

پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال هفتم: شماره بیست و دوم: بهار ۱۴۰۳



عنوان مقاله‌ها

- واکاوی چالش‌های اداری استفاده از شرکت‌های دانش‌بنیان در طرح کاداستر جامع «محسن عسگری، حسین حبیبی تبار، محمود قیوم زاده»
- تداخل صلاحیت در وظایف تقنینی در نظام حقوقی ایران «مجید رحمانی، محمد امامی، محمد مقدم فرد»
- بررسی و امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت با تکیه بر قوانین حقوقی ایران «نرگس اسکافی، اسماعیل شاهسون، امیرعباس بزرگمهر»
- بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی دولت و متصدیان حمل و نقل در حقوق ایران و انگلستان «میر داود احدپور، فرهاد ادیسی، مجتبی غفاری»
- حفاظت از هوای پاک شهروندان در پرتو مفهوم سیاست جنایی مشارکتی «عرفان امیرپور، محمدعلی بابایی، علیرضا سایبانی»
- تأثیر نظریه تغییر اوضاع و احوال در وضعیت قرارداد اداری؛ تأملی در حقوق ایران «جبار تازی، حسن پاشا زاده، رحیم وکیل زاده»
- نظام حقوقی حاکم بر مالکیت اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی در ایران «مریم زورمند، حسین احمدی، رضا عباسپور»
- بررسی اختیاریه حکومت در نقض حریم خصوصی شهروندان در شرایط اضطراری «سید رضا موسوی، سیدمحمد میرخلیلی، سیدحسین هاشمی»
- آسیب‌شناسی نظام پرداخت حقوق و مزایا از منظر عدالت استخدامی «محمد اسماعیلی، مرتضی نجابت‌خواه، علی اکبر گرجی ازندریانی»
- راهکارهای رفع چالش‌های اداری حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در برنامه‌های موشک‌های بالستیک «بهمن بدخش، عبدالرضا فرجی راد»
- مبانی تحقق جایگاه و کارکرد کمیسر پارلمانی در حقوق اداری انگلستان (قانون یا عدالت و انصاف) «آیت مولایی، فرشید بنده علی»
- پی‌آمدهای سدسازی در ایران از منظر حقوق عمومی و راهکارها «محمد رضا کاشانی، مهدی پالوی»
- جهانی شدن حقوق اساسی با رویکردی به نظام حقوقی ایران «سجاد ریحانی نژاد، پونه طبیب زاده، معین صباحی گراغانی»
- اصل برابری اصحاب دعوا در نظام دادرسی مدنی و اداری با تأمل بر حقوق ایران و آمریکا «مصطفی پوررحیم قورقچی، عیسی امینی، بختیار عباسلو»
- نقش و مشارکت دولت‌ها در تحقق چرخه انرژی پایدار جهانی با تأکید بر عملکرد، نقش و ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار «سمیرا رضایی مرادعلی، پیمان حکیم زاده خوبی، میثم نوروزی»
- راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری «مهدیه سادات کریمی، محمد تقی دشتی، محمد رضا حکاک زاده»
- ماهیت و آثار مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل؛ مقارنه‌ای با رأی شماره ۷۲۴ دیوان عدالت اداری «محمد رضا عباسی، حمید رضا صالحی»
- نقش قراردادهای هوشمند در ارتقای شفافیت و عدالت در پلتفرم‌های دوتنقی در حقوق اداری ایران و آمریکا «رسول کریمی مقدم»
- آثار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارت زیست محیطی؛ مطالعه موردی حقوق ایران و اتحادیه اروپا «حسین ولی زاده، نجات‌الله ابراهیمیان، شراره مفیدیان»
- تحلیل حقوقی چالش‌های قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا «ارحام هاشم پور، توحید کاظم‌لو، امین بناء زاده اردبیلی»





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نوین حقوق اداری

سال هفتم / شماره ۲۲ / بهار ۱۴۰۴

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

◀ صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری ▶

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنوند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

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

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

دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

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

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

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی:

مهدی حسنوند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

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



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

کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

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

ب. شیوه ارجاع دهی:

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

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

نمونه:

دستورگرایي بين المللي: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

۵- مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه:

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

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

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

نکات مهم پایانی:

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



فهرست مطالب

۱۳	واکاوی چالش‌های اداری استفاده از شرکت‌های دانش‌بنیان در طرح کاداستر جامع محسن عسگری، حسین حبیبی‌تبار، محمود قیوم‌زاده
۳۷	تداخل صلاحیت در وظایف تقنینی در نظام حقوقی ایران مجید رحمانی، محمد امامی، محمد مقدم‌فرد
۵۷	بررسی و امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت با تکیه بر قوانین حقوقی ایران نرگس اسکافی، اسماعیل شاهسون، امیرعباس بزرگمهر
۸۱	بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی دولت و متصدیان حمل و نقل در حقوق ایران و انگلستان میر داود احدپور، فرهاد ادریسی، مجتبی غفاری
۱۱۱	حفاظت از هوای پاک شهروندان در پرتو مفهوم سیاست جنایی مشارکتی عرفان امیرپور، محمدعلی بابایی، علیرضا سایبانی
۱۳۹	تأثیر نظریه تغییر اوضاع و احوال در وضعیت قرارداد اداری؛ تأملی در حقوق ایران جبار تاری، حسن پاشا‌زاده، رحیم وکیل‌زاده
۱۶۷	نظام حقوقی حاکم بر مالکیت اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی در ایران مریم زورمند، حسین احمري، رضا عباسپور
۱۹۳	بررسی اختیار ویژه حکومت در نقض حریم خصوصی شهروندان در شرایط اضطراری سیدرضا موسوی، سیدمحمد میرخلیلی، سیدحسین هاشمی
۲۲۵	آسیب‌شناسی نظام پرداخت حقوق و مزایا از منظر عدالت استخدامی محمد اسماعیلی، مرتضی نجابت‌خواه، علی اکبر گرجی‌ازندریانی
۲۵۳	راهکارهای رفع چالش‌های اداری حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در برنامه‌های موشک‌های بالستیک بهمن بدخش، عبدالرضا فرجی‌راد

۲۷۵ مبانی تحقق جایگاه و کارکرد کمیسر پارلمانی در حقوق اداری انگلستان (قانون یا عدالت و انصاف)

آیت مولایی، فرشید بنده علی

۳۰۱ پی آمدهای سدسازی در ایران از منظر حقوق عمومی و راهکارها

محمد رضا کاشانی، مهدی بالوی

۳۳۱ جهانی شدن حقوق اساسی با رویکردی به نظام حقوقی ایران

سجاد ریحانی نژاد، پونه طبیب زاده، معین صباحی گراغانی

۳۵۱ اصل برابری اصحاب دعوا در نظام دادرسی مدنی و اداری با تأمل بر حقوق ایران و آمریکا

مصطفی پوررحیم قورقچی، عیسی امینی، بختیار عباسلو

۳۷۹ نقش و مشارکت دولت‌ها در تحقق چرخه انرژی پایدار جهانی با تأکید بر عملکرد، نقش و ماهیت

قانونی دموکراسی انرژی پایدار

سمیرا رضایی مراداعلی، پیمان حکیم زاده خویی، میثم نوروزی

۴۰۵ راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری

مهدیه سادات کریمی، محمد تقی دشتی، محمد رضا حکاک زاده

۴۳۱ ماهیت و آثار مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل؛ مقارنه‌ای با رأی شماره ۷۲۴ دیوان عدالت اداری

محمد رضا عباسی، حمید رضا صالحی

۴۵۱ نقش قراردادهای هوشمند در ارتقای شفافیت و عدالت در پلتفرم‌های دونقشی در حقوق اداری ایران و آمریکا

رسول کرمی مقدم

۴۷۹ آثار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارت زیست محیطی؛ مطالعه موردی حقوق ایران و

اتحادیه اروپا

حسین ولی‌زاده، نجات‌الله ابراهیمیان، شراره مفیدیان

۵۰۷ تحلیل حقوقی چالش‌های قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا

ارحام هاشم‌پور، توحید کاظم‌لو، امین بناءزاده اردبیلی



واکاوی چالش‌های اداری استفاده از شرکت‌های دانش بنیان در طرح کاداستر جامع

محسن عسگری^۱

حسین حبیبی تبار^۲

محمود قیوم زاده^۳

چکیده

در راستای حمایت از حقوق مالکیت نیاز است که ضمن حدنگاری مساحت کل کشور، اسناد را بر اساس آن صادر کرد. در ایران، اجرای حدنگاری جامع با موفقیت کامل همراه نبوده است. اخیراً شرکت‌های دانش بنیان اعلام داشته‌اند که با فناوری مخابراتی، قادر به اجرای کامل این طرح در مدت زمانی کوتاه با هزینه نسبتاً اندک هستند و سازمان ملی نقشه برداری هم توانایی آن‌ها را تأیید کرده است.

هدف این پژوهش که به روش تحلیلی و توصیفی انجام شده، آن است که چالش‌های اداری استفاده از شرکت‌های دانش بنیان را در این مسیر بررسی کند. تبعیت نکردن سازمان‌های نظامی و امنیتی از مصوبات هیئت دولت و اختلاف در طبقه‌بندی اطلاعات جغرافیایی اماکن نظامی، اختلاف در مرجع صدور مجوز نصب «بی.تی.اس» در انفال و تأکید قوه قضاییه بر حاکمیتی بودن حدنگاری از جمله چالش‌های اداری این حوزه است. برای رفع این موارد بدون نیاز به تغییر قوانین موضوعه ضمن تفسیر این قوانین توسط مجلس شورای اسلامی و تهیه آیین‌نامه اجرایی واگذاری کاداستر به بخش خصوصی که ضمن هماهنگی بین سران سه قوه و با مشورت با مقام معظم رهبری ممکن است، برای ورود شرکت‌های دانش بنیان به این عرصه می‌توان اقدام کرد.

واژگان کلیدی: شرکت‌های دانش بنیان، کاداستر، تجهیزات مخابراتی، چالش‌های اداری.

۱. دانشجوی دکتری، حقوق خصوصی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. ma@gmail.com

۲. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. yoonatanass@gmail.com

۳. استاد، گروه معارف و حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. maarefteacher@yahoo.com

مقدمه

رمز موفقیت کشورهای پیشرفته، حمایت قاطع از تولید علم و کاربردی کردن آن است که در نهایت به ایجاد انحصار در تکنولوژی‌های خاص می‌انجامد و موجب برتری دولت‌ها خواهد شد. به شرکت‌هایی که بر پایه تازه‌های علمی، موفق به راه‌اندازی کسب‌وکار می‌گردند، «دانش‌بنیان» گفته می‌شود که نیازمند حمایتند. جدا از مسائل استراتژیک کشور، توسعه این شرکت‌ها موجب اشتغال‌زایی، رفع وابستگی به خارج و افزایش تولید ناخالص ملی می‌گردد. البته از نحوه حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان کشور همواره انتقاد شده است.

در چند سال اخیر، چند شرکت دانش‌بنیان ضمن اعلام آمادگی برای حدنگاری کامل کشور در مدت‌زمانی کوتاه بر پایه هوش مصنوعی، خواهان حمایت دولت شدند. این شرکت‌ها اعلام کردند که هزینه کل حدنگاری با این روش تنها ده درصد بودجه سالانه اختصاص یافته به این مهم است که در ده سال، دستاورد جزئی داشته است. با این حال، به دلایل اداری، این پیشنهاد در مرحله اجرا ناکام ماند که احتمالاً تعارض منافع موجب بروز چنین مشکلاتی شده است.

قاضی نوری و همکاران (۱۳۹۵)، رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی را با رویکرد تکنوسومی بررسی کردند.^۱ محمدی و خردمندی (۱۳۹۹)، علل ناکامی طرح کاداستر در کشور را از دیدگاه حقوق اداری واکاوی کردند.^۲ اشراقی و همکاران (۱۴۰۰)، اثر سیاست‌های حمایتی را بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد کاویدند.^۳ عسگری و همکاران (۱۴۰۱)، چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن را بررسی کردند.^۴

۱. قاضی نوری، سید سروش، جهانیار بامداد صوفی و نیلوفر ردایی، «بررسی رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی با رویکرد تکنوسومی»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره چهارم، ۱۳۹۵، صص ۳۲۰-۹.

۲. محمدی، شیوا و سعید خردمندی، «واکاوی علل عدم موفقیت طرح کاداستر در کشور از دیدگاه حقوق اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، صص ۱۱۱-۱۳۶.

۳. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، صص ۳۷-۵۳.

۴. عسگری، محسن، حسین حبیبی‌تبار و محمود قیوم‌زاده، «واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، صص ۱۳-۳۹.

تاکنون در خصوص مسائل اداری مرتبط با حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در طرح کاداستر، تحقیقی انجام نشده و این پژوهش به نوع خود دارای نوآوری است. در عین حال، با توجه به این‌که طرح کاداستر در اجرا شکست خورده است (در ادامه، توضیحات کافی در این خصوص ارائه شده است) و برای مقابله با زمین‌خواری، کاداستر، یک ضرورت محسوب می‌گردد، انجام این پژوهش از دیدگاه نظری و کاربردی ضرورت دارد.

سؤال پژوهش این است که چالش‌های اداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ورود به طرح کاداستر چیست؟ به نظر می‌رسد برخی تفاسیر مختلف در خصوص قوانین حدنگاری و مسائل اجرایی مرتبط با آن که اجرای حدنگاری را امری حاکمیتی می‌داند و دخالت بخش خصوصی را در آن نمی‌پذیرد، چالش اداری اصلی ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به این عرصه است.

در این پژوهش، ابتدا شرکت‌های دانش‌بنیان و حدنگاری تعریف می‌شود. سپس حضور در بخش خصوصی در حدنگاری، واکاوی و در انتها، الگوی رفع این چالش بررسی می‌گردد.

گفتار اول. شرکت‌های دانش‌بنیان

در خصوص حمایت از خلق آثار بدیع، نظریات مختلفی وجود دارد. برخی معتقدند که دولت باید از هر طرح نوآورانه‌ای حمایت کند.^۱ در مقابل، برخی دیگر با این استدلال که هر طرح بدیع قابلیت تجاری‌سازی ندارد، دولت را تنها ملزم به حمایت از طرح‌های مفید می‌دانند.^۲ عقیده دوم، طرفداران بیش‌تری دارد؛ چون تنها درصد اندکی از طرح‌های بدیع به سوددهی تجاری می‌رسند.^۳ به هر حال، در ایران، دولت از شرکت‌هایی که ایده جدید با قابلیت تجاری‌سازی داشته باشند، حمایت می‌کند و در شمول شرکت‌های دانش‌بنیان قرار خواهند گرفت. در این گفتار در مورد شرکت‌های دانش‌بنیان و موقعیت آن‌ها در کشور بیش‌تر بحث می‌شود.

1. Esmaceli Ranjbar, Khaterreh and Soleimani, Ameneh, "Presenting a Model for the use of Internet of Things in the Iranian Knowledge-based Companies", Journal of Information Technology Management, 2021, p. 21.

2. Guaragna, M. B., *Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law, Biotechnology and Open Scientific Innovation* (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017, p. 25.

۳. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش‌بنیان»، فصل‌نامه علمی-تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، ص ۶۵.

بند اول. حمایت قانونی

مصالح سیاسی، اقتصادی، علمی و استراتژیکی چنین ایجاب کرده است که دولت از شرکت‌های دانش‌بنیان حمایت‌های لازم را به عمل آورد. یکی از آفت‌های این عرصه، اشخاصی هستند که از قبال ادعاهای نوآورانه، قصد دریافت امتیاز دارند. بنابراین، نیاز است که ابتدا از جنبه نوآورانه و ضرورت طرح اطمینان حاصل شود. سپس با اعطای امتیازات مالی بر نحوه صحیح استفاده از آن نظارت گردد.^۱ با این حال، انتقاد اصلی وارد بر اقدامات اداری این حوزه، تأمین نشدن بازاری امن برای این شرکت‌هاست. با وجود تصویب قانون حمایت از طرح‌های دانش‌بنیان در سال ۱۳۹۴ و سپس آیین‌نامه اجرایی آن، هیچ تدبیری برای خرید محصولات این شرکت‌ها اندیشیده نشده است. این در حالی است که به عقیده اکثریت خبرگان اقتصادی، عنصر اصلی موفقیت هر کسب‌وکار، برخورداری از بازار امن و مناسب بوده و این مهم حتی از تأمین سرمایه اولیه آن نیز مهم‌تر است. بنابراین، مهم‌ترین جنبه حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان می‌بایست خرید تضمینی محصولات آن باشد. با این حال، این مهم به این دلیل‌ها محقق نشده است:

۱. در هیچ یک از منابع حقوقی، ارگان‌های دولتی ملزم به خرید محصولات دانش‌بنیان نشده‌اند و این مهم تنها در حد توصیه‌های اداری باقی مانده است.
۲. اطمینان به کیفیت محصولات دانش‌بنیان اندک است و اکثریت ارگان‌های دولتی به دلایل مختلف، تصمیم به واردات کالای مشابه دارند. این مهم در بخش پنل‌های خورشیدی مشهود است.
۳. در خصوص قیاس کیفیت این محصولات با نمونه‌های مشابه خارجی فرهنگ‌سازی نشده است.
۴. بیش‌تر شرکت‌های دانش‌بنیان از نوع کوچک و متوسطند که به دلیل تولید در تعداد اندک، دچار افزایش هزینه تولید می‌شوند و برای خریدار جذابیتی ندارد.

پیش‌بینی شده است که اگر حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان به جای اعطای تسهیلات و دیگر موارد مالی مختصر، به خرید تضمینی محصولات آن‌ها منتهی شود، می‌تواند محرکی برای تولید بیش‌تر این محصولات باشد.

۱. طیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین‌الدینی، شرکت‌های دانش‌بنیان، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۲۱۱.

بند دوم. مشکلات اداری

به موجب ماده ششم قانون حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان، «کلیه دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی مجازند بخشی از مبلغ قراردادهای خرید کالا یا خدمات با مبدأ خارجی را جهت نیل به خودکفایی در همان زمینه از طریق انجام فعالیت‌های تحقیق و توسعه فناوری ضمن عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان به انجام رسانند».

در این ماده مهم حقوقی، عبارت «مجازند» بیش‌تر به چشم می‌خورد. بنابراین، ارگان‌های دولتی تنها مجاز به عقد قراردادند و الزامی برای خرید محصولات دانش‌بنیان ندارند. با توجه به دولتی بودن اقتصاد کشور و دخالت گسترده دولت در آن، معمولاً کسب‌وکارهایی که طرف مقابل ارگان دولتی قرار دارند، توان پیشرفت و توسعه را دارند، در حالی که بخش اعظم بخش خصوصی در کشور، توانایی لازم برای رقابت با ارگان‌های دولتی را ندارند. بنابراین، الزام به خرید محصولات دانش‌بنیان توسط ارگان‌های دولتی، یک ضرورت برای رفع چالش‌های اداری این حوزه محسوب می‌گردد.

از طرف دیگر، شایسته‌سالاری در خصوص مسائل امنیتی در ایران اجرایی نشده است. طبیعتاً دسترسی به اطلاعات حیاتی کشور می‌بایست محدود باشد و این مهم، لازمه اقتدار و امنیت کشور است. با این حال، انحصار در این مسائل به سازمان‌های دولتی، جز افزایش بار مالی اجرایی و رشد فساد هیچ دستاوردی نداشته است.^۱ در اکثریت کشورهای جهان، بخش خصوصی در مسائل امنیتی حضوری فعال دارد. البته پیش از حضور در خصوص شرایط خاص آن‌ها شایسته‌سالاری اعمال می‌شود که آیین‌نامه این مهم نیز موجود است.^۲ در ایران، آیین‌نامه اجرایی شایسته‌سالاری بخش خصوصی به درستی مشخص نیست. از این رو، ورود به مسائل امنیتی مستلزم تأیید مقاماتی است که اختیارات زیادی در این خصوص دارند. در طرح دولت سیزدهم موسوم به «تسهیل کسب‌وکار»، این موانع تا حدودی مرتفع شد، ولی باز هم سپردن پروژه‌های مهم که به تأییدهای امنیتی نیاز دارد، به سختی انجام می‌شود. این مسئله، ورود شرکت‌های دانش‌بنیان را به مسائل امنیتی و نظامی محدود کرده است که هرگز مطلوب نیست.

۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۷۷.

2. Guo, M., *Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution* (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021, p. 11.

چالش اداری دیگر در مورد شرکت‌های دانش‌بنیان، وضعیت اداره شرکت‌های «استارت‌آپ»^۱ است. در حال حاضر، خصوصی‌سازی اشتباه شرکت‌های «شتاب‌دهنده»، بیش‌تر موجب سرقت طرح‌ها، هدر رفتن وقت شرکت‌های دانش‌بنیان و در نهایت، بروز اختلاف میان شریکان خواهد شد. بنابراین، حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان تنها به پارک علم و فناوری محدود شده است که حاضر به ورود به ریسک‌های مالی نیست.^۲

مسئله مهم دیگر در خصوص شرکت‌های دانش‌بنیان، ضعف ارتباط استادان فنی دانشگاهی با صنعت است که معمولاً داور چنین طرح‌هایی هم هستند. بارها مشاهده شده است که از نظر فنی، امکان اجرای یک فعالیت وجود داشته و با وجود اقناع علمی با مخالفت داورانی مواجه شده است که تنها سواد علمی دارند و با عرصه صنعت ارتباطی ندارند. این مسئله به سبب فاصله زیاد بین نظریه و عمل در کشور رخ می‌دهد. پیشنهاد شده است که در هیئت داوران، فعالان صنعتی نیز حضور یابند و در صورت لزوم، کمک‌های مشورتی علمی برای چارچوب‌بندی علمی اختراعات فراهم شود.^۳ نتیجه بحث این است که مشکلات اداری مرتبط با حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان در دو عامل مهم «قوانین موضوعه» و «مقررات متناقض» ریشه دارد که ضمن همکاری قوای مجریه و مقننه قابل حل خواهد بود.

بند سوم. حیطه فعالیت

حیطه فعالیت شرکت‌های دانش‌بنیان بسیار گسترده است، طرح‌هایی مانند انرژی خورشیدی، انتقال آب، تصفیه آب، تولید نرم‌افزار و تجهیزات مخابراتی. در این پژوهش، طرح کاداستر بررسی می‌شود. در گفتار بعدی به تفصیل در این خصوص بحث گردیده است، اما برای تشریح موضوع این بند، به ذکر این نکته اکتفا می‌کنیم که کاداستر یا حدنگاری به معنای تعیین حدود اربعه زمین‌هاست، به نحوی که با مختصات جغرافیایی قابل شناسایی باشد. در راستای انتقادهای گسترده به نوع مدیریت دولتی که بازدهی آن بسیار اندک است، سازمان ثبت و اسناد کشور که

1. Start Up

۲. عسگری و همکاران، پیشین، ص ۱۶.

۳. خدمت‌گزار، محسن، فلسفه مالکیت فکری، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲.

نهادی اداری و قضایی است، در بیش از یک دهه نتوانسته است که کل کشور را حدنگاری کند. اخیراً چند شرکت دانش بنیان با همکاری یکدیگر بیان کرده‌اند که قادرند اولاً بدون نیاز به نقشه برداری و تنها با استفاده از نقشه‌های ماهواره‌ای و تجهیزات مخابراتی، نقشه کاملی از کشور تهیه و به کمک هوش مصنوعی، تمامی موقعیت‌های کاربردی را شناسایی کنند. سپس با تعیین مختصات جغرافیایی تمامی نقاط، در زمانی کوتاه، تمامی مساحت کشور حدنگاری شود. این طرح توسط مرکز مالکیت معنوی قوه قضاییه به رسمیت شناخته شد و امکان‌سنجی آن توسط سازمان‌های ذی‌ربط و استادان برجسته علوم مخابراتی، رایانه و جغرافیا تأیید گردید. با این حال، دو سال تلاش کنسرسیوم این شرکت‌ها برای دریافت پروژه حدنگاری کل کشور شکست خورد.

آن‌چه از ادعای این شرکت‌ها برمی‌آید، آن‌ها قادر به کاداستر جامع هستند که در ادبیات اداری قوه قضاییه مهجور مانده است. این نوع کاداستر، ابعاد مختلف حدنگاری را در بر گرفته و بدون تفکیک کاربری، قادر به تعیین مختصات نقاط مورد نظر است. چون این مهم با نرم‌افزارهای رایانه‌ای انجام و سپس با نقشه‌های ماهواره‌ای تطبیق داده می‌شود، احتمال خطا در آن بسیار اندک است و برخلاف نقشه برداری‌های عادی، نقاط داخل کشور را به درستی مشخص می‌کند. برای نمونه، نقشه برداری به سبب وابستگی به فاصله از یک نقطه مبدأ موجب بروز خطا می‌گردد که نمونه بارز آن، اشتباه در تعیین خطوط مرزی ایران و افغانستان بود و موجب از دست رفت هزاران هکتار از اراضی کشور به نفع طرف افغانستانی شد. خطاناپذیری تکنولوژی جدید توسط استادان برجسته به اثبات رسیده است.

گفتار دوم. کاداستر

«کاداستر»^۱، واژه‌ای لاتین و به معنای تعیین حدود مساحت اراضی با مشخصات جغرافیایی است که معادل فارسی آن، «حدنگاری» است. در این خصوص، قانون موضوعه و سپس آیین‌نامه اجرای آن وضع گردیده که چارچوب حقوقی مشخصی به آن بخشیده است. در این گفتار در خصوص این سازوکار جغرافیایی و حقوقی بحث می‌شود.

1. Cadaster

بند اول. قانون حدنگاری

قانون برنامه پنجم پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۱۴ در قسمت «ح» بند ۲ در ماده ۲۱۱ در فصل هشتم به موضوع کاداستر اشاره کرده است. به موجب این ماده حقوقی، «به منظور افزایش سرعت و کارایی در ارائه خدمات حقوقی و قضایی قوه قضاییه مکلف است اقدامات زیر را برای توسعه فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات انجام دهد:

سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است به منظور ارتقای ضریب امنیت و اسناد مالکیت، کاهش پرونده‌های مرتبط با اسناد در محاکم قضایی، روبه‌رو نمودن اقلام اطلاعاتی سند و اجرایی نمودن ثبت نوین و استفاده از فن‌آوری اطلاعات نسبت به تعویض اسناد مالکیت اقدام کند».

در تبصره بند اخیر نیز آمده است: «وزارت خانه‌های جهاد کشاورزی و مسکن و شهرسازی و سازمان اوقاف و امور خیریه مکلفند در طول برنامه پنجم، ضمن شناسایی و ارائه مستندات کلیه اراضی ملکی و تحت تولیت خویش، با سازمان ثبت اسناد و املاک کشور برای تهیه نقشه املاک مذکور بر اساس استاندارد حدنگاری (کاداستر) همکاری نمایند».

در بند «م» ماده ۲۱۱ هم اشاره شده که «سازمان ثبت اسناد و املاک کشور مکلف است در راستای توسعه سامانه یکپارچه ثبت اسناد و املاک و راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های ثبتی، نسبت به الکترونیکی کردن کلیه مراحل ثبت معاملات تا پایان سال دوم برنامه اقدام کند، به نحوی که امکان پاسخ‌آنی و الکترونیک به استعلامات ثبتی و ثبت‌آنی معاملات با به‌کارگیری امضای الکترونیکی مطمئن فراهم شود».

پشتوانه اجرای کاداستر جامع، کارآ، پویا و نزدیک شدن به تجربه جهانی در خصوص اجرای کاداستر و بهره‌مندی آن‌ها از مزایای ارزشمند اجرای کاداستر در تمام ابعاد، قانونی کامل، شفاف و به دور از کلی‌گویی و برای تمام انواع کاداستر است.^۱ با دقت نظر در قوانین و مواد تصویب شده در بندهای یادشده در خصوص کاداستر، آن‌چه به ذهن می‌رسد، افزایش آگاهی و شناخت دولت‌مردان، قانون‌گذاران از نقشه کاداستر و اهمیت اجرای آن در مقایسه با قوانین مصوب سابق است. با وجود تمام مقررات پراکنده و تنگناهای قانونی و پیش‌بینی نشدن قانون مناسب و شفاف در مورد طرح

۱. امیدوار، کمال، مقدمه‌ای بر حدنگاری، یزد: دانشگاه یزد، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۲۲.

جامع نقشه ثبتی کاداستر، قانون‌گذاری در خصوص طرح کاداستر امری اساسی و ضروری است. در نهایت، قانون جامع حدنگاری (کاداستر) در ۱۲ بهمن ۱۳۹۳ به تصویب نمایندگان مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه اجرایی آن در ۱۳۹۵ به تصویب قوه قضاییه رسید.

بند دوم. اجرای حدنگاری

کاداستر در ایران علاوه بر بحث قانون‌گذاری با مشکلات اجرایی و سوء مدیریت مواجه بود که در قیاس با روند رو به رشد و جهانی آن، حرکتی بسیار کند داشت و با مشکلات بی‌شماری همراه است. اداره کاداستر به عنوان زیرمجموعه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در سال ۱۳۶۸ توسط نمایندگان مجلس تصویب شده و فعالیت خود را از سال ۱۳۶۹ آغاز کرده است. اجرای طرح مقدماتی تهیه نقشه کاداستر با اختصاص اعتبارات مربوط در ۱۳۶۸/۰۹/۲۲ به تصویب رسید و به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، مجوز تربیت افراد متخصص در علوم کاداستر (ثبتی. نقشه‌برداری) را داد. با اغماض در بحث خلأهای قانونی و نبود قانون جامع و کامل در موضوع کاداستر و وجود مقررات و مواد قانونی پراکنده، در نظام حقوقی ایران در بخش اجرایی و مدیریتی نیز به دلایل مختلف، ناموفق عمل شده است.^۱

برنامه اجرایی کردن طرح کاداستر در یک دوره بیست‌ساله از سال ۶۹ تا سال ۸۹ شروع شد و می‌بایست طرح جامع کاداستر شهری در سال ۱۳۸۹ محقق می‌گردید و از اطلاعات سرزمینی و بانک اطلاعاتی آن در راه توسعه پایدار و تصمیم‌گیری مدیریتی و اقتصادی به عنوان اطلاعات پایه‌ای استفاده می‌شد. با این حال، در عمل با مشکلات فراوان قانونی، مدیریتی و مالی روبه‌رو بود و دست‌خوش تنگناهای قانونی و موانع دیگری شد. از جمله مشکلات اساسی که اجرای کاداستر با آن مواجه است، می‌توان به این موارد اشاره کرد: نبود قانون جامع کاداستری که در آن، عملیات اجرایی کاداستر به طور کامل، دقیق، جزئی و شفاف تبیین شده باشد. تبیین نشدن جریان ثبت نوین و سازوکارهای آن و مشخص نبودن متولی اصلی اجرای کاداستر نیز مانع مهمی در این راه است.

از چالش‌های نظام حقوقی نوشته آن است که اگر جزئیات یک سازوکار به درستی مشخص نشود، دو حالت ایجاد می‌شود. یا به سبب سکوت قانون، اجرای آن کاملاً متوقف می‌گردد یا زمینه بروز فساد

۱. ایلاتی، فرشید، «ضرورت ایجاد کاداستر جامع و چندمنظوره توسط دولت»، مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه علم و صنعت ایران، دوره یازدهم، ۱۳۹۲، ص ۳.

در آن فراهم خواهد شد. در این نظام‌های حقوقی از جمله ایران نیاز است که جزئیات دقیق اجرایی به درستی مشخص گردد.

بند سوم. چالش قضایی

کاداستر دارای اقسامی است که کاداستر چندمنظوره، بیش از دیگر اقسام آن کاربرد دارد. کاداستر چندمنظوره، یک سامانه پایه‌ای و دربردارنده مجموعه اطلاعات حقوقی، مالی، داده مکانی و اطلاعاتی مربوط به کاربری، موقعیت، خاک و خاک‌شناسی و مسائل کاربردی با هدف تأمین خدمات در جهت استفاده بهینه از اراضی است که دیگر انواع کاداستر می‌توانند به آن تکیه کنند و علاوه بر حوزه مالی و ملکی به دیگر امور مانند برنامه‌های اقتصادی، عمرانی و اجتماعی مرتبط با زمین، خدمات ارائه دهد.^۱ ضرورت توجه به اجرایی کردن کاداستر چندمنظوره به حدی است که بدون آن، هر نوع برنامه‌ریزی در زمینه پروژه‌های عمرانی، اقتصادی و اجتماعی در مقیاس‌های مختلف شهری، منطقه‌ای یا ملی به نتایج مطلوب نخواهند رسید یا شکست می‌خورند.

از بعد قانون‌گذاری، تصویب قانون جامع کاداستر در خصوص کاداستر و اجرای آن، تحول مثبتی در حوزه حقوق ثبت ایران محسوب می‌شود، اما تمرکز اصلی اداره ثبت اسناد و املاک به عنوان متولی اجرای کاداستر، صرفاً بر کاداستر ثبتی و حقوقی سبب غفلت نسبت به انواع دیگر کاداستر یعنی کاداستر کشاورزی، سیاسی و اقتصادی شده است. به طور کلی، نهادهای زیرمجموعه قوه قضاییه نظیر سازمان بازرسی کل کشور، سازمان ثبت و اسناد کشور و چند نهاد دیگر، از نهادهای اداری قوه قضاییه محسوب می‌شوند که فعالیت آن‌ها شبه قضایی تلقی می‌گردد. در واقع، آن‌ها بخش‌های اداری و اجرایی قوه قضاییه هستند که برای تسلط قوه قضاییه بر آن‌ها و حفظ استقلال از قوه مجریه به این شکل اداره می‌شوند. به همین دلیل، از نظر اکثریت مدیران، قدرت اجرایی این نهادها ضعیف ارزیابی می‌شود.^۲ نتیجه بحث این است که سازمان ثبت و اسناد کشور، قوه اجرایی لازم را برای حدنگاری کل کشور ندارد.

۱. پورکمال، محمد، مقدمه‌ای بر شناخت کاداستر و کاربردهای آن، تهران: مرکز اطلاعات جغرافیایی شهر تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۲۴.

۲. ابادری، منصور، مجموعه کامل بخش‌نامه‌های ثبتی، تهران: خط سوم، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۸۱.

بند چهارم. نیاز به تجهیزات مخابراتی

در انگلستان و بسیاری از کشورهای دیگر میان زمین خصوصی و دولتی تفاوتی وجود ندارد. کشور استرالیا بیش از دو قرن تجربه و تخصص در مطالعات کاداستری در قطعات مرزها دارد و یکی از مراکز حیاتی مطالعاتی و تحقیقات کاداستری در دنیاست و در دهه ۱۹۸۰ نیز پایگاه داده‌های رقومی کاداستر را تشکیل داده است. پایه و اساس کاداستر در کشورهای اروپای غربی بر اصل کاداستر فرانسه بنا شده است و مشترکات و تشابهات زیادی میان کاداسترهای کشورها وجود دارد. ویژگی‌های بارز و مشترک در همه این کشورها، پوشش کامل قانون‌مندی بر کل اراضی کشور و به‌هنگام شدن داده‌های جمع‌آوری شده و رکوردهاست. امروزه از نقشه‌های کاداستری علاوه بر کاربرد مالیاتی، برای مقاصد دیگری مانند نقشه‌های شهرداری و شهرها، پروژه‌های عمرانی و سیستم‌های کلی اطلاعات زمین استفاده می‌گردد.^۱

کاداستر در کشورهای حوزه اسکاندیناوی مانند دانمارک، فنلاند، نروژ و سوئد به صورت سامانه ثبت مالکیت با نام است و کاداستر به تدریج از یک رکورد مالیاتی ساده با نقشه‌های ساده به یک کاداستر جامع با کیفیت بالا و قابل اعتماد تبدیل شده است. اطلاعات مربوط به زمین گردآوری و تبدیل شده‌اند و در یک اداره دولتی مرکزی در کپنهاگ نگهداری می‌شوند و به صورت هماهنگ با سیستم‌های ثبت زمین (ثبت مالکیت با نام) به صورت مکمل عمل می‌کنند.^۲ در این کشورها، کل مساحت کشور با یک نقشه کاداستر جامع زیر نظر سامانه قرار گرفته است. در میان این کشورها، سیستم کشور دانمارک شبیه به کشورهای اروپای غربی است. در کشور فنلاند برای رکوردهای شهری و غیر شهری، نقشه‌های بزرگ مقیاس تهیه شده است. پایگاه داده‌های اموال غیر منقول،^۳ مسئول صدور گواهی‌نامه‌های مشتمل بر تغییرات طبیعی و حقوقی در زمین است که با کمک این پایگاه، این تغییرات همواره به‌روز می‌شوند و از دوباره‌کاری و موازی‌کاری جلوگیری می‌کنند و مرجع مراوده با دیگر مقامات مسئول با استفاده از اطلاعات مربوط به اموال غیر منقول است.^۴

1. Parsova, V., Gurskiene, V., & Kaing, M., *Real property cadastre in Baltic countries*, BOVA University Network, 2012, p. 15.

2. Khalaj, M., & Lashkari, E. *Multipurpose cadastre, essential for Urban development plans in Iran*. *International journal of humanities and social sciences*, 2010, 4(6), p. 825.

3. CFD

4. Khalaj & Lashkari, op.cit., p. 826.

در تمامی این کشورها، سازمان نقشه‌برداری به کمک اطلاعات نقطه مبدأ که مبحثی تخصصی جغرافیایی است، به کاداستر اقدام می‌کند که عملی نسبتاً زمان‌بر محسوب می‌گردد. از روش جدید مخابراتی و ماهواره‌ای برای نخستین بار در برزیل استفاده شد که نسبتاً موفق ارزیابی گردید و البته به دلیل اعمال نفوذ مقامات به صورت کامل موفق نشد.^۱

شرکت‌های دانش بنیان در ایران، این روش را تکمیل کرده‌اند و با استفاده از زمان ارسال و دریافت مکالمات که با استفاده از ورودی و خروجی «بی.تی.اس»^۲ انجام شده است و سپس تطبیق دادن آن با نقشه‌های مخابراتی، ضمن به صفر رساندن احتمال خطا، سرعت انجام حدنگاری را تا ده‌ها برابر افزایش داده‌اند که این مهم به تأیید سازمان ملی نقشه‌برداری هم رسیده است.

گفتار سوم. حضور بخش خصوصی در حدنگاری

در دو گفتار پیشین، جزئیات مرتبط با شرکت‌های دانش بنیان و کاداستر بیان شد. در این قسمت به مشکلات حضور بخش خصوصی در حدنگاری اشاره و برای رفع مشکلات اداری این حوزه هم پیشنهادهایی بیان می‌شود.

بند اول. مسائل امنیتی

در ساختار اساسی ایران، نیروهای مسلح تحت فرماندهی مستقیم مقام معظم رهبری قرار دارند و وزیر دفاع، نماینده آن‌ها در هیئت دولت محسوب می‌گردد. وزارت اطلاعات نیز جای سازمان اطلاعات را پر کرده است که در تصمیم‌گیری‌های اجرایی، حضور مستقیم دارد. بنابراین، توجه به مسائل امنیتی در حقوق اداری ایران از اهمیت بسزایی برخوردار است. ارتش جمهوری اسلامی ایران و سپاه پاسداران ضمن استناد به «قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سزی دولتی، مصوب ۱۳۵۳» و «قانون فروش و انتقال پادگان‌ها و سایر اماکن نیروهای مسلح به خارج از حریم شهرها، مصوب ۱۳۸۸»، دسترسی بخش خصوصی را به اطلاعات جغرافیایی اماکن نظامی نمی‌پذیرند. با این حال، مطابق مصوبه هیئت دولت در تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۰۱ که به پیشنهاد وزارت دفاع تشکیل

1. Esmaeeli Ranjbar and Soleimani, op.cit., p. 15.

2. BTS

شد، اطلاعات جغرافیایی اماکن نظامی در شمول اسناد محرمانه و بسیار محرمانه قرار دارد و اطلاع بخش خصوصی قابل اعتماد از آن ممکن است.^۱ دو نهاد نظامی یادشده که تحت فرماندهی دولت قرار ندارند، هرگز اجازه دریافت اطلاعات جغرافیایی این اماکن را به بخش خصوصی نمی‌دهند. از طرف دیگر، وزارت اطلاعات جزء چند ارگانی است که هنوز به سامانه ملی مجوزها متصل نشده و با وجود پی‌گیری‌های فراوان، به این امر تن نداده است. بنابراین، در روش سنتی استعلامات، مانع از دسترسی بخش خصوصی به اطلاعات استراتژیک کشور می‌گردد.

اگر به تجربه دیگر کشورها در این خصوص توجه گردد، در صورت نظارت امنیتی و همکاری مختصر نماینده این ارگان‌ها، نقشه‌برداری از اماکن نظامی توسط بخش خصوصی نمی‌تواند خطرناک باشد. از این رو، به نظر می‌رسد که به سبب تناقض در موارد بیان‌شده، حضور بخش خصوصی در حدنگاری متوقف شده است. در این خصوص نیاز است که هماهنگی در سطح عالی انجام پذیرد.

بند دوم. مسائل قضایی

مطابق آخرین اظهار نظر قوه قضاییه و رئیس سازمان ثبت و اسناد، ضمن تفسیر موسّع از قانون حدنگاری مصوب ۱۳۹۳ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۹۵، اجرای حدنگاری، امری حاکمیتی است که قابل تفویض نیست. این در حالی است که مطابق نظر اکثریت حقوق دانان اداری که در خصوص کاداستر اظهار نظر کرده‌اند، در دو منبع یادشده، عبارت «متولی» و نه «مجری» ذکر شده که به معنای امکان استفاده سازمان ثبت و اسناد از بخش خصوصی است.^۲ این اظهار نظر تنها به حقوق دانان محدود است و قوای مجریه و مقننه در این خصوص اظهار نظری نکرده‌اند و قوه قضاییه نیز سازمان ثبت و اسناد را تنها نهاد رسمی حدنگاری می‌داند.

اصل ۷۳ قانون اساسی بیان می‌دارد که «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل، مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند، نیست.» بنابراین، مجلس شورای اسلامی می‌بایست ضمن ورود به موضوع، در این خصوص، نظر نهایی دهد.

۱. حنیفی، مهران و بهنام حبیبی درگاه، حقوق کاداستر (ثبت نوین)، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۲.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۵۵.

بند سوم. تعارض مقررات

مطابق آیین نامه داخلی وزارت کشور، مرزهای کشور به موجب اسناد موثق حاکمیتی و تأیید سازمان نقشه برداری تعیین می‌شوند. عرف موجود در وزارت خارجه، توافق نامه‌های دوجانبه و بین‌المللی را برای تعیین حدود به رسمیت شناخته و این مهم موجب گردیده است که در تعیین برخی نقاط مرزی، اختلاف ایجاد شود.^۱ از دست رفتن بخشی از نقاط کشور در مناطق شرقی و غربی، نتیجه این تعارض قوانین است. سازمان و ثبت و اسناد تاکنون به جز برخی موارد جزئی، به حدنگاری مرزی ورود نکرده و درگیر این تعارض‌ها نشده است، اما احتمالاً تابع نظر وزارت کشور خواهد بود. بنابراین، به فرض حضور بخش خصوصی در جریان حدنگاری مرزی، در خصوص تبعیت از حدود تعیینی قانونی، دچار سردرگمی خواهد بود و مرجعی برای حل این اختلاف وجود ندارد و هیئت دولت نیز تاکنون در این خصوص اظهار نظری نکرده است. این روش دانش بنیانی برای حدنگاری، کاملاً دقیق و با ذکر تمامی جزئیات است. بنابراین، تمامی نقاط مرزی باید به تأیید مقامات مسئول برسد و در این خصوص، اختلاف نظری وجود نداشته باشد. در غیر این صورت، مستوجب مسئولیت‌های سنگین کیفری برای شرکت پیمانکار خواهد بود.

وزارت محترم ارتباطات، نصب «بی.تی.اس» در ده کیلومتری مرز را به دریافت مجوز از وزارت خارجه و در حدود انفال را به دریافت مجوز از وزارت کشور وابسته دانسته است. در مرزها، این مشکل تا حد زیادی برطرف شده است و وزارت خارجه در این خصوص همکاری مناسبی دارد، ولی وزارت کشور اظهار داشته است که صلاحیت صدور مجوز «بی.تی.اس» در انفال بر عهده خود قوه قضاییه است.^۲ در این وضعیت، شرکت‌های مخابراتی برای ارتباطات در داخل برخی زمین‌های بلااستفاده هم چون دشت کویر و دشت لوت، از تجهیزات ماهواره‌ای استفاده کرده‌اند که از نظر فنی، قادر به اجرای کاداستر مورد نظر شرکت‌های دانش بنیان نیست. اگر وضعیت دریافت مجوز نصب «بی.تی.اس» در مناطق انفال مشخص شود، می‌توان با نصب دستگاه و تأمین امنیت آن توسط نیروی انتظامی، حدنگاری این مناطق را نیز انجام داد. درگاه ملی مجوزها نیز به این مسئله توجهی نداشته و نیاز است که وزارت خانه‌های کشور و ارتباطات با تنظیم تفاهم‌نامه‌ای در این خصوص و در صورت

۱. برنج‌کار، حمید، «ارزیابی اقتصادی طرح کاداستر در کشور»، همایش نقشه برداری، تهران، ۱۳۷۸، ص ۴۳.

۲. برومند شیرازی، جلیل، «سیر تاریخی کاداستر در ایران: ثبت املاک ایرانی گذشته حال آینده»، شهر قانون، دوره پنجم، ۱۳۹۲، ص ۵۴.

لزوم طرح موضوع در هیئت دولت، برای اجرای این کار هماهنگی کنند. اگر وضعیت به این صورت باقی بماند، به سبب این که بخش زیادی از خاک کشور توسط بیابان پوشیده شده است و در زمره انفال قرار دارد، امکان حدنگاری شرکت‌های دانش‌بنیان وجود نخواهد داشت.

بند چهارم. شناسایی توانایی

مطابق آخرین اظهار نظر سازمان ملی نقشه‌برداری که در جریان داوری طرح دانش‌بنیان کاداستر مطرح شده است، این روش، توانایی لازم را برای کاداستر جامع کشور دارد. با این حال، سازمان ثبت و اسناد حسب تفسیر موسع آیین‌نامه اجرایی کاداستر مصوب ۱۳۹۵، بخش خصوصی توانا را در صورت تغییر قانون، مجاز به ورود به این عرصه دانسته و وجود سرمایه مالی، انسانی و فنی را لازمه چنین اقدامی شمرده است. بنابراین، مطابق نظر سازمان اسناد و املاک کشور، حتی به فرض تغییر قانون، حضور شرکت‌های کوچک و متوسط در این پروژه منتفی است.^۱ این در حالی است که مطابق قانون حمایت شرکت‌های دانش‌بنیان، در صورت توانایی یک شرکت در اجرای یک پروژه، میزان سرمایه و اندازه آن در دریافت مجوز اهمیتی ندارد و دولت می‌بایست از آن حمایت کند. حتی به فرض رفع خلأ قانونی و موافقت سازمان ثبت با حضور بخش خصوصی در حدنگاری، این سازمان به عنوان کارفرما، توانایی شرکت‌های پیمانکار را در نظر می‌گیرد و مانع از حضور شرکت‌های کوچک و متوسط می‌گردد و نیاز است که در این خصوص نیز آیین‌نامه اجرایی تنظیم شود.

گفتار چهارم. الگوی پیشنهادی رفع چالش‌های اداری

به مهم‌ترین مشکلات اداری حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در جریان حدنگاری اشاره شد. در این قسمت، حسب الگوبرداری از نظام حقوقی و اداری دیگر کشورهای موفق در این عرصه، امکان اجرای آن در کشور واکاوی می‌شود.

بند اول. حذف تناقض‌های اداری

از دیدگاه حقوق اداری، نهاد مافوق، حق حل تعارض و هماهنگی بین نهادهای زیرمجموعه خود را

۱. سعدآبادی، علی اصغر، فهیمه آزموده و کیارش فرتاش، «اقدام پژوهی رویکرد استراتژی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۷.

دارد. این ضرورت باعث شده است حتی حکومت‌های غیر مردم‌سالار، توسط نهادهای خود به هر نحو ممکن در هیئت دولت حضور داشته باشند. برای مثال، در زمان رژیم طاغوت پیش از انقلاب، وزارت دربار وجود داشت تا در جریان هماهنگی بین نهادهای مختلف، دربار نیز نقش داشته باشد. نیروهای نظامی نیز با وجود تبعیت از شخص نخست مملکت همواره توسط وزارت دفاع در هیئت دولت، نماینده دارند.^۱

هماهنگی بین وزیران ضمن طرح مسئله در هیئت دولت نیز ممکن است و در صورت نیاز، رئیس‌جمهوری می‌تواند در این خصوص لایحه‌ای تنظیم کند یا موضوع را در نشست سران سه قوه طرح کند.^۲ چون در خصوص صدور مجوز نصب «بی.تی.اس»، قانون مدونی وجود ندارد و قوه قضاییه تنها به زمین‌خواری‌های با متراژ هکتاری ورود می‌کند، حل اختلاف بین وزارت خانه‌های کشور و ارتباطات با طرح در هیئت دولت ممکن است. در عین حال، «بی.تی.اس»، هیچ‌گاه مساحتی بیش از ۲۰۰ مترمربع را اشغال نمی‌کند.^۳ پس تصرف این مقدار زمین در زمین‌های انفالی که هزاران هکتار وسعت دارد، مصداق زمین‌خواری نیست و با هماهنگی اجرایی مرتفع خواهد شد.

در خصوص مسائل امنیتی نیز این تناقض وجود دارد که وزارت دفاع، نماینده نیروهای مسلح در دولت محسوب می‌گردد، ولی باز هم مصوبات دولت برای نیروهای مسلح لازم‌الاجرا تلقی نمی‌شود. این در حالی است که تنها فرماندهی سازمانی این نیروها، خارج از اختیارات هیئت دولت است، ولی از لحاظ اداری، این سازمان‌ها می‌بایست از هیئت دولت تبعیت کنند. از این رو، دو رویکرد پیشنهاد می‌شود: نخست این‌که ضمن درخواست رئیس‌جمهوری از مقام معظم رهبری، ایشان ضمن دستوری صریح، قوای مسلح را از نظر اداری، تابع نظر هیئت دولت سازد. هم‌چنین ضمن ارجاع مسئله نقشه‌برداری از پادگان‌ها، دستور صریح مقام معظم رهبری در خصوص مخالفت نداشتن با این موضوع به صراحت بیان گردد. در این صورت، می‌توان نیروهای مسلح را ملزم به همکاری با پیمانکار حدنگاری کرد.

۱. موسی‌زاده، پیشین، ص ۱۱۰.

۲. عربی، افسانه، محمودرضا چراغ‌علی، محمدشریف شریف‌زاده و محمدباقر گرجی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، ص ۴۳۵.

3. Janke, T., True Tracks: Indigenous cultural and intellectual property principles for putting selfdetermination into practice, 2019, p. 85.

در کشور ترکیه که در زمینه کاداستر، موفقیت خوبی داشته است، با این شرط با حضور بخش خصوصی در حدنگاری موافقت گردید که واحد حراست این شرکت‌ها توسط سازمان اطلاعات این کشور اداره و حقوق آن‌ها توسط شرکت پرداخت شود.^۱ در کم و کیف این موضوع، بحث فراوان است، اما این نکته قابل توجه است که ترکیه بر خلاف ایران، صورت مسئله را پاک نکرد و سازمان اطلاعات ترکیه ضمن قرار دادن یک شرط، اختیارات زیادی به بخش خصوصی این کشور در خصوص حدنگاری اعطا کرد. همین الگو در ایران نیز قابلیت اجرایی دارد.

بند دوم. تصریح در آیین‌نامه‌ها

قانون کاداستر مصوب سال ۱۳۹۳ از قوانین موضوعه محسوب می‌گردد. با این حال، آیین‌نامه اجرایی آن در شمول قوانین اجرایی قرار دارد. اکنون اختلاف بین قوای مجریه و قضاییه در خصوص حاکمیتی بودن حدنگاری است. در خصوص حل این مشکل، دو راه حل پیشنهاد می‌شود.

نخست این‌که هیئت دولت ضمن اصلاح آیین‌نامه اجرایی، به صراحت، حضور بخش خصوصی را در حدنگاری ممکن بداند. افزون بر آن، ریاست مجلس شورای اسلامی حسب اختیارات خود در اظهار نظر نسبت به تفسیر قانون عادی، درباره «حاکمیتی بودن حدنگاری» نظر دهد. در این صورت، این اختلاف برای همیشه حل خواهد شد. می‌بایست این نکته را هم بیان کرد که قوه قضاییه با وجود تولی نظارت بر قانون، در فرآیند تقنینی و تفسیر قانون نقش بسیار کم‌رنگی دارد. بنابراین، تفسیر قوانین عادی که توسط مجلس شورای اسلامی ارائه بود، بر نظر قوه قضاییه برتری خواهد داشت. اگر نظر قوه مقننه نیز اعمال شود، می‌توان به استناد آن، آیین‌نامه مصوب سال ۱۳۹۵ را تغییر داد و سازمان ثبت اسناد را تنها متولی نظارت بر حدنگاری خواند. به این صورت، شرکت‌های پیمانکار دارای صلاحیت، قادر به حضور در این پروژه خواهند بود.^۲

در خصوص صلاحیت پیمانکاری می‌بایست حسب تفسیر موسّع قوانین موضوعه، آیین‌نامه‌ای تدوین کرد و پس از تصویب مراحل اداری به مرحله اجرا فرستاد. هرچند برخی قوانین پیمانکاری

1. Karabin, M., Kitsakis, D., Koeva, M., Navratil, G., Paasch, J. M., Paulsson, J. & Lisec, A., **Layer approach to ownership in 3D cadastre in the case of underground tunnels**. Land use policy, 104464, 2020, p. 15.

۲. بیرانوند، مریم و اصغر فلاح، «جایگاه کاداستر در حفاظت از منابع طبیعی و محیط زیست»، همایش ملی پژوهش‌های محیط زیست، همدان، دانشگاه شهید مفتاح، ۱۳۹۲، ص ۳۳.

در خصوص اندازه شرکت، بحثی به میان نیاورده‌اند، اما حضور شخصیت حقوقی را مستلزم تأسیس شرکت مسئولیت محدود یا سهامی خاص کرده‌اند که در مسیر اجرا، خود سازمان ثبت اسناد رسمی، حداقل سرمایه این شرکت‌ها را مشخص می‌کند. بنابراین، عملاً با تعیین سقف سرمایه می‌توان شرکت‌های کوچک و متوسط را از دور رقابت حذف کرد.^۱ این اقدام چالش‌برانگیز در جریان واگذاری معادن مشهود است. به نظر می‌رسد ضمن اصلاح آیین‌نامه اجرای حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان توسط خود هیئت دولت می‌توان توانایی فنی لازم برای حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در مناقصات را کافی دانست و به استناد تبعیت اداری قوه قضاییه از قوه مجریه، محدودیت سرمایه در این خصوص را حذف کرد.^۲

در آمریکا حتی شخصیت حقیقی دارای گواهی‌نامه ثبت اختراع، مجاز به شرکت در فعالیت‌های کسب‌وکار مرتبط است.^۳ از این رو، به نظر می‌رسد تعیین محدودیت سرمایه برای پیمانکارانی که از نظر فنی، توانایی لازم برای انجام کسب‌وکار را دارند، نوعی مانع‌تراشی در مسیر فعالیت این شرکت‌هاست.

بند سوم. همکاری قوه قضاییه

به نظر می‌رسد برای اعمال تولی (نه انحصار اجرایی) سازمان ثبت و اسناد کشور بر مسئله حدنگاری، نیازی به تغییر قوانین موضوعه نباشد و با وضع آیین‌نامه یا نظر تفسیری در این خصوص می‌توان این مهم را به مرحله اجرا وارد کرد و قوه قضاییه نیز ملزم به تبعیت از آن است. قوه قضاییه به لحاظ اهمیت امر قضا به استقلال از قوه مجریه نیاز دارد. با این حال، از نظر اداری، تابع قوه مجریه

۱. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، ص ۵۱.

۲. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسنی‌مقدم و فرهاد فرهادی، «تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش‌بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده»، فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی، دوره چهارم، ۱۴۰۰، ص ۱۹۹.

3. Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., "Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking", In Proceedings of the 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security, 2018, p. 160.

است و وزارت دادگستری، مسئول این هماهنگی‌ها محسوب می‌گردد.^۱ سازمان ثبت و اسناد کشور جزء سازمان‌های اجرایی و اداری (و نه قضاییه و شبه قضاییه) قوه قضاییه است. پس می‌بایست در خصوص پیمانکاری شرکت‌های دانش‌بنیان در مسئله حدنگاری، تابع نظر دولت باشد. در صورت نیاز می‌توان مسئله را در جلسه سران سه قوه طرح کرد و مانع از آن شد که تنها به سبب ناهماهنگی اداری، چنین مسائل اجرایی معوق بماند.

وضع آیین‌نامه‌های اجرایی از اختیارات قوه مجریه محسوب می‌گردد. با این حال، قوه قضاییه در مسائل اداری و اجرایی خود، حق صدور بخش‌نامه را دارد. پس می‌بایست آیین‌نامه اجرایی واگذاری حدنگاری به بخش خصوصی در جلسه سران سه قوه مطرح و پس از بررسی جزئیات، سازوکار آن به تفصیل تشریح گردد. برای هماهنگی این موضوع در مورد نیروهای مسلح نیز می‌توان مسئله را از طریق مقام معظم رهبری پی‌گیری کرد. با وضع این آیین‌نامه که بتواند از بسیاری از مشکلات اداری یادشده به صراحت بحث کند، چنین مشکلاتی را می‌توان به سهولت برطرف کرد.

ریشه اصلی بروز چنین مشکلاتی، سپردن حدنگاری به سازمان اداری زیر نظر قوه قضاییه است، در حالی که در بیش‌تر کشورها، سازمان‌های ملی نقشه‌برداری که جزئی از قوه مجریه محسوب می‌شوند، متولی اجرایند.^۲ در مرحله عالی‌تر اگر ضمن تغییر قوانین موضوعه، چنین اختیاراتی به قوه مجریه منتقل گردد، تا حد زیادی از مشکلات اداری یادشده کاسته خواهد شد. در نهایت، در خصوص نصب «بی.تی.اس» که مساحت بسیار مختصری از زمین‌های انفال را اشغال می‌کند، می‌توان استثنایی بر زمین‌خواری قرار داد. وزارت کشور نیز که اداره نیروی انتظامی را بر عهده دارد، می‌تواند این نهاد را مسئول تأمین امنیت از این تجهیزات کند.

۱. جلیلی، معصومه، «مفهوم کاداستر در حقوق ثبت و مطالعه و بررسی تطبیقی آثار آن در برخی از کشورها»، ماه‌نامه کانون، دوره چهل و ششم، ۱۳۸۲، ص ۴۴.

2. Konieczna, J., & Trystuła, A. Problems of the real estate cadastre against the background of economic, political, legal and technological transformations. Geomatics and Environmental Engineering, 7, 2013, p. 22.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که چالش‌های اداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ورود به طرح کاداستر چیست؟ چنین برداشت شد که برخی تفاسیر مختلف در خصوص قوانین حدنگاری و مسائل اجرایی مرتبط با آن که اجرای حدنگاری را امری حاکمیتی می‌داند و دخالت بخش خصوصی را در آن نمی‌پذیرد، چالش اداری اصلی ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به این عرصه است.

شرکت‌های دانش‌بنیان، مدعی انجام کاداستر جامع مبتنی بر تجهیزات مخابراتی ارسال و دریافت داده در زمان کوتاه با هزینه یک‌دهم بودجه سالانه کاداستر هستند. از نظر فنی، این شرکت‌ها توانایی انجام این کار مهم را دارند که به تأیید سازمان ملی نقشه‌برداری هم رسیده است.

با این حال، در مسیر اجرای این کار مهم، موانعی وجود دارد که عبارتند از:

۱. قوه قضاییه حسب تفسیر موسّع قانون موضوعه و آیین‌نامه اجرایی کاداستر، اجرای آن را امری حاکمیتی می‌شمارد. در عین حال، به فرض استفاده از بخش خصوصی، توانایی مالی خاصی برای آن در نظر دارد.

۲. سازمان‌های نظامی و امنیتی که پاسخ استعلامات لازم را جدا از سامانه‌های رسمی اعلام می‌دارند، با نشر اطلاعات ارضی اماکن مهم و استراتژیک به شدت مخالفند و از مصوبه هیئت دولت در خصوص خیلی محرمانه بودن این اطلاعات اطاعت نمی‌کنند و آن را سرّی می‌دانند.

۳. به موجب آیین‌نامه داخلی وزارت ارتباطات، نصب «بی.تی.اس» در نزدیکی مناطق متروکه مستلزم کسب اجازه از وزارت کشور است. با این حال، آیین‌نامه داخلی وزارت کشور، این کار را به سبب محسوب شدن جزء زمین‌خواری، مستلزم کسب اجازه از قوه قضاییه می‌داند. این در حالی است که به دلیل مساحت کم اشغال شده، این مسئله اصلاً قابلیت بحث به عنوان زمین‌خواری را ندارد.

پیشنهاد می‌گردد هماهنگی اجرایی در سطح هیئت دولت، هماهنگی کلی در سطح سران سه قوه و هماهنگی کلان و جامع ضمن مشورت با مقام معظم رهبری انجام شود و افزون بر تفسیر قوانین عادی، آیین‌نامه‌ای برای واگذاری حدنگاری به بخش خصوصی دانش‌بنیان تهیه گردد.

فهرست منابع

فارسی

الف) کتاب

۱. ابادری، منصور، مجموعه کامل بخش نامه‌های ثبتی، تهران: خط سوم، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲. امیدوار، کمال، مقدمه‌ای بر حدنگاری، یزد: دانشگاه یزد، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۳. پورکمال، محمد، مقدمه‌ای بر شناخت کاداستر و کاربردهای آن، تهران: مرکز اطلاعات جغرافیایی شهر تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۴. حنیفی، مهران و بهنام حبیبی درگاه، حقوق کاداستر (ثبت نوین)، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. خدمت‌گزار، محسن، فلسفه مالکیت فکری، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۷. طبیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین‌الدینی، شرکت‌های دانش بنیان، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۸. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.

ب) مقاله

۱. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش بنیان به مرحله رشد»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، صص ۳۷-۵۳.
۲. ایلاتی، فرشید، «ضرورت ایجاد کاداستر جامع و چندمنظوره توسط دولت»، مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه علم و صنعت ایران، دوره یازدهم، ۱۳۹۲، صص ۱-۱۰.
۳. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسنی‌مقدم و فرهاد فرهادی، «تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده»، فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی، دوره چهارم، ۱۴۰۰، صص ۱۹۷-۲۲۸.
۴. برنج‌کار، حمید، «ارزیابی اقتصادی طرح کاداستر در کشور»، همایش نقشه‌برداری، تهران، ۱۳۷۸.

۵. برومند شیرازی، جلیل، «سیر تاریخی کاداستر در ایران؛ ثبت املاک ایرانی گذشته حال آینده»، شهر قانون، دوره پنجم، ۱۳۹۲، صص ۵۲-۵۸.
۶. بیرانوند، مریم و اصغر فلاح، «جایگاه کاداستر در حفاظت از منابع طبیعی و محیط زیست»، همایش ملی پژوهش‌های محیط زیست، همدان، دانشگاه شهید مفتاح، ۱۳۹۲.
۷. جلیلی، معصومه، «مفهوم کاداستر در حقوق ثبت و مطالعه و بررسی تطبیقی آثار آن در برخی از کشورها»، ماه‌نامه کانون، دوره چهل و ششم، ۱۳۸۲، صص ۴۱-۶۸.
۸. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، صص ۴۹-۶۲.
۹. سعدآبادی، علی‌اصغر، فهمیه آزموده و کیارش فرتاش، «اقدام پژوهی رویداد استارت‌آپی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۱۵۰-۱۵۱.
۱۰. عربی، افسانه، محمودرضا چراغ‌علی، محمدشریف شریف‌زاده و محمدباقر گرجی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش‌بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، صص ۴۳۲-۴۴۸.
۱۱. عسگری، محسن، حسین حبیبی‌تبار و محمود قیوم‌زاده، «واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، صص ۱۳-۳۹.
۱۲. قاضی نوری، سید سروش، جهانیار بامداد صوفی و نیلوفر ردایی، «بررسی رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی با رویکرد تکسونومی»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره چهارم، ۱۳۹۵، صص ۹-۳۲.
۱۳. محمدی، شیوا و سعید خردمندی، «واکاوی علل عدم موفقیت طرح کاداستر در کشور از دیدگاه حقوق اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، صص ۱۱۱-۱۳۶.
۱۴. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش‌بنیان»، فصل‌نامه علمی-تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، صص ۶۴-۸۵.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون جامع حدنگار (کاداستر) کشور، ۱۳۹۵.
۲. آیین‌نامه حدود و وظایف و تشکیلات تهیه نقشه املاک به صورت کاداستر و مقررات اجرایی آن موضوع تبصره ۳ ماده ۱۵۶ قانون ثبت اسناد و املاک، ۱۳۷۹.
۳. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۹۱.
۴. آیین‌نامه تأسیس و راه‌اندازی پارک‌های علم و فناوری، مصوب ۱۳۹۵.
۵. قانون اساسی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری شده در سال ۱۳۶۸.
۶. قانون برنامه پنجم پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰-۱۳۹۴.
۷. قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱ با آخرین اصلاحات.
۸. قانون ثبت اسناد و املاک کشور، ۱۳۱۰.
۹. قانون جامع حدنگار (کاداستر)، ۱۳۹۳.
۱۰. قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۸۹.
۱۱. قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸.
۱۲. قانون سازمان نقشه‌برداری، ۱۳۴۵.
۱۳. قانون فروش و انتقال پادگان‌ها و سایر اماکن نیروهای مسلح به خارج از حریم شهرها، مصوب ۱۳۸۸.
۱۴. قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی، مصوب ۱۳۵۳.
۱۵. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۱.

2. Latin source

A) Book

1. Guaragna, M. B., **Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law, Biotechnology and Open Scientific Innovation** (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017.
2. Guo, M., **Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution** (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021.
3. Janke, T., True Tracks: **Indigenous cultural and intellectual property principles for putting selfdetermination into practice**, 2019.
4. Karabin, M., Kitsakis, D., Koeva, M., Navratil, G., Paasch, J. M., Paulsson, J. & Lisec, A., **Layer approach to ownership in 3D cadastre in the case of underground tunnels, Land use policy**, 104464.2020 .
5. Parsova, V., Gurskiene, V., & Kaing, M., **Real property cadastre in Baltic countries**, BOVA University Network, 2012 .

B) Article

1. Esmaceli Ranjbar, Khatereh and Soleimani, Ameneh, **“Presenting a Model for the use of Internet of Things in the Iranian Knowledge . based Companies”**, Journal of Information Technology Management, 2021.
2. Khalaj, M., & Lashkari, E., **“Multipurpose cadastre, essential for Urban development plans in Iran”**, International journal of humanities and social sciences, 2010, 4(6), 824–828.
3. Konieczna, J., & Trystuła, A., **“Problems of the real estate cadastre against the background of economic, political, legal and technological transformations”**, Geomatics and Environmental Engineering, 7. 2013.
4. Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., **“Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking”**, In Proceedings of the 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security 2018 , 159 .172 .

تداخل صلاحیت در وظایف تقنینی در نظام حقوقی ایران

مجید رحمانی^۱

محمد امامی^۲

محمد مقدم فرد^۳

چکیده

نظام قانون‌گذاری در هر کشور، تابع اصول و قواعدی است. اصل تفکیک قوا به عنوان دروازه ورود به حیطه حقوق عمومی، صلاحیت و اختیارات مقامات مختلف از جمله قانون‌گذار را مشخص کرده است و این حیطه اصولاً در اختیار مجلس شورای اسلامی است و استثنائاً به اشکال دیگر انجام می‌شود. در نظام حقوقی ایران، دایره استثنائات مربوط به قانون‌گذاری گسترش یافته است و نهادهای مختلف به این حیطه وارد شده‌اند.

به نظر می‌رسد گسترده شدن اختیارات تقنینی علاوه بر خروج از اصل صلاحیت به ایجاد و شکل‌گیری قوانین مختلف دامن می‌زند و سه قوه را به اشکال مختلف با پدیده تورم قوانین مواجه می‌کند. در این شرایط، تعداد قوانین ناسخ و منسوخ و ناکارآمدی قوای مجریه و قضاییه در تضمین اجرای قانون از جمله مهم‌ترین چالش‌هایی است که امکان ظهور دارد. علاوه بر آن، حاکمیت قانون نیز با تزلزل مواجه شده است و نمی‌توان انتظار کارایی و اثربخشی از قانون موضوعه را داشت.

این نوشتار به شیوه توصیفی و تحلیلی بر این فرضیه استوار است که تداخل صلاحیت وظایف تقنینی نهادهای مختلف در جمهوری اسلامی ایران موجب تضعیف حکومت قانون و چندانگی و خروج از صلاحیت می‌شود.

واژگان کلیدی: صلاحیت، قانون‌گذاری، مجلس، حاکمیت قانون.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد شیراز، شیراز، ایران، rahmani_liau@yahoo.com

۲. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران، (نویسنده مسئول و استاد راهنما)، dr_emami27@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران، m.moghadamfard@gmail.com

مقدمه

چون تحدید قدرت دولت در عرصه‌های مختلف امروزه به یکی از پارادایم‌های رایج در گفتمان سیاسی و حقوق عمومی کشورها تبدیل شده است، این مسئله اهمیت می‌یابد که قدرت موجود باید جنبه مشروع و حقانی داشته باشد. در ادبیات سیاسی و حقوقی از این موضوع به عنوان «اقتدار» یاد می‌شود. یکی از وجوه مهم اقتدار دولت که به بحث تفکیک قوا باز می‌گردد، تقنین و وضع قانون است. در این زمینه نیز دولت‌ها تابع قیود و احکام و موازین و رعایت قواعدی ویژه شده‌اند. با این وجود، یکی از مواردی که وجه دموکراتیک و مردم‌سالار دولت را به چالش کشیده، تورم قوانین و مقرراتی است که حدود آزادی آن‌ها را محدود می‌کند. امر تقنین تابع تفکیک قوا و تئوری‌های خاص مربوط به آن است و تبعیت از اصول، امری ضروری است و نمی‌توان جز در موارد استثنایی و با ارائه دلیل از آن عدول کرد. در آغاز باید توجه کرد که تفکیک قوا تا چه حد رعایت می‌شود. در نظام حقوقی ایران، مهم‌ترین چالش یعنی تقنین توسط چند نهاد یا موازی‌سازی قانون‌گذاری را می‌توان ناشی از بی‌توجهی به این اصل دانست.

موازی‌سازی قانون‌گذاری توسط نهادهایی که یا در قانون عالی یعنی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این اختیار به آن‌ها تفویض شده یا به موجب قوانین عادی از این صلاحیت برخوردارند یا نه در قانون اساسی و نه در قانون عادی، این اختیار به آن‌ها داده نشده است، بلکه اقدامات خارج از صلاحیت انجام می‌دهند، موجب تقنین چندنهادی و موازی‌سازی در این امر می‌شود. نهادهایی مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای نگهبان و مجلس خبرگان از این دسته‌اند.

گفتار اول. تفکیک قوا^۱

اصل تفکیک قوا به این معناست که هیچ یک از قوای مقننه، مجریه و قضاییه نباید در قوه دیگر اعمال قدرت کنند. سه قوه باید متمایز و مجزا باشند، مستقل از هم عمل کنند و هر یک تنها دارای صلاحیت اعمال قدرت در یک بخش باشند. در عصر حاضر، تفکیک قوا به عنوان یکی از مهم‌ترین

1. Sepertion of power

اصول حقوق عمومی از سوی نظام‌های مختلف به رسمیت شناخته شده است. مفهوم «تفکیک قوا» در مقابل مفهوم «وحدت قوا» قرار می‌گیرد. این تفکیک موجب پدیداری سازمان‌های حاکم عدیده تخصصی می‌گردد که هر کدام به انجام وظیفه خاص خود مشغولند و هیچ یک از قوا، حق انجام وظیفه قوای دیگر را ندارد. سنخیت قوای حاکم اقتضا می‌کند که هر یک از قوا بدون برتری و دخالت یکی در قلمرو اختیارات دیگری، کار خود را انجام دهد و هیچ یک از قوا حق سؤال، استیضاح، عزل و انحلال یکدیگر را نداشته باشد. چنین استقلالی را اصطلاحاً «تفکیک مطلق قوا» می‌گویند.

اصل «تفکیک قوا»، تدبیری اساسی برای جلوگیری از تمرکز قدرت سیاسی در دست یک فرد یا گروه از فرمانروایان و پرهیز از استبداد و خود کامگی است، به طوری که نویسندگان اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ آن را الزام‌آورترین اصول حقوقی اساسی دانسته‌اند. اصل شانزدهم این اعلامیه می‌گوید: «در جامعه‌ای که حقوق افراد تضمین و تفکیک قوا برقرار نشده باشد، قانون اساسی وجود ندارد.» به هر حال، هم حکمای ادوار باستان و متفکران قرون جدید و هم حقوق دانان عمومی دیروز و امروز با تکیه بر اصل تفکیک قوا برای رفع هراسی کوشیده‌اند که از تمرکز فساد انگیز و خودکامه قوا در یک شخص یا یک گروه عاید می‌شود. برای آن که بر حسب طبیعت اشیا و احوال و اقتضای سرشت مرکزگرایی، کسی که قدرت را در دست دارد، پیوسته در وسوسه سوء استفاده از آن است. قدرت بی‌مرز، خودسری می‌آورد و خودسری، سرچشمه انواع فسادها و انحرافات است. به گفته لرد اکتن، «قدرت فاسد می‌کند و قدرت مطلق مطلقاً فاسد می‌کند.» در کتاب حکمت‌آمیز کلیله و دمنه آمده است: «... هر که دست خویش مطلق دید، دل بر خلق عالم کژ کند.»^۱ به هر حال، قدرت در ید واحد «به مثابه سیلابی بنیان افکن، به تدریج، در بستر زمان دراز آهنگ‌تر می‌شود و دیواره‌ها و سدها و موانع سست و لرزان را از سر راه خود می‌روید و راه را برای اعمال هر چه بیش‌تر نظرات شخص یا گروه حاکم هموار می‌کند. در این میان، آزادی، اسیر دام هوس‌ها و اغراض گردیده، مرغ همایون دموکراسی در فضای جامعه بال و پر می‌ریزد».^۲

وظیفه اصلی مجلس، قانون‌گذاری؛ وظیفه قوه مجریه، اجرای قانون و نیز قوه قضاییه، حل و فصل اختلاف‌ها بین اشخاص است. البته امکان دارد به طور استثنایی، یکی، عهده‌دار وظیفه دیگری شود. برای مثال، قوه مقننه کار قضایی انجام دهد یا قوه مجریه با وضع آیین‌نامه قانون‌گذاری کند که البته هر

۱. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۵، صص ۱۷۶ - ۱۷۵.

۲. همان، ص ۱۸.

مورد در چارچوب و محدوده مشخصی تحقق می‌یابد و توجیه معینی در پس آن وجود دارد. بنابراین، بر مبنای نظریه تفکیک قوا، هیچ یک از شعبه‌های قدرت، حق دخالت و اجرای وظایف دیگری را ندارد.^۱

اگر اصل تفکیک قوا با شدت و حدّت در هر کشوری اجرا شود، توسعه نهادهای اداری مدرن ناممکن خواهد شد. بنابراین، تفکیک قدرت دولت به سه بخش مقننه، مجریه و قضاییه، یک تقسیم‌بندی دقیق و کلاسیک نیست و تا حدّی حالت انتزاعی و کلی دارد و همان‌گونه که در تئوری، امکان تفکیک این سه قوه وجود ندارد، در عمل هم امکان تفکیک کامل، منتفی است. امروزه تفکیک قوا به جریانی رایج در ساختار شکلی کشورها بدل شده است. در هر حال، بدون تفکیک قوا نمی‌توان به وجود یک حکومت مردمی در شکل حداقلی آن اندیشید. علاوه بر توجه به تفکیک قوا از نظر شکلی، از منظر ماهوی هم اکنون تعداد قوای موجود در کشورهای مختلف، بیش از سه موردی است که مدافعان کلاسیک این نظریه بیان داشته‌اند. نهادهایی مانند بانک مرکزی، مراجع مستقل اداری، شوراهای مختلف تصمیم‌گیری و حتی سازمان‌های عمومی غیر دولتی یا بین‌المللی هرچند به لحاظ رسمی، قوه محسوب نمی‌شوند، اما به لحاظ ماهوی باید آن‌ها را در شمار قوای سیاسی قلمداد کرد.^۲

پس تفکیک بین قانون‌گذاری و مقررات‌گذاری و اجرا در حال کم‌رنگ شدن است و در مدل‌های جدید حکمرانی بر جدایی و تفکیک اصراری نمی‌شود، بلکه تأکید بر تعامل و رفت‌وبرگشت‌های پویا میان این مراحل مهم تلقی شده‌اند.^۳ تفویض قدرت قانون‌گذاری توسط قانون‌گذار کاملاً برخلاف اصل تفکیک قوا و البته قابل توجیه است. نبود وقت و تخصص کافی در قوه مقننه و به تبع آن، نبود امکان تصویب قانون‌هایی برای رفع مشکلات اجتماعی و اقتصادی خاص، قانون‌گذار را متقاعد می‌کند که بخشی از قدرت قانون‌گذاری خود را به نهادهای اجرایی تفویض کند. یکی دیگر از توجیه‌هایی که برای تفویض قدرت قانون‌گذاری آورده‌اند، کارآیی و اثربخشی بخشی اجرایی دولت است.^۴

1. Tavassoli, Tayebbeh, "judiciary and Iranian nations rights in constitution and its amendment by constitutionalism", interdisciplinary journal of contemporary research in business, Vol. 5. No. 1, 2013, p. 18.

۲. آقایانی طوق، مسلم، «مرزشناسی امور اجرایی و تقنینی در نظریه‌های شورای نگهبان» (مطالعه موردی اصل ۸۵ قانون اساسی)، نشریه اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۱۷ و ۱۸، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۶۳.

۳. طاهری، علی و سارا خاک‌پور، «تأملی بر چیستی و چرایی حقوق نوین اداری»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۴۸.

4. Aberham, Yohannes and Desta G., Michael, Administrative Law, Teaching Material, Prepared under the Sponsorship of the Justice and Legal System Research Institute, 2009, p. 64.

گفتار دوم. مصادیق تداخل صلاحیتی و وظایف تقنینی

بند اول. مجمع تشخیص مصلحت نظام

در نظام‌های دموکراتیک، پارلمان منتخب مردم، قوانین را تصویب می‌کند و بدین ترتیب، بیانگر خواست مردم جامعه است. اجرای این قوانین نیز توسط قوه مجریه‌ای است که به نوعی از جانب مردم مشروعیت یافته است. به عبارت دیگر، مردم، صلاح خویش را با نمایندگانشان واگذار می‌کنند و از کارگزارانشان در قوه مجریه می‌خواهند که به این صلاح و مصلحت جامعه عمل بپوشانند. در چنین جامعه‌هایی، در صورت بروز اختلاف بر سر مصلحت، امر به خود مردم و نمایندگانشان واگذار می‌گردد تا طبق مصلحتی که تشخیص می‌دهند، قانون‌گذاری کنند. تنها محدودیتی هم که بر این مسئله بار می‌گردد، این است که این تشخیص مصلحت نباید بر خلاف قانون اساسی باشد که خود مردم، آن را برگزیده‌اند و به عنوان یک سند برتر، آزادی‌های مردم در آن درج شده است. در ایران، تشخیص مصلحت به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار شده است. مجمع تشخیص مصلحت نظام که در بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی قوت قانونی یافت، «با اختیاراتی هم چون کمک به رهبر در حل معضلات نظام (بند ۸ اصل ۱۱۰)، مشورت به رهبر در تعیین سیاست‌های کلی نظام (بند ۱ اصل ۱۱۰)، ناظر بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام است. (بند ۲ اصل ۱۱۰) هم‌چنین انتخاب یکی از فقهای شورای نگهبان به عنوان عضو شورای موقت رهبری (اصل ۱۱۱)، تصویب برخی از تصمیمات شورای موقت رهبری (اصل ۱۱۱)، مشورت به رهبری برای صدور فرمان بازنگری در قانون اساسی (اصل ۱۷۷) و عضویت ثابت در شورای بازنگری در قانون اساسی (بند ۳ اصل ۱۷۷) از دیگر وظایف و صلاحیت‌های مجمع تشخیص مصلحت نظام است.^۱ بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام به دستور رهبری تشکیل می‌شود و اعضای ثابت و متغیر آن را مقام رهبری تعیین می‌کند.

اصل ۱۱۲ قانون اساسی، اختیار قانون‌گذاری را به مجمع واگذار کرده، اما این اختیار تنها محدود به مقررات مربوط به خود اعضاست و این نهاد اختیار وضع قانون را ندارد؛ چون اولاً خلاف اصل تفکیک قواست و ثانیاً در هیچ کجای قانون اساسی حتی در موارد استثنایی، این امر جزء صلاحیت‌های

۱. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۶۴.

مجمع شناخته نشده است. در فرمان ۱۳۶۸/۲/۴ امام خمینی (ره) به ریاست جمهوری وقت برای بازنگری قانون اساسی، از جمله موضوعاتی که می‌بایست در دستور کار شورای بازنگری قرار گیرد و در قانون اساسی گنجانده شود، این موضوع عنوان شده بود: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد.»^۱ بنابراین، در هیچ جایی از قوانین موضوعه، مجمع تشخیص مصلحت نظام صالح برای امر قانون‌گذاری شناخته نشده است، اما متأسفانه مطابق رویه‌ای که در سال‌های اولیه تشکیل آن وجود داشت، هنوز هم به طور صریح، این نهاد به وضع قانون می‌پردازد. مجمع تشخیص مصلحت نظام با حکم امام خمینی (ره)، رهبر جمهوری اسلامی ایران با استفاده از اختیار ناشی از ولایت و امامت امت که طبق قانون اساسی داشت و قوای سه‌گانه زیر نظر ایشان انجام وظیفه می‌کردند، به عنوان نهادی تشکیل گردید که در تصویب قانون نقش دارد. در واقع، تشکیل این نهاد برای تکمیل شورای نگهبان بود و تشخیص و نظرش، حاکم بر تشخیص شورای نگهبان محسوب می‌شد. پس هدف اولیه از تشکیل آن، رسیدگی به مصوباتی بود که شورای نگهبان آن را خلاف شرع تشخیص می‌داد و مجلس مُصر بود که وجود این مصوبه برای مصلحت نظام جمهوری اسلامی ایران لازم است و عمل کردن وفق تشخیص شورای نگهبان، خلاف مصلحت است. در این‌جا مصوبه می‌بایست در مجمع مطرح شود تا هر آن‌چه نظر داد، از همان تبعیت گردد. در مراسلاتی که بین امام و مجمع در سال‌های اولیه تشکیل مجمع وجود داشت، امام هنگام تصویب آیین‌نامه مجمع برای تأیید آن، صلاحیت قانون‌گذاری نیز به مجمع داد. ایشان فرمود که این عبارت به ذیل ماده ۱۰ آیین‌نامه اضافه گردد: «مجمع می‌تواند طرح‌ها و لوایح را در هر مرحله‌ای و نیز موضوعات و مسائل مهمه دیگر را با موافقت اکثریت مجمع حاضر در جلسات رسمی مورد بررسی و تصمیم‌گیری قرار دهد.»^۲

هم‌چنین با مراجعه به مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی می‌توان به این نکته پی برد که یکی از دغدغه‌های اصلی این شورا در زمینه مجمع این است که مبدا مجمع قدرت قانون‌گذاری پیدا کند و در عرض قوای دیگر درآید. بنابراین، می‌توان گفت «موقعیت مجمع در نظام قانون‌گذاری خارج از تشکیلات تقنینی کشور بوده و این مجمع در نهاد رهبری به عنوان مستشار عالی قرار

۱. همان، ص ۲۶۳.

۲. همان، صص ۲۵۸ به بعد.

می‌گیرد و به عنوان حکم به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان مبادرت می‌ورزد.^۱ تصویب برخی از قوانین، پیش از ورود این نهاد به قانون اساسی یا تغییر واژگان نگارش یافته توسط مجلس در زمان حل اختلاف با شورای نگهبان، مؤید خروج مجمع تشخیص مصلحت نظام از صلاحیت و وظایف خود به واسطه ورود به حیطه قانون‌گذاری است.^۲

بدین ترتیب، مجمع تشخیص مصلحت نظام با تجویز رهبر انقلاب و بنیان‌گذار نظام جمهوری اسلامی ایران، خود را برای تصویب برخی از قوانین صالح دید و بر همین اساس، چند قانون نیز تصویب کرد که از آن جمله می‌توان به قانون مبارزه با مواد مخدر، قانون تعزیرات حکومتی و قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی اشاره کرد. دوران صلاحیت قانون‌گذاری مجمع دیری نپایید و امام خمینی در ۱۳۶۷/۱۰/۸ در نامه‌ای خطاب به اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام نوشت که صلاحیت این مجمع منحصر به رسیدگی به اختلافات میان مجلس و شورای نگهبان است. در فرمان ۱۳۶۸/۲/۴ امام خمینی به ریاست جمهوری وقت برای بازنگری قانون اساسی از جمله موضوعاتی که می‌بایست در دستور کار شورای بازنگری قرار گیرد و در قانون اساسی گنجانده شود، این موضوع عنوان شده بود: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای حل معضلات نظام و مشورت رهبری به صورتی که قدرتی در عرض قوای دیگر نباشد.»^۳ این ایده در اصل ۱۱۲ قانون اساسی توسط شورای بازنگری در قانون اساسی بدین گونه انعکاس یافت: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است، به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

۱. ملک‌افضلی، محسن، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرآیند قانون‌گذاری»، نشریه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۵، ص ۱۹۶

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۴۵۵.

۳. مهرپور، پیشین، صص ۲۶۳ به بعد.

به اعتقاد برخی از صاحب نظران، اصطلاح «تشخیص مصلحت نظام» برای اموری است که با مبنای فقهی در اسلام تعارض دارد، ولی نظام کنونی اقتضا می‌کند که به شیوه دیگری و با دیدی تازه به آن توجه شود، ولی هرگز به این معنا نیست که به بهانه رعایت مصلحت، اصول مقرر در قانون اساسی نقض گردد. بنابراین، مجمع تشخیص مصلحت نظام نه تنها حق قانون‌گذاری ندارد، بلکه نمی‌تواند تصمیمی بر خلاف اصول قانون اساسی بگیرد.^۱

به طور کلی، می‌توان گفت مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانون‌گذاری به معنای عام در قالب حل معضلات نظام و تعیین سیاست‌های کلی ایفای نقش می‌کند و در قانون‌گذاری به معنای خاص در مقام حل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان دارای جایگاه قانونی است. بنابراین، موقعیت مجمع در نظام قانون‌گذاری خارج از تشکیلات تقنینی کشور است و این مجمع در نهاد رهبری به عنوان مستشار عالی قرار می‌گیرد و به عنوان حکم به حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان می‌پردازد.^۲

بند دوم. شورای عالی انقلاب فرهنگی

شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز از دیگر نهادهایی است که امروزه به قانون‌گذاری بر خلاف اصول می‌پردازد. زمینه تشکیل این شورا در پیام امام خمینی (ره) در سال ۱۳۵۹ فراهم گردید. در سال ۱۳۶۱، هیئت دولت، لایحه تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی را به تصویب رساند، اما مجلس در مورد این لایحه تصمیم‌گیری نکرد. عاقبت امام با صدور فرمانی در سال ۱۳۶۳ تشکیل شورای عالی انقلاب فرهنگی را اعلام کرد. مصوبات این شورا به دستور امام بدون این‌که نیازی به تأیید شورای نگهبان داشته باشد، لازم‌الاجراست. حقوق دانان درباره اختیارات این شورا بحث‌های مختلفی کرده‌اند که مجال طرح آن‌ها در این مقال وجود ندارد، ولی در مجموع، اقدامات شورای عالی انقلاب فرهنگی از بدو تشکیل تا به حال بر خلاف قانون اساسی بوده است.

در صورت‌بندی نظام اداری و سیاسی کشور، تا به امروز نامی از شورای عالی انقلاب فرهنگی و جایگاه آن در قانون اساسی ۱۳۵۸ و اصلاحیه بعدی آن در سال ۱۳۶۸ به میان نیامده است. ۳ با آن‌که شورا بر

۱. کاتوزیان، ناصر، روزنامه مشارکت، ۱۳۷۹/۱/۳۰.

۲. ملک افضلی، پیشین، ص ۹۴.

۳. شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۵ و

حسب رسالت ذاتی خود باید سیاست‌گذاری فرهنگی کند و این مسئله بارها از طرف مسئولان اعلام شده، اما در برخی مصوبات به ایجاد حق و تکلیف حتی در حوزه حقوق کیفری دست زده است. از مهم‌ترین مصوبات این شورا می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. قانون مصادیق عناد و فساد اخلاقی، مصوب جلسه ۱۵۳ شورا در ۱۳۶۷؛

۲. آیین‌نامه کمیته انضباطی دانشجویان و دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی؛

۳. مقررات شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای، مصوب ۱۳۸۰/۱/۱.

مطلب مهم این است که اگر امام به عنوان ولایت امر و امامت امت به ارتقای جایگاه شورای عالی انقلاب فرهنگی تا مرز قانون‌گذاری یا در مقام مرجعی نظر داشت که مصوبات آن از انتقاد و نظارت بی‌نیاز باشد، باید موضوع را به عنوان یکی از مفاد ضروری برای بازنگری در قانون اساسی به شورای بازنگری قانون اساسی اعلام می‌کرد تا در صورت تصویب نهایی، در همه‌پرسی اصلاح قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به همه‌پرسی گذاشته می‌شد. این در حالی است که در هیچ یک از اصول قانون اساسی در مورد این نهاد سخنی به میان نیامده، ولی در مورد شوراهای مؤثر و نهادهای مهم کشور به جز قوای سه‌گانه و نیروهای مسلح بحث شده است.^۲

بند سوم. تصویب آیین‌نامه مستقل توسط مجریه به منظور ایجاد حق و تکلیف

آیین‌نامه مستقل، مقررات عام و کلی است که مقامات اجرایی قوه مجریه در حدود صلاحیت خود در زمینه امور سازمانی و تشکیلات اداری و استقرار نظام هماهنگ در ساختار اداری و انجام مسئولیت‌های محوله و امور عمومی خاص وضع و اجرا می‌کنند. پس در تصویب آیین‌نامه مستقل، قانون خاصی مبنای کار نیست، بلکه متکی به مقتضیات اداری و اجرایی است و امری تدبیری برای اجرای صحیح امور محسوب می‌شود. اگرچه اصولاً آیین‌نامه نمی‌تواند موجد حق و تکلیف جدیدی زیاده بر آن چه باشد که مقنن وضع کرده، اما چون آیین‌نامه مستقل است و مستند و متکی به

۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۲۲۰.

۱. جاهد، محمدعلی، «ضرورت جرم‌زدایی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه مازندران، ۱۳۸۳، ص ۵۲.

۲. زرشناس، شهریار، درباره دموکراسی، تهران: کتاب صبح، ۱۳۸۶، ص ۱۰۲.

قانون خاصی نیست، می‌تواند حقوق و تکالیف جدیدی به همراه آورد. در هر سازمانی، اهدافی نظیر نظم و امنیت وجود دارد و افراد، مکلف به تبعیت از آن هستند. تعیین نوع تکالیف در راستای تأمین اهداف مورد نظر بر عهده دستگاه‌های اجرایی است که از طریق وضع آیین‌نامه مستقل به چنین مقتضیات اداری پاسخ داده می‌شود.

اگرچه قوه مجریه می‌تواند در موارد استثنایی با وضع آیین‌نامه مستقل عمل شبه تقنینی انجام دهد، اما این مسئله در همه نظام‌های حقوقی با محدودیت روبه‌روست؛ زیرا آیین‌نامه نمی‌تواند خلاف قانون عادی یا اساسی باشد یا حق و تکلیف‌هایی را بیش از قانون بر شهروندان تحمیل کند. به عبارتی دیگر، قانون ناشی از اراده وسیع عمومی و موجد حق و تکلیف است، در حالی که ابتکار آیین‌نامه، محدود و منطبق با قوانین است و حق و تکلیف جدیدی را بیش از آنچه قانون مقرر داشته است، ایجاد نمی‌کند.

برخلاف اصول، در حقوق ایران در مواردی بدون وجود مصوبه قانونی مجلس، هیئت وزیران رأساً از طریق تصویب آیین‌نامه به تقنین دست زده است. برای مثال، می‌توان به آیین‌نامه سامان‌دهی فعالیت پایگاه‌های اینترنتی اشاره داشت که در سال ۱۳۸۵ به تصویب هیئت وزیران رسیده است.^۱ این آیین‌نامه در ماده ۷ با برشماری اعمال خلاف، شدیدترین شکل ضمانت اجرا یعنی بسته شدن پایگاه اینترنتی را برای کاربران در نظر گرفته است. تصویب طرح‌هایی ایجادکننده حق و تکلیف برای شهروندان در حوزه‌هایی مانند پوشش، ماهواره، مسائل با صبغه امنیتی و جمع‌آوری اراذل و اوباش نیز در این محدوده جای دارند.

بند چهارم. مجلس خبرگان رهبری

در خصوص خبرگان منتخب مردم مندرج در اصل ۱۰۷ قانون اساسی، اصل ۱۰۸ مقرر می‌دارد: «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آن‌ها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آرای آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس، هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است».

۱. جوانمرد، بهروز، تسامح صفر: سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرایم خرد، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۵۲.

تصویب قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان و هم‌چنین کیفیت انتخاب آن‌ها مطابق اصل ۱۰۸ قانون اساسی به عهده فقهای شورای نگهبان سپرده شده است. چنان‌چه واژه «قانون» را در ابتدای این اصل به معنای سندی بدانیم که تصویب آن در صلاحیت قانون‌گذار یا مجلس است، به نظر می‌رسد شاهد خروج از اصل باشیم. این نظر از آن‌جا قوت می‌گیرد که پس از کاربرد واژه «قانون» از کلمه «آیین‌نامه داخلی» استفاده شده است. اگر منظور از قانون، مقررات بود، کاربرد این واژه به تسامح می‌توانست مورد قبول باشد. باز هم در انتهای اصل یادشده از کلمه «قانون» و پس از آن، از «مقررات» استفاده شده است. به نظر می‌رسد این دو واژه نه از سر مسامحه، بلکه به دقت و در معنای حقیقی خود به کار رفته‌اند. توجیه تصویب قوانین مجلس خبرگان توسط شورای نگهبان یا خود این نهاد با فلسفه اصل تفکیک قوا در تعارض است. البته می‌توان نظر دیگری را پذیرفت؛ یعنی کلمه قانون به معنای مقررات به کار رفته که به پذیرش این نظر، شورای نگهبان و مجلس خبرگان به عنوان نهاد واضع مقررات عمل می‌کنند و این موضوع با علت وجودی اصل تفکیک قوا در تعارض نیست.

بند پنجم. شورای نگهبان

قانون اساسی، بیان‌کننده سلوک و رفتار متقابل حکومت و مردم، تعیین‌کننده صلاحیت‌ها و حدود اقتدار زمام‌داران و نشان‌دهنده اصول و ارزش‌هایی است که اکثریت جامعه طالب آنند. این قانون به عنوان یک سند سیاسی و میثاق اجتماعی علی‌الاصول باید از برتری لازم‌الاحترامی برخوردار باشد. به همین دلیل، ایجاد و تأسیس آن، از یک سو و حفظ و مراقبت آن از سوی دیگر باید بر عهده مقام شامخ صالحی باشد که اصول یادشده را تدوین و از طریق نظارت، اجرایشان را تأمین کند.^۱ در ایران نیز در پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای این قوه ناظر در فصل دهم (اصول ۱۴۷ - ۱۴۲) عنوان «شورای نگهبان قانون اساسی» در نظر گرفته شده بود که در نهایت، در اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی، در قسمت آخر «فصل ششم. قوه مقننه»، وظایف و اختیارات آن بدون ذکر عنوان مستقل «شورای نگهبان» بیان گردید. براساس این اصول به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر مغایرت نداشتن مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب پیش‌بینی شده در قانون تشکیل شد.^۲

۱. همان، ص ۲۲۱.

۲. اصل نود و یکم قانون اساسی.

مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد.^۱ هم چنین شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آرای عمومی و همه پرسی را بر عهده دارد.^۲ تفسیر قانون اساسی نیز به عهده شورای نگهبان است.^۳ حال که جایگاه شورای نگهبان به عنوان قوه ناظر و مرجع تفسیرکننده قانون اساسی مشخص گردید، در گفتار بعدی نشان می دهیم که چگونه شورای نگهبان مانع تحول حکومت در ایران می گردد.

تفکیک قوا و سرشکن کردن قدرت در خصوص شورای نگهبان رعایت نگردیده است. هر چند شورای نگهبان، جزئی از قوه مقننه است، ولی مقام رهبری که در قوای دیگر نیز قدرت دارد، سیطره شدیدی بر این شورا دارد و انتخاب اعضای آن به صورت مستقیم و غیر مستقیم بر عهده مقام رهبری است و مردم عملاً در انتخاب اعضای آن نقشی ندارند. اهمیت این مسئله یعنی وابستگی به مقام رهبری وقتی نمایان تر می شود که به نقش پراهمیت شورای نگهبان در سیطره اش بر سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه و حتی انتخاب خود رهبری نظری بیافکنیم.

بند ششم. شورای عالی امنیت ملی

واقعیت آن است که با وجود سکوت قانون اساسی و مشروح مذاکرات آن در خصوص جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی، در عمل، وضع مقررات توسط این نهاد، ماهیت قانونی پیدا کرده است. از همین روست که شورای نگهبان در برخی نظرهایش، صلاحیت قانون گذاری مجلس را به ملاحظه مصوبات شورای عالی امنیت ملی در آن موضوع منوط کرده و در این نظرات، مستند اصلی خود را اصل ۱۶۷ قانون اساسی قرار داده است. در هر حال، تحدید حدود صلاحیت مجلس با ضابطه مصوبات شورای عالی امنیت ملی و قوانین عادی از منظر شورای نگهبان به منزله تفسیر قوانین عادی است. علاوه بر این، تصریحات موجود در رویه دیوان عدالت اداری مبنی بر ناممکن بودن نقض این مصوبات به وسیله قوانین مؤخر می تواند به مثابه دلیل دیگری در این زمینه مطرح شود؛ زیرا در فرضی که این مصوبات، جایگاهی هم تراز یا پایین تر نسبت به قوانین عادی داشته

۱. اصل نود و سوم قانون اساسی.

۲. اصل نود و نهم قانون اساسی.

۳. اصل نود و هشتم قانون اساسی.

باشند، چنین حکمی بر ناممکن بودن نقض آن‌ها از سوی قوانین مؤخر، منطقی نخواهد بود. به نظر می‌رسد در حوزه شورای عالی امنیت ملی نیز قانون‌گذاری موازی توسط این نهاد اتفاق افتاده است که عدول از اصل محسوب می‌شود.^۱

بند هفتم. شورای عالی فضای مجازی

حضرت آیت‌الله خامنه‌ای در اسفند ۱۳۹۰ با صدور دستور تشکیل شورای عالی فضای مجازی به ریاست رئیس‌جمهوری، اعضای حقوقی و حقیقی این شورا را تعیین کرد. این شورا وظیفه دارد مرکزی به نام مرکز ملی فضای مجازی کشور را ایجاد کند تا اشراف کامل و به‌روز بر فضای مجازی در سطح داخلی و جهانی و تصمیم‌گیری برای شیوه مواجهه فعال و خردمندانه کشور با این موضوع از نظر سخت‌افزاری، نرم‌افزاری و محتوایی در چارچوب مصوبات شورای عالی و نظارت بر اجرای دقیق تصمیمات در همه سطوح تحقق یابد. مصوبات این نهاد با امضای رهبر قابل اجراست.

در مورد این سؤال حقوقی که مصوبات شورا چه قدر معتبر است، این دیدگاه خطرناک وجود دارد که چون در قانون اساسی، وظایف و جایگاه آن دیده نمی‌شود، در مقام مقایسه، مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی است. پس به همان دلیلی که مصوبات شورای انقلاب فرهنگی از قدرت الزام‌آور برخوردارند و حتی مصوبات این شورا در عمل هم قابل اعتراض نیست و آن‌چه تصویب می‌کنند، مانند قانون نافذ است، باید مصوبات این شورا هم الزام‌آور تلقی شود. این دیدگاه باعث به وجود آمدن نهادی موازی با دیگر نهادها در عرض قانون‌گذاری خواهد شد که با اصول مندرج در قانون اساسی از نظر تفکیک قوا در تعارض است.

بند هشتم. وضع قانون در پرتو اصل ۱۶۷ قانون اساسی

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». با وجود تفسیرهای ارائه‌شده از اصل ۱۶۷ قانون اساسی به نظر می‌رسد که قانون‌گذار حکم کلی

۱. عظیمی، فخرالدین، «دموکراسی، جامعه مدنی و تمدن مدرن»، در: جامعه مدنی و ایران امروز، تهران: نقش و نگار، ۱۳۷۷، ص ۴۵.

بیان می‌کند و درخصوص هیچ دعوایی استثنا قائل نمی‌شود؛ بدین معنی که کاربرد عبارت «هر دعوی» در این اصل، همه دعاوی اعم از کیفری و مدنی را در نظر دارد که این مسئله در دعاوی کیفری قابل انتقاد به نظر می‌رسد. «رویه قضایی با وجود آرای فراوانی که از اول انقلاب تا به حال صادر شده، اگرچه تلاش می‌کند خود را مقید و پای بند به اصل قانونی بودن جرم و مجازات نشان دهد، حکایت از آن دارد که قضات، برداشتی عام از اصل ۱۶۷ دارند و آن را در قلمرو حقوق کیفری و مدنی مجری دانسته‌اند؛ چرا که موارد بسیاری بر اساس منابع معتبر اسلامی مورد بررسی قرار گرفته و در مورد آن حکم صادر شده است».^۱ به عبارتی، قانون بر قاضی تکلیف کرده است که در هر حال، در صورت سکوت، نقض یا اجمال، اقدام به پیدا کردن عنوان مجرمانه کند. این موضوع علاوه بر آن که با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و دیگر اصول قانون اساسی که بر قانون‌مداری در امر دادرسی کیفری تأکید دارند، مانند اصل ۱۶۶ که مقرر می‌دارد احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است، در تعارض است،^۲ دست قاضی را برای تقنین کیفری (جرم‌انگاری) باز می‌گذارد که خود، مغایر با اصل تفکیک قواست.

علاوه بر این، در حقوق گفته شده است که جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست و بر همین اساس، قوانین منتشر و در دسترس عموم مردم گذاشته می‌شوند. برای مثال، در برخی از کشورها مانند انگلیس از وسایلی ویژه برای اطلاع‌رسانی جرم‌انگاری‌های جدید استفاده می‌کنند. در ایران، قوانین، پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجرایند، اما سؤال آن است که اطلاع افراد از موضوعات فقهی با توجه به تنوع و پیچیدگی و کثرت منابع چگونه ممکن است؟ همانا فرض اطلاع یافتن واقعی از قانون پس از زمانی که قانون‌گذار تعیین کرده، بیش‌تر مبتنی بر مصلحت است تا واقعیت؛ بدین معنا که چه بسا حتی پس از انتشار به شیوه‌ای مشروح، بسیاری از مردم به قانون، جهل داشته باشند. از طرفی، از ظاهر اصل ۱۶۷ چنین برمی‌آید که قانون‌گذار، دو دسته از قضات را در نظر داشته است: نخست، قضاتی که می‌توانند به منابع معتبر اسلامی رجوع کنند و قدرت استنباط و استدلال از منابع را دارند و گروه دیگر، کسانی که قدرت استنباط از منابع را ندارند و از فتاوی معتبر پیروی می‌کنند یا آن که حکمی را که موجب اقناع آنان شود، نمی‌یابند و بر اساس این، ترجیح می‌دهند از منابع معتبر استفاده کنند.

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی فرد، قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۷۷.

۲. همان، صص ۷۶ و ۷۷.

بنابراین، با وجود پذیرش مراجعه به منابع معتبر اسلامی، در صورت فقدان، سکوت یا نقص قانون در دو منطقه متفاوت از کشور در یک قضیه مشابه، دو قاضی ممکن است دو حکم متفاوت صادر کنند.^۱ اکنون چند پرسش در این زمینه مطرح است: طریقه تعیین فتاوی معتبر چگونه است؟ به شخص صادرکننده یعنی به مقام علمی وی توجه می‌شود یا به تعداد صادرکنندگان؟ هم‌چنین در صورت دادن اصالت به مقام علمی صادرکننده فتوا، چه ملاک‌هایی برای تشخیص این مسئله وجود دارد؟ مثلاً در صورت تعارض بین فتاوی شهید اول و شهید ثانی و محقق حلی، کدام یک بر دیگری اولویت دارد؟ اگر ایجاد مسائل به اصطلاح مستحدثه را که در فقه بی‌سابقه است یا سابقه روشنی ندارد، به مشکلات پیش‌گفته بیافزاییم، طریق دست‌یابی به راه حل باز هم از قبل دشوارتر خواهد شد. چه بسیار مواردی که قانون از همان بدو تصویب ایراد داشته و هم‌چنین اشکالات بسیاری از قوانین پس از تصویب مجلس و در مقام اجرا معلوم شده است. هم‌چنین تکلیف قاضی در کوشش برای دست‌یابی به حکم دعوی در قانون موضوعه منطقی است، اما امتناع نکردن از رسیدگی در صورت سکوت، نقص یا اجمال قدری عجیب به نظر می‌رسد. در این صورت، تکلیف تضییع حقوق طرفین دعوی با رفع تکلیف این‌چنینی توجیه‌پذیر نخواهد بود. شاید هم منظور نویسندگان قانون اساسی از کاربرد کلمه «بهانه» این بوده که در هیچ صورتی امکان وجود ایراد در قانون قابل تصور نیست و قاضی نمی‌تواند این امر یعنی بهانه ایراد قانون را مستمسکی برای رسیدگی نکردن قرار دهد.

پرداختن به این اصل که بارها نیز درباره آن نوشته‌اند، بیش از این ضروری به نظر نمی‌رسد، اما خلاف اصل بودن و توسعه جرم‌انگاری از ایرادهای قانون اساسی در حقوق کیفری است که دست قاضی را برای تهدید حقوق و آزادی‌های مردم باز می‌گذارد. بنابراین، قضات در مواردی که عملی از نظر قانون، جرم شناخته نشده است، نباید به جعل جرم و تعیین مجازات دست بزنند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی را باید در مسائل کیفری به نحوی تفسیر کنند که شامل دیگر موارد سکوت یا ابهام یا اجمال مواد کیفری، غیر از جعل عنوان مجرمانه و کیفر گردد، مگر این‌که تفسیر در این موارد به نفع متهم باشد.^۲

۱. جباری، مصطفی، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷، ص ۱۲۸.

۲. افتخار جهرمی، گودرز، «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۷، ص ۹۷.

نتیجه‌گیری

تحدید قدرت دولت در عرصه‌های مختلف به یکی از پارادایم‌های رایج در گفتمان سیاسی و حقوق عمومی کشورها و اسناد بین‌المللی تبدیل شده است. از این رو، قدرت موجود باید جنبه مشروع و حقانی داشته باشد که در ادبیات سیاسی و حقوقی از آن به عنوان «اقتدار» یاد می‌شود. یکی از وجوه مهم اقتدار دولت که به بحث تفکیک قوا باز می‌گردد، تقنین و وضع قانون است. در این زمینه نیز دولت‌ها تابع قیود و احکام و موازین و رعایت قواعدی ویژه شده‌اند. با این وجود، یکی از مواردی که وجه مردم‌سالار دولت را به چالش کشیده، تورم قوانین و مقرراتی است که حدود آزادی آن‌ها را محدود می‌کند.

موازی سازی قانون‌گذاری توسط نهادهایی صورت می‌گیرد که یا در قانون عالی یعنی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این اختیار به آن‌ها تفویض شده است یا به موجب قوانین عادی از این صلاحیت برخوردارند یا نه در قانون اساسی و نه در قانون عادی، این اختیار به آن‌ها داده نشده است، بلکه اقدامی خارج از صلاحیت انجام می‌دهند. نهادهایی مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای نگهبان و مجلس خبرگان از این دسته‌اند.

از سوی دیگر، معضل تورم تقنینی را می‌توان به رعایت نکردن اصول ضروری در تقنین قانون موضوعه مربوط دانست. در نظام حقوقی ایران، بی‌توجهی به اصول حاکمیت قانون هنگام نوشتن قانون را می‌توان مهم‌ترین دلیل نگارش غلط قانون دانست که منجر به تورم قانون‌گذاری شده است. در حالی که می‌توان با نگارش متن موجز و صریح یک قانون، از نوشتن چندمرتبیه و تکراری آن جلوگیری کرد که منجر به افزایش و توسعه حجم قانون می‌شود. همانا نبود شفافیت موجب نگارش چندباره و طولانی متن قوانین می‌شود.

پرسش آن است که با وجود طرح این مسئله که به بحرانی در نظام قانون‌گذاری ایران تبدیل شده است، برای خروج از این معضل و بحران چه راهکاری می‌توان پیش‌بینی کرد. به نظر می‌رسد تحدید قانون‌گذاری به نهاد خاص خود یعنی مجلس، مهم‌ترین اقدام باشد که می‌تواند توجیه اصولی داشته باشد و باید برای بقیه دستگاه‌ها، به صراحت، قانون موضوعه این مسئله را مشخص کرد که حق ورود به این حیطه را ندارند. از سوی دیگر، تبعیت از اصول حاکمیت قانون را در نحوه

نگارش قانون باید در نظر گرفت. در این راستا می‌توان از توصیه‌های حقوق دانان برای اعمال واقعی و حاکمیت یافتن قانون موضوعه استفاده کرد و هنگام نگارش قانون، آموزش‌های لازم را به نمایندگان داد.

اصول کلی در هر شاخه از علم حقوقی در رأس سلسله‌مراتب هرم آن نظام قرار دارند. هر اصل به طور طبیعی استثنائاتی دارد و در طول زمان، شاهد تغییراتی به تناسب تحولات سیاسی و اجتماعی جوامع است. اصل تفکیک قوا نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول در حوزه حقوق عمومی از این قاعده مستثنی نیست و با وجود تحولاتی که داشته است، هم‌چنان در مدل‌های مختلف حکمرانی، اهمیت دارد و برای ترسیم و نظم‌بخشی به قوا مورد نظر است و در ارتباط بین آن‌ها و تعیین وظایفشان اثرگذار است. در نظام حقوقی ایران، تعارض بنیادین بین برخی از اصول قانون اساسی و رویه‌های متعارض با این قانون در عمل، اصل تفکیک قوا را با چالش‌هایی روبه‌رو ساخته است که با روح زمام‌داری مطلوب هم‌خوانی ندارد.

برای تحقق تعادل و توازن بین قواگاهی ممکن است حتی وظایف اصلی یک قوه به طور استثنایی به قوه دیگری سپرده شود، اما این امر به معنی خروج بی حد و حصر از اصل نیست و همواره توجیهی برای آن وجود دارد. با توجه به آن‌چه گذشت، مشخص گردید که تفوق پارادایم موازی‌سازی بر نهادهای گوناگون در ایران موجب تداخل در وظایف قوا شده است. برای نمونه، یک وظیفه اصلی و حیاتی در صلاحیت هم‌زمان چند دستگاه قرار گرفته است که با فلسفه وجودی تفکیک قوا تعارض دارد. در این میان، بازخوانی و اصلاح مجدد قانون اساسی در پرتو نقدهای آزاد تنها راه خروج از این بحران است. در غیر این صورت، علاوه بر چالش‌های مرتبط با نهادهای یادشده، شاهد نوزایی نهادهای مشابه برای حل مشکلات ناشی از تداخل صلاحیت‌ها و وظایف خواهیم بود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جوانمرد، بهروز، تسامح صفر: سیاست کیفری سخت‌گیرانه در قبال جرایم خرد، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۲. حبیب‌زاده، محمدجعفر و محمد توحیدی‌فرد، قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. زرشناس، شهریار، درباره دموکراسی، تهران: کتاب صبح، ۱۳۸۶.
۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۵.
۵. مهرپور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۶. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۳.

ب) مقاله

۱. افتخار جهرمی، گودرز، «اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
۲. آقایی طوق، مسلم، «مرزشناسی امور اجرایی و تقنینی در نظریه‌های شورای نگهبان» (مطالعه موردی اصل ۸۵ قانون اساسی)، نشریه اطلاع‌رسانی حقوقی، شماره ۱۷ و ۱۸، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
۳. جباری، مصطفی، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷.
۴. شریف، محمد، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۵ و ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴.
۵. طاهری، علی و سارا خاک‌پور، «تأملی بر چیستی و چرایی حقوق نوین اداری»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، تابستان ۱۳۹۹.

۶. عظیمی، فخرالدین، «دموکراسی، جامعه مدنی و تمدن مدرن»، در: جامعه مدنی و ایران امروز، تهران: نقش و نگار، ۱۳۷۷.
۷. ملک‌افضلی، محسن، «جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام در فرآیند قانون‌گذاری»، نشریه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۵.

ج) پایان‌نامه

۱. جاهد، محمدعلی، «ضرورت جرم‌زدایی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشگاه مازندران، ۱۳۸۳.

2. Latin Source

1. Aberham, Yohannes and Desta G., Michael, **Administrative Law**, Teaching Material, Prepared under the Sponsorship of the Justice and Legal System Research Institute, 2009.
2. Tavassoli, Tayebbeh, “**judiciary and Iranian nations rights in constitution and its amendment by constitutionalism**”, interdisciplinary journal of contemporary research in business, Vol. 5. No. 1, 2013.

بررسی و امکان سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت با تکیه بر قوانین حقوقی ایران

نرگس اسکافی^۱

اسماعیل شاهسوند^۲

امیرعباس بزرگمهر^۳

چکیده

پیش‌گیری از وقوع خسارت، یکی از رویکردهای نوین در مسئولیت مدنی است. بر اساس رویکرد پیش‌گیرانه، مسئولیت مدنی در زمینه‌های مختلف به جای آن‌که منتظر وقوع خسارت باشد، به سوی پیش‌گیری از ایجاد خسارت گرایش می‌یابد و به جای این‌که همانند مسئولیت مدنی سنتی، نگاهی قهقرایی و ناظر به گذشته داشته باشد، در رویکرد نوین، نگاهی مبتنی بر آینده‌نگری حاکم است و می‌کوشد از پیدایش یا تداوم خسارت در آینده جلوگیری کند.

این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی و استفاده از منابع حقوقی معتبر به بررسی وضعیت تحقق نظام مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت در ایران می‌پردازد. اساساً مسئولیت مدنی دولت از مباحث نوین در حقوق اداری ایران است و پذیرش مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه برای دولت نیز با کاستی‌هایی از نظر مقررات موجود روبه‌روست. نتایج حاصل از بررسی نشان می‌دهد با رعایت برخی اصول اساسی مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه هم‌چنان فضای مناسبی جهت تحقق کامل این رویکرد نوین وجود دارد که می‌تواند مرزهای محدود مسئولیت مدنی سنتی را درنوردد و ضمن پیش‌گیری از ایجاد خسارت به شکل جدی‌تر نیز جلوگیری کند. البته به رسمیت شناختن مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت مستلزم اصلاح قوانین موجود است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه، مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه، دولت.

۱. گروه حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، narges.eskafi@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، Es.shahsavandi@ymail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، Drabozorgmehr@gmail.com

مقدمه

تغییراتی که بشر امروزی در انجام کارها و مسئولیت‌های اجرایی جدید با هدف تأمین نیازهای امروزه خود ایجاد کرده، ممکن است آسیب‌های کوتاه و بلندمدتی به وجود آورد که مسئولیت مدنی سنتی نمی‌تواند دفاعی مناسب یا پاسخی در مقابل آن‌ها داشته باشد. دلایل متعددی برای این امر متصور است. نخست این‌که پیدا کردن عامل ایجاد ضرر در خسارت‌های دیرپا که اثرات خود را در درازمدت بر جای می‌گذارند، امری تخصصی است که از توان بیش‌تر افراد خارج است. دوم این‌که گاه گستردگی خسارت به اندازه‌ای است که غنی‌ترین اشخاص نیز توان جبران آن را ندارند. سوم این‌که اگر توان مالی برای جبران باشد، جبران در بیش‌تر موارد امکان‌پذیر نخواهد بود. با عنایت به این مقولات، نیاز به پیش‌گیری در ایجاد مسئولیت نمایان خواهد شد.^۱

در نظام حقوقی ایران، مسئولیت مدنی دولت به مفهوم عام یعنی حاکمیت پذیرفته شده و مقصود از آن، فعالیت‌ها، اعمال و اقدامات دولت است که به منظور اجرای سیاست عمومی آن به دست کارکنان و کارمندان سازمان‌های دولتی صورت می‌پذیرد.^۲ بر اساس رویکرد مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه سنتی ابتدائاً باید ضرری وارد شده باشد و اصولاً به صرف احتمال ورود ضرر نمی‌توان از مسئولیت صحبت کرد. بنابراین، همه تلاش‌ها بعد از وقوع حادثه و ورود زیان است و وظیفه مسئولیت مدنی، محدود به جبران خسارت است. مدت‌های مدیدی است که همگان دریافته‌اند رویکرد مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه که لزوماً بعد از ورود ضرر باید در پی جبران آن باشد، وافی به مقصود نیست و باید تدبیرهای جدیدی در پیش‌گرفت.^۳ این در حالی است که از یک سو، در حقوق کشورهای هم‌چون مجارستان، ایتالیا و انگلستان نیز دعوای پیش‌گیرانه با هدف جلوگیری از ایجاد ضرر پیش‌بینی شده است.^۴ از دیگر سو با توجه به پشتوانه حقوقی غنی که در برخی کشورهای

۱. پاهکیده، امین و همکاران، «امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۴۰۱، صص ۲۶-۷.

۲. صالحی‌مازندرانی، محمد، بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از تصمیمات قضایی با نگاهی به برخی نظام‌های حقوقی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۹.

۳. ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در مسئولیت مدنی، ترجمه: مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۶.

۴. حیاتی، عباس‌علی، «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۴۰، ۱۳۹۳، ص ۸۳.

جهان وجود دارد، قادر خواهیم بود تا نگرشی جدید در مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه ایجاد کنیم که پیش‌گیری از وقوع خسارت‌های آینده را ممکن‌تر سازد.

ادبیات موجود در حوزه مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در ایران غنای کافی ندارد. از جمله مطالعات جدید انجام‌یافته در این زمینه می‌توان به مطالعه پاهکیده و همکاران (۱۴۰۱) اشاره کرد. در این پژوهش، نویسندگان با استفاده از منابع فقهی و حقوقی معتبر، قوانین، کنوانسیون‌های موجود و رویه قضایی در سطح ملی و بین‌المللی به بررسی مسئولیت پیش‌گیرانه و امکان‌سنجی توسل به اقدامات پیش‌گیرانه و بازدارنده در مسئولیت مدنی پرداخته‌اند.

صفایی (۱۳۹۷) در کتاب مسئولیت مدنی تطبیقی به صورت مختصر به جایگاه مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در حقوق ایران پرداخته است. محمدی خشک‌رودی (۱۳۹۷) نیز به جایگاه اصل احتیاط در پیش‌گیری از ورود ضرر اشاره و این اصل و ابعاد موضوعه آن را به عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه بررسی کرده است. در مطالعه دیگری، رحیمی (۱۳۹۶) به عامل تشدیدکننده خسارت و تأثیر آن بر مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلستان پرداخته و به مقوله پیش‌گیری از ورود ضرر اشاره و مباحثی مرتبط با مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه را بیان کرده است.

هدف اولیه اقامه دعوا، ارزیابی و تعیین مسئولیت علت حادثه و جبران خسارت کسانی است که در نتیجه اعمال دیگران دچار آسیب شده‌اند، اما در کنار آن، جلوگیری از وقوع حوادث در آینده مطرح است. به باور برخی حقوق‌دانان، در این‌که بازدارندگی، یکی از کارکردهای مسئولیت مدنی است، تردید چندانی وجود ندارد. حتی می‌توان گفت مسئولیت مدنی بیش‌تر نظامی بازدارنده و راهکاری برای کنترل رفتار در آینده است تا سازوکاری برای جبران خسارت. طرفداران نقش بازدارنده مسئولیت مدنی بر این باورند که انتقال هزینه حوادث به وسیله اقامه دعوا از شخص زیان‌دیده به شخص حقیقی یا حقوقی که می‌توانسته است از وقوع حادثه جلوگیری نماید، این انگیزه را ایجاد می‌کند که به جای جبران خسارت در زمینه پیش‌گیری از وقوع حادثه سرمایه‌گذاری کنند. مسئولیت مدنی با ایجاد انگیزه در افراد جهت پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرناک، رفتارهایی را که از نظر اجتماعی مطلوب است، رواج می‌دهد و در دراز مدت، کاهش میزان حوادث را در پی خواهد داشت.^۱

۱. بادینی، حسن و سمیه عباسی، «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرآفرین»، مجله

تأمین امنیت شهروندان در ابعاد مختلف یک کالای عمومی است که وظیفه تدارک و تأمین آن بر عهده دولت به معنای عام است. در این زمینه در قوانین مختلف در کنار پیش‌گیری از حوادث غیر مترقبه، تکالیفی برای شهرداری‌ها و دستگاه‌های دولتی مبنی بر پیش‌گیری از زیان ناشی از عامل انسانی مقرر شده است که بسیار اهمیت دارد. در ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، وظایف شهرداری برشمرده شده است. در یکی از مهم‌ترین این وظایف که در بند ۱۴ آمده، شهرداری مکلف است نه تنها تدابیر مؤثر و اقدام لازم برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق به عمل آورد، بلکه مکلف به رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک و پوشاندن چاه‌ها و چاله‌های واقع در معابر عمومی و جلوگیری از گذاشتن هر نوع اشیاء در بالکن‌ها و جلوی اتاق ساختمان‌های مجاور معابر عمومی است که افتادن آن‌ها موجب خطر برای عابران می‌شود. بر اساس تبصره ۱ ماده ۵۵، سد معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیر مجاز از آن‌ها و میدان‌ها و پارک‌ها و باغ‌های عمومی برای کسب یا سکنی یا هر عنوان دیگری ممنوع است و شهرداری مکلف است از آن جلوگیری و در رفع موانع موجود رأساً اقدام کند.^۱

بنابراین، لازم است در این رویکرد، تجدیدنظر اساسی صورت گیرد. بسیاری از نظریه‌پردازان اخیر به رویکرد پیش‌گیرانه مسئولیت مدنی توجه جدی کرده‌اند و ورود ادبیات جدیدی در حوزه مسئولیت مدنی را ضروری می‌پندارند تا در مواجهه با چنین خسارت‌هایی بتوان به اقدامات پیش‌گیرانه برای کاهش آسیب‌ها متوسل شد. البته مفهوم مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه و مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه و زوایای پنهان آن‌ها ابهام‌های گوناگونی به وجود آورده که شایسته است بررسی شود. اصولاً در حقوق ایران به این موضوع چندان توجه نشده و ابعاد حقوقی آن مبهم و نامشخص است. از طرفی دیگر نیز مفهوم مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در حقوق ایران نامأنوس است و تعداد کمی از نویسندگان آن هم به طور مختصر به آن پرداخته‌اند. به نظر می‌رسد که ادبیات حقوقی در این خصوص فقیر و ناتوان مانده است. از این رو، مسئله اصلی این پژوهش، بررسی وضعیت مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت و امکان‌سنجی تحقق کامل این رویکرد نوین حقوقی در حقوق ایران

حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و یکم، شماره ۹۹، ۱۳۹۶، ص ۴۳.

۱. قیصری، سید عطا و همکاران، «نگرشی تحلیلی و انتقادی بر اقدامات تأمینی و سازوکارهای پیش‌گیرانه در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۳۸۶.

است. داده‌های مورد نیاز با استفاده از روش اسنادی و استفاده از کتاب‌ها، مقالات، دایره‌المعارف و فرهنگ‌نامه‌ها گردآوری گشته و موضوع با تجزیه و تحلیل توصیفی و استدلال استقرایی بررسی گردیده و نتایج تحقیق استخراج شده است.

گفتار اول. مبانی نظری

در این گفتار، به مفهوم‌شناسی واژگان مهم در این پژوهش می‌پردازیم.

بند اول. نظام‌های مسئولیت مدنی

به طور کلی، نظام‌های مسئولیت مدنی را از لحاظ شرایط ایجاد مسئولیت و نحوه تدوین قواعد ماهوی به سه دسته «نظام‌های کثرت‌گرا»، «نظام‌های وحدت‌گرا» و «نظام‌های بینابین» می‌توان تقسیم کرد:

یک: نظام‌های کثرت‌گرا: در نظام‌های کثرت‌گرا همانند حقوق جزا که هر جرمی، تعریف، شرایط و مجازات خاصی دارد، جبران زیان از طریق عناوین خاصی صورت می‌گیرد که هر کدام، مبنا، شرایط و آثار خود را دارد. در حقوق روم و دیگر نظام‌های حقوقی قدیم، جرایم خاصی که هم جنبه کیفری دارد و هم وسیله‌ای برای جبران زیان است، وجود داشت و مسئولیت مدنی به طور کامل از حقوق جزا متمایز نبود.^۱

دو: نظام‌های وحدت‌گرا: در این نظام‌ها، اصلی کلی برای مسئولیت مدنی وجود دارد که جبران هر نوع زیانی را دربرمی‌گیرد. نظام حقوق فرانسه و کشورهای تابع آن جزو این دسته محسوب می‌شوند.^۲ وضع چنین قاعده‌ای برای مسئولیت مدنی از این اندیشه نویسندگان قانون مدنی فرانسه ریشه می‌گیرد که تنها «حقیقت‌های سرمدی» را باید به صورت قانون درآورد و اصل اخلاقی «ضرر نزدن به دیگری» جزو این اصول است.

1. Levmore, S., "Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law", In Foundations of Tort Law, Collection of essays, New York: Oxford University Press, 1994, p. 67.

2. Limpens. D., Kruithojk, R. M., "Encyclopedia of Comparative Law, Liability for one's own act", Vol. XI, Chap. 2, 2019, p. 12.

سه. نظام‌های بینابین: نظام حقوق آلمان و کشورهای تابع آن بنا به ملاحظات گوناگون، از جمله ترس از دادن اختیارات گسترده به قضات از طریق وضع اصلی کلی برای مسئولیت مدنی، راه حل بینابینی را در پیش گرفته و به نوعی کثرت‌گرایی محدود تن در داده‌اند.

به نظر می‌رسد که حقوق اسلام را از این جهت باید جزو نظام‌های کثرت‌گرا برشمرد؛ زیرا برای جبران خسارت، قاعده‌ای عمومی تدوین نشده است و هر یک از موجبات ضمان قهری مانند «اتلاف»، «تسبیب»، «غرور»، «غصب» و «تعدی و تفریط» دارای ماهیت، عناصر، دلایل حجیت و قلمرو اجرایی خاصی هستند. هم‌چنین قواعد مربوط به زیان بدنی و موجبات ضمان که در باب قصاص و دیات آمده، دارای ضوابط و شرایط مخصوص به خود است و بیش‌تر ناظر به «فروع» است تا «ضابطه‌ای کلی و عام» برای ضمان.

وجود قاعده «لاضرر و لاضرار فی الإسلام» باعث نمی‌شود تا حقوق اسلام را جزو نظام‌های وحدت‌گرا به حساب آوریم؛ زیرا علاوه بر این‌که بسیاری از فقها آن را جزو موجبات ضمان نمی‌دانند و معتقدند لزوم جبران ضرر از آن استنباط نمی‌شود، به فرض که تدارک ضرر از لوازم آن باشد، تنها جایی قابل اعمال است که از طریق موجبات دیگر ضمان نتوان زیان را جبران کرد و از این جهت مانند خطای بی‌احتیاطی در حقوق کشوری نظیر انگلیس نقش تکمیل‌کننده دارد و قاعده عام مسئولیت محسوب نمی‌شود. برای مثال، برای حکم به ضمان مغرورکننده طبق قاعده غرور، شرایط خاصی لازم است و اگر این شرایط موجود باشد، مغرورکننده، ضامن است. در این صورت، موجب ضمان، قاعده غرور است و نوبت به اجرای قاعده لاضرر نمی‌رسد.^۱

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، عناوین خاصی را مانند اتلاف، تسبیب غصب و استیفا موجب ضمان قهری دانسته است، اما ماده یک قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ که عمدتاً از قانون تعهدات سویس و قانون مدنی آلمان اقتباس شده، حاوی قاعده عمومی برای مسئولیت مدنی است. با تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ که ضمن آن، بین مسئولیت کیفری و مدنی اختلاط به عمل آمده و فروع ضمان قهری در آن کاملاً به شیوه کتب فقهی مطرح گردیده است و نیز اعتقاد برخی دادرسان مبنی بر نسخ قانون مسئولیت مدنی توسط قانون یادشده، در وضعیت فعلی حقوق ایران تنها می‌توان از یک «بحران» یا نوعی «روان‌گسیختگی مزمن در قانون‌گذاری» خبر داد.^۲

۱. صفری، محسن، *فریب‌کاری و آثار آن: قاعده غرور*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۷۷.

۲. پاهکیده و همکاران، پیشین، صص ۲۶-۷.

بند دوم. مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

پیش‌گیری از وقوع خسارت، یکی از گرایش‌های نوین در مسئولیت مدنی است. بر اساس این رویکرد، مسئولیت مدنی در زمینه‌های مختلف به جای آن‌که منتظر وقوع خسارت باشد، به سوی پیش‌گیری از ایجاد خسارت گرایش می‌یابد. در واقع، نگاه مسئولیت مدنی سنتی، قهقریایی و ناظر به گذشته است، در حالی که رویکرد مسئولیت پیش‌گیرانه مبتنی بر آینده‌نگری بوده و درصدد است تا از پیدایش یا تداوم خسارت در آینده جلوگیری کند. نگاه به مسئولیت پیش‌گیرانه، نوعی بیداری است؛ چون مسئولیت مدنی کنونی نمی‌تواند از آینده ایمن و پایدار، رمزگشایی کند. اهمیت مسئولیت پیش‌گیرانه، شکل بخشیدن به آینده به شیوه‌ای آگاهانه و پیش‌دستانه است و انسان را از غافل‌گیری در برابر توفان سهمگین تغییرات و پیشرفت‌های سرسام‌آور و بحران‌ها محافظت می‌کند. مفهوم پیش‌گیری به عنوان اولین هدف حقوق مسئولیت دارای بازدارندگی است که مانع از ورود ضرر و زیان در آینده می‌گردد. این موضوع اهمیتی ویژه دارد و متنبه شدن و بیداری واردکننده زیان در درجه اول اهمیت است. به همین دلیل، علاوه بر جبران خسارات، در درجه اول به این موضوع نیز پرداخته می‌شود.^۱

بنابراین، بایستی بیان شود که جبران خسارت تنها هدف مسئولیت مدنی نیست و به غیر از آن، جلوگیری از ورود زیان و ضرر در آینده و جلوگیری از تجاوز به منافع دیگران نیز ارزش بالایی دارد و همیشه نمی‌توان با جریمه‌های مالی از حقوق زیان‌دیده حمایت کرد؛ زیرا ممکن است این امر در پیش‌گیری از تکرار و ارتکاب ورود ضرر مجدد مؤثر نگردد.^۲

مشابه چنین مباحثی در مسئولیت قراردادی در حقوق ایران نیز وجود دارد. گاهی برای طرفین قرارداد، حفظ ثبات قرارداد ارزش فراوانی دارد، هر چند ممکن است فسخ و جبران خسارات، نیازهای طرف زیان‌دیده را جبران نکند که در این موارد، مفهوم مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه قابل طرح است.

1. Rogers, W.V.H., Winfield, N., On tort. 3rd edition, **sweet and Maxwell**, London. stark, Boris, Roland, 2002, p. 12.

۲. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۳۵۵.

بند سوم. اهداف مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

حقوق مسئولیت مدنی، اهداف متفاوتی در پی دارد: هدف اولیه حقوق مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان‌دیده از راه پرداخت مبلغی پول است.^۱ در کنار این هدف، اهداف دیگری نیز دنبال می‌شود که از جمله اساسی‌ترین آن‌ها، جلوگیری از وقوع حادثه زیان‌بار در آینده است. در حال حاضر، با توجه به تنوع حوادث زیان‌بار و خسارات زیادی که این حوادث پیش‌آمده، هدف پیش‌گیری اهمیت زیادی دارد و حتی برخی از تحلیلگران اقتصادی حقوق، آن را هدف اصلی حقوق مسئولیت مدنی به حساب می‌آورند.^۲

در واقع، دیدگاه سنتی در مورد مسئولیت مدنی فقط به جبران خسارت زیان‌دیده توجه دارد، اما تحلیل اقتصادی حقوق بر خلاف دیدگاه سنتی آینده‌نگر است و در پی وضع قاعده است تا از وقوع خسارت و حادثه در آینده جلوگیری شود. هر چند در این دیدگاه نیز جبران خسارت زیان‌دیده در نظر است و به جبران کامل خسارت حکم می‌شود، هدف اصلی و غایی، جلوگیری از پیش‌آمدن حادثه زیان‌بار در آینده خواهد بود. در نتیجه، باید قبول کرد که تحلیل اقتصادی در پی ایجاد کردن انگیزه است که اشخاص را به طرز برای فعالیت‌های پیش‌گیرانه تشویق می‌کنند که باعث می‌شود در آینده، حادثه‌ای زیان‌بار اتفاق نیافتد.^۳

1. Adams, M., **New Activities and the Efficient Liability Rules**, erschienen in: M. Corporations, Accident Faure/R. wenden, Bergh (Eds.), *Essays on Law and Economics, Prevention and Compensation for Lusses – Mallu Antwerpen*, 1989, p. 103.

2. Shavell, S., **Foundations of Economic Analysis of Law**, Published by Harvard University Press, 2009, p. 386.

3. Faure, M., **Tort Liability in France: an introductory Economic analysis**, *The Economic of Legal Relationship: Law & Economic in Civil Law Countries*, Bruno Deffains & Thierry Kirat, 1st, London, Elsevier Science B.V, 2001, p. 171.

گفتار دوم. مبانی مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در حقوق ایران

در حقوق ایران، ظرفیت‌هایی جهت استفاده از مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه وجود دارد که برمی‌شماریم.

بند اول. مسئولیت مبتنی بر اصل انتظار مشروع

بیش‌تر مقامات عمومی تمایل دارند اقدامات آتی خود را پیشاپیش به اطلاع شهروندان برسانند تا به برنامه‌ریزی‌های آنان کمک و اعتمادشان را نسبت به عملکرد مقامات عمومی تقویت کنند. از ویژگی اداره خوب، تعامل صادقانه و مستمر نهادهای عمومی با مردم و بیان چگونگی اعمال قدرت خودشان است. اختیارات گسترده زمانی به یک مقام عمومی داده می‌شود که بتواند تصمیمات مختلف و متنوعی بگیرد. چگونگی تصمیم‌گیری، موضوع بااهمیتی است و نظریه انتظار مشروع، وضعیت اعمال صلاحیت اختیاری مقامات عمومی را تبیین می‌کند. در مسائل روزمره اداری، ابتکار عمل ایجاب می‌کند که مقامات اداری در برخی شرایط، قدرت تصمیم‌گیری و نیز اختیارات لازم را داشته باشند. انتظار مشروع، انتظاری است که مقام عمومی با استفاده از صلاحیت‌های اختیاری در دنبال کردن یک رویه خاص یا ایجاد تصمیمات ماهوی ایجاد می‌کند. دکترین انتظار مشروع برای کنترل صلاحیت اختیاری مقام دولتی کاربرد دارد.^۱

به نظر می‌رسد انتظار مشروع، یک حق قانونی یا منفعت مستقر حقوقی منحصر به فرد و شناخته‌شده نیست، بلکه توقعات عامی است که با اتکای شهروندان به قطعیت و ثبات حقوقی تصمیمات، اطلاعات، سیاست‌ها و رویه‌های اداری و اجرایی در ارتباط با کارگزاران عمومی شکل می‌گیرد و حمایت از آن به شرط عقلایی بودن، امری ضروری محسوب می‌شود. انتظار مشروع را باید ماهیتاً یک اصل کلی حقوق اداری محسوب کرد.^۲

دولت بایسته است از چنین انتظار موجهی که خود ایجاد کرده است، حمایت کند و در غیر این صورت، مراجع قضایی می‌توانند در یک وجه به شکل لغو تصمیم جدید و در بعدی دیگر به صورت تحت تأثیر قرار نگرفتن حقوق ناشی از تصمیم یا رویه سابق آن را متبلور سازند. اگر تحقق این دو

۱. رستمی، ولی و همکاران، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۲۳۳.

۲. زارعی، محمد حسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان انتظار اصل مشروع در دیوان عدالت اداری»، مجله راهبرد، شماره ۶۱، ۱۳۹۰، ص ۱۵۶.

گونه حمایت، شدنی نباشد، اصل انتظار مشروع می‌تواند مبنایی برای جبران خسارات وارد شده به شهروندان بر اثر تصمیم‌گیری‌های دولتی در صورت رعایت نشدن توقع‌های منطقی آنان باشد و البته چنین مسئولیتی بدون تقصیر خواهد بود. در این جا مقام اداری در انجام اقدامات و تصمیم‌گیری‌های خود، قانونی را نقض نکرده و خلاقی مرتکب نشده است؛ چون بحث انتظار مشروع بیش‌تر در عرصه صلاحیت‌های اختیاری مقام اداری مطرح می‌گردد. از این رو، به صورت قانونی، اختیار هر گونه تصمیم‌گیری را در جهت منافع عمومی دارد. در عین حال، به دلیل رعایت نشدن انتظارات موجه شهروندان، ملزم به جبران خسارت خواهد شد. بنابراین، محاکم قضایی می‌توانند بر اساس این مبنا، دولت را در صورت بی‌توجهی به انتظارات معقول شهروندان در تصمیمات و اقدامات خویش ملزم به جبران خسارات وارد شده کنند.^۱

تضمین جبرانی مبتنی بر جبران خسارات وارد شده به شهروند از طریق پرداخت غرامت است و بر اساس آن، آسیب‌های شخصی که در پی نقض تصمیمات و اعلامات سابق به واسطه تصمیم‌گیری‌ها و اعلامات جدید، ضمن از دست دادن انتظارات معقول خویش، متحمل لطمات مادی و ضرر و زیان اقتصادی شده است، باید جبران شود. در این صورت، با اعتراض شهروند، دادرس اداری پس از احراز وقوع ضرر و زیان ناشی از لغو، عدول یا انصراف از تصمیم و اعلام سابق، هزینه جبران خسارات مربوط برای بازگشت زیان دیده به وضعیت پیش از زیان را تعیین و به مقام تصمیم‌گیرنده تحمیل می‌کند. این شیوه حمایت بر این استدلال استوار است که دولت در خصوص اداره امور خدمات عمومی و تعیین و تغییر سیاست‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی اختیار نامحدودی دارد و در این زمینه، جز در موارد استثنایی نمی‌توان مانعی برای آن ایجاد کرد. با این حال، چون خود مردم از نتایج تصمیمات و اعلامات دولت در اداره امور و خدمات عمومی منتفع می‌شوند، باید به طور برابر و بدون تبعیض، تأمین و تأدیه هزینه‌های حوادث و اشتباه‌های احتمالی ناشی از اعمال تصمیمات و اعلامات اداری را نیز شخصاً بر عهده بگیرند.^۲

بر مبنای این اندیشه، به فرض نقض تصمیم یا اعلام سابق از طریق تصمیم‌گیری یا اعلام جدید، امکان ابطال تصمیم یا اعلام دوم وجود ندارد. با این حال، چون آزادی عمل مقامات اداری در اعمال

۱. رضایی‌زاده، محمد جواد و فرامرز عطریان، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۸.

۲. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸.

صلاحیت‌های اختیاری و لغو یا انصراف از تصمیمات سابق تا آن جاست که به ایراد ضرر و زیان مادی و اقتصادی شهروندان نیانجامد، در فرض این که تصمیم‌گیری‌های ثانویه جدید، شهروند مخاطب متکی به تصمیم سابق را دچار ضرر و زیان قطعی کند و رابطه مستقیم علی و معلولی بین خسارات وارد شده به تصمیم یا اعلام جدید دولت نیز توسط متضرر به اثبات برسد، مرجع صالح قضایی در راستای حفظ حقوق شهروندی و احترام به انتظارات مشروع، میزان غرامت لازم را تعیین و تأدیه آن را به مقام اداری تصمیم‌گیرنده تکلیف می‌کند.^۱

بند دوم. نظریه بازدارندگی

در نظریه مبتنی بر بازدارندگی، هدف مسئولیت مدنی این است که افراد را وادارد با پرهیز از انجام فعالیت زیان بار یا کم کردن سطح فعالیت و افزایش میزان مراقبت و احتیاط در زمان انجام فعالیت خاص، با وارد کردن هزینه حوادث در قیمت فعالیت‌ها، این هزینه‌ها را کاهش دهد. در این نظریه، مسئولیت باید بر کسی تحمیل شود که می‌تواند با فعالیت و احتیاط خود، مانع بروز خسارت شود یا میزان ضرر وارد شده را تقلیل دهد و در انتساب خسارات وارد شده به بنگاه خاطی، تقصیر مورد توجه نیست. از نظر معتقدان به کارایی اقتصادی با رویکرد افزایش ثروت، مفاهیم کارایی اقتصادی و عدالت اصلاحی از هم جداست. اگر هدف نظام قضایی، افزایش ثروت باشد، این هدف، فراتر از مرحله وضع قواعد مسئولیت مدنی خواهد بود. تحلیل‌گران حقوق اقتصادی، حقوق مسئولیت مدنی را ابزاری بازدارنده می‌دانند که مرتکبان بالقوه و مرتکبان بالفعل را از مشارکت در عمل زیان بار باز می‌دارد. جبران خسارت پیشنهادی باید برابر با خسارت خالص، نه تنها به فرد، بلکه به مرتکب باشد. تنبیه باید به حدی برسد که ارزش مورد انتظار تخلف، برابر با صفر باشد. با اعمال این هزینه از تخلف جلوگیری می‌شود. در واقع، مرزهای بین کارایی و عدالت اصلاحی در صورتی محو می‌شوند که رفاه زیان دیدگان نسبت به متخلفان ارزش بیش‌تری داشته باشد. بازدارندگی، هدف عدالت اصلاحی نیز می‌تواند محسوب شود.^۲

۱. زارعی و بهنیا، پیشین، ص ۱۸۰.

۲. سلیمی، فضه و محمدباقر پارساپور، «مبنای مطلوب مسئولیت مدنی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق (با نگاهی به حقوق بازار)»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۰، ص ۵۸.

