

# پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی؛ پژوهش‌های نوین حقوق اداری  
سال ششم؛ شماره بیست و یکم؛ زمستان ۱۴۰۳



## عنوان مقاله‌ها

- استقلال کانون وکلا و ساختار اداری و تشکیلاتی آن در نظام حقوقی ایران و فرانسه «علی‌اکبر شاهنظری کرباسرای، ولی‌اله انصاری، عزیزاله فضلی»
- تأملی بر ادله اثبات دعوا در دادرسی‌های اداری با تأکید بر تعارض میان ادله «تقی جعفری، حسین مهرپور محمدآبادی، علیرضا مظلوم رهنی»
- عمومی اعلام کردن اراضی و اثر آن بر حقوق مالکیت و اسناد مالکیتی (با تأکید بر آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری) «حسین رحمت‌اللهی، رحیم پیلوار، محمدحسین معصومی»
- آسیب‌شناسی تعارض منافع و سهم خواهی مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی کشور «رسول حیدری مهارلوئی، محمدحسین صبحیه، هانی اربابی»
- رویکرد نظام قضایی ایران به انتقال قهری املاک و اراضی خصوصی به دستگاه‌های اجرایی «سعیده زرگر، اصغر عربیان، شهاب جعفری ندوشن»
- آسیب‌شناسی حقوقی مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی (موردپژوهی: نظام حقوقی ایران) «علی مشهدی، زهرا زندیه، محمد مهدی‌فر»
- تأثیر تحریم‌های بین‌المللی بر نقض حق بر سلامت شهروندان و تعهدات حقوق بشری دولت‌ها «امیرمحمد پارسا، امیرحسین ملکی‌زاده»
- مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در بورس و نقش نهاد ناظر (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کانادا) «مهدی افتخاری سولا، عباس پهلوان زاده، سوده حامد توسلی»
- بررسی نظام واگذاری و تفکیک بنگاه‌های خصوصی و عمومی از منظر حقوق عمومی در ایران «چنگیز مسیب زاده، علی پورعباس، حسین ملکوتی»
- چالش‌های فراروی نظام حقوق اساسی عراق در پرتو اصل حاکمیت قانون «دژوارانور احمد، عباد روحی، جوانمیر عبداللهی»
- صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات از اشخاص حقیقی «محمد حسنونند، محمد پُرسا، حدیثه داودی»
- رویکرد رویه قضایی در حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری اداری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان) «محمد یزدان مهر، اسداله یآوری»
- مطالعه تطبیقی دادرسی انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران و انگلستان «مرتضی دلجو، عزیزاله فضلی»
- تعهدات بین‌المللی دولت برای تأمین اقلام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های همه‌گیر نوپدید با تأکید بر عالم‌گیری ویروس کووید ۱۹ «محسن محبی، شاهین مظاهری جلی، محمدرضا علی‌پور»
- پیش‌گیری وضعی از فساد اداری در نظام بانکی ایران با تأکید بر اختلاس «محمد آذرنوش، الهام مقدم‌نیا»
- شاخص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد حق بر اداره خوب «سارا رسولی، ایرج رضایی‌نژاد»







فصلنامه علمی پژوهش‌های

نویسن حقوق اداری

سال ششم / شماره ۲۱ / زمستان ۱۴۰۳

شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

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

شورای علمی فصلنامه

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی:

مهدی حسنونند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

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



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

کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: [www.malr.ir](http://www.malr.ir)

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: [malr.journal@gmail.com](mailto:malr.journal@gmail.com)

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

## شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

### الف. نکات شکلی:

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

### ب. شیوه ارجاع دهی:

۱. ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود. لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
۲. اگر دو نویسنده یا بیشتر باشد، نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها. مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظر-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 خدائشناس (۱۳۹۴). «شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و وضعیت حقوق بشر در عربستان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، شماره ۴، صص ۶۹۱۷۱۳.

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

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

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

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

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

#### د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

#### نمونه:

دستورگرایی بین‌المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

۲. امیر مقامی، دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

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

#### 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 باشند، توسط کارشناس نشریه جهت اعمال تغییرات، برگشت داده می‌شود.
۸. مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش دو داور و تصویب نهایی هیئت تحریریه خواهد بود. مقاله در صورت تصویب، برای انتشار و چاپ ویرایش می‌شود.
۹. هیئت تحریریه نسبت به پذیرش، عدم پذیرش و هرگونه ویرایش یا تلخیص مقاله در زمان چاپ آزاد است.
۱۰. با توجه به غیردولتی بودن نشریه و به منظور تامین هزینه‌های اداره نشریه، داوری و چاپ مقاله مبلغ سه میلیون ریال بابت هزینه داوری اولیه مقاله و در صورت پذیرش نهایی مبلغ پنج میلیون ریال بابت هزینه چاپ اخذ خواهد شد. فرآیند دریافت وجه از طریق سامانه صورت می‌گیرد.



## فهرست مطالب

- ۱۳ استقلال کانون وکلا و ساختار اداری و تشکیلاتی آن در نظام حقوقی ایران و فرانسه  
علی اکبر شاهنظری کرباسرایبی، ولی اله انصاری، عزیزاله فضلی
- ۳۷ تأملی بر ادله اثبات دعوا در دادرسی های اداری با تأکید بر تعارض میان ادله  
تقی جعفری، حسین مهرپور محمدآبادی، علیرضا مظلوم رهنی
- ۶۳ عمومی اعلام کردن اراضی و اثر آن بر حقوق مالکیت و اسناد مالکیتی (با تأکید بر آرای دیوان عالی  
کشور و دیوان عدالت اداری)  
محمد حسین معصومی، حسین رحمت اللهی، رحیم پیلوار
- ۸۵ آسیب شناسی تعارض منافع و سهم خواهی مهندسان مشاور در پروژه های نظام فنی و اجرایی کشور  
رسول حیدری مهارلوئی، محمد حسین صبحیه، هانی اربابی
- ۱۲۷ رویکرد نظام قضایی ایران به انتقال قهری املاک و اراضی خصوصی به دستگاه های اجرایی  
سعیده زرگر، اصغر عربیان، شهاب جعفری ندوشن
- ۱۵۳ آسیب شناسی حقوقی مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی (مورد پژوهی: نظام حقوقی ایران)  
علی مشهدی، زهرا زندیه، محمد مهدی فر
- ۱۷۹ تأثیر تحریم های بین المللی بر نقض حق بر سلامت شهروندان و تعهدات حقوق بشری دولت ها  
امیر محمد پارسا، امیر حسین ملکی زاده
- ۲۰۱ مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانیدر بورس و نقش نهاد ناظر (مطالعه تطبیقی نظام  
حقوقی ایران و کامنلا)  
مهدی افتخاری سولا، عباس پهلوان زاده، سوده حامد توسلی

۲۸۵ بررسی نظام واگذاری و تفکیک بنگاه‌های خصوصی و عمومی از منظر حقوق عمومی در ایران

چنگیز مسیب زاده، علی پورعباس، حسین ملکوتی

۲۹۵ چالش‌های فراروی نظام حقوق اساسی عراق در پرتو اصل حاکمیت قانون

دژوار انور احمد، عباد روحی، جوانمیر عبداللهی

۲۶۷ صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات از اشخاص حقیقی

محمد حسنونند، محمد پُرسا، حدیثه داودی

۲۹۵ رویکرد رویه قضایی در حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری اداری (مطالعه

تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان)

محمد یزدان مهر، اسداله یآوری

۳۲۵ مطالعه تطبیقی دادرسی انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران و انگلستان

مرتضی دلجو، عزیزالله فضلی

۳۵۱ تعهدات بین‌المللی دولت برای تأمین اقلام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های

همه‌گیر نوپدید با تأکید بر عالم‌گیری و بیروس کووید ۱۹

محسن محبی، شاهین مظاهری جبلی، محمدرضا علی‌پور

۳۸۵ پیش‌گیری وضعی از فساد اداری در نظام بانکی ایران با تأکید بر اختلاس

محمد آذرنوش، الهام مقدم نیا

۴۱۱ شاخص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد حق بر اداره خوب

سارا رسولی، ایرج رضایی نژاد





## استقلال کانون وکلا و ساختار اداری و تشکیلاتی آن در نظام حقوقی ایران و فرانسه

علی اکبر شاهنظری کرباسرای<sup>۱</sup>

ولی اله انصاری<sup>۲</sup>

عزیزاله فضلی<sup>۳</sup>

### چکیده

جامعه وکلا در هیئت نهاد وکالت، بخش فرهیخته جامعه مدنی است که نقش احیاءگری در حوزه داخلی و بین‌المللی و نقش محوری در صیانت از حقوق فردی و استیفای حقوق جامعه و تقویت پایه‌های عدالت دارد و این برتری هم از جنبه عقلانی و هم از جنبه واقعی، اصلی انکارناپذیر است. به دلیل اهمیت نهاد وکالت و استقلال آن، قوانین متعددی تاکنون به تصویب رسیده است تا استقلال این نهاد را از جنبه‌های مختلف حفظ کند.

چگونگی طراحی ساختار، تشکیلات و مناسبات اداری و مالی آن‌ها، یکی از حساس‌ترین امور مورد ملاحظه در مقوله استقلال و کارکرد قانونی این نهاد است که در تمامی کشورها به آن توجه شده است. به همین منظور، در این مطالعه که به صورت تحلیلی و توصیفی انجام گرفته، وضعیت استقلال نهاد وکالت و ساختار اداری و تشکیلاتی آن در نظام حقوقی ایران و فرانسه بررسی گردیده است. نتایج حاصل از این پژوهش نشان داد که در هر دو کشور با وجود تفاوت‌های قانونی و کارکردی، مشابهت‌هایی از نظر ساختار اداری و تشکیلاتی کانون وکلا و از نظر قوانین ناظر بر این صنف وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** کانون وکلا، استقلال وکلا، ساختار، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی فرانسه.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، ali.shahnazari@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، drvaliansari@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، azizolla.fazli@gmail.com

## مقدمه

جامعه وکلا در هیئت نهاد وکالت، بخش فرهیخته جامعه مدنی اند که نقش احیاءگری در حوزه داخلی و بین‌المللی و نقش محوری در صیانت از حقوق فردی و استیفای حقوق جامعه و تقویت پایه‌های عدالت دارند و این برتری هم از جنبه عقلانی و هم از جنبه واقعی اصلی انکارناپذیر است. از نیمه دوم قرن بیستم و با تقویت فرآیند حق دفاع از حقوق شهروندان با حضور وکیل مدافع در مراحل دادرسی، نهاد وکالت، شاهد تحولات شگرفی بود و جامعه بین‌المللی با تنظیم اسناد بین‌المللی به ویژه در حوزه حقوق بشر به استقبال این تحول تاریخی رفت. چنین تحولی با شکل‌گیری اتحادیه وکلا در عرصه داخلی کشورها و نیز حوزه بین‌الملل، دولت‌ها را به سمت دادرسی عادلانه و تحکیم مظاهر دادرسی منصفانه با هدف الزام آن‌ها به رعایت حقوق شهروندان رهنمون ساخت. امروزه دیگر نمی‌توان این حقانیت را انکار کرد که نهاد وکالت در چارچوب قوانین با هر شاکله‌ای، علاوه بر تحکیم بلوغ دموکراتیک در احقاق حقوق و تثبیت تکالیف شهروندی، نقشی اثرگذار در توسعه امید عمومی با هدف دفاع از حقوق جامعه دارد.<sup>۱</sup>

راهکار خودتنظیمی، راهکاری است که در مشاغل خصوصی تحت عنوان «نظام حرفه‌ای» در پیش گرفته می‌شود. در این قالب، هر واحد صنفی از زمان دریافت مجوز فعالیت تا پایان فعالیت، با نظام حرفه‌ای مربوط به خود سروکار دارد و تحت نظارت و بر اساس مقررات موضوعه آن فعالیت می‌کند. به تعبیر دیگر، نظام حرفه‌ای، مجموعه‌ای از مقررات و ساختارهای مربوط به مشاغل خصوصی است که بر فعالیت مشاغل یادشده نظارت دارد و به حل اختلافات و رسیدگی به آن‌ها و نیز وضع استانداردهای لازم حرفه‌ای مربوط می‌پردازد.<sup>۲</sup>

استقلال کانون وکلا از آن روی واجد اهمیت است که تنها در صورتی می‌توان از استقلال وکیل سخن گفت که کانون متعلق به آنان به صورتی صنفی، مردمی و مستقل باشد و فارغ از دخالت قوای حاکمه،

۱. ادیب‌زاده، یوسف و حبیب‌الله حبیبی، «جایگاه بین‌المللی نهاد وکالت»، تارنمای اینترنتی ایرنا، ۱۳۹۹، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۸/۲.

[www.irna.ir/news](http://www.irna.ir/news)

۲. واعظی، سید مجتبی، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۲۰۳.

به وظایف محوله خویش عمل کند. استقلال این نهاد می‌تواند به وکلای عضو آن مصونیت اعطا کند تا وکیل در سایه این مصونیت با شهادت، جرئت و توان بیش‌تر و بدون وا همه در راه مبارزه با ظلم و بی‌قانونی گام بردارد.<sup>۱</sup> به باور بسیاری از کارشناسان، «سه ستون اصلی حمایت از حاکمیت قانون در جوامع دموکراتیک و تضمین حقوق بشر، قضات، دادستان‌ها و وکلای هستند. لذا تضمین استقلال قضایی در این سه محور اساسی و مهم را باید ضروری دانست؛ چراکه عدم استقلال هر یک از این‌ها، خدشه بر حاکمیت قانون، حقوق انسانی و نقض دادرسی عادلانه را در پی خواهد داشت».<sup>۲</sup>

با توجه به ضرورت حضور وکیل در عرصه دفاع و دادخواهی باید گفت تعیین وکیل هنگامی موجب آرامش خاطر موکل و احقاق حقوق وی خواهد شد که علاوه بر آن که مستقل از قوای حکومتی باشد و در برابر آن‌ها از آزادی و استقلال برخوردار باشد، از حمایت‌های شغلی نیز بهره‌مند باشد.<sup>۳</sup> از این رو، با مطالعه تطبیقی میان دو کشور ایران و فرانسه، استقلال کانون وکلا و ساختار اداری و تشکیلاتی آن‌ها بررسی و به این دو سؤال اساسی پاسخ داده می‌شود: مفهوم استقلال کانون وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران و فرانسه چیست؟ ساختار اداری و تشکیلاتی کانون وکلای ایران و فرانسه چگونه است؟

## گفتار اول. ابعاد استقلال وکلا در حقوق ایران و فرانسه

به باور بسیاری از حقوق‌دانان، استقلال حرفه وکالت، ضامن اساسی ترویج و صیانت از حقوق بشر محسوب می‌گردد و از ضروریات دست‌یابی مؤثر و مناسب به خدمات حقوقی است. برای استقرار و صیانت از حکومت قانون، وجود یک نظام عادلانه قضایی که بدون هیچ محدودیت ناپجا، فشار یا دخالت مستقیم یا غیر مستقیم بتواند استقلال وکلا را در ایفای وظایف حرفه‌ای آنان تضمین کند، الزامی است.<sup>۴</sup> از این رو، استقلال وکیل به عدالت جان می‌دهد، متجاوزان را تهدید و تعقیب می‌کند،

۱. شکریان، امیر و فرشاد خزایی، «لزوم استقلال نهاد وکالت و راهکارهایی برای تعامل این نهاد با قوه قضاییه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، دوره بیست و پنجم، ۱۴۰، ص ۳۱۲.

۲. سلیمیان، ابوالفضل و سعید دریایی بغدادآبادی، «جایگاه نهاد وکالت در چارچوب اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۹، ۱۳۹۴، ص ۶۹.

۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر و فرشته اسدی، «مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوق، دوره سی و هشتم، شماره ۴، ۱۳۸۷، ص ۱۶۸.

۴. ذوالعین، نادر، «بررسی آیین وظایف صنفی وکلای دادگستری جامعه اروپا»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۶، ۱۳۹۷، ص ۱۳۸.

محاکم را قانون‌مند، اصحاب دعوا را هدایت و قانون را به شکل واقعی‌تر اجرا می‌کند که نتیجه‌ای جز برپایی جامعه‌ای منظم و آرمانی در پی نخواهد داشت. می‌توان انتظار داشت که با رعایت این موضوع، اسناد بین‌المللی حقوق بشری اجرا و دستگاه قضا و بالطبع آن، حکومت نیز معتبر شمرده و آرای محاکم آن در سطح بین‌المللی ارزشمند انگاشته شود.

واقعیت این است که استقلال وکلا، امری شخصی یا حتی صنفی و گروهی نیست. استقلال وکیل دادگستری بستگی تام و تمام به حق دفاع دارد. حق دفاع هم مسئله‌ای اجتماعی و جزء حقوق ملت است. اصل ۳۴ قانون اساسی در مبحث مربوط به حقوق ملت، دادخواهی را حق مسلم هر فرد دانسته و اصل ۳۵ نیز در همان مبحث، حق داشتن وکیل را در همه دادگاه‌ها برای طرفین دعوا به رسمیت شناخته است. در هر جامعه‌ای که این حقوق تضمین شود، عدالت برقرار می‌شود و قانون‌شکنی به حداقل خواهد رسید. وکلای دادگستری به عنوان وسیله‌ای برای حق دفاع و شهروندان به عنوان موضوع این حق، جبهه‌ای واحد دارند و خواسته وکلا در استقلال در حقیقت، خواسته شهروندان است. اصولاً استقلال حرفه وکالت از چند جنبه قابل توجه و تأمل است.<sup>۱</sup>

با مطالعه اسناد بین‌المللی روشن می‌شود که استقلال وکیل به وجود ویژگی‌ها و ضوابط و استانداردهایی وابسته است که با تحقق همه آن‌ها می‌توان مدعی استقلال وکیل و در نتیجه، تضمین حق دفاع و حق دادرسی عادلانه شد. برخی از این ضوابط و استانداردها عبارتند از:

الف) وابستگی نداشتن به حاکمیت؛

ب) امکان تشکیل انجمن‌های حرفه‌ای خودگردان و حق پیوستن به آن‌ها؛

ج) مدیریت مستقل و برآمده از میان وکلای فعال؛

د) مصون بودن از مداخلات نابجای حکومت و دیگر مراجع قدرت؛

ه) مصونیت مدنی و کیفری؛

و) داشتن امنیت شغلی و حرفه‌ای.<sup>۲</sup>

۱. حسین‌آبادی، امیر، «استقلال وکیل؛ شرط دادرسی عادلانه، پایگاه خبری اختیار»، تاریخ دسترسی به متن: ۱۴۰۲/۵/۱۴، ۱۴۰۲: [www.ekhtebare.ir](http://www.ekhtebare.ir)

۲. حسینی آزاد، علی، حق برخورداری از وکیل در موازین حقوق بین‌الملل بشر و تجربه موفق برخی کشورها، تهران: امور تحقیق

وکیل دادگستری باید در انتخاب موکل آزاد باشد و بتواند دفاع از هر شخص با هر نوع اتهام را بدون دغدغه بپذیرد. موکل هم باید آزاد باشد تا دفاع از حقوق را به هر وکیلی که مایل است، واگذار کند. چنانچه وکیل تصور کند اگر وکالت فلان شخص با فلان مسلک، مذهب یا مرام را بپذیرند، برای او تبعاتی در پی خواهد داشت یا اگر در دفاع از موکل، فلان مطلب را بگوید یا بنویسد، پرونده‌سازی و تعقیب و توقیف در انتظار اوست، هرگز دادرسی عادلانه صورت نمی‌گیرد. مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۷۰/۷/۱۱، مصوبه‌ای را در زمینه مصونیت وکیل در دفاع از موکل تصویب کرد که به موجب آن، وکلای در مقام دفاع از تأمینات شاغلین شغل قضا برخوردارند. با این حال، این مصوبه در عمل چندان رعایت نشده است و وکلایی هستند که به زندان‌های طولانی‌مدت محکوم شده‌اند و کانون وکلا برای استخلاص ایشان اقداماتی کرده و پی‌گیر موضوع است.

تضمین کلیدی عام و حراست از استقلال وکلا، قانون‌مندی عام تخلفات و تشریفات رسیدگی است. در حوزه تشریفات رسیدگی، مهم‌ترین ضمانت اجرا، قانون‌مندی تعلیق وکیل و تشریفات مربوط به آن است. به موجب ماده ۱۷ لایحه استقلال، «هیچ وکیلی را نمی‌توان از شغل وکالت معلق یا ممنوع کرد، مگر به موجب حکم قطعی دادگاه انتظامی.» هم‌چنین به موجب ماده ۱۸ همین لایحه، تقاضای تعلیق صرفاً به وزیر دادگستری، رییس هیئت مدیره کانون یا شش نفر از اعضای هیئت مدیره کانون محدود شده و رسیدگی به تجدیدنظرخواهی از آن بنا به تقاضای مشتکی‌عنه و وزیر دادگستری یا رییس کانون ممکن بوده و صرفاً در صلاحیت دادگاه عالی انتظامی قضا قرار گرفته است. حصری و محدود بودن امکان تقاضای تعلیق، مرجع رسیدگی به آن و رسیدگی فوری به تقاضای تجدیدنظرخواهی از تصمیم تعلیق، تضمینات مهمی است که در دیگر موارد وجود ندارد و در واقع، ناظر بر تأمین استقلال و مصونیت وکیل در انجام وظایف حرفه‌ای اوست. دادگاه عالی انتظامی قضا بارها به این سازوکار استناد کرده است.<sup>۱</sup>

وکلای قدیمی‌ترین صاحبان مشاغل قضایی در فرانسه هستند که در سال‌های پیش از اصلاحات (۱۹۷۱ و ۱۹۹۱) به طور گسترده بر اقامه و دفاع از دعاوی در محاکم تمرکز داشته‌اند. از نقش‌های اصلی

و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران، ۱۳۹۲، ص ۲۴.

۱. واعظی، سید مجتبی، «مسئولیت انتظامی وکلا و اصول رسیدگی به آن»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱، ص ۳۸.

وکلا در فرانسه می‌توان به تهیه و تنظیم دفاعیات و لویح مکتوب، ارائه مشاوره حقوقی و تهیه و ارائه اسناد و مدارک اشاره کرد. وکلا باید بتوانند در مرحله دفاع در کنار موکل خود حضور یابند و در صورت نیاز، اظهارات و مطالبی را به نیابت از آنان بیان کنند. هم‌چنین دارای این اختیار ضمنی هستند که به قائم مقامی از طرف موکل خود اقدام کنند و ضرورتی ندارد که این اختیار به صراحت به آنان داده شده باشد. هم‌چنین باید در نظر داشت که وکلا، هیچ‌گونه انحصاری در ارائه مشاوره حقوقی ندارند و افرادی مانند سردفتران و اشخاصی که با وجود دارا بودن مدارج حقوقی، هیچ‌گونه شرایط شغلی ندارند، می‌توانند در برخی شرایط، مشاوره حقوقی ارائه کنند.<sup>۱</sup>

در فرانسه نیز نخستین اصل قید شده در ماده اول قانون این کشور این است که وکالت دادگستری، یک شغل آزاد و مستقل است. شغل آزاد به این معناست که تصمیم‌گیری درباره قبول پرونده و انتخاب شیوه عمل و نحوه استدلال به عهده وکیل است. استقلال در امر وکالت، ضمانتی برای عموم و برای اجرای عدالت است و وکیل دادگستری را از هر گونه اعمال نفوذ یا فشاری در امان می‌دارد. اصول دیگری که یک وکیل دادگستری در انجام حرفه خویش صریحاً موظف به رعایت آن است، به ترتیب عبارتند از: حفظ شأن و وقار، وجدان، استقلال، درست‌کاری و انسانیت، حفظ احترام خویش و وفاداری. در ضمن هنگام تحلیف برای آغاز حرفه وکالت، وکلای فرانسه به حفظ استقلال خود متعهد می‌گردند و این سوگند را یاد می‌کنند: «من به عنوان وکیل سوگند یاد می‌کنم که وظایفم را براساس صداقت، وجدان، استقلال، درست‌کاری و انسانیت انجام دهم».<sup>۲</sup>

## گفتار دوم. استقلال در سازمان و ساختار حرفه‌ای وکالت در حقوق ایران و فرانسه

منظور از استقلال در سازمان و ساختار حرفه‌ای وکالت، استقلال ارکان نهاد وکالت در برابر ارگان‌های سیاسی و اجرایی در هر نظام اجتماعی است، به این مفهوم که کانون وکالت، یکی از ارکان دولتی نیست و وکیل نیز کارمند و حقوق‌بگیر دولت نباشد. استقلال حرفه وکالت، ضامن اساسی ترویج و صیانت از حقوق بشر و از ضروریات دست‌یابی مؤثر و مناسب به خدمات حقوقی است. برای

۱. الیوت، کاترین و کاترین ورنون، **نظام حقوق فرانسه**، ترجمه: صفر بیگ‌زاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۴۶.

۲. انصافداران، محمدرضا، **بررسی تطبیقی وظایف حرفه‌ای وکیل دادگستری**، تهران: جنگل، ۱۳۸۶، ص ۱۸۹.

استقرار و صیانت از حکومت قانون، وجود نظام عادلانه قضایی که بدون هیچ محدودیت نابجا، فشار یا دخالت مستقیم یا غیر مستقیم بتواند استقلال وکلا را در ایفای وظایف حرفه‌ای آنان تضمین کند، الزامی است.<sup>۱</sup>

بر همین مبنا، استقلال کانون وکلا نیز به معنای جدایی آن از قوای حاکمیت با برخورداری از شخصیت حقوقی مستقل و صلاحیت تصمیم‌گیری درباره متقاضیان ورود به این حرفه و مدیریت خود و تدوین قواعد مورد نیاز است. اگر وکیل یا تشکیلات حرفه‌ای موجود نظیر کانون وکلا به دیگر قوا وابسته باشد، بدون شک، اصل تفکیک قوا مخدوش می‌شود.

در نظام‌های حقوقی مختلف، سازوکارهای وکالتی مختلفی مشاهده می‌گردد که از نظر عملکرد این نظام‌ها در مورد استقلال حرفه وکالت و کانون وکالت می‌توان کشورها را به سه دسته اصلی تقسیم کرد که به ترتیب عبارتند از:

الف) کاملاً مستقل و غیر دولتی؛

ب) وابسته به دولت با حفظ استقلال در عملکرد؛

ج) دولتی؛

### **بند اول. سیری در قانون‌گذاری در مورد کانون‌های وکلا در حقوق ایران و فرانسه**

وکالت دادگستری تا پیش از انقلاب مشروطیت تابع قانون یا نظمی نبود و هر شخص می‌توانست بنا بر قواعد عمومی عقد وکالت در فقه امامیه، وکیل دیگری شود، به گونه‌ای که در پی وضع نخستین نظام‌نامه و مقررات پس از انقلاب مشروطیت، کسانی که به عنوان وکیل متداعیین در دادگاه‌ها حاضر می‌شدند، دخالت وزارت دادگستری را موجب نفی آزادی وکالت دانستند و دست به اعتراض زدند. با این حال، باید اذعان کرد که مقررات شرعی برای تبدیل روابط وکالتی به شغل و حرفه کافی نبود و لازم بود برای آموزش وکلا و رسمیت بخشیدن به حرفه آنان که برابر با ارج‌گزاری به آن نیز بود، مقرراتی وضع شود. پس از وضع این مقررات و نظم یافتن این حرفه، تلاش‌ها برای تبعیت کامل وکلا از وزارت دادگستری با رشد مفهوم حقوق و حاکمیت قانون در کشور با شکست روبه‌رو گردید و در سال ۱۳۳۱

۱. ذوالعین، نادر، «وکالت دادگستری در فرانسه: حرفه‌ای تحت حمایت و نظارت کانون وکلا»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۳، ۱۳۸۰، ص ۳۶.

در نتیجه همکاری قوای مقننه، قضاییه و اجرایی، استقلال کانون وکلای دادگستری پذیرفته شد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، امیدها به تکامل بیش تر مفهوم کانون وکلای دادگستری در جامعه حقوقی پس از سال ۱۳۵۷ وجود داشت، به گونه ای که در هیچ یک از اصول قانون اساسی درباره قوه قضاییه، به وکالت دادگستری و کانون وکلا اشاره نشد، بلکه در بخش مربوط به حقوق ملت به اصل برخورداری از خدمات وکیل دادگستری تصریح گردید که در پذیرش استقلال کانون وکلا و حرفه وکالت و صنفی و مستقل بودن آن ریشه دارد.<sup>۱</sup>

بر اساس حکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۳۵ که چنین مقرر کرده است: «در همه دادگاه ها، طرفین حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانایی انتخاب وکیل نداشته باشند، باید برای آن ها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد»، حرکت نهاد کانون وکلاد در نظام حقوقی ایران به ویژه پس از انقلاب اسلامی سمت و سوی دیگری پیدا کرد. لایحه قانونی راجع به تصفیه و پاک سازی در کانون وکلای دادگستری، مصوب ۲۰ خرداد ۱۳۵۹ شورای انقلاب، یکی از این قوانین است که به شورای سرپرستی وزارت دادگستری اجازه داد به وکلای دادگستری هم چون کارمندان دولت نگرسته شود. به این منظور با تشکیل هیئتی مرکب از پنج وکیل دادگستری که باید برای تأیید به شورای انقلاب پیشنهاد شوند، کانون وکلای دادگستری را تصفیه و پاک سازی کند. این مصوبه هم چنین مقرر کرد که تا تصفیه کامل در کانون وکلای دادگستری، انتخابات هیئت مدیره جدید برگزار نشود و هیئت مدیره فعلی کانون وکلی دادگستری هم چنان اختیارات قانونی خود را دارا باشند.<sup>۲</sup>

با این حال، سیر تحول نهاد وکالت و کانون وکلا پس از انقلاب اسلامی به نحوی بود که به ویژه با قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت ۱۳۷۶ و ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه، هم نظارت بر وکلا و کانون وکلا از سوی قوه قضاییه افزایش یافت و هم قوه قضاییه، به تربیت وکلا و مشاوران حقوقی دست زد که خود، متولی صدور و تمدید پروانه و رسیدگی به تخلفات انتظامی آنان و نصب هیئت اجرایی مدیریت است. چنین امری، بیم نفی استقلال کانون وکلا و وکالت دادگستری را افزایش می دهد.<sup>۳</sup>

۱. محسنی، حسن، «تحولات دادگستری و کانون وکلا: از تبعیت به استقلال، از استقلال به تبعیت»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و چهارم، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۶۱۳.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۸، ص ۲۰۶.

۳. محسنی، پیشین، ص ۶۱۱.

در برخی دوره‌ها، رییس قوه قضاییه در حوزه وضع قانون و دستورالعمل‌ها، با ابلاغ دستورالعمل حفظ کرامت و ارزش‌های انسانی در قوه قضاییه مصوب ۱۳۹۸/۴/۲۵، سند امنیت قضایی مصوب ۱۳۹۹/۷/۲۲ و سند تحول قضایی مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۳ با رویکرد صیانت از حقوق عامه، حمایت از حقوق شهروندی، معاضدت قضایی و حمایت از حقوق بشر کوشیده است. با این حال، برخی اقدامات صورت‌گرفته با اعتراض شدید کانون‌های وکلای دادگستری کشور همراه بوده است. دو نمونه از این اقدامات، تشکیل اداره کل نظارت بر وکلای دادگستری در معاونت حقوقی قوه قضاییه است و دیگری، تقویت و توسعه موازی نهاد مرکز مشاوران قوه قضاییه (وکلاي موضوع ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۷۹) و اعطای پروانه وکالت از سوی قوه قضاییه به وکلای محترم موضوع این قانون است که در تعارض با مقررات و دستورالعمل‌های بین‌المللی در حوزه وکالت و لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ارزیابی می‌شود.<sup>۱</sup>

در فرانسه قوانین قابل اجرا در مورد وکالت دادگستری عبارتند از: قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۷۱، قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۹۰ و آیین‌نامه اجرایی ۲۷ نوامبر ۱۹۹۱. وکلا در فرانسه به طور سنتی به موکلان خود که یکی از طرفین دعوا بودند، مشورت می‌دانند، اما از اول ژانویه ۱۹۹۲ که سال ادغام حرفه مشاوره حقوقی با حرفه وکالت محسوب می‌شود، این دو حرفه تحت عنوان وکیل دادگستری درآمدند است که هم‌زمان در امر مشاوره حقوقی و اقدامات قضایی عمل می‌کنند.<sup>۲</sup>

## بند دوم. استقلال در مقررات‌گذاری کانون‌های وکلا در حقوق ایران و فرانسه

استقلال در تدوین مقررات اخلاق حرفه‌ای و آیین‌نامه‌های مورد نیاز، جلوه دیگری از استقلال است. در خصوص اخلاق حرفه‌ای باید گفت این قواعد نه قانون به معنای خاص هستند و نه اخلاق به معنای مرسوم، بلکه نوعی عرف و رویه‌های عرفی به شمار می‌آیند. از این رو، کسانی که با آن عرف درگیرند، می‌توانند آن را تشخیص دهند و تدوین کنند. ماده ۲۲ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری به درستی بر این استقلال تأکید کرده است: «کانون وکلا با رعایت مقررات این قانون،

۱. شکریان و خزایی، پیشین، ص ۳۱۳.

۲. خانی والی‌زاده، سعید، «حق برخورداری از وکیل در رسیدگی‌های اداری در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۷، ۱۳۹۷، ص ۱۹۳.

آیین‌نامه‌های مربوط به امور کانون از قبیل انتخابات و طرز رسیدگی به تخلفات و نوع تخلفات و مجازات آن‌ها و ترفیع و کارآموزی و پروانه وکالت را در مدت دو ماه از تاریخ تصویب این قانون تنظیم می‌نماید و پس از تصویب وزیر دادگستری به موقع اجرا گذاشته می‌شود».

با وجود این، دیوان عدالت اداری بدون توجه به ماهیت این قبیل مقررات، بند ۸ ماده ۳۱ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا را به موجب رأی شماره ۲۷۰ هیئت عمومی این دیوان مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۳ باطل کرده یا این‌که در خصوص تمام مفاد آیین‌نامه یادشده که پیش از این، در دادنامه شماره ۶۶ مورخ ۱۳۸۳/۲/۲۷ وارد شده، اظهار نظر کرده است. این رویه به دلایل مختلف قابل تأیید نیست؛ چون تصویب وزیر دادگستری در خصوص آیین‌نامه‌های کانون وکلا، آن‌ها را به اعمال اداری تبدیل نمی‌کند. در حقیقت، وزیر دادگستری در این جا وضع قاعده نکرده است تا مسئله تشخیص مطابقت آن با قوانین یا شرع مطرح باشد، بلکه این هنجارها را وکلا با توجه به عرف و رویه حرفه‌ای خود تعریف کرده‌اند و تصویب این مقام، چیزی بر ماهیت صنفی و خصوصی آن نمی‌افزاید.<sup>۱</sup>

در فرانسه، کانون وکلا از نظر تصویب تشکیلات اداری دارای استقلال کامل است. وکلای دادگستری هر حوزه قضایی فرانسه درون نهادی صنفی گرد هم آمده است تا مقررات حاکم بر حرفه خود را در چارچوب قوانین و آیین‌نامه‌های دولتی قابل اجرا تنظیم کند و خود بر اجرای صحیح آن نظارت و به طور هم‌بسته از حقوق صنفی خود در مقابل هر گونه تعرضی خارج به ویژه از جانب مقامات دولتی حمایت و دفاع کنند. این نهاد، کانون وکلای دادگستری است و شخصیت حقوقی دارد که نقش حامی حقوق و ناظر بر اجرای تعهدات دسته‌جمعی وکلای عضو آن را دارد و به عنوان سخن‌گوی رسمی این صنف اقدام می‌کند.<sup>۲</sup>

از نظر وجاهت قانونی تشکیل انجمن‌های تخصصی و مستقل، بند ۲۱ قطع‌نامه اصول اساسی، امکان و اجازه تشکیل انجمن‌های حرفه‌ای خودگردان مستقل و حق پیوستن به آن‌ها را به وکلای ارائه کرده است. این بند مقرر می‌دارد: «وکلا حق خواهند داشت که انجمن‌های حرفه‌ای خودگردانی

۱. محسنی، حسن و مجید غمامی، «رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۳۱۱.

۲. ذوالعین، پیشین، ص ۷۸.

تشکیل دهند یا به آن‌ها ملحق شوند که نماینده منافع آن‌هاست و آموزش و تحصیلات آن‌ها را ارتقا می‌بخشد و از اعتبار شغلی آن‌ها حمایت می‌کند». اصولاً رکن اصلی این‌گونه انجمن‌های حرفه‌ای توسط اعضای آن‌ها برگزیده می‌شود و وظایف خود را بدون مداخله بیرونی انجام خواهند داد.

استقلال کانون در راستای حمایت از استقلال وکلا چنان اهمیت دارد که «کانون وکلا در فرانسه از اعضای خود در مقابل هر گونه فشار یا تهدیدی از سوی مقامات یا طرف‌های دعوا به طور قاطعانه حمایت می‌کند. قاطعیت این حمایت به حدی است که از نظر کانون می‌توان از نوعی مصونیت برای وکیل دادگستری هنگام انجام وظایفش در راستای حمایت از موکلش سخن به میان آورد». بنا به ماده ۱۸ مصوبه مجمع عمومی کانون بین‌المللی وکلا (نیویورک، سپتامبر ۱۹۹۰)، کانون وکلا علاوه بر تأمین استقلال وکالت در میان وظایف خود، دارای کارکردهای مهم دیگری نظیر: پیشبرد و حمایت از استقرار عدالت بدون واهمه و مدارا؛ دفاع از شرف، عزت، صداقت، صلاحیت، اخلاق، معیارهای رفتار؛ انضباط حرفه‌ای؛ حمایت از استقلال مادی و معنوی وکیل از موکل؛ دفاع از نقش وکیل در اجتماع؛ حفظ استقلال حرفه وکالت و حمایت و دفاع از شأن و استقلال قوه قضاییه است.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم. جایگاه تنظیم‌گری دولت در نهاد وکالت در حقوق ایران و فرانسه

مدت‌هاست که اشتغال به حرفه وکالت به طور ویژه مورد توجه نظام تقنینی کشورها قرار گرفته و نسبت به آن، شرایط و نظامات خاصی در نظر گرفته شده است. به گونه‌ای که امروزه، این حرفه از حوزه ابتکارات خصوصی اشخاص خارج گردیده است و از آن به عنوان یک خدمت عمومی یاد می‌شود. بر همین اساس نیز دولت‌ها وظیفه دارند تدابیر لازم را برای تأمین مطلوب و کارآمد آن انجام دهند. از همین رهگذر، مفهوم تنظیم‌گری دولت نسبت به کانون‌های وکلا به منصفانه ظهور می‌رسد و از طریق سازوکار وضع قوانین و مقررات مربوط و با هدف ارتقای منفعت عمومی و صیانت از حقوق اشخاص اجرایی می‌شود. به عبارتی، مسئولیت دولت در تأمین و نه لزوماً ارائه خدمات عمومی، مستلزم طراحی نظام حقوقی متناسب با مسئولیت‌ها و وظایف مرتبط با آن است.<sup>۲</sup>

۱. قهرمانی، نصرالله و ابراهیم یوسفی محله، مجموعه کامل مقررات وکالت، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۲۲.

۲. اصغریان، مجتبی و همکاران، «مؤلفه‌های مداخله دولت در تنظیم‌گری حرفه وکالت: مطالعه موردی نظام حقوقی انگلستان»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و هفتم، شماره ۱۲۱، ۱۴۰۲، ص ۳.

دولت تنظیم‌گر جدید به واسطه اتکا بر نهادهای خود تنظیم و نظام‌های پیروی، کدهای رفتار و دیگر فنون واکنشی که جایگزین فرمان و کنترل مستقیم است، از دولت تنظیم‌گر در معنای متقدم آن متمایز می‌شود. بنابراین، ویژگی‌های دولت تنظیم‌گر جدید، تمرکززدایی، حکومت کردن با فاصله و رتبه‌بندی است.<sup>۱</sup>

کارکرد وجودی نهاد و نظام صنفی، کارکردی یک‌سویه و صرفاً کنترلی نیست و با توجه به این‌که متشکل از خود اعضای صنف است، طبیعی است که انتظار یک رویکرد حمایتی را از آن نسبت به اعضا داشته باشیم. به نحوی که می‌توان گفت اولین دلیل گردهم‌آیی اعضا و تن دادن به برخی نظامات و محدودیت‌ها، امید به برخورداری ویژه قانونی از سوی نظام مربوط است که از جمله مهم‌ترین کارکردهای حمایتی نهاد صنفی نسبت به اعضای خود و تجلی عملی خودتنظیمی است.<sup>۲</sup> دولت‌ها، نهادهای تنظیم‌گر را تأسیس می‌کنند ولی آنها برای انجام دادن وظایف خود باید استقلال عمل داشته باشند تا بتوانند صلاحیت‌هایی مثل وضع مقررات، وضع جریمه، صدور و ابطال مجوزها و تعلیق مؤسسات اقتصادی را اعمال کنند.<sup>۳</sup>

با تردیدهایی که نسبت به وجود تنظیم‌گری به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل از وظایف و مأموریت‌های سنتی دولت مطرح می‌گردد، یک پرسش اساسی قابل طرح است: حقوق تنظیم‌گری به عنوان یک تأسیس جدید حقوقی دارای چه وجوه تمایزی نسبت به کارکرد و مأموریت‌های کلاسیک حقوق و دولت یعنی تأمین نظم و امنیت و حفظ حقوق و آزادی‌ها و برقراری برابری و عدالت است؟ تنظیم‌گری به عنوان یک تأسیس حقوقی خاص و به نسبت نو را در حقوق عمومی و اداری از تنظیم‌گری حقوقی در مفهوم عام و کلاسیک آن باید تفکیک کرد. در مفهوم عام، تنظیم‌گری حقوقی همان کارکرد و نقش حقوق موضوعه را دارد و در مفهوم خاص، پارادیم جدیدی با کم و کیف خاص از مداخله دولت در نظم طبیعی روابط در بخش‌های مختلف حیات اجتماعی است و ناظر بر یک

۱. خداوردی آرش، حسین و همکاران، «آسیب‌شناسی حقوقی تنظیم‌گری دولت در حوزه رمز ارزها»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲، ص ۶۸

۲. شمس، عرفان، خودتنظیمی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۶.

۳. سربازی، ناصر و همکاران، «واکاوی نقش تنظیم‌گری بانک مرکزی در معاملات اسناد تجاری در پرتوی قانون جدید چک»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۴۰۲، ص ۱۴۸

الگوی خاص اداره امور عمومی از طریق مجموعه‌ای از روش‌ها و ابزارهای خاص است.<sup>۱</sup> نهادهای حرفه‌ای وکالت از نظر میزان صلاحیت‌هایی که به آن‌ها اعطا شده است، از یک انجمن صنفی با کارکرد سندیکایی تا نهادهای حرفه‌ای برخوردار از برخی قدرت‌های عمومی در نوسان هستند. نهادهای اخیر دارای اختیارات شبه تقنینی (وضع مقررات)، شبه قضایی (رسیدگی‌های انتظامی) و اجرایی هستند و بدین ترتیب، بخشی از کارکردهای سه‌گانه دولت‌های امروزی را در حوزه یک حرفه خاص اعمال می‌کنند. به تناسب میزان اختیارات مربوط به قدرت عمومی که به قانون‌های وکلا واگذار می‌شود، این نهادها باید پاسخ‌گوی نحوه اعمال اختیارات یادشده باشند. یکی از موضوعات مورد توجه در خصوص نقش دولت در اداره کانون‌های وکلا، امکان ورود مستقیم دولت در زمینه اداره نهادهای یادشده و تنظیم امور حرفه‌ای مربوط در عرض کانون‌های وکلاست. خودانتظامی کانون‌های وکلا، از اصول مشترک در بیش‌تر نظام‌های حقوقی است.<sup>۲</sup>

### **بند اول. ماهیت اقدامات ارائه‌شده توسط کانون‌های وکلا در حقوق ایران و فرانسه**

وکالت در عین حال که به عنوان یک حرفه آزاد است، یک خدمت عمومی نیز به شمار می‌رود. وصف خدمت عمومی وکالت نباید در مفهومی مضیق آورده شود. خدمت عمومی عبارت است از سلسله فعالیت‌های ناشی از امتیازات و اختیارات حقوق و اصول خاص حقوق عمومی، اما مفهوم واقعی خدمات عمومی، اثرگذاری منظم و مستمر دولت یا اشخاص حقوق عمومی یا تحت نظارت و بازرسی آن‌ها به منظور برآورده ساختن نیاز و ضرورت‌های عمومی و مشترک یا فراهم ساختن مصالح و منافع عمومی جامعه است. با تدقیق در عبارت یادشده، جایگاه وکالت در تحقق عدالت به عنوان یک نیاز عمومی و حتی در قالب یک خدمت عمومی توجیه پیدا می‌کند.<sup>۳</sup>

کانون‌های وکلا از جمله نهادهای مستقل هستند که به وسیله اعضایشان، خدمات حقوقی به مردم ارائه می‌دهند و در حقوق اداری به عنوان نظام حرفه‌ای که یک خدمت عمومی ارائه می‌دهند،

۱. یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۶۳۵.

۲. تنگستانی، محمدقاسم و مهدی مرادی برلیان، «گستره نقش دولت در تنظیم و نظارت بر حرفه وکالت دادگستری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۶۱۳.

۳. مجتهدی، محمدرضا، «استقلال وکیل و چرایی آن»، مدرسه حقوق، شماره ۷۸، ۱۳۹۱، ص ۱۵۲.

شناخته می‌شوند. از جمله ویژگی‌های مسلّم و ضروری نظام حرفه‌ای، استقلال و اختیارات اداری گسترده برای اداره تنظیم روابط با قوه حاکمه است. در این زمینه، حاکمیت صرفاً حق نظارت بر نظامات حرفه‌ای را دارد، نه حق دخالت و تخدیش استقلال حرفه‌ای.<sup>۱</sup>

### بند دوم. ماهیت کانون وکلا در حقوق ایران و فرانسه

نظام‌های حرفه‌ای را مؤسسات عمومی یا اشخاص حقوقی عمومی محسوب می‌کنند و قانون‌گذار برای تنظیم امور حرفه‌ای به این سازمان‌ها، اختیارات قدرت عمومی داده است. قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۵۹/۵/۲۳ شورای انقلاب اسلامی و اصلاحیه و آیین‌نامه‌های اجرایی آن، امور صنفی را خدمت عمومی تلقی می‌کند و برای اداره و تنظیم امور آن، سازمان امور صنفی را به وجود آورده است. در مجموع، در تعریف نظام حرفه‌ای می‌توان گفت نظام حرفه‌ای آن دسته از تشکیلات و سازمان‌هایی هستند که توسط صاحبان حرفه معین در هر بخش و به منظور دفاع از حقوق صنفی اعضا و برقراری نظم و انضباط در بین آن‌ها ایجاد می‌شود. در ایران، مصداق‌های بارز نظام‌های حرفه‌ای کانون وکلای دادگستری، نظام پزشکی، کانون کارشناسان رسمی دادگستری، نظام معماری و ساختمانی و نظام صنفی است. این امور طبق قانون جزء خدمات عمومی محسوب گردیده و تنظیم و اداره آن‌ها بر عهده سازمان‌هایی گذاشته شده است که نظام حرفه‌ای نامیده می‌شوند.<sup>۲</sup>

بررسی ماهیت کانون وکلای دادگستری در ایران بیانگر این است که این نهاد به یک اعتبار از شخصیت‌های حقوقی عمومی است و به اعتبار دیگر به قلمروی حقوق خصوصی تعلق دارد؛ زیرا بخشی از وظایف آن مربوط به ارائه خدمات معاضدت قضایی می‌گردد که در بسیاری از کشورها جزو خدمات اجتماعی دولت است و از سوی دیگر، رسیدگی به تخلفات و تعقیب انتظامی وکلا و اعمال مجازات نسبت به آن‌ها و نیز اعطای پروانه وکالت انحصاراً از حاکمیت قضایی دولت ناشی می‌شود و در حقوق خصوصی، چنین حقی برای اشخاص متصور نیست.<sup>۳</sup>

۱. ریسی، لیل، «ماهیت استقلال وکیل دادگستری و مسئولیت نقض آن در جامعه بین‌المللی»، مدرسه حقوق، شماره ۱۳۹۱، ۷۸، ص ۱۶۳.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۵۶.

۳. براتی طرّقی، مجید و همکاران، «تعارضات و چالش‌های قانون‌گذاری: اصل استقلال وکیل در قانون اساسی ایران و انگلستان»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۱۸۳.

تشخیص ماهیت حقوقی شخصیت کانون وکلا از آن جهت ضروری است که به هر نسبت، جنبه خصوصی شخصیت آن تقویت گردد، شباهت آن به یک مجمع صنفی که در کنار وظایف قانونی خود باید حافظ حقوق و منافع گروهی و مدافع حیثیت شغلی آنان باشد، بیش تر می‌شود. افزون بر آن، در امکان مطالبه ضرر و زیان معنوی اشخاص حقوقی خصوصی کم تر تردید صورت می‌گیرد. این ویژگی‌ها، کانون وکلا را به یک مؤسسه غیر انتفاعی حقوق خصوصی نزدیک تر می‌کند؛ زیرا همان گونه که این قبیل مؤسسات برای مقاصد غیر تجاری و به منظور تعقیب اهداف علمی و اجتماعی خاص و مورد علاقه اعضا تشکیل می‌شوند، اصلی ترین هدف از تشکیل کانون وکلا، نظم و نسق بخشیدن به ارائه خدمات حقوقی در جامعه توسط حقوق دانان و تلاش برای تأمین عدالت و اجرای قانون در مراجع قضایی است که در نهایت به تضمین قضایی برای افراد جامعه منجر می‌گردد.<sup>۱</sup>

از نگاهی دیگر، کانون وکلای دادگستری، مصداق بارز نظام‌های حرفه‌ای است. منظور از ایجاد نظام‌ها یا سازمان‌های حرفه‌ای، سازمان دادن حرفه معین و ایجاد نظم و انضباط در بین صاحبان حرفه است<sup>۲</sup> یا به عبارتی، نظام حرفه‌ای آن دسته از تشکیلات و سازمان‌هایی هستند که توسط صاحبان حرفه معین در هر بخش و به منظور دفاع از حقوق صنفی اعضا و برقراری نظم و انضباط بین آن‌ها ایجاد می‌شود.

با توجه به قوانین عادی ناظر بر نظام‌های حرفه‌ای در ایران، ذکر چند نکته لازم به نظر می‌رسد: «مشاغلی که از نظر سیاسی و اجتماعی دارای اهمیت بوده‌اند، مورد توجه قانون‌گذار و حکومت قرار گرفته‌اند. معمولاً این‌ها مشاغلی هستند که تصدی به آن‌ها نیاز به داشتن تحصیلات و مدرک دانشگاهی دارد. غیر از مشاغل و حرفی که دارای قانون خاص ناظر بر تشکیلات خود هستند، هر شغل و یا حرفه‌ای دیگر به طور عمومی، سایر مشاغل در چهارچوب نظام صنفی قرار می‌گیرد و بایستی بر اساس مقررات نظام صنفی به سازمان دهی شغل خود بپردازد. همه مشاغل و حرفه‌هایی که بر اساس قوانین در قالب نظام حرفه‌ای قرار می‌گیرند، مشاغلی هستند که به تعبیری، خویش فرما و یا شغل آزاد هستند و ارتباط آن‌ها با

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان: شرح ماده به ماده موافقت‌نامه و شرایط عمومی پیمان، تهران: جاودانه، ۱۳۸۷، ص ۵۵.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۴۰.

افرادی که مصرف‌کننده کالا و خدماتشان هستند، در قالب کارگر و کارفرما و یا حقوق کار قرار نمی‌گیرد»<sup>۱</sup>. کانون وکلا در ایران از مصادیق انجمن‌های صنفی است که اصل ۲۶ قانون اساسی، آزادی آن‌ها را تضمین کرده است. اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشری از آزادی و استقلال انجمن‌های غیر دولتی پشتیبانی می‌کنند. انجمن‌های مردمی و غیر دولتی در پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های عمومی و استوار ساختن پایه‌های نظام مردم‌سالاری در کشورها نقش بزرگی ایفا می‌کنند. این آزادی به معنای آن است که قوای سه‌گانه مجریه، مقننه و قضاییه، مجاز به هیچ‌گونه دخالتی در اداره این انجمن‌ها نیستند.<sup>۲</sup>

بررسی ماهیت کانون وکلای دادگستری در ایران بیانگر این است که این نهاد به یک اعتبار، از شخصیت‌های حقوقی حقوق عمومی است و به اعتبار دیگر، به قلمروی حقوق خصوصی تعلق دارد؛ زیرا بخشی از وظایف آن به ارائه خدمات معاضدت قضایی مربوط می‌گردد که در بسیاری از کشورها جزء خدمات اجتماعی دولت است و از سوی دیگر، رسیدگی به تخلفات و تعقیب انتظامی وکلا و اعمال مجازات نسبت به آن‌ها و نیز اعطای پروانه وکالت انحصاراً از حاکمیت دولت ناشی می‌شود و در حقوق خصوصی، چنین حقی برای اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی متصور نیست. هرچند تأکید بر این جنبه از وظایف کانون وکلا، جنبه عمومی شخصیت حقوقی آن را تقویت می‌کند، ولی استقلال مالی و مدیریتی آن نیز می‌تواند آن را در عداد اشخاص حقوقی خصوصی قرار دهد. جنبه خصوصی کانون وکلا، شباهت آن را به یک مجمع صنفی بیش‌تر می‌کند که امکان مطالبه حقوق اشخاص خصوصی را نمایان می‌سازد.<sup>۳</sup>

بر اساس ماده ۱ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۳، «کانون وکلای دادگستری، مؤسسه‌ای است مستقل و دارای شخصیت حقوقی». در این قانون به نوع شخصیت حقوقی کانون وکلا اشاره‌ای نشده است. ماده ۱۸ قانون وکالت نیز کانون وکلا را مؤسسه‌ای دارای شخصیت حقوقی می‌داند که از نظر نظامات تابع وزارت عدلیه و از نظر عواید و مخارج، مستقل است. در نهایت، با توجه به بند «ب» ماده ۱ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰، نهادهای

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۴۰.

۲. کاشانی، سید محمود، «استقلال کانون وکلای دادگستری؛ دستاورد وکلای دادگستری ایران و جهان»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۹۲-۱۹۳، ۱۳۸۹.

۳. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، وکلای جوان بدانند (درس اول: پیشه وکالت)، تهران: دادگستر، ۱۳۸۵، ص ۸۰.

حرفه‌ای جزء اشخاص حقوقی حقوق خصوصی‌اند. این بند مقرر داشته است: «مؤسسات خصوصی حرفه‌ای عهده‌دار مأموریت عمومی، مؤسسات غیر دولتی می‌باشند که مطابق قوانین و مقررات، بخشی از وظایف حاکمیتی را بر عهده دارند، نظیر کانون کارشناسان رسمی دادگستری، سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام مهندسی.» اگرچه در این حکم قانونی از کانون وکلا به صراحت نام برده نشده، با توجه به ماهیت و کارکرد این نهاد، این کانون نیز داخل در این تعریف است.

در فرانسه نیز اولین سندی که به موضوع وکالت پرداخته، پیمان نامه سال ۸۰۲ Charlemagne است. در این کشور، «سازمان وکلا و نظام وکالتی از زمان‌های قدیم سرچشمه می‌گیرد و به حقوق رم می‌پیوندد، چنان‌که کلمه «نظام وکالتی» در یک فرمان دوره امپراتوری ژوستین به کار رفته است.» باید یادآور شد که بخشی از وکلای قرون وسطی، روحانیونی بودند که با لباس سیاه‌رنگ در دادگاه‌ها حاضر می‌شدند که در واقع، لباسی که وکلای فرانسوی امروز در دادگاه‌ها استفاده می‌کنند، یادگار همان دوران است. اولین بار در زمان سلطنت سن لوئی، پادشاه فرانسه در سال ۱۲۷۰ میلادی، مصوباتی که از حقوق رم الهام گرفته بود، برای وکلای مدافع اجرا شد. یکی از فصول آن مربوط به چگونگی حضور وکلای مدافع در دعوا بود. بدین ترتیب، نخستین سنگ بنای جامعه صنفی وکلا و نظم و سامان در کار وکالت در فرانسه نهاده شد. در فرانسه آن روز le Hardi Philippe III به موجب دستور مورخ ۲۳ اکتبر ۱۲۷۴ برای وکلای عضو پارلمان، شخصیت مجزایی قائل گردید که از آن جمله می‌توان به «حق داشتن عنوان سرور (Maître)؛ کسی که بر دیگری اقتدار و تسلطی دارد» اشاره کرد.<sup>۱</sup>

در فرانسه، شورای ملی کانون‌های وکلای فرانسه به موجب قانون شماره ۹۰-۱۲۵۹ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۰ به وجود آمد که در واقع، اصلاحی بر ماده ۱-۲۱ قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۷۱ بود. این شورای ملی، نهادی در جهت خدمت همگانی است که شخصیت حقوقی مجزا دارد و نماینده تمامی وکلای عضو کانون‌های وکلای فرانسه است. در ضمن، هر وکیل دادگستری در فرانسه الزاماً عضو یکی از ۱۶۱ کانون محلی فرانسه است. شورای ملی کانون‌های وکلا موظف به معرفی حرفه وکالت در سطح ملی و بین‌المللی است و طرف خطاب مقامات عمومی قرار می‌گیرد و در تهیه و تدارک هر متنی که به حرفه وکالت و شرایط این حرفه مربوط می‌شوند، مشارکت می‌کند و در خصوص سؤالات مربوط به

۱. کیخسروی، آرش، «کانون وکالت در فرانسه»، وبلاگ وکیل ملت، ۱۳۹۴، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۷/۲.

موضوعات حقوقی اعم از قوانین آیین نامه‌ها و نهادهای قضایی هم دخالت می‌کند.<sup>۱</sup>

### بند سوم. سازوکار نظارت بر کانون‌های وکلا در ایران و فرانسه

یکی از جلوه‌های نقض استقلال نهاد وکالت، دخالت قوه قضاییه از طریق صدور آیین نامه و قانون است. این امر، منافی اصل استقلال وکیل است؛ چون با قبول اصل استقلال وکیل و کانون وکلا، قوه قضاییه، مجاز به صدور آیین نامه و قانون برای آن‌ها نخواهد بود و تنها می‌تواند نقش نظارتی داشته باشد. از سوی دیگر، قانون‌گذاری در حیطه وظایف و اختیارات قوه مقننه است که این مسئله هم با صدور آیین نامه و قانون برای کانون وکلا منافات دارد. با این وجود، در تحولات قوانین حقوقی مربوط به استقلال وکیل و کانون وکلا، معاونت حقوقی قوه قضاییه، پیش‌نویس آیین نامه اجرایی لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری را در ۱۹۸ ماده پیشنهاد کرده است. پیش‌نویس این آیین نامه، واکنش‌های بسیاری را در میان جامعه حقوقی کشور ایجاد کرده و حقوق دانان و کانون‌های وکلا تنظیم این آیین نامه را بر خلاف نص صریح مواد ۱ و ۲۲ لایحه قانونی استقلال می‌دانند و معتقدند در صورت تصویب آن، کانون‌های وکلای دادگستری به نهادی وابسته به قوه قضاییه تبدیل خواهند شد. در لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری پیش‌بینی شده که تنظیم‌گری بر عهده کانون وکلا و تصویب یا رد بر عهده قوه قضاییه است، نه دست بردن در پیشنهاد و تنظیم آیین نامه مورد نظر در قالب تصویب توسط قوه قضاییه. بنابراین، مرجع تشخیص ضرورت و پیشنهاد را کانون وکلا اعلام نکرده، بلکه علت اصلی این است که کانون وکلا از دادگستری مستقل شود.<sup>۲</sup>

اگرچه سازمان‌های حرفه‌ای وکلا نباید تحت مدیریت نهادهای حاکمیتی به خصوص قوای مجریه و قضاییه باشند، تفویض برخی امتیازات حاکمیتی به آن‌ها مستلزم طراحی سازوکار کنترل عمومی اعمال و تصمیمات آن‌هاست. این نظارت به منظور اطمینان‌یابی از رعایت قوانین و مقررات مربوط است. بازنگری قضایی با داشتن ویژگی‌هایی مانند استقلال مرجع نظارت‌کننده و لزوم اعمال آیین‌نامه‌های مربوط به دادرسی عادلانه موجبات نظارت مناسب و منصفانه را بر تصمیمات

۱. رحیمی، یاسر، «نگاهی به شورای ملی کانون‌های وکلای فرانسه»، تارنمای اسکودا (اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران)، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۷/۱۲.

۲. براتی طرقي و همکاران، پیشین، ص ۱۳.

نهاد حرفه‌ای وکالت فراهم می‌آورد. بر اساس ماده ۲۲ لایحه قانونی استقلال کانون وکلا، این نهاد می‌تواند با رعایت قوانین مربوط، آیین‌نامه‌های مربوط به امور کانون مانند انتخابات، طرز رسیدگی به تخلفات و نوه تخلفات، مجازات آن‌ها، ترفیعات و کارآموزی و پروانه وکالت را تنظیم و پس از تصویب وزیر دادگستری اجرا کند. در خصوص تصمیمات و اقدامات کانون وکلا و نیز مصوبات آن‌ها، این سؤال قابل طرح است که مرجع شکایت از آن‌ها کجاست؟ مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در این زمینه حکمی ندارد. نهادهای حرفه‌ای مانند کانون وکلا را نمی‌توان در عداد واحدهای دولتی قرار داد، به ترتیبی که در ماده یادشده به آن اشاره شده است. ظاهراً در این قبیل موارد، بر اساس اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگاه‌های عمومی دادگستری را باید صالح به رسیدگی دانست.<sup>۱</sup>

در فرانسه، تمامی تصمیمات هیئت مدیره کانون وکلا که خارج از حدود صلاحیت آن و به طور کلی، مغایر قوانین و مقررات مربوط باشد، به درخواست دادستان کل در دادگاه پژوهش قابل ابطال است. هم‌چنین امکان شکایت از تصمیمات هیئت مدیره که به ضرر منافع صاحبان حرفه وکالت است، بنا به درخواست ذی‌نفع قابل رسیدگی در دادگاه یادشده است.<sup>۲</sup>

### بند چهارم. نگاهی به رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

در خصوص رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز باید گفت در مواردی که آیین‌نامه‌های مربوط به قوانین نهاد وکالت مصوب مقام دولتی مانند وزیر دادگستری باشد، موضوع در دیوان عدالت اداری قابل شکایت است. در این خصوص به رأی شماره ۲۷۰ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، در خصوص ابطال بند ۸ ماده ۳۲ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۴ وزیر دادگستری می‌توان اشاره کرد که بیان داشته است: «نظر به این‌که تعیین شرایط لازم جهت صدور پروانه کارآموزی وکالت در صلاحیت قوه مقننه قرار دارد و قانون‌گذار به شرح ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری مصوب ۱۳۷۶، شرایط مذکور را معین و مشخص کرده است، بنابراین، بند ۸ ماده ۳۲ آیین‌نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری که گواهی‌نامه اداره

۱. تنگستانی و مرادی برلیان، پیشین، ص ۶۰۷.

۲. همان.

کل بازنشستگی راجع به عدم اشتغال به مشاغل دولتی و بازنشستگی را از جمله مدارک لازم جهت صدور پروانه کارآموزی وکالت اعلام داشته، خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان ابطال می‌گردد».

هم‌چنین هیئت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۲۸۰-۲۸۱ مورخ ۱۳۸۹/۸/۳ در مقام ابطال بخش نامه شماره ۱۵۰۸۸/۴۴۲۵۳ مورخ ۱۳۸۹/۱/۲۵ معاون اول ریاست جمهوری اظهار داشته است: «با توجه به این‌که در ماده ۲ قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری، شرایط عمومی و اختصاصی لازم برای دریافت پروانه وکالت و انجام کارآموزی مقرر شده است، هم‌چنین مواد ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، شرایط اعطای پروانه وکالت، چگونگی ترفیع و طبقه‌بندی صلاحیت آنان را مشخص نموده است و در ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اجازه تأیید صلاحیت فارغ‌التحصیلان رشته حقوق برای تأسیس مؤسسات حقوقی و مشاوره به قوه قضاییه تجویز شده است، بندهای ۱، ۹، ۱۰ و ۱۱ ماده یک و بند ۱، ۵ ماده ۵ و ماده ۱۴ و تبصره‌های ذیل بند ۳ شق (الف) و (ب) ماده ۱۵ و بندهای ۴، ۵ و ۸ ماده ۱۶ و بند یک شق (ب) ماده ۱۶ و مواد ۱۸، ۲۰، ۲۵، ۲۶ شیوه‌نامه مورد شکایت که به تعیین صلاحیت و چگونگی رتبه‌بندی و تعقیب انتظامی وکلای دادگستری و نیز به دریافت‌کنندگان مجوز تأسیس مؤسسه حقوقی از قوه قضاییه ناظر است، مغایر قانون، تشخیص و به استناد بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردند».

در این دادنامه، هیئت عمومی دیوان با به رسمیت شناختن استقلال کانون وکلا، تعیین صلاحیت و چگونگی رتبه‌بندی و تعقیب انتظامی وکلای دادگستری و نیز اعطای مجوز تأسیس مؤسسه حقوقی به قوه قضاییه را خلاف قانون و خارج از اختیارات مقام مصوب (رییس قوه قضاییه) دانسته و به همین دلیل، دیوان عدالت اداری آن را ابطال کرده است.

## نتیجه‌گیری

کانون وکلا در ایران همانند بسیاری از کشورهای مترقی جهان، یکی از قدیمی‌ترین نهادهای مدنی است که طبق قانون و با اقتباس از ماده ۱۸ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵، مؤسسه‌ای ملی و دارای شخصیت حقوقی تعریف شده بود که از جهت نظامات تابع وزارت عدلیه و از نظر عواید و مخارج

مستقل است. در قوانین بعدی، استقلال آن وسعت یافت و امور مربوط به نظامات را دربرگرفت. علاوه بر حقوق داخلی، نقش واقعی نهاد وکالت در دفاع از حقوق انسان‌ها در جامعه بین‌المللی نیز قابل جست‌وجوست؛ زیرا شخصیت وکیل هر چند با توجه به تابعیت او تعریف می‌شود، ولی در واقعیت، عنصری بین‌المللی و کاملاً غیر انتفاعی شناخته می‌شود. شخصیتی که صرف نظر از تعلقات فکری و عقیدتی مورد احترام جامعه بین‌المللی بوده و تکلیف دارد از رهگذر ایده‌های منصفانه، تحقق حقوق انسان‌ها را در روند دادرسی و دادخواهی متجلی سازد و استقلال خود را از جنبه‌های مختلف حفظ کند. البته گاهی شاهد برخی وابستگی‌ها (مالی، مدیریتی و ساختاری) در قانون‌های وکلا هستیم.

بررسی شرایط حاکم و ساختار اداری و کارکردی کانون وکلا در دو کشور ایران و فرانسه نشان می‌دهد با وجود برخی تفاوت‌های قانونی و کارکردی، مشابهت‌هایی نیز از نظر ساختار اداری و تشکیلاتی در کانون وکلای این دو کشور مشاهده می‌شود. پس بایست اذعان کرد که کانون وکلا در ایران نیز هم‌گام با دیگر کشورهای جهان، گام‌های موفقی در راستای حفظ استقلال، عمل به وظایف قانونی و حفظ ساختار سازمانی و حقوقی خود برداشته است. از این رو، بر خلاف قوانین سابق، در قوانین جاری، کانون وکلا شخصیت حقوقی مستقلی دارد که با ساختار قانونی مشخص و با هیئت عمومی، هیئت مدیره، دادسرا و دادگاه انتظامی وکلا به امور تخصصی خود می‌پردازد.

چون ساختار سازمانی کانون وکلا در تداوم حیات پویای آن و حفظ جایگاه وکلا و اثرگذاری آن‌ها بر نظام اجرایی عدالت نقشی بسزا دارد، شایسته است که متولیان امور، خواسته‌های جامعه وکالت و شأن وکلا را از نظر علمی، عملی، اخلاقی و معنوی تأمین و حفظ کنند. تحقق این امر هم تا حد زیادی به ساختار تشکیلاتی و پیش‌بینی سازوکارهای لازم در زمینه مقررات مربوط بستگی خواهد داشت که در صورت تصویب برخی قوانین خلق‌الساعه یا بی‌پشتوانه، استقلال و پویایی کانون وکلا تهدید و تضعیف می‌شود.

## فهرست منابع

### ۱. کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبنای حقوق پیمان: شرح ماده به ماده موافقت نامه و شرایط عمومی پیمان، تهران: جاودانه، ۱۳۸۷.
۲. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، وکلای جوان بدانند (درس اول. پیشه وکالت)، تهران: دادگستر، ۱۳۸۵.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۴. انصافداران، محمدرضا، بررسی تطبیقی وظایف حرفه‌ای وکیل دادگستری، تهران: جنگل، ۱۳۸۶.
۵. حسینی آزاد، علی، حق برخورداری از وکیل در موازین حقوق بین الملل بشر و تجربه موفق برخی کشورها، تهران: امور تحقیق و پژوهش کمیسیون حقوق بشر اسلامی ایران، ۱۳۹۲.
۶. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ بیست و یکم، ۱۳۸۸.
۷. شمس، عرفان، خودتنظیمی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۱۰. قهرمانی، نصرالله و ابراهیم یوسفی محله، مجموعه کامل مقررات وکالت، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۱۱. واعظی، سید مجتبی، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۱۲. الیوت، کاترین و کاترین ورنون، نظام حقوق فرانسه، ترجمه: صفر بیگ‌زاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۲.

### ۲. مقاله

۱. ادیب‌زاده، یوسف و حبیب‌الله حبیبی، «جایگاه بین‌المللی نهاد وکالت»، تارنمای اینترنتی ایرنا، ۱۳۹۹، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۸/۲. [www.irna.ir/news](http://www.irna.ir/news)
۲. اصغریان، مجتبی و همکاران، «مؤلفه‌های مداخله دولت در تنظیم‌گری حرفه وکالت؛ مطالعه

- موردی نظام حقوقی انگلستان»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و هفتم، شماره ۱۲۱، ۱۴۰۲.
۳. براتی طرقي، مجید و همکاران، «تعارضات و چالش‌های قانون‌گذاری: اصل استقلال وکیل در قانون اساسی ایران و انگلستان»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۸.
۴. تنگستانی، محمدقاسم و مهدی مرادی برلیان، «گستره نقش دولت در تنظیم و نظارت بر حرفه وکالت دادگستری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر و فرشته اسدی، «مصونیت قضایی دادرسان و وکلای دادگستری در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوق، دوره سی و هشتم، شماره ۴، ۱۳۸۷.
۶. حسین‌آبادی، امیر، «استقلال وکیل؛ شرط دادرسی عادلانه، پایگاه خبری اختیار»، تاریخ دسترسی به متن: ۱۴۰۲/۵/۱، [www.ekhtebare.ir](http://www.ekhtebare.ir).
۷. خانی والی‌زاده، سعید، «حق برخورداری از وکیل در رسیدگی‌های اداری در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۷، ۱۳۹۷.
۸. خداوردی آرش، حسین و همکاران، «آسیب‌شناسی حقوقی تنظیم‌گری دولت در حوزه رمز ارزها»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۴۰۲.
۹. ذوالعین، نادر، «بررسی آیین وظایف صنفی وکلای دادگستری جامعه اروپا»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۶۶، ۱۳۹۷.
۱۰. ذوالعین، نادر، «وکالت دادگستری در فرانسه؛ حرفه‌ای تحت حمایت و نظارت کانون وکلا»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۳، ۱۳۸۰.
۱۱. رحیمی، یاسر، «نگاهی به شورای ملی کانون‌های وکلای فرانسه»، تارنمای اسکودا (اتحادیه سراسری کانون‌های وکلای دادگستری ایران)، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۷/۱۲.
۱۲. ریسی، لیلا، «ماهیت استقلال وکیل دادگستری و مسئولیت نقض آن در جامعه بین‌المللی»، مدرسه حقوق، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
۱۳. سربازی، ناصر و همکاران، «واکاوی نقش تنظیم‌گری بانک مرکزی در معاملات اسناد تجاری در پرتوی قانون جدید چک»، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۴۰۲.
۱۴. سلیمیان، ابوالفضل و سعید دریایی بغدادآبادی، «جایگاه نهاد وکالت در چارچوب اسناد

- بین‌المللی حقوق بشر»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۹، ۱۳۹۴.
۱۵. شکریان، امیر و فرشاد خزایی، «لزوم استقلال نهاد وکالت و راهکارهایی برای تعامل این نهاد با قوه قضاییه»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، دوره بیست و پنجم، ۱۴۰۱.
۱۶. کاشانی، سید محمود، «استقلال کانون وکلای دادگستری؛ دستاورد وکلای دادگستری ایران و جهان»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۹۲-۱۹۳، ۱۳۸۹.
۱۷. کیخسروی، آرش، «کانون وکالت در فرانسه»، وبلاگ وکیل ملت، ۱۳۹۴، تاریخ دسترسی: ۱۴۰۲/۷/۲.
۱۸. مجتهدی، محمدرضا، «استقلال وکیل و چرایی آن»، مدرسه حقوق، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
۱۹. محسنی، حسن و مجید غمامی، «رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۲۰. محسنی، حسن، «تحولات دادگستری و کانون وکلا؛ از تبعیت به استقلال، از استقلال به تبعیت»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و چهارم، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۲۱. واعظی، سید مجتبی، «مسئولیت انتظامی وکلا و اصول رسیدگی به آن»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، شماره ۱۰۰، ۱۴۰۱.
۲۲. یآوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۳.



DOI: 10.22034/mral.2024.2013687.1541

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۲۷

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۱۰/۱۱

## تأملی بر ادله اثبات دعوا در دادرسی‌های اداری با تأکید بر تعارض میان ادله

تقی جعفری<sup>۱</sup>، حسین مهرپور محمدآبادی<sup>۲</sup>، علیرضا مظلوم رهنی<sup>۳</sup>

### چکیده

ادله اثبات دعوا را برای اثبات حق در مقابل ادعای مطروحه به کار می‌برند. با این حال، گاهی بین این ادله تعارض پیش می‌آید. این تعارض هنگامی رخ می‌دهد که اعتبار دو دلیل مسلم باشد و تضاد در بین مدلول آن‌ها باشد. حقوق دانان برای حل تعارض ادله ابتدا دنبال وجوه ترجیح می‌روند و سعی می‌کنند که یکی از ادله را به وجهی از وجوه بر دیگری برتری دهند تا تعارض رفع شود. سرانجام اگر وجه ترجیحی یافت نشد و دو دلیل در حالت تعادل باشند، به ناچار، نظریه تساقط اعمال می‌شود.

روش این تحقیق، به لحاظ هدف، کاربردی و به لحاظ شیوه اجرا، توصیفی و تحلیلی و ابزار گردآوری اطلاعات و داده‌ها، اسنادی و کتابخانه‌ای است. این مقاله می‌کوشد تعارض اسناد رسمی با شهادت را به عنوان دو دلیل مهم در دادرسی‌های اداری بررسی کند. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که قاعده اصلی برای رفع تعارض ادله، توجه به هدف و مقصد نهایی نظام حقوقی حوزه‌ای است که تعارض در آن واقع شده است. در حوزه دادرسی اداری، با توجه به مکتوب بودن دادرسی اداری، در تعارض میان دو دلیل مهم یعنی سند و شهادت باید اولویت را به پذیرش سند به عنوان دلیل مکتوب داد. البته در حوزه دادرسی دادرسی، به نقش برخی ادله اثبات دعوا مانند شهادت شهود توجه کافی نشده و شاید دلیل این امر، اقتضائات خاص دادرسی اداری است.

**واژگان کلیدی:** تعارض، ادله اثبات دعوی، سند رسمی، شهادت، دادرسی اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد امارت متحده عربی، دانشگاه آزاد اسلامی، امارات، ایران. taghijafari91@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی (استاد مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات)، (نویسنده مسئول) mehrpur@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (استاد مدعو دانشگاه آزاد اسلامی واحد امارات). dr.mazloom14@yahoo.com

## مقدمه

آیین دادرسی هم‌چون دیگر قوانین هر مملکت با توجه به تفکر قانون‌گذار از مکتب معینی الهام می‌گیرد. مکتب لیبرالیسم با این باور که برای بقای اجتماع باید از حقوق و آزادی فردی حمایت کرد، مبتنی بر حاکمیت اصحاب دعوا در دادرسی است و دادرس در آن، منفعل و مأمور فصل خصومت است. در مقابل، مکتب سوسیالیسم با اختیار گسترده قانونی که برای دادرس به هدف کشف حقیقت قائل است، کوشش می‌کند تا نابرابری موجود بین طرفین را با استمداد از نیرو و قدرت جامعه برای حمایت از ضعیف و احراز ذی نفع جبران کند.<sup>۱</sup>

ادله اثبات دعوا در قانون مدنی، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مجازات اسلامی احصا شده‌اند. در بحث دادرسی اداری، ماده خاصی در مورد ادله اثبات دعوا پیش‌بینی نشده و ماده ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۴۰۲، در موارد سکوت این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی ملاک عمل است. از این رو، در دادرسی اداری باید به عموماً مقرر در این قانون مراجعه کرد. گفتنی است که دادرسی اداری، اقتضائات و شرایط خاص خود را دارد و به همین دلیل، مباحث مربوط به ادله اثبات، متفاوت از دادرسی‌های مدنی و کیفری است.

ارزیابی نظام دادرسی اداری مبتنی بر سه عامل دقت (احتمال دستیابی به نتیجه صحیح)، کارآمدی (لزوم به حداقل رساندن تأخیر و هزینه‌ها) و منصفانه بودن (قابل پذیرش بودن سیستم برای اشخاص متأثر از تصمیم) است و باید الگویی برای دادرسی اداری طراحی کرد که بتواند بین این سه عامل تعادلی مناسب برقرار کند. منصفانه بودن دادرسی اداری مستلزم رعایت اصول بنیادین دادرسی است که اصل برابری شهروندان نزد محاکم از جمله مهم‌ترین این اصول به شمار می‌رود.<sup>۲</sup> دادرسی اداری در حقوق ایران به مفهوم فرآیند رسیدگی به نوعی از دعاوی طبق یک قانون خاص نیست، بلکه مفهومی اعتباری است که برای رسیدگی در مراجع شبه قضایی و دیوان عدالت اداری به کار می‌رود. نباید این مفهوم را به منزله وجود قانون خاصی با این عنوان تلقی کرد، بلکه مجموعه‌ای از مقررات مربوط به این مراجع را

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش قضایی (۳)، تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۳، ص ۹۶.

۲. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۹۰.

در برمی‌گیرد. دادرسی اداری اصولاً دادرسی بر اداره است اعم از این‌که تصمیم اداره به صورت عمل اداری، قابل رسیدگی در شبه قضایی باشد یا اعمال اداره حتی به صورت تصمیم بخشی از آن در قالب عمل شبه قضایی به علاوه تصمیمات موردی اداری و تصمیمات عام‌الشمول در دیوان عدالت اداری رسیدگی شود.<sup>۱</sup>

در مرحله ثبوت، واقع را آن‌گونه که هست، در نظر می‌گیریم، اما هدف در مرحله اثبات، رسیدن به واقع است تا مخاطب را به وجود مطلوب برسانیم. بنابراین، در مرحله اثبات، ابزارهای تحصیل دلیل واقع مهمند که هم‌چون مشعل‌هایی، عقل را به سمت واقع راهنمایی می‌کنند. به بیان دیگر، اثبات هر امری در مراجع قضایی بدین معنی است که آن حق به کمک دلیل نمایان می‌گردد. به بیان واضح‌تر، دلیل، حق را زنده می‌گرداند. بنابراین، همان‌طور که در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی آمده است، دلیل، نقش اساسی و مهمی را در اثبات دعوا یا دفاع از ادعا برای کشف واقعیت دارد. طرفین دعوا برای پیروزی در دعوا ناچارند به دلیل تمسک جویند و در نقش مهم ادله در محکومیت و پیروزی اشخاص تردیدی نیست.<sup>۲</sup>

دادرسی در اثبات دعوا نقشی ندارد و ارائه دلیل بر عهده دادرسی نیست. چنان‌که گفتیم، ارائه دلیل بر اثبات دعوا یا سقوط دعوی بر عهده اصحاب دعواست، اما ارزیابی دلایل بر عهده دادرسی است. دادرسی، دلایل ارائه‌شده از سوی اصحاب دعوا را به تعبیر ساده، سبک و سنگین می‌کند و دلیلی را بر دلیل دیگر ترجیح می‌دهد و در نهایت، حکم قضیه را تعیین می‌کند.<sup>۳</sup>

نظر به این‌که تعارض ادله اثبات با شهادت، موضوعی است که کم و بیش در نظام حقوقی کشور ما وجود دارد، در این مقاله در پی بررسی کامل این تعارض‌ها و مشخص کردن اولویت میان دو دلیل سند و شهادت هستیم. در این راستا، دو سؤال مطرح می‌شود: انواع تعارض کدامند و در چه حالاتی به وجود می‌آیند؟ در صورت وجود تعارض میان سند و شهادت در دادرسی اداری بر اساس قانون، چه راهکاری برای رفع آن وجود دارد؟

۱. استوارسنگری، کوروش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۱۵۷

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۸۶

۳. گوینده، هدی و همکاران، «کاهش اطاله دادرسی در پرتو مدیریت دادرسی بر ادله اثبات دعوا»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۲، ص ۸۳

در خصوص پیشینه این پژوهش باید گفت، یاسر اینانلو و همکارانش در مقاله «بررسی قدرت اثباتی شهادت شهود در تعارض با اسناد» در مقام رفع تعارض میان این دو دلیل، اعتبار را به سند داده و دلیل آن را اطمینان نوعی عقلایی به سند دانسته‌اند. هدی گوینده و همکارانش نیز در مقاله «کاهش اطاله دادرسی در پرتو مدیریت دادرسی بر ادله اثبات دعوا»، بر نقش قاضی در مورد اختیار دادرسی در پذیرش یا رد ادله اثبات دعوا تأکید کرده و معتقدند قاضی در مقام تحصیل ارزش دلیل اختیاراتی دارد. محمدحسین زارعی و آریتا محسن زاده در مقاله «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، انواع ادله اثبات دعوا را در دادرسی اداری با توجه به ماهیت متفاوت این نوع از دادرسی تحلیل کرده و نظام آزاد ادله اثبات دعوا را مناسب با شرایط دادرسی اداری دانسته‌اند.

## گفتار اول. مفاهیم و مبانی نظری

### بند اول. تعریف تعارض

در اصطلاح حقوق نیز تعارض در ترکیبات متفاوتی از قبیل تعارض قوانین، تعارض دو حکم، تعارض ادله، تعارض اسناد مالکیت (اسناد مالکیت معارض)، تعارض دعاوی و تعارض عام و خاص به کار رفته است که در بیش تر آن‌ها، تعارض به «دلالت» مربوط است. با توجه به تعریف تعارض، در تعریف «تعارض ادله اثبات دعوا» می‌توان چنین بیان داشت که «تعارض ادله اثبات دعوا» عبارت است از تقابل و تضاد دلایل استنادی دو طرف دعوا، به نحوی که عمل به هر دو دلیل و جمع آن‌ها ممکن نباشد. به زبان دیگر، تعریف حقوقی تعارض ادله تعارض هنگامی تحقق پیدا می‌کند که اعتبار دو دلیل متعارض، مسلم بوده و تضاد در بین مدلول آن‌ها باشد. بر همین اساس، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد با مندرجات آن باشد، با شهادت اثبات نمی‌گردد».

### بند دوم. انواع تعارض و شرایط تحقق آن

برای حاصل شدن تعارض میان ادله اثبات دعوا، وجود شرایطی لازم است که بررسی می‌کنیم. اولین شرط تحقق تعارض، وجود دو دلیل یا دو دسته از ادله است که مقدمات و شرایط حجیت و دلالت آن‌ها کامل است. ذکر دو دلیل، بیانگر حداقل ادله لازم برای تحقق تعارض ادله است و ممکن است

چند دلیل با یکدیگر در تعارض باشند یا دو گروه از ادله در مقابل هم و متعارض با یکدیگر باشند (تعارض مرکب). اهمیت این شرایط مخصوصاً در جایی مشخص می‌شود که گاهی ممکن است در ظاهر امر، دو دلیل وجود داشته باشد، ولی چون یکی از شرایط صحت ادله یادشده وجود ندارد، در واقع، تنها یک دلیل جامع‌الشرایط و قابل استناد وجود دارد. پس تعارضی متصور نیست.

شرط دیگر به وجود آمدن تعارض این است که یک دلیل یا هر دو آن‌ها قطعی نباشند؛ زیرا در صورت قطعی بودن، یکی از دو دلیل، بر دلیل دیگر مقدم است و اگر هر دو آن‌ها قطعی باشند، قطع به دو امر فی‌نفسه محال است و نزد نفس سلیم حاصل نمی‌شود. به عقیده برخی اصولیین، به وجود آمدن دو قطع متضاد در عالم تکوین امکان‌پذیر نیست و به تبع این استحاله، تعارض این دو نیز محال است.<sup>۱</sup>

مهم‌ترین شرط تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا، وحدت موضوع است. به بیان ساده‌تر، باید موضوع هر دو دلیل، واحد و مشترک باشد و هر دو دلیل مستقیماً «برای اثبات امری واحد ارائه شده باشند». برای مثال، اگر شخص (الف) به استناد سند عادی، ادعای مالکیت گوشی تلفن همراه را کند و شخص (ب) نیز به استناد و شهادت شهود و اماره قانونی تصرف، ادعای مالکیت همان گوشی تلفن همراه را در زمان واحد داشته باشد؛ چون مدلول هر دو طرف از ادله، مالکیت مال واحد در زمان و شرایط واحد (فی‌المجموع، موضوع واحد) است، بین این ادله تعارض وجود دارد. چهارمین شرط، حجیت فی‌نفسه هر یک از ادله در موضوع دعوا (قدرت اثباتی) است. در توضیح این مطلب باید گفت که هر یک از دلایل به خودی خود و فارغ از تعارض، حجت معتبری باشند. در غیر این صورت، نمی‌توانند در مرحله استنباط به کار روند تا به مرحله تعارض برسند. پس تعارضی میان حجت و غیر حجت وجود ندارد، حتی اگر دو غیر حجت با یکدیگر تنافی داشته باشند، وضعیت آن‌ها مشابه دو دلیل متعارض است، اما تعارض ندارند و در این خصوص، قواعد علم اجمالی جاری می‌شود.

### بند سوم. بار اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی

در دادرسی اداری، یکی از طرفین دعوا، اداره است که به عنوان نماینده جامعه، حافظ منافع عمومی

۱. سلیمان زاده، سمیرا، «بررسی تطبیقی جایگاه تعارض ادله در فقه و حقوق موضوعه ایران»، تعالی حقوق، شماره ۷، ۱۳۹۳، ص ۱۱۰.

است و اقتدارات و امتیازاتی ویژه دارد که می‌تواند مطابق قانون، اراده خود را به شهروندان تحمیل کند. این در حالی است که این اقتدارات در روابط میان اشخاص خصوصی وجود ندارد. در نتیجه، نظام حقوقی حاکم بر اداره متمایز از حقوق خصوصی است و دیدگاه دادرسان در دادرسی اداری با دیدگاه آن‌ها هنگام رسیدگی به اختلافات میان اشخاص حقوق خصوصی تفاوت دارد. در دادرسی اداری، اصل تفکیک قوا و خروج از صلاحیت مورد توجه دادرسان است، در حالی که این قواعد در دادرسی مدنی جایگاهی ندارد. در دادرسی مدنی، تعارض میان منافع خصوصی اشخاص با عنایت به اصول حقوق خصوصی هم چون اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای حل و فصل می‌شود. در دادرسی اداری، قواعد حقوق عمومی هم چون حاکمیت قانون، اصل عدم صلاحیت و منع خروج از صلاحیت راه‌گشاست. بنابراین، ضرورت دارد بار اثبات دعوا در دادرسی اداری که تابع قواعد و اصول متمایزی از دادرسی مدنی است، به طور ویژه بررسی شود.

اداره به عنوان نماینده منافع عمومی و تحت نظارت مستقیم یا غیر مستقیم دولت، مطابق قانون برای تأمین نفع عمومی و حفظ نظم عمومی اقدام می‌کند و از قدرت عمومی برخوردار است. در 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 شکست خواهد خورد. قدرت عمومی این امکان را برای اداره فراهم می‌کند که با تصمیم‌گیری آمرانه و تحمیل آن‌ها به اشخاص اعم از تصمیم‌های موردی، صدور آیین‌نامه و بخش‌نامه برای پیشبرد اهداف عمومی گام بردارد. در دادرسی اداری برای تسهیل احقاق حقوق و آزادی‌های شهروندان، رسیدگی غیر رسمی و فارغ از تشریفات متداول آیین دادرسی مدنی ضرورت دارد تا حق دادخواهی شهروندان با سرعت و سهولت بیش‌تری تحقق یابد.<sup>۱</sup>

با این وجود، نحوه رسیدگی مراجع شبه قضایی و چگونگی بهره‌برداری از دلایل و جریان رسیدگی و ملاحظات خاص، با آیین دادرسی عمومی متفاوت است. در رسیدگی شبه قضایی، اعضای مراجع اختصاصی اداری اساساً مقید و محدود به ادله اثبات دعوا. به نحوی که قانون آیین دادرسی مدنی آن‌ها را احصا کرده است. نیستند. دادرسان اداری از تمامی روش‌هایی که لازم بدانند، برای

۱. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۴، ۱۳۹۴، ص ۷۷.

کشف واقعیت، ریشه‌یابی علل تعارض و تصمیم‌گیری صحیح بهره می‌گیرند. علاوه بر ملاحظه و ارزیابی ادله و مستندات سنتی اثبات دعوا، از تمامی ابزارها، روش‌های نوین و قراین و شواهدی استفاده می‌کنند که بتواند موضوع متنازع فیه را روشن و شفاف سازد. برخلاف دادرسان عمومی که از تحصیل دلیل ممنوع شده‌اند، برای دادرسان اداری، چنین ممنوعیتی اساساً وجود ندارد، بلکه بر عکس دادرسان اداری، تمام تلاش خود را برای تحصیل و اکتساب دلایل و مستندات به کار می‌برند تا حقایق موضوع مورد اختلاف برای آن‌ها روشن شود.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم. ادله اثبات دعوا در دادرسی اداری

با توجه به برخورداری دولت از امتیازات خاص قدرت عمومی که امکان می‌دهد تصمیمات خود را به طور یک‌جانبه و بدون جلب رضایت مخاطبانانش بر آن‌ها تحمیل کند، باید پذیرفت که در برابر اعمال دولت، وجود سازوکارهای جبران قضایی قوی برای اشخاصی که ممکن است حقوقشان به موجب اعمال قدرت دولت تضییع شود، ضرورت دارد.<sup>۲</sup> یکی از این موارد که می‌توان به آن توجه کرد، نحوه تحصیل دلیل در دادرسی اداری است.

### بند اول. مفهوم دادرسی اداری

دادرسی اداری، نظام حقوقی منحصر به فردی ایجاد کرده است. دادرسی اداری را نمی‌توان واجد ماهیت صرف حقوق عمومی دانست. دادرسی اداری به معنای نوین آن را در ایران به دو دوره می‌توان تقسیم کرد: دوره اول، دادرسی اداری غیر نظام‌مند و فاقد دیوان عالی در رأس هرم تشکیلاتی آن و دوره دوم، دادرسی اداری نظام‌مندی که با دیوان عالی و در رأس، تشکیلات مستقل و جدید و البته به نوعی در اتصال با تشکیلات قضایی را به وجود آورده است.<sup>۳</sup>

---

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۲۶.

۲. نجابت‌خواه، مرتضی، «روش جبران اعلام نظر قضایی در نظام دادرسی اداری در انگلستان»، دوفصل‌نامه حقوق تطبیقی، سال دوم، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۶۸.

۳. سوادکوهی‌فر، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۱۰.

آیین دادرسی به مجموعه اصول و مقرراتی اطلاق می‌شود که در فرآیند دادرسی به آن استناد و استفاده می‌شود. در واقع، آیین دادرسی، تشریفات و ترتیبات فرآیند دادرسی در محاکم را تبیین و تنظیم می‌کند. مبتنی بر تعریف و ویژگی‌های آیین دادرسی، بی‌تردید، آیین دادرسی هر محکمه باید متناسب با جایگاه، ساختار، صلاحیت و ماهیت دعاوی مطروحه در محاکم باشد. در این زمینه با توجه به قدمت و جامعیت قانون آیین دادرسی مدنی و نوظهور و ناقص بودن آیین دادرسی دیوان عدالت اداری کاملاً معقول بوده است. با وجود تأکید قانون اساسی بر موضوع آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از بدو پیدایش با تحولات عدیده‌ای روبه‌روست و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در تبیین آیین دادرسی در دیوان ضمن تبیین صریح برخی احکام در خصوص شیوه دادرسی، نحوه جریان برخی موضوعات در دادرسی دیوان را به صراحت به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است.<sup>۱</sup>

حقوق ایران بر خلاف حوزه‌های دادرسی مدنی و کیفری، قانونی با عنوان خاص دادرسی اداری ندارد. پس منظور از دادرسی اداری، بررسی روند دادرسی بر اساس یک قانون خاص نیست و این مفهوم، نوعی دادرسی متفاوت از دادرسی‌های مدنی و کیفری را به ذهن متبادر می‌کند که بر اساس قوانین پراکنده است، ولی اداره در آن به نوعی دخیل است. دادرسی اداری بیش‌تر یک مفهوم حقوقی است تا این‌که قانون خاصی را به ذهن متبادر سازد. دادرسی اداری صرفاً ناظر بر رسیدگی در دیوان عدالت اداری نیست؛ چون رسیدگی در حوزه‌های مربوط از جمله مراجع شبه قضایی را دربرمی‌گیرد. به یک معنی، دادرسی اداری، دادرسی بر اداره است. ما با نوعی دادرسی سروکار داریم که به شکایت‌ها و اعتراض‌ها علیه اعمال یک‌جانبه اداره رسیدگی می‌کند. در مواردی، دادرسی اداری نسبت به عمل اداری صورت می‌گیرد، مانند اعتراض به تشخیص مالیات در مراجع شبه قضایی. با این حال، در آن جا نیز مرجع عالی، دیوان عدالت اداری است. مرجع عالی ناظر بر دادرسی توسط مراجع شبه قضایی نیز که نوعی دادرسی در اداره است، دیوان عدالت اداری است.<sup>۲</sup>

۱. ابریشمی‌راد، محمدامین و حسین آیینی‌نگینی، «حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری»، دانش حقوق عمومی، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۳۹۹، ص ۱۲۵.

۲. استوارسنگری، پیشین، ص ۱۵۶.

## بند دوم. تفتیشی یا اتهامی بودن ادله اثبات دعوا در دادرسی اداری

در نظام آزاد دلایل، بر خلاف ادله قانونی، اقناع وجدان دادرس ملاک عمل است. اگر به دادرس اجازه داده شود با توسل و توجه به هر امری که او را به حقیقت رهبری می‌کند و باعث علم و قناعت وجدان او به واقعیت قضیه می‌شود و بر این مبنا تصمیم بگیرد، با روش ادله اخلاقی مواجه هستیم. البته به کار بردن اصطلاح دلایل معنوی یا آزادی دلیل به جای دلیل اخلاقی، مناسب‌تر به نظر می‌رسد. مهم‌ترین مزیت این روش نسبت به ادله قانونی آن است که قضات رسیدگی‌کننده، علاوه بر این‌که در میان ادله محدودی محصور نیستند، شایستگی و صلاحیت دارند ادله ارائه‌شده را در عمق وجدان خود تشخیص دهند. این امر موجب می‌گردد تا حد زیادی، حقیقت قضایی با حقیقت واقعی مطابقت پیدا کند و حکم قضایی مطابق عدالت صادر گردد. بدیهی است در این روش، دادرس در پاسخ به اعتماد قانون‌گذار در ارزیابی دلایل، روشی منطقی و معتدل در پیش گیرد و در تصمیم‌گیری، نوعی تعقل را به اثبات رساند.<sup>۱</sup>

در بحث کشف واقعه و استفاده از ادله اثبات به دو سیستم تفتیشی و اتهامی و نقش منفعل و فعال دادرس اشاره شده است. در بحث کشف واقعه و استفاده از ادله اثبات در بحث دادرسی اداری، موضوع تا حد زیادی متفاوت است. با بررسی قانون دیوان عدالت اداری مشخص می‌شود که قانون‌گذار، هیچ ماده قانونی را به بحث ادله و چگونگی اثبات در این قانون اختصاص نداده است و بر اساس عموم ماده ۱۲۲ این قانون که کلید حل مشکل در موارد آیین دادرسی محسوب می‌شود، در بحث ادله اثبات باید به قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه کرد و ادله شناخته‌شده در این قانون در خصوص دادرسی اداری نیز اعتبار دارند. در بحث تفتیشی یا اتهامی بودن دادرسی اداری و نقش دادرس در این فرآیند به موجب ماده ۵۶ قانون دیوان، قاضی در فرآیند دادرسی اداری نقش فعالی دارد و می‌توان این نوع دادرسی را از نوع تفتیشی قلمداد کرد. در این زمینه می‌توان به دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۵۶۳۰۳۷۷۵ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۰ شعبه ۲۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری اشاره کرد که در آن به صراحت بیان شده است: «نظر به این‌که هدف از دادرسی اداری علاوه بر فصل خصومت، اعمال نظارت قضایی و کسب اطمینان از بقای اداره عمومی در چارچوب حاکمیت قانون است و

۱. کریمی، عباس و همکاران، «اصول حاکم بر ارزیابی قضایی شرایط عمومی ادله اثبات مدنی»، دانش حقوق مدنی، شماره ۱۳۹۱، ۲ ص ۳۲.

دادرس اداری بر خلاف دادرسی مدنی در مقام رسیدگی منفعل و مشمول قاعده منع تحصیل دلیل به شمار نمی‌رود.» از سوی دیگر، قاعده «البینه علی المدعی» در دعوی اداری و دادرسی اداری تعدیل شده است. در ماده ۴۴ قانون دیوان عدالت اداری، تکلیفی برای واحدهای دولتی، شهرداری‌ها و دیگر مؤسسات و مأموران ایجاد شده است که اسناد و مدارک مؤثر در دادرسی را ارسال کنند و ضمانت اجرای این تکلیف نیز پیش‌بینی شده است. از این رو، قاضی نیز علاوه بر طرفین دعوا نسبت به اثبات واقعه حقوقی وظیفه دارد.<sup>۱</sup>

قانون‌گذار ایران هم با عبور از کنار نظریه سنتی انجام دادرسی به منظور فصل خصومت، هدف را به سمت کشف واقع تغییر داده و با اعطای اختیار گسترده به دادرسی مدنی به دنبال واقع است و فصل خصومت را به عنوان آخرین راه حل در صورت امکان ناپذیری رسیدن به واقع برای پایان دادن به دعوی پیش‌بینی کرده است. پس توسل به فصل خصومت، هدف دادرسی نیست، بلکه اقتضای دادرسی است که منجر به صدور چنین حکمی می‌شود.<sup>۲</sup>

در دادرسی اداری، ورود مقام قضایی به امر تحصیل دلیل، نظیر دعاوی کیفری، ضروری است. به عبارتی، دادرسی اداری در رسیدگی اولاً نباید محدود به ادله ابرازی طرفین باشد و در ثانی در ارزیابی ادله باید استاندارد بالاتری نسبت به دعاوی مدنی که مبتنی بر برتری یا وزن ادله است، در نظر گیرد. استاندارد آن است که در ارزیابی ادله در دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا مورد عمل قرار می‌گیرد، استاندارد دلایل روشن و قانع‌کننده است که استاندارد بالاتر از دعاوی مدنی و ضعیف‌تر از دعاوی کیفری است.<sup>۳</sup>

### بند سوم. شیوه تحصیل دلیل در دادرسی اداری

در دادرسی اداری، شیوه تحصیل دلیل و به کارگیری دلیل باید مشروع باشد. در این مورد، در برخی از مقررات مراجع شبه قضایی به این امر تصریح شده است. برای مثال، در قانون گزینش بر لزوم

۱. دیلمی، احمد و زهرا بیدار، «کارکرد استدلال قضایی در دادرسی اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۱۴۰۰، ص ۱۷۰۴.

۲. مختاری، رحیم، «اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۱، ۱۳۹۷، ص ۱۷۰.

۳. یزدانی زنوز، هرمز و علی مشهدی، «بار اثبات ادعا و استدلال بر اساس ادله در آرای شعب دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، انتشار آن‌لاین، ۱۴۰۲، ص ۷.

مشروعیت تحصیل دلیل تأکید گردیده است. خوش بختانه دیوان عدالت اداری در این زمینه رویه غنی دارد که به نمونه‌ای از آرای صادره اشاره می‌شود. در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۶۸۸ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۹، شعبه یک دیوان عدالت اداری در بی‌اعتباری شیوه تحصیل دلیل چنین استدلال کرده است: «رد صلاحیت دانشجو برای تحصیل در مقطع دکترا به استناد محتویات فایل ضبط شده در منزل شخصی توسط همسر به دلیل وجود احتمال غرض‌ورزی ناشی از اختلافات خانوادگی، حجیت قانونی جهت ایجاد اتقان قضایی نداشته و فاقد وجاهت قانونی است». شعبه اول دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۰۹۹۷۰۹۰۱۰۲۴۷۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۴ در شکایت از رأی هیئت مرکزی گزینش وزارت بهداشت استدلال کرد: «اولاً تحقیقات انجام شده با هم در تعارض می‌باشند که حسب قاعده فقهی «اذا تعارضت تساقطا» قابل استناد نمی‌باشد. ثانیاً دو فقره استشهادیه که تعداد زیادی از پرسنل بیمارستان، فرد رد صلاحیت شده را از لحاظ اخلاقی مورد تأیید قرار داده‌اند، ضمیمه پرونده گزینشی مشأ الیه است. لذا با توجه به ماده ۱۵ قانون گزینش کشور و عدم تحقیقات کامل و جامع طبق موازین شرعی نقض می‌گردد»<sup>۱</sup>.

در دیوان عدالت اداری، بحث مشروعیت تحصیل دلیل در دو دسته از دعاوی مجزا مطرح می‌شود که در صلاحیت دیوان قرار دارد. نخست، دعاوی که برای احقاق حق شاکی خصوصی انجام می‌شود که در آن، شاکی علیه اداره دولتی به خواسته مطالبه حق خود طرح دعوا می‌کند. در این نوع از دعاوی، طبق مواد ۱۷ و ۵۳ قانون دیوان، وجود ذی‌نفع ضروری است و طبیعتاً دلیل را هم او باید ارائه کند. به همین دلیل، در بند «ج» از ماده ۱۸ این قانون مقرر شده است که شاکی باید مدارک و دلایل مورد استناد خود را در دادخواست ذکر کند. بنابراین، تحصیل و ارائه دلیل بر عهده شاکی است. در مراجع اداری رسیدگی به تخلفات، قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی دارد و مشابه دادرسی کیفری، تحصیل دلیل بر عهده دادرسی اداری است. از این رو، مقام تحقیق در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری پیش‌بینی شده است.<sup>۲</sup>

۱. رضوی، سید مهدی و همکاران، «تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۴۰۲، ص ۳۳۱.

۲. قمری، اسماعیل و همکاران، «کاربست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسی‌های اداری ایران با تأکید بر دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲، ص ۱۱۸.

## بند چهارم. انواع دعاوی اداری و بار اثبات دعوی

از نظر اثبات دعوا و بار اثبات می‌توان دعاوی مطروح در دیوان را به سه دسته تقسیم کرد. دسته اول، دعاوی درخواست الزام اداره به انجام عملی است. در این دعاوی، فرض بر این است که اداره قانوناً باید اقدامی انجام بدهد که انجام نمی‌دهد و به تکلیف قانونی خود عمل نمی‌کند. در این نوع دعاوی، شهروند ابتدا باید استحقاق خود و تکلیف اداره را اثبات کند. اگرچه در تقویت موضع شهروند می‌توان قائل بود که اثبات استحقاق از سوی شهروند کفایت می‌کند و اثبات تکلیف یا فقدان آن می‌تواند بر عهده اداره گذاشته شود یا دادگاه، وجود یا فقدان تکلیف اداره را بررسی کند. در این مورد، اداره باید ثابت کند که چنین تکلیفی نداشته یا اگر داشته، به آن عمل کرده است. دسته دوم، دعاوی است که ناشی از آن گونه اقدام یا تصمیم اداره است که با ایراد اتهامی دایر بر تخلف علیه شهروند همراه است و مستلزم جریمه یا به نوعی، مجازات علیه شهروند است. در این فرض، مدعی، اداره است. در این حالت، اداره در دیوان طرح دعوا نمی‌کند، بلکه شهروند، دادخواستش را به دیوان تقدیم می‌کند. با این حال، بار اثبات بر عهده اداره خواهد بود و اداره باید اثبات کند که اولاً شهروند اقدامی کرده است و در ثانی، این اقدام خلاف قانون و مستوجب مجازات است. دسته سوم، دعاوی ناشی از آن گونه اقدامات و تصمیمات اداره است که اداره نباید انجام می‌داده یا صحیح انجام نداده است و موجب ورود زیان به حقوق شهروند شده است و شهروند، تقاضای ابطال و رفع اثر و جبران خسارت دارد. اداره در خصوص این گونه اعمال و تصمیمات نیز باید پاسخگو باشد. مجموعه این مقررات نشان می‌دهد که دادرسی اداری در دیوان عدالت اداری نباید در برخورد با ادله منفعل باشد و در صورت لزوم باید برای تحقیقات و مطالبه اسناد و مدارک و تحصیل دلیل اقدام کند. حتی ایجاد مقام تحقیق را در ساختار دیوان نیز می‌توان در نظر داشت.<sup>۱</sup>

## بند پنجم. نقش دادرسی اداری در تحصیل دلیل

یکی از مهم‌ترین اصول دادرسی، اصل بی‌طرفی دادرسی در مقام اثبات است. در واقع، این اصل، توصیف‌گر نظام اثباتی و هدف دادرسی در نظم حقوقی هر کشوری است. بی‌طرفی دادرسی دو معنا دارد؛ در معنای اخلاقی، ناظر بر نفی جانب‌داری دادرسی است که او باید از هرگونه پیش‌داوری برکنار

۱. یزدانی زنوز و مشهدی، پیشین، ص ۷.

بماند و ادله‌ای را که به نفع هر یک از طرفین دعواست، به صورت یکسان بررسی کند. در معنای فنی نیز این اصل، بیانگر منفعل بودن دادرس در جست‌وجوی ادله است.<sup>۱</sup>

در دادرسی‌های اداری، رعایت جنبه فنی این اصل موجب تحصیل بار اثبات دعوا بر شهروندی است که مدعی نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره شده و مانعی جدی برای تحقق اهداف دادرسی اداری است که همان تأمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و حمایت از ایشان در مقابل خودداری‌های مقامات اداری است. در این گونه دعاوی، مشارکت فعال دادرس اداری در کشف حقیقت و اجرای عدالت ضروری است تا به شهروندانی که از دسترسی به بسیاری ادله و مدارک محروم هستند، باری برساند و از این طریق، نابرابری میان اداره و شهروند در دادرسی اداری تا حدی جبران شود.

## گفتار چهارم. چالش‌ها و مسائل مربوط به ادله اثبات دعوا در دادرسی اداری

دعاوی اداری معمولاً با بروز اختلاف بین مردم و دولت و در لوای حقوق عمومی پدید می‌آیند و قانون آیین دادرسی مدنی پیش از آن‌که بر نحوه رسیدگی در دعاوی اداری ذیل حقوق عمومی متمرکز باشد، به حاکم شدن نگرش حقوق خصوصی بر حقوق اداری توجه دارد. از طرف دیگر، رسیدگی به برخی دعاوی اداری به طور مطلق با قانون آیین دادرسی مدنی قابل بررسی نیستند و نیازمند قانون دیگری هستند. از این رو، با توجه به کثرت و تعدد دعاوی اداری و غیر حضوری بودن دادرسی آن‌ها، شایسته است مطابق با ویژگی‌های حقوق عمومی برای تدوین آیین دادرسی اداری گام برداریم تا بسیاری از ابهام‌ها و ایرادهای شکلی رسیدگی به دعاوی اداری کاهش یابند.<sup>۲</sup>

نظام تحصیل و ارائه دلیل و موارد بی‌اعتباری آن در هر سه نوع دادرسی مدنی، کیفری و اداری اهمیت بالایی دارد. حقوق دانان در دادرسی مدنی و کیفری به تفصیل درباره تحصیل دلیل، حدود مداخله قاضی و موارد بی‌اعتباری ادله و ضمانت اجرای آن بحث کرده‌اند. از نظام ادله در دادرسی اداری به دلیل نوپا بودن و ماهیت متفاوت آن‌که در مواردی به دادرسی مدنی و در مواردی دیگر به دادرسی کیفری نزدیک است، چنان‌که بایسته است، بحث نشده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که

۱. نک: انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲.

۲. حمیدی، علی و حسین آل کجباغ، «راهکارهای تقویت نظارت دیوان عدالت اداری و تأثیر آن بر حقوق شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، ص ۸۰.

هم در دادرسی اداری دیوان عدالت اداری و هم مراجع اداری، قواعد حاکم بر ادله به تفصیل بحث نشده و تنها به طور گذرا و پراکنده قواعد مربوط به آن ذکر شده است. در آیین دادرسی برخی از محاکم اداری مانند آیین دادرسی کار تلاش شده است که ابعاد مختلف نظام تحصیل و ارائه دلیل و موارد بی اعتباری دلیل و ضمانت اجرای آن مشخص گردد، اما در همین مورد هم ابهام‌های زیادی وجود دارد. در نظام دادرسی اداری که به دلیل حل و فصل اختلافات، سازمان دهی شده است، مانند هیئت رسیدگی به اختلافات کارگر و کارفرما، تحصیل و اثبات دلیل از وظایف طرفین اختلاف است و قاضی در این خصوص باید بی طرف باشد، اما در دادرسی اداری برای رسیدگی به تخلفات انتظامی، قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی دارد.<sup>۱</sup>

### بند اول. نبود آیین دادرسی اداری دقیق

یکی از ایرادهای مهم در حقوق اداری ایران، نبود آیین دادرسی اداری دقیق و کامل است. یکی از نویسندگان در این خصوص بیان می‌کند: «فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری می‌تواند یکی از این دو فرض باشد که یا نهادی برای مهار قدرت است و یا نهادی تخصصی است که برای حل موضوعی تخصصی به وجود آمده است. هر کدام از این دو فرض را بپذیریم، باید قبول کرد که این نهاد، قواعد ویژه‌ای را می‌طلبد؛ زیرا زمانی که قواعد و اصول حقوق اداری، متفاوت با اصول و قواعد مدنی و کیفری باشد، آیین دادرسی آن‌ها نیز متفاوت خواهد بود. بر این اساس، دادرسی اداری، نوع سومی از دادرسی‌هاست که در اثر مداخلات دولت‌ها در اداره امور مختلف به وجود آمده و اقتضائات و چارچوب‌های خاصی دارد».<sup>۲</sup>

ماهیت رسیدگی راجع است به تفکیک نظری و قانونی مراجع صالح در رسیدگی به اختلافات مطروحه. بدین لحاظ، مراجع به اداری و قضایی تقسیم می‌شوند. حقوق دانان در تمییز این دو مرجع، معیارها و نظرهای مختلفی مطرح کرده‌اند. مراجع قضایی را مراجعی می‌دانند که با تمسک به ادله اثبات دعوا به حل و فصل اختلافات می‌پردازند، در حالی که مراجع اداری اصولاً بر مبنای ادله اثبات دعوا به امر رسیدگی نمی‌پردازند و اگر بدان‌ها تمسک کنند، این امر برای حل اختلافات

۱. قمری، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۹، ص ۱۸۲.

۲. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ نخست، ۱۳۷۲، ص ۲۲۶.

و رفع تنازع نیست، بلکه به جهت تعیین یا تشخیص، شناسایی یا تنظیم روابط میان طرفین اختلاف است. به دیگر سخن، کاربرد ادله اثبات دعوا در رسیدگی‌های قضایی و ماهیت ترافعی است که در غیر این صورت، امر راجع است به رسیدگی اداری.<sup>۱</sup>

حقوق عمومی در مقام دادرسی اداری میان منفعت عمومی و خصوصی قضاوت می‌کند و با توجه به هدفی که در تأمین و تضمین منافع و نظم عمومی دارد، اقدام می‌کند. اثر عملی این مبنای تفکری، چگونگی بهره‌برداری و استنباط از دلایل در فرآیند دادرسی در موضوعات قضایی و اداری است، به گونه‌ای که دادرسی اداری مقید و محدود به ادله اثبات احصاشده نیست، چنان‌که در رسیدگی قضایی ملاحظه می‌گردد و موظف است بر مبنای تفتیشی بودن دادرسی اداری با توسل به روش‌های اثبات باز به هر طریق ممکن، ترافع را کشف کند و رأی بدهد.<sup>۲</sup>

### **بند دوم. لزوم تسهیل دسترسی شهروندان به اسناد و مدارک به عنوان ادله اثبات دعوی**

دسترسی به ادله و مدارک مربوط به دعوا از لوازم رسیدگی منصفانه است تا امکان مشارکت مؤثر و فعالانه شهروندان در دادرسی اداری فراهم گردد. در بسیاری از دعاوی اداری، شهروندان به ادله و مدارک لازم برای اثبات حقانیت خود و نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره دسترسی ندارند و نمی‌توانند مشارکتی مؤثر و فعال در دادرسی اداری داشته باشند. آگاهی شهروندان از دلایل و مبنای تصمیم‌ها و اقدامات اداری، اهمیت بسیار زیادی دارد تا شهروندان بدانند که مقامات اداری موضوع را چگونه بررسی کرده‌اند. بنابراین، تضمین اصل تناظر در دادرسی اداری نقش کلیدی دارد تا با آگاهی اشخاص از ادله ارائه‌شده از سوی مشتکی عنه، ضمن تحقق شفافیت اداری، امکان به چالش کشیدن تصمیمات اداری و اثبات غیر قانونی بودن این تصمیمات برای شهروندان فراهم گردد. در غیر این صورت، با پنهان‌کاری و کوتاه کردن دست شهروندان از اسناد و مدارک، حقوق و آزادی‌های اشخاص را تضییع خواهد کرد.<sup>۳</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۰، ص ۳۹۶.

۲. طجریلو، رضا و همکاران، «نقش و کارکرد کمیسیون رسیدگی به اختلافات ناشی از اراضی ملی از منظر اصول دادرسی منصفانه»، پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۹، ۱۳۹۴، ص ۱۶۵.

۳. محسن‌زاده، آریتا، «آسیب‌شناسی شیوه رسیدگی به دلایل در دیوان عدالت اداری»، مجله علم و وکالت، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۱۴۴.

## گفتار پنجم. استناد به شهادت در رویه قضایی دیوان عدالت اداری و تعارض آن با اسناد

حقوق اداری و کارکرد اصلی آن یعنی نظارت قضایی بنا به تجربه از دو طریق گسترش می‌یابد: نخست، قانون‌گذاری که به مفهوم مدوّن سازی اصول و قواعد حقوق اداری با تصویب قوانین اداری است. این قوانین معمولاً با عناوینی هم‌چون «قانون اصول کلی حقوق اداری»، «قانون آیین اداری» و «قانون اقدامات اداری» نام‌گذاری شده‌اند. این قوانین صرف نظر از عنوانشان، مجموعه‌ای از اصول، قواعد و آیین‌های مشترک را خود جمع کرده‌اند که بر همه اداره‌ها، سازمان‌ها و فعالیت‌های اداری قابل اعمال هستند. روش دوم، رویه قضایی است که به مفهوم تلاش قضات برای توسعه مفاهیم و بسط اصول و قواعد عام حقوق اداری از طریق ارائه راه حل‌های جدید برای مسائلی است که در جریان دادرسی با آن‌ها برخورد می‌کنند. این روش می‌تواند به تنهایی یا به عنوان روش مکمل قانون‌گذاری به توسعه حقوق اداری کمک کند.<sup>۱</sup>

حقوق اداری، حقوقی ذاتاً رویه‌ای است و حتی گفته‌اند که حقوق اداری در فرانسه، زاییده رویه شورای دولتی فرانسه است که با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی از طریق توسعه مفهوم قانون توانسته است بر زندگی مردم فرانسه تأثیر و نفوذی فراگیر داشته باشد.<sup>۲</sup>

### بند اول. پذیرش استماع شهادت شهود در رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری

شعب دیوان علاوه بر این که اختیار انجام هر گونه تحقیقات یا اقدام را دارند، در مواردی که احقاق حق و رسیدگی به موضوع مستلزم توضیح‌خواهی از شخص حقیقی و حقوقی باشد، می‌تواند از اشخاص نیز توضیح بخواهد. قانون‌گذار به شرح ماده ۵۶ قانون دیوان، چنین اختیاری را مقرر کرده که به نوعی، پذیرش استماع گواه و شهادت در دعاوی اداری است؛ زیرا توضیح‌خواهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی در قالب کسب اطلاع از مطلعین یا طلب گواه و شهادت تلقی می‌شود. چون در حقوق اداری، بیش‌تر دلایل به صورت مکتوب و سند است، استناد به شهادت شفاهی شهود و مطلعین کم‌تر صورت می‌گیرد.<sup>۳</sup>

۱. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی؛ تحلیل مفهومی، تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، مجله حقوق اساسی، دوره پنجم، شماره ۹، ۱۳۸۷، ص ۱۰.

۲. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۶۹۰.

۳. مولاییگی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۱۶.

مطابق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، ادله اثبات دعوا عبارت است از: اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم. در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز علاوه بر ادله یادشده، تحقیق محل، معاینه محل و کارشناسی به عداد دلایل افزوده شده است. در آرایبی از دیوان عدالت اداری به کسب اظهارات مطلعین توجه صورت گرفته است. برای نمونه، در دادنامه صادره از شعبه ۱۳ در کلاس پرونده ۵۲۳/۹۱/۳۲ برای احراز ارتکاب بزه عرضه سوخت خارج از شبکه بر لزوم کسب اظهارات خریداران و مطلعین تأکید شده و دادرس به درستی تصریح کرده است که صرف حضور شاکی در معیت راننده متخلف، دلیل بر مباشرت یا معاونت وی در ارتکاب بزه نیست. شعبه دیوان، شکایت را وارد تشخیص داده و سازمان مشتکئی عنه را مکلف به رسیدگی مجدد با انجام تحقیق و بررسی بیش‌تر و کسب اظهارات مطلعین در مورد موضوع کرده است تا تصمیم شایسته بگیرد.<sup>۱</sup>

### **بند دوم. شهادت شهود در مقررات مربوط به مراجع شبه قضایی**

اهمیت ادله اثبات دعوا در دعاوی مربوط به دادرسی کار به مراتب، بیش‌تر از دیگر دعاوی است؛ چون در این نوع دعاوی، طرفین دادرسی در موقعیت برابر نیستند و کارفرما بر کارگر، نظر به قدرت و در اختیار داشتن منابع مالی، رجحان دارد. از طرف دیگر، کارگران، جمعیت بزرگی از ساکنان کشور را تشکیل می‌دهند و حق دارند برای احقاق حقوق خود به مراجع صالح مراجعه کنند. با این حال، در بیش‌تر موردها، کارگران نمی‌توانند به حقوق خویش برسند؛ زیرا بسیاری از کارگران در کارگاه‌هایی کار می‌کنند که تمامی روابط به صورت شفاهی است و کارفرمایان هیچ‌گونه قرارداد کاری با کارگران منعقد نمی‌کنند و در صورت بروز مشکل، کارگران هیچ دلیلی برای اثبات ادعای خود ندارند، جز شهودی که کار کردن نام‌برده را دیده‌اند یا از توافق شفاهی آن‌ها مطلعند. به همین علت، تدوین قوانین و مقررات افتراقی در عرصه حقوق کار به ویژه ادله اثبات دعوا ضروری می‌نماید. در ماده ۸۲ آیین دادرسی کار، ادله اثبات دعوا در مراجع دادرسی کار احصا شده‌اند که شامل اقرار، اسناد و امارات است. البته این ماده، شهادت شهود را که یکی از ادله اثباتی مستقل آیین دادرسی قانون مدنی است، به عنوان یک ادله پیش‌بینی نکرده و ارزش آن را با رعایت شرایط از حدّ دلیل و مفهوم سنتی‌اش به اماره تقلیل و تنزل داده است. با توجه به این ماده باید بیان شود که در

۱. محسن‌زاده، آریتا، ادله اثبات دعوا در دعاوی اداری با تأکید بر تمایزات و ویژگی‌های خاص ادله مزبور نسبت به ادله اثبات در دعاوی حقوقی (گزارش پژوهشی)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۴، ص ۱۲.

دادرسی کار، گواهی فقط به عنوان اماره کاربرد دارد و بیانگر اوضاع و احوالی است که دادرس را به اقناع وجدان می‌رساند. در پاسخ به چرایی این موضوع باید گفت که ادای شهادت، تشریفاتی دارد تا شهادت‌دهنده تحت تأثیر موقعیت شهادت، حقیقت را بیان دارد. فلسفه و جایگاه ایجاد مراجع تخصصی غیر دادگستری، رسیدگی به امور تخصصی و فنی است که توسط کارشناسان فن انجام می‌شود و به همین دلیل، هیئت تشخیص و هیئت حل اختلاف، مرکب از کارشناسان مسائل اقتصادی، سیاسی و اجتماعی و بی‌بهره از دانش قضایی است که باید به حل و فصل دعاوی کارگری بپردازند و احراز شرایط قانونی شهود توسط ایشان غیر منطقی است.<sup>۱</sup>

در خصوص هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، در دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری (بخش نامه شماره ۱۱/۴۷۷۸۴ مورخ ۱۳۷۸/۸/۲۹ سازمان امور اداری و استخدامی کشور)، در ماده ۸ در تعریف دلیل چنین آمده است: «دلیل عبارت از امری است که متهم یا اعلام‌کننده اتهام برای دفاع از خود یا اثبات تخلف به طور کتبی به آن استناد می‌نماید.» بر اساس ماده ۹، «شاهد، شخص حقیقی است که اظهارات یا گواهی وی برای اثبات یا رد اتهام یا کمک در رد یا اثبات آن ضرورت داشته باشد.» هم چنین بر اساس ماده ۲۵ دستورالعمل، «هرگاه اسناد یا اطلاعاتی که مربوط به مورد تخلف انتسابی است، در واحدهای دستگاه متبوع کارمند و یا سایر دستگاه‌های دولتی، بانک‌ها، شهرداری‌ها، نهادهای انقلاب اسلامی و یا مؤسساتی که با سرمایه دولت تأسیس و اداره می‌شوند، موجود باشد، هیئت می‌تواند آن‌ها را مطالبه و ملاحظه و مطالعه نماید و واحدها و دستگاه‌های مربوط مکلفند در اسرع وقت، مدارک و اسناد مورد نیاز را به هیئت درخواست‌کننده ارسال کنند.» بر اساس ماده ۲۷، «هرگاه متهم در حین رسیدگی یا دفاعیه خود برای رد یا ایضاح اتهام با چگونگی وقوع تخلف تقاضا نماید یا هیئت لازم بداند که شهود، اطلاعات خود را در اختیار هیئت قرار دهند، آنان به هیئت، دعوت و اظهاراتشان استماع خواهد شد.» بنابراین، در دادرسی هیئت رسیدگی به تخلفات اداری نیز به شهادت و اسناد رسمی به عنوان ادله اثبات دعوا توجه شده است.

۱. عبداللہی آحق، زکیہ، «مقایسه جایگاه ادله اثباتی شهادت شهود در دعاوی مدنی با دعاوی کار»، کار و جامعه، شماره ۲۵۰، ۱۳۹۹، ص ۴۴.

## بند سوم. تعارض شهادت با سند در دادرسی اداری

در مورد تعارض اسناد با شهادت در دادرسی اداری، هیچ مقرر قانونی وجود ندارد. بنابراین، دادرس در مورد هر پرونده باید با توجه به اوضاع و احوال موجود در پرونده تصمیم بگیرد. مراجع شبه قضایی یا دادگاه‌های اختصاصی اداری در دادرسی، انواع و اقسام مختلفی دارند، ولی در هر مورد، بسته به نوع مرجع، امکان ترجیح یکی از دو ادله یادشده وجود دارد. نکته قابل توجه دیگر در مورد دادرسی اداری این است که دادرسی اصولاً مکتوب است و بنابراین، ممکن است دادرس اداری در مقام تعارض سند و شهادت، سند را بر شهادت ترجیح دهد.

از سوی دیگر، اصول خاص دادرسی مراجع اختصاصی غیر دادگستری ایجاب می‌کند که این دعاوی، عاری از تشریفات خاص قضایی حل و فصل شوند. اصل سرعت، اصل غیر تشریفاتی بودن رسیدگی، اصل تخصص و اصل سه‌جانبه‌گرایی در دادرسی کار متضمن حل و فصل سریع و غیر تشریفاتی و تخصصی دعاوی کارگری و کارفرمایی است. فرآیند رسیدگی باید به سهولت صورت گیرد.<sup>۱</sup> بنابراین، چون شهادت شهود، تابع تشریفات خاصی است، اصولاً در دادرسی‌های اداری به شهادت شهود به عنوان اماره قضایی توجه می‌شود. در همین زمینه، نظر هیئت تخصصی کار، بیمه و تأمین اجتماعی دیوان عدالت اداری در خصوص بخشی از ماده ۸۲ آیین دادرسی کار به شماره ۱۳۲۹/۰۶۰۹۹۷۰۹۹۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۱۱/۳۰، قابل توجه است. متن رأی به این شرح است: «اولاً آیین دادرسی کار با اختیارات حاصل از ماده ۱۶۴ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ و با توجه به رعایت قاعده دادرسی عادلانه و اصول خاص دادرسی کار از قبیل اصل سرعت، اصل غیر تشریفاتی بودن رسیدگی، اصل تخصص و فنی بودن رسیدگی، اصل سه‌جانبه‌گرایی با پیشنهاد شورای عالی کار تهیه و در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۷ به تصویب وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی رسیده است. ثانیاً شهادت موضوع قانون مدنی، قانون آیین دادرسی مدنی، قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری، شهادت شرعی بوده که دارای شرایط خاصی از جمله ادای آن در مرجع قضایی و نزد قاضی و قابل مجازات بودن شهادت کذب و امکان جرح و تعدیل شهود می‌باشد و شهادت شرعی با اوصاف و شرایط مذکور به عنوان ادله اثبات دعاوی حقوقی و جزایی با وجود سایر شرایط قانونی قابل پذیرش می‌باشد. در حالی که شهادت موضوع ماده ۸۲ آیین دادرسی

۱. قبادی، حسین، آیین دادرسی کار، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۱۹۶.

کار مصوب ۱۳۹۱ منصرف از شهادت شرعی بوده و فاقد اوصاف مذکور است و نمی‌توان آن را به عنوان ادله اثبات دعوا در نظر گرفت، بلکه با شرایطی در زمره امارات قرار می‌گیرد. بنا به مراتب مذکور، ماده ۸۲ مصوبه معترض‌ عنه، موافق اصل سرعت، اصل غیر تشریفاتی بودن رسیدگی، اصل تخصصی و فنی بودن رسیدگی، اصل سه‌جانبه‌گرایی در دعاوی حقوق کار بوده و تصویب آن خارج از حدود اختیار مرجع صادرکننده آن نبوده و قابل ابطال نمی‌باشد. این رأی به استناد بند (ب) ماده ۸۴ قانون مذکور ظرف مهلت بیست روز از تاریخ صدور از جانب رییس محترم دیوان عدالت اداری یا ۱۰ نفر از قضات محترم دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است.» در این رأی، هیئت تخصصی کار دیوان عدالت اداری به درستی، ماده ۸۲ آیین دادرسی کار را قابل ابطال ندانسته و بر این امر صحه‌گذارده است که شهادت موضوع ماده ۸۲ آیین دادرسی کار در دسته امارات قرار می‌گیرد.

### گفتار ششم. تعارض شهادت با سند

در راستای بررسی این موضوع باید به ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی توجه ویژه داشت. بر اساس این ماده، در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده است، دعوایی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد، به شهادت اثبات نمی‌گردد. البته شورای نگهبان این ماده را در سال ۱۳۶۷ باطل اعلام کرد، اما چون این ماده در اصلاحات سال ۱۳۷۰ عیناً تکرار و ابقا شد، می‌توان نتیجه گرفت که هنوز بار اجرایی دارد.

در خصوص تعارض اسناد با شهادت شهود می‌توان فرض کرد که در سندی، ثمن معامله، دو میلیون تومان یا مبیع، واجد اوصافی خاص ذکر شود، اما یکی از طرفین قرارداد برخلاف این موارد ادعا کند که ثمن معامله، یک میلیون تومان است و بخواهد آن را با شهادت شهود اثبات کند. در این مثال، همه شرایط تحقق تعارض وجود دارد. به عبارتی، دو دلیل سند و شهادت در موضوع واحد (میزان ثمن) در برابر هم قرار می‌گیرند و هر دو دلیل نیز در اثبات میزان ثمن قدرت اثباتی و حجیت دارند. در این صورت، بر اساس ماده ۱۳۰۹ ق.م باید سند را مقدم بر شهادت شهود دانست. حتی در این موارد، اگر سند، زودتر از شهادت به دادگاه ارائه شده باشد، دادگاه، شهادت را مؤثر در دعوا نمی‌داند و حتی نباید شهادت شهود را بشنود؛ زیرا حتی اگر شهود به خلاف سند شهادت دهند، آن شهادت، ارزش اثباتی کم‌تری از سند دارد و قابل استناد نیست و به عبارتی، در دعوا اثری ندارد. به استناد مفهوم ماده ۲۰۰ ق.آ.د.م، رسیدگی به آن

هم ضرورت ندارد؛ زیرا ماده ۱۳۰۹ ق.م با بیان عبارت «به شهادت اثبات نمی‌گردد»، شهادت شهود را در برابر سند، واجد ارزش اثباتی کم‌تر و «غیر مؤثر در دعوا» شناخته است.<sup>۱</sup>

برخی صاحب‌نظران در تعدیل نظریه شورای نگهبان گفته‌اند که در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، با توجه به مفهوم اعم بیّنه که در آیات قرآن به کار رفته، مسئله تعارض بینات مطرح است (یعنی تعارض سند و شهادت) و در باب تعارض بینات، اصل عدم اسقاط در دو بیّنه متعارض است.<sup>۲</sup> افزون بر آن، هر بیّنه که اقواست، مقدم است و شک نیست که دلالت سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز نشده (سند عادی)، اقواست. در واقع، ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، ارائه طریق به مجریان قانون در امر تعارض بینات است، نه اسقاط اعتبار بیّنه شرعیه.

در هر حال، با این‌که این نظریه با واقع نیز منطبق است، نظریه شورای نگهبان از نظر قانونی معتبر است و اگر در محاکم به سند رسمی یا عادی استناد شود که اعتبارش در دادگاه محرز شده است و طرف به شهادت شهود عینی بر برائت خود از مدلول سند استناد کند، دادگاه باید به آن رسیدگی کند. ملاک عمل هم این است که شهادت برای دادرس، علم و اطمینان بیافریند. به همین دلیل، قانون‌گذار، دست دادرس را در پذیرش شهادت باز گذاشته و در ماده ۲۴۱ قانون آیین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ مقرر داشته است: «تشخیص ارزش گواهی با دادگاه است». بنابراین، توجه دادرس به ارزش شهادت و ارزیابی آن به ویژه امروزه که گواهی تصنعی فراوان است، بسیار اهمیت دارد.<sup>۳</sup>

بنابراین، در دعوای مطالبه وجه سند عادی، اگر خواننده ضمن اقرار به صدور سند (چنین سندی طبق ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی، اعتبار سند رسمی را دارد)، مدعی پرداخت آن شود و برای اثبات ادعای خود به شهادت شهود استناد کند، عدم استماع شهادت شهود و رد تقاضای خواننده با استناد به ماده ۱۳۰۹ مدنی، با توجه به نظریه شورای نگهبان غیر موجه است. اگر پرداخت وجه موضوع سند برای دادگاه محرز شود، سند، بی اعتبار است و دلیل محسوب نخواهد شد.<sup>۴</sup>

۱. عمروانی، رحمان، «اصول حاکم بر تعارض ادله اثبات دعوا در امور مدنی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹، ص ۱۸۲.

۲. محمدی، پژمان، «محدودیت‌های موضوعی سوگند در دعوای مدنی»، پژوهش حقوق، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۳۴۴.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرةالمعارف علوم اسلامی قضایی (جلد ۱)، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴، ص ۶۵۵.

۴. خزایی، علی، «تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلیس»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲۷، ۱۳۸۷، ص ۱۲۳.

## نتیجه‌گیری

برای قاعده‌مندسازی تعارض ادله اثبات دعوا، دقت در شرایط تحقق تعارض ادله اهمیت دارد. برای تحقق تعارض بین ادله اثبات دعوا، وجود چهار شرط ضروری است: وجود حداقل دو دلیل، تنافی و تکذیب یکدیگر، وحدت موضوع و حجیت فی‌النفسه. در بسیاری از موارد، بین دو دلیل، تعارض تصور می‌شود، ولی با بررسی دقیق این شرایط درمی‌یابیم که بین این ادله، تعارض مستقر و واقعی وجود ندارد.

شهادت، یکی از ادله اثبات دعواست که در نظام حقوقی ما اهمیت دارد. در کنار آن، ادله دیگری نیز وجود دارد که هر کدام جایگاه خاص خود را دارند. گاهی پیش می‌آید که میان این ادله، تعارض به وجود می‌آید و نظام حقوقی و قانونی تلاش می‌کند آن تعارض را حل کند. برای بررسی این تعارض‌ها و ویژگی‌های آن‌ها و راه حل رفع آن می‌بایست به مبانی و مشخصات هر یک از این ادله توجه ویژه داشت. در مورد تعارض شهادت با سند باید گفت که قانون‌گذار در قوانین بسیاری مانند ماده ۷۰ قانون ثبت و ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی، اعتباری ویژه برای اسناد رسمی قائل شده است.

درست است که اسناد رسمی نیز قابل خدشه‌اند، ولی گسترش روزافزون استفاده از این دلیل و مزایای آن در مقایسه با شهادت انکارناپذیر است. بر همین اساس، قانون‌گذار در ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، دعوای مخالف مفاد و مندرجات سند معتبر را با شهادت شهود قابل اثبات نمی‌داند. شورای نگهبان در سال ۱۳۶۷، این نظریه را از این نظر که شهادت بی‌بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر بی‌ارزش دانسته بود، مخالف موازین شرع اعلام کرد. با این حال، این ماده فعلاً برای برتری مدلول سند نسبت به مفاد شهادت قابل استناد نیست و قاضی باید دو دلیل را بسنجد و آن را بررسی کند و در نهایت، با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر دعوی، یکی را بر دیگری برتری دهد. ارزش اثباتی شهادت به نظر قاضی بستگی دارد و به دلیل مصلحت مهمی که در تنظیم اسناد رسمی بیان شد و این‌که این نوع سند را مأموران دولتی تنظیم کرده‌اند و اصل بر صحت عمل آنان و مطابق با حقیقت بودن اعلام مأمور رسمی است، اثبات خلاف مدلول سند به شهادت نیاز دارد و در واقع، اصل بر صحت مفاد سند رسمی است تا زمانی که خلاف آن با شهادت جامع‌الشرایط ثابت شود. از این رو، قضات محاکم به صرف شهادت خلاف مدلول سند، به برتری شهادت حکم نمی‌دهند. در خصوص تعارض

شهادت با سند عادی، چون وجه این ترجیح در سند رسمی این جا موجود نیست، دادرس ابتدا ادله را می‌سنجد و در صورت یافتن جهت برتری، یکی را بر دیگری مقدم می‌کند. در غیر این صورت، دو دلیل از اعتبار ساقط هستند.

در نظام حقوقی ایران بر خلاف قوانین آیین دادرسی کیفری و مدنی، قانون آیین دادرسی اداری مشخص نداریم و مقررات دادرسی اداری را باید از خلال قانون دیوان عدالت اداری، مقررات عام آیین دادرسی مدنی و احیاناً آیین دادرسی مراجع شبه قضایی مانند آیین دادرسی کار یا آیین نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری استخراج کنیم. حوزه ادله اثبات دعوا نیز در دادرسی اداری مغفول مانده است و به دلیل ذات کتبی بودن دادرسی اداری، در تعارض ادله، دادرس اداری به تبعیت از ادله مکتوب مانند اسناد ترجیح و تمایل بیش‌تری دارد.

## فهرست منابع

### الف) کتاب

۱. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف علوم اسلامی قضائی (جلد ۱)، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۴.
۴. حسینی، سید محمدباقر، تعارض ادله (تعارض در مواد قانون، ادله اثبات دعوا و مفاد قرارداد)، تهران: آیین احمد، ۱۳۸۸.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۶. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ نخست، ۱۳۷۲.
۷. قبادی، حسین، آیین دادرسی کار، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۸. محسن زاده، آریتا، ادله اثبات دعوا در دعاوی اداری با تأکید بر تمایزات و ویژگی‌های خاص ادله مزبور نسبت به ادله اثبات در دعاوی حقوقی (گزارش پژوهشی)، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۴.
۹. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش قضایی (۳)، تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
۱۰. مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
۱۲. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

### ب) مقاله

۱. ابریشمی‌راد، محمدامین و حسین آیینی‌نگینی، «حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری»، دانش حقوق عمومی، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۳۹۹.

۲. استوارسنگری، کوروش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۳. حمیدی، علی و حسین آل کجباف، «راهکارهای تقویت نظارت دیوان عدالت اداری و تأثیر آن بر حقوق شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰.
۴. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۵. خزایی، علی، «تعارض سند با شهادت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق مصر و انگلستان»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲۷، ۱۳۸۷.
۶. دیلمی، احمد و زهرا بیدار، «کارکرد استدلال قضایی در دادرسی اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۴، ۱۴۰۰.
۷. رضوی، سید مهدی و همکاران، «تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۵، ۱۴۰۲.
۸. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۴، ۱۳۹۴.
۹. سلیمان‌زاده، سمیرا، «بررسی تطبیقی جایگاه تعارض ادله در فقه و حقوق موضوعه ایران»، تعالی حقوق، شماره ۷، ۱۳۹۳.
۱۰. سوادکوهی‌فر، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۱.
۱۱. طجریلو، رضا و همکاران، «نقش و کارکرد کمیسیون رسیدگی به اختلافات ناشی از اراضی ملی از منظر اصول دادرسی منصفانه»، پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، شماره ۴۹، ۱۳۹۴.
۱۲. عبداللهی‌آهق، زکیه، «مقایسه جایگاه ادله اثباتی شهادت شهود در دعاوی مدنی با دعاوی کار»، کار و جامعه، شماره ۲۵۰، ۱۳۹۹.
۱۳. عمروانی، رحمان، «اصول حاکم بر تعارض ادله اثبات دعوا در امور مدنی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.

۱۴. قمری، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۹.
۱۵. قمری، اسماعیل و همکاران، «کاربست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسی‌های اداری ایران با تأکید بر دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲.
۱۶. کریمی، عباس و همکاران، «اصول حاکم بر ارزیابی قضایی شرایط عمومی ادله اثبات مدنی»، دانش حقوق مدنی، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۱۷. گوینده، هدی و همکاران، «کاهش اطاله دادرسی در پرتو مدیریت دادرسی بر ادله اثبات دعوا»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۲.
۱۸. محسن‌زاده، آریتا، «آسیب‌شناسی شیوه رسیدگی به دلایل در دیوان عدالت اداری»، مجله علم و وکالت، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۱۹. محمدی، پژمان، «محدودیت‌های موضوعی سوگند در دعاوی مدنی»، پژوهش حقوق، شماره ۲۹، ۱۳۸۹.
۲۰. مختاری، رحیم، «اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۱، ۱۳۹۷.
۲۱. نجابت‌خواه، مرتضی، «روش جبران اعلام نظر قضایی در نظام دادرسی اداری در انگلستان»، دوفصل‌نامه حقوق تطبیقی، سال دوم، شماره ۱، ۱۳۹۵.
۲۲. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی؛ تحلیل مفهومی، تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، مجله حقوق اساسی، دوره پنجم، شماره ۹، ۱۳۸۷.
۲۳. یزدانی زنوز، هرمز و علی مشهدی، «بار اثبات ادعا و استدلال بر اساس ادله در آرای شعب دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، انتشار آن‌لاین، ۱۴۰۲.

## عمومی اعلام کردن اراضی و اثر آن بر حقوق مالکیت و اسناد مالکیتی (با تأکید بر آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری)

محمد حسین معصومی<sup>۱</sup>، حسین رحمت‌اللهی<sup>۲</sup>، رحیم پیلوار<sup>۳</sup>

### چکیده

از جمله مسائل مهم در حقوق عمومی، بحث عمومی کردن اراضی یا به تعبیر فرانسویان، تحدید حدود اراضی است. در نظام‌های حقوقی مختلف، مهم‌ترین سبب ایجاد مالکیت عمومی آن است که مراجع صالح دولتی، اراضی مشخص شده‌ای را عمومی اعلام کنند. این اقدام دولت نه تنها از زاویه حقوق عمومی مهم است، بلکه از زاویه حقوق مالکیت خصوصی و حقوق ثبت هم منشأ آثار است. مقاله حاضر به دنبال بررسی دو مسئله مهم است. نخست این‌که فرآیند عمومی اعلام کردن اراضی توسط دولت در مقایسه با تملک در حقوق خصوصی دارای چه ماهیتی است و دوم این‌که حقوق ثبت به عنوان حقوقی میان حقوق عمومی و خصوصی بر عمومی اعلام کردن اراضی چه اثری می‌گذارد و از آن چه اثری می‌پذیرد. پرسش این است که آیا دولت برای احراز مالکیت خود به سند مالکیت هم نیاز دارد و این‌که تکلیف اسناد مالکیت اشخاص که سابق بر عمومی کردن صادر شده یا در حال صدور است، چه می‌شود؟ این پژوهش که به روش تحلیلی و توصیفی انجام پذیرفته، با توجه به قوانین و مقررات، دکترین حقوقی، آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری به این نتایج رسیده است: اول این‌که عمومی کردن اراضی گرچه منجر به مالکیت عمومی دولت می‌شود، ولی اقدامی حاکمیتی است. بنابراین، اقدامی یک‌جانبه و اعلامی است و به محض قطعی شدن اقدام، مالکیت عمومی دولت محقق می‌شود و مالکیت‌های خصوصی اگر هم باشد، زوال می‌یابد. البته بحث جبران خسارت دارندگان حقوق قانونی در اراضی یادشده، بحث مستقلی است. دوم این‌که به همان دلیل حاکمیتی بودن اقدام، دولت به سند رسمی مالکیت نیازی ندارد، گرچه بنا به فواید ثبت، گرفتن آن بهتر و حتی ضروری است. دوم این‌که اسناد مالکیتی صادرشده قبلی و متعارض، خود به خود باطل می‌شوند و دیگر ارزش حقوقی ندارند.

**واژگان کلیدی:** مالکیت عمومی، مالکیت خصوصی، اراضی عمومی، عمومی کردن اراضی، سند مالکیت.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشکده‌های فارابی دانشگاه تهران، Mh.masoomi@ut.ac.ir

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشکده‌های فارابی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)، hrahmat@ut.ac.ir

۳. استادیار دانشکده‌های فارابی دانشگاه تهران، rahimpilvar@ut.ac.ir

## مقدمه

حقوق مالکیت عمومی از جمله مباحث بسیار مهم و اساسی در حقوق عمومی است. در گذشته حتی حقوق دانان از کاربرد عبارت «مالکیت عمومی» هم احتراز می‌کردند، ولی امروزه مالکیت عمومی با احکام و ویژگی‌های خود کاملاً شناخته شده است. در حقوق ایران هنوز به صورت منقح و دقیق مرز بین مالکیت عمومی با خصوصی و در قلمرو مالکیت عمومی، مرز بین مالکیت عمومی به معنی اخص (ملی) با مالکیت دولتی (اختصاصی) ترسیم نشده است. این در حالی است که برای مثال در فرانسه با تصویب قانون جامع مالکیت اشخاص عمومی مصوب ۲۰۰۶ میلادی،<sup>۱</sup> گام بزرگی در این مسیر برداشته شده است.

از جمله مسائل مهم در حقوق مالکیت عمومی، بحث عمومی کردن اراضی یا به تعبیر فرانسویان، تحدید حدود اراضی (la delimitation) است. در نظام‌های حقوقی مختلف، مهم‌ترین سبب ایجاد مالکیت عمومی (مقایسه کنید با اسباب تملک در حقوق خصوصی؛ ماده ۱۴۰ قانون مدنی) آن است که دولت، اراضی کشور را عمومی یا ملی اعلام کند. دلیل استفاده از اصطلاح «عمومی کردن» و پیشنهاد آن در این مقاله آن است که در حقوق ایران از ملی کردن اراضی صرفاً عمومی شدن اراضی جنگل‌ها و مراتع به ذهن می‌رسد، ولی اصطلاح «عمومی کردن» جامع است و از جمله شامل موات یا بستر اعلام کردن زمین هم می‌شود. مطابق حقوق ایران، اراضی عمومی را می‌توان به سه دسته جنگل‌ها و مراتع، اراضی موات و اراضی زیرین و کنار آب‌ها تقسیم کرد.

مسئله‌ای که پژوهش حاضر به دنبال بررسی آن است، این است که فرآیند عمومی اعلام کردن اراضی در مقایسه با تملک در حقوق خصوصی دارای چه ماهیتی است و در وهله بعدی، پرسش این است که حقوق ثبت به عنوان حقوقی میان حقوق عمومی و خصوصی، از عمومی اعلام کردن چه تأثیرهایی می‌پذیرد؟ آیا دولت برای احراز مالکیت خود به سند مالکیت هم نیاز دارد و تکلیف اسناد مالکیتی سابق بر عمومی کردن چه می‌شود؟

فرضیه‌ای که این مقاله به دنبال اثبات آن در پاسخ به این دو مسئله مهم است، این است که در

---

۱. Code général de la propriété des personnes publiques. این قانون به پنج بخش تقسیم می‌شود: تملک، مدیریت، انتقال، دیگر عملیات‌های اشخاص حقوق عمومی راجع به اموال غیر منقول و مقررات مربوط به سرزمین‌های خارج از کشور.

عمومی کردن اراضی، حاکمیت و مالکیت دولت، هر دو با هم پیوند می‌خورند و دولت به صرف «تشخیص» عمومی بودن اراضی معین و پس از قطعی شدن این تشخیص، آن اراضی را در مالکیت عمومی وارد می‌کند. دوم این‌که عمومی اعلام کردن اراضی، اسناد مالکیت ثبتی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و با قطعی شدن اقدام دولت در عمومی کردن، مالکیت عمومی دولت مستقر می‌گردد، حتی اگر سند مالکیت هم دریافت نشود و حتی اسناد مالکیت خصوصی سابق که بسیار مهم هستند، در اثر عمومی کردن با توجه به قدرت حاکمیتی دولت، اعتبار خود را از دست می‌دهند و البته این امری کم‌اهمیت نیست.

در حقوق فرانسه از اواخر قرن بیستم و سپس متعاقب تصویب قانون ۲۰۰۶ میلادی، تحولات مهمی در حوزه اراضی عمومی شکل گرفته است که در این مقاله به آن اشاراتی خواهیم داشت. در حقوق ایران، تحقیقی که به هر سه حوزه حقوق مالکیت عمومی، مالکیت خصوصی و حقوق ثبت عنایت داشته باشد، کم‌تر صورت پذیرفته است و همین امر، ضرورت و اهمیت تحقیق را آشکار می‌کند.

اقدام مهم دیگر این پژوهش، بررسی آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری است که هم از وجود برخی ابهام‌ها و اختلاف نظرها در محاکم و حقوق ایران حکایت می‌کند و هم موجب می‌شود در کنار مباحث نظری با نحوه عمل قضات هم آشنا گردیم. برای تبیین بهتر پژوهش، ابتدا مفاهیم بنیادین تحقیق را به صورت بسیار مختصر توصیف می‌کنیم. سپس به تلاقی حاکمیت دولت و مالکیت دولت بر اراضی عمومی و ماهیت عمومی کردن اراضی می‌پردازیم. پس از آن به تأثیر این اقدام دولت بر اسناد رسمی اشاره می‌کنیم و در انتها به چگونگی عمومی شدن اراضی سه‌گانه از لحاظ فنی می‌پردازیم و سپس نتیجه‌گیری خواهد شد.

## گفتار اول. مفاهیم

برای درک بهتر از پژوهش حاضر و به ویژه با توجه به ابهام‌های موجود در برخی مفاهیم و معانی متعدد آن‌ها لازم است ابتدا برای ایجاد وحدت درک با خوانندگان عزیز به مفاهیم اساسی تحقیق به صورت مختصر پرداخته شود.

## بند اول. مالکیت عمومی و مقایسه آن با دیگر انواع مالکیت

مالکیت عمومی اصطلاح نسبتاً نوینی در حقوق است. دلیل آن هم این است که وقتی از مالکیت سخن گفته می‌شود، ذهن حقوقی به دنبال مالک مال می‌گردد. در حالی که شخصیت حقوقی حکومت و نهادهای منشعب از آن و هم‌چنین ملت، تأسیساتی نوین در حقوق و محصول نیازهای جدید انسان‌ها بوده است. به دیگر سخن، این‌که حکومتی دارای شخصیت حقوقی باشد و اموال داشته باشد، پدیده‌ای نوین است. البته از گذشته‌ها، اشیای اموال عمومی یعنی چیزهایی که متعلق به همه مردم باشد یا اموال متعلق به حاکم یا حتی جایگاه حاکم، شناسایی شده بود،<sup>۱</sup> ولی مالکیت عمومی و اموال متعلق به ملت، نهادی نوین و محصول تحولات تاریخی است.<sup>۲</sup>

برای درک معنای مالکیت عمومی نخست باید به خود مالکیت بپردازیم. منظور از مالکیت در حقوق، «قدرت اختصاصی شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) بر مال است که به موجب آن، مالک می‌تواند در چارچوب حقوق موضوعه، در آن، انواع تصرفات را انجام دهد».<sup>۳</sup> البته در گذشته، حقوق دانان از کاربرد عبارت «مالکیت عمومی» پرهیز می‌کردند و از عبارت «اموال عمومی» بهره می‌بردند.

همان‌طور که بیان شد، امروزه «مالکیت عمومی»، اصطلاحی جا افتاده است. از جمله در حقوق فرانسه، قانون جامع مالکیت اشخاص عمومی مصوب ۲۰۰۶ میلادی با صراحت و با وجود برخی انتقادات، رابطه حکومت و اموال عمومی را «مالکیت» نامیده<sup>۴</sup> و این امر نه تنها از سوی دادگاه‌های اداری پذیرفته شده، بلکه امروزه توسط شورای قانون اساسی، اموال عمومی تحت حمایت ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ قرار گرفته است. با این حال، نمی‌توان انکار کرد که اموال عمومی و مالکیت عمومی اقتضائاتی دارند که مختص خودشان است.<sup>۵</sup> شاید مهم‌ترین آن‌ها این است که در مالکیت عمومی به معنی نوین برخلاف گذشته از جمله در زمان دولت‌های مطلقه که پادشاه در

1. Aubry et Rau: *Droit civil français, Des biens*, 7<sup>e</sup> édition Par: Paul Esmein, T.2, Des biens, Librairies Techniques, 1961, n. 1.

۲. کریمی، حامد، *حقوق اداری اموال*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۷ ص ۷۹.

۳. پیلوار، رحیم، *فلسفه حق مالکیت*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۱۰۵.

4. Terré, François et Simler, Philippe: *Droit civil, Les biens*, 8<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018, n. 66.

5. Ibid, n. 1 - *Auby et autres*, op.cit., n. 22.

قلمرو خود هم حاکم بود و هم مالک با اختیارات مطلق،<sup>۱</sup> دولت، مالکیتی مقید با اختیارات محدود دارد و باید فقط در چارچوب نفع عمومی عمل کند و مالکیت او هم اصالت ندارد، بلکه در واقع به نمایندگی از ملت، مالک است.

به هر حال، در حقوق امروزی از زاویه دید مالک، دو نوع مالکیت وجود دارد: مالکیت عمومی به معنی اعم که شامل مالکیت عمومی به معنی اخص (یا ملی) و مالکیت اختصاصی یا دولتی می‌شود؛ مالکیت خصوصی.<sup>۲</sup> در مالکیت عمومی به معنی اخص، حکومت یک کشور، اموال عمومی کشور را در اختیار دارد تا هم از آن‌ها محافظت کند و هم این‌که بر استفاده صحیح از آن‌ها نظارت کند. در مالکیت دولتی، دولت یا اجزای آن، اموالی در اختیار دارند که برای انجام وظایف اختصاصی خود به آن‌ها نیازمندند و در نتیجه، اختیارات مالکانه گسترده‌تری دارند. البته باز هم باید در چارچوب نفع عمومی عمل کنند. در حقوق فرانسه هم همین قید وجود دارد.<sup>۳</sup> در مالکیت خصوصی، اشخاص حقوق خصوصی اعم از حقیقی و حقوقی، مالی را تحت سلطه اختصاصی خود دارند و علی‌القاعده می‌توانند آزادانه در آن‌ها تصرف کنند، به شرطی که مخالف قوانین و مقررات نباشد.<sup>۴</sup>

در حقوق ایران نیز امروزه حقوق دانان صرف نظر از اختلافات فقهی، تقسیم‌بندی استاندارد یادشده را بر اساس مالک مال پذیرفته‌اند و قوانین نیز بر همین اساس تفسیر و تبیین می‌گردد. متأسفانه قانون‌گذار گاهی در حوزه مالکیت عمومی از ادبیات واحد و استاندارد پیروی نکرده است، به طوری که حتی در قانون اساسی (اصول ۴۵، ۴۴، ۸۳ و ۱۳۹) نیز اموال عمومی و دولتی در غیر معنای دقیق خود و گاه به جای هم به کار رفته‌اند.<sup>۵</sup> با این حال و با وجود اختلافات فقهی و حقوقی به

۱. رحمت‌اللهی، حسین و احسان آقا محمدآقایی، گذر از دولت مطلقه به دولت مشروطه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵، صص ۱۶۱-۱۷۰.

۲. البته بر این تقسیم‌بندی هم می‌توان ایراداتی گرفت ولی تاکنون بهترین تقسیم‌بندی تلقی می‌شود. نک: Harris, J.W., Property and justice, Oxford, First published, 1996, P 111. در حقوق ایران راجع به وقف و خالصجات دولتی ابهاماتی وجود دارد که در کدام دسته قرار می‌گیرند یا در انگلستان، نهاد communitarian property نهادی میان مالکیت عمومی و خصوصی است (Davies, M: Property: Meaning, histories, theories, Routledge-Cavendish, 1 edition, 2007, p 83).

3. Ibid, n. 26.

۴. کانونیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۱۱.

۵. برای دیدن این تفاوت‌ها در حقوق ایران نک: کرمی، پیشین، صص ۱۳۲ به بعد.

نظر می‌رسد قانون اساسی ایران، نظام دوگانه مالکیت خصوصی و عمومی را پذیرفته<sup>۱</sup> و مالکیت ملی و دولتی را ماهیتاً یک نوع مالکیت، ولی تحت دو رژیم حقوقی متفاوت دانسته است.

آن چه اهمیت بیش تری دارد، ترسیم مرز میان مالکیت عمومی (به معنی اخص) و دولتی با وجود عمومی بودن ماهیت هر دوست. در حقوق فرانسه، پیرو تحولات تاریخی به ویژه توجه به اندیشه‌های حقوق روم و تلاش حقوق دانان، مرز میان این دو دسته بیش از پیش واضح و مشخص شده است.<sup>۲</sup> در این راه دوگانگی حقوق عمومی و خصوصی، توجه به تفاوت اعمال حاکمیتی حکومت و اعمال تصدی آن و توجه به تفاوت دو نهاد مالکیت و کاربری بسیار مؤثر بوده است. بر همین اساس، در مالکیت عمومی، اموال گرچه تحت مالکیت حکومتند، ولی کاربری عمومی دارند. در مقابل، در مالکیت دولتی، اموال، کاربری عمومی ندارند.<sup>۳</sup>

برای این‌که مالی در حقوق فرانسه، عمومی یا ملی تلقی شود، باید دو رکن جمع شود:

### یک. در ملکیت دولت بودن؛

### دو. اختصاص یافتن به استفاده مستقیم عمومی یا به یک خدمت عمومی.

بر همین اساس، ماده ۱-۲۱۱۱-۱ قانون جامع مالکیت اشخاص عمومی مصوب ۲۰۰۶ میلادی بیان داشته است: «... اموال ملی یک شخص عمومی مذکور در ماده ۱ L، از اموالی تشکیل شده است که به آن‌ها تعلق دارد و به استفاده مستقیم عموم اختصاص یافته یا به یک خدمت عمومی به شرطی که در این مورد، موضوع یک آمایش ضروری برای اجرای مأموریت‌های این خدمت عمومی باشند».<sup>۴</sup> برای آن‌که مالی در مالکیت عمومی یا ملی قرار بگیرد، باید متعلق به دولت باشد، برای

۱. منصوریان، مصطفی و حسین علی سعدی، «بازشناسی فقهی حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی»، حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، ۱۳۹۶، شماره ۳ (پیاپی ۸۵)، صص ۱۲۴-۵.

2. Castaldo, André, Jean-Philippe Lévy, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, n. 211 et seq.

۳. کرمی، پیشین، ص ۱۱۲.

4. Article L2111-1 Version en vigueur depuis le 01 juillet 2006: ((Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public)).

استفاده مستقیم مردم باشد یا مورد نیاز یک خدمت عمومی باشد. در خصوص قلمرو «مورد نیاز یک خدمت عمومی بودن» در حقوق فرانسه، ابهام و اختلاف وجود دارد، ولی گرایش امروزی این است که آن را تفسیر مضیق کنند. هم‌چنین در خصوص شرط آمایش ضروری<sup>۱</sup> باید گفت منظور این است که توسط اعمالی نظیر نصب علائم یا فنس یا زنجیر و مانند این‌ها برای هدف مورد نظر، مناسب‌سازی و طراحی شده باشد.<sup>۲</sup>

از آن‌چه گفته شد، می‌توان تمایز مالکیت عمومی از مالکیت دولتی را استنتاج کرد. به این معنی که اگر مالی که متعلق به حکومت است، مورد استفاده مستقیم عموم قرار نگیرد یا مورد نیاز یک خدمت عمومی نباشد، دولتی خواهد بود. ماهیت سلطه دولت نسبت به این اموال شبیه مالکیت خصوصی است،<sup>۳</sup> البته با قیود حقوق عمومی. برای مثال، اصل در اموال دولتی بر خلاف اموال عمومی هم‌چون مالکیت خصوصی بر قابلیت واگذاری است، ولی تحت تشریفات حقوق اداری مثلاً لزوم برگزاری مزایده. به نظر می‌رسد در حقوق ایران هم تمایل بر این است که همان معیارهای حقوق فرانسه را به کار ببرند.<sup>۴</sup>

## بند دوم. سند رسمی و سند مالکیت

سند رسمی در حقوق ایران دارای یک مفهوم عام و یک مفهوم خاص است. در مفهوم عام که مختص حقوق مدنی است، ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، سندی را که نزد مأمور رسمی در حدود صلاحیت وی و مطابق با مقررات قانونی تنظیم شده باشد، رسمی می‌داند. در حقوق ثبت، تعریفی از سند رسمی در مقررات قانون ثبت ارائه نشده، اما به عقیده صاحب‌نظران، سند رسمی در حقوق ثبت، مفهومی مضیق‌تر از سند رسمی در مقررات قانون مدنی دارد. بر این اساس، سند رسمی در حقوق ثبت به اسنادی اطلاق می‌گردد که موضوع آن، عقود یا ایقاعاتی است که در دفترخانه (اسناد رسمی

1. aménagement special.

2. Auby et autres, op.cit., n. 35 et seq.

۳. آجری ایسک، عاطفه، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، پژوهش‌نامه بازگانی، ۱۳۹۵، شماره ۷۸، ص ۱۹۲.

۴. کرمی، پیشین، صص ۱۱۸ به بعد و صص ۱۷۷ به بعد.

یا ازدواج و طلاق) به ثبت رسیده باشد.<sup>۱</sup> مطابق این تعریف حتی سند تک برگ مالکیت که ادارات ثبت صادر می‌کنند، اگرچه در زمره مهم‌ترین اسناد است، چون در عرف ثبتی به آن سند مالکیت می‌گویند و نه سند رسمی، در مفهوم خاص حقوق ثبت، سند رسمی اطلاق نمی‌گردد،<sup>۲</sup> گرچه از نظر قانونی، سند رسمی است. در این مقاله با توجه به موضوع بحث، مراد از سند، سند مالکیت است.

### بند سوم. اراضی عمومی

با ملاحظه قوانین پراکنده اراضی و با توجه به هم‌پوشانی برخی با همدیگر و دیگر ملاحظات<sup>۳</sup> باید گفت در خصوص این دسته اراضی متأسفانه قانون منقح و جامعی وجود ندارد که باعث مشکلات جدی هم در کشور شده است. همان طور که برخی حقوق دانان نوشته‌اند، «با بازگشت به قوانین جاری کشور و دسته‌بندی نانوشته این قوانین از اراضی طبیعی می‌توان این اراضی را در سه گروه جای داد: اراضی منابع طبیعی،<sup>۴</sup> اراضی موات<sup>۵</sup> و اراضی آبی<sup>۶</sup> که می‌توان اراضی زیرین و کنار آب‌ها هم نامید و شامل اراضی بستر، اراضی مستحده و اراضی ساحلی»<sup>۷</sup> می‌گردد.

۱. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی (واحد علامه طباطبایی)، ۱۳۸۹، صص ۱۳۹-۱۴۱؛ تفکریان، محمود، حقوق ثبت اسناد، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۵، صص ۲۷-۳۲.

۲. شهری، پیشین، ص ۱۴۱.

۳. نک: فراهانی، محمدصادق و خیرالله پروین، «بازشناسی مفهوم «ثروت‌های عمومی» در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، سال نهم، شماره ۲۸، ص ۳۳.

۴. اراضی منابع طبیعی به دو گروه کلی قابل تقسیم است: مناطق جنگلی و مراتع. باید توجه داشت مطابق تبصره ماده ۲ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع الحاقی ۱۳۸۴، جنگل‌ها و مراتع ایجاد شده در راستای طرح‌های منابع طبیعی و نظیر آن در محدوده اراضی منابع طبیعی، در حکم منابع طبیعی هستند.

۵. اراضی موات به معنی اخص یا موات اصلی، آن اراضی هستند که از ابتدا احیا نشده باشند و طبق اصل ۴۵ قانون اساسی، عمومی بوده و در اختیار حکومت تلقی می‌شوند. مطابق مقررات فعلی، قانون‌گذار، اراضی موات را به اراضی موات شهری و غیر شهری تقسیم کرده و هر کدام را مشمول احکام خاص خود قرار داده است.

۶. امام‌وردی، محمدحسن، حقوق اراضی و املاک، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۱، ص ۲۵.

۷. این اراضی که در فقه به عنوان اراضی مستحده شناخته می‌شود، عبارت از خشکی‌های جدیدی است که از پایین رفتن آب دریاها در سواحل و یا به صورت جزیره به وجود می‌آید. اراضی ساحلی، در اصطلاح، قسمتی از اراضی موات بین دو خط موازی تقریبی است: یکی، خط فاصل آب دریا (در قسمت مد) و دیگری، خطی که اراضی آباد به آن مختوم گردد (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۲۴۸).

## گفتار دوم. حاکمیت دولت و مالکیت دولت در اراضی عمومی

با توجه به تبیین مفاهیم، اکنون رابطه مالکیت را با حاکمیت در این قسمت بررسی می‌کنیم. دولت به اعتبار حاکمیتی<sup>۱</sup> که دارد، در بعد حقوق خصوصی، اموال قابل تملک، اسباب مالکیت و محدودیت‌های استفاده از اموال را تعیین می‌کند و مالکان خصوصی باید در همین چارچوب عمل کنند وگرنه با برخورد قهرآمیز حکومت مواجه می‌شوند.

از نظر حقوق عمومی، حکومت از باب حاکمیت خود، ثروت‌های عمومی را در مالکیت عمومی اعلام می‌کند و بر استفاده یا انتقال آن‌ها (اگر ممکن باشد)، نظارت می‌کند. بدین سان اراضی عمومی هم در حاکمیت دولت است و هم در مالکیت دولت. املاک خصوصی در حاکمیت دولت است، ولی در مالکیت دولت نیست. پرتالیس از نویسندگان قانون مدنی فرانسه در جمله‌ای معروف می‌گوید: «مالکیت، متعلق به شهروندان و حاکمیت، متعلق به حکومت است».<sup>۲</sup>

بر همین اساس، دولت در خصوص موضوع پژوهش حاضر می‌تواند اراضی کشور را بنا به مصلحت والاتر، عمومی اعلام کند. البته عمومی اعلام کردن اراضی که مالک خصوصی دارد، علی‌القاعده باید همراه با جبران خسارت مالک قانونی هم باشد. اقدام دیگری که دولت ممکن است از باب حاکمیت خود انجام دهد، تملک اموال خصوصی شهروندان به علت نفع عمومی است، مثل این‌که ملک شخصی را برای تعریض خیابان تملک کند. این هم اختیاری حاکمیتی است که مالکان خصوصی از آن بهره‌مند نیستند. بنابراین، از لوازم حاکمیت دولت است، نه مالکیت آن یا حکومت از باب حاکمیت خود بر حق استعمال مالکان خصوصی محدودیت‌هایی وارد می‌کند. برای مثال، با تعیین کاربری مسکونی بر یک ملک، استفاده مالک از زمین را مقید می‌کند یا این‌که اجازه ساخت را به دریافت پروانه ساخت مشروط می‌کند.<sup>۳</sup>

۱. باید توجه داشت مالک خصوصی هم در ملک خود دارای نوعی از حاکمیت است. در کامن لاین ایده توسط کوهن با مقاله مالکیت و حاکمیت مورد توجه قرار گرفته است. Smith, James Charles, Property and Sovereignty. Legal and Cultural Perspectives, Routledge, ۲۰۲۰, p ۱۳, ولی منظور از حاکمیت در این جا حاکمیت سیاسی است.

2. Aubry et Rau: Droit civil français, Des biens, 7<sup>e</sup> édition Par: Paul Esmein, T.2, Librairies Techniques, 1961, n. 234.

۳. برای دیدن گفتاری در باب اداره اموال سلب مالکیت شده نک: راسخ، محمد و نصیر مشایخ گندس کلایی، «اداره اراضی سلب مالکیت‌شده»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی علوم اجتماعی، دوره یازدهم، ۱۳۹۶.

با توجه به مراتب بالا می‌توان گفت قاعده‌ای در حقوق داریم که می‌توان آن را «برتری مالکیت عمومی بر مالکیت خصوصی» نامید؛ زیرا مالکیت دولت، آمیخته با حاکمیت و قدرت برتر او و در خدمت نفع عمومی است، ولی خود مالک خصوصی تحت حاکمیت دولت است. باید توجه داشت که قید اساسی اعمال حاکمیت دولت، رعایت نفع عمومی است. برای همین هم ممکن است به عمومی اعلام کردن اراضی توسط دولت اعتراض صورت گیرد و ابطال شود یا اقدام تملکی او در دیوان عدالت اداری باطل گردد یا محدودیت‌های او بر مالکیت افراد ابطال شود.

اگرچه از برتری حاکمیت و مالکیت عمومی بر مالکیت خصوصی سخن گفته شد، برای ایجاد تعادل و پرهیز از سوء برداشت باید دانست از لحاظ اقتصادی، آن نظام حقوقی، عادلانه و زمینه‌ساز رشد و توسعه است که مالکیت خصوصی را به رسمیت بشناسد و اتفاقاً از آن حمایت حداکثری به عمل آورد. دلایل برتری نظام اقتصاد آزاد (به عنوان قاعده) بر نظام اقتصاد سوسیالیستی و دولتی دست کم امروزه بر کسی پوشیده نیست. جان آدامز (از بنیان قانون اساسی آمریکا) سخنی معروفی دارد مبنی بر این‌که: «اگر در جامعه‌ای این تلقی ایجاد شود که مالکیت به اندازه قانون الهی، مقدس نیست و قانون و عدالت از آن حمایت نمی‌کند، هرج و مرج و ظلم حاکم خواهد شد».<sup>۱</sup> در اسلام هم ارزش مالکیت فردی، مشروع و هم‌سنگ با اهمیت جان انسان‌هاست<sup>۲</sup> و در فقه، مقررات و احکام متعددی برای حمایت از مالکیت وضع شده است. در همین راستا، دیوان عدالت اداری تاکنون مقررات بسیاری را از باب این‌که نهادهای دولتی غیر قانونی از مردم مطالبه وجه داشته یا مالی را بر خلاف مقررات تملک کرده‌اند، باطل کرده است.

## گفتار سوم. ماهیت عمومی اعلام کردن

منظور از اصطلاح «عمومی کردن» در این مقاله آن است که دولت، میزانی از اراضی کشور را جزء اراضی عمومی تعیین کند، به گونه‌ای که در دسته اراضی عمومی قرار گیرند، چه قبلاً مالکی داشته باشد و چه نداشته باشد. در حقوق فرانسه از اصطلاح *la delimitation* به معنی تحدید یا تعیین حدود استفاده می‌کنند. این اقدام دولت، عملی اداری و یک‌جانبه (*unilatéraux*) است. پیرو

1. Cited by: Dietze, Gottfried, *In defence of property*, Johns Hopkins Press Ltd. London, 1971, p. 34.

۲. میانجی، احمد، مالکیت خصوصی در اسلام، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۷۰.

این اقدام، زمین با حدود مشخص شده توسط دولت عمومی می‌گردد و ماهیت آن هم اعلامی caractère déclaratif است. از سوی دیگر، اگر تحدید حدود منجر به اختلاف شود، این موضوع در صلاحیت مرجع اداری است که فقط در قالب اعتراض نسبت به یک عمل یک‌جانبه صورت می‌گیرد. تحدید حدود یا قانونی است یا غیر قانونی. اگر قانونی باشد، اعتراض رد می‌گردد، ولی حقوق ذی‌حق در ملک جبران می‌گردد. اگر اقدام غیر قانونی باشد، مرجع صالح به رسیدگی آن را مصداق سوء استفاده از قدرت اعلام می‌کند و باید زمین مسترد گردد و خسارت پرداخت شود، ولی اگر زمین دیگر قابل استرداد نباشد، از نهاد «تملك غير مستقیم» (expropriation indirecte) استفاده می‌شود و گویی دولت آن ملک را تملك کرده است و باید معوض بدهد.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران، اصطلاح «عمومی کردن» پیشنهاد می‌شود؛ زیرا در حقوق ایران، «تحدید حدود»، اصطلاحی است که بیش‌تر در حقوق ثبت و به عنوان مرحله‌ای از عملیات ثبتی به کار می‌رود که با ابتکار متقاضی سند مالکیت و مأمور ثبت منجر به دریافت سند رسمی می‌شود.<sup>۲</sup> البته خواهیم دید مقام صالح دولتی با مشخص کردن و تعیین مرزهای زمین، آن را عمومی اعلام می‌کنند که باعث می‌شود اصطلاح تعیین حدود هم قابل پذیرش باشد. در حقوق فرانسه، نظام تحدید حدود در اراضی خصوصی مستقل است و از اصطلاح Bornage استفاده می‌شود که نظامی مستقل است<sup>۳</sup> و مشابه تحدید حدود در قانون ثبت ایران (مواد ۱۵ و ۱۴) است.

در ایران هم عمل عمومی کردن، اقدام حاکمیتی و یک‌جانبه است و به محض انجام و قطعیت منجر به تحقق مالکیت عمومی دولت بر زمین یادشده می‌شود و مالکیت خصوصی زوال می‌یابد و سند مالکیت احتمالی قبلی هم بی‌اعتبار می‌شود. هم‌چنین در حقوق ایران هم مشهور، اثر تشخیص و تعیین را اعلامی می‌دانند، نه تأسیسی.<sup>۴</sup> برای مثال، در رأی شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۱۰۰۰۸۴۲ صادره از شعبه پنجم دیوان عدالت اداری چنین آمده است: «... نظر به این‌که

1. Auby et autres, op.cit., n. 105- 111.

۲. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۹۲.

3. Le droit administratif connaît un système juridique de **délimitation domaniale très différent du régime de droit civil du bornage**, Gaudemet Y., Droit administratif des biens, Lextenso, 2014, n. 548.

۴. عموزاد مهدیرجی، قدرت، تشخیص اراضی ملی از مستثنیات، تهران: دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۹۸.

قانون صدرالذکر (قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن) دارای جنبه اعلامی بوده و با اعلام عدم شناسایی مالکیت برای اشخاصی که به هر طریقی در محدوده شهر یا خارج از آن دارای سند مالکیت هستند، در واقع، با اعلام لغو مالکیت آن‌ها، دارندگان اسناد مالکیت حق هیچ گونه نقل و انتقال و یا دارنده حقوق مربوط به مالکیت نخواهند بود...».

در خصوص رسیدگی به اعتراضات احتمالی هم مقنن از وحدت مرجع استفاده نکرده است که در ادامه، به مرجع اعتراض، بسته به مورد اشاره خواهیم کرد.<sup>۱</sup>

### گفتار چهارم. نقش سند مالکیت در مالکیت اراضی عمومی

در این قسمت به دو سؤال مهم پاسخ می‌دهیم. اول این‌که آیا هم‌چون مالکان خصوصی نیاز است دولت برای اراضی عمومی، سند مالکیت بگیرد؟ دوم این‌که اگر دولت، سند رسمی نگرفته باشد، آیا این مسئله، نافی مالکیت اوست یا این‌که مالکیتش قابل استناد نیست؟

در خصوص سؤال اول باید گفت برخی استادان حقوق ثبت ضمن اشاره به تفاوت میان اموال اختصاصی (دولتی) و اموال عمومی دولت بیان می‌دارند اموال اختصاصی شخص اداری قابل تقاضای ثبت است و شخص اداری در مورد این اموال با اشخاص خصوصی فرقی ندارد و در این مورد جای بحث و گفت‌وگو نیست. البته در خصوص اموال عمومی محل بحث و اشکال است؛ یعنی آیا شخص اداری به استناد ماده ۹ قانون ثبت می‌تواند برای ثبت اموال عمومی تقاضا کند؟ مثلاً می‌توان ثبت اسکله نوشهر را تقاضا کرد؟ اگر بخواهیم به ظاهر ماده ۹ قانون ثبت نگاه کنیم، باید به این پرسش جواب مثبت بدهیم؛ یعنی در تقاضای ثبت آن‌ها اشکالی نباید باشد. ممکن است این پاسخ در مورد تقاضای ثبت خیابان‌ها و میدان‌های عمومی باعث شگفتی گردد، ولی برای رفع آن باید به نکته دیگری هم اشاره کرد که اگر در مورد برخی از اموال عمومی عملاً تقاضای ثبت نمی‌شود، نه از آن جهت است که از نظر قانون، اشکالی در تقاضای ثبت آن‌ها باشد، بلکه از آن روست که بیم تجاوز اشخاص نسبت به آن‌ها نمی‌رود. در چنین وضعیتی، موجبی برای درخواست ثبت آن‌ها به نظر نمی‌رسد و در ادامه اشاره می‌کنند ثبت سند به منزله آن نیست که شخص حقوق

۱. برای دیدن صلاحیت مراجع برای رسیدگی به اختلافات در حقوق ایران نک: سالاری، مصطفی، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، تهران: دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۹، صص ۸۴ به بعد.

عمومی بتواند آن را مانند شخص خصوصی نقل و انتقال دهد یا این امر به منزله سلب صفت اموال عمومی از این اموال نیست. دلیل آن هم این است که ثبت، کارکردهای متنوعی دارد.<sup>۱</sup>

به باور برخی حقوق دانان، «می‌توان پا را فراتر نهاد و ادعای الزامی بودن تحدید حدود و ثبت کلیه اموال ملی غیر منقول را نیز مطرح نمود، مگر در مواردی که به تصریح قانون قابل ثبت نباشند (مانند میادین و شوارع بر اساس ماده ۱۳۸ قانون ثبت)؛ چرا که عموم و اطلاق ماده ۹ قانون ثبت شامل اموال ملی نیز هست. بر اساس آن، ثبت عمومی کلیه اموال غیر منقول در ایران الزامی است و از سوی دیگر، هدف از تحدید حدود و ثبت اموال که صیانت از حقوق مالکان و نظام دادن به امور املاک است، در زمینه اموال ملی هم صدق می‌کند و حتی به دلیل اهمیت و ارزش اقتصادی آن‌ها و احتمال تعرض اشخاص نسبت به این اموال، تحدید حدود و ثبت آن‌ها اهمیت فراوانی دارد».<sup>۲</sup>

با تصویب قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول در سال ۱۴۰۳، مقنن در تبصره ۸ ماده ۱۰ به ثبت اراضی عمومی علاوه بر دولتی اشاره کرده است: «کلیه دستگاه‌های اجرایی و واحدهای مذکور در ماده (۲۹) قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران حداکثر تا دو سال پس از راه‌اندازی سامانه موضوع ماده در خصوص اموال غیر منقول عمومی و دولتی از جمله اراضی ملی، موات، خالصه مستحدث و ساحلی که مطابق قانون متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران بوده و تصدی آن اراضی بر عهده آنان است و هنوز سند رسمی آن‌ها صادر نگردیده است، ادعاها و مدارک مربوط را در سامانه موضوع ماده ثبت نمایند...».

در خصوص پاسخ به سؤال دوم باید گفت بی‌توجهی به مبانی حقوق عمومی و حقوق ثبت منجر به این شبهه شده است که صرف عمومی کردن (تحدید حدود) و قطعی شدن آن برای احراز مالکیت عمومی دولت کافی نیست. در واقع، به محض اعمال حاکمیت دولت و قطعیت آن، زمین عمومی می‌شود و در مالکیت عمومی قرار می‌گیرد و حتی سند رسمی هم اگر به نام اشخاص صادر شده باشد، باطل می‌شود.

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۳. برای دیدن نظر دیگرانک: بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، صص ۴۹۷ به بعد.

۲. کرمی، پیشین، ص ۲۲۱.

رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱ در سال ۱۳۸۴ دیوان عالی کشور به این شبهه پایان داده بود: «به موجب ماده یکم تصویب نامه قانون ملی شدن جنگل های کشور مصوب ۱۳۴۱، عرصه و اعیانی کلیه جنگل ها و مراتع، بیسه های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است، ولو این که قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند و مطابق ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱/۷/۲۸ تشخیص منابع ملی و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع با وزارت جهاد سازندگی است و به صرف تشخیص وزارت مذکور و قطعیت آن در مالکیت دولت قرار می گیرد و در خصوص مورد، عدم صدور سند مالکیت به نام دولت جمهوری اسلامی ایران، نافی مالکیت دولت نسبت به منابع ملی شده که به ترتیب مقرر در ماده مرقوم احراز شده و قطعیت یافته باشد، نخواهد بود...». هم اکنون تبصره ۸ ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول، مفاد این رأی را بازگو کرده است: «... عدم ثبت ادعا و مدارک در این سامانه نافی مالکیت دستگاه ها و واحدهای مذکور نیست...».

## گفتار پنجم. موارد سه گانه عمومی اعلام کردن اراضی و آثار آن ها بر اسناد مالکیت خصوصی

اکنون با توجه به مطالب یاد شده، عمومی کردن اراضی را به تفکیک بررسی می کنیم. عمومی شدن اراضی منابع طبیعی با اقدام موسوم به «تشخیص» توسط ادارات منابع طبیعی وزارت جهاد کشاورزی صورت می پذیرد. ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱ بیان می دارد: «تشخیص منابع ملی و مستثنیات ماده ۲ قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع با رعایت تعاریف مذکور در قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع با وزارت جهاد سازندگی است که شش ماه پس از اخطار کتبی یا آگهی به وسیله روزنامه های کثیرالانتشار مرکز و یکی از روزنامه های محلی و سایر وسایل معمول و مناسب محلی، ادارات ثبت موظفند پس از انقضای مهلت مقرر در صورت نبودن معترض حسب اعلام وزارت جهاد سازندگی نسبت به صدور سند مالکیت به نام

۱. می توان گفت رأی وحدت رویه شماره ۳۵ مورخ ۲۹/۰۳/۱۳۵۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور هم قبلاً تشخیص را برای ملی تلقی شدن کافی اعلام کرده بود.

دولت جمهوری اسلامی ایران اقدام نمایند». از سوی دیگر، ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور مصوب ۱۳۷۱، اجازه رفع تصرف از متصرفان و مالکان رسمی را می‌دهد.

قانون‌گذار، اراضی موات را به دو دسته تقسیم می‌کند: موات شهری و غیر شهری. در خصوص اراضی موات شهری، سه قانون مهم تصویب شده است که عبارتند از: قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی؛ قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰ و قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶ که هم‌چنان معتبر است. بر اساس این قوانین، با موات اعلام شدن این اراضی، آن‌ها در مالکیت عمومی قرار می‌گیرند و اسناد مالکیت خصوصی اگر هم صادر شده باشد، باطل و بلاثر است.<sup>۱</sup>

ملاحظه می‌گردد موات اعلام شدن برای عمومی شدن ملک کفایت می‌کند و اسناد معارض هم باطل و بلاثرند. ماده ۶ قانون زمین شهری مقرر داشته است: «کلیه زمین‌های موات شهری اعم از آن‌که در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی و یا غیر دولتی باشد، در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته ارزش قانونی ندارد. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی، اسناد آن‌ها را به نام دولت صادر نمایند، مگر آن‌که از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد».

مرجع تشخیص آن‌ها هم کمیسیون معروف به ماده ۱۲ قانون زمین شهری است. ماده ۱۲ اصلاحی قانون زمین شهری مقرر می‌دارد: «تشخیص عمران و احیا و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. این تشخیص قابل اعتراض در دادگاه صالحه می‌باشد».

در خصوص اراضی موات غیر شهری، ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن، مصوب ۱۳۶۵/۹/۳۰ مقرر داشته است: «کلیه اسناد و مدارک مربوط به غیر دولت اعم از رسمی و غیر رسمی مربوط به اراضی موات (یا سند مربوط به قسمتی از اراضی که موات باشد)، واقع در خارج از محدوده استحفاظی شهرها به استثنای اراضی که توسط مراجع ذی‌صلاح دولت جمهوری اسلامی ایران واگذار شده است، باطل و این قبیل اراضی در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران

۱. بشیری، عباس و امیرحسین میرزایی، حقوق کاربردی اراضی در ایران، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۶۷.

قرار می‌گیرد تا در جهت تولید محصولات کشاورزی و صنعتی، ایجاد اشتغال و مصارف عام‌المنفعه و برطرف ساختن نیاز دستگاه‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و شهرداری‌ها و ایجاد مسکن و واگذاری زمین برای کسانی که مسکن ندارند، حسب مورد بر اساس مقررات مربوطه اقدام نماید، ادارات ثبت اسناد مکلفند حسب اعلام هیئت‌های واگذاری زمین نسبت به ابطال سند آن‌ها و صدور سند به نام دولت جمهوری اسلامی ایران اقدام نمایند. تبصره ۱. تشخیص موات بودن اراضی خارج از محدوده شهرها به عهده وزارت کشاورزی است.»

پس از احراز موات بودن زمین، هیئت‌های هفت نفره برابر ماده ۳ آیین نامه، مراتب را به ادارات ثبت اسناد و املاک اعلام و جریان ثبتی را استعلام می‌کنند و ادارات ثبت مکلفند ظرف حداکثر یک ماه، سابقه ثبتی اراضی مورد استعلام را مطابق تبصره ۲ ماده ۳ آیین نامه اعلام کنند. در صورت قطعیت رأی هیئت هفت نفره، اگر زمین موات سابقه ثبتی نداشته باشد، اظهارنامه ثبتی به نام دولت صادر می‌شود و عملیات ثبتی ادامه می‌یابد. در صورتی که سابقه ثبتی برای زمین تا تحدید حدود وجود داشته باشد، تحدید حدود به نام دولت انجام می‌شود. اگر زمین موات دارای سند مالکیت باشد، سند مالکیت باطل و به نام دولت صادر می‌شود.

در این خصوص، رأی شماره ۶۶۱ و ۶۶۲ مورخ ۱۳۸۶/۸/۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نقل می‌شود: «با عنایت به وظایف و مسئولیت‌های قانونی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در باب انعکاس و تمرکز وضعیت ثبتی اراضی و املاک کشور و تغییرات حاصله در آن‌ها از جهات مختلف از جمله انجام معاملات گوناگون، ابطال اسناد اراضی موات شهری به حکم ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ و مصوبه مورخ ۱۳۷۰/۱۲/۱۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام بنا به اعلام وزارت مسکن و شهرسازی و هم‌چنین ابطال اسناد ثبتی اراضی موات خارج از محدوده قانونی شهرها بنا به اظهار وزارت جهاد کشاورزی به تجویز قسمت اخیر ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵ و این‌که دفاتر اسناد رسمی در جهت احراز فقدان موانع قانونی برای ثبت اسناد مربوط به نقل و انتقال اراضی و املاک منحصراً مکلف به استعلام از سازمان ثبت اسناد و املاک کشور باشند، ماده ۳۱ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۶۶ و هم‌چنین بند ۳۳۴ مجموعه بخش‌نامه‌های ثبتی که مبین و مفید احکام فوق‌الذکر است، مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات قانونی مربوط نمی‌باشد...»

در رأی شماره ۱۸۵ مورخ ۱۳۷۷/۹/۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هم در این راستا چنین بیان شده است: «نظر به این که قوانین موضوعه پس از استقرار از نظام جمهوری اسلامی ایران در جهت تنظیم و تنسيق امور اراضی موات و بایر و بهره‌برداری مطلوب و رفع نیازمندی‌های عمومی مفید تأیید وضعیت ملک در تاریخ تصویب مقررات مذکور و تثبیت آثار مترتب بر آن و هم چنین متضمن اعطای مهلت‌های مناسب برای احیای اراضی موات و بایر است. کما این که در ماده ۸ لایحه قانونی نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۵۸/۶/۲۵ هم تصریح شده است که «اراضی و املاک مواتی که به نام اشخاص ثبت شده و یا در تصرف آن‌هاست، از تاریخ تصویب این قانون به مدت دو سال در اختیار متقاضیان ثبت یا متصرفین خواهد بود تا نسبت به احیا و بهره‌برداری از آن‌ها اقدام نمایند. این مهلت برای متقاضیان ثبت یا متصرفین اراضی بایر پنج سال می‌باشد و در پایان مدت‌های مذکور، اراضی که به صورت موات یا بایر باقی مانده باشد و هم چنین اراضی دایری که طبق ماده ۴ به صورت بایر درآید، متعلق به دولت خواهد بود و وزارت کشاورزی و عمران روستایی طبق این قانون نسبت به واگذاری آن‌ها اقدام می‌نماید.» و به شرح ماده ۲۵ این لایحه قانونی، قوانین و مقررات مغایر ملغی شده است و حکم مقرر در ماده واحده قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۶۵/۹/۳۰ ناظر به ابطال اسناد مالکیت زمین‌هایی است که کماکان در تاریخ تصویب این قانون به حالت موات باقی مانده و در تبصره پنج همین ماده واحده نیز قوانین و مقررات مغایر ملغی گردیده است...».

در خصوص اراضی بستر شامل بستر رودخانه، نهر طبیعی، کانال عمومی، مرداب، برکه طبیعی و مسیل مطابق ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب به صراحت در اختیار دولت قرار گرفته است.<sup>۱</sup> شرکت‌های آب منطقه‌ای استان‌ها، با «تعیین حدود بستر» به عمومی اعلام کردن اراضی اقدام می‌کنند. البته تصمیمات آن‌ها در کمیسیون مربوط در وزارت نیرو و سپس دیوان عدالت اداری قابل اعتراض است.

---

۱. ماده ۲: «بستر انهار طبیعی و کانال‌های عمومی و رودخانه‌ها اعم از این که آب دائم یا فصلی داشته باشند و مسیل‌ها و بستر مرداب‌ها و برکه‌های طبیعی در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران است و هم چنین است اراضی ساحلی و اراضی مستحده که در اثر پایین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه‌ها و یا خشک شدن مرداب‌ها و باتلاق‌ها پدید آمده باشد، در صورت عدم احیا قبل از تصویب قانون نحوه احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی. تبصره ۱ - تعیین پهنای بستر و حریم آن در مورد هر رودخانه و نهر طبیعی و مسیل و مرداب و برکه طبیعی در هر محل با توجه به آمار هیدرولوژی رودخانه‌ها و انهار و داغاب در بستر طبیعی آن‌ها بدون رعایت اثر ساختمان تأسیسات آبی با وزارت نیرو است...».

در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۳۸۰۰۵۳۹ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۹ شعبه ۷ تجدید نظر دیوان عدالت اداری می‌خوانیم: «نظر به این‌که اولاً مطابق ماده یک قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب ۱۳۴۷ و ماده ۱ و ۲ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱، بستر... رودخانه جزء مشترکات بوده و ثروت ملی محسوب می‌گردد و در اختیار وزارت نیروست و برابر ماده ۲ قانون ملی شدن آب و تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب، ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری در بستر رودخانه ممنوع است و چنان‌چه پس از لازم‌الاجرا شدن قوانین فوق‌الذکر، اعیانی با مقدماتی ایجاد شود، ممنوع و خلاف بوده و چون عمل خلاف قانون فاقد هر گونه اعتبار و آثار و امتیاز قانونی است. لذا برای احداث‌کننده حقی ایجاد نمی‌شود. وزارت نیرو ملزم است ماده ۴۳ و تبصره ۳ ماده ۲ قانون توزیع عادلانه آب را اعمال و اجرا نماید. ثانیاً ادعای مالکیت و حق ارائه سند مالکیت نسبت به اراضی که مشمول قانون آب و نحوه ملی شدن آن و قانون توزیع عادلانه آب بوده، قابلیت پذیرش نداشته؛ زیرا این اراضی قانوناً متعلق به دولت است و به حکم قانون، دولت، مالک رودخانه... است. ثالثاً قانون توزیع عادلانه مصوب ۱۳۶۱ در مورد حریم رودخانه و وضعیت حقوقی اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی به‌طور صریح و روشن تعیین تکلیف نموده است و این قانون، کلیه قوانین مغایر را بلااثر نموده است و مراجع قضایی باید با توجه به مقررات این قانون نسبت به اختلافات و تظلمات و شکایات رسیدگی نمایند و ماده ۲۵ قانون مذکور، بستر رودخانه و ساحل آن را به مالکیت دولت درآورده است...».

در خصوص اراضی مستحدث در دریای عمان، خلیج فارس، دریاچه خزر و ارومیه، سازمان جنگل‌ها مراتع و آبخیزداری کشور وابسته به جهاد کشاورزی اقدام به شناسایی و علامت‌گذاری می‌کند و آن‌ها عمومی می‌شوند. در خصوص اراضی ساحلی در حوزه غیر شهری در رابطه با چهار مورد از آب‌های عمومی شامل دریای عمان، خلیج فارس، دریاچه ارومیه و خزر با عرض متفاوت پیش‌بینی شده که متصدی آن، سازمان جنگل‌ها و مراتع و آبخیزداری وابسته به وزارت جهاد کشاورزی است و اگر وارد محدوده شهری شود، تحت تصدّی سازمان ملی زمین و مسکن قرار می‌گیرد. اراضی ساحلی دریاچه خزر به میزان تقریبی ۳۰۰ متر از مرز حریم آن در حوزه غیر شهری تعیین شده است.<sup>۱</sup>

در پایان بحث باید توجه داشت عمومی اعلام کردن زمین، آثار غیر تملکی هم دارد. مثلاً ممکن است

۱. امام‌وردی، پیشین، ص ۱۱۲. برای دیدن تعیین عرض حریم دریا، دریاچه و تالاب و حدود اراضی مستحدث و ساحلی و حریم آن‌ها نک: عباسی لاهیجی، بیژن، حقوق اموال عمومی و منابع طبیعی، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۱۸۴.

بر اراضی خصوصی اطراف، حریم ایجاد شود که نهادی متفاوت از حریم حقوق خصوصی است.<sup>۱</sup> مصداق بارز آن نیز تشخیص بستر بودن زمین است. تبصره ۴ ماده یک قانون توزیع عادلانه آب مقرر داشته است: «وزارت نیرو در صورتی که اعیانی‌های موجود در بستر و حریم انهار و رودخانه‌ها و کانال‌های عمومی و مسیل‌ها و مرداب و برکه‌های طبیعی را برای امور مربوط به آب یا برق مزاحم تشخیص دهد، به مالک یا متصرف اعلام خواهد کرد که ظرف مدت معینی در تخلیه و قلع اعیانی اقدام کند و در صورت استتکاف، وزارت نیرو با اجازه و نظارت دادستان یا نماینده او اقدام به تخلیه و قلع خواهد کرد». البته این امور خارج از بحث مقاله حاضر است و به پژوهش مستقل نیاز دارد.

### نتیجه‌گیری

یکی از مسائل مهم در حقوق عمومی و حقوق خصوصی، بحث عمومی اعلام کردن اراضی توسط دولت‌هاست. این اقدام نه تنها از زاویه حقوق اموال عمومی شایسته بحث و دقت نظر است، بلکه از زاویه مالکیت‌های خصوصی هم منشأ آثار است. در این میان، حقوق ثبت هم که امروزه دارای جایگاه والایی در کشورهاست، از عمومی اعلام کردن اثر می‌پذیرد.

پژوهش حاضر به دنبال بررسی دو مسئله بنیادین در این زمینه بود. نخست این‌که فرآیند عمومی اعلام کردن اراضی توسط دولت در مقایسه با تملک در حقوق خصوصی دارای چه ماهیتی است و دوم این‌که حقوق ثبت به عنوان حقوقی میان حقوق عمومی و خصوصی از عمومی اعلام کردن چه اثری می‌بیند و چه اثری می‌گذارد. به بیان دیگر، آیا دولت برای احراز مالکیت خود به سند مالکیت هم نیاز دارد و این‌که تکلیف اسناد مالکیتی اشخاص که سابق بر عمومی کردن وجود داشته است، چه می‌شود؟

مطابق یافته‌های تحقیق، نخست این‌که عمومی کردن گرچه منجر به مالکیت عمومی دولت می‌شود، ولی اقدامی حاکمیتی است. بنابراین، اقدامی یک‌جانبه و اعلامی است و به محض قطعی شدن اقدام، مالکیت عمومی دولت محقق می‌شود و مالکیت‌های خصوصی اگر هم باشد، زوال می‌یابد. البته بحث جبران خسارت دارندگان حقوق قانونی در اراضی یادشده، بحث مستقلی است.

۱. نک: غفاری، هدی، محمود زمانی و مسعود رحمانی، «ماهیت تأسیس حقوقی حریم طرح‌ها و اموال عمومی عام‌المنفعه در املاک خصوصی مجاور آن‌ها»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۴، شماره ۱۲.

دوم این که به همان دلیل حاکمیتی بودن اقدام، دولت به سند رسمی مالکیت نیازی ندارد، گرچه بنا به فواید ثبت، گرفتن آن بهتر و حتی ضروری است. در هر حال، مالکیت دولت به محض قطعی شدن تشخیص محقق می‌گردد. دوم این که اسناد مالکیتی صادرشده قبلی و متعارض، خود به خود باطل می‌شوند و دیگر ارزش حقوقی ندارند. با ملاحظه رویه قضایی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری هم می‌توان گفت این نتایج مورد پذیرش هستند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. امام‌وردی، محمدحسن، حقوق اراضی و املاک، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۲. بشیری، عباس و امیرحسین میرزایی، حقوق کاربردی اراضی در ایران، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۳. بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۴. پیلووار، رحیم، فلسفه حق مالکیت، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۵. تفکریان، محمود، حقوق ثبت اسناد، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۵.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم، ۱۳۹۳.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۸. رحمت‌اللهی، حسین و احسان آقا محمدآقایی، گذر از دولت مطلقه به دولت مشروطه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۹. سالاری، مصطفی، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، تهران: دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۹.
۱۰. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی (واحد علامه طباطبایی)، ۱۳۸۹.
۱۱. عباسی لاهیجی، بیژن، حقوق اموال عمومی و منابع طبیعی، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۲.
۱۲. عموزاد مهدیرجی، قدرت، تشخیص اراضی ملی از مستثنیات، تهران: دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۹۸.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۱۴. کرمی، حامد، حقوق اداری اموال، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۱۵. میانجی، احمد، مالکیت خصوصی در اسلام، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. آجری ایسک، عاطفه، «بررسی حقوقی قابلیت خصوصی سازی اموال عمومی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، پژوهش نامه بازرگانی، ۱۳۹۵، شماره ۷۸.
۲. راسخ، محمد و نصیر مشایخ گندس کلایی، «اداره اراضی سلب مالکیت شده»، فصل نامه علمی و پژوهشی علوم اجتماعی، دوره یازدهم، ۱۳۹۶.
۳. غفاری، هدی، محمود زمانی و مسعود رحمانی، «ماهیت تأسیس حقوقی حریم طرح ها و اموال عمومی عام المنفعه در املاک خصوصی مجاور آن ها»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۴، شماره ۱۲.
۴. فراهانی، محمدصادق و خیرالله پروین، «بازشناسی مفهوم «ثروت های عمومی» در اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، سال نهم، شماره ۲۸.
۵. منصوریان، مصطفی و حسین علی سعدی، «بازشناسی فقهی حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی»، حکومت اسلامی، سال بیست و دوم، ۱۳۹۶، شماره ۳ (پیاپی ۸۵).

۲. Latin Source

۱. Aubry et Rau: **Droit civil français, Des biens**, ۷<sup>e</sup> édition Par: Paul Esmein, T.۲, Des biens, Librairies Techniques, ۱۹۶۱.
۲. Aubry, Jean-Marie, Pierre Bon, Jean-Bernard Aubry, Philippe Terneyre, **Droit administrative des biens (Domaine public et privé Travaux et ouvrages publics Expropriation)**, Dalloz, ۷e edition, ۲۰۱۶.
۳. Castaldo, André, Jean-Philippe Lévy, **Histoire du droit civil**, Dalloz, ۲۰۱۰.
۴. Davies, M: **Property: Meaning, histories, theories**, Routledge-Cavendish, ۱ edition, ۲۰۰۷.
۵. Dietze, Gottfried, **In defence of property**, Johns Hopkins Press Ltd. London, ۱۹۷۱.
۶. Gaudemet Y., **Droit administratif des biens**, Lextenso, ۲۰۱۴.
۷. Harris, J.W, **Property and justice**, Oxford, First published, ۱۹۹۶.
۸. Smith, James Charles, **Property and Sovereignty. Legal and Cultural Perspectives**, Routledge, ۲۰۲۰.
۹. Terré, François et Simler, Philippe: **Droit civil, Les biens**, ۸<sup>e</sup> édition, Dalloz, ۲۰۱۸.

## آسیب‌شناسی تعارض منافع و سهم خواهی مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی کشور

رسول حیدری مهارلوئی<sup>۱</sup>

محمد حسین صبحیه<sup>۲</sup>

هانی اربابی<sup>۳</sup>

### چکیده

«تعارض منافع»، موقعیتی است که منافع شخصی با انجام بی طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی افراد دچار تعارض گردد. وجود تعارض منافع می‌تواند سازمان‌ها را از رسیدن به اهداف خود باز دارد. گزارش‌های سازمان مربوط و داده‌های حاصل از مصاحبه با فعالان نظام فنی و اجرایی کشور حاکی از وجود موقعیت‌های شدید تعارض منافع از سوی مهندسان مشاور در ارائه خدمات است، به نحوی که سازمان برنامه و بودجه در بخش نامه‌ای، چارچوبی را برای مدیریت تعارض منافع و جلوگیری از تبانی در ارجاع کار به مشاوران ابلاغ کرده است.

این پژوهش، مدل نظری عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع در شرکت‌های مهندسی مشاور فعال در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی کشور را ارائه کرده است. این تحقیق بر اساس نظریه داده‌بنیاد و با انجام ۲۴ مصاحبه نیمه ساخت یافته و پس از رسیدن به اشباع نظری، با تحلیل داده‌ها در سه مرحله کدگذاری باز، محوری و انتخابی انجام شده است که در آن، مقوله‌های اصلی و فرعی شناسایی و به یکدیگر مرتبط گردیده و در نهایت نیز مدل نظری ارائه شده است.

**واژگان کلیدی:** تعارض منافع، سهم خواهی، مهندسان مشاور، پروژه‌های عمرانی، نظام فنی و اجرایی کشور، رویکرد داده‌بنیاد.

۱. دانشجوی دکتری مدیریت پروژه و ساخت، گروه مدیریت پروژه، دانشکده هنر و معماری، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران، R.heidari.cm@gmail.com

۲. دانشیار، گروه مدیریت پروژه، دانشکده هنر و معماری دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، sobhiyah@modares.ac.ir

۳. استادیار، گروه مدیریت پروژه، دانشکده هنر و معماری، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران، arbabi@modares.ac.ir

## مقدمه

طرح‌های تملک‌داری‌های سرمایه‌ای (پروژه‌های عمرانی) و نحوه اجرای آن‌ها علاوه بر این‌که نماد نظام فنی اجرایی کشور تلقی می‌شود، اصلی‌ترین وسیله برای تزریق منابع بودجه‌ای در اقتصاد کشور با هدف گسترش ظرفیت‌های زیربنایی و تولیدی محسوب می‌شوند. به صورت متوسط، در دهه گذشته، سهم اعتبارات طرح‌های عمرانی از بودجه عمومی بین ۱۲ تا ۲۵ درصد بوده است که سهم قابل توجهی از اقتصاد کشور را شامل می‌شود.<sup>۱</sup>

مسئولیت تهیه و اجرای پروژه‌های عمرانی با دستگاه‌های اجرایی است<sup>۲</sup> که در مقام عمل، این طرح‌ها را پیمان‌کارانی و مشاورانی اجرا می‌کنند که بر اساس ماده ۲۲ قانون برنامه و بودجه کشور، تشخیص صلاحیت و طبقه‌بندی آن‌ها نیز توسط سازمان برنامه و بودجه کشور انجام می‌گردد. هم‌چنین بر اساس همین قانون، سازمان برنامه و بودجه کشور، مسئول تهیه ضوابط حاکم بر اجرای پروژه‌های عمرانی است. با وجود تزریق حجم عظیمی از منابع مالی در بین سال‌های اخیر در قوانین بودجه سنواتی، به طور متوسط، دو سال بر طول دوره اجرای طرح‌های تملک‌داری‌های سرمایه‌ای اضافه شده است.<sup>۳</sup> بر اساس اعلام مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی نیز طولانی شدن دوره ساخت طرح‌های عمرانی به گونه‌ای است که حدود ۶۰ درصد از طرح‌ها در زمان بندی خود به اتمام نرسیده‌اند که نشان‌دهنده ناکارآمدی در تعریف طرح‌ها و نامتناسب بودن حجم آن‌ها با منابع اختصاص یافته به این حوزه است.<sup>۴</sup> طبق تحقیقات صورت‌گرفته، بیش‌تر طرح‌های عمرانی در حال حاضر با مشکل طولانی شدن مدت اجرا و چند برابر شدن هزینه اتمام مواجه هستند.<sup>۵</sup>

۱. مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری سازمان برنامه و بودجه، گزارش وضعیت اعتبارات تملک‌داری‌های سرمایه‌ای در لایحه بودجه سال ۱۳۹۸، کد شناسه ۹۷-۹-۱۰۶۰-۱۳۹۷، ص ۱۰۲.

۲. ماده ۲۱ قانون برنامه و بودجه.

۳. دفتر مطالعات برنامه و بودجه، مجموعه آشنایی با بودجه (۴): اعتبارات طرح‌های تملک‌داری‌های سرمایه‌ای (طرح‌های عمرانی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۷۲۱۶، ۱۳۸۳، ص ۵۳.

۴. گزارش کمیسیون برنامه، بودجه و محاسبات، وظایف، اختیارات و اولویت‌های پیشنهادی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۷۰۶۵، ۱۳۹۹، ص ۲۵.

۵. حکیمیان، محمدحسین، طرح‌های عمرانی، پاشنه آشیل اقتصاد ایران، تهران: مدیرساز، ۱۳۹۲، ص ۵۶.

بر اساس نتایج تحقیقات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مسائلی چون تعارض در قوانین، تداوم آگاهانه روند تدوین نادرست پروژه‌ها، غلبه تمایلات فردی، گروهی یا سازمانی بر منافع اجتماعی (تعارض منافع)، وجود فسادهای سیستمی، بی‌اعتقادی به کار کارشناسی، التزام و اعتقاد نداشتن به فرآیند برنامه‌ریزی و نبود فرهنگ کار گروهی، نمونه‌هایی از عواملی است که منجر به شکل‌گیری رفتارها و تصمیماتی شده که بر عملکرد طرح‌های عمرانی اثرگذار است. در حقیقت، ریشه مشکلات، نبود فرآیند و بستر مناسب برای اجرا و بهره‌برداری است که موجب شده است نتایج مورد نظر از اجرای طرح‌های تملک دارایی حاصل نشود.<sup>۱</sup>

مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری سازمان برنامه و بودجه نیز به منظور بررسی مسائل و مشکلات مهم و اساسی کشور در سطوح ملی، فرابخشی، بخشی و هم‌چنین ارائه مشاوره و خدمات کارشناسی به سازمان برنامه و بودجه کشور، در گزارشی به عنوان سامان‌دهی و تأمین مالی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، تعارض منافع را یکی از ده ریشه مشکلات این طرح‌ها شمرده است.<sup>۲</sup>

مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی، نقش کلیدی در سلامت نظام اداری دارد. سه عنصر مهم تعارض منافع در کشورهای مختلف جهان عبارتند از: داشتن مسئولیت عمومی، وجود نفع شخصی برای کارگزار عمومی و تأثیر منفی آن بر خدمت‌رسانی عمومی، بر حسب تعریف و تفسیرهایی که از این سه عنصر صورت می‌گیرد، تعارض منافع می‌تواند به صورت‌های متفاوت و در لایه‌های مختلف فعالیت‌های انواع کارگزاران عمومی وجود داشته باشد.<sup>۳</sup>

از مفهوم تعارض منافع، تعاریف مختلفی ارائه شده که جوهره آن‌ها مشترک است. تعارض منافع، مجموعه شرایطی است که این خطر را ایجاد می‌کند که تصمیمات یا اقدامات حرفه‌ای یک شخص در مورد منفعت اولیه به صورت ناروا تحت تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد. در این تعریف، منظور از منفعت اولیه، اهداف بنیادین حرفه یا فعالیت یادشده، نظیر حمایت از منوَبُ عنه، سلامتی افراد یا

---

۱. دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی پژوهش‌های اقتصادی، بررسی لایحه بودجه سال ۱۳۹۰ کشور، طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

۲. مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری سازمان برنامه و بودجه، گزارش سامان‌دهی و تأمین مالی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، ۱۳۹۸، ص ۹۸.

۳. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۳۱۹.

حفظ اعتماد عمومی در انجام وظایف مأموران رسمی است و منظور از منفعت ثانویه، منافع شخصی کسی است که تصمیم یا اقدام حرفه‌ای را انجام می‌دهد.<sup>۱</sup>

با رصد دستگاه‌های اجرایی و مصاحبه مدیران ارشد کشور، در بالاترین سطوح هم‌چون رئیس جمهور و معاونان و وزیران، رئیس مجلس و نمایندگان مجلس و رئیس قوه قضاییه می‌توان به اهمیت تعارض منافع پی برد، به نحوی که بر اساس نیاز و ضرورتی که احساس شده، اقدامات مهمی صورت گرفته است از جمله تهیه طرح مدیریت تعارض منافع از سوی مجلس و تهیه لایحه مدیریت تعارض منافع از سوی دولت و صدور بخش‌نامه‌های متعدد وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌های دولتی درباره مدیریت تعارض منافع هم‌چون وزارت راه و شهرسازی، وزارت آموزش و پرورش، سازمان بهزیستی کشور و شهرداری تهران. این حجم از تأکید در خصوص وجود تعارض منافع و ضرورت مدیریت آن (در حالی است که قوانین خاصی در این خصوص وجود ندارد و قوانین موجود نیز به اندازه کافی پی‌گیرانه نیست)، بیانگر وجود بیماری فلج‌کننده در ساختار مدیریتی کشور است. به همین دلیل، پروژه‌های کشور با وجود استفاده از ابزارهای پیشرفته مدیریتی هم‌چنان وضعیت مطلوبی ندارند و بر اساس یافته‌های میدانی، پروژه‌ها قبل از شروع، محکوم به شکستند. در این بین، مهندسان مشاور نقش کلیدی بر عهده دارند.

در نظام فنی و اجرایی کشور، مهندس مشاور، شخص حقوقی یا حقیقی است که برای انجام خدمات پژوهشی، مطالعات، طراحی و ارائه خدمات فنی و نظارت بر اجرای کار یا ارائه خدمات مدیریتی در چارچوب اختیارات تعیین شده در اسناد و مدارک قرارداد به کار گرفته می‌شود. مهندسان مشاور به واسطه وسعت و پیچیدگی پروژه‌های صنعت ساخت از تکنیک‌های جدید و تشکیلات سطح بالایی از افراد متخصص استفاده می‌کنند تا خدمات خود را ارائه دهند. وجود تنوع فوق‌العاده زیاد در کارها، متخصصان و افراد درگیر در پروژه در کنار شرایط قراردادی زمینه‌ساز بروز اختلاف می‌شود. این رو، اجرای پروژه، نیازمند قراردادی است که طرفین نیازمندی‌ها، حدود اختیارات، شرح وظایف، تعهدات و مسئولیت‌های قراردادی طرفین در ابعاد مختلف فنی، حقوقی و مالی را به طور کامل، جامع و به دور از هر گونه ابهامی بیان کند تا از اختلافات آتی اجتناب گردد. به علاوه به واسطه

۱. بادینی، حسن و همکاران، «تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۶، ۱۳۹۹، ص ۲۱۵.

احتمال بروز اختلاف، فرآیند پیش‌بینی شده برای حل آن باید به نحوی باشد که با رعایت انصاف، طرفین قرارداد را در رسیدن به اهداف یاری رساند.<sup>۱</sup>

در خصوص وصف جامعیت قوانین مربوط به حوزه تعارض منافع، سمت‌های غیر رسمی و مشاوره‌ای یکی از مهم‌ترین خلأها هستند. این مشاغل می‌توانند موجب تعارض منافع بسیاری باشند، در حالی که به کلی از نظر قانون‌گذار دور مانده‌اند. البته در خصوص ممنوعیت مداخله در معاملات دولتی به این مهم توجه شده و مشاوره‌های فنی و مالی و حتی حقوقی توسط افراد در معرض تعارض منافع ممنوع شده است. در این خصوص، قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی وجود دارد که افراد می‌توانند یک سمت دولتی با چندین شغل در بخش خصوصی را به طور هم‌زمان اشتغال کنند. از طرفی در قانون مورد اشاره، منظور از شغل، وظایف مستمر و مربوط به پست سازمانی است که بایستی به صورت تمام‌وقت باشند. پس مشمول سمت‌های مشاوره‌ای نمی‌گردد که یکی از بسترهای مهم ایجاد وضعیت تعارض منافع است. در واقع، می‌توان ادعا کرد که رویکرد این قانون، ایجاد ممنوعیت برای جلوگیری از دریافت مزایای دو شغل دولتی توسط یک فرد بوده است و نه مدیریت تعارض منابع ناشی از اشتغال هم‌زمان.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، روابط میان کارفرما و مشاور بایستی مبتنی بر اعتماد متقابل باشد؛ یعنی مشاور بایستی از هر روشی به منظور فعالیت به عنوان نماینده و راهنمای کارفرما دریغ نکند؛ هم‌چون روشی که یک پزشک در معالجه بیمار خود به کار می‌بندد. در حالت ایدئال، مشاور فقط شخصی نیست که طراحی‌ها را انجام می‌دهد، بلکه او معمولاً در فرآیند تصمیم‌گیری و یافتن بهترین راه حل‌ها برای پاسخ به نیازمندی‌ها و علایق کارفرما مداخله می‌کند.<sup>۳</sup>

بر اساس آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره (بند ۲-۵)، مشاوره هر نوع خدمات مدیریتی، کارشناسی، مشاوره‌ای یا خدمات مهندسی مشاور است که مصادیق متعددی دارد. مهندس مشاور، طیفی

۱. پرجمی، جلال و مجید حیدری، راهنمای جامع مدیریت قراردادهای مشاوران، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۵، ص ۷۸.

۲. اسدی، محمد و همکاران، «تحلیل گفتمان تقنینی مداخله کیفری در وضعیت تعارض منافع»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱، ص ۲۵.

3. Musallami, A. I., *Owner Satisfaction with Consultancy Practices in Saudi Arabia*. Dhahran, Saudi Arabia: MSc Dissertation, King Fahd University of Petroleum and Mineral, 1992, p. 49.

گسترده از خدمات در نقش‌های مختلف ارائه می‌دهد، از امکان‌سنجی و طراحی تا نظارت بر اجرا و از مطالعات پژوهشی تا خدمات مدیریتی. این طیف گسترده خدمات بیانگر نقش بااهمیت مشاوران در صنعت ساخت است. توجه به این نقش بااهمیت و مدیریت تعارض منافع آن، در اجرای موفق پروژه‌ها ضرورت دارد، حال آن‌که به واسطه عوامل مختلفی، این مهم صورت نمی‌گیرد و مدیریت ناصحیح تعارض منافع به عنوان یک آفت اساسی در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی به چشم می‌خورد. مسئله این تحقیق، بررسی عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع در فعالیت شرکت‌های مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی (پروژه‌های عمرانی) و پی‌آمدهای مخرب آن است.

## گفتار اول. مبانی نظری و مروری بر ادبیات پژوهش

### بند اول. مفهوم‌شناسی تعارض منافع

تعارض در منافع (Conflict of interests) با نام‌های دوگانگی در تعهدات (Dual commitments)، رقابت در منافع (Competing interests) و رقابت در وفاداری (Competing loyalties) نیز شناخته می‌شود.<sup>۱</sup> این پدیده به معنای آن است که گاهی فردی به صورت ناخواسته در وضعیتی قرار می‌گیرد که میان منافع شخصی و حرفه‌ای او تضاد ایجاد شده است؛ گاه زمانی نمایان می‌شود که مسئولیت یک طرف در قبال طرف دومی، این محدودیت را برای وی به وجود می‌آورد که بتواند مسئولیت خود را به طرف سوم محول کند و گاه نیز موقعیت شخصی فرد، تحت تأثیر موقعیت عمومی او قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup> تعارض منافع، موضوعی فراگیر است و محدود به مرزهای جغرافیایی و سیاسی خاصی نمی‌شود. در کشور آمریکا، تعاریف متعددی برای تعارض منافع در نظر گرفته شده، به نحوی که به تعداد ایالت‌های این کشور (۵۰)، تعریف متفاوت برای تعارض منافع مطرح گردیده است.

به طور کلی، تعارض منافع به معنای تضادی است که میان منافع یک فرد با منافع دیگران در موقعیت تصمیم‌گیری وی رخ می‌دهد. منافع اصلی به اهداف اصلی حرفه یا یک فعالیت اشاره دارد. در مقابل، منافع ثانویه نه تنها انگیزه‌های مالی، بلکه دیگر منافع هم‌چون منافع سیاسی و

1. Johnson C. **Conflict of interest in scientific publications: a historical review and update**. J Manipulative Physiol Ther 2010; 33(2), p. 19 NCSL, 2018.

2. NCSL. (2018). **50 STATE TABLE: CONFLICT OF INTEREST DEFINITIONS**. Retrieved November, p. 10.

حتی تمایل به پیشرفت حرفه‌ای را نیز شامل می‌شود. بنابراین، تعارض منافع در موقعیت‌های «تصمیم‌گیری» رخ می‌دهد و نیز زمانی که تصمیمات فرد بر دیگران اثر می‌گذارد. این موقعیت می‌تواند در سطوح خرد یا در سطوح کلان باشد که یک سیاست‌گذار باید برای مردم و کشور «تصمیم» بگیرد. در این موقعیت‌های «تصمیم‌گیری»، فرد می‌تواند به جای اولویت دادن به تصمیمی که ضامن منافع دیگران است، به تصمیمی اولویت دهد که منافع خود را بیشینه می‌سازد.

در تهیه، تدوین و شکل‌گیری خط مشی، نظارت ذی‌نفعان در دسترسی و جامعیت خط مشی در سازمان‌های عمومی در راستای تحقق اهداف اصلی می‌تواند مسئولان امور عمومی را در موقعیت تعارض منافع قرار دهد. این تعارض منافع می‌تواند از طریق گروه‌های فشار یا لابی‌گری صورت گیرد. به جهت اهمیت طراحی و تدوین خط مشی لازم است از راهکارهای شفافیت و استفاده از ظرفیت‌های مردم و انجمن‌های مردمی در قالب مشارکت عمومی در راستای کاهش قدرت و اقتدار متمرکز دولت در دستورگذاری و تدوین خط مشی‌گذاری و رفع تعارض منافع احتمالی در فرآیند تدوین بهره‌گرفت.<sup>۱</sup>

در نظام اداری، هر یک از کارگزاران در راستای منفعت‌های عمومی، تکلیف‌هایی دارند. آنان در جایگاه‌های مختلف برای انجام دادن مأموریت‌های مربوط به حق‌ها و مصلحت‌های همگان قرار می‌گیرند و به همین دلیل، در برابر کنشگری‌ها و وظیفه‌ای که اجرا می‌کنند، حقوق می‌گیرند. از این رو، واگذاری انجام این وظیفه‌ها به نهادی دیگر که برای اشخاص مشمول یا بستگان آنان دارای سود باشد، جلوه‌ای از تعارض منافع است؛ زیرا این اشخاص به جای انجام دادن تکلیف پیش‌بینی شده در قانون، آن را به مجموعه‌ای دیگر از بخش خصوصی می‌سپارند که برای آنان یا نزدیکان این دسته سودآور است.<sup>۲</sup>

بر اساس وجوه مشترک تعاریف که برخی از آن‌ها در جدول ذیل آمده است، معمولاً تعارض منافع به وضعیتی گفته می‌شود که ظرفیت بالقوه نقض بی‌طرفی در تصمیم‌گیری یا اقدام یک مقام وجود داشته باشد؛ چون تضادی بین منافع فردی با منافع حرفه‌ای یا منافع عمومی مربوط وجود دارد.<sup>۳</sup>

۱. واثقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتابی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خط مشی‌گذاری عمومی»، حکمرانی متعالی، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۱، ص ۱۶.

۲. نیازپور، امیرحسین، «رویکرد سیاست جنایی لایحه نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۲۲۸.

۳. زینالو، مهدی و همکاران، «بررسی عوامل بروز تعارض منافع در نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، فصل‌نامه سیاست‌گذاری

در این جدول، مهم‌ترین تعاریف موجود در بین منابع استخراج و ارائه شده است:

جدول شماره ۱. تعاریف مختلف تعارض منافع در منابع مختلف

ردیف	سازمان / نهاد / محقق	سال	تعریف
۱	Higai	۱۹۷۸	مجموعه‌ای از شرایط که موجب می‌گردد تصمیمات و اقدامات حرفه‌ای تحت تأثیر یک منفعت ثانویه قرار گیرد (HIGAI, 1978).
۲	سازمان توسعه و همکاری‌های اقتصادی (OECD)	۲۰۰۳	تعارضی میان وظایف دولتی و منافع خصوصی مأموران دولتی به طوری که این منافع می‌تواند به صورت ناصحیحی، وظایف آن‌ها را تحت تأثیر قرار دهد. هم‌چنین از منظر این راهنما، سیاست‌های مقابله با تعارض منافع، دو هدف عمده دارد: اول، اطمینان از اقدام بی‌طرفانه و انجام مسئولیت‌های دولتی بدون در نظر گرفتن خواسته‌های شخصی و دوم، تقویت اعتماد عمومی به نهادهای عمومی (OECD, 2003).
۳	Tuncay	۲۰۰۳	وقوع ناسازگاری میان منافع شخصی و مسئولیت حرفه‌ای فردی که در موقعیت اعتماد قرار گرفته است (Tuncay, 2003).
۴	جورجینی و همکاران	۲۰۰۶	وضعیتی که در آن، شخص، وظیفه‌ای بیش از یک فرد یا سازمان را دارد، اما نمی‌تواند عدالت را نسبت به منافع واقعی یا بالقوه مغایر در هر دو طرف انجام دهد. این امر در شرایطی اتفاق می‌افتد که منافع یا نگرانی‌های شخصی با بهترین‌ها برای مشتری مغایرت داشته باشد یا وقتی که منافع شخصی یک مقام دولتی، مغایر با وفاداری وی به امور عمومی باشد (Giorgini, Paolo, et all, 2006).
۵	سازمان شفافیت بین‌الملل	۲۰۰۹	تعارض منافع را شرایطی است که در آن، افراد یا نهادها (که می‌تواند دولت، رسانه، کسب‌وکار یا سازمان مدنی باشد)، با انتخاب بین وظایف خود و منافع شخصی‌شان مواجه می‌گردند (Transpar-ency international, 2009).

ردیف	سازمان / نهاد / محقق	سال	تعریف
۶	Lo & Field	۲۰۰۹	تعارض منافع شامل موقعیت‌هایی می‌شود که قضاوت یا رفتار حرفه‌ای مربوط به منافع با اهمیت به صورت ناروا تحت تأثیر منافع کم‌اهمیت به مخاطره می‌افتد (Bernard Lo, & Field, M. J., 2009).
۷	طرح‌نامه کمیسیون اروپا <sup>۱</sup>	۲۰۱۱	مفهوم تعارض منافع باید دربرگیرنده تمامی حالت‌هایی باشد که در آن، کارکنان پیمانکار یا دیگر ارائه‌کنندگان خدمات دخیل در فرآیند، از نتیجه این قرارداد، منفعت شخصی داشته باشند، به گونه‌ای که بر بی‌طرفی و عملکردشان به طور ناصوابی اثر می‌گذارد. <sup>۲</sup>
۸	فرهنگ واژگان حقوقی Black	۲۰۱۲	تعارض منافع به حالت و وضعیتی اطلاق می‌شود که شخص یا اشخاصی وجود داشته باشند که از یک طرف در مقام و موقعیت محتاج به اعتمادند و از طرف دیگر، خود، دارای منافع شخصی یا گروهی مجزا و در تقابل و تعارض با مسئولیت موردنظرند. تعارض علایق، تضاد منافع، مناقشه منافع از دیگر واژه‌های همسان برای این واژه است. در کل، به معنای در عرض هم قرار گرفتن منافع مختلف است، به نحوی که نتوان یکی را بر دیگری ترجیح داد (Black's Law Dictionary, 2012).
۹	شهرداری شهر تهران	۱۳۹۷	تعارض منافع عبارت است از تعارض منافع شخصی مشمولان این مصوبه با انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی آن‌ها در مجموعه مدیریت شهری تهران (۱۳۹۷، شهرداری شهر تهران).
۱۰	مجلس شورای اسلامی	۱۳۹۷	تعارض منافع عبارت است از موقعیتی که منافع شخصی مشمولان این قانون با انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی آن‌ها دچار تعارض گردد (۱۳۹۷، مجلس شورای اسلامی).
۱۱	هیئت دولت	۱۳۹۸	تعارض منافع عبارت است از تعارض منافع شخصی مشمولان این قانون با انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف و اختیارات قانونی آن‌ها (۱۳۹۸، هیئت دولت).

1. EUROPEAN COMMISSION

2. [www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:EN:PDF#page=51](http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:EN:PDF#page=51).

ردیف	سازمان / نهاد / محقق	سال	تعریف
۱۲	وزارت نیرو	۱۳۹۹	هر گونه کسب منافع یا همکاری کارکنان وزارت نیرو و شرکت‌های زیرمجموعه، خارج از وظایف و مسئولیت‌های شغلی و ضوابط و چارچوب‌های اداری، با اشخاص حقیقی و حقوقی طرف قرارداد (برداشت محقق) (۱۳۹۹، وزارت نیرو).
۱۳	مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی	۱۳۹۹	تعارض منافع به شرايطی گفته می‌شود که یک شخص بر سر دوراهی منافع اجتماعی و مأموریت‌های سازمانی و از سوی دیگر، منافع شخصی، خانوادگی و حزبی قرار می‌گیرد. در واقع، تأمین یکی از این منافع به تأمین نکردن دیگری منجر می‌شود (۱۳۹۹، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی).

سازمان توسعه و همکاری اقتصادی<sup>۱</sup> (OECD) در کتاب «جعبه ابزار مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، رابطه تابعی یا عملکردی (محور عمودی) بین کارمندان دولت را که با تصمیم‌گیری انجام یا اقداماتی به نمایندگی از حکومت یا مرجع صلاحیت‌دار، اختیارات اداری دارند. با شهروندان عادی (محور افقی) که به دنبال پی‌گیری حقوق و منافع خویشند. در قالب نمودارهایی نشان می‌دهد. این نمودارها نشان می‌دهند که تعارض منافع چگونه ایجاد می‌شود و سبب از بین رفتن اعتماد یا نفس مسئولیت و اگذار شده می‌گردد. این راهنما تأکید می‌کند که کارمند دولت (و افرادی که وظایف آن‌ها را در قالب مشاور انجام می‌دهند) می‌بایست از نظر اعمال قدرت اداری و اگذار شده و پی‌آمدهای مستقیم و غیر مستقیم تصمیماتشان بررسی شوند. بنابراین، مسئولیت‌های کارکردی اساسی کارمندان دولت باید محور اصلی و کانون تمرکز این موارد باشد:

- خط مشی‌های تعارض منافع سازمان؛
- کدهای اخلاقی و رفتاری مرتبط؛
- سازوکارهای پاسخ‌گویی و شفافیت سازمان.

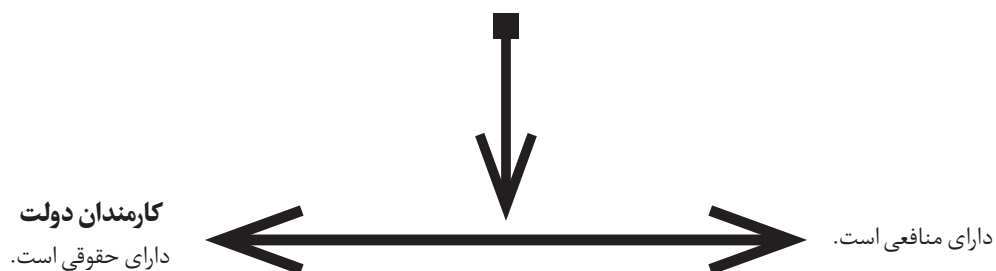
1. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

بر اساس فرآیند مشخص شده در این نمودارها نه تنها تعارض منافع شکل می‌گیرد، بلکه به فساد نیز تبدیل می‌شود.

### نقش کارمندان دولت

#### کارمند دولت

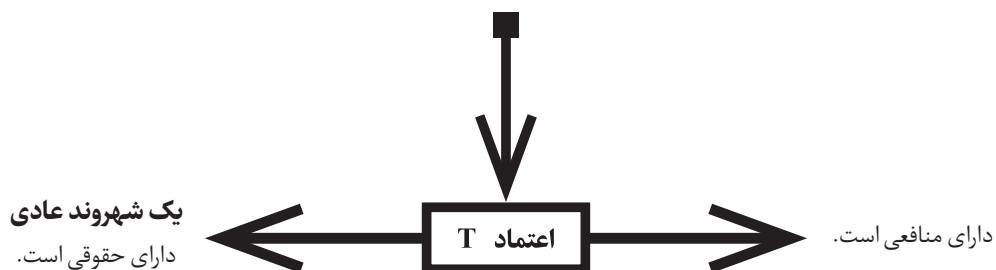
با به‌کارگیری اختیارات حکومتی و انجام وظایفش به صورت قانونی می‌تواند.



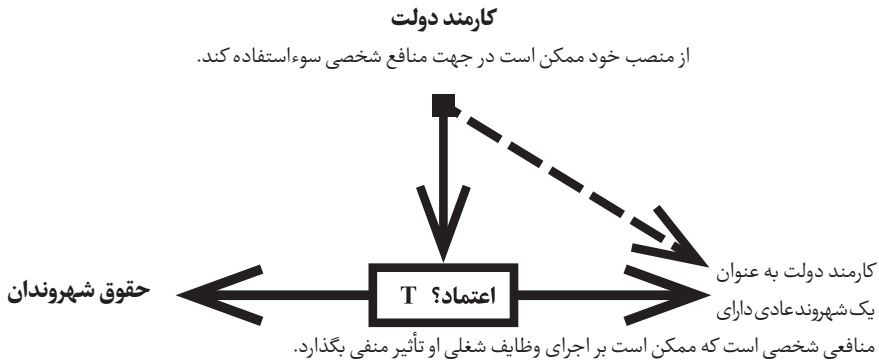
### منصب دولتی، نوعی اعتماد عمومی است

#### کارمند دولت

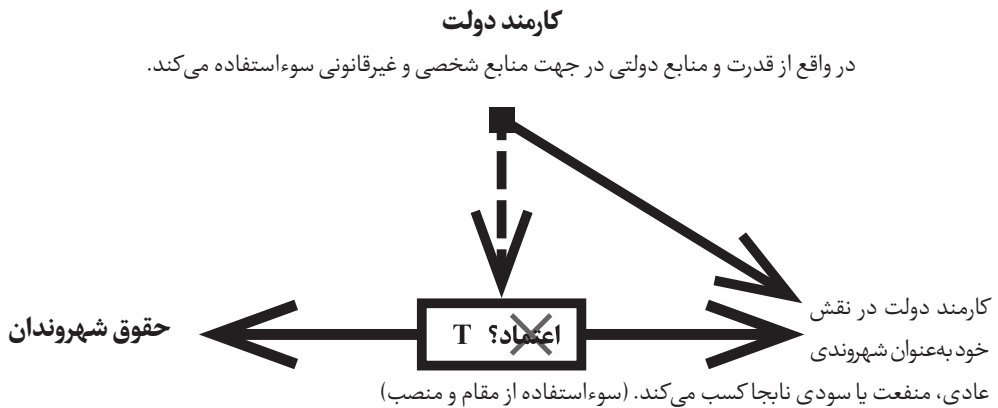
مورد اعتماد واقع شده است تا تصمیماتی بگیرد و این تصمیمات بر حقوق و منافع شهروندان عادی اثرگذار است.



### شکل‌گیری تعارض منافع



### منصب



تصویر شماره ۱. شکل‌گیری تعارض منافع (OECD, ۲۰۰۵)

## بند دوم. تعارض قوانین در قوانین نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران بدون این‌که قانون مشخصی در خصوص تعارض منافع مصوب شده باشد، مضمون آن به طور پراکنده در برخی قوانین و مقررات آمده است. در حوزه قضایی، از همان زمان که قوانین آیین دادرسی در ایران تصویب شده، مقرراتی نیز برای موارد تعارض منافع پیش‌بینی گردیده است. این رویه، کم‌وبیش، در مورد مراجع رسیدگی به تخلفات اداری یا انتظامی نیز رعایت شده است. علاوه بر این، قوانین متعدد دیگری به طور مستقیم یا غیر مستقیم به ممنوعیت یا تحدید اقداماتی پرداخته‌اند که به طور غیر مستقیم با تعارض منافع مرتبطند.<sup>۱</sup>

قانون‌گذار ایرانی تاکنون کارویژه مدیریت تعارض منافع را در هیچ یک از طرح‌ها یا لوایح قانونی مصوب خود به کار نبرده است. البته این سخن به آن معنا نیست که دولت و قوه مقننه به اهمیت موضوع واقف نیستند یا در این زمینه اقدامی نکرده‌اند. با این حال، به دلیل تصویب قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به دو کنوانسیون بین‌المللی می‌توان گفت که قانون‌گذار ایرانی، تعارض منافع را به رسمیت شناخته است. کنوانسیون‌ها و قوانین یادشده عبارتند از: قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۱۳۸۵/۳/۲۱ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۰ در مجمع تشخیص مصلحت نظام تأیید شد. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ۱۹۹۲ جهت اصلاح کنوانسیون تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران خسارت آلودگی نفتی مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۴ مجلس شورای اسلامی نیز قانون دیگری است که به بحث تعارض منافع پرداخته است. در آیین‌نامه‌ها نیز در برخی موارد، مدیریت تعارض منافع شناسایی شده است. در اصلاح آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمانی مصوب ۱۳۹۴/۱۲/۲ هیئت وزیران، ذیل ماده ۲، اصول اخلاق حرفه‌ای که همه اشخاص در ارائه خدمات مهندسی ملتزم به رعایت آن هستند، شمرده می‌شوند. در اولین اصل، بر مدیریت تعارض منافع به این صورت تصریح شده است: «رجحان منافع عمومی، حفظ محیط زیست، میراث فرهنگی و رعایت قانون بر منافع شخصی خود و صاحبان کار به هنگام تعارض منافع.» آیین‌نامه مورد اشاره به این‌گزاره اکتفا نکرده است و با استفاده از راهکار منع اشتغال هم‌زمان، برای مدیریت تعارض منافع

۱. مقدمه توجیهی پیش‌نویس لایحه مدیریت تعارض منافع در خدمات عمومی (۱۳۹۷).

در تبصره ۳ ماده ۵۹ این‌گونه مقرر می‌دارد: «به منظور رفع تعارض منافع و تسهیل رقابت سالم و اجتناب از اختلال در انجام وظایف، تصدی هم‌زمان کارکنان دستگاه‌های نظارتی یا اجرایی مرتبط با موضوع قانون مجاز نمی‌باشد.» هیئت وزیران در آیین‌نامه ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود در طرح‌های سرمایه‌گذاری مصوب ۱۳۹۶/۲/۱۷ به تعارض منافع اشاره کرده است. مطابق ماده ۴ این آیین‌نامه، اصول و روش‌های ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود به این شرح است: «ارزش‌گذاری باید با رعایت اصول محرمانگی، شفافیت، بی‌طرفی و اجتناب از تعارض منافع باشد»<sup>۱</sup>.

وضع قانون تعارض منافع از لوازم و اقتضائات حاکمیت قانون است و حاکمیت قانون در کشور ما ضعیف است و حاکمیت قانون مستلزم آن است که مقامات بر اساس قوانین و مقررات اقدام کنند، نه از روی سلیقه‌ها و برداشت‌های خود و تحقق ارزش‌های مهمی چون امنیت حقوق قضایی و اجتناب از دیکتاتوری به حاکمیت قانون وابسته است. علاوه بر این، قوانین متعدد دیگری به طور مستقیم یا غیر مستقیم به ممنوعیت یا تحدید اقداماتی پرداخته‌اند که به طور غیر مستقیم با تعارض منافع مرتبطند. لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷، قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی مصوب ۱۳۷۲، قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳، قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷، قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰ و نیز قانون رسیدگی دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۹۱.<sup>۲</sup>

در حال حاضر، تلاش‌های زیادی در ایران برای معرفی و شناخت تعارض منافع در بخش‌های مختلف در جریان است و این موضوع، یکی از دغدغه‌های مسئولان در رده‌های مختلف است و در سطح اجتماعی و عمومی نیز به آن پرداخته می‌شود. مهم‌ترین نتایج تلاش‌های صورت‌گرفته برای وضع قوانین و مقررات در خصوص تعارض منافع به این شرح است:

۱. دشتی، محمدتقی و همکاران، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲، ص ۲۷۷.

۲. پریمی، ابوالفضل و همکاران، «نقش تعارض منافع در شکل‌گیری آسیب‌های سیاست‌های سلامت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰، ص ۳۱.

جدول شماره ۲. مهم‌ترین نتایج تلاش‌های صورت‌گرفته برای وضع قوانین و مقررات در خصوص تعارض

(منافع (منبع: نگارندگان)

ردیف	سازمان / ارگان	نوع و عنوان ضوابط	شماره	تاریخ
۱	شهرداری شهر تهران	مدیریت تعارض منافع در شهرداری تهران	۱۶۰/۲۴۸۶/۲۰۳۵۵	۱۳۹۷/۰۷/۱۶
	مجلس شورای اسلامی	پیش‌نویس طرح مدیریت تعارض منافع	۱۱۲۷۲۰	۱۳۹۷/۱۲/۲۰
۲	دولت	لایحه مدیریت تعارض منافع در خدمات عمومی	۵۴۰۹۱/۱۱۱۵۳۸	۱۳۹۸/۸/۱۹ مصوب دولت ۱۳۹۸/۹/۴ ارسال به مجلس شورای اسلامی
۳	وزارت راه و شهرسازی	دستورالعمل اجرایی منع پذیرش هم‌زمان اموری که زمینه و موجبات نمایندگی و یا قبول منافع متعارض فراهم می‌آورد.	۵۷۵۷۳/۱۰۰/۰۲	۱۳۹۶/۱۱/۵
۴	وزارت نیرو	نحوه مدیریت تعارض منافع	---	۱۳۹۹/۸/۱۳
۵	وزارت آموزش و پرورش	مدیریت تعارض منافع در آموزش و پرورش	---	۱۳۹۹/۳/۱۹
۶	سازمان برنامه و بودجه	مدیریت تعارض منافع و جلوگیری از تبانی در ارجاع کار	۱۴۰۱/۷۳۰۳۹	۱۴۰۱/۰۲/۲۱

در نگاه کلی می‌توان عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع را از دیدگاه محققان صاحب‌نام در این زمینه در این جدول مشاهده کرد:

مرتب و همکاران (۱۴۰۰)	✓	✓	✓	✓	✓	✓														
اشتریان و همکاران (۱۴۰۰)	✓	✓	✓																	
انصاری (۱۴۰۰)			✓	✓																
وکیلیان و درخشان (۱۳۹۹)			✓																	
بهنام ذوقی و همکاران (۱۴۰۰)		✓	✓								✓									
مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی (۱۴۰۰، a)	✓	✓		✓							✓									
پرهیزگاری (۱۳۹۶)																				
OECD(2007)	✓	✓	✓	✓																
OECD(2005)		✓																		
Reed (2010)											✓									
Krongkaew(2008)	✓																			
Bertók (2007)																				
Apostol(2007)											✓									
KANTARCI (2017)																				
Messick(2007)	✓	✓	✓																	
Lankester (2007)	✓																			
Yukins(2008)		✓																		
Vlassis (2014)			✓																	
عامل																				
باورهای مذهبی																				
قضاوت اخلاقی																				
شدت اخلاقی																				
ماهیت نمایندگی در سازمان‌ها																				
تعریف و تفکیک منافع عمومی از خصوصی			✓																	
آموزش تخصصی در خصوص تعارض منافع																				
برنامه تصمیم‌گیری در شرایط تعارض منافع																				

✓	✓	✓	✓	✓	✓	مرتب و همکاران (۱۴۰۰)
✓		✓	✓		✓	اشتریان و همکاران (۱۴۰۰)
✓		✓	✓	✓	✓	انصاری (۱۴۰۰)
			✓			وکیلیان و درخشان (۱۳۹۹)
✓			✓	✓	✓	بهنام ذوقی و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓	✓	✓		✓	مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی (۱۴۰۰، a)
						پرهیزگاری (۱۳۹۶)
✓	✓	✓	✓	✓	✓	OECD(2007)
✓			✓	✓	✓	OECD(2005)
	✓		✓	✓	✓	Reed (2010)
		✓	✓	✓	✓	Krongkaew(2008)
	✓	✓	✓			Bertók (2007)
	✓		✓			Apostol(2007)
			✓			KANTARCI (2017)
✓			✓			Messick(2007)
						Lankester (2007)
	✓		✓	✓	✓	Yukins(2008)
			✓			Vlassis (2014)
نظام دریافت هدیه	تعهد و رعایت اخلاق سازمانی	محیط یا جو سازمانی	دستورالعمل‌های رفتاری و اخلاقی	تعریف معیارهای بی‌طرفانه در سیستم تصمیم‌گیری	سیستم‌های تدارکاتی مبتنی بر شفافیت و رقابت	عامل

آسیب‌شناسی تعارض منافع و سهم خواهی مهندسان  
مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی کشور

✓	✓	✓	✓	✓			مرتب و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓	✓	✓	✓	✓		اشتریان و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓	✓	✓	✓			انصاری (۱۴۰۰)
✓	✓	✓					وکیلیان و درخشان (۱۳۹۹)
	✓	✓	✓	✓			بهنام ذوقی و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓	✓	✓	✓		✓	مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی (۱۴۰۰، a)
							پرهیزگاری (۱۳۹۶)
							OECD(2007)
✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	OECD(2005)
✓	✓			✓			Reed (2010)
						✓	Krongkaew(2008)
✓	✓	✓					Bertók (2007)
		✓	✓	✓			Apostol(2007)
		✓					KANTARCI (2017)
✓	✓						Messick(2007)
	✓	✓	✓				Lankester (2007)
	✓					✓	Yukins(2008)
✓							Vlassis (2014)
ایجاد سازوکار افشای بروز تعارض منافع	ایجاد سازوکار اعلام دارایی‌ها	دسترسی آزاد به اطلاعات	سیستم مدیریت اطلاعات محرمانه	روز شرایط تعارض منافع	سیستم پایش و کنترل نظام پاداش . تحریم	استانداردسازی فرآیندها	عامل

✓	✓	✓						مرتب و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓	✓						اشتریان و همکاران (۱۴۰۰)
✓	✓							انصاری (۱۴۰۰)
✓	✓	✓						وکیلان و درخشان (۱۳۹۹)
✓	✓	✓	✓	✓				بهنام ذوقی و همکاران (۱۴۰۰)
	✓	✓	✓	✓	✓	✓		مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی (۱۴۰۰، a)
								پرهیزگاری (۱۳۹۶)
		✓	✓					OECD(2007)
							✓	OECD(2005)
	✓	✓	✓					Reed (2010)
		✓						Krongkaew(2008)
		✓						Bertók (2007)
✓					✓			Apostol(2007)
		✓						KANTARCI (2017)
	✓	✓					✓	Messick(2007)
✓				✓	✓	✓		Lankester (2007)
					✓		✓	Yukins(2008)
								Vlassis (2014)
عوامل اقتصادی	عوامل سیاسی	هنجارهای اجتماعی	الترامات شخصی یا حزبی و گروهی	حقوق و پداش کافی	نظام استبدادی شفاف	شایسته‌سالاری	غزالیگری پرسنل	حمایت از افشاکنندگان بروز تعارض منافع

آسیب‌شناسی تعارض منافع و سهم‌خواهی مهندسان  
مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی کشور

✓	✓	✓	✓	✓	مرتب و همکاران (۱۴۰۰)
	✓	✓		✓	اشتریان و همکاران (۱۴۰۰)
		✓		✓	انصاری (۱۴۰۰)
✓	✓	✓	✓	✓	وکیلیان و درخشان (۱۳۹۹)
		✓	✓	✓	بهنام ذوقی و همکاران (۱۴۰۰)
			✓		مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی (۱۴۰۰، a)
					پرهیزگاری (۱۳۹۶)
✓	✓	✓	✓		OECD(2007)
		✓			OECD(2005)
✓	✓	✓		✓	Reed (2010)
		✓	✓	✓	Krongkaew(2008)
		✓	✓	✓	Bertók (2007)
✓	✓	✓			Apostol(2007)
	✓	✓			KANTARCI (2017)
	✓	✓			Messick(2007)
			✓	✓	Lankester (2007)
		✓			Yukins(2008)
		✓		✓	Vlassis (2014)
ضمانت اجرای قانون	نظام کنترل و نظارت بر قانون	قانون مشخص	مطبوعات مستقل	نظارت همگانی	عامل

## بند سوم. تعارض منافع در شرکت‌های مشاوره مهندسی

تعارض منافع در این حوزه، زمانی رخ می‌دهد که به دلیل وجود دیگر روابط با موقعیت‌ها، پیمان‌کار به صورت بالقوه نمی‌تواند مشاوره و کمک بدون سوگیری را به دولت ارائه دهد. پس بی‌طرفی پیمان‌کار در اجرای قرارداد دچار مشکل می‌شود و پیمان‌کار مزیت رقابتی غیر عادلانه پیدا می‌کند. از این رو، مأمور پیمان‌کاری تدارکات دولت باید تعارض منافع سازمانی بالقوه را در فرآیند تملک، ارزیابی و پیش از عقد قرارداد، تعارض منافع قابل توجه را رفع کند. هم‌چنین پیمان‌کار موظف است: **یک** - تضمین دهد که اطلاعات دیگری وجود ندارد که تعارض منافع سازمانی را ایجاد کند و به دولت اطلاع نداده باشد؛

**دو** - موافقت کند تا گزارش کامل و سریعی به صورت مکتوب در اختیار مأمور پیمان‌کاری دولت از هرگونه تعارض منافع موجود یا بالقوه قرار دهد. گزارش باید حاوی اقدامات پیمان‌کار برای رفع این تعارض‌ها نیز باشد.<sup>۱</sup>

ساختار نظام مهندسی در موضوعات مختلف هم‌چون ارجاع کار، حق الزحمه و ارتقای پایه سبب می‌شود مهندسان در خدمات‌رسانی خود بین منافع شخصی و منافع جامعه به منافع شخصی میل داشته باشند. این موضوع را می‌توان در امضافروشی و همراهی ناظر با مجری در تخلفات مشاهده کرد. به واسطه سیاست‌های دولت در بخش وزارت راه و شهرسازی، تصمیم‌گیری در خصوص این سازمان دچار تعارض منافع می‌شود. از طرف دیگر، برخی مهندسان و مشاوران مسئولان سازمان‌های عمومی و دولتی به تدریج علاقه‌مند شدند که در سطح مدیریت سازمان‌های نظام مهندسی ساختمان‌ها حضور پیدا کنند و رسماً دو سوی میز بنشینند و تعارض منافع دیگری را دامن بزنند. هم‌چنین همه کارشناسان در حوزه‌های مختلف تصمیم‌سازی و مدیران در حوزه‌های تصمیم‌گیری به صورت ساختاری از نوعی اطلاعات مطلع می‌شوند. اگر گردش این اطلاعات آزاد نباشد، نوعی رانت اطلاعاتی برایشان ایجاد می‌شود و در معرض تعارض منافع شدید قرار می‌گیرند

---

۱. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، تعارض منافع؛ راهکارهای پیش‌گیری و مدیریت (گزارش پژوهشی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی پژوهش‌های اقتصادی، شماره مسلسل: ۱۵۸۰، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

که با توجه به امکان اشتغالشان در ساختار نظام مهندسی و بخش خصوصی، موقعیت تعارض منافع شدید ایجاد می‌کنند.

در این خصوص، سازمان برنامه و بودجه کشور، بخش‌نامه‌ای با موضوع «مدیریت تعارض منافع و جلوگیری از تبانی» در تاریخ ۱۴۰۱/۲/۲۱ به شماره ۱۴۰۱/۷۳۰۳۹ تصویب کرده که در آن چنین آمده است: «در اجرای اصل دوم از اصول حاکم بر نقشه ملی پیش‌گیری و مقابله با فساد اداری و اقتصادی و بر اساس این بخش‌نامه برای ایجاد فضایی بدون تبعیض، برابر و عادلانه برای ذی‌نفعان، حضور هم‌زمان پیمان‌کاران، واحدهای مدیریت طرح و یا مهندسان مشاوره که اشتراک مدیرعامل و اعضای هیئت مدیره، اعم از حقیقی و حقوقی یا سهام‌دار مشترک در تمام فرآیندهای ارجاع کار، ارزیابی کیفی، مناقصه، ترک تشریفات مناقصه و معاملات و پروژه‌های دستگاه‌های اجرایی مندرج در بند ۱ ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات، ممنوع است. هم‌چنین رعایت این بخش‌نامه برای تمام پیمان‌کاران، مهندسان مشاور و واحدهای مدیریت طرح، الزامی و مسئولیت اجرای کامل و نظارت آن بر عهده دستگاه‌های اجرایی مندرج در بند ۱ ماده ۱ قانون برگزاری مناقصات است.»

## گفتار دوم. مشکلات حقوقی مربوط طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای

قانون‌گذار در قوانین مختلف از طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای سخن گفته است، اما در خصوص ماهیت این طرح‌ها و نیز مسائل مربوط به اجرای آن‌ها برخی ابهام‌ها و مشکلات حقوقی وجود دارد که موضوع گفتار حاضر را تشکیل می‌دهد.

### بند اول. ابهام در تعریف طرح‌های تملک

در تعریف طرح‌های تملک دارایی بیان شده است: «مجموعه عملیات و خدمات مشخصی است که بر اساس مطالعات توجیهی، فنی، اقتصادی و اجتماعی که توسط دستگاه اجرایی طی مدت معین برای تحقق بخشیدن به هدف‌های برنامه توسعه پنج ساله به صورت سرمایه‌گذاری ثابت یا مطالعه برای ایجاد دارایی سرمایه‌ای اجرا می‌گردد، منابع مورد نیاز آن از محل اعتبارات مربوط به تملک دارایی‌های سرمایه‌ای تأمین می‌شود و به دو نوع انتفاعی و غیر انتفاعی تقسیم می‌گردد»<sup>۱</sup>.

۱. حجتی، غلام‌رضا، مجموعه کامل قوانین و مقررات مالی و محاسباتی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۴۳۵.

بر اساس قوانین موجود، تعریف طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای تناقض‌هایی دارد. طبق بند ۱۰ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه، طرح عمرانی، طرحی است که تمام یا قسمتی از آن از محل اعتبارات عمومی دولت تأمین می‌شود و بر اساس ماده ۷۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات ملی، طرح تملک دارایی به طرحی گفته می‌شود که تمامی منابع مورد نیاز اجرای آن از محل اعتبارات مربوط به تملک دارایی سرمایه‌ای تأمین می‌شود. از طرف دیگر، در حالی که در قانون برنامه و بودجه، طرح‌ها به سه دسته انتفاعی، غیر انتفاعی و مطالعاتی تقسیم شده، در ماده ۷۷ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی، طرح‌های مطالعاتی بدون اشاره صریح حذف گردیده است. ماده ۲۱ قانون برنامه و بودجه، مسئولیت تهیه و اجرای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای را بر عهده دستگاه‌های اجرایی می‌گذارد، اما در این ماده و دیگر مقررات قانونی و رویه‌های اداری، نشانی از چگونگی تصویب و مرجع تصویب‌کننده آن‌ها مشاهده نمی‌شود. در سال‌های قبل از ۱۳۵۳، تصویب مشخصات طرح‌های تملک دارایی به پیشنهاد سازمان برنامه و توسط هیئت عامل برنامه صورت می‌گرفت، اما بعد از تصویب قانون برنامه و بودجه و تعیین جایگاه قانونی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی در ساختار مدیریتی دولت و نیز عدم شمول مستقیم وظیفه‌های قانونی شورای اقتصاد به تصویب طرح‌ها، پیش‌بینی لازم برای این مرحله صورت نگرفت و این امر یکی از نارسایی‌های بسیار مهم قوانین در فرآیند بودجه‌ای کشور محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

## **بند دوم. مشکلات مربوط به انتفاعی یا غیرانتفاعی بودن و نبود توجیه اقتصادی در مورد طرح‌های تملک**

بخشی از مشکلات نظام مالی طرح‌های عمرانی از تعریف نادقیق طرح انتفاعی و غیر انتفاعی سرچشمه می‌گیرد، به طوری که برخی از طرح‌های عمرانی، هنگام شروع، طرح انتفاعی تلقی می‌شوند و طبق ماده ۳۲ قانون برنامه و بودجه، اعتبارات تخصیصی به آن‌ها، «وام» به شمار می‌رود و دستگاه بهره‌بردار باید در دوره بهره‌برداری، آن وام را به خزانه بازگرداند. با این حال، به دلایل مختلف از جمله تطابق نداشتن نوع اجرا با خواست بهره‌بردار در مورد انتفاعی یا غیر انتفاعی بودن طرح، اختلاف ایجاد می‌شود و دولت در عمل از منبع مالی ناشی از برگشت وام محروم می‌گردد.

۱. پناهی، علی و عاطفه جلالی موسوی، «بررسی مشکلات نظام بودجه‌ریزی طرح‌های عمرانی (طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای) و ارائه برخی راهکارها»، مجلس و راهبرد، سال دوازدهم، شماره ۴۷، ۱۳۸۴، ص ۱۰۸.

بر همین اساس، برای رفع این مشکل باید به موضوع انتفاعی و غیر انتفاعی و تعیین معیارهای آن توجه کرد. حتی اجرای طرح‌های انتفاعی در مقایسه با طرح‌های غیر انتفاعی باید مقررات متفاوت داشته باشند. گزارش‌های توجیهی فنی، اقتصادی، زیست‌محیطی و اجتماعی برای برخی از طرح‌های عمرانی در حال حاضر وجود ندارد و اگر وجود هم داشته باشد، طبق فرآیند قانونی صورت نمی‌گیرد. برای مثال، طبق قانون باید ابتدا گزارش توجیهی فنی، اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی طرح عمرانی توسط دستگاه تهیه و بعد از تصویب سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی برای اجرا به دستگاه ابلاغ گردد و اعتبار برای اجرای طرح در قانون بودجه منظور شود، ولی در حال حاضر، برای برخی از طرح‌ها، قبل از انجام طرح‌ها و پیش از مطالعات توجیهی فنی، اقتصادی، زیست‌محیطی و اجتماعی، اعتبار در نظر گرفته می‌شود.<sup>۱</sup>

با توجه به تعاریف قانونی در مورد طرح‌های عمرانی و تملک‌داری سرمایه‌ای، تهیه و اجرای طرح عمرانی به سامان‌دهی مناسب در سه حوزه بستگی دارد: فرآیند تصمیم‌گیری؛ عوامل اجرایی و منابع لازم. با توجه به مشکلات موجود در خصوص اجرای طرح‌های عمرانی، دو اقدام ضروری است: اول، اصلاح فرآیند تصمیم‌گیری در سطوح سیاسی و کارشناسی، به طوری که تمایلات شخصی و گروهی بر آن تأثیر نگذارد. دوم، اصلاح نظام فنی و اجرایی. پیمان‌کاری و مشاوره نیز از دیگر مشکلات مربوط به طرح‌های تملک‌داری است. با وجود پیشرفت خوبی که در برنامه سوم توسعه در مجموع این حوزه پدیدار شده است، توسعه همگن نیست و در زمینه‌هایی مانند نفت و گاز، نیرو و مخابرات، کشاورزی و آب‌زیان و صنعت و معدن، نارسایی زیاد است. در طول برنامه سوم توسعه، با وجود سیاست مصوب افزایش واگذاری اجرای پروژه‌ها به بخش خصوصی، تنها ۳۶/۵ درصد پروژه‌ها از طریق مناقصه به پیمانکار داده شده و در ۱۷ درصد موارد نیز با ترک تشریفات مناقصه، کار به پیمان‌کاران مشخص واگذار گشته و تقریباً نیمی دیگر از پروژه‌ها به شکل امانی و امانی-پیمانی اجرا گردیده است. ناکارایی و فساد احتمالی این وضع نیز به استدلال نیاز ندارد.<sup>۲</sup>

۱. پناهی، علی، پیشنهادهایی درباره طرح‌های تملک‌داری سرمایه‌ای جدید (گزارش پژوهشی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات برنامه و بودجه، شماره مسلسل: ۷۱۸۸، ۱۳۸۴، ص ۳.

۲. توکلی، احمد، «با طرح‌های ناتمام عمرانی چه کنیم؟» پژوهش‌نامه اقتصادی، دوره هفتم، شماره ۲۶، ۱۳۸۶، ص ۱۷.

## بند سوم. مسائل مربوط به بودجه طرح‌های تملک

در ایران، حجم گسترده‌ای از اعتبارات بودجه سنواتی هر ساله بابت ایجاد یا تحصیل طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای اختصاص می‌یابد.<sup>۱</sup> منظور از بودجه تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، اعتباراتی است که در برنامه عمرانی پنج ساله به صورت کلی و در بودجه عمومی دولت به تفکیک، جهت اجرای طرح‌های عمرانی و هم‌چنین توسعه هزینه‌های جاری مربوط به برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی دولت پیش‌بینی می‌شود (بند ۷ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور). درآمد بودجه جاری را به طور عمده، مالیات‌ها یا دیگر درآمدهای مرسوم و مستمر دولت تشکیل می‌دهند، در حالی که بودجه تملک دارایی‌های سرمایه‌ای از محل درآمدهای خاص مانند درآمد نفت یا وام‌های داخلی و خارجی تأمین اعتبار می‌شود. منظور از بودجه عمرانی در ایران، «اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای» است؛ یعنی وجوهی که مطابق قانون از محل درآمد نفت به سازمان تعلق می‌گیرد.<sup>۲</sup>

سال تقویمی معادل ۱۲ ماه و ۴ فصل است که ویژگی‌های جوی و طبیعی خاص خود را دارند. مصرف اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در شش ماه اول سال به علت زمان بر بودن فرآیند ابلاغ بودجه مصوب، مبادله موافقت‌نامه، ابلاغ تخصیص و پرداخت وجوه توسط خزانه و هم‌چنین مصادف بودن این دوره با دوره چهار ماهه مهلت موضوع مواد ۶۳ و ۶۴ قانون محاسبات عمومی، حجم بسیار پایینی دارد. این در حالی است که از نظر زمان اجرای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، این نیمه از سال، بهترین موعد است. بر عکس، در پایان سال که اجرای طرح‌های عمرانی از نظر زمانی نامناسب است و در دوران رکود به سر می‌برند، امکان پرداخت و تخصیص اعتبارات فراهم است.<sup>۳</sup>

۱. اسدی، ابومسلم و میثم جعفری پور، «بررسی ضرورت تدوین استانداردهای دولتی (مبنتی بر مفهوم مسئولیت پاسخ‌گویی) در طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای»، حسابداری دولتی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۴، ص ۷۲.

۲. قاسمی، محمدرضا و همکاران، «نحوه توزیع بودجه تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در بین استان‌های ایران (۱۳۷۹-۱۳۹۰)»، برنامه‌ریزی و بودجه، سال بیستم، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۴۲.

۳. فیاضی، محمدتقی و محمدنقی نظریور، «استفاده از اسناد خزانه اسلامی برای تأمین مالی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای دولت»، اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، ص ۹۰.

## گفتار سوم. پیشینه پژوهش

تاکنون مقالات زیادی در مورد تعارض منافع و چیستی آن منتشر شده است. فاطمه افشاری و داور درخشان در مقاله «مدیریت تعارض منافع بازار بورس و اوراق بهادار در آیین هنجارهای تقنینی»، موضوع تعارض منافع را در حیطه بورس بررسی کرده و در نهایت، به طرح پیشنهاد در حوزه تقنینی پرداخته‌اند. الهام قاسمی و مجتبی رفیعیان در مقاله «تحلیلی بر تعارض منافع در پروژه‌های بزرگ مقیاس مشارکتی در شهر با تأکید بر مدل شراکت عمومی، خصوصی و مردمی (مطالعه موردی: پروژه ارگ جهان‌نمای اصفهان)»، با استفاده از روش تحقیق کاربردی و مصاحبه شبه ساختاریافته به تحلیل موضوع پرداخته و نتیجه گرفته‌اند که شراکت گروه‌های مختلف اعم از بخش عمومی، خصوصی و مردمی در فرآیند طرح باعث ایجاد تعارض شده و این امر مانع تحقق اهداف طرح گردیده است.

رسول حیدری مهارلویی و محمدحسین صبحیه در مقاله «بررسی چالش‌های پیاده‌سازی لایحه مدیریت تعارض منافع در خدمات عمومی (مطالعه موردی: سازمان نظام مهندسی کشور)» با استفاده از روش تحقیق سندی، تحلیلی به نقد قوانین موجود در حوزه تعارض منافع پرداخته‌اند. باقر انصاری نیز در مقاله «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی» که به روش توصیفی و تحلیلی نگاشته شده، تأکید کرده است که مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی، در سلامت اداری نقش کلیدی دارد. وی پیشنهاد می‌کند که انواعی از تدبیرهای پیش‌گیرانه و واکنشی برای هر وضعیتی در نظر گرفته شود و حمایت از اعتماد عمومی، سلامت اداری و حکومت قانون، مدیریت تعارض منافع را ایجاب می‌کند.

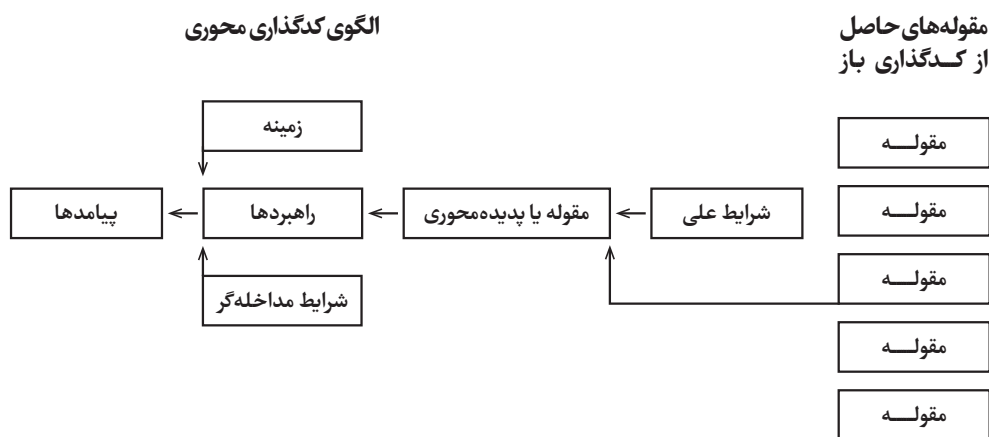
## گفتار چهارم. روش‌شناسی پژوهش

علم نه تنها یک نظم یا یک بنیاد است، بلکه نظم بخشی هم می‌کند. آن چه برای دستاوردهای علمی نزدیک به سه قرن گذشته دارای اهمیت بوده، دست‌یابی به روش‌های درست اندیشیدن و پیرایش نتایج اندیشه و ایجاد امکان انباشت و تکامل آن است. «متد» یا «روش» در اصطلاح به «قواعد راه بردن درست فکر» گفته می‌شود.<sup>۱</sup> بهترین روش تحقیق، مجموعه‌ای از قواعد، ابزارها و روش‌های قابل اطمینان و نظام‌یافته برای بررسی واقعیت‌ها، کشف مجهولات و دست‌یابی به راه حل مشکلات است. در این پژوهش، به منظور درک جامع از موضوع پژوهش، نظریه داده‌بنیاد<sup>۲</sup> به کار گرفته شده است.

۱. داوری، رضا، فلسفه در دام ایدئولوژی (ویراست فلسفه در بحران)، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی و شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۸۶.

## بند اول. نظریه داده‌بنیاد (گراندد تئوری، نظریه بر پایه)

به طور کلی، نظریه داده‌بنیاد، رهیافتی است برای بررسی نظام‌مند (غالباً) داده‌های کیفی (هم‌چون مصاحبه‌های پیاده‌شده و پروتکل مشاهده‌ها)، با هدف تولید نظریه<sup>۱</sup>. در این راهبرد، گردآوری و تحلیل داده‌ها و نظریه‌ای که در نهایت از داده‌ها استنتاج می‌شود، با یکدیگر ارتباط نزدیک دارند. پژوهشگر، کار را با یک حوزه مطالعاتی خاص آغاز می‌کند و اجازه می‌دهد نظریه از دل داده‌ها پدیدار شود. این نظریه نسبت به نظریه‌ای که حاصل جمع‌آوردن یک سلسله مفاهیم براساس تجربه صرف است، با احتمال بیش‌تری، نمایانگر واقعیت است. چون نظریه داده‌بنیاد از داده‌ها استنتاج می‌شوند، با ایجاد بصیرت و ادراک عمیق‌تر می‌توانند رهنمود مطمئنی برای عمل باشند<sup>۲</sup>. نظریه بر پایه [داده‌بنیاد] در طرح‌های متنوعی به اجرا درمی‌آید که در این پژوهش از نظریه داده‌بنیاد کلاسیک استفاده می‌شود که الگوی آن در تصویر شماره ۲ نشان داده شده است.



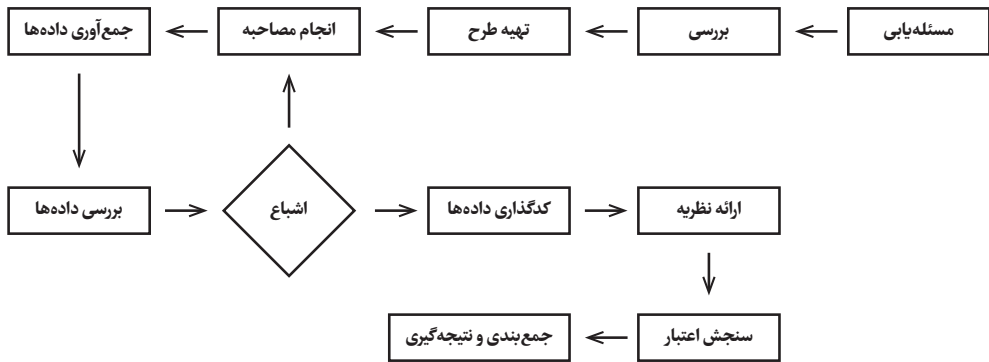
تصویر شماره ۲. کدگذاری نظریه‌سازی داده‌بنیاد: از کدگذاری باز تا کدگذاری محوری

(کرسول، ۲۰۰۵ به نقل از: دانایی فرد و همکاران، ۱۳۹۴)

۱. دانایی فرد، حسن و سید مهدی الوانی، روش‌شناسی پژوهش کیفی در مدیریت: رویکردی جامع، تهران: صفار اشراقی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۱.

۲. بازگان، عباس، مقدمه‌ای بر روش‌های تحقیق کیفی و آمیخته: رویکردهای متداول در علوم رفتاری، تهران: دیدار، ۱۳۸۷، ص ۴۶.

مراحل و فعالیت‌های انجام پژوهش حاضر به صورت تصویر شماره ۳ ترسیم شده است.



تصویر شماره ۳. مراحل و فعالیت‌های انجام پژوهش حاضر (منبع: نگارندگان)

## بند دوم. مشارکت‌کنندگان پژوهش

داده‌های پژوهش از طریق مصاحبه با خبرگان کارآزموده در پروژه‌های عمرانی کشور در بخش کارفرمایی، پیمان‌کاری و مشاوران گردآوری شد. مصاحبه‌ها در یک دور تا افزوده نشدن اطلاعات جدید در مصاحبه (اشباع نظری) ادامه یافت. انتخاب اولین مصاحبه‌شونده هدفمند بود و دیگران با پیشنهاد مصاحبه‌شوندگان (نمونه‌گیری گلوله برفی)<sup>۱</sup> انتخاب شدند. مصاحبه‌ها تا اشباع نظری پیش رفتند، بدین صورت که از مصاحبه بیست و یکم به بعد در مصاحبه‌ها، تکرارها به وضوح مشاهده شدند و از مصاحبه بیست و سوم به بعد، اطلاعات دریافتی کاملاً با اطلاعات قبلی هم‌پوشانی داشتند. با این حال، برای اطمینان از نقطه اشباع نظری، مراحل اجرای مصاحبه‌ها تا نمونه بیست و چهارم ادامه یافت. ویژگی‌های جمعیت‌شناختی نمونه آماری تحقیق در جدول شماره ۴ ارائه شده است:

### جدول شماره ۴. ویژگی‌های جمعیت شناختی مصاحبه‌شوندگان

ویژگی	شاخص‌ها	تعداد	سهم نسبی
وابستگی	از بدنه سازمان کارفرمایی	۱۱	٪۴۶
	از بدنه شرکت مشاوره	۸	٪۳۳
	از بدنه شرکت پیمان‌کار	۵	٪۲۱
مدرک تحصیلی	کارشناسی	۱۳	٪۵۴
	کارشناسی ارشد	۸	٪۳۳
	دکترای	۳	٪۱۲
	کم‌تر از ۱۵ سال	۸	٪۳۳
	۱۵ تا ۲۰ سال	۱۰	٪۴۱
سابقه کار	بیش‌تر از ۲۰ سال	۶	٪۲۵

### بند سوم. روش تحلیل داده‌ها

تحلیل داده با استفاده از کدگذاری انجام شده است. هدف از کدگذاری، افزایش سطح انتزاع و ایجاد مفاهیمی است که داده‌های بیش‌تری را تبیین می‌کنند. در رویکرد استراوس و کربین از سه مرحله کدگذاری باز،<sup>۱</sup> محوری<sup>۲</sup> و انتخابی<sup>۳</sup> برای تحلیل داده‌ها استفاده می‌شود. کدگذاری باز و محوری، کارهایی ترتیبی نیستند و ابعاد، روابط، تراکم و قدرت تبیین به عنوان یک نظریه در زمان تحلیل با هم رشد می‌کنند. پژوهشگر هنگام شکل دادن به ارتباطات بین مفاهیم، کدگذاری برای ویژگی‌ها و ابعاد مقولات کشف شده را متوقف نمی‌کند و ادامه می‌دهد.<sup>۴</sup> فرآیند تحلیل داده به منظور تدوین مدل پارادایمی مطابق تصویر شماره ۴ صورت گرفته است.

1. Open Coding

2. Axial Coding

3. Selective Coding

4. Corbin, J. & Strauss, A., **Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory** (3rd ed.). Los Angeles Calif.: SAGE Publications Inc., 2008, p. 13.



تصویر شماره ۴. فرآیند تحلیل داده به منظور تدوین مدل پارادایمی

### بند چهارم. سنجش کفایت فرآیند تحقیق

یکی از روش‌های معتبر ارزیابی پایایی در تحقیقات کیفی، روش حسابرسی فرآیند است. نتایج زمانی قابل حسابرسی‌اند که محقق دیگری بتواند فرآیند تصمیم به کار رفته توسط محقق اصلی در طول مصاحبه را با روشنی و وضوح پی‌گیری کند و سازگاری مطالعه را نشان دهد.<sup>۱</sup>

بنابراین، در تحقیق حاضر، فرآیند اجرای تصمیمات و همه داده‌های خام و تحلیل‌شده، کدها، مقوله‌ها، فرآیند مطالعه، اهداف اولیه و سؤال‌ها در اختیار دو تن از صاحب‌نظران قرار گرفت و با حسابرسی دقیق، همه گام‌های پیموده شده تأیید شد. برای اطمینان‌یابی از پایایی ابزار، علاوه بر روش حسابرسی، از روش توافق درونی (درون موضوعی) بهره گرفتیم. بدین منظور، ضمن ارائه آموزش‌های لازم برای کدگذاری مصاحبه‌ها از دو تن از صاحب‌نظران درخواست شد به عنوان کدگذار، سه مصاحبه را کدگذاری کنند که به صورت تصادفی گزینش شدند. میزان کدهای مورد توافق در هر مصاحبه و میزان توافق درون موضوعی (پایایی) در جدول شماره ۵ آمده است.

### جدول شماره ۵. روایی و اعتبار بر اساس روش لینکلن و گوبا

شاخص	فرآیند
اعتبار	صرف زمان کافی برای پژوهش و تأیید داده‌های مصاحبه توسط مصاحبه‌شونده
انتقال‌پذیری	دریافت نظر خبرگانی که در پژوهش شرکت نداشتند

1. Downing, S. M., "Reliability: on the reproducibility of assessment data", Medical Education, 2004, 38 (9), p. 1010.

شاخص	فرآیند			
تأییدپذیری	مستندسازی و حفظ همه گام‌های پژوهش و مستندات در فرآیند پژوهش			
قابلیت اعتماد	ثبت همه جزئیات پژوهش و یادداشت‌برداری در طول مصاحبه و روند پژوهش			
<b>جدول شماره ۶. پایایی ابزار پژوهش با استفاده از روش توافق درون موضوعی</b>				
ردیف	شماره مصاحبه	تعداد کل کدها	تعداد توافقاتها	پایایی بازآزمون (درصد)
۱	هفتم	۳۵	۲۷	٪۷۷
۲	سیزدهم	۴۱	۳۵	٪۸۵
۳	بیستم	۲۶	۲۰	٪۷۷
	<b>کل</b>	<b>۱۰۲</b>	<b>۸۲</b>	<b>٪۸۰</b>

## گفتار پنجم. یافته‌های پژوهش

با اطمینان از اشباع نظری و انجام کدگذاری‌های باز، محوری و انتخابی، نخست، اجزای الگو و سپس الگویی بر مبنای نظریه داده بنیاد کلاسیک تشریح می‌شود.

### بند اول. موجبات علی یا شرایط علی

علل و موجبات اصلی که پدیده مورد اکتشاف (مقوله اصلی در این پژوهش، سهم‌خواهی مشاوران) از آن‌ها ناشی می‌شود،<sup>۱</sup> مفاهیم و مقوله‌های شناسایی شده مرتبط با شرایط علی در جدول شماره ۷ بیان شده است.

۱. فراست‌خواه، مقصود، روش تحقیق کیفی در علوم اجتماعی با تأکید بر «نظریه برپایه» (گراند تئوری GTM)، تهران: آگاه، ۱۳۹۵.

جدول شماره ۷. مفاهیم و مقوله شناسایی شده مرتبط با شرایط علی

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
شرایط علی	تناسب نداشتن درآمد و هزینه‌های شرکت‌های مشاور	حق الزحمه کم مشاور فشار اقتصادی بر مشاور عوارض دولتی (بیمه - مالیات) سنگین تأخیر در پرداخت حق الزحمه مشاور از سوی کارفرما رقابت شدید بین شرکت‌های مشاور در پیشنهاد قیمت
	تداخل وظایف مشاور با کارفرما	دخالت کارفرما در امور فنی تحمیل نیرو از سوی کارفرما تغییر مدیران کارفرما و تغییر رویکرد برخورد با موضوعات
	اختیارات قراردادی مشاور	اختیارات قراردادی مشاور در تهیه اسناد مناقصه و قرارداد اختیارات قراردادی مشاور در نظارت فرآیند غیر شفاف قراردادی
	گزارش دهی غیر حرفه‌ای مشاور	تصمیم‌سازی‌های جهت‌دار مشاور ارائه اطلاعات فیلترشده به کارفرما از سوی مشاور
	ماهیت خدمات مهندسی	غیر متخصص بودن کارفرما و تکیه زیاد به مشاور اثرگذاری بالای خدمات مهندسی بر هزینه تمام شده پروژه پیچیدگی نسبی خدمات کیفی بودن بخش زیادی از خدمات تفسیرپذیری ضوابط
	مسئولیت‌ناپذیری مشاور	مسئولیت‌ناپذیری شرکت‌های مشاور نسبت به خدمات راحتی ثبت یا خرید شرکت مشاور ثبت نشدن عملکرد مشاوران

**بند دوم. شرایط زمینه‌ای**

شرایط زمینه‌ای، مفاهیمی هستند که موجبات علی در آن شرایط و زمینه‌ها بر پدیده اصلی اثر می‌گذارند. کارآمدی یا اثربخشی به این معناست که مجری طرح عمرانی با توجه به منابع مالی

و انسانی در اختیار توانسته باشد به اهداف مندرج در قوانین بودجه، برنامه و موافقت‌نامه مبادله شده دست یابد. ملاک نظارت، اهداف مصوب است. قسمت نخست تبصره ذیل ماده ۹۰ قانون محاسبات عمومی و ماده ۳۴ قانون برنامه و بودجه بر «هدف‌ها و سیاست‌های تعیین‌شده در قوانین برنامه عمرانی و قوانین بودجه» تأکید دارد و نظارت عملیاتی به معنای ارزش‌یابی مطابقت عملیات و نتایج حاصل‌شده با اهداف مصوب است.<sup>۱</sup>

این شرایط بر توسعه یا تحدید پدیده اثرگذارند. شرایط زمینه‌ای در این پژوهش به همراه مفاهیم و مقوله‌ها شامل مواردی است که در جدول شماره ۸ ارائه شده است.

جدول شماره ۸. مفاهیم و مقوله شناسایی شده مرتبط با شرایط زمینه‌ای

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
شرایط زمینه‌ای	ناکارآمدی نظام فنی و اجرایی کشور	ضوابط یک‌طرفه حاکم بر قرارداد مشاور تعرفه پایین خدمات مهندسی در کشور نظارت ناصحیح بر عملکرد مشاوران تناسب نداشتن معیارهای ارزیابی با خروجی خدمات مشاوران
	برخورد غیر حرفه‌ای کارفرما	عجله و زمان‌بندی غیر واقعی کارفرما پافشاری و الزام کارفرما در ارائه و تأیید موارد مورد نظر کارفرما
	نحوه انتخاب مشاور	انتخاب مشاور بر اساس کم‌ترین قیمت انتخاب مشاور بر اساس بیش‌ترین حرف‌شنوی
	ضعف نهادهای نظارتی	نظارت ناصحیح بر رفتار و عملکرد مشاور ضعف کارفرما در مقابل مشاور نامتخصص بودن افراد نهادهای نظارتی مشارکت کارفرما با مشاور در فرآیندهای غیر قانونی بازخواست نکردن مشاور در صورت عملکرد ضعیف

۱. صادقی، محمدحسین و ولی رستمی، «نهاد مطلوب نظارت عملیاتی بر طرح‌های تملک‌داری‌های سرمایه‌ای دولت در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق و بایسته‌های حقوقی»، پژوهش‌های برنامه و توسعه، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۱۱۱.

### بند سوم. پدیده محوری

پدیده محوری، پدیده‌ای مرکزی است که در زمینه آن اکتشاف می‌کنیم.<sup>۱</sup> با توجه به هدف پژوهش که بررسی اثر نامطلوب مدیریت نشدن تعارض منافع در فعالیت شرکت‌های مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی است، پدیده اصلی مورد مطالعه، تعارض منافع و سهم‌خواهی مشاوران در نظر گرفته می‌شود. در جدول شماره ۹، مفاهیم و مقولات مرتبط با آن نشان داده شده است.

جدول شماره ۹. مفاهیم و مقوله شناسایی شده مرتبط با پدیده محوری

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
پدیده محوری	سهم‌خواهی مشاوران	منفعت‌طلبی خارج از حقوق قانونی و قراردادی تعارض منافع در فرآیند ارائه خدمات فساد و تبانی مشاور با ارکان پروژه

### بند چهارم. راهبردها

راهبردها بیانگر این است که کنش‌گران به اقتضای زمینه‌ها و شرایطی که در آن قرار دارند، چه تدبیرها، ترفندها و شگردهایی در پیش می‌گیرند.<sup>۲</sup> این راهکارها و اقدامات، تعاملات و کنش‌هایی هستند که مطابق نظر مشارکت‌کنندگان می‌توان به کار گرفت. در جدول شماره ۱۰، مفاهیم و مقوله‌های مرتبط آمده‌اند.

جدول شماره ۱۰. مفاهیم و مقوله شناسایی شده مرتبط با راهبردها

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
راهبردها	دریافت پورسانت و درصد	دریافت پورسانت از وندرها و پیمان‌کاران جزء دریافت درصد از پیمان‌کار پروژه
	تبانی با ارکان پروژه	تبانی با پیمان‌کار و پیمان‌کاران جزء تبانی مشاور با کارفرما یا نیروهایشان

۱. فراست‌خواه، پیشین.

۲. همان.

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
راهبردها	کاهش کیفیت نیروها و خدمات	استفاده از نیروهای کم‌تجربه یا نامتخصص کپی‌کاری برآورد سرانگشتی و نادقیق
	شریک کردن دیگر ارکان پروژه در منافع ناسالم	تهدید افراد پیمان‌کار برای همکاری تطمیع افراد پیمان‌کار برای همکاری رشوه‌دهی به کارفرما و پیمان‌کار
	توجیه عقلانی رعایت نکردن اخلاق حرفه‌ای	رایج بودن و همه‌گیری حق بودن و نداشتن ایراد

### بند پنجم. شرایط مداخله‌گر

وقوع عوامل مداخله‌ای باعث تقویت یا بی‌اثر شدن راهبردها برای مدیریت کردن تعارض منافع می‌گردد. در این پژوهش، کدهای نهایی، مفاهیم و مقوله‌های مربوط به شرایط مداخله‌گر به شرح جدول شماره ۱۱ به دست آمد.

جدول شماره ۱۱. مفاهیم و مقوله شناسایی شده مرتبط با شرایط مداخله‌گر

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
شرایط مداخله‌گر	تغییرات درآمد و هزینه	افزایش هزینه‌های جاری شرکت‌های مشاور تغییر بخش‌نامه‌های نحوه محاسبه حق الزحمه
	اعتبار و شهرت شرکت	حفظ اعتبار و شهرت شرکت‌های مشاور
	اخلاق حرفه‌ای	نیروهای اخلاق‌گرای مشاور اخلاق‌گرایی دیگر ارکان پروژه همراهی نکردن پیمان‌کار با مشاور
	الزامات قانونی جدید	ارتقای سطح دانش کارفرمایان وضع قوانین و مقررات جدید

## بند ششم. پی‌آمدها

پی‌آمدها به این امر اشاره دارند که مجموع موجبات علی و راهبردهای برگزیده به چه آثار و نتایجی می‌انجامد.<sup>۱</sup> مفاهیم و مقوله‌های مرتبط با پی‌آمدهای حاصل از به‌کارگیری راهبردهای شناسایی‌شده در جدول شماره ۱۲ آمده است.

جدول شماره ۱۲. مفاهیم و مقوله شناسایی‌شده مرتبط با پی‌آمدها

مقوله اصلی	مفهوم	کدهای نهایی
پی‌آمدها	افزایش مدت و هزینه‌های پروژه‌ها	افزایش هزینه اتمام پروژه‌ها افزایش زمان پروژه‌ها افزایش دعاوی افزایش تعداد پروژه‌های نیمه‌کاره
	کاهش سطح کیفی خدمات مشاوران	کیفیت پایین خدمات (مطالعه، طراحی و نظارت) افزایش اشتباه‌ها و دوباره‌کاری‌ها چشم‌پوشی کارفرما از خطا و اشتباه‌های مشاور

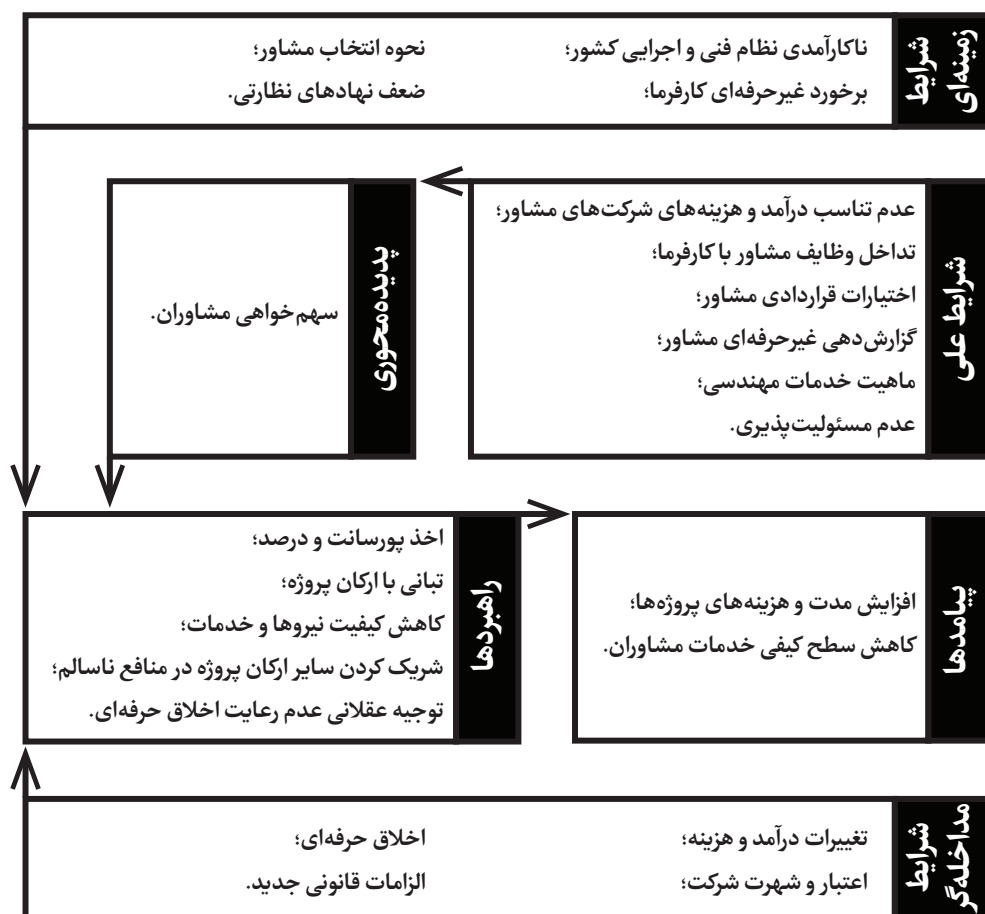
## بند هفتم. مدل پارادایمی براساس نظریه داده‌بنیاد نظام‌مند

خروجی فرآیند پژوهش، الگویی با شش بعد اصلی، ۲۲ مقوله فرعی و ۶۴ کد است. شرایط علی مشتمل بر مقوله‌های «تناسب نداشتن درآمد و هزینه‌های شرکت‌های مشاور»، «تداخل وظایف مشاور با کارفرما»، «اختیارات قراردادی مشاور»، «گزارش‌دهی غیر حرفه‌ای مشاور»، «ماهیت خدمات مهندسی» و «مسئولیت‌ناپذیری مشاور»، ایجادکننده پدیده مورد بررسی، تعارض منافع و سهم‌خواهی مشاوران هستند.

مقوله‌های «دریافت پورسانت و درصد»، «تبانی با ارکان پروژه»، «کاهش کیفیت نیروها و خدمات»، «شریک کردن دیگر ارکان پروژه در منافع ناسالم» و «توجیه عقلانی رعایت نکردن اخلاق حرفه‌ای» به عنوان راهبردها مطرح شده‌اند که شرایط مداخله‌ای با مقوله‌های «تغییرات درآمد و هزینه»، «اعتبار و شهرت شرکت»، «اخلاق حرفه‌ای»، «الزامات قانونی جدید» و شرایط زمینه‌ای مشتمل بر

۱. همان، ص ۲۲۶.

مقوله‌های «ناکارآمدی نظام فنی و اجرایی کشور»، «برخورد غیر حرفه‌ای کارفرما»، «نحوه انتخاب مشاور» و «ضعف نهادهای نظارتی» بر راهبردها اثرگذارند. پی‌آمد راهبردها نیز به «افزایش مدت و هزینه‌های پروژه‌ها» و «کاهش سطح کیفی خدمات مشاوران» می‌انجامد. مدل پارادایمی در تصویر شماره ۵ ارائه شده است.



تصویر شماره ۵. مدل نظری عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع در فعالیت شرکت‌های مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی (منبع: نگارندگان)

## نتیجه‌گیری

مطالعه، طراحی و نظارت پروژه به همراه طیفی گسترده از خدمات توسط مهندسان مشاور انجام می‌شود. هدف کارفرمایان از به‌کارگیری مشاوران، انجام کار صحیح به روش درست است، به نحوی که آنان را به اهداف سازمان برساند و منافع پروژه‌ها حاصل گردد. این امر از طریق تنظیم مدل مدیریت تعارض منافع امکان‌پذیر است. چون تعارض منافع یکی از معضلات اساسی مشاوران در ارائه خدمات است، اگر کارفرمایان دولتی بخواهند به اهداف خود برسند، باید وضعیت ارائه خدمات مشاوران را از منظر تعارض منافع نظام‌مند سازند که به همکاری منسجم همه ارکان پروژه بستگی دارد.

مسئله این تحقیق، عوامل مؤثر بر مدیریت تعارض منافع در فعالیت شرکت‌های مهندسان مشاور در پروژه‌های نظام فنی و اجرایی (پروژه‌های عمرانی) و پی‌آمدهای مخرب آن است. در این تحقیق که با استفاده از روش تحقیق کیفی انجام شده است، با مصاحبه با ۲۴ فعال حوزه پروژه‌های عمرانی، مقوله‌های مسئله تحقیق شناسایی گردیدند و داده‌های به دست آمده بر اساس روش گراند تئوری کدگذاری و مقوله‌بندی شدند و با تدوین قضیه‌های پژوهش، به مدل نهایی دست یافتیم. در توضیح مدل نهایی می‌توان گفت که پدیده محوری در کسب و کار شرکت‌های خدمات مشاوره، تعارض منافع و سهم‌خواهی مشاوران است که منفعت‌طلبی خارج از حقوق قانونی و قراردادی، تعارض منافع در فرآیند ارائه خدمات و فساد و تبانی مشاور با ارکان پروژه، جنبه‌های مهم این پدیده هستند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. ابوحمزه، داریوش و شهرام حلاج نیشابوری، نقد و بررسی اصلاحیه دستورالعمل شرایط واگذاری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای (گزارش)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات بخش عمومی پژوهش‌های اقتصادی، شماره مسلسل: ۱۴۹۸۷، ۱۳۹۵.
۲. بازرگان، عباس، مقدمه‌ای بر روش‌های تحقیق کیفی و آمیخته: رویکردهای متداول در علوم رفتاری، تهران: دیدار، ۱۳۸۷.
۳. پرچمی، جلال و مجید حیدری، راهنمای جامع مدیریت قراردادهای مشاوران، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۵.
۴. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، تعارض منافع: راهکارهای پیش‌گیری و مدیریت (گزارش پژوهشی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی پژوهش‌های اقتصادی، شماره مسلسل: ۱۵۸۰۱، ۱۳۹۶.
۵. پناهی، علی، پیشنهادهایی درباره طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای جدید (گزارش پژوهشی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات برنامه و بودجه، شماره مسلسل: ۷۱۸۸، ۱۳۸۴.
۶. حجتی، غلام‌رضا، مجموعه کامل قوانین و مقررات مالی و محاسباتی، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.
۷. حکیمیان، محمدحسین، طرح‌های عمرانی، پاشنه آشیل اقتصاد ایران، تهران: مدیرساز، ۱۳۹۲.
۸. دانایی‌فرد، حسن و سید مهدی الوانی، روش‌شناسی پژوهش کیفی در مدیریت: رویکردی جامع، تهران: صفار اشراقی، ۱۳۹۱.
۹. داوری، رضا، فلسفه در دام ایدئولوژی (ویراست فلسفه در بحران)، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی و شرکت چاپ و نشر بین‌الملل، ۱۳۸۶.
۱۰. دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی پژوهش‌های اقتصادی، بررسی لایحه بودجه سال ۱۳۹۰ کشور،

- طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۱. دفتر مطالعات برنامه و بودجه، مجموعه آشنایی با بودجه (۴): اعتبارات طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای (طرح‌های عمرانی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۷۲۱۶، ۱۳۸۳.
۱۲. فراست خواه، مقصود، روش تحقیق کیفی در علوم اجتماعی با تأکید بر «نظریه برپایه» (گراند تئوری GTM)، تهران: آگاه، ۱۳۹۵.
۱۳. گزارش کمیسیون برنامه، بودجه و محاسبات، وظایف، اختیارات و اولویت‌های پیشنهادی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۷۰۶۵، ۱۳۹۹.
۱۴. مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری سازمان برنامه و بودجه، گزارش سامان‌دهی و تأمین مالی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، ۱۳۹۸.
۱۵. مرکز پژوهش‌های توسعه و آینده‌نگری سازمان برنامه و بودجه، گزارش وضعیت اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در لایحه بودجه سال ۱۳۹۸، کد شناسه ۱۰۶۰-۹-۹۷، ۱۳۹۷.

#### ب) مقاله

۱. اسدی، ابومسلم و میثم جعفری‌پور، «بررسی ضرورت تدوین استانداردهای دولتی (مبتنی بر مفهوم مسئولیت پاسخ‌گویی) در طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای»، حسابداری دولتی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۴.
۲. اسدی، محمد و همکاران، «تحلیل گفتمان تقنینی مداخله‌کننده‌گری در وضعیت تعارض منافع»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱.
۳. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۴. بادینی، حسن و همکاران، «تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۶، ۱۳۹۹.
۵. پریمی، ابوالفضل و همکاران، «نقش تعارض منافع در شکل‌گیری آسیب‌های سیاست‌های سلامت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰.

۶. پناهی، علی و عاطفه جلالی موسوی، «بررسی مشکلات نظام بودجه‌ریزی طرح‌های عمرانی (طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای) و ارائه برخی راهکارها»، مجلس و راهبرد، سال دوازدهم، شماره ۴۷، ۱۳۸۴.
۷. توکلی، احمد، «با طرح‌های ناتمام عمرانی چه کنیم؟» پژوهش‌نامه اقتصادی، دوره هفتم، شماره ۲۶، ۱۳۸۶.
۸. دشتی، محمدتقی و همکاران، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲.
۹. زینالو، مهدی و همکاران، «بررسی عوامل بروز تعارض منافع در نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، فصل‌نامه سیاست‌گذاری عمومی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۱۰. صادقی، محمدحسین و ولی رستمی، «نهاد مطلوب نظارت عملیاتی بر طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای دولت در پرتو تحلیل اقتصادی حقوق و بایسته‌های حقوقی»، پژوهش‌های برنامه و توسعه، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱.
۱۱. فیاضی، محمدتقی و محمدنقی نظریور، «استفاده از اسناد خزانه اسلامی برای تأمین مالی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای دولت»، اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۱۳، ۱۳۹۴.
۱۲. قاسمی، محمدرضا و همکاران، «نحوه توزیع بودجه تملک دارایی‌های سرمایه‌ای در بین استان‌های ایران (۱۳۷۹-۱۳۹۰)»، برنامه‌ریزی و بودجه، سال بیستم، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۴۲.
۱۳. نیاززیور، امیرحسین، «رویکرد سیاست جنایی لایحه نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱.
۱۴. واثقی بادی، محمد و صالح بنی‌اسد دشتابی، «جایگاه مفهوم تعارض منافع در حکمرانی و خط مشی‌گذاری عمومی»، حکمرانی متعالی، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۱.

## ۲. Latin Source

۱. Corbin, J. & Strauss, A., Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory (۳rd ed.). Los Angeles Calif.: SAGE Publications Inc., ۲۰۰۸.
۲. Downing, S. M., "Reliability: on the reproducibility of assessment data", Medical Education, ۳۸ (۲۰۰۴), ۹).

۳. Johnson, C., Conflict of interest in scientific publications: a historical review and update, J Manipulative Physiol Ther, ۲) ۳۳ ,۲۰۱۰).
۴. Musallami, A. I., Owner Satisfaction with Consultancy Practices in Saudi Arabia. Dhahran, Saudi Arabia: MSc Dissertation, King Fahd University of Petroleum and Mineral, ۱۹۹۲.
۵. NCSL., ۵۰ STATE TABLE: CONFLICT OF INTEREST DEFINITIONS, Retrieved November ۲۰۱۸.

## رویکرد نظام قضایی ایران به انتقال قهری املاک و اراضی خصوصی به دستگاه‌های اجرایی

سعیده زرگر<sup>۱</sup>

اصغر عربیان<sup>۲</sup>

شهاب جعفری ندوشن<sup>۳</sup>

### چکیده

در طول تاریخ حیات بشری، یکی از چالش‌برانگیزترین مسائل مربوط به حق مالکیت بر اموال غیر منقول، انتقال قهری آن به دولت بوده است. امروزه در بیش‌تر کشورها، در راستای حمایت از حق مالکیت فردی، شرایط انتقال قهری اراضی و املاک به دولت در پرتو قوانین و مقررات نظام‌مند شده است. در نظام حقوقی ایران نیز چنین کاری به ویژه در نیم قرن اخیر صورت گرفته است. با این حال، این موضوع به دلایل مختلف، چالش‌های متعددی دارد.

به همین جهت، مقاله کنونی پس از بررسی شرایط تملک قهری املاک توسط دستگاه‌های اجرایی به بررسی این چالش‌ها از منظر نظام قضایی ایران پرداخته است. بر اساس یافته‌های این مقاله، تملک قهری از سوی دستگاه‌های اجرایی شرایط متعددی دارد که عبارتند از: وجود طرح مصوب، نیاز دستگاه اجرایی، تأمین اعتبار اجرای طرح، ضروری بودن اجرای طرح و نبود اراضی ملی و دولتی. علاوه بر این، تعیین بهای ملک، تأخیر در پرداخت بهای ملک و تأخیر در اجرای طرح، مهم‌ترین چالش‌های تملک قهری در ایران به شمار می‌آیند که بخشی از این چالش‌ها به ابهام در قوانین و خلأهای قانونی موجود در این زمینه باز می‌گردد.

**واژگان کلیدی:** انتقال قهری، بهای روز، حق مالکیت، رویه قضایی، طرح مصوب.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، saeideh.zargar67@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، نویسنده مسوول، E-mail: a-arabian@srbiau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، E-mail: shjafari@srbiau.ac.ir

## مقدمه

امروزه نظام‌های حقوقی، حق مالکیت فردی را به عنوان حقوق اولیه شهروندی شناسایی کرده‌اند و سازوکارهایی برای حمایت از آن پیش‌بینی شده است. بر مبنای چنین سازوکارهایی، هرگونه انتقال حق مالکیت به رضایت مالک مال بستگی دارد. هر چند در نظام‌های حقوقی، اصل بر انتقال ارادی حق مالکیت است، در برخی موارد، انتقال قهری حق مالکیت نیز در قوانین پذیرفته شده است. از جمله این موارد، زمانی است که دولت به دلایلی چون حفظ منافع عمومی، اموال غیر منقول متعلق به شهروندان را به طور قهری تملک می‌کند. این موضوع که امروزه در نظام حقوقی بیش‌تر کشورها پذیرفته شده است، چالش برانگیزترین فرض انتقال قهری حق مالکیت به شمار می‌آید.

در نظام حقوقی ایران نیز انتقال قهری حق مالکیت اموال غیر منقول در قوانین مختلف پذیرفته و در راستای تضمین حقوق شهروندان، ضوابط متعددی برای آن تعیین شده است. با این حال، نظام قضایی ایران به دلایلی چون ابهام قوانین موجود در این زمینه، شاهد صدور آرای متفاوت و متعارض از سوی شعب دیوان عدالت اداری و محاکم قضایی دادگستری بوده است.

با توجه به ابهام‌ها و چالش‌های موجود، مقاله کنونی به بررسی رویکرد نظام قضایی ایران به تملک قهری املاک و اراضی خصوصی از سوی دستگاه‌های اجرایی می‌پردازد. برخی آثار پژوهشی به این موضوع توجه کرده‌اند. با این حال، این اثر از دو جهت نسبت به آثار علمی پیشین دارای نوآوری است؛ نخست آن‌که بررسی‌ها نشان می‌دهد آثار علمی پیشین عمدتاً به بررسی مبانی، شرایط و ماهیت تملک قهری دستگاه‌های اجرایی پرداخته و به رویکرد نظام قضایی در این زمینه کم‌تر توجه کرده‌اند. حال آن‌که در حوزه تملک قهری از سوی دولت، دادگاه‌ها نقش مهمی دارند؛ از جمله آن‌که با تفسیر موسع از قوانین می‌توانند اختیارات دولت را برای امکان تملک اموال خصوصی افراد گسترش دهند. هم‌چنین در برخی کشورها، تملک قهری و سلب مالکیت، تنها با حکم دادگاه صورت می‌گیرد؛ به طوری که انتقال مالکیت با صدور قرار سلب مالکیت از سوی مقام قضایی ویژه تملکات انجام می‌شود و میزان غرامت مالکان نیز توسط همین مقام تعیین می‌گردد.<sup>۱</sup> دوم آن‌که در قانون

۱. کامیار، غلام‌رضا، حقوق اداری اموال، سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی، مطالعه تطبیقی (ایران و فرانسه)، تهران: مجد،

چاپ دوم، ۱۴۰۱، ص ۱۹۰.

دیوان عدالت اداری به تملک قهری توسط دستگاه‌های اجرایی به صراحت اشاره کرده<sup>۱</sup> و به این موضوع در آرای صادرشده از هیئت عمومی و شعب دیوان عدالت اداری نیز توجه شده است؛ به طوری که این آرا، مهم‌ترین منابع شکل‌دهنده رویه قضایی ایران در این زمینه‌اند.

از یک سو، قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ دچار اصلاحات اساسی شده و از دیگر سو، در سال‌های اخیر، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، آرای وحدت رویه جدیدی در این زمینه صادر کرده که این آرا به موجب قانون جدید دیوان عدالت اداری برای قضات محاکم دادگستری و دیگر مراجع لازم‌الاتباع است.<sup>۲</sup> همین موردها، تغییرات جدیدی در نظام حقوقی حاکم بر تملک قهری ایجاد کرده که در آثار علمی پیشین به آن‌ها توجه نشده است.

بر این اساس، مقاله کنونی با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتاب‌خانه‌ای به بررسی شرایط و چالش‌های انتقال قهری املاک و اراضی خصوصی به دستگاه‌های اجرایی از منظر نظام قضایی ایران می‌پردازد. در این راستا، در قسمت نخست مقاله، شرایط تملک قهری املاک و اراضی از سوی دستگاه‌های اجرایی و پس از آن، چالش‌های موجود در این زمینه بررسی می‌شود.

## گفتار نخست. شرایط تملک قهری املاک و اراضی از سوی دستگاه‌های اجرایی

تملك قهری املاک و اراضی از سوی دستگاه‌های اجرایی به موجب قوانین، شرایط متعددی دارد. در نظام حقوقی ایران بر اساس «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» (یا همان لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸) که مهم‌ترین قانون در این زمینه است، شرایط تملک قهری عبارتند از: وجود طرح مصوب، نیاز دستگاه اجرایی، تأمین اعتبار اجرای طرح، ضروری بودن اجرای طرح و نبود اراضی ملی و دولتی که در این قسمت در مورد آن‌ها توضیح داده می‌شود.

۱. بند ۴ ماده ۱۱۱ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۴۰۲).

۲. ماده ۹۳ قانون دیوان عدالت اداری (اصلاحی ۱۴۰۲).

## بند نخست. وجود طرح مصوب

وجود طرح مصوب، نخستین شرط تملک قهری اموال غیر منقول است.<sup>۱</sup> طرح مصوب، طرحی است که با هدف مشخص پس از پیمودن مراحل قانونی به تصویب مراجع صلاحیت‌دار می‌رسد. طرح مصوب، مصادیق متعددی داشته و عمدتاً شامل طرح‌های جامع شهری، هادی و تفصیلی است. وجود طرح مصوب، مبنای اقدامات بعدی دستگاه اجرایی برای تملک قهری است؛ به طوری که تملک باید برای همان طرح و در چارچوب آن صورت گیرد و پس از تملک نمی‌توان هدف و کاربری آن را تغییر داد. بنابراین، اگر ملکی برای مقاصد حفاظت ساحلی تملک شده باشد، آن را نمی‌توان برای ایجاد تفرجگاه استفاده کرد.

در برخی کشورها مانند انگلستان، در فرآیند تصویب طرح برای شهروندان، امکان اعتراض نسبت به طرح نزد مراجع تصویب‌کننده وجود دارد.<sup>۲</sup> در ایران، در مراحل تصویب طرح‌های عمومی، عمرانی و نظامی به شهروندان اطلاع‌رسانی نمی‌شود و مالکان املاک و اراضی یا صاحبان حقوق نه تنها در مورد شیوه تصویب طرح و تعیین محتوای آن نقشی ندارند، بلکه در مرحله تصویب طرح، امکان اعتراض یا تجدیدنظر نزد مقامات اجرایی نیز در قوانین برای آنان پیش‌بینی نشده است. پس از تصویب طرح چون به موجب قوانین، اطلاع‌رسانی یا اعلام رسمی طرح مصوب به مالک و صاحبان حقوق عینی ضرورت دارد،<sup>۳</sup> آنان می‌توانند به دنبال اطلاع از مفاد طرح مصوب، اگر آن را برخلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب‌کننده بدانند، بر اساس بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری، ابطال آن را از دیوان عدالت اداری بخواهند. در عمل نیز تاکنون هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تمام یا بخشی از برخی طرح‌های مصوب را ابطال کرده است.<sup>۴</sup>

اطلاع‌رسانی به شهروندان در مرحله تصویب طرح، سازوکار قانونی مطلوبی است که در اصلاحات آتی قوانین باید در نظر گرفت؛ زیرا اطلاع‌رسانی در مرحله تصویب طرح ممکن است سبب بیان برخی مسائل (از جمله

۱. نک: تبصره ۲ و ۴ قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (مصوب ۱۳۶۷).

۲. فقیه لاریجانی، فرهنگ و همکاران، «مرجع و فرآیند تملک قهری اراضی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۸، ص ۲۱۶.

۳. ماده ۸ لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸).

۴. آرای شماره ۱۴۴۳، مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ و شماره ۵۶، مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

مشکلات عملی اجرای طرح) از سوی آنان (به ویژه مالکان دارای قدمت طولانی مالکیت) شود که از نظر مرجع تصویب‌کننده مغفول مانده باشد. این اطلاع‌رسانی می‌تواند از یک سو، طرح مصوب را به واقعیت، نزدیک‌تر و اجرای آن را آسان‌تر کند و از دیگر سو، از بسیاری دعاوی احتمالی آتی مالکان (که حتی ممکن است منجر به صدور دستور موقت شود و اجرای طرح مصوب را فوری متوقف کند)، پیش‌گیری کند.

## بند دوم. نیاز دستگاه اجرایی

به موجب لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک (مصوب ۱۳۵۸)، هر گاه برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دستگاه‌های اجرایی به اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و دیگر حقوق مربوط به آن اراضی که متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی است، نیاز باشد، آن‌ها می‌توانند طبق مقررات مندرج در این قانون خریداری و تملک کنند (ماده ۱).

همان‌طور که مشاهده می‌شود، در قسمت پایانی این ماده از نیاز «دستگاه اجرایی» سخن گفته شده است. در نظام حقوقی ایران، مصادیق دستگاه‌های اجرایی در قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶ با اصلاحات بعدی) تعیین شده است. به موجب ماده ۵ این قانون، «کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است، از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند».

کنار هم قرار دادن مواد قانونی این دو قانون دلالت بر آن دارد که همه دستگاه‌های اجرایی (اعم از وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی و شرکت‌های دولتی) می‌توانند در راستای نیاز خود با رعایت دیگر شرایط قانونی به تملک قهری دست بزنند. با این حال، برخی از نویسندگان با این موضوع مخالفند و کوشیده‌اند دایره شمول دستگاه‌های اجرایی یا محدوده اختیارات آن‌ها را محدود کنند. به نظر آنان، نهادهای عمومی غیر دولتی، اختیار تملک قهری را ندارند و در میان آن‌ها، شهرداری از آن جهت این اختیار را دارد که قانون این کار را به صراحت تجویز کرده است.<sup>۱</sup> برخی قضات نیز با این دیدگاه هم‌نظرند و خواستار تفسیر مضیق از دایره شمول دستگاه‌های اجرایی اند.<sup>۲</sup>

۱. فقیه لاریجانی و همکاران، پیشین، ص ۲۰۵.

۲. نک: صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان محمودآباد، مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۳۰، قابل دسترسی در سامانه

با این حال، این دیدگاه با ظاهر مواد قانونی یادشده که به همه دستگاه‌های اجرایی از جمله نهادهای عمومی غیر دولتی امکان تملک قهری می‌دهد، در تعارض آشکار است. در واقع، قانون‌گذار در ایران، رویکردی متفاوت دارد و مصادیق اشخاص حقوقی را که می‌توانند تملک قهری کنند، توسعه داده است؛ به طوری که حتی در برخی موارد، قوانین به برخی اشخاص حقوقی که دستگاه اجرایی محسوب نمی‌شوند، امکان تملک قهری داده‌اند؛ مانند قانون تشکیل شرکت‌های آب و فاضلاب (مصوب ۱۳۶۹) که ماده ۱۴ آن مقرر می‌دارد: «شرکت‌های آب و فاضلاب موضوع این قانون برای اجرای طرح‌های عمرانی خود می‌توانند از لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت و قوانین دیگری که در زمینه خرید و تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی دولت تصویب می‌شود، استفاده کنند...». بر اساس ماده ۳ این قانون (و نیز آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری)،<sup>۱</sup> شرکت‌های آب و فاضلاب در اصل، شرکت‌های خصوصی هستند. باید گفت علاوه بر دستگاه‌های اجرایی، برخی اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نیز می‌توانند در راستای «نیاز» خود به تملک قهری دست بزنند.

به نظر می‌رسد مبنای توجیه این امتیاز برای اشخاص حقوق خصوصی، اصل خدمات‌رسانی عمومی باشد. در واقع، بر مبنای این اصل، چون خدمات‌رسانی عمومی به شهروندان نباید در هیچ زمانی متوقف شود. در این راستا، اشخاص حقوقی حقوق خصوصی که چنین خدماتی ارائه می‌دهند، می‌توانند در راستای نیاز خود به منظور خدمات‌رسانی عمومی، از این امتیاز برخوردار شوند. با این حال، گویا به صرف اتکای به این اصل و بدون تصریح قانونی نتوان این امتیاز را به دیگر اشخاص حقوقی حقوق خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی مانند شرکت توزیع برق یا شرکت مخابرات (که جزو شرکت‌های خصوصی هستند)<sup>۲</sup> تسری داد. در واقع، بر اساس اصل احترام به مالکیت خصوصی، چون تملک قهری، جنبه استثنایی دارد، در مصاف با این اصل باید به طور مضیق، تفسیر و دایره شمول آن به موارد مصرّح در قانون محدود شود. این رویکرد در بیش‌تر نظام‌های حقوقی پذیرفته

نشست‌های قضایی.

۱. آرای شماره ۱۰۷، مورخ ۱۳۷۷/۵/۲۴ و شماره ۶۳، مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. آرای شماره ۲۴۳۶، مورخ ۱۴۰۱/۹/۲۹؛ شماره ۸۲، مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۷ و شماره ۳۰۹۸، مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

شده است. برای مثال، در نظام حقوقی فرانسه، اصل بر آن است که اداره برای اجرای تصمیماتش نمی‌تواند به اجبار متوسل شود و این اقدام، تهدیدی علیه امنیت حقوقی شهروندان است؛ مگر در مواردی که قانون در مورد آن صراحت دارد و این موارد استثنایی باید به طور مضیق تفسیر شوند.<sup>۱</sup>

### بند سوم. ضروری بودن اجرای طرح

ضروری بودن اجرای طرح به عنوان یکی دیگر از شروط پایه‌ای تملک قهری در لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) به صراحت بیان شده است. ماده ۲ این قانون در این زمینه بیان می‌دارد: «برنامه‌های مذکور در ماده یک شامل برنامه‌هایی است که اجرای به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی، لازم و ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی برسد.» در خصوص عبارت «لازم و ضروری» بودن مقرر در این ماده، دیدگاه‌های مختلفی بیان شده است. به نظر برخی قضات، صرف «تصویب طرح عمومی، عمرانی یا نظامی، دلالت بر ضرورت اجرای آن دارد».<sup>۲</sup>

با این حال، به نظر می‌رسد باید میان تصویب طرح و ضرورت اجرای آن، تفکیک قائل شد. در واقع، ممکن است طرحی در مراجع صلاحیت‌دار تصویب شده باشد، اما اجرای آن، ضروری تشخیص داده نشود. به همین جهت، این ماده قانونی، صرف تصویب طرح را برای اجرای آن کافی ندانسته، بلکه اجرای آن را به احراز و تأیید ضرورت آن از سوی بالاترین مقام دستگاه اجرایی مقید کرده که حسب مورد، ممکن است وزیر، رئیس سازمان یا مؤسسه یا شهردار باشد.<sup>۳</sup> در واقع، اگر صرف تصویب طرح بر ضرورت آن دلالت می‌کرد، به تأیید مقام دیگر نیاز نداشت.

یکی از مسائل اساسی در مورد «ضرورت»، معیار تشخیص آن است. در نظام قضایی ایران، آرای صادرشده دلالت بر آن دارد که احراز ضرورت عمدتاً بر اساس معیارهای زمانی و موضوعی است. در خصوص معیار موضوعی باید گفت در برخی آرای شعب دیوان عدالت اداری، یکی از معیارهای تشخیص ضرورت، فوریت موضوع است؛ به طوری که در برخی آرا، سپری شدن مدت زمان زیاد

۱. عباسی، بیژن، «قواعد و شرایط اجرای اعمال اداری یک‌جانبه»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۳، بهار ۱۳۹۳، ص ۵۵.

۲. دادنامه شماره ۹۴۰۵۱۲۰۰۰۹۹۸، مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۱ شعبه دوم بدوی دیوان عدالت اداری.

۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۷۳، مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۶ اداره حقوقی قوه قضاییه.

از زمان تملک و انجام نشدن هرگونه اقدام در راستای طرح مصوب، مؤید ضروری نبودن طرح مصوب دانسته شده است.<sup>۱</sup>

هم‌چنین منظور از معیار موضوعی آن است که اجرای طرح برای استفاده عمومی یا نفع عمومی ضرورت داشته باشد. به عقیده برخی قضات، همین‌که به طور بالقوه امکان استفاده عموم اشخاص از طرح وجود داشته باشد، می‌توان گفت آن طرح دارای منفعت عمومی است و اجرای آن ضرورت دارد.<sup>۲</sup> با این حال، تشخیص این موضوع همواره آسان نیست. در واقع، مسئله استفاده عمومی به عنوان معیار تعیین ضرورت اجرای طرح همواره بحث برانگیز بوده است؛ زیرا دولت‌ها در برخی موارد در تملکات قهری با مطرح کردن استفاده عمومی به دنبال منافع اقتصادی خودند. حتی به باور برخی نویسندگان، تا زمانی که طرح عمومی یا عمرانی برای دولت، منفعت اقتصادی نداشته باشد، به دنبال تصویب و اجرای آن نخواهد بود. بر همین مبنا، در موارد بسیاری، اراضی خصوصی صرفاً به بهانه یک هدف عمومی، تصاحب می‌شوند، در حالی که هدف واقعی آن، اعطای منفعت عمومی نیست.<sup>۳</sup>

با توجه به دشواری تشخیص نفع عمومی (به عنوان یکی از معیارهای اصلی ضرورت)، در بیش‌تر کشورها، مصادیق و دایره شمول نفع عمومی تا حد زیادی با تفسیر دادگاه‌ها گره خورده است. برای مثال، در نظام قضایی ایالات متحده آمریکا اگر دادگاه احراز کند که در صورت تملک اراضی و اجرای طرح مورد نظر، جامعه از فواید آن بهره‌مند می‌شود و این مسئله عموماً قابل درک باشد، می‌توان گفت اجرای طرح برای نفع عمومی ضرورت دارد.<sup>۴</sup> این موضوع در نظام قضایی این کشور تاکنون در پرونده‌های متعددی مطرح شده است که مهم‌ترین آن‌ها را می‌توان پرونده «کلو علیه شهر نیو لندن»<sup>۵</sup> دانست. در این پرونده، دولت برای شهر نیولندن، طرح توسعه‌ای شهری را تصویب کرد که پیش‌بینی می‌شد بیش از ۱۰۰۰ شغل ایجاد کند، مالیات و دیگر درآمدها را افزایش دهد و شهری را که از

۱. دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۹۰۲۸۰۲۸۷۷، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱ شعبه ۱۰ دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۰۲۱۲۰۰۰۵۹۴، مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۱ شعبه ۲ بدوی دیوان عدالت اداری.

3. Kalbro, Thomas, "Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement", International Federation of Surveyors, Article of the Month, September 2007, pp. 2-3.

4. Sandefur, Timothy, *Cornerstone of liberty: property rights in 21st-century America*, Cato, first pub., 2006, pp. 89-90.

5. *Kelo v. City of New London*.

نظر اقتصادی آسیب دیده بود، احیا سازد. برای اجرای این طرح، به تملک اراضی خصوصی نیاز بود. پس از تصویب طرح، در دسامبر سال ۲۰۰۰، مالکان، این شکایت را در دادگاه عالی نیولندن مطرح کردند که تصاحب اموال آنان مغایر با شرط «استفاده عمومی» در متمم پنجم قانون اساسی است. دادگاه در خصوص این موضوع که آیا تملک قهری ناشی از اجرای این طرح بر مبنای «استفاده عمومی» با معنای مندرج در پنجمین متمم قانون اساسی آمریکا منطبق است یا خیر، چنین استدلال کرد: «در درجه نخست باید تعیین شود آیا تصاحب املاک خاص مورد بحث برای دست‌یابی به استفاده عمومی مورد نظر شهر به طور منطقی، ضروری است.» اگرچه این طرح در ظاهر برای استفاده عمومی، معتبر در نظر گرفته شده بود، اما مقام تصویب‌کننده نتوانسته بود شواهدی روشن و قانع‌کننده ارائه کند که مزایای اقتصادی این طرح به طوری که دربردارنده منافع عمومی باشد، در واقع تحقق خواهد یافت. به همین جهت، اجرای آن از سوی دادگاه، ضروری تشخیص داده نشد و در نهایت، دادگاه عالی در مورد آن، حکم منع دائمی، صادر و تصرف املاک را ممنوع اعلام کرد.<sup>۱</sup>

### بند چهارم. تأمین اعتبار اجرای طرح

امروزه در بیش‌تر کشورها بر مبنای قوانین، تملک قهری دولت در مقابل پرداخت عوض صورت می‌گیرد. برای مثال، در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا به موجب اصلاحیه پنجم قانون اساسی این کشور، «مالکیت خصوصی نباید به علت استفاده عمومی اخذ شود، مگر آن‌که عوض عادلانه آن، پرداخت شود.»<sup>۲</sup> بدون تردید، پرداخت عوض برای تملک قهری، نیازمند وجود اعتبار مالی برای آن است. به همین جهت، در نظام حقوقی ایران به موجب لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) مقرر شده است: تملک اراضی در صورتی امکان‌پذیر است که «اعتبار آن قبلاً به وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد» (ماده ۱).

همان‌طور که در این ماده مشاهده می‌شود برای تملک قهری، تقدم تأمین اعتبار بر تملک ضرورت دارد. بنابراین، در زمان اجرای طرح، مبلغی که باید صرف خرید ملک و پرداخت به مالک شود،

1. Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (Decided: June 23, 2005).

2. Fifth Amendment (Amendment V) to the United States Constitution, 1791.

لازم است وجود داشته باشد.<sup>۱</sup> چون بودجه دستگاه‌های اجرایی به طور سالانه تعیین می‌شود، معمولاً در بودجه سالانه آن دستگاه، اعتبار مربوط به تملک آن ملک پیش‌بینی می‌شود و از محل آن اعتبار، عوض ملک پرداخت می‌شود.

سؤالی که پیش می‌آید، آن است که آیا در مواردی که اجرای طرح تنها موجب ایجاد حق ارتفاق بر یک ملک می‌شود، تأمین اعتبار و پرداخت بهای آن لازم است؟ مانند زمانی که طرح مصوب، تنها به منظور عبور لوله‌های نفت، گاز یا ایجاد شبکه‌های مخابراتی یا برق تصویب شده باشد.

به نظر برخی قضات، چون لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) در مورد تملک سخن گفته و موارد یادشده موجب تملک بر املاک و اراضی نمی‌شود، در نتیجه، نیازی به پرداخت عوض نیست. علاوه بر این، با توجه به قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱، به ویژه ماده ۹ قانون یادشده که صریحاً اعلام کرده است: اراضی واقع در خارج از محدوده شهری که در مسیر راه‌های اصلی و فرعی یا خطوط مواصلاتی و برق و مجاری آب و لوله‌های گاز و نفت قرار می‌گیرد و از طرف دولت مورد استفاده واقع می‌شود، لازم نیست از این بابت وجهی به صاحبان ملک پرداخت شود؛ زیرا دولت، ملک واقع در مسیر دکل برق را تملک نمی‌کند و صرفاً به موجب قانون به دولت حق ارتفاق تفویض شده است، ولی در ماده ۱۰ همان قانون آمده است اگر تأسیسات مورد اشاره موجب از بین رفتن اعیانی یا مستحذات گردد و از این بابت، خسارتی به مالک ملک وارد شود، وزارت نیرو باید خسارت وارد شده را پرداخت کند. بنابراین، در مواردی که اقدام اداره برق منطقه‌ای در محدوده اراضی شهری نباشد و خسارتی هم به اعیان املاک وارد نکرده باشد، نباید وجهی برای استفاده از حق ارتفاق پرداخت شود.<sup>۲</sup> برخی قضات موافق با این عقیده در راستای تقویت نظر خود در آرای صادرشده نیز به برخی قوانین سابق استناد کرده و بیان داشته‌اند: «به موجب تبصره ۵ ماده ۱۳ اساس‌نامه شرکت ملی نفت ایران (مصوب ۱۳۵۶) «در مورد اراضی واقع در خارج از محدوده شهرها که برای عبور لوله‌های نفت و گاز و انواع دیگر مواد نفتی با ایجاد شبکه مخابراتی و حریم آن‌ها مورد احتیاج شرکت باشد، با توجه به مفاد تبصره ۸ این ماده، عرصه و اعیان از طرف شرکت تصرف شده و مورد استفاده قرار خواهد گرفت و فقط قیمت

۱. زرگوش، مشتاق، تملک املاک، شبه تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۳۹۱، ص ۱۴۴.

۲. صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان نور، مورخ ۱۳۸۶/۷/۵.

اعیانی از بین رفته و خسارت وارده با توافق صاحبان آن و در صورت عدم توافق به شرح بند (د) ماده ۱۲ تعیین و پرداخت می‌گردد.» بنابراین، با توجه به این ماده، مطالبه بهای قیمت زمین توسط مالک به دلیل عدم تملک ملک فاقد وجاهت قانونی است.<sup>۱</sup>

با این حال، برخی دیگر بر این عقیده‌اند که این موارد که موجب برقراری حق ارتفاق بر ملک اشخاص خصوصی می‌شود، مشمول لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) است؛ زیرا این قانون، قانون عام‌الشمول است و وزارت نفت و سازمان‌های وابسته به آن از این شمول مستثنی نیستند و قانون مؤخر مذکور آن قسمت از اساس‌نامه شرکت ملی نفت ایران را که مغایر این قانون باشد، نسخ و بلااثر کرده است.<sup>۲</sup> شورای نگهبان نیز این دیدگاه را پذیرفته و پرداخت نشدن بهای اراضی در طرح‌هایی را که بر ملک اشخاص حق ارتفاق ایجاد می‌کنند، خلاف شرع اعلام کرده است.<sup>۳</sup>

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر با موازین حقوقی سازگارتر باشد؛ زیرا برقرار شدن حق ارتفاق در یک ملک، علاوه بر این که اختیارات مالک در ملک را محدود می‌کند، از ارزش آن خواهد کاست. بنابراین، در این موارد، رفتار عادلانه آن است که نه بهای کامل ملک، بلکه بهای ناشی از کاهش ارزش آن به مالک پرداخت شود. به همین جهت، در این موارد نیز تأمین اعتبار و پرداخت عوض متناسب با ارزش از دست رفته ضرورت دارد.

این رویکرد که اجرای هر طرحی که موجب کاهش ارزش ملک شود، باید با پرداخت عوض همراه باشد، در نظام قضایی برخی کشورها نیز پذیرفته شده است. برای مثال، در نظام قضایی ایالات متحده آمریکا، این موضوع که در چند پرونده نسبتاً مشابه مطرح شد، دادگاه‌ها، ورود خسارت به مالک و کاهش ارزش ملک را معیار صدور حکم به پرداخت غرامت به نفع مالکان قرار دادند. از جمله این موارد، پرونده «نیک علیه شهرستان اسکات» بوده است. در این پرونده، خواهان (رز مری نیک)، مالک ۹۰ هکتار زمین زراعی در شهر اسکات پنسیلوانیا بود و در آن زندگی می‌کرد. در درون آن ملک، یک قبرستان کوچک خانوادگی وجود داشت که اجداد همسایگان نیک در آن جا دفن شده بودند.

۱. دادنامه شماره ۹۷۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۵ شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری.

۲. صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان رامیان، مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱۰.

۳. نظریه شماره ۲۲۸۱۸/۳۰/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸ شورای نگهبان.

در دسامبر سال ۲۰۱۲، مصوبه‌ای به تصویب مقامات شهری رسید که مقرر می‌کرد: همه قبرستان‌های شهر (اعم از قبرستان‌های واقع در املاک عمومی یا خصوصی) در ساعات روشنایی روز، باز و در دسترس عموم باشد. این مصوبه هم‌چنین به مأموران مربوط در شهرستان اجازه می‌داد تا برای تعیین وجود و مکان یک قبرستان، وارد هر ملکی شوند. با این حال، چون «نیک»، در قبرستان را برای عموم باز نکرد، به وی اخطار داده شد که این اقدام به معنای نقض مصوبه خواهد بود. به دنبال این موضوع، «نیک» از آن جهت که این مصوبه موجب نقض حق مالکیت وی شده است، در دادگاه ایالتی طرح دعوا کرد و درخواست صدور حکم به معافیت کرد. با این حال، دادگاه از صدور حکم در مورد درخواست نیک برای معافیت امتناع کرد؛ زیرا وی نتوانسته بود اثبات کند که بر اثر این مصوبه، خسارتی به وی وارد شده یا از ارزش ملک وی کاسته شده است.<sup>۱</sup> در مقابل، در پرونده «دونالد علیه شهر تیگارد» که مالک توانسته بود کاهش ارزش ملک خود (در اثر مصوبه ایالتی) را اثبات کند، دادگاه به نفع وی صادر کرد.<sup>۲</sup>

### بند پنجم. نبود اراضی ملی و دولتی

در نظام حقوقی ایران به موجب لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸)، «دستگاه اجرایی موظف است برای اجرای طرح حتی‌المقدور از اراضی ملی شده یا دولتی استفاده نماید» (تبصره ۱ ماده ۲). این شرط که برای اجرای طرح‌های مصوب در درجه نخست باید از اراضی ملی یا دولتی استفاده کرد، امروزه در نظام حقوقی برخی کشورهای دیگر نیز قابل مشاهده است. برای نمونه، در نظام حقوقی کشور قزاقستان، نبود اراضی دولتی،<sup>۳</sup> یکی از شروط تملک قهری املاک خصوصی از سوی دولت است.<sup>۴</sup>

به نظر می‌رسد وجود چنین شرطی در قوانین مبتنی بر چند دلیل باشد:

**نخست آن‌که این قاعده، موافق با اصل احترام به مالکیت خصوصی (مورد تأکید در قوانین اساسی)**

1. Knick v. Township of Scott, 588 U.S., June 20, 2019.

2. Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374, 392, 1994.

3. No privately-owned land.

4. Myrzabai, Aliakbar, **Land Acquisition and Resettlement Framework, Kyzylorda to Zhezkazgan Road Rehabilitation Project**, Kazakhstan, Prepared on behalf of JSC KazAvtoZhol, first pub., June 2021, pp. 1-2.

و در راستای حمایت از آن است؛ زیرا زمانی که دولت، املاک یا اراضی مناسب برای اجرای یک طرح عمومی یا عمرانی داشته باشد، تملک اموال خصوصی، عادلانه به نظر نمی‌رسد.

**دوم** آن که تقریباً در نظام حقوقی همه کشورهایی که تملک قهری را پذیرفته‌اند، آن را به پرداخت عوض یا غرامت وابسته کرده‌اند. برای مثال، در نظام حقوقی قزاقستان، به موجب قانون اساسی این کشور، «هیچ کس را نمی‌توان از مالکیت محروم کرد، مگر این‌که به موجب حکم دادگاه مقرر شده باشد. واگذاری قهری اموال برای نیازهای دولتی مقرر در قانون به شرط غرامت معادل آن قابل اعمال است».<sup>۱</sup> بنابراین، تملک قهری اموال خصوصی برای دولت هزینه‌بر است. این هزینه‌ها علاوه بر هزینه ناشی از پرداخت غرامت عادلانه ممکن است شامل هزینه‌های جانبی دیگری نیز شود. به همین دلیل، در مواردی که دولت بتواند از طریق اراضی ملی یا دولتی، موفق به اجرای طرح شود، دیگر متحمل چنین هزینه‌هایی نخواهد شد. از این رو، در عمل، بسیاری از دولت‌ها به ویژه زمانی که برای اجرای طرح به پرداخت مبلغ هنگفتی نیاز باشد، از این شرط استقبال می‌کنند.

**سوم** آن که فرآیند تملک قهری املاک خصوصی در برخی موارد با فراز و نشیب‌هایی همراه است، به ویژه زمانی که مالکان یا صاحبان حقوق، مخالف تملک قهری بوده یا نسبت به بهای تعیین شده برای املاک و اراضی، معترض باشند. در عمل نیز مالکان خصوصی که زمین آن‌ها اجباراً تملک می‌شود، عمدتاً از غرامتی که دریافت می‌کنند و هم‌چنین از روند تملک ناراضی هستند و به مقاومت متوسل می‌شوند.<sup>۲</sup> چون در نظام حقوقی بیش‌تر کشورها، سازوکارهایی برای اعتراض نسبت به مصوبات و اقدامات سازمان‌های تملک‌کننده پیش‌بینی شده است، در عمل نیز در بسیاری موارد، به دنبال اعتراض مالکان یا صاحبان حقوق، سازمان تملک‌کننده در فرآیند تملک با چالش مواجه می‌شود؛ به طوری که در برخی موارد، این موضوع می‌تواند چندین سال به درازا انجامد و اجرای طرح را با تأخیر قابل توجهی همراه سازد.

با وجود پیش‌بینی شرط نبود اراضی ملی یا دولتی در نظام حقوقی ایران، در عمل، عمدتاً اراضی خصوصی، موضوع تملک قهری واقع می‌شوند و تاکنون از اراضی ملی یا دولتی، کم‌تر برای اجرای طرح‌های عمومی یا عمرانی استفاده شده است. به نظر می‌رسد که دلیل اصلی این موضوع آن

1. Kazakhstan Constitution, 1995 (amended in 2017), art. 26.3.

2. Myrzabai, op.cit, pp. 1-2.

است که در بیش‌تر موارد، طرح‌های عمومی، عمرانی یا نظامی باید در منطقه مشخصی به اجرا در آیند. به عبارت دیگر، در حالی که در بیش‌تر موارد، در دستیابی طرح مصوب به هدف خود، منطقه، نقش اساسی و موضوعیت دارد، در منطقه‌ای که لازم است طرح اجرا شود، هیچ اراضی ملی یا دولتی وجود ندارد تا برای طرح مصوب از آن استفاده کرد.

## گفتار دوم. چالش‌های تملک قهری املاک و اراضی از سوی دستگاه‌های اجرایی

در نظام حقوقی ایران، سازوکارهای تملک قهری در قوانین پیش‌بینی شده، اما در عمل، این اقدام با چالش‌هایی مواجه است. بررسی‌ها نشان می‌دهد تعیین بهای ملک، تأخیر در پرداخت بهای ملک و تأخیر در اجرای طرح، مهم‌ترین چالش‌های فراروی دستگاه‌های اجرایی تملک‌کننده است.

### بند نخست. تعیین بهای ملک

در نظام حقوقی ایران بر اساس لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸)، «بهای عادلانه اراضی، ابنیه، مستحقات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌گردد» (ماده ۳). با این حال، ممکن است در خصوص بهای ملک با مالک، توافق حاصل نشود. به همین جهت، قانون یادشده مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به تعیین بهای عادلانه اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات وارده بین دستگاه اجرایی (شهرداری) و مالک توافق حاصل نشود، بهای عادلانه توسط هیئتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری تعیین می‌گردد. کارشناسان یک نفر از طرف دستگاه اجرایی، یک نفر از طرف مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین و در صورت عدم توافق یا استنکاف به معرفی دادگاه صالحه محل وقوع ملک انتخاب می‌شوند.» (ماده ۴) به موجب این قانون، ملاک تعیین قیمت، «بهای عادلانه روز تقویم اراضی و ابنیه و تأسیسات و حقوق و خسارات مشابه واقع در حوزه عملیات طرح بدون در نظر گرفتن تأثیر طرح در قیمت آن‌ها» خواهد بود (ماده ۵). همان‌طور که مشاهده می‌شود، این قانون در تعیین بهای ملک، قیمت یا بهای روز را ملاک قرار داده است. با این حال، در فرضی که دستگاه اجرایی به هر دلیل (از جمله فوریت)، ابتدا ملک را تصرف کند، این سؤال پیش می‌آید که تعیین بهای ملک باید بر اساس «بهای روز تأدیه» باشد یا «بهای روز تصرف» ملک؟

برخی صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که در این موارد، منظور از قیمت روز، قیمت روز تصرف است؛ زیرا زمانی که دستگاه اجرایی با مالک به توافق نرسیده است، از زمان تصرف، بهای ملک بر ذمه آن دستگاه مستقر می‌شود. چون در همین زمان که دستگاه اجرایی به اعمال حاکمیت و تصرف ملک دست زده است، تملک قهری با همه شرایط لازم برای آن محقق شده است. در نتیجه، بهای ملک در همین زمان باید پرداخت شود.<sup>۱</sup> با این حال، برخی قضات این دیدگاه را نپذیرفته‌اند؛ به طوری که در یکی از آرای صادرشده از شعب دیوان عالی کشور بیان شده است: «ملاک زمانی تقویم اراضی تصرف شده برای طرح‌های عمرانی، تاریخ تأدیه است و نه تاریخ تصرف ملک».<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد تعیین بهای ملک بر اساس زمان تأدیه به عدالت نزدیک‌تر باشد؛ زیرا اگر عوض ملک بر اساس زمان تصرف تعیین شود، ممکن است از زمان تصرف تا تأدیه بهای ملک (به دلایل متعدد)، زمان زیادی سپری شود. این موضوع در کشورهایی مانند ایران که به دلیل افزایش شدید تورم سالانه از ارزش پول به تدریج کاسته می‌شود، اثر خود را به خوبی نمایان می‌سازد؛ زیرا در حالی که در زمان پرداخت، ارزش ملک تصرفی به طور قابل توجهی بالاتر رفته است، مالک باید بهای زمان گذشته ملک خود را دریافت کند و این موضوع در نهایت به زیان مالک خواهد بود.

یکی دیگر از چالش‌های ناشی از تعیین بهای ملک که تاکنون در نظام قضایی ایران مشاهده شده، انصراف دستگاه اجرایی از اجرای طرح پس از تعیین بهای ملک از سوی کارشناسان (به دلیل گزاف دانستن قیمت کارشناسی ملک) است. به باور برخی قضات، زمانی که دستگاه اجرایی، قیمت برآوردشده از سوی کارشناس را قیمتی غیر واقعی (بسیار فراتر از قیمت متعارف بازار) می‌داند، به دلایل متعدد می‌تواند انصراف خود را از تملک اعلام یا تملک را به زمان دیگری موکول کند.

نخست آن‌که تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) بیان می‌دارد: «در صورت حصول توافق، دستگاه اجرایی موظف است حداکثر ظرف سه ماه نسبت به خرید ملک و پرداخت حقوق یا خسارات اقدام و یا آن‌که انصراف خود را از خرید و تملک کتباً به مالک یا مالکین اعلام نماید. به هر حال، عدم اقدام به خرید یا اعلام انصراف در مدت مذکور به منزله انصراف است». بنابراین، با

۱. شهیدی، سپیده و رضا ایران‌مهر، «پاسخ به پرسش‌های ۴۵۷ و ۴۵۸: مصاحبه با قضات دادگستری استان تهران»، ماه‌نامه قضاوت، شماره ۷۷، مرداد و شهریور ۱۳۹۱، صص ۱۷-۱۹.

۲. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۷۲، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.

توجه به این تبصره که برای دستگاه اجرایی، امکان انصراف از خرید و تملک پیش‌بینی کرده است، دستگاه اجرایی می‌تواند انصراف خود را از تملک، اعلام یا آن را به زمان دیگری موکول کند.

**دوم** آن‌که بر مبنای ماده ۲ این قانون، یکی از شرایط تملک، ضرورت است که باید توسط بالاترین مقام اجرایی آن دستگاه احراز شود. گاهی ممکن است در فرآیند تملک، دستگاه اجرایی با بررسی اهم و مهم، در نهایت، ضرورت تملک را منتفی بداند.

**سوم** آن‌که در هیچ یک از قوانین و مقررات، امکان الزام دستگاه اجرایی به اجرای طرح عمرانی و تملک بدون در نظر گرفتن مقتضیات امر و اولویت‌های در نظر گرفته شده و تأمین اعتبار لازم پیش‌بینی نشده است. تا وقتی که ملک از سوی دستگاه اجرایی تصرف نشده و استیلا بر ملک صورت نگرفته باشد، الزام به خرید و پرداخت بهای آن وجود ندارد.

با این حال، این دیدگاه از چند جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسد:

**نخست** آن‌که اگرچه تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) برای دستگاه اجرایی امکان انصراف از خرید و تملک را پیش‌بینی کرده است، اما این تبصره در ذیل ماده ۳ قانون یادشده آمده که ناظر بر تعیین قیمت بر اساس توافق است و باید در چارچوب همین ماده، تفسیر و منحصر به مواردی شود که تعیین قیمت بر اساس توافق بوده است. این در حالی است که مسئله تعیین قیمت بر اساس نظریه کارشناسان در ماده ۴ همین قانون مقرر شده است و این ماده یا تبصره‌های آن در مورد امکان انصراف دستگاه اجرایی، چیزی بیان نداشته‌اند.

**دوم** آن‌که هم‌چنان‌که برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند: تملک قهری در صورت حصول شرایط آن برای دولت، جنبه تکلیفی دارد. در واقع، تملک قهری بر اساس تکلیف دولت جهت حصول منافع اجتماع و حفظ ضروریات جامعه و جلوگیری از ایجاد اختلال در نظم عمومی توجیه می‌شود و دستگاه اجرایی به موجب الزام قانونی و به مثابه یک تکلیف، نسبت به تملک املاک اقدام می‌کند. بنابراین، تملک قهری ملک، حکم قانون‌گذار تلقی می‌شود و با اراده دستگاه اجرایی و تحقق شرایط قانونی محقق می‌گردد. در نتیجه، امکان انصراف از آن وجود ندارد.<sup>۱</sup>

۱. حسینی، سید یاسر و همکاران، «واکاوی ماهیت حقوقی تملک قهری املاک واقع در طرح‌های عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۹۸، ص ۱۳۰.

**سوم** آن‌که انصراف از تملک قهری در فرض تعیین قیمت توسط کارشناسان به معنای نادیده گرفتن نظریه کارشناسی است. در واقع، انصراف یا موکول کردن تملک به زمان نامعلوم دیگر به معنی آن است که دستگاه اجرایی در عین حال که تعیین قیمت را از هیئت کارشناسان درخواست می‌کند، ملتزم به قیمت هیئت کارشناسان نباشد. این در حالی است که به موجب ماده ۴ لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸)، نظر هیئت، قطعی و لازم‌الاجراست و طرفین، ملتزم به قبول و تمکین از مفاد آن و قیمت ارزیابی شده هستند. دیوان عدالت اداری نیز این نظر را پذیرفته و انصراف از تملک یا موکول کردن تملک به زمان دیگر را «متضمن عدم پذیرش نظریه هیئت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری» و مغایر با قانون دانسته است.<sup>۱</sup>

### **بند دوم. تأخیر در پرداخت بهای ملک**

در بیش‌تر نظام‌های حقوقی، اصل بر آن است که پرداخت بهای ملک باید مقدّم بر تملک آن ملک باشد. در نظام حقوقی ایران نیز به موجب لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸)، «تصرف اراضی، ابنیه و تأسیسات و خلع ید مالک قبل از انجام معامله و پرداخت قیمت ملک یا حقوق مالک مجاز نمی‌باشد...» (ماده ۸). حتی در مواردی که به دلایلی چون: استنکاف مالک از انجام معامله، اختلافات مالکیت، مجهول بودن مالک، رهن یا بازداشت بودن ملک و فوت مالک، انجام معامله قطعی ممکن نگردد (به موجب ماده ۸ این قانون)، پیش از تملک، دستگاه اجرایی، مکلف به تودیع بهای ملک (تعیین‌شده توسط هیئت کارشناسی)، به صندوق ثبت محل خواهد بود و پس از آن (با امضای دادستان یا نماینده وی) نسبت به تخلیه و خلع ید اقدام خواهد شد.

با این حال، این اصل در ایران همانند بسیاری از کشورها، استثنایی هم دارد تا ابتدا دستگاه اجرایی آن ملک را تملک کند و سپس بهای آن راپردازد. این موضوع در لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) چنین بیان شده است: «در صورتی که فوریت اجرای طرح با ذکر دلایل موجه به تشخیص وزیر دستگاه اجرایی ضرورت داشته باشد، به نحوی که عدم تسریع در انجام طرح موجب ضرر و زیان جبران‌ناپذیری گردد، دستگاه اجرایی می‌تواند قبل از انجام معامله قطعی و با تنظیم صورت‌مجلس وضع موجود ملک با حضور مالک یا نماینده وی و در غیاب او و نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف و

۱. دادنامه شماره ۲۵۵۰، مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

اجرای طرح اقدام نماید، لکن دستگاه اجرایی مکلف است حداکثر تا سه ماه از تاریخ تصرف نسبت به پرداخت یا تودیع قیمت عادلانه طبق مقررات این قانون اقدام نماید» (ماده ۹). ضمانت اجرای پرداخت نشدن به موقع بهای ملک آن است که مالک یا صاحب حق می‌تواند با مراجعه به دادگاه صالحه، درخواست توقیف عملیات اجرایی را تا زمان پرداخت بهای ملک کند (تبصره ماده ۹).

قانون در این فرض، دستگاه اجرایی را به پرداخت بهای ملک، حداکثر ظرف مدت سه ماه مکلف ساخته و برای نقض آن هم ضمانت اجرا تعیین کرده، اما در برخی موارد، دستگاه‌های اجرایی تملک‌کننده از این تکلیف قانونی (پرداخت به موقع بهای ملک) به دلایل مختلف از جمله تأمین نشدن اعتبار مالی سر باز زده؛ به طوری که این تأخیر موجب طرح دعاوی در مراجع قضایی شده است. برای مثال، در یکی از پرونده‌های مطرح نزد مراجع قضایی، مالک در دادخواست تقدیمی بیان داشت: «با وجود آن‌که بیش از هشت ماه از زمان تملک از سوی دستگاه اجرایی سپری شده است و ارزش ملک از زمان تصرف تا به امروز رشد قابل توجهی داشته است، اما تاکنون در خصوص پرداخت بهای آن اقدام نشده است و بر این اساس، توقیف عملیات اجرایی و نیز پرداخت مابه‌التفاوت بهای ملک خود را درخواست نمود». در این پرونده، دادگاه ضمن صدور دستور توقیف عملیات اجرایی، در رأی صادره به موجب تبصره ماده ۱۹ قانون کارشناسان رسمی دادگستری (مصوب ۱۳۸۱) که مدت اعتبار نظریه کارشناسی را حداکثر شش ماه می‌داند، کارشناسی سابق را فاقد اعتبار دانست و با استناد به ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) و ماده ۲۲۸ قانون مدنی به پرداخت مابه‌التفاوت قیمت ملک تملک‌شده بر اساس نظریه کارشناسی جدید حکم داد.<sup>۱</sup>

در خصوص تأخیر در پرداخت بهای ملک، یکی دیگر از مسائل چالش‌برانگیز که در سال‌های گذشته به دلیل اختلاف نظر میان قضات، منجر به صدور رأی وحدت رویه از سوی دیوان عالی کشور شده است، مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعاوی تأخیر در پرداخت بهای ملک و خسارت ناشی از آن است. همانا تأخیر در پرداخت بهای ملک، صرف نظر از این‌که ضمانت اجرای مقرر در تبصره ماده ۹ لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸) را به دنبال دارد، می‌تواند مصداق تخلف دستگاه اجرایی تملک‌کننده از قوانین نیز باشد و از این نظر، رسیدگی به آن در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار گیرد.

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۲۳۴۳۱۶۴۵۰۳۴۶، مورخ ۹۱/۱/۱۷ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی همدان.

در خصوص این موضوع، دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷ بیان داشته است: «در مواردی که مالکان اراضی تصرف و تملک شده از سوی شهرداری، ضمن مطالبه بهای اراضی، مدعی تخلف و نقض قانون از سوی شهرداری و ورود خسارت به خود باشند، به عنوان مقدمه صدور حکم به جبران خسارت، بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، ابتدا باید در دیوان عدالت اداری طرح دعوا نمایند تا پس از احراز وجود تقصیر و تخلف و ورود خسارت، دادگاه، میزان خسارت را تشخیص دهد و حکم به جبران آن صادر نماید، اما در مواردی که مالکان اراضی تصرف و تملک شده از سوی شهرداری، تنها بهای آن اراضی را مطالبه می‌کنند، بدون این که مدعی تخلف و نقض قانون از سوی شهرداری در اقداماتی که انجام داده باشند، دعوی موضوعاً از شمول مقررات بندهای ۱ و ۲ و تبصره ۱ بند ۳ ماده ۱۰ قانون یادشده خارج است و دادگاه باید به دعوی رسیدگی و حکم مقتضی صادر نمایند»<sup>۱</sup>.

با این حال، به نظر می‌رسد با توجه به اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) در سال ۱۴۰۲، قسمت نخست رأی وحدت رویه یادشده، نسخ ضمنی شده باشد و قابل استناد نباشد؛ زیرا در حال حاضر به موجب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری (اصلاحی ۱۴۰۲)، «رسیدگی به دعاوی مطالبه خسارت در صلاحیت دادگاه عمومی است، لیکن در مواردی که مطالبه خسارت ناشی از تخلف در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی یا ترک فعل از انجام وظایف مذکور از سوی واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای (۱) و (۲) این ماده و مأموران واحدها و دستگاه‌های یادشده باشد، موضوع در دیوان عدالت اداری مطرح و شعبه دیوان ضمن رسیدگی به احراز وقوع تخلف نسبت به اصل مطالبه خسارت و تعیین خسارت وارده، اقدام و حکم مقتضی صادر می‌نماید».

همان طور که مشاهده می‌شود، این تبصره، دعاوی مطالبه خسارت ناشی از تخلف را از غیر آن تفکیک کرده است. در صدر تبصره که بیان شده است: «رسیدگی به دعاوی مطالبه خسارت در صلاحیت دادگاه عمومی است»، موافق با قسمت دوم رأی وحدت رویه یادشده و ناظر بر مواردی است که دستگاه اجرایی بدون آن که مرتکب تخلف شده باشد، اقداماتش موجب ورود خسارت

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷، مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

شود. در مواردی که تخلفی صورت گرفته باشد (برخلاف آن چه قسمت نخست رأی وحدت رویه مقرر داشته است)، دیگر نباید پس از طرح دعوا در دیوان و احراز تخلف از سوی شعب دیوان، برای تشخیص میزان خسارت و صدور حکم به آن به دادگاه مراجعه شود، بلکه صلاحیت رسیدگی به مورد اخیر نیز به دیوان واگذار شده است.

در مواردی که دستگاه اجرایی، ظرف مهلت مقرر قانونی، بهای اراضی را نپردازد، از تکلیف قانونی خود (به شرح مندرج در ماده ۹ لایحه قانونی مصوب ۱۳۵۸) امتناع کرده است. پس تخلف و نقض قانون از سوی آن مفروض است. در واقع، زمانی که مالک پس از سپری شدن مدت سه ماه مقرر در ماده یادشده، بهای ملک را مطالبه می‌کند و دستگاه اجرایی، آن را پرداخت نمی‌کند، اصل بر آن است که دستگاه اجرایی مرتکب تخلف شده است، مگر آن‌که پرداخت نشدن به وی منتسب نباشد. به همین جهت، رسیدگی به دعاوی ناشی از این تبصره را باید عمدتاً در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست.

### **بند سوم. تأخیر در اجرای طرح**

یکی دیگر از چالش‌های تملک قهری که در برخی پرونده‌ها مشاهده شده، تأخیر در اجرای طرح است. گاهی با آن‌که تملک قهری با حصول همه شرایط انجام شده است، اما دستگاه اجرایی تملک‌کننده بدون آن‌که به طور صریح یا ضمنی، انصراف خود را از طرح اعلام دارد، پس از سپری شدن مدت زمان قابل توجهی برای اجرای آن طرح هیچ کاری نمی‌کند. آن‌گاه این سؤال پیش می‌آید که آیا مالک می‌تواند ابطال طرح مصوب را از دیوان عدالت اداری درخواست کند؟

برخی قضات در این خصوص بر این باورند که اگر مدت زمان قابل توجهی از تملک قهری سپری شود، اما طرح مصوب به اجرا در نیاید، می‌توان ابطال طرح را از دیوان عدالت اداری درخواست کرد؛ زیرا تأخیر در اجرای طرح بر منتفی شدن شروط نیاز دستگاه اجرایی و ضرورت طرح دلالت دارد. در نتیجه، به دلیل انتفای شرایط تملک قهری می‌توان ابطال آن را درخواست کرد.<sup>۱</sup>

در مقابل، برخی دیگر از قضات، تأخیر در اجرای طرح را به کلی از موجبات ابطال ندانسته‌اند. در

۱. صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان شیراز، مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲.

این خصوص، یکی از آرای شعب دیوان عدالت اداری بیان داشته است: «عدم اجرای طرح در زمان و مهلت قانونی موجب ابطال طرح نمی‌شود و فقط مالک را در استفاده از حقوق مالکانه مجاز می‌سازد».<sup>۱</sup> هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز همین نظر را پذیرفته و مقرر داشته است: «در صورت عدم اجرای طرح در مهلت مقرر پنج ساله، موجبی برای ابطال طرح مصوب وجود ندارد».<sup>۲</sup> همان طور که مشاهده می‌شود، در این آرا، اجرا نشدن طرح به هر دلیلی که باشد، نمی‌تواند موجبی برای ابطال آن باشد.

با این حال، آرای یادشده قابل انتقاد است و به نظر می‌رسد نتوان برای همه موارد تأخیر در اجرای طرح مصوب، یک حکم کلی بیان داشت، بلکه با توجه به دلیل تأخیر میان دو فرض باید قائل به تفکیک شد؛ بدین معنی که در برخی موارد، دلیل تأخیر در اجرای طرح، منتفی شدن آن (از جمله به دلیل امکان ناپذیری اجرای آن) است. در مقابل، در برخی موارد دیگر، اجرای طرح (بدون آن که به طور کلی، منتفی شده باشد)، ممکن است به دلایلی چون پیدایش برخی امور غیر منتظره، به طور موقت (حتی به مدت چند سال) میسر نگردد یا آن که اجرای آن در اولویت‌های بعدی دستگاه اجرایی قرار گیرد. به نظر می‌رسد در فرض نخست بتوان درخواست ابطال طرح را مطرح کرد، اما در فرض دوم، طرح قابل ابطال نباشد.

در برخی آرای دیوان عدالت اداری نیز به چنین تفکیکی توجه شده است. برای مثال، یکی از آرای صادرشده از شعب دیوان چنین مقرر می‌دارد: «نظر به این که بیش از ۱۰ سال از تملک پلاک مورد ادعای شاکی می‌گذرد، بر حسب اعلام خواننده، به دلایل معقول و با توجه به معذوریت‌های قانونی، امکان اجرای طرح وجود ندارد. نظر به عدم احراز فوریت و ضرورت اجرای طرح...، حکم به بطلان اقدامات خواننده صادر می‌گردد».<sup>۳</sup> در واقع، در این مورد، شعبه به دلیل امکان ناپذیری اجرای طرح یا به تعبیر دیگر، منتفی شدن آن، با توجیه نداشتن ضرورت به ابطال آن حکم داده است. این رویکرد از برخی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل استنباط است. این مرجع در یکی از آرای خود بیان داشته است: «نظر به این که در اجرای لایحه قانونی نحوه خرید و

۱. دادنامه شماره ۱۶۲۴، مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۳ شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری.

۲. دادنامه شماره ۱۰۲، مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۳. دادنامه شماره ۱۲۲۸، مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۰۶ شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری.

تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸، اراضی شکات پرونده‌های موضوع تعارض، توسط خود آنان به سازمان آب و فاضلاب استان تهران تملیک شده است، بدین معنا که تملك ناشی از اعمال حاکمیت نبوده است تا در اثر عدم ضرورت اجرای طرح، موجبات ابطال تملك فراهم شود، بنابراین، رأی شعبه یازدهم در دادنامه شماره ۱۴۳۲ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۴ مبنی بر رد شکایت شاکی در این حد، صحیح و موافق قانون است.<sup>۱</sup>

همان طور که مشاهده می‌شود، به موجب این رأی، اگر ملک موضوع طرح از سوی مالکان در قالب انجام معامله به دستگاه اجرایی «تملیک» شده باشد؛ یعنی مورد از موارد «تملك ناشی از اعمال حاکمیت» یا همان تملك قهری نباشد، امکان ابطال طرح مصوب (به دلیل ضرورت نداشتن یا منتفی شدن ضرورت آن) وجود ندارد. مفهوم مخالف استدلال مندرج در رأی آن است که اگر تملك قهری باشد، «در اثر عدم ضرورت اجرای طرح» که دلالت بر منتفی بودن طرح دارد، می‌توان آن را ابطال کرد.

## نتیجه‌گیری

یکی از شایع‌ترین موارد انتقال قهری اموال، انتقال املاک و اراضی اشخاص خصوصی به دولت یا همان تملك قهری املاک و اراضی از سوی دولت است. با این‌که سازوکارهای قانونی این موضوع در قوانین ایران پیش‌بینی شده، اما این نوع انتقال قهری همواره چالش‌برانگیز بوده است. یافته‌های این مقاله که به بررسی شرایط و چالش‌های تملك قهری دستگاه‌های اجرایی پرداخته است، دلالت بر این دارد که صرف نظر از به‌روز نبودن و ابهام در قوانین مرتبط با تملکات قهری دستگاه‌های اجرایی، در مقایسه با نظام‌های حقوقی خارجی، خلأهای قانونی نیز در این زمینه وجود دارد.

نخستین خلأ قانونی موجود در این زمینه را باید نبود سازوکار قانونی مشخص در مورد اطلاع‌رسانی به شهروندان (اعم از مالکان، صاحبان حقوق و مجاورین املاک و اراضی موضوع تملك) در فرآیند تصویب طرح دانست. در برخی کشورها به موجب قوانین، به شهروندان پیش از تصویب طرح در مورد مفاد آن اطلاع‌رسانی می‌شود و امکان اظهار نظر یا اعتراض به طرح تدوین شده وجود دارد، ولی در نظام حقوقی ایران چنین سازوکاری وجود ندارد. وجود چنین سازوکاری علاوه بر آن‌که طرح

۱. دادنامه شماره ۵۷۳، مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

مصوب را به واقعیت نزدیک‌تر و اجرای آن را آسان‌تر می‌سازد، می‌تواند از بسیاری از دعاوی احتمالی آتی مالکان و صاحبان حقوق بر املاک و ارضی پیش‌گیری کند. به همین جهت، ضرورت دارد به این موضوع در اصلاحات آتی قوانین توجه صورت گیرد.

یکی دیگر از خلأهای قانونی، مربوط به زمانی است که طرح مصوب، منتفی شده باشد. منتفی شدن طرح موجب از بین رفتن مبنای اصلی تملک می‌شود و وجود ملک در اختیار دستگاه اجرایی دیگر وجاهتی ندارد. در صورت انتفای طرح پس از تملک، دستگاه اجرایی نمی‌تواند رأساً از طرح مصوب بازگردد و آن را به مالک برگرداند (از آن جهت که از نظر قانونی، تملیک قهری برای دستگاه اجرایی در قوانین پیش‌بینی نشده است). از این رو، پیشنهاد می‌شود در اصلاحات آتی لایحه قانونی (مصوب ۱۳۵۸)، در این موارد، دستگاه اجرایی، مکلف به ابلاغ منتفی شدن طرح به مالک شود تا مالک در صورت تمایل، نسبت به استرداد بهای داده شده و پس گرفتن ملک خود اقدام کند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. زرگوش، مشتاق، تملک املاک، شبه تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت، تهران: میزان، چاپ نخست، ۱۳۹۱.
۲. کامیار، غلام‌رضا، حقوق اداری اموال، سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی، مطالعه تطبیقی (ایران و فرانسه)، تهران: مجد، چاپ دوم، ۱۴۰۱.

#### ب) مقاله

۱. حسینی، سید یاسر و همکاران، «واکاوی ماهیت حقوقی تملک قهری املاک واقع در طرح‌های عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۹۸.
۲. عباسی، بیژن، «قواعد و شرایط اجرای اعمال اداری یک‌جانبه»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۳، بهار ۱۳۹۳.
۳. فقیه لاریجانی، فرهنگ و همکاران، «مرجع و فرآیند تملک قهری اراضی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۲۰، پاییز ۱۳۹۸.

#### ج) آرای قضایی

۱. رأی شماره ۱۰۲، مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲. رأی شماره ۵۷۳، مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳. رأی شماره ۶۳، مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. رأی شماره ۸۲، مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۵. رأی شماره ۹۱۳۶۷-۱۳۶۴۵-۲۳۴۳۱۶۴۵-۹۱۰۲۳۴۳۱۶۴۵، مورخ ۹۱/۱/۱۷ شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی همدان.
۶. رأی شماره ۹۴۵۹۴-۱۲۰۰۰۵۹۴-۹۱۰۹۹۸۰۲۱۲۰۰۰۵۹۴، مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۱ شعبه دوم بدوی دیوان عدالت اداری.

۷. رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۱۰۰۰۷۲، مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.
۸. رأی شماره ۹۷۰۹۹۷۹۰۲۸۰۲۸۷۷، مورخ ۱۳۹۷/۷/۱ شعبه ۱۰ دیوان عدالت اداری.
۹. رأی شماره ۹۷۵، مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۵ صادره از شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری.
۱۰. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷، مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
۱۱. رأی شماره ۱۰۷، مورخ ۱۳۷۷/۵/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۲. رأی شماره ۱۲۳۸، مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۶ شعبه ۱۹ دیوان عدالت اداری.
۱۳. رأی شماره ۱۴۴۳، مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۴. رأی شماره ۱۶۲۴، مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۳ شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری.
۱۵. رأی شماره ۲۴۳۶، مورخ ۱۴۰۱/۹/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۶. رأی شماره ۲۵۵۰، مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۷. رأی شماره ۳۰۹۸، مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۱۸. رأی شماره ۵۶، مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

#### د) دیگر منابع

۱. سامانه ملی آرای قضایی: [www.ara.jri.ac.ir](http://www.ara.jri.ac.ir).
۲. سامانه نشست‌های قضایی قضات: [www.neshast.org](http://www.neshast.org).
۳. شهیدی، سپیده و رضا ایران‌مهر، «پاسخ به پرسش‌های ۴۵۷ و ۴۵۸؛ مصاحبه با قضات دادگستری استان تهران»، ماه‌نامه قضاوت، شماره ۷۷، مرداد و شهریور ۱۳۹۱.
۴. نظریه شماره ۲۲۸۱۸/۳۰/۸۶، مورخ ۱۳۸۶/۷/۸ شورای نگهبان.
۵. نظریه مشورتی شماره ۷/۴۴۷۳، مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

## ۲. Latin Source

### A) Book

1. Myrzabai, Aliakbar, Land Acquisition and Resettlement Framework, Kyzylorda to Zhezkazgan Road Rehabilitation Project, Kazakhstan, Prepared on behalf of JSC KazAvtoZhol, first pub., June ۲۰۲۱, pp. ۲-۱.
۲. Sandefur, Timothy, Cornerstone of liberty: property rights in ۲۱st- century America, Cato, first pub., ۲۰۰۶, pp. ۹۰-۸۹.

### B) Article

1. Kalbro, Thomas, "Private Compulsory Acquisition and the Public Interest Requirement", International Federation of Surveyors, Article of the Month, September ۲۰۰۷, pp. ۳-۲.

### C) Verdict

1. Dolan v. City of Tigard, ۵۱۲ U.S. ۱۹۹۴, ۳۹۲, ۳۷۴.
۲. Kelo v. City of New London, ۵۴۵ U.S. ۴۶۹ (Decided: June ۲۰۰۵, ۲۳).
۳. Knick v. Township of Scott, ۵۸۸ U.S., June ۲۰۱۹, ۲۰.

### D) Rule

1. Fifth Amendment (Amendment V) to the United States Constitution, ۱۷۹۱.
۲. Kazakhstan Constitution, ۱۹۹۵ (amended in ۲۰۱۷).

## آسیب‌شناسی حقوقی مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی (موردپژوهی: نظام حقوقی ایران)

علی مشهدی<sup>۱</sup>

زهرا زندیه<sup>۲</sup>

محمد مهدی فر<sup>۳</sup>

### چکیده

انتصابات خانوادگی، سفارش‌ها و لابی‌گری‌ها و سهام‌داری‌های رانت‌ساز نمایندگان پارلمان، ذهن پژوهشگران حوزه فسادستیزی را به خود مشغول داشته است. رد پای بسیاری از فسادها را در کلیدواژه «تعارض منافع» می‌توان دنبال کرد. وجود تعارض منافع با بروز فساد برابر نیست، ولی بی‌تردید، بزرگ‌ترین عامل فساد، وجود موقعیت‌های گوناگون تعارض منافع است که فرد را بر سر دوراهی منفعت شخصی یا ملی قرار می‌دهد. هر چند در جامعه اسلامی، اتصاف به تقوا، کنترل درونی و صلاحیت‌های اخلاقی از شرایط تصدی مناصب است، تکیه بر فضایل اخلاقی، نافی مسئولیت حکومت در رفع موقعیت‌های بروز تعارض منافع نیست.

سؤال اصلی پژوهش آن است که چه علل و عواملی، بروز تعارض منافع در ایران را پدید آورده‌اند تا حدی که می‌توان از زنگ خطر یک بحران در نظام سیاسی اداری ایران سخن گفت. مقاله پیش رو که به روش تحلیل کیفی به واکاوی منابع کتاب‌خانه‌ای در این موضوع پرداخته، بر آن است تا عوامل اصلی بروز فسادهای ناشی از موقعیت تعارض منافع را با رویکرد حقوقی در سه حوزه بکاود: علل هنجاری؛ ناشی از اختلال در قانون‌گذاری به شکل بایسته؛ علل ساختاری؛ برخاسته از مواردی مانند اتحاد جایگاه‌های قاعده‌گذار، مجری و ناظر؛ علل رفتاری؛ ناشی از اموری مانند اختلال در رعایت اخلاق حرفه‌ای.

**واژگان کلیدی:** تعارض منافع، فساد، مدیریت، کارگزار عمومی.

۱. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، droitenviro@gmail.com

۲. دانشجوی دوره دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)، zandie1991@gmail.com

۳. پژوهشگر دوره دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران (دانشکدگان فارابی)، mohammadmahdifar@ut.ac.ir

## مقدمه

بروز «تعارض منافع»<sup>۱</sup> و نبود راهکار مناسب برای مدیریت آن، از اصلی‌ترین و ریشه‌ای‌ترین دلایل وقوع فساد در سطوح عمومی حاکمیت است. وجود تعارض منافع، مساوی با بروز فساد نیست، ولی بزرگ‌ترین عامل آن، وجود موقعیت‌های گوناگون تعارض منافع است که فرد را بر سر دوراهی منفعت شخصی یا ملی قرار می‌دهد. هر چند در جامعه اسلامی، اتصاف به تقوا، کنترل درونی و صلاحیت‌های اخلاقی از شرایط تصدی مناصب است، تکیه بر فضایل اخلاقی، نافی مسئولیت حکومت در مدیریت موقعیت‌های بروز تعارض منافع نیست.

تعارض منافع، یکی از مهم‌ترین ریشه‌های وقوع فساد در حاکمیت است و در قلمرو امور عمومی، کم‌تر حوزه‌ای را می‌توان یافت که این مسئله در آن مشکل‌آفرین نشده باشد. از این رو، از حکومت توقع می‌رود در تمام سطوح، وظایف خود را در مدیریت این امر مهم، بی‌طرفانه به انجام برساند. میزان اهتمام یک نظام حقوقی به مبارزه ساختاریافته پیشینی با فساد، از رهگذر مواردی چون تقنین و نظام نظارت و تعادل<sup>۲</sup> برای پیش‌گیری از تخلف نشان‌دهنده جایگاه والای سلامت اداری نزد آن است. علاوه بر آن، این اقدام، بسیاری از پی‌آمدهای منفی برای دولت را کاهش می‌دهد که عبارتند از: بالا رفتن نارضایتی از عملکرد حکومت و در نهایت، کاستن از سرمایه اجتماعی آن، بالا رفتن تعداد پرونده‌های فساد اداری در نظام قضایی، درگیر کردن حجم بالایی از فعالیت‌های اداره به پی‌گیری فساد به جای تمرکز بر ارتقای کارآمدی و بهره‌وری سیستم.

در حوزه امور پزشکی، آثار متعددی در باب موضوع پژوهش پیش‌رو نگاشته شده، ولی دانش‌واژه «تعارض منافع» و شیوه‌های مدیریت آن از موضوعات مغفول در مطالعات سیاسی و حقوق عمومی است. از این رو، با وجود اهمیت روشن موضوع، ادبیات داخلی در تبیین موضوع و شناساندن کاستی‌های نظام حقوقی یا گلوگاه‌های بروز این پدیده، نحیف و نارسا بوده است. نگارندگان در کاوش‌های خود به محدود آثار داخلی و خارجی درباره این موضوع رسیده‌اند که هر یک از زاویه‌ای خاص به موضوع مورد نظر پرداخته‌اند. در برخی از آثار، ضمن نگاهی جزءنگر، به رفع موقعیت‌های

1. Conflict of Interest

2. Checks and Balances

تعارض منافع از زاویه اصلاح فرآیندهای قضایی، تعارض منافع مقامات قضایی و نمایندگان پارلمان اشاره شده یا یک نهاد عمومی خاص مثل بورس اوراق بهادار، موضوع پژوهش بوده است. بررسی این آثار روشن خواهد کرد که گرچه آشنایی با تعارض منافع بخشی و در یک حیطه خاص قابل بهره‌برداری است، موضوع کانونی پژوهش پیش رو (آسیب‌شناسی مدیریت تعارض منافع در نظام حقوقی ایران) در آثار موجود مهجور مانده است. پژوهش حاضر می‌کوشد مخاطب را با حوزه‌های آسیب (ساختار، هنجار و رفتار) آشنا کند و در ضمن هر یک از آن‌ها، به تحلیل مهم‌ترین زوایای بحث بنشیند. از این رو، در مقاله پیش‌رو با این رویکرد، علل و زمینه‌های بروز تعارض منافع در نظام حقوقی ایران، بررسی و از منظر حقوقی، آسیب‌شناسی خواهند شد. البته پیش از آن نیز به میزان مورد نیاز و با رعایت اختصار، برخی مفاهیم را بررسی می‌کنیم.

## گفتار اول. تحلیل مفهومی

«تعارض منافع»، مفهومی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و قانونی است که مجادله و ابهام بسیاری درباره تعریف اجماعی آن وجود دارد.<sup>۱</sup> از این رو، ضروری است با استفاده از تمام ابعاد شناختی‌اش، به مدیریت آن اقدام کرد. به دلیل گستردگی مفهومی تعارض منافع، ارائه تعریف سلبی در کنار تعریف ایجابی، در تبیین جامع کلیدواژه مورد نظر مؤثر است. از این رو، در مقام ارائه تعریف سلبی باید گفت که «تعارض منافع»، «فساد» نیست و تصور این‌همانی میان آن‌ها نادرست است. برای ارائه تعریف ایجابی از تعارض منافع می‌توان در یک تعریف کلی گفت که وجود تعارض منافع به معنای وجود موقعیت‌هایی است که تصمیمات و اقدامات حرفه‌ای تحت تأثیر یک منفعت ثانوی قرار می‌گیرد<sup>۲</sup> و امور شخصی افراد، وظایف عمومی و رسمی آنان یا منافع مالی و غیر مالی‌شان با یکدیگر در تعارض است.<sup>۳</sup> مایکل دیویس و آندرو استارک معتقدند اگر این دو شرط وجود داشته

1. Demmke, C., Henökl, T., & Moilanen, T., *Regulating conflicts of interest for holders of public office in the European Union: A comparative study of the rules and standards of professional ethics for the holders of public office in the EU-27 and EU institutions*. European Institute of Public Administration, 2008, p.27.

۲. رزقی، ابوالفضل و سید عباس پرهیزکاری، *تعارض منافع، راهبردهای پیش‌گیری و مدیریت*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره مسلسل ۱۵۸۰، ص ۴.

3. *Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences*; Giorgini, Paolo and

باشند، یک موقعیت، موقعیت تعارض منافع است:

**شرط اول.** فرد در رابطه‌ای، ملزم به نمایندگی منافع فردی دیگر است و این نمایندگی نیازمند قضاوت در تصمیم‌گیری‌های مختلف است؛

**شرط دوم.** فرد دارای منفعت خاصی است که آن منفعت با دخالت در رابطه نمایندگی باعث می‌شود قضاوت به صورت صحیح و درست صورت نگیرد.<sup>۱</sup>

در نظام حقوقی ایران با خلأ تعریف قانونی از تعارض منافع روبه‌رویم. با این حال، در برخی لوایح یا بخش‌نامه‌ها به این موضوع اشاره شده است. برای مثال، در لایحه «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی» مورخ ۹۸/۸/۱۹، تعارض منافع، «موقعیتی است که منفعت شخصی مشمولان این قانون در مقام انجام وظایف یا اعمال اختیارات قانونی آنان در تعارض با منافع عمومی قرار می‌گیرد و می‌تواند انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف مذکور را مانع شود». هم‌چنین در بند الف مصوبه «مدیریت تعارض منافع در شهرداری تهران»، مصوب شورای اسلامی شهر تهران، مورخ ۹۷/۷/۱۰، تعارض منافع «عبارت است از تعارض منافع شخصی مشمولان این مصوبه با انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی آن‌ها در مجموعه مدیریت شهری تهران».

کنترل درونی ناشی از باورهای مذهبی، وجدان، اخلاق، ارزش‌های اجتماعی، ترحم یا ترس می‌توانند موانعی از وقوع فساد باشند، اما برای پیش‌گیری از فساد، کنترل‌های درونی به تنهایی کافی نیستند و اجتناب پیشینی از قرارگیری افراد در موقعیت‌های ارتکاب فساد، منطقی‌تر از قرار دادن آنان در معرض راستی‌آزمایی پسینی کنترل درونی است.

مدیریت تعارض منافع از جمله سیاست‌های نرم و پیشینی برای جلوگیری از فساد است. با تنظیم مقررات و خط‌مشی‌هایی برای از بین بردن یا کاهش مخاطرات موقعیت‌های تعارض منافع می‌توان تا حد زیادی از بروز فساد و ناکارآمدی ناشی از آن جلوگیری کرد.<sup>۲</sup> استفاده از واژه «مدیریت» برای

Fabio Massacci and John Mylopoulos and Nicola Zannone, **Detecting Conflict of Interest, Requirements Engineering**, 14th IEEE International Conference, 2006.

1. Davis, M. and Andrew Stark, **Conflict of Interest in the Professions**, New York: Oxford University Press, 2001, p. 8.

۲. مرتب، یحیی و همکاران، تعارض منافع در بخش عمومی، تهران: شفافیت و پیشرفت، ۱۳۹۹، صص ۲۸۲-۲۸۳.

تعارض منافع، انتخابی دقیق و دارای بار معنایی خاص است. تعارض منافع به دلیل شکل‌های گوناگون و موقعیت‌های مختلف بروز به صورت کامل از عرصه فعالیت‌های گوناگون حاکمیتی، اداری و اقتصادی قابل حذف نیست، بلکه بهترین راه حل، مدیریت تعارض منافع به شکلی بهینه است به نحوی که علاوه بر وجود قدرت انتخاب و اختیار در فرد، آثار نامطلوب آن کمینه شود.

نگارندگان بر این باورند که سوء مدیریت تعارض منافع در نظام حقوقی ایران در بی‌توجهی به اقدام همه‌جانبه برای شناسایی خاستگاه‌های آن و به تبع، در پیش نگرفتن روش بایسته برای مدیریت آن‌هاست، همان‌طور که معتقدند فروکاستن مسئله به اختلال در یک جنبه خاص و غفلت از آسیب‌شناسی دیگر حوزه‌ها منجر به مدیریت مطلوب مسئله نخواهد شد. نتیجه تحقیقات در نوشتار پیش رو حاکی از آن است که ردیابی ریشه‌های این آسیب، مبین وجود اختلال در سه حوزه هنجاری، ساختاری و رفتاری است. بر همین اساس، مسئله تعارض منافع را در این ابعاد بررسی می‌کنیم.

## گفتار دوم. آسیب‌شناسی علل هنجاری اختلال در مدیریت تعارض منافع

نقص نظام هنجاری را می‌توان ناشی از هم‌زمانی دو گونه اختلال ماهوی و شکلی دانست که بررسی خواهیم کرد.

### بند اول. اختلال ماهوی

بخشی از ایرادهای هنجاری، اختلال‌های ماهوی هستند که به مفاد قوانین و مقررات ناظر به مسئله تعارض منافع وارد است. از نظر نوشتار حاضر، نبود قانون جامع<sup>۱</sup> و نگاه کل‌نگر از یک سو و اختلال در شناسایی درست مهم‌ترین عوامل رخ دادن فساد ناشی از تعارض منافع در قوانین پراکنده موجود از سوی دیگر، اصلی‌ترین ایرادهای ماهوی حوزه هنجاری تلقی می‌شوند. پس از وضعیت‌شناسی نظام قانون‌گذاری ایران در کیفیت رویارویی با تعارض منافع، برای ترسیم تصویری بهتر از جایگاه دو عامل پیش‌گفته، آن‌ها را بررسی خواهیم کرد.

---

۱. آنامرادنژاد، داوود، سام محمدی و سید حسن حسینی مقدم، «ضرورت قانون‌گذاری در مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، شماره ۴، ۱۴۰۰.

## ۱. وضعیت‌شناسی قانون‌گذاری

قانون‌گذار ایرانی تاکنون کارویژه «مدیریت تعارض منافع» را در هیچ یک از متون قانونی داخلی به کار نبرده است،<sup>۱</sup> ولی در دو قانون الحاق به کنوانسیون‌ها، این اصطلاح یافت می‌شود:

۱. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۸۵/۳/۲۱، مجلس شورای اسلامی که مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۸۷/۷/۲۰ تأیید کرد (بند ۱۲ ماده ۱۲).

۲. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ۱۹۹۲ جهت اصلاح کنوانسیون تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران خسارت آلودگی نفتی (۱۹۷۱)، مصوب ۸۰/۱۱/۲۴ مجلس شورای اسلامی (بند ب ماده ۳۶ مکرر سوم).

در اصلاح آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، مصوب ۹۴/۱۲/۲ هیئت وزیران که در ماده ۲ مکرر بیان شده است: «اصول اخلاق حرفه‌ای که همه اشخاص در ارائه خدمات مهندسی خود، ملتزم به رعایت و لحاظ کردن آن هستند، به شرح زیر است: ۱- رجحان منافع عمومی، حفظ محیط زیست، میراث فرهنگی و رعایت قانون بر منافع شخصی خود و صاحبان کار به هنگام تعارض منافع...». هم‌چنین تبصره ۳ ماده ۵۹ این آیین‌نامه مقرر می‌دارد: «به منظور رفع تعارض منافع و تسهیل رقابت سالم و اجتناب از اختلال در انجام وظایف، تصدی هم‌زمان کارکنان دستگاه‌های نظارتی یا اجرایی مرتبط با موضوع قانون مجاز نمی‌باشد».

علاوه بر این، هیئت وزیران در آیین‌نامه ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود در طرح‌های سرمایه‌گذاری مصوب ۹۶/۲/۱۷، این مفهوم را به کار برده است. مطابق ماده ۴ این آیین‌نامه، «اصول و روش‌های ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود به شرح زیر است: ارزش‌گذاری باید با رعایت اصول محرمانگی، شفافیت، بی‌طرفی و اجتناب از تعارض منافع و بر اساس مطالعات بازار داخلی و بین‌المللی، تحلیل مالی، تجاری و اقتصادی و ارزیابی ابعاد فناورانه و محاسبه ریسک (خطر)‌های مربوط باشد و کیفیت و کمیت داده‌ها و اطلاعات، منبع، مستندات، هدف ارزش‌گذاری و روش‌های استفاده‌شده به طور

۱. در سال‌های اخیر، دولت و مجلس در راستای وضع قوانین با محوریت «تعارض منافع» تلاش‌هایی کرده‌اند که حاصل آن، تصویب کلیات طرح آن بوده است. برای مشاهده اصل خبر نک: [www.mehrnews.com/news/5345667](http://www.mehrnews.com/news/5345667).

مستند تشریح شود...» هم‌چنین تبصره ۲ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی بند پ ماده ۷۲ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۹۷/۲/۲۳ هیئت وزیران مقرر کرده است: «کلیه اعضای کارگروه (کارگروه بررسی و تدوین فهرست دارویی ایران) باید کاربرگ (فرم) «اعلام تعارض منافع» تدوین شده توسط دبیرخانه کارگروه را تکمیل کنند».

در نظام قانون‌گذاری داخلی با واژه «تعارض منافع» روبه‌رو نیستیم، ولی کلیدواژگان هم‌معنا با آن در قوانین وجود دارد. واژه «تعارض منفعت» برای اولین بار در ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ به کار رفته است.<sup>۱</sup> علاوه بر این، در برخی موارد و به صورت پراکنده، بی‌آن‌که نامی از تعارض منافع در قوانین بیاید، به محتوا و راهبردهای مدیریت آن اشاره شده است. برای مثال، قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ بر جلوگیری از مداخلات مسئولان حاکمیتی در خرید و فروش‌ها متمرکز است که یکی از راهبردهای مدیریت تعارض منافع است. قانون‌گذار در این قانون، مسئولان رده‌بالای حکومتی اعم از نخست‌وزیر، وزیر، نمایندگان مجلس، سفیران، استانداران و تمامی کارکنان کشوری و لشکری و برخی از اشخاص حقوقی وابسته به دولت و حتی برخی از اقارب نسبی و سببی کارکنان دولت را از مداخله در معاملات دولتی و کشوری که فهرست آن در تبصره ۳ ماده اول همین قانون آمده است، ممنوع و برای متخلفان، مجازات حبس ۲ تا ۴ سال را پیش‌بینی کرده است.

در یک بررسی کلی، برخی از قوانین مبارزه با فساد در ایران - که به جهت رابطه علی بین فساد و تعارض منافع، در بحث حاضر از اهمیت بالایی برخوردارند - به این ترتیبند:

بر اساس اصل سوم قانون اساسی،<sup>۲</sup> یکی از وظایف دولت اسلامی، مبارزه با کلیه مظاهر فساد است. بر اساس اصل ۱۴۱ قانون اساسی<sup>۳</sup> و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مصوب ۷۳/۱۰/۱۱ که

---

۱. ماده ۹۱: «هرگاه مأمور نتواند دادخواست را به شخص مدعی علیه برساند، باید در محل اقامت او به یکی از بستگان یا خادمین او ابلاغ نماید، مشروط بر این‌که به نظر مأمور، سن ظاهری این اشخاص برای تمیز اهمیت برگ دادخواست کافی باشد و مشروط بر این‌که بین مدعی علیه و شخصی که برگ را دریافت می‌دارد، تعارض منفعت نباشد».

۲. اصل سوم قانون اساسی: «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ۱. ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی...».

۳. اصل ۱۴۱ قانون اساسی: «رئیس جمهور، معاونان رئیس جمهور، وزیران و کارمندان دولت نمی‌توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند و داشتن هر نوع شغل دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت یا

در راستای اجرای همین اصل تصویب شده، قانون‌گذار به منظور جلوگیری از فساد اداری و مالی (سوء استفاده از مقام و موقعیت‌های متعدد شغلی) و منع دریافت‌های متعدد از منابع مختلف دولتی، مستخدمین دولتی را در تمام سطوح از تصدی بیش از یک شغل دولتی ممنوع کرده است. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، مصوب ۱۳۹۰/۸/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام که از مهم‌ترین قوانین مقابله با فساد اداری است، به تعریف فساد، تکلیف دستگاه‌ها در پیش‌گیری از مفاسد اداری و ترتیبات مقابله پرداخته است. قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و موسسات وابسته به آن‌ها، مصوب ۱۳۳۷/۲/۱۹ هم به این موضوع اشاره دارد.

بر اساس قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ هم از آن‌جا که معاملات خارجی در دسته معاملات مربوط به قراردادهای کلان تجاری و اقتصادی هستند، «قبول هرگونه پورسانت (درصد) از قبیل وجه، مال، سند پرداخت وجه یا تسلیم مال تحت هر عنوان به طور مستقیم یا غیر مستقیم در رابطه با معاملات خارجی قوای سه‌گانه و... ممنوع است.» قانون مبارزه با پول‌شویی نیز با توجه به اثرات زیان‌بار اقتصادی و اجتماعی این پدیده در جلسه علنی ۸۶/۱۰/۲ مجلس شورای اسلامی تصویب شد.

علاوه بر این موارد، قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۶-۱۴۰۰)، مصوب ۹۶/۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی، بخشی را تحت عنوان «نظام اداری، شفافیت و مبارزه با فساد» پیش‌بینی و در راستای اصلاح نظام اداری، اقداماتی را مقرر کرده است. ماده ۲۹ این برنامه در راستای افزایش شفافیت و مبارزه با فساد، دولت را مکلف به ثبت حقوق و مزایای کارکنان خود کرده است که با موضوع مدیریت تعارض منافع ارتباط وثیق دارد.

افزون بر این، از وجود برخی قوانین ناظر به دریافت هدیه توسط کارگزاران می‌توان نام برد که رویکردهای مختلفی دارند. برای نمونه، قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰، قانون نظارت

---

مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی و وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نیز ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی، جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای آنان ممنوع است. سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی از این حکم مستثنی است.»

بر رفتار نمایندگان مصوب ۱۳۹۱، قانون استخدام وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۷۴ و قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، رویکرد ممنوعیت مطلق دریافت هدیه را در پیش گرفته‌اند. در مقابل، آیین‌نامه تبادل هدایا با مقامات خارجی مصوب ۱۳۷۰، رویکرد ممنوعیت محدود را برگزیده و به تعیین سقف هدایای اعطایی به مقامات خارجی پرداخته است. در برخی قوانین مانند قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ نیز نگاه قانون‌گذار، معطوف به سازمان است و شخص محور نیست. قانون مورد اشاره، دریافت هدیه را ممنوع اعلام کرده و موارد جواز در آن را در مقام استثنا به رسمیت شناخته شده است. با این حال، در زمینه نگاه سازمانی قانون‌گذار باید این نقایص را متذکر شد: تشنّت قانونی گسترده در اعطای کمک سازمان‌های دولتی به مجموعه‌های دولتی و غیر دولتی که نشان‌دهنده نبود رویکرد مدیریت تعارض منافع و تصور پدیدار شدن موقعیت‌های ناشی از آن است.<sup>۱</sup>

به طور کلی، پراکندگی و تمرکز نداشتن قوانین بر تعارض منافع را می‌توان مسئله اصلی و آسیبی انکارناشدنی دانست. در ادامه، اختلال ماهوی هنجاری به صورت جزئی‌تر با تمرکز بر دو آسیب؛ نبود قانون جامع مدیریت تعارض منافع و اختلال در شناسایی بایسته مهم‌ترین عوامل رخ دادن فساد ناشی از آن تحلیل می‌گردد.

## ۲. نبود قانون جامع مدیریت تعارض منافع

ترجیح منافع عمومی بر منافع شخصی، گرچه محتمل و امکان‌پذیر است و همواره بسیاری از افراد در آزمون خویشتن‌داری و رعایت امانت، سربلندند، شواهد زیسته نشان می‌دهد که در این صورت نیز افکار عمومی نسبت به صحت عملکرد کارگزار عمومی، مردّد و بدگمان است که کاهش اعتماد به دولت را نتیجه خواهد داد. در چنین مواردی، دولت‌ها تلاش می‌کنند با وضع قوانین، حوزه‌های تعارض منافع را مشخص و سپس در راستای پیش‌گیری از آن چاره‌اندیشی کنند. نبود قانون شایسته و جامع در موضوع تعارض منافع، حاکمیت قانون را متزلزل و مسیر را برای تبعیض و اعمال سلیقه باز می‌کند.

۱. عبدلی، امیرعباس و ولی رستمی، چهارچوب قانون‌گذاری مبارزه با فساد اداری در منظومه حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر «تعارض منافع»، اراک: جهاد دانشگاهی، ۱۴۰۰.

- در کنار قانون‌گذاری جامع<sup>۱</sup> می‌توان از قانون‌گذاری بخشی<sup>۲</sup> سخن گفت. جامع یا بخشی بودن سیاست‌های تعارض منافع بدین معناست که گاه قواعد مدیریت تعارض منافع در همه بخش‌های عمومی با قواعد یکسان صورت می‌گیرد و گاه با وضع قواعد خاص برای هر بخش، این مهم، ممکن می‌شود.<sup>۳</sup> برای مثال، کشورهایی مثل کانادا، کره جنوبی، صربستان و بوسنی هرزگوین، کشورهای دارای قانون‌گذاری جامع در حوزه مدیریت تعارض منافعند و کشورهایی مثل فرانسه، آلمان و امریکا در گروه قانون‌گذاری بخشی دسته‌بندی می‌شوند؛ یعنی موضوع نام‌برده را در قوانین گوناگون گنجانده‌اند. «طرح مدیریت تعارض منافع» که در اسفند ۹۷ در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول شد و کلیات آن در آبان ۱۴۰۰ به تصویب رسید، در راستای قانون‌گذاری جامع و بخش‌نامه مدیریت تعارض منافع در آموزش و پرورش مورخ ۹۹/۳/۱۳ که وزیر آموزش و پرورش به معاونت‌ها، سازمان‌ها، مراکز، دانشگاه فرهنگیان، دانشگاه شهید رجایی و مدیران کل آموزش و پرورش استان‌ها ابلاغ کرد، در دسته قانون‌گذاری بخشی قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد با توجه به وصف طیفی و سیال بودن تعارض منافع و داشتن اشکال و نمودهای گوناگون لازم است نظام حقوقی ایران از هر دو نوع این قانون‌گذاری‌ها بهره‌جوید.

## بند دوم. اختلال در شناسایی بایسته‌مهم‌ترین عوامل رخ دادن فساد ناشی از تعارض منافع

پیش‌تر در بخش وضعیت‌شناسی قانون‌گذاری آمد که به دلیل قرابت مسئله تعارض منافع با فساد می‌توان راهکارهایی را جست که با هر دو مرتبطند و با مدیریت مطلوب یکی، دیگری را نیز مدیریت کرد. با توجه به نبود هنجار مدیریت تعارض منافع در نظام حقوقی ایران، تصور آن است که بتوان از هنجارهای مبارزه با فساد برای آن مهم نیز استفاده کرد. البته تحلیل این دسته از هنجارها نشان می‌دهد که نمی‌توان در این زمینه نیز قوانین یادشده را با امتیاز بالا ارزیابی کرد. شرح نمونه‌ای در خصوص اشتغال هم‌زمان و فعالیت‌های پسا‌شغلی می‌تواند تبیین‌کننده موضوع باشد.

1. comprehensive

2. sectorial

3. Reed, Quentin, **Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan**, U4 Issue, 2010, p. 6: [www.u4.no/publications](http://www.u4.no/publications).

- اعمال نشدن محدودیت برای اشتغال می‌تواند به دو شکل اشتغال هم‌زمان (در بخش عمومی یا خصوصی) یا فعالیت‌های پسااشتغال باشد که زمینه‌ساز بروز موقعیت‌های تعارض منافع است. به دیگر سخن، اشتغال هم‌زمان می‌تواند عرصه رخ‌نمایی معضلاتی چون نبود وفاداری و تعهد اداری کارگزاران باشد؛ چون به طور طبیعی، فرد نمی‌تواند هم‌زمان به دو دستگاه اداری، پای‌بند و وفادار باشد. علاوه بر این، وجود چنین وضعیت‌هایی، ضمانت‌های اجرایی یا تنبیه و ترغیب‌های انگیزه‌ساز اداری را خنثی می‌کند. برای مثال، برای کارمندی که در خارج از ساعات اداری، درآمدی چندین برابر حق اضافه‌کاری دارد، اثر ترغیب‌کننده اضافه‌حقوق یا تنبیه کسر از حقوق ناکارآمد است.

- فعالیت هم‌زمان مقام یا کارگزار عمومی در بخش خصوصی در قالب «تأسیس شرکت» یا «سهام‌داری» در آن، منافع عمومی را در معرض آسیب قرار خواهد داد؛<sup>۱</sup> چون در چنین مواردی، افراد همواره بر سر دوراهی انتخاب منافع عمومی و خصوصی قرار خواهند گرفت. الگوی مشارکت عمومی و خصوصی،<sup>۲</sup> سازوکاری است که در آن، بخش عمومی (دولت و دیگر نهادهای حاکمیتی) به منظور تأمین خدمات زیربنایی، اعم از آب و فاضلاب، حمل و نقل، سلامت آموزش، از ظرفیت‌های بخش خصوصی اعم از دانش، تجربه و منابع مالی استفاده می‌کنند. بر اساس آیین‌نامه تبصره ۱۹ قانون بودجه ۱۳۹۹ کل کشور، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند تمام یا بخشی از وظایف و مسئولیت‌های خود را با الگوی مشارکت عمومی و خصوصی دنبال کنند. بند ۲ ماده ۱۷ این آیین‌نامه، دستگاه‌های اجرایی را مکلف کرده است اطلاعات پروژه‌های در حال بهره‌برداری دارای درآمد و پروژه‌های نیمه‌تمام را برای واگذاری به روش مشارکت عمومی و خصوصی انتشار عمومی دهند. با توجه به این‌که در این آیین‌نامه، سازوکارهایی برای مدیریت تعارض منافع پیش‌بینی نشده است، احتمال دارد که مسئولان و مدیران دستگاه‌های اجرایی متولی انتشار اطلاعات، با در اختیار داشتن رانت اطلاعاتی، این پروژه‌ها را به سمت پیمانکاران خاص خصوصی از جمله شرکت‌هایی سوق دهند که خود یا خویشاوندانشان با آن، «رابطه سهام‌داری یا مالکیت» دارند یا تسهیلاتی برای کارکنان دستگاه‌های اجرایی و بازنشستگان دستگاه در گرفتن و اجرای

۱. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱۵.

پروژه‌های یادشده قائل شوند که از مصادیق روشن تعارض منافع است.<sup>۱</sup>

- شرکت‌داری نمایندگان مجلس نیز از موقعیت‌های مهم تعارض منافع است. این موقعیت می‌تواند منجر به تعارض منافع سهام‌داری و مالکیت شرکت‌ها شود که اخلاقی در ایفای درست وظایف نمایندگی را به دنبال خواهد داشت. نماینده‌ای که سابقه حضور در هیئت مدیره یک کارخانه صنعتی بزرگ را دارد، بسیار محتمل است که در بزنگاه‌های مهم عملکرد خود در مجلس شورای اسلامی (قانون‌گذاری و نظارت) از ترجیح منافع عمومی بازماند.

- شناسایی نکردن بایسته موارد ایجادکننده فساد ناشی از وارد نشدن قانون‌گذار به مدیریت تعارض منافع، محدود به فعالیت‌های اشتغال هم‌زمان یا پسا‌شغلی نمی‌گردد و ایراد را در حوزه‌های دیگر نیز می‌توان ردیابی کرد. مواردی مانند هدیه یا خویشاوندسالاری که صرفاً به صورت پراکنده و ناقص مانند قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری و بخش‌نامه وزیر رفاه، کار و امور اجتماعی (۱۵ بهمن ۱۳۹۶) به آن توجه شده است،<sup>۲</sup> صرفاً بخشی از ایرادهای ماهوی در قوانین این حوزه است که لزوم توجه جدی به محتوای قوانین و مقررات در این حوزه را متذکر می‌شود.

## بند سوم. اختلال شکلی

- مقصود از اختلال شکلی در این جا، آن دسته از ایرادهای حوزه‌های هنجاری است که وراى متن قانون و ناظر به فرآیندهای تقنینی است. در این زمینه، تأخیر در قانون‌گذاری در حوزه تعارض منافع و روند طولانی تصویب آن قابل ذکر است. در ایران، تأخیر و به درازا کشیدن فرآیند تصویب قوانین به ویژه قوانین مرتبط با مدیریت تعارض منافع سبب شده است در بسیاری مواقع،

---

۱. روزنامه شرق، جمال کاکایی، ۳ شهریور ۱۳۹۹. یکی از اعضای هیئت رئیسه مجلس در مصاحبه‌ای در تیرماه ۹۹ صراحتاً «سهام‌داری مسئولان در مراکز آموزش عالی» را مصداق روشنی از تعارض منافع دانست. از این رو، نگاهی به فهرست دانشگاه‌ها، مؤسسات و مراکز آموزشی غیر دولتی، نمایانگر نام شمار زیادی از مسئولان وزارت خانه‌های متولی نظارت بر این مراکز به عنوان هیئت‌امنا و رؤسای این واحدهاست. در چنین موقعیت‌هایی، عهده‌داری مسئولیت و سهام‌داری مراکز آموزشی و دانشگاهی توسط مسئولان و مدیران وزارت خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و آموزش و پرورش، سطح نظارت بر این مراکز را کاهش داده است. به گفته این نماینده مجلس، ضروری است این افراد، داوطلبانه از یکی از سمت‌های خود استعفا دهند. خبرگزاری پرسنا، علی کریمی فیروزجانی، ۱۷ تیر ۱۳۹۹.

۲. عبدلی و رستمی، پیشین.

آفات متعددی دامن‌گیر نظام سیاسی حقوقی شود. برای مثال، گرچه اصل ۱۴۲ قانون اساسی هم‌زمان با طلوع آفتاب انقلاب اسلامی، موضوع ضرورت افشای اموال مقامات را اساسی‌سازی کرده است، «قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران» در آذرماه ۱۳۹۴ به تصویب رسید. البته این تصویب نیز پس از کش و قوس‌های فراوان مجلس و شورای نگهبان، دست آخر با ورود مجمع تشخیص مصلحت نظام نهایی شد که تصویب آیین‌نامه اجرایی آن نیز تا سال ۹۸ به تأخیر افتاد.

- در مواردی، قانون‌گذاران با تأخیر در تصویب قوانین مرتبط با تعارض منافع، بستر کسب مزیت‌هایی را برای خود یا نزدیکان فراهم می‌کنند. برای مثال، در سال ۹۶، طرح جامع پذیرش و آموزش وکالت با هدف تغییر و اصلاح بازار وکالت در مجلس دهم اعلام وصول شد. با توجه به جواز قانونی کسب پروانه وکالت پس از خاتمه دوران نمایندگی، برخی نمایندگان مجلس به سودای آینده شغلی پردرآمد در حرفه وکالت، از تصویب قانون مربوط امتناع یا تعلل می‌کردند.

## گفتار سوم. آسیب‌شناسی علل ساختاری اختلال در مدیریت تعارض منافع

- تعارض بین منافع شخصی و منافع عمومی، امری است که عموم کارگزاران دولتی با آن مواجهند و از این رو، می‌تواند زمینه‌ساز فساد باشد. در میان علل ساختاری تعارض منافع، اتحاد جایگاه قاعده‌گذاری، اجرا و نظارت (ناظر و نظارت‌شونده، قاعده‌گذاری و مجری)؛ تعارض درآمد و وظیفه و کارشناسی و امضای طلایی (گلوگاه‌های مرتبط با صدور مجوزها) به عنوان سه علت ساختاری بسیار مهم بروز تعارض منافع در نظام حقوقی ایران قابل بررسی هستند.

### بند اول. اتحاد جایگاه‌های قاعده‌گذاری، اجرا و نظارت

- بنا بر قاعده کلی، وظایف حاکمیتی و قاعده‌گذاری باید از وظایف تصدی‌گری و اجرا متمایز باشند. تلاقی جایگاه‌های قاعده‌گذاری و اجرا، که از اشتباه‌های رایج در طراحی مدل ساختاری است، گاه به صورت واگذاری حیطة اجرا و نظارت به یک مجموعه و گاه دو مجموعه به ظاهر جدا و عملاً واحد رخ می‌دهد. برای مثال، اگر نمایندگان مجلس، قوانینی وضع کنند که مجری آن نیز باشند، تعارض منافع رخ داده است که زمینه لازم برای فساد را فراهم می‌کند.

در این مورد، می‌توان به آن دسته از نمایندگان از مجلس اشاره کرد که از اعضای هیئت مدیره شرکت‌های دولتی‌اند. در کنار اجرا می‌توان جایگاه مشاوره را نیز در نظر گرفت. آن هنگام که جایگاه قانون‌گذار و مشاور در فردی جمع شود، بستر مناسب برای بروز تعارض منافع ایجاد شده است. برای مثال، در حال حاضر، برخی از نمایندگان مجلس در تعدادی از شرکت‌های دولتی حکم مشاور دارند که در نبود نظارت کافی، آسیب‌های جدی بر جای خواهد گذاشت.<sup>۱</sup>

- علاوه بر این، در بسیاری از موارد، یکی بودن جایگاه‌های اجرا و نظارت یا ناظر و نظارت‌شونده، مسیر بروز تعارض منافع را هموار می‌کند. برای مثال، بخش عمده‌ای از وظایف وزارت آموزش و پرورش، نظارت بر عملکرد مراکز غیر دولتی تحت نظارت آن است که ناکارآمدی نظارت‌ها را نتیجه خواهد داد. آن هنگام که وزیر بهداشت، خود، صاحب بیمارستان‌های خصوصی باشد، طبیعی و ناگزیر است که نظارت‌ها و قاعده‌گذاری‌ها در مورد بیمارستان‌های خصوصی، کیفیت لازم را نداشته و در عوض، مخرب باشند. قاعده‌گذاری در مورد حقوق و مزایای گروهی از کارکنان دولت توسط همان افراد، نمونه دیگری از تعارض منافع است که حل ساختاری این معضل ضروری است. مصداق بروز تعارض‌های منافع از جنس مثال‌های پیش‌گفته، در سطوح مختلف نظام سیاسی بسیار پرشمار است. نمایندگان مجلس توسط هیئت عالی نظارت بر رفتار نمایندگان. که همگی از اعضای مجلس شورای اسلامی هستند. مورد نظارت و ارزیابی درباره امور مربوط به دوران نمایندگی قرار می‌گیرند<sup>۲</sup> (اتحاد ناظر و منظور). روشن است که وجود تعارض منافع پیرنگ در این موضوع، امر نظارت را به حاشیه خواهد برد.

۱. نک: زینالو، مهدی، علی‌رضا علی احمدی و سعید نریمان، «بررسی عوامل بروز تعارض منافع در نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، سیاست‌گذاری عمومی، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۹۹-۱۱۷.

۲. ماده ۱ قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان مصوب ۹۱/۱/۱۵: «ماده ۱. به منظور حفظ شأن و منزلت نمایندگان و نظارت درباره امور مربوط به دوران نمایندگی در ابتدای هر دوره مجلس شورای اسلامی و حداکثر سه ماه پس از انتخاب هیئت رئیسه دائمی، هیئت نظارت که از این پس، هیئت نامیده می‌شود، مرکب از افراد زیر برای همان دوره تشکیل می‌گردد: الف. یکی از نواب رئیس به انتخاب هیئت رئیسه برای هر سال؛ ب. یک نفر از اعضای کمیسیون اصل نودم (۹۰) به انتخاب مجلس؛ پ. یک نفر از اعضای کمیسیون قضایی و حقوقی به انتخاب مجلس؛ ت. چهار نفر از سایر نمایندگان به انتخاب مجلس».

- تفکیک نشدن جایگاه قاعده‌گذار و مجری که از مهم‌ترین علل ساختاری بروز تعارض منافع است، ممکن است در بخش عمومی یا خصوصی رخ دهد. آن هنگام که اعضای هیئت مدیره بانک‌ها و بیمه‌ها نسبت به تعیین ضریب حقوقی برای خودشان اقدام می‌کنند، درگیر موقعیت تعارض منافع هستند.

### بند دوم. تعارض درآمد و وظیفه

یکی از موارد بروز تعارض منافع، کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری است. در ایران، حدود ۱۳۰۰ شهرداری وجود دارد که یکی از مشکلاتشان، نبود منابع مالی پایدار است. یکی از گلوگاه‌های مهم تخلفات و ناهنجاری‌ها در بخش شهرسازی، اختیارات کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری‌ها در دریافت جریمه است، به نحوی که این کمیسیون‌ها به جای انجام وظیفه خود در جلوگیری از بروز تخلفات در ساخت‌وسازهای شهری و تضمین رعایت مقررات شهرسازی، با گرفتن جریمه‌های مالی از تخلفات چشم‌پوشی و تراکم‌فروشی می‌کنند و در عوض به درآمد شهرداری‌ها می‌افزایند. قانون ماده ۱۰۰ شهرداری، این کمیسیون را مخیر کرده است که با دریافت جریمه مالی، تخلفات ساخت و ساز مانند احداث بنای بدون پروانه، احداث نکردن پارکینگ قابل استفاده و تراکم اضافی را نادیده بگیرد. متأسفانه به علت پیش‌بینی نشدن تأمین منابع پایدار برای شهرداری‌ها، در حال حاضر، شهرداری‌ها همواره در دوراهی تعارض منافع یعنی انتخاب بین انجام وظایف خود که پیش‌گیری از تخلفات ساختمانی و صدور حکم تخریب یا اصلاح است. و راه دوم یعنی افزایش درآمد از طریق تبدیل تخلفات به جریمه مالی قرار دارند.<sup>۱</sup> به طور طبیعی، ارزش افزوده تخلفات (جریمه)، میل به تخلف و دریافت جریمه در شهرداری‌ها را افزایش خواهد داد. کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ شهرداری که وظیفه‌شان، پیش‌گیری از تخلفات ساختمانی است، از راه جریمه مالی تخلفات، برای خود کسب درآمد می‌کنند.

خوش‌بختانه، قانون درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها مصوب ۱۴۰۱/۵/۹ مجلس شورای اسلامی، نتیجه آخرین تلاش قانون‌گذار در راستای سامان‌دهی وضعیت درآمد شهرداری‌هاست. ماده ۱۷ این قانون، فروش تراکم توسط شهرداری‌ها را به تصویب کمیسیون مقرر در ماده ۵ قانون

۱. ویکی تعارض منافع، مرکز توان‌مندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی.

تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ وابسته ساخته و برای متخلفان از آن، مجازات پیش‌بینی کرده است: «شهرداری‌ها برای صدور پروانه ساختمانی، موظف به رعایت طرح تفصیلی شهرها بوده و فروش تراکم و نیز تغییر کاربری اراضی بر خلاف طرح تفصیلی فقط با تصویب در کمیسیون ماده (۵) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۲۲/۱۲/۱۳۵۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی مجاز است. متخلفان از مفاد این ماده مشمول مجازات تعزیری درجه هفت موضوع ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی به جز حبس و شلاق می‌شوند»<sup>۱</sup>.

از دیگر نکات مثبت این قانون می‌توان به طراحی فهرست عوارض و جرم‌انگاری تخلف از آن‌ها، تعیین ضوابط برای وضع عوارض، تناسب وضع عوارض با توجه با شرایط محلی و دسته‌بندی شهرداری اعم از کلان‌شهرها و دیگر شهرها و روستاها و نفی تبعیض در دریافت عوارض اشاره کرد.

### بند سوم. کارشناسی و امضای طلایی (گلوگاه‌های مرتبط با صدور مجوزها)

واگذاری اختیارات حاکمیت به نهادها و سازمان‌ها یا اشخاص دولتی و غیر دولتی (که معمولاً بدون ایجاد سازوکار مناسب برای متأثر شدن این افراد از نتایج تصمیمشان است)، یکی از مواردی است که منجر به پدیده امضای طلایی و تعارض منافع ساختاری می‌شود؛ زیرا کارشناسان مربوط در مواضع مختلف می‌توانند حقوق حاکمیتی واگذار شده به آن‌ها را معامله کنند. برای مثال، ممکن

---

۱. تا پیش از اصلاحات ماده ۵ در سال ۱۳۸۸، هم‌چنان ایراد تعارض منافع را در کلان‌شهر تهران به دلیل عدم شمول تحت ضوابط خویش به قوت خود پابرجا می‌گذاشت. با این اصلاحات، سازوکار ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، به نحو مطلوبی، ایراد تعارض منافع مربوط به کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری را مدیریت کرده است: «ماده ۵. بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها در هر استان به وسیله کمیسیونی به ریاست استاندار (و در غیاب وی، معاون عمرانی استانداری) و با عضویت شهردار و نمایندگان وزارت مسکن و شهرسازی، وزارت جهاد کشاورزی و سازمان میراث فرهنگی و گردشگری و صنایع دستی و هم‌چنین رئیس شورای اسلامی شهر ذی‌ربط و نماینده سازمان نظام مهندسی استان (با تخصص معماری یا شهرسازی) بدون حق رأی انجام می‌شود...»

تبصره ۳. در مورد شهر تهران، معاونین ذی‌ربط وزرای مسکن و شهرسازی، کشور، نیرو، جهاد کشاورزی و معاونین رؤسای سازمان‌های حفاظت محیط زیست و میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی و شهردار تهران (رئیس کمیسیون) و هم‌چنین رئیس شورای اسلامی شهر تهران بدون حق رأی، اعضای کمیسیون می‌باشند.

تبصره ۴. در صورت فقدان شورای اسلامی شهر در تهران، نماینده وزیر کشور و در سایر شهرها، نماینده معرفی شده از سوی استاندار به جای رئیس شورای اسلامی شهر در کمیسیون ذی‌ربط شرکت خواهد نمود. «قانون اصلاح ماده (۵) قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران؛ مصوب ۱۳۸۸/۰۱/۲۳».

است کارشناس سازمان حفاظت محیط‌زیست با دریافت وجوهی، از تخلفات انجام‌شده توسط سازمان صنایع ملی ایران چشم‌پوشی کند که مورد مشابه آن ممکن است برای کارشناس سازمان ملی استاندارد رخ دهد که در نتیجه آن، حقوق مردم در قبال دریافت مبالغی ضایع خواهد شد.<sup>۱</sup> فرآیندهای متمرکز و غیر شفاف مجوزدهی، به صورت ذاتی دارای تعارض منافع ساختاری هستند. بسیاری از مقامات و کارکنان دستگاه‌های دولتی هم‌زمان یا پس از فارغ شدن از خدمت دولتی به دریافت مجوز از سازمان یا وزارت خانه متبوع خود روی می‌آورند که به دلیل برخورداری از انواع رانت‌ها از جمله رانت اطلاعاتی، زمینه لازم برای بروز تعارض منافع پدیدار می‌شود. برای مثال، در این موارد، تعارض منافع در وزارت آموزش و پرورش از طریق دریافت مجوز راه‌اندازی و اداره مدرسه یا مرکز آموزشی و پرورشی غیر دولتی توسط مدیران اجرایی رخ خواهد داد. این سوژه پرتکرار، موضوع بند اول بخش نامه مدیریت تعارض منافع آموزش و پرورش قرار گرفته است.<sup>۲</sup> صدور مجوز مدارس غیر دولتی تنها با عضویت بدنه وزارت آموزش و پرورش در مؤسسان امکان‌پذیر است که سبب فساد گسترده مدیران وزارت آموزش و پرورش و افزایش نفوذ بخش خصوصی در این حوزه شده است.<sup>۳</sup>

## بند چهارم. تعارض وظایف

هرگاه دو وظیفه قانونی محول شده به فرد یا سازمان به نحوی باشند که امکان ایجاد تعادل میان آن‌ها ناممکن باشد یا مجری چنین اراده‌ای نداشته باشد، از مصادیق تعارض وظایف به شمار می‌آید. در واقع،

۱. برای مشاهده انواع تعارض منافع ناشی از فرآیندهای کارشناس محور نک: رزقی و پرهیزکاری، پیشین، صص ۱۹ و ۲۰.  
۲. بند اول بخش نامه «اعلام برخی مصادیق تعارض منافع در وزارت آموزش و پرورش مصوب ۹۹/۳/۱۹: ۱». صدور مجوز راه‌اندازی و اداره مدرسه با مرکز آموزشی و پرورشی غیر دولتی از قبیل آموزشگاه علمی آزاد، آموزشگاه زبان خارجی، مرکز مشاوره، کانون فرهنگی و تربیتی و... توسط مدیران و بستگان آنان که دارای قرابت نسبی و سببی از طبقات اول و دوم می‌باشند، مادامی که در شورای سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت مرکزی و نیز شورای نظارت برمدارس و مراکز غیر دولتی استان‌ها، شهرستان‌ها و نواحی عضویت حقیقی یا حقوقی دارند، تا اطلاع ثانوی متوقف باقی بماند و افرادی که در حال حاضر، دارای مجوز راه‌اندازی می‌باشند، حداکثر ظرف مدت دو ماه پس از ابلاغ این بخش‌نامه مکلفند نسبت به توقف فعالیت و تعطیلی مرکز غیر دولتی اقدام و مجوز صادره را به مرجع صدور تحویل نمایند یا از تصدی پست اجرایی استعفا و از عضویت در شوراهای مذکور انصراف دهند».

۳. در مواردی، یک مدیر بازنشسته، چندین مجوز مدرسه غیر دولتی دریافت کرده است که آن‌ها را می‌فروشد یا در برخی نقاط کشور مثل تهران، گروهی از مدارس غیر دولتی قدرتمند شکل می‌گیرند که به طور انحصاری و خارج از چارچوب تعیین‌شده توسط آموزش و پرورش قیمت‌گذاری می‌کنند.

در چنین شرایطی، پاسخ به یک وظیفه، نادیده گرفتن وظیفه دیگر قلمداد می‌گردد.<sup>۱</sup> برای نمونه، می‌توان از واگذاری وظایف متعدد و گسترده نام برد، به نحوی که رسیدگی به هر یک از آن‌ها سبب عمل نکردن به دیگر وظایف گردد. عضو بودن رئیس جمهوری در شوراها و متعدد و درگیری در امور اجرایی نیز می‌تواند سبب شود که وی از پاسخ‌گویی به افکار عمومی و مصاحبه با خبرنگاران سر باز بزند.<sup>۲</sup>

### بند پنجم. تعارض منافع سازمانی

گونه دیگر از تعارض منافع در حوزه ساختار، تعارض میان سازمان‌ها یا شخصیت‌های حقوقی است. این نوع، بیش‌تر در تعامل مجموعه‌های حاکمیتی و خصوصی در حوزه‌های گوناگون از نظارت و ارزیابی تا اجرا و تنظیم‌گری را می‌تواند شامل گردد. برخی از مصادیق را می‌توان از این قرار دانست: شرکت‌های خدمات مشاوره‌ای هنگام مشورت به بخش عمومی، در مواردی که خود، جزء فعالان اقتصادی در آن حوزه باشند؛ مؤسسات مدیریت سرمایه‌گذاری که به دلیل ارتباطات گسترده با شرکت‌های مختلف ممکن است حجم انبوه سرمایه‌های مشتریان را به جای سرمایه‌گذاری در شرکت دارای بیشترین بازده، آن را در شرکت‌هایی سرمایه‌گذاری کنند که با آن‌ها ارتباط دارند.<sup>۳</sup> مصادیق این نوع را باید در یک فرآیند طولانی و بر اساس استقرای سازمان به سازمان برشمرد تا بتوان به تمام نمونه‌ها اشراف پیدا کرد؛ امری که می‌تواند یکی از شواهد مهم لزوم الزام نهادها و عمومی به تنظیم و صدور بخش‌نامه تعارض منافع باشد. به یقین، هر یک از این نهادها به تناسب شرح وظایف خود، با گونه‌ها و نمونه‌های خاصی از موقعیت تعارض منافع روبه‌رویند که الزاماً دارای عمومیت و فراگیری در تمام سازمان‌ها نیست.

### گفتار چهارم. آسیب‌شناسی علل رفتاری اختلال در مدیریت تعارض منافع

ضعف نظارت‌های اخلاقی و وجدانی، اثرگذاری ناروای گرایش‌های شخصی و هدیه‌ستانی، سه نمونه از مهم‌ترین موارد در حوزه اختلال‌های رفتاری به شمار می‌روند که بررسی خواهیم کرد.

۱. دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه، و محمد مهدی فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی، حقوقی)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۱۰۰.

۲. عبدلی و رستمی، پیشین.

۳. همان، صص ۱۷۴-۱۷۰.

## بند اول. ضعف نظارت‌های اخلاقی و وجدانی

وجدان کاری بخش جدایی‌ناپذیر بهره‌وری در سازمان است که تحت تأثیر عوامل درونی، بیرونی، فردی، سازمانی و فرهنگی بر عملکرد کارکنان اثر می‌گذارد. در فرهنگ کاری هر جامعه یا سازمان، «وجدان کاری»<sup>۱</sup> مطرح است و عبارت است از اصول و قوانین درون‌زای اخلاقی که رفتار کاری را تحت کنترل دارد. حاصل وجدان کاری، دقت در انجام کار به طور کامل و بی‌عیب و نقص و با احساس مسئولیت نسبت به وظایف محوله است.<sup>۲</sup> افراد با وجدان کاری بالا، ارزش‌های سازمان را اهداف و ارزش‌های خود می‌دانند و برای رسیدن به آن‌ها تلاش می‌کنند. این افراد برای سازمان ارزش قائلند و ایراد کم‌تری در کارشان دیده می‌شود.<sup>۳</sup>

اخلاق حرفه‌ای و وجدان کاری، ضمن ارتقای هوش اخلاقی افراد، قضاوت آن‌ها درباره درستی یا نادرستی کارها را اصلاح می‌کند و از این طریق بر کمیت و کیفیت فعالیت آنان و عملکرد سازمان اثرگذار است. بر این اساس، بدیهی است که وجود الگوهای اخلاق حرفه‌ای به گونه‌ای که قابل اجرا و منطبق با فرهنگ کشورها باشند، می‌تواند بسیاری از مشکلات موجود سازمان‌ها را برطرف کند.<sup>۴</sup>

بند ۲۱ سیاست‌های کلی نظام اداری ابلاغی رهبری در تاریخ ۸۹/۱/۳۱ به «نهادینه‌سازی وجدان کاری» پرداخته و منظومه‌ای از الزامات سیاستی را در مسیر حرکت نظام اداری مقرر کرده است. علاوه بر این، هیئت وزیران به استناد تبصره ۱ ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، منشور اخلاقی و اداری و اخلاق حرفه‌ای کارگزاران نظام را تدوین کرده و در بند ۷ ماده ۵ آن، «وجدان کاری، مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی متناسب با وظایف و اختیارات» را از اصول حاکم بر منشور دانسته است.

1. Work Consciousness/ Work commitment

۲. میرسپاسی، ناصر، «موانع تقویت وجدان کار»، اقتصاد و مدیریت، دوره هشتم، شماره ۲، ۱۳۷۵، ص ۴۹.

3. Pala F., Eker S., Eker M., "The effect of demographic characteristics on organizational commitment and job satisfaction: An empirical study on Turkish health care staff", The Journal of Industrial Relation and Human Resources, 2008, 10 (2), 54-75.

۴. شاه‌علی، مهرزاد، علی رشیدپور، اسماعیل کاوسی و علی اکبر اعتباریان، «الگوی پیاده‌سازی اخلاق حرفه‌ای در سازمان‌های ایران»، مدیریت شهری، شماره ۳۹، ۱۳۹۴، ص ۴۰۳.

## بند دوم. گرایش‌های شخصی

آن‌گاه که گرایش سیاسی به یک حزب یا جناح، باورهای آیینی یا مناسبات قبیله‌ای سبب نادیده‌انگاری منافع عمومی شود، سیمای نکوهیده تعارض منافع رخ نمایانده است. یکی از نمودهای روشن این موضوع، در تعارض منافع نمایندگان مجلس است که با حصول تعارض بین وظایف نمایندگی و انگیزه‌های سیاسی، منطقه‌ای و جناحی، چالش‌های جدی بر سر انجام بی‌طرفانه و صادقانه وظایف صورت می‌گیرد. تأثیرات غیر مالی تعارض منافع یا تأثیر بر منافع غیر مالی<sup>۱</sup> از نظر احراز و نحوه مدیریت، بسیار پیچیده است. برای مثال، تصمیم‌گیری در مورد خویشان و آشنایان می‌تواند تا حد زیادی بر منافع فردی و زندگی شخصی افراد مؤثر باشد.

## بند سوم. دریافت هدیه

گاه هدایا و مهمان‌نوازی، پوششی است برای فساد و از این رو، مستعد ایجاد موقعیت تعارض منافع است. در چنین مواردی، دریافت هدیه، نوعی رابطه مالی میان مدیران و کارکنان سازمان‌ها با دیگر افراد و شرکت‌ها ایجاد می‌کند که در ظاهر، موجه به نظر می‌رسد. نتیجه پیمایش انجام‌شده توسط سازمان توسعه اقتصادی در سال ۲۰۰۳ حاکی از آن است که موقعیت دریافت هدیه، رایج‌ترین شکل تعارض منافع است.<sup>۲</sup> در چنین مواردی، گرفتن هدیه با ایجاد احساس جبران لطف و قدردانی، مقام دولتی را در دوراهی عمل به وظیفه قانونی، اخلاقی و شغلی یا عمل به نفع اهداکننده هدیه قرار می‌دهد و موقعیت تعارض منافع ایجاد خواهد کرد. می‌توان شرایطی را در نظر گرفت که نماینده مجلس برای تحقیق و تفحص از سازمانی به یکی از آن‌ها مراجعه کند و در این راستا با هدایای مدیران آن سازمان مواجه شود. در چنین شرایطی، حتی در موردی که نماینده، هدیه را نپذیرد، از آثار نامطلوب روانی آن (تأثیر بر ناخودآگاه) مبرا نیست. از این رو، بر اساس مقررات و آیین‌نامه بسیاری از کشورها، قبول هدایا و استفاده از امکانات و خدمات رفاهی پیشنهادشده، ممنوع یا با محدودیت‌هایی همراه است. قزاقستان، کره و فیلیپین، مقرراتی دارند که تعیین می‌کند اعضای خانواده مسئولان و مقامات دولتی تا چه میزان می‌توانند هدایایی را قبول و از امکانات رفاهی واگذارشده استفاده کنند. بر اساس این تمهیدات و دستورالعمل‌ها در قرقیزستان،

1. Non-pecuniary interests

۲. ویکی تعارض منافع، مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی.

هدایای دریافتی باید به صندوق مشخصی تحویل گردد یا به بازرسان مربوط گزارش شود. در ژاپن، نپال، هند و مالزی، این اقدام در مورد هدایایی صورت می‌گیرد که ارزش آن‌ها از حد معینی بیش‌تر باشد. در ژاپن، شهروندان می‌توانند در صورت درخواست فردی به اطلاعات مربوط به هدایای دریافتی مسئولان به ارزش تقریبی بیش از ۱۷۰ دلار آمریکا دسترسی پیدا کنند.

## نتیجه‌گیری

بررسی‌ها نشان می‌دهد که سیاست‌گذاران در کشورهای مختلف به مدیریت و پیش‌گیری از تعارض منافع به عنوان راهکاری مؤثر برای جلوگیری از فساد توجه دارند و قواعد و سازوکارهای متعددی برای پیش‌گیری از انواع تعارض منافع طراحی شده است. این سازوکارها در سطوح مختلف با استفاده از شفافیت، اقرار به وجود تعارض منافع، محدودیت و تغییر قواعد ساختاری تلاش می‌کنند که مخاطرات و آسیب‌های ناشی از تعارض منافع در مقامات، کارکنان و مسئولان حاکمیتی و سازمان‌ها یا بنگاه‌های خدمات‌رسان به بخش حاکمیتی را کاهش دهند. در نظام قانونی ایران، در برخی قوانین آن هم به صورت موردی، برخی از جنبه‌های تعارض منافع کنترل شده، اما به صورت مستقیم و فراگیر به تعارض منافع توجه نشده است. مهم‌ترین اقدامات در راستای یافتن راه علاج تعارض منافع و سوزاندن شاخ و برگ‌های آن که همگی در کلیدواژه «فساد» خلاصه می‌شوند، در گرو خشکاندن ریشه‌ها و علل موجود تعارض منافع است. از این رو، در این پژوهش، علل زمینه‌ساز تعارض منافع ذیل سه عنوان (علل هنجاری، ساختاری و رفتاری) شمارش و بررسی شد. علل هنجاری به معنای زمینه‌هایی مبتنی بر نظم حقوقی موجود و تسهیل‌کننده مسیر بروز تعارض منافع است. این زمینه‌ها بنا به مورد، گاه ناشی از کمبودهای قانونی مثل تصویب نشدن قوانین خاص است و گاه به دلیل نقصان قوانین موجود یا خلأهای موجود در آن‌ها ایجاد می‌شوند. در ادامه، علل ساختاری تعارض منافع بررسی شد. این علت‌ها مبتنی بر پیوندها و قالب‌های طراحی شده در نظام حقوقی و بنا بر ماهیت نهادی و درونی‌شان، معضل تعارض منافع را می‌پروراندند. دست آخر، علل رفتاری تعارض منافع در پیش چشم مخاطبان قرار گرفت؛ علی‌که برآمده از وضعیت خاص کارگزار عمومی یا ناشی از ضعف قدرت تصمیم‌گیری عادلانه اوست.

قوانین و قواعد کنترل تعارض منافع باید در دو سطح عمومی و اصلاح ساختاری به کنترل تعارض منافع بپردازد. در سطح عمومی باید آسیب‌های ناشی از سهام‌داری، مالکیت شرکت‌های خصوصی و «درب‌گردان»

در بین مسئولان و کارکنان حاکمیت و سازمان‌ها و شرکت‌هایی که به خدمات‌رسانی در بخش حاکمیتی اقدام می‌کنند، کنترل شود. با توجه به تجربه دیگر کشورها می‌توان راهکار دست‌یابی به این هدف را در محورهای ایجاد شفافیت (اعلام منافع)، اقرار به تعارض منافع و اعمال محدودیت جست‌وجو کرد.

در سطح ساختاری باید ساختارهای فسادزایی که به ایجاد شرایط امضای طلایی، اتحاد قاعده‌گذار و مجری یا اتحاد ناظر و نظارت‌شونده منجر می‌شود یا موجب بروز پدیده تعارض درآمد و وظایف می‌گردد، اصلاح شود و با تدوین قواعد پایه از ایجاد دوباره چنین ساختارهای فسادزایی جلوگیری به عمل آید. در این راستا باید به تدوین قوانین ناظر به مدیریت تعارض منافع، به استفاده از نظارت مردمی در فرآیندهای کشف تخلفات و حمایت و تشویق گزارشگران فساد<sup>۱</sup> نیز توجه داشت.

در سطح نظارت باید با ایجاد نهادی مستقل که در انجام وظایف خود تحت فشارهای بیرونی قرار نمی‌گیرد (برای مثال، ریاست این نهاد به پیشنهاد رئیس جمهوری و تأیید مجلس و رئیس قوه قضاییه به مدت ۵ سال منصوب شود)، ضمن ایجاد سازوکارهای پیش‌گیرانه، به صورت شفاف و قاطع با متخلفان قواعد مدیریت تعارض منافع برخورد شود.

نگارندگان پیشنهاد می‌کنند که هنگام قانون‌گذاری برای مدیریت تعارض منافع به این قواعد توجه شود:

الف) اعلام منافع مالی<sup>۲</sup> مسئولان

ب) اقرار به وجود تعارض منافع در زمان تصدی مسئولیت

ج) اعمال برخی محدودیت‌ها برای شاغلان در مناصب حاکمیتی

د) تفکیک حداکثری قاعده‌گذار و مجری؛

ه) تفکیک میان مقام نظارت‌کننده و نظارت‌شونده

و) به حداقل رساندن اشکال تعارض منافع مانند درآمد. وظایف

ز) تغییر قواعد حاکم بر فرآیندهای کارشناس محور (امضای طلایی) به نحوی که در موارد گریزناپذیر از آن نیز امکان وقوع فساد کاهش یابد.

1. whistleblowers

2. Financial Disclosure System

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. آلد، ویلیام، گزارش داریی‌های مقامات عمومی (۲)، ترجمه: مهسا شعبانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل ۸۵۵۳، ۱۳۸۶.
۲. برناردلو، مارلین ج. فیلد و همکاران، تعارض منافع در آموزش، پژوهش و اقدامات پزشکی، تهران: شریف، ۱۴۰۰.
۳. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶.
۴. چارچوب روش شناختی بررسی تعارض منافع در سازمان‌ها، تهران: مرکز توان‌مندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۹.
۵. رزقی، ابوالفضل و سید عباس پرهیزکاری، تعارض منافع، راهبردهای پیش‌گیری و مدیریت، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، ۱۳۹۶، شماره مسلسل ۱۵۸۰۱.
۶. عبدلی، امیرعباس و ولی رستمی، چهارچوب قانون‌گذاری مبارزه با فساد اداری در منظومه حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تکیه بر «تعارض منافع»، اراک: جهاد دانشگاهی، ۱۴۰۰.
۷. مرتب، یحیی و همکاران، تعارض منافع در بخش عمومی، تهران: شفافیت و پیشرفت، ۱۳۹۹.

#### ب) مقاله

۱. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، بهار ۱۴۰۱.
۲. آنامرادنژاد، داوود، سام محمدی و سید حسن حسینی مقدم، «ضرورت قانون‌گذاری در مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، شماره ۴، ۱۴۰۰.
۳. دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه، و محمد مهدی فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع

۱. مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی . حقوقی)، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۱۰۰.
۲. زینالو، مهدی، علی‌رضا علی احمدی و سعید نریمان، «بررسی عوامل بروز تعارض منافع در نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، سیاست‌گذاری عمومی، ۱۳۹۸، شماره ۲، صص ۹۹-۱۱۷.
۳. شاه‌علی، مهرزاد، علی رشیدپور، اسماعیل کاوسی و علی‌اکبر اعتباریان، «الگوی پیاده‌سازی اخلاق حرفه‌ای در سازمان‌های ایران»، مدیریت شهری، شماره ۳۹، ۱۳۹۴.
۴. محقق داماد، سید مصطفی و محمد درویش‌زاده، «حقوق را جدی بگیریم: جای خالی قانون مدیریت تعارض منافع در انتخابات ریاست جمهوری سیزدهم»، فصل‌نامه علمی تخصصی دانش‌نامه‌های حقوقی، دوره چهارم، شماره ۱۰، ۱۴۰۰.
۵. میرسپاسی، ناصر، «موانع تقویت وجدان کار»، اقتصاد و مدیریت، دوره هشتم، شماره ۲، ۱۳۷۵.
۶. وکیلان، حسن و داور درخشان، «راهکارهای پیش‌گیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، مجله حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۹۹.

## ۲. Latin Source

۱. Demmke, C., Henökl, T., & Moilanen, T., Regulating conflicts of interest for holders of public office in the European Union: A comparative study of the rules and standards of professional ethics for the holders of public office in the EU۲۷- and EU institutions. European Institute of Public Administration, ۲۰۰۸.
۲. DEMMKE, Christoph and Thomas HENOKL, "Managing Conflicts of Interests - Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions", EIPASCOPE, num. ,۳ ۲۰۰۷.
۳. Field, Marilyn J., Bernard Lo., Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice, National Academies Press, ۲۰۰۹.
۴. Independent Evaluation Group (IEG), Guidelines to Manage Conflicts of Interest in Independent Evaluation, World Bank, ۲۰۱۴.
۵. Lateef KS., Evolution of the World Bank's thinking on governance, ۲۰۱۶.

۶. Messick, Richard E., “Regulating Conflict of Interest: International Experience with Asset Declaration and Disclosure”, Public Sector Governance Poverty Reduction and Economic Management, The World Bank. ۲۰۰۹.

۷. Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences; Giorgini, Paolo and Fabio Massacci and John Mylopoulos and Nicola Zannone, Detecting Conflict of Interest, Requirements Engineering, ۱۴th IEEE International Conference, ۲۰۰۶.

۸. Davis, M. and Andrew Stark, Conflict of Interest in the Professions, New York: Oxford University Press, ۲۰۰۱.

۹. Reed, Quentin, Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan, U۴ Issue, ۲۰۱۰, p. ۶: [www.u۴.no/publications](http://www.u۴.no/publications).

۱۰. Pala F., Eker S., Eker M., “The effect of demographic characteristics on organizational commitment and job satisfaction: An empirical study on Turkish health care staff”, The Journal of Industrial Relation and Human Resources, ۲) ۱۰, (۲۰۰۸).

### ۳. Website

۱. [www.mehrnews.com/news/۵۳۴۵۶۶۷/](http://www.mehrnews.com/news/۵۳۴۵۶۶۷/).

۲. [www.transparency.org/en/corruptionary/conflict-of-interests](http://www.transparency.org/en/corruptionary/conflict-of-interests).

۳. [www.transparency.org/en/cpi/۲۰۲۰/index/irn](http://www.transparency.org/en/cpi/۲۰۲۰/index/irn).



## تأثیر تحریم‌های بین‌المللی بر نقض حق بر سلامت شهروندان و تعهدات حقوق بشری دولت‌ها

امیرمحمد پارسا<sup>۱</sup>

امیرحسین ملکی‌زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

«حق بر سلامت» به عنوان یک حق ذاتی به این معناست که هر کس حق دارد تا به بالاترین استاندارد سلامت فیزیکی و روانی دسترسی داشته باشد و این حق، تمام خدمات پزشکی، بهداشت عمومی، غذای کافی، مسکن مناسب، محیط کار سالم و محیط زیست پاکیزه را در برمی‌گیرد. بدیهی است دولت‌ها نمی‌توانند سلامتی و قابل قبول بودن سلامتی اشخاص را به علت وابسته بودن آن به عوامل متفاوت به شکل کامل ضمانت کنند. با این حال، می‌توانند وضعیتی فراهم آورند که در آن از سلامتی اشخاص حمایت شود.

وجود ابعاد مختلف برای سلامتی، حوزه‌های گوناگون مرتبط با سلامتی و عوامل متنوع اثرگذار بر آن موجب دشواری تعریف حق بر سلامت شده است. دولت‌ها برای تأمین امکان یک زندگی سالم باید اقداماتی در حوزه وسیعی انجام دهند که برخی از این تعهدات مستلزم اقدام فوری است و برخی دیگر در طول زمان باید تحقق یابد. در این مقاله ضمن بررسی قوانین و مقرراتی که حق بر سلامت را به رسمیت شناخته‌اند، به بیان مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی و اداری ایران پرداخته‌ایم. یافته‌های ما نشان می‌دهد که وجود برخی قوانین و مقررات در این زمینه موجب افزایش برخورداری افراد از این حق شده، اما از حمایت کیفری از این حق غفلت صورت گرفته است.

**واژگان کلیدی:** حق بر سلامت، حق دسترسی، حق بر دارو، حق حیات، حق ذاتی بشر.

۱. دانشجوی دکتر، رشته حقوق عمومی، دانشگاه آزاد واحد دامغان، ایران، [parsa4179@gmail.com](mailto:parsa4179@gmail.com)

۲. دانشیار، دکتری حقوق بین‌الملل، استاد دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، ایران، (نویسنده مسئول) [Amirhmkizadeh@gmail.com](mailto:Amirhmkizadeh@gmail.com)

## مقدمه

حق بر سلامت<sup>۱</sup> در مقام حق ذاتی در معنای حق برخورداری از بالاترین استاندارد سلامت فیزیکی و ذهنی است که برخورداری از خدمات لازم در عرصه پزشکی، بهداشت عمومی، تغذیه مناسب و کافی، مسکن، محیط کار و زیست سالم را نیز می‌طلبد. دایره گسترده و ابعاد وسیع سلامتی باعث دشواری ارائه تعریفی جامع و مانع از حق بر سلامتی و افزایش وظیفه دولت و نهادهای صنفی و غیر دولتی در تحقق و توسعه آن گردیده است. پیش از ورود به بحث حق بر سلامتی و وظیفه دولت و سازمان‌های صنفی به ویژه سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران لازم است در خصوص مفهوم سلامتی بررسی صورت گیرد.

در واژه‌نامه، نبود بیماری و وجود تن درستی یا عملکرد عادی و صحیح یک ارگانیزم در وضعیت بدون بیماری یا ناهنجاری، «سلامتی» معنا شده است.<sup>۲</sup> حق بر سلامتی به عنوان یکی از حق‌های حقوق اقتصادی و اجتماعی بشر به منزله حقی قلمداد می‌شود که ضرورتاً نیازمند به مداخله دولت است. این مداخله در حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی نمود بیش‌تری دارد، اما در حقوق مدنی و سیاسی، مستلزم توجه دولت به صورت ایجابی است، بر خلاف حقوق اقتصادی و اجتماعی که مداخله تهدیدی دولت‌ها را بر نمی‌تابد. حتی اختیاراتی که دولت‌ها در شرایط اضطراری دارند، باید بر مبنای مقررات حقوق بشر، مخصوصاً میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی باشد. مثال بارز را می‌توان در مقابله با بحران پاندمی بیان کرد که بعضی از مقررات حقوق بشری را می‌توان به تعلیق درآورد، اما این محدودیت‌ها باید الزامات قانونی، ضرورت و تناسب را برآورده سازد و تبعیض‌آمیز نباشد.<sup>۳</sup>

در اسناد بین‌المللی از جمله اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی، سلامتی به معنای نبود بیماری یا استمرار نداشتن آن انگاشته نشده، بلکه این وضعیت به مفهوم سلامتی کامل جسمی و روانی تعریف شده که مطابق آن، رسالت دولت‌ها و سازمان بهداشت جهانی، ارتقای آن تا حداکثر ممکن تعیین

### 1. Right to health

۲. عباسی، محمود و راحله رضایی، «حق بر سلامت از منظر اخلاق زیستی و حقوق بشر»، همایش ملی حقوق و اخلاق در زیست فناوری، ۱۳۸۹، ص ۱۲۶.

۳. حسن‌زاده، قدرت‌الله، «حق بر سلامت از دیدگاه معاهدات بین‌المللی با تأکید بر بیماری کووید ۱۹»، مجله حقوق پزشکی، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، ص ۴.

گردیده است. نکته حایز اهمیت آن است که در تعریف سلامتی، عناصر نسبی فراوانی به چشم می‌خورد که ارائه مفهومی جامع از آن را دشوار می‌سازد. افراد، محیط زندگی و کار از جمله مؤلفه‌هایی است که تعریف سلامتی را در آن‌ها متفاوت می‌سازد. همین موضوع از جمله شاخص‌های اصلی بحث در پیشبرد اهداف و وظایف دولت و سازمان‌های صنفی و غیر دولتی است که باید به تعریف دیگر از سلامتی بسنده نکنند و در برخورد با گروه‌ها و افراد مختلف جامعه، انعطافی ویژه داشته باشند. برای تحقق این حق می‌بایست امکان یک زندگی سالم برای شهروندان فراهم گردد و این همان تعهدی است که دولت‌ها دارند. تعهد دولت و قوای دولتی و غیر دولتی در تحقق سلامتی کامل به حدی است که این حق به منزله یکی از حقوق بنیادین بشر ذیل اسناد بین‌المللی و در زمره اصول پذیرفته‌شده بین دولتی به رسمیت شناخته شده است.<sup>۱</sup>

حق بر سلامتی به طور مشخص از سوی دولت تضمین نمی‌گردد و این باور رایج اشتباه در بررسی وظایف ارگان‌های دولتی و غیر دولتی در ارتباط با این حق است. تعهد دولت در تحقق این حق به احترام در خصوص حق شخصی و فردی و ایجاد زمینه‌های مناسب برای دسترسی شهروندان به بالاترین حد است؛ چون ساختار بیولوژیک و اجتماعی هر فرد، متفاوت و خارج از کنترل مستقیم دولت‌هاست تا ایشان تضمین کنند.<sup>۲</sup>

در حال حاضر، حق داشتن بالاترین استانداردهای سلامت در قوانین بین‌المللی گنجانده شده است. این حق از طیف حقوق اجتماعی و اقتصادی است که دولت‌ها طبق قوانین بین‌المللی، تعهدی را برای آن می‌پذیرند. هرچند وضعیت به گونه‌ای است که به حقوق اقتصادی و اجتماعی به ندرت همان جایگاه آزادی‌های لیبرال مرتبط با حقوق مدنی و سیاسی داده می‌شود. تحریم‌ها با هر شکلی می‌تواند باعث نقض حقوق بنیادین شهروندان یک کشور شود، از جمله نقض حق حیات، حیثیت ذاتی انسان، برخورداری از استاندارد مناسب زندگی، دسترسی به داروهای اساسی، بهره‌مندی از محیط زیست پاک و حق بر سلامت.<sup>۳</sup>

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۱۲۶.

2. Gostin, Lawrence. O. and Lazzarini zita, **human rights and public health in the Aids pandemic**, Oxford University press, 1997, p. 89.

۳. زمانی، سید قاسم و جمشید مظاهری، «تحریم‌های هوشمند شورای امنیت در پرتو قطع‌نامه ۱۹۲۹: حفظ یا تهدید صلح؟»،

ضرورت احقاق این حق علاوه بر مباحث حقوق بشری و سیاسی، اهداف اقتصادی را نیز در برمی‌گیرد. به دیگر سخن، حاکمیت با تحقق این حق و توسعه و گسترش آن توسط ایادی خود به طور مستقیم و غیر مستقیم، منافع و اهدافی را در نظر دارد که مهم‌ترین اثر گسترش این حق به وسیله ارکان دولتی و غیر دولتی، تحقق توسعه در جامعه است. توسعه، عبور جامعه از وضعیتی به وضعیتی بالاتر را شامل می‌شود که نیازمند اصلاحات اساسی در ساختار اجتماعی و بینش توده و نهادهای عمومی، تسریع رشد اقتصادی، کاهش بی‌عدالتی و نابود کردن فقر مطلق است.<sup>۱</sup>

با توجه به گستردگی موضوع تحریم، به طور قطع، این مسئله به پیدایش آدمی و خلقت بشر می‌رسد، اما آنچه در ذهن ماست و تحت عنوان تحریم‌های بین‌المللی از آن یاد می‌شود، در سال‌های سده ۱۹۰۰ میلادی گسترش یافته است. گسترش تحریم‌ها به دلیل ماهیت تمامیت‌خواه جنگ‌ها بود که از جنگ اول جهانی، خود را نشان داد و بعدها دولت‌مردان می‌خواستند با استفاده از روش‌های جای‌گزین از خون‌ریزی اجتناب کنند. به هر حال، به همان اندازه که جنگ‌ها ویران‌گرتر و خشونت‌بارتر می‌شدند، قدرت اقتصادی کشورها تحلیل می‌رفت و مردم نیز جان خود را از دست می‌دادند. در نهایت، چون تحریم‌ها برای جلوگیری از جنگ ایجاد شده‌اند، آن را می‌توان راهی برای دست‌یابی به یک پیروزی دیپلماتیک خواند.<sup>۲</sup> مسئله اصلی این پژوهش نیز بررسی تحریم‌های بین‌المللی بر تحقق کامل حق بر سلامت است.

در خصوص پیشینه این تحقیق باید گفت تاکنون مقالات متعددی در خصوص حق بر سلامت و نیز موضوع تحریم‌های بین‌المللی نوشته شده است، اما به صورت مستقل به ارتباط موجود میان این دو مفهوم و تحلیل آن پرداخته‌اند. مریم غلامی و مهدی فیروزآبادیان در مقاله «حق دسترسی به واکسن به مثابه حق بشر» به تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد دسترسی به واکسن‌ها و دیگر داروهای تولیدشده برای پیش‌گیری و درمان کووید ۱۹ پرداخته‌اند و تحریم دارویی ایران و دسترسی

مجله حقوقی بین‌المللی، دوره بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵.

۱. تودارو، مایکل، مهاجرت داخلی در کشورهای در حال توسعه. بررسی نظریه‌ها، مدارک، روش‌ها و اولویت‌های تحقیق، ترجمه: مصطفی سمردی و پروین ریسی‌فرد، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۶۶، ص ۵۸.

۲. عباسی، مجید و حامد عظیمی، «حق بر سلامت و تحریم‌های آمریکا در دوره ترامپ بر علیه جمهوری اسلامی ایران: با تأکید بر تحریم‌های دارویی و تجهیزات پزشکی»، مطالعات بین‌المللی، سال هجدهم، شماره ۷۲، ۱۴۰۱، ص ۲۷۸.

نداشتن به واکسن‌های جهانی را یکی از موارد نقض حق بر سلامت دانسته‌اند. احسان جاوید و صابر نیاورانی در مقاله «قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر» به بررسی و تعریف دقیق حق بر سلامت و ابعاد مختلف آن پرداخته و امکان مسئول شناختن دولت‌ها در سطح بین‌المللی در صورت نقض حق بر سلامت شهروندان را مطرح کرده‌اند. مجید عباسی و حامد عظیمی در مقاله «حق بر سلامت و تحریم‌های امریکا در دوره ترامپ بر علیه جمهوری اسلامی ایران؛ با تأکید بر تحریم‌های دارویی و تجهیزات پزشکی»، اثر تحریم‌ها را بر معیشت و زندگی مردم بررسی و نتیجه گرفته‌اند که این تحریم‌ها می‌تواند حق حیات شهروندان بی‌گناه را نقض کند.

## گفتار اول. مفهوم حق بر سلامت

حق بر سلامتی، یکی از حق‌های بشری است که برای استیفای دیگر حقوق بشری نیز ضروری قلمداد می‌شود. در مقدمه اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی، حق هر انسان برای دسترسی به بالاترین سطح ممکن سلامتی به رسمیت شناخته و به این حق در جامع‌ترین مفهوم خود در ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی توجه شده است.

حق بر سلامتی در پیوندی ناگسستنی با حق حیات (نسل اول حقوق بشر) قرار دارد و با حق بهداشت و تأمین اجتماعی گره خورده است. علاوه بر این، حق بر محیط زیست سالم که در نسل سوم حقوق بشر قرار دارد، از سرچشمه حق بر سلامتی سیراب می‌شود. به این ترتیب، حق بر سلامتی را می‌توان حلقه ارتباط نسل‌های مختلف حقوق بشر قلمداد کرد.<sup>۱</sup>

حق بر سلامتی، یکی از حقوق شخصی است؛ یعنی حقوقی که به هر انسانی قطع نظر از وابستگی او به گروه اجتماعی خاص تعلق دارد و بیش‌تر از شخص انسان حمایت می‌کند تا منافع مادی شخص. به گفته دیگر، حقوقی است که هدف آن، رفع نیازهای جسمی، عاطفی و اخلاقی انسان است. حق بر سلامتی شامل سلامت جسم و روان می‌شود. هرچند مفهوم حق بر سلامتی در بین عموم مردم ممکن است با مراقبت‌های درمانی و بهداشتی همراه باشد، اما حق بر سلامت، مفهوم و گستره‌ای فراتر از این مفهوم دارد و ممکن است شامل سطح وسیعی از عوامل و ابعادی باشد که برای داشتن

۱. قاسمی، ناصر، حقوق کیفری محیط زیست، تهران: جمال‌الحق، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۳۵.

زندگی سالم به ما کمک می‌کند. تبیین حق بر سلامت، کاری بسیار دشوار و پیچیده است. عوامل مهمی باعث دشواری ارائه تعریف جامعی از حق بر سلامت می‌گردد که برمی‌شماریم.<sup>۱</sup>

### بند اول. نارسایی تعبیر حق بر سلامتی

«سلامتی» در معنای لغوی محدود به کارکرد عادی و بهینه یک ارگانیزم در حالتی فارغ از مریضی یا ناهنجاری گفته می‌شود. سلامتی جنبه نسبی دارد؛ یعنی نسبت به اشخاص و محیط زندگی و نوع فعالیت و کار آنان ممکن است کاملاً متفاوت باشد. از این رو، وقتی از حق بر سلامتی سخن گفته می‌شود، نباید آن را با حق بر سالم بودن و امثال آن تعریف کرد. با توجه به این مطلب، در انتخاب بهترین واژه، اختلاف نظر وجود دارد. با این‌که عبارت «حق بر سلامتی»، کاربردی وسیع‌تر دارد، تعابیری چون «حق بر مراقبت سلامتی»، «حق بر مراقبت پزشکی» و «حق بر حمایت از سلامتی» هم به کار می‌رود.<sup>۲</sup> با توجه به مطالبی که اشاره شد، به نظر می‌رسد تعبیر «حق بر سلامتی» نارساست.

### بند دوم. تنوع ابعاد و حوزه‌های مربوط به سلامتی

عامل دیگری که به دشواری تعریف حق بر سلامتی می‌افزاید، وجود ابعاد گوناگون برای سلامتی و حوزه‌های متنوعی است که به سلامتی مرتبط می‌شوند. حوزه‌های بسیار متنوعی در تحقق و تداوم این وضعیت و توانایی از یک سو و متأثر ساختن و تهدید آن از سوی دیگر دخیلند:

یک. این وضعیت انسانی به پیش‌شرط‌هایی برای حفظ و تداوم وابسته است. محیط زیست سالم، آب آشامیدنی سالم، تغذیه سالم، شرایط کاری و حرفه‌ای سالم، نظافت و بهداشت با حق‌های دیگری مانند حق حیات، حق بر غذا، مسکن و پوشاک ارتباط پیدا می‌کنند.

دو. سلامتی، وضعیتی بسیار شکننده و لرزان است که همواره در معرض تهدید و آسیب قرار دارد. این مسئله، مستلزم جلوگیری با کاستن از عوامل تهدیدکننده مثل آلودگی زیست‌محیطی است.

---

۱. آل کجیاف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، حقوق پزشکی، دوره هفتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲.

2. Mahoney, J. T., *Strategic management and determinism: Sustaining the conversation*. Journal of Management Studies, 1993, 30 (1), p. 176.

بنابراین، تعریف حق بر سلامتی به گونه‌ای که از حق‌های هم‌جوار و مرتبط متمایز گردد و حوزه‌هایی را دربرگیرد که به طور مستقیم به سلامتی مربوط می‌شود، مشکل‌تر خواهد بود. در علم حقوق باید ضوابطی برای مشخص شدن حق بر سلامتی داشته باشیم تا بتوانیم دقیقاً مشخص کنیم که دولت‌ها در قبال خدمات‌رسانی برای ارتقای حق بر سلامتی چه تکالیف مشخصی دارند.<sup>۱</sup>

### **بند سوم. اصول حمایتی از حق بر سلامت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**

۱. در بند ۱۲ قانون اساسی، «پی‌ریزی اقتصاد صحیح عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی برای ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، کار و بهداشت و تعمیر بیمه» طرح شده است.

۲. اصل ۳ قانون اساسی با توجه به اهداف سه‌گانه برقراری «قسط و عدل»، «استقلال فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی» و «هم‌بستگی ملی» طراحی شده است و در حقیقت، فهرست‌گونه مختصری از مباحث اصول آینده قانون اساسی است و به صورت فشرده، وظایف قانون‌گذاری و اجرای قانون را در آینده مشخص کنند.

۳. در اصل ۲۱ قانون اساسی چنین بیان می‌شود: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهت‌ها با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد».

مصادیق مربوط به سلامت چنین است: «حمایت از مادران به خصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند و حمایت از کودکان بی‌سرپرست» و «ایجاد بیمه خاص بیوه‌ها و زنان سال‌خورده بی‌سرپرست». اصولی که به صراحت به مقوله سلامت پرداخته‌اند، اصل ۲۹ و بند یک اصل ۴۳ قانون اساسی است.

۴. اصل ۲۹ قانون اساسی بیان می‌کند که «برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بی‌کاری، از کار افتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره، حقی است همگانی. دولت موظف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی بالارا برای یک یک افراد کشور تأمین کند».

۱. آل کجیاف، پیشین، ص ۱۴۵.

هنگام تدوین پیش‌نویس قانون اساسی در این اصل، صرفاً بحث بیمه در نظر گرفته شده بود، اما در اصلاح پیش‌نویس آن، خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه‌ای (حمایتی) و غیر بیمه‌ای (امدادی) بیان شد که اعم از مسائل بیمه‌ای است. تدوین‌کنندگان قانون اساسی در تدوین این اصل به سهم خدمات بهداشتی و درمانی در تحقق تأمین اجتماعی در کشور توجهی ویژه داشته‌اند، به طوری که پیش‌نویس این قانون این‌گونه تنظیم شده بود: «برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بی‌کاری، پیری، از کار افتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و از نظر خدمات بهداشتی درمانی و مراقبت‌های پزشکی، به صورت بیمه و غیر بیمه، حقی است همگانی». آنان «سعی کرده بودند که تأمین اجتماعی را در دو قسمت کلی بیان کنند که یک قسمت از آن شامل نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی می‌شود که البته در متن نهایی عبارت «از نظر خدمات...» به عبارت «و نیاز به خدمات...» تغییر کرد.<sup>۱</sup>

نکته مهم دیگری که در متن قانون اساسی و مشروح مذاکره‌های تدوین قانون اساسی وجود دارد، این است که قانون‌گذار به روشنی به تبیین معنا و مفهوم تأمین اجتماعی نمی‌پردازد و در تعیین سهم بخش دولتی و خصوصی از تأمین اجتماعی، افراد مشمول و میزان بهره‌مندی آنان، مواردی را مطرح نمی‌کند.<sup>۲</sup>

## گفتار دوم. تعهد دولت‌ها در حیطه حق بر سلامت در نظام حقوق بشر

حق بر سلامتی به عنوان یکی از حق‌های حقوق اقتصادی و اجتماعی بشر به منزله حقی قلمداد می‌شود که ضرورتاً نیازمند مداخله دولت است. این مداخله در حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نمود بیش‌تری دارد، اما در این حال، حقوق مدنی سیاسی مستلزم توجه دولت به صورت ایجابی است، بر خلاف حقوق اقتصادی و اجتماعی که مداخله تحدیدی دولت‌ها را بر نمی‌تابد. حتی اختیاراتی که دولت‌ها در شرایط اضطراری دارند، باید بر مبنای مقررات حقوق بشر، مخصوصاً میثاق بین‌المللی

۱. نک: نظریور، محمدنقی، حسن محمدغفاری و سید جواد عمادی، «تأثیر گسترش بخش سلامت بر رشد اقتصادی ایران؛ با رویکرد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دوفصل‌نامه جستارهای اقتصادی ایران با رویکرد اقتصاد اسلامی، دوره هشتم، شماره ۱۵، ۱۳۹۰، ص ۱۲۱.

۲. معنوی، مهران، «نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی: بخشی و فرابخشی»، مجلس و پژوهش، شماره ۲۳، ۱۳۸۱، ص ۳۲۶.

حقوق مدنی و سیاسی باشد. مثال بارز را می‌توان در مقابله با بحران پاندمی دانست که بعضی از مقررات حقوق بشری را به تعلیق درآورد، اما این محدودیت‌ها باید الزامات قانونی و معیارهای ضرورت و تناسب را برآورده سازد و تبعیض‌آمیز نباشد. واضح است که دولت‌ها طبق اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی و مقررات بین‌المللی مکلفند حق بر سلامت را برای شهروندان خود فراهم آورند و این حق باید بر اساس استانداردهای بین‌المللی برای همه دولت‌ها به طور یکسان و بدون تبعیض اعمال شود. تدارک حق بر سلامت با استانداردهای قابل قبول، نیازمند دسترسی دولت‌ها به سطحی قابل قبول از توسعه سیاسی و اقتصادی است تا دولت‌ها بتوانند حق بر سلامت و مراقبت‌های بهداشتی را به مردم خود ارائه بدهند. جوامع توسعه‌نیافته به دلیل نداشتن زیرساخت‌های بهداشتی مناسب در ارائه حق بر سلامت با استاندارد مناسب ناتوان بوده‌اند.<sup>۱</sup>

### بند اول. تعهدات کلی دولت‌ها در قبال حق بر سلامت

دولت‌های عضو بر اساس مواد ۱۶ و ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی موظف شده‌اند که راجع به تأمین حقوق یادشده در کشور خود به کمیته مربوط به صورت سالانه گزارش دهند. مستخرج از گزارش‌های اعضا در پنجمین دوره، کمیته یادشده، مواردی را درباره آروگوئه در سال ۲۰۱۵ منتشر کرده است. بندهایی از این گزارش به موضوع بهداشت و سلامت مربوط است و از آن جمله در بند ۲۰۰ این گزارش آمده است: «زمینه‌سازان سه نوع بهداشت فراگیر، همه موارد به جز بیمه‌گران مجموعه خدمات بهداشت فراگیر بازرگانی را پی‌گیری می‌کنند. این سه نوع که از پیش برای اصلاح موجودند عبارتند از: اداره خدمات بهداشتی دولت، فراگیری اصلی و زمینه‌سازی تجمیع عمومی با یک شبکه عمومی خدمات در چارچوب ملی».<sup>۲</sup>

متعهد اولیه در نظام بین‌المللی حقوق بشر، دولت‌هایند. در این نظام، دولت‌ها به طور مستقیم، مخاطب اسناد بین‌المللی حقوق بشری قرار می‌گیرند و مسئولیت اجرا و رعایت هنجارهای بین‌المللی به رسمیت شناخته‌شده در این اسناد بر دوش این بازیگران نهاده می‌شود. سه دسته

۱. حسن زاده، پیشین، ص ۱۲۵.

۲. قلی شفیع، مرتضی و همکاران، «حق بر ابداعات دارویی با تأکید بر حق بر سلامتی در حقوق بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره ۴۴، ۱۳۹۸، ص ۴۸.

تعهد وجود دارد: تعهد به احترام و رعایت، تعهد به حمایت و تعهد به اجرا. تعهد به احترام و رعایت، دولت‌ها را متعهد می‌سازد تا از رفتارهای مداخله‌گرایانه و عملکردهای تبعیض‌آمیز خودداری کنند. تعهد به حمایت هم مستلزم در پیش گرفتن اقدامات قانونی لازم برای تنظیم و قاعده‌مند ساختن چارچوب‌های حمایتی است و هم دولت‌ها را متعهد می‌سازد تا از مداخله طرفین ثالث در بهره‌مندی از این حق جلوگیری کنند. تعهد به اجرا نیز مستلزم اقدامات قانونی، اجرایی و قضایی متناسب است. در واقع، تعهد به اجرا، روی دیگر تعهد به حمایت است به این معنا که در این مرحله، دولت‌ها باید قوانین حمایتی خود را عملیاتی کنند.<sup>۱</sup>

حق بر سلامت شامل دو نوع تعهد می‌شود: تعهد به فعل یا تعهد به وسیله. در تعهد به وسیله، متعهد در حد توانایی و امکانات خود، مکلف به تدارک حق ذی‌حق است. ماده دوم میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را می‌توان بیان‌کننده تعهد به وسیله دانست؛ زیرا کشورهای عضو را در به کارگیری حداکثر اهتمامشان برای تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق، متعهد می‌داند. تعهد دوم، تعهد به نتیجه یا تعهدات با تأثیر فوری است که تضمین دسترسی عادلانه به خدمات پزشکی و امکانات پزشکی از جمله این تعهدات است. در تعهد به نتیجه، انجام تلاش‌های مکفی برای رسیدن به اهداف مورد نظر کفایت می‌کند، حتی اگر منجر به نتیجه دلخواه نگردد.<sup>۲</sup>

اعمال تحریم‌های اقتصادی جامع هرچند موجب ایجاد وضعیت جنگی در روابط بین‌المللی و میان دولت‌ها نمی‌شود، اما دولت‌ها را از حالت روابط عادی دور می‌سازد. در واقع، اعمال این تحریم‌ها، وضعیتی دوگانه از جنگ و حالت عادی در روابط میان کشور هدف و کشور تحریم‌کننده ایجاد می‌کند.<sup>۳</sup>

۱. نیاورانی، صابر و احسان جاوید، «حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقت‌نامه تریپس و چالش حمایت از حق بین‌المللی بشر بر سلامت»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۴، ۱۳۹۵، ص ۶۳.

۲. غلامی، مریم و مهدی فیروزآبادیان، «حق دسترسی به واکسن به مثابه حق بشر»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیست و دوم، شماره ۵۳، ۱۴۰۲، ص ۳۷.

۳. حبیب‌زاده، توکل و همکاران، «آثار تحریم فراسرزمینی امریکا بر تعهد به همکاری در تأمین دارو و تجهیزات پزشکی در زمان بیماری‌های فراگیر (کووید ۱۹)»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی عمومی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۲۹۶.

## بند دوم. تعهد دولت ایران نسبت به حق بر سلامت

دولت ایران، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶) و برخی دیگر از اسناد بین‌المللی مهم نظیر کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹) را تصویب کرده است. با توجه به ماده ۹ قانون مدنی که تعهدات بین‌المللی مورد نظر ایران را همانند قانون موضوعه دانسته، بنابراین، ایران، متعهد به ایفای تعهدات مندرج در این اسناد در راستای تحقق حق یادشده است. در خصوص حق بر سلامتی از جمله مهم‌ترین اقدامات تقنینی می‌توان به بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی اشاره کرد که در آن به پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، مسکن، کار و بهداشت و تعمیم بیمه جهت نیل به اهداف حکومت اسلامی اشاره شده است. اصل بیستم، حقوق یکسان اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی زن و مرد را با رعایت موازین اسلام شناسایی کرده و بند ۴ اصل ۲۱ نیز تضمین ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سال خورده و بی‌سرپرست را تکلیف دولت دانسته است. اصل ۲۹، برخورداری از تأمین اجتماعی و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه را حقی همگانی خوانده و دولت‌ها را مکلف کرده است که از محل درآمدهای عمومی و نیز درآمدهای حاصل از مشارکت‌های مردم، آن را برای یک یک افراد کشور تأمین کند. قوانین عادی متعددی نیز نظیر قانون تأمین زنان و کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۴ نیز برای تأمین و تضمین سلامت جسمی و روحی افراد جامعه به تصویب رسیده است.

## بند سوم. تعهد سازمان‌های اداری نسبت به حق بر سلامت

اقدامات قوه مجریه برای پیش‌گیری از وقوع جرایم مواد مخدر و بر اساس حق بر سلامت و ایمنی شهروندان را می‌توان در قالب وظایف و اختیارات شخص رییس جمهوری و هیئت وزیران بررسی کرد. با در نظر گرفتن مجموعه قوانین و مقررات و مسئولیت اجرای قوانین و مقررات بر عهده قوه مجریه می‌توان گفت که رییس جمهوری و هیئت وزیران، موظف به اجرای قوانین و مقررات مربوط به ایفای حق بر سلامت و بهداشتی و ایمنی شهروندان و اقتضائات این حق هستند و وظایف مربوط به تضمین و تأمین این حق مشخص شده است. پس آنان وظیفه دارند قوانین و مقررات دایر مدار حق بر سلامت و ایمنی شهروندان را هم‌چون دیگر قوانین و مقررات اجرا کنند. از جمله

وظایفی که رییس‌جمهور و هیئت وزیران در راستای تضمین حق بر سلامت و ایمنی شهروندان، موظف به اجرای آن‌ها هستند، وظایفی است که در سیاست‌های کلی ابلاغی از سوی مقام رهبری در حوزه سلامت احصا شده است.

وزارت‌خانه‌های بهداشت و درمان و آموزش پزشکی و تعاون، کار و رفاه اجتماعی و سازمان بهزیستی کل کشور بیش از دیگر نهادها با موضوع سلامت و ایمنی مردم و حق بر سلامت و ایمنی آن‌ها مرتبطند. در ماده ۱ قانون تشکیل وزارت بهداشت آمده است: «به منظور استفاده مطلوب و هماهنگ از امکانات پزشکی کشور در جهت تأمین و تعمیم بهداشت و درمان و بهزیستی و تحقق بندهای ۴ و ۱۲ و ۱۳ اصل سوم و آن قسمت از اهداف اصل ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مربوط به خدمات بهداشت و درمان و بهزیستی می‌باشد، وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تشکیل می‌گردد.» بدین ترتیب، وزارت بهداشت از متولیان اصلی اجرا و تضمین حق بر سلامت و بهداشت و ایمنی شهروندان است.<sup>۱</sup>

## گفتار سوم. تحریم‌ها علیه ایران؛ تهدیدی برای حق بر سلامت

نقش حقوق بشر در مورد تحریم‌ها در گذشته کم‌تر بود؛ زیرا از یک سو به حقوق بشر کم‌تر اهمیت داده می‌شد و از سوی دیگر، تحریم‌ها کم‌تر چنین اثری داشتند. در این قسمت، بر حقوق بشر نه تنها از نظر حقوق بشر شهروندان تمرکز شده که به طور سنتی از آن‌ها یاد می‌شود و به طور مستقیم تحت تأثیر تحریم‌ها قرار می‌گیرند (مثل حق دسترسی به دارو، سلامت و غذا)، بلکه به حقوقی هم توجه می‌شود که تضييع آن‌ها تحت تأثیر محدودکنندگی تحریم رخ می‌دهد. برای مثال، حق آموزش، رفاه و توسعه از جمله حقوقی هستند که هرچند بر اثر وضع تحریم‌های اقتصادی به طور مستقیم تضييع نمی‌شوند، اما چون تحریم‌های اقتصادی، حق تجارت دولت هدف را محدود می‌سازد، از تأمین وسایل تضمین حقوق یادشده جلوگیری می‌کند. بر این اساس، به نظر می‌رسد حقوق بشر نسبت به درآمد کشورها هم حساس می‌شود.<sup>۲</sup>

۱. شافع، میرشهبیز و محسن یکتن خدایی، «اقدامات قوه مجریه جمهوری اسلامی ایران در ایفای تعهدات بین‌المللی مربوط به پیش‌گیری کنشی از جرایم مواد مخدر (در پرتو حق بر سلامت)»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴، ص ۳۰۰.

۲. امین‌زاده، الهام و وحیده غلامی، «تحدید اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتو ضوابط حقوق بشر»، قواعد رقابت و حقوق

تحریم، اقدامی میانی بین دیپلماسی و اقدام نظامی است. تحریم، مجموعه اقداماتی است که یک یا چند بازیگر بین‌المللی بر یک یا چند بازیگر دیگر به منظور تحقق یک یا مجموعه‌ای از اهداف خود به عمل می‌آورند. تحریم، تنبیه طرف مقابل برای جلوگیری از اعمالی است که برای تحریم‌کننده ارزش دارد، با اجبار طرف مقابل به رعایت بعضی از هنجارها که برای طرف اقدام‌کننده مهم است.<sup>۱</sup>

### بند اول. ابعاد مؤثر تحریم‌ها در حق بر سلامت

یکی از ابعاد حق بر سلامت، رعایت اصل عدم تبعیض و انصاف در توزیع مناسب و عادلانه امکانات و خدمات بهداشتی است که در نیل به استاندارد بالاتر سلامتی نقش مهمی دارد. اصل منع تبعیض، از اصول بنیادین در نظام بین‌المللی حقوق بشر است و همان‌گونه که در ماده ۲ میثاق هم اشاره شده است، دولت‌های عضو باید حقوق مندرج در میثاق را بدون تبعیض از هر نظر برای همه تضمین کنند. در این میان، برخی گروه‌ها مانند زنان، کودکان، افراد سال خورده و معلولان، مستحق رفتار ترجیحی نیز هستند و به نیازهای آن‌ها باید توجه خاص صورت گیرد.<sup>۲</sup>

اقلام دارویی به عنوان اقلام بشردوستانه، از شمول تحریم‌ها خارج هستند، اما بسیاری از تجهیزات ضروری برای درمان سرطان از جمله تجهیزات پزشکی هسته‌ای و رادیوتراپی در زمره کالاهای دارای کاربرد دوگانه هستند و مشمول تحریم قرار گرفته‌اند. از سوی دیگر، شرکت‌های داروسازی و تجهیزات پزشکی بزرگ به هیچ عنوان حاضر نیستند خود را در معرض مجازات‌های ناشی از تحریم‌ها قرار دهند. یکی از شرکت‌های فعال در زمینه توزیع دارو به خاطر تحریم، پانسمان کودکان پروانه‌ای (ای بی) را کاهش داده بود که این مشکل با تلاش‌های وزارت خارجه تا حدودی برطرف شده است.<sup>۳</sup>

هرچند در اسناد حقوق بشری به طور مستقل به حق دسترسی به دارو اشاره نشده است، ولی ماده

---

اجتماعی، فصل‌نامه روابط خارجی، سال پنجم، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۱۸۲.

۱. رضایی، فاطمه و همکاران، «نقض حق بر سلامتی ناشی از تحریم‌های بین‌المللی و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها»، مطالعات بین‌المللی، سال نوزدهم، شماره ۷۴، ۱۴۰۱، ص ۱۴۶.

۲. جاوید، احسان و صابر نیاورانی، «قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۵۱.

۳. زارعی هدک، محمد و همکاران، «چالش‌های حقوقی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا و تأثیر آن بر حق سلامت در پرتو رأی موقت دیوان بین‌المللی دادگستری (مطالعه موردی ایران)»، راهبرد سیاسی، سال پنجم، شماره ۱۸، ۱۴۰۰، ص ۴۱.

۱۲ میثاق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی از دولت‌های عضو می‌خواهد به تعهد خود برای پیش‌گیری و درمان بیماری‌های همه‌گیر، بومی و حرفه‌ای و مبارزه با این بیماری‌ها پای‌بند باشند و در تفسیر عمومی شماره ۱۴، حق دسترسی به داروهای اساسی را به عنوان حق بشری توصیف کرده است. حق برخورداری از واکسن نیز حق بنیادین بشری است که در پرتو حقوق مختلف انسانی حمایت و تضمین شده است.<sup>۱</sup>

## بند دوم. راهکارهای حقوقی برای رفع تحریم‌ها

### الف. ارتقای بخش خصوصی

اقتصاد ایران، اقتصاد نفتی است که بخش عمده (حدود ۸۰ درصد) ارزش‌های قابل استفاده ایران از درآمدهای حاصل از فروش نفت حاصل می‌گردد. با تحریم نفت و کاهش فروش آن، درآمدهای قابل اختصاص به خرید دارو و تجهیزات پزشکی به شدت کم شده است. تحریم‌های اقتصادی به شدت بر وضعیت بهداشت و سلامت ایرانیان اثر گذاشته است. بخش سلامت در ایران، دولتی است و دولت برای حل این معضل، یارانه‌های سنگینی پرداخت می‌کند.<sup>۲</sup>

تحریم‌ها موجب دولتی‌تر شدن اقتصاد و تضعیف بخش خصوصی شده است. ریشه بی‌توجهی به بخش خصوصی را که راه حل مهمی در برخورد با تحریم‌هاست، علاوه بر مطالعه در حوزه فرهنگی باید در متون حقوقی هم چون قانون اساسی جست. بخش‌های حیاتی و اصلی اقتصاد کشور در اختیار دولت است و مردم که صاحبان اصلی این ثروت‌هایند، از دخالت مستقیم در آن‌ها محروم هستند. قانون اساسی از عنوان مالکیت عمومی و در اختیار دولت برای نشان دادن «فقط» تصدی دولت بر این منابع استفاده کرده و از به کار بردن واژه «انحصار» خودداری کرده است، اما تسلط تمام و کمال دولت بر این حجم عظیم از اقتصاد کشور آشکار است. به هر حال، بسیاری از شرکت‌ها، نهادها، سازمان‌ها و صناعی که با استناد به این اصل شکل گرفته‌اند؛ نه تنها حاضر به تعدیل ساختاری خود نیستند، بلکه در بسیاری از موارد، قدرت انحصاری اولیه خود را در یک بازار به بازارهای دیگر

۱. غلامی و فیروزآبادیان، پیشین، ص ۴۱.

۲. موسوی، سید فضل‌الله و همکاران، «تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه ایران: تناقض در گفتار و سیاست‌زدگی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۴، ۱۳۹۳، ص ۱۵۵.

نیز گسترش داده‌اند. ایران زمانی خواهد توانست در راه توسعه اقتصادی گام بردارد که راه اقتصاد آزاد و خصوصی باز شود و دولت نقش ناظر اقتصادی را تقبل کند.<sup>۱</sup>

بهبود محیط کسب و کار به معنای بهبود و رونق فضای تولید و در نتیجه، محرک رشد اقتصادی است، به گونه‌ای که اصلاح و بهبود محیط کسب و کار، زمینه مشارکت بخش خصوصی در عرصه اقتصاد، ارتقای سطح اشتغال و تولید را فراهم می‌سازد. به عبارتی، محیط کسب و کار مناسب، شرط لازم برای رشد بخش خصوصی و از عوامل مؤثر بر رقابت‌پذیری است. تا زمانی که محیط کسب و کار بهبود نیابد، بهبود عملکرد بنگاه‌ها و به طور کلی، رشد بخش خصوصی امکان‌پذیر نخواهد بود.<sup>۲</sup> تجربه کشورهای نیز که به کوچک‌سازی بخش تشکیلاتی دولت‌های خود موفق شده‌اند، نشان می‌دهد این کشورها به نتایج بسیار ارزنده‌ای از نظر اجرای باکیفیت کارهای کلان خود دست یافته‌اند. به نظر می‌رسد نقش پررنگ دولت نیز در اداره کارها می‌بایست کاهش یابد و به جای آن، روند نظارت بر کارها و هدایت امور توسط دولت توسعه یابد.<sup>۳</sup>

## ب. حمایت از تولید ملی

تأکید مقام معظم رهبری همواره بر ضرورت تداوم تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی می‌بین سه وظیفه برای دولت، دست‌اندرکاران تولید و مردم است. نحوه تعامل آن‌ها بر روی هم تأثیر مستقیم دارد و نتیجه نهایی آن به این تعامل وابسته است؛ یعنی هر قدر که مردم را به خرید کالای داخلی تشویق کنیم، اما کیفیت تولید کالای داخلی پایین باشد، در عمل به خرید کالای تولید داخلی رغبت نخواهند داشت. اگر هم تولیدکننده برای تولید کالای باکیفیت تلاش کند، اما دولت و سیستم بانکی کشور، خدمات پولی و مالی ارائه ندهند یا قوانین اقتصادی، فضای کسب و کار را دشوار کند یا مردم نسبت به کالای داخلی بی‌رغبت باشند، باز هم نتیجه منفی خواهد بود.

۱. رجیبی، محمد، «بررسی تحریم‌های بین‌المللی و موازین حقوق بشر با تأکید بر تحریم‌های چند جانبه علیه ایران»، مطالعات حقوق اسلامی بشر، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱، ص ۱۴۵.

۲. لاریجانی، سعید و همکاران، «بررسی اثر تحریم‌ها بر محیط کسب و کار جمهوری اسلامی ایران و ارائه راهکارهای کاهش تأثیر آن»، اقتصاد دفاع، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۴۰۰، ص ۴۳.

۳. فشاری، مجید و جواد پورغفار، «بررسی و تبیین الگوی اقتصاد مقاومتی در اقتصاد ایران»، مجله اقتصادی، شماره‌های ۵ و ۶، ۱۳۹۲، ص ۳۵.

### ج. سیاست‌های اقتصاد مقاومتی

هدف اصلی تحریم‌های اقتصادی، اخلال در نظم اقتصادی است. پس لازم است بخشی از سازوکارهای مقابله با تحریم‌ها به ممانعت از اخلال در نظم اقتصادی اختصاص یابد. هر عملی که منجر به اختلال در یک نهاد اقتصادی شود، به نحوی که مانع تحقق اهداف نظام اقتصادی گردد یا تحقق این اهداف را با مشکل مواجه سازد، اخلال در نظام اقتصادی محسوب می‌شود.<sup>۱</sup>

با نگاهی به تجربه دیگر اقتصادهای دنیا متوجه خواهیم شد که تمام آن‌ها نیز همواره برای مقاومت‌سازی بافت‌ها و ساختارهای خویش کوشیده‌اند و این امر با تکامل دانش همواره در مسیر خود رو به پیشرفت بوده است، به این معنا که جهت‌گیری تمام نظریه‌های اقتصادی، رسیدن به این هدف یعنی قوام و مقاومت‌سازی است. اقتصاد مقاومتی، برنامه‌ای کوتاه‌مدت نیست، بلکه فرآیندی نظام‌ساز است. هم‌چنین صرفاً یک تاکتیک نیست و مربوط به دوره تحریم نخواهد بود، بلکه اگر تمام هجمه‌ها هم پایان یابند، باز هم تمام عناصری که در سند سیاست‌های کلان اقتصاد مقاومتی وجود دارد، جزء برنامه‌های کشور خواهد بود و باید به این سیاست‌ها به عنوان الگوی بدیل اقتصادی برای کشور توجه شود.<sup>۲</sup>

### د. حکمرانی خوب

حکمرانی خوب در فرآیند اصلاحات قانونی موفق، ضروری است. مانند هر فرآیند سیاستی دیگر، فرآیند اصلاح قانون سلامت عمومی ممکن است به طور نامطلوبی به وسیله اشخاصی که به دنبال منافع اقتصادی و سیاسی خود هستند، تحت تأثیر قرار بگیرد. تلاش‌ها برای تخریب قانون سلامت عمومی ممکن است شکلی از اقدامات لابی‌گری و دیگر اقدامات برای اثرگذاری بر محتوای قانون یا آسیب رساندن در مسیر اجرای آن به خود بگیرند. در قالب محتوای اصلاح قانون سلامت عمومی، ارتباطات نزدیکی بین اصول حکمرانی خوب و حقوق بشر وجود دارد. برای مثال، اطمینان از مشارکت اشخاصی که به واسطه قانون سلامت عمومی تحت تأثیر قرار گرفته‌اند، هم یک قاعده مهم

۱. علی نژاد، ایلناز، «سازوکارهای فقهی حقوقی مقابله با تحریم‌های اقتصادی»، مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۳۳.

۲. پیغامی، عادل و همکاران، جستارهایی در اقتصاد مقاومتی؛ تحریم‌های اقتصادی ایران (مبانی، ابعاد و راهکارها)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴، ص ۲۲.

حکمرانی خوب و هم یک بعد قابل شناسایی از حقوق بشر است. بنابراین، بدون حکمرانی خوب، دولت نمی‌تواند تکلیفش را در احترام به حق، حمایت از حق و اجرای حق به روشی سیستماتیک و قابل قبول ادا کند.<sup>۱</sup>

## نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد سیاست‌های جهانی برای برقراری سلامت در حوزه بین‌الملل با کمک حقوق بین‌الملل تا آن جایی که باید و شاید، موفقیت‌آمیز نبوده است که دلیل آن را باید در چگونگی شکل‌گیری قدرت در نظام بین‌الملل جست‌وجو کرد. بیماری کرونا توانست تا جای ممکن، ضعف‌های دسترسی به منابع سلامت در حوزه حقوق بین‌الملل را عیان کند. دولت و سازمان‌های بین‌المللی و افراد به عنوان بازیگران فضای جهانی امروز هر کدام، ضعف‌های فراوانی را بازتاب دادند که رسیدگی به هر بخش آن نیازمند پیش‌بینی‌هایی از جهان آینده بود، اما نبود افق ذهنی روشن از بحث حق‌های سلامت در جهان پساکرونا باعث شد تا اندیشه رشد و توسعه حقوق بین‌الملل تا حد زیادی به مخاطره افتد. سلامتی همه ملل برای دستیابی به صلح و امنیت، هدفی مهم است و به همکاری کامل افراد و دولت‌ها بستگی دارد. موفقیت هر دولت در ترویج و حمایت بهداشت برای همه ارزشمند است. همه‌گیر شدن کرونا، ضررهای بسیاری به جامعه انسانی و زیست‌روی کره زمین وارد آورد. سیستم‌های انسانی در این آزمون با ضعف‌های فراوانی مواجه شدند که سبب ناکامی‌های فراوانی گردید. این در حالی است که پیش‌تر، برخی کارشناسان در خصوص احتمال بروز پاندمی هشدار داده بودند، اما به پیش‌بینی‌های آنان توجهی نشد. این ناهماهنگی و مشکل سیستمی سبب تضييع گسترده حقوق بشر به ویژه حق بر سلامت با شقوق گسترده آن شد.

هنگام بررسی ضعف سازمان‌ها و قواعد و مقررات حاکم بر بحث سلامت در حوزه بین‌المللی و شرایط برطرف کردن این نقایص به این نتیجه رسیدیم که پیشرفت نابرابر کشورهای مختلف در ترویج بهداشت و مهار کردن بیماری‌ها به خصوص بیماری‌های واگیر، یک خطر عمومی است. رشد سالم انسان اهمیت اساسی دارد و توانایی به‌زیستن هماهنگ با محیطی همواره متغیر برای چنین رشدی،

۱. عزیزی مرادپور، حمید و محمدرضا ایران‌نژاد، «چالش‌های بین حق دسترسی به دارو و اختراعات دارویی»، پژوهش‌های حقوقی میان‌رشته‌ای، دوره اول، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۶۴.

هدفی متعالی است. توسعه استفاده از معلومات پزشکی، روان‌شناسی و علوم وابسته به همه ملل برای تحقق کامل بهداشت، دیگر هدف جامعه جهانی است. نظر آگاهانه و همکاری فعال از طرف عموم برای بهبود بهداشت مردم نیز بسیار اهمیت دارد.

نبود ضمانت اجرای دقیق نشان می‌دهد که بسیاری از راه‌های توافق بر سر راهکارهای اصلاحی تا کنون شکست خورده است. از این رهگذر، پیشنهادهایی برای اصلاح نظام سلامت جهانی به این شرح بیان می‌شود:

۱. تغییر تعریف سلامت از یک حق به یک حالت عادی برای هر انسان زنده و نیز جامعه رو به رشد در نظام جهانی
۲. تقدس‌زدایی از معنای حقوق سلامت به عنوان کالای لوکس و تغییر آن به وسیله‌ای برای دستیابی به سعادت بشری
۳. برابری نگاه نهادهای حقوق بشری به ابنای انسانی برای دریافت امکانات سلامت
۴. تنظیم شفاف اسناد بالادستی در خصوص بحث سلامت
۵. تلاش برای برطرف کردن ضعف‌های ماهوی و شکلی ساختار سلامت در حوزه حقوق بین‌الملل
۶. تلاش سازمان بهداشت جهانی برای برقراری عدالت به جای سیاست‌های یک‌پارچه‌سازی
۷. اصلاح ساختار سازمان بهداشت جهانی

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. پیغامی، عادل و همکاران، جستارهایی در اقتصاد مقاومتی؛ تحریم‌های اقتصادی ایران (مبانی، ابعاد و راهکارها)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴.
۲. تودارو، مایکل، مهاجرت داخلی در کشورهای در حال توسعه (بررسی نظریه‌ها، مدارک، روش‌ها و اولویت‌های تحقیق)، ترجمه: مصطفی سرمدی و پروین ریسی‌فرد، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۶۶.
۳. قاسمی، ناصر، حقوق کیفری محیط زیست، تهران: جمال‌الحق، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
۴. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، ۱۳۸۲.

#### ب) مقاله

۱. آل کجباف، حسین، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در اسناد بین‌المللی حقوق بشر»، حقوق پزشکی، دوره هفتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۲.
۲. امین‌زاده، الهام و وحیده غلامی، «تحدید اعمال تحریم‌های اقتصادی در پرتو ضوابط حقوق بشر»، قواعد رقابت و حقوق اجتماعی، فصل‌نامه روابط خارجی، سال پنجم، شماره ۳، ۱۳۹۲.
۳. جاوید، احسان و صابر نیاورانی، «قلمرو حق سلامتی در نظام بین‌المللی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲.
۴. حبیب‌زاده، توکل و همکاران، «آثار تحریم فراسرزمینی امریکا بر تعهد به همکاری در تأمین دارو و تجهیزات پزشکی در زمان بیماری‌های فراگیر (کووید ۱۹)»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی عمومی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۵. حسن‌زاده، قدرت‌الله، «حق بر سلامت از دیدگاه معاهدات بین‌المللی با تأکید بر بیماری کووید ۱۹»،

مجله حقوق پزشکی، شماره ۵۶، ۱۴۰۰.

۶. رجبی، محمد، «بررسی تحریم‌های بین‌المللی و موازین حقوق بشر با تأکید بر تحریم‌های چند جانبه علیه ایران»، مطالعات حقوق اسلامی بشر، سال یازدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۱.
۷. رضایی، فاطمه و همکاران، «نقض حق بر سلامتی ناشی از تحریم‌های بین‌المللی و مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها»، مطالعات بین‌المللی، سال نوزدهم، شماره ۷۴، ۱۴۰۱.
۸. زارعی هدک، محمد و همکاران، «چالش‌های حقوقی تحریم‌های یک جانبه آمریکا و تأثیر آن بر حق سلامت در پرتو رأی موقت دیوان بین‌المللی دادگستری (مطالعه موردی ایران)»، راهبرد سیاسی، سال پنجم، شماره ۱۸، ۱۴۰۰.
۹. زمانی، سید قاسم و جمشید مظاهری، «تحریم‌های هوشمند شورای امنیت در پرتو قطع‌نامه ۱۹۲۹: حفظ یا تهدید صلح؟»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۱۰. شافع، میرشهبیز و محسن یکتن خدایی، «اقدامات قوه مجریه جمهوری اسلامی ایران در ایفای تعهدات بین‌المللی مربوط به پیش‌گیری کنشی از جرایم مواد مخدر (در پرتو حق بر سلامت)»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴.
۱۱. عباسی، مجید و حامد عظیمی، «حق بر سلامت و تحریم‌های امریکا در دوره ترامپ بر علیه جمهوری اسلامی ایران؛ با تأکید بر تحریم‌های دارویی و تجهیزات پزشکی»، مطالعات بین‌المللی، سال هجدهم، شماره ۷۲، ۱۴۰۱.
۱۲. عباسی، محمود و راحله رضایی، «حق بر سلامت از منظر اخلاق زیستی و حقوق بشر»، همایش ملی حقوق و اخلاق در زیست فناوری، ۱۳۸۹.
۱۳. عزیزی مرادپور، حمید و محمدرضا ایران‌نژاد، «چالش‌های بین حق دسترسی به دارو و اختراعات دارویی»، پژوهش‌های حقوقی میان‌رشته‌ای، دوره اول، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۱۴. علی‌نژاد، ایلناز، «سازوکارهای فقهی حقوقی مقابله با تحریم‌های اقتصادی»، مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۱۵. غلامی، مریم و مهدی فیروزآبادیان، «حق دسترسی به واکسن به مثابه حق بشر»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیست و دوم، شماره ۵۳، ۱۴۰۲.

۱۶. فشاری، مجید و جواد پورغفار، «بررسی و تبیین الگوی اقتصاد مقاومتی در اقتصاد ایران»، مجله اقتصادی، شماره‌های ۵ و ۶، ۱۳۹۳.
۱۷. قلی شفیع، مرتضی و همکاران، «حق بر ابداعات دارویی با تأکید بر حق بر سلامتی در حقوق بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره ۴۴، ۱۳۹۸.
۱۸. لاریجانی، سعید و همکاران، «بررسی اثر تحریم‌ها بر محیط کسب و کار جمهوری اسلامی ایران و ارائه راهکارهای کاهش تأثیر آن»، اقتصاد دفاع، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۴۰۰.
۱۹. معنوی، مهران، «نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی: بخشی و فرابخشی»، مجلس و پژوهش، شماره ۳۳، ۱۳۸۱.
۲۰. موسوی، سید فضل‌الله و همکاران، «تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه ایران: تناقض در گفتار و کردار و سیاست‌زدگی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۴، ۱۳۹۳.
۲۱. نظریور، محمدنقی، حسن محمدغفاری و سید جواد عمادی، «تأثیر گسترش بخش سلامت بر رشد اقتصادی ایران؛ با رویکرد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دوفصل‌نامه جستارهای اقتصادی ایران با رویکرد اقتصاد اسلامی، دوره هشتم، شماره ۱۵، ۱۳۹۰.
۲۲. نیاورانی، صابر و احسان جاوید، «حق دسترسی به داروهای اساسی در چارچوب موافقت‌نامه تریپس و چالش حمایت از حق بین‌المللی بشر بر سلامت»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۴، ۱۳۹۵.

## ۲. Latin Source

۱. Gostin, Lawrence. O. and Lazzarini zita, human rights and public health in the Aids pandemic, Oxford University press, ۱۹۹۷.
۲. Mahoney, J. T., Strategic management and determinism: Sustaining the conversation. Journal of Management Studies, ۱) ۳۰, ۱۹۹۳).



## مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانیدر بورس و نقش نهاد ناظر (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و کامن‌لا)

مهدی افتخاری سولا<sup>۱</sup>

عباس پهلوان زاده<sup>۲</sup>

سوده حامد توسلی<sup>۳</sup>

### چکیده

هدف مطالعه حاضر، بررسی مسئولیت مدنی افشای اطلاعات نهانی در بورس با مطالعه تطبیقی حقوق ایران و کامن‌لاست. اطلاعات نهانی در سازمان بورس از جمله حیاتی‌ترین عناصر معاملاتی بوده و بنای بسیاری از تصمیمات در معاملات بورسی به آن وابسته است. در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا، ناشران و دارندگان اطلاعات اولیه و ثانویه، متولیان افشای اطلاعات شناخته می‌شوند و مکلف به افشای برابر و هم‌زمان آن بین سرمایه‌گذارانند. در هر دو نظام، تا زمانی که اطلاعات از مسیر قانونی افشا نشده است، نهانی محسوب می‌شود و مسئولیت مراقبت و نگه‌داری از آن بر عهده متولیان است.

نتایج این تحقیق بیانگر آن بود که افشای غیر مجاز اطلاعات نهانی در حقوق کامن‌لا، مسئولیت محض به بار می‌آورد، در حالی که رویکرد قوانین ایران بر مبنای قواعد عمومی قراردادها و مسئولیت بر تقصیر استوار است. در کامن‌لا، افشای غیر مجاز اطلاعات، مسئولیتی به بار نمی‌آورد، مگر آن‌که بر اساس آن، معامله‌ای صورت پذیرد، در حالی که از منظر حقوق ایران، به محض افشای غیر مجاز اطلاعات، مسئولیت مدنی مترتب خواهد شد. به نظر می‌رسد قوانین نظام حقوقی کامن‌لا می‌تواند برخی کاستی‌های قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران در حوزه افشای اطلاعات نهانی در بورس را پوشش دهد.

**واژگان کلیدی:** افشای غیر مجاز، اطلاعات نهانی، بورس، بازار اولیه، مسئولیت مدنی، قانون‌گذاری، کامن‌لا.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران، mehdi102.mfh@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران، (نویسنده مسئول)، a.pahlavanzadeh@Kiau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران، Soodeh.hamedtavasoli@Kiau.ac.ir

## مقدمه

امروزه، نظام نوین اقتصادی کشورها، شاهد شکل‌گیری نهادهای کاملاً جدید و نو در زمینه دادوستد و انجام معاملات است. بورس به عنوان محل گردآوری وجوه خرد و هدایت آن به سوی سرمایه‌گذاری‌های کلان و نیز ابزاری برای دادوستد اوراق بهادار دارای قابلیت و کارکردهای فراوانی است. آنچه شانس موفقیت و کسب منافع بیش‌تر در معاملات سهام را افزایش می‌دهد، اطلاعات بیش‌تر سرمایه‌گذاران از وضعیت شرکت‌هایی است که قصد سرمایه‌گذاران لازم و حیاتی است.<sup>۱</sup> از جمله مصادیقی که می‌تواند در حفظ و ارتقای کمی و کیفی مشارکت سرمایه‌گذاران مؤثر باشد، نحوه دسترسی به اطلاعات و قواعد مربوط به آن است؛ زیرا در بورس، اطلاعات، محوری‌ترین عامل در معاملات محسوب می‌گردد. هنگامی که اطلاعاتی مانند صورت‌های مالی سالانه شرکت به صورت عمومی منتشر می‌شود، سرمایه‌گذاران بر اساس آن اطلاعات می‌توانند در مورد وضعیت آتی ارزش سهام آن شرکت پیش‌بینی داشته باشند. درباره اطلاعات خصوصی نیز وضع به همین صورت است. وقتی بخشی از معامله‌گران به اطلاعات نهانی شرکتی دسترسی داشته باشند، می‌توانند در مورد وضعیت آتی سهام پیش‌بینی کنند و با انگیزه حداکثرسازی شده، سفارش‌های معاملاتی خود را ارسال کنند و انجام دهند. بنابراین، وجود اطلاعات، چه به صورت عمومی و چه به صورت خصوصی، یکی از عوامل اصلی انجام معاملات در بازار است.<sup>۲</sup> قوانین مربوط به آن نیز سخت‌گیرانه و حفاظت‌آزان بسیار حایز اهمیت است. به همین دلیل، برخی از اطلاعات مربوط به شرکت‌ها که می‌تواند بر قیمت سهام و افزایش کارآمدی بورس مؤثر باشد، اطلاعات نهانی محسوب می‌گردد. قانون‌گذار ایران در بند ۳ از ماده یک قانون بازار اوراق بهادار به اطلاعات نهانی در سه محور توجه نشان داده است:

محور اول - اطلاعات نهانی در مقام اطلاعات افشانشده حاوی اطلاعات درونی شرکت؛

محور دوم - اثرپذیری مؤلفه‌های بورس (مثل قیمت) به صورت مستقیم و غیر مستقیم؛

محور سوم - نشر اطلاعات نهانی و اثرگذاری آن بر تصمیم سرمایه‌گذاران.

۱. محمدی، علی‌رضا، «بررسی آرای قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹، ص ۲۸۶.

۲. رضایی، صادق و همکاران، «آیا افشای اطلاعات به کاهش معاملات مبتنی بر اطلاعات خصوصی و شوک متقارن جریان سفارش در بورس اوراق بهادار تهران منجر می‌شود؟»، تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، شماره ۴۰، ۱۳۹۹، ص ۳۶

قانون‌گذار در نظام کامن‌لا (انگلیس و آمریکا) نیز به بحث اطلاعات نهانی و نحوه افشای آن توجه دارد. حقوق انگلیس در انتشار نسخه ۲۰۲۱ قانون بورس اوراق بهادار در بخش C۴۲۷ بر حقوق امنیت و افشا نکردن اطلاعات از سوی طرفین تأکید داشته است (قانون اوراق بهادار انگلیس، ۲۰۲۱). در حقوق آمریکا نیز در ماده ۲-۱۱۲ بصوب ۱۹۳۴ به موضوع امنیت در مورد اسناد و مدارکی تأکید دارد که تمام شرکت‌ها به ناشر ارائه می‌کنند. در بررسی تفاوت بین دو نظام حقوقی ایران و کامن‌لا در ارائه تعریفی از اطلاعات نهانی باید به این نکته اشاره داشت که در نظام حقوقی ایران به منشأ اطلاعات که شخص حقیقی یا حقوقی باشد، اشاره نشده، اما قانون‌گذار در کامن‌لا به این موضوع اشاره کرده است.

خرید اوراق بهادار همیشه با این خطر همراه است که محاسبات سرمایه‌گذار در عمل درست نباشد و سرمایه‌گذار به سود مورد انتظار خود نرسد و قیمت سهام وی سقوط کند. به این ترتیب، دو گروه خطرهای موجود در بازار بورس را باید از یکدیگر تفکیک کرد: هر سرمایه‌گذار در ازای سودی که انتظار دریافت آن را دارد، باید از یک سو، خطر ناشی از ارتکاب احتمالی یک تقصیر (نظیر افشای اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده) از سوی یکی از فعالان بازار و از سوی دیگر، نفس خطر مالی و خطر بورسی را تحمل کند. در این خصوص، احراز رابطه سببیت و نیز قطعیت ضرر قابل جبران در این دعاوی با مانعی جدی مواجه می‌شود؛ چون تحقق مسئولیت مدنی مستلزم تحقق ضرر و رابطه سببیت قطعی است و وجود خطر بورسی مانع تحقق چنین قطعیتی است. برای رفع این مشکل، در حقوق آمریکا و فرانسه، دو راه حل مختلف پذیرفته شده است:

در حقوق آمریکا با اعمال نظریه تقلب در بازار در این دعاوی که مبتنی بر نظریه بازار سرمایه کارآمد است، در صورت اثبات افشای اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده، انتساب افزایش قیمت به اطلاعات نادرست یا گمراه‌کننده مفروض گرفته شده است. در حقوق فرانسه، رویه قضایی با اعمال نظریه از دست دادن فرصت که به جبران زیان‌های غیر قطعی و عدم قطعیت رابطه سببیت اختصاص دارد، امکان اعمال قواعد مسئولیت مدنی در موارد نقض الزامات مربوط به افشای اطلاعات را فراهم کرده است.<sup>۲</sup>

1. British Securities Act, 2021.

۲. شمس‌اللهی، محسن، «تحلیل حقوقی و اقتصادی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، سال بیست و ششم، شماره ۱۵، ۱۳۹۸، ص ۱۴۸.

در خصوص پیشینه پژوهش باید گفت لعیبا جنیدی و محمد نوروزی در مقاله «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار» به بررسی و تعریف دقیق اطلاعات نهانی پرداخته و تأکید کرده‌اند که وجود برتری اطلاعاتی و سوء استفاده از آن در بورس سبب کاهش اعتماد عمومی به بازار بورس و اوراق بهادار خواهد شد.

حمیدرضا پرهام‌مهر و همکارانش نیز در مقاله «بررسی تطبیقی تأثیر افشای اطلاعات نهانی در معاملات بورس (محدوده افشای اطلاعات، ضمانت اجراها، بطلان معاملات)» بر این امر تأکید ورزیده‌اند که هدف از وضع مقررات در خصوص اطلاعات نهانی، ایجاد امنیت و سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه است و در نهایت، با توجه به نظام حقوقی ایران، معاملات دارندگان اطلاعات نهانی قابل ابطال نبوده و تنها مجازات حبس و جزای نقدی در نظر گرفته شده است.

محسن شمس‌اللهی در مقاله «تحلیل حقوقی و اقتصادی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار» به موضوع جبران زیان‌های وارد در نظام‌های حقوقی مختلف مسئولیت مدنی برای ناشران و مدیران پرداخته و نتیجه گرفته است که اعمال قواعد مسئولیت مدنی به منظور جبران آن زیان‌ها با موانعی جدی نظیر دشواری احراز زیان و رابطه سببیت قطعی و گسترده بودن تعداد زیان‌دیدگان مواجه است که بر این اساس، قوانین موجود باید اصلاح شوند. پرسش اصلی که این پژوهش در پی پاسخ به آن است، بررسی مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در بازار بورس و اوراق بهادار با رویکرد تطبیقی در حقوق ایران و کامن‌لاست. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که مبانی مسئولیت افشاکنندگان اطلاعات نهانی در حقوق ایران مبتنی بر نظریه تقصیر و در کامن‌لا مبتنی بر نظریه مسئولیت بدون تقصیر یا محض است. هدف از مطالعه حاضر نیز بررسی مسئولیت مدنی ناشی از افشای اطلاعات نهانی در این دو نظام حقوقی است.

## گفتار اول. سابقه تقنینی اطلاعات نهانی در حقوق ایران و کامن‌لا

قانون‌گذار ایران، شرایطی ایجاد کرده است تا سازمان بورس، قواعد و مقررات مورد نیاز بورس را در قالب دستورالعمل‌های اجرایی تهیه و تدوین کند. بنابراین، بورس به یک مرجع تدوین و تصویب قوانین و مقررات تخصصی در حوزه اجرایی سازمان تبدیل گردیده است که البته ضمانت اجرایی نیز دارد. دستورالعمل‌های موصوف که در واقع در حکم قانون است، در حوزه‌هایی هم چون اساس‌نامه

بورس‌ها، کانون‌ها و سقف نرخ خدمات و کارمزدهای بورس است.<sup>۱</sup>

برای نخستین بار، آیین‌نامه اجرایی و انتشار اخبار معاملات بر اساس اطلاعات نهانی در سال ۱۳۷۳، معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه شرکت را شناسایی کرد. در این آیین‌نامه بدون این‌که از این اطلاعات محرمانه، تعریفی ارائه شود، صرفاً با قید «اطلاعات مؤثر بر قیمت سهام» معرفی شده بود و به لحاظ اطلاق این عبارت، هرگونه تأثیر ولو اندک مشمول این مقرره بود. پس از آن، در بخش‌نامه افشای فوری اطلاعات مصوب ۱۳۸۰ سازمان بورس و اوراق بهادار از «اطلاعات مهم»، تعریفی ارائه گردید که تا حد زیادی به مفهوم «اطلاعات محرمانه» نزدیک بود. مطابق بند ۱ بخش‌نامه مربوط، «اطلاعات مهم به هرگونه اطلاعات مرتبط با فعالیت شرکت که منجر و یا به صورت قابل توجهی انتظار می‌رود که باعث تغییر قابل ملاحظه در قیمت سهام یا ارزش هر یک از اوراق بهادار صادره توسط شرکت پذیرفته‌شده در بورس شود، اطلاق می‌گردد.» در این تعریف نیز بر «اطلاعات مؤثر بر قیمت سهام» تکیه شده است. در نهایت، برخلاف آیین‌نامه اجرایی انتشار اخبار معاملات بر اساس اطلاعات درونی مصوب ۱۳۷۳، در این ماده به «هرگونه اطلاعات مؤثر بر قیمت» توجه نشده، بلکه به اطلاعاتی توجه شده بود که تأثیر قابل ملاحظه در قیمت اوراق بهادار دارد. در پایان، با تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴، برای نخستین بار، «اطلاعات نهانی» در قالب یک ماده قانونی تعریف شد.<sup>۲</sup> بند ۳۲ ماده ۱ این قانون مقرر می‌دارد: «هرگونه اطلاعات افشانشده برای عموم که به طور مستقیم یا غیر مستقیم به اوراق بهادار، معاملات یا ناشر آن مربوط می‌شود و در صورت انتشار بر قیمت یا تصمیم سرمایه‌گذاران برای معامله اوراق بهادار مربوطه تأثیر می‌گذارد».<sup>۳</sup>

بیش از هشت دهه از تصویب قانون تجارت ایران می‌گذرد که شرکت سهامی عام در آن به رسمیت

۱. شریفی، سید الهام و شقایق بهشتی، «مطالعه تطبیقی ممنوعیت‌های دارندگان اطلاعات نهانی در رابطه با معاملات اوراق بهادار در حقوق اتحادیه اروپا، انگلیس، فرانسه و ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی و ترویجی)، شماره ۱۷، ۱۳۸۹، ص ۲۱۳.

۲. جمالی، جعفر و همکاران، «بازشناسی اطلاعات نهانی و قلمروی آن در نظام حقوقی ایران»، دانش‌نامه حقوق و سیاست، شماره ۲۵، ۱۳۹۴، ص ۷.

۳. جنیدی، لعیبا و محمد نوروزی، «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و نهم، شماره ۲، ۱۳۸۸، ص ۱۳۹.

شناخته شده است. با این حال، از اولین فعالیت بورسی در ایران که در دهه ۴۰ آغاز گردید، قوانین خاصی در این حوزه به تصویب نرسیده است و صرفاً در سال ۱۳۸۴ در مورد استفاده غیر قانونی از اطلاعات نهانی در قانون یادشده سخن به میان آمد.

در حقوق امریکا نیز استفاده از اطلاعات نهانی به بعد از وقایع سال ۱۹۲۹ بازمی‌گردد. در این سال، بازار سهام امریکا به شدت سقوط کرد و رکودی بی سابقه بر اقتصاد امریکا حاکم شد. بنابراین، کنگره امریکا برای نجات کشور از این وضعیت، در سال ۱۹۳۳، قانون اوراق بهادار را وضع کرد و در سال ۱۹۳۴ از آن به عنوان ابزاری مناسب در مقابله با برخی سوء استفاده‌ها بهره گرفت.<sup>۱</sup> زیر بار نرفتن بسیاری از شرکت‌ها و بی‌توجهی به مقررات وضع شده موجب شد تا کنگره برای سامان‌دهی بازار سهام، قوانینی سخت‌گیرانه‌تر در سال ۱۹۸۴ و ۱۹۸۸ وضع کند و قدم‌هایی جدی در قبال افشای اطلاعات نهانی بردارد.<sup>۲</sup>

در حقوق انگلیس نیز یکی از مهم‌ترین و تاریخی‌ترین تصمیمات در بورس انگلیس در این زمینه به تصویب قانون «بینگ بنگ»<sup>۳</sup> در سال‌های ۱۹۸۶ و ۱۹۹۵ برمی‌گردد که بر اساس آن، ضمن بازنگری در قوانین بورس انگلیس، تحولی اساسی در آن ایجاد شد. این تغییر و تحول در سه محور انجام گردید: حذف حداقل کمیسیون ثابت معاملات، توجه و آغاز معاملات بر مبنای الکترونیکی و فراهم‌سازی زمینه‌های فعالیت کارگزاران خارجی در بازار بورس که این عوامل، بازار بورس انگلیس را به بازاری بین‌المللی تبدیل کرد. بنابراین، قانون‌گذار انگلیس با توجه به دست‌ورعمل یادشده و نیز نیاز بورس لندن به امنیت روانی و اقتصادی، قانون عدالت کیفری را در سال ۱۹۹۳ به تصویب رساند.<sup>۴</sup>

1. Tembo Jnr, M. S., *Effective regulation of insider trading on the Malawi Stock Exchange: a critical analysis of the statutory regime*. Commonwealth Law Bulletin, 2019, p. 45.

2. Pietrancosta, A., *Brief remarks on the necessary clarification of market abuse prohibitions in times of shareholder activism*. Revue trimestrielle de droit financier-Corporate Finance and Capital Markets Law Review, 2019, p. 3.

3. Bing bang

4. Alexander, K., *Insider dealing and market abuse: the Financial services and markets act 2000*. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2001, p. 12.

## بند اول. اقسام اطلاعات در بورس

اصولاً در جهان امروز، جمع‌آوری اطلاعات و استفاده مناسب و به موقع از آن بسیار اهمیت دارد. اطلاعات صحیح می‌تواند دورنمایی کلی از وضعیت شرکت ترسیم کند که بر اساس آن، خریداران را به خرید یا پرهیز از معامله سهام آن وامی‌دارد. اطلاعات از نظر کاربرد در بورس به دو بخش تقسیم می‌گردد.

در بازار سرمایه، اطلاعات، مغز بازار شناخته می‌شود و دارای ارزش و تبعات مالی است و نهاد ناظر باید فرصت برابری اطلاعات را برای همه فعالان بازار فراهم آورد. معامله متکی بر اطلاعات نهانی هنگامی رخ می‌دهد که دارنده اطلاعات نهانی با علم به این مطلب که این اطلاعات هنوز منتشر نشده و در دسترس عموم قرار نگرفته است که در صورت انتشار، بر قیمت اوراق بهادار شرکت تأثیر خواهد گذاشت، به خرید یا فروش این اوراق دست بزند.<sup>۱</sup>

## بند دوم. اطلاعات شرکت‌ها در فضای عمومی

برخی اطلاعات شرکت‌ها از قبل در فضای عمومی افشا می‌شود و در این زمینه، تمام مطالبه‌کنندگان اطلاعات به نحوی به آن دسترسی دارند. به عبارت دیگر، معمولاً میزان دسترسی در چنین حالتی برای همگان یکسان است. این اطلاعات صرفاً برای شناخت از شرکت است و از نظر اثرگذاری بر قیمت‌ها چندان نقشی ندارد؛ زیرا این دسته از اطلاعات پس از تحلیل‌های صورت‌گرفته در اختیار همگان قرار دارد.

## بند سوم. اطلاعات شرکت‌ها در فضای داخلی

وجود رانت در بورس، اعتماد سرمایه‌گذاران به وجود عدالت و یک‌پارچگی در بازار اوراق بهادار را تضعیف می‌کند.<sup>۲</sup> یکی از مهم‌ترین و پرطرفدارترین اطلاعات مربوط به اطلاعات درونی شرکت‌هاست. تصمیم‌گیرندگان و اعضای هیئت مدیره، مصوبات، استراتژی‌ها، خط مشی‌ها و

۱. میرزایی منفرد، غلام‌علی، «تحلیل جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی»، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۷، ۱۳۸۹، ص ۲۴۷.

۲. بادپا، بهروز، رانت در بورس اوراق بهادار و راهکارهای کاهش آن، ساری: اولین کنفرانس بین‌المللی مدیریت، اقتصاد، حسابداری و علوم تربیت، ۱۳۹۴، ص ۵.

سیاست‌گذاری شرکت، وضعیت مالی، معاملات انجام‌شده، معاملات در حال انجام، میزان ارتباط اعضای شرکت با منابع مالی و تجاری، اطلاعاتی هستند که افشای هر کدام از آن‌ها بر تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران اثر می‌گذارد.

## گفتار دوم. محرمانه بودن اطلاعات نهانی بورس در حقوق ایران و کامن‌لا

محرمانه بودن اطلاعات نهانی را باید یکی از بارزترین ویژگی‌های آن دانست و اصولاً تفاوت شکلی این نوع اطلاعات با دیگر اطلاعات شرکت‌ها، در همین محرمانه بودن نهفته است. برای این‌که اطلاعات به غیر از اشخاصی که به صورت قانونی در اختیارشان گذاشته شده است، در اختیار فرد دیگری قرار نگیرد، با لفظ «محرمانه» یا «سری» همراه می‌شود تا علاوه بر حساسیت نسبت به اطلاعات، میزان و محدوده دسترسی به آن مشخص گردد؛ زیرا قانون اطلاعات باید در اختیار شخصی قرار گیرد که ذی‌نفع در موضوع است و با افشا و استفاده از آن بتواند منافعی به دست آورد.<sup>۱</sup> با این توصیف می‌توان دریافت که افشای اطلاعات این قدرت را دارد تا دست‌اندرکاران بازار سرمایه و بورس به معیاری برای قیمت‌گذاری سهام آن شرکت دست یابند. در چنین حالتی، هر قدر اطلاعات جدیدتر و کامل‌تر افشا گردد، علاوه بر کاهش ارزش و اعتبار قدیمی گذشته، نسبت به تغییر دیدگاه بازار سهام و بورس، شاهد تغییراتی در قیمت واقعی آن خواهیم بود. بنابراین، اگر فردی بنا بر هر علتی، امکان دست‌یابی به اطلاعات را قبل از افشا در بازار داشته باشد، به سهولت می‌تواند در دست‌یابی به منافع خویش، تغییرهایی ایجاد کند.

نظام حقوقی انگلیس در ماده ۵۸ قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۳ به این موضوع توجه کرده است. قانون‌گذار در این ماده به موضوع اطلاعات عمومی و شاخص‌های آن اشاره داشته است. بر اساس این ماده، این اطلاعات در حوزه شمول اطلاعات منتشرشده قرار می‌گیرند؛ اطلاعاتی که مراجع صلاحیت‌دار به صورت رسمی منتشر کنند؛ اطلاعات مندرج در اسنادی که اصولاً نگره‌داری و بایگانی آن‌ها از ضروریات محسوب می‌گردد و از مصادیق بارز آن می‌توان به دفترهای قانونی شرکت‌ها اشاره کرد که دسترسی همگان به اطلاعات مندرج در آن به سهولت فراهم گردیده است و

۱. باقری، محمود، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳، ص ۴۲.

سرمایه‌گذاران می‌توانند گاهی بدون هزینه یا با کمی هزینه از آن استفاده کنند. دیگر اطلاعات خارج از این حوزه، اطلاعات نهانی به شمار می‌روند که دست‌یابی به آن به نوعی، محرمانه تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> بحث محرمانه بودن اطلاعات نهانی در حقوق آمریکا نیز از جمله مباحث مهم در این نظام حقوقی است. البته در نظام حقوقی این کشور، محرمانه بودن به این معناست که میزان دسترسی به آن اطلاعات محدود است و افشا نشده باشد.<sup>۲</sup>

با توجه به این تعبیر باید نتیجه گرفت که مناسب‌ترین روش برای افشای اطلاعات از نظر این نظام حقوقی، کدام سازوکار است؟ به نظر می‌رسد مؤثرترین روشی که می‌تواند موجب افشای اطلاعات به صورت قانونی شود و در دسترس همگان قرار گیرد، روشی است که صاحبان اطلاعات با ارائه به کمیسیون یا بازار مربوط، آن را افشا می‌کنند. افشای اطلاعات یادشده در نشریات مرتبط نیز از جمله دیگر راه‌های قرار گرفتن آن‌ها در دسترس عموم است. اطلاعات افشاشده با توجه به تخصص مسئولان، تناسبی در قیمت‌گذاری انجام می‌دهد. بنابراین، از دیدگاه قانون‌گذار، هر روشی به غیر از این روش، غیر عرفی و غیر قانونی محسوب و موجب افشای اطلاعات نهانی یا محرمانه می‌گردد. نکته بسیار مهم که از ویژگی‌های نظام حقوقی آمریکا است و در حقوق انگلستان چندان برجسته نیست، بحث تاریخ انقضا یا مهلتی است که قانون‌گذار برابر رویه‌های قضایی در اختیار سرمایه‌گذاران می‌گذارد تا با تحلیل صحیح اطلاعات افشاشده، اقدامات لازم را انجام دهند. نمونه این موضوع را می‌توان در طرح دعوی سیگ در برابر شرکت تگزاس گلف<sup>۳</sup> مشاهده کرد که دادگاه رأی داد اطلاعات نهانی اگر دارای چنان ویژگی باشد که از اثرگذاری کوتاه‌مدت بر وضعیت سرمایه‌گذاری تبعیت نکند، موجب می‌شود سرمایه‌گذاران نتوانند از فرصت‌های ارزیابی استفاده کنند.<sup>۴</sup>

1. Davies, P. L., Worthington, S., & Micheler, E., *Gower and Davies' principles of modern company law* (Vol. 20088). London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 462.

2. Miller, R. L., *Business law today, comprehensive*, Cengage Learning, 2016, p. 12.

3. SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.

۴. نصیری، مرتضی و همکاران، «معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی، مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا و ایران»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴، ۱۳۸۷، ص ۲۳.

## گفتار سوم. ارتباط افشای اطلاعات با معاملات در حقوق ایران و کامن‌لا

اصولاً مسئولیت مدنی زمانی احراز می‌گردد که فعلی زیان بار حادث شده باشد. به عبارت دیگر، شخص یا اشخاصی در حوزه افشای اطلاعات نهانی که مسئولیت مدنی بر آن‌ها مترتب می‌گردد، باید مرتکب رفتاری شوند که بر اساس آن، اطلاعات نهانی به هر طریق ممکن نشر یابد که یا در اختیار عموم قرار می‌گیرد یا به صورت محدود در اختیار اشخاص خاصی که در واقع، قوانین و ضوابط حاکم بر شرکت صاحب اطلاعات، دسترسی این دسته از اشخاص را مجاز نشموده باشد. بر اساس مسئولیت مدنی، با افشای اطلاعات، افشاکننده، ملزم به جبران ضرر می‌شود. با این حال، نکته مهم این است که افشاکننده را صرفاً به دلیل افشای اطلاعات نمی‌توان دارای مسئولیت مدنی دانست. بنابراین، به نظر می‌رسد که باید فعلی زیان بار متعاقب آن صورت پذیرد تا بر اساس آن فعل زیان بار که ممکن است یک معامله بر مبنای انتشار اطلاعات نهانی باشد، بتوان مسئولیت مدنی را بر انتشاردهنده مترتب ساخت.<sup>۱</sup>

حقوق کامن‌لا نیز به این موضوع توجه کرده و بین ارتکاب به عمل زیان بار و مسئولیت مدنی ارتباط مستقیم برقرار است. در این نظام حقوقی صرفاً به جهت این‌که اطلاعاتی در معرض افشا شدن است، نمی‌توان مسئولیت مدنی را بر آن حاکم کرد، بلکه بر اساس آن اطلاعات فاش شده باید یک عمل حقوقی انجام شود که از تبعات افشای اطلاعات محسوب گردد. بنابراین، اگر شخصی، اطلاعات شرکت را که به صورت امانی در اختیار او قرار گرفته است، افشا کند و بر مبنای این افشاگری، معامله‌ای صورت پذیرد که شرکت منشأ اطلاعات دچار خسارت گردد، مسئولیت مدنی بر افشاگر حاکم است، حتی اگر مدیران شرکت آن اطلاعات را در دسترس او گذاشته باشند، مگر آن‌که اثبات کند از واگذارکننده اطلاعات شرکت برای افشای اطلاعات یا در اختیار گذاشتن آن در دسترس دیگران مجوز داشته است.<sup>۲</sup>

سازمان بورس و اوراق بهادار در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، اقداماتی را در پیش گرفته

۱. میرزایی منفرد، پیشین، ص ۱۲۳.

2. Burger, R., & Davies, G., **The most valuable commodity I know of is information**. Journal of Financial Regulation and Compliance, 2005, p. 34.

است. بر اساس بند ۱۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار، یکی از وظایف سازمان بورس، تدبیراندیشی ضروری و انجام اقدامات لازم برای حمایت از حقوق و منافع سرمایه‌گذاران است. هم‌چنین به موجب ماده ۲۵ قانون ارتقای سلامت اداری و مقابله با فساد، همه دستگاه‌های اجرایی موظفند در سامانه پاسخ‌گویی به شکایات بازنگری و آن را مکانیزه کنند.<sup>۱</sup>

قانون‌گذار ایران، انجام عمل زیان‌بار را جرم‌انگاری کرده است که نمونه آن، ماده ۴۶ قانون اوراق و بهادار (فصل ششم) است. با این حال، این عملکرد قانون‌گذار، مسئولیت کیفری افشاکننده اطلاعات را در نظر دارد. درباره مسئولیت مدنی باید گفت هر چند قانون‌گذار به افشای اطلاعات نهانی اشاره نکرده است، اما با توجه به اصول و قواعد عمومی مسئولیت مدنی اصولاً نیازی نیست تا اثبات گردد که افشای اطلاعات عامدانه صورت پذیرفته است. پس همین که اطلاعات نشر یافته و خسارت وارد آمده باشد، جدای از نوع نیت، مسئولیت مدنی بر شخص مترتب خواهد گشت.

در حقوق امریکا نیز قانون‌گذار، انجام معامله بر اساس اطلاعات نهانی را مجاز نشمرده است. پس معاملاتی که در خارج از بازار بورس و اوراق بهادار صورت پذیرفته و مبنای معاملات بر اساس افشای غیر مجاز اطلاعات نهانی باشد، از جمله معاملات ممنوع دانسته است و قانون را بر فرآیند آن حاکم می‌داند. البته قانون‌گذار ایران و کامن‌لا، ممنوع اعلام کردن معاملات بر پایه افشای غیر مجاز اطلاعات نهانی را با هدف مقابله با چنین معاملاتی در نظر نگرفته‌اند، بلکه هدف اصلی آن است که بازار سرمایه از بابت چنین معاملاتی دچار خدشه اعتباری نشود و سرمایه‌گذاران و شرکت‌ها با آسودگی خاطر معاملات کنند.

## گفتار چهارم. حدود آشکارسازی اطلاعات در بورس

### بند اول. معیارهای تعیین حد مجاز آشکارسازی

سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا برای آشکارسازی اطلاعات در بازار، سقف خاصی تعیین می‌شود؟ اگر چنین است، بر اساس کدام معیار؟ در این زمینه، اشاره سازمان جهانی کمیسیون

۱. زاهدمنش، شروین و همکاران، «بررسی فقهی و حقوقی رانت در بورس با نگاهی بردارنده اطلاعات نهانی»، مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۵۴.

اوراق بهادار می‌تواند فصل الخطاب مناسبی باشد. از دیدگاه این سازمان، متولیان بازار نمی‌توانند سطح ثابتی از افشای اطلاعات را برای تمام بازارها در نظر بگیرند، بلکه هر بازار نسبت به نوع و ساختار آن، نیازمند سطحی از افشای اطلاعات است. رسیدن به یک نقطه مطلوب از آشکارسازی اطلاعات، امری دست‌نیافتنی است؛ زیرا نوع نگاه اشخاص به سطح اطلاعات و نحوه استفاده از آن با یکدیگر متفاوت است. برای نمونه، در بازار اوراق بهادار که محوریت مرکزی دارد، به یک نسبت مساوی از آشکارسازی اطلاعات برای همگان ایجاد می‌شود، اما زمانی که چند بازار با یکدیگر در رقابت باشند، یک سطح همسان از آشکارسازی اطلاعات نمی‌تواند پاسخ‌گوی نیاز شرکت‌کنندگان آن باشد. به همین دلیل، چون رقابت کاملاً فشرده و شدید صورت می‌پذیرد، هر مشارکت‌کننده در هر بازار تلاش می‌کند با صرف هزینه‌های گوناگون به اطلاعات مؤثر دست یابد.

پرسش بعدی این است که آیا این سقف برای همگان در یک سطح است یا نسبت به وضعیت و جایگاه اشخاص متفاوت است؟ در پاسخ باید گفت برای رعایت عدالت توزیعی میان همه مشارکت‌کنندگان که تصمیم‌گیری آن‌ها بر فرآیند معامله به وسیله اطلاعات آشکارشده تأثیرگذار است، باید از اطلاعات آگاه شوند. با این حال، آشکارسازی اطلاعات هر چند باعث افزایش سطح آگاهی مشارکت‌کنندگان می‌گردد، اما تا زمانی که قوانین و قواعد حاکم بر فرآیند بازار به طور کامل اجرا نگردد، آشکارسازی جلوه انحصاری به خود می‌گیرد و آشکارسازی اطلاعات به اهداف خود دست نمی‌یابد. بنابراین، اجرای کامل قوانین و آشکارسازی هم‌زمان می‌تواند فضایی به وجود آورد که بر اساس آن، قیمت واقعی به وسیله مشارکت‌کنندگان برآورد شود.

### **بند دوم. معیارهای تعیین حد مجاز آشکارسازی اطلاعات نهانی بورس در کامن لا**

معیار افشای اطلاعات نهانی در کامن لا برگرفته از قوانین اوراق بهادار و بورس است، به نحوی که در گام‌های اولیه عرضه اوراق، قوانین اوراق بهادار به سامان‌دهی قوانین افشای اوراق می‌پردازد. برای مثال، در بورس امریکا، در فرم‌هایی که در اختیار ناشران قرار می‌گیرد، تعهداتی را که از قبل در آن‌ها مندرج گردیده است، تقبل می‌کنند. مفاد تعهدات این فرم‌ها با تأکید بر مواد ۱۱ و ۱۲ قانون اوراق بهادار است که بر مسئولیت مدنی ناشی از اظهارات ناقص یا پنهان‌کاری در ارائه اطلاعات به ناشران تأکید می‌ورزد. این امر در بازار ثانویه مبتنی بر ماده ۱۳ قانون یادشده است که در آن، ناشران باید

گزارش سالانه خود را ارائه دهند که حساب‌رسانی مستقل از شرکت مورد نظر تأیید کرده باشند. اعلام پذیرش بورس ملی از سوی ناشر نیز از جمله مصادیق دیگر این حوزه است. با این وصف، کمیسیون بر فرآیند ثبت و مراحل بعد از آن نظارت کامل دارد، به نحوی که تغییرات شکلی و ماهوی که قبل و بعد از ثبت در شرکت در سازمان بورس انجام می‌شود، باید با تکمیل فرم‌های مخصوص به اطلاع کمیسیون برسد و این شرایط شامل ناشرانی نیز می‌شود که حتی صرفاً اعلامیه ثبت کرده‌اند. ماده ۱۳ قانون اوراق بهادار امریکا بر این مورد تأکید کرده است.<sup>۱</sup>

### گفتار پنجم. جلوه کلی مسئولیت مدنی و انضباطی در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا

در بیان مصادیق یادشده باید گفت که اصول برخی از مسئولیت‌های مدنی ناشی از انجام عملی است که قانون‌گذار آن را منع کرده است. از مصادیق‌های بارز آن در قوانین بورس می‌توان به افشای غیر قانونی اطلاعات اشاره داشت. در مورد ترک فعل نیز می‌توان آن را پرهیز از عملی دانست که از دیدگاه قانون‌گذار، بی‌توجهی به آن به شبه جرم می‌انجامد. در خصوص رابطه سببیت هم باید گفت که فعل یا ترک فعل موصوف باید سبب ایجاد ضرر گردد؛ زیرا اصولاً مسئولیت مدنی در مورد ضرر و جبران ضرر معنا می‌یابد. نکته بعدی این است که فعل یا ترک فعل باید منافی را به خطر اندازد که مورد حمایت قانون است. از این رو، برای فردی که از کالای قاچاق محافظت می‌کند، در صورت قصورش از تعهدی که به دیگران دارد، نمی‌توان مسئولیت مدنی مترتب ساخت؛ زیرا قانون از آن منافع حمایت نمی‌کند. در نهایت، مسئولیت مدنی زمانی بر فرد مترتب می‌گردد که ضرر و زیانی حادث شود و در صورت نبود ضرر و زیان نمی‌توان فعل یا ترک فعل را در حوزه مسئولیت مدنی محسوب کرد.<sup>۲</sup>

مسئولیت محض در حقوق کامن‌لا، مسئولیتی است بدون تقصیر. در چنین مسئولیتی، قانون‌گذار به دنبال آن نیست که اثبات کند خسارت بر اثر انواع بی‌احتیاطی یا بی‌مبالانی صورت پذیرفته است. به دیگر سخن، علت بروز خسارت اهمیت چندانی ندارد.<sup>۳</sup> پس در مسئولیت محض، خواهان

1. Burger & Davies, op.cit., p. 12.

۲. داراب‌پور، مهرباب، «اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و اداری، شماره ۴۴، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴.

3. Miller, R. L., op.cit., p. 27.

با وقوع ضرر به دنبال آن است تا با دلایل منطقی، دعوایش را اثبات کند. بنابراین، با تلاش او برای اثبات دعوا، خواننده در مقابل مسئولیت مدنی قرار می‌گیرد. در این فرآیند، خواننده تنها از سه ابزار می‌تواند برای فرار از مسئولیت مدنی استفاده کند:

۱. در صورت امکان به عوامل رافعی هم‌چون قوه قاهره استناد و آن را اثبات کند؛

۲. به قوانین مربوط به رفع مسئولیت مدنی استناد کند؛

۳. رویه‌های قضایی مربوط به رفع مسئولیت مدنی را فصل‌الخطاب قرار دهد.

نکته قابل توجه در بحث مسئولیت مدنی کامن‌لا، بحث فعل شخص ثالث است که در مسئولیت محض حتی می‌تواند به عنوان قوه قاهره محسوب شود. نظر کامن‌لا در چنین مواقعی آن است که خواهان در انتخاب خواننده صحیح عمل نکرده است و اصولاً شخص ثالث باید به عنوان فردی که مسئولیت بر او مترتب است، خواننده دعوا قرار گیرد.

از دیگر اشکال مسئولیت محض در کامن‌لا می‌توان به انحراف از مسیر قراردادی اشاره کرد که در افشای اطلاعات نهانی در بورس نیز می‌توان به آن استناد جست. در این حالت، متعهد بدون آن‌که رضایت مالک را جلب کند، عملی را مخالف آن چه بر آن توافق شده است، انجام می‌دهد. در این نوع مسئولیت، متعهد وظیفه دارد هر نوع عمل یا ترک عملی را انجام می‌دهد که در راستای موضوع قرارداد یا در مسیر تعهدات باشد و در غیر این صورت، باید اطلاع طرف دیگر را جلب کند. بنابراین، به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی کامن‌لا، بار مسئولیت مدنی بسیار گسترده بوده و قانون‌گذار حمایت کامل خود را از زیان‌دیده در نظر گرفته است. ضمن آن‌که تمامی راه‌هایی که متعهد به وسیله آن برای خلاصی از مسئولیت مدنی در نظر می‌گیرد، در قانون پیش‌بینی شده است، مگر آن‌که عامل از عناصر قوه قاهره باشد که در این صورت، رافع مسئولیت مدنی خواهد بود.<sup>1</sup>

قانون‌گذار در خصوص ضمانت اجرای مدنی به تفکیک و صراحت مقررات وضع نکرده و بر خلاف ضمانت اجرای کیفری از کنار آن گذشته است. این ضمانت اجرا را می‌توان در دو بند بررسی کرد. اولین مورد، ضرر به حقوق افراد خارج از شرکت یا معامله‌کنندگان با شرکت در اثر سوء استفاده نهانی

1. Beatty, J. F., Samuelson, S. S., & Abril, P., *Business law and the legal environment*. Cengage Learning, 2021, p. 31.

است. در این حالت، ممکن است به حقوق اشخاص ثالث و افرادی که با شرکت طرف معامله‌اند، زیان وارد شود که قانون‌گذار فقط حق مطالبه ضرر و زیان برای ایشان پیش‌بینی کرده است.<sup>۱</sup>

در بازار اوراق بهادار، بین تخلفات انضباطی و جرایم، رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد، بدین معنا که هر جرم بورسی، تخلف انضباطی محسوب می‌شود، اما هر تخلف انضباطی لزوماً جرم نیست. در همین راستا، مقررات مختلف مصوب سازمان حسب مورد به تخلفات انضباطی فعالان بازار هم‌چون ناشران بورسی، فرابورسی، غیر بورسی و غیر فرابورسی ثبت شده نزد سازمان و کارگزاران و مجازات‌های انضباطی آن‌ها اشاره کرده است. درباره جرم مورد بحث، دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته‌شده در فرابورس ایران مصوب ۱۳۸۸/۶/۲۱ و دستورالعمل انضباطی ناشران پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۱۲، هر دو در ماده ۲۵ و دستورالعمل انضباطی ناشران غیر بورسی و غیر فرابورسی ثبت شده نزد سازمان مصوب ۱۳۸۸/۶/۲۱ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار در ماده ۲۴، ارائه اطلاعات به تحلیلگران، روزنامه‌نگاران، سهام‌داران و دیگران را قبل از این‌که طبق مفاد دستورالعمل افشا منعکس شده باشد، تخلف انضباطی دانسته است که موجب اخطار کتبی به ناشر و مدیران ارشد آن با درج در پرونده و اعلام به عموم می‌گردد. علاوه بر موارد مذکور، قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۸/۹/۲۵ مجلس شورای اسلامی، در ماده ۱۴، علاوه بر اعمال مجازات‌های انضباطی موضوع ماده ۳۵ قانون بازار، حق مجازات نقدی اشخاص حقیقی و حقوقی را نیز به سازمان داده است که در این صورت، ناشران یا مدیران آن‌ها در صورت سوء استفاده از اطلاعات نهانی توسط سازمان به جریمه نقدی محکوم می‌شوند.<sup>۲</sup>

### **بند اول. مسئولیت مدنی دارنده اطلاعات نهانی در معاملات بورس ایران**

دارنده اطلاعات نهانی اصولاً از انجام هر گونه معامله بر مبنای اطلاعاتی که در اختیار دارد، منع گردیده است. از طرفی دیگر، انجام معامله را باید حقی ذاتی دانست که اسقاط آن از فرد امکان‌پذیر

۱. پرهام‌مهر، حمیدرضا و همکاران، «بررسی تطبیقی تأثیر افشای اطلاعات نهانی در معاملات بورس (محدوده افشای اطلاعات، ضمانت اجراها، بطلان معاملات)»، مجله حقوق خصوصی، دوره هفدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۵۳.

۲. میرزایی منفرد، غلام‌علی، «تحلیل جرم سوء استفاده از اطلاعات نهانی»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵، ۱۳۹۳، ص ۲۳۶.

نیست، چنان‌که حق معامله از دارنده اطلاعات نهانی صرفاً در همین حوزه سلب گردیده است، ولی در دیگر حوزه‌ها باقی است. انجام معامله از سوی دارنده اطلاعات نهانی به بهانه حق ذاتی بودن او را باید در زمره قاعده سوء استفاده از حق دانست. چون انجام فعل، نتیجه‌ای زیان بار دارد و اعمال زیان بار اصولاً از لحاظ فقهی و قانونی، غیر مجاز و نامشروعند، از دیدگاه عرف نیز انجام این معامله وجاهت ندارد. بنابراین، در فرآیند معامله بر مبنای اطلاعات نهانی، یک طرف معامله با در اختیار داشتن اطلاعاتی که دیگر رقیبان از آن بی‌اطلاعند، معامله‌ای می‌کند که قیمت موجود در واقع، قیمت واقعی محسوب نمی‌شود. به عبارت دیگر، زمانی که دارندگان اطلاعات نهانی در حال معامله یک سهام هستند، بر مبنای پایه‌ای معامله انجام می‌شود که هنوز اطلاعات اصلی آن منتشر نشده است که اگر اطلاعات واقعی منتشر شود، بالطبع قیمت حال حاضر بی‌اعتبار خواهد بود. در مورد افرادی که به اطلاعات نهانی دسترسی دارند، نظرها متفاوت است، اما اصولاً امکان دسترسی مدیران ارشد شرکت و برخی افراد داخلی شرکت به انضمام کارگزاران به اطلاعات نهانی محتمل است.<sup>۱</sup>

با این وصف، نمی‌توان فعل معامله دارنده اطلاعات نهانی را با معیارهای عرف سنجید؛ زیرا قانون‌گذار آن را در ماده ۴۶ قانون بورس و اوراق بهادار، عمل ممنوع اعلام کرده است. به لحاظ مسئولیت مدنی، در چنین حالتی، انجام هر معامله بدون قصد و رضا وجاهت قانونی ندارد. پس تقصیر عمدی بودن معامله به وسیله دارنده اطلاعات نهانی کاملاً محرز است و نمی‌توان آن را غیر عمد دانست. در چنین معاملاتی اصولاً عمدی یا غیر عمدی بودن قصد معامله در ابطال آن مؤثر نیست؛ زیرا قبل از معامله و احراز قصد و مترتب بودن تقصیر، ماهیت چنین معامله‌ای باطل است و نوبت به عوامل دیگر نخواهد رسید. اشاره نکردن قانون‌گذار در ماده ۴۶ به قصد طرفین می‌بینیم همین موضوع است که اصولاً در چنین وضعیتی، قصد انجام عمل محرز است و چنین اعمالی بدون قصد امکان پذیر نخواهد بود.

با نگاهی مجدد به خط مشی قانون‌گذار در مرتبط کردن مسئولیت بر انجام معامله بر مبنای اطلاعات نهانی می‌توان به این نتیجه دست یافت که فرآیند به سمت و سوی بهره‌مندی از نظریه خطر در حرکت است و چون نظریه خطر، محدودیت‌هایی ایجاد می‌کند، محدودیت در اعمال حق

۱. توحیدی، محمد، «بررسی و تحلیل معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی بر اساس موازین فقه امامیه»، دوفصل‌نامه علمی تحقیقات مالی اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۶، ۱۳۹۸، ص ۱۲۶.

از جمله آن محسوب می‌گردد. در بازار بورس و اوراق بهادار، هر پدیده‌ای می‌تواند بر ثبات بازار اثر بگذارد. پس خطر ایجاد بی‌اعتمادی از جمله مباحثی است که قانون‌گذار درصدد رفع آن است. برای تحقق مسئولیت مدنی می‌توان موارد دیگری مانند تقصیر را نیز بررسی کرد. عنصر تقصیر تا زمانی که ساختار آن باقی مانده و قابل استناد است، می‌تواند عاملی برای بار شدن مسئولیت مدنی باشد و از زمانی که ساختار آن خدشه‌دار می‌گردد، به همان میزان از بار مسئولیت مدنی کاسته خواهد شد. بنابراین، برخی از مؤلفه‌های آن نیز می‌تواند در ایجاد بار مسئولیت مؤثر باشد.

از جمله مؤلفه‌های مهم در این حوزه می‌توان به اکراه اشاره کرد. در نظام حقوقی ایران، اکراه می‌تواند از عوامل رافع مسئولیت محسوب گردد؛ زیرا از سبب به مراتب، قوی‌تر و بااهمیت‌تر از اثر مباشر است. این امر در وضعیت اکراه‌کننده و شناسایی او به عنوان مسئول اصلی، امری بدیهی و ابطال معامله نیز از جمله روال قانونی محسوب می‌گردد. از دیگر مصادیقی که با احراز شرایطی می‌تواند رافع مسئولیت مدنی باشد، بحث اضطرار در معامله با اطلاعات نهانی است، هر چند شرایط اضطرار باید احراز گردد.

### **بند دوم. مسئولیت مدنی دارنده اطلاعات نهانی در معاملات بورس کامن‌لا**

در نظام حقوقی کامن‌لا، دارندگان اطلاعات نهانی، اشخاصی هستند که بنا بر هر ضرورتی، از طریق دارندگان دسته اول (اولیه) به اطلاعات دست می‌یابند، هر چند محور پذیرش مسئولیت بر مبنای امانی بودن است.<sup>۱</sup> اصولاً اشخاص دسته دوم رابطه امانی ندارند. با این حال، از دیدگاه نظام کامن‌لا، این امر مانع از احراز مسئولیت مدنی این دسته نخواهد بود. برای مثال، نظام حقوقی امریکا، شرایطی را برای انتقال مسئولیت به دارندگان اطلاعات ثانویه به این شرح مترتب کرده است:

یک. دست‌یابی به اطلاعات مورد بحث بنا بر هر دلیلی که مبین نقض آشکار و پنهان وظیفه امانی از سوی دارنده اطلاعات دسته اول و دست‌یابی اشخاص دسته دوم از این مسیر باشد، سبب بار شدن مسئولیت مدنی بر این نوع انتقال می‌گردد.

دو. در صورت دست‌یابی دسته دوم به اطلاعات بر مبنای نقض امانی دسته اول، در صورتی مسئولیت

1. Davies, Worthington & Micheler, op.cit., p. 12.

بر آن‌ها حاکم است که از نقض امانی بودن دسته اول آگاه باشند. بنابراین، رسیدن اطلاعات به صورت تصادفی به دسته دوم نمی‌تواند بار مسئولیت مدنی را بر این دسته حاکم کند. سه. انتقال اطلاعات به نوعی با عوض همراه است و انتقال دهنده از سوی انتقال‌گیرنده، سود مالی یا منفعتی به دست آورد.

## گفتار ششم. نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار در ایجاد بازار مالی شفاف

در حال حاضر، بخش بزرگی از بازار سرمایه کشور در اختیار دولت و نهادهای دولتی، صندوق‌های بازنشستگی و تأمین اجتماعی، بانک‌ها، تعاونی‌های سهام عدالت، شرکت‌های تعاونی و شرکت‌های سرمایه‌گذاری و هلدینگ‌هاست.<sup>۱</sup> نظارت دولت بر رقابت و انحصار اقتصادی در نظام حقوقی ایران در سال‌های اخیر و در اثر اعمال سیاست‌ها و قوانین خصوصی‌سازی اهمیت دوچندانی یافته است. اگر این موضوع را تحت عنوان مداخلات دولت در بازار خلاصه کنیم، باید بگوییم که مداخلات دولت ایران در بازار دارای وجوه مختلفی است که شامل اداره انحصارات دولتی، واگذاری آن‌ها و کنترل بخش خصوصی و منع انحصار در این بخش است.<sup>۲</sup>

نظارت در بازار سرمایه، پاسخ‌گویی به مطالبات عمومی است و هر اندازه این نظارت‌ها دقیق‌تر باشد، بازار سرمایه سالم‌تر خواهد بود و در نقطه مقابل، هر اندازه این نظارت‌ها کاهش پیدا کند، احتمال خارج شدن بازار از دایره سلامت افزایش پیدا می‌کند. مبنای تصمیم‌گیری سرمایه‌گذاران در بازارهای اوراق بهادار نیز اطلاعاتی است که از سوی بورس‌ها، ناشران اوراق بهادار پذیرفته شده در بورس و واسطه‌های فعال در این بازارها منتشر می‌شود.<sup>۳</sup> بنابراین، لزوم نظارت یک نهاد دولتی بر بازار سرمایه شامل بخش دولتی و شرکت‌های خصوصی ضروری است.

۱. تازی، فتح‌الله و همکاران، ضرورت استقرار حاکمیت شرکتی و ارائه پیشنهاد برای حمایت از حقوق سهام‌داران خرد در ایران، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره گزارش: ۱۳۵۴۸، ۱۳۹۲، ص ۱۲.

۲. قاسمی، ناصر و محمد کمالی، «اصول رسیدگی به جرایم بورس و اوراق بهادار در حقوق ایران»، تمدن حقوقی، دوره ششم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲، ص ۱۱.

۳. خدای‌پور، احمد و محمد قدیری، «بررسی رابطه میان اقلام تعهدی و عدم تقارن اطلاعاتی در بورس اوراق بهادار»، پیشرفت‌های حسابداری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۲.

## بند اول. تهیه و تصویب دستورالعمل حاکمیت شرکتی

سازمان بورس و اوراق بهادار با تصویب و الزامی کردن آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و رهنمودهای جداگانه، بخش‌هایی از اصول حاکمیت شرکتی را در بازارهای پولی و مالی کشور اجرایی کرده است. با این حال، به نظر می‌رسد در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران، پیش‌گیری از وقوع تخلفات و نیز سامان‌دهی و توسعه بازار شفاف و منصفانه اوراق بهادار طبق بندهای ۸، ۱۱ و ۱۸ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار و با هدف اجرای ماده ۳۵ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس، تدوین، تصویب و ابلاغ دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران پذیرفته‌شده در بورس و فرابورس ضروری است.<sup>۱</sup>

## بند دوم. انتشار صحیح اطلاعات

رقابت در یک بازار، نیازمند آگاهی از اطلاعات مربوط به بازار آن است. انتشارات اطلاعات مربوط به هر معامله توسط بورس به منظور آگاهی فعالان بازار سرمایه و نیز آگاهی دیگر فعالان اقتصادی انجام می‌گیرد. انتشار این اطلاعات علاوه بر این‌که دسترسی به آن‌ها را در هر زمان تسهیل می‌کند، سبب شفافیت عملکرد بورس می‌شود و امکان رقابت منصفانه را بیش از پیش فراهم می‌سازد. اگر امکان دسترسی به اطلاعات تنها برای بخشی از معامله‌کنندگان وجود داشته باشد، این امر سبب ایجاد انحصار می‌گردد و اساساً رقابتی در بازار شکل نخواهد گرفت.

## بند سوم. اقدامات پیش‌گیرانه

قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ در بند ۸ ماده ۷ به سازمان بورس و اوراق بهادار به عنوان نهاد ناظر بازار سرمایه مأموریت داده است تا با طرح تدابیری از وقوع تخلفات در بازار سرمایه پیش‌گیری کند. در صورت اجرای این تکلیف قانونی به شکل دقیق از احتمال و شمار گرایش افراد به انواع تخلفات و جرایم کاسته می‌شود و در نتیجه، در محیط بازار سرمایه، امنیت و نظم سرمایه‌گذاری به وجود می‌آید. در سال‌های اخیر، هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار با تشکیل اداره پیش‌گیری و ارتقای سلامت بازار سرمایه، گامی مثبت در این راستا برداشته‌اند. با وجود این، نبود دستورالعمل لازم و ابهام در شرح وظایف این اداره از جمله مشکلاتی است که باید رفع شود.<sup>۲</sup>

۱. تقی نتاج، غلام حسن و همکاران، «توسعه و توان‌مندسازی بازار سرمایه در راستای تحقق اهداف اقتصاد مقاومتی با تأکید بر حمایت و صیانت از حقوق سهام‌داران خرد»، تحقیقات حسابداری و حسابرسی، شماره ۳۹، ۱۳۹۷، ص ۷۸.

۲. عباسی لاهرودی، میثم و سید ابوالقاسم نقیبی، «سیاست کیفری تقنینی ایران در برابر جرایم بازار اوراق بهادار»، مجله آرا،

قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸ در راستای ایجاد و استقرار یک ساختار نظام مند، شفاف، منصفانه و کارآ، وظایف و اختیاراتی را به سازمان بورس و اوراق بهادار واگذار کرده است تا بر فعالان این بازار نظارت و فعالیت های اشخاص تحت نظارت خویش را رصد کند. این اشخاص بیش تر شامل ناشران اوراق بهادار و نهادهای مالی می شود که در چارچوب سیاست پیش گیرانه باید قبل از هر گونه اقدام حقوقی توسط سازمان، با به دست آوردن آشنایی و تسلط کامل بر قوانین و مقررات حوزه فعالیت خویش مانع وقوع هر گونه تخلف از قوانین و مقررات شوند. به موجب ماده ۷ قانون بازار و اوراق بهادار، سازمان مکلف است تدابیر لازم را برای پیش گیری از وقوع تخلفات در بازار و حمایت از حقوق و منافع سرمایه گذاران در بازار اوراق بهادار و اقدامات آموزشی برای این مهم انجام دهد.<sup>۱</sup> معاونت نظارت بر بورس ها و ناشران با هدف نظام مند کردن فعالیت های ناشران اوراق بهادار، بورس ها و بازارها و نظارت بر این فعالیت ها ایجاد شده است. یکی از مدیریت های سه گانه این معاونت، مدیریت نظارت بر ناشران است. اداره نظارت بر ناشران بورسی نیز یکی از سه اداره این مدیریت است.<sup>۲</sup>

## نتیجه گیری

نظام حقوقی ایران به مسئولیت مدنی افشاکنندگان اطلاعات نهانی بورس توجه نکرده است. با این وصف، به نظر می رسد با توجه به مفهوم و گستره مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران، در دیگر حوزه ها می توان از این مبانی در حوزه افشای اطلاعات نهانی نیز استفاده کرد. از سوی دیگر، رشد روزافزون معاملات تجاری و تمایل به شرکت در بازارهای بورس و اوراق بهادار از سوی سرمایه گذاران، ضرورت لزوم مسئولیت مدنی در این حوزه را بیش از پیش با اهمیت جلوه داده است. افشای اطلاعات نهانی در خارج از چارچوب مقرراتی که برای آن در نظر گرفته است، می تواند فرصتی مناسب در اختیار برخی از سرمایه گذاران قرار دهد که موقعیتی برتری از دیگر رقیبان خود برای معامله داشته باشند که این امر بر خلاف روح عدالت توزیعی است. از سوی دیگر، قوانین حاکم

شماره ۱۹، ۱۳۹۹، ص ۱۵۶.

۱. مفاخری نیا، فرانک و همکاران، «تدوین الگوی مفهومی نظارت بر ناشران بورس اوراق بهادار با رویکرد حمایت از حقوق سرمایه گذاران»، فصل نامه بورس و اوراق بهادار، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰، ص ۳۵۶.

۲. مفاخری نیا، فرانک و همکاران، «ارزیابی نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار بر ناشران بورسی با رویکرد اسلامی حمایت از سرمایه داران»، تحقیقات مالی اسلامی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۱۷۶.

بر بورس و اوراق بهادار، تدابیری را برای مقابله با افشای غیر قانونی اطلاعات اندیشیده است که ضمانت اجرای حفاظت از اطلاعات نهانی محسوب می‌گردد.

در کامن‌لا نیز اصولاً زمانی که معامله‌ای بر مبنای افشای اطلاعات نهانی صورت می‌پذیرد، قانون‌گذار به ابطال یا فسخ معامله دست نمی‌زند، بلکه معتقد است انجام فسخ یا ابطال می‌تواند اعتبار بازار سرمایه را خدشه‌دار سازد، بلکه با ضمانت اجراهای سنگین نسبت به مسئول شناختن مرتکب نسبت به جبران ضرر، خسارت سنگینی بر مرتکب تحمیل می‌کند، به نحوی که نسبت به معامله مورد نظر، دیگر سود مفهومی به لحاظ مالی نخواهد داشت.

در نظام حقوقی ایران، ابطال چنین معاملاتی با استفاده از قاعده لاضرر و دارا شدن بلاجهت موجب می‌شود ناظر بورس، جریان عملیات را متوقف کند. پس بحث مالی و سرمایه‌گذاری در سازمان بورس اوراق بهادار از جمله مباحث بسیار مهم در هر جامعه‌ای محسوب می‌گردد، به نحوی که بی‌توجهی به آن می‌تواند آسیب و ضرر فراوانی به اقتصاد کشور وارد سازد. بنابراین، به انتخاب سازوکاری برای ضمانت اجرای قوانین بورس و اوراق بهادار توجه نشان داده است که بتواند در صورت وقوع تخلف و جرم در این حوزه، مرتکب را ملزم به پرداخت خسارت کند.

در کامن‌لا به مسئولیت محض یا بدون تقصیر توجه شده است. نکته قابل توجه در بحث مسئولیت مدنی کامن‌لا، بحث فعل شخص ثالث است که در مسئولیت محض حتی می‌تواند به عنوان قوه قاهره محسوب شود، به نحوی که از منظر کامن‌لا، در چنین مواقعی، اعتقاد بر این است که خواهان در انتخاب خواننده صحیح عمل نکرده است و اصولاً شخص ثالث باید به عنوان فردی که مسئولیت بر او مترتب است، خواننده طرف دعوا قرار گیرد.

از دیگر اشکال مسئولیت محض در کامن‌لا که در افشای اطلاعات نهانی در بورس نیز می‌توان به آن استناد کرد، انحراف از مسیر قراردادی است. در این حالت، متعهد بدون جلب رضایت مالک، عملی مخالف توافق انجام می‌دهد. در این نوع مسئولیت، متعهد وظیفه دارد هر نوع عمل یا ترک عملی را در راستای موضوع قرارداد انجام دهد یا در مسیر تعهدات باشد و در غیر این صورت، اطلاع طرف دیگر را جلب کند. به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی کامن‌لا، بار مسئولیت مدنی بسیار گسترده بوده و قانون‌گذار، حمایت کامل خود را از زیان دیده در نظر گرفته است. هم‌چنین تمام راه‌های متعهد برای خلاصی از مسئولیت مدنی را نیز در نظر می‌گیرد، مگر آن‌که عامل از عناصر قوه قاهره باشد که در این صورت، رافع مسئولیت مدنی خواهد بود.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. بادپا، بهروز، رانت در بورس اوراق بهادار و راهکارهای کاهش آن، ساری: اولین کنفرانس بین‌المللی مدیریت، اقتصاد، حسابداری و علوم تربیت، ۱۳۹۴.
۲. باقری، محمود، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳.
۳. تاری، فتح‌الله و همکاران، ضرورت استقرار حاکمیت شرکتی و ارائه پیشنهاد برای حمایت از حقوق سهام‌داران خرد در ایران، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره گزارش: ۱۳۵۴۸، ۱۳۹۲.

#### ب) مقاله

۱. پرهام‌مهر، حمیدرضا و همکاران، «بررسی تطبیقی تأثیر افشای اطلاعات نهانی در معاملات بورس (محدوده افشای اطلاعات، ضمانت اجراها، بطلان معاملات)»، مجله حقوق خصوصی، دوره هفدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۲. تقی‌نتاج، غلام‌حسن و همکاران، «توسعه و توان‌مندسازی بازار سرمایه در راستای تحقق اهداف اقتصاد مقاومتی با تأکید بر حمایت و صیانت از حقوق سهام‌داران خرد»، تحقیقات حسابداری و حسابرسی، شماره ۳۹، ۱۳۹۷.
۳. توحیدی، محمد، «بررسی و تحلیل معاملات مبتنی بر اطلاعات نهانی بر اساس موازین فقه امامیه»، دوفصل‌نامه علمی تحقیقات مالی اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۶، ۱۳۹۸.
۴. جمالی، جعفر و همکاران، «بازشناسی اطلاعات نهانی و قلمروی آن در نظام حقوقی ایران»، دانش‌نامه حقوق و سیاست، شماره ۲۵، ۱۳۹۴.
۵. جنیدی، لعیبا و محمد نوروزی، «شناخت ماهیت اطلاعات نهانی در بورس اوراق بهادار»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و نهم، شماره ۲، ۱۳۸۸.
۶. خدای پور، احمد و محمد قدیری، «بررسی رابطه میان ارقام تعهدی و عدم تقارن اطلاعاتی در

- بورس اوراق بهادار»، پیشرفت‌های حسابداری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۷. داراب‌پور، مهرباب، «اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوقی، دانشکده علوم قضایی و اداری، شماره ۴۴، ۱۳۸۷.
۸. رضایی، صادق و همکاران، «آیا افشای اطلاعات به کاهش معاملات مبتنی بر اطلاعات خصوصی و شوک متقارن جریان سفارش در بورس اوراق بهادار تهران منجر می‌شود؟»، تحقیقات مدل‌سازی اقتصادی، شماره ۴۰، ۱۳۹۹.
۹. زاهدمنش، شروین و همکاران، «بررسی فقهی و حقوقی رانت در بورس با نگاهی بردارنده اطلاعات نهانی»، مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره ۱، ۱۴۰۲.
۱۰. شریفی، سید الهام و شقایق بهشتی، «مطالعه تطبیقی ممنوعیت‌های دارندگان اطلاعات نهانی در رابطه با معاملات اوراق بهادار در حقوق اتحادیه اروپا، انگلیس، فرانسه و ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی (علمی و ترویجی)، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
۱۱. شمس‌اللهی، محسن، «تحلیل حقوقی و اقتصادی مسئولیت مدنی ناشی از نقض الزامات قانونی مربوط به افشای اطلاعات در بازار اوراق بهادار»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، سال بیست و ششم، شماره ۱۵، ۱۳۹۸.
۱۲. عباسی لاهرودی، میثم و سید ابوالقاسم نقیعی، «سیاست کیفری تقنینی ایران در برابر جرایم بازار اوراق بهادار»، مجله آرا، شماره ۱۹، ۱۳۹۹.
۱۳. قاسمی، ناصر و محمد کمالی، «اصول رسیدگی به جرایم بورس و اوراق بهادار در حقوق ایران»، تمدن حقوقی، دوره ششم، شماره ۱۶، ۱۴۰۲.
۱۴. محمدی، علی‌رضا، «بررسی آرای قضایی صادره در خصوص معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
۱۵. مفاخری‌نیا، فرانک و همکاران، «ارزیابی نظارت سازمان بورس و اوراق بهادار بر ناشران بورسی با رویکرد اسلامی حمایت از سرمایه‌داران»، تحقیقات مالی اسلامی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۶. مفاخری‌نیا، فرانک و همکاران، «تدوین الگوی مفهومی نظارت بر ناشران بورس اوراق بهادار با رویکرد حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران»، فصل‌نامه بورس و اوراق بهادار، سال چهاردهم، شماره ۵۶، ۱۴۰۰.
۱۷. میرزایی منفرد، غلام‌علی، «تحلیل جرم سوء استفاده از اطلاعات نهانی»، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵، ۱۳۹۳.

۱۸. میرزایی منفرد، غلام‌علی، «تحلیل جرم معامله متکی بر اطلاعات نهانی»، مجله پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، شماره ۱۷، ۱۳۸۹.
۱۹. نصیری، مرتضی و همکاران، «معامله اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات نهانی، مطالعه تطبیقی در حقوق امریکا و ایران»، پژوهش حقوق و سیاست، سال دهم، شماره ۲۴، ۱۳۸۷.

## ۲. Latin Source

۱. Alexander, K., Insider dealing and market abuse: the Financial services and markets act ۲۰۰۰. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, ۲۰۰۱. Beatty, J. F., Samuelson, S. S., & Abril, P., Business law and the legal environment. Cengage Learning, ۲۰۲۱.
۲. Burger, R., & Davies, G., The most valuable commodity I know of is information. Journal of Financial Regulation and Compliance, ۲۰۰۵.
۳. Davies, P. L., Worthington, S., & Micheler, E., Gower and Davies' principles of modern company law (Vol. ۲۰۰۸۸). London: Sweet & Maxwel, ۲۰۱۲.
۴. Miller, R. L., Business law today, comprehensive, Cengage Learning, ۲۰۱۶.
۵. Pietrancosta, A., Brief remarks on the necessary clarification of market abuse prohibitions in times of shareholder activism. Revue trimestrielle de droit financier-Corporate Finance and Capital Markets Law Review, ۲۰۱۹.
۶. Tembo Jnr, M. S., Effective regulation of insider trading on the Malawi Stock Exchange: a critical analysis of the statutory regime. Commonwealth Law Bulletin, ۲۰۱۹.



DOI: 10.22034/mral.2024.2037902.1643

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲، ۰۸، ۳۰

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲، ۰۷، ۱۵

## بررسی نظام واگذاری و تفکیک بنگاه‌های خصوصی و عمومی از منظر حقوق عمومی در ایران

چنگیز مسیب زاده<sup>۱</sup>

علی پورعباس<sup>۲</sup>

حسین ملکوتی<sup>۳</sup>

### چکیده

مفهوم خصوصی سازی در اقتصاد ایران در نوعی پیوند مفهومی و کارکردی با سیاست‌های ابلاغی اصل ۴۴ قانون اساسی قرار دارد. بر همین اساس، گام‌های اجرایی این سیاست، جایگاه دولت را از مجری به ناظر و راهبر تغییر می‌دهد. در روند خصوصی سازی و واگذاری بنگاه‌های عمومی به بخش خصوصی و غیر دولتی، مسائل گوناگونی از منظر حقوق عمومی پدید آمد. از جمله این مسائل، ورود نهادهای عمومی غیر دولتی به حوزه واگذاری شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی به این نهادها بود. از این دریچه، معضلات تفکیک بخش‌های خصوصی و عمومی هر چه بیش‌تر پدیدار شد. این جنس از واگذاری‌ها، مسائلی از قبیل کم‌رنگ شدن اصل پاسخ‌گویی، خدشه‌دار شدن اصل شفافیت و احتمال نقض اصل برابری را در پی داشت که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود.

**واژگان کلیدی:** خصوصی سازی، اصل ۴۴ قانون اساسی، نهادهای عمومی غیر دولتی، تفکیک بخش‌های اقتصادی.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران، changizmosayebi@yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد ورامین - پیشوا، دانشگاه آزاد اسلامی، ورامین، ایران (نویسنده مسئول)، Ali.pourabbas@iau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران، malakooti@tabriz.ac.ir

## مقدمه

اقتصاد، حوزه‌ای مبنایی و زمینه‌ساز است که نظام سیاسی کشورها با اتکا بر آن شکل گرفته است. بر این مبنای، نظام حاکمیتی ایران که نظام اقتصادی خویش را باید بر اساس موازین و احکام اسلامی تدوین کند، اصولی را در قانون اساسی به تصویب رسانده که مبین نگرش حاکمیت به مسئله اقتصاد و نوع اقتصاد حاکم بر کشور است. از طرفی، مسائل اقتصادی و حقوق، آن چنان در هم تنیده‌اند که در همه جنبه‌ها از همدیگر اثر می‌پذیرند؛ چون حقوق دانان با تدوین قوانین برای بهینه‌سازی سطح رفاه جامعه از طریق تأمین رفاه اقتصادی مناسب می‌کوشند. از سویی دیگر، حقوق را با نگرشی به رویکردهای اقتصادی تحلیل می‌کنند.

با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، بخش‌های اقتصادی و ساختار آن ترسیم و اقسام مالکیت عمومی، خصوصی و تعاونی پیش‌بینی شده است و تفکیک بخش خصوصی از عمومی اهمیت پیدا کرد. تعریف واحدی از بخش عمومی و بخش خصوصی و سازمان‌های این دو بخش وجود ندارد و نمی‌دانیم چه تعریفی از بخش عمومی و خصوصی، مناسب برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری است؟

بررسی قانون اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری که دو قانون اصلی راجع به خصوصی‌سازی و برون‌سپاری در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شوند، نشان می‌دهد که قانون‌گذار نتوانسته است به این پرسش، پاسخی مناسب بدهد.<sup>۱</sup> از دیدگاه علم اقتصاد، فعالیت‌های یک جامعه به دو بخش عمومی و خصوصی تقسیم می‌شوند. عظیم بودن بخش عمومی در کشورهای عمومی و مختلف و مشکلات آن باعث گردید موج جهانی خصوصی‌سازی از سال ۱۹۷۹ در انگلستان آغاز شود و کشورهای دیگر نیز به دنبال موفقیت‌های این کشور به خصوصی‌سازی روی آورند.<sup>۲</sup>

هدف این مقاله، بررسی وضعیت حقوقی حاکم بر ساختار تفکیک بخش‌های اقتصادی و معضلات

۱. نجفی‌خواه، محسن، «مرز میان بخش عمومی و بخش خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر برنامه خصوصی‌سازی و برون‌سپاری»، مجله برنامه‌ریزی و بودجه، سال بیست و یکم، شماره ۴، ۱۳۹۵، ص ۱۰۲.

۲. عباسی، بیژن و مینا اکبری، «نقش نهادهای عمومی غیر دولتی در خصوصی‌سازی ایران و آثار آن»، مجله برنامه‌ریزی و بودجه، سال بیست و یکم، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۲۶.

ناشی از تفکیک بخش‌هاست. تفکیک بخش خصوصی از عمومی و نیز تلاش برای اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ باعث گردید تا با رشد و توسعه اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم مردم برای تأمین عدالت اجتماعی، ارتقای کارآیی بنگاه‌های اقتصادی، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی، کاستن از بار مالی دولت، تشویق به پس‌انداز و سرمایه‌گذاری، میزان تصدّی‌گری دولت کاهش یابد و زمینه مبارزه با فساد و افزایش کارآیی در اقتصاد فراهم آید. البته این روند با مشکلاتی نیز مواجه بود. اندیشه مبنایی این مقاله، بررسی وضعیت نظام حقوقی ایران در زمینه تفکیک بخش خصوصی از عمومی و دستاوردها و معضلات اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است. مفروض این مقوله نیز آن است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به طور مشخص بر توسعه بخش عمومی تأکید دارد، ولی در اقدامات بعدی، تمایل به خصوصی‌سازی در دیگر مقررات به چشم می‌خورد که این دوگانگی سبب بروز مشکلاتی شده است. برای بررسی این مهم از طریق مطالعه کتاب‌خانه‌ای و رجوع به اطلاعات و یافته‌های نهادهای فرادستی به طیف گوناگونی از گزارش‌ها و نظرهای مربوط به این موضوع اشاره می‌کنیم.

## گفتار اول. نگرش حقوق عمومی به تفکیک بخش‌های اقتصادی

حقوق عمومی در وجه اولیه و کارکردی خود، گرایشی از علم حقوق است که ناظر بر روابط افراد در مقام اشخاص حقوقی و نهادهاست.<sup>۱</sup> بر اساس این تعریف، موضوع حقوق عمومی، دربرگیرنده مضامینی از جنس حکمرانی و فرمان‌گذاری در بستر اجتماعی است. حقوق عمومی، قواعد مربوط به سازمان دولت و طرز عمل آن و مقررات مربوط به سازمان‌های دولتی و به طور کلی، روابط بین مردم و دولت را تنظیم می‌کند. بررسی روابط دولت و سازمان‌های وابسته به آن و مأموران آن‌ها با افراد جامعه در قلمرو این علم است. معمولاً مهم‌ترین مقررات حقوق عمومی هر کشور در قانون اساسی آن کشور بیان می‌شود.

بر همین اساس می‌توان اصول بنیادین حقوق عمومی را نوعی از حقوق الزام‌آور تلقی کرد که حکمرانان به وسیله آن، اهداف کلان خود را بر حکومت‌شوندگان اعمال می‌کنند. پس می‌توان دریافت که جوهره حقوق عمومی از این منظر، نتیجه‌محور است که بر مدیریت فضای سیاسی و

1. Elizabeth A. Martin. *Oxford Dictionary of Law* (7th ed.), Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 26.

اجتماعی متمرکز است. در عین حال، شناخت اصول حقوق عمومی با توجه به نبود اجماع نظر دشوار است.<sup>۱</sup> شناسایی و روشن کردن این اصول، محصور در متغیرهای زمانی و مکانی است. با عنایت به موضوع حاضر درباره فرآیند تفکیک بخش‌های اقتصادی در ایران، حرکت به سمت خصوصی‌سازی<sup>۲</sup> نیز در زمره این اصول زمان‌مند، ضرورتی برای پیشبرد اقتصاد کشور در نظر گرفته شده و وضع مقررات اقتصادی از دريچه حقوق عمومی، مسیر خصوصی‌سازی و تفکیک بخش‌های اقتصادی را مسجل کرده است.

از این منظر، در تعریف مقررات اقتصادی به واسطه حقوق عمومی می‌توان گفت مقررات اقتصادی، مجموعه‌ای از اصول و رویکردهای مشخص اداری دستگاه حکمرانی برای ایجاد ضمانت کیفیت مشارکت بخش خصوصی در روند حکومتی است. این مقررات همان اصولی است که فعالیت‌ها و اقدامات بخش خصوصی را نظم می‌دهد و رویکرد بخش دولتی را با آن هماهنگ می‌سازد. مقررات اقتصادی بر کنترل موجودیت‌ها، داده‌های اولیه، عملکرد شرکت‌ها، چگونگی تعیین قیمت‌ها و بازده‌های آن‌ها نظارت می‌کند. با توجه به این توضیحات، هدف از مقررات‌گذاری اقتصادی عموماً تغییرات در نوسان‌هایی است که می‌تواند در نتیجه عملکرد کلان نیروهای اقتصادی و بازار اثر بگذارد.<sup>۳</sup> از فرآیند مقررات‌گذاری اقتصادی برآمده از ساختار حقوق عمومی می‌توان نتیجه گرفت که مقررات‌گذاری اقتصادی، فرآیندی دیوان‌سالارانه و تخصصی است که به دنبال اطمینان‌یابی از ایجاد رقابت واقعی درون بازار در حوزه تولید کالا و خدمات است و غایت خود را متضرر نشدن مشتریان و شهروندان می‌داند.

اعمال اراده مقررات اقتصادی از منظر حقوق عمومی در ساختار اقتصاد دولتی ایران به طور مشخص در بنیان از دريچه شرکت‌های دولتی آغاز گردید. شرکت‌های دولتی نیز بر اساس تعاریف پیشین، دربرگیرنده یک واحد و مجموعه اقتصادی است که با هدف اعمال تصدّی حاکمیتی به وجود آمده است. کارگزاران دولتی با تطوّر فضای کلان اقتصادی و تغییرات در امور کسب و کار و به طور مشخص، برخی نارسایی‌های دولتی، به ناگزیر به واگذاری‌ها و توجه بیش‌تر به بخش غیر دولتی تن دادند. به بیان دیگر، در عمل، موج بزرگ خصوصی‌سازی در دهه ۱۹۸۰ میلادی علیه شرکت‌های

1. TRUCHET (D.), *Le droit public*, Paris: PUF, coll. Que sais-je? 2e éd, 2019, p. 61.

2. Privatization

۳. نک: پورعزت، علی اصغر، مبانی دانش اداره دولت و حکومت، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۳۳۶.

دولتی ایجاد شد. شکست‌های بی‌پای شرکت‌های دولتی در بسیاری از کشورها، این اندیشه را هر چه بیش‌تر تقویت کرد که دولت‌ها، متصدی موفق‌ی در اداره شرکت‌ها و بازارها نیستند. این نگاه، برابر با توضیحاتی که درباره اصول متغیر حقوق عمومی دادیم، به اقتصاد ایران نیز سرایت کرد. جوهره این اندیشه در اقتصاد ایران، اعمال سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی بود که بر اساس این اصل، قانون اساسی که تبلور حقوق عمومی است، به ترتیب، به بخش‌های دولتی و تعاونی اولویت داده و بخش خصوصی را منحصراً در محدوده این بخش‌ها به رسمیت شناخته بود. در واقع، پس از معین شدن محدودهای دو بخش، بخش خصوصی نه به عنوان یک بخش، بلکه به عنوان مکمل بخش‌های دیگر در نظر گرفته شد. مالکیت در این سه بخش، تا محدوده‌ای که با اصول دیگر قانون اساسی مطابقت داشته و از حدود قوانین اسلام و شریعت خارج نگردد، مایه زیان جامعه نبوده و سبب رشد و توسعه اقتصادی کشور باشد، از حمایت قانون جمهوری اسلامی برخوردار می‌شود.<sup>۱</sup>

با این توضیحات می‌توان روند و جریان مداخله حقوق عمومی در واگذاری‌ها و خصوصی‌سازی را احصا کرد. به بیان ملموس‌تر، حقوق عمومی، پدیده‌آورنده کلان رویکرد و رویه‌های مشخص حکمرانی خواهد بود که این رویه‌ها به قوانینی منتهی می‌شود که امروزه، خصوصی‌سازی در حوزه اقتصادی، نمایانگر آن است.

## گفتار دوم. چالش‌های پیش‌رو در خصوصی‌سازی و تفکیک بخش‌ها

با وجود اهمیت تفکیک بخش‌های عمومی و خصوصی، در نظام حقوقی، چالش‌های متعددی بر سر تفکیک صحیح این بخش‌ها وجود دارد که بررسی می‌کنیم.

### بند اول. نهادهای قانونی، ضامن تأمین امنیت سرمایه‌گذاری

به ترتیبات اجتماعی که روابط بین اشخاص و گروه‌ها را تنظیم می‌کند، «نهاد» می‌گویند. این گونه تعامل به عنوان قواعد رفتاری وضع شده توسط انسان‌ها، کنش‌های متقابل آن‌ها را شکل می‌دهد.<sup>۲</sup>

۱. عباسی، منصوره، چالش‌ها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸، ص ۲۹.

۲. برومند، شهرزاد و دیگران، «تحلیل فرار سرمایه در اقتصاد ایران با تأکید بر ریسک اقتصادی. سیاسی»، مجله پژوهشی دانشگاه اصفهان، شماره ۲۶، ۱۳۸۶، ص ۶۳.

نهادها بر زندگی اشخاص حاکمیت دارند و اشخاص در چارچوب این قواعد دست به انتخاب می‌زنند. در واقع، نقش اصلی نهادها این است که با ایجاد ساختاری باثبات برای روابط اشخاص، اطمینان نداشتن اشخاص را در کنش‌های متقابل کاهش دهند. در این معنا، قوانین و مقررات تصویب شده از سوی نهادهای حاکمیتی<sup>۱</sup>، عرف شکل‌گرفته در روابط اجتماعی و رسوم و سنت‌ها نهاد محسوب می‌شوند؛ چون همه آن‌ها، چارچوبی برای تنظیم کنش‌های متقابل اشخاص در جامعه هستند و قواعد و سازوکارهایی برای انتقال قدرت، جابه‌جایی ثروت، اجرای قراردادها، حفظ امنیت شهروندان و اموال و حقوقشان و شیوه مجازات متخلفان و جبران خسارت زیان‌دیدگان را پیش‌بینی می‌کنند. کارکرد اصلی نهادها در روابط اقتصادی این است که با ایجاد ساختاری باثبات، از بی‌اعتمادی در روابط معاملاتی و به تبع آن، هزینه مبادلات بکاهند. برای مثال، اگر برای اجرای تعهدات ناشی از عقود، ضمانت‌های اجرای مؤثر پیش‌بینی نشده باشد، هزینه معاملات (مذاکره برای عقد) افزایش می‌یابد و در نهایت، حجم مبادلات در جامعه کاهش پیدا می‌کند. در مقابل، وجود نهادهای قانونی قوی با ضمانت‌های اجرایی مؤثر، هزینه معاملات را به طور چشم‌گیری کاهش می‌دهد و در نهایت، قیمت تمام‌شده محصولات پایین می‌آید.

## بند دوم. مسائل واگذاری بنگاه‌های دولتی به نهادهای عمومی غیر دولتی

سیاست‌های خصوصی‌سازی و کوچک کردن دولت با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و مصوب کردن قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به شکل ویژه و ملموس در کشور بررسی و بازنگری شد. بنابراین، هرگونه راهبرد قانونی در ضمن داشتن نکات مثبت امکان دارد قسمت‌های منفی را در بر بگیرد. علم به این جنس از نکات منفی و اهتمام به برطرف کردن آن‌ها می‌تواند به سمت و سوی مثبت این رویه‌ها کمک قابل توجه کند. برای نمونه، قرار گرفتن نهادهای عمومی غیر دولتی در صف اول متقاضیان واگذاری این قسمت‌ها از جمله انتقادهای وارد بر فرآیند خصوصی‌سازی و نحوه انتقال مدیریت و کنترل بنگاه‌های دولتی است. با عنایت به مباحثی از این دست و اهتمام به برطرف‌سازی مشکلات می‌توان به موفقیت بیش از پیش روند خصوصی‌سازی و تأثیر مستقیم آن در توسعه اقتصادی کشور امیدوار بود.

1. Governmental organizations

رویه‌های واگذاری بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی به این صورت است:

### الف. خرید شرکت‌های واگذار شده توسط نهادهای عمومی غیر دولتی

انتقال و واگذاری مدیریت بخش‌های دولتی به بخش‌های عمومی غیر دولتی تحت تأییدات حقوقی انجام می‌پذیرد. برابر ماده ۲۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه<sup>۱</sup> (مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۵) و مستند به ماده‌های ۳<sup>۲</sup> و ۴<sup>۳</sup> قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، نوعی مجوز تملکی و مدیریتی برای بخش‌های عمومی غیر دولتی منظور شده است. مضاف بر این و منطبق بر ماده ۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه ضمیمه شده این ماده،<sup>۴</sup> «مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی موضوع ماده ۵ قانون محاسبات عمومی و شرکت‌های تابعه و وابسته آن‌ها حق مالکیت مستقیم و غیر مستقیم مجموعاً حداکثر تا چهل درصد سهم بازار هر کالا و یا خدمات را دارند».

از همین منظر، در پیش‌نویس قانون اجرایی کردن کلان‌سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی،

۱. ماده ۲۲۰ قانون برنامه پنجم توسعه: «به دولت اجازه داده می‌شود حسب مورد در چهارچوب شرایط و انواع قراردادهای واگذاری مصوب شورای اقتصاد در خصوص طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، اقدامات زیر را به عمل آورد: الف. واگذاری طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای جدید و نیمه تمام و تکمیل شده و آماده بهره‌برداری در قالب قراردادها و شرایط مورد تصویب شورای اقتصاد با تعیین نحوه تأمین مالی دوره ساخت (فاینانس)، پرداخت هزینه‌های بهره‌برداری با خرید خدمات در مدت قرارداد، با رعایت استانداردهای اجرای کیفیت خدمات و نهایتاً واگذاری طرح پس از دوره قرارداد به بخش غیر دولتی. ب. واگذاری طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای نیمه تمام و تکمیل شده که خدمات آن‌ها قابل عرضه توسط بخش غیر دولتی است، به صورت نقد و اقساط به بخش غیر دولتی».

۲. تبصره ۱ ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «دولت مکلف است سهم، سهم‌الشرکه، حق تقدم ناشی از سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه حق بهره‌برداری و مدیریت خود را در شرکت‌های بنگاه‌ها و مؤسسات دولتی و غیر دولتی که موضوع فعالیت آن‌ها جزء گروه یک ماده (۲) این قانون است، تا پایان قانون چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیر دولتی واگذار نماید».

۳. ماده ۴ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «قلمرو فعالیت‌های اقتصادی بخش غیر دولتی به شرح زیر تعیین می‌شود: الف. سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌های گروه یک ماده (۲) این قانون منحصراً در اختیار بخش غیر دولتی است. ب. سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌های گروه دو ماده (۲) این قانون برای بخش‌های خصوصی، تعاونی و مؤسسات عمومی غیر دولتی مجاز است. ج. فعالیت بخش‌های خصوصی و تعاونی و عمومی غیر دولتی در موارد مشمول گروه سه ماده (۲) این قانون با رعایت تبصره (۱) بند «ج» ماده (۳) این قانون مجاز است».

۴. ماده ۳ قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۹۳/۴/۱۱).

محدودیت‌های ذکرشده در بالاترین سطح تا ۲۰ درصد لحاظ گردیده است. زیربنای محدودیت‌های قیدشده در پیش‌نویس نیز که «بنگاه» باشد، به عنوان «سهام از بازار» تغییر پیدا کرده است. این مورد از آن جهت اهمیت دارد که نه فقط نهادهای عمومی حایز شرایط تملک ۱۰۰ درصد مالکیت یک مؤسسه یا نهاد بنگاهی هستند، بلکه خواهند توانست از مسیر حقوقی به بازارهای گوناگون سلطه پیدا کنند. در موارد متعدد و در کشورهای گوناگون، نهاد و مؤسسه‌ای که ۲۵ درصد سهم بازار را در کنترل داشته باشد، انحصارگر تلقی خواهد شد. با این تعریف که در این قانون آمده، حق دارا بودن سقف و سهم ۴۰ درصدی از بازارها در تملک نهادهای عمومی به شکل صریح رسمیت یافته است که جای تأمل دارد.<sup>۱</sup>

به هر حال، روایت‌ها بیانگر این است که در ایران در بدو مصوب و عملیاتی شدن سیاست‌های کلان تفکیکی بخش‌های خصوصی و عمومی و به طور مشخص در فرآیند خصوصی‌سازی، بیش‌تر نهادها، مؤسسات و مجموعه نهادهای دولتی به روش‌های مختلف به دیگر بخش‌های حوزه عمومی و دیگر نهادهای حکومتی شبیه نهادهای نظامی واگذار شده است.<sup>۲</sup> مستند به گزارش‌های سازمان خصوصی‌سازی، از مجموع ۵۶ درصد کل سهامی که از طریق مزایده‌های عمومی در سیزده سال گذشته صورت گرفته، حدوداً ۸۸ درصد توسط نهادهای شبه دولتی خریداری شده و ۱۲ درصد نیز سهم بخش خصوصی بوده است.<sup>۳</sup>

با چنین تأییدهای حقوقی، سهم بخش عمومی در روند کلی واگذاری‌ها از بخش خصوصی به

---

۱. نصیری اقدم، علی و محسن فاتحی‌زاده، «سهم بخش خصوصی و بخش عمومی از واگذاری شرکت‌های دولتی»، جستارهای اقتصادی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰، ص ۴۲.

۲. به عنوان نمونه، صدرا یک شرکت بزرگ صنایع دریایی است که بخشی از آن در خصوصی‌سازی واگذار شد. مالکیت این شرکت در اختیار سازمان گسترش و نوسازی به عنوان نماینده دولت بود. ۳۵ درصد از سهام صدرا در سال‌های ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ فروخته شد، اما نام و ماهیت خریداران چنین بود: بانک مسکن ۵/۲ درصد، مدیریت سرمایه‌گذاری بانک ملی ایران (۱۰ درصد)، بیمه ایران (۵/۲ درصد) و سرمایه‌گذاری بانک ملی ایران (۲۰ درصد). بانک مسکن یک بانک دولتی است. بیمه ایران نیز بزرگ‌ترین شرکت بیمه کشور است که کاملاً دولتی است و ۵۰ درصد از بازار بیمه را به تنهایی در اختیار دارد و طبق دسته‌بندی‌های انجام‌شده در ماده ۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، قرار است هم‌چنان دولتی باقی بماند (یعنی در زمره شرکت‌های گروه ۳ است). «سرمایه‌گذاری بانک ملی ایران» از شرکت‌های حاضر در بورس اوراق بهادار تهران است که بیش از ۶۰ درصد سهام آن به بزرگ‌ترین بانک دولتی یعنی بانک ملی تعلق دارد. بدین ترتیب، ۳۵ درصد سهام صدرا در ظاهر خصوصی شده، ولی خریداران آن غالباً دولتی هستند. به نقل از: نصیری اقدم و فاتحی‌زاده، پیشین.

۳. نوری حسینی، عبدالله، «شبه‌دولتی‌ها در ۸۸ درصد مزایده‌ها برنده شده‌اند»، روزنامه اطلاعات، ۱۳۹۳، شماره ۲۵۹۹۴.

مراتب افزون‌تر است. نتایج بررسی‌ها و مطالعات قیاسی در ۲۳ کشور نشان می‌دهد کشورهای دارای بخش‌های عمومی کوچک‌تر، کارایی افزون‌تری در قیاس با کشورهای دارای بخش دولتی کلان‌تر داشتند.<sup>۱</sup> بنا بر آمار، بخش‌های عمومی ایران، سهم زیادتری از بخش خصوصی در فرآیند واگذاری‌ها دارند.

### ب. واگذاری بنگاه‌های دولتی به مؤسسات عمومی غیر دولتی بابت رد دیون

از جمله راهکارهای رد دیون دولتی، واگذاری بخش‌های مختلف است. نهاد دولت در گذر ایام به دلایل مختلف به نهادهای عمومی غیر دولتی بدهکار شده است، از جمله:

۱. نپرداختن سهم‌های معین متعلق به حوزه‌هایی نظیر بیمه و سهم صندوق‌های بازنشستگی به سازمان‌هایی نظیر تأمین اجتماعی و همچنین واریز نشدن سهم پرداخت وجوه مرتبط با مؤسسات عمومی غیر دولتی، نظیر شهرداری‌ها و نهادهای مشابه؛
۲. بهره‌گیری از خدمات و تسهیلات بخش‌های عمومی بدون در نظر گرفتن پرداخت وجوه آنان؛
۳. تصویب لوایح تازه به ویژه در حوزه ترویج بستر حمایتی بیمه‌ها که بخش قابل توجه مالی را به دوش قسمت‌هایی از دولت انداخته و از این طریق به دیون دولت به نهادهای حمایتی و بیمه‌ای افزوده است.

مجموع این بدهی‌ها با گذشت چند دهه به بدهی چندین هزار میلیارد تومانی بدل شده و دولت بر آن است که سهام تعدادی از همین نهادهای دولتی مقروض را به بهای بدهی به بستانکاران واگذار کند. از همین رو، مجلس شورای اسلامی، واگذاری این دست از مؤسسات و نهادهای دولتی به بستانکاران سالانه را در حوزه قوانین بودجه تصویب کرده است.<sup>۲</sup> بر اساس این رویه، در تضاد با بخش الف، بنگاه به شکل تقریبی به طلبکاران ویژه واگذار می‌گردد. این کار هم‌سوست با بازپرداخت بدهی‌ها به سازمان تأمین اجتماعی یا صندوق‌های بازنشستگی که بر اساس تبصره ۱ ماده ۶ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، عمل انجام‌گرفته ذیل تأییدات حقوقی و قانونی قرار می‌گیرد. یکی از

1. Afonso, A. & Schuknecht, L., "Public Sector Efficiency: An International Comparison", European Central Bank Working Paper, 2021, No. 242, p. 36.

۲. نصیری اقدام و فاتحی‌زاده، پیشین، ص ۱۰.

اساسی‌ترین عملکردهای دولت در سال ۱۳۹۳، جلوگیری از این‌گونه واگذاری‌ها بود. عملی که تا سال ۱۳۹۳ به اجرا درآمده است. مستند به گزارش اختصاصی ریاست سازمان خصوصی‌سازی در سال ۹۳ تا کنون، سهم و قسمتی برای رد دیون مورد اشاره لحاظ نگردیده است.<sup>۱</sup>

مستدل بر بند ۴ ماده ۲ قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «تسویه، تهاتر و تأدیه بدهی‌های قانونی دولت به نهادهای عمومی غیر دولتی موضوع این ماده و شرکت‌های وابسته به بانک‌های دولتی از طریق واگذاری سهام بنگاه‌ها، اموال و دارایی‌های دولت و شرکت‌های دولتی ممنوع است. دولت می‌تواند از طریق فروش سهام بنگاه‌ها و اموال و دارایی‌های خود و شرکت‌های دولتی و تبدیل به وجوه نقد، در چارچوب بودجه‌های سنواتی، بدهی‌های خویش را تأدیه نماید».

گزارش‌ها در این زمینه نشان می‌دهد تا سال ۱۳۹۳، انواع واگذاری مؤسسات دولتی به جهت رد دیون به مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی، منحنی تصاعدی داشته و این مبحث را مسیر رو به تزاید بدهی‌های متفاوت دولت به این جنس از نهادها و مؤسسات پیش برده است.<sup>۲</sup> بر اساس آمارهای منتشرشده در این حوزه، از سال ۸۰ تا کنون یعنی حدود ۱۳/۵ سال، حدود ۱۳۲ هزار میلیارد تومان سهم انتقال پیدا کرده که ۵۶ درصد آن از طریق مزایده و ۴۴ درصد باقی‌مانده به عنوان رد دیون دولت و مبحث سهام عدالت بوده است.

همین جنس از واگذاری‌ها سبب می‌شود دولت یا سازمان خصوصی‌سازی این توان را نداشته باشد که در واگذاری سهام شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، موارد پیش‌نیاز و شروط مبنایی متقاضیان از قبیل سرمایه‌گذاری تازه در مؤسسه مورد مزایده، بهبود عملکرد همان مؤسسه، روند تثبیت‌شده تولید، افزایش عملکرد فناورانه و ازدیاد یا همسان‌سازی سطوح متفاوت اشتغال در آن مؤسسه را در نظر بگیرد و به اجرا بگذارد.<sup>۳</sup> در نتیجه این روند، بدهی‌های سهمگین دولت به نهادهای عمومی و دیگر اشخاص حقوقی می‌تواند تا بخش اعظمی از منابع کلان حاصل از این واگذاری‌ها را منهای در نظر

۱. نوری حسینی، پیشین.

۲. عطایی، ۱۳۹۰.

۳. (محمدی، ۱۳۹۲).

گرفتن مفاد ماده ۲۹۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، صرفاً برای رد دیون دولت اختصاص دهد و از رویه موجود در اسناد بالادستی مغفول بماند.

## گفتار سوم. دستاوردهای محرز و واگذاری بنگاه‌های دولتی به نهادهای عمومی غیر دولتی

بسیاری از نتایج واگذاری‌ها و انتقال مدیریت بنگاه‌ها و مؤسسات دولتی به نهادهای عمومی غیر دولتی را در این گفتار بررسی می‌کنیم.<sup>۲</sup>

### بند اول. نزول کارآیی بنگاه‌های دولتی و واگذارشده

هدف از تفکیک بخش خصوصی و عمومی در پی واگذاری‌ها و خصوصی‌سازی افزایش بهینه کارآیی است. بنگاه‌های دولتی با توجه به فضای انحصاری فعالیت و نبود انگیزه، کارآیی لازم را برای ادامه حیات و تخصیص بهینه منابع ندارند. به دست آوردن سودهای مالی به عنوان یک عامل انگیزشی، به طور معمول سبب کاهش کارآیی و کارکرد می‌شود. این در حالی است که افزودن بر نیروی کار و رونق سازوکار بازار آزاد که همیشه زیربنای رقابت و توسعه اقتصادی است، دلیل اصلی کارآمدی خواهد بود.<sup>۳</sup>

۱. با توجه به بند (د) سیاست‌های کلی اصل ۴۴، وجوه حاصل از واگذاری‌های موضوع این قانون از جمله شرکت‌های مادر تخصصی و عملیاتی به حساب خاصی نزد خزانه‌داری کل کشور واریز و در موارد زیر مصرف می‌شود: «۱. ایجاد خوداتکایی برای خانواده‌های مستضعف و محروم و تقویت تأمین اجتماعی، ۲. اختصاص سی درصد از درآمدهای حاصل از واگذاری به تعاونی‌های فراگیر ملی به منظور فقرزدایی، شامل تخفیف‌های موضوع ماده (۳۴) این قانون، ۳. ایجاد زیربناهای اقتصادی با اولویت مناطق کم‌تر توسعه یافته، ۴. اعطای تسهیلات (وجوه اداره شده) برای تقویت تعاونی‌ها و نوسازی و بهسازی بنگاه‌های اقتصادی غیر دولتی با اولویت بنگاه‌های واگذارشده و نیز برای سرمایه‌گذاری بخش‌های غیر دولتی در توسعه مناطق کم‌تر توسعه یافته و تقویت منابع بانک توسعه تعاون، ۵. مشارکت شرکت‌های دولتی با بخش‌های غیر دولتی تا سقف ۴۹ درصد به منظور توسعه اقتصادی مناطق کم‌تر توسعه یافته، ۶. تکمیل طرح‌های نیمه تمام شرکت‌های دولتی با رعایت فصل پنجم این قانون، ۷. ایفای وظایف حاکمیتی دولت در حوزه‌های نوین با فناوری پیشرفته و پرخطر، ۸. بازسازی ساختاری، تعدیل نیروی انسانی و آماده‌سازی بنگاه‌ها جهت واگذاری».

۲. عباسی و اکبری، پیشین، ص ۲۵.

3. Kikeri, S. et al., Privatization: The Lessons of Experience, Washington D.C: The World Bank, 2012, p. 11.

منظور از کارآیی، اجرای صحیح امور در سازمان است، به این صورت که اقدامات با نیت و هدف تقلیل هزینه‌ها، ازدیاد میزان تولید و بهینه کردن کیفیت محصولات انجام می‌پذیرد. در حال حاضر، باید دانست که مدیریت بیش‌تر نهادها و سازمان‌های عمومی غیر دولتی هم‌چنان حاکمیتی و دولتی است و این قسمت، حوزه خصوصی به معنای دقیق و کارکردی آن به حساب نمی‌آید. در وجه دیگر، واگذاری مؤسسات دولتی به بنگاه‌های عمومی غیر دولتی که در حوزه تخصصی توانایی کافی ندارند، سبب پیش نرفتن امور و در نهایت، رکود پروژه خصوصی‌سازی خواهد شد.<sup>۱</sup>

### بند دوم. کم‌رنگ شدن اصل پاسخ‌گویی

پاسخ‌گویی، یکی از مهم‌ترین اصول و ابزار حکمرانی خوب است که یک مدیر یا مسئول در قبال وظایف و مسئولیت‌های خود باید دارا باشد. در این راستا می‌توان از نیوزلند یاد کرد که از سال ۱۹۹۸ به اصلاحات در سازمان و بخش‌های دولتی دست زد و کوشید مؤسسات و بخش‌های دولتی را پاسخ‌گو و کارآمد سازد.<sup>۲</sup> باید دانست وقتی بخش‌ها و بنگاه‌های دولتی در ادامه روند واگذاری‌ها در راستای تفکیک بخش و عمومی زیر نظر نهادها و بخش‌های شبه دولتی قرار می‌گیرند، نهادها و بخش‌های انحصارگر، شرایط خود را بر قشر مصرف‌کننده بدون پاسخ‌گویی به هیچ مرجع قانونی تحمیل می‌کنند.

این مسئله از طرفی با اصل «توسعه رقابت» در بازار در تقابل قرار می‌گیرد و از طرفی دیگر، باعث تشکل و ایجاد «دولت پنهان» و بخش‌های قدرتمند بدون نام و نشان می‌شود.<sup>۳</sup> در نهایت، چنین بخش‌ها و نهادهایی به سهولت می‌توانند در قیمت‌گذاری، میزان عرضه و تقاضا و تحمیل شرایط قرارداد اثر بگذارند.

۱. طاهری، شهنام، بهره‌وری و تجزیه و تحلیل در سازمان‌ها (مدیریت بهره‌وری فراگیر)، تهران: هستان، ۱۳۸۷، ص ۳۹.

2. Cangian, M., "Accountability and Transparency in the Public Sector: The New Zealand Experience", International Monetary Fund Working Paper, 2016, No. 96122, p. 12.

۳. نصیری اقدم و فاتحی‌زاده، ص ۴۳.

## بند سوم. خدشه‌دار شدن اصل شفافیت<sup>۱</sup>

نبود شفافیت، یکی از علل مهم بروز فساد است که در نهایت، بی‌توجهی و بی‌انگیزگی سرمایه‌گذاران و کل جامعه را به همراه خواهد داشت. این امر، مانعی جدی در راه خصوصی‌سازی و واگذاری‌ها در راستای تفکیک بخش خصوصی و عمومی است. روش‌های واگذاری و شفافیت در فرآیند خصوصی‌سازی در میزان افزایش و کاهش فساد مؤثر خواهد بود. این امر در مطالعات خصوصی‌سازی کشورهای مختلف مشهود است و با وجود اوضاع نامناسب اقتصادی در آرژانتین و آمریکای جنوبی که علت اصلی آن، کاهش پشتیبانی در روند خصوصی‌سازی است که روش‌های به کار رفته در آن در افزایش و کاهش نرخ وارد است. بروز مفهوم شفافیت مستلزم ظهور شاخص‌های خاصی است. در روند واگذاری‌های شتاب‌دار و کامل بخشی قابل ملاحظه از دارایی‌ها، لحاظ نکردن شرایط بهره‌مندان از اطلاعات خاص و نهایی پروژه‌های واگذاری در حوزه کارهای رقابتی، موضوعی بسیار مهم است. بالا رفتن فضای رقابتی در روند واگذاری‌ها، مؤثرترین روش برای تحقق امر شفافیت است و در نتیجه، مزایای مالی و اقتصادی فراوانی به بار می‌آورد.<sup>۲</sup>

بی‌شک، تفکیک بخش خصوصی و عمومی و امر خصوصی‌سازی را می‌توان مؤلفه‌ای در کاهش انواع فساد از جمله فساد در سیستم بوروکراتیک به حساب آورد؛ با این پیش‌شرط که آن مبادله را به دارندگان اطلاعات پایانی محدود و معین سازد.

## بند چهارم. احتمال نقض اصل برابری

در چرخه اعمال جداسازی دو بخش خصوصی و عمومی و در روند واگذاری‌ها باید برابری در سازوکار تعیین حجم ارزش مالی و معنوی مؤسسات عمومی قابل واگذاری به حوزه خصوصی رعایت شود. دستگاه‌های صلاحیت‌دار در موضوع صیانت از قانون اساسی در کشورهای گوناگون، در روند تصمیم‌گیری به صورت مؤکد بر لزوم در نظر گرفتن مساوات و عدالت در میان متقاضیان واگذاری و تعیین ارزش این نهادها یا مؤسسات اشاره دارند. به هر حال، در این بحث، به برابری در بهره‌گیری از حوزه خدمات عام اجتماعی (به این دلیل که این جنس از رقابت‌ها برای واگذاری به خودی خود،

1. Transparency

2. Kikeri & et al., op.cit., p. 13.

نوعی عرضه خدمات به قسمت‌های خصوصی خواهد بود) و پشتیبانی از حقوق کلان شهروندی، عنایت خاص می‌شود.<sup>۱</sup>

بر اساس ماده ۵۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴: «هر گونه کمک و اعطای امتیاز دولتی (ریالی، ارزی، اعتباری، معافیت، تخفیف، ترجیح، اطلاعات و...) به صورت تبعیض‌آمیز به یک یا چند بنگاه یا شرکت که موجب تسلط در بازار یا اخلال در رقابت شود، ممنوع است». البته مرجع تعیین این موضوع به شورای رقابت واگذار شده است.

به هر رو، بهره‌مندی بخش‌های عمومی غیر دولتی از لابی‌های دولتی و دست‌یابی آن‌ها به انواع داده‌های اثرگذار سبب شده است بخش عمومی غیر دولتی، برنده از پیش، معین و متقاضی انحصاری انواع عرضه‌های بورسی قلمداد گردد. در بسیاری از موارد، بخش خصوصی در موقعیت زمانی برگزاری مزایده برای واگذاری‌ها، توانایی رویارویی با بنگاه‌های عمومی غیر دولتی را در خود نمی‌یابد؛ چون این جنس از بنگاه‌ها با اتکا به لابی‌های سنگین و چندجانبه اطلاعاتی که در اختیار دارند، خواهند توانست اصولی نظیر برابری و عدالت در اقتصاد بازار را زیر پا بگذارند و جریان رقابت را به صورت کلی منحل سازند که در نتیجه این روند، وضعیت انحصار محض در بازارهای گوناگون پدید خواهد آمد.

### بند پنجم. از بین رفتن فضای رقابتی و ایجاد انحصار

رقابت سالم، یکی از معیارهای مهم در برتری تثبیت‌شده و زیربنای ساختار اقتصاد متکی به بازار آزاد است. رقابت سالم در روند جداسازی بخش‌های خصوصی و عمومی و تبیین صحیح‌تر خصوصی‌سازی با عنوان پیشبرد رقابتی و میل به سوی بازار آزاد به عنوان یک ساختار، مفهومی جهان‌شمول و تثبیت‌شده در عموم حرکت‌های اقتصادی سال‌های معاصر به شمار می‌رود.<sup>۲</sup> مفهوم رقابت، موضوعی اساسی در تحقق مقاصد اجتماعی در یک اقتصاد داخلی بازارمحور است. رفتار یک سویه با بهره‌گیری منفی از دست بالای سیاسی حاصل از لابی‌گری، نظام اقتصادی متکی

۱. ویژه، محمدرضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص ۲۱۷.

۲. غفاری، هدی، «آزادسازی در بخش خدمات مخابرات ایران با نگرشی بر سازمان تجارت جهانی»، اطلاع‌رسانی حقوقی، سال هفتم، شماره ۱۴، ۱۳۸۷، ص ۸۹.

بر بازار را نابود خواهد کرد. در صورت برتری فضای رقابتی، چرخه تولید با کم‌ترین هزینه ممکن به حرکت درمی‌آید، ولی اگر رقابتی شکل نگیرد، حتماً جامعه مصرفی آسیب می‌بیند.<sup>۱</sup>

مؤسسات عمومی و دولتی در قیاس با مؤسسات خصوصی عموماً بهره‌وری پایین‌تری دارند. تملک مرتبط با حوزه خصوصی به تنهایی می‌تواند برون‌داد بنگاه‌ها را توسعه دهد. عده دیگری از اندیشمندان نیز برآنند که کارآمدی، مستلزم جمع آمدن سه مؤلفه مالکیت، رقابت و قوانین است و رقابت و مسائل حقوقی این حوزه در بهتر شدن کارایی مؤسسات خصوصی نقش ایفا می‌کند. از همین منظر، در چرخه بازاری سراسر رقابتی، تملک خصوصی از نوع عمومی آن پیشروتر عمل خواهد کرد.<sup>۲</sup> اگر یک مؤسسه مالی صرفاً تولیدکننده محصولی باشد که هیچ جای‌گزینی برای آن نباشد، آن مؤسسه انحصارگر می‌شود و بازاری که انحصارگری در آن بسط پیدا کند، نوعاً بازاری غیر رقابتی خواهد بود.<sup>۳</sup>

مستند به گزارش‌های آماری، از جمع ۱۵۱ هزار میلیارد تومان خصوصی‌سازی محقق شده، حدود تقریباً ۵۱ هزار میلیارد تومان آن از طریق مجاری رقابتی انتقال یافته که قسمتی از آن به خزانه دولت پرداخت گردیده و مابقی عرضه سهامی از مسیرهای غیر رقابتی در دو حوزه سهام عدالت و رد دیون به نهادهای طلبکاران منتقل شده است. از این مبلغ، حدود ۲۶ هزار میلیارد تومان از طریق سهام عدالت و ۱۸ هزار و ۶۰۰ میلیارد تومان به نهادهای طلبکار در سازوکاری غیر رقابتی انتقال یافته است.<sup>۴</sup> ممکن است اصلی‌ترین دلیل ناکامی در جداسازی قسمت خصوصی از دولتی در چرخه انتقال بخش‌های دولتی، شکل نگرفتن بخش‌های خصوصی قدرتمند و کارآمد، ناتوانی بخش خصوصی در کشاکش رقابتی با نهادهای حاکمیتی باشد. از جمله پیش‌فرض‌ها حول این مبحث، چرایی ناتوانی

---

۱. باقری، محمود، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: دفتر مطالعات حقوقی پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۴۲.

2. Perard, E., "Water Supply: Public or Private? An Approach Based on Cost of Funds", Transaction Costs, Efficiency and Political Cost. Sciences-Po Working Paper, 2019, p. 23.

3. White, L. J., **Market Definition in Monopolization Cases: A Paradigm is Missing**, New York: University School of Law, 2015, p. 21.

۴. «خصوصی‌سازی، انتقال سرمایه از دولتی به شبه دولتی بود»، روزنامه جهان اقتصادی، در [www.jahaneghtesad.com](http://www.jahaneghtesad.com).

بخش خصوصی در تملک نهادهای عمومی است. زیربنا در چارچوب تئوری قدرت، توان مذاکره است. منطبق بر این تئوری، عموم اشخاص به روندهای معامله‌ای وارد می‌شوند که توان مذاکره با دیگر طرف‌ها را داشته باشند و اگر چنین وضعیتی شکل نگیرد، درصد موفقیت در آن پایین خواهد آمد. به هر حال، در شرایط فعلی ایران، بخش خصوصی در بیش‌تر شرایط، قدرت پرداخت و به دست آوردن مؤسسات عمومی را دارند. با این حال، قدرت رقابت با رقیبان خود در قسمت‌های حاکمیتی و عمومی را نخواهند داشت. بر همین اساس، به شکل منطقی به این جنس از تعاملات وارد نمی‌شوند که در صورت ورود، از طریقی کنار گذاشته خواهند شد. مباحث قابل ذکر نیز در این حوزه وجود دارد.

به هر رو، مباحث حقوقی نیز در شاخص‌هایی که دخالت قسمت عمومی غیر دولتی سبب خنثی شدن مؤلفه رقابت است، مانع اعمال قدرت این حوزه می‌شود. مستدل به قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، «مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی موضوع ماده (۵) قانون محاسبات عمومی و کلیه شرکت‌های تابعه و وابسته آن‌ها که قانوناً مجوز فعالیت اقتصادی را دارند، می‌توانند در بازار تولید کالا و خدمات فعالیت داشته باشند؛ مگر آن‌که فعالیت آن‌ها موجب اخلاص در رقابت گردد». از همین منظر، مستند به ماده یادشده، در بعضی از موارد می‌توان از اعمال نفوذ نهادهای عمومی غیر دولتی جلوگیری کرد.

### **بند ششم. انتقال مالکیت شرکت‌های دولتی و انتقال نیافتن مدیریت**

تعریفی حول خصوصی‌سازی می‌تواند مبین واگذاری و انتقال بخش‌هایی از دارایی‌ها، سهام، مدیریت، امور خدماتی، فعالیت‌ها و مسئولیت‌های مؤسسات یا نهادهای دولتی به حوزه خصوصی باشد.<sup>۱</sup> مستند به این تعریف، خصوصی‌سازی صرفاً انتقال تملک نیست و می‌بایست در حاشیه این واگذاری‌ها، مدیریت مؤسسات به معنای توان اعمال اراده نیز انتقال یابد. ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه نیز نشانه‌ای بر تأیید این تعریف است. بر اساس تبصره ۲ بند «ی» این ماده، «بنگاه‌های اقتصادی که صرف نظر از نوع مالکیت بیش از بیست درصد اعضای هیئت مدیره آن‌ها توسط مقامات دولتی تعیین می‌شوند، از نظر این ماده، دولتی محسوب می‌گردند». در شرایط فعلی،

۱. عباسی، پیشین، ص ۲۱۵.

دولت و نهاد حاکمیت، مؤسسات دولتی را به نهادهای تحت حاکمیت خود، شرکت‌های جانبی و مؤسسات شبه دولتی منتقل می‌کند و با این پیش‌فرض، تغییری اتفاق نمی‌افتد. در این حالت، به نوعی چرخه تصدّی‌گری به نحوه دیگری در حوزه اختیارات نهادهای حاکمیتی قرار می‌گیرد و دولت نقش فرادستی خود را در حوزه اقتصاد هم‌چنان حفظ می‌کند.<sup>۱</sup>

برای مثال، سازمان تأمین اجتماعی در حوزه عملکردی تحت حوزه اختیارات دولت است و در ساختار سازمانی وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی تعریف می‌شود که ریاست این نهاد به شکل انتصابی توسط وزیر این وزارت‌خانه منصوب می‌گردد. وابستگی این سازمان‌ها به دولت سبب می‌شود مؤسسات انتقال یافته هم‌چنان در مدیریت دولتی و حاکمیتی قرار داشته باشند که زیان دوچندانی دارد؛ زیرا از حوزه نظارتی که بر دولت حاکم است، تا حد بسیاری بیرون خواهند ماند و فساد پدید خواهد آمد. از منظر دیگر، مؤسسات شبه دولتی با خرید قسمت عمده سهام شرکت‌ها تا مدتی مدید، سهام خود را عرضه نخواهند کرد و در اصطلاح به این سهام تکیه می‌زنند.<sup>۲</sup> پس در نتیجه، شانس برای کنشگران بخش خصوصی باقی نخواهد بود.

## نتیجه‌گیری

سیاست‌های کلی تنظیمی اصل ۴۴ قانون اساسی بر چهار محور استوار شده است: سیاست‌های کلی توسعه بخش‌های غیر دولتی و جلوگیری از بزرگ شدن بخش دولتی؛ سیاست‌های کلی بخش تعاون، سیاست‌های کلی توسعه بخش غیر دولتی از طریق واگذاری فعالیت‌ها و بنگاه‌های دولتی، سیاست‌های کلی واگذاری و سیاست‌های کلی اعمال حاکمیت و پرهیز از انحصار. با تصویب قانون اجرای این سیاست‌ها، دولت در راه رسیدن به رشد و توسعه اقتصادی به وسیله ایجاد اصلاحات ساختاری و خصوصی‌سازی گامی بزرگ برداشته که نشانه عزمش برای قرار گرفتن در مسیر اقتصاد رقابتی است. از زمان اجرای سیاست‌های خصوصی‌سازی در کشور تا کنون، بخش بزرگی از بنگاه‌های دولتی واگذار گردیده، اما درصد قابل توجهی از این واگذاری‌ها به بخش خصوصی به معنای واقعی آن انجام نپذیرفته است و در واقع، بسیاری از این شرکت‌ها در اختیار نهادها و

۱. قادری، جعفر و عباس سلیمی، «موانع و تنگناهای فراروی واگذاری‌های نفتی، بی‌تا، نسل فردا»، در: [www.nasle-farda.ir](http://www.nasle-farda.ir).

۲. سعیدی، پرویز، «بررسی موانع و اقدامات پیش روی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، راهبرد، شماره ۱۶، ۱۳۸۷، ص ۲۱۳.

مؤسسات عمومی غیر دولتی، شبه دولتی یا نظامی قرار گرفته‌اند. بسیاری از این نهادهای عمومی غیر دولتی هم‌چنان با مدیریت دولتی اداره می‌شوند و وابسته به دولتند که این نهادها قطعاً جزء بخش عمومی قلمداد می‌گردند. این قبیل بخش‌های خصوصی به معنای واقعی، بخش خصوصی مورد نظر خصوصی‌سازی نیستند.

واگذاری بنگاه‌ها به نهادهای عمومی غیر دولتی باعث گسترش غیر مستقیم و مجدد بدنه دولت و ایجاد دولت موازی با دولت مرکزی می‌شود. وقتی بنگاه‌های دولتی در جریان واگذاری در انحصار نهادهای شبه دولتی و نظامی قرار می‌گیرند، انحصارگر بدون پاسخ‌گویی به هیچ مرجع قانونی، شرایط خود را بر مصرف‌کننده تحمیل می‌کند. بنابراین، در این نوع واگذاری‌ها، گرچه ممکن است اقدام غیر قانونی صورت نگرفته باشد، ولی درک ناقص از فرآیند خصوصی‌سازی، نبود فرهنگ اعتماد به بخش خصوصی در دستگاه‌های دولتی و ناکافی و ناشفاف بودن قوانین موجود می‌تواند آثار منفی بسیاری داشته باشد و روند تحقق اهداف سیاست‌های خصوصی‌سازی را مختل کند.

علاوه بر این، دسترسی نهادهای عمومی غیر دولتی به اطلاعات و استفاده از رانت‌های دولتی، این نهادها را همیشه نسبت به دیگر بخش‌های خصوصی، برنده نهایی خرید عرضه‌های بورسی و مزایده‌ها می‌سازد؛ چون با استفاده از رانت‌های اطلاعاتی، اصل برابری در رقابت زیر سؤال می‌رود و بخش‌های عمومی غیر دولتی باعث ایجاد شرایط انحصاری در بازار می‌شوند. در نهایت، بخش خصوصی بیش‌تر آسیب می‌بیند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. باقری، محمود، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: دفتر مطالعات حقوقی پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. پورعزت، علی‌اصغر، مبانی دانش اداره دولت و حکومت، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۳. طاهری، شهنام، بهره‌وری و تجزیه و تحلیل در سازمان‌ها (مدیریت بهره‌وری فراگیر)، تهران: هستان، ۱۳۸۷.
۴. عباسی، منصوره، چالش‌ها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸.

#### ب) مقاله

۱. «خصوصی‌سازی، انتقال سرمایه از دولتی به شبه دولتی بود»، روزنامه جهان اقتصادی، در: [www.jahaneghtesad.com](http://www.jahaneghtesad.com).
۲. برومند، شهرزاد و دیگران، «تحلیل فرار سرمایه در اقتصاد ایران با تأکید بر ریسک اقتصادی - سیاسی»، مجله پژوهشی دانشگاه اصفهان، شماره ۲۶، ۱۳۸۶.
۳. سعیدی، پرویز، «بررسی موانع و اقدامات پیش روی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، راهبرد، شماره ۱۶، ۱۳۸۷.
۴. عباسی، بیژن و مینا اکبری، «نقش نهادهای عمومی غیر دولتی در خصوصی‌سازی ایران و آثار آن»، مجله برنامه‌ریزی و بودجه، سال بیست و یکم، شماره ۳، ۱۳۹۵.
۵. غفاری، هدی، «آزادسازی در بخش خدمات مخابرات ایران با نگرشی بر سازمان تجارت جهانی»، اطلاع‌رسانی حقوقی، سال هفتم، شماره ۱۴، ۱۳۸۷.
۶. قادری، جعفر و عباس سلیمی، «موانع و تنگناهای فراروی واگذاری‌های نفتی، بی تا، نسل فردا»، در: [www.nasle-farda.ir](http://www.nasle-farda.ir).

۷. نجفی خواه، محسن، «مرز میان بخش عمومی و بخش خصوصی در حقوق ایران با تأکید بر برنامه خصوصی سازی و برون سپاری»، مجله برنامه ریزی و بودجه، سال بیست و یکم، شماره ۴، ۱۳۹۵.
۸. نصیری اقدام، علی و محسن فاتحی زاده، «سهم بخش خصوصی و بخش عمومی از واگذاری شرکت‌های دولتی»، جستارهای اقتصادی، شماره ۱۶، ۱۳۹۰.
۹. نوری حسینی، عبدالله، «شبه دولتی‌ها در ۸۸ درصد مزایده‌ها برنده شده‌اند»، روزنامه اطلاعات، ۱۳۹۳، شماره ۲۵۹۹۴.
۱۰. ویژه، محمدرضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۸۳.

## ۲. Latin Source

۱. Afonso, A. & Schuknecht, L., "Public Sector Efficiency: An International Comparison", European Central Bank Working Paper, ۲۰۲۱, No. ۲۴۲.
۲. Cangian, M., "Accountability and Transparency in the Public Sector: The New Zealand Experience", International Monetary Fund Working Paper, ۲۰۱۶, No. ۹۶۱۲۲.
۳. Elizabeth A. Martin. Oxford Dictionary of Law (۷th ed.), Oxford: Oxford University Press, ۲۰۱۸.
۴. Kikeri, S. et al., Privatization: The Lessons of Experience, Washington D.C: The World Bank, ۲۰۱۲.
۵. Perard, E., "Water Supply: Public or Private? An Approach Based on Cost of Funds", Transaction Costs, Efficiency and Political Cost. Sciences-Po Working Paper, ۲۰۱۹.
۶. TRUCHET (D.), Le droit public, Paris: PUF, coll. Que sais-je? ۲e éd, ۲۰۱۹.
۷. White, L. J., Market Definition in Monopolization Cases: A Paradigm is Missing, New York: University School of Law, ۲۰۱۵.

## چالش‌های فراروی نظام حقوق اساسی عراق در پرتو اصل حاکمیت قانون

دژوار انور احمد<sup>۱</sup>

عباد روحی<sup>۲</sup>

جوانمیر عبداللهی<sup>۳</sup>

### چکیده

قانون اساسی عراق در سال ۲۰۰۵ با آرمان ایجاد یک کشور دموکراتیک مبتنی بر حاکمیت قانون به تصویب رسید. حاکمیت قانون مستحکم به عنوان بستر دموکراسی کارآمد، عمل و تضمین می‌کند که همه افراد صرف نظر از موقعیت، مشمول اجرای منصفانه و منسجم قوانین هستند و قابلیت پیش‌بینی و اعتماد به سیستم حقوقی را تقویت می‌کند. علاوه بر این، حاکمیت قانون قوی برای جذب سرمایه‌گذاری، تشویق توسعه اقتصادی و حفظ حقوق بشر ضروری است. با این وجود، گذار به سوی عراق مطیع قانون با چالش‌های مهمی مواجه شده است.

این مقاله با روش توصیفی به بررسی موانع پیچیده در نظام حقوق اساسی عراق می‌پردازد که مانع تحقق حاکمیت قانون می‌شود. مسائل کلیدی در این زمینه عبارتند از: ابهام و تناقض داخلی در قانون اساسی، اختلافات ناشی از ساختار فدرالی و اشتراک قدرت، ضعف قوه قضاییه، فساد فراگیر و پاسخ‌گو نبودن نهادهای اداری. پی‌آمدهای این چالش‌ها نیز عمیق است و سبب می‌شود که حفظ حقوق بشر به خطر افتد، سرمایه‌گذاران از آغاز و گسترش فعالیت‌های اقتصادی دل‌سرد شوند و رشد اقتصادی مختل گردد. در نهایت، شکنندگی حاکمیت قانون در عراق، این کشور را از رسیدن به جامعه‌ای عادلانه و باثبات محروم می‌سازد.

**واژگان کلیدی:** قانون اساسی عراق، حاکمیت قانون، استقلال قضایی، فدرالیسم، حقوق بشر.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، dzhwar.jnp@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد سنندج، دانشگاه آزاد اسلامی، سنندج، ایران، (نویسنده مسئول)، ibadruhi@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران، j.abdolahi@uok.ac.ir

## مقدمه

هدف قانون اساسی جدید عراق که بر بقایای یک دیکتاتوری محض نقطه پایان گذاشت و در سال ۲۰۰۵ تصویب شد، ایجاد کشوری دموکراتیک مبتنی بر حاکمیت قانون بود. اصل حاکمیت قانون الزام می‌کند که از شهروندان عادی گرفته تا مقامات دولتی، مشمول یک چارچوب قانونی واضح و قابل پیش‌بینی باشند. با این حال، دست‌یابی به یک عراق واقعاً قانون‌مند با موانع مهمی روبه‌رو بوده است. این مقاله، چالش‌های پیچیده‌ای را بررسی می‌کند که فراروی سازوکار قانون اساسی عراق است و مانع تحقق حاکمیت قانون می‌شود. موضوع اساسی که در خود قانون اساسی عراق نهفته است، این است که این قانون بر اساس چشم‌انداز سیاسی پیچیده‌ای تدوین شده است و ابهام و تناقض درونی زیادی دارد. زبان مبهم و مفاد متناقض این قانون باعث سردرگمی می‌شود و امکان تفاسیر متضاد را فراهم می‌کند و در نهایت، مانع اجرای مؤثر آن می‌گردد. هم‌چنین از درجه اطمینان قانونی می‌کاهد و با افزایش دل‌سردی سرمایه‌گذاران بالقوه از رشد اقتصادی جلوگیری می‌کند.

علاوه بر این، ساختار فدرال که برای تطبیق با ساختارهای قومی و فرقه‌ای متنوع عراق در نظر گرفته شده است، چالش‌های بیش‌تری به همراه دارد. توزیع قدرت بین دولت مرکزی و نهادهای منطقه‌ای به ویژه دولت اقلیم کردستان، منبع دایمی تنش شده است. اختلافات بر سر تخصیص منابع، اختیارات قانون‌گذاری و کنترل نظامی می‌تواند جنگ قدرتی را ایجاد کند که حاکمیت قانون را تضعیف کند و به بی‌ثباتی دامن بزند. جنجال اخیر درباره قانون انتخابات پارلمان کردستان، نمونه‌ای از این موضوع است.

فراتر از محدودیت‌های قانون اساسی، نظام حقوقی عراق با چالش‌های داخلی قابل توجهی مواجه است. قوه قضاییه که مسئول حفظ حاکمیت قانون است، استقلال ندارد. مداخله سیاسی و میراث حکومت استبدادی، بی‌طرفی قضایی را به خطر می‌اندازد. علاوه بر این، منابع محدود و نظام دادگاهی دست و پاگیر، مانع توانایی قوه قضاییه برای اجرای عدالت به موقع و عادلانه می‌شود. به این ترتیب، فضای معافیت از مجازات ایجاد می‌گردد که افراد به ویژه دارندگان قدرت سیاسی یا اقتصادی می‌توانند از عواقب قانونی اعمال خود در امان بمانند. این وضعیت، اعتماد عمومی به نظام حقوقی را از بین می‌برد و بدبینی نسبت به حاکمیت قانون را افزایش می‌دهد.

در این میان، فراگیرترین چالش حاکمیت قانون در عراق، فساد است. فساد بومی نه تنها منابع عمومی حیاتی را منحرف می‌سازد، بلکه مشروعیت دولت و نهادهای آن را نیز تضعیف می‌کند. هنگامی که مقامات دولتی با مصونیت از مجازات به فساد دست می‌زنند، این پیام را به جامعه ارسال می‌کنند که قانون برای همه به صورت یکسان اعمال نمی‌شود. همین امر، سرمایه‌گذاری را کاهش می‌دهد و به نارضایتی و ناآرامی اجتماعی دامن می‌زند. پیوند بین فساد و حاکمیت قانون انکارناپذیر است. حاکمیت قانون قوی برای مبارزه با فساد ضروری است، در حالی که پرداختن مؤثر به فساد برای تقویت حاکمیت قانون بسیار مهم است. اگرچه تلاش‌هایی برای بهبود دموکراسی و حاکمیت قانون در عراق وجود دارد، نخبگان سیاسی این کشور، تجربه کار با نهادها و سازوکار مردم‌سالارانه را ندارند. رفتار سیاسی آن‌ها، اقتدارگرایانه است و به سنت تجمیع، انباشت و تمرکز قدرت در سطح ملی و استانی تمایل دارند، نه به سنت‌های تقسیم قدرت بین گروه‌های مختلف، تکثرگرایی و حاکمیت قانون.<sup>۱</sup>

مسئله اصلی که این پژوهش به دنبال پاسخ به آن است، بررسی چالش‌های موجود در خصوص اصل حاکمیت قانون در حقوق اساسی عراق است. با توجه به اهمیت اصل حاکمیت قانون، این اصل در حقوق اساسی و اداری نیز راه یافته و جلوه‌های این اصل در هر دو رشته حقوقی قابل توجه است. حقوق اداری، یکی از مدرن‌ترین رشته‌های حقوقی است که در دهه‌های اخیر، بسیاری از کشورهای دارای نظام رومی-ژرمنی و کامن‌لا به آن توجه کرده‌اند. حقوق اداری، منبعت از یافته‌های معاصر و تلاش‌های فکری و تجربی کسانی است که به دنبال یافتن راه‌حلی عقلانی برای اداره عادلانه اجتماع و نظام سیاسی و اجرایی بوده‌اند. بر این اساس، اصل حاکمیت قانون و رعایت حقوق بنیادین انسانی، بنیادهای این حقوق مدرن را تشکیل می‌دهد. در این راستا، اصل حاکمیت قانون، یکی از اصول حقوقی و سیاسی است که حقوق اساسی و حقوق اداری را به یکدیگر مرتبط می‌سازد. فهم چنین ارتباطی در گرو فهم عناصر حاکمیت قانون و تبعات آن است. بر این اساس، مقام‌ها و مسئولان اجرایی کشور موظفند در روابط خود با یکدیگر و شهروندان از معیارها و ملاک‌های قانونی پیروی کنند و از تصمیم‌گیری‌های خودسرانه، مبهم و زودگذر بپرهیزند.<sup>۲</sup>

۱. کریمی فرد، حسین، «تبیین بی‌ثباتی سیاسی در جامعه ناهمگون عراق در سال‌های ۲۰۰۳ تا ۲۰۲۲»؛ مطالعات بنیادین و کاربردی جهان اسلام»، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۴۰۱، ص ۹۶.

۲. موسی‌زاده، رضا، مبانی حقوق اداری، تهران: آینده‌سازان، ۱۳۷۴، ص ۱۶.

این مقاله استدلال می‌کند که این چالش‌ها نه تنها بر نظام حقوقی، بلکه به طور گسترده‌تر بر جامعه عراق اثر منفی می‌گذارند. ضعف در حاکمیت قانون، محیطی ایجاد می‌کند که در آن، نقض حقوق بشر بدون مجازات صورت می‌گیرد. علاوه بر این، یک چارچوب قانونی ضعیف، با جلوگیری از گسترش سرمایه‌گذاری خارجی، توسعه اقتصادی را متوقف می‌کند. در نهایت، غلبه بر این چالش‌ها برای ایجاد عراق عادلانه که حاکمیت قانون در آن حاکم باشد، حیاتی است. هدف این مقاله با تحلیل ریشه‌های این موانع و پیشنهاد راه حل‌های بالقوه، کمک به گفتمان جاری در مورد تقویت نظام قانون اساسی عراق و تقویت حاکمیت قانون در کشور است.

## گفتار اول. شاخص‌های حاکم بر قانون اساسی عراق مصوب ۲۰۰۵

قانون اساسی، متضمن عالی‌ترین و اساسی‌ترین قواعد و اصولی است که ساختارها، روندها، سیاست‌ها و ارزش‌های یک جامعه را ترسیم می‌کند که قدرت سیاسی از طریق آن‌ها برقرار، اجرا و منتقل می‌شود. این اهمیت باعث شده است که حفاظت از قانون اساسی به عنوان میثاق ملی و سند حقوقی سیاسی کشور به دغدغه‌ای مهم و ضروری تبدیل شود و در تمام نظام‌های حقوقی باید برای حمایت از آن تدبیری اندیشیده شود. نظام قانون اساسی عراق در چارچوبی دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی مکتوب عمل می‌کند. اولین قانون اساسی برای ایجاد یک دولت مشروطه پادشاهی در سال ۱۹۲۵ تصویب شد.

## بند اول. سیر تحولات مربوط به تصویب قوانین اساسی عراق

در سال ۱۹۵۸، عراق به جمهوری تبدیل شد و قانون اساسی جدید تصویب گردید. این قانون اساسی در سال‌های ۱۹۶۳، ۱۹۶۴، ۱۹۶۸ و ۱۹۷۰ اصلاح شد و تا سال ۲۰۰۳ که دولت صدام حسین سرنگون شد، به قوت خود باقی ماند. «دادگاه عالی فدرال»، نهادی نسبتاً جدید در نظام حقوقی جمهوری عراق است. این سازمان در پی تحولات اخیر کشور و تدوین قانون اساسی جدید آن، در سال ۲۰۰۲ با طیف وسیعی از وظایف و اختیارات تأسیس شد. قانون اساسی جدید هم در سال ۲۰۰۵ تصویب گردید. دولت عراق این قانون اساسی را بر اساس تقسیم‌بندی فرقه‌ای قدرت سیاسی بین شیعیان، سنی‌ها و کردها برای اداره ائتلاف موقت عراق تعیین کرد.

## بند دوم. رژیم سیاسی عراق مبتنی بر قانون اساسی ۲۰۰۵

قانون اساسی جدید کشور عراق در پی سرنگونی رژیم دیکتاتوری سابق بر اثر مداخله قدرت خارجی و در فضایی بسیار آشفته و تحت تأثیر عوامل خارجی و با آرمان‌رهایی از جنگال استبداد و دیکتاتوری شدید قبلی تدوین شد. مهم‌ترین دغدغه‌های ذهنی و مسائل حیاتی واضعان این قانون در مقدمه آن منعکس شده؛ مسائلی مانند در پیش گرفتن شیوه انتقال قدرت و تصمیم‌گیری آزادانه که مبین میزان اهمیت مسئله استبداد برای آنان است.<sup>۱</sup>

قانون اساسی کنونی عراق که در سال ۲۰۰۵ پس از سقوط رژیم صدام حسین تصویب شد، جای‌گزین قانون اساسی قبلی در زمان حکومت وی گردید. قانون اساسی عراق، یک جمهوری پارلمانی فدرال با تفکیک قوا بین قوه مجریه، مقننه و قضاییه ایجاد می‌کند. رئیس دولت، رئیس جمهوری عراق است، در حالی که نخست وزیر به عنوان رئیس حکومت خدمت می‌کند. رئیس جمهوری توسط شورای نمایندگان (پارلمان عراق) برای یک دوره چهار ساله انتخاب می‌شود و نخست وزیر توسط رئیس جمهوری منصوب می‌گردد و مجلس نمایندگان باید آن را تأیید کند. قوه مقننه که توسط شورای نمایندگان نمایندگی می‌شود، متشکل از ۳۲۹ عضو است که توسط مردم عراق از طریق نظام نمایندگی نسبی انتخاب می‌شوند. مجلس شورا، مسئول وضع قوانین تصویب بودجه و نظارت بر عملکرد دولت است. قوه قضاییه مستقل است و وظیفه تفسیر و اجرای قانون را دارد. بالاترین مقام قضایی در عراق، دادگاه عالی فدرال است که بر اساس قانون اساسی قوانین و مقررات، قدرت بررسی قضایی را در اختیار دارد. قانون اساسی عراق، حقوق و آزادی‌های اساسی از جمله آزادی بیان، مذهب و عقیده را به رسمیت می‌شناسد و از آن‌ها حمایت می‌کند. این قانون، حقوق برابر را برای همه شهروندان بدون در نظر گرفتن جنسیت، قومیت یا مذهب تضمین می‌کند. با این حال، اجرا و کارآمدی نظام قانون اساسی عراق با چالش‌هایی روبه‌روست.

پس از سقوط رژیم صدام حسین در سال ۲۰۰۳، عراق، مسیر دموکراتیزه شدن را در پیش گرفت. سنگ بنای این فرآیند، تدوین و تصویب قانون اساسی جدید در سال ۲۰۰۵ بود. این سند، اصول دموکراسی، فدرالیسم و حاکمیت قانون را با هدف ایجاد جامعه‌ای عادلانه تثبیت می‌کرد. با این حال، نظام قانون

۱. صلاحی، سهراب و علی بهادری جهرمی، «ساختارهای اساسی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عراق»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره سوم، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۶۷.

اساسی عراق در حفظ حاکمیت قانون در عمل با چالش‌های مهمی روبه‌روست. به همین دلیل، قانون اساسی عراق حاوی مقرراتی است که با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر مطابقت دارد، ولی اجرای عملی و حمایت از این حقوق دشوار است. پرداختن به این چالش‌ها مستلزم تلاش‌های همه‌جانبه برای تقویت نهادهای، حمایت از حاکمیت قانون، ارتقای پاسخ‌گویی و تضمین اجرای مؤثر حمایت‌های حقوق بشری است. حمایت و همکاری بین‌المللی در کمک به عراق در انجام تعهدات حقوق بشری خود و ترویج فرهنگ احترام به حقوق بشر نقش مهمی ایفا می‌کند.

## گفتار دوم. حاکمیت قانون و قانون اساسی عراق

### بند اول. مفهوم حاکمیت قانون

حاکمیت قانون به شکلی ممکن است به ارسطو برگردد که توسط حقوق‌دانان رومی حمایت شده است. متفکران حقوق طبیعی قرون وسطی؛ فیلسوفان روشنگری مانند هابز، لاک، روسو، مونتسکیو و بنیان‌گذاران امریکایی؛ فیلسوفان آلمانی مانند کانت و هگل و افرادی نظیر هایک، رالز، اسکالیا، جیانگ زمین و لی کوان یو نیز از این اصل حمایت کرده‌اند.<sup>۱</sup> هر یک از این متفکران رویکرد متفاوتی به حاکمیت قانون و اصول آن دارند و عناصر متفاوتی را ضروری می‌دانند. برخی صاحب‌نظران از یک برداشت رسمی از حاکمیت قانون دفاع می‌کنند، در حالی که برخی دیگر از یک مفهوم ماهوی حمایت می‌کنند.<sup>۲</sup>

مفهوم حاکمیت قانون، سنگ بنای یک دموکراسی خوب است و به این اشاره دارد که همه شهروندان عادی و نهادهای، از جمله دولت و مقامات دولتی، تابع مجموعه‌ای از قوانین عمومی واضح و قابل پیش‌بینی هستند که به طور منصفانه و پیوسته اعمال می‌شوند.<sup>۳</sup> اساساً حاکمیت قانون

1. . Rouhi, E., Dezaki, L. R., & Karveh, M. J, 2017 *Rule of Law and Its Guidelines and Indicators for Judiciary in Human Rights Issues*, Journal of Politics and Law 10, p. 101.

۲. روحی، عباد و همکاران، «نقش وکیل در استقرار حاکمیت قانون و حمایت از حقوق بشر»، همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۲، ص ۶۵.

۳. شجاعیان، خدیجه، «مؤلفه‌های اصل حاکمیت قانون در پرتو تعریف سازمان ملل متحد»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶، ص ۷۵.

تضمین می‌کند که هیچ کس بالاتر از قانون نباشد و قدرت در چارچوب قانونی تعریف شده اعمال شود.<sup>۱</sup> حاکمیت قانون، عدالت را تقویت و از حقوق اساسی حمایت می‌کند و محیطی باثبات برای توسعه اقتصادی و اجتماعی فراهم می‌آورد.<sup>۲</sup> این اصل، پیش‌بینی‌پذیری، پاسخ‌گویی و حمایت از حقوق اساسی را تضمین می‌کند.

این اصل به چند دلیل برای یک دموکراسی کارآمد حیاتی است:

یک. با حصول اطمینان از این‌که دولت نمی‌تواند آن‌ها را خودسرانه نقض کند، از حقوق و آزادی‌های اساسی محافظت می‌کند. شهروندان می‌توانند با احساس امنیت زندگی کنند و بدانند که حقوقشان در قانون ذکر شده است و نظام حقوقی از آن‌ها حمایت می‌کند.<sup>۳</sup>

دو. حاکمیت قانون، پیش‌بینی‌پذیری و ثبات را ترویج می‌کند. هنگامی که قوانین شفاف و به طور مداوم اجرا می‌شوند، مشاغل و افراد می‌توانند با اطمینان بیش‌تر برای آینده، برنامه‌ریزی و رشد و توسعه اقتصادی را تقویت کنند.

سه. در نهایت، حاکمیت قانون، اعتماد عمومی را به دولت تقویت می‌کند. هنگامی که شهروندان درک کنند قانون به طور منصفانه و بی‌طرفانه اعمال می‌شود، به احتمال زیاد با نظام حقوقی همکاری می‌کنند و به آن احترام می‌گذارند.<sup>۴</sup>

## بند دوم. رویکرد قانون اساسی عراق به مسئله حاکمیت قانون

پس از سرنگونی رژیم صدام حسین در سال ۲۰۰۳، عراق، گذار تاریخی را برای ایجاد یک دولت دموکراتیک آغاز کرد. یک گام مهم در این فرآیند، تدوین و تصویب قانون اساسی جدید در سال ۲۰۰۵ بود. این سند، محصول مذاکرات گسترده میان جناح‌های مختلف عراقی و بازیگران بین‌المللی با هدف پی‌ریزی یک

1. Alchalabi, H., «The Role of the Iraqi constitution in the growing unconstitutional practices», in The College of Law and Political Science Journal, Vol 1, Issue 9, 2021, p. 10.

2. Ammar, R. A. J., *Constitutional and Human Rights Issues and Trends in The Republic of Iraq*, Struggling on The Way. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES., 2023, p. 102.

3. Clark, D. P., *The rule of law in a liberal democracy*, Princeton University Press, 2018, p. 69.

4. Fukuyama, F., *State building: Governance and world order in the 21st century*, Oxford University Press, 2013, p. 25.

عراق جدید بر اساس اصول حاکمیت قانون بود. قانون اساسی عراق صراحتاً حاکمیت قانون را به عنوان ارزش اصلی در نظر گرفته است. برای مثال، ماده ۱۹ اعلام می‌کند که «دولت باید بر اساس حاکمیت قانون باشد». علاوه بر این، مواد مختلف به تفکیک قوا، ایجاد یک قوه قضاییه مستقل و تضمین حقوق اساسی همه عناصر اساسی نظام مبتنی بر حاکمیت قانون. اشاره می‌کنند.

ترویج و توسعه حاکمیت قانون امروزه به یکی از مهم‌ترین اهداف سازمان ملل متحد تبدیل شده است و عاملی ثابت در مأموریت‌های این سازمان به شمار می‌رود.<sup>۱</sup> در منشور سازمان ملل متحد به صراحت به حاکمیت قانون اشاره نشده و در هیچ یک از موادش نیز از آن سخنی به میان نیامده، اما اساس فعالیت‌های سازمان ملل متحد بر پایه حاکمیت قانون است.<sup>۲</sup> کشورها در تلاش برای ایجاد امنیت در سطح بین‌المللی، جامعه ملل و دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی را برای رعایت قوانین بین‌المللی تأسیس کردند و از این طریق، نظم و امنیت بین‌المللی را برقرار کردند.<sup>۳</sup>

یکی از کاستی‌های آشکار، تفکیک ضعیف قوا در میان قوای مجریه، مقننه و قضاییه است. قوه مجریه به ریاست نخست وزیر دارای قدرت بیش از حدی است که کارآیی قوه مقننه و قضاییه را محدود می‌کند. این تمرکز قدرت، کنترل‌ها و تعادل‌ها را ضعیف می‌کند و منجر به سوء استفاده و فساد بالقوه می‌شود. علاوه بر این، قانون‌گذار با مشکل نبود استقلال و نمایندگی قوی روبه‌روست. احزاب سیاسی بر پارلمان تسلط دارند و نفوذ آن‌ها بر منافع عموم مردم غالب است. این کمبود، مانع از توانایی قانون‌گذار برای اعمال اصلاحات معنادار و رسیدگی مؤثر به نگرانی‌های شهروندان می‌شود. یکی دیگر از کمبودهای مهم نهادی، ضعف نظام قضایی است. دخالت‌های سیاسی، نبود استقلال قضایی و نقص‌های نهادی در نظام قانون اساسی عراق به ناتوانی در اجرای قوانین و تصمیم‌گیری‌های مهم، تضعیف حاکمیت قانون، فساد و ناتوانی در خدمات‌رسانی عمومی منجر می‌شود. در حالی که قانون اساسی عراق، چارچوبی را برای نظام مبتنی بر حاکمیت قانون تعیین

۱. احمد، زوفین، ضمان الحقوق والحريات وفق الدستور والقانون الجنائي في العراق، جامعة كاشان، ۲۰۲۰، ص ۳۶۲.

2. **Constitution of Iraq**, Official Website of the Republic of Iraq in Arabic, 2005, p. 10., Retrieved from [www.invest-promo.gov.iq/wp-content/uploads/2013/06/iraqi-constitution-En.pdf](http://www.invest-promo.gov.iq/wp-content/uploads/2013/06/iraqi-constitution-En.pdf).

3. Burton, M., Deeks, A., **Iraq's Constitution: A Drafting History**. In [Author with Initials Unknown] (Ed.), *Cornell International Law Journal*, Vol. 40, 2007, p. 15.

می‌کند، اجرای آن هم‌چنان در حال پیشرفت است. البته چندین چالش کلیدی، مانع از توانایی کشور برای استقرار کامل این اصل می‌شود که عبارتند از: ابهام و تناقض درون قانون اساسی، تنش‌های مربوط به فدرالیسم و تقسیم قدرت، قوه قضاییه ضعیف و فساد گسترده.

### بند سوم. رویکرد حاکمیت قانون در حقوق اداری عراق

ایده حاکمیت قانون به علت گستردگی چتر آن بر حقوق عمومی، افزون بر پوشش قلمرو حقوق اساسی بر قلمرو حقوق اداری نیز سایه افکنده است، به گونه‌ای که همه قوانین و تصمیمات موجود در حیطه حقوق اداری و عملکرد مقامات و دستگاه‌های اداری بایستی منطبق بر این قاعده بنیادین باشند.<sup>۱</sup>

در حقیقت، در گستره حقوق اداری بر اساس حاکمیت قانون، صلاحیت‌هایی به مقامات و دستگاه‌ها اعطا می‌شود و بدین طریق صلاحیت‌های اختیاری نیز تجدید می‌گردد. علاوه بر این، ایده حاکمیت قانون، ریشه اداری و سازمانی نیز یافته است. اندیشه حاکمیت قانون با وجود کارآمدی و پی‌آمدهای مثبت ممکن است هنگام اجرا با موانع و محدودیت‌های پیش‌بینی‌ناپذیر و در عین حال ضروری مواجه شود.<sup>۲</sup>

### الف. جلوه‌های حاکمیت قانون در حقوق اداری

اصل حاکمیت قانون در حقوق اداری دارای ابعاد مختلفی است:

**اول.** اداره نمی‌تواند دست به انجام عملی مغایر با قانون بزند و هرگونه عمل حقوقی مغایر با قانون، باطل تلقی می‌گردد. به موجب این اصل نمی‌توان از موارد ابهام یا نقص قانون استفاده کرد و امری را در صلاحیت دستگاه دولتی قرار داد.

**دوم.** اعمال اداری ماهیت حقوقی می‌یابد و حقوقی و تکالیفی که در نتیجه این اعمال برای افراد خصوصی و اداری ایجاد می‌شود، ضمانت اجرای حقوقی پیدا می‌کند.<sup>۳</sup>

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۴، ص ۴۵۳.

۲. مشهدی، علی و همکاران، «شرایط استثنایی و استثنای حاکمیت قانون (مورد پژوهشی: رویکرد خبرگان قانون اساسی به وضعیت‌های اضطراری)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۴۱.

۳. بحیرایی، خداداد و همکاران، «تجلی حاکمیت قانون به عنوان ابزار تضمین حقوق بشر در اصول قانون اساسی جمهوری

### ب. تفکیک قوا و مسئله حاکمیت قانون

بر اساس تفکیک قوا، حکومت عراق به شاخه‌های مختلفی تقسیم می‌شود که هر یک دارای محدوده مجزا و مستقلی از اختیارات و مسئولیت‌ها دارند، به گونه‌ای که اختیارات هر بخش در تعارض اختیارات بخش‌های دیگر نباشد. هر شاخه قادر است در قدرت اعمالی توسط شاخه‌های دیگر محدودیت ایجاد کند که این محدودیت‌ها را اصطلاحاً «نظارت و توازن یا تعادل قوا» می‌گویند تا از جمع شدن و انحصار قدرت در یک قوه جلوگیری شود. نقش شورای وزیران در زمینه قانون‌گذاری باعث در هم پیچیده بودن قوا در نظام پارلمانی و نیز ممزوج شدن قوای مجریه در قوه مقننه شده است. هم‌چنین دولت قانونی به معنای تبعیت دولت از قانون در همه صلاحیت‌ها و جنبه‌های فعالیتش اعم از اداری، قضایی و قانونی است، بر خلاف دولت پلیسی و انتظامی که در آن، افراد، تابع اراده دولت استبدادی از مقام حاکم هستند. محدودیت‌ها و حدود صلاحیت‌ها در عراق، همه به شئون دولت مجری برمی‌گردد.<sup>۱</sup>

شورای وزیران و نخست‌وزیر با قدرت قانون‌گذاری خود توانسته‌اند تا حدودی خلأهای قانون‌گذاری مجالس نمایندگان عراق را پوشش دهند، ولی با توجه به ضرورت اجرای اصل تفکیک قوا که مورد قبول بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان است، اختیارات گسترده قانون‌گذاری شورای وزیران و نخست‌وزیر می‌تواند به حاکمیت قانون در کشور عراق آسیب وارد کند و هم‌اکنون نیز چالش‌های سیاسی و حقوقی فراوانی ایجاد کرده است.

### گفتار سوم. چالش‌های قانون اساسی برای حاکمیت قانون در عراق

قانون اساسی عراق، سازکارهای روشنی برای کنترل و تعادل بین دولت، قوه قضاییه و نهادهای نظارتی قضایی ایجاد نکرده است. عراق سابقه حقوقی ثابت و باثباتی ندارد تا معیارهایی برای پیش‌بینی‌پذیری اجرای حاکمیت قانون ارائه دهد. حاکمیت قانون به این ایده اشاره دارد که هر فرد، صرف‌نظر از موقعیتی که دارد، تابع قانون است و باید تحت آن به طور مساوی با او رفتار شود. در عراق، این اصل به دلیل موانع و محدودیت‌های مختلف در حال آزمایش است. یکی از

اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، دوره دوازدهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۲، ص ۹.

۱. شیخا، ابراهیم عبدالعزیز، النظم السیاسیه لدول و الحکومات، بغداد: منشأ المعارف بالاسکندریه، ۲۰۰۶، ص ۱۰۲.

چالش‌های اصلی، فساد در نظام حقوقی است. فساد با از بین بردن اعتماد عمومی و مخدوش کردن اجرای عدالت، حاکمیت قانون را تضعیف می‌کند. در عراق، فساد در سطوح مختلف نظام حقوقی از جمله قوه قضاییه، سازمان‌های مجری قانون و حتی قوه مقننه نفوذ کرده است.

### **بند اول. ابهام و تناقض درونی**

یک مانع مهم برای حفظ حاکمیت قانون در عراق در خود قانون اساسی عراق نهفته است. این سند که پس از سال ۲۰۰۳ تهیه شد، حاوی ابهام و تناقض داخلی است که سردرگمی ایجاد می‌کند و مانع اجرای مؤثر آن می‌شود. این مسائل ناشی از عوامل متعددی است که عبارتند از:

#### **الف. نگارش شتاب‌زده پیش‌نویس**

قانون اساسی در بازه زمانی کوتاه زیر فشارهای سیاسی زیادی تدوین شد و همین امر سبب‌ساز تناقض‌های احتمالی در متن شده است.

#### **ب. منافع رقابتی**

قانون اساسی، منعکس‌کننده چشم‌انداز سیاسی پیچیده عراق است که گروه‌های مختلف برای قدرت و نفوذ در رقابت هستند. همین امر به سازش میان آن‌ها و خلق زبان مبهم در متن قانون می‌انجامد که تلاش می‌کند جناح‌های مختلف را راضی نگه دارد و در نهایت، وضوح سند را تضعیف می‌کند.

#### **ج. نبود سابقه حقوقی**

سنت حقوقی عراق در چارچوب دموکراتیک نسبتاً جدید است. نبود تفاسیر قانونی تثبیت‌شده می‌تواند ابهام در قانون اساسی را تشدید کند و منجر به اختلاف در مورد معنا و کاربرد آن شود.

### **بند دوم. فدرالیسم و اشتراک قدرت**

قانون اساسی عراق، نظام حکومتی فدرال را بنا نهاده و قدرت را بین دولت مرکزی و نهادهای منطقه‌ای مانند دولت منطقه‌ای کردستان (KRG) تقسیم کرده است. در حالی که این ساختار فدرال برای ارتقای ثبات و رسیدگی به نارضایتی‌های تاریخی در نظر گرفته شده است، می‌تواند چالش‌های مهمی برای حاکمیت قانون ایجاد کند. اساساً میان حاکمیت عرف قبیله‌ای و ضعف حاکمیت قانون

دولت رابطه مثبتی وجود دارد. بر این اساس، هر اندازه قدرت دولت در حاکمیت قانون، ضعیف‌تر باشد، بر تقویت قانون قبیله‌ای تأثیر مثبت خواهد داشت. دولت با نهادهای ضعیف نمی‌تواند از حاکمیت قانون هم‌چون خیر جمعی حقیقی دفاع کند و در مقابل، مردم نیز جای‌گزین‌هایی برای تأمین احتیاجات خود پیدا می‌کنند.<sup>۱</sup>

### الف. اختلافات بر سر قدرت و تخصیص منابع

شیوه تقسیم قدرت و منابع بین دولت مرکزی و نهادهای منطقه‌ای، نامشخص یا مورد مناقشه است. این ابهام به اختلاف بر سر موضوعاتی مانند تقسیم درآمد نفتی، کنترل نیروهای امنیتی و تفسیر قوانین می‌انجامد و منطقه خاکستری قانونی ایجاد می‌کند که مانع اجرای عادلانه و منصفانه قانون می‌شود.

### ب. قوانین متناقض

دولت مرکزی و نهادهای منطقه‌ای این اختیار را دارند که قوانین خود را تصویب کنند. با این حال، ناهماهنگی یا تناقض بین این قوانین می‌تواند سردرگمی، ایجاد و حاکمیت قانون را تضعیف کند. برای مثال، جنجال اخیر درباره قانون انتخابات پارلمان کردستان یک نمونه اصلی است. دادگاه عالی فدرال عراق، این قانون را غیر قانونی تشخیص داد و یک نبرد حقوقی ایجاد کرد که تنش بین مقامات فدرال و منطقه‌ای را برجسته کرد.

### ج. اجرای نابرابر

ظرفیت و تعهد به اجرای قانون می‌تواند به طور قابل توجهی بین دولت مرکزی و نهادهای منطقه‌ای متفاوت باشد. این ناهمواری می‌تواند منجر به موقعیت‌هایی شود که در آن، حاکمیت قانون به طور متناقض اعمال می‌شود و کارایی کلی آن را تضعیف می‌کند.

### بند سوم. ضعف قوه قضاییه

مشروطیت، اداره امور عمومی توسط قانون و قوه قضاییه مستقل از اجزای جدایی‌ناپذیر حکومت

۱. شکرچی، احمد و هیوا عمر، «تحلیل کیفی تأثیر ساختار سیاسی - قبیله‌ای کردستان بر حاکمیت قانون (با تأکید بر موردی از دادگاه تجدیدنظر استان اربیل در کردستان عراق)»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۹، ص ۱۶۳.

قانون هستند که با یکدیگر در ارتباطند. در حالی که از نظر تئوری، این عناصر نباید هیچ مشکلی در رژیم‌های سیاسی ایجاد کنند، اجرای عملی با چالش‌های مهمی مواجه است. هر رژیم سیاسی می‌تواند ادعای پای‌بندی به قانون اساسی و قوه قضاییه مستقل را داشته باشد یا اقدامات دولتی را در راستای حاکمیت قانون انجام دهد. مشکلات زمانی به وجود می‌آیند که محتوای قانون اساسی و قوانین لازم‌الاجرا بررسی شود و ظرفیت محدود قوه قضاییه برای نظارت بر قوانین مغایر با اصول حاکمیت ماهوی قانون آشکار گردد. در چنین شرایطی، ممکن است برای وجود یک حاکمیت رسمی قانون استدلال شود، اما نمی‌توان ادعای مشروعیت چنین قوانین یا حکومتی را کرد؛ زیرا مشروعیت در چنین سناریویی تضمین نمی‌شود. در اصل، قانونی بودن ذاتاً مساوی با مشروعیت نیست؛ چون یک قانون یا عمل ممکن است از منظر رسمی، قانونی باشد، اما از منظر ماهوی، ناعادلانه و نامشروع باشد.<sup>۱</sup> به طور کلی، نظام قضایی عراق با محدودیت‌های قابل توجهی روبه‌روست که مانع حاکمیت قانون می‌شود. این محدودیت‌ها را می‌توان در سه حوزه اصلی دسته‌بندی کرد:

#### **الف. نبود استقلال**

قوه قضاییه در عراق برای حفظ استقلال خود از نفوذ سیاسی تلاش می‌کند. بازیگران سیاسی ممکن است قضاات را از طریق تهدید، ارباب یا رشوه زیر فشار قرار دهند، اعتماد عمومی به بی‌طرفی دادگاه‌ها را تضعیف کنند و محیطی بسازند که عدالت در آن تضمین نشود.

#### **ب. منابع محدود**

نظام قضایی عراق با بودجه ناکافی، کمبود قضاات واجد شرایط و زیرساخت‌های قدیمی روبه‌روست که به انباشت طولانی پرونده‌ها، تأخیر در محاکمه و ناکارآمدی عمومی در نظام قضایی منجر می‌شود.

#### **ج. مستعد بودن در برابر فساد**

فساد در نظام قضایی، چالشی جدی برای حاکمیت قانون در عراق است. قضاات و مقامات دادگاه ممکن است رشوه بپذیرند یا در دیگر اعمال فسادآمیز شرکت کنند که منجر به صدور احکام ناعادلانه و کاهش بیش‌تر اعتماد عمومی می‌شود.

۱. روحی و همکاران، پیشین، ص ۶۹.

## بند چهارم. فساد و خودداری از مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی

فساد در عراق، موضوعی فراگیر است که حاکمیت قانون را تضعیف می‌کند. این امر به اشکال مختلف از جمله رشوه‌خواری، اختلاس، استفاده از خویشاوندی و سوء استفاده از مناصب دولتی برای منافع شخصی بروز می‌کند. این فساد گسترده، اعتماد عمومی به نظام حقوقی را از بین می‌برد و این تصور را ایجاد می‌کند که قانون فقط برای افراد ناتوان اعمال می‌شود، در حالی که قدرتمندان آن را به نفع خود دست‌کاری می‌کنند.

### الف. اجرای انتخابی

اگر مقامات در برابر فساد اداری، مسئول و پاسخ‌گو نیستند، اجرای گزینشی قانون تقویت می‌شود. افراد قدرتمند از حفره‌ها سوء استفاده می‌کنند و برای خروج از عواقب قانونی رشوه می‌دهند و احساس معافیت از مجازات ایجاد می‌کنند. نابرابری در برابر قانون، سنگ بنای حاکمیت قانون را تضعیف می‌کند.

### ب. از بین رفتن اعتماد عمومی

اعتماد عمومی برای مشروعیت و اثربخشی نظام حقوقی ضروری است. فساد افسارگسیخته باعث می‌شود که شهروندان، اعتماد خود را نسبت به توانایی دادگاه‌ها برای اجرای عدالت از دست بدهند. همین امر، افراد را از جست‌وجوی مراجع قانونی برای شکایات منصرف می‌کند و باعث تضعیف بیش‌تر حاکمیت قانون می‌شود.

### ج. زوال خدمات عمومی

فساد، جهت‌گیری تخصیص منابع را از خدمات عمومی اساسی مانند مراقبت‌های بهداشتی و آموزش منحرف می‌کند که باعث تضعیف ظرفیت دولت برای حمایت از شهروندان خود و حمایت از حاکمیت قانون می‌شود.

## گفتار چهارم. تأثیر چالش‌های موجود بر حاکمیت قانون

کاستی‌های موجود در نظام قانون اساسی عراق، تأثیرات آبخاری دارد و پی‌آمدهای منفی زیادی برای کشور ایجاد می‌کند. این چالش‌ها به گسترش فضای معافیت از مجازات، تضعیف حقوق بشر و مانع توسعه اقتصادی کمک می‌کنند.

## بند اول. گسترش فضای مصونیت از مجازات

زمانی که حاکمیت قانون ضعیف باشد، افراد به ویژه کسانی که در مناصب قدرت هستند، کم‌تر در قبال نقض قانون پاسخگو خواهند بود. این امر، فضای معافیت از مجازات را ایجاد می‌کند که در آن، شهروندان، اعتماد خود را به نظام قانونی از دست می‌دهند و کم‌تر احتمال دارد جرایم را گزارش کنند.<sup>۱</sup> این وضعیت، حس بی‌قانونی و ناامنی را تقویت می‌کند و اعتماد عمومی به دولت را بیش‌تر از بین می‌برد.

## بند دوم. پی‌آمدهای منفی برای حقوق بشر و آزادی‌های اساسی

اقلیت‌ها و گروه‌های به حاشیه رانده شده به ویژه زمانی که نظام حقوقی نتواند به طور یکسان از حقوقشان حمایت کند، مستعد تبعیض و خشونتند.

## بند سوم. دل‌سردی از سرمایه‌گذاری و رشد اقتصادی

سرمایه‌گذاران به دنبال محیط باثبات و قابل پیش‌بینی هستند که در آن، حاکمیت قانون استوار باشد. هنگامی که چارچوب قانونی مملو از ابهام باشد و آن قانون‌ها به صورت مؤثر هم اجرا نشود، کسب‌وکارها برای سرمایه‌گذاری در عراق مردد می‌شوند. این وضعیت نه تنها رشد اقتصادی را متوقف می‌کند، بلکه مانع ایجاد شغل و فرصت‌های توسعه برای شهروندان عراقی می‌شود.

## بند چهارم. راه حل‌ها و اصلاحات امکان‌پذیر

کاستی‌های کنونی در نظام قانون اساسی عراق، نیازمند رویکردی چندجانبه برای تقویت حاکمیت قانون است. این بخش، راه حل‌ها و اصلاحات بالقوه را در حوزه‌های مختلف بررسی می‌کند.

### الف. اصلاحات قانون اساسی

رسیدگی به ابهام و تناقض در قانون اساسی، نیازمند رویکردی سنجیده است. بررسی جامع توسط یک کمیسیون تخصصی می‌تواند زمینه‌های حیاتی را برای اصلاح مشخص کند. رایزنی‌های عمومی در کنار تجزیه و تحلیل حقوقی متخصصان اطمینان حاصل می‌کند که هر گونه تغییر منعکس‌کننده

1. Law, L. J. Rule of Law in Iraq: Transitional Justice under Occupation. International Kindle- Paperwhite. (Note: Since this source is an e-book with) limited information, consider including "Kindle Edition" after the title., 2012, p. 36.

نیازهای شهروندان عراقی است.<sup>۱</sup>

### ب. مبارزه با فساد و افزایش پاسخ‌گویی

مقابله با فساد مستلزم رویکردی جامع است که می‌تواند شامل این اقدامات باشد:

۱. تقویت نهادهای مبارزه با فساد و پرورش فرهنگ شفافیت در نهادهای دولتی؛
۲. توان‌مندسازی نهادهای نظارتی مانند هیئت عالی حسابرسی فدرال برای حسابرسی مؤثر مخارج دولت و شناسایی بی‌نظمی‌ها؛
۳. تصویب قوانین سخت‌گیرانه‌تر با مجازات‌های سخت‌تر برای جرایم فساد به همراه بهبود سازوکارهای اجرایی.

### ج. نقش جامعه مدنی

یک جامعه مدنی پویا در ترویج حاکمیت قانون نقش مهمی ایفا می‌کند. سازمان‌های جامعه مدنی می‌توانند:

۱. با ابتکارات آموزش عمومی، آگاهی از حقوق شهروندی و فرآیندهای قانونی را افزایش دهند؛
  ۲. بر اقدامات دولت، نظارت و از اصلاحاتی حمایت کنند که حاکمیت قانون را تقویت می‌کند؛
  ۳. به کسانی که توانایی پرداخت هزینه‌های وکالت را ندارند، کمک‌های حقوقی عرضه کنند.
- با اجرای این راه‌حل‌ها و اصلاحات، عراق می‌تواند به چالش‌های پیش روی نظام قانون اساسی خود رسیدگی کند و راه را برای تحقق جامعه‌ای عادلانه‌تر و منصفانه‌تر که بر اساس حکومت قانون بنا شده است، هموار سازد.

### نتیجه‌گیری

گذار عراق به سمت ایجاد دولتی دموکراتیک پس از سال ۲۰۰۳ با موانع مهمی همراه بوده است. در نظام قانون اساسی عراق، ابهام‌های فراگیر و ناهماهنگی‌های داخلی مانع کارایی آن می‌شود. بر خلاف هدف ساختار فدرال برای تقویت تقسیم قدرت، مناقشات اخیر مانند موارد مربوط به قانون

۱. آل علی، زید و یوسف عوف، قانون اساسی عراق: تحلیل مواد مناقشه‌برانگیز؛ راه حل‌ها و پیشنهادات، شماره سپرده در دارالکتب و اسناد بغداد: ۳۱۰۸ برای سال ۲۰۲۰، بنیاد فردریش ابرت اردن و عراق، ۲۰۲۰، ص ۱۲۵.

انتخابات پارلمان کردستان بر ظرفیت آن برای ممانعت از حاکمیت قانون تأکید می‌ورزد. علاوه بر این، قوه قضاییه در عراق با ضعف‌های عمیقی دست و پنجه نرم می‌کند، از جمله نبود استقلال و کمبود منابع که توانایی آن را برای اجرای قوانین و مبارزه مؤثر با فساد گسترده تضعیف کرده است. در نتیجه، اعتماد عمومی به نظام حقوقی از بین می‌رود و فضای معافیت از مجازات را تداوم می‌بخشد که مسئولیت‌پذیری را کاهش داده است.

پی‌آمدهای این چالش‌ها عمیق است؛ چون حفاظت از حقوق بشر را به خطر می‌اندازد، سرمایه‌گذاری را دل‌سرد می‌کند و رشد اقتصادی را با مشکل مواجه می‌کند. در نهایت، یک حاکمیت قانون شکننده، مانع از پیشرفت عراق به سوی ایجاد جامعه‌ای عادلانه، منصفانه و باثبات می‌شود. حاکمیت قانون مستحکم به عنوان بستر یک دموکراسی کارآمد، عمل و تضمین می‌کند که همه افراد صرف نظر از موقعیت، مشمول اجرای منصفانه و منسجم قوانین هستند و قابلیت پیش‌بینی و اعتماد به نظام حقوقی را تقویت می‌کند. به تعبیر دیگر، یک حاکمیت قانون قوی برای جذب سرمایه‌گذاری، تحریک توسعه اقتصادی و حفظ حقوق بشر ضروری است.

پرداختن به پیچیدگی‌های نظام حقوق و قانون اساسی عراق مستلزم تعهد و همکاری پایدار میان ذی‌نفعان مختلف است. تلاش‌ها باید بر اصلاح ابهام‌های موجود در قانون اساسی، تقویت استقلال و ظرفیت قوه قضاییه و اجرای اقدامات قوی ضد فساد برای افزایش پاسخ‌گویی دولت متمرکز شود. علاوه بر این، جامعه مدنی در حمایت از حاکمیت قانون و توان‌مندسازی مردم از طریق آموزش حقوقی نقش اساسی ایفا می‌کند. از طریق تلاش‌های مشترک، عراق می‌تواند چارچوب قانون اساسی مستحکم ایجاد کند که با دفاع از حاکمیت قانون، مسیری را به سوی آینده‌ای عادلانه‌تر، باثبات‌تر و مرفه‌تر ترسیم سازد.

قانون اساسی عراق شامل یک مقدمه و ۱۱۴ ماده است که ساختار دولتی، حقوق و تعهدات شهروندی و نیز اصول و ارزش‌های اساسی را مشخص می‌کند. این مقدمه با تأکید بر تعهد مردم عراق به دموکراسی، فدرالیسم، حاکمیت قانون، حقوق بشر، برابری و عدالت، تنوع ملت و اشتیاق جمعی آن برای وحدت، آزادی و استقلال را تصدیق می‌کند.

این قانون اساسی، کشور عراق را به عنوان یک جمهوری دموکراتیک پارلمانی فدرال ترسیم می‌کند

که دارای سازوکار کنترل و تعادل بین قوای مقننه، مجریه و قضایی است. قوه مقننه بر عهده شورای نمایندگان است که توسط مردم عراق از طریق نمایندگان نسبی انتخاب می‌شود. قوه مجریه شامل رئیس‌جمهوری به انتخاب شورای نمایندگان و شورای وزیران به رهبری نخست‌وزیر است. اقتدار قضایی به طور مستقل به دیوان عالی فدرال و دیگر دادگاه‌های فدرال واگذار می‌شود و حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی مانند حق زندگی، آزادی، امنیت، آزادی بیان، اجتماعات و محاکمه عادلانه را تضمین می‌کند. علاوه بر این، حقوق زنان، کودکان، اقلیت‌های مذهبی و قومی را تضمین و تبعیض بر اساس نژاد، ملیت، مذهب یا جنسیت را ممنوع می‌کند. با اذعان به اقلیم کردستان به عنوان یک واحد خودمختار در ساختار فدرال عراق، قانون اساسی، اختیارات و وظایف دولت‌های فدرال و منطقه‌ای را به همراه توزیع درآمدها و منابع مشخص می‌کند. اصلاحات در قانون اساسی مستلزم کسب اکثریت دوسوم آرا در شورای نمایندگان و پس از آن، یک فرآیند با ابتکار یک سوم اعضای آن یا یک سوم از رأی‌دهندگان است.

در حالی که قانون اساسی عراق به عنوان طرحی برای حکومت‌داری، حفاظت از حقوق اساسی و پرورش دموکراسی و حاکمیت قانون عمل می‌کند، با چالش‌های بی‌شماری مواجه است که مانع اجرای مؤثر آن می‌شود. نیاز به بازنگری گسترده، ناقص بودن آن را نشان می‌دهد که عملکرد نظام حقوقی را مختل می‌کند و اعتماد عمومی را از بین می‌برد. مسائل ریشه‌دار ناشی از درگیری‌های تاریخی، بی‌ثباتی سیاسی و مداخله خارجی نیز مانع توسعه و اجرای یک چارچوب قانونی قوی و مستقل می‌شود. علاوه بر این، بی‌اعتمادی به قوه قضاییه، همراه با فساد و شکاف‌های فرقه‌ای، این موانع را تشدید می‌کند. در این میان، مهم‌ترین چالش، اجرای ناپایدار مقررات قانون اساسی است. تفاسیر متفاوت و اجرای انتخابی مبتنی بر وابستگی‌های سیاسی و منافع شخصی، حاکمیت قانون را تضعیف و فرهنگ معافیت از مجازات را تقویت می‌کند.

مبارزه برای ایجاد یک قوه قضاییه بی‌طرف، با وجود جناح‌های سیاسی و بازیگران خارجی که بر انتصاب‌ها و برکناری‌های قضایی اثر می‌گذارند و استقلال قضایی را به خطر می‌اندازند، دیگر مانع مهم در این راستاست. علاوه بر این، نبود ضمانت‌های امنیتی برای قضا و وکلا که با تهدید و اجبار مواجه هستند، استقلال قضایی را بیش‌تر تضعیف و اجرای عدالت را با مشکل مواجه می‌کند. آموزش ناکافی قضا و دادستان همراه با محدودیت منابع و زیرساخت‌های ناکافی سبب تأخیر در فرآیندهای قضایی

می‌شود و افراد را از محاکمه به موقع و عادلانه محروم می‌سازد و در عین حال، اعتبار نظام حقوقی را تضعیف می‌کند. فساد در داخل قوه قضاییه، این چالش‌ها را تشدید می‌کند و امکان دست‌کاری در فرآیندهای قانونی را فراهم می‌سازد و یک پارچگی نظام قضایی را به خطر می‌اندازد.

در حالی که قانون اساسی عراق، چارچوبی را برای حکومت‌داری و حمایت از حقوق ارائه می‌دهد، اثربخشی آن در گرو رسیدگی به چالش‌های کلیدی است که مانع اجرای مؤثر آن می‌شوند. عراق با تلاش‌های هماهنگ برای ارتقای استقلال قضایی، تقویت ظرفیت نهادی و مبارزه با فساد می‌تواند از ظرفیت کامل اصول قانون اساسی خود استفاده کند و جامعه‌ای عادلانه‌تر و موفق‌تر بسازد. رشوه‌خواری افسارگسیخته، خویشاوندگرایی و سوء استفاده از بودجه عمومی، یک پارچگی نظام حقوقی را به خطر انداخته و اعتماد عمومی را کاهش داده است. نبود شفافیت و پاسخ‌گویی در تصمیم‌گیری‌های دولتی نیز این موضوع را تشدید می‌کند. رسیدگی به فساد مستلزم اصلاحات قانونی کامل، تدبیراندیشی قوی ضد فساد و تعهد تزلزل‌ناپذیر به این موضوع است.

این در حالی است که تنش‌های فرقه‌ای و قومی، چالش‌های مهمی برای پای‌بندی عراق به حاکمیت قانون ایجاد می‌کند. اختلافات طولانی‌مدت به حوزه حقوقی سرازیر می‌شود که منجر به قضاوت‌های جانب‌دارانه و از بین رفتن اعتماد به قوه قضاییه شده است. هنگامی که نظام حقوقی به نفع جناح‌های خاص تلقی می‌شود، اصل حمایت برابر قانون را تضعیف می‌کند و به بنیاد حاکمیت قانون ضربه می‌زند. تهدید مداوم تروریسم و شورش، حاکمیت قانون را در عراق بیش‌تر تضعیف می‌کند. این چالش‌های امنیتی، روندهای قانونی را مختل و فضای ترس و بی‌ثباتی ایجاد می‌کند. در چنین شرایطی، حاکمیت قانون دچار رکود می‌شود؛ زیرا افراد، قادر به احقاق حقوق خود یا عدالت‌خواهی بدون ترس از انتقام نیستند. علاوه بر این، ظرفیت ضعیف اجرای قانون اساسی، چالش‌های فراروی آن را تشدید می‌کند. کمبود منابع و آموزش ناکافی برای پلیس و نیروهای امنیتی، فرهنگ معافیت از مجازات را پرورش می‌دهد و اعتماد عمومی را به نظام قانونی از بین می‌برد. نفوذ شبه‌نظامیان و گروه‌های مسلح که خارج از کنترل دولت عمل می‌کنند، این مسائل را تشدید می‌کند، خشونت را تداوم می‌بخشد و مانع عملکرد درست نهادهای دولتی می‌شود.

علاوه بر این، کمبود آگاهی عمومی و آموزش حقوقی، بسیاری از عراقی‌ها را در معرض سوء استفاده

قرار می‌دهد و دسترسی آن‌ها را به عدالت محدود می‌کند. ارتقای سواد حقوقی و آگاهی عمومی برای توانمندسازی افراد و تقویت اعتماد به نظام حقوقی بسیار مهم است. در نهایت، ضرورت آشتی و عدالت انتقالی، چالش بزرگی را به همراه دارد. تاریخچه درگیری‌ها و نقض حقوق بشر در عراق نیازمند رویکردی منصفانه و بی‌طرفانه برای رسیدگی به شکایات گذشته است. دستیابی به مصالحه و اطمینان از پاسخ‌گویی مستلزم یک استراتژی جامع برای عدالت انتقالی است.

پرداختن به این چالش‌ها و تقویت نظام قانون اساسی عراق نیازمند رویکردی چندوجهی است. اصلاحات نهادی از جمله آموزش و ارتقای ظرفیت نیروی قضایی، برای افزایش کارایی و انصاف نظام قضایی ضروری است. اجرای تدبیرهای مبارزه با فساد برای حفظ یک‌پارچگی و بی‌طرفی مراحل قانونی ضروری است. علاوه بر این، تقویت آگاهی عمومی و آموزش حقوقی برای توانمندسازی شهروندان و تقویت اعتماد به نظام حقوقی بسیار مهم است. به طور کلی، همه تلاش‌ها باید بر کاهش تنش‌های فرقه‌ای و قومی از طریق سیاست‌ها و اقدامات جامع متمرکز شود و از حمایت برابر برای همه شهروندان در چارچوب قانون اطمینان حاصل شود. تقویت ظرفیت اجرای قانون و سازوکارهای پاسخ‌گویی برای مبارزه با تروریسم و شورش بسیار مهم است. بنابراین، محیطی مساعد برای حاکمیت قانون ایجاد می‌کند. علاوه بر این، برای از بین بردن شبهه نظامیان و گروه‌های مسلح باید اقدام شود و انحصار دولت در استفاده از زور عملی گردد.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

۱. بحیرایی، خداداد و همکاران، «تجلی حاکمیت قانون به عنوان ابزار تضمین حقوق بشر در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، دوره دازدهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۲.
۲. روحی، عباد و همکاران، «نقش وکیل در استقرار حاکمیت قانون و حمایت از حقوق بشر»، همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۲.
۳. شجاعیان، خدیجه، «مؤلفه‌های اصل حاکمیت قانون در پرتو تعریف سازمان ملل متحد»، جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۹۶.
۴. شکرچی، احمد و هیوا عمر، «تحلیل کیفی تأثیر ساختار سیاسی قبیل‌ای کردستان بر حاکمیت قانون (با تأکید بر موردهایی از دادگاه تجدیدنظر استان اربیل در کردستان عراق)»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۹.
۵. صلاحی، سهراب و علی بهادری جهرمی، «ساختارهای اساسی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عراق»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره سوم، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
۷. فقیه حبیبی، علی و همکاران، «بررسی ساختار و حدود صلاحیت اداری استانداران با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و عراق»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۴۰۳.
۸. کریمی فرد، حسین، «تبیین بی‌ثباتی سیاسی در جامعه ناهمگون عراق در سال‌های ۲۰۰۳ تا ۲۰۲۲؛ مطالعات بنیادین و کاربردی جهان اسلام»، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۴۰۱.
۹. مشهدی، علی و همکاران، «شرایط استثنایی و استثنای حاکمیت قانون (مورد پژوهشی: رویکرد خبرنگان قانون اساسی به وضعیت‌های اضطراری)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۱۰. موسی‌زاده، رضا، مبانی حقوق اداری، تهران: آینده‌سازان، ۱۳۷۴.

## ۲. عربی

۱. احمد، زوفین، ضمان الحقوق و الحريات وفق الدستور و القانون الجنائي في العراق، جامعة كاشان، ۲۰۲۰.
۲. آل علی، زید و یوسف عوف، قانون اساسی عراق: تحلیل مواد مناقشه‌برانگیز؛ راه حل‌ها و پیشنهادات، شماره سپرده در دارالکتب و اسناد بغداد: ۳۱۰۸ برای سال ۲۰۲۰، بنیاد فردریش ابرت اردن و عراق، ۲۰۲۰.
۳. شیخا، ابراهیم عبدالعزیز، النظم السياسيه لدول و الحكومات، بغداد: منشأ المعارف بالاسكندريه، ۲۰۰۶.

## ۳. Latin Source

۱. Alchalabi, H., The Role of the Iraqi constitution in the growing unconstitutional practices», in The College of Law and Political Science Journal, Vol ۱, Issue ۲۰۲۱, ۹.
۲. Ammar, R. A. J., Constitutional and Human Rights Issues and Trends in The Republic of Iraq, Struggling on The Way. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES., ۲۰۲۳.
۳. Burton, M., Deeks, A., Iraq's Constitution: A Drafting History. In ]Author with Initials Unknown[ )Ed.(, Cornell International Law Journal, Vol . ۲۰۰۷, ۴۰, pp. ۸۷-۲.
۴. Clark, D. P., The rule of law in a liberal democracy, Princeton University Press, ۲۰۱۸.
۵. Constitution of Iraq, Official Website of the Republic of Iraq in Arabic, ۲۰۰۵, :Retrieved from [www.investpromo.gov.iq/wp-content/uploads/۰۶/۲۰۱۳/iraqi-constitution-En.pdf](http://www.investpromo.gov.iq/wp-content/uploads/۰۶/۲۰۱۳/iraqi-constitution-En.pdf).
۶. Fukuyama, F.,. State building: Governance and world order in the ۲۱st century, Oxford University Press, ۲۰۱۳.
۷. Law, L. J. Rule of Law in Iraq: Transitional Justice under Occupation. International Kindle-Paperwhite. )Note: Since this source is an e-book with) limited information, consider including "Kindle Edition" after the title., ۲۰۱۲.
۸. Rouhi, E., Dezaki, L. R., & Karveh, M. J, ۲۰۱۷ Rule of Law and Its Guidelines and Indicators for Judiciary in Human Rights Issues, Journal of Politics and Law ۱۰ .

## صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به شکایات از اشخاص حقیقی

محمد حسنونند<sup>۱</sup>، محمد پُرسا<sup>۲</sup>، حدیثه داودی<sup>۳</sup>

### چکیده

فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری، تحقق پاسخ‌گویی، حاکمیت قانون و نظارت قضایی در نهادهای عمومی از طریق رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به دستگاه‌های عمومی و مقامات و مأموران آن‌هاست که در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به آن تصریح شده است. با وجود صراحت قانون و نهادینه شدن رسیدگی به شکایات از نهادهای عمومی در نظام حقوقی ایران، شکایت از مقامات و مأموران دستگاه‌های مشمول قانون چندان در رویه دیوان عدالت اداری رایج نبوده و در عمل مغفول مانده است. این در حالی است که در موارد متعددی، مسئولیت اعمال و تصمیمات خلاف قانون اداره‌ها متوجه کارکنان است و شخصی سازی مسئولیت اداری بر تحقق حاکمیت قانون و پیش‌گیری از استقرار رویه‌های خلاف قانون در اداره‌ها اثری بسزا دارد. در همین راستا، پژوهش حاضر به دنبال تبیین آشکال قابل شکایت علیه اشخاص حقیقی به مناسبت سِمَت سازمانی ایشان در دستگاه‌های اجرایی است و برای این منظور، ضمن بررسی و تحلیل متون قانونی به مطالعه رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری پرداخته است. بر اساس یافته‌های این پژوهش، تحقق کامل نظارت قضایی دیوان، مستلزم تفکیک صحیح مسئولیت اداره از مسئولیت کارمندان است و در این صورت، امکان طرح شکایت از مقامات عمومی در صورت‌های مختلفی از رعایت نشدن قوانین، تجاوز و سوء استفاده از اختیارات و خودداری از انجام وظایف قانونی متصور است.

**واژگان کلیدی:** دیوان عدالت اداری، نهادهای عمومی، مأموران عمومی، مسئولیت مدنی، احراز تخلف.

۱. دانش‌آموخته دکتری تخصصی حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران / قاضی دیوان عدالت اداری / مدرس دانشگاه های تهران (نویسنده مسئول)، malr.journal@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق دادرسی اداری، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران / بازپرس دادرسی امور جنایی و جرایم خاص کرج / مدرس دانشگاه، mohammad.porsa@yahoo.com

۳. پژوهشگر دوره دکتری حقوق عمومی، دانشکده فارابی، دانشگاه تهران، ایران / مدرس دانشگاه، lawmaker95@yahoo.com

## مقدمه

گسترش نظام اداری و دامنه اعمال اداری دولت‌ها در مقایسه با دولت‌های رفاهی در گذشته سبب ورود دولت به بیش‌تر عرصه‌های زندگی اجتماعی شده است.<sup>۱</sup> این تحولات، از یک سو، متضمن اثرگذاری دولت بر حقوق شهروندان و نقض احتمالی حقوق آن‌ها و از سوی دیگر، مستلزم پاسخ‌گویی دستگاه‌های دولتی و مأموران عمومی در برابر شهروندان است. در این میان، قانون، تنها ضابطه‌ای است که حد و مرزهای مداخله دولت را مشخص می‌کند. قوانین، مقررات و قواعد اداری به تنهایی و بدون این‌که با صلاح‌دید اداری تعدیل شوند، نمی‌توانند از عهده پیچیدگی‌های امور دولت‌های مدرن و عدالت در معنی مدرن آن برآیند. در حقیقت، قدرت صلاح‌دیدی (صلاحیت‌ها)، یکی از منابع اصلی خلاقیت در حکومت و حقوق است.<sup>۲</sup> نبود قدرت صلاح‌دیدی به معنای از بین رفتن خلاقیت و محدود کردن مأموران دولتی در یک الگوی رفتاری خشک است.<sup>۳</sup>

در چنین وضعیتی، نگرش حق‌محور در حقوق اداری مدرن با نگاهی ویژه به رعایت حقوق شهروندان در مواجهه با اداره، دکترین «اداره خوب»<sup>۴</sup> را به ارمغان آورده که مهم‌ترین تضمینات ماهوی و شکلی را برای حمایت از افراد در برابر تصمیمات اداری پیشنهاد می‌کند و متضمن اصولی چون قانونی بودن، نفی تبعیض، بی‌طرفی، تناسب، منع سوء استفاده از اختیارات، حق دفاع و موارد دیگر است.<sup>۵</sup>

1. Bugaric, B., **Openness and transparency in public administration: challenges for public law**, Harvard law school library, Wisconsin International Law Journal, 2004, Vol. 22, No. 3, p. 484.

2. Davis, K. (1969), **Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry**, p. 25, Cited in: K. Pakuscher, Ernest, "The Use of Discretion in German Law", in The University of Chicago Law Review, Vol. 44, No. 1, Autumn, 1976, p. 94.

3. Cooper, Phillip J., "Conflict or Constructive Tension: The Changing Relationship of Judges and Administrators", in Public Administration Review, Vol. 45, Special Issue: Law and Public Affairs, Nov. 1985, p. 643.

4. Good Administration

«کد اروپایی رفتار خوب اداری» (The European Code of Good Administrative Behaviour) که در سال ۲۰۰۱ به تصویب پارلمان اروپا رسید، اصول متعددی در این زمینه دارد.

۵. برای مطالعه بیش‌تر نک: فلاح‌زاده، علی محمد و سید جمال رکابدار، «نگاهی به حق اداره مطلوب در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶.

البته می‌توان گفت تحقق اداره خوب در سایه نظارت قضایی<sup>۱</sup> بر اعمال اداره و کارکنان آن امکان پذیر است. این تضمینات که برای حمایت از حقوق شهروندان در برابر تعدی‌های احتمالی اداره به این حقوق شناسایی شده‌اند، در خصوص صلاحیت‌های گسترده مأموران عمومی، اهمیت بیش‌تری می‌یابند و تنها با ابزار نظارت قابل تحقق هستند.

بر همین بنیاد، در نظام حقوقی ایران نیز یکی از وظایف قوه قضاییه، نظارت بر حسن اجرای قوانین<sup>۲</sup> و متعاقب آن، کنترل اعمال اداری است. قوه قضاییه از طریق سه نهاد یعنی محاکم دادگستری، سازمان بازرسی کل کشور و دیوان عدالت اداری، اعمال اداری را کنترل می‌کند. مطابق اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی، دیوان عدالت اداری، مرجعی قضایی است که در ساختار قوه قضاییه، صلاحیت رسیدگی به شکایات اشخاص حقیقی یا حقوقی علیه واحدهای دولتی<sup>۳</sup> را بر عهده دارد و از این رو، صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی دولت، صلاحیتی ذاتی و عام در برابر محاکم دادگستری است و مرجع عام رسیدگی به دعاوی اداری محسوب می‌گردد.

تأسیس نهادی برای احقاق حقوق مورد انتظار مردم نسبت به عملکرد دستگاه‌های اجرایی به نام دیوان عدالت اداری موجب شده است تا دعاوی مختلفی علیه تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های دولتی مطرح شود. چون تصمیم‌گیری اداری و اجرای اعمال اداری در عالم واقع توسط کارکنان و مقامات اداری انجام می‌پذیرد، امکان تحقق واقعی حاکمیت قانون و احقاق حقوق شهروندان به صرف شکایت از شخصیت حقوقی اداره ممکن نیست و مستلزم پاسخ‌گویی اشخاص حقیقی متصدی مناصب دولتی نیز هست. از طرفی، میزان صلاحیت‌های تخییری مقامات عمومی از صلاحیت‌های تکلیفی بسیار بیش‌تر است که دست آن‌ها را برای فرار از اصل مهم حاکمیت قانون باز می‌گذارد. این وضعیت به گونه‌ای است که از صلاحیت‌های تخییری با عنوان «اسب تروایی»

1. Judicial review.

۲. بند ۳ اصل ۱۵۶ قانون اساسی.

۳. واحدهای دولتی اعم از وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها.

یاد می‌شود<sup>۱</sup> که ترک‌تازانه در پی فتح قلعه حاکمیت قانون است<sup>۲</sup> و میل به گریز از نظارت قضایی دارد. به همین دلیل، کنترل قضایی اختیارات مقامات عمومی برای تضمین حاکمیت قانون در اداره، مهم محسوب می‌شود.

به عبارت دیگر، تحقق کامل نظارت قضایی دیوان بر اداره مستلزم تمییز صحیح مسئولیت اداره و کارمند در فرآیند دادرسی اداری و بررسی قضایی اعمال اداری است تا در هر مورد خاص، مسئولیت حقوقی متوجه مخاطب اصلی خود باشد و زمینه احقاق کامل حقوق شهروندان و جبران واقعی منافع ایشان فراهم شود. قانون‌گذار ایرانی نیز با درک همین مهم هم در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و هم در قوانین راجع به آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، همواره در کنار در نظر گرفتن امکان شکایت از وزارت خانه، سازمان دولتی و مؤسسه عمومی، امکان شکایت از مأموران آن‌ها را نیز به صراحت پیش‌بینی کرده است. با وجود این صراحت قانونی و نهادینه شدن رسیدگی به شکایات از نهادهای عمومی در نظام حقوقی ایران، شکایت از مقامات و مأموران دستگاه‌های مشمول قانون چندان در رویه دیوان عدالت اداری رایج نیست و در عمل مغفول مانده است.

طرح مسائلی راجع به تفکیک مسئولیت اداره از کارکنان آن در دکترین حقوق اداری و حقوق مسئولیت مدنی نشان از ماهیت چالش‌برانگیز و پراهمیت این موضوع در نظام حقوقی ایران دارد. با این حال، کمبود پژوهش‌های بنیادین و کاربردی در این زمینه موجب تشدید بحث و جدال‌های حقوقی در ماهیت موضوع گردیده است. بررسی پژوهش‌های انجام‌شده در حقوق اداری نشان می‌دهد که پژوهش مستقلی درباره امکان‌سنجی شکایت از اشخاص حقیقی یا مأموران عمومی در دیوان عدالت اداری و موارد قابل شکایت در این مورد صورت نگرفته است. پژوهش‌های انجام‌شده ذیل اصول حاکم بر حقوق اداری و هم‌چنین نظارت دیوان بر مقررات و آیین‌نامه‌ها، به تخلفات متعددی اشاره کرده‌اند که انجام آن‌ها در عمل از جانب اشخاص حقیقی نیز قابل تصور است و در نتیجه، از امکان شکایت مستقل علیه مأمور عمومی برخوردار است. پژوهش حاضر با توجه به این موارد، در پی اثبات امکان طرح شکایت از مأموران عمومی نزد دیوان عدالت اداری است و برای این

1. Cane, Peter, "Merits Review and Judicial Review: The AAT as Trojan Horse", Federal Law Review, 2000, Vol. 28, No. 2, pp. 213-244.

۲. فنازاد، رضا، صلاحیت اختیاری در بستر حقوق عمومی مدرن، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱.

منظور به تفکیک مسئولیت اداره از مأمور عمومی، تبیین مفهوم مأموران عمومی، مشخص کردن موارد قابل شکایت و دامنه صلاحیت دیوان در رسیدگی به این دعاوی پرداخته است و با مطالعه تحلیلی منابع کتابخانه‌ای، قوانین موجود و آرای قضایی دیوان عدالت اداری به دنبال پر کردن بخشی از خلأ موجود در این زمینه است.

## گفتار اول. تفکیک مسئولیت مدنی کارمند از مسئولیت مدنی اداره

از نظر تاریخی، همواره تردیدهایی درباره مسئولیت مدنی دولت، شرایط تحقق، دامنه و قلمرو آن وجود داشت، تا جایی که پیش از شناسایی اصل مسئولیت دولت و حاکمیت اصل مصونیت دولت، کارمندان دولت نسبت به خساراتی که به مناسبت انجام وظیفه ایجاد می‌کردند، مسئولیت شخصی داشتند، اما هنگامی که اصل مسئولیت دولت، جای‌گزین اصل مصونیت دولت شد، مسئولیت جبران این خسارات متوجه دولت‌ها شد. در نتیجه این تحول، در انگلستان به موجب «قانون دعاوی علیه دولت» در سال ۱۷۴۹، طرح دعوا علیه دولت سلطنتی امکان‌پذیر شد. در ایالات متحده امریکا نیز با تصویب «قانون دعاوی مسئولیت مدنی دولت فدرال» در سال ۱۹۴۶، مسئولیت دولت نسبت به خطاهای کارکنان خود به طور کامل پذیرفته شد. در فرانسه هم پس از انقلاب ۱۷۸۹ و با تشکیل «شورای دولتی»، مسئولیت دولت پذیرفته شد و اقامه دعوا علیه دولت و کارکنانش جنبه قانونی یافت.<sup>۱</sup> در ایران تا پیش از تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹، اثبات مسئولیت دولت با تکیه بر قواعد قانون مدنی (اتلاف و تسبیب) صورت می‌گرفت و پس از تصویب این قانون، مسئولیت مدنی دولت در قبال زیان‌های وارد شده به اشخاص به واسطه اعمال تصدی دستگاه‌های اداری پذیرفته شد. پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی، وضع اصل ۱۷۳ قانون اساسی و تصویب قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۰ و پذیرش مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارت وارد شده به اشخاص به عنوان یک اصل، به تمام این تردیدها پایان داد.

مسئولیت مدنی دولت در قالب نظریه‌های گوناگونی توجیه شده است که برخی مبتنی بر اثبات رابطه علیت بین ورود ضرر و فعل زیان‌بار (نظریه خطر و نظریه تساوی همگان در برابر هزینه‌های عمومی) و برخی دیگر مبتنی بر تقصیر (نظریه مسئولیت مستقیم و نظریه مسئولیت غیر مستقیم)

۱. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۷.

هستند. به موجب نظریه‌های مبتنی بر تقصیر، مسئولیت مدنی زمانی مطرح می‌شود که بتوان تقصیر دولت را ثابت کرد؛ چون تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کسی را نسبت به جبران خسارتی توجیه کند، وجود رابطه علیت بین تقصیر و ضرر است.<sup>۱</sup>

از نظر حقوقی، تنها اشخاص حقیقی دارای مسئولیت (مدنی و کیفری) نیستند، بلکه اشخاص حقوقی (اعم از اشخاص حقوقی حقوق خصوصی و حقوق عمومی) نیز در قبال اعمال خود مسئولند. شخص حقوقی طبق قانون، شخصیت مستقلی دارد که منشأ اعمال حقوقی و صاحب حق و متعهد به انجام تکالیف و الزامات قانونی خاص خود است. با این حال، نباید فراموش کرد که همه اشخاص حقوقی از جمله واحدهای دولتی متشکل از افراد حقیقی هستند و فرض موجودیت آن‌ها بدون اشخاص حقیقی، تصویری محال است. هم‌چنین مرجع همه تصمیم‌گیری‌ها و مجری همه مسئولیت‌ها و اعمال اختیارات شخص حقوقی جز اشخاص حقیقی نمی‌تواند باشد و تنها عوامل انسانی هستند که به نیروی دانش و ابتکار و تجربه خود، مأموریت‌های شخص حقوقی را از قوه به فعل درمی‌آورند.<sup>۲</sup> از این رو، نمی‌توان همه خطاهای سازمان‌های اداری را منتسب به خود سازمان دانست، بلکه باید بین خطا و تقصیر اداره و خطا و تقصیر کارمندان اداره تفکیک قائل شد. در نتیجه، جبران خسارت به عهده کسی است که زیان وارد کرده است و به عبارت ساده‌تر، هر کس بار گناه خود را به دوش می‌کشد. دولت، مسئول نقص سازمان، سوء تدبیر و نظارت و ضعف ساختار خود است و کارمند نیز مسئول خطای خویش است. پس لازمه منطقی چنین قاعده‌ای آن است که گناه کارمند را نباید به پای دولت گذاشت و خطای دولت را نیز نباید بر عهده کارمند نهاد.<sup>۳</sup>

در همین راستا، ماده ۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در اجرای اصل ۱۷۳ قانون اساسی، فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری را «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران، واحدها و آیین‌نامه‌های دولتی خلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب‌کننده» دانسته است. دیوان عدالت اداری از یک سو، مرجعی برای رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراض‌های اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: ضمان قهری. مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ص ۱۰۲.

۲. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۲۶۳.

۳. غمامی، پیشین، ص ۲۴.

دولتی<sup>۱</sup> و از سوی دیگر، مرجعی برای رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراض‌های اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای دولتی در امور راجع به وظایف آن‌هاست<sup>۲</sup> که مورد اخیر ناظر بر تصمیمات و اقدامات موردی و انفرادی آن‌هاست. بنابراین، دیوان عدالت اداری نسبت به همه اقدامات و تصمیمات اداری، اعم از تصمیمات و اقدامات موردی و خاص یا تصمیمات عام‌الشمول و مقررات دولتی صلاحیت رسیدگی دارد.<sup>۳</sup>

هرچند با تصویب قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۶۰، مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارت وارده به اشخاص به عنوان یک اصل حقوقی، ضمانت اجرایی مؤثرتری نسبت به گذشته یافت، اما نخستین مبنای قانونی برای مسئولیت دولت، قانون مسئولیت مدنی و به طور خاص، ماده ۱۱ این قانون است. بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی، خساراتی به اشخاص وارد کنند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده‌اند. هرگاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات یا مؤسسات باشد، جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوط است. در مورد اعمال حاکمیت دولت نیز هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت، مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.

بنابراین، تفکیک مسئولیت مدنی کارمند از مسئولیت مدنی اداره در درجه اول، مستلزم تمییز تقصیر شخصی از تقصیر اداری یا خطای شغلی است تا بر اساس آن، تقصیر شخصی بر عهده کارمند و تقصیر اداری بر عهده اداره یا دولت به معنای عام آن قرار گیرد. یکی از معیارهای حقوق دانان برای تمایز خطای شخصی و خطای اداری، نظریه هوریو<sup>۴</sup> با عنوان «رعایت حدود متعارف وظایف» است. طبق این نظریه، «هر اداره و مؤسسه عمومی در انجام وظایف خود باید در حدود متعارف مراقبت داشته باشد که از اعمال او زبانی به کسی وارد نشود. در این حدود، البته اشتباهات و تقصیرات برای

۱. بند الف از بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

۲. بند ب از بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۹۱.

دستگاه غیر قابل اجتناب است و مسئول آن باید دولت باشد، ولی اگر اشتباهات و تقصیرات از این حدود خارج شود، تقصیرات مزبور، خطای شخصی مستخدم بوده و او باید از عهده خسارت برآید». معیار دیگر در قالب نظریه لافریر<sup>۱</sup> با عنوان «عمل غیر مرتبط با وظایف» ارائه شده که بر اساس آن، «چنان چه عمل زیان آور اداری جنبه شخصی داشته و بیانگر ضعف‌ها، هوس‌ها و بی‌احتیاطی‌های مأمور دولت باشد، تقصیر شخصی است و جواب‌گو و مسئول آن، شخص مأمور و مستخدم خواهد بود. به عکس، چنان چه عمل زیان آور جنبه شخصی نداشته باشد، بلکه مأمور دولت را با کم و بیش اشتباهاتی جلو‌گر سازد، تقصیر و خطای اداری است و مسئول آن، دولت خواهد بود»<sup>۲</sup>.

در تشخیص خطای شغلی باید گفت همان طور که رفتار شخص عادی، معیار وجود خطای عادی است، در خطای فنی، رفتار شخص متعارف از آن صنف که از لحاظ آگاهی و صلاحیت علمی در حد معمول باشد، ملاک خطای شغلی است. برخی حقوق دانان بین خطای عادی و خطای شغلی هنگام انجام شغل نیز تفاوت قائل شده و خطای عادی را خطایی دانسته‌اند که شخص هنگام انجام دادن کاری که حرفه اوست، مرتکب می‌شود، بدون این‌که خطا به اصول فنی آن شغل ارتباط داشته باشد. در نقطه مقابل، خطای شغلی را خطایی دانسته‌اند که شخص هنگام انجام حرفه، مرتکب آن می‌شود و با اصول فنی آن حرفه مرتبط و متصل باشد.<sup>۳</sup>

به بیانی دیگر، هر گاه کارمند، عمل اداری را به منظور اجرای وظیفه و دستیابی به هدفی انجام دهد که اداره از او خواسته است و در این راه، مرتکب خطای سبک و غیر عمدی گردد، تقصیر او اداری محسوب می‌شود و دولت، مسئول جبران خسارت است. اگر رفتار زیان بار او برای انجام وظیفه نباشد و عمداً صورت پذیرد، یک تقصیر شخصی به شمار می‌رود. هم‌چنین هر گاه رفتار او، خطای فاحش باشد، در این صورت نیز در حکم عمد بوده و ضمان آور است.<sup>۴</sup>

۱. Laferriere.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰، صص ۴۲۸ و ۴۲۹.

۳. السنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۱، صص ۵۴۸ و ۸۲۴، به نقل از: رستمی، ولی و علی بهادری جهرمی، «مسئولیت مدنی دولت»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره دهم، شماره ۱، شماره ۲۹ پیاپی، شهریور ۱۳۸۸.

۴. غمامی، پیشین، ص ۳۲.

## گفتار دوم. مفهوم مأمور عمومی و تمییز آن از مفاهیم مشابه

همان طور که پیش‌تر نیز اشاره شد، دیوان عدالت اداری از یک سو، مرجعی برای رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراض‌های اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی و از سوی دیگر، مرجعی برای رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراض‌های اشخاص حقیقی یا حقوقی از تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای دولتی در امور راجع به وظایف آن‌هاست. این مأموران دقیقاً چه کسانی هستند؟ فهم این موضوع مستلزم تبیین مفاهیم مشابه شامل مأمور دولت، مستخدم دولت، کارمند و مأمور عمومی است.

### بند اول. مأمور دولت

منظور از واحدهای دولتی که بند ۱ ماده ۱۰ از آن‌ها با عنوان «وزارت‌خانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها» نام برده، واحدی است که در اموری به جز امور تقنینی و قضایی ظاهر می‌شود. واحدهای دولتی در قوای مقننه و قضاییه در اموری که جنبه تقنینی و قضایی ندارند، با دیگر دستگاه‌های اداری و اجرایی قوه مجریه تفاوتی ندارند. در نتیجه، به اعتبار ماهیت حقوقی اعمال خود از جمله واحدهای اجرایی (دولتی) محسوب می‌شوند.<sup>۱</sup> بنابراین، می‌توان از اصل ۱۷۳ قانون اساسی دریافت که تدوین‌کنندگان قانون اساسی، دولت را به معنای وسیع آن به کار برده‌اند و در این معنی، دولت یعنی همه ارگان‌ها، سازمان‌ها، ادارات و مقامات سیاسی و حکومتی و مأمورانی که تحت نظارت و حاکمیت قوای سه‌گانه به اعمال حکومتی و سیاسی یا اعمال اداری و اجرایی با هدف حفظ امنیت و برقراری نظم عمومی در جامعه و تأمین نیازها و انجام خدمات عمومی و رفاه همگانی اقدام می‌کنند.<sup>۲</sup> با این تعبیر، دولت، همه مأمورانی را شامل خواهد شد که در واحدهای زیرمجموعه هر سه قوه در خدمت دولت و حاکمیت قرار دارند و از خزانه دولت حقوق می‌گیرند. بنابراین، مأموران واحدهای دولتی یا مأموران دولت در اصطلاح حقوق اداری، کسانی هستند که در

۱. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۱۳۹.

۲. دلاوری، محمدرضا، شرح و تحلیل قانون دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۵۹.

نتیجه ایجاد رابطه استخدامی برای خدمت در یکی از واحدهای دولتی یا مؤسسات عمومی حقوق عمومی به خدمت پذیرفته می‌شوند، اعم از این‌که استخدام به طور رسمی و ثابت یا به صورت پیمانی و موقت باشد. مراد از رابطه استخدامی نیز وضعیت حقوقی خاصی است که بر اساس قوانین و مقررات استخدامی بین مرجع استخدام‌کننده یا «شخص حقوقی عمومی» و مستخدم یا «شخص حقیقی» به وجود آمده است و بر این مبنا، همه اشخاص حقیقی که با دولت دارای علقه استخدامی باشند و عهده‌دار اعمال اقتدارات و متصدی خدمات عمومی در واحدهای دولتی هستند، مأمور دولت به حساب می‌آیند.<sup>۱</sup>

### بند دوم. مستخدم دولت

بر اساس بند الف ماده یک قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵، «استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخصی به خدمت دولت در یکی از وزارت خانه‌ها یا مؤسسات دولتی است». هم‌چنین طبق بند ب همین ماده، «خدمت دولت عبارت از اشتغال به کاری است که مستخدم به موجب حکم رسمی مکلف به انجام آن می‌گردد». اگر دولت را صرفاً به منزله قوه مجریه تلقی نکنیم و آن را به مفهوم عام در نظر داشته باشیم، می‌توان گفت هر شخصی که به خدمت یکی از دستگاه‌های دولتی صرف نظر از عنوان آن اشتغال داشته باشد، مستخدم دولت محسوب می‌شود، اعم از این‌که مشمول قانون استخدام کشوری یا دیگر مقررات استخدامی خاص باشد.<sup>۲</sup>

### بند سوم. کارمند

قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ به جای کلمه «مستخدم» از اصطلاح «کارمند» استفاده کرده که در ادبیات اداری ایران، اصطلاحی رایج است. طبق ماده ۷ این قانون، «کارمند دستگاه اجرایی، فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط به موجب حکم و یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار در یک دستگاه اجرایی به خدمت پذیرفته می‌شود». با توجه به تعریف ماده ۵ این قانون از دستگاه اجرایی (کلیه وزارت خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که مشمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است)، می‌توان گفت هر کسی

۱. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۱۴۱.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۹، ص ۲۰۱.

که به موجب حکم یا قرارداد به خدمت یکی از دستگاه‌های حکومتی یا به عبارتی، اشخاص حقوقی حقوق عمومی پذیرفته شود، کارمند محسوب می‌گردد، اعم از این‌که آن دستگاه جزء نهادهای دولت مرکزی یا نهادهای غیر متمرکز مانند شهرداری‌ها، شوراهای و دیگر مؤسسات عمومی باشد.<sup>۱</sup>

### بند چهارم. مأمور عمومی

مؤسسات عهده‌دار خدمات عمومی بنا به تعریف بند (ب) ماده ۱ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۸/۱۲/۸، «مؤسسات غیر دولتی می‌باشند که مطابق قوانین و مقررات، بخشی از وظایف حاکمیتی را بر عهده دارند، نظیر کانون کارشناسان رسمی دادگستری، سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام مهندسی». طبق نظریه مشورتی شماره ۱۳۹۲/۱۲/۲۸. ۷/۹۲/۲۵۴۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، «منظور از مؤسسات عمومی، هر گونه مؤسسه‌ای است که خدماتی عام‌المنفعه ارائه می‌دهد و دارای مالک یا مالکان خاص نمی‌باشد؛ مانند دانشگاه آزاد اسلامی و نیز مثال‌هایی که در تبصره ۱ شق ۴ بند «ی» ماده ۸۴ قانون برنامه توسعه پنجم ذکر شده است». هم‌چنین بر اساس نظریه مشورتی شماره ۱۹۵۲/۹۸/۷. ۱۳۹۹/۲/۱۰. اداره کل حقوقی قوه قضاییه، «منظور از مأمورین به خدمات عمومی، کسانی می‌باشند که در مؤسسات تحت نظارت دولت که عهده‌دار یک یا چند امر عمومی بوده و خدمات آن‌ها جنبه عام‌المنفعه داشته، مشغول خدمت می‌باشند. بنابراین، کارکنان کانون‌های صنفی و حرفه‌ای نظیر کانون کارشناسان رسمی دادگستری، کانون وکلای دادگستری، سازمان نظام پزشکی، نظام مهندسی که بر اساس قوانین تأسیسی آن‌ها، عهده‌دار بخشی از امور عمومی می‌باشند، مأمور به خدمت عمومی محسوب می‌شوند».

### گفتار سوم. مصادیق طرح دعوا علیه اشخاص حقیقی

#### بند اول. مسئولیت قائم به شخص

برقراری تعادل میان دو هدف حقوق اداری که یکی، متضمن برخورداری اداره از آزادی عمل لازم برای انجام وظایف آن و دیگری، متضمن الزام اداره به قوانین و تجاوز نکردن به حقوق بنیادین فردی است، یکی از مسائل اساسی در حقوق اداری مدرن محسوب می‌شود. در این میان، نظریه

۱. پیشین، ص ۲۰۲.

تقصیر،<sup>۱</sup> راهکار کلیدی برای برقراری تعادل بین این دو هدف و تضمین آزادی‌های فردی در فرآیند کنترل قضایی دستگاه‌ها و مقامات عمومی است،<sup>۲</sup> تا جایی که با وجود نظریه‌های مختلف در زمینه مبنای مسئولیت مدنی مانند نظریه خطر و نظریه تضمین، تقصیر هنوز مبنای اصلی مسئولیت محسوب می‌شود. عبارت «تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند «الف» در امور راجع به وظایف آن‌ها» در جزء ب از بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت و حدود اختیارات شعب دیوان و عباراتی شامل «عدم صلاحیت مرجع مربوط»، «تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات»، «تخلف در اجرای قوانین و مقررات» و «خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود» در بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت و حدود اختیارات هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، در واقع، مصادیق تقصیر شخصی مأموران عمومی و مبنایی قانونی برای مسئولیت قائم به شخص مأموران و کارمندان و مجوز قانونی شکایت از آنان در دیوان عدالت اداری به حساب می‌آید. همه این مصادیق در واقع، از مظاهر نقض اصل قانونی بودن اعمال اداری به حساب می‌آیند که هر یک را به تفصیل بررسی می‌کنیم.

### ۱. رعایت نکردن قوانین و مقررات

مهم‌ترین کارکرد نظارت قضایی بر اداره، تضمین قانونی بودن<sup>۳</sup> عمل اداره است.<sup>۴</sup> قانونی بودن به معنی تبعیت قاطع از قوانین، احکام و اصول حقوقی است. اصل قانونی بودن به عنوان تحدیدی بر توسعه اصول حقوق اداری و یکی از اصول بسیار مهم انتظام‌بخش امور اداری،<sup>۵</sup> اداره را به تبعیت از قواعد حقوقی وامی‌دارد. بر اساس این اصل، مقامات عمومی در تصمیم‌گیری و انجام اقدامات اداری

1. The doctrine of errors in discretionary powers.

2. Parchomiuk, J., "Abuse of discretionary powers in administrative law, evolution on the judicial review models: from administrative morality to the principle of proportionality", research project, financed from funds of the national science center, Poland, 2018. (Ref. UMD-2015/17/b/hs5/00430), p. 453.

3. Legality.

4. Bell, J., & Lichère, F., "Judicial Review of Administrative Action: Procedure", Contemporary French Administrative Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 154.

5. Ranjan, V., "Rule of law and modern administrative law", RGSO IPL, IIT Kharagpur, 2010, p. 1.

آزاد نیستند، بلکه باید از همه قواعد لازم‌الاجرای حاکم بر اداره تبعیت کنند. گستره این اصل به قوانین موضوعه منحصر نمی‌شود و دربرگیرنده تمام منابع الزامی برآمده از قواعد ملی و فراملی شامل قانون اساسی، قوانین عادی، کنوانسیون‌های بین‌المللی، اصول حقوق اداری و هم‌چنین رعایت «حق‌های فردی» است. این تبعیت از قانون، بنیادی‌ترین مینا برای کنترل قضایی اداره و مأمور عمومی توسط دادگاه اداری نیز محسوب می‌شود، تا جایی که می‌توان گفت همه دادرسی‌های منجر به صدور حکم ابطال بر نقض این اصل استوارند.<sup>۱</sup> اصل قانونی بودن اعمال و تصمیمات اداری دارای دو وجه ایجابی و سلبی است. وجه ایجابی مستلزم این است که همه اقدامات و تصمیمات مقامات اداری باید مطابق با قانون باشد و وجه سلبی به این معناست که مقامات اداری نباید خارج از چارچوب قانون اقدام کنند.<sup>۲</sup>

بنابراین، مغایرت موضوع تصمیم اداری با قانون، اجرا نکردن یا به تأخیر انداختن اجرای قانون، تفسیر غلط قانون،<sup>۳</sup> رعایت نکردن آثار مترتب بر قانون،<sup>۴</sup> رعایت نکردن زمان مقرر برای اجرای قانون،<sup>۵</sup> مخالفت با هدف و حکم مقنن،<sup>۶</sup> تقييد و تخصیص<sup>۷</sup> یا تعمیم و توسیع<sup>۸</sup> خودسرانه دایره شمول قانون،<sup>۹</sup> همگی در حکم نقض قانون یا تخلف از قانون محسوب می‌شوند. همان‌گونه که این تخلفات با استناد به بند یک ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری علیه واحدهای دولتی قابل طرح در دیوان هستند و در موارد متعددی نیز دیوان عدالت اداری به آن‌ها رسیدگی و برایشان حکم صادر کرده است، علیه مقامات عمومی نیز امکان طرح دارند.

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، صص ۸۶-۸۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۷۵.

۳. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۹.

۴. از جمله نک: رأی شماره ۳ مورخ ۸۶/۱/۱۹.

۵. از جمله نک: رأی شماره ۲۲۸ - ۲۲۷ - ۲۲۶ مورخ ۸۲/۲/۱۶.

۶. از جمله نک: رأی شماره ۳۷۲-۳۷۱ مورخ ۸۶/۵/۲۳.

۷. از جمله نک: رأی شماره ۳۲۷ مورخ ۸۶/۵/۷.

۸. از جمله نک: رأی شماره ۱ مورخ ۶۱/۹/۲۲.

۹. هداوند و مشهدی، پیشین، صص ۸۹-۱۰۹.

۲. نداشتن صلاحیت<sup>۱</sup>

صلاحیت<sup>۲</sup> به اختیار یک مأمور رسمی برای انجام برخی امور در حدود قانون تعریف شده است.<sup>۳</sup> اصل صلاحیت در حقوق اداری مستلزم محدود بودن دایره عمل مقامات عمومی و اداری به صلاحیت‌های اعطایی یا وظایف هسته‌ای واگذار شده به آن‌هاست.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر، عمل حقوقی اداری وقتی صحیح و نافذ است که مأمور صلاحیت‌دار صادر کرده باشد. در نتیجه، عملی که از سمت مقام بدون صلاحیت صادر شود، مخالف قانون و قابل ابطال است.<sup>۵</sup> در حقوق اداری، اصل بر صلاحیت نداشتن مقام عمومی است مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطا شده است. این صلاحیت شامل دو قسم تکلیفی و تخییری است. صلاحیت تکلیفی به معنی تصمیم و اقدام مقام اداری مطابق با متن قانون و صلاحیت تخییری به معنی تصمیم و اقدام مقام اداری بر اساس گزینه‌های پیش‌روست. موارد صلاحیت تخییری در حقوق اداری، بیش‌تر از موارد صلاحیت تکلیفی است، اما اعطای صلاحیت تخییری به معنای اقدامات خودسرانه نیست و حتی کنترل قضایی صلاحیت‌های تخییری در حقوق اداری اهمیتی ویژه دارد.<sup>۶</sup>

اصل صلاحیت در حقوق اداری، برداشتی از اصل تفکیک قوا در اداره است که اداره را از دخالت در امور قوای دیگر بازمی‌دارد و مسائل اداری را در صلاحیت انحصاری اداره می‌داند.<sup>۷</sup> رعایت نشدن اصل صلاحیت در حقوق اداری، یکی از مهم‌ترین دلایل نقض تصمیمات و اقدامات مقام اداری در آرا و نظریه‌های دیوان محسوب می‌شود. این موارد شامل طیف وسیعی هم‌چون رعایت نکردن قلمرو و مدت مأموریت، مداخله مقام عمومی در امور تقنینی و قضایی،<sup>۸</sup> مداخله مأمور اداری در امور مربوط

1. Incompetence.

2. Competence/ Jurisdiction.

۳. جعفری لنگرودی، پیشین، ش ۲۳۰۹، ص ۴۴۸.

۴. هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۱۱۰.

۵. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۱.

۶. هداوند و مشهدی، پیشین، صص ۱۱۰ - ۱۱۳.

7. "The Doctrine of Primary Jurisdiction and the T.L.M.E. Case", The University of Chicago Law Review, Vol. 27, 1960. P. 536

۸. برای نمونه نک: رأی شماره ۱۹۶ مورخ ۸۲/۵/۱۲، آرای شماره ۱۹۷ و شماره ۱۹۸ مورخ ۸۲/۵/۱۹، رأی شماره ۷ مورخ ۸۳/۱/۶.

به مأمور دیگر و غضب مشاغل دولتی و نیز دخالت در خدمات دولتی در مواقع بحران می‌شود.<sup>۱</sup> طبق بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰، «عدم صلاحیت مرجع مربوط»، یکی از مواردی است که از امکان شکایت نزد دیوان عدالت اداری برخوردار است. هم‌چنین صلاحیت نداشتن دادگاه در رسیدگی به پرونده در ماده ۳۵۲ و بند ۱ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز تحت عنوان «صلاحیت ذاتی... نداشتن» و «عدم رعایت صلاحیت محلی» آمده است که موجب نقض رأی می‌گردد. بنابراین، امکان شرح شکایت علیه مقام غیر صالح نیز وجود دارد.

### ۳. تجاوز از اختیارات<sup>۲</sup>

اختیارات به معنی امکانات و اقتداراتی است که به موجب قانون در راستای انجام وظایف اداری به مقام اداری داده شده و اعم از صلاحیت تکلیفی یا تخییری است. تجاوز از حدود اختیارات مطلق است و ممکن است هم معادل خروج از صلاحیت تخییری و هم معادل خروج از صلاحیت تکلیفی باشد.<sup>۳</sup> وقتی حوزه وسیعی از اختیارات قانونی (صلاحیت تخییری) برای مقامات اجرایی در نظر گرفته می‌شود، به دلیل تعیین نشدن صریح صلاحیت‌های مورد نظر از سوی قانون‌گذار، امکان فراتر رفتن اداره و مقام عمومی از اصل قانونی بودن بیش‌تر است.<sup>۴</sup> در هر صورت، مأمور دولت، مکلف است صلاحیت خود را در حدود اختیاراتی که قانون برای وی مقرر کرده است، اجرا کند و تجاوز از صلاحیت، علاوه بر ایجاد مسئولیت سبب بطلان اعمال و تصمیمات اداری او نیز خواهد شد.<sup>۵</sup>

---

رأی شماره ۱۹۶ مورخ ۸۲/۵/۱۲ که همگی ناظر بر خروج وضع قواعد آمره از صلاحیت سازمان‌های اداری و اختصاص آن به قوه مقننه هستند. رأی مورخ ۷۲/۱۱/۲ موضوع کلاسه پرونده ۷۲/۹۲، رأی شماره ۴ مورخ ۶۱/۱۲/۱۶، رأی شماره ۴۳۶ مورخ ۸۶/۶/۲۶ و رأی شماره ۵۴۲ مورخ ۸۶/۷/۲۹ نیز همگی ناظر بر منع دخالت در وظایف خاص قوه قضاییه و تعیین و اعمال مجازات از سوی مقامات اداری هستند.

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۵. برای مطالعه تفصیلی نک: هداوند و مشهدی، پیشین، صص ۱۲۰ - ۱۳۹.

2. Ultra vires.

۳. پُرسا، محمد و حدیثه داودی، نظارت شکلی دیوان عدالت اداری بر آرای دادگاه‌های اختصاصی اداری، تهران: قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۱۶۷.

4. Bugarcic, op.cit., p. 484.

۵. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۴.

تجاوز از اختیار به عنوان مثال در جایی معنا پیدا می‌کند که یک مقام اداری، صلاحیت وضع آیین‌نامه یا دیگر مقررات دولتی را داشته باشد، ولی از اختیار داده شده تجاوز کند و قاعده‌ای وضع کند که دامنه شمول قانون را گسترش دهد. در این صورت، مصوبه آن مقام از باب صلاحیت نداشتن یا به عبارت بهتر، فراتر رفتن از دامنه اختیارات قابل ابطال است.<sup>۱</sup>

بنابراین، تجاوز از اختیار را می‌توان در سایه اصل قانونی بودن تفسیر کرد؛ زیرا بر اساس اصل قانونی بودن، دستگاه‌های اجرایی تنها باید آن چه را قوه مقننه در قالب قانون پیش‌بینی کرده است، اجرا کنند.<sup>۲</sup> به همین دلیل، برخی حتی تکیه نظارت قضایی بر تجاوز از اختیارات را ناشی از نظریه برتری پارلمان<sup>۳</sup> می‌دانند.<sup>۴</sup> در هر حال، نظریه تجاوز از اختیارات، مبنای سنتی کنترل قضایی اقدامات و اعمال اداری محسوب می‌شود.<sup>۵</sup>

«تجاوز از اختیارات» در نظام حقوقی ایران، به موجب بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ به طور جداگانه در شمار موارد قابل شکایت در دیوان احصا شده است و در مواردی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری مشاهده می‌شود.<sup>۶</sup>

#### ۴. سوء استفاده از اختیارات<sup>۷</sup>

هر قانونی بر اساس هدف مشخصی وضع می‌گردد. تصمیمات و اقدامات مجریان قانون نیز باید در راستای اهدافی باشد که معین شده است و مقام اداری به ویژه باید از استفاده از اختیارات خود در جهت تحقق اهدافی که مبنای قانونی ندارد یا در راستای منافع عمومی نباشد، خودداری کند.<sup>۸</sup> سوء

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، ج ۲، ص ۹۳.

۲. Richard, B. Stewart, "The Reformation of the American Administrative Law", 88 Harvard. Law Review, 1975.

۳. Parliamentary Sovereignty

۴. Elliott, Mark, "The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law", The Cambridge Law Journal Vol. 58, No. 1, Mar. 1999, Cambridge University Press, pp. 129-158.

۵. Wade, W. & Forsyth, Ch., "Administrative Law", 9ed, New York. Oxford University Press, 2004, p. 2.

۶. برای نمونه نک: رأی شماره ۳۶۱ مورخ ۸۳/۷/۲۶، رأی شماره ۱۴۳۷ مورخ ۱۴/۱۲/۵.

۷. Abuse of powers.

۸. Parchomiuk, op.cit., p. 454 The European Ombudsman, "The European Code of Good Administrative Behavior",

استفاده از اختیار بدان معناست که مقام اداری بدون آن که از حدود اختیارات قانونی خود خارج شود، تصمیمی می‌گیرد که کاملاً صحیح و در صلاحیت اوست، ولی چون از انجام آن، هدفی را تعقیب می‌کند که مغایر با هدف اصلی قانون است، موجب تضییع حقوق شهروندان می‌شود.<sup>۱</sup> بنابراین، مقام اداری، اختیار و صلاحیت اقدام را داشته، ولی صلاحیت خود را برای هدفی غیر از آن چه قانون تعیین کرده، به کار برده<sup>۲</sup> و از حق خود در راستای تضییع حقوق اشخاص استفاده کرده است.<sup>۳</sup>

سوء استفاده از اختیارات نیز هم چون تجاوز از اختیارات، بیش تر در اعمال صلاحیت‌های تخییری متصور است؛ زیرا صلاحیت تخییری، حقی است که به اداره داده می‌شود تا بتواند شکاف بین واقعیت و حقوق را پر کند و هدف قانون را بر واقعیت منطبق کند.<sup>۴</sup> آزادی عمل مقام اداری در اعمال صلاحیت‌های تخییری سبب نمی‌شود که تحت عناوینی چون «اقتضانات اداری» از قدرت خود سوء استفاده کند. در نتیجه، صلاحیت‌های تخییری مستلزم نظارت بیش تری هستند. در همین راستا، یکی دیگر از مواردی که از امکان شکایت از اشخاص حقیقی نزد دیوان برخوردار است، «سوء استفاده از اختیارات» از سوی مأموران عمومی است که در بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ آمده است. با این حال، مصداق روشنی از ابطال تصمیمات یا اقدامات اداری با تکیه بر این آموزه در رویه قضایی دیوان عدالت اداری مشاهده نمی‌شود؛ زیرا این بند که در قانون راجع به شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹/۰۲/۰۷ نیز آمده بود، از حقوق فرانسسه گرفته شده است و بدون توجه به سابقه قانونی و جایگاه آن در نظام حقوق اداری ایران، در قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۶۰ نیز عیناً تکرار شد. به همین دلیل، رویه قضایی در این زمینه وجود ندارد و ملاک آن از نظر دیوان عدالت اداری مشخص نیست.<sup>۵</sup>

---

Office for official publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg, 2001, Article 7.

۱. پُرسا و داودی، پیشین، ص ۱۷۰.

۲. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۷.

۳. مولاییگی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۲۴.

4. Kahn, Jean, "Discretionary Power and Administrative Judge", in The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 29, No. 2/3, (Apr - July 1980), Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, p. 526.

۵. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۹۳.

اگرچه دیوان در آرای متعددی به رعایت هدف مقرر در قانون به صورت ایجابی و سلبی پرداخته و از آن جا که مبنای سوء استفاده از اختیار، مغایرت عمل اداری با هدف قانون است، می‌توان این موارد را مؤید توجه دیوان به مبنای نظری سوء استفاده از اختیار دانست و آن را نشانه آمادگی برای رسیدگی به شکایت از مأموران عمومی با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان دانست.

### ۵. تخلف در اجرای قوانین و مقررات

به اعتقاد برخی، منظور از تخلف در اجرای قوانین و مقررات، انطباق نداشتن آثار و نتایج اعمال اداری مأموران و واحدهای دولتی با هدف مقنن است<sup>۱</sup> و به مواردی اطلاق می‌شود که سازمان‌های دولتی یا مأموران آن‌ها، وظایف و مسئولیت‌های قانونی خود را برخلاف ضوابط و شرایط و کیفیات صوری و ماهوی مورد نظر انجام دهند.<sup>۲</sup> برخی هم معتقدند تخلف در اجرای قوانین ناظر بر مواردی است که مقرر در دولتی در زمان تصویب، مغایر قوانین حاکم نیست، اما بعد از تصویب و در زمان اجرا، قانونی مغایر با مدلول مصوبه موجود تصویب شود و مقام اداری بدون توجه به مدلول قانون نسبت به اجرای مصوبه اقدام کند. به عبارت دیگر، این امر به معنای تصویب مصوبه در زمان قانون قدیم و اجرای مصوبه در زمان قانون جدید است.<sup>۳</sup> اگرچه نمونه‌هایی از رسیدگی تحت عنوان استناد به مقررات منسوخ در رویه قضایی دیوان وجود دارد،<sup>۴</sup> اما دیوان نسبت به استناد به جهت «تخلف در اجرای قوانین» در آرای خود به منظور ابطال مصوبات تمایلی ندارد و رویه‌ای نیز اتخاذ نکرده است. با وجود این، «تخلف در اجرای قوانین و مقررات» که در بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ به آن اشاره شده، یکی دیگر از موارد امکان شکایت از اشخاص حقیقی نزد دیوان است و این مفهوم در مورد وضع مقررات دولتی موضوعیت ندارد؛<sup>۵</sup> زیرا اصولاً می‌تواند ناظر بر تصمیمات و اقدامات موردی و خاص باشد.

۱. هداوند و مشهدی، پیشین، صص ۹۰ و ۹۱.

۲. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۲۴۸.

۳. مولایی، پیشین، ص ۱۲۵.

۴. برای نمونه نک: رأی شماره ۸۳۵ مورخ ۸۷/۱۱/۲۷.

۵. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۹۴.

نکته قابل توجه در این خصوص این است که در مواردی که خسارت وارد شده بر اشخاص ناشی از تخلف از مقررات قانونی یا ناشی از ارتکاب تقصیر از جانب دستگاه طرف شکایت نباشد و حسب اتفاق خسارت وارد شود، مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیست و در این موارد که مسئولیت ناشی از تقصیر یا ناشی از تخلف از قوانین یا مقررات نبوده، موجبی برای رسیدگی در دیوان عدالت اداری وجود ندارد؛ زیرا صلاحیت دیوان عدالت اداری صرفاً در حدود احراز تخلف از قوانین و مقررات در ارتکاب فعل زیان بار است و صلاحیتی جهت احراز ارکان دیگر از جمله ورود خسارت و احراز رابطه سببیت ندارد. اگر خسارت وارد شده به اشخاص بر اثر انجام ندادن وظایف قانونی یا تخطی از تکالیف و وظایف قانونی صورت گرفته باشد و مسئولیت ناشی از تقصیر باشد، دیوان عدالت اداری باید بدو نسبت به احراز تخلف از قوانین در اقدامات طرف شکایت رسیدگی کند و حکم به وقوع تخلف از قوانین و مقررات و تقصیر دستگاه اجرایی (واحد دولتی) را احراز و صادر کند.<sup>۱</sup>

#### ۶. خودداری از انجام وظایف (منجر به تضییع حقوق اشخاص)

یکی از اصولی که در بیش تر نظام‌های حقوقی برای نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اداری پیش‌بینی می‌شود، «خودداری یک مقام اداری از انجام وظیفه» است. می‌توان گفت این اصل که نوعی ترک فعل محسوب می‌شود، با اصل «رعایت زمان متعارف و معقول برای تصمیم‌گیری»<sup>۲</sup> که در کد اروپایی رفتار خوب اداری نیز پیش‌بینی شده است،<sup>۳</sup> پیوند دارد و مستلزم این است که شخص بتواند در مواردی که یک مقام اداری، تصمیم خود را در یک زمان متعارف و معقول نمی‌گیرد، نزد یک مقام صالح شکایت کند.<sup>۴</sup> در نظام حقوقی ایران نیز مسئولیت مدنی دولت و مأموران عمومی صرفاً ناشی از فعل زیان بار نیست، بلکه امکان دارد بر اثر ترک فعل نیز ضرر و زیانی به اشخاص وارد گردد.<sup>۵</sup> در همین راستا، یکی از موارد صلاحیت دیوان، رسیدگی به شکایات و تظلمات اشخاص از مأموران واحدهای دولتی

۱. مولایی، پیشین، ص ۵۲.

2. Reasonable time-limit for taking decisions.

3. The European Ombudsman, op.cit., Article 17.

۴. بی‌نا، «اجرای صلاحیت‌های اختیاری توسط مقامات اداری»، اطلاع‌رسانی حقوقی، دوره جدید، سال ششم، بهار ۱۳۸۷، شماره ۱۳، ص ۱۹.

۵. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (کلیات و ایران)، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۷۴.

در صورتی است که این مأموران یا واحدها از انجام وظایفشان درباره آیین نامه و دیگر مقررات دولتی خودداری کنند و این خودداری از انجام وظیفه از موجبات تضييع حقوق اشخاص شود. از این رو، به «خودداری از انجام وظایفی که موجب تضييع حقوق اشخاص می شود»، در بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ به عنوان یکی از جهات شکایت در دیوان اشاره شده است. علاوه بر این، بر اساس ماده ۱۱ قانون دیوان در صورتی که تصمیمات و اقدامات مورد شکایت، موجب تضييع حقوق اشخاص شده باشد، شعبه رسیدگی کننده می تواند حسب مورد به نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به اعاده حقوق تضييع شده حکم کند.

بنابراین، در مواردی که طرف شکایت (مقام یا واحد دولتی) طبق قانون ملزم به انجام تکلیفی باشد، اما از آن خودداری کند، شاکی می تواند ضمن شکایت خود، الزام مقام مربوط را به ادای آن تکلیف بخواهد. برای مثال، اگر قانون گذار، وزیری را مأمور وضع آیین نامه اجرایی قانونی کند، اما وزیر این وظیفه را انجام ندهد، قانون بدون آیین نامه یاد شده قابلیت اجرایی ندارد و خودداری از انجام این وظیفه (وضع کردن آیین نامه) در عمل موجب تضييع حقوق اشخاص می شود. پس شاکی می تواند تقاضای الزام وزیر مربوط را به وضع آیین نامه داشته باشد.<sup>۱</sup> بنابراین، هیئت عمومی علاوه بر شأن ابطال، شأن الزام نیز دارد؛ زیرا در مواردی که خودداری از انجام وظایف موجب تضييع حقوق اشخاص گردد، رسیدگی به این موضوع، مستلزم الزام اداره به اعاده حقوق اشخاص است. حال اگر تصویب نشدن یک مصوبه موجب تضييع شود، از این فراز از ماده می توان استنباط کرد که امکان الزام مقام اداری به تصویب مصوبه با اقدام قانونی وجود دارد.<sup>۲</sup>

این جهت از نظر برخی صاحب نظران، صلاحیت نداشتن منفی تلقی شده است، مثل این که مقام اداری، امری را که در صلاحیتش بوده است، در صلاحیت خود نداند و آن را انجام ندهد.<sup>۳</sup> برخی دیگر معتقدند که خودداری از انجام وظایف هم نوعی مغایرت با قانون است؛ زیرا یکی از موارد تبعیت از قانون، تبعیت اداره یا مقام عمومی از الزاماتی است که بر اساس قانون برای یک تصمیم گیری

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، صص ۹۵ و ۹۶.

۲. مولایی، پیشین، ص ۱۲۶.

۳. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۵.

یا انجام یک اقدام اداری لازم است. از این رو، رعایت نشدن الزام قانونی از سوی اداره یا مقام اداری می‌تواند نوعی تخطی از اصل حاکمیت تلقی شود؛ چون قانون، وظیفه و تکلیفی را برای دستگاه مشخص کرده است، اما مقام اداری از انجام آن وظایف قانونی خودداری می‌کند. در نتیجه، چنین اقدام یا تصمیمی از این جهت قابلیت ابطال دارد.<sup>۱</sup> البته در این خصوص، نمونه‌ای در رویه قضایی دیوان عدالت اداری وجود ندارد.

### ۷. رعایت نشدن تشریفات قانونی

وابستگی هر چه بیش‌تر شهروندان به دولت‌های رفاهی به دلیل افزایش حوزه خدمات عمومی، مستلزم شناسایی تدبیرهایی چون رعایت تشریفات قانونی و منافع شهروندان از سوی مقامات عمومی است.<sup>۲</sup> اصل رعایت تشریفات قانونی،<sup>۳</sup> یکی از اصول تعیین‌کننده و تضمین‌کننده بسیاری از اصول دیگر حقوق اداری در بیش‌تر نظام‌های حقوقی است که در سایه اصل قانونی بودن قابل تعریف و تفسیر است. تا جایی که تعابیری چون «حداقی‌ترین مفهوم اصل قانونی بون» برای آن استفاده شده<sup>۴</sup> و برخی آن را ذیل تخلف کلی «عدم رعایت اصل قانونی بودن» یا «نقض قانون» دسته بندی کرده‌اند.<sup>۵</sup> منظور از وضع تشریفات اداری، حفظ حقوق ارباب رجوع و جلوگیری از خودسری کارمندان با وضع الزاماتی بر اداره هم‌چون ضرورت دریافت نظر مشورتی یا تصمیم‌گیری پس از بررسی‌های خاص یا پس از اطلاع دادن به ذی‌نفع و فرصت دفاع دادن به وی در تصمیم‌گیری است و رعایت نشدن تشریفات می‌تواند موجبات غیر قانونی شدن تصمیم مقام اداری را فراهم آورد.<sup>۶</sup> از نظر حقوقی، تشریفات صوری و ظاهری از لحاظ اهمیت یکسان نیستند، بلکه برخی ضروری‌اند و رعایت نکردن آن‌ها موجب بطلان کامل عمل حقوقی است، در حالی که برخی دیگر، غیر ضروری و قابل اغماضند. به عبارت دیگر، اگر قانون‌گذار، رعایت تشریفات را به صراحت در قوانین پیش‌بینی کرده و

۱. پُرسا و داودی، پیشین، ص ۱۷۳.

2. Tarlock, A. D., "Administrative Law: Procedural Due Process and Other Issues", 56 Chi.-Kent L. Rev. 13, 1980, p. 14.

3. Due process of law.

4. Rogge, O. J., "An Overview of Administrative Due Process: Part I", 1973, 19 Vill. L. Rev. 1, p. 5.

۵. هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۹۳.

۶. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۹۴.

رعایت نشدن آن‌ها را موجب بطلان اعمال اداری بدانند، این تشریفات ضروری محسوب می‌شوند. در مقابل، سکوت قانون‌گذار درباره رعایت تشریفات سبب می‌شود که تشریفات تنها در حالتی ضروری تلقی شوند که رعایت نشدن آن‌ها در تصمیم‌گیری اداری، تأثیری اساسی داشته باشد. بنابراین، این تخلف زمانی تحقق پیدا می‌کند که مأمور دولت در انجام وظایف خود، تشریفات اداری را که به موجب قانون مقرر گردیده است، رعایت نکرده یا آن‌ها را به طور ناقص به جا آورده باشد.<sup>۱</sup>

در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «رعایت نشدن تشریفات قانونی» در وضع مقررات دولتی به عنوان یکی از جهات ابطال آن‌ها ذکر نشده است. با این حال، شاید بتوان گفت که قید «برخلاف قانون بودن مقررات»، شامل رعایت نشدن تشریفات قانونی نیز می‌شود، چنان‌که دیوان عدالت اداری در برخی از آرای خود،<sup>۲</sup> مصوبات قوه مجریه را به دلیل رعایت نکردن تشریفات قانونی ابطال کرده است.

در خصوص تصمیمات و اقدامات مأموران اداری نیز این مسئله در رویه دیوان به عنوان یکی از آثار اصل قانونی بودن مطرح شده و با عنوان «رعایت تشریفات قانونی» بر آن تأکید شده است. بر این اساس، مقامات عمومی و اداری، موظف به رعایت همه مراحل و آیین‌هایی هستند که در قانون مشخص شده است. پس هرگونه اعمال سلیقه در این زمینه و ارائه ترتیبات، آیین‌ها یا «تشریفات» غیر از آن‌چه در قانون مشخص شده است، می‌تواند مبنایی برای غیر قانونی بودن عمل اداری تلقی گردد، چنان‌که در رویه قضایی دیوان، رعایت نشدن تشریفات قانونی در موارد متعددی، مبنای غیر قانونی بودن عمل اداری تشخیص داده شده است.<sup>۳</sup> بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که امکان طرح شکایت با عنوان مستقل «عدم رعایت تشریفات قانونی» به نحوی در رویه دیوان پذیرفته شده است.

## بند دوم. مسئولیت جمعی

وقتی مأموران و مستخدمان عمومی در ادارات و سازمان‌های عمومی به نام اداره یا سازمان تصمیماتی می‌گیرند یا اعمالی انجام می‌دهند، مسئول آن، اداره یا سازمان است، نه مأموران و مستخدمان

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۶۸.

۲. برای نمونه نک: رأی شماره ۳۲۲ مورخ ۸۰/۱۰/۹.

۳. هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۹۳. برای نمونه نک: رأی شماره ۳۳۴ - ۳۳۳ - ۳۳۲ مورخ ۸۶/۵/۷.

عمومی. این تصمیمات و اقدامات را وقتی می‌توان به حساب مأموران گذاشت که خارج از وظایف اداری آن‌ها باشد و از لحاظ منطقی نتوان آن امور را به اداره یا سازمان اسناد داد. در اصطلاح حقوق اداری، این قبیل اعمال خطاآمیز مأموران و مستخدمان عمومی را که خود باید جواب‌گویی آن باشند، «خطای شخصی» و آن‌هایی که اداره باید جواب‌گو باشد، «خطای اداری دولت» می‌نامند.<sup>۱</sup>

بنابراین، اگر مأموران یا مقامات عمومی یا کارمندان دولت (در معنای عام) به مناسبت انجام وظیفه، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی، خساراتی به اشخاص وارد کنند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارد شده هستند. با این حال، هرگاه خسارات وارد شده، مستند به عمل آنان نباشد و بر اثر نواقص سیستم اداری باشد، جبران خسارت بر عهده دولت است. با در نظر گرفتن مبنای کلی مسئولیت مدنی تضامنی در نظام حقوقی ایران نیز مطابق ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی، «هرگاه چند نفر مجتمعاً زبانی وارد آورند، متضامناً مسئول جبران خسارت وارده هستند. در این مورد، میزان مسئولیت هر یک از آنان با توجه به نحوه مداخله هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد». این ماده، ناظر بر مسئولیت تضامنی کارفرمایان مشمول قانون کار نسبت به خسارات وارده به اشخاص ثالث و مسئولیت فردی هر یک در برابر دیگری در حد مداخله در ایراد خسارت است. با این حال، تعمیم آن به مسئولیت اشخاص متعدد حقیقی و حقوقی در قلمرو قانون دیوان عدالت اداری، موردی ندارد؛ زیرا اصل در تعیین میزان مسئولیت اشخاص، درجه تقصیر یا قصور و تأثیر آن‌ها در ایراد ضرر و زیان است.<sup>۲</sup>

طبق ماده ۳۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شاکمی می‌تواند ضمن طرح شکایت یا پس از شکایت مدعی شود که اجرای اقدامات یا تصمیمات یا آرای قطعی یا خودداری از انجام وظیفه توسط مأموران واحدهای دولتی باعث ورود خسارت غیر قابل جبران می‌شود. در چنین فرضی، شاکمی می‌تواند هم از مأموران اداری و هم از اداره شکایت کند. البته الزامی نیست که حتماً شاکمی، شکایت را علیه مأموران مطرح کند و طرح شکایت علیه مرجع تصمیم‌گیرنده کفایت می‌کند.<sup>۳</sup>

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۹۱.

۲. صدرالحفاظی، پیشین، ص ۲۶۹.

۳. برای نمونه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۲۵ بیان می‌دارد که «در دعوی احراز وقوع تخلف، علاوه بر این‌که واحدهای پیش‌گفته در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌تواند طرف دعوا واقع شوند، مأموران واحدهای موضوع جز الف بند ۱ ماده ۱۰ نیز می‌توانند طرف

## نتیجه‌گیری

با وجود طرح نظریه‌های جدید در خصوص کنترل تصمیمات اداری از طریق مقررات گذاری و تعیین استانداردهای رفتاری اداری، هنوز نقش کنترل قضایی در نظارت بر تصمیمات اداری قابل توجه است. کنترل قضایی، مهم‌ترین ابزار حاکمیت قانون است تا از سوء استفاده مقامات اداری از صلاحیت‌های تکلیفی و اختیاری جلوگیری گردد و پاسداشت حقوق و آزادی‌های عمومی تضمین شود. قانون‌گذار اساسی ایرانی نیز با درک این ضرورت بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری را برای کنترل قضایی بر اعمال اداری پیش‌بینی کرده که رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراض‌های مردم نسبت به مأموران، واحدها و آیین‌نامه‌های دولتی خلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب‌کننده را بر عهده دارد.

با تصویب قانون دیوان عدالت اداری، شکایت از دستگاه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی به امری رایج در رویه اداری بدل گشته، اما با وجود صراحت بند ۱ ماده ۱۰ درباره شمول تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای دولتی در موارد مشخص، شکایت از اشخاص حقیقی یا مقامات عمومی عملاً در دیوان رایج نیست و دیوان عدالت اداری در مورد تقصیر مأموران عمومی تصمیم‌گیری نمی‌کند. این در حالی است که در عمل، مقامات اداری تصمیم‌گیرنده‌اند و در فرض تضييع حقوق از سوی مأموران، صرف شکایت از شخصیت حقوقی اداره نمی‌تواند تأمین‌کننده حقوق تضييع شده باشد. علاوه بر این، در بسیاری از مصادیق، تقصیری که منجر به تضييع حقوق شهروندان می‌شود، به هیچ وجه متوجه اداره نیست و کاملاً بر عهده کارمند است. بنابراین، با تفکیک مسئولیت اداره و مسئولیت کارمند، نظارت قضایی بر اعمال و تصمیمات کارمند امکان‌پذیر خواهد شد و جبران خسارت بر عهده کسی قرار خواهد گرفت که تقصیر متوجه اوست.

با این پیش‌فرض، نگارندگان این پژوهش به بازتیین صلاحیت دیوان عدالت اداری نسبت به تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای دولتی بر اساس قانون و رویه قضایی دیوان پرداخته و

---

دعوی وقوع تخلف قرار گیرند. از طرفی با توجه به این‌که رسیدگی در مراجع قضایی تابع خواسته است و در مواردی که شاکی فقط واحدهای جز الف بند ۱ و بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را طرف دعوی وقوع تخلف قرار می‌دهد و دعوی وقوع تخلف را علیه مأموران مذکور در واحدهای بند الف ماده ۱۰ طرح نمی‌کند، مرجع قضایی، مکلف به رسیدگی مطابق خواسته است و الزامی نیست که حتماً شاکی، شکایت را علیه مأموران مطرح کند.»

بر این اساس، مصادیقی را که از امکان شکایت نزد دیوان برخوردارند، به تفکیک بررسی کرده‌اند. بررسی رویه قضایی دیوان و نمونه‌هایی از آرای ارائه شده در این پژوهش نشان داد که امکان شکایت از مأموران عمومی در فرض مسئولیت قائم به شخص در صورت رعایت نشدن قوانین و مقررات، نداشتن صلاحیت، تجاوز از اختیارات، سوء استفاده از اختیارات، تخلف در اجرای قوانین و مقررات، خودداری از انجام وظایف و رعایت نشدن تشریفات قانونی از سوی مأمور عمومی وجود دارد. علاوه بر این، در فرض مسئولیت جمعی نیز بررسی رویه قضایی دیوان نشان می‌دهد که افزون بر امکان شکایت از واحد دولتی، امکان شکایت از مأموران واحدهای دولتی نیز وجود دارد. بنابراین، می‌توان با توجه به صراحت قانون و رویه قضایی، امکان شکایت از مأموران واحدهای دولتی نزد دیوان را مورد قبول دیوان دانست و به ظهور آن در آرای دیوان امیدوار بود.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۹.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۳. پُرسا، محمد و حدیثه داودی، نظارت شکلی دیوان عدالت اداری بر آرای دادگاه‌های اختصاصی اداری، تهران: قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۵. دلآوری، محمدرضا، شرح و تحلیل قانون دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۰.
۶. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۰.
۸. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۹. فنازاد، رضا، صلاحیت اختیاری در بستر حقوق عمومی مدرن، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: ضمان قهری. مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۱۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (کلیات و ایران)، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۱۲. مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل جاودانه، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۳. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. بی‌نا، «اجرای صلاحیت‌های اختیاری توسط مقامات اداری»، اطلاع‌رسانی حقوقی، دوره جدید، سال ششم، بهار ۱۳۸۷، شماره ۱۳.
۲. رستمی، ولی و علی بهادری جهرمی، «مسئولیت مدنی دولت»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره دهم، شماره ۱، شماره ۲۹ پیاپی، شهریور ۱۳۸۸.
۳. فلاح‌زاده، علی‌محمد و سید جمال رکابدار، «نگاهی به حق اداره مطلوب در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶.

۲. Latin Source

۱. Bell, J., & Lichère, F., "Judicial Review of Administrative Action: Procedure", Contemporary French Administrative Law, Cambridge: Cambridge University Press, ۲۰۲۲, pp. ۱۷۷-۱۵۴.
۲. Bugarcic, B., Openness and transparency in public administration: challenges for public law, Harvard law school library, Wisconsin International Law Journal, ۲۰۰۴, Vol. ۲۲, No. ۳.
۳. Cane, Peter, "Merits Review and Judicial Review: The AAT as Trojan Horse", Federal Law Review, ۲۰۰۰, Vol. ۲۸, No. ۲.
۴. Cooper, Phillip J., "Conflict or Constructive Tension: The Changing Relationship of Judges and Administrators", in Public Administration Review, Vol. ۴۵, Special Issue: Law and Public Affairs, Nov. ۱۹۸۵.
۵. Davis, K. (۱۹۶۹), Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, p. ۲۵, Cited in: K. Pakuscher, Ernest, "The Use of Discretion in German Law", in The University of Chicago Law Review, Vol. ۴۴, No. ۱, Autumn, ۱۹۷۶.
۶. Elliott, Mark, "The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law", The Cambridge Law Journal Vol. ۵۸, No. ۱, Mar. ۱۹۹۹, Cambridge University Press.

Y. Kahn, Jean, "Discretionary Power and Administrative Judge", in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. ۲۹, No. ۳/۲, (Apr - July ۱۹۸۰), Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law.

A. N. A., "The Doctrine of Primary Jurisdiction and the T.L.M.E. Case", *The University of Chicago Law Review*, Vol. ۱۹۶۰, ۲۷.

۹. Parchomiuk, J., "Abuse of discretionary powers in administrative law, evolution on the judicial review models: from administrative morality to the principle of proportionality", research project, financed from funds of the national science center, Poland, ۲۰۱۸. (Ref. UMD۱۷/۲۰۱۵-/b/hs۰۰۴۳۰/۵).

۱۰. Ranjan, V., "Rule of law and modern administrative law", RGSOIPL, IIT Kharagpur, ۲۰۱۰.

۱۱. Richard, B. Stewart, "The Reformation of the American Administrative Law", ۸۸ *Harvard Law Review*, ۱۹۷۵.

۱۲. Rogge, O. J., "An Overview of Administrative Due Process: Part I", ۱۹, ۱۹۷۳ *Vill. L. Rev.* ۱.

۱۳. Tarlock, A. D., "Administrative Law: Procedural Due Process and Other Issues", ۵۶ *Chi.-Kent L. Rev.* ۱۹۸۰, ۱۳.

۱۴. The European Ombudsman, "The European Code of Good Administrative Behavior", Office for official publications of the European Communities, L۲۹۸۵- Luxembourg, ۲۰۰۱.

۱۵. Wade, W. & Forsyth, Ch., "Administrative Law", ۹ed, New York. Oxford University Press, ۲۰۰۴.

## رویکرد رویه قضایی در حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای قراردادهای پیمان کاری اداری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه و انگلستان)

محمد یزدان مهر<sup>۱</sup>

اسداله یآوری<sup>۲</sup>

### چکیده

مرسوم‌ترین روش برای حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان کاری اداری، روش قضایی است که در آن، متضرر با مراجعه به مراجع قضایی صالح اعم از عمومی یا اختصاصی، دعوای خود را اقامه می‌کند که عمدتاً مبتنی بر درخواست الزام متعهد به ایفای تعهد یا الزام وی به جبران خسارت وارد شده به طرف دیگر قرارداد است.

در تحقیق حاضر، رویکرد رویه قضایی سه کشور ایران، انگلستان و فرانسه راجع به حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان کاری اداری بررسی شده است. البته این مطالعه، به طور خاص، مرحله اجرای قراردادهای پیمان کاری اداری را شامل می‌شود که مهم‌ترین مرحله در مورد این قراردادهاست. سؤال اصلی مقاله آن است که رویکرد رویه قضایی در سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان نسبت به حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای قراردادهای پیمان کاری اداری چیست؟

مهم‌ترین یافته این تحقیق نیز آن است که روش قضایی به عنوان مهم‌ترین روش حل و فصل اختلافات مربوط به مرحله اجرای قراردادهای پیمان کاری اداری در سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان، اهمیت خاصی برای تعهدات متعهد در این قراردادها به ویژه از سوی متعهد (پیمان کار) نسبت به متعهد له (کارفرما) قائل است، به گونه‌ای که در بسیاری از موارد، از نظر ماهیت، این تعهدات را تعهد به نتیجه محسوب کرده است. نوع تحقیق حاضر، بنیادی، رویکرد آن، توصیفی و تحلیلی و روش انجام آن، مطالعه کتابخانه‌ای است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد پیمان کاری اداری، مرحله اجرا، حل و فصل اختلافات، روش قضایی، حقوق ایران، حقوق فرانسه، حقوق انگلستان.

۱. مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، yazdanmehrmohammad@gmail.com

۲. هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، yavariamir@gmail.com

## مقدمه

قراردادهای پیمان‌کاری از جمله پرکاربردترین و رایج‌ترین انواع قراردادهای هستند که به ویژه در قالب قراردادهای پیمان‌کاری اداری نیز منعقد شده است و به اجرا درمی‌آیند. قراردادهای پیمان‌کاری اداری (یا دولتی) به سبب اهمیت ماهوی از یک سو به ویژه به دلیل اداری یا دولتی بودن و نیز به دلیل اهمیت و حساسیت تعهداتی که در این قراردادها بر عهده طرفین به ویژه طرف متعهد بار می‌شود، به مراتب، جایگاه مهم‌تری از دیگر انواع قراردادهای پیمان‌کاری می‌یابند.

از سوی دیگر، وقوع اختلاف در این قراردادها مانند هر قرارداد دیگری، اجتناب‌ناپذیر است. در این فرض، طبعاً مهم‌ترین مقوله، تعیین و اجرای روش‌ها و سازوکارهایی به منظور حل و فصل اختلافات میان طرفین این قراردادهاست. روش مرسوم رسیدگی به اختلافات و حل و فصل آن‌ها در این قراردادها، روش قضایی است که با مراجعه طرف متضرر از عدم ایفای تعهدات به محاکم صالح (اعم از عمومی یا اختصاصی) و اقامه دعوا (عمدتاً با خواسته الزام به اجرای تعهدات یا محکومیت به جبران خسارت) از سوی وی تحقق می‌یابد.

از سوی دیگر، مهم‌ترین مرحله در مورد قراردادهای پیمان‌کاری اداری، مرحله اجراست؛ زیرا در این مرحله، طرفین باید از عهده تعهداتی برآیند که به موجب این قراردادها، مکلف به ایفا شده‌اند. به همین دلیل، در تحقیق حاضر، بر مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری اداری تمرکز شده است. با این حال، چه بسا رویکرد رویه قضایی در همه کشورها و نظام‌های حقوقی نسبت به شیوه حل و فصل اختلافات طرفین در قراردادهای پیمان‌کاری از جمله قراردادهای پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرای این قراردادها یکسان نباشد.

نکته دیگر این است که به طور معمول، به قراردادهای پیمان‌کاری اداری با حساسیت بیش‌تری نسبت به دیگر قراردادهای پیمان‌کاری توجه می‌شود. دلیل این امر، اصول خاصی است که بر این قراردادها حاکم است، در حالی که در دیگر قراردادها، نشانی از این اصول مشاهده نمی‌شود. این اصول عبارتند از: اصل ترجیحی و اقتداری بودن قراردادهای اداری، اصل حق تقدم دولت یا شهرداری در فسخ قرارداد، اصل حق تعلیق یک‌جانبه قرارداد، به وسیله دولت یا شهرداری،

اصل حق گسترش قلمرو نفوذ قرارداد به غیر متعاقدين، اصل حق تحويل گرفتن کار یا حق جانشینی بدون مراجعه به دادگاه، اصل لزوم حضور یک شخص حقوقی عمومی، اصل هدف عمومی قراردادهای اداری، اصل پیروی قراردادهای عمومی از احکام خاصه، اصل ارادی بودن عقود اداری، اصل همکاری مشترک متعاقدين در اجرای قراردادهای خدمات عمومی، اصل هم‌سویی قدرت عمومی و قراردادهای اداری، اصل محدود بودن تعهدات در مقابل اصل آزادی قراردادهای، اصل صلاحیت قانونی بالاترین مقام اداری، اصل استمرار و تعطیل ناپذیری امور عمومی، اصل تبعیض ناپذیری یا برابری افراد در استفاده از مزایای اداره امور عمومی، اصل قانونی بودن قراردادهای اداری، اصل حفظ تعادل یا توازن مالی پیمان، اصل اثر اجبار مادی یا فورس مازور بر قرارداد اداری، اصل تقصیر شخصی متعاملین، اصل عمل حاکم، اصل امور پیش‌بینی ناپذیر و اصل هدف قرارداد. این اصول، در مجموع، ویژگی‌ها و آثار و احکام خاصی را برای قراردادهای پیمان‌کاری اداری به دنبال دارند که در دیگر قراردادهای چه بسا مشاهده نشوند.

هدف از این تحقیق، بررسی رویه قضایی در سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان در مورد حل و فصل اختلافات پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری است. دلیل اصلی پرداختن به این مقوله در این نوشتار، خلأ پژوهشی در این باره در ادبیات حقوقی کشور است. تا کنون، پژوهش خاصی در مورد رویکرد رویه قضایی در حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری در کشور صورت نگرفته است و تحقیقات موجود نیز عمدتاً به مفهوم، مبانی، اصول حاکم بر این قراردادها و نیز آثار آنها پرداخته‌اند.<sup>۱</sup> از سوی دیگر، از رویکرد رویه قضایی در دیگر کشورها

---

۱. در برخی تحقیقات، روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری بررسی شده است از جمله:

میربافقی، سیدحسین، «شیوه‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری دولتی»، مجله دانش حقوق و مالیه، ۱۳۹۶، دوره اول، شماره ۱ (پیاپی ۹)، صص ۱۲۱-۱۴۶.

مشهدی‌زاده، علی‌رضا و علی‌مهری، «بررسی روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری با مطالعه تطبیقی در فیدیک»، مجله پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، ۱۴۰۰، دوره دوازدهم، شماره ۲ (پیاپی ۴۸)، صص ۲۱-۴۵.

این دو مقاله، روش قضایی را نیز یکی از روش‌های حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری دانسته‌اند، اما به طور عمده، روش حل و فصل غیر قضایی اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری را بررسی کرده‌اند. وجه تمایز تحقیق حاضر با دو پژوهش مورد اشاره، یکی تمرکز این تحقیق بر روش قضایی حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری است که در این مقاله‌ها، کم‌تر به آن پرداخته شده است. در این باره، تحقیق حاضر، برخی آرای صادرشده از محاکم ایران، فرانسه و انگلستان را تحلیل کرده است که در این دو مقاله، چنین رویکردی مشاهده نمی‌شود.

به منظور حل و فصل اختلافات در این قراردادها نیز چندان بحث نشده است. نظر به این موارد، می‌توان گفت تحقیق حاضر، پیشینه پژوهشی ندارد و برای رفع این خلأ مهم، تدوین شده است. سؤال اصلی این است که رویکرد رویه قضایی در سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان نسبت به حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری چیست؟ نگارنده کوشیده است این مقاله را با رویکردی توصیفی و تحلیلی و با استفاده از روش مطالعه کتاب‌خانه‌ای تدوین کند.

برای تحلیل موضوع، ابتدا از اهمیت و جایگاه قراردادهای پیمان‌کاری اداری در حقوق سه کشور ایران، انگلستان و فرانسه بحث می‌شود. پس از آن، رویکرد رویه قضایی این سه کشور در مورد حل و فصل اختلافات طرفین در این قراردادها با تمرکز بر مرحله اجرای این قراردادها مطالعه می‌گردد.

## **گفتار اول. جایگاه و اهمیت قراردادهای پیمان‌کاری اداری در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه**

قراردادهای پیمان‌کاری اداری در هر سه کشور ایران، انگلستان و فرانسه، از جمله پرکاربردترین و رایج‌ترین انواع قراردادها هستند که گاه به شکل اداری نیز انعقاد می‌یابند. پیش از بررسی مقوله حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای این قراردادها به روش قضایی شایسته است جایگاه و اهمیت قراردادهای پیمان‌کاری اداری در حقوق این سه کشور مطالعه گردد.

### **بند اول. رویکرد حقوق ایران نسبت به جایگاه و اهمیت قراردادهای پیمان‌کاری اداری**

اصطلاح «قراردادهای اداری»، ناظر به قراردادهایی است که دست کم یک طرف آن، اداره‌ای از اداره‌های عمومی است و برای تأمین برخی خدمات عمومی، قرارداد می‌بندد. شکل خاص،<sup>۱</sup> ولی

---

وجه تمایز دوم مقاله حاضر با دو مقاله یادشده، انجام مطالعه تطبیقی درباره حل و فصل قضایی این اختلافات در حقوق سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان است که این مقوله در تحقیقات مورد اشاره در بالا جایگاهی ندارد.

۱. خاص بودن قراردادهای اداری به سبب ویژگی‌های این قراردادهاست. به طور معمول، چهار ویژگی مهم این قراردادها که موجبات تفکیک و تمایز میان آن‌ها و قراردادهای منعقد در حوزه حقوق خصوصی را فراهم می‌آورند، عبارتند از: الف) لزوم حضور و مداخله یک شخص حقوق عمومی به عنوان لاقل یکی از طرفین قرارداد. در این جا، منظور از سازمان عمومی، سازمان‌های دولتی اعم از وزارت خانه، مؤسسه عمومی و مؤسسات وابسته به دولت می‌باشد؛ ب) پیروی این قراردادها از احکام خاص از جمله اقتداری بودن، ترجیحی بودن و حمایتی بودن؛

در عین حال، مرسوم‌ی از قراردادهای اداری، قراردادهای پیمان‌کاری هستند که گونه‌ای پرکاربرد از قراردادهای «سفارش ساخت» نیز محسوب می‌شوند. قراردادهای پیمان‌کاری اداری در نظام حقوقی ایران، به طور عمده، از نظر آثار و احکام، مشمول شرایط عمومی پیمان قرار می‌گیرند. البته در عموماً، این قراردادها همان شرایط کلی عقود و قراردادها از جمله قصد و رضا و اهلیت را دارند که در ماده ۱۹۱ قانون مدنی درج شده است. در شرایط عمومی پیمان، پیمان‌کار به شخصی تعبیر شده است که امضاکننده پیمان بوده و اجرای موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان به عهده

ج) برخورداری این قراردادها از هدف عمومی یا اصطلاحاً اِبتنای این قراردادها بر مفهوم «خیر عمومی / منفعت مشترک»: هدف قراردادهای اداری باید عمومی باشد؛ زیرا دولت برای تأمین و ارائه خدمات همگانی به شهروندان، اقدام به انعقاد این قراردادها می‌کند؛ (د) صلاحیت ویژه و افتراقی دادگاه‌های اداری برای رسیدگی به اختلافات حاصل از قراردادهای اداری که طبعاً احکام و آثار ویژه‌ای از حیث نحوه اعمال صلاحیت مراجع حل اختلاف از جهت حقوقی و قضایی برای این قراردادها در پی دارد.

موضوع دیگر این است که انعقاد قراردادهای اداری شبیه دیگر قراردادها نیست، بلکه منوط به رعایت قواعد و تشریفات خاصی است، از جمله این‌که:

یک. در قراردادهای اداری، با وجود محدودیت در اصل آزادی قراردادی روبه‌رویییم، به نحوی که مقام‌های اداری انتخاب پیمان و شکل قرارداد آزادی کامل ندارند و دارای محدودیت هستند.

دو. تفاوت‌های مهمی میان قراردادهای اداری و قراردادهای مدنی (یا به تعبیر دیگر، غیر اداری) وجود دارد، از جمله از لحاظ تشریفات به این صورت که قراردادهای اداری دارای تشریفات خاص و زیادی نسبت به قراردادهای مدنی هستند، مانند تشریفات مناقصه و مزایده در معاملات دولتی و نیز تفاوت از نظر صلاحیت به این صورت که در قراردادهای مدنی، اهلیت داشتن مهم است، اما در قراردادهای اداری، وجود صلاحیت و اختیار قانونی جهت انعقاد قرارداد از ارکان این نوع پیمان‌هاست. هم‌چنین تفاوت به اعتبار برخی اصول مهم حقوقی به این صورت که اصل آزادی قراردادهای مدنی اصلی در پذیرش صحت و مشروعیت قراردادهای حوزه حقوق خصوصی است، در پیمان‌های اداری کم‌رنگ است و علاوه بر این، تفاوت دیگر در اصل تبعیض‌ناپذیری و مساوی بودن افراد در استفاده از مزایای اداره امور عمومی است.

برای مطالعه بیشتر بنگرید به: رستمی، ولی، حقوق قراردادهای اداری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۱، صص ۲۴-۳۰؛ عراقی، سید عزت‌الله و محمدکاظم حبیب‌زاده، «قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخص‌ها»، مجله حقوق خصوصی، ۱۳۸۸، سال ششم، شماره ۱۵؛ مولایی، آیت، «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۴، دوره هفتاد و نهم، شماره ۸۹؛ اسماعیلی، میترا و همکاران، «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال سوم، شماره ۷؛ نجارزاده هنجنی، مجید، «تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری»، مجله حقوق فناوری‌های نوین، ۱۳۹۹، دوره اول، شماره ۱؛ واعظی، مجتبی و فاطمه کیانی، «بی‌اعتباری در قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۴۰۱، شماره ۹۹؛ رضایی‌زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۲.

گرفته است. نمایندگان و جانشین‌های قانونی پیمان‌کار نیز در حکم پیمان‌کارند و وظایف وی را بر عهده می‌گیرند.<sup>۱</sup> کارفرما نیز کسی است که پیمان‌کار به دستور و به نفع او، تعهد به فعلی مشخص می‌کند. این شخص، شخصی است که یک سوی امضاکننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان به پیمان‌کار واگذار کرده است.<sup>۲</sup>

باید افزود که در تعریف اصطلاحی «پیمان‌کار» گفته شده است: «آن که شغل او، تعهد به فعل (ساختمان و بنا و راه و غیره) و یا حمل و نقل کالا به صورت عمده باشد. به عبارت دیگر، شخصی است که سوی دیگر امضاکننده پیمان است و اجرای موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان به عهده گرفته است. (ماده ۷ شرایط عمومی پیمان) در تعریف لغوی «قرارداد پیمان‌کاری» گفته‌اند: «قراردادی است که به موجب آن، پیمان‌کار در قبال دریافت وجهی معین، اجرای موضوع پیمان را در مقابل کارفرما تعهد می‌نماید».<sup>۳</sup>

در ایران، دفترچه شرایط عمومی پیمان و دیگر قوانین قرارداد پیمان‌کاری را تعریف نکرده‌اند، اما به طور کلی، می‌توان چنین گفت که قرارداد پیمان‌کاری، قراردادی است که شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی (مقاطع‌کار)، انجام عمل یا اعمالی را در مقابل بهای مقاطعه‌کاری یا حق‌الزحمه از پیش تعیین شده برای دیگران (مقاطع‌دهنده) انجام می‌دهند. در واقع، پیمان‌کاری، قراردادی است که در آن، پیمان‌کار بر اساس موافقت‌نامه پیمان برای دوره زمانی مشخص، انجام یا تکمیل کار را بر عهده می‌گیرد.<sup>۴</sup> به هر تقدیر، در ایران، قراردادهای پیمان‌کاری اداری، امروزه در بسیاری از حوزه‌ها و قلمروها کاربرد دارند و به سبب ماهیت و اهداف خاصی که دارند، در بسیاری از موارد، با نیت بهبود خدمات‌رسانی عمومی دولت به شهروندان منعقد می‌شوند و به اجرا درمی‌آیند.<sup>۵</sup>

۱. قهرمانی، نصرالله و شهرزاد شمس، دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۳۲.

۲. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۳۶.

۳. شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳.

۴. احمدی، فیروز و دیگران، «تأثیر متقابل تأخیر مالک و پیمان‌کار در اجرای قراردادهای پیمان‌کاری بین‌المللی (تأخیر هم‌زمان)»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره نوزدهم، شماره ۲، ص ۱۶۳.

۵. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، تهران: یادآوران، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

## بند دوم. رویکرد حقوق انگلستان نسبت به جایگاه و اهمیت قراردادهای پیمان‌کاری اداری

در حقوق انگلستان، یکی از مهم‌ترین و پرکاربردترین انواع قراردادهای پیمان‌کاری، قراردادهای پیمان‌کاری اداری هستند. این قراردادها به ویژه مشمول قانون موسوم به طرح‌های پیمان‌کاری دولتی (مصوب ۲۰۰۱ و اصلاحی ۲۰۰۹) هستند.<sup>۱</sup> بر اساس مقررات مندرج در این قانون، قراردادهای پیمان‌کاری اداری می‌توانند تحت عنوان کلی‌تر یعنی قراردادهای مشارکت در ساخت منعقد شوند و به اجرا درآیند.<sup>۲</sup> گفته شده است که قراردادهای مشارکت در ساخت، مبتنی بر یک تعهد کلی یعنی تعهد به ساخت و تحویل کالای مورد سفارش در موعد مقرر به سفارش‌دهنده از سوی سفارش‌گیرنده و در عین حال، مبتنی بر تعهدات جزئی‌تر حول محور این تعهد کلی است.<sup>۳</sup> مواد ۱۹ تا ۲۸ این قانون، به طور مشخص، تعهدات طرفین قراردادهای پیمان‌کاری اداری را تعیین کرده و به موجب اصل کلی حاکم بر این مواد، موضوع اصلی در این قراردادها، رویارویی دو تعهد مشخص است: تعهد به ساخت و تحویل کالا از سوی سفارش‌گیرنده و تعهد به پرداخت ثمن و دیگر حقوق قانونی سفارش‌گیرنده از سوی سفارش‌دهنده.<sup>۴</sup>

در حقوق انگلیس گفته شده است که پرونده‌های ناظر به مسئولیت پیمان‌کار و کارفرما در قبال یکدیگر در قراردادهای پیمان‌کاری اداری می‌تواند به تحلیل مسئولیت پیمان‌کار طرح و ساخت در قبال سفارش‌دهنده و برعکس کمک کند، اما همواره باید به ماهیت ویژه و متفاوت این قراردادها با دیگر انواع قرارداد پیمان‌کاری اداری توجه داشت. هم‌چنین شروط قراردادی می‌تواند به دلیل ماهیت متفاوت این قراردادها، معنای دیگری به خود بگیرد. یک نمونه آشکار، شروط مربوط به عیب است. در حالی که در قرارداد پیمان‌کاری سنتی، عیب به طور معمول به عیب ساخت اشاره دارد، در قراردادهای پیمان‌کاری اداری، عیب از نظر مفهوم و قلمرو، عیب طراحی را هم دربرمی‌گیرد.<sup>۵</sup>

1. Levy, Sidney M., **Design-Build Project Delivery**, McGraw-Hill, 2006, p. 155.

2. McGregor, Harvey, **McGregor on Damages**, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), 2009, p. 144.

3. N., Sahil, **Novation Agreement In Design And Build Contracts**, University of Technology Malaysia, 2008, p. 209.

4. Stein, S.G.M., **Construction Law Digest**, Matthew Bender, LexisNexis, 2009, pp. 17-18.

5. Sweet, Justin, **Legal Aspects of Architecture**, Thomson, 2004, p. 183.

هم‌چنین بر مبنای رأی برخی دادگاه‌ها در انگلستان، به شرط اعتماد و تکیه کارفرما بر مهارت و قضاوت پیمان‌کار در قراردادهای پیمان‌کاری اداری، مسئولیت پیمان‌کار طرح و ساخت، همانند عرضه‌کننده یک کالا، مطلق است، مگر آن‌که در قرارداد، خلاف آن تصریح شده باشد. از جمله در دعوایی،<sup>۱</sup> کارفرما، یکی از اداره‌های تابعه وزارت سلامت عمومی بریتانیا بود و پیمان‌کار، طراحی و ساخت انبار حیوانات و کارخانه خشک‌کن را برای این اداره به عهده گرفت. کارخانه معیوب بود و خواهان ادعا می‌کرد که برخی از مصالح مورد استفاده، معیوب بوده و برخی از کارهای ساختمانی، بد انجام شده و برخی جنبه‌های طراحی نامناسب بوده است و کارخانه برای هدف مورد انتظار، مناسب نیست.<sup>۲</sup> دادگاه در همان رسیدگی نخستین مقرر داشت که مسئولیت پیمان‌کار، مطلق است.<sup>۳</sup> این‌که کارخانه باید برای هدف مورد انتظار مناسب باشد، تعهدی ضمنی دانسته شد که با مفاد صریح قرارداد ناسازگار نبود. اگر شرط خلافی در قرارداد نباشد، مسئولیت پیمان‌کار طرح و ساخت، همانند مسئولیت عرضه‌کننده کالا است، به شرط آن‌که کارفرما بر مهارت و دقت پیمان‌کار تکیه و اعتماد کرده باشد.<sup>۴</sup>

### **بند سوم. رویکرد حقوق فرانسه نسبت به جایگاه و اهمیت قراردادهای پیمان‌کاری اداری**

در حقوق فرانسه، قراردادهای پیمان‌کاری اداری، گاهی با عنوان قراردادهای ساخت یا قراردادهای ساخت‌وساز بررسی می‌شود که می‌تواند حالت مشارکت در ساخت نیز داشته باشد.<sup>۵</sup> از واژه «تعهد به ساخت» نیز برای نام‌گذاری این قراردادها استفاده شده است.<sup>۶</sup> البته شاید استفاده از عنوان «قراردادهای ساخت» به جای «قراردادهای پیمان‌کاری» در فرانسه به این دلیل باشد که بیش‌تر قراردادهای پیمان‌کاری به صورت تعهد پیمان‌کار به ساخت در برابر کارفرما تعریف می‌شود.<sup>۷</sup>

1. Viking Grain Storage Ltd v. T H White Installations Ltd (1985) 3 Con LR 52.

2. Charrett, Donald, *A common law of construction contracts- or vive la difference?*, ICLR, 2012, p. 104.

3. Bunni, Nael G., *The four criteria of risk allocation in construction contracts*, ICLR, 2009, p. 281.

4. Chao-duivis, M.A.B, *An Analysis And Comparison Of The Dutch Standard Contract For Integrated Contracts (Turnkey/Design And Build) And The FIDIC Yellow Book*, ICLR, 2006, p. 109.

5. Barrett, Kevin, *Defective Construction Work and the Project Team*, Wiley-Blackwell, 2014, p. 112.

6. Bartlett, Andrew (General Editor), *Emden's Construction Law*, Lexis Nexis Butterworths, 2006, p. 183.

7. Bruner, Philip L. and O'Connor, Patrick J. Jr., *Bruner and O'Connor, On Construction Law*, Westlaw, 2011, p. 143.

بند آخر ماده ۱۷۱۱ قانون مدنی فرانسه، مقاطعه را در صورتی مشمول وصف اجاره می‌داند که تهیه مصالح از سوی مستأجر انجام شده باشد، حال آن‌که ماده ۱۷۸۷، در جایی که مقاطعه‌کار، مواد اولیه را نیز تهیه می‌کند، وصف اجاره را قابل اطلاق دانسته است.<sup>۱</sup> برخی از نویسندگان فرانسوی، حول محور تحلیل ماهیت و آثار قراردادهای پیمان‌کاری اداری، در جایی که مصالح را صنعتگر تهیه کرده و ارزش آن‌ها بیش از خدمت اوست، معامله را بیع دانسته‌اند؛ همان نظری که دیوان کشور فرانسه نیز برگزیده است.<sup>۲</sup> برخی دیگر از ایشان نیز تهیه مواد اولیه کالای موضوع قرارداد را دلیل بر بیع بودن معامله دانسته‌اند.<sup>۳</sup> بعضی دیگر، ابتکار و اختیار صنعتگر در انجام کار را مفید وجود بیع دانسته‌اند.<sup>۴</sup> عده‌ای دیگر، مقاطعه‌کاری را ترکیبی از بیع و اجاره دانسته‌اند، به این ترتیب که در آغاز، مصالح به صاحب‌کار فروخته و کار روی آن انجام می‌شود یا چنان‌که برخی دیگر تحلیل کرده‌اند، قرارداد، ابتدا مقاطعه‌کاری و پس از آن، فروش کالای ساخته شده است.<sup>۵</sup> بعضی هم گفته‌اند که هیچ معیار ثابتی برای تشخیص طبیعت عقد وجود ندارد و دادرس باید با ملاحظه آمارات یادشده، به خواسته واقعی طرفین پی ببرد.<sup>۶</sup> حتی گفته شده است که این نظر آخر، منطقی‌تر است، هر چند باید پذیرفت که هر گاه مصالح را صنعتگر تهیه کند و بهای آن نیز در مقام مقایسه با مبلغ کل پیمان، ناچیز نباشد، این وضع در بیش‌تر موارد، قوی‌ترین آماره بر این است که مقصود، خرید و فروش حاصل کار بوده است، نه مقاطعه‌کاری.<sup>۷</sup>

در حقوق فرانسه، معیارهایی نیز برای تمیز ماهیت بیع از قراردادهای پیمان‌کاری اداری وجود دارد. از جمله گفته شده است اگر پیمان‌کار، همه طراحی پیش از قرارداد را انجام دهد، ماهیت قرارداد به بیع تبدیل می‌شود. تفاوت بیع با قرارداد پیمان‌کاری در این است که در بیع با کالایی که استاندارد تولیدی معینی دارد، روبه‌رویییم، در حالی که در پیمان‌کاری، کالا برابر نیازهای کارفرما طراحی و

1. Chappell, David, *The JCT Design and Build Contract*, Blackwell Publishing, 2007, p. 201.

2. Ibid, p. 109.

3. Cushman, Robert F. and Loulakis, Michael C., *Design-Build Contracting Handbook*, Aspen Publishers Inc., 2011, p. 108.

4. Furnston, Michael; *Powell Smith and Furnston's, Building Contract Casebook*; Blackwell Publishing, 2006, p. 113.

5. Furst, S. & Ramsley, V., *Keating on construction contracts*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 242.

6. Huse, Joseph A., *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, Sweet & Maxwell, 2010, p. 215.

7. Chappell, David, Michael Cowlin & Michael Dunn, *Building Law Encyclopaedia*, Wiley-Blackwell, 2009, p. 144.

ساخته می‌شود. دیوان کشور فرانسه در حالتی که سفارش ساخت کالا مربوط به کالای با تولید انبوه باشد، آن را بیع دانسته و در فرض انجام کار ویژه روی شیء، مقاطعه شناخته است. از جمله در دعوایی، کارفرما که یکی از اداره‌های تابعه وزارت صنایع فرانسه بود، ساخت یک برج تقطیر را به پیمان‌کار واگذار کرده بود. پیمان‌کار نیز بخشی از کار تجهیزات را به پیمان‌کار دست دوم واگذار کرد. پس از بروز عیب، کارفرما علیه پیمان‌کار و وی علیه پیمان‌کار دست دوم، طرح دعوا کردند.

ادعای کارفرما به واسطه وجود شرط محدودکننده مسئولیت در قرارداد رد شد. پس از فرجام‌خواهی کارفرما که منجر به ابرام رأی شد، دیوان کشور فرانسه اعلام داشت که تعهد طراحی مانع از آن می‌شود که قرارداد به بیع تبدیل شود؛ زیرا قرارداد بر پایه ویژگی‌ها و اوصاف فنی انجام شده است که طرفین از پیش در مورد آن توافق کرده بودند و نیز اهدافی که باید برآورده شوند، معین شده بود و کارها باید تحت نظارت انجام می‌شد. به طور معمول، قراردادهای پیمان‌کاری اداری در فرانسه، مبتنی بر یک تعهد کلی به ساخت مطابق شروط سفارشی است و در عین حال، تعهدات فرعی حول محور این تعهد اصلی شکل می‌گیرند. این تعهدات فرعی، به طور عمده، ناظر بر نحوه پرداخت ثمن، نحوه جبران خسارت، نحوه اعمال اختیارات قانونی و نحوه تعدیل تکالیف طرفین است.<sup>1</sup>

پس از بحث در مورد اهمیت و جایگاه قراردادهای پیمان‌کاری در حقوق ایران، انگلستان و فرانسه، اینک به بررسی رویکرد رویه قضایی در نظام حقوقی این سه کشور در مورد حل و فصل اختلافات در مرحله اجرای این قراردادها پرداخته می‌شود.

## گفتار دوم. حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرا در رویه قضایی ایران، انگلستان و فرانسه

گفته شد که مرحله اجرای قراردادهای پیمان‌کاری اداری، مهم‌ترین مرحله در مورد این قراردادهاست؛ زیرا در این مرحله، طرفین باید از عهده تعهداتی برآیند که بر ذمه آن‌ها مستقر شده است و آن‌ها را ایفا کنند. در عین حال، عدم ایفای تعهدات از جانب آن‌ها، چه بسا زمینه‌ساز به طرف مقابل را فراهم کند. در این جاست که طرف متضرر به اقامه دعوا (غالباً با خواسته الزام طرف مستنکف از

1. Soen, Philip, *Building and Construction Contracts*, SLLP, 2012, p. 291.

ایفای تعهد به اجرای تعهدات یا مکلف کردن وی به جبران خسارت از طرف متضرر اقدام می‌کند. در این صورت، روش قضایی نسبت به حل و فصل اختلافات راجع به قراردادهای پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرای این قراردادها، معنای خاص خود را می‌یابد.

در این گفتار، رویه قضایی موجود در سه کشور ایران، انگلستان و فرانسه در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از قراردادهای پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرا بررسی می‌شود.

### **بند اول. رویکرد رویه قضایی ایران**

نگارنده به منظور تدوین این قسمت از پژوهش توانست به چند رأی از دادگاه‌های ایران در مورد قراردادهای پیمان‌کاری دست یابد که در ادامه بررسی می‌کنیم.

#### **الف. رأی شعبه سوم دادگاه حقوقی بیرجند (۱۳۸۸/۶/۲۳)**

در این پرونده، فرآیند داوری میان طرفین متنازع به نتیجه منتهی نشد و در نهایت، خود دادگاه رأی صادر کرد. دادگاه عمومی بیرجند، انجام نشدن پروژه توسط یک مؤسسه فعال در زمینه دکوراتور و ترمیم روبنای ساختمان را که بر اساس قرارداد با شهرداری بیرجند، موظف به ساخت چهار مجسمه و رفع عیب از دو مجسمه دیگر برای نصب در میادین شهر شده بود، نقض بارز تعهد پیمان‌کار در برابر کارفرما تشخیص داد و او را به پرداخت خسارت‌های وارده شده محکوم کرد. در عین حال، ادعای پیمان‌کار را وارد ندانست که پرداخت نشدن هزینه‌ها از سوی شهرداری (متعهد له) را سبب تأخیر در اجرای پروژه مورد سفارش معرفی کرده بود. دادگاه در قسمتی از رأی مقرر کرد: «... با عنایت به مقررات فعلی و شرایط عمومی حاکم بر قراردادهای پیمان‌کاری اداری، این گونه مستنبط است که این قراردادها، دارای نظام حقوقی متفاوتی از قراردادهای خصوصی هستند، به گونه‌ای که این قراردادها جزو نظام حقوق عمومی هستند و از قواعد حقوق عمومی پیروی می‌کنند. لذا حساسیت تعهداتی که طرفین در قبال یکدیگر، موظف به ایفای آن‌ها می‌شوند، به مراتب، بیش‌تر از قراردادهای حوزه حقوق خصوصی است...»<sup>۱</sup>.

۱. مهدوی خوراسگانی، سید محمدرضا، «تحلیل وضعیت حقوقی تعهدات یک‌جانبه پیمان‌کار در برابر کارفرما با تأکید بر شرایط عمومی پیمان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر انزلی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۲.

### ب. رأی شعبه ششم دادگاه حقوقی اسفراین (۱۳۸۸/۱۱/۲۹)

در پرونده‌ای مشابه مورد قبل، یک شرکت فعال در زمینه دکوراتور و مجسمه‌سازی، در قرارداد با شهرداری موظف شده بود ظرف دو هفته، برخی از مجسمه‌های نصب‌شده در سطح شهر را به سبب خسارت‌هایی که به آن‌ها وارد شده بود، ترمیم کند و در ضمن قرارداد، خود را متعهد کرده بود وسایل سفره هفت‌سین را نیز بسازد و کنار مجسمه‌های قبلی قرار دهد تا زمینه برای پذیرایی از مهمانان نوروزی، بیش‌تر مهیا گردد. با این حال، پیمان‌کار نتوانست به تعهداتش در برابر کارفرما عمل کند. دادگاه هم آن شرکت را محکوم به پرداخت خسارت شناخت. در قسمتی از رأی دادگاه آمده است: «... قراردادهای پیمان‌کاری، متضمن تعهدات آشکار پیمان‌کار در برابر کارفرما و بالعکس است و در پرونده مطروحه نیز تعهدات پیمان‌کار در برابر کارفرما کاملاً مشخص است و این تعهدات به اجرا درنیامده‌اند و هیچ دلیل مشخص و معقولی نیز در راستای عدم ایفای تعهد در موعد مقرر و نیز توجیه تأخیر در انجام پروژه از سوی پیمان‌کار ارائه نشده و لذا دادگاه، رأی به استحقاق کارفرما به جبران خسارات وارده صادر می‌کند... در مورد این قراردادها، به طور معمول، این‌گونه مفروض است که به مناسبت تعهدات دولت برای ارائه خدمات عمومی به شهروندان، مبادرت به انعقاد و اجرای این قراردادها می‌کند. لذا تعهدات مندرج در این قراردادها به نظر، دارای اهمیت بیش‌تری از قراردادهای حوزه حقوق خصوصی است...»<sup>۱</sup>.

### ج. رأی شعبه دوم دادگاه حقوقی اصفهان (۱۳۹۰/۷/۱۳)

شهرداری اصفهان به عنوان کارفرما در قراردادی با یک شرکت تبلیغات محیطی به عنوان پیمان‌کار، این شرکت را متعهد کرد که ظرف یک ماه ضمن پاک کردن و نظافت بیلبوردهای سطح شهر، تبلیغات جدید با موضوعات مورد نظر شهرداری را که در متن قرارداد به آن‌ها تصریح شده است، اعلام عمومی کند. هم‌چنین شرکت تبلیغاتی متعهد شد که هزینه‌های نصب و تجهیز بیلبوردها را تقبل و پرداخت کند. البته در ضمن قرارداد، به صورت یک‌جانبه، خود را متعهد کرد که در برخی از بیلبوردها که در مناطق شلوغ‌تر شهر نصب شده‌اند، برخی کالاهای تولیدی و خدمات ارائه‌شده در

۱. خادم‌الرضا، سید احمد، «شرط فاسخ در قراردادهای پیمان‌کاری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان (اصفهان)، ۱۳۹۱، ص ۴۸.

مؤسسات وابسته به شهرداری را تبلیغ کند. شهرداری هم اعلام کرد که این موضوع را به صلاح دید شرکت واگذار می‌کند، ولی خود را نسبت به این امر به ویژه به لحاظ پرداخت‌های مالی به چیزی متعهد نمی‌داند. با این همه، کارفرما که طبق قرارداد، متعهد شده بود ظرف چهار ماه، پروژه‌های مورد اشاره را آماده کند و تحویل دهد، دو ماه دیرتر، پروژه‌ها را تحویل داد. شهرداری به عنوان کارفرما، مدعی ورود خسارت به خود و نیز صاحبان برخی مشاغل و خدمات شد که شهرداری، خود را در برابر آن‌ها، متعهد به تبلیغات کرده بود.

دادگاه، ضمن رأیی که صادر کرد، پیمان‌کار را ناقض تعهدات مورد قبول اعلام کرد و کارفرما را مستحق دریافت خسارت دانست. در بخشی از این رأی آمده است: «... نظر به این‌که از لحاظ حقوقی، امکان انعقاد قرارداد توسط اشخاص حقوقی عمومی وجود دارد و می‌توان اعتبار قرارداد را منوط به صلاحیتی دانست که در مجموعه مقررات به آن اشاره و در عین حال توسط مقامات اداری رعایت شده است یا آن‌که اگر اشخاص عمومی صلاحیت دخالت در موضوعی را دارند، می‌توانند به نوبه خود، آن موضوع را با توسل به قرارداد نیز انجام دهند... اهمیت و حساسیت تعهداتی که به طور معمول در این قراردادها در قبال یکدیگر تعریف و تعیین می‌شوند، به وضوح، مشعر بر لزوم ایفای تعهدات به همان شکل مقرر در قرارداد انعقادی است...»<sup>۱</sup>.

#### د. رأی شعبه دوم دادگاه حقوقی شهرضا (۱۳۸۸/۹/۱۴)

شهرداری شهرستان شهرضا به عنوان کارفرما برای مطالبه خسارت از کارگاه آهنگری (ب) و نیز شرکت ساختمانی (الف) به عنوان پیمان‌کار، اقامه دعوا کرد. طبق قرارداد، کارگاه آهنگری (ب) و شرکت ساختمانی (الف) به صورت مشترک، متعهد به رفع عیب از نرده‌های منصوب در یکی از بلوارهای شهر، ترمیم قسمت‌های تخریب شده بلوارها و فروش کردن قسمت‌های مشخصی از بلوارها به سنگ‌فرش موزاییکی ظرف یک هفته شده بودند، ولی اجرای این تعهدات، سی و سه روز طول کشید. خواننده مدعی شده بود که به سبب سردی هوا و لزوم انجام کار رفع عیب در هوای آزاد نتوانسته است تعهد خود را در موقع مقرر اجرا کند. دادگاه این ادعا را بی‌اساس دانست و اظهار

۱. فتحی، فرنگیس، «کارکردهای سازوکارهای داوری و شبه‌داوری در حل و فصل اختلافات در قراردادهای ساخت‌وساز»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد رفسنجان، ۱۳۹۱، ص ۵۵.

داشت متعهد با عنایت به تاریخ انجام پروژه می‌دانست که هوا سرد است و کار هم باید در هوای سرد صورت گیرد. پس اساساً نمی‌تواند این استدلال را دلیلی بر اجرا نشدن به موقع تعهد خود بداند. اساساً این امر، هیچ دلیل منطقی و معقولی برای ایفا نکردن تعهدات نیست.

دادگاه در رأی اصداری مقرر کرد که پیمان‌کار موظف بود پروژه‌های تعریف شده را طبق قرار مورد موافقت با کارفرما در موعد مقرر به کارفرما تحویل دهد. پس موظف به ایفای عین تعهد و هم چنین جبران خسارت‌های وارد شده به سبب ایفا نکردن تعهد و ورود خسارت به برخی رهگذران از بلوار بوده که ضمن مراجعه به شهرداری محل، به انجام نشدن و پایان نیافتن پروژه‌ها در بلوارها اعتراض کرده بودند. در قسمتی از رأی صادرشده می‌خوانیم: «... مبنای دولت برای انعقاد قراردادهای پیمان‌کاری اداری، حسن ایفای وظایف و ارائه خدمات عمومی با کیفیتی مناسب‌تر به شهروندان است و همین ویژگی، ضمن آن‌که تمایز مهمی میان این قراردادها با قراردادهای حوزه حقوق خصوصی ایجاد می‌کند، اهمیت تعهدات متقابل در این دو دسته از قراردادها را مشخص می‌سازد...»<sup>۱</sup>.

نکته قابل ذکر در مورد هر چهار رأی مورد اشاره این است که مفاد این آرا در مرحله تجدید نظر عیناً به تأیید مرجع قضایی رسیده است. بنابراین، می‌توان این گونه استنباط کرد که در سطوح عالی‌تر از دادگاه‌های بدوی نیز محاکم بر آن چه در آرای دادگاه‌های بدوی صادر شده است، صحه گذاشته‌اند. پس تفسیر و نگاه دادگاه‌های بدوی در مورد ماهیت و آثار قراردادهای پیمان‌کاری اداری را تأیید کرده‌اند. بر اساس آرای قضایی صادرشده از محاکم ایران که اشاره شد، می‌توان گفت شیوه معمول برای جبران خسارت ناشی از اجرا نشدن تعهد یا تأخیر در آن یعنی موضوعی که در قراردادهای پیمان‌کاری بسیار مطرح می‌شود، رجوع متعهد له به محاکم قضایی است. برای جبران ضرر وارد شده، وی می‌تواند اجرای اجباری تعهد یا دعوی خسارت بابت اجرا نشدن یا تأخیر آن را درخواست کند.<sup>۲</sup> و<sup>۳</sup> در روش حل و فصل قضایی اختلافات حادث در قراردادهای پیمان‌کاری اداری، معمولاً چند محور عمده مورد نظر است که می‌توان آن‌ها را عبارت دانست از:

۱. همان، ص ۵۶.

۲. سمیع‌زاده، رضا و هانیه محمودی، حقوق پیمان (جلد دوم)، تهران: بهنامی، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

۳. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۹۴.

## محور اول. اجرای اجباری تعهد

اجرای اجباری تعهد با توجه به موضوع آن، روش‌های مختلفی دارد:

**روش نخست.** اگر موضوع تعهد، تحویل یا انتقال مال باشد یا عین معینی و یا دینی، مورد مطالبه است.<sup>۱</sup> اگر متعهد از تسلیم عین مال که مطالبه شده است، خودداری کند، دادگاه دستور خواهد داد که مأموران اجرا آن مال را از متعهد بگیرند و به متعهد له بدهند. اگر مورد تعهد، انتقال عینی باشد (مثلاً فروش یک باب مغازه) و متعهد از تنظیم سند استنکاف ورزد، دادگاه با اعزام نماینده به اداره ثبت، از طرف متعهد، سند تنظیم می‌کند.<sup>۲</sup>

**روش دوم.** اگر موضوع تعهد، انجام کاری باشد، آشکال زیر متصور است:

**شکل اول.** انجام فعل مورد تعهد فقط از عهده متعهد برمی‌آید، مانند این‌که موضوع تعهد، کشیدن تابلویی توسط نقاش معروفی باشد و وی از انجام آن سر باز بزند. طبق ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹)، «در مواردی که موضوع تعهد، عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهد له در حکم راجع به اصل دعوا یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه، مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند، مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له بپردازد.» البته مبالغی که بر اساس این ماده از متعهد اخذ می‌شود، به عنوان خسارت تأخیر در انجام تعهد نیست و نیز این نوع تعیین مبلغ قطعیت ندارد.<sup>۳</sup> در ماده ۷۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹) می‌خوانیم: «دادگاه قبل یا بعد از اجرای حکم می‌تواند در مقدار و مبلغی که قبلاً معین کرده، تجدیدنظر نموده و مبلغ دیگری برای تأخیر اجرای حکم در زمان گذشته یا آینده معین نماید.»

**شکل دوم.** اگر انجام تعهد به وسیله شخص دیگری ممکن باشد، دادگاه می‌تواند به متعهد له اجازه

۱. فقیهی نژاد، وحید، «بررسی تطبیقی ایفای عین تعهد در حقوق ایران، فرانسه، انگلستان و فقه امامیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۹۵، ص ۴۹.

۲. برزگر، مهدی، «ایفای عین تعهد و تضمین آن در قراردادهای»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص ۸۵؛ امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد دوم)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۱۴۱.

۳. خیری، محسن و همکاران، «مطالعه تطبیقی شرایط و آثار انحلال قراردادهای پیمان‌کاری طرح و ساخت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۴۰۰، دوره چهاردهم، شماره ۵۳، ص ۱۴۶.

دهد که خود یا فردی از قبیل وی، آن را انجام دهد. ماده ۲۲۲ قانون مدنی (۱۳۱۰) در این باره عنوان می‌دارد: «در صورت عدم ایفای تعهد، با رعایت ماده فوق، حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است، اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید». روش سوم. اگر موضوع تعهد، ترک فعل باشد و متعهد آن را انجام دهد، دادگاه می‌تواند به دفع آثار آن فعل حکم دهد، مانند این‌که شخصی متعهد بوده است در زمینی، بنا نسازد، ولی چنین کرده است. در این صورت، محکمه دستور خواهد داد آن بنا تخریب شود و زمین به وضعیت اول برگردد.

### محور دوم. دعوای خسارت

دعوی خسارت ممکن است مربوط به این خسارت‌ها باشد:

#### نوع اول. دعوای خسارت ناشی از اجرا نشدن تعهد

این دعوا باید با توجه به مقررات مربوط به خسارت ناشی از ایفا نشدن تعهد در قانون مدنی (مواد ۲۲۶-۲۳۰) و قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹) (مواد ۷۲۷ و ۷۲۸) انجام پذیرد. شرایط دعوای مطالبه خسارت ناشی از اجرا نشدن تعهد عبارتند از:

الف. موضوع تعهد وجه نقد نباشد. (ماده ۵۲۰ قانون مدنی)

ب. تعهد انجام نشده و خواسته تحویل نگردیده باشد. (ماده ۷۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی)

ج. ضرر بلاواسطه ناشی از انجام نشدن تعهد یا تأخیر آن یا تسلیم ندادن به محکوم له باشد. (ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی)

#### نوع دوم. دعوای مطالبه وجه التزام

این دعوا تقریباً همانند دعوای خسارت انجام نشدن تعهد است، ولی بر خلاف آن، لازم نیست که متعهد له ثابت کند ضرر مستقیماً از انجام نشدن تعهد، متوجه وی شده است؛ چون اول این‌که طرفین از قبل، زیان را فرض و قبول کرده‌اند.

دوم این‌که محکمه به محاسبه زیان وارد شده بر متعهد له نیاز ندارد؛ زیرا قبلاً محاسبه و مشخص شده است.

سوم این‌که درخواست انجام تعهد و پرداخت وجه التزام ضمن طرح دعوا به وضع قرارداد و معامله طرفین بستگی دارد.

چهارم این‌که وجه التزام تعیین شده، محدود به حکم قانون نیست و به هر میزان بر اساس توافق قابل تعیین و وصول است.

### سوم. دعوای خسارت تأخیر تأدیه

با عنایت به ماده ۲۲۸ قانون مدنی که عنوان می‌دارد: «در صورتی که موضوع تعهد، تأدیه وجه نقدی باشد، حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱ [قانون مدنی]، مدیون را به جبران خسارت حاصله از تأخیر تأدیه محکوم نماید»، متعهد له باید دعوای خود را با توجه به این شرایط در محکمه طرح کند:

الف. وجه نقد بودن خواسته دعوای اصلی؛

ب. تأخیر در دین.

نظر به ماده ۷۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی، در دعوای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه لازم نیست مدعی ثابت کند که تأخیر در ادای دین موجب زیان او شده است، بلکه صرف تأخیر، ورود خسارت را مسلم می‌سازد. نکته دیگر این است که خسارت ناشی از انجام نشدن تعهد یا تأخیر در اجرای آن به سه طریق ممکن است تقویم شود:

یک. در قرارداد، مقدار خسارت تعیین گردد؛

دو. قانون‌گذار، خسارت حاصل شده را تقویم کند؛

سه. دادگاه تقویم خسارت کند.

در بند بعد، رویکرد رویه قضایی انگلستان نسبت به حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری بررسی می‌شود.

## بند دوم. رویکرد رویه قضایی انگلستان

### ۱. دعوای کارتر و سم علیه شرکت ساختمانی آندو کانستراکشن (۲۰۰۸)

موضوع از این قرار است که کارتر و سم (خواهان) به عنوان نمایندگان حقوقی شهرداری، در قراردادی با شرکت ساخت و ساز آندوکانستراکشن (خوانده)، از این شرکت خواستند تا ساختمانی را با نمای طلایی و در مدت ۱۸ ماه بر اساس نقشه‌ای بسازد که خواهان‌ها از قبل آماده کرده و در اختیار شرکت ساختمانی قرار داده بودند. پیمان‌کار نتوانست در مدت مقرر از عهده ایفای این تعهد برآید و نوسان بازار و قیمت مصالح اولیه را دلیل این امر عنوان کرد. با این حال، بی آن‌که به کارفرما اعلام کند، منتظر کاهش قیمت‌ها ماند. دادگاه در این پرونده، پیمان‌کار را مرتکب اهمال معرفی و اعلام کرد که سهل‌انگاری پیمان‌کار در اطلاع‌دهی به کارفرما زمینه ایفا نشدن تعهد در برابر متعهد له را فراهم آورده و او را با خسارت قابل توجه روبه‌رو کرده است، در حالی که کارفرما مدعی است اگر از افزایش قیمت‌ها مطلع می‌شد، حتماً برای جبران کسری بودجه مربوط به ساخت و ساز اقدام می‌کرد.<sup>۱</sup>

### ۲. دعوای جیسون و کانن علیه شرکت تأسیساتی سیمسون (۲۰۰۸)

دعوای «جیسون و کانن علیه شرکت تأسیساتی سیمسون» مبتنی بود بر قراردادی میان متعهد له (جیسون و کانن به عنوان نماینده حقوقی شهرداری) و متعهد (شرکت ساختمانی) که بر اساس آن، متعهد، موظف به اتمام پروژه یک پانسیون ۱۸ طبقه در عرض ۱۴ ماه بود و متعهد به استفاده از تجهیزات خاصی شده بود. ضمن قرارداد، شرکت ساختمانی، خود را متعهد کرد که اگر نوسان قیمت مصالح ساختمانی در بازار چنان باشد که هزینه‌های مقرر در قرارداد را دست‌خوش تغییر کند، خودش از محل درآمدهای شرکت، تا جایی که اختلاف قیمت‌ها فاحش نشود، هزینه‌ها را تأمین کند. متعهد نیز صریحاً اعلام کرد که به استفاده از مصالح پرهزینه نیازی ندارد و با ساخت پروژه با مصالح کم‌هزینه‌تر موافق است. در عین حال، شرکت سازنده به اختیار خود، بر پذیرش شرط پیشنهادی در قرارداد تصریح کرد و در حقیقت، به آن چه پیشنهاد داده بود، متعهد شد. با این حال، برخلاف آن چه به صورت یک جانبه تعهد کرده بود، هنگام رویارویی با بازار پرنوسان قیمت مصالح ساختمانی و کمبود بودجه، به متعهد له رجوع کرد.

1. Hugh, Collins, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in England*, No.13, *European Business Law Review*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, 2011, p. 211.

دادگاه در رأی خود، نسبت به شرط پیشنهادی شرکت مقرر کرد که این شرط کاملاً صحیح بوده است و دلیلی بر منع آن نمی‌بیند. دادگاه به صراحت اعلام کرد که آن چه شرکت، خود را به آن متعهد کرده، در حقیقت، ناشی از اراده یک سویه اوست که اصولاً نباید میان آن و اصول و قواعد کلی و عمومی حقوق تعهدات، منافاتی قائل شد. از نظر دادگاه، هر چند متعهد، تعهد خود را در برابر متعهد له انجام نداده، دلیلی بر مشروع نبودن و صحیح نبودن شرط پیشنهادی متعهد که اشاره شد، وجود ندارد.<sup>۱</sup>

### ۳. دعوای سندرس علیه کمپانی ساختمانی جان و شرکا (۲۰۰۹)

در این دعوا، پارک سندرس به عنوان نماینده حقوقی شهرداری، علیه کمپانی ساختمانی جان و شرکا طرح دعوا کرد. در دعوای «سندرس علیه کمپانی جان و شرکا» که مستند آن، قراردادی بود که در آن، کمپانی متعهد شده بود ساختمانی را در چهار ماه به پایان برساند، اما به دلیل اقدام نابهنگام متعهد، این کار نه ماه به طول کشید. دادگاه، درخواست متعهد له مبنی بر محکومیت خوانده به پرداخت خسارت و عدم النفع را وارد تشخیص داد و از جمله به این نکته تصریح کرد که تعهد متعهد له بر اساس شرایط و مفاد قرارداد به نتیجه است. پس با مفروض دانستن تقصیر متعهد، به پرداخت خسارت و عدم النفع از سوی خوانده دعوا حکم داد.

نکته مهم در مورد این دعوا آن است که پرداخت عدم النفع به متعهد له زیان دیده، در حقیقت، مبتنی بر تعهدی بود که متعهد (شرکت سازنده) به صورت یک سویه، تمایل خود را به اجرای آن به متعهد له اعلام کرده بود و هدف از این امر نیز طبق قرارداد منعقد شده، جلب رضایت بیش تر مشتری بود. دادگاه، پذیرش چنین تعهدی را نافی هیچ یک از اصول و قواعد حقوق تعهدات در انگلستان ندانست و حتی آن را راهی برای تضمین بیش تر حسن نیت در روابط قراردادی اعلام کرد، هر چند در این پرونده، طرف متعهد نتوانسته بود به این تعهد عمل کند.<sup>۲</sup>

از رویکردی که در آرای مورد اشاره از نظام قضایی انگلستان مشهود است، مشخص می‌شود که در این کشور، قراردادهای پیمان کاری، نمونه بارز قراردادهای مبتنی بر ایفای عین تعهد و حتی گاه

1. Cartwright, John, **Contract Law**, second edition, hart Publishing, North America, 2013, p. 129.

2. Gadbois, Barbara R., Heisse, John R. and Kovars, Joseph C., **Turning A Battleship: Design-Build On Federal Construction Projects**, 31 Constr. Lawyer 6, 2011, p. 144.

قراردادهای مبتنی بر تعهد به نتیجه است که دست نیافتن به نتیجه مورد نظر در این قراردادها، زمینه مناسب را برای اقامه دعوا با خواسته الزام متعهد به ایفای عین تعهد و نیز جبران خسارت به طرف متعهد له فراهم می‌آورد.

در بند بعد، رویکرد رویه قضایی فرانسه در مورد حل و فصل اختلافات مرتبط با قراردادهای پیمان‌کاری اداری بررسی خواهد شد.

### **بند سوم. رویه قضایی فرانسه**

#### **۱. رأی دادگاه شهر پاریس (۱۲ دسامبر ۲۰۱۰)**

یک انجمن فعال در زمینه مسائل رفاهی و تفریحی در شهر پاریس تصمیم گرفت که پس از خرید یک کمپ ورزشی قدیمی، ضمن بازسازی نمای ظاهری، قسمت‌های فرسوده آن را ترمیم کند و دوباره به عنوان کمپ تفریحی برای حدود ۱۲۰ هزار نفر از ساکنان قسمت شرقی پاریس احیاگرداند. شهرداری محل ضمن اطلاع از این موضوع، به عنوان شریک همکار، قراردادی با این انجمن بست و ساخت‌وساز را به شرکت ساختمانی «کانستراک فیدلز» در پاریس واگذار کردند.

در قراردادی که میان انجمن و شهرداری به عنوان متعهد له (کارفرما) و شرکت ساختمانی به عنوان متعهد (پیمان‌کار) منعقد شد، مقرر گردید که در مهلتی یک‌ساله، این کمپ کاملاً بازسازی و ترمیم شود و شرکت ساختمانی به عنوان پیمان‌کار، تمام مواردی را در فرآیند بازسازی منظور گرداند و اجرایی کند که انجمن به عنوان کارفرما در نظر گرفته است. پیمان‌کار پس از سه ماه از شروع کار اعلام کرد که به دلیل نوسان بازار و کفایت نکردن بودجه نمی‌تواند تعهدات خود را ایفا کند. پس قرارداد را به صورت یک‌جانبه فسخ کرد. پیمان‌کار هم دعوی جبران خسارت و الزام خواننده به ایفای عین تعهد و تحویل پروژه بر اساس مفاد قرارداد تنظیمی را اقامه کرد.

دادگاه، کارفرما را مستحق دانست و اعلام کرد که قبل از فسخ، پیمان‌کار وظیفه داشته است مراتب را به اطلاع کارفرما برساند؛ زیرا چه بسا کارفرما می‌توانست از عهده مخارج مازاد برآید و مانع بروز مشکل در روند اجرای پروژه شود. دادگاه، فسخ یک‌جانبه و بدون اطلاع قبلی پیمان‌کار را دلیلی قانع‌کننده ندانست و اتفاقاً آن را نشانه بدعهدی و سوء نیت پیمان‌کار در ایفای تعهد به شمار آورد

و اعلام کرد که قراردادهای پیمان‌کاری تا جایی که با مبانی و اصول و قواعد حقوق قراردادهای در تعارض نباشند، نمونه بارز احترام به آزادی اراده‌ها در حقوق تعهدات هستند. به نظر دادگاه، اگر یکی از طرفین، بی‌محابا به فسخ یک جانبه این گونه قراردادهای دست زند و در نهایت، تعهد خود را عقیم بگذارد، قابل دفاع نیست.<sup>۱</sup>

## ۲. رأی دادگاه شهر لیون (۱۴ مارچ ۲۰۱۰)

این رأی در مقام حل اختلاف میان کارفرما (اداره دولتی تابعه وزارت شهرسازی) و پیمان‌کار (شرکت ساختمانی فیلیپ مور) برآمده است که در قرارداد میان خود، ساخت یک مجتمع مسکونی ۲۰۰ واحدی را مبنای تعهدات دوجانبه خود قرار داده بودند. پیمان‌کار که شرکت ساخت‌وساز بود، در مقابل کارفرما متعهد شد که ۲۰۰ واحد آپارتمان ۸۰ تا ۱۸۰ متری را با همه تجهیزات و تأسیسات حفاظتی و فنی در طول ۳ سال به کارفرما تحویل دهد. کارفرما مبلغ قابل توجهی را به عنوان تنخواه به پیمان‌کار تحویل داد و قرار بر این شد که هر زمان، پیمان‌کار به منابع مالی و بودجه‌ای جدید نیاز داشت، با دادن فاکتور رسمی، هزینه‌ها را از کارفرما مطالبه و در مقابل، کارفرما نیز مخارج لازم را تأمین کند.

به دلیل افزایش هزینه‌های مصالح و تجهیزات اولیه در برهه‌ای از زمان در فرانسه، پیمان‌کار ادعا کرد که تنخواه اولیه، کفاف هزینه‌ها را نمی‌دهد و لازم است که کارفرما مبلغ بیش‌تری بپردازد. کارفرما طبق قرار اولیه میان خود و پیمان‌کار، فاکتور رسمی از او خواست. پیمان‌کار اعلام داشت که متعهد نیست فاکتور دهد؛ چون شرط مقرر در قرارداد مبنی بر فاکتور دادن، مربوط به زمانی است که مخارج به صورت عادی افزایش یابد، نه به صورت فوق‌العاده و آنچه در حال حاضر رخ داده، وضعیت فوق‌العاده است و از دادن فاکتور، معذور است.

کارفرما این استدلال عجیب پیمان‌کار را نپذیرفت و در مقام الزام پیمان‌کار به جبران خسارت وارد شده برآمد و ضمن طرح دعوا با خواسته جبران خسارت و الزام پیمان‌کار به ایفای عین تعهد، دادگاه را متقاعد ساخت که آنچه پیمان‌کار به عنوان دلیلی بر انجام نشدن تعهد به آن استناد کرده است، بهانه‌ای بیش برای ایفا نکردن تعهد نیست.

1. Gasne, Stéphane, Cyrielle Barbier and Anne-Sophie Duprey, Construction and projects in France: overview, Practical Law Agency, 2011, p. 203.

پیش از صدور رأی دادگاه، دو طرف بر اساس رضایت متقابل و به موجب دستور دادگاه، اختلاف را به داور مرضی الطرفین ارجاع دادند. با این حال، داور مربوط نیز استدلال پیمان کار را خارج از چارچوب قرارداد اولیه دانست و دلیل پیمان کار را برای ایفا نکردن تعهد و اجرای پروژه نپذیرفت. دادگاه در قسمتی از رأی خود اعلام داشت که قراردادهای پیمان کاری نظیر قراردادی که میان پیمان کار و کارفرما منعقد شده، از جمله جلوه های بارز ایفای عین تعهد به ویژه از جانب پیمان کار نسبت به کارفرماست. بدیهی است که طرفین ضمن احترام به تعهدات متقابل، به دور از هر گونه تقلب و جاه طلبی باید تعهداتی را که در برابر یکدیگر بر عهده گرفته اند، ایفا کنند.<sup>1</sup>

### ۳. رأی دادگاه شهر نیس (۲۰۰۹)

به موجب قراردادی که میان گروه ساختمانی ادوارد (پیمان کار) و سه تن از پزشکان بازنشسته بیمارستانی دولتی وابسته به وزارت سلامت همگانی به عنوان نمایندگان حقوقی این بیمارستان (کارفرما) در شهر نیس منعقد شد، گروه ساختمانی به عنوان پیمان کار متعهد شد سه سوله بهداشتی مجهز به تمام امکانات را در طول نه ماه (یعنی هر سه ماه، یک سوله بسازد و تحویل کارفرما دهد) به بهره برداری برساند. پیمان کار، نه تنها در مهلت مقرر به تعهد خود عمل نکرد، بلکه با توسل به فورس ماژور، مدعی شد که به دلیل سردی هوا و همکاری نکردن شرکت های حمل و نقل به دلیل کمبود سوخت، امکان حمل و نقل تجهیزات و مصالح لازم را نداشته و نتوانسته است تعهد خود را اجرایی سازد.

کارفرما عنوان داشت که به نمایندگی از وزارت بهداشت و سلامت فرانسه، قصد ساخت این سه سوله را داشته و موضوع برای دولت فرانسه نیز بسیار مهم بوده است و استناد پیمان کار به قوه قاهره برای گریز از مسئولیت، وارد نیست. وکلای کارفرما توانستند دادگاه را متقاعد سازند که آن چه پیمان کار به عنوان فورس ماژور به آن استناد و به سبب آن، مسئولیت را از خود رفع کرده است، واقعاً فورس ماژور نیست و بیش تر، بهانه تراشی است.

دادگاه در قسمتی از رأی خود، با اشاره به این امر اظهار داشت: «... حتی می توان به این امر نیز استناد کرد که به سبب اهمیت جایگاه کارفرما به عنوان شخصیت حقوقی به دلیل نمایندگی رسمی و گذارنده از سوی دولت فرانسه و نیز اهمیت مسائل بهداشتی و بیمارستانی و ارتباطی که مستقیماً میان این امور و سلامت عمومی جامعه برقرار است، تعهدی که پیمان کار در برابر کارفرما داشته،

1. Berret, Allen, Construction Contracts in France, I. N. P. C., Paris, 2011, p. 211.

نوعی تعهد به نتیجه بوده و دست نیافتن به نتیجه نهایی یعنی برپایی سوله‌های مجهز پزشکی، نقض بارز این تعهد است. مسائلی که پیمان‌کار به عنوان فورس مازور به آن‌ها استناد کرده، آن درجه قدرت حقوقی ندارند که بتوانند دلیل مناسبی برای رفع مسئولیت باشند...»<sup>۱</sup>.

#### ۴. رأی دادگاه شهر پاریس (۲۰۰۸)

این رأی به دنبال اقامه دعوی یک شرکت توسعه و تجهیز تأسیسات بیمارستانی به نمایندگی رسمی از وزارت بهداشت فرانسه به طرفیت یک شرکت ساخت‌وساز فعال در زمینه بازسازی فضاهای بیمارستانی و پزشکی به نام «ام.اچ.پی.» صادر شد. قضیه از این قرار بود که پیمان‌کار یعنی شرکت ساخت‌وساز در قراردادی که با کارفرما یعنی شرکت توسعه و تجهیز تأسیسات بیمارستانی منعقد کرد، متعهد شد تحت نظارت یک بیمارستان دولتی در غرب پاریس، دو بیمارستان صحرایی ۵۰۰ تخت خوابی بسازد و دو سوله بهداشتی قدیمی را تجهیز کند. ضمن قرارداد، پیمان‌کار متعهد شد اگر مخارج صورت‌گرفته، کفاف لازم را داشت، سوله‌ها را علاوه بر ترمیم سازه که تعهد اصلی طرف پیمان‌کار بود، به سیستم‌های حفاظتی فنی نیز تجهیز کند. مدت مقرر برای اجرای این پروژه در مجموع، دو سال در نظر گرفته شد، اما پس از گذشت شش ماه از زمان شروع اجرای قرارداد، طرف پیمان‌کار اعلام کرد که به دلیل تأمین نشدن مخارج لازم نمی‌تواند پروژه را ادامه دهد. پس به صورت یک جانبه، قرارداد منعقدشده میان خود و طرف کارفرما را لغو کرد.

وکلاهی کارفرما پس از اقامه دعوا در دادگاه اعلام داشتند که فسخ یک جانبه قرارداد از سوی پیمان‌کار هرگز با مبانی و اصول وقواعد حقوقی سازگار نیست و لازم بود قبل از فسخ، موجبات آن به اطلاع کارفرما برسد؛ زیرا چه بسا کارفرما می‌توانست مخارج لازم را تأمین کند. افزون بر آن، به سبب اهمیت مسائل بهداشتی و بیمارستانی و پزشکی که در قرارداد منعقدشده نیز به صراحت بیان شده و اساساً هدف از انجام پروژه نیز ارتقای این مسائل بود، تعهد پیمان‌کار در برابر کارفرما را می‌توان از نوع تعهد به نتیجه به حساب آورد. دادگاه پس از استماع اظهارات دو طرف، مشابه استدلال دادگاه در رأی قبلی را به کار برد و اعلام داشت که فسخ یک جانبه قرارداد، دلیل مناسبی برای نقض عهد نیست و پیمان‌کار قبل از فسخ می‌توانست اقدامات احتیاطی لازم دیگری را به کار بندد. از سوی دیگر، دادگاه، با ادعای به نتیجه بودن تعهد

1. Hartmann, David, French construction law, Alaris Avocats, 2012, p. 140.

پیمان‌کار در برابر کارفرما نیز موافقت کرد و اظهار داشت که آن چه پیمان‌کار، خود را به ایفا و اجرای آن در قرارداد ملزم کرده، از آن درجه از اهمیت و حساسیت برخوردار بوده است که بتوان تعهدات این طرف را تعهد به نتیجه به حساب آورد. در نهایت، دادگاه، پیمان‌کار را به جبران خسارت، محکوم و به پیمان‌کار نیز تکلیف کرد که اگر نمی‌تواند خود به ایفای تعهد بپردازد، پیمان‌کار دیگری را جای‌گزین کند.<sup>۱</sup>

در مقام جمع‌بندی می‌توان گفت ظاهر امر، دلالت بر این دارد که در حقوق هر سه کشور ایران، فرانسه و انگلستان، غایت‌مداری قراردادهای پیمان‌کاری اداری و امکان استفاده از شروط فوق‌العاده قراردادی پذیرفته شده است. با این حال، به نظر می‌رسد یک‌دستی و انسجام مقررات قانونی ناظر بر قراردادهای پیمان‌کاری اداری در حقوق ایران، به قوت حقوق فرانسه و انگلستان نیست. از سوی دیگر، باید گفت نظام حقوقی ایران در شناسایی کامل این قراردادها با چالش‌هایی از جمله تشکیل نشدن دادگاه‌های تخصصی و ناهماهنگی بین نظام قضایی و تقنینی روبه‌روست. بر این اساس، به نظر می‌رسد اندیشه‌های حقوقی راجع به ماهیت و اثرگذاری قراردادهای پیمان‌کاری اداری در نظام حقوقی ایران، هنوز آن گونه که باید و شاید، تکامل نیافته و نهادینه نشده است.<sup>۲</sup>

نکته دیگر این است که در فرانسه، رسیدگی قضایی به اختلافات راجع به این قراردادها در صلاحیت دادگاه‌های اداری است، اما در ایران و انگلستان، چنین صلاحیتی برای دادگاه‌های عمومی دادگستری در نظر گرفته شده است. هم‌چنین باید دانست که در حقوق فرانسه، مفهوم چنین قراردادهایی، دربردارنده اصول و قواعد خاص و در عین حال، مستقل از قراردادهای تحت شمول حقوق خصوصی است، اما در انگلستان و ایران، معمولاً عموم قراردادها از جمله همین قراردادهای مورد بحث، مشمول اصول و قواعد حقوق عام قراردادهایند. توجه به این نکته نیز لازم است که فهم و تفسیر خصوصی اعمال قراردادی در آرای قضایی در ایران، امکان نهادینه شدن مفهوم قرارداد اداری در ایران را به صورت کامل و درست فراهم نکرده است.<sup>۳</sup>

1. Thiebaut, Sylvain, *Construction challenges in France*, International construction market survey, Turner Pub, 2013, p. 138.

۲. زارعی، محمدحسین و آیت‌مولایی، «آسیب‌شناسی قراردادهای اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶۳، ص ۱۷۰.

۳. مولایی، آیت، قراردادهای اداری، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۱۲۴؛ احمدی، کیمیا، «اقتضائات و موانع حل اختلاف در قراردادهای پیمان‌کاری از طریق داوری در ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد

## نتیجه‌گیری

در تحقیق حاضر، رویکرد رویه قضایی در سه کشور ایران، انگلستان و فرانسه در مورد شیوه حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری اداری در مرحله اجرای این قراردادها بررسی شد. با این‌که میان رویکرد هر سه نظام حقوقی به قراردادهای پیمان‌کاری از نظر ماهوی، تفاوت‌هایی مشاهده می‌شود، حل و فصل اختلافات میان کارفرما و پیمان‌کار از مجرای روش قضایی در هر سه کشور، مرسوم‌ترین روش و سازوکار است.

اصولاً استفاده از سازوکار قضایی، مرسوم‌ترین روش برای حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمان‌کاری از جمله پیمان‌کاری‌های اداری است. در این روش، متضرر از نقض قرارداد، با مراجعه به دادگاه‌های عمومی یا اختصاصی (حسب مورد)، رسیدگی قضایی مرجع مربوط را نسبت به دعوای خود که عمدتاً مطالبه خسارات یا الزام ناقض قرارداد به ایفای تعهدات است، از مرجع قضایی می‌خواهد.

به نظر می‌رسد نقطه اشتراک رویکرد رویه قضایی هر سه کشور نسبت به قراردادهای پیمان‌کاری آن است که قراردادهای پیمان‌کاری به ویژه اگر در قالب قراردادهای پیمان‌کاری اداری منعقد شوند، دربردارنده تعهدات سنگینی هستند که طرفین در آن‌ها در قبال یکدیگر می‌پذیرند. نسبت به نقض این تعهدات، اصول عام حقوقی که به ویژه به حوزه مسئولیت‌های مدنی قراردادی مربوط هستند، مبنای حل و فصل اختلافات حادث قرار می‌گیرند؛ هرچند قواعد حقوقی در حوزه مسئولیت مدنی قهری نیز گاه می‌توانند مبنای حل و فصل اختلافات در چنین قراردادهایی باشند.

به هر تقدیر، اهمیت و حساسیت تعهداتی که در قراردادهای پیمان‌کاری، ایفای آن‌ها بر عهده متعهد قرار می‌گیرد، گاه حتی به اندازه‌ای است که این تعهدات در رویکرد رویه قضایی این سه کشور، نوعی تعهد به نتیجه محسوب شده‌اند و تعهداتی دایر مدار الزام به ایفای عین تعهد از سوی متعهد بر عهده وی ثابت می‌شود. با عنایت به اهمیت و ماهیت خاص تعهدات متعهد (پیمان‌کار) نسبت به متعهد له (کارفرما) در این قراردادها، به نظر می‌رسد رویکرد رویه قضایی سه کشور مورد اشاره، ماهیت این تعهدات را تعهدات به نتیجه در نظر گرفته است.

از سوی دیگر، حتی در روش قضایی نیز از برخی سازوکارها و روش‌های دیگر از جمله ارجاع اختلاف به داوری استفاده شده است. وقتی داوری نتوانسته است به اختلافات موجود پایان دهد، در نهایت، خود مرجع قضایی رأی صادر کرده است. رأیی که مراجع قضایی در اختلافات مربوط به قراردادهای پیمان‌کاری صادر کرده‌اند، عمدتاً مبتنی بر الزام متعهد به ایفای تعهداتی بوده که در برابر طرف دیگر بر عهده گرفته است و در این میان، عمدتاً پیمان‌کار، ملزم به ایفای تعهدات در برابر کارفرما محسوب شده یا به پرداخت خسارت ادعایی نسبت به کارفرما ملزم گشته است.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوقی پیمان، تهران: یادآوران، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد دوم)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۳. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
۴. رستمی، ولی، حقوق قراردادهای اداری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۵. سمیع‌زاده، رضا و هانیه محمودی، حقوق پیمان (جلد دوم)، تهران: بهنامی، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۶. شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۷. قهرمانی، نصرالله و شهرزاد شمس‌ا، دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۸. مولایی، آیت، قراردادهای اداری، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.

#### ب) مقاله

۱. احمدی، فیروز و دیگران، «تأثیر متقابل تأخیر مالک و پیمان‌کار در اجرای قراردادهای پیمان‌کاری بین‌المللی (تأخیر هم‌زمان)»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره نوزدهم، شماره ۲.
۲. اسماعیلی، میترا و همکاران، «نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال سوم، شماره ۷.
۳. خیری، محسن و همکاران، «مطالعه تطبیقی شرایط و آثار انحلال قراردادهای پیمان‌کاری طرح و ساخت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۴۰۰، دوره چهاردهم، شماره ۵۳.
۴. رضایی‌زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۷، دوره سی و هشتم، شماره ۲.

۵. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، «آسیب شناسی قراردادهای اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصل نامه دیدگاه های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶۳.
۶. عراقی، سید عزت الله و محمدکاظم حبیب زاده، «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص ها»، مجله حقوق خصوصی، ۱۳۸۸، سال ششم، شماره ۱۵.
۷. مولایی، آیت، «مفهوم شناسی قرارداد اداری با تأکید بر نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۴، دوره هفتاد و نهم، شماره ۸۹.
۸. نجارزاده هنجنی، مجید، «تأثیر دکتترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری»، مجله حقوق فناوری های نوین، ۱۳۹۹، دوره اول، شماره ۱.
۹. واعظی، مجتبی و فاطمه کیانی، «بی اعتباری در قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، ۱۴۰۱، شماره ۹۹.

#### ج) پایان نامه

۱. احمدی، کیمیا، «اقتضائات و موانع حل اختلاف در قراردادهای پیمان کاری از طریق داوری در ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بوشهر، ۱۳۹۲.
۲. برزگر، مهدی، «ایفای عین تعهد و تضمین آن در قراردادها»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.
۳. خادم الرضا، سید احمد، «شرط فاسخ در قراردادهای پیمان کاری با تأکید بر شرایط عمومی پیمان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خوراسگان (اصفهان)، ۱۳۹۱.
۴. فتحی، فرنگیس، «کارکردهای سازوکارهای داوری و شبه داوری در حل و فصل اختلافات در قراردادهای ساخت و ساز»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد رفسنجان، ۱۳۹۱.
۵. فقیهی نژاد، وحید، «بررسی تطبیقی ایفای عین تعهد در حقوق ایران، فرانسه، انگلستان و فقه امامیه»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۹۵.
۶. مهدوی خوراسگانی، سید محمدرضا، «تحلیل وضعیت حقوقی تعهدات یک جانبه پیمان کار در برابر کارفرما با تأکید بر شرایط عمومی پیمان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر انزلی، ۱۳۹۲.

## ۲. Latin source

۱. Barrett, Kevin, **Defective Construction Work and the Project Team**, Wiley-Blackwell, ۲۰۱۴.
۲. Bartlett, Andrew (General Editor), **Emden's Construction Law**, Lexis Nexis Butterworths, ۲۰۰۶.
۳. Berret, Allen, **Construction Contracts in France**, I. N. P. C., Paris, ۲۰۱۱.
۴. Bruner, Philip L. and O'Connor, Patrick J. Jr., Bruner and O'Connor, **On Construction Law**, Westlaw, ۲۰۱۱.
۵. Bunni, Nael G., **The four criteria of risk allocation in construction contracts**, ICLR, ۲۰۰۹.
۶. Cartwright, John, **Contract Law**, second edition, hart Publishing, North America, ۲۰۱۳.
۷. Chao-duvis, M.A.B, **An Analysis And Comparison Of The Dutch Standard Contract For Integrated Contracts (Turnkey/Design And Build) And The FIDIC Yellow Book**, ICLR, ۲۰۰۶.
۸. Chappell, David, **The JCT Design and Build Contract**, Blackwell Publishing, ۲۰۰۷.
۹. Chappell, David, **Construction Contracts**, Taylor & Francis, ۲۰۰۹.
۱۰. Chappell, David, Michael Cowlin & Michael Dunn, **Building Law Encyclopaedia**, Wiley-Blackwell, ۲۰۰۹.
۱۱. Charrett, Donald, **A common law of construction contracts- or vive la difference?**, ICLR, ۲۰۱۲.
۱۲. Cushman, Robert F. and Loulakis, Michael C., **Design-Build Contracting Handbook**, Aspen Publishers Inc., ۲۰۱۱.
۱۳. Furmston, Michael; Powell Smith and Furmston's, **Building Contract Casebook**; Blackwell Publishing, ۲۰۰۶.
۱۴. Furst, S. & Ramsley, V., **Keating on construction contracts**, Sweet & Maxwell, ۲۰۰۶.
۱۵. Gadbois, Barbara R., Heisse, John R. and Kovars, Joseph C., **Turning A Battleship: Design-Build On Federal Construction Projects**, ۳۱ Constr. Lawyer ۲۰۱۱, ۶.
۱۶. Gasne, Stéphane, Cyrielle Barbier and Anne-Sophie Duprey, **Construction and projects in France: overview**, Practical Law Agency, ۲۰۱۱.
۱۷. Hartmann, David, **French construction law**, Alaris Avocats, ۲۰۱۲.

۱۸. Hök, Götz-Sebastian, **Employer's requirements in design-build contracts under FIDIC- A comparative study**, ICLR, ۲۰۱۲.
۱۹. Hugh, Collins, **The Impact of Human Rights Law on Contract Law in England**, No.۱۳, European Business Law Review, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, ۲۰۱۱.
۲۰. Huse, Joseph A., **Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts**, Sweet & Maxwell, ۲۰۱۰.
۲۱. Levy, Sidney M., **Design-Build Project Delivery**, McGraw-Hill, ۲۰۰۶.
۲۲. McGregor, Harvey, **McGregor on Damages**, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), ۲۰۰۹.
۲۳. N., Sahil, **Novation Agreement In Design And Build Contracts**, University of Technology Malaysia, ۲۰۰۸.
۲۴. Soen, Philip, **Building and Construction Contracts**, SLLP, ۲۰۱۲.
۲۵. Stein, S.G.M., **Construction Law Digest**, Matthew Bender, LexisNexis, ۲۰۰۹.
۲۶. Sweet, Justin, **Legal Aspects of Architecture**, Thomson, ۲۰۰۴.
۲۷. Thiebaut, Sylvain, **Construction challenges in France, International construction market survey**, Turner Pub, ۲۰۱۳.

## مطالعه تطبیقی دادرسی انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران و انگلستان

مرتضی دلجو، عزیزالله فضلی<sup>۲</sup>

### چکیده

از جمله دغدغه‌های مهم درباره برگزاری انتخابات، شفاف‌سازی تقنینی و حقوقی فرآیند و اصول ناظر و حاکم بر دادرسی انتخاباتی نسبت به تخلفات و جرایم انتخاباتی است. در این پژوهش، مسئله دادرسی انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران و انگلستان به طور تطبیقی بررسی شده است. مطالب مطرح حول محور پاسخ به این مسئله و پرسش است که اساساً فرآیند دادرسی انتخاباتی و انطباق آن با اصول بین‌المللی در حقوق ایران و انگلستان چه نقاط اشتراک و افتراقی دارند. نتایج و یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی تهیه و تنظیم شده، مؤید این مطلب است که ساختار دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان از منظر انطباق با اصول بین‌المللی در مواردی نظیر اصل بی‌طرفی، برابری، شفافیت، دسترسی به حق شکایت و اعتراض و نظارت دقیق اشتراک دارند، هرچند نظام دادرسی انتخاباتی انگلستان در تبیین از پیش تعیین شده جرایم و تخلفات انتخاباتی در راستای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اصول بی‌طرفی و استقلال، دقیق‌تر و موشکافانه‌تر عمل می‌کند و در مقابل، وضعیت ایران در رعایت اصولی نظیر زمان دادرسی و هزینه دادرسی انتخاباتی بهتر از انگلستان است.

در حوزه تطبیق دادرسی انتخاباتی ایران و انگلستان از طریق قضایی و غیر قضایی نیز هر دو در پیش‌بینی تفکیکی راهکارهای قضایی و غیر قضایی و تعیین شعب تخصصی از محاکم عمومی که موقتی هم هستند، مشترکند. البته در دو نکته با یکدیگر تفاوت دارند. اول این‌که نهادهای غیر قضایی در ایران نظیر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی و هیئت اجرایی، حاکمیتی هستند، در صورتی که این نهادها در انگلستان، بیش‌تر مردمی‌اند، نظیر احزاب و نهادهای سیاسی. دوم این‌که در ایران برخلاف انگلستان، مقامات قضایی راساً حق ورود به تخلفات و جرایم انتخاباتی را دارند، در صورتی که در انگلستان صرفاً پس از دریافت شکایت و اعتراض وارد عمل می‌شوند.

**واژگان کلیدی:** انتخابات، دادرسی انتخاباتی، دادرسی قضایی و غیر قضایی، اصول بین‌المللی، حقوق انگلستان، حقوق ایران.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران، mortezadeljou@chmail.ir

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران، azizollahfazli@chmail.ir، (نویسنده مسئول)

## مقدمه

دادرسی انتخاباتی به طور کلی شامل مفاهیم و سازوکارهایی است که تضمین می‌کنند فعالیت‌ها، فرآیندها و تصمیمات مربوط به فرآیند انتخابات، مطابق با قانون است. بنابراین، از حقوق انتخاباتی حمایت و آن را احیا می‌کند و برای افرادی که فکر می‌کنند حقوق انتخاباتی آن‌ها نقض شده است، امکان دادخواهی و رسیدگی قضایی را فراهم می‌آورد. هم‌چنین شامل ابزار و سازوکارهایی است که مانع خدشه‌دار شدن روندهای انتخاباتی می‌شود و از حقوق انتخاباتی دفاع می‌کند. سازوکارهای دادرسی انتخاباتی، ابزارهایی دارد که به موقع از بحث و مجادله جلوگیری و از ابزارهای رسمی یا غیر رسمی برای حل آن‌ها استفاده می‌کند. از جمله مهم‌ترین این معیارها، نظارت بر نتایج انتخابات و حل و فصل دعاوی انتخاباتی است؛ چون یکی از راهکارهای ضروری برای برقراری دموکراسی و تحقق حاکمیت مردمی، وجود مؤلفه‌های کارآمد و منصفانه و قانع‌کننده برای حل و فصل اختلافات است. یکی از مهم‌ترین اختلافات طبیعی، اختلاف در فرآیند برگزاری انتخابات و نتیجه آن است. این اختلافات در هر مرحله که رخ دهد، اعم از مراحل ثبت نام و احراز صلاحیت نامزدها، مراحل برگزاری انتخابات، تبلیغات و رأی‌گیری و هم‌چنین مراحل پسانتخاباتی یعنی اعلام نتایج باید طبق اصول دادرسی منصفانه حل و فصل گردد. در غیر این صورت، فلسفه وجودی انتخابات و برقراری دموکراسی زیر سؤال خواهد رفت.

بنابراین، در حقوق اساسی هر کشور، راهکارهایی برای دعاوی انتخاباتی در نظر گرفته می‌شود. حقوق اساسی کشورها باید این سازوکارها را طوری پیش‌بینی کنند که افکار عمومی جامعه از برقراری عدالت اطمینان کامل یابند. ایجاد قانون و راهکارهای رسیدگی به اعتراض‌های انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان به نتایج و شیوه برگزاری انتخابات نشانه باز بودن و قوی بودن نظام سیاسی هر کشور به شمار می‌رود و در صورت طرح دعاوی انتخاباتی ناشی از افزایش آگاهی عمومی از برقراری عدالت است.

با توجه به مطالب عنوان‌شده در این پژوهش برای بررسی سازوکار حقوقی حل و فصل دعاوی انتخاباتی در ایران و انگلستان در برقراری اصول دادرسی منصفانه، در پی یافتن پاسخی برای

این پرسش‌هاییم: طرح دعاوی انتخاباتی در ایران و انگلستان به چه صورت است؟ نهادهای رسیدگی‌کننده به دعاوی انتخاباتی در دو نظام ایران و انگلستان کدامند؟ آیا سیستم مرسوم در ایران با اصول بین‌المللی حاکم بر حل و فصل دعاوی انتخاباتی انطباق دارد؟ اصول و استانداردهای بین‌المللی حاکم بر حل و فصل دعاوی انتخاباتی چیست؟

## گفتار اول. مفهوم دادرسی انتخاباتی

دادرسی انتخاباتی، اساس و بنیاد دموکراسی است که هم از قانونی بودن فرآیند انتخاباتی و هم از حقوق سیاسی شهروندان حمایت می‌کند. به علاوه در فرآیند پیوسته و همیشگی دموکراسی‌سازی، سرعت بخشیدن به گذار و عبور از استفاده از خشونت به عنوان ابزاری برای حل مشکلات سیاسی به استفاده از ابزار قانونی برای رسیدن به راه حل منصفانه نقش بنیادی دارد. مفهوم دادرسی انتخاباتی شامل ابزار و سازوکارهایی است که مانع خدشه‌دار شدن روندهای انتخاباتی می‌شود و از حقوق انتخاباتی دفاع می‌کند. سازوکارهای دادرسی انتخاباتی، ابزارهایی دارد که به موقع از بحث و مجادله جلوگیری و از ابزارهای رسمی یا غیر رسمی برای حل آن‌ها استفاده می‌کند.<sup>۱</sup>

در نهایت، باید گفت که اگر قوانین و مقررات انتخاباتی از مهم‌ترین قواعد یک دولت قانون‌مند دموکراتیک به شمار آید، وجود یک نظام مطلوب دادرسی انتخاباتی را نیز باید یکی از بنیادی‌ترین مؤلفه‌های تضمین بقا و تداوم آن تلقی کرد. دو دلیل بنیادین برای چنین داعیه‌ای قابل ارائه است: از سویی به عنوان یک دلیل عام در خصوص همه قواعد و مقررات حقوقی، نبود نظارت و ضمانت اجرا ممکن است تأثیر لازم و کافی را در تحقق اهداف وضع قاعده (رعایت نظم حقوقی، حاکمیت قانون و قانون‌مندی حکومت و البته رعایت حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان) نداشته باشد. از سوی دیگر، با عنایت به اهمیت نظام حقوقی و قوانین و مقررات انتخاباتی در مجموعه نظام حقوقی، دادرسی انتخاباتی اهمیتی دوچندان می‌یابد. بسیاری از صاحب‌نظران، قوانین انتخاباتی یک نظام سیاسی را هم‌تراز قانون اساسی کشور می‌دانند.<sup>۲</sup>

۱. اوروسکو انریکه، خسوس، دادرسی انتخاباتی، ترجمه: اسدالله یآوری و هانیبه اشتغالی، تهران: میزان، ۱۳۹۷، ص ۱۱.

۲. همان.

## گفتار دوم. اصول ناظر بر دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان

### بند اول. اصل برابری

اصل برابری، یکی از مهم‌ترین اصول حقوقی است. اقتضای این اصل، برخورداری همه افراد از حقوق و تکالیف مساوی در شرایط و موقعیت‌های یکسان است. شناسایی حقوق انتخاباتی برابر برای افراد در قوانین و مقررات انتخاباتی صرفاً نمی‌تواند اصل برابری در قوانین انتخاباتی را تأمین کند، بلکه مراقبت بر اعمال حقوق انتخاباتی شناخته‌شده در قوانین انتخاباتی برای تضمین اصل برابری در قانون لازم است. برای تحقق این مهم، تعیین سازوکارهای لازم برای مراقبت بر اجرای قوانین انتخاباتی و جرم‌انگاری اعمال خلاف قوانین انتخاباتی در قواعد حقوقی مربوط به مراقبت بر جریان انتخابات ضروری است. اقتضات اصل برابری در کمیّت و کیفیت نظارت بر انتخابات متفاوت است. اصل برابری در کمیّت (دایره) نظارت بر اجرای انتخابات اقتضا می‌کند که ناظران انتخاباتی بر کل فرآیند انتخابات و تمام عوامل اثرگذار بر جریان انتخاباتی نظارت کنند تا حقوق انتخاباتی شهروندان به صورت برابر در تمام مراحل اجرایی انتخابات تضمین گردد. اقتضای اصل برابری در کیفیت نظارت بر جریان انتخابات، قاعده‌مند بودن معیار نظارت و نظارت بر اساس قانون و بدون مصلحت‌اندیشی ناظر است. به علاوه، قوانین انتخاباتی که معیار نظارت قرار می‌گیرند، باید به صورت عینی و قابل ارزیابی وضع شوند تا از اعمال سلیقه ناظران انتخاباتی در مقام انطباق تصمیماتشان با قوانین انتخاباتی جلوگیری گردد.<sup>۱</sup>

### بند دوم. اصل شفافیت

یک قانون انتخاباتی باید زمینه‌ها و دلایلی را که می‌تواند موجب شکایت از نتیجه انتخابات شود، به طور واضح و شفاف بیان کند. سازمان امنیت و همکاری اروپا نیز اظهار داشته است که «قانون انتخابات باید زمینه‌های شکایت و اعتراض را تعیین کند». شیوه نظارت ناظران باید بر پایه و مبنای قانونی و مطابق با اصول و روش‌های نظارتی باشد و ناظران در تهیه گزارش خود باید اسناد و مدارک را برای هر گونه ارزیابی منصفانه ضمیمه کنند که چنین اسنادی، شفافیت و اعتبار گزارش آن‌ها را

۱. تقی‌زاده، جواد و طیبه کریم‌زاده، «اصل برابری و نظارت قانونی بر اجرای انتخابات نهادهای سیاسی»، نشریه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۴۰.

افزایش می‌دهد. از این رو، ناظر باید:

۱. اهداف نظارت خود را چه در آغاز انتخابات و چه در زمان گزارش مشخص کند؛
۲. اطلاعات را با مدارک و اسناد و به روش علمی جمع‌آوری کند؛
۳. برای ارائه یک ارزیابی کلی و نهایی از فرآیند نظارت بر انتخابات به مدیریت انتخابات آماده باشد؛
۴. اگر لازم و شایسته بود، مدیریت انتخابات را از کاستی‌های موجود در خصوص فرآیند انتخابات مطلع سازد؛
۵. نتایج حاصل از نظارت حوزه را به عموم اعلام کند.<sup>۱</sup>

### **بند سوم. اصل استقلال**

به دلیل اعمال نفوذهای سیاسی و ناروا به ویژه توسط رقبا برای برنده شدن، نهاد نظارت‌کننده باید از لحاظ ساختاری و عملکردی، مستقل از قوای سه‌گانه و نهادهای خاص باشد تا بتواند وظایف خود را بی‌غرضانه و در کمال آزادی اراده و اختیار مطابق با واقع انجام دهد.

### **بند چهارم. اصل نظارت و بی‌طرفی ناظر**

بر اساس این اصل، ناظران باید از میان افراد غیر حزبی و طرفدار تحقق عدالت و انصاف انتخاب شوند. آن‌چه برای ناظر هنگام انجام وظیفه اهمیت دارد، این است که در مدیریت انتخابات، فرآیند انتخابات را مطابق قوانین و مقررات و اصول ارزشی و کارآمدی انتخابات انجام دهد و در مقام حسن اجرای قوانین برآید. جنبه‌های مختلفی می‌تواند تأمین‌کننده بی‌طرفی ناظران تلقی شود که عبارتند از:

۱. به شیوه‌های کاملاً بی‌طرفانه و به دور از هرگونه تعصب نسبت به مسئولان کشور (از جمله تشکیلات مدیریت انتخابات)، احزاب، نامزدان، رأی‌دهندگان، رسانه‌های جمعی و جراید رفتار کنند؛
۲. از انجام هر فعلی که بر حمایت جانب‌دارانه از یک نامزد و حزب یا یک هوادار سیاسی یا یک گرایش سیاسی دلالت داشته باشد یا حتی در ظاهر چنین نشان دهد، خودداری کنند؛

۱. خسروی، حسن و ایرج حسینی صدرآبادی، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، نشریه حقوق اداری، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، ص ۹۲.

۳. هر گونه ارتباط با مسئولان یا تشکیلات خاصی را که مغایر با اجرای بی طرفانه وظایف نظارتی می شود، کتمان نکنند؛
۴. هیچ گونه هدیه یا کمکی را از یک فرد یا سازمان یا حزب سیاسی که در فرآیند انتخابات ذی نفع است، نپذیرند؛
۵. در هیچ گونه فعالیتی که نشان دهنده حمایت و هواداری از حزب یا نامزد خاص است، شرکت نکنند؛
۶. در خصوص موضوعاتی که احتمالاً یک چالش و اختلافاتی در انتخابات ایجاد کند، اظهار نظر نکنند؛
۷. ارتباط خاص حمایتی با رأی دهنده نداشته باشند؛
۸. از پوشش و علامت‌هایی که نشان دهنده حمایت از گرایش سیاسی باشد، استفاده نکنند.

## گفتار سوم. تبیین میزان انطباق قوانین و مقررات ناظر بر دادرسی انتخاباتی ایران و انگلستان با اصول بین‌المللی

### بند اول. انطباق قوانین و مقررات ناظر بر دادرسی انتخاباتی ایران با اصول بین‌المللی

در حقوق ایران برای انطباق دادرسی انتخاباتی با اصول بین‌المللی، اصل برخورد با خاطیان پذیرفته شده است. خاطیان انتخاباتی، دامنه گسترده‌ای مانند مجریان، ناظران، بازرسان، نامزدان و نمایندگان طرفداران آن‌ها و مردم عادی را شامل می‌شود.<sup>۱</sup> در رقابت‌های انتخاباتی ممکن است مجموعه‌ای از اقدامات غیر قانونی از سوی کنشگران مختلف سر بزند و صحت و سلامت انتخابات را تهدید کند. قواعد و قوانین در نظر گرفته شده اولاً همه جوانب ناهنجاری‌های انتخاباتی و رفتارهای غیر قانونی را دربر نمی‌گیرد. ثانیاً برای برخی از جرایم و تخلفات، ضمانت اجرا پیش‌بینی نشده است یا در صورت پیش‌بینی، ضمانت اجرای موجود، کارآمد نیست. بند ۱۵ سیاست‌های کلی انتخاباتی، برخورد مؤثر با خاطیان انتخاباتی را برای صیانت از آرای مردم مقرر کرده است. البته باید گفت که پیش شرط تحقق برخورد مؤثر با خاطیان این است که اولاً جهت برخورد با خاطیان شدید باشد و ثانیاً زمان رسیدگی به جرایم و تخلفات به‌هنگام و سریع‌تر انجام گیرد. شورای نگهبان نیز ضمن

۱. شیخ‌الاسلامی، عباس، «پیش‌گیری از جرایم و تخلفات انتخاباتی و مدیریت آن»، همایش پیش‌گیری از وقوع جرم، تهران،

بهره‌برداری از برخی ضمانت‌اجراهایی که در اختیار نهاد نظارتی وجود دارد، سرعت‌بخشی در رسیدگی قضایی به موضوع را از قوه قضاییه مطالبه کند. به این دلیل که جرایم و تخلفات انتخاباتی به اصطلاح فصلی هستند و فقط در زمان انتخابات موضوعیت پیدا می‌کنند، موکول کردن رسیدگی به بعد از انتخابات عملاً جنبه بازدارندگی برخوردار قضایی را تحت الشعاع قرار می‌دهد و دیگر اثر خاصی بر آن مترتب نخواهد بود.<sup>۱</sup>

اصل دیگر، اصل برابری است. اساساً اقتضائات اصل برابری در کمیّت و کیفیت نظارت بر انتخابات متفاوت است. اصل برابری در کمیّت (دایره) نظارت بر اجرای انتخابات اقتضا می‌کند که ناظران انتخاباتی بر کل فرآیند انتخابات و تمام عوامل تأثیرگذار بر جریان انتخاباتی نظارت کنند تا حقوق انتخاباتی شهروندان به صورت برابر در تمام مراحل اجرایی انتخابات تضمین گردد. با وجود این، تنظیم فهرستی جامع و دقیق از جرایم انتخاباتی و تعیین مجازات‌های متناسب با آن‌ها در قوانین انتخاباتی ایران برای تضمین اجرای صحیح و بی‌طرفانه قوانین انتخاباتی و در نتیجه، تأمین اصل برابری در قوانین انتخاباتی ضرورت دارد. اقتضای اصل برابری در کیفیت نظارت بر جریان انتخابات، قاعده‌مند بودن معیار نظارت و نظارت بر اساس قانون و بدون مصلحت‌اندیشی ناظر است. به علاوه، قوانین انتخاباتی که معیار نظارت قرار می‌گیرند، باید به صورت عینی و قابل ارزیابی وضع شوند تا از اعمال سلیقه ناظران انتخاباتی در مقام انطباق تصمیماتشان با قوانین انتخاباتی جلوگیری گردد. شورای نگهبان با تفسیر اصل ۹۹ قانون اساسی مبنی بر استصوابی بودن نظارت بر انتخابات بیان کرده که در نظارت استصوابی، مصلحت‌اندیشی و صلاح‌دید ناظر دخیل است، اما این‌که آیا منظور از نظارت استصوابی شورای نگهبان، مصلحت‌اندیشی شورا است یا نه، جای سؤال است. ظاهراً شورای نگهبان معتقد است که مبنای عمل در مقام نظارت بر انتخابات فقط قانون است. اگر اعمال نظارت بر اساس مصلحت‌اندیشی ناظر باشد، به دلیل این‌که اختیارات ناظر را فراتر از نظارت بر اجرای صحیح و بی‌طرفانه قوانین انتخاباتی قرار می‌دهد و می‌تواند به استفاده ناصواب مقام ناظر از ضمانت‌اجراهای نظارتی منجر شود، با اصل برابری در مقابل قوانین انتخاباتی سازگار نیست؛ به ویژه این‌که برخی از قواعد حقوقی مربوط به شرایط انتخاب‌پذیری و انتخاب‌ناپذیری و جرایم

۱. طحان نظیف، هادی و کمال کدخدامرادی، «آسیب‌شناسی نظام حقوقی حاکم بر فرآیندهای نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی در پرتو سیاست‌های کلی انتخابات»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۱۳۶.

انتخاباتی در ایران مبهمند که توان مانور نهاد ناظر بر انتخابات را گسترش می‌دهند. اگر اعمال نظارت بر اساس قانون و معیارهای قانونی عینی باشد، حتی لزوم تأیید یا نظارت بر تمام اعمال مجریان نه تنها با اصل برابری ناسازگار نیست، بلکه تأمین‌کننده آن نیز خواهد بود. فقط نظارتی، قانونی است که بتواند اصل برابری انتخاباتی را تأمین کند. تدوین یک قانون جامع و مانع انتخاباتی که از یک سو، سازوکارهای نظارت بر اجرای برابر قوانین انتخاباتی در همه مراحل انتخابات را برای ناظر انتخاباتی فراهم آورد و از دیگر سو، با وضع قواعد حقوقی عینی و روشن از اعمال سلیقه و نقض بی‌طرفی ناظران انتخاباتی جلوگیری کند، برای تأمین اصل برابری در نظارت بر اجرای انتخابات سیاسی ایران ضروری است.<sup>۱</sup>

از جمله اصول بین‌المللی مهم در دادرسی انتخاباتی، اصل بی‌طرفی است، برای تطبیق این اصل با قوانین و مقررات ایران باید گفت که اساساً استقلال یکی از اصول ناظر بر مدیریت و نظارت مطلوب انتخابات است. اصل استقلال را پایه‌ای‌ترین اصل حاکم بر مدیریت انتخابات دانسته‌اند؛ اصلی که دیگر اصول را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد.<sup>۲</sup>

استقلال نداشتن مجری یعنی وزارت کشور یکی از اشکال‌های عمده است که بیش‌تر منتقدان اجرای انتخابات در ایران مطرح می‌کنند. سپردن حوزه اجرایی انتخابات به وزارت کشور که از استقلال در ابعادی چهارگانه برخوردار نیست، به معنی پذیرش ضمنی احتمال مداخله دولت در فرآیند انتخابات است. وزارت کشور از لحاظ ساختاری، مالی و پرسنلی و کارکردی، وابستگی تمام به قوه مجریه دارد. قانون‌گذار با آگاهی از وابستگی نهاد اجرایی انتخابات، نظارت بر انتخابات را به شورای نگهبان سپرده است، ولی این واقعیت امکان ناپذیر نمی‌نماید که نهاد اجرایی در انتخابات ایران در جریان رقابت‌های انتخاباتی، یکی از گروه‌های مدعی یا ذی‌نفع در انتخابات باشد. در واقع، نهاد مجری انتخابات در ایران بر مبنای قوانین تصویبی مجلس شورای اسلامی گام برمی‌دارد و وزیر کشور در مقابل اعمال خود در مقابل مجلس شورای اسلامی پاسخ‌گوست و حضور مردم در هیئت‌های اجرایی برگزاری انتخابات نیز از نقش مقتدرانه دولت می‌کاهد. با این حال، نداشتن

۱. تقی‌زاده و کریم‌زاده، پیشین، ص ۴۲.

2. Wall, Alan and others, *Electoral Management Design: The International IDEA Handbook*, Sweden, 2006, p. 22.

استقلال ساختاری وزارت کشور از دولت همواره زمینه را برای اجرای مطلوب و منطبق با انتظار این نهاد با چالش مواجه ساخته است.<sup>۱</sup>

## بند دوم. انطباق قوانین و مقررات ناظر بر دادرسی انتخاباتی انگلستان با اصول بین‌المللی

یکی از اصول در دادرسی انتخاباتی، حق دسترسی سهل به شکایت از فرآیند انتخابات است. دادخواست انتخاباتی در انگلستان می‌تواند توسط یک رأی‌دهنده یا نامزد انتخابات مطرح شود. البته همیشه نامزدها نیستند که دادخواست ارائه می‌دهند، بلکه در انتخابات پارلمانی، یک رأی‌دهنده و در انتخابات محلی، اگر حداقل چهار رأی‌دهنده به این توافق برسند، ممکن است انتخابات را به چالش بکشند. البته دلیل تفاوت مشخص نیست و قابل تأمل است که اگر یک رأی‌دهنده، شکایتی قانونی مطابق زمینه‌های مجاز برای ارائه دادخواست دارد، چرا باید رسیدگی تابع متقاعد کردن سه نفر دیگر برای حمایت از دادخواست باشد؟<sup>۲</sup>

دیگر اصل مهم بین‌المللی، شفافیت بود. در معیارهای سنجش بیان کردیم که یک قانون انتخاباتی باید زمینه‌ها و دلایلی را که می‌تواند موجب شکایت از نتیجه انتخابات شود، به طور واضح و شفاف بیان کند. سازمان امنیت و همکاری اروپا نیز اظهار داشته است که «قانون انتخابات باید زمینه‌های شکایت و اعتراض را تعیین کند». صلاحیت دادگاه انتخابات باید به طور شفاف در قانون مقرر شود تا متقاضیان در مقام مراجعه به قانون از دلایلی که می‌توانند بر اساس آن، نتیجه انتخابات را به چالش بکشند، اطمینان یابند. این دلایل برای اقامه دعوا در قانون انگلستان به وضوح مشخص نشده است. قانون نمایندگی مردم ۱۹۸۳ بیان می‌کند: «هیچ انتخابات پارلمانی زیر سؤال نخواهد رفت، مگر به موجب شکایت در مورد نادرست بودن انتخابات...». این در حالی است که اصطلاحات به کار رفته در این قانون از قبیل «انتخابات نادرست» به درستی تعریف نشده است و در نتیجه، به شخصی که به قانون مراجعه می‌کند، در تعیین دلایل شکایت از نتیجه انتخابات، کمک چندانی نمی‌کند. در قانون انتخابات دولت محلی، راهنمایی اندکی درباره دعوی انتخاباتی ارائه شده است.

۱. قیصری، نورالله و دانیال طاهری، «مدیریت انتخابات در ایران: کیفیت و ارزیابی اجرا»، پژوهش‌های راهبردی سیاست، شماره ۱۳، ۱۳۹۴، ص ۲۲.

2. Electoral Commission, **Challenging Elections in the UK**: [www.electoralcommission.org.uk/cy/node/25923](http://www.electoralcommission.org.uk/cy/node/25923).

در بخش ۱۲۷ قانون نمایندگی مردم ۱۹۸۳ آمده که ممکن است به دلایلی علیه یک انتخابات طبق قانون حکومت محلی اقامه دعوا شود، از قبیل این که فرد منتخب صلاحیت لازم را نداشته یا از طریق انتخابات صحیح انتخاب نشده باشد. هم چنین این بخش مقرر کرده که انتخابات ممکن است به دلیل اقدامات فاسد و غیر قانونی در آن به چالش کشیده شود. سیستمی که بار تشخیص زمینه‌ای شکایت را بر متقاضیان تحمیل می‌کند، سیستم قابل قبولی نیست و کمیسیون، شفافیت در این زمینه را یک موضوع کلیدی برای اصلاحات دانسته است.

یکی دیگر از اصول بین‌المللی قابل توجه، زمان دادرسی انتخاباتی است. در انگلستان شکایت باید ظرف ۲۱ روز کاری از تاریخ گزارش یا انتخابات مطرح شود. در این زمان علاوه بر این که ارائه فوری شکایت را تضمین می‌کند، شاکیان می‌توانند تمام شواهد لازم برای پرونده را جمع‌آوری کنند و آگاهانه تصمیم بگیرند که آیا ارزش طرح دعوا را دارد یا خیر. با این حال، ممکن است شاکی بالقوه برای جمع‌آوری و انعکاس شواهد و انجام مشورت‌های لازم و همین طور تهیه پول برای هزینه دادخواست به زمان نیاز داشته باشد و به نظر می‌رسد ۲۱ روز برای طرح دعوا کافی نباشد. در این کشور، زمانی اضافه (به طور کلی تا ۲۸ روز) نیز ممکن است برای شکایات ناشی از تخلفات و اقدامات غیر قانونی نظیر پرداخت پول یا پاداش دیگر در مورد هزینه انتخابات در اختیار شاکیان قرار گیرد. با این حال، مقرراتی که این زمان را اجازه می‌دهد، پیچیده است و دریافتن آن بدون مشاوره حقوقی برای رأی‌دهنده بسیار دشوار خواهد بود و باعث سردرگمی خواهد شد. این پیچیدگی و نبود اطمینان، مانعی است برای ارائه شکایت قانونی در محدوده زمانی صحیح آن. این محدوده زمانی بسیار سخت‌گیرانه است و ممکن است دادگاه آن را تمدید نکند. به نظر می‌رسد که ۲۱ روز، زمانی کافی برای طرح دعوا در انگلیس نباشد؛ چون دادخواست این دعاوی در سیستم دادرسی رسمی رسیدگی می‌شود و شاکی باید مبلغی بالغ بر ۵۵۰۰ پوند بپردازد؛ مشاوره حقوقی دریافت کند و ادله و شواهد کافی جمع‌آوری کند که با الزامات زمان بر دادرسی نیز مطابقت داشته باشد. پس افزایش نیافتن این زمان یکی از نگرانی‌های بجاست.

یکی دیگر از اصول بین‌المللی قابل توجه، هزینه دادرسی انتخاباتی است. بخش ۱۳۶ قانون نمایندگی مردم ۱۹۸۳ مقرر می‌دارد که ظرف سه روز از ارائه دادخواست انتخاباتی، خواهان باید وثیقه‌ای برای تمامی هزینه‌هایی که ممکن است از طرف وی به هر شاهد فراخوانده شده یا

خواهان وارد شود، پرداخت کند. یک مقام رسمی در دفتر اداری دیوان عالی که دعاوی انتخاباتی در انگلستان و ولز را رسیدگی می‌کند، به کمیسیون انتخاباتی اطلاع داده است که به عقیده وی، قضات، بالاترین میزان وثیقه را تعیین می‌کنند. در طرح دعاوی انتخابات پارلمان، به استثنای مواردی که کمک مالی پرداخت می‌شود، برای خواهان، بیش از ۵۵۰۰ پوند هزینه دربردارد و در صورتی که پرونده در دادگاه به نتیجه برسد، این هزینه به طور قابل توجهی افزایش خواهد یافت. پنج هزار پوند برای تأمین هزینه دادخواست در انگلستان در مقایسه با حدود ۳۳۰ پوند در استرالیا، ۵۰۰ پوند در نیوزیلند و ۶۴۰ پوند در کانادا بسیار زیاد است. اگرچه الزام به پرداخت همین مبلغ ۳۳۰ و ۶۴۰ پوند نیز به عنوان یک مانع بازدارنده از دسترسی به دادرسی خواهد بود، اما بسیار کم‌تر از هزینه مقرر در کشور انگلستان است.

از سال ۲۰۰۷ در انگلستان، تنها سه دادخواست توسط نامزدهای انتخاباتی که نماینده احزاب کوچک بودند، مطرح شده است. این موضوع نشان می‌دهد که احزاب کوچک که منابع مالی محدودی دارند، با دشواری زیادی در طرح دعوا روبه‌رویند. یک مانع مالی می‌تواند اشخاصی را که ممکن است شکایتی درست داشته باشند، از هزینه‌های دادرسی گزاف بترساند و این منصفانه نیست که شکایات درست در مورد برگزاری انتخابات بررسی نشوند و انتخابات معیوب و نامناسب تنها به این دلیل که شاکی، قادر به پرداخت هزینه و وثیقه نیست، لغو نشود.<sup>۱</sup>

در پایان باید گفت که به دلیل ذی‌نفع بودن احزاب و نامزدها در نتیجه انتخابات، بیش‌تر قوانین انتخاباتی به آن‌ها اجازه می‌دهند به طرق مقتضی بر فرآیند انتخابات نظارت کنند تا پاسدار و تضمین‌کننده بخش حقوق سیاسی و انتخاباتی خود باشند. آن‌ها فعالیت‌ها و عملکرد رقبای خود و مسئولان و مأموران انتخاباتی را تحت نظارت قرار می‌دهند تا انتخابات مطابق با قوانین و مقررات برگزار شود. در واقع، این نمایندگان ضمن این‌که حامی و حافظ منافع احزاب و نامزدهای مربوطند، در حفظ سلامت انتخابات و جلوگیری از بروز تخلفات، تقلبات و نقض احتمالی قوانین نقش مهمی خواهند داشت.<sup>۲</sup>

۱. علایی، حسین، «مطالعه تطبیقی مکانیسم دادرسی انتخاباتی در انگلستان و اصول بین‌المللی حاکم بر دادرسی انتخاباتی»، نشریه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۹۸، ص ۳۱۹.

2. IDEA, Ethical and Professional Observation of Election, 2003:www.int-idea.se.pdf.

بسیاری از شکایات را احزابی مطرح می‌کنند که از نامزد خود حمایت مالی و قانونی می‌کنند. در انگلیس، احزاب سیاسی نمی‌توانند طرح شکایت کنند و به نظر می‌رسد این امر با اصول اعلام شده توسط مؤسسه بین‌المللی پشتیبانی از دموکراسی و انتخابات (بند ۱۹) ناسازگار است؛ چون هر حزب سیاسی باید قادر به طرح شکایت در دادگاه مرکزی انتخابات یا دادگاه باشد و زمانی این موضوع اثرگذار و آسان‌تر است که احزاب بتوانند مستقیم و نه از طریق نامزد خود، طرح دعوا کنند؛ چون هزینه طرح شکایت بسیار بالاست و حتی گاهی احزاب سیاسی بزرگ هم از چنین پرداختی گریزانند.<sup>۱</sup>

## گفتار چهارم. انطباق اصول و مبانی ناظر بر اجرای انتخابات و دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان

### بند اول. نقاط اشتراک در ایران و انگلستان

هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان در نظام دادرسی انتخاباتی خود به اصول بین‌المللی و عمومی پای‌بند بوده و دست کم در عرصه سیاست تقنینی به این اصول نظیر برابری، بی‌طرفی، شفافیت و نظارت دقیق توجه داشته‌اند. برای نمونه، در حقوق ایران، مجموعه‌ای از جرایم و تخلفات انتخاباتی احراز شده و این موضوع حتی در انتخابات‌های مختلف نظیر مجلس شورای اسلامی یا ریاست جمهوری به طور تفکیکی تبیین شده است که این موضوع به اصل قانونی بودن کمک می‌کند. در نظام حقوقی انگلستان، فهرست جرایم و تخلفات مربوط به انتخابات مشخص و از پیش تعیین شده است. دادرسی انتخاباتی برای برخورد با آن‌ها، با فهرست مشخصی از جرایم و تخلفات مقابله می‌کند. اشتراک دیگر در نظام دادرسی انتخاباتی ایران و انگلستان، توجه به اصل برابری و بی‌طرفی است. به این ترتیب، در هر دو نظام اولاً برای برخورد با خاطیان جرایم انتخاباتی، هیچ تبعیضی میان شهروندان یا مقامات سیاسی قائل نشده است و به صورت برابر در نظام دادرسی انتخاباتی با آن‌ها برخورد می‌شود. ضمناً نهادهای نظارتی و قضایی در دادرسی انتخاباتی، مکلف به رعایت بی‌طرفی و حمایت نکردن از طرف خاصی شده‌اند که این مورد در قوانین ایران و انگلستان بازتاب یافته است. همین‌طور بررسی مباحث پیشین مؤید این است که هم در حقوق ایران و هم در حقوق انگلستان،

1. Electoral Commission, *Challenging Elections in the UK*, 2012: [www.electoralcommission.org.uk/media/4005](http://www.electoralcommission.org.uk/media/4005).

در اصول دیگری نظیر حق دسترسی آسان به شکایت برای فرآیند انتخابات اشتراک وجود دارد و هر دو نظام اقداماتی را انجام داده‌اند که نامزدها یا شهروندان عادی هم با استفاده از روش‌های غیر قضایی و قضایی با سهولت بتوانند اعتراض یا شکایت خود را از انتخابات مطرح کنند.

## بند دوم. نقاط افتراق در ایران و انگلستان

نقاط افتراق، کم‌تر از نقاط اشتراک است. اصولاً بنا به دلایل مبنایی حقوقی مبتنی بر شرع در ایران و عرف در انگلستان که تفاوت ماهوی و جدی وجود ندارد، بلکه صرفاً در برخی از جزئیات تقنینی یا سلیق اجرایی، برای برخی از اصول میان این دو نظام در فرآیند دادرسی انتخاباتی، تفاوت وجود دارد. از جمله این‌که فهرست جرایم و تخلفات انتخاباتی در ایران و انگلستان متفاوت است. این دو نظام در سرفصل‌های این جرایم با یکدیگر تفاوت دارند و آن هم به دلیل ساختار سیاسی است. برای نمونه، بخشی از جرایم انتخاباتی در انگلستان مربوط به آرای پستی است که این امر در حقوق ایران بلاموضوع است. در نتیجه، این دو نظام در چستی جرایم و تخلفات انتخاباتی با یکدیگر متفاوتند. تفاوت دیگر این است که در فرآیند دادرسی انتخاباتی در انگلستان نسبت به ایران، در حوزه شناسایی جرایم و تخلفات انتخاباتی، دقت و موشکافی بیش‌تری وجود دارد. برخی از حقوق دانان داخلی به این موضوع اشاره داشته‌اند که در حقوق داخلی، برخی از جرایم و تخلفات ضمانت اجرایی ندارند یا اگر دارند، کارآمد نیست.<sup>۱</sup>

مورد دیگر، اصل بی‌طرفی و استقلال در سازوکار دادرسی انتخاباتی است که در حقوق انگلستان با دقت نظر بیش‌تری در عرصه عمل و فارغ از مباحث تئوری و تقنینی دیده می‌شود و در حقوق ایران، برخی حقوق دانان به تفسیر شورای نگهبان برای نظارت بر انتخابات و احراز برخی تخلفات و همین‌طور شیوه اجرای انتخابات توسط وزارت کشور و تعامل هیئت اجرایی و هیئت نظارت برای احراز تخلفات نقد دارند و آن را مغایر با اصل بی‌طرفی یا استقلال دادرسی انتخاباتی تلقی می‌کنند. تفاوت جزئی دیگر، مربوط به اصول زمان و هزینه دادرسی انتخاباتی است. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت زمان به دلیل فصلی بودن جرایم انتخاباتی، قوانین انگلستان، سخت‌گیری بی‌موردی را در این خصوص اعمال کرده و صرفاً ۲۱ روز وقت در نظر گرفته است، در صورتی که حقوق دانان

۱. طحان نظیف و کدخدامرادی، پیشین، ص ۱۳۳۸.

انگلیسی، به دلیل نیاز شکایت‌کنندگان به مشورت با حقوق دانان، جمع‌آوری ادله و همین‌طور وجود پیچیدگی‌های تقنینی، این فرصت را کافی نمی‌دانند و هزینه آن را که بیش از پنج هزار پوند است، مانعی عملی برای طرح شکایت در دادرسی انتخاباتی تلقی می‌کنند. در کشورهای دیگر، این هزینه بسیار ناچیز است. در نظام دادرسی انتخاباتی ایران نیز محدودیت زمانی به این شکل وجود ندارد و هزینه خاصی از دعاوی عمومی دریافت نمی‌شود.

## گفتار پنجم. دادرسی انتخاباتی غیر قضایی در ایران و انگلستان

### بند اول. دادرسی انتخاباتی غیر قضایی ایران

#### الف. شورای نگهبان

در جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان که حافظ قانون اساسی است، بر انتخابات هم نظارت دارد. این نظارت عام و فراگیر است و از زمان تهیه مقدمات برای اعلام زمان برگزاری انتخابات تا زمان صدور اعتبارنامه را دربرمی‌گیرد. این نظارت با قاطعیت همراه است و تا مرحله ابطال انتخابات در صورت احراز عدم صحت می‌تواند پیش رود. این نظارت اطمینان‌بخش تلقی شده و فرض بر این بوده که شورای نگهبان در سطحی است که از هیچ جریان و گروه و شخص خاصی حمایت نمی‌کند و انتخاب هیچ نامزدی برایش نفع و ضرری ندارد. بنابراین، تنها پس از اعلام صحت انتخابات از جانب شورای نگهبان، اعتبارنامه‌ها برای منتخبان صادر می‌شود. البته در قوانین انتخاباتی، ارتکاب بعضی اعمال در جریان انتخابات جرم شناخته شده است، مثل خرید و فروش رأی، تهدید رأی‌دهندگان و تغییر آرا. در این موارد، محاکم قضایی صلاحیت‌دار برابر آیین دادرسی به موارد اتهام ارتکاب جرم رسیدگی می‌کنند که با صلاحیت شورای نگهبان تداخلی ندارد.<sup>۱</sup>

بر اساس قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۸ در ماده ۷۲ بیان می‌شود: «در صورتی که رسیدگی به شکایات هر یک از حوزه‌های انتخابیه منجر به توقف یا ابطال انتخابات شود، اعلام آن از رسانه‌های گروهی از اختیارات شورای نگهبان است. توقف یا ابطال انتخابات در هر حوزه انتخابیه باید مستند به قانون و همراه با اسناد و مدارک معتبر و با رأی اکثریت مطلق اعضای شورای نگهبان باشد».

۱. مدنی، جلال‌الدین، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۹۵.

## ب. مجلس شورای اسلامی

بر اساس ماده ۷۴ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۸، اعتبارنامه منتخبان به دستور وزارت کشور و با مهر و امضای اعضای هیئت اجرایی و هیئت نظارت، در پنج نسخه (یک نسخه برای شورای نگهبان) ظرف مدت ۴۸ ساعت تنظیم و صادر می‌شود. اگر هر یک از اعضای هیئت‌های اجرایی و نظارت پس از اعلام نظر شورای نگهبان از امضای اعتبارنامه خودداری کنند، متخلف از قانون محسوب و تا ده سال از عضویت در هیئت‌های اجرایی و نظارت محروم خواهند شد و اعتبارنامه با امضای وزیر کشور و رئیس هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات کشور معتبر خواهد بود. صدور اعتبارنامه منتخبان به ابطال نشدن انتخابات از طرف شورای نگهبان موقوف است. شورای نگهبان در اسرع وقت، نظر خود را درباره انتخابات اعلام می‌کند و وزارت کشور موظف است بلافاصله دستور صدور اعتبارنامه را بدهد.<sup>۱</sup> همه شکایات مربوط به انتخابات، قبل از ارسال پرونده انتخاباتی به مجلس توسط وزارت کشور به هیئت مرکزی نظارت ارسال و پس از آن، پرونده عیناً به مجلس شورای اسلامی فرستاده خواهد شد. شورای نگهبان موظف است همه شکایات مربوط به انتخابات را پس از صدور اعتبارنامه‌ها به مجلس ارسال دارد.

## ج. هیئت اجرایی

طبق تبصره ۱ ماده ۶۵ قانون اصلاح انتخابات مجلس شورای اسلامی، هیئت اجرایی با توجه به نظریه‌های انجمن نظارت و مفاد شکایت و بررسی‌های خود، اگر تشخیص دهد که امور انتخابات در یک یا چند شعبه به طور مؤثر از جریان عادی خود خارج شده و صحیح انجام نگرفته است، انتخابات یک یا چند شعبه یادشده را باطل اعلام می‌کند. نظر هیئت اجرایی در همه مواردی که رسیدگی می‌کند، تا مرحله صدور اعتبارنامه، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. این ماده در قانون مصوب ۱۳۷۸ به این صورت اصلاح شد که اگر هیئت اجرایی پس از بررسی شکایات و گزارش‌ها تشخیص دهد که امور انتخابات در یک یا چند شعبه از جریان عادی خارج شده و صحیح انجام نگرفته است، با تأیید هیئت نظارت، انتخابات یک یا چند شعبه یادشده را در صورتی که در سرنوشت انتخابات مؤثر نباشد، باطل اعلام می‌کند. اگر ابطال همه یا قسمتی از آرای یک یا چند صندوق اخذ رأی

۱. قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۸، ماده ۷۱.

در سرنوشت انتخابات مؤثر باشد، تصمیم با شورای نگهبان است. مطابق ماده ۶۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۸/۹/۷، «هیئت اجرایی مراکز حوزه‌های انتخابیه موظفند از تاریخ تشکیل هیئت اجرایی تا دو روز پس از اعلام نتیجه اخذ رأی انتخابات، شکایات واصله را بپذیرند و حداکثر ظرف هفت روز از تاریخ دریافت شکایات در جلسه مشترک هیئت‌های اجرایی و نظارت حوزه انتخابیه به آن‌ها رسیدگی کنند». تبصره ۱ همین ماده اضافه می‌کند: «کسانی که از نحوه برگزاری انتخابات شکایت داشته باشند، می‌توانند ظرف هفت روز از تاریخ اخذ رأی، شکایت مستند خود را به دبیرخانه شورای نگهبان نیز تسلیم دارند».

#### د. هیئت نظارت

هیئت‌های نظارت توسط نهادهای ناظر انتخابات تشکیل می‌شود که همان طور که گذشت، دو نهاد شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی هستند. مجلس شورای اسلامی بر انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا و شورای نگهبان نیز بر دیگر انتخابات نظارت دارد.<sup>۱</sup>

### بند دوم. دادرسی انتخاباتی غیر قضایی انگلستان

#### الف. احزاب سیاسی

به دلیل ذی‌نفع بودن احزاب و نامزدها در نتیجه انتخابات، بیش‌تر قوانین انتخاباتی به آن‌ها اجازه می‌دهند به طرق مقتضی بر فرآیند انتخابات نظارت کنند تا پاسدار و تضمین‌گر بخش حقوق سیاسی و انتخاباتی خود باشند. آن‌ها فعالیت‌ها و عملکرد رقبای خود و مسئولان و مأموران انتخاباتی را زیر نظر می‌گیرند تا انتخابات مطابق با قوانین و مقررات برگزار شود. در واقع، این نمایندگان ضمن این‌که حامی و حافظ منافع احزاب و نامزدهای مربوط به خودند، در حفظ سلامت انتخابات و جلوگیری از بروز تخلف و تقلب و نقض احتمالی قوانین نقش مهمی خواهند داشت. بسیاری از شکایات را احزاب مطرح می‌کنند که از نامزد خود حمایت مالی و قانونی می‌کنند. با این حال، در انگلیس، احزاب سیاسی نمی‌توانند شکایت کنند. این امر با اصول اعلام‌شده توسط مؤسسه بین‌المللی پشتیبانی از دموکراسی و انتخابات (بند ۱۹) ناسازگار است؛ چون هر حزب سیاسی باید قادر به طرح شکایت در

۱. راجی، محمدهادی و محمد مهدی غمامی، «درباره انتخابات: شیوه‌ها و مراجع رسیدگی به تخلفات انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران»، ۱۳۸۶، ص ۱۸.

دادگاه مرکزی انتخابات یا دادگاه باشد. زمانی این موضوع اثرگذار و آسان تر است که احزاب بتوانند مستقیم و نه از طریق نامزد خود، طرح دعوا کنند؛ چون هزینه طرح شکایت بسیار بالاست و حتی گاهی احزاب سیاسی بزرگ هم از چنین پرداختی گریزانند.

### ب. نهادها و کمیسیون‌های انتخاباتی

در بیش تر کشورها نظیر انگلستان، کمیسیون‌ها و هیئت‌های انتخاباتی، مراجع اولیه دریافت و بررسی چالش‌ها محسوب می‌شوند که بر حسب ماهیت و درجه اعتراض و شکایت تصمیم می‌گیرند. تصمیمات می‌تواند ماهیت قطعی یا تجدیدنظری داشته باشد. بیش تر کشورها نظیر انگلستان در خصوص این که اعتراض و شکایت، ماهیت جزایی و غیر جزایی دارد، رویه واحدی در خصوص مرجع رسیدگی‌کننده دارند. معمولاً به چالش‌هایی که جنبه جزایی دارند، در دادگاه‌های عمومی یا دادگاه‌های ویژه انتخاباتی یا کمیسیون‌های مرکزی انتخابات رسیدگی می‌شود، اما به دیگر تخلفات غیر جزایی معمولاً در اداره ویژه ثبت نام یا کمیسیون‌های انتخاباتی به طور سلسله‌مراتبی رسیدگی می‌گردد. مهم‌ترین نکته این است که در قانون انتخابات باید مهلت‌های معقولی برای مطرح کردن چالش‌ها و رسیدگی، تصمیم‌گیری و تجدیدنظر از آن‌ها در نظر گرفت.<sup>۱</sup>

### ج. نهادهای سیاسی

گاهی دعاوی انتخاباتی به قضاوت سیاسی سپرده می‌شود؛ یعنی به ارگان‌هایی قضایی که محتوای عملکردهای آنان قضاوت است، ولی به منظور قضاوت در امور سیاسی پایه‌ریزی شده‌اند. برخی کشورها نظیر انگلستان، نهادها و مقامات متعددی را به عنوان مسئول بررسی چالش‌های انتخاباتی در نظر گرفته‌اند. در این نظام، جنبه‌هایی از چالش‌های انتخاباتی توسط نهاد مدیریت انتخابات رسیدگی و حل و فصل می‌شود و بررسی اولیه یا تجدیدنظر برخی جنبه‌های دیگر توسط یک ارگان سیاسی نظیر پارلمان، قوه مجریه یا یک نهاد سیاسی صورت می‌گیرد.

۱. احمدی، علی، انتخابات در ایران (بررسی حقوقی و قانونی)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۱۴.

## گفتار ششم. دادرسی انتخاباتی قضایی در ایران و انگلستان

به تخلفات و جرایمی که به وسیله نامزدها صورت می‌گیرد، پس از برگزاری انتخابات، در شعبه رسیدگی به تخلفات و جرایم انتخاباتی در تهران رسیدگی می‌شود. تشکیلات قضایی هر شهرستان یا بخش باید به منظور پیش‌گیری از وقوع جرم، اقدامات لازم را در محدوده قوانین و مقررات مربوط معمول دارد. هیئت‌های اجرایی و نظارت موظفند در صورت اطلاع از ارتکاب هر یک از جرایم یادشده، موضوع را برای رسیدگی به مرجع قضایی صلاحیت‌دار اعلام کنند. موضوع باید بلافاصله توسط دادستان حوزه مربوط رسیدگی شود. قوه قضاییه نیز یکی از شعب موجود در هر حوزه قضایی را به منظور رسیدگی خارج از نوبت به تخلفات و جرایم انتخاباتی اختصاص می‌دهد.

در بعضی ممالک، حل و فصل دعاوی مربوط به انتخابات به مراجعی که ذاتاً موظف به رسیدگی به اختلاف هستند، یعنی محاکم ارجاع می‌شود. این شیوه از حقوق انگلستان سرچشمه گرفته و تقلید شده است. در انگلستان، دعاوی انتخاباتی به محاکم عادی ارجاع می‌شود که در زمان انتخابات به همین منظور اختصاص می‌یابند. این دادگاه هنگامی می‌تواند رسیدگی و تصمیم‌گیری کند که قبلاً از سوی شخصی یا مرجعی طرح شکایت شده باشد. به عبارتی، رسیدگی این مرجع قضایی جنبه پی‌گیری دارد.<sup>۱</sup> توانایی دادگاه انتخابات که به صورت علنی برگزار می‌شود، به اندازه دادگاه عالی است. دادگاه در پایان دادرسی وظیفه دارد تا مشخص کند کسی را که از او در جریان انتخابات شکایت شده، مقصر بوده است یا خیر؟ رأی دادگاه ممکن است بطلان کامل انتخابات و تجدید آن یا رد شکایت و صحیح بودن آن باشد. هم‌چنین ممکن است دادگاه به این نتیجه برسد که شخص پیروز در انتخابات، غیر از فردی است که اعلام شده است. به هر حال، رأی دادگاه هر چه باشد، قابل پژوهش و حتی گاهی قابل فرجام‌خواهی است.

در انگلستان، قضات به شکایات و دعاوی انتخاباتی رسیدگی می‌کنند. دادگاه‌های عادی، دعاوی و شکایات را بررسی و حکم صادر می‌کنند. در این کشور، نهادی مشابه شورای نگهبان وجود ندارد که به موجب قانون، نظارت بر انتخابات به آن واگذار شده باشد. قبل از هر انتخاباتی، مأموران ویژه‌ای

۱. مختاری، رحیم، «مطالعه تطبیقی نظارت بر انتخابات عمومی در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۳، ص ۶۳.

برای سازمان دهی انتخابات تعیین می‌شوند که معمولاً از مقامات محلی از قبیل رئیس شورای شهر یا بخش، بخشدار یا شهردار هستند و بر روند انتخابات نظارت می‌کنند. نظارت بر انتخابات در این کشور بیش‌تر جنبه پی‌گیری دارد و به شکایت افراد و احزاب رقیب بستگی دارد. مراجع قضایی در نهایت، نظارت عالی را اعمال می‌کنند و تصمیم نهایی را می‌گیرند.<sup>۱</sup>

آرای صادر شده از دادگاه عمومی قابل استیناف خواهد بود. این دادگاه در داخل دادگاه‌های قضایی، مرحله دوم را تشکیل می‌دهد. این دادگاه حداکثر دارای ۲۳ مستشار است که رئیس آنان، رئیس پرونده نام دارد.<sup>۲</sup> هیئتی مرکب از سه قاضی به این دعاوی رسیدگی می‌کند. هرگاه اکثریت قضات به تغییر حکمی که از آن شکایت شده است، نظر ندهند، دعاوی تجدیدنظرخواهی شده، مردود اعلام می‌شود. این دادگاه به پرونده‌های ارجاعی از نظر ماهوی و شکلی رسیدگی می‌کند و می‌تواند برای رسیدگی به تقاضای تجدیدنظرخواهی راجع به ایرادهای مربوط به آیین دادرسی با حضور دو قاضی تشکیل گردد. در یک نمونه عینی در انتخابات پارلمان در سال ۱۹۹۴ گروهی با عنوان و نام لیبرال دموکرات در مقابل لیبرال دموکرات قرار گرفتند. در جریان این انتخابات، نامزد حزب محافظه‌کار ضمن یک پرونده و به همین لحاظ در دادگاه انتخابات شکایت کرد. دادگاه این شکایت را نپذیرفت و استدلال کرد چون احزاب یاد شده ثبت نام نکرده‌اند، نمی‌توانند برای اسم و عنوان خود ادعای انحصاری داشته باشند.<sup>۳</sup>

در شیوه رسیدگی دادگاه انتخاباتی در انگلستان باید توجه کرد که رسیدگی در این دادگاه جنبه پی‌گیری دارد؛ یعنی هر اقدامی از سوی این دادگاه مستلزم طرح شکایت و درخواست قبلی است و دادگاه راساً اقدام نخواهد کرد.

۱. شهبازی، حشمت‌الله، «نظارت بر انتخابات در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۱۶۶.

۲. داوید، رنه، کامی ژوفره اسپیتوزی و ماری کوره، درآمدی بر حقوق تطبیقی دو نظام بزرگ معاصر، ترجمه: سید حسین صفایی، تهران: دادگستر، ۱۳۸۸، ص ۷۶.

3. Wright, T., *The British Political Process*, Manchester university Press, 1994, p. 67.

## گفتار هفتم. انطباق نهادها و سازوکارهای دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان

### بند اول. اشتراکات نهادها و سازوکارهای دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان

هر دو نظام ایران و انگلستان برای رسیدگی به فرآیند دادرسی انتخاباتی، دو راهکار تفکیکی را پیش بینی کرده‌اند؛ راهکار متکی به روش غیر قضایی و راهکار متکی به روش قضایی. در حقوق ایران، یکی از شعب دادگاه‌های عمومی به طور موقت و به صورت تخصصی به رسیدگی جرایم انتخاباتی اختصاص پیدا می‌کند و این شعبه با هماهنگی دادستانی از یک سو و هماهنگی با مراجع غیر قضایی مسئول در انتخابات نظیر هیئت اجرایی و هیئت نظارت و شورای نگهبان، خارج از نوبت به بررسی موضوع می‌پردازد. در انگلستان نیز محاکم عمومی عادی به طور فصلی و موقت برای رسیدگی به جرایم انتخاباتی تعیین می‌شوند و با هماهنگی با مقامات قضایی از یک سو و نهادهای محلی برگزاری انتخاباتی نظیر شهرداری و شوراهای نسبت به پرونده‌ها حکم صادر می‌کنند. هر دو نظام، دو ساختار را برای دادرسی انتخاباتی پیش بینی کرده‌اند؛ ساختار اول، غیر قضایی است و ساختار دوم، قضایی. دوم این‌که در ساختار قضایی نیز هر دو از فرآیند مشترکی برای دادرسی انتخاباتی بهره گرفته‌اند و آن هم ایجاد یک شعبه تخصصی (نه ایجاد دادگاه اختصاصی نظیر فرانسه) از محاکم عمومی است که به طور موقتی عمل و خارج از نوبت، رأی صادر می‌کند.

### بند دوم. افتراقات نهادها و سازوکارهای دادرسی انتخاباتی در ایران و انگلستان

بخشی از تفاوت دو نظام در دادرسی غیر قضایی است. حقوق ایران از نهادهای دولتی و رسمی و حاکمیتی نظیر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، هیئت نظارت و هیئت‌های اجرایی بهره گرفته است، در صورتی که در حقوق انگلستان به دلیل نوع ساختار سیاسی ناظر بر آن که بر ساختار حقوقی نیز اثر می‌گذارد، بار اصلی دادرسی غیر قضایی بر دوش احزاب سیاسی و نهادهای سیاسی است. میان دادرسی غیر قضایی در حقوق ایران و انگلستان از منظر نهادهای رسیدگی‌کننده و درخواست‌دهنده تفاوتی قابل توجه وجود دارد. تفاوت عمده دیگر این است که نهادهای قضایی برای دادرسی انتخاباتی قضایی، در بسیاری از موارد از طریق دادستانی راساً وارد عمل می‌شوند و این اختیار را دارند که علاوه

1. Brouard, Sylvain, "The Politics of Constitutional Veto in France: Constitutional Council, Legislative Majority and Electoral Competition", Journal West European Politics, 32, 2009, p. 44.

بر مواردی که شکایت یا اعتراضی به آن‌ها اعلام و ابلاغ می‌شود، خود نیز راساً تعقیب و پی‌گیری تخلف و جرم را عهده‌دار شوند. در نظام دادرسی انتخاباتی انگلستان، قضیه معکوس است. رسیدگی در این دادگاه عمومی تخصصی، جنبه پی‌گیری دارد؛ یعنی هر اقدامی از سوی این دادگاه مستلزم طرح شکایت و درخواست قبلی است و دادگاه راساً برای رسیدگی به تخلفات یا جرایم انتخاباتی در چارچوب فرآیند دادرسی انتخاباتی در کشور انگلستان اقدامی نخواهد کرد.

### نتیجه‌گیری

با توجه به ویژگی‌های اعضای شورای نگهبان، به ویژه فقهای آن که می‌توانند به مثابه قاضی تلقی شوند و محاکم عمومی دادگستری نیز نقش مکملی در برگزاری انتخابات و رسیدگی به تخلفات دارند، در ایران، اگر تخلفات انتخاباتی جنبه مجرمانه داشته باشد، محاکم عمومی دادگستری حق دخالت و رسیدگی دارند. در حقوق انگلستان، برای رسیدگی به دعوی انتخاباتی، یک دادگاه ویژه وجود دارد که هیئت قضات آن، ترکیبی از قضات دو دادگاه عالی است.

با وجود نقش پررنگ انتخابات در تحقق دموکراسی، نهاد مستقیمی برای دادرسی انتخابات در ایران وجود ندارد. چون ضعف‌هایی در دوره‌های برگزاری انتخابات به مرور زمان در سیستم حقوقی و سیستم نظارتی ایران پیدا شده است، ضرورت ورود این نهاد به نظام داخلی حس می‌شود. بر اساس موازین و لوازم دادرسی شایسته مناسب است فرآیند انتخابات از جمله رسیدگی به صلاحیت نامزدهای انتخاباتی، برای حفظ حق الناس، به موازین دادرسی عادلانه و منصفانه نزدیک گردد تا نامزدهای انتخابات بتوانند در پرتو آیین دادرسی مناسب از حقوق قانونی خود دفاع کنند. قضایی کردن فرآیند انتخابات و لزوم دادرسی انتخاباتی منصفانه و ضرورت هرگونه تصمیم‌گیری و صدور رأی مستند و مستدل و شفاف از مبانی و لوازم تحقق دادرسی انتخاباتی است.

نتایج و یافته‌های پژوهش مؤید این مطلب است که اولاً در حوزه انطباق ساختار دادرسی انتخاباتی با اصول بین‌المللی، هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان به اصول بین‌المللی و عمومی پای‌بندند و دست کم در عرصه سیاست تقنینی به این اصول نظیر برابری، بی‌طرفی، شفافیت و نظارت دقیق توجه دارند. بسیاری از اصول هم در حقوق انتخاباتی ایران و هم در سازوکار انتخاباتی انگلستان بازتاب تقنینی داشته است. اشتراک دیگر، توجه به اصل برابری و بی‌طرفی است. برای برخورد با

خاطیان جرایم انتخاباتی، هیچ تبعیضی میان شهروندان یا مقامات سیاسی قائل نشده‌اند و به صورت برابر در نظام دادرسی انتخاباتی با آن‌ها برخورد می‌شود. ضمناً نهادهای نظارتی و قضایی در دادرسی انتخاباتی، به رعایت بی‌طرفی و حمایت نکردن از طرف خاصی مکلف شده‌اند. همین‌طور در اصول دیگری نظیر حق دسترسی آسان به شکایت برای فرآیند انتخابات، اشتراک وجود دارد و هر دو نظام، اقداماتی را انجام داده‌اند تا نامزدها یا شهروندان عادی از طریق غیر قضایی و قضایی با سهولت بتوانند از فرآیند انتخابات، اعتراض یا شکایت کنند.

نقاط افتراق اصولاً بنا به دلایل مبانی حقوقی مبتنی بر شرع در ایران و عرف در انگلستان است و تفاوت ماهوی و جدی وجود ندارد، بلکه صرفاً در برخی از جزئیات تقنینی یا سلیقه‌های اجرایی برای برخی از اصول تفاوت وجود دارد. برای نمونه، فهرست جرایم و تخلفات انتخاباتی دو کشور متفاوت است و در سرفصل‌های این جرایم با یکدیگر تفاوت دارند که آن هم به دلیل ساختار سیاسی است. برای نمونه، بخشی از جرایم انتخاباتی در انگلستان مربوط به آرای پستی است که این امر در حقوق ایران بلاموضوع است. تفاوت دیگر در انگلستان، در حوزه شناسایی جرایم و تخلفات انتخاباتی، دقت و موشکافی بیش‌تری وجود دارد که برخی حقوق دانان به این مورد اشاره داشته‌اند که در حقوق داخلی، برخی از جرایم و تخلفات، ضمانت اجرایی ندارند یا اگر دارند، کارآمد نیست.

اصل بی‌طرفی و استقلال در حقوق انگلستان با دقت نظر بیش‌تری در عرصه عمل و فارغ از مباحث تئوری و تقنینی دیده می‌شود و در حقوق ایران، برخی حقوق دانان به تفسیر شورای نگهبان برای نظارت بر انتخابات و احراز برخی تخلفات و شیوه اجرای انتخابات توسط وزارت کشور و تعامل هیئت اجرایی و هیئت نظارت برای احراز تخلفات نقد دارند و آن را مغایر با اصل بی‌طرفی یا استقلال دادرسی انتخاباتی تلقی می‌کنند. تفاوت جزئی دیگر، مربوط به اصول زمان و هزینه دادرسی انتخاباتی است. با توجه به اهمیت زمان به دلیل فصلی بودن جرایم انتخاباتی، قوانین انگلستان، سخت‌گیری بی‌موردی را در این خصوص اعمال کرده و صرفاً ۲۱ روز وقت در نظر گرفته است. صاحب‌نظران، این فرصت را به دلیل نیاز شکایت‌کنندگان به مشورت با حقوق دانان، جمع‌آوری ادله و وجود پیچیدگی‌های تقنینی کافی نمی‌دانند و هزینه آن (بیش از پنج هزار پوند) را مانع طرح شکایت در دادرسی انتخاباتی تلقی می‌کنند. در نظام دادرسی انتخاباتی ایران، محدودیت زمانی به این شکل وجود ندارد و هزینه متفاوت یا گزافی از دعاوی عمومی دریافت نمی‌شود.

هر دو نظام ایران و انگلستان، دو راهکار تفکیکی قضایی و غیر قضایی را پیش‌بینی کرده‌اند. در حقوق ایران، یکی از شعب دادگاه‌های عمومی به طور موقت و به صورت تخصصی به رسیدگی جرایم انتخاباتی اختصاص پیدا می‌کند. این شعبه با هماهنگی دادستانی از یک سو و هماهنگی با مراجع غیر قضایی مسئول در انتخابات نظیر هیئت اجرایی و هیئت نظارت و شورای نگهبان، خارج از نوبت به بررسی موضوع می‌پردازد. در فرآیند دادرسی انتخاباتی انگلستان نیز محاکم عمومی عادی به طور فصلی و موقت برای رسیدگی به جرایم انتخاباتی تعیین می‌شوند و با هماهنگی با مقامات قضایی از یک سو و نهادهای محلی برگزاری انتخاباتی نظیر شهرداری و شوراها به مسئله ورود و نسبت به پرونده حکم صادر می‌کنند.

در دادرسی غیر قضایی، حقوق ایران از نهادهای دولتی و رسمی و حاکمیتی نظیر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، هیئت نظارت و هیئت‌های اجرایی بهره‌گرفته است. در حقوق انگلستان، بار اصلی دادرسی غیر قضایی بر دوش احزاب سیاسی و نهادهای سیاسی است و از این منظر میان دادرسی غیر قضایی در حقوق ایران و انگلستان از منظر نهادهای رسیدگی‌کننده و درخواست‌دهنده تفاوت وجود دارد. تفاوت عمده دیگر این است که نهادهای قضایی برای دادرسی انتخاباتی قضایی، در بسیاری از موارد از طریق دادستانی به عنوان مدعی‌العموم راساً وارد عمل می‌شوند و این اختیار را دارند که علاوه بر مواردی که شکایت یا اعتراضی به آن‌ها اعلام و ابلاغ می‌شود، خود نیز راساً تعقیب و پی‌گیری تخلف و جرم را عهده‌دار شوند. در نظام دادرسی انتخاباتی انگلستان، قضیه معکوس است؛ چون رسیدگی در دادگاه عمومی تخصصی، جنبه پی‌گیری دارد. هر اقدامی از سوی این دادگاه مستلزم طرح شکایت و درخواست قبلی است و دادگاه برای بررسی تخلفات یا جرایم انتخاباتی در چارچوب فرآیند دادرسی انتخاباتی به صورت مستقیم اقدام نخواهد کرد.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. احمدی، علی، انتخابات در ایران (بررسی حقوقی و قانونی)، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۲. اوروسکو انریکه، خسوس، دادرسی انتخاباتی، ترجمه: اسدالله یوری و هانیه اشتغالی، تهران: میزان، ۱۳۹۷.
۳. سی اف، پرفلید، گزیده متون حقوقی، ترجمه: اسماعیل صغیری، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۴. فاورو، لویی، دادگاه‌های قانون اساسی، ترجمه: علی اکبر گرجی ازندریانی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸.
۵. داوید، رنه، کامی ژوفره اسپیتوزی و ماری کوره، درآمدی بر حقوق تطبیقی دو نظام بزرگ معاصر، ترجمه: سید حسین صفایی، تهران: دادگستر، ۱۳۸۸.
۶. مدنی، جلال‌الدین، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: جنگل، ۱۳۸۸.
۷. نبی‌لو، حسین، خرید آرا در انتخابات (گزارش پژوهشی)، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش اسلامی، شماره ۸۸۳۱، ۱۳۸۶.

#### ب) مقاله

۱. تقی‌زاده، جواد و طیبه کریم‌زاده، «اصل برابری و نظارت قانونی بر اجرای انتخابات نهادهای سیاسی»، نشریه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۱، ۱۳۹۲.
۲. حاجی میرسعیدی، سید ساعی و سید ابراهیم حاجی میرسعیدی، «راهکارهای پیش‌گیرانه از تخلف در انتخابات‌های مردمی در حقوق ایران»، همایش علمی و پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، اصفهان، ۱۳۹۸.
۳. خسروی، حسن و ایرج حسینی صدرآبادی، «نظارت کارآمد بر انتخابات»، نشریه حقوق اداری، شماره ۱۳، ۱۳۹۶.
۴. راجی، محمدهادی و محمد مهدی غمامی، «درباره انتخابات: شیوه‌ها و مراجع رسیدگی به تخلفات انتخاباتی در جمهوری اسلامی ایران»، ۱۳۸۶.

۵. شیخ الاسلامی، عباس، «پیش‌گیری از جرایم و تخلفات انتخاباتی و مدیریت آن»، همایش پیش‌گیری از وقوع جرم، تهران، ۱۳۸۸.
۶. طحان نظیف، هادی و کمال کدخدامرادی، «آسیب‌شناسی نظام حقوقی حاکم بر فرآیندهای نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی در پرتو سیاست‌های کلی انتخابات»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴، ۱۳۹۸.
۷. علایی، حسین، «مطالعه تطبیقی مکانیسم دادرسی انتخاباتی در انگلستان و اصول بین‌المللی حاکم بر دادرسی انتخاباتی»، نشریه پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴۴، ۱۳۹۸.
۸. قیصری، نورالله و دانیال طاهری، «مدیریت انتخابات در ایران؛ کیفیت و ارزیابی اجرا»، پژوهش‌های راهبردی سیاست، شماره ۱۳، ۱۳۹۴.
۹. هاشمی، سید محمد و اعظم عدالت‌جو، «مطالعه تطبیقی نظارت بر انتخابات پارلمان در ایران و انگلستان»، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۱، ۱۳۹۰.

#### ج) پایان‌نامه

۱. شهبازی، حشمت‌الله، «نظارت بر انتخابات در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۲. مختاری، رحیم، «مطالعه تطبیقی نظارت بر انتخابات عمومی در ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، ۱۳۸۳.

#### ۲. Latin source

۱. Brouard, Sylvain, "The Politics of Constitutional Veto in France: Constitutional Council, Legislative Majority and Electoral Competition", Journal West European Politics, ۲۰۰۹, ۳۲.
۲. Electoral Commission, **Challenging Elections in the UK**, ۲۰۱۲: [www.electoralcommission.org.uk/media/۴۰۰۵](http://www.electoralcommission.org.uk/media/۴۰۰۵).
۳. Electoral Commission, **Challenging Elections in the UK**: [www.electoralcommission.org.uk/cy/node/۲۵۹۲۳](http://www.electoralcommission.org.uk/cy/node/۲۵۹۲۳).
۴. IDEA, **Ethical and Professional Observation of Election**, ۲۰۰۳: [www.int-idea.se.pdf](http://www.int-idea.se.pdf).

۵. The Electoral commission, **Electoral Fraud in the UK: Evidence and Issues Paper**, UK, Parliament.
۶. Wall, Alan and others, **Electoral Management Design: The International IDEA Handbook**, Sweden, ۲۰۰۶.
۷. Wright, T., **The British Political Process**, Manchester university Press, ۱۹۹۴.

# تعهدات بین‌المللی دولت برای تأمین اقلام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های همه‌گیر نوپدید با تأکید بر عالم‌گیری ویروس کووید ۱۹

محسن محبی<sup>۱</sup>، شاهین مظاهری جبلی<sup>۲</sup>، محمدرضا علی‌پور<sup>۳</sup>

## چکیده

بحران کرونا یا کووید ۱۹ که از نوامبر ۲۰۱۹ در چین آغاز شد و به سرعت، جهان را تحت تأثیر قرار داد، سؤالات مهمی را در مورد مسئولیت دولت‌های درگیر با این بحران مطرح کرد. یکی از مهم‌ترین این مسائل، تعیین قواعد رفتاری دولت‌ها در برخورد با این بحران برای پیش‌گیری، کنترل و مقابله برای حفظ حقوق شهروندان و دولت‌های دیگر بود. اصل تکلیف دولت‌ها به «تلاش بایسته» در برابر بحران‌ها، یکی از قواعد ناظر بر رفتار حاکمیت‌ها در ایفای تعهدات بین‌المللی آن‌هاست. محتوای این اصل به عنوان یکی از هنجارهای رفتاری دولت‌ها برای حمایت از حقوق «دیگران»، موضوعی تازه نیست، ولی به ویژگی‌های این بحران در اجرای آن باید توجه کرد.

در پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی بر پایه مطالعات اسنادی و کتاب‌خانه‌ای، تعهدات بین‌المللی دولت برای تأمین اقلام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های همه‌گیر از جمله کووید ۱۹ تحلیل و بررسی شده است. در نتیجه، دولت‌ها وظیفه دارند اقدام‌های لازم از قبیل قانون‌گذاری انجام دهند و در چارچوب منابع و امکانات خود، مقدمات و زمینه‌های لازم برای تحقق حقوق بشر و بهره‌مندی افراد از حقوق خویش را فراهم آورند. افزون بر این، در شرایط بحرانی و اوضاع دشوار اقتصادی، دولت‌ها وظیفه دارند حداقلی از حقوق اساسی را

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، [sd.mohebi@gmail.com](mailto:sd.mohebi@gmail.com)

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، [shahin.mz71@gmail.com](mailto:shahin.mz71@gmail.com)

۳. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، [mra\\_alipour@yahoo.com](mailto:mra_alipour@yahoo.com)

تعهدات بین‌المللی دولت برای تأمین ارقام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های همه‌گیر نوپدید با تأکید بر عالم‌گیری و ویروس کووید ۱۹

برای همگان جهت تأمین ارقام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری عالم‌گیر تضمین کنند که از آن به «تعهد هسته‌ای حداقلی» تعبیر می‌شود. تعهد به مساعدت و همکاری و تعهد تضمین نیز از دیگر تکالیف دولت‌ها برای کمک به تحقق حقوق بشر یا جلوگیری از نقض حقوق بشر در دیگر دولت‌هاست.

**واژگان کلیدی:** بیماری‌های عالم‌گیر، پیش‌گیری و کنترل، تعهدات بین‌المللی، دسترسی به درمان و واکسن، کووید ۱۹.

## مقدمه

عرصه حراست از سلامت افراد تا مدت‌ها، میدان انحصاری صلاحیت دولت‌ها تلقی می‌شد که تنها چند استثنا داشت که از آن جمله می‌توان به شروط قرنطینه در معاهدات تجاری بین‌المللی یا قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در خصوص حمایت از بیماران و مجروحان در وضعیت مخاصمه مسلحانه اشاره کرد.<sup>۱</sup> امروز با همه‌گیری نسخه جدیدی از ویروس کرونا موسوم به «کووید ۱۹»، وضعیت کاملاً متفاوت است. ارتباط درهم‌تنیده و روزافزون میان افراد انسانی در چهارگوشه هستی و توسعه مبادلات تجاری و فرهنگی میان آن‌ها، خطر همه‌گیری این بلای طبیعی را به گونه قابل ملاحظه‌ای افزایش داده است. در این میان، این حقیقت را باید پذیرفت که کنشگران این بخش در عرصه جامعه بین‌المللی، متفاوت و متعددند: دولت‌ها، فعالان خصوصی و سازمان‌های بین‌المللی. در عین حال، یک اقدام یا یک اهمال می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری در سطح جهانی برای ابنای انسانی به همراه داشته باشد. در چنین شرایطی است که از یک وضعیت «ویژه» صحبت می‌شود که از یک حادثه و آسیب فرامرزی متفاوت است.

حقیقت آن است که آن‌چه در ماه‌های مارس و آوریل ۲۰۲۰ اتفاق افتاد، از غافل‌گیری علم حقوق در برابر این رویداد استثنایی حکایت داشت. در این حالت، وجود نوعی «خلأ» در تمام شاخه‌های حقوقی از جمله در حقوق بین‌الملل قابل احساس بود.<sup>۲</sup> در واقع، در حقوق بین‌الملل امروز، منبع واحد و جامعی برای مدیریت بحران کرونا وجود ندارد. با این همه، از مجرای اصول کلی حقوقی راجع به مسئولیت می‌توان به مجموعه‌ای از چارچوب‌های حقوقی در این مورد دست یافت. در این عرصه، هنجارهای حقوقی قابل اعمال در عرصه حقوق محیط زیست، حقوق بشر، قواعد راجع به سازمان‌های بین‌المللی در امور سلامت و بهداشت و نیز حقوق قربانیان بلایای طبیعی از اهمیت خاصی برخوردارند.<sup>۳</sup> در

1. Cassella, Sarah, "Obligation étatique de protection de la santé face au risque global de pandémie: ce que dit le droit international", (2020), available in: [www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus](http://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus).

2. Mamoudy, Olga, "Le droit national confronté à la pandémie", Colloque virtuel Droit et Coronavirus, débats du 31 mars, (2020), available in: [www.youtube.com/watch](http://www.youtube.com/watch).

3. Cárdenas, Fabián, "El derecho internacional en tiempo de coronavirus, el Espectador", (2020), available in: [www.](http://www.)

چنین فضایی، اصول کلی راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به ویژه تعهد به تأمین اقلام و تمهید روش‌های پیش‌گیری، کنترل و مقابله که در مورد هر ۱۹۴ کشور عضو جامعه جهانی صدق می‌کند، اهمیتی ویژه دارند. تعهد بین‌المللی عرفی و قدیمی مبنی بر «منع وارد آوردن آسیب به دولت‌های دیگر و اتباع آن‌ها» نیز امروزه مانند قاعده‌ای فراسرزمینی توسعه یافته است.

چون در تأثیر و گستره اهمیت این قاعده در حقوق بین‌الملل تردیدهایی ابراز شده است،<sup>۱</sup> بی‌گمان می‌توان از این اصل به عنوان مبنایی مهم برای تعهدات دولت‌ها برای رویارویی با بحران کرونا سخن گفت. در اجرای این قاعده، معیار کنترل دولت بر فعالیت‌های خطرآفرین در حوزه صلاحیتش اهمیت بسیار دارد. در این جاست که از تعهد به پیش‌گیری در قالب اصل «تلاش بایسته» صحبت می‌شود: زمانی که دولتی از وجود خطری آگاه دارد، باید تمامی ابزارهای معقول در اختیار خود را برای پیش‌گیری از وقوع آن به کار گیرد. از این اصل به عنوان پیش‌شرط «حکمرانی خوب» صحبت می‌شود.<sup>۲</sup> با این همه، توسل به شاخص «تلاش بایسته»، تعهد عمومی را حوزه تعهد به وسیله در برابر دولت‌ها قرار می‌دهد. به تعبیر بهتر، در این حالت، تحقق نتیجه یعنی پیش‌گیری از شیوع هر چه بیش‌تر این بیماری مطرح نیست، بلکه صرف انجام دادن اقداماتی چون هشدار زودهنگام و تقسیم اطلاعات با دیگر دولت‌ها به عنوان یک تعهد حقوقی از سوی دولت‌ها مورد توجه است.

در این سیاق باید توجه داشت که به تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در عرصه حق بر سلامت در دو حوزه توجه صورت گرفته است: در نگاه نخست، این حق در معاهدات حمایت از حقوق بشر تثبیت گردیده است و در مرحله بعدی، رویه نهادهای نظارتی این معاهدات به صورت مستمر به توسعه و تکمیل آن دست زده‌اند. برای نمونه، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ملاحظه شماره

[elespectador.com/coronavirus](http://elespectador.com/coronavirus).

1. Verheyen, Roda, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and States Responsibility* (Martinus Nijhoff Publishers), 2005, p. 153.

2. Larraín, Joaquin Barcelo et. al., "Estudios en honor de Juvenal Hernández", *Corporación cultural Rector Juvenal Hernandez*, Santiago de Chile, 2001, p. 143.

نویسنده در این کتاب بیان می‌کند که:

"... la diligencia debida entendida como la exigencia de conducta que cabe esperar de buen gobierno."

"... تلاش بایسته، قاعده رفتاری برای قضاوت در مورد یک حکمرانی خوب است."

۱۴ خود (۱۱ اوت ۲۰۰۰)، تعهدات مختلف ناشی از حق بر سلامت را برمی‌شمارد، چنان‌که در میثاق بین‌المللی راجع به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز آمده است. در بین این تعهدات، که با بحران کرونا مرتبط است، به تعهدات دولت‌ها به آگاه کردن فوری دیگر دولت‌ها و افراد از وجود خطری که سلامت آن‌ها را تهدید می‌کند، می‌توان اشاره کرد. در عداد تعهدات به وسیله نیز دولت‌ها، مکلف به ایجاد یک نظام بهداشتی مناسب هستند تا قادر به اجرای تعهدات فوق‌العاده باشند.<sup>۱</sup>

## گفتار اول. اصل تکلیف دولت‌ها به اجرای تمهیدات پیش‌گیری، کنترل و مقابله در برابر بیماری‌های عالم‌گیر

اصل تکلیف دولت‌ها به «تلاش بایسته»<sup>۲</sup> در برابر بحران‌ها، یکی از قواعد ناظر بر رفتار حاکمیت‌ها در ایفای تعهدات بین‌المللی دولت‌هاست. اگر چه محتوای این اصل به عنوان یکی از هنجارهای رفتاری دولت‌ها برای حمایت از حقوق «دیگران»، موضوع تازه‌ای نیست، ولی به ویژگی‌های این بحران در اجرای آن باید توجه کرد. اصل «منع اضرار به غیر» که در حقوق بین‌الملل محیط زیست به رشد و بالندگی رسیده بود. به عنوان یکی از نتایج اصل تلاش بایسته. از چارچوب‌های مهم تنظیم رفتار دولت‌ها برای مقابله با این بحران محسوب می‌گردد.

عرصه حراست از سلامت افراد تا مدت‌ها، میدان انحصاری صلاحیت دولت‌ها تلقی می‌شد که تنها چند استثنا داشت، مانند شروط قرنطینه در معاهدات تجاری بین‌المللی یا قواعد حقوق بین‌الملل بشردوستانه در خصوص حمایت از بیماران و مجروحان در وضعیت مخاصمه مسلحانه.<sup>۳</sup> امروز با همه‌گیری «کووید ۱۹»، وضعیتی کاملاً متفاوت بر جهان حاکم شده و ارتباط درهم‌تنیده و روزافزون میان افراد انسانی در چهارگوشه هستی و توسعه مبادلات تجاری و فرهنگی میان آن‌ها، خطر همه‌گیری این بلای طبیعی را به گونه قابل ملاحظه‌ای افزایش داده است. در این میان، این حقیقت را باید پذیرفت که کنشگران این بخش در عرصه جامعه بین‌المللی، متفاوت و متعددند:

1. Observation générale N° 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12 du pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels), 11 août, (2000), E/C.12/2000/4.

2. due diligence.

3. Cassella, op.cit.

دولت‌ها، فعالان خصوصی و سازمان‌های بین‌المللی. در عین حال، یک اقدام یا یک اهمال می‌تواند خسارات جبران‌ناپذیری در سطح جهانی برای ابنای انسانی به همراه داشته باشد. در چنین شرایطی است که از یک وضعیت «ویژه» صحبت می‌شود که از یک حادثه و آسیب فرامرزی متفاوت است. در چنین فضایی اصول کلی راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها به ویژه تعهد به پیش‌گیری که در مورد هر ۱۹۴ کشور عضو جامعه جهانی صدق می‌کند، اهمیتی ویژه دارند. تعهد بین‌المللی عرفی و قدیمی «منع وارد آوردن آسیب به دولت‌های دیگر و اتباع آن‌ها» نیز امروزه به مانند قاعده‌ای فراسرزمینی توسعه یافته است.

با آن‌که در تأثیر و گستره اهمیت این قاعده در حقوق بین‌الملل، تردیدهایی ابراز شده است،<sup>۱</sup> می‌توان از این اصل به عنوان مبنایی مهم برای تعهدات دولت‌ها برای رویارویی با بحران کرونا سخن گفت. در اجرای این قاعده، معیار کنترل دولت بر فعالیت‌های خطرآفرین در حوزه صلاحیتش اهمیت بسیار دارد. در این جاست که از تعهد به پیش‌گیری در قالب اصل «تلاش بایسته» صحبت می‌شود؛ زمانی که دولتی از وجود خطری آگاه دارد، باید تمامی ابزارهای معقول در اختیار خود را برای پیش‌گیری از وقوع آن به کار گیرد که از آن به عنوان پیش شرط «حکمرانی خوب» صحبت می‌شود.<sup>۲</sup> با این همه، توسل به شاخص «تلاش بایسته»، تعهد عمومی را حوزه تعهد به وسیله در برابر دولت‌ها قرار می‌دهد. به تعبیر بهتر، در این حالت، تحقق نتیجه یعنی پیش‌گیری از شیوع هر چه بیش‌تر این بیماری مورد نظر نخواهد بود، بلکه صرف انجام اقداماتی چون هشدار زود هنگام و تقسیم اطلاعات با دیگر دولت‌ها به عنوان یک تعهد حقوقی از سوی دولت‌ها مورد توجه است.

در این سیاق باید توجه داشت که به تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در عرصه حق بر سلامت در دو حوزه توجه صورت گرفته است: در نگاه نخست، این حق در معاهدات حمایت از حقوق بشر تثبیت گردیده است و در مرحله بعدی، رویه نهادهای نظارتی این معاهدات به صورت مستمر به توسعه و تکمیل آن دست زده‌اند. برای نمونه، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در ملاحظه شماره ۱۴ خود (۱۱ اوت ۲۰۰۰)، تعهدات مختلف ناشی از حق بر سلامت را برمی‌شمارد، چنان‌که در میثاق

1. Verheyen, op.cit., p. 153.

2. Larrain et al., op.cit., p. 143.

بین‌المللی راجع به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز آمده است. در بین این تعهدات، که با بحران کرونا مرتبط است، به تعهدات دولت‌ها به آگاه کردن فوری دیگر دولت‌ها و افراد از وجود خطری که سلامت آن‌ها را تهدید می‌کند، می‌توان اشاره کرد. در عداد تعهدات به وسیله نیز دولت‌ها، مکلف به ایجاد یک نظام بهداشتی مناسب هستند که قادر به اجرای تعهدات فوق‌العاده باشند.<sup>۱</sup>

حقوق بین‌الملل در عرصه‌های مختلف، تعهداتی برای دولت‌ها به منظور مقابله با بیماری‌های همه‌گیر چون کووید ۱۹ ایجاد کرده است که دولت‌ها باید با «تلاش بایسته» به ایفای آن‌ها بپردازند. این تعهدات در درجه اول مشتمل بر اصل منع اضرار به دیگران است که مطابق آن، تمامی دولت‌ها موظفند از خطرات مرزگذری که منشأ آن، سرزمین آن‌هاست، جلوگیری و آن‌ها را متوقف یا اصلاح کنند. در این زمینه، توجه دقیق به مقررات جهانی بهداشت که به طور مشخص به نظارت و واکنش در برابر این بیماری‌ها مربوط می‌شود، اهمیت اساسی دارد. بدون شک، تعهد به اجرای اصل «تلاش بایسته»، دولت‌ها را مکلف نمی‌کند که به کار ناممکن دست بزنند. با این حال، دولت‌ها در اقدامات خود برای مقابله با این بیماری از حاشیه ارزیابی قابل توجه برخوردارند و می‌توانند به صواب دید خود، راه حل مناسب را برای مقابله با این بحران انتخاب کنند. در این مورد نباید فراموش کرد که در ارزیابی نهایی باید به منافع دیگری چون ثبات اقتصادی، رفاه اجتماعی، حقوق بنیادین افراد و آزادی‌های بنیادین نیز توجه صورت گیرد. در این حال، به تأثیر اقداماتی چون قرنطینه اجتماعی بر عوامل یادشده نیز باید اندیشید.

در این راستا، اصل «تلاش بایسته» که یکی از اصول بنیادین حقوق بین‌الملل عمومی در اجرای تعهدات بین‌المللی دولت‌ها به شمار می‌رود، می‌تواند راهنمایی برای تنظیم عملکرد دولت‌ها تلقی گردد. این اصل با عنایت به ساختار نرم و انعطاف‌پذیر خود به دولت‌ها امکان می‌دهد تا از یک سو، بهترین گزینه متناسب با امکانات خود را ابرای اجرای تعهدات بین‌المللی انتخاب کنند و از دیگر سو، حقوق افراد و جوامع انسانی محفوظ نگاه داشته شود. در این راستا، در حقوق بین‌الملل، این حقیقت نیز پذیرفته شده است که پیش‌گیری بهتر از درمان است و دولت‌ها با اتکا به این اصل باید بیش‌ترین همکاری را با یکدیگر برای مقابله با بحران‌هایی چون کووید ۱۹ انجام دهند. در عین حال،

1. Observation générale N° 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (article 12 du pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels), 11 août, (2000), E/C.12/2000/4.

تعهد دولت‌ها تنها ناظر به پیش‌گیری نیست، بلکه دولت‌ها با مشاهده کوچک‌ترین نشانه‌های این بیماری باید سازوکار نظارت و مشاهده خود را فعال کنند و اطلاعاتی را که در این زمینه به دست می‌آورند، با کم‌ترین تأخیر در اختیار دولت‌های قربانی قرار دهند.

در واقع، دولت‌ها در یک نگاه کلی در برابر بحران‌هایی نظیر کووید ۱۹ در چارچوب اصل تلاش بایسته با سه تعهد مهم «پیش‌گیری»، «پاسخ مناسب» و «همکاری» روبه‌رو می‌شوند. در هر مرحله از حل بحران نیز باید این سه تعهد را با توجه به اصل منع آسیب رساندن به دولت‌های دیگر و شهروندانشان، حقوق بین‌الملل حاکم بر بلایای طبیعی و مقررات تدوین‌شده از سوی سازمان جهانی بهداشت انجام دهند.<sup>۱</sup> این امر بیش از آن‌که مرهون داشتن امکانات فنی و خارجی باشد، مرهون «اراده قوی» حاکمیت‌های امروز جهان است و نبود آن «اراده» را باید معیار تخلف یک دولت از تعهدات آن در این عرصه محسوب کرد.

## گفتار دوم. تعهدات دولت‌ها به همکاری در پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری‌های همه‌گیر

پس از فراگیری کووید ۱۹، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، دو قطع‌نامه در خصوص این بیماری تصویب کرد که بر اساس آن‌ها، شیوع ویروس کرونا، بحران بین‌المللی تلقی گردید و راه مقابله با آن، همکاری همه‌جانبه کشورها به ویژه با کشورهای دارای اقتصاد شکننده‌تر اعلام شد.<sup>۲</sup>

کشورهای مختلف جهان بر اساس قواعد بین‌المللی ناظر بر همکاری‌های اقتصادی و اجتماعی به ویژه در شرایط شیوع بیماری‌های فراگیر، تعهداتی برای مهار آن‌ها دارند. جمهوری اسلامی ایران، یکی از کشورهای متأثر از ویروس کرونا و تبعات آن است که در این نوشتار در پی بررسی وضعیت

1. Coco, Antonio and de Souza Dias, Talita, "Prevent, Respond, Cooperate: States' Due Diligence Duties vis-à-vis the COVID-19 Pandemic", (May 7, 2020), Journal of International Humanitarian Legal Studies (Forthcoming), available in: SSRN: [www.ssrn.com/abstract=3626627](http://www.ssrn.com/abstract=3626627) or [www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3626627](http://www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.3626627).

2. UNGA Re.74/270. Global Solidarity to Fight the Coronavirus Disease 2019.2 April 2020. at: [www.undocs.org/en/A/RES/74/270](http://www.undocs.org/en/A/RES/74/270); UNGA Re.74/274. International Cooperation to Ensure Global Access to Medicines, Vaccines and Medical Equipment to Face Covid-19, 2 April 2020. at: [www.undocs.org/en/A/RES/74/274](http://www.undocs.org/en/A/RES/74/274).

تعهدات یادشده و تأثیر تحریم‌های یک‌جانبه ایالات متحده آمریکا بر تعهدات بین‌المللی دولت‌ها هستیم. به نظر می‌رسد حتی با چشم‌پوشی از مشروعیت نداشتن ذاتی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا، مشروعیت نداشتن این تحریم‌ها در شرایط شیوع ویروس کرونا مسلم است و پرهیز از ایجاد موانع اقتصادی برای مقابله با این بیماری و تسهیل در تأمین اقلام ضروری هم‌چون دارو و تجهیزات پزشکی از جمله تعهدات کشورها در این شرایط به حساب می‌آید.

بند ۳ ماده ۱ منشور ملل متحد در منشور، بر حصول «همکاری بین‌المللی» در حل مسائل بین‌المللی تأکید می‌کند که دارای جنبه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی یا بشردوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان بدون تمایز از نظر نژاد، جنس، زبان یا مذهب نقش اساسی دارد. بند ۱ ماده ۱۳ نیز در قسمت «الف»، ترویج «همکاری بین‌المللی» در امور سیاسی و ایجاد زمینه‌های مناسب برای توسعه تدریجی حقوق بین‌الملل و تدوین آن را در نظر دارد. بند ۱ قسمت «ب» در پی ترویج «همکاری بین‌المللی» در امور اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، آموزشی و بهداشتی و کمک به تحقق حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همه بی‌هیچ تبعیضی از نظر نژاد، جنس، زبان و مذهب است. فصل نهم منشور با عنوان «همکاری اقتصادی و اجتماعی بین‌المللی» در ماده ۵۵ بیان می‌دارد که «با توجه به ضرورت ایجاد شرایط ثبات و رفاه برای تأمین روابط مسالمت‌آمیز و دوستانه بین‌الملل بر اساس احترام به اصل تساوی حقوق و خودمختاری ملل»، سازمان ملل متحد، اموری هم‌چون حل مسائل بین‌المللی اقتصادی، اجتماعی، بهداشتی و مسائل مربوط به آن‌ها و «همکاری بین‌المللی» فرهنگی و آموزشی را تشویق می‌کند. در ماده ۵۶ نیز بیان می‌کند که تمامی اعضا متعهد می‌شوند «برای رسیدن به اهداف مندرج در ماده ۵۵ در همکاری با سازمان ملل متحد، اقدامات فردی یا دسته‌جمعی معمول دارند». اگر چه اصل همکاری از ابتدا به صورت یک اصل مطرح نبود، در حال حاضر، دولت‌ها براساس منشور سازمان ملل متحد، ملزم به همکاری با یکدیگرند. این اصل، الزام‌آور است و از اصول جدایی‌ناپذیر منشور سازمان ملل متحد محسوب می‌شود.

بر اساس قطع‌نامه ۷۴/۲۷۰ مجمع عمومی، تأثیرات بیماری‌های فراگیری هم‌چون کرونا شامل ایجاد اختلال در روابط اجتماعی و اقتصادی بیش‌تر دولت‌هاست و این امر به صورت جدی بر معاش مردم تأثیر می‌گذارد. بر مبنای بند ۱ این قطع‌نامه، کشورهای تصویب‌کننده بر تعهد خود به

همکاری بین‌المللی و چندجانبه در مقابله با بیماری‌های فراگیر تأیید می‌کنند. در بند ۲ نیز بر نیاز به احترام کامل به حقوق بشر بدون تبعیض بین مردم کشورها در شرایط بیماری‌های فراگیر تأکید شده است. در نهایت، بر اساس بند ۵، همکاری‌های بین‌المللی فشرده برای شکست بیمارهای فراگیر، در امر تبادل اطلاعات و اجرای مقررات بهداشتی سازمان جهانی بهداشت ضروری است. هم‌چنین بر اساس قطع‌نامه ۷۴/۲۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، همه انسان‌ها بدون هیچ‌گونه تبعیضی از حق دسترسی به بالاترین استاندارد سلامتی جسمی و روحی برخوردارند. علاوه بر آن، این قطع‌نامه تأکید دارد که دسترسی منصفانه به محصولات بهداشتی، اولویت جهانی بوده و این دسترسی، شرط اساسی شکست بیماری‌های فراگیر است.

با توجه به این مطالب اساساً دولت‌ها در زمینه تأمین و تضمین حق بر سلامتی که حق بنیادین است، مکلف به همکاری با یکدیگرند. این همکاری، گستره وسیعی از اقدامات مانند ارائه خدمات درمانی و ارسال اقام پزشکی، تسهیل صادرات و انتقال اقام دارویی و درمانی را شامل می‌شود. از سوی دیگر، می‌توان به پیش‌نویس طرح سال ۲۰۱۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در مورد حمایت از افراد در زمان وقوع فجایع ایجاد شده به واسطه انسان و طبیعت اشاره کرد.<sup>۲</sup> ماده ۷ طرح نیز به تعهد به همکاری دولت‌ها با یکدیگر به ویژه با دولت آسیب‌دیده از فاجعه، به منظور کاهش آثار فاجعه بر مردم اشاره می‌کند. بالاخره ماده ۸ هم انواع اقداماتی را که در چارچوب همکاری مورد انتظار است، بیان می‌دارد که از آن جمله می‌توان به تأمین منابع دارویی و پزشکی و اطلاعات علمی اشاره کرد. در نتیجه، به نظر می‌رسد تعهد دولت‌ها به همکاری در مدیریت و کنترل بیماری‌های فراگیر برای تأمین حقوق بشر، حفاظت از محیط زیست و تأمین صلح و امنیت انکارناپذیر باشد.

## **بند اول. تلاش بایسته دولت‌ها به رعایت حقوق بنیادین بشر در پیش‌گیری، کنترل و مقابله با بیماری عالم‌گیر کووید ۱۹**

اصطلاح «تلاش بایسته» در بسیاری از نظام‌های حقوقی، مفهومی شناخته شده به شمار می‌رود. در فرهنگ‌های حقوقی معمولاً این مفهوم به معنای «توجه همراه با دقت، سریع و بدون تأخیر»

1. UNGA Re.74/274.

2. UNILC, *Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters* (2016), available at: [www.legal.un.org](http://www.legal.un.org).

تعریف شده است که شخص باید در ایفای تعهدات خود به خرج دهد. این تلاش، ارتباط تنگاتنگ با انتظاری دارد که یک جامعه حقوقی می‌تواند از یک فرد در اوضاع و احوال مشخص در انجام تکالیف حقوقی او داشته باشد.<sup>۱</sup> در حقوق بین‌الملل نیز این مفهوم، گزاره‌ای نو به شمار نمی‌رود. در واقع، از زمان پیدایش حقوق بین‌الملل، اندیشمندان این شاخه حقوقی، کم و بیش درباره این مفهوم و نهاد مسئولیت بین‌المللی قلم‌فرسایی کرده‌اند.

از سال ۱۹۵۳ نیز که مسئله مسئولیت دولت‌ها در دستور کار کمیسیون حقوق بین‌الملل قرار گرفته است، اعضای این کمیسیون ملاحظات نظری بسیاری درباره مفهوم «تلاش بایسته» بیان کرده‌اند<sup>۲</sup> که گاه به جای ابهام‌زدایی به پیچیدگی مسئله دامن زده است. با این همه در یک تعریف کلی، مطابق با آن چه در نظام حقوقی کامن‌لا پذیرفته شده است،<sup>۳</sup> می‌توان پذیرفت این مفهوم بدان معناست که یک شخص حقیقی یا حقوقی مکلف است از فعل یا ترک فعلی که به نحوی معقول قابل پیش‌بینی است و می‌تواند به همسایه او آسیب برساند، اجتناب کند.<sup>۴</sup> به طور خلاصه، این اصل، معیاری برای حکمرانی خوب و ارزش‌یابی این حقیقت به شمار می‌رود که آیا یک دولت توانسته است آن چه را به صورت معقول از آن انتظار می‌رود، در برابر آسیب‌ها یا خطرهای موجود انجام دهد. در واقع، این معیار، مجموعه‌ای از قواعد معاهداتی و عرفی را تشکیل می‌دهد که به صورت عام در روابط بین دولت‌ها در عرصه‌هایی چون حقوق محیط زیست، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل بشردوستانه، فضای سایبر و به طور ویژه، بهداشت عمومی جهانی، مانع از آسیب‌های فرامرزی یا داخلی می‌شوند، آن‌ها را متوقف می‌کنند یا در صورت لزوم، دولت‌ها را ملزم به اصلاح آن‌ها می‌سازند. برخی از این تعهدات در حد تعهد به وسیله باقی مانده‌اند، ولی بخشی از آن‌ها که عمدتاً تعهدات شکلی را شامل می‌شوند، تعهداتی از نوع «تعهد به نتیجه» هستند. از جمله این

1. Ouedraogo, Awalou, "La due diligence en droit international: de la règle de la neutralité au principe général", *Revue générale de droit*, Volume 42, 2012, p. 641.

2. Cassella, Sarah, "Les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale et le standard de due diligence", in: *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale; Journée d'études franco-italienne du Mans*, Société française pour le droit international, Éditions A, Pedone: Paris, 2018, p. 11 et ss.

3. Donoghue v. Stevenson, U.K., *The Law Reports of House of Lords*, Privacy Council, London, 1932.

4. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, Vol. II, partie 1, p. 193.

تعهدات می‌توان به تعهد دولت‌ها به ارزیابی خطر و اطلاع‌رسانی به دولت‌های دیگر اشاره کرد.<sup>۱</sup> به طور خاص، اصل «تلاش بایسته»، اصلی قابل انعطاف به شمار می‌رود که بسته به توانایی مالی، انسانی و فنی دولت‌های مختلف، گستره اجرایی متفاوتی دارند. به تعبیر بهتر، هر چه خطر و آسیب ناشی از آن بزرگ‌تر باشد، انتظار می‌رود تا دولت‌ها تلاش بیش‌تری در این زمینه مبذول دارند. با این همه باید پذیرفت که کمبود توانایی و امکانات دولت را نمی‌توان به طور مطلق، عذری برای دولت‌ها دانست؛ چون دولت‌ها اساساً مکلفند برای مقابله با خطرهای احتمالی، حداقل زیرساخت‌های حکومتی خود را به کار گیرند تا مانع از گسترش خطری شوند که دیگر دولت‌ها و شهروندان آن‌ها را تهدید می‌کند.

## گفتار سوم. تعهد دولت‌ها در گستره حق بر سلامتی به همکاری در چارچوب اسناد حقوق بشری

تحقق حق بر بهداشت و سلامت به عنوان یکی از حقوق اقتصادی و اجتماعی بشر ضرورتاً مستلزم مداخله دولت است. به طور کلی، مداخله دولت در زمینه حقوق بشر را باید از دو منظر مثبت و منفی نگریست. رویکرد کلی این است که مداخله دولت در حقوق نسل دوم، جنبه اثباتی و ایجابی دارد و در حقوق نسل اول، این مداخله تا حد عدمی فروکاسته می‌شود. در واقع، باید کم‌ترین مداخله دولت در حقوق مدنی و سیاسی را در برابر بیش‌ترین مداخله در حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی فرض گرفت. در عین حال، حقوق مدنی و سیاسی، مستلزم مداخله ایجابی دولت نیز هستند و از این نظر، حق‌هایی مثبت به شمار می‌روند؛ چون بهره‌مندی و اجرای کامل آن‌ها ملازمه‌ای منطقی با مداخله حمایتی دولت از باب تعهد به حمایت دارد. در طرف مقابل، حقوق اقتصادی و اجتماعی نیز از آن رو که هرگونه مداخله تحدیدی دولت را بر نمی‌تابد، حق‌هایی منفی محسوب می‌شوند، با این توضیح که جنبه منفی مداخله در حقوق نسل اول، در متن است و جنبه مثبت آن در حاشیه و در حقوق نسل دوم، این جنبه مثبت مداخله است که در متن قرار دارد و بعد منفی را به حاشیه رانده است.

به طور کلی، در نظام بین‌المللی حقوق بشر به ویژه در زمینه حق بر سلامتی، در یک تقسیم‌بندی، سه

1. Coco, Antonio and Tolita de Souza Días, "Due Diligence and COVID-19: States Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", March 24, (2020), EJIL TALKS, available at: [www.ejiltalk.org/part-i--due-diligence-and-covid-19](http://www.ejiltalk.org/part-i--due-diligence-and-covid-19).

دسته تعهد کلی برای دولت‌ها قابل شناسایی است: تعهد به رعایت، حمایت و اجرا. به اجمال می‌توان گفت که تعهد به رعایت و احترام به حق بر سلامتی مستلزم این است که دولت‌ها به طور مستقیم یا غیر مستقیم از مداخله در بهره‌مندی از حق بر سلامتی اجتناب کنند. تعهد به حمایت، دولت را ملزم می‌کند که از بهره‌مندی از حق بر سلامتی در برابر مداخلات و مزاحمت‌های طرفین ثالث حمایت به عمل آورد و در نهایت، تعهد به اجرا، دربردارنده طیف وسیعی از اقدامات قانونی، قضایی و مالی برای اجرا و پیشبرد حق بر سلامتی است. میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در بند ۱ ماده ۲، ماهیت کلی تعهدات دولت‌های عضو را چنین ترسیم می‌کند: «دولت‌های عضو میثاق متعهد می‌شوند که با سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی به ویژه در زمینه‌های اقتصادی و فنی و با استفاده از حداکثر منابع موجود به منظور حصول تدریجی و اعمال کامل حقوق شناخته‌شده در این میثاق با همه وسایل مقتضی به ویژه با اقدامات قانون‌گذاری اقدام کنند».

بر این اساس، تحقق حق بر سلامتی در چارچوب میزان منابع در دسترس هر دولت، در داخل و استفاده حداکثری از آن‌هاست. تحقق این حق به صورت آنی امکان‌پذیر نیست، بلکه مستلزم گذشت زمان و صرف منابع است و از این رو، میثاق از تحقق حق‌های اقتصادی و اجتماعی در فرآیندی تدریجی صحبت می‌کند. در این راستا، اجرای برنامه‌های اقتصادی، مالی، قانونی، بهداشتی و درمانی با توجه به ظرفیت‌های دولت‌ها و بهره‌گیری از منابع بخش خصوصی به عنوان بازوی کمکی دولت‌ها، جزو اولویت‌ها شمرده می‌شود. همکاری و مشارکت میان بخش عمومی و خصوصی<sup>۱</sup> در زمینه حقوق اقتصادی و اجتماعی بسیار اهمیت دارد. بسیاری از دولت‌ها به دلیل ضعف زیرساخت‌های اقتصادی و توسعه‌نیافتگی با چالش کمبود امکانات مواجه هستند و همین مسئله می‌تواند وضعیت حقوق اقتصادی و اجتماعی به ویژه وضعیت بهداشت و سلامتی را در این کشورها با بحران مواجه سازد.

دولت‌های عضو میثاق متعهدند که «اقدامات لازم را به وسیله کلیه طرق مقتضی و با استفاده از حداکثر منابع موجود» خود انجام دهند. کمیته در تفسیر عمومی شماره ۳ در مورد ماهیت تعهدات دولت‌های عضو بیان داشته که ماده ۲ میثاق، تعهد به فعل و تعهد به نتیجه را به دولت‌ها تحمیل

1. Public-Private Partnership.

می‌کند. این دو مفهوم تا حدودی با یکدیگر تداخل دارند؛ چون وجود تعهد به نتیجه لزوماً شامل تعهد به فعل نیز هست. در واقع، دولتی که متعهد به نتیجه است، به طریق اولی نسبت به فراهم کردن زمینه آن نیز متعهد است.<sup>۱</sup>

به بیان دیگر، التزام به شیء، التزام به لوازم و مقدمات آن نیز هست. در زمینه حق بر سلامتی، تعهد به نتیجه عبارت است از وضع قوانین ملی لازم و تعهد به انجام اقدامات تا حد ممکن و در محدوده امکانات موجود برای رسیدن به نتایج مورد نظر این قوانین، مضمون تعهد به فعل را تشکیل می‌دهد. همه این اقدامات باید معطوف به حصول نتیجه مورد نظر میثاق؛ یعنی تحقق اهداف و استانداردهای خاص باشند. بعد مهم این اقدامات، اقدامات تقنینی است، از جمله وضع قوانین جدید، اصلاح و الغای قوانین مغایر با مفاد میثاق. بدون شک، این اقدامات برای حمایت از همه مصادیق حقوق بشر از جمله حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی اجتناب‌ناپذیرند؛ چون می‌توانند چارچوب قانونی مستحکمی برای اجرا و حمایت از این حق‌ها در موارد نقض فراهم آورند. در کنار اقدامات تقنینی باید اقدامات مقتضی دیگر از جمله تمهید جبران‌های قضایی و غیر قضایی مؤثر و اقدامات مالی، آموزشی و اجرایی نیز برای تحقق استاندارد عالی سلامتی و بهداشت به کار گرفته شوند.

بعد دیگر تعهد دولت‌های عضو در اجرا و تحقق تدریجی حق بر سلامتی، تعهد به استفاده از حداکثر منابع موجود و در دسترس است. برای احراز این‌که دولت‌ها از حداکثر منابع موجودشان استفاده کرده‌اند یا خیر، دو مشکل عمده وجود دارد: اول، تعیین این‌که چه منابعی واقعاً در دسترس دولت‌های عضو قرار دارند و دوم این‌که آیا دولت عضو از این منابع به طور حداکثری استفاده کرده است یا خیر؟

اصطلاح «در دسترس»،<sup>۲</sup> تعیین محتوای تعهد تدریجی و احراز مواردی را که این تعهد نقض می‌شود، مشکل می‌سازد؛ چون دولت‌ها می‌توانند اجرا نشدن آن را با استناد به فقدان یا محدودیت منابع در دسترس توجیه کنند. با این وجود، میثاق انتظار ندارد که دولت‌ها اقدامی فراتر از آن چه منابع

1. CESCR, "The Nature of States Parties Obligations", General Comment No.3, Art.2 (1), ( 14 December 1990).

2. Available.

تحت اختیارشان اجازه می‌دهد، انجام دهند. این بدان معناست که محتوای تعهد به تحقق تدریجی «حق بر سلامتی» و دیگر حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به حداکثر استفاده از منابع در دسترس بستگی دارد. وقتی از منابع در دسترس صحبت می‌شود، هم به منابع بخش دولتی و هم به منابع بخش خصوصی اشاره دارد. هم‌چنین شامل آن دسته از منابعی می‌شود که از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی حاصل می‌گردد. استفاده حداکثری از منابع تحت اختیار دولت برای تحقق عالی‌ترین استاندارد سلامتی مورد نظر میثاق به این معناست که دولت‌ها باید در تخصیص منابع، حقوق اقتصادی و اجتماعی و بالاخص حق بر بهداشت و سلامتی را در اولویت قرار دهند. در این مورد، اگر چه دولت‌ها در تصمیم‌گیری راجع به نحوه تخصیص و تقسیم منابع موجود، از یک حاشیه صلاحیت برخوردارند، اما لازم است که تحقق «حقوق بشر در کل» در اولویت قرار گیرد. اعطای این حاشیه صلاحیت تفسیر به دولت‌های عضو به این جهت است که اعضا، اقدامات و تدابیری را انجام دهند که با وضعیت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خاص آن‌ها متناسب است.

یکی از راه‌های ارزیابی اجرای تعهد دولت‌ها به «استفاده از حداکثر منابع موجود» این است که بررسی شود میزان بودجه اختصاص یافته به بخش بهداشت همگانی و تعمیم سیستم مراقبت‌های بهداشتی اولیه چه میزان است و چه میزان بودجه به مسائلی خارج از میثاق (مثل هزینه‌های مربوط به خرید تسلیحات نظامی) اختصاص یافته است. مشکل بسیاری از کشورها، کمبود یا محدودیت منابع نیست، بلکه مشکلات راجع به منابع دولت‌ها، در بیش‌تر موارد از تخصیص نادرست منابع و امکانات موجود ریشه می‌گیرد. برای نمونه، هزینه‌های گزافی که صرف خرید تسلیحات گران قیمت می‌شود، اگر در زمینه مسائلی از قبیل تعمیم بهداشت همگانی و خدمات بهداشتی اولیه یا پیش‌گیرانه، آموزش، مسکن و محیط زیست سرمایه‌گذاری شود، می‌تواند از بروز مشکلات احتمالی ناشی از کمبود منابع بر سر راه تحقق استانداردهای مورد نظر میثاق بکاهد.

در مقدمه و مواد ۲۲ و ۲۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر به تعهد دولت‌ها به همکاری برای ترویج و رعایت جهانی حقوق بشر توجه شده است. هم‌چنین اعلامیه حق بر توسعه<sup>۲</sup> که در سال ۱۹۸۶

1. Margin of Discretion.

2. Declaration on the Right to Development, Adopted by General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986.

به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید، با اشاره به اعلامیه جهانی حقوق بشر و دیگر اسناد حقوق بشری، در مقدمه خود بر ضرورت همکاری بین‌المللی برای ترویج و رعایت این حقوق تأکید کرده است. در ماده ۳ این اعلامیه، تعهد به همکاری دولت‌ها با یکدیگر برای ترویج حق بر توسعه به عنوان یک حق بشری و اعمال آن ذکر شده است.<sup>۱</sup> به نظر می‌آید کشورها در ترویج و رعایت حقوق بشر، تعهد به همکاری با یکدیگر دارند و بی‌شک، یکی از اساسی‌ترین اسناد حقوق بشری، اعلامیه جهانی حقوق بشر است که همه دولت‌ها به موجب آن، متعهد به همکاری با یکدیگرند.

طبق ماده ۱۲ میثاق، «کشورهای طرف این میثاق، حق هر کس را به تمتع از بهترین حال سلامت جسمی و روحی ممکن‌الوصول به رسمیت می‌شناسند». از میان حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق بر سلامتی، یکی از حق‌های بنیادین بشری شناخته‌شده در نظام بین‌المللی حقوق بشر است.<sup>۲</sup> هرچند مفهوم «حق بر سلامتی»، حق بر مراقبت‌های درمانی و بهداشتی را به ذهن متبادر می‌کند، اما حق بر سلامتی، مفهوم و گستره‌ای فراتر از این موضوع دارد و سطح وسیعی از عوامل مرتبط با برخورداری از زندگی سالم را شامل می‌شود. در بند ۲ ماده ۱ میثاق، کشورهای عضو برای تأمین استیفای کامل حق بر سلامتی ملزمند اقدامات معینی را انجام دهند. در جزء سوم این بند به صراحت بر «پیش‌گیری و معالجه بیماری‌های فراگیر، بومی، حرفه‌ای و دیگر بیماری‌ها و هم‌چنین مبارزه علیه این بیماری‌ها» تأکید شده است. نظر عمومی شماره ۱۴ کمیته اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در مورد محتوای هنجاری و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در خصوص حق بر سلامتی، این حق را به صورت جامع تعریف می‌کند و در واقع، آن را نه فقط به مراقبت‌های بهداشتی، بلکه به عوامل اصلی مؤثر در سلامت هم‌چون امنیت غذایی، آب آشامیدنی، مسکن و اطلاعات مربوط به سلامتی تعمیم می‌دهد و آشکار است که این رویکرد جامع کمیته، ارسال دارو و تجهیزات پزشکی را نیز شامل می‌شود.<sup>۳</sup> از سوی دیگر، تأمین این موارد در راستای تأمین حق بر سلامتی باید بدون ایجاد محدودیت تبعیض‌آمیز در

۱. بند ۳ ماده ۳ اعلامیه حق بر توسعه: «کشورها وظیفه دارند برای تضمین تحقق توسعه و حذف موانع آن با یکدیگر همکاری کنند».

۲. ال کجیاف، ۱۳۹۲: ۱۴۱.

3. U.N. Economic and Social Council, **General Comment 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health**, U.N. Doc. E/C.12/2000/4.

دسترسی فیزیکی و اقتصادی به اقلام بهداشتی و دارویی در نظر گرفته شود. به طور کلی، حق بر سلامتی هم‌چون دیگر حق‌های بشری، سه نوع تعهد را بر دولت‌ها تحمیل می‌کند: احترام به حق سلامتی؛ حمایت از حق بر سلامتی؛ رعایت ملزومات حق بر سلامتی.

با توجه به تکلیف دولت‌ها در همکاری به منظور اعمال حق بر سلامتی به نظر می‌رسد دولت‌های عضو میثاق در جهت تأمین ملزومات حق بر سلامتی، تعهد بر همکاری خواهند داشت.

### **بند اول. تعهد دولت‌ها به همکاری در چارچوب سازمان جهانی بهداشت**

اساس‌نامه سازمان جهانی بهداشت اشعار می‌دارد که سلامت همه مردم، عنصر اساسی در به وجود آمدن صلح و امنیت بین‌المللی است و این نکته نیز به طور کامل به همکاری دولت‌ها بستگی دارد. مطابق بند ۷ ماده ۲ اساس‌نامه این سازمان، یکی از وظایف سازمان برای تحقق این هدف، ریشه‌کنی بیماری‌های فراگیر است که مطابق بند ۱۱ اساس‌نامه، ارائه مقررات و ضوابط بهداشتی به کشورها، از اقدامات سازمان برای تحقق این هدف محسوب می‌شود.

یکی از اهداف وضع مقررات بهداشتی بین‌المللی،<sup>۱</sup> جلوگیری از انتشار بیماری‌های واگیر با اهمیت بین‌المللی است. مطابق ماده ۴۴ مقررات بهداشتی سازمان، کشورهای عضو متعهدند در حد امکان با یکدیگر همکاری کنند که از جمله موارد این همکاری می‌توان به تدارک یا تسهیل همکاری‌های فنی و پشتیبانی به ویژه در زمینه ایجاد، تقویت و حفظ ظرفیت‌های بهداشتی تصریح شده در مقررات و تأمین یا تسهیل اجرای آن‌ها اشاره کرد. طبق این مقررات، کشورهای عضو باید به منظور تأمین منابع مالی مورد نیاز برای تحقق هدف این مقررات (سلامتی برای مردم) اهتمام ورزند.

### **بند دوم. تعهد دولت‌ها به تلاش بایسته برای کمک به افراد گرفتار در بلایای طبیعی چون**

#### **کووید ۱۹**

در این مورد، بیش از هر چیز شایسته است به قواعد مشتمل در پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل برای حمایت از اشخاص درگیر در بلایای طبیعی اشاره شود که در سال ۲۰۱۶ به تصویب این

1. International Health Regulations (IHR)

کمیسیون رسیده است.<sup>۱</sup> این مجموعه قواعد را باید انعکاسی از حقوق بین‌الملل عرفی یا حداقل، بیانگر توسعه تدریجی قواعد حقوق بین‌الملل در این عرصه دانست. برخی از حقوق دانان، قواعد این عرصه را ناشی از الزامات جامعه جهانی امروز می‌دانند که تنها به یک گروه کوچک از انسان‌ها مربوط نمی‌شود، بلکه می‌تواند تمامی جامعه بین‌المللی را متأثر سازد.<sup>۲</sup> مواد مندرج در این پیش‌نویس، قلمرو اجرایی موسعی دارند. در حالی که در نگاه اول، بلایای طبیعی، بیش‌تر با مفهوم حوادث طبیعی چون سونامی یا انفجارهای آتش‌فشانی گره خورده است، مطابق با معیارهایی که در بند الف از ماده ۳ این پیش‌نویس آمده است، شیوع امراضی چون کووید ۱۹ را نیز باید در زمره بلایای طبیعی دانست؛ چون به طور جدی، عملکرد جامعه را از رهگذر مرگ و میر گسترده و رنج بسیاری که به افراد انسانی وارد می‌کند، مختل می‌سازد و صرف نظر از منشأ طبیعی یا انسانی آن، آسیب کلانی بر جوامع انسانی تحمیل می‌کند. فدراسیون بین‌المللی صلیب سرخ نیز در فهرست خود، بیماری‌های همه‌گیر را از خطرهای بیولوژیک برشمرده است که می‌تواند در چارچوب بلایای طبیعی دسته‌بندی گردد.<sup>۳</sup>

دولت‌ها در مقابله با بلایای طبیعی و با عنایت به اصل تلاش بایسته باید اقداماتی انجام دهند. از جمله مطابق ماده ۹ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل برای حمایت از افراد در مقابل بلایای طبیعی، دولت‌ها مکلفند تا «با اتخاذ اقدامات مناسب از جمله وضع قوانین و مقررات به پیش‌گیری، تخفیف و آماده‌سازی در برابر بلایای طبیعی اقدام کنند». این اقدامات می‌تواند مشتمل بر ارزیابی خطر، جمع‌آوری اطلاعات و ایجاد سیستم هشدار سریع باشد.

در خصوص تخفیف آثار بلایای طبیعی، «ماده ۹ خاطرنشان می‌نماید که اجرای این مقرره، محدود به مرحله پیش از بحران نیست، بلکه در تمام مراحل وجود این وضعیت باید ادامه یابد. به علاوه،

1. Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters, ILC, (2016), available at: [www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles](http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles).

2. Park, Ki-Gab, *Law on Natural Disasters: From Cooperation to Solidarity?*, in: Eyal Benvenisti (ed.) et al., *Community Interests Across International Law*, Oxford University Press, 2018, p. 147.

3. "Biological Hazards: Epidemics", IFRC, (2018), available at: [www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard](http://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/definition-of-hazard).

کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر خود از این مواد خاطر نشان می‌کند هر دولتی که از این بلایای طبیعی متأثر شده باشد، متعهد به حمایت از افراد و ارائه کمک به آنان در سرزمین خود یا سرزمین‌های تحت صلاحیت خود» می‌باشد.<sup>۱</sup> در عین حال، دولت‌ها مکلف هستند تا تمامی اقدامات لازم را برای تضمین حمایت از اموال و تجهیزات واقع در حوزه صلاحیتشان انجام دهند. دولت‌ها باید در حوزه حقوق داخلی خود برای اقدامات فوری و مؤثر - مطابق با اصل تلاش بایسته - با هدف کمک به افراد درگیر در این بلایا گام بردارند.<sup>۲</sup> در این زمینه، با توجه به آثار بحران کووید ۱۹ می‌توان این بیماری را نیز یک بلای طبیعی - صرف نظر از منشأ دقیق آن - شمرد و ملاحظات کمیسیون حقوق بین‌الملل را در مورد آن جاری و ساری دانست.

جوهره تعهد دولت‌ها به تلاش بایسته در برابر خطرات را باید قاعده «منع اضرار به غیر» دانست که در کنار اصل هم‌بستگی و همکاری میان اعضای جامعه بین‌المللی، اساس این تعهد را تشکیل می‌دهد.<sup>۳</sup> چارچوب این اصل از سال ۲۰۰۱ توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل در قالب «پیش‌نویس مواد راجع به پیش‌گیری از آسیب‌های فرامرزی در نتیجه فعالیت‌های خطرناک» به صورت ملموس تدوین شده است.<sup>۴</sup> در رویه قضایی بین‌المللی نیز پیش‌تر به اصل منع اضرار به غیر در قالب تکلیف دولت‌ها به تلاش بایسته توجه صورت گرفته بود. برای مثال، در پرونده معروف «آلاباما»، ضرورت منع اضرار به غیر از سرزمین یک دولت به عنوان یکی از عناصر اصلی این اصل شناسایی شده

۱. بند اول ماده ۱۰ پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد حمایت از افراد درگیر در بلایای طبیعی.

۲. همان، ماده ۱۵.

۳. "Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts", (Teil 1), Deutscher Bundestag, 5 Mai (2020), Seite. 15.

۴. ILC-Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, (2001), available at: [www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries](http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries).

است.<sup>۱</sup> در رأی داوری «تریل اسملتر»<sup>۲</sup> نیز دیوان داوری از اصل منع اضرار به غیر به عنوان راهنمایی برای پیش‌گیری از وقایع مشابه در آینده استفاده کرد که تأکیدی بر ضرورت تلاش دولت در وقایع مشابه محسوب می‌شود. در حقیقت، اگر چه به دولت کانادا اجازه داده شد تا هم‌چنان این کارخانه ذوب فلز را فعال نگه دارد، ولی موظف شد با اجرای مقررات نظارتی بر فعالیت این کارخانه نظارت کند تا از ادامه تکرار آسیب‌های واردشده در آینده اجتناب گردد. به عبارت بهتر، دولت کانادا براساس این اصل مکلف بود تا از تمامی ابزارهای نظارتی خود به عنوان تکلیف برای جلوگیری از وارد آمدن آسیب به ایالات متحده استفاده کند و هوشیاری کامل از خود نشان دهد.<sup>۳</sup>

این تعهدات، دولت‌ها را ملزم می‌سازد با پیش‌گیری از آسیب‌های جدی که مرزهای بین‌المللی را درمی‌نوردند، آن‌ها را متوقف کنند و دست به اصلاح آن‌ها بزنند و بدین ترتیب، از اثرگذاری آن‌ها بر دیگر سرزمین‌ها و مردمان ساکن در آن‌جا مانع شوند. نکته قابل توجه آن است که دولت‌ها بر

۱. دیوان داوری در پرونده ایالات متحده، این تعریف را پذیرفت که امریکا از مفهوم «تلاش بایسته» ارائه کرد:

“A diligence proportioned to the magnitude of the subject and the dignity and strength of the power which is to exercise it; a diligence which shall, by the use of active vigilance, and of all the other means in the power of the neutral, through all stages of the transaction, prevent its soil from being violated.”

«یک تلاش متناسب با شدت موضوع و ارزش و قدرتی که آن را اعمال می‌کند، تلاشی است که باید با استفاده از بیداری عملی و تمامی دیگر ابزارهای در اختیار دولت بی طرف، در تمامی مراحل، از هتک حرمت خاک دولت جلوگیری کند». در این مورد نگاه کنید به:

-Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, in: Yearbook of the International Law Commission (International Law Commission, 2001) Vol. II, Part 2, p. 154.

2. Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, 3 UNRIAA (1941), p. 1905.

دادگاه داوری در این رأی به صراحت اعلام کرد:

“(…) no state has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another state when the case is of serious consequence and the injury is established by clean and convincing evidence.”

«(…) هیچ دولتی حق ندارد تا از سرزمین خود به گونه‌ای استفاده کند یا اجازه استفاده از سرزمین خود را به گونه‌ای بدهد که با استفاده از دود موجب آسیب به دولت دیگر گردد، زمانی که پرونده دارای آثار جدی است و خسارت با ادله روشن و قانع‌کننده ثابت شده است».

3. Leslie-Anne Duvie-Paoli, The Prevention Principle in International Environmental Law (Cambridge University Press, 2018) pp. 20-21.

اساس اصل منع اضرار به غیر در حقوق بین‌الملل به عنوان یکی از نتایج اصل تلاش بایسته نه تنها در حدود امکانات خود باید مانع از آسیب شوند و آن را به طور کامل مهار کنند، بلکه تمام تلاش خود را برای کاستن از آثار آن به کار گیرند. این تعهد دقیقاً از لحظه‌ای آغاز می‌شود که دولت‌ها از وجود این خطر آگاه پیدا می‌کنند یا با عنایت به اوضاع و احوال، فرض بر این است که باید از آن اطلاع داشته باشند.<sup>۱</sup> با این همه باید توجه داشت که در مورد بحران کرونا، صرف عبور این بیماری از مرزها موجب مسئولیت بین‌المللی دولت نیست، بلکه اثبات قصور دولت‌ها اهمیتی ویژه دارد. در عین حال، باید به تفاوت ماهوی اظهار نظر موضوع مورد بحث در کمیسیون حقوق بین‌الملل با بحران کرونا نیز توجه داشت: در کمیسیون حقوق بین‌الملل، موضوعات مخاطره‌آمیز مورد توجه بود؛ حال آن‌که در جریان بحران کووید ۱۹ با یک بحران سلامت روبه‌رویم که با وجود داشتن ویژگی‌های مشترک با بحث اقدامات مخاطره‌آمیز از یک سنخ نیستند. با این همه، ملاحظات کمیسیون می‌تواند شاخص‌های مهمی را برای شناخت قصور دولت‌ها در انجام تکلیف آنان برای رعایت یک تلاش بایسته به ما نشان دهد.

در این سیاق، برخی از ابزارهایی که دولت‌ها برای انجام این تکلیف بر عهده دارند، عبارتند از: نظارت یا پایش مستمر، ارزیابی خطر، سیاست‌گذاری‌های قانون‌گذاری، اداری و اجرایی، اقدامات پلیسی و به ویژه همکاری‌های بین‌المللی. در خصوص همکاری بین‌المللی مطابق ماده ۴ از پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد پیش‌گیری از آسیب‌های ناشی از فعالیت‌های خطرناک، «دولت‌های ذی‌ربط باید با حُسن نیت با یکدیگر همکاری کنند و در حد لزوم، از یک یا چند سازمان بین‌المللی ذی‌صلاح برای پیش‌گیری از آسیب‌های مرز گذر یا کاستن از خطرات آن کمک بگیرند». حسن نیت دولت‌ها در این زمینه اهمیت اساسی دارد. بدون تردید، تلاش دولت برای وارونه نشان دادن حقایق یا مخفی کردن آن‌ها مخالف با این اصل صریح است که رویه

---

۱. کمیسیون حقوق بین‌الملل در توضیح این معیار در تفسیر خود بر پیش‌نویس مواد راجع به پیش‌گیری از آسیب‌های مرز گذر ناشی از فعالیت‌های خطرناک تأکید کرده است: «درجه آسیب باید قابل پیش‌بینی باشد و دولت باید بدانند یا بنا به فرض آگاه از این امر محسوب شود که آن فعالیت مشخص، خطر آسیب جدی در پی دارد. هر قدر درجه آسیب پیش‌بینی‌ناپذیر باشد، تکلیف دولت‌ها به پیش‌گیری از آن بزرگ‌تر خواهد بود». در این مورد نگاه کنید به:

Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, (2001), Vol. II, Part.155.Two,

قضایی بین‌المللی بارها بر آن تأکید کرده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده «آزمایش هسته‌ای» بیان کرده است که «یکی از اصول بنیادین حاکم بر ایجاد و ایفای تعهدات حقوقی، صرف نظر از منبع آن‌ها، اصل حسن نیت است».<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد در این راستا، تعهدی سه‌گانه برای دولت‌ها در چارچوب اطلاع‌رسانی، هشداردهی و گزارش‌دهی از وضعیت ایجادشده وجود دارد که بسته به اوضاع و احوال باید رعایت شود.<sup>۲</sup> اصل منع اضرار به غیر، دولت‌ها را ملزم می‌کند تا صرف نظر از مسئول این آسیب‌ها، اقدامات لازم را برای پیش‌گیری و مقابله با آن انجام دهند. در این حالت، تفاوتی نمی‌کند که منشأ این بحران، دولت باشد، نهاد غیر دولتی باشد یا مسئله اساساً منشأ طبیعی داشته باشد. به علاوه باید توجه داشت که اگر چه اصل منع اضرار به غیر بیش از دیگر ابعاد حقوق بین‌الملل در عرصه حقوق بین‌الملل محیط زیست مطرح شده است، این امر بدان معنی نیست که این اصل را صرفاً یک اصل مختص به حقوق بین‌الملل محیط زیست بدانیم، بلکه بر عکس، این اصل را باید یک اصل عمومی حقوق بین‌الملل دانست که در دیگر شاخه‌های حقوق بین‌الملل نیز قابلیت اجرایی دارد.<sup>۳</sup>

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که دولت‌ها مکلفند تا در صورت رویارویی با خطرانی که از منشأ سرزمینی آن‌ها، دیگر دولت‌ها یا شهروندان آن‌ها را تهدید می‌کند، برای مهار آن اقدام مناسب انجام دهند و با جامعه بین‌المللی همکاری لازم کنند. این حالت دقیقاً مشابه وضعیتی است که در نتیجه گسترش بحران کرونا از نوامبر ۲۰۱۹ در جهان حادث شد.

1. Nuclear Tests, ICJ Reports, 174, para. 46.

. یکی از محاکم داوری نیز در پرونده "La Bretagne"، اصل همکاری مبتنی بر حسن نیت را مانعی برای خطر سوء استفاده از حق دانسته است. در این مورد نگاه کنید به: La Bretagne, ILR, Vol- ۸۲ (۱۹۹۰), p. ۶۱۴.

2. Villarreal, Pedro A., COVID-19 Symposium: "States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19", *Opinio Juris*, 31 March (2020), available at: [www.opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations](http://www.opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations).

3. Tim Stephens (Rapporteur), "2nd Report on Due Diligence in International Law", *International Law Association*, July (2016), pp. 3-6.

## گفتار چهارم. تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مقابله و کنترل بیماری عالم‌گیر کووید ۱۹

چندان عجیب نخواهد بود اگر یکی از معیارهای اساسی برای ارزیابی پاسخ هوشیارانه و بایسته دولت به همه‌گیری کووید ۱۹ را حقوق بین‌الملل بشر دانست. نباید فراموش کرد که بیماری‌های همه‌گیر قبل از هر چیز بر افراد انسانی تأثیر می‌گذارند و دولت‌ها باید تکلیف اولیه خود را مقابله با آسیبی قرار دهند که بر کرده شهروندان یک جامعه سنگینی می‌کند و بر آن‌ها اثر می‌گذارد. بر این اساس، برای ارزیابی تکلیف حقوقی دولت‌ها به مقابله با بحران کرونا بر اساس اصل تلاش بایسته باید به دو عرصه به طور خاص توجه کرد: عرصه نخست، حق حیات افراد و حق آن‌ها در دسترسی به سلامت است که با وجود بیماری همه‌گیری چون کرونا به خطر افتاده است و دیگری، حمایت از افراد در بلایای طبیعی است که تعهداتی را بر دولت‌ها تحمیل می‌کند.

جمهوری اسلامی ایران از ابتدای شناسایی موارد ابتلای کرونا، به منظور حفاظت از همه شهروندان از جمله چند میلیون اتباع خارجی مقیم ایران و در راستای کنترل و مدیریت شیوع این ویروس، اقداماتی گسترده انجام داد. در تمام مدتی که کشور درگیر بحران کرونا بود، یکی از موضوعات مورد توجه دولت مردان در مقابله با شیوع این ویروس، حمایت از افراد و گروه‌های خاص یعنی کودکان، زنان، افراد آسیب‌پذیر و زندانیان بود. دولت مردان و سازمان‌های حمایتی مانند سازمان بهزیستی به عنوان متولی رسیدگی به این اقشار، خدمات‌رسانی ویژه و حمایتی به این اقشار داشتند. تمام این موارد، مبتنی بر قاعده حقوق بشری حق بر سلامت است که حق حیات و سلامتی را برای تمام اقشار جامعه حتی در شرایط بحرانی، محترم می‌شمارد. علاوه بر این، قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران نیز برای اجرای این تعهد بین‌المللی و تضمین حق بشری حق بر سلامت، بر اساس مسئولیت خود در پرتو تعالیم دینی به منظور بسط عدالت و صیانت از کرامت انسانی، از آغاز شیوع ویروس کرونا در سه محور برای حفاظت از سلامت زندانیان و نیز آرامش بخشی به خانواده‌هایشان اقدام کرد: «برخورد با محتکران اقلام بهداشتی و دارویی مرتبط با این ویروس»، «پیش‌گیری از ابتلای مراجعه‌کنندگان به محاکم به این ویروس» و «پیش‌گیری از شیوع کرونا در زندان‌ها». برخی از این اقدامات عبارت بودند از:

۱. صدور بخش‌نامه رئیس قوه قضائیه برای حفاظت از زندان‌های کشور در مقابل شیوع ویروس کرونا
۲. تعلیق تمام فعالیت‌های اجتماع‌محور در زندان‌های کشور
۳. ضد عفونی کردن روزانه و مستمر بخش‌ها و وسایل مورد استفاده زندانیان
۴. قرار دادن وسایل بهداشتی بیش‌تر در دسترسی زندانیان
۵. ارائه آموزش‌های لازم به زندانیان و زندان‌بانان برای افزایش خودمراقبتی
۶. تشکیل کمیته‌های سلامت برای کنترل و مراقبت از وضعیت سلامت زندانیان و شناسایی افراد در معرض خطر
۷. توقف اعزام‌های غیر ضروری زندانیان به مراجع قضایی
۸. کنترل ویژه مواد غذایی در بدو ورود به زندان‌ها
۹. خودداری از اعزام محکومان به زندان‌ها تا پایان فروردین (آن سال)
۱۰. تشکیل شیفت‌های شبانه‌روزی برای پذیرش وثیقه و اعطای مرخصی و جداسازی زندانیان دارای بیماری‌های زمینه‌ای.

### **بند اول. تعهد دولت‌ها به حق بر حیات و دسترسی به سلامتی**

مطابق میثاق حقوق مدنی و سیاسی، «هر انسان حق ذاتی بر حیات دارد. قانون باید از این حق حمایت کند. هیچ‌کس نباید به صورت خودسرانه از حیات محروم گردد»<sup>۱</sup>. در نگاه اول، نقض این حق با استفاده‌کننده از زور به وسیله مقامات نظامی یا نیروهای پلیس گره خورده است، باید پذیرفت که موارد نقض این حق به این موارد محدود نمی‌شود. به تعبیر بهتر، ترک فعل دولت‌ها در سیاست‌گذاری‌های راجع به حوزه سلامت نیز نقض حق بر حیات تلقی می‌گردد. محاکم منطقه‌ای حقوق بشر بر این نکته تأکید کرده‌اند.<sup>۲</sup> دولت‌ها مکلفند با توجه به اصل تلاش بایسته برای حمایت و تضمین حق بر حیات بکوشند. از این رو، برای حفاظت از حیات افراد ساکن در حوزه صلاحیتی

1. "Every Human being has the Inherent Right to life, This Right Shall be Protected by Law, No one shall be Arbitrarily Deprived of His Life".

2. ECTHR, Hristozov et al. v. Bulgaria, para. 106.

خود، اقدامات ضروری انجام دهند و از آسیب دیدن این افراد پیش‌گیری کنند.<sup>۱</sup>

در سطح جهانی نیز کمیته حقوق بشر به صورت کلی بیان کرده است که «تکلیف دولت‌ها به حمایت از زندگی افراد، آن‌ها را موظف می‌کند تا اقدامات مناسبی را برای مقابله با شرایطی که می‌تواند تهدیدی برای زندگی آن‌ها باشند (...) در پیش گیرد». این کمیته از بیماری‌های تهدیدکننده زندگی به عنوان یکی از شرایط یاد می‌کند.<sup>۲</sup> در همین سیاق، کمیته حقوق بشر در تفسیر شماره ۶ خود به صراحت از تعهد دولت‌ها برای «ریشه‌کنی بیماری‌های همه‌گیر» نام برده است.

واضح است که اقداماتی از این دست، تنها به معنای تضمین دسترسی به غذا، آب یا دارو نیست، بلکه دولت‌ها باید اقدامات بهداشتی فوری و مؤثر برای مقابله با امراض واگیر انجام دهند. این امر در نگاه حداقلی مشتمل بر وضع مجموعه‌ای از مقررات برای بیمارستان‌ها و دیگر نهادهای مرتبط با حوزه درمان است تا توانایی حفاظت از جان بیماران را داشته باشند. دیوان اروپایی حقوق بشر این امر را از تکالیف دولت‌ها برای حفظ جان افراد حاضر در حوزه صلاحیتی آن‌ها دانسته است.<sup>۳</sup>

دولت‌هایی که اطلاعات لازم را در این عرصه با دولت‌های دیگر که خود در معرض این بیماری هستند، به اشتراک نمی‌گذارند؛ تعهدات بین‌المللی خود را در این زمینه نقض می‌کنند. تأخیر در قرنطینه و فاصله‌گذاری اجتماعی در کنار سانسور اطلاعات و همکاری نکردن با دیگر دولت‌هایی که خود در معرض این بیماری قرار دارند، می‌تواند نقض تعهدات دولت‌ها در این حوزه تلقی گردد.<sup>۴</sup> به علاوه، باید دانست که صرف نداشتن امکانات برای ایفای این تعهد نمی‌تواند دولت‌ها را از این تکلیف مبری کند. مطابق با بند اول ماده ۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت‌ها باید اقدامات آگاهانه، ملموس و هدفمندی را برای تحقق حق بر دسترسی به سلامت برای شهروندانش

۱. بر این نکته در آرای دیوان‌های اروپایی و امریکایی حقوق بشر بارها تأکید شده است. در این مورد بنگرید به:

-ECTHR, L.C.B v. U.K., para. 36; Brincat et al. v. Malta, paras. 79-80; IACtHR, Ximenes-Lopes v. Brazil. Paras. 89-90.

2. "Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le droit à la vie, 30 octobre (2018), para. 26. (CCPR/C/GC/R. 36/Rev.7).

3. ECTHR, G.N. et al v. Italy, paras. 79-80.

4. Fouad, Rana Moustafa, "The Legal Duty to Cooperate amid Covid-19: A Missed Opportunity?", EJIL TALK, 22 April (2020), available at: [www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity](http://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-19-a-missed-opportunity).

انجام دهند. در این زمینه، هر دولتی مکلف است هنگام رویارویی با بیماری‌های واگیردار چون کووید ۱۹، طرح کلی را در چارچوب استراتژی ملی مقابله با آن بیماری تهیه و تصویب کند تا به نگرانی‌های عمومی در این حوزه پاسخ گوید. در مقابل، دولت‌هایی که قادرند به دولت‌های درگیر با این بحران کمک کنند، متعهد به اعطای چنین مساعدتی هستند.<sup>۱</sup>

### **بند دوم. تعهد دولت‌ها به واکسیناسیون عمومی مطلوب و سریع در برابر بیماری کووید ۱۹**

طبق پژوهش‌های معتبر متعدد،<sup>۲</sup> پیشینه فعالیت و اقدام دولت‌ها و نیز اشخاص حقوق عمومی تنظیم‌کننده مقررات سلامت عمومی بیانگر آن است که آن‌ها شناخت لازم و جامع در حوزه سلامت عمومی را ندارند و به چالش‌ها و الزامات دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت عمومی شهروندان و مداخله اندیشه حاکم بر کشورها در تبیین سیاست تقنینی در مبارزه با جرایم و انحرافات در این محدوده توجه نمی‌کنند. برخورداری از خدمات بهداشتی و درمانی با هدف ارتقا، حفظ و تأمین سلامت افراد، حق تمام افراد بشر است. الزام دولت‌ها در رعایت حق دسترسی جوامع بشری به سلامت در اساس‌نامه‌ها و منشورهای جهانی مشهود است. به هر حال، با توجه به ویژگی‌های حقوقی و نیز اصولی که در مورد حق بر سلامت عمومی مطرح می‌شود، دولت‌ها در تنظیم مقررات در این خصوص با چالش‌هایی مواجهند. حق بر سلامت و موانع و چالش‌های دولت‌ها در تبیین سیاست تقنینی به ویژه نقش ایدئولوژی حاکم بر آن قرار گرفته است. قانون‌گذاری در حوزه سلامت باید بدون ملاحظه اندیشه حاکم بر کشور اصلاح شود. امروزه صنعت دارو به عنوان یکی از صنایع کلیدی و راهبردی در جهان مطرح است. دارو به دلیل اثرگذاری بر سلامت انسان‌ها و جوامع بشری همواره از مهم‌ترین ارکان چرخه سلامت است. بر همین اساس، همواره تدارک و تأمین داروی مورد نیاز جامعه حتی در بحرانی‌ترین شرایط کشور از اولویت خاص دولت‌هاست.

بنابراین، این پرسش پیش می‌آید که آیا حق بر سلامت می‌تواند عامل مهم در پیشبرد نظام حقوقی دارویی و دسترسی به داروی ارزان و باکیفیت. به ویژه در شرایط پاندمی کووید ۱۹ که نیاز ملی مبرم به واکسیناسیون برای کاهش آمار مبتلایان و متوفیان بابت این بیماری کشنده و آسیب‌زاست.

1. Observation générale N°14, (2000), op. cit., para. 45.

۲. (عقیلیان و همکاران، ۱۳۹۷؛ کوشا و همکاران، ۱۳۹۹)

باشد؟ پژوهش‌ها بر این تأکید دارند که حق بر سلامت به عنوان عامل مؤثر در نظام حقوقی دارویی نقش دارد. دارو و تجارت آن و سلامت، رابطه متقابلی با هم دارند، به صورتی که دارو منجر به بهبود وضعیت سلامت و سلامت موجب توسعه می‌شود. حق بر سلامت، یکی از مهم‌ترین حقوقی است که در اسناد و معاهدات بین‌المللی و نیز در اسناد داخلی ایران به ویژه قانون اساسی و برنامه پنج ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و سند چشم‌انداز بیست ساله نظام به رسمیت شناخته شده و مورد تأیید قانون‌گذاران و سیاست‌مداران قرار گرفته است. حق بر سلامت، بخشی از حقوق بنیادین شهروندان در هر جامعه است. هر شهروند به عنوان عضوی از جامعه صرف نظر از ملاحظات نژادی، دینی، سیاسی و فرهنگی صرفاً به واسطه وجود رابطه شهروندی، حق برخورداری از آن را دارد.<sup>۱</sup> حق بر سلامت، یکی از عوامل مهم در پیشبرد و ارتقای کیفیت زندگی و نظام حقوقی دارویی است. از این رو، توجه دولت مردان و واضعان قوانین و مقررات نظام دارویی در بهبود سطح سلامت جامعه نقش مهمی دارد تا بتوانند برای حفاظت از سلامتی مردم و جامعه در برابر آسیب‌های دارویی، برنامه‌ریزی مناسبی انجام دهند.

در همین راستا، در حقوق بین‌الملل و حقوق سلامت بین‌المللی شده ریشه‌دار در حقوق بشر، «اگرچه به طور صریح به حق دسترسی به داروهای اساسی و حیات‌بخش به عنوان «حق بشری» در اسناد بین‌المللی حقوق بشری اشاره نشده است، اما این حق، یکی از حقوق بنیادینی به شمار می‌رود که در نظام بین‌المللی حقوق بشر برای تحقق حق بر بهره‌مندی از سلامت جسمی و روانی مطلوب ضرورت دارد. یکی از مهم‌ترین مسائل مرتبط با دسترسی به دارو، بحث حمایت بین‌المللی از ابداعات دارویی و تعارض احتمالی میان این نظام با نظام بین‌المللی حقوق بشر است.»<sup>۲</sup> در موافقت‌نامه تریپس برای حل این تعارض، انعطاف‌هایی پیش‌بینی شده است که دولت‌ها می‌توانند با توسل به آن‌ها از بروز این تعارض‌ها جلوگیری کنند. با تصویب اعلامیه دوحه و صدور تصمیم شورای تریپس در مورد اجرای مفاد بند ۶ این اعلامیه، چارچوبی جدید برای مجوزهای اجباری ایجاد شده است. آیا وجود وضعیت‌های فوق‌العاده ملی - مانند تلاش نظام داخلی سلامت برای تولید واکسن کووید ۱۹ (مانند آن‌چه در مورد واکسن‌های رازی، کوو برکت، فخرا و پاستور مطرح

۱. (رضایی زاده ۱۳۹۹: ۱۹۳).

۲. (نیاورانی و جاوید ۱۳۹۵: ۲۹).

شد). می‌تواند عذری موجه برای دولت‌ها در عدول از رعایت مقررات بین‌المللی راجع به حمایت از ابداعات دارویی و حمایت به معنای واردات و اکسن هم برای حمایت از ابداع دارویی و هم برای انجام وظیفه در قبال شهروندان به حفظ حق آنان بر سلامت در برابر این پاندمی مرگ‌بار باشد یا خیر؟ موافقت‌نامه تریپس با پیش‌بینی امکان استفاده‌های دیگر از امتیازنامه‌های ثبت ابداعات دارویی بدون رضایت صاحب آن، به صورتی غیر مستقیم، راه را برای اعضای سازمان جهانی تجارت در عدول از رعایت مقررات این موافقت‌نامه در موارد حادث شدن وضعیت بحرانی و اضطراری در حوزه بهداشت عمومی باز گذاشته است.

به طور بنیادین، صنعت داروسازی و فرآیند توزیع آن از جمله موضوعاتی است که برای هر جامعه قابل طرح است؛ زیرا در صورت نبود ملزومات تضمین سلامت از نظر دارو و دیگر اقلام کالاهای مرتبط با صنایع پزشکی، تهدیدات متنوعی می‌تواند از انسان سلب حیات کند. این در حالی است که بر اساس آموزه‌هایی که از عرف، اخلاق، شرع و جامعه‌شناسی برای انسان به ارمغان آمده، حفظ حیات در زمره اولویت‌مندترین داریایی فردی و اجتماعی وی است. به همین منظور، مقوله دارو و تجهیزات پزشکی که با حق حیات و سلامت بشریت ارتباطی تنگاتنگ دارد، می‌تواند مؤلفه بسیار مهمی در این زمینه باشد.

## نتیجه‌گیری

دولت توان بالایی برای نقض حقوق بشر دارد. از این رو، در حقوق بشر بین‌المللی، تعهدها و مسئولیت‌ها در اصل بر دوش دولت است. این تعهد از سنخ تعهد در برابر همگان است و در منافع مشترک جامعه بین‌الملل ریشه دارد و سود و زیان دولتی خاص در پای‌بندی یا نقض آن اثری ندارد. بنابراین، همه دولت‌ها باید از نقض آن نگران باشند و نارضایتی و اعتراض خود را نشان دهند. دولتی که این تعهدها را نقض کند، در برابر همه، مسئول شناخته می‌شود و می‌توان به آن دولت اعتراض کرد. بسیاری از هنجارها و قواعد حقوق بشری نیز به دلیل نقشی که در دفاع از حیات انسانی دارند، آمره هستند. تعهدهای دولت در تازه‌ترین دسته‌بندی به سه نوع تقسیم می‌شوند: احترام، حمایت و اجرا. تعهد به احترام، نوعی تعهد منفی است و الزام به خودداری و اجتناب دولت از تعرض به حقوق بشر را دربردارد. این نوع تعهد بیش‌تر در مورد حق‌های مدنی و سیاسی هم‌چون آزادی اندیشه و بیان طرح می‌شود که بدون دخالت دولت تحقق می‌یابند. تعهد به حمایت، نوعی تعهد مثبت

است و بیانگر وظیفه دولت نسبت به پیش‌گیری از نقض حقوق بشر به دست نهادهای اجتماعی و دیگر افراد است. تعهد به اجرا نیز نوعی دیگر از تعهد مثبت است که در راستای توان‌مندسازی و رفع محرومیت از افراد بر دوش دولت‌هاست.

دولت‌ها بر اساس تعهد به اجرا وظیفه دارند اقدام‌های لازم از قبیل قانون‌گذاری را انجام دهند و در چارچوب منابع و امکانات خود، مقدمات و زمینه‌های لازم را برای تحقق حقوق بشر و بهره‌مندی افراد از حقوق خویش فراهم آورند. افزون بر این، دولت‌ها در شرایط بحرانی و اوضاع دشوار اقتصادی وظیفه دارند حداقلی از حقوق اساسی را برای همگان تضمین کنند که از آن به «تعهد هسته‌ای حداقلی تعبیر می‌شود. تعهد به مساعدت و همکاری و تعهد تضمین نیز از دیگر تکالیف دولت‌ها برای کمک به تحقق حقوق بشر یا جلوگیری از نقض حقوق بشر در قلمرو دیگر دولت‌هاست. مسئولیت، لازمه هر حق است و نقض هر حقی بدون توجه به انگیزه یا تقصیر یا عدم تقصیر، برای دولت، مسئولیت ایجاد می‌کند. برای تحقق مسئولیت دولت، وجود دو عنصر لازم است: نخست، نقض تعهد و دوم، انتساب آن به دولت. هر اقدام مأموران دولتی یا ارکان آن به دولت انتساب دارد. بنابراین، ارتکاب هر نوع عمل متخلفانه نسبت به حقوق بشر از مقامات عمومی و قوای دولتی؛ یعنی قوای مجریه، مقننه، قضاییه و نیروهای مسلح، مسئولیت دولت را در پی دارد. حتی اگر مقامی عمومی، فراتر از اختیار قانونی و حوزه صلاحیت خود از انجام تعهدهای حقوق بشری سرپیچی کند، باز دولت، مسئول خواهد بود. مسئولیت، آثاری را در پی دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: توقف و جبران خسارت.

اصل حاکم بر نظام بین‌المللی حقوق بشر، مسئولیت دولت‌هاست و افراد به طور مستقیم، مسئول قلمداد نمی‌شوند. این اصل موجب شده است مجازات اعمال متخلفانه افراد نسبت به حقوق بشر در اختیار دولت‌ها قرار گیرد. دولت‌ها نیز در عمل به ندرت به معیارهای بین‌المللی در این زمینه پای‌بندند. این وضعیت، نگرانی‌هایی در پی داشته و در سال‌های اخیر، جنبشی را در سطح جامعه بین‌الملل برانگیخته است که از مسئولیت فردی در نظام بین‌الملل حقوق بشر هم‌چون نظام بین‌الملل حقوق بشر دوستانه دفاع می‌کنند. کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز در چند دهه اخیر در این راستا گام‌هایی برداشته است. بی‌گمان، شناسایی مسئولیت فردی در نظام بین‌الملل حقوق بشر را می‌توان پیشرفتی در وضعیت حقوق بشر قلمداد کرد.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. ابراهیم‌گل، علی‌رضا، مسئولیت بین‌المللی دولت (متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۲.
۲. حسینی اکبرنژاد، هاله، ماهیت تعهدات حقوق بشری در نظام بین‌المللی، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۵.
۳. زمانی، سید قاسم، حقوق سازمان‌های بین‌المللی (شخصیت، مسئولیت، مصونیت)، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۷.
۴. نواری، علی، کووید ۱۹ و تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در قبال کنترل بیماری‌های عالم‌گیر، تهران: مرکز ملی تحقیقات حقوق سلامت، ۱۳۹۸.

#### ب) مقاله

۱. زاهدی، مهدی و زهرا محمودی کردی، «حفاظت از سلامت در پرتو مقررات موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، سال دهم، شماره ۳۹، زمستان ۱۳۹۵.
۲. زمانی، سید قاسم، «شبیه‌سازی درمانی و حق بر سلامتی در قلمرو حقوق بین‌الملل بشر»، فصل‌نامه علمی حقوق عمومی، ۱۳۸۵، صص ۳۰-۳۱.
۳. شیروی، عبدالحسین و اعظم انصاری، «نقش افکار عمومی در اعمال قواعد موافقت‌نامه اعمال اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۶، تابستان ۱۳۹۳.

#### ج) پایان‌نامه

۱. زارعی، مرتضی، «بررسی ابعاد حقوقی حق بر سلامت به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بشر، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.

## ۲. Latin Source

### A) Book

۱. Jones, Norman Howard, *The Scientific Background of the International Sanitary Conferences* ۱۹۳۸-۱۸۵۱, Geneva, World Health Organization, ۱۹۷۵.

۲. Fidler, David, P., *International Law and Infectious Diseases*, Oxford, Clarendon Press, ۱۹۹۹.

### B) Article

۱. Aginam, Obijiofor, "International Law and Communicable Diseases", *Bulletin of the World Health Organization*, ۲۰۱۲, (۱۲) ۸۰, pp. ۹۵۱-۹۴۶.

۲. *Annuaire de la Commission du droit international*, ۱۹۹۸, Vol. II, partie ۱.

۳. Cárdenas, Fabián, "El derecho internacional en tiempo de coronavirus, el Espectador", (۲۰۲۰), available in: [www.elespectador.com/coronavirus](http://www.elespectador.com/coronavirus).

۴. Carvalho, Simon and Mark Zacher, "The International Health Regulations in Historical Perspective", in *Plagues and Politics: Infectious Disease and International Policy*, Edited by Andrew T. Price-Smith, New York, Palgrave Macmillan, ۲۰۰۱, pp. ۲۶۱-۲۳۵.

۵. Cassella, Sarah, "Les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale et le standard de due diligence", in: *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale; Journée d'études franco-italienne du Mans*, Société française pour le droit international, Éditions A, Pedone: Paris, ۲۰۱۸.

۶. Cassella, Sarah, "Obligation étatique de protection de la santé face au risque global de pandémie: ce que dit le droit international", (۲۰۲۰), available in: [www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus](http://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus).

۷. Coco, Antonio and de Souza Dias, Talita, "Prevent, Respond, Cooperate: States' Due Diligence Duties vis-à-vis the COVID-19 - Pandemic", (May ۲۰۲۰, ۷), *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (Forthcoming), available in: SSRN: [www.ssrn.com/abstract=۳۶۲۶۶۲۷](http://www.ssrn.com/abstract=۳۶۲۶۶۲۷) or [www.doi.org/10.2139/ssrn.۳۶۲۶۶۲۷](http://www.doi.org/10.2139/ssrn.۳۶۲۶۶۲۷).

A. Coco, Antonio and Tolita de Souza Días, “Due Diligence and COVID۱۹–: States Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak”, March ۲۰۲۰, ۲۴), EJIL TALKS, available at: [www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid۱۹-](http://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid۱۹-).

۹. Donoghue v. Stevenson, U.K., The Law Reports of House of Lords, Privacy Council, London, ۱۹۳۲.

۱۰. Fidler, David, P., “Public Health and International Law: The Impact of Infectious Diseases on the Formation of International Legal Regimes, ۲۰۰۰ – ۱۸۰۰”, in: *Plagues and Politics: Infectious Disease and International Policy*, Edited by: Andrew T. Price-Smith, New York, Palgrave Macmillan, ۲۰۰۱, pp. ۲۸۴–۲۶۲.

۱۱. Fouad, Rana Moustafa, “The Legal Duty to Cooperate amid Covid۱۹–: A Missed Opportunity?”, EJIL TALK, ۲۲ April (۲۰۲۰), available at: [www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-۱۹-a-missed-opportunity](http://www.ejiltalk.org/the-legal-duty-to-cooperate-amid-covid-۱۹-a-missed-opportunity).

۱۲. Gostin, Lawrence O., “International Infectious Disease Law: Revision of the World Health Organization’s International Health Regulations”, *Journal of the American Medical Association*, Vol. ۲۹۱, pp. ۲۶۲۷–۲۶۲۳. Holshue, Michelle L. et al., “First Case of ۲۰۱۹ Novel Coronavirus in the United States”, *The new england journal of medicine*, ۲۰۲۰, ۳۸۲, pp. ۹۳۶–۹۲۹.

۱۳. Kaempfer, William H. and Lowenberg, Anton D., *The Political Economy of Economic Sanctions*, *Handbook of Defense Economics*, Vol. ۲۰۰۷, ۲.

۱۴. Larraín, Joaquin Barcelo et. al., “Estudios en honor de Juvenal Hernández”, *Corporación cultural Rector Juvenal Hernandez*, Santiago de Chile, ۲۰۰۱.

۱۵. Littman, R. J. and M. L. Littman, “Galen and the Antonine Plague”, *The American Journal of Philology*, Vol. ۹۴, No. ۳ (Autumn, ۱۹۷۳), pp. ۲۵۵–۲۴۳.

۱۶. Mamoudy, Olga, “Le droit national confronté à la pandémie”, *Colloque virtuel Droit et Coronavirus, débats du ۳۱ mars*, (۲۰۲۰), available in: [www.youtube.com/watch](http://www.youtube.com/watch)

۱۷. Ouedraogo, Awalou, “La due diligence en droit international: de la règle de la neutralité au principe général”, *Revue générale de droit*,. Volume ۲۰۱۲, ۴۲.

۱۸. Park, Ki-Gab, Law on Natural Disasters: From Cooperation to Solidarity?, in: Eyal Benvenisti (ed.) et al., Community Interests Across International Law, Oxford University Press, ۲۰۱۸.

۱۹. Potts, Helen, “Accountability and the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, University of Essex, Human Rights Centre, ۲۰۰۷.

۲۰. Verheyen, Roda, Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and States Responsibility (Martinus Nijhoff Publishers), ۲۰۰۵.

۲۱. Villarreal, Pedro A., COVID۱۹- Symposium: “States’ Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID۱۹-”, Opinio Juris, ۳۱ March (۲۰۲۰), available at: [www.opiniojuris.org/۳۱/۰۳/۲۰۲۰/covid-۱۹-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations](http://www.opiniojuris.org/۳۱/۰۳/۲۰۲۰/covid-۱۹-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations).





DOI: 10.22034/mral.2024.2012461.1520

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۰

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۱۱/۰۸

## پیش‌گیری وضعی از فساد اداری در نظام بانکی ایران با تأکید بر اختلاس

محمد آذرنوش<sup>۱</sup>

الهام مقدم نیا<sup>۲</sup>

### چکیده

فساد اداری به ویژه اختلاس در نظام بانکی از معضلات پیش روی نظام اداری و بانکی است که آثار منفی اجتماعی، سیاسی و اقتصادی دارد. تقویت نظارت نهادهای غیر دولتی، مدیریت وجوه عمومی و تنظیم جدول‌های مالی و خصوصی‌سازی نظام بانکی کشور، ارتقای عوامل مؤثر محیطی، استفاده از فناوری اطلاعات، توسعه روزافزون رسانه‌های آزاد و تسهیل دسترسی به آن‌ها، ایجاد نهادهای نظارت و کنترل رسمی، مهم‌ترین سازوکارهای پیش‌گیری وضعی از فساد اداری و اختلاس در نظام بانکی ایران است.

فساد اداری از جمله اختلاس در نظام بانکی، نتیجه سوء استفاده مالی بین مقامات و کارکنان بانکی و اثربخش نبودن پیش‌گیری کیفری و اجتماعی در جلوگیری از جرم است که پیش‌گیری وضعی را در اولویت قرار می‌دهد. شفافیت مقررات در نظام بانکی و نظارت مستمر بر عملکرد بانک‌ها از جمله تدبیرهای پیش‌گیرانه وضعی محسوب می‌شود که باید با جدیت دنبال شود. در این مقاله، نقش پیش‌گیری وضعی و شیوه‌های مرتبط با آن در مقابله با این پدیده به صورت توصیفی و تحلیلی و با استفاده از روش کتاب‌خانه‌ای بررسی می‌گردد.

**واژگان کلیدی:** پیش‌گیری وضعی، فساد اداری، نظام بانکی ایران، اختلاس.

۱. دانشجوی دوره کارشناسی ارشد پیوسته، دانشکده حقوق و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، m.azarnoosh@isu.ac.ir

۲. گروه مدیریت گرایش تحقیق و توسعه، دانشکده مدیریت و اقتصاد، واحد علوم تحقیقات، تهران، ایران، @moghadamnia.e

## مقدمه

فساد اداری، عاملی است که سبب نقض مقررات و بسیاری از هنجارهای اجتماعی و فرهنگی، سلب اعتماد مردم از دولت و حاکمیت و از دست رفتن نظم و امنیت عمومی می‌شود. هم‌چنین در کشورهای مختلف دنیا به عنوان یکی از معضلات جدی در سر راه مبارزه با نامشروع بودن حاکمیت‌ها مطرح می‌شود و حتی می‌تواند حیات حکومت‌ها را متزلزل کند. بی‌شک، حاکمیتی که نتواند مقررات مدون خویش را اعمال و در امور اداری خود نظم ایجاد کند، نخواهد توانست با دیگر انواع بی‌نظمی‌ها مقابله کند. فساد اداری در امور مالی و پولی نمود بیش‌تری دارد؛ چون از جمله مهم‌ترین بخش‌های حاکمیت محسوب می‌شود که نهادهای دولتی ممکن است آن را اعمال کنند. اگر نهادهای مالی و اداری مثل بانک نتوانند از آسیب فساد و اختلاس در امان باشند، کارکرد دیگر نهادهای دولتی نیز مختل خواهد شد.

اختلاس، یکی از مصادیق فساد اداری و جرمی است که هزینه‌های اقتصادی، اجتماعی و روانی سنگینی بر دولت، سازمان‌ها و کل نظام اقتصادی کشورها تحمیل می‌کند. شایع‌ترین نوع تخطی کارمندان و مدیران دولتی، اختلاس است که از نوع سنخ‌شناسی به جرایم یقه‌سفیدان مربوط می‌شود. از منظر جرم‌شناختی می‌توان علل گوناگونی مانند وجود فرصت مناسب مجرمانه، فشار ناشی از موقعیت‌های خاص، خنثی‌سازی موانع و کنترل‌کننده‌های درونی فرد و ضعف در خودکنترلی به ویژه در موقعیت‌های مناسب را برای ارتکاب جرم اختلاس برشمرد.<sup>۱</sup>

اختلاس موجب از بین رفتن عدالت اجتماعی، افزایش فاصله طبقاتی، سلب اعتماد عمومی و افزایش محرومیت و فقر توده‌کنیری از مردم بر اثر تکاثر ثروت عده قلیلی می‌شود.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد توسل به راهکارهای پیش‌گیرانه می‌تواند در این حوزه تأثیر بیش‌تری داشته باشد و از ایجاد این زیان‌ها

۱. رضازاده حمیدیه، ظریفه، «بررسی جرم اختلاس مدیران از منظر نظریه‌های جرم‌شناختی»، دومین کنفرانس بین‌المللی علوم انسانی - حقوق و مطالعات اجتماعی و روان‌شناسی، ۱۴۰۱، ص ۱.

۲. حسینی مقدم، شیماسادات، «از نارسایی تعریف اختلاس تا ناکارآمدی شروط تحقق آن»، دومامه‌نامه پژوهش در هنر و علوم انسانی، ۱۳۹۸، شماره ۹، ص ۱.

بکاهد. حال آن‌که این موضوع را نمی‌توان به دلیل مجازات و اقدامات کیفری محقق کرد. اختلاس بر مسائل سیاسی و اجتماعی، اثر منفی مستقیم دارد و این حوزه‌ها را مختل می‌سازد.

## گفتار اول. مفهوم‌شناسی

### بند اول. پیش‌گیری وضعی

پیش‌گیری وضعی از اشکال گوناگون پیش‌گیری است و عبارت است از اقدامات پیش‌گیرانه معطوف به اوضاع و احوالی که جرایم ممکن است در آن وضعیت به وقوع بپیوندند. پیش‌گیری ثانویه یا وضعی بر این واقعیت مبتنی است که با وجود به کار بستن تدبیرهای مختلف پیش‌گیری اجتماعی، باز هم به دلایل مختلف، بزه‌کاری و بزه‌دیدگی اتفاق خواهد افتاد. حذف بزه‌کاری در صحنه عمل تقریباً محال است. تدبیرهای پیش‌گیری ثانویه با در نظر گرفتن وضعیت پیشابزه‌کاری درصدد تغییر وضعیت مشرف بر جرم و تبدیل معامله جرم به ضرر مجرم است.<sup>۱</sup> در این روش از پیش‌گیری، تکیه بر فرد نیست و روش‌های آموزشی و اصلاحی در نظر نیست. انسان چون حسابگر است، اگر عملی را سودمند بداند، از آن انصراف خواهد داد و این موضوع از تکالیف پیش‌گیری وضعی محسوب می‌گردد.

پیش‌گیری وضعی، حالتی از پیش‌گیری است که جنبه کاربردی دارد و با تغییر در وضعیت فرد و شرایط محیطی که شخص در آن زندگی می‌کند، سعی دارد تا حد امکان از وقوع جرم جلوگیری کند.<sup>۲</sup> راهکارهایی که در خصوص پیش‌گیری وضعی می‌توان پیش‌بینی کرد، شامل نظارت و کنترل بر اشخاص در معرض ارتکاب جرم از طریق ایجاد شرایط محیطی پیش‌گیری و مانند آن است. بنابراین، در نظام بانکداری برای جلوگیری از جرایمی مانند اختلاس باید در راه نظارت بر مستخدمان با ابزارهای گوناگون و تدوین موانع محیطی پیش‌گیرانه قدم داشت.

«پیش‌گیری وضعی شامل اقدامات غیر کیفری است که هدفشان، جلوگیری از به فعل درآوردن اندیشه مجرمانه با تغییر اوضاع و احوال خاصی است که یک سلسله جرایم مشابه در آن شرایط

۱. محمدنسل، غلام‌رضا، «پلیس و سیاست پیش‌گیری از جرم»، دبیرخانه همایش ملی پیش‌گیری از وقوع جرم و دفتر تحقیقات کاربردی پلیس ناجا، ۱۳۸۷، ص ۵۴.

۲. میرخلیلی، سید محمود، «پیش‌گیری وضعی از جرم در نگاه آموزه‌های اسلام»، فصل‌نامه فقه و حقوق، ۱۳۸۷، شماره ۱، ص ۶۰.

به وقوع پیوسته یا ممکن است در آن اوضاع و احوال ارتکاب یابد»<sup>۱</sup>. در حقیقت، در این شیوه از پیش‌گیری می‌توان قربانی جرم یا آماج مجرمانه را نیز تقویت کرد، چنان‌که موجب شود مرتکب جرم با محاسبه‌ای که انجام می‌دهد، هزینه‌های ارتکاب را بیش از فواید آن بداند و منصرف گردد.

## بند دوم. فساد اداری یا اختلاس

فساد در لغت به معنای تباهی است.<sup>۲</sup> فساد را در سه طبقه فساد اقتصادی، سیاسی و اداری می‌توان تقسیم‌بندی کرد. «فساد اداری به معنای استفاده غیر قانونی از قدرت دولت برای نفع شخصی است»<sup>۳</sup>. از نظر اسلام، میان فساد حکومت و حاکمان و فساد مردم، رابطه تنگاتنگی وجود دارد. اگر حاکمان، فاسد باشند، بنا بر اصل «الناس علی دین ملوکهم»، مردم نیز به فساد گرایش پیدا می‌کنند و اگر مردم فاسد باشند، حاکمان را نیز به سمت و سوی فساد خواهند کشاند.<sup>۴</sup>

فساد اداری، نقض مقرراتی است که برای تنظیم و تنسيق امور جاری حکومت ایجاد شده است. این نقض با انگیزه شخصی و برای بهره‌برداری از آن به عنوان یکی از امتیازات به نفع شخص خصوصی صورت می‌گیرد. در تعریف فساد اداری لازم است به ارکان دیگری نیز توجه گردد. فساد اداری تنها با یک تخلف نمی‌تواند محقق شود. فساد در این حوزه را نمی‌توان عملی موردی و منفرد دانست. قدمت این جرم به طول عمر جوامع بشری باز می‌گردد که نشان‌دهنده اهمیت بالای توجه به این جرم است. در این میان، اختلاس، برداشت غیر قانونی اموال دولتی یا غیر دولتی است که توسط کارمندان و کارکنان دولت یا وابسته به دولت انجام می‌گیرد. اختلاس، گونه‌ای از کلاه‌برداری محسوب می‌شود<sup>۵</sup> که بیش‌تر به صورت برنامه‌ریزی شده، منظم، پنهان و بدون رضایت و آگاهی دیگران صورت می‌گیرد.<sup>۶</sup> با این حال، قانون‌گذار برای این عمل مجرمانه، عنوان مستقلی در نظر

۱. گسن، ریموند، «روابط میان پیش‌گیری وضعی و کنترل جرم»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۷، شماره‌های ۱۹ و ۲۰، ص ۲۵.

۲. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن (جلد ۵)، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲، ص ۱۷۴.

۳. سلیمی، صادق، جنایت سازمان‌یافته فراملی، چاپ اول، تهران: صدرا، ۱۳۸۲، ص ۸۴.

۴. صالحی، مصطفی، «عوامل بروز فساد اداری از دیدگاه اسلام»، قانون‌یار، ۱۳۹۹، شماره ۴، صص ۱۱۴-۱۱۵.

۵. مرتضوی، سید ابراهیم و محمدامین طاهری‌نسب، «بررسی مفهوم اختلاس از منظر حقوقی و اثرات آن بر اقتصاد و مسائل اجتماعی جامعه»، سومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم قضایی، ۱۳۹۹، ص ۱.

۶. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حقوق جزای اختصاصی: جرایم علیه اموال، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۸۹، ص ۳۶.

گرفته و معتقد است که مختلس علاوه بر انجام عملیات متقلبانه، خیانت در امانت نیز داشته و از موقعیت خود سوء استفاده کرده است. بنابراین، حالت خطرناک این عنوان مجرمانه می‌تواند گویای اهمیت موضوع و لزوم پیش‌گیری با شیوه‌های مختلف باشد.

برخورد با جرم اختلاس در نظام کیفری ایران از سال ۱۳۰۴ با تصویب قانون مجازات عمومی و اختصاص مواد ۱۵۲ و ۱۵۳ این قانون<sup>۱</sup> آغاز شده است، اما از سال ۱۳۶۷ با تصویب قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری، مجازات جرم اختلاس تشدید یافت. بسیاری از اموال و سرمایه‌های موجود در کشور در اختیار دولت قرار دارد که خطرهای زیادی، آن‌ها را تهدید می‌کند. این اموال که بر حسب وظیفه قانونی در اختیار کارمند قرار می‌گیرد، شاید به نوعی مورد استفاده شخصی او یا دیگری قرار گیرد. برای تضمین هر چه بهتر منافع دولت و ملت و برای حمایت از آن‌ها، قانون‌گذار برای این دسته از اموال و سرمایه‌ها، مقرراتی تعیین کرده و برداشت غیر قانونی و برنامه‌ریزی شده آن‌ها را به عنوان اختلاس، واجد جنبه کیفری قرار داده است.<sup>۲</sup>

«اختلاس اموال عمومی، همزاد با تشکیل حکومت مطرح بوده و قدمتی به اندازه خود دولت‌ها دارد. اختلاس از جمله تعدیبات کارمندان و کارکنان دولت و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و یا وابسته به دولت و یا سایر مأموران به خدمات عمومی است که به اموال متعلق به دولت یا اشخاص دیگر صورت می‌گیرد و همواره به عنوان تهدیدی جدی علیه دولت و ملت قلمداد می‌گردد».<sup>۳</sup> در

---

۱. اختلاس اموال دولتی و خیانت مأمورین: ماده ۱۵۲. هر یک از تحصیل‌داران و معاونین آن‌ها و امانت‌داران و محاسبین امنای صندوق دولتی که نقدینه متعلق به دولت یا اشخاص یا اسناد و مطالبات که به منزله نقدینه است یا اوراق یا حواله‌جات یا اسناد یا اشیای منقوله را که بر حسب وظیفه سپرده به آن‌هاست، اختلاس یا هر تصرف غیر قانونی نماید، به علاوه رد مال و تأدیه غرامتی معادل ضعف مال، محکوم به انفصال از خدمت دولت از یک تا ده سال خواهند گردید. ماده ۱۵۳. هر یک از مستخدمین و مأمورین دولتی و اشخاصی که عهده‌دار خرید یا فروش یا ساختن چیزی یا امر به ساختن آن برای دولت بوده است و به واسطه تدلیس در خرید یا فروش یا در تعیین مقدار یا صفت آن چیز، نفعی برای خود یا دیگری تحصیل کرده باشد که موجب ضرر دولت باشد، علاوه بر استرداد آن چه تحصیل کرده، به تأدیه غرامتی معادل ضعف آن محکوم خواهد شد و اگر مستخدم دولتی باشد، به علاوه مجازات فوق، از یک تا هفت سال از خدمت دولت منفصل خواهد گشت.

۲. صمدی اهری، محمد هاشم، نظریات قضایی دادستان کل کشور در اجرای مواد ۱۸ و ۳۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۴۵.

۳. نصیری‌نیا، سجاد، «بررسی تطبیقی اختلاس و تصرف غیر قانونی در حقوق کیفری»، همایش منطقه‌ای پژوهش‌های کاربردی در علوم انسانی و علوم اسلامی، ۱۳۹۸، ص ۱.

حقوق ایران، خیانت مأمورین و مستخدمین دولتی نسبت به اموالی که به مناسبت وظیفه به آن‌ها سپرده شده، با عنوان «اختلاس» بررسی می‌شود و مرتکب آن، مستحق مجازات تعزیری است. حتی تصاحب اموال شرکت‌های سهامی غیر دولتی، احزاب، سندیکاها، بانک‌های خصوصی و شرکت‌های تعاونی توسط کارمندان آن‌ها به نفع خود یا دیگری با وجود برخی شرایط می‌تواند مشمول جرم اختلاس قرار گیرد.<sup>۱</sup>

در بسیاری مواقع، در اختلاس از سیستم بانکی موازی (حواله) استفاده می‌شود. استفاده از حواله، یکی از روش‌های انتقال پول در کشور یا بین کشورهای مختلف است که سابقه‌ای بسیار طولانی دارد و هنوز هم در کنار بانک‌های مدرن به فعالیت خود ادامه داده است.<sup>۲</sup> اختلاس در بانک‌ها، یکی از مصادیق بارز فساد مالی است که با توجه به گستردگی روزافزون آن، به معضلی در سیستم بانکی و نظام اداری تبدیل شده است.

## گفتار دوم. سازوکارهای پیش‌گیری از فساد اداری و اختلاس در نظام بانکی

قانون ارتقای سلامت اداری از نخستین قوانین با رویکرد پیش‌گیری از فساد اداری است که در قالب سه فصل، مشتمل بر ۳۵ ماده و ۲۸ تبصره برای اجرای آزمایشی به مدت سه سال در مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در ۱۳۹۰/۸/۷ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. فصل نخست این قانون به تعاریف و ذکر اشخاص مشمول قانون، فصل دوم به تعیین تکلیف برای دستگاه‌ها در پیش‌گیری از وقوع مفاسد اداری و فصل سوم به تعیین تکلیف‌های عمومی در همین راستا اختصاص یافته است. هدف قانون‌گذار از وضع این قانون عبارت است از در پیش گرفتن روش‌های پیش‌گیرانه برای جلوگیری از وقوع فساد اداری و ارتکاب جرایم مالی توسط کارکنان دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات خصوصی عهده‌دار مأموریت عمومی و افزایش سلامت مالی و اداری در دستگاه‌های اجرایی و مؤسسات خصوصی عهده‌دار مأموریت عمومی.

با توجه به قلمرو شمول قانون ارتقای سلامت اداری مبتنی بر بندهای ماده ۲ این قانون و مواد

۱. جعفری، محسن و فاطمه اسدی، «مطالعه تطبیقی آثار جرم اختلاس در حقوق ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی»، دوفصل‌نامه تمدن حقوقی، ۱۴۰۰، شماره ۸، ص ۱.

۲. منصورآبادی، عباس، «اختلاس؛ شایع‌ترین جرم مالی»، ماه‌نامه حقوق و اجتماع، ۱۳۸۷، شماره ۱۲، ص ۵۴.

قانون مدیریت خدمات کشوری روشن است که هنگام وجود مصالحی مانند نظم عمومی جامعه، صیانت از اموال و دارایی‌های بیت‌المال و بیم از وقوع جرم و فساد باید مفهوم دولت و مأموران دولتی از تعاریف حقوق اداری در معنای خاص کلمه فراتر رود. هم‌چنین مجازات‌های مقرر در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد به دلیل مؤخر بودن بر دیگر قوانین زیرمجموعه خود (قانون محاسبات عمومی کشور، قانون تجارت، قانون اوراق بهادار و قانون مالیات‌ها) باید اعمال شود. در قوانین قبلی، مجازات‌هایی پیش‌بینی شده که در این قانون تشدید گردیده است و باید دقت شود که به دستگاه‌ها ابلاغ شود.

مطابق مواد ۸۱ و ۸۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶، ارزیابی عملکرد دستگاه‌های اجرایی در فصل یازدهم قانون مدیریت خدمات کشوری پیش‌بینی و مقرر گردیده است این مهم با استقرار نظام مدیریت عملکرد مشتمل بر ارزیابی عملکرد سازمان، مدیریت و کارمندان امکان‌پذیر شود. قانون یادشده به اهمیت انطباق اقدامات اداره‌ها بر اساس شیوه‌های نوین مدیریتی و ضرورت تحول اداری پرداخته است. برای این منظور، دستگاه‌های اداری و دولتی می‌توانند از کمک‌ها، ظرفیت‌ها و توانایی‌های مراکز علمی در این زمینه بهره‌مند شوند. (ماده ۱۹ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶) از سوی دیگر، به منظور افزایش کارایی و بهره‌وری در سازمان‌های اداری، سازوکارهای مناسب برای مشارکت و خلاقیت کارکنان در اداره امور فراهم گردد. (ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶)

سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، تخصیص بودجه دستگاه‌ها را به عهده دارد و به همین دلیل می‌تواند در کنار تأمین اعتبار اداره یا قبل از تخصیص بودجه، دستگاه را به رعایت اصول و استانداردهای مورد نظر خود مکلف سازد و در واقع، الگوی ارزیابی و تخصیص بودجه به دستگاه‌های دولتی را اصلاح کند. (ماده ۲۹ قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶) «شورای عالی اداری» و «شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی»، دو نهاد بسیار مهم در فرآیند تحول نظام اداری هستند که در قانون مدیریت خدمات کشوری پیش‌بینی شده‌اند و الگوی حکمرانی خوب محسوب می‌شوند.

از مطالعه قوانین در این حوزه استنباط می‌شود که حقوق ایران به فساد بانکی در قانون خاصی

اشاره نکرده و هر آن چه در این زمینه وجود دارد، به معنای مطلق فساد است. از این رو، عنوان فساد اداری در نظام بانکی مطرح شده است. فساد اداری در نظام بانکی به اشکال مختلف انجام می‌شود. «به طور کلی، سیستم بانکی به دلیل ماهیت فعالیت‌ها و به طور ساده، سر و کار داشتن مستقیم با وجوه نقد، بستر بسیار مناسبی برای اختلاس و مخفی نمودن سرمنشأ اصلی پول‌های به اصطلاح کثیف محسوب می‌شود. اهمیت این مسئله زمانی روشن می‌شود که سیستم بانکی تحت نظارت سازمان نظارتی مشخص و متخصصی نباشد که در این صورت، ردیابی و شناسایی منابع وجوه شست‌وشو شده چندان کار آسانی نخواهد بود. از این رو، نقش سازمان‌های نظارتی بانکی و بانک‌های مرکزی در این زمینه بسیار حایز اهمیت است»<sup>۱</sup>.

پیش‌گیری وضعی از دو جهت می‌تواند ثمربخش باشد؛ چون فکر مجرمانه را محدود می‌کند و از سوی دیگر، موقعیت‌های ارتکاب جرم را کاهش می‌دهد و به همین دلیل، در ارتکاب فساد و عمل مجرمانه اثرگذار است.<sup>۲</sup> پیش‌گیری وضعی دارای دو ابزار است. اول این‌که موقعیت ارتکاب جرم را کاهش و هزینه ارتکاب را افزایش می‌دهد و از سوی دیگر، مرتکب بالقوه را مجاب می‌کند از انجام دادن جرم به دلیل هزینه‌های آن منصرف گردد. اقدامات در نظام اداری و به صورت جزئی‌تر در نظام بانکداری، بهره‌گیری از پیش‌گیری اجتماعی به صرف زمان بیش‌تری نیاز دارد. این کار هر چند عمیق‌تر است و پایداری گسترده‌تری خواهد داشت، ولی برای مواقعی که امکان اعمال این قبیل تدبیرها در ضیق وقت وجود ندارد، بهترین ابزار، بهره‌گیری از پیش‌گیری وضعی است.

## بند اول. نظارت

همکاری بانک‌ها و مؤسسات مالی در زمینه پیش‌گیری از فساد مالی از جمله مهم‌ترین روش‌هاست. این نظام بر ضرورت احراز هویت و اعتبار مشتریان و حفظ سوابق و گزارش عملکرد و استفاده مشتریان از خدمات بانک تأکید خواهد کرد. یکی از حقوق دانان در این زمینه معتقد است که این همکاری به دو شکل می‌تواند مطرح باشد. اول این‌که مؤسسات مالی و بانک‌ها

۱. بابایی نامدار، علی، «تحلیل حقوقی بزه اختلاس و ارتشا، موضوع قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاه‌برداری، مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص ۵۷.

۲. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و عباس شیری، «نشست علمی بررسی لایحه پیش‌گیری از جرم»، تعالی حقوق (ماه‌نامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان)، ۱۳۸۶، شماره ۱۵، ص ۴۱.

هنگام افتتاح حساب، هویت کامل مشتریان را احراز کنند. با این راهکار، افراد با سابقه مشخص خواهند شد و کنترل فعالیت‌های آن‌ها به مراتب آسان‌تر خواهد شد. از سوی دیگر، دومین شکل همکاری به این صورت خواهد بود که مراقب رفتارها و عملیات بانکی مشکوک باشند و اگر به آن مظنون شدند، آن را به مراجع صلاحیت‌دار اعلام کنند.<sup>۱</sup> این اقدام نباید موجب از بین رفتن ضرورت و حفظ اسرار بانکی مشتریان شود.<sup>۲</sup>

بانک‌ها، مهم‌ترین نهادهای مالی در یک کشور محسوب می‌شوند. از این رو، نظارت بر عملکردشان اهمیت خاصی دارد. البته بر عملکرد دیگر نهادهای مالی مثل شرکت‌های تجاری، بیمه، صرافی‌ها، بورس اوراق بهادار، دفاتر اسناد، دفاتر خدمات جهانگردی، شرکت‌های حمل و نقل، آژانس‌ها و بنگاه‌ها نیز باید نظارت صورت گیرد.

یکی از تدبیرهای پیش‌گیرانه وضعی از جرایم فساد مالی، نظارت بر جابه‌جایی و انتقال پول و ارز به خارج از مرزهاست. اجرای تدبیرهای عملی برای ردیابی و نظارت بر جابه‌جایی وجوه نقد، ارز و اوراق بهادار در سراسر مرزهای کشور با رعایت تضمین‌هایی برای اطمینان‌یابی از استفاده صحیح از اطلاعات و جلوگیری از مانع‌تراشی در جابه‌جایی سرمایه‌های مشروع نیز از دیگر اقدامات پیش‌گیرانه است. در واقع هم افراد و هم مؤسسات، وظیفه ارائه گزارش را در این موارد بر عهده دارند. (بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون پالرمو و بند ۲ ماده ۱۴ کنوانسیون مریدا<sup>۳</sup>) ضرورت نظارت در مورد حواله پول نیز صادق است. (بند ۳ ماده ۱۴ کنوانسیون مریدا)

سازمان بازرسی کل کشور برای مقابله با فساد و نظارت بر عملکرد دستگاه‌های دولتی مطابق با اصل ۱۷۴ قانون اساسی تشکیل شده است. در واقع، نظارت از وظایف قوه قضاییه تعریف شده است تا جامعه از پی‌آمدهای فساد مصون باشد. دیوان محاسبات کشور نیز بر اساس اصل ۵۵ قانون

---

۱. عطاریان، علی اصغر، نقش و حقوق کارکنان در سازمان‌ها از دیدگاه امام علی (ع)، چاپ اول، تهران: بوستان کتاب، ۱۳۸۴، ص ۱۶۰.  
۲. ماده ۵ لایحه پول شویی مجلس که به هیئت وزیران اجازه داده است با تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی، دستگاه‌ها را ملزم به ارائه اطلاعات اعم از هویت کند.

۳. کنوانسیون جهانی مبارزه علیه فساد به عنوان اولین سند معتبر بین‌المللی و دارای ضمانت اجرا برای پیش‌گیری از فساد، گامی بلند برای رسیدن به حقوق و آزادی‌های بنیادین بشری تلقی می‌شود. این کنوانسیون از ابتکارات مهم سازمان ملل متحد بوده که از طرف دفتر پیش‌گیری از جرم و مواد مخدر سازمان ملل متحد (UNODC) تدوین شده است.

اساسی جمهوری اسلامی ایران برای نظارت بر نهادهای دولتی تشکیل شده است. خود مجلس شورای اسلامی نیز از این حق نظارتی مطابق با اصل ۷۶ قانون اساسی برخوردار است. بنابراین، اگرچه هر یک از نمایندگان می‌توانند طرح تحقیق و تفحص را مطرح کنند، اجرای آن به تصویب مجلس نیاز دارد.<sup>۱</sup> بر اساس اصول ۸۸ و ۸۹ قانون اساسی نیز نمایندگان مجلس شورای اسلامی، حق سؤال و استیضاح و نظارت بر عملکرد قوه مجریه را خواهند داشت. ماده ۹ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، راهکارهای نظارتی را پیش‌بینی و ماده ۳۲ این قانون نیز مسئولان اجرای این قانون را تعیین کرده است.

### بند دوم. استفاده از فناوری اطلاعات

مراجعه حضوری و برخوردهای رودرروی ارباب رجوع و کارمند، از جمله عوامل شکل‌گیری مراددهای اطلاعاتی است و اهمیت خاصی دارد. بخش عمده مراجعه افراد به دستگاه‌های اداری ناشی از بی‌اطلاعی ایشان از چگونگی جریان و فرآیند امور مربوط است. با به کار بستن سازوکارهای فناوری اطلاعات مانند استفاده از فضای سایبری اینترنت یا ارسال پیامک و ایجاد شفافیت در امور از میزان مراجعه مشتریان کاسته خواهد شد. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۹/۷/۸ که در راستای اصلاح امور اداری کشور تصویب شد، در ماده ۳۷، دستگاه‌های اجرایی را به انجام این امور در ظرف زمانی تعیین شده ملزم کرده است:

الف) اطلاع‌رسانی الکترونیکی در خصوص شیوه ارائه خدمات همراه با زمان‌بندی انجام آن و مدارکی که متقاضی باید ارائه نماید؛

ب) ارائه فرم‌های مورد نیاز جهت انجام خدمت از طریق ابزار و رسانه‌های الکترونیکی؛

ج) ارائه خدمات به شهروندان به صورت الکترونیکی.

ماده ۲۰ قانون مقابله با فساد و ارتقای سلامت اداری، اشخاص مشمول بندهای الف)، ب) و ج) (ب) ماده ۲ را مکلف کرده است ظرف دو سال از تصویب این قانون، امور مالیاتی را نظام‌مند کنند و در ماده ۲۱ نیز بر استفاده از نرم‌افزارهای کاربردی و استاندارد تأکید کرده است. افزون بر این، طبق

۱. ملک‌افضلی، محسن، نظارت و نهادهای نظارتی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۸۸.

ماده ۲۲ قانون، تمام ذی حساب‌ها، حسابداران و بازرسان قانونی در بخش‌های دولتی، عمومی و خصوصی، مکلف به اطمینان‌یابی از اصالت نرم‌افزارهای مورد استفاده در مجموعه خودند. بدیهی است قانون‌گذار به حفظ ایمنی و افزایش ضریب امنیت نرم‌افزارهای مورد استفاده توجه داشته است. ماده ۲۳ همین قانون، برای شرکت‌های تولیدکننده نرم‌افزار که نرم‌افزارهایشان بر خلاف استانداردهای مصوب شورای عالی انفورماتیک باشد، مجازات‌هایی نظیر لغو رتبه‌بندی شرکت نرم‌افزاری به مدت سه سال و محرومیت پنج‌ساله مسئولان مربوط از حق ثبت حقوق مادی و معنوی هر گونه نرم‌افزار در نظر گرفته است.<sup>۱</sup>

فساد مالی را یقه‌سفیدان در راستای منافع خصوصی خود انجام می‌دهند. از این رو، قبل از ارتکاب جرم، برنامه‌ریزی دقیقی انجام می‌دهند و هزینه و فایده آن را در نظر می‌گیرند تا خطر کم‌تری متوجه مقام و موقعیتشان شود.<sup>۲</sup> این موضوع، پدیده فساد مالی را به جرمی پیچیده و بسته تبدیل کرده که احتمال کشف آن را پایین آورده است. بر همین اساس، گزارش‌دهی همکاران و کارمندان واحدها و سازمان‌های محل ارتکاب جرم بیش از پیش به کشف این جرایم کمک خواهد کرد. در بند ۴ ماده ۸ کنوانسیون مریدا<sup>۳</sup> نیز به گزارش‌دهی مفاصد مالی اشاره شده است.

### بند سوم. ارتقای عوامل مؤثر محیطی

عوامل محیطی که می‌تواند در پیش‌گیری از فساد اداری و اختلاس در نظام بانکی مؤثر باشد، شاید محدود به نوع معماری ساختمان‌های اداری، تأسیسات کنترل‌کننده و ناظر بر عملکرد کارکنان و از این قبیل نباشد. به طور کلی، هر آن چه را مربوط به محیط اطراف بزه‌کاران بوده و مرتبط با ارتکاب فساد اداری و جرایمی مانند اختلاس باشد، می‌توان به عنوان عوامل محیطی در نظر گرفت. البته

۱. آق آتابای، شهرزاد، «مفهوم فساد و رویکرد پیش‌گیرانه در قانون ارتقای سلامت اداری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، ۱۳۹۴، ص ۸۷.

۲. نظری‌نژاد، محمدرضا و خشیار اسفندیاری فر، «بررسی تطبیقی کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد مالی و قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۲۰۵.

۳. «هر کشور عضو، طبق اصول اساسی قانون داخلی خود، برقراری اقدامات و نظام‌هایی را در جهت تسهیل گزارش‌دهی فساد به مراجع مربوط توسط مقامات دولتی در موقعی که به چنین اعمالی در اجرای وظایف خود برخورد می‌نمایند، مورد بررسی قرار خواهد داد».

این موضوع به این نوع محیط محدود نیست و انواع محیط‌ها را از قبیل آن چه به عنوان وضعیت اقتصادی و معیشتی برای کارمندان ایجاد می‌شود، شامل خواهد شد.

فساد اداری با قدرت و وضع اقتصادی مردم رابطه مستقیم دارد. در شرایطی که کارمند اداره‌ای به علت متناسب نبودن هزینه‌های زندگی با حقوق و مزایای دریافتی، اوضاع اقتصادی مناسبی نداشته باشد، احتمال وقوع فساد در آن سازمان به مراتب، بیش‌تر است، به خصوص زمانی که شخص در کار خود، امنیت شغلی نیز نداشته باشد.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد که این عقیده چندان هم دور از نظر قانون‌گذار نبوده، به طوری که در قانون خدمات کشوری، دستگاه‌های اجرایی مکلف شده‌اند سازوکارهای مناسبی را برای ایجاد انگیزه در کارمندان، افزایش کارآیی و مشارکتشان و شخصیت بخشی به آنان فراهم کنند. (ماده ۲۰ قانون خدمات کشوری)

امنیت شغلی فقط شامل تبدیل وضعیت کارمندان از قراردادی به رسمی نیست، بلکه عوامل اجتماعی دیگری نیز در این زمینه دخیل هستند، به طوری که مطابق ماده ۱۰۱ قانون یادشده، همه کارمندان دستگاه‌های اجرایی دولت از لحاظ برخورداری از مزایای بازنشستگی از کار افتادگی، فوت، بی‌کاری و درمان با رعایت این قانون، مشمول قانون تأمین اجتماعی شده‌اند. البته کارمندان رسمی را بعد از لازم‌الاجرا شدن این قانون می‌توان برای مشاغل حاکمیتی در دستگاه‌های دولتی استخدام کرد و از لحاظ برخورداری از مزایای تأمین اجتماعی بر حسب تقاضای شخص، مشمول قانون بازنشستگی یا تأمین اجتماعی قرار داد. بنابراین، عوامل محیطی در خصوص فساد اداری عمدتاً متمرکز بر چند عنصر اصلی است، مانند: وضعیت کارمند از نظر اقتصادی، امنیت شغلی و آینده کاری او و در نهایت، آن چه می‌تواند مستخدم اداری را به ارتکاب جرم یا انصراف از آن مجاب کند.

### **بند چهارم. توسعه روزافزون رسانه‌های آزاد و تسهیل دسترسی به آن‌ها**

اختلاس از جمله جرایمی است که در جوامع بی‌بهره از نظارت و تأمین مالی مستخدمین بیش از دیگر جوامع رخ می‌دهد. این جوامع غافلند که اختلاس تنها تلف اموال دولتی نیست، بلکه اخلاص در نظام اقتصادی و سلب اعتماد عمومی از دولت و حاکمیت از نتایج آن محسوب می‌گردد. در این شرایط، ابزارهای پیش‌گیری نیز به شکلی روزافزون در حال گسترشند. افزایش ارتباطات بین افراد

۱. عطاریان، پیشین، ص ۲۱۳.

جامعه و پراکنش خبر بین مردم، عاملی است که موجب می‌شود پیش‌گیری کارآمد در خصوص جرم اختلاس رخ دهد. البته در این حوزه با نقض حریم خصوصی، افترا و دیگر آسیب‌های رسانه‌ای نیز ممکن است روبه‌رو شویم.

استفاده از ابزارهای الکترونیکی در راستای پیش‌گیری از جرایم مالی یا جرایم در حوزه فساد اداری می‌تواند بسیار مفید باشد و بسیاری از محدودیت‌های زمانی و مکانی را از بین ببرد. در مقابل، شبکه‌های رایانه‌ای نیز بستر مناسبی برای بسیاری از فعالیت‌های مجرمانه به ویژه به صورت سازمان‌یافته فراهم کرده است. به استناد گزارش یازدهمین کنگره پیش‌گیری از جرم و عدالت کیفری سازمان ملل متحد (۲۰۰۵)، اختلاس به شکل پول شویی، مهم‌ترین نمونه چنین جرایمی است.<sup>۱</sup>

البته فعالیت رسانه‌های اجتماعی در جوامع مختلف را نمی‌توان به یک شکل بررسی کرد؛ چون میزان آزادی استفاده از ابزارهای ارتباطی در جوامع مختلف با یکدیگر متفاوت است. از سوی دیگر، این دسترسی می‌تواند در میزان بازدارندگی هم اثر متفاوت بگذارد؛ چون هر اندازه اطلاع‌رسانی قوی‌تر باشد، شفافیت و بازدارندگی نیز می‌تواند عمیق‌تر صورت بپذیرد. این دسترسی به اطلاعات از کارویژه‌های حاکمیتی به شمار می‌آید. فشار و نظارت بر کارگزاران اثر پیش‌گیرانه گسترده‌ای دارد.

ماده ۱۰ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، هدف از گزارش دهی عمومی را انجام اقداماتی برای شفافیت در بخش دولتی از جمله در زمینه تشکیلات، عملکرد و فرآیندهای تصمیم‌گیری مدیریت دولتی با هدف مبارزه با فساد اعلام کرده است. در قوانین داخلی هم می‌توان به مقرراتی دست یافت که برای مقابله با فساد اداری تدوین شده است، چنان‌که قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد در مواد ۳ و ۸ بر اطلاع‌رسانی جمعی و ایجاد شفافیت در قراردادهای دولتی تأکید دارد. اطلاع‌رسانی به صورت الکترونیک در این قانون تدوین شده است.<sup>۲</sup> قانون‌گذار در این

---

۱. تقوایی، احمدرضا، زینب خالدی، علی اشرفی و سید یحیی حسین پور، «ظرفیت فناوری اطلاعات در اختلاس و پول‌شویی و شیوه‌های جلوگیری از آن»، دومین کنفرانس حقوق، علوم سیاسی و علوم انسانی، ۱۴۰۰، ص ۱.

۲. تبصره یک ماده ۳ قراردادهایی که ماهیت نظامی یا امنیتی دارد و نیز مواردی که به موجب قوانین، افشای اطلاعات آن‌ها ممنوع بوده و قراردادهای مجرمانه را از شمول حکم اطلاع‌رسانی عمومی مستثنی کرده و تشخیص مجرمانه بودن را به عهده کارگروهی متشکل از معاونان وزیران اطلاعات و امور اقتصادی و دارایی، معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور و معاون دستگاه مربوط دانسته است. تأخیر در ورود اطلاعات، ورود اطلاعات ناقص یا خلاف را نیز با

بخش، اقدام پیش‌گیرانه را در نظر داشته و به جنبه کیفری جرم و کوتاهی در انجام وظیفه نیز اشاره کرده،<sup>۱</sup> در حالی که در مواد ۵ و ۶ کنوانسیون پیش‌گیری از فساد بر پیش‌گیری تأکید شده است.

### بند پنجم. تقویت نظارت نهادهای غیر دولتی

نظارت مردمی یا غیر دولتی نیز از مهم‌ترین ابزارهای پیش‌گیری و بازدارنده محسوب می‌گردد. به طور کلی، آن چه با عنوان «پیش‌گیری در پرتو مشارکت‌های اجتماعی و جامعه‌ی» صورت می‌پذیرد، در قالب نظارت غیر دولتی قابل بررسی است. هر اندازه نهادهای جامعه‌ی و مشارکتی در یک جامعه فعال تر بوده و توانایی بیشتری در کنترل اوضاع داشته باشند، پیش‌گیری افزایش خواهد یافت و از حالت دولتی و تقابلی خارج خواهد شد. همین موضوع سبب شده است که گاهی مانعی جدی در مسیر فساد اداری و بانکی ایجاد گردد که اثرگذاری بیشتری را شامل می‌شود. این موضوع در ماده ۱۴ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی نیز در نظر گرفته شده است که می‌تواند راهکاری عمومی در حقوق داخلی محسوب گردد.<sup>۲</sup>

مطبوعات، احزاب و نهادهای مدنی با انگیزه‌های مختلف می‌توانند در پی کسب اعتبار و دست‌یابی دوباره به قدرت باشند یا از منافع عمومی یا منافع صنفی خاصی نمایندگی کنند و داوری مناسبی انجام دهند.<sup>۳</sup> دخالت نهادهای مردمی و جامعه‌ی در موضوع پیش‌گیری از جرم، فواید مختلفی دارد، از جمله این‌که:

---

ضمانت اجرای شش ماه تا سه سال انقصال موقت از خدمت تنبیه کرده است.

۱. آق‌آتابای، پیشین، ص ۸۶.

۲. ماده ۱۴ کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مالی با عنوان اقداماتی جهت پیش‌گیری از پول‌شویی در بند الف قسمت ۱ به تشکیل نظام جامع نظارتی و کنترلی داخلی برای بانک‌ها و سازمان‌های مالی غیر بانکی اشاره و مقرر می‌دارد: تشکیل نظام جامع نظارتی و کنترلی داخلی برای بانک‌ها و سازمان‌های مالی غیر بانکی از جمله اشخاص حقیقی یا حقوقی که خدمات رسمی یا غیر رسمی جهت انتقال پول یا اشیای ارزشمند ارائه می‌دهند و در صورت اقتضا، سایر نهادها به ویژه آن‌هایی که مستعد پول‌شویی هستند، در چارچوب صلاحیت خود به منظور جلوگیری و کشف تمامی اشکال پول‌شویی. این نظارت بر شرایطی که مشتری باید داشته باشد و در صورت اقتضا، شناسایی مالک منافع، حفظ سوابق و گزارش دهی معاملات مشکوک تأکید خواهد کرد.

۳. سام دلیری، یونس، «ویژگی‌های فساد مالی در بخش دولتی»، مجله بانک و اقتصاد، ۱۳۸۲، ص ۴۶.

یک. روند رسیدگی و نظارت طولانی دستگاه‌های دولتی تا حدود بسیار زیادی کاهش خواهد یافت و در مسیر بسیار کوتاه‌تری می‌توان به پیش‌گیری دست زد.

دو. رسیدگی مردمی یا نظارت مردمی موجب کوچک‌سازی دولت و گسترش مشارکت‌های اجتماعی می‌شود و بسیاری از هزینه‌های جاری را کم می‌کند.

سه. اثربخشی نظارت همگانی و مردم‌نهاد بر پیش‌گیری بیش‌تر از شیوه‌های پیش‌گیری دولتی و حکومتی است و با جبهه‌گیری کم‌تری مواجه خواهد شد.

چهار. نهادهای جامعوی، هزینه‌ای بر بودجه عمومی تحمیل نمی‌کنند و با مانع هزینه برخورد ندارند.

### بند ششم. مدیریت و جوه عمومی و تنظیم جدول‌های مالی

شفافیت در اداره اموال و جوه دولتی از لوازم مدیریت موفق و کارآمد است. یکی از اصطلاحاتی که در این زمینه با آن آشنا می‌شویم، بودجه ملی کشور است. در حقیقت، این اصطلاح مربوط به دخل و خرج دولت است و آن‌چه برای یک سال به عنوان سرمایه و هزینه استفاده می‌شود و سبب تولید درآمد می‌گردد. این اعداد و ارقام باید کاملاً شفاف باشد، قابلیت اندازه‌گیری و تحلیل داشته باشد و بتوان صحت اجرای آن را سنجید. باید تدبیری اندیشید که این بودجه با تشریفات خاصی به تصویب رسد و مواردی که از محل یادشده مصرف می‌شود، دقیقاً گزارش شود. کنوانسیون مریدا در همین راستا از کشورهای عضو تقاضا کرده است علاوه بر بازبینی و اصلاح ساختارهای مربوط به بودجه عمومی (بندهای الف، ب، پ، ت و ث ماده ۹ کنوانسیون مریدا) برای حفظ صحت دفاتر حسابداری و اسناد مربوط به درآمدها و هزینه‌های دستگاه‌های دولتی هم تدبیراندیشی کنند و زمینه جعل و سوء استفاده‌های مالی و زمینه فساد مالی را در دستگاه‌های دولتی به حداقل برسانند. (بند ۳ ماده ۹ کنوانسیون مریدا)

استفاده از جدول‌های مالی و مالیاتی مناسب برای تنظیم حقوق کارکنان بانک‌ها از دیگر تدبیرهای پیش‌گیرانه در زمینه فساد مالی است. کنوانسیون مریدا در این زمینه با تعیین ملاک توسعه سطح اقتصادی کشورهای عضو به آن‌ها در توسعه حقوق کارمندان و تشویق آن‌ها در انجام وظایفشان کمک کرده و از خطر افتادن آن‌ها در دام فساد مالی کاسته است. (بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون مریدا).

یکی از تدبیرهایی که از همان ابتدا، جذبه زیرساختی در پیش‌گیری از فساد مالی در اداره‌های دولتی

دارد، انتقال متصدیان ناشایسته به دیگر پست‌های دولتی و متصدیان شایسته به سمت‌های بالاتر است که زمینه بروز رفتارهای پرخطر مالی را کاهش می‌دهد. (بند ب ۱ ماده ۷ کنوانسیون مریدا) بنابراین، تصویب، اجرا و تقویت روش‌های استخدام، ابقا، ارتقا و بازنشستگی کارکنان بانک‌ها نیز در این زمینه مفید به نظر می‌رسد. در مورد پست‌های انتصابی مقرر شده است کشورهای عضو از طریق تدابیر تقنینی و اجرایی، ضوابطی از جمله اعلام شرایط نامزدی مقام و منصب دولتی یا ارائه شفاف منابع مالی فعالیت‌های انتخاباتی را برای تصدی پست‌های دولتی و در موارد مقتضی، منابع مالی احزاب سیاسی اعمال کنند. (بند الف ۱ ماده ۷ بندهای ۲ و ۳ ماده ۷ کنوانسیون مریدا)

بی‌شک، جرایم همیشه با بعد اخلاقی اشخاص و به ویژه کارمندان بخش‌های دولتی و دیگر بخش‌ها ملازمه مستقیم دارد. کنوانسیون مریدا با توجه به همین ضرورت درصدد اعتلای اخلاقیات شخص و درست‌کاری کارمندان است و پیشنهاد می‌کند که کشورها علاوه بر تدوین آیین‌نامه اخلاقی مؤثر و مناسب برای رشد معنویات کارکنان، از ابتکارهای سازمان‌های منطقه‌ای نیز در این زمینه بهره‌جویند. از جمله این موارد، آیین‌نامه رفتار بین‌المللی مقامات دولتی مندرج در الحاقیه قطع‌نامه ۵۱/۵۹ (۱۲ دسامبر ۱۹۹۶) مجمع عمومی سازمان ملل متحد است. (بندهای ۳ و ۲ و ۱ ماده ۸ کنوانسیون مریدا) از سوی دیگر، به تصویب و اجرای قوانین و سازوکارهایی اشاره شده است که از بروز تضاد منافع دولت جلوگیری کند. (بند ۴ ماده ۷ کنوانسیون مریدا) تنظیم قوانین، برنامه‌ها و روش‌های مناسب که در آن، مقامات دولتی ملزم شوند فعالیت و پرداخت و دریافت‌های مالی خود را گزارش دهند، از دیگر اقدامات پیش‌گیرانه ناظر بر رفتار کارکنان بخش‌های عمومی در زمینه جرم فساد مالی است.

یکی از تدبیرهای مؤثر در پیش‌گیری از جرم فساد مالی، نظارت دقیق بر خریدهای دولتی است که کارکنان انجام می‌دهند. خریدهای دولتی چون با هزینه دولت و بیت‌المال انجام می‌پذیرد، باید از دقت و شفافیت بیش‌تری برخوردار باشد. از سوی دیگر، بودجه‌ای نیز که در اختیار دستگاه‌های دولتی قرار می‌گیرد، باید به طرز صحیحی مدیریت شود و به مصرف برسد. یکی از مواقعی که در آن، احتمال افزایش ضریب فساد مالی می‌رود، زمانی است که کارمندان بخواهند به نام و به حساب سازمان مربوط خرید کنند. اگر یک سیستم بازرسی دقیق بر خریدهای انجام‌شده نظارت نکند، امکان فساد مالی رو به گسترش خواهد بود. کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد نیز پیشنهاد داده است کشورها با طراحی ضوابط عینی و از پیش تعیین‌شده و امکان طرح شکایت

از اقدامات خلاف قانون و مشکوک در این زمینه در این راستا قدم بگذارند. از سوی دیگر، بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون به برگزاری دوره‌های آموزشی با هدف ارتقای کارایی، تخصص و آگاهی کارمندان دولت در مناقصات دولتی توجه کرده است. (بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون مریدا) در مناقصات دولتی، مبالغی هنگفت رد و بدل می‌شود و امکان دست‌کاری و تبانی به مراتب بیش‌تر است. به همین منظور، در بند ۱ ماده ۹ این کنوانسیون، کشورهای عضو کنوانسیون ملزم شده‌اند تا مقرراتی درباره شرایط گزینش و واگذاری قرارداد و پیشنهادهای ارائه‌شده در این زمینه تنظیم کنند. (بند ۱ ماده ۹ کنوانسیون مریدا)

تدبیرهای پیش‌بینی‌شده در این حوزه از امور مالی را می‌توان مهم‌ترین راهکارهای پیش‌گیری از اختلاس برشمرد؛ چون سیستم بانکی و چگونگی نظارت بر آن می‌تواند مانع از هرگونه ارتکاب فساد اداری باشد. همانا اگر شخصی، خود را فارغ از هر نوع نظارت و در محیطی رهاشده ببیند، احتمال وقوع فساد بالاتر خواهد رفت.

### **بند هفتم. خصوصی‌سازی نظام بانکی کشور**

دولتی بودن بانک‌ها و نهادهای مالی موجب کندی در کار می‌شود و نظارت واقعی را به دنبال نخواهد داشت. این موضوع زمانی کاملاً مشهود است که تعهد مستخدمین دولتی تنها تعهد به فعل است و نه نتیجه. آن‌چه از عواید کار حاصل شود، متعلق به دولت است و کارمندان قاعداً به تلاش بیش‌تر برای خود نیازی نمی‌بینند، در حالی که خصوصی‌سازی موجب می‌شود این تلاش‌ها مضاعف گردد.

خصوصی‌سازی را دولت‌ها انجام می‌دهند تا از این طریق بین حاکمیت و بازار تعادل ایجاد گردد. بنابراین، به نظر می‌رسد خصوصی‌سازی به نوعی اعطای مسئولیت به مردم تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> به طور کلی، دولتی بودن اقتصاد از جمله عواملی است که بنا بر تجربه کشورهای مختلف، با گسترش فساد مالی و اداری ارتباط مستقیم دارد. پس خصوصی‌سازی را می‌توان برنامه‌ای اصلاحی برای مقابله با فساد قلمداد کرد.<sup>۲</sup> این موضوع سبب می‌شود که از فساد اداری و مالی کاسته شود.

۱. اردشیری، منصور، «خصوصی‌سازی در آموزش عالی»، نشریه مجلس و پژوهش، ۱۳۸۶، شماره ۵۵، ص ۳۵۲.

۲. ربیعی، علی، زنده باد فساد (جامعه‌شناسی سیاسی فساد در دولت‌های جهان سوم)، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و

## بند هشتم. پیش‌گیری فناورانه

در دوره‌ای از تاریخ بشریت که عمده فعالیت‌های اقتصادی و روابط اجتماعی در بستر ارتباطات الکترونیکی رخ می‌دهد، نمی‌توان این مسئله را در بانکداری نادیده گرفت. رخدادهای مالی در این حوزه می‌تواند به شیوه‌ای صورت پذیرد که از ابزارهای یادشده برای نظارت نیز استفاده گردد. این نوع از بسترها می‌تواند امکان ارتکاب جرایم و تقلب نسبت به مقررات را کاهش دهد و در نهایت، اختلاس و سوء نیت را از بین ببرد.

قانون ارتقای سلامت اداری پس از ذکر تعاریف و اشخاص مشمول در مواد ۱ و ۲، در ماده ۳ به تکلیف دستگاه‌ها در پیش‌گیری از مفاسد اداری از گونه پیش‌گیری وضعی پرداخته است. در ماده ۷ این قانون نیز راهکارهایی در این حوزه آورده است. بنابراین، ماده ۳ با دو بند و دو تبصره و ماده ۴ با دو تبصره از «راه‌اندازی نظام جامع اطلاعات مالیاتی» سخن می‌گوید و ماده ۱۲ به «حدنگاری و کاداستر»، ماده ۲۱ به «امنیت محیط مجازی» و ماده ۳۲ به استفاده حداکثری از ظرفیت بخش خاص نظارتی به پیش‌گیری وضعی اختصاص یافته است.<sup>۱</sup>

پیش‌گیری، رویکردی است که معتقد است مرتکب به دلیل وضعیتی که ایجاد شده است، مجرم می‌شود و خودش در این موضوع نقشی ندارد. نباید تصور کرد که پیش‌گیری اجتماعی، محدود و ناکارآمد است، اما دولت‌ها از ترس متهم شدن به سهل‌انگاری در پیش‌گیری از مفاسد و جرایم مجرمانه و اداری به این حقایق و استدلال توجهی نمی‌کنند و سعی در پیش‌گیری وضعی دارند تا در کوتاه‌مدت به ناامنی پاسخ دهند.<sup>۲</sup> پیش‌گیری فناورانه را می‌توان به اشکال مختلف در قالب پیش‌گیری وضعی جای داد.

۱. ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۴۲.

۲. دانایی‌فرد، حسن، «استراتژی مبارزه با فساد: آیا فناوری اطلاعات، فساد اداری را کاهش می‌دهد؟»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، ۱۳۸۳، دوره نهم، شماره ۲، ص ۱۱۰.

۳. ابراهیمی، شهرام، تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی (مجموعه مقالات ارتقای سلامت اداری نظام مالیاتی)، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۴.

## بند نهم. پیش‌گیری از طریق شفاف‌سازی

تا مدت‌های طولانی، زندگی سیاسی و اداری تحت حاکمیت مطلق رازداری بود و شفاف‌سازی استثنا محسوب می‌شد. امروزه، با تغییر الگو، دموکراسی علیه رازداری شکل گرفته و محرمانگی به استثنا و شفافیت به اصل تبدیل شده است.<sup>۱</sup> اگر بخواهیم بر مبنای علت‌یابی مجرمانه، شیوه‌های پیش‌گیری مجرمانه را در پیش بگیریم، نمی‌توان بدون بهره‌گیری از اطلاعات شفاف و منظم، راه به جایی برد و این موضوع می‌تواند تنها با توسل به شفافیت حل و فصل شود.

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، شفافیت را شرط لازم برای هر اقدام پیش‌گیرانه دانسته و در بند یک ماده ۵<sup>۲</sup> بند الف و ت ماده هفت بند یک ماده نه بر آن تأکید کرده است. احتمال استفاده نامناسب از نبود شفافیت در فرآیند اقتصاد دولتی بسیار بیش‌تر است.<sup>۳</sup> شفافیت، ابزاری است برای کنترل و نظارت شهروندان. قانون ارتقای سلامت اداری با تأکید بر لزوم اطلاع‌رسانی عمومی مأموریت‌ها و رویه‌ها، پوشش اطلاعاتی فعالیت‌های عمده اقتصادی دولتی و عمومی، تهیه پایگاه اطلاعات قراردادها، تدوین راهکارهای شفاف‌سازی اطلاعات و فعالیت‌های دستگاه‌های اجرایی و نظارت بر فعالیت‌های اقتصادی اشخاص حقیقی و حقوقی سعی داشته است با مکلف ساختن دستگاه‌های دولتی و مؤسسات خصوصی حرفه‌ای که عهده‌دار مأموریت شفافیت‌سازی در فرآیندهای سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری هستند، این پیام جرم‌شناختی را به بزه‌کاران بالقوه القا کند که در معرض دید و دستگیری هستند.

اصلاح ساختار اداری، ابزاری مهم در عرصه مدرن‌سازی دستگاه اداری در شرایط متغیر است که از

---

۱. حطمی، ایمان، بتول پاکزاد، مجتبی فرح‌بخش و حسن خسروی، «الگوی مطلوب پیش‌گیری از جرایم اقتصادی در ایران»، مطالعات راهبردی ناجا، ۱۴۰۰، دوره ششم، شماره ۱۹، ص ۹۰.

۲. ماده ۵ کنوانسیون از کشورها خواسته است سیاست‌های پیش‌گیری و مقابله با فساد را با محوریت حاکمیت قانون، مدیریت صحیح امور عمومی و اموال دولتی، پاسخ‌گویی، مسئولیت‌پذیری، مشارکت جامعه مدنی و گروه‌های برخاسته از متن مردم و شفافیت تنظیم کنند. برخی از کشورها مانند فرانسه در سال ۱۹۹۳، شفافیت را موضوع قانون مستقلی در همین زمینه با عنوان «قانون پیش‌گیری از فساد و شفافیت مجاری اقتصادی و آیین‌های عمومی» قرار دادند.

۳. صادق‌نژاد نایینی، مجید، «مطالعه جرم‌شناختی جرایم اشخاص حقوقی خصوصی: از علت‌شناسی تا پی‌گیری»، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص ۸۶.

یک سو با هدف رفع کاستی‌ها (مانند فساد) و ناکارآمدی‌ها و از سوی دیگر، به منظور کارآمدترسازی و کارکردهای دستگاه اداری صورت می‌پذیرد.<sup>۱</sup> مطابق قانون مبارزه با پول‌شویی، همه بانک‌ها، مؤسسات مالی و اعتباری، بیمه‌ها، بیمه مرکزی، صندوق‌های قرض‌الحسنه، بنیادها و مؤسسات خیریه و شهرداری‌ها مکلفند که موارد مشکوک را گزارش کنند.

### بند دهم. پیش‌گیری کیفی از فساد اداری

کیف‌دهی به عنوان ابزاری مقابله‌ای قابل طرح است و نه ابزاری پیش‌گیرانه، ولی نباید فراموش کرد که یکی از کارکردهای مجازات‌ها، بازدارندگی آن‌هاست و این موضوع می‌تواند منجر به توسل به راه حل کیفی برای مقابله با فساد اداری و اختلاس در نظام بانکی گردد. در تاریخ بشری، تمایل بیش‌تری به اقدامات کیفی دیده می‌شود و به مرور زمان، این موضوع در اختیار قانون و مأموران حاکمیت قرار گرفته است. با این حال، پیش‌گیری می‌توانست اقدامات خاصی را پیشنهاد دهد. پیش‌گیری کیفی نیز در همین راستا می‌توانست بازدارنده باشد.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد که دخالت‌های کیفی هم‌چنان می‌تواند ابزاری برای پیش‌گیری محسوب گردد.<sup>۳</sup> افتراقی‌سازی سیاست جنایی بر اساس گونه‌شناسی جرایم در قلمرو فساد اداری و مالی به شکل پیش‌بینی قوانین کیفی ماهوی و شکلی خاص و فساد مالی معمولاً خارج از قانون مجازات صورت می‌گیرد. شاید بتوان تدوین مقررات مربوط به تخلفات اداری، پیش‌بینی نهادهای خارج از نظام کیفی برای این موضوع و دیگر انواع مختلف از تدبیرهای افتراقی را به عنوان یکی از راه‌های پیش‌گیری کیفی بر مبنای ایجاد مانع تراشی بر سر راه جرم پیش‌بینی کرد.

### بند یازدهم. افتراقی‌سازی حقوق کیفی ماهوی

جرایم اقتصادی و البته در موضوع حاضر، جرایم اداری ترکیب‌یافته با موضوعات اقتصادی، نیازمند مقررات خاصی هستند که بتواند ابتدائاً این موارد را پیش‌بینی و از سوی دیگر، عناصر مادی و معنوی این جرایم را

۱. مستانه‌گویشام، محمدعلی، «پیش‌گیری وضعی از جرایم مربوط به بورس اوراق بهادار»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، پردیس بین‌المللی ارس، ۱۳۹۴، ص ۹۹.

۲. جندلی، منون، درآمدی بر پیش‌گیری از جرم، ترجمه: شهرام ابراهیمی، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۳۴.

۳. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۹.

به درستی و در راستای اهداف قانون‌گذار و به پیروی از سیاست جنایی تدوین کنند. این موضوع منجر به افتراقی سازی حقوق ماهوی می‌گردد، به نحوی که بتواند تدابیر پیش‌گیرانه مستقیم یا غیر مستقیم ارائه دهد. ماده ۱۴ قانون ارتقای سلامت اداری با هدف پیش‌گیری از فساد، قدم را فراتر نهاده و با توسعه قلمرو ترک فعل به غیر کارکنان دستگاه‌های دولتی، ترک اعلام فساد از جانب کنشگران پیش‌گیری از جرایم شرکتی یعنی بازرسان کارشناسان، حساب‌رسان ممیزین و ناظران را جرم‌انگاری کرده و مشمول پاسخ‌های کیفری و غیر کیفری به صورت هم‌زمان ساخته است.<sup>۱</sup>

مقررات ماهوی قاعدتاً در شرایطی که زمینه ارتکاب فساد و نوع اعمال ارتكابی را متفاوت می‌سازد، می‌تواند متفاوت باشد. نمی‌توان قواعد عمومی جرایم و مجازات‌ها را به ویژه در امور ماهوی مبتنی بر یک رویه قرار داد و انتظار داشت که تمامی اعمال زیان بار پیش‌بینی گردد و مرتکبان از جرم و بزه دست بکشند.

### بند دوازدهم. افتراقی سازی حقوق کیفری شکلی

صیانت از جامعه در برابر فساد مالی تنها از طریق وضع مجازات مؤثر و متناسب تضمین نمی‌گردد، بلکه علاوه بر آن لازم است قانون‌گذار در راستای سیاست جنایی افتراقی درصدد وضع مقررات شکلی برآید.<sup>۲</sup> افتراقی سازی امور شکلی در حقوق کیفری می‌تواند سبب گوناگونی دادرسی و سردرگمی قضات و حتی ایجاد تعارض در صلاحیت‌ها شود، ولی می‌توان موضوع را در قالب تخلفات اداری جای داد و به شیوه‌های غیر کیفری و مبتنی بر حقوق اداری به آن رسیدگی کرد. البته در خصوص جرمی مانند اختلاس، به کار بستن این موضوع چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

به موجب ماده ۳۲ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، قوه قضاییه مکلف گردید تا شعب ویژه به نام «شعبه اول بازپرسی دادسرای امور اقتصادی در مجتمع قضایی امور اقتصادی» برای رسیدگی به دعوی و شکایات حاصل از تخلفات و جرایم در راستای اجرای قانون بازار اوراق بهادار تعیین کند. در خصوص اتهامات، علاوه بر مرحله تعقیب جرایم در دادسرای ویژه، به اتهامات نیز در «دادگاه بدوی و تجدیدنظر مجتمع قضایی امور اقتصادی» رسیدگی می‌گردد.

۱. میر محمدصادقی، حسین، دیوان کیفری بین‌المللی، تهران: دادگستر، ۱۳۸۳، ص ۱۴۴.

۲. لازرژ، پیشین، ص ۱۱.

نقطه اصلی برخورد جرایم اقتصادی، با ارزش‌های اساسی جامعه است. امنیت و اعتماد عمومی، دو ارزش اصلی جامعه است که قانون‌گذار از آن‌ها حمایت کیفری کرده است. اصلی‌ترین مبانی جرم‌انگاری و در پیش گرفتن سیاست جنایی افتراقی در قبال جرایم اقتصادی نیز حمایت از امنیت اقتصادی جامعه و حمایت از اعتماد عمومی نسبت به حکومت است.<sup>۱</sup> سیاست جنایی قضایی و اجرایی در این خصوص تلاش کرده است با شیوه‌های متناسب و توسل به اصول حقوق کیفری و دادرسی عادلانه به برخی از این تدبیرها و شیوه‌های افتراقی در دادرسی توجه کند. این میزان از تخصصی بودن رسیدگی برای دادرسی جرایم بورسی کافی به نظر نمی‌رسد، ولی هرگونه توجه ویژه می‌تواند فتح بابی برای رویه‌های بعدی به شمار آید. اعمال سیاست جنایی افتراقی در برابر جرایم اقتصادی موجب تقویت و ثبات پیش‌گیری و غلبه بر چالش‌های فراروی آن می‌گردد<sup>۲</sup> تا با توجه به پیچیدگی و فنی بودن جرایم مرتبط با فساد، امکان کشف، تعقیب و تسریع در اجرای کیفر مجرم را فراهم سازد.<sup>۳</sup>

از مظاهر بازنگری سیاست جنایی و افتراقی سازی قوانین کیفری شکلی می‌توان به وضع و تصویب قانون ارتقای سلامت اداری اشاره کرد که مبنای آن از یک سو، بند دهم برنامه ارتقای سلامت اداری هیئت وزیران ۱۳۸۲ و از سوی دیگر، تنظیم لایحه قانون بود که مهلت آزمایشی آن در آبان ۱۳۹۳ پایان یافت. قوانین کیفری در ایران از دیرباز به صورت آزمایشی تصویب می‌شود و در انقضای مدت، سازمان یا نهاد قضایی اجرایی، قانون مربوط را ارزیابی نمی‌کند و از این جهت، کارنامه مشخصی ندارد. پراکندگی و تعدد نهادهای متولی پیش‌گیری از فساد و ناهماهنگی بین این نهادها نیز در عمل موجب هدر رفتن امکانات و ظرفیت‌های سازمان‌ها و خنثی شدن فعالیت بخش‌های مختلف سیاست جنایی در این خصوص می‌شود. نهاد یا مرجعی نیز برای سنجش میزان فساد و پیش‌گیری از آن پیش‌بینی نشده است.

تصویب دو آیین‌نامه «مرجع ملی و نهاد هماهنگی کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، مصوب ۱۳۹۲» و آیین‌نامه «پیش‌گیری و مقابله نظام‌مند و پایدار با مفاسد اقتصادی در قوه

۱. جوانمردی، محمد و محمد بهره‌مند، «مواجهه با جرایم بورسی به مثابه قسمی از جرایم اقتصادی»، بورس اوراق بهادار، ۱۳۹۹، سال سیزدهم، شماره ۱۱، ص ۱۴۹.

۲. حطمی و همکاران، پیشین، ص ۹۷.

۳. جعفری، عباس، «تعقیب مجرمان یقه سفید و چالش‌های آن»، تعالی حقوق، ۱۳۹۰، شماره ۱۳ و ۱۴، ص ۵.

مجریه، مصوب ۱۳۹۳» را می‌توان اقدام فروتقنینی کوتاه‌مدت در راستای رفع مشکل تعبیر کرد. محور اساسی هر دو آیین‌نامه، شناسایی خلأها و الزامات و ضرورت‌های تقنینی اجرایی و قضایی پیش‌گیری از فساد و به نوعی، ارزیابی سرنوشت قانون در سطح نهادهای عدالت‌کیفری و اجرایی برای برطرف کردن نقاط ضعف آن است. در همین زمینه، آیین‌نامه پیش‌گیری در کنار کمیته پی‌گیری در بند «ب» ماده ۱، تشکیل کارگروه ارتقای سلامت نظام اداری را با هدف پیش‌گیری و مقابله با فساد در هر یک از دستگاه‌های اجرایی پیش‌بینی کرده است.

### نتیجه‌گیری

اختلاس در بانک‌ها، یکی از مصادیق بارز فساد مالی است که با توجه به گستردگی روزافزون آن به معضلی در سیستم بانکی و نظام اداری تبدیل شده است. با توجه به تعزیری بودن اختلاس، قانون‌گذار باید بتواند برای حمایت کیفری از چنین اموالی، تصاحب آن را نیز تحت عنوان جرم اختلاس قرار دهد. بنابراین، راهبرد پیش‌گیری در سطح خرد و کوتاه‌مدت، پیش‌گیری وضعی فنی فناورانه است که معمولاً از طریق تکنیک‌های دشوارکننده و خطرناک برای بزه‌کار و جاذبه‌زدا نسبت به آماج جرم می‌توان نسبت به کاهش فرصت‌ها اقدام کرد. این گزینه‌ها می‌توانند از رویکردهای بهبود در کاهش جرایم اقتصادی در حوزه بانکداری از جمله اختلاس باشند.

دولت برای جلوگیری از وقوع اختلاس باید سیستم نظارتی و بازرسی کلی را تشکیل دهد و این نظارت‌ها را در نهاد‌های مدنی و مردمی نهادینه کند. متأسفانه، نداشتن تمایل سیستم نظارتی بانک‌ها به اعلام و اطلاع‌رسانی کشفیات اختلاس و تجزیه و تحلیل نشدن تخلفات از سوی این سیستم مانع از اطلاع‌رسانی دقیق و سنجیده می‌شود. بسیاری از مشکلات در خصوص اختلاس در شفاف نبودن اطلاع‌رسانی نهفته است.

پیشنهاد می‌شود بانک‌ها با نظام‌مند کردن و شفاف‌سازی سیستم بانکی، نظارت کافی، تقویت مدیریت، مجهز شدن به ابزار دقیق نظارتی، انتخاب افراد شایسته و سالم در نظام بانکی، ایجاد بانکداری الکترونیکی، شناسایی سیستم‌های نوین بانکی و استفاده از ابزارهای اطلاع‌رسانی و آموزشی در راستای کاهش هزینه‌ها، افزایش سرعت خدمات‌رسانی به ارباب رجوع، ارتقای فرهنگ بانکداری الکترونیکی و جلوگیری از اختلاس در سیستم‌های بانکی اقدام کنند.

## فهرست منابع

### ۱. کتاب

۱. ابراهیمی، شهرام، تحلیل جرم‌شناختی جرایم مأموران نظام مالیاتی (مجموعه مقالات ارتقای سلامت اداری نظام مالیاتی)، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. جندلی، منون، درآمدی بر پیش‌گیری از جرم، ترجمه: شهرام ابراهیمی، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر، حقوق جزای اختصاصی: جرایم علیه اموال، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۸۹.
۴. ربیعی، علی، زنده باد فساد (جامعه‌شناسی سیاسی فساد در دولت‌های جهان سوم)، چاپ اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۳.
۵. سلیمی، صادق، جنایت سازمان‌یافته فراملی، چاپ اول، تهران: صدرا، ۱۳۸۲.
۶. صمدی‌اهری، محمدحاشم، نظریات قضایی دادستان کل کشور در اجرای مواد ۱۸ و ۳۱ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، چاپ سوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۰.
۷. عطاریان، علی‌اصغر، نقش و حقوق کارکنان در سازمان‌ها از دیدگاه امام علی (ع)، چاپ اول، تهران: بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
۸. قرشی، سید علی‌اکبر، قاموس قرآن (جلد ۵)، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲.
۹. لازرژ، کریستین، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۱۰. ملک‌افضلی، محسن، نظارت و نهادهای نظارتی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۱۱. میر محمدصادقی، حسین، دیوان کیفری بین‌المللی، تهران: دادگستر، ۱۳۸۳.

### ۲. مقاله

۱. اردشیری، منصور، «خصوصی‌سازی در آموزش عالی»، نشریه مجلس و پژوهش، ۱۳۸۶، شماره ۵۵.
۲. تقوایی، احمدرضا، زینب خالدی، علی اشرفی و سید یحیی حسین پور، «ظرفیت فناوری اطلاعات در اختلاس و پول‌شویی و شیوه‌های جلوگیری از آن»، دومین کنفرانس حقوق، علوم سیاسی و علوم انسانی، ۱۴۰۰.

۳. جعفری، عباس، «تعقیب مجرمان یقه‌سفید و چالش‌های آن»، تعالی حقوق، ۱۳۹۰، شماره ۱۳ و ۱۴.
۴. جعفری، محسن و فاطمه اسدی، «مطالعه تطبیقی آثار جرم اختلاس در حقوق ایران و انگلستان با نگاهی به اسناد بین‌المللی»، دوفصل‌نامه تمدن حقوقی، ۱۴۰۰، شماره ۸.
۵. جوانمردی، محمد و محمد بهره‌مند، «مواجهه با جرایم بورسی به مثابه قسمی از جرایم اقتصادی»، بورس اوراق بهادار، ۱۳۹۹، سال سیزدهم، شماره ۱۱.
۶. حسینی مقدم، شیماسادات، «از نارسایی تعریف اختلاس تا ناکارآمدی شروط تحقق آن»، دوماه‌نامه پژوهش در هنر و علوم انسانی، ۱۳۹۸، شماره ۹.
۷. حطمی، ایمان، بتول پاکزاد، مجتبی فرح‌بخش و حسن خسروی، «الگوی مطلوب پیش‌گیری از جرایم اقتصادی در ایران»، مطالعات راهبردی ناجا، ۱۴۰۰، دوره ششم، شماره ۱۹.
۸. دانایی‌فرد، حسن، «استراتژی مبارزه با فساد: آیا فناوری اطلاعات، فساد اداری را کاهش می‌دهد؟»، فصل‌نامه مدرّس علوم انسانی، ۱۳۸۳، دوره نهم، شماره ۲.
۹. رضازاده حمیدیه، ظریفه، «بررسی جرم اختلاس مدیران از منظر نظریه‌های جرم‌شناختی»، دومین کنفرانس بین‌المللی علوم انسانی - حقوق و مطالعات اجتماعی و روان‌شناسی، ۱۴۰۱.
۱۰. سام دلیری، یونس، «ویژگی‌های فساد مالی در بخش دولتی»، مجله بانک و اقتصاد، ۱۳۸۲.
۱۱. صالحی، مصطفی، «عوامل بروز فساد اداری از دیدگاه اسلام»، قانون‌یار، ۱۳۹۹، شماره ۴.
۱۲. گسن، ریموند، «روابط میان پیش‌گیری وضعی و کنترل جرم»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۷، شماره‌های ۱۹ و ۲۰.
۱۳. محمدنسل، غلام‌رضا، «پلیس و سیاست پیش‌گیری از جرم»، دبیرخانه همایش ملی پیش‌گیری از وقوع جرم و دفتر تحقیقات کاربردی پلیس ناجا، ۱۳۸۷.
۱۴. مرتضوی، سید ابراهیم و محمدامین طاهری‌نسب، «بررسی مفهوم اختلاس از منظر حقوقی و اثرات آن بر اقتصاد و مسائل اجتماعی جامعه»، سومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم قضایی، ۱۳۹۹.
۱۵. منصورآبادی، عباس، «اختلاس؛ شایع‌ترین جرم مالی»، ماه‌نامه حقوق و اجتماع، ۱۳۸۷، شماره ۱۲.
۱۶. میرخلیلی، سید محمود، «پیش‌گیری وضعی از جرم در نگاه آموزه‌های اسلام»، فصل‌نامه فقه و

حقوق، ۱۳۸۷، شماره ۱.

۱۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و عباس شیری، «نشست علمی بررسی لایحه پیش‌گیری از جرم»،  
تعالی حقوق (ماه‌نامه آموزشی دادگستری کل استان خوزستان)، ۱۳۸۶، شماره ۱۵.

۱۸. نصیری نیا، سجاد، «بررسی تطبیقی اختلاس و تصرف غیر قانونی در حقوق کیفری»، همایش منطقه‌ای  
پژوهش‌های کاربردی در علوم انسانی و علوم اسلامی، ۱۳۹۸.

۱۹. نظری نژاد، محمدرضا و خشایار اسفندیاری فر، «بررسی تطبیقی کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد  
مالی و قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۵، شماره ۱.

### ۳. پایان‌نامه

۱. آق‌آتابای، شهرروز، «مفهوم فساد و رویکرد پیش‌گیرانه در قانون ارتقای سلامت اداری»، پایان‌نامه  
کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی گرگان، ۱۳۹۴.

۲. بابایی نامدار، علی، «تحلیل حقوقی بزه اختلاس و ارتشا، موضوع قانون تشدید مجازات مرتکبین  
ارتشا، اختلاس و کلاه‌برداری، مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام»، پایان‌نامه کارشناسی  
ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.

۳. صادق‌نژاد نایینی، مجید، «مطالعه جرم‌شناختی جرایم اشخاص حقوق حقوق خصوصی: از  
علت‌شناسی تا پی‌گیری»، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.

۴. مستانه‌گوشام، محمدعلی، «پیش‌گیری وضعی از جرایم مربوط به بورس اوراق بهادار»، پایان‌نامه  
کارشناسی ارشد، پردیس بین‌المللی ارس، ۱۳۹۴.

## شاخص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد حق بر اداره خوب

سارا رسولی<sup>۱</sup>

ایرج رضایی نژاد<sup>۲</sup>

### چکیده

مفهوم «تعهد» در گفتمان حقوق بشر معاصر به صورت تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله پیش‌بینی شده است. در مهم‌ترین اسناد بین‌المللی از جمله میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت‌ها، متعهدان اصلی تحقق حقوق بشر از طریق قانون‌گذاری، فراهم کردن بستر مناسب اجرا و پیش‌بینی سازوکار مؤثر اجرایی در نظر گرفته شده‌اند. دیگر اسناد حقوق بشری هم دارای ادبیاتی تعهدمحور نسبت به دولت‌هایند. رویکرد فعالان حقوق بشر نیز بر این متمرکز شده که مسئولیت رعایت حقوق بشر یا نقض آن متوجه دولت‌هاست؛ زیرا دولت‌ها بیش‌ترین ابزار و امکانات را برای جلوگیری از نقض حقوق بشر و حمایت و تحقق آن در اختیار دارند.

جامعه بین‌المللی از همه دولت‌ها با وجود اختلاف در نظام حکومتی و رعایت استقلال آن‌ها می‌خواهد که حقوق بشر را رعایت کنند. در حوزه حقوق اداری چون مقامات و دستگاه‌های اداری از اختیارات و صلاحیت‌های زیادی برخوردارند، تعهدات حقوق بشری دولت‌ها اهمیت بیش‌تری می‌یابد. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در پی پاسخ به این پرسش هستیم که دولت‌ها در حوزه حقوق بشر اداری به رعایت چه موازینی مکلفند؟ و رویه قضایی در تضمین حق بر اداره خوب به عنوان یکی از مصادیق مهم حقوق بشر اداری چه نقشی دارد؟

**واژگان کلیدی:** حقوق بشر، تعهدات دولت، حقوق اداری، حقوق بشر اداری، حق بر اداره خوب.

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه آزاد واحد قائمشهر، مازندران، ایران، s.rassouli@yahoo.com

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس، مازندران، ایران، (نویسنده مسئول)، irajrezaeenezhad@gmail.com

## مقدمه

در جامعه بین‌الملل طبق اسناد بین‌المللی حقوق بشر، دولت‌ها، متعهد اصلی اعمال حقوق بشرند. این تعهد از طرفی به شکل تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه و از طرف دیگر به شکل تعهد سلبی و ایجابی فرض شده است. مسئله مهمی که در خصوص تحقق حقوق بشر وجود دارد، شرایط نابرابر کشورهاست. قدرت اقتصادی و نظامی، توسعه‌یافتگی، شرایط جغرافیایی، جمعیت و اقتصاد از کشوری به کشور دیگر متفاوت است و همین امر موجب تفاوت در میزان تحقق حقوق بشر شده است.

قوانین و سیاست‌های یک کشور می‌تواند در تأمین و تضمین حقوق بشر تأثیری بسزا داشته باشد. قانون‌گذاری مناسب و اجرای قوانین درست و عادلانه می‌تواند حقوق بشر را تضمین کند. یک نظام قضایی قوی و مستقل از سیاست‌ها و تبعیض‌ها می‌تواند در حفظ و اجرای حقوق بشر نقش مهمی ایفا کند. این نظام باید به آزادی و عدالت دسترسی برای همه افراد توجه کند. وجود نهادهای داخلی و بین‌المللی شامل سازمان‌های مردم‌نهاد، رسانه‌ها، سازمان ملل متحد و دیگر سازمان‌ها و نهادهای مربوط می‌تواند در ایجاد فشار بر کشورها برای احترام به حقوق بشر نقش داشته باشد. هم‌چنین آموزش و اطلاع‌رسانی درباره حقوق بشر و آموزش مهارت‌های لازم برای اداره کشور و سازمان‌های اجرایی می‌تواند به فهم بهتر و اجرای مناسب حقوق بشر در کشورها یاری برساند. مشارکت مردم نیز در خلق سیاست‌ها و تصمیمات مربوط به حقوق بشر اهمیت زیادی دارد. همه این موارد، مستلزم وجود شرایطی اولیه است تا در بستر مناسب، زمینه تحقق حقوق بشر را فراهم آورد. شاخص‌های مهمی که در این بستر باید به آن‌ها توجه کرد، عواملی چون ساختار حکومت، توانایی و رضایت یا دموکراسی است.

خاستگاه اولیه مفاهیم حقوق بشری، نظام داخلی کشورهاست و در واقع، در فرهنگ، مذهب یا حقوق موضوعه کشورها ریشه دارند، ولی به لحاظ توجه خاص جامعه بین‌المللی به این عرصه منتقل شده‌اند. نظام حقوق بین‌الملل تلاش کرده است که حداقل مشترکات تمام نظام‌های ملی را در نظر بگیرد و آن را ارتقا بخشد. داشتن رویه ناسازگار با موازین حقوق بشری موجب مسئولیت دولت‌ها می‌شود. دادگاه‌های ملی به عنوان ناظر برخاسته از نظام حقوق داخلی، نه تنها به عنوان

پاره‌ای از حاکمیت، مکلف به رعایت بشزند، بلکه برای حفظ مصلحت کشور و جلوگیری از هر اقدامی که منافع ملی و استقلال کشور را به خطر می‌اندازد، می‌توانند با بهره‌مندی از توانایی‌های قضایی خود و رعایت موازین حقوق بین‌الملل عام و خاص، سطح عدالت داخلی را ارتقا بخشند و موجب هم‌گرایی دو نظام حقوق ملی و بین‌المللی شوند.<sup>۱</sup>

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد، تعهدات مربوط به حقوق بشری را به سه دسته تعهد به احترام، تعهد به حمایت و تعهد به اجرا تقسیم کرده است. می‌توان ادعا کرد این گونه‌شناسی بیش از هر چیز، دیوار ضخیم تفاوت‌انگاری‌ها بین این دو نسل از حق‌ها به ویژه از نظر سلبی و ایجابی بودن را فروشکسته است. به اجمال می‌توان تعهد نخست را تعهد دولت به دخالت نکردن و عدم تعرض، تعهد به حمایت را تعهد دولت به جلوگیری از تعرض دیگران به حقوق فرد و تعهد به اجرا را به معنای تکلیف دولت به انجام برخی اقدام‌ها به حساب آورد. هر یک از حق‌ها، فارغ از تعلق به هر یک از نسل‌های حقوقی می‌تواند مستلزم تعهد به سطح نخست یا سطح‌های بالاتر باشد. این در حالی است که سطح نخست با ترک فعل دولت محقق می‌شود و سطوح دیگر، انجام اقدام‌های ایجابی را لازم می‌سازد.<sup>۲</sup>

حقوق اداری به صورت اخص و به دلیل سازوکارها و ملاحظات خاص خود می‌تواند گزینه مناسبی برای اجرایی کردن حقوق بشر تلقی شود. فصل مشترک حقوق اداری و حقوق بشر، تضمین اعمال قدرت به صورت عادلانه است. از دیگر نکات زیربنایی و مشترک بین این دو شاخه از علم حقوق می‌توان به ارزش‌هایی چون استقلال، کرامت، احترام، شأن و مقام و امنیت اشاره کرد. این ارزش‌ها می‌توانند در قالب اصول حقوقی از طریق محاکم و رویه‌های قضایی نمود پیدا کنند.<sup>۳</sup>

حقوق بشر در تجلی معاصر خود، مجموعه‌ای از حقوق فردی و جمعی است که از زمان اعلامیه جهانی

۱. سلیمی، صادق و جبار عیسیان، «هم‌گرایی موازین حقوق بشری ملی و بین‌المللی در پرتو آرای دادگاه‌های ملی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و سوم، شماره ۳، ۱۴۰۲، ص ۱۵۶۴.

۲. اسماعیلی، محسن و حسین امینی‌پژوه، «تحلیل ماهیت و نظام حقوقی حاکم بر تعهدات دولت در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۵، ص ۷۷.

۳. حقیقی، حسن و همکاران، «تأثیر موازین حقوق بشر بر فرآیند رسیدگی قضایی با تأکید بر نظام حقوقی انگلستان و استرالیا»، مطالعات حقوق عمومی، انتشار آن‌لاین، ۱۴۰۱، ص ۱۳.

حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ به طور رسمی از طریق قوانین بین‌المللی و داخلی حمایت و ترویج شده است. از زمان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر که تعداد فزاینده‌ای از دولت‌های ملی عضو آن هستند، معاهدات بین‌المللی متعددی درباره حقوق بشر منتشر شده است که محتوای اصلی حقوق بشر را در دسته‌های مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و حقوق هم‌بستگی عنوان می‌کنند.<sup>۱</sup>

بر پایه دگرگونی‌های تاریخی در زمینه حقوق بشر، تاکنون سه «دسته» یا سه «نسل» از حقوق به رسمیت شناخته شده است. نسل یکم حقوق بشر که «حقوق مدنی و سیاسی» را در نظر می‌گیرد، بر پایه اصل آزادی انسان و بهره‌مندی وی از حقوق اساسی استوار شده است. «حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» به عنوان نسل دوم حقوق وارد ادبیات حقوق بشر شد و سپس در روند رو به گسترش انسانی شدن حقوق بین‌الملل و بین‌المللی شدن حقوق بشر، نسل سوم حقوق بشر سر برآورد.<sup>۲</sup>

نظریه‌های مختلفی در خصوص این تعهدات ارائه شده است. اول، رویکرد تعهد به وسیله یعنی دولت صرفاً در چارچوب وسایل و امکاناتی که در اختیار دارد، بایست حق‌های شهروندان را رعایت و تضمین کند و فراتر از آن تکلیفی ندارد. دوم، رویکرد تعهد به نتیجه. بر این اساس، هیچ عذری از دولت در تضمین نشدن حق‌های رفاهی و اجتماعی پذیرفته نیست. سوم، رویکرد تعهد به نتیجه رو به ترازد. بر این مبنا، معیار سنجش عملکرد دولت در تضمین حق‌های رفاهی شهروندان، تلاش و برنامه‌ریزی است که می‌تواند با ابزارهایی چون قانون‌گذاری محقق شود. در واقع، در این چارچوب، عملکرد دولت در یک بازه زمانی سنجیده می‌شود، نه با طرح دعوای یک شهروند. در پیش گرفتن چنین رویکردی افزون بر آن که منطقی و عادلانه است، با رویکرد اسناد بین‌المللی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز منطبق است.<sup>۳</sup>

«اداره خوب»، یکی از مفاهیم مدرن حقوق اداری است که در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا به

1. landman, Todd, *The Scope of Human Rights: From Background Concepts to Indicators*, Human Rights Centre. March. Colchester, Uk, 2005, p. 2.

۲. مولایی، یوسف، «حق توسعه و جهان‌شمولی حقوق بشر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و ششم، ۱۳۸۱، ص ۵۰.

۳. عارفی، مرتضی، «تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه پیش‌گیری اجتماعی از جرم»، دانش سیاسی، سال هفدهم، شماره ۲۳، ۱۴۰۰، ص ۲۴۷.

عنوان یکی از حق‌های اساسی شهروندان مطرح شده و سپس در قانون اروپایی رفتار خوب اداری و برخی مصوبات کمیته وزیران شورای اروپا تبیین گردیده است. این مفهوم متضمن برجسته‌ترین و پیشرفته‌ترین حقوق و اصول حاکم بر نظام‌های حقوق اداری است که اجرای آن‌ها در اداره‌های دولتی می‌تواند نقشی بسزا در تأمین حقوق شهروندی داشته باشد.<sup>۱</sup>

در خصوص پیشینه پژوهش نیز باید گفت زهره رحمانی در «مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب» به این نتیجه رسیده که کد اروپایی به رفتار خوب اداری به صراحت اشاره کرده است. محمدجواد حسینی و حسن خسروی در مقاله «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، حقوق بشر اداری را مفهومی نوین دانسته که در پی پشتیبانی حقوق افراد در برابر اداره است. حقوق بشر اداری در پی سامان‌دهی و شکل‌دهی رفتار اداره است تا اداره خوب ارمغان آورد و نتیجه گرفته‌اند که حقوق بشر اداری، کمک حال کارگزاران و کارمندان دولت نیز هست. مهرزاد فردوسی و همکارانش در مقاله «تحلیل سازوکارهای حمایت از کرامت انسانی در حقوق اداری ایران و اتحادیه اروپا» به بحث کرامت انسانی به عنوان یکی از بنیادی‌ترین حق‌های بشری پرداخته‌اند. در این پژوهش هم بر این امر تأکید شده است که اداره خوب در حقوق اروپا سابقه و قدمت بیش‌تری دارد.

پرسش اصلی که این پژوهش به دنبال پاسخ به آن است، این مسئله است که حقوق بشر در ارتباط دولت با مردم در حوزه حقوق اداری و تحقق حق بر اداره خوب چه نقشی دارد؟ نتایج این پژوهش نشان می‌دهد در حقوق داخلی، مسئله حقوق بشر اداری، موضوعی نوپدید است و به این مسئله در نظام قانون‌گذاری چندان توجه نشده است. در خلأ نبود قانون مدون در حوزه حقوق بشر اداری و حتی قانون عام اداری، رویه قضایی در تدوین و توسعه حقوق بشر اداری نقش مهمی دارد. بررسی رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد قضات دیوان به اصول حقوق اداری و نیز برخی حق‌های بشری شهروندان در قبال اداره توجهی ویژه دارند.

امروزه با توجه به پیدایی رشته جدیدی با عنوان حقوق بشر اداری می‌توان از حق‌های بشری با

---

۱. عطریان، فرامرز، «تحقق حق دفاع در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۱، ۱۳۹۵، ص ۲۷۲.

محوریت حقوق شهروندان در برابر اداره صحبت کرد. حقوقی که از جمله مهم‌ترین مصادیق آن، حق بر اداره خوب است که بر مبنای آن، تصمیمات اداره و مقامات اداری باید تابع یک سری اصول و تشریفات باشند. در غیر این صورت، حقوق مردم در برابر اداره نقض خواهد شد. در این مقاله، به بررسی تعهدات دولت در حوزه حقوق بشر اداری با تأکید بر حق بر اداره خوب خواهیم پرداخت. روش تحقیق از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

## گفتار اول. عوامل اثرگذار بر اجرای حق‌های بشری

دولت‌ها، متعهد اصلی در اجرای حقوق بشرند و حقوق بشر در جامعه بین‌المللی باید به شکل یکسان تحقق یابد، اما اجرای حقوق بشر به دلیل شرایط نابرابر، در همه کشورها یکسان نیست و تحقق و اعمال آن به طور قابل توجهی از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. در واقع، اجرای استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر که در اسناد بین‌المللی آمده است، به تعهد و تمایل هر کشور برای پای‌بندی به آن‌ها بستگی دارد.

## بند اول. ساختار حکومت‌ها

حقوق بشر دارای ویژگی‌هایی است که باعث نوعی تفکیک و تمایز آن نسبت به دیگر حقوق می‌گردد. در تأملاتی که برای تبیین ساختاری حقوق بشر انجام گرفته است، ویژگی‌هایی را برای آن در نظر می‌گیرند، از جمله: جهان‌شمولی، سلب‌ناپذیری، تفکیک‌ناپذیری، برابری، اعتبار اخلاقی، بنیادین بودن و اولویت داشتن نسبت حقوق موضوعه. هانا آرنت در کتاب ریشه‌های تمامیت‌خواهی، مبحث مهمی درباره «حق داشتن حقوق» یا حق برخورداری از حقوق را مطرح می‌کند. به باور او، برای برخورداری از حقوق بشر صرف انسان بودن کافی نیست، بلکه لازم است شخص عضو یک جامعه سیاسی نیز باشد؛ چون فرد تنها در مقام شهروند یک دولت ملی قادر به استیفای حقوق برشمرده در اعلامیه خواهد بود. حق کار، حق آموزش، حق رأی، حق بهداشت و سلامت فقط در چارچوب عضویت در یک جامعه سیاسی معنا می‌یابد.<sup>۲</sup> اگر این

1. Hannah Arendt

۲. دگوبر، استفانی و همکاران، حق داشتن، ترجمه: حسین پیران، تهران: فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۹۸، ص ۲۳.

جامعه سیاسی، اقتدار و حاکمیتی مشروع و برآمده از شهروندان نداشته باشد، قطعاً در رعایت و تحقق حقوق بشر نیز تلاشی نخواهد کرد. بنابراین، اولین مسئله در اجرای حقوق بشر، نوع و سیستم حاکمیتی در کشورهاست.

حقوق بشر، حاکمیت دولت‌ها را از دو جهت در معرض تغییر و تحول قرار می‌دهد. نخست از این جهت که برخی از حقوق بشر (به اتفاق آرا)، جهانی تلقی می‌گردند. این دسته از حقوق بشر از دامنه مشروعیت حاکمیت داخلی همه دولت‌ها می‌کاهند و بر مسئولیت آن‌ها در برابر دولت‌های دیگر می‌افزایند. دوم این‌که افراد بشر را از چنان شخصیتی حقوقی بهره‌مند می‌سازد که بتوانند رویاروی دولت‌ها قرار گیرند.<sup>۱</sup>

### بند دوم. رضایت دولت و دموکراسی

دموکراسی، ساختاری برای تقسیم و مهار قدرت است. حقوق بشر، جمعی از ارزش‌های انسانی در دنیای مدرن است که در درون رژیم‌های دموکراتیک جریان می‌یابد. حقوق بشر در زمینه دموکراتیک شکل می‌گیرد و به مرور زمان، زمینه خویش را نیز تقویت می‌کند. دموکراسی، فرصت‌ها و امکاناتی را در جامعه ایجاد می‌کند که با استفاده از آن‌ها، حقوق بشر از طریق قوانینی که مردم یا نمایندگانشان تصویب می‌کنند، تضمین می‌گردد. آزادی و برابری که مهم‌ترین ارزش‌های حقوق بشری شناخته می‌شوند، اساس دموکراسی هستند. بیش‌تر شهروندانی که در چارچوب نظام‌های استبدادی زندگی می‌کنند، شعار دموکراسی را برای به دست آوردن آزادی‌های فردی، سرلوحه اعلامیه‌های سیاسی خود قرار می‌دهند. در نظام‌های دیکتاتوری، یک فرد یا گروهی خاص، قدرت سیاسی و اقتصادی را در قبضه خویش دارند، اما در دموکراسی، ایدئال این است که همه در مقابل قانون برابرند؛ یعنی از لحاظ نظری، همه به یک نسبت به قدرت دسترسی دارند. از این رو، دموکراسی را نظام برابری می‌شمارند.

در واقع، مشارکت شهروندان در تصمیم‌سازی و اداره امور عمومی، انتخابات آزاد، منصفانه و عادلانه برای برگزیدن مقامات عمومی، برابری سیاسی شهروندان، اعمال نظارت اساسی (سیاسی، قضایی و اداری) بر اعمال حکومت و محدود شدن آن به وسیله قانون و آزادی رسانه‌ها از عناصر دموکراسی

1. Clunan, Anne L., "Redefining Sovereignty: Humanitarianism's Challenge to Sovereign Immunity", in *Negotiating Sovereignty and Human Rights*, (eds) Noha, Shawki, & Michaelene, Cox, Ashgate, 2009.

است.<sup>۱</sup> رژیم‌های دموکراتیک اساساً نه از آن جهت که به مردم اختیار و قدرت می‌بخشند، بلکه از آن جهت که اختیار دادن به مردم بهترین سازوکاری است که انسان تا کنون برای تضمین «همه حقوق بشر برای همه» اندیشیده، مطلوب است.<sup>۲</sup>

## بند سوم. توانایی و دارا بودن منابع کافی

در کنار دموکراسی، توانایی دولت‌ها هم عامل مهمی در اجرای حقوق بشر است. منابع دولت همان توانایی دولت است. اگر منابع کافی وجود نداشته باشد، نمی‌توان از دولت‌ها انتظار داشت تا سازوکارهای قانونی ضروری برای اعمال حقوق مدنی و سیاسی را به کار گیرند. هم‌چنین نمی‌توان توقع داشت که سیاست‌های پرهزینه مربوط به سلامت، آموزش و اشتغال را که برای تضمین حقوق اقتصادی و اجتماعی ضروری است، اجرا کنند. ثروت ملی در تعیین توانمندی دولت برای ارتقای حقوق بشر نقش مهمی دارد؛ زیرا دولت باید از این منابع برای سیاست‌های مربوط به حقوق بشر استفاده کند. نه تنها برای اعمال حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در جهت سلامت، بهداشت و درمان، تغذیه، مسکن و آموزش از منابع دولت استفاده می‌شود، بلکه دولت‌ها برای تحقق حقوق مدنی و سیاسی هم به منابع مالی نیاز دارند. اجرای حقوقی مثل حقوق مربوط به انتخابات آزادانه، حقوق زندانیان و دادرسی منصفانه نیز مستلزم داشتن توانایی مالی از سوی دولت‌هاست.

باید دانست همه کشورهای ثروتمند که بر حسب تولید ناخالص ملی ارزیابی می‌شوند، لزوماً در تأمین نیازهای شهروندانشان بهتر عمل نمی‌کنند.<sup>۳</sup> بی‌شک، اعمال حقوق بشر به تعهد و رضایت دولت و سیاست دولت در خصوص عدالت برای طبقات اجتماعی هم‌بستگی دارد. در واقع، برخی کشورهای کم‌تر توسعه‌یافته با منابع اقتصادی کم‌تر مانند کوبا و جزیره موریس، در تأمین نیازهای شهروندانشان خیلی بهتر از کشورهای توانمند عمل کرده‌اند. بعضی از مطالعات نشان می‌دهند که سطح توسعه اقتصادی اساساً با حقوق تمامیت جسمانی یا حقوق امنیتی مرتبط است. به

۱. نک: بستانی، محمدحسین و اسدالله یوری، «بایسته‌های دولت کارآمد؛ مطالعه موردی دولت لیبرال مدرن»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، بهار ۱۴۰۲، ص ۴۳۹.

۲. دانلی، جک، «حقوق بشر، دموکراسی و توسعه»، ترجمه: نورمحمد نوروزی و سیروس فیضی، راهبرد، شماره ۴۴، ۱۳۸۶، ص ۷۱.

3. Bruce E. Moon & William j. Dixon, "Basic Needs and Growth - Welfare Trade-offs", International Studies Quarterly, 36,2: 191-212, June, 1992, p. 202.

تعبیر دیگر، انتظارات رو به افزایش، تنش‌های اجتماعی و سیاسی مربوط به مشکلات اقتصادی، این احتمال را افزایش می‌دهد که حکومت‌ها به روش‌های سرکوبگرانه در مقابل شهروندان متوسل شوند. از این رو، بین سطح اقتصاد و اجرای حقوق بشر، ارتباطی نیرومند وجود دارد.<sup>۱</sup>

## گفتار دوم. حقوق بشر اداری؛ ضرورت کاربست حقوق بشر در روابط اداره و مردم

گسترش تعاملات اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان در جوامع مدرن امروزی سبب دخالت بیش از حد دولت در امور جامعه و محدودسازی حوزه حقوق خصوصی و گسترش حوزه حقوق عمومی و افزایش عملکرد دولت‌ها شده است. این فراخی عملکرد، نیازمند حمایت هر چه بیش‌تر از حقوق شهروندان در برابر اداره و مقامات اداری و به صورت کلی، قدرت عمومی است.<sup>۲</sup> بنابراین، حقوق بشر اداری، یکی از رشته‌های مهمی است که در جهت تضمین حقوق شهروندان به آن توجه می‌شود.

### بند اول. مفهوم حقوق بشر اداری

کارویژه حقوق اداری، کنترل و محدود کردن قدرت دولت و تنظیم روابط میان اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان در جهت تعالی حقوق انبای انسانی و رعایت کامل حقوق شهروندی در یک جامعه دموکراتیک شهروندمحور است. حقوق اداری نوین، ملزم به رعایت هنجارها و قواعد جدیدی است که از لازم‌الرعایه بودن حقوق شهروندان ریشه گرفته و مطالعه حقوق اداری را دارای ابعاد جدیدی ساخته است. در دوران معاصر، نظاره‌گر ظهور مفاهیمی تازه‌رسته هستیم که حقوق اداری، ملزم به تطبیق داده‌های خویش با این قواعد جدید، به ویژه مفاهیم مورد بحث در حقوق بشر و حقوق شهروند است. حقوق بشر اداری، سلسله هنجارهای حاکم بر اداره و جاری در میان اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان است که در حقوق بنیادین انبای انسانی ریشه دارد و اداره را به رعایت این حق‌های بشری در رابطه خود با شهروندان و محدود نساختن آن‌ها هنگام خدمات‌رسانی عمومی یا برقراری نظم عمومی ملزم می‌سازد. این قواعد، هر دو جنبه تنظیم‌کنندگی و تضمین‌کنندگی را هم‌زمان داراست و دامنه اختیارات و حدود و صلاحیت‌های خود را در رابطه با شهروندان از منظر حقوق بشر

1. Conway Henderson, *Population Pressures and Political Repression*, 74 Soc. Su. Q. 322, p. 327.

۲. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹.

تنظیم و رعایت این حقوق را برای شهروندان تضمین می‌کند که این امر، زاده گسترش و نفوذ حقوق بشر در تمامی ارکان و لایه‌های حکومت است.

همانا حقوق بشر و قواعد آن محدود به رعایت از جانب حاکمان نیست، بلکه تمامی دستگاه‌های اداری و اجرایی یک حکومت نیز ملزم به رعایت این حقوق هستند. حقوق بشر اداری به دنبال حمایت هر چه بیش‌تر از افراد در برابر اداره و قوای حکومتی است. از این رو، بنیان خود را بر دفاع از حقوق شهروندان در برابر قدرت عمومی و اداره استوار می‌کند. حقوق بشر اداری، مفهومی تازه در سلسله مباحث حقوق بشر است که از نظرگاه حقوق بشر به کارویژه‌های اداره و قواعد حاکم بر آن می‌نگرد. حقوق بشر اداری و قواعد آن از مفاهیم مدرن حقوق اداری است که با افزایش کارویژه‌های اداره و پیچیده‌تر شدن روابط مردم و اداره پدیدار گردیده و اهمیت آن به خاطر اقتداری است که اداره دارد و از قدرت عمومی ریشه می‌گیرد.<sup>۱</sup>

در ماده ۴۱ منشور حقوق اساسی اروپا، به حق بر اداره خوب تصریح شده است و این ماده در اساسی‌سازی حقوق اداری نقش مهمی دارد.<sup>۲</sup> از همین رو، معاهده اروپایی حقوق بشر، سند بنیادین حقوق بشر در سطح اتحادیه اروپا شناخته شده است. این سند مبتنی بر حقوق نسل اول بشر است، اما از خلال برخی مواد معاهده مانند ماده ۸ معاهده (حق بر حریم خصوصی)، از حقوق اشخاص در برابر اداره نیز دفاع می‌شود. به عبارت دیگر، حقوق اداری در سطح اتحادیه اروپا مورد توجه است.<sup>۳</sup>

## بند دوم. اداره خوب؛ چرایی و چیستی

اداره خوب،<sup>۴</sup> یکی از مفاهیم نوین است و بر بسیاری از مفاهیم و نهادهای حقوق اداری معاصر اثر گذاشته است که به «آیین‌های اداری» و چگونگی به‌کارگیری «صلاحیت‌های اختیاری» در فرآیند

۱. همان، ص ۱۷.

2. Klara ka, Nska, **Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights**, *European Law Journal*, Volume 10, Issue 3, 2004, p. 297.

3. Tina, Sever, **Procedural safeguards under the European convention on human rights in public (administrative) law matters**, *European Association Comenius (EACO)*, 2018, p. 10.

4. Right to good administration

تصمیم‌گیری توسط مقامات اداری مربوط می‌شود. به طور خلاصه، بر اساس ایده «اداره خوب»، تصمیمات اداری باید مستدل باشد و مقام تصمیم‌گیرنده مکلف است که با ارائه دلایل و مستندات کافی، تصمیمات خود را توجیه کند. هم‌چنین شهروندان، حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌هایی را دارند که بر حقوق، آزادی‌ها و منافع آن‌ها اثر می‌گذارد.<sup>۱</sup>

نقش اصلی نظریه اداره خوب، تضمین مستدل بودن تصمیم‌گیری اداری با تکیه بر ارائه دلایل و مستندات کافی از سوی مقامات اداری مسئول است.<sup>۲</sup> همین امر موجب می‌گردد شهروندان به طور غیر مستقیم از حق مشارکت در تصمیم‌گیری‌هایی برخوردار شوند که بر حقوق و آزادی‌های آن‌ها اثر مستقیم می‌گذارد تا منافع آن‌ها در نتیجه تصویب و اجرای تصمیمات اداری یادشده تضییع نگردد. نظریه اداره خوب علاوه بر تضمین اعمال اصل حاکمیت قانون در تصویب و اجرای تصمیمات اداری به کیفیت اجرای این تصمیمات نیز توجه دارد. به طور کلی، اداره مطلوب مستلزم احترام دولت به حقوق بشر، اصول دموکراسی و حاکمیت قانون است.<sup>۳</sup>

### بند سوم. جایگاه حق بشری «حق بر اداره مطلوب» در حقوق اداری ایران

هرچند تعریف دقیقی برای حق اداره خوب وجود ندارد و دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه مطرح شده است، اما می‌توان اداره خوب را ابزاری برای تحقق حاکمیت قانون و تقویت شفافیت و کارآمدی در ادارات دانست. منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا، این اصل را یکی از حقوق بنیادین افراد دانسته است. البته دادگاه‌های اتحادیه اروپا، بین مؤلفه‌ها و محورهای فرعی این اصل برای ایجاد درک درستی از ویژگی‌های آن تمایز قائلند. به طور کلی، به اداره خوب، بیش‌تر در چارچوب قوانین و مقررات رویه‌ای ایجادشده در حوزه حقوق اداری استناد می‌شود. در مفهوم گسترده‌تر، چون اقدامات اداری نه فقط از نظر رویه‌ای باید کارآمد و مؤثر باشند، بلکه از جنبه ماهوی نیز باید صحیح باشند، اداره خوب را می‌توان به معنای مشروعیت دولت درک کرد. بنابراین، مفهوم اداره خوب را می‌توان به عنوان مجموعه‌ای در

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.

۲. Mendes, Joana, "Good administration in EU law and the European Code of Good Administrative Behaviour", 2009.

۳. جمشیدی، علی‌رضا و آریین پتفت، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵، ص ۳۳.

نظر گرفت که هم اصول ماهوی و هم اصول رویه‌ای را در خود جای می‌دهد. بر این اساس، نظام مطلوب اداری، تضمین‌کننده مشروعیت و نیز کیفیت تصمیمات اداری است. در این نظام، حقوق شهروندان تضمین می‌گردد و به مشارکت در تصمیم‌گیری‌های اداری تشویق می‌شوند.<sup>۱</sup>

مراجع عمومی و ادارات دولتی به تدریج، افزون بر وظایف سنتی خود مبنی بر برقراری نظم و اجرای قانون به طور فزاینده‌ای متولی ارائه طیفی گسترده از خدماتی شده‌اند که هدف آن، تضمین رفاه شهروندان و بهبود وضعیت اجتماعی جامعه است. در این راستا، اشخاص حقیقی و حقوقی در رسیدگی‌های اداری در مقابل نهادها و ادارات دولتی، طرف ضعیفی هستند و ادارات، قدرت اداری خود را که برگرفته از حاکمیت دولت است، بر آن‌ها تحمیل می‌کنند. اداره مطلوب بایستی مبتنی بر اصولی باشد که به عنوان مبنایی برای فعالیت‌های نهادهای اداری، حقوق و منافع شهروندان را در رویارویی با نهادهای اداری تضمین کند. اداره مطلوب مستلزم احترام دولت به حقوق بشر، اصول دموکراسی و حاکمیت قانون است.<sup>۲</sup>

در نظام حقوقی ایران نیز مفهوم حق بر اداره مطلوب به صورت پراکنده در اصول متعدد قانون اساسی نظیر بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی با عنوان «ایجاد نظام اداری صحیح»، قانون مدیریت خدمات کشور مصوب ۱۳۸۶، سیاست‌های کلی نظام اداری مصوب ۱۳۸۹ و دیگر قوانین آمده است. این حق به عنوان یک حق مستقل برای اولین بار در منشور حقوق شهروندی تصریح شده است. قسمت «ث» منشور حقوق شهروندی در قالب ۶ ماده از ماده ۱۹ تا ۲۴ به حق بر اداره شایسته و حسن تدبیر اختصاص یافته است. مفاد منشور، یک سند حقوقی الزام‌آور نیست، ولی به عنوان یک سند راهنما، حاوی نکاتی مترقی است و انتظار می‌رود در آینده در ترسیم خطوط اصلی نظام حقوقی کشور، جایگاهی شایسته پیدا کند. در ماده ۲۴ آن از مواردی مانند رعایت اخلاق حسنه، راست‌گویی، درست‌کاری، توجه به وجدان و پرهیز از تندروی نام برده شده است که عمدتاً جنبه اخلاقی دارند تا حقوقی. چون مفهوم حق بر اداره مطلوب مبتنی بر اصل حاکمیت قانون است و بایستی مبتنی بر معیارهای عینی باشد، ذکر این موارد با منطبق حقوق چندان منطبق نیست.<sup>۳</sup>

۱. رحمانی، زهره، «مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۶۹.

۲. جمشیدی و پتفت، پیشین، ص ۲۹.

۳. سلیمی ترکمانی، حجت، «حق بر اداره مطلوب از منظر منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و منشور حقوق شهروندی

## گفتار سوم. مصادیق حق بر اداره خوب

حق بر اداره خوب به عنوان یکی از حق‌های بشری، مصادق‌هایی دارد که در این گفتار بررسی می‌کنیم.

### بند اول. اصل برابری

رفتار برابر و بدون تبعیض با همه شهروندان در مقابل قانون و وجود تضمین‌های قانون اساسی و واقعی برای حمایت از حقوق بنیادین شهروندان از لوازم ضروری حاکمیت قانون به شمار می‌آید.<sup>۱</sup> در حقوق اداری ایران، اصول ۱۹ و ۲۰ از منابع حقوق داخلی اصل برابری به شمار می‌آیند و بعضاً رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به صورت مستقیم یا غیر مستقیم، مبنای صدور آرای ابطالی قرار گرفته‌اند و شهروندان در همه ابعاد حقوقی خصوصاً حقوق اداری باید از این حقوق بشری برخوردار باشند. این در حالی است که اصل حاکمیت قانون از مهم‌ترین ابزار کنترل اعمال مراجع اداری است و به موجب آن، تصمیمات مراجع اداری باید مبنایی داشته باشند.<sup>۲</sup>

از نظر حقوق بین‌المللی، شرط منصفانه بودن استماع، تحقق اصل برابری سلاح است که یک شرط اساسی است. این اصل در دادرسی اداری اهمیت زیادی دارد؛ چون طرفین دعوا، اشخاص خصوصی و مراجع اداری هستند. این اصل به معنای تضمین توانایی شخص خصوصی برای مشارکت فعال در دادرسی در راستای تضمین منصفانه بودن آن است. برابری سلاح‌ها مستلزم این است که طرفین دعوا باید به امکانات و تسهیلات در شرایط برابر دسترسی داشته باشند و دو طرف بتوانند در جلسه استماع حضور پیدا کنند.<sup>۳</sup>

---

ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۲۰۵.

۱. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۳۰.

۲. حمیدی، علی و حسین آل کجباف، «راهکارهای تقویت نظارت دیوان عدالت اداری و تأثیر آن بر حقوق شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، ص ۷۰.

۳. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری؛ با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، ص ۲۵۷.

## بند دوم. حق بر استماع برای مخاطبان اداره

هنگامی که از استماع در فرآیند تصمیم‌گیری اداری صحبت می‌شود، به صورت مضیق به ارائه و بررسی دلایل و استدلال‌ها اشاره دارد. برای کارآمدتر شدن این حق، دو عنصر دیگر نیز به آن افزوده می‌شود: اطلاع و آگاهی قبلی و ارائه اطلاعات و افشای آن‌ها. این عناصر از چنان ارتباط و پیوندی برخوردارند که بیش‌تر وقت‌ها هنگام استفاده از واژه «استماع»، شامل همه این‌ها می‌شود. اطلاع دادن یعنی این‌که طرف ذی‌نفع از تصمیم قریب‌الوقوع آگاهی پیدا کند و به او گفته شود راهنمایی‌های لازم نسبت به آن چه در آن تصمیم در مورد او گرفته می‌شود و مبنای تصمیم یادشده اعلام شود. ارائه اطلاعات و افشای آن‌ها نیز به این معناست که هر واقعیت و حقایقی که مربوط به تصمیم می‌شود، برای ذی‌نفع قابل دسترس باشد. در رسیدگی‌های قضایی، منظور از افشا، تبادل اطلاعات و اسناد و لوايح بين طرفين دعواست.<sup>۱</sup>

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تضمیناتی برای حق دفاع اندیشیده شده، اما این تضمینات، مخصوص رسیدگی‌های کیفری و قضایی است. با این حال، به دلیل وجود برخی از شباهت‌های ساختاری و کارکردی میان مراجع اختصاصی اداری و دادگاه‌های قضایی می‌توان ادعا کرد که این تضمینات دفاعی را تا حدی که با هدف غیرقضایی کردن این فرآیندها در تغایر نباشد، در مراجع اختصاصی اداری نیز باید اعمال کرد. در بسیاری از رسیدگی‌های مراجع اختصاصی اداری، حق دفاع افراد و امکان شنیدن حرف آن‌ها نادیده گرفته شده است. برای مثال، کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، احکام مهمی را صادر می‌کند که نسبت به حقوق و منافع شهروندان اثر مهمی دارد. با این حال، مقررات مربوط به این کمیسیون در خصوص حضور شخصی که پرونده‌اش در کمیسیون مطرح است، امکان دفاع و شنیده شدن سخنان و دلایل او، ساکت است و مطلبی ندارد. با نگاهی به قوانین و مقررات مربوط به مراجع اختصاصی اداری می‌توان ادعا کرد که در بیش‌تر موارد، این حق نادیده گرفته شده است. در بیش‌تر موارد، شخصی که از وی شکایت شده یا به نحوی از انحا، رسیدگی انتظامی یا شبه کیفری علیه او آغاز گردیده است، در طول رسیدگی از طریق رسمی از مفاد رسیدگی مطلع نمی‌شود و تنها نتیجه رسیدگی به وی ابلاغ می‌شود.<sup>۲</sup>

۱. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۱۸۱.

۲. رستمی، ولی و همکاران، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی

## بند سوم. اصل الزام به ارائه دلایل در مورد تصمیم‌گیری

به طور کلی، هنگامی که تصمیم اداری بر حقوق و منافع شهروندان اثر بگذارد، بیان دلیل، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر دارد. هم‌چنین در صلاحیت‌های اختیاری به دلیل صعوبت تطابق اقدام اداری با متن قانون، ارائه دلایل، ضرورتی دوچندان خواهد داشت؛ چون در غیر این صورت، امکان نظارت قضایی بر اقدام یا تصمیم یادشده ناممکن خواهد بود. به علاوه، دلایل و مبانی آن دسته از تصمیماتی که بر خلاف رویه معمول و سابق اداری گرفته شده‌اند یا آن قسم از اقداماتی که از حد ضرورت خارج شوند و نیز در مواردی که شهروند از مقام دولتی تقاضا کند، باید بیان شود.<sup>۱</sup>

آرای قضایی صادرشده از شعبه یا هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در نوع خود شایان توجه و ستایش است و باید در تمام رسیدگی‌های قضایی استفاده شود تا وجود اختیار و صلاحیت در امور اداری به معنای اعمال سلیقه و تصمیم‌گیری بدون دلیل و توجیه تلقی نشود. با این حال، در این گونه آرا، لزوم ارائه دلایل تصمیم به مرجع قضایی پیش‌بینی و تأکید شده و در هیچ کدام از بیان ادله و توجیه‌های قانونی تصمیم اداری به مخاطب یا ذی‌نفع سخنی به میان نیامده است. از این رو، با توجه به کارکرد دوگانه بیان دلایل در تحقق حق دفاع و رسیدگی‌های قضایی، این رویه قضایی در حدی که این اصل را به رسمیت شناخته است، در رسیدگی‌های قضایی مؤثر خواهد بود، اما باید به گونه‌ای در قوانین پیش‌بینی شود که در جهت حق دفاع شهروندان نیز مفید باشد.<sup>۲</sup>

## بند چهارم. لزوم رعایت اصل تناسب

امروزه به دلیل گسترش موضوعات مبتلابه اداری و زندگی مدرن و نقش پیچیده دولت در جوامع، تعیین تمام جزئیات و شرایط تصمیمات اداری از سوی قانون‌گذاران مقدور نیست. از این رو، در دولت‌های مدرن، اعطای صلاحیت اختیاری، یک شرط اجتناب‌ناپذیر و ضرورت است. با وجود امکان انحراف در اعمال صلاحیت تشخیصی، پیچیدگی‌های نظام‌های مدرن اداری و مدیریتی، اعطای این

دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۰۱.

۱. هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۲۰۶.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۰۵.

صلاحیت به مأموران دولتی را امری ضروری ساخته است.<sup>۱</sup>

یکی از اصول کلی حقوقی، اصل تناسب است که اجازه نمی‌دهد مقامات عمومی با این بهانه که صلاحیت اختیاری دارند، از موقعیت خود سوء استفاده کنند و منافع خصوصی را بر منافع عموم ترجیح دهند. این اصل علاوه بر این که تلاش می‌کند دخالت دولت را به حداقل برساند، به عنوان سپر حفاظتی از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین عمل می‌کند. پیش از هر چیز، اصل تناسب در خدمت محدود کردن قدرت و حراست از آزادی‌هاست. اصل تناسب، اصلی حق مدار است که با در نظر گرفتن دو وجه اعمال وظایف و اختیارات اداری یعنی اقتضائات اداری از یک سو و حقوق و آزادی‌های شهروندان از سوی دیگر بر آن است تا با برقراری توازن مطلوب، اداره خوب و شایسته را برای خدمت به مردم ایجاد کند.<sup>۲</sup> وجود صلاحیت اختیاری از طرفی می‌تواند به افزایش کارآمدی اداره و تأمین بهتر منافع عمومی منجر شود و از طرف دیگر، همواره این تهدید وجود دارد که موجب اعمال نامناسب این قبیل صلاحیت‌ها گردد.<sup>۳</sup>

#### بند پنجم. حق بهره‌مندی از خدمات عمومی

تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ و تصویب فراگیر پیمان‌ها و کنوانسیون‌های متعدد حقوق بشری نشان‌دهنده فرآیند جهان‌شمولی حقوق بشر است. نقش دولت یا بخش عمومی به منزله ارائه‌کننده خدمات عمومی یا تنظیم‌کننده ارائه خدمات خاص برای درک همه حقوق بشر از جمله حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی حیاتی است. رویکرد حقوق بشر پایه برای خدمات عمومی به منظور طراحی، توزیع، اجرا و نظارت بر همه تدارکات خدمات عمومی ضرورت دارد.<sup>۴</sup>

بسیاری از مصادیق حقوق بشر بدون ارائه خدمات متناسب از سوی دولت‌ها تأمین نخواهند شد

۱. جلالی، محمد و مریم کریم جوزانی، «صلاحیت تشخیصی و کنترل‌پذیری آن در حقوق اداری (از منظر حقوق بنیادین و اقتضائات دولت‌مدرن)»، در: تکاپوی حقوق عمومی، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۶۲۳.

۲. مرادی برلیان، مهدی، اصل تناسب در نظام حقوق اتحادیه اروپایی با نگاهی بر آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳، ص ۹۵.

۳. اصفهانی، بابک و صابر نیاورانی، «کاربست اصل تناسب در حقوق عمومی، ابزار و سنجه نظارتی در پیش‌گیری از فساد اداری و مبارزه با آن»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دهم، شماره ۳۳، ۱۴۰۱، ص ۱۵.

۴. رحیمی، رؤف، «مسئولیت دولت و بخش خصوصی در قبال حقوق بشر»، فصل‌نامه مطالعات بین‌المللی، شماره ۵۹، ۱۳۹۷، ص ۶۹.

و دولت‌ها در این خصوص مسئولیت دارند؛ چون تأمین بسیاری از مصادیق حقوق بشر نه تنها به صرف تضمین اصل آزادی و مخصوصاً آزادی‌های اقتصادی و بازاری حاصل نخواهد شد، بلکه لازم است که دولت‌ها به ارائه خدمات عمومی بپردازند یا بر ارائه آن توسط بخش خصوصی، نظارتی فعال اعمال کنند. در واقع، تأمین بسیاری از مصادیق حقوق بشر با ارائه خدمات عمومی ملازمه و هم‌بستگی دارند. بر این اساس می‌توان گفت حمایت از حقوق بشر در بیش‌تر موارد، جزئاً یا کلاً به ارائه خدمات عمومی وابسته است. بنابراین، در کنار تضمین قضایی حقوق بشر می‌توان بحث ارائه خدمات عمومی را نوعی تضمین اجرایی حقوق بشر دانست؛ چون در عصر نوین، دولت‌ها تنها به دخالت نکردن در زندگی شهروندان متعهد نیستند، بلکه موظفند اجرای حقوق را نیز تضمین کنند.<sup>۱</sup> از این رو، بهره‌مندی از خدمات عمومی برای شهروندان، یک حق و ارائه خدمات یادشده توسط دولت، تکلیفی است که باید توسط ادارات و سازمان‌های دولتی به رسمیت شناخته شود.

### گفتار چهارم. نقش رویه قضایی به عنوان تضمین‌کننده حق بر اداره خوب

حفاظت از حقوق بشر شهروندان یک جامعه از جمله وظایف دولت آن جامعه است. به نحوی که میزان تلاش و موفقیت هر دولت در حراست از این حقوق، نوعی معیار سنجش برای ارزیابی مشروعیت آن تلقی می‌گردد. در این میان، دستگاه قضایی هر جامعه‌ای نیز به عنوان مرجع دادخواهی شهروندان نقشی اساسی دارد و بدون عملکرد موفق آن در پی‌گیری نقض احتمالی حقوق بشر شهروندان یک جامعه نمی‌توان امید چندانی به تضمین رعایت حقوق بشر در جامعه یادشده داشت.<sup>۲</sup>

اصول عدالت رویه‌ای الزاماً به عنوان راهنمایی عمل می‌کنند که دادگاه‌ها با استناد به آن می‌توانند مشخص کنند که آیا تصمیم‌گیرندگان، صلاحیت تفویض شده را به صورتی که مورد نظر پارلمان بوده است، اعمال کرده‌اند یا خیر؟ هدف پیش‌فرض اصلی از تصویب چنین قوانینی بر اساس اصول کلی حقوق این است که قدرت به صورت عادلانه و شفاف توزیع گردد. این مهم به عنوان یک فرهنگ

۱. نجارزاده هنجنی، مجید، «تحلیل خدمات عمومی از منظر حقوق بشر؛ حق بهره‌مندی از خدمات عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۷، ۱۴۰۰، ص ۲۱۸.

۲. اقبالی، کیوان، «نقش دستگاه در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰، ص ۶۱.

به دو حوزه حقوق اداری و حقوق بشر نفوذ کرده است.<sup>۱</sup> برخی از اصول حقوق اداری در حوزه حقوق بشر اداری مطرح و توسعه یافته‌اند، از قبیل اصل حق بر دفاع، دسترسی به اطلاعات، اصل برابری، اصل استماع، اصل شفافیت، اصل تناسب، انتظارات مشروع و حق بر حریم خصوصی.<sup>۲</sup>

عدالت رویه‌ای در حقوق اداری، روابط بین دولت و مردم را مدیریت می‌کند. تضمین دسترسی به عدالت از طریق دادگاه‌های اداری به تقویت حکومت قانون می‌انجامد. دسترسی به عدالت، حق بر استماع، لزوم پاسخ‌گویی به شهروندان و نیز جبران خسارات وارد شده به اشخاص از جمله مواردی هستند که در دستور کار ۲۰۳۰ ملل متحد برای توسعه پایدار به آن‌ها توجه شده است. بنابراین، رعایت حقوق بشر اداری در سطح دادرسی اداری در نهایت، منجر به تحقق حق بر اداره خوب شده است.<sup>۳</sup>

رویه قضایی در ارائه اصول حقوق اداری برای خنثی‌سازی بلاتکلیفی عملی حقوق و پر کردن فضاهای خالی میان احکام پیش‌بینی شده در قانون نقش اساسی دارد. اصول حقوقی با تمام منابع حقوقی از جمله رویه قضایی رابطه متقابل دارد. این اصول، راهنمای قضات در تفسیر قانون در موارد ابهام، اجمال و نقایص قانونی و گاه، نقد رویه قضایی است و در مقابل، رویه قضایی در خلق و احراز اصول پنهان حقوقی، نقش بارز ایفا می‌کند. از طرفی، تصمیمات قضات وقتی در طول زمان به رویه قضایی تبدیل می‌شوند که بر اساس اصول حقوقی گرفته شده باشند. به علاوه، از میان آرای که از دادگاه‌های معارض صادر و بعد در هیئت عمومی دیوان کشور مطرح می‌شود، آن رأیی به عنوان وحدت رویه شناخته می‌شود که از اصول حقوقی دور نباشد. بنابراین، اصول حقوقی، راهنمای کلی است برای آرای قضایی و در نتیجه، پایه‌ای است برای رویه‌های قضایی.<sup>۴</sup>

۱. ویژه، محمدرضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، نشریه حقوق اساسی، تهران، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص ۲۱۸.

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری همراه با مطالعه تطبیقی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۳۰.

3. Fierro, Ana, *Administrative Burdens in Access to Justice, the Case of the Mexican Administrative Courts*, UNI-SANTA Law and Social Science, Vol. 12, N. 1, 2023, p. 159.

۴. تاری وردی، صادق و علی محمد فلاح‌زاده، «نقش رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در توسعه اصول حقوق اداری از منظر حقوق بشر»، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، ۱۳۹۹، ص ۵۰۳.

## بند اول. اصل برابری در رویه قضایی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۴۳۰-۴۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱ چنین بیان می‌کند: «نظر به این‌که در ماده ۵۶ آیین‌نامه استخدامی جهاد دانشگاهی مقرر شده هر یک از اعضای جهاد به ازای یک سال خدمت، از ۳۰ روز مرخصی استحقاقی با استفاده از حقوق و مزایای مستمر برخوردار خواهند بود و در ماده ۵۸ آیین‌نامه مذکور، استفاده از مرخصی استحقاقی به تقاضای کتبی عضو و کسب موافقت سرپرست مربوط، قبل از شروع مرخصی موکول شده و احکام مذکور با احکام مقنن در قانون استخدام کشوری و سایر مقررات استخدامی، مشابهت کامل دارد و هیئت عمومی دیوان در آرای شماره ۵۹ و ۵۴۱ مورخ ۷۷/۳/۲۳ و ۸۵/۷/۳۰ مقرراتی که به موجب آن‌ها، مرخصی بدون درخواست مستخدم و با تشخیص دستگاه متبوع مستخدم تجویز شده بود را ابطال کرده و با توجه به این‌که مطابق بند ۹ اصل سوم قانون اساسی، دولت موظف است امکانات خود را برای رفع تبعیض ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی ایجاد کند، تبصره ۲ ماده ۵۸ آیین‌نامه استخدامی جهاد دانشگاهی به لحاظ مغایرت با بند ۹ اصل سوم و به لحاظ ایجاد تبعیض در برخورداری از مرخصی استحقاقی از تاریخ تصویب ابطال می‌شود»<sup>۱</sup>.

## بند دوم. حق بر استماع در رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری

شعبه ۹ بدوی دیوان در رسیدگی به پرونده به خواسته اعتراض به رأی صادره از هسته‌گزینش اظهار داشته است: «با عنایت به این‌که تصمیم و اعلام نظر هسته‌گزینش، مستلزم بررسی و تحقیق کافی در مورد سوابق افراد می‌باشد و رعایت ماده ۱۵ قانون گزینش از جمله قواعد آمره بوده و در ما نحن فیه ملاحظه می‌شود که رأی صادره حاوی نکات و موارد مصرّحه قانونی نبوده و دلیل و مدارک متقن و مستند محکمه‌پسندی که باعث عدم احراز شرایط شاکی در جهت ادامه فعالیت در اداره مذکور باشد، مشاهده نمی‌گردد و از طرفی، به اصول دادرسی عادلانه و منصفانه و اصل تناظر ادله و تساوی سلاح‌ها توجه نشده است، لذا شکایت را وارد تشخیص می‌دهد»<sup>۲</sup>.

۱. آگاه، وحید و محمدنبی بوبوری، «تضمین نسل دوم حقوق بشر در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۴۵.

۲. آقای طوق، مسلم و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق

## بند سوم. اصل الزام به ارائه دلیل در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی در دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۱۸۷-۱۸۶ مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۷ بیان می‌دارد: «طبق ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱، حدود وظایف و اختیارات کمیسیون ماده ۵ قانون مزبور مشتمل بر بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها و سایر امور مربوط تعیین و احصا شده است. بنابراین، تغییر کاربری قسمتی از ملکی که کلاً دارای کاربری فضای سبز بوده و تبدیل آن به ۷۰ درصد فضای سبز و ۳۰ درصد با کاربری مسکونی و خدماتی بدون تبیین علل و جهات قانونی این تغییر، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات کمیسیون مزبور تشخیص داده می‌شود و ابطال می‌گردد.» از این رأی هیئت عمومی چنین استنباط می‌شود که با وجود صلاحیت تخییری کمیسیون یادشده در تغییر و تصویب این طرح‌ها، این صلاحیت به منزله اختیار داشتن در اعمال هر نوع تغییر بلا دلیل و ناموجه نیست، بلکه این عمل حقوقی باید با تبیین علل و جهات قانونی همراه باشد.<sup>۱</sup>

## بند چهارم. اصل تناسب در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

به اصل تناسب در دادنامه شماره ۵۰۴ و ۵۰۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به روشنی توجه شده است. برای احتساب میزان سنوات تعهد به خدمت در مناطق محروم از سوی دانش‌آموختگان پزشکی، دو قانون وجود داشت. قانون خدمت پزشکان و پیراپزشکان و قانون اختصاص سهمیه به بانوان در دوره تخصصی دستیاری، مصوب ۱۳۷۲. به موجب قانون نخست، مدت تعهد به خدمت در مناطق محروم، معادل سنوات تحصیل یعنی ۴ سال است و به موجب قانون دیگر، این مدت به صلاحدید وزارت بهداشت تا مدت ۱۲ سال است. وزارت بهداشت به استناد قانون دوم، مدتی طولانی را به عنوان خدمت تعهدشده مقرر کرد. دیوان عدالت اداری در رسیدگی خود با استناد به اصل تناسب، مدت زمان مقرر در مصوبه وزارت بهداشت، درمان و علوم پزشکی را نامتناسب دانست و ابطال کرد.<sup>۲</sup>

۱. اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۱، ص ۱۷۱.

۲. رضایی‌زاده و عطریان، پیشین، ص ۹۹.

۳. خواجه‌وند، مظاهر و همکاران، «تأملی بر شاخص‌های اداره خوب در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین

## بند پنجم. بهره‌مندی از خدمات عمومی در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۱۷۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲ که در مقام تعارض آرای صادرشده میان شعب دیوان صادر گردیده، اظهار داشته است: «مطابق ماده ۴۵ قانون ثبت احوال اصلاحی مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۱۸ مقرر شده: «هرگاه هویت و تابعیت افراد مورد تردید واقع گردد و مدارک لازم جهت اثبات آن ارائه نشود، مراتب برای اثبات هویت به مراجع انتظامی و برای اثبات تابعیت به شورای تأمین شهرستان ارجاع و در صورت تأیید، طبق مقررات اقدام خواهد شد»، نظر به این که تا زمانی که تابعیت ایرانی شخص دارای شناس نامه ایرانی از طریق مراجع قانونی لغو نشده و یا شناس نامه از طرق قانونی ابطال نشده است، سلب حقوق قانونی ناشی از سند رسمی شناس نامه و عدم ارائه خدمات و به دنبال آن، محرومیت از حقوق اجتماعی فاقد مبنای قانونی است و ماده ۴۵ قانون مذکور و دیگر مقررات قانونی بر منع بهره‌مندی افراد از خدمات سجلی دلالتی ندارد، بنابراین، رأی شماره ۱۳۹۸/۱۱/۵.۹۸۰۹۹۷۰۹۵۹۳۰۴۵۶۷ شعبه ۲۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که در مقام تأیید رأی شماره ۱۳۹۸/۵/۶.۹۸۰۹۹۷۰۹۰۲۶۰۰۷۵۹ شعبه ۳۷ بدوی دیوان عدالت اداری مبنی بر وارد دانستن شکایت و الزام به ارائه خدمات سجلی صادر شده، صحیح و موافق مقررات است.»

## نتیجه‌گیری

در حالی که حقوق بشر در حال گسترش است، منابع قدرت و توان‌مندی‌های دولت‌ها در حال محدود شدن است. رژیم سنتی حقوق بشر بر مسئولیت دولت در خصوص اعمال حقوق بشر و جلوگیری از نقض آن و حمایت از شهروندان تأکید دارد. بنابراین، فرض بر این است که دولت، توان‌مندی و قدرت کافی برای انجام این کار را دارد. مدافعان سرسخت حقوق بشر نیز اظهار می‌کنند که تحقق حقوق بشر مستلزم اجرای کامل تمام همه حقوق بشر است، اما توانایی و منابع دولت‌ها با هم تفاوت دارد و اجرای کامل همه حقوق بشر به ویژه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی برای تمامی دولت‌ها امکان‌پذیر نیست. در واقع، عواملی که موجب تفاوت وضعیت کشورها می‌شوند، بر میزان تحقق حقوق بشر نیز اثر می‌گذارند.

ساختار حکومت، مبنا و خط مشی تمامی قواعد و قوانین یک کشور را تعیین می‌کند و از مهم‌ترین

عوامل اجرای حقوق بشر است. اگر حکومت دارای مشروعیت باشد، رضایت، عنصر بعدی تأثیرگذار در تحقق حقوق بشر مطرح می‌شود. رضایت کشورها در نحوه اعمال حکومت و به شکل دموکراسی تجلی می‌یابد. حقوق بشر و دموکراسی به طور مستقیم با یکدیگر ارتباط دارند. در جوامع دموکراتیک، محدودیت‌ها برای تضمین حقوق انسان‌ها به حداقل کاهش می‌یابد و شفافیت و مسئولیت‌پذیری نظام‌ها برای پاسخ‌گویی به مردم بیش‌تر می‌شود. دموکراسی‌های قوی و پایدار به اجرای حقوق بشر اهمیت بسیاری می‌دهند و مردم از حداکثر حقوق خود بهره‌مند می‌شوند.

در این میان، مباحث مربوط به حقوق بشر و ارتباط آن با حقوق اداری بسیار اهمیت دارد؛ چون بحث حقوق اداری، حقوقی است ذاتاً نابرابر و دولت و سازمان‌های وابسته به آن از قدرت اجرایی بالایی برخوردارند. در این میان، حقوق بشر اداری به عنوان یکی از مباحث مهم و اساسی امروزه مورد توجه است. یکی از مهم‌ترین حق‌های بشری در حوزه حقوق اداری، حق بر اداره خوب است که دارای شاخص‌هایی است از جمله: اصل برابری، اصل الزام به ارائه دلیل، اصل تناسب و در نهایت، اصل تناظر یا استماع در دادرسی اداری. چون در ایران، قانون عام اداری مانند قانون مدنی یا قانون تجارت وجود ندارد، رویه قضایی در شناسایی اصول و حقوق بشر اداری نقش مهمی دارد. در حقوق ایران، دیوان عدالت اداری، عالی‌ترین مرجع قضایی در حوزه دادرسی اداری است که از طریق رویه‌سازی در توسعه و تدوین حقوق بشر اداری نقش‌آفرینی می‌کند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. دگویر، استفانی و همکاران، *حقی حق داشتن*، ترجمه: حسین پیران، تهران: فرهنگ نشر نو، چاپ دوم، ۱۳۹۸.
۲. رستمی، ولی و همکاران، *دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران*، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۳. مرادی برلیان، مهدی، *اصل تناسب در نظام حقوق اتحادیه اروپایی با نگاهی بر آرای دیوان عدالت اداری*، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
۴. هداوند، مهدی و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری همراه با مطالعه تطبیقی*، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری*، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.

#### ب) مقاله

۱. اسماعیلی، محسن و حسین امینی‌پژوه، «*تحلیل ماهیت و نظام حقوقی حاکم بر تعهدات دولت در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۵.
۲. اصفهانی، بابک و صابر نیاورانی، «*کاربست اصل تناسب در حقوق عمومی، ابزار و سنجه نظارتی در پیشگیری از فساد اداری و مبارزه با آن*»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دهم، شماره ۳۳، ۱۴۰۱.
۳. آقایی طوق، مسلم و سجاد مردانی، «*استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری*»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۶، ۱۴۰۱.
۴. اقبالی، کیوان، «*نقش دستگاه در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها*»، مجله

- حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰.
۵. آگاه، وحید و محمدنبی بوبوری، «تضمین نسل دوم حقوق بشر در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله رأی، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.
۶. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۷. بستانی، محمدحسین و اسدالله یآوری، «بایسته‌های دولت کارآمد؛ مطالعه موردی دولت لیبرال مدرن»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، بهار ۱۴۰۲.
۸. تاری وردی، صادق و علی محمد فلاح‌زاده، «نقش رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در توسعه اصول حقوق اداری از منظر حقوق بشر»، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، ۱۳۹۹.
۹. جلالی، محمد و مریم کریم جوزانی، «صلاحیت تشخیصی و کنترل‌پذیری آن در حقوق اداری (از منظر حقوق بنیادین و اقتضائات دولت مدرن)»، در: تکاپوی حقوق عمومی، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۱۰. جمشیدی، علی‌رضا و آریین پتفت، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵.
۱۱. حقیقی، حسن و همکاران، «تأثیر موازین حقوق بشر بر فرآیند رسیدگی قضایی با تأکید بر نظام حقوقی انگلستان و استرالیا»، مطالعات حقوق عمومی، انتشار آن لاین، ۱۴۰۱.
۱۲. حمیدی، علی و حسین آل کجباف، «راهکارهای تقویت نظارت دیوان عدالت اداری و تأثیر آن بر حقوق شهروندی در نظام جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال دهم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰.
۱۳. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹.
۱۴. خواجه‌وند، مظاهر و همکاران، «تأملی بر شاخص‌های اداره خوب در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱.
۱۵. دانلی، جک، «حقوق بشر، دموکراسی و توسعه»، ترجمه: نورمحمد نوروزی و سیروس فیضی، راهبرد، شماره ۴۴، ۱۳۸۶.

۱۶. رحمانی، زهره، «مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دواصل قانونی بودن و تناسب»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۱۷. رحیمی، رؤف، «مسئولیت دولت و بخش خصوصی در قبال حقوق بشر»، فصل‌نامه مطالعات بین‌المللی، شماره ۵۹، ۱۳۹۷.
۱۸. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳.
۱۹. سلیمی ترکمانی، حجت، «حق بر اداره مطلوب از منظر منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و منشور حقوق شهروندی ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۲۰. سلیمی، صادق و جبار عیسیان، «هم‌گرایی موازین حقوق بشری ملی و بین‌المللی در پرتو آرای دادگاه‌های ملی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و سوم، شماره ۳، ۱۴۰۲.
۲۱. عارفی، مرتضی، «تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در حوزه پیش‌گیری اجتماعی از جرم»، دانش سیاسی، سال هفدهم، شماره ۲۳، ۱۴۰۰.
۲۲. عطریان، فرامرز، «تحقق حق دفاع در پرتو مفهوم اداره خوب؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۱، ۱۳۹۵.
۲۳. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲.
۲۴. مولایی، یوسف، «حق توسعه و جهان‌شمولی حقوق بشر»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره پنجاه و ششم، ۱۳۸۱.
۲۵. نجارزاده هنجنی، مجید، «تحلیل خدمات عمومی از منظر حقوق بشر؛ حق بهره‌مندی از خدمات عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۷، ۱۴۰۰.
۲۶. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری؛ با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۵.
۲۷. ویژه، محمدرضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، نشریه حقوق اساسی، تهران، شماره ۲، ۱۳۸۳.

## ج) آرای وحدت رویه

۱. دادنامه شماره ۱۱۷۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲. دادنامه شماره ۱۸۷-۱۸۶ مورخ ۱۳۸۸/۲/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳. دادنامه شماره ۴۳۰-۴۳۱ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. دادنامه شماره ۵۰۴ و ۵۰۳ مورخ ۱۳۸۶/۶/۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

## 2. Latin Source

1. Bruce E. Moon & William j. Dixon, “Basic Needs and Growth – Welfare Trade-offs”, International Studies Quarterly, 36,2: 191-212, June, 1992.
2. Clunan, Anne L., “Redefining Sovereignty: Humanitarianism’s Challenge to Sovereign Immunity”, in Negotiating Sovereignty and Human Rights, (eds) Noha, Shawki, & Michaelene, Cox, Ashgate, 2009.
3. Fierro, Ana, Administrative Burdens in Access to Justice, the Case of the Mexican Administrative Courts, UNISANTA Law and Social Science, Vol. 12, N. 1, 2023.
4. Klara ka, Nska, Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights, European Law Journal, Volume 10, Issue 3, 2004.
5. Tina, Sever, Procedural safeguards under the European convention on human rights in public (administrative) law matters, European Association Comenius (EACO), 2018.
6. Conway Henderson, Population Pressures and Political Repression, 74 Soc. Su. Q. 322.
7. landman, Todd, The Scope of Human Rights: From Background Concepts to Indicators, Human Rights Centre. March. Colchester, Uk, 2005.
8. Mendes, Joana, “Good administration in EU law and the European Code of Good Administrative Behaviour”, 2009.

# Abstracts

# The independence of the association of lawyers and its administrative and organizational structure in the legal system of Iran and France

AliAkbar Shahnazari Karbasoraei<sup>1</sup>

Valiollah Ansari<sup>2</sup>

Azizollah Fazli<sup>3</sup>

## Abstract

The community of lawyers in the board of the legal institution is an educated part of the civil society that plays a reviving role in the domestic and international spheres and a central role in protecting individual rights and fulfilling the rights of society and strengthening the foundations of justice. The real aspect is undeniable. Due to the importance of the agency and its independence, several laws have been approved so far to maintain the independence and non-dependence of various aspects of this institution. Therefore, how to design their structure, organization, and administrative and financial relations is one of the most sensitive issues to be considered in the category of independence and legal function of this institution, which has been taken into consideration in all countries. For this purpose, in this analytical-descriptive study, the status of the independence of the legal profession and its administrative and organizational structure in the legal system of Iran and France was examined. The results of this research showed that despite legal and functional differences in both countries, there are similarities in terms of the administrative and organizational structure of the lawyers' association and also in terms of the laws governing this profession.

**Key words:** Bar association, independence of lawyers, structure, legal system of Iran, legal system of France.

---

1. PhD student, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, ali.shahnazari@gmail.com

2. Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, drvaliansari@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, azizolla.fazli@gmail.com

## Examining the conflict between the proof of the claim and the testimony in Iranian law

Taghi Jafari<sup>1</sup>

Hossein Mehrpour Mohamad Abadi<sup>2</sup>

Alireza Mazloun Rahni<sup>3</sup>

### Abstract

The proofs of the claim are used to prove the right against the proposed claim. But sometimes there is a conflict between these arguments. This conflict is realized when the validity of two reasons is certain and there is a conflict between their meanings. In order to solve the conflict of evidences, the jurists first look for the preferred aspects and try to make one of the evidences superior to the other in some way and thus resolve the conflict. Inevitably, the fallout theory is applied. The method of this research is practical in terms of its purpose and descriptive and analytical in terms of execution method and the means of collecting information and data is documentary and library. Also, the purpose of this article is to examine the conflict between official documents and testimony as two important reasons in administrative and civil proceedings. The findings of this research show that the main rule to resolve the conflict of evidence is to pay attention to the ultimate goal and destination of the legal system in the field in which the conflict occurs, for example, in the field of contracts, pay attention to the common intention of the parties, and in the conflict of legal evidence, pay attention to The spirit of the words of the subject and the purpose of the legislator and in the conflict in judicial evidence and judicial justice require arriving at the truth.

**Keywords:** Conflict, proof of claim, official document, testimony, administrative proceedings.

---

1. PhD student in private law, Department of Law, Faculty of Humanities, United Arab Emirates branch, Islamic Azad University, UAE, Iran, taghijafari91@gmail.com

2. Professor, Department of Private Law, Shahid Beheshti University (Visiting Professor, Islamic Azad University, Emirates Branch), (Responsible Author), mehrpur@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Quds City Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Visiting professor of the Islamic Azad University of the Emirates branch), dr.mazloom14@yahoo.com

## **Public announcement of lands and its effect on ownership and ownership documents (with emphasis on the opinions of the Supreme Court and Court of Administrative Justice)**

Hosein Rahmatollahi<sup>1</sup>

Rahim Pilvar<sup>2</sup>

Mohammadhosein Masoumi<sup>3</sup>

### **Abstract**

Among the important issues in public law is the discussion of publicizing lands or, as the French interpret, land delimitation. In different legal systems, the most important reason for the creation of public ownership is that the competent authority of the government determines the land or declares it public or national. This action of the government is not only important from the point of view of public law, but also from the point of view of private property rights and registration law of the origin of the works. This article seeks to examine two important issues. First, what is the nature of the public declaration of lands by the government compared to the issue in private law, and secondly, registration law as between public and private law, what effects and impressions does it see from public announcement. Does the government need ownership documents to verify its ownership, and what will happen to the ownership documents of individuals that previously existed before making them public? This research, which has been carried out by analytical–descriptive method, has briefly reached the following results according to the laws, legal doctrine, opinions of the Supreme Court and the Court of Administrative Justice: First, although public announcement leads to public ownership by the government, it is a sovereign act. Second, because of the sovereignty of the action, firstly, the government does not need an official ownership document and secondly, previously issued and conflicting ownership documents are automatically invalidated and no longer have legal value.

**Keywords:** public property, private property, public land, publicizing land, ownership document.

---

1. Associate Professor of Public Law, Farabi School, University of Tehran, hrahmat@ut.ac.ir

2. Associate Professor, Faculty of Law, Farabi Campus,, University of Tehran, .rahimpilvar@ut.ac.ir

3. Doctoral student of Public Law, University of Tehran, Mh.masoomi@ut.ac.ir

## The conflict of interest and shareholding of consulting engineers is the bane of the country's technical and executive system projects

Rasoul Heidari Maharlooei<sup>1</sup>

Mohammad Hossein Sobhiyah<sup>2</sup>

Hani Arbabi<sup>3</sup>

### Abstract

Conflict of interest is a situation where personal interests conflict with the impartial and non-discriminatory performance of professional duties and legal powers of individuals, and the existence of a conflict of interest can prevent organizations from achieving their goals. The reports of the relevant organization and the data obtained from the interviews with the activists of the country's technical and executive system indicate the existence of severe situations of conflict of interest on the part of the consulting engineers in providing services, so that the program and budget organization, through a circular, established a framework for management Conflict of interest and prevention of collusion in referral work has been notified to the consultants. This research has presented a theoretical model of factors affecting the management of conflict of interests in consulting engineering companies active in the country's technical and executive system projects, and based on foundation data theory and by conducting 24 semi-structured interviews and after reaching theoretical saturation, with Data analysis has been done through three stages of open, central and selective coding, during which the main and sub-categories have been identified and related to each other, and finally the theoretical model has been presented.

**Keywords:** conflict of interests, shareholding, consulting engineers, construction projects, technical and executive system of the country, foundation's data approach.

---

1. Phd student of Project and Construction Management, Department of Project Management, Faculty of Art and Architecture, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, R.heidari.cm@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Project Management, Faculty of Art and Architecture, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), sobhiyah@modares.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Project Management, Faculty of Art and Architecture, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran, arbabi@modares.ac.ir

## The approach of Iran's judicial system to the forced transfer of private properties and lands to executive organization

Saeideh Zargar<sup>1</sup>

Asghar Arabian<sup>2</sup>

Shahab Jafari Nadushan<sup>3</sup>

### Abstract

Throughout the history of human life, one of the most challenging issues related to the ownership of immovable property has been its forced transfer to the government. For protecting the right of individual property, nowadays, in most countries, forced transfer of lands and properties conditions to the government have been systematized in the light of laws and regulations. In Iran's legal system, this issue has been regulated in laws. However, this issue has many challenges for various reasons. For this reason, this article, after examining the conditions of forced property acquisition by the executive organizations, has examined these challenges from the perspective of the Iranian judicial system and its findings indicate forced acquisition by the executive organizations has several conditions, which include: the approved plan, the need of the executive organization, securing the plan's implementation financial credit, the plan's implementation necessity, and the absence of national and state lands. In addition, the property price determination, the delay in property price payment and the delay in the implementation of the project are the most important challenges of forced acquisition in Iran, and part of these challenges are due to the ambiguity in the laws and legal loopholes in this field.

**Keywords:** forced transfer, daily price, property right, judicial procedure, approved plan

---

1. PhD student in Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, saeideh.zargar67@gmail.com

2. Associate Prof., Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran (corresponding author). a-arabian@srbiau.ac.ir

3. Assistant Prof., Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran. shjafari@srbiau.ac.ir

## A Legal Analysis of Conflict of Interest Management in the Public Sector: A Case Study of the Iranian Legal System

Ali Mashhadi<sup>1</sup>

Zahra Zandieh<sup>2</sup>

Mohammad Mahdifar<sup>3</sup>

### Abstract

Family appointments, favors, lobbying, and rent-seeking shareholdings of parliamentary representatives have occupied the minds of anti-corruption researchers. The footprint of many corruptions can be traced back to the keyword “conflict of interest”. The existence of a conflict of interest is not equivalent to the occurrence of corruption, but undoubtedly, the greatest factor in corruption is the existence of various conflict of interest situations that place an individual at a crossroads between personal and national interest. Although in an Islamic society, piety, inner control, and moral qualifications are conditions for holding positions, relying on moral virtues does not negate the government’s responsibility to eliminate situations that give rise to conflicts of interest.

The main research question is: What factors have caused the emergence of conflicts of interest in Iran to such an extent that one can speak of the alarm of a crisis in the Iranian political and administrative system? This article, which has analyzed the library resources on this subject using a qualitative method, seeks to investigate the main causes of corruption arising from conflict of interest situations with a legal approach in three areas: normative causes: resulting from a lack of adequate lawmaking; structural causes: arising from cases such as the combination of rule-making, executive, and supervisory positions; behavioral causes: resulting from matters such as a lack of adherence to professional ethics.

**Keywords:** Conflict of interest, corruption, management, public official

---

1. Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, droitenviro@gmail.com

2. PhD student in Public Law, Faculty of Law, Qom University (Corresponding Author), zandieh1991@gmail.com

3. PhD Candidate in Public Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi college), mohammadmahdifar@ut.ac.ir

# The effect of international sanctions on the violation of the right to the health of citizens and the human rights obligations of governments

Amir Mohammad Parsa<sup>1</sup>

Amir Hossein Malekizadeh<sup>2</sup>

## Abstract

The right to health as an inherent right means that everyone has the right to achieve the highest standard of physical and mental health, and this right includes all medical services, public health, adequate food, suitable housing, a healthy work environment, and a clean environment. The existence of different dimensions for health, various areas related to health and various factors influencing it have made it difficult to define the said right, and governments are required to take measures in a wide area to ensure the possibility of a healthy life, some of these obligations require immediate action and some They should be realized over time. Iran has also recognized and supported this right by approving various laws and regulations in the field of health as well as joining various international conventions. It seems that the position of this right in the Iranian legal system is explained by examining these laws and regulations. In this article, while reviewing the laws and regulations that recognize this right, we have expressed the concept and position of the right to health in Iran's legal system. Our findings show that the existence of some laws and regulations in this field has increased people's enjoyment of this right, but criminal protection has been neglected.

**Keywords:** Right to health, right to access, right to medicine, right to life, human right

---

1. PhD student in public law Damghan Azad University, [parsa4179@gmail.com](mailto:parsa4179@gmail.com)

2. PhD in International Law associate professor Professor of Islamic Azad University, Mashhad branch, [amirhmkizadeh@gmail.com](mailto:amirhmkizadeh@gmail.com)

## **Civil liability resulting from the disclosure of confidential information in the stock market and the role of governance With a comparative study of Iran's legal system and common law**

Mehdi Eftekhari Sola<sup>1</sup>

Abbas PahlavanZadeh<sup>2</sup>

Sodeh Hamed Tavassoli<sup>3</sup>

### **Abstract**

The purpose of this study was to investigate the civil liability of disclosure of confidential information in the stock market, with a comparative study of Iranian law and common law. Confidential information in the stock exchange organization is one of the most vital trading elements and the foundation of many decisions in stock exchange transactions is dependent on it. In Iran's legal system and common law, the publishers and holders of primary and secondary information are the custodians of disclosure of known information and are obliged to disclose it equally and simultaneously among investors. In both systems, the information is considered confidential until it is disclosed through legal channels. And the responsibility of its care and maintenance rests with the trustees. The results indicated that the unauthorized disclosure of confidential information in the common law has absolute liability. While the approach of Iranian laws is based on the general rules of contracts and liability, based on fault. In the common law legal system, the unauthorized disclosure of information is not liable unless a transaction is made based on it, while from the perspective of Iranian law, as soon as the unauthorized disclosure of information is made, civil liability will be incurred. It seems that the laws of the common law legal system can cover some legislative gaps in the legal system of Iran in the field of disclosure of confidential information in the stock market.

**Keywords:** Unauthorized disclosure of confidential information, stock exchange, primary market, legislation, common law

---

1. Unauthorized disclosure of confidential information, stock exchange, primary market, legislation, common law, mehdi102.mfh@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran, a.pahlavanzadeh@Kiau.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Karaj Branch, Islamic Azad University, Karaj, Iran, Soodeh.hamedtavassoli@Kiau.ac.ir

# Examining the assignment statute and separation of private and public companies from the perspective of public law in Iran

Changiz Mosayebzadeh<sup>1</sup>

Ali PourAbbas<sup>2</sup>

Hossein Malakouti<sup>3</sup>

## Abstract

The concept of privatization in Iran's economy is in a kind of conceptual and functional link with the policies announced in Article 44 of the Constitution. Accordingly, the implementation steps of this policy will change the position of the government from the position of executive to the status of supervisor and leader. In the process of privatization and transfer of public enterprises to the private and non-governmental sector, various issues emerged from the perspective of public law. Among these issues was the entry of non-governmental public institutions in the field of assigning companies and economic enterprises to these institutions. From this perspective, the problems of separating private and public sectors appeared more and more. This type of handovers has led to issues such as weakening the principle of accountability, impairing the principle of transparency, the possibility of violating the principle of equality, which is discussed in this article.

**Keywords:** Privatization, Article 44 of the Constitution, non-governmental public institutions, separation of economic sectors

---

1. PhD student, Department of Public Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, changizmosayebi@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Varamin-Pishva Branch, Islamic Azad University, Varamin, Iran, (Corresponding author), Ali.pourabbas@iau.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, College of Law, Tabriz University, Tabriz, Iran, malakooti@tabriz.ac.ir

## Challenges facing Iraq's constitutional law system in the light of the rule of law principle

Dzhwar Anwar ahmad<sup>1</sup>

Ebad Rouhi<sup>2</sup>

Javanmir Abdollahi<sup>3</sup>

### Abstract

The Iraqi constitution was approved in 2005 with the aim of creating a democratic country under the rule of law. Nevertheless, the transition to a law-abiding Iraq has faced significant challenges. This article, using a descriptive method, examines the complex obstacles in the constitutional rights system of Iraq that prevent the realization of the rule of law. The key issues are: ambiguities and internal contradictions in the constitution, disputes arising from the federal structure, the judiciary lacking independence and widespread corruption. The results indicate that the most important constitutional challenges for the rule of law in Iraq are: ambiguity and internal contradictions, federalism and power sharing, weakness of the judiciary, corruption and lack of accountability. The implications of these challenges are profound: they jeopardize the protection of human rights, discourage investment, and hamper economic growth. Finally, a fragile rule of law hinders Iraq's progress toward creating a just, fair, and stable society. A strong rule of law serves as the bedrock of a functioning democracy, ensuring that all individuals, regardless of status, are subject to the fair and consistent application of the law, and fosters predictability and trust in the legal system. In addition, a strong rule of law is essential to attract investment, stimulate economic development and protect human rights.

**Key words:** Iraqi constitution, rule of law, judicial independence, federalism, human rights

---

1. PhD student in public law, Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran, dzhwar.jnp@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran, (Corresponding Author), ibadruhi@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran, j.abdollahi@uok.ac.ir

## Jurisdiction of the Administrative Court of Justice considering the complaints against natural persons

Mohammad Hasanvand<sup>1</sup>

Mohammad Porsa<sup>2</sup>

Hadiseh Davoudi<sup>3</sup>

### Abstract

According to Article 10 of the Law on Organizations and Procedures of the Court of Administrative Justice, the existing reason for the Court of Administrative Justice (CAJ) is to realize accountability, rule of law and judicial control in public institutions, by judicial review on people's complaints and protests against public institutions, officials and employees. Despite the clarity of the law and the institutionalization of the judicial review of complaints against public institutions in Iran's legal system, complaints against the officials and employees of the institutions subject to the law are not very common in the procedure of the CAJ and have practically been neglected. Whereas, in many cases, the employees are responsible for illegal acts and decisions of administrative institutions; hence, recognizing personal administrative responsibility can effectively lead to the rule of law and prevent illegal procedures in administrative institutions. In this regard, the current research seeks to specify the possible forms of complaints against natural persons based on their career position in executive bodies, and for this purpose, examines and analyzes legal texts and also the judicial procedure of the branches of the CAJ. It finally indicates that the full realization of the CAJ's judicial review requires an exact separation between the responsibility of the administration and the responsibility of the employees; thereupon, it is possible to file a complaint against public employees in various forms, including disregarding rules and regulations, abuse of powers, ultra vires, and breach of statutory duties.

**Keywords:** Court of Administrative Justice, Public institutions, Public officials, Civil liability, Authenticating the violation.

---

1. Ph.D. in Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, Judge of Administrative Court of Justice, University Lecturer,

2. M.A. in Administrative Trial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Interrogator Judge, University Lecturer,

3. Ph.D. Student in Public Law, Farabi Campus, University of Tehran, Iran, University Lecturer,

## **Judicial procedure approach in resolving disputes in the implementation phase of administrative contracting contracts (Comparative study in Iranian, French and English law)**

Mohammad YazdanMehr<sup>1</sup>

Asadollah Yavari<sup>2</sup>

### **Abstract**

The most common method for resolving disputes in administrative contracting contracts is the judicial method, in which the victim, by referring to the competent judicial authorities, either public or private, files his lawsuit, which is mainly based on the request of the obligee to fulfill his obligation or his obligation to compensate for damages. It enters into a contract with the other party. In this research, the approach of the judicial procedure of three countries, Iran, England and France, regarding the resolution of disputes in administrative contracting contracts has been examined. Of course, this study, in particular, includes the stage of implementation of administrative contracting contracts, which is the most important stage in these contracts. The main question of the article is that what is the approach of the judicial procedure in the three countries of Iran, France and England towards the resolution of disputes in the implementation phase of administrative contracting contracts? The most important findings of this research are that the judicial method is the most important method of resolving disputes related to the implementation of administrative contracting contracts in the three countries of Iran, France and England, and sometimes the importance of the obligations of the parties in these contracts is such that In terms of nature, they are considered a commitment to the result. The current type of research is fundamental, its approach is descriptive-analytical, its method is library study, and the tool for gathering information is also a survey.

**Keywords:** Administrative contracting agreement, execution stage, dispute resolution, judicial method, Iranian law, French law, English law.

---

1. Lecturer at Islamic Azad University, North Tehran branch, yazdanmehrmohammad@gmail.com

2. Faculty member of Shahid Beheshti University Faculty of Law, yavariamir@gmail.com

## A comparative study of electoral proceedings in the Islamic Republic of Iran and England

Morteza Deljou<sup>1</sup>, Azizollah Fazli<sup>2</sup>

### Abstract

One of the important concerns regarding the holding of elections is the legal–legal clarification of the process and principles governing election proceedings in relation to election violations and crimes, therefore, in this research, the issue of election proceedings in the Islamic Republic of Iran and the United Kingdom has been comparatively studied. And the topics discussed have been centered around the answer to this issue and the question, what are the points of commonality and difference between the process of election proceedings and its compliance with international principles in the laws of Iran and England. The results and findings of this research, which were prepared and organized in a descriptive and analytical method, prove that the structure of election proceedings in Iran and England, from the perspective of compliance with international principles, in cases such as the principle of neutrality, equality, transparency, access to the right to complain and protest and strict supervision, although in the pre–determined explanation of crimes and electoral violations in line with the principle of legality of crimes and punishments as well as the principles of impartiality and independence, the electoral procedure system of England has acted more precisely and scrutinizingly and in contrast to Iran’s situation in observing principles such as The time and cost of election proceedings are better than in England. In the field of implementation of electoral proceedings, Iran and England through judicial and non–judicial means, both of them are in common in predicting the separation of judicial and non–judicial solutions as well as determining specialized branches of public courts which are also temporary, although they differ from each other in two points, firstly, the institutions Non–judicial bodies in Iran are such as the Guardian Council, the Islamic Council and the executive board, while in England these institutions are mostly popular, such as political parties and institutions, and secondly, in Iran, unlike in England, the judicial authorities have the right to investigate election violations and crimes. if in England they act only after receiving complaints and objections.

**Keywords:** elections, election proceedings, judicial and non–judicial proceedings, international principles, English law, Iranian law.

1. Graduated from Master of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, mortezadeljou@chmail.ir

2. Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, azizollahfazli@chmail.ir

## The State's International Commitments to Provide Items and Prepare Methods for Preventing, Controlling and Dealing with Emerging Epidemic Diseases with an Emphasis on the Spread of the Covid-19 Virus

Mohsen Mohebbi<sup>1</sup>, Shahin Mazaheri Jabali<sup>2</sup>, MohammadReza AliPour<sup>3</sup>

### Abstract

The Corona or Covid-19 crisis that started in China in November 2019 and quickly affected the world, The pandemic raised important questions regarding the responsibility of the states involved in this crisis. One of the most important of these issues was determining the rules of behavior of states in dealing with this crisis in order to prevent, control and counter to protect the rights of citizens and other states. The principle of states' duty to adopt "must try" against crises is one of the rules governing the behavior of states in fulfilling their international obligations. Although the content of this principle as one of the behavioral norms of states to protect the rights of "others" is not a new issue, with all these characteristics of this crisis, it should be taken into consideration in its implementation. In this research, using the descriptive and analytical method based on documentary studies with the tool of taking receipts, the international obligations of the state to provide items and prepare methods of prevention, control and dealing with epidemic diseases, including covid-19, are scrutinized, analyzed and Checked and as a result of the results of the findings, it is stated that states have the duty to take necessary measures such as legislation and within the framework of their resources and facilities, to provide the necessary grounds and conditions for the realization of human rights and the enjoyment of people's rights. In addition, in critical situations and difficult economic situations, states have the duty to guarantee minimum basic rights for everyone in order to provide items and prepare methods to prevent, control and deal with the pandemic disease, which is interpreted as a minimum nuclear obligation. The commitment to help and cooperation and the commitment to guarantee are also other duties of states to help realize human rights or prevent human rights violations in other states.

**Keywords:** global diseases, prevention and control, International obligations, access to treatment and vaccine, covid-19.

---

1. Assistant Professor, Public and International Law Department, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, sd.mohebi@gmail.com

2. Ph.D. student in Public International Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, shahin.mz71@gmail.com

3. Assistant Professor, Public and International Law Department, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, mra\_alipour@yahoo.com

## Situational prevention of administrative corruption in Iran's banking system with emphasis on embezzlement

Mohammad Azarnoush<sup>1</sup>

Elham Moghadam Nia<sup>2</sup>

### Abstract

Administrative corruption and especially embezzlement in the banking system is one of the problems facing the administrative and banking system, which has many negative social, political and economic effects. In this article, an attempt has been made to examine the role of situational prevention and related methods in dealing with this phenomenon.

strengthening the supervision of non-governmental institutions, managing public funds and setting financial tables and privatizing the country's banking system, promoting effective environmental factors, using information technology, increasing the development of free media and facilitating access to them, creating monitoring institutions. And official control is the most important mechanism to prevent administrative corruption and embezzlement in Iran's banking system. Administrative corruption, including embezzlement in the banking system, is the result of financial abuse among bank officials and employees and the inadequacy of criminal and social prevention in preventing crime, and it prioritizes situational prevention. The transparency of regulations in the banking system and continuous monitoring of banks' performance are among the preventive measures that need to be followed seriously. The current article is descriptive-analytical and the topic of the article has been investigated using a library method.

**Keywords:** state prevention, administrative corruption, Iranian banking system, embezzlement.

---

1. Faculty of Law and Islamic Studies, Imam Sadeq University, Tehran, Iran, mohammadazarnoush@mail.ir

2. Research and Development Management Department, Faculty of Management and Economics, Research and Sciences Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, e.moghadamnia@srbiau.ac.ir

## The Human Rights Commitment Index of States regarding the Right to Good Administration

Sara Rasouli<sup>1</sup>

Iraj Rezaeenezhad<sup>2</sup>

### Abstract

The concept of obligation in contemporary human rights discourse is defined as obligation of result and obligation of conduct. In the most important international instruments, including the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, governments are the main responsible of realizing human rights, through legislation, providing a suitable platform for implementation, predicting an effective implementation mechanism, and ... are considered. Other human rights instruments also have obligation oriented literature towards governments. The approach of human rights activists is also focused on the fact that the responsibility for observing human rights or violating them lies with governments. Because these governments have the most tools and facilities to prevent human rights violations as well as support and realize them. However, the international community wants all governments to observe and respect human rights despite differences in the government system and respect for their independence. In the field of administrative law, due to the fact that the authorities and administrative bodies have many powers and competencies, the human rights obligations of governments become more important. The research method in this study is descriptive-analytical, and we are looking for an answer to the question that governments are obliged to follow in the field of administrative human rights.

**Keywords:** human rights, obligations of state, administrative rights, administrative human rights, right to good administration

---

1. Ph.D. Student in General International Law, Islamic Azad University of Qaemshahr, Mazandaran, Iran, s.rasouli@yahoo.com

2. Assistant Prof, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University of Chalous, Mazandaran, Iran (Corresponding Author). irajrezaeenezhad@gmail.com

**Journal of Modern Research on  
Administrative Law**

Sixth Year / 21st Issue / Winter 2025



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](http://www.malr.ir)

[malr.journal@gmail.com](mailto:malr.journal@gmail.com)

**Journal of**  
**Modern Research on**  
**Administrative Law**



Sixth Year / 21st Issue / Winter 2025



# Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Sixth year :: 21st issue :: Winter 2025

## Title of Articles

- ▶ The independence of the association of lawyers and its administrative and organizational structure in the legal system of Iran and France
- ▶ Examining the conflict between the proof of the claim and the testimony in Iranian law
- ▶ Public announcement of lands and its effect on ownership and ownership documents (with emphasis on the opinions of the Supreme Court and Court of Administrative Justice)
- ▶ The conflict of interest and shareholding of consulting engineers is the bane of the country's technical and executive system projects
- ▶ The approach of Iran's judicial system to the forced transfer of private properties and lands to executive organization
- ▶ A Legal Analysis of Conflict of Interest Management in the Public Sector: A Case Study of the Iranian Legal System
- ▶ The effect of international sanctions on the violation of the right to the health of citizens and the human rights obligations of governments
- ▶ Civil liability resulting from the disclosure of confidential information in the stock market and the role of governance With a comparative study of Iran's legal system and common law
- ▶ Examining the assignment statute and separation of private and public companies from the perspective of public law in Iran
- ▶ Challenges facing Iraq's constitutional law system in the light of the rule of law principle
- ▶ Jurisdiction of the Administrative Court of Justice considering the complaints against natural persons
- ▶ Judicial procedure approach in resolving disputes in the implementation phase of administrative contracting contracts (Comparative study in Iranian, French and English law)
- ▶ A comparative study of electoral proceedings in the Islamic Republic of Iran and England
- ▶ The State's International Commitments to Provide Items and Prepare Methods for Preventing, Controlling and Dealing with Emerging Epidemic Diseases with an Emphasis on the Spread of the Covid-19 Virus
- ▶ Situational prevention of administrative corruption in Iran's banking system with emphasis on embezzlement
- ▶ The Human Rights Commitment Index of States regarding the Right to Good Administration