارزیابی نظر شرعی فقهای شورای نگهبان و رأی دیوان عدالت اداری در خصوص عدم فعالیت آقای سپینتا نیکنام در شورای شهر یزد»، چهارمین همایش ملی حقوق؛ ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران، دانشگاه آزاد اسلامی یزد، ۲۶ بهمن ۱۳۹۶، صص ۷۰۳-۷۰۴: www.civilica.com/Paper-LAWMAYBOD04-LAW-MAYBOD04_175.html.

۲. بزرگمهری، مجید، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی ریاست جمهوری ایران و فرانسه»، حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵، صص ۴۵-۵۶.

۳. شمیری، فاطمه، ولی رستمی و بیژن عباسی، «آسیب‌شناسی اختیارات شوراهای اسلامی از منظر تفکیک امور ملی و محلی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره دوازدهم، پاییز ۱۴۰۱، صص ۱۳-۳۶.

۴. عباسی، بیژن و مصطفی جعفری، «بررسی تطبیقی شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان در نظام انتخاباتی مجالس ایران و مالزی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره دوم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، صص ۱۱۵-۱۳۲.

۵. عسگری ده‌آبادی، امیر و عرفان شمس، «برداشت بریتانیایی از تمرکززدایی»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، شماره یازدهم، تابستان ۱۴۰۱، صص ۹۱-۱۱۵.

۶. مولایی، آیت و مهدی معنوی، «مطالعه تطبیقی شرایط داوطلبان مجلس شورای اسلامی ایران و ولسی جرگه افغانستان»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، صص ۷۸۱-۷۶۳.

۳. قانون و مقررات

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۸۲، کابل: وزارت عدلیه، جریده رسمی، شماره فوق‌العاده، نمبر مسلسل ۸۱۸.

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸.

۳. قانون انتخابات جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۴، کابل: وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۲۰۷.

۴. قانون انتخابات جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۵، کابل: وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۲۲۶.

۵. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران در ایران، مصوب ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی.

۶. قانون تنظیم امور شوراهای محلی جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۸، کابل: وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۳۴۲.

۷. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ و اصلاحات بعدی.

۸. کود جزای جمهوری اسلامی افغانستان، ۱۳۹۶، کابل: وزارت عدلیه، جریده رسمی، نمبر مسلسل ۱۲۶۰.

۹. نظر فقه‌های شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۶/۱/۲۴، نامه شماره ۹۶/۱۰۰/۲۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ دبیر شورای نگهبان به روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.

۴. پایگاه اینترنتی

۱. کمیسیون مستقل انتخابات افغانستان، «اعلامیه مطبوعاتی در مورد فهرست رأی‌دهندگان»، ۱۳۹۸/۴/۲۹، قابل دسترس در: www.iec.org.af/prs/media-prs/press-releases-prs/637، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۸/۲.

۲. کمیسیون مستقل انتخابات افغانستان، «فهرست رأی‌دهندگان انتخابات ۱۳۹۸»، ۱۳۹۷/۱۰/۱۱، قابل دسترس در: www.iec.org.af/prs/for-voters/vr-list-2017-prs، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۹/۲۱.

۳. موج باز، «سپنتا نیک‌نام و ماجرای شورای شهر یزد»، بی‌تا، قابل دسترس در: www.mojbaz.com/سپنتا-نیک‌نام-کیست، آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۱۰/۳۰.

امکان سنجی اصلاح آسیب‌های دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری

حسین آئینه نگینی^۱

محمد شعبانی جهرمی^۲

علیرضا مزینانی^۳

چکیده

مستند به اصل ۳۴ قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، حق دادخواهی متناظر با وجود دادگاه شناخته شده است. با این حال، رویکرد قانون‌گذار عادی در رسیدگی به بخشی از دعاوی اداری، ایجاد مراجع شبه قضایی خارج از دادگستری بوده است. نامشخص بودن مبانی این رویکرد در نظام حقوقی ایران، اشکال‌هایی در نظام قضایی و اداری پدید آورده است.

این پژوهش تلاش می‌کند ضمن تحلیل مبانی پیش‌بینی صلاحیت دادرسی اداری برای مراجع شبه قضایی، آسیب‌های ناشی از انجام دادرسی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری را به صورت موردی بررسی کند و راهکارهای اصلاحی برای رفع این اشکال‌ها پیشنهاد دهد. بررسی‌های مقاله نشان داد که تأسیس مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی ایران، پشتوانه اساسی و مبانی معتبر و خدشه‌ناپذیر ندارد. نداشتن مبنای اساسی و پیدایش آسیب‌های دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری از جمله استقلال نداشتن هیئت‌ها، رعایت نشدن قواعد شکلی دادرسی منصفانه، تسلط نداشتن اعضای هیئت‌ها به دانش حقوقی و تخلف‌انگاری بدون مبنا، مبین و مؤید الگوی نامطلوب نظام حقوقی حاکم بر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در ایران است. بر این اساس، با تحلیل و نقد مهم‌ترین پیشنهاد‌های اصلاحی ارائه شده در دیگر پژوهش‌های این حوزه

۱. استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران؛ h.negini@modares.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ mshaabani1997@gmail.com

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران؛ alireza.mazinani.79@gmail.com

پیشنهاد شد ضمن تقسیم کشور به مناطق مختلف (هر منطقه، مرکب از چند استان)، با تشکیل شعب دیوان عدالت اداری در این مناطق، این شعب، جای‌گزین هیئت‌های رسیدگی به تخلفات شوند و در فرض موفق بودن، شعب دیوان عدالت اداری در سطح استان و شهرستان برای رسیدگی به این موضوعات تشکیل گردد.

واژگان کلیدی: دادرسی اداری، هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، مراجع شبه قضایی، دیوان عدالت اداری.

مقدمه

از جمله اهداف حقوق اداری در راستای تأمین منافع عمومی، تنظیم شیوه اعمال صلاحیت‌های ناشی از قدرت عمومی توسط نهادها و مقامات دولتی محسوب می‌شود. بر این اساس، نقش دادرسی اداری در تضمین کارکرد بهینه این بعد از حقوق اداری بی‌بدیل است. ظهور دادرسی اداری از نظر تاریخی هم‌زمان با رشد فعالیت‌های اداری در جهان شکل گرفته و با گسترش مداخلات دولت‌ها در مسائل عمومی توسعه یافته است. دادگاه‌های اداری به مرور زمان و در راستای استقرار عدالت اجتماعی در نظام‌های حقوقی، بخشی از ساختار عدالت قضایی و اداری را تشکیل داده‌اند. در این راستا چون امکان تحدید آزادی‌های شهروندان و وارد شدن لطمه به حدود صلاحیت دیگر اشخاص حقوقی هنگام اداره امور عمومی توسط دولت وجود دارد و هم‌چنین ممکن است بین ارکان مختلف دولت در انجام امور اداری اختلاف رخ دهد، لازم است تا امکان شکایت از اعمال اداری دولت پیش‌بینی شود که تبیین شیوه رسیدگی به این مهم به عنوان دادرسی اداری شناخته می‌شود.^۱

مطابق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دادگاه‌های دادگستری، مراجع عام رسیدگی به تظلمات و شکایاتند.^۲ هم‌چنین دیوان عدالت اداری به طور خاص برای رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به واحدها، مأموران یا آیین‌نامه‌های دولتی پیش‌بینی شده است.^۳ در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار عادی به وجود این نهادهای قضایی اکتفا نکرده و مراجع دادرسی اداری را در بستر دستگاه‌های اجرایی تأسیس کرده است. در قوانین مختلف، با عنوان «دادگاه‌های اختصاصی اداری»، «مراجع شبه قضایی» و «هیئت‌ها و کمیسیون‌های اداری» به این نهادها اشاره شده است.

به عقیده برخی از حقوق دانان، دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران، متأثر از دو الگوی دادرسی اداری یعنی نظام انگلیسی (وحدت رسیدگی) و نظام فرانسوی (ثنویت رسیدگی) است.^۴ با این وجود، به نظر می‌رسد

۱. آیین‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، آیین دادرسی اداری (جلد ۱)، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۲۵.

۲. اصل ۱۵۹ قانون اساسی.

۳. اصل ۱۷۳ قانون اساسی.

۴. گرجی، علی اکبر و یونس فتحی، «آسیب‌شناسی فرآیند دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری: تأملی پیرامون یک الگوی مطلوب»، فصل‌نامه حقوق اداری، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹، ص ۴۹.

که تنها بتوان ایجاد نهاد شورای دولتی پیش از انقلاب اسلامی در ایران را به تأسی از نظام حقوقی فرانسه دانست و نسبت به دیگر مراجع دادرسی اداری صرفاً از شباهت‌ها و تفاوت‌ها با این نظام‌های دادرسی سخن گفت. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، از یک طرف، یک مرجع دادرسی اداری عام به نام دیوان عدالت اداری وجود دارد و این نهاد بیش‌تر نظام حقوقی فرانسه را به ذهن متبادر می‌کند، ولی این دیوان ذیل قوه قضاییه تعریف شده است. نظام حقوقی ایران از این لحاظ که در ساختار ادارات، کمیسیون‌ها، هیئت‌ها و شوراهایی برای رسیدگی به اختلافات و شکایات اداری پیش‌بینی کرده، مشابه نظام‌های حقوقی هم‌چون نظام حقوقی انگلستان و فرانسه است. با این توضیحات می‌توان گفت نظام رسیدگی اداری ایران، تلفیقی از نظام‌های حقوقی فرانسه و انگلیس است؛ بدون این‌که مزایای هیچ کدام از دو نظام را داشته و فارغ از آن‌که به اقتضائات نظام حقوقی کشور در تأسیس آن‌ها توجه شده باشد.^۱

اهمیت موضوع دادرسی اداری و چالش‌های ناشی از ابعاد مختلف آن موجب شده است حقوق‌دانان در کتاب‌ها و مقالات متعددی به این موضوع بپردازند. در بیش‌تر پژوهش‌های صورت‌گرفته در این زمینه، فرض اولیه بر صحیح و نافع بودن تفکیک رسیدگی به دعاوی اداری از دستگاه قضایی و واگذاری آن به مراجع شبه قضایی قرار گرفته است. به همین دلیل، هدف اصلی پژوهش‌های یادشده، مسائلی هم‌چون شناسایی ایرادهای ناظر بر ساختارها، صلاحیت‌ها، فرآیندهای رسیدگی و آرای صادرشده در این مراجع است. این در حالی است که پیش‌بینی مراجع شبه قضایی به صورت عام و هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری به صورت خاص در نظام حقوقی ایران، ایرادهای اساسی و بنیادین دارد. این پژوهش در رویکردی متفاوت با دیگر آثار علمی ارائه‌شده در این زمینه، در پی پاسخ به این سؤال است که مبانی تأسیس مراجع شبه قضایی تا چه میزان با نظام حقوقی حاکم بر دستگاه‌های قضایی و اداری ایران هم‌خوانی دارد؟ در فرض پذیرش اقتضائات تشکیل این مراجع، تحقق راهکارهای ارائه‌شده برای ارتقای جایگاه و کارکردهای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری تا چه میزان امکان‌پذیر است؟ با وجود تلاش‌های صورت‌پذیرفته در پژوهش‌های سابق به نظر می‌رسد راهکارهای ارائه‌شده برای مطلوب‌سازی جایگاه هیئت‌های رسیدگی به تخلفات در نظام حقوقی ایران، معایب و موانع متعددی دارد.

۱. در بخش «استناد به اصل تفکیک قوا و تفسیر آن»، به تفصیل به شباهت‌ها و تفاوت‌های میان دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان خواهیم پرداخت.

بر این مبنا، در این پژوهش به شیوه توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتاب‌خانه‌ای و اسناد به اسناد و قوانین و مقررات، تفکیک مراجع شبه قضایی از دستگاه قضایی و واگذاری صلاحیت دادرسی اداری به این مراجع تبیین و آسیب‌شناسی خواهد شد. سپس با مطالعه موردی اشکال‌های ناشی از دادرسی اداری در بستر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، راهکارهای پیشنهادی برای اصلاح این آسیب‌ها اعتبارسنجی خواهد شد.

گفتار نخست. آسیب‌شناسی مبانی تشکیل مراجع شبه قضایی در نسبت با نظام حقوقی ایران

در بیش‌تر پژوهش‌های صورت‌گرفته در حوزه نقد و بررسی صلاحیت‌ها و کارکردهای مراجع شبه قضایی، رویکرد تفکیک این مراجع از دستگاه قضایی به عنوان رویکردی منطقی و هدف‌مند پذیرفته شده است. از همین رو، در این پژوهش‌ها به ادله این رویکرد برای توجیه آن صرفاً اشاره‌ای مختصر می‌کنیم. پشتوانه نظری ایجاد مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی ایران از جمله موضوعاتی است که حقوق‌دانان آن را کم‌تر نقد و ارزیابی کرده‌اند. این در حالی است که در نگاه اولیه به نظر نمی‌رسد ادله موافقان این تفکیک در تناسب با نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، بنیان و چارچوبی خدشه‌ناپذیر داشته باشد.

در ادامه، اصلی‌ترین مبانی این تفکیک از جمله استناد به اصل تفکیک قوا و تفسیر آن، حجم دعاوی اداری و امکان اطاله دادرسی، ضرورت تخصصی‌سازی رسیدگی به دعاوی اداری و کارکرد داخلی دادرسی اداری را در تناسب با مبانی و ساختار نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نقد و بررسی می‌کنیم.

بند اول. استناد به اصل تفکیک قوا و تفسیر آن

به روایت تاریخ حقوق اداری در اروپا، اولین ادله تفکیک مراجع دادرسی اداری از دستگاه قضایی، تفسیرهای متفاوت از اصل تفکیک قواست که به صورت پرنگ‌تر در کشورهای فرانسه و انگلستان به آن پرداخته شده است. در همان ابتدا، در این دو نظام حقوقی، این تفاسیر شکل یکسانی نداشتند و حتی می‌توان گفت که تفسیر از اصل تفکیک قوا درباره این موضوع در دو نظام حقوقی در تقابل با

یکدیگر نیز شناخته می‌شد. در ادامه، ضمن تبیین استناد به اصل تفکیک قوا در نظام‌های حقوقی یادشده تحلیل خواهیم کرد که پیروی از این مبانی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چگونه خواهد بود.

۱. استناد به اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی فرانسه

تأسیس مراجع شبه قضایی در فرانسه به حوادث پس از انقلاب در سال ۱۷۸۹ برمی‌گردد. به موجب قانون مشهور اوت ۱۷۹۰، محاکم دادگستری از محاکم اداری منفک شدند و دخالت قضات دادگستری در امور مربوط به محاکم اداری ممنوع اعلام شد. در ادامه، ناپلئون به موجب قانون اساسی ۱۳ دسامبر ۱۷۹۹، شورای دولتی را تشکیل داد. در ابتدا، وظیفه این شورا، مشورت‌دهی به اداره‌های دولتی و راهنمایی آن‌ها بود. مطابق قانون اساسی این کشور، هیئت وزیران موظف بود تا لوایح پیشنهادی را به شورای دولتی ارسال و نظر شورا را دریافت کند. در غیر این صورت، موجبات قانونی برای ابطال مصوبه در مراجع نظارتی فراهم می‌شد.^۱

پس از آن، بنا بر فرمان همایونی در ۱۱ ژوئن ۱۸۰۶، فرآیند دادخواهی وارد شورای دولتی شد و در ادامه نیز نقش قضایی شورا به دنبال وضع مقررات تکمیلی افزایش یافت. در همین راستا، قوانین اساسی جمهوری سوم و چهارم انقلاب فرانسه نیز به جایگاه و نقش نظارتی شورای دولتی تأکید داشت. هم‌چنین دادگاه‌های اداری عام از جمله دادگاه اداری بدوی در سال ۱۹۵۳ تأسیس شدند که قسمت اعظم شکایات و اختیارات را بر عهده دارند و در ادامه، دادگاه‌های اداری تجدیدنظر در سال ۱۹۸۷ تشکیل شدند که صلاحیت تجدیدنظر بعضی از احکام دادگاه‌های اداری شهرستان‌ها را بر عهده دارند. سرانجام در سال‌های پایانی ۲۰۰۴، قانونی واحد به نام قانون دادرسی اداری تصویب شد که به موجب آن، ریاست شورای دولتی بر عهده نخست‌وزیر است و در غیاب او، با وزیر دادگستری است.^۲

منشأ تحولات روایت‌شده در نظام حقوقی فرانسه آن بود که رهبران انقلاب فرانسه برای رهایی از دخالت قضات، به لحاظ جدال و رقابتی که بین انقلابیون و قضات محاکم عمومی وجود داشت، از

۱. Lombard, M., "Loi relative élection des conseillers régionaux", Tome 3 Paris, REDA, 2007, pp. 42-43.

۲. نادری فرد، محمد و محمدرضا مجتهدی، «تأثیر اصل تقدم صلاحیت دادگاه‌های اداری در تحقق عدالت در فرانسه؛ با نگاهی به اجرای آن در نظام حقوق اداری ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۸، زمستان ۱۴۰۰، ص ۱۹۲.

تفکیک قوا دفاع کردند. هدف انقلابیون این بود که صدور حکم علیه مقامات اجرایی و دستورهای قضایی خطاب به دستگاه‌های اجرایی، نوعی دخالت قوه قضاییه در قوه مجریه محسوب گردد و این امر، مغایر با تفکیک قوا تلقی شود. در نهایت، به موجب این تحولات، قضات محاکم از صدور حکم علیه مقامات و نهادهای اجرایی منع شدند.^۱ برخی بر این باورند که در ایران نیز به تأسی از قوانین فرانسه و رویکردشان در تفسیر اصل تفکیک قوا، تفکیک دادرسی اداری از دادرسی قضایی پذیرفته شده و به همین منظور با الگوبرداری از شورای دولتی فرانسه، نهادی به نام دیوان عدالت اداری تأسیس گردیده است که همانند شورای دولتی، صلاحیت اختصاصی رسیدگی به دعاوی اداری را دارد.^۲

در واقعیت به نظر نمی‌رسد که بتوان ایجاد نهاد دیوان عدالت اداری و در نهایت، رویه دادرسی اداری در ایران را در پیروی از رویکرد نظام حقوقی فرانسه دانست؛ زیرا اولاً قانون‌گذار اساسی در ایران، نهاد دیوان عدالت اداری را ذیل ساختار قوه قضاییه تعریف کرده است. ثانیاً قانون‌گذار عادی در ایران، مراجع شبه قضایی را خارج از ساختار دیوان عدالت اداری و دستگاه قضایی تعریف کرده است. ثالثاً بنا بر اصول ۳۴ و ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اساساً نمی‌توان تمامی مراحل دادرسی اداری را در خارج از دستگاه قضایی تعریف کرد. دلیل این ممنوعیت آن است که آرای مراجع شبه قضایی، اعمال اداری شبه قضایی تلقی می‌شوند و ماهیت آرای قضایی را ندارند. پس امکان تظلم‌خواهی اشخاص محکوم‌شده در مراجع شبه قضایی و اعتراض به آن‌ها قطعی و خدشه‌ناپذیر است.

۲. استناد به اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، وجود حقوق اداری در ابتدای امر محل تردید بود و پذیرش دیر هنگام حقوق اداری و دادرسی اداری در این کشور موجب شد در آن با نظام حقوقی فربه‌ای روبه‌رو باشیم. البته پیوستن انگلستان به اتحادیه اروپا باعث گردید که این کشور، اصلاحاتی را در مقررات مربوط

1. Cane, Peter, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing, 2009, p. 87.

۲. نادری فرد و مجتهدی، پیشین، ص ۱۹۳.

به دادرسی‌اداری انجام دهد.^۱ در کشورهای آنگلو ساکسون به طور عام و نظام حقوقی انگلیس به طور خاص که از آن به سیستم وحدت دادگاه‌های قضایی و اداری یاد می‌شود، برای مدتی طولانی، دستگاه‌های اداری و دعاوی اداری هم از قواعد و مقررات دیگر دعاوی تبعیت کردند و دادگاه‌های عمومی، مرجع رسیدگی به همه دعاوی بودند.^۲ حقوق دانان انگلیسی با استناد به اصل تفکیک قوا، امر دادرسی را ذاتاً در حیطه صلاحیت‌های انحصاری دستگاه قضایی تعریف می‌کردند و واگذاری آن به مرجعی در ساختار دیگر قوا را موجب خدشه وارد شدن به استقلال دستگاه قضایی می‌دانستند. به همین دلیل، در نظام حقوقی انگلستان تا مدت‌ها از شکل‌گیری دادگاه‌های اداری در خارج از ساختار دستگاه قضایی اجتناب می‌شد.

در نهایت، از ابتدای قرن بیستم میلادی، کمیسیون‌هایی اداری به صورت استثنا در برخی حوزه‌ها به دادرسی‌اداری اقدام می‌کردند که نظارت قضایی دادگاه‌های عمومی بر آن‌ها حاکم بود. در ادامه، به دنبال افزایش تعداد دیوان‌های اداری، راهکارهای مختلفی برای رسیدن به نقطه مطلوب رسیدگی در این مراجع پیش‌بینی شد و در راستای ارائه راه‌حل‌هایی برای اصلاح و انسجام و مطلوبیت رسیدگی در این مراجع، کمیته‌های فرانکس،^۳ دونگمور^۴ و لگیت^۵ پیش‌بینی و تشکیل گردید. سپس در سال ۲۰۰۷ برای سامان‌دهی به کمیسیون‌ها و کمیته‌های اداری تشکیل شده، با ارائه قانون «محاکم اداری، دادگاه‌ها و اجرائیات»،^۶ دیوان‌های اداری به دو سطح یک و دو تقسیم‌بندی شدند.^۷

۳. استناد به اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

اگر بخواهیم با تسامح، ایجاد صلاحیت دادرسی‌اداری برای مراجع شبه قضایی در ایران را متأثر از

1. Cane, Ibid, p. 5.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی: حاکمیت قانون و دادرسی‌اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ، چاپ دهم، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۴۸.

3. Franks Committee

4. Donoghmore Committee

5. Leggatt Committee

6. Tribunals, Courts and Enforcement Act

۷. گرجی و فتحی، پیشین، ص ۳۱.

نظام حقوقی انگلستان بدانیم، همگی این نهادها می‌بایست در قلمرو ساختارهای دیوان عدالت اداری تعریف می‌شدند. اگر بخواهیم ایجاد این صلاحیت را متأثر از نظام حقوقی فرانسه بدانیم، باید دیگر صلاحیت‌های مرتبط با مفهوم دادرسی اداری هم چون تظلم‌خواهی شهروندان از اقدامات اداره و مقررات دولتی نیز منحصر در صلاحیت آن‌ها تعریف می‌شد. این دوگانگی، منشأ بسیاری از اختلاف نظرهای مربوط به تفکیک مراجع شبه قضایی از دستگاه قضایی در ایران شده و در عمل نیز تحقق دادرسی اداری را با چالش‌های متعددی مواجه کرده است.

برای بررسی میزان ظهور و بروز اصل تفکیک قوا در نظام حقوقی ایران می‌توان بیان کرد که مشخصاً با توجه به اصول مرتبط با طراحی و سامان‌دهی نهادهای حاکمیتی در قانون اساسی، این اصل در طراحی و استقرار قوا به کار گرفته شده است. با این وجود، به استناد اصل ۵۷ قانون اساسی و جانمایی قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت، این اصل بر تمام شئون نهادهای حکمرانی ایران حاکمیت ندارد. این موضوع بیانگر آن است که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، اصل تفکیک قوا به عنوان ارزشی بنیادین نیز تلقی نمی‌گردد، بلکه با توجه به رویکرد قانون‌گذار اساسی، تفکیک قوا طریقت دارد و ابزاری است برای استقرار رویکرد تخصصی و مستقل قوای سه‌گانه در نسبت با یکدیگر که زیر نظر ولایت مطلقه امر اعمال می‌شوند. به همین دلیل، در مواجهه با مسائل حقوقی در ایران همانند بسیاری از نظام‌های حقوقی نمی‌توان اصل تفکیک قوا را به عنوان ارزشی بنیادین صرفاً مبنای تصمیم‌گیری و دستاویزی برای سازمان‌دهی ساختارهای حاکمیتی قرار داد و مواجهه با موضوع تفکیک مراجع شبه قضایی از دستگاه قضایی نیز از این مقوله مستثنی نیست.

بند دوم. حجم دعاوی اداری و امکان اطاله دادرسی

قانون‌گذار عادی ایران از بدو تأسیس دیوان عدالت اداری تاکنون همواره عموماً صلاحیت فرجامی رسیدگی به آرای قطعی کمیسیون‌ها و مراجع حل اختلاف اداری را در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار داده است. یکی از مبنای این رویکرد قانون‌گذار را که منجر به تحدید نقش دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع فرجامی در این دعاوی شده است، می‌توان تلاش برای کاهش دعاوی مطرح در دیوان دانست. در مواردی نیز قانون‌گذار عادی بنا داشته است تا نظارت دیوان عدالت اداری بر

مراجع شبه قضایی را اساساً نادیده بگیرد. برای مثال، در اولین لایحه مصوب مجلس شورای اسلامی درباره هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۵، تنها سه مورد از مجازات‌های اداری تعیین شده قابلیت فرجام‌خواهی در دیوان را داشتند. هم‌چنین مطابق با مواد ۵ و ۱۳ این لایحه در خصوص دیگر مجازات‌ها، آرای صادرشده از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات، قطعی و لازم‌الاجرا تلقی می‌شدند و امکان مراجعه به دیوان عدالت اداری برای فرجام‌خواهی از محکومان سلب شده بود. با این حال، شورای نگهبان، مفاد این لایحه را مغایر با اصل ۱۷۳ قانون اساسی شناخت.

اساساً واگذاری تمامی مراحل دادرسی اداری به مراجع شبه قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران امکان‌پذیر نیست؛ زیرا ماهیت رسیدگی به دعاوی اداری در مراجع شبه قضایی با ماهیت کاررویه‌هایی که قانون‌گذار اساسی برای دیوان عدالت اداری تعریف کرده، کاملاً متفاوت است. در حال حاضر، صلاحیت فرجامی دیوان در خصوص این دعاوی بر این مبناست که اقدام به صدور آرا از مراجع شبه قضایی در شمول عمل اداری شبه قضایی قرار می‌گیرد و به همین دلیل، مطابق اصول ۳۴ و ۱۷۳ قانون اساسی می‌بایست قابلیت تظلم‌خواهی در دیوان عدالت برای آن‌ها پیش‌بینی گردد.

از یک منظر، رویکرد قانون‌گذار عادی برای کاستن از دعاوی بدوی مطرح‌شده در دیوان عدالت اداری، رویکردی حکیمانه و منطقی در راستای چابک‌سازی نظام قضایی و اجرای بند ۱ سیاست‌های کلی قضایی مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۸ مقام معظم رهبری است و راه حلی مناسب برای برطرف کردن چالش‌های مرتبط با هزینه‌های دادرسی و طولانی‌شدن فرآیند رسیدگی در دستگاه قضایی به شمار می‌آید. با این حال، پیش‌بینی صلاحیت فرجامی برای دیوان عدالت اداری در خصوص بخشی از دعاوی اداری به معنای کاهش پرونده‌های تشکیل شده در این حوزه نیست، با این توضیح که پرونده‌های یادشده به بخش دیگری از حاکمیت یعنی نهادهای خارج از دادگستری منتقل می‌شود. بر این اساس، در پیش‌گرفتن این رویکرد ممکن است از هزینه‌های مالی و نیروی انسانی تحمیل‌شده بر دوش دادگستری بکاهد، اما در نهایت، این هزینه‌ها به دیگر بخش‌های دولت تحمیل می‌شود.

اساساً در صورت پذیرش مبنای این رویکرد، با تبعات و چالش‌های بسیاری در نظام اداری مواجه

خواهیم شد. استناد به این‌که در هر حوزه‌ای که حجم دعاوی مطرح در آن نسبت به دیگر حوزه‌ها بیش‌تر است، اگر بخواهد به عنوان دستاویزی برای واگذاری صلاحیت دادرسی آن دعاوی به دستگاه‌های اجرایی مربوط تلقی شود، نه تنها با اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل ۳۴، ۱۵۶ و ۱۵۹ هم‌خوانی ندارد، بلکه به صراحت، مغایر بند ۵ سیاست‌های کلی قضایی است که «تمرکز دادن کلیه امور دارای ماهیت قضایی در قوه قضاییه» را به عنوان تدبیری برای اصلاح امور قضایی کشور مطرح کرده است. حتی در فرض پذیرش چنین رویکردی با همین استدلال ممکن است پیشنهاد شود که رسیدگی به دعاوی حوزه خانواده در بستر ساختاری جدید در معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری و رسیدگی به جرایم حوزه اقتصادی در بستر وزارت خانه امور اقتصادی و دارایی انجام گیرد؛ رویکردی که احتمالاً هیچ یک از حقوق دانان نخواهند پذیرفت و بدیهی است با بسیاری از اندیشه‌ها و اصول قانون اساسی و مبانی حقوقی پذیرفته شده تعارض دارد.

بند سوم. ضرورت تخصص‌گرایی در رسیدگی به دعاوی اداری

نداشتن تسلط و تخصص قضات دادگاه‌های عمومی به ابعاد دستگاه‌های اجرایی و فرآیندهای انجام اعمال اداری نیز از دیگر ادله‌ای است که در راستای ایجاد مراجع رسیدگی به دعاوی اداری در بستر دستگاه‌های اجرایی به آن استناد می‌شود. البته به عقیده برخی از حقوق دانان، راهکار حل این معضل، ایجاد دادگاه‌های تخصصی در بدنه دستگاه قضایی با صلاحیت اختصاصی دادرسی اداری است. از نگاه ایشان، امروزه فعالیت‌های اجتماعی و اقتصادی به قدری توسعه و گسترش یافته است که لزوم تخصص در جمیع شئون و فنون به عنوان یک نیاز و ضرورت احساس می‌شود و دانش حقوق و علم قضاوت نیز از این نظر بی‌بهره نمانده است. از این رو، لزوم تشکیل دادگاه‌های اداری که از جمله دادگاه‌های اختصاصی‌اند، به عنوان یک ضرورت اجتماعی احساس و پذیرفته شده است.^۱

در نقد مبنا قرار دادن تخصص نداشتن قضات دادگستری برای تفکیک مراجع شبه قضایی از دستگاه قضایی می‌توان به دو موضوع اشاره کرد. اول این‌که مطمئناً میزان پیچیدگی و تخصصی بودن دعاوی اداری در قیاس با پیچیدگی‌های رسیدگی به طیف گسترده‌ای از جرایم اشخاص یا

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۴۵۹.

دعاوی مطرح ناشی از اختلافات اشخاص حقوق خصوصی تفاوت قابل توجهی ندارد، بلکه تفاوت از نظر ویژگی‌ها و شرایط خاص مربوط است. در غیر این صورت، شاید بتوان هر یک از دعاوی مرتبط با حوزه‌های امنیت، سلامت و اقتصاد را از جهاتی تخصصی‌تر دانست و پیشنهاد رسیدگی به هر یک را در بستر دستگاه اجرایی مرتبط و توسط کارشناسان خبره مطرح کرد که مطمئناً رویکردی نامعقول تلقی می‌شود. دوم این‌که به نظر می‌رسد ظرفیت مواجهه تخصصی با دعاوی مطرح در دستگاه قضایی به طور عام و در دیوان عدالت اداری به طور خاص فراهم است. در این راستا، استعانت از نهاد کارشناسی در فرآیندهای دادرسی و ایجاد و توسعه دادگاه‌ها و شعب اختصاصی در حوزه‌های متعدد از صحت این مدعا نشان دارد. هم‌چنین در حوزه دعاوی اداری اساساً یکی از جهات فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری در بدنه دستگاه قضایی را می‌توان توجه به مواجهه تخصصی با این قسم از دعاوی دانست که می‌توان ضمن اجرا و رعایت اصل در دسترس بودن دادگاه موضوع اصل ۳۴ قانون اساسی، شعب دیوان عدالت اداری را در سطح مناطق کشور و در نهایت در سطح استان‌ها و شهرستان‌ها گسترش داد.

بند چهارم. کارکرد داخلی دادرسی اداری

در برخی نظامات حقوقی به ویژه فرانسه، به تدریج، دادرسی اداری، ابزاری کلیدی برای تأسیس یک سری رویه شد که اشخاص حقوق عمومی و اداره در ساختار خود باید به آن‌ها عمل می‌کردند و به مرور زمان، دادرسی اداری، یک توجیه عقلانی برای کارکرد داخلی اداره و تأسیس اصول سازمانی و قواعد بنیادی از قبیل سلسله‌مراتب اداری با تفویض اختیار شد و برخی روابط درون سازمانی مانند تبادل اطلاعات، همکاری نهاد و سازمان‌ها را شکل داد.^۱

در تبصره ۳ ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز به هدف تنظیم امور داخلی دستگاه‌های اجرایی از طریق تحقق مفاد این قانون اشاره شده است. در عمل به نظر نمی‌رسد که در نظام اداری ایران، تاکنون رسیدگی به تخلفات اداری با قیود و شرایط مندرج در قانون مصوب ۱۳۷۲، ظهور و بروز قابل توجهی در سازمان‌دهی اعمال اداری به واسطه اصلاح و ایجاد رویه‌های کارآمد داشته است. با

1. Barnes, Javier, *The Administrative Procedure in Comparative View*, Oxford Handbook of Comparative Administrative Law (edited by P. Cane), 2019, p. 11.

این حال، به فرض پذیرش این کارکرد در نظام اداری ایران، مسئله قابل تأمل آن است که در صورت انجام دادرسی اداری توسط دستگاه قضایی، آیا تمامی آثار منبث از این کارکرد محو خواهد شد؟ یا این که حقوق اداری، رویه‌های دیگری برای تحقق این مصالح اداره پیش‌بینی نکرده است؟ بدیهی است که هم تحقق دادرسی اداری در دستگاه قضایی منتج به اصلاح رویه‌های دستگاه‌های اجرایی خواهد شد و هم دیگر اقسام نظارت‌های اداری درون سازمانی تعریف شده در حقوق اداری به دنبال تحقق چنین اهدافی هستند. بنابراین، به نظر نمی‌رسد که بتوان کارکرد داخلی دادرسی اداری را بتوان مبنای متقنی برای تأکید بر رسیدگی به دعاوی اداری در بستر مراجع شبه قضایی دانست.

گفتار دوم. تحلیل آسیب‌های دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و ارزیابی راهکارهای اصلاحی

با توجه به موقعیت شغلی و اجتماعی مستخدمین عمومی و هم‌چنین نقش پررنگ آن‌ها در تحقق سلامت اداری، همواره ضوابط حاکم بر رسیدگی به تخلفات اداری در نظام‌های حقوقی اهمیت بالایی دارد. به تشخیص قانون‌گذار عادی در ایران برای رسیدگی به این تخلفات، مراجعی با عنوان «هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری» تعیین شده است که در بستر دستگاه‌های اجرایی تشکیل می‌شوند. پیش از پرداختن به آثار ناشی از رسیدگی به دعاوی اداری در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات ضرورت دارد تا ویژگی‌ها و سازوکارهای حاکم بر دادرسی اداری در این هیئت‌ها به صورت اجمالی تشریح شود تا بتوان در بررسی و تحلیل آن‌ها تدقیق کرد.

با توجه به اختلاف نظر در مورد ماهیت مراجع شبه قضایی و حتی اختلاف نظر در خصوص عنوان این مراجع در نظام حقوقی ایران، تعریف واحدی درباره مراجع رسیدگی به تخلفات اداری وجود ندارد. در ماده ۴۱ قانون بازسازی نیروهای انسانی وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، از عنوان دادگاه‌های اداری استفاده شده بود، ولی پس از این قانون، در قوانین بعدی از جمله قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ از عنوان «هیئت» استفاده شده است.^۱

به لحاظ ساختاری و سازمانی، هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، بخشی از اداره هستند.

۱. صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده کوه‌شاهی، آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۳.

هم‌چنین به منظور هماهنگی در کار آن‌ها و نظارت بر حسن اجرای قانون در هیئت‌ها، هیئت عالی نظارت به ریاست رئیس سازمان اداری و استخدامی کشور و عضویت یک نفر نماینده رئیس قوه قضاییه و یک نفر از بین نمایندگان وزیران یا بالاترین مقام سازمان‌های مستقل دولتی به پیشنهاد رئیس سازمان اداری و استخدامی کشور و تصویب هیئت وزیران تشکیل می‌شود. هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری مانند بسیاری از مراجع شبه قضایی دیگر، تابع مراجع قضایی بالاتر نیز هستند که دیوان عدالت اداری به عنوان عالی‌ترین مرجع رسیدگی به شکایات اداری مربوط به آن‌ها به شمار می‌رود. در خصوص بیش‌تر مراجع شبه قضایی، به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، دیوان، مرجع رسیدگی به شکایات از آرای صادرشده از سوی این مراجع به شمار می‌رود و رسیدگی دیوان از نظر نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها صورت می‌پذیرد. هم‌چنین با توجه به حکم مقرر در ماده ۶۳ و هم‌چنین قسمت ذیل ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، در حال حاضر، صلاحیت دیوان از نظر نوع رسیدگی به اعتراض از آرای مراجع اختصاصی افزایش یافته است و علاوه بر رسیدگی شکلی شامل رسیدگی ماهوی نیز می‌شود.

در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، ترکیب اعضا با تسامح به صورت ترکیب کارشناسان و غیر کارشناسان است. طبق مواد ۶ و ۷ قانون تشکیل این هیئت‌ها، شرط مدرک تحصیلی فوق دیپلم یا معادل آن برای اعضا لازم شمرده و تصریح شده است که در هیئت باید یک نفر آشنا به مسائل حقوقی عضویت داشته باشد. هم‌چنین باید حداقل دو نفر از اعضا این هیئت‌ها از میان کارکنان همان سازمان یا وزارت‌خانه با حداقل پنج سال سابقه کار باشند که همگی صلاحیت‌های خاص قضایی ندارند. این مراجع، مراحل بدوی و تجدیدنظر دارند و آرای صادرشده از هیئت‌های بدوی با اعتراض طرفین قابل تجدیدنظر است و رسیدگی ماهوی در هیئت‌های تجدیدنظر صورت می‌گیرد. باید توجه داشت که برخی آرای هیئت‌های بدوی رسیدگی به تخلفات اداری در خصوص بندهای (الف)، (ب) و (ج) ماده (۹) آن قانون قطعی است و قابل اعتراض و رسیدگی ماهوی مجدد نیست. البته این امر، مانع از رسیدگی به اعتراض از آرای قطعی آن‌ها در دیوان عدالت اداری نیست.

بر خلاف دادگاه‌های عمومی دادگستری، صلاحیت مراجع شبه قضایی اصولاً محدود به موارد مشخص در قانون است و احراز صلاحیت آنان در موارد تردید، محتاج دلیل است. این مراجع

اصولاً دارای صلاحیت ذاتی ترافیعی در امور اداری هستند. صلاحیت ذاتی مراجع شبه قضایی موجب می‌گردد که در حیطه صلاحیت هر یک از این مراجع، هیچ یک از مراجع قضایی یا اداری دیگر نتوانند اعمال صلاحیت کنند.^۱ هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری همانند دادگاه کیفری، تخلفات اداری را بررسی و در صورت وقوع تخلف، به صورت‌های مختلف برای کیفر یا تنبیه شخص متخلف رأی صادر می‌کنند.

رسیدگی ساده، سریع، بدون تشریفات قضایی، غیر علنی، غیر حضوری و رایگان و قاضی نبودن اعضا از جمله ویژگی‌های دادرسی در این مراجع است. هم‌چنین در این هیئت‌ها از شیوه اثبات باز استفاده می‌شود و هیئت‌ها ملتزم به رعایت و بررسی دلایل ارائه‌شده از سوی طرفین نیستند و به هر طریق ممکن و با استفاده از همه ابزارها درصدد کشف حقیقتند.

پیش‌تر با بررسی مواردی که می‌توانست به عنوان مبانی تفکیک مراجع شبه قضایی از دادگستری در نظام حقوقی ایران قلمداد شود، مشخص گردید که هیچ یک بنیان و منطقی خدشه‌ناپذیر ندارند و گاهی پذیرفتن آن‌ها سبب پیدایش چالش‌های جدیدی در نظام اداری می‌شود. در ادامه، چالش‌های گریبان‌گیر نظام اداری ایران را در حوزه رسیدگی به تخلفات اداری بررسی می‌کنیم که به طور کلی، به دو دسته آسیب‌های ناقض حقوق دفاعی متهم و تخلف‌انگاری بدون مبنا تقسیم می‌شوند. سپس با ارزیابی راهکارهای پیشنهادی موجود برای حل این معضلات در ذیل این آسیب‌ها بررسی خواهیم کرد که آیا با به‌کارگیری این راهکارها اساساً می‌توان از این اشکال اجتناب کرد؟ در نهایت، اقدام به اصلاحات پیشنهادی برای کاهش آسیب‌های ناشی از این معضلات با چه موانع و چالش‌هایی مواجه خواهد بود؟

بند اول. مهم‌ترین آسیب‌های ناقض حقوق دفاعی متهم

برخی از اصول کلی حقوق کیفری، تضمیناتی عام و کلی برای تأمین حقوق دفاعی متهم محسوب می‌شود. اگرچه این اصول در قالب حقوق کیفری شناسایی و تعریف شده است، در اقتضای هر دادرسی عادلانه‌ای اعم از کیفری یا اداری باید پیش‌بینی و اعمال گردد. لازمه شناسایی این اصول

۱. نجابت‌خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع شبه قضایی در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۲۰۳.

در قلمرو ضوابط حاکم بر رسیدگی به تخلفات اداری، مبتنی بر ضرورت حمایت قضایی از کارکنان دولتی، احترام به حیثیت و کرامت ذاتی آن‌ها در فرآیندهای دادرسی‌اداری، اجرای عدالت و حفظ برابری افراد در برخورداری از این تضمینات است که در دکتترین حقوق کیفری، صرف‌نظر از مرجع رسیدگی‌کننده بر آن‌ها تأکید شده است. برخی اصول دادرسی عادلانه به دعاوی کیفری و مدنی اختصاص دارد. با این حال، برخی ضمانت‌های اجرای مربوط به مراجع شبه قضایی نیز ماهیت کیفری دارند و پی‌آمدهای مجازات را بر شخص بار می‌کنند.^۱ از این رو، علاوه بر دادرسی‌های کیفری و مدنی، در دادرسی‌های اداری نیز به دلیل بیم از تضییع حقوق احتمالی افراد در مقام دفاع، رعایت آن‌ها الزامی است.

به سبب اهمیت و اثرگذاری احکام صادرشده از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات، این قوانین باید متضمن قواعدی برای تأمین امنیت حقوقی کارکنان در فرآیند دادرسی باشد. بخشی از این رسالت مهم را اصول کلی حقوق کیفری عهده دارند. اصولی هم‌چون اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل تناسب میان جرم و مجازات، اصل شخصی بودن مجازات، اصل فردی کردن مجازات و اصل قضامندی مجازات، ضامن صیانت از حقوق و آزادی‌های متهمان در فرآیند دادرسی هستند.^۲ تحقق این اصول در راستای دادرسی عادلانه، نیازمند رعایت شرایط و مقدماتی هم‌چون استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی و دادرس، تسلط و تخصص دادرسان به دانش اصول و فنون حقوقی، رعایت قواعد شکلی دادرسی منصفانه و هم‌چنین به‌کارگیری استدلال‌های منطقی و مستند در صدور آراست. در ادامه، میزان امکان ملاحظه آن‌ها را در طراحی نظام دادرسی‌اداری در بستر دستگاه‌های اجرایی بررسی خواهیم کرد و در نهایت، به ارزیابی راهکارهای اصلاح آسیب‌های ساختاری و عملکردی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱. ارزیابی راهکارهای استقلال و بی‌طرفی مرجع رسیدگی و دادرس

ایجاد صلاحیت رسیدگی به تخلفات اداری برای سازمان‌های اداری در هر چارچوب و با هر ضوابطی

1. Zhang, J. and Xiaohua Liang, "The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters-Comparing IC-CPR with Chinese Law", Arts and Social Sciences Journal (5), 2010, p. 15.

۲. حسینی، سید حسین و سیده ساعده حسینی، «ضرورت رعایت اصول کلی حقوق کیفری در رسیدگی به تخلفات اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال دهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۳۲، ص ۲.

که باشد، چون این مراجع به لحاظ ساختار و سازمان، وابسته به دستگاه‌های متبوع خودند و در بودجه، محل تشکیل و انتصاب اعضا نیز تابع اراده بالاترین مقام اجرایی دستگاه متبوع خودند و هم‌چنین ناظر عالی آنان از شرایطی مشابه برخوردار است، در نهایت، منجر به استقلال مرجع رسیدگی و دادرس نخواهد شد. با تدقیق در مفاد قانون رسیدگی به تخلفات اداری به نظر می‌رسد که قانون‌گذار عادی در برای ایجاد حداقلی‌ترین شرایط رعایت استقلال هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری هیچ تلاشی نداشته است. در برخی پژوهش‌های انجام‌شده درباره استقلال مراجع شبه قضایی، پیشنهادهایی هم‌چون انتخاب اعضای هیئت‌ها توسط نهادی بی‌طرف، تعیین معیار برای عزل و نصب اعضا، ایجاد شخصیت حقوقی مستقل، تعیین ردیف بودجه مجزا از دستگاه‌های متبوع^۱ و ایجاد تمرکز ساختاری هیئت‌ها در وزارت خانه دادگستری یا معاونت حقوقی دولت^۲ ارائه شده است که هر کدام ایرادهایی دارد.

نهاد بی‌طرف در انتخاب اعضای هیئت‌ها قاعدتاً نمی‌تواند دستگاه یا مقاماتی از قوه مجریه باشند و واگذاری این اختیار به دیگر قوا نیز مغایر با اصل ۵۷ قانون اساسی و استقلال قواست. تعیین ضابطه و معیار برای عزل و نصب اعضا هیئت‌ها می‌تواند نظارت‌پذیر بودن این تصمیمات را بهبود بخشد، ولی در آن قسم از تصمیمات اداری که به عزل و نصب کارکنان مرتبط است، با وضع هر گونه ضوابطی بر این تصمیمات، در نهایت با صلاحیت‌های گزینشی مواجه خواهیم بود. مقام اداری مختار به انتخاب از میان گزینه‌هایی است که ضوابط تعیین شده بر آن‌ها صدق می‌کند و به هر حال، این اختیار در انتخاب، امکان خدشه وارد شدن به استقلال دادرس را فراهم می‌کند. ایجاد شخصیت حقوقی مستقل از دستگاه‌های متبوع برای این هیئت‌ها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ایجاد مؤسسات عمومی دولتی را به ذهن متبادر می‌سازد که این مؤسسات در نهایت باید زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره شوند^۳ و نسبت به دیگر مؤسسات عمومی از جمله مؤسسات عمومی غیر دولتی و شرکت‌های دولتی استقلال کم‌تری دارند و رابطه نظارتی (قیمومیت اداری) شدیدتری بر آن‌ها حاکم است.

۱. گرجی و فتحی، پیشین، ص ۳۷.

۲. ابریشمی‌راد، محمدامین و حسین آیینه‌نگینی، «مطلوب‌سازی جایگاه واحدهای حقوقی و رسیدگی به تخلفات اداری در ساختار دستگاه‌های اجرایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۴، ص ۷۰.

۳. ماده ۳ قانون محاسبات عمومی.

جانمایی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در بدنه معاونت حقوقی دولت یا وزارت‌خانه دادگستری به جهت نظم‌دهی ساختاری، کاهش وابستگی ساختاری و مالی و مهیا شدن امکان نظارت مؤثرتر، پیشنهاد مناسبی برای شرایط فعلی به نظر می‌رسد. در صورت پذیرفتن این راهکار اولاً در خصوص کارکنان وزارت‌خانه دادگستری یا معاونت حقوقی دولت، ایراد سابق هم‌چنان حاکم است. ثانیاً در خصوص دیگر کارکنان دولتی، اگر در راهکار پیشنهادی، هیچ‌گونه رابطه‌ای میان دیگر دستگاه‌های اجرایی با وزارت‌خانه دادگستری یا معاونت حقوقی دولت در مواردی هم‌چون عزل و نصب اعضای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات در نظر گرفته نشود، این رویکرد در تعارض با مبانی تسریع در رسیدگی، واگذاری دادرسی به نهاد متخصص مربوطه و کارکرد داخلی دادرسی‌اداری قرار می‌گیرد. در فرض تصور ارتباط ساختاری در راهکار پیشنهادی یادشده نیز شرایط مداخله و امکان برهم زدن استقلال این هیئت‌ها مهیاست.

۲. ارزیابی راهکارهای تسلط و تخصص دادرسان به دانش اصول و فنون حقوقی

مطابق تبصره ماده ۶ قانون رسیدگی به تخلفات اداری می‌بایست یک نفر آشنا به مسائل حقوقی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات حضور داشته باشد. اشاره نکردن قانون‌گذار به معیارها و ملاک‌های انتخاب این افراد موجب ابهام در اجرای قانون می‌گردد و در عمل نیز در راستای مقصود قانون‌گذار مفید نخواهد بود. در همین راستا، شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۴۰۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۷ با توجه به اشتباه‌های فاحش و مکرر هیئت رسیدگی به تخلفات اداری، به ضرورت آموزش اعضای هیئت یادشده نسبت به قوانین و مقررات رسیدگی به تخلفات اداری اشاره می‌کند.^۱

حال اگر در جهت اصلاح این مفاد قانونی برآییم و درصدد تعیین سنجه‌ها و شایستگی‌هایی برای کارشناسان حقوقی این هیئت‌ها باشیم، در واقع، با ذکر قیود و شروط متعدد متعالی برای کارشناسان حقوقی، از اوصاف قضات محکمه سخن خواهیم گفت، بدون ذکر نام و نشان ایشان. گفتنی است

۱. بخشی از متن رأی شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری: «... این درحالی است که هیئت تجدیدنظر مذکور علت تشدید مجازات را غیبت غیر موجه از مورخه ۱۳۸۹/۵/۱ اعلام کرده است، در حالی که این اتهام جدید (غیبت)، سابقه طرح و رسیدگی قبلی در هیئت بدوی را نداشته و به عبارت آخری، هیئت تجدیدنظر مرتکب اشتباه مجدد دیگری شده که قبلاً به همین علت، رأی سابق آن مرجع در دیوان با وضعیت مشابه نقض گردیده و این موضوع نشانگر ضرورت آموزش اعضای هیئت مذکور نسبت به قوانین و مقررات رسیدگی به تخلفات اداری است...».

این رویکرد در سال‌های اخیر منجر به تعیین قضات قوه قضاییه به عنوان نمایندگان این قوه در تعداد بسیاری از مراجع شبه قضایی گردیده و چالش‌هایی در نظام اداری و نظام قضایی کشور ایجاد کرده است. در تأیید این مدعا می‌توان به اقدام قوه قضاییه برای تصویب «دستورالعمل جامع امور نمایندگان قوه قضاییه و نظارت بر مراجع شبه قضایی» مورخ ۱۳۹۹/۰۱/۰۹ اشاره کرد که در آن تلاش شد تا نابسامانی‌هایی که در زمینه نحوه انتخاب، انجام وظایف و نظارت بر نمایندگان قوه قضاییه در مراجع شبه قضایی فراگیر شده‌اند، تعیین تکلیف شوند.

۳. ارزیابی راهکارهای رعایت قواعد شکلی دادرسی منصفانه

قواعد شکلی دادرسی در برابر قواعد ماهوی به احکامی اطلاق می‌شود که بر اساس آن، فرآیند و شیوه رسیدگی به تخلفات پیش‌بینی می‌گردد. شعب دیوان عدالت اداری در آرای متعددی به رعایت نکردن قواعد شکلی دادرسی منصفانه در دادرسی‌های رسیدگی به تخلفات اداری پرداخته‌اند. مانند دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۴۰۲۹۱۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۰۲ و دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۰۳۵۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۰۱ که به ترتیب به لزوم رعایت مواردی هم‌چون لزوم بررسی ادعای عذر موجه پس از اخراج به دلیل غیبت و صلاحیت نداشتن هیئت برای رسیدگی به تخلف اعلامی از طرف خود اشاره داشته‌اند.^۱

از جمله پیشنهاد‌های حقوق دانان در راستای بهبود رعایت قواعد شکلی دادرسی منصفانه، اختصاص فصلی از قانون رسیدگی به تخلفات کارکنان دولت به بیان قواعد شکلی و آیین دادرسی است که در آن، مواردی هم‌چون روش‌های طرح شکایت، تحقیق و تعقیب، تکمیل پرونده اتهامی، تشکیل جلسه، روند رسیدگی، صدور حکم و به طور کلی، فرآیند دادرسی تشریح گردد تا از پراکندگی فعلی جلوگیری شود.^۲ بدیهی است که این پیشنهاد می‌تواند در بهبود فرآیند رسیدگی به تخلفات اداری در هیئت‌ها تأثیری شایان داشته باشد، اما به راستی، این قواعد شکلی می‌بایست با قواعد حاکم بر مراجع قضایی چه تفاوت‌هایی داشته باشد و از میان آن‌ها می‌توان کدام را حذف کرد و در کدام یک تغییراتی آورد؟

۱. بخشی از متن رأی شعبه ۳ دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۰۱: «... نظر به این‌که ارجاع پرونده شاکی به هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری در تهران به جهت این بوده است که اعضای هیئت بدوی مستقر در آموزش و پرورش مازندران، خود از کسانی بوده‌اند که موضوع تخلف را گزارش نموده‌اند و با این اوصاف، اقدام طرف شکایت به ارجاع پرونده شاکی به هیئتی که محل استقرار آن، محل خدمت و محل ارتکاب تخلف نبوده، موافق انصاف و رسیدگی بی‌طرفانه است...».

۲. گرجی و فتحی، پیشین، ص ۴۶.

واقعیت آن است که در صورت اختصاص نیافتن فصلی جداگانه به آیین دادرسی در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، برخی از قواعدی که به شکل سنتی در مراجع قضایی حاکم است، از میان مفاد این قانون به صراحت حذف شده یا تغییرات قابل توجهی داشته است. نکته قابل تأمل در این زمینه آن است که اگر این تغییرات چه به صورت فصلی اختصاصی در قانون و چه به صورت فعلی آن بنا دارد تا از فرسایشی بودن فرآیند رسیدگی بکاهد و بر کیفیت نحوه رسیدگی بیافزاید، چرا در همان قواعد حاکم بر مراجع قضایی اعمال نشوند؟

با خوانش منتقدانه مفاد قانون فعلی به نظر می‌رسد که بی‌توجهی به منطق حاکم بر این قواعد شکلی موجب گردیده است تا قانون‌گذار عادی، ضوابطی هم‌چون رسیدگی حضوری و علنی، ایجاد فرصت دفاع بر اساس اصل تناظر، رعایت اصل برائت متهمان، تفکیک مرحله تعقیب از فرآیند رسیدگی، تعیین جلسات رسیدگی و ختم رسیدگی، تعیین زمان اطلاع از اتهام و جدایی مقامات تحقیق و تعقیب از دادرسان را تشریفاتی زاید بداند و از اعمال آن‌ها در فرآیند رسیدگی به تخلفات اداری صرف نظر کند. این در حالی است که اساساً قواعد شکلی تدوین شده برای رسیدگی به دعاوی در مراجع قضایی، با وجود ایرادهای وارد شده به برخی از آن‌ها، در طول سالیانی دراز به دلیل ارتقای فرآیند دادرسی در راستای تضمین حقوق طرفین دعاوی، رعایت انصاف و عدالت در صدور آرا با منطقی حقوقی شکل گرفته‌اند.

با وجود اشکال‌های ناظر بر ایجاد تغییر قواعد دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، حال در فرض پذیرش این تغییرات و ایجاد آیین دادرسی متفاوت، از طرفی دیگر، این تغییرات موجب دوگانگی در آیین دادرسی مراجع تالی و عالی^۱ رسیدگی به تخلفات اداری نیز خواهد شد. این در حالی است که آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نیز تا کنون از طریق قوانین مربوط چندین بار دست‌خوش تغییرات قرار گرفته و هم‌چنان هدف قانون‌گذار عادی مبنی بر پیش‌بینی همه قواعد مربوط به صورت جامع و در قانونی واحد محقق نشده است.^۲

۱. منظور از مرجع عالی رسیدگی به تخلفات اداری، دیوان عدالت اداری است.

۲. آیین‌نگینی و ابریشمی‌راد، پیشین، ص ۳۰۳.

۴. میزان رعایت مستدل و مستند بودن آرای صادرشده

حجم بالای پرونده‌های طرح‌شده در دیوان عدالت اداری که مرتبط با آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری هستند، این فرض را به ذهن متبادر می‌سازد که دلایل و مستندات آرای صادرشده این هیئت‌ها برای کارکنان محکوم‌شده مبرهن نیست. هر چند در مفاد قانون رسیدگی به تخلفات اداری به لزوم مستدل و مستند بودن آرای صادرشده اشاره‌ای نشده است، ضرورت و لزوم رعایت آن‌ها از بدیهیات اصول حقوق کیفری به شمار می‌رود و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در راستای تقویت مستند و مستدل بودن آرای صادرشده از این هیئت‌ها در آراییی از جمله رأی مورخ ۱۳۶۹/۰۵/۲۷ به شماره ۶۸/۱۶ و رأی مورخ ۱۳۷۸/۰۸/۲ به شماره ۲۹۸/۷۷ بر این موضوع تأکید داشته است.^۱

بدیهی است که انتظار به‌کارگیری استدلال‌های منطقی و استنادهای قانونی در آرای صادرشده از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در ابتدای امر، در گرو وجود شرایطی هم‌چون استقلال مرجع و دادرس رسیدگی‌کننده، تسلط دادرسان به اصول و فنون حقوقی و رعایت قواعد دادرسی منصفانه است. این در حالی است که با توجه به مراعات نکردن این اصول در ساختار سازمانی مراجع شبه قضایی به نظر می‌رسد که در عمل، ضعف در استدلال‌ها و نقص در استنادهای قانونی این مراجع موجبات نقض تعداد قابل توجهی از این آرا را توسط دیوان عدالت اداری فراهم کرده است. در همین راستا، شعبه ۱۴ دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۱۳۶/۱۴۰۱۴۰۹۹۷۰۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۲ بر رعایت حداقلی‌ترین بدیهیات اصول حقوق کیفری برای مستدل و مستند بودن آرای مراجع شبه قضایی تأکید می‌کند. در این رأی اظهار شده است که محکومیت متهم بدون احراز تخلف و بدون دلایل و مدارک متقن و انکارناپذیر و صرفاً با اظهارات اشخاص دیگر و استنباط شخصی و همگانی، در مغایرت با موازین دادرسی عادلانه قرار دارد.

بند دوم. تخلف‌انگاری بدون مبنا

تخلف اداری، فعل یا ترک فعلی است که ارتکاب آن، مستخدم را مستحق مجازات اداری می‌سازد.^۲ هم‌چنین گفته می‌شود که تخلف عبارت است از تجاوز مأمور دولت از مقررات اداری هنگام انجام

۱. قربانی، فرج‌الله، آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری، چاپ اول، تهران: فردوسی، ۱۳۷۱، ص ۱۰۹.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۵۷.

وظیفه^۱. بسیاری از فعل و ترک فعل‌های کارمندان در رده‌های گوناگون صنفی، شغلی و در رده‌های مختلف اداره‌های دولتی، در قالب کلی و عام جرایم نمی‌گنجد و در نتیجه، در مراجع عام قضایی قابلیت پی‌گیری ندارد. آن‌ها به طور عمده به موقعیت شغلی و سازمانی اشخاص برمی‌گردند و برخاسته از شغل، رده، مقام و موقعیتی هستند که اشخاص بنا بر جایگاه شغلی و صنفی از آن‌ها برخوردارند.^۲ با توجه به رویکرد قانون‌گذار عادی در ایران در خصوص تخلفات اداری به نظر می‌رسد تخلفات بنا بر ماهیت از جرایم جدا و مستقلند و با ایجاد مراجع دادرسی اداری در بستر دستگاه‌های اجرایی، قانون‌گذار عادی به توسعه مفهوم تخلف اداری و افزایش مصادیق مشمول آن اقدام کرده است، بدون آن‌که مبنای این تخلف‌انگاری‌ها مشخص باشد.

مبنای جرم‌انگاری در حوزه حقوق کیفری شامل مواردی هم‌چون برقراری نظم عمومی، جلوگیری از تضییع منافع عمومی و صیانت از هنجارهای مورد احترام اجتماع است. تخلف‌انگاری نیز مانند جرم‌انگاری می‌بایست از مبنای خاص خود برخوردار باشد و درصدد توجیه ضرورت چنین رویکردی در حقوق اداری برآید. در غیر این صورت، نبود چنین مبنای ممکن است چالش‌های جدیدی را در نظام اداری و قضایی کشور نمایان سازد.

اگر تخلف‌انگاری افعالی را که آثار زیان‌بار خفیف‌تری نسبت به جرایم اداری دارند و به تبع، از مجازات خفیف‌تری نیز برخوردارند، به عنوان مبنای تخلف‌انگاری در قانون رسیدگی به تخلفات اداری بپنداریم،^۳ چون در این قانون، مواردی هم‌چون سوء استفاده مالی، رشوه‌ستانی و افشای اسناد محرمانه تخلف‌انگاری شده‌اند و هیچ‌یک از این موارد به عنوان افعال با آثار زیان‌بار خفیف تلقی نمی‌شوند، در نظر گرفتن این مبنا در قانون یادشده منتفی است. یکی دیگر از مبنای تخلف‌انگاری را می‌توان تفاوت در محل اثر فعل یا ترک فعل اداری کارکنان دولتی در نظر گرفت. بر مبنای این رویکرد، آن قسم از افعال زیان‌باری که منتج به اخلاف در امور اداره هستند، به عنوان مصادیقی از تخلفات اداری مشخص می‌شوند. چون در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مواردی هم‌چون

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوقی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۱۴۲.

۲. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبنای نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، شماره ۴۱، ص ۹۷.

3. Tadros, Victor, *the architecture of criminalization*, *Criminal Justice Ethics Journal*, Vol. 28, No. 1, May 2009, p. 75.

استراق سمع بدون مجوز قانونی، شرکت در تحصن، اعتصاب و تظاهرات غیر قانونی، حمل، توزیع و خرید و فروش مواد مخدر و جعل یا مخدوش کردن و دست بردن در اسناد و اوراق رسمی تخلف‌انگاری شده‌اند، در حالی که هیچ یک از این موارد الزاماً اثر مستقیمی در امور اداره ندارند، متصور شدن این مبنا نیز ناممکن است. اساساً نبود حدود و ثغوری برای تمایز مبانی جرم‌انگاری و تخلف‌انگاری در قوانین کیفری و اداری ایران، این موضوع را به ذهن متبادر می‌سازد که قانون‌گذار عادی، تدقیق قابل توجهی در منافع و مصالح عمومی ناشی از این اقدامات ندارد و به همین سبب، نظایر فعل‌ها و ترک فعل‌های تخلف‌انگاری شده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، در موارد متعددی در قوانین کیفری نیز جرم‌انگاری شده‌اند.

نتیجه‌گیری

در برخی نظام‌های حقوقی از جمله فرانسه، پیدایش مراجع دادرسی اداری در پی رخداد‌های سیاسی و تاریخ تحولات حقوق اداری بوده است. در مقابل، در برخی نظام‌های حقوقی دیگر، از جمله نظام حقوقی ایران، ایجاد مراجع دادرسی اداری در بستر دستگاه‌های اجرایی به ابتکار قانون‌گذار عادی و بدون پشتوانه نظری اساسی مشخصی صورت پذیرفته است. از نظر حقوق دانان، چه پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و چه پس از آن، یکی از علل ایجاد این مراجع، دنباله‌روی از دیگر نظام‌های حقوقی بوده است. مباحثه و تضارب آرا درباره این مراجع همواره از مباحث چالشی در میان اندیشمندان حوزه‌های حقوق عمومی و حقوق اداری است. البته محل بحث بیش‌تر این منازعات حقوقی و پژوهش‌های صورت‌گرفته، آسیب‌شناسی و نقد موضوعات مرتبط با مراجع دادرسی اداری به دلیل ارتقای کارآیی و عملکرد آن‌هاست و به نظر می‌رسد از پرداختن به نقد و تحلیل مبنای رویکرد تفکیک مراجع شبه قضایی از دادگستری غفلت شده است.

در این پژوهش درصدد بودیم امکان ارتقای کارکردها و اصلاح آسیب‌های دادرسی اداری را در بستر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات ارزیابی کنیم. در زمینه مبانی تشکیل مراجع شبه قضایی، بررسی‌های انجام‌شده نشان داد که رویکرد استناد به اصل تفکیک قوا به تنهایی نمی‌تواند مبنای معتبری برای سامان‌دهی نظام حقوقی ایران تلقی شود و تفکیک مراجع شبه قضایی از دادگستری بر مبنای آن نیز از این قاعده مستثنی نیست. هم‌چنین واگذاری صلاحیت رسیدگی به

دعاوی اداری به دستگاه‌های اجرایی الزاماً در کاهش حجم پرونده‌های مطرح در دستگاه قضایی ایران مؤثر واقع نمی‌شود و خود به چالش‌هایی جدید و تحمیل هزینه‌های متعددی به نظام اداری ایران می‌انجامد.

ظرفیت رسیدگی تخصصی به دعاوی اداری در بستر دستگاه قضایی از دیگر مواردی است که در تفکیک مراجع شبه قضایی از دادگستری مغفول مانده است و مضاف بر آن، اگر اتکا به رویکرد ضرورت تخصص در دادرسی به عنوان مبنایی معتبر شناخته شود، بر اساس آن، رسیدگی به دعاوی هر حوزه‌ای را می‌توان از صلاحیت دستگاه قضایی خارج کرد که با اصول اولیه حقوق قضایی مغایر است. در نهایت، به کارکرد دادرسی اداری به عنوان منشأ اصلاح و سامان‌دهی اعمال اداری و عملکرد کارکنان دولتی پرداخته شد و بیان گردید که این رویکرد صرفاً از طریق دادرسی اداری توسط مراجع شبه قضایی محقق نمی‌گردد و در حقوق اداری، رویه‌های نظارتی دیگری نیز برای محقق شدن این کارکرد پیش‌بینی شده است.

با توجه به تحلیل ارائه‌شده از نسبت میان مبانی تشکیل مراجع شبه قضایی و اصول و منطق حقوقی حاکم بر نظام حقوقی ایران بدیهی است در طراحی و استقرار این مراجع، مبانی و اقتضائات حاکم بر نظام قضایی و نظام اداری ایران ملاحظه نشده است و آثار این رویکرد را می‌توان در نتایج به دست آمده از عملکرد این مراجع مشاهده کرد. در همین راستا به عنوان مطالعه موردی به آسیب‌شناسی کارکردهای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری پرداختیم و امکان به‌کارگیری راهکارهای اصلاح این آسیب‌ها تحلیل گردید تا مشخص شود با توجه به نبود مبانی متناسب با نظام حقوقی ایران، کارکرد مطلوب دادرسی اداری در بستر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری تا چه میزان امکان‌پذیر است.

با تحلیل اشکال‌ها و ارزیابی راهکارهای اصلاحی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ضمن رسیدن به این نتیجه که برخی از راهکارهای اصلاح این اشکال‌ها با توجه به اقتضائات نظام حقوقی ایران، ناممکن است یا با ایجاد هزینه‌ها و چالش همراه بود، مشخص شد برای جلوگیری از خدشه وارد شدن به حقوق دفاعی متهم نمی‌توان تضمین‌های مناسبی برای استقلال این هیئت‌ها و دادرسان آن در نظام اداری ایران پیش‌بینی کرد. همانا بهره‌گیری از دادرسان مسلط به اصول و

فنون حقوقی در نهایت، منجر به به‌کارگیری همان قضات دستگاه قضایی در این مراجع خواهد شد که خود، باری را بر دوش دستگاه قضایی تحمیل می‌کند. تغییر قواعد شکلی دادرسی مرسوم در دستگاه قضایی بنا بر تشخیص قانون‌گذار عادی می‌تواند در بستر دیوان عدالت اداری نیز صورت پذیرد و در غیر آن، حذف این قواعد با تصور تشریفاتی بودن آن‌ها به معنای فهم نشدن منطق حقوقی حاکم بر آن‌ها خواهد بود.

در نهایت، اشکال‌های وارد شده می‌تواند زمینه‌ساز ضعف در استدلال و نقص در مستندهای قانونی آرای صادر شده از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری شود که نقض تعداد قابل توجهی از آرای این هیئت‌ها توسط دیوان عدالت اداری، اماره‌ای برای صحت این مدعاست. هم‌چنین مبنای تخلف‌انگاری در قانون رسیدگی به تخلفات اداری توسط قانون‌گذار عادی مشخص نیست. با توجه به بررسی‌های صورت گرفته به نظر نمی‌رسد که توسعه قلمرو تخلفات اداری و افزایش مصادیق آن‌که نظایر آن‌ها در قوانین کیفری نیز جرم‌انگاری شده‌اند، در تأمین مصالح و منافع عمومی مؤثر باشد. به واسطه طرح این قبیل پرونده‌ها در دو مرجع جداگانه دادگاه‌های کیفری و هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و هم‌چنین رسیدگی فرجامی دیوان عدالت اداری به آرای صادر شده از این هیئت‌ها، هزینه مضاعفی بر نظام اداری و قضایی کشور تحمیل می‌گردد.

برخی از راهکارهای ارائه شده در پژوهش‌های این حوزه به صورت کوتاه‌مدت می‌تواند برخی از نقایص دادرسی اداری هیئت‌های رسیدگی به تخلفات را کاهش دهد، اما در بلندمدت با توجه به جمیع اشکال‌ها و هزینه‌های تحمیل شده بر نظام قضایی و اداری که در مبنای ناسازگار این مراجع با نظام حقوقی ایران ریشه دارد، ضرورت بازنگری جدی در طراحی الگوی حاکم بر نظام دادرسی اداری ایران را می‌رساند. بر این اساس، از جمله مهم‌ترین این بازنگری‌ها آن است که ضمن تقسیم کشور به مناطق چندگانه، شعب دیوان در این مناطق ایجاد شود و در فرض نتیجه مطلوب، شعب دیوان عدالت اداری در استان‌ها و شهرستان‌ها برپا گردد تا صلاحیت رسیدگی به تخلفات اداری در قلمرو اختیارات این شعب قرار گیرد و در نهایت، زمینه مطلوب‌سازی رسیدگی به تخلفات اداری در چارچوب اجرای اصل ۱۷۳ قانون اساسی فراهم آید. اجرای این پیشنهاد، هزینه‌های مالی و نیروی انسانی قابل توجهی به قوه قضاییه تحمیل می‌کند، ولی اصلاح هر نظام و ساختاری عموماً چنین هزینه‌هایی دارد و آن را نباید مانعی دایمی برای تحول و ارتقای نظام قضایی و اداری کشور شمرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری** (جلد ۲)، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۲. آیین‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، **آیین دادرسی اداری** (جلد ۱)، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوقی**، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۴. صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده کوه‌شاهی، **آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت**، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری تطبیقی: حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ**، چاپ دهم، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۷. قربانی، فرج‌الله، **آرای وحدت رویه دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: فردوسی، ۱۳۷۱.
۸. مولاییگی، غلام‌رضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.

ب) مقاله

۱. ابریشمی‌راد، محمدامین و حسین آیین‌نگینی، «مطلوب‌سازی جایگاه واحدهای حقوقی و رسیدگی به تخلفات اداری در ساختار دستگاه‌های اجرایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۴، صص ۷۸-۵۶.
۲. استوارسنگری، کوروش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۴، صص ۱۵۹-۱۳۵.
۳. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، صص ۹۳-۱۱۰.
۴. حسینی، سید حسین و سیده ساعده حسینی، «ضرورت رعایت اصول کلی حقوق کیفری در

رسیدگی به تخلفات اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال دهم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۳۲، صص ۱۷-۱.

۵. گرجی، علی‌اکبر و یونس فتحی، «آسیب‌شناسی فرآیند دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری: تأملی پیرامون یک الگوی مطلوب»، فصل‌نامه حقوق اداری، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹، صص ۵۲-۲۹.

۶. مؤذنی، روح‌الله، «ساختارهای ناهمسان دادرسی اداری در حقوق ایران و فرانسه»، فصل‌نامه نظریه‌های حقوقی، شماره ۱، ۱۳۹۹، صص ۱۴۴-۱۱۳.

۷. نادری‌فرد، محمد و محمدرضا مجتهدی، «تأثیر اصل تقدم صلاحیت دادگاه‌های اداری در تحقق عدالت در فرانسه؛ با نگاهی به اجرای آن در نظام حقوق اداری ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۸، زمستان ۱۴۰۰، صص ۲۱۳-۱۸۵.

۸. نجابت‌خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع شبه قضایی در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، بهار و تابستان ۱۳۹۶، صص ۲۲۴-۱۹۹.

2. Latin Source

1. Barnes, Javier, **The Administrative Procedure in Comparative View**, Oxford Handbook of Comparative Administrative Law (edited by P. Cane), 2019.

2. Cane, Peter, **Administrative Law**, fifth edition, Oxford University Press, 2011.

3. Lombard, M., "Loi relative élection des conseillers régionaux", Tome 3 Paris, REDA, 2007.

4. Cane, Peter, **Administrative Tribunals and Adjudication**, Hart Publishing, 2009.

5. Tadros, Victor, **the architecture of criminalization**, Criminal Justice Ethics Journal, Vol. 28, No. 1, May 2009.

6. Zhang, J. and Xiaohua Liang, "The Scope of Application of Fair Trial Rights in Criminal Matters-Comparing ICCPR with Chinese Law", Arts and Social Sciences Journal (5), 2010.

آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی

فریده وکیلی^۱

دکتر سعید شریعتی فرانی^۲

دکتر سید مهدی جلالی^۳

چکیده

جنسیت از عوامل کلیدی بهره‌مندی اشخاص از برخی حقوقشان است. بر همین اساس، آن‌گاه که شخصی تغییر جنسیت می‌دهد، تأثیر آن بر حقوق مکتسبه و غیر آن باید بررسی شود. این قبیل اشخاص هم‌چون دیگران از حقوق قراردادی و غیر قراردادی بهره‌مند می‌شوند. در این مطالعه توصیفی و تحلیلی، ابتدا مبانی نظری و سپس آثار تغییر جنسیت بر نظام استخدامی و اداری با روش کتاب‌خانه‌ای مطالعه می‌شود. به منظور گردآوری اطلاعات از فیش برداری استفاده شده است و اطلاعات گردآوری شده از طریق استدلال استقرایی تحلیل می‌گردد.

نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که تغییر جنسیت در کشوری نظیر ایران، مسئله تازه‌ای است و قانون‌گذار هم حکم مشخصی برای این امر مقرر نکرده است. البته در حقوق خصوصی، مباحث بیش‌تری در مورد تغییر جنسیت و آثار آن بر نکاح و قراردادهای صورت گرفته، ولی در خصوص آثار تغییر جنسیت بر حقوق استخدامی، مطالعه‌ای صورت نگرفته است. پیشنهاد می‌شود با تدوین قوانین مناسب مختص به تغییر جنسیت و بیان شرایط لازم برای آن، خلأ موجود در قوانین ایران برطرف گردد. هم‌چنین با برگزاری همایش‌ها، چاپ مقالات در روزنامه‌ها، نشر کتاب، آگاه‌سازی از طریق رسانه‌های جمعی و ساخت فیلم و مستند درباره مشکلات پیش روی چنین افرادی باید برای بهبود افکار عمومی قدم برداشت.

واژگان کلیدی: تغییر جنسیت، آثار فقهی، آثار حقوقی، نظام اداری و استخدامی، ایران.

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، faridehvakili20@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، (نویسنده مسئول)، Shariati19@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران، dr.s.m.jalali52@gmail.com

مقدمه

تغییر جنسیت از مباحث فقهی و حقوقی نوینی است که با پیشرفت علم و تکنولوژی مطرح شده است و در نتیجه آن، جنسیت فرد از مرد به زن یا برعکس تغییر می‌یابد. البته مباحث مربوط به افراد خنثی یا دوجنسی، پدیده‌ای نوظهور محسوب نمی‌شود. آن‌چه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت برخوردار ساخته، پیشرفت دانش پزشکی مخصوصاً دانش جراحی است. این مسئله به لحاظ مباحث فقهی و حقوقی نیز اهمیت دارد. به همین دلیل، اندیشمندان حوزه فقه و حقوق را به تأمل واداشته است و آن‌ها را به بررسی ابعاد مختلف و چالش‌های این قضیه هدایت می‌کند.^۱ یکی از پرسش‌های مطرح در این باره، حکم جواز یا عدم جواز از نظر فقهی و حقوقی است.^۲

از دیدگاه منابع فقهی، تغییر جنسیت، تصرف در مخلوق است، نه در خلقت و چنین عملی اشکال شرعی ندارد. با این حال، در مورد پی‌آمدهای حقوقی تغییر جنسیت به ویژه در زمینه خانواده چندان تحقیق نشده و با این‌که عده‌ای در ایران دچار اختلال جنسیتی هستند، متأسفانه قانون خاصی در این زمینه به تصویب نرسیده است. بررسی آثار فقهی گذشته نشان می‌دهد که مسئله تغییر جنسیت به شکلی که امروزه مطرح است، مورد توجه نبوده؛ زیرا علم پزشکی در گذشته چنان پیشرفتی نداشت که قادر به تغییر جنسیت افراد باشد. البته بحث از احکام خنثی در آثار فقهی گذشته و در روایات وارد شده از اهل بیت (ع) به چشم می‌خورد که نشان می‌دهد این مسئله از زمان صدر اسلام مطرح بوده است. در میان فقه‌های شیعه، اولین کسی که در این زمینه، مسائلی را بیان داشت، امام خمینی (ره) است که در حدود سال ۱۳۴۲، احکام تغییر جنسیت را در جلد دوم کتاب خویش، تحریرالوسیله نگاشت و به جواز آن فتوا داد.

در خصوص پیشینه تحقیق نیز باید گفت تاکنون مطالعاتی درباره آثار فقهی حقوقی تغییر جنسیت صورت گرفته است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. امیرمحمدی (۱۳۹۸) در پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد با عنوان «مشروعیت تغییر جنسیت در نظام‌های حقوقی ایران، مالزی و هلند» اظهار می‌دارد که یکی

۱. کوهستانی، تورج، مجید خزاعی و میثم تارم، «بررسی تقابل تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق»، فصل‌نامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۲۳۳۲.

۲. کریمی‌نیا، محمد مهدی، «تأثیر تغییر جنسیت بر ابقای نکاح»، مجله فقه پزشکی، شماره ۵ و ۶، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲.

از چالش‌برانگیزترین پدیده‌های اجتماعی در جهان امروز، **تراجنسیتی** (ترنس‌جندر) بودن است که بسیاری از پزشکان آن را یک بیماری می‌دانند که باید درمان شود. راهکارهای متعددی برای درمان این بیماری پیشنهاد شده است که مهم‌ترین آن‌ها، تغییر جنسیت از طریق جراحی است. رحمتیان (۱۳۹۶) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد «بررسی تطبیقی تغییر جنسیت و آثار حقوقی آن در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان» اشاره می‌کند که دیدگاه‌های متفاوتی در مورد مشروع یا ممنوع بودن تغییر جنسیت ابراز شده است. وی بر آن است که با بررسی این دیدگاه‌ها، پس از اثبات مشروع و مجاز بودن تغییر جنسیت، آثار فقهی و حقوقی آن را تبیین و نتایج را در حد امکان با حقوق کشورهای انگلستان و فرانسه مقایسه کند. شیعه‌علی (۱۳۹۵) در پایان‌نامه کارشناسی ارشد «تغییر جنسیت در حقوق ایران با نگاهی به نظریات فقه‌های معاصر»، تغییر جنسیت را از دو بعد فقهی و حقوقی ارزیابی و تلاش می‌کند با بررسی دیدگاه‌های مختلف برای رفع تعارض‌های موجود گام بردارد و با تحلیل و بررسی جواز داشتن یا نداشتن تغییر جنسیت، حکم مسئله را در خصوص افراد سالم، ترانس سکشوال و نیز افراد خنثی بیابید و هم‌چنین تعریف جامعی از این پدیده ارائه کند.

بند ۱۸ ماده ۴ قانون حمایت از خانواده، مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ رسیدگی به دعاوی تغییر جنسیت را در صلاحیت دادگاه‌های خانواده می‌داند. این ماده ظاهراً بر جواز تغییر جنسیت دلالت می‌کند، هرچند صراحت ندارد و در خصوص شرایط و آثار تغییر جنسیت نیز مقرر قانونی خاصی وجود ندارد. به غیر از این مورد، در قوانین مدون، تنها جایی که به این موضوع نزدیک می‌شود، ماده ۹۳۹ مبحث ارث در قانون مدنی است.^۱ بیش‌تر آثار موجود در موضوع تغییر جنسیت در حوزه‌های حقوقی و کیفری طرح بحث کرده‌اند و به همین دلیل، بررسی موضوع از نظر استخدامی و اداری، بدیع و جدید است.

استخدام در مشاغل عمومی به سبب جایگاه خدمات عمومی و لزوم کارآمدی دولت در دستیابی به وظایف و اهداف مقرر، نیازمند توجه جدی است. کارآمدی دولت و نهادهای عمومی زمانی محقق خواهد شد که در چارچوب‌های استخدام در مشاغل عمومی مطرح و تبیین گردد و برای چالش‌های موجود و نظام استخدامی مطلوب بتوان راهکارهایی ارائه کرد. ادبیات حقوقی ما در این خصوص و به طور کلی، در باب موضوعات حقوق اداری و پرونده‌های مطرح در این زمینه در مراجع شبه

۱. موسوی مبارکه، محبوه‌سادات و اکرم نوایی لواسانی، «بررسی تغییر جنسیت زنان از دیدگاه فقهی و حقوقی در ایران»، پژوهش‌نامه زنان، سال نهم، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص ۱۱۸.

قضایی و قضایی، موضوع پژوهش‌های حقوقی نبوده است.^۱

در نظام حقوق ایران، در مورد استخدام زنان و اقلیت‌های مذهبی در برخی مشاغل، استثنائاتی بر این اصل وجود دارد، به این صورت که زنان نمی‌توانند در مشاغل نظامی نیروهای مسلح به جز نیروی انتظامی استخدام شوند. اقلیت‌های مذهبی نیز با توجه به شرط پیرو مذهب رسمی بودن رئیس جمهور در اصل ۱۱۳ قانون اساسی و شرط مسلمان بودن قاضی در قانون استخدام قضات نمی‌توانند عهده‌دار این مشاغل بشوند و طبق قوانین استخدامی نیروهای مسلح از استخدام در این نیروها منع شده‌اند.^۲

در نظام حقوقی ایران، حکم قانون اساسی به «ایجاد نظام اداری صحیح و عادلانه» و نیز صراحت قانون مدیریت خدمات کشوری در «به کارگیری اخلاق اسلامی و اداری برای خدمت‌گذاری به مردم و حفظ حقوق شهروندی»، می‌تواند مبنای خوبی برای نهضت اداره مطلوب تلقی گردد.^۳

اهمیت مشاغل عمومی که هدف از آن‌ها، تأمین خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی است، ایجاب می‌کند که قانون‌گذار به منظور انتخاب افراد اصلح و شایسته‌گزینی، شرایط و تشریفات الزام‌آور برای ورود به خدمت در این مشاغل وضع کند که رعایت آن‌ها از سوی افراد داوطلب استخدام ضروری است.^۴ در ادامه سیر قانون‌گذاری در حوزه استخدام در سال ۱۳۸۶ پس از دو بار رد شدن لایحه مدیریت خدمات کشوری توسط شورای نگهبان، بار سوم با اعمال تغییرات فراوان به قانون مدیریت خدمات کشوری بدل شد. این قانون، قانونی مهم در حوزه اداری و استخدامی است که شامل تعاریف روشنی در مورد شرایط ورود به خدمت است. مفاهیمی نو در این قانون ظهور کرده‌اند که اداره خوب، یکی از مفاهیم نوظهور است که در برخی از قوانین اساسی از آن به عنوان حق شهروندان

۱. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق اداری ایران: ماهیت و اصول حاکم»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، شماره ۹۴، ۱۴۰۰، ص ۷۶.

۲. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۱.

۳. حقیقی، حسن و همکاران، نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتوی موازین حقوق بشری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳، ص ۱۲۱.

۴. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: توس، ۱۳۷۶، ص ۱۵۲.

یاد شده است. دکترین اداره خوب به عنوان یک رویکرد جدید بر بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوق اداری اثر گذاشته است.^۱

باتوجه به این موارد و از آن جایی که تاکنون قوانینی جامع در زمینه آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت در ایران وضع نشده، این پژوهش در پی آن است که به بررسی آثار فقهی و حقوقی تغییر جنسیت بر نظام اداری و استخدامی ایران بپردازد.

گفتار اول. مبانی نظری

امروزه بررسی مسئله «تغییر جنسیت» نه تنها از دید پزشکی، بلکه به لحاظ مباحث فقهی و حقوقی نیز اهمیت دارد. البته مباحث مربوط به افراد خنثی یا دوجنسی، پدیده‌ای نوظهور محسوب نمی‌شود. آن چه موضوع تغییر جنسیت را از اهمیت برخوردار ساخته، پیشرفت دانش پزشکی مخصوصاً دانش جراحی است. یکی از پرسش‌های مطرح در این باره، حکم جواز داشتن یا نداشتن آن از نظر فقهی و حقوقی است.^۲

بند اول. ادله جواز فقهی تغییر جنسیت

رویکرد غالب در فقه، جواز تغییر جنسیت است و موافقان تغییر جنسیت برای تقویت نظر خود به برخی اصول و مبانی اشاره می‌کنند که عبارتند از:

الف. اصل اباحه

مطابق اصل اباحه، هر کاری حلال است مگر آن که دلیل صریحی بر حرمت آن وجود داشته باشد. مثلاً اعمالی چون لواط و زنا حرام محسوب می‌شود؛ چون وجود نص صریح قرآن کریم در مورد آن‌ها، دلیل بر حرمت این افعال است. در مورد تغییر جنسیت، چون نص صریحی بر حرمت نداریم، بنا بر اصل اباحه، چنین عملی مشروع است. به تعبیر دیگر، با استناد به اصل اباحه یا قاعده صحت می‌توان تغییر جنسیت را مجاز شمرد. از طرف دیگر، مقتضای اصل عملی، مشروعیت است و

۱. هداوند، مهدی و همکاران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۳۸.

۲. کریمی‌نیا، پیشین، ص ۱۲۲.

از ناحیه ادله، احکامی که بر موضوعات به عنوان مرد و زن بار شده است یا این که جنس مرد باید بر جنسیت خود باقی باشد یا نه، هیچ تعارضی با اصل عملی ندارد. بنابراین، چون دلیلی در لسان شارع بر حرمت داشتن یا نداشتن عمل تغییر جنسیت وجود ندارد، می‌توان با جریان اصول عملیه، مثل اصل برائت، تغییر جنسیت را مجاز شمرد.^۱

ب. قاعده تسلط

دلیل دیگری که برای مشروعیت مطلق تغییر جنسیت می‌توان به آن استناد کرد، قاعده فقهی «الناس مسلطون علی انفسهم» است. برخی فقها برای صحت فروش اعضای بدن به این قاعده استناد کرده‌اند و معتقدند چون این قاعده در سیاق قاعده سلطه مردم بر مالشان است، در نتیجه، همان گونه که مردم حق دارند در مالشان هر تصرفی بکنند، می‌توانند در بدن خود نیز هر نوع تصرفی را انجام دهند که بخواهند و یکی از تصرفات مجاز، به استناد این قاعده، تغییر جنسیت است.^۲

با استناد به این قاعده می‌توان درباره سلطه انسان بر اعضای بدن خود این گونه استدلال کرد که بی‌شک، افراد بر اموال خود تسلط دارند و مختارند هر گونه که بخواهند، در آن اموال تصرف کنند و هیچ کس نمی‌تواند مانعی برای تصرف آن‌ها باشد و قانون‌گذار از این حق حمایت کرده است. بنابراین، بدیهی است وقتی انسان بر اموال خود تسلط دارد، به طریق اولی بر اعضای بدن خود نیز تسلط خواهد داشت. از طرف دیگر، این مسئله مورد پذیرش عقلاست که انسان بر خودش ولایت دارد و زمام تمام امورش نیز به دست خود اوست و همان گونه که بر اموال خود تسلط دارد، بر جسمش نیز تسلط دارد.

بنابراین، هر چند این قاعده عیناً در روایت وارد نشده، ولی در روایات وارد شده در نکاح باکره رشیده آمده است: «عمر بن أذينة، عن أبي جعفر (ع): المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفیهة ولا المولی علیها أن تزویجها بغیر ولی جائز».^۳

۱. خورشیدی، حسن و محمد حسین شعبانی، «بازپژوهشی مبانی مشروعیت تغییر جنسیت با رویکرد قرآنی، روایی و آثار آن در آموزه‌های حقوق کیفری»، پژوهش‌های اعتقادی، کلامی، شماره ۳۷، ۱۳۹۹، ص ۹۰

۲. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵، ص ۱۳۸.

۳. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه (جلد ۲۱)، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۲، ص ۱۲۳.

ج. قاعده اضطرار

تقریر استدلال چنین است که بنا بر ادله واصله شرعی اعم از آیات و روایات، هرگاه مکلف به واسطه قرار گرفتن در شرایط خاصی ناچار به انجام فعلی گردد که در حالت عادی، ممنوع و حرام است، مؤاخذه و عقاب نمی‌شود، بلکه فعل ممنوع، مباح و جایز می‌گردد. البته تحقق اضطرار تابع وجود شرایطی است و به واسطه این قاعده نمی‌توان تغییر جنسیت را مطلقاً مجاز دانست. چون گفته شد این قاعده نمی‌تواند جواز مطلق تغییر جنسیت را ثابت کند، در نتیجه، برخی از محققان گفته‌اند که اگر هم قائل به حرمت انجام عمل تغییر جنسیت در شرایط عادی باشیم، بایستی افرادی را که بنا بر گفته متخصصان، نیازمند عمل‌های تغییر جنسیتند، از این حکم استثنا کنیم.^۱

بند دوم. ادله مخالفان تغییر جنسیت

مخالفان تغییر جنسیت نیز برای بیان نظر خود به ادله‌ای چند استناد می‌کنند که قابل توجه و بررسی است و عبارتند از:

الف. مغایرت با مصالح عمومی

برخی مؤلفان حقوقی بر این باورند که تغییر جنسیت به دلیل مخالفت آن با مصالح عمومی غیر مجاز است؛ زیرا قواعدی که وضع مدنی اشخاص را در جامعه تبیین می‌کند، تنها به خاطر حفظ منافع او وضع نشده است، بلکه هدف این گونه قواعد، تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت، اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن با یکدیگر توافق کنند، چنان‌که به وسیله قرارداد نیز نمی‌توان تابعیت یا جنسیت کسی را تغییر داد.^۲

ب. نداشتن آثار شرعی

عده‌ای از فقها معتقدند تنها تغییر جنسیت واقعی دارای آثار شرعی است. به باور آنان، تغییر جنسیت

۱. رضایی فومنی، امیر و سید محمد رضا آیتی، «وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳، ص ۱۱۶.

۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و یاسر عبدی، «وضعیت فقهی حقوقی تغییر جنسیت»، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۷.

صوری آثار شرعی ندارد و حتی برخی از آن‌ها به حرمت آن فتوا داده‌اند. مقصود این دسته از فقها از تغییر جنسیت صوری آن است که با عمل جراحی، شخص قدرت باروری ندارد که فقها آن را حرام می‌دانند. این در حالی است که تغییر جنسیت واقعی را جراحی کردن عضو تناسلی می‌دانند که با آن، عضو تناسلی واقعی ظاهر می‌شود. این دسته از فقها معتقدند عمل جراحی افراد تراجنسیتی تنها تغییر در آلت رجولیت و انوئیت ایجاد می‌کند و احکام جنس مخالف بر او بار نمی‌شود و تغییر جنسیت واقعی در مورد افراد خنثی اتفاق می‌افتد. با این پیش‌فرض که تغییر جنسیت در اعمال جراحی رایج، تغییر جنسیت صوری است و تغییر جنسیت صوری نیز بنا به فتاوی فقها جایز نیست، اما اگر به تشخیص متخصصان پزشکی و روان‌شناسی، تغییر جنسیت صوری برای افراد ترانس سکشوال ضروری باشد، آیا تغییر جنسیت جایز است؟ به طور خلاصه باید گفت که بیش‌تر فقهای معاصر به جواز این عمل به موجب حرج و اضطراب فرد تراجنسیتی حکم داده‌اند، حتی اگر تغییر جنسیت صوری باشد. اگرچه برخی از آن‌ها برای تغییر جنسیت صوری، عسر و حرجی متصور نیستند و آن را در هر حالی حرام می‌دانند.^۱

گفتار دوم. بررسی تغییر جنسیت در مرحله ورود به خدمت

ادبیات حقوقی موجود در ایران در خصوص آثار تغییر جنسیت بر موضوعات احوال شخصیه و نیز تا حدودی موضوعات کیفری بررسی شده است. با این حال، به اثرگذاری این پدیده بر نظام اداری و استخدامی توجه نشده است. بنابراین، بررسی آثار تغییر جنسیت اشخاص در نظام اداری، موضوعی جدید و مبتلابه است.

بند اول. بررسی برابری در ورود به خدمت برای اشخاص تغییر جنسیت داده

اصل برابری در ورود به خدمت دولتی، یکی از اصول اساسی و نیز حقوق بشری در حوزه حقوق اداری است. بر این اساس، هر گونه اعمال تبعیض در فرآیند جذب و استخدام اشخاص ممنوع است. اطلاق این اصل اقتضا دارد تا در مورد اشخاص تغییر جنسیت داده نیز در مرحله استخدام، برابری رعایت گردد.

۱. صفری، محسن و امیر شاه‌کرمی، «آثار حقوقی تغییر جنسیت بر عقد نکاح در فقه اسلامی و نظام حقوقی کامن‌لا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۲۸۹.

الف. مفهوم برابری فرصت‌های شغلی

اصل برابری فرصت‌های شغلی یا به عبارتی، اصل پذیرش به خدمت و منع تبعیض در استخدام و اشتغال، یکی از مصادیق حقوق بشر محسوب می‌شود. وظیفه قانون‌گذار در هر جامعه‌ای این است که امکانات و تسهیلات طبیعی، اقتصادی و اجتماعی را به طور یکسان در اختیار همه افراد قرار دهد. مفهوم عدالت به طور پیشینی، برابری و مساوات است، اما اگر حقوقی مشروع کسب شود، این حقوق به صاحبانش تعلق دارد و در این موارد، معیار عدالت، رعایت استحقاق و شایستگی و وجود امنیت برای اکتساب است. در حوزه روابط اجتماعی و در چارچوب حقوق تکوینی و تشریعی، عدالت به معنای رعایت موازین لازم‌الرعايه است و در امور اجتماعی بر مبنای توافق و اصول و موازین قرار داده شده طراحی و تنظیم می‌شود. در این حوزه، مهم‌ترین معیار عدالت، «حق برخورداری برابر» از فرصت‌ها، موقعیت‌ها، آزادی‌ها و امنیت اجتماعی شناخته شده است. این حق به نحو پیشینی است، اما وقتی افراد جامعه از این فرصت‌ها در چارچوب موازین لازم‌الرعايه و اصول و موازین توافق شده استفاده و ارزش افزوده ایجاد می‌کنند، حاصل تلاش و زحمت به خودشان تعلق دارد.^۱ بنابراین، وقتی سخن از تساوی و برابری است، منظور، برابری در شرایط برابر است. مثلاً اگر برای احراز شغلی به مدرک دکتری نیاز داشته باشیم، استقرار نظام شایستگی حکم می‌کند که شرایط برابر برای تمامی کسانی که مدرک دکتری هستند، فراهم شود.^۲

ب. برابری فرصت‌ها در قانون اساسی و قوانین عادی

در قانون اساسی نیز بر اصل تساوی زن و مرد در برخورداری از حقوق متنوع انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی تأکید شده است و دقت قانون‌گذار با آوردن «قید موازین اسلامی» به خوبی فهمیده می‌شود. در قوانین و مقررات عمومی استخدام مانند قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش، محدودیتی در استخدام زنان وجود ندارد و تفکیکی بین زن و مرد صورت نگرفته و الفاظ به کار رفته در قوانین، عام است و زن و مرد هر دو را شامل می‌شوند.

۱. دبیرخانه نشست‌های راهبردی، دومین نشست اندیشه‌های راهبردی عدالت، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱، ص ۳۸.

۲. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۴۴.

در قوانین و مقررات استخدامی نهادهای خاص و ارگان‌ها نیز تلاش بر این بوده است تا جایی که امکان دارد، تفاوتی میان آن‌ها لحاظ نگردد. این امر کاملاً مطابق با موازین اسلامی است؛ زیرا تنها در برخی حوزه‌ها، منع وجود دارد و باید به قدر متیقن اکتفا کرد. در همان موارد مصرّح نیز قانون‌گذار تلاش کرده است تا جایی که می‌تواند، قوانین را به گونه‌ای وضع کند که ابزاری برای سوء استفاده علیه نظام جمهوری اسلامی قرار نگیرد و نهادهای به اصطلاح حقوق بشری غرب آن را دستاویزی برای هجمه به نظام قرار ندهند. در برخی موارد هم هدف قانون‌گذار از عام نوشتن الفاظ، پوشش همه زمینه‌ها بوده است؛ چون به کارگیری زنان به عنوان کارمند و مستخدم اداری هیچ گونه منعی ندارد و در برخی موارد هم گریزی از آن شاید نباشد، مانند پزشکان متخصص یا برخی تخصص‌های ویژه. پس بستن دست نهادها و بی‌توجهی به برخی نیازها هرگز منطقی نخواهد بود.^۱

برابری استخدامی، فرآیندی جامع است که کارفرمایان با هدف شناسایی و حذف عوامل تبعیض در امور مربوط به استخدام انجام می‌دهند. مطابق اصل ۲۸ قانون اساسی، ایجاد شرایط مساوی برای احراز مشاغل برای همه افراد، وظیفه دولت است. ماده ۴۳ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز مقرر می‌دارد: «دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در صورتی که در قوانین و مقررات قبلی مورد عمل خود، شرایطی علاوه بر شرایط ماده ۴۲ این قانون داشته باشند، آن را ملاک عمل قرار دهند».^۲

با این وجود، در نظام استخدامی ایران، موارد متعددی از نابرابری در فرصت‌ها وجود دارد که برای مثال، می‌توان به نقض برابری فرصت‌های استخدام برای زنان در نیروی انتظامی اشاره کرد. همچنین، نابرابری در فرصت‌ها در مواردی هم خود را در قالب سهمیه‌های استخدامی متعدد و گوناگون با توجه‌های مختلف از مباحث چالشی و گاه اعتراض‌آمیز در نظام اداری و استخدامی کشور است.^۳

۱. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۱۲.

۲. قهوه‌چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳.

۳. اسماعیلی، محمد و همکاران، «آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲، ص ۴۲.

ج. برابری فرصت‌های شغلی برای اشخاص تغییر جنسیت داده

در قوانین عادی موجود در حوزه حقوق اداری، هیچ تصریحی به حقوق استخدامی این اشخاص نشده و در رویه قضایی در حقوق عمومی و به ویژه رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز حمایت از حقوق اشخاص تغییر جنسیت داده، موضوع آرا قرار نگرفته است. به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاک از رویه دیوان و نیز قوانین عام موجود در این حوزه باید به برابری فرصت‌های شغلی برای این اشخاص صحه گذارد، به این صورت که هیچ شخصی چون تغییر جنسیت داده است، نباید از ورود به نظام اداری و داشتن فرصت شغلی برابر با دیگر افراد جامعه محروم گردد.

هیئت عمومی دیوان بارها در آرای متعدد و به فراخور موضوع به «اصل برابری فرصت‌های شغلی و برابری در ورود به خدمت» تصریح کرده است. برای مثال، در رأی وحدت رویه شماره ۱۴۱۱ مورخ ۱۳۹۷/۶/۲۰ با موضوع ابطال بند ۴ دستورالعمل بانک مرکزی در خصوص اعمال برخی شرایط در آزمون استخدامی سال ۱۳۹۴، صراحتاً درج شروط مورد نظر را مصداق بارز تبعیض ناروا و مغایر با اصل برابری فرصت‌ها مندرج در ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌داند.

بند دوم. تبعیض مثبت و بررسی موضوع

تبعیض مستقیم عبارت است از بی‌توجهی به اشخاص معلول، زنان ناتوان و گروه‌های آسیب‌پذیر و اقلیت‌های قومی، نژادی و دینی و تحقیر آنان از طریق ارتکاب یک فعل ایجابی مانند آن‌که با تصویب قوانین و مقرراتی مانع دسترسی اشخاص معلول یا هر گروه دیگری به مشاغل، امتیازات یا امکانات و تسهیلات خاصی شویم. تبعیض غیر مستقیم می‌تواند دارای همان آثار نامناسب مورد اخیر باشد، اما آن را باید به سرنوشت آن‌ها به صورت یک ترک فعل تعریف کرد. بنابراین، تبعیض مستقیم به تبعیضی گفته می‌شود که با یک فرد بر مبنای زمینه منعی، به طور تبعیض‌آمیز برخورد شود.

تبعیض همیشه جنبه منفی ندارد و در معنای دوم مثبت است. در این معنا، تبعیض، اعطای امتیازاتی است که به گروهی که در این حوزه ضعیف واقع شده است. سیاستی که در حمایت از معلولین، زنان و اقوام و اقلیت‌ها در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو، تبعیض‌های منفی از بین برود و از سوی دیگر، تبعیض‌های مثبت به نفع افراد یادشده لحاظ شود. بنابراین، تبعیض مثبت سعی دارد بدون آن‌که هیچ تبعیض غیر قانونی رخ دهد، با اصلاحاتی

منطقی و منصفانه، فرصتی حقیقی برای غلبه بر زیان‌ها و آسیب‌های ساختاری فراهم آورد که در خدمات‌رسانی به گروه‌های تحت حمایت ایجاد شده است.^۱

تبعیض مثبت به آن دسته از سیاست‌ها و دستورالعمل‌هایی اطلاق می‌شود که قانون‌گذار به شکل موقتی و مخصوص به دوره‌ای خاص استفاده می‌کند تا به وسیله آن‌ها، تفاوت‌های حقوقی ناشی از شرایط خاص گروهی در اجتماع از قبیل رنگ، نژاد، جنسیت، زبان، عقیده، اصالت قومی و ملی را با هدف رفع نابرابری‌های ایجادشده در گذشته یا حال جبران کند. در نتیجه، این امر باعث خواهد شد تا منافعی به نفع گروه‌هایی خاص از افراد در یک اجتماع و به زیان گروه‌هایی دیگر از اشخاص با هدف جبران نابرابری‌های ایجاد شده به وجود آید. سیاستی که در حمایت از معلولین، زنان و اقلیت‌ها در پیش گرفته می‌شود، باید بر این محور قرار گیرد که از یک سو، تبعیض‌های منفی از بین رود و از سوی دیگر، تبعیض‌های مثبت به نفع افراد یادشده لحاظ شود.^۲

مطابق بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، «رفع تبعیض ناروا»، یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران برای رسیدن به اهداف مندرج در اصل ۲ این قانون است. بنابراین، به طور کلی، طبق قانون اساسی ایران، ممنوعیت تبعیض شامل همه انواع آن نمی‌شود و به نظر می‌رسد مفهوم تبعیض مثبت در ایران وجود دارد.^۳ در نظام حقوقی ایران، قوانینی در مورد برخی اشخاص به تصویب رسیده است که با رویکرد تبعیض مثبت، زمینه استخدام گروه‌های خاص مانند معلولان را فراهم آورد. قانون حمایت از معلولان مصوب ۱۳۹۶ در کشور به مسائلی مانند مناسب‌سازی، دسترسی‌پذیری و تردد و تحرک، خدمات بهداشتی، درمانی، توان‌بخشی، امور ورزشی، فرهنگی، هنری و آموزشی، فرهنگ‌سازی و ارتقای آگاهی‌های عمومی، حمایت‌های قضایی و حمایت‌های اداری و استخدامی پرداخته است. ماده ۱۰ این قانون نیز گام مهمی در زمینه اشتغال معلولان برداشته است.^۴

۱. مؤمنی‌راد، احمد و ساناز بهبودی کلهری، «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

۲. بلوردی، طیبه، «بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی»، زن و جامعه، سال یازدهم، شماره سوم، ۱۳۹۹، ص ۲۸.

۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰، ص ۹۷.

۴. پروین، خیرالله و محمدشعیب عارفی، «بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان در حقوق ایران، آمریکا و

بنابراین، با توجه به نبود قوانین حمایتی در مورد اشخاص تغییر جنسیت داده شایسته است قوه مقننه با وضع قانونی مناسب در حوزه استخدامی و قوه مجریه نیز با تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی از آنان حمایت کنند.

بند سوم. لزوم رعایت شایستگی در استخدام

استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخص به خدمت دولت در یکی از وزارت‌خانه‌ها یا شرکت‌ها یا مؤسسات دولتی است. در حقوق اداری، این واژه، مفهومی گسترده دارد و شامل گروه‌های مختلفی است که در خدمت اشخاص حقوق عمومی هستند و برای آن‌ها کار می‌کنند. اصول حاکم بر استخدام عبارت است از: اصل برابری فرصت شغلی، اصل حقوق مساوی برای کار مساوی، شایسته‌سالاری، ثبات شغلی، اصل حق دفاع از حقوق شغلی، اصل تأمین رفاه کارکنان، اصل رعایت انضباط اداری، اصل آموزش کارکنان و اصل قانونی بودن استخدام عمومی دولتی.^۱

رعایت شایستگی از دیگر ملاک‌های قانونی برای استخدام است. رعایت شایستگی، پاسخی به این سؤال است که میان گزینه‌های موجود، گزینه بهتر کدام است. تشخیص بهترین افراد در دو صورت قابل بررسی است:

الف) بهترین افراد از بین متقاضیان که مربوط به اصل عدالت است.

ب) داشتن بهترین متقاضیان که مربوط به مسئله کارآمدی است.

نکته ثقل در رعایت اصل شایستگی این است که با توجه به ملاک‌های قانونی و معین، کدام گزینه برای ورود به خدمت شایسته‌تر و مفیدتر واقع خواهد شد. تفکیک رعایت شایستگی در دو عنصر فردی و سیستمی، مشمول نظارت قضایی نیز خواهد بود.^۲

بدون تردید، نظام اداری و استخدامی کارآمد و شایسته زمانی برقرار می‌شود که توانایی جذب و به کارگیری افراد لایق را داشته باشد و بتواند آنان را بر اساس معیارهایی مانند تخصص، کارایی،

هند، «مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱۴۰۱، ۲۴، ص ۱۵.

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۳۶.

۲. قهوه‌چیان، پیشین، ص ۱۲۱.

خلافت، اخلاق حسنه و مانند آن جذب و پذیرش کند و بعد ارتقا یابند. هم چنین این نظام باید به گونه ای سازمان دهی شود که این افراد را حفظ و از خروج و جذب آن ها به سازمان های دیگر جلوگیری کند. پذیرش افراد بر اساس وابستگی های قومی، مذهبی، سیاسی، دوستی و مانند آن خلاف اصل یاد شده است و در عمل موجب ورود افراد ناشایست به خدمت می شود.^۱

مطابق جزء «ت» بند (۴-۱)، برنامه راهبردی تحول نظام اداری (۱۳۷۷)، تدوین شده توسط سازمان امور اداری و استخدامی کشور به عنوان یکی از اصول مبنایی بر «حاکمیت شایسته‌گزینی»، تأکید و ذیل راهبردهای کلان، نهادینه کردن عدالت و شایسته‌گزینی در نظام های اداری و نگرش مدیران و توسعه منابع انسانی مقرر شده است. این برنامه راهبردی، زمینه مناسبی برای الزام به شایسته‌گزینی فراهم کرده است. هم چنین بر اساس بند ۴ سیاست های کلی نظام اداری، «دانش‌گرایی و شایسته‌گزینی مبتنی بر اخلاق اسلامی در نصب و ارتقای مدیران» از بایسته های نظام اداری ایران محسوب می‌گردد که تحقق آن، حاصل برداشت مبتنی بر حاکمیت قانون است.^۲

بر این مبنا، در فرآیند جذب و استخدام اشخاص باید صرفاً به معیارهای شایسته‌گزینی توجه کرد و در این فرآیند، تغییر جنسیت اشخاص نباید در فرآیند جذب و استخدام اشخاص اثر بگذارد.

گفتار سوم. بررسی تغییر جنسیت در حقوق و مزایا

در نظام حقوقی ایران، تغییر جنسیت، آثار اجتماعی فراوانی دارد؛ زیرا حقوق و تکالیف جنس مذکر و جنس مؤنث در حقوق ایران متفاوت است. برای مثال، بر اساس قانون اساسی، زنان در ایران از رسیدن به مقام ریاست جمهوری محرومند: «رییس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی، مدیر و مدبر و... انتخاب گردد». عده زیادی معتقدند طبق این اصل، زنان حق ندارند به ریاست جمهوری برسند. پس اگر رییس جمهوری در ایران تغییر جنسیت بدهد، بلافاصله سمت و صلاحیت وی ساقط می‌گردد.^۳

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۳۶.

۲. غمامی، سید محمد مهدی و سید حسین حسینی، «شایسته‌گزینی در نظام حقوق استخدامی ایران و آمریکا»، فصل نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷، ص ۷۷.

۳. امامی، اسدالله، «آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دوجنسی»، دانش نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۷.

مراد از حق مکتسب، حقی است که در زمان تحقق و ایجاد، طبق قانون صالح و با رعایت تمام شرایط تحقق آن کاملاً محقق شده است. بنابراین، منظور از حق مکتسب در این بحث، حقوقی است که شخص قبل از تغییر جنسیت به لحاظ جنسیت سابق و طبق قانون به دست آورده است. مراد از حق غیر مکتسب، حقی است که شخص در گذشته به اعتبار جنسیت سابق نمی‌توانست از آن متمتع شود یا نمی‌توانست آن را استیفا کند، ولی بعد از تغییر جنسیت به اعتبار جنسیت جدید، قصد دارد آن را استیفا کند.^۱

فرض مورد نظر در این گفتار، حالتی است که شخص به استخدام دولت درآمده و سپس تغییر جنسیت داده است که این مسئله در برخی حقوق و مزایای استخدامی او اثر خواهد داشت. در قوانین عام اداری و استخدامی، برخی مزایا، خاص کارمندان زن و برخی مختص کارمندان مرد است و به همین دلیل، بعد از تغییر جنسیت کارمند، برخی حقوق استخدامی وی دچار تغییر و تحول خواهد شد که شایسته بررسی است.

بند اول. اصل پرداخت حقوق و مزایا بر مبنای عوامل شغل و شاغل

بر اساس ماده ۶۴ از فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری با عنوان «حقوق و مزایا»، «نظام پرداخت کارمندان دستگاه‌های اجرایی بر اساس ارزش‌یابی عوامل شغل و شاغل و سایر ویژگی‌های مذکور در مواد آتی خواهد بود.» منظور از عوامل شغل، مواردی مانند پیچیدگی، سختی و دشواری وظایف است که ناظر بر شغل مورد تصدی کارمند است و منظور از عوامل شاغل، عواملی مانند سن و تحصیلات است که ناظر بر شخص کارمند است. در این مورد، عوامل شغل و شاغل در اشخاصی که تغییر جنسیت داده‌اند، تغییری نخواهد کرد.

بند دوم. حقوق و مزایای مربوط به عایله‌مندی

در ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، فوق‌العاده‌هایی پیش‌بینی شده است. بر اساس بند ۴ این ماده، «کمک‌هزینه عایله‌مندی و اولاد به کارمندان شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر می‌باشند، معادل ۸۰۰ امتیاز و برای هر فرزند، معادل ۲۰۰ امتیاز و حداکثر،

۱. باریکلو، علی‌رضا، «آثار حقوقی تغییر جنسیت»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۸۳، ص ۱۱۶.

۳ فرزند. حداکثر سن برای اولادی که از مزایای این بند استفاده می‌کنند، به شرط ادامه تحصیل و نیز غیر شاغل بودن فرزند، ۲۵ سال تمام و نداشتن شوهر برای اولاد اناث خواهد بود.» هم‌چنین برای کارمندان زن شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر نباشند یا همسر آنان معلول یا از کارافتاده کلی باشد یا خود به تنهایی متکفل مخارج فرزندانند، از مزایای کمک‌هزینه عایله‌مندی موضوع این بند بهره‌مند می‌شوند. فرزندان معلول و از کارافتاده کلی به تشخیص مراجع پزشکی ذی‌ربط مشمول این محدودیت سقف سنی نیستند. حال در صورت تغییر جنسیت، مزایای مربوط به این ماده در مورد کارکنان تغییر خواهد کرد.

گفتار چهارم. بررسی تغییر جنسیت در خروج از خدمت

خروج از خدمت کارکنان در چند فرض قابل تحقق است. یکی از این موارد، بازنشستگی در مشاغل سخت و زیان‌آور و نیز بازخریدی است.

بند اول. بازنشستگی بر اساس مشاغل سخت و زیان‌آور

به موجب بند الف ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، حداقل سابقه برای بازنشستگی، ۳۰ سال ذکر شده است. تبصره ۱ ماده مزبور، این سابقه را برای متصدیان مشاغل سخت و زیان‌آور صرفاً تا ۵ سال کاهش داده است. از این رو، با کاهش سابقه متصدیان مشاغل سخت و زیان‌آور صرفاً به میزان ۵ سال، حداقل سابقه لازم برای بازنشستگی، حداقل ۲۵ سال خدمت خواهد بود و فرض بازنشستگی با سابقه کم‌تر از ۲۵ سال، نقض مستندات قانونی خواهد بود. مطابق تبصره ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، احتساب حداقل سن برای بازنشستگی در مشاغل سخت و زیان‌آور کارکنان دولت، برای مردان، ۵۵ سال است و زنان از احراز شرط حداقل سن بازنشستگی معاف هستند.^۱

چون سن بازنشستگی برای زنان و مردان در بازنشستگی پیش از موعد مشاغل سخت و زیان‌آور مؤثر است، موضوع تغییر جنسیت نیز در این حوزه واجد آثار حقوقی است.

۱. حیدرنژاد، ولی‌الله و همکاران، «بهره‌مندی از مزایای اشتغال در مشاغل سخت و زیان‌آور در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، ص ۶۲.

بند دوم. بازخریدی

بازخریدی در قانون مدیریت خدمات کشوری در دو مورد پیش‌بینی شده است. یکی بر اساس ماده ۴۸ قانون مدیریت خدمات کشوری. در این مورد، در صورت کسب نتایج ضعیف در ارزیابی عملکرد، کارمند بازخرید خواهد شد. حالت دیگر، بازنشستگی پس از مدت یک سال آمادگی به خدمت است که در صورت دارا بودن شرایط بازنشستگی، کارمندان بازنشسته خواهند شد و در غیر این صورت، با دریافت یک ماه و نیم حقوق و مزایای مستمر به ازای هر سال سابقه خدمت، از خدمت دولت بازخرید خواهند شد. در قانون استخدام کشوری که در موارد سکوت قانون مدیریت هم‌چنان معتبر است، به موضوع بازخریدی کارکنان اشاره شده است. به موجب تبصره ۱ الحاقی به ماده ۷۴ قانون استخدام کشوری، «کلیه شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، شهرداری‌ها، بانک‌ها، مؤسسات و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است، می‌توانند مستخدمین رسمی یا ثابت یا دارای عناوین مشابه خود در مشاغل غیر تخصصی را بر اساس درخواست کتبی آنان و موافقت بالاترین مقام دستگاه اجرایی مشروط به این‌که بیش از بیست سال سابقه خدمت داشته باشند، بر اساس سنوات خدمت، بازنشسته و در صورتی که سابقه خدمت آنان، کم‌تر از ۲۰ سال باشد، بازخرید نمایند».

در این خصوص نگاهی به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل توجه است. به موجب دادنامه شماره ۱۶۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۸ با موضوع اعمال ماده ۹۱ قانون دیوان نسبت به دادنامه شماره ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴، به شرح مقرر تصمیم‌گیری کرده است: «با توجه به این‌که مفاد تبصره ۱ قانون اصلاح تبصره ۱ ماده ۷۴ قانون استخدام کشوری و الحاق سه تبصره به آن مصوب ۱۳۶۵، به موجب قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی، مصوب ۱۳۶۶ اصلاح و مقید شده است و به موجب آن مقرر گردیده بازنشستگی بر اساس تبصره ۱ ماده ۷۴ و نیز مقررات خاص دستگاه‌های دولتی منوط به داشتن حداقل ۴۵ سال سن برای مستخدمین زن و ۵۰ سال برای مستخدمین مرد خواهد بود؛ بنابراین، اطلاق رأی وحدت رویه شماره ۱۵۰۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری واجد ایراد بوده و مستنداً به ماده ۹۱ قانون دیوان لغو می‌گردد».

با توجه به این رأی، بازخریدی برای زنان و مردان مستخدم مشروط به ۴۵ و ۵۰ سال شده است و با تغییر جنسیت، موضوع سن بر بازخریدی کارکنان اثر می‌گذارد.

گفتار پنجم. بررسی تغییر جنسیت در حمایت‌های تبعی

بند اول. مرخصی‌ها

برای حمایت از زنان، برخی از مرخصی‌ها در نظام حقوقی صرفاً برای کارمندان زن در نظر گرفته شده که مرخصی زایمان از آن جمله است. به نظر می‌رسد در خصوص افرادی که از جنس مذکر به جنس مؤنث تغییر جنسیت می‌دهند، امکان بارداری و وضع حمل مانند دیگر زنان وجود ندارد. با این حال، با توجه به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و با وحدت ملاک از برخی آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان می‌توان مرخصی نه ماهه را برای شخصی پذیرفت که پس از تغییر جنسیت به زن از طریق فرزندخواندگی، سرپرستی فرزندی را پذیرفته است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۵۵۷ مورخ ۱۴۰۰/۶/۲۳ که در خصوص ابطال بندهایی از بخش‌نامه شماره ۱۲۶۳۱/۹۵/۱۰۰۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱ سازمان تأمین اجتماعی بوده است، تصریح می‌کند: «الف) اولاً: مطابق تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۰، مدت مرخصی زایمان برای مادران ۹ ماه تعیین شده است. ثانیاً: ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست که پس از قانون فوق‌الذکر در تاریخ ۱۳۹۲/۶/۳۱ به تصویب رسیده، مقرر می‌دارد: «شخصی که سرپرستی افراد تحت حمایت این قانون را برعهده می‌گیرد، از مزایای حمایتی حق اولاد و مرخصی دوره مراقبت برای کودکان زیر سه سال (معادل مرخصی دوره زایمان) بهره‌مند می‌باشد.» بنا به مراتب فوق، بند ۱ و قسمت اول بند ۵ بخش‌نامه شماره ۱۲۶۳۱/۹۵/۱۰۰۰/۱۳۹۵/۱۲/۱ سازمان تأمین اجتماعی در حدی که برای زنانی که طبق قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست، کودکان زیر سه سال را به فرزندی قبول می‌کنند یا از طریق اجاره رحم زن دیگری، صاحب فرزند شده، مرخصی ۸۴ روزه تعیین کرده است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

ب) با توجه به این‌که حکم مقرر در ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست ناظر به اشخاصی است که سرپرستی افراد تحت حمایت این قانون را برعهده می‌گیرند و صرفاً همین اشخاص از مزایای حمایتی حق اولاد و مرخصی دوره مراقبت برای کودکان زیر سه

سال (معادل مرخصی دوره زایمان) بهره‌مند می‌شوند و افرادی که رحم خود را اجاره می‌دهند، نقشی در سرپرستی فرزند متولدشده ندارند تا مشمول حمایت‌های مقرر در ماده ۲۱ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بدسرپرست باشند که اساساً برای کسانی وضع شده است که سرپرستی افراد تحت حمایت قانون مذکور را بر عهده دارند. لذا قسمت دوم بند ۵ بخش‌نامه شماره ۱۳۹۵/۱۲/۱۱۰۰۰/۹۵/۱۲۶۳۱ سازمان تأمین اجتماعی که بر اساس آن، مرخصی ۸۴ روزه برای زن بیمه‌شده‌ای تعیین شده است که رحم خود را برای طی دوره بارداری اجاره می‌دهد و پس از زایمان، فرزند به دنیا آمده توسط او به وسیله صاحبان نطفه سرپرستی می‌شود، مغایر با قانون و خارج از حدود اختیار نیست و ابطال نشد.

بند دوم. کاهش ساعت کار برای بانوان

یکی از قوانین حمایتی از زنان شاغل، «قانون کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص»، مصوب ۱۳۹۵/۷/۵ است. بر اساس این قانون، «ساعات کار هفتگی بانوان شاغل اعم از رسمی، پیمانی و قراردادی که موظف به ۴۴ ساعت کار در هفته هستند، اما دارای معلولیت شدید یا فرزند زیر شش سال تمام یا همسر یا فرزند معلول شدید یا مبتلا به بیماری صعب‌العلاج می‌باشند و یا زنان سرپرست خانوار شاغل در دستگاه‌های اجرایی، بنا به درخواست مقتضای از دستگاه اجرایی مستخدم و تأیید سازمان بهزیستی کشور یا وزارت بهداشت یا دادگستری، ۳۶ ساعت در هفته با دریافت حقوق و مزایای ۴۴ ساعت تعیین می‌شود.» بنابراین، در صورتی که کارمند زن باشد، با رعایت شرایط قانونی مشمول مزایای مقرر در این قانون خواهد شد.

بند سوم. مستمری مربوط به بازماندگان مستخدمان

فرض مورد بحث در این جا، فرضی است که شخص متوفی، کارمند است و پس از فوت وی، وضعیت مستمری مربوط به بازماندگان باید بررسی شود. بر اساس بند ۴ ماده ۶۸، بند ۲ ماده ۱۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری و نیز رأی وحدت رویه شماره ۷۲۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، فرزندان اناث مادام که شغل یا شوهر نداشته باشند، فارغ از سنشان مشمول این کمک‌هزینه خواهند شد. بر این اساس، اگر فرزند کارمند متوفی تغییر جنسیت دهد، بسته به نوع عمل، بر قطع یا دریافت مستمری اثر خواهد گذاشت.

نتیجه‌گیری

تغییر جنسیت صرف نظر از این‌که در علم پزشکی بسیار قابل بحث است، در کشوری نظیر ایران از قواعد مذهبی تبعیت دارد و از منظر فقهی و حقوقی نیز اهمیت می‌یابد. با این وجود، قانون‌گذار در این خصوص، حکمی صریح ندارد و جامعه و افرادی که به دنبال تغییر جنسیتند، با این چالش روبه‌رو می‌شوند که چگونه باید با موضوعات جدیدی نظیر دیه، قصاص، قراردادهای و بحث در حدود روابط خانوادگی که در این خصوص ایجاد می‌گردد، برخورد کنند.

تغییر جنسیت در فقه امامیه و علوم پزشکی تا حدودی یکسان است و اطلاق آن بر تبدیل آلت تناسلی جنسی به جنس دیگر با توجه به ظاهر و فیزیک جسمانی است. مشروعیت این عمل در میان فقیهان اسلامی با موافقت و مخالفت‌هایی همراه است. از جمله دلایل مخالفان می‌توان به حرمت تغییر در بدن انسان و از بین بردن برخی از اعضا به منزله تغییر در خلقت خداوند اشاره کرد. موافقان این اقدام بر این عقیده‌اند که باید بر اصول اباحه، حریت و قاعده تسلیط تکیه کرد و انجام این عمل را مباح خواند. در قوانین ایران، نص صریحی درباره حکم تغییر جنسیت وجود ندارد و این عمل با فتوای فقهای بزرگی نظیر آیت‌الله خمینی جایز شده است.

تغییر جنسیت در میان مذاهب اسلامی با سه نظریه کلی روبه‌روست که عبارتند از: مشروعیت مطلق، ممنوعیت مطلق و مشروعیت مشروط. در نظریه ممنوعیت مطلق، عده‌ای از فقهای قائل به حرمت تغییر جنسیتند و برای اثبات آن به دلایلی استناد می‌کنند که عبارتند از: حرمت از بین بردن اعضای بدن، حرمت تغییر در خلقت الهی، مخالفت با مصالح عمومی. در نظریه مشروعیت مطلق، بر خلاف بسیاری از فقهای که عمدتاً یا این عمل را ممنوع دانسته یا به شرایطی مشروط کرده‌اند، امام خمینی در نهایت صراحت و بدون هیچ‌گونه قیدی، قائل به حرمت نداشتن تغییر جنسیت است. نظر سوم، مشروعیت مشروط تغییر جنسیت است که به موجب آن، تغییر جنسیت در صورتی مشروع است که فرد مشکل داشته باشد و پزشک متخصص، عمل تغییر جنسیت را برای رفع مشکل وی ضروری تشخیص دهد.

تغییر جنسیت در کشوری نظیر ایران در میان مردم و هم‌چنین قوانین هم‌چنان مسئله‌ای تازه به شمار می‌رود. قانون‌گذار هم با متابعت از جامعه به صراحت در این زمینه قانون‌گذاری نکرده و

حکم مشخصی نیاورده است. با این حال، در فقه اسلامی به ویژه فقه امامیه به این موضوع بسیار پرداخته شده و ابعاد مختلف آن به عنوان مسئله نوظهور بررسی گردیده است. تغییر جنسیت در نظام اداری و استخدامی نیز واجد آثار مهمی است که در سه بعد ورود به خدمت دولت، حقوق و مزایای استخدامی و نیز حقوق و مزایای تبعی قابل بررسی است. چون برخی حقوق و مزایای مندرج در قانون استخدام کشوری و دیگر قوانین اداری، بعضی موارد اختصاصی به زنان یا مردان دارد، شایسته است موضوع تغییر جنسیت به دقت بررسی شود. از این رو، پیشنهاد می‌گردد تا با تدوین قوانین مناسب مختص به تغییر جنسیت و بیان شرایط لازم برای آن، خلأ موجود در قوانین ایران در این زمینه از بین برود. نکته دیگر، تصریح قانون به این مهم است که به موجب جنسیت کنونی افراد ترانس سکشوال با آن‌ها رفتار شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمد، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس، ۱۳۷۶.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۳. دبیرخانه نشست‌های راهبردی، **دومین نشست اندیشه‌های راهبردی عدالت**، تهران: پیام عدالت، ۱۳۹۱.
۴. هداوند، مهدی و همکاران، **آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.
۵. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اسماعیلی، محمد و همکاران، «آسیب‌شناسی سهمیه‌های ورود به خدمت از منظر اصل برابری فرصت‌ها با تکیه بر رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۷، ۱۴۰۲.
۲. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین و یاسر عبدی، «وضعیت فقهی حقوقی تغییر جنسیت»، فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۳. امامی، اسدالله، «آثار حقوقی تغییر جنسیت افراد دوجنسی»، دانش‌نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸.
۴. باریکلو، علی‌رضا، «آثار حقوقی تغییر جنسیت»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۸۳.
۵. بلوردی، طیه، «بررسی فقهی و حقوقی تبعیض شغلی زنان با تأکید بر امنیت شغلی»، زن و جامعه، سال یازدهم، شماره سوم، ۱۳۹۹.
۶. پروین، خیرالله و محمدشعیب عارفی، «بررسی تطبیقی تبعیض مثبت در زمینه استخدام معلولان

- در حقوق ایران، آمریکا و هند»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱.
۷. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتوی آرای دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳.
۸. حقیقی، حسن و همکاران، نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتوی موازین حقوق بشری، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳.
۹. حیدرنژاد، ولی‌الله و همکاران، «بهره‌مندی از مزایای اشتغال در مشاغل سخت و زیان‌آور در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۹.
۱۰. خورشیدی، حسن و محمد حسین شعبانی، «بازپژوهشی مبانی مشروعیت تغییر جنسیت با رویکرد قرآنی. روایی و آثار آن در آموزه‌های حقوق کیفری»، پژوهش‌های اعتقادی. کلامی، شماره ۳۷، ۱۳۹۹.
۱۱. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری (فصل‌های ششم و هفتم)»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۱۲. رضایی فومنی، امیر و سید محمدرضا آیتی، «وضعیت تغییر جنسیت در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ۷، شماره ۱۴، ۱۳۹۳.
۱۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۴. سهراب‌لو، علی و حسن لطفی، «تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق اداری ایران؛ ماهیت و اصول حاکم»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، شماره ۹۴، ۱۴۰۰.
۱۵. صفری، محسن و امیر شاه‌کرمی، «آثار حقوقی تغییر جنسیت بر عقد نکاح در فقه اسلامی و نظام حقوقی کامن‌لا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۱۶. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۱۷. غمامی، سید محمد مهدی و سید حسین حسینی، «شایسته‌گزینی در نظام حقوق استخدامی ایران و آمریکا»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۷.

۱۸. قهوه‌چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۱۹. کریمی‌نیا، محمد مهدی، «تأثیر تغییر جنسیت بر ابقای نکاح»، مجله فقه پزشکی، شماره ۵ و ۶، ۱۳۹۰.
۲۰. کوهستانی، تورج، مجید خزاعی و میثم تارم، «بررسی تقابل تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق»، فصل‌نامه علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۲۱. موسوی مبارکه، محبوبه‌سادات و اکرم نوایی لواسانی، «بررسی تغییر جنسیت زنان از دیدگاه فقهی و حقوقی در ایران»، پژوهش‌نامه زنان، سال نهم، شماره ۳، ۱۳۹۷.
۲۲. مؤمنی‌راد، احمد و ساناز بهبودی کلهری، «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶.

۲. عربی

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه (جلد ۲۱)، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۱۲.
۲. مؤمن قمی، محمد، کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵.

واکاوی دستگاه‌های نظارتی در ایران با تأکید بر فلسفه انقلاب کیفیت

عبدالعلی زارعیان جهرمی^۱

مهدی شعبان‌نیا منصور^۲

سیدجواد میرقاسمی^۳

چکیده

نظام نظارتی ایران در قالب بوروکراسی نوین از همان اوان شکل‌گیری، گرفتار مسائل و مشکلات ریشه‌ای بوده و با وجود دلایل و براهین بی‌شمار بر وجوب و ضرورت نقش نظارت، موفقیت خاصی نداشته است. مشکل کجاست و چه باید کرد؟

چرایی بروز مشکل نظام نظارتی ایران، پرسش این تحقیق است. به زبان دیگر، سؤال این است که چرا سازمان‌های نظارتی در کشور شکست خورده‌اند؟ به اعتقاد این تحقیق، سازمان‌های نظارتی در ایران کارکرد مکانیکی دارند و برنامه‌ریزی با اهداف راهبرد اقتضائی ندارند. این سازمان‌ها، هدف اصلی کنترل را فراموش کرده‌اند و بدون توجه به نقاط حساس و کلیدی نظارت، تنها به اهداف جزئی مشغولند. سازمان‌های نظارتی اگر می‌خواهند در آینده اثرگذار باشند، باید مانند یک سازمان ارگانیک عمل کنند و دنباله‌رو فلسفه انقلاب کیفیت فراگیر باشند.

واژگان کلیدی: نظارت، متن‌گرایی، فلسفه انقلاب کیفیت جامع، بالک‌های تعادل در نظارت، نقاط حساس و کلیدی نظارت.

۱. دانشگاه آزاد اسلامی تهران مرکز، s4smrt@outlook.com

۲. گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، mehdi.shabannia@gmail.com

۳. گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، drjavad.mirghasemi@gmail.com

مقدمه

از دیرباز، استقرار نظام کارآمد نظارت از اهداف مدیریت هر جامعه انسانی بوده و با تحولاتی که در نظام‌های اداری کشورهای مختلف رخ داده، نظارت نیز دست خوش تغییر شده است. یکی از چالش‌های حکومت‌های مختلف، تعیین نوع سیستم کنترل و نظارت مناسب، هماهنگ و سازگار در هر جامعه برای اقدام اثربخش و موفق است تا بتواند با تغییر الگوی سازمانی، به طور کارآ و اثربخش عمل کند. به طور مسلم، دست‌یابی به چنین سیستمی منجر به پاسخ‌های معتبری خواهد شد.

اطمینان‌یابی از صحت و کارایی فعالیت‌های دستگاه‌های اداری جز با کنترل و نظارت ممکن نیست. با این حال، مشکلات بی‌شمار نظام اداری کشور نشان می‌دهد که الگوی حاکم بر نظارت در ایران تأثیر مثبت نداشته است و متأسفانه امروز شاهد رشد و توسعه انحراف در کارکرد و فساد در اجزای مختلف دستگاه‌های اداری هستیم. این مسئله، همه مردم را ناامید و اعتماد و اطمینان آن‌ها به دستگاه دولتی و عمومی را کاهش داده و حتی موجب کم‌رنگ شدن اعتقادات و ارزش‌های اخلاقی جامعه شده است.

حال سؤال این جاست که چرا با وجود تلاش‌های صورت‌گرفته، مشکلات نظام نظارتی ایران بهبود نیافته و در سال‌های اخیر بر شدت و حدّت آن افزوده شده است؟ به زبان دیگر، چرا سازمان‌های نظارتی در کشور شکست خورده‌اند؟ بی‌شک، توجه صرف به نشانه‌های مرئی مشکل نظام نظارتی ایران، اشتباه متداولی است که بیش‌تر سازمان‌ها در حل مسائل و مشکلات دچار آن شده‌اند.^۱ در شناخت مشکلات تنها به علایم آشکار نباید توجه شود؛ زیرا در این صورت، راه‌حل‌ها، سطحی، مقطعی و ساده‌اندیشانه در پیش گرفته خواهد شد و مشکلات در درازمدت با شدت و فشار بیش‌تری، خود را نشان خواهد داد.^۲ برای یافتن پاسخی مناسب باید از خود پرسیم که واقعاً مسئله چیست؟ شاید تاکنون اشکال در شناخت آن بوده است. شاید آن‌چه به عنوان مسئله مورد توجه قرار گرفته، عارضه‌های آن بوده است.^۳

۱. دسلر، گری، مبانی مدیریت منابع انسانی، ترجمه: سید محمد اعرابی و علی پارسایان، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ نهم، ۱۳۹۱، ص ۶۸.

۲. سنگه، پیتر، پنجمین فرمان، ترجمه: حافظ کمال هدایت، تهران: مؤسسه مدیریت صنعتی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۲.

۳. میرسپاسی، ناصر و اکبر اعتباریان، اصلاح و تحول در نظام اداری ایران بر اساس الگوی توازن قدرت، تهران: ترمه، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۴۶.

برای شناخت ریشه‌ها و بهبود رفتارهای یک سیستم باید به سراغ کشف ساختارهای پنهان و اصلاح آن‌ها رفت.^۱ ساختارهای پنهان در هر سیستم در بخش تاریک آن سیستم است، در حالی که به طور معمول، افراد در بخش روشن سیستم به دنبال آن می‌گردند. این ساختارها در جایی قرار دارند که به گفته توکویل،^۲ حتی انقلاب نیز قادر به دگرگونی در قالب‌های آن نیست و با شناسایی ساختارهای پنهان و دقیق می‌توان رفتار سیستم را تغییر داد.^۳ با این رویکرد، برخی از موضوعات اساسی را تحلیل می‌کنیم که برای نظام نظارت کشور مشکل‌آفرین شده‌اند.

گفتنی است روش پژوهش حاضر به تبعیت از جنس آن (کاربردی از نوع تحقیق توسعه‌ای و مسئله‌محور بودن)، ترکیبی از روش‌های پدیدارشناسانه (توصیفی) و ژرف‌کاوانه (تحلیلی علی) است. داده‌های این تحقیق از بررسی اسناد و مطالعات دستگاه‌های نظارتی، کتاب‌ها، مقالات و گزارش‌های پژوهشی به دست آمده است.

پیشینه تحقیق

پژوهش‌هایی مانند «نظارت و نهادهای نظارتی» به قلم محسن ملک افضلی اردکانی، «تعدد دستگاه‌های نظارتی؛ فرصت یا تهدید؟» نوشته سید فضل‌الله موسوی، «نظارت از دیدگاه نظری و ارزیابی عملکرد دستگاه‌های نظارتی جمهوری اسلامی» از محمدجواد عاصمی پور، «ساختار نظارتی موجد نارضایی‌های درونی و بیرونی و پی‌آمدهای آن» به قلم سید مهدی الوانی و «آسیب‌شناسی ساختار نظارتی در ایران برای ارائه چارچوبی در نظارت کارآمد»، نوشته اصغر شریفی در این قلمرو نگاشته شده‌اند. با این حال، ادبیات موجود در آن‌ها صرفاً ناظر بر تشریح سیر تحول فلسفی و تاریخی، مبانی نظری، ویژگی‌ها، نوع و اشکال نظارت، ساختار قانونی و فرهنگ حاکم بر نظارت است. هیچ یک از این محققان، مشکل نظام نظارتی ایران را از منظر توأمان علم حقوق و مدیریت بررسی نکرده‌اند.

۱. سنگه، پیشین، ص ۷۷.

2. Tocqueville.

۳. میرسپاسی و اعتباریان، پیشین، صص ۵۳ و ۵۴.

گفتار اول. کلیات

بند اول. فلسفه و مفهوم نظارت

مقوله نظارت از زمان‌های گذشته در زمره مهم‌ترین دغدغه‌ها و مسائل مطرح نزد جوامع بشری بوده است. انسان، موجودی تعالی‌طلب، مختار، آزاد و دارای حقوق و آزادی‌های فطری و خدادادی است و به منظور تمتع مطلوب از حقوق و آزادی‌های خویش و پاسخ‌گویی به مسئولیت‌های خود می‌تواند بر تمام اموری نظارت کند که به سرنوشت فردی و اجتماعی وی مربوط است.

مسئولیت انسان نسبت به سرنوشت فردی و اجتماعی خویش و دیگران، ضرورت نظارت را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. تأثیر زیاد نظارت در کنترل و مهار رفتار عوامل سازمان‌های اداری قابل انکار نیست. نظارت از شیوه‌های بسیار مؤثر در اداره امور اجتماعی و حکومتی است. طبیعی است که از راه‌های مختلف بر کارگزاران اداری نظارت شود. اگر خودشان هم بدانند که کارکردشان به طور مرتب بازبینی می‌شود و در نهایت بازخواست می‌شوند، در انجام کارها، وظایف و مسئولیتشان، دقت بیش‌تری خواهند کرد و کم‌تر دچار خطا یا تخلف می‌شوند.

سازمان‌های اداری برای انجام کارها و رسیدن به اهداف سازمانی برنامه‌ریزی می‌کنند و این برنامه‌ها در قالب سازمان‌دهی و رهبری مؤثر به انجام می‌رسد. در این بین، سازمان‌ها باید از انجام برنامه‌های طراحی شده و میزان رسیدن به اهداف خود در قبال انجام این برنامه‌ها اطمینان حاصل کنند. در مفهوم نظارت، تنازع وجود دارد و صاحب‌نظران در علوم مختلف، برداشت‌هایی متفاوت از آن دارند؛ زیرا تنوع و تشتت واژگانی که برای این مفهوم به کار می‌رود، از یک سو و نیز استفاده قوانین مختلف از واژگان متفاوت برای رساندن مفهوم نظارت از سوی دیگر باعث سردرگمی در این حوزه شده است.

به طور کلی، هدف از انجام نظارت در سازمان‌های اداری، مشخص کردن این امر است که آن سازمان‌ها به چه میزان به اهداف از پیش تعیین‌شده خود دست یافته‌اند. فرآیند نظارت شامل مراحل مختلفی چون ارزیابی، پایش و ارزش‌یابی است.^۱ ارزیابی، فرآیندی است که به منظور بررسی و سنجش عملکرد سازمان‌های عمومی و مدیران و کارکنان آن‌ها صورت می‌گیرد و هدف نهایی آن،

۱. رابینز، استیفن پی. و دیوید ای. دی. سنزو، مبانی مدیریت، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲، ص ۲۰.

بهبود و ارتقای عملکرد سازمانی بر اساس شاخص‌هایی نظیر کارآیی، اثربخشی، پاسخ‌گویی و رضایت ذی‌نفعان سازمان است.^۱

بند دوم. تفاوت نظارت و کنترل

قبل از ورود به هر بحثی لازم است مشخص شود که جایگاه هر یک از دو واژه «نظارت»^۲ و «کنترل»^۳ در کدام علوم بررسی می‌شود؟ به طور مسلم، این مسئله باعث خواهد شد از بروز بسیاری از ابهام‌ها در ادامه جلوگیری شود. گفته شده است که «کنترل»، نزدیک‌ترین مفهوم به مفهوم «نظارت» است که بیش‌تر در رشته مدیریت کاربرد دارد. در بیش‌تر کتاب‌هایی که در این رشته نگاشته شده، قسمت‌هایی به این مطلب اختصاص یافته است.^۴ با این حال، در امر حکمرانی (از مباحث حقوق عمومی و علم سیاست)، بحث‌های مفصلی درباره نظارت حکومت بر مردم و برعکس دیده می‌شود. این دو مفهوم بسیار با هم قرابت دارند، ولی مفهوم «نظارت» دارای بار حقوقی است و مفهوم «کنترل»، جنبه مدیریتی دارد.^۵ در این پژوهش، نظارت با بار حقوقی مورد نظر است، اما به دلیل همان قرابتی که گفته شد و بر اساس نظریه الگوی شرکت تجاری مایکل اوکشات،^۶ شخصیت حقوقی دولت، نوعی فعالیت مشترک شناخته می‌شود که در راستای پی‌گیری یک هدف جمعی واقعی صورت می‌گیرد.^۷ از این رو، این دو مفهوم را باید مشابه هم دید؛ زیرا محور کارکرد مطلوب هر نظام حکومتی مانند هر شرکت یا تأسیس حقوقی بر پنج اصل برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، رهبری، اجرا و نظارت و کنترل بنا شده است.

۱. اکبری سماکوش، علی‌رضا و ابراهیم سمیعی پورگیری، اصول کنترل و نظارت در سازمان‌ها، تهران: فرانما، ۱۳۹۸، صص ۴۳-۴۱.

۲. Supervision.

۳. Control.

۴. ملک افزلی اردکانی، محسن، نظارت و نهادهای نظارتی، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۲۶.

۵. همان.

۶. Michael Okshat.

۷. لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه: محمد راسخ، تهران: پردیس دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۷، ص ۶۹.

بند سوم. حوزه نظارت مقامات و مراجع نظارتی کشور

امروزه حوزه‌های گسترده‌ای از نظارت مقامات و مراجع در کشور مشاهده می‌شود. در حقوق اداری ایران، تأکید نظارت بر همه ساختارها، فرآیندها، عملکردها، رفتار و کردارها به نحوی است که موضوعی را از قلم نمی‌اندازد. البته آن‌چه موجب پیچیده شدن اعمال نظارت‌ها شده، گستردگی ابعاد آن نیست، بلکه نحوه اعمال نظارت است. با استقرار بوروکراسی نوین در ایران فرض بر این بود که با ایجاد دستگاه‌های نظارتی متعدد، نظم اداری به صورت نظم منطقی و مبتنی بر عقلانیت قانون بدل شود، ولی نه تنها چنین نشد، بلکه این الگو به پایگاهی برای استمرار و تقویت مسائل و مشکلات بعدی بدل گردید. از آن زمان تاکنون، تلاش‌های اصلاحی متعددی صورت گرفته و حتی در دهه‌های اخیر به دلیل اهمیت نقش نظام نظارتی در تحقق برنامه‌های توسعه، اصلاح و تحول نظام نظارتی از مهم‌ترین دغدغه‌های مردم و اندیشمندان شده است. با این حال، با وجود تلاش‌های گسترده، نه تنها بهبودی در مشکلات و مسائل اساسی و ریشه‌ای نظام نظارتی حاصل نشده، بلکه بر شدت و گستره وخامت آن افزوده شده است. اکنون به ابعاد نظارت بر اعمال و اعمال حکومت در ایران اشاره می‌شود.

۱. نظارت اداری

نظارت اداری به دو دسته تقسیم شده است. هرگاه رؤسا و مقامات مافوق در یک سازمان اداری برای اطمینان از اجرای دقیق دستورهای صادرشده و انجام مطلوب وظایف و امور محوله، بر تشکیلات زیرمجموعه خود اعمال نظارت کنند، این نوع نظارت را نظارت سلسله‌مراتبی گویند. با توجه به گستردگی فعالیت و اعمال اداری در یک کشور و امکان ناپذیری انجام شدن همه فعالیت‌ها در یک سلسله‌مراتب اداری، امروزه برخی از اختیارات فنی و وظایف دستگاه‌های اداری مرکزی به واحدهای نامتمرکز واگذار می‌شود. این نوع نظارت را می‌توان نظارت قیمومتی گفت.^۱

۲. نظارت امنیتی

سازمان‌های امنیتی به بهانه ایجاد امنیت (به ویژه داخلی) برای کشورها، نظارتی پیچیده بر اجزای

۱. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، صص ۹۰ و ۹۵.

اداری^۱ و حتی غیر اداری یک جامعه اعمال می‌کنند. بسته به قانون اساسی و قوه قضاییه هر کشور، قانونی بودن و نیاز به دریافت اجازه برای نظارت امنیتی فرق می‌کند.

۳. نظارت تقنینی

بر اساس اصل انطباق مصوبات مراجع اداری با قانون، در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اختیار نظارت تقنینی بر مصوبات دولت به رییس مجلس شورای اسلامی داده شده است تا مصوبات دولت از چارچوب‌های قانونی خارج نشود و از اختیارات خود سوء استفاده نکند.

۴. نظارت حقوقی

معیار اصلی نظارت حقوقی، بررسی انطباق اعمال دولت‌مردان و نهادها با قوانین و مقررات توسط مراجع و مقام ناظر است. مطابق مواد ۱۲ و ۲ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور و به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین و حسن جریان امور در دستگاه‌های اداری کشور، آن سازمان موظف شده است از آن دستگاه‌ها بازرسی و نظارت کند. این نظارت در زمره نظارت حقوقی است؛ زیرا هدف آن، ایجاد نظم حقوقی و قانون‌مند کردن همه امور و اجزای حکومت و در نهایت، رسیدن به حکمرانی مطلوب است.

۵. نظارت سیاسی

خطرناک‌ترین نوع نظارت را در نظارت سیاسی باید سراغ گرفت.^۲ مطالعه، بازرسی و رسیدگی افراد، نهادها، سازمان‌ها و مقامات سیاسی درباره جریان امور عمومی کشور، مراجع و نهادهای حکومتی

۱. برای نمونه، دستگاه حراست براساس ماده واحده قانون مصوب ۶۸/۲/۱۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام با اهداف و تشکیلات سازمانی خاص به عنوان یک مجموعه اجرایی و نظارتی از مصادیق بارز و حیطه شمول اصول و قواعد یادشده تشکیل شده و به لحاظ ویژگی‌ها، وظایف و جایگاه سازمانی به عنوان یکی از زیرمجموعه‌های تشکیلاتی، مستقیم یا به صورت غیر مستقیم و نامحسوس، وظایف خطیری برای سالم‌سازی محیط کار و کنترل کیفی و کمتی کارکنان، بررسی و احراز تخلفات اداری مالی، حفاظت از تأسیسات و اماکن، اسناد و مدارک بر عهده دارد.

۲. ماده (۱) قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور بیان می‌دارد: «به منظور نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری و در اجرای اصل ۱۷۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، سازمانی به نام سازمان «بازرسی کل کشور» که در این قانون به اختصار «سازمان» نامیده می‌شود، زیر نظر رییس قوه قضاییه و با اختیارات و وظایف مندرج در این قانون تشکیل می‌شود».

۳. جوان‌آراسته، حسین، حقوق اجتماعی و سیاسی در اسلام، قم: دفتر نشر معارف، ۱۳۸۴، ص ۱۶۲.

و مستخدمان و اموال آن‌ها کمک می‌کند تا از حسن جریان امور اطمینان حاصل شود. در این نظارت، مجموع نهادها، رویه‌ها و سازوکارها، پی‌گیر اقدامات حکومتند تا نشان دهند آیا دولت از منافع شهروندان به درستی نمایندگی می‌کند؟ آیا به وعده‌های خویش وفادار است؟ اقدامات دولت موجب اعتماد عمومی می‌شود؟ دولت، پاسخ درستی به نیازها و خواسته‌های اجتماعی می‌دهد؟ در این جا با دو مفهوم نظارت عام و خاص روبه‌رو هستیم؛ نظارت عام یا نظارت همگانی مردم و نظارت خاص یا نظارت پارلمانی قوه مقننه بر اعمال قوه مجریه و مقامات آن.

۶. نظارت قضایی

نظارت قضایی و حاکمیت قانون نسبت به سازمان‌ها و مقامات عمومی از جمله شاخص‌های نظام مردم‌سالار و تضمین‌کننده حقوق فردی و اجتماعی افراد جامعه به شمار می‌آید.^۱ نظارت قضایی توسط عناصر مختلف قوه قضاییه و بر تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی انجام می‌گیرد و نسبت به دیگر نظارت‌ها، ضمانت اجرای قوی‌تری دارد؛ چون قوه قضاییه در این‌گونه موارد، احکام لازم‌الاجرا صادر می‌کند.

۷. نظارت عقیدتی

برخی مراجع برای اطمینان‌یابی از وفاداری افراد، نهادها و قوای حکومتی به حفظ و عمل به ارزش‌ها و موازین عقیدتی، نظارتی را در قالب نظارت عمومی، سیاسی، تقنینی یا حتی قضایی انجام می‌دهند،^۲ مانند آن چه در سازمان‌های عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح^۳ اعمال می‌شود.^۴

۱. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۱.

۲. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ چهارم، ۱۳۹۶، ص ۴۳.

۳. سازمان عقیدتی-سیاسی نیروهای مسلح، سازمان‌هایی هستند با سلسله مراتب مستقل و متمرکز که مسئولانش از روحانیونی که حداقل دوره سطح را به پایان رسانده و در هیچ یک از تشکلهای سیاسی عضویت و فعالیت نداشته باشند، تعیین می‌گردند.

۴. گفتنی است در سازمان‌های عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح نظامی، نظامی با عنوان نظارت و ارزش‌یابی مکتبی طراحی شده که کار نظارت و ارزیابی نیروهای شاغل را به عهده دارد. در ماده (۱۵) قانون آجانی نظارت بر حفظ و عمل به موازین اسلامی در تمامی زمینه‌ها و اعلام موارد خلاف به مسئولان برای رفع آن‌ها و گزارش به فرماندهی کل در صورت لزوم و بررسی و ارزیابی پرسنل از لحاظ شایستگی مکتبی جهت انتصابات، ترفیعات و مأموریت‌های خارج از کشور، جزء

۸. نظارت مالی

به گفته یکی از استادان مالیه عمومی، نظارت مالی به مجموعه اقداماتی اطلاق می‌شود که به منظور بررسی و تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحراف‌های عملیات مالی دولت نسبت به هدف‌های تعیین شده در برنامه و تصحیح انحراف‌های احتمالی صورت می‌پذیرد.^۱ نظارت به این مفهوم بر تمامی درآمدها و هزینه‌کرد دستگاه‌های اجرایی و همه اشخاصی که از بودجه عمومی استفاده می‌کنند، قابل اعمال است. نظارت دیوان محاسبات کشور و سازمان برنامه و بودجه کشور از این مقوله است.

بند چهارم. فلسفه مدیریت کیفیت فراگیر

می‌خواهیم از یک فلسفه مدیریتی صحبت کنیم که تحولی فزاینده در سازمان‌ها به وجود آورده است. در سال ۱۹۲۴، والتر شوارتز^۲ آمریکایی در آزمایشگاه‌های شرکت بل، سیستمی را به وجود آورد که می‌توانست واریانس^۳ سیستم‌های تولید را اندازه‌گیری کند. این سیستم به نام «کنترل آماری فرآیند» یا SPC مشهور شد. مقوله مدیریت کیفیت فراگیر^۴ در دو دهه گذشته، توجه زیادی را به خود جلب کرده است. مدیریت کیفیت فراگیر، یکی از مشهورترین و پردوام‌ترین مفاهیم و فلسفه‌های توسعه و مدرن‌توری‌های مدیریت در پایان قرن گذشته بوده که اثری شگرف و عمیقی در سازمان‌های پیشرو داشته است.

مدیریت کیفیت جامع، یکی از کامل‌ترین و کارآترین فلسفه‌های مدیریتی است که به نحو شایسته، مباحث کیفیت و رضایت مشتری را در بردارد. مدیریت کیفیت فراگیر یعنی اقدامی هوشمندانه،

وظایف اصلی سازمان عقیدتی-سیاسی ارتش شمرده شده است.

۱. امامی، محمد، کلیات حقوق مالی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۱۷۲.

2. Walter A. Shewhart.

۳. واریانس (Variance) نظریه احتمالات و آمار، نوعی سنجش پراکندگی است. مقدار واریانس با میانگین‌گیری از مربع فاصله مقدار محتمل یا مشاهده شده با مقدار مورد انتظار محاسبه می‌شود. در مقایسه با میانگین می‌توان گفت که میانگین، مکان توزیع را نشان می‌دهد، در حالی که وردایی (واریانس)، مقیاسی است که نشان می‌دهد که داده‌ها حول میانگین چگونه پخش شده‌اند.

4. Total Quality Management.

تدریجی و مستمر که تأثیر هم‌افزایی در تأمین اهداف سازمان دارد و در نهایت به رضایت مشتری (مردم) و افزایش کارایی ختم می‌شود.

محور شیوه کارکرد مدیریت کیفیت جامع، استفاده از آمار برای تجزیه و تحلیل متغیرهای فرآیند محصول است. سازمانی که به خوبی مدیریت شود، سازمانی است که در آن، کنترل آماری متغیرها کاهش یابد و در نتیجه، کیفیت یکسان گردد و مقدار بازده قابل پیش‌بینی شود. امروزه مدیریت کیفیت جامع توسعه یافته و به فلسفه‌ای تبدیل شده که بیش‌تر به نیازها و انتظارات مخاطبان توجه دارد. هدف نیز ایجاد یک سازمان متعهد به بهبود پایدار یا به قول ژاپنی‌ها، کایزن^۱ است. مدیریت کیفیت جامع، تعهدی سیری‌ناپذیر است. به تعبیری دیگر، «خیلی خوب، کافی نیست. کیفیت همیشه باید بهبود یابد».

گفتار دوم. مشکل نظام نظارتی ایران

بند اول. کمیت دستگاه‌های نظارتی

در نظام جمهوری اسلامی ایران، ده‌ها مقام و مرجع بر مسائل مختلف کشور نظارت می‌کنند، مانند: مقام رهبری (مطابق اصول (۵۷) و (۱۱۰) قانون اساسی)، مجلس خبرگان رهبری (مطابق اصل (۱۱۱) قانون اساسی)، شورای نگهبان (مطابق اصل (۹۹) قانون اساسی)، رئیس‌جمهور (مطابق اصل (۱۳۴) قانون اساسی)، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، کمیسیون اصل (۹۰) قانون اساسی، کمیسیون‌های تحقیق و تفحص و تخصصی مجلس شورای اسلامی، رئیس قوه قضاییه، دیوان عالی کشور، دادستانی کل کشور، دیوان عدالت اداری، سازمان بازرسی کل کشور، دادسرای انتظامی قضات، حفاظت اطلاعات قوه قضاییه، شورای نظارت بر صداوسیما، شورای عالی امنیت ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، وزارت خانه‌های اطلاعات، امور اقتصاد دارایی، صنعت، معدن و تجارت و وزارت خانه‌های دیگر در چارچوب وظایف و اختیاراتشان (وزارت بهداشت،

۱. کایزن به ژاپنی (改善) به معنای بهبود یا تغییر دایم برای رسیدن به نتیجه‌ای بهتر است و به فلسفه‌ای اشاره دارد که در آن، تمرکز بر روی بهبود مستمر فرآیند کار توجه شدید به مشتری است. مشتری نه تنها شامل مشتریان بیرونی می‌شود که از خدمات سازمان بهره‌مند می‌شوند، بلکه شامل مشتریان داخلی مانند کارکنان نیز می‌شود که در سازمان با یکدیگر در ارتباط متقابلند و خدماتی را ارائه می‌دهند.

درمان و آموزش پزشکی بر بیمارستان‌ها یا وزارت آموزش و پرورش بر مدارس غیر انتفاعی)، دیوان محاسبات، سازمان امور اداری و استخدامی، سازمان برنامه و بودجه، شورای اقتصاد، بانک مرکزی، بیمه مرکزی، سازمان حسابرسی، سازمان‌های عقیدتی و سیاسی و حفاظت اطلاعات نیروهای مسلح، سازمان اطلاعات سپاه پاسداران، حراست دستگاه‌های اجرایی، شورای رقابت، سازمان استاندارد، اماکن نیروی انتظامی، واحدهای رسیدگی به شکایات دستگاه‌های اجرایی، ذی حسابان، شوراهای اسلامی روستا و شهر و شوراهای استان و شورای عالی استان‌ها، سازمان‌های خصوصی عهده‌دار امر عمومی (نظیر سازمان نظام پزشکی، نظام مهندسی کشاورزی، نظام مهندسی ساختمان) و نظیر آن. تعدد دستگاه‌های نظارتی در صورتی فرصت تلقی می‌شود که وظایف و مسئولیت هر یک از نهادهای نظارتی کاملاً از یکدیگر تفکیک شده باشد. در این صورت، آن چه اتفاق می‌افتد، متمرکز نشدن نظارت در یک سازمان خواهد بود که نتیجه آن، کاهش امکان سوء استفاده، فساد اداری و انحراف است. بر عکس، اگر تعدد دستگاه‌های نظارتی صرفاً از نظر کمی باشد، بی آن‌که رویکردی جامع‌نگر در برابر آن‌ها وجود داشته باشد، احتمال ناکارآمدی و امکان ناپذیری کنترل و نظارت صحیح و کامل امور، مهم‌ترین تهدید پیش رو خواهد بود.^۱

بند دوم. نامتعادل بودن نظارت

«تعادل» در نظارت قوا و نهادهای حکومتی می‌تواند میزان هماهنگی میان آن‌ها را افزایش دهد. اگر یک جزء از ساختار نظارت در مقایسه با دیگر اجزا از وظایف و اختیارات بیش‌تری برخوردار باشد، ممکن است اختیارات نظارتی نامتعادل و ناموزون موجب کندی کار در بخشی از این مجموعه و بروز فساد در بخش دیگر شود.^۲

با نگاهی به قوانین و مقررات شاهدهیم که برخی از دستگاه‌های نظارتی، اختیارات وسیعی دارند. کمیسیون‌های تحقیق و تفحص و اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی، حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور و حق رسیدگی به شکایات از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه را دارند. برای دیوان

۱. موسوی، سید فضل‌الله، «گزارش پژوهشی تعدد دستگاه‌های نظارتی (تهدید یا فرصت؟)»، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد، سال هفتم، ۱۳۹۳، شماره ۶۰، ص ۶۴.

۲. راسخ، پیشین، صص ۳۰۲۸.

محاسبات، امکان حسابرسی و رسیدگی به حساب‌های درآمد و هزینه و دیگر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی دستگاه‌های اجرایی در نظر گرفته شده است. در اصل ۱۷۴ نیز در راستای حق نظارت قوه قضاییه بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، تشکیل «سازمان بازرسی کل کشور» پیش‌بینی شده است. برای نظارت قوه مجریه بر کارکرد اجزای دیگر حکومت، در اصل ۱۱۳ قانون اساسی پیش‌بینی شده است که رئیس‌جمهور پس از مقام رهبری، عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری بر عهده دارد که به صورت مستقیم به رهبری مربوط می‌شود. از این رو، اختیار محدودی در این زمینه برای قوه مجریه مشاهده می‌شود.

در این میان، شورای نگهبان هم در نظریه تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲، امکان حداقلی نظارت رئیس قوه مجریه در قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۲) بر سایر اجزای حکومت را از بین برد. در نظریه مذکور آمده است: «۱. مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسئولیت اجرا در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است. ۲. مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی، تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است. ۳. در مواردی که به موجب قانون اساسی، رئیس‌جمهور حق نظارت و مسئولیت اجرا ندارد، حق ایجاد هیچ‌گونه تشکیلاتی را هم ندارد».

این در حالی است که ماده ۱۳ قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌داشت: «به منظور پاسداری از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در اجرای اصل ۱۱۳ قانون اساسی، رئیس‌جمهور از طریق نظارت، کسب اطلاع، بازرسی، پی‌گیری، بررسی و اقدامات لازم، مسئول اجرای قانون اساسی می‌باشد». هم‌چنین در ماده ۱۴ آن پیش‌بینی شده است: «در صورت توقف یا عدم اجرای اصلی از اصول قانون اساسی، رئیس‌جمهور در اجرای وظایف خویش برای اجرای قانون اساسی به نحو مقتضی اقدام می‌نماید و برای این منظور می‌تواند مراتب را به اطلاع بالاترین مقام مسئول مربوطه برساند و علت توقف یا عدم اجرا را خواستار گردد.

مقام مسئول موظف است پاسخ خود را مشروحاً و با ذکر دلیل به اطلاع رئیس جمهور برساند. در صورتی که پس از بررسی، به تشخیص رئیس جمهور، توقف یا عدم اجرا ثابت گردد، نسبت به اجرای اصل یا اصول مربوطه و رفع عوارض ناشی از تخلف اقدام و در صورتی که تخلف مربوط به نخست‌وزیر و وزرا باشد، به مجلس شورای اسلامی ارجاع می‌دهد و در غیر این صورت، پرونده امر به مرجع صالح ارسال خواهد شد». به علاوه رئیس جمهور در ماده ۱۵ قانون یادشده، به منظور اجرای صحیح و دقیق قانون اساسی، حق اخطار و تذکر به قوای سه‌گانه کشور را داشت.

برای تحقق تاب‌آوری و تعادل در حکومت و سازمان‌های اداری باید بر بالک‌های تعادل^۱ در تشکیلات و سازمان‌های نظارتی تمرکز کرد؛ یعنی باید در ساختار تشکیلات نظارتی، بالک‌های تعادل را جست. در یک هواپیما، بالک‌های تعادل با آن‌که بسیار کوچکند، تعادل آیرودینامیک جثه بزرگ هواپیما را تنظیم می‌کنند. از این رو تغییرات کوچک و شناسایی بالک‌های تعادل در حکومت و دستگاه‌های نظارتی، اثر زیادی در تاب‌آوری آن‌ها خواهد داشت. بر همین اساس، باید اختیارات نظارتی به گونه‌ای در میان دستگاه‌های نظارتی توزیع شود تا همانند ظروف مرتبط در حالتی از تعادل و توازن قرار گیرند.

بند سوم. تزامم و اختیارات موازی

قوانین وضع شده حاکم بر دستگاه‌های نظارتی در حقوق اداری ایران نشان می‌دهد بیش‌تر وظایف این دستگاه‌ها موازی یکدیگر است. نگاهی به قوانین چند دستگاه اصلی نظارت بر کارکرد دستگاه‌های اداری (سازمان بازرسی کلی کشور، دیوان محاسبات کمیسیون اصل (۹۰) قانون اساسی، کمیسیون‌های تحقیق و تفحص و تخصصی مجلس شورای اسلامی)، این مسئله را بیش‌تر نمایان می‌سازد.

۱. بالک‌ها در هواپیما کمک می‌کنند تا میزان «کشش وارده» کاهش پیدا کنند. زمانی که هواپیما در حال پرواز است، میزان فشار وارده به بالای بال کمتر از میزان فشار وارده به زیر بال هاست. در نزدیکی رأس بال‌ها، میزان هوای پرفشار به مناطق کم‌فشار در بالای بال منتقل می‌شود که در نتیجه باعث گرداب می‌شود. گرداب‌ها، جریانی سه بعدی در بال‌ها ایجاد می‌کنند. آن‌ها نه تنها جریان هوا را به سمت بال‌ها می‌کشند، بلکه جریان هوا را پس هم می‌زنند که باعث به وجود آمدن کشش وارده می‌شود. با نصب بالک‌ها، هواپیما قادر است فشار وارده توسط گرداب‌های رأس بال را تضعیف کند و مهم‌تر از آن، میزان کشش وارده در کل بال‌ها را قطع می‌کند.

بر اساس قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، اطلاق وظیفه نظارت (اعم از نظارت اداری و مالی) بر همه وزارت‌خانه‌ها و ادارات و امور اداری و مالی دادگستری، سازمان‌ها و دستگاه‌های تابعه قوه قضاییه و نیروهای نظامی و انتظامی و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها و دفاتر اسناد رسمی و مؤسسات عام‌المنفعه و نهادهای انقلابی و سازمان‌هایی که تمام یا قسمتی از سرمایه یا سهام آنان متعلق به دولت است یا دولت به نحوی از انحاء بر آن‌ها نظارت یا کمک می‌نماید و کلیه سازمان‌هایی که شمول این قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام آن‌هاست، به عهده این سازمان گذاشته شده است و سازمان بازرسی اختیار دارد همه این تأسیسات را به صورت مستمر بازرسی و به سوء رفتارهای احتمالی در آن‌ها رسیدگی کند.

دیوان محاسبات کشور هم به موجب ماده ۲ قانون دیوان محاسبات، حسابرسی یا رسیدگی به حساب‌های درآمد و هزینه و دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و واحدهایی را بر عهده دارد که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند و به طور کلی، هر واحد اجرایی که طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب شود و واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است، در این قلمرو می‌گنجند.

به موجب اصل ۹۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هر کس شکایتی از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه داشته باشد، می‌تواند شکایت خود را کتبی به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مجلس (کمیسیون اصل ۹۰) موظف است به این شکایت رسیدگی کند و پاسخ کافی دهد و در مواردی که شکایت به قوه مجریه یا قوه قضاییه مربوط است، رسیدگی و پاسخ کافی از آن‌ها بخواهد و در مدت متناسب، نتیجه را اعلام کند و در موردی که مربوط به عموم باشد، به اطلاع عامه برساند.

تحقیق و تفحص از مؤثرترین ابزارهای نظارت پارلمان است. در راستای اصل ۷۶ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی، حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد. قانون اساسی با ذکر عبارت «تمام امور»، اختیارات بسیار وسیعی در این زمینه قائل شده و این عبارت در مفهوم مادی، همه مسائل داخلی و بین‌المللی و در مفهوم سازمانی، تمام سازمان‌ها و مقامات را مشمول اصل نظارت مقرر در اصل ۷۶ قانون اساسی قرار داده است.

با این حال، واقعیت آن است که ناهماهنگی دستگاه‌های نظارتی در هر دو زمینه داخل قوا و بین قوا، موازی بودن و تعدد سازمان‌های نظارتی و در نتیجه، تراحم و نظارت‌های متعدد و مکرر، مراجع متعدد تصمیم‌گیری در عملیات نظارت و بازرسی، نبود مرکز تصمیم‌گیری واحد در سیاست‌گذاری امور نظارتی که بتواند خط‌مشی‌ها و استراتژی‌های واحد و جامعی را در امر نظارت و بازرسی تدوین کند، نبود ارتباط مناسب بین سازمان‌های نظارتی در داخل و بین قوا، حرفه‌ای و تخصصی نبودن برخی از سازمان‌های نظارتی (به عبارت دیگر، بخش تخصصی و افراد آموزش دیده برای امور کنترل و نظارت تنها در برخی از سازمان‌های خاص وجود دارد)، نبود نگرش نظام‌گرا (سیستمی) در مراحل و عملیات نظارت و بازرسی، نبود مرجع واحدی برای تدوین استانداردها و یکسان‌سازی عملیات نظارت و حسابرسی، از مشکلات اساسی دستگاه‌های نظارتی است.

بند چهارم. نبود قانون جامع نظارت

مهم‌ترین علل بروز مشکلات مربوط به موازی‌کاری سازمان‌های نظارتی، وجود قوانین متعدد است که بیانگر نقص در داشتن نگاه کلان نظارتی است.^۱ تعدد دستگاه‌های نظارتی باعث حجیم شدن قوانین شده و انبوه مواد قانونی، تضاد، تعارض، تناقض، ابهام و اجمال و دشواری درک آن‌ها برای ناظران و مجریان، نظارت صحیح و کارآ را با مشکل مواجه ساخته است.^۲ از پی‌آمدهای نبود قانون جامع، نگاه دستگاه‌محوری و برخوردهای سلیقه‌ای دستگاه‌های نظارتی است که استراتژی مشخصی برای نظارت ندارند. به علاوه، نبود قانون جامع نظارت، به معلوم نبودن رجحان نظر یک نهاد نظارتی بر دیگری در زمان بروز تعارض دامن زده و این مسئله در عمل باعث شده است مراجع رسیدگی‌کننده به تخلفات و جرایم ارتكابی در دستگاه‌های اجرایی در رسیدگی و تصمیم‌گیری دچار تشکیک شوند.

اصلی‌ترین عامل ایجاد تعدد دستگاه‌های نظارتی کشور هنگام تصویب قانون اساسی رخ داد. در آن زمان، نگاه جامعی نسبت به نظارت وجود نداشت و همین مسئله منجر شد برخی از اصول قانون

۱. شریفی، اصغر، «آسیب‌شناسی ساختارهای نظارتی در ایران و ارائه چارچوبی برای نظارت کارآمد»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۳، ص ۷۳.

۲. همان، ص ۶۶.

اساسی در مورد نهادهای نظارتی به وضوح با یکدیگر در تزامن باشند^۱ و برخی از موضوع‌ها در آن واحد در صلاحیت چند مرجع نظارتی قرار گیرد.^۲ از این رو، در بسیاری از موارد معلوم نیست در فرض تعارض نظر بین دو نهاد نظارتی، کدام یک بر دیگری مقدم است.

بند پنجم. متن‌گرایی در نظارت

اجرای قوانین ممکن است به طور سلیقه‌ای یا اشتباه صورت گیرد یا معنا و حدود آن‌ها گوناگون تفسیر شود. هم‌چنین ممکن است قانون به نحوی برداشت شود که ناظران در جهت کاملاً خلاف قصد قانون‌گذار و هدف قانون حرکت کنند. این موردها موجب بروز همان مشکلاتی می‌شوند که نظارت برای حل و رفع آن‌ها به وجود آمده است. به علاوه بسیاری از ناظران مانند «متن‌گرایان» معتقدند که در تفسیر یک قانون یا مقرر باید همان معنایی را جست که در زمان تصویب، مورد نظر بوده است. اینان به دنبال بی‌نیاز کردن استنباط حقوقی از ملاحظات تاریخی، اجتماعی، انسان‌شناسانه، اخلاقی و سیاسی هستند.^۳ بر اساس تفکر آنان، برای کشف اراده قانون‌گذار باید قانون را ملاحظه کرد و تفسیر نیز چیزی جز کشف مقصود قانون‌گذار از طریق بررسی کلام وی نیست. این مسئله در موارد بسیاری، محل مناقشه و اختلاف ناظران و مجریانی شده است که در عمل، بیش‌تر به «ابزارگرایی»^۴ تمایل دارند. مجریان بیش‌تر به دنبال تصمیم‌گیری بر مبنای اثرگذاری آن به ویژه بر زندگی اجتماعی هستند. این در حالی است که ناظران از موضع باور اثبات‌گرایانه به قانون می‌نگرند و به گونه‌ای بر استقلال قانون و متن آن از دیگر مفاهیم تأکید می‌کنند و «لفظ‌گرایی مطلق»^۵ و معنایی ثابت برای واژگان قوانین و مقررات در نظر می‌گیرند.

۱. موسوی، پیشین، ص ۷۱.

۲. عبداللهی، جواد، «موانع و محدودیت‌های اعمال نظارت کارآمد»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۳، ص ۳۶.

۳. کیوان‌فر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: میزان، ۱۳۹۰، صص ۷۶-۷۷.

4. consequentialism.

5. Absolute literalism.

بند ششم. فراموشی اصول صحت و برائت

اصل صحت به نوع برخورد و قضاوت انسان درباره گفتار و کردار و عقاید دیگران مربوط می‌شود. بر اساس قاعده صحت باید در اعمال و رفتارها بنا بر صحت گذاشته شود، مگر جایی که دلیل قطعی بر خلاف آن باشد.^۱ دلایل نقلی اعتبار اصل صحت از قرآن و سنت بسیار است. کتاب وحی، انسان‌ها را از ظن و گمان‌های بد نهی کرده است. ادله اعتبار این اصل به خوبی می‌فهماند که حمل و برداشت غلط از اعمال و رفتار دیگران، از نظر عقلی هم قابل پذیرش نیست.

اصل برائت نیز یک اصل عقلی است و یکی از اصلی‌ترین و اساسی‌ترین اصول بشری به شمار می‌رود که می‌بایست به آن عمل شود. اصل برائت نه تنها در قوانین ایران، بلکه در کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز یکی از اصول مهم و اثرگذار است که بر آن تأکید فراوان شده است. از منظر بسیاری از حقوق‌دانان، اصل برائت، یکی از حقوق اساسی افراد هر جامعه است.^۲ در ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر به اصل برائت چنین اشاره شده است: «هر کس متهم به ارتکاب جرمی باشد، تا وقتی تقصیر او طی محاکمه علنی که در آن، هر گونه تضمین ضروری برای دفاع تأمین شده باشد، قانوناً به ثبوت نرسد، بی‌گناه محسوب می‌شود. هم چنین هیچ کس به علت ارتکاب عملی یا خودداری از عملی محکوم نخواهد شد، مگر وقتی که آن کار به موجب قوانین ملی یا بین‌المللی هنگام ارتکاب، جرم محسوب شود. نیز هیچ کس به مجازاتی بیش از مجازات مقرر هنگام ارتکاب جرم محکوم نخواهد شد.»^۳ اصل ۳۷ قانون اساسی ایران نیز بیان کرده است: «اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون، مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این‌که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد». هم چنین مطابق ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی، مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند. در غیر این صورت، با سوگند خوانده، حکم به برائت صادر خواهد شد».

۱. روستایی صدرآبادی، حمید و همکاران، «تأثیر اصل صحت بر امنیت روانی فرد و جامعه»، حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، ۱۳۹۶، شماره ۱، ص ۱۲۹.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، ص ۳۰۷.

۳. عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۲۶۸.

رویکرد و نگاه بسیاری از ناظران، در بیش‌تر موارد بر اصل عدم صحت و اصل عدم برائت استوار است. در چنین حالتی، حاصل و ثمره نظارت، جنبه ارشادی و پاداشی خود را از دست می‌دهد و تنها به مچ‌گیری و مجازات‌رسانی بدل می‌شود.^۱

بند هفتم. بی‌توجهی به سازمان‌های مردم‌نهاد^۲

در دموکراسی‌ها، شهروندان عادی می‌توانند اجتماعات مستقلی را سازمان دهند که در خدمت نیازهای جامعه یا کشوری باشند که در آن زندگی می‌کنند و تدبیرها و خدمات اجتماعی دولت را تکمیل و کمبودهای آن را جبران کنند و از طریق نظارت همگانی، سیاست‌های اشتباه‌آمیزشان را افشا کنند. به چنین سازمان‌هایی، جوامع مدنی و زیرمجموعه مهم آن، سازمان‌های غیر دولتی یا به تعبیر وزارت کشور ایران، سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن) گفته می‌شود؛ زیرا زیرمجموعه نهادهای دولتی نیستند.^۳ برای سمن‌ها، نقش‌های گوناگونی عنوان شده است. در مواردی به عنوان نماینده منافع شهروندان، ارائه‌کننده خدمات اجتماعی، مدافعان محیط زیست یا استانداردهای زندگی و استانداردهای شغلی یا کاتالیزور در تغییر و تحول جامعه مردم‌سالار عمل می‌کنند. در ماده ۴ طرح «قانون ناظر بر تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد» هم پیشنهاد شده است که ارائه خدمات مورد نیاز جامعه و اظهار نظر و پیشنهاد راهکارهای مناسب در مسائل و چالش‌های بخش‌های مختلف جامعه، فرآیند سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی و اجرا (در سطح ملی، منطقه‌ای و ملی)، آثار و نتایج سیاست‌گذاری‌ها و برنامه‌های اجرایی دستگاه‌های دولتی، عمومی، غیر دولتی و سازمان‌های بین‌المللی در جامعه و تسهیل و اجرای برنامه‌ها و پروژه‌های دستگاه‌های دولتی، عمومی، خصوصی و سازمان‌های بین‌المللی (از طریق توافق و تفاهم با آن‌ها)، جزء فعالیت‌های این سازمان‌ها باشد. از سوی دیگر، سازوکارهای زیادی برای درگیر کردن مردم در نظارت بر اعمال دستگاه‌های اداری و حتی نظارتی وجود دارد، مانند: نظرخواهی از شهروندان، استفاده از آنان برای نظارت بر سازمان‌های دولتی و بهره‌گیری از همکاری سازمان‌های حرفه‌ای.

۱. احمدی، مرتضی، «ساختار نظارت در تشکیلات جمهوری اسلامی ایران»، مجموعه مقالات نخستین همایش نظارت و بازرسی، ۱۳۸۰، ص ۲۷.

2. Non Government Organization.

۳. دیهیم، علی رضا و همکاران (بدون تاریخ): بررسی نقش سازمان‌های غیردولتی در زمینه مبارزه با فساد و آرایه مدل بومی در کشور. نشر زمان نو. جلد اول، ص ۴.

نگاهی به کارکرد امروزیین دستگاه‌های نظارتی این حقیقت را برملا می‌سازد که این سازمان‌ها یا اعتقادی ندارند یا نتوانسته‌اند از مشارکت و ظرفیت نهادهای مردمی در انجام تکالیف خود بهره‌مند شوند و به هم‌گامی با جنبش‌های اجتماعی، اقتصادی، علمی و فنی عادت کنند.

بند هشتم. غفلت در توان‌مندسازی مدیران نظارت

توان‌مندسازی به معنای برداشتن موانعی است که باعث می‌شود افراد نتوانند کارشان را به صورت مؤثر و کامل به انجام برسانند.^۱ توان‌مندسازی به مدیران یاری می‌رساند تا به سازمان و خودشان کمک کنند تا بتوانند کارها را به صورت مطلوب انجام دهند. فصل نهم قانون مدیریت خدمات کشوری به توان‌مندسازی کارمندان اشاره دارد. در ماده ۵۸ این قانون برای ارتقای سطح کارایی و اثربخشی دستگاه‌های اجرایی بر طراحی نظامی برای ارتقای دانش، مهارت و توان‌مندی کارکنان دولت تأکید شده است. با این حال، در عمل به توان‌مندسازی مدیران بخش نظارت چندان توجهی نمی‌شود. انتصابات در برخی از دستگاه‌های نظارتی نشان می‌دهد در موارد بسیاری، افرادی بدون مهارت و رعایت تخصص و تجربه شغلی و استراتژی مناسب در رأس و بخش‌های مدیریتی این دستگاه‌ها قرار می‌گیرند. این در حالی است که عده‌ای از اندیشمندان معتقدند مدیران اثربخش در تدوین خط‌مشی عمومی باید دارای مشخصاتی به این شرح باشند:

۱. زمینه‌های لازم برای فعالیت‌های سازمان خود را تدارک ببینند؛
۲. دارای درک علمی از موضوعات مهم استراتژیک باشند؛
۳. قادر به شناسایی اهداف و فعالیت‌هایی باشند که برای کارکنان سازمان مفهوم داشته باشد؛
۴. توانایی استفاده از فرصت به شکل برنامه‌ریزی شده یا پیشامدی را داشته باشند؛
۵. دارای شخصیت نافذ و اثرگذار باشند؛
۶. قادر به خلق کارایی از طریق صرفه‌جویی در نیروی کار و استفاده بهینه از آن‌ها باشند.^۲

۱. کرینر، استوارت، دیدگاه‌های کلیدی مدیریت، ترجمه: محمدعلی حسین‌نژاد، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۶۹.

۲. میرسپاسی و اعتباریان، پیشین، صص ۲۴۳ و ۲۴۴.

به اعتقاد برخی از صاحب‌نظران، انعطاف‌ناپذیری ساختارهای بوروکراتیک و سلسله‌مراتبی و قوانین و مقررات محدودکننده بخش نظارتی بر ناکارآمدی توان‌مندسازی در بخش نظارت اثر می‌گذارد.

بند نهم. بی‌توجهی به ضرورت تحول و مهندسی مجدد فرآیندهای نظارت

برای ایجاد تغییر در امور همیشه باید سکویی شعله‌ور وجود داشته باشد. تحقیقات زیادی در زمینه ایجاد تحول و تغییر در سازمان‌ها انجام شده و دلایل زیادی برای واکنش منفی در برابر آن‌ها برشمرده شده است که توجه به برخی دلایل مهم می‌تواند کمک بسیار خوبی برای انتخاب استراتژی مناسب در انجام تغییرات مورد نیاز سازمان‌های نظارتی باشد.^۱ از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. درگیری فراوان و بدون توجیه آن‌ها؛

۲. پایین بودن وجه اشتراک تغییر با فرهنگ سازمان‌ها؛

۳. سختی و دشواری انجام تغییر؛

۴. نبود حامی قوی برای تحول و مباحث تغییر.

ملاحظه کارکرد دستگاه‌های نظارتی در کشور (در مورد مهندسی مجدد فرآیندها)، چیزی دیگر می‌گوید. با وجود حکم ماده ۳۶ قانون مدیریت خدمات کشوری (که در آن، دستگاه‌های اجرایی موظف شده‌اند فرآیندهای مورد عمل و روش‌های انجام کار خود را با هدف افزایش بهره‌وری نیروی انسانی و کارآمدی فعالیت‌ها نظیر سرعت، دقت، هزینه، کیفیت، سلامت و صحت امور و تأمین رضایت و کرامت مردم، حداکثر هر سه سال یک بار بازبینی و اصلاح کنند)، در بیش‌تر دستگاه‌های نظارتی، نگرشی تازه مشاهده نمی‌شود. آن‌ها با نگرشی سنتی تمایل دارند که همه مشکلات نظام اداری کشور را مرتفع سازند.

سازمان‌های نظارتی در محیطی پویا فعالیت دارند. البته بر اساس تحقیقاتی که در آمریکا انجام گرفته، مشخص شده است فقط ده درصد استراتژی‌هایی که به خوبی فرموله شده‌اند، در عمل با موفقیت

۱. جونز، نیل راسل، مدیریت تحول، ترجمه: علی دنیادیده، تهران: اندیشه آریا، ۱۳۸۶، صص ۸ و ۱۳.

اجرا می‌شوند.^۱ برای این‌که اهداف استراتژیک در دستگاه‌های نظارتی محقق شود، به مجموعه اقداماتی نیاز است که برنامه‌های اقدام استراتژیک نام دارند. هدف از اجرای برنامه‌های اقدام این است که سازمان‌ها، شکاف شناسایی شده بین عملکرد واقعی و مطلوب برای رسیدن به یک هدف استراتژیک را پوشش دهند^۲ و از طریق تطابق با تحولات محیطی، بر اساس نظریه اقتضایی^۳، محیط درونی آن‌ها تغییر یابد.^۴ بسیاری از این تغییرات باید به طور پیوسته باشد. تعدادی هم گسسته خواهد بود.^۵ یکی از راهکارهای مؤثر برای هم‌گامی با تغییرات، به کارگیری و اجرای مهندسی مجدد فرآیندی^۶ است.^۷ طراحی مجدد، طراحی جامع و متفاوت کار است، مانند این‌که کار دوباره خلق شود^۸ و هدف آن نیز کوتاه‌سازی فرآیندها، بهبود کیفیت، کاهش منابع مصرفی و هزینه‌ها، بالا بردن توان، کارایی و اثربخشی سازمان‌های نظارتی است تا برای انجام درست اعمال نظارت آماده شوند. در این رهیافت ابتدا باید بررسی شود که «چه کاری»، «چگونه» و «چرا» باید انجام شود.

۱. کاپولان، رابرت اس. و دیوید پی. نورتون، سازمان استراتژی محور، ترجمه: پرویز بختیاری، تهران: سازمان مدیریت صنعتی، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۲۲.

۲. نجفی، سید اسماعیل و مجتبی اکبریان، «اولویت‌بندی اهداف استراتژیک در کارت امتیازی متوازن با تلفیق دیمتل و ای ان پی»، نشریه تصمیم‌گیری و تحقیق در عملیات، دوره چهارم، ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۷۴.

۳. نظریه اقتضایی (Contingency theory)، یک نظریه سازمانی است. در این نظریه ادعا می‌شود کارایی (Performance) یک واحد سازمانی، نتیجه‌ای از سازگاری (Fit) محیط بیرون واحدهای سازمانی و ترتیبات (Arrangement) درونی آن واحدهاست.

۴. فروزنده، لطف‌الله و همکاران، «نقش مهندسی مجدد فرآیندهای سازمانی در تحقق اهداف برنامه‌ریزی استراتژیک»، مجله مطالعات مدیریت راهبردی، ۱۳۹۱، شماره ۱۱، ص ۱۰۹.

5. Arteta, B.M., Giachetti, R.E., "A measure of agility as the complexity of the enterprise system", Robotics and Computer-Integrated, 20, 2004, pp. 495-503.

6. Business Process Reengineering.

7. Chang, S., Shen, H., "Supply chain reengineering using a core Process analysis matrix and object oriented simulation", Information & Management, 39, 2002, pp. 345-358.

۸. فروزنده و همکاران، پیشین، ص ۱۱۵.

بند دهم. شناسایی نشدن نقاط کلیدی انحرافات و وجود کارکرد مکانیکی

گاهی ناظر به دلیل سهولت در انجام نظارت، نقاطی را انتخاب می‌کند که اهمیت اساسی ندارد و تنها فایده آن، سهل بودن نظارت در آن‌هاست. این در حالی است که دستگاه‌های نظارتی (به عنوان بخشی از دستگاه‌های اجرایی کشور) مطابق ماده ۲۹ قانون مدیریت خدمات کشوری مکلفند سازمان‌دهی، طراحی و تنظیم تشکیلات خود را متناسب با ویژگی‌های مربوط در چارچوب الگوها، ضوابط و شاخص‌هایی پی‌ریزی کنند که به ایجاد سیستم نظارت کارآمد کمک کند. سیستم نظارت کارآمد زمانی رشد می‌یابد که نقاط مهم و کلیدی در موضوع نظارت به درستی مشخص و معین گردد.^۱ نقاط کلیدی، آن بخش از عملیات و واحدهایی هستند که نتایج عملکردشان در کل برنامه نقشی مهم و تعیین‌کننده دارد.^۲ انتخاب نقاط کلیدی برای نظارت برای آن است که در بیش‌تر موارد، نظارت تمامی جریان عملیات، ممکن یا مقرون به صرفه نیست.^۳ بنابراین، برای رسیدن به فایده باید یک یا چند نقطه انتخاب شود و نظارت در آن نقاط متمرکز گردد. به طور خلاصه، نقطه کلیدی نظارت باید در جایی انتخاب شود که نظارت آن بخش قابل تسری به دیگر بخش‌ها باشد و این اطمینان را به وجود آورد که با نظارت در آن می‌توان از وضع کل مجموعه آگاه شد.^۴

با این تفصیل باید گفت سازمانی‌های نظارتی در ایران، کارکرد مکانیکی دارند. به قول یکی از صاحب‌نظران، دستگاه‌های نظارتی بیش‌تر به بعد ساختاری توجه می‌کنند و بعد رفتاری را فراموش کرده‌اند.^۵ این سازمان‌ها، قوانین بسیار سخت، مستحکم و ساختارهای بلند و بی‌روح دارند و مدیرانشان به طور فزاینده‌ای، مقررات و آیین‌نامه‌ها را اعمال می‌کنند. درجه بالای تقسیم کار در آن‌ها منجر به پدید آمدن مشاغلی شده است که ساده، روزمره و استاندارد هستند. تغییرات در آن‌ها به کندی صورت می‌گیرد و هر شخص از سوی فرد بالاتر نظارت می‌شود. فاصله بین رأس و قاعده سازمان‌ها نیز

۱. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۱.

۲. رابینز و سنزو، پیشین، ص ۴۱۳.

۳. طالقانی، غلام‌رضا، «مطالعه تطبیقی نظارت در جمهوری اسلامی ایران با چندین کشور»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، ۱۳۸۵، ص ۱۲۳.

۴. رابینز و سنزو، پیشین، صص ۹۳-۹۰.

۵. احمدی، پیشین، ص ۲۷.

افزایش یافته است، در حالی که سازمان‌های نظارتی مؤثر باید طوری طراحی شوند که از نظر تمرکز در سطح پایینی قرار داشته باشند و به طور حرفه‌ای به مسائل پاسخ بگویند. این سازمان‌ها باید نرم و قابل انعطاف باشند و بر حسب نیاز به طور سریع تغییر کنند و در فرآیند آن‌ها به راحتی بتوان تجدید نظر کرد^۱ و با «انتخاب معیارهای جدید»، «تغییر شیوه‌های دریافت اطلاعات» و «خطایابی و ارزیابی سیستم نظارت»، بر صحت عملکرد و میزان کارایی و اثربخشی آن‌ها افزود.^۲

بند یازدهم. بی‌توجهی به مدیریت کیفیت جامع

در بحث کارآمدی نظارت می‌توان واژه «کیفیت» را به این صورت به کار برد که اگر نظام نظارت و کنترل بتواند به گونه‌ای با مخاطب خود برخورد کند که او به اصلاح و تداوم این نظارت تشویق شود و از آن گریزی نداشته باشد، آن گاه می‌توان گفت چنین نظارتی باکیفیت است. در این فلسفه، نظارت مبتنی بر مدیریت کیفیت بر پیش‌گیری به جای درمان تأکید خواهد داشت و به‌کارگیری این تفکر موجب کارآمدی و غنای عملکرد خواهد شد. در این وضعیت، مدیریت کیفیت بر شناسایی علل به وجود آمدن عیوب و نواقص در فرآیندهای سازمان‌های نظارتی تأکید دارد. این فرآیند می‌تواند در این سازمان‌ها از طریق آموزش، انگیزه و قدرت دادن به کارکنان و کار گروهی هدایت شود. این موضوع مستلزم آن است که از طرح‌های مناسب آموزش و استخدام کارکنان استفاده شود و آن‌ها نیز مهارت‌های لازم برای مشارکت فعالانه در فرآیند توسعه را کسب کنند. مدیریت کیفیت، مشارکت همه بخش‌ها را در طراحی فرآیند تشویق می‌کند و سطحی از همکاری را برای دستیابی به درهای نظارت و ارزیابی بر اساس محدودیت‌های هزینه‌ای تکنیکی و تکنولوژیکی فراهم می‌کند.^۳

نتیجه‌گیری

نظام اداری ایران به دلیل ضعف‌های گوناگون در رده‌های مختلف آن، ناکارآمد جلوه کرده است. در نظام اداری ناکارآمد، انواع بی‌نظمی به صورت‌های گوناگون ظهور می‌کند. پیچیدگی بیش از حد، نارسایی و

۱. رایبیز و سنزو، پیشین، صص ۱۹۶ و ۱۹۷.

۲. طالقانی، پیشین، ص ۱۲۴.

۳. کاظمی، مصطفی و همکاران، «بررسی تأثیر مدیریت کیفیت جامع بر عملکرد سازمان‌های کارآفرین»، مجموعه مقالات دومین همایش مدیریت و کارآفرینی، ۱۳۹۲، ص ۶۶.

نقص در قوانین و مقررات و اجرای آن‌ها، انحصار مشاغل، ضعف سیستم مدیریت، تعیین نشدن کمیت و کیفیت نظام‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی موجب شده است نظام اداری در به‌کارگیری همه امکانات دستگاه اجرایی به صورت هماهنگ و جهت‌دار در خدمت رفاه و اهداف جامعه، کارآمد نباشد. دستگاه‌های نظارتی نیز نتوانسته‌اند به از بین رفتن ناکارآمدی رده نظام‌های اداری کمک چندانی کنند. واقعیت آن است که نظام نظارتی ایران در قالب بوروکراسی نوین از همان اوان شکل‌گیری، گرفتار مسائل و مشکلات ریشه‌ای بود و با وجود دلایل و براهین بی‌شمار بر وجوب و ضرورت نقش نظارت نتوانسته است سلامت نظام اداری کشور و تأمین حداقل زندگی و خدمات اجتماعی را تضمین کند.

واقعیت امروز کشور این است که هرم‌های سازمان‌های نظارتی هر روز مرتفع‌تر می‌شود و به صورت غول‌آسا، جامعه اداری را در بر می‌گیرد. به عبارت دیگر، سازمان‌های نظارتی از منظر کمی رشد می‌یابند، ولی از نظر کیفی، فاصله زیادی بین هزینه آن‌ها و نتایج اثربخششان وجود دارد. به علاوه، کارکرد آن‌ها نشان می‌دهد دستگاه‌های نظارتی کشور، برنامه‌ریزی استراتژیک با اهداف استراتژیک اقتضائی ندارند و هدف اصلی کنترل را فراموش کرده‌اند و مانند سازمان‌های مکانیکی (نه ارگانیک) و بدون توجه به نقاط استراتژیک و کلیدی نظارت تنها به اهداف جزئی مشغولند و با انجام کارهایی چون کنترل‌های بی‌نتیجه و نمایشی، نظارت‌های بی‌مورد و چند باره، به توجیه وجود سازمان مشغول نشان دادن اعضای خود می‌پردازند و کارها را آن قدر گسترده می‌کنند تا با زمان و امکانات آن‌ها هماهنگ شود. در واقع، این سازمان‌ها در چنین جریانی می‌کوشند استراتژی‌ها و ضوابطی را وضع کنند که هدف‌ها و نظرهای بخشی و جزئی را به صورت اهداف کلی نشان دهند.

به یقین، اصلاح مشکلات سنتی نظام نظارتی با راهکارها و برنامه‌هایی که به عوارض مسئله می‌پردازند، راه به جایی نمی‌برد. اصلاح این مشکلات به شناسایی ریشه‌ها و لایه‌هایی نیاز دارد که این مشکلات از آن جا ریشه می‌گیرد. از این رو، این سازمان‌ها را باید با استفاده از روش‌های جدید نظارت، کوچک و چابک‌سازی و ادغام بسیاری از سازمان‌های نظارتی و واگذاری یک مأموریت خاص به هر یک از آن‌ها (تعادل‌سازی و رفع تراحم) و استفاده از فلسفه مدیریت کیفیت جامع باید تشویق کرد با اعمال سیاست‌های جامع و فراگیر پیش‌گیری از طریق مهندسی مجدد فرایندها، زمینه بروز کاستی‌ها، انحرافات و کج‌روی‌های دستگاه‌های اداری کشور را از بین ببرند و سازوکارهای تحقق اصل برابری فرصت‌ها در قوانین و مقررات خاص استخدامی و چالش‌های فراروی آن را سامان دهند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. الوانی، سید مهدی، **مدیریت عمومی**، تهران: نی، ۱۳۷۵.
۲. اکبری سماکوش، علی‌رضا و ابراهیم سمیعی پورگیری، **اصول کنترل و نظارت در سازمان‌ها**، تهران: فرانما، ۱۳۹۸.
۳. امامی، محمد، **کلیات حقوق مالی**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۴. آقامحمد آقایی، احسان، **نقش دولت در فرآیند مشارکت‌پذیری مردم**، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۸.
۵. بارنت، اریک، **مقدمه‌ای بر حقوق اساسی**، ترجمه: عباس کدخدایی، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت (جلد ۱)**، تهران: دانش، ۱۳۸۸.
۷. جوان آراسته، حسین، **حقوق اجتماعی و سیاسی در اسلام**، قم: دفتر نشر معارف، ۱۳۸۴.
۸. جونز، نیل راسل، **مدیریت تحول**، ترجمه: علی دنیادیده، تهران: اندیشه آریا، ۱۳۸۶.
۹. دسلر، گری، **مبانی مدیریت منابع انسانی**، ترجمه: سید محمد اعرابی و علی پارسایان، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ نهم، ۱۳۹۱.
۱۰. دیهیم، علی‌رضا و همکاران، **بررسی نقش سازمان‌های غیر دولتی در زمینه مبارزه با فساد و ارائه مدل بومی در کشور (جلد ۱)**، تهران: زمان نو، بی‌تا.
۱۱. رابینز، استیفن پی. و دیوید ای. دی. سنزو، **مبانی مدیریت**، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۲.
۱۲. راسخ، محمد، **نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی**، تهران: دراک، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.
۱۳. سنگه، پیتتر، **پنجمین فرمان**، ترجمه: حافظ کمال هدایت، تهران: مؤسسه مدیریت صنعتی، ۱۳۷۷.
۱۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۱۵. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.

۱۶. عباسی، بیژن، **حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین**، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۱۷. عمید زنجانی، عباس‌علی و ابراهیم موسی‌زاده، **نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۱۸. کاپولان، رابرت اس. و دیوید پی. نورتون، **سازمان استراتژی محور**، ترجمه: پرویز بختیاری، تهران: سازمان مدیریت صنعتی، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۱۹. کاتر، جان، **رهبری تحول**، ترجمه: مهدی ایران‌نژاد پاریزی و مینو سلسله، تهران: مؤسسه تحقیقات و آموزش مدیریت، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۲۰. کرینر، استوارت، **دیدگاه‌های کلیدی مدیریت**، ترجمه: محمدعلی حسین‌نژاد، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۲۱. کیوان‌فر، شهرام، **مبانی فلسفی تفسیر قانون**، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۲۲. لاگالین، مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه: محمد راسخ، تهران: پردیس دانش، چاپ ششم، ۱۳۹۷.
۲۳. ملک افصلی اردکانی، محسن، **نظارت و نهادهای نظارتی**، قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۲۴. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
۲۵. میرسپاسی، ناصر و اکبر اعتباریان، **اصلاح و تحول در نظام اداری ایران بر اساس الگوی توازن قدرت**، تهران: ترمه، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲۶. هاشمی، سید محمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.

ب) مقاله

۱. احمدی، مرتضی، «**ساختار نظارت در تشکیلات جمهوری اسلامی ایران**»، مجموعه مقالات نخستین همایش نظارت و بازرسی، ۱۳۸۰.
۲. تارخ، محمدجعفر و اسماعیل شریفی، «**ارائه الگویی برای سازمان‌دهی و مدیریت پروژه‌های مهندسی مجدد**»، پژوهش و سازندگی، ۱۳۸۵، شماره ۷۶.

۳. دیانتی دیلمی، زهرا و همکاران، «بررسی تأثیر به‌کارگیری مدل مدیریت کیفیت جامع روند عملکرد مالی شرکت (بررسی موردی)»، پژوهش‌های مدیریت در ایران، دوره هجدهم، ۱۳۹۳، شماره ۳.
۴. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی پور اردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۱.
۵. رضایی مفرد، مهدی، «مفهوم نظارت در حقوق عمومی» فصل‌نامه علمی و تخصصی حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، سال اول، ۱۴۰۰، شماره اول.
۶. روستایی صدرآبادی، حمید و همکاران، «تأثیر اصل صحت بر امنیت روانی فرد و جامعه»، حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، ۱۳۹۶، شماره ۱.
۷. زارعی، محمد حسین، «تحلیلی از پیوند حقوق اداری و مدیریت دولتی بر پایه حاکمیت قانون» فصل‌نامه فرآیند مدیریت و توسعه، ۱۳۷۶، شماره ۳۸.
۸. زارعی، محمد حسین، «جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۸۰، شماره ۹.
۹. سبزواری نژاد، حجت و مهدی سبزواری نژاد، «چرایی دلیل‌مندی تصمیم قضایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوقی قضایی، سال اول، ۱۳۹۷، شماره ۲.
۱۰. سلطان‌ی، سید ناصر، «نظام نظارت و تعادل در حقوق اساسی ایران»، کتاب ماه علوم، ۱۳۹۰، شماره ۴۱.
۱۱. شریفی، اصغر، «آسیب‌شناسی ساختارهای نظارتی در ایران و ارائه چارچوبی برای نظارت کارآمد»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۳.
۱۲. شفیع‌زاده، رضا، «نظارت سازمانی مبتنی بر مدیریت کیفیت فراگیر»، در: مجموعه مقالات نخستین همایش علمی و تخصصی نظارت همگانی شهرداری تهران، تهران: صادق، ۱۳۸۶.
۱۳. شفیعی، جعفر، جواد فاضلی نژاد و علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، ۱۳۹۷، شماره ۱۶.
۱۴. طالقانی، غلام‌رضا، «مطالعه تطبیقی نظارت در جمهوری اسلامی ایران با چندین کشور»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، ۱۳۸۵.

۱۵. عالی‌پور، حسن، «امنیت ملی و حقوق متهم؛ مطالعه تطبیقی آیین دادرسی در قبال اقدامات تروریستی»، مطالعات راهبردی، دوره دوازدهم، ۱۳۸۸، شماره ۱.
۱۶. عامری، زهرا، «نظارت سیاسی بر قدرت و کاربست آن از طریق مردم در نظام حقوقی ایران»، سپهر سیاست، سال دوم، ۱۳۹۴، شماره ۱۱۹.
۱۷. عبداللهی، جواد، «موانع و محدودیت‌های اعمال نظارت کارآمد»، مجموعه مقالات سومین همایش نظارت کارآمد، سازمان بازرسی کل کشور، ۱۳۸۳.
۱۸. فروزنده، لطف‌الله و همکاران، «نقش مهندسی مجدد فرآیندهای سازمانی در تحقق اهداف برنامه‌ریزی استراتژیک»، مجله مطالعات مدیریت راهبردی، ۱۳۹۱، شماره ۱۱.
۱۹. کاظمی، مصطفی و همکاران، «بررسی تأثیر مدیریت کیفیت جامع بر عملکرد سازمان‌های کارآفرین»، مجموعه مقالات دومین همایش مدیریت و کارآفرینی، ۱۳۹۲.
۲۰. موسوی، سید فضل‌الله، «گزارش پژوهشی تعدد دستگاه‌های نظارتی (تهدید یا فرصت؟)»، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد، سال هفتم، ۱۳۹۳، شماره ۶۰.
۲۱. نجفی، سید اسماعیل و مجتبی اکبریان، «اولویت‌بندی اهداف استراتژیک در کارت امتیازی متوازن با تلفیق دیمتل و ای ان پی»، نشریه تصمیم‌گیری و تحقیق در عملیات، دوره چهارم، ۱۳۹۸، شماره ۱.
۲۲. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی، طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، شماره ۵.

ج) پایان‌نامه

۱. شفیعی، جعفر، «الگوی مطلوب نظام بازرسی کشوری از منظر تطبیقی با تأکید بر مورد ایراد نگارشی»، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۴.

2. Latin Source

1. Arteta, B.M., Giachetti, R.E., "A measure of agility as the complexity of the enterprise system", Robotics and Computer-Integrated, 20, 2004.

2. Chang, S., Shen, H., **“Supply chain reengineering using a core Process analysis matrix and object oriented simulation”**, Information & Management, 39, 2002.
3. Fry, L.F., Stoner, R.C., **“Strategic planning for the new and small Business”**, Upstart publishing company.
4. Ho, S. K., **TQM: An Integrated Approachd Implementing TQ through Japanese –ΔS and ISO ۹۰۰۰**, Kogan Page, UK, 1995.
5. Mallur, s.b., Hiregoudar, n.l.m Sequeira, a.h., Soragaon, b., **A proposed conceptual TQM model for implementation to enhance business excellence for North Karnataka manufacturing SMEs**, 2012.
6. Mohaghar, A. Moein Najaf Abadi, F. Biazzi Tehraband, A., **“The effect of quality management practices on organizational performance”**, Management Researches in Iran, Vol. 14, No. 4, 2010.
7. Pankaj, S. Naman, J. Kunal, P., **“TQM: Implementation, Scope and Myths – A Review”**, Research Journal of Engineering Sciences, Vol. 2(6), 2013.
8. United Nation Development Progermme, **Human Development Report**, New York: Ox-ford University Press, 1992.
9. Van de Ven, A. H., Ganco, M., & Hinings, C. R. (Bob)., **Returning to the Frontier of Contingency Theory of Organizational and Institutional Designs**. The Academy of Man-agement Annals, 7(1), 2013.
10. Yazdani, B., Atafar, A. Fathi, S., Shahin, A., **“Proceduers of Total quality management in governmental organization in Iran during the period of 2002 to 2009 by using me-ta-analytic approach”**, Management Researches in Iran, Vol.18, No.2, 2014.

Abstracts

The role of the Administrative Court of Justice in protecting the employment rights of employees

JafarAli Razini¹

Kheyrollah Parvin²

MohammadHassan Habibi³

Abstract

Employment rights are the set of principles and rules related to entering government service, the rights and benefits of employees, including material and spiritual benefits. On the other hand, nowadays, citizenship rights, which have been discussed in connection with citizenship, are fundamental discourses in the administrative system, and based on this, the employees as well as the audience of the administrative system should enjoy citizenship rights. Due to the possibility of violation, limitation and misuse of these rights by the authorities and administrative bodies, the authority to protect these rights, according to Article 173 of the Constitution, is the Court of Administrative Justice. The Court of Administrative Justice plays an important role in the protection of employment rights in its various dimensions through judicial supervision and procedural development. The results of this research show that the judicial procedure of the court in the protection of employment rights is rich enough. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: Administrative Court of Justice, employees, security, civil rights, employment rights.

1. Phd student of Public Law, Department of Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran, razinijafar@gmail.com

2. Professor of Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran, (Corresponding Author), kh.parvin@ut.ac.ir

3. Professor of Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran, mhabibi@ut.ac.ir



The Employee's Rebellion Right from the Perspective of Legality Principle and Reference to Fundamental Doctrines

Shabnam Fahimi¹

Seyyed Mojtaba Vaezi²

Mohammad Emami³

Abstract

The relationship between “commanding” and “commanding” in administrative sciences and law is known as the term “principle of hierarchy” to be one of the essentials of establishing administration and ensuring administrative order. Despite all this, the assumption of the employee’s constant duty to obey and submit to the administration has disadvantages and also prevents the spread of the discourse culture in the administration, accountability and strengthening of collaborative opportunities.

In this article, in order to study the concept of “resistance” and “disobedience” in the field of administrative law, the possibility of an employee’s disobedience in the face of orders that seem to be contrary to the law, Sharia and fundamental principles has been investigated. In most of the sources that have dealt with the category of “illegal command”, they have often focused and stopped on Articles 96 of the Civil Service Management Law and 158 and 159 of the Islamic Penal Code. The purpose of this article is to take a different attitude at the mentioned articles and present a basic analysis, to observe the issue of “resistance of the agent and the order of the agent” in other legal articles, especially Article 91 of the Public Accounts Law, and consider its reflection in foreign law.

Keywords: resistance, disobedience, administration, command, officer, principle of administrative hierarchy.

1. PhD student in public law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, (Corresponding Author), fahimi.shabnam@yahoo.com

2. Faculty of Law and Political Science Shiraz University, mojtava-vaezi@yahoo.com

3. Faculty of Law and Political Sciences Shiraz University, dr-emami27@yahoo.com

Reasons for tax evasion in Iran's legal system; Providing solutions and suggestions

Hossein Ghanbari¹

Hassan HajiTabar Firouzjaei²

Mehdi Esmacili³

Abstract

Taxes are one of the major sources of government revenue. Therefore, governments always aim to collect the maximum amount of tax from taxpayers. But in all legal systems, there is always a possibility that taxpayers will use loopholes in the tax laws and in this way pave the way for tax evasion. The reasons for tax evasion can be listed in two categories: normative and structural. Normative reasons are those that are mostly derived from the legislator's actions and loopholes that make tax evasion possible. Also, the structural reasons are the reasons that are rooted in the structure and organization of the provincial tax system. After stating the reasons for tax evasion, one should seek to provide legal solutions to prevent this. Legal measures such as clarifying and how to spend tax revenues, revising tax laws and regulations, tax culture and strengthening the guarantee of administrative executions are mentioned. In this research, a descriptive-analytical research method has been used and its results show that although with the reforms made in the tax laws, we can hope to reduce tax evasion, but the tax system still needs to be updated.

Keywords: Tax evasion, tax system, administrative enforcement guarantee, transparency, tax culture

1. PhD Student in Criminal Law and Criminology, Ayatollah Amoli Branch, Islamic Azad University, Amol, Iran, hossein_gh1357@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of Law, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran, (Corresponding Author), hajitabar@yahoo.com

3. Assistant Professor of Law, Tehran Central Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, dresmaeli@yahoo.com

Situational prevention of tax evasion with an emphasis on reforming the provincial tax administrative system (case study of Karaj metropolis in the period 2015-2018)

Mohammad Reza Karimi¹

Mohammad Barani²

Mohammad Ashri³

Abstract

This article has been prepared with the aim of identifying tax evasion procedures and recognizing situational prevention strategies in 5 main techniques and 25 sub-techniques. This study, while emphasizing the creation of justice and tax culture and strengthening the technology of the Tax Administration and the all-round cooperation of all government institutions and banks and other institutions under the payment of taxes, the prevention of tax evasion through increasing the effort, increasing the risks, He considers the reduction of benefits, the reduction of sanctions and the removal of excuses to be effective in preventing tax evasion. Also, with the field research and the analysis of the questionnaires conducted by the tax experts of the Alborz General Tax Administration, the success and effectiveness of the preventive measures have been proven based on The results of the research with a 95% confidence level test show the effect of each index based on the table indicating the direct and positive impact of preventive measures.

Keywords: state prevention, tax evasion, increase of effort, increase of risks, decrease of benefits.

1. Department of Criminal Law and Criminology, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, mohammadrezakarimi729@gmail.com

2. Department of Criminal Law and Criminology, University of Police Sciences, Tehran, Iran, (Corresponding Author), barani.afarid2@gmail.com

3. Department of Criminal Law and Criminology, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, mashoori@ut.ac.ir

Comparing the competence and administration of the city council with the parliament of the Islamic of Iran and presenting a worthy model

Mohammad Mazhari¹

Reza HosseinZadeh²

Seyyed Ali Mousavi³

Abstract

In the 7th principle of the Constitution, local councils are considered at the level of Islamic Consultative Assembly as one of the main decision-making bodies of the country. Participating in decision-making and running the country requires authority and power. Since local councils are actually local parliaments, have the local councils like the parliament enough authority and power to fulfill this fundamental role and how to obtain a suitable model from the parliament for better governance of councils. In order to clarify the issue, it's necessary to consider the similarities and differences of the local councils and Islamic assembly. They are similar in terms of the legal regulations that are enforceable, the bounding of all approvals on the Islamic laws, being directly selected by people, the consultative and supervisory aspect and the membership of minorities. However, the local councils differ in terms of the limits of legislation, competency, publicity, cancellation of membership and dissolution. Therefore, the local councils are considered as the entity with just consultative and cooperative nature and without the least supervisory or decision making and governance power.

Keywords: Constitution, The Law of Islamic Councils, Islamic Consultative Assembly, Islamic Councils.

1. Assistant Professor, University of Tabriz, (Corresponding Author), m.mazhari@tabrizu.ac.ir

2. M.A. pubic law/ Tabriz university & MA. private law/ Tehran university, r_hosseinzadeh@ut.ac.ir

3. Lawyer, seyyed.ali.moosaviii@gmail.com



Pathology of production support legal institutions; rules and enforcement characteristics

Zahra khodayari¹

Mohamadreza vijeh²

Abstract

Legal institutions equivalent to rules and their enforcement characteristics play an effective role in the economic performance of governments. Since the beginning of the nineties, supporting the national production has been one of the most important issues of the country in advancing economic goals, which has become the subject of general policies. To apply these policies, the legal system has established legal rules and established government institutions. Considering the lack of success in achieving the mentioned goal, the investigation and pathology of the legal institutions supporting the production can be useful in improving the performance of the government in the promotion and growth of the national production. With the investigation carried out at the three levels of policy making, legislation and implementation, we are facing challenges that paying attention to them and solving the challenges will lead to the realization of general policies. The lack of a single attitude in production support policies, lack of attention to the quality of legislation, and the lack of a capable bureaucracy are among the damages in legal institutions. Compiling the industrial policy document and complying with the institutional requirements, applying regulatory impact assessment and paying attention to the characteristics of the bureaucracy, which includes the institutional focus and the accountability of the institutions, are the suggested solutions in order to achieve an effective legal system in the economic performance of the government.

Keywords: Legal institutions, production support, industrial policy, legislation, bureaucracy

1. Ph.D. in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), Zahra.khodayari@gmail.com

2. Prof., Department of Public and international Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author), mreza vijeh@yahoo.com

Examining the equality of men and women in employment rights

Fatemeh Esteban¹

Saleh Yamarli²

Majid Safavi³

Abstract

One of the most important issues that has been raised in international law and at the level of written laws of most countries is the issue of equality between men and women, which is of fundamental importance in the field of employment laws, and in this regard, governments have a very important mission in the field of realizing citizenship rights, justice, the principle of equality, etc. The issue of equality between men and women in the employment debate is a very important principle in Iranian law, unfortunately, there are no comprehensive and complete laws guaranteeing effective implementation in this field, and only a few regulations and international documents are seen, which lead to challenges. According to the explicit text of Article 28 of the Constitution, every person, both men and women, has the right to work, and of course, his work should not be in conflict with the Islamic Sharia and the laws of the country. Therefore, the purpose of writing the following article is to examine the equality of men and women in employment rights in an analytical and descriptive way, and we have found that, due to the acceptance of equality and equality of men and women in employment rights, there are no consistent laws in Iranian law, and this issue compels the executive and legislature to establish regulations and special laws in this regard, and in some ways,

Keywords: Job, employment, justice, gender equality, fairness.

1. Doctoral student Department of Private Law Department, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran, Fatemeh6969.esteban@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Theology, Gonbad Kavos University, Gonbad Kavos, Iran. (Corresponding author), salehyamrali@gonbad.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Golestan University, Gorgan, Iran, M.safavi@gv.ac.ir



Self-discipline and self-regulation, the solution of decriminalization of crimes of government organizations

"Case Study: Caspian Coast Liberation Plan"

Saeid Gohari¹

Seyed Hossein Sadeghi²

Abstract

Government organizations play a vital role in the development and progress of societies. Nevertheless, the commission of any crime and violation by these organizations can have serious consequences for the society. Therefore, taking measures to increase self-discipline and self-regulation in government organizations will lead to a significant improvement in the performance of government organizations and prevention of crimes committed by them. The results of this research, which was conducted with the case study research method, show that the government has accepted the commission of crimes related to non-compliance with the legal protection of the sea coast by the government institutions by introducing the plan to liberate the sea coast. Nevertheless, it has not considered punishment as a suitable response to deal with criminal behavior, but has put self-discipline policies as one of the forms of decriminalization of committed crimes in its agenda, in order to improve the performance of government organizations to respect the coast, while Setting a pattern for law enforcement by governing institutions and crime prevention in order to achieve social justice.

Keywords: Disciplinary, decriminalization, crime prevention, Caspian coasts, crimes of government organizations

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Zabol University, Zabol, Iran (corresponding author) sgohari@uoz.ac.ir.

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Zabol University, Zabol, Iran. hsa-deghi@uoz.ac.ir

The right to a hearing in the office before making a decision, according to the new amendment law of the Administrative Court of justice

Masoud Mahjouri¹

Kourosh Ostovar Sangari²

Khadijeh shojaeian³

Abstract

The basis of good administration is the participation of citizens in decision-making. Based on this, the principle of hearing in administrative law is the concept of hearing the statements of the interested party before making a decision, and the opposite of that is placing a person in a pre-decided situation, in some laws of Iran, such as the decision of the provincial supervisory board around The eligibility of candidates to participate in parliamentary elections, the registration of property as national monuments and the trade union law of this principle have been taken into account in a few ways , Also, amending the court law, especially Article 16, is a useful step to realize the defense rights of individuals by knowing the reasons and documentation of the decision, but it is not in line with the right to be heard, but the duty of the institution to receive the request of the interested party and the obligation to provide an answer is a step towards being heard. , because before making a decision, a dialogue between the administration and the beneficiary is formed, and the citizen is effective in the administration's decision by providing explanations. Before the new amendment of the law, the court has issued a few opinions in this regard, which are analyzed and analyzed in this article.

Keywords: Right to hearing , to be heard, Administrative action , Administrative court of justice, quasi-judicial act

1. Masoud mahjouri pour naseri, Ph.D. Student in public law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, (Corresponding Author), masoudmahjouri0803@gmail.com

2. Faculty member of Shiraz Azad University, kourosh_ostovar_s@yahoo.com

3. Associate Prof Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, khadijeh.shojaeian@gmail.com



The Entirety of Contract Clause in Construction Projects and government Contracts with an Emphasis on General Terms of Contract

Rasool Soleimany¹

Mahmoud Habibi²

Ali Zare³

Abstract

According to an entirety of contract clause, the contract includes all the agreements between the parties and they cannot invoke implied terms and former agreements which are in contradiction with the contractual terms, with the exception of the points on which the parties are silent. Therefore, the function and use of the entire contract clause, as a 'covering clause', is to remove the contradictions among the written final terms in a contract text.

To answer the question 'what are the relationships between the entire contract clause and the contract general terms including agreement, general terms and private terms?', the present research studied the relationships between the entire contract clause and instructions in the execution standards regulation for civil projects approved by the board of ministers in July 21, 1972, which controls the identical contracts including agreement, general terms and private terms and, their classification into three categories of irrevocable (category 1), common (category 2) and guidance (category 3). While, using the abovementioned clause in any contract coming under the instructions of any of these categories has its own particular instruments and requirements, stating it in the contacts of category 1 is exclusively in the discretion of Program and Budget Organization; but, in category 2, the parties have discretions just limited to the related instructions; and, in category 3, the parties may include the clause in their contract without any restrictions.

Keywords: the entire contract clause, civil projects, government contracts, contract general terms

1. Ph.D student of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, soleimanyrasool@gmail.com

2. Assistant professor of Department Private Law, Faculty of Humanities, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author), Dr.habibi99@yahoo.com

3. Assistant professor of Department Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, dr.alizare@gmail.com

Possibility or impossibility of annulling the decision or deviating from it by the administrative authority

Masoud Mahjouri¹

Kourosh Ostovar Sangari²

Hosein Alaei³

Abstract

Administrative officials in the implementation of their duties take many decisions daily that affect the administrative situation and citizens. The primary basis for applying these decisions and monitoring them is to determine the limits of the authority of the administrative authority. We are looking for the answer of whether the administrative authority after making and implementing the decision has the authority to cancel and cancel his decision or not. Obstacles and exceptions that can be avoided are dealt with by illegal decisions for the administrative authority, and deviation as an exception to the principle of prohibiting the return or change of legal decisions. With regard to principles such as the principle of the rule of law and as a result the lack of competence of the administrative authority, the acquired rights and legitimate expectations of the citizens, the need for stability and unwavering in administrative decisions with the aim of predictability and program-mability of administrative actions, annulment of legal administrative decision and deviation from On the part of the decision-making authority, it is also against the legal principles and moral rules, of course, there can be exceptions to this, and also by dividing the legal administrative actions, we deal with the possibility of deviating from some decisions.

Keywords: competence of the administrative authority, Restriction of competence, unilateral acts, Illegal administrative decision.

1. Masoud mahjouri pour naseri, Ph.D. Student in public law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, (Corresponding Author), masoudmahjouri0803@gmail.com

2. Faculty member of Shiraz Azad University, kourosh_ostovar_s@yahoo.com

3. Assistant Professor and Faculty Member of the Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, alaei1364@yahoo.com



The reason and role of the administrative judge in the litigation proof system

Seyed Mehdi Razavi¹

Mostafa Seraji²

Gholamreza Moula Beigi³

Abstract

In the case proof system in administrative proceedings, the role of the administrative judge is undeniably important to guarantee the rights and freedoms of citizens. In this article, an analytical and descriptive study, the subject of reason and the role of the administrative judge and the extent of his participation have been evaluated with regard to the specific goals and requirements of the administrative proceedings in the litigation proof system. The obligation of the judge to provide reasons in the decision is one of the important issues for establishing a fair trial. This reasoning should be in a way that convinces the litigants and higher courts of the reasonableness of the decision. Adhering to the independence and the degree of public interest, the administrative judge must conduct the necessary investigations to ensure the realization of the rule of law principle and the non-violation of the rights and freedoms of the citizens, and help the citizens who are deprived of access to many evidences and documents, and the inequality between the administration and compensate the citizen to some extent in administrative proceedings. In all stages of the proceedings, from the preliminary investigation to the execution of the judgment. Previous researchers have paid less attention to the role of evidence in administrative proceedings and the role of the judge of the Administrative Court, the principle of procedural fairness, the principle of reasoned and documented judgements, the structure of administrative proceedings and the pathology of administrative proceedings.

Keywords: Proof, administrative, administrative proceedings, evidence, fair proceedings.

1. Department of law, Branch Qeshm, Islamic Azad University, Qeshm, Iran, (Corresponding Author), sedmr313@gmail.com

2. Department of law, Branch Bandar Abbas, Islamic Azad University, Bandar Abbas, Iran, mostafa_seraji@yahoo.com

3. Department of law, Islamic Azad University Science and Research Branch, Tehran, Iran, smr2015@yahoo.com

Legal framework of special day off on Iranian administrative law, based on judgmental precedent of Iranian administrative court of justice

Zahra Danesh Nari¹

Roshanak Saberi²

Abstract

Nowadays, enjoyment of days off –as a sample of spiritual rights of administrate employees and workers– is accepted all over the world. According to this, on Iranian legal system, in addition to recognition of general days off that are provided at ‘management of state services’ act as major act ruling administrative system, and includes paid leave, medical leave and unpaid leave; there are some other kinds of special days off for some employees based on their employment situation, workplace or gender, which are provided on other acts. Kinds of day off discussed in this study includes leave provided on ‘recruitment of human resource on deprived and outlying cities and war zones’ act, leave provided on ‘promotion of efficiency of clinical employees of health system’ act, and also maternity leave. Regarding each of mentioned kinds of leaves, the general board of administrative court of justice –as organ for judicial supervision– had issued unified judicial precedent decisions, which determine their legal limits and clarify ambiguities. Since that on Iranian legal system, unified judicial precedent decisions are considered as parliament’s acts and are one of the most important sources of administrative law; so identification and study of these decisions can mostly help us on cognition of legal framework ruling these kinds of day off; and in progress may lead us to improve this legal framework. In this paper, we will discuss these issues.

Keywords: Day off, Leave, Administrative law, Judicial precedent, Administrative court of justice

1. University of Tehran, Sadra University, zdanesh@ut.ac.ir

2. Professor, University of Shahid Madani Azarbaijan, (Corresponding Author), r_saberi@ut.ac.ir

Explanation of the role of the “Substance Determination Working Group” and the feasibility of applying the judicial supervision of the Administrative Court of Justice to its decisions

Arian Petoft¹

Hamed Kaviani²

Abstract

The Substance Determination Working Group, as a newly established institution in Iran's administrative law system, reviews export cases and ensure that subsidized petroleum products of unauthorized origin are not used in export goods. The decisions of this working group, which plays a crucial role in determining the presence or absence of subsidized petroleum products in export shipments, are the source of investigation into the accusation of violation or the crime of smuggling of petroleum products and document the decision of the authorities investigating the relevant cases. Despite the great importance of this institution in the legal system of our country and the considerable sensitivity of its decisions in explaining the legality of export shipments of petroleum products and the effect it has on the economic cycle of the production and export industry of these products, so far scientific works to explain the nature of its decisions and duties in the reading of administrative law and the role of the Court of Administrative Justice in handling the objections of individuals from the decisions of this institution have not been written down. Therefore, the present article aims to analyze the legal nature and legal responsibilities of this working group, as well as the judicial review of the Administrative Court of Justice regarding the declared opinions of this institution. In general, in this article, we found that the nature determination working group has diagnostic authority and makes administrative decisions, and therefore, it is necessary to accept the complaints of the beneficiaries from its declared opinions in the branches of the Administrative Court of Justice as a judicial appeal mechanism.

Keywords: Substance Determination Working Group, Diagnostic competence, Administrative Court of Justice, Smuggling, Oil product.

1. Medical Ethics and Law Research Center and Biological Technologies Law Department, Shahid Beheshti University of Medical Sciences, Tehran, Iran, (Corresponding Author), Arian_petoft@sbmu.ac.ir

2. Department of Public Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran, Kaviani.hamed@gmail.com

Exploring Administrative Litigation and Competent Authorities within the Spanish Legal System

Hadi Salehi¹

Elham Heidari²

Abstract:

Comparative law endeavors to assess the strengths and weaknesses of legal branches, particularly those that have recently evolved, including administrative law. The Spanish administrative law system holds significant relevance for examination due to its unique characteristics. Spain's political system and administrative procedures reflect decentralization, yet recent events underscore public unease regarding administrative decisions and policies, imposing a dual responsibility on the judiciary. This research delves into how the Spanish administrative law system navigates citizen grievances against governmental actions. Through numerous amendments, Spain has progressively sought to enhance citizen-government engagement, aligning judicial procedures with European Union standards to safeguard citizen rights and foster urban development. The study investigates the evolution of administrative laws in Spain, highlighting efforts to bridge the gap between citizens and the government, and the influence of European Union regulations on judicial proceedings, ensuring consistency with citizen rights.

Keywords: Spanish Administrative Law, European Union, judicial procedure, Administrative Claim.

1. Assistant Professor of Public Law at Shiraz University, (Corresponding Author), salehi.0306@gmail.com

2. PhD Graduate of Public Law at Shiraz University, heidaryelham.il@gmail.com



Evaluation of the rights of the disabled and its guarantees in the criminal and public institutions of Iran

Hamidreza Danesh Nari¹

Mohammad SadEq Mohammadi Ghafaraki²

Abstract

As a vulnerable group of society, disabled people need special support from the government. Therefore, supporting disabled people requires identifying legal gaps and formulating effective laws in this field. The way of facing and the quality of service provided by criminal and public institutions to these powerless groups plays an important role in guaranteeing their rights. The purpose of this research is to examine and diagnose the rights of disabled people in the criminal and public institutions of Iran and to identify the appropriate guarantees for the realization of these rights in these institutions. The main question of this research is that what rights do disabled people have in criminal and public institutions and what guarantees can be investigated to realize these rights as best as possible. The findings of this research show that the need to compensate for the damages, the possibility of easy access to the institutions of the criminal justice system, and the need to adopt protective-assistance measures as some of the rights that must be respected are faced with legal shortcomings and gaps, and the necessary guarantees have not been provided for them. Also, in the public institutions of the country, there is not enough easy access for the disabled to administrative places, the right to employment and recreation, as well as the right to enjoy care, health, medical, psychological and rehabilitation services. Therefore, it is necessary to make legislative and executive reforms in the field of disabled people based on principles such as dignity, independence and participation of disabled people.

Keywords: disabled people, criminal institutions, public institutions, enforcement guarantee, human rights

1. Assistant Professor in Criminal Law and Criminology, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran (Corresponding Author) Daneshnari@um.ac.ir

2. Master in Islamic Studies and Criminal Law and Criminology, Imam Sadeq University, Tehran, Iran. M.s.m.gh.73@gmail.com

A comparative study of the conditions of electors and electees in the electoral system of the local councils of Afghanistan and Iran

Mohammad Alam Adeel¹

Bizhan Abbasi²

Abstract

Elections are the most significant way for citizens to engage in the administration of the nation's affairs, but in order to benefit from this right, both voters and those who receive votes must meet a number of requirements. Participation in local council elections (both elector and electee) also implies such conditions. This study was conducted to compare the electoral systems of the local councils in Afghanistan and Iran. identify their similarities and differences. and determine the advantages and disadvantages of each system. It is important because no independent research has been done in this field so far. In this article, the question has been answered that what are the conditions of the electors and the electee in the electoral system of the local councils of the Islamic Republic of Afghanistan (2004–2021) and the Islamic Republic of Iran? By using the descriptive analytical research method and the method of collecting information in a library style, we came to the conclusion that there are many commonalities and differences in these two systems, and both have positive and negative aspects. Although there are some similarities between the predicted objective requirements in these two voting systems, Iran's electin system's abstract criteria are more distinctive.

Keywords: Electee, Elector, Local council, Provincial council, District council.

1. Member of Faculty, Department of Administration and Diplomacy, Faculty of Law and Political Science, Jawzjan University, Sheberghan, (Corresponding Author), Afghanistan, m.alam.adeel@ut.ac.ir

2. Professor of Public Law, Faculty Member of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran, bab-basi@ut.ac.ir

Feasibility of amending the defects of administrative proceedings in Iran's The Administrative Offenses of Boards

Hossein Ayane Negini¹, Mohammad Shaabani Jahromi², Alireza Mazinani³

Abstract

Based on principle 34 of the Iranian Constitution, the right to access justice is recognized in the legal system of Iran. However, the ordinary legislative approach in dealing with certain administrative disputes has led to the establishment of quasi-judicial bodies outside the judicial system and within the framework of executive bodies. The foundations of this approach in the Iranian legal system are unclear, and this issue has created problems in the judicial and administrative systems. In this research, an attempt is made to analyze the foundations of granting administrative jurisdiction to quasi-judicial bodies and to examine the damages caused by conducting administrative proceedings in The Administrative Offenses of Boards. Finally, proposed solutions to address these problems are also examined. Based on the conducted studies, it has been determined that the establishment of specialized administrative bodies in the Iranian legal system lacks fundamental support and valid and unassailable foundations. The lack of fundamental basis and the emergence of damages in the proceedings of The Administrative Offenses of Boards, including the lack of independence of these bodies, failure to observe procedural fairness rules, and lack of legal knowledge among the members of these bodies, indicate an undesirable pattern in the legal system governing The Administrative Offenses of Boards in Iran. Therefore, in this article, while analyzing and critiquing the important reform proposals presented in other research studies in this field, it is suggested that branches of the Administrative Justice Court be established at the provincial and county levels to handle these matters in order to achieve desirability.

Keywords: Administrative proceedings, The Administrative Offenses of Boards, Quasi-judicial authorities, Administrative Justice Court.

1. Assistant Prof. Department of Public Law .Faculty of Law. Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, h.negini@modares.ac.ir

2. MA. Student in Public Law. Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), mshaabani1997@gmail.com

3. MA. Student in Public Law. Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, alireza.mazinani.79@gmail.com

Jurisprudential effects of gender change on the administrative and employment system

Farideh Vakili¹

Saeid Shariati Farani²

Seyyed Mehdi Jalali³

Abstract

Gender is one of the key factors for individuals to benefit from some rights. Accordingly, when a person changes gender, its effect on acquired and other rights should be considered. Such persons benefit from contractual and non-contractual rights like others. In this descriptive-analytical study, first the theoretical foundations and then the effects of gender change on the employment and administrative system are studied with a library method. In order to collect information, a survey is used and the collected information is analyzed through inductive reasoning. The results of this research show that gender change in a country like Iran is a new issue and the legislator has not established a clear ruling for this matter. Of course, in private law, there have been more discussions about gender change and its effects on marriage and contracts. However, no study has been done regarding the effects of gender change on employment rights. Therefore, it is suggested to fill the void in Iran's laws by formulating appropriate laws specific to gender change and stating the necessary conditions for it. Also, it is suggested to take a step towards improving public opinion by holding conferences, publishing articles in newspapers, publishing books, raising awareness through mass media, and making films and documentaries about such people and the problems they face.

Keywords: gender change, jurisprudential works, legal works, administrative and employment system, Iran.

1. Ph.D. student, of Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, Naragh, Iran, faridehvakili20@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, (Corresponding Author), Naragh, Iran, shariati19@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Naragh Branch, Islamic Azad University, Naragh, Iran, dr.s.m.jalali52@gmail.com



Analysis of surveillance apparatus in Iran with emphasis on the quality revolution philosophy.

AbdolAli Zareian Jahromi¹

Mehdi ShaabanNia Mansour²

Seyyed Javad MirGhasemi³

Abstract

Iran's supervision system, in the form of a modern bureaucracy, has been plagued by fundamental problems and deficiencies from the very beginning of its formation. Despite numerous reasons and arguments on the necessity of the role of supervision, but it has not been particularly successful. Now here's the question. Where is the problem and what should be done?

The reasons for the emergence and formation of problems in Iran's supervision system is the question of this research. The question, in other words, is why the surveillance agencies in the country have failed. According to this research, supervision organizations in Iran have a mechanical function and lack a plan with appropriate strategic goals and have forgotten the main goal of control and without paying attention to the sensitive and key points of monitoring, they are only engaged in partial goals. Therefore, it is emphasized; supervision organizations. That want to be effective in the future, should act like an organic organization and must follow the philosophy of comprehensive quality revolution.

Keywords: supervision, Textualism, philosophy of comprehensive quality revolution , stabilizer winglet in supervision, sensitive and key points.

1. Islamic Azad University Central Tehran Branch, (Corresponding Author), s4smrt@outlook.com

2. Department of Public Law, Islamic Azad University, Tehran, Iran, mehdi.shabannia@gmail.com

3. Department of Public Law, Islamic Azad University, Tehran, Iran, drjavad.mirghasemi@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Sixth Year / 20th Issue / Autumn 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 / 20th Issue / Autumn 2024



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Sixth year :: 20th issue :: Autumn 2024

Title of Articles

- ▶ The role of the Administrative Court of Justice in protecting the employment rights of employees
- ▶ The Employee's Rebellion Right from the Perspective of Legality Principle and Reference to Fundamental Doctrines
- ▶ Reasons for tax evasion in Iran's legal system; Providing solutions and suggestions
- ▶ Situational prevention of tax evasion with an emphasis on reforming the provincial tax administrative system
- ▶ Comparing the competence and administration of the city council with the parliament of the Islamic of Iran and presenting a worthy model
- ▶ Pathology of production support legal institutions; rules and enforcement characteristics
- ▶ Examining the equality of men and women in employment rights
- ▶ Self-discipline and self-regulation, the solution of decriminalization of crimes of government organizations
- ▶ The Entirety of Contract Clause in Construction Projects and government Contracts with an Emphasis on General Terms of Contract
- ▶ Possibility or impossibility of annulling the decision or deviating from it by the administrative authority
- ▶ The reason and role of the administrative judge in the litigation proof system
- ▶ Legal framework of special day off on Iranian administrative law, based on judgmental precedent of Iranian administrative court of justice
- ▶ Explanation of the role of the "Substance Determination Working Group" and the feasibility of applying the judicial supervision of the Administrative Court of Justice to its decisions
- ▶ Exploring Administrative Litigation and Competent Authorities within the Spanish Legal System
- ▶ Evaluation of the rights of the disabled and its guarantees in the criminal and public institutions of Iran
- ▶ A comparative study of the conditions of electors and electees in the electoral system of the local councils of Afghanistan and Iran
- ▶ Feasibility of amending the defects of administrative proceedings in Iran's The Administrative Offenses of Boards
- ▶ Jurisprudential effects of gender change on the administrative and employment system
- ▶ Analysis of surveillance apparatus in Iran with emphasis on the quality revolution philosophy