حمایت از مصرف‌کننده کالا از جمله موضوعاتی است که از دیرباز در نظام‌های حقوقی مورد توجه بوده است. با پیدایش فناوری‌های جدید و پیچیده شدن فرآیند تولید، توجه به این مهم بیش از پیش احساس می‌شود. روش‌های حمایتی پیش‌گیرانه و جبرانی در این زمینه به کار گرفته شده است تا از مصرف‌کننده به عنوان طرف ضعیف رابطه حمایت شود. مسئولیت تولیدکننده کالای معیوب و خطرناک، روش حمایتی جبرانی محسوب می‌شود که در مواد ۲ و ۱۸ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و مواد ۱ و ۴ دستورالعمل ناشی از عیب تولید اتحادیه اروپایی به آن توجه شده است.

بند سوم. نظریه برابری در مقابل قانون

اصل برابری، یکی از اصول بنیادین در حقوق اداری است. شاید بتوان گفت اصل برابری در حقوق عمومی از مناقشه‌برانگیزترین و پیچیده‌ترین اصول است. هرچند این اصل در آغاز در قوانین اساسی و اعلامیه‌های حقوق بشری بروز یافته است، ولی این اصل امروزه در کنار نفی جانب‌داری و ممنوعیت تبعیض که در واقع، برآمده از اصل برابری هستند، در فرآیند تصمیم‌گیری‌های اداری اهمیت بسیاری یافته است.^۱

مطابق این نظریه، مسئولیت بدون تقصیر دولت بر اندیشه یکسان بودن افراد در مقابل قانون مبتنی است. با این توضیح که طبق اصول مسلم حقوقی و سیاسی افراد جامعه اعم از مردم یا زمامداران باید در مقابل قانون با یکدیگر برابر باشند. این در حالی است که این برابری زمانی حاصل می‌گردد که با شهروندان در حالت‌های عادی و در شرایط مشابه برخورد شود؛ یعنی قانون باید دارای ویژگی عمومیت باشد. برخی از استادان حقوق اداری، نظریه برابری در مقابل قانون را در بعد اقتصادی آن فرو کاسته‌اند و نام آن را برابری در مقابل هزینه‌های عمومی یا برابری در پرداخت مالیات نهاده‌اند. به عبارت دیگر، اگر بر اثر فعالیت‌های دولتی به شخصی خسارت وارد شود و بدون جبران بماند، گویا این شخص، مالیات بیشتری نسبت به دیگر شهروندان پرداخته و این خلاف اصل برابری افراد در پرداخت هزینه‌های عمومی است. از این رو، خسارات وارد شده به مردم بر اثر تصمیمات و اقدامات دولتی باید جبران گردد، حتی اگر این اقدامات مطابق با قانون و در جهت منافع و مصالح عموم صورت گرفته باشد.^۲

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۴۰.

۲. رضایی‌زاده و عطریان، پیشین، ص ۲۲.

گفتار سوم. اصول حقوقی ناظر بر مسئولیت پیش‌گیرانه دولت

بند اول. اصل احتیاط

با توجه به تعاریف بیان‌شده از این اصل در قوانین داخلی و بین‌المللی متعدد به طور کلی می‌توان گفت اصل احتیاط به این معناست که نبود یقین علمی در مورد خطر وقوع آسیب جدی یا برگشت‌ناپذیر احتمالی ناشی از یک محصول یا کالا نباید مانع انجام شدن اقدامات لازم برای جلوگیری از تحقق زیان گردد. به عبارت دیگر، هدف اصل یادشده، جلوگیری از عواقب منفی، ولی احتمالی ناشی از خطرهای جدی است که یقین علمی به وقوع آن وجود ندارد. اصل مورد نظر در دو موقعیت قبل و بعد از وقوع خسارت به ایفای نقش می‌پردازد که به ترتیب می‌توان از نقش‌های یادشده با عنوان کارکرد پیش‌گیرانه و جبرانی یاد کرد.

نقش پیش‌گیرانه اصل احتیاط بر مبنای برتری پیش‌گیری بر درمان استوار است. با پذیرش کارکرد پیش‌گیرانه این اصل در نظام‌های حقوقی می‌توان از تحقق خطرهای جدی مظنون جلوگیری کرد. این نقش اصل احتیاط در مواردی که خطر متوجه سلامت و حیات انسان بوده، از اهمیتی بسزا برخوردار است؛ چون در بیش‌تر موارد، این‌گونه خسارت‌ها جبران‌ناپذیرند. نقش جبرانی این اصل نیز از یک سو سبب می‌شود خسارات واردشده به قربانیان نقض اصل احتیاط، جبران‌ناشده باقی نماند و از سوی دیگر، موجب می‌گردد که دولت و بنگاه‌های اقتصادی در صورت رویارویی با خطرهای غیر قطعی سنگین به ویژه خطرهای متوجه محیط زیست و سلامت انسان با دقت بیش‌تری عمل کنند. احتیاط به عنوان اصل زیست‌محیطی مطرح است و در سایه نگرانی‌ها درباره حمایت از محیط زیست به وجود آمده است. از این رو، اصرار دارد دولت‌ها، تدبیرهایی را برای پیش‌گیری از آلودگی و تخریب محیط زیست در پیش گیرند، هرچند آثار زیان‌بار چنین تخریبی اثبات نشده بماند.

این اصل که در راستای اصل پیش‌گیری مطرح بوده، به مثابه ابزاری برای تحقق پیش‌گیری از آسیب به محیط زیست است. حتی اگر شواهد و دلایل علمی کاملاً مشهود و قابل اثباتی در این زمینه وجود نداشته باشد. پس این اصل درصدد بیان تعهد پیش‌گیرانه است. برخی این اصل را به این نحو تفسیر می‌کنند: اگر هرگونه شک و شبهه‌ای راجع به ایمنی فناوری در قبال محیط زیست وجود داشته باشد، چنین فناوری باید به شدت محدود شود، هرچند منع نشود، مگر این‌که بتوان

ثابت کرد مطمئناً برای محیط زیست، ایمن است. بر این اساس، بر به‌کارگیری بهترین فناوری در دسترس تأکید می‌شود. دولت‌ها امروزه تحت فشار فزاینده جوامع مدنی ملی و جهانی، ناگزیر از حرکت در مسیر توجیه اعمال و اقدامات خویش در چارچوب برخورد عقلانی هستند.^۱

بند دوم. اصل پیش‌گیری

این اصل به معنای جلوگیری است. چون برخی اقدامات خسارت‌آمیز به محیط زیست می‌تواند متضمن آلودگی یا تخریب جبران‌ناپذیر باشد، با پیش‌بینی عنصر تکلیف عام مراقبت و پیش‌گیری به مثابه قاعده طلایی حقوقی در امور زیست‌محیطی، دولت‌ها مکلفند پی‌آمد احتمالی اقدامات خویش را در محیط زیست ارزیابی کنند تا اگر عملی به دلایل معتبر علمی و قابل اثبات، متضمن خسارت جبران‌ناپذیر یا مهم به محیط زیست بود، از آن پیش‌گیری شود. در واقع، همان منطق و استدلال اقتصادی و فلسفی که در اصل احتیاط به آن اشاره شد، در این جا نیز ضرورت دارد. هدف اصلی اصل پیش‌گیری، اجتناب از به‌کارگیری جبران خسارات است، به این معنی که پیش‌گیری، بهتر از درمان است؛ چون امروزه به دلایل معتبر علمی، در برخی موارد، امکان برگشت‌پذیری یا اعاده به وضع حال سابق یا وجود ندارد یا در صورت بازگشت‌پذیری، فرآیند امر خیلی کند و طولانی است و در این مدت نیز حقوق آن نسل در خصوص برخورداری از چنین حقی معطل می‌ماند و پای مال می‌شود.^۲

اگر قبل از ورود کالا یا محصولی به بازار، احتمال خطر جدی یا جبران‌ناپذیر احساس شود، لازم است دولت یا فعال اقتصادی برای جلوگیری از وقوع زیان، اقدامات احتیاطی در پیش گیرد. در غیر این صورت، اگر از کوتاهی آن‌ها در عمل به این اصل، خسارتی وارد شود، مسئول جبران خسارت خواهند بود. اقدام احتیاطی پیش از ورود خسارت شامل موارد متعددی است. برای مثال، سرمایه‌گذاری در زمینه برنامه‌های تحقیقاتی و هم‌چنین اطلاع‌رسانی به عموم در مورد آثار زیان‌بار احتمالی یک محصول جمع‌آوری و به اشتراک گذاشتن اطلاعات بین کشورهای مختلف، اطلاع‌رسانی به ویژه از

۱. مولایی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیش‌گیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره سی و ششم، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، ص ۲۷۴.

۲. همان، ص ۲۸۰.

طریق برچسب زدن بر محصولات، اعمال مالیات زیست محیطی و الزام عاملان اقتصادی به استفاده از بهترین تکنولوژی در دسترس، نمونه‌هایی از این نوع اقدام‌ها به شمار می‌روند.^۱

گفتار چهارم. موردسنجی اصول موردنظر در قوانین ایران

بند اول. مسئولیت مدنی دولت در قانون مسئولیت مدنی دولت

در نظام حقوقی ایران در کنار قائل بودن به مبانی یادشده، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، مبنای عملکرد و ارزیابی‌های حقوقی در خصوص مسئولیت مدنی به ویژه مسئولیت مدنی دولت است. بر مبنای قانون مسئولیت مدنی ایران، تفکیک در اعمال دولتی و به تبع آن، مصونیت دولت در اعمال زیان‌بار حاکمیتی مورد تأکید است. این در حالی است که طبق قواعد عام مسئولیت مدنی، هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند، اما هم‌چنان شاهد رویه و نگرشی دوگانه در خصوص اعمال زیان‌بار دولت هستیم، به طوری که اعمال حاکمیتی از اعمال تصدّی منفک گردیده و در یکی، دولت، واجد مسئولیت و در دیگری، مبرا از مسئولیت است، مگر در موارد استثنا. این در حالی است که این تفکیک و مصونیت دولت از مسئولیت با مبانی و قواعد بنیادین مسئولیت مدنی از جمله احترام و لاضرر سازگار نیست.^۲

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز مشابه حقوق فرانسه، قانون عامی وجود ندارد که دعوای پیش‌گیرانه را به صراحت به رسمیت بشناسد. هرچند در آیین دادرسی ایران نیز نهادهایی مشابه نظیر دستور موقت پیش‌بینی شده است، اما صدور آن، نیازمند تحقق همه ارکان مسئولیت مدنی از جمله وقوع ضرر است. البته بر خلاف رویه قضایی فرانسه، گرایش رویه قضایی ایران در حوزه مسئولیت مدنی بیش‌تر معطوف به گذشته است و بحث از ارکان مسئولیت مدنی از جمله وقوع ضرر بر پرهیز از پذیرش مسئولیت پیش‌گیرانه دلالت دارد. به همین دلیل، آرای بسیار محدودی در حوزه تدبیرهای پیش‌گیرانه هست که بیش‌تر جنبه نظارتی داشته و در حوزه حقوق اداری وضع شده است.^۳

۱. سلیمی ترکمانی، حجت، «بررسی مشکل زیست محیطی دریاچه ارومیه از منظر حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله راهبرد، شماره ۵۸، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷.

۲. رحمانی، سمیه و همکاران، «تبیین فقهی. حقوقی مسئولیت مدنی دولت در قبال شهروندان»، مجله فقه حکومتی، شماره ۱۲، ۱۴۰۰، ص ۱۲۹.

۳. پاهکیده و همکاران، پیشین، ص ۲۳.

به جرئت می‌توان گفت که نظریه مسئولیت مدنی دولت در ایران با وجود قدمت چندین دهه‌ای نتوانست به عنوان تأسیس حقوقی در نظام حقوقی ایران نهادینه و تثبیت شود. پی‌آمد چنین وضعیتی، نگرستن به مسئولیت مدنی دولت از دریچه عناصر، اصول و قواعد حقوق خصوصی خواهد بود. در این صورت، دست کم، مسئولیت مدنی اداره ذیل سرفصل‌های حقوق خصوصی قرار می‌گیرد. حقوق دانان حقوق عمومی با این امر موافق نیستند. برای شکل‌گیری و تثبیت نهاد مسئولیت مدنی دولت باید اصل حکومت قانون در اداره نهادینه شود. در غیر این صورت، صحبت از مسئولیت مدنی دولت بی‌معنا خواهد بود. به این اعتبار، اصل حکومت قانون، بنیان نظریه مسئولیت مدنی اداره را تشکیل می‌دهد و از رهگذر تثبیت این اصل در اداره است که می‌توان به موضوع مسئولیت مدنی پرداخت.^۱

دیدگاه سنتی در زمینه مسئولیت مدنی تنها به جبران خسارت زیان دیده توجه دارد، ولی تحلیل اقتصادی حقوق بر خلاف دیدگاه سنتی آینده‌نگر است، بدین معنا که در پی وضع قاعده‌ای است که از وقوع خسارت و حادثه در آینده جلوگیری شود. بنابراین، هرچند در این دیدگاه نیز به جبران خسارت زیان دیده توجه و به جبران کامل خسارت حکم می‌شود، هدف اصلی و غایی آن، جلوگیری از وقوع حادثه زیان‌بار در آینده است. در واقع، تحلیل اقتصادی حقوق به دنبال فراهم کردن انگیزه‌ای است که اشخاص را به گونه‌ای به اقدامات پیش‌گیرانه تشویق کند که موجب می‌شود در آینده، حادثه‌ای زیان‌بار به وقوع نپیوندد.^۲

بند دوم. اصول احتیاط و پیش‌گیری در قوانین ایران

در حقوق ایران، محتوای اصل احتیاط در قوانین پیش‌بینی نشده است و در فقدان الزام قانونی به سختی می‌توان بر مبنای عرف، اشخاص را به رعایت اصل احتیاط ملزم دانست که مفهومی متفاوت از رعایت احتیاط به طور کلی دارد. از این رو، چون در حقوق مسئولیت مدنی کنونی، تنها جلوگیری نکردن از وقوع خطرهای مسلم که رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و وقوع ضرر ثابت شده

۱. مولایی، آیت، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاهم، شماره ۴، ۱۳۹۹، ص ۱۴۳۱.

۲. خودکار، رضا و پرویز رحمتی، «تحلیل اقتصادی مبانی مسئولیت مدنی در حوادث دوجانبه»، دوفصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۱۱۲.

است، به تحقق تقصیر و مسئولیت مقصر منجر می‌شود. پس اشخاصی که از وقوع خطرهای مظنون جلوگیری نکرده‌اند، ملزم به جبران خسارت مالی نخواهند بود. اگر بر اثر عمل به اصل احتیاط با عرضه محصول یا انجام فعالیتی مخالفت شود و مدتی بعد مشخص گردد که به اشتباه به این اصل عمل شده است، آیا عمل‌کننده به احتیاط در برابر زیان دیده، تکلیفی به جبران خسارت دارد؟

در این فرض نیز اگر دولت در عمل به اصل احتیاط، مرتکب تقصیر شده باشد و از این طریق، خسارتی به اشخاص وارد گردد، باید خسارت زیان‌دیدگان را جبران کند. برای مثال، زمانی که دولت بدون انجام تحقیقات لازم در مورد میزان جدی بودن خطر احتمالی، بدون فوریت امر و هم‌چنین بدون وجود رابطه سببیت بالقوه قابل اعتنا میان فعالیت یا کالای موردنظر و زیان آینده، با اعمال اصل احتیاط با واردات یا فروش محصولی مخالفت کند و سپس مشخص شود که در به کارگیری این اصل اشتباه کرده است و در نتیجه، خسارتی به فعالان اقتصادی وارد شود، زیان‌دیدگان می‌توانند درخواست جبران خسارت کنند. زمانی که وقوع خطر جدی یا جبران‌ناپذیر مورد ظن باشد، باید به اصل احتیاط عمل کرد و در غیر این صورت، جایی برای رعایت این اصل وجود ندارد. گاهی ممکن است برداشت دولت پس از انجام تحقیقات کافی در خصوص لزوم داشتن یا نداشتن رعایت اصل احتیاط از حالت ظن خارج گردد و به شک تبدیل شود. از این رو، نمی‌توان سخن از تقصیر دولت در به کار بستن یا نبستن اصل احتیاط مطرح کرد. برخی افراد در این گونه شرایط معتقدند اگر اشتباه در انتخاب گزینه صحیح در ورود به خسارت منجر شود، عامل زیان باید برابر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی جبران خسارت کند.^۱

در حقوق ایران، محتوای اصل پیش‌گیری در قوانین به صراحت پیش‌بینی نشده است. البته مواد ۷ و ۹ قانون ایمنی زیست‌محیطی مصوب ۱۳۸۸ و اصل ۵۰ قانون اساسی به طور تلویحی به لزوم رعایت اصل پیش‌گیرانه پرداخته‌اند. در رویه قضایی ایران، آرای اندکی در حوزه مسئولیت پیش‌گیرانه در نظام حقوقی ایران صادر شده است. برای مثال، دو رأی صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به طور ضمنی بر تدبیرهای پیش‌گیرانه و نظارتی در حوزه واردات مواد غذایی و آلودگی هوا تأکید دارد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به طور ضمنی بر تدبیرهای پیش‌گیرانه و نظارتی در

۱. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، «مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۴۲۰.

حوزه واردات مواد غذایی و آلودگی هوا تأکید دارد. هیئت عمومی در رأی شماره ۶۳ مورخ ۱۳۷۱/۵/۶ برای ابطال بخش نامه گمرک با در نظر گرفتن اصول پیش‌گیرانه، حقوق نسل‌های آینده را شناسایی کرده است. در این مقوله، کنترل واردات مواد غذایی از نظر آلوده بودن به اشعه از جمله بسترهای مراقبت از نسل کنونی و نسل‌های آینده است که در حوزه وظایف نظارتی سازمان انرژی اتمی محسوب می‌گردد. هم‌چنین در مورد ممنوعیت نصب کیت، رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تأکید می‌کند که مفاد قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا که در راستای تحقق اهداف یادشده در اصل ۵۰ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، تضمین‌کننده ضرورت در پیش گرفتن تدبیرهای متناسب برای سامان‌دهی سیستم حمل و نقل شهری و الزام همه دستگاه‌ها به رعایت آن خواهد بود.^۱

با توجه به نیاز اساسی جامعه ایران به پیش‌گیری از وقوع خطرهای مطنون و هم‌چنین با توجه به وجود زمینه و مبنای فقهی برای احتیاط و قاعده عقلی حکم وجوب دفع ضرر محتمل شایسته است موادی از قانون مسئولیت مدنی به بیان مفهوم اصل یادشده و لزوم رعایت آن اختصاص یابد؛ چون توسعه و تحلیل بیش‌تر این اصل حقوقی در قلمرو حقوق مسئولیت مدنی می‌تواند سرآغاز تحولی نو در عرصه قانون‌گذاری و رویه قضایی باشد.^۲

بند سوم. لزوم اصلاح قوانین و مقررات‌گذاری در حوزه پیش‌گیری

در مقررات‌گذاری، طیف وسیعی از شیوه‌ها وجود دارد و از همان مراحل اولیه انجام یک فعالیت خطرآفرین، امکان مداخله هست که آن را می‌توان به وصف فعالیت غیر قانونی منتسب ساخت. مثلاً ممنوع کردن فعالیت‌هایی که بیش از حد مجاز، محیط زیست را آلوده می‌کنند یا ممنوع کردن تولید کالاهایی که خطرات قابل توجهی برای مصرف‌کنندگان دارند. شکل دیگر مقررات‌گذاری، الزام به کسب مجوز و تأیید قبلی است. مثلاً قبل از پرداختن به برخی فعالیت‌ها یا تولید و عرضه برخی کالاها باید از سازمان‌های صلاحیت‌دار مجوز گرفت. طبق ماده ۷ قانون مواد خوردنی، آشامیدنی،

۱. پاهکیده، امین و همکاران، «واکاوی پیش‌گیری از ضررهای زیست‌محیطی از منظر مسئولیت مدنی با نگاهی بر آثار اقتصادی و اجتماعی آن»، دوره چهارم، شماره ۴، ۱۴۰۰، ص ۹۹۷.

۲. آقاپور هادی‌بیگی، حسین و همکاران، «پوشش خسارات ناشی از خطر توسعه علم در پرتو مسئولیت مدنی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۳۸، ۱۴۰۱، ص ۳۶.

آرایشی و بهداشتی مصوب ۱۳۴۶، تأسیس هر گونه کارخانه یا کارگاه مواد خوردنی و آشامیدنی به تحصیل پروانه از وزارت بهداشتی و در مورد کارخانه‌ها، پروانه تأسیس نیز از وزارت اقتصاد وابسته است. نظارت بر استاندارد کالا به استثنای دارو در ایران، بر عهده سازمان ملی استاندارد است. این سازمان می‌تواند علاوه بر اعلام جرم و درخواست تعقیب متخلفان از مراجع قضایی، فرآورده‌های خارج از استاندارد و بدون علامت استاندارد را جمع‌آوری و توقیف کند و برای جلوگیری از ادامه تولید این گونه فرآورده‌ها، ابزار، ماشین‌آلات و وسایل تولید مربوط را به صورت موقت لاک و مهر کند. علاوه بر سازمان ملی استاندارد، سازمان غذا و دارو و سازمان دام‌پزشکی نیز در ایران، متولی نظارت بر سلامت و ایمنی مواد غذایی و دارویی هستند.^۱

در زمینه پیش‌گیری از حوادث مربوط به راه‌های درون‌شهری در بندهای ۱ و ۲۵ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها، وظیفه ساخت و نگهداری راه بر عهده شهرداری است. در خصوص راه‌های برون‌شهری در قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن اصلاحی ۱۳۷۹، مقرراتی در خصوص چگونگی حفظ و ایمنی راه‌ها پیش‌بینی و تکالیفی بر عهده دستگاه‌های متصدی راه گذاشته شده است. ماده ۱۹، وزارت راه و ترابری را مکلف کرده است تا علایم افقی و عمومی و تجهیزات ایمنی لازم را در طول هر یک از راه‌های مربوط، مشخص و در محل‌های مورد نیاز نصب و اجرا کنند. افزون بر این، برای اولین بار به مسئولیت دولت در صورت کوتاهی در نصب علایم ایمنی هنگام اجرای عملیات ساخت و بازسازی یا نگهداری راه‌ها در صورت ورود خسارت به اشخاص حکم داده است. حتی در این تبصره، مسئولیت نیابتی را برای دولت در صورت تقصیر مأموران دولت یا پیمان‌کاران پیش‌بینی کرده است.^۲

در نگاه پیش‌گیرانه به وضع و اجرای قواعد مسئولیت مدنی، یکی از آثار الزام عامل زیان به جبران خسارت، بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب فعل یا بی‌مبالاتی مشابه است. هرچند در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث طبیعی، جبران خسارت پس از بروز حادثه، هدف غایی نیست، اما گاهی تن در ندادن دولت و مسئولان به پیش‌گیری از بروز یا آثار حوادث طبیعی، این ایده را القا می‌کند که اگر راهی برای تضمین ایمنی ساختمان‌ها و کیفر سازندگان پیش از بروز حادثه وجود ندارد، حداقل باید

۱. بادینی و عباسی، پیشین، ص ۴۴.

۲. رستمی، ولی و همکاران، «مسئولیت متصدیان راه در تصادفات رانندگی»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۳۸۹.

راهکار دقیقی برای جبران خسارت از زیان‌دیدگان بلایای طبیعی اندیشید که پس از رخداد حادثه نمی‌توان وجود آن‌ها را انکار کرد. پیش از برنامه‌ریزی پایدار برای پیش‌گیری از حادثه، بهترین راه حل آن است که دولت از محل بودجه‌های عمومی، پوشش بیمه‌ای افراد و اموال در معرض حادثه و نیز حادثه‌دیده را تقبل کند. در مقابل، آن‌ها را ملزم سازد با تبعیت از طرح‌هایی که ارائه می‌کند، استانداردهای لازم را برای پیش‌گیری از حوادث مشابه در آینده رعایت کنند. هم‌چنین باید ضمانت اجرایی صریح را برای رعایت نشدن طرح‌ها و نظامات دولتی به ایشان اعلام کند و بکوشد که به دقت اجرا گردد و بر آن‌ها نظارت شود.^۱

نتیجه‌گیری

پذیرش پیش‌گیری در بسیاری از امور و از جمله مسئولیت مدنی از جمله اقدامات عقلایی است که مورد توجه بسیاری از پژوهشگران این حوزه قرار گرفته است. نتایج این مطالعه که برای بررسی و امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با تکیه بر قوانین حقوق ایران انجام پذیرفته و بر آن تأکید شده است، نشان داد بستر مناسبی از منظر مواد قانونی وجود دارد و عملکرد نظام حقوقی ایران به طور نسبی مناسب است. با این حال، در زمینه پیشبرد مسئولیت مدنی نوین و پذیرش مسئولیت پیش‌گیرانه، عملکرد چندان مطلوبی نداشته و نیازمند بازنگری و اصلاح رویه‌های موجود با توجه به کنوانسیون‌ها و حقوق دیگر کشورهای جهان است.

مفاد قانونی موجود در نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد هدف اصلی از مسئولیت مدنی همانند بسیاری از کشورهای دیگر، جبران خسارات زیان‌دیده است. حال آن‌که یکی دیگر از اهداف مهم حقوق مسئولیت، نقش پیش‌گیرانه قواعد مسئولیت مدنی است، به نحوی که متخلفین بالقوه را از انجام فعل زیان‌بار باز دارد. در قلمرو حقوق تعهدات نیز به هدف بازدارندگی این گونه توجه می‌شود که در برخی موارد، عمل متعهد له، ناقض صریح حسن نیت قراردادی محسوب می‌شود و متعهد له به طور صریح و با سوء نیت از اجرای تعهدات قراردادی خودش استنکاف می‌کند.

با توجه به تازگی مفاهیم پیش‌گیرانه در ایران به نظر می‌رسد هم‌چنان فضای مناسبی برای

۱. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۶، ۱۳۸۸، ص ۶۶.

بهبود قوانین و اقدامات موجود وجود دارد و به یک سیاست‌گذاری راهبردی در بخش مسئولیت پیش‌گیرانه نیاز است که کمیسیونی مستقل و متشکل از کارشناسان، نمایندگان مردم و حکومت باید آن را تدوین و ارائه کنند. ضروری است مراجع قانون‌گذاری به این امر مهم توجه نشان دهند و قانونی برای پیش‌گیری در حوزه مسئولیت مدنی، خسارات آینده و فعالیت‌های زیان‌بار به تصویب برسانند. هم‌چنین می‌توان با اتکا به فقه و قواعدی هم‌چون تحذیر، وجوب دفع ضرر محتمل و لاضرار، مسئولیت پیش‌گیرانه را در مسئولیت مدنی کنونی در نظر گرفت و از آن بهره بیش‌تری برد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲. ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در مسئولیت مدنی، ترجمه: مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۳. صالحی مازندرانی، محمد، بررسی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از تصمیمات قضایی با نگاهی به برخی نظام‌های حقوقی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱.
۴. صفری، محسن، فریب‌کاری و آثار آن: قاعده غرور، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۶. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۰.

ب) مقاله

۱. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۶، ۱۳۸۸.
۲. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، «مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره دهم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۳. آقاپور هادی‌بیگی، حسین و همکاران، «پوشش خسارات ناشی از خطر توسعه علم در پرتو مسئولیت مدنی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۳۸، ۱۴۰۱.
۴. بادینی، حسن و سمیه عباسی، «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرآفرین»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و یکم، شماره ۹۹، ۱۳۹۶.
۵. پاهکیده، امین و همکاران، «امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۴۰۱.

۶. پاهکیده، امین و همکاران، «واکاوی پیش‌گیری از ضررهای زیست‌محیطی از منظر مسئولیت مدنی با نگاهی بر آثار اقتصادی و اجتماعی آن»، دوره چهارم، شماره ۴، ۱۴۰۰.
۷. حیاتی، عباس علی، «مفهوم اصل احتیاط و جایگاه آن در مسئولیت مدنی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۴۰، ۱۳۹۳.
۸. خودکار، رضا و پرویز رحمتی، «تحلیل اقتصادی مبانی مسئولیت مدنی در حوادث دوجانبه»، دوفصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۹. رحمانی، سمیه و همکاران، «تبیین فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت در قبال شهروندان»، مجله فقه حکومتی، شماره ۱۲، ۱۴۰۰.
۱۰. رستمی، ولی و همکاران، «انتظار مشروع در نظام حقوق اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۱۱. رستمی، ولی و همکاران، «مسئولیت متصدیان راه در تصادفات رانندگی»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و چهارم، شماره ۳، ۱۳۹۳.
۱۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «مسئولیت مدنی دولت ناشی از تصویب، تغییر و یا عدم اجرای طرح‌های شهری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۲.
۱۳. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا، «تأملی بر امکان انتظار اصل مشروع در دیوان عدالت اداری»، مجله راهبرد، شماره ۶۱، ۱۳۹۰.
۱۴. سلیمی ترکمانی، حجت، «بررسی مشکل زیست محیطی دریاچه ارومیه از منظر حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله راهبرد، شماره ۵۸، ۱۳۹۰.
۱۵. سلیمی، فضا و محمدباقر پارساپور، «مبنای مطلوب مسئولیت مدنی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق (با نگاهی به حقوق بازار)»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۰.
۱۶. قیصری، سید عطا و همکاران، «نگرشی تحلیلی و انتقادی بر اقدامات تأمینی و سازوکارهای پیش‌گیرانه در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره پنجاه و یکم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۷. مولایی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیش‌گیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره سی و ششم، شماره ۶۰، ۱۳۹۸.

۱۸. مولایی، آیت، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاهم، شماره ۴، ۱۳۹۹.

2. Latin Source

1. Adams, M., **New Activities and the Efficient Liability Rules**, erschienen in: M. Corporations, Accident Faure/R. wenden, Bergh (Eds.), Essays on Law and Economics, Prevention and Compensation for Lusses – Mallu Antwerpen, 1989.
2. Faure, M., **Tort Liability in France: an introductory Economic analysis**, The Economic of Legal Relationship: Law & Economic in Civil Law Countries, Bruno Deffains & Thierry Kirat, 1st, London, Elsevier Science B.V, 2001.
3. Levmore, S., “**Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law**”, In Foundations of Tort Law, Collection of essays, New York: Oxford University Press, 1994.
4. Limpens. D., Kruithojk, R. M., “**Encyclopedia of Comparative Law, Liability for one’s own act**”, Vol. XI, Chap. 2, 2019.
5. Rogers, W.V.H., **Winfield, N., On tort**. 3rd edition, sweet and Maxwell, London. stark, Boris, Roland, 2002.
6. Shavell, S., **Foundations of Economic Analysis of Law**, Published by Harvard University Press, 2009.

بررسی تطبیقی مبانی مسئولیت مدنی دولت و متصدیان حمل و نقل در حقوق ایران و انگلستان

میر داود احدپور^۱

فرهاد ادیسی^۲

مجتبی غفاری^۳

چکیده

حمل و نقل جاده‌ای از مرسوم‌ترین و قدیمی‌ترین روش‌های حمل و نقل است که به منظور جابه‌جایی مسافر، کالا یا اشیاء به کار گرفته می‌شود. با توجه به اهمیت حمل و نقل جاده‌ای در تبادل اقتصادی، مسئولیت‌هایی برای متصدیان حمل و نقل در نظر گرفته می‌شود. از سوی دیگر، سازمان‌ها و اداره‌های دولتی به عنوان متصدیان راه‌ها، در بهبود وضعیت حمل و نقل کشور نقش مهمی دارند.

موضوع این مقاله، بررسی مسئولیت مدنی متصدیان راه‌ها و متصدیان حمل و نقل است که به ترتیب، موضوع حقوق اداری و نیز حقوق تجارت است. تطبیق مقررات قانونی مسئولیت مدنی متصدیان حمل و نقل جاده‌ای و متصدیان دولت در ایران و انگلستان نشان می‌دهد که در انگلستان، مبانی مسئولیت مدنی متصدیان حمل و نقل جاده‌ای و نیز متصدیان راه‌ها انعطاف بیش‌تر دارد و با تغییر و تحولات به‌روز شده است، اما در حقوق ایران، مبانی انعطاف کم‌تری دارند. در بحث مسئولیت مدنی دولت، استفاده از قواعد تنظیم‌گری نیز قابل توجه است.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، متصدی حمل و نقل، متصدی راه، حقوق ایران، حقوق انگلستان، حمل و نقل جاده‌ای.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی و ادبیات، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد سمنان، ایران،

Mirdavoodahadpour@gmail.com

۲. دانشیار، گروه علوم قرآن و حدیث، واحد زنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول) Fzedrisi@yahoo.com

۳. استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مهدیشهر، سمنان، ایران، dr.ghafari32@gmail.com

مقدمه

حمل و نقل، مفهومی است که بشر از ابتدای خلقت خود با آن درگیر بوده و این مفهوم از دیرباز، نقشی کلیدی در زندگی انسان‌ها بازی کرده است. با وجود فواید بسیار فناوری‌های جدید در این زمینه، این صنعت با خطرهای مالی و جانی برای انسان‌ها همراه است.^۱ در حال حاضر، انواع حمل و نقل از یکدیگر جدا شده‌اند و هر کدام نظام حقوقی مخصوص به خود دارند. حمل و نقل دریایی، جاده‌ای، ریلی و هوایی در صحنه بین‌المللی، کنوانسیون‌های خاص و در نظام‌های داخلی، قوانین مخصوص به خود دارند.^۲ یکی از مباحث مهم در حوزه حمل و نقل، مسئولیت متصدیان راه‌ها (سازمان‌ها و اداره و وزارت خانه‌های دولتی) و نیز متصدیان حمل و نقل است که در این حوزه خدمات‌رسانی می‌کنند.

بهره‌وری حمل و نقل از دیدگاه دولت هم به عنوان صاحب کالا و هم به عنوان متصدی حمل قابل بررسی است. مهم‌ترین جنبه‌ای که در بررسی بهره‌وری از دیدگاه دولت باید به آن توجه کرد، این است که دولت بیش‌ترین مسئولیت را در ایجاد تسهیلات در حمل و نقل دارد. این امر با ایجاد، تعمیر و نگهداری تأسیسات زیربنایی حمل و نقل از جمله جاده‌ها، فرودگاه‌ها، راه‌آهن و اسکله و تدوین و وضع ضوابط و مقررات میسر می‌گردد. وزارت راه و ترابری و دیگر ارگان‌های مرتبط دولتی، مسئولیت سنگینی در این زمینه دارند. دولت با برنامه‌ریزی و تصمیم‌گیری مناسب در مورد گسترش نوع خاصی از حمل و نقل که دارای بهره‌وری بالاتر و متناسب با نیازهای کشور است و گسترش تأسیسات و تعمیر و نگهداری بهتر این تأسیسات، مهم‌ترین نقش را در افزایش بهره‌وری حمل و نقل ایفا خواهد کرد.^۳

بنابراین، منظور از متصدی راه‌ها، اداره‌های عهده‌دار امور راه‌هاست و در حقوق ایران، اشخاص و مراجع مختلفی، وظیفه مراقبت و نگهداری از راه‌ها و معابر عمومی را بر عهده دارند. بر اساس قوانین

۱. زینل همدانی، علی و همکاران، «ایمنی حمل و نقل جاده‌ای کشور: رویکرد تحلیل عاملی»، نشریه مدیریت تولید و عملیات، ۱۳۹۵، دوره هفتم، شماره ۱۳، ص ۲.

۲. جعفری، فیض‌الله، «مطالعه تطبیقی ماهیت و مبنای مسئولیت متصدیان حمل و نقل در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۱۳، ص ۵۸.

۳. حقیقت منفرد، جلال و محمد کیانی، «شناسایی، بررسی و اولویت‌بندی عوامل تأثیرگذار بر بهره‌وری شرکت‌های حمل و نقل کالای داخلی و ارائه راهکارهای مربوط به آن»، مجله آینده‌پژوهی مدیریت، ۱۳۹۰، شماره ۱۳، ص ۱۲۳.

و مقررات موجود، وزارت راه و شهرسازی و شهرداری‌ها، محافظ راه شمرده شده‌اند و امروزه معابر عمومی تحت حفاظت و مراقبت اشخاص و نهادهای مسئول یادشده است.^۱

حقوق دانان انگلیس معتقدند: «متصدی حمل و نقل، فردی است که کالا یا مسافر یا هر دو را از مکانی به مکان دیگر، بنا بر توافق صورت گرفته با مسافر یا مالک کالا حمل می‌کند. افزون بر قرارداد حمل و نقل در سیستم کامن‌لا، وضعیت متصدی حمل و نقل در ایجاد حقوق و تعهدات و مسئولیت متصدی حمل و نقل تعیین کننده است. اگر طرف قرارداد متصدی حمل و نقل، عمومی یا خصوصی باشد، دارای حقوق و وظایف و تعهدات متمایزی است که اصول و مبانی مسئولیت متفاوتی بر آن‌ها اعمال می‌شود».^۲

بر اساس تعریف مندرج در قوانین حمل و نقل کالا و دیگر مقررات مربوط در نظام حقوقی انگلستان، متصدی حمل و نقل که ممکن است به عنوان شخص حقیقی یا در قالب شرکت یا مؤسسه حمل و نقل فعالیت کند، فردی است که در مقابل اجرت، حمل اشیاء را به عهده می‌گیرد. در کنوانسیون‌های بین‌المللی، متصدی حمل و نقل دارای شرایط خاص و متفاوتی بسته به نوع حمل و نقل است. کنوانسیون‌های مرتبط با حمل و نقل هوایی، دریایی، زمینی و جاده‌ای و حمل و نقل ریلی، مسئولیت متصدی را تا حدی متفاوت از هم بیان کرده‌اند.

در حقوق انگلستان، مسئولیت مدنی، حقوق خطاهای مدنی است که علت ایجاد حق مطالبه خسارت، لطمه و ضرری است که به حقوق قانونی دیگران وارد می‌شود. در حقوق ایران، مسئولیت مدنی، تعهد قانونی شخص به جبران ضرر وارده شده است که با جمع شدن شرایط تحمیل مسئولیت، بر واردکننده یا واردکنندگان ضرر تحمیل می‌شود. البته این تعریف بیش‌تر به تعریف مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران نزدیک است و در حقوق انگلستان باید به این تعریف، سهل‌انگاری در مصادیق مختلف خود نیز اضافه شود.

قانون مسئولیت مدنی، اولین قانونی است که به طور خاص به این موضوع پرداخته و دولت را با شرایطی، مسئول شناخته و به طور عام به مسئولیت مدنی اشخاص خصوصی در قبال هم تصریح شده است. در ساحت حقوق عمومی، مشخصاً در ماده ۱۱ به مقوله مسئولیت مدنی دولت اشاره

۱. سلیمانی بابادی، مصطفی و محمد رضا پیرهادی، «تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۴، شماره ۲۹، ص ۹۷.

2. Beale, H.G., *Chitty on Contracts?*, Vol. II, 29th Ed, UK, Sweet & Maxwell, 2004, p. 543.

شده و برای نخستین بار به طور عام، مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال تصدّی شناسایی گردیده است. در خصوص خسارت ناشی از اعمال حاکمیت نیز بدون این که مسئولیت مدنی دولت را به صورت اطلاق نفی کند، با در نظر گرفتن شرایطی، جبران خسارت ناشی از چنین اعمالی را در حیطه صلاحیت اختیاری دولت تعریف می‌کند.^۱

از دیگر مباحث اختلافی در خصوص مسئولیت مدنی در ایران و انگلستان، مبانی نظری هر کدام برای توجیه مسئولیت مدنی متصدیان حمل و نقل جاده‌ای است. حقوق دانان با توجه به مقررات قانونی پیش‌بینی شده در هر یک از کشورهای ایران و انگلستان، رهیافت‌های متفاوتی در باب مسئولیت مدنی بیان کرده و برای توجیه مسئولیت داشتن یا نداشتن متصدیان به آن‌ها استناد جسته‌اند. بیش‌تر این اختلافات در نفوذ و اثرگذاری مبانی فقهی در نظام حقوقی ایران ریشه دارد، به طوری که مبانی فقهی، رهیافت اصلی در توجیه مسئولیت مدنی متصدیان حمل و نقل جاده‌ای در قوانین و مقررات حاکم بر مسئولیت مدنی در ایران محسوب می‌شود. این در حالی است که در نظام حقوقی انگلستان به نظریه‌های مانند تقصیر، بی‌احتیاطی، تعهد به ایمنی و مسئولیت بدون تقصیر برای توجیه مسئولیت متصدیان حمل و نقل جاده‌ای توجه می‌شود.

در گفتار اول به موضوع مسئولیت متصدیان راه‌ها با مطالعه تطبیقی، در گفتار دوم به تعریف متصدیان حمل و نقل در حقوق ایران و انگلستان و در گفتار نهایی به مبانی مسئولیت مدنی در دو نظام حقوقی می‌پردازیم. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مسئولیت مدنی دولت (متصدیان راه) در حقوق ایران و انگلستان

«وزارت راه» بعد از پیمودن مراحل پرنشیب و فراز تاریخی تأسیس و ادامه حیات در قالب اداره کل طرق و شوارع، وزارت راه و وزارت راه و ترابری، در اقدامی ناپخته، شتاب‌زده و کارشناسی‌ناشده با وزارت مسکن و شهرسازی جمع‌گردد و به وزارت راه و شهرسازی تبدیل شد. این تجمیع تنها از منظر ساخت که در ماهیت دو وزارت‌خانه راه و ترابری و مسکن و شهرسازی فرض شده بود، به وجود آمده و به شرایط

۱. مولایی، آیت و حسن لطفی، «آسیب‌شناسی تحول صلاحیت در دعاوی مسئولیت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱، ص ۲۴۶.

زمانی و جایگاه حمل و نقل در ترکیب وزارت راه و شهرسازی توجه نشده است. چون سازمان‌ها متناسب با ضرورت زمان و نیاز اقتصاد ملی به وجود می‌آیند و در حال حاضر، حمل و نقل، جایگاه بالا و والاتری نسبت به ساخت و گسترش شبکه (با وجود حداقل نیازهای زیربنایی در کشور) دارد و هر نوع نگاه‌داری، بهسازی و ارتقای سطح و گسترش شبکه به وجود تقاضای حمل و نقلی وابسته است، در تدوین برنامه ششم توسعه باید به این گره مدیریتی توجه شایسته صورت گیرد.

وزارت راه و شهرسازی، استخوان‌بندی شبکه حمل و نقل جاده‌ای کشور را تشکیل می‌دهد. می‌توان انتظار داشت که با افزایش تقاضای حمل و نقل متناسب با افزایش و رشد تولید ناخالص داخلی، بقیه راه‌های تحت حوزه استحفاظی هم رفته رفته در رده راه‌های شریانی قرار گیرند و پاسخ‌گوی نیازهای حمل و نقلی اقتصاد ملی شوند. با توجه به این موارد باید جریان مطلوب حمل و نقل جاده‌ای، نگاه‌داری و بهسازی راه‌های موجود که ارتقای سطح خدمت و به دنبال آن، افزایش ظرفیت حمل و نقل را به دنبال دارد، در اولویت قرار گیرد.^۱

بند اول. مسئولیت مدنی دولت (متصدیان راه) بر اساس نظریه تقصیر

نظریه تقصیر که از اصلی‌ترین نظریه‌های مربوط به مسئولیت مدنی محسوب می‌شود، در بحث مسئولیت مدنی دولت هم جزء نظریه‌های مبنایی است. بر اساس نظریه تقصیر، مسئولیت دولت زمانی تحقق می‌یابد که خطای اداری اثبات گردد و به این ترتیب، میان خطای اداره و تقصیر کارمند اداره تفکیک صورت گیرد.^۲

مستفاد از ماده ۱ ق.م.م.، تقصیر در ایران از مبنای اصلی مسئولیت مدنی تلقی می‌شود. در موضوعیت داشتن و مفروض دانستن آن سخن زیاد رانده شده است و برخی بر این اعتقادند که تقصیر، مبنای واقعی مسئولیت مدنی نیست و مرادف دانستن مفهوم «تسبیب» در حقوق ایران با «تقصیر» در حقوق غرب موجب شده است مبنای نظام مسئولیت مدنی در ایران بر تقصیر پنداشته شود، به ویژه این که این ماده به گسترش این پندار یاری رسانده است.^۳

۱. طلوعی، ذبیح‌الله و همکاران، بخش حمل و نقل در برنامه ششم توسعه (گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی)، تهران: دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۴۳۱۲، ۱۳۹۴، ص ۷.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۷۳، ص ۴۰۸.

۳. جعفری تبار، حسن، «از آستین طبیبان: قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۴۱، ص ۲۴.

با توجه به واقعیت و حمایت از زیان دیدگان، تعدیل‌هایی در نظریه مسئولیت نداشتن دولت مبتنی بر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی صورت گرفته است. به همین دلیل، حکم ماده ۱۹ الحاقی قانون ایمنی راه‌ها و راه‌آهن، مصداق مسئول نیابتی و مشابه ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی برای کارفرمایان مشمول قانون کار است. ماده ۱۹ الحاقی به قانون یادشده مقرر می‌دارد: «وزارت‌خانه‌های راه و ترابری و جهاد سازندگی مکلفند علایم افقی و عمودی و تجهیزات ایمنی لازم را در طول هر یک از راه‌های مربوط، مشخص و در محل‌های مورد نیاز نصب و اجرا کنند. وزارت‌خانه‌های مذکور مکلفند برای عملیات احداث و مرمت و یا نگهداری راه‌های مربوط، علایم ایمنی لازم را نصب نمایند و چنان‌چه بر اثر کوتاهی در به کار بردن علایم یادشده، خسارتی به اشخاص وارد شود، هر یک از وزارت‌خانه‌های یادشده حسب مورد موظف است از مطالبات پیمان‌کار یا اعتبارات جاری و عمرانی وزارت‌خانه، خسارت وارده را پرداخت نماید و چنان‌چه مأموران دولت یا پیمان‌کاران مرتکب تقصیر شده باشند، دولت خسارت پرداخت‌شده را از آن‌ها استیفا خواهند نمود».^۱

در این ماده برای حمایت از حقوق زیان دیدگان، مسئولیت نیابتی را برای اداره راه پیش‌بینی کرده است. حتی از ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، پا را فراتر گذاشته و مسئولیت را به شرایطی گسترش داده است که پیمان‌کار در قالب قرارداد پیمان‌کاری عملیات اجرایی دارد و ضرر بزند.^۲

ممکن است تصور شود که وظیفه قانونی محافظان به نگهداری از راه محدود است، اما با توجه به اطلاق مسئولیت ناشی از نقص راه می‌توان گفت آن‌چه از لوازم و مقدمات این تکلیف است، اعم از طراحی و نظارت و نگهداری را نیز دربرمی‌گیرد؛ زیرا نقص شامل تمام این موارد است و وظایف متعدد و متنوعی که محافظان دارند، همه از مصادیق نقص در مفهوم عام محسوب می‌شود. هم‌چنین وقتی شخصی، راهی ایجاد می‌کند، اختیار و کنترل آن را بر عهده دارد و نسبت به هر امری که مربوط به راه است، محافظ تلقی می‌شود و از یک محافظ متعارف انتظار می‌رود راهی را که در اختیار دیگران قرار می‌دهد، از ایمنی لازم برخوردار باشد.

۱. فرهانی، احمد و محمد مهدی خاکی، «مبنای مسئولیت مدنی متولیان ایمنی راه در حوادث ناشی از رانندگی»، مجله آموزه‌های حقوقی گواه، ۱۳۹۹، شماره ۱۰، ص ۱۳۵.

۲. رستمی، ولی و همکاران، «مسئولیت مدنی متصدیان راه در تصادفات رانندگی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره چهل و چهارم، شماره ۳، ص ۳۷۰.

به طور خلاصه، تکالیف محافظان راه متعدد است که از جمله می‌توان به حفظ ایمنی عملیات اجرایی، تکلیف به نصب ابزارهای کنترل عبور و مرور استاندارد، نصب علائم هشداردهنده در راه‌بندها و ایستگاه‌های بازدید نیروی انتظامی و نصب حفاظ‌های مربوط به افراد پیاده اشاره کرد. آنان در حوزه بهسازی راه و محافظت و ایمنی کناره‌ها، شانه‌ها، حفاظ راه و استفاده از انواع استانداردها در مورد حفاظ و طراحی و نصب آن نیز تکلیف‌هایی بر عهده دارند. تکلیف به نصب ضربه‌گیر در محل‌های مناسب، احداث خروجی اضطراری در سرازیری‌های طولانی، تأمین فاصله دید، آشکارسازی کنار راه و ممانعت از نصب تابلوهای تبلیغاتی در آن از وظایف دیگر محافظان راه‌هاست.

برخی از حقوق دانان بر این باورند که با توجه به تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی که مقرر می‌دارد: «در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات، نقص راه یا وسیله نقلیه، مؤثر در علت تصادفات باشد، حسب مورد، متصدیان ذی‌ربط، مسئول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد»، مبنای مسئولیت دولت و شهرداری و پلیس در خصوص حوادث خودرو که ناشی از نقص راه یا نقص خودرو باشد، نظریه تقصیر است. وجود چنین نقصی، حکایت از آن دارد که نهادهای یادشده به وظایف خود عمل نکرده‌اند و عمل نکردن به وظیفه قانونی، مصداق بارز تقصیر است.^۱

در حقوق انگلستان، تقصیر، یکی از ارکان مهم مسئولیت مدنی دولت است. نهادهای عمومی نیز مانند افراد خصوصی ممکن است در قبال تقصیر، مسئول قلمداد شوند. در این صورت، فرد شاکی باید ثابت کند که خوانده، یک تعهد حمایتی را در مورد او نقض کرده و این نقض باعث آسیب و ضررهای قابل جبران شده است. تقصیر در مقابل یک تعهد حمایتی/ مراقبتی به منزله یک پیش‌فرض در زمینه انجام وظایف اداری و دولتی در بسیاری از موارد رسیدگی باعث توسعه رده‌هایی از تقصیر شده است.

بنابراین، تقصیر و اقامه دعوای حقوقی برای زمانی است که آسیب و ضرری به واسطه فعل یا ترک فعل گروه یا فرد یا نهادی به وجود می‌آید و این که آسیب واردشده، یک ضرر بدنی، مالی یا اقتصادی است، چندان اهمیتی ندارد. بر این اساس، دعوای تقصیر برای این که مورد تأیید قرار

۱. اورک بختیاری، حسن علی، مبنای و مسئولیت مدنی حوادث خودرو، تهران: انتشارات علمی کالج، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۳۱۳.

گیرد، باید سه رکن داشته باشد:

رکن اول: خواننده در مورد مدعی، یک تعهد عرفی مربوط به مراقبت داشته باشد؛

رکن دوم: خواننده این تعهد را نقض کرده باشد؛

رکن سوم: نقض تعهد مربوط به مراقبت باعث ضرر و زیان و خسارت مدعی شده باشد.

در زمینه معیار و ملاک تقصیر در رویه قضایی انگلستان از روش‌ها و ملاک‌های مختلفی از جمله معیار رفتار یک فرد متعارف استفاده شده است، به این معنا که نامعقول بودن یک عمل از منظر اجتماعی، ملاکی برای سنجش تقصیر و میزان آن محسوب می‌شود.^۱

در قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، معافیت دولت از مسئولیت در خصوص اعمال حاکمیتی مقرر شده و مسئولیت دولت به اعمال تصدی محدود گردیده است. تفکیک میان اعمال حاکمیتی و تصدی، به دلیل انتقادهایی که در قرن نوزدهم به آن وارد شده، در کشورهای غربی محدود گشته است، اما در قانون مسئولیت مدنی سال خورده ایران هنوز موجود است. به نظر می‌رسد این تفکیک با قواعد و اصول فقهی کشور ما نیز مغایرت دارد و به ظاهر با تقلید و کپی برداری غیر عالمانه از حقوق غرب به نظام حقوقی ما وارد شده است. اشکال اول، مخالفت مبنایی با قواعد بنیادین فقهی و پیشینه بحث در فروع فقهی مرتبط است. در حقوق اسلام و مطابق قاعده بنیادین احترام، جایی که خسارتی به مال یا جان یا حیثیت کسی وارد گردد، اصل بر ضمان است و عموم قاعده اتلاف در این باره، مسئولیت هر تلف‌کننده‌ای را بدون تبعیض اقتضا دارد. به علاوه، استقرار پیشینه فقهی برخی از فروع مرتبط با مسئولیت دولت نشان می‌دهد مصادیق بارز و مهم رفتارهایی که امروزه به عنوان رفتار حاکمیتی شناخته می‌شوند، مشمول ضمان قرار گرفته‌اند.^۲

علاوه بر این، رویه‌های قضایی انگلستان، مسئولیت مدنی مقامات عمومی یا اداری را در برابر شکست طرح‌های عمومی و به عبارتی، اعمال حاکمیت به رسمیت نشناخته‌اند؛ چون به افراد معینی در این خصوص، زیان وارد نشده است و هدف از این اعمال نیز توسعه در زمینه‌های مختلف

۱. اکبری، افشار و همکاران، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی دولت و مراجع رسیدگی‌کننده به آن در حقوق ایران و انگلستان»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ۱۳۹۸، سال نوزدهم، شماره ۷۶، ص ۶۸.

۲. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶، ص ۱۴۵.

اجتماعی و اقتصادی است. هم‌چنین در رویه قضایی این کشور، رابطه سببیت و اثبات آن برای تحقق مسئولیت مدنی و اضطرار در مورد اعمال ناشی از اضطرار که باعث وقوع زیانی می‌شود، به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت مدنی دولت به رسمیت شناخته شده است.^۱

بند دوم. مسئولیت مدنی دولت (متصدیان راه) بر اساس نظریه خطر

اساس مسئولیت دولت مبتنی بر نظریه تقصیر است، ولی در قرن نوزدهم، نظریه خطر، مسئولیت دولت را توسعه داد و امروزه در کشورهای پیشرفته برای احترام به آزادی فردی طبق نظریه یادشده، دولت را مکلف می‌کنند در بعضی موارد، از عهده خسارت بر اشخاص برآید، حتی اگر هیچ‌گونه تقصیری مرتکب نشده باشد؛ چون اگر تقصیر را مبنای مسئولیت بدانیم، بسیاری از خسارت‌ها بدون جبران باقی می‌ماند که خلاف انصاف است.^۲

جنبه اثباتی این نظریه بر این توجیه استوار است که با توجه به ناکارآمدی و لزوم نداشتن تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی باید مبنا و ملاک دیگری را برای تحقق مسئولیت مدنی پذیرفت که پاسخ‌گویی شخص در قبال اعمال خویش است، اعم از این‌که او مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد. بنابراین، به اعتقاد طرفداران این نظریه، برای تحقق مسئولیت مدنی، ثبوت یا اثبات تقصیر لازم نیست و صرف انجام عمل زیان‌بار موجب مسئولیت عامل می‌شود.

بر اساس این نظریه، هرگاه کسی، محیط خطرناکی ایجاد کند، چه آن کار متعارف باشد و چه نامتعارف، در برابر آن مسئولیت دارد. برای نمونه هم از آزمایش هسته‌ای دولت یا ساخت کارخانه برای کارآفرینی مثال می‌زنند. در توجیه گفته می‌شود که مصلحت‌گرایی در جوهر مسئولیت مدنی وارد شده و مفاهیم جدیدی ایجاد کرده است. برای مثال، حمل و نقل مواد آتش‌زا در جاده‌ها کار خطرناکی است، ولی چون فواید آن بیش‌تر از ضرر آن است، تقصیر نیست و باید تحمل شود. هم‌چنین اگرچه ضرر به کسانی وارد می‌شود، به دیگران هم سودی می‌رسد. در پاسخ می‌توان استدلال کرد که در پرتو رشد فعالیت‌های اقتصادی دولت و اداره کردن کارخانه‌ها به وسیله دولت، نظریه مصونیت دولت دیگر قابل دفاع نیست.^۳

۱. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال کارکنان، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۱۸.

۲. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۴۱۴.

۳. ریاحی، نوربخش، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸.

تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مقرر می‌دارد: «در صورتی که بر اساس نظر کارشناسان تصادفات، نقص راه یا وسیله نقلیه، مؤثر در علت تصادفات باشد، حسب مورد متصدیان ذی‌ربط، مسئول جبران خسارات وارده بوده و با آنان برابر قانون رفتار خواهد شد.» در این تبصره، نقص راه به طور مطلق به کار رفته و نقص به هر میزانی که در علت تصادفات، مؤثر باشد، موجب مسئولیت متصدی راه است. در عبارت‌های به کار رفته در این تبصره، نکاتی محل تأمل است. اگر نقص راه را مطلق نقص عرفی بدانیم، هر نقصی موجب مسئولیت متصدی راه است. هم‌چنین اگر مؤثر بودن به هر میزانی را موجب مسئولیت بدانیم، سؤال این است که میزان مسئولیت متصدی، جبران صد در صد خسارت است یا به میزانی است که نقص راه، مؤثر در علت وقوع حادثه باشد. اگر خسارات را ناشی از عوامل متعددی بدانیم که مجموع آن عوامل تامه خسارت باشد و نقص راه نیز به عنوان جزئی از علت مؤثر در خسارات باشد، در این حالت، مسئولیت متصدی راه به میزان تأثیر خواهد بود. در نتیجه، لازمه چنین تفسیری از این تبصره آن است که کارشناس رسمی راه و تصادفات، میزان و درصد تأثیر نقص راه را معین و به عبارت دیگر، درصد تأثیر را بیان کند تا به میزان همان درصد، به جبران خسارت متصدی راه حکم صادر شود.

نظریه خطر در حقوق انگلستان بر مبنای حق امنیت شخصی استوار است. هر چه جامعه توسعه می‌یابد، دامنه حمایت از ایمنی شخصی افزون‌تر می‌شود. تا پیش از قرن اخیر، توجه کمی به خسارات وارد شده به افراد می‌شد، اما بر مبنای نظریه خطر، ایجاد محیط و فضای خطرناک توسط دولت، موجب مسئولیت مدنی اوست.^۱ بنابراین، ایجاد خطر در مسیر راه‌ها و خیابان‌ها از جمله مواردی است که موجبات مسئولیت مدنی دولت را فراهم می‌کند.

بند سوم. مسئولیت مدنی دولت (متصدی راه‌ها) بر اساس نظریه تعهد ایمنی

این مبنا از جدیدترین نظریه‌ها در برقراری مسئولیت مدنی است که نخستین بار در حقوق فرانسه مطرح شد. «پس از ظهور این نظریه، نظام‌های حقوقی دیگر نظیر آلمان و انگلستان نیز پذیرای این نظریه شدند. حتی برخی حقوق دانان، پذیرش این نظر در نظام حقوقی ایران را نیز با توجه به

۱. داراب‌پور، مهرب، «اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۸۷، شماره ۴۴ و ۴۵، ص ۷۲.

قوانین و مقررات مختلف امکان‌پذیر دانسته‌اند».^۱ منظور از تعهد ایمنی نیز تعهدی حقوقی مبتنی بر تعهد طبیعی احترام و نفی آسیب‌رسانی به تمامیت جسمانی انسانی دیگر است.^۲ متعهد تعهد می‌کند که نظارت و کنترل واقعی بر همه وقایع و اوضاع و احوال داشته باشد تا متعهد له یا شخص ثالث هیچ‌گونه آسیب و ضرر و زیانی متحمل نشود.^۳

رد پای این نظریه را در برخی قوانین ایران در مورد متصدیان راه می‌توان مشاهده کرد. از جمله مواد قانونی که وظایف وزارت راه و شهرسازی و شهرداری را مکلف به این وظایف کرده است، عبارتند از:

۱. ماده ۷ «قانون تغییر نام وزارت راه به وزارت راه و ترابری و تجدید تشکیلات و تعیین وظایف آن»، مصوب ۱۳۵۳/۴/۱۶ که وظایف این وزارت‌خانه را بیان کرده است. از جمله وظایف آن در بند ۲ این ماده، «احداث، توسعه، بهره‌برداری و نگاه‌داری راه‌ها، راه‌آهن و بنادر» است.

۲. ماده ۵۵ قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱ که وظایف شهرداری را بیان می‌کند، در بند ۱ و تبصره ۱ بند ۲ و ۱۴ و ۲۶ از وظایف این نهاد در مورد راه سخن می‌گوید.

بند ۱: «ایجاد خیابان‌ها و کوچه‌ها و میدان‌ها و باغ‌های عمومی و مجاری آب و توسعه معابر در حدود قوانین موضوعه».

تبصره ۱ بند ۲: «سدّ معابر عمومی و اشغال پیاده‌روها و استفاده غیر مجاز آن‌ها و میدان‌ها و پارک‌ها و باغ‌های عمومی برای کسب و یا سکنی و یا هر عنوان دیگری ممنوع است و شهرداری مکلف است از آن، جلوگیری و در رفع موانع موجود و آزاد نمودن معابر و اماکن مذکور فوق به وسیله مأمورین خود رأساً اقدام کند».

بند ۱۴: «اتخاذ تدابیر لازم و مؤثر برای حفظ شهر از خطر سیل و حریق و هم‌چنین رفع خطر از بناها و دیوارهای شکسته و خطرناک واقع در معابر عمومی و کوچه‌ها و اماکن عمومی و دالان‌های عمومی و خصوصی و پر کردن و پوشاندن چاه‌ها و چاله‌های واقع در معابر و جلوگیری از گذاشتن

۱. ثقفی، مریم و همکاران، «ماهیت تعهد ایمنی و کاربرد آن در مسئولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال بیست و یکم، شماره ۳، ص ۲.

2. Faivre, Yvonne Lambert, *Fondement et Régime de L'obligation de Sécurité*, Recueil Dalloz, 1994, p. 81.

3. Defferrard, Fabrice, *Une Analyse de L'obligation de Sécurité L'épreuve de la cause Étrangère*, Recueil Dalloz, 1999, p. 364.

هرگونه اشیا در بالکن‌ها و ایوان‌های مشرف و مجاور به معابر عمومی که افتادن آن‌ها موجب خطر برای عابرین است و جلوگیری از ناودان‌ها و دودکش‌های ساختمان‌ها که باعث زحمت و خسارت ساکنین شهرها باشد).

یکی از پرسش‌های قابل طرح این است که آیا تکلیف قانونی محافظان به نگه‌داری از راه محدود است یا شامل ایمنی راه مثل علایم هشدارها و تابلوها نیز می‌شود؟ ممکن است تصور شود که وظیفه قانونی محافظان به نگه‌داری از راه محدود است، اما با توجه به اطلاق مسئولیت ناشی از نقص راه می‌توان گفت آن‌چه از لوازم و مقدمات این تکلیف است، اعم از طراحی و نظارت و نگه‌داری را نیز دربرمی‌گیرد. نقص شامل تمام این موارد است و وظایف متعدد و متنوعی که محافظان دارند، همه از مصادیق نقص در مفهوم عام محسوب می‌شود. هم‌چنین وقتی شخصی، راهی را ایجاد می‌کند، اختیار و کنترل آن را بر عهده دارد و نسبت به هر امری که مربوط به راه است، محافظ تلقی می‌شود و از یک محافظ متعارف انتظار می‌رود راهی را که در اختیار دیگران قرار می‌دهد، از ایمنی لازم برخوردار باشد. وظیفه مراقبت با تمام شرایط مراقبت در نظر گرفته می‌شود و فرض عابر که به طور معقول و با اجازه محافظ یا دارنده از آن استفاده می‌کند، این است که مسیر ایمن است و در طول راه به خطر نمی‌افتد. محافظ علاوه بر این‌که وظیفه ایمنی راه را بر عهده دارد، ملزم به رفع نقاط حادثه‌خیز است؛ زیرا کسی که دارنده شیء است، باید خطرهایی را رفع کند که استفاده‌کنندگان را تهدید می‌کند و این امر نیز می‌تواند نوعی ایمن‌سازی تلقی شود.^۱

گفتار دوم. ضرورت تنظیم‌گری دولت در حمل و نقل

تنظیم‌گری صرفاً یکی از کارکردهای نظام حکمرانی به شمار می‌رود و در کنار کارکردهای مهم دیگری چون سیاست‌گذاری قرار دارد. می‌توان ادعا کرد که در سال‌های اخیر، نظام حکمرانی بیش‌ترین توسعه خود را در ابعاد اجرایی و پژوهشی از منظر تنظیم‌گری داشته است. مسائل مهمی چون ناکارآمدی ابزارهای سنتی قانونی در اعمال حکمرانی، توجه حکومت‌ها به سازوکارهای اجرایی‌سازی سیاست‌های کلان، ناکارآمدی‌های بازار که به طور خاص در سال‌های پس از بحران ۲۰۰۸ مورد توجه قرار گرفت و ناکامی بازار آزاد در تحقق منافع عمومی در بخش‌های مختلف اقتصادی و اجتماعی،

۱. سلیمانی بابادی و پیرهادی، پیشین، ص ۹۷.

تنظیم‌گری را به یکی از موضوعات دارای اولویت در حوزه حکمرانی بدل کرده است. این موضوعات نه تنها به مسئله تنظیم‌گری در حوزه‌های مختلف علوم اجتماعی توجه نشان داده‌اند، بلکه در حوزه‌های تخصصی خارج از حوزه مطالعات اجتماعی از جمله حمل و نقل و دیگر حوزه‌های سیاست‌گذاری بخشی نیز تقاضای جدی برای حکمرانی کارآتر، عادلانه‌تر و همراه با مشارکت گسترده‌تر در سطوح بخشی و ملی به نوعی تقاضا برای تنظیم‌گری بهتر را ایجاد کرده است.

از منظر حوزه تحت تنظیم‌گری می‌توان تنظیم‌گران را به دو دسته بخشی و کارکردی تقسیم کرد. تنظیم‌گران بخشی، تمرکز خود را به بخش خاصی محدود می‌کنند و فقط به نظارت بر همان بخش می‌پردازند. در هر کدام از بخش‌های انگلستان و نیز دیگر کشورهای بریتانیای کبیر، تنظیم‌گران متعددی فعال هستند. در یک طبقه‌بندی کلی می‌توان از اصلی‌ترین بخش‌های زیر مدیریت تنظیم‌گران به بخش‌های حمل و نقل، آب، انرژی، رسانه، سلامت، خیریه، آموزش، محیط زیست و حقوق اشاره کرد. بر خلاف تنظیم‌گران بخشی، تصمیمات تنظیم‌گران کارکردی به یک بخش خاص محدود نمی‌شود. افزایش سطح رقابت در سراسر بخش‌ها، تنظیم مقررات اثرگذار بر تمامی حوزه‌ها و تسهیل خدمات ارائه شده به همه مصرف‌کنندگان، از جمله وظیفه‌های اساسی تنظیم‌گران کارکردی است.^۱

بند اول. مدیریت منابع

نگاه جامع و هم‌پیوند به حمل و نقل ایجاب می‌کند تا منابع در اختیار بخش در قالب یک مدیریت جامع مدیریت گردد. در حال حاضر، منابع لازم برای احداث، بهسازی و نگهداری انواع راه‌ها، خطوط آهن کشور و نیز احداث و نگهداری بنادر صیادی از محل بودجه عمومی دولت و برنامه‌های توسعه، بهسازی و نگهداری در زیربخش‌های دریایی، هوایی و حمل و نقل جاده‌ای از محل درآمد سازمان‌های یادشده تأمین می‌شود. واریز مستقیم درآمد این سازمان‌ها به حساب آن‌ها نزد خزانه‌داری کل و مصرف آن توسط همان سازمان‌ها، زمانی توجیه داشت، ولی امروزه برخورداری زیربخش‌های حمل و نقل از منابع مالی دوگانه موجب نارسایی در مدیریت هر یک از زیربخش‌های حمل و نقل شده است، به طوری که استفاده‌کنندگان از درآمدها با دست و دل بازی مواجهند.

۱. امامیان، سید محمدصادق و همکاران، *نظام ملی تنظیم‌گری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، شماره مسلسل: ۱۵۹۴۰، ۱۳۹۷، ص ۴۲.

ضمن این که اصولاً درآمد سازمان ها و دستگاه های دولتی، درآمد دولت و هزینه های دستگاه های دولتی نیز هزینه دولت محسوب می شوند که تکلیف این دستگاه ها هم در قالب بودجه عمومی دولت تعیین می شود. وجود روش های مختلف در تأمین هزینه ها عملاً شفافیت مالی را در این دستگاه ها از بین برده و به تفاوت ها در دستگاه ها و سازمان ها دامن زده است. اشراف و جامعیت بخش بر فعالیت ها و مصرف منابع طلب می کند که همه منابع بخش حمل و نقل در قالب مدیریت جامع واحد هزینه گردد و از جزیره ای عمل کردن سازمان ها برای وصول درآمد و هزینه کردن آن جلوگیری شود.^۱

بند دوم. لزوم حکمرانی خوب

هم اکنون مقام سیاست گذار در بخش حمل و نقل کشور از یک سو و سیاست گذاران زیربخش های حمل و نقل، همگی در سطح معاون وزیر راه و شهرسازی هستند، در حالی که حکمرانی مؤثر ایجاب می کند ضمن واگذاری همه تصدی های دولتی موجود در بخش حمل و نقل به بخش خصوصی، سازمان های زیربخشی حمل و نقل کوچک سازی شوند و در سلسله مراتب اداری تحت مدیریت و راهبری مقام سیاست گذار و هماهنگ کننده شیوه های حمل و نقل سازمان دهی گردند.

در حال حاضر، یکی از مشکلات بخش حمل و نقل، تصدی گری دولت در این حوزه و ناهماهنگی در وظایف حاکمیتی است. به طور خاص، ناهماهنگی در بخش های حاکمیت شیوه های مختلف حمل و نقل موجب شده است شاهد مدیریت جزیره ای در زیربخش ها و سازمان های تابعه وزارت راه و شهرسازی و دیگر نهادهای مسئول در این حوزه باشیم. اصلاح ساختار حاکمیت باید امکان رشد بیش تر و مشارکت بخش خصوصی را فراهم کند و از سوی دیگر، حاکمیتی یک پارچه و کارآ پدید آورد. با توجه به تعدد مراجع تصمیم گیری در این حوزه، نقش شورا های عالی تصمیم گیری در این زمینه باید تقویت و ساختار سازمانی متناسب با این نیازها طراحی شود. هم چنین در ساختار جدید باید نقش سیاست گذاری، تنظیم گری و بنگاه داری در شیوه های مختلف حمل و نقل تفکیک گردد تا نقش حاکمیتی دولت به شکلی مطلوب انجام شود.

۱. راهبرد مجلس دهم (بخش حمل و نقل)، تهران: معاونت پژوهش های زیربنایی و امور تولیدی، دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۳.

مجموعه اقداماتی که برای چالش‌های این حوزه می‌توان پیشنهاد کرد، به این شرح است:

۱. تفکیک وظایف سیاست‌گذاری، تصدی‌گری و تنظیم‌گری در مجموعه وزارت راه و شهرسازی؛

۲. ایجاد نهاد مستقل تنظیم‌گری در شقوق مختلف حمل و نقل؛

۳. انتزاع بخش راه از وزارت راه و شهرسازی و ایجاد وزارت خانه حمل و نقل.^۱

باور عمومی این است که تنظیم‌گری پس از خصوصی‌سازی شرکت‌های خدمات همگانی و برای نظارت بر این شرکت‌ها آغاز شده است. با این حال، گفتمان و اجرای تنظیم‌گری سابقه بسیار طولانی‌تری دارد. اجرای تنظیم‌گری در انگلستان حداقل به دوران تئودور و استیوارت برمی‌گردد. با ظهور نهادهای تخصصی تنظیم مقررات و مجموعه اقدامات مربوط به بهداشت عمومی و شرایط اشتغال، قرن نوزدهم، شاهد شکوفایی حوزه تنظیم‌گری بود. پیشرفت در زمینه تأمین خدمات ریلی، آب، گاز و برق، زمینه‌ساز اعمال کنترل روی قیمت، ایمنی و کیفیت خدمات شد. کاربرد تنظیم‌گری در حوزه‌های دیگر نیز گسترده بود و دامنه آن هر روز وسیع‌تر می‌شد. برای مثال، برای تنظیم مقررات اولیه راه‌آهن از قوانین کنترل بزرگراه‌ها استفاده شد. در طول قرن بیستم و از دهه ۱۹۳۰ به بعد، تنظیم‌گری به طور مستمر رشد کرد. در دهه ۱۹۳۰، صدور مجوز عبور کالاها و مسافران از جاده‌ها آغاز شد و هیئت‌های بازاریابی با وظایف عملیاتی و تنظیم مقررات در صنعت ماهی‌گیری آغاز به کار کردند. حتی ملی‌سازی صنایع مادر نظیر راه‌آهن نیز در چارچوب مسائل تنظیم‌گری انجام شد.

گفتار سوم. حمل و نقل جاده‌ای و متصدیان آن در حقوق ایران و انگلستان

در حقوق انگلستان، متصدیان حمل و نقل جاده‌ای به دو دسته متصدیان حمل و نقل جاده‌ای عمومی و متصدیان حمل و نقل جاده‌ای خصوصی تقسیم‌بندی شده‌اند، اما چنین تفکیکی در نظام حقوقی ایران شناسایی نشده است. در حقوق انگلستان در تعریف متصدی عمومی گفته شده است: «متصدی حمل و نقل عمومی از نظر تاریخی دارای یک موقعیت ویژه در سیستم کامن‌لاست. متصدی حمل و نقل عمومی به عنوان فردی شناخته می‌شود که دارای جا و محل فیزیکی بوده، به عموم مردم اعلام می‌نماید

۱. فیاضی، محمدتقی، حمل و نقل زمینی در حوزه بار: چالش‌ها و راهکارها، تهران: مرکز پژوهش‌های اتاق ایران و کمیسیون حمل و نقل، ۱۴۰۱، ص ۱۰.

که اگر تمایل به استخدام او داشته باشند، در برابر مزدی معین، بدون تبعیض، آن‌ها را به عنوان مسافر یا کالای آن‌ها را حمل می‌نماید. بنابراین، متصدی حمل و نقل عمومی انتخاب می‌کند که در چه زمان و مکانی به عنوان یک متصدی حمل و نقل عمومی در جامعه شناخته شود. متصدی حمل و نقل عمومی در سیستم کامن‌لا از نظر سنتی دارای مسئولیت مشخص و متمایز است. با این وجود، محدوده وظیفه مراقبت متصدی حمل و نقل عمومی در کشورهای پیرو سیستم کامن‌لا، همانند انگلیس و ایالات متحده آمریکا با یکدیگر متفاوت بود و تا حدودی از سیستم سنتی فاصله گرفته‌اند.^۱

در مورد تعریف متصدی حمل و نقل خصوصی نیز در حقوق انگلستان چنین آمده است: «هر متصدی حمل و نقلی که متصدی حمل و نقل عمومی نباشد، به عنوان متصدی حمل و نقل خصوصی شناخته می‌شود. متصدی حمل و نقل خصوصی، فردی است که خود را متعهد به حمل یک مورد خاص کند و خود را مانند متصدی حمل و نقل عمومی به عنوان فردی که آماده انجام دادن حمل و نقل عمومی و ارائه خدمات است، معرفی نمی‌کند. او مسئولیتی مشابه با امین دارد؛ یعنی احتیاط‌ها و مراقبت‌های متعارف را باید رعایت کند. در حقیقت، متصدی حمل و نقل خصوصی در صورتی مسئول است که خسارت را به عمد یا بر اثر سهل‌انگاری ایجاد کرده باشد. متصدی حمل و نقل خصوصی، تعهدی برای پذیرفتن کالا برای حمل ندارد، ولی زمانی که کالا را برای حمل پذیرفت، تعهداتش از طریق قرارداد یا امانت که حاکم بر حمل و نقل است، تنظیم و مقرر می‌شود. وظیفه او، مراقبت‌های متعارف است، به طریقی که اگر کالاها گم شد یا خسارت دید، او می‌تواند خود را با اثبات این‌که او یا کارکنانش، مراقبت‌های متعارف را انجام داده‌اند، از مسئولیت معاف کند. متصدی حمل و نقل خصوصی به طور معمول بر اساس شرایط مندرج در قرارداد با توجه به قوانین مدون لازم‌الاجرای موجود، حمل و نقل را انجام می‌دهد».^۲

علاوه بر تفاوت در مفهوم بین متصدی حمل و نقل عمومی با متصدی حمل و نقل خصوصی، در مسئولیت مدنی نیز بین مسئولیت متصدی حمل و نقل عمومی و مسئولیت متصدی خصوصی در نظام حقوقی انگلستان تفاوت وجود دارد. در این خصوص گفته شده است: «تعهد متصدیان حمل و نقل عمومی در سالم رساندن کالا و مسافر، تعهد به نتیجه و متصدی حمل و نقل در عین حال،

1. Beale, op.cit., p. 544.

2. At'al., p.551.

ضامن تمام خطرات احتمالی است، ولی تعهد متصدیان حمل و نقل خصوصی، تعهد به وسیله است و تنها مسئول زیان‌های ناشی از تقصیر خود هستند و در این صورت، چنان چه متصدی بر عهده بگیرد که کامیون یا راننده‌ای در اختیار صاحب کالا قرار دهد،... تلف و نقص کالا و حوادثی که در جریان حمل کالا اتفاق می‌افتد، ارتباطی به متصدی ندارد و جبران خسارت بر عهده طرف دیگر خواهد بود و متصدی در صورتی مسئول شناخته می‌شود که وسیله را در اختیار صاحب کالا نگذارند و یا وسیله نقلیه ناقصی را در اختیار او قرار داده و زیان وارده به کالا نتیجه همین نقص بوده است.^۱

در نظام حقوقی ایران بدون تفکیک مسئولیت مدنی متصدی عمومی از مسئولیت مدنی متصدی خصوصی، با توسل به نظریه‌های مختلف نظیر اماره واقعی مسئولیت، اماره تقصیر، قاعده موضوعی، وضعیت حقوقی خاص و تقصیر قراردادی که هر کدام با استناد به برخی از مواد قوانین تجارت، مدنی و مسئولیت مدنی بیان شده‌اند، به تبیین مسئولیت متصدیان پرداخته شده است.

گفتار چهارم. مبانی مسئولیت متصدیان حمل و نقل جاده‌ای

منظور از مبانی، چرایی یک موضوع و توجیه آن است که در مسئولیت مدنی، منظور از آن‌ها، چرایی برقراری مسئولیت مدنی و چرایی جبران خسارات وارده است. در نظام حقوقی ایران، قواعد و مقررات قانونی (به ویژه قوانین ماهوی)، آمیزه‌ای از فقه اسلامی و قوانین اقتباس شده از حقوق اروپایی است. به همین دلیل، مبانی به دو دسته مبانی فقهی و مبانی حقوقی تقسیم‌بندی می‌شوند و در بررسی موضوعات مورد توجه قرار می‌گیرند. منظور از مبانی فقهی، آن مبانی است که فقهای اسلام به طور عام و فقهای امامیه به طور خاص درباره موضوعی خاص بیان کرده‌اند. در مورد مسئولیت مدنی نیز نظرها و قواعد متعدد فقهی بیان شده است که اثر آن را می‌توان در متون فقهی به جای مانده از آن‌ها شاهد بود. از بین این نظریه‌ها و قواعد فقهی، از قاعده لاضرر، قاعده تسبیب، قاعده ائتلاف و قاعده ضمان ید، بیش‌تر از دیگر قواعد و مبانی می‌توان در توجیه مسئولیت مدنی متصدیان حمل و نقل بهره برد.

مبانی حقوقی نیز آن مبانی هستند که حقوق دانان در نظام‌های مختلف حقوقی درباره موضوع خاص بیان کرده‌اند. نگاهی به قوانین و مقررات حاکم بر مسئولیت مدنی به طور کلی و مسئولیت

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی، قواعد عمومی) (جلد اول)، چاپ دوازدهم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۲، صص ۴۲۹-۴۳۰.

متصدیان حمل و نقل جاده‌ای به طور خاص نشان می‌دهد که در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان، از زمان‌های قدیم به دو نظریه تقصیر و خطر در توجیه مسئولیت مدنی استناد شده است. امروزه علاوه بر این دو نظریه، به نظریه‌های دیگری نیز هنگام تصویب قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی استناد می‌شود که منجر به تحولات عظیمی در حوزه‌های مختلف به ویژه در حوزه حمل و نقل با توجه به مقررات تصویب شده بین‌المللی گردیده است.

بند اول. مسئولیت مدنی بر مبنای تقصیر

در گذشته، صرف فعل زیان بار کافی بود تا فاعل آن را متعهد به جبران خسارت کند، به صورتی که بررسی انگیزه‌های درونی فاعل فعل زیان بار ضرورتی نداشت. در زمینه حمل و نقل نیز به صرف ورود ضرر به محموله تجاری یا تأخیر در تحویل آن، متصدی حمل مسئولیت می‌یافت. به مرور زمان، این اندیشه قوت گرفت که صرف ورود خسارت نمی‌تواند محمولی برای مطالبه خسارت باشد. در واقع، شخص باید مرتکب عملی شده باشد که از نظر اخلاقی بتوان آن را سرزنش کرد. فعل زیان بار باید با تقصیر نیز همراه باشد. به این ترتیب، نظریه تقصیر، مبنای سنتی مسئولیت قلمداد شد. در حقوق مدنی، «تقصیر» عبارت است از ترک عملی که شخص ملزم به انجام آن است یا ارتکاب عملی که از انجام دادن آن منع شده است. قسمت نخست را تفریط و قسمت دوم را تعدی می‌نامند.^۱ پس از منظر حقوق مدنی، تقصیر اعم از تعدی و تفریط است.^۲

بر خلاف نظام حقوقی ایران که تقصیر در معانی متعددی به کار رفته، در حقوق انگلستان در معنای محدود بی‌احتیاطی آمده است. از زمان تصویب قانون اصلاحات حقوقی انگلستان (۱۹۴۵)،^۳ تقصیر در معنای بی‌احتیاطی به کار رفته است و تا امروز هم در این کشور اصولاً از واژه «تقصیر»، مفهوم بی‌احتیاطی را درمی‌یابند و عموماً آن را در حقوق مسئولیت مدنی به کار می‌گیرند. در انگلستان هر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، چاپ نوزدهم، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۷۵.

۲. به موجب ماده ۹۵۳ قانون مدنی: «تقصیر اعم است از تعدی و تفریط». تعدی نیز «تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری». (ماده ۹۵۱ ق.م). تفریط عبارت است از: «ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است». (ماده ۹۵۲ ق.م) با توجه به این دو ماده می‌توان گفت که تقصیر عبارت است از انجام عملی که شخص نمی‌بایست مرتکب شود یا ترک عملی که شخص می‌بایست انجام دهد.

3. Law Reform (contributory Negligence) Act 1945

گاه سخن از مسئولیت‌های مبتنی بر تقصیر به میان می‌آید، مقصود همان مسئولیت‌های ناشی از بی‌احتیاطی است و مسئولیت‌های ناشی از عمد را دربر نمی‌گیرد.

نظریه تقصیر، نخستین مبنای سنتی مسئولیت مدنی است که در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل نیز به آن استناد شده است. در حقوق ایران به موجب ماده ۵۱۶ قانون مدنی، نظریه تقصیر، مبنای مسئولیت متصدی است. البته باید توجه داشت که حکم این ماده صرفاً در خصوص تلف یا مفقود شدن یا آسیب دیدگی کالا جریان دارد. در مورد خسارت ناشی از تأخیر، ماده ۵۱۶ کاربرد ندارد و باید به قواعد عمومی از جمله مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی استناد شود. برای مثال، اگر بر متصدی حمل شرط شده باشد که کالا را تا اولین روز دی تحویل دهد و متصدی آن را در تاریخ پانزدهم دی تحویل دهد، با توجه به این که کالا تلف یا مفقود نشده است، نمی‌توان به ماده ۵۱۶ استناد کرد، بلکه باید به ماده ۲۲۶ رجوع کرد.

در حقوق انگلستان، غفلت و بی‌احتیاطی، اساس مسئولیت مبتنی بر تقصیر در نظر گرفته شده است. در دعوی جبران خسارت بر اساس بی‌احتیاطی (تقصیر) ابتدا باید ثابت شود خوانده، تعهدی نسبت به خواهان داشته که فرد مقصر در خصوص لزوم اعمال مراقبت منطقی، این تکلیف را نقض کرده است. در این راستا، قاعده‌ای به وجود آمد با عنوان اصل مجاورتی که زمانی اعمال می‌شد که یک تعهد به مراقبت وجود داشته باشد، به این معنا که اشخاص باید مراقبت منطقی اعمال کنند تا بدین وسیله از فعل یا ترک فعلی جلوگیری کنند که به طور منطقی پیش‌بینی می‌کنند به دیگران آسیب می‌رساند. درباره این که چه کسی مجاور به حساب می‌آید، باید گفت اشخاصی هستند که آن قدر نزدیک و مستقیمند که آنان را به عنوان افرادی در ذهن داشته باشیم که تحت تأثیر من قرار می‌گیرند و ملزم به اعمال مراقبت منطقی نسبت به آن‌ها باشیم. در این قاعده، ارتباط کافی و توالی عرفی میان طرفین رابطه ضروری است. منظور نیز روابط نزدیک و بی‌واسطه‌ای است که در آن‌ها، شخص از عمل متضمن تقصیر متأثر می‌شود. در هر قضیه‌ای، قابلیت پیش‌بینی، توالی و منطقی بودن شرط لازم برای احراز تکلیف به مراقبت است. در نتیجه، در نظام کامن‌لا، مسئولیت ممکن است مبتنی بر قصد و عمد، غفلت و بی‌احتیاطی یا مسئولیت مطلق باشد. در این سه نوع مسئولیت، مسئولیت ناشی از قصد و عمد و بی‌احتیاطی مبتنی بر تقصیر است.^۱

۱. امینی، عیسی و سمیرا محمدی نژاد، «نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن‌لا»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۳۹۱، شماره ۱۸، صص ۹-۱۰.

مانند دیگر موارد در حمل و نقل جاده‌ای نیز تقصیر صرفاً محدود به متصدی حمل و نقل نیست و جنبه‌های دیگری هم دارد که تقصیر زیان دیده، تقصیر شخص ثالث و تقصیر مشترک از دیگر موارد آن محسوب می‌شود. در دفاع بر اساس تقصیر مشترک که اگر متصدی حمل و نقل بتواند ثابت کند خواهان هم در ایجاد ضرر تقصیر داشته است، مطابق این اصل که هر کسی مراقب انجام وظایف روزانه‌اش به طور طبیعی است، او را نمی‌توان برای ضررهای ایجادشده، مسئول شناخت. اگر رفتار نامعقول خواهان، احتمال ایجاد ضرر را افزایش داده است، متصدی نباید مسئول شناخته شود.

در حقوق انگلستان طبق قاعده معروف «Contributory Negligence» زیان دیده‌ای که تقصیر او در ایجاد ضرر دخالت داشت، حق درخواست خسارت نداشت. ناعادلانه بودن این رویه باعث شد که قاعده‌ای با عنوان آخرین فرصت ابداع کنند که در حقوق انگلیس، «opportunity Last» و در آمریکا، «clear chance» نامیده می‌شد. بر مبنای این قاعده، کسی که آخرین راه برای اجتناب از وقوع حادثه را داشته است، ولی بر اثر تقصیر، آن را از دست می‌دهد، مسئول وقوع حادثه شناخته می‌شود.

پس از آن، قانون تقصیر مشترک (۱۹۴۵) در انگلیس به تصویب رسید و این اختیار به دادگاه داده شد که با توجه به میزان مشارکت زیان دیده در ایجاد ضرر، راه حل عادلانه را انتخاب کند و مسئولیت جبران خسارت را بین زیان دیده و دیگر اسباب تقسیم کند. رویه دادگاه‌ها در این مورد آشفته است، ولی به نظر می‌رسد در حقوق انگلیس، در حال حاضر برای تقسیم مسئولیت، دو معیار کلی وجود دارد: یکی، تقسیم مسئولیت بر مبنای میزان تأثیر هر کدام و دوم، تقصیر بر مبنای درجه تقصیر. در نهایت، عده‌ای، معیار اول را پذیرفته‌اند و عده‌ای معتقدند که در هر مورد و با توجه به اوضاع و احوال باید بررسی و میزان مسئولیت هر یک از اسباب را مشخص کرد.

بند دوم. مسئولیت مدنی بر مبنای خطر

ظهور این نظریه را باید در نتیجه صنعتی شدن جوامع و پیدایش مسائل حقوقی جدید دانست که نظریه مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، پایه مناسبی برای حل آن‌ها نبودند. بر همین اساس، سالی و ژوسران، دو نفر از حقوق دانان فرانسوی، مبنایی جدید برای تحقق مسئولیت مدنی به طور کلی و مسئولیت مدنی دولت به طور خاص مطرح کردند که به نظریه خطر معروف شد. «این نظریه نخستین بار در فرانسه از یک رأی در دیوان کشور که در تاریخ ۲۱ ژوئن ۱۸۹۵ صادر شده بود، پدید

آمد. با این رأی، کارگر یک کارخانه دولتی که در حین کار زخمی شده بود، بی آن‌که لازم بوده باشد خطای کارفرما (اداره) را ثابت کند، خسارت زیان‌های وارده را می‌گیرد.^۱

بر اساس این نظریه، وقتی اشخاصی اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی، عمل و فعالیت خاصی انجام می‌دهند، حتی اگر در انجام این فعالیت، هیچ‌گونه خطا و تقصیری نداشته باشند، باید نتایج زیان‌بار حاصل از عمل خطرناک خود را بپذیرند. به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که این نظریه دارای دو جنبه مختلف سلبی یا نفی‌کننده و ایجابی یا اثبات‌کننده است. جنبه سلبی این نظریه بر این امر تأکید دارد که برای تحقق مسئولیت مدنی، وجود تقصیر لازم نیست و تقصیر باید از شرایط مسئولیت مدنی حذف شود. «سالی در این باره معتقد است رابطه مسئولیت مدنی، رابطه بین دو دارایی است و رابطه بین دو شخص نیست. حقوق دانان به نادرستی، رابطه مسئولیت مدنی را بین دو شخص تصور نموده‌اند و در نتیجه این تصور نادرست، گرفتار عوامل روانی شده‌اند و آن را در تحقق مسئولیت، مؤثر دانسته‌اند، در حالی که رابطه مسئولیت مدنی، رابطه بین دو دارایی است که این رابطه، یک رابطه نوعی و غیر شخصی است و ارتباط با عوامل روانی و درونی ندارد».^۲ به نظر پیروان این عقیده، قبول تقصیر به عنوان پایه و اساس مسئولیت مدنی، وافی به مقصود نیست؛ زیرا اعمال این نظریه سبب می‌شود بسیاری از زیان‌هایی که زاییده تمدن جدید و توسعه زندگی ماشینی است و منشأ ناشناخته دارد، بدون جبران باقی بماند.

با انقلاب صنعتی به ویژه در حوزه حمل و نقل، حوادثی به وقوع پیوست که نظریه تقصیر را ناکارآمد جلوه داد؛ زیرا افزون بر این‌که خود وسایل چنان خطری داشتند که کسی نمی‌توانست از گزند حوادث آن‌ها ایمن باشد، با حرفه‌ای شدن حمل و نقل و تخصصی شدن آن، قراردادهای حمل و نقل چنان پیچیده شدند که زیان‌دیده نمی‌توانست به آسانی، تقصیر متصدی را ثابت کند و خسارت بگیرد. همین اشکال‌ها موجب شد تا نظریه خطر، برگرفته از عقاید دانشمندان معروف، ژوسران^۳ و سالی^۴ در اواخر قرن نوزدهم مطرح گردد.

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، چاپ هشتم، تهران: توس، ۱۳۸۳، ص ۷۹۹.

۲. باریکلو، علی‌رضا، مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، صص ۴۵، ۴۶ و ۶۶.

3. Josserond

4. Saleilles

نظریه خطر در مکتب‌های فکری متعددی ریشه دارد که وجه مشترک همه آن‌ها، انکار نگاه درون‌ذاتی به مسئولیت و انکار توجه به خصوصیات روانی و درونی زیان‌زننده است. در این مکتب‌ها به جای ارزیابی درونی فاعل به خود فعل توجه می‌شود. هانری کاپیتان از حذف عامل تقصیر و جای‌گزین کردن فعل به جای آن به «مسئولیت برون‌ذاتی» یاد می‌کند. در این صورت، زیان‌دیده برای مطالبه زیان فقط باید وقوع زیان و ارتباط آن را با عمل و فعل مورد بحث اثبات کند. بنابراین، در مسئولیت برون‌ذاتی، هر شخص ملزم خواهد بود زیان احتمالی ناشی از عمل خود را به عهده گیرد، خواه از روی تقصیر یا غیر تقصیر حادث شده باشد.

به موجب نظریه خطر، صرف عمل زیان‌بار برای تحقق مسئولیت مدنی کافی است، اعم از این‌که فاعل فعل زیان‌بار در ارتکاب آن فعل، مقصر باشد یا نباشد. بر اساس این نظریه، جبران خسارت آسان‌تر می‌شود و صرفاً علت مادی زیان را در نظر نمی‌گیرند و به علت عرفی یا حقوقی توجه نمی‌شود.^۱

در مقایسه تطبیقی نظریه خطر در ایران و انگلستان چنین نتیجه گرفته می‌شود که در حقوق ایران به صراحت از نظریه خطر یاد نشده است، ولی برخی مواد قانونی از جمله ماده یک قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری زمینی (مصوب ۱۳۴۷ و اصلاحی ۱۳۸۷) را می‌توان بر اساس همین نظریه توجیه کرد. از یک منظر، در ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران از همین عقیده تبعیت شده که از صدر رأی وحدت رویه صادرشده نیز این امر مستفاد است. در این رأی دیوان عالی کشور آمده است: «با توجه به ماده ۳۸۶ قانون تجارت که در صورت تلف یا گم شدن مال التجاره، متصدی حمل و نقل را جز در مواردی که مستثنی شده، مسئول قیمت کالا و ماده ۳۸۷ آن قانون، نام‌برده را در مورد خسارات ناشی از تأخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری مال التجاره در حدود ماده قبل، مسئول شناخته...».

نظام حقوقی انگلستان، این نظریه را به صراحت پذیرفته و از آن با عنوان «مسئولیت عینی» یا «مسئولیت بدون تقصیر» یاد می‌شود و اثر آن را می‌توان در قوانین مربوط به فروش کالا به ویژه در مواد غذایی و لوازم دارویی و آرایشی و نیز حوادث رانندگی و تأسیسات هسته‌ای و مانند آن یافت.

۱. عباس‌لو، بختیار، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۵.

بند سوم. مسئولیت مدنی بر مبنای تعهد ایمنی

در قراردادهای حمل و نقل باید این تعهد را مبتنی بر تعهد به حفظ سلامت و ایمنی و تضمین آسیب نرساندن به موضوع قرارداد تعریف کرد که به موجب آن، متعهد باید تمام اقدامات لازم را برای تضمینی که داده است، انجام بدهد. پس در صورت تخطی و ایراد خسارت باید از عهده خسارت وارد شده برآید، مگر این‌که ایراد خسارت از کنترل وی خارج باشد و هر شخص متعارفی نیز با وجود انجام اقدامات ایمنی نتواند از ورود خسارت جلوگیری کند.

در نظام حقوقی ایران به صورت خاص در بحث مسئولیت متصدی حمل و نقل به این مبنا اشاره شده و در ماده ۳۸۶ قانون تجارت مقرر گردیده است: «اگر مال التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل، مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر این‌که ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید. قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت، مبلغی کم‌تر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید».

«بر اساس این ماده، هنگامی که متصدی به صورت حرفه‌ای به کار حمل و نقل می‌پردازد، باید کالا را سالم و ایمن به مقصد برساند. در غیر این صورت، در مقابل صاحب کالا، مسئول است. این تعهد ایمنی کالا در کنار تعهد اصلی متصدی حمل و نقل قرار می‌گیرد. از ظاهر نیز همین تعهد برمی‌آید؛ زیرا صاحب کالایی که در حمل و نقل کالای خود، یک تاجر حرفه‌ای را به عنوان متصدی حمل برمی‌گزیند، بر این امر تکیه دارد که متصدی با توجه به تخصصی که دارد، باید کالا را سالم به مقصد برساند یا آن‌که خسارت وارده را جبران کند».^۱

مطابق این ماده، از جمله مواردی که موجب مسئولیت متصدی می‌گردد، اقدام نکردن بر اساس تعلیماتی است که برای حفظ ایمنی لازم بوده است. اگر مشخص شود متصدی بر مبنای تعلیمات ارسال‌کننده یا مرسل الیه، اقدامات لازم را انجام داده، ولی این تعلیمات اشتباه بوده یا برای حفظ ایمنی کالا کافی نبوده است، خسارت وارد شده، مستند به تقصیر متصدی نیست و متصدی مطابق تعهد ایمنی، اقدامات

۱. یزدانیان، علی‌رضا، «مبنای مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۹۳، ص ۲۴.

تعلیماتی را انجام داده است. بنابراین، مسئولیتی نخواهد داشت. هم‌چنین از این ماده برمی‌آید که اگر با انجام اقدامات تعلیماتی نیز ورود خسارت اجتناب‌ناپذیر باشد، به طوری که هر متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری کند، بر مبنای تعهد ایمنی نمی‌توان متصدی را مسئول قلمداد کرد.

نکته مهم دیگر، مستمر بودن تعهد به ایمنی و مراقبت است. تعهد به ایمنی به زمان خاص مثلاً بارگیری یا حمل یا تخلیه مربوط نیست و یک تعهد مستمر از زمان بارگیری تا تخلیه کامل را شامل می‌شود. تعهد به مراقبت و ایمنی، موضوعی است که در مقررات بین‌المللی نیز به آن توجه شده است. برای نمونه، حسب مقررات لاهه/لاسه ویزی، متصدی حمل و نقل، مکلف به بارگیری مناسب، چیدن بار، حمل، نگه‌داری و مراقبت از آن و تخلیه کالا است. جمع این تکالیف، تعهد واحدی با عنوان مراقبت از کالا ایجاد می‌کند. متصدی حمل و نقل، متعهد به چیدن و حفاظت با دقت و ماهرانه هر بخش از محموله است و این تعهد به ایمنی و مراقبت به مرحله خاصی مربوط نیست و از زمان بارگیری تا زمان تخلیه کامل و به صورت مستمر بر عهده متصدی قرار گرفته است.

بر اساس نظریه تعهد ایمنی، متعهد به خودی خود با جمع شرایط بیان شده، مسئول جبران ضرر و زیان وارد شده محسوب می‌شود. مسئولیت ناشی از نقض تعهد ایمنی از نوع مسئولیت بدون تقصیر است، به این معنا که نه تنها برای جبران ضرر و زیان حاصل از آن، خواهان نیازمند اثبات تقصیر خوانده نیست، بلکه خوانده نیز با اثبات تقصیر نداشتن نمی‌تواند از مسئولیت معاف شود.^۱ در نتیجه، خوانده خواه مقصر و خواه بی‌گناه به صرف نقض تعهد ایمنی، مسئول است و باید ضرر و زیان وارد شده را در صورت جمع شرایط عمومی مسئولیت مدنی جبران کند.^۲

با این دیدگاه، تنها راه‌هایی از مسئولیت، اثبات قوه قاهره یا عامل خارجی کنترل‌ناپذیر است و با اثبات انجام اقدامات لازم برای ایمنی نیز مسئولیت متصدی منتفی نخواهد شد. بر همین اساس، گفته شده است: «شخص دارای تعهد به نتیجه نمی‌تواند با اثبات احتیاط، هوشیاری و تمام تلاش خود از مسئولیت ناشی از نقض تعهد معاف گردد؛ زیرا او با وعده به نتیجه‌ای مشخص به چیزی فراتر از رفتار متعارف و هوشیارانه تعهد کرده است. لذا تنها راه‌هایی از مسئولیت، اثبات قوه قاهره است.»^۳

۱. بهرامی، ۱۹۶۳: ۲۲۰.

۲. ثقفی و همکاران، پیشین، ص ۲۴.

۳. همان، ص ۱۱.

برای نمونه، در حمل و نقل دریایی حسب مقررات لاهه/ لاهه ویزی، تصدی حمل و نقل مکلف به بارگیری مناسب، چیدن بار، حمل، نگه‌داری و مراقبت از آن و تخلیه کالا است. جمع این تکالیف، تعهد واحدی با عنوان مراقبت از کالا ایجاد می‌کند. متصدی حمل و نقل، متعهد به چیدن و حفاظت با دقت و ماهرانه هر بخش از محموله است. در کشتی دارای قابلیت دریانوردی، تعهد به مراقبت از محموله نیز غیر قابل توکیل و واگذاری به غیر است و متصدی حمل به طور مستقیم، مسئول اعمال فرمانده، خدمه و دیگر عاملانش در این خصوص است. بر خلاف مسئولیت قبلی که بسیط و ساده بود و باید در آغاز سفر انجام شود، وظیفه مراقبت از محموله، یک تعهد مستمر و در طول جریان حمل کالا جاری است. اگر متصدی حمل و نقل دریایی، حمل یک کالای خطرناک را قبول کند، به طور ضمنی، تعهدی را پذیرفته که متضمن اعمال حداکثر دقت در چیدن و حمل این گونه مواد است. قانون دریایی ایران در بند ۲ ماده ۵۴ متضمن حکمی است که حسب آن، متصدی حمل و نقل موظف است با کمال دقت و به صورت مطلوب، محمولات را بارگیری، جابه‌جا، محافظت، مواظبت و تخلیه کند.

نتیجه‌گیری

۱. نظریه‌های متعددی در باب مسئولیت مدنی متصدیان راه‌ها و متصدیان حمل و نقل جاده‌ای در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان مطرح شده است، با این تفاوت که در نظام حقوقی ایران، قانون‌گذار علاوه بر مبانی حقوقی به مبانی فقهی نیز در بررسی مسئولیت و اثبات آن توجه کرده است.

۲. نظریه تقصیر، نخستین مبنای سنتی مسئولیت مدنی است که در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل نیز به آن استناد شده است. در حقوق ایران به موجب ماده ۵۱۶ قانون مدنی، نظریه تقصیر، مبنای مسئولیت متصدی است. البته باید توجه داشت که حکم این ماده صرفاً در خصوص تلف یا مفقود شدن یا آسیب دیدگی کالا جریان دارد و در مورد خسارت ناشی از تأخیر کاربرد ندارد و باید به قواعد عمومی از جمله مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی استناد شود.

۳. دومین نظریه سنتی مطرح شده در باب مسئولیت مدنی، نظریه خطر است. بر اساس این نظریه، وقتی اشخاص حقیقی یا حقوقی، عمل و فعالیت خاصی انجام می‌دهند، حتی اگر در انجام این فعالیت هیچ گونه خطا و تقصیری نداشته باشند، باید نتایج زیان بار حاصل از عمل خطرناک خود را بپذیرند. قبول تقصیر به عنوان پایه و اساس مسئولیت مدنی، وافی به مقصود نیست؛ زیرا اعمال

این نظریه سبب می‌شود بسیاری از زیان‌هایی که زاینده تمدن جدید و توسعه زندگی ماشینی است و منشأ ناشناخته دارد، بدون جبران باقی بماند.

این نظریه در مورد مسئولیت مدنی به طور کلی بود، اما در زمینه حمل و نقل نیز کاربرد یافت. از یک منظر در ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران از همین عقیده تبعیت شده است. از صدر رأی وحدت رویه صادر شده نیز این امر مستفاد است. در حقوق کامن‌لا از نظریه خطر با عنوان «مسئولیت عینی» یا «مسئولیت بدون تقصیر» یاد می‌شود و اثر آن را می‌توان در قوانین مربوط به فروش کالا به ویژه مواد غذایی، لوازم دارویی و آرایشی، حوادث رانندگی و تأسیسات هسته‌ای یافت.

۴. نظریه بعدی، مسئولیت بدون تقصیر است. در مسئولیت‌های بدون تقصیر، صرف اثبات ورود خسارت ناشی از عمل مرتکب کفایت می‌کند و نیازی به اثبات تقصیر نیست. امروزه به قدری مسئولیت‌های مدنی بدون تقصیر گسترش یافته است که برخی اعتقاد دارند مبنای مسئولیت مدنی در کنوانسیون حمل و نقل جاده‌ای، مسئولیت مطلق است. مسئولیت در صورتی مطلق است که هیچ قیدی حتی قوه قاهره هم نمی‌تواند متصدی را از مسئولیت معاف کند. بر اساس این نظریه که همان نظریه خطر یا مسئولیت بدون تقصیر باشد، در خصوص رفتار متصدی به این‌که همراه با تقصیر بوده است یا نه، هیچ‌گونه ارزیابی صورت نمی‌گیرد.

۵. از آخرین و جدیدترین نظریه‌های مطرح شده در باب مسئولیت مدنی متصدیان راه و حمل و نقل جاده‌ای، نظریه تعهد ایمنی است. منظور از تعهد ایمنی نیز تعهدی حقوقی مبتنی بر تعهد طبیعی به احترام و آسیب نرساندن به تمامیت جسمانی انسانی دیگر است. متعهد تعهد می‌کند که نظارت و کنترل واقعی بر همه وقایع و احوال داشته باشد تا متعهد له یا شخص ثالث هیچ‌گونه آسیب و ضرر و زیانی متحمل نشود. بر همین اساس، در قراردادهای حمل و نقل باید این تعهد را مبتنی بر تعهد به حفظ سلامت و ایمنی و تضمین آسیب نرساندن به موضوع قرارداد تعریف کرد که به موجب آن، متعهد باید تمام اقدامات لازم را برای تضمینی که داده است، انجام بدهد. البته در صورت تخطی و ایراد خسارت باید از عهده خسارت وارد شده برآید، مگر این‌که ایراد خسارت، خارج از کنترل وی باشد و هر شخص متعارفی نیز با وجود انجام اقدامات ایمنی نتواند از ورود خسارت جلوگیری کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، چاپ هشتم، تهران: توس، ۱۳۸۳.
۲. امامیان، سید محمدصادق و همکاران، **نظام ملی تنظیم‌گری**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، شماره مسلسل: ۱۵۹۴۰، ۱۳۹۷.
۳. اندیشکده مطالعات حاکمیت و سیاست‌گذاری دانشگاه صنعتی شریف، **درآمدی بر دولت تنظیم‌گر**، تهران: نشر کتاب راهبرد، ۱۳۹۵.
۴. اورک بختیاری، حسن‌علی، **مبانی و مسئولیت مدنی حوادث خودرو**، تهران: انتشارات علمی کالج، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۵. باریکلو، علی‌رضا، **مسئولیت مدنی**، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ نوزدهم، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۷. راهبرد مجلس دهم (بخش حمل و نقل)، تهران: معاونت پژوهش‌های زیربنایی و امور تولیدی، دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۵.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۷۳.
۹. طلوعی، ذبیح‌الله و همکاران، **بخش حمل و نقل در برنامه ششم توسعه** (گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی)، تهران: دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۴۳۱۲، ۱۳۹۴.
۱۰. عباس‌لو، بختیار، **مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی**، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۱۱. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت در قبال اعمال کارکنان**، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۱۲. فیاضی، محمدتقی، **حمل و نقل زمینی در حوزه بار: چالش‌ها و راهکارها**، تهران: مرکز پژوهش‌های اتاق ایران و کمیسیون حمل و نقل، ۱۴۰۱.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، **الزام‌های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی - قواعد عمومی)** (جلد اول)، چاپ دوازدهم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.

(ب) مقاله

۱. اکبری، افشار و همکاران، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی دولت و مراجع رسیدگی‌کننده به آن در حقوق ایران و انگلستان»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ۱۳۹۸، سال نوزدهم، شماره ۷۶.
۲. امینی، عیسی و سمیرا محمدی‌نژاد، «نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن‌لا»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۳۹۱، شماره ۱۸.
۳. ثقفی، مریم و همکاران، «ماهیت تعهد ایمنی و کاربرد آن در مسئولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال بیست و یکم، شماره ۳.
۴. جعفری، فیض‌الله، «مطالعه تطبیقی ماهیت و مبنای مسئولیت متصدیان حمل و نقل در کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۱۳.
۵. جعفری تبار، حسن، «از آستین طیبیان: قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۴۱.
۶. حقیقت منفرد، جلال و محمد کیانی، «شناسایی، بررسی و اولویت‌بندی عوامل تأثیرگذار بر بهره‌وری شرکت‌های حمل و نقل کالای داخلی و ارائه راهکارهای مربوط به آن»، مجله آینده‌پژوهی مدیریت، ۱۳۹۰، شماره ۱۳.
۷. داراب‌پور، مهرباب، «اصول کلی مسئولیت مدنی در سیستم حقوقی انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۸۷، شماره ۴۴ و ۴۵.
۸. رستمی، ولی و همکاران، «مسئولیت مدنی متصدیان راه در تصادفات رانندگی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۳، دوره چهارم، شماره ۳.
۹. ریاحی، نوربخش، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸.
۱۰. زینل همدانی، علی و همکاران، «ایمنی حمل و نقل جاده‌ای کشور: رویکرد تحلیل عاملی»، نشریه مدیریت تولید و عملیات، ۱۳۹۵، دوره هفتم، شماره ۱۳.

۱۱. سلیمانی بآبادی، مصطفی و محمدرضا پیرهادی، «تکالیف محافظین راه‌ها و مسئولیت مدنی ناشی از آن»، مجله تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۴، شماره ۲۹.
۱۲. فرهانی، احمد و محمد مهدی خاکی، «مبنای مسئولیت مدنی متولیان ایمنی راه در حوادث ناشی از رانندگی»، مجله آموزه‌های حقوقی گواه، ۱۳۹۹، شماره ۱۰.
۱۳. مولایی، آیت و حسن لطفی، «آسیب‌شناسی تحول صلاحیت در دعاوی مسئولیت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱.
۱۴. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان‌بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶.
۱۵. یزدانیان، علی‌رضا، «مبنای مسئولیت مدنی متصدی در قراردادهای حمل و نقل کالا در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۹۳.

ج) جزوه درسی

۱. بهرامی احمدی، حمید، **جزوه درس «مسئولیت مدنی»**، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۸۵.

2. Latin source

1. Beale, H.G., **Chitty on Contracts?**, Vol. II, 29th Ed, UK, Sweet & Maxwell, 2004.
2. Defferrard, Fabrice, **Une Analyse de L'obligation de Sécurité L'épreuve de la cause Étrangère**, Recueil Dalloz, 1999.
3. Faivre, Yvonne Lambert, **Fondement et Régime de L'obligation de Sécurité**, Recueil Dalloz, 1994.
4. Harpwood, opcit, p 6 and Stephenson, graham, **sourcebook on torts**, second edition, cavendish publishing limited, london-sydney, 2000.
5. Cooke, John, **Law of Tort**, 9 th ed., Edinburgh, Pearson Longman, 2009.

حفاظت از هوای پاک شهروندان در پرتو مفهوم سیاست جنایی مشارکتی

عرفان امیریپور^۱، محمدعلی بابایی^۲، علیرضا سایبانی^۳

چکیده

مشارکت نهادهای مردمی در فرآیند کیفری و اداری، بیانگر سهیم شدن اراده آنان در ایجاد اعتماد افکار عمومی به دستگاه عدالت است. به منظور مقابله با جرایم و پیشگیری از آن، با توجه به نقش مؤثر سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توان گفت دستگاه عدالت کیفری می‌تواند از ظرفیت‌های ارائه شده توسط نهادهای مردمی نیز بهره‌مند گردد. هدف اصلی در این نوشتار، بررسی قانون هوای پاک و ارزیابی جایگاه تنظیم‌گری دولت در اعمال سیاست‌های جنایی مشارکتی به کار رفته در آن قانون است.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که با توجه به اهمیت و نقش سازمان‌های مردم‌نهاد، قانون هوای پاک تا چه میزان از مشارکت این سازمان‌ها بهره برده است. در ادامه نیز با برشمردن و تفکیک سیاست‌های جنایی مشارکتی پیش‌بینی شده در قانون هوای پاک، نقش آن سیاست‌ها در قبال آلودگی هوا بررسی می‌شود. در پایان با مشخص شدن نهادهای درگیر در معضل آلودگی هوا این نتیجه دست می‌آید که متأسفانه، قانون‌گذار در اعمال و اجرای سیاست‌های مشارکتی صرفاً به نهادها و سازمان‌های دولتی توجه دارد و اثری از مشارکت سازمان‌ها و نهادهای غیردولتی و مردم‌نهاد به چشم نمی‌خورد. این در حالی است که عمده وظایف نظارتی بر عهده سازمان حفاظت از محیط زیست قرار گرفته است که از لحاظ ساختاری در قیاس با نهادهای مشابه در دیگر کشورها، ساختار قوی و مستحکمی ندارد تا بتواند با قدرت از اعمال نقش نظارتی خود بهره گیرد. پس نیازمند تغییرات ساختاری اساسی است. برای دستیابی به هوای پاک، سازوکارهای اجرایی پیش‌بینی شده در قانون هوای پاک به تنهایی کافی نیست و نیازمند اصلاح ساختار واحدهای نظارتی در کنار مشارکت نهادهای مردمی خواهد بود.

واژگان کلیدی: سیاست جنایی مشارکتی، قانون هوای پاک، نهادهای غیردولتی، سازمان‌های دولتی، تنظیم‌گری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قشم، ایران، erfana.amp@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی ره، قزوین، ایران، m.babaei@soc.ikiu.ac.ir

۳. گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندرعباس، هرمزگان، ایران، saybani@iauba.ac.ir

مقدمه

حق بر حیات، مفهومی عام است که می‌تواند دیگر حقوق از جمله حق بر آب و هوای سالم را نیز دربرگیرد. برخورداری از آب آشامیدنی سالم و تنفس هوای پاک و مطلوب از ملزومات اساسی حق بر زندگی است و در پرتو همین حق، حقوق دیگری نظیر حق بر تغذیه سالم، حق بر بهداشت و حق بر آموزش معنادار خواهد شد.^۱

در تعریف آلودگی هوا گفته شده است آلودگی هوا به معنای وجود یک یا چند آلاینده هم‌چون گاز، دود، مه‌دود، بخار و بو در هوا در کیفیت و کمیت و زمان پایداری است که برای انسان، گیاهان، جانوران و اشیا زیان‌بار باشد.^۲ برخورداری از هوای پاک، یکی از نیازهای زیستی و از اصلی‌ترین حقوق عامه است. مسئولیت احیای حقوق عامه بر عهده قوه قضاییه است و دادستانی و سازمان بازرسی کل کشور، دو نهادی هستند که بیش از دیگر نهادهای قوه قضاییه، مسئولیت نظارتی دارند. این دو سازمان در نظارت بر عملکرد نهادهای عمومی و دولتی نقش مهمی در انجام صحیح وظایف دادستانی در زمینه احیای حقوق عامه دارند.

نظریات مختلفی درباره طبقه‌بندی حق بر هوای پاک بیان شده است. بر اساس نظر عده‌ای از حقوق‌دانان، این حق، جزئی از حق بر محیط زیست است و بر اساس نظر عده‌ای دیگر، جزء حقوق هم‌بستگی است و به عنوان حقی مستقل به آن می‌نگرند. برای مثال، دادگاه آمریکایی حقوق بشر در نظریه مشورتی خود در مورد محیط زیست و حقوق بشر، حق هوای پاک را به عنوان یک حق مستقل به رسمیت شناخته است.^۳ در خصوص ارتباط میان ابعاد حقوق بشری مسائل زیست‌محیطی، مسائل از منظر حقوق بشر تحلیل می‌شوند. برای مثال، می‌توان به موضوعاتی نظیر ارتباط آلودگی هوا و حقوق بشر، آلودگی آب و حقوق بشر، آلودگی صوتی و حقوق بشر، فضای سبز و حقوق بشر و نظایر آن اشاره کرد.^۴

۱. چنانی، ناصر و سید مصطفی میرمحمدی، «حق بر برخورداری از آب و هوای سالم با تأکید بر وضعیت آب و هوایی خوزستان»، محیط زیست و توسعه، سال نهم، شماره ۱۸، ۱۳۹۷، ص ۱۹.

۲. جعفری، مصطفی و حسن عالی‌پور، «مسئولیت کیفری شهرداری نسبت به آسیب‌های جسمانی ناشی از آلودگی هوا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و ششم، شماره ۱۲۰، ۱۴۰۱، ص ۷۵.

3. Jankovic, Sava, *Conceptual Problems of the Right to Breathe Clean Air*, German Law Journal, No. 22, 2021, p. 173.

۴. مشهدی، علی و ریحانه حامدی، «سبز شدن حقوق بشر: تأملی بر شکل‌گیری و تحول حقوق بشر زیست‌محیطی».

در ایران، سازمان‌های غیر دولتی در تقویت پایه‌های یک جامعه مدنی نوظهور نقش مهمی دارند. فعالیت سازمان‌های غیر دولتی در زمینه افزایش آگاهی‌های محیط زیستی، جلب مشارکت و تقویت سرمایه اجتماعی سبب توسعه ظرفیت‌های مردم محلی برای حفاظت از محیط زیست شده است. با وجود نقش برجسته و بسیار مهم مشارکت سمن‌های محیط زیستی در تحقق سیاست‌های مقابله با تغییرات آب و هوا از جمله انرژی، به سازوکارهای این سمن‌ها درباره چگونگی جذب افراد و گروه‌های مختلف اجتماعی برای فعالیت‌های محیط زیستی پرداخته نشده است.^۱

به میزان مشارکت مؤثر افراد و نهادهای یک جامعه در ایجاد یک سیاست جنایی حاکم در آن جامعه، سیاست جنایی مشارکتی گفته می‌شود. به منظور اعتبار بخشیدن به یک سیاست جنایی می‌بایست در کنار ابزارهای ارائه شده توسط پلیس یا قوه قضاییه به دیگر ابزارها و پیشنهادهای دیگر قوا و نهادهای مرتبط توجه کرد. به عبارت دیگر، به حضور و مداخله مردم در کنترل ناهنجاری‌های موجود در یک جامعه، «سیاست جنایی مشارکتی» گفته می‌شود.^۲

زمانی که از نهادهای مردمی و مشارکت مردم برای پیش‌گیری از ارتکاب جرم و اقدام‌های واکنشی غیر قضایی سخن به میان می‌آید، بحث وارد حوزه سیاست جنایی مشارکتی می‌شود. سیاست جنایی مشارکتی که جدیدترین و مهم‌ترین گرایش سیاست جنایی نیز به شمار می‌رود، در دوره معاصر در غرب، بنا به علل و عوامل سیاسی، اجتماعی و اقتصادی و جرم‌شناختی به ویژه بحران ناآرامی و ناتوانی نظام عدالت کیفری در استفاده صرف از ابزارهای سنتی زرادخانه حقوق کیفری برای مقابله با پدیده مجرمانه بروز پیدا کرد. بنابراین، بیش از چند دهه از عمر آن نمی‌گذرد.^۳

در ابتدا لازم به یادآوری است که اصولاً حقی با عنوان «حق بر هوای پاک» در قوانین و مقررات داخلی کشورها و اسناد بین‌المللی وجود ندارد. با این حال، هوا، یکی از اجزای سازنده محیط زیست است که بیش تر با

پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱، ص ۱۶۳.

۱. شاطری، پروانه و همکاران، «سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی و شیوه‌های جلب مشارکت اعضا (مطالعه سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی تهران با رهیافت نظریه بنیادی)»، جامعه‌شناسی کاربردی، سال سی و دوم، شماره ۸۲، ۱۴۰۰، ص ۹۷.

۲. دانش، تاج‌زمان، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۷۶.

۳. رستمی، ولی، «مشارکت مردم در فرآیند کیفری»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۷، ۱۳۸۶، ص ۳۶.

استفاده از ابزارهای سیاسی هم چون مبارزه علنی و تحریک افکار عمومی و استفاده از قوانین و مقررات داخلی سعی در حفاظت از محیط زیست دارند. راهبرد دیگر در مبارزه با آلودگی هوا، استفاده از حقوق محیط زیست سنتی است. در مجموع، اسناد به اسناد بین المللی حقوق بشر برای تأمین هوای پاک در چارچوب دو رویکرد انجام می شود: حق بر هوای پاک به عنوان یک حق بشری مستقل و حق بر هوای پاک به عنوان یک حق مشتق از دیگر حقوق بشر. با نگاهی به اسناد الزام آور حقوق بشر به درستی می توان این ادعا را تأیید کرد که تاکنون تعیین جایگاهی مستقل برای حق بشری نسبت به هوای پاک، پیشرفتی ناچیز داشته است. رویکرد دوم مبنی بر ملاحظه حق بر محیط زیست به عنوان یک حق بشری ریشه گرفته از حقوق مندرج در اسناد حقوق بشری بسیار رواج یافته است. در این شیوه که با نام «زیست محیطی کردن حقوق بشر» شناخته می شود، تلاش می گردد تفسیری زیست محیطی از حقوق بشر موجود ارائه شود.^۱

در سطح اتحادیه اروپا، نخستین کنفرانس اروپایی در مورد دودگرایی در مادرید (نوامبر ۱۹۸۸) تشکیل شد و سند پایه ای «اروپای بدون توتون» به تصویب رسید. این سند بر این اصل استوار است که هوای پاک و خالص و عاری از دود دخانیات، یکی از عناصر اصلی حقوق اساسی هر فرد برای زندگی در محیط زیست سالم و تهی از آلودگی است.^۲

حق بر هوای پاک و نیز آب سالم، هر دو از موضوعات مورد توجه سازمان ملل متحد هستند. در سال ۲۰۱۰، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قطع نامه مهمی را برای به رسمیت شناختن حق دسترسی به آب پاک تصویب و در آن تأکید کرد که دسترسی به آب و هوای سالم، یکی از حقوق اساسی بشر است. شورای حقوق بشر در گزارش خود به سازمان ملل متحد، هفت گام کلیدی برای حفاظت از حقوق بشر در برابر آلودگی هوا پیشنهاد داده است: ایجاد شبکه های پایش کیفیت هوا، تعیین کمیته منابع اصلی آلودگی هوا، تعامل و اطلاع رسانی به مردم، وضع قوانین و مقررات در خصوص استانداردهای کیفیت هوا، تدوین برنامه اقدام ملی برای دستیابی به استانداردها، تخصیص منابع اجرای طرح و در نهایت، ارزیابی پیشرفت.^۳

۱. عباسی، محمود و عبدالمجید سودمندی، «حقوق بشر و حق بهره مندی از هوای پاک»، اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲.

۲. مشهدی، علی، اساسی سازی حقوق محیط زیست، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۹۵.

3. Boyd, David R., *The Human Right to breathe Clean air*, *Annals of Global health*, No. 85, 2019, p. 32.

به طور کلی، منظور از سیاست جنایی مشارکتی، بررسی و مطالعه جایگاهی است که در سیاست جنایی یک کشور به جامعه مدنی و از طریق اعطای نقش به بزهکار، بزه‌دیده و به ویژه کل جامعه یا مردم داده شده است. پاسخ‌هایی که جامعه مدنی از طریق این ارکان سه‌گانه ارائه می‌دهد، اصطلاحاً پاسخ‌های جامعه‌ای یا اجتماعی می‌گویند.^۱ اصطلاح سیاست جنایی مشارکتی، تمام معنا و مفهوم خود را با هم‌جواری زمانی و مکانی کنشگران پیش‌گیری، سرکوبی و بازپذیری اجتماعی بزهکار و نیز پاسخ‌های دولتی و جامعه‌ای به پدیده مضاعف انحراف و بزهکاری پیدا می‌کند.^۲

پرسش اصلی که این پژوهش در پی پاسخ به آن است این امر است که سیاست‌های دولت در مقام تنظیم‌گری و نیز اعمال سیاست‌های کیفری مشارکتی در مورد سازمان‌های مردم‌نهاد و غیر دولتی چگونه بر بهبود هوای پاک و مقابله با آلودگی اثر دارد؟ روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. بررسی تقنینی در مورد آلودگی هوا

قانون‌گذاری در مورد پیش‌گیری از هوا در نظام حقوقی ایران قدمتی طولانی دارد و قانون‌گذار در قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های مختلف به ضرورت جلوگیری از آلودگی هوا و هوای پاک توجه کرده است. در ایران، قانون‌گذاری صریح در زمینه آلودگی هوا با تصویب قانون اصلاح پاره‌ای از مواد الحاق مواد جدید به قانون شهرداری در سال ۱۳۴۵ که بند ۲۰ ماده ۵۵ قانون شهرداری ۱۳۳۴ را اصلاح کرد، شروع شد و با تصویب قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا در سال ۱۳۷۴ به اوج خود رسید. اجرای قانون اخیر همراه با آیین‌نامه اجرایی متعدد توانست در کند کردن فرآیند افزایش آلودگی هوا در شهرهای ایران، موفقیت‌هایی به دست آورد، اما این قانون خالی از ایراد نبود. از این رو، در چند سال اخیر، قوای مقننه و مجریه ایران، قوانین و مقرراتی در این زمینه وضع کرده‌اند که شاخص‌ترینش، تصویب قانون هوای پاک است.^۳

۱. مارتی، میری دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی (جلد ۱)، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۸۳.

۲. لازرژ، کریستین، درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۱۸۳.

۳. سودمندی، عبدالمجید، «بهبود ضوابط کیفری و نوآوری‌های قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۷، ۱۳۹۸، ص ۱۷.

قانون‌گذار در قانون هوای پاک برای حمایت کیفری همه‌جانبه از محیط زیست و جلوگیری از آلودگی هوا بر حسب مورد، ضمانت اجراهای کیفری مختلفی را پیش‌بینی کرده است که شامل جزای نقدی، انفصال از خدمات دولتی، تعطیلی واحد آلاینده، تعلیق و لغو پروانه می‌شود. کاهش مدت زمان معاینه فنی خودروها، پایش منابع خانگی آلاینده هوا، تکمیل شبکه‌های پایش امواج و پارازیت‌ها، افزایش سه برابری مجازات آلودگی هوا، ارتقای استاندارد خودروها به یورو ۵ در چهار سال، توجه ویژه به ریزگردها و آلاینده‌های طبیعی هوا و رصد بیماری‌ها و مرگ و میر ناشی از آلودگی هوا از جمله موارد برجسته در قانون جدید است.^۱

قانون‌گذار از همان سال‌های ابتدایی تشکیل مجلس در ایران با موضوع محیط زیست و تنظیم ضوابطی به منظور حفاظت از آن همراه بوده است که جلوه‌های آن را می‌توان در این موارد دید: مواد ۱۷۹ و ۱۸۲ قانون مدنی، قانون شکار ۱۳۵۳، قانون شکار و صید ۱۳۴۶، قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، قانون تجدید و تعیین وظایف سازمان‌های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی هوا، لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها، قانون توزیع عادلانه آب، قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا، قانون ایمنی زیستی و قانون هوای پاک. تغییر مهم پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ در حقوق داخلی ایران در مورد محیط زیست، «اساسی‌سازی» توجه و حفاظت بود، به این معنا که مانند کشورهای پیشرو در زمینه حفاظت از محیط زیست، این مقوله وارد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شد و خطوط و نگاه کلی نظام سیاسی جدید را به حفاظت از محیط زیست متبلور کرد.^۲

در حوزه حقوق اساسی شایسته است به «سیاست‌های کلی پیش‌گیری و کاهش خطرات ناشی از سوانح طبیعی و حوادث غیرمترقبه»، مصوب ۱۳۸۴/۶/۲۵ و «سیاست‌های کلی محیط زیست»، مصوب ۱۳۹۴ مقام معظم رهبری اشاره کرد که در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی ایران پس از قانون اساسی، اعتباری مافوق قوانین و مقررات دارند و همه قوانین و مقررات پایین‌دستی باید هم‌راستا

۱. حمیدی، فاطمه و همکاران، «مکانیسم‌های تضمین حق بر هوای پاک در ایران و اتحادیه اروپا»، مجله پایداری، توسعه و محیط زیست، دوره سوم، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۵۹.

۲. حاج‌زاده، هادی، «تحلیلی بر الزامات حقوقی مقابله با تغییرات اقلیمی از منظر معاهدات بین‌المللی و قوانین داخلی»، پژوهش‌های تغییرات آب و هوایی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۵۶.

با این سیاست‌ها تدوین و تصویب شوند. به طور کلی، در حوزه قوانین عادی و مقررات دولتی، دو رویکرد مختلف را در نظام حقوقی ایران در خصوص تغییرات اقلیمی می‌توان شناسایی کرد: رویکرد اول، مواجهه سلبی با تغییرات اقلیمی است، به این معنا که برخی از قوانین با تأسیس ضمانت‌های اجرای مدنی، کیفری و اداری با تخریب و آلودگی محیط زیست مقابله می‌کنند. این دسته از قوانین، رویکردی جزءنگر دارند، به این معنا که در این قوانین، مقابله با تغییر اقلیم به طور مستقیم و صریح مورد نظر نیست و تنها به برقراری نظم و امنیت اجتماعی و حفظ حقوق عامه در حوزه محیط زیست نظر داشته است، مانند: ممنوعیت شکار، ممنوعیت تحریق و قطع درختان، قانون شکار و صید، قانون حفاظت از بهره‌برداری از جنگل‌ها و قانون هوای پاک. رویکرد دوم، مواجهه ایجابی با تغییرات اقلیمی است، به این معنا که برخی قوانین با تبیین استانداردها و ضوابط مشخص برای فعالیت‌های مختلف اقتصادی و نیز ترسیم وظایف و نقشه راه برای دستگاه‌های مختلف اجرایی در راستای تعهدات بین‌المللی دولت ایران در خصوص کاهش گازهای گل‌خانه‌ای اقدام کرده است.^۱

در قوانین و مصوبات بالادستی کشور به موضوع آلودگی هوا توجهی ویژه شده است. از سال‌های گذشته، احکام قانونی متعددی در حوزه مقابله با آلودگی هوا در کشور وضع شده که قانون هوای پاک، آخرین و جامع‌ترین آن‌هاست. با این حال، قوانین و مصوبات اجرای مطلوبی نداشته‌اند و این موضوع در خصوص قانون هوای پاک بیش‌تر محسوس است. مطابق گزارش نهادهای نظارتی، بیش‌تر مواد مندرج در این قانون، بسامد اجرایی متوسط و ضعیف داشته‌اند. اجرا نشدن قانون، عوامل متعددی دارد که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: کمبود منابع مالی، در اولویت نبودن مسئله آلودگی هوا، نبود نظارت کافی و مؤثر، ناهماهنگی بین دستگاه‌های مجری و عملکرد جزیره‌ای، تفسیر شخصی از متون قانون و ایراد در متن قانون.^۲

قانون هوای پاک که قانون اصلی در زمینه لزوم رعایت حق بر هوای پاک است، آیین‌نامه‌های متعددی دارد که در هیئت وزیران به تصویب رسیده است که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: آیین‌نامه اجرایی تبصره ۳ ماده ۳ مصوب ۹۷/۶/۲۱، آیین‌نامه اجرایی ماده ۷ مصوب

۱. همان، ص ۵۹.

۲. اشجعی، بهزاد و الهه سلیمانی، «بررسی اقدامات و راهکارهای اجرایی قانون هوای پاک (ایرادات قانون)»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۹۲۰۱، ۱۴۰۲، ص ۳۶.

۹۷/۶/۲۱، آیین نامه اجرایی ماده ۸ مصوب ۹۷/۶/۲۱، آیین نامه اجرایی تبصره ماده ۱۴، آیین نامه اجرایی تبصره ۳ ماده ۱۶ و آیین نامه اجرایی ماده ۱۷.

گفتار دوم. اقدامات تنظیم‌گری دولت در راستای تحقق هوای پاک

دولت تنظیم‌گر جدید به واسطه اتکا بر نهادهای خودتنظیم 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، رتبه‌بندی و شرمسار کردن و دیگر شکل‌های خودتنظیمی است.^۱ به این ترتیب، نقش دولت به یک نگهبان بی طرف تبدیل شد که از وجود رقابت و در صورت نیاز، حمایت اجتماعی محافظت می‌کرد. در واقع، این نه به معنی مقررات‌زدایی، بلکه در عوض، به معنی تنظیماتی پیچیده در بازتعریف نقش دولت در اقتصاد بود.^۲

به طور کلی، مداخله دولت در بازار برای حمایت و حفاظت از محیط زیست را که با هدف کاهش آلودگی یا کاهش خسارات و آسیب‌های وارد شده به محیط زیست از طریق وضع قوانین و مقررات صورت می‌گیرد، «تنظیم‌گری یا مقررات‌گذاری زیست‌محیطی» می‌نامند. تنظیم‌گری زیست‌محیطی می‌تواند ابعاد و اشکال مختلفی داشته باشد، از تصویب کنوانسیون‌های متعدد بین‌المللی برای درج اصول اساسی حفاظت از محیط زیست گرفته تا وضع استانداردها و استفاده از نظام مجوزها در نظام‌های داخلی یا تکیه بر مشوق‌های مالی و ابتکارات صنعت محور برای کاهش آلودگی و حمایت از محیط زیست.^۳

1. Levi-Faur, David, *The Odyssey of the Regulatory State: Episode One: The Rescue of the Welfare State*, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2011, 1 (39), p. 12.

۲. شیرازی، حسین، «تنظیم‌گری به جای تصدی‌گری در سیاست‌گذاری: مطالعه موردی: الگوی تعامل نهاد کتابخانه‌های عمومی و بخش کتابخانه‌های شهرداری تهران»، دولت‌پژوهی، دوره پنجم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، ص ۵.

۳. شمس، عرفان، «تحلیل اقتصادی نظام مسئولیت مدنی و تنظیم‌گری در مقابله با آلودگی‌های زیست‌محیطی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و پنجم، شماره ۹۱، ۱۳۹۹، ص ۱۳۹.

بند اول. لزوم توجه به جایگاه مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد در امور مربوط به محیط زیست

نگاهی به قانون هوای پاک، گویای نگرش پدرسالار و اقتدارگرای قانون‌گذار در مقابله با آلودگی است. از جمله مهم‌ترین پی‌آمدهای چنین دیدگاهی، نحیف بودن نقش مردم در امور مربوط به هواست، به نحوی که نه تنها برای جامعه مدنی و سمن‌ها، بهره‌مندی از هوای پاک به مثابه حق تعریف نشده، بلکه برای آن‌ها نیز نقشی شایسته در مشارکت در امور مربوط به هوای پاک در نظر نگرفته است. در نتیجه، قانون‌گذار با تعریف نقش یک‌جانبه برای خود مجبور است تمام مصایب مربوط به محافظت از هوای پاک را به دوش بکشد. این در حالی است که اجرای مقررات ناکارآمد نه تنها امنیت زیست‌محیطی شهروندان را تهدید می‌کند، بلکه می‌تواند موجب بحران مشروعیت اجتماعی دولت شود. ناگفته پیداست که امروزه نقش دولت در پیش‌گیری از آلودگی، محوری است و انتظار از دولت آن است که نقش مناسبی در این خصوص داشته باشد.^۱

بند دوم. تصویب مقررات اداری مناسب

برخی معتقدند قوانین کیفی در حفاظت محیط زیست نقش ایفا می‌کنند، اما چون در این زمینه، مشکل اساسی عبارت است از تنظیم قانونی فعالیت‌های مؤسسات تولیدی نسبتاً بزرگ، مؤثرترین وسیله برای دستیابی به این منظور، تعیین معیارهای دقیق مربوط به پخش و نشر مواد آلوده‌کننده و نیز معیارهای مشخصات و به کار بردن این معیارها از طریق مقررات اداری است.^۲

بند سوم. فرصت‌دهی به بخش خصوصی

از دیگر چالش‌های اساسی ایران در مقابله با تغییرات اقلیمی، حضور پررنگ بخش دولتی در اقتصاد ایران است و چون این بخش، هم‌زاد با مدیریت سیاسی کشور است، امکان چانه‌زنی و اغماض‌خواهی در ملاحظات زیست‌محیطی را می‌یابد. این در حالی است که بخش خصوصی به دلیل چابکی و نیز فرمان‌پذیری از الزامات بالادستی، سازگاری بیش‌تری با موازین حقوقی و فنی مربوط به کاهش آلاینده‌ها در بخش‌های تولیدی از خود نشان می‌دهد.^۳

۱. مولایی، آیت، «چالش‌های اجرای اصل پرداخت آلوده‌ساز در قانون هوای پاک ایران»، مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۲۸۳.

۲. حیدرزاده، الهام و سجاد مظفری‌زاده، «پیش‌گیری از جرایم زیست‌محیطی»، اخلاق زیستی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۲، ص ۱۶۸.

۳. حاج‌زاده، پیشین، ص ۵۹.

در ایران، تاکنون بخش خصوصی، علاقه‌ای برای ورود به مسائل زیست‌محیطی نشان نداده است که شاید یکی از دلایلش این باشد که ورود به این حوزه با ضوابط حاکم بر کشور، اقتصادی نیست. در ضمن در قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی که سند اصلی واگذاری امور دولتی به بخش خصوصی است، در مسائل مربوط به محیط زیست، از موارد قابل واگذاری به بخش خصوصی، سخنی به میان نیامده است.^۱

گفتار سوم. نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در تحقق هوای پاک

امروزه، موضوع همکاری بخش دولت با بخش غیر دولتی، مبتنی بر شبکه‌سازی و ساختاردهی به شبکه‌های خط مشی در کانون توجه قرار گرفته است و نقش دولت نه به منزله قدرت فایقه، بلکه به منزله یک میانجی در شبکه ذی‌نفعان بازتعریف می‌شود. برخی از این سازمان‌ها عملیاتی هستند و هدف اصلی‌شان، طراحی و اجرای پروژه‌های مرتبط با توسعه است، در حالی که دسته دیگر، سازمان‌های حمایت‌گیرند که هدف اصلی آن‌ها، دفاع یا ارتقای یک مطالبه و اثرگذاری بر خط مشی و رویه‌هاست.^۲

بند اول. دادخواهی سمن‌ها در مراجع کیفری

یکی از جنبه‌های مهم حق بر هوای پاک، توجه به حقوق رویه‌ای است. حق بر هوای پاک از جمله حقوقی است که هم از نظر حقوق بین‌الملل و هم از نظر حقوق داخلی کشورها مورد توجه است.^۳ بر اساس محدود آرای زیست‌محیطی که از سوی محاکم بین‌المللی صادر شده است، می‌توان به این نتیجه رسید که چگونگی رسیدگی محاکم موجود به مسائل زیست‌محیطی به ویژه مقوله‌ای خاص و ضروری هم چون هوای پاک، رضایت‌بخش و مطلوب نیست. پی‌آمدهای محافظه‌کارانه این دعاوی

۱. رزاقی موسوی، سید سجاد، «ارزیابی حمایت کیفری از هوای پاک و چالش‌های موجود»، تحقیقات نوین میان‌رشته‌ای، دوره سوم، شماره ۱، ۱۴۰۲، ص ۴۵.

۲. داوودی گرماردی، هما و همکاران، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد ملی و بین‌المللی در پیش‌گیری از جرایم زیست‌محیطی»، محیط زیست و توسعه فرابخشی، شماره ۶۸، ۱۳۹۹، ص ۱۷.

3. Trajkovic, Marko, *Moral Values as the Binding Force of the Human Rights*, 63 ANNALS FAC. L. BELGRADE, 2015, p. 79.

مبین این است که محاکم بین‌المللی موجود نتوانسته‌اند حتی نسبت به این تعداد اندک دعاوی زیست‌محیطی که نزدشان انجام شده است، دادرسی مناسبی انجام دهند.^۱

دادخواهی به نفع عموم به شکلی بسیار محدود و آن هم فقط برای سازمان‌های غیر دولتی پذیرفته شده است. در واقع، چون سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توانند نقش‌هایی متنوع در تأمین عدالت کیفری به ویژه در زمینه حفاظت محیط زیست داشته باشند، بعضی قوانین ایران، امکان دادخواهی به نفع عموم را برای این سازمان‌ها به رسمیت شناخته‌اند. ظاهراً برای بار نخست، بند «ج» ماده ۴ اصلاحیه آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیر دولتی، مصوب ۱۳۸۲، «حق دادخواهی در مراجع قضایی و شبه قضایی» را برای این سازمان‌ها به رسمیت شناخت. البته حق سازمان‌های غیر دولتی جهت دادخواهی به نفع عموم نیز از سال ۱۳۸۲ تاکنون در دو مرحله کاهش یافته است: در مرحله نخست، قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ بر خلاف اصلاحیه آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های غیر دولتی ۱۳۸۲، فقط به سازمان‌های مردم‌نهاد مورد تأیید رئیس قوه قضاییه حق شکایت داد. در مرحله بعد، قانون‌گذار در سال ۱۳۹۴، قسمت ابتدایی ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری را به این صورت اصلاح کرد: «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساس نامه آن‌ها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، زنان، اشخاص بیمار و دارای ناتوانی جسمی یا ذهنی، محیط زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است، می‌توانند نسبت به جرایم ارتكابی از زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند.» از این رو، اصلاحیه ۱۳۹۴، با حذف عبارت‌های «جهت اقامه دلیل» و «اعتراض به آرای مراجع قضایی» از متن ماده ۶۶، جایگاه سازمان‌های مردم‌نهاد را از شاکی به اعلام‌کننده جرم کاهش داد. در هر صورت، با توجه به پذیرش محدود حق دادخواهی به نفع عموم برای سازمان‌های مردم‌نهاد و عملکرد ضعیف سازمان‌های مردم‌نهاد زیست‌محیطی ایران در این زمینه، اصولاً فقط افراد آسیب‌دیده از یک فعالیت مخرب محیط زیست از آن شکایت می‌کنند. بنابراین، صلاحیت طرح دعا توسط سازمان حفاظت محیط زیست به طور موازی با شاکیان خصوصی می‌تواند احتمال برخورد با تخلف‌های زیست‌محیطی را تقویت کند.^۲

۱. عسگری ارجنکی، احمد و همکاران، «جایگاه حق بر هوای پاک در رویه قضایی بین‌المللی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱، ص ۱۰۴۱.

۲. سودمندی، عبدالمجید، «ایرادها و نقاط ضعف قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا».

در صورت کوتاهی و غفلت نهادهای متولی حفاظت از محیط زیست در اجرای صحیح قوانین و ضمانت اجراها و مقررات مالی مانند انجام ندادن مطالعات امکان سنجی فنی و اقتصادی یا بی توجهی به گزارش‌ها، امکان دادخواهی شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد علیه تصمیمات نهادهای دولتی در دیوان عدالت اداری و اعلام جرم توسط سمن‌های واجد شرایط در مراجع قضایی وجود خواهد داشت. چون مطابق ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری جدید، جرم می‌تواند دارای حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلاق در نظم عمومی باشد، بدیهی است که جرایم علیه محیط زیست، منابع طبیعی و بهداشت عمومی واجد جنبه عمومی دانسته شده و چون ذی‌نفع آن‌ها، جامعه است، هر شخص اعم از حقیقی یا حقوقی می‌تواند اعلام جرم کند. از این رو، ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری با اعطای حق اعلام جرم از طرف سمن‌ها در واقع، اختیار جدیدی به آن‌ها اعطا نکرده است.^۱

بند دوم. دادخواهی سمن‌ها در دیوان عدالت اداری

مسئله اول در محیط زیست، تعیین مرجعی است که در داخل کشور، صلاحیت تدوین قوانین مربوط به محیط زیست را دارد. بر این اساس، دولت باید با ارائه لایحه و تدوین آیین‌نامه‌ها و مصوبات قاطع و عملیاتی، مانع از تولید آلاینده‌ها یا استفاده از روش‌های اضطراری در ایام آلودگی هوا شود. منظور از دولت نیز کل حکومت است از قوه مجریه گرفته که سازمان حفاظت محیط زیست و وزارت صنعت، معدن و تجارت و دیگر دستگاه‌های اجرایی را در اختیار دارد تا قوه قضاییه که دادستان آن باید برای احقاق حقوق مردم از سلامت عمومی به عنوان بخش جدانشدنی نظم عمومی صیانت کند. در این زمینه، دادستان با همکاری دیوان عدالت اداری می‌تواند مانع تصمیمات و اقدامات نهادهای دولتی و عمومی موضوع قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری شود که مخل محیط زیست هستند.^۲

پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۸، ۱۳۹۹، صص ۱۵۵-۱۵۶.

۱. لسانی، سید بهزاد و همکاران، «راهکارهای حفاظت از محیط زیست در فعالیت‌های اقتصادی در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۹۰۹.

۲. غمامی، محمد مهدی و علی تقی‌نژاد، «تعهدات دولت در قبال حق بر هوای پاک: بررسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، دوره نهم، شماره ۱۸، ۱۳۹۹، ص ۵۶.

ملاحظاتمانند احیای حقوق عامه و نظارت در اجرای قوانین، وجود چنین نهادی را در دعوای اداری به ویژه با توجه به نابرابری ذاتی میان دو طرف دعوا، فرد در برابر دولت ضروری می‌سازد. نقش‌آفرینی این نهاد در مواردی چون رسیدگی به تصمیمات موردی دولت که ذی‌نفع خاص ندارد، رصد مصوبات دولتی و کنترل فعال آن‌ها، جرایم کشف‌شده هنگام دادرسی، کمک به قاضی برای انجام تحقیقات و تکمیل پرونده‌ها و پی‌گیری اجرای مطلوب احکام صادرشده بسیار اهمیت دارد و در حال حاضر، خلأ این نهاد در نظام دادرسی اداری ایران، محسوس است.^۱

نبود دادستان اداری از جمله خلأهایی به شمار می‌رود که آن را با استفاده از ظرفیت سمن‌ها می‌توان تا حدودی جبران کرد. مواردی چون رصد دائمی مصوبات دولتی و تقاضای ابطالشان در صورتی که مخالف قوانین باشند، انجام تحقیقات و ارائه اطلاعات فنی مورد نیاز در پرونده‌ها یا نظارت بر اجرای احکام صادرشده از دیوان عدالت اداری از جمله نمونه‌هایی است که در غیاب دادستان اداری توسط سمن‌ها قابل انجام است.^۲

بند سوم. آموزش محیط زیست

آموزش و ترویج، راهکار عمده و اصلی تشکل‌های غیردولتی است. این امر دو علت دارد: اول این‌که سطح آگاهی زیست‌محیطی در کشور ما بسیار پایین است که پدیده‌ای مشترک بین مردم و مسئولان است. دلیل دوم، جو سیاسی حاکم است. چون آزادی عمل برای این تشکل‌ها وجود نداشته است، آن‌ها در لاک محافظه‌کاری فرو رفته‌اند و حضور داشتن و فعالیت کردن را هرچند در سطح کوچک به رویارویی با حکومت و عواقب بعدی آن ترجیح می‌دهند.^۳

در سال‌های اخیر، آموزش محیط زیست به اولویت در حال رشد در سطح ملی، محلی و بین‌المللی تبدیل شده است. اعتقاد بر این است که مشکلات محیط زیستی نمی‌توانند حل شوند، مگر این‌که

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی سال‌های ۱۳۹۴ تا ۱۳۹۵)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶، ص ۱۶۱.

۲. قاسمی، غلام‌علی و عادل شیبانی، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۹۸، ص ۱۳۱.

۳. بحرینی، سید حسین و فرهاد امینی، «نقش سازمان‌های غیردولتی در دستیابی به مشارکت مردمی به منظور حفاظت از محیط زیست در ایران»، محیط‌شناسی، شماره ۲۶، ۱۳۷۹، ص ۴۳.

آموزش‌های محیط زیستی با موفقیت انجام شود. سازمان حفاظت محیط زیست به عنوان متولی محیط زیست کشور شناخته می‌شود، ولی ابزار لازم همانند نیروی انسانی متخصص برای آموزش را در اختیار ندارد.^۱

آموزش در پیش‌گیری از تخریب و آلودگی محیط نقش حیاتی بازی می‌کند. به همین دلیل، در عرصه بین‌المللی به موضوع آموزش محیط زیست توجه شده است. بنابراین، مهم‌ترین اصلی که در حفاظت از محیط زیست باید به آن توجه شود، اصل مشارکت مردمی است. آموزش زیست‌محیطی مردم نیز باید برای حفاظت از محیط زیست و منابع طبیعی در همه شئون زندگی نهادینه شود. این امر باعث می‌شود که افراد دریابند توسعه اقتصادی اجتماعی و زندگی بهتر در گرو حفظ محیط زیست است.^۲

گفتار چهارم. جلوه‌های سیاست جنایی کنشی در قبال آلوده کردن هوا

هدف از سیاست جنایی کنشگرانه، بهره‌مندی از ابزارهای پیش‌گیری ارائه‌شده توسط مردم و نهادهای مدنی است که می‌تواند در کاهش وقوع جرم مؤثر واقع گردد. این نوع از پیش‌گیری که لزوماً نیز غیر کیفری است، عبارت است از «جلوگیری از به فعل در آمدن اندیشه مجرمانه با تغییر دادن اوضاع و احوال خاصی که یک سلسله جرایم مشابه در آن به وقوع پیوسته و یا ممکن است در آن اوضاع و احوال ارتکاب یابد».^۳

به این ترتیب، پیش‌گیری غیر کیفری شامل پیش‌گیری از طریق حذف و خنثی کردن عوامل بزه‌زا و پیش‌گیری از طریق حذف یا تغییر موقعیت‌های بزه‌زاست.^۴ پیش‌گیری کنشی که از نظر ماهوی، اقدامی پیشینی است، با مداخله در فرآیند گذار از اندیشه به فعل مجرمانه اعمال می‌شود.^۵ می‌توان

۱. محمدی، ندا و همکاران، «بررسی وضعیت آموزش محیط زیست در سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی ایران»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره بیست و دوم، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۳۹۴.

۲. فقیه حبیبی، علی، «بررسی جامعه‌شناختی نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در توسعه حق بر محیط زیست»، جامعه‌پژوهی فرهنگی، سال سیزدهم، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۷۱.

۳. کاوه، محمد، آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: جامعه‌شناسان، ۱۳۹۱، ص ۳۶.

۴. عباچی، مریم، «پیش‌گیری از بزه‌کاری و بزه‌دیدگی اطفال»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳، ص ۵۷.

۵. نیازپور، امیرحسن، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی‌شده»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱.

گفت که سازوکار پیش‌گیری کنشی بر مبنای فرهنگ‌سازی در رفتارهای افراد اجتماعی استوار گردیده است و با تأکید بر پیش‌گیری اجتماعی از طریق نهادهای مردمی به واسطه آموزش افراد جامعه، انتشار آمار میزان ضرر وارد شده بر اثر جرم ارتكابی و ارتقای افکار عمومی برای جلوگیری از ارتكاب هر رفتاری که منتهی به وقوع یا تسهیل وقوع جرم گردد، به نقش مهم این سیاست اشاره دارد.

بند اول. پیش‌گیری از طریق اعمال نظارت

در پرتو اصل اقدام همه‌جانبه نهادهای دولتی قاعداً همه بخش‌های دولت تکلیف دارند نسبت به مهار پدیده مجرمانه سیاست‌گذاری و اقدام کنند. همه شهروندان از حق بر امنیت برخوردارند و تمام قسمت‌های حاکمیت برای ایجاد آن تکلیف دارند. از این رو، برای پیش‌گیری و مقابله با بزهکاری که برهم‌زننده امنیت است، باید تدبیرهایی مناسب پیش‌بینی و اجرا کنند؛ چون دولت برای تأمین امنیت و مهار بزهکاری، امکانات گسترده دارد. با این حال، این موضوع صرفاً یک بخش از ظرفیت‌های جامعه برای کاهش میزان پدیده مجرمانه است. در پیش‌گرفتن رویکرد مشارکت‌مدارانه در زمینه پیش‌گیری و مقابله با جرم، از یک سو، توان جامعه را برای مهار این پدیده افزایش می‌دهد و از سوی دیگر، شیوه‌ای پویا در راستای ارتقای آموزش مسئولیت به همگان و مردم‌مدارانه کردن تأمین امنیت است.^۱

الف. نظارت بر تولید و توزیع سوخت استاندارد

در خرداد ۱۳۹۷، شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی و سازمان محیط زیست به منظور نظارت بر توزیع و کیفیت سوخت نفت و گاز یورو، تفاهم‌نامه‌ای منعقد کردند که مطابق ماده یک آن باید این دو نهاد، پایش مشترک محتوای «گوگرد» گازوئیل توزیعی در کشور را انجام دهند. با وجود نقایصی که در فرآیند اجرایی پایش‌های مشترک سازمان حفاظت محیط زیست و وزارت نفت وجود دارد، انتظار می‌رود نمایندگان استانی شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی جهت پایش و نمونه‌برداری هم‌زمان و مشترک، همکاری لازم را با هم داشته باشند و شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی نیز نتایج خوداظهاری نفت و گاز را به طور منظم به سازمان محیط زیست ارائه کند. هم‌چنین سوخت به

۱. نیازپور، امیرحسن، «گفتمان سیاست جنایی قوه قضاییه در دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضاییه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰، ص ۳۶۳.

طور منظم، یکنواخت و پیوسته باید در جایگاه‌های تعیین شده کشور توزیع شود. افزون بر این‌ها، وزارت نفت باید نتایج نمونه‌های نفت و گاز در پایش مشترک وزارت نفت و سازمان حفاظت محیط زیست را اعلام کند.

بر مبنای ماده ۱۸ قانون هوای پاک، وزارت نفت مکلف است حداکثر تا سه سال پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، سوخت تولیدی کشور از جمله بنزین، نفت گاز، نفت کوره و نفت سفید را مطابق با استاندارد ملی مصوب عرضه کند. سازمان محیط زیست نیز مکلف است از تولید سوخت غیر استاندارد جلوگیری کند. پس از پایان مهلت موضوع این قانون، سازمان ملی استاندارد موظف است از واردات سوخت غیر استاندارد ملی جلوگیری کند و وزارت نفت، سازمان ملی استاندارد ایران و سازمان موظفند گزارش عملکرد موضوع این ماده را هر شش ماه یک بار منتشر کنند. تبصره دو و سه ماده ۲ آیین‌نامه فنی قانون هوای پاک نیز بر این موضوع تأکید دارد که توزیع سوخت نفت و گاز یورو ۴ علاوه بر کلان‌شهرها باید در ۱۶۳ جایگاه فهرست شده (پیوست مصوبه) توزیع شود.

ب. افزودن تعداد واحد‌های نظارتی

سازمان حفاظت محیط زیست، مسئولیت نظارت بر حسن اجرای قانون هوای پاک را بر عهده دارد. قانون هوای پاک، تکالیف دستگاه‌های مختلف را در زمینه کاهش آلودگی هوا به طور مجزا مشخص کرده است. علاوه بر سازمان حفاظت محیط زیست که نقش حساس نظارت و بازرسی را بر عهده دارد، برای وزارت خانه‌های صنعت، نفت، کشور، نیرو، بهداشت، راه و شهرسازی و جهاد کشاورزی نیز وظایفی تعیین شده است.

با بررسی جلوه‌های اقدامات کنشی مقرر شده در قانون هوای پاک به نقش مهم و پررنگ نهادهای دولتی پی می‌بریم و جای خالی نهادهای مردمی را احساس می‌کنیم. با تبیین این موضوع، پرسش این است که آیا سازمان محیط زیست بدون کمک سازمان‌های مردم‌نهاد و تنها با اتکا به نهادهای دولتی می‌تواند از پس تکالیف نظارتی برآید؟ آیا ساختار آن سازمان به گونه‌ای هست که بتواند عملکرد مثبتی در حل معضل آلودگی هوا و نظارت بر نهادهای دولتی ایفا کند. در پاسخ باید گفت که هر کشوری برای حل این معضل، ترتیبات سازمانی گسترده‌ای برای کنترل و کاهش آلودگی هوا ایجاد کرده است که از کشور فرانسه به عنوان الگوی پیشرو و موفق می‌توان نام برد.

در مقابل، در خصوص ساختار سازمان حفاظت از محیط زیست ایران می‌توان به نبود ساختار مناسب برای کنترل و نظارت بر آلودگی هوا در مرکز ملی هوا و تغییر اقلیم در ایران، نبود بخش‌های متنوع برای کنترل آلودگی هوا، کمبود پست‌های سازمانی و نیروی متخصص و نبود نهادهای فرابخشی اشاره کرد. ساختار تشکیلاتی مرکز ملی هوا و تغییر اقلیم در ایران که زیرمجموعه سازمان حفاظت محیط زیست است، شامل چهار بخش: گروه بررسی آلودگی هوا، گروه صدا، ارتعاش و انرژی، گروه تغییر اقلیم و حفاظت از اتمسفر و گروه تحلیل داده‌هاست که با وجود اهمیت بالای کنترل آلودگی هوا و کیفیت هوا، ساختاری بسیار کوچک و جزئی به همراه کارشناسانی اندک دارد.^۱ البته از مزیت ساختار سازمان محیط زیست ایران می‌توان به فعالیت مستقل سازمان حفاظت محیط زیست از دیگر سازمان‌ها و قدرت بالای رئیس سازمان از منظر جایگاه حقوقی به عنوان معاون رئیس جمهوری اشاره کرد.

بند دوم. پیش‌گیری از طریق به کارگیری فناوری روز

با مروری گذرا بر تاریخچه توسعه و پیشرفت‌های صورت گرفته در مورد پیش‌گیری از جرم، متوجه تأثیر تکنولوژی (به طور دقیق‌تر، نوآوری‌های تکنولوژیکی) بر پیش‌گیری از جرم و استراتژی‌های کنترل جرم خواهیم شد.

الف. توسعه، تولید و عرضه انرژی‌های تجدیدپذیر و پاک

بر اساس محاسبات انجام شده، مصرف برق ادارات و مؤسسات دولتی حدود هشت هزار مگاوات در ساعات پرباری روز است که اگر همین میزان، ملاک تأمین ۳۰ درصدی آن از بخش تجدیدپذیرها باشد، می‌تواند جهشی قابل توجه در عرصه نصب نیروگاه‌های تجدیدپذیر باشد. با این وجود، باید نزدیک به ۲۷۰۰ مگاوات برق تجدیدپذیر در یک سال آتی در کشور نصب شود که حتی اگر نصف این مقدار نیز بخواهد عملیاتی شود، به بودجه‌ای قابل توجه نیاز خواهد داشت. رشد مصرف برق سالانه در ایران، بیش از ۵ درصد است و گاهی تا ۶ درصد هم می‌رسد. در این صورت، سالانه بیش از ۴ هزار مگاوات مصرف برق کشور افزایش می‌یابد و تأمین ۳۰ درصدی این میزان از انرژی‌های

۱. سلیمانی، الهه و میترا چراغی، «مطالعه تطبیقی ساختارهای حاکمیتی کشورها در کاهش و کنترل آلودگی هوا و ارائه راهکار برای ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۵۵۵۶، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

تجدیدپذیر که موضوع ماده ۱۹ قانون هوای پاک است، وزارت نیرو را مکلف به تأمین سالانه بیش از ۲۷۰۰ مگاوات تولید برق از انرژی‌های تجدیدپذیر خواهد کرد. به نظر می‌رسد دولت و مجلس بیش از آن‌که در پی رفع مشکل اصلی توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر باشند، راه را اشتباه رفته‌اند و در توسعه دستوری و آمرانه این تکنولوژی می‌کوشند. تا وقتی شرایط و زیرساخت‌های مورد نیاز برای توسعه این حوزه از کسب و کار در کشور فراهم نباشد، این قوانین از مصادیق آب در هاون کوبیدن است. بهتر است به جای تصویب این گونه قوانین نمادین، زیرساخت‌های قانونی و اجرایی استفاده از انرژی‌های تجدیدپذیر در کشور فراهم گردد تا سرمایه‌گذاران به این حوزه وارد شوند و در پی آن، تولید انرژی‌های تجدیدپذیر در یک مسیر منطقی رشد یابد.

بر مبنای ماده ۱۹ قانون هوای پاک، وزارت نیرو مکلف شده است نسبت به توسعه، تولید و عرضه انرژی‌های تجدیدپذیر و پاک بهینه به نحوی اقدام کند که حداقل ۳۰ درصد افزایش سالانه ظرفیت مورد نیاز برق کشور از انرژی‌های تجدیدپذیر تأمین گردد.

ب. مدیریت پسماندها و تولید انرژی از آن

بر مبنای تبصره ۲ ماده ۲۰ قانون هوای پاک، دولت و شهرداری‌ها موظفند ظرف سه سال پس از ابلاغ این قانون، زمینه‌های تبدیل پسماندهای مندرج در ماده ۲۰ را به انرژی یا کود با کمک گرفتن از بخش خصوصی در شهرهای مختلف فراهم کنند.

شهرداری‌ها در فرانسه به حکم اختیارات قانونی‌شان می‌توانند برای تضمین بهداشت عمومی در تمامی مراکز احتراق که بر آلودگی هوا اثر می‌گذارند، مداخله داشته باشند. قانون‌گذار فرانسه با اعطای این قدرت به شهرداری‌ها این امکان را فراهم کرده است که آن‌ها هم علاوه بر وزارت محیط زیست در کنترل مستقیم آلودگی هوا به عنوان مجری اقدام کنند. دادن اختیارات قانونی یا افزایش اختیارات قانونی به شهرداری‌ها در حوزه مقابله با آلودگی هوا با توجه به تجربه مشابه فرانسوی می‌تواند در حوزه کنترل آلودگی هوا تأثیری مثبت داشته باشد.

ج. لزوم بررسی مسائل زیست محیطی در ایجاد و توسعه شهرک‌ها و شهرهای جدید

بر مبنای ماده ۲۱ قانون هوای پاک، وزارت راه و شهرسازی موظف است هنگام تهیه طرح‌های جامع و تفصیلی شهرها، شهرک‌ها و شهرهای جدید و طرح‌های هادی روستایی یا توسعه این مناطق،

فصلی جداگانه از مطالعات آن طرح‌ها را به بررسی مسائل زیست‌محیطی اختصاص دهد. طراحی شهرها و شهرک‌ها و مجتمع‌های مسکونی از نظر فضای سبز و فضای باز، هم‌جواری کاربری‌ها و رعایت حریم‌های قانونی، شبکه معابر و حمل و نقل و ضوابط تراکم ساختمانی باید متناسب با شرایط اقلیمی، معیارهای زیست‌محیطی مورد تأیید سازمان محیط زیست و ضوابط، شرایط و استانداردهای پیوست سلامت مورد تأیید وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی باشد. نکته مهم در این ماده، لزوم تدوین و تأیید «پیوست سلامت» برای شهرک‌سازی هاست.

د. اجرای طرح‌های مبتنی بر بیابان‌زدایی با مشارکت مردم و سازمان‌های مردم‌نهاد

بر مبنای ماده ۲۴ قانون هوای پاک، وزارت جهاد کشاورزی (سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری) مکلف شده است علاوه بر اجرای طرح‌های بیابان‌زدایی مقرر، جهت مهار کانون‌های مستعد بیابان‌زایی و تولید گرد و غبار در داخل کشور رأساً یا با مشارکت مردم، دستگاه‌های اجرایی محلی و سازمان‌های بین‌المللی با رعایت اصل هفتاد و هفتم قانون اساسی و سازمان‌های مردم‌نهاد داخلی، سالانه حداقل معادل سیصد هزار هکتار نسبت به اجرای اقدامات مقابله با پدیده گرد و غبار با اولویت عملیات بیابان‌زدایی در مناطق بحرانی و کانون‌ها و زیست‌بوم‌های حساس اقدام کند. دولت مکلف است اعتبارات مورد نیاز برای اجرای عملیات موضوع این ماده را هر ساله در بودجه‌های سالانه منظور دارد.

گفتار پنجم. نگاهی به رویه قضایی دیوان عدالت اداری در مورد هوای پاک

یکی از آرای مهم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، پرونده‌ای است مربوط به دو شرکت صنعتی که به خواسته ابطال بخش‌نامه‌های شماره ۸۹۸/۸۲۱۳ مورخ ۱۳۷۸/۸/۵ و ۸۲۸/۹۵۸۸ مورخ ۱۳۷۸/۹/۱۰ شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی ایران طرح دعوا کرده و در دادخواست‌های تقدیمی و لوایح تکمیلی آن اعلام داشته‌اند که مجلس شورای اسلامی وفق تبصره ماده ۶ قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا، مصوب ۱۳۷۴، دولت را مکلف به رفع آلودگی هوای شهرها کرده است. هیئت دولت با عنایت به اختیاراتی که دارد، در ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی تبصره یادشده، گازسوز کردن خودروها را از جمله تدبیرهایش برای جلوگیری از آلودگی هوا قرار داده است. در واقع، خواهان که از تولیدکنندگان تجهیزات دوگانه‌سوز نفتی نظیر کیت خودروهاست، با بخش‌نامه ممنوعیت نصب کیت بر روی

خودروهای دولتی و شخصی مواجه شده و از این رو، به دیوان عدالت اداری شکایت برده است. هیئت عمومی دیوان پس از رسیدگی، در دادنامه شماره ۶۱-۶۲ مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ چنین رأی داده است: «مقررات قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا که در جهت تحقق اهداف مذکور در اصل ۵۰ قانون اساسی و به منظور پاک سازی و حفاظت هوا از آلودگی ها به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، متضمن ضرورت اتخاذ تدابیر متناسب در زمینه سامان دهی سیستم حمل و نقل شهری و الزام کلیه دستگاه ها و مؤسسات و اشخاص حقیقی و حقوقی به رعایت مقررات و سیاست های مندرج در قانون مزبور است و هیئت وزیران در اجرای اهداف مقنن و به تجویز تبصره ماده ۶ قانون فوق الذکر، مبادرت به تصویب آیین نامه اجرایی آن قانون نموده و به شرح ماده ۱۱ آیین نامه مزبور، دستگاه های اجرایی، نیروهای نظامی و انتظامی را موظف کرده اند که نسبت به گازسوز یا دوگانه سوز کردن وسایل نقلیه تحت اختیار خود، هم چنین استفاده از سایر سوخت های مناسب با حداقل ترکیبات آلاینده، از جمله بنزین بدون سرب اقدام نمایند. بنابراین، مفاد بخش نامه های معترض غنه مشعر بر خودداری شرکت های تجاری تولیدکننده از نصب کیت گازسوز روی خودروهای پلاک شخصی و دولتی، مغایر اهداف و حکم قانون گذار و خارج از حدود اختیارات شرکت ملی پخش فرآورده های نفتی در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می شود»^۱.

در مانحن فیه که مسئله حمایت از حق بر محیط زیست سالم مندرج در اصل پنجاهم قانون اساسی است، عنایت به استدلال های حقوقی یادشده مبنی بر صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به مقررات دولتی خلاف قانون اساسی می تواند کارساز باشد و از تعدی مقامات عمومی به این حق بشری به وسیله آیین نامه یا بخش نامه جلوگیری کند.^۲

رأی دیوان در این خصوص با توجه به اصل تقدم منافع عمومی بر منافع خصوصی، جهت جلوگیری این نهاد را برای حفظ محیط زیست نشان می دهد. غلبه قانونی مستندات نیز با توجه به اصل ۵۰ قانون اساسی و قانون مجلس شورای اسلامی به خصوص قانون بودجه در مقابل تنها استدلال شرکت پالایش و پخش فرآورده های نفتی به لحاظ محدودیت در تولید و تأمین گاز مایع به منظور

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۶۸.

۲. رحمت اللهی، حسین و امید شیرزاد، «حق بر محیط زیست سالم در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، شماره ۶، ۱۳۹۳، ص ۱۰۱.

رعایت غبطه و مصلحت عمومی کشور در تأمین نیاز مصرف‌کنندگان خانگی است. با این حال، دیوان آن بخش‌نامه را خلاف قانون دانسته و به ابطال آن رأی داده است.^۱

علاوه بر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که در حکم قانون هستند، شعب دیوان نیز در مواردی در زمینه حمایت از حق بر هوای پاک رأی صادر کرده‌اند. شعبه اول بدوی دیوان به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۲۰۱۴۹۰ مورخ ۱۳۹۵/۲/۲۸، در خصوص شکایت شاکی به طرفیت اداره محیط زیست مراغه به خواسته احراز وقوع تخلف به دلیل اعطای مجوز به احداث کارخانه بدون رعایت حریم مزرعه پرورش شترمرغ که منجر به آلودگی محیط و تعطیلی مزرعه شده، مستند به ماده ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، در مورد پیش‌گیری از هر نوع آلودگی به ورود شکایت حکم داده است.

در رأی شعبه اول بدوی به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۵۴۳ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۵ در مورد پرداخت عوارض آلاینده‌گی تصریح شده است: «وکیل شرکت شاکی به شرح دادخواست اجمالاً اعلام داشته اداره محیط زیست استان البرز در سال ۱۳۸۹ با استناد به تبصره ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده، نام شرکت را جزء واحدهای آلاینده اعلام داشته. این در حالی است که شرکت مذکور فاقد هرگونه آلودگی بوده و نسبت به فضولات انسانی خود نیز دارای تصفیه‌خانه مجهز می‌باشد و لذا نسبت به اقدام طرف شکایت و اعلام نام شرکت به عنوان واحد آلاینده و اخذ عوارض مربوط، توسط طرف شکایت دوم، معترض [بوده] و تقاضای رسیدگی کرده که با توجه به بررسی محتویات پرونده، نظر به این‌که به دلالت تبصره ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده، واحدهای تولیدی آلاینده محیط زیست که استانداردها و ضوابط حفاظت از محیط زیست را رعایت نمی‌کنند، طبق تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست تا پانزدهم اسفند ماه هر سال برای اجرا در سال بعد، مشمول پرداخت یک درصد عوارض قرار می‌گیرند و چون طبق تشخیص سازمان محیط زیست، شرکت شاکی در سال ۱۳۸۹ جزء واحدهای آلاینده اعلام شده، لذا مشمول حکم مقرر در تبصره یادشده قرار گرفته و رفع آلاینده‌گی در سال ۱۳۹۱ صورت گرفته است که به دلالت تبصره ۱ از ماده ۳۸ قانون یادشده، در صورت رفع آلاینده‌گی با تأیید سازمان حفاظت محیط زیست، واحدهای آلاینده از لیست آلاینده‌ها

۱. مشهدی، علی و حسین ربانی، «حفاظت از محیط زیست در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، نشریه آرا، سال سوم، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۱۵.

خارج می‌گردند و از اول دوره مالیاتی بعد از تاریخ اعلام توسط سازمان حفاظت محیط زیست به سازمان امور مالیاتی کشور، مشمول پرداخت عوارض آلاینده‌گی نخواهد شد. بنابراین، چون شرکت شاکی در سال ۸۹ مشمول آلاینده‌ها قرار گرفته و رفع آلاینده‌گی بعدی (در سال ۱۳۹۰) در دوره بعدی مالیاتی مؤثر خواهد بود، لذا دلیلی بر ابطال نامه معترض عنه و حذف نام شرکت از لیست واحدهای آلاینده در سال ۸۹ محرز نیست و حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد رأی صادره قطعی است.»

البته با توجه به اصلاحات صورت گرفته در قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ و به موجب تبصره‌های الحاقی به ماده ۱۶ قانون دیوان، به ویژه تبصره ۴ در فرضی که اشخاص حق طرح دعوا در شعب دیوان را دارند، ابتدائاً باید خواسته خود را به طرف شکایت اعلام کنند و طرف شکایت نیز مکلف به اظهار نظر در مهلت قانونی سه ماهه است. در صورت ابلاغ نشدن پاسخ مقتضی، شاکی می‌تواند دعوای خود را در دیوان طرح کند. به نظر می‌رسد هدف از این امر، قضا‌زدایی و کاهش حجم ورودی پرونده‌های دیوان است، اما با اطلاق و عموم حق دادخواهی در تعارض است.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار به اقدامات کنش‌محور در قانون هوای پاک بیش‌تر توجه کرده و به فرهنگ‌سازی، ظرفیت‌سازی، آموزش و اطلاع‌رسانی در خصوص آگاهی و مقابله شهروندان با پدیده آلودگی هوا توسط صداوسیما بسنده نکرده است. برای مکلف‌سازی دیگر نهادهای دولتی از قبیل وزارت خانه‌های کشور، نیرو، جهاد کشاورزی، راه و شهرسازی و نفت به تعامل با سازمان محیط زیست برای پیش‌گیری از وقوع اعمال منتهی به آلوده شدن هوا نیز گام‌های مؤثر برداشته است. البته این اقدامات کنشی تنها توسط نهادها و سازمان‌های دولتی اجرا خواهد شد و اثری از سازمان‌ها و نهادهای غیر دولتی و مردمی در آن قانون به چشم نمی‌خورد که علت این موضوع را می‌توان توسعه نیافتن مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد در فرآیند کیفری دانست. مهم‌ترین پیشنهاد برای رفع این مشکل، اصلاح قوانین حاکم بر فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد و رفع ابهام‌ها و موانع موجود در مسیر مداخله سازمان‌های مردم‌نهاد در فرآیند سیاست جنایی مشارکتی در این حوزه است؛ چون اجرای این قانون در عمل می‌تواند کاستی‌های آن را بنمایاند و زمینه را برای پیش‌بینی نقش و اهمیت این سازمان‌ها در قوانین و تعیین وظایف و تکالیف برای آن‌ها در آینده فراهم آورد.

در کنار اعمال سیاست‌های واکنشی در قبال آلوده کردن هوا می‌توان از سیاست‌های کنشی متعددی که در این قانون پیش‌بینی شده است، به عنوان نقطه قوت این قانون نام برد. تکلیف وزارت نفت به عرضه کردن سوخت تولیدی بر مبنای استاندارد ملی، تکلیف وزارت نیرو به تولید و عرضه انرژی‌های تجدیدپذیر، تکلیف دولت و شهرداری به تبدیل پسماندها به انرژی یا کود، تکلیف وزرات راه و شهرسازی به رعایت مسائل زیست‌محیطی در طرح‌های جامع و تفصیلی و تکلیف صداوسیما در زمینه فرهنگ‌سازی و آموزش و اطلاع‌رسانی در خصوص آگاهی و مقابله با پدیده آلودگی هوا و در آخر، تکلیف نظارتی سازمان حفاظت از محیط زیست از جمله اعمال آن اقدامات در این حوزه است. اصلاح و متناسب‌سازی ساختار سازمان حفاظت از محیط زیست به منظور پاسخ‌گویی به معضل آلودگی هوا و اجرایی شدن قوانین مصوب بایستی هرچه سریع‌تر در دستور کار قرار گیرد.

همانا ساختار حاکمیتی موجود در سازمان حفاظت از محیط زیست در قیاس با ساختار حاکمیتی چنین سازمان‌هایی در دیگر کشورها، از مجموعه‌ای از اصول و مبانی مهم و مؤثر حاکم بر طراحی ساختار و اولویت‌بندی زیرمجموعه‌ها تهی است که در آن باید اصلاح و بازنگری صورت گیرد. در حال حاضر، مهم‌ترین مأموریت‌ها و وظایف اصلی حاکمیتی دولت در خصوص موضوع آلودگی هوا بر مبنای قانون هوای پاک بر عهده سازمان حفاظت محیط زیست قرار گرفته است. به تازگی، شاهد تغییر و تحولاتی در ساختار سازمان محیط زیست هستیم که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به افزوده شدن «مشارکت مردمی» به پسوند «معاونت آموزش» و ایجاد دفتر مشارکت‌های مردمی و مسئولیت‌های اجتماعی، دفتر مدیریت اقتصاد و فناوری محیط زیست و دفتر مدیریت پسماند اشاره کرد که قدمی مثبت در این راستا محسوب می‌شود. با این حال، در نظام کنترل کیفیت هوا باید برای ایجاد واحدهای نظارتی و عملیاتی جدید در سازمان با هدف اجرای قوانین مصوب و تعریف و اختصاص پست‌های سازمانی جدید، تغییرات ساختاری ایجاد شود.

نقش سازمان‌های مردم‌نهاد و غیر دولتی در پیشبرد اهداف قانون‌گذار و سازمان محیط زیست نیز انکارناپذیر است و به وضوح مشخص است که کسب توفیق در بهبود وضعیت محیط زیست به چابک‌سازی و توسعه نهادهای غیر دولتی برخاسته از دل جمعیت بر محیط زیست اثرگذار است. از این رو، در صورت فعال بودن نهادهای غیر دولتی قطعاً بخشی از تصدی‌گری و فعالیت‌های دولتی به آن‌ها واگذار می‌شود و به عنوان چشمان بیدار جمعیت یک جامعه ضمن نظارت بر عملکرد

دستگاه‌های متولی می‌توانند بر همه فعالیت‌های اثرگذار روی محیط زیست کنترل لازم داشته باشند. نقش‌آفرینی نهادهای غیر دولتی از یک سو به عنوان کمک در اجرای سیاست‌های کلان و بالادستی دولت و از سوی دیگر به عنوان ناظران در گوشه و کنار کشور، منشأ تحول بنیادین در راستای سیاست‌های حفظ، توسعه و بهره‌برداری خردمندانه از محیط زیست خواهد بود. این گونه نهادها در کشورهای پیشرفته صنعتی برای کاهش روزافزون آلودگی هوا، نقشی بسیار مهم و اثرگذار داشته و دارند.

با مقایسه ساختار حاکمیتی سازمان محیط زیست ایران با کشور فرانسه نیز این نتیجه حاصل شد که اگر چه نوع و نحوه تقسیمات ساختار اداری در هر دو کشور متفاوت است، فرانسه به وجود ساختارهای تشکیلاتی گسترده در زمینه کنترل آلودگی هوا بیش‌تر توجه کرده است. فعال بودن بخش‌های متنوع در وزارت خانه‌های متصدی کنترل کیفیت هوا و هماهنگی مناسب بین نهادهای مختلف در راستای کنترل آلودگی هوا از طریق شورای ملی فرانسه بیانگر تحقق خوب مدیریت یک‌پارچه کیفیت هوا در آن کشور است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری (مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی سال‌های ۱۳۹۴ تا ۱۳۹۵)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۶.
۲. دانش، تاج‌زمان، حقوق زندانیان و علم زندان‌ها، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۳. کاوه، محمد، آسیب‌شناسی بیماری‌های اجتماعی (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: جامعه‌شناسان، ۱۳۹۱.
۴. لازرژ، کریستین، درآمدی به سیاست جنایی، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۵. مارتی، دلماس، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی (جلد ۱)، ترجمه: علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۶. مشهدی، علی، اساسی‌سازی حقوق محیط زیست، تهران: شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۷. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اشجعی، بهزاد و الهه سلیمانی، «بررسی اقدامات و راهکارهای اجرایی قانون هوای پاک (ایرادات قانون)»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۹۲۰، ۱۴۰۲.
۲. بحرینی، سید حسین و فرهاد امینی، «نقش سازمان‌های غیر دولتی در دستیابی به مشارکت مردمی به منظور حفاظت از محیط زیست در ایران»، محیط‌شناسی، شماره ۲۶، ۱۳۷۹.
۳. جعفری، مصطفی و حسن عالی‌پور، «مسئولیت کیفری شهرداری نسبت به آسیب‌های جسمانی ناشی از آلودگی هوا»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و ششم، شماره ۱۲۰، ۱۴۰۱.
۴. چنانی، ناصر و سید مصطفی میرمحمدی، «حق بر برخورداری از آب و هوای سالم با تأکید بر

- وضعیت آب و هوایی خوزستان»، محیط زیست و توسعه، سال نهم، شماره ۱۸، ۱۳۹۷.
۵. حاج زاده، هادی، «تحلیلی بر الزامات حقوقی مقابله با تغییرات اقلیمی از منظر معاهدات بین‌المللی و قوانین داخلی»، پژوهش‌های تغییرات آب و هوایی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۶. حمیدی، فاطمه و همکاران، «مکانیسم‌های تضمین حق بر هوای پاک در ایران و اتحادیه اروپا»، مجله پایداری، توسعه و محیط زیست، دوره سوم، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۷. حیدرزاده، الهام و سجاد مظفری‌زاده، «پیش‌گیری از جرایم زیست‌محیطی»، اخلاق زیستی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۲.
۸. داوودی گرمارودی، هما و همکاران، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد ملی و بین‌المللی در پیش‌گیری از جرایم زیست‌محیطی»، محیط زیست و توسعه فرابخشی، شماره ۶۸، ۱۳۹۹.
۹. رحمت‌اللهی، حسین و امید شیرزاد، «حق بر محیط زیست سالم در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، شماره ۶، ۱۳۹۳.
۱۰. رزاقی موسوی، سید سجاد، «ارزیابی حمایت کیفری از هوای پاک و چالش‌های موجود»، تحقیقات نوین میان‌رشته‌ای، دوره سوم، شماره ۱، ۱۴۰۲.
۱۱. رستمی، ولی، «مشارکت مردم در فرآیند کیفری»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۷، ۱۳۸۶.
۱۲. سلیمانی، الهه و میترا چراغی، «مطالعه تطبیقی ساختارهای حاکمیتی کشورها در کاهش و کنترل آلودگی هوا و ارائه راهکار برای ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۵۵۵۶، ۱۳۹۶.
۱۳. سودمندی، عبدالمجید، «ایرادها و نقاط ضعف قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۸، ۱۳۹۹.
۱۴. سودمندی، عبدالمجید، «بهبود ضوابط کیفری و نوآوری‌های قانون هوای پاک در مقایسه با قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا»، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۷، ۱۳۹۸.
۱۵. شاطری، پروانه و همکاران، «سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی و شیوه‌های جلب مشارکت

- اعضا (مطالعه سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی تهران با رویکرد نظریه بنیادی)، جامعه‌شناسی کاربردی، سال سی و دوم، شماره ۸۲، ۱۴۰۰.
۱۶. شمس، عرفان، «تحلیل اقتصادی نظام مسئولیت مدنی و تنظیم‌گری در مقابله با آلودگی‌های زیست‌محیطی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و پنجم، شماره ۹۱، ۱۳۹۹.
۱۷. شیرازی، حسین، «تنظیم‌گری به جای تصدی‌گری در سیاست‌گذاری: مطالعه موردی: الگوی تعامل نهاد کتاب‌خانه‌های عمومی و بخش کتاب‌خانه‌های شهرداری تهران»، دولت‌پژوهی، دوره پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۱۸. عباچی، مریم، «پیش‌گیری از بزه‌کاری و بزه‌دیدگی اطفال»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۷، ۱۳۸۳.
۱۹. عباسی، محمود و عبدالمجید سودمندی، «حقوق بشر و حق بهره‌مندی از هوای پاک»، اخلاق زیستی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵.
۲۰. عسگری ارجنکی، احمد و همکاران، «جایگاه حق بر هوای پاک در رویه قضایی بین‌المللی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱.
۲۱. غمامی، محمد مهدی و علی تقی‌نژاد، «تعهدات دولت در قبال حق بر هوای پاک؛ بررسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، دوره نهم، شماره ۱۸، ۱۳۹۹.
۲۲. فقیه حبیبی، علی، «بررسی جامعه‌شناختی نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در توسعه حق بر محیط زیست»، جامعه‌پژوهی فرهنگی، سال سیزدهم، شماره ۲، ۱۴۰۱.
۲۳. قاسمی، غلام‌علی و عادل شیبانی، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۹، ۱۳۹۸.
۲۴. لسانی، سید بهزاد و همکاران، «راهکارهای حفاظت از محیط زیست در فعالیتهای اقتصادی در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاهم، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۲۵. محمدی، ندا و همکاران، «بررسی وضعیت آموزش محیط زیست در سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی ایران»، علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره بیست و دوم، شماره ۱، ۱۳۹۹.
۲۶. مشهدی، علی و حسین ربانی، «حفاظت از محیط زیست در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، نشریه آرا، سال سوم، شماره ۱، ۱۳۹۹.

۲۷. مشهدی، علی و ریحانه حامدی، «سبز شدن حقوق بشر: تأملی بر شکل‌گیری و تحول حقوق بشر زیست‌محیطی»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱.
۲۸. مولایی، آیت، «چالش‌های اجرای اصل پرداخت آلوده‌ساز در قانون هوای پاک ایران»، مطالعات حقوقی، دوره دوازدهم، شماره ۱، ۱۳۹۹.
۲۹. نیازپور، امیرحسن، «از حقوق کیفری تا حقوق کیفری قراردادی شده»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۱، ۱۳۹۰.
۳۰. نیازپور، امیرحسن، «گفتمان سیاست جنایی قوه قضاییه در دستورالعمل نحوه مشارکت و تعامل نهادهای مردمی با قوه قضاییه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۰.

2. Latin Source

1. Boyd, David R., **The Human Right to breathe Clean air**, Annals of Global health, no 85, 2019.
2. Levi-Faur, David, **The Odyssey of the Regulatory State: Episode One: The Rescue of the Welfare State**, Jerusalem Papers in Regulation & Governance, 2011, 1 (39).
3. Jankovic, Sava, **Conceptual Problems of the Right to Breathe Clean Air**, German Law Journal, No 22, 2021.
4. Trajković, Marko, **Moral Values as the Binding Force of the Human Rights**, 63 ANNALS FAC. L. BELGRADE, 2015.

تأثیر نظریه تغییر اوضاع و احوال در وضعیت قرارداد اداری؛ تأملی در حقوق ایران

جبار تباری^۱

حسن پاشازاده^۲

رحیم وکیل زاده^۳

چکیده

در دهه‌های اخیر، نظریه «تغییر اوضاع و احوال» در حقوق کشورهای اروپایی مطرح شده است. بر اساس این نظریه، اگر بعد از انعقاد قرارداد، اوضاع و احوال زمان انعقاد چنان تغییر یابد که اجرای تعهدات قراردادی برای یکی از طرفین به شدت و به صورت نامتعارف و مسامحه‌ناپذیر، پرهزینه و زیان بار شود، متعهد می‌تواند با در نظر گرفتن وضعیت به وجود آمده، از طرف مقابل، درخواست مذاکره و مصالحه کند. اگر طرف مقابل، حاضر به مذاکره و مصالحه نشد یا مذاکرات به مصالحه نیانجامید، متعهد می‌تواند تعدیل یا انحلال قرارداد را از دادگاه تقاضا کند.

این پژوهش با روش توصیفی و تحلیلی می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد که در صورت تغییر بنیادین اوضاع و احوال، وضعیت قراردادهای اداری و نیز دیگر قراردادهای مشمول حقوق خصوصی چگونه خواهد بود؟ نتایج این پژوهش نشان می‌دهد در قراردادهای اداری با توجه به وجود منافع عمومی، دولت از حق تعدیل قرارداد برخوردار است و در قراردادهای خصوصی، تغییر بنیادین اوضاع و احوال سبب عدم نفوذ قرارداد خواهد شد.

واژگان کلیدی: قرارداد اداری، تعهدات قراردادی، تغییر اوضاع و احوال، الزامات، حقوق اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران، jabbartari@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)، hasanpashazadeh824@gmail.com

۳. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران، rahim.phd@yahoo.com

مقدمه

امروزه نوسان‌های اقتصادی بر اثر عوامل متعدد در حدّی شدید و اتفاقی است که برای افراد متعارف قابل پیش‌بینی نیست. هزینه‌های تأمین مواد اولیه و دستمزد به شدت و خیلی سریع و اتفاقی در حال افزایش است؛ به صورتی که در طول سال، چندین نوبت افزایش مشاهده می‌شود. این افزایش‌ها به قدری غافل‌گیرانه است که برای افراد قابل پیش‌بینی و اجتناب نیست و متعهد هنگام اجرای قرارداد با افزایش سرسام‌آور قیمت مصالح و مواد اولیه مورد نیاز و هزینه‌های دستمزد روبه‌رو می‌شود. این نوسان‌ها نمی‌تواند در پیش‌بینی وی به عنوان فرد متعارف قرار گیرد. در نتیجه این تغییرات، اگر متعهد به تعهد قراردادی خود بر اساس اصل لزوم قرارداد عمل کند، آن‌چه بر اثر اجرای قرارداد به دست می‌آورد، چیزی جز ضرر هنگفت نخواهد بود؛ حال آن‌که در شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد، اجرای تعهدات برای وی، سودآور و ارزش‌عوضین در تعادل نسبی بوده است.

در این مقاله می‌خواهیم بررسی کنیم آیا دادرس هنگام طرح چنین پرونده‌هایی می‌تواند با نگرشی نو به خیار غبن و با استدلال فقهی و حقوقی (در موارد سکوت قانون دادرس باید با استفاده از فتاوی معتبر فقهی و اصول حقوق حکم صادر کند)، راهی برای جلوگیری از ضرر تحمل‌ناپذیر به یک طرف قرارداد پیدا کند؟

نظریه تغییر در اوضاع و احوال که در نظام‌های حقوقی مختلف با اندک اختلافاتی در تعبیر و با عناوین مختلف مطرح شده، در پی یافتن پاسخ این سؤال است که اگر در صورت تغییر اوضاع و احوال موجود در زمان انعقاد قرارداد، اجرای تعهدات قراردادی برای یکی از طرفین چنان سخت و زیان‌بار شود که تحمل ضررهای ناشی از آن، نامتعارف و غیر منطقی گردد، آیا می‌توان مفاد قرارداد را تغییر داد یا آن را فسخ کرد؟

قراردادهای اداری در ادبیات فقهی، سابقه بسیار طولانی دارد، ولی باید به این نکته اعتراف کرد که توجه به آن، مولود ظهور مفهوم «دولت رفاه» در قرن نوزدهم است. ارائه خدمات گوناگون و متنوع به شهروندان بدون ارائه ساختار منسجم حقوقی مبتنی بر قرارداد امکان‌پذیر نیست. در بیش‌تر موارد، هدف از انعقاد عقود میان افراد خصوصی، کسب سود و منفعت است. انجام یک خدمت

عام‌المنفعه، محرک اساسی دولت برای بستن یک قرارداد با دیگر اشخاص است. تفاوت در انگیزه‌ها سبب می‌گردد که دولت به عنوان یکی از طرف‌های توافق‌ها نسبت به طرف دیگر، دست بالا را داشته باشد. تحقق مصلحت جامعه، مهم‌ترین دلیلی است که اعمال شرط‌های غیر معمول را در متن قرارداد توجیه می‌کند.^۱

گاهی طرفین قرارداد به منظور جلوگیری از برهم خوردن تعادل و توازن قراردادی و جبران ضررهای وارد شده بر اثر تغییر اوضاع و احوال با گنجاندن شرطی در قرارداد، نحوه برقراری مجدد تعادل فرضی اولیه قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند. قانون‌گذار نیز گاهی چنین اختیاری به قاضی داده است تا بتواند قرارداد را تعدیل کند. در چنین مواردی، پاسخ به سؤال یاد شده چندان مشکل نیست. دشواری مسئله زمانی است که چنین شرطی در قرارداد پیش‌بینی نشده و قانون نیز در این زمینه ساکت است. آیا در چنین مواردی، دادرس می‌تواند به تعدیل قرارداد یا تأیید فسخ آن به علت تغییر اوضاع و احوال به نفع طرف متضرر از تغییرات رأی دهد؟

به نظر می‌رسد که پاسخ به این سؤال در نگاه اول، منفی باشد. اصل لزوم قراردادهای نیز که در نظام‌های حقوقی مختلف دنیا پذیرفته شده، بر الزام متعاقدين به اجرای تعهدات قراردادی که موجب ثبات و پایداری قراردادهای می‌شود، تأکید کرده است و جز در موارد استثنایی که در قانون یا به موجب توافق، اجازه فسخ قرارداد به طرفین یا تعدیل آن به قاضی داده می‌شود، دخالت بعدی طرفین یا دادرس در تعهدات قراردادی را مجاز نمی‌داند.

در قراردادهای تجاری که کسب سود و منفعت از اهداف اصلی آنها محسوب می‌شود، احتمال ضرر نیز امری بدیهی و آشکار است و قاعدتاً طرفین قرارداد باید ضررهای احتمالی ناشی از آن را نیز به عهده بگیرند. به عبارت دیگر، شخصی که از قرارداد سود می‌برد، باید ضررهای آن را نیز تحمل کند. در فقه اسلام، این معنی تحت عنوان قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» مطرح شده است؛ ضررهایی که از نظر عرفی قابل پیش‌بینی و معقول و متعارف باشد. وضعیت قراردادهای اداری با توجه به این که یک طرف رابطه، دولت و منفعت عمومی قرار دارد، قابل توجه است.

۱. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «قراردادهای اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی»، دوفصل‌نامه فقه مقارن، شماره ۱۰، ۱۳۹۶، ص ۳۶.

ولی رستمی در مقاله «تعدیل در قراردادهای اداری» به نظریه امور پیش بینی ناپذیر و تأثیر آن بر تعدیل قراردادهای اداری پرداخته و در خصوص وضعیت امور پیش بینی ناپذیر بر قرارداد اداری، به بقای قرارداد و تعدیل قرارداد توسط اداره نظر داده است. محمدحسن صادقی مقدم در مقاله «تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، به مطالعه تطبیقی و بررسی وضعیت وقوع حوادث غیر مترقبه در کشورهای مختلف پرداخته و در خصوص حقوق ایران و با تکیه بر قانون مدنی، قابل فسخ بودن قرارداد را پیشنهاد کرده است. آیت مولایی نیز در مقاله «پی آمدهای کووید ۱۹ بر قراردادهای اداری» به وقوع کووید ۱۹ به عنوان یک امر پیش بینی ناپذیر توجه کرده و معتقد است که می توان به ظرفیت و کارکرد امور پیش بینی ناپذیر در ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان پی برد.

پرسش اصلی این پژوهش آن است که تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد اداری چه تأثیری خواهد داشت؟ فرضیه پژوهش نیز از این قرار است که با وقوع تغییرات بنیادین، قرارداد به قوت خود باقی است و تنها تعدیل قابل اعمال است. روش تحقیق نیز در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه ای استفاده شده است.

طرفین قرارداد در وضعیت عادی انتظار دارند با در نظر گرفتن اوضاع و احوال قرارداد، معادل آن چه دریافت می کنند، تعهد قبول کنند و با در نظر گرفتن سود و زیان احتمالی ناشی از قرارداد و تعادل و توازن در عوضین نسبت به انعقاد قرارداد اقدام می کنند. واقعیت این است که در عصر حاضر، شتاب تحولات و دگرگونی صحنه و عوامل مؤثر در زندگی اجتماعی آن قدر زیاد است که انسان هر قدر باهوش، باتجربه و دوراندیش باشد، نمی تواند مسیر این تحولات و سرعت آن و نتایج احتمالی حاصل از آن را پیش بینی کند. حال اگر بر اثر این تحولات، اجرای تعهدات یکی از طرفین قرارداد برای او آن قدر سخت و دشوار شود، البته نه ناممکن که در صورت اجرای تعهد، ضرری نامتعارف و پیش بینی ناپذیر به او وارد شود، آیا در چنین مواردی نیز می توان به اجرای مطلق مفاد اصل لزوم قراردادهای حکم داد؟

در نظام های حقوقی مختلف با تمسک به مبانی و اصول و قواعد شناخته شده و پذیرفته شده در هر یک از آنها سعی شده است راهکاری ارائه شود تا این عدم تعادل و نابرابری جبران شود و تعادل و توازن قراردادی حفظ گردد؛ چیزی که عدالت معاوضی درصدد دستیابی به آن است.

گفتار نخست. تعریف نظریه تغییر بنیادین اوضاع و احوال

«به موجب این نظریه، اگر اوضاع و احوالی که به یک عمل حقوقی منجر شده و یک رابطه حقوقی را به وجود آورده است، بعد از انعقاد قرارداد و قبل از اجرای آن، در اثر حوادث غیر قابل انتساب به متعاملین تغییر یافته و تعهدات طرفین را چنان دگرگون سازد که تداوم اجرای آن بر اساس قاعده انصاف و حسن نیت غیر معقول محسوب شود، به اقتضای انصاف و حسن نیت باید تعدیل شود»^۱. یکی از استادان برجسته حقوق ایران چنین تعریفی از نظریه ارائه داده است: «حادثه‌ای پیش‌بینی نشده که اجرای تعهد را محال نمی‌کند (قوه قاهره)، ولی آن را بغایت دشوار می‌سازد و تعادل مطلوب بین دو عوض را برهم می‌زند»^۲.

امروزه نظریه تغییر اوضاع و احوال به عنوان یک قاعده عمومی در حقوق داخلی و بین‌المللی شناخته شده است. قوانین موضوعه بیش‌تر کشورها این نظریه را به طور صریح و قاطع تأیید کرده و دکترین و رویه‌های قضایی نیز به پذیرش آن تمایل نشان داده‌اند. ممکن است در مورد ضمانت اجرای نظریه تغییر اوضاع و احوال، سه راه حل قابل طرح باشد که عبارتند از: تعدیل مفاد عقد و در صورت امکان ناپذیر بودن، فسخ عقد نیز جایز شمرده شده است. به عبارت دیگر، تعدیل قرارداد، اثر اولی نظریه و فسخ قرارداد، اثر ثانوی آن است. دومین نظریه به تجدیدنظر در قرارداد و تعدیل مقررات آن منجر می‌شود و در نهایت، نظریه نهایی آن است که تغییر اوضاع و احوال فسخ قرارداد را به دنبال دارد. آن‌چه از بین نظریه‌های سه‌گانه بیش‌تر مقبولیت یافته، راه حل اول یعنی تعدیل مفاد قرارداد بر اثر تغییر اوضاع و احوال است. تعدیل قرارداد به معنای تصرف در مفاد تراضی و تغییر شروط قراردادی است که با هدف منطبق کردن قرارداد با خواست جدید دو طرف یا ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی حاکم صورت می‌گیرد.^۳

1. Puelinckx, A. H., Frustration, Force Majeure, Imprevison, Wegfall der Geschäftsgrundlage, 22Unmöglichkeit, Changed Circumstances, 3 J.Int, 1 Arb. 1986, No. 2, p. 18, Available at: www.trans-lex.org/128100.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۸۱.

۳. جلالی، محمود و حمید آرابی، «بررسی تطبیقی دکترین تغییر بنیادین اوضاع و احوال در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق تطبیقی، دوره هشتاد و دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۴۷.

اصل لزوم قراردادهای، یکی از اصول بنیادین و مهمی است که مورد قبول همه نظام‌های حقوقی است. به موجب این اصل، مفاد تراضی طرفین همواره محترم و لازم‌الوفاست و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند از اجرای تعهد قراردادی خود سرباز زند. با وجود این، گاه التزام به این اصل با هدف اصلی آن یعنی تأمین عدالت و پاسخ‌گویی به مقتضیات اقتصادی منافات دارد؛ چون گاهی اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد در زمان اجرای آن چنان تغییر می‌یابد که بر اجرای قرارداد شدت اثر می‌گذارد و این مسئله را مطرح می‌کنند که آیا اساساً در چنین وضعیتی باید ملزم به قرارداد بود یا امکان اجتناب از آن وجود نخواهد داشت؟^۱

یکی از تفاوت‌های قوه قاهره (فورس مازور) با نظریه تغییر در اوضاع و احوال همین مطلب است که در اولی، اجرای قرارداد ناممکن می‌شود، در حالی که در دومی دشوار شده یا مستلزم هزینه گزافی است که عادتاً قابل تحمل نیست یا هدفی که از قرارداد در نظر بوده است، با اجرای قرارداد در اوضاع و احوال جدید منتفی می‌شود. برای تشخیص این‌که مشقت و دشواری به وجود آمده از اجرای قرارداد در اوضاع و احوال برای متعهد باید چه میزان باشد تا از مصادیق اعمال قاعده گردد، معیار ثابت و مشخصی در دست نیست، بلکه به اعتقاد بعضی صاحب‌نظران بر حسب اوضاع و احوال سنجیده می‌شود. آن‌چه ممکن است برای متعهدی، دشوار و گران باشد، برای مدیون دیگر چنین نباشد. حتی ممکن است برای متعهدی در یک وضعیت خاص، اجرای تعهدی، دشوار و گران باشد، اما در وضعیتی دیگر برای همان شخص چنین نباشد. ضابطه مهم این است که اجرای تعهد در شرایط ایجادشده، متعهد را به ورود خسارت گزاف تهدید کند.^۲

گفتار دوم. قرارداد اداری؛ تبیین عناصر و شاخص‌ها

برخی از صاحب‌نظران، تعریف‌های مختلفی درباره قراردادهای اداری یا دولتی در نظام حقوقی ایران مطرح کرده‌اند. قراردادهای اداری یا دولتی در تعریف و کاربرد هر دو مانند یکدیگرند. برخی قراردادهای اداری را اصطلاح علمی ناظر بر قراردادهایی است که حداقل یک طرف آن، اداره‌هایی از

۱. شریفی، سید الهام‌الدین و ناهید صفری، «مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس مازور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۰۸.

۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (مصر)، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ۱۳۷۵، ص ۶۷۵.

ادارات عمومی است و برای تأمین برخی خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود، مانند عقود راجع به خدمات عمومی. ادارات قراردادهای غیر اداری هم با اشخاص منعقد می‌کنند، مانند خرید لوازم پرسنلی. بنابراین، قراردادهایی که ادارات منعقد می‌کنند، ممکن است خاصیت مدنی یا اداری داشته باشد.^۱

قراردادهای منعقدشده بین اشخاص خصوصی قاعداً قرارداد تابع حقوق خصوصی شناخته می‌شوند و قراردادهای منعقدشده بین اشخاص عمومی نیز اصولاً قرارداد اداری نامیده می‌شود و تابع حقوق عمومی هستند. ویژگی سازمانی قراردادهای اداری ایجاب می‌کند که حداقل یک طرف قرارداد اداری، کیفیت یک شخص حقوقی عمومی را دارا باشد. ویژگی سازمانی به تنهایی کافی است تا قرارداد، اداری تلقی شود و آن زمانی است که هر دو طرف قرارداد جزء اشخاص حقوقی عمومی تلقی گردند. وقتی شرط سازمانی موجود شود، برای این که قرارداد اداری شود، باید دارای خصیصه مادی نیز باشد. ویژگی مادی به دو شاخه تقسیم می‌شود. یک قرارداد زمانی اداری است که هدف آن، اجرای یک خدمت عمومی است یا حاوی یکی از شروط استثنایی و غیر معمول در حقوق خصوصی باشد یا به وسیله قانون اداری شناخته شود. قراردادهای منعقدشده بین اشخاص عمومی، اداری فرض می‌شوند و آن‌هایی که بین اشخاص خصوصی منعقد می‌گردند، خصوصی فرض می‌گردند. پس بدیهی است این عنصر اساساً برای شناسایی خصیصه اداری قراردادهای منعقدشده بین یک یا چند شخص عمومی با یک یا چند شخص خصوصی است.^۲

بند اول. حاکمیت شروط خاص بر قرارداد اداری

عقد صحیح با اراده انشاکندگان آن در عالم اعتبار موجود است و تمام آثار قانونی خود را ایجاد می‌کند. عقد صحیح شامل عقد نافذ، عقد غیر نافذ و قابل فسخ است. در حقوق فرانسه، قانون مدنی بر قراردادهای اداری هم قابل اعمال است. البته تشخیص این امر به قاضی اداری واگذار شده است. در حقوق ایران نیز شرایط صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مشخص شده است،

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۶۹.

۲. رضایی‌زاده، محمد جواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۲، ۱۳۸۷، ص ۱۴۷.

در قراردادهای اداری وجود دارد، اما کیفیت و نحوه اجرای آن‌ها متفاوت است. در قراردادهای اداری اصولاً یک طرف قرارداد، کیفیت یک شخص حقوقی حقوق عمومی را دارد و هدف آن، اجرای یک خدمت عمومی است یا حاوی یکی از شرایط استثنایی و غیر معمول در حقوق خصوصی است. از این رو، این نوع قراردادها از جهت شکل، شرایط صحت و شروطی که در آن‌ها ذکر می‌شود، مشمول مقررات خاصی هستند.^۱

قرارداد اداری نیازمند مشارکت بخش خصوصی در ایجاد، ارائه و اداره امور عمومی است. بدین طریق از حجم و اندازه دولت در مواقع غیر ضروری کاسته و اختیار اداره خدمات عمومی در اقتصادی آزاد، پویا و مشارکتی برای مردم فراهم می‌شود. پس از تدوین و شکل‌گیری حقوق اداری به معنای امروزی آن، به تدریج، این شاخه از حقوق به سمت استقلال قواعد در هر حوزه پیش رفت. بنابراین، تصویب قواعد حقوقی ویژه حاکم بر اعمال اداره ذهن صاحب‌نظران و استادان حقوق را به خود مشغول ساخت. قرارداد اداری نیز از این امر مستثنا نبود و پس از شکل‌گیری نظام ویژه بر اساس این مدل از قرارداد، بسیاری از نظام‌های حقوقی به سمت پذیرش قواعد خاص این موضوع حرکت کردند.^۲

بند دوم. لزوم رعایت تشریفات

در حقوق اداری، تشریفات انجام یک عمل عمومی به خصوص عمل اداری دارای اهمیت است. از این رو، حقوق اداری را یک حقوق شکل‌محور می‌دانند. رعایت تشریفات در قراردادهای اداری دارای اصالت است و این امر ناشی از ضرورت قواعد خاص اقتداری و استثنایی در چنین اعمال حقوقی است. از این رو، رعایت تشریفات که در انعقاد قراردادهای دولتی وجود دارد، در اعتبار این نوع قراردادها اثرگذار است و رعایت نشدن آن‌ها، قرارداد را دچار آسیب می‌کند.^۳

۱. واعظی، سید مجتبی و فاطمه کیانی، «بی‌اعتباری قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و هفتم، شماره ۹۹، ۱۴۰۱، ص ۱۷۳.

۲. شمعی، محمد و مزده کلانتری، «شناخت ماهیت و گونه‌های قرارداد اداری در نظام حقوقی اردن و مصر»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و سوم، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۰۷۵.

۳. مرکزالمیری، احمد، حاکمیت قانون؛ مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۷.

گفتار سوم. تغییر اوضاع و احوال و اثر آن بر قراردادهای اداری

در هر قرارداد، طرفین با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد، اقتصاد قرارداد، سود و زیان، شرایط متعارف و دیگر عوامل مؤثر، عقد را منعقد می‌کنند. در نتیجه، باید به مفاد آن ملتزم باشند و به تعهدات ناشی از عقد عمل کنند. التزام به تعهدات ناشی از قرارداد، به بقا و ثبات شرایط و اوضاع و احوالی بستگی تام دارد که قرارداد در آن فضا و موقعیت منعقد شده یا میزان تأثیر تغییرات از نظر دشواری یا ضرری شدن یا ناممکن شدن چه قدر است.

در این خصوص، دو فرض قابل طرح است: تأثیر تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد و مشکل شدن اجرای تعهد به نحوی که اجرای قرارداد برای متعهد موجب عسر و حرج و ضرر گردد. حالت بعد، تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمان عقد در حالی که ثبات شرایط یادشده، فرضی اساسی برای تراضی بوده و اکنون با تغییر اوضاع و احوال تعادل اقتصادی مفروض به هم خورده است. به عبارت دیگر، آن چه به طور ضمنی به عنوان شرط پذیرفته شده، اکنون دگرگون گشته است. راه حل حقوق ایران در مواردی که حادثه‌ای کنترل ناپذیر و اجتناب ناپذیر و خارج از اراده متعهد، اجرای قرارداد را ناممکن سازد، روشن است. بر اساس مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران، اگر متعهد ثابت کند که انجام نشدن تعهد بنا به علتی خارجی و کنترل ناپذیر و اجتناب ناپذیر است، مسئولیتی ندارد. چون قانون مدنی ایران در مورد دشواری اجرای قرارداد یا به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی بر اثر حوادث پیش‌بینی نشده سخنی به میان نیاورده، به ناچار باید با استفاده از مبانی معاذیر قراردادی در حقوق مدنی و بررسی موادی از قانون که به دشواری و حرج و ضرر اشاره کرده است، پاسخ این سؤال روشن شود.^۱

بند اول. نظریه امور پیش‌بینی ناپذیر

پیش‌بینی ناپذیر به مفهوم عام، عواملی است که هنگام اجرای قرارداد پیش می‌آید و اجرای آن را مشکل یا متوقف می‌سازد. در این مفهوم، قوه قاهره از امور پیش‌بینی ناپذیر است. در این جا امور پیش‌بینی ناپذیر به مفهوم خاص آن مورد نظر است و منظور از آن، بحران‌های اقتصادی یا وقوع

۱. صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۵، ۱۳۷۹، ص ۲۴۸.

پدیده‌های اقتصادی پیش‌بینی‌ناپذیر است که توازن مالی قرارداد را به هم می‌زند و در نتیجه، اجرای آن را برای متعهد دشوار و بسیار گران می‌سازد.^۱

چون جایگاه قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران مبهم و نارساست، نظریه امور پیش‌بینی‌ناپذیر نیز به تبع آن از چنین وضعیتی در این نظام برخوردار است. به طور کلی، در نظام حقوقی حاکم بر قراردادها و معاملات دولتی ایران، این نظریه و شرایط و آثار آن به صراحت پیش‌بینی نشده است. موضوع تعدیل در برخی قراردادهای مورد عمل دستگاه‌های اداری از جمله شرایط عمومی پیمان منضم به پیمان‌کاری‌های دولتی در قابل تعدیل بهای پیمان پیش‌بینی شده است، اما ارتباط صریحی به امور پیش‌بینی‌ناپذیر ندارد. با این حال، به نظر برخی از استادان، پذیرش تعدیل در این نوع قراردادها، نشانه توجه به عامل تغییرات سریع اوضاع و احوال زمان انعقاد پیمان و بعد از آن یا به عبارت دیگر، امور پیش‌بینی‌ناپذیر است.^۲

پیچیدگی حیات اجتماعی موجب پیش‌بینی‌ناپذیری تمام شرایط حاکم بر معاملات می‌گردد. از دیدگاه حقوقی، قواعد حاکم بر این گونه امور در قراردادهای اداری احکامی متمایز از قراردادهای مدنی دارند. بنابراین، امور پیش‌بینی‌ناپذیر، نهادی مختص حقوق عمومی است و در قراردادهای حقوق خصوصی قابلیت اعمال ندارد. گفته می‌شود امور پیش‌بینی‌ناپذیر آن دسته از حوادث و اتفاقات ناگهانی‌اند که خارج از اراده طرفین قرارداد، تعادل مالی قرارداد را بر هم می‌زند و بر اثر آن، ادامه و اجرای آن برای پیمان‌کار غیر اقتصادی می‌شود. بر این مبنا، چنین اموری شامل هر عامل خارجی و مستقل از اراده پیمان‌کار است که به صورت پیش‌بینی‌ناپذیر و ناگهانی، اجرای قرارداد را با مشکل مواجه سازد.^۳

شورای نگهبان در برخی از مصوباتش به جایگاه اقتداری و ترجیحی دولت در امور مربوط به قرارداد با اشخاص پرداخته است. برای مثال، در ماده واحده قانون ممنوعیت تخلیه اماکن و واحدهای آموزشی و پرورشی در اختیار وزارت آموزش و پرورش مصوب ۱۳۷۲/۶/۹ با استناد به قاعده نفی عسر

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد ۲)*، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۷۵.

۲. صادقی مقدم، محمدحسن، *تغییر در شرایط قرارداد*، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۷۷.

۳. مولایی، آیت، *قراردادهای اداری*، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۵۵۷.

و حرج، انجام چنین اعمالی را تأیید کرده است. این قاعده، یکی از مفاهیم مشهور فقهی است و به این وسیله ممکن است چنین ادعا شود که این مفهوم در حقوق خصوصی قابلیت استناد دارد. با این حال، باید گفت که ظرفیت این قاعده بسیار فراتر از حقوق خصوصی است؛ زیرا کاربرد این قاعده در این رشته حقوقی فاقد خصوصیت است. در سایه اهمیت یافتن فقه الحکومه در سده اخیر، فضا برای تشویق فقها به سمت و سوی تسری این قاعده به تمامی ابواب فقه اعم از عبادات، معاملات و سیاسات فراهم است و این وضعیت به ویژه در چهار دهه گذشته، بیش از پیش احساس شده است. بر مبنای آیات قرآنی، عسر و حرجی بر مسلمانان نیست. به تبع چنین تفسیری، دولت نیز در مقام نمایندگی از عامه، چون در عسر و حرج قرار گیرد، می‌تواند بر مبنای این قاعده به دفاع از منافع عمومی برخیزد و قراردادهایی از جنس اجباری منعقد سازد. البته مشخص نیست که شورای نگهبان در مقام استناد به عسر و حرج، چه راهکاری را پیش روی دولت در نظر داشته است، اما بی‌تردید، دولت در مقام استناد به این قاعده نباید خود را به ادبیات حقوق خصوصی محدود سازد و بایسته است در فضایی فراتر و با تمرکز بر ادبیات حقوق عمومی به چنین قاعده‌ای متسمک شود.^۱

علت پذیرش نظریه حوادث پیش‌بینی‌ناپذیر در قراردادهای اداری، لزوم حمایت از منافع عمومی برای ادامه یافتن این خدمات است. بر اساس آرای اداری، با افزایش قیمت مواد اولیه، مبنای اقتصادی قرارداد کاملاً متزلزل می‌شود. پس دادگاه می‌تواند قیمت مندرج در قرارداد را تعدیل کند؛ زیرا انجام این امر موجب می‌شود خدمات عمومی مانند گذشته در اختیار مردم قرار گیرد. اصل استمرار خدمات عمومی به ویژه بر بازارهای حمل و نقل، فعالیت‌های عمومی و توزیع اعمال می‌شود. نبود توازن قراردادی باید به وسیله واقعه‌ای به وجود آمده باشد که نسبت به متعاقدين، خارجی و پیش‌بینی‌ناپذیر است و آن واقعه باید منجر به دشوار شدن بیش از اندازه برای متعاقدين شود. اگر نبود توازن دایمی باشد، قرارداد قابل فسخ است.^۲

۱. مولایی، آیت، «ریل‌گذاری قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در ایران»، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۳۰۷.

۲. امینی، منصور و همکاران، «چگونگی مواجهه نظام حقوقی فرانسه با مسئله تغییر بنیادین اوضاع و احوال»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۲، ۱۳۹۹، ص ۱۳۴.

بند دوم. فورس ماژور و اثر آن در قرارداد اداری

در راستای اصل حاکمیت اراده و اصل رضایت، چون شروط قرارداد برای طرفین متعاملین در حکم قانون است، در این صورت، با احترام به اراده طرفین باید مطابق اراده طرفین عمل کرد. ناگفته پیداست که در این جا نیازی به تصریح نیست، بلکه به صرف تصریح به فورس ماژور یا حادثه قهری، ذمه طرف متعاقد قرارداد بری می شود و از نظر انجام ندادن تعهد، مسئولیت یا خسارتی متوجه وی نخواهد بود. نگاهی به منطوق ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان گویای مدلول توضیحات بالا در پیمان های عمومی است، آن سان که در جمله نخستین این ماده چنین آمده است: «در بروز حوادث قهری، هیچ یک از دو طرف، مسئول خسارت های وارد شده به طرف دیگر در اثر این حوادث نیست».

اگر در قراردادی، اعم از این که در ساحت حقوق خصوصی منعقد شده یا در ساحت حقوق عمومی انعقاد یافته باشد، شرط حادثه قهری پیش بینی نشده باشد، باید مطابق چارچوب مربوط به عموماًت قانونی و اصول کلی حقوقی عمل کرد. قانون مدنی به مثابه قانون مادر در قراردادهای مدنی، مسیر راه گشایی را پیش بینی کرده است و چون این مسیر، خصوصیت حقوق خصوصی را ندارد، در نتیجه، قراردادهای اداری نیز قابلیت اعمال را دارد. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی به مثابه سند مادر و دکتترین حقوقی مربوط به حوادث قهری در این خصوص راه گشایند. در سنت کامن لا به استناد «اصل عقیم شدن قرارداد»، فرض بر آن است که در شرایط مربوط به فورس ماژور، طرف متعاقد قرارداد از انجام تعهدات قانونی و نیز خسارت قراردادی و وجه التزام قراردادی معاف است. بنابراین، اگر در قرارداد چنین شرطی پیش بینی نشده باشد، اقتضای عدل و انصاف این خواهد بود که تعهدات قراردادی و خسارات ناشی از اجرا نشدن تعهدات متوقف گردد. هم سو با این استدلال، نه تنها دکتترین حقوقی ایران بر چنین نظری بوده اند، بلکه منطوق مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، دربرگیرنده معافیت متعهد از پرداخت خسارت در حوادث قهری هستند. ناگفته پیداست که استدلال بالا واجد وصف عمومیت و فاقد خصوصیت خصوصی است.

در نتیجه، منطق حاکم بر مواد بالا درباره قراردادهای حقوق عمومی نیز موضوعیت خواهد داشت. فراتر از این مواد قانونی عام، حتی اگر این مواد قانونی نیز نبود، متعهد می توانست با استناد به اصل کلی حادثه قهری و اثبات عناصر آن، ذمه خود را از تعهد قراردادی اش ساقط کند.

بنابراین، قراردادهایی که در طول مدت حادثه قهری و به استناد چنین بحرانی متوقف شده باشند، از پرداخت خسارت معاف خواهند بود و کارفرمای دولتی نمی‌تواند از طرف خصوصی قرارداد خسارت بخواهد.^۱

بند سوم. تعدیل بر اساس مقررات بالادستی

منظور از تعدیل قرارداد این است که هرگاه بر اثر وقوع حوادث مختلفی از قبیل جنگ، تغییر در سیاست‌های اقتصادی، تحولات سیاسی داخلی و خارجی یا هر علت خارجی دیگری، بحران اقتصادی شدیدی روی دهد که به دنبال آن، اوضاع و احوال و شرایط زمان قرارداد به طور اساسی تغییر کند و توازن مالی قرارداد به شدت بر هم بخورد، طرفین قرارداد، قانون یا دادگاه می‌تواند در مفاد قرارداد دخل و تصرف کند و شروط قراردادی را تغییر و آن را با شرایط و اوضاع و احوال جدید تطبیق دهد.^۲

همه این موردها با این پیش‌فرض درست روی می‌دهد که نیروی الزام‌آور و مبنای التزام در روابط حقوقی مبتنی بر قراردادها و تعهدات پیش روی انسان اراده اوست و قانون‌گذار اصولاً جز در شرایط استثنایی و با تصریح کامل و روشن، مجاز به تغییر مفاد پیمان خصوصی در ورای خواست طرفین نیست. گاهی اعمال نهادهای عمومی به تغییراتی در قرارداد یا شرایط اجرای توافق‌های اشخاص منجر می‌شود که ضرورتاً تغییر در ماهیت و مفاد قرارداد نیست، اما در راستای الزامات اجتماعی، وضعیت قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. این قبیل تغییرها در قرارداد که تغییر ناشی از اعمال و تصمیمات بالادستی است، به آن دسته از تصمیم‌ها و اعمالی اطلاق می‌شود که توسط نهادها و اشخاص عمومی یا دولتی در راستای صلاحیت‌های قانونی و در حیطه امور عمومی و حاکمیتی و به یکی از انحاء اعمال اداری اعم از حکم، دستور، صورت جلسه، مجوز و مواردی از این قبیل اتخاذ می‌شود.

۱. مولایی، آیت، «پی‌آمدهای کووید ۱۹ بر قراردادهای اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۵۶۳.

۲. خطیب، عبدالله و همکاران، «مبانی فقهی و حقوقی نظریه تعدیل قضایی قراردادها در نظام حقوقی ایران و مصر»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۱۷، ۱۳۹۷، ص ۱۲۶.

تقارن دخالت مقامات عمومی با شرایط مورد تراضی در قرارداد از جوانب شکل‌گیری پدیده مورد بحث است. از این رو، برای رفع تعارض، متعاملین می‌توانند با تراضی، شرایط قراردادی را تغییر دهند. اصل حاکمیت اراده و محترم شمردن مقتضای همکاری و حسن نیت نیز بر چنین امکانی صحه می‌گذارد. در کنار پیش‌بینی امکان تعدیل در بطن قرارداد فیما بین طرفین، تغییراتی که ممکن است به موجب قانون یا مقررات بالادستی اعلام شود، در جای خود، تعدیل قانونی بر شمرده می‌شود. امکان یادشده، این رهنمون را در پی خواهد داشت که در ماهیت تغییرات بالادستی مترتب بر قرارداد، رویکردی کلی متصور است که این قبیل تحولات داخل در عنوان تعدیل قرارداد شناخته شود. مسلماً همه تغییرات ناشی از تصمیم مقام‌های عمومی را نباید یک‌پارچه تحت این عنوان معرفی کرد و حسب مورد امکان دارد تغییر پیش رو، مصداقی از تعدیل قانونی، قراردادی یا قضایی باشد. از این رو، اگر مقامات صلاحیت‌دار و بالادستی در هر حوزه، تصمیمی بگیرند که به تغییراتی در روابط حقوقی و قراردادی منجر شود، ممکن است نوعی تعدیل قانونی به حساب آید و می‌تواند تابعی از این نهاد باشد؛ زیرا به دلیل تبعیت قراردادهای خاص و حرفه‌ای از مقررات صنفی و تیپ بودن ساختارشان، دستورالعمل‌های جدید به صورت مستقیم بر قرارداد وارد می‌گردد و فوری اجرایی می‌شود.^۱

بند چهارم. انطباق از طریق تغییر قراردادها

اصل انطباق مستلزم این است که اداره بتواند هر زمان خدمات عمومی ارائه‌شده به جامعه را با نیازهای در حال روز انطباق دهد. در خصوص قراردادهای اداری که در تأمین نیازهای یادشده و تأمین خدمات عمومی و تحقق منافع عمومی منعقد می‌شوند، این انطباق از طریق تغییر قراردادها یا فسخ یک‌جانبه آن صورت می‌گیرد. در واقع، یکی از آثار اصل انطباق و سازگاری خدمات عمومی با نیازهای روز، حق تغییر و اصلاح قرارداد اداری توسط اداره برای سازگاری قرارداد منعقدشده با مقتضیات روز است. این اختیار اداره و دولت در تغییر و فسخ یک‌جانبه قرارداد اداری به استناد تأمین منفعت عمومی یا انجام اعمال یادشده در نظام‌های حقوقی انگلستان، امریکا و فرانسه به رسمیت شناخته شده و آرای قضایی متعددی در این خصوص صادر گشته است.^۲

۱. صادقی، محمد، «ارزیابی تغییر شرایط قرارداد ناشی از تصمیم مقام‌های عمومی و دولتی»، دوفصل‌نامه تخصصی حقوق قراردادهای فناوری‌های نوین، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۲.

۲. عباسی، بیژن و علی سهرابلو، «شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حقوق اداری»، پژوهش حقوق

گفتار چهارم. تغییر اوضاع و احوال در آینه قوانین و مقررات

بند اول. تعدیل در شرایط عمومی پیمان

با بررسی قوانین مختلف معلوم می‌شود قانون‌گذار ایران، فسخ قرارداد در اثر تغییر و دگرگونی در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد را تجویز نکرده است. با این حال، از این مقررات به وضوح استنباط می‌گردد که قانون‌گذار با این مفهوم ناآشنا نیست، بلکه در مواردی، تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کرده است.

طبق ماده ۷ پیمان، آحاد بهای پیمان‌ها بر اساس شاخص‌های تعدیلی که از طرف سازمان برنامه و بودجه همه ساله برای دوره‌های سه ماهه تعیین می‌شود، تعدیل می‌گردد؛ یعنی دستگاه‌های دولتی طرف پیمان به عنوان کارفرما موظفند با توجه به دستورالعمل‌های صادرشده و شاخص‌های تعیین‌شده از طرف سازمان برنامه و بودجه، آحاد بهای پیمان را تعدیل کنند و مفاد پیمان را به نفع پیمان‌کار تغییر دهند. در مورد صحت چنین پیمان‌هایی، نه تنها تردیدی بین حقوق‌دانان وجود ندارد، بلکه به طور کامل مورد پذیرش رویه قضایی است.^۱

در پیمان‌کاری‌های بزرگ که اجرای پروژه سال‌ها به طول می‌انجامد، عامل تغییرات سریع در اوضاع و احوال زمان انعقاد پیمان و تورم اقتصادی ناگزیر وجود دارد. البته طرفین قرارداد معمولاً در این گونه قراردادهای، این عامل را بررسی می‌کنند و شرط تعدیل را در قراردادهای خود قرار می‌دهند. قانون‌گذار نیز در قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱، در خصوص اجرای طرح‌های عمرانی، شرط تعدیل را در نظر گرفته و بر اساس ماده ۲۳ این قانون، سازمان برنامه و بودجه را موظف به تهیه آیین‌نامه کرده است. این آیین‌نامه تحت عنوان شرایط عمومی پیمان به تصویب هیئت وزیران رسیده و به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ و در سال ۱۳۵۹ در آن تجدیدنظر شده است.

در شرایط عمومی پیمان، مقررات مواد ۲۹ و ۳۰ راجع به تعدیل پیمان است. بر اساس ماده ۲۹: «در ضمن اجرای کار، ممکن است مقادیر درج‌شده در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان تغییر کند.

عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۸، ۱۳۹۹، ص ۱۱۸.

۱. میرهادی تفرشی، غزاله و سید عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمان‌کاری»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۱، ۱۳۹۶، ص ۱۷۸.

تغییر مقادیر به وسیله مهندس مشاور محاسبه می‌شود و پس از تصویب کارفرما به پیمان‌کار ابلاغ می‌گردد. پیمان‌کار با دریافت ابلاغ تغییر مقادیر، موظف به انجام کار با نرخ پیمان است، به شرط آن‌که مبلغ ناشی از تغییر مقادیر کار، از حدود تعیین شده در زیر بیش‌تر نشود. در صورتی که پس از تکمیل کار و تصویب صورت وضعیت قطعی مشخص شود، مقادیر کار بدون آن‌که از سوی کارفرما کم شده باشد، نسبت به مقادیر منضم به پیمان، کاهش می‌یابد. کاهشی بیش از حد تعیین شده در بند الف ۲۰ داشته باشد، نیز نرخ پیمان ملاک عمل است. اگر در چارچوب موضوع پیمان، کارهایی به پیمان‌کار ابلاغ شود که برای آن‌ها قیمت و مقدار در فهرست بها و مقادیر منضم به پیمان پیش‌بینی نشده است، پیمان‌کار باید بی‌درنگ پس از دریافت ابلاغ مهندس مشاور، قیمت پیشنهادی خود را برای اجرای کارهای یادشده، همراه با تجزیه قیمت، به مهندس مشاور تسلیم کند.^۱

ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان، مربوط به تغییر مدت پیمان است که تعدیل قرارداد از نظر مدت اجرای تعهدات آن است. به موجب مقررات ماده ۳۰ در موارد متعددی، پیمان‌کار می‌تواند تمدید مدت پیمان را درخواست کند. یکی از این موارد، تغییر مبلغ پیمان به لحاظ تغییر مقادیر کار به استناد ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان است با این توضیح که اگر مقادیر کار تغییر یابد، باید به تبع آن، تمدید مدت نیز صورت گیرد. تغییر اساسی نقشه‌های اجرایی یا مشخصات فنی، بروز حوادث قهری، وضع قوانین و مقررات جدید که در تغییرات اجرای کار مؤثر باشد، از جمله عواملی است که به جهت تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد قرارداد می‌تواند موجب تغییر مدت پیمان یا به عبارت دیگر، تعدیل در شرایط قرارداد پیمان شود.^۱

رعایت ضوابط و شرایط عمومی پیمان به موجب ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه برای گروه اول، از قراردادهای پیمان‌کاری نظیر پیمان‌های سرجمع الزامی است و شرایط اختصاصی نمی‌تواند ناقض شرایط عمومی پیمان باشد. با وجود این امر، این الزام نمی‌تواند شرایط عمومی پیمان را به قانون موضوعه تبدیل کند؛ چون قانون‌گذاری در ایران تنها در صلاحیت قوه مقننه است و دستگاه‌های دولتی به تنهایی، چنین شرطی را ندارند. حتی اگر شرایط عمومی پیمان را همانند دیگر بخش‌نامه‌های دولتی که در حکم قانون لازم‌الاجرا نیست، قانون موضوعه تلقی کنیم، این شرایط می‌بایست فی‌نفسه و بدون هیچ

۱. تازی، جبار و همکاران، «تأثیر بنیادین اوضاع و احوال بر قرارداد در فقه و حقوق ایران»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۸، ص ۴۲۱۳.

پشتوانه دیگری الزام‌آور باشند، در حالی که مبنای الزام‌آور بودن شرایط عمومی پیمان از جمله ماده ۲۹، قانون برنامه و بودجه و ماده ۲۳ این قانون است. حتی اگر شرایط عمومی پیمان را قانون موضوعه تلقی کنیم، باز هم خدشه‌ای به قراردادی بودن تعدیل وارد نمی‌شود؛ زیرا بند (ه) ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان که در سال ۱۳۸۷ به دستگاه‌های اجرایی ابلاغ شد و از آن سال تاکنون هیچ تغییری نکرده است، پیش‌بینی اصل تعدیل در شرایط عمومی پیمان را تقویت می‌کند.^۱

بند دوم. تعدیل قراردادی در معاملات دولتی

در آیین‌نامه جدید معاملاتی مصوب ۱۳۹۰ به امکان تعدیل قرارداد اشاره‌ای نشده است. این سکوت می‌تواند مبین امکان ناپذیری توسل به تعدیل در قراردادهای این سازمان باشد، به ویژه این‌که امکان تعدیل در آیین‌نامه سابق آمده بود. به نظر می‌رسد امکان توسل به تعدیل قرارداد، با وجود استثنایی بودن موارد استفاده، جزء قواعد عمومی حاکم بر قراردادهاست. از این رو، قراردادهای این سازمان نیز تابع قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای دیگر اشخاص است. برخی از مهم‌ترین قراردادهای اداری سازمان تأمین اجتماعی به این قرار است: قرارداد احداث بیمارستان و مراکز مشابه؛ قرارداد خرید دفترچه درمانی برای بیمه‌شدگان، قرارداد احداث شعبه، قرارداد خرید آمبولانس و تجهیزات پزشکی. در این‌گونه قراردادهای سازمان در پی کسب منفعت نیست و هدف اصلی، خدمت به بیمه‌شدگان است. پس طبیعی است سازمان از برخی امتیازها برخوردار باشد. یکی از این امتیازها، تعدیل قرارداد است. البته باید توجه داشت محل بحث در جایی است که امکان تعدیل قرارداد در قرارداد نیامده باشد و پس از آن نیز توافقی صورت نپذیرد. در این فرض، در صورت نداشتن عذر موجه، قرارداد را تعدیل می‌کند.^۲

بررسی قوانین حاکم بر معاملات دولتی در ایران نشان می‌دهد که قوانین و مقررات مربوط به تعدیل در قراردادهای دولتی با ایرادهایی مانند پراکندگی قوانین، به‌روز نبودن قوانین، شفاف نبودن قوانین و تبعیض در معاملات دولتی مواجه است. در همین راستا و در جهت حمایت از طرف ضعیف و رفع

۱. رحیمی، حبیب‌الله و سعید علی‌زاده، «ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۱۵۳.

۲. پرتو، حمیدرضا، «رژیم حقوقی حاکم بر تعدیل قراردادهای سازمان تأمین اجتماعی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۸ و ۳۹، ۱۳۹۱، ص ۹۶.

خلأهای قانونی لازم است که قانون‌گذار برای پیش‌بینی سازوکارهای تعدیل در تمام قراردادهای دولتی و شرایط اعمال آن برای حمایت از طرف ضعیف قانون‌گذاری کند.^۱

بند سوم. تعدیل در نرخ پیمان

در قوانین و مقررات مربوط به پیمان دولتی، قانون‌گذار به تغییر نرخ پیمان‌کاری‌های دولتی در صورت پیش‌بینی نشدن تعدیل در پیمان توجه کرده است که می‌توان این مورد را مصداق یا قرینه‌ای از تعدیل قانونی در این قراردادها به شمار آورد. برای نمونه، در بند (ج) ماده واحده لایحه قانونی راجع به اصلاح تبصره ۸۰ قانون بودجه سال ۱۳۵۶ کل کشور، مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۳ پیش‌بینی کرده که یکی از وظایف شورای عالی فنی عبارت است از تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها در صورت لزوم و وجود توجیه کافی، مشروط به آن‌که در قالب قرارداد و ضوابط مربوط، برای جزئیات جبران هزینه و خسارت پیش‌بینی لازم صورت نگرفته باشد. عبارت «تجدیدنظر در نرخ پیمان‌ها» در این بند، تعدیل قانونی است. این تمهید قانونی معمولاً در بحران‌های اقتصادی و تغییر اوضاع و احوال اقتصادی بیش‌تر مورد استناد قرار می‌گیرد که بیانگر توجه به امور پیش‌بینی‌ناپذیر است. علاوه بر این، در تبصره‌های ۱ و ۲ ذیل بند (ج) این ماده واحده، تحت شرایطی، اختیار تجدیدنظر در نرخ پیمان‌های دولتی به مراجع و مقامات اداری دیگری واگذار شده است.^۲

در واقع، در حقوق اداری ایران به ویژه شرایط عمومی پیمان، قانون‌گذار ایرانی نتوانسته است به درستی متوجه تناسب‌سازی حقوق کارفرما و پیمان‌کار در قراردادهای اداری و رعایت اصل منفعت عمومی شود؛ چون اصل منفعت عمومی را با اختیارات مطلق کارفرمای دولتی نسبت به پیمان‌کار خلط کرده است، به طوری که این موضوع می‌تواند از مواد مختلف شرایط عمومی پیمان باشد. از جمله ماده ۲۸ شرایط پیمان نیز در مورد تحویل کارگاه مقرر داشته که مطابق با صورت مجلس تحویل، کارفرما، ملزم به تحویل زمین‌هایی است که برای تأسیس و ایجاد کارگاه لازم است و با انجام این تعهد، تعهد کارفرما در این زمینه خاتمه می‌یابد.^۳

۱. فرهادی، کریم و همکاران، «تأثیر تعدیل قراردادهای دولتی و تقویت طرف ضعیف قرارداد بر ارتقای استاندارد و کیفیت پروژه‌های دولتی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۸، ص ۱۶۱.

۲. مولایی، غلام‌رضا و سید محمد هاشمی، «عوامل مؤثر بر سقوط مسئولیت قراردادی دولت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۳، ص ۱۳.

۳. چهارمیری، ثریا و همکاران، «بررسی تطبیقی فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه»، فصل‌نامه حقوق اداری،

بند چهارم. تعدیل در قراردادهای پیمان استخدامی

در نظام حقوقی ایران، مبلغ قراردادهای پیمان استخدامی یا به عبارتی، حقوق و مزایای کارمندان پیمانی به موجب احکام قانونی همانند کارمندان رسمی دولت متناسب با نرخ تورم افزایش می‌یابد و تعدیل می‌شود که با توجه به تلقی قراردادهای یادشده به عنوان قرارداد اداری می‌توان آن را مصداق دیگری از تعدیل قانونی در قراردادهای اداری ایران به شمار آورد. وجود پدیده مزمن تورم در اقتصاد ایران و لزوم توجه به معیشت کارکنان دولت و پیش‌بینی لزوم تعدیل حداقل مزد کارگران در ماده ۴۱ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، قانون‌گذار را واداشت که در سال‌های اخیر در قوانین استخدامی و قوانین برنامه توسعه سالانه کل کشور بر لزوم افزایش و تعدیل حقوق کارکنان دولت از جمله کارمندان پیمانی متناسب با نرخ تورم تأکید کند. در این راستا، ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳ مقرر کرد: «دولت موظف است حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان دولت را طی برنامه و در ابتدای هر سال برای تمامی رشته‌های شغلی متناسب با نرخ تورم افزایش دهد». در حال حاضر نیز ماده ۱۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ مقرر می‌دارد: «ضرایب حقوق مذکور در فصول دهم و سیزدهم در سال‌های بعد به اندازه نرخ تورم که هر ساله از سوی بانک مرکزی اعلام می‌شود، افزایش می‌یابد».^۱

در آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به این مفهوم توجه شده است. در دادنامه شماره ۱۵۰۷ الی ۱۵۵۱ مورخ ۱۳۸۸/۱/۲۸ چنین آمده است: «الف) به صراحت ماده ۱۵۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، دولت موظف شده است که حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان دولت را طی برنامه چهارم و در ابتدای هر سال برای تمامی رشته‌های شغلی متناسب با نرخ تورم افزایش دهد. نظر به این‌که معنی و مفهوم واژه (متناسب) چه در لفظ و چه در اصطلاح، مبین وجود تساوی و تناسب بین دو یا چند نسبت معین و مشخص است و حکم قانون‌گذار در باب ضرورت افزایش حقوق کلیه کارکنان و بازنشستگان متناسب با نرخ تورم نیز مفید لزوم رعایت تناسب بین افزایش تورم و افزایش حقوق کارکنان شاغل و بازنشسته به نسبت یکسان است، بنابراین، بندهای یک و ۲ تصویب‌نامه شماره ۱۱۰۰۸/ت-۳۷۱۵۰ هـ مورخ ۱۳۸۶/۱/۲۸

سال هفتم، شماره ۲۱، ۱۳۹۸، ص ۱۴۵.

۱. رستمی، ولی، «تعدیل در قراردادهای اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۲۲۱.

هیئت وزیران در خصوص افزایش ضریب جدول حقوق موضوع ماده ۳۳ قانون استخدام کشوری از واحد ۴۳۲ به ۴۵۴ و هم چنین افزایش ۵ درصد به حقوق بازنشستگی و وظیفه اشخاص مذکور در بند ۲ مصوبه به لحاظ عدم تناسب آن با نرخ تورم اعلام شده از طرف بانک مرکزی در سال ۱۳۸۶ به میزان ۱۳/۷ درصد و عدم تساوی نسبت افزایش حقوق کارکنان شاغل با حقوق بازنشستگان خلاف هدف و حکم مقنن تشخیص داده می شود.

ب) حکم مقرر در ماده ۶ قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب شهریور ماه ۱۳۷۰ متضمن تفویض اختیار وضع فوق العاده های خاص به هیئت دولت به منظور تطبیق وضع کارکنان دستگاه های مشمول مقررات خاص و جذب و نگه داری نیروی مناسب برای مشاغل تخصصی و مدیریت است. بنابراین، بند ۶ مصوبه مورد اعتراض که در جهت ایجاد تعادل نسبی در میزان حقوق و مزایای مطلق کارکنان دستگاه های اجرایی متضمن وضع و برقراری فوق العاده ای تحت عنوان فوق العاده تعدیل است، انطباقی با مدلول ماده ۶ قانون فوق الذکر و اهداف مقنن به شرح آن ماده ندارد. بنا به جهات فوق الذکر، بندهای یک و ۲ و ۶ مصوبه مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۸۵ ابطال می شود».

گفتار پنجم. مرجع صالح برای طرح دعوا نسبت به تغییر اوضاع و احوال در قراردادهای اداری

به موجب ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان از صلاحیت رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقوقی و حقوقی حقوق خصوصی از «تصمیمات و اقدامات» واحدها و مأموران دولتی و به عبارتی دیگر، اعمال یک جانبه موردی آن ها برخوردارند. با این توضیح، دعوای مربوط به قراردادها که با توجه به دو جانبه بودن، مصداق تصمیم و اقدام اداری محسوب نمی شوند و در آن ها، اعمال یک جانبه اداره از سوی اداره که خصوصیت ضروری تصمیم اداری است، منتفی است و بر عکس، اراده اداره و طرف متعاقد با اداره به طور برابر با یکدیگر جمع می شود و موضوع در صلاحیت شعب دیوان نخواهد بود.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در رأی وحدت رویه شماره ۳۳ مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۹ با این رویکرد که اعمال دوجانبه واحدهای دولتی به دعاوی مربوط به آن، حالتی حقوقی و توافقی می‌بخشد، بیان داشته است که: «رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها که مسائل حقوقی می‌باشد و باید به صورت توافقی در محاکم قضایی صالح مورد رسیدگی قرار بگیرند، خارج از شمول ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ بوده و قابل طرح در دیوان مذکور نمی‌باشد». هم‌چنین در رأی وحدت رویه شماره ۱۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۶/۲۱ اشعار داشته است: «اختلاف در کیفیت اجرای قراردادهای منعقد و شرایط آن‌ها از مصادیق دعاوی حقوقی داخل در صلاحیت دادگاه عمومی دادگستری محسوب می‌شود».

شعب دیوان عالی کشور نیز در رویه خود، دعاوی ناشی از قراردادها را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری دانسته‌اند. برای مثال، شعبه دهم دیوان عالی کشور در جریان اختلاف در صلاحیت بین دادگاه عمومی قوچان و شعبه سی و دوم دیوان عدالت اداری در دعوی به خواسته الزام به اجرای تعهد موضوع صورت جلسه فیما بین خواهان و شهرداری قوچان مبنی بر صدور پروانه تجاری و پایان کار و تفکیک، طی دادنامه شماره ۵۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۸/۳۰ اشعار داشته است: «اختلاف بین خواهان و خوانده، منشأ قراردادی و ایفای تعهد از سوی خوانده حسب مفاد قرارداد استنادی می‌باشد که خواهان با طرح دعوا، الزام خوانده را به ایفای تعهد قراردادی خواستار گردیده. نظر به جنبه توافقی بودن دعوا، موضوع از شمول ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری خارج است»^۱.

در مقابل استدلال مخالفان که دولت را در انعقاد قرارداد به عنوان یک شخص حقوقی حقوق خصوصی می‌داند، این گروه معتقد است که در قراردادهای اداری، دولت، جایگاه برتری نسبت به طرف دیگر قرارداد دارد و از اقتدار عمومی خود استفاده می‌کند. البته قیاس قرارداد اداری با قرارداد حقوق خصوصی، قیاس مع الفارق است؛ زیرا:

یک. برخلاف قراردادهای خصوصی در قراردادهای اداری، آزادی اراده طرفین به معنای عام وجود ندارد و قانون، حاکم بر شرایط قرارداد است.

۱. نجابت خواه، مرتضی و فرهنگ فقیه لاریجانی، «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و ششم، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۲۴۱.

دو. گاهی اداره می‌تواند از اقتدار عمومی به سود منفعت عمومی استفاده کند و شرایط قرارداد را تغییر دهد یا قرارداد را به صورت یک طرفه فسخ کند.

شرایط خاص قرارداد اداری، رژیم خاص حقوقی دادرسی در موارد اختلافات راجع به خود را نیز می‌طلبد؛ زیرا با وجود شباهت‌های عمده‌ای که این قرارداد با قراردادهای حقوق خصوصی دارد، تفاوت‌های مهم و تأثیرگذاری نیز میان آن‌ها وجود دارد. با همین وصف نیز در دیوان عدالت اداری، تشریفات دادرسی از قبیل اصل تناظر و ترافعی بودن رعایت می‌شود. بنابراین، استدلال مخالفان صلاحیت دیوان مبنی بر این‌که در دیوان عدالت اداری، تشریفات رسیدگی رعایت نمی‌شود، نقض می‌گردد،^۱ به ویژه این‌که شکل خاص، ماهیت ویژه، هدف معین و شروط فوق‌العاده ناظر بر قراردادهای اداری، مقتضی دادگاه خاص با قضات متخصص حقوق عمومی است.^۲

بروز اختلاف بین اداره و دیگران راجع به مقدمات انعقاد قرارداد، مفاد قرارداد و آثار و موضوعات مربوط به قرارداد اجتناب‌پذیر است. با این مقدمه، تعیین مرجع صالح قضایی برای رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری یک ضرورت به شمار می‌رود. بررسی این موضوع از منظر قانون اساسی، مؤید آن است که مبتنی بر ملاک شکلی مورد نظر اصل ۱۷۳، دیوان عدالت اداری، صلاحیت رسیدگی به شکایات مردم از قراردادهای اداری را دارد. با توجه به واژه «اقدامات» در ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری و این‌که این اصطلاح شامل «اقدامات قراردادی» اداره می‌شود، این نتیجه به دست آمد که رسیدگی به شکایات مردم از قراردادهای اداری باید توسط دیوان صورت بگیرد. هم‌چنین حتی با تفسیر مضیق از اصطلاح «اقدامات» در این ماده و با فرض انحصار صلاحیت دیوان برای رسیدگی به شکایت از اعمال یک‌جانبه اداره، قطعاً دیوان برای رسیدگی به موضوعاتی هم چون فسخ و تعدیل قرارداد که برآمده از امتیازات قدرت عمومی هستند، صلاحیت دارد.^۳

۱. میرزاده کوه‌شاهی، نادر و جواد محمدپور، «امکان‌سنجی حقوقی پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۴۱.

۲. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، ۱۳۹۲، ص ۱۶۹.

۳. آیینہ‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۱، ۱۳۹۸، ص ۳۹.

نتیجه‌گیری

«نظریه تغییر اوضاع و احوال» به عنوان نظریه‌ای جدید در حقوق قراردادهای در حقوق کشورهای مختلف دنیا و حقوق قراردادهای بین‌المللی پذیرفته و در صدور آرای مختلف قضایی و داوری در کشورهای مختلف به آن استناد شده است. در هر حال، این امر به عنوان استثنایی بر اصل لزوم و قداست قرارداد مطرح است. به موجب آن، هر گاه بعد از انعقاد قرارداد و در مرحله اجرا در قراردادهای درازمدت یا قراردادهایی که با فاصله زمانی نسبتاً طولانی از تاریخ انعقاد قرارداد یا به صورت مرحله‌ای اجرا می‌شوند، اوضاع و احوال چنان دگرگون گردد که تعادل اقتصادی قرارداد را به هم زند و اجرای تعهدات قراردادی را برای یکی از طرفین بسیار سنگین و دشوار سازد، به نحوی که هزینه‌های اجرای تعهد برای آن طرف بسیار بیش‌تر از حد متعارف و سرسام‌آور گردد یا ارزش مابازای تعهد قراردادی آن طرف بسیار کاهش یابد، می‌تواند با استناد به این نظریه از اجرای تعهدات قراردادی معاف گردد و فسخ قرارداد یا تعدیل آن را درخواست کند. چون این نظریه به صورت استثنایی بر اصل لزوم قراردادهای اعمال می‌شود، موارد اعمال و اجرای آن بسیار محدود است و به احراز شرایطی بستگی دارد. از جمله این شرایط آن است که حوادثی بعد از انعقاد قرارداد رخ داده باشد. این حوادث هم باید عادتاً برای طرف زیان‌دیده پیش‌بینی‌ناپذیر و غیر قابل دفع و کنترل ناشدنی باشد و خود متعهد در برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد نقشی نداشته باشد.

در بعضی از کشورها، نظریه تغییر اوضاع و احوال پذیرفته نشده است، ولی در نظام حقوقی برخی دیگر از کشورها وارد شده، حتی اگر در متون قانونی به طور صریح پذیرفته نشده باشد. با این حال، در کشورهای دسته دوم نیز آثار این نظریه یکسان نیست. در برخی از آن‌ها به طرف زیان‌دیده، حق فسخ قرارداد داده شده است که بتواند با فسخ قرارداد از اجرای قرارداد زیان‌بار معاف شود، ولی در برخی دیگر از این کشورها حق تعدیل قرارداد بر مبنای توافق‌های اولیه و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال جدید به دادگاه‌ها داده شده است.

در مقررات بین‌المللی مورد مطالعه نیز از جمله مقررات مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق قراردادهای، حقوق قراردادهای اروپا و شروط پیشنهادی اتاق بازرگانی بین‌المللی به این شرط اشاره شده است. البته در برخی از آن‌ها پیشنهاد گردیده است که طرفین قرارداد هنگام انعقاد قرارداد بر سر این نظریه و شرایط و آثار آن به عنوان یکی از شروط قراردادی خود توافق کنند.

در این تحقیق، «نظریه تغییر اوضاع و احوال» با نظریه‌های حقوقی مشابه از جمله نظریه «انتفای قرارداد» و «انتفای هدف قرارداد» در حقوق انگلیس، «فورس مازور»، «نظریه دشواری» و «نظریه غیر عملی شدن تجاری قرارداد» در حقوق ایالات متحده آمریکا مقایسه و ارزیابی شد. بر اساس این مقایسه، هرچند ممکن است آثار و برخی شرایط این نظریه‌ها با آثار و شرایط نظریه تغییر اوضاع و احوال یکسان نباشد، اما در بیش‌تر شرایط از جمله این‌که حوادث باید پیش‌بینی‌ناپذیر، دفع‌ناشدنی، کنترل‌ناپذیر باشد و به متعهد قابل انتساب نباشد، در آن‌ها مشابه و یکسان است. نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران نیز بررسی شد. هرچند به طور صریح، نظریه‌ای به این عنوان نه در فقه و نه در حقوق ایران شناسایی نشده است، اما با بررسی قواعد فقهی و مقررات قانونی ایران، مصادیقی را بیان کردیم که از نظر شرایط و آثار، مشابه نظریه تغییر اوضاع و احوال است. به همین دلیل می‌توان گفت این نظریه می‌تواند در حقوق ایران نیز پذیرفته شود. با این حال، تا زمانی که با عنوان خاص در متون قانونی وارد نشده است، قضات دادگاه‌ها می‌توانند در موارد بروز حالت‌های تغییر اوضاع و احوال با استناد به قواعد فقهی و اصول حقوق مورد پذیرش در نظام حقوق ایران، ضرر را به طرق مقتضی و پذیرفته شده در نظام حقوقی دفع کنند. از نظر مبنای تحلیلی در حقوق ایران نیز پیشنهاد شده است که می‌توان به نظریه شرط ضمنی، نفی عسر و حرج، قاعده لاضرر و نظریه غبن حادث استناد کرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۲)**، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶.
۳. صادقی مقدم، محمدحسن، **تغییر در شرایط قراردادها**، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۴. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها**، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰.
۵. مرکزالمیری، احمد، **حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها**، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.
۶. مولایی، آیت، **قراردادهای اداری**، تهران: میزان، ۱۳۹۳.

ب) مقاله

۱. امینی، منصور و همکاران، «چگونگی مواجهه نظام حقوقی فرانسه با مسئله تغییر بنیادین اوضاع و احوال»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۲، ۱۳۹۹.
۲. آیینہ‌نگینی، حسین و محمدامین ابریشمی‌راد، «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۱، ۱۳۹۸.
۳. پرتو، حمیدرضا، «رژیم حقوقی حاکم بر تعدیل قراردادهای سازمان تأمین اجتماعی»، فصل‌نامه تأمین اجتماعی، شماره ۳۸ و ۳۹، ۱۳۹۱.
۴. تازی، جبار و همکاران، «تأثیر بنیادین اوضاع و احوال بر قرارداد در فقه و حقوق ایران»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۸.
۵. جلالی، محمود و حمید آرابی، «بررسی تطبیقی دکترین تغییر بنیادین اوضاع و احوال در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل»، مجله حقوق تطبیقی، دوره هشتاد و دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹.

۶. چهارمیری، ثریا و همکاران، «بررسی تطبیقی فسخ قراردادهای اداری در حقوق ایران و فرانسه»، فصل نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۱، ۱۳۹۸.
۷. خطیب، عبدالله و همکاران، «مبانی فقهی و حقوقی نظریه تعدیل قضایی قراردادها در نظام حقوقی ایران و مصر»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۱۷، ۱۳۹۷.
۸. رحیمی، حبیب الله و سعید علی زاده، «ماهیت و مبنای تعدیل در حقوق ایران و فیدیک»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.
۹. رستمی، ولی، «تعدیل در قراردادهای اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۱۰. رضایی زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصل نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره سی و هشتم، شماره ۲، ۱۳۸۷.
۱۱. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، «آسیب شناسی ویژگی های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۳، ۱۳۹۲.
۱۲. شریفی، سید الهام الدین و ناهید صفری، «مقایسه نظریه هاردشیپ و فورس مازور در اصول حقوق قراردادهای بازرگانی، اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق ایران»، پژوهش های حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۱۳. شمعی، محمد و مزده کلانتری، «شناخت ماهیت و گونه های قرارداد اداری در نظام حقوقی اردن و مصر»، مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و سوم، شماره ۲، ۱۴۰۲، ص ۱۰۷۵.
۱۴. صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۵، ۱۳۷۹.
۱۵. صادقی، محمد، «ارزیابی تغییر شرایط قرارداد ناشی از تصمیم مقام های عمومی و دولتی»، دوفصل نامه تخصصی حقوق قراردادهای و فناوری های نوین، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۰.
۱۶. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «قراردادهای اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی»، دوفصل نامه فقه مقارن، شماره ۱۰، ۱۳۹۶.
۱۷. عباسی، بیژن و علی سهرابلو، «شرط ثبات در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی از منظر حقوق اداری»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۸، ۱۳۹۹.

۱۸. فرهادی، کریم و همکاران، «تأثیر تعدیل قراردادهای دولتی و تقویت طرف ضعیف قرارداد بر ارتقای استاندارد و کیفیت پروژه‌های دولتی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۸، ص ۱۶۱
۱۹. مولایی، غلام‌رضا و سید محمد هاشمی، «عوامل مؤثر بر سقوط مسئولیت قراردادی دولت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۳.
۲۰. مولایی، آیت، «پی‌آمدهای کووید ۱۹ بر قراردادهای اداری»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۲۱. مولایی، آیت، «ریل‌گذاری قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در ایران»، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۲۲. میرزاده کوه‌شاهی، نادر و جواد محمدپور، «امکان‌سنجی حقوقی پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۲۳. میرهادی تفرشی، غزاله و سید عزت‌الله عراقی، «تعدیل در قراردادهای پیمان‌کاری»، تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۳۱، ۱۳۹۶.
۲۴. نجابت‌خواه، مرتضی و فرهنگ فقیه لاریجانی، «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و ششم، شماره ۲، ۱۳۹۵.
۲۵. واعظی، سید مجتبی و فاطمه کیانی، «بی‌اعتباری قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و هفتم، شماره ۹۹، ۱۴۰۱.

۲. عربی

۱. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (مصر)، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ۱۳۷۵.

3. Latin Source

1. Puelinckx, A. H., **Frustration, Eorce Majeure, Imprevision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, 22Unmöglichkeit**, Changed Circumstances, 3 J.Int, 1 Arb. 1986, No. 2,. Available at: www.trans-lex.org/128100.

نظام حقوقی حاکم بر مالکیت اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی در ایران

مریم زورمند^۱

حسین احمدی^۲

رضا عباسپور^۳

چکیده

مالکیت اراضی و محدودیت‌های آن از موضوعات مهم و محل بحث و نظر است که در نتیجه اختلافات، دعاوی متعددی در مراجع قضایی و شبه قضایی مطرح می‌شود. همین امر، بررسی مالکیت اراضی و محدودیت‌های آن را ضروری ساخته است. این مقاله با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و منابع کتاب‌خانه‌ای می‌کوشد به این سؤال پاسخ دهد که رویکرد فقه و حقوق نسبت به مالکیت اراضی خالصه و مستحدث و محدودیت‌های ناشی از آن چیست؟

بر اساس یافته‌های این پژوهش، اراضی در سه دسته ملی، زراعی و خالصه و مستحدثات ساحلی قابل تقسیم است. از منظر فقهی، مالکیت اراضی، متعلق به ولی فقیه است و مالکیت افراد بر اراضی، نیازمند اجازه ولی فقیه و آبادانی آن زمین است. از منظر حقوقی نیز مالکیت اراضی ملی و خالصه و مستحدثات ساحلی متعلق به دولت است. پس هر گونه تغییر در مالکیت اراضی، نیازمند موافقت دولت است. ماهیت اراضی خالصه و مستحدثات ساحلی نیز عمومی و دولتی است. اراضی خالصه شامل آن اراضی است که به دولت تعلق دارند و خرید و فروش آن فقط با اجازه دولت امکان‌پذیر است.

واژگان کلیدی: اراضی، مالکیت، اراضی خالصه، اراضی مستحدثه ساحلی.

۱. دانشجوی دکتری فقه مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران، ma290zd@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)، ahmari.hosein@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران، Abbaspor@yahoo.com

مقدمه

گاهی اشخاص ثالث و گاه دولت ممکن است به مالکیتی تعرض کنند؛ زمانی که به ادعای مصلحتی والاتر، مالکیت خصوصی افراد را نقض و اراضی آنان را تملک می‌کنند. از همین رو، موارد سلب یا محدودیت مالکیت باید مبتنی بر قوانین و با رعایت اصول باشد؛ اصولی که تعرض را ناممکن و مداخله دولت را محدود و حق مالکیت را تضمین کند. زمین در تعیین نوع نظام اقتصادی نقش بسزا دارد و از دیرباز، زندگی انسان‌ها به آن وابسته بوده است. زمین به دلیل کشف منابع طبیعی از قبیل معادن نفت، گاز و زغال سنگ و خاک حاصل خیز و آب و هوای مساعد ارزش‌گذاری شده است. مالکیت، کامل‌ترین حقی است که انسان می‌تواند بر مال داشته باشد.

زمانی که میان نیازها و منافع عمومی و منافع اشخاص تعارض پیدا شود، سلب مالکیت تحقق می‌پذیرد. بر اساس منطق منافع عمومی، سلب مالکیت به معنای تخصیص اموال غیر منقول به نیازمندی‌های عمومی در عوض پرداخت بهای عادلانه با هدف رفع نیازمندی‌های عمومی توسط ادارات دولتی یا شهرداری‌ها و هم‌چنین مؤسسات عمومی است. بر اساس ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت جمهوری اسلامی ایران، «وزارت خانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، هم‌چنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد» و در این قانون، دستگاه اجرایی نامیده شده‌اند، اختیار تملک دارند. مطابق با ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، با اصلاحات بعدی، دستگاه اجرایی تعریف شده است و طبق آن، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی نیز دستگاه اجرایی محسوب می‌شوند.^۱

سلب مالکیت خصوصی از افراد تحت عنوان طرح‌های عمرانی و منفعت عام با مجری طرح و ارائه‌دهنده منفعت عام است. طبیعی است هیچ شخص حقیقی و حقوقی قدرت سلب مالکیت افراد را ندارد و تنها قدرتی فایق بر قدرت خود با داشتن حق حاکمیت و نمایندگی از طرف مردم می‌تواند اصل مالکیت خصوصی را تغییر دهد و مالک زمین را از حق تصرف و اعمال حق مالکیت محروم کند.^۲

۱. لعلی سهراب، مسعود و همکاران، «تأملی بر مراجع صلاحیت‌دار و آیین شکلی سلب مالکیت اراضی در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰، ص ۱۶۶.

۲. طاهانی‌نژاد نوبری، سیده الهام، «بررسی مالکیت اراضی نفتی تعارض حقوق عمومی و خصوصی»، مجله قانون‌یار، دوره

شاید بتوان گفت اولین قانونی که در مورد اراضی ساحلی، تکالیفی را تبیین کرد، ماده واحده قانون تعیین حدود آب‌های ساحلی و منطقه نظارت دولت در دریاها مصوب ۱۳۱۳/۴/۲۴ بود که بر اساس آن، حدود آب‌های ساحلی و منطقه نظارت تعیین گردید. بعدها و با تصویب قانون اراضی مستحدث و ساحلی، اولین قانون جدی در این باره تصویب شد. بر این اساس، زمین‌هایی که بر اثر پایین رفتن سطح آب یا هر نوع جریان آب در کرانه‌های دریا و دریاچه‌ها و جزایر یا در نتیجه پایین رفتن آب یا خشک شدن تالاب‌ها ظاهر می‌شوند، اراضی مستحدث نامیده می‌شوند.^۱

اراضی خالصه یک شکل از انواع تاریخی زمین دولتی در ایران است. اگرچه نظام زمین‌داری دوره قاجار، تداوم شیوه زمین‌داری دوره‌های قبل بود، ولی تنوع و ویژگی‌های منحصر به فرد خود را نیز داشت. در دوره نادرشاه، سیاست خالصه کردن زمین به طور گسترده اعمال شد و در نتیجه، املاک خالصجات سلطانی افزایش یافت.^۲

بر اساس نظریه‌های اقتصادی و حقوقی، سیر تطور حقوق مالکیت باید بر اساس تحولات اقتصادی، نیازهای اجتماعی و اصل عدالت و استفاده کارآمد از منابع صورت بگیرد. این در حالی است که حقوق مالکیت در ایران بر مبنای سلطه حکومت و قوانین غیر کارشناسی شکل گرفته و در نهایت، منجر به فساد، بهره‌برداری ناکارآمد و رانت‌جویانه شده است. حقوق مالکیت اراضی در ایران به درستی تبیین نشده و از دید اقتصادی، نتیجه این وضعیت، دور شدن اقتصاد کشور از نقطه کارآمدی است.^۳

بررسی نحوه تحقق تکالیف متعدد در قوانین بخشی از دستگاه‌ها در سنوات مختلف و برنامه‌های توسعه حکایت از آن دارد که بخش اعظم تکالیف واگذار شده با اجراهای ضعیف یا اجرا نشدن، تخلفات قانونی توسط اشخاص مختلف، تضییع حقوق بیت‌المال، تخریب محیط زیست و اکولوژی

دوم، شماره ۶، ۱۳۹۷، ص ۳۲۶

۱. گزارش و مطالعات طرح جامع مدیریت یکپارچه مناطق ساحلی کشور، تهران: سازمان بنادر و دریانوردی کشور، ۱۳۸۸.

۲. یوسفی‌فر، شهرام و معصومه یدالله‌پور عربی، «خالصه‌سازی در مازندران دوره قاجار»، پژوهش‌نامه تاریخ‌های محلی ایران، سال نهم، شماره ۱۷، ۱۳۹۹، ص ۱۸۵

۳. شکوهی، محمدرضا، «درآمدی بر آسیب‌شناسی حقوق مالکیت اراضی در ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل: ۹۳۹۵، ۱۳۸۷، ص ۸.

منطقه، زمین خواری، ساخت و ساز غیر مجاز و تغییر غیر قانونی کاربری اراضی همراه بوده است. تعدد قوانین هم‌سو و مغایر که به دستگاه‌های متعدد واگذار شده، رفتارهای متفاوتی را سبب گشته است. هم‌چنین در قوانین و مقررات موجود، موضوع مالکیت اراضی و فعالیت‌های ساحلی و دریایی مبهم و نامشخص است.^۱

بیگرد تیموری و شهرام محمدی در مقاله «چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب اسلامی»، مسائل و مشکلات مربوط به مالکیت اراضی توسط دولت را بررسی کرده و نتیجه گرفته‌اند که بعد از انقلاب اسلامی، تلاقی حقوق عمومی و خصوصی و تعارض احکام و آثار آن‌ها، مستلزم تمهید قواعدی ویژه بود که حل این مسائل بر عهده شورای انقلاب قرار گرفت. حرمت مالکیت خصوصی که تا آن زمان به عنوان قاعده‌ای دایمی از آن یاد می‌شد، دست‌خوش محدودیت‌ها و تحولاتی گردید و تمایل به یکی از رشته‌های حقوق عمومی موسوم به حقوق توسعه افزایش یافت که در آن، تملک اراضی و املاک اشخاص حقوقی و حقوقی با نادیده گرفتن حرمت مالکیت خصوصی مجاز شمرده می‌شد.

مسعود لعلی سهراب و همکاران در مقاله «تأملی بر مراجع صلاحیت‌دار و آیین شکلی سلب مالکیت اراضی در حقوق ایران و فرانسه» به بررسی فرآیند انتقال و واگذاری اراضی به دولت پرداخته و بر این عقیده‌اند که سلب مالکیت با رعایت حقوق ذی‌نفعان در مراحل رسیدگی اداری و قضایی و برخورداری از غرامت‌های عادلانه و امتیازات تبعی امکان‌پذیر است.

شهرام یوسفی‌فر و معصومه یدالله‌پور عربی در مقاله «خالصه‌سازی در مازندران دوره قاجار» به بررسی تاریخی نحوه تملک این اراضی پرداخته و نتیجه گرفته‌اند که زمین‌داری خالصه همواره تحت تأثیر تغییرات و دگرگونی‌های نظام سیاسی حاکم در کشور بود. به دلایل گوناگون، دولت، سیاست ناکارآمد خالصه‌سازی در مازندران را به تدریج کنار گذاشت و سیاست واگذاری و فروش خالصجات مازندران را در پیش گرفت.

محمد رضا شکوهی در گزارش کارشناسی با عنوان «آسیب‌شناسی حقوق مالکیت اراضی در ایران»

۱. فارسیان، محمدرضا، «اظهار نظر کارشناسی درباره طرح اصلاح بند (د) ماده ۲ قانون اراضی مستحدث و ساحلی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات زیربنایی و حقوقی، شماره مسلسل: ۱۳۳۵۳، ص ۲۴.

معتقد است سیر تطور حقوق مالکیت باید بر اساس تحولات اقتصادی، نیازهای اقتصادی و اصل عدالت و استفاده کارآمد از منابع صورت گیرد، در حالی که در ایران، این روند بر اساس سلطه حکومت و قوانین غیر کارشناسی شکل گرفته و به فساد، بهره‌برداری ناکارآمد و رانت جویانه انجامیده است. این مقاله، تصویب قانون جامع اراضی کشور را پیشنهاد کرده است.

بر اساس این پیشینه تحقیقی، بررسی مالکیت اراضی به صورت عمومی و کلی بوده و به اراضی خالصه و مستحدثه به صورت مستقل توجه نشده است. مسئله اصلی این پژوهش، بررسی نظام حقوقی حاکم بر مالکیت اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی است. فرضیه پژوهش نیز بر این مبنا قرار دارد که مالکیت این اراضی توسط دولت، تابع قواعد ویژه و تشریفات خاصی است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

مجموعه قوانین و مقررات اراضی در ایران، کلافی سردرگم و ناکارآمد است. این خصیصه به همراه نهادهای متنوع متولی تصمیم‌سازی، مسئله اراضی را به معضلی برای کشور تبدیل ساخته است، به گونه‌ای که کم‌تر کسی را می‌توان یافت که تسلط مناسبی بر مجموعه قوانین و مقررات و نهادهای تصمیم‌ساز داشته باشد. این مسئله وقتی پیچیده‌تر می‌شود که مجموعه قوانین و مقررات ثبتي را به قوانین و مقررات اراضی اضافه کنیم. این تورم قوانین و مقررات به همراه نهادهای متعدد، تصمیم‌گیر را از شناخت و احقاق حق دور می‌سازد. یکی از انواع اراضی که دولت بر آن‌ها مالکیت دارد، اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی است که بررسی مالکیت آن‌ها از نظر حقوق عمومی و حقوق اداری اهمیت دارد.

گفتار اول. تعریف و ماهیت اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی

بند اول. مفهوم اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی

اراضی مستحدثه، زمین‌هایی است که در نتیجه پایین رفتن سطح آب یا هر نوع جریان آب در کرانه‌های دریا و دریاچه‌ها و جزایر یا در نتیجه رفتن آب یا خشک شدن تالاب‌ها ظاهراً یا ایجاد می‌شوند. اراضی ساحلی، پهنه‌ای است با عرض مشخص از اراضی مجاور دریا و دریاچه‌ها یا خلیج

که حداقل از یک سو به کنار دریا یا دریاچه یا خلیج متصل باشد.^۱

املاک خالصه، مستغلات و املاک پادشاهان پیشین بود که فواید آن به خزانه دولت وارد می‌شد. وسعت این املاک و اراضی در ادوار مختلف تاریخ متفاوت بود. این اراضی به جامعه اسلامی تعلق گرفت. هم‌چنین املاکی که صاحبان آن‌ها هنگام جنگ گریخته یا کشته شده بودند، املاک خالصه اسلامی نام داشتند و اداره آن‌ها به خلیفه وقت واگذار می‌شد و خلیفه، نمایندگانی برای سرپرستی آن‌ها تعیین می‌کرد.^۲

قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۶ مجلس شورای اسلامی با تأکید بر اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اولین ماده از قانون، در ماده ۲، اراضی ساحلی و اراضی مستحدثه را که در اثر پایین رفتن سطح آب دریاها و دریاچه‌ها یا خشک شدن مرداب‌ها و باتلاق‌ها پدید آمده باشد، در اختیار حکومت جمهوری اسلامی ایران دانسته است. با این حال، در قسمت اخیر ماده، ملاک احیا و تصرفات مالکانه افراد نسبت به این قبیل اراضی را تا تاریخ لایحه قانونی نحوه احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران ذکر کرده است. به این ترتیب، به نظر می‌رسد با توجه به مؤخرالتصویب بودن قانون توزیع عادلانه آب و صراحت آن، قانون اراضی مستحدثه و ساحلی را از این نظر و نیز به لحاظ تفویض بعضی وظایف به وزارت نیرو در خصوص اراضی مورد بحث، نسخ جزئی کرده است. در تبصره ۳ ماده ۲ قانون، ایجاد هر نوع اعیانی و حفاری و دخل و تصرف در حریم قانونی سواحل دریاها و دریاچه‌ها اعم از طبیعی و مخزنی جز با اجازه وزارت نیرو ممنوع اعلام شده است و هم‌چنین در ماده ۴ قانون، صدور اجازه بهره‌برداری یا واگذاری بهره‌برداری از شن و ماسه و خاک رس حریم قانونی سواحل دریاها و دریاچه‌ها به کسب موافقت قبلی وزارت نیرو وابسته شده است.^۳ دولتی بودن و عمومی بودن، مهم‌ترین عناصر ماهیت اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی است که در دو قسمت بررسی می‌شود.

۱. محمدیان امیری، مهدی و سید یوسف موسوی انجیدان، «بررسی فقهی و حقوقی مالکیت اراضی اشخاص در اثر پیشروی آب دریا»، اندیشه حقوقی معاصر، دوره دوم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۲۲.

۲. بشیری، عباس و همکاران، حقوق کاربردی املاک و اراضی، چاپ سوم، تهران: جنگل، ۱۴۰۱، ص ۱۲۵.

۳. میرجعفری، سید حسین و فاطمه ابراهیمی، «بررسی حقوقی اراضی خالصه، مستحدثه و ساحلی در نظام ثبتی ایران»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۲۱۳.

بند اول. دولتی بودن

مطابق قانون اراضی مستحدثه و ساحلی مصوب ۱۳۵۴، «کلیه اراضی مستحدثه ساحلی کشور متعلق به دولت است و اشخاص حق تقاضای ثبت آن‌ها را ندارند و در صورتی که نسبت به اراضی مذکور درخواست ثبت شده باشد، آن درخواست باطل و ادارات ثبت محل مکلفند تقاضای ثبت اراضی را از وزارت کشاورزی و منابع طبیعی یا سایر سازمان‌های دولتی که در آن، تصرفاتی دارند، با تأیید وزارت کشاورزی و منابع طبیعی بپذیرند. خالصه ممکن است به صورت زمین، باغ، قلاع، مراتع و جنگل‌ها و معادن و شیلات و غیره باشد». این اراضی سابقاً از املاک پادشاه بود که به آن، «املاک شاهی» می‌گفتند و بعد از مشروطیت جزء املاک دولت شد. املاک خالصه، تابع قوانین مدنی است و مقررات حقوق خصوصی بر آن‌ها حاکم است، مگر این‌که خصوص مورد یا مواردی (کمّاً یا کیفاً) استثنا باشد، بر عکس اموال عمومی که علی‌الاصول از سیطره مقررات حقوق خصوصی خارجند. پس تقاضای ثبت زمین خالصه جایز است، اما تقاضای ثبت معابر عمومی از طرف هیچ شخص حقوقی و حقیقی جایز نیست.^۱

در سیاهه اراضی شهری نیز به زمین‌هایی برخورد می‌کنیم که حدود اختیارات دولت در مورد آن‌ها گسترش یافته و مالکیت دولتی به شدت به مالکیت خصوصی نزدیک شده است. اراضی خالصه، مصداقی از این مالکیت است که در تعریف آن گفته شده است، غیر منقولی است که دولت مانند مالک خصوصی در آن عمل می‌کند و در برابر املاکی به کار می‌رود که جزء مشترکات عمومی است. قواعد حقوق مدنی بر خالصه روان است و تقاضای ثبت خالصه رواست.

قانون‌گذار در ماده ۷ قانون اراضی مستحدثه و ساحلی مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد که «حریم منابع مندرج در ماده ۲ قابل تملک و تصرف خصوصی نیستند، ولو آن‌که متصرفین این قبیل اراضی، اسناد مالکیت گرفته باشند، ولی استفاده از حریم مزبور برای ایجاد تأسیسات ضروری دولتی که جنبه اختصاصی نداشته باشد، با رعایت مقررات آیین‌نامه اجرایی این قانون و تصویب هیئت وزیران مجاز می‌باشد». در تبصره ۲ ماده ۲ قانون نیز منابع یادشده را شامل دیگر دریاچه‌ها و تالاب‌ها اعلام کرده است. بند «د» ماده یک ۱ هم حریم را قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدث

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌نویزی حقوق*، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۲۵۶.

دانسته که یک طرف آن به آب دریا یا دریاچه یا خلیج یا تالاب مرتبط است. به موجب ماده ۱۱ نیز «هر کس به قصد تصرف به اراضی مستحدث و ساحلی متعلق به دولت و حریم دریا و دریاچه‌ها و تالاب‌های کشور تجاوز کند و یا اراضی مزبور را با برداشت شن، ماسه و خاک تخریب نماید، به حبس جنجه‌ای محکوم می‌شود».^۱

در نظام حقوقی ایران، عبارت اموال دولتی در اصول ۸۳ و ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۲۶ قانون مدنی و هم‌چنین ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. با این حال، در هیچ یک از این قوانین، اموال دولتی تعریف نشده است. در مقابل، در قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶، مواد ۱۰۶ به بعد، حاوی نکته‌ها و معیارهایی است که برای احراز مؤلفه‌هایی برای تعیین اموال دولتی از دیگر اموال مفید است. با مذاقه در این مواد می‌توان معیار شناسایی اموال دولتی را چنین شرح داد: اموال دولتی، اموالی است که اولاً دولت نسبت به آن‌ها تصرف مالکانه دارد. ثانیاً این اموال از طرف دولت قابل انتقال به غیر تحت نظامات عمومی است.

در مورد تعریف اموال دولتی در ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲، هیئت وزیران و اصلاحیه مربوط به شماره ۱۰۸۶۳/ت ۱۵۰۸۱ مورخ ۱۳۷۴/۹/۵ بیان می‌دارد: «اموال دولتی، اموالی هستند که توسط وزارت خانه‌ها و مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی که خریداری می‌شود و یا به طرق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا درمی‌آیند.» این مصوبه به موجب مصوبه ۱۷۷۴۲/ت ۳۷۲ هـ مورخ ۱۳۷۳/۱۰/۷ به این صورت اصلاح شد که بعد از عبارت «شرکت دولتی»، عبارت «صد درصد سهام آن متعلق به دولت است»، اضافه شود. در این مورد، اداره حقوقی قوه قضاییه، اموال دولتی را چنین تعریف کرده است: «اموال دولتی عبارت است از اموالی که از بودجه عمومی کل کشور استفاده می‌گردد و در اختیار قوای سه‌گانه و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شورای نگهبان قرار می‌گیرد».^۲

۱. فرخی، سعیده، «بررسی مقررات محدودکننده تصرف و مالکیت اشخاص در اراضی بستر و حریم تالاب‌ها»، دومین کنفرانس ملی حقوق، الهیات و علوم انسانی، ۱۳۹۶، ص ۵.

۲. عباسی، بیژن و مسعود معصومی، «جایگاه اموال دولتی در نظام حقوق ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۱۵۳.

بند دوم. عمومی بودن

موضوع تشخیص اموال عمومی از خالصجات، یکی از مباحث مهمی است که از قدیم‌الایام مورد نظر علمای حقوق بوده و در زمان حاضر نیز فصولی چند از قوانین مدنی و اداری کشورهای متمدن به این مسئله اختصاص یافته است. رومی‌های قدیم، اموال عمومی را «لو کاپوبلیکا» می‌نامیدند؛ یعنی اموالی که متعلق به عموم بود و خالصجات دولتی را «رس پوبلیکا» می‌خواندند. اموال عمومی را نیز در زمان رومی‌ها به دو قسمت منقسم می‌کردند: یک قسمت که مورد استفاده عموم اهالی کشور بود، مانند رودخانه‌ها و طرق عمومی و قسمت دوم که فقط جنبه محلی داشت، مثل بناهای شهرداری. همان طوری که گفتیم، هر دو قسمت مشمول اموال عمومی بود، با این توضیح که قسمت اموال ملک تمام ملت روم فرض می‌شد، در صورتی که قسمت دوم به شهر معین تعلق داشت.^۱

اموال عمومی، اموالی است که بر خلاف اموال خصوصی، متعلق به منفعت عمومی و شخص حقوقی حقوق عمومی باشد که شامل اموال دولتی، اموال شرکت‌های دولتی و اموال عمومی به معنای خاص خواهد بود. اولین ضابطه اموال عمومی، تعلق به منفعت عمومی به معنای آمادگی و اختصاص بالقوه و بالفعل در راستای تحقق منفعت عمومی است. تعبیر مشابهی برای این مفهوم ذکر شده است. حقوق دانان از تعبیرهایی مانند آماده برای استفاده مستقیم تمام مردم یا اختصاص یافته به حفظ مصالح عمومی استفاده کرده‌اند. این تعبیرها بیش‌تر اختصاص بالفعل به خدمات عمومی را به ذهن متبادر می‌کند، در حالی که گاهی یک مال عمومی به جهت فراهم نشدن مقدمات و شرایط، هنوز آمادگی بالفعل برای ارائه خدمات به مردم را ندارد و دولت درصدد ایجاد این آمادگی است. در این حالت، طبعاً نمی‌توان این قسم را خارج از اموال عمومی دانست. در این میان، به نظر می‌رسد مفهوم تعلق از دقت بیش‌تری برخوردار است و مراد از عبارت «متعلق به منفعت عمومی»، اعم از استفاده مستقیم مردم یا اختصاص برای حفظ مصالح عمومی؛ یعنی آمادگی و اختصاص بالقوه و بالفعل در راستای تحقق منفعت عمومی است.^۲

۱. حسینی تهرانی، مرتضی، «تشخیص اموال عمومی از خالصجات»، مجله کانون وکلا، شماره ۶۸-۶۷، ۱۳۳۸.

۲. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، ص ۸۵.

بر مبنای نظر دیگری، اگر مالی را از متعلقات اموال عمومی بدانیم، آثار مختلفی بر آن مترتب خواهد بود. شاید مهم‌ترین آن، محدودیت‌هایی باشد که در نظام‌های حقوقی برای واگذاری اموال عمومی به کار گرفته می‌شود. این محدودیت‌ها، برخی از حقوق دانان را بر آن داشت تا با ارائه معیارهای مختلف، دایره اموال عمومی را محدودتر کنند. برخی دیگر با استناد به سنت حقوق رم و گروهی دیگر با این ادعا که ماهیت این دسته از اموال با اموال خصوصی متفاوت است، اموال عمومی را اموالی دانستند که دولت و شهروندان حق ندارند آن‌ها را به مالکیت خود درآورند.^۱ بنابراین، با توجه به تعاریف و مصادیقی که در خصوص اراضی خالصه و مستحدثه بیان شد، این اموال در زمره اموال عمومی قرار می‌گیرند.

بند سوم. مبانی فقهی تملک اراضی خالصه و مستحدثه توسط دولت

از ضرورت به عنوان عذری نام برده شده است که باعث می‌شود انجام امور ممنوعه، مجاز تلقی گردد. اعمال تشریعی که مباح باشد، در چارچوب آزادی عمل دولت قرار دارد. فقها در موارد گوناگون به قواعد فقهی «الضرورات تبیح المحظورات» استناد کرده‌اند. اضطرار، ممنوعیت قانونی را که با هدف مصالح ویژه‌ای مقرر شده است. چنانچه مصلحت به موارد اضطرار قوی‌تر مربوط باشد. از بین می‌برد. پس از انقلاب، حکم حرمت سلطنت مالک در مواردی با تشخیص قانون‌گذار برداشته شد. برای نمونه، با نگاهی به قانون واگذاری اراضی مشهور به کشت موقت، فلسفه تصویب و هدف قانون‌گذار در ابتدای ماده واحده، در نظر گرفتن شرایط حاکم بر جامعه در تاریخ تصویب اعلام شده و به صراحت، عبارت «به حکم ضرورت» آمده است.^۲

تشریح قوانین و مقررات ثابت و متغیر در حوزه اسلام با تحولات زمان و دگرگونی مصالح جامعه اسلامی، هرچند اصول ثابت اسلام را در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها تغییرناپذیر می‌داند، اما برای تبیین احکام متغیر لازم است. حکم حکومتی، یکی از مفاهیم مطرح در فقه سیاسی امامیه است. در اصل ۴۴ قانون اساسی، ترجیح حقوق عمومی برای رشد و توسعه اقتصادی بر مالکیت خصوصی

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و مهدی بابایی، «نظریه‌های مربوط به ماهیت حقوقی اموال عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری،

سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷، ص ۱۲.

۲. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۳۶۲.

بیان شده است. تملک قهری اراضی خصوصی برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی در «لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» با تمسک به قاعده مصلحت چشم‌پوشی از آزادی مالک مجاز شده است.^۱

از جمله محدودیت‌های مالکیت که فقهای امامیه مطرح کرده‌اند، آن است که ولی امر می‌تواند بر اساس مصالح عمومی در شرایطی خاص، مالکیت فردی مشروع را محدود کند. امام خمینی (ره) در نامه مورخ ۱۳۶۶/۲۰/۱۶ خود به رییس جمهوری وقت می‌نویسد: «حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است، خراب کند و پول منزلش را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مساجد را موقع لزوم و مصلحت تعطیل کند». فقه امامیه به دلیل اعتقاد به اصل خدامالکی، حدود و حقوق مالکیت را بر محور موازین الهی قرار داده است.^۲

گفتار دوم. قلمرو و محدوده اراضی مستحدثه ساحلی

اکنون تاریخچه اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی بررسی می‌شود.

بند اول. اراضی عمومی به غیر از اراضی جنگلی و مرتعی

قبل از سال ۱۲۹۷، اداره امور خالصجات، از وزارت خالصجات و زراعت و فلاحه، جدا و به وزارت مالیه (دارایی) الحاق گردید. در سال ۱۳۲۳، سازمان مخصوصی برای اداره امور خالصجات تأسیس شد. این سازمان که به ابتکار دکتر «میلسپو»، رئیس کل دارایی و طبق آیین‌نامه مورخ ۱۳۲۳/۱/۱۹. که نام‌برده تصویب و صادر کرده بود. تشکیل گردید، «اداره کل بهره‌برداری و خالصه و املاک واگذاری» نام گرفت. در سال ۱۳۳۳، خالصجات دولتی به وزارت کشاورزی منتقل و بنگاه خالصجات تأسیس گردید.^۳

۱. تیموری، بیگرد و شهرام محمدی، «چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴۶، ۱۴۰۱، ص ۱۰۶.

۲. صابری، روشنگر و همکاران، «مالکیت خصوصی در میانه هم‌گرایی و واگرایی اندیشه‌های حقوق طبیعی و فقه امامیه»، پژوهش حقوق تطبیقی غرب و اسلام، سال هفتم، شماره ۱، ۱۳۹۹، ص ۱۲.

۳. شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶، صص ۲۲-۱۹ (با دخل و تصرف).

قانون تأسیس بنگاه خالصجات کشور در ۱۳۳۴/۵/۲۱ تصویب و در اجرای ماده یک آن، بنگاه خالصجات زیر نظر وزارت کشاورزی تأسیس شد. بند (الف) ماده (۲) این قانون، دارایی این بنگاه دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی را چنین برمی‌شمارد: «خالصجات اعم است از املاک مزروعی و مستغلات و مراتع و جنگل‌ها و اراضی». یکی از وظایف بنگاه یادشده، بر حسب بند (ز) تبصره (هـ) ماده (۴) همین قانون، «سعی و اهتمام در عمران خالصجات و احیای اراضی بایر و باتلاقی بدون مالک و اراضی موات» بود.

نظام حقوقی حاکم بر جنگل‌ها و مراتع از زمان ملی شدن آن‌ها در سال ۱۳۴۱ دچار تغییر بزرگی شد و مالکیت خصوصی و اربابی بر جنگل و مرتع ملغی گردید و مالکیت دولتی و عمومی بر آن‌ها اعمال گشت. نظام مالکیتی حاکم بر جنگل‌ها و مراتع کشور با تصویب قانون ملی شدن جنگل‌های کشور به وجود آمد. بر اساس این قانون، جنگل‌ها و مراتع در مالکیت بخش خصوصی و اربابی نیست، بلکه در تملک بخش عمومی و دولتی است. بر اساس نظر کارشناسان، قوانین جنگل‌ها و مراتع و ملی شدن این دو منبع توسط قوانین دیگر بخش‌های مربوط به اراضی مخدوش شده، به طوری که برخی از مبانی قوانین اصلی جنگل‌ها و مراتع چون قانون «حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع» بسیار تضعیف شده است، از جمله قانون «مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن» و «ماده ۱۲ قانون زمین شهری» که اراضی ملی شده را موات تشخیص و اعلام می‌کنند.^۱

بند دوم. اراضی شهری

بخشی از اراضی خالصه را اراضی شهری تشکل می‌دهد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، امور مربوط به اراضی خالصه بر اساس بند (۶) اساس‌نامه سازمان عمران اراضی شهری استان تهران که بنا بر ماده واحده مصوب ۲۰ بهمن ۱۳۵۸ شورای انقلاب شامل همه سازمان‌های عمران اراضی شهری در دیگر استان‌های کشور نیز می‌شد، به این سازمان واگذار گردید. بند (ب) ماده یادشده که مصوب جلسه ۱۲ دی ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی ایران است، چنین می‌گوید: «امور مربوط به واگذاری عرصه اعیانیه‌ای خالصه موضوع ماده (۷) قانون انحلال بنگاه خالصجات به شهرداری‌ها محول

۱. رودگرمی، پژمان و محمدتقی عموزاد مهدیرجی، «چالش‌ها و مشکلات قوانین و مقررات کشور در حفظ جنگل‌ها و مراتع»، مجله جنگل ایران، سال یازدهم، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۵۲.

می‌گردد تا در هر مورد، شهرداری محل با رعایت سایر مقررات مربوط، عرصه اعیانی‌های احداثی قبل از تصویب قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری را در محدوده‌های مشخص شده در قانون انحلال بنگاه خالصجات، با دریافت قیمت منطقه‌ای به صاحب اعیانی واگذار نماید و عواید حاصل صرف نیازمندی‌های عمومی شهر شود».

با تصویب اساس‌نامه جدید قانون زمین شهری در تاریخ ۶۷/۴/۲۲، اراضی خالصه در حیطه اختیارات سازمان یادشده قرار گرفت. ماده (۵) این اساس‌نامه در مقام بیان وظایف و اختیارات سازمان زمین شهری چنین بیان می‌دارد: «اجرای قوانین و مقررات ابلاغی مسکن و شهرسازی توسط وزیر مسکن و شهرسازی. الف. قانون زمین شهری. ب. قانون اراضی خالصه». پس از این، با توجه به مصوبه شماره ۳۵۱۰.د.ش. ۷۲/۶/۱۵ شورای عالی اداری که تغییراتی در وظایف سازمان زمین شهری به وجود آورد و نام آن را به سازمان ملی زمین و مسکن تغییر داد، اراضی خالصه بر حسب بند (ب) ماده (۵) آن در حیطه وظایف و اختیارات سازمان اخیر قرار گرفت.

امروزه با توجه به توسعه روزافزون شهرها و نبود تعادل در پراکنش کاربری‌ها، سامان‌دهی کاربری اراضی شهری ساحلی اهمیت بسیار زیادی دارد. کاربری اراضی شهری و چگونگی توزیع فضایی مکانی آن‌ها یکی از مهم‌ترین کارکردها به منظور استفاده بهینه از فضای شهری است. اگر هزینه‌های تبدیل اراضی خام به اراضی شهری و هزینه‌های فرصت‌های از دست رفته و جای‌گزین محاسبه شوند، گران و بارزش بودن کالایی به نام زمین شهری به خوبی مشخص و روشن می‌شود.^۱

گفتار سوم. مالکیت اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی

در این قسمت، مالکیت اراضی خالصه و اراضی مستحدثه ساحلی بررسی می‌شود.

بند اول. مالکیت اراضی عمومی به غیر از اراضی جنگلی و مرتعی

لایحه قانونی فروش خالصجات در ۱۳۳۴/۱۰/۶ به تصویب رسید و بر فروش خالصجات تأکید کرد. ماده یک این قانون ضمن بیان تکلیف وزارت کشاورزی مبنی بر فروش خالصجات و استثنای

۱. رازجویان، مهدی و همکاران، «سامان‌دهی کاربری‌های اراضی ساحلی به منظور توسعه گردشگری شهری (مطالعه موردی: شهر سرخرود)»، تحقیقات کاربردی علوم جغرافیایی، سال بیستم، شماره ۵۷، ۱۳۹۹، ص ۱۲۷.

مراعات و جنگل‌های طبیعی و هم‌چنین خالصجات و ابنیه و مستغلاتی که مورد احتیاج مؤسسات دولتی است، قُرا، مزارع، اراضی، قنوات دایر و بایر، مستغلات و ابنیه‌ای را که ملک قطعی دولت باشند، از مصادیق خالصه ذکر می‌کند. آوردن کلمه «اراضی» به طور مطلق در متن ماده مرقوم بیانگر این است که اراضی خالصه از نظر ماهیت و موقعیت جغرافیایی، مقید و محدود نمی‌باشند و می‌تواند هر نوع از انواع زمین بوده، در هر جای مملکت، واقع باشند و تنها استثنای وارد بر آن‌ها، اراضی جنگلی و مرتعی است. سرانجام در تیر ۱۳۴۶، قانون انحلال بنگاه خالصجات، تصویب و بنگاه موصوف منحل گردید و بنا بر ماده (۲) آن، کلیه دهات، باغات، مزارع و اراضی مزروعی، مسلوب لمنفعه، بایر، کویری و باتلاقی متعلق به خالصه با کلیه حقوق و دعاوی بنگاه خالصه به سازمان اصلاحات ارضی کشور واگذار شد.^۱

اموال عمومی شامل مشترکات عمومی و مباحات می‌شود و مشترکات عمومی، اموالی هستند که متعلق به عموم است و مالک خاص ندارد. چون قابل تملک خصوصی نیست و استفاده انحصاری از آن وفق مقررات ممنوع است، بیم تجاوز افراد نسبت به آن‌ها و درخواست انتقال و ثبت آن به نام خود از مسائل مبتلابه روز است. زمین‌هایی که در نتیجه پایین رفتن سطح آب یا هر نوع جریان آب در کرانه‌های دریاها و دریاچه‌ها و جزایر در نتیجه پایین رفتن آب یا خشک شدن تالاب‌ها ظاهر یا ایجاد می‌شوند، به موجب بند (الف) ماده یک قانون اراضی مستحدثه ساحلی، اراضی مستحدثه نام گرفته است. این تعریف، زمین‌هایی را دربرمی‌گیرد که در اثر فعل و انفعالات طبیعی ناشی از پایین رفتن تدریجی سطح آب و اثر امواج به مرور از دریا جدا می‌شوند. اراضی خالصه، مستحدثه و ساحلی نیز در زمره مشترکات عمومی است که در اختیار دولت قرار دارند و از پربارترین و پویاترین منابع اکولوژیکی و بستر فعالیت‌های عظیم اقتصادی و اجتماعی به شمار می‌روند.

بند دوم. مالکیت اراضی شهری

بخشی از اراضی خالصه را اراضی شهری تشکیل می‌دهد. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، امور مربوط به اراضی خالصه بر اساس بند (۶) اساس‌نامه سازمان عمران اراضی شهری استان تهران که بنا بر ماده واحده مصوب ۲۰ بهمن ۱۳۵۸ شورای انقلاب شامل همه سازمان‌های عمران اراضی شهری در

۱. شمس، پیشین، صص ۷۶-۷۷.

دیگر استان‌های کشور نیز می‌شد، به این سازمان واگذار گردید. بند (ب) ماده یادشده که مصوب جلسه ۱۲ دی ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی ایران است، چنین می‌گوید: «امور مربوط به واگذاری عرصه اعیانیه‌ای خالصه موضوع ماده (۷) قانون انحلال بنگاه خالصجات به شهرداری‌ها محول می‌گردد تا در هر مورد، شهرداری محل با رعایت سایر مقررات مربوط، عرصه اعیانی‌های احداثی قبل از تصویب قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری را در محدوده‌های مشخص شده در قانون انحلال بنگاه خالصجات، با دریافت قیمت منطقه‌ای به صاحب اعیانی واگذار نماید و عواید حاصل صرف نیازمندی‌های عمومی شهر شود».

ماده (۷) قانون انحلال بنگاه خالصجات مصوب ۱۳۴۶/۴/۲۰ ناظر بر اراضی خالصه مستقر در محدوده شهرهاست که متن آن چنین است: «اراضی غیر مزروعی و عرصه اعیان احداثی از طرف اشخاص در اراضی خالصه و باغات و مستغلات خالصه و منابع آب واقع در محدوده شهرها و یا متصل به شهرها تا شعاع معینی که برای هر شهر از طرف کمیسیون متشکل از نمایندگان وزارت کشور و آبادانی و مسکن و سازمان اصلاحات اراضی کشور تعیین خواهد شد، با کلیه حقوق و دعاوی مربوط به سازمان مسکن واگذار می‌شود تا به ترتیب ذیل عمل شود...».

با تصویب اساس‌نامه جدید قانون زمین شهری در تاریخ ۶۷/۴/۲۲، اراضی خالصه در حیطه اختیارات سازمان یادشده قرار گرفت. ماده (۵) این اساس‌نامه در مقام بیان وظایف و اختیارات سازمان زمین شهری چنین بیان می‌دارد: «اجرای قوانین و مقررات ابلاغی مسکن و شهرسازی توسط وزیر مسکن و شهرسازی؛ الف) قانون زمین شهری؛ ب) قانون اراضی خالصه». پس از این، با توجه به مصوبه شماره ۳۵۱۰.د.ش. ۷۲/۶/۱۵ شورای عالی اداری که تغییری در وظایف سازمان زمین شهری به وجود آورد و نام آن را به سازمان ملی زمین و مسکن تغییر داد، اراضی خالصه بر حسب بند (ب) ماده (۵) آن در حیطه وظایف و اختیارات سازمان اخیر قرار گرفت.

گفتار چهارم. نظام مالکیت اراضی و مقررات حاکم بر ثبت اراضی خالصة و اراضی مستحدثه ساحلی به عنوان اراضی بدون سند رسمی

امروزه به دلیل افزایش بیش از حد بهای اموال غیر منقول و به منظور حمایت از اموال و دارایی‌های اشخاص حقیقی و حقوقی و با هدف حراست از حریم مالکیت آن‌ها، شناخت مقررات حاکم بر ثبت اراضی خالصة و اراضی مستحدثه ساحلی به عنوان اراضی فاقد سند رسمی ضروری است، اما قبل از آن لازم است نظام مالکیت اراضی بررسی شود.

بند اول. نظام مالکیت و بهره‌برداری اراضی قبل از انقلاب

در ایران، بیش‌ترین نظام بهره‌برداری قبل از اجرای اصلاحات ارضی دهه ۱۳۴۰، نظام بهره‌برداری سهم‌بری بود که از بیش از ۸۰ درصد اراضی زراعی در قالب این نظام بهره‌برداری می‌شد. مفهوم نظام بهره‌برداری سهم‌بری با مفاهیم شیوه تولید تعاونی سنتی موسوم به «بنه»، شیوه تولید ارباب و رعیتی، شیوه تولید مالک و زراعی، شیوه تولید نظام بزرگ مالکی ایران، شیوه تولید استبداد شرقی و شیوه تولید آسیایی مترادف است. این نظام بهره‌برداری دارای این ویژگی‌ها بود:

۱. بیش‌تر در مناطق کم‌آب و حاشیه کویر معمول بود؛

۲. بیش‌تر در مناطق دارای نظام مالک و رعیتی مشاهده شده است.

در دوره پهلوی دوم، تصمیم بر ترک کشاورزی دولت بود. از این رو، عمده سیاست اقتصادی مانند اصلاحات ارضی و واگذاری‌ها در میزان مالکیت این اراضی تأثیر زیاد گذاشت، به گونه‌ای که با اجرای کامل مقررات مربوط به اراضی خالصة، دولت باید تا دهه پنجاه، آن‌ها را واگذار می‌کرد و اگر مالکیتی هم باقی می‌ماند، بسیار ناچیز بود. البته این اراضی جزء اراضی مرغوب سابق نبود و باقی‌مانده آن‌ها برای منفعت جامعه واگذار نشده بودند. در این دوره به موجب قانون واگذاری خالصجات مصوب ۱۳۳۴ باید همه خالصجات به فروش می‌رسیدند. این قانون بعد از اجرای مقررات اصلاحات ارضی اجرایی شد.^۱

کارکرد این شیوه تولید در جهت تأمین بهتر و بیش‌تر منافع مالک بود، اگر چه به علت سهم‌بری زارعان

۱. افتخار جهرمی، گودرز و علی محمودیان، «اصلاحات ارضی در خالصجات»، تحقیقات حقوقی، پذیرفته‌شده آنلاین، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰.

در درآمد آنان نیز مؤثر بود. در این شیوه، نظارت مالک یا نماینده‌اش آسان‌تر اعمال می‌شد و زارعان را بهتر کنترل می‌کردند. امکان ایجاد رقابت بین واحدهای تولید گروهی فراهم بود و مسئولیت مشترک اعضای بنه و مدیریت سربنه (متأثر از هدایت کلی مالک)، زارعان را به کار بیش‌تر و مداوم وامی‌داشت و در مصرف آب صرفه‌جویی می‌شد. از کشت محصولات متنوع که جنبه خودمصرفی داشتند، جلوگیری می‌گردید. به خاطر تعویض هر ساله زمین‌ها، وابستگی زارع و زمین را کم می‌کرد. از این رو، مالک همواره مدافع این شیوه بود و در نقاطی که این نوع واحد بهره‌برداری معمول بود، مالک در تقویت و تحکیم آن می‌کوشید و چه بسا با تأمین آب زراعی و زیر کشت بردن اراضی زراعی جدید، این شیوه را برمی‌گزید.

بند دوم. نظام مالکیت و بهره‌برداری اراضی پس از انقلاب

مطابق با اندیشه‌های حاکم بر مکتب اقتصاد اسلامی و مبانی فقهی و هم‌چنین تحولات اجتماعی پس از انقلاب، سه جریان عمده بعد از انقلاب اسلامی در خصوص مالکیت اراضی در ایران حادث شد که عبارتند از: یک. **تعدیل و تحدید مالکیت خصوصی**: این جریان با تصویب قوانین مختلف از جمله قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن مصوب ۱۳۵۸، قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵، ماده واحده مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی در خصوص حل مشکل اراضی بایر مصوب ۱۳۶۷ و اصل ۴۹ قانون اساسی بروز یافت.

دو. احیای اراضی موات و بایر و واگذاری زمین برای توسعه بخش کشاورزی.

سه. **اختلافات میان بزرگ مالکان و زارعان و کارگران کشاورزی در حوزه مالکیت**: در این خصوص، شورای انقلاب در ۱۳۵۸/۶/۲۵ به موجب ماده ۲ قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران، اعتبار واگذاری اراضی از طریق اصلاحات ارضی را تأیید کرد. چند سال بعد در سال ۱۳۶۳، شورای نگهبان در نامه شماره ۱۳۷۱، استمرار قانون اصلاحات ارضی را مغایر با موازین شرعی اعلام کرد. در نهایت، مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تعیین تکلیف امور باقی‌مانده اصلاحات ارضی در سال ۱۳۷۰ به این اختلافات پایان داد و اجرای مقررات اصلاحات ارضی در ایران را پس از انقلاب به رسمیت شناخت.^۱

۱. امانی، مسعود و هادی دهنوی، «تبارشناسی حقوقی و تقنینی مالکیت زمین در ایران»، فصل‌نامه قضاوت، شماره ۹۲، ۱۳۹۶، ص ۹۴.

گفتار پنجم. تحلیل و نقد قوانین حاکم بر اراضی خالصة و مستحدثات ساحلی

بند اول. تحدید مجدد اراضی خالصة و مستحدثه ساحلی

بند (ط) ماده ۱ قانون نحوه واگذاری و احیای اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸/۶/۲۵، اراضی ساحلی را زمین‌هایی تعریف می‌کند «که در مجاورت حریم دریا و دریاچه و یا اراضی مستحدثه قرار دارد و بر حسب مورد در حکم یکی از انواع اراضی موات و دایر و بایر است». بر اساس ماده ۱۹ همان قانون، اراضی ساحلی در حکم موات را زمین‌هایی دانسته است که در آن‌ها هیچ احیا و اقدام عمرانی انجام نشده و به صورت طبیعی باقی مانده است. قانون‌گذار این قبیل اراضی را از آن دولت می‌داند و ادارات ثبت مکلف شده‌اند تا حریم و اراضی مستحدثه و آباد را با رعایت قانون اراضی مستحدث و ساحلی از اراضی دایر و بایر و منابع ملی تفکیک کند.^۱

بند دوم. تعیین حد بستر اراضی مستحدثه ساحلی

«حد بستر»، تعریف جدیدی برای اراضی مستحدثه ساحلی ارائه داد. با سرعت‌گیری پیشروی دریا از اوایل دهه ۱۳۶۰ و خطراتی که به میان آمد و تخریب‌هایی که در سواحل دریای خزر ایجاد شد، کوشش شد حد بالقوه پیشروی دریای خزر در آینده نیز برآورد و پیش‌بینی شود. از جمله مهم‌ترین این کوشش‌ها، آیین‌نامه اجرایی قانون اراضی مستحدث و ساحلی سال ۱۳۵۴ بود که پس از ۳۳ سال بعد در سال ۱۳۸۷ به تصویب هیئت وزیران رسید. در این آیین‌نامه که عنوان دقیق آن «آیین‌نامه اجرایی تبصره (۲) ماده (۲) قانون اراضی مستحدث و ساحلی - مصوب ۱۳۵۴» است، اراضی مستحدث با عنوان جدیدی تحت نام «حد بستر» به عنوان حداکثر پیشروی دریای خزر تلقی شد. در بند «د» ماده ۱ این آیین‌نامه در تعیین «حدود اراضی مستحدث» آمده است: «زمین‌هایی پایین‌تر از «حد بستر» که در نتیجه پایین رفتن سطح آب یا هر نوع جریان آب در کرانه‌های دریا و دریاچه‌ها (به استثنای دریاچه ارومیه) و یا در نتیجه پایین رفتن آب یا خشک شدن تالاب‌ها (به استثنای مرداب و برکه طبیعی) ظاهر و ایجاد شده یا خواهد شد». بنابراین، تعریف جدیدی از «حدود اراضی مستحدث» در این آیین‌نامه بیان شد که با قانون سال ۱۳۴۶ و ۱۳۵۴ تفاوت اساسی داشت. در

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳، ص ۳۴.

بند «ه» همین آیین‌نامه نیز «حد بستر» چنین تعریف شد: «آخرین نقطه پیشرفتگی آب تالاب‌ها و دریاچه‌های موضوع این آیین‌نامه که در یک دوره زمانی معین (بر اساس داده‌های ثبت شده موجود) ظرف سه سال از تاریخ ابلاغ این آیین‌نامه توسط وزارت نیرو تعیین می‌گردد».

پس از تاریخ تصویب این آیین‌نامه و تعریف جدیدی که در آن از اراضی مستحدثه به عمل آمد، اراضی مستحدثه به همه زمین‌های کناره دریای خزر گفته شد که در زیر «حد بستر» قرار گرفته باشند. تعریف ارائه شده در آیین‌نامه چندان رسا نیست، ولی منظور این است که بر اساس داده‌ها و اطلاعات موجود، آب دریای خزر تا کجا می‌تواند به طور بالقوه پیشروی داشته باشد و این تراز بالقوه نیز توسط وزارت نیرو تعیین خواهد شد.

آیین‌نامه اجرایی ماده (۶۳) قانون برنامه چهارم توسعه به تصویب هیئت دولت رسید و با شماره ۵۱۷۲۲/ت/۳۶۴۱۰ هـ. ۶/۴/۱۳۸۶ به همه دستگاه‌های مربوط ابلاغ شد. در ماده ۱ آیین‌نامه مناطق ساحلی، پهنه‌های ساحلی دریای خزر در استان‌های گیلان، مازندران و گلستان و پهنه‌های ساحلی خلیج فارس و دریای عمان در استان‌های خوزستان، بوشهر، هرمزگان و سیستان و بلوچستان و پهنه‌های ساحلی دیگر دریاچه‌های کشور اعلام شد. در ماده ۲ طرح جامع سامان‌دهی سواحل به صورت آرمانی تعریف و بازبینی، اصلاح و تکمیل قوانین و مقررات و استقرار مدیریت یک پارچه بر اساس اقدامات مشروح در آیین‌نامه بر عهده وزارت مسکن و شهرسازی گذارده شد که باید ظرف یک سال تهیه شود و به تأیید کارگروه موضوع ماده ۳ برسد. در بند (ب) از ماده ۲ وزارت جهاد کشاورزی موظف شد ظرف چهار ماه، معیارهای تعیین حریم دریا را (با اولویت دریای خزر) با همکاری وزارت‌های نیرو، کشور، دادگستری، مسکن و شهرسازی و راه و ترابری و سازمان‌های حفاظت محیط زیست و مدیریت و برنامه‌ریزی کشور مشخص و به کارگروه موضوع ماده (۳) این آیین‌نامه ارائه کند.^۱

قانون‌گذار در قانون اراضی مستحدث ساحلی مصوب ۱۳۵۴ و قوانین متعدد دیگر و از جمله در قانون برنامه چهارم توسعه بر تعیین حریم و آزادسازی نوار ساحلی تأکید کرده است. مستثنیات و مواد قانون اراضی مستحدث ساحلی صریح و روشن است. آن چه موجب بروز مشکلات شده، ضعف

۱. انوری پور، روح‌الله و عباس علی حیاتی، «بررسی حقوقی تملک اراضی خالصه در حقوق ایران»، اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، میبد، ۱۳۹۳، ص ۶.

مدیریتی است و نقایص عملکردی دستگاه‌ها نمی‌تواند مستمسک و دلیل خنثی کردن و تغییر قانون قرار گیرد. در این میان، اجبار دولت و دستگاه‌های مربوط به تنظیم آیین‌نامه‌ها و عمل به تکالیف محوله اهمیت دارد که نیازمند مدیریت توانا در اعمال قانون است.

به نظر می‌رسد با توجه به پیشروی‌ها و عقب‌نشینی‌های آب دریای خزر در سال‌های گذشته و در نتیجه تغییر حریم و علامت‌گذاری‌های انجام‌شده باید نسبت به تعیین حریم جدید همت گمارد. اگر تعیین حریم جدید و آزادسازی آن را در نظر بگیریم و با توجه به این‌که در قانون مربوط به اراضی مستحدث ساحلی، متولی حفاظت و رسیدگی و اجرای قانون، سازمان جنگل‌ها و مراتع است، این سازمان باید به استناد ماده ۸ و ماده ۱۲ آن قانون و با در نظر گرفتن ابعاد اجتماعی و سیاسی آن، مکلف به تنظیم آیین‌نامه دقیق و اقدام‌های لازم گردد. هم‌چنین طبق ماده ۷ قانون یادشده، حریم منابع مندرج در ماده ۲، عرض اراضی ساحلی و عرض حریم دریا قابل تملک و تصرف خصوصی نیست، حتی اگر متصرفین این قبیل اراضی، اسناد مالکیت گرفته باشند. پس وزارت جهاد کشاورزی باید بهای معوض را بپردازد.^۱

این قانون با تعریف حریم دریا و عرض اراضی مستحدث، وزارت کشاورزی وقت را مکلف کرد تا حدود حریم و اراضی مستحدث را شناسایی، نقشه‌برداری و علامت‌گذاری کند. این قانون، همه اراضی مستحدث را متعلق به دولت و ثبت اراضی در ادارات ثبت به نام اشخاص را فقط با اجازه وزارت کشاورزی مجاز می‌داند. علاوه بر آن، این وزارت‌خانه می‌تواند املاکی را که تا سال ۱۳۴۶ به نام اشخاص به ثبت رسیده است، خریداری یا با اراضی دیگری معاوضه کند و آن دسته از املاک را نیز که بدون مجوز ساخته شده‌اند، قلع بنا کند. این قانون، اختیارات کاملی را به وزارت کشاورزی و منابع طبیعی وقت و وزارت جهاد کشاورزی فعلی داده، اما تنظیم آیین‌نامه اجرایی آن در هاله‌ای از ابهام مانده است.

نخستین بار، ۲۲ سال بعد از انقلاب اسلامی، در فصل دوازدهم قانون برنامه پنج‌ساله سوم توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی، مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ و در بخش «سیاست‌های زیست‌محیطی» به حریم دریای خزر اشاره شد. طبق بند «د» ماده ۱۰۴ این قانون: «به منظور

۱. فارسیان، محمدرضا، «اظهار نظر کارشناسی درباره طرح الحاق یک تبصره به قانون اراضی مستحدث ساحلی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات زیربنایی، شماره مسلسل: ۷۴۱۱، ۱۳۸۴، ص ۱۰.

جلوگیری از آلودگی و سامان‌دهی ساحل دریای خزر، دولت موظف است نسبت به آزادسازی حریم دریا اقدام نماید». این قانون زمانی به تصویب رسید که چهار سال از توقف پیشروی دریای خزر می‌گذشت و این دریا به آرامی در حال عقب‌نشینی بود. در این قانون به حریم ۶۰ متر اشاره‌ای نشده و تنها گفته شده که دولت موظف است به آزادسازی حریم دریای خزر اقدام کند. گویا پیش‌فرض این قانون آن بود که در قوانین سال ۱۳۴۶ و ۱۳۵۴، عرض حریم به لحاظ قانونی تعیین شده و امر مکلف در قانون مشخص است. با این حال، به اتکای این بند از قانون برنامه سوم، اقدام مهمی در مورد حریم دریای خزر به ویژه آزادسازی آن انجام نشد و دولت نیز گزارشی نداد.

سازمان بنادر و کشتیرانی وقت (سازمان بنادر و دریانوردی کنونی) برای تحقق همین اشاره قانون در برنامه پنج‌ساله سوم، طرح «مدیریت یک‌پارچه مناطق ساحلی» موسوم به ICZM را در دستور کار قرار داد، اما این طرح نیز تنها از سال ۱۳۸۳ به طور عملی در دستور کار قرار گرفت. هم‌چنین برای نخستین بار در قانون برنامه چهارم از «مدیریت یک‌پارچه سواحل» در قوانین و مصوبه‌های قانونی در ایران سخن به میان آمد.

بر اساس تبصره موجود: «دولت موظف است کلیه وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی را به شکلی سامان‌دهی نماید که تا پایان برنامه چهارم [۱۳۸۸]، عقب‌نشینی شصت (۶۰) متر حریم دریا صد درصد (۱۰۰) انجام پذیرد. آیین‌نامه اجرایی این ماده توسط سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، سازمان حفاظت محیط زیست، وزارت خانه‌های مسکن و شهرسازی، کشور، جهاد کشاورزی، راه و ترابری، نیرو و عندالزوم سایر دستگاه‌های ذی‌ربط تهیه و به تصویب هیئت وزیران خواهد رسید».

در قانون اراضی مستحدث و ساحلی، مبنای حریم دریای خزر با رقوم سطح این دریای در سال ۱۳۴۲ تعیین شد که سال اجرای قانون اصلاحات ارضی نیز بود و در آن، حریم دریاها و دریاچه‌ها در بند «د» ماده ۱ این قانون مصوب (سال ۱۳۵۴) با تأیید و تأکید بر قانون اراضی ساحلی ۱۳۴۶ چنین تعریف شده بود: «حریم، قسمتی از اراضی ساحلی یا مستحدث است که یک طرف آن متصل به آب دریا یا دریاچه یا خلیج یا تالاب باشد». در بند «د» ماده ۲ همین قانون نیز در خصوص عرض حریم دریای خزر آمده بود: «عرض حریم دریای خزر، ۶۰ متر از آخرین نقطه پیشرفتگی آب در سال ۱۳۴۲ و عرض حریم دریاچه رضاییه، شصت متر از آخرین نقطه پیشرفتگی آب در سال ۱۳۵۳ و عرض حریم خلیج فارس و دریای عمان، شصت متر از آخرین نقطه مد می‌باشد».

نتیجه‌گیری

املاک خالصة، منبع مهم اقتصادی و مالی کشور است و در آمد حاصل از آن صرف تأمین هزینه‌های مملکت می‌گردد. با این حال، ضرورت ایجاب می‌کرد که نظارت و اداره و تعیین تکلیف املاک یادشده در نهایت دقت و احساس مسئولیت کافی انجام پذیرد. بررسی سوابق امر نشان می‌دهد دستگاه‌هایی که مسئول مستقیم ثبت و ضبط اموال و املاک مورد بحث و مسئول پی‌گیری و وصول درآمد این املاک بودند، چندان توجه و حساسیتی به این امر نداشتند، به طوری که در هر استان، واحد بسیار کوچکی، مسئول اداره املاک خالصجات بود. مسلماً چنین واحدی نمی‌توانست در مورد حفظ حقوق دولت و قطع ایادی متجاوزین به املاک و اراضی یادشده و تعقیب کیفری آنان از طریق مراجع قضایی و وصول درآمدها اقدام مؤثری انجام بدهد. البته در زمان سلطنت رضا شاه با تصویب قوانینی و تصویب تشکیلات خالصجات تا حدودی نظارت و کنترل و اداره املاک خالصجات وضع بهتری پیدا کرد و تا حدی نظم و نسقی به املاک خالصجات داده شد.

سوابق امر حاکی از این است که تجاوز به املاک خالصة دولتی به خصوص در مناطق عشایری ایلاتی که دولت نظارت و نفوذ کم‌تری داشت، توسط اشخاص از طریق تقاضای ثبت آن‌ها به نام خود هم‌چنان ادامه داشت و به دلیل اعتراض نکردن در موعد مقرر قانونی از طرف مسئولان مربوط، این املاک به نام اشخاص ثبت می‌گردید. به این ترتیب، هزاران ملک خالصة در اجرای ثبت عمومی و اجباری املاک از طرف اشخاص در خواست ثبت گردید.

طبق ماده ۲۲ قانون ثبت: «دولت، کسی را مالک می‌شناسد که ملک در دفتر املاک به نام اشخاص ثبت گردیده و به او منتقل گردیده و از طریق ارث به او رسیده و آن هم ثبت دفتر املاک رسیده، آن شخص مالک می‌باشد». به دلیل مسامحه و تبانی متصدیان امر، بسیاری از املاک خالصة از طریق به ثبت رساندن اشخاص از مالکیت دولت خارج شد و به مالکیت اشخاص در آمد. متصدیان املاک خالصة مکلف بودند خودشان برای املاک خالصة تقاضای ثبت کنند و به نام دولت، سند مالکیت بگیرند که نه تنها به این وظیفه قانونی عمل نکردند، بلکه به تقاضای این اشخاص نیز اعتراض نکردند.

اصولاً اراضی عمومی اعم از خالصة و مستحدثه و ساحلی به حکم مقررات مصوب بعدی قابل درخواست ثبت است و ماده ۴۱ آیین‌نامه قانون ثبت مطرود است. مطابق قواعد مربوط به خرید

و تملک اراضی، پس از وجود شرایط ابتدایی و مقدماتی، سلسله ترتیبات قانونی برای تملک اراضی وجود دارد که مراحل مختلف تملک اراضی را تشکیل می‌دهد. اراضی خالصه مستحدثه و ساحلی شامل زمین‌هایی است که به دولت تعلق دارند و خرید و فروش آن‌ها فقط با اجازه دولت امکان‌پذیر است. در حقوق ایران، اراضی خالصه از قدیم‌الایام رواج داشت، به طوری که این زمین‌ها در منابع این دوره، خالصات خوانده می‌شد و برای اداره این املاک، دیوان خالصات تشکیل گردید.

به دلیل برخی نقایص و مشکلاتی که در نظام حقوقی ایران در مسیر ثبت اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی وجود دارد، بسیاری از املاک بدون ثبت باقی مانده یا عملیات ثبت آن‌ها نیمه‌کاره رها شده است. در مبحث مالکیت اراضی و سلسله قوانین مرتبط با آن که در قوانین موضوعه کشور از دیرباز تاکنون مباحث گسترده‌ای را به خود اختصاص داده است، موضوع اراضی خالصه از آن دسته از مقولاتی است که با توجه به شرایط حاکم بر این اراضی، در قوانین ماسبق به خصوص در قوانین مصوب دهه‌های ۳۰ تا ۴۰ از جمله قانون فروش خالصجات مصوب سال ۱۳۳۴ از جایگاه ویژه‌ای برخوردار بود. نحوه ارزش‌گذاری اراضی خالصه و مستحدثه ساحلی از منظر حقوقی به صورتی است که هر ارگان یا سازمانی طبق این قوانین می‌توانند به تملک اراضی بپردازند. در غیر این صورت، مالک می‌تواند مابه‌التفاوت مبلغ تعیین‌شده از طرف قانون و مبلغ فروخته‌شده را از آن سازمان توسط مقنن بگیرد. هم‌چنین قانون‌گذار، محدودیت‌های قانونی در فروش اراضی خالصه مورد نیاز دولت و دستگاه‌های دولتی را در نظر داشته است. بایر بودن اراضی خالصه از منظر قانون‌گذار می‌تواند از شرایط واگذاری این زمین‌ها باشد. بایر بودن و غیر قابل استفاده بودن، یکی از محدودیت‌های فروش این زمین‌هاست.

قانون‌گذار در خصوص اراضی ساحلی با یک تبصره پیشنهادی، همه شهرهای ساحلی را که ساحل آن‌ها سامان‌دهی شده و نیز اراضی واقع در محدوده قانونی شهرها را مستثنا کرده است تا از سردرگمی مردم در مراجعه به شهرداری‌ها (برای دریافت پروانه ساختمانی) بکاهد و از اعمال سلیقه مجریان قانون در شهرداری‌ها جلوگیری کند. اعمال نشدن تکلیف قانون وزارت جهاد کشاورزی، سازمان جنگل‌ها و منابع طبیعی در تعیین حریم و علامت‌گذاری‌های مربوط از دیگر مواردی است که قانون‌گذار به عنوان منشأ بروز مشکلات در مناطق ساحلی به آن اشاره کرده است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. بشیری، عباس و همکاران، حقوق کاربردی املاک و اراضی، چاپ سوم، تهران: جنگل، ۱۴۰۱.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۳.
۴. شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی شده، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۵. گزارش و مطالعات طرح جامع مدیریت یکپارچه مناطق ساحلی کشور، تهران: سازمان بنادر و دریانوردی کشور، ۱۳۸۸.

۲. مقاله

۱. افتخار جهرمی، گودرز و علی محمودیان، «اصلاحات ارضی در خالصجات»، تحقیقات حقوقی، پذیرفته شده آنلاین، ۱۳۹۷.
۲. امانی، مسعود و هادی دهنوی، «تبارشناسی حقوقی و تقنینی مالکیت زمین در ایران»، فصل نامه قضاوت، شماره ۹۲، ۱۳۹۶.
۳. انوری پور، روح‌الله و عباس علی حیاتی، «بررسی حقوقی تملک اراضی خالصه در حقوق ایران»، اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق، میبد، ۱۳۹۳.
۴. تیموری، بیگرد و شهرام محمدی، «چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴۶، ۱۴۰۱.
۵. حسینی تهرانی، مرتضی، «تشخیص اموال عمومی از خالصجات»، مجله کانون وکلا، شماره ۶۸-۶۷، ۱۳۳۸.
۶. رازجویان، مهدی و همکاران، «سامان‌دهی کاربری‌های اراضی ساحلی به منظور توسعه گردشگری شهری (مطالعه موردی: شهر سرخرود)»، تحقیقات کاربردی علوم جغرافیایی، سال بیستم، شماره ۵۷، ۱۳۹۹.
۷. رضایی‌زاده، محمدجواد و مهدی بابایی، «نظریه‌های مربوط به ماهیت حقوقی اموال عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.

۸. رودگرمی، پژمان و محمدتقی عموزاد مهدیرجی، «چالش‌ها و مشکلات قوانین و مقررات کشور در حفظ جنگل‌ها و مراتع»، مجله جنگل ایران، سال یازدهم، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۹. شکوهی، محمدرضا، «درآمدی بر آسیب‌شناسی حقوق مالکیت اراضی در ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل: ۹۳۹۵، ۱۳۸۷.
۱۰. صابری، روشنک و همکاران، «مالکیت خصوصی در میانه هم‌گرایی و واگرایی اندیشه‌های حقوق طبیعی و فقه امامیه»، پژوهش حقوق تطبیقی غرب و اسلام، سال هفتم، شماره ۱، ۱۳۹۹.
۱۱. طاهانی‌نژاد نوبری، سیده الهام، «بررسی مالکیت اراضی نفتی تعارض حقوق عمومی و خصوصی»، مجله قانون‌یار، دوره دوم، شماره ۶، ۱۳۹۷.
۱۲. عباسی، بیژن و مسعود معصومی، «جایگاه اموال دولتی در نظام حقوق ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
۱۳. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۳، ۱۳۹۸.
۱۴. فارسیان، محمدرضا، «اظهار نظر کارشناسی درباره طرح اصلاح بند (د) ماده ۲ قانون اراضی مستحدث و ساحلی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات زیربنایی و حقوقی، شماره مسلسل: ۱۳۳۵۳.
۱۵. فارسیان، محمدرضا، «اظهار نظر کارشناسی درباره طرح الحاق یک تبصره به قانون اراضی مستحدث ساحلی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات زیربنایی، شماره مسلسل: ۷۴۱۱، ۱۳۸۴.
۱۶. فرخی، سعیده، «بررسی مقررات محدودکننده تصرف و مالکیت اشخاص در اراضی بستر و حریم تالاب‌ها»، دومین کنفرانس ملی حقوق، الهیات و علوم انسانی، ۱۳۹۶.
۱۷. لعلی سهراب، مسعود و همکاران، «تأملی بر مراجع صلاحیت‌دار و آیین شکلی سلب مالکیت اراضی در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰.
۱۸. محمدیان امیری، مهدی و سید یوسف موسوی انیج‌دان، «بررسی فقهی و حقوقی مالکیت اراضی اشخاص در اثر پیشروی آب دریا»، اندیشه حقوقی معاصر، دوره دوم، شماره ۱، ۱۴۰۰.

۱۹. میرجعفری، سید حسین و فاطمه ابراهیمی، «بررسی حقوقی اراضی خالصه، مستحدثه و ساحلی در نظام ثبتی ایران»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۵.
۲۰. یوسفی فر، شهرام و معصومه یدالله‌پور عربی، «خالصه‌سازی در مازندران دوره قاجار»، پژوهش‌نامه تاریخ‌های محلی ایران، سال نهم، شماره ۱۷، ۱۳۹۹.

بررسی اختیار ویژه حکومت در نقض حریم خصوصی شهروندان در شرایط اضطراری

سیدرضا موسوی^۱

سید محمد میرخلیلی^۲

سیدحسین هاشمی^۳

چکیده

حق بر حریم خصوصی، یکی از حقوق بنیادی بشر است که بر اساس آن، زندگی و حریم اشخاص باید از هر گونه تعرض و دخالت به ویژه از سوی مقامات دولتی در امان باشد. این امر در شرایط عادی است، اما در صورت بروز وضعیت اضطراری به دلیل اقتضائات و شرایط خاص ممکن است اطلاق حق بر حریم خصوصی با محدودیت مواجه گردد. این محدودیت‌ها از چشم‌انداز حقوق اداری و نیز حقوق جزا قابل بررسی است. از دیدگاه حقوق اداری، در صورت بروز وضعیت اضطراری، مقامات اداری دارای اختیارات ویژه‌ای می‌شوند که گاهی در دوره بحران قابل نظارت قضایی نیستند. از دیدگاه حقوق جزا، حکومت در مسائلی که نتایج زیان بار آن متوجه جامعه می‌شود، مثل محاربه، «کشیدن سلاح برای ترساندن مردم»، «افساد فی الارض»، «جرائم علیه امنیت داخلی و خارجی کشور» و بغی و «قیام مسلحانه در برابر حکومت اسلامی» می‌تواند وارد حریم خصوصی افراد شود. قانون‌گذار ایران به تبعیت از فقه امامیه در شرایط تصریح شده، ورود به حریم خصوصی افراد جامعه را مجاز دانسته است. البته در موضوع جرایم امنیتی مثل بغی باید با تفسیر درست قوانین و تفکیک جرایم علیه امنیت از جرایم سیاسی، راه سوء استفاده و ایدای شهروندان بسته شود. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: حق بر حریم خصوصی، وضعیت اضطراری، حکومت، حقوق اداری، شهروندان.

۱. seyedrmousavi6@gmail.com

۲. mirkhalili@ut.ac.ir

۳. shhashemi@gmail.com

مقدمه

حق بر حریم خصوصی به عنوان حق بر تنها ماندن، آزاد بودن در قبال حفظ اسرار و اطلاعات امور زندگی بدون مزاحمت‌های ناخواسته توسط عموم در موضوعاتی که ارتباطی با جامعه ندارد، تعبیر می‌شود. هم‌چنین به قلمرویی از زندگی شخصی فرد اطلاق می‌شود که انتظار دارد دیگران بدون رضایت یا اعلام قبلی وی یا به حکم قانون یا مراجع قضایی آن را نقض نکنند، از قبیل حریم جسمانی، وارد شدن، نظاره کردن، شنود و دسترسی اطلاعات شخصی فرد. حریم خصوصی، گستره‌ای از عقاید، اعمال، رفتارها، ویژگی‌ها و مختصات هر شخصی است که برای عموم مردم آشکار نیست و وی به افشای آن رضایت ندارد.^۱

به نظر می‌رسد رویکرد امنیتی دولت اسلامی، شاخص‌هایی دارد که فضای حداقلی را برای حمایت از حریم خصوصی فراهم می‌سازد. این موضوع، نیازمند پژوهشی مستقل است، ولی به مهم‌ترین این شاخص‌ها اشاره می‌شود:

۱. محور امنیت در نظام سیاسی اسلام، «مردم» هستند، نه «حکومت»، به این معنا که حکومت، وظیفه تأمین امنیت مردم را دارد و اساساً برای تحقق این هدف تشکیل می‌شود. قدرتی که در اختیار دولت است، مانند یک سلاح شخصی برای تأمین امنیت خود نیست، بلکه مانند سلاحی است که در اختیار پلیس قرار می‌گیرد تا بتواند امنیت و آسایش شهروندان را تأمین سازد. اگر غایت حکومت، تأمین «امنیت مردم» است، پس حکومت نمی‌تواند با سلب امنیت از مردم، امنیت خویش را تحکیم بخشد. امیرالمؤمنین علی (ع) که وجود حکمران را بر مبنای ضرورت تبیین می‌کند، این ضرورت را در تأمین امنیت جامعه به وسیله حکمران می‌داند: «لا بد للناس من امیر... فیأمن به السبل».^۲ البته حکومت باید نسبت به اقشاری که بیش‌تر در معرض تهدید و ستم قرار می‌گیرند، اهتمامی ویژه داشته باشد. علی (ع)، قدرت خویش را برای رسیدن به این هدف می‌دید: «فیأمن المظلومون من عبادک». حکومت برای تأمین امنیت مردم باید خودش از امنیت برخوردار باشد، ولی امنیت حکومت، «ابزاری» برای امنیت مردم است، نه برعکس.

۱. نقیبی، ابوالقاسم و معصومه شهریاری، «مفهوم، مصادیق و مستندات فقهی و حقوقی حریم خصوصی خانواده»، دوفصل‌نامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره بیست و هفتم، شماره ۱۴۰۱، ۷۶، ص ۶۲.

۲. شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، محقق: صبحی صالح، چاپ اول، قم: هجرت، ۱۴۱۴، ص ۱۲۱.

۲. دولت به دلیل وظیفه‌ای که برای تأمین امنیت «جامعه» دارد، از شدیدترین مجازات‌ها برای متجاوزان به امنیت «مردم» استفاده می‌کند. مجازات محاربه که «قتل»، به دار آویختن و قطع دست و پاست، به کسانی اختصاص دارد که امنیت را از مردم سلب می‌کنند. با این حال، اگر به امنیت «حکومت» هجوم شود، چنین مجازاتی وجود ندارد و دولت فقط می‌تواند «دفاع» کند و در شرع، مجازاتی برای تهدیدکنندگان امنیت حکومت مقرر نشده است. قتال با «بغات»، صرفاً در حد «ممانعت» از تجاوزکاری «باغیان» است، نه آن‌که حدّ و عقوبت آنان به اشد مجازات باشد. از این رو، وقتی دست از طغیان بردارند، برخورد حکومت پایان می‌پذیرد: «فقتلوا التی تبغی حتی تفیء إلی امر الله»^۱.

۳. در شریعت اسلامی، در مورد خطرهایی که موجودیت حکومت را تهدید می‌کنند، جرم‌انگاری به کم‌ترین حد رسیده است؛ زیرا مقابله با بغات به شرایط «شورش مسلحانه» آنان اختصاص دارد. غیر از «بغی» نیز عنوان مجرمانه دیگری در فقه سراغ نداریم که بر «مخالفت با حکومت» صدق کند و به عنوان جرم ضد امنیتی شناخته شود. البته حکومت اسلامی می‌تواند مجازات‌های تعزیری برای اخلال‌کنندگان در امنیت از قبیل جاسوسان مقرر کند، ولی این موارد هم کاملاً محدودند.

حقوق و آزادی‌های فردی به عنوان بخش عمده‌ای از مطالبات شهروندان در تمام جوامع مطرح است و پذیرش قلمرو حریم خصوصی از مطالبات عمومی انسان‌ها و از جمله مهم‌ترین موضوعات حقوق بشری است. ضرورت‌های زندگی اجتماعی به جهت برقراری امنیت، نیازمند نظارت و مداخله دولت‌هاست که این ضرورت هم عقلانی است و هم مبانی شرعی و فقهی دارد. از این جهت، همان گونه که آزادی انسان مطلق نیست، حریم خصوصی هم به صورت مطلق معنا پیدا نمی‌کند. پس قاعده لزوم حفظ نظام با در نظر گرفتن قواعد فقهی مانند عدم تجسس در حریم خصوصی افراد، عنوان ثانوی «حفظ مصالح و امنیت نظام» را برای دفاع از حقوق اجتماعی افراد وضع کرده و از این طریق به مداخله و نظارت بر قلمروی حریم خصوصی افراد مشروعیت بخشیده و آرامش افراد و حمایت از سرمایه‌های مهم زندگی ایشان را که همان حیثیت فردی آنان است، تأمین کرده است.^۲

۱. حجرات: ۱۰.

۲. خاکی، مینو و همکاران، «مبانی قرآنی و قواعد مشروعیت نظارت دستگاه‌های دولتی بر حریم خصوصی»، مطالعات قرآنی، دوره چهاردهم، شماره ۵۴، ۱۴۰۲، ص ۱۹۰.

در خصوص موضوع پژوهش حاضر می‌توان از مقاله حسین آقابابایی با عنوان «مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبنای قانونی تا تجویز مداخله کیفری» یاد کرد که ایجاد مرجع قانونی برای مدیریت وضعیت اضطراری را پیشنهاد داده است. وی بیان داشته است که با توجه به محدودیت‌های حقوق بنیادین در دوران تعلیق حقوق یا اعلام وضعیت فوق‌العاده و اضطراری، لزوم تصویب موضوع در مجلس شورای اسلامی و تجدید اذن قوه مقننه در این خصوص (اصل ۷۹ قانون اساسی) اهمیت دارد.

علی آریان‌نژاد و همکاران در مقاله «سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» به این نتیجه رسیده‌اند که با توجه به ماهیت و ساختار شورای عالی امنیت ملی و زمان بر بودن فرآیند اصل ۷۹ قانون اساسی، همین شورا مناسب‌ترین نهاد در نظام حقوقی ایران برای تصمیم‌گیری‌های فوری اولیه بر اساس قانون اساسی است. البته همانند نظام حقوقی فرانسه، این تصمیمات باید از لحاظ زمانی محدود باشند که حد مناسب آن در نظام حقوقی ایران، اتمام فرآیند تقنین مجلس است.

ابراهیم موسی‌زاده و فهیم مصطفی‌زاده نیز در مقاله «نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی» بیان داشته‌اند که حیطه حقوق خصوصی و خلوت، اصطلاحی است که به صورت مکرر در محاورات و عامیانه و هم‌چنین در مباحثات حقوقی، سیاسی و فلسفی استفاده می‌شود. در تعریف حق بر حریم خصوصی آمده است: حق داشتن یک چارچوب محافظت‌شده امن و خالی از اغیار است که در این چارچوب، فرد از یک نوع خودمختاری شخصی برخوردار است.

حسین آقابابایی در مقاله خود با عنوان «لیبرالیسم، حریم خصوصی و قانون پاتریوت» بر این مسئله تأکید کرده است که وقوع تروریسم سبب دخالت دولتی‌هایی مانند آمریکا و فرانسه در حق بر حریم خصوصی شده است. این قوانین و رویه‌ها با نقض قوانین ملی و بین‌المللی، به شکلی گسترده به سازمان‌های امنیتی، پلیسی، آموزشی، مخابراتی و حمل و نقل، اجازه جمع‌آوری اطلاعات شخصی و در اختیار گذاشتن آن برای تحلیل اطلاعات را می‌دهند و این امر به عنوان رویه و استراتژی نهادینه شده است.

مسئله اصلی این پژوهش، بررسی اختیارات دولت و حکومت در نقض حریم خصوصی در شرایط اضطراری است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد مقامات اداری برای انجام صحیح خدمات عمومی

در شرایط اضطراری می‌توانند حق بر حریم خصوصی را نادیده ببانگارند و در صورت ارتکاب برخی جرایم توسط اشخاص، ورود به حریم خصوصی مجرمان جایز است.

گفتار اول. مبانی نظری

بند اول. چیستی حق بر حریم خصوصی

حریم خصوصی در زبان محاوره و نیز مباحث فلسفی، سیاسی و حقوقی همیشه استفاده می‌شود، ولی هنوز تعریف مدوّن و مشخصی از آن ارائه نشده است. فلاسفه حال و گذشته و نظریه‌پردازان حقوقی همواره از دشواری ارائه تعریف اقناع‌کننده از مفهوم حریم خصوصی شکوه دارند. جان لاک می‌گوید که «هر انسانی در درون خود، یک قلمروی شخصی دارد» و تأکید می‌کند که هیچ کس غیر از خود شخص، حقی برای ورود به این قلمرو ندارد.^۱

در حوزه حقوق عمومی کنونی، حقوق دانان به تعاریفی از مفهوم حریم خصوصی اشاره کرده‌اند. در این حوزه، حریم خصوصی با شناسایی عناصری چون «محرمانه بودن»، «ناشناس بودن» و «تنهایی» به عنوان ارکان حریم خصوصی این گونه تعریف می‌شود: «قلمرویی از زندگی هر شخص است که آن شخص به طور نوعی و عرفی انتظار دارد که دیگران بدون رضایت وی به اطلاعات راجع به آن قلمرو دسترسی نداشته باشند و یا به آن قلمرو وارد نشوند یا به آن قلمرو نگاه یا نظارت نکنند یا به هر صورت دیگری، وی را در آن قلمرو مورد تعرض قرار ندهند». در تعریف دیگر چنین آمده است: «عنصر اساسی حریم خصوصی همانا اختیار و آزادی انسان‌ها در تصمیم‌گیری در خصوص میزان وقوف و مداخله سایرین نسبت به زندگی شخصی ایشان است. هر کس اصولاً و صرف نظر از استثنای خاص و قانونی حق دارد که خود در خصوص این‌که دیگران تا چه میزان در خصوص زندگی شخصی او بدانند و یا در آن وارد شوند، تصمیم بگیرد و در صورت عدم تمایل، ایشان را منع کند».^۲

۱. هوسمن، کارل، «حرمت حریم خصوصی در برابر حق مردم به آگاهی از رویدادها»، ترجمه: داوود حیدری، رسانه، شماره ۲۷، ۱۳۷۵، ص ۱۲۳.

۲. مشهدی، علی و سجاد محمدلو، «مطالعه تطبیقی مفهوم و معیار حق حریم خصوصی: رویکرد عرفی و فرهنگی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره بیستم، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴.

جان لاک، فیلسوف قرن هفدهم میلادی از جمله فیلسوفان اصحاب قرارداد اجتماعی است که مجموعه آموزه‌های وی در حوزه‌های مختلف علوم اجتماعی، الهام‌بخش اصلی لیبرالیست‌های قرن‌های بعدی در طراحی مدل‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در جامعه لیبرال سرمایه‌داری شد. اندیشه سیاسی لاک تحت تأثیر نظریه تساهل و سیاست‌های آزادی‌خواهی لاک برای اعتلای اندیشه، اصالت جان، مال و آزادی انسان بود.^۱

به عقیده لاک، انسان آزاد و عاقل پای به عرصه گیتی نهاده و تابع هیچ قانون‌گذاری نبوده است و تعهدی به هیچ قدرت برتری ندارد. قانونی که او پذیرفته، تنها قانون طبیعی است و آزادی افراد در جامعه بر پایه رضایت بنا نهاده شده است که به واسطه آن، انسان در کشور تحت حمایت قوه مقننه قرار می‌گیرد. در عین حال، قوه مقننه، قدرت مستبدانه و مطلقه بر افراد ندارد؛ زیرا قدرتی که قوه مقننه دارد، چیزی نیست جز قدرتی که افراد به او داده‌اند تا از وضع طبیعی به سوی جامعه مدنی انتقال یابند. افراد، قدرت طبیعی خویش را به دولت تسلیم کرده‌اند تا از امنیت، آزادی، کمال، تن‌درستی و دارایی برخوردار شوند و دولت باید تنها در نیل به خیر عمومی تلاش کند. لاک مدعی است مراقبت از روح و روان هر فرد به خود او وابستگی دارد و مقرر است که به خود او و نهاده شود.^۲

لاک در تعریف شاخص‌های تشکیل‌دهنده منافع مدنی به عواملی مانند زندگی، آزادی، تن‌درستی، آسایش تن و تملک اشیای خارجی هم‌چون پول، زمین، مسکن، اثاثیه و لوازم زندگی اشاره می‌کند که با حیات‌مندی بشر ارتباط مستقیم دارند. در این نوع جهان‌بینی، دولت نه تنها هیچ نقش و رسالتی در مورد حیات دینی و معنوی افراد جامعه ندارند، بلکه اصولاً حق دخالت در این امور را هم ندارد. بنابراین، کل حوزه اقتدار فرمانروا فقط به امور مدنی ختم می‌شود. قلمرو قدرت حاکم نمی‌تواند و نباید به امور مربوط به رستگاری روح انسان‌ها تعمیم یابد.^۳ در باور لاک، تمام انسان‌ها از حقوق طبیعی، آزادی و برابری برخوردارند و تبعیت از قدرت بدون رضایت مفهومی ندارد. نهادهای قانون‌گذاری به نمایندگی از اکثریت جامعه تصمیم می‌گیرند. در اندیشه لاک، احترام به حقوق

۱. شریعت، فرشاد، «پارادوکس آزادی و بردگی در لیبرالیسم جان لاک»، فصل‌نامه سیاست، دوره چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

۲. محمودی، سید علی، عدالت و آزادی، تهران: اندیشه معاصر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۶۹.

۳. نصیری، بهرام و همکاران، «بررسی تطبیقی مفهوم تساهل و تسامح در اندیشه جان لاک و اندیشه اسلامی مبتنی بر قرآن»، پژوهش دینی، شماره ۴۴، ۱۴۰۱، ص ۱۸۶.

طبیعی و مدنی شامل آزادی، حق مالکیت خصوصی، حکومت مشروط و محدود، حق شورش و حق حریم خصوصی دیده می‌شود.^۱

یکی از مبانی مهم دیگری که شناسایی حق بر حریم خصوصی را برای افراد جامعه ضروری و حتی واجب می‌سازد، وجود دولت همراه با قدرت و سلطه‌اش در جامعه است. با شناسایی حق خلوت باید فردیت و استقلال شخصیتی انسان را در برابر حکومت در امان نگه داشت. در واقع، باید یکی از مبانی شناسایی حق بر حریم خصوصی را محدودسازی ماهیت توسعه طلب و احياناً ستمگر قدرت دانست که اگر بدون حد و مرزها شود، ممکن است فرد را فدای مصلحت و امیال قدرت سیاسی کند. با احترام به حق بر حریم خصوصی است که افراد بشر در مقابل مصادر قدرت، جامعه و دیگر اشخاص حمایت و حفاظت می‌شوند. این حق برای سعادت بشر بسیار اهمیت دارد و باید به عنوان یکی از حقوق اساسی بشر شناخته شود.^۲

در حقوق داخلی، در سال ۱۳۸۸ در لایحه حمایت از حریم خصوصی که به مجلس شورای اسلامی ارائه گردید، حریم خصوصی تعریف شد. قانون تجارت الکترونیکی ایران مصوب ۱۳۸۴ نیز بدون تعریف حریم خصوصی در فصل سوم با بیان قواعد مربوط به بحث حمایت از داده‌ها به اطلاعات در حمایت از حریم خصوصی توجه نشان می‌دهد. دو ضابطه برای شناسایی مصادیق مشمول این حریم وجود دارد: ضابطه نوعی که به موجب آن، برخی جنبه‌های زندگی انسان‌ها نوعاً یا عرفاً حریم خصوصی آن‌ها محسوب می‌شود و در صورت نقض آن، مرتکب باید اثبات کند که مدعی نقض به نحو ضمنی یا صریح از حریمش عدول کرده است. ضابطه شخصی که هر فردی می‌تواند بنا به تشخیص و علاقه خود، قسمت‌هایی از زندگی‌اش را مشمول حریم خصوصی خویش اعلام کند.^۳

۱. شهریار، شهره و همکاران، «دولت در فلسفه سیاسی جان لاک و کارل مارکس: رویکرد تطبیقی. انتقادی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۹۹، ص ۲۶۴۵.

۲. موسی‌زاده، ابراهیم و فهیم مصطفی‌زاده، «نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی»، بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۵۱.

۳. محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات (مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹، ص ۳۲.

بند دوم. شرایط اضطراری

دکترین حقوقی داخلی در گذشته درباره مفهوم و مبانی وضعیت اضطراری و اعلام آن توسط حکومت‌ها مسائلی عنوان کرده است. از نظر گروهی، دولت‌هایی که درگیر بحران می‌شوند، برای بازگرداندن نظم در جامعه، حالت فوق‌العاده اعلام می‌کنند. این مسئله تحت عنوان وضعیت اضطراری هم شناخته می‌شود. با اعلام این وضعیت، عملاً دخالت حکومت در آزادی‌های فردی افزایش پیدا می‌کند؛ زیرا راه حل مشکلات برزیافته، مدیریت مقتدرانه جامعه است که بدون مداخله در زندگی شهروندان میسر نمی‌گردد.^۱

از استثناهای اصل منع جواز ورود مأموران پلیس به اماکن خصوصی، موقعیت حکومت نظامی و حالت فوق‌العاده است. در حالات اخیر، فرض بر این است که تعارض گروه‌های ذی‌نفوذ مملکتی، نظم عمومی و امنیت کشور را به طور جدی تهدید می‌کند. پس نظامیان، مصدر اداره امور کشور می‌شوند. در این وضعیت، آزادی‌های فردی محدود می‌شود و قلمرو اختیارات مأموران دولتی بیش از حد متعارف افزایش می‌یابد.^۲

گفتار دوم. رویکرد قانون‌گذار اساسی به مسئله حریم خصوصی و وضعیت اضطراری

قانون اساسی، عالی‌ترین سند حقوقی در یک کشور است. پس بررسی رویکرد قانون‌گذار اساسی در مورد حریم خصوصی و وضعیت اضطراری قابل توجه است.

بند اول. حریم خصوصی در اندیشه قانون‌گذار اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حریم خصوصی مردم حمایت کرده است، ولی نقض و تحدید این حق را جایز و ممکن می‌داند. افزون بر آن، بدون ذکر دلیل و ارائه ملاک و مبنا، جواز نقض حریم خصوصی را به قوانین عادی ارجاع می‌دهد و این جاست که این شبهه و دغدغه اساسی پیش می‌آید که با چه ملاک و مبنایی می‌توان این حق حیاتی و اساسی مردم را تهدید و تحدید

۱. جلالی، علی‌رضا و محمد ابوعطا، «وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین: بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کووید ۱۹»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۹، ص ۴۴.

۲. انصاری، ولی‌الله، حقوق تحقیقات جنایی، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۶، ص ۱۶.

کرد. برای برون‌رفت از این بن‌بست، اصل چهارم قانون اساسی می‌تواند راه‌گشا باشد؛ چون طبق این اصل که بر عموم و اطلاق دیگر اصول حاکم است، «کلیه قوانین و مقررات دیگر باید منطبق با موازین اسلامی باشند».^۱

منطق عمومی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در باب محدودیت‌های حاکم بر حقوق و آزادی‌ها، لزوم تعیین این محدودیت‌ها و ضوابط به موجب قانون است. این منطق در سراسر قانون اساسی حاکم است. برای مثال، نمونه‌هایی از این منطق در اصول زیر قابل مشاهده است: در بند ۷ اصل ۹ قانون اساسی، تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی به حدود قانون مقید شده است. در اصل ۲۲ قانون اساسی، تعرض به حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص فقط در موارد تجویز قانون پذیرفته شده است. در اصل ۲۴، تعیین محدودیت‌های مطبوعات به قانون واگذار شده است. طبق اصل ۳۲، دستگیری افراد فقط به حکم و ترتیب قانونی مجاز است.^۲

در نظام حقوقی ایران چه در اصول قانون اساسی و چه در قوانین عادی، حریم خصوصی تحت عنوان خاص و مشخص تعریف نشده، بلکه به طور پراکنده و در ضمن دیگر مباحث حقوقی از آن صحبت به میان آمده است.^۳ قانون اساسی ایران در حکم مرجع قضایی تمامی قوانین، از حریم خصوصی صریحاً حمایت نکرده، بلکه در برخی اصول آن، این حمایت به صورت ضمنی آمده است، آن هم نه با نام حریم خصوصی، بلکه تحت عناوینی چون حریم خلوت و تنهایی، حریم مکانی، حریم اطلاعات، حریم ارتباطات و حریم جسمانی. بر خلاف قوانین اساسی کشورهایی که از حریم خصوصی به صورت مشخص و در قالب اصل یا اصول خاصی حمایت کرده‌اند، در قانون اساسی ایران، اصل خاصی به طور مشخص از حریم خصوصی حمایت نمی‌کند.

به طور کلی، اگر حریم خصوصی را به حریم خلوت و تنهایی، مکانی، اطلاعات، ارتباطات و حریم جسمانی دسته‌بندی کنیم، در قانون اساسی ایران، داشتن حریم خصوصی، حق اساسی شناخته

۱. عمید زنجانی، عباس علی، مبانی فقهی کلیات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۲، ص ۶۹.

۲. نجارزاده هنجنی، مجید، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران: در جست‌وجوی اداره صلاحیت‌دار»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۲۲۹.

۳. انصاری، باقر، «حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام، تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۲۵.

نشده است و از حریم خلوت و تنهایی به صورت صریح و ضمنی حمایت نشده است. آزادی اطلاعات جز به صورت مضیق در اصل ۲۴ در جای دیگری مطرح نشده است. در اصل ۲۵ نیز بدون تصریح به آزادی ارتباطات به استثنای این آزادی اشاره شده و از حریم خصوصی ارتباطات در مورد شایع‌ترین وسایل ارتباطی حمایت گردیده است. دیگر اصول قانون اساسی نیز به صورت ضمنی به حمایت از حریم خصوصی جسمانی و حفظ کرامت انسانی و حفظ مال و مسکن پرداخته‌اند.^۱

بند دوم. وضعیت اضطراری در اندیشه قانون‌گذار اساسی

تمشیت و مدیریت وضعیت‌های اضطراری باید مبتنی بر قانون اساسی باشد. اعلام وضعیت اضطراری و اجرای محدودیت‌ها به طور معمول با تحدید حقوق و آزادی‌های بنیادین همراه است. پس در خود قوانین اساسی باید تمهیداتی برای این امر اندیشیده شود. در غیر این صورت، نظام‌های سیاسی به راحتی می‌توانند با بهره‌گیری از ابزار وضعیت اضطراری، تضمینات مقرر در قانون اساسی را به مخاطره اندازند. تاکنون به اصل ۷۹ قانون اساسی درباره اعلام وضعیت اضطراری استناد نشده است. ابهام مهمی که درباره اصول ۷۹ و ۱۷۶ قانون اساسی وجود دارد، هم‌پوشانی حوزه‌های اجرایی شدن آن‌هاست، به این معنا که به نظر می‌رسد در موارد مربوط به اصل ۷۹ قانون اساسی به جای توسل به اصل یادشده می‌توان اصل ۱۷۶ قانون اساسی را اجرا کرد یا این‌که طبق اصل ۷۹ قانون اساسی، دولت حق دارد با تصویب مجلس به طور موقت، محدودیت‌های ضروری را برقرار کند. با این حال، با اجرای اصل ۱۷۶ به جای این اصل، شورای عالی امنیت ملی به جای دولت و مجلس شورای اسلامی تصمیمات لازم را خواهد گرفت.^۲

با نخستین نگاه به اصل ۷۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این اصل بسیار کلی، مبهم و مجمل به نظر می‌رسد. وجود عباراتی مانند «حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن» و «محدودیت‌های ضروری»، حاکی از این ابهام و اجمال است. با این حال، شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی، تاکنون تفسیری از این اصل ارائه نداده است. نخستین انتقاد وارد بر این اصل،

۱. رفیعی، علی و همکاران، «پاسخ‌های غیر کیفری به مسائل نقض حریم خصوصی در سیاست جنایی ایران و کانادا»، پژوهش حقوق کیفری، دوره یازدهم، شماره ۴۱، ۱۴۰۱، ص ۲۱۱.

۲. آقایی طوق، مسلم، «بایسته‌های حقوق اساسی مدیریت وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر کووید ۱۹»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۷۴۴.

«وضعیت‌های اضطراری» است که قانون اساسی ایران آن را تعریف نکرده است. انتقاد دیگر این است که قانون اساسی برای تصویب چنین محدودیت‌های ضروری که نتیجه آن، محرومیت افراد ملت، ولو به صورت موقت از برخی حقوق و آزادی‌هایشان باشد، اکثریت آرای ویژه‌ای را مقرر نکرده است، در حالی که در برخی موارد مهم دیگر، تصویب قانون مربوط را به کسب اکثریت آرای خاصی وابسته دانسته است. درباره مدت محدودیت‌های ضروری، اصل ۷۹ قانون اساسی ایران، با اصل موقتی بودن تدابیر اضطراری منطبق است؛ زیرا به صورت مؤکد بر موقتی بودن محدودیت‌های ضروری اشاره کرده است.^۱

بند سوم. نگاهی تطبیقی به حق بر حریم خصوصی

قانون میهن‌پرستی آمریکا که بلافاصله بعد از حوادث ۱۱ سپتامبر در آمریکا تصویب شد، دربردارنده مسائلی مهم است، از جمله نقض گسترده حریم خصوصی شهروندان آمریکایی. در دهه ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰، کنگره آمریکا از طریق فصل سوم «قانون کنترل جرم و امنیت معابر» و «قانون حفاظت از امنیت خارجی»، خط فاصلی بین جمع‌آوری اطلاعات مربوط به امنیت خارجی و گردآوری اطلاعات توسط مأموران انتظامی ایجاد کرده بود. قانون میهن‌پرستی، این دیوار حایل را بی‌مصرف کرده و در مواردی که جمع‌آوری اطلاعات امنیت خارجی، هدف عمده تحقیقات است، مبادله اطلاعات بین مأموران امنیت خارجی و مقامات انتظامی را مجاز دانسته است. دادگاه‌های آمریکا این قانون را چنان تفسیر کرده‌اند که همکاری و هماهنگی بین مأموران امنیتی و انتظامی را در زمانی اجازه می‌دهد که پیوند قابل قبولی با بحث امنیت خارجی یا تروریسم داشته باشد. این قانون به صورت کلی و در ماده ۲۱۵ به صورت خاص، دسترسی مقامات دولتی به اطلاعات فردی را گسترش می‌دهد و سطح مظنونیت را که پیش از این، قبل از گرفتن دستور قضایی برای دسترسی به اطلاعات فردی لازم بود، کاهش می‌دهد.^۲

یکی از بحث‌برانگیزترین نقاط ضعف قانون میهن‌پرستی، دسترسی دولت و مجریان قانون به پایگاه‌های داده و امکان بررسی و کاوش در اطلاعات شخصی و سوابق خصوصی است که بر اساس تعاریف، عناوین و اصطلاحات بسیار وسیع این قانون در زمره سوابق شغلی، مالی، تجاری محسوب

۱. محبی، داوود و حامد کرمی، «ماهیت‌شناسی الگوهای پاسخ به وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، آفاق امنیت، سال هشتم، شماره ۳۲، ۱۳۹۵، ص ۸۰.

۲. آقابابایی، حسین، بررسی فقهی حقوقی جرم‌براندازی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۱۰.

می‌شود و در نتیجه، قابل بررسی و تفحص به شمار می‌آید. مخالفان این قانون بر این عقیده‌اند که اجرای آن بیش از مبارزه مؤثر با تروریسم و برقراری امنیت، تهدیدی دایمی علیه حقوق و آزادی‌های مدنی شهروندان می‌گردد.^۱ به اعتقاد بسیاری از شهروندان امریکایی، این قانون با اصول دموکراسی پذیرفته‌شده در حقوق امریکا مغایر است؛ چون قانونی افراطی و مغایر با آزادی‌های مدنی است.^۲ البته این قانون در سال ۲۰۱۹ تمدید شد.

وقایع اخیر خاورمیانه و اروپا به ویژه اقدام تروریستی گروه داعش در فرانسه و جنگ و درگیری‌ها در خاورمیانه و هجوم سیل آسای مهاجران و پناهندگان به اروپا، دولت‌های قاره سبز و هم‌چنین نهادهای حقوق بشری را با هجمه‌ای از تهدیدات روبه‌رو کرده که آنان را ناگزیر از اعمال محدودیت‌ها و اقدامات امنیتی ساخته است. برای مثال، در فرانسه پس از حادثه تروریستی نوامبر ۲۰۱۵، رییس جمهوری فرانسه با اعلام حالت اضطراری، مرزهای این کشور را بست و پارلمان نیز اجازه داد این وضعیت تا پایان فوریه ۲۰۱۶ تمدید شود. برخی کشورهای اروپایی نیز به بازرسی مسافران و وسایل حمل و نقل دست زدند که همگی بر حق بر حریم خصوصی شهروندان اثر می‌گذارد. در این میان، پرسش آن است که نقض حق بر حریم خصوصی در فرض مقابله با تروریسم چه وضعیتی دارد؟ با توجه به معاهده اروپایی حقوق بشر، دولت‌های عضو، تنها در صورتی که شرایط استناد به ماده ۱۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر فراهم آید، در حالت فوق‌العاده می‌توانند حق بر حریم خصوصی شهروندان را محدود کنند و به یقین نمی‌توانند به طور خودسرانه از ماده ۱۵ بهره‌برند و در حقوق شهروندان مداخله کنند.^۳

در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، نامی از ترور یا تروریسم برده نشده و هیچ مقرره‌ای برای مقابله با آن وضع نشده است و محدودیتی نیز تحت عنوان مبارزه با تروریسم بر حقوق مندرج در کنوانسیون

1. Fritscher, Lisa, **USA Patriot Act: Pros and Cons**, p. 102, 2007, Retrieved in: 5/11/2012, in: www.Lifescrypt.com.

2. Wadsworth, Madison Racquel, **The Patriot Act: How It Hurts Democracy**, Honors In University Studies With Departmental Honors In Political Science In The Department Of Political Science, 2019, P. 33.

۳. رحیم خویی، الناز و حسین رستم‌زاد، «تحلیل و نقد عملکرد دیوان اروپایی حقوق بشر در برخورد با ادعاهای نقض ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، ص ۲۷۳.

وارد نشده است. بنابراین، ضرورت‌های دیگر، موجب اهمیت یافتن این بحث شده است.^۱ در انگلستان نیز قانون مبارزه با تروریسم مصوب ۲۰۰۲، اختیارات فوق‌العاده‌ای را به افسران پلیس برای بازرسی افراد مشکوک به دست داشتن در فعالیت‌های تروریستی اعطا کرد. بخشی از این اختیارات شامل دستگیری بدون نیاز به حکم، بازداشت موقت بین ۴ تا ۱۴ روز (به جای بازداشت موقت ۲۴ ساعته) است که به وضوح نشان‌دهنده اشکال مختلف نقض حقوق بشر است.^۲

در مواردی، قدرت عمومی به بهانه ایجاد نظم و امنیت یا شرایط اضطراری به محدود کردن آزادی‌ها و از جمله دخالت در حوزه خصوصی افراد دست می‌زند. حملات تروریستی ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در ایالات متحده آمریکا، محیط امنیتی جدیدی پدید آورد که نظام سیاسی کشور با وضع قوانین و مقررات مداخله جویانه به صورت گسترده به نقض حریم خصوصی و دخالت در آن دست زد. کنگره آمریکا نیز برای افزایش توان دولت در دسترسی به اطلاعات شخصی، قانون ارتقای امنیت سایبری را تصویب کرد.^۳

گفتار سوم. اختیارات و صلاحیت‌های مقامات اداری در مورد نقض حریم خصوصی در شرایط بحران و اضطرار

بند اول. ضرورت توسعه حقوق اداری در شرایط بحران

وظیفه حقوق اداری صرفاً تنظیم مدیریت امور عمومی در شرایط عادی نیست، بلکه باید برای تنظیم این امر در شرایط غیر عادی و اضطراری که اداره این امور ممکن است از طریق عادی میسر نباشد، آمادگی بگیرد و تدبیرهای پیش‌دستانه انجام دهد. حقوق اداری، توان‌مندی واقعی خود را در چنین شرایطی می‌تواند بنمایاند و نهادهای عمومی را بدون آن‌که غافل‌گیر شوند و کارآمدی آن‌ها کاهش یابد، تابع یک نظام حقوقی از پیش مستقر و قابل پیش‌بینی سازد؛ چون در شرایط عادی،

1. Warbrick, Colin, (2004), "The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights", The European Journal of International Law, Vol. 15, No. 5, p. 997.

2. Bharadwaj, Aditya, Counter-Terrorism And Human Rights: An Analysis, International Journal Of Law Management & Humanities, Vol. 6, 2023, P. 879.

۳. فروغی، فضل‌الله و همکاران، «مبانی ممنوعیت نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و آمریکا»، مطالعات حقوقی، دوره ششم، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳.

مدیریت امور طبق قوانین و مقررات به عنوان امری روزمره و تکراری دشوار نیست. مهم این است که در شرایط اضطراری نیز همین رویه قانونی و منظم در اداره امور ادامه یابد. با این حال، در شرایط اضطراری ممکن است اداره برخی از امور کشور با توسل به قواعد معمول حقوق اداری به صورت مطلوب میسر نباشد. از این رو، اداره این امور به ناچار باید تابع تشریفات حقوقی خاصی باشد. بدیهی است در صورت نبود چنین سازوکار پیش‌دستانه و پیش‌نگرانه‌ای برای تنظیم وظایف دولت در شرایط اضطراری، هر آن، بیم تخطی دولت از موازین حقوقی و تجاوز به حقوق اشخاص می‌رود. بخشی از توسعه حقوق اداری، مدیون بیم از قانون‌گریزی احتمالی دولت است و هنگامی که دولت در شرایط عادی می‌تواند اقدامات خلاف قانون انجام دهد، در شرایط اضطراری نیز به طریق اولی می‌تواند با ادعای غیر عادی بودن شرایط به نقض تشریفات قانونی دست یازد. از این رو، توسعه و تقویت حقوق اداری در شرایط اضطراری ضرورت دارد.^۱

در دولت‌هایی که وضعیت اضطراری به صورت دائمی و نهادینه درآمده است، هیچ‌گاه نمی‌توان نظام تعلیق را قابل اعمال دانست. از نظر کمیته حقوق بشر، موقتی بودن اقدامات تعلیقی، این تکلیف را به دنبال دارد که بازگرداندن وضعیت عادی به گونه‌ای که در آن، رعایت میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مجدداً تضمین شود، باید هدف اصلی آن دولت عضو محسوب گردد که اعمال برخی از مقررات میثاق را معلق کرده است. از سوی دیگر، در بحث ضرورت، لزوم رعایت تناسب نیز امری حیاتی است. هر دولتی مکلف است در اعلام وضعیت اضطراری احتیاط کند و وقتی تدبیرهای لازم را برای مدیریت چنین وضعیتی به کار می‌بندد، توجیه منطقی و معقول برای آن‌ها داشته باشد.^۲

بند دوم. ضرورت حمایت از داده‌های شخصی

یکی از مهم‌ترین استثنائات آزادی اطلاعات، حریم خصوصی است. به موجب این استثنا، مؤسسات عمومی و خصوصی می‌توانند برای حمایت از حریم خصوصی افراد از ارائه اطلاعات درخواستی امتناع کنند، مگر آن‌که ضرورت مبرم اجتماعی ایجاب کند. ارتباط میان آزادی اطلاعات و حریم خصوصی

۱. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۲۳۸.

۲. اقبالی، کیوان، «نقش دستگاه قضایی در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰، ص ۵۸.

درباره اطلاعاتی مطرح می‌شود که به داده‌های شخصی موسوم هستند. در واقع، داده‌های شخصی، بخشی از قلمرو حریم خصوصی افراد را تشکیل می‌دهند. توضیح آن که هر یک از افراد جامعه خواسته یا ناخواسته داده‌های زیادی را در اختیار دولت و برخی از مؤسسات بخش خصوصی قرار می‌دهند. در بسیاری از موارد، ارائه این داده‌ها، لازمه دسترسی شهروند به خدمات عمومی است و دسترسی به چنین داده‌هایی برای رعایت مساوات در برخورداری از خدمات عمومی و مبارزه با تبعیض و در نهایت، توزیع عادلانه خدمات عمومی ضروری است.^۱

یکی از وظایف سازمان‌های دولتی، ایجاد تمایز میان اطلاعات حوزه عمومی و داده‌های شخصی شهروندان است و اجازه دسترسی را تنها به اطلاعات عمومی محدود کند. با این وجود، این حق برای سازمان‌های دولتی وجود دارد که برخی اطلاعات را سَرّی و محرمانه تلقی کنند و آن‌ها را از دسترسی عموم محفوظ دارند. برای مثال، اطلاعات و اسناد مربوط به مسائل امنیت ملی، برنامه‌های تسلیحاتی موشکی و مبارزه با تروریسم توسط بسیاری از دولت‌ها سَرّی تلقی می‌شود و امکان دسترسی عمومی به آن‌ها وجود ندارد. این موضوع می‌تواند بهانه‌ای برای دولت‌ها در روگردانی از شفافیت باشد. برای مثال، دولت‌ها می‌توانند حق آزادی اطلاعات شهروندان را در خصوص دسترسی به سیاست‌ها، برنامه‌ها، میزان پیشرفت پروژه‌های عمرانی یا حتی دانستن میزان واقعی بی‌کاری زیر پا بگذارند.^۲

بند سوم. ایجاد صلاحیت‌های جدید

وضعیت استثنایی قادر است تا صلاحیت‌های جدیدی را برای برخی مقامات یا مرجع اداری ایجاد کند، به این صورت که گاه قانون‌گذار، مرجعی خاص با صلاحیت‌های ویژه تأسیس می‌کند. ایجاد این مرجع و صلاحیت‌های آن، تابع مدیریت دوره اضطرار است و با پایان یافتن این دوره، موجبی برای وجود یا اعمال صلاحیت آن باقی نمی‌ماند. در مواردی، قانون‌گذار بدون اصرار بر ایجاد مرجعی خاص، صلاحیت‌های ویژه دوره اضطرار را به مرجع یا مقاماتی واگذار می‌کند که از قبل

۱. ویژه، محمد رضا و آزاده سادات طاهری، «تحلیلی بر قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در پرتو اصول کلی حاکم بر دسترسی به اطلاعات»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، شماره ۳۵، ۱۳۹۰، ص ۲۶۳.

۲. عبدالله زاده، انس و علی حاجی‌پور کندرود، «تحلیل چالش‌های دولت الکترونیک با حریم خصوصی اطلاعاتی شهروندان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱، ص ۱۷۷.

ایجاد شده‌اند. صلاحیت‌های شکل‌گرفته یا واگذار شده، گاه صلاحیت‌های نفی شده مرجع دیگر یا صلاحیت‌های دوره اضطرارند.^۱

بند چهارم. لزوم نظارت قضایی

در وضعیت اضطراری، شاید موضوع به ظاهر، قابل رسیدگی قضایی باشد، اما فرآیند اجرایی را نمی‌توان به آسانی به تأخیر انداخت. به هر روی، منطق حقوقی و سیاسی می‌پذیرد که در وضعیت اضطراری یا موقعیت‌های استثنایی، اصول حاکمیت قانون از جمله نظارت‌پذیری قوای عمومی دچار دگرگونی یا محدودیت‌هایی شود. در وضعیت اضطراری، نظارت درون‌سازمانی یا نظارت سلسله‌مراتبی پررنگ می‌شود. در چنین وضعیتی، قانون حاکم می‌تواند بدون نفی نظارت، عامل آن را از دستگاه قضایی به اداره تغییر دهد؛ زیرا مرجع اداری عالی برای اعمال نظارت مناسب‌تر است. باز بین رفتن مرجع نظارت بیرونی مانند دستگاه قضایی، برتری و اولویت نظارت درون‌سازمانی، بخشی از نظریه اضطراری حقوق اداری در وضعیت اضطراری خواهد بود؛ چون نظارت برون‌سازمانی بر یک عمل اداری در وضعیت اضطراری به منظور کنترل آثار آن با این وضعیت ناسازگار است. از این رو، بهتر است به اداره اطمینان کرد و نظارت برون‌سازمانی را به پایان وضعیت اضطراری موقوف ساخت.^۲

گفتار چهارم. حریم خصوصی و جرایم امنیتی

به طور طبیعی، به دلیل این‌که حقوق کیفری، بازوی قهرآمیز دولت برای تأمین و تضمین امنیت است، برای اجرای قوانین محدودکننده یا ضمانت‌های اجرایی تصمیم‌ها در شرایط اضطراری به حمایت سامانه الزام‌کننده و قهرآمیز عدالت کیفری نیاز احساس می‌شود. از سوی دیگر، برای اقناع افکار عمومی و مشارکت شهروندان در شرایط اضطراری به سامانه حقوقی وضعیت اضطراری نیازمندیم که مبتنی بر چارچوب‌های قانونی توسط مقام صلاحیت‌دار فعال شود و با بهره‌مندی از امکان‌ها و ابزارهای سخت‌افزاری و نرم‌افزاری از قبل تدارک‌شده، اقدام‌های قانونی لازم را برای تضمین نظم، امنیت، سلامت و دیگر کارویژه‌های ساختار سیاسی انجام دهد.

۱. امیر ارجمند، اردشیر و مشتاق زرگوش، «نظریه اضطراری حقوق اداری: تصمیم‌گیری، اجرا و نظارت»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، ۱۳۸۷، ص ۲۵.

۲. گرجی ازندریانی، علی اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۲، ص ۲۶.

بند اول. تفکیک بین جرم سیاسی و امنیتی

اگر ورود به حریم خصوصی انسان‌ها به دلیل حفظ امنیت جامعه ضرورت می‌یابد، باید قلمرو جرایم امنیتی (جرایم موضوع مواد ۲۸۶، ۲۷۹ و ۲۸۷ قانون مجازات اسلامی) از جرایم سیاسی و احکام مادی و معنوی جرایم امنیتی از جرایم سیاسی تفکیک شود. همین ابهام‌گویی موجب انتقاد شده است که چگونه از یک سودر موارد مختلف آیین دادرسی کیفری، عنوان جرایم امنیتی بارها تکرار و بر تشدید وضع متهم تأکید می‌گردد و از سوی دیگر، تعریفی از جرایم امنیتی ارائه نمی‌شود؟ آیا نمی‌توان به صراحت ذکر کرد که منظور از جرایم امنیتی همان جرایم یادشده در فصل اول از کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی است؟^۱

«محاربه»، کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ارباب آن‌هاست، به نحوی که موجب ناامنی در محیط گردد. هرگاه کسی با انگیزه شخصی به سوی یک یا چند شخص خاص سلاح بکشد و عمل او جنبه عمومی نداشته باشد، محاربه محسوب نمی‌شود. امام خمینی (ره)، محارب را چنین معرفی می‌کند: «المحارب هو كل من جرد السلاح او جهزه لاختافة الناس و ارادة الافساد فی الأرض».^۲

معمولاً فقهای دیگر نیز مشابه همین تعریف را ارائه کرده و جملگی بر استفاده از «سلاح» و ناامن کردن جامعه تأکید ورزیده‌اند. برای نمونه، شیخ طوسی می‌گوید: «المحارب كل من اظهر السلاح و اخاف الناس»^۳ یا محقق حلی آورده است: «المحارب كل من جرد السلاح لاختافة الناس». علامه حلی نیز می‌گوید: «المحارب من جرد السلاح لاختافة الناس».^۴

در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی، این مفهوم توسعه یافته است و موارد دیگری نیز به عنوان محاربه شناخته شده‌اند. برای مثال، این موارد، در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، مصوب سال ۱۳۷۱، محاربه دانسته شده است:

۱. تشکیل جمعیت به منظور براندازی نظام جمهوری اسلامی ایران؛
۲. اقدام برای جدا کردن قسمتی از قلمرو حاکمیت جمهوری اسلامی ایران؛

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۱.

۲. موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیلة، قم: دار الکتب الاسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۳۶۹.

۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الاقتصاد فیما یتعلق بالاعتقاد، بیروت: دار الاضواء، ۱۴۲۲، ص ۳۱۵.

۴. حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸، ص ۲۳۳.

۳. تبانی با دشمن؛

۴. همکاری با جاسوسان؛

۵. تخلف از تکالیف نظامی؛

۶. انعقاد قرارداد تسلیم با دشمن؛

۷. ادامه جنگ پس از دریافت دستور توقف عملیات؛

۸. خودداری از انجام مأموریت؛

۹. ترک محل نگهبانی؛

۱۰. حیف و میل یا سرقت وسایل نظامی.^۱

از منظر فقهی، چنین تفسیر موسّعی از جرم محاربه هرگز قابل قبول نیست و اقداماتی از قبیل ترک محل نگهبانی یا سرقت وسایل نظامی یا حتی همکاری با جاسوسان هرگز مشمول تعریف فقها از محاربه نیست. در جرم تشکیل جمعیت به منظور براندازی نظام، ملاک «محاربه» وجود ندارد؛ زیرا تشکیل چنین گروهی، اولاً ملازمه با شمشیر کشیدن و افساد فی الارض ندارد و ثانیاً با ایجاد ناامنی برای مردم ملازمه ندارد.

از این رو، قیام مسلحانه در برابر حکومت اسلامی تحت عنوان «بغی» قرار می‌گیرد، نه محاربه.^۲ این اشتباه در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیز تکرار شد. در ماده ۱۶۸ این قانون آمده است: «هر گروه یا جمعیت متشکل که «در برابر حکومت اسلامی» قیام مسلحانه کند، مادام که مرکزیت آن باقی است، تمام اعضا و هواداران آن که موضع آن گروه یا جمعیت با سازمان را می‌دانند و به نحوی در پیشبرد اهداف آن فعالیت و تلاش مؤثر دارند، «محاربند»، اگرچه در شاخه نظامی شرکت نداشته باشند».

به فرض، اگر بر قیام مسلحانه برای براندازی، عنوان «محاربه» صدق کند، ولی این عنوان با توجه به تعریف آن، قطعاً بر هوادارانی انطباق ندارد که به فعالیت‌های تبلیغی برای آن گروه مشغولند. فقها،

۱. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۵۱.

۲. مجیدی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۵. برخی از فقهای معاصر در این باره به تفصیل بحث کرده اند، از آن جمله سید محمود هاشمی در مقاله «تحدید موضوع حد المحارب» (نک: هاشمی، سید محمود، قرائات فقهیه معاصره، ج ۳، ص ۳۷۱: «المراد بالمحاربة، خصوص المحاربة بنحو الافساد فی الارض و خافة الناس، فلا يشمل محاربة البغاة لبغیهم»).

همکاران گروه محارب را که در جمع‌آوری اطلاعات یا نگه‌داری اموال آنان مشارکت دارند، محارب نمی‌دانند و تحت عنوان «طلیع» و «ردء»، مجازات دیگری برایشان بیان کرده‌اند.^۱ به هر حال، به لحاظ تعریفی که در فقه ارائه شده است، تردیدی وجود ندارد که محاربه با دو مؤلفه «برکشیدن سلاح» و «ایجاد ناامنی در میان مردم» شناخته می‌شود و این تعریف، کسانی را که حتی شورش مسلحانه در برابر حکومت اسلامی دارند، شامل نمی‌شود.^۲

با صرف نظر از این مناقشه‌های فقهی، مفهوم «براندازی» نیز به تعریف و تبیین نیاز دارد. اگر قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح را ملاک قرار دهیم، در ماده ۱۷ آن، براندازی به مفهوم «تغییر و نابودی اساس نظام جمهوری اسلامی ایران» مبنا قرار گرفته^۳ که تفسیری مضیق از براندازی است. قابل توجه است که در این قانون، موضوع جرم، «براندازی حکومت اسلامی» است و براندازی حکومت، براندازی سیستم حکومت و رژیم سیاسی کشور است، نه براندازی و تغییر دولت.^۴ البته در این ماده باید به تفاوت «جمهوری اسلامی» با «حکومت اسلامی» که «نوعی از آن است»، توجه داشت؛ یعنی تغییر نوعی از حکومت اسلامی به نوع دیگری از آن، مشمول این ماده نیست.

از سوی دیگر، وقتی مبنا، براندازی «نظام» است، نباید «هرگونه مخالفت با حاکمیت یا ارزش‌های آن» با برچسب براندازی همراه شود، بلکه مخالفان ساختاری با «کل نظام» که مخالفت خود را به شکل شورش، توطئه، مقاومت مسلحانه، فعالیت زیرزمینی و ترور ابراز می‌کنند، نیروهای برانداز هستند (اپوزیسیون کلی)، اما جناح‌های رقیب سیاسی که هدف آن‌ها بیش‌تر تصرف کرسی‌های قدرت است (اپوزیسیون قدرت‌طلب) یا کسانی که بدون نفی نظام به نقد سیاست‌های رایج می‌پردازند، (اپوزیسیون اصولی)، برانداز نیستند.^۵ از این رو، مبارزه سیاسی افراد یا گروه‌هایی که برای

۱. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ص ۵۷۱.

۲. مؤمن، کلمات سدید، ص ۳۷۴: «او کان وجب علینا الاخذ بتفسیر الأصحاب. قدس سرهم. فی تفسیر المحاربة لکان لازمه أن لا یكون من یقوم باسلاح من وجه الدولة الاسلامیة فقط داخل فی عموم ألابیه المبارکة فانه حینئذ لم یشهر السلاح لاختافه الناس وللاخذ الأموال».

۳. مال میر، محمود، *شرح قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح*، تهران: دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۹۱، ص ۵۱.

۴. پیمانی، ضیاءالدین، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۷۱.

۵. آقابابایی، پیشین، ص ۲۴۴.

سرنگون کردن حکومت وقت انجام می‌شود، تا زمانی که پیش‌بینی‌های «نظامی» نکرده باشند، مشمول ماده ۱۸۷ نیستند.^۱

در یک نتیجه‌گیری کلی، کسانی را که فراتر از سیاست‌های جاری یک نظام یا متصدیان امور کشور با «نظام» مخالفند، به چند گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. مخالفانی که به لحاظ اعتقادی با اساس نظام اسلامی مخالفند و ایده دیگری درباره نظام سیاسی دارند؛

۲. مخالفانی که افزون بر مخالفت اعتقادی، با استفاده از فضاها «قانونی»، مخالفت خود را با مبانی نظام اظهار می‌کنند؛

۳. مخالفانی که افزون بر ایده مخالف و ابراز آن، با استفاده از شیوه‌های قانونی برای تغییر نظام می‌کوشند؛

۴. مخالفانی که ایده خود را برای تغییر نظام با روش‌های غیر قانونی مسالمت‌آمیز مثل انتشار نشریات و تجمعات غیر قانونی دنبال می‌کنند؛

۵. مخالفانی که براندازی و تغییر را از راه شیوه‌های غیر مسالمت‌جویانه و با توسل به زور و اسلحه تعقیب می‌کنند.

از میان گروه‌های پنج‌گانه، فقط گروه پنجم، مرتکب جرم «براندازی» است و اقدامات گروه‌های دیگر یا اساساً جرم نیست یا عنوان جرم براندازی بر آن صدق نمی‌کند و حتی اگر به فرض، جرم براندازی هم بر آنان اطلاق شود، ولی به دلیل آن‌که از نظر فقهی، براندازی، موضوع کیفر خاصی قرار نگرفته و به عنوان جرم تعریف نشده است، حکم خاصی برای آن‌ها در شرع وجود ندارد. در این حالت، هرچند «تعزیر» برای کسانی که از قانون تخلف می‌کنند، از سوی دادگاه صالح، جایز است، ولی چنین افرادی نه محاربند، نه باغی. برخی فقهای معاصر تصریح کرده‌اند که بغی، قیام مسلحانه در برابر حکومت اسلامی است و شامل مواردی نمی‌شود که اشخاص با انجام راه‌پیمایی و تظاهرات یا تشکیل گروه‌ها و احزاب در صدد تغییر نظام باشند.^۲

۱. پیمانی، پیشین، ص ۷۵.

۲. حسینی شیرازی، سید محمد، موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی، قم: مؤسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷، ص ۱۳۱.

بند دوم. دیدگاه قانون‌گذار ایران

در حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران برابر مواد ۱۸۶ تا ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، قیام مسلحانه در برابر حکومت اسلامی و تمام اعضا و هواداران گروه قیام‌کننده که در پیشبرد اهداف آن فعالیت و تلاش مؤثر دارند، فرد یا گروهی که طرح براندازی حکومت اسلامی را بریزد و برای این منظور اسلحه تهیه کند و افرادی که در طرح براندازی حکومت اسلامی، خود را نامزد یکی از سمت‌های حساس حکومت کودتا کنند، محارب و مفسد فی الارض شناخته می‌شدند. قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ با نقض این مواد، قیام مسلحانه علیه حکومت اسلامی را بغی قلمداد کرد و از عنوان محاربه و افساد فی الارض خارج ساخت. ماده ۲۸۷ این قانون قید کرده است: «گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کند، باغی محسوب می‌شود و در صورت استفاده از سلاح، اعضای آن به مجازات اعدام محکوم می‌گردند».

این اقدام قانون‌گذار سال ۱۳۷۰ عجیب به نظر می‌رسد که چگونه بدون توجه به منابع فقهی، جرمی را در قسمت حدود بیان کرده است، در صورتی که جرایم مستوجب حد از ابتدا در مستندات آیات و روایات و نوشته‌های فقهی تعیین شده‌اند و در هیچ کدام از این منابع، نشانی از بغی به عنوان جرم مستوجب حد دیده نمی‌شود. حتی در کتاب تحریرالوسیله امام خمینی (ره) به عنوان منبع اصلی قانون مجازات به بغی اشاره‌ای نشده است.^۱

بر اساس این قانون، گروه‌هایی که از طریق شبکه‌های اطلاع‌رسانی یا ماهواره‌ها، منشأ تحریک توده‌های مردم برای مقابله با حکومت می‌شوند، حتی اگر هدف استراتژیکشان، ساقط کردن نظام هم باشد، مشمول حکم براندازی نیستند. البته این سخن به آن معنا نیست که چنین اقداماتی شرعاً جایز است و از نظر حقوق کیفری اصلاً جرم‌انگاری نشده‌اند. در قانون مطبوعات سال ۱۳۶۴، تحریک صریح مردم به ارتکاب جرم یا جنایت بر ضد امنیت ملی، جرم دانسته شده است که اگر اثری بر آن مترتب شود، مجازات معاونت همان جرم است، وگرنه دارای مجازات مستقل است. (ماده ۲۵) در قانون مجازات اسلامی نیز «فعالیت تبلیغی» علیه «نظام» جمهوری اسلامی یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌های مخالف نظام، به هر نحو، جرم شناخته شده است. (ماده ۵۰۰) بر مبنای این ماده، آن

۱. زراعت، عباس، جرم سیاسی، تهران: ققنوس، ۱۳۹۲، ص ۳۶.

دسته از تبلیغاتی، جرم هستند که علیه «کلیت نظام» و در واقع به قصد براندازی یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌هایی انجام گیرند که آن‌ها قصد مبارزه با کلیت نظام و براندازی را دارند. در غیر این صورت، هرگاه انتقادی در مورد عملکرد یک مسئول با نهاد دولتی - بدون این‌که قصد کمک به برانداختن حکومت وجود داشته باشد - ابراز شود یا به نفع گروه‌ها و سازمان‌هایی تبلیغ شود که فقط نسبت به برخی عملکردها انتقاد داشته باشند، ولی با کلیت نظام مخالفتی ندارند، از شمول ماده ۵۰۰ خارج خواهد بود.

از سوی دیگر، باید توجه داشت که موضوع «فعالیت تبلیغی» علیه نظام که در ماده ۵۰۰ جرم‌انگاری شده، با «تبلیغ» مترادف نیست و اخص از مفهوم آن است. با ذکر کلمه «فعالیت» در این جا به دو نکته «تلاش و جدّیت» و «استمرار و تکرار» اشاره شده است؛ زیرا به تبلیغی که این دو خصلت را نداشته باشد، «فعالیت تبلیغی» گفته نمی‌شود. برای مثال، طلبه‌ای که به شکل نسبتاً مرتب و پیوسته یا متناوب به کار تبلیغ دینی می‌پردازد، دارای «فعالیت تبلیغی» است و «مبلّغ» نامیده می‌شود، ولی اگر احیاناً در یک مجلس از او خواسته شود که سخنرانی کند و او در طول سال فقط یکی دو مورد، برنامه تبلیغ در کار خود داشته باشد، امتیاز فعالیت تبلیغی به او تعلق نمی‌گیرد. هم‌چنین اگر یک بنگاه تجاری یا مؤسسه آموزشی صرفاً در یکی دو مورد، کار تبلیغی انجام دهد، فاقد «فعالیت تبلیغی» شمرده می‌شود. نامزدی هم که هنگام انتخابات به یک سخنرانی یا مصاحبه اکتفا کند، «فعالیت تبلیغی» انجام نداده است، مگر آن‌که همان یک مورد، مقدمات فراوان و شعاعی گسترده داشته باشد که به شکل فوق‌العاده، به «تنهایی» در حکم «جمع» شمرده شود. از این رو، این برداشت حقوقی را می‌توان پذیرفت که اگر کسی تنها یک بار یا به طور کاملاً محدود، در یک تظاهرات مردمی، در داخل یا خارج از کشور، سخنی علیه نظام بگوید، یا یک بار با ایستگاه‌های رادیو تلویزیونی مخالف مصاحبه کرده یا نامه‌ای را به یک سازمان بین‌المللی ارسال کند و منتشر سازد، شاید نتوان او را به انجام «فعالیت تبلیغی علیه نظام» محکوم کرد.^۱

متأسفانه برخی حقوق‌دانان گمان برده اند که این تفسیر مضیق به دلیل کلمه «تبلیغی» و نه «تبلیغ» در متن ماده ۵۰۰ است. از این رو، در نقد این تفسیر گفته‌اند: «حرف «ی» در انتهای واژه

۱. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۷۱.

تبلیغی، یای نسبت بوده و مبین نوع فعالیت که همان تبلیغ است، می‌باشد.^۱ گفتنی است این محدودیت تفسیری و مفهومی، ناشی از کلمه «فعالیت» است که بر جد و جهد نسبت به یک کار مستمر دلالت دارد. از قبیل فعالیت آموزشی، فعالیت ورزشی و فعالیت تجاری که در هیچ کدام از این موارد، اقدام محدود و موردی و اتفاقی به حساب «فعالیت» شخص در آن زمینه گذاشته نمی‌شود. پس در این ماده با توجه به قید «فعالیت تبلیغی» و قید «علیه نظام»، جرم‌انگاری با رویکرد امنیتی به کم‌ترین حد کاهش یافته است. از این رو، این برداشت کاملاً غیر منصفانه است که قانون‌گذار، جمهوری اسلامی را به عنوان امری مقدس که «به هیچ نحوه نمی‌توان علیه آن سخنی راند یا ایرادها و اشکال‌های احتمالی آن را بیان کرد»، شناخته است. این منتقد بر اساس این برداشت، در نقد و اعتراض به قانون می‌نویسد: «بدون بیان ایرادات و اشکالات ساختاری و بحث و گفت‌وگو درباره آن [نظام] نمی‌توان به پویایی و پیشرفت آن امیدوار بود. سیاست کیفری قانون‌گذار در وضع این ماده، نگرانی‌هایی را در خصوص محدود کردن آزادی بیان و انتقاد از ساختار حکومتی یا حاکمان در پی داشته است. این سیاست کیفری بر افرادی که با سیاست‌ورزی و راه‌های مسالمت‌آمیز در راستای تغییر در مناسبات قدرت هستند، لباس برانداز می‌پوشاند. از این رو، این خطر وجود دارد که هر بحثی که از طرف مخالفان داخل حکومت مطرح شود، به نحوی، فعالیت تبلیغی علیه نظام تلقی می‌شود».^۲

با برداشتی که از این ماده صورت گرفته و مبنای نقد واقع شده است، موافق نیستیم؛ زیرا:

اول: «تبلیغ» را به «بیان» نباید تفسیر کرد؛ زیرا هر بیانی، تبلیغ نیست؛

دوم: «تبلیغ علیه جمهوری اسلامی» را به تبلیغ علیه «حاکمان» نمی‌توان تعمیم داد؛ زیرا جمهوری اسلامی، نام یک نظام سیاسی^۳ است، نه عنوانی برای افراد؛^۴

۱. سالاری، ۱۳۸۷، ص ۱۲۶.

۲. آقابابایی، پیشین، ص ۲۲۷.

۳. زراعت، پیشین، ص ۱۳۴: «مخالفت با نظام در صورتی است که با اصل نظام مخالفت شود. بنابراین، اگر سازمان‌ها یا گروه‌هایی اصل نظام را مشروع دانسته و تنها با برخی از برنامه‌ها و یا سیاست‌های آن مخالفت باشند، جزء سازمان‌های مخالف نظام محسوب نمی‌شوند».

سوم. بیان ایراد و انتقاد از ساختار حکومت را مصداق تبلیغ علیه نظام نباید دانست؛ زیرا بیان ایرادها، راهکاری در جهت تحکیم نظام و برطرف شدن عیب‌ها و نقص‌های آن است و «تبلیغ علیه» وقتی صدق می‌کند که «نیت سوء» را بتوان احراز کرد.^۱

توجه به این قیود و رعایت آزادی‌های اجتماعی و سیاسی شهروندان در اعتراض به حاکمان، با اشکال‌های ساختاری نظام تا وقتی به استناد این قانون اتفاق می‌افتد که حاکمان تحمل نقد خویش و نقد عملکردهای خود را داشته باشند، وگرنه ما هم معتقدیم اگر دولت‌مردان نخواهند حقوق شهروندی را محترم شمارند و در فضایی امنیتی درصدد باشند که منتقدان «خود» را منتقدان «نظام» معرفی کنند، از ماده ۵۰۰ کاری ساخته نیست. درست به همین دلیل، برای آن‌که بهانه قانونی از دست آنان گرفته شود، قانون باید صراحت و شفافیت کامل داشته باشد و راهی برای توجیه حاکمان باز نگذارد. این ماده و بسیاری از مواد دیگر چنین صراحتی ندارند و امکان سوء استفاده حاکمان تنگ‌نظر و خودخواه از آن‌ها وجود دارد.

متأسفانه، موضوع «امنیت» پیوسته به شکل یک شمشیر دولبه در نظام‌های مختلف مطرح است؛ زیرا از یک سو، چون موضوع مهم و اساسی امنیت^۲، اولین نیاز اجتماعی بشر و پایه و اساس هر گونه ترقی و تکامل است، مسامحه‌بردار نیست و هر گونه اغماض در این باره، با فلسفه حکومت در تضاد است. پس اقدام علیه امنیت، مجوز کافی برای برخورد حاکمیت با عوامل اخلاک‌گراست تا سایه ترس و نگرانی از زندگی شهروندان برداشته شود، ولی از سوی دیگر، این حق برای حاکمیت، وقتی در چارچوب واقعی خود محدود نشود، فضای جدیدی از ترس و نگرانی را بر زندگی شهروندان حاکم می‌سازد. همان گونه که افراد و گروه‌های ضد امنیت می‌توانند وجود داشته باشند، دولت‌ها هم می‌توانند احساس امنیت را از مردم سلب کنند. برای جلوگیری از وقوع یکی از این دو پدیده، باید تعریف روشنی از «اقدام علیه امنیت» از قانون وجود داشته باشد. متأسفانه، در قانون مجازات اسلامی، جای چنین تعریفی خالی است و حتی در خصوص این‌که چه اعمالی می‌توانند از مصداق‌های اعمال مضر به امنیت کشور باشند، شمارشی صورت نگرفته و راه برای برخوردهای سلیقه‌ای و سیاسی باز مانده است.

۱. پیمانی، پیشین، ص ۷۲: «با توجه به پیش‌بینی آزادی‌های فردی، اجتماعی در قانون اساسی و سایر قوانین، انتقاد از یک دستگاه اداری دولتی با یک مسئول آن حتی در رده‌های بالا، اگر سازنده و به قصد اصلاح و نشان دادن معایب و نقطه ضعف‌ها و بدون سوء نیت باشد، مشمول حکم ماده نمی‌شود».

برخی نویسندگان حقوقی گمان برده‌اند که این خلأ در قلمرو جرایم ضد امنیت، با استفاده از ماده ۱۶ قانون فعالیت احزاب جبران می‌شود که در آن‌جا احزاب از افعالی منع شده‌اند که نقض استقلال شمرده می‌شود و با استفاده از آزادی‌های مشروع دیگران و موازین اسلامی منافات دارند و از اقداماتی مانند اختلاف‌افکنی میان صفوف ملت، ایراد تهمت و افترا، دریافت کمک مالی از بیگانگان و نگه‌داری اسلحه غیر مجاز بازداشت شده‌اند.^۱ این توجیه برای رفع آن نقیصه کافی نیست؛ زیرا روشن است که موارد یادشده به عنوان مصداق‌های «اقدام علیه امنیت ملت» و «تعیین محدوده» آن ذکر نشده و نسبت به موارد مشکوک هم ضابطه‌ای برای ضد امنیتی بودن جرم ارائه نشده است.

گفتار پنجم. مرجع تصمیم‌گیری در خصوص نقض حریم خصوصی

وقتی حریم خصوصی در اثر ملاحظات امنیتی تزلزل پیدا می‌کند و نقض پذیر می‌شود، یک مسئله مهم این است که چه فرد یا نهادی، مرجعیت نهایی برای تصمیم‌گیری در مسائل امنیتی را دارد؟ در قوانین جمهوری اسلامی ایران، دخالت کاملاً محدود و مقیدی برای مجلس شورای اسلامی و قضات قوه قضاییه در نظر گرفته شده و بالاترین مرجع امنیتی، با بیش‌ترین اختیارات، شورای عالی امنیت ملی است که قانون اساسی ۱۳۶۸، آن را تعیین و مقرر کرده است.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به نیازها و واقعیت‌های حکمرانی در حوزه‌های مختلف در سال ۱۳۶۸ بازنگری و اصلاح شد. یکی از تأسیسات ایجادشده در قانون اساسی در بازنگری، پیش‌بینی شورای عالی امنیت ملی در اصل ۱۷۶ این قانون بود که مصوبات آن بعد از تأیید رهبری لازم الاجراست. این شورا به عنوان مرجع عالی سیاسی و امنیتی تا حدّ زیادی جای‌گزین فرآیندهای پیش‌بینی‌شده در اصل ۷۹ قانون اساسی شده است. این شورا که به ریاست رئیس جمهور به عنوان رئیس قوه مجریه و با حضور رؤسای قوه مقننه و قضاییه و مقامات ارشد نظامی و امنیتی تشکیل می‌شود و مصوبات آن با تأیید مقام رهبری برای همه لازم‌الاجراست، تا حدّ زیادی توانسته است هنگام تصمیمات سخت در مسائل امنیتی یا مدیریت حوادثی که نیازمند اعلام وضعیت اضطراری است، ظرفیت و انسجام لازم و فوری را برای اقدامات مورد نظر حاکمیت در حوادث فراهم آورد. به نظر می‌رسد بعد از بازنگری قانون اساسی نیز استفاده از ظرفیت اصل ۱۷۶ در عمل، تقاضای تصویب

۱. حجتی، مهدی، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران: دادستان، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۷۴۵.

مقررات اضطراری مطابق اصل ۷۹ قانون اساسی را به حاشیه برده است و شاهد اجرای ترتیبات موضوع این اصل نبوده‌ایم.

محور وظایف شورای عالی امنیت ملی شامل سه حوزه است. اولین وظیفه این شورا در اصل ۱۷۶ قانون اساسی، سیاست‌گذاری در حوزه دفاعی و امنیتی است که بایستی در حدود سیاست‌های کلی ابلاغی مقام معظم رهبری صورت گیرد. در نتیجه، می‌توان این کارکرد شورا را استثنایی بر صلاحیت عام مجلس در وضع قانون طبق اصل ۷۱ قانون اساسی دانست. وظیفه دوم شورا، هماهنگ‌سازی فعالیت‌های سیاسی، اطلاعاتی، اجتماعی و فرهنگی و اقتصادی در مورد تدبیرهای کلی دفاعی و امنیتی دانسته شده است؛ چون عرصه اجتماعی، ابعاد گوناگونی را دربرمی‌گیرد. در عمل، نتیجه فعالیت شورا، یک تصمیم اجرایی عالی است که از طریق همکاری و مشارکت رؤسای قوای مقننه و قضاییه و هم‌چنین نمایندگان رهبری با اعضا و دست‌اندرکاران قوه مجریه گرفته می‌شود و نیروهای تحت اختیار قوه مجریه اجرا می‌کنند. شورای عالی امنیت ملی از نظر امکانات به وزارت‌خانه‌ها و ارگان‌های عمومی کشور که بیش‌تر در قوه مجریه متمرکز است، نیازمند است و ماهیت بالادستی شورای امنیت ملی، مقتضی تصمیم‌گیری و راهبردی دیگر نهادهایی اجرایی است. با توجه به نص اصل ۱۷۶ قانون اساسی، شورای عالی امنیت ملی در تمامی اموری که جنبه امنیتی دارد، در محدوده بندهای سه‌گانه این اصل به طور مطلق دارای صلاحیت است. بنابراین، در زمان رخ دادن شرایط امنیتی، سازوکار این اصل فعال می‌گردد و شورا اقدامات لازم را برای مدیریت شرایط امنیتی انجام می‌دهد.^۱

نتیجه‌گیری

امروزه روابط میان حکومت‌ها و شهروندان به گونه‌ای است که مدیریت اجتماعی در مفهوم عام خود برای پیشبرد و اجرای برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، تربیتی و ارتباطی ناگزیر است در اعماق و جزئیات زندگی اجتماعی و فردی شهروندان حضور یابد. توسعه مناسبات اقتصادی و اجتماعی ایجاب می‌کند که دولت در روابط خصوصی ملت دخالت کند. به این ترتیب،

۱. آریان‌نژاد، علی و همکاران، «سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال بیست و سوم، شماره ۵۸، ۱۴۰۱، ص ۵۴۶.

اموری که در گذشته جزو حقوق خصوصی شهروندان بود، هم اکنون تحت نفوذ حقوق عمومی و اقدامات ناشی از اعمال حاکمیت دولت است. پس نمی‌توان به بهانه دفاع از حریم خصوصی، دیواری نفوذناپذیر میان دولت و ملت به وجود آورد و به دولت و سازمان‌های آن، اجازه کوچک‌ترین دخالتی در روابط و مسائل خصوصی افراد را نداد. البته دولت‌ها نمی‌توانند هر از گاهی به بهانه مشروعیت سیاسی و تولید مدیریت اجتماعی، حریم خصوصی افراد را نقض کنند. دولت‌ها که در تحقیق حاضر، منظور از آن، حکومت است، در مواردی هم چون حفظ امنیت نظام اسلامی می‌توانند وارد حریم خصوصی شهروندان شوند.

البته نقض حریم خصوصی در چالش با تهدیدهای امنیتی و تروریسم سایبری بدون رعایت قانون و تناسب تحدید حریم خصوصی با اقدام صورت‌گرفته، نقض حقوق شهروندی و خلاف قواعد حقوق بشری به شمار خواهد آمد. بنابراین، از یک طرف، امنیت به عنوان یک مفهوم حاکمیتی نیازمند اقداماتی است که به محدودیت یا تعلیق برخی حقوق مرتبط با حریم خصوصی افراد منجر می‌شود و از سوی دیگر، گاهی ممکن است اقدامات افراد در چارچوب حریم خصوصی‌شان، تهدیدی برای امنیت ملی باشد. از این رو، هنر باید برقراری توازن بین این دو باشد. امنیت ملی نباید بهانه‌ای برای نقض حریم خصوصی و رعایت حریم خصوصی نباید بهانه‌ای برای اقدامات علیه امنیت ملی باشد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. آقابابایی، حسین، بررسی فقهی حقوقی جرم براندازی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. انصاری، ولی الله، حقوق تحقیقات جنایی، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۴. پیمانی، ضیاءالدین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۵. حجتی، مهدی، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران: دادستان، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۶. زراعت، عباس، جرم سیاسی، تهران: ققنوس، ۱۳۹۲.
۷. عمید زنجانی، عباس علی، مبانی فقهی کلیات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۲.
۸. مالمیر، محمود، شرح قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، تهران: دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
۹. محسنی، فرید، حریم خصوصی اطلاعات (مطالعه کیفری در حقوق ایران، ایالات متحده آمریکا و فقه امامیه)، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.
۱۰. محمودی، سید علی، عدالت و آزادی، تهران: اندیشه معاصر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۱۱. میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. آریان نژاد، علی و همکاران، «سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال بیست و سوم، شماره ۵۸، ۱۴۰۱.
۲. آقابابایی، حسین، «لیبرالیسم، حریم خصوصی و قانون پاتریوت»، فصل نامه سیاست، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۳۸۹.

۳. آقای طوق، مسلم، «بایسته‌های حقوق اساسی مدیریت وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر کووید ۱۹»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۴. اقبالی، کیوان، «نقش دستگاه قضایی در نظارت بر تعلیق ایفای تعهدات حقوق بشری دولت‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰.
۵. امیر ارجمند، اردشیر و مشتاق زرگوش، «نظریه اضطراری حقوق اداری: تصمیم‌گیری، اجرا و نظارت»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، ۱۳۸۷.
۶. انصاری، باقر، «حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام، تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
۷. جلالی، علی‌رضا و محمد ابوعطا، «وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین: بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کووید ۱۹»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و دوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۹.
۸. خاکی، مینو و همکاران، «مبانی قرآنی و قواعد مشروعیت نظارت دستگاه‌های دولتی بر حریم خصوصی»، مطالعات قرآنی، دوره چهاردهم، شماره ۵۴، ۱۴۰۲.
۹. رحیم خویی، الناز و حسین رستم‌زاد، «تحلیل و نقد عملکرد دیوان اروپایی حقوق بشر در برخورد با ادعاهای نقض ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۶، ۱۳۹۶.
۱۰. رفیعی، علی و همکاران، «پاسخ‌های غیر کیفری به مسائل نقض حریم خصوصی در سیاست جنایی ایران و کانادا»، پژوهش حقوق کیفری، دوره یازدهم، شماره ۴۱، ۱۴۰۱.
۱۱. شریعت، فرشاد، «پارادوکس آزادی و بردگی در لیبرالیسم جان لاک»، فصل‌نامه سیاست، دوره چهل و چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۳.
۱۲. شهریار، شهره و همکاران، «دولت در فلسفه سیاسی جان لاک و کارل مارکس: رویکرد تطبیقی. انتقادی»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۹، ۱۳۹۹.
۱۳. عبدالله‌زاده، انس و علی حاجی‌پور کندرود، «تحلیل چالش‌های دولت الکترونیک با حریم خصوصی اطلاعاتی شهروندان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱.
۱۴. فروغی، فضل‌الله و همکاران، «مبانی ممنوعیت نقض حریم خصوصی در حقوق ایران و امریکا»، مطالعات حقوقی، دوره ششم، شماره ۳، ۱۳۹۳.

۱۵. فریادی، مسعود و مرتضی نجابت‌خواه، «چالش‌های حقوق اداری در مدیریت شرایط اضطراری بهداشتی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق کرونا، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۶. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیعی‌سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۲.
۱۷. محبی، داوود و حامد کرمی، «ماهیت‌شناسی الگوهای پاسخ به وضعیت‌های اضطراری با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، آفاق امنیت، سال هشتم، شماره ۳۲، ۱۳۹۵.
۱۸. مشهدی، علی و سجاد محمدلو، «مطالعه تطبیقی مفهوم و معیار حق حریم خصوصی؛ رویکرد عرفی و فرهنگی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره بیستم، شماره ۲، ۱۳۹۵.
۱۹. موسی‌زاده، ابراهیم و فهیم مصطفی‌زاده، «نگاهی به مفهوم و مبانی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی عرفی»، بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۲۰. نجارزاده‌هنجانی، مجید، «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران: در جست‌وجوی اداره صلاحیت‌دار»، مجله حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۳، ۱۳۹۹.
۲۱. نصیری، بهرام و همکاران، «بررسی تطبیقی مفهوم تساهل و تسامح در اندیشه جان‌لاک و اندیشه اسلامی مبتنی بر قرآن»، پژوهش دینی، شماره ۴۴، ۱۴۰۱.
۲۲. نقیبی، ابوالقاسم و معصومه شهریار، «مفهوم، مصادیق و مستندات فقهی و حقوقی حریم خصوصی خانواده»، دوفصل‌نامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره بیست و هفتم، شماره ۷۶، ۱۴۰۱.
۲۳. هوسمن، کارل، «حرمت حریم خصوصی در برابر حق مردم به آگاهی از رویدادها»، ترجمه: داوود حیدری، رسانه، شماره ۲۷، ۱۳۷۵.
۲۴. ویژه، محمدرضا و آزاده سادات طاهری، «تحلیلی بر قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در پرتو اصول کلی حاکم بر دسترسی به اطلاعات»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، شماره ۳۵، ۱۳۹۰.

۲. عربی

۱. حسینی شیرازی، سید محمد، موسوعة استدلالیة فی الفقه الاسلامی، قم: مؤسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷.
۲. حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸.

۳. شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، محقق: صبحی صالح، چاپ اول، قم: هجرت، ۱۴۱۴.
۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الاقتصاد فيما يتعلق بالاعتقاد، بیروت: دار الاضواء، ۱۴۲۲.
۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله، تحریر الوسیله، قم: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۹۰ ق.
۶. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.

3. Latin Source

1. Fritscher, Lisa, **Usa Patriot Act: Pros And Cons**, ۲۰۰۷, Retrieved In: 5/11/2012, In:www.life-script.com.
2. Wadsworth, Madison Racquel, **The Pa Tri Ot Act: How It Hurts Democracy**, Honors In University Studies With Departmental Honors Tn Political Science In The Department Of Political Science, 2019.
3. Warbrick, Colin, “**The European Response To Terrorism In An Age Of Human Rights**”, The European Journal Of International Law, Vol. 15, No. 5, 2004.
4. Bharadwaj, Aditya, **Counter-Terrorism And Human Rights: An Analysis**, International Journal Of Law Management & Humanities, Vol. 6, 2023.

آسیب شناسی نظام پرداخت حقوق و مزایا از منظر عدالت استخدامی

محمد اسماعیلی^۱، مرتضی نجابت خواه^۲، علی اکبر گرجی ازندریانی^۳

چکیده

نظام پرداخت حقوق و مزایا در یک تعریف ابتدایی به سازوکاری اطلاق می شود که بر اساس آن، حقوق و مزایای مستخدمین و کارکنان مشمول در مقابل کار انجام شده تعیین و پرداخت می گردد. نظام های حقوقی در کشورهای مختلف، نظامات خاصی را در این خصوص در نظر گرفته اند، اما اصول کلی و ثابتی وجود دارد که هر نظام پرداختی به منظور کارایی و تحقق عدالت در ابعاد مختلف آن نظیر عدالت اجتماعی، اقتصادی و شغلی، ملزم به رعایت آن هاست. برای مثال، تعیین میزان حقوق با نگاه به سطح عمومی حقوق و دستمزد در بخش عمومی و خصوصی و توانایی اقتصادی مردم که بودجه و هزینه های عمومی را از طریق پرداخت مالیات تأمین می کنند، از جمله اصول کلی است که هر نظام پرداختی ملزم به در نظر گرفتن آن است.

در ایران نیز از زمان تصویب قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۹۱، قانون گذار به دنبال استقرار نوعی نظام پرداخت بوده است. این نظام تاکنون با اصلاحات (اعم از جزئی و کلی) متعددی روبه رو بوده است که تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری را می توان آخرین اراده قانون گذار در این خصوص دانست. با توجه به این موضوع، مقاله کنونی به بررسی آسیب شناسی نظام پرداخت حقوق و مزایا از منظر عدالت استخدامی پرداخته است. یافته های این تحقیق نشان می دهد که قانون مدیریت خدمات کشوری با هدف یکپارچگی نظامات اداری در دستگاه های اجرایی پا به عرصه اجرا نهاد، اما علاوه بر کاستی ها و ابهام هایی که در اجرا با آن مواجه شد، به مرور، انسجام و یکپارچگی خودش را از دست داد. هم اکنون نظام پرداخت حقوق و مزایا در ایران، نظامی آشفته و بدون چارچوب قابل تشخیص است که منجر به برداشت های دل خواهانه و متعدد از متون قانونی گردیده است.

واژگان کلیدی: حقوق، مزایا، قانون مدیریت خدمات کشوری، عدالت استخدامی، برابری.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال؛ تهران، ایران. esmaeil.amirhosseini94@gmail.com

۲. عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه مازندران، m.nejabatkhah@gmail.com

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

مقدمه

بسیاری از انقلاب‌هایی که تاکنون واقع شده‌اند، عدالت‌محوری را به عنوان یکی از شعارهای اصلی خود انتخاب کرده و توانسته‌اند افشار و گروه‌های مختلف جامعه را با خود همراه کنند. انقلاب اسلامی ایران نیز مبتنی بر موازین دینی، تحقق عدل را در مقیاسی جهانی ره‌جویی کرده است، چنان‌که در دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر این رویکرد تصریح شده و اصول متعددی از قانون اساسی نیز به لزوم تحقق عدالت توسط نهادها و دستگاه‌های مختلف حکومتی اختصاص یافته است.^۱

به منظور تحقق عدالت استخدامی باید هم رویه‌ها و هم محتوا و مفاد قوانین را عادلانه تنظیم کرد؛ زیرا این دو مکمل یکدیگرند و هر یک بدون دیگری کامل نیست.^۲ نتایج مطالعات تجربی نشان می‌دهد رابطه مستقیمی میان نابرابری در پرداخت حقوق و مزایای کارمندان و رضایت شغلی وجود دارد. هم‌چنین فرهنگ سازمانی در برقراری نظام پرداخت حقوق و مزایا نقش مهمی دارد.^۳

مشکلات اجرایی این قانون و بعضی نتایج نامطلوب آن منجر به تصویب قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ و اصلاحات بعدی آن شد. این قانون برای ایجاد عدالت استخدامی به ویژه درباره حقوق و مزایای کارکنان دولت و برای حل کمبودهای قانون استخدام کشوری وضع گردید، ولی این بار نیز نتیجه ثمربخشی حاصل نشد.^۴

در این میان، دولت در ۲۴ شهریور ۱۳۸۱، برای ایجاد تحول در عدالت استخدامی، با دو مصوبه، استخدام رسمی را ممنوع کرد و استخدام پیمانی را اصل قرار داد. این مصوبات به طور کلی یا جزئی توسط هیئت عمومی دیوان عدالت اداری باطل اعلام شد.^۵ با تصویب قانون مدیریت خدمات

۱. عمرانی، سلمان و همکاران، «تبعض مثبت یا تبعض ناروا؟ تأملی بر مفهوم‌شناسی تبعیض در نظام حقوقی ایران؛ مطالعه موردی بومی‌گزینی‌های استخدامی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۱۱۱.

۲. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، مجله حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۱۱۷.

3. Green, Clifton, Zhou, Dexin, *Pay inequality, job satisfaction and firm performance*, Texas Tech University, 2009, p. 125.

۴. توسلی نایینی، منوچهر، «تأثیرات جهانی شدن اقتصاد بر روابط کار»، سومین همایش ملی کار، تهران، ۱۳۸۱، ص ۷۱.

۵. ابن علی، علی‌اکبر، مجموعه قوانین و مقررات استخدامی، تهران: مؤسسه معین اداره، چاپ نهم، ۱۳۸۶، ص ۷۴.

کشوری در سال ۱۳۸۶ مقرر گردید استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش انجام شود. بر اساس ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری پیش‌بینی شده است که برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی، استخدام به صورت رسمی و برای تصدی پست‌های سازمانی و مدت معین، استخدام به صورت پیمانی صورت گیرد.^۱

قانون مدیریت خدمات کشوری که در سال ۱۳۸۶ بعد از تصویب قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ تصویب شد، در زمینه نظام پرداخت، نسبت به قانون قبلی، برتری‌های زیادی داشت. با این حال، خود این قانون نیز دارای مشکلات متعددی است که مهم‌ترین آن‌ها چنین است:^۲

نخست آن‌که در فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری، به منظور تعادل بخشی بین دستگاه‌های اجرایی مختلف که در طول سال‌های اخیر با استفاده از ظرفیت‌های قانونی، نظام پرداخت را نامتعادل کرده‌اند، ضمن افزایش پنجاه درصدی امتیازات فصل دهم، اختیارات دولت را در مورد حقوق و مزایای کارکنان دولت که در قانون برنامه پنجم پیش‌بینی شده بود، به صورت دائمی پیش‌بینی کرد. با این حال، برای برقراری عدالت در پرداخت و از بین بردن تبعیض موجود در میان دستگاه‌های اجرایی، مقرر گردیده است آن دسته از دستگاه‌های اجرایی که در اجرای قوانین و مقررات خاص، قبلاً از افزایش امتیازات یادشده برخوردار شده‌اند، اعمال این افزایش‌ها در مورد آن‌ها پس از کسر افزایش‌های قبلی امکان‌پذیر باشد.

دوم آن‌که بر اساس قانون مدیریت خدمات کشوری، دولت مکلف گردیده است ظرف بازه زمانی پنج ساله، نابرابری موجود بین حقوق بازنشستگان کشوری و لشکری سنوات مختلف را تعدیل کند، به نحوی که در سال اول اجرای قانون، حقوق بازنشستگی و وظیفه هیچ یک از بازنشستگان و وظیفه‌بگیران مشترک صندوق بازنشستگی کشوری و سازمان تأمین اجتماعی نیروهای مسلح که تا پایان سال قبل، بازنشسته یا موظف شده یا بشوند، پس از اعمال ضریب سالیانه، از سال پنجم به بعد همواره از هشتاد و پنج درصد آخرین حقوق و فوق‌العاده‌های مشمول کسور بازنشستگی شاغلین مشابه در سال قبل در همان دستگاه کم‌تر نباشد.

۱. منصوریان، ناصرعلی، «قانون مدیریت خدمات کشوری در آیین حقوق اداری»، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۲۵۳ و ۲۵۴، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶.

۲. قهوه‌چیان، حمید، تکوین نظام حقوقی بودجه در ایران در پرتو نهادگرایی نوین، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳.

مبانی عدالت استخدامی در نظام پرداخت و مزایا را می‌توان شامل این موارد دانست: اصل پرداخت مساوی به ازای کار مساوی برای اشخاص در شرایط مساوی؛ رعایت اصل برابری و هماهنگی اثرات و عوامل مؤثر بر میزان پرداخت؛ رعایت اصل سهم بودن جامعه در درآمدهای دولتی؛ رعایت اصل توازن اجتماعی؛ رعایت اصل در تساوی جبران خدمات در داخل و خارج سازمان.^۱

در نظام اداری مطلوب باید به کارکنان دارای شرایط استخدامی مشابه و کار مساوی، حقوق و دستمزد مساوی پرداخت گردد و اصل عدم تبعیض در پرداخت حقوق مقتضی آن است که افراد برای کار با ارزش مساوی از حقوق برابر برخوردار باشند و هیچ نوع تمایزی بین آن‌ها وجود نداشته باشد. به همین دلیل، پیش از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون‌گذار برای هماهنگ‌سازی حقوق و مزایا، قانون نظام هماهنگ پرداخت حقوق را در سال ۱۳۷۰ تصویب کرد. این قانون با هدف اجرای اصل حقوق مساوی برای کار مساوی وضع شد، اما اقداماتی که تاکنون صورت گرفته، در عمل به نتیجه مطلوب منجر نشده است.

با توجه به اهمیت موضوع مقاله، تاکنون چند اثر علمی مرتبط با این موضوع منتشر شده که برخی از مهم‌ترین آن‌ها به این شرح است: طهرانی و همکاران (۱۳۹۳) در مطالعه‌ای با عنوان «قانون مدیریت خدمات کشوری (اصول، مبانی و راهبردهای پیشنهادی)» نشان داده‌اند که در فصول اول و دوم قانون مدیریت خدمات کشوری به موضوعاتی فراتر از نظام اداری کشور پرداخته شده که مورد نقد برخی صاحب‌نظران این حوزه قرار گرفته است. بسیاری از مواد قانون بر محور اصول نظریه مدیریت دولتی نوین و نظریه حکمرانی خوب تدوین شده‌اند که با توجه به ضرورت ایجاد بسترهای لازم برای اجرای این دو نظریه در ایران و تجربه کشورهای مختلف، انتقادهای زیادی از این نظر به آن وارد شده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که در مرحله بازنگری قانون باید به هم‌راستایی با سیاست‌های کلی نظام اداری که مؤخر بر قانون مدیریت خدمات کشوری است، توجه جدی صورت گیرد.

در مطالعه کشاورزی و کریمیان (۱۳۹۲) با عنوان «کاوش نظام قانونی تمهید و توسعه دانش و مدیریت دانش در نظام اداری ایران با تمرکز بر قانون مدیریت خدمات کشوری» با بررسی قانون

۱. کاملی، محمد جواد و همکاران، «بررسی نقش نظام مدیریت حقوق و دستمزد بر کارآیی کارکنان ستاد ناجا»، فصل‌نامه توسعه، سال ششم، شماره ۲۰، ۱۳۹۰، ص ۴۷.

مدیریت خدمات کشوری ایران، پیشنهادهای کاربردی در خصوص نحوه اعمال احکام این قانون در امور فناوری اطلاعات و مدیریت دانش و اطلاعات در سطح ملی ارائه شده است. این پیشنهادها عبارتند از: طراحی و استقرار سیستم جامع ملی اطلاع رسانی الکترونیکی، تهیه و اجرای برنامه ارزیابی و بازنگری وبسایت‌های کلّیه سازمان‌های مشمول قانون، جمع‌آوری اطلاعات مربوط به تخصص‌های ایرانیان به عنوان بخشی از پایگاه اطلاعات ایرانیان، شبکه‌بندی دانش در بیرون و درون نظام اداری کشور، پیش‌بینی پست‌های مرتبط با مدیریت دانش در تشکیلات دستگاه‌های اجرایی، طراحی سیستم تسهیم دانش واحدهای سازمانی و سازمان‌ها با یکدیگر، ایجاد سیستم جامع رایانه‌ای پیشنهادی ملی، شناسایی بازنشستگان متخصص و مؤثر هر سازمان برای امکان استفاده از مشاوره آنان در واحد مربوط و مستندسازی دانش و تجربه‌های آنان برای استفاده در سازمان‌های مشمول قانون.

شریف‌زاده (۱۳۹۰) در مطالعه‌ای با عنوان «تحلیل آثار اجرای فصل حقوق و مزایای قانون مدیریت خدمات کشوری بر رضایت شغلی کارکنان سازمان‌های عمومی ایران» نشان داده است که تأمین نیازهای اساسی کارکنان در سازمان با تأکید بر عدالت در پرداخت‌ها، برقراری نسبت بین ویژگی‌های شاغلین و حقوق دریافتی، سازگاری بیش‌تر خصوصیات مشاغل و حقوق و مزایا و برآورده شدن انتظارات کارکنان به طور چشم‌گیری می‌تواند بر تأمین رضایت شغلی نیروی انسانی سازمان اثر مثبت بگذارد. با توجه به موارد بیان شده، مقاله کنونی به دنبال پاسخ به این سؤال است که مهم‌ترین آسیب‌های نظام پرداخت حقوق و مزایای کارکنان در حقوق اداری ایران چیستند؟ نتایج این تحقیق نشان می‌دهد عدالت استخدامی در زمینه حقوق و مزایا با چالش‌ها و آسیب‌هایی همراه است که عمدتاً در قوانین موجود در نظام اداری ریشه دارد. اصلاح قوانین و مقررات اداری، اولین گام در اصلاح نظام عدالت استخدامی است.

پژوهش کنونی برای پاسخ‌دهی به این پرسش با روش توصیفی و تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتاب‌خانه‌ای در قالب پنج گفتار مستقل به بررسی و تحلیل موضوع خواهد پرداخت. در گفتار اول، اهداف عدالت در نظام پرداخت حقوق و مزایا؛ گفتار دوم، ابعاد نابرابری در پرداخت حقوق و مزایا؛ گفتار سوم، دلایل نابرابری پرداخت حقوق و مزایا در دستگاه‌های اجرایی؛ گفتار چهارم، چالش‌های

تبعیض در پرداخت حقوق و مزایا و گفتار پنجم، رویکرد رویه قضایی دیوان عدالت اداری در خصوص پرداخت حقوق و مزایا توضیح داده می‌شود.

گفتار اول. ابعاد نابرابری در پرداخت حقوق و مزایا

به منظور بررسی ابعاد نابرابری در پرداخت حقوق و مزایا در این گفتار، ابتدا در بند اول، نابرابری در پرداخت حقوق و مزایای مدیران با کارکنان و پس از آن در بند دوم، رویکرد فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری به حقوق و مزایا توضیح داده خواهد شد.

بند اول. طراحی نامناسب نظام حقوق و دستمزد

نخستین هدف از پذیرش شغل، دریافت حقوق و مزایاست. بنابراین، ضرورت دارد مدیران بر اجرای یک نظام مناسب جبران خدمات تمرکز داشته باشند؛ زیرا برانگیزاننده اصلی کارکنان و سازوکار اصلی افزایش بهره‌وری، پاداش‌دهی به کارکنان بر اساس فعالیت‌ها و موفقیت آنان است.^۱ بسیاری از نظام‌های حقوق و دستمزد کنونی، انگیزه قوی برای کار را به وجود نمی‌آورند و تنها بر اساس شرایط زمانی و تورم جامعه عمل می‌کنند. این نظام‌های سنتی به ویژه شیوه‌های پرداخت پاداش سنتی و نظام پرداختی که تأمین‌کننده حداقل نیازهای زیستی نباشد، پاسخ‌گوی محیط سازمانی امروزی نیستند و در بهره‌وری افراد نقشی ندارند.^۲

یکی از وظایف مدیریت منابع انسانی، طراحی نظام حقوق و دستمزد است. تعیین میزان حقوق و دستمزدی که سازمان باید به کارکنان خود بپردازد، یکی از مهم‌ترین جنبه‌های مدیریت منابع انسانی است؛ زیرا نظام پاداش (که حقوق و دستمزد جزئی از آن را تشکیل می‌دهد)، در جذب و رضایت کارکنان و ایجاد انگیزه در آنان تأثیری بسزا دارد. افزون بر آن، پرداخت به کارکنان از سنگین‌ترین هزینه‌هایی است که هر سازمانی باید برای پیشبرد و عملی کردن اهداف خود متحمل شود.^۳

1. Lowler, E. E., *Leadership excellence*, New loyalty, 22 (3), 2005, p. 25.

۲. ممبینی، محمد و سمانه احمدی، «شناسایی موانع پرداخت بر مبنای عملکرد در سازمان‌های دولتی ایران»، مدیریت توسعه و تحول (ویژه‌نامه)، ۱۳۹۸، ص ۲۲۹.

۳. سعادت، اسفندیار، مدیریت منابع انسانی، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳.

نظام پرداخت، فعالیتی است که سازمان‌ها از طریق آن، کار افراد را ارزیابی می‌کنند تا پاداش‌های پولی و غیر پولی مستقیم و غیر مستقیم را در چارچوب مقررات قانونی و توانایی پرداخت خود میان آنان توزیع کنند. یک نظام پرداخت بیان می‌کند که چگونه تلاش (مثل انرژی مصرف شده یا مهارت اعمال شده) باید با اجرت (یا حقوق و دستمزد) مرتبط گردد. برای مثال، مقررات یک نظام استخدامی ساده بیان می‌کند که برای هر قسمت کامل شده از کار بر اساس استاندارد کیفی مفروض، مزد کارگر چه قدر است. روش‌های یک نظام پرداخت، چگونگی اجرای مقررات را مشخص می‌کنند. در این مورد، مقررات، جریمه‌هایی را هم برای قصور از قرارداد کار استاندارد بیان خواهند کرد. روش‌های مرسوم نیز برای گزارش دهی مواد معیوب و ابزار خراب وجود دارد. این گونه موارد برای آن است که از محاسبه و پرداخت درست مبالغ مندرج در مقررات، اطمینان حاصل شود. روش‌ها همین طور ممکن است مستلزم آن باشند که اشخاص معین در زمان معین گزارش بدهند.^۱

مایکل وایت، مجموعه نظام پرداخت را شامل حقوق، مزایا و پاداش‌ها می‌داند و بیان می‌کند که روش‌های متنوع نظام پرداخت کارکنان حقوق بگیر باید از یک سو با مجموعه نظام پرداخت یعنی حقوق و مزایا و پاداش‌ها و از سوی دیگر با ساختار مالی نظام پرداخت و معیارهای دیگر بازدهی شغلی در سطوح پرداخت رتبه‌ها و موارد مرتبط با آن هماهنگ باشد و از ارزش‌یابی بازده کار نیز باید به عنوان پشتیبان استفاده شود.^۲

رعایت عدالت در پرداخت، توجه به ویژگی‌های شاغل، انتخاب نظام امتیاز فرد و شغل، تقسیم دو بخش مستمر و غیر مستمر، انعطاف‌پذیری نظام پرداخت در درون، جداسازی پرداخت‌های ترمیمی از نظام پرداخت، ارتقای سطح بهره‌وری با قرار دادن آن در پرداخت‌های غیر مستمر، ایجاد نظام ارزیابی عملکرد در پرداخت‌های غیر مستمر، توجه به میزان اختیار و مسئولیت‌های شاغل و توجه به تلاش‌های شاغل از جمله عوامل مؤثر در نظام پرداخت کارکنان بخش دولتی است.^۳ هم‌چنین

۱. دولان، شیمون ال. و رندال اس. شولر، مدیریت امور کارکنان و منابع انسانی، ترجمه: محمد صائبی و محمدعلی طوسی، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۸۹، ص ۳۶.

۲. مالکی، محمدرضا و همکاران، «نارسایی‌های نظام جبران خدمت کارکنان در بخش دولتی ایران»، فصل‌نامه علوم مدیریت ایران، سال چهاردهم، شماره ۵۴، ۱۳۹۸، ص ۲۶.

۳. میرزایی، حامد، «موانع اصل برابری حقوق و مزایای کارکنان دولت در حقوق اداری ایران»، رهیافت‌های نوین در مطالعات

طراحی نظام پرداخت بر مبنای لیاقت و شایستگی قابل توجه است. اصولاً پرداخت حقوق رقابت‌آمیز و قابل قیاس با حقوق مشاغل مشابه به میزانی که معزف ارزش کار کارمند برای دستگاه باشد، در مورد آنان بسیار مناسب‌تر از ارزش‌های یکنواخت سالانه است و این قبیل کارکنان از آن جهت که ارزش انجام وظایف آنان در نظر گرفته می‌شود، رضایت بیش‌تری خواهند داشت.^۱

بند دوم. رویکرد فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری به حقوق و مزایا

فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری تحت عنوان حقوق و مزایا، چارچوب و ضوابط قانونی و قیود مشخصی برای تعیین حقوق مقامات و مدیران دستگاه‌های اجرایی از جمله مقامات تصریح شده در ماده ۵ به وجود آورده، اما با این همه، پرداخت‌های نامتعارف در برخی دستگاه‌ها صورت گرفته است. بنا بر بررسی‌های مقدماتی، قوانین و مقررات ناظر بر پرداخت به ویژه پرداخت به مدیران عالی در بیش‌تر دستگاه‌های اجرایی کشور رعایت می‌شود، اما در برخی از دستگاه‌های اجرایی و سازمان‌های تابعه آن‌ها مانند وزارت امور اقتصادی و دارایی به ویژه در حوزه بانک‌ها، بیمه‌ها، شرکت‌های دولتی، وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی، شرکت ملی نفت ایران و صندوق توسعه ملی، وضعیت نابسامانی از نظر پرداخت حقوق و مزایا و اعطای تسهیلات بانکی وجود دارد که اقدامات لازم و قاطع درباره آن‌ها باید در کوتاه‌مدت صورت گیرد. در بلندمدت نیز باید ضوابط قانونی و مقررات لازم و نظامات نظارتی را به گونه‌ای طراحی کرد که امکان بروز این معضلات به حداقل برسد.

مواد قانونی که دربرگیرنده ضوابط پرداخت هستند، عبارتند از:

ماده ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، سمت‌های سیاسی را تعریف و طبق آن، رؤسای سه قوه، معاون اول رئیس‌جمهور، نواب رئیس مجلس شورای اسلامی و اعضای شورای نگهبان، وزرا، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و معاونان رئیس‌جمهور، استانداران و سفرا و معاونین وزرا، «مقام سیاسی» شناخته شده‌اند. حقوق این مقامات در چارچوب قانون مدیریت خدمات کشوری و ضرایب مصوب آن تعیین می‌شود.

اسلامی، دوره سوم، شماره ۸، ۱۴۰۰، ص ۲۷۸.

۱. قانونی، پروین، ارزش‌یابی و طبقه‌بندی مشاغل، تهران: علوم اداری و مدیریت بازرگانی، ۱۳۵۶، ص ۲۸۸.

طبق ماده ۷۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، امتیاز شغلی مدیران عامل و اعضای هیئت‌های مدیره شرکت‌های دولتی که بر اساس سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی باید در اختیار دولت بمانند، با توجه به نوع وظایف، حساسیت و سطح تخصصی کارمندان تعیین خواهد شد و سقف امتیاز آنان، حداکثر ۱/۵ برابر حداکثر ارقام امتیاز شغلی فصل دهم قانون است. حقوق و مزایای مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره دیگر شرکت‌های دولتی که باید شرکت آن‌ها به بخش غیر دولتی واگذار شود، مشابه دیگر مدیران حرفه‌ای مندرج در قانون مدیریت خدمات کشوری تعیین و پرداخت می‌شود. علاوه بر این، با هدف ارتقای کارایی و سوددهی بنگاه‌های اقتصادی، پرداخت فوق‌العاده بهره‌وری در این قانون پیش‌بینی شده که برای ۷۰ درصد کارمندان و تا سقف ۴۰ درصد حقوق ثابت قابل پرداخت است.

طبق ماده ۷۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶، حداقل و حداکثر حقوق و مزایای مستمر شاغلین، حقوق بازنشستگان و وظیفه‌بگیران مشمول این قانون و دیگر حقوق‌بگیران دستگاه‌های اجرایی و صندوق‌های بازنشستگی وابسته به دستگاه‌های اجرایی، هر سال با پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. طبق تبصره این ماده، سقف حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر نباید از ۷ برابر حداقل حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر تجاوز کند.

طبق ماده ۸۴ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۴، ناخالص حقوق و مزایای دریافتی مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره شرکت‌های دولتی و غیر دولتی که به نحوی از انحا، وابسته به نهادهای عمومی غیر دولتی هستند، باید حداکثر از ده برابر حداقل حقوق مصوب سالیانه شورای عالی کار بیش‌تر نباشد. ضمناً پاداش پایان سال اعضای هیئت مدیره این شرکت‌ها صرفاً به اشخاص حقوقی آنان قابل پرداخت است و مدیران عامل و اعضای هیئت مدیره به غیر از حقوق و مزایای تعیین‌شده و اعضای غیر موظف به جز حق جلسه ماهانه که حداکثر از دو برابر حداقل حقوق مصوب شورای عالی کار برای هر ماه بیش‌تر نیست، هیچ گونه مبلغی تحت هیچ عنوانی دریافت نمی‌کنند.

گفتار دوم. دلایل نابرابری پرداخت حقوق و مزایا در دستگاه‌های اجرایی

در راستای بررسی دلایل نابرابری در پرداخت حقوق و مزایا، در این گفتار به ترتیب، در مورد خروج دستگاه‌های اجرایی از شمول قانون مادر، مصوبات هیئت وزیران و مجلس و نابرابری در مزایا و امور رفاهی مدیران با کارکنان توضیح داده خواهد شد.

بند اول. خروج دستگاه‌های اجرایی از شمول قانون مادر

در حقوق اداری ایران، اصل بر این است که همه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی تحت هر عنوان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری می‌باشند، مگر در مواردی که در قانون مستثنی شده‌اند. از این نظر، قانون مدیریت خدمات کشوری، یک قانون مادر و بنیادی، ناظر بر استخدام و پرداخت حقوق در دستگاه‌های دولتی محسوب می‌گردد.^۱

یکی از اهداف مهم در تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری این بود که با توجه به پراکندگی و تعدّد قوانینی که در امور اداری و استخدامی و پرداخت حقوق و مزایا در کشور وجود داشت، این قانون بتواند به عنوان قانونی عام حتی‌الامکان تمام نهادها و مؤسسات کشور را تحت شمول خود قرار دهد. با توجه به شرایط خاص برخی نهادها، خود قانون در ماده ۱۱۷، تعدادی از نهادها، مشاغل و مقامات را از شمول خود خارج کرده است که البته مستثنی کردن برخی از آن‌ها هم خالی از اشکال نیست.^۲

در زمان تهیه و تنظیم پیش‌نویس لایحه مدیریت خدمات کشوری و قبل از آن‌که این لایحه، جامه قانون بر تن کند، قرار بود همه دستگاه‌های اجرایی کشور بدون هیچ استثنایی، مشمول مقررات این قانون باشند. بر اساس ماده ۵ آن قانون، همه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و همه دستگاه‌هایی که مشمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر 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 می‌شود.^۳

۱. یاوری، اسدالله و مصطفی رضایی، «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱، ص ۲۱۸.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹، ص ۱۶۷.

۳. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار: چالش‌ها و راهکارها»، پژوهش‌های

در قانون مدیریت خدمات کشوری بر خلاف تلاش‌هایی که در تدوین آن انجام شده و با توجه به اهداف این قانون که ایجاد عدالت در بستر پرداخت و رفع تبعیض بین حقوق‌ها بوده است، با این‌که ماده ۶۴ قانون نظام پرداخت، مشمول همه دستگاه‌های اجرایی می‌گردد، به دلیل پیروی نکردن بسیاری از دستگاه‌ها از اجرای این قانون، در نحوه اجرا هنوز هم مشکل تبعیض بین کارکنان دستگاه‌های اجرایی مختلف مشهود است. علاوه بر این، به دلیل اجرای ناصحیح قانون، این تبعیض بین کارکنان مجری قانون نیز مشاهده می‌گردد.^۱

بند دوم. مصوبات هیئت وزیران و مجلس

هیئت دولت و مجلس، تعدادی از سازمان‌های دولتی را که در مورد دولتی بودن آن‌ها تردیدی وجود ندارد، به مؤسسات عمومی غیر دولتی تبدیل کرده‌اند. علت این اقدامات، گریز بعضی دستگاه‌های دولتی از اجرای قوانین و مقررات عمومی است. این سازمان‌ها عبارتند از:

۱. هیئت امنای صرفه‌جویی ارزی در معالجه بیماران به موجب ماده ۱ قانون هیئت امنای صرفه‌جویی ارزی در معالجه بیماران؛
۲. صندوق بیمه اجتماعی روستاییان و عشایر که غیر دولتی شناختن آن به موجب قانون مصوب مجلس در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۴ و مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۶ بوده است؛
۳. صندوق توسعه ملی بر اساس ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه؛
۴. سازمان تأمین اجتماعی نیروهای مسلح به موجب لایحه الحاق سازمان تأمین اجتماعی نیروهای مسلح به فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی.

بنابراین، تخلف از قانون مدیریت خدمات کشوری و وجود برخی قوانین و مقررات خاص، زمینه را برای این‌گونه پرداخت‌ها فراهم کرده است.

طبق ماده ۷۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، شورای حقوق و دستمزد به منظور هماهنگی در تعیین حقوق و مزایای کارمندان دستگاه‌های اجرایی تشکیل شده است. همه دستگاه‌ها اعم از

نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۲۴۵.

۱. حقیقی امین‌آبادی، روح‌الله، «بررسی اجرای فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری در آموزش و پرورش»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، ص ۴۳.

این‌که مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری باشند یا نباشند، قبل از تصمیم‌گیری در مراجع قانونی مربوط برای تعیین یا تغییر مبانی و مقررات حقوق و مزایای کارمندان یا هر نوع پرداخت جدید باید موافقت شورای یادشده را کسب کنند. مصوبات این شورا پس از تأیید رییس جمهور قابل اجراست و حتی هیئت وزیران هم موظف است نظر این شورا را بگیرد، اما از سال ۱۳۸۸ تاکنون، این شورا کارآمد نبوده است.

برخی وزارت خانه‌ها مثل وزارت امور اقتصادی و دارایی و مؤسسات تابعه به جهت دسترسی به درآمدهای اختصاصی، ظرفیت ویژه‌ای برای پرداخت به مدیران دارند. ماده ۲۱۷ قانون مالیات‌های مستقیم به وزارت اقتصاد اجازه می‌دهد که یک درصد از وجوهی را که بابت مالیات و جرایم موضوع این قانون وصول می‌کند (به استثنای مالیات شرکت‌های دولتی)، در آموزش کارمندان و تشویق آن‌ها و کسانی که در امر وصول مالیات فعالیت مؤثر داشتند، خرج کند. این وجوه به عنوان پاداش از شمول مالیات و کلیه مقررات مستثنی است. اگرچه استدلالشان، تشویق کردن کارمندان است، اما با توجه به سطوح سازمانی، تفاوت‌های قابل توجهی بین پرداختی به مدیران و پرداختی به کارکنان وجود دارد. با توجه به مستثنی بودن این پرداخت‌ها از محدودیت‌های قانونی، این امر یکی از دلایل پرداخت‌های نامتعارف محسوب می‌شود.

بند سوم. نابرابری در مزایای غیر نقدی میان مدیران و کارمندان

بخش دوم نظام مدیریت حقوق و دستمزد به پرداخت‌های نقدی و غیر نقدی و امور رفاهی کارکنان می‌پردازد که می‌توان آن را جبران خدمات از طریق تسهیلات و امکانات رفاهی نام نهاد که شخص کارمند گاهی آن را به طور مستقیم دریافت نمی‌کند، مثل بیمه تأمین آتیه. در بعضی موارد نیز به صورت بهره‌مندی از تسهیلات و امکانات رفاهی است که یا هزینه آن را کاملاً سازمان پرداخت می‌کند یا کارمند به صورت یارانه‌ای (پرداختن قسمتی از هزینه‌ها) از آن‌ها استفاده می‌کند.

بررسی‌های غیر رسمی نشان می‌دهد که امور رفاهی به طور معمول تا ۶۰ درصد از میزان حقوق و مزایا را دربرمی‌گیرد و این انتظار نیز وجود دارد که به دلیل غیر مستمر بودن امور رفاهی، اقدام‌هایی فراتر از پرداخت حقوق و مزایا انجام بگیرد. به نظر می‌رسد امور رفاهی به طور مستقیم در حفظ و جذب کارکنان مؤثر باشد، ولی این موضوع زمانی مطرح می‌شود که کارکنان به آن‌ها

نیاز پیدا کنند. بنابراین، امور رفاهی را می‌توان به قایق‌های نجات درون کشتی اقیانوس‌پیمایی شبیه کرد که مسافران هنگام سوار شدن به کشتی، آن‌ها را می‌بینند، ولی تا ضرورتی احساس نکنند، آن‌ها را به کار نمی‌گیرند.^۱

فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری شامل مواد ۶۴ تا ۸۰ این قانون، مباحثی در مورد حقوق و مزایا مطرح و نحوه ارزش‌یابی مشاغل را با استفاده از روش ارزش‌یابی امتیازی تشریح کرده است. تفاوت اساسی قانون مدیریت خدمات کشوری با قانون نظام هماهنگ پرداخت در این است که مبنای نظام پرداخت از شیوه طبقه‌ای در قانون جدید به روش امتیازی تغییر یافته است. معاونت توسعه مدیریت و سرمایه‌انسانی ریاست جمهوری با یک وقفه طولانی، در اردیبهشت ۱۳۸۸ در بخش‌نامه‌ای که به دستگاه‌های مشمول این قانون ارائه کرد، چگونگی اجرای فصل حقوق و مزایای قانون یادشده را تشریح کرده است، اما متأسفانه آن گونه که شایسته این قانون بود، اهتمام کافی به اجرای آن نشان داده نشد و بسیاری از احکام این قانون یا به اجرا درنیامده یا این‌که به شکلی ناقص اجرا شده‌اند.^۲

نحوه انشای عبارات قانون در این فصل چنان است که ظرفیت کافی برای تولید نابرابری در پرداخت حقوق و مزایا ایجاد می‌کند. برای نمونه، در ماده ۶۸ قانون، ده فوق‌العاده قابل پرداخت به کارمندان پیش‌بینی شده است. صرف نظر از این‌که اساساً چنین سازوکاری چه قدر می‌تواند برای محاسبه حقوق مستخدمین کارایی داشته باشد، پرداخت بیش‌تر فوق‌العاده‌ها به شرایط و پیچیدگی‌هایی بستگی دارد که بسیار مبهم و تأویل‌پذیر به نظر می‌رسد. مثلاً بند ۶ ماده ۶۸ بیان می‌دارد: «فوق‌العاده کارایی و عملکرد در چارچوب ضوابط این بند و تبصره این ماده قابل پرداخت است: الف) به حداکثر ۷۰ درصد از کارمندان هر دستگاه بر اساس رتبه‌بندی نمرات ارزش‌یابی کارمندان، طبق عملکرد کارمندان و با توجه به امتیازی که از عوامل نظیر رضایت ارباب رجوع، رشد و ارتقای اثربخشی و کیفیت و سرعت در اتمام کار کسب می‌نمایند، بر اساس دستورالعملی که سازمان ابلاغ می‌نماید، تا ۲۰ درصد امتیاز مربوط به حقوق ثابت وی در مقاطع سه ماهه قابل پرداخت است.»

۱. ابطی، سید حسین، مدیریت منابع انسانی، تهران: مؤسسه تحقیقات و آموزش مدیریت وابسته به وزارت نیرو، ۱۳۹۱، ص ۳۶.

۲. طهرانی، مریم و همکاران، «اصول، مبانی و راهبردهای پیشنهادی قانون مدیریت خدمات کشوری»، مجلس و راهبرد، شماره ۷۹، ۱۳۹۳، ص ۱۸۲.

جالب این که با وجود بیان فوق‌العاده‌های ده‌گانه در ماده ۶۸، ماده ۶۹ نیز فوق‌العاده دیگری را پیش‌بینی و حوزه ابهام و نابرابری در پرداخت‌ها را گسترده‌تر کرده است. بنابراین، در جمع‌بندی کلی باید معترف بود انتظار پرداخت حقوق و مزایای عادلانه و برابر از مقررات مطوّل، نارسا، نامنسجم و ناشفاف فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری، انتظاری بیهوده است.^۱

گفتار سوم. دلایل تبعیض در پرداخت حقوق و مزایا

به منظور بررسی دقیق چالش‌های تبعیض در پرداخت حقوق و مزایا در این گفتار، ابتدا در بند اول، تدوین نظام خاص پرداخت از سوی برخی دستگاه‌های اجرایی و پس از آن در بند دوم، سازوکارهای ضعیف نظارت به عنوان مهم‌ترین چالش‌های موجود توضیح داده خواهند شد.

بند اول. تدوین نظام خاص پرداخت از سوی برخی دستگاه‌های اجرایی

به استثنای کارکنان وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و وزارت علوم، تحقیقات و فناوری که از شمول قوانین عمومی از جمله قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون محاسبات عمومی خارج شده و هم‌چنین وزارت اطلاعات که به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری از شمول این قانون مستثنی شده و تابع مقررات اداری، استخدامی و نظام پرداخت خاص خود است، پانزده وزارت‌خانه دیگر در شمول قانون مدیریت خدمات کشوری قرار دارند و از قوانین عمومی در زمینه پرداخت تبعیت می‌کنند. از منظر امکان دسترسی به منابع مالی و پرداخت‌های نامتعارف، به ترتیب، وزارت‌خانه بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سازمان انتقال خون و سازمان غذا و دارو به دلیل تبعیت از مقررات خاص پرداخت و برخورداری از درآمدهای اختصاصی و اعتبارات طرح تحول نظام سلامت و وزارت امور اقتصادی و دارایی و مؤسسات و سازمان‌های تابعه آن به جهت استفاده از ظرفیت قانونی موضوع ماده ۲۱۷ قانون مالیات‌های مستقیم، تبصره ۱ ماده ۳۹ قانون مالیات بر ارزش افزوده، ماده ۱۶۰ قانون امور گمرکی و برخورداری از درآمدهای اختصاصی در خود وزارت‌خانه و سازمان‌های تابعه نظیر سازمان امور مالیاتی و گمرک جمهوری اسلامی ایران، از وضعیت بهتری در زمینه پرداخت به مدیران و کارمندان خود برخوردارند.

۱. بیدار، زهرا و عادل شیبانی، «ارزیابی انتقادی از منظر اهداف تصویب قانون»، مجلس و راهبرد، سال سی‌ام، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۲، ص ۵۶.

مشاهده می‌شود به استثنای دو وزارت‌خانه یادشده، در دیگر وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی تابعه فارغ از این‌که تابع قوانین عمومی باشند یا از مقررات خاص تبعیت کنند، با مشکل جدی پرداخت‌های نامتعارف مواجه نیستیم. البته ذکر این نکته لازم است که کارکنان وزارت دادگستری نیز از سال ۱۳۹۰ به بعد، همانند کارکنان قوه قضاییه از ۵۰ درصد افزایش امتیازات حقوق و مزایا برخوردار شده‌اند. سازمان پزشکی قانونی، سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور، سازمان انتقال خون ایران و سازمان دام‌پزشکی کشور نیز به موجب مصوبه مجلس شورای اسلامی صرفاً با این توجیه که از محل درآمدهای اختصاصی منابع مالی مورد نیاز قانون را تأمین می‌کنند، حقوق ثابت (شامل امتیازات حق شغل و حق شاغل که بخش اعظم حقوق افراد را تشکیل می‌دهد) مدیران و کارکنان خود را حتی تا میزان ۴۰۰ درصد افزایش دادند. سازمان بازنشستگی نیز به موجب بند (ث) ماده ۸ اساس‌نامه این سازمان مصوب هیئت وزیران به شماره ۱۴۷۴۴۸/ت ۳۷۳۰۹ هـ مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۲ تابع مقررات خاص پرداخت قرار گرفته است.

به استثنای سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان صنایع کوچک و شهرک‌های صنعتی ایران، شرکت شهرک‌های کشاورزی و سازمان توسعه‌ای ذی‌ربط پتروشیمی که به موجب ماده ۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴ و هم‌چنین شرکت‌های تابعه وزارت نفت که به موجب ماده ۱۰ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱ از شمول قوانین عمومی نظیر قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون محاسبات عمومی خارج شده‌اند، همه شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و بیمه‌ها تابع قانون مدیریت خدمات کشوری هستند. با این حال، مدیران و کارکنان برخی شرکت‌های دولتی فارغ از این‌که تابع مقررات عمومی یا مقررات خاص پرداخت باشند، به دلیل در اختیار داشتن منابع مالی قابل اعتنا و از سوی دیگر، تبعیت از قانون تجارت، استفاده از ظرفیت قانونی بند (ح) ماده ۵۰ قانون برنامه پنجم توسعه و دیگر احکام قانونی نظیر ماده ۴۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۱، مصوب ۱۳۸۴ از پرداخت‌های قابل توجهی برخوردارند و شرکت‌های دولتی هستند که قواعد پرداخت در کشور را با آسیب‌های جدی مواجه کرده‌اند.

۱. این ماده چنین بیان می‌دارد: «اجازه داده می‌شود اعتبارات برنامه خدمات رفاهی کارکنان دولت منظور در قوانین بودجه سنواتی برای ارائه تسهیلات رفاهی و تشویق کارکنان و کمک‌هزینه مسکن به صورت نقدی یا صور دیگر بر اساس موافقت‌نامه‌ای که با سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و یا استان مبادله خواهد شد، استفاده شود».

علاوه بر این ضوابط قانونی مربوط به شرکت‌های دولتی، احکام دیگری نیز وجود دارد که می‌تواند مجرای برای پرداخت‌های نامتعارف به مدیران این شرکت‌ها محسوب شود. با این توضیح که شرکت‌های دولتی، بخشی از سازمان‌های دولتی تلقی می‌شوند که اساس نامه آن‌ها ممکن است به تصویب مجلس شورای اسلامی یا کمیسیون‌های داخلی مجلس یا دولت برسد. موضوعی که در اساس نامه بیش‌تر این شرکت‌ها وجود دارد، تصریح به پیروی از احکام قانون تجارت در مواردی است که احکام قانونی خاصی پیش‌بینی نشده باشد. برای مثال، مطابق ماده ۱ اساس نامه بیمه مرکزی ایران که در این اساس نامه، شرکت نامیده می‌شود، شرکت یادشده طبق مقررات این اساس نامه اداره خواهد شد و در مواردی که مقرراتی در این اساس نامه پیش‌بینی نشده باشد، بر حسب مورد، مشمول قانون تجارت و مقررات بیمه‌گری موضوع قانون تأسیس بیمه مرکزی و بیمه‌گری خواهد بود. هم‌چنین وقتی تابع مقررات عمومی مربوط به دولت و مؤسساتی است که با سرمایه دولت تشکیل شده‌اند که در مقررات یادشده به صراحت از شرکت سهامی بیمه ایران نام برده شده باشد.

بند دوم. سازوکارهای ضعیف نظارت

در صورت نظارت صحیح از سوی دستگاه‌های نظارتی (سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات کشور، وزارت امور اقتصادی و دارایی، سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و سازمان حسابرسی کشور)، از این گونه قوانین می‌توان به عنوان ابزاری مناسب استفاده کرد. از جمله این قوانین می‌توان به ماده ۸۴ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۴، قانون اصلاح ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۹۵/۲/۲۰ (صرف نظر از اشکالاتی که تبصره ۲ این قانون در عمل برای دستگاه‌های اجرایی و بخش خصوصی و غیر دولتی که شریک دستگاه‌های اجرایی به شمار می‌روند، به وجود آورده و نیازمند بازنگری و اصلاح است) و ماده ۷۶ قانون مدیریت خدمات کشوری اشاره کرد. با وجود این احکام قانونی، گزارش‌های مدیریتی و نظارتی از سوی نهادهای یادشده در این حوزه به صورت عمومی منتشر نشده است. از سوی دیگر، نهادهای نظارتی کشور، برای اعمال نظارت بر عملکرد مالی دستگاه‌های اجرایی در زمینه پرداخت حقوق و مزایا به مدیران دستگاه‌های اجرایی همانند سازوکارهایی که در مورد شفافیت مالی به آن اشاره شد، سازوکاری کارآمد ندارند و هم‌چنان از طریق گزارش‌گیری به شیوه سنتی عمل می‌کنند.

شورای حقوق و دستمزد به موجب ماده ۷۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، وظیفه هماهنگی در تعیین حقوق و مزایای کارمندان دستگاه‌های اجرایی را بر عهده دارد و همه دستگاه‌های اجرایی مکلفند قبل از تصمیم‌گیری در مراجع قانونی ذی‌ربط برای هر گونه تغییر در نظامات مربوط به حقوق و دستمزد خود، موافقت این شورا را کسب کنند. با این حال، این شورا هیچ‌گاه جدی گرفته نشده است. در زمینه پرداخت دستگاه‌های اجرایی به خصوص آن دسته از دستگاه‌های اجرایی که تابع مقررات خاص پرداخت هستند، تغییرات متعددی صورت گرفته است، ولی هیچ مراجعه‌ای به این شورا صورت نپذیرفته و در حیات نه ساله خود فقط نامی از آن در ساختار نظامات کشور مشاهده شده و تاکنون مصوبه‌ای که نام این شورا بر آن درج شده باشد، ملاحظه نشده است.

جالب‌تر این‌که با وجود این شورا و تکالیف دستگاه‌ها در قبال نقش نظارتی آن، هیچ‌گاه دستگاه‌های نظارتی به این مسئله واکنشی نشان نداده‌اند. این شورا از سوی خود دستگاه‌های نظارتی نیز جدی گرفته نشده و همین موضوع سبب شده است دستگاه‌های اجرایی به سادگی از کنار نام این شورا بگذرند و به هر میزان که منابع مالی در اختیار داشته باشند، آیین‌نامه مناسب پرداخت آن را نیز تنظیم و اجرا کنند. سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور نیز هیچ‌گاه به نقش قابل توجه و اثرگذار این شورا توجه کافی نکرده که سبب شده است دستگاه‌های اجرایی نیز به سادگی از کنار این نهاد و التزام خود به مراجعه به آن برای تعیین سازوکارهای پرداخت حقوق و مزایا بگذرند. هیئت تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی نیز در برخی موارد نسبت به مصوبات مغایر قانون هیئت وزیران واکنش مناسب نشان نداده است.

ایجاد شفافیت در عملکرد مالی، یکی از مهم‌ترین عوامل مؤثر برای مدیریت بهینه بخش عمومی به شمار می‌رود. پوشش و جامعیت گزارشگری مالی، تکرار و زمان‌بندی منظم گزارش‌گیری، کیفیت انتشار و قابلیت سازگاری (سازش‌پذیری) موارد منتشرشده، چهار زمینه عمومی شفافیت مالی محسوب می‌شوند. مطالعات مرتبط در این حوزه نشان می‌دهد بدون اعمال موازین شفافیت در مناسبات مالی بخش عمومی معمولاً تمامی راهکارهای متعارف تقنینی معطوف به افزایش بهره‌وری و کاهش فساد، عقیم می‌ماند؛ چون در فضای غیر شفاف، ساختار اداری مستعد فساد از میان انبوه قوانین و قواعد دست به‌گزینش می‌زند و راهکار مناسب قانونی عملکرد غیر بهره‌ور یا نامرتبط با اهداف مقررات‌گذار بخش عمومی را پی می‌گیرد. به دلیل اهمیت این موضوع است که در روندهای اخیر مدیریت مالی بخش عمومی معمولاً به شفافیت به عنوان فصلی مستقل توجه صورت می‌گیرد.

برخی از پرداخت‌ها ناشی از تخلف و سوء استفاده مدیران و کارکنان دستگاه‌ها از قانون مدیریت خدمات کشور است. همان طور که در مقدمه هم بیان شد، تعداد مدیرانی که مرتکب تخلف شده‌اند، در مقایسه با کل کارکنان دستگاه‌های کشور بسیار محدودند. با این حال، دریافت حقوق‌های نجومی با تخلف و سوء استفاده برخی از مدیران و کارکنان دستگاه‌ها از قوانین و مقررات و موقعیت شغلی که بدون شک، موجب تضییع حقوق بیت‌المال و مردم شده است، نشان می‌دهد آنان، افرادی سالم و پاک‌دست نبوده و شاید به جای ضوابط قانونی به واسطه روابط غیر قانونی به استخدام دستگاه‌ها درآمده‌اند.^۱

بند سوم. ناکارآمدی شورای حقوق و دستمزد

دستگاه‌ها به نقش شورای حقوق و دستمزد که به موجب ماده ۷۴ قانون مدیریت خدمات کشوری تصویب شده است، توجه شایسته نمی‌کنند. با وجود استنکاف دستگاه‌ها از تکالیف خود در قبال این شورا، دستگاه‌های نظارتی به این مسئله واکنشی نشان نداده‌اند. بر نقش بالقوه و اثرگذار شورای حقوق و دستمزد نیز در سازمان اداری و استخدامی کشور تأکید نشده و این امر سبب شده است دستگاه‌های اجرایی نیز به سادگی از کنار این حکم قانونی و التزام‌آور عبور کنند و به هر میزان که منابع مالی در اختیار داشته باشند، آیین‌نامه مناسب پرداخت آن را نیز تنظیم و اجرا کنند.^۲

گفتار چهارم. رویکرد رویه قضایی دیوان عدالت اداری به پرداخت حقوق و مزایا

نظام حقوق اداری ایران بر اثر پراکندگی قوانین، در موارد زیادی دچار تشتت و آشفتگی بوده و قوانین در برخی موارد، توانایی تعیین حکم دعاوی را ندارند. در این وضعیت، نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیش‌تری می‌یابد. رویه قضایی از سویی، نقص ناشی از انعطاف‌ناپذیری قانون اساسی را نسبت به مسائل اجتماعی جدید برطرف می‌کند که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و قانون اساسی به آن اشاره نکرده است. از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند. در این خصوص، دیوان عدالت

۱. عباسی، بیژن و مرتضی سعیدی پلمی، «بررسی و نقد حقوقی حقوق و مزایای نامتعارف در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱، ص ۱۴۸.

۲. مالکی و همکاران، پیشین، ص ۹.

اداری با رویه قضایی پویا و متحول که در شرایط نبود قانون عام اداری و اشاره نکردن قانون اساسی به اصول جدید راه‌گشا خواهد بود، می‌تواند اصول و حقوق جدید به ویژه در حقوق اداری پدید آورد.^۱ به همین جهت، در ادامه به سه مورد از موضوعاتی اشاره می‌کنیم که در خصوص تطبیق عدالت در نظام پرداخت تاکنون در رویه دیوان عدالت اداری به آن توجه شده است.

بند اول. اختیار نداشتن دولت در نقض حقوق مکتسبه مالی کارمندان

طبق دادنامه شماره ۳۴۴ الی ۳۵۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، قانون‌گذار به شرح بند (و) تبصره ۴ قانون بودجه سال ۱۳۷۸ کل کشور، حق استفاده از پاداش پایان خدمت معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق‌العاده شغل به ازای هر دو سال خدمت در مورد کارکنان رسمی و ثابت مشمول قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت و اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی را هنگام بازنشستگی تثبیت و پرداخت آن توسط دولت تجویز کرده است. مدلول این حکم، مفید اختیار دولت در پرداخت کردن یا نکردن حق مکتسب قانونی یادشده یا کاهش میزان آن نیست. بنابراین، تصویب‌نامه‌های معترض‌عنه از نظر تقلیل نسبت پاداش پایان خدمت، مغایر حکم صریح مقنن تشخیص داده شده و ابطال گردیده است.

هم‌چنین برابر دادنامه شماره ۲۷۶۰ الی ۲۷۶۲ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ هیئت عمومی، هرچند وزیر نفت، مستند خود را برای صدور بخش‌نامه شماره ۱۷۷۷/ص/م/ مورخ ۱۳۹۵/۵/۲۴، دستورالعمل شورای حقوق و دستمزد موضوع بخش‌نامه شماره ۶۴۷۴۴۴ ذکر کرده است، ولی اولاً مقامات اداری مجاز نیستند حقوق و مزایایی را که به موجب قانون تعیین پرداخت شده و حق مکتسب قانونی برای کارکنان ایجاد کرده است، کاهش دهند. ثانیاً وزیر نفت در بخش‌نامه مورد اعتراض، فراتر از دستورالعمل شورای حقوق و دستمزد رأساً به تعیین عدد ریالی برای سقف پرداخت‌ها اقدام کرده است. بنابراین، بخش‌نامه مورد شکایت به دلیل خروج از حدود اختیارات قانونی و تعیین قوانین و مقرراتی که ناظر بر تعیین حقوق و مزایای مستمر و غیر مستمر قابل پرداخت به کارکنان است، ابطال شده است.^۲

۱. حسنوند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹، ص ۹۲.

۲. نکویی، محمد و فرج‌الله قاسمی، «بررسی حقوق مکتسبه کارمندان دولت در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۹، ۱۴۰۰، ص ۴۳۵.

بند دوم. برابری در پرداخت فوق‌العاده‌های مستمر موضوع قانون مدیریت خدمات کشوری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۰۷۱ مورخ ۱۴۰۰/۷/۱۸ که در مقام ابطال تبصره بند ۵ مصوبه مورخ ۱۳۹۹/۱/۲۰ هیئت وزیران صادر کرده، دلیل آن را استثنا انگاشتن شاغلین از رعایت حداکثر حقوق و مزایای مستمر دانسته است. متن رأی هیئت عمومی بدین قرار است: «به موجب ماده ۷۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶: «حداقل و حداکثر حقوق و مزایای مستمر شاغلین، حقوق بازنشستگان و وظیفه بگیران مشمول این قانون و سایر حقوق بگیران دستگاه‌های اجرایی و صندوق‌های بازنشستگی وابسته به دستگاه‌های اجرایی، هر سال با پیشنهاد سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد» و بر اساس تبصره همین ماده: «سقف حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر نباید از ۷ برابر حداقل حقوق ثابت و فوق‌العاده‌های مستمر تجاوز کند. فوق‌العاده‌های مذکور در بندهای (۲)، (۳) و (۵) ماده ۶۸، فوق‌العاده مستمر تلقی می‌گردند.» مستفاد از حکم مقرر در تبصره ماده مذکور و آرای متعدد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از جمله دادنامه شماره ۵۸۱۱۲۱۱/۵۸۱۱۲۱۱/۹۹۰۹۹۹۹۹۰۶/۱۰ آن هیئت این است که رعایت حکم مقرر در ماده ۷۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان یک حکم خاص در مورد سقف حقوق و مزایای مستمر (شامل حقوق ثابت به علاوه فوق‌العاده‌های مستمر مذکور در بند ۲ «فوق‌العاده ایثارگری»، بند ۳ «فوق‌العاده سختی کار» و بند ۵ «فوق‌العاده شغل») شامل کلیه شاغلین دستگاه‌های اجرایی اعم از مشمولین قانون مدیریت خدمات کشوری و یا شاغلین دارای مقررات خاص استخدامی می‌شود و استثنا نمودن برخی شاغلین از این حکم فاقد وجهت قانونی است. بنا به مراتب فوق، تبصره بند ۵ تصویب‌نامه شماره ۳۷۱۸/ت/۵۷۵۹۳ هـ- ۲۰/۱/۱۳۹۹ هیئت وزیران که برخی شاغلین را از رعایت حداکثر حقوق و مزایای مستمر مستثنی نموده است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

بند سوم. غیر قانونی بودن قانون‌گذاری در حوزه ترمیم حقوق توسط مقام اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۲۳۱۳۹۰۰۰۰۹۹۱۳۶ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۹ که در مقام ابطال بخش‌نامه شماره ۶۲۶۰۳ مورخ ۱۴۰۱/۸/۲۳ رییس سازمان امور اداری و استخدامی کشور صادر شده است، با دلایل متقن به ابطال بخش‌نامه معترض‌ عنه رأی داده است. متن رأی

بدین شرح است: «بر اساس ماده ۱ قانون پرداخت پاداش پایان خدمت و بخشی از هزینه‌های ضروری به کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۵/۲/۲۶ با اصلاحات بعدی، به ازای هر سال خدمت، معادل یک ماه آخرین حقوق و فوق‌العاده‌های دریافتی که ملاک کسور بازنشستگی است، به عنوان پاداش پایان خدمت پرداخت می‌شود و بر مبنای ماده ۱۰۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸: «به کارمندان مشمول این قانون که بازنشسته می‌شوند، به ازای هر سال خدمت، یک ماه آخرین حقوق و مزایای مستمر (تاسی سال) به اضافه وجوه مربوط به مرخصی‌های ذخیره‌شده پرداخت خواهد شد» و در بند ۱ ماده واحده قانون اصلاح قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور و ترمیم حقوق کارکنان و بازنشستگان کشوری و لشکری نیز مبلغ ناشی از اعمال قانون مزبور مشمول کسور بازنشستگی شناخته شده و به عنوان «ترمیم حقوق» در نظر گرفته شده است. لذا پرداخت آن مستمر خواهد بود و بر همین اساس، حکم مقرر در جزء (الف) بند ۷ دستورالعمل مورد اعتراض که این افزایش را در محاسبه پاداش پایان خدمت مؤثر ندانسته، با حکم مقرر در ماده ۱ قانون پرداخت پاداش پایان خدمت و بخشی از هزینه‌های ضروری به کارکنان دولت و ماده ۱۰۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مغایرت دارد.

ثالثاً بر اساس قسمت صدر بند ۱ ماده واحده قانون اصلاح قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور و ترمیم حقوق کارکنان و بازنشستگان کشوری و لشکری مقرر شده است که: «۳۰۰۰ امتیاز برای کارمندان مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ و معادل ریالی امتیاز مذکور برای کارمندان مشمول قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ و سایر مشمولان جزء ۱ بند (الف) تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور (به استثنای مشمولان قانون کار) و معادل ریالی ۲۱۰ امتیاز برای اعضای هیئت علمی با عنوان «ترمیم حقوق» به صورت ثابت در احکام کارگزینی و قراردادهای آنان درج می‌شود» و سپس در ادامه مقرر می‌دارد: «این افزایش و نیز حقوق قضات و اعضای هیئت علمی از سقف مقرر در تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور مستثنی است» و بر همین اساس، آنچه در مورد قضات و اعضای هیئت علمی از سقف مستثنی شده، «حقوق» به معنی عام کلیه پرداختی‌هاست و نه صرفاً افزایش موضوع ماده واحده قانون مزبور و لذا جزء (ها) بند ۷ دستورالعمل مورد شکایت که مقرر می‌دارد: «حقوق مندرج در حکم کارگزینی قضات و اعضای هیئت علمی از سقف موضوع جزء ۸ بند (الف) تبصره ۱۲ قانون بودجه سال ۱۴۰۱ مستثنی است و سایر

پرداختی‌ها به ایشان مشمول سقف می‌باشد»، در قسمت دوم آن‌که سایر پرداختی‌ها به قضات و اعضای هیئت علمی را مشمول سقف مقرر قرار داده، فاقد مبنای قانونی و خارج از حدود اختیار است. بنا به مراتب فوق، دستورالعمل اجرایی قانون اصلاح قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور و ترمیم حقوق کارکنان و بازنشستگان کشوری و لشکری مبنی بر افزایش حقوق و دستمزد کارکنان دولت (به استثنای مشمولان قانون کار جمهوری اسلامی ایران) علاوه بر افزایش های موضوع تصویب‌نامه شماره ۲۱۴۸۷/ت/۵۹۸۲۶ هـ - ۱۴۰۱/۲/۱۵ هیئت وزیران و اصلاحات بعدی آن‌که موضوع بخش‌نامه شماره ۶۲۶۰۳ مورخ ۱۴۰۱/۸/۲۳ رییس سازمان اداری و استخدامی کشور است)، خارج از حدود اختیار و خلاف قانون بوده و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۱۳ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از تاریخ تصویب ابطال می‌شود».

نتیجه‌گیری

یکی از مباحث مهم در خصوص عدالت استخدامی، تنظیم شیوه‌های پرداخت عادلانه و جبران خدمات کارکنان است که باید با در نظر گرفتن مؤلفه‌های مهم مرتبط با هر شغل و هر شاغل صورت گیرد. در نظام پرداخت، مدل‌های مختلفی مانند نظام عرضه و تقاضا، شاخص هزینه زندگی، مدل طبقه‌بندی، مدل درجه‌بندی و مدل رتبه‌بندی وجود دارد که در مقررات مختلف مانند قانون نظام هماهنگ پرداخت کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳ به برخی از آن‌ها اشاره شده بود. با وجود تأکید بر نظام نتیجه‌گرایی در آن، بیش‌تر، اوقات کاری فرد مورد نظر بود.

در قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ به عوامل شغل و شاغل و هم‌چنین مهارت‌ها و آموزش‌های کارکنان نیز به عنوان مؤلفه‌های مؤثر در پرداخت توجه شده و به طور رسمی، نظام امتیازی که مبتنی بر حاصل جمع امتیازات حق شغل، حق شاغل و فوق‌العاده‌های مختلف است، اعمال گردیده است. بر اساس ماده ۶۴ این قانون: «نظام پرداخت کارمندان دستگاه‌های اجرایی بر اساس ارزش‌یابی عوامل شغل و شاغل و سایر ویژگی‌های مذکور در مواد آتی خواهد بود. امتیاز حاصل از نتایج ارزش‌یابی عوامل مذکور در این فصل، ضرب در ضریب ریالی، مبنای تعیین حقوق و مزایای کارمندان قرار می‌گیرد و برای بازنشستگان و موظفین یا مستمری‌بگیران نیز به همین میزان تعیین می‌گردد.»

هم‌چنین بر اساس بند (ح) ماده ۵۰ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران: «هرگونه پرداخت خارج از مقررات فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری ممنوع است، مگر در مورد فوق‌العاده خاص شرکت‌های دولتی و بانک‌ها و بیمه‌های مشمول ماده ۴ و قسمت اخیر ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری که طبق دستورالعمل مصوب کارگروهی مرکب از معاونت، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور و بالاترین مقام دستگاه متقاضی اقدام می‌شود».

به علاوه، بر اساس بند ۱۷ از مصوبه مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۴ شورای عالی اداری در خصوص برنامه عملیاتی اصلاح نظام اداری، «رفع تبعیض در نظام پرداخت»، یکی از برنامه‌های دولت در جهت اصلاح نظام اداری است که انجام آن بر عهده معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور (که در حال حاضر در قالب سازمان اداری و استخدامی کشور فعالیت می‌کند)، گذاشته شده است. قانون برنامه ششم توسعه نیز بر برقراری عدالت در پرداخت تأکید داشته و برای نمونه، در ماده ۳۰ این قانون مقرر شده است: «دولت مکلف است بررسی‌های لازم جهت برقراری عدالت در نظام پرداخت، رفع تبعیض و متناسب‌سازی دریافت‌ها و برخورداری از امکانات شاغلین، بازنشستگان و مستمری‌بگیران کشوری و لشکری سنوات مختلف را انجام دهد».

با وجود احکام مقرر در این موازین حقوقی، تحقق عدالت استخدامی در ایران در عمل با چالش‌های بسیاری مواجه است که چالش‌های ساختاری، بخش مهم و موارد مختلفی را دربرمی‌گیرد. ناکامی قانون‌گذار در برقراری یک نظام استخدامی عام و فراگیر و تنظیم‌گری بخش مهمی از مسائل مربوط به پرداخت حقوق و مزایا در قالب مقررات اجرایی و نه قانون از نمونه‌های مهم چالش‌های ساختاری است. بخش دیگری از موانع تحقق عدالت استخدامی در ایران، ناشی از سازوکارهای اجرایی و نظارتی موجود است که راه را برای ایجاد تبعیض در نظام استخدامی هموار می‌سازد. برای نمونه، با وجود آن‌که بومی‌گزینی تا سال ۱۳۹۹ در نظام قانون‌گذاری ایران جایی نداشت، ولی در عمل و از سوی مجریان امور همواره مبنای عمل قرار می‌گرفت. از همین منظر، می‌توان آسیب‌های موجود در نظام نظارتی ایران را نیز از عوامل تشدید تبعیض در نظام استخدامی کشور دانست. در حقیقت، با وجود تلاش‌های نهادهای مختلفی مانند دیوان محاسبات و سازمان بازرسی کل کشور، مسائلی مانند پرداخت‌های خارج از ضابطه به ویژه در دستگاه‌هایی مانند شرکت‌های دولتی روز به روز گسترش یافته و امروزه به چالشی مهم تبدیل شده است.

با وجود این مشکلات که در این تحقیق به تفصیل بررسی شدند، طراحی الگوی مطلوب عدالت استخدامی در نظام اداری ایران مستلزم پاسخ‌گویی به چند سؤال بنیادین است که طرح آن‌ها برای طراحی الگوی مطلوب در هر زمینه‌ای ضروری است. باید به سیاست‌های کلی نظام اداری در ایران به عنوان خط‌مشی اصلی هر گونه قانون‌گذاری یا اقدام اجرایی توجه شود. بر اساس بندهای ۲، ۳ و ۵ از سیاست‌های کلی نظام اداری ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۳۱، «عدالت محوری در جذب، تداوم خدمت و ارتقای منابع انسانی»، «بهبود معیارها و روزآمدی روش‌های گزینش منابع انسانی به منظور جذب نیروی انسانی توان‌مند، متعهد و شایسته و پرهیز از تنگ‌نظری‌ها و نگرش‌های سلیقه‌ای و غیر حرفه‌ای» و «رعایت عدالت در نظام پرداخت و جبران خدمات با تأکید بر عملکرد، توان‌مندی، جایگاه و ویژگی‌های شغل و شاغل و تأمین حداقل معیشت با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی» به عنوان سه مورد از سیاست‌های کلی نظام اداری تعیین و ابلاغ شده‌اند.

با تأمل در سیاست‌های یادشده که مؤخر بر تاریخ تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶ صادر شده‌اند، می‌توان دریافت که اهداف ابلاغ این سیاست‌ها با تصویب قانون یادشده نیز هم‌چنان محقق نشده و بر همین اساس، در این سیاست‌ها بر لزوم توجه به این محورهای سه‌گانه در حوزه عدالت استخدامی تأکید شده است. در این میان، پرسش آن است که حرکت قوای سه‌گانه برای تحقق سیاست‌های پیش‌گفته باید چگونه باشد؟

به نظر می‌رسد نقش اصلی در این زمینه با قوه قانون‌گذاری است که باید نظام اداری موجود را به عنوان یک معضل مهم در نظر بگیرد و چالش‌های این نظام نامنسجم را که از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به کسری سنجین و ناترازی عمیق صندوق‌های بازنشستگی اشاره کرد، به عنوان قرآینی بر لزوم حل فوری این معضل بنیادین تلقی کند. در سال‌های اخیر، طرح‌هایی از قبیل تدوین طرح سامان‌دهی کارکنان دولت در مجلس شورای اسلامی مطرح و بررسی شده‌اند، ولی این موارد تنها راهکارهای مقطعی برای حل مشکلات موجودند و نمی‌توانند از تعمیق و گسترش معضل اساسی نظام اداری جلوگیری کنند. حتی انجام اقداماتی از این قبیل یا تصویب قانونی مانند قانون ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان مصوب سال ۱۳۹۵ نشان داده است که مجلس هم‌چنان بر حرکت در مسیر تحقق تخصیص اکثر اصرار دارد و در هر قانونی که حتی با اهدافی خیرخواهانه تصویب می‌کند، دایره استثنائات را به تدریج از خود متن قانون نیز بیش‌تر می‌سازد.

در این وضعیت، به نظر می‌رسد که راهکار اساسی باید بر تدوین و بررسی طرح‌ها و لوایحی متمرکز باشد که اولاً مبتنی بر ارزیابی میزان دقیق نیاز دستگاه‌های اجرایی کشور به نیروی انسانی است و ثانیاً راهکارهای یادشده در مراحل بعدی باید معطوف به حذف تشکیلات غیر ضروری و موازی، گسترش چارچوب‌های تحقق دولت الکترونیک و غیر حضوری کردن خدمات دولت، توجه بیش‌تر به تخصص‌گرایی و حذف تدریجی فرآیند به‌کارگیری نیروی انسانی در قالب‌های غیر رسمی باشد. نقش مجلس شورای اسلامی و کمیسیون اجتماعی آن در این زمینه نیز اساسی و بنیادین است و ایفای مناسب این نقش مهم به همراهی کامل شورای نگهبان و قوه مجریه با مجلس بستگی دارد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابطحی، سید حسین، مدیریت منابع انسانی، تهران: مؤسسه تحقیقات و آموزش مدیریت وابسته به وزارت نیرو، ۱۳۹۱.
۲. ابن علی، علی اکبر، مجموعه قوانین و مقررات استخدامی، تهران: مؤسسه معین اداره، چاپ نهم، ۱۳۸۶.
۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
۴. دولان، شیمون ال. و رندال اس. شولر، مدیریت امور کارکنان و منابع انسانی، ترجمه: محمد صائبی و محمدعلی طوسی، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی، ۱۳۸۹.
۵. سعادت، اسفندیار، مدیریت منابع انسانی، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۶. قانونی، پروین، ارزش‌یابی و طبقه‌بندی مشاغل، تهران: علوم اداری و مدیریت بازرگانی، ۱۳۵۶.
۷. قهوه‌چیان، حمید، تکوین نظام حقوقی بودجه در ایران در پرتو نهادگرایی نوین، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۳.

ب) مقاله

۱. بیدار، زهرا و عادل شببانی، «ارزیابی انتقادی از منظر اهداف تصویب قانون»، مجلس و راهبرد، سال سی‌ام، شماره ۱۱۶، ۱۴۰۲.
۲. توسلی نایینی، منوچهر، «تأثیرات جهانی شدن اقتصاد بر روابط کار»، سومین همایش ملی کار، تهران، ۱۳۸۱.
۳. حسنونند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹.
۴. حقیقی امین‌آبادی، روح‌الله، «بررسی اجرای فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری در آموزش و پرورش»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸.

۵. طهرانی، مریم و همکاران، «اصول، مبانی و راهبردهای پیشنهادی قانون مدیریت خدمات کشوری»، مجلس و راهبرد، شماره ۷۹، ۱۳۹۳.
۶. عباسی، بیژن و مرتضی سعیدی پلمی، «بررسی و نقد حقوقی حقوق و مزایای نامتعارف در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۱، ۱۴۰۱.
۷. عمرانی، سلمان و همکاران، «تبعض مثبت یا تبعض ناروا؟ تأملی بر مفهوم‌شناسی تبعض در نظام حقوقی ایران؛ مطالعه موردی بومی‌گزینی‌های استخدامی»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.
۸. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، مجله حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۳.
۹. کاملی، محمد جواد و همکاران، «بررسی نقش نظام مدیریت حقوق و دستمزد بر کارایی کارکنان ستاد ناجا»، فصل‌نامه توسعه، سال ششم، شماره ۲۰، ۱۳۹۰.
۱۰. مالکی، محمدرضا و همکاران، «نارسایی‌های نظام جبران خدمت کارکنان در بخش دولتی ایران»، فصل‌نامه علوم مدیریت ایران، سال چهاردهم، شماره ۵۴، ۱۳۹۸.
۱۱. مالکی، محمدرضا و همکاران، «نکاتی پیرامون نظام پرداخت حقوق و مزایای مدیران در بخش عمومی»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۴۹۹۳، ۱۳۹۵.
۱۲. ممبینی، محمد و سمانه احمدی، «شناسایی موانع پرداخت بر مبنای عملکرد در سازمان‌های دولتی ایران»، مدیریت توسعه و تحول (ویژه‌نامه)، ۱۳۹۸.
۱۳. منصوریان، ناصرعلی، «قانون مدیریت خدمات کشوری در آیین حقوق اداری»، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۲۵۳ و ۲۵۴، ۱۳۸۷.
۱۴. میرزایی، حامد، «موانع اصل برابری حقوق و مزایای کارکنان دولت در حقوق اداری ایران»، رهیافت‌های نوین در مطالعات اسلامی، دوره سوم، شماره ۸، ۱۴۰۰.
۱۵. نکویی، محمد و فرج‌الله قاسمی، «بررسی حقوق مکتسبه کارمندان دولت در رویه قضایی دیوان عدالت اداری»، تحقیقات حقوقی، شماره ۹۹، ۱۴۰۰.
۱۶. همتی، مجتبی، «قلمرو شمول و استثنائات قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون کار: چالش‌ها و راهکارها»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱.

۱۷. یاوری، اسدالله و مصطفی رضایی، «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.

2. Latin Source

1. Green, Clifton, Zhou, Dexin, **Pay inequality, job satisfaction and firm performance**, Texas Tech University, 2009.
2. Lowler, E. E., **Leadership excellence, New loyalty**, 22 (3), 2005.

راهکارهای رفع چالش‌های اداری حضور شرکت‌های دانش بنیان در برنامه‌های موشک‌های بالستیک

بهمن بدخش^۱

عبدالرضا فرجی راد^۲

چکیده

با هدف حفظ استقلال در مسائل استراتژیک کشور نیاز است که حضور شرکت‌های دانش بنیان در نظام اقتصادی کشور تسهیل گردد. با این حال، در مسائل نظامی به خصوص طرح‌های موشکی، محدودیت‌های خاصی وجود دارد. این پژوهش به روش تحلیلی و توصیفی درصدد بررسی چالش‌های اداری حضور شرکت‌های دانش بنیان در طرح‌های موشکی است.

متولی اصلی طرح‌های موشکی، وزارت دفاع است که در نهایت، محصولات تولیدی را به نیروهای مسلح تحویل می‌دهد. در این میان، این اختیار کاملاً به سپاه پاسداران تفویض شده و تعارض مقررات داخلی این سازمان با مقررات اداری قوه مجریه در خصوص صدور مجوز فعالیت شرکت‌های دانش بنیان، در حیطه صدور مجوز، استعلامات امنیتی، نحوه حمایت، اساس نامه نمونه و اعطای سند مالکیت معنوی، محدودیت‌های شدید اجرایی برای این شرکت‌ها ایجاد کرده و سبب شده است تعداد کمتری از شرکت‌های فعال این حوزه قادر به دستیابی به اهداف علمی خود باشند.

پیشنهاد شده است که دولت، مسئول پی‌گیری موضوع از مقام معظم رهبری شود و ضمن هماهنگی با سپاه پاسداران و سپس طرح مسئله در جلسه هماهنگی سران سه قوه، آیین نامه مشخصی در خصوص فعالیت شرکت‌های دانش بنیان در حیطه موشکی تدوین گردد. به این ترتیب، می‌توان انتظار داشت که جریان استعلامات، تولى، صدور مجوز، سند مالکیت و نحوه حمایت از آن‌ها به روشنی مشخص شود و تمامی سازمان‌های کشور به تبعیت از این منبع حقوق اداری ملزم گردند.

واژگان کلیدی: شرکت‌های دانش بنیان، برنامه‌های موشکی، نوآوری، چالش‌های اداری.

۱. دانش آموخته مقطع دکتری، رشته حقوق، دانشگاه عدالت، bdkhsh@gmail.com

۲. دانشیار، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، a.farajira@yahoo.com

مقدمه

امروزه بیش‌تر موفقیت‌های سیاسی کشورها به انحصار آن‌ها در برخی علوم بازمی‌گردد و سرمایه‌گذاری در بخش علمی از ارزش بالایی نزد دولت‌مردان برخوردار است. در جهان امروز، ابرقدرتی ایالات متحده آمریکا به واسطه سرمایه‌گذاری‌های کلان علمی و نظامی بوده که در نهایت به کسب دانش تولید هواپیماهای عمودپرواز «اف-۳۵»^۱ و ناو هواپیمابر منتهی شده است. در ایران به موجب قوانین و مقررات خاص، دولت، موظف به حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان است، به نحوی که زمینه‌ساز نفی وابستگی به خارج از کشور و افزایش توان تولیدات داخلی باشد. با این حال، بر کیفیت حمایت از این شرکت‌ها همواره انتقاد وارد است. گویا ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به هر عرصه خاص، همواره با چالش‌های اداری همراه است که ممکن است سهوی یا عمدی باشد.

تاکنون به مشکلات اداری ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به عرصه موشکی هیچ اشاره‌ای نشده است. در حال حاضر، حسب تفسیر موسع قوانین و مقررات موجود، وزارت دفاع، مرجع صدور مجوز فعالیت شرکت‌های دانش‌بنیان در حیطه نظامی بوده و موظف است پس از پاسخ استعلام وزارت اطلاعات، امکانات مناسب را در اختیار آن‌ها قرار دهد و در عین حال بر فعالیت آن‌ها نظارت داشته باشد. اساس‌نامه نمونه نیز برخی محدودیت‌ها را بر این شرکت‌ها اعمال کرده است. با این حال، وزارت اطلاعات، صدور مجوز بخش موشکی را وظیفه سپاه پاسداران دانسته که موجب خلط مسائل نظامی و اداری گردیده است. سپاه پاسداران در این خصوص نیز سازوکاری مشخص ندارد و تنها به شرکت‌های با مالکیت مورد تأیید خود، اجازه فعالیت در این حوزه را می‌دهد. در این شرایط، طرح‌های نظامی دانش‌بنیان بی‌مصرف می‌مانند و احتمال هدایت آن‌ها به سمت خارج از کشور وجود دارد. نیاز است که ضمن شناسایی چالش این حوزه، پیشنهادهایی برای رفع آن ارائه گردد.

سؤال پژوهش این است که چالش‌های اداری ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به عرصه موشکی چیست و به چه صورت می‌توان آن‌ها را برطرف کرد؟ چنین فرض شده است که در صورت هماهنگی با فرماندهی کل قوا می‌توان مرجع صدور استعلام و مجوز این حوزه را معین و در عین حال برای رد استعلام، مسئولیت تعیین کرد. در این پژوهش، ابتدا مبانی علمی شرکت‌های دانش‌بنیان بررسی

و سپس برنامه‌های موشکی توضیح داده می‌شود. در ادامه ضمن برشمردن چالش‌های اداری، الگویی برای رفع آن‌ها ارائه می‌گردد.

گفتار اول. شرکت‌های دانش بنیان

در خصوص حمایت از خلق آثار بدیع، نظرهای مختلفی وجود دارد. برخی معتقدند که دولت باید از هر طرح نوآورانه‌ای حمایت کند.^۱ در مقابل، برخی دیگر با این استدلال که هر طرح بدیع قابلیت تجاری‌سازی ندارد، دولت را تنها ملزم به حمایت از طرح‌های مفید می‌دانند.^۲ عقیده دوم، هواداران بیش‌تری دارد؛ چون تنها درصد اندکی از طرح‌های بدیع به سوددهی تجاری می‌رسند.^۳ به هر حال، در ایران، دولت از شرکت‌هایی حمایت می‌کند که ایده جدید با قابلیت تجاری‌سازی داشته باشند و در شمول شرکت‌های دانش بنیان قرار خواهند گرفت. در این گفتار در مورد شرکت‌های دانش بنیان و موقعیت آن‌ها در کشور بحث می‌شود.

بند اول. حمایت قانونی

مصالح سیاسی، اقتصادی، علمی و استراتژیکی چنین ایجاب کرده است که دولت از شرکت‌های دانش بنیان حمایت کند. یکی از آفت‌های این عرصه، اشخاصی هستند که از قبال ادعاهای نوآورانه، قصد دریافت امتیاز دارند. بنابراین، نیاز است که ابتدا از جنبه نوآورانه و ضرورت طرح اطمینان حاصل آید. سپس با اعطای امتیازات مالی، بر نحوه صحیح استفاده از آن نیز نظارت گردد.^۴ با این حال، انتقاد اصلی وارد شده به اقدامات اداری در این حوزه، تأمین نشدن بازاری امن برای این شرکت‌هاست. با وجود تصویب قانون حمایت از طرح‌های دانش بنیان در سال ۱۳۹۴ و سپس

1. Esmaeeli Ranjbar, Khaterreh and Soleimani, Ameneh, "Presenting a Model for the use of Internet of Things in the Iranian Knowledge. based Companies", Journal of Information Technology Management, 2021, p. 21.

2. Guaragna, M. B., *Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law*, Biotechnology and Open Scientific Innovation (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017, p. 25.

۳. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش بنیان»، فصل‌نامه علمی. تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، ص ۶۵.

۴. طبیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین الدینی، شرکت‌های دانش بنیان، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۲۱۱.

آیین‌نامه اجرایی آن، هیچ تدبیری برای خرید محصولات این شرکت‌ها اندیشیده نشده است. این در حالی است که به عقیده اکثریت خبرگان اقتصادی، عنصر اصلی موفقیت هر کسب‌وکاری، برخورداری از بازار امن و مناسب است که حتی از تأمین سرمایه اولیه آن نیز مهم‌تر است. بنابراین، مهم‌ترین جنبه حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان می‌بایست خرید تضمینی محصولات آن‌ها باشد. با این حال، این مهم به این دلایل، محقق نشده است:

۱. در هیچ یک از منابع حقوقی، سازمان‌های دولتی به خرید محصولات دانش‌بنیان ملزم نشده‌اند و این مهم تنها در حد توصیه‌های اداری باقی مانده است.

۲. اطمینان به کیفیت محصولات دانش‌بنیان اندک است و اکثریت سازمان‌های دولتی به دلایل مختلف به واردات کالای مشابه رغبت دارند. این موضوع در بخش پل‌های خورشیدی مشهود است.

۳. در خصوص قیاس کیفیت این محصولات با نمونه‌های مشابه خارجی فرهنگ‌سازی نشده است.

۴. بیش‌تر شرکت‌های دانش‌بنیان از نوع کوچک و متوسطند که به دلیل تولید با تعداد اندک، دچار افزایش هزینه تولید می‌شوند و برای خریدار جذابیتی ندارد.

چنین پیش‌بینی شده است که اگر حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان به جای اعطای تسهیلات و دیگر موارد مالی مختصر، به خرید تضمینی محصولات آن‌ها منتهی شود، می‌تواند محرک خوبی برای تولید بیش‌تر این محصولات باشد.

بند دوم. مشکلات اداری

به موجب ماده ششم قانون حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان (مصوب ۱۳۸۹)، «کلیه دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی مجازند بخشی از مبلغ قراردادهای خرید کالا یا خدمات با مبدأ خارجی را جهت نیل به خودکفایی در همان زمینه از طریق انجام فعالیت‌های تحقیق و توسعه فناوری ضمن عقد قرارداد با شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان به انجام رسانند».

در این ماده مهم حقوقی، عبارت «مجازند»، بیش‌تر به چشم می‌خورد. بنابراین، سازمان‌های دولتی تنها مجاز به عقد قراردادند و الزامی برای خرید محصولات دانش‌بنیان ندارند. با توجه به دولتی بودن اقتصاد کشور و دخالت گسترده دولت در آن، معمولاً کسب‌وکارهایی که طرف

مقابل سازمان دولتی قرار دارند، توان پیشرفت و توسعه دارند، در حالی که قسمت اعظم بخش خصوصی در کشور، توانایی لازم برای رقابت با سازمان‌های دولتی را ندارند. بنابراین، الزام به خرید محصولات دانش‌بنیان توسط سازمان‌های دولتی، یک ضرورت برای رفع چالش‌های اداری این حوزه محسوب می‌گردد.

از طرف دیگر، شایسته‌سالاری در خصوص مسائل امنیتی در ایران اجرایی نشده است. طبیعتاً دسترسی به اطلاعات حیاتی کشور می‌بایست محدود باشد و این مهم، لازمه اقتدار و امنیت کشور است. با این حال، قرار دادن این مسائل در انحصار سازمان‌های دولتی جز افزایش بار مالی اجرایی و رشد فساد، دستاورد دیگری نداشته است.^۱ در اکثریت کشورهای جهان، بخش خصوصی در مسائل امنیتی حضوری فعال دارد. البته پیش از حضور، در خصوص شرایط خاص آن‌ها، شایسته‌سالاری رعایت می‌شود و آیین‌نامه این مورد هم موجود است.^۲ در ایران، آیین‌نامه اجرایی شایسته‌سالاری بخش خصوصی به درستی مشخص نیست. از این رو، ورود به مسائل امنیتی مستلزم تأیید مقاماتی است که اختیارات زیادی در این خصوص دارند. در طرح دولت سیزدهم موسوم به «قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، این موانع تا حدودی برطرف شد، ولی سپردن طرح‌های مهم که به تأیید امنیتی نیاز دارد، هم‌چنان به سختی انجام می‌شود. این مسئله، ورود شرکت‌های دانش‌بنیان را به مسائل امنیتی و نظامی محدود کرده است که مطلوب نیست.

چالش اداری دیگر در مورد شرکت‌های دانش‌بنیان، وضعیت اداره شرکت‌های «استارت‌آپ»^۳ است. در حال حاضر، خصوصی‌سازی اشتباه شرکت‌های «شتاب‌دهنده»، بیش‌تر موجب سرقت طرح‌ها، هدر رفتن وقت شرکت‌های دانش‌بنیان و در نهایت، بروز اختلاف میان شریکان خواهد شد. بنابراین، حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان تنها به پارک علم و فناوری محدود شده است که حاضر نیستند وارد ریسک‌های مالی شوند.^۴

۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۷۷.

2. Guo, M., *Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution* (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021, p. 11.

3. Start Up

۴. عسگری، محسن، حسین حبیبی‌تبار و محمود قیوم‌زاده، «واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و

مسئله مهم دیگر در خصوص شرکت‌های دانش‌بنیان، ضعف ارتباط استادان فنی دانشگاه‌ها با صنعت است که معمولاً داور چنین طرح‌هایی هم هستند. بارها مشاهده شده که از نظر فنی، امکان اجرای یک فعالیت وجود داشته است، ولی در مرحله اقناع علمی، با مخالفت داورانی مواجه شده است که تنها سواد علمی دارند و با دنیای صنعت، ارتباط و تجربه عملی ندارند. این مسئله به سبب فاصله زیاد بین نظریه و عمل رخ می‌دهد. پیشنهاد شده است که در هیئت داوران، فعالان صنعتی نیز حضور داشته باشند و در صورت لزوم، کمک‌های مشورتی علمی برای چارچوب‌بندی علمی اختراعات فراهم شود.^۱

پس مشکلات اداری مرتبط با حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان در دو عامل مهم ریشه دارد که عبارتند از: «قوانین موضوعه» و «مقررات متناقض». این مشکل ضمن همکاری قوای مجریه و مقننه قابل حل خواهد بود.

بند سوم. حیطه فعالیت

حیطه فعالیت شرکت‌های دانش‌بنیان بسیار گسترده است و طرح‌هایی مانند انرژی خورشیدی، انتقال آب، تصفیه آب، تولید نرم‌افزار و تجهیزات مخابراتی را دربرمی‌گیرد.^۲ در این پژوهش از مسائل موشکی سخن می‌گوییم. شرکت‌های دانش‌بنیان که در حیطه نظامی فعالیت دارند، امکان استفاده از آزمایشگاه‌های نظامی را ندارند و مطالعات آن‌ها عمدتاً جنبه نظری دارد. گاهی هم طرح‌های آن‌ها دآوری نمی‌شود، در حالی که اعطای سند مالکیت معنوی به هر طرح جدید الزامی است. دولت، اعطای مجوز در این حوزه را وظیفه وزارت دفاع می‌داند، ولی وزارت دفاع، صدور این مجوز را وظیفه سپاه پاسداران می‌خواند، در حالی که مجاز به تفویض اختیارات نیست. سپاه پاسداران نیز معمولاً بدون هماهنگی با وزارت اطلاعات و تنها حسب معیارهای امنیتی نانوشته، به برخی از این شرکت‌ها اجازه فعالیت داده و شرط دولتی شدن آن‌ها را در نظر گرفته است. با این اوصاف، تنها

راهکارهای اصلاح آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، ص ۱۶.

۱. خدمت‌گزار، محسن، فلسفه مالکیت فکری، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲.

2. Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., "Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking", In Proceedings of the 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security 2018, p. 170.

درصد اندکی از شرکت‌های دانش‌بنیان فعال در حیطه موشکی، قادر به ادامه فعالیت و موفقیت در این عرصه خواهند بود که دلیل وجود این مشکلات به وجود تناقض اداری و نبود سازوکار مشخص برای صدور مجوز فعالیت باز می‌گردد.

گفتار دوم. برنامه‌های موشکی

پس از انقلاب اسلامی ایران و اعمال تحریم‌های مختلف بر کشور، واردات سلاح به کشور عملاً ممکن نبود و این وضعیت بیش‌تر در نیروی هوایی محسوس بود. در چنین وضعیتی، مقامات کشور به ارتقای صنایع کم‌هزینه‌تری هم‌چون موشک و پهپاد روی آوردند که در زمان رژیم گذشته کاملاً بی‌توجه مانده بود. سنگ بنای کسب این دانش نیز کشور سوریه بود.^۱ ارتش سوریه از نظر نظامی قدرت قابل توجهی نداشت، ولی دانش موشکی مختصری که در این کشور به مستشاران ایرانی آموزش داده شد، گسترش یافت و ضمن یک مدیریت موفق در داخل کشور، امروزه پس از گذشت حدود چهار دهه، ایران به یکی از قدرت‌های موشکی در جهان بدل شده است. این تجربه، جای‌گزینی مناسب برای جبران عقب‌افتادگی نیروی هوایی کشور بود. طبیعی است که ورود بخش خصوصی به این صنایع با حساسیت بسیار بالا دنبال می‌شود و تنها افراد دارای صلاحیت‌های خاص می‌توانند به این عرصه وارد شوند. در این قسمت به ماهیت حقوقی و اداری این مسئله می‌پردازیم.

بند اول. حاکمیتی بودن

در هیچ یک از کشورهای جهان، ورود بخش خصوصی به صنایع نظامی به حال خود رها نشده است. در بهترین نوع از آزادی فعالیت این حوزه، بخش خصوصی فعال در صنایع نظامی، در امریکا و فرانسه تنها با اجازه وزارت دفاع از حق انعقاد قراردادهای فروش، تحقیقات و انتقال فناوری برخوردارند.^۲ بنابراین، صنایع نظامی را می‌توان صنایع حاکمیتی دانست. البته در ایران، وضعیت سخت‌گیرانه‌تری وجود دارد.

1. SCHNEIDER, Lesley E., et al. *Before and After Ban the Box: Who Complies with Anti-Discrimination Law?*, Law & Social Inquiry, 2022, 47.3, p. 750.

2. CONTESSE, Jorge. *Resisting the Inter-American Human Rights System*. Yale J. Int'l L., 2019, 44: 179, p. 110.

با توجه به اهمیت مسائل اجرایی در کشور، تمامی نهادهای مستقل از نظارت قوه مجریه، در این قوه، نماینده دارند. این مسئله به معنای اصل مهم تمرکز در قوه اجرایی کشور است. حتی در زمان رژیم سابق، وزارت دربار وجود داشت؛ یعنی دربار نیز در هیئت دولت دارای نماینده بود تا از تمام تصمیمات اجرایی آگاه شود.^۱ در ایران به موجب اصل ۱۱۰ قانون اساسی، فرماندهی کل نیروهای مسلح در اختیار مقام معظم رهبری قرار دارد و تنها وزیر کشور، جانشین رهبری (تفویض اختیار شده) در فرماندهی نیروی انتظامی است. بنابراین، قوه مجریه در جریان اداره نیروهای مسلح نقشی حداقلی دارد و عمده دخالت دولت در این مورد به نیروی انتظامی مرتبط است.^۲ با این حال، ارتباط بین نیروهای مسلح و قوه مجریه توسط وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح تنظیم می‌گردد.

حسب تفسیر اصول یادشده در قانون اساسی و حضور وزارت دفاع در دولت، چند نظریه مهم مطرح است. بیش‌تر حقوق‌دانان اداری به استناد بند دهم از اصل سوم قانون اساسی و تفسیر موسّع شورای نگهبان از آن و هم‌چنین پیوند آن با اصل ۱۱۳ همین قانون^۳ چنین بیان داشته‌اند که از نظر اداری، قوه مجریه، عالی‌ترین مقام در کشور است و اصل تفکیک قوا تنها به مسائل ماهوی بازمی‌گردد که البته باز هم مستلزم هماهنگی در قوه مجریه است.^۴ بنابراین، در خصوص مسائل اداری و شکلی می‌توان دخالت قوه مجریه را در امور نظامی پذیرفت.

به این قضیه می‌توان با دیدگاهی دیگر نگریست. در بند «ز» از ماده اول شرکت‌های دانش‌بنیان، دستگاه اجرایی به این شرح تعریف شده است: «دستگاه اجرایی: دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری». اگر به قانون خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ رجوع شود، می‌توان تعریفی حقوقی از دستگاه‌های دولتی یافت که تحت فرمان قوه مجریه‌اند. به موجب ماده سوم این

۱. استوارسنگری، کوروش و محمد امامی، حقوق اداری، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۲۳.

۲. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسنی مقدم و فرهاد فرهادی، «تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش‌بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده»، فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی، دوره چهارم، ۱۴۰۰، ص ۲۰۰.

۳. پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور، عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که به طور مستقیم به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد.

۴. بابایی مهر، علی، حقوق اداری، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۱۱۱.

قانون، مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی، واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیر دولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.

در ماده پنجم نیز چنین ذکر شده است که همه وزارت خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر 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.

به موجب ماده هشتم همین قانون، امور حاکمیتی، آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه می‌گردد و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود، از قبیل:

۱. سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی

۲. برقراری عدالت و تأمین اجتماعی و بازتوزیع درآمد

۳. ایجاد فضای سالم برای رقابت و جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم

۴. فراهم‌سازی زمینه‌ها و مزیت‌های لازم برای رشد و توسعه کشور و رفع فقر و بی‌کاری

۵. قانون‌گذاری، امور ثبتی، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی

۶. حفظ تمامیت ارضی کشور و ایجاد آمادگی دفاعی و دفاع ملی

۷. ترویج اخلاق، فرهنگ و مبانی اسلامی و صیانت از هویت ایرانی و اسلامی

۸. اداره امور داخلی، مالیه عمومی، تنظیم روابط کار و روابط خارجی

۹. حفظ محیط زیست و حفاظت از منابع طبیعی و میراث فرهنگی.

بر این اساس می‌توان استنباط کرد که برنامه‌های موشکی، جزئی از خدمات عمومی با هدف ارتقای امنیت و بحث حاکمیتی است. هرچند این برنامه موشکی، یک صنعت خاص محسوب می‌شود، می‌بایست با هدف تحکیم اقتدار حاکمیت و حکومت، کاملاً دولتی باشد و اداره آن به بخش خصوصی سپرده نشود.

حسب تفسیر برخی مواد قانونی که در سال ۱۳۹۰ توسط مجلس شورای اسلامی اعلام گردید، نیروهای مسلح، قوه قضاییه و بنیاد مستضعفان، جزئی از نهادهای اجرایی محسوب می‌شوند.^۱ در تکمیل این بحث می‌توان به ماده ۱۱۷ همین قانون رجوع کرد که به موجب آن، همه دستگاه‌های اجرایی به استثنای نهادها، مؤسسات و تشکیلات و سازمان‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری اداره می‌شوند، وزارت اطلاعات، نهادهای عمومی غیر دولتی که با تعریف ماده (۳) تطبیق دارند، اعضای هیئت علمی و قضات، هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری مشمول مقررات این قانون می‌شوند و در خصوص نیروهای نظامی و انتظامی مطابق نظر مقام معظم رهبری عمل می‌شود.

نیروهای مسلح به عنوان یک دستگاه اداری از نوع لشکری می‌بایست از نظر امور شکلی و اداری از قوه مجریه تبعیت کنند، ولی از نظر ماهوی، کسب نظر فرماندهی کل قوا برای این تبعیت ضروری است. بنابراین، برنامه‌های موشکی یک مسئله مهم حاکمیتی قلمداد می‌شود، ولی بحث در مورد حضور بخش خصوصی در این عرصه، پیچیدگی‌های اداری خاص خود را دارد.

بند دوم. وزارت دفاع

وزیر دفاع، نماینده نیروهای مسلح در هیئت دولت است. با توجه به اطلاق عنوان وزارت، ماهیت اجرایی و تبعیت از وزارت‌خانه از قوه مجریه بدیهی است. پیش‌تر وزارت جنگ، نماینده ارتش در دولت محسوب می‌شد و در عین حال، وزارت سپاه پاسداران وجود داشت. با ادغام این دو نهاد، «وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح» تأسیس شد که نماینده کل نیروهای مسلح در دولت محسوب می‌شود. با این حال، شخص وزیر ممکن است دارای رتبه سپاهی یا ارتشی باشد.^۲

قانون تأسیس وزارت دفاع در سال ۱۳۶۸ به تصویب رسید و به موجب بند «ب» از ماده چهارم آن، «ساخت و تولید اقلام مورد نیاز نیروهای مسلح و انجام تحقیقات صنعتی لازم» از وظایف این

۱. کیوانی‌فر، مرگان، علی بابایی‌مهر و حسین فروغی‌نیا، «تفسیر قضایی قانون اساسی در پرتو اصول حاکم بر حقوق اداری با تأکید بر رویه دیوان عدالت اداری»، حقوق اداری، دوره نهم، ۱۴۰۰، ص ۳۸.

۲. قاضی نوری، سید سروش، جهان‌یار بامداد صوفی و نیلوفر ردایی، «بررسی رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی با رویکرد تکسونومی»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره چهارم، ۱۳۹۵، صص ۱۱.

وزارت خانه دانسته شده است. بنابراین، انحصار در تولید، واردات و صادرات تجهیزات نظامی به این وزارت خانه تعلق دارد. در برخی از کشورها که عمدتاً نظام سیاسی پارلمانی دارند، نیروهای مسلح به طور مستقیم زیر نظر وزارت دفاع هستند و میان عملیات اجرایی و تأمین تجهیزات، مرزی نیست.^۱ با این حال، بیش‌تر صاحب‌نظران نظامی بر این عقیده‌اند که دخالت مستقیم نیروهای مسلح در جریان تأمین تجهیزات موجب تمرکز نیافتن بر مسائل اجرایی نظامی خواهد شد.^۲

در ایران مانند بسیاری از نظام‌های سیاسی ریاستی، نیروهای مسلح تحت فرمان وزارت دفاع نیستند، ولی در تأمین تجهیزات نیز دخالتی ندارند. در نظریه‌ای معروف، وزارت دفاع، ضابط نیروهای مسلح در تأمین تجهیزات محسوب می‌شود و حتی تجهیزات نیروهای امنیتی مستقل را نیز تأمین می‌کند.^۳ در تأمین سلاح که به واسطه تولید یا واردات تأمین می‌گردد، نیروهای مسلح باید نیازهای خود را به وزارت دفاع اعلام و کارشناسان خود را برای نظارت بر این مهم تعیین کنند. با این حال، وزارت دفاع، مسئول تأمین تجهیزات و تحویل دهی آن‌ها به نیروهای مسلح است. بنابراین، اداره بخش تأمین تجهیزات که موشک نیز یکی از آن اقلام است، در انحصار وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح قرار دارد.

بند سوم. سپاه پاسداران

ماهیت نظامی و رزمی سپاه پاسداران از نوع جنگ‌های نامنظم و چریکی است و ارتش جمهوری اسلامی ایران، کلاسیک. البته استثنائاتی هم در این خصوص مشهود است. هیچ قانون و منبع حقوقی مدوئی به این مهم تصریح ندارد و این مسئله حسب اختیارات فرماندهی و در طول سال‌ها همکاری نظامی دایمی بین ارتش و سپاه ایجاد شده و به صورت دکتترین و قانون نانوشته درآمده است. ازاین‌رو، با انحلال نیروی هوایی سپاه پاسداران به فرمان مقام معظم رهبری، عملیات رزم

1. Janke, T., True Tracks: Indigenous cultural and intellectual property principles for putting selfdetermination into practice, 2019, p. 15.

2. STEWART, Terence. China's compliance with World Trade Organization obligations: a review of China's first two years of membership. 2021, p. 41.

۳. یآوری، اسدالله و پرهام مهرآرام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشاد و دوم، ۱۳۹۷، ص ۲۶۵.

هوایی که دارای ماهیت کلاسیک است، به نیروی هوایی ارتش و مسائل موشکی با ماهیت چریکی به نیروی هوافضای سپاه پاسداران سپرده شد. این مهم کاملاً در چارچوب اختیارات فرماندهی انجام شد و منبع حقوقی در این مورد تأسیس نشد. منابع حقوق اداری این حوزه عمدتاً شامل بخش‌نامه‌ها و فرمان‌های نظامی است که در داخل سازمان‌های نظامی کاربرد دارد و به سبب ماهیت طبقه‌بندی شده، اطلاعاتی از آن در دسترس نیست.^۱ بنابراین، داشتن نیروی موشکی به جز برخی موارد خاص در اختیار نیروی هوافضای سپاه پاسداران است و تولید یا واردات آن ضمن هماهنگی با این نیرو بر عهده وزارت دفاع و در انحصار این نهاد اجرایی قرار دارد.

بند چهارم. حضور دایمی

مشخص شد که نیروی هوافضای سپاه پاسداران، صلاحیت انحصاری استفاده از موشک را دارد و تولید و واردات آن در صلاحیت وزارت دفاع است. با این حال، به سبب برخی مشکلات اداری، نظارت وزارت دفاع در این خصوص به شدت کاهش یافت است. با توجه به توازن نیروهای نظامی در وزارت دفاع (ترکیب متناسب از نیروهای مسلح سه‌گانه)، بخش توسعه موشکی کاملاً از نیروهای سپاه پاسداران و با انتخاب این نهاد است و اختیار نظارتی و هماهنگی به وجود نوعی فرماندهی نانوشته بدل گردیده است. در نتیجه، سپاه پاسداران به صورت مستقیم، جریان اداری تولید موشک را در دست دارد.

از دیدگاه اداری نمی‌توان به این رویه انتقاد وارد کرد؛ چون در آیین‌نامه داخلی وزارت دفاع، لزوم کسب تأییدیه نیروهای مسلح برای انتصاب مسئولان تولیدی مرتبط تصریح یافته است.^۲ برای مثال، وزارت دفاع در جریان تولید یا واردات جنگنده که متولی استفاده از آن، نیروی هوایی ارتش جمهوری اسلامی است، می‌بایست مسئول طرح را با نظر فرماندهی نیروی هوایی انتخاب کند. اگر این اختیار جنبه هماهنگی و همکاری داشته باشد، مشکل حقوقی بروز نخواهد کرد. با این حال، اگر این هماهنگی کاملاً با اعمال نظر یک‌طرفه انجام شود، به ایجاد فرماندهی

۱. جوکار، عبدالحسین و محمد مهدی مقدادی، «بررسی حقوق و تکالیف ثالث در مرحله اجرای احکام در محاکم عمومی و دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، ص ۲۸۰.

۲. تیل، پروانه، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های حقوقی، دوره سوم، ۱۳۸۳، ص ۵۳.

جدید در دل وزارت دفاع می‌انجامد که نقش این وزارت خانه و به تبع آن، دخالت دولت را در جریان تولید یا واردات تجهیزات نظامی به حداقل خواهد رساند. این مهم در خصوص موشک نیز قابل تعمیم است.

گفتار سوم. چالش‌های اداری

با مفاهیم و مبانی «شرکت‌های دانش‌بنیان» و سپس «برنامه‌های موشکی»، آشنایی صورت گرفت. دریافتیم که چالش‌های اداری متعددی سر راه ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به عرصه موشکی وجود دارد. اکنون مهم‌ترین این موانع را بررسی می‌کنیم.

بند اول. استعلامات

تا پیش از سال ۱۳۸۹، صدور مجوز به پاسخ استعلام دستگاه‌های مرتبط وابسته بود. اگر پاسخ استعلام صادر می‌شد، به معنای موافقت سازمان مربوط بود و اگر پاسخ استعلام صادر نمی‌شد، به معنای مخالفت سازمان مربوط بود و اقدامی به نام «صدور استعلام با پاسخ منفی» وجود نداشت.^۱ با تصویب قانون حمایت از طرح‌های دانش‌بنیان در سال ۱۳۸۹، این وضعیت تغییر یافت و به موجب ماده ۷ این قانون، همه دستگاه‌های مجری این قانون موظفند حداکثر ظرف یک ماه به درخواست‌های متقاضیان جهت استفاده از حمایت مندرج در این قانون، رسیدگی و نتیجه نهایی را به متقاضی اعلام کنند. اگر نظر مبنی بر رد درخواست باشد، باید به طور مستدل به آگاهی درخواست‌کننده برسانند. درخواست‌کننده می‌تواند نزد دبیرخانه اعتراض کند و شورا موظف است ظرف یک ماه به شکایت رسیدگی کند. با توجه به تفسیری که پیش‌تر بیان شد، سپاه پاسداران در حیطه مسائل اداری با این وضعیت، جزء دستگاه‌های اجرایی محسوب می‌گردد. با تصویب قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار مصوب سال ۱۴۰۱، وضعیت به نحوی بهتر تصریح یافت و به روشنی بیان شد که هر گونه پاسخ می‌بایست در زمانی کوتاهی صادر و مراتب جهت رفع نقص در کوتاه‌ترین زمان ممکن اعلام گردد.

۱. عربی، افسانه، محمود رضا چراغ‌علی، محمد شریف شریف‌زاده و محمد باقر گرجی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش‌بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، ص ۴۳۵.

با توجه به مواردی که پیش‌تر بیان شد، وزارت دفاع در زمان برخورد با طرح‌های بدیع دانش‌بنیان می‌بایست دو اقدام اساسی انجام دهد. نخست این‌که با همکاری و هماهنگی قوه قضاییه، دآوری طرح جدید را انجام دهد تا سند مالکیت معنوی برای صاحب طرح صادر شود. این مورد، حق هر شخصی است که به نحوی، طرحی جدید را ارائه می‌کند و از هیچ مسئله‌ای دیگر تأثیرپذیر نیست. در مرحله دوم، برای همکاری کامل با شرکت دانش‌بنیان باید استعلامات لازم از وزارت اطلاعات دریافت شود و در صورت نبود مانع خاص، امکانات لازم را برای پیش‌برد این طرح‌ها فراهم سازد. در عمل، قضیه متفاوت است. نخست این‌که بدون تربیت داوران متخصص موشکی، دآوری این طرح‌ها گاه انجام نمی‌شود. بنابراین، ممکن است صاحبان این طرح‌ها حتی تا سال‌ها برای دریافت سند مالکیت معنوی منتظر باشند و در نهایت منصرف شوند. قوه قضاییه نیز برای همکاری در خصوص دآوری، به وزارت دفاع هیچ فشاری نیاورده است. این در حالی است که مطابق قانون پارک علم و فناوری، تمامی سازمان‌های صاحب‌اختیار در صدور مجوز، ملزم به تعیین داوران صالح برای طرح‌های نوآورانه هستند. دوم این‌که در صورت اعطای سند مالکیت معنوی، استعلام لازم از سازمان سپاه پاسداران گرفته می‌شود و وزارت دفاع به سبب تصریح نشدن مرجع استعلام امنیتی در قانون، خود را ملزم به تبعیت از وزارت اطلاعات نمی‌داند. این در حالی است که حتی به فرض رسمیت استعلام از سپاه پاسداران، به موجب تبصره اول از ماده اول قانون تأسیس وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۶۲، اقدامات اطلاعاتی سازمان‌های نظامی می‌بایست ضمن هماهنگی با وزارت اطلاعات صورت گیرد. جنبه اداری این مهم مشخص نیست و در غیاب هماهنگی، سپاه پاسداران به تنها مرجع صدور مجوز فعالیت این نهادها بدل گشته است.

بند دوم. صدور مجوز

قانون‌گذار با توجه به تأسیس «اساس‌نامه نمونه» که ابزاری دولتی برای یکسان‌سازی مقررات داخلی شرکت‌های خصوصی است، برای تحمیل برخی شروط به شرکت‌های دانش‌بنیان کوشیده که این مهم به موجب تبصره سوم از ماده پنجم قانون حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان تصریح یافته است.^۱ با این حال، سپاه پاسداران، صدور مجوز فعالیت این شرکت‌ها را به شراکت سرمایه‌ای وابسته کرده، به گونه‌ای

۱. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، ص ۵۱.

که ۵۱ درصد سهام این شرکت‌ها، متعلق به شرکتی باشد که سپاه معرفی می‌کند و در عین حال، به مدیریت صاحب طرح تعهد دارد.^۱ سپاه پاسداران در قبال اعطای برخی امکانات مادی هم چون وجه نقد، محل فعالیت و آزمایشگاه، سرمایه شرکت را به نحوی ارتقا می‌دهد که ۵۱ درصد آن سهام متعلق به شرکت‌های مورد نظر خودش باشد. به موجب اساس نامه نمونه، صاحبان طرح، مدیریت شرکت را بر عهده دارند، ولی از نظر قانونی با اراده سازمان صادرکننده مجوز می‌توان مدیریت آن را به صورت آبی در دست گرفت.

بند سوم. تعارض مقررات

تا این جا به مهم‌ترین تعارض مقررات اداری اشاره شد که منجر به ناکارآمدی شرکت‌های دانش بنیان در حیطه موشکی می‌گردد. به موجب تفسیر قوانین و مقررات حوزه دانش بنیان، در صورت اثبات کارآمدی طرح از نظر فنی و اقتصادی، حمایت دولتی به دو صورت انجام می‌شود. در حالت اول، ضمن شراکت دولت یا سرمایه‌گذاران تشویق شده، تولید انبوه محصول (به صورت مشارکت کار و سرمایه) آغاز می‌شود. در حالت دوم، ضمن اعطای وام، زمینه راه‌اندازی تولید فراهم می‌شود که در هر دو حال، دولت ضمن عقد قرارداد، خود را متعهد به خرید این محصولات می‌داند.^۲

سپاه پاسداران به صورت مستقل مطابق آیین نامه خود، تنها در قبال خرید حق مالکیت معنوی این طرح‌ها، مبالغی معین شده به شرکت‌ها می‌پردازد. در واقع، شرکت‌های دانش بنیان حوزه موشکی تنها قادر به تولید طرح‌های نوین و فروش این حقوق به سپاه هستند و در هیچ حالتی قادر نخواهند بود که به صورت مستقل به تولید محصول دست بزنند، ضمن این‌که مبلغ تعیین شده نیز ثابت است.^۳

بنابراین، مشخص است که شرکت‌های دانش بنیان فعال در حیطه موشکی کاملاً محدود شده‌اند و به جز فروش این طرح‌ها با قیمت مشخص، راهکار دیگری وجود ندارد. اگر به مورد مشابه در دیگر کشورها نگاه انداخته شود، در امریکا، این شرکت‌ها به فعالیت مستقل ادامه می‌دهند و وزارت دفاع

۱. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش بنیان به مرحله رشد»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، ص ۴۰.

۲. سعدآبادی، علی‌اصغر، فهیمه آموزده و کیارش فرتاش، «اقدام‌پژوهی رویداد استارت‌آپی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۴.

۳. قنبری آزاد، طوبی و احد قلی‌زاده، حقوق شرکت‌های دانش بنیان، اصفهان: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۱.

ملزم است با قیمتی عرفی و مطابق نظر کارشناس، محصول را از این شرکت‌ها بخرد. در عین حال، فروش محصول به غیر از وزارت دفاع به کسب مجوز نیاز دارد.^۱

بند چهارم. دخالت نکردن دولت

با توجه به مطالبی که بیان شد، در جریان فعالیت شرکت‌های دانش‌بنیان در حیطه موشکی، دولت کم‌ترین میزان دخالت را دارد و سپاه پاسداران مستقل عمل می‌کند. در این خصوص، هماهنگی خاصی به چشم نمی‌خورد، در حالی که دغدغه‌های امنیتی سپاه پاسداران ضمن هماهنگی با دولت قابل رفع است. از نظر اداری و اجرایی، سپاه پاسداران نیز تابع قوه مجریه است و حتی در صورت وقوع اختلاف، با پی‌گیری قوه مجریه از طریق رهبری می‌توان هماهنگی‌های لازم را انجام داد تا ضمن حفظ استقلال نیروهای مسلح از دولت، تابعیت اداری آن‌ها دچار خدشه نگردد.

گفتار چهارم. الگوی پیشنهادی برای چالش‌زدایی

با توجه به چالش‌هایی که برای حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در عرصه موشکی وجود دارد، باید الگویی حقوقی برای رفع آن‌ها پیشنهاد داد که از آن سخن می‌گوییم.

بند اول. هماهنگی اداری

استقلال عملکرد سپاه پاسداران در غیاب نظارت اداری دولت، علت اساسی و ریشه‌ای چالش‌های یادشده است و تمامی موارد مطرح در مباحث پیشین از دل این مشکل پدیدار شده‌اند. راه‌حل این مشکل، ساده به نظر می‌رسد. با توجه به قانون خدمات کشوری، در صورت موافقت مقام معظم رهبری می‌توان نیروهای مسلح را ملزم به همکاری ماهوی کرد. نیاز است که قوه مجریه این قضیه را پی‌گیری کند؛ چون نهاد دیگری، صالح به اقدام علی‌الرأس نخواهد بود.^۲

بنابراین، مسئولیت پی‌گیری این مهم، شخص رئیس جمهور است که ضمن اطلاع‌دهی موضوع به مقام معظم رهبری، خواهان هماهنگی بین دولت و نیروهای مسلح گردد. در عین حال، رهبری

1. VAN ROOIJ, Benjamin. Do people know the law? Empirical evidence about legal knowledge and its implications for compliance. Van Rooij, B. 'Do people know the law, 2020, p. 22.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۴۵.

نیز به صورت جدی به شرکت‌های دانش‌بنیان و تولید توجهی ویژه دارد و طبیعتاً خواهان صدور دستورهای مقتضی برای تسهیل حضور این شرکت‌ها در نظام اقتصادی است.^۱

چون صدور سند مالکیت معنوی به قوه قضاییه مرتبط است، این مسئله باید در جلسه هماهنگی سران سه قوه نیز طرح شود. در این جلسه، مرکز مالکیت معنوی (تحت نظارت قوه قضاییه) و وزارت دفاع (تحت نظارت قوه مجریه) باید به هماهنگی برای تعیین سازوکار داوری طرح‌های بدیع حوزه نظامی و صدور سند مالکیت در اسرع وقت ملزم شوند. برای صدور مجوز و فعالیت شرکت‌های دانش‌بنیان در حیطه موشکی نیاز است که پس از دستور مقام معظم رهبری، توافق‌های لازم میان قوه مجریه و سپاه پاسداران با دو محور صورت گیرد: تسهیل حداکثری حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در مسائل موشکی؛ رفع دغدغه‌های امنیتی سپاه پاسداران.

بند دوم. اجرای قانون استعلامات

وزارت اطلاعات، متولی اصلی صدور استعلامات امنیتی است و سازمان‌های اطلاعاتی نظامی نیز ملزم به هماهنگی با این وزارت‌خانه‌اند. پاسخ ندادن به استعلام هم ممنوع است و می‌بایست با حداکثر انعطاف، لزوم رفع نقص ایرادهای مجوزهای کسب‌وکار بیان گردد. با این حال، به سبب ذکر نشدن صریح نام «وزارت اطلاعات» در قانون حمایت از شرکت‌های کسب‌وکار، مرجع استعلامات این حوزه جابه‌جا شده است. با تنظیم آیین‌نامه جدید یا اصلاح مقررات پیشین باید مرجع صدور مجوز و سازوکار آن به صراحت اعلام گردد.

در آلمان، سامانه جامع استعلامات وجود دارد که تابع آیین‌نامه مصوب هیئت دولت در سال ۱۹۸۵ است. معطلی هیچ استعلامی بیش از ۵ روز نیست و ضمن حداکثر انعطاف، رفع نقص لازم برای مجوزهای کسب‌وکار اعلام می‌گردد.^۲ نیاز است که برای اجرای طرح مشابه در ایران، اقدامات مقتضی انجام شود.

۱. جعفری، علی و سلمان سیاح رفیعی، حقوق شرکت‌های دانش‌بنیان، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۳۳.

2. SALBU, Steven R. *Mitigating the Harshness of FCPA Enforcement Through a Qualifying Good-Faith Compliance Defense*. American Business Law Journal, 2018, 55.3, p. 480.

بند سوم. تعیین متولی

متولی اصلی تولید تجهیزات نظامی، وزارت دفاع (و نه نیروهای مسلح) است و در غیاب سازوکار مشخص برای تعیین کارشناسان و مستشاران نظامی، سپاه پاسداران به متولی اصلی تولید موشک بدل گشته است. نیاز است که نحوه انتصاب کارشناسان و مستشاران به صراحت تعیین گردد و وزارت دفاع، متولی اصلی تولید و واردات تجهیزات نظامی خوانده شود که این مهم مستلزم تفسیر قانون توسط قوه مقننه است. در این صورت، با سهولت بهتر می‌توان این وزارت خانه را به اجرای مقررات اداری مرتبط ملزم کرد.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که چالش‌های اداری ورود شرکت‌های دانش‌بنیان به عرصه موشکی چیست و به چه صورت می‌توان آن را برطرف کرد؟ چنین فرض شد که در صورت هماهنگی با فرماندهی کل قوا می‌توان مرجع صدور استعلام و مجوز این حوزه را معین و برای رد استعلام هم مسئولیت تعیین کرد.

متولی قانون تولید موشک در کشور، وزارت دفاع است که به سبب صراحت نداشتن نسبی قوانین حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و ضمن تفسیر موسّع اشتباه، این تولی به سپاه پاسداران تفویض شده است. استعلام امنیتی نیز از این نهاد به عمل می‌آید. برای تنظیم سازوکار داوری طرح‌های دانش‌بنیان حیطه موشکی هم هیچ سازوکار مشخصی تدوین نگردیده است. دولت نیز در پی‌گیری این مشکلات اداری بسیار ضعیف عمل کرده است. به این ترتیب، محدودیت‌های فراوانی برای حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در صحنه موشکی کشور ایجاد شده است.

برای رفع این مشکل شایسته است با پی‌گیری هیئت دولت از مقام معظم رهبری و طرح مسئله در جلسه هماهنگی سران سه قوه، آیین‌نامه جامعی برای حضور شرکت‌های دانش‌بنیان در عرصه موشکی تهیه و تدوین شود که ضمن انطباق با قوانین موضوعه، مرجع استعلام، تولی نظارت بر تولید تجهیزات نظامی، امکان تولید مستقل محصول توسط بخش خصوصی و ضمانت خرید از آن را به صراحت مشخص کند و بیش‌ترین انعطاف در خصوص صدور مجوز فعالیت این شرکت‌ها اعمال گردد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استوارسنگری، کوروش و محمد امامی، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۲. بابایی مهر، علی، **حقوق اداری**، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۳. جعفری، علی و سلمان سیاح رفیعی، **حقوق شرکت‌های دانش‌بنیان**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۴. خدمت‌گزار، محسن، **فلسفه مالکیت فکری**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۶. طیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین‌الدینی، **شرکت‌های دانش‌بنیان**، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۷. قنبری آزاد، طوبی و احد قلی‌زاده، **حقوق شرکت‌های دانش‌بنیان**، اصفهان: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۸. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.

ب) مقاله

۱. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد»، **سیاست‌نامه علم و فناوری**، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، صص ۳۷-۵۳.
۲. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسنی‌مقدم و فرهاد فرهادی، «تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش‌بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده»، **فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی**، دوره چهارم، ۱۴۰۰، صص ۱۹۷-۲۲۸.
۳. تیلا، پروانه، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، **پژوهش‌های حقوقی**، دوره سوم، ۱۳۸۳، صص ۵۱-۷۲.
۴. جوکار، عبدالحسین و محمد مهدی مقدادی، «بررسی حقوق و تکالیف ثالث در مرحله اجرای احکام

در محاکم عمومی و دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، صص ۲۷۵-۳۰۰.

۵. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، صص ۴۹-۶۲.

۶. سعدآبادی، علی‌اصغر، فهیمه آزموده و کیارش فرتاش، «اقدام پژوهی رویداد استارت‌آپی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۱۵۰-۱۵۱.

۷. عربی، افسانه، محمودرضا چراغ‌علی، محمدشریف شریف‌زاده و محمدباقر گرجی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش‌بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، صص ۴۳۲-۴۴۸.

۸. عسگری، محسن، حسین حبیبی‌تبار و محمود قیوم‌زاده، «واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۴۰۱، صص ۱۳-۳۹.

۹. قاضی نوری، سیدسروش، جهان‌یار بامداد صوفی و نیلوفر ردایی، «بررسی رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی با رویکرد تکسونومی»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره چهارم، ۱۳۹۵، صص ۹-۳۲.

۱۰. کیوانی‌فر، مرزگان، علی بابایی‌مهر و حسین فروغی‌نیا، «تفسیر قضایی قانون اساسی در پرتو اصول حاکم بر حقوق اداری با تأکید بر رویه دیوان عدالت اداری»، حقوق اداری، دوره نهم، ۱۴۰۰، صص ۳۵-۵۲.

۱۱. محمدی، شیوا و سعید خردمندی، «واکاوی علل عدم موفقیت طرح کاداستر در کشور از دیدگاه حقوق اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، صص ۱۱۱-۱۳۶.

۱۲. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش‌بنیان»، فصل‌نامه علمی-تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، صص ۶۴-۸۵.

۱۳. یاوری، اسدالله و پرهام مهرآرام، «تفسیر قضایی در حقوق عمومی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و دوم، ۱۳۹۷، صص ۲۶۳-۲۸۸.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۹۱.
۲. آیین‌نامه تأسیس و راه‌اندازی پارک‌های علم و فناوری، مصوب ۱۳۹۵.
۳. قانون اساسی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری شده در ۱۳۶۸.
۴. قانون برنامه پنجم پنج‌ساله توسعه جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰-۱۳۹۴.
۵. قانون تأسیس وزارت اطلاعات جمهوری اسلامی، مصوب ۱۳۶۲.
۶. قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار، مصوب ۱۴۰۱.
۷. قانون تشکیل وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸.
۸. قانون ثبت اسناد و املاک کشور، مصوب ۱۳۱۰.
۹. قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۸۹.
۱۰. قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸.
۱۱. قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی، مصوب ۱۳۵۳.
۱۲. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۱.
۱۳. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶.

2. Latin source

A) Book

1. CONTESSE, Jorge. **Resisting the Inter-American Human Rights System**. Yale J. Int'l L., 2019, 44: 179.
2. Guaragna, M. B., **Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law, Biotechnology and Open Scientific Innovation** (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017.

3. Guo, M., **Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution** (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021.
4. Janke, T., **True Tracks: Indigenous cultural and intellectual property principles for putting selfdetermination into practice**, 2019.
5. STEWART, Terence. **China's compliance with World Trade Organization obligations: a review of China's first two years of membership**. 2021.
6. VAN ROOIJ, Benjamin. **Do people know the law?** Empirical evidence about legal knowledge and its implications for compliance. Van Rooij, B. 'Do people know the law', 2020.

B) Article

1. Esmaceli Ranjbar, Khatereh and Soleimani, Ameneh, **"Presenting a Model for the use of Internet of Things in the Iranian Knowledge .based Companies"**, Journal of Information Technology Management, 2021.
2. MONCIARDINI, David; BERNAZ, Nadia; ANDHOV, Alexandra. **The organizational dynamics of compliance with the UK Modern Slavery Act in the food and tobacco sector**. Business & Society, 2021, 60.2: 288-340.
3. NAURIN, Daniel; STIANSEN, Øyvind. **The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance with Judgments from the International Human Rights Judiciary**. Comparative Political Studies, 2020, 53.6: 959-991.
4. OBASOGIE, Osagie K.; NEWMAN, Zachary. **Constitutional Interpretation without Judges**. Virginia Law Review, 2019, 105.2: 425-448.
5. SALBU, Steven R. **Mitigating the Harshness of FCPA Enforcement Through a Qualifying Good-Faith Compliance Defense**. American Business Law Journal, 2018, 55.3: 475-535.
6. SCHNEIDER, Lesley E., et al. **Before and After Ban the Box: Who Complies with Anti-Discrimination Law?**. Law & Social Inquiry, 2022, 47.3: 749-782.
7. Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., **"Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking"**, In Proceedings of the 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security 2018 , 159 .172 .

مبانی تحقق جایگاه و کارکرد کمیسر پارلمانی در حقوق اداری انگلستان (قانون یا عدالت و انصاف)

آیت مولایی^۱

فرشید بنده علی^۲

چکیده

کمیسر پارلمانی انگلستان یکی از نهادهای نظارتی این کشور و به عبارتی یک تحول بنیادین در نظارت بر اداره امور عمومی از طریق رسیدگی به شکایات مردم علیه سوء مدیریت‌های مقام‌ها و نهادهای عمومی است که بجای تضعیف بوروکراسی و با لزوم دخالت حداکثری پارلمان در امور دولت از طریق وضع قانون، موجب شده تا بوروکراسی حاکم بر نظام اداری انگلستان به عامل ثبات بخش و دفاع از حقوق و آزادی‌های شهروندان تبدیل شود. به دلیل این نقش با اهمیت کمیسری، تحقیق انجام شده که منابع آن به روش کتابخانه‌ای گردآوری و مورد توصیفی و تحلیلی قرار گرفته، می‌کوشد تا ضمن بحث پیرامون موضوع، به این سؤال که جایگاه و کارکرد کمیسر پارلمانی در نظام حقوقی انگلستان چگونه شکل گرفته و کدام مفهوم حقوقی در تحقق آن نقش کلیدی دارد؟ پاسخی مناسب ارائه دهد.

نتایج نشان می‌دهد؛ تأسیس کمیسر پارلمانی به دنبال جنبش نوسازی اداره امور دولت و حقوق اداری حاکم بر آن، تدبیری ارزشمند برای اطمینان از باز بودن باب عدالت و انصاف در روند اجرای عادی امور و تصمیمات مقامات اداری، خارج از حوزه اجرای قوانین، محسوب می‌شود. لذا ضرورت نگرش نوین به معنا و محتوای کاربردی اصول و ارزش‌هایی مانند عدالت و انصاف در حقوق عمومی انگلستان است که باعث شده تا این کمیسری به عنوان حلقه واسط میان دموکراسی و بوروکراسی نوین دولت لیبرال عمل کند و نقش توسعه‌ای قوانین و فعالیت دادگاه‌ها در حوزه حقوق اداری را به ناچار کم‌رنگ سازد.

واژگان کلیدی: کمیسر پارلمانی، نفع عمومی، حسن جریان امور، حاکمیت قانون.

۱. دانشیار حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز، ایران. (نویسنده مسئول) amulaee@tabrizu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، ایران. farshidbandehali@gmail.com

مقدمه

واژه «آمبودزمان»^۱ که عملکرد آن در اصل در سنت‌های حقوقی کشورهای اسکاندیناوی به ویژه کشور سوئد ریشه دارد، در حال حاضر، برای سازمان‌هایی به کار می‌رود که مدافع حقوق شهروندی اند و بخشی از نظارت عمودی بر دولت توسط شهروندان به شمار می‌رود.^۲ با این حال، هر نهادی را که به لحاظ کارکردی، تمام یا بخشی از این توصیفات را دارد، نمی‌توان یک آمبودزمان به حساب آورد. در مورد نظام حقوقی انگلستان می‌توان به «کمیسر پارلمانی» اشاره کرد که در تصور غالب نوشته‌ها و تقریرات، به نادرست، تنها نهاد آمبودزمان عمومی این کشور قلمداد می‌شود. تأسیس این نهاد به تصویب قانون کمیسر پارلمانی سال ۱۹۷۶ باز می‌گردد که به منظور رسیدگی به شکایات مردم علیه «سوء مدیریت‌های»^۳ مقامات عمومی تشکیل شد. در وجهی مشترک با نهادهای آمبودزمان مطرح در کشورهای غربی، یکی از دلایل اصلی تأسیس این نهاد عموماً دوری گزیدن از فرآیندها و ناکارآمدی‌های معمول دادگاه‌ها و دیوان‌های اداری و راه حلی به نسبت مناسب‌تر از آن‌ها برای پی‌گیری و دفاع از حقوق شهروندان است. با این حال، به لحاظ محتوای کارکردی و شیوه اجرای آن، بسیار متفاوت از این قبیل آمبودزمان‌ها و حتی نظام قضایی دادگاه‌ها و دیوان‌های اداری عمل می‌کند.^۴ این نهاد برخلاف آمبودزمان بخش عمومی مانند کشور سوئد، وظیفه نظارت بر اجرای قوانین یا به تعبیر دیگر، «اجرای صحیح قوانین» را بر عهده ندارد، بلکه وظیفه اصلی آن، پی‌گیری «حُسن جریان امور» در سازمان اداری دولت است.^۵

1. Ombudsman.

2. Mariteuw, Chimère Diaw, *The Ombudsman story: A case study in public oversight, natural justice and state transformation*, Center for International Forestry Research, CIFOR, 2007, pp. 2- 39.

3. Maladministration.

۴. نک: بهنیا، مسیح و امیرحسین صادقی، «آمبودزمان بخش عمومی در نظام حقوقی انگلستان با نگاهی به نهادهای ناظر در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۵، ۱۳۹۹، ص ۱۳۸.

۵. دلیل دیگر موضوع را می‌توان در یافته‌های این کمیسی در مورد ultra vires مشاهده کرد. در جریان بحث‌های مربوط، لرد وولف ام آر با پذیرش سه شباهت بین دو دفتر «کمیسر پارلمانی» و «بازرس پارلمان» به عنوان یک مقام ارشد نهاد آمبودزمان اظهار می‌دارد: «با وجود آن‌که اولاً؛ هر دو به لحاظ فنی از امتیازات مقام عالی‌رتبه نظارتی برخوردارند، ثانیاً؛ هر دو تحت نظارت کمیسیون‌های دائمی مجلس هستند و ثالثاً؛ هر دو به مجلس گزارش می‌دهند، اما تمایز مهم و قابل توجهی میان این دو نقش وجود دارد و آن هم این است که فعالیت‌های کمیسر پارلمانی در رابطه با «اداره» است و آن دسته از

عموم تحقیقات علمی داخلی تا به حال به این تفاوت کارکردی نپرداخته‌اند، حال آن‌که این شناخت می‌تواند نکات مهم و ضروری را برای تحقیقاتی مشخص کند که چگونگی اجرای عدالت اداری توسط ناظران این بخش به ویژه سازمان بازرسی کل کشور را بررسی می‌کنند. این نوشتار با گردآوری منابع اطلاعاتی به روش کتاب‌خانه‌ای و بررسی توصیفی و تحلیلی سعی دارد از طریق بررسی اصول و مفاهیم بنیادین تشکیل‌دهنده کمیسر پارلمانی انگلستان به ویژه حُسن جریان امور به این سؤال پاسخ منطقی دهد که فلسفه وجودی و کارکردی کمیسر پارلمانی چگونه شکل پذیرفته و کدام مفهوم در این رابطه نقش کلیدی بر عهده دارد؟

در این زمینه ابتدا پیش‌زمینه تأسیس نهاد کمیسری تحت عنوان نهادهای سازنده قدرت دولت و یکی از اصول مهم موجد تشکیل کمیسری یعنی نفع عمومی و مفهوم خاص آن در حقوق عمومی انگلستان بررسی می‌شود. در ادامه نیز برخی شیوه‌های سنتی نظارت بر حفظ حقوق شهروندان، پارلمان و دادگاه‌ها و علل ناکارآمدی آن‌ها در دست‌یابی به هدف تشریح‌شده در این تحقیق ذکر می‌گردد. در نهایت به اجرای وظیفه کمیسر پارلمانی در ایجاد «حُسن جریان امور» در سازمان اداری دولت می‌پردازیم که لازمه پاسخ به سؤال تحقیق است.

فعالیت‌های دولت را که به لحاظ بررسی قضایی با مشکلات و هزینه‌های قابل توجه مواجه است، بررسی می‌کند». در ارتباط با فعالیت‌های مجلس، آن‌چه به طور کلی پذیرفته شده، این است که این فعالیت‌ها حتی قابل رسیدگی قضایی هم نیستند و این نقش متمایز بازرس پارلمان به عنوان یک نهاد آمبودزمان از دیگر ناظران بخش عمومی انگلستان را می‌توان کمابیش با نقش کمیسیون اصل (۹۰) قانون اساسی در کشور ما مقایسه کرد که به منظور تأمین حداکثری عدالت و پیش‌گیری از تضییع حقوق شهروندان و نیل به اهدافی هم‌چون دست‌یابی حداکثری شهروندان به حقوق خود، اطلاع نمایندگان از امور و اصلاح قوانین مجری، تضمین حُسن اجرای قانون و شناسایی سازمان‌های دچار اختلال کارکردی فراتر از نظام قضایی و شبه‌قضایی معمول، مجلس شورای اسلامی را به منزله مرجع بررسی دادخواهی و شکایات مردم مشخص کرده، مشروط بر آن‌که متشاکی از زیرمجموعه یکی از قوای سه‌گانه باشد و موضوع شکایت به روش و طرز کار قوای یادشده ربط داشته باشد. برای اطلاع بیش‌تر در این زمینه نک:

- Bamforth, Nicholas, *Parliamentary Privilege and the Parliamentary Commissioner for Standards*, The Cambridge Law Journal, 1998, Vol. 57, No. 1.

- محمدی کرجی، رضا و علی‌رضا جعفرزاده به‌آبادی، «واکاوی واژه «طرز کار» در اصل نود قانون اساسی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۴۱، ص ۱۹۲.

گفتار اول. نهادینه‌سازی قدرت دولت؛ مفروض اصلی کارکرد نهادهای نوین ناظر

مفهوم «دولت»، تفاوت مهمی را میان انگلستان و اروپای قاره‌ای نمایان می‌سازد و برخلاف سنت اروپای قاره‌ای که حتی با توجه به مفهوم قانون اساسی، دولت محور است، سنت کامن‌لا اصلاً قانون اساسی را به طور ذاتی با دولت مرتبط نمی‌داند و اساساً مفهوم «دولت» نتوانسته است در این کشور جایگاهی بیابد. البته درک نشدن مفهوم دولت در انگلستان به این معنا نیست که برای چیزی که هیچ مفهومی از آن وجود ندارد، نمی‌توان هیچ کلمه‌ای را یافت. با این همه دقیقاً مفهومی با عنوان «state» وجود دارد که هنگام بررسی آن در مورد دولت انگلیسی، ما را با مشکل مواجه می‌کند و به قول دنیس بارانگر: «به نظر می‌رسد هرگونه صحبت درباره دولت در بریتانیا، مشکلات خاصی را ایجاد می‌کند».^۱ این در حالی است که اصطلاح «Etat» که در قرن بعد در فرانسه تأسیس شد، از زمان پیدایش چنین نبوده است. بنابراین، اصل حاکمیت بین دکترین اروپایی که اولویت را به اقتدار دولت می‌دهد و برای حق حاکمیت اهمیت قائل است، با دکترین انگلیسی که به این مفهوم چندان توجهی ندارد یا از آن چشم‌پوشی می‌کند، تضادی روشن را نمایان می‌سازد.^۲

از طرفی در مورد نهادینه کردن قدرت دولت برای حقوق اساسی اروپای قاره‌ای ناگفته پیداست که دولت، یک «شخصیت حقوقی» است و حاکمیت دولت باید از حاکمان متمایز شود. از این رو، جورج بوردو می‌نویسد: «دولت، «یک قدرت نهادینه‌شده» است، اما در ارتباط با نهادینه‌سازی قدرت دولت در سنت کامن‌لا، اگرچه دولت سلطنتی به عنوان اولین شکل مدرن، «شخص حقیقی [پادشاه] را فاقد شخصیت نمود» و مقام سلطنتی را به درجه جدیدی از یک نهاد و دولت ارتقا داد و بدین لحاظ از بسیاری جهات، مفهوم دولت به معنای قدرت نهادینه‌شده حقوق‌دان اروپایی یادآوری می‌کند، اما در عین حال، معادل چنین دولتی نیست و نتیجه حاصل از این موضوع آن است که حداکثر دولت در انگلستان، «دولت شخصی‌سازی نشده» است.^۳

1. Martin, Loughlin, *In Defence of Staatslehre*, (2009), 48(1) Der Staat 1-28 and Foundations of Public Law, 2010.

2. H.C., Dowdall, «The Word State» (1923), Law Quarterly Review, Articles by Maurer Faculty, 1995, pp. 8-104.

3. Olivier, beaud, *conceptions of the state, the oxford handbook of comparative constitutional law*, Edited by: Michel Rosenfeld and Andras Sajó, Oxford University Press, 2012, p. 278.

به عبارت دیگر، اگر ادغام کامل سیاست با آموزه سلطنت امکان‌پذیر نشده، به آن دلیل است که مفهوم سلطنت «شخصی‌سازی» قدرت و نه «شخصی بودن اجرای عملکردهای آن» را از پادشاه گرفت. فرمولی که بر مبنای مقایسه آن با مفهوم شخص حقوقی در مدل اروپایی دولت واحد باید گفت عدم شخصی‌سازی قدرت در انگلستان معادل با نهادینه‌سازی قدرت دولت و بدین معنا نیست،^۱ بلکه در این معنا، کلمه دولت در انگلستان فقط می‌تواند دارای معنایی مرتبط با نام رسمی پادشاهی متحده بریتانیای کبیر و ایرلند شمالی باشد و در واقع، ناظر بر موضوع حقوق بین‌الملل دولت است؛ یعنی شخص حقوقی دارای اراده ویژه خود که اتحادیه انگلستان آن را شکل می‌دهد.

با وجود این دوگانگی از حفظ قدرت دولت و نبود مفهوم «state» در حوزه فرهنگی حقوق کامن‌لا و نهادینه نشدن قدرت سیاسی دولت آن گونه که در اروپای قاره‌ای مرسوم است، درباره چگونگی اعمال محدود و مشروط اقتدار حاکمیت توسط یک دولت مدرن و مصون ماندن حقوق و آزادی‌های شهروندی از تعرض تصمیمات و اقدامات خودسرانه و شخصی حاکمان به نظر می‌رسد که موضوع را باید در بستر حیات سیاسی و اجتماعی این کشور حتی تا پیش از انقلاب ۱۶۸۸ بررسی کرد. در بازگشت به قرن سیزدهم، فورتسکیو در اثر خود به نام «در ستایش قوانین انگلستان» بر این نکته تأکید می‌کند که: «پادشاه، حاکم موروثی محسوب می‌شود، اما تابع قوانین کشور است و خواست او در جهت تأمین منافع مردم و پس از مشورت با آنان اعمال می‌شود؛ زیرا از مهم‌ترین وظایف پادشاه، تضمین اجرای عدالت است».^۲

این اندیشه فکری در آثار و افکار آلگرنون سیدنی - نظریه‌پرداز سیاسی و کمیسر محاکمه چارلز اول، پادشاه انگلستان - که در دفاع تمام‌عیار از آزادی‌های فردی، هیچ حقی از این بابت برای نهاد سلطنت قائل نبود، این گونه بیان می‌شود: «یک دولت مدنی معتبر باید با رضایت عمومی و داوطلبانه تشکیل شود و رضایت عمومی... عرصه همه دولت‌های عادل است». او هم چنین معتقد بود تنها اهدافی که دولت‌ها برای آن‌ها تشکیل می‌شوند و اطاعت از امر آن‌ها واجب می‌شود: «به دست آوردن عدالت و حمایت از حقوق و آزادی‌هاست».^۳

1. Idid, p. 281.

۲. مسعودی، حمید، «مطالعه تطبیقی حاکمیت قانون در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۲، ص ۴۲.

3. Nelson, Scott, *The Discourses of Algernon Sydney*, London, and Toronto: Associated Universities Publications,

تأملات فکری که تداوم آن‌ها در آرا و نظرهای اندیشمندانی چون توماس هابز و جان لاک درباره حقوق طبیعی انسان، باور لیبرالیسم را به این سمت سوق داد که تنها حکومت مطلوب، حکومت قانون است و تنها مردم حق وضع قانون را دارند و مردم یعنی جمع‌کنندگی از نهاد سلطنت و کلیسا گرفته تا دیگر گروه‌های ذی‌نفع و شهروندان در جامعه سیاسی انگلستان. حاکمیت تکثریافته‌ای که برای مشروعیت یافتن، حق بر اعمال آن متأثر از فضای سیاسی و اجتماعی و درک عمیقی از سنت‌های حاکم بر جامعه انگلستان، «مجموع و متعلق قدرت افرادی است که قبل از ورود به اجتماع سیاسی و در وضع طبیعی دارا بوده‌اند». بنابراین، با نگاهی به دیدگاه‌های متفکران برتر نظام حقوقی کامن‌لا به مانند آلبرت ون دایسی چنین برمی‌آید که وی از قانون اساسی به عنوان «امنیت تحت قانون اساسی انگلستان برای حقوق مردم» یاد می‌کند و در این حالت، قانون اساسی را با ایده «**Rule of law**» مرتبط می‌داند. مفهومی که با الهام از این اصل که حقوق قبل از قانون و مقدم بر آن است، به عنوان بالاترین اصل قانون اساسی نانوشته حقوق انگلستان ظاهر می‌شود و بر سه عنصر دلالت دارد: اصل قانون‌مندی، برابری همه شهروندان در برابر قانون و حمایت قضایی از حقوق.^۱

از طرفی، در این سنت، قدرت سیاسی بر دو ستون استوار است: پارلمان و کامن‌لا و قدرت دادگاه‌ها. متعاقب این اظهارات دایسی می‌توان ادعا کرد که هیچ عنصر تحریک‌آمیزی برای ایجاد یک قانون اساسی خاص به منظور پرداختن به مفهوم دولت و سازمان‌دهی آن وجود ندارد؛ زیرا سنت کامن‌لا، همه چیز را پیش‌بینی می‌کند. مجموعه کاملی از پی‌آمدهای مفهومی ناشی از حاکمیت قانون و قانون اساسی یا به عبارتی بهتر، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی در حقوق انگلستان که به موجب آن، حقوق و آزادی‌های افراد حفظ می‌گردد.^۲ به این معنا، حاکمیت در انگلستان مشروط به شراکت با یک هیئت سیاسی یعنی نهاد «شاه با پارلمان» است. به این ترتیب، هیچ‌گاه پادشاه انگلستان نتوانسته متصدی خیر عمومی در جامعه گردد و تصدی خیر عمومی به خود مردم. به تعبیری که از آن یاد شد. می‌رسد. تصدی‌گری به ویژه ناشی از جایگاه رفیع پارلمان به عنوان اصل اول حقوق

1993, p. 57- 58.

1. Dicey, Albert Venn, (1895), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (n 9) (10th edn) London: Mc-Millan and Co, 1982, p. 148.

2. Olivier, prior, p. 272.

عمومی انگلستان است که وجود نهادهای ناظری مانند کمیسر پارلمانی در ذیل این قوه را به منظور تضمین حقوق و آزادی‌ها در مقابل سوء مدیریت‌های اداری ضروری می‌نماید. نهادگرایی نوینی که نظریه تفکیک قوا را قطع می‌کند و «هم بیگانه و هم مکمل سنت وست مینستر است».

با این وجود، برای آن‌که نقش هر یک از نهادهای سنتی پارلمان، دادگاه‌ها و سپس کمیسری در چگونگی تأمین و تضمین نفع عمومی جامعه سیاسی انگلستان بهتر شناخته شود، ضروری است تا یکی دیگر از مفاهیم بنیادین حقوق عمومی این کشور یعنی نفع عمومی واکاوی گردد.

گفتار دوم. مفهوم نفع عمومی؛ نقطه پیوند نهادگرایی کلاسیک و جدید برای حفظ حقوق و آزادی‌ها

با توجه به آن‌چه از سنت اشتراکی بودن امور در انگلستان بیان شد، واضح است هنگام صحبت از «نفع عمومی» در این کشور، با صورتی نسبتاً پیچیده از این مفهوم مواجه می‌گردیم که از آن به «نفع شخصی» تعبیر می‌شود که ناگزیر از معناشناسی آن در چارچوب حقوق عمومی انگلستان هستیم. نفع شخصی که حق مالکیت، نماد بارز آن است، در فهرست فضیلت‌های نام برده شده توسط لیبرال‌های کلاسیک درباره حقوق طبیعی انسان از جایگاه خاصی برخوردار است و پایه اصلی تولید ثروت و منافع عمومی جامعه را تشکیل می‌دهد. با این حال، نمی‌توان این مفهوم را معادل واژگانی «مال اندیشی» یا تعابیر دیگری مانند «منافع و انگیزه‌های فردی» به معنای مجرد خودخواهی و جاه‌طلبی مطلق انسانی تصور کرد؛ زیرا لیبرال‌ها به چهار مفروض اصلی؛ خودخواه، حسابگر، تنبل و غیر اجتماعی درباره انسان در کنار یکدیگر باور دارند و نه صرفاً حس خودخواهی محض فرد. مفروضاتی که ابتدائاً در فلسفه سیاسی توماس هابز و سپس در وجه خیرخواهانه آن در آرای جان لاک ارائه گردید و در ادامه این باورمندی به سرشت پاک و خیرخواهانه انسان به یکی از بنیادی‌ترین مفاهیم شکل‌دهنده دولت یعنی نفع عمومی تبدیل شد و به بسط و گسترش حداکثری آن منتهی گشت. راهنمایی که نهایتاً لیبرال‌هایی مانند اسمیت آن را در قالب «نفع شخصی» به عنوان محرک اساسی فعالیت‌های اقتصادی جامعه و به طور کلی، رسیدن به خواسته‌های شخصی ضروری می‌دانستند.

در این شرایط، طبیعی است که مفهوم نفع عمومی در حقوق عمومی انگلستان، تفاوتی معنادار با مفاهیم مشابه خود در اروپای قاره‌ای داشته باشد. همان طور که میشل کروزیه در مطالعه کلاسیک

خود اشاره می‌کند، روابط متقابل شخصی و گروهی در فرانسه با «انزوای فردی و فقدان فعالیت‌های تعاونی سازنده از یک سو، انزوای اقشار و نبود ارتباط بین افراد در رده‌های مختلف از سوی دیگر مشخص می‌شود. از آن جا که این ویژگی‌های فرهنگی اساسی منجر به «ترس از تعارض و روابط رو در رو» می‌شود، «الگوی ایدئال تصمیم‌گیری در فرانسه... ویژگی‌های عقلانیت و غیر شخصی بودن را نشان می‌دهد. کروزیه این گرایش‌ها را با سنت انگلیسی‌زبان که «به افراد، آزادی عمل بیش‌تری در استفاده از قدرت و مشارکت فعال‌تر زیردستان می‌دهد»، در تضاد قرار می‌دهد. به باور وی، در این سنت، افراد مانند فرانسه منزوی نمی‌مانند، بلکه همکاری برای آن‌ها آسان‌تر است و سعی نمی‌کنند از روابط رو در رو اجتناب کنند. بنابراین، تمرکز برای هموارسازی روابط انسانی لازم نیست.^۱

پس آن‌چه نظریه لیبرال را از همتای اروپای قاره‌ای خود متمایز می‌کند، این است که نفع عمومی در این جا با ارضای تمامی نفع‌های افراد خصوصی درهم می‌آمیزد تا تأمین حداکثری حمایت از این نفع به عمل آید. هم‌چنین این نظریه تقدم را به آزادی می‌دهد و تفاوت معناداری از مفهوم آزادی در این دو سنت حقوقی را نمایان می‌سازد، به این صورت که در سنت فرانسوی، آزادی بیش‌تر به حقی انکارناپذیر برای ابتکار عمل و رهبری دیگران در صورت تمایل فرد تبدیل می‌شود، ولی در سنت انگلیسی، تأکید بر حق مسلم فرد برای عدم مداخله و مشارکت‌های اجتماعی تعبیر می‌شود و آن‌چه این عدم مداخله را به نوعی الزام برای مداخله تبدیل می‌کند، همانا مفهوم نفع عمومی است.

به تعبیر دیگر، اگر کسی حق انجام کاری را دارد، دولت نمی‌تواند وی را منع کند، حتی اگر این منع منطبق بر نفع عمومی باشد؛ واسطه‌ای پیچیده و معنادار که در آرای اسمیت این گونه بیان می‌شود: «هر فردی تنها در فکر منافع خویش است، ولی دستی نامرئی، او را به سویی هدایت می‌کند که بیش از مواقعی که واقعاً قصد داشته باشد، منافع جامعه را تأمین می‌کند». در این نظرگاه، روابط و مبادله‌ای که بر اساس منفعت شخصی افراد صورت می‌گیرد، بسیار مناسب‌تر و کارآتر از خیرخواهی افراد است؛ زیرا انسان: «تقریباً همیشه به یاری هم‌نوعان خود احتیاج دارد و حساب کردن تنها روی خیرخواهی آن‌ها امری بیهوده است... پس آدمی در جلب یاری و همراهی دیگران وقتی بهتر کام‌یاب می‌شود که آنان را ذی‌نفع سازد و از منافع آن‌ها سخن به میان آورد».^۲

1. Rogoff, Martin.A, *A Comparison of Constitutionalism in France and The United States*, University of Maine School of Law. B.A, 1997, p. 28.

2. Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan and T. Cadell, London,

بنابراین، در نظریه لیبرال، نفع عمومی، مفهومی پر ادعا از خیر عمومی را در نظر دارد که در جوهر خود، مدعی است یک اقدام نمی‌تواند حاوی نفع عمومی باشد، مگر آن‌که تمامی نفع‌های شخصی را برآورده سازد و هرگز نمی‌تواند متفاوت از بزرگ‌ترین برآیند نفع‌های شخصی باشد. پس اصولاً در نظام حقوقی کامن‌لا، تقدم چیزی به نام نفع عمومی بر نفع شخصی به معنای امروزی و معادل با برداشت اروپای قاره‌ای از این مفهوم وجود ندارد، بلکه در این سنت، نفع عمومی بر هیچ چیز اساسی جز حراست از حقوق فردی تک تک افراد آن گونه که در حقوق مدنی ترسیم شده، استوار نیست. بهترین گواه از این فرمول سنتی را می‌توان در بیان بلاکستون یافت که می‌گوید: «خیر عمومی به چیزی مهم‌تر از حقوق فردی هر کس توجه و تعلق ندارد».^۱

این دیدگاه مبین این نگرش است که نفع خصوصی هر فرد می‌تواند یک نگاهبان برای حقوق همگان باشد. نتیجه آن است که قانون و به نحوی عام، تمامی قواعد حقوق صرفاً با در نظر گرفتن تمامی منافع، اعم از عمومی یا خصوصی، عام یا خاص، می‌توانند تدارک دیده شوند. بنابراین، نفع عمومی و محتوای آن در حقوق انگلستان به گونه‌ای نیست که در دیگر نظام‌های حقوقی به عنوان نفع دولت شناخته شده و دارای مبانی نظری است و این مفهوم و حتی حقوق عمومی نه به عنوان حقوق قدرت و حقوق دولت، بلکه به عنوان حقوق مقابل قدرت دولت و قدرت عمومی نگریسته می‌شود و مقاومت نیز می‌کند.

پس آن‌چه به ارزش‌های حقوق عمومی موسوم است، در خدمت اعضای جامعه و ارزش‌های فردی است و نه جمعی و ارزش‌های متعلق به دولت و دکتترین مربوط به آن، دغدغه‌هایی چون عدالت، آگاهی عمومی، شفافیت، مسئولیت دسترسی به تشریفات (آیین دادرسی)، قانونی بودن، عقلانیت، مشارکت و حتی کارآمدی را دارد. این دقیقاً یعنی همان غلبه مفهوم نفع عمومی به عنوان نفع افراد و حق مردم است؛ رویکردی که در آن، اعمال نفع عمومی تنها در چارچوب حقوق، اصل حاکمیت قانون، حاکمیت پارلمان و قاعده law of rule قابلیت اعمال دارد و خارج از این محدوده نه تنها ابزاری برای اعمال ندارد، بلکه حقی هم برای این کار ندارد؛ زیرا در این حالت، امکان نقض حقوق و آزادی‌های افراد جامعه بالا می‌رود.

1776, p. 323.

۱. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۶، ص ۱۰۶.

در نتیجه ناخواسته این مبارزه رقابتی برای تأمین نفع عمومی میان بازیگران این عرصه به ویژه مهم‌ترین آن‌ها یعنی پارلمان، نظام کامن‌لا و دادگاه‌های دادگستری، کمیسیون‌های تحقیقاتی و کمیسر پارلمانی باید به کارکرد آن‌ها و حدّ نهایی آن در چارچوب موضوع تحقیق پرداخت؛ زیرا آن‌جا که محدوده کارکردی نهادهای سنتی در تأمین نفع عمومی پایان می‌یابد، برای این‌که تصور شکافی میان نفع شخصی و نفع عمومی جامعه در میان نباشد، نهاد کمیسر پارلمانی، فلسفه‌گنش خود را با آن‌چه هدف نهایی آن یعنی نفع عمومی جامعه است، نمایان می‌سازد.

گفتار سوم. تحولات حاکمیت قانون در حوزه اداره انگلستان و نقش کمیسری در کنترل آن

«*Rule of law*»، فلسفه سیاسی است که دایره المعارف بریتانیکا آن را این‌گونه تعریف می‌کند: «مکانیسم، فرآیند، نهاد، رویه یا هنجاری که از برابری همه شهروندان در برابر قانون حمایت می‌کند، شکل غیرخودسرانه حکومت را تضمین و به طور کلی از استفاده خودسرانه از قدرت جلوگیری می‌کند.» بنا بر این تعریف، واژه «*Rule of law*» که ارتباط نزدیکی با واژه «*Rechtsstaat*» پیدا می‌کند، به یک وضعیت سیاسی اشاره دارد که همه افراد و حاکمان اعم از قانون‌گذار، مجری قانون و قاضی را تابع قانون می‌داند، نه به هیچ قاعده حقوقی خاصی.^۱ به همین دلیل، در پایان قرن هفدهم و پیروزی نمایندگان پارلمان در جدال چند قرنی با نهاد سلطنت بر سر کسب اقتدارات حاکمیت، این باور عمومی در میان انگلیسی‌ها وجود آمد که «حاکمیت قانون» برقرار شده است.^۲ با وجود لفاظی لیبرال‌های کلاسیک، این مفهوم بر حقوق ذهنی و آزادی تأکید مستقیمی نداشت، بلکه پرچم «قانون عینی» را برافراشت و هنگامی که در بافت تاریخی خود قرار گرفت، مشکل رابطه بین افراد، حقوق و قدرت پدیدار شد.

از این پس، تقابل بین مفهوم فرمالیستی لیبرال حاکمیت قانون و مفهومی که به خواست‌های مشارکت سیاسی و حقوق اجتماعی پاسخ دهد، چالش اساسی بود که تعمیق برخی از بحث‌برانگیزترین

1. Ten, C., "Constitutionalism and the Rule of Law", A Companion to Contemporary Political Philosophy, John Wiley & Sons, Ltd, 2017, pp. 493-502.

2. Pietro, Costa, Danilo, Zolo (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, 2007, p. 153.

مفاهیم نظری را به خود اختصاص می‌داد؛ زیرا به تعبیر تامپسون: «عمل به قانون در جامعه‌ای که به دلیل تضاد طبقاتی تقسیم شده با عدالت مطابقت ندارد، نمی‌تواند سوء استفاده از قدرت پوشش را دهد، بلکه با نمایندگی طبقات مسلط قدرت، منافع این طبقات را مشروعیت می‌بخشد که به عنوان نوعی مشروعیت بی‌فایده خواهد بود». همانا در این زمینه، قطعیتی وجود ندارد که تأمین منافع اکثریت با حکومت قانون، حق مالکیت و آزادی‌های مدنی هم‌راستا باشد و این یعنی تهدید جدی برای «اراده اشتراکی»؛ همان عنصر مشروعیت‌بخشی که لیبرال‌های اولیه برای حاکمیت دولت به ویژه قانون در نظر داشتند.^۱

به همین دلیل، اهداف عمومی و بعضاً نامحدود دولت لیبرالیسم مدرن که تهدیدی برای نوع کلاسیک آن محسوب و بنا بر تفاسیر دیدگاه‌های اندیشمندان لیبرالی مانند «هیوم»، «بنتام» و به ویژه «میل» از سده هفدهم تا اوایل قرن نوزدهم ارائه شد، به توسعه کارکرد قانون از قرن هجدهم به بعد انجامید.^۲ مفهوم قانون در این تفاسیر به ظاهر جدید لیبرالی نیز نوعی از آزادی منفی و مثبت و به باور مخالفان، روایتگر تشویش و تهافتی از اولویت آزادی و اصل سودمندی بود که نتیجه منطقی آن، دخالت دولت در امور جامعه به مثابه شرّ حداقلی از نیمه دوم قرن نوزدهم با ظهور قانون‌گرایی در زمینه‌های مختلف اجتماعی بود. در این وضع آشفته که تا اوایل قرن بیستم ادامه داشت، حقوق و آزادی‌های فردی تحت تأثیر جدّی مداخلات دولت بود و عدالت به معنای آن بود که هر فرد در جایگاه خود باید وظیفه‌اش را انجام دهد.^۳

از طرفی، رویکرد قانون‌مند شدن نظام اداری عهد ویکتوریایی، تورم حقوق اداری این دوره یک نظام پیچیده و البته سازمان‌یافته اداری همراه با توسعه صلاحیت‌های اداری، افزایش تعداد کارمندان، جای‌گزینی مستخدمان عادی با منصوبان بر اساس سلطه سیاسی و ارتقای کارمندان بر اساس شایستگی و نه با تابعیت و نزدیکی به اصل قدرت به مدد قوانینی مانند قانون استخدام کشوری و تجلی نفع عمومی را در پست‌های اداری در انگلستان ایجاد کرد. از این رو، بعد از جنگ جهانی دوم، حوزه مدیریت دولتی بر این ایده فلسفی اثبات‌گرایی منطقی استوار بود که «واقعیت زندگی

1. Idid, pp. 153-199.

2. Ryan, Alan, "Liberalism", A Companion to Contemporary Political Philosophy, Blackwell Publishing, 1993, p. 362.

۳. ر. بال، آلن و پیتز ب. گای، سیاست و حکومت جدید، ترجمه: عبدالرحمان عالم، تهران: قومس، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۲۱.

اداری می‌تواند صرف‌نظر از ارزش‌های شخصی مشاهده شود». چنین توسعه‌ای، دو روند جدید در مدیریت دولتی ایجاد کرد. نخست؛ کنار گذاشتن ارزش‌های سیاسی سنتی و دوم؛ علاقه شدید به مدل عقلایی اداره.^۱

با وجود چنین تحولاتی در سازمان اداری که در آن، کارمندان به عنوان انسان‌هایی تصور می‌شدند که نمی‌توانند عقلایی یا ماشینی شوند، مگر با تبعیت از رویه‌ها و قواعد تجویزی؛ دیگر این شعار افرادی مانند دایسی که باید با مقامات دولتی همانند شهروندان عادی رفتار شود، ساده‌لوحی خاصی را در وادی عمل از خود نشان می‌داد؛ زیرا تا آن‌جا که به موقعیت حقوقی مقامات دولتی مربوط می‌شود، آنان علاوه بر اجرای قانون به اختیارات خاصی برای اجرای امر عمومی نیاز دارند و مسئولیت‌های خاصی نیز به منظور پاسخ‌گویی در قبال اقداماتی بر عهده دارند که به نام جامعه انجام می‌دهند. در نتیجه، مهارت دایسی در بیان حاکمیت قانون، تنها پدیدار شدن مسئولیت وزارتی و پنهان شدن دستگاه دیوانی بسان یک تصویر بی‌چهره گم‌نام در پشت دولت را در بر داشت.^۲

بر این اساس، عده‌ای از متخصصان، برابری بین اداره و اشخاص خصوصی در انگلستان را یک افسانه می‌دانند و تأکید دایسی بر شعار برابری همگان در برابر قانون که حقوق اداری انگلستان را مطلقاً فاقد امتیازات ویژه نسبت به حقوق خصوصی این کشور نشان می‌داد، به عنوان نسخه‌ای اسراف‌آمیز و پوچ از حاکمیت قانون محکوم کرده‌اند.^۳ در این شرایط که حفظ و اجرای حقوق و آزادی‌های عمومی در حوزه سازمانی و اداری دولت از چنان پیچیدگی‌های فنی و اجرایی برخوردار گردیدند که نه تنها رویکردهای سنتی به حاکمیت قانون دیگر قادر به حل بسیاری از این تنش‌ها نبود، بلکه فرآیند طبقه‌بندی رسمی ارزش‌ها عموماً در بروز تعداد زیادی از این ناکارآمدی‌ها که بی‌عدالتی اداری تلقی می‌شدند، نقش داشتند، طبیعی است که فلسفه وجودی کمیسر نمی‌توانست به

1. Vincent, Ostrom, The Intellectual Crisis in American Public Administration, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1989, p. 44.

۲. کایسز، سایینو، شکل‌گیری حقوق اداری (مطالعه تاریخی - تطبیقی حقوق اداری انگلستان و فرانسه)، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: شهرداد، ۱۳۹۲، ص ۶۰.

3. Kenneth Culp, Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Louisiana State University Press, 1969, pp. 27-32.

عنوان کنترل‌کننده قانون یا ارائه‌دهنده تفاسیر قانونی در نهاد اداره باشد؛ چون انجام این وظیفه به طور سنتی، متعلق به نظام کامن‌لا و دادگاه‌های دادگستری بود. هم‌چنین آن چه اصطلاحاً «اجرای صحیح قوانین» در سازمان اداری دولت محسوب می‌شود، از شمول این کارکرد خارج بود؛ زیرا وظیفه کمیسر آن چنان‌که خواهد آمد، جلوگیری از بروز «سوء مدیریت» و اجرای «حُسن جریان امور» در این سازمان بود و در این راستا، اصل بر این است که اگر یک مقام مسئول، قوانین را اجرا می‌کند یا با شدت مطابق آن‌ها عمل می‌کند، هر قدر هم که نتایج برای شهروندان ناعادلانه باشد، بحث سوء مدیریت مطرح نمی‌شود.

هم‌چنین در این حالت نمی‌توانیم خود قوانین را زیر سؤال ببریم و حتی اگر این ادعا را بپذیریم، راه حل چنین سوء مدیریتی که الزاماً مربوط به قانون‌گذار است، متفاوت از راه حل سوء مدیریتی است که متوجه مقام رسمی است. در نتیجه، پارلمان برای اعمال نفع عمومی و تصویب قوانین مرتبط با آن، هرچند به حقوق فردی لطمه بزند یا حتی خود پارلمان، حقوق اساسی انگلستان را تحدید کند، با مقاومت چندانی از سوی نهاد کمیسری روبه‌رو نمی‌گردد. این رویکرد آشکارا نشان می‌دهد اجرای قواعد عدالت طبیعی به همان اندازه که تصور می‌شد، ساده، منطقی و عینی نبودند، بلکه مستلزم شناسایی و ترسیم رابطه‌ای پیچیده و متقابل میان تأسیس و تحول سازمان اداری دولت با اصول و مفاهیم حقوق عمومی برای به تصویر کشیدن یک نظام اداری. نظارتی مطلوب از پاسداشت حقوق و آزادی‌های عمومی بود که در درون حکومت به کار گرفته می‌شد.

گفتار چهارم. نقش کامن‌لا و قضات دادگاه‌ها در حفظ حقوق و آزادی‌ها

در یک تحلیل نهایی از اجرای همه قوانین که در خلأ ایجاد نمی‌شود، می‌توان بیان کرد: «تمام قدرتی که به دولت سپرده می‌شود، از مردم می‌آید و تحت چنین ترتیبات قانونی، این باور قوی وجود دارد که دولت، قدرت خود را بر اساس «اعتماد» مردم نگه می‌دارد. در نتیجه، اصل اقتدار و اعمال آن توسط کسانی که دارای مناصب دولتی هستند، هم در قوای قانون‌گذاری و مجریه، مشروط به دکرترین اعتمادی است که توسط دادگاه‌ها به نام مردم اجرا می‌شود. این دادگاه‌ها هستند که بازتاب و یادآور اراده مردم و محدودیت‌هایی هستند که این اراده بر دولت تحمیل می‌کند. این

موضوع به ویژه با تأکید بر این مطلب که کشور انگلستان فاقد قانون اساسی نوشته است، اهمیت نقش قوه قضاییه این کشور را در ارتباط با حفظ حقوق و آزادی‌های عمومی در برابر اصل اقتدار دولت دوچندان می‌کند»^۱.

حتی در دوره جدید پس از قرون هجدهم که کاملاً با توسعه بی‌سابقه قانون مواجه شد و باید با جامعه‌ای هماهنگ می‌شد که هرچه بیش‌تر به وسیله سازمان اداری هدایت می‌گردد، این اوضاع و احوال تنها سبب کنار نهاده شدن تفکیک بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی می‌شود. با این کار، قانون‌گذار نه تنها جنبه سنتی حقوق انگلستان را از بین نمی‌برد و هیچ تدوینی به شیوه فرانسوی انجام نمی‌شود، بلکه در نهایت، این نظام مانع پذیرش تقسیمات و مفاهیم حقوق رم در انگلستان می‌شود و گسترش حقوق در کشور اساساً به عنوان کار دادگاه‌ها باقی می‌ماند. در واقع، قانون‌گذار بیش از آن که حقوق جدیدی خلق کند، راهکارهایی تازه برای دادرسی دعاوی در اختیار دادگاه‌ها قرار می‌دهد.^۲

این گسترش حقوقی بر خلاف پیروزی افکار دموکراتیک و توسعه بی‌سابقه قانون‌گذاری تحت تأثیر اندیشه‌های بنتام، در قرن هجدهم بدون برخورد چشم‌گیر دنبال شد و پس از این دوره نیز در قرن‌های نوزدهم و بیستم تداوم یافت. بازنگری قضایی در حقوق اداری انگلستان را که مهم‌ترین و شاید از منظر کلاسیک تنها موضوع مورد مطالعه در این کشور است، باید نتیجه استقرار اصل حاکمیت قانون دانست که در نظام حقوقی کاملاً و در نبود قانون اساسی مدوّن و پذیرش حاکمیت پارلمان به جای آن، امکان کنترل قضایی تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی بر اساس معیارهایی ویژه هم‌چون «قانونی بودن»، «منصفانه بودن» و «معقول بودن» عمل اداری را فراهم کرده است که تا به امروز ادامه دارد. معیاری مانند قانونی بودن که خود، محصول پیدایش و توسعه دکترین خروج از حدود اختیارات در رویه قضایی انگلستان است و معیارهای معقول بودن و انصاف نیز در کاملاً ریشه دارند و در طول زمان در رویه قضایی پدیدار شده و بالیده‌اند.^۳ بنا بر این واقعیت و به

1. Hilaire, Barnett, BA, LL.M, *Constitutional and Administrative Law*, Fourth edition first published in Great Britain by Cavendish Publishing Limited, The Glass House, Wharton Street, London WC1X 9PX, United Kingdom, 2002, p. 189.

۲. نک: داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: سید حسین صفایی، تهران: میزان، چاپ دهم، ۱۳۹۲، صص ۱۷۱-۱۵۱.

۳. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۴، ص ۵۲۹.

دلیل پرهیز از اعمال صلاحیت مضاعف و موازی با دادگاه‌های دادگستری است که بندهای (b) و (a) از بخش (2). 5 قانون کمیسر پارلمانی مصوب ۱۹۶۷ به صراحت بیان می‌کند که مطابق این قانون، کمیسر در مورد هیچ یک از موارد زیر تحقیق نخواهد کرد:

الف) هر اقدامی که در رابطه با آن، شخص آسیب‌دیده حق ارجاع یا تجدیدنظر نزد دادگاهی را دارد که تحت هر مصوبه قانونی یا به موجب انحصار عمل در دادگاهی پادشاهی تشکیل شده است؛
ب) هر اقدامی که در رابطه با آن، شخص آسیب‌دیده از طریق رسیدگی در هر دادگاه حقوقی، راه حلی برای جبران خسارت داشته است.^۱

به عبارت دیگر، شروع تحقیقات کمیسر پارلمانی متعاقب شکایت اشخاص مشروط بر این است که شخص متضرر امکان بهره‌مندی از حقوق یادشده را نداشته باشد یا در شرایط خاص، انتظار معقولی که فرد به این حقوق متوسل شود یا بتواند متوسل شود، وجود نداشته باشد. در کنار این رخداد مهم یعنی نظارت قضایی مبتنی بر مفهوم موسع کامن‌لاکه سازمان‌های واجد اختیار را ملزم می‌کند منطبق با ارزش‌های بنیادین انصاف و عدالت عمل کنند و به حق‌ها و عقلانیت ناشی از قانون احترام بگذارند، دو رویکرد دیگر نیز به تدریج و از دهه ۱۹۸۰، کارکردهای مهم بازنگری قضایی حمایت از حقوق فردی در مقابل نهاد اداره انگلیسی را تحت‌الشعاع خود قرار داد:

اول. پذیرش معیارهای مدوّن‌تری هم‌چون اصول اداره خوب و مفاهیم جدیدتر که در بازتعریف نقش و جایگاه دولت وارد این عرصه شدند و هم‌چنین مجموعه مشخصی از حقوق و آزادی‌های بنیادین، تحت تأثیر شکل‌گیری اتحادیه اروپا و نهضت جهانی حقوق بشر که به عنوان موازین و ارکان بازنگری قضایی مدنظر واقع شدند.^۲

1. Parliamentary Commissioner Act 1967.

۲. امروزه با توجه به پیدایی رشته جدیدی با عنوان حقوق بشر اداری می‌توان از حق‌های بشری با 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. به همین دلیل «اداره خوب» یکی از مفاهیم مدرن حقوق اداری است که در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا به عنوان یکی از حق‌های اساسی شهروندان مطرح شده و سپس در قانون اروپایی رفتار خوب اداری و برخی مصوبات کمیته وزیران شورای اروپا، این مفهوم متضمن برجسته‌ترین و پیشرفته‌ترین حقوق و اصول حاکم بر نظام‌های

دوم. گسترش اصول دموکراتیک در دولت مرکزی و دولت‌های محلی در اواخر قرن نوزدهم که به این فرض منجر گردید که عمده اختیارات حکومت به وسیله قوانین ایجاد شده است و نقش دادگاه‌ها باید منحصرأً اطمینان از اعمال و اجرای این اختیارات به نحوی باشد که پارلمان در نظر داشته است.

این رویکرد در توجیه بازنگری قضایی دکترین «خروج از محدوده اختیارات»، آن را به سطحی از بازنگری تنزل می‌داد که به موجب آن، تصمیم حکومت نباید با الفاظ و منطوق قانونی در تعارض باشد که اختیار تصمیم‌گیری را ایجاد کرده است. اصل «برتری پارلمان» نیز مانع از آن می‌شود که دادگاه‌ها قوانین را نادیده بگیرند و تفکیک قوانین دادگاه را ملزم می‌سازد به برابری موقعیت خود با دستگاه اداری احترام بگذارد. همین موارد، توسعه حقوقی کامن‌لا را به عنوان شالوده بازنگری قضایی دادگاه‌ها در مورد خروج از حدود اختیارات مقامات دولتی و سازمان‌هایی که اختیاراتشان را از قوانین موضوعه کسب نمی‌کنند، به مباحث سؤال برانگیز و مبهم به بنیان کنترل قضایی تبدیل کرد. البته دادگاه‌ها هیچ‌گاه از روش‌ها و معیارهای غیر منصفانه حمایت نکردند و مشخصاً معیارهای سخت‌گیرانه و دقیقی را نسبت به اعمال نهادهای دولتی و حتی نهادهای مشابه قضایی از قبیل دادگاه‌های اختصاصی اداری اعمال می‌کنند که در مورد حق‌های قانونی تصمیم می‌گیرند.^۱

در کنار این محدوده صلاحیتی دادگاه‌ها برای رسیدگی به دعاوی اداری، جنبش نوسازی حقوق که در قرن نوزدهم آغاز شد، با ویژگی‌های جدید به ویژه در حوزه اداره دولت و حقوق اداری حاکم بر آن روبه‌رو بود. جریان جامعه‌گرایی بر پایه‌های نوین قرن بیستمی و عصر رفاه اجتماعی بنا می‌شد که جای جریان آزادی‌خواهانه لیبرال را گرفت که تا ۱۹۱۴ حاکم بود. در این شرایط، شیوه‌های ایجاد مورد به مورد و ناشی از آرای قضایی که در آغاز، مشخصه کامن‌لا بود، با اراده ایجاد دگرگونی‌های عمیق و سریع در جامعه سازگار نبود. قوانین و آیین‌نامه‌ها نیز در مقایسه با وضع پیشین اهمیتی فوق‌العاده می‌یابند و اجرای آن‌ها، مسائل عدیده تازه‌ای را مطرح می‌کند و دعاوی بی‌شماری را بین

حقوق اداری است که اجرای آن‌ها در اداره‌های دولتی می‌تواند نقشی بسزا در تأمین حقوق شهروندی داشته باشد، دانسته شده است. برای اطلاع بیشتر نک: رسولی، سارا و رضائی‌نژاد، ایرج، «شاخص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد حق بر اداره خوب»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۲۱، ۱۳۹۳، ص ۴۱۶-۴۱۵.

۱. هداوند، پیشین، صص ۵۳۴-۵۳۳.

ادارات و مردم پدید می‌آورد. دادگاه‌های سنتی در حل دعاوی جدید که به آن‌ها واگذار می‌شود، نه توانایی مطلوب این کار را داشتند و نه در بسیاری از موارد، تمایلی برای انجام آن داشتند؛ زیرا این کار، تراکم شدید دعاوی را در مرکز سازمان قضایی انگلستان قرار می‌داد.

همان ملاحظاتی که در فرانسه و کشورهای دیگر موجب داشتن دادگاه‌های اداری شد، در انگلستان نیز نقش خود را ایفا می‌کند. با این تفاوت که این بار نیز دفاع از سنت‌ها به ویژه آموزه‌های افرادی مانند دایسی در خصوص برابری در برابر قانون و کامن‌لا قوی و پابرجا هستند و به این دلیل، در کشور انگلستان، دادگاه‌های اداری نمی‌توانند سلسله‌مراتب مستقلی را تشکیل دهند. بنابراین، برای حل این مشکلات در کنار دادگاه‌هایی که کامن‌لا را ساخته‌اند، به ناچار سازمان‌های متعددی برای حل اختلافات مردم و نهاد اداره و به طور کلی، دولت پدید آمده‌اند که در آن‌ها، حقوق دانان با غیر حقوق دانان به صورت مشترک به قضاوت می‌نشینند یا حتی ممکن است حقوق دانان اصلاً در آن‌ها شرکت نداشته باشند و در این سازمان‌ها اختلافات و دفاع از حقوق و آزادی‌ها با شیوه‌ها و روحیه‌ای کاملاً متفاوت از دادگاه‌ها رسیدگی و حل و فصل می‌شوند.^۱

کمیسر پارلمانی یکی از همین سازمان‌هاست که کم‌ترین نقش را در کنترل «اعمال اختیاری» و رعایت «قوانین موضوعه» توسط کارمندان بخش عمومی دارد. رسیدگی به شکایات شهروندان علیه نهادهای عمومی و دولتی به دلیل نقض هنجارهای خارج از قانون و صلاحیت‌های اختیاری که شاید اداره قانوناً نیز مکلف به انجام آن‌ها نیست، ولی اجرا نشدن آن‌ها منجر به سوء مدیریت می‌شود و بر اساس عرف، انصاف و عدالت اداری به حقوق افراد و شهروندان لطمه می‌زند، در صلاحیت آن کمیسری قرار دارد. به این ترتیب، چون حوزه اجرایی و کنترلی قوانین و صلاحیت‌های اختیاری مقامات پایان می‌پذیرد، «حُسن جریان امور» و مفهوم مقابل آن یعنی «سوء مدیریت» آغاز می‌گردد.^۲

۱. نک: داوید و اسپینوزی، پیشین، صص ۱۹۸-۱۷۲.

۲. در این باره در بند (۳) ۱۲ قانون کمیسر پارلمانی اظهار می‌دارد: «هیچ چیز در این قانون اجازه نمی‌دهد یا کمیسور را ملزم نمی‌کند که در ماهیت تصمیمی تردید کند که بدون سوء مدیریت توسط یک اداره دولتی یا دیگر مقامات در اعمال اختیاری گرفته که به آن اداره یا مقام داده شده است».

- Parliamentary Commissioner Act 1967, 12.(3)

بهترین تحلیل نهایی از ویژگی‌های ماهیتی کمیسر پارلمانی در گزارش فرانک استیسی درباره کمیته منتخب برای این نهاد آمده است که آشکارا بیان می‌کند: «این دادگاه‌ها، دادگاه‌های عادی نیستند و حتی ضمیمه دیگر بخش‌های دولتی نیز نیستند...، بلکه این دادگاه‌ها باید به درستی به عنوان دستگاهی که توسط پارلمان برای داوری در نظر گرفته شده‌اند، شناخته شوند و نه به عنوان بخشی از ماشین اداری [دولت]». سرانجام این کمیته در نتیجه‌گیری نهایی در مورد ماهیت وجودی و کارکردی این دادگاه‌ها، عمداً به تحلیل مفاهیمی مانند قضایی، دادگاه‌های عادی، شبه قضایی، اداری، حاکمیت قانون یا استعلام‌های قانونی پشت کرد و در عوض، این گزاره را پذیرفت که: «ویژگی‌های کلی و نزدیک به هم وجود دارد که باید رویه‌هایی خاص آن‌ها را مشخص کند و به عنوان راهنمای کنترل و تخصیص اختیارات به این دادگاه‌ها به کار رود. ما به این ویژگی‌ها صراحتاً عدالت، انصاف و بی‌طرفی می‌گوییم که یک شهروند به وسیله آن‌ها راضی می‌شود و احساس می‌کند کسانی که در مورد او تصمیم‌گیری می‌کنند، درست تصمیم می‌گیرند و به تصمیم خود می‌رسند».^۱

گفتار پنجم. کمیسر پارلمانی؛ نهاد تضمین‌گر عدالت و انصاف از طریق نظارت بر حسن جریان امور در اداره مدرن انگلستان

مجادله سنت‌گرایان در مقابل نهضت مدیریت اداری، اثراتی نه چندان منسجم بر عملکرد مدیریت دولتی از خود برجای گذاشت، ولی حاکمیت بلامنازع کارآیی بر ماشین اداری دولت، جدایی دموکراسی از بوروکراسی (سیاست و اداره) و لزوم حاکمیت دوباره اخلاق و ارزش‌های اجتماعی و حتی اقتصادی بر دولت به شکل‌گیری نهضت‌های مردمی منجر شد که تبلور ذهنی و فکری آن بعدها نهضت اداره امور عمومی جدید را ایجاد کرد. از طرفی، ردّ شیوه‌های قدیمی تفکر درباره ساختار، شکل و قدرت درون سازمان‌ها، پیچیدگی مسائل فراروی مدیران دولتی و عملکرد مدیریت دموکراتیک‌تر در خصوص زنجیره‌ای از هنجارها و ارزش‌ها مانند قانون، سیاست، عدالت، شفافیت و پاسخ‌گویی و فلسفه وجودی و ارزش‌های مدیریت دولتی جدید در اداره امور عمومی را به بهترین شکل نمایان می‌ساخت.^۲

1. Stacey, Frank, *The British Ombudsman*, Review by: Stanley V. Anderson, *The American Journal of Comparative Law*, Autumn, Vol. 20, No. 4, Oxford University Press, 1972, p. 742 -747.

۲. دانایی‌فرد، حسن، *نهضت‌های مدیریتی در بخش دولتی: گذشته، حال و آینده (جلد ۱)*، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۷، صص ۸۳ - ۷۴.

به همین دلیل، این بار به جای جدال میان «دموکراسی» و «بوروکراسی» و افزودن لایه‌ای جدید به دیگر لایه‌های ایجاد شده به وسیله علم سیاست یا خط‌مشی و رویکردهای عمومی، جدال مورد بحث در درون بوروکراسی و میان «اداره امور عمومی جدید» و «بازآفرینی دولت» رخ داد. این دو نهضت، محرکی خاص یعنی «تعهد و حساسیت نشان دادن به شهروند» را به شیوه‌های متفاوت برای ضرورت تغییر در عملکرد مدیریت دولتی گذشته ارائه می‌دادند. در اداره امور عمومی جدید که صبغه نهادی و سیاسی بیش‌تری دارد، سیستم خدمات عمومی حرفه‌ای هم به کارآیی می‌اندیشید و هم عدالت اجتماعی. این در حالی است که بازآفرینی دولت که کم‌تر بر نهادها تمرکز دارد، در پی کنار گذاشتن موضوعات بحث‌برانگیز سیاسی بود؛ موضوعاتی که اتفاقاً برای اداره امور عمومی مهم شمرده می‌شوند. این بازآفرینی درصدد بود تا ارزش‌های فردگرایانه، ایجاد مشوق‌ها، استفاده از رقابت و نهاد بازار را به عنوان مدل دولت ارتقا دهد. حال آن‌که اداره امور عمومی جدید بیش‌تر دغدغه اداره انسان‌گرایانه و دموکراتیک دارد و به نهادسازی و شایستگی حرفه‌ای می‌پردازد و مدیریت دولتی را تشویق می‌کند تا نه تنها نقشی اثرگذار با جست‌وجو برای کارآیی ایفا کند، بلکه از هویتی مستقل بر اساس «تناسب دانش با عمل»، «مشارکت»، «تغییر»، «ارزش‌ها» و «عدالت اجتماعی» بحث کند؛^۱ زیرا این بار به جای حاکمیت قانون، این حاکمیت سازمانی و اداری دولت بود که می‌بایست ارزش‌های حاکم بر نظام لیبرال را در درون خود احیا و دست‌کم حفظ می‌کرد. وظیفه‌ای که با پیوند آن به جامعه، نگاهی وسیع‌تر را که همانا مفهوم «حُسن جریان امور» بود، به دولت و اداره مدرن لیبرال می‌بخشید. مفهومی که نه در مقابل حاکمیت قانون یا سیاست، بلکه به موازات آن‌ها ظهور می‌یافت تا با پیوند میان آن‌ها، حقوق و ارزش‌های یادشده را حفظ کند.

با تصویب قانون کمیسر پارلمانی برای امور اداری^۲ در سال ۱۹۶۷م، بند 1(a) از بخش (5) این قانون بیان می‌کند کمیساریا می‌تواند به شکایت کتبی اعضای جامعه رسیدگی کند که به نحو مقتضی به یکی از اعضای مجلس عوام ارائه شده است و ادعا می‌کند در نتیجه «سوء مدیریت» ناشی از اقدامات انجام‌شده دچار بی‌عدالتی شده است. نکته قابل توجه عبارت «اداره بد» یا تعبیر «سوء

۱. همان، ص ۸۸.

2. Parliamentary Commissioner Act 1967.

مدیریت»^۱ در این متن و چند جای دیگر از این قانون است که هیچ تعریف یا توضیحی درباره آن در قانون یادشده گنجانده نشده بود. این اقدام نه تنها مخالفت جدی دربرداشت، بلکه در جریان دومین دوره بحث و بررسی لایحه قانونی یادشده در مجلس عوام، هارولد کراسمن - رئیس شورا در دولت کارگری - ضمن دفاع از تصمیم مبنی بر تعریف نشدن «سوء مدیریت» اعلام کرد: «باز بودن ارائه تعریفی از این مفهوم یک اقدام فوق العاده و فهرست طولانی و جالبی برای تلاش در جهت برخورد با «تعصب، غفلت، بی توجهی، تأخیر، بی کفایتی، انحراف، کج خلقی، خودسری و غیره» [در نظام اداری] خواهد بود».^۲

سر ویلیام آرمسترانگ در بررسی عملکرد سال اول این قانون در کمیته منتخب مجلس عوام، نمونه های دیگری از سوء مدیریت را به این فهرست افزود که عبارت بودند از: «پاسخ ندادن به نامه اداری یا گم شدن اوراق یا بخشی از آن ها، ارائه اظهارات گمراه کننده به شهروندان در مورد موقعیت قانونی آن ها، تأخیر در تصمیم گیری، نشان دادن تعصب، دادن دستورهای ناقص یا مبهم به کارمندی که قانون را اعمال می کند، اشتباه گرفتن حقایق پرونده یا بی توجهی به حقایقی که اداره باید آن ها را در نظر می گرفت و...».^۳

این ابهام ها و بسیاری از انتقادات دیگر را می توان در خصوص مفهوم سوء مدیریت مطرح کرد که مجال پرداختن به همه آن ها در این تحقیق وجود ندارد. نکته مهم آن است که چرا قانون گذار انگلیسی در قانون یادشده، سوء مدیریت را تعریف نکرده است؟ ادموند کامپتون، اولین کمیسر پارلمانی بریتانیا در امور اداری بیان می کند: «هیچ کس نمی تواند سوء مدیریت را به طور واضح تعریف کند. ما هم چنین می پذیریم که ممکن است یک مرز مبهم و نامشخص در اطراف مناطق سوء مدیریت وجود داشته باشد که شاید تعریف آن را دشوار سازد، اما بیش تر ما معتقدیم که اگر ببینیم می توانیم نمونه ای از آن را تشخیص دهیم، کاملاً آماده هستیم تا بپذیریم که ممکن است با

1. Maladministration.

2. Leyland, Peter, Anthony, Gordon, **Textbook on Administrative Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, 2013, p. 129.

3. This is extracted from **the First Annual Report of the Northern Ireland Commissioner for Complaints**, (1970), para.

20. See article by H. J. Elcock, 50 Public Administration, 1972, pp. 87- 93.

افراد دیگر در مورد این‌که آیا این مورد خاص نمونه‌ای از سوء مدیریت بوده یا نه، اختلاف نظر داشته باشیم. به یک معنا همه چیز به همان چیزی برمی‌گردد که شما از خود «مدیریت» می‌گویید. اگر معیاری از قوانین و قضاوت را در آن بگنجانید، مفهوم مدیریت و با انجام این کار، حوزه‌ای را گسترش می‌دهید که ممکن است سوء مدیریت در آن رخ دهد. از طرف دیگر، اگر به این کلمه معنای محدودتری بدهید و به ویژه قاعده‌گذاری و قضاوت را کنار بگذارید، معنای سوء اداره به همین ترتیب محدود می‌شود»^۱.

همان‌گونه که وی در ادامه اظهار می‌کند، باید اصطلاح «اداره» و اعمال آن را در معنای وسیع‌تر بررسی کنیم. این تعریف بسیار مبهم و گسترده است و این موضوع، دست کمیسری را برای رسیدگی به آن دسته از سوء جریان‌های اداری باز می‌گذارد که ممکن است در نظارت قضایی محاکم، تخلف محسوب نگردد و ضمانت اجرایی برای جبران آن‌ها پیش‌بینی نشده باشد.^۲ مدیریت امور به این معنا نه تنها باید کارآمد باشد، بلکه هم‌چنین باید بدنه عمومی شهروندان را متقاعد کند که بین اهداف و منافع عمومی این سیاست‌ها که ترویج می‌کند و منافع خصوصی که مختل می‌کند، ارتباط معقول و متعادل برقرار است. در چنین شرایطی، شهروندان، اجرای صلاحیت‌های اداری را سوء مدیریت به حساب نمی‌آورند. به همین دلیل، در برابر اجرای این‌گونه سیاست‌ها، «تقاضای عدالت اداری تقریباً به اندازه تقاضای عدالت قانونی بالاست و افکار عمومی نسبت به عدالت رویه‌ای بسیار حساس است»^۳.

به دلیل وجود چنین عملکردی است که به اعتقاد پروفیسور رید، کمیسری در انگلستان، صلاحیت خود را از مهار افکار عمومی و تحمیل آن بر دولت به دست می‌آورد، نه از قانون؛ زیرا اختیاراتی که قانون به این نهاد اعطا می‌کند، اختیاراتی ثانویه‌اند و شامل تحقیق و بازرسی، تهیه مدارک و شواهد

1. Caiden, Gerald E, "Public Maladministration and Bureaucratic Corruption". Hong Kong Journal of Public Administration, 3 (1), 1981, pp. 56-71.

2. Longley, Diane, Rhoda, James administrative justice: central issues in the uk and european administrative law, london, uk, Cavendish, 1999, p. 48.

۳. برای مشاهده ابعاد کامل‌تری از زمینه‌های مفهومی «حُسن جریان امور» و «سوء مدیریت» و کارکرد نهاد ناظر آن نک: - Wheare, K.C, Maladministration and ITS Remedies, Fellow of All Souls College, Oxford, published under the auspices of The Hamlyn Trust, 1973, p. 13-21.

و مسائلی از این دست است. این در حالی است که اختیارات اولیه و اصلی این نهاد به ویژه در مواردی است که قانون نتوانسته است راه حلی را برای مسئله بی عدالتی ناشی از تصمیمات و اقدامات اشتباه مقامات اداری پیش‌بینی کند.^۱

نتیجه‌گیری

با تحولاتی که از قرن هجدهم به بعد در سازمان اداری دولت و به تبع آن در اداره امور عمومی انگلستان به وقوع پیوست، حفظ حقوق و آزادی‌های سنتی که به قول ادموند بَرک از زمان صدور منشور کبیر، خط‌مشی همیشگی قانون اساسی در این کشور بوده‌اند، با چنان پیچیدگی‌های فنی و اجرایی روبه‌رو شدند که دیگر رسوم کهنی مانند حق مستقیم پارلمان در رسیدگی به شکایات شهروندان و دادگاه‌ها در نظام کامن‌لا به منظور پاسداشت این حقوق کافی نبود و حتی کارکرد این نهادهای سنتی به دلیل مبانی محدود، گزینشی و تهی از معیارهای علمی یا دخالت حداکثری در کنترل صلاحیت‌هایی اختیاری مقامات، در بسیاری موارد ناکارآمدی‌هایی را به وجود می‌آورد که منجر به بروز «سوء مدیریت» در اداره امور عمومی می‌گردید. چالشی که خود عامل اصلی برای تهدید حقوق و آزادی‌های شهروندان در مقابل نهاد اداره به شمار می‌رفت.

چالش بسیار مهم دیگر، برداشت مفهومی خاص از نفع عمومی در انگلستان بود که اگر قرار بر حدانگاری تمام‌عیار آن در حوزه اداره مدرن توسط قانون بود، بسیاری از اعمال اداری که به واسطه لزوم اجرای قانون به صورت «غیرمعقول»، «ناعادلانه»، «ظالمانه»، «تبعیض‌آمیز» یا «اشتباه» بروز می‌کردند، بدون امکان دادخواهی باقی می‌ماند. بویژه آنکه اساساً در حوزه روابط بین افراد و مقامات عمومی، تنها بخشی از فرصت‌های قانونی، برای دادخواهی علیه اقدامات مقامات دولتی وجود داشت و خارج از این محدوده‌های قانونی، بسیاری از فعالیت‌های رسمی دیگری بودند که انجام آن‌ها به خودی خود در شایستگی مقامات باقی بود و حق اعتراض به آن‌ها در هیچ دادگاه یا تحقیق عمومی موجود نبود. حال آنکه که در باور عمومی «همیشه باید علیه تصمیم‌های اداری و اجرایی تجدیدنظر انجام شود».

1. Wade, Henry, William, Rawson, Schultz, Franklin. M, *The British Ombudsman: A Lawyer's View*, [with Comment], Source: Administrative Law Review, Vol. 24, No. 2, Published by: American Bar Association, 1972, pp. 137-153.

در این شرایط که روایت‌های سنتی لیبرال‌هایی چون دایسی از حاکمیت قانون در انگلستان، افسانه‌ای بیش به حساب نمی‌آمد،

برداشت‌هایی نوین از این مفهوم و وارد کردن جنبه‌های دیگری از اصول حقوق عمومی به درون این عرصه، باعث شد پیوند بین حقوق و آزادی‌ها با سیاست به طور کامل بریده نشود، بلکه پوششی بر شکاف بین آن‌ها نیز ایجاد شد. از جمله این موارد؛ حفظ تمایز شدید بین قانون و سیاست بود که به لحاظ تئوری در شرایط جدید، می‌بایست به روابط پارلمانی و کابینه‌ای از نوع بریتانیایی و سیستم حکومتی که به لحاظ ارتباط با افراد و شهروندان، هر دو قوه مجریه و مقننه یکسان تابع آن بودند، محدود شود. ویژگی که قانون‌گذار را وارد می‌ساخت تا از نقش سنتی خود یعنی توسعه حداکثری قوانین حاکم بر سازمان اداری و اجرایی دولت فروکاسته و آن را به حمایت از نظارت و کنترل‌های تخصصی ناظران بر اداره مدرن تبدیل سازد. نتیجه این جدال میان دموکراسی و بوروکراسی نوین دولت لیبرال، پدیداری مفهوم «حُسن جریان امور» و نظارت بر آن در قالب تأسیس کمیسر پارلمانی بود که به عنوان تدابیری ارزشمند برای اطمینان از باز بودن باب عدالت و انصاف در روند اجرای عادی امور و تصمیمات مقامات اداری بکار گرفته شدند تا از این طریق منافع عمومی به نحو مطلوب‌تری تأمین شود. بنابراین، با وجود آنکه نهاد کمیسر پارلمانی به موجب قانون پارلمان تأسیس شده، اما تحقق جایگاه و مبانی کارکردی آن در حقوق اداری انگلستان، نه مرهون قانون، بلکه لزوم ترویج اداره خوب برای پاسداشت عدالت و انصاف خارج از حوزه اجرایی قوانین است. همان چیزی که شهروندان در دفاع از حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی در مقابل نهاد اداره، حق ادعای آن را دارند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. دانایی فرد، حسن، نهضت‌های مدیریتی در بخش دولتی: گذشته، حال و آینده (جلد ۱)، تهران: سمت، چاپ دوم، ۱۳۹۷.
۲. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه: سیدحسین صفایی، تهران: میزان، چاپ دهم، ۱۳۹۲.
۳. ر. بال، آلن و پیترز ب. گای، سیاست و حکومت جدید، ترجمه: عبدالرحمان عالم، تهران: قومس، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۴. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۶.
۵. کاسیز، سابینو، شکل‌گیری حقوق اداری (مطالعه تاریخی - تطبیقی حقوق اداری انگلستان و فرانسه)، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: شهرداد، ۱۳۹۲.
۶. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ پنجم، ۱۳۹۴.
۷. یادی‌پور، مهدی، مقدمه‌ای بر حقوق و اقتصاد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹.

ب) مقاله و پایان‌نامه

۱. بهنیا، مسیح و امیرحسین صادقی، «آمبودزمان بخش عمومی در نظام حقوقی انگلستان با نگاهی به نهادهای ناظر در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۵، ۱۳۹۹.
۲. محمدی کرجی، رضا و علی‌رضا جعفرزاده به‌آبادی، «واکاوی واژه «طرز کار» در اصل نود قانون اساسی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۳۴۱.
۳. رسولی، سارا، رضائی‌نژاد، ایرج، «شاخص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در مورد حق بر اداره خوب»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۲۱، ۱۳۹۳.
۴. مسعودی، حمید، «مطالعه تطبیقی حاکمیت قانون در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۲.

2. Latin Source

1. Bamforth, Nicholas, **Parliamentary Privilege and the Parliamentary Commissioner for Standards**, The Cambridge Law Journal, 1998, Vol. 57, No. 1.
2. Caiden, Gerald E, “**Public Maladministration and Bureaucratic Corruption**”. Hong Kong Journal of Public Administration, 3 (1), 1981.
3. Dicey, Albert Venn, (1895), **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, (n 9) (10th edn) London: McMillan and Co, 1982.
4. H.C., Dowdall, «**The Word State**» (1923), Law Quarterly Review, Articles by Maurer Faculty, 1995.
5. Hilaire, Barnett, BA, LL.M, **Constitutional and Administrative Law, Fourth edition first published in Great Britain by Cavendish Publishing Limited**, The Glass House, Wharton Street, London WC1X 9PX, United Kingdom, 2002.
6. Kenneth Culp, Davis, **Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry**, Louisiana State University Press, 1969.
7. Leyland, Peter, Anthony, Gordon, **Textbook on Administrative Law**, Seventh Edition, Oxford University Press, 2013.
8. Longley, Diane, Rhoda, James **administrative justice: central issues in the uk and european administrative law**, london, uk, Cavendish, 1999.
9. Mariteuw, Chimère Diaw, **The Ombudsman story: A case study in public oversight**, natural justice and state transformation, Center for International Forestry Research, CIFOR, 2007.
10. Martin, Loughlin, **In Defence of Staatslehre**, (2009), 48(1) Der Staat 1–28 and Foundations of Public Law, 2010.
11. Nelson, Scott, **The Discourses of Algernon Sydney**, London, and Toronto: Associated Universities Publications, 1993.
12. Olivier, beaud, **conceptions of the state, the oxford handbook of comparative constitutional law**, Edited by: Michel Rosenfeld and Andras Sajó, Oxford University Press, 2012.
13. Parliamentary Commissioner Act 1967.
14. Pietro, Costa, Danilo, Zolo (eds.), **The Rule of Law: History, Theory and Criticism**, 2007.

15. Rogoff, Martin.A, **A Comparison of Constitutionalism in France and The United States**, University of Maine School of Law. B.A, 1997.
16. Ryan, Alan, "**Liberalism**", **A Companion to Contemporary Political Philosophy**, Blackwell Publishing, 1993.
17. Smith, Adam, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**, W. Strahan and T. Cadell, London, 1776.
18. Stacey, Frank, **The British Ombudsman**, Review by: Stanley V. Anderson, The American Journal of Comparative Law, Autumn, Vol. 20, No. 4, Oxford University Press, 1972.
19. Ten, C., "**Constitutionalism and the Rule of Law**", A Companion to Contemporary Political Philosophy, John Wiley & Sons, Ltd, 2017.
20. This is extracted from **the First Annual Report of the Northern Ireland Commissioner for Complaints**, (1970), para. 20. See article by H. J. Elcock, 50 Public Administration, 1972.
21. Vincent, Ostrom, **The Intellectual Crisis in American Public Administration**, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1989.
22. Wade, Henry, William, Rawson, Schultz, Franklin. M, **The British Ombudsman: A Lawyer's View**, [with Comment], Source: Administrative Law Review, Vol. 24, No. 2, Published by: American Bar Association, 1972.
23. Wheare, K.C, **Maladministration and ITS Remedies**, Fellow of All Souls College, Oxford, published under the auspices of The Hamlyn Trust, 1973.

پی‌آمدهای سدسازی در ایران از منظر حقوق عمومی و راهکارها

محمد رضا کاشانی^۱

مهدی بالوی^۲

چکیده

احداث سد های متعدد در سال های گذشته موجب تخریب محیط زیست گیاهان و جانوران، نابودی جنگل ها، باغ ها، مراتع، دریاچه ها، تالاب ها و رودخانه ها، پایمال شدن معیشت و اشتغال مردم روستاها و مهاجرت آن ها به حاشیه شهرها، تحمیل هزینه های گزاف بر بودجه عمومی، نابودی آبخوان ها، فرونشست زمین و ورود خسارت به ساختمان ها و تأسیسات زیرزمینی، هدر رفتن فاحش آب بر اثر تبخیر و بیابان زایی گردیده است.

در این نگاشته ضمن شناسایی این آسیب ها، دلایل بروز آن ها با روش توصیفی و تحلیلی برای استفاده کاربردی بررسی گردیده و برای رفع خسارت های وارد شده به منابع آب و خاک و محیط زیست و حقوق مردم چاره اندیشی شده است. راه حل هایی از طریق تشکیل مدیریت یکپارچه منابع آب در وزارت جدید آب و محیط زیست، مدیریت مصرف آب، ایجاد تشکل های آب بران و تمرکززدایی از مدیریت آب، باز کردن تدریجی دریچه های سدها و برگرداندن رودخانه ها به شرایط قبل از احداث سد با ارسال حق آبه ها، ایجاد پلیس مسلح آب، آبخیزداری، قیمت گذاری آب و بازچرخانی آب پیشنهاد گردیده است. هم چنین اصلاح قانون اساسی با همه پرسی برای تشکیل مجلس سنا در کنار مجلس فعلی با حضور نمایندگان متخصص دانشگاهی و غیر سیاسی دارای نگرش کشوری و نه استانی برای تصویب مشترک تمامی قوانین جدید به ویژه برای سدسازی توصیه شده است.

واژگان کلیدی: اصلاح قانون اساسی، حقوق عمومی، سدسازی، مدیریت یکپارچه منابع آب.

۱. دانشیار پایه ۷ گروه حقوق بین الملل و عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، kashanimr@gmail.com

۲. گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق دانشکده فارابی، دانشگاه تهران. قم، ایران، mahdibalavi@ut.ac.ir

مقدمه

شناخت آسیب‌هایی که نظام اداری فعلی با احداث سدهای بزرگ بر حقوق عمومی و خصوصی به ویژه منابع آب و خاک و محیط زیست وارد کرده و یافتن راهکارهای رفع و جبران آسیب‌ها و نیز جلوگیری از تکرار آن‌ها از اهداف اصلی این مقاله است که اجرایی و کاربردی (عملی) است.

مسئله این است که بخش مهمی از مدیریت ناکارآمد در حوزه منابع آب کشور در نتیجه تعدد متولیان حوزه آب و ناهماهنگی و اختلاف منافع میان آن‌ها به وجود آمده است. وزارت نیرو در حال احداث سدهای کوچک و عمدتاً بزرگ است و وزارت جهاد کشاورزی مشغول ساختن سدهای متعدد کوچک در روستاهاست. همه این ساخت‌وسازها بدون هماهنگی با یکدیگر یا رعایت نکردن طرح آمایش سرزمین (ارزیابی نظام‌مند عوامل طبیعی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی به منظور یافتن راهی برای کمک به جامعه بهره‌برداران در انتخاب گزینه‌هایی مناسب جهت پایداری توان سرزمینی در راستای برآورد نیازهای جامعه) صورت می‌گیرد. آبخیزداری، جنگل‌ها و مراتع و اجرای شبکه‌های آبیاری تحت فشار و تهیه الگوی کشت مناسب هر منطقه در اختیار وزارت جهاد کشاورزی است. هم‌چنین سازمان حفاظت محیط زیست به واسطه حمایت نکردن نهادهای اجرایی و قضایی از آن و نبود بودجه کافی، قدرت بازدارندگی لازم برای حفاظت از محیط زیست کشور به ویژه جلوگیری از احداث سدهای بزرگ را ندارد. این مدیریت ناهماهنگ و چندپارچه منجر به مسئولیت‌گریزی نهادهای متولی آب هم شده است.

با گذشت زمان، در سه مرحله مطالعه، احداث، بهره‌برداری و نگهداری از سدها، مشکلاتی پدید آمده که در گام اول به تصویب قوانین و مقررات اصلاحی (برای مثال، شرح خدمات توجیهی مهندسان مشاور، جنگل‌ها و مراتع را هم در کنار فاضلاب، جزء منابع آلاینده آورده است و شاید به همین دلیل، با احداث سد، سعی در غرقاب کردن آن‌ها دارند) و تکمیلی جدید ویژه سدسازی احساس می‌شود تا مدیران، مهندسان مشاور، پیمانکاران و هم‌چنین مسئولان بهره‌برداری و نگهداری سدها بر مبنای قواعد مربوط عمل کنند. انجام خلاف در هر یک از این موارد بایستی جرم‌انگاری شود و در شعب خاص قضایی آب در استان‌ها به صورت فوری به آن‌ها رسیدگی صورت گیرد تا این امور ضمانت اجرا داشته باشند. تشکیل پلیس مسلح آب که در قانون آب و نحوه ملی شدن آن هم آمده بود، ضرورت دارد. قطعاً مجازات‌های کیفری می‌توانند از این آشفتگی‌ها در طراحی، اجرا، بهره‌برداری و نگهداری

سدها به صورت معناداری جلوگیری کنند.

فرضیه اصلی این است که با تدوین و تصویب قوانین مورد نیاز در مورد مراحل مختلف سدسازی، اصلاح ساختار مدیریتی حاکم بر منابع آب به صورت جدا شدن بخش آب از وزارت نیرو و تشکیل مدیریت یکپارچه منابع آب در وزارت جدید آب و محیط زیست به همراه انتقال بعضی از وظایف مانند آبخیزداری (استفاده از راه‌های پیش‌گیری از فرسایش خاک و مقابله با سیل‌های مخرب) از وزارت جهاد کشاورزی به وزارت آب و محیط زیست می‌توان گامی بلند در اصلاح ساختار مدیریتی موجود برداشت. هم‌چنین با باز کردن تدریجی دریچه‌های سدها و برگرداندن رودخانه‌ها به شرایط قبل از احداث سد هم‌زمان با ارسال حق‌آبه‌های زراعی و زیست‌محیطی، ایجاد تشکل‌های آب‌بران با نظارت دولت برای تمرکززدایی از مدیریت سدها، اولویت دادن به مدیریت مصرف به جای مدیریت عرضه می‌توان شرایط فاجعه بار فعلی را بهبود بخشید. به علاوه با استفاده از انرژی‌های باد و خورشید برای تولید برق به جای سدسازی، قیمت‌گذاری آب و دادن یارانه برای احداث شبکه‌های آبیاری تحت فشار به کشاورزان در عوض احداث سد، انجام آبخیزداری و طرح آمایش سرزمین قبل از احداث هر سد می‌توان به آینده آب کشور امیدوار شد.

شیوه گردآوری اطلاعات در این مقاله، کتاب‌خانه‌ای و نیز میدانی از نوع مشاهده، مصاحبه و فیش‌برداری بوده است. جامعه آماری شامل کمیته آب جهاد کشاورزی و معاونت آب وزارت نیرو و شرکت‌های آب منطقه‌ای بودند و روش تجزیه و تحلیل اطلاعات، کمی و آماری و نیز کیفی و متکی به مدارک و تحلیل عقلایی و توصیفی و تحلیلی است.

گفتار اول. آب در ایران

بند اول. وضعیت اقلیمی ایران

کشور ایران که دارای اقلیم خشک و نیمه‌خشک است، سهمی ناچیز از آب شیرین را دارد و ۶۵ درصد مساحت آن در مناطق خشک و به شدت خشک واقع شده است. میانگین بارش ۵۴ ساله آن حدود ۲۵۰ میلی‌متر است که نصف بارندگی متوسط آسیا و کم‌تر از یک سوم متوسط جهانی است. از طرفی، متوسط بارش به تدریج کاهش یافته، به نحوی که میانگین بارش ۱۳ ساله اخیر به ۲۳۲ میلی‌متر رسیده است.

میزان بارش در سال آبی ۱۴۰۰/۱۴۰۱ در ایران به ۲۵۳/۹ میلی‌متر رسیده و متوسط دما نسبت به دوره زمانی بلندمدت ۱/۱ درجه سانتی‌گراد افزایش داشته است. در سال آبی ۱۴۰۱/۱۴۰۲ نیز بارندگی کشور حدود ۲۰ درصد کم‌تر از میانگین درازمدت آن بوده است.^۱ حجم کل بارندگی در سطح کشور با مساحت ۱۶۴۸۱۹۵ کیلومتر مربع، برابر با ۴۱۰/۹ میلیارد مترمکعب بوده که حدود ۲۹۰/۹ میلیارد مترمکعب آن به صورت تبخیر و تعرق از اراضی و مزارع از دسترس خارج می‌شود و ۱۲۰ میلیارد مترمکعب باقی‌مانده، آب‌های سطحی و زیرزمینی را تشکیل می‌دهد که به آن، آب تجدیدپذیر می‌گویند.

بند دوم. استاندارد سرانه آب تجدیدپذیر

فالکن مارک سوئدی، سرانه آب به میزان ۱۷۰۰ مترمکعب در سال را به عنوان شاخص بحران و تنش آبی به این شرح تعیین کرده است:

۱. کشورهای دارای سرانه آب تجدیدپذیر سالانه بیش از ۱۷۰۰ مترمکعب، با بحران آب روبه‌رو نیستند؛
۲. کشورهای دارای سرانه آب تجدیدپذیر سالانه ۱۰۰۰ تا ۱۷۰۰ مترمکعب، گرفتار کم‌آبی مزمن هستند؛
۳. کشورهای دارای سرانه آب تجدیدپذیر سالانه ۵۰۰ تا ۱۰۰۰ مترمکعب، گرفتار تنش آبی می‌باشند؛
۴. کشورهای دارای سرانه آب تجدیدپذیر سالانه کم‌تر از ۵۰۰ مترمکعب، گرفتار کم‌آبی مطلق یا بحران جدی آب هستند.

با توجه به جمعیت ایران در حال حاضر که حدود ۸۹ میلیون نفر است، متوسط سرانه آب تجدیدپذیر کشور حدود ۱۳۴۸ مترمکعب در سال تخمین زده می‌شود که در سال ۱۳۴۰ حدود ۵۵۰۰ مترمکعب در سال بود. بنابراین، در حال حاضر، ایران دچار کم‌آبی مزمن است و به سمت تنش آبی حرکت می‌کند.^۲ بر اساس بررسی قبلی کارشناسان سازمان ملل متحد، در سال ۲۰۲۵ میلادی، جمعیت ایران به ۸۸/۴ میلیون نفر و مصرف آب آشامیدنی شهرها و روستاهای کشور از ۶ به ۷/۸ میلیارد مترمکعب در سال می‌رسد.

۱. شرکت مدیریت منابع آب ایران، تهران، ۱۴۰۲. شبکه خبری: www.wrm.ir.

۲. نصری، صدیقه، آب، عدالت و امنیت، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۸، ص ۳۰۷.

بند سوم. میزان برداشت آب از منابع تجدیدپذیر و نوع مصارف

طبق نظر بنیاد کمیسیون توسعه پایدار سازمان ملل متحد، اگر میزان برداشت آب بیش از ۴۰ درصد کل منابع آب تجدیدپذیر باشد، بحران شدید آب وجود دارد. به گفته ستار محمودی، قائم مقام اسبق وزیر نیرو، در سال‌های گذشته تا سال ۱۳۹۴، به میزان ۱۰۰ میلیارد مترمکعب بیش‌تر از توان آبی کشور استفاده شده است و چون اکنون از حدود ۸۰ درصد کل منابع آب تجدیدپذیر برداشت می‌شود، ایران در وضعیت بحران شدید آبی قرار دارد.^۱ هم‌چنین به گفته چیت‌چیان، وزیر اسبق نیرو، تقریباً ۹۲ درصد آب کشور در بخش کشاورزی، ۶ درصد در بخش شرب و ۲ درصد در بخش صنعت مصرف می‌شود.^۲

گفتار دوم. حقوق عمومی آب

بند اول. تاریخچه و مبانی نظری حقوق آب در ایران

از سال ۱۲۸۵ تا ۱۳۴۷ حدود ۴۶ قانون مرتبط با آب در عرصه قانون‌گذاری تصویب شده که رویکرد آن‌ها مبتنی بر حمایت از مالکیت شخصی بر اساس مبانی فقهی و عرفی حاکم بر جامعه در موضوعاتی چون حیا‌زت و حریم منابع آب بوده است. در سال ۱۳۰۷، قانون مدنی، جای‌گزین قوانین عرفی و فتاوی‌ای مذهبی در امور حقوقی شد. در ماده ۱۴۹ این قانون به امکان تملک آب‌های سطحی و در ماده ۱۶۰ آن به امکان تملک آب‌های زیر زمینی تصریح شده است. ماده ۲۵ هم قنوات و چاه‌های مورد استفاده عموم را که مالک خاص ندارند، غیر قابل تملک دانسته است. بر اساس ماده ۱۵۵ نیز «هر کس حق دارد از نهرهای مباحه، اراضی خود را مشروب نماید یا برای زمین و آسیاب و سایر حوایج خود، از آن نهر جدا کند» که این امر نوعی حیا‌زت و موجب تملک آب مباح است.

از هنگام تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن با ۶۶ ماده در سال ۱۳۴۷، دخالت دولت با توجه به ضرورت انضباط آبی متناسب با استفاده از فناوری‌ها و سازه‌های جدید و در جهت محدود کردن حقوق خصوصی و کنترل بهره‌برداری بی‌رویه از منابع آب به سرعت گسترش یافت تا به نحوی،

۱. همان، ص ۲۰۹.

۲. همان، ص ۵۸.

حقوق خصوصی و «مصرف معقول» یا «مصرف بهینه» در سیطره حقوق عمومی بازتعریف شود. قانون مدنی ایران تحت تأثیر فقه امامیه، در موضوع مالکیت آب، این مایع حیاتی را مباح و واجد ویژگی خاصی دانسته است.^۱ در ماده ۹۶: «چشمه واقع در زمین کسی، محکوم به ملکیت صاحب زمین است، مگر این‌که دیگری نسبت به آن چشمه عیناً یا انتفاعاً حقی داشته باشد»؛ یعنی چنین شخصی با دارا بودن حق مالکیت نسبت به آن چشمه و آب موجود در آن می‌تواند هر گونه انتفاعی را از آن ببرد و دیگران نمی‌توانند به استناد آن‌که منابع آبی جزء مباحات هستند، از آن بهره‌مند گردند، مگر آن‌که مالک آن چشمه برای آنان عیناً یا انتفاعاً حقی قرار داده باشد.^۲

در همه‌پرسی فروردین ۱۳۵۸، قانون اساسی جدید، جای‌گزین قانون اساسی مشروطه و متمم آن شد. قانون‌گذار در اصل ۴۴ قانون اساسی، سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی را به عنوان بخش دولتی و به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار داد و در اصل ۴۵، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و دیگر آب‌های عمومی به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی قرار گرفت تا طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل کند. در اصل ۵۰ نیز حفاظت از محیط زیست، وظیفه عمومی تلقی شد. سپس قانون توزیع عادلانه آب در اسفند ۱۳۶۱، مالکیت عمومی منابع آب را تثبیت کرد. مقررات پیشین آب در قانون مدنی (قابلیت تملک خصوصی اشخاص نسبت به آب‌ها) با این قوانین تعارض داشت و با نسخ ضمنی آن‌ها، آب در زمره مشترکات در آمد.

نظام بهره‌برداری از منابع آب در حقوق می‌تواند چند نظریه را دربرگیرد: نظریه «مالکیت مطلق» مالک اراضی که آب را متعلق به مالک زمین می‌شناسد؛ نظریه «حریم» که مبنای مالکیت آب را صاحب ملکی می‌داند که در مجاورت جریان آب قرار دارد؛ نظریه «حق تقدم» که پیش‌دستی و تقدم در بهره‌برداری را موجب مالکیت آب می‌داند؛ نظریه «احراز» که آب را حق کسی می‌شناسد که آن را استحصال کند؛ نظریه «امانت عمومی» که بر مبنای آن، آب غیر قابل تملک بوده و آن را امانت عمومی شناخته است. فقه امامیه بنا به قاعده فقهی «من حاز ملک»، حق بهره‌برداری آب را مبتنی بر نظریه احراز دانسته است که همگان در بهره‌مندی از آب‌های مباح حق برابر دارند و هر کس زودتر آن را حیازت کند،

۱. جعفری ندوشن، علی‌اکبر، **حقوق مالکیت آب**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲، ص ۱۶، ۷.

۲. بدیسار، ناصرالدین و محمدصادق احمدی، **حقوق حاکم بر آب در بستر حقوق عمومی ایران**، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۱۴۳.

اولویت دارد. قانون اساسی و قانون توزیع عادلانه آب، ذیل مفاهیم انفال و اموال و مشترکات عمومی (بعضاً اموال عمومی را متعلق به عموم مردم و انفال را متعلق به منصب رهبری حکومت اسلامی می‌دانند) از نظریه‌ای پیروی کرده‌اند که با نفی نسبی مالکیت خصوصی و عمومی، مدیریت و نظارت بر نظام بهره‌برداری از منابع آب را با رعایت مصالح عامه در اختیار دولت قرار داده است. پس مبنای نظام بهره‌برداری از منابع آب در ایران را می‌توان در چارچوب نظریه امانت عمومی ارزیابی کرد.^۱ فرض مالکیت خصوصی آب بعد از تصویب قانون سال ۱۳۴۷ فقط با کسب پروانه بهره‌برداری قابل تصور است و مادام که آب‌ها در مجاری و مخازن عمومی قرار و جریان دارند، به آن‌ها آب عمومی اطلاق می‌شود.^۲

بند دوم. تاریخچه سدسازی در ایران

مطالعات سدسازی جدید بعد از شروع به کار بنگاه مستقل آبیاری در سال ۱۳۲۴ آغاز شد. در سال ۱۳۸۶، ۲۵۰ شرکت در کارهای مطالعات و احداث سدها فعال بوده‌اند. مدت مفید اجرای سد، حدود ۴ تا ۵ سال است، اما طبق گزارش سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، اجرای این نوع طرح‌ها بین ۸ تا ۱۲ سال طول می‌کشد که یکی از دلایل اصلی و مهم آن، ندادن اعتبار کافی است. با احتساب سدهای کوچک و بزرگی که پس از انقلاب اسلامی در ۳۱ استان ایران توسط وزارت خانه‌های نیرو، جهاد سازندگی، کشاورزی و جهاد کشاورزی احداث شده‌اند، حجم کل مخازن این سدها بیش از ۵۶ میلیارد مترمکعب است. سدهای ساخته شده توسط وزارت جهاد سازندگی و نیز جهاد کشاورزی کوچک هستند. طبق آمار شرکت مدیریت منابع آب تعداد سدهای ساخته شده یا در حال ساخت یا در دست مطالعه در سال ۱۳۹۴، ۱۳۳۰ سد بوده است.

بند سوم. مبانی نظری حقوق آب در مورد سدسازی در ایران

مبانی نظری حقوق آب در مورد سدسازی در ایران را می‌توان چنین برشمرد: اصول ۴۴، ۴۵ و ۵۰ بازنگری شده در قانون اساسی مصوب مرداد ۱۳۶۸، قانون تشویق سرمایه‌گذاری در طرح‌های آب کشور مصوب مرداد ۱۳۸۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی، راهبردهای توسعه بلندمدت منابع آب کشور

۱. جعفری ندوشن، پیشین، صص ۸۹.

۲. بابایی، احمد، آشنایی با قوانین مربوط به حقوق آب، تهران: مؤسسه تحقیقات و آموزش مدیریت وابسته به وزارت نیرو، ۱۳۷۹، ص ۴.

مصوب هیئت وزیران در مهر ۱۳۸۲ به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب بهمن ۱۳۸۶، قوانین متعدد بالادستی مثل برنامه‌های اول تا هفتم توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی کشور، کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب خرداد ۱۳۷۵ در ماده ۶۸۸ و دو تبصره آن، قانون شکار و صید مصوب ۱۳۴۶/۳/۱۶ با آخرین اصلاحات تا ۱۳۹۷/۲/۱۶ در بند «د» ماده ۱۲، قانون حفاظت دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی با مواد نفتی مصوب ۱۳۵۴/۱۱/۱۴ در ماده ۲، قانون آب و نحوه ملی شدن آن مصوب تیر ۱۳۴۷ در مواد ۱ و ۲ و تبصره‌های آن و نیز ماده ۱۸ بند ۲ و هم‌چنین مواد ۱۹، ۲۱، ۵۰، ۵۳ و ۵۵ تا ۵۸ و فصل هشتم آن درباره تخلفات و جرایم مربوط به آب، قانون توزیع عادلانه آب مصوب اسفند ۱۳۶۱ در مواد ۱ و ۲ و تبصره‌های آن‌ها و نیز ماده ۱۸ و تبصره‌های ۱ و ۲ آن و هم‌چنین مواد ۲۱، ۲۴، ۲۹ و ۴۴ و بند «ه» ماده ۴۵ به همراه ماده ۴۶، قانون رفع تجاوز از تأسیسات آب و برق مصوب تیر ۱۳۵۹ به ویژه مواد ۱ و ۸، قانون تعیین حریم دریاچه‌های پشته سدها مصوب مهر ۱۳۴۶ و آیین‌نامه ماده یک آن، قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب خرداد ۱۳۵۳، قانون مدنی مصوب اردیبهشت ۱۳۰۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی در مواد ۲۵، ۹۶، ۱۴۹، ۱۵۵ و ۱۶۰، سند چشم‌انداز بیست‌ساله جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ بندهای ۱۹ (ردیف پنجم) و ۴۰ فهرست خدمات مرحله توجیهی سدسازی توسط دفتر فنی سازمان برنامه و بودجه و وزارت نیرو در سال ۱۳۷۰، آیین‌نامه اجرایی حفاظت و بهره‌برداری از منابع آبی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۷۸/۲/۵ در بند ۳ ماده ۲ و ماده ۲۲ و ماده ۲۵ و آیین‌نامه (بخش‌نامه) آبی‌پروری در سدها و شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی با اهداف غیر شرب مصوب تیر ۱۳۹۱، قانون تثبیت آب‌بهای زراعی مصوب ۱۳۶۹/۰۶/۱۴، آیین‌نامه نحوه اجرای قانون تثبیت آب‌بهای زراعی مصوب ۱۳۶۹/۱۱/۳۰ (این آیین‌نامه صرفاً برای آب‌های سطحی است)، قانون توسعه و بهینه‌سازی آب شرب شهری و روستایی در کشور مصوب ۱۳۹۴/۰۲/۲۴، آیین‌نامه اجرایی بهینه‌سازی مصرف آب کشاورزی مصوب ۱۳۷۵/۶/۱۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی. نظام‌نامه (بخش‌نامه) تخصیص آب شرکت مدیریت منابع آب ایران مصوب دوم شهریور ۱۴۰۰، دستورالعمل مأمورین ماده ۳۰ قانون توزیع عادلانه آب مصوب آذر ۱۳۹۴ وزارت نیرو، استاندارد فهرست خدمات مرحله بهره‌برداری و نگهداری سدها، نشریه شماره ۱۳۴-الف بهمن ۱۳۷۷ استاندارد مهندسی آب وزارت نیرو، نظام‌نامه شورای سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی آب کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۲۱، سیاست‌های کلی اصلاح الگوی مصرف

ابلاغی در تیر ۱۳۸۹، کتاب حاوی برنامه اقدام ملی مقابله با بیابان‌زایی و کاهش اثرات خشک‌سالی توسط سازمان جنگل‌ها و مراتع و آبخیزداری، چاپ ۱۳۸۴.

۱. اشاره به چند مورد قانونی

در اصل ۴۴ قانون اساسی، سدها جزء بخش دولتی شمرده شده و به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار گرفته است. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، نظام جامع مدیریت آب بر اساس اصول توسعه پایدار و آمایش سرزمین، ارتقای بهره‌وری از آب در کسب و عرضه و نگهداری و مصرف و تقلیل هدررفت آب، آبخیزداری، آبخوان‌داری، حفظ کیفیت آب، بازچرخانی پساب، ارتقای دانش مردم و فنون و تقویت مشارکت آن‌ها در استحصال و بهره‌برداری از آب را مطرح ساخته است.

در اصل ۴۵ قانون اساسی، دریاچه‌ها، دریاها، رودخانه‌ها و دیگر آب‌های عمومی به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی تلقی شده و در اختیار حکومت اسلامی است تا طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل کند. در اصل ۵۰، حفاظت محیط زیست، وظیفه عمومی تلقی شده و آلوده کردن یا تخریب غیر قابل جبران آن ممنوع است. در این میان، سدسازی، ویران‌گرترین پی‌آمد را بر آبخیزها، بوم سامانه‌های رودخانه‌ای، تالابی، دریاچه‌ای، جنگلی و زیستگاه‌های گیاهی و جانوری داشته است.

در قانون برنامه دوم توسعه، به توجیه فنی و اقتصادی و اجتماعی طرح‌های عمرانی (از جمله سدسازی) و مطالعه و طراحی اجرایی و مکان‌یابی صحیح اشاره شده است. در تبصره بند ب ماده ۱۰۹ قانون برنامه سوم توسعه، دولت مکلف گردیده تا از طرق گوناگون با اولویت دادن به پروژه‌های استحصال آب نسبت به ساخت سدهای کوچک متعدد و مخزنی بزرگ از خروج آب از کشور جلوگیری کند. در قانون برنامه چهارم توسعه، استفاده از روش‌های نوین آبیاری مطرح شده تا کارایی آب در ۲۰ سال آتی، ۲۵ درصد افزایش یابد که نیافته است.

در قانون برنامه پنجم توسعه، اجرای هم‌زمان شبکه‌های اصلی و فرعی آبیاری و زه‌کشی اراضی آبخور سدهای احداث شده و تجهیز و نوسازی اراضی پایین دست آن‌ها، حفاظت خاک و آبخیزداری بالادست سدهای مخزنی و گسترش شبکه‌ها به میزان ۲۰ درصد افزایش نسبت به سال قبل، سرمایه‌گذاری و مالکیت و مدیریت و بهره‌برداری سدها با حفظ حقوق حق‌آبه‌بران توسط نهادهای عمومی غیر دولتی و تعاونی و خصوصی، تدابیر غیر سازه‌ای، اصلاح نظام حقوقی آب، گسترش

جمع‌آوری و دفع فاضلاب شهری و روستایی و ارتقای بهره‌وری از آن هم مطرح شده است. در قانون برنامه ششم توسعه هم بر جبران اضافه برداشت آب با تعادل بخشی آب زیرزمینی و ارتقای بهره‌وری آب و رهاسازی حق‌آبه‌های زیست‌محیطی و کشاورزی تأکید گردیده است.

طبق قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست، غیر از کنترل هر گونه آلودگی، اگر اجرا یا بهره‌برداری طرح عمرانی مغایر با حفاظت محیط زیست باشد، اعلام می‌شود تا طرح اصلاح گردد. این در حالی است که تغییراتی که تأسیسات احداثی مانند سدها در وضع فیزیکی و شیمیایی و بیولوژیک خاک و آب و هوا ایجاد می‌کنند، باعث دگرگونی وضع طبیعی می‌شوند.

۲. جمع‌بندی موارد قانونی

محورهای عمده این مبانی حقوقی عبارتند از: دولتی بودن سدها و به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت بودن آن‌ها، طبق مصالح عامه عمل کردن دولت، حفاظت محیط زیست، نظام جامع مدیریت آب بر اساس اصول توسعه پایدار و آمایش سرزمین، آگاهی دادن به مردم و مشارکت آن‌ها، آبخیزداری بالادست سدها، اصلاح ساختارها، ارسال حق‌آبه‌های زراعی و محیط زیستی، مدیریت هم‌زمان تقاضا و عرضه، تعادل بخشی آب زیرزمینی، استفاده از روش‌های نوین آبیاری و کاهش مصرف آب کشاورزی و افزایش بازده آبیاری. هم‌چنین به این موارد می‌توان اشاره کرد: بازیافت و بازچرخانی آب، جمع‌آوری و تصفیه پساب فاضلاب خام، مهار آب‌های خروجی از کشور، پی‌گیری حق‌آبه‌های ایران از کشورهای هم‌جوار، مکان‌یابی صحیح سدها و توصیه فنی، اقتصادی و اجتماعی دقیق و واقعی احداث سدها، تدبیرهای غیر سازه‌ای، تجهیز و نوسازی اراضی پایین دست سدها، ایجاد پلیس مسلح آب (که انجام نشد)، نرخ‌گذاری آب کشاورزی، اصلاح نظام حقوقی آب، تثبیت آب‌بهای زراعی، بهینه‌سازی مصرف آب شرب شهری و روستایی و کشاورزی و چگونگی تخصیص آب و مسائل مهم مندرج در مرحله توجیهی سدسازی مانند اثر احداث سد بر آبخوان پایین دست.

این دستورهای قانونی حتی به اهداف برنامه‌ها نزدیک هم نشده‌اند و نمونه بارز آن، سند چشم‌انداز است. خودداری مهندسان مشاور از انجام وظیفه خود و نبود نظارت کارفرما نیز هیچ ضمانت اجرایی ندارد. مهندسان مشاور در گزارش‌های خود، گزینه سدسازی را زیر سؤال نمی‌برند و مدیران نیز همین را می‌خواهند. پس وزن گزارش‌های سدسازی ناشی از مسائل فنی و طراحی بدنه سد و تجهیزات وابسته به آن سد است.

بند چهارم. چالش‌های مدیریت جامع منابع آب در ایران

در برنامه‌های توسعه کشور بر لزوم مدیریت یکپارچه و جامع منابع آب تأکید شده است. مشکلات موجود را که مانع از اعمال آن می‌شود، به چهار گروه به این شرح می‌توان تقسیم کرد:

۱. مشکلات سازمانی

بر اساس بررسی‌های شرکت مدیریت منابع آب، یکی از موانع اجرا نشدن مدیریت به هم پیوسته منابع آب در ایران، بعد نهادی و سازمانی است. فانک و همکاران، مشکل نهادی و نبود همکاری کافی بین بخش‌ها و سیاست‌های آب مؤثر بر منابع آب را یکی از چالش‌های پیش روی مدیریت به هم پیوسته منابع آب می‌دانند.^۱ ماتونو در سال ۲۰۰۲ به این نکته اشاره می‌کند که مدیریت جامع منابع آب برای تحقق در عرصه عمل، نیازمند اصلاح و مهندسی مجدد ساختارهای اداری موجود یا به عبارتی، حکمرانی مؤثر آب است.^۲

یکی دیگر از مشکلات سازمانی، ناهماهنگی و نبود دیدگاه‌های مشترک بین بخش‌های عرضه و متقاضی آب است. حتی سازمان‌های اثرگذار بر منابع آبی مثل شرکت‌های آب منطقه‌ای، آبفا، سازمان حفاظت محیط زیست و جهاد کشاورزی با یکدیگر تعامل کافی ندارند و توزیع مدیریت منابع آب میان ادارات، مانع یکپارچگی آن شده است. بخش‌های متقاضی آب به برنامه‌های تدوین شده توجهی ندارند و با توسعه بیش‌تر، فشار شدیدتری بر منابع آبی وارد می‌کنند.

۲. مشکلات اجتماعی

در برنامه‌های توسعه، دولت، مکلف به آگاه‌سازی عمومی و مشارکت مردمی است، اما نوع و میزان و نحوه مشارکت معلوم نیست. در گذشته، میراب‌ها که منتخب مردم محلی بودند، مسئولیت توزیع آب را بر عهده داشتند، اما در دولت‌های فعلی، کارمندان دولت و غیر منتخب مردم، جای میراب‌ها را گرفته‌اند که رضایت یا ناراضایتی مردم بر موقعیت شغلی آن‌ها اثری ندارد.

۱. نصری، پیشین، صص ۳۹۸، ۳۹۹.

۲. مظاهری، مهدی و علی مریدنژاد، بررسی تطبیقی و آسیب‌شناسی ساختار حاکمیتی مدیریت آب در ایران و ارائه ساختار مطلوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۱، ص ۹۷.

۳. مشکلات سیاسی

در دومین کنفرانس جهانی آب در سال ۲۰۰۰ در لاهه، بحران کنونی آب در جهان را ناشی از حکمرانی نامطلوب، مدیریت ضعیف و نامناسب منابع آب دانسته‌اند. ساختار قانونی برای اجرای مدیریت به هم پیوسته منابع آب لازم است، اما چالش واقعی، در اجرای برنامه‌هاست که آیا دولت‌ها با توجه به کمبود منابع مالی، فنی و انسانی، توانایی اجرای برنامه‌ها را دارند یا نه؟ برخی کشورهای در حال توسعه، دولت را به جای ناظر، تسهیل‌گر و تنظیم‌کننده پروژه‌ها، مجری آن می‌دانند که با دیدگاه غالب بین‌المللی تناقض دارد. بنابراین، فرآیند تجدیدنظر در سیاست‌گذاری آب، گامی بسیار مهم است و به مشورت و پشتیبانی سیاسی قوی نیاز دارد. ساندراپوستل در مقاله «تولید خوراک بیش‌تر با آب کم‌تر» بر این باور است که رویکرد دولتی تأمین آب، انگیزه حفاظت از منابع آن و کاربرد کارآمد و صرفه‌جویانه آب در آبیاری را کاهش می‌دهد. پاتریک مک کالی، سردبیر نشریه «رودخانه‌های جهان»، تخصیص هزینه از بودجه عمومی و تصمیم‌گیری شرکت‌های دولتی را از علل تمایل به سدسازی بدون پاسخ‌گویی در سامانه‌های حکومتی گوناگون دانسته است.^۱

۴. مشکلات برنامه‌ریزی و قانونی

از مشکلات عمده‌ای که در نظام برنامه‌ریزی وجود دارد، تفسیر پذیری قوانین مربوط است که ناهماهنگی در اجرا را به وجود می‌آورد. پس باید تلقی‌ها، متون و منابع قانونی ناظر بر این حوزه و حدود اختیارات عوامل مؤثر به دقت بررسی شوند. مدیریت به هم پیوسته منابع آبی در صورتی قابل اجراست که بر اساس اصول توسعه پایدار باشد و موجب بازدهی اقتصادی در مصرف آب، ایجاد عدالت، پایداری محیط زیستی و بهره‌مندی منصفانه ذی‌نفعان از منابع گردد.^۲

بند پنجم. مؤلفه‌های مدیریت جامع منابع آب از دیدگاه ایران

مدیریت جامع بایستی همه جنبه‌های طبیعی آب (کمی و کیفی و اکولوژیکی) را بیان و ارتباط میان آن‌ها را بررسی کند؛ مدیریت آب را در محدوده وسیع‌تری از سیاست‌های توسعه اقتصادی و اجتماعی

۱. ظفرنژاد، فاطمه، توسعه پایدار و مدیریت آب: پی‌آمدهای ناسازگار الگوی توسعه نابومی در بخش آب با سدسازی، مشهد: جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۹۱، ص ۴۷.

۲. نصری، پیشین، صص ۳۹۸-۴۰۰.

و مدیریت محیط زیستی قرار دهد؛ منافع همه بخش‌ها را در یک روش مشارکتی با ذی‌نفعان در نظر گیرد؛ تنوع زمانی و مکانی منابع و تقاضا را بررسی کند؛ طیف کاملی از اهداف و محدودیت‌های سیاسی مرتبط را بکاود و سطوح نهادهای مختلف درگیر در مدیریت منابع آب را در نظر گیرد. در حقیقت، مدیریت جامع به نوع روش که جامع‌نگر و مشارکتی است، مربوط می‌شود.^۱

گفتار سوم. قواعد حقوقی بین‌المللی مرتبط با سدسازی

بند اول. سیاست‌گذاری در تصمیم‌گیری برای احداث سدها

کمیسیون جهانی سدها با آزمون حدود هزار سد بر مبنای پنج محور ارزشی (برابری و عدالت در تخصیص منابع و توزیع منافع، کارایی در مدیریت سامانه‌های زیربنایی موجود، شفافیت و مشارکت در تصمیم‌گیری، پایداری در استفاده از منابع در حال کاهش دنیا و پاسخ‌گو بودن به نسل‌های فعلی و آینده)، این اولویت‌های استراتژیک و اصول سیاست‌گذاری را برای تصمیم‌گیری در مورد احداث سدها مطرح می‌کند:

۱. کسب رضایت عمومی
۲. ارزیابی جامع تمام گزینه‌های جانشین سدها
۳. توجه به وضعیت سدهای موجود
۴. حفظ پایداری و حیات رودخانه‌ها و معیشت مردم
۵. شناخت حقوق و تقسیم فایده‌ها
۶. تضمین تعهدها (اطمینان از رعایت مقررات و قوانین)
۷. استفاده مشترک از رودخانه‌ها برای صلح، توسعه و امنیت.^۲

۱. مظاهری و مریدنژاد، پیشین، ص ۱۵.

۲. کمیسیون جهانی سدها، سدها و توسعه چارچوب جدید برای تصمیم‌گیری، ترجمه: محمدسعید کدیور، تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۸۶، صص ۲۸۲-۲۷۲؛ ظفرنژاد، پیشین، صص ۴۴۴-۴۳۳.

۴. همان، ص ۴۹.

۵. کمیسیون جهانی سدها، پیشین، صص ۵۴-۵۳.

بند دوم. سدسازی و توسعه پایدار

در نخستین همایش سازمان ملل متحد در باره توسعه پایدار در سال ۱۹۷۲ در استکهلم سوئد، پنجم ژوئن در سراسر جهان به نام «روز محیط زیست» شناخته شد. با این حال، جهان بیست سال در برابر هشدارهای آن بی‌اعتنا ماند. گسترش نگرانی از خطری که جهان و انسان را تهدید می‌کرد، سازمان ملل متحد را به برپایی همایشی دیگر واداشت. دومین همایش سازمان ملل متحد درباره مسائل توسعه پایدار در سال ۱۹۹۲ (همایش سران زمین) در ریودوژانیروی برزیل برگزار شد. سند همایش ریو به نام دستور ۲۱ (آیین‌نامه و ضوابط اصلی توسعه در قرن ۲۱) از مهم‌ترین اسناد سازمان ملل متحد است.^۲ سازمان ملل متحد در سال ۱۹۹۴ نیز پیمان مبارزه با بیابان‌زایی را تدوین کرد. با آن‌که ایران، امضاکننده این پیمان بود و در همان سال، مجلس شورای اسلامی با مصوبه‌ای، اجرای این پیمان را در تصمیم‌گیری‌ها الزامی اعلام کرد، اما این سند هم آن‌گونه که بایسته بود، در مراکز مدیریتی ایران جدی گرفته نشد.^۳ شاید سدسازی را بتوان یکی از فعالیت‌های بیابان‌زای کشور به شمار آورد که با بندهای ۳، ۵، ۱۰، ۱۷ و ۱۹ پیمان مبارزه با بیابان‌زایی ناسازگار است.^۴

پروفسور کادر آسمال، رئیس وقت کمیسیون جهانی سدها در جمله‌ای راجع به سدسازی گفته است: «اگر به من که باید پاسخ‌گوی ۴۸ میلیون نفر اسکان مجددیافته و گرسنگی و تشنگی مردم باشد، بگوئید: «تضمین کن که توسعه پایدار و انسانی باشد»، مانند آن است که بگوئید: جراحی کن، اما زخم جدیدی ایجاد نکن».^۵

بند سوم. تعریف جهانی مدیریت پیوسته (جامع) منابع آب و الزامات آن

بر اساس تعریف «مشارکت جهانی مدیریت آب»، مدیریت پیوسته منابع آب، فرآیندی است که تشویق به توسعه و مدیریت آب، زمین و منابع مرتبط را به شیوه مشارکتی به منظور به حداکثر رساندن رفاه اقتصادی و اجتماعی به طور عادلانه بدون آسیب به اکوسیستم در نظر دارد. سازمان ملل متحد تأکید می‌کند چون «تعریف روشنی برای واژه «مدیریت پیوسته» منابع آب وجود ندارد، بهتر است که کشورها، برنامه‌های مدیریت جامع منابع آب خود را با استفاده از چارچوب همکاری مشارکت جهانی آب تهیه کنند؛ زیرا نیاز مناطق مختلف با یکدیگر تفاوت دارد.» از منظر نهاد بین‌المللی توسعه امریکا، مدیریت جامع منابع آب به معنی گرد هم آمدن و همکاری حکمرانان، اجتماعات و ذی‌نفعان جهت انتخاب

گزینه مناسب برای استفاده از آب شیرین است. الزامات مدیریت جامع منابع آب شامل توان‌مندسازی محیط زیست، تشکیل نهادهای ضروری و برقراری ابزارهای مدیریتی است.^۱

توان‌مندسازی محیط زیست شامل سیاست‌گذاری‌های مشارکتی و پایدار از بالا به پایین و نیز پایین به بالا همراه با توجه به نقش دولت به عنوان توان‌مندساز از طریق افزایش آگاهی تصمیم‌گیران و سیاست‌گذاران در بخش عمومی با ایجاد چشم‌انداز و رویکرد جامع برای توسعه در بخش آب است. تدوین سیاست‌ها و برنامه‌ریزی و تخصیص آب و نظارت و اجرا و حل و فصل مخاصمات احتمالی و هم‌چنین فراهم‌کننده خدمات نظیر آبرسانی، تهیه چارچوب حقوقی و قانونی مورد لزوم آب برای پی‌گیری تحقق سیاست‌ها و اهداف و نیز ایجاد ساختارهای مالی و تشویقی پروژه‌های زیربنایی آب نیازمند اعتبارات سنگین است.

تشکیل نهادهای مرکزی، محلی، عمومی و خصوصی به منظور اعمال حکمرانی با استفاده از افراد خبره، بدنه‌های قانون‌گذاری، مؤسسات محلی و ذی‌نفعان صورت می‌گیرد. علاوه بر این، ظرفیت‌سازی نهادی و توسعه منابع انسانی با افزایش مهارت و درک تصمیم‌سازان، قانون‌گذاران، مدیران بخش آب و افراد حرفه‌ای در کنار تقویت گروه‌های محلی ضرورت دارد.

برقراری ابزارهای مدیریتی لازم شامل: شکل‌گیری سیاست‌ها، وضع قوانین، ارزیابی محیط زیستی، همکاری بین‌المللی در منابع آبی مشترک، جمع‌آوری اطلاعات و داده‌ها، رفتارهای قانونی در مورد نزاع‌ها و درگیری‌ها بر سر آب، تحلیل هزینه. فایده از مدیریت جامع منابع آب، دسترسی به آب، آلودگی آب، ارزیابی منابع، تخصیص آب، طرح استفاده از منابع، پایداری اکوسیستم و مدیریت تقاضای آب است.^۲

بند چهارم. مؤلفه‌های بین‌المللی مدیریت کارآمد منابع آب

در کنار این موارد که برشمردیم، برنامه توسعه سازمان ملل متحد، هشت مؤلفه کلیدی برای مدیریت کارآمد منابع آب تعیین کرده و در سطح بین‌المللی بر سر آن توافق شده است:

۱. ضرورت و حفاظت زیر حوضه و منابع

۲. تخصیص مناسب

1. Hassing, J. and UNESCO, *Integrated Water Resources Management in Action*: Dialogue Paper. Paris: UNESCO, 2009, p. 5.

2. Ibid., p. 3.

۳. مصرف کارآمد آب
۴. واگذاری مدیریت به پایین‌ترین سطح ممکن
۵. حضور همه ذی‌نفعان در تصمیم‌گیری
۶. عدالت بین زن و مرد در مدیریت منابع آب
۷. ظرفیت‌سازی
۸. پذیرفتن آب به عنوان کالای اقتصادی.^۱

بند پنجم. اصول کنفرانس دوبلین در خصوص مدیریت جامع منابع آب

اصول مدیریت جامع منابع آب، چهار اصل معروف کنفرانس دوبلین است که عبارتند از:

اصل اول: این مدیریت باید متکی به روش‌های جامع باشد و با در نظر گرفتن توسعه اجتماعی و اقتصادی و حفاظت از اکوسیستم‌های طبیعی صورت گیرد.

اصل دوم: توسعه و مدیریت منابع آب بایستی بر اساس روش‌های مشارکت عمومی قرار گیرد. این مورد شامل مصرف‌کنندگان، طراحان و قانون‌گذاران در همه سطوح است.

اصل سوم: زنان در تأمین، مدیریت و حفاظت از آب نقش مهمی به عهده دارند.

اصل چهارم: آب در همه جنبه‌های مصرف آن دارای ارزش اقتصادی است و باید به عنوان کالایی اقتصادی در نظر گرفته شود.^۲

قاعده آسیب به محیط زیست را که مصداق «صدمه جدی به منافع اساسی» است، باید به این چهار قاعده افزود. این قواعد عطف به‌ماسبق نیز می‌شوند.

۱. UNDP, "Integrated Water Resources Management", 2015, p. 3, Available at: www.undp.org/content/undp/en/home/our-work/environmentandenergy/focus_areas/water_and_ocean_governance/integrated_water_resources_management.html.

۲. نصری، پیشین، ص ۳۸۶.

گفتار چهارم. نتایج سدسازی در جهان و ایران

بند اول. سدسازی در جهان

بشر، نیمی از رودهای جهان را متوقف و سدبندی کرده است، آن هم با آهنگ بی‌سابقه یک سد در یک ساعت و ساخت ۴۵۰۰۰ سد که ارتفاع آن‌ها از یک ساختمان چهار طبقه بلندتر است.^۱ بان کی مون، دبیر کل پیشین سازمان ملل متحد معتقد است تا سال ۲۰۲۵، بیش از نیمی و در سال ۲۰۵۰، ۷۵ درصد از جمعیت جهان با کمبود آب شیرین روبه‌رو خواهند شد. طبق هشدار سازمان‌های بین‌المللی، ۴۶ کشور و حدود ۲/۷ میلیارد نفر، متأثر از تغییرات آب و هوایی و بحران‌های مرتبط با آب خواهند شد که خطر درگیری‌های خشونت‌آمیز را تشدید می‌کند. هم‌چنین بیش از ۵۶ کشور در معرض خطر بی‌ثباتی سیاسی ناشی از کمبود منابع آب قرار خواهند گرفت.^۲

در پایان قرن بیستم، خراب کردن سدهایی آغاز شده است که دیگر هدف‌های مفیدی را برآورده نمی‌کنند. هزینه‌های نگه‌داری و ایمن‌سازی آن‌ها سنگین است و از نظر معیارهای امروزی، اثرات منفی غیر قابل قبولی دارند. حرکت به سوی بازگرداندن رودخانه‌ها به حالت عادی خود در بسیاری از کشورها در حال شتاب گرفتن است. در سال‌های اخیر، نزدیک به ۵۰۰ سد غالباً قدیمی و کوچک در آمریکا تخریب شده‌اند که باعث احیای شیلات و فعالیت‌های اکولوژیکی رودخانه‌ای شده است. هم‌چنین در سال ۲۰۲۲، ۳۳۰ سد در اروپا تخریب شد که بیش از ۱۰۰ سد آن در اسپانیا بود. نیمی از سدهای بزرگ دنیا عمده‌تاً با هدف تأمین آب برای آبیاری ساخته شده‌اند. البته آب زیرزمینی در قیاس با آب سطحی به علت کنترل بهتر جریان آب در سطح مزرعه، عملکرد مناسب‌تری دارد. فقط ۱۲ درصد از سدهای بزرگ جهان با هدف تأمین آب شرب طراحی شده‌اند.^۳ بانک جهانی در نیم قرن گذشته در احداث بیش از ۶۰۰ سد مشارکت داشته است.

۱. کمیسیون جهانی سدها، پیشین، ص ۴۹.

2. Ban Ki. moon, "Water is Life", United Nations Secretary. General, 2008, Available at: www.un.org/sg/articles/articleFull.

۳. کمیسیون جهانی سدها، پیشین، صص ۱۰۷-۹۸.

۲. مجنونیان، هنریک، پرستو میراب‌زاده و محمد دانش، راهنمای ارزیابی پی‌آمدهای توسعه بر محیط زیست: دستورالعمل‌های ارزیابی طرح‌های توسعه بخشی انرژی و صنعت، مشهد: جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۹۳، صص ۴۱-۴۰.

بند دوم. سدسازی در ایران

ارزیابی اولیه مستقل دو سد تجن و البرز نشان داده است که فایده ادعا شده این دو سد در آبیاری هزاران هکتار زمین پایین دست نادرست بوده و اراضی پایین دست این دو سد به کمک آب‌بندان‌های بومی و کارآمد منطقه به مؤثرترین شکل، کاربری آبی و شالی‌کاری داشته‌اند.^۱ بستر عریض رودخانه تجن به مخزن زباله و فاضلاب با چشم‌اندازی ناخوشایند در شهر ساری تبدیل شده است. با پر شدن سد البرز، همین سرنوشت برای بابلسر رقم زده شده و گردشگری این شهر با خشکیدن بابل‌رود از بین رفته است. بخشی از جنگل‌های لفور سوادکوه برای برداشت منابع قرضه درشت‌دانه در سد خاکی البرز نیز چنان تخریب شده است که دیگر نمی‌توان آن را بازسازی کرد.

جنگل‌های غرب کشور در حوضه‌های کرخه و کارون و مرز کردستان هم از پی‌آمدهای سدسازی آسیب زیادی دیده‌اند. با ساخت جاده و راه دسترسی برای مطالعات ژئوتکنیک و بررسی‌های پیش از اجرا و نیز ساخت و بهره‌برداری، چوب‌بری و جنگل‌تراشی بالادست سد و قاجاق الوار آسان‌تر شده است.^۲ تقریباً دیگر پیکره‌های آبی کشور مانند تالاب‌های جازموریان در مرز استان‌های کرمان و سیستان و بلوچستان، چغاخور بروجن و انزلی هم در اثر مدیریت سازه‌ای آب آسیب دیده‌اند.^۳

سدهای پرهزینه نهرین طبس، بار نیشابور، ماشکید سراوان و سورک شهرکرد را ساخته‌اند تا همان اراضی را آبیاری کنند که قنات‌های پایدار می‌کردند. در کشوری با آفتابی چنین پرسخاوت، گزینه انرژی خورشیدی در تأمین برق، مؤثرتر از سد برق‌آبی است.^۴ دسترسی به داده‌های اقتصادی، اجتماعی، فنی و زیست‌محیطی سدهای کشور برای عموم و حتی خواص ناممکن است.

اگر مطالعات سدی، منجر به مردود شدن احداث سد شود (مانند سدهای البرز و بار نیشابور)، با اندکی تغییر در نام آن از سوی شرکت آب منطقه‌ای به نام طرحی جدید به مشاور دیگر سپرده می‌شود تا سد را توجیه کند. سد بار نیشابور، قناتی کهن سال و هم‌چنان کارآمد و کم‌هزینه و متعلق

۱. ظفرنژاد، پیشین، ص ۴۹.

۲. همان، ص ۵۱.

۳. همان، ص ۵۶.

۴. همان، ص ۴۹.

به مردم بومی را در دریاچه خود غرق کرد تا حجم زیادی از آب آن تبخیر و دست‌خوش تغییر کیفیت شود و آب کشاورزی کم‌تری برای اراضی آبخور همان قنات تأمین کند.^۱

بیماری‌هایی که منشأ آبی دارند، مانند مالاریا، شیستوزومیا، اونکوسرسیاسیس (بیماری کوری رودخانه) و انسفالیتیس عموماً در طرح‌های سدسازی و آبیاری افزایش می‌یابند. بیماری‌های انگلی و عفونی به ویژه شیستوزومیا سسیس (بیماری سدها) از مهم‌ترین بیماری‌های آب‌های راكد است. این بیماری در ۷۶ کشور، ۲۰۰ میلیون نفر را مبتلا کرده است.^۲

بعضی مطالعات مانند آلودگی آب سد لتیان در استان تهران ناشی از دریافت فاضلاب باغچه‌های اطراف بالادست آن مهر محرمانه دارد. آب موجود در مخزن سد لار نیز از کف و دیواره سد به طرف پایین دست فرار می‌کند. حل شدن میلیون‌ها تن نمک سازند گچساران در داخل دریاچه سد گتوند علیا و شور شدن آب رودخانه کارون، تهدیدی برای کشاورزی و محیط زیست استان خوزستان به شمار می‌رود.^۳ احداث سد چم شیر روی رودخانه زهره در استان کهگیلویه و بویراحمد و احتمال به زیر آب رفتن آثار باستانی باقی‌مانده (که هنوز از درون خاک بیرون آورده نشده‌اند) و چاه‌های نفت و چشمه‌های نمکی در محدوده مخزن و حریم آن، احداث سد سیوند در ۵۰ کیلومتری تخت جمشید (شهرستان پارسه) و حدود ۱۷ کیلومتری بنای تاریخی پاسارگاد (آرامگاه کوروش) و تنگه تاریخی بلاغی با میراث فرهنگی هزاران ساله روی رودخانه پلوار (سیوند) همراه با زیر آب بردن حدود ۸۰۰ اصله درخت پانصدساله و هزاران هکتار زمین مرغوب زراعی و خشکاندن تالاب طشک در شمال دریاچه بختگان از دیگر آثار منفی احداث سدهای بزرگ است.

بند سوم. گزینه‌های قابل بررسی در برابر احداث سدها

از گزینه‌های قابل بررسی در برابر احداث سدها می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. مدیریت تقاضا (مصرف) شامل کاهش مصرف و بازیافت و گزینه‌های فنی و سیاست‌گذاری است که بازدهی آب و نیرو را بهبود می‌بخشد و می‌تواند منجر به کاهش تنش بی‌آبی و تقلیل

۱. همان، ص ۵۷.

۲. مجنونیان و همکاران، پیشین، ص ۴۱.

۳. نصری، پیشین، ص ۳۲۵.

- گازهای گل‌خانه‌ای شود. (معمولاً اثر گل‌خانه‌ای به دلیل انتشار گاز دی‌اکسید کربن در دریاچه سدها که موجب کاهش بارندگی‌ها می‌شود، در طراحی مشاور منظور نمی‌شود).
۲. بهبود مدیریت سیستم می‌تواند نیاز به منابع جدید را به تأخیر اندازد که سبب کاهش تلفات بیهوده آب و انرژی از طریق تقلیل نشت آب و بهبود نگهداری و ارتقای کنترل و فناوری انتقال و توزیع برق خواهد شد.
۳. استفاده مجدد از آب، جمع‌آوری آب باران، بهره‌گرفتن از انرژی‌های باد و خورشید به صورت جدا از شبکه‌های سراسری برق‌رسانی؛
۴. در بخش کشاورزی و آبیاری، ارجحیت با بهبود بازده سامانه‌های موجود آبیاری است؛
۵. قیمت‌گذاری مناسب آب که ظرفیت زیادی برای بازار آب و انتقال مناسب آن ایجاد می‌کند؛
۶. مدیریت حوضه و مهار سیلاب از طریق حفظ و تغییر پوشش گیاهی و اقدام‌های سازه‌ای برای کاهش رسوبات مخازن، کنترل زمان و اوج سیل، کنترل جریان‌های سالانه و فصلی و تغذیه منابع آب زیرزمینی؛
۷. مدیریت یکپارچه سیل شامل کاهش زیان جامعه از طریق روش‌های سازه‌ای و غیر سازه‌ای، سیاست‌گذاری و افزایش ظرفیت و توانایی مردم در مقابله با آن؛^۱
۸. اجتناب یا به تأخیر انداختن احداث سد از طریق کاهش تقاضا به آب یا انرژی با انجام اقدامات حفاظتی، افزایش کارایی یا اعمال محدودیت در رشد منطقه‌ای؛
۹. بررسی احتمال افزایش کارکردهای سدهای احداث‌شده به جای احداث سد جدید؛
۱۰. تعدیل و تنظیم ارتفاع سد، منطقه غرقابی، طرح سد و روش‌های احداث برای به حداقل رساندن پی‌آمدهای منفی؛
۱۱. احداث سدهای کوچک متعدد به جای احداث یک سد بسیار بزرگ،^۲ مندرج در قانون برنامه سوم توسعه.

۱. کمیسیون جهانی سدها، پیشین، صص ۳۵۵-۳۵۶.

۲. مجنونیان و همکاران، پیشین، ص ۳۸.

گفتار پنجم. راهکارهای جلوگیری از آسیب‌های سدسازی در ایران

بند اول. در مرحله مطالعه و طراحی سدها

انجام مطالعات جامع در کل حوضه‌های آبریز شامل پیش‌بینی تمام سدهای کوچک و بزرگ، نبود امکان قانونی تغییر آن در آینده، اصلاح و انجام کامل شرح خدمات توجیهی و طراحی سدسازی به ویژه درباره ارسال حق‌آبه‌های مختلف، توجه به تغییر اقلیم با اعمال ضریب کاهنده برای کاهش بارش و میزان ورودی سدها و نیز ضریب افزایشی برای تبخیر از مخزن است؛ زیرا سالانه بیش از ۵ میلیارد مترمکعب از آب تجدیدپذیر کشور از پشت سدها تبخیر می‌شود.^۱ تلاش‌ها برای کاهش تبخیر از مخازن آب در دهه ۱۹۶۰ با استفاده از روش‌های فیزیکی (مانند کاربرد پوشش‌های نازک تک‌لایه مولکولی شناور به عنوان حایل غیر قابل نفوذ برای سطح آب) و شیمیایی و بیولوژیکی (مثل گیاهان آبی شناور از قبیل نیلوفر آبی و خزه)^۲ و توجه به تقلیل کیفیت آب به خصوص در مورد سدهایی آغاز شده است که بایستی برای تأمین آب شرب استفاده شوند. البته این پایین آمدن کیفیت آب موجب کاهش محصولات زراعی هم خواهد شد.

از دیگر موارد مهم در این زمینه می‌توان به این موردها اشاره کرد: کالیبره کردن (واسنجی) فرمول‌های تعیین حجم رسوب ورودی به مخزن سد با عنایت به تشکیلات زمین‌شناسی، آب و هوا، عوارض زمین، رسوبات رودخانه‌ای و بازدیدهای میدانی کافی از کل حوضه آبریز، بررسی و کنترل آمارهای دبی رودخانه و بارش و تبخیر و ملاقات با آماربرداران و مشاهده تجهیزات و دفاتر آماری آن‌ها، تعیین حداقل ارتفاع و حجم مورد نیاز برای مخزن سد با توجه به زمان‌های ارسال حق‌آبه‌های زراعی و زیست محیطی و تأمین آب شرب، اعمال ضرایب کاهنده و افزایشی یادشده، تقلیل حجم لازم برای رسوب ورودی به مخزن در اثر آبخیزداری،^۳ تأمین اعتبار کافی برای تقویت کادر فنی کارفرما به منظور

۱. ظفرنژاد، پیشین، ص ۹۰.

2. Yara Waheeb Youssef, Anna Khodzinskaya, **A Review of Evaporation Reduction Methods from Water Surfaces**, Moscow State University of Civil Engineering, published by EDP Sciences, 2019, pp. 1. 2.

۳. زیرا رسوبات موجود در مخازن موجب بروز مشکلاتی برای مشخصات فیزیکی و شیمیایی کیفیت آب می‌گردند. به لحاظ فیزیکی، رسوبات بر روی عمر مفید مخازن اثر می‌گذارند. هم‌چنین به کیفیت زیبایی محیط زیست خسارت وارد می‌سازند. به لحاظ شیمیایی، رسوبات به عنوان وسیله توزیع ترکیبات سمی و منبعی برای بالا آوردن بیش از حد سطح آب و محیطی برای زندگی گیاهان و جانوران در داخل آب به کار می‌روند.

کنترل مطالعات مهندس مشاور^۱، کالبره‌سازی فرمول‌های برآورد سیلاب با عنایت به ویژگی‌های منطقه طرح، انجام مطالعات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی کافی درباره اراضی محل سد و مخزن و حریم کمی و کیفی آن، کنترل کارفرما برای حضور میدانی مشاور در زمان مطالعه پروژه، تصویب قوانین و ضوابط مورد نیاز برای تنبیه مشاورانی که در مطالعات خود کم‌فروشی می‌کنند. اگر مهندس مشاور، فنی‌ترین و اقتصادی‌ترین طرح را با توجه به مسائل اجتماعی و سیاسی پیشنهاد بدهد، دیگر نیازی به انعقاد قرارداد مهندسی ارزش (بررسی و تحلیل تمام فعالیت‌های یک طرح به منظور کاهش زمان و هزینه‌های اجرای آن) با مشاور دیگری نخواهد بود.

بند دوم. در مرحله احداث و اجرای سدها

در این مرحله باید به این موردها توجه کرد: هماهنگی با سازمان برنامه و بودجه در مورد سال‌های احداث سد، تأمین و تخصیص بودجه کامل و به‌هنگام اعتبارات عمرانی و تقویت کادر فنی برای نظارت بر اجرای طرح. اگر تعداد کارکنان کارفرما کفایت نمی‌کند و از مهندس مشاور مدیریت طرح استفاده می‌شود، باید توانایی کنترل و نظارت بر آن مشاور را داشته باشد. در مورد حوادث غیر مترقبه (فورس ماژور) که خارج از عهده پیمانکار است، سازمان برنامه و بودجه باید ضرایب تعدیل واقعی (تغییر در قیمت مصالح و ماشین‌آلات، حجم کار انجام شده و شرایط اقتصادی) و به‌روز را ارائه کند تا موجب دل‌سردی و خسران و کنار کشیدن یا از کار کم گذاشتن پیمانکار نشود. هم‌چنین تا پیشرفت کار احداث سد، ۱۰۰ درصد نشده است، هیچ مسئولی، حق افتتاح آن را برای انجام تبلیغات سیاسی به نفع خود نداشته باشد.

بند سوم. در مرحله بهره‌برداری و نگهداری سدها

از نکاتی که در این مرحله باید در نظر گرفت، به این موردها می‌توان اشاره کرد: ارسال به‌موقع حق‌آبه‌های قانونی زراعی و زیست‌محیطی رودخانه و نیز آبی که برای شرب تخصیص داده شده است، ایجاد نشدن اراضی جدید نوآباد کشاورزی در استان محل وقوع سد از طریق تصرف آب حق‌آبه‌بران پایین‌دست (که در سد الغدیر ساوه انجام شد)، آبخیزداری در بالادست سد برای

1. Daramola, J., Ekhwan, T. M, Mokhtar, J., Lam. K. C., Adeogun, G. A., Estimating sediment yield at Kaduna watershed, Nigeria using soil and water assessment tool (SWAT) model, Journal of Heliyon 5 (7) e 02106, 2019, p. 2.

کاهش رسوب ورودی به مخزن که نتیجه آن، افزایش طول عمر سد است، مراقبت تشکیلات آب استان از برداشت‌های اضافی جدید از رودخانه در بالادست سد از طریق پمپاژ یا احداث سدهای مخزنی و انحرافی، تخصیص بودجه کافی برای بهره‌برداری و نگهداری سد با توجه به عمر مفید متفاوت اجزای برقی، مکانیکی و سازه‌ای سد.

قطعاتی که بایستی در زمان‌های مقرر تعویض یا تعمیر شوند، حداکثر عمر مفید ۱۰، ۲۰ و ۳۵ سال دارند و تونل‌ها پس از ۵۰ سال و مخازن سدها بعد از ۷۵ سال مستهلک می‌شوند. به طور کلی، عمر مفید سدها با توجه به نوع آن‌ها و شرایط دیگر بین ۳۵ تا ۱۰۰ سال تخمین زده شده است.^۱ در ایران، حدود شش دهم درصد از هزینه تمام‌شده سدها برای بهره‌برداری و نگهداری آن‌ها اختصاص می‌یابد که به نظر می‌رسد رقمی بین ۲ تا ۵ درصد منطقی‌تر باشد. هرچه سد بزرگ‌تر باشد، رقم درصد کوچک‌تر، ولی مبلغ بالاتر خواهد بود. فهرست فعلی خدمات مرحله بهره‌برداری و نگهداری سدها تنها به بحث نگهداری فیزیکی آن‌ها پرداخته و درباره تأمین حق‌آبه‌های زیست‌محیطی و کشاورزی و ارسال آب شرب فقط به باز کردن دریچه‌ها یا شیرها اشاره کرده و در مورد برق‌آبی، برقراری ارتباط با دیگر قسمت‌های آب کشاورزی و شهری را مطرح کرده است.

مصرف‌کنندگان آب، تمایل یا توانایی لازم را برای اصلاح الگوی مصرف آب در واحد کشاورزی یا صنعتی یا تغییر الگوی کشت ندارند. در این جا اصول حقوق عمومی مانند اقتدار، منفعت عمومی، امنیت حقوقی و خدمات عمومی در مرتبه هنجاری بالاتری نسبت به قواعد مربوط به مالکیت شخصی قرار می‌گیرند و با استناد به آن‌ها می‌توان صلاحیت و اختیارات دولت در الزام مصرف‌کننده آب به استفاده بهینه و معقول از آن را افزایش داد. مبنای نظری این مداخله، وظیفه حاکمیتی دولت در تأمین منافع عمومی و حفظ محیط زیست از طریق توزیع عادلانه آب و پی‌گیری توسعه پایدار است و اختیار دولت، انجام اقدامات کنترلی و پیش‌گیرانه، مانند اولویت‌بندی میان مصارف معقول و غیر معقول آب با رعایت حقوق اولیه اشخاص است.^۲

۱. وزارت امور اقتصادی و دارایی، فهرست دارایی‌های استهلاک‌پذیر موضوع ماده ۱۴۹ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی، مصوب ۳۱ تیر ۱۳۹۴، ص ۱۰.

۲. امین‌زاده، الهام، حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، صص ۲۷۶، ۲۷۷.

گفتار ششم. عوامل مؤثر بر پی‌آمدهای نامطلوب سدسازی در کشور

عوامل مؤثر بر پی‌آمدهای نامطلوب سدسازی در کشور عبارتند از:

۱. تصمیم متمرکز بالا به پایین و حضور نداشتن جوامع بومی؛
۲. نبود مطالعات نیازسنجی دقیق از سوی مراکز دانشگاهی و هماهنگ با توسعه پایدار؛
۳. نبود مطالعات گزینه‌های جای‌گزین سد (مانند آب‌خیزداری، استفاده از انرژی‌های خورشیدی و باد)؛
۴. نبود مطالعات تحلیلی اجتماعی و محیط زیستی مستقل (البته در سال‌های اخیر و بر اساس قانون، مطالعات محیط زیستی در مرحله امکان‌سنجی به مطالعات ضروری سدسازی افزوده شده که باید ابتدا به تصویب سازمان حفاظت محیط زیست برسد و سپس مجوز احداث سد صادر شود)؛
۵. نبود تحلیل هزینه-فایده (سدهای ایران تا ۴۰۰ درصد به قیمت‌های ثابت گران‌تر از آن چیزی تمام می‌شوند که مشاوران در مطالعات اولیه رقم می‌زنند)؛^۱
۶. نبود مطالعات راستی‌آزمایی (برای نمونه، راستی‌آزمایی در سال ۱۳۸۴ برای سد تجن‌مازندران نشان داد که این سد بزرگ که با هدف کشاورزی ساخته شد، به اراضی پایین‌دست خود نیافزود و همه اراضی پایین‌دست سد قبلاً نیز آبی بودند و به کمک آب‌بندان‌های بومی منطقه به شیوه گردآوری آب باران آبیاری می‌شدند و به کشت برنج و مرکبات یعنی پرنیازترین محصولات به آب اختصاص داشتند. این آب‌بندان‌ها را مردم نگه‌داری و بهره‌برداری می‌کردند. چنین راستی‌آزمایی برای احداث سد روی بابل‌رود هم بدون توجه ارزیابی شد. با تغییر نام سد، ساخت سد در سال ۱۳۸۱ آغاز گردید و در سال ۱۳۸۷ به پایان رسید و هیچ زمین‌جدیدی را آبیاری نکرد، ولی ۱۳ روستای پرجمعیت، همراه با شالیزارها، باغ‌ها، خانه‌ها و جنگل‌های انبوه هیرکانی را زیر آب برد و هزینه‌ای نجومی بر بودجه عمومی کشور تحمیل گردید).^۲

۱. ظفرنژاد، پیشین، ص ۶۱.

۲. همان، صص ۶۳-۵۷.

نتیجه‌گیری

قانون توزیع عادلانه آب در اسفند ۱۳۶۱ تهیه شده است، آن هم در زمانی که مسئولان، درگیر دفاع از کشور و نیز جنگ‌های داخلی و ترورها و تحریم بودند و عده‌ای از مردم با هدایت روحانیت به حفر چاه و کشاورزی برای خودکفایی ایران روی آورده بودند و هنوز بودجه‌ای برای سدسازی نبود و متخصصانی در این زمینه وجود نداشتند. نگاه قانون یادشده عمدتاً متوجه منابع آب زیرزمینی بود و فقط اشاراتی به سدهای محدود موجود داشت. اکنون پس از گذشت ۴۲ سال از تصویب آن قانون و مطالعه و احداث و بهره‌برداری حدود ۱۳۳۰ سد و بروز مشکلات عدیده ناشی از آن‌ها بایستی قوانین و مقرراتی همراه با جزئیات، مختص سد تهیه و شعب خاص آن در قوه قضاییه تشکیل و تخلف آب جرم‌انگاری گردد و مجازات‌هایی اثرگذار در نظر گرفته شود.

خسارت‌های مختلف ناشی از وجود سدهای بزرگ و نیز حفر حدود ۸۰۰ هزار حلقه چاه که نیمی از آن‌ها غیر مجازند، بیانگر ضعف مدیریت فعلی آب کشور است. با اصلاح ساختار مدیریتی ضعیف حاکم بر منابع آب به صورت جدا شدن بخش آب از وزارت نیرو و تشکیل وزارت آب و محیط زیست به همراه گرفتن بعضی از وظایف مانند آب‌خیزداری از وزارت جهاد کشاورزی می‌توان از بدتر شدن شرایط بحران آب جلوگیری کرد و تا حد امکان، وضعیت کنونی را بهبود بخشید. چرا پیشنهاد الحاق وظیفه آب به وزارت جهاد کشاورزی داده نمی‌شود؟ علت آن است که آن وزارت‌خانه، وظیفه گسترش کشاورزی و تأمین تغذیه کشور را بر عهده دارد و حفظ منابع آب توسط آن موجب ایجاد تضاد منافع می‌گردد.

باز کردن تدریجی دریچه‌های سدها و برگرداندن رودخانه‌ها به شرایط قبل از احداث سد، ارسال حق‌آبه‌های زراعی و زیست‌محیطی، استفاده از انرژی‌های باد و خورشید برای تولید برق، توقف اجرای طرح‌های گران‌قیمت انتقال آب حوضه به حوضه و حفر چاه‌های ژرف و نیز طرح کم‌بازده باروری ابرها، نفی تصمیم‌گیری از بالا به پایین، ایجاد تشکلهای آب‌بران و تمرکززدایی از مدیریت آب، اولویت دادن به مدیریت مصرف به جای مدیریت عرضه، کنترل رشد بی‌رویه و نامتوازن جمعیت، پی‌گیری جدی حقوقی حق‌آبه‌های ایران از رودخانه‌های مرزی طبق معاهدات موجود و قوانین بین‌المللی و مهار آب‌هایی که از کشور خارج می‌شوند، بایستی از اقدامات اولیه متولی آب باشد.

تقویت مالی و فنی کارفرما، آموزش و آگاهی دادن به زنان برای جلوگیری از مصرف بی‌رویه آب، استفاده از فتاوی مراجع در حرام دانستن اسراف در آب و حفر چاه‌های غیر مجاز و برداشت غیر مجاز از چاه‌های مجاز و آلوده کردن آب، آموزش مردم در اهمیت و حفظ آب، منع فروش آب شیرین به هر کشوری و هر قیمتی، ایجاد پلیس مسلح آب، جابه‌جایی کارخانه‌های پرآب بر مثل صنایع فولاد به کنار آب‌های آزاد، دادن یارانه برای احداث شبکه‌های آبیاری تحت فشار به کشاورزان به جای سدسازی نیز باید از اقدامات بعدی مسئولان امر باشد.

گام‌های دیگر متولی آب باید عبارت باشد از: انجام آبخیزداری و مطالعه آمایش سرزمین قبل از احداث سد در هر حوضه آبریز، احداث سدهای کوتاه به جای سدهای بزرگ برای روستاییان با اعطای وظیفه بهره‌برداری و نگهداری به خود آن‌ها با نظارت دولت، تسطیح اراضی زراعی و یکپارچگی قطعات برای کاهش مصرف آب کشاورزی، اصلاح الگوی کشت و تغییر روش‌های آبیاری از کرتی و غرقابی به شیوه‌های نوین آبیاری، ممانعت از تبخیر آب دریاچه سدهای بزرگ با روش‌های جدید، جلوگیری از آلوده کردن آب رودخانه‌ها و از بین بردن آبیان، منع استفاده از آب آلوده برای آبیاری سبزیجات مانند جنوب تهران (شهرری) و قم، جلوگیری از شور شدن آب‌های شیرین و شیرین کردن آب‌های شور در مناطق.

بدیهی است حفظ سفره‌های آب زیرزمینی و ممانعت از فرونشست زمین، پوشش انهار انتقال آب، جلوگیری از تلفات آب در شبکه آب‌رسانی شهری و روستایی، جمع‌آوری و تصفیه پساب فاضلاب خام و بازچرخانی آب، آبیاری فضای سبز شهرها فقط با پساب تصفیه‌شده استاندارد فاضلاب، ممانعت از جنگل‌زدایی و بیابان‌زایی، حفظ آثار و اماکن باستانی، تحلیل صحیح و جامع فایده‌هزینه مطالعه و ساخت سد با پیش‌بینی صحیح زمان ساخت و تورم‌ها، احداث کامل شبکه‌های آبیاری و زه‌کشی سدهای احداث‌شده، به حداقل رساندن حجم و ارتفاع سدهای جدید، کاربرد تکنولوژی جدید در شیرآلات برای کاهش مصرف آب شرب و صنعت، ارزش‌گذاری آب و منع تحویل رایگان آن، ارزیابی مستقل عملکرد سدهای بزرگ موجود با توجه به اهداف قبلی آن‌ها، صدور پروانه مصرف معقول برای حق‌آبه‌داران موجود آب فقط به وسیله متولی آب و نه وزارت جهاد کشاورزی، انجام کامل مطالعات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و زیست‌محیطی مستقل برای سدسازی، انتخاب فنی و نه سیاسی مکان و نوع سد، نیازسنجی و مقایسه واقعی گزینه‌های دیگر با سدسازی، کالیبره‌سازی فرمول‌های مورد استفاده در طراحی سدها و تأسیسات وابسته و پیش‌بینی تغییر اقلیم در طراحی‌ها نیز مکمل اقدامات یادشده خواهند بود.

هم‌چنین پیشنهاد می‌شود برای تثبیت این اقدامات، مجلس سنا در کنار مجلس شورای اسلامی ایجاد شود. مجلس سنا معمولاً مظهر وحدت استان‌هاست و نمایندگان آن، مسن‌تر، متخصص و دارای سابقه مدیریت بالا، جامع‌نگرتر و پخته‌تر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی هستند. آنان تصویب و اجرای قوانین را کشوری می‌بینند، نه استانی. تصویب قوانین حتی قانون بودجه سالانه بایستی در گرو موافقت دو مجلس (کنگره) قرار گیرد تا میزان لابی‌ها و فشارهای سیاسی به مسئولان به حداقل برسد و مدیریت فنی و علمی بر سدسازی حاکم گردد. برای ایجاد مجلس سنا باید با همه‌پرسی، ابتدا قانون اساسی اصلاح شود که خوش‌بختانه طبق بند آخر اصل ۱۷۷ همین قانون، میسر است. آن‌گاه نمایندگان مجلس سنا در یک انتخابات همگانی مستقیم و با نظام انتخاباتی نسبی یک‌مرحله‌ای و بدون نظارت استصوابی برگزیده شوند. از طرف دیگر، وزارت نیرو به وزارت انرژی تبدیل گردد و بخش‌های نفت و گاز و برق را شامل شود. تولید برق توسط آب با دریافت مجوز از وزارت آب و محیط زیست صورت گیرد، اما روال و انجام تولید و توزیع آن در اختیار وزارت انرژی باشد. این پیشنهاد برای گسترش و توسعه مطلب، در مطالعات آینده قابل بررسی بیش‌تر است.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. اصول، قوانین، راهبردها، آیین‌نامه‌ها، اسناد و دستورالعمل‌های مربوط به حقوق آب و سدسازی در ایران.
۲. امین‌زاده، الهام، حقوق آب: فرصت‌ها و راهکارها، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
۳. بابایی، احمد، آشنایی با قوانین مربوط به حقوق آب، تهران: مؤسسه تحقیقات و آموزش مدیریت وابسته به وزارت نیرو، ۱۳۷۹.
۴. بدیسار، ناصرالدین و محمدصادق احمدی، حقوق حاکم بر آب در بستر حقوق عمومی ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۵. جعفری ندوشن، علی‌اکبر، حقوق مالکیت آب، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.
۶. شرکت مدیریت منابع آب ایران، تهران، ۱۴۰۲. شبکه خبری: www.wrm.ir.
۷. ظفرنژاد، فاطمه، توسعه پایدار و مدیریت آب: پی‌آمدهای ناسازگار الگوی توسعه نابومی در بخش آب با سدسازی، مشهد: جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۹۱.
۸. کمیسیون جهانی سدها، سدها و توسعه چارچوب جدید برای تصمیم‌گیری، ترجمه: محمدسعید کدیور، تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۸۶.
۹. مجنونیان، هنریک، پرستو میراب‌زاده و محمد دانش، راهنمای ارزیابی پی‌آمدهای توسعه بر محیط زیست؛ دستورالعمل‌های ارزیابی طرح‌های توسعه بخشی انرژی و صنعت، مشهد: جهاد دانشگاهی مشهد، ۱۳۹۳.
۱۰. مظاهری، مهدی و علی مریدنژاد، بررسی تطبیقی و آسیب‌شناسی ساختار حاکمیتی مدیریت آب در ایران و ارائه ساختار مطلوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۱.
۱۱. نصری، صدیقه، آب، عدالت و امنیت، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۸.
۱۲. وزارت امور اقتصادی و دارایی، فهرست دارایی‌های استهلاک‌پذیر موضوع ماده ۱۴۹ قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی، مصوب ۳۱ تیر ۱۳۹۴.



2. latin Source

1. Ban Ki-moon, "Water is Life", United Nations Secretary-General, 2008, Available at: www.un.org/sg/articles/articleFull.
2. Daramola, J., Ekhwan, T. M, Mokhtar, J., Lam. K. C., Adeogun, G. A., Estimating sediment yield at Kaduna watershed, Nigeria using soil and water assessment tool (SWAT) model, Journal of Heliyon 5 (7) e 02106, 2019.
3. Hassing, J. and UNESCO, Integrated Water Resources Management in Action": Dialogue Paper. Paris: UNESCO, 2009.
4. UNDP, "Integrated Water Resources Management", 2015, Available at: www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/environmentandenergy/focus_areas/water_and_ocean_governance/integrated-water-resources-management.html.
5. Yara Waheeb Youssef, Anna Khodzinskaya, A Review of Evaporation Reduction Methods from Water Surfaces, Moscow State University of Civil Engineering, published by EDP Sciences, 2019.

جهانی شدن حقوق اساسی با رویکردی به نظام حقوقی ایران

سجاد ریحانی نژاد^۱

پونه طبیب زاده^۲

معین صباحی گراغانی^۳

چکیده

تأثیر قوانین بین‌المللی بر نظام هنجاری حقوق داخلی کشورها به خصوص در عرصه حقوق عمومی از جمله مسائل میان‌رشته‌ای و مهمی است که امروزه محل بحث و چالش است. در نظام حقوق داخلی، موانعی نظیر اصالت دادن به نسبیت‌گرایی فرهنگی و طرفداری از فرهنگ و نظام خاص حقوقی، مانعی در این راه یعنی نفوذ قوانین و مقررات بین‌المللی بر حقوق عمومی داخلی است. قوانین آمره یا قانون‌ساز امروزه نقش اصلی را در تحول حقوق داخلی و تأثیرگذاری بر این حقوق داشته‌اند. بخش‌های مختلف یک نظام منسجم حقوقی و قضایی هم‌چنان‌که در حقوق داخلی وجود دارند، در نظام حقوق بین‌الملل نیز به گونه‌ای دیگر قابل مشاهده‌اند.

در نظام حقوقی ایران، در بخش حقوق عمومی، بسیاری از ارزش‌های حقوق بین‌الملل از سال‌های دور تا کنون بر تصویب و تغییر قوانین شکلی و ماهوی اثرگذار بوده‌اند که این مسئله در این مقاله بررسی شده است. پرسش اصلی این تحقیق توصیفی و تحلیلی آن است که جهانی شدن حقوق اساسی چه آثاری در نظام حقوقی ایران دارد؟ فرضیه نگارنده آن است که مؤلفه‌های حقوق بشری به عنوان نُرْم‌ها یا هنجارهای حقوق بین‌الملل، شکلی جهانی یافته و نظام داخلی به ویژه حقوق اساسی کشورها اثر گذاشته است. نظام‌های حقوق داخلی در مقابل برخی ارزش‌ها و هنجارهای جهانی، چاره‌ای جز فرود آوردن سر تسلیم ندارند و در مقابل دسته‌ای دیگر، حق الحاق و پیوستن به معاهده خاص را دارند.

واژگان کلیدی: حقوق بین‌الملل، حقوق اساسی، جهانی شدن حقوق اساسی، جهان‌شمولی حقوق بشر.

۱. دانشجوی دکترای گروه حقوق عمومی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران، sajad.reyhaninejad1379@gmail.com.

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، واحد رفسنجان، دانشگاه آزاد اسلامی، رفسنجان، ایران (نویسنده مسئول)، p_tabibzadeh@yahoo.com.

۳. استادیار گروه حقوق، واحد کرمان، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمان، ایران. (استاد مشاور)، moiensabahi@yahoo.com.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های توسعه حقوق در اوایل قرن بیستم، پدیده‌ای است که جهانی شدن و جهانی شدن حقوق اساسی نامیده شده است. ممکن است جهانی شدن حقوق اساسی به عنوان انتشار جهانی ارزش‌های مشخص حقوق اساسی درک شود که اجماع جهانی در مورد آن وجود دارد. در واقع، جهانی شدن حقوق اساسی، کنش و واکنش حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق اساسی داخلی به ویژه از رهگذر ورود نُرم‌های حقوق بین‌الملل عمومی به حقوق اساسی دولت‌های ملی شکل می‌گیرد.^۱

روند رو به تصاعد اثربخشی قوانین و حقوق اساسی کشورها از نُرم‌های بین‌المللی، اتفاقی است که در دو دهه گذشته شاهد آن بودیم. قوانین اساسی که نماد سرافرازی و استقلال ملی برای هر کشور است، به واسطه درهم‌تنیدگی با حکمرانی دولت‌های مدرن و جامعه بین‌الملل، ارتقای خود را نشان داده‌اند. پس از پایان جنگ سرد، قوانین اساسی از چارچوب انحصاری رویه‌های خودحاکمیتی دولت‌ها بیرون رفتند. ظهور پدیده‌های جهانی شدن، لیبرالیسم و منطقه‌گرایی نه تنها بین دولت‌ها فاصله نیانداخت، بلکه در مواردی، به هم‌پیوستگی نیرومندی هم بین آن‌ها ایجاد کرد. دولت‌ها نیز این نکته را دریافتند که بیش‌تر بحران‌ها، مخاطرات و فرصت‌ها در این عصر نیازمند راه حل مشترک است. با وجود جهانی شدن تصاعدی قوانین اساسی، تمایل زیادی به سمت اعمال راه حل‌های جهانی برای برخی مشکلات مشترک وجود دارد. از این رو، در بسیاری از موارد، تمایل روزافزون حاکمیت‌ها و قوای قضاییه به توسل به نهادهای ماورای ملی برای حل مشکلات حقوقی دیده شده است. این فرآیند نه تنها مشروعیت دموکراتیک دولت‌ها را افزایش می‌دهد، بلکه روند حرکت آن‌ها را از شیوه‌ای متزلزل به سمت داشتن یک قانون اساسی مستحکم قوت می‌بخشد. در این مقاله، چگونگی اثربخشی قوانین و حقوق اساسی از معاهدات بین‌المللی با رویکردی به حقوق ایران بررسی و در نهایت، مسئولیت بین‌المللی دولت در این حوزه تبیین شده است.

1. Albert H. Y. Chen, **International human rights law and domestic constitutional law**: internalization of constitutional law in Hong kong, electronic copy available at: www.papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1527076.

گفتار اول. قوانین اساسی سنتی، نظریه قرارداد اجتماعی و اثرپذیری حقوق اساسی از فرآیند جهانی شدن

مفهوم مدرن حقوق اساسی و قانون اساسی از طریق نوعی از سازمان‌دهی انعکاس یافته که در آن، مردم، منبع قدرت هستند و این حقوق برای تضمین منافع آن‌ها برقرار شده است. از این رو، در حال حاضر، چهره تئوکراتیک حکومت‌ها در قوانین اساسی و عرصه حکمرانی رو به زوال نهاده است و سیمای دموکراتیک زمام‌داری بیش از پیش خودنمایی می‌کند. ریشه‌های این مفهوم را امروزه می‌توان علاوه بر قوانین اساسی در حقوق بین‌الملل هم یافت؛ جایی که گفته می‌شود دولت، ابزاری است برای تحقق آمال بشری. به این ترتیب، هر دو شاخه داخلی و خارجی از حقوق، تضمین‌هایی را در قالب حق‌ها برای افراد بشر به رسمیت شناخته‌اند. این تضمین‌ها در زمینه داخلی با مفهوم حقوق شهروندی و در ساحت بین‌الملل با مفهوم حقوق بشر پیوند خورده‌اند.

در اندیشه کلاسیک حقوق اساسی، دولت و اعمال قدرت توسط این نهاد با مشخصه‌هایی بومی تبیین و از جنس حقوق داخلی تلقی می‌گردید و حاکمیت با مؤلفه‌هایی نظیر قدرت عالی، انشقاق ناپذیر، مطلق و منحصر به فرد در حاکمیت سرزمینی نشان داده می‌شد. در شکل مدرن حکمرانی، قدرت از پهلوی نظریه قرارداد اجتماعی زاده می‌شود که مردم در نقطه ثقل آن قرار دارند. این نظریه را که در آرای حکمای روم و یونان باستان ریشه دارد، توماس هابز، جان لاک و ژان ژاک روسو در قرون ۱۷ و ۱۸ مطرح کردند. این رویکرد در اندیشه کلاسیک توسط افرادی مانند توماس بین این گونه مطرح شده است: «حقوق اساسی، اعمال حکومت نیست، بلکه مردم، مؤسس حکومتند»^۱.

مطابق نظریه قرارداد اجتماعی که اساس فلسفه دولت مدرن را تشکیل می‌دهد، حق الهی سلطنت، جای خود را به اصل همراهی و رضایت شهروندان برای زندگی در سایه قدرت و عدالت دولت می‌دهد. انسان به دلایل مختلف تصمیم می‌گیرد وضع طبیعی را ترک کند و با تأسیس هیئت متشکل سیاسی به وسیله قرارداد اجتماعی، جامعه را تشکیل دهد. آن‌گاه با انعقاد قرارداد و شکل‌گیری دولت به صلح و آرامش دست یابد. قرارداد اجتماعی به عنوان اساس حکومت در عصر حاضر، تنها مجرای

1. Fombad, Charles Manga, *Internationalization of constitutional law and constitutionalism in Africa*, the American journal of comparative law, Vol. 60, 2012, p. 421.

تولید اقتدار به شمار می‌رود. هابز، لاک و روسو^۱ گفته‌اند: «اساس حاکمیت، دولت است و به این عنوان تنها به واسطه رضایت و قبول کسانی که موضوع حاکمیت و اقتدارند، پدید می‌آید و تنها در صورتی تداوم می‌یابد که در قالب وضع قوانین لازم برای حفظ جان و مال و آزادی و صلح و امنیت مردم به کار رود».^۲

در این سیر تحول حقوق اساسی از شکل اهدایی و اعطایی، وجه توافقی و قراردادمحور پیدا کرد و تعبیر و تفسیرهای زیادی از این شاخه از علم حقوق مطرح گردید. در راستای تبیین مفهوم حقوق اساسی، گزاره‌های زیادی مطرح شده است، اما در مجموع، هیچ مفهوم عمومی قابل قبولی در این خصوص وجود ندارد. در برخی موارد، از این شاخه از حقوق به «نقشه قدرت» تعبیر شده است که صلاحیت لازم برای حکمرانی از آن مشتق می‌گردد، قدرت‌های تقسیم‌شده را تنظیم می‌کند و کارکردها و وظایف را میان نهادها و مسئولان مختلف تعیین و تبیین می‌کند، همان گونه که روابط آن‌ها را برای حکمرانی معلوم می‌سازد.^۳

در تعبیری موسع، حقوق اساسی تشکیل شده است از مجموعه‌ای از قواعد به صورت مکتوب یا نانوشته که حکومت و حاکمان به واسطه آن محدود می‌شوند. این حقوق ممکن است توسط دادگاه‌ها به رسمیت شناخته شود و به صورت عرف یا قاعده‌ای اجرا گردد که در قالب معاهده در مورد آن توافق صورت گرفته است. در مواردی هم این حقوق بدون به رسمیت شناختن و اجرا در روابط بین حکومت‌ها دارای درجه اعتبارند. در نتیجه، مفهوم حقوق اساسی آشکار است، اما درک

۱. ژان ژاک روسو، فیلسوف فرانسوی (۱۷۷۸-۱۷۱۲) بود که آثارش درباره فلسفه اخلاق و فلسفه سیاسی و نظریه تعلیم و تربیت، وی را به چهره‌ای برجسته در جنبش روشنگری و یکی از پیشگامان نقد رمانتیک روشنگری بدل ساخت. او، انسان را موجودی ذاتاً آزاد می‌داند که التزامات زندگی اجتماعی، وی را ناچار به تفویض اختیارات خود به فرد حاکم به وسیله قرارداد اجتماعی می‌کند. البته پذیرش قرارداد اجتماعی از سوی افراد و واگذاری بخشی از آزادی به حاکم به معنی اعطای اختیار مطلق و بی حد و حصر به نماینده مردم نیست. واگذاری اختیار تصمیم‌گیری، صرف نظر از بخشی از آزادی‌ها در راستای برقراری نظم اجتماعی بوده است، نه چیزی بیش‌تر از آن و تضییع آزادی مردم به هیچ وجه منطقی و پذیرفته شده نیست.

۲. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی: مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه نگاه معاصر، ۱۳۸۴، ص ۱۱۷.

3. Herman, schwartz, **the internalization of constitutional law**, American university Washington of law, vol. 10, issue 2, 2003, p. 10.

آن به طور ضمنی، نیازمند تمرکز بر روی صلاحیت حکمرانی درون دولت و رضایت شهروندان است.^۱ منابع مادی حقوق اساسی با وجود وجوه اشتراک، به لحاظ فرهنگ، مذهب، باورهای اجتماعی و دیگر نیروهای سازنده حقوق تفاوت‌هایی هم دارند. از این رو، در مقام تصویب و قانون‌سازی، حقوق اساسی در هر کشور شکل متفاوتی یافته است. هم‌چنین قالبی که قدرت در آن ریخته می‌شود، بر این شاخه از حقوق اثر می‌گذارد.

در عصر جهانی شدن، حقوق و بنیان‌های حقوقی حتی به عنوان شاخه‌ای داخلی در تقسیم‌بندی‌های کلاسیک، در ید قدرت مرکزی دولت‌های ملی منحصر نمی‌مانند. پس دیگر نمی‌توان از بخش‌بندی کلاسیک حقوق از لحاظ قلمرو جغرافیایی به طور کامل دفاع کرد. در این بین، دولت نیز به پدیده‌ای بین‌المللی و جهانی بدل شده است و به ناچار از نُرُم‌های جهانی اثر می‌پذیرد. تغییر گفتمان حق‌ها از حق‌های ملی به حق‌های جهانی، شهروندان را نیز از صفت بومی و محلی به وصف جهانی متصف می‌سازد. بنابراین، دیگر نمی‌توان باور داشت که حقوق اساسی و بنیادین مردم تنها منحصر در مرزهای حقوق داخلی (قانون اساسی و حقوق اساسی) باشند. سازمان‌های منطقه‌ای و جهانی با در نظر گرفتن سازوکارهای حقوقی نظیر حق شرط، شرایط الحاق بر اساس تنوع فرهنگی، نژادی و مذهبی را تا حد زیادی برای دولت‌های مختلف فراهم کرده‌اند. سخن گفتن از حق‌های اساسی جهانی شده و ورود آن به نظام حقوق اساسی هر کشور از نتایج سلطه بی‌چون و چرای هنجارهای جهانی حقوق بشری و مقاومت‌ناپذیری نظام‌های ملی در برابر این هنجارهاست.

گفتار دوم. تشکیل سازمان‌های جهانی بین‌المللی و پدیده جهانی شدن

امروزه مفهوم سنتی حقوق اساسی که دولت را تقریباً به طور کامل از تعرض مصون می‌دانست، در عرصه بین‌الملل با تردیدهایی مواجه شده است. با آن‌که حقوق بین‌الملل عمومی نیز در وجه سنتی خود، حق دولت‌ها را برای تنظیم امور داخلی‌شان به رسمیت می‌شناخت، اما رفته‌رفته با فروپاشی جامعه ملل متحد، تردیدهایی جدید در خصوص ماهیت وجودی حقوق بین‌الملل به وجود آمد. این مسئله با تفسیر دولت‌مردان از حاکمیت مصون از تعرض دولت ملی بی‌ارتباط

1. Fombad, op.cit., pp. 421-422.

نبود. برخی پیشنهاددهندگان تشکیل جامعه ملل، نظیر امریکا از همان ابتدا به دلیل مخالفت سنا به عضویت این نهاد درنیامدند. نقض مکرر قواعد بدون ضمانت اجرای مادی و حملات گسترده کشورها به یکدیگر نیز میدان تاخت و تاز و آتش افروزی را حتی بیش از گذشته به روی کشورها باز کرد. در این میان، حمله ایتالیا به حبشه، تیر خلاص بر پیکر جامعه ملل بود.

در چنین فضایی، دولت‌ها در عمل، حاکمیت ملی خود را بر حاکمیت قواعد حقوق بین‌الملل ترجیح می‌دادند. جهانی شدن اصول و استانداردهای حقوق اساسی را می‌توان در پایان جنگ جهانی دوم دنبال کرد. در این زمان، رفتار حکومت‌ها با شهروندانشان، رابطه‌ای مشروع را در جامعه بین‌الملل ایجاد کرد. در سال ۱۹۴۵، تعداد بی‌شماری از نهادهای جهانی شدن در سطوح ملی و جهانی، استانداردهای حداقلی مشخصی را در حمایت از نهادهای ناظر تجویز می‌کردند که بر اجرای حقوق نظارت داشته باشند. یکی از مهم‌ترین این ابزارها، اعلامیه جهانی حقوق بشر بود. اعلامیه جهانی حقوق بشر، سندی الزام‌آور نیست و ماهیت معاهده‌ای ندارد. با این حال، بسیار بهتر از حقوق داخلی، ابزارهای تحقق حقوق را برای انسان فراهم می‌کند. به واسطه امضای اعلامیه جهانی حقوق بشر توسط بیش‌تر کشورها و التزام به مفاد آن، حتی برخی صاحب‌نظران از ماهیت توافق‌محور این سند سخن گفته‌اند.

«اصول عمومی حقوق بین‌الملل» نیز در این راستا در رأس هرم نظام حقوق بین‌الملل قرار دارد که نمی‌توان هیچ قانون و معاهده‌ای بر خلاف آن نگاشت. رفته رفته شمار معاهدات آمره حقوق بین‌الملل رو به فزونی نهاد که در عرصه بین‌الملل برای دولت‌ها و حاکمان در حکم قواعد آمره داخلی برای شهروندان به شمار می‌رفتند. این معاهدات حتی در حوزه مرزهای زمینی، آبی و هوایی، الزاماتی به همراه داشتند که محدودکننده قوانین داخلی بودند. بنابراین، در این زمان با وجود تفوق تاریخی قواعد حقوق داخلی و ارزش حاکمیت ملی، شاهد تفوق عملی قواعد موجود در نظام حقوق بین‌الملل بر حاکمیت‌های به ظاهر مصون از تعرض هستیم. به تدریج، هنجارها و ارزش‌های نظام بین‌الملل حقوق بشر با هدف حمایت از انسان، با خصیصه توافقی در قالب معاهدات خاص و گاهی در قالب قواعد آمره یا قانون‌ساز، وارد نظام حقوق داخلی شدند. اگرچه انعکاس مستقیم این هنجارها در همه موارد در قوانین اساسی مشخص نیست، اما مجموعه نظام حقوق اساسی از آن اثر پذیرفته است.

گفتار سوم. بین‌المللی شدن بر مبنای حقوق بین‌الملل عرفی یا معاهده‌ای

یک دولت نمی‌تواند توسل به مقررات داخلی خود را سرپوشی برای نقض حقوق بین‌الملل قرار دهد. قوانین دولتی، فراهم‌کننده مسئولیت برای هر گونه نقض عهد منتسب به دولت‌ها هستند. حقوق بین‌الملل ممکن است به عنوان یک یا چند برآیند حقوقی در قانون اساسی پذیرفته، تصریح و توسط دادگاه‌ها اعمال گردد. دکترین حقوقی در این زمینه به وسیله دو نظریه «مونیزم»^۱ و «دوالیزم»^۲ به توسعه و شرح رویه‌های ملی پرداخته، اما واقعیت امر بسیار پیچیده‌تر از این دو نظریه است.

«مونیزم‌ها»، مجموعه متحدالشکلی از قواعد حقوقی را در نظر می‌گیرند که حقوق بین‌الملل در رأس این مجموعه قرار دارد و به طور سلسله‌مراتبی، همه قواعد حقوقی در آن، جایگاه نازل‌تری نسبت به حقوق بین‌الملل دارند. «دوالیزم‌ها» با تفکیک در منابع علم حقوق و قرار دادن هر یک در طبقه‌ای خاص به توصیف منابع و سلسله‌مراتب در تبیین قواعد حقوقی می‌پردازند. بعضی از کشورها در تعیین اولویت و تقدّم و تأخر بین حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل با پیروی از سیستم سنتی، برتری را به قوانین و نظم اجرایی داخلی می‌دهند؛ با این استدلال که قوانین داخلی قبل از حقوق بین‌الملل وضع شده‌اند. دیدگاه دیگر مبّین آن است که حقوق بین‌الملل به عنوان بخشی عادی از نظم حقوق داخلی محسوب می‌شود و بدون تصویب یا در صورت نبود قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی توسط قضات قابلیت اجرا پیدا می‌کنند. مطابق قوانین اساسی ایتالیا، آلمان،^۳ هلند، فرانسه^۴ و نامیبیا،^۵ قواعد عرفی و هم‌چنین تمام قواعد حقوقی که این دولت‌ها صراحتاً آن را

1. Monism

2. Dualism

۳. ماده ۲۵ قانون اساسی آلمان: «توافق‌نامه‌ها یا معاهداتی که مطابق با مقررات به تصویب می‌رسند، صلاحیتی بالاتر نسبت به دیگر قوانین و مقررات مصوب داخلی دارند».

۴. مطابق اصل ۵۵ قانون اساسی فرانسه: «عهدنامه‌ها و قراردادهایی که طبق قواعد، مورد موافقت یا تصویب قرار گیرد، پس از انتشار بر قانون داخلی حاکم خواهد بود؛ مشروط بر این‌که طرف دیگر نیز در هر عهدنامه و قرارداد، معامله متقابل کند.» بسیاری از کشورهای آفریقایی مانند چاد، بورکینافاسو، نیجر، سنگال، اتیوپی، آنگولا، موریتانی و الجزایر نیز از این رویه پیروی کرده‌اند.

۵. ماده ۱۴۴ قانون اساسی نامیبیا: «قواعد عمومی حقوق بین‌الملل به عنوان بخش جدایی‌ناپذیر قوانین فدرال تلقی می‌شوند. آن‌ها قوانین را تحت الشعاع قرار می‌دهند و حقوق و تعهداتی را به طور مستقیم برای ساکنان سرزمین‌های فدرال برقرار می‌سازند».

تأیید کرده باشند، بخشی از حقوق داخلی آن‌ها به شمار می‌آیند و قانون‌گذار داخلی آن‌ها را قاعده برتر محسوب می‌کند. بیش‌تر کشورهای تابع نظام کامن‌لا نیز عرف‌های موجود در حقوق بین‌الملل را به منزله بخشی از نظام حقوق داخلی‌شان در نظر گرفته‌اند که مانند قواعد داخلی الزام‌آورند.

بقای حیات سیاسی و حقوقی کشورها در به رسمیت شناختن و اجماع بر سر این حق‌های بنیادین و تبلور آن در حقوق اساسی‌شان است. در این میان، ممکن است برخی کشورها مخالفت‌هایی نشان دهند. شکل واضح این مخالفت با نظام حقوق بین‌الملل بشر را می‌توان در نیکاراگوئه دید که نظام حقوق داخلی‌اش را برتر از نظام حقوق بین‌الملل می‌داند. چنین رویه‌هایی ممکن است به استناد نسبی‌گرایی فرهنگی صورت گیرد. نسبیت‌گرایی فرهنگی، تعیین قواعد حقوقی را به عرف، سنت، محیط و عوامل عینی وابسته می‌داند که هر جامعه به نوعی با آن درگیر است. توسل به نسبیت‌گرایی از جانب برخی کشورها، توجیهی برای نقض اصول عام حقوق بشر در مقابل کسانی است که به درستی بر جهان‌شمولی این حقوق اصرار ورزیده‌اند.^۲

جهان‌شمول بودن حقوق بشر از دستاوردهای نوین تمدن بشری است. کسانی که نسبیت فرهنگی را در مقابل جهان‌شمولی حقوق بشر قرار می‌دهند، در فهم مفهوم فرهنگ، دچار سردرگمی شده‌اند و فهمی قابل دفاع از اخلاق و رابطه آن با رفتارهای اجتماعی ارائه نمی‌دهند. در پاسخ به آنان باید گفت استانداردهای جهان‌شمول حقوق بشر به یک فرهنگ خاص تعلق ندارد و در حقیقت، ترجمان حقوقی حق‌های اخلاقی است که تمام فرهنگ‌های انسانی در فضای آن می‌توانند رشد و نمو کنند. ادعای اختصاص داشتن این هنجارها به فرهنگی خاص از یک سو، اهانت به دیگر فرهنگ‌هاست و از سوی دیگر، بخشیدن اعتبار و حیثیت بیش از اندازه به آن فرهنگ خاص است.^۳ بنابراین، کثرت‌گرایی که حاوی هم‌زیستی عقاید مختلف است، ویژگی اصلی حقوق مشترک بشریت را تشکیل می‌دهد.^۴

1. Common law

۲. توحیدی فر، محمد، «فرآیند جهانی‌شدن حقوق کیفری»، نشریه مدرّس، دوره پنجم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۰، صص ۳۷-۵۴.

۳. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (جلد ۱)، چاپ دوم، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۰.

۴. بیگ‌زاده، ابراهیم، «دولت و جهانی‌شدن حقوق»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۷، صص ۲۹۹-۳۱۲.

«التزام و دفاع از تکثر فرهنگی در عین التزام به جهان‌شمولی حقوق بشر، ایده‌ای است که در اعلامیه جهانی تنوع فرهنگی مصوب ۲۰۰۱ یونسکو^۱ بر آن تأکید شده است.» تدوین‌کنندگان اعلامیه بر این امر واقف بوده‌اند که تنوع و تکثر فرهنگی می‌تواند دستاویز نقض حقوق بشر قرار گیرد. به همین دلیل، اولین بخش اعلامیه به مسئله تنوع فرهنگی و حقوق بشر اختصاص یافته است. هم‌چنین در ماده ۴ تصریح شده است که هیچ‌کس نمی‌تواند تنوع فرهنگی را دلیلی بر نقض یا محدود کردن حقوق بشر بین‌المللی قرار دهد.^۲ بنابراین، سلطه و رسوخ بخشی از قواعد حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی انکارناپذیر است و به دلیل آن‌که تنها حمایت از شهروندان را فارغ از صفات ذاتی و اکتسابی در نظر دارند، مقاومت در برابر آن‌ها بی‌فایده و غیر منطقی خواهد بود.

بند اول. موقعیت حقوقی ایران

پس از تصویب معاهدات بین‌المللی و امضا توسط مقامات صلاحیت‌دار کشورها، بحث داخل‌شدن معاهده به حقوق داخلی کشورها پیش می‌آید که هر یک، شیوه‌ای خاص را برگزیده‌اند. شرط ورود یک معاهده بین‌المللی به نظام حقوق داخلی ایران و این‌که آن معاهده لباس ایرانی بر تن کند، آن است که مراحل مختلفی را از تأیید شورای نگهبان گرفته تا تصویب مجلس و امضای رئیس‌جمهوری سپری کند. مسئله تعهدات بین‌المللی ایران در اصول ۷۷^۳ و ۱۲۵^۴ قانون اساسی انعکاس یافته و برای این‌که مصوبه مجلس مطابق ماده ۹ قانون مدنی^۵ در حکم قانون داخلی تلقی شود، به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان و امضای رئیس‌جمهوری یا نماینده قانونی او نیاز دارد. پس از تصویب

۱. UNESCO universal declaration on cultural diversity (2001).

۲. قاری سید فاطمی، پیشین، ص ۱۷۹.

۳. اصل ۷۷ قانون اساسی: «عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد».

۴. اصل ۱۲۵ قانون اساسی: «امضای عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و هم‌چنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی اوست».

۵. ماده ۹ قانون مدنی: «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است».

مجلس، بررسی و تأیید شورای نگهبان برای مغایرت نشدن مصوبه با شرع و قانون اساسی^۱ وفق اصل ۹۴ قانون اساسی^۲ لازم است. در صورت اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، نهاد تصمیم‌گیرنده خواهد بود.^۳

کلیت معاهده مصوب ارکان قانون‌گذار حقوق بین‌الملل مورد تأیید دولت‌هاست، اما در مورد برخی مواد، اختلاف نظر وجود دارد و ممکن است با قاعده نظم عمومی و اخلاق حسنه برخورد کند. به همین سبب، هنگام امضا، تصویب، قبول یا الحاق به معاهده بین‌المللی، اگر دولتی، برخی از مواد آن را مغایر با قوانین و عرف و به طور کلی، نظام حقوقی خود بیابد، می‌تواند با استفاده از «حق شرط»^۴ می‌تواند آن ماده را نپذیرد یا آثار حقوقی آن را نسبت به خود بی‌اثر سازد. در واقع، دولتی که از حق شرط استفاده می‌کند، رضایت خود را به التزام در مقابل معاهده اعلام می‌کند، اما خواستار استثنای خود نسبت به تعهداتی است که آن‌ها را مطابق میل و رضایتش نمی‌داند.^۵ بنابراین، فلسفه وجودی حق شرط، تسهیل عضویت دولت‌ها و گسترش دامنه الحاق به معاهدات است^۶ و

۱. مطابق اصل ۴ قانون اساسی، همه قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد و مرجع تشخیص این امر، شورای نگهبان است.

۲. اصل ۹۴ قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول، از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنان‌چه آن را مغایر ببیند، برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت، مصوبه قابل اجراست».

۳. اصل ۱۱۲ قانون اساسی: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان، خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأیید نکند و... تشکیل می‌شود».

4. Reservation

ماده ۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در تعریف حق شرط اشعار می‌دارد: «حق شرط عبارت است از بیانیه یک جانبه‌ای که یک کشور تحت هر نام یا به هر عبارت در موقع امضا، تصویب، قبول یا الحاق به یک معاهده صادر می‌کند و به وسیله آن، قصد خود را دایر بر عدم شمول یا تعدیل آثار حقوقی برخی از مقررات نسبت به خود بیان می‌دارد». (به نقل از: عمادزاده، محمدکاظم، «استفاده از حق شرط در معاهدات بین‌المللی»، نشریه حقوقی بین‌المللی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۶۶، ص ۲۰۲).

۵. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و یکم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۲۵.

۶. حبیب‌زاده، توکل، «جمهوری اسلامی ایران و حق شرط بر معاهدات بین‌المللی»، نشریه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۳، صص ۱۱۱ - ۱۴۰.

از توجیه‌های بی‌اساس و نامربوط و غیر موجه با این استناد که یک یا چند ماده معاهده، مغایر با حقوق داخلی کشورهاست و به این دلیل از پیوستن به کلیت آن امتناع کنند، جلوگیری می‌شود. چالش اصلی دولت ایران در سال‌های اخیر، نپیوستن به معاهدات بین‌المللی است که الزاماتی را بر مبنای قواعد عام حقوق بشر در متن خود به دولت‌ها پیشنهاد کرده‌اند. برای مثال، جرم‌انگاری خشونت جنسی علیه زنان، جرم‌انگاری انکار هولوکاست، جرم‌انگاری در حوزه محیط زیست و جرم‌انگاری وفق اساس‌نامه دیوان کیفری بین‌الملل از آن جمله‌اند. هم‌چنین استفاده از حق شرط از سوی مقامات ایرانی در معاهدات بین‌المللی، حمایت‌های حقوقی را بی‌اثر ساخته است. برای نمونه، می‌توان به کنوانسیون حقوق کودک اشاره کرد. دولت جمهوری اسلامی ایران هنگام امضای کنوانسیون ۱۹۸۹ حقوق کودک در سپتامبر ۱۹۹۰ (شهریور ۱۳۶۹) به این شرح، حق شرط اعلام کرد: «جمهوری اسلامی ایران نسبت به مواد و مقرراتی که مغایر با شریعت اسلامی باشد، اعلام حق شرط می‌نماید و این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که هنگام تصویب، چنین حق شرطی را اعلام نماید».^۱ اعلام حق شرط در قالب متن ماده واحده مصوب مجلس نیز چنین است: «کنوانسیون حقوق کودک مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود؛ مشروط بر این‌که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد یا قرار گیرد، از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد».

شورای نگهبان در نظریه ۵۷۶ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۱۴، بندهای ۱ و ۳ ماده ۱۴، بند ۲ ماده ۱۵، بند ۱ ماده ۱۶ و قسمت ۱ ماده ۲۹ را مغایر با موازین شرع شناخت. مجلس پس از دریافت نظر شورای نگهبان، همان شرط کلی اولیه را با اندکی تغییر تصویب کرد و به این شورا فرستاد و شورای نگهبان هم شرط کلی مجلس را تصویب کرد.

به نظر می‌رسد شرط اعلام‌شده از جانب ایران بسیار مبهم و کلی است و به همین دلیل، تعدادی از کشورها مانند فنلاند، آلمان، ایرلند، نروژ و سوئد به آن معترض شدند.^۲ دولت آلمان در ۱۱ اوت ۱۹۹۵ اعلام کرد که شرط ایران با توجه به مبهم بودن، مغایر با الزامات ناشی از حقوق بین‌الملل است و

۱. مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، چاپ اول، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۷، ص ۱۴۴.

۲. همان، ص ۱۴۸.

ایرلند در ۵ سپتامبر ۱۹۹۵ اعلام کرد که حق شرط ایران این مشکل را برای دولت‌های عضو به دنبال دارد که نمی‌دانند ایران کدام یک از مواد را نمی‌خواهد اجرا کند.^۱

همان طور که اشاره شد، حق شرط به مناسبت تسهیل ورود به معاهده است و نه از بین بردن تمامیت آن. شرط اعلام شده و مصوب دولت ایران از طرفی به تمامیت کنوانسیون لطمه وارد می‌کند و از طرف دیگر، مغایر با هدف و موضوع آن است. موضوع و هدف، علت وجودی هر معاهده هستند. موضوع معاهده در حقوق بین‌الملل، قواعدی است که طرفین با معاهده وضع کرده‌اند و حقوق و تکالیفی که از این قواعد ناشی می‌شوند؛ حال آن‌که هدف معاهده، چیزی است که طرفین مایل به رسیدن به آن هستند.^۲ به عقیده یکی از حقوق‌دانان، قید کلی مغایرت نداشتن با موازین اسلامی و قوانین داخلی به آن معناست که در عین تصویب کنوانسیون، دولت ایران فقط به اجرای قوانین داخلی خود و مقررات کنوانسیون که با آن قانون مغایرت ندارد، متعهد است و هیچ‌گونه تعهدی ندارد که قوانین خود را بر اساس کنوانسیون اصلاح یا بر اساس آن در آینده قانون وضع کند.^۳

گفتار چهارم. جهانی شدن حقوق اساسی و ظهور مسئولیت جهانی شدن عرفی

چهره مدرن حقوق اساسی نمی‌تواند اصول پایه‌ای مشخص، استانداردها، نهادها و ارزش‌هایی را نادیده انگارد که برای تضمین حاکمیت قانون، حکومت مردم‌سالار و حکمرانی مطلوب در نظر گرفته شده‌اند. هیچ دولتی نمی‌تواند در پشت اصول نوین زمامداری پنهان شود و هنگامی که حیات شهروندانش به واسطه نقض حقوق اساسی در معرض تهدید قرار گیرد، مصون از تعرض باشد. البته باید توجه داشت که یک حق اساسی غیر معمول که نتیجه کاربست آن، خشونت و ناامنی سیاسی باشد، نه تنها دولت حاکم، بلکه دولت‌های همسایه و کل جامعه جهانی را متأثر می‌سازد.^۴

مسئولیت جهانی شدن دولت، یک اصل بنیادین حقوق بین‌الملل و ناشی از تفوق اندیشه تساوی

۱. حبیب‌زاده، پیشین، صص ۱۱۱ - ۱۴۰.

۲. فلسفی، هدایت‌الله، *حقوق بین‌الملل معاهدات*، چاپ اول، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹، ص ۴۶۴.

۳. مهرپور، پیشین، ص ۴۱۶.

۴. مثال رایج حقوق اساسی غیر معمول، فرآیندها و رویه‌هایی بود که صلح و امنیت بین‌المللی را در کشورهای نظیر سودان، جمهوری دموکراتیک کنگو، سومالی، کنیا و زیمبابوه تهدید کرد.

حاکمیت دولت‌هاست. بنابراین، مسئولیت جهانی شدن دولت با قواعد ماهوی این شاخه از حقوق گره خورده، به گونه‌ای که قواعد آن، مستلزم جبران خسارت است.^۱

حرکت به سمت بین‌المللی شدن حقوق اساسی از سوی جامعه مدنی و در حوزه‌ها و سطوح مرتبط با روابط شهروندان و حاکمیت شکل گرفته است. جامعه مدنی با ایجاد و توسعه مفهوم «مشارکت» به تعریف جدیدی از زمامداری و اعمال حاکمیت دست یافته است. چون جوامع مدنی در کشورهای مختلف متأثر از یکدیگر عمل می‌کنند و با هم ارتباط دارند، قواعدی که خروجی مشارکت چنین جوامعی است، تا حد زیادی شبیه به هم هست. از این رو، می‌توان فعالیت‌های جوامع مدنی را نیز از عوامل بین‌المللی شدن حقوق اساسی در نظر گرفت.

بین‌المللی شدن حقوق اساسی، چالش‌های جدیدی مثل کاهش مشروعیت دموکراتیک دولت‌ها را در پی دارد، به این صورت که تصمیم‌گیری‌ها و قاعده‌سازی‌های دولتی مشروعیت سابق را ندارند و از سوی دیگر، قاعده‌سازی‌های نهادها و سازمان‌های بین‌المللی هم‌چون بانک جهانی، سازمان تجارت جهانی و دیگر بنگاه‌های اقتصادی الزام‌آور نخواهد بود. علت الزام‌آور نبودن چنین نهادهایی، نبود ارتباط دموکراتیک آن‌ها با شهروندان جوامع است.

راهکار صحیح برای دولت‌های محلی به منظور مقابله با چنین کاهش مشروعیتی، استفاده از سازمان‌های مردم‌نهاد است. چنین اقدامی می‌تواند منجر به اقناع کردن شهروندان جامعه به اجرای تصمیمات دولت‌ها منجر گردد. به نظر می‌رسد سازمان‌ها و نهادهای فراملی که برای ملزم کردن شهروندان جوامع مختلف دغدغه دارند، باید از ابزار «شفافیت» بهره بگیرند. این شفاف‌سازی می‌تواند از طریق وب‌سایت‌های اینترنتی چنین سازمان‌ها و نهادهایی صورت بگیرد و زمینه لازم برای اجرا شدن قواعد مورد نظر آن‌ها را فراهم کند. با پیروی از چنین الگویی، سازمان‌های غیر دولتی می‌توانند همان کارکرد قدیمی خود یعنی وساطت کردن میان شهروندان یک جامعه و حکومت آن‌ها را بازیابند و با ایجاد قاعده‌های حقوقی منجر به بین‌المللی شدن حقوق اساسی شوند. با بین‌المللی شدن حقوق اساسی توسط چنین سازمان‌هایی، بحران افول مشروعیت فروکش می‌کند و شهروندان برای اجرای قواعد حقوقی حکومت‌های خود «اقناع» خواهند شد.

۱. راعی دهقی، مسعود، مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال رفتار افراد و گروه‌ها در پرتو رویه قضایی، چاپ اول، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳، ص ۱۷.

امروزه ارزش‌ها در نظام عدالت در دو سطح داخلی و جهانی شدن تعریف و تبیین می‌شود. در سطح داخلی می‌توان تأثیر ارزش‌های حقوق عمومی را متأثر از عواملی مانند مذهب، سنت، حوادث تاریخی و ایدئولوژی‌های خاص سیاسی، اجتماعی و اقتصادی دانست. گره خوردن این عوامل با یکدیگر، نظام حقوقی را در شکل حقوق عمومی آن به عنوان مجموعه‌ای نظام‌مند با ارزش‌های مشخص معرفی می‌کند. این موضوع که یک عمل در یک کشور یا در مقطع خاص زمانی در کشوری با برخورد قانون‌گذار مواجه است و در مقطع خاص زمانی و در کشوری دیگر توسط قانون‌گذار به آن بی‌توجه است، به همین مسئله مربوط است. پس بسیاری از ارزش‌ها و هنجارها در درجه نخست در سطح داخلی ساخته می‌شوند و اهمیت می‌یابند. پس از شکل‌گیری جامعه ملل و سازمان ملل متحد از نیمه‌های قرن گذشته، در سطح حقوق کیفری تغییر و حتی تحولاتی صورت گرفت که از آن جمله می‌توان به تغییر گفتمان و نظم حقوقی حاکم بر این عرصه اشاره کرد.

وقوع جنگ‌های جهانی، نیاز به تحول در حقوق، لزوم حمایت از گروه‌های در معرض خطر و آسیب‌دیده، شکنجه و رفتارهای غیر انسانی و احیای حقوق بسیاری از قربانیان حوادث و جنگ‌ها، بشر را به این فکر فرو برد که چگونه می‌توان ارزش‌های جهانی را تعریف و تبیین کرد که پاسخ‌گوی نیازهای جهانی شدن باشد و با نسبتی که از آن سخن گفته شد، متعارض نباشد. نظام ارزشی را باید در زمینه حقوق بشر به دو دسته نظام مطلق ارزش‌ها و نظام نسبی ارزش‌ها تقسیم‌بندی کرد. ارزش‌های مطلق جنبه جهانی و تغییرناپذیر دارند و امکان تعارض با ثرم‌های داخلی در آن ممکن نیست. نظام ارزش‌های نسبی به شرایط داخلی کشورها وابسته است و بسته به نوع نگرش آن‌ها می‌توان قاعده‌ای را وارد نظام داخلی کرد یا از ورود آن به حقوق داخلی جلوگیری کرد.

از یک طرف، اصالت‌دهی به حقوق داخلی و ارزش‌های ملی ممکن است در تعارض با حقوق بین‌الملل و اسناد جهانی شدن قرار نگیرد، اما از سوی دیگر، وقتی این اتفاق می‌افتاد، به واسطه حق شرط که با حقوق و قسمت‌های بنیادین معاهده در تعارض نباشد، می‌توانستیم بسیاری از مشکلات را حل کنیم. در صورت تعارض با حقوق بنیادین دیگر، حق شرط چاره‌ساز نبود. در این جاست که حقوق دانان حقوق بشری و حقوق عمومی از ارزش‌های کیفری جهانی شدن یا جهانی شده سخن رانده‌اند. کشورها نمی‌توانند تضمینات این حقوق را در ذات و ماهیت خود تغییر دهند؛ زیرا قاعده‌ای امری محسوب می‌شوند که در حقوق بین‌الملل به دلیل حمایت از ارزش‌های

مشترک جهانی که بدون توجه به مذهب، ایدئولوژی، سنت یا دیگر قواعد و اصول تعریف شده مشخص شده‌اند، ثبت گردیده‌اند.

برخی چالش‌ها در این زمینه به حقوق عمومی ایران نیز بازمی‌گردد که دسته‌ای از آن‌ها، چالش‌های مشترک کشورهای دیگر است و برخی دیگر، خاص نظام حقوقی ایران. برای مثال، گاهی سخت‌گیری‌هایی در الحاق به برخی اسناد جهانی شدن وجود دارد که در مسائل مذهبی و سخت‌گیری‌های امنیتی و اصال‌ت دادن بیش از حد به نظام حقوق داخلی ریشه دارند. این سه ضلع مثلث را می‌توان به عنوان مهم‌ترین چالش‌های نظام حقوق عمومی ایران برای ورود قواعد حقوق بین‌الملل به نظام ایران دانست. با این حال، برخی از ارزش‌ها در حقوق عمومی با قواعد فقه اسلامی که ایران نیز به آن پیوسته است، تعارض ذاتی ندارند. نظم نوین جهانی بدین شکل در قالب قوانین داخلی در نظام ایران تبلور یافته‌اند. این مسئله پیش از انقلاب با پیوستن به اسناد عام جهانی نظیر اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی نمود یافت و پس از انقلاب و امروزه با الحاق به کنوانسیون‌های خاص بین‌المللی ادامه دارد. در این راستا باید از تأثیر قواعد آمره و حقوق بشری سخن گفت که برگزیده‌ان بانیان این نظام در ایران تأثیر گذاشته است. دیگر نظم نوین جهانی به ناچار این حقوق را متحول ساخته و چاره‌ای برای مقابله در برابر آن نیست.

در این میان، پرسش بنیادین پژوهش این بود که جهانی شدن حقوق اساسی چه آثاری در نظام حقوقی ایران دارد؟ در پاسخ باید گفت مؤلفه‌های حقوق بشری به عنوان نُرْم‌ها یا هنجارهای حقوق بین‌الملل شکلی جهانی یافته و بر نظام داخلی به ویژه حقوق اساسی. نه قانون اساسی. کشورها اثر گذاشته‌اند. این موضوع در نظام حقوقی ایران نیز صحت دارد و فرضیه پیش روی نویسنده با توجیهات و الزاماتی تأیید شد که در راستای پیوستن به معاهدات وجود دارد.

نتیجه‌گیری

حاکمیت، مشخصه اصلی هر دولت و نشانه تمیز آن از دیگر جوامع انسانی است. دولت‌ها به صرف واقعیت وجودی خود، تابع حقوق نظام حقوق بین‌الملل هستند، برخلاف دیگر تابعان اصلی نظام که وضع آن‌ها به عنوان تابع حقوق بین‌الملل، از اقدام تابعان درجه اول یعنی کشورهای

دارای حاکمیت ناشی می‌شود. بسیاری از نظریه‌پردازان سیاسی، صلح و ستفالی را اولین اقدام رسمی تأسیس یک سیستم کشوری و حاکمیت فراملی می‌دانند. حاکمیت ملی عبارت است از حق به رسمیت شناخته شده یک بازیگر اصلی به نام «دولت-ملت» از طرف بازیگران خارجی خود برای اعمال اقتدار بر مردم ساکن در داخل مرزهای معین سرزمینی خاص. این حاکمیت، ابعاد داخلی و خارجی دارد که مصداق‌ها و تجسم‌های عینی و مدرن آن در سندی به نام قانون اساسی تبلور یافته است.

با تحولات به وجود آمده در روابط بین‌الملل، هم‌بستگی بین حقوق بشر و روابط بین‌الملل بیش‌تر شده است. درست است که هنوز هم دولت‌ها، مستقل و صاحب‌امتیاز حاکمیت ملی هستند، ولی دو نکته را نباید از نظر دور داشت. در یک سو، افزایش نیروهای فراملیتی و مسائلی که همه جوامع گرفتار آن هستند، مثل مشکلات محیط زیست و در سوی دیگر، کم‌رنگ شدن فزاینده خط فاصل بین جامعه داخلی و جامعه بین‌المللی قرار دارد. این‌ها نشان می‌دهد عصر حاکمیت دولت‌ها رو به پایان است و نیروهای فراملیتی از جمله حقوق بشر اهمیت بیش‌تری پیدا کرده است و به داخل مرزهای ملی نیز نفوذ خواهد کرد.

در دهه‌های اخیر، تحولات قابل توجهی در زمینه حقوق اساسی کشورها شکل گرفته است. بشر، شاهد به وجود آمدن مفهوم و کارکرد جدیدی از مقوله «زمانداری» و اعمال حاکمیت به معادلات حقوق عمومی است. در نظام قاعده‌سازی جدید و با بین‌المللی شدن حقوق اساسی، سه نهاد دولت، سازمان‌های تجاری و بین‌المللی و جوامع مدنی با ایجاد توافق و تفاهم بر اصول مشترک و با اعمال بخش لازمی از قدرت عمومی، امور عمومی و اداری کشور را به عهده می‌گیرند و مدیریت و رهبری می‌کنند. بین‌المللی شدن حقوق اساسی تا حد زیادی به فعالیت و مشارکت دو نهاد «جامعه مدنی» و «سازمان‌های تجاری فراملی» وابسته است. یگانه‌سازی (یکسان‌سازی)، هماهنگ‌سازی، قضایی شدن و هم‌چنین قاعده‌سازی توسط سازمان‌های غیر دولتی از جمله راهبردهای بین‌المللی شدن حقوق اساسی در کشورهاست. چالش‌های جدیدی مثل کاهش مشروعیت دموکراتیک دولت‌ها و الزام‌آور نبودن قواعد حقوقی سازمان‌های بین‌المللی از جمله معایب و چالش‌های فرآیند بین‌المللی شدن حقوق اساسی کشورهاست.

در سده‌های پیشین، حقوق اساسی کاملاً منحصر به سیستم دولت‌ملت یا همان نظام وستفالیایی است. در چنین سیستمی، قاعده‌های حقوقی از سوی دولت‌ها، با سازوکار دولت‌ها و برای دولت‌ها شکل می‌گرفتند و فعالیت دولت‌ها در حوزه حقوق به صورت انحصاری، مستقلانه بود. در دهه‌های اخیر، تحولات قابل توجهی در زمینه حقوق اساسی کشورها شکل گرفته است. با شکل‌گیری فرآیند جهانی شدن در تمامی ابعاد سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و حقوقی آن، قاعده‌سازی‌های حقوقی به ویژه حقوق اساسی، متأثر از استانداردهای بین‌المللی و قواعد فراملی است. از این رو، گسترش مفهوم جدید «زمامداری» تا جایی پیش رفته است که می‌توان آن را مبانی جدید یک نظم حقوقی در نظر گرفت. اعمال قدرت و حاکمیت از کانال سنت‌ها و عرف‌ها و به واسطه نهادهای رسمی و غیر رسمی با هدف تأمین منافع عمومی بخش‌های مختلف جامعه صورت گرفته و مشتمل بر حکومت (دولت یا حاکمیت)، بخش خصوصی و جامعه مدنی (فعالان اجتماعی) است.

بین‌المللی شدن حقوق اساسی از یک سو و توسعه یافتن تجارت و بازرگانی در زمینه بین‌المللی از سوی دیگر منجر به کاهش صلاحیت دولت‌ها در زمینه اعمال قدرت و حاکمیت شده است. هم‌زمان با چنین فرآیندی، اقتصاد دولتی و ملی به سمت خصوصی شدن پیش رفت و بنگاه‌ها، نهادها، سازمان‌ها و شرکت‌هایی که به جای نهادهای دولتی فعالیت می‌کردند، با اعمال کردن حدّ مشخصی از قدرت عمومی، در حوزه فعالیت‌های خود به صورت مستقلانه تصمیم می‌گرفتند. در ادامه چنین الگویی، سازمان‌های اقتصادی که در حوزه‌های فراملی به فعالیت می‌پرداختند، قواعد مستقلی را برای ادامه فعالیت خود به وجود آوردند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی: مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی، چاپ چهارم، تهران: مؤسسه نگاه معاصر، ۱۳۸۴.
۲. راعی دهقی، مسعود، مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال رفتار افراد و گروه‌ها در پرتو رویه قضایی، چاپ اول، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳.
۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین‌الملل عمومی، چاپ سی و یکم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۴. فلسفی، هدایت‌الله، حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ اول، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۷۹.
۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (جلد ۱)، چاپ دوم، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۶. مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، چاپ اول، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۷.

ب) مقاله

۱. بیگزاده، ابراهیم، «دولت و جهانی شدن حقوق»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
۲. توحیدی‌فر، محمد، «فرآیند جهانی‌شدن حقوق کیفری»، نشریه مدرّس، دوره پنجم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۰.
۳. حبیب‌زاده، توکل، «جمهوری اسلامی ایران و حق شرط بر معاهدات بین‌المللی»، نشریه پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۳.
۴. عمادزاده، محمدکاظم، «استفاده از حق شرط در معاهدات بین‌المللی»، نشریه حقوقی بین‌المللی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۶۶.



2. Latin Source

1. Albert H .Y .Chen, International human rights law and domestic constiutional law: internaliza-
tion of constiutional law in Hong kong, electeronic copy available at:[www.papers.ssrn.com/sol3/
Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1527076](http://www.papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1527076).
2. Fombad, Charles Manga, Internationalization of constitutional law and constitutionalism in
Africa, the American journal of comparative law, Vol. 60, 2012.
3. Herman, schwartz, the internalization of constitutional law, American university Washington
of law, Vol. 10, issue 2, 2003.

اصل برابری اصحاب دعوا در نظام دادرسی مدنی و اداری با تأمل بر حقوق ایران و امریکا

مصطفی پوررحیم قورچی^۱، عیسی امینی^۲، بختیار عباسلو^۳

چکیده

برابری اصحاب دعوا، یکی از اصول بنیادین و موضوعات اساسی و ضروری برای رسیدگی عادلانه به دعاوی به شمار می‌رود. قانون آیین دادرسی مدنی ایران و قانون آیین دادرسی مدنی فدرال امریکا که یکی برگرفته از فقه و حقوق اسلامی و از نوع نظام دادرسی متمرکز است و دیگری که تابع نظام حقوقی کامن‌لا و از نوع نظام دادرسی غیرمتمرکز است، در مواردی به اصل برابری و امکانات دفاعی برابر اصحاب دعوا نظر داشته‌اند. برخی از مواد مربوط به دادرسی مدنی در این دو کشور، بر مبنای اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و در راستای تضمین رعایت این اصل تدوین شده است و اصول و قواعد حاکم بر دادرسی مدنی از جمله اصل برابری اصحاب دعوا در نظام حقوقی ایران و امریکا، با اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای حقوق بشری انطباق دارد.

در خصوص دادرسی اداری، در حقوق ایران، مقررات مدون در مورد دادرسی اداری وجود ندارد و از خلال مقررات پراکنده و نیز قانون دیوان عدالت اداری می‌توان به موضع حقوق ایران نسبت به اصل برابری اصحاب دعوا دست یافت. با توجه به رابطه نابرابر میان طرفین دعوا در دادرسی اداری، اساساً دادرسی اداری برای احقاق صحیح حق، از امکاناتی برخوردار است. پس اصل برابری در دادرسی اداری به نفع اشخاص تغییر موضع می‌دهد.

واژگان کلیدی: اصل برابری اصحاب دعوا، اصول دادرسی، دادرسی مدنی، حقوق ایران، حقوق امریکا، دادرسی اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق، گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران ایران، mostafa.pourrahim@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران ایران. e.amini@iauctb.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران ایران، bakhtiar.abaslou@gmail.com

مقدمه

«برابری»، معانی گوناگونی دارد که تساوی و همتایی از بارزترین آن‌هاست و در مباحث حقوقی، تساوی در برابر قانون و تساوی در قانون مطرح است.^۱ از دیدگاه حقوق بشری نیز اندیشه برابری از مهم‌ترین اندیشه‌های مطرح شده است و تمام اسناد بین‌المللی حقوق بشری، اندیشه برابری را به عنوان اندیشه نظری و مبنایی پذیرفته‌اند. پس از مفهوم حق و دو همتای آن، یعنی تعهد و آزادی، مفهوم برابری از جمله اساسی‌ترین مفاهیم در بیان حقوق بشر است. از سوی دیگر، مفهوم عدالت که از جمله مفاهیم کلیدی در زمینه حقوق بشر تلقی می‌شود، با برابری ارتباط نزدیک دارد. بی‌تردید، برابری، مؤلفه‌ای اصلی و محوری در مفهوم عدالت است و نابرابری غیر موجه با عدالت تعارض دارد و در نتیجه، در قلمرو هنجارهای حقوق بشری، غیر اخلاقی و توجیه‌ناپذیر خواهد بود.^۲

اصل برابری، هنجاری بنیادین در قوانین اساسی و حقوق دادرسی نوین به شمار می‌رود و پذیرش آن متأثر از الگوی جهانی دادرسی عادلانه است که این الگو بر پایه اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای به ویژه میثاق حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی در حال تکوین است. این الگو بر ترافعی کردن هرچه بیش‌تر دادرسی و دادن امکانات برابر به اصحاب دعوا استوار است و نخستین بار، کمیسیون اروپایی حقوق بشر، اصل برابری اصحاب دعوا را به کار گرفته است.^۳

در واقع، برابری اصحاب دعوا، یکی از اصول بنیادین دادرسی و اجزای دادرسی عادلانه و از مسائل بنیادین برای حاکمیت قانون و عدالت و حقوق بشر به شمار می‌رود. دادرسی، زمانی عادلانه است که بتواند به حفظ برابری میان مصالح جامعه و اصحاب دعوا بپردازد و به دعوای اصحاب دعوا در شرایطی کاملاً آزاد و برابر و در حالی رسیدگی می‌شود که از تضمین‌های لازم برخوردار باشند.

دادگاه‌های اداری از لحاظ سازمانی، ساختاری، تشکیلات، نحوه فعالیت، ترکیب اعضا، آیین و روش

۱. جعفری، محمدتقی، حقوق جهانی بشر، تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، ۱۳۹۲، ص ۱۳۲.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر: حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، تحقیقات حقوقی، دوره سی و سوم، ۱۳۹۷، ص ۲۱۱.

۳. احدی، رضا و محمدباقر رستگار محجن‌آبادی، «جایگاه اصل برابری سلاح‌ها در فرآیند دادرسی کیفری ایران با نگاهی به نهاد اعاده دادرسی»، چهارمین کنفرانس ملی علوم انسانی جزیره کیش، سال ۱۴۰۰، ص ۵۵.

رسیدگی به دعاوی و اهدافی که از تشکیل و تأسیس آن‌ها پی‌گیری می‌شود، از محاکم دادگستری و سازمان رسمی قضایی متفاوت و متمایزند و به لحاظ ارگانیک، هیچ‌گونه وابستگی و ارتباطی از نوع سلسله‌مراتب میان آن‌ها و دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد.^۱ با این وجود، به دلیل نابرابری ذاتی طرفین در یک دادرسی اداری (یک طرف، اشخاص و طرف دیگر، دولت و دستگاه‌های اداری)، رعایت اصل برابری برای مراجع اداری، اهمیتی دوچندان دارد. 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 تعادلی مناسب بین این سه عامل برقرار سازد. منصفانه بودن دادرسی اداری مستلزم رعایت اصول بنیادین دادرسی است که اصل برابری شهروندان نزد محاکم از جمله مهم‌ترین این اصول به شمار می‌رود.^۲ تبیین و اعمال جنبه‌های حقوقی اصل برابری در دادرسی‌های اداری با حاکمیت قانون پیوند ناگسستنی دارد. در دادرسی‌های اداری، بیش‌تر یک طرف دعوا، اداره است که از سلطه و حکومت برخوردار است و طرف دیگر دعوا، اشخاص هستند که همواره احتمال تجاوز به آزادی‌ها و حقوق شهروندان از سوی نهادهای حکومتی متصور است. در حقوق عمومی نوین که مبتنی بر احیای نقش حقیقی شهروندان به عنوان صاحبان اصلی حکومت است، مشروعیت عملکرد نهادهای عمومی مبتنی بر اصل حاکمیت قانون است.^۳

در خصوص اصل برابری اصحاب دعوا می‌توان به مقاله «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری» از سیروس حیدری اشاره کرد که با نگاهی انتقادی به اصل تناظر در دادرسی دیوان عدالت اداری پرداخته است و مبنای اصل تناظر را اصل برابری اصحاب دعوا می‌داند. نادر قنبری و همکاران در مقاله «مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال امریکا» چنین نتیجه گرفته‌اند که در دو نظام دادرسی ایران و امریکا،

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (مطالعه حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۴۶.

۲. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۸۹.

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: اصول و مبانی کلی نظام (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴، ص ۱۲۳.

نظام دادرسی متناسب با زمان و نیازهای جامعه حرکت نکرده است. نهادهای معاضدتی رایگان در هر دو نظام، جوابگوی تقاضاهای موجود نیست و بالا بودن هزینه دادرسی و ناکارآمدی نهاد اعسار، ضرورت بازنگری در آن را ایجاب می‌کند. در مقاله «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری؛ با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، نوشته مجتبی همتی نیز به تفکیک مراحل رسیدگی در دیوان عدالت اداری و بررسی اصول دادرسی عادلانه از جمله برابری اصحاب دعوا پرداخته است.

مسئله اصلی پژوهش حاضر، بررسی وضعیت اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی‌های مدنی و اداری با مطالعه تطبیقی در دو نظام حقوقی ایران و امریکا است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. برابری اصحاب دعوا در آیین دادرسی اداری و مدنی حقوق ایران

موضوع دادرسی اداری، اعمال اداری است و منظور از آن، اعمالی است که مستقیم به وسیله دولت یا زیر نظر آن با هدف حفظ نظم عمومی و تأمین منافع عمومی انجام می‌شود.^۱

بند اول. نابرابری ذاتی میان طرفین دعوا در دادرسی اداری و اصل برابری در دادرسی مدنی

در دادرسی اداری، یکی از طرفین دعوا، اداره است که به عنوان نماینده جامعه، حافظ منافع عمومی بوده و دارای اقتدارات و امتیازات ویژه‌ای است که می‌تواند مطابق قانون، اراده خود را به شهروندان تحمیل کند، در حالی 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 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. تحمیل بار اثبات دعوا بر اداره یا شهروند در دادرسی اداری دارای آثار مهمی است که جریان دادرسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. بار اثبات دعوا در دادرسی اداری باید به گونه‌ای پیش‌بینی شود که تحقق بخش اصول حاکمیت قانون و پاسخ‌گویی اداره باشد و نابرابری

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۱، ص ۲۳۶.

میان اصحاب دعوا را از نظر برخورداری از اقتدارات و امتیازات عمومی تا حدی جبران کند.^۱

امروزه، کارکرد دادگاه‌های اداری بیش از پیش اهمیت یافته است و بهترین و عادلانه‌ترین راه حل در یک دعوای اداری با به کارگیری یک دادرسی مناسب با لحاظ تضمین‌های لازم برای حفظ حقوق طرفین، در دادگاهی مستقل و بی‌طرف میسر می‌شود. کنترل قضایی دولت و اعمال آن در نظام حقوقی ایران به ویژه در بخش دادرسی اداری از تحولات حقوقی فرانسه تأثیر پذیرفته است و دیوان عدالت اداری در کنترل عملکرد دولت نقش مهمی دارد.^۲

قواعد رسیدگی در مراجع شبه قضایی باید به صورتی تنظیم گردد که به صاحبان حقوق، حق دفاع از حقوق موجود و به مقام تملک‌کننده، حق دفاع از منافع عمومی را بدهد تا توازن بین قواعد سلب مالکیت و حقوق خصوصی اشخاص برقرار گردد. علت این امر آن است که وضع قوانین در حوزه حقوق دادرسی اداری با استناد به وظایف و کارکردهای دولت و تأمین و حفظ منفعت عمومی و با امتیازات محدودکننده حقوق بنیادین اشخاص است و با وجود اصلاحات در آیین رسیدگی بین دعاوی میان دولت و شهروندان، نابرابری آنان در دعوا هم‌چنان وجود دارد.^۳

اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی ایران تحت این عبارت یا عبارت مشابه آن، در هیچ یک از نصوص قانونی پیش‌بینی نشده، ولی در بررسی قانون آیین دادرسی مدنی ایران، مفهوم این اصل و ضرورت رعایت آن همواره مورد توجه قانون‌گذاران بوده است. در حقیقت، بسیاری از مقررات مربوط به تنظیم دادخواست، ابلاغ، تشکیل جلسه دادرسی، حق آگاهی از ادعاها، ادله و استدلال‌های طرف دعوا، حق برخورداری از یک دادرسی توسط دادگاه مستقل و بی‌طرف، حق بهره‌مندی از زمان معقول و متعارف و امکانات کافی برای دفاع، حق داشتن وکیل و طرق اعتراض به آرا با لحاظ اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و در راستای تضمین آن پیش‌بینی شده است.

۱. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۱۳۹۴، ۷۲، ص ۷۳.

۲. نادری‌فرد، محمد و همکاران، «تأثیر اصل تقدم صلاحیت دادگاه‌های اداری در تحقق عدالت در فرانسه با نگاهی به اجرای آن در نظام حقوق اداری ایران»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیستم، شماره ۴۸، ۱۴۰۰، ص ۱۹۱.

۳. یآوری، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمروی کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳، ص ۹۸.

قانون‌گذار ایران نیز در صدر ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی، آیین دادرسی مدنی را مجموعه‌ای از «اصول و مقررات» معرفی کرده و مواد ۱۸ و ۱۹ قانون شورای حل اختلاف ایران و تبصره‌های آن به تبیین مهم‌ترین مصادیق اصول، قواعد و تشریفات دادرسی اختصاص یافته است. در عین حال، یکی از جهات تجدیدنظر به استناد بند «ه» ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، ادعای مخالف بودن رأی صادرشده با موازین شرعی یا مقررات قانونی است و تفاوتی ندارد که قوانین یا موازین مورد استناد، قوانین ماهوی یا شکلی باشد.^۱

هم‌چنین بر اساس بند «۳» ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، یکی از موارد نقض رأی در دیوان عالی کشور، رعایت نکردن اصول دادرسی و قواعد آمره آیین دادرسی و حقوق اصحاب دعوا در صورتی است که به درجه‌ای از اهمیت باشد که رأی صادرشده را از اعتبار قانونی بیاندازد. این بند، گویای این امر است که رعایت نکردن اصول دادرسی یا قواعد آمره آیین دادرسی یا حقوق اصحاب دعوا نظیر اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی موجب نقض رأی در دیوان عالی کشور خواهد بود. ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران در فصل مربوط به درخواست فرجام تدوین شده است، اما توجه به آن، در دیگر طرق اعتراض به آرا، نظیر درخواست تجدیدنظر نیز الزامی و ضروری است. پس اگر رأیی بدون رعایت اصول دادرسی از جمله اصل برابری اصحاب دعوا صادر شده باشد، بایستی در مراجع قضایی عالی، حسب مورد، فسخ یا نقض شود و اختصاص این امر به آرای قابل فرجام، ترجیح بلامرغ است.^۲ موارد زیر را که از زمره مؤلفه‌های دادرسی عادلانه نیز هستند، می‌توان به عنوان مصادیق اصل برابری اصحاب دعوا در آیین دادرسی مدنی ایران برشمرد.

بند دوم. حمایت از طرفین دعوا در دادرسی اداری و مدنی

حمایت برابر در دادرسی به معنای برابری قانونی و برابری در پیشگاه قانون است. طرفین دعوا باید از حمایت برابر قانون در دادرسی‌ها برخوردار باشند. قانون نباید تبعیضی بین مردم قائل شود. مجریان قانون نیز باید آن را بر همگان به صورت مساوی اعمال کنند و از اجرای تبعیض‌آمیز آن بپرهیزند. نظام دادرسی برای تضمین حق برابری، نهادهایی را پیش‌بینی کرده است که استفاده از

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: دراک، ۱۴۰۰، ص ۲۶۳.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۲)، تهران: دراک، ۱۴۰۰، ص ۱۹۸.

آن‌ها می‌تواند به برابری طرفین منجر شود. از جمله این برابری‌های ضروری، برابری همه اصحاب دعوا در حق طرح دعوا و دفاع و حق دسترسی به دادگاه مناسب و بی‌طرف است.^۱

قاضی نیز در راستای اصل برابری اصحاب دعوا در آیین دادرسی مدنی باید اصحاب دعوا را در موقعیت و شرایطی قرار دهد تا بتوانند اظهارات خود را آزادانه ابراز کنند. اگر خواننده در جلسه اول دادرسی حضور نداشته باشد و خواهان هر یک از تغییرات مندرج در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران را اعمال کند، در راستای اصل برابری اصحاب دعوا، دادگاه باید جلسه دادرسی را برای تدارک دفاعیات خواننده تجدید کند و اخطاریه دعوت به جلسه دادرسی نیز باید به گونه‌ای تنظیم شود که خواننده با ملاحظه آن، در جریان تمامی تغییرات اعمال شده خواهان قرار گیرد.^۲ بنابراین، در برابر حقی که قانون‌گذار در اعمال تغییرات مورد بحث برای خواهان در نظر گرفته است، باید خواننده نیز حق اطلاع و امکان تهیه و تدارک دفاع در برابر آن‌ها را داشته باشد.

در دادرسی اداری در دادگاه‌های اختصاصی اداری صرفاً در مواردی، آیین‌نامه‌هایی وجود دارد، مانند آیین دادرسی کار یا قانون رسیدگی به تخلفات اداری و آیین‌نامه اجرایی آن. در برخی موارد نیز اساساً رسیدگی در مرجع اداری بدون حضور ذی‌نفع صورت می‌گیرد. بنابراین، با عنایت به نبود آیین دادرسی واحد در موضوعات اداری، در موارد سکوت قوانین یا آیین‌نامه‌ها یا نبود آیین‌نامه رسیدگی در مورد یک مرجع خاص شایسته است دادرسی یا هیئت دادرسان با بهره‌مندی از اصول مقرر در قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان قانون مادر، حقوق اشخاص ذی‌نفع را در نظر گیرند تا از این طریق، نابرابری ذاتی میان طرفین دعوا در دادرسی اداری تعدیل گردد. در خصوص رسیدگی در دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع عالی دادرسی اداری، رسیدگی در دیوان عدالت اداری غیر حضوری است و این امر ممکن است بر حقوق خواهان در دیوان اثرگذار باشد. مفاهیمی مانند جلسه اول، ایرادها و موانع رسیدگی با توجه به این‌که اصولاً تشکیل جلسه در دیوان جز در موارد استثنایی متصور نیست، صرفاً از طریق صدور اخطاریه توسط مقام قضایی شعبه صورت می‌گیرد.

۱. قنبری، نادر و همکاران، «مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال امریکا»، مطالعات بین‌المللی پلیس، دوره یازدهم، شماره ۴۳، ۱۳۹۹، ص ۱۴۹.

۲. کاشفی آج‌بیشه، علی‌رضا، «جایگاه برابری طرفین دعوا در دادرسی مدنی و آثار حقوقی آن با مطالعه تطبیقی در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص ۴۲.

یکی از نکات مورد نظر در اصلاحیه قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲، در تبصره ۴ ماده ۱۶ این قانون آمده است که بر اساس آن، اشخاص قبل از طرح دعوا در دیوان عدالت اداری باید تقاضای خود را به دستگاه مربوط ارائه دهند و دستگاه نیز مکلف است ظرف سه ماه به متقاضی نفیاً یا اثباتاً پاسخ دهد. اگر خواهان بدون عمل به این مقرر، مستقیم در دیوان عدالت اداری اقامه دعوا کند، دادخواست وی به دلیل ایراد شکلی رد خواهد شد. این مقرر با هدف کاهش طرح دعاوی ورودی به دیوان عدالت اداری به تصویب رسیده است، اما مانعی در راه اطلاق و عموم حق دادخواهی و تحقق اصل برابری طرفین دعواست؛ چون تکلیفی اضافه را بر اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی بار می‌کند.

بند سوم. لزوم رعایت اصل تناظر و استماع شفاهی

برابری اصحاب دعوا، لزوم بی‌طرفی دادرس و ضرورت رعایت حقوق دفاع را می‌توان در زمره مبانی حقوقی اصل تناظر معرفی کرد. برابری اصحاب دعوا ایجاب می‌کند که به هر یک از طرفین، فرصت کافی برای طرح ادعاها و دلایل خویش و نیز مناقشه در خصوص عناصر مورد استناد طرف مقابل داده شود. هم‌چنین اصل تناظر محافظ اصحاب دعوا در برابر خطر جانبداری دادرس است و نادیده گرفتن مقتضیات تناظر، بی‌طرفی دادرس را مخدوش می‌سازد. سرانجام، ریشه اصل تناظر را در ضرورت احترام به حقوق دفاع می‌توان یافت، ولی با ملاحظه این نکته که حقوق دفاع برای هر دو طرف دعواست، ممنوعیت غافل‌گیری اصحاب دعوا و پرهیز از اشتباه‌های قضایی نیز از دیگر مبانی حقوقی اصل تناظر به شمار می‌روند.^۱

در فرانسه، قاعده‌ای که به موجب آن، آیین دادرسی باید خصیصه تناظری داشته باشد، در بیش‌تر متون قانونی مربوط به مراجع قضاوتی اداری به ویژه در مورد دادگاه‌های اداری و شورای دولتی مقرر شده است. با وجود این، در صورت سکوت قوانین نیز این اصل تحمیل می‌شود؛ زیرا به تعبیر شورای دولتی فرانسه، اصل تناظر، اصل کلی حقوقی است که نزد تمامی مراجع قضاوتی باید رعایت شود.^۲

در دادرسی اداری، حق استماع شفاهی دعوا، یک حق بنیادین و اولیه است، به نحوی که استثنا کردن

۱. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره ۱، ۱۳۸۹، ص ۱۳۵.

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۷.

آن نیازمند دلیل است. در این شیوه رسیدگی، اشخاص، ادعاها و دلایل و مستندات خود را در محضر دادگاه بیان می‌کنند. در بسیاری از نظام‌های دادرسی به دلیل پیش‌بینی نکردن قانون یا انجام نشدن عملی برای استماع شفاهی اظهارات طرفین، رسیدگی مکتوب اعمال می‌شود. به همین دلیل، چنین امری ممکن است نسبت به اعمال استانداردهای استماع منصفانه دعوا به ویژه در مورد برابری سلاح‌ها و حق استماع شفاهی خلل وارد سازد.^۱ در قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحی ۱۴۰۲ مانند قوانین سابق، اصل بر رسیدگی غیر حضوری است و صرفاً در ماده ۴۳ قانون دیوان، این اختیار برای مقام قضایی در نظر گرفته شده است که از طرفین دعوا برای ادای توضیح دعوت کند.

در دادرسی مدنی، بهترین شکل حمایت برابر بودن در یک دادرسی، حمایتی است که به اصطلاح از جریان آزاد اطلاعات ناشی می‌شود و حق هر یک از اصحاب دعوا در خدشه و تعرض به ادله و استدلال‌های رقیب ایجاب می‌کند که هر یک از آن‌ها امکان اطلاع از ادله و استدلال‌های طرف مقابل را پیدا کند. رسیدگی برابر تنها در صورتی تضمین می‌شود که شرط اصلی آن، یعنی تمام اوراق از جمله دادخواست، لوایح و مدارک مورد دعوا، میان اصحاب دعوا تبادل شود و این امر بر اساس ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایران بر عهده دفتر دادگاه گذاشته شده است. نخستین تکلیفی که دفتر دادگاه در راستای اصل برابری اصحاب دعوا به عهده دارد، این است که در صورت تکمیل بودن دادخواست یا به محض تکمیل شدن آن، یک نسخه از دادخواست و ضمایم مربوط را برای ابلاغ به خواننده ارسال دارد. بر اساس مواد ۸۴ و ۹۳ قانون آیین دادرسی مدنی، خواننده با اطلاع از وقت جلسه دادرسی می‌تواند در جلسه حضور یابد یا لایحه دفاعیه ارائه دهد، ولی خواننده باید اصول و رونوشت اسناد استنادی خود را در جلسه دادرسی به همراه داشته باشد. اگر خواننده بخواهد ایراد یا ایرادهایی مطرح کند، باید علی‌القاعده ضمن پاسخ به ماهیت دعوا و در جلسه اول دادرسی به این امر دست بزند و هر گونه اظهارکاری که در مقام دفاع لازم بدانند، باید در جلسه دادرسی ابراز کند.^۲ در نتیجه، خواهان نیز از پاسخ خواننده دعوا مطلع می‌شود و می‌تواند به آن‌ها خدشه و ایراد وارد کند و از حق دفاع برخوردار شود.

۱. علی‌زاده، امیرحسین و همکاران، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اصول ناظر بر عملکرد مراجع شبه قضایی در سلب مالکیت املاک اشخاص در حقوق انگلیس و ایران»، تعالی حقوق، شماره ۱۳۹۹، ۷، ص ۷۵.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، تهران: دراک، ۱۴۰۱، ص ۳۶۲.

امکان استماع شدن از جمله ملاک‌های دادرسی عادلانه و جوهره مفهوم دادرسی مطابق قانون در حقوق امریکا است. حقوق دانان امریکایی عقیده دارند که مجادله میان طرفین دعوا برای کشف حقیقت، ضروری است و اگر هر یک از طرفین دعوا، امکان طرح استدلال‌ها و پاسخ‌گویی به دیدگاه‌های طرف مقابل خود را داشته باشد و سپس توسط شخصی بی‌طرف درباره آن‌ها تصمیم‌گیری شود، مسائل به بهترین شکل آشکار می‌شوند و نتیجه‌ای عادلانه در پی خواهد داشت. الزامات ناشی از مقرر یادشده در حقوق امریکا عبارتند از: امکان استماع در زمانی مناسب و به طریقی مؤثر. دیوان عالی کشور امریکا نیز در سال ۱۸۵۰ اعلام کرده است که هیچ اصلی برای اجرای عدالت از این حیاتی‌تر نیست که هیچ کس نباید بدون اطلاع و امکان دفاع از خود، محکوم شود.

اشخاصی که حقوق آنان تحت تأثیر یک تصمیم قرار می‌گیرد، حق استماع شدن دارند و برای بهره‌مندی از این حق ابتدا باید از موضوع آن مطلع شوند. قانون فدرال آیین دادرسی مدنی امریکا در راستای تأمین مقتضیات مقرر یادشده در قانون اساسی امریکا مبنی بر لزوم مطابق بودن دادرسی با قانون، تمهیداتی را برای تضمین اطلاع خواننده از دعوای اقامه‌شده و هم‌چنین امکان مناقشه کردن در ادعاها، ادله و استدلال‌های طرف مقابل برای هریک از طرفین دعوا پیش‌بینی کرده است. در حقوق ایالات متحده امریکا، اقامه دعوای مدنی با ثبت دادخواست نزد دادگاه صورت می‌گیرد (ماده ۳) و نسخه‌ای از دادخواست به همراه احضاریه باید ظرف مهلت معین قانونی توسط خواهان به خواننده دعوا ابلاغ گردد. احضاریه علاوه بر مشخصات دادگاه، طرفین و موضوع دعوا باید بیانگر مهلتی باشد که در آن، خواننده باید حضور یابد و از خود دفاع کند. درج این نکته در احضاریه ضروری است که حضور نداشتن خواننده به صدور حکم علیه وی و طبق خواسته مندرج در دادخواست خواهد انجامید. (ماده ۴) تعهد هر یک از طرفین دعوا مبنی بر افشای مقدماتی ادله مورد استناد خویش (ماده ۲۶) و پرسش متقابل از شهود (ماده ۳۰) نیز تضمین‌های دیگری هستند که برای تأمین مقتضیات لازم در نظام قضایی امریکا به کار گرفته می‌شوند.

بند چهارم. مستدل و مستند بودن آرا

به طور کلی، هنگامی که تصمیم اداری، حقوق و منافع شهروندان را تحت تأثیر قرار می‌دهد، بیان دلیل، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر دارد. هم‌چنین در صلاحیت‌های اختیاری به دلیل دشواری تطابق اقدام اداری با متن قانون، ارائه دلیل، ضرورتی دوچندان خواهد داشت؛ چون در غیر این صورت،

امکان نظارت قضایی بر اقدام معمول یا تصمیم گرفته شده ناممکن خواهد بود. به علاوه، دلایل و مبانی آن دسته از تصمیم‌هایی که بر خلاف رویه معمول و سابق اداری گرفته شده‌اند یا آن اقداماتی که از حد ضرورت خارج شوند و نیز در مواردی که شهروند از مقام دولتی تقاضا کند، باید بیان شود.^۱ یکی از مبانی که اصل تکلیف به ارائه دلایل تصمیم بر آن بنا شده، حق دفاع است. حق دفاع که در مفهوم عدالت طبیعی ریشه دارد، ابتدا بر دادگاه‌ها و قضات حاکم بود، اما با توسعه حقوق اداری، محاکم تلاش کردند تا آن را بر سازمان‌های اداری که در واقع آن‌ها نیز همانند قضات و شاید بیش از آن‌ها در حال تصمیم‌گیری و اثرگذاری بر حقوق و منافع افراد هستند، اعمال کنند. امروزه، حق دفاع، یکی از مبانی و ارکان اصلی مفهوم اداره خوب است و به این معناست که قبل از قطعی شدن تصمیم اداری باید نظرهای ذی‌نفع یا مخاطب تصمیم شنیده شود تا وی بتواند از حقوق و منافع خویش دفاع کند. در این زمینه از لوازم حق دفاع، بیان دلایل تصمیم است؛ چون اصولاً ذی‌نفع با بررسی دلایل تصمیم می‌تواند موضوع را ارزیابی و در صورت لزوم با تخدیش این دلایل، از حق خود دفاع کند، وگرنه صرفاً با ملاحظه تصمیم اداری نمی‌توان در مورد آن اظهار نظر کرد. بنابراین، بیان دلایل تصمیم اداری برای اقناع مخاطب به قانونی و منصفانه بودن آن و در غیر این صورت، تسلیم اعتراض به مرجع قضایی لازم است.^۲

مقامات اداری به جای تصمیم‌گیری در خصوص پرونده‌هایی با مقولاتی کلی، در خصوص پرونده‌های موردی تصمیم‌گیری می‌کنند. چون آن‌ها دلایل تصمیمات خود را بیان نمی‌کنند، تصمیمات آن‌ها شکل نوعی دستور را به خود می‌گیرد که نمی‌تواند در قالب نظام حقوقی تفسیر و ارزیابی شود. در چنین نظامی، مقامات و نهادها تنها نتایج را بیان می‌کنند. بر همین اساس، برای آن‌ها بسیار دشوار خواهد بود که مسئولیت خود در عمل کردن مطابق با تصمیمات سابق خویش را بپذیرند و اثر رویه‌ای را بر آن‌ها بار کنند. در واقع، چنین نظامی می‌تواند نوعی رویه اداری ایجاد کند و به آن پای بند باشد. هنگامی که شخصی، دلایلی برای تصمیمات خود ارائه می‌کند، به روشی کم و بیش مؤثر و قوی، برای خویش، تعهدی ایجاد می‌کند که در آینده، در خصوص پرونده‌های مشابه آن

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱، 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 ۹۶.

موضوع، مطابق با آن دلایل تصمیم‌گیری کند. اثر این تعهد در رویه‌ای است که در صورت تغییر مقام یا هیئت تصمیم‌گیرنده، برای مقام یا هیئت بعدی ایجاد می‌شود. پس ارائه دلیل می‌تواند یا تعهد را شکل دهد یا الزام مرجع بعدی به ارائه دلیل در مقام ردّ دلایل مقام قبلی را ایجاد کند. چنین تعهداتی، هر چند ضعیف، در نظامی که در آن، ارائه دلایل منع شده است، محو می‌شود. در نتیجه، این ترس وجود دارد که نظام‌های مبتنی بر نفی ارائه دلایل، متشکل از مجموعه تصمیم‌گیریانی نامتمرکز که به هیچ رویه اداری یا دلایلی مقید نیستند، انسجام نظام حقوقی را به چالش بکشند.^۱

اصل الزام به ارائه دلیل در دادرسی‌های مدنی، چهره دیگری دارد و آن عبارت است از: «اصل مستدل و مستند بودن آرای قضایی». به لحاظ اهمیت این اصل، قانون‌گذار در قوانین مرتبط به این مهم تصریح کرده است. اصل ۱۶۶ قانون اساسی، مواد ۴، ۳۷۳ و ۳۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۳ قانون امور حسبی بر مستدل و موجه بودن آرای دادگاه‌ها تأکید کرده‌اند. الزام به ارائه دلیل در دادرسی اداری، به دلیل آگاهی خواهان دعوا (اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی) از حقی است که اداره نسبت به اعمال آن خودداری کرده است. در دادرسی مدنی، دادرسی زمانی که به تحلیل و توصیف قضیه بر اساس جهات عقلی و منطقی و حقوقی می‌پردازد، در واقع، درصدد توجیه و مستدل کردن نظر و نتیجه‌رایی است که انشا می‌شود. هم‌چنین زمانی که دلایل ابرازی طرفین را بیان می‌دارد یا به علم خود تکیه می‌کند، در واقع، رأی خود را مدلل می‌سازد. به عبارتی، تحلیل منطقی موضوع با تکیه بر مبانی علمی و حقوقی، استدلال تلقی می‌شود و استفاده از دلایل اثبات‌کننده مانند اقرار، شهادت، سند و مدرک به معنی مدلل کردن رأی است.^۲

بند پنجم. نقش دادرسی در تحصیل دلیل

در دعاوی اداری به عنوان یک قاعده کلی می‌توان پذیرفت که بار اثبات ادعا بر عهده مدعی است. با این حال، در دعاوی اداری، برابری اصحاب دعوا برقرار نیست و در بیش‌تر موارد، شهروند در معرض اتهام تخلف است. در مواردی، رابطه اداره با شهروند بر اساس اصل اقتدار و آمریت قرار دارد

۱. رضایی، مهدی و نیما خسروی، «نسبت سنجی اصل الزام به بیان دلایل تصمیمات و حاکمیت قانون»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۶۱، ۱۳۹۷، ص ۶۸.

۲. نیک‌نژاد، جواد و نصرت حیدری، «موجه، مستند و مستدل بودن رأی دادگاه و داوری»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۰، ص ۱۶۳.

و حقوق اداری دارای وجه و خصیصه امری است. به دیگر سخن، دولت و دستگاه‌های اداری او حق دارند دستورهای لازم‌الاجرا صادر و افراد را به رعایت دستورهای خود مکلف و مجبور کنند و حتی برای مجبور کردن آنان به قوه قهریه متوسل شوند. پس با توجه به اقتدار اداره، اعمال قاعده «البینه علی المدعی» باید با لحاظ اهداف دادرسی اداری انجام گیرد.

در قانون جدید دیوان عدالت اداری و با اصلاحات مقرر در سال ۱۴۰۲ و بر اساس ماده ۱۲۰، یکی از معاونان قضایی دیوان با عنوان دادستان اداری، وظیفه پی‌گیری حقوق عامه و تحقیق و بررسی نسبت به آیین‌نامه‌هایی را دارد که سبب تضییع حقوق عامه می‌شوند. این موضوع از نکات برجسته قانون دیوان است و به نقش فعال دادستان اداری در تحصیل دلیل نیز اشاره دارد.

در دادرسی اداری، ورود مقام قضایی به امر تحصیل دلیل، نظیر دعاوی کیفری، ضروری می‌نماید. به عبارتی، دادرسی اداری در رسیدگی نباید محدود به ادله ابزاری طرفین باشد و در ارزیابی ادله باید نسبت به دعاوی مدنی که مبتنی بر «برتری یا وزن ادله» است، استاندارد بالاتری در نظر گیرد. استاندارد آنست که در ارزیابی ادله در دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا به آن عمل می‌شود، استاندارد «دلایل روشن و قانع‌کننده» است که استاندارد بالاتر از دعاوی مدنی و ضعیف‌تر از دعاوی کیفری است. مجموعه این مقررات نشان می‌دهد دادرسی اداری در دیوان عدالت اداری نباید در مورد ادله منفعل باشد و در صورت لزوم نسبت به انجام تحقیقات و مطالبه اسناد و مدارک و تحصیل دلیل اقدام کند.^۱

در راستای اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی، بر اساس ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، دادگاه تکلیف دارد که علاوه بر رسیدگی به ادله استنادی خواهان و خوانده، هر تحقیق یا اقدامی را انجام دهد که برای یافتن حقیقت لازم باشد و محل و تاریخ این تحقیقات و اقدامات نیز باید به اطلاع طرفین اختلاف رسانده شود.

بند ششم. اصل علنی بودن دادرسی

در حقوق ایران، دیوان‌های اداری در زمینه اصولی مانند اصل حضوری و اصل علنی بودن با چالش‌های زیادی مواجه هستند. در برخی موارد، اساساً تشکیل جلسه رسیدگی و ضرورت دعوت

۱. مشهدی، علی و هرمز یزدانی زنوز، «بار اثبات ادعا و استدلال بر اساس ادله در آرای شعب دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و ششم، شماره ۸۳، ۱۴۰۳.

از طرفین به تشخیص مرجع رسیدگی کننده یا درخواست مدعی علیه یا متهم گذارده شده است. رعایت اصل ترافع و حق بر داشتن وکیل در دیوان های اداری که اعتماد مردم نسبت به آن ها به خاطر وابستگی به نهادهایی که خود، یک طرف دعوا هستند، در مقایسه با دیگر مراجع قضایی دارای اهمیت است. وقتی علنی و حضوری بودن رسیدگی ها در این مراجع با موانع و مشکلات فراوانی همراه باشد، امکانات شرکت در جلسات، ارائه ادله و مدارک در دعاوی شبه حقوقی و حق دفاع در رسیدگی های شبه کیفری نیز دچار مخاطراتی خواهد شد.^۱

نوع دادرسی حاکم بر نظم حقوقی ایران تا سال ۱۳۹۲ به تبعیت از شورای دولتی فرانسه صرفاً در حد رسیدگی شکلی بود. بر همین اساس، چندان نیازی هم به ضرورت اعمال اصل علنی بودن رسیدگی ها در دیوان احساس نمی شد. اراده اخیر قانون گذار در قانون تشکیلات، مبتنی بر رسیدگی هم زمان شکلی - ماهوی است که کاربست همین رویه در شمار نوآوری های قانون گذار در آخرین اراده کارویژه ای آن در این حوزه محسوب می شود. در همین زمینه باید گفت با شناسایی محدود رسیدگی ماهوی در قانون تشکیلات، دعاوی کامل اداری به نظام حقوقی ایران راه یافته است. با توجه به ماده ۴۳ قانون دیوان، قانون گذار، دعوت شعب دیوان از طرفین دعوا را امری اختیاری محسوب کرده است. با نادیده انگاری اعمال اصل علنی بودن دادرسی اداری، زمینه برای احتمال بروز تبعیض های ناروا در دیوان و تسامح و تساهل قضات شعب فراهم می شود و احتمال تضییع حقوق طرفین شکایت در این حالت قوت خواهد گرفت. رویکرد قانون گذار بر تمرکزگرایی در قانون دیوان، امکان حضور طرفین شکایت و دیگر اشخاص و افراد در شعبات دیوان را با موانع عدیده ای هم چون دوری و بعد مسافت تا مرکز و به تبع آن، هزینه بردار بودن حضور در جلسه ها مواجه ساخته است که عملی شدن این امر مستلزم اهتمام قانون گذار به در پیش گرفتن سیاست تمرکززدایی در این زمینه خواهد بود.^۲

در دادرسی های مدنی با توجه به اطلاق اصل ۱۶۵ قانون اساسی، همه دادرسی ها مشمول اصل علنی بودن محاکم شده و منافات علنی بودن با عفت عمومی و نظم عمومی و نیز تقاضای طرفین

۱. فتحی، یونس و همکاران، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، پژوهش های نوین حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۷۹.

۲. حسونند، محمد و نادر اسدی اوجاق، «امکان سنجی اعمال اصل علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، پژوهش های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱، ص ۸۹.

مبنی بر غیر علنی بودن دادرسی را به عنوان استثنائات اصل علنی بودن محاکم معرفی کرده است. به طور کلی، هرگاه علنی بودن دادرسی بتواند زمینه اخلاص یا ایراد لطمه به حریم خصوصی اشخاص را فراهم کند، طرفی که در حفظ محرمانگی دادرسی، ذی نفع تلقی می‌شود، می‌تواند غیر علنی بودن دادرسی را از دادگاه درخواست کند.^۱

بند هفتم. حق استفاده از وکیل و معاضدت قضایی

حق دسترسی به عدالت، زمانی که شخص خصوصی امکانات ضروری را در دست ندارد، مستلزم حق بر مساعدت و حمایت حقوقی است. هزینه‌های مربوط به دادرسی نایستی مانع یا تضعیف‌کننده حق دادخواهی باشند. مساعدت و حمایت حقوقی به فراهم کردن مشاوره حقوقی رایگان یا نمایندگی رایگان توسط مجامع حقوقی نزد دادگاه یا دیوان و نیز پوشش کامل یا بخشی از هزینه‌های دادرسی است. انکار معاضدت حقوقی می‌تواند به منزله انکار عدالت نگریسته شود. مشخصه بسیاری از دولت‌ها، تأمین وکلای مدافع با هزینه دولت یا در واقع، نظام معاضدت حقوقی است که به وسیله آن، افرادی که به علت ناتوانی در تأمین هزینه از نمایندگی حقوقی محروم می‌شوند، در این مورد از کمک دولت برخوردار شوند. هر چند به موجب اصل ۳۵ قانون اساسی، امکان فراهم شدن امکانات تعیین وکیل برای افراد بی‌بهره از توان مالی مقرر شده است، اما یکی از خلأهای اساسی در حوزه دادرسی ایران، پیش‌بینی نشدن وکیل معاضدتی و مشاوره حقوقی رایگان در این حوزه است. از این رو، پیش‌بینی شدن وکلای معاضدتی و نظارت بر کار و عملکرد آن‌ها در این حوزه از لوازم اساسی دادرسی منصفانه است.^۲

در ایران، حضور وکیل در دیوان عدالت اداری، اصولاً اختیاری است و طرفین دعوا می‌توانند برای طرح شکایت یا دفاع از خود وکیل انتخاب کنند. هم‌چنین وکالت در دیوان، وفق مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب انجام می‌شود. استفاده از وکیل دادگستری در دعاوی مدنی نیز زمینه را برای دادرسی برابر میان اصحاب دعوا مهیا می‌سازد و حق داشتن وکیل در تمام مراحل

۱. حیدری، سیروس و حمید حمیدیان، «اصولی علنی بودن دادرسی مدنی»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۹۵.

۲. 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 ۲۵۶.

دادرسی، تعدیل نابرابری‌های نابجاست و یکی از تضمین‌های مهم در برابری تجهیزات دفاعی، حق داشتن وکیل است. امروزه یکی از مهم‌ترین اجزای فنی حق دفاع و تضمین‌های دادرسی عادلانه، حق بهره‌مندی از خدمات وکیل یا مشاور حقوقی است و در تمام فرایند دادرسی، مورد احترام است.^۱ بنابراین، حق دفاع برابر اصحاب دعوا، با حق داشتن وکیل ارتباط تنگاتنگ دارد و به حق داشتن وکیل در اصل ۳۵ قانون اساسی و ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران تصریح شده است که با معیارهای اصل برابری مطابقت و هماهنگی دارد. هم‌چنین در ایران، در هر یک از مجتمع‌های قضایی، واحد مشاوره و معاضدت قضایی وجود دارد که وکلای دادگستری در آن جا، مراجعان را راهنمایی می‌کنند. در مقدمه آیین‌نامه راجع به دفتر راهنمایی کانون وکلا مصوب ۱۳۱۷ مقرر شده است: «نظر به این‌که بین مراجعه‌کنندگان به عدلیه و یا اداره ثبت اسناد و املاک، اشخاصی یافت می‌شوند که از قوانین و سایر مقررات بی‌اطلاع بوده و تمکن کافی هم برای مراجعه به وکیل عدلیه ندارند و به این ترتیب نمی‌توانند از وسایلی که قانون در دسترس آن‌ها گذاشته، استفاده نموده، به حق خود برسند، وزارت عدلیه به شرح سواد پایین، دفتر راهنمایی برای هدایت آن‌ها تشکیل و انجام این امر را به عهده کانون وکلا قرار داده تا وظیفه مهمی را که وکلای عدلیه در کمک به احقاق حق دارند، نسبت به تمام طبقات اعم از این‌که قادر به دادن حق‌الوکاله باشند یا نه، به طور مساوی انجام دهند...». تحقق اهداف این آیین‌نامه و همکاری با قوه قضاییه برای رفع اطاله دادرسی و تحقق برابری اصحاب دعوا بر عهده شعبه راهنمایی اداره معاضدت کانون وکلاست. کانون وکلای دادگستری به صورت مستقل نیز بر اساس بند «د» ماده ۶ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری ایران مصوب ۱۳۳۳، وظیفه معاضدت قضایی را بر عهده دارد.

گفتار دوم. برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و اداری در حقوق امریکا

در نظام دادرسی ایالات متحده و بر اساس بخش دوم اصل چهارم قانون اساسی امریکا و اصلاحیه ششم آن، همه اتباع کشور با هم برابرند و از حقوق یکسان و از حمایت برابر قانون برخوردارند. مواردی را که هم در ادامه این گفتار می‌آید، می‌توان به عنوان مصادیق اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی و اداری نظام حقوقی ایالات متحده نام برد.

۱. ضیایی فر، محمدحسن، «حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی با تأکید بر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوق اساسی، دوره چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص ۴۲۱.

دادرسی اداری در حقوق امریکا قدمت طولانی دارد. از دهه ۱۹۴۰، بحث‌های ابتدایی و اولیه در خصوص تصویب قانون دادرسی اداری در حقوق امریکا پدید آمد و ایجاد سازمان‌های جدید به همراه توسعه مباحث نظری در حوزه حقوق اداری به تصویب قانون دادرسی اداری در حقوق امریکا انجامید.^۱

بند اول. حق برخورداری از دادگاه مستقل

نظام حقوقی امریکا در خصوص محاکم اختصاصی و اداری هم در سطح ایالتی و هم در سطح فدرال، دارای تجارب مفید و ارزنده‌ای است. هر ایالت دارای نظام دادگاهی خاص خود است و با توجه به نبود استانداردهای ملی در خصوص نظام دادگاه‌های ایالتی در این کشور، دادگاه‌های متنوعی در زمینه موضوعات تخصصی مورد نیاز در هر یک از ایالات ایجاد شده‌اند که عبارتند از: دادگاه‌های محیط زیست، دادگاه‌های مالیاتی، دادگاه‌های جبران خسارت کارگران، دادگاه‌های آب، دادگاه‌های اداری و دادگاه‌های زمین که بخشی از ساختار مراجع اداری در این نظام حقوقی هستند.^۲

رسیدگی در دادگاه‌های امریکایی از اصل استقلال پیروی می‌کند و شامل دادگاه‌های فدرال و دادگاه‌های ایالتی هستند. دادگاه‌های فدرال امریکا بر خلاف دادگاه‌های دیگر کشورهای فدرال در رأس سلسله‌مراتب دادگاه‌ها قرار ندارند و این دادگاه‌ها فقط در مواردی می‌توانند به دعوا در مرحله نخستین رسیدگی کنند. هر ایالت، سازمان قضایی مختص به خود را داراست و نمی‌توان یک سلسله‌مراتب واحد برای آن‌ها متصور شد و مطابق قاعده امریکایی، یک سلسله‌مراتب شامل دادگاه‌های بدوی، دادگاه‌های ناحیه، دادگاه استیناف و دیوان عالی ایالتی وجود دارد. دادگاه استیناف، وظیفه رسیدگی به شکایات و درخواست تجدیدنظر نسبت به احکام دادگاه‌های بدوی را بر عهده دارد و در صورت بروز اختلاف بین آرای دادگاه‌های بدوی و استیناف، دیوان عالی ایالتی حکم می‌دهد. با این حال، در برخی ایالت‌ها، دادگاه استیناف وجود ندارد و شکایات از دادگاه‌های بدوی به طور مستقیم به دیوان عالی ایالتی ارجاع می‌شود.

۱. Kunhle, Wiliam, H, *Standard of evidence in administrative Proceedings*, New york law school, Vol 49, 2004, p. 863.

۲. سالاری، امین‌الله و همکاران، «بررسی تطبیقی جایگاه دادگاه‌های اختصاصی اداری در نظم قضایی ایران و امریکا»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۹۸، ص ۴۸۹.

دادگاه‌های اختصاصی بسیار متنوعی نیز در امور مدنی و کیفری در ایالت‌ها مستقرند که با دیگر ایالت‌ها تفاوت دارند. تشکیلات قضایی فدرال برخلاف تشکیلات قضایی ایالتی نظم بیش‌تری دارد. در سطح فدرال، دو گروه دادگاه‌های فدرال سنتی و دادگاه‌های فدرال ویژه وجود دارند که به موجب قوانین متعدد فدرال تأسیس شده‌اند و در رأس دادگاه‌های فدرال سنتی، دیوان عالی فدرال قرار دارد. دادگاه‌های استیناف (Courts of Appeals) و سپس دادگاه‌های ناحیه (District Courts) در درجات پایین‌تر قرار می‌گیرند. دادگاه‌های ناحیه نقش دادگاه‌های بدوی را ایفا می‌کنند و دادگاه‌های استیناف نیز به درخواست تجدیدنظر از احکام دادگاه‌های ناحیه رسیدگی می‌کنند. در صورت بروز اختلاف میان دو دادگاه، دیوان عالی فدرال ایالات متحده حکم می‌دهد. علاوه بر دیوان عالی فدرال، ۱۲ دادگاه استیناف و ۹۱ دادگاه ناحیه در امریکا مستقرند و در هر ایالت، حداقل یک دادگاه ناحیه وجود دارد. در منطقه کلمبیا، مرکز دولت فدرال و پورتوریکو نیز یک دادگاه ناحیه وجود دارد و سه سرزمین ساموا، گوام و جزایر ویرجین نیز دادگاه‌های مشابه دادگاه ناحیه دارند.^۱

در حقوق امریکا، نظام دادرسی اداری، اصیل و منحصر به فرد است، به این صورت که کنترل اداری را در دو سطح حقوق اداری تخصصی و حقوق اداری عام اعمال می‌کنند. در مرحله اول، یک حقوق اداری تخصصی وجود دارد که در دیوان‌های اداری پدید می‌آید. در مرحله دوم، یک حقوق اداری عام وجود دارد که برآمده از دادگاه‌های عمومی یعنی دیوان عالی و دادگاه تجدیدنظر و دادگاه اعیان است. این مراجع به عنوان مرجع تجدیدنظر دیوان‌های اداری بر مبنای قانون‌مندی اعمال اداری رسیدگی می‌کنند. نظام امریکایی اصولاً مجموع دعاوی اداری را در صلاحیت قاضی عمومی قرار داده است. با این حال، نظام امریکایی دارای ویژگی‌های منحصر به فردی است. اول این‌که دعوای قانون‌مندی به دلایل مرتبط با قانون اساسی فراتر از انگلیس است. به موجب اصلاحیه پنجم قانون اساسی، «تشریفات متناسب قانونی» تصمیم اداری باید به موجب یک آیین تناظری وضع شود که حق دفاع شهروند را تضمین کند. این تضمین در قوانین مختلفی پیش‌بینی شده، از جمله قانون تشریفات اداری مصوب ۱۹۴۶ که به وسیله قانون چهارم جولای ۱۹۶۶ در خصوص حق بر اطلاعات تکمیل گردیده است. این قوانین، اداره را به بیان هدف و مبنای تصمیمات و اعلام اطلاعات مربوط

۱. فاندرا، غزال، سید مرتضی قاسم‌زاده زاویه و سید محمد حسینی، «اصول حاکم بر فرآیند دادرسی مدنی و حقوق طرفین دعوا در نظام حقوقی ایران و امریکا»، مجله علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۲۳۱.

به قواعد رفتاری خود به اداره‌شوندگان ملزم می‌سازد. دوم این‌که نظام امریکایی، متفاوت با نظام انگلیسی، همواره حاوی یک کنترل دستوری است که امکان به چالش کشیدن عمل اداری را تا سطح دیوان عالی فدرال ایالات متحده می‌دهد.^۱

در امریکا، کنترل اعمال اداری در سکوت قانون اصولاً در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است. ضمن این‌که به موجب قانون، «تشریفات تصمیمات اداری»، کنترل قضایی اعمال اداری جز در موارد استثنای قانونی و نیز صلاحیت اختیاری اداره پذیرفته شده است. البته دیوان عالی فدرال، مصونیت اداره در اعمال صلاحیت اختیاری را تفسیر مضیق کرده و آن را صرفاً در مورد تصمیماتی پذیرفته است که ناشی از قانونی نباشد که در آن، کنترل قضایی به صراحت پیش‌بینی گردیده است.^۲

بند دوم. اصل بی‌طرفی

استقلال و اصل انقطاع طرفداری دادگاه از یکی از طرفین دعوا یا همان اصل بی‌طرفی قاضی، معانی متفاوتی دارند. استقلال قاضی به این معناست که قضات در تصمیم‌گیری باید جز قانون، وجدان و انصاف و بدون تبعیت از شخصی، آزاد باشند و بدون بیم از هر عاملی اعم از فشار افکار عمومی، مقامات سیاسی و منافع حزبی، قانون را عادلانه اعمال کنند و تنها بر اساس واقعیت پرونده تصمیم بگیرند. از سوی دیگر، بی‌طرفی قاضی کاملاً منطبق با استقلال او نیست. درحقیقت، بی‌طرفی در معنای نبود تمایل قلبی و روانی قاضی به سوی یکی از اصحاب دعوا یا موضوع دعواست. استقلال قاضی از مهم‌ترین شروط استقلال قضایی است و تا هنگامی که قضات استقلال کافی نداشته باشند، نمی‌توان شاهد دستگاه قضایی مستقل بود، حتی اگر تشکیلات قوه قضاییه از استقلال مناسبی برخوردار باشد. استقلال قاضی نیز همانند استقلال تشکیلاتی و مالی، مطلق و بدون قید و نظارت نیست، بلکه منظور از آن، استقلال در برابر اعمال نفوذ و دخالت‌های ناروا و انتقادهای و نفوذهای مخرب است؛ زیرا آرای قضایی از تجدیدنظر مصون نیستند و قاضی باید بر اساس مسائل مطرح در جلسه دادرسی تصمیم بگیرد.

۱. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی مبانی و مؤلفه‌های دادرسی اداری»، مجله حقوق عمومی تطبیقی، دوره اول، شماره ۱، ۱۴۰۳، ص ۱۱۵.

۲. همان، ص ۱۱۷.

در خصوص دادرسی اداری در حقوق آمریکا با توجه به این که دادرسی اداری و مدنی در این نظام تابع وحدت هستند، قاضی مانند دادرسی مدنی، مکلف به رعایت اصل بی طرفی است. بنابراین، دادرس اداری به عنوان مرجع حل اختلاف اداری نباید خود را به عنوان بخشی از فرآیند نظام اداری بدانند و با خدشه به اصل بی طرفی، به جانبداری از دولت بپردازد. در حقوق آمریکا، اصل بی طرفی نه تنها در مرحله صدور حکم اهمیت دارد، بلکه در مرحله اجرای آرای صادرشده از مراجع دادرسی نیز حایز اهمیت است و در نهایت، اعمال این اصل به دنبال تضمین حق اساسی دادرسی عادلانه است.^۱

بند سوم. امکان استماع شدن

امکان استماع شدن از جمله ملاک های دادرسی عادلانه و جوهره مفهوم دادرسی مطابق قانون در حقوق امریکاست. حقوق دانان امریکایی عقیده دارند که مجادله میان طرفین دعوا برای کشف حقیقت، ضروری است و اگر هر یک از طرفین دعوا، امکان طرح استدلال ها و پاسخ گویی به دیدگاه های طرف مقابل خود را داشته باشد و سپس توسط شخصی بی طرف درباره آن ها تصمیم گیری شود، مسائل به بهترین شکل آشکار می شوند و نتیجه ای عادلانه در پی خواهد داشت. الزامات ناشی از مقرر یادشده در حقوق امریکا عبارتند از: امکان استماع در زمانی مناسب و به طریقی مؤثر. دیوان عالی کشور امریکا نیز در سال ۱۸۵۰ اعلام کرده است که هیچ اصلی برای اجرای عدالت از این حیاتی تر نیست که هیچ کس نباید بدون اطلاع و امکان دفاع از خود، محکوم شود. اشخاصی که حقوق آنان تحت تأثیر یک تصمیم قرار می گیرد، حق استماع شدن دارند و برای بهره مندی از این حق ابتدا باید از موضوع آن مطلع شوند. قانون فدرال آیین دادرسی مدنی ایالات متحده در راستای تأمین مقتضیات مقرر یادشده در قانون اساسی امریکا مبنی بر لزوم مطابق بودن دادرسی با قانون، تمهیداتی را برای تضمین اطلاع خواننده از دعوای اقامه شده و هم چنین امکان مناقشه کردن در ادعاها، ادله و استدلال های طرف مقابل برای هر یک از طرفین دعوا پیش بینی کرده است. در حقوق ایالات متحده امریکا، اقامه دعوای مدنی با ثبت دادخواست نزد دادگاه صورت می گیرد (ماده ۳) و نسخه ای از دادخواست به همراه احضاریه باید ظرف مهلت معین

1. Jackeline, Merly, Bautista, Jose, *The principle of impartiality in the administrative sanctioning procedure*, centro sur, No. 4, 2023, p. 96.

قانونی توسط خواهان به خواننده دعوا ابلاغ گردد. احضاریه علاوه بر مشخصات دادگاه، طرفین و موضوع دعوا باید بیانگر مهلتی باشد که در آن، خواننده باید حضور یابد و از خود دفاع کند. درج این نکته در احضاریه ضروری است که حضور نداشتن خواننده به صدور حکم علیه وی و طبق خواسته مندرج در دادخواست خواهد انجامید. (ماده ۴) تعهد هر یک از طرفین دعوا مبنی بر افشای مقدماتی ادله مورد استناد خویش (ماده ۲۶) و پرسش متقابل از شهود (ماده ۳۰) نیز تضمین‌های دیگری هستند که برای تأمین مقتضیات لازم در نظام قضایی امریکا به کار گرفته می‌شوند.

در حقوق امریکا در حوزه دادرسی کار و در دادگاه‌های امریکا، قاضی به تنهایی به اختلافات کار رسیدگی می‌کنند. کارگر در فرآیند رسیدگی نقش مؤثری دارد. به طوری که چگونگی ارائه مدارک، ادامه دادرسی و رسیدن به توافق در نهایت در دست کارگر است. از طرف دیگر، وجود هیئت منصفه در دادگاه که به عنوان نماینده جامعه خدمت می‌کنند، این امکان را فراهم می‌کند که مصداق خروج کارفرما از حدود رفتار قابل قبول مشخص شود. نحوه مشارکت کارگر در نهادهای اداری رسیدگی به اختلافات کار مختلف است. برای مثال، در هیئت ملی روابط کار پس از دریافت ادعای وقوع رفتار کاری ناعادلانه، تمام مراحل رسیدگی توسط هیئت انجام می‌شود و کارگر در انجام تحقیقات، چگونگی بررسی اتهام و شکایت به مراجع بالاتر در صورت اجرا نشدن دستورهای هیئت توسط کارفرما نقشی ندارد.^۱

بند چهارم. حق داشتن وکیل و برخورداری از معاضدت قضایی

در امریکا، همه دادگاه‌ها دارای دفاتر معاضدت قضایی هستند که نشانی و شماره تماس آن‌ها در سایت دادگاه هر شهری درج شده است و وظیفه کمک و مشاوره رایگان به اشخاص بی بضاعت را بر عهده دارند. این دفاتر، خدمات تخصصی در موضوع صلاحیت آن دادگاه ارائه می‌کنند و کمک‌های حقوقی مدنی، هسته اصلی برابری مردم بر اساس اصل برابری در مقابل قانون است. این کمک‌ها، فرصت برابری برای همه شهروندان را فراهم می‌کنند. حدود ۸۰۰ برنامه حمایتی در امریکا وجود دارد و این علاوه بر ۹۰۰ برنامه ارائه شده از سوی کانون‌های وکلای این کشور است. در امریکا تا سال ۱۹۶۴،

۱. پاک‌نژاد، امین‌الله و ولی رستمی، «نحوه حل اختلاف کار در نظام دادرسی ایران و امریکا با توجه به معیارهای سازمان بین‌المللی کار»، مطالعات حقوق عمومی، انتشار الکترونیکی، ۱۴۰۰، ص ۱۲.

وکالت تسخیری وجود نداشت و در این سال، دیوان عالی امریکا حکم داد که دادگاه می‌تواند برای متهم، وکیل تعیین کند، ولی حق الزحمه وکیل بر عهده شخصی است که وکیل تسخیری را تعیین کرده است. در همین سال، قانونی برای پرداخت حق الزحمه به وکلای تسخیری مدنی و جزایی تصویب شد و افرادی که در معرض اتهام قرار می‌گرفتند، حق درخواست برخورداری از خدمات وکیل معاضدتی را داشتند. وکیل معاضدتی از شروع تحقیقات تا پایان دادرسی، به دفاع از حقوق موکل بی‌بضاعت می‌پردازد.^۱

حق داشتن وکیل در دادگاه‌ها در قانون اساسی فدرال امریکا ریشه دارد. ضرورت گسترش دادرسی اداری منجر به ایجاد مراجع متعدد دادرسی‌های غیر رسمی شده است. این مراجع تا زمانی که مطابق با اصول انصاف و عدالت رسیدگی کنند، قابل احترام هستند. دیوان عالی فدرال در خصوص به رسمیت شناختن حق استفاده از وکیل در این مراجع تصریح کرده است و اطلاق حق مقرر در قانون اساسی را شامل دیوان‌های اداری نیز می‌داند.^۲

بند پنجم. حق دسترسی به رویه قضایی

دسترسی به رویه قضایی، یکی از ابزارهایی است که اصحاب دعوا با در اختیار داشتن آن‌ها از طرح دعاوی بیهوده در موضوعات مورد اختلاف خودداری می‌کنند و در هزینه و فرصت دادگاه‌ها و اصحاب دعوا صرفه‌جویی می‌گردد. هم‌چنین امکان پیش‌بینی نتیجه دعوا فراهم می‌آید و با اطلاع از تصمیمات قضایی سابق، از صدور آرای متعارض جلوگیری می‌شود. به این ترتیب، برابری آیینی اصحاب دعوا محقق می‌گردد. در نظام‌های حقوقی غیر متمرکز از جمله نظام دادرسی امریکا، اشخاصی که خارج از ایالت مقر دادگاه اقامت دارند و به قانون حاکم ناآشناوند، در وضعیت نابرابری نسبت به خواننده‌ای قرار می‌گیرند که در مقر دادگاه اقامت دارد. از این رو، وزارت دادگستری امریکا برای ایجاد برابری طرفین دعوا، آرای دادگاه‌های فدرال را منتشر می‌کند. نظام دادرسی هر ایالت نیز آرای دادگاه‌های ایالتی را منتشر می‌کند.^۳

۱. فریدمن، مایکل جی.، «سیستم حقوقی ایالات متحده»، مجله ایالتی وزارت خانه، ۲۰۰۸، ص ۱۲۵.

2. St. Johns, Due Process and the right to counsel in administrative proceedings, Law Review, vol 32, No. 1, 1987, p. 125.

۳. آلن رایت، چارل و آرثر آر. میلر، عمل و رویه فدرال، کالیفرنیا: شرکت انتشارات غرب، ۲۰۰۸، ص ۳۶.

نتیجه‌گیری

اصل برابری اصحاب دعوا، یکی از اصول سنتی در دادرسی‌های مدنی است. طرفین دعوا در این دادرسی، مردم هستند. با توجه به اصل برابری میان شهروندان، فرض بر این است که خواهان و خوانده باید از حقوق مساوی برخوردار باشند. در دادرسی اداری، وضعیت دیگرگونه است و اداره به عنوان طرف قدرتمند حضور دارد و اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی در جایگاه خواهان دعوا قرار می‌گیرند. با توجه به نابرابری ذاتی میان طرفین دعوا، اصل برابری در این نوع از دادرسی به نفع خواهان تغییر موضع می‌دهد.

اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی، یکی از اصول بنیادین دادرسی و مؤلفه‌های دادرسی عادلانه و از زمره مسائل بنیادین برای حاکمیت قانون و عدالت و حقوق بشر به شمار می‌رود. در مورد مفهوم و جایگاه اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی، توجه به رابطه برابری با دیگر اصول دادرسی ضروری است و اصل برابری اصحاب دعوا به عنوان مبنا و اساس اصول دادرسی معرفی می‌گردد.

اصل برابری اصحاب دعوا در قانون آیین دادرسی مدنی ایران و قانون آیین دادرسی مدنی فدرال امریکا به طور صریح پیش‌بینی نشده است. با این حال، از مجموع برخی قوانین و مقررات مربوط به آیین دادرسی در این دو کشور می‌توان پذیرفت که قانون‌گذاران این دو کشور در برخی موارد، به اصل برابری و امکانات دفاعی برابر اصحاب دعوا در فرآیند دادرسی مدنی نظر داشته‌اند. از این رو، برخی مواد قانونی این دو کشور بر مبنای اصل برابری اصحاب دعوا و برای تضمین رعایت این اصل تنظیم شده است.

اصل برابری اصحاب دعوا در اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای حقوق بشری به رسمیت شناخته شده و مقرراتی را در زمینه اصل برابری اصحاب دعوا تصویب کرده‌اند که همگی این اسناد از اهمیت موضوع اصل برابری حکایت دارد. با توجه به بررسی‌های صورت‌گرفته می‌توان گفت قانون آیین دادرسی مدنی ایران و قانون آیین دادرسی مدنی فدرال امریکا به ویژه در سازمان قضایی خود با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند، ولی در زمینه اصل برابری اصحاب دعوا در دادرسی مدنی اشتراکاتی دارند و با اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای هم‌خوان و سازگارند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۱.
۲. آلن رایت، چارل و آرتر آر. میلر، **عمل و رویه فدرال**، کالیفرنیا: شرکت انتشارات غرب، ۲۰۰۸.
۳. جعفری، محمدتقی، **حقوق جهانی بشر**، تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، ۱۳۹۲.
۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: دراک، ۱۴۰۰.
۵. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۲)**، تهران: دراک، ۱۴۰۰.
۶. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)**، تهران: دراک، ۱۴۰۱.
۷. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: اصول و مبانی کلی نظام (جلد ۱)**، چاپ اول، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۴.
۸. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.
۹. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۱۰. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (مطالعه حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. احدی، رضا و محمدباقر رستگار محجن آبادی، «جایگاه اصل برابری سلاح‌ها در فرآیند دادرسی کیفری ایران با نگاهی به نهاد اعاده دادرسی»، چهارمین کنفرانس ملی علوم انسانی جزیره کیش، ۱۴۰۰.
۲. پاک‌نژاد، امین‌الله و ولی رستمی، «نحوه حل اختلاف کار در نظام دادرسی ایران و امریکا با توجه به معیارهای سازمان بین‌المللی کار»، مطالعات حقوق عمومی، انتشار الکترونیکی، ۱۴۰۰.

۳. حسنوند، محمد و نادر اسدی اوجاق، «امکان‌سنجی اعمال اصل علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۴۰۱.
۴. حیدری، سیروس و حمید حمیدیان، «اصلی علنی بودن دادرسی مدنی»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰.
۵. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دوم، شماره ۱، ۱۳۸۹.
۶. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۷. رضایی، مهدی و نیما خسروی، «نسبت‌سنجی اصل الزام به بیان دلایل تصمیمات و حاکمیت قانون»، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۶۱، ۱۳۹۷.
۸. 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.
۹. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، ۱۳۹۴.
۱۰. سالاری، امین‌الله و همکاران، «بررسی تطبیقی جایگاه دادگاه‌های اختصاصی اداری در نظم قضایی ایران و امریکا»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال دوم، شماره ۸، ۱۳۹۸.
۱۱. ضیایی‌فر، محمدحسن، «حق برخورداری از وکیل یا مشاور حقوقی در مرحله تحقیقات مقدماتی با تأکید بر رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، مجله حقوق اساسی، دوره چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶.
۱۲. علی‌زاده، امیرحسین و همکاران، «مطالعه تطبیقی جایگاه و اصول ناظر بر عملکرد مراجع شبه قضایی در سلب مالکیت املاک اشخاص در حقوق انگلیس و ایران»، تعالی حقوق، شماره ۷، ۱۳۹۹.
۱۳. فاندرد، غزال، سید مرتضی قاسم‌زاده زاویه و سید محمد حسینی، «اصول حاکم بر فرآیند دادرسی مدنی و حقوق طرفین دعوا در نظام حقوقی ایران و امریکا»، مجله علمی جامعه‌شناسی سیاسی ایران، شماره ۱، ۱۳۹۸.

۱۴. فتحی، یونس و همکاران، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۱۵. فریدمن، مایکل جی، «سیستم حقوقی ایالات متحده»، مجله ایالتی وزارت خانه، ۲۰۰۸.
۱۶. قاری سید فاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر: حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، تحقیقات حقوقی، دوره سی و سوم، ۱۳۹۷.
۱۷. قنبری، نادر و همکاران، «مطالعه تطبیقی اصل برابری سلاح‌ها در دادرسی مدنی ایران و مقررات دادرسی فدرال امریکا»، مطالعات بین‌المللی پلیس، دوره یازدهم، شماره ۴۳، ۱۳۹۹.
۱۸. مشهدی، علی و هرمز یزدانی زنوز، «بار اثبات ادعا و استدلال بر اساس ادله در آرای شعب دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، دوره بیست و ششم، شماره ۸۳، ۱۴۰۳.
۱۹. نادری‌فرد، محمد و همکاران، «تأثیر اصل تقدم صلاحیت دادگاه‌های اداری در تحقق عدالت در فرانسه با نگاهی به اجرای آن در نظام حقوق اداری ایران»، پژوهش‌های حقوقی، دوره بیستم، شماره ۴۸، ۱۴۰۰.
۲۰. نیک‌نژاد، جواد و نصرت حیدری، «موجه، مستند و مستدل بودن رأی دادگاه و داوری»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۵، ۱۴۰۰.
۲۱. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی مبانی و مؤلفه‌های دادرسی اداری»، مجله حقوق عمومی تطبیقی، دوره اول، شماره ۱، ۱۴۰۳.
۲۲. 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.
۲۳. یاوری، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمروی کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳.

ج) پایان‌نامه

۱. کاشفی آج‌بیشه، علی‌رضا، «جایگاه برابری طرفین دعوا در دادرسی مدنی و آثار حقوقی آن با مطالعه تطبیقی در اصول آیین دادرسی مدنی فراملی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.



2. Latin Source

1. Jackeline, Merly, Bautista, Jose, The principle of impartiality in the administrative sanctioning procedure, centro sur, No. 4, 2023.
2. Kunhle, Wiliam, H, Standard of evidence in administrative Proceedings, New york law school, Vol. 49, 2004.
3. St, Johns, Due Process and the right to counsel in administrative proceedings, Law Reviw, Vol. 32, No. 1, 1987.

نقش و مشارکت دولت‌ها در تحقق چرخه انرژی پایدار جهانی با تأکید بر عملکرد، نقش و ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار

سمیرا رضایی مرادعلی^۱، پیمان حکیم زاده خویی^۲، میثم نوروزی^۳

چکیده

هدف از پژوهش حاضر، بررسی نقش و مشارکت دولت‌ها در تحقق چرخه انرژی پایدار جهانی با تأکید بر عملکرد، نقش و ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار است. چرخه انرژی پایدار می‌تواند وابستگی به سوخت‌های فسیلی را کاهش دهد و به حفظ محیط زیست کمک کند. استفاده از منابع انرژی تجدیدپذیر مانند باد، خورشید و زمین‌گرایی می‌تواند انتشار گازهای گل‌خانه‌ای را به طور قابل توجهی کاهش دهد و گرمایش جهانی را محدود کند.

تحقق یک چرخه انرژی پایدار می‌تواند وابستگی به تعداد محدودی از منابع انرژی را کاهش و امنیت انرژی را افزایش دهد. چرخه جهانی انرژی، یک جنبه اساسی از رفاه اقتصادی، زیست‌محیطی و اجتماعی جهان ماست. این پژوهش به صورت توصیفی و بنیادی و به روش کتاب‌خانه‌ای با استفاده از کتاب‌ها، مجلات و پایگاه‌های داده و بررسی تطبیقی به نتیجه‌گیری و آزمون فرضیه‌های مختلف انجامیده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که حقوق بین‌الملل، چارچوبی برای نقش و مشارکت دولت‌ها در اجرای چرخه انرژی پایدار جهانی فراهم می‌کند.

کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییر آب‌وهوا (UNFCCC) و موافقت‌نامه پاریس به عنوان توافق‌نامه‌های بین‌المللی اولیه‌ای عمل می‌کنند که تعهدات کشورها را برای کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای و ترویج منابع انرژی پاک بیان می‌دارند. نقش دولت‌ها در اجرای چرخه‌های انرژی پایدار به توسعه زیرساخت‌ها نیز گسترش می‌یابد. دولت‌ها باید اطمینان یابند که زیرساخت‌های لازم برای حمایت از رشد منابع انرژی تجدیدپذیر وجود دارد و شبکه انرژی می‌تواند منابع جدید انرژی پاک را بپذیرد.

واژگان کلیدی: مشارکت دولت‌ها، تحقق چرخه انرژی پایدار، ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه آزاد همدان rezaeisamira1402@gmail.com

۲. استادیار حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی تبریز hakimzadekhoeipeyman@gmail.com

۳. استادیار حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه بوعلی سینا meysamnorozi158@gmail.com

مقدمه

چرخه انرژی پایدار جهانی، جنبه مهمی از مبارزه با تغییرات آب‌وهوایی و حفاظت از محیط زیست است. دولت‌ها با در پیش گرفتن سیاست‌های ملی و ایجاد معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مانند موافقت‌نامه پاریس در مورد تغییرات آب‌وهوا که از چرخه انرژی پایدار حمایت می‌کنند، در اجرای این چرخه، نقشی تعیین‌کننده و مسئولیت‌های متعدد دارند. این سیاست‌ها شامل توسعه و اجرای سیاست‌های ملی انرژی است که استفاده از منابع انرژی تجدیدپذیر و کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای را ترویج می‌کند. دولت‌ها به تعهدات مندرج در این معاهدات نیز متعهدند. علاوه بر این، در ترویج استفاده پایدار از انرژی از طریق ارائه مشوق‌های مالی برای توسعه و استفاده از منابع انرژی تجدیدپذیر و سرمایه‌گذاری در توسعه فناوری‌های جدید انرژی هم نقش دارند.

موضوع انرژی و تأمین آن همیشه یکی از دغدغه‌های اصلی دولت‌هاست. انرژی پایدار با هر یک از ارکان سه‌گانه توسعه پایدار، پیوندی عمیق و گسترده دارد و جامعه بین‌المللی باید راه‌حل‌های مناسب برای تأمین اهداف سه حوزه مرتبط با هم یعنی امنیت عرضه انرژی، رشد اقتصادی و حمایت زیست‌محیطی تدارک ببیند. پاسداری از محیط زیست، بخش جدایی‌ناپذیر انرژی پایدار و به تبع آن، توسعه پایدار است؛ چون مبنای انرژی پایدار، انرژی‌های پاک است.^۱

انرژی پاک با گستره زیادی که در سطح جهان دارد، منبعی پایدار و البته ارزان قیمت است که با تکیه بر آن ضمن کاهش استفاده از منابع فسیلی حال حاضر می‌توان منبعی پایدار و همیشگی برای برطرف کردن نیاز به انرژی در جهان ایجاد کرد. بنابراین، چالش اساسی توسعه پایدار در بخش انرژی همواره توسعه منافع خدمات انرژی به کل جهان و نسل‌های آتی بدون لطمه به محیط انسانی بوده است.^۲

این چالش در فرآیند تکاملی حقوق بین‌الملل انرژی به انحای مختلف مطرح بوده و مباحثات فراوانی در این زمینه شکل گرفته است. لازمه انرژی پایدار در جهان، استفاده از انرژی‌های

1. Heffron, R. J., "The global future of energy law", International Energy Law Review, 2017, p. 15.

2. Sorin, F., "World energy outlook, the International energy Agency (IEA) report", Revue Generale Nucleaire, 6-8, 2006, p. 10.

تجدیدپذیر است؛ چون باقی منابع انرژی علاوه بر این که پایان پذیرند، در حال حاضر نیز قوانین بین‌المللی قوی و مستحکمی دارند. درباره تنظیم قوانین برای استفاده از انرژی‌های تجدیدپذیر می‌توان مشکل اصلی پیش روی کشورها را مسائل مربوط با محیط زیست دانست؛ چون استفاده از انرژی‌های پاک برای توسعه پایدار به همان میزان که می‌تواند برای آینده کشورها مثبت باشد، می‌تواند باعث بروز برخی ناهماهنگی‌ها در روابط بین‌الملل به خصوص در زمینه مشکلات محیط زیستی شود که مهم‌ترین آن‌ها، آلودگی‌های هسته‌ای است. تنها زمانی می‌توان این چالش‌ها را برطرف کرد که منبع انرژی مورد نظر را بتوان منبع انرژی پایدار محسوب کرد. در چارچوب تعریف کمیسیون برونتلند^۱ از توسعه پایدار، مفهوم انرژی پایدار عبارت است از تولید و مصرف انرژی به روشی که نیاز نسل‌های حاضر را بدون لطمه به توانایی نسل‌های آتی در تأمین نیازهایشان برآورده سازد.^۲ بنا به تعریف کمیسیون برونتلند، زمانی مفهوم انرژی پایدار محقق می‌شود که سه حوزه محیط زیست، انرژی و توسعه با یکدیگر هم‌پوشانی داشته باشند. پس در این جا نیز مشاهده می‌شود که حوزه محیط زیست، حوزه‌ای جدا از انرژی پایدار نیست، بلکه یکی از سه ارکان آن است که برای بررسی دسترسی به توسعه پایدار نیاز است.^۳ در مفهوم مخالف، امکان بروز تعارض میان مفاد این سه حوزه وجود دارد و می‌تواند مانع از تحقق مفهوم توسعه پایدار شود.

در سطح بین‌المللی، سیاست‌های حقوق بین‌الملل توسعه و حقوق بین‌الملل انرژی عمده‌تاً در یک راستاست و با سیاست‌های حقوق بین‌الملل محیط زیست به عنوان یکی از ارکان توسعه پایدار مغایر است. همان طور که پیش‌تر به آن اشاره شد، قوانین بین‌المللی، حدود توسعه و دسترسی به انرژی را تعیین و چارچوب توسعه پایدار را تعریف کرده است که این حدود و تعاریف تا حدود بسیار زیادی، مشکلات موجود در سطح جهانی را برطرف می‌کند. در این میان، آن چه بیش از هر چیزی محل اختلاف بین کشورهای دنیاست، مسائل و مشکلات محیط زیستی است که در راستای دسترسی به انرژی پایدار انکارناپذیر قرار دارد.^۴

1. World Commission on Environment and Development (Brontland Commission), 1987.

2. Damveld, H and R. Jan van den Berg, "Nuclear Waste and Nuclear Ethics, Social and Ethical Aspects of the Retrievable Storage of Nuclear Wast", January, 26, 2000, p. 39.

3. Shapiro, SA and JP Tomain, *Achieving Democracy: The Future of Progressive Regulation*, 8, 2014, p. 41.

4. Heffron, op.cit., p. 136.

برای حل این مشکل، جامعه بین‌المللی باید راه‌حل‌های مناسب برای تأمین اهداف سه حوزه مرتبط با هم یعنی امنیت عرضه انرژی، رشد اقتصادی و حمایت زیست‌محیطی را تدارک ببیند. بنابراین، چالش اساسی توسعه پایدار در بخش انرژی، همواره توسعه منافع خدمات انرژی به کل جهان و نسل‌های آتی بدون لطمه به محیط زیست انسانی بوده است.

در این پژوهش با هدف تبیین نقش و مشارکت دولت‌ها در تحقق چرخه انرژی پایدار جهانی بر عملکرد، نقش و ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار، تولید و مصرف انرژی پایدار قابل استفاده برای کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه تأکید خواهد شد. ناگفته پیداست این امر مستلزم تدوین و اجماع روی یک قانون بین‌المللی برای الزام همه کشورها به رعایت قوانین زیست‌محیطی است که بتوان با استفاده از آن به انرژی پایدار و در پی آن، توسعه پایدار رسید. حوزه مورد بحث در این پژوهش، موضوعی چندوجهی است که برای ورود به آن باید به حوزه‌های مختلف وارد شد. اکنون موضوع بحث تنها از وجه قانونی بررسی و اصول و قواعد بین‌المللی تا حدودی تشریح و تبیین می‌شود و پیشنهادهای کاربردی برای اصلاح امور ارائه می‌گردد.

ارتقای توسعه اقتصادی یکی از اثرات پایداری در زمینه انرژی محسوب می‌شود که اکثریت کشورها به دنبال کسب آن هستند. با این حال، هر دولت مسئولیت دارد اطمینان یابد که چنین توسعه‌ای با اهداف زیست‌محیطی مغایرت ندارد و تأثیرات سوء احتمالی بر سلامت انسان را به حداقل مطلق کاهش می‌دهد. در دنیای کنونی با توجه به وابسته بودن بازار انرژی به سوخت‌های فسیلی و تمرکز منابع این سوخت‌ها در یک جغرافیای خاص باعث شده است تا کشورهای نیازمند، خود را به حقوق بین‌الملل متعهد بدانند و هم‌زمان از امنیت انرژی به خصوص هنگام در نظر گرفتن سیاست‌های انرژی پایدار نگران باشند. این امر نیاز جامعه بین‌المللی برای ارتقای بهره‌وری انرژی و تغییر جهت از سوخت‌های فسیلی به دیگر منابع انرژی پاک را القا می‌کند. وابستگی شدید کشورها در گذشته به نفت و گاز باعث بی‌ثباتی و تنش بین‌المللی و درگیری‌های مسلحانه شده است.^۱

رشد روزافزون نیاز به دستیابی به یک توسعه اقتصادی و اقتصاد پایدار، اهمیت بحث و توسعه

1. Lawrence, William H., and John H. Minan, "The Role of Warranties and Product Standards in Solar Energy Development", Vand. L. Rev. 34, 537, 1981, p. 51.

بین‌المللی را در طول چند دهه گذشته نشان داده است. در همین زمینه، لزوم رسیدگی فوری به موضوعات مرتبط با انرژی و تلاش برای دستیابی انرژی پایدار در آینده برای همه بشر، به طور گسترده‌ای شناخته شده است. شاید بتوان اصلی‌ترین دغدغه کشورها در دستیابی به انرژی پایدار را مباحث محیط زیستی آن دانست که در دهه گذشته، تمهیدات قانونی بسیاری برای آن در نظر گرفته شده که البته با کارشکنی دولت‌ها همراه بوده است یا به عبارتی بهتر، قدرت‌های اقتصادی بزرگ دنیا، تفسیر دل‌خواه خود را از معاهدات انرژی داشته‌اند.

گفتار اول. مبانی نظری

انرژی پایدار^۱ به گونه‌ای تولید و استفاده می‌شود که «نیازهای حال حاضر را برطرف می‌کند بدون این‌که توانایی نسل‌های آینده را در تأمین نیازهای خود را به خطر اندازد».^۲ انتقال انرژی به روشی پایدار برای تأمین نیازهای جهان به برق، گرمایش، سرمایش و نیرو برای حمل‌ونقل به طور گسترده‌ای به یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های پیش روی بشریت در قرن ۲۱ تبدیل شده است. در سراسر جهان، نزدیک به یک میلیارد نفر به برق دسترسی ندارند و حدود سه میلیارد نفر برای پخت‌وپز از سوخت‌های دودزا مانند چوب، زغال یا کود حیوانی استفاده می‌کنند. استفاده از این سوخت‌های فسیلی یکی از عوامل عمده آلودگی هواست که باعث می‌شود سالانه حدود ۷ میلیون نفر بمیرند.^۳ تولید و مصرف انرژی، عامل انتشار حدود ۷۰ درصد از گازهای گل‌خانه‌ای ناشی از فعالیت انسانی است.^۴

تحولات به سود نظام بازار در سطح بین‌المللی از یک سو و نگرانی و نیز نبود اطمینان سرمایه‌گذاران خارجی در به دست آوردن سود مورد نظر از فعالیت‌های اکتشاف و بهره‌برداری از منابع کانی از سوی دیگر به کارزاری در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی از سوی کشورهای توسعه‌یافته منجر گردید که هدف غایی آن‌ها، تأمین منافع خود و شرکت‌های متبوعشان است. علاوه بر این، محدودیت منابع

1. Sustainable energy.

2. Lemaire, Xavier (September 2010).

3. Air pollution. www.who.int. Retrieved 2020-12-31.

4. Charts Explain Greenhouse Gas Emissions by Countries and Sectors. World Resources Institute. 2020-02-06. Retrieved 2020-12-31.

فسیلی معدنی برای برطرف کردن نیازهای جامعه بین‌المللی به ویژه جهان توسعه‌یافته صنعتی و عواقب زیان‌بار زیست‌محیطی ناشی از استخراج منابع یادشده و تولیدات ناشی از به‌کارگیری این منابع و از دست دادن تنوع زیستی از دیگر عواملی است که به سیر این کارزارها در زمینه ایجاد نظامی حقوقی در سطح منطقه‌ای و بین‌المللی شتاب بخشیده است. در ظاهر، هدف این تقابل، تکوین یک نظام حقوقی منطقه‌ای و بین‌المللی برای برقراری توازن در تأمین منافع سرمایه‌گذاران خارجی و کشورهای میزبان یا سرمایه‌پذیر است. با این حال، در عمل، بیش‌تر برای حفظ و تأمین منافع سرمایه‌گذاران خارجی گام برداشته است. تلاش‌هایی که به منظور تقابل حقوق عمومی و خصوصی و تضعیف اولی به سود دومی مبذول گردیده، از جمله مواردی است که امروزه در اسناد بین‌المللی چون منشور بین‌الملل انرژی و توافق‌های منطقه‌ای می‌توان مشاهده کرد. هدف این اسناد با تأکید بر اصل تجارت آزاد و کاهش و رفع موانع تعرفه‌ای و غیر تعرفه‌ای، تثبیت و تحکیم منافع سرمایه‌گذاران عمده بین‌المللی در کشورهای سرمایه‌پذیر در حال توسعه و در مقابل، تضعیف حاکمیت این کشورهاست.

گفتار دوم. حقوق بین‌الملل چرخه انرژی

غرض از حامل‌های انرژی یا منابع مولّد انرژی که موضوع قوانین ملی و منطقه‌ای را تشکیل می‌دهند، نفت، گاز، نور خورشید، آب، باد، اورانیوم، زغال سنگ و بخار است. بنابراین، منابع طبیعی چون جنگل، منگنز، کبالت و مس که در تولید انرژی نقشی مستقیم ندارند، از حوزه عنوان «حقوق بین‌المللی انرژی» خارجند. با توجه به این موارد می‌توان منابع انرژی را به منابع تمام‌شدنی و منابع تجدیدشدنی تقسیم کرد. منظور از منابع تمام‌شدنی، منابعی مثل نفت، گاز و زغال سنگ است که با تولید و مصرف آن‌ها مخازن تهی می‌شوند و از بین می‌روند. غرض از منابع تجدیدشدنی هم این است که با یک یا چند بار مصرف مستهلک نمی‌شوند. بنابراین، وقتی از نظام حقوقی حاکم بر منابع انرژی صحبت می‌کنیم، غرض، آن قوانین و مقرراتی است که بر تمام فعالیت‌های مربوط به این منابع و روابط ناشی از آن‌ها حاکم است. این فعالیت‌ها معمولاً شامل اکتشاف، بهره‌برداری، تولید، ذخیره‌سازی، حمل‌ونقل، تجارت و مصرف است.^۱

1. Redgwell, Inigo Del Guaya, **Energy Law in Europe**. National, EU and International Law and Institute, Oxford University Press.

بند اول. حقوق بین‌الملل منابع طبیعی

استفاده بی‌رویه از منابع طبیعی، بی‌توجهی به استفاده صحیح از منابع زمینی و سهل‌انگاری در حفاظت از این منابع، نسل‌های حاضر و آینده را با مشکلاتی اساسی مواجه کرده است. امروزه مسائلی چون افزایش گازهای گل‌خانه‌ای و گرمایش جهانی، کاهش لایه ازن، تخریب خاک‌ها، نابودی جنگل‌ها، جاری شدن مواد زاید ناشی از فعالیت کارخانه‌های صنعتی به درون رودخانه‌ها و دریاها، مواد منتشرشده ناشی از فعالیت نیروگاه‌های اتمی و موارد دیگر همگی در جهت نابودی محیط زیست قرار گرفته است. از این رو، مسئله بهره‌برداری صحیح و منطقی نسل حاضر به منظور دستیابی نسل‌های آینده به منابع، جایگاه ویژه‌ای می‌یابد. چون هیچ دلیل و برهانی بر برتری نسل حاضر در استفاده از منابع موجود به طور انحصاری بر منابع طبیعی نیست، نسل حاضر، مسئولیت بیش‌تری در حفاظت از محیط زیست دارد، بدین معنا که نسل‌های آینده در روند ایجاد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی حضور ندارند. پس نسل حاضر باید تضمین‌کننده منافع نسل‌های آینده باشد.

کمیسیون ملل متحد در محیط زیست و توسعه (۱۹۸۷) (کمیسیون برون‌تلند) در «گزارش آینده مشترک ما»، اصل توسعه پایدار را عبارت از «توسعه‌ای دانسته که پاسخ‌گوی نیازهای نسل حاضر بدون به خطر انداختن ظرفیت‌ها و نیازهای نسل آتی باشد». هم‌چنین در بیانیه دهلی‌نو از اصول قوانین بین‌المللی مربوط به توسعه حقوق بین‌الملل که در دهلی‌نو (هند) (۲ تا ۶ آوریل ۲۰۰۲) برگزار گردید، هدف توسعه پایدار این‌گونه اعلام شد: «رویکرد جامع و یکپارچه‌ای به فرآیندهای اقتصادی، اجتماعی و سیاسی است که با هدف استفاده پایدار از منابع طبیعی و زمین صورت می‌گیرد و به حفاظت از محیط، زندگی انسان و هم‌چنین توسعه اجتماعی و اقتصادی بستگی دارد و در پی تحقق بخشیدن حق همه انسان‌ها به استاندارد زندگی مناسب بر اساس فعالیت‌هایشان، مشارکت آزاد و معنی‌دار در توسعه و توزیع عادلانه منافع حاصل، با توجه به نیازها و منافع نسل‌های آینده است».^۱

دولت‌ها موظف به ارائه حمایت مالی برای اجرای پروژه‌های انرژی پایدارند. این حمایت می‌تواند به شکل یارانه، مشوق‌های مالیاتی یا تضمین وام باشد و در کاهش هزینه‌های مربوط به انتقال به انرژی پایدار و تشویق سرمایه‌گذاری بخش خصوصی بسیار مهم است. هم‌چنین دولت‌ها در

۱. بیانیه دهلی‌نو از اصول قوانین بین‌المللی مربوط به توسعه پایدار.

ایجاد یک چارچوب نظارتی نقش مهمی ایفا می‌کنند که از گذار به انرژی پایدار حمایت می‌کند. این موضوع شامل تنظیم استانداردهای عملکرد برای محصولات و ساختمان‌های با انرژی کارآمد، ایجاد برنامه‌های بهره‌وری انرژی و ترویج استفاده از منابع انرژی تجدیدپذیر است. در پایان، نقش دولت‌ها در اجرای چرخه انرژی پایدار جهانی بسیار مهم و چندوجهی است. از منظر حقوق بین‌الملل، دولت‌ها موظفند از طریق اجرای سیاست‌ها، حمایت‌های مالی و مقررات، حق برخورداری از محیطی امن و سالم از جمله دسترسی به انرژی پایدار را ترویج و حمایت کنند. موفقیت انتقال جهانی به انرژی پایدار به تعهد و همکاری دولت‌ها، بخش خصوصی و جامعه مدنی بستگی دارد.

بند دوم. اقدامات آینده در سطح ملی

قانون مربوط به انرژی پایدار در طول ۳۰ سال آینده کجاست؟ در واقع، این اقدامات آن قدر ناموفق بوده است که جامعه حرفه‌ای اکنون ترجیح می‌دهد سناریوهای انرژی را به جای برنامه‌های انرژی با توجه به عدم قطعیت غالب آماده کند. اولین وظیفه در فرموله کردن پاسخ به این سؤال، تعیین منابع انرژی است که باید تشویق کنیم تا آینده انرژی پایدار را پرورش دهیم. واضح‌ترین عامل برای انرژی پایدار، بهره‌وری انرژی است. این امر باید در تمام بخش‌های اقتصاد - حمل‌ونقل، صنعت، ساختمان و کالاهای مصرفی - ترویج شود. بهره‌وری انرژی گاهی «مسئله سیندرلا» نامیده می‌شود؛ زیرا تنها یارانه‌های دولتی محدود و بحث نسبتاً کمی را در محافل قانونی جذب کرده است. با این حال، تحقیقات اخیر توسط آژانس بین‌المللی انرژی نشان می‌دهد که بهره‌وری انرژی می‌تواند به طور بالقوه در تثبیت انتشار کربن نسبت به دیگر منابع انرژی (از جمله انرژی هسته‌ای)، سهم بیش‌تری داشته باشد.^۱ بهره‌وری انرژی شاید به این دلیل کاهش یابد که انرژی جدیدی تولید نمی‌کند، بلکه به سادگی، نرخ مصرف انرژی موجود را کاهش می‌دهد. با این حال، این مسئله گمراه‌کننده است. همان‌طور که آموری لوییس یک بار اشاره کرد،^۲ یک واحد انرژی ذخیره‌شده معادل با یک واحد انرژی تولیدشده است. او عبارت «نگاوات» (یک وات منفی) را برای این منظور ابداع کرد.

به نظر می‌رسد با توجه به تمام دلایل بالا، انرژی هسته‌ای، بخشی از راه‌حل‌های انرژی پایدار برای

1. International Energy Agency, World Energy Outlook 2006, at 192.

2. A Lovins, 1977.

۳۰ سال آینده نیست. با این حال، نیازی به گفتن نیست که کشورهایی که به استفاده از این منبع ادامه می‌دهند، باید در سطح ملی، تمام کنترل‌های لازم ایجاد شده تحت قوانین بین‌المللی از جمله مسائل ایمنی، دفع زباله‌های هسته‌ای، اعلام حوادث هسته‌ای، پردازش مجدد زباله‌های هسته‌ای، انتقال زباله‌های هسته‌ای و کمک‌های بین‌المللی در شرایط اضطراری هسته‌ای را انجام دهند.^۱ علاوه بر این، به نظر می‌رسد قوانین ملی که به نظارت بیش‌تر بر عملیات شرکت‌های هسته‌ای نیاز دارند، پس از آشکار شدن شکست‌ها و غفلت آژانس هسته‌ای ژاپن، اپراتور نیروگاه فوکوشیما در ژاپن ضروری باشند. قوانین ملی نیز در مورد تأسیسات ذخیره‌سازی زباله‌های هسته‌ای مورد نیاز خواهد بود و مسئولیت بلندمدت برای چنین تأسیسات ذخیره‌سازی باید توسط قانون وضع شود.

بند سوم. اقدامات آینده در سطح بین‌المللی

اگرچه سیاست‌های دقیق انرژی در بیش‌تر موارد توسط دولت‌های ملی وضع خواهد شد، پیشرفت‌های بین‌المللی، ظرفیت شکل دادن به مسیر چنین سیاست‌هایی را دارند. پس تغییر اساسی در نهادهای بین‌المللی ضروری است. سازمان ملل در طول دهه گذشته، توجه زیادی را به ترویج انرژی پایدار اختصاص داده، اما تلاش‌هایش، بیش‌تر در قالب تحقیقات و توسعه سیاست هماهنگ‌ناشده‌ای بوده که توسط برنامه توسعه سازمان ملل متحد، برنامه محیط زیست سازمان ملل متحد،^۲ وزارت امور اقتصادی و اجتماعی^۳ و شش کمیسیون اقتصادی منطقه‌ای انجام شده است.

برنامه‌ای فراگیر به نام آژانس انرژی سازمان ملل متحد بر توسعه انرژی پایدار تمرکز دارد، ولی بیش‌تر به تبادل اطلاعات پرداخته است. این آژانس را می‌توان با آژانس بین‌المللی انرژی اتمی موجود مدل‌سازی کرد. این مؤسسه در سال ۱۹۵۷ با هدف ترویج توسعه جهانی انرژی هسته‌ای تأسیس شد و به مقابله با طیف گسترده‌ای از نگرانی‌های زیست‌محیطی و ایمنی در مورد چنین توسعه‌ای پرداخت. در حالی که هزینه قابل توجهی در ایجاد یک آژانس جدید وجود دارد که کشورها ممکن است تمایلی به تحمل آن نداشته باشند، گسترش نقش آژانس بین‌المللی انرژی اتمی (و

1. Nuclear Safety Convention (5 July 1994).

2. UNEP

3. UN DESA

تغییر نام آن) به منظور در نظر گرفتن تمام جنبه‌های توسعه انرژی پایدار یا در پرتو پتانسیل محدود آینده انرژی هسته‌ای، برای تمرکز انحصاری بر توسعه پایدار امکان‌پذیر خواهد بود.

در پاسخ به ناامیدی بسیاری از کشورها از اقدام بین‌المللی برای حمایت از توسعه پایدار، دولت آلمان اخیراً ابتکار عمل را با گرفتن نقش رهبری در ایجاد آژانس بین‌المللی انرژی تجدیدپذیر (IRENA) در دست گرفته است. قانونی در این زمینه وضع و اجرا شده و تعداد مورد نیاز حمایت احزاب دولتی را به دست آورده است.^۱ این آژانس در حال حاضر، سیاست و تحقیقات علمی را آغاز کرده، اما از نظر سازمان ملل متحد بی‌اعتبار است. با این حال، یک گزینه ساده، اما مقرون به صرفه برای سازمان ملل متحد آن است که این سیاست‌ها توسط آژانس اتخاذ گردد، در حالی که (ترجیحاً) گسترش نقش آن، فراتر از انرژی تجدیدپذیر برای شامل کردن جنبه‌های دیگر انرژی پایدار است. بر اساس توافق‌نامه پاریس، دولت‌ها موظفند برای کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای و حمایت از استفاده از منابع انرژی تجدیدپذیر اقدام کنند. دولت‌ها همچنین در تفسیر و اعمال قوانین بین‌المللی در چارچوب چرخه انرژی پایدار نقش دارند که شامل حل و فصل اختلافات بین دولت‌ها و اجرای معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است.

چرخه انرژی پایدار جهانی، جنبه مهمی از مبارزه با تغییرات آب‌وهوایی و حفاظت از محیط زیست است. دولت‌ها از طریق تعیین سیاست‌های ملی، ایجاد معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و تأمین مالی و سرمایه‌گذاری در اجرای این چرخه نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا می‌کنند. حقوق بین‌الملل نیز با الزام دولت‌ها به تعهدات خود و حمایت از حل و فصل اختلافات در اجرای چرخه انرژی پایدار نقش مهمی دارد.

گفتار سوم. دموکراسی انرژی پایدار

دموکراسی انرژی در چارچوب انتقال انرژی پاک و تمرکززدایی به عنوان عنصری از آن گذار پدیدار شده است. ریشه‌های مفهوم دموکراسی انرژی پایدار در کنشگری و جنبش‌های اجتماعی است که بر ابعاد اخلاقی گذار انرژی تمرکز می‌کنند و ایدئال‌های عدالت اجتماعی و برابری اقتصادی را

1. As at August 2012 there are 101 state parties to the Statute.

با انتقال انرژی پاک کنار هم می‌آورند.^۱ مفهوم دموکراسی انرژی اخیراً در اروپا و آمریکا ظهور کرده است.^۲ کاربردهای اولیه این مفهوم به دهه ۲۰۱۰ برمی‌گردد، زمانی که بیش‌تر توسط NGOها و در مقالات مختلف سیاسی و غیر علمی استفاده می‌شد.^۳ در گفتمان دانشگاهی، اولین ارجاعات عینی به این مفهوم در سال‌های ۲۰۱۰ و ۲۰۱۱ به خصوص در منابع آلمانی و دانمارکی ظاهر شد.^۴

دموکراسی انرژی به عنوان «یک جنبش اجتماعی نوظهور» توصیف شده است که «با مقاومت در برابر برنامه انرژی غالب سوخت فسیلی و در عین حال، بازیابی و بازسازی دموکراتیک رژیم‌های انرژی، انتقال انرژی‌های تجدیدپذیر را پیش می‌برد».^۵ با در نظر گرفتن خاستگاه‌های اولیه این اصطلاح، جای تعجب نیست که برخی نشریات بیش از آن‌که به تحلیل‌های کامل بپردازند، رنگ و بوی مانیفست دارند. با این وجود، این موضوع نگاه قابل توجهی را در سراسر جهان به خود جلب کرده و در تعدادی از حوزه‌ها، از جمله علوم اجتماعی و حقوق نفوذ یافته است. این مبحث به بررسی و پاسخ به سؤال‌های مربوط به عملکرد، نقش و ماهیت قانونی دموکراسی انرژی پایدار می‌پردازد.

مفهوم دموکراسی انرژی پایدار در پس‌زمینه تمرکززدایی و توزیع عادلانه و مزایای بخش انرژی آشکار می‌شود.^۶ به طور سنتی، بازیگران بزرگی مانند ایالت‌ها و شرکت‌های بزرگ بر بخش انرژی به ویژه در بخش عرضه آن تسلط دارند. مصرف‌کنندگان انرژی به طور سنتی به عنوان گیرندگان منفعل انرژی تولیدشده توسط شرکت‌های بزرگ و مسلط انرژی نقش داشته‌اند. نه تنها بازیگران بخش انرژی

1. Matthew Burke and Jennie Stephens, "Political power and renewable energy futures: A critical review", 35 Energy Research & Social Science 78-93, 78, 2018, p. 18.

2. Ibid, p. 35.

3. Van Veelen, Bregje, and Dan Van Der Horst, "What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory", Energy Research & Social Science, 46, 19-28, 2018, p. 28.

4. Jungjohann, Arne, and Craig Morris, "Energy Democracy-Germany's Energiewende to Renewables", 2016, p. 102.

5. Burke, Matthew J., and Jennie C. Stephens, "Energy democracy: Goals and policy instruments for sociotechnical transitions", Energy research & social science 33, 35-48, 2017, p. 36.

6. Sovacool, Benjamin K., and Pascale L. Blyth, "Energy and environmental attitudes in the green state of Denmark: Implications for energy democracy, low carbon transitions, and energy literacy", Environmental Science & Policy 54, 304-315, 2015, p. 96.

بزرگ بوده‌اند، بلکه تولید انرژی در مقیاس صنعتی نیز صورت گرفته، به این معنا که بخش انرژی ذاتاً متمرکز بوده است. این نوع ساختار بازار مزایایی دارد، اما کاستی‌هایی هم دارد که در زمینه انتقال انرژی تشدید می‌شود و عبارتند از:

اول: یک مدل متمرکز لزوماً قادر به ارائه انرژی مقرون به صرفه به مناطق روستایی یا پیرامونی نیست. با افزایش اهمیت برق در انتقال انرژی پاک، دسترسی به انرژی برای یک استاندارد زندگی مناسب به طور فزاینده‌ای حیاتی می‌شود.

دوم: تولید متمرکز انرژی به این معنی است که برخی از مناطق در یک کشور معین ناگزیر باید با تعدادی از مزاحمت‌ها یا شدید زندگی کنند، مانند: آسیب دیدگی و اختلالات صوتی، آلودگی هوا، خاک و آب، لرزش زمین و مسائل بهداشتی. در عین حال، مناطق دیگر (عمدتاً پایتخت‌ها و مناطق شهری به طور کلی) از تولید انرژی بهره می‌برند بدون این‌که مجبور به زندگی با جنبه‌های منفی باشند.

سوم: یک مدل تولید متمرکز قابل اعتماد است، اما نسبتاً انعطاف‌ناپذیر است. هنگامی که سهم تولید انرژی‌های تجدیدپذیر در ترکیب کلی تولید افزایش می‌یابد، عرضه انرژی متناوب‌تر می‌شود. در نتیجه، سیستم‌های انرژی باید برای ادغام سهم فزاینده انرژی‌های تجدیدپذیر انعطاف‌پذیرتر شوند تا اطمینان حاصل شود که عرضه در زمانی که انرژی تجدیدپذیر در دسترس نیست، تقاضا را برآورده می‌کند. این نیاز به افزایش انعطاف‌پذیری در سیستم انرژی و نیاز به دسترسی بهتر به انرژی را می‌توان در یک مدل نامتمرکز بازار انرژی بررسی کرد.

در پس زمینه انتقال انرژی، بخش انرژی در حال تغییر تدریجی از یک مدل بازار متمرکز به یک مدل نامتمرکزتر است که تأکید بیش‌تری بر مشارکت منابع توزیع شده و بازیگران طرف تقاضا دارد. به عبارت دیگر، مصرف‌کنندگان فردی و جوامع آن‌ها در بخش انرژی فعال‌تر می‌شوند. چنین تغییر فناوری و اجتماعی لزوماً مستلزم بازتعریف نقش‌هاست؛ همان مسئولیت‌های مصرف‌کنندگان و ساکنان انرژی^۱ که در آن، مفهوم دموکراسی انرژی پایدار ظهور می‌کند. دموکراسی انرژی پایدار هیچ تعریف ثابتی ندارد، چه رسد به تعریف قانونی الزام‌آور و در زمینه‌های مختلف با معانی متفاوت

1. Lennon, Breffni, Niall P. Dunphy, and Estibaliz Sanvicente, "Community acceptability and the energy transition: A citizens' perspective", Energy, Sustainability and Society 9, No. 1, 1-18, 2019, p. 10.

استفاده می‌شود. با این حال، این ایده، دو جنبه اساسی را دربرمی‌گیرد: یک سیستم انرژی پاک و نامتمرکز (جنبه «پایداری») و توزیع عادلانه بارها و مزایای بخش انرژی (جنبه «دموکراسی»)^۱.

بند اول. جنبه‌های دموکراسی انرژی پایدار

مفهوم دموکراسی انرژی پایدار شامل دو جنبه متمایز، اما مرتبط با هم یعنی پایداری و دموکراسی است که هر دو به طور گسترده در ادبیات از دیدگاه‌های زیست‌محیطی، اجتماعی و علوم سیاسی بررسی شده‌اند. این بخش به جای تمرکز بر این مجموعه‌های گسترده ادبیات، بر نحوه عملکرد آن‌ها در زمینه انرژی و قانون تمرکز می‌کند. در زمینه دموکراسی انرژی پایدار، پایداری و دموکراسی به عنوان سیاست‌هایی توصیف شده‌اند که انتقال انرژی‌های تجدیدپذیر را با مفاهیم عدالت اجتماعی و برابری اقتصادی پیوند می‌دهند. به عبارت دیگر، مفهوم دموکراسی انرژی پایدار توسط دو بخش مجزا و به وضوح مشخص می‌شود: اولین مورد انرژی‌های تجدیدپذیر نامتمرکز و توزیع شده است که به پایدارتر کردن بخش انرژی کمک می‌کند. مورد دوم مربوط به توزیع عادلانه بارها و مزایای مربوط به چرخه حیات انرژی از اکتشاف و تولید تا انتقال، توزیع و مصرف است. این جنبه اخیر به عنصر دموکراسی انرژی پایدار اشاره دارد.

الف. جنبه اول پایداری در دموکراسی انرژی پایدار: تمرکززدایی و انرژی توزیع شده

هدف پایداری، تطبیق توسعه اجتماعی و اقتصادی با نیازهای حفاظت از محیط زیست است. اعلامیه ریو، توسعه پایدار را به عنوان حقی برای توسعه تعریف می‌کند که باید با برآورده کردن عادلانه نیازهای توسعه‌ای و زیست‌محیطی نسل‌های حال و آینده محقق شود. «مشخص نیست که آیا حق بر توسعه را می‌توان به طور دقیق به عنوان یک اصل واحد در حال ظهور حقوق بین‌الملل محیط زیست توصیف کرد یا نه و... به عنوان یک هنجار عرفی که در نهایت به عنوان امری الزام‌آور برای همه دولت‌ها پذیرفته خواهد شد؛ «حق خود» یا «نوعی از هنجارها به خودی خود»^۲. در این میان، واضح است که معنا و جایگاه آن در طول زمان تکامل یافته است.

1. Arnstein, Sherry R., "A ladder of citizen participation", Journal of the American Institute of planners 35, No. 4 , 216-224, 1969, p. 259.

2. Cordonier Segger, Marie-Claire, and Ashfaq Khalfan, "Sustainable development law: principles, practices, and prospects", 2004, p. 123.

این مفهوم به طور ضمنی یا صریح در بسیاری از معاهدات بین‌المللی زیست‌محیطی به رسمیت شناخته و در زمینه‌های دیگر موافقت‌نامه‌های (بین‌المللی) مانند WTO و معاهدات سرمایه‌گذاری به آن اشاره شده است. دادگاه‌های منطقه‌ای و بین‌المللی به یکی از جدیدترین تحولات مربوط به اجرای این مفهوم در عمل^۱ یعنی ایجاد توسعه پایدار اشاره کرده‌اند^۲ که اهدافی مشخص (هرچند غیر الزام‌آور) را در مورد چگونگی پایداری ارائه می‌کنند. این اهداف باید تا سال ۲۰۳۰ محقق شود و اهداف و نشانه‌هایی برای اندازه‌گیری پیشرفت وجود داشته باشد. حتی اگر جایگاه و تفسیر دقیق این مفهوم در حال تحول باشد، آشتی توسعه اجتماعی و اقتصادی با حفاظت از محیط زیست در قلب آن نهفته است. این دقیقاً همان چیزی است که هدف افزایش انرژی تولیدشده از منابع انرژی تجدیدپذیر است.

انتقال انرژی اساساً ناشی از نیاز به کربن‌زدایی فعالیت‌های انسانی برای کاهش تغییرات آب‌وهوایی است. فرآیند کربن‌زدایی بخش انرژی شامل تغییر منبع انرژی اولیه از سوخت‌های فسیلی به انرژی‌های تجدیدپذیر است. عموماً تصور می‌شود که یک بخش انرژی به طور کامل مبتنی بر انرژی‌های تجدیدپذیر به ویژه در برق نمی‌تواند بر اساس ساختار سنتی بازار ساخته شود که در آن، تولیدکنندگان بزرگ و متمرکز، انرژی را تأمین می‌کنند و مصرف‌کنندگان صرفاً دریافت‌کنندگان غیر فعال آن انرژی هستند.^۳ با تبدیل ساختاری بازار به دور از مدل بازار عرضه‌محور به یک سیستم نامتمرکز، سهم بازیگران سمت تقاضا و تولید پراکنده بارزتر می‌شود. به دلیل ماهیت پراکنده تولید انرژی‌های تجدیدپذیر (خورشیدی، بادی و زمین‌گرمایی) از آن‌ها تمرکززدایی شده است. بنابراین، تمرکززدایی بخش انرژی از طریق انرژی‌های تجدیدپذیر، موضوعی پایدار است، همان طور که پیش‌تر نشان داده شده است.

وجود واحدهای نامتمرکز یا توزیع‌شده جامعه مانند شهرداری‌ها، بلوک‌های ساختمانی، جوامع و شهروندان و مصرف‌کنندگان فردی نیز تغییر از مدل بازار عرضه‌محور به یک سیستم نامتمرکزتر است که در آن، تولیدکنندگان متمرکز و شرکت‌های بزرگ انرژی، بازیگران کلیدی هستند و در آن بر

1. United Nations, www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld/publication.

2. Ibid.

3. Burke and Stephens, p. 37.

سهام منابع تولید پراکنده و بازیگران طرف تقاضا بیش‌تر تأکید می‌شود. در زمینه تمرکززدایی بخش انرژی، چندین پدیده جدید پدید آمده و مفاهیمی مانند تأمین‌کننده انرژی، جامعه انرژی و انرژی شهروندی یا شهروندی انرژی به اصطلاح استاندارد در این زمینه تبدیل شده‌اند.

مصرف‌کنندگان انرژی، افراد یا خانوارهایی هستند که هم انرژی تولید می‌کنند و هم آن را مصرف، آن هم به عنوان واحد بزرگ‌تری از مردم یا خانوارهایی که به طور مشابه، انرژی تولید و مصرف می‌کنند. هر دو جامعه بر مصرف‌گرایی و انرژی ساختارهای داوطلبانه مشارکت در بخش انرژی متمرکزند که ممکن است شامل تعدادی نقش و مسئولیت مانند تأمین مالی، مدیریت، حفظ، بهره‌برداری و توسعه تولید و مصرف انرژی فرد، خانه یا جامعه باشد. این اشکال مشارکت هم‌چنین شامل مجموعه‌ای از حقوق برای مصرف‌کننده یا خانوار شرکت‌کننده از جمله حق مصرف انرژی تولیدشده، تصمیم‌گیری در مورد توسعه سیستم انرژی و ترک جامعه انرژی است. انرژی شهروندی، ایده‌های گسترده‌تر و انتزاعی‌تری هستند که با مشارکت فعال شهروندان در فرآیند انتقال انرژی مرتبطند.

به طور کلی، این مفاهیم کلیدی تمرکززدایی در قالب رویکردهای پایین به بالا به جای از بالا به پایین ارائه می‌شوند و نیاز به افزایش فراگیری بخش انرژی دارند.^۱ بنابراین، آن‌ها با ایده‌های دموکراسی انرژی به دنبال ساختار شکنی مدل سنتی سیستم انرژی به عنوان یک «انحصار طبیعی» و جای‌گزینی آن با ساختارهای مشارکتی بیش‌ترند.^۲ با این حال، یک سیستم انرژی نامتمرکز ممکن است تحت تأثیر تعدادی از مشکلات قرار گیرد. تبدیل مصرف‌کنندگان از دریافت‌کنندگان غیر فعال انرژی به شرکت‌کنندگان فعال در بازار انرژی، فرصت‌ها، صرفه‌جویی در هزینه‌ها و مزایای دیگر را به همراه دارد، اما مصرف‌کنندگان را در معرض خطرات ذاتی بازارهای انرژی نیز قرار می‌دهد. مصرف‌کنندگان باید قیمت‌گذاری پویا را تحمل کنند؛ به این معنی که گاهی ممکن است مجبور شوند هزینه‌های افزایش قیمت را بپذیرند که در بازارهای عمده‌فروشی و خرده‌فروشی رخ می‌دهد.^۳

1. Sokołowski, Maciej M., "European law on the energy communities: A long way to a direct legal framework", European Energy and Environmental Law Review 27, No. 2, 60-70, 2018, p. 19.

2. Salter, Gonzalez and Warner (n 4) 9.

3. Kaisa, Huhta, "Unleashing Consumer Potential in the Energy Transition: A Reflection of the Transforming Role of the EU Consumer", (3) ogel, 2019, p. 103.

فرصت بیش‌تر مصرف‌کننده در بازار انرژی هم به این معنی است که سیستم برای مصرف‌کننده پیچیده‌تر می‌شود. تحقیقات اقتصاد رفتاری نشان داده است که رفتار مصرف‌کننده در بازار انرژی چندان منطقی نیست. قیمت‌ها چنین نقشی را ایفا نمی‌کنند، بلکه شامل تعهدات گسترده برای تأمین مالی و مدیریت اموال جدید می‌شوند. سیستم‌های تأمین مالی یا مالیات برای انرژی متمرکز نیز ممکن است برای رفع نیازهای شهروندان انرژی غیر حرفه‌ای مجهز نباشد.^۱

بر اساس این تحلیل می‌توان نتیجه گرفت که جنبه پایداری دموکراسی انرژی پایدار به آشتی توسعه اقتصادی و نیازهای حفاظت از محیط زیست در بخش انرژی مربوط می‌شود. برای دستیابی به این آشتی در عمل، ساختار فعلی بازار انرژی باید بازنگری شود و نقش‌ها و مسئولیت‌های شرکت‌کنندگان در بازار باید دوباره تعریف شوند. مفاهیمی مانند تأمین‌کننده انرژی، جامعه انرژی و انرژی شهروندی یا شهروندی انرژی، نقش کلیدی در این زمینه دارند. در نهایت، چالش‌های ناشی از تمرکززدایی به ریسک‌های مرتبط با مصرف‌کنندگانی مربوط می‌شود که در بازارهای رقابتی فعالیت می‌کنند، اما به این سؤال گسترده‌تر مربوط می‌گردد که آیا مردم قادر به مشارکت هستند یا خیر. به عبارت دیگر، این پرسش گسترده‌تر به این موضوع می‌پردازد که چگونه از دادن فرصت‌های جدید به افراد محدود ثروتمند اجتناب کنیم و در عین حال، بسیاری از افراد غیر مرفه را پشت سر بگذاریم. دومین جنبه اساسی مفهوم دموکراسی انرژی پایدار به این مورد توجه می‌کند

ب. جنبه دوم دموکراسی انرژی پایدار: توزیع عادلانه بارها و مزایای بخش انرژی

جنبه دوم دموکراسی انرژی پایدار بر توزیع عادلانه بارها و مزایای بخش انرژی متمرکز است. از نظر بسیاری از محققان، دموکراسی انرژی، بخشی از ادبیات نوظهور و رویه فعال در مورد حقوق افراد و جوامع برای مشارکت معنادار در توسعه بخش انرژی و انتقال انرژی را تشکیل می‌دهد. به همین دلیل، دموکراسی انرژی، پیوندهای متعددی با مفاهیم مرتبط با محیط زیست، انرژی و عدالت آب‌وهوایی دارد که دارای مبانی مفهومی قوی‌تر و سنت‌های طولانی‌تر بحث دانشگاهی است.^۲ در واقع، توزیع عادلانه بارها و مزایای بخش انرژی در مفهوم عدالت انرژی است. با توجه به دامنه

1. Burke and Stephens, p. 79.

2. Benjamin K Sovacool and Michael H Dworkin, p. 142.

وسیع و مبهم هر دو مفهوم، حتی پیشنهاد شده است که آن‌ها در برخی موارد، مترادفند.

عدالت انرژی، مفهومی است که تعاریف مختلفی از آن ارائه شده است.^۱ در یک تعریف رایج، عدالت انرژی از سه اصل تشکیل می‌شود: ^۲ توزیعی، ^۳ رویه‌ای ^۴ و عدالت شناختی^۵ که به تعریف دموکراسی در زمینه انرژی و محیط بسیار نزدیک است که بین عدالت توزیعی و رویه‌ای تمایز قائل می‌شود. در واقع، طرفداران مفهوم عدالت انرژی اذعان دارند که عدالت رویه‌ای و شناختی ماهیت مشابهی دارند. پس جنبه دوم دموکراسی انرژی پایدار، عدالت انرژی است.

در گذشته، تلاش‌هایی برای ایجاد تمایز دقیق بین عدالت انرژی و دموکراسی انرژی صورت گرفته است. مشکلات این تمایز از یک سطح فلسفی بسیار اساسی شروع می‌شود و نشان می‌دهد که می‌توان دموکراسی بدون عدالت وجود داشت و برعکس. نه تنها حاکمیت قانون، بلکه دیدگاه مشترک مردم نیز مبنی بر این است که عدالت واقعی تنها در صورتی محقق می‌شود که همه صداها واقعاً شنیده شوند و دموکراسی، خلاف آن را نشان دهد.

علاوه بر این، استدلال شده است که دموکراسی انرژی را می‌توان نتیجه عدالت رویه‌ای و شناختی دانست. با گذشت دهه‌ها، درخواست‌ها برای شفافیت و حق شهروندان برای مشارکت واقعی قوی‌تر شد. عدالت توزیعی به عنوان ابزاری برای پاسخ‌گویی به این جو اجتماعی تغییر یافته پدیدار گشت که مستلزم بررسی تخصیص هزینه‌ها و منافع سیستم انرژی در سراسر جامعه است.^۶ به زبان ساده، عدالت توزیعی به توزیع منافع و بار فعالیت‌ها در بخش انرژی اشاره دارد.^۷ این موضوع به مبارزه برای انرژی تحت کنترل دموکراتیک و دارای مالکیت اجتماعی می‌پردازد.^۸

1. Salter, Gonzalez and Warner (n 4) 3 (n 59) 435-444, 437.

2. Darren McCauley and others, (2013).

3. As defined in McCauley and others (n 63), e' (2009).

4. As defined in McCauley and others (n 63), with reference to Walker (n 64) 614-636.

5. As defined in McCauley and others (n 63), with reference to Walker (n 64) 614-636.

6. Sovacool and Dworkin (n 71) 13; Walker (n 64) 614-636, 614.

7. Kjell Törnblum and Riël Vermunt, (2016).

8. Salter, Gonzalez and Warner (n 4) 10.

ارتباط بین دسترسی به انرژی و حقوق بشر، نمونه خوبی از تعامل بین عدالت رویه‌ای و توزیعی است. هفتمین هدف توسعه پایدار سازمان ملل متحد بر انرژی پاک و مقرون به صرفه برای همه متمرکز دارد.^۱ در این زمینه تأکید شده است که دسترسی جهانی به انرژی پاک را می‌توان از طریق ساختارهای نامتمرکز بازار انرژی به بهترین صورت بررسی کرد. با این حال، مناطق روستایی با افزایش خودکفایی مصرف‌کنندگان و جوامع آن‌ها، امنیت عرضه را نیز بهبود می‌بخشند. هم‌چنین می‌تواند باعث صرفه‌جویی در هزینه‌ها در مناطقی شود که ساخت زیرساخت‌های انرژی بزرگ به طور غیر منطقی، هزینه‌بر است.^۲ با وجود این، مزایایی مانند تمرکززدایی، تلاش برای پیشرفت است.

گفتار چهارم. بایسته‌های اجرایی شدن انرژی‌های تجدیدپذیر در حقوق داخلی

مفهوم توسعه پایدار در حقوق محیط زیست بر رشته‌ای از مؤلفه‌های اقتصادی، زیست محیطی و اجتماعی دلالت دارد و نیل به چنین سطحی از توسعه مستلزم وجود تعادل خاصی بین این مؤلفه‌هاست که در درجه اول، وجود یک سیستم اقتصادی را ضروری می‌داند که توانایی تولید مازاد و دانش فنی مستقل و پایدار داشته باشد. دولت‌ها در این حوزه، تعهداتی بر عهده دارند که برخی از این تعهدات از جمله اصل مسئولیت مشترک، اما متفاوت و انتقال تکنولوژی‌های سبز در کنوانسیون‌های لازم‌الاجرای زیست محیطی بیان گردیده‌اند و بر برخی از تعهدات با تکرار در اسناد غیر الزام‌آور و در رویه کشورها به عنوان تعهدات الزام‌آور عرفی تأکید شده است که از نمونه‌های بارز آن می‌توان به اصل همکاری در محیط زیست، منع آسیب به محیط زیست و ممنوعیت استفاده خسارت‌بار از سرزمین اشاره کرد.^۳

بند اول. استقرار نظام مدیریت سبز

دولت سبز، شکلی از دولت مدرن است. تعریف جامع و مانعی از دولت مدرن و تمیز آن از واژگان مشابه چون دولت دموکراتیک، دولت قانون‌مند و حاکمیت مطلوب در دست نیست، اما عمدتاً

1. United Nations, 'Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development':

www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld/publication

2. Ibid.

۳. مشهدی، علی و مهناز رشیدی، «تأثیر تحریم‌های وضع شده علیه ایران بر محیط زیست، انرژی و انتقال تکنولوژی از منظر حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۶، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱.

دولت مدرن را دولتی می‌دانند که همه عناصر ساختاری و هنجاری آن در راستای تضمین حق و آزادی‌های بنیادین به کار گرفته شده است و کارایی آن با مؤلفه قابلیت حفاظت و حراست از حقوق بشری ارزیابی می‌گردد.^۱

نظام مدیریت سبز، مجموعه‌ای از مطالعات و اقدامات جامع، هدفمند و مستمری است که در سطوح مختلف دستگاه‌های دولتی و غیر دولتی صورت می‌گیرد تا وضعیت موجود سازمان را برای رسیدن به وضعیت مدیریت سبز ارتقا و تداوم بخشد. امروزه، تعداد فزاینده‌ای از شرکت‌ها با توجه به افزایش فشارهای نظارتی و ذی‌نفعان زیست‌محیطی، به یکپارچه‌سازی توسعه پایدار با توجه به اصول کسب و کارشان نیاز دارند. این ادغام در ادبیات، مدیریت سبز نامیده می‌شود.^۲

در ایران، موضوع استقرار نظام مدیریت سبز از بالاترین سطح دولت یعنی هیئت وزیران پیشنهاد شده است. سازمان حفاظت محیط زیست و سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی در سال ۱۳۸۲ بر اساس مصوبه ابلاغی موظف شدند تا با ایجاد دبیرخانه دولت سبز به تدوین اصول پایه بپردازند و دستگاه‌های اجرایی با هماهنگی لازم با این دبیرخانه به استقرار نظام دولت سبز در سازمان‌های دولتی و زیرمجموعه‌های خود اقدام کنند. مصوبه فقط شامل سازمان‌ها و شرکت دولتی است؛ زیرا سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی سهم قابل توجهی در اقتصاد ملی دارند و اجرای برنامه مدیریت سبز نیازمند اختصاص بودجه کلان است که فقط به سازمان‌های دولتی قابل پرداخت است. در عین حال، به دلیل جدید بودن موضوع و هم‌چنین پراهمیت بودن آن، شروع طراحی و استقرار نظام مدیریت سبز می‌تواند در بخش دولتی آغاز شود و در تداوم موفقیت خود به عنوان یک الگو و معیار به واحدهای خصوصی و تعاونی و نیز در بخش خانگی تسری یابد.^۳

۱. نیک‌خواه، وحید و محمدحسین رضائی قوام‌آبادی، «تحلیل حقوقی مناسبات دولت و محیط زیست در گذار به دولت سبز»، علوم محیطی، دوره چهاردهم، شماره ۳، ۱۳۹۵، ص ۱۵۱.

۲. مرادی موفق، مریم و علی مشهدی، «حمایت حقوقی از نظام مدیریت سبز در دستگاه‌های اجرایی»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی، ۱۳۹۷، ص ۹.

۳. ریاحی، منوچهر، «استقرار نظام مدیریت سبز در دستگاه‌های اجرایی به عنوان ابزار جهت اقدامات اجرایی ملی و فراملی زیست محیطی و اقتصادی در راستای اهداف برنامه چهارم توسعه»، پنجمین همایش ملی دوسالانه انجمن متخصصان محیط زیست ایران، ۱۳۸۳، ص ۱۲.

در بستر حقوق و قانون اساسی، به طور واضح به ضرورت اجرای منظم و مداوم نظام مدیریت سبز در سازمان‌های دولتی اشاره شده است. امروزه، سازمان‌های دولتی نیازمند برنامه‌ریزی دقیقی هستند تا مفاد این اسناد جنبه اجرایی به خود بگیرد. اسناد بالادستی و ابرخط‌مشی‌های ملی، مدیریت سبز در ایران به ترتیب عبارتند از: اصل ۵۰ قانون اساسی، چشم‌انداز ۲۰ ساله جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴، قانون اصلاح الگوی مصرف مصوب ۱۳۸۹، ماده ۶۶ برنامه چهارم توسعه، ماده ۱۹۰ قانون برنامه پنجم توسعه و ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه، ماده ۱۹۰ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ و ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه.^۱

بند دوم. تبیین خط‌مشی‌ها و سیاست‌ها

توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر در ایران متأثر از شرایط متعددی است. عوامل مختلفی در قالب شرایط زمینه‌ای و مداخله‌گر در توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر کشور اثرگذار هستند. تعاملات و روابط بین‌المللی در جذب و سرمایه‌گذاری‌های شرکت‌های خارجی در بازار داخلی تجدیدپذیرها در صدر تقاضای همکاری کشورها و شرکت‌های خارجی بوده است. در کشورهای توسعه‌یافته به لحاظ تجدیدپذیرها، خط‌مشی‌ها و ابزارهای خط‌مشی در قالب سبد خط‌مشی به طور پویا و هماهنگ حکمرانی می‌شوند.

مدیریت بخش انرژی ایران در قالب سبد انرژی کشور و واقعی‌سازی قیمت‌های حامل انرژی از طریق محاسبه شفاف و واقعی آثار خارجی و هزینه‌های محیط زیستی حامل‌های فسیلی و غیر فسیلی انرژی در شرایط یکسان، از جایگاهی ویژه برخوردار است. در چنین شرایطی، اثرات اقتصادی و محیط زیستی واقعی هر یک از حامل‌های انرژی روشن می‌شود و تصمیم‌گیران و خط‌مشی‌گذاران می‌توانند به درستی تصمیم بگیرند و رقابت بی‌مورد منابع فسیلی و انرژی‌های تجدیدپذیر رنگ می‌بازد و سبد انرژی در کشور ایران واقعی می‌گردد. هر یک از منابع و حامل‌های انرژی در جای خود و به اندازه سهم خود، نقش‌آفرینی می‌کنند و سبد انرژی کشور و ارتقای امنیت انرژی حاصل می‌شود. در کنار آن، افزایش فرصت برای حفظ، صادرات و استفاده از بهتر از منابع فسیلی در

۱. مظاهری تهرانی، مینا و همکاران، «الگوی مدیریت سبز برای سازمان‌های دولتی ایران»، علوم مدیریت در ایران، سال هفدهم، شماره ۶۸، ۱۴۰۱، ص ۲۷.

راستای ارتقای دیپلماسی انرژی کشور و افزایش درآمدهای ارزی به همراه کاهش مخاطرات محیط زیستی نمایان تر خواهد شد.^۱

اعطای مشوق‌های مالی، ایجاد صندوق حمایت مالی از انرژی تجدیدپذیر توسط دولت و ایجاد بستر و شرایط مناسب برای توسعه صنایع انرژی‌های تجدیدپذیر در کشور از جمله سیاست‌هایی است که می‌تواند به افزایش سهم انرژی‌های تجدیدپذیر در بخش انرژی و تحقق رشد سبز کمک کند. هم‌چنین با فراهم‌سازی شرایط نهادی و قانونی لازم برای همکاری‌های بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خصوصی می‌توان ضمن جبران محدودیت‌های مالی برای سرمایه‌گذاری‌های اولیه به تحقق اهداف رشد سبز در کشور کمک کرد. در این راستا، حذف تدریجی یارانه انرژی فسیلی و هدایت درآمدهای حاصل از آن به تأمین مالی پروژه تولید و توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر و تشویق بخش خصوصی برای سرمایه‌گذاری و ایجاد تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر توصیه می‌شود.

بند سوم. تمرکززدایی مسائل زیست محیطی

فرآیند همکاری و موضوعاتی که باید با همکاری نهادها مدیریت شوند، باید دقیقاً مشخص گردد و نهادی دایمی برای هماهنگی نهادهای ذی‌ربط متشکل از نمایندگان این نهادها ایجاد شود. در نظام حقوقی ایران، معیارهای مشخصی برای شناسایی و تفکیک نهادهای مسئول در زمینه حفظ محیط زیست وجود ندارد. این امر تا حدود زیادی به چندپارچه بودن حوزه‌های مختلف محیط زیست مانند آب، هوا و پوشش گیاهی از یک سو و پراکندگی وظایف میان سازمانی و نبود همکاری میان‌سازمانی مؤثر از سوی دیگر برمی‌گردد.

عمومی بودن وظیفه حفاظت محیط زیست اقتضای آن را دارد تا همه نهادهای مرکزی و محلی در سراسر پهنه جغرافیایی کشور در این امر مشارکت مؤثر داشته باشند، اما حفاظت محیط زیست در چندین دهه گسترش آن، همواره یک امر دولتی بوده و توسط نهادهای دولت مرکزی مدیریت شده و بسیاری از صلاحیت‌های قانونی حفاظت محیط زیست در نهادهای دولتی مرکزی تجمع یافته است. با پذیرش تمرکززدایی اداری در حقوق ایران طبق اصول ۶ و ۱۰۰ قانون اساسی و قانون

۱. منوریان، عباس و همکاران، «طراحی مدل خط‌مشی‌گذاری توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر در ایران»، سیاست‌گذاری عمومی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۱۱۶.

شهرداری‌ها، برخی اختیارات در خصوص مدیریت امور محلی به نهادهای محلی سپرده شده، اما تمرکززدایی مدیریت محیط زیست به طور مطلوبی صورت نگرفته است و نهادهای محلی یعنی شوراهای و شهرداری‌ها نقش بسیار ناچیزی در مدیریت امور محیط زیستی دارند. به دلیل دولتی بودن حفاظت محیط زیست، کارآمدی یا ناکارآمدی دستگاه دیوانی دولت و توانایی آن در مدیریت مشکلات و بحران‌ها به طور مستقیم بر وضعیت محیط زیست اثر می‌گذارد. مشارکت همه نهادهای مرتبط با امر حفاظت محیط زیست، مستلزم تمرکززدایی محیط زیستی است که به موجب آن، نهادهای محلی از اختیار تصمیم‌گیری، اختیارات و توانایی‌های اجرایی و مالی لازم برای مشارکت مؤثر در حفاظت محلی از محیط زیست با توجه به شرایط محیطی هر منطقه بهره‌مند شوند.^۱

نتیجه‌گیری

حوزه‌های مرتبط با حقوق انرژی (یا موضوعات مرتبط) حقوق محیط زیست و آب‌وهوا دارای اصول بسیاری است. یکی از دلایلی که قانون انرژی از قوانین زیست‌محیطی و تغییرات آب‌وهوایی در داشتن اصول خود پیروی نکرده است، نبود اجماع در مورد قانون انرژی است که هم‌چنان در حیطه حقوق انرژی به عنوان مسئله‌ای باقی مانده است. قابل توجه است که در سال ۲۰۱۷، قانون انرژی به عنوان بخشی از یکی از قدیمی‌ترین اجلاس‌های حقوقی سالانه جهان (کنفرانس سالانه انجمن دانشمندان حقوقی^۲ که در دوبلین (ایرلند) از ۵ تا ۸ سپتامبر ۲۰۱۷ برگزار گردید)، پذیرفته شد.

انرژی یکی از مهم‌ترین منابع برای توسعه و رفاه انسان است. با این حال، سیستم‌های انرژی فعلی ناپایدارند و به طور قابل توجهی به تغییرات آب‌وهوا، آلودگی هوا و کاهش منابع کمک می‌کنند. برای مقابله با این چالش‌ها، جامعه جهانی، چارچوبی را برای انرژی پایدار ایجاد کرده است که هدف آن، دسترسی به انرژی مقرون به صرفه، قابل اعتماد و پایدار برای همه است. اجرای چرخه جهانی انرژی پایدار مستلزم مشارکت و همکاری همه بازیگران از جمله دولت‌هاست.

حقوق بین‌الملل در ترویج انرژی پایدار و کاهش اثرات شیوه‌های انرژی ناپایدار نقش مهمی ایفا

۱. فریادی، مسعود، «آسیب‌شناسی همکاری میان‌سازمانی در حفاظت محیط زیست در حقوق اداری ایران»، مجله حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷، ص ۱۱۷.

2. See Society of Legal Scholars Annual Conference (accessed September 2017) c.

می‌کند. کنوانسیون چارچوب سازمان ملل متحد در مورد تغییر آب‌وهوا (UNFCCC) و توافق‌نامه پاریس، دو مورد از مهم‌ترین اسناد حقوقی بین‌المللی هستند که انرژی پایدار را ترویج می‌کنند و به چالش‌های تغییرات آب‌وهوایی می‌پردازند. این ابزارها، دولت‌ها را ملزم می‌کنند تا برای کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای و ترویج توسعه و استقرار فناوری‌های انرژی پاک اقدام کنند.

دولت‌ها در اجرای چرخه انرژی پایدار جهانی نقش مهمی دارند. آن‌ها می‌توانند چارچوب‌های قانونی و سیاستی لازم را برای حمایت از گذار به سیستم‌های انرژی پایدار فراهم آورند. برای مثال، دولت‌ها می‌توانند مقررات و استانداردهایی را برای اطمینان از ایمنی، کارآمدی و سازگاری با محیط زیست اجرا کنند. هم‌چنین می‌توانند مشوق‌های مالی مانند یارانه‌ها و اعتبارات مالیاتی را برای ترویج توسعه و استقرار فناوری‌های انرژی پاک ارائه دهند و از توسعه و استقرار منابع انرژی تجدیدپذیر مانند انرژی باد، خورشیدی و آبی حمایت کنند. افزون بر آن، می‌توانند بهره‌وری انرژی را ارتقا دهند که می‌تواند مصرف انرژی و انتشار گازهای گل‌خانه‌ای را به میزان قابل توجهی کاهش دهد. دولت‌ها علاوه بر ترویج انرژی پایدار، مسئولیت حفاظت از حقوق شهروندان و محیط زیست را نیز بر عهده دارند. قوانین بین‌المللی حقوق بشر، مانند میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق هر کس را برای داشتن بالاترین استانداردهای سلامت جسمی و روانی که شامل حق داشتن محیط زیست سالم است، به رسمیت می‌شناسد. از این رو، دولت‌ها باید برای جلوگیری از آسیب رساندن سیستم‌های انرژی به شهروندان و محیط زیست اقدام کنند.

تحقق یک چرخه انرژی پایدار نه تنها برای حفاظت از محیط زیست و امنیت انرژی، بلکه برای رشد اقتصادی و بهبود سلامت نیز حیاتی است. جامعه بین‌المللی باید برای انتقال به منابع انرژی تجدیدپذیر، سرمایه‌گذاری در فناوری‌های بهره‌وری انرژی و حمایت از سیاست‌های انرژی پایدار اقدام کند.

پی‌آمدهای چرخه انرژی پایدار قابل توجه و گسترده است و فواید آن برای نسل‌های آینده احساس خواهد شد. چرخه انرژی پایدار با استفاده از منابع تجدیدپذیر انرژی، استفاده کارآمد از انرژی و کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای مشخص می‌شود. یکی از مزایای اصلی چرخه انرژی پایدار این است که به کاهش وابستگی انسان به سوخت‌های فسیلی محدود کمک می‌کند. این امر به تأمین انرژی باثبات‌تر و مطمئن‌تر و هم‌چنین کاهش تنش‌های ژئوپلیتیکی منجر می‌شود که در نتیجه رقابت برای منابع محدود به وجود می‌آیند. علاوه بر این، به کاهش انتشار گازهای گل‌خانه‌ای و

در نتیجه، کاهش اثرات تغییرات آب‌وهوایی کمک می‌کند. این امر می‌تواند تأثیر زیادی بر محیط زیست داشته باشد و به حفظ سیاره زمین برای نسل‌های آینده کمک کند.

یکی دیگر از مزایای کلیدی چرخه انرژی پایدار این است که تأثیر مثبتی بر اقتصاد جهانی خواهد داشت. سرمایه‌گذاری در منابع انرژی تجدیدپذیر باعث ایجاد مشاغل جدید و کاهش هزینه‌های انرژی می‌شود که منابع را برای دیگر فعالیت‌های اقتصادی آزاد می‌کند. این امر به تحریک رشد اقتصادی کمک می‌کند، به ویژه در کشورهای در حال توسعه که هزینه‌های انرژی، محدودیتی عمده فراروی توسعه اقتصادی است.

چرخه انرژی پایدار، امنیت انرژی را بهبود می‌بخشد و فقر انرژی را کاهش می‌دهد. در بسیاری از نقاط جهان، دسترسی به انرژی محدود است و مردم مجبورند به منابع سنتی و خطرناک انرژی مانند زیست‌توده و نفت سفید تکیه کنند. با سرمایه‌گذاری در منابع انرژی تجدیدپذیر و بهبود بهره‌وری انرژی، امکان دسترسی به انرژی برای همه بدون توجه به محل زندگی آن‌ها فراهم می‌شود.

با این حال، تحقق یک چرخه انرژی پایدار خالی از چالش نیست. یکی از چالش‌های اصلی، هزینه انتقال به یک سیستم انرژی پایدار است. این امر مستلزم سرمایه‌گذاری در فناوری و زیرساخت‌های جدید، تغییرات قابل توجه در سیستم انرژی به عنوان یک کل و توسعه مهارت‌ها و تخصص‌های جدید به ویژه در زمینه انرژی‌های تجدیدپذیر و بهره‌وری انرژی است.

چالش دیگر، نیاز به همکاری و هماهنگی بین‌المللی است. چرخه انرژی پایدار نمی‌تواند توسط کشورها به تنهایی به دست آید؛ زیرا ماهیت جهانی سیستم انرژی و تأثیرات تغییرات آب‌وهوایی به این معناست که یک رویکرد هماهنگ ضروری است. این امر مستلزم همکاری و هماهنگی در سطح بین‌المللی و توسعه سیاست‌ها و استراتژی‌های مشترک برای حمایت از گذار به یک سیستم انرژی پایدار است. در نتیجه، تحقق یک چرخه انرژی پایدار، پی‌آمدهایی گسترده برای جامعه بین‌المللی به همراه خواهد داشت، از جمله کاهش وابستگی به سوخت‌های فسیلی محدود، کاهش اثرات تغییرات آب‌وهوایی، تحریک رشد اقتصادی، بهبود امنیت انرژی و کاهش فقر انرژی. با این حال، به سرمایه‌گذاری قابل توجه و همکاری و هماهنگی بین‌المللی و توسعه مهارت‌ها و تخصص‌های جدید نیز نیاز دارد. با این وجود، مزایای چرخه انرژی پایدار، آن را به هدفی تبدیل می‌کند که ارزش تلاش برای آن را دارد و این مسئولیت جامعه بین‌المللی است که برای تحقق آن با یکدیگر همکاری کنند. البته اجرای چرخه جهانی انرژی پایدار مستلزم مشارکت و همکاری همه بازیگران از جمله دولت‌هاست.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. ریاحی، منوچهر، «استقرار نظام مدیریت سبز در دستگاه‌های اجرایی به عنوان ابزار جهت اقدامات اجرایی ملی و فراملی زیست محیطی و اقتصادی در راستای اهداف برنامه چهارم توسعه»، پنجمین همایش ملی دوسالانه انجمن متخصصان محیط زیست ایران، ۱۳۸۳.
۲. فریادی، مسعود، «آسیب‌شناسی همکاری میان‌سازمانی در حفاظت محیط زیست در حقوق اداری ایران»، مجله حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.
۳. مرادی موفق، مریم و علی مشهدی، «حمایت حقوقی از نظام مدیریت سبز در دستگاه‌های اجرایی»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی، ۱۳۹۷.
۴. مشهدی، علی و مهناز رشیدی، «تأثیر تحریم‌های وضع شده علیه ایران بر محیط زیست، انرژی و انتقال تکنولوژی از منظر حقوق بین‌الملل»، پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۶، ۱۳۹۴.
۵. مظاهری تهرانی، مینا و همکاران، «الگوی مدیریت سبز برای سازمان‌های دولتی ایران»، علوم مدیریت در ایران، سال هفدهم، شماره ۶۸، ۱۴۰۱.
۶. منوریان، عباس و همکاران، «طراحی مدل خط‌مشی‌گذاری توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر در ایران»، سیاست‌گذاری عمومی، دوره ششم، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۷. نیک‌خواه، وحید و محمدحسین رمضانی قوام‌آبادی، «تحلیل حقوقی مناسبات دولت و محیط زیست در گذار به دولت سبز»، علوم محیطی، دوره چهاردهم، شماره ۳، ۱۳۹۵.

Latin Source.2

1. Arnstein, Sherry R., "A ladder of citizen participation", Journal of the American Institute of planners 35, No. 4, 216-224, 1969.
2. Burke, Matthew J., and Jennie C. Stephens, "Energy democracy: Goals and policy instruments for sociotechnical transitions", Energy research & social science 33, 35-48, 2017.
3. Cordonier Segger, Marie-Claire, and Ashfaq Khalfan, "Sustainable development law: principles, practices, and prospects", 2004.
4. Damveld, H and R. Jan van den Berg, "Nuclear Waste and Nuclear Ethics, Social and Ethical

Aspects of the Retrievable Storage of Nuclear Wast", January, 26, 2000.

5. Heffron, R. J., "**The global future of energy law**", International Energy Law Review, 2017.
6. Jungjohann, Arne, and Craig Morris, "**Energy Democracy-Germany's Energiewende to Renewables**", 2016.
7. Kaisa, Huhta, "**Unleashing Consumer Potential in the Energy Transition: A Reflection of the Transforming Role of the EU Consumer**", (3) ogel, 2019.
8. Lawrence, William H., and John H. Minan, "**The Role of Warranties and Product Standards in Solar Energy Development**", Vand. L. Rev. 34, 537, 1981.
9. Lennon, Breffní, Niall P. Dunphy, and Estibaliz Sanvicente, "**Community acceptability and the energy transition: A citizens' perspective**", Energy, Sustainability and Society 9, No. 1, 1-18, 2019.
10. Matthew Burke and Jennie Stephens, "**Political power and renewable energy futures: A critical review**", 35 Energy Research & Social Science 78-93, 78, 2018.
11. Redgwell, Inigo Del Guaya, **Energy Law in Europe**. National, EU and International Law and Institute, Oxford University Press.
12. Shapiro, SA and JP Tomain, **Achieving Democracy: The Future of Progressive Regulation**, 8, 2014.
13. Sokołowski, Maciej M., "**European law on the energy communities: A long way to a direct legal framework**", European Energy and Environmental Law Review 27, No. 2, 60-70, 2018.
14. Sorin, F., "**World energy outlook, the International energy Agency (IEA) report**", Revue Generale Nucleaire, 6-8, 2006.
15. Sovacool, Benjamin K., and Pascale L. Blyth, "**Energy and environmental attitudes in the green state of Denmark: Implications for energy democracy, low carbon transitions, and energy literacy**", Environmental Science & Policy 54, 304-315, 2015.
16. Van Veelen, Bregje, and Dan Van Der Horst, "**What is energy democracy? Connecting social science energy research and political theory**", Energy Research & Social Science, 46, 19-28, 2018.
17. World Commission on Environment and Development (Brontland Commission), 1987.

3. Documents

1. United Nations, www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld/publication.
2. United Nations, 'Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development':
3. www.sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld/publication.

راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری

مهدیه سادات کریمی^۱

محمد تقی دشتی^۲

محمد رضا حکاک زاده^۳

چکیده

بانک‌ها از جمله بخش‌های مهم در اقتصاد کشور تلقی می‌شوند که به عنوان مؤسسات مالی و خدماتی، نقشی تعیین‌کننده در گردش پول جامعه بر عهده دارند. در این پژوهش، راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری با روش توصیفی و تحلیلی بررسی شده است. نتایج پژوهش نشان می‌دهد که ایجاد ساختار اعتبارسنجی مشتریان و توسعه بانکداری الکترونیکی از جمله راهکارهای اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری هستند.

هم‌چنین می‌توان نتیجه گرفت که هرچه نهادهای ملی و نظام حقوقی بیش‌تر مشوق رقابت و مالکیت خصوصی باشند و بتوانند متناسب با نیازهای هم‌ار در حال تغییر اقتصاد ملی متحول شوند، عملکرد نظام بانکی نیز مطلوب‌تر خواهد بود. ضمن آن‌که هرچه مقررات محدودکننده بر ورود و فعالیت‌های نظام بانکی کم‌تر باشد و از آن طرف، مقررات مربوط به نظارت و کنترل‌های داخلی نظیر: شفاف‌سازی اطلاعات، استانداردهای ذخیره‌گیری، کفایت سرمایه، راهبری اثربخش بنگاه، و کنترل و نظارت بر آن توسط بخش خصوصی دقیق‌تر باشد، کارایی نظام بانکی نیز افزایش خواهد یافت و احتمال وقوع بحران در آن کم‌تر خواهد بود.

واژگان کلیدی: فساد اداری، ساختار بانکی، راهکارهای حقوقی، بانکداری الکترونیکی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران، msk254670@gmail.com

۲. استادیار گروه مطالعات سیاسی ایران، دانشکده علوم سیاسی، دانشگاه امام باقرالعلوم (ع)، تهران، ایران (نویسنده

مسئول)، t.d.dashty@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران، hakakreza@gmail.com

مقدمه

«فساد» را به معنی استفاده غیر مجاز از قدرت عمومی برای منافع خصوصی تعریف می‌کنند. «فساد» در اصطلاح، بیرون رفتن از حد اعتدال است که با سوء استفاده از امکانات و منابع عمومی در جهت کسب منافع شخصی تبلور می‌یابد. «فساد» از لحاظ حقوقی، رفتار منحرف شده از ضوابط و وظایف رسمی یک نقش عمومی است که بنا به ملاحظات خصوصی یا ملاحظات قومی و منطقه‌ای رخ می‌دهد و معمولاً برای موضوعاتی نظیر حکومت‌های فاسد و فقیر و اعمالی به کار می‌رود که از دستگاه‌های فعال آن‌ها سر می‌زند. تقسیم‌بندی‌های متعددی از فساد بیان شده، اما شاخص‌ترین و محسوس‌ترین آن‌ها، تقسیم‌بندی فساد به فساد مالی و اقتصادی و فساد اداری است که امکان ارتکاب در هر دو بخش عمومی و خصوصی را دارند.

با در نظر داشتن چهار حوزه اصلی اثرگذار در ایجاد و گسترش فساد در کشور شامل «نبود شفافیت در مراودات مالی و تبادلات بانکی»، «نظارت بانکی و چالش‌های آن»، «چالش‌های پیش روی بازار غیر متشکل پولی» و «ناکارآمدی سیستم‌های اطلاعاتی بین دستگاه‌ها» باید اذعان داشت که در همه این حوزه‌ها، فرآیندهای بانکی اثرگذار است. فرآیندهای بانکی شفاف و غیر فسادزا می‌توانند در کاهش فساد اداری در کشور اثر بگذارند و در مقابل، هر چه این فرآیندهای غیر دقیق، ناشفاف و فسادزا باشند، به عنوان کاتالیزور عمل می‌کنند و منجر به افزایش فساد خواهند شد. با توجه به موارد یادشده، مسئله اصلی پژوهش حاضر، راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری است تا مشخص شود که فرآیندهای بانکی چه تأثیری می‌توانند در فساد اداری در ایران داشته باشند. در مورد فرآیندهای بانکی، مسائل فرعی دیگری نیز مطرح می‌شوند که از جمله مهم‌ترین مسائل فرعی، بحث تأثیر سنتی بودن فرآیندهای بانکی در ارتکاب فساد در نظام بانکی است. امروزه با عنایت به فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی جدید، فرآیندهای سنتی نمی‌توانند جواب‌گوی این حجم از کارکردهای بانکی باشند و کسانی که در خود بانک‌ها یا خارج از آن دارای اهداف مجرمانه هستند، با علم به این فرآیندهای سنتی مرتکب فساد می‌شوند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اسناد فرادستی، سلامت اداری را با جامع‌نگری و در سطح کلان در نظر گرفته‌اند، ولی در مجموع قانون‌های فراگیر نظام اداری، فردمحوری غلبه دارد. البته

قانون‌هایی هستند که برای سطح میانه اداره کشور تنظیم شده‌اند و این، مقتضی خروج از فردمحوری است. به این ترتیب، فردمحور بودن رویکرد متون مصوب مبارزه با فساد اداری در ایران، محدود به سطح قانون‌ها و به تبع، مقررات سطوح بعدی سلسله‌مراتب قوانین است. از این رو، می‌توان این نقص رویکردی را با اتکا به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ و سیاست‌های کلی نظام اداری که با رویکردی جامع‌نگر و در سطح تحلیل کلان تنظیم شده‌اند، با اصلاح و تکمیل قانون‌های یادشده رفع کرد.^۱

اهمیت مسئله سلامت اداری یا به عبارتی، مبارزه با فساد اداری از سطح یک مسئله نظام اداری فراتر رفته و به یک مقوله راهبردی در سطح کلان تبدیل شده است. فسادگریزی و سلامت اداری دستگاه‌های اجرایی کشور از جمله مواردی است که در منظومه حکمرانی نظام جمهوری اسلامی ایران بر آن تأکید گشته است. با این حال، یکی از آسیب‌های مهم در نظام اداری ایران، هماهنگ نبودن دستگاه‌های نظارتی با یکدیگر است و این که سیاست واحد بر اعمال نظارت وجود ندارد.^۲

یکی از دلایل وجود فساد در نظام اداری، وضعیت سیاست‌های پولی، بانکی و ارزی است که از جمله می‌توان به این موردها اشاره کرد: متغیر بودن نرخ بهره و پیروی نکردن نرخ بهره از یک منطق اقتصادی و شرایط بازار، وجود اختلاف زیاد بین نرخ سود بانکی و نرخ تورم، نرخ‌های چندگانه ارزی، تخصیص سهمیه‌های ارزی و اعتبارات دولت به صورت غیر عادلانه و ناشفاف، چندنرخ بودن ارز که باعث ایجاد فساد و رانت در لایه‌های خاص می‌شود و وضعیت نظارت بر برداشت‌های غیرقانونی از حساب‌های بانکی.^۳

بانک‌ها به عنوان مهم‌ترین نهاد مالی، بزرگ‌ترین و اثرگذارترین واحدهای اقتصادی شناخته می‌شوند، به گونه‌ای که بر اساس رده‌بندی انجام‌شده توسط سازمان مدیریت صنعتی ایران در

۱. کریمیان، محمودزین، «چالش رویکرد و سطح تحلیل در طرح‌های مبارزه با فساد اداری در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۰، ۱۴۰۱، ص ۱۶۵.

۲. جمور، حسین و یحیی مرتب، «بررسی دستگاه‌های متولی مبارزه با فساد در جمهوری اسلامی ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۹۱۸۰، ۱۴۰۲، ص ۴.

۳. الماسی، مجید و سید محمدحسین فاطمی، «پیش‌گیری و مبارزه با فساد (فراتحلیل کیفی مطالعات فساد)»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۵۸۳۴، ۱۳۹۷، ص ۳۰.

سال ۱۳۹۵، تقریباً تمامی بانک‌های موجود در میان ۴۰ غول بزرگ اقتصادی ایران قرار گرفته‌اند. بنابراین، سرمایه‌گذاران در سهام بانک‌ها و شرکت‌های تابعه آن‌ها، سرمایه‌گذاری کرده‌اند و به منظور حفظ و افزایش سرمایه ناگزیرند تمامی مخاطرات سرمایه‌گذاری خود را بررسی کنند که یکی از این عوامل، انتشار اخبار ناشی از فساد مالی در بانک‌ها و شرکت‌های تابعه آن‌هاست.^۱

فساد بانکی در همه کشورها، روند توسعه را مختل می‌کند. در این راستا، بانک جهانی برای دستیابی به اهدافی مانند کاهش فقر، جذب سرمایه‌گذاری و حمایت از حکمرانی خوب تلاش می‌کند. ریشه کردن فساد در بانک‌ها، نیازمند تقویت نهادی ساختارهای بانکی است که این امر از طریق نظارت بر فعالیت بانک‌ها مقدور است.^۲

بانک‌ها به عنوان مؤسسه‌ای فعالیت می‌کنند که وظیفه آن‌ها، تضمین و تأمین گردش پول و اعتبارات و خدمات مالی است. ثبات آن‌ها در رشد اقتصادی به خصوص در کشورهای کم‌تر توسعه یافته نقش اساسی دارد. در این میان، فساد بانکی، عدالت را در جامعه تضعیف می‌کند، ارزش‌های اخلاقی و دموکراتیک را به خطر می‌اندازد و پیشرفت اقتصادی را کند می‌سازد.^۳

یکی از راه‌های کاهش فساد بانکی، شفافیت اطلاعات است. در جوامع مردم‌سالار، دسترسی به اطلاعات شفاف، یکی از حقوق اصلی افراد به شمار می‌رود. شهروندان حق دارند در مورد تصمیمات مباشران خود و مبانی این تصمیمات اطلاعات کافی داشته باشند. هم‌چنین اطلاعات مالی شفاف و قابل مقایسه یکی از ارکان اصلی پاسخ‌گویی مدیران اجرایی و از نیازهای اساسی تصمیم‌گیرندگان اقتصادی است.^۴

در خصوص ادبیات موضوع مقاله حاضر به کتاب علی‌اکبر احمدی و همکاران با عنوان «فساد اداری و مالی در سازمان‌های امروزی» می‌توان اشاره کرد که به بررسی انواع متعدد فساد و تعریف و تبیین هر کدام پرداخته و ریشه‌های فساد اداری و مالی را در سازمان‌های دولتی و خصوصی بررسی کرده

۱. دیان‌تی دیلمی، زهرا و احمد حشمتی، «بررسی رابطه بین انتشار اخبار فساد مالی بانک‌ها با قیمت سهام بانک‌ها و شرکت‌های تابعه»، دانش سرمایه‌گذاری، سال دهم، شماره ۳۸، ۱۴۰۰، ص ۸۹.

2. The world banks anti-corruptions guidenlines and sanctions reform, A users Guide, World Bank, 2015, p. 3.

3. Aburime, T. U., Impact of corruption on bank profitability in Nigeria. Euro Economica, 23(2), 2009, p. 51.

4. Bougatef, K., "Deteminants of bank profitability in Tunisia: does corruption matter?", Jouranal of monet landering control, No. 20, 2017, p. 73

است. مهدی قائمی اصل و فیروز ولایی در مقاله «بررسی تأثیر فساد اداری بر سلامت مالی در نظام بانکی ایران» به این نتیجه می‌رسند که مهم‌ترین راهکار عملیاتی برای مقابله با فساد اداری در نظام بانکی، افزایش کیفیت و مراحل نظارت بانک مرکزی بر اجرای درست قوانین در کنار افزایش جریمه‌ها و اطلاع‌رسانی عمومی در خصوص بانک‌های خاطی است.

غلام‌رضا طالقانی و همکاران نیز در مقاله «بررسی عوامل فردی و سازمانی مؤثر بر فساد اداری در شعب بانک سپه استان قم» به این نتیجه می‌رسند که بین پای‌بندی اعتقادی، ویژگی شخصیتی، سبک ارتباطی، سبک رهبری و کیفیت زندگی کاری به عنوان «عوامل فردی» و فساد اداری، رابطه معنادار وجود دارد. از طرف دیگر، بین نظام‌های کنترل و نظارت، نظام حقوق و دستمزد و فرآیندها و شیوه‌های کاری به عنوان «عوامل سازمانی» و فساد اداری، رابطه معناداری به چشم می‌خورد. چنان‌که دیده می‌شود، هریک از این پژوهش‌ها به وجهی از بحث فساد در فرآیند بانکی پرداخته‌اند، ولی موضوع پژوهش حاضر دارای نوآوری است.

گفتار اول. ویژگی‌های نظام سالم مقرراتی حاکم بر بانک‌ها

قانون ارتقای سلامت اداری و مقابله با فساد، تعریفی از فساد ارائه کرده که در مقایسه با تعاریفی که تا به حال از فساد ارائه شده، جامع و کامل‌تر است؛ زیرا مفاسد اداری، مصادیق متنوع دارد و برحسب جایگاه و مقامی که آن را مرتکب می‌شود، مفاهیم متفاوتی داراست. با این حال، قانون ارتقای سلامت اداری با بسط و گستره مفهوم فساد و پیش‌بینی مصادیق آن در صورت‌های مختلف تا جایی که ممکن باشد، انواع مفاسد اداری را دربرمی‌گیرد.^۱

تجربه بسیاری از کشورها نشان داده است اتکا به راه‌حل‌های کیفری برای خروج از بحران فساد در کشور چاره‌ساز نخواهد بود. از این رو، مبارزه با فساد نیازمند الزامات، ظرافت‌ها و تدبیرهای بسیاری است که سلامت نظام اداری را تضمین کند و در جست‌وجوی روش‌های بهینه و مؤثر جهت بهبود چارچوب سازوکارهای تقنینی، اجرایی و نظارت، کاربرد اصول مدرن حقوقی به عنوان ابزاری در راستای پیش‌گیری و مقابله با فساد حایز اهمیت است.^۲

۱. قهرمانی، سمانه و همکاران، «طراحی مدل سرمایه ساختاری کاهنده فساد در شبکه بانکی با استفاده از نظریه داده‌بنیاد»، پژوهش‌نامه مدیریت تحول، سال پانزدهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۲، ص ۴۹.

۲. اصفهانی، بابک و صابر نیاورانی، «کاربست اصل تناسب در حقوق عمومی، ابزار و سنجه نظارتی در پیش‌گیری از فساد اداری

تحقیقات تجربی در سطح جهانی نشان می‌دهد که نظام مقرراتی حاکم بر صنعت بانکداری باید دارای برخی ویژگی‌ها در ابعاد مختلف باشد تا بتواند عملکرد کارآمد نظام بانکی را در اقتصاد به دنبال آورد و فساد را کاهش دهد. این ابعاد شامل مقررات مربوط به ایجاد محدودیت بر فعالیت بانک‌ها، مقررات مربوط به ورود بانک‌های داخلی و خارجی، استقلال نهاد ناظر بر بانک‌ها، مقررات مربوط به کفایت سرمایه، شفاف‌سازی مالی (سخت‌گیری برای طبقه‌بندی وام‌ها و استانداردهای ذخیره‌گیری) و آیین‌نامه‌های متنوع‌سازی دارایی‌هاست که در ادامه بررسی می‌شود.

بند اول. کفایت سرمایه

یکی از مهم‌ترین ابعاد نظام مقرراتی و نظارتی حاکم بر نظام بانکی، مبحث کفایت سرمایه و در نظر گرفتن آن به عنوان شاخصی از سلامت مالی یک بانک است.^۱ نسبت کفایت سرمایه را به صورت نسبتی بیان می‌کنند که بیانگر سرمایه واقعی به صورت درصدی از کل دارایی‌های مخاطره‌آمیز است. این نسبت بیانگر میزان حمایت از سپرده‌گذاران و اعتباردهندگان در مقابل ضررهای پیش‌بینی‌ناپذیر است که ممکن است بانک با آن مواجه شود. از این رو، این نسبت، مقاومت بانک را نسبت به مشکلات اقتصادی و فسادهای احتمالی نشان می‌دهد. قانون‌گذاران بانکی و تحلیل‌گران اعتباری این نسبت را به عنوان یک شاخص کلیدی موقعیت مالی بانک بررسی می‌کنند، در حالی که کمیته بال برای مقررات بانکی و رویه‌های نظارتی، حداقل استاندارد این نسبت را هشت درصد اعلام کرده است و رعایت آن را از سال ۱۹۹۲ برای همه بانک‌هایی الزامی می‌داند که در زمینه تجارت برون‌مرزی فعالیت قابل ملاحظه دارند.

شورای پول و اعتبار در ایران، آیین‌نامه مربوط به نسبت کفایت سرمایه را در تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۵ تصویب کرد و در بخش‌نامه‌ای توسط بانک مرکزی به بانک‌های کشور ابلاغ شد. در این بخش‌نامه، محاسبه این نسبت و رعایت آن طبق استانداردهای جهانی، برای بانک‌های کشور الزامی شمرده شده است. این نسبت هنوز برای همه بانک‌های کشور به شکل شفاف محاسبه می‌شود و در

و مبارزه با آن»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دهم، شماره ۳۳، ۱۴۰۱، ص ۱۹.

۱. بارلتروپ، کریستوفر و دایانا مک ناقتن، تفسیر گزارش‌ها و صورت‌های مالی بانک‌ها، ترجمه: کارشناسان اداره مطالعات و سازمان‌های بین‌المللی در بانک مرکزی ج.ا.ا، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۰، ص ۲۸۵.

گزارش‌های سالانه آن‌ها انتشار نمی‌یابد. از برخی شواهد می‌توان پی برد که این نسبت در نظام بانکی کشور، بسیار پایین‌تر از استاندارد تعیین شده است.

بند دوم. طبقه‌بندی وام‌ها

یکی دیگر از ابعاد مقررات که مورد توجه محققان قرار گرفته، مقررات مربوط به طبقه‌بندی وام‌ها و استانداردهای ذخیره‌گیری است. بر اساس استانداردهای جهانی، سه معیار برای طبقه‌بندی وام‌ها وجود دارد. یکی، معیار کیفیت دارایی‌ها بر مبنای ریسک بازپرداخت نکردن و قابلیت نقد شدنشان است.^۱ این معیار مشخص می‌کند که چه سهمی از پرتفوی بانک را دارایی با قابلیت نقدینگی بالا و وصول حتمی تشکیل می‌دهد و چه سهمی از آن را دارایی‌های با کیفیت پایین‌تر از نظر درجه اطمینان به بازپرداخت و نقد شدن آن تشکیل می‌دهد. سپس بر اساس ریسک بازپرداخت نشدن مربوط به هر طبقه از دارایی‌ها، نرخ مشخصی برای محاسبه ذخایر مطالبات مشکوک‌الوصول مربوط به آن طبقه تعیین و اندازه ذخایر بر مبنای حجم دارایی‌های هر طبقه و نرخ ذخیره‌گیری محاسبه می‌گردد و از محل هزینه‌ها در حساب‌های بانک اعمال می‌شود. در واقع، این طبقه‌بندی و نرخ‌های مربوط به آن، الزامات ذخیره‌گیری را برای بانک مشخص می‌کند.

معیار دوم، اندازه وام نسبت به پرتفوی و اندازه سرمایه بانک است. این معیار مشخص می‌کند که چه تعداد وام با اندازه بزرگ نسبت به حجم بانک که «تسهیلات کلان» نامیده می‌شود، توسط بانک به مشتریان داده می‌شود و مجموع این نوع تسهیلات، چه نسبتی از پرتفوی بانک را تشکیل می‌دهد. این معیار با تمرکز ارتباط مستقیم دارد. هرچه تعداد تسهیلات کلان^۲ بانک بیش‌تر شود، تمرکز پرتفوی بانک را افزایش می‌دهد.^۳

تمرکز بر مبنای اندازه وام‌ها سنجیده می‌شود. در واقع، تمرکز مشخص می‌کند که اگر مشتریان وام‌گیرنده را از نظر اندازه بدهی‌شان به بانک، از بیش‌ترین مقدار به کم‌ترین مقدار مرتب کنیم،

۱. جعفری، دیبا، «اثر بیمه اعتبار بر مدیریت ریسک اعتباری در شرکت‌های کوچک و متوسط»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۵، ۱۴۰۰، ص ۱۲۱.

2. Large Exposure

۳. مقصودی، جمال، اعتبارسنجی مشتریان پست بانک ایران، چاپ اول، تهران: حانون، ۱۴۰۰، ص ۱۳۴.

چند درصد از میزان پرتفوی بانک را وام‌های اعطایی به درصدی خاص از مشتریان تشکیل می‌دهد. برای مثال، مشخص می‌شود که از بیش‌ترین به کم‌ترین، چه درصدی از مشتریان، ۵۰ درصد از پرتفوی بانک را به خود اختصاص داده‌اند. هرچه تمرکز در این زمینه بیش‌تر باشد، میزان ریسک ناشی از این پرتفوی نیز بیش‌تر خواهد بود؛ چون ممکن است با بازپرداخت نشدن وام توسط یکی از مشتریان در بالای فهرست، زیان بزرگی متوجه بانک گردد و بانک را با بحران مواجه سازد. معیار دیگر نیز تنوع پرتفوی و دارایی‌های بانکی است؛ یعنی این‌که هر نوع دارایی (نقد، سهام، وام و اوراق بهادار) چه سهمی از پرتفوی بانک را به خود اختصاص داده است. این معیار نیز میزان ریسک پرتفوی بانک و درجه اطمینان به آن را مشخص می‌کند.

برای طبقه‌بندی دارایی‌ها بر اساس ملاک‌های یادشده، آیین‌نامه‌های خاصی توسط شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی تدوین شده است. بر اساس آیین‌نامه‌های فعلی، طبقه‌بندی وام‌های بانک‌ها در سه گروه صورت می‌گیرد که شامل تسهیلات عادی، تسهیلات سررسید گذشته و تسهیلات معوق است. مبنای این تقسیم‌بندی، میزان تاریخی است که از سررسید بدهی‌ها گذشته، اما متعهد، بدهی به بانک را تسویه نکرده است. این نوع طبقه‌بندی، مبنایی برای تعیین نرخ ذخیره‌گیری در هر طبقه ایجاد نمی‌کند، بلکه بر اساس میزان پوشش وثایق به تشخیص خود بانک، ذخیره خاص برای هر مشتری اعمال می‌شود. برای ذخیره‌گیری مطالبات مشکوک‌الوصول بر مبنای دستورالعمل بانک مرکزی، ذخیره مطالبات مشکوک‌الوصول بانک متناسب با اعتبارات اعطایی بانک است و حداقل دو درصد مانده آن‌ها در انتهای سال را شامل می‌شود. به این ترتیب، نظام ذخیره‌گیری برای بانک‌ها به صورت عمومی و نه متناسب با طبقه‌بندی اعتبارات اعطایی بانک (عادی، سررسید گذشته و معوق) صورت می‌گیرد. در واقع، هدف اساسی برای طبقه‌بندی اعتبارات اعطایی بانک‌ها، دادن وزن ریسک مناسب به هر طبقه و اعمال نرخ‌های مشخصی برای ذخیره‌گیری است.^۱ گرچه در نظام مقرراتی موجود، در موارد خاص بر اساس تشخیص بانک، ذخایر خاص نیز بنا به مورد قابل اعمال خواهد بود، اما نرخ ذخیره عمومی برای هر طبقه از تسهیلات وجود ندارد.

نکته مهم در این مورد که مجادله اساسی را موجب شده، قبول نشدن هزینه‌های مطالبات مشکوک

۱. صادقی شاهدانی، مهدی، «تحلیل مقایسه‌ای ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و بانکداری متداول»، تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۱۸۲.

الوصول عمومی توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی است. بنا به ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی، بانک‌ها مکلفند مقررات قانون پولی و بانکی، آیین‌نامه‌های متکی بر آن و دستورهای بانک مرکزی ایران را رعایت کنند^۱ و بر اساس دستور بانک مرکزی، هر سال، مانده ذخایر مطالبات مشکوک‌الوصول خود را به دو درصد مانده اعتباراتشان برسانند. با این حال، قانون مالیات‌های مستقیم طبق بند یازده ماده ۱۴۸ و آیین‌نامه مبتنی بر آن (آیین‌نامه اجرایی موضوع بند یازده ماده ۱۴۸ اصلاحی قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۱/۶/۲۷)، هر نوع ذخیره عمومی برای مطالبات مشکوک‌الوصول را رد می‌کند و تنها هزینه‌هایی را برای گرفتن ذخیره می‌پذیرد که مربوط به موارد خاص است و مدارکی دال بر وصول نشدن آن وجود داشته باشد. این مورد، مشکلاتی را برای بانک‌ها ایجاد می‌کند و سبب می‌شود تا کمیته‌ای متشکل از بانک مرکزی و وزارت امور اقتصادی و دارایی در مورد آن تصمیم‌گیری کنند. بنابراین، یک بعد دیگر از اصلاحات مورد نظر در نظام مقرراتی به ارتقای نظام طبقه‌بندی تسهیلات و سیستم ذخیره‌گیری مبتنی بر آن مربوط است.

بانک‌های کشور در مورد مشخص کردن تسهیلات کلان نیز بر اساس آیین‌نامه تسهیلات و تعهدات کلان که در تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۵ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید و در بخش‌نامه‌ای (مب/۱۹۶۸ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۹) توسط بانک مرکزی به بانک‌های کشور ابلاغ گردید، موظفند سقف‌های معینی را طبق تعاریف مندرج در آیین‌نامه، رعایت و اطلاعات مربوط را هر سه ماه یک بار برای بانک مرکزی ارسال کنند. از جمله حدود تعیین شده این است که مجموع تسهیلات و تعهدات کلان هر بانک نباید از ۵۰ درصد کل تسهیلات اعطایی بانک و هشت برابر سرمایه پایه^۲ آن تجاوز کند. رعایت این بخش‌نامه، گام مهمی برای کاهش ریسک پرتفوی بانک است؛ زیرا بانک‌ها را وادار می‌کند تا حداقل نیمی از تسهیلات خود را در اندازه‌های کوچک اعطا کنند. یکی از اصول اساسی در مبحث ریسک آن است که گستردگی پرتفوی^۳ باعث کاهش ریسک می‌شود. بنابراین، اگر مبلغ مشخصی به یک نفر

۱. مجموعه پولی و بانکی مشتمل بر قوانین و مقررات معتبر، تهران: معاونت پژوهشی اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۷۹.

۲. تعریف سرمایه پایه و نحوه محاسبه آن در جلسه مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۷ شورای پول و اعتبار تصویب و در بخش‌نامه مب/۱۹۱۱ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۶ به بانک‌ها ابلاغ شده است.

وام داده شود، نسبت به زمانی که همان مبلغ تقسیم و به چند نفر داده می‌شود، ریسک بیش‌تری را متوجه بانک می‌کند. علاوه بر این، برای کاهش تمرکز میزان پرتفوی بانک‌ها، آیین‌نامه‌ای نیز برای محدود ساختن اعطای اعتبار به (اشخاص مرتبط اشخاص حقیقی یا حقوقی که در جریان تصمیم‌گیری بانک یا مؤسسه اعتباری مؤثرند و به طور بالقوه یا بالفعل قادر به تأمین منافع خود در بانک یا مؤسسه اعتباری هستند) به بانک‌ها ارائه شده است (مب/۱۹۶۵ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۲۹).

در زمینه تنوع‌بخشی به دارایی‌ها، نظام مقرراتی فعلی با تعیین حدودی به این امر اقدام کرده است. بر اساس آیین‌نامه خرید اوراق بهادار، سهام و مشارکت بانک‌ها، موضوع بند سه ماده ۳۴ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸، هر بانک می‌تواند حداکثر تا ده درصد سرمایه پایه خود را به خرید سهام یک شرکت اختصاص دهد و مجموع ارزش سهام و اوراق بهادار (از اوراق مشارکت) خریداری شده توسط یک بانک نمی‌تواند از ۳۰ درصد سرمایه پایه آن بانک بیش‌تر گردد. علاوه بر این، طبق دستورالعمل اجرایی مشارکت حقوقی مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ توسط شورای پول و اعتبار، بانک‌ها (چه یک بانک و چه مجموع بانک‌ها) می‌توانند حداکثر ۴۹ درصد از سهام شرکتی جدید و حداکثر ۲۰ درصد سهام شرکتی از قبل موجود را خریداری کنند.^۱ علاوه بر این، بر اساس آیین‌نامه ایجاد یا تعطیل واحدهای بانکی در داخل کشور، موضوع بند (و) ماده ۳۰ قانون پولی و بانکی کشور و بخش‌نامه‌های مبتنی بر آن (نت/۴۴۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۸/۱۸)، نسبت بین خالص دارایی‌های ثابت (دارایی ثابت منهای ذخیره استهلاک) نباید از ۳۰ درصد حقوق صاحبان سهام بانک تجاوز کند.^۲

همه این حدود برای تنوع بخشیدن به پرتفوی و سبب دارایی‌های بانک تعریف شده‌اند تا از متمرکز شدن منابع بانک در یک مصرف خاص جلوگیری کنند. نکته مهم این جاست که نظام مقرراتی موجود در مورد ابزارهای مالی جدیدی که در بازارهای مالی جهانی و به منظورهای مختلف و به خصوص برای پوشش ریسک بانک‌ها به کار گرفته می‌شود، پیش‌بینی‌های لازم را انجام نداده است. این مسئله موجب می‌شود تا قابلیت تحول نظام مقرراتی موجود در رفع نیازهای جدید اقتصاد ملی کاهش یابد.

۱. مجموعه پولی و بانکی مشتمل بر قوانین و مقررات معتبر.

۲. پژوهشکده پولی و بانکی، مجموعه بخش‌نامه‌های مدیریت نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۱.

یکی از مهم‌ترین شواهدی که در سال‌های اخیر بروز کرده، بحث تجارت الکترونیک و تعریف قوانین مربوط به آن است. نهادهای مربوط برای ارتقای نظام‌های پرداخت، اقدام‌های مؤثری را در دست بررسی دارند که هنوز جنبه عملی به خود نگرفته است و از تحول نظام بانکداری جلوگیری می‌کند. با این حال، برای معرفی ابزارهای جدید مالی جهت گسترش بازارهای مالی به خصوص نظام بانکی، هیچ گونه اقدامی صورت نگرفته است. در واقع، نهادهای مسئول در این زمینه به خصوص بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار هنوز برای معرفی و تعریف حقوق مالکیت در زمینه ابزارهای جدید مالی و خدمات نوین بانکی (به خصوص خریدهای اینترنتی)، گام مؤثری برنداشته‌اند. چنین مسئله‌ای به شکل جدی، ریسک وارد شدن در این فعالیت‌ها را افزایش می‌دهد و از تحولات نظام بانکی جلوگیری می‌کند.

به طور خلاصه، از مطالعات نظری و تجربی در مورد اثر نظام حقوقی مقررات و نظارت بر نظام بانکی، نهادهای ملی و ساختار بازار بر کارایی نظام بانکی می‌توان نتیجه گرفت که هر چه نهادهای ملی و نظام حقوقی، بیش‌تر مشوق رقابت و مالکیت خصوصی باشند و بتوانند متناسب با نیازهای همیشه در حال تغییر اقتصاد ملی متحول شوند، عملکرد نظام بانکی نیز مطلوب‌تر خواهد بود. از یک طرف، هرچه مقررات محدودکننده بر ورود و فعالیت‌های نظام بانکی کم‌تر باشد و از آن طرف، مقررات مربوط به نظارت و کنترل‌های داخلی نظیر شفاف‌سازی اطلاعات، استانداردهای ذخیره‌گیری، کفایت سرمایه، طبقه‌بندی وام‌ها، راهبری اثربخش بنگاه و کنترل و نظارت بر آن توسط بخش خصوصی دقیق‌تر باشد، کارایی نظام بانکی نیز افزایش خواهد یافت و احتمال وقوع بحران در آن کم‌تر خواهد بود. ضمن آن‌که تمرکز بازار، بر سودآوری بانک‌های بزرگ و کارایی آن‌ها نیز اثر مثبت دارد.

گفتار دوم. الگوی مطلوب پیش‌گیری از فساد بانکی

بند اول. ایجاد ساختار اعتبارسنجی مشتریان

اعتبارسنجی یعنی سنجش ظرفیت و توانایی اشخاص حقیقی و حقوقی در استفاده از منابع که شامل شناخت شخصیت، توانایی مدیریت، میزان نیاز به منابع، سودآوری و به‌کارگیری صحیح منابع و نحوه بازگشت منابع و ارزیابی ریسک متقاضی است. مؤسسات اعتباری که بانک‌ها، رکن اساسی آن شناخته می‌شوند، هنگام در اختیار قرار دادن انواع تسهیلات اعطایی به مشتریان خود باید بررسی‌های کامل کیفی و کمی برای شناخت متقاضیان خود انجام دهند که به طور عام، این بررسی‌ها را اعتبارسنجی می‌نامند. از

یک سو، ایجاد تعادل میان عرضه و تقاضا در منابع و تسهیلات بانکی، مدیریت و کاهش مطالبات معوق و رهایی از سیستم وثیقه‌محوری از جمله مسائلی است که ضرورت اجرای نظام امتیازدهی و اعتبارسنجی را در نظام بانکی بیش از دیگر مسائل نمایان می‌سازد. از سوی دیگر، وجود اطلاعات ناهمگون در بانک‌ها، پایین بودن درجه صحت اطلاعات، تعدد مراکز تولید اطلاعات و نبود الزامات کنترلی از جمله مواردی است که ایجاد بانک اطلاعات جامع در نظام بانکداری را ضروری می‌سازد.^۱

اعتبارسنجی مشتریان در ترسیم تصویری شفاف از وضعیت و توانایی مشتری در ایفای به موقع تعهدات، بازداشتن آنان از استفاده بیش از حد منابع و سقوط به ورطه بحران مالی نقش اساسی دارد. به کارگیری سازوکار رتبه‌بندی، شاخص و معیاری برای تنظیم نرخ سود و میزان وثایق فراهم می‌کند تا مشتریان با وضعیت اعتباری مناسب از آن بهره‌مند شوند. هم‌چنین کاهش مطالبات معوق، افزایش کارایی و سرعت، بهبود سودآوری بانک و گردآوری اطلاعات آماری، ارتباط بالقوه با سیستم‌های مکانیزه امتیازدهی و فراهم آوردن اطلاعات مشابه، حذف بخش عمده‌ای از تقلب‌ها و به حداقل رساندن ریسک اعتباری، امکان دسترسی به اطلاعات به‌روز، دسترسی به زیرساخت‌های اطلاعاتی و مدیریت آسان داده‌ها برای صنایع مرتبط با مدیریت وصول مطالبات و بهبود نسبت بدهی‌های وصول‌ناشده از اثرات نظام سنجش اعتبار است.

رعایت مجموعه ضوابط و روش‌های اعتبارسنجی در شناخت شخصیت مشتری و فعالیت وی، ظرفیت و کشش اعتباری و رعایت قوانین و مقررات، بخش‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و رویه‌های جاری از زمان افتتاح حساب تا تشکیل پرونده، پیشنهاد اعطای تسهیلات و تصویب آن، انعقاد قرارداد، دریافت وثایق و در ادامه، نظارت بر مصرف و برگشت آن تا تصفیه کامل تسهیلات اعطایی را بهداشت اعتباری می‌نامند.

نشانه‌های مهم بهداشت اعتباری شامل موارد زیر است:

۱. داشتن پیشینه فعالیت در شعبه ذی‌ربط (دست کم به مدت شش ماه)؛
۲. داشتن گردش حساب معقول و منطقی متناسب با فعالیت؛
۳. داشتن متوسط مانده حساب (رسوب) متناسب با گردش حساب؛

۱. میرزاجانی، حمیدرضا و مجید نجات‌زادگان، «اعتبارسنجی و نقش آن در پیش‌گیری از پول‌شویی در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، ص ۳۴۱.

۴. حسب مورد تصمیم‌گیری بر پایه گزارش‌های اطلاعات اعتباری، کارشناسی و ارزیابی از نظر اهلیت لازم.^۱

بند دوم. توسعه بانکداری الکترونیکی

سازمان الکترونیک برای انجام تغییرات در فرآیندهای سازمانی نظیر تمرکززدایی، بهبود کارایی و اثربخشی به کار گرفته می‌شود. اصولاً تعریف واحدی درباره سازمان الکترونیک وجود ندارد که این مسئله ناشی از ماهیت پویا و متغیر فناوری است. امروزه به استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات به منظور بهبود کارایی و اثربخشی، شفافیت اطلاعات و مقایسه‌پذیری مبادلات اطلاعاتی و پولی در درون سازمان، بین سازمان و سازمان‌های تابعه آن، بین سازمان و شهروندان و بین سازمان و بخش خصوصی، «سازمان الکترونیک» اطلاق می‌شود.^۲

به تعبیری دیگر، سازمان الکترونیک عبارت است از تعهد به استفاده از فناوری مناسب برای ارتقای ارتباطات سازمان با شهروندان و سازمان‌های وابسته به سازمان و به عبارتی، گسترش دموکراسی، ارتقای شأن و منزلت انسان، حمایت از توسعه اقتصادی، توسعه عدالت اجتماعی و بهبود کیفیت خدمات‌رسانی به مردم. سازمان الکترونیک، شیوه‌ای برای سازمان‌ها به منظور استفاده از فناوری‌های جدید است که تسهیلات لازم را برای دسترسی مناسب افراد به اطلاعات و خدمات سازمانی، اصلاح کیفیت آن‌ها و ارائه فرصت‌های گسترده برای مشارکت در فرآیندها و نهادهای مردم‌سالار در اختیارشان قرار می‌دهد.^۳

استقرار سازمان الکترونیک از آغاز تا پایان در چهار مرحله صورت می‌گیرد:

مرحله اول: در این مرحله، اطلاعات عمومی درباره معرفی خدماتی که بانک ارائه می‌کند، از طریق اینترنت و غالباً به صورت جزوات الکترونیک به مردم ارائه می‌شود. در این مرحله، در دسترس بودن فرآیندهای کاری و نیز تشریح و شفاف‌سازی نحوه انجام امور برای مردم، ارزش تلقی می‌شود.

۱. گرجی، علی‌اکبر، «تبیین اصول مقررات‌گذاری بانکی در پرتو نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۲، ۱۳۹۶، ص ۳۵.

۲. لینان دبلفون، زویه، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه و تحقیق: ستار زرکلام، چاپ دوم، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۱۸۵.

۳. صالحی، مهسا و سعید زرنندی، «نقش تأمین و تدارکات الکترونیک در مبارزه با فساد اداری»، خط مشی‌گذاری عمومی در مدیریت، شماره ۱۱، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲.

واحدهای بانکی نیز می‌توانند اطلاعات آماری خود را از طریق ابزارهای الکترونیکی با یکدیگر مبادله کنند و زمینه‌های کاهش شفافیت را از بین ببرند.^۱

مرحله دوم: در این مرحله، تعامل میان بانک و شهروندان قدری توسعه می‌یابد و مردم می‌توانند پرسش‌هایی را از طریق پست الکترونیکی مطرح سازند و فرم‌های مورد نظر را به منظور دریافت خدمات سازمانی از طریق اینترنت دریافت کنند. این امر موجب صرفه‌جویی در زمان و هزینه شهروندان می‌شود. در این مرحله، مردم فقط در ساعات اداری می‌توانند خدمات الکترونیک را دریافت کنند.^۲ به علاوه، در این مقطع، واحدهای درونی از طریق ایجاد شبکه‌های محلی به مبادله اطلاعات می‌پردازند.

مرحله سوم: در این مرحله، فناوری مورد استفاده پیچیده‌تر می‌شود و ارزش‌های مورد نظر مردم نیز افزایش می‌یابد. بدون نیاز به مراجعه مردم به ادارات، آن‌ها می‌توانند خدمات را از طریق شبکه‌های الکترونیک دریافت کنند. ارائه تسهیلات، پرداخت عوارض و مانند آن، در این مرحله بدون حضور مستقیم و مراجعه شهروندان به دفترهای مربوط انجام می‌شود. این مرحله به لحاظ امنیتی از پیچیدگی بیش‌تری برخوردار است و دریافت امضاهای الکترونیک برای ارائه خدمات ضروری خواهد بود. برای گذار از این مرحله، بانک به قوانین و مقررات جدیدی برای ارائه خدمات بدون کاغذ به شهروندان نیازمند است.

مرحله چهارم: این مرحله زمانی تحقق می‌یابد که همه سیستم‌های اطلاعاتی یکپارچه شوند و شهروندان با مراجعه به یک پایگاه واحد بتوانند همه خدمات مورد نیاز را دریافت کنند. رسیدن به این مرحله مستلزم ایجاد تغییر اساسی در فرهنگ و فرآیندهاست. در این مرحله، صرفه‌جویی‌های قابل ملاحظه‌ای در هزینه‌های مربوط به ارائه خدمات صورت می‌گیرد و رضایت شهروندان به حداکثر خود می‌رسد.

۱. باطنی، ابراهیم و مهدی یزدان‌شناس، «نگاهی به فرآیند شکل‌گیری دولت الکترونیک و چالش‌های فراروی آن»، حقوق اسلامی، شماره ۹، ۱۳۸۵، ص ۶۹.

۲. مبینی دهکردی، علی و احسان رسول‌نژاد، شکل‌دهی به فضای نوین بانکداری: رویکرد دانش بنیان، تهران: نور علم، ۱۳۹۰، ص ۱۰۸.

بند سوم. اصلاح ساختار اداری بانک‌ها

نظام بانکداری ایران از یک بازار پولی کارآمد و پویا به منظور تجهیز و تخصیص بهینه منابع و خصوصاً ارائه خدمات مورد نیاز برای دستیابی به رشد پایدار غیر تورمی، رسیدن به ثبات مالی، تأمین نیازهای دیگر بخش‌ها به ویژه بخش واقعی اقتصاد محروم است. تخصیص غیر بهینه منابع به همراه سهمیه‌بندی اعتبارات، تسهیلات با نرخ‌های ترجیحی، مداخلات دولت در زمینه تعیین نرخ سود و تحمیل تسهیلات تکلیفی به نظام بانکی، از جمله مواردی است که در دو دهه اخیر، نظام بانکداری را از انجام وظایف محوله بر اساس قانون پولی و بانکی کشور بازداشتی است.^۱ این وضعیت به شکل جدی در پیدایش فساد اداری نیز مؤثر است.

بررسی‌های موجود از عملکرد مالی بانک‌های تجاری و تخصصی نشان می‌دهد که بانک‌های کشور از نظر مالی در وضعیت ضعیفی قرار دارند. سه ویژگی عمده بانک‌های کشور در دو دهه اخیر را می‌توان تقلیل مستمر سهم سرمایه در ترازنامه بانک‌ها، ساختار هزینه‌های عملیاتی نسبتاً ناکارآمد و ذخیره‌گیری ناکافی نسبت به وام‌های معوقه و سوخت‌شده عنوان کرد. در واقع، بانک‌های کشور تا حدود زیادی، انگیزه‌های سود را از دست داده‌اند و به دلیل مداخلات دولت و تسهیلات تکلیفی و ترجیحی، در زمینه سیاست‌ها و اعتبارات دچار انفعال شده‌اند. در واقع، استمرار اعمال سیاست‌ها و تخصیص منابع از طرف دولت باعث شده است که بانک‌ها مطلقاً به تجزیه و تحلیل انواع ریسک‌های بازار و مدیریت و تنوع بخشیدن پرتفوی توجهی نداشته باشند.^۲

بیش‌تر بانک‌های کشور از مدیریت واجد صلاحیت در زمینه‌های یادشده بی‌بهره‌اند و مدیریت‌ها اساساً انگیزه کافی برای بهبود عملکرد واحد تحت مدیریت خود ندارند. بسیاری از مشکلات و تنگناهای مالی بانک‌ها به دلیل ضعف مدیریتی، به ویژه در زمینه کیفیت پایین دارایی‌های اکتسابی منجر به ناکارایی می‌شود. مضاف بر این که نظارت بر امور بانک‌ها و اعمال مقررات احتیاطی به صورت حرفه‌ای، به مفهوم بررسی ریسک‌های اعتباری، طبقه‌بندی وام‌ها، استاندارد کردن حساب‌ها، بررسی ذخایر وام‌های سوخت‌شده، نقدینگی، سلامت بانک‌ها و امثال آن، از جمله اموری است که باید به آن توجه شود.

۱. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، چاپ سوم، تهران: جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۰۸.

۲. قرنی، محمد و همکاران، «بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثربخشی آن از فرهنگ سازمانی (مطالعه موردی: فساد اداری)»، مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری، تهران: زمان نو، ۱۳۸۹، ص ۹۶.

محدودیت‌های موجود در راه تدوین و اجرای سیاست‌های پولی فعال، در دو گروه محدودیت‌های ساختاری قانون و محدودیت‌های عملکردی قابل بررسی است. در قوانین و ساختارهای موجود در زمینه سیاست پولی، استفاده از نرخ‌های سود سپرده و تسهیلات بانکی وجود ندارد. در حیطه عملکرد نیز بانک مرکزی جز نسبت سپرده قانونی، ابزار سیاست پولی مؤثری برای طراحی و اجرای سیاست‌های پولی فعال در اختیار ندارد. انعطاف‌ناپذیری و نبود ابزارهای سیاسی غیر مستقیم باعث شده است که دولت و بانک مرکزی در دهه‌های اخیر در سیاست‌های پولی و اعتباری، از ابزارهای کنترلی مستقیم مانند سقف‌های اعتباری و نرخ‌های اداری استفاده کنند. اختلالات ناشی از مداخلات دولت و استفاده‌های وسیع از ابزارهای کنترلی مستقیم منجر به گسترش بازار موازی پول و وجود نرخ‌های سود بالا در این بازارها شده است. بررسی‌های موجود نشان می‌دهد که تعداد بسیار زیادی از صندوق‌های قرض الحسنه، بنیادها و شرکت‌های سرمایه‌گذاری، با حجم قابل ملاحظه‌ای از منابع پولی در بازار موازی پول فعال هستند. از طرف دیگر، وجود نرخ‌های اداری و سود بانکی پایین، نه فقط باعث ایجاد رانت اقتصادی در بازار می‌شود، بلکه به دلیل منفی شدن نرخ سود واقعی سپرده‌ها، روند تجهیز پس‌اندازهای بخش خصوصی و منابع مالی مورد نیاز، رشد و توسعه اقتصادی کشور را به گونه‌ای معکوس تحت‌الشعاع قرار می‌دهد.

در سال‌های گذشته، دلیل بخش عمده‌ای از نرسیدن به اهداف پیش‌بینی شده (به ویژه در برنامه‌های اول و دوم توسعه)، حاکمیت نظام دولتی و مؤسسات اعتباری، سیستم پولی و بانکی کشور و نبود شرایط رقابتی در بازار پول بوده که به گونه مستمر، سطح کارایی نظام بانکی کشور را به طور محسوسی کاهش داده است. با ادامه روند کنونی، نظام بانکداری از مهم‌ترین وظایف اصلی خود که همانا تجهیز مؤثر و تخصیص بهینه منابع پولی برای تأمین رشد بلندمدت و کنترل تورم، تأمین تعادل پولی اقتصاد و کاهش آسیب‌پذیری نسبت به تکانه‌های وارد شده است، عقب خواهد ماند.^۱

با توجه به نارسایی‌ها و مشکلات نظام بانکداری، اصلاحات اساسی ساختار آن ضروری به نظر می‌رسد. اصلاحات ساختار نظام بانکی و نهادهای حاکم نیز به تدوین قوانین و نظارت بر امور بانک‌ها، اصلاح ابزارهای سیاست‌گذاری پولی و استفاده از ابزارهای کارآمد سیاستی بستگی دارد.

۱. رستمی، ولی و همکاران، «بررسی علل بروز و روش‌های پیش‌گیری از فساد اداری»، رهیافت پیش‌گیری، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۴۱.

در بخش مشکلات ساختاری و نهادهای نظام بانکی و در کل بازار پول باید به اصلاح وضعیت و ساختار مالی بانک‌ها برای دستیابی به یک پورتفوی قابل قبول توجه کرد. استقرار نظام مالی کارآمد بدون افزایش رقابت فعال بین بانک‌ها و دیگر واسطه‌های مالی در کشور ممکن نیست. در شرایط موجود، بانک‌ها و همه سرمایه‌گذاران نهادی، دولتی هستند. درجه رقابت‌پذیری بین آن‌ها به لحاظ ساختار دولتی و وجود مقررات انعطاف‌پذیر بسیار ضعیف است. علاوه بر حذف سقف‌های اعتباری، ایجاد و انعطاف بیش‌تر در نرخ‌های سود و تسهیلات لازم است اقدامات جدی برای افزایش رقابت و بهره‌وری به عمل آید.^۱

گفتار سوم. محورهای انجام اصلاحات ساختاری در نظام بانکی

با نگاهی به تحولات اقتصادی جامعه به ویژه در چند سال اخیر به خوبی می‌توان دریافت که اقتدار و یکپارچگی نظام بانکی دولتی کشور در عرصه اقتصاد به تدریج و بنا بر ضرورت‌ها و الزامات داخلی و بین‌المللی در حال کاهش است. این اقتدار که البته آثار مطلوب و نامطلوبی را به همراه دارد، عمدتاً محصول ضرورت‌ها و نگرش حاکم بر فضای اقتصادی کشور در سال‌های نخست پیروزی انقلاب اسلامی بود که در قانون ملی شدن بانک‌ها، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها و قانون عملیات بانکی بدون ربا متبلور گردید.

بند اول. مقررات‌زدایی

هر چه نهادهای ملی و نظام حقوقی، بیش‌تر مشوق رقابت و مالکیت خصوصی باشند و بتوانند متناسب با نیازهای همیشه در حال تغییر اقتصاد ملی متحول شوند، عملکرد نظام بانکی نیز مطلوب‌تر خواهد بود. از یک طرف، هرچه مقررات محدودکننده بر ورود و فعالیت‌های نظام بانکی کم‌تر باشد و از آن طرف، مقررات مربوط به نظارت و کنترل‌های داخلی نظیر شفاف‌سازی اطلاعات، استانداردهای ذخیره‌گیری، کفایت سرمایه، طبقه‌بندی وام‌ها، راهبری اثربخش بنگاه و کنترل و نظارت بر آن توسط بخش خصوصی دقیق‌تر باشد، کارایی نظام بانکی نیز افزایش خواهد یافت و احتمال وقوع بحران در آن کم‌تر خواهد بود.

۱. شاه‌محمدی، رامین، اعتبارات بانکی: از اعتبارسنجی مشتریان تا وصول مطالبات، چاپ اول، تهران: نور علم، ۱۳۹۷، ص ۱۴۸.

در واقع، وجود مقررات دست و پاگیر موجب می‌گردد که بنگاه‌های تحت کنترل قادر باشند تا ناکارایی و هزینه‌های بالای خود را به شکل قیمت‌های بالاتر با کیفیت پایین‌تر به مصرف‌کننده تحمیل کنند. این امر می‌تواند منجر به سرمایه‌گذاری در حوزه‌های ناکارآمد و سازمان‌دهی تولید به صورت غیر اقتصادی گردد. از همه مهم‌تر این‌که مانع تنوع کالاها و خدمات می‌شود و پیشرفت‌های فنی را ناکارآمد می‌سازد.

حذف مقررات زاید در نظام بانکداری می‌تواند بانک‌ها را به مدیریت بهتر سبد دارایی، اعطای وام‌های کارآتر، کاهش قیمت و افزایش کیفیت خدمات وادارد و این امر به تغییر ساختار بازار به حالت رقابتی و افزایش آن بین بانک‌ها وابسته است. تنگناهای قانونی و مقرراتی موجود در نظام بانکداری کشور را ناشی از دو منشأ می‌توان دانست: مالکیت دولتی بانک‌ها و اداره دولتی بانک‌ها. با خصوصی‌سازی نظام بانکی، بسیاری از تکالیف نظام بانکی که همواره با استفاده از ابزار مستقیم سیاست پولی به آن محول شده است، محدود می‌گردد و بسیاری از رویدادهای اداری و مدیریت بانک‌ها متحول می‌شود و در نتیجه، این صنعت در جهت افزایش کارایی و رقابت پیش خواهد رفت.

نکته قابل ذکر آن است که حذف مقررات زاید باید در چارچوب یک برنامه بسیار دقیق، سیستماتیک و همه‌جانبه و با پیش‌بینی قبلی از عواقب احتمالی انجام پذیرد، به طوری که درصد قابل ملاحظه‌ای از موفقیت این برنامه، وابسته به اجرا و نظارت صحیح بر انجام این فرآیند است. در بخش مالی، تجربه بسیاری از کشورها نشان می‌دهد که ناتوانی در تصحیح نبود تعادل‌های کلان اقتصادی و اجرای چارچوب نظارتی مناسب در طول دوره اصلاحات مالی، از علل اولیه و اصلی انجام اصلاحات بوده است. به این ترتیب که فعل و انفعالات میان نوسان‌های اقتصادی و نظارت ناکافی بر بانک‌ها موجب شده است تا بانک‌ها در تقبل وام‌های مخاطره‌آمیز بیش از حد خطر کنند. در نتیجه، نرخ بهره به طور ناگهانی افزایش می‌یابد و پی‌آمدهای معکوس بر سرمایه‌گذاری و نرخ رشد دارد. برای جلوگیری از این پی‌آمدها باید تثبیت اقتصادی و بهبود نظارت بانکی به عنوان عواملی مهم با آزادسازی نرخ بهره همراه شود. در حقیقت، نظارت قوی بر نظام بانکی، یکی از ارکان کلیدی تجربه‌های موفق در آزادسازی مالی به شمار می‌رود. از طرف دیگر، در عین نظارت دقیق نباید مقررات جدید هنگام اجرای این فرآیند اضافه گردد، به گونه‌ای که نیاز به حذف مقررات زاید، بیش‌تر نمایان گردد. به عبارت دیگر، نظارت بیش‌تر می‌بایست بدون وضع مقررات جدید انجام شود.

بند دوم. آزادسازی اقتصادی و پیش‌نیازهای خصوصی‌سازی بانک‌ها

آزادسازی اقتصادی که خصوصی‌سازی را نیز دربرمی‌گیرد، از اصولی‌ترین مسائل اقتصادی و برنامه‌ریزی کشور و در زمره اساسی‌ترین مباحث اقتصادی بین‌المللی کنونی است. اساس سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و متعاقب آن، اجرای خصوصی‌سازی در کشور، آزادسازی اقتصادی است که بدون آن، اجرای خصوصی‌سازی موفق نخواهد بود.

آزادسازی اقتصادی در اصل و مفهوم کلی بر نفی دخالت دولت در اقتصاد و نظام بازار (به خصوص قیمت‌گذاری کالاها و خدمات) دلالت دارد و به معنی مقررات‌زدایی، آزادسازی قیمت‌ها و شکستن انحصارات است. نقش آزادی اقتصادی در پیشبرد اقتصاد، بسیار مهم‌تر از مالکیت و کنترل بخش خصوصی بر بنگاه‌هاست؛ زیرا با آزادسازی اقتصاد و ایجاد فضای رقابت، زمینه لازم برای تحرک اقتصادی و ارتقای شرایط محیطی کسب و کار فراهم می‌گردد و دیگر عوامل را به دنبال خود می‌کشاند.

از طرفی، آزادسازی اقتصادی بر آزادسازی قیمت‌ها نیز دلالت دارد. در واقع، نرخ سود بانکی، تعیین‌کننده قیمت پول در بازار پول است. همان‌طور که دولت نمی‌تواند در بازار کالا برای تولیدکنندگان نرخ تعیین کند، در بازار پول نیز چنین است. یعنی دولت نمی‌تواند راه‌اندازی بانک‌های خصوصی و مشارکت در عرضه و تقاضای پول را به بخش خصوصی توصیه کند، اما قیمت پول را خود دولت تعیین کند. به عبارت دیگر، چگونه ممکن است یک بانک خصوصی حداقل ۱۶ و ۱۷ درصد سود بپردازد، اما از سوی دیگر، سودی معادل ۱۲ و ۱۳ درصد دریافت کند؟ در واقع، عده‌ای بدون توجه به نرخ تورم و به بهانه کاهش آن، نرخ سود بانکی را کاهش می‌دهند. در این حالت، باید افزایش میزان سرمایه‌گذاری در کشور و کاهش نرخ تورم، در پی کاهش نرخ سود بانکی ثابت شود. هر دو این شاخص‌ها بر عکس عمل کرده‌اند و این امر نشان می‌دهد نرخ سود، تعیین‌کننده فضای کار و سرمایه‌گذاری نیست، بلکه عوامل دیگری، نرخ سود را تعیین می‌کنند.

از طرف دیگر، با کاهش نرخ سود، میزان تقاضا برای دریافت تسهیلات بانکی افزایش می‌یابد، اما بانک‌ها نمی‌توانند بر اساس تحرک تقاضا، پول عرضه کنند. این در حالی است که ما به دلیل افزایش نقدینگی درصدد کاهش آن هستیم و این امر نشان می‌دهد سیاست‌هایمان در جهت اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی و خصوصی‌سازی نیست و باید برای رسیدن به این هدف، گام‌های شجاعانه‌تری برداریم. به طوری که گام اول و اساسی در تغییر سازوکار اقتصاد کشور و قرار دادن آن در مسیر رشد و شکوفایی واقعی، تن دادن دولت به آزادسازی اقتصاد است.

بند سوم. نظارت اداری

به طور کلی، ارائه یک تعریف مشخص از نظارت بانکی امکان‌پذیر نیست؛ زیرا نظارت بانکی، مجموعه‌ای از فعالیت‌های پیچیده و گسترده بانک‌های مختلف را شامل می‌شود و تعاریف متعدد و گوناگونی را بر حسب زمینه مورد بحث می‌طلبد. در این میان، حفظ ثبات و سلامت مؤسسه مالی، تبعیت از مقررات و حفظ منابع سپرده‌گذاران، نکات مشترک در تمام تعاریف موجود است. در قوانین متعدد از جمله قانون پولی و بانکی کشور، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها و قانون عملیات بانکی بدون ربا بر مفهوم «نظارت» از سه دیدگاه تأکید شده است که از جمله آن‌ها می‌توان به این موارد اشاره کرد:

نظارت عمومی یا نظارت از لحاظ اعمال سیاست‌های پولی که از وظایف خاص بانک مرکزی به شمار می‌رود. نظارت اداری یا نظارت از لحاظ حسن اداره امور بانک که در واقع، نظارت بر امور همه واحدهای بانکی را شامل می‌شود و از وظایف مدیران بانک‌ها به شمار می‌رود. نظارت عملیاتی یا نظارت بر نحوه مصرف و بازگشت منابع نیز بخش دیگری از نظارت است. نظارت در نظام بانکی در پی آن است تا اطمینان یابد بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به شیوه‌ای ایمن و صحیح عمل می‌کنند و در مقابله با ریسک‌های فراروی خود، از سرمایه و ذخیره کافی برخوردارند.^۱

نظارت بر بانک‌ها را می‌توان در قالب نظارت دستوری و نظارت احتیاطی طبقه‌بندی کرد. نظارت دستوری، ناظر بر نوعی نظارت استصوابی است که شامل امر و نهی مستقیم و در عمل به معنای دخالت همه‌جانبه در امور داخلی بانک به بهانه نظارت است، در حالی که نظارت احتیاطی به نوعی از نظارت مفید و سازنده اشاره دارد که تنها در راستای تأیید سلامت نظام بانکی صورت می‌گیرد و فقط ابعاد حیاتی و ضروری نظارت را دربردارد. بنابراین، از نظر تضمین اجرای مقررات حاکمیت شرکتی، نظارت احتیاطی به دلیل تعیین چارچوب‌ها و حفظ رقابت و پیش‌گیری از تخطی بانک‌ها از سوی دیگر، حایز توجه بیش‌تری است.^۲

۱. فرمان آرا، وحید و فرهاد غفاری، «ارائه الگو و شاخص‌های ارزیابی و نظارت نظام بانکی ایران بر اساس اسناد بالادستی، الگوها و تجارب بین‌المللی سایر کشورها»، اقتصاد دفاع، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۸، ص ۱۳۶.

۲. بیگی، حسین و همکاران، «راهبردنگاری جرایم بانکی در سیاست‌گذاری‌های پولی و بانکی»، مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۴۰۰، ص ۶۷.

مهم‌ترین راهبرد عملیاتی، افزایش کیفیت و مراحل نظارت بانک مرکزی بر اجرای درست قوانین توسط بانک‌هاست. قانون، زمانی مفید واقع می‌شود که توسط قوه اجرایی آن به مرحله اجرا گردد و بر درست اجرا شدن آن نظارت شود. اعمال قانون برای بانک یا هر نهادی پولی و مالی با هدف سلامت آن نهاد و جلوگیری از رانت‌خواری اعمال می‌گردد و از این رو، وجود رانت‌های موجود و با توجه به ساختار بانک که با حجم وسیعی از منابع جامعه سرکار دارد، بسیار محتمل است. بنابراین، نظارت دقیق و مستقیم و غیر مستقیم در کنار اقدامات پیش‌گیرانه از اهمیت ویژه برخوردار است.^۱

مطابق بند الف ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، بانک مرکزی ایران، مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و بانکی کشور است. بنابراین، یکی از وظایف مهم بانک مرکزی، نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری برای رعایت قوانین پولی و بانکی کشور مطابق قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۳۹ در بسیاری از موارد به نظارت و تأیید شورای پول و اعتبار مشروط است. مطابق بند ب ماده ۲ این قانون، شورای پول و اعتبار، وظیفه هدایت فعالیت بانک‌ها و نظارت در امور بانکداری را بر عهده دارد. در اجرای این وظیفه، شورا می‌تواند هر گونه اطلاع از دیگر بانک‌ها اعم از بانک‌هایی را بخواهد که اساس نامه آن‌ها به تصویب مجلسین رسیده است یا طبق قانون بانکداری تأسیس شده باشند یا دستوراتی برای اجرا بدهد و عموم بانک‌ها موظف و مکلف به اجرای آن خواهند بود. وظایف نظارتی بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار بر بانک‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی دارند، اما شورای پول و اعتبار، عالی‌ترین نهاد سیاست‌گذاری بانک مرکزی است.^۲

نتیجه‌گیری

هر چه نهادهای ملی و نظام حقوقی، بیش‌تر مشوّق رقابت و مالکیت خصوصی باشند و بتوانند متناسب با نیازهای در حال تغییر اقتصاد ملی متحول شوند، عملکرد نظام بانکی نیز مطلوب‌تر خواهد بود. هرچه مقررات محدودکننده بر ورود و فعالیت‌های نظام بانکی کم‌تر باشد و از آن طرف، مقررات مربوط به نظارت و کنترل‌های داخلی نظیر شفاف‌سازی اطلاعات، استانداردهای ذخیره‌گیری، کفایت سرمایه،

۱. قائمی اصل، مهدی و فیروز ولایی، «بررسی تأثیر فساد اداری بر سلامت مالی در نظام بانکی ایران»، پژوهش‌های اقتصادی، سال بیستم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۱۸۲.

۲. بزرگری دهج، حمید و محمد رضا الهی‌منش، «سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۰، ۱۴۰۱، ص ۱۶۸.

طبقه‌بندی وام‌ها، راهبری اثربخش بنگاه و کنترل و نظارت بر آن توسط بخش خصوصی دقیق‌تر باشد، کارایی نظام بانکی نیز افزایش خواهد یافت و احتمال وقوع بحران در آن کم‌تر خواهد بود. ضمن آن‌که تمرکز بازار، بر سودآوری بانک‌های بزرگ و کارایی آن‌ها نیز اثر مثبت دارد.

مؤسسات اعتباری که بانک‌ها، رکن اساسی آن شناخته می‌شوند، هنگام در اختیار قرار دادن انواع تسهیلات اعطایی به مشتریان خود باید بررسی‌های کامل کیفی و کمی برای شناخت متقاضیان خود انجام دهند که به طور عام، این بررسی‌ها را اعتبارسنجی می‌نامند.

اعتبارسنجی مشتریان در ترسیم تصویری شفاف از وضعیت و توانایی مشتری در ایفای به موقع تعهدات، باز داشتن آنان از استفاده بیش از حد منابع و سقوط به ورطه بحران مالی نقش اساسی دارد. محورهای انجام اصلاحات ساختاری در نظام بانکی شامل مقررات‌زدایی و آزادسازی اقتصادی و پیش‌نیازهای خصوصی‌سازی بانک‌هاست. در بحث مقررات‌زدایی، حذف مقررات زائد در نظام بانکداری می‌تواند بانک‌ها را به مدیریت بهتر سبد دارایی، اعطای وام‌های کارآتر، کاهش قیمت و افزایش کیفیت خدمات وادارد که به تغییر ساختار بازار به حالت رقابتی و افزایش آن بین بانک‌ها بستگی دارد. آزادسازی اقتصادی در اصل و مفهوم کلی نیز بر نفی دخالت دولت در اقتصاد و نظام بازار (به خصوص قیمت‌گذاری کالاها و خدمات) دلالت دارد و به معنی مقررات‌زدایی، آزادسازی قیمت‌ها و شکستن انحصارات است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بارلتروپ، کریستوفر و دایانا مک نافتن، تفسیر گزارش‌ها و صورت‌های مالی بانک‌ها، ترجمه: کارشناسان اداره مطالعات و سازمان‌های بین‌المللی در بانک مرکزی ج.ا.ا، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۰.
۲. پژوهشکده پولی و بانکی، مجموعه بخش‌نامه‌های مدیریت نظارت و امور بانک‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۱.
۳. شاه‌محمدی، رامین، اعتبارات بانکی: از اعتبارسنجی مشتریان تا وصول مطالبات، چاپ اول، تهران: نور علم، ۱۳۹۷.
۴. لینان دبلفون، زویه، حقوق تجارت الکترونیک، ترجمه و تحقیق: ستار زرکلام، چاپ دوم، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۰.
۵. مبینی دهکردی، علی و احسان رسول‌نژاد، شکل‌دهی به فضای نوین بانکداری: رویکرد دانش بنیان، تهران: نور علم، ۱۳۹۰.
۶. مجموعه پولی و بانکی مشتمل بر قوانین و مقررات معتبر، تهران: معاونت پژوهشی اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۷۹.
۷. مقصودی، جمال، اعتبارسنجی مشتریان پست بانک ایران، چاپ اول، تهران: حانون، ۱۴۰۰.
۸. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، چاپ سوم، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. 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.
۲. الماسی، مجید و سید محمدحسین فاطمی، «پیش‌گیری و مبارزه با فساد (فرا تحلیل کیفی

- مطالعات فساد»، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۵۸۳۴، ۱۳۹۷.
۳. باطنی، ابراهیم و مهدی یزدان‌شناس، «نگاهی به فرآیند شکل‌گیری دولت الکترونیک و چالش‌های فراروی آن»، حقوق اسلامی، شماره ۹، ۱۳۸۵.
۴. برزگری دهج، حمید و محمدرضا الهی‌منش، «سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۰، ۱۴۰۱.
۵. بیگی، حسین و همکاران، «راهبردنگاری جرایم بانکی در سیاست‌گذاری‌های پولی و بانکی»، مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۴۰۰.
۶. جعفری، دیبا، «اثر بیمه اعتبار بر مدیریت ریسک اعتباری در شرکت‌های کوچک و متوسط»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۹۵، ۱۴۰۰.
۷. جمور، حسین و یحیی مرتب، «بررسی دستگاه‌های متولی مبارزه با فساد در جمهوری اسلامی ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۱۹۱۸۰، ۱۴۰۲.
۸. دیان‌تی دیلمی، زهرا و احمد حشمتی، «بررسی رابطه بین انتشار اخبار فساد مالی بانک‌ها با قیمت سهام بانک‌ها و شرکت‌های تابعه»، دانش سرمایه‌گذاری، سال دهم، شماره ۳۸، ۱۴۰۰.
۹. رستمی، ولی و همکاران، «بررسی علل بروز و روش‌های پیش‌گیری از فساد اداری»، رهیافت پیش‌گیری، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۱۰. صادقی شاهدانی، مهدی، «تحلیل مقایسه‌ای ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و بانکداری متداول»، تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۱، ۱۳۹۰.
۱۱. صالحی، مهسا و سعید زرنندی، «نقش تأمین و تدارکات الکترونیک در مبارزه با فساد اداری»، خط‌مشی‌گذاری عمومی در مدیریت، شماره ۱۱، ۱۳۹۲.
۱۲. فرمان‌آرا، وحید و فرهاد غفاری، «ارائه الگو و شاخص‌های ارزیابی و نظارت نظام بانکی ایران بر اساس اسناد بالادستی، الگوها و تجارب بین‌المللی سایر کشورها»، اقتصاد دفاع، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۸.
۱۳. قائمی اصل، مهدی و فیروز ولایی، «بررسی تأثیر فساد اداری بر سلامت مالی در نظام بانکی ایران»، پژوهش‌های اقتصادی، سال بیستم، شماره ۲، ۱۳۹۹.

۱۴. قرنی، محمد و همکاران، «بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثربخشی آن از فرهنگ سازمانی (مطالعه موردی: فساد اداری)»، مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری، تهران: زمان نو، ۱۳۸۹.
۱۵. قهرمانی، سمانه و همکاران، «طراحی مدل سرمایه ساختاری کاهنده فساد در شبکه بانکی با استفاده از نظریه داده بنیاد»، پژوهش‌نامه مدیریت تحول، سال پانزدهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۲.
۱۶. کریمیان، محمدوزین، «چالش رویکرد و سطح تحلیل در طرح‌های مبارزه با فساد اداری در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.
۱۷. گرجی، علی‌اکبر، «تبیین اصول مقررات‌گذاری بانکی در پرتو نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌های حقوقی، شماره ۳۲، ۱۳۹۶.
۱۸. میرزاجانی، حمیدرضا و مجید نجات‌زادگان، «اعتبارسنجی و نقش آن در پیش‌گیری از پول‌شویی در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیر بانکی ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷.

2. Latin Source

1. Aburime, T. U., "Impact of corruption on bank profitability in Nigeria", Euro Economica, 23(2), 2009.
2. Bougatef, K., "Deteminants of bank profitability in Tunisia: does corruption matter?", Jouranal of monet landering control, No. 20, 2017.
3. The world banks anti-corruptions guidenlines and sanctions reform, A users Guide, World Bank, 2015.

ماهیت و آثار مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل؛ مقارنه‌ای با رأی شماره ۷۲۴ دیوان عدالت اداری

محمدرضا عباسی^۱

حمیدرضا صالحی^۲

چکیده

قانون مالیات‌ها، انواع مالیات‌ها را به دو گروه تقسیم کرده است؛ مالیات بر دارایی و مالیات بر درآمد. این که یک نوع مالیات مثلاً مالیات بر نقل و انتقال در کدام یک از گروه‌های یادشده قرار می‌گیرد، دارای آثار مهم حقوقی است و نویسندگان حقوق گاهی از آثار یادشده برای حل برخی مسائل حقوقی استمداد می‌جویند.

این پژوهش که به صورت توصیفی و تحلیلی انجام شده است، به این سؤال پاسخ می‌دهد که مالیات‌های نقل و انتقال و حق واگذاری محل در زمره کدام یک از انواع مالیات‌ها قرار دارد. دیوان عدالت اداری و برخی از نویسندگان استدلال کرده‌اند که مشمول مالیات شدن نقل و انتقال املاک مستلزم حصول درآمد نیست و گاهی حتی شخص در فروش ملک و حقوق ملکی خود ممکن است متضرر نیز شود. با این وجود، وی باید این مالیات‌ها را پرداخت کند.

دیوان عدالت اداری، مالیات نقل و انتقال را در زمره مالیات بر درآمد تلقی نکرده است. با توجه به نص قانون و پیشینه تاریخی و با توجه به شباهت مالیات‌های علی‌الرأس با مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل به نظر می‌رسد که این مالیات‌ها، درآمدی باشد و قانون‌گذار برای سهولت امر، فرمولی ساده برای محاسبه آن ابداع کرده است.

واژگان کلیدی: مالیات بر دارایی، مالیات بر درآمد، نقل و انتقال، حق واگذاری محل، دیوان عدالت اداری.

۱. دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تحصیلات تکمیلی، تهران، ایران، Mra1390@yahoo.com

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، Salehi_hamid1202@yahoo.com

مقدمه

کشورهای مختلف، مالیات‌های گوناگونی از شهروندان می‌گیرند. برای مثال، مالیات‌هایی که در فرانسه از افراد می‌گیرند، متفاوت از افرادی است که در فرانسه اقامت ندارند. افراد ساکن باید مالیات‌های فدرالی پرداخت کنند که عبارتند از: درآمد شخصی به صورت سالانه؛ سرمایه‌گذاری؛ درآمد شرکت یا کسب و کار؛ ارث؛ ثروت و خدمات و کالاهای خریداری شده. هم‌چنین هر مقیم فرانسه باید مالیات‌های محلی را پرداخت کند که عبارتند از: مالیات مجوز تلویزیون؛ مالیات بر ثروت و مالیات بر عایدی سرمایه. در نظام مالیاتی فرانسه، اموری مانند فروش املاک و سهام مشمول مالیات بر عایدی سرمایه می‌شود. در حقیقت، در این نظام، مالیات بر نقل و انتقال، نوعی از مالیات بر عایدی یا درآمد است.^۱

انواع مالیات‌هایی که در انگلستان پرداخت می‌شود، به این ترتیب است:^۲

(الف) مالیات بر درآمد که شامل مالیات بر درآمد خوداشتغالی، درآمد پرداخت شده از طرف کارفرما، سود حاصل از سرمایه‌گذاری و اجاره بهای ملک و سود سپرده‌گذاری و سود سهام است؛
(ب) مالیات بر املاک و مستغلات: در صورتی که شخصی مسکن خود را بفروشد که بیش از ۱۸ ماه در آن ساکن بوده است، مشمول مالیات نخواهد بود، ولی اگر شخصی، ملکی را که در آن سکونت نداشته یا ملک غیر مسکونی را بفروشد که محل کسب وی است، مشمول مالیات بر عایدی سرمایه خواهد بود؛

(ج) مالیات بر ارزش افزوده؛

(د) مالیات ثبت شرکت؛

(هـ) مالیات بر محیط زیست و زمین؛

(و) مالیات بر سوخت.

در قانون مالیات‌های ایران، دو نوع مالیات وجود دارد: مالیات بر دارایی و مالیات بر درآمد. این قانون، احکام مربوط به مالیات بر دارایی را در باب دوم تبیین کرده و عناوینی مانند مالیات سالانه املاک، مالیات مستغلات مسکونی خالی، مالیات بر اراضی بایر و مالیات بر ارث و حق تمبر را در

1. Trotabas, Lois, Precids de science et technique fiscales, paris: Librairie Dalloz, 2006, p. 53.

2. Stephen, Dowell, History of Taxation and Taxes in England, Routledge, 2013, pp. 11-24.

این باب گنجانده است. در باب سوم نیز احکام مربوط به مالیات بر درآمد املاک، کشاورزی، حقوق، مشاغل، اشخاص حقوقی، درآمد اتفاقی و مالیات بر جمع درآمد ناشی از منابع مختلف را تبیین کرده است.

قانون مالیات‌های مستقیم در مواد مختلف، احکام جداگانه‌ای برای هر یک از مالیات بر دارایی و مالیات بر درآمد وضع کرده است. این‌که هر یک از منابع مالیاتی در زمره کدام یک از این مالیات‌هاست، آثار متفاوتی دارد.

مسئله‌ای که در این پژوهش بررسی می‌شود، ماهیت مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل است؛ یعنی این مالیات‌ها در زمره مالیات بر دارایی است یا مالیات بر درآمد؟ تحقیقات چندانی درباره ماهیت مالیات نقل و انتقال صورت پذیرفته است و دیوان عدالت اداری بدون این‌که استدلال خاصی ابراز کند، بیان داشته است مالیات نقل و انتقال در زمره مالیات بر درآمد نیست و از آن نتیجه گرفته است که این مالیات مرور زمان ندارد. برخی نویسندگان نیز این مالیات‌ها را در زمره مالیات بر درآمد تلقی نکرده‌اند. مهم‌ترین دلیل آن‌ها این است که ممکن است از فروش ملک، درآمدی حاصل شود یا خیر.^۱ برخی دیگر از نویسندگان، آن را مالیات بر درآمد می‌دانند و مقررات مالیات بر درآمد را بر آن حاکم می‌شمارند.^۲ فرضیه این پژوهش آن است که مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل در زمره مالیات‌های درآمدی است.

در این تحقیق که به روش توصیفی و تحلیلی صورت گرفته است، بعد از بیان معنای لغوی و مفهوم اصطلاحی درآمد، با توجه به اهمیت آثار حقوقی مالیات بر درآمد و مالیات بر دارایی، آثار یادشده و ماهیت مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری بررسی می‌شود.

۱. عبداللہی، حسین و غلام‌رضا مولابیگی، حقوق مالیاتی با رویکرد تحلیلی کاربردی، تهران: جنگل، ۱۴۰۰، ص ۸۰.

۲. عباسی، محمدرضا، مجموعه مقالات تحلیلی در انتقاد از مقررات، آرا و بخش‌نامه‌های مالیاتی (جلد ۱)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۷۳.

گفتار اول. درآمد و تعریف آن

برای فهم تعبیرهای مالیاتی، لازم است معنا و مفهوم آن مشخص شود. در معنای درآمد نوشته‌اند: «۱. شروع، ابتدا. ۲. درآمد، سود، دخل، سود و بهره از کسب و تجارت و ملک.»^۱ در معنای دارایی هم نوشته‌اند: «مکنت، مال، ثروت. اصطلاح حقوق مدنی که شامل دو بخش است: یکی از اموال و مطالبات یا دارایی مثبت و دیگری، دیون یا دارایی منفی.»^۲

در حسابداری، درآمد را چنین تعریف کرده‌اند: افزایش ناخالص در حقوق صاحبان سرمایه ناشی از فعالیت‌های تجاری که به قصد کسب سود انجام شده است. معمولاً درآمد از فروش کالا، انجام خدمات، اجاره دارایی‌ها و سود قرض دادن پول ایجاد می‌شود. منابع متداول درآمدها عبارتند از: فروش، حق الزحمه‌ها، کمیسیون‌ها، سود تضمین شده، سود سهام، حق الامتیازها و اجاره. معمولاً درآمد منجر به افزایش در یک دارایی یا کاهش در یک بدهی می‌شود. درآمدها از منابع گوناگونی ایجاد می‌شوند و با توجه به ماهیت فعالیت تجاری، عناوین مختلفی دارند.^۳

با توجه به معنای لغوی درآمد می‌توان گفت که از بعد اقتصادی، درآمد دارای دو معنی است:

الف) دخل: به نظر می‌رسد که منظور از دخل عبارت است از مطلق آن چه به دخل طرف وارد می‌شود و این به معنی سود نبوده، بلکه به معنای مبالغی است که شخص به صورت نقد می‌فروشد.

ب) سود: این که آیا درآمد در هر یک از این دو مورد، حقیقت است یا در معنای دخل، حقیقت بوده و بعدها آن معنی متروک شده و در معنی سود، حقیقت شده یا درآمد، مشترک لفظی میان آن دو معنی است و با قرینه معینه در معنای سود مشهور شده یا مشترک معنوی میان دو معنی بوده و مشهور بودن در صورت اطلاع، معنی سود را معین می‌کند، جای تأمل است.

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود، این است که منظور از درآمد در حقوق مالیات‌ها چیست؟ آیا منظور از آن، مطلق فروش است یا سود؟ قانون مالیات‌ها تعریفی از درآمد ارائه نداده، ولی در چند

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: فرهنگ‌نما، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، ص ۳۸۴.

۲. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۴۰۰، ج ۷، ص ۴۲۸.

۳. صالحین، الهام و ناهید مؤذن زاده، کمک حسابداری، تهران: شهریار، ۱۴۰۱.

ماده، درآمد مشمول را تعریف کرده است. «درآمد مشمول» نوع خاصی از درآمد بوده و با مطلق درآمد متفاوت است. قانون موصوف، درآمد مشمول مالیات مشاغل را به این ترتیب تعریف کرده است: «کل فروش کالا و خدمات به اضافه سایر درآمدهای آنان که مشمول مالیات فصول دیگر شناخته نشده، پس از کسر هزینه‌ها و استهلاکات مربوط طبق مقررات فصل هزینه‌های قابل قبول و استهلاکات». (ماده ۹۴ ق.م.م) در تبیین درآمد مشمول اشخاص حقوقی نیز بیان داشته است: «جمع درآمد شرکت‌ها و درآمد ناشی از فعالیت‌های انتفاعی سایر اشخاص حقوقی که از منابع مختلف در ایران یا خارج از ایران تحصیل می‌شود، پس از وضع زبان‌های حاصل از منابع غیر معاف و کسر معافیت‌های مقرر...». (ماده ۱۰۵ ق.م.م) در مورد درآمد مشمول مالیات املاکی که به اجاره واگذار می‌گردد، نیز بیان داشته است: «کل مال الاجاره، اعم از نقدی و غیر نقدی، پس از کسر بیست و پنج درصد بابت هزینه‌ها و استهلاکات و تعهدات مالک نسبت به مورد اجاره...». با توجه به این مقررات، مفهوم درآمد مشمول مالیات در قانون مالیات‌ها به «سود خالص»، بیش‌تر نزدیک است.^۱

گفتار دوم. آثار حقوقی مالیات بر درآمد یا دارایی

این‌که مالیاتی درآمدی بوده یا مبتنی بر دارایی است، آثار مهم حقوقی دارد. اهمیت آثار یادشده به گونه‌ای است که حتی دیوان عدالت اداری، گاهی برای حل برخی مسائل حقوقی به این عناوین مراجعه می‌کند.

بند اول. مرور زمان مالیاتی

قانون مالیات‌های مستقیم در ماده ۱۵۷، به شمول مرور زمان نسبت به مؤدیان مالیات بردرآمد تصریح کرده و مدت آن را پنج سال بیان داشته، ولی نسبت به مرور زمان مالیات بر دارایی آن را مسکوت گذاشته است. سؤالی که در این جا مطرح می‌شود، این است که آیا مالیات بر دارایی مشمول مرور زمان است یا خیر؟ بنا به دلایلی که برمی‌شماریم، مرور زمان صرفاً شامل مالیات بردرآمد است و مالیات بر دارایی مشمول مرور زمان نیست:

الف) قاعده سکوت در مقام بیان (مقام بیان یا اطلاق مقامی): این قاعده با تعبیر مختلفی تبیین شده است. از جمله گفته‌اند: «السکوت فی مقام البیان یجری البیان شرعاً فیکون من الکاشف

۱. عباسی، محمدرضا، حقوق مالیات‌ها از منظر از حقوق خصوصی، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۱۰۳.

الفعلی کالتقدیر».^۱ این که قانون‌گذار به مشمول مرور زمان شدن مالیات بردرآمد تصریح کرده، ولی در مورد مالیات بر دارایی مسکوت گذاشته است، نشان می‌دهد قصد قانون‌گذار، عدم شمول مرور زمان نسبت به مالیات بر دارایی است؛ چون سکوت قانون‌گذار نوعی ظهور و اطلاق تلقی می‌شود.

ب) اصل بر عدم شمول مرور زمان: در نظام حقوقی ایران، اصل بر عدم شمول مرور زمان است^۲ و در هیچ یک از مواد قانون مالیات‌های مستقیم به شمول مرور زمان نسبت به مالیات بر دارایی تصریح نشده است. پس مالیات بر دارایی مشمول مرور زمان نمی‌شود. رویه سازمان مالیاتی نیز این است که مالیات بر دارایی مشمول مرور زمان نمی‌شود.

بند دوم. مشمول مالیات بودن هرنوع درآمد و نوع حسابرسی آن

بر اساس بند (۲) ماده (۱) قانون مالیات‌های مستقیم، تمام درآمدهای هر ایرانی مقیم ایران مشمول مالیات است. بر اساس بند (۳) این ماده، حتی ایرانیان مقیم خارج نیز نسبت به درآمدهایی که از ایران کسب می‌کنند، مشمول مالیات می‌شوند. گاهی برخی مراجع، مشمول مالیات بودن برخی از درآمدها را صحیح نمی‌دانند، ولی با توجه به تعبیر «کلیه» که بر عام بودن درآمدها دلالت دارد و علاوه بر اطلاق درآمد، بر فراگیری آن تأکید دارد، می‌توان گفت که اصل بر مشمول بودن کلیه درآمدهاست، مگر این که قانون‌گذار در جایی، آن را استثنا کرده باشد.^۳

برعکس به استناد بند (۱) ماده (۱) قانون مالیات‌ها، مالکان اموال و املاک را صرفاً طبق مقررات باب دوم مشمول مالیات دانسته است. در این باب صرفاً مالیات بر ارث و مالیات بر حق تمیر مشمول مالیات شده است. پس در شمول مالیات بر دارایی تردید هست و اصل را باید بر عدم شمول گذاشت. برعکس، اصل بر شمول مالیات بر درآمد است و اگر در جایی تردید باشد، باید از این اصل استفاده شود.

۱. الرشتی، المیرزا حبیب‌الله، کتاب الاجاره (جلد ۱)، قم: کتاب‌خانه فقاہت، بی‌تا، ص ۱۶۴؛ خویی، سید ابوالقاسم، تقریر الابحاث (المستند فی شرح العروة الوثقی)، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، بی‌تا، ص ۱۸۱.

۲. عشق‌پور، منصور و محمدرضا عباسی، «ماهیت مرور زمان مالیاتی و تحلیل چند پرسش درباره انقطاع آن»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۵۴، تابستان ۱۴۰۱، ص ۹۴.

۳. عشق‌پور، منصور و محمدرضا عباسی، «رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر معافیت مالیاتی هزینه خدمات رفاهی»، پژوهش‌نامه مالیاتی، دوره بیست و نهم، شماره ۵۲، ۱۴۰۰، صص ۲۵۷.

به نظر می‌رسد که چگونگی حسابرسی در رسیدگی به مالیات بر درآمد با چگونگی حسابرسی در رسیدگی به مالیات بر دارایی متفاوت باشد. مبنای رسیدگی در مالیات بر درآمد؛ دفاتر، اسناد و مدارک تنظیم شده و ارائه شده توسط مؤدی است. به بیان دیگر، نسبت به مالیات بر درآمد اصولاً لازم است مؤدی، دفاتر و اسناد و مدارک را نگه‌داری و از پایانه فروشگاهی و سامانه مؤدیان استفاده کنند. بر همین اساس، گروه رسیدگی نیز مکلف است که موارد یادشده را مبنای رسیدگی قرار دهد. متأسفانه در آیین‌نامه ماده ۲۱۹ ق.م.م صرفاً چگونگی حسابرسی مالیات بر درآمد مورد حکم قرار گرفته و نسبت به چگونگی محاسبه مالیات بر دارایی، مقررات این آیین‌نامه مجمل است.

بند سوم. اهمیت تسلیم اظهارنامه و جریمه دیرکرد

تسلیم اظهارنامه مالیات بر درآمد بسیار اهمیت دارد. به همین دلیل، قانون‌گذار، ضمانت اجرای متعددی برای آن در نظر گرفته است:

الف) عدم تسلیم اظهارنامه نسبت به مالیات بر درآمد موجب جریمه ماده ۱۹۲ ق.م.م خواهد شد.

ب) به موجب ماده ۱۰۱ و ۱۴۶ قانون مالیات‌های مستقیم، عدم تسلیم اظهارنامه موجب محرومیت از کلیه معافیت‌ها و مشوق‌ها می‌گردد. در این باره البته استثنائاتی نیز وجود دارد و معافیت‌های موضوع مواد ۱۴۴ و ۱۴۵ و بندهای (الف)، (ب) و (ز) ماده ۱۳۹ نیز به تسلیم اظهارنامه نیست. (ماده ۱۴۶ مکرر قانون مالیات‌های مستقیم)

تسلیم اظهارنامه در مورد مالیات بر دارایی اهمیت ندارد و ضمانت اجرای چندانی ندارد. در حال حاضر، بر اساس قانون مالیات‌های مستقیم، مالیات بر دارایی، دو مصداق اصلی دارد:

الف) مالیات بر حق تمیر که اصولاً در این باره نیازی به تسلیم اظهارنامه نیست.

ب) مالیات بر ارث؛ بر اساس ماده ۲۶ ق.م.م تنها ضمانت اجرای تسلیم اظهارنامه، امکان کسر هزینه‌های کفن و دفن و واجبات مالی و عبادی است.^۱

بر اساس ماده (۹) آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۶ اصلاحی قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴، عدم تسلیم اظهارنامه مالیاتی یا تسلیم خارج از موعد آن موجب تعلق جریمه ماده ۱۹۲ قانون مالیات‌ها نخواهد بود. بین مأموران مالیاتی مشهور است که تسلیم اظهارنامه مالیات بر ارث به طور ذاتی

۱. گرگیچ، غزاله، بررسی حقوق مؤدیان مالیاتی در قوانین مالیاتی، قم: اثر قلم، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۷۳.

لازم نیست و صرفاً افرادی که می‌خواهند هزینه‌های کفن و دفن و واجبات مالی و عبادی را کسر کنند، ملزم به تسلیم اظهارنامه هستند. این دیدگاه مبتنی بر عبارت زیر از ماده ۲۶ موصوف است: «وراث متوفی... موظفند به منظور کسر هزینه‌های کفن و دفن... ظرف مدت یک سال از تاریخ فوت متوفی، اظهارنامه‌ای... تسلیم نمایند.» به نظر می‌رسد که این دیدگاه صحیح نباشد.

منظور از جرمه دیرکرد، جرمه‌ای است که بدهکار به دلیل تأخیر در تأدیه باید آن را پرداخت کند. ماده ۱۹۰ قانون مالیات‌های مستقیم بعد از بیان جایزه خوش حسابی افرادی که قبل از سررسید مقرر، مالیات را پرداخت می‌کنند، به بیان جرمه دیرکرد و سررسید آن می‌پردازد. این جرمه در قانون مالیات‌های مستقیم، ۲/۵ درصد در ماه است. این جرمه، مختص مالیات‌های عملکردی از انواع مالیات‌های درآمدی است و مالیات بر دارایی مشمول این جرمه نمی‌شود. در فصل مالیات بر ارث، جرمه‌ای نسبت به مؤدیان وضع نشده است. تنها جرمه مربوط به اشخاصی است که قبل از دریافت گواهی پرداخت مالیات، اموال و دارایی‌های متوفی را به وراث یا موصی له تسلیم می‌کنند. درباره مالیات بر حق تمبر نیز فقط جرمه مربوط به عدم ابطال تمبر ظرف دو ماه است. گفته می‌شود در مالیات بر ارث، اموال به روز انتقال، ثبت نام و یا تحویل ارزش‌گذاری می‌شود، نه به تاریخ فوت. پس در نظام حقوقی ایران به جرمه دیرکرد نیازی نیست؛ چون جرمه دیرکرد در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت است.^۱ با توجه به این‌که سررسید مالیات بر ارث در موارد یادشده هنگام انتقال و تحویل است و محاسبه در آن زمان صورت می‌پذیرد، گفته می‌شود که به این جرمه نیازی نیست.

گفتار سوم. بررسی درآمدی بودن یا دارایی بودن مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری

سؤال اصلی این است که آیا مالیات بر نقل و انتقال یک مالیات درآمدی است یا در زمره مالیات بر دارایی؟ پاسخ به این سؤال نه تنها از جهت نظری مهم است، بلکه از جهت عملی و حل مسائل حقوقی مالیاتی نیز اهمیت بسیاری دارد. پیش‌تر بیان شد که مالیات بر دارایی مشمول مرور زمان نمی‌شود. پس اگر معلوم شود که مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر حق واگذاری محل در زمره مالیات‌های دارایی است، مشمول مرور زمان نمی‌گردد.

۱. مالکی مقدم، راضیه، حقوق و تکالیف اصحاب دعوا در فرآیند رسیدگی‌های هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، تهران: حامی پژوهش، چاپ اول، ۱۴۰۲، ص ۴۱.

دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۷۲۴ الی ۷۲۶ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۸ با توجه به این‌که «اصل بر عدم شمول مرور زمان است» و «مرور زمان مالیاتی نسبت به مؤدیان مالیات بر درآمد پذیرفته شده»، نتیجه گرفته است که انتقال حق واگذاری محل مشمول مرور زمان نمی‌شود. البته برخی نویسندگان نیز با استدلال دیگری نتیجه گرفته‌اند که انتقال حق واگذاری محل که در راستای قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی صورت پذیرفته است، مشمول مرور زمان نمی‌شود. آن‌ها بیان داشته‌اند که مبدأ مرور زمان در قانون مالیات‌های مستقیم، سررسید پرداخت مالیات است. هم‌چنین هیچ کدام از قوانین تسهیل تنظیم اسناد رسمی و مالیات‌های مستقیم، سررسیدی برای پرداخت مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری یادشده تبیین نداشته‌اند و قانون تسهیل موصوف، سررسیدی را که قانون مالیات‌های مستقیم مقرر داشته، نسخ کرده است. پس با توجه به «معلوم نبودن سررسید پرداخت» و «اصل عدم شمول مرور زمان» نتیجه گرفته‌اند که نقل و انتقال و انتقال حق واگذاری محلی که در راستای قانون تسهیل صورت می‌پذیرد، مشمول مرور زمان مالیاتی نمی‌گردد.^۱

البته دامنه عدم شمول مرور زمان بر اساس دو دیدگاه متفاوت است. نویسندگان یادشده صرفاً مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری را که در راستای قانون تسهیل تنظیم اسناد انجام می‌شود، مشمول مرور زمان ندانسته‌اند، در حالی که دیوان عدالت اداری به طور کلی، نقل و انتقال و حق واگذاری را مشمول مرور زمان نمی‌داند. مهم‌ترین مبنای استدلالی دیوان عدالت نیز این است که مالیات بر حق واگذاری محل در زمره مالیات‌های درآمدی نیست. از طرف دیگر، برخی از نویسندگان، این مالیات را در زمره مالیات بر درآمد تلقی کرده‌اند.^۲ بنابراین، باید بررسی کنیم که آیا حق واگذاری محل و نقل و انتقال در زمره مالیات‌های درآمدی است یا خیر؟ دو دیدگاه در این باره وجود دارد:

الف) کسانی که معتقدند مالیات بر نقل و انتقال و مالیات حق واگذاری محل در زمره مالیات‌های درآمدی است.

ب) کسانی که می‌گویند این مالیات‌ها در زمره مالیات‌های درآمدی است.

۱. صالحی، حمیدرضا و محمدرضا عباسی، «نظر شورای عالی مالیاتی درباره مرور زمان مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری در بوته نقد»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰، صص ۱۷۰-۱۵۱.

۲. صالحی، حمیدرضا، محمدرضا عباسی و علی احمدی بیاضی، «مغایرت موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم با مبانی فقهی و قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره بیست و سوم، شماره ۴، ۱۴۰۲، ص ۳۱.

بند اول. استدلال طرفداران مالیات بر دارایی بودن نقل و انتقال و حق واگذاری

مبنای دیدگاه این گروه، دو دلیل است:

۱. درآمدی نبودن مبنای محاسبه

بر اساس ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم، مبنای محاسبه مالیات نقل و انتقال، درآمد نیست، بلکه مبنای محاسبه، در مورد نقل و انتقال ارزش معاملاتی و در مورد حق واگذاری محل نیز وجوه دریافتی مالک یا صاحب حق است. بنابراین، مبنای محاسبه برخلاف دیگر مالیات‌های باب مالیات بر درآمد، درآمد نیست و قانون‌گذار در این باره، مبنای دیگری برای محاسبه آن قرار داده است.

۲. احتمال به دست نیاموردن درآمد

درباره مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل این گونه نیست که هر کسی، ملک خود را منتقل یا حقوق کسب یا پیشه یا تجارت خود را واگذار کند، درآمد و سودی به دست می‌آورد. چه بسا واگذارکننده این حقوق و انتقال‌دهنده ملک، حقوق یادشده و ملک خود را به قیمتی پایین‌تر از آن چه خریده است، بفروشد. بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که این گونه مالیات‌ها، مالیات بر درآمد باشند.

بند دوم. استدلال طرفداران مالیات بر درآمد بودن نقل و انتقال و حق واگذاری

مهم‌ترین دلیل این گروه، نص قانون مالیات‌های مستقیم و مقایسه مالیات بر نقل و انتقال با مالیات علی‌الرأسی است.

۱. مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری در نظم قانون مالیات‌ها

قانون مالیات‌های مستقیم، انواع مالیات‌ها را به دو گروه تقسیم می‌کند:

الف) مالیات بر دارایی؛

ب) مالیات بر درآمد.

این قانون در باب دوم، انواع مالیات بر دارایی را احصا و آن‌ها را چنین برشمرده است: مالیات سالانه املاک؛ مالیات مستغلات مسکونی خالی؛ مالیات بر اراضی بایر؛ مالیات بر ارث و حق تمبر. در باب سوم نیز اقسام مالیات بر درآمد را نام برده است که عبارتند از: مالیات بر درآمد املاک؛ مالیات بر

درآمد کشاورزی؛ مالیات بر درآمد حقوق؛ مالیات بر درآمد اشخاص حقوقی؛ مالیات بر درآمد اتفاقی و مالیات بر جمع درآمد ناشی از منابع مختلف. قانون مالیات‌ها، مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری محل را در فصل اول از باب سوم قرار داده که مالیات بر درآمد است و «مالیات بر درآمد املاک» نامیده است. همین تقسیم‌بندی کافی است تا این مالیات را مالیات بر درآمد بدانیم و احکام ویژه مالیات بر درآمد را بر آن بار کنیم.

۲. مفاد مواد ۵۲ و ۵۹ و ۷۴

از بررسی فصل مالیات بر درآمد، این نتیجه حاصل می‌شود که قانون مالیات‌های مستقیم، فصل اول مالیات بر درآمد را مختص مالیات بر درآمد ناشی از واگذاری حقوق نسبت به املاک تلقی کرده است. این امر از ماده ۵۲ و ماده ۵۹ و تبصره‌های آن و مواد ۷۴ و ۷۸ قانون مالیات‌های مستقیم قابل استنباط است. به تعبیر دیگر، قانون بر این موضوع تصریح کرده است.

۳. مقایسه ماهیت مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر دارایی

مالیات بر دارایی نیز مانند مالیات بر درآمد می‌تواند انواع مختلف داشته باشد. به نظر می‌رسد اگر ملک مشمول مالیات بر دارایی شود، باید به طور مستمر و هر ساله از آن مالیات گرفت. این که مالیات یادشده هنگام فروش مطالبه می‌شود، نشان می‌دهد قانون‌گذار، مبنای درآمد را در درآمد آن در نظر گرفته است؛ چون به طور معمول، درآمد با فروش یک ملک یا کالا حاصل می‌شود.

گفتار چهارم. نظریه مختار

از بین این دو دیدگاه به نظر می‌رسد که حق با دیدگاه دوم است. تقسیم‌بندی قانون مالیات‌ها، سخنی برای بحث باقی نمی‌گذارد. وانگهی ماده ۵۲ نیز تأکید دارد در فصل اول از باب سوم، درآمد شخص از واگذاری حقوق نسبت به املاک مشمول مالیات است. با وجود این، لازم است ایرادهای دیدگاه اول بررسی شود.

باید به این سؤال مقدر جواب داد که آیا هر یک از مالیات‌های مربوط به قانون مالیات‌ها در یکی از گروه‌های مالیات بردرآمد یا مالیات بر نقل و انتقال قرار دارد؟ این سؤال از این جهت مطرح شد که دیوان عدالت اداری در رأی پیش‌گفته بدون این که تصریح کند مالیات حق واگذاری و نقل و انتقال

در زمره مالیات بر دارایی است، صرفاً بیان داشته است که این مالیات در زمره مالیات‌های درآمدی نیست. شاید منظور دیوان این بوده باشد که این مالیات‌ها در هیچ یک از گروه‌های موصوف قرار ندارد. با توجه به نص قانون که مالیات نقل و انتقال را در زمره مالیات‌های درآمدی گنجانده است، می‌توان این احتمال را رد کرد.

بند اول. مالیات نقل و انتقال در قانون مالیات‌ها

گفتیم که قانون مالیات‌های مستقیم، مالیات بر درآمد را در باب سوم یعنی مالیات بر درآمد بررسی کرده است. با توجه به تصریح قانون‌گذار و طبقه‌بندی این مالیات در زمره مالیات بر درآمد املاک، نوبت به اعمال نظر نمی‌رسد. در حقیقت، این اعمال نظر، اجتهاد در مقابل نص است و مبنای قانونی ندارد. توضیح این‌که گاه مفهوم عبارات و متون قانونی به قدری روشن و مراد قانون‌گذار آن قدر واضح است که به هیچ وجه احتمال خلاف آن وجود ندارد. به این حالت، «نص یا صراحت» گفته می‌شود.^۱ بدیهی است که با بودن نص معتبر، نوبت به اعمال نظر (= قیاس غیر مصطلح) نمی‌رسد.^۲

شاید گفته شود که قانون‌گذار، فصل اول از باب سوم را به مالیات بر درآمد املاک اختصاص داده است، ولی این مالیات در زمره مالیات بر درآمد نیست و مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل فقط به دلیل ارتباط موضوعی در این فصل گنجانده شده است. در پاسخ به این ایراد گفته می‌شود که اتفاقاً در باب دوم که مالیات بر دارایی مورد حکم قرار گرفته، نسبت به املاک، مالیات‌های متعدد مقرر شده است. برای مثال، در باب یادشده به مالیات بر اراضی بایر و مالیات سالانه املاک حکم شده است. به تعبیر دیگر، این گونه نیست که قانون‌گذار در فصل اول از باب سوم به دلیل مرتبط بودن موضوع، مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری را در فصل یادشده گنجانده باشد؛ چون در باب اول و در مالیات بر دارایی نیز موضوعات مختلف مربوط به املاک را مورد حکم قرار داده است. علاوه بر نظم قانون مالیات‌ها، با استقرا در مواد مختلف قانون مالیات‌ها می‌توان این نتیجه را گرفت که بر اساس قانون مالیات‌ها، مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر حق واگذاری محل، یک نوع مالیات بر درآمد است. به استناد ماده ۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم، مبنای محاسبه

۱. رفسنجانی مقدم، حسین و معصومه حسن پور، *ترمینولوژی تنقیح قوانین*، تهران: نگاه بینه، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۲۸۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۹، ص ۳۱.

مالیات بر اموال و درآمد است. این ماده بیان داشته است: «درآمد شخص حقیقی یا حقوقی ناشی از واگذاری حقوق خود نسبت به اموال واقع در ایران پس از کسر معافیت‌های مقرر در این قانون مشمول مالیات بر درآمد اموال می‌باشد».

یکی از مهم‌ترین حقوق مربوط به ملک، حق مالکیت است که ماده ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم، انتقال آن را تحت عنوان «نقل و انتقال» اعلام داشته و عامه مردم آن را تحت عنوان فروش ملک می‌شناسند. حق مالکیت، کامل‌ترین حق عینی است و تمامی منافع اقتصادی مال را در بر دارد و با موضوع خود که مالکیت باشد، در عرف، یکی شناخته می‌شود، به طوری که مالک اسب و خانه می‌گوید خانه من.^۱ قانون مالیات‌ها در تبصره (۲) ماده ۵۹، تعریفی از حق واگذاری محل ارائه داده است که از ذکر مجدد آن خودداری می‌شود. نتیجه این‌که در نقل و انتقال و حق واگذاری، اشخاص، حقوق خود نسبت به اموال را منتقل می‌کنند و در حقیقت، مبنای محاسبه آن گونه که در ماده ۵۲ به طور اجمال گفته شده، درآمد اشخاص است.

در ماده ۷۴ نیز بیان داشته است: «... در مورد درآمد حاصل از واگذاری سایر حقوق مربوط به این نوع اموال متصرف از نظر مالیاتی مانند مالک حسب مورد مشمول مالیات مربوط خواهد بود و در موارد فوق، تاریخ تصرف، تاریخ تملک متصرف محسوب می‌شود». این قسمت از ماده ۷۴ از ابعاد مختلف نشان‌دهنده درآمدی بودن مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری است؛ چون:

یک. بیان داشته درآمد حاصل از واگذاری سایر حقوق مشمول نرخ ماده ۵۹ می‌شود. پس بر این امر تأکید دارد که آن‌چه مورد حق مالکیت و نقل و انتقال و واگذاری حق کسب و پیشه و تجارت مشمول مالیات شده، درآمد است.

دو. انتقال حقوق مربوط به ماده ۷۴ مشمول مالیات موضوع ماده ۵۹ می‌شود که نشان می‌دهد ماهیت مالیات‌های موضوع ماده ۵۹ نیز درآمدی است؛ زیرا ماهیت مالیات‌های موضوع ماده ۵۹ و ماده ۷۴ باید از یک سنخ باشد، وگرنه موجب تکثر ماهیت مالیات‌هایی خواهد بود که مشمول ماده ۵۹ است. تکثر در ماهیت نیز اصولاً قابل پذیرش نیست و با توجه به نص قانون، ماهیت مالیات موضوع ماده ۷۴، درآمدی است. پس ماهیت مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری یادشده در ماده ۵۹ ق.م.م نیز درآمدی است.^۲

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی (۱)، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة، چاپ هفدهم، ۱۳۷۶، ص ۲۷.

۲. باقری، احمد، عقد تکمیلی «بیع و اجاره»، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۷۳.

در ماده ۷۸ نیز به ماده ۵۲ اشاره داشته که در این ماده، مبنای مالیات فصل اول از باب سوم را درآمد عنوان کرده است. مأخذ مالیات ماده ۷۸ مانند ماده ۵۹، دریافتی مالک است. به تعبیر دیگر، مبنای مواد ۷۸ و ۵۹ یکسان است. چون در ماده ۷۸ به ماده ۵۲ که مبنای درآمدی دارد، اشاره شده، می‌توان گفت که مبنای ماده ۵۹ نیز درآمدی است.

بند دوم. بررسی احتمال به دست نیاوردن درآمد

گفته شد که در مالیات بر درآمد ممکن است شخصی، درآمد کم یا بیش‌تر داشته یا اصلاً درآمد نداشته باشد و حتی ضرر هم بکند. بنابراین، نمی‌توان عنوان مالیات را مالیات بر درآمد تلقی کرد. در پاسخ به این ایراد باید گفت در قانون مالیات‌ها، این تنها جایی نیست که ممکن است شخص درآمد کسب نکند و مشمول مالیات می‌شود. روزانه ده‌ها نفر در سراسر ایران به ادارات مالیاتی یا حتی هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی مراجعه و قسم یاد می‌کنند که نه تنها هیچ‌گونه سودی نکرده، بلکه متضرر نیز شده‌اند، ولی حرفشان شنیده نمی‌شود. این‌که چه مواردی حتی ممکن است شخص متضرر شود، نیز مشمول مالیات می‌شود، متعدد است و از حوصله این مقاله خارج است.

فقط باید دانست که محاسبه مالیات بر اساس ماده ۵۹ ق.م.م مانند محاسبه مالیات علی‌الرأس در مقررات پیش از اصلاحیه سال ۱۳۹۴ قانون مالیات‌های مستقیم است. بر اساس ماده ۹۸ قانون مصوب ۱۳۶۶ در موارد تشخیص علی‌الرأس، مأمور مالیاتی پس از تحقیقات، با اعمال ضریب یا ضرایب، در قرینه انتخابی، درآمد مشمول مالیات تعیین می‌شد. مهم‌ترین قرینه مالیاتی، فروش مؤدی بود که آن هم به صورت تخمینی و بر اساس تحقیقات محاسبه می‌گردید. در رسیدگی یادشده معمولاً مأموران مالیاتی، فروش روزانه را تخمین می‌زدند و فرض می‌شد که مؤدی در سال فقط سیصد روز کار کرده است، با ضرب فروش روزانه، در سیصد، میزان فروش سالانه محاسبه می‌گردید و با اعمال ضریب به فروش یادشده، درآمد مشمول مالیات محاسبه می‌شد.^۱ برای مثال، اگر فرض شود که فروش روزانه یک خواربارفروش، ده میلیون ریال در روز بود، فروش سالانه آن سه میلیارد ریال و با توجه به این‌که ضریب خواربارفروشی در سنوات متمادی، ۱۵ درصد بود، با فرض همان ۱۵ درصد

۱. علی‌نیا، علی‌اصغر، حسابداری برای مشاغل خرد، مشهد: کتابداران، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸.

برای خواربارفروشی، درآمد وی، چهارصد و پنجاه میلیون ریال می‌شد که پس از کسر معافیت‌های مختلف از جمله معافیت ماده ۱۰۱ ق.م.م، درآمد مشمول مالیات محاسبه می‌شد.

بنابر این، در محاسبه مالیات علی‌الرأس، میزان فروش اهمیت دارد و اگر برای مأموران مالیاتی و حتی هیئت حل اختلاف مالیاتی مسجل شود میزان سود مؤدی، کم‌تر از ۱۵ درصد بوده است، مجاز به کاهش مالیات نیستند. بارها دیده شده است که مؤدیان مالیاتی به دلیل رقابت با دیگر واحدهای تجاری و اقتصادی، قیمت فروش خود را به شدت کاهش می‌دهند و در برخی موارد نیز مؤدی بنا به دلایل مختلف متحمل ضرر می‌شود. در این میان، تنها میزان فروش برای نظام مالیاتی اهمیت دارد.

مالیات موضوع ماده ۵۹ ق.م.م نیز شبیه رسیدگی بر اساس علی‌الرأس است و حتی بهتر و منضبط‌تر از محاسبه یادشده است. برای محاسبه مالیات نقل و انتقال، ارزش معاملاتی بر اساس جدول ارزش معاملاتی محاسبه می‌شود و در مورد حق واگذاری محل نیز وجوه دریافتی مالک یا صاحب حق به عنوان مأخذ مالیاتی تلقی و به نرخ ۲ درصد مالیات محاسبه می‌گردد. در حقیقت، در مالیات علی‌الرأس، قیمت فروش، ضرب در ضریب و در نهایت، ضرب در نرخ می‌شود، ولی در مالیات موضوع ماده ۵۹ گویا قانون‌گذار با توجه به عدم تنوع موضوع فروش و یکسان بودن آن؛ خود قانون‌گذار، نرخ را در ضریب ضرب کرده و نرخی را آماده در اختیار مأموران مالیاتی قرار داده است.

امروزه که ضرایب و قرائین مالیاتی بر اساس اصلاحیه قانون مالیات‌های سال ۱۳۹۴ برداشته شده، اگرچه عنوان ضرایب و قرائین مالیاتی نسخ شده است، ولی عملاً و بر اساس ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۸/۹/۹، با عناوین دیگر (نسبت سود ناویژه و نسبت فعالیت) از همان ضرایب استفاده می‌شود. همانا به‌کارگیری نسبت‌های یادشده در حال حاضر به مراتب از قانون سابق بدتر شده است. بر اساس ماده ۱۵۴ ق.م.م قانون مالیات‌های مستقیم پیش از اصلاحات، برای تعیین ضرایب، کمیسیون مرکب از نمایندگان وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی و نماینده شورای مرکزی اصناف تشکیل می‌شد و و ضرایب را تعیین می‌کردند، ولی در حال حاضر و بر اساس ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، ضرایب یادشده بر اساس اطلاعات موجود در پایگاه طرح جامع مالیاتی محاسبه می‌شود که از بحث درباره آن خودداری می‌کنیم.^۱

۱. صالحی، عباسی و احمدی بیاضی، پیشین، صص ۵۹۰-۵۶۵.

ماده ۱۵۴ ق.م.م، ضرایب را نسبت به درآمد اشخاص مقیم ایران حذف کرد، ولی بر اساس ماده ۱۰۷ قانون مالیات‌های مستقیم، ضرایب یادشده هنوز نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی مقیم ایران محاسبه می‌شود.

بند دوم. بررسی درآمدی نبودن مالیات موضوع ماده ۵۹ ق.م.م

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود، این است که آیا مالیات موضوع ماده ۵۹ ق.م.م مبتنی بر درآمد است یا خیر؟ پیش‌تر بیان شد که درآمد دو معنی دارد: مطلق دخل و سود. برای پاسخ به این سؤال که آیا مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر حق واگذاری، درآمدی است یا خیر؟ باید بررسی شود که منظور از درآمد چیست. آیا منظور از درآمد در قانون مالیات‌ها، مطلق دخل یا فروش (مبالغ فروش) بوده یا نه منظور، سود است. اگر منظور، دخل (مبالغ فروش) باشد، تردیدی نیست که مالیات نقل و انتقال و مالیات حق واگذاری، مالیات بر درآمد است؛ زیرا این مالیات مبتنی بر فروش ملک یا انتقال (فروش) حق واگذاری است. البته به نظر می‌رسد که منظور از درآمد، سود حاصل از فروش باشد. در این صورت، با بررسی سیر تاریخی مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر حق واگذاری به نظر می‌رسد که مبنای محاسبه مالیات بر نقل و انتقال و مالیات بر حق واگذاری، درآمد باشد. گرچه محاسبه مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری در قوانین پیش از ۱۳۶۶ تا حدودی پیچیده بود، ولی بر اساس ماده ۲۳ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵، درآمد مشمول مالیات در مورد نقل و انتقالات قطعی املاکی عبارت است از اضافه بهای فروش نسبت به بهای خرید. بر اساس ماده ۲۸ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵، مالیات حق واگذاری محل نیز به روش یادشده محاسبه می‌شد.

به نظر می‌رسد که در قوانین بعدی، برای سهولت محاسبه و احتمالاً برای کاهش اختیارات مأموران مالیاتی و جلوگیری از فساد اداری، قانون‌گذار مالیاتی، چگونگی محاسبه مالیات بر نقل و انتقال را به شکل ساده کنونی مقرر کرده است. قانون‌گذار در مورد نقل و انتقال، ارزش معاملاتی و در مورد حق واگذاری محل، وجوه دریافتی را مأخذ محاسبه قرار داده است.

پیش‌تر بیان شد که در رسیدگی بر مبنای علی‌الرأس، مالیات از مبلغ فروش ضرب در ضریب، ضرب در نرخ حاصل می‌شود. ظاهراً در رسیدگی بر اساس ماده ۵۹ ق.م.م، رسیدگی یادشده نیز خلاصه گشته و ضریب، ضرب در نرخ نیز به نرخ دو درصد و پنج درصد تبدیل شده است.

نتیجه‌گیری

این‌که مالیات نقل و انتقال املاک و حق واگذاری محل در زمره مالیات بر درآمد یا مالیات بر دارایی بوده، دارای آثار مهم حقوقی است. بنا به دلایلی که برمی‌شماریم، این مالیات‌ها در زمره مالیات بر درآمد است:

الف) قانون مالیات‌های مستقیم، این مالیات‌ها را در باب سوم قرار داده است. قانون‌گذار عنوان باب یادشده را مالیات بر درآمد نهاده و این مالیات‌ها نیز در زمره مالیات بر درآمد است.

ب) ماده ۵۲ قانون مالیات‌های مستقیم در تبیین مالیات فصل درآمد املاک بیان داشته است: درآمد شخص حقیقی یا حقوقی ناشی از واگذاری حقوق خود نسبت به املاک واقع در ایران پس از کسر معافیت‌ها مشمول مالیات بر درآمد املاک می‌شود. مهم‌ترین مصداق واگذاری حقوق، واگذاری حقوق مالکیت و حق کسب و پیشه و تجارت است که قانون‌گذار، درآمد آن را مشمول مالیات دانسته است. گویا درآمد در واگذاری حقوق یادشده مفروض است و قانون‌گذار، فرمول خاصی را برای محاسبه مالیات از درآمد موصوف ابداع کرده است.

ج) ماده ۷۴ نیز تأکید دارد که درآمد حاصل از واگذاری دیگر حقوق مشمول مالیات نقل و انتقال می‌شود. این تعبیر نشان می‌دهد مالیات بر نقل و انتقال نیز مبتنی بر درآمد است.

د) ایراد نشود که در انتقال ملک یا حق کسب و پیشه و تجارت ممکن است شخص هیچ‌گونه درآمدی به دست نیاورده و حتی متضرر نیز شده باشد. پیشینه تاریخی این مالیات نشان می‌دهد قانون‌گذار این فرمول را برای سهولت محاسبه ابداع کرده است، ضمن این‌که در محاسبه علی‌الرأس مالیات، فروش را ضرب در ضریب و حاصل را مشمول نرخ ماده ۱۳۱ می‌کند. به تعبیر دیگر، در محاسبه مالیات به روش علی‌الرأس نیز ضرر و زیان مؤدی یا حصول درآمد کم‌تر پذیرفته نیست و کسی نیز ادعا نمی‌کند که مالیات علی‌الرأس مبتنی بر درآمد نیست. در حال حاضر نیز که روش علی‌الرأس از نظام مالیاتی حذف شده است، عملاً نسبت سود و فعالیت جانشین ضرایب شده و ادعای ضرر و زیان از مؤدیانی که مدارک لازم را ارائه نکنند، پذیرفتنی نیست.

با توجه به آثار مهمی که درآمدی بودن مالیات بر نقل و انتقال و حق واگذاری محل دارد، پیشنهاد می‌شود که مراجع محترم ماده ۹۱ قانون دیوان عدالت اداری، رأی شماره ۷۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را اصلاح کنند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی (۱)، تهران: کتاب فروشی اسلامیة، چاپ هفدهم، ۱۳۷۶.
۲. باقری، احمد، عقد تکمیلی «بیع و اجاره»، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
۴. حسن‌زاده، سیف‌الله، حسابداری و حسابرسی مالیاتی، آمل: مؤسسه فرهنگی و هنری شمال پایدار، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۵. دادخواه، ثمرین، اصول حسابداری (۱)، تهران: پوران پژوهش، چاپ اول، ۱۴۰۱.
۶. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۴۰۰.
۷. رفسنجان‌مقدم، حسین و معصومه حسن‌پور، ترمینولوژی تنقیح قوانین، تهران: نگاه بینه، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۸. صالحین، الهام و ناهید مؤذن‌زاده، کمک حسابدار، تهران: شهریار، ۱۴۰۱.
۹. طاهری تازی، میرمحسن، آیین دادرسی مالیاتی؛ پاره دوم: مبانی حقوقی اختلاف، دادخواهی و دادرسی مالیاتی، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.
۱۰. عباسی، محمدرضا، حقوق مالیات‌ها از منظر از حقوق خصوصی، تهران: نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۱. عباسی، محمدرضا، مجموعه مقالات تحلیلی در انتقاد از مقررات، آرا و بخش‌نامه‌های مالیاتی (جلد ۱)، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۴۰۲.
۱۲. عبداللهی، حسین و غلام‌رضا مولایی، حقوق مالیاتی با رویکرد تحلیلی کاربردی، تهران: جنگل، ۱۴۰۰.
۱۳. علی‌نیا، علی‌اصغر، حسابداری برای مشاغل خرد، مشهد: کتابداران، ۱۳۹۴.
۱۴. گرگیچ، غزاله، بررسی حقوق مؤدیان مالیاتی در قوانین مالیاتی، قم: اثر قلم، چاپ اول، ۱۴۰۲.
۱۵. مالکی مقدم، راضیه، حقوق و تکالیف اصحاب دعوا در فرآیند رسیدگی‌های هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، تهران: حامی پژوهش، چاپ اول، ۱۴۰۲.
۱۶. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: فرهنگ‌نما، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. صالحی، حمیدرضا و محمدرضا عباسی، «نظر شورای عالی مالیاتی درباره مرور زمان مالیات نقل و انتقال و حق واگذاری در بوته نقد»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰.
۲. صالحی، حمیدرضا، محمدرضا عباسی و علی احمدی بیاضی، «مغایرت موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم با مبانی فقهی و قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره بیست و سوم، شماره ۴، ۱۴۰۲.
۳. عشق‌پور، منصور و محمدرضا عباسی، «رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر معافیت مالیاتی هزینه خدمات رفاهی»، پژوهش‌نامه مالیاتی، دوره بیست و نهم، شماره ۵۲، ۱۴۰۰.
۴. عشق‌پور، منصور و محمدرضا عباسی، «ماهیت مرور زمان مالیاتی و تحلیل چند پرسش درباره انقطاع آن»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۵۴، تابستان ۱۴۰۱.

۲. عربی

۱. الرشتی، المیرزا حبیب‌الله، کتاب الاجاره (جلد ۱)، قم: کتاب‌خانه فقاقت، بی‌تا.
۲. خویی، سید ابوالقاسم، تقریر الابحاث (المستند فی شرح العروه الوثقی)، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، بی‌تا.

3. Latin Source

1. Trotabas, Lois, Precids de science et technique fiscales, paris: Librairie Dalloz, 2006.
2. Stephen, Dowell, History of Taxation and Taxes in England, Routledge, 2013.

نقش قراردادهای هوشمند در ارتقای شفافیت و عدالت در پلتفرم‌های دونقشی در حقوق اداری ایران و آمریکا

رسول کرمی مقدم^۱

چکیده

این پژوهش با هدف بررسی قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین به عنوان ابزاری نوین برای تسهیل تبادلات دیجیتال با حداقل هزینه‌های تراکنشی و افزایش شفافیت، کارآمدی و اعتماد در قراردادهای اداری، به ویژه در نظام حقوقی و اداری ایران، انجام شده است. همچنین، هدف از این پژوهش بازنگری معنای دقیق این اصطلاح و تبیین قابلیت اجرایی و مشروعیت حقوقی آن در چارچوب قوانین موجود، با تأکید بر نقش پلتفرم‌های دونقشی است. پلتفرم‌های دونقشی به سیستم‌هایی اشاره دارند که همزمان نقش واسطه‌گری و نقش نظارتی را ایفا می‌کنند و می‌توانند بستری برای اجرای قراردادهای هوشمند فراهم آورند. سوال اصلی این پژوهش این است: چگونه می‌توان قراردادهای هوشمند را در چارچوب اصول حقوق اداری ایران و نظام‌های قضایی، به ویژه از طریق پلتفرم‌های دونقشی، سازگار کرد تا ضمن حفظ شفافیت و عدالت، چالش‌های حقوقی و اجرایی آن‌ها برطرف شود و اعتماد عمومی نسبت به این فناوری افزایش یابد؟ این پژوهش از رویکرد تحلیلی-توصیفی استفاده کرده و با بررسی مفاهیم نظری قراردادهای هوشمند، اصول حقوق اداری ایران، چارچوب‌های بلاک چین و نقش پلتفرم‌های دونقشی، به تحلیل قابلیت‌ها و چالش‌های این فناوری پرداخته است. یافته‌های تحقیق بیانگر آن است که قراردادهای هوشمند با بهره‌گیری از کدهای خوداجرا و بلاک چین می‌توانند ثبات، نظارت و اجرای تعهدات قراردادی را ایمن‌تر و شفاف‌تر کنند و به مدیریت اموال دولتی و تضمین حقوق مالکیت کمک کنند. پلتفرم‌های دونقشی با ایفای نقش واسطه‌گری و نظارتی، بستر مناسبی برای اجرای این قراردادها فراهم می‌آورند و می‌توانند تناقضات حقوقی را کاهش دهند. با این حال، پذیرش قانونی این فناوری در بسیاری از حوزه‌های قضایی، از جمله ایران و ایالات متحده، محدود است و چالش‌هایی نظیر عدم انطباق با یک چارچوب قضایی خاص و نیاز به قوانین قابل انتقال بین حوزه‌ها وجود دارد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که مکانیزم RBAC می‌تواند تخصیص نقش‌ها

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه لرستان، ایران، r.karami1986@yahoo.com

و مدیریت مشارکتی حقوق را به صورت امن و کارآمد تسهیل کند. برای بهره‌برداری کامل از پتانسیل قراردادهای هوشمند، تدوین چارچوب‌های قانونی جامع و اصلاح قوانین موجود ضروری است تا مسئولیت‌ها به وضوح تعریف شده و نتایج عادلانه برای ذینفعان تضمین شود.

واژگان کلیدی: قراردادهای هوشمند، بلاک چین، پلتفرم های دونقشی، شفافیت، عدالت،

مقدمه

ظهور قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین، ساختار و نظم سنتی قراردادها را به طور کامل دگرگون کرده است. این تحولات، که از دیجیتال سازی و «داده سازی» جامعه نشأت گرفته‌اند، تأثیرات عمیقی بر حقوق و نظام‌های قانونی گذاشته‌اند. در بازار الکترونیکی یا «ا-آگورا»، تکنیک‌های نوینی برای مبادله کالاها و خدمات پدید آمده‌اند که با چارچوب‌های سنتی مندرج در قوانین مدنی سازگاری ندارند. این پدیده، که از مرزهای ملی فراتر رفته و به یک چالش جهانی تبدیل شده است، نیازمند بازنگری در مفاهیم حقوقی و تنظیم مقررات هماهنگ در سطح بین‌المللی است. قراردادهای هوشمند، به عنوان برنامه‌های خوداجرا که از فناوری بلاک چین بهره می‌برند، با کاهش هزینه‌های تراکنش، افزایش شفافیت و بهبود کارایی، پتانسیل تغییر عملیات تجاری را دارند. با این حال، فقدان چارچوب‌های قانونی منسجم، به ویژه در حوزه‌هایی مانند ایالات متحده و اتحادیه اروپا، پذیرش گسترده این فناوری را با موانعی مواجه کرده است. حقوق، به تعبیر ناتالینو ایرتی، نمی‌تواند نسبت به این «مکان مصنوعی» که بازار دیجیتال است، بی تفاوت بماند و باید ابزارها و قواعد جدیدی را برای تنظیم آن توسعه دهد. پژوهش‌های متعددی به بررسی تأثیر فناوری‌های دیجیتال و قراردادهای هوشمند بر نظام‌های حقوقی و تجاری پرداخته‌اند. ناتالینو ایرتی در مقاله پیشگامانه‌اش با عنوان «مبادلات بدون توافق»، از اواخر قرن گذشته، انحلال مفهوم سنتی قرارداد را پیش‌بینی کرده بود. او معتقد بود که قراردادها از تلاقی اراده‌ها از طریق گفت‌وگوی انسانی به انتخاب مکانیکی راه حل‌های از پیش تعیین شده توسط رفتارهای خاموش و قطعی طرفین (homo videns) تبدیل می‌شوند. در حوزه عملی، مقررات اتحادیه اروپا مانند مقررات ۱۱۵۰/۲۰۱۹ و قانون خدمات دیجیتال (DSA) تلاش‌هایی برای تنظیم روابط قراردادی در پلتفرم‌های دیجیتال و رفع عدم تقارن اطلاعات انجام داده‌اند. همچنین، پژوهش‌هایی نظیر مقاله‌های ارائه شده در این زمینه نشان می‌دهند که قراردادهای هوشمند با استفاده از بلاک چین، قابلیت‌هایی چون امنیت، شفافیت و خودکارسازی را ارائه می‌دهند، اما چارچوب‌های قانونی موجود هنوز توسعه نیافته باقی مانده‌اند. برای مثال، در ایالات متحده، مسائل مربوط به قابلیت اجرا و صلاحیت قضایی قراردادهای هوشمند همچنان حل نشده است. در ایران نیز، مطالعاتی مانند آثار ربانی موسویان (۱۴۰۰) و صادقی و ناصر (۱۳۹۷) به بررسی قواعد حقوقی و فقهی حاکم بر قراردادهای هوشمند پرداخته‌اند و بر ضرورت تدوین

چارچوب های قانونی تأکید کرده اند. این تحقیق از این جهت ضروری است که ظهور قراردادهای هوشمند و پلتفرم های دیجیتال، نظام های حقوقی را با چالش هایی بی سابقه مواجه کرده است. این فناوری ها، با تغییر ماهیت مبادلات از توافقی های سنتی به فرآیندهای خودکار و بی مرز، خلأهای قانونی و نظارتی را آشکار ساخته اند که می توانند به نابرابری، عدم شفافیت و سوءاستفاده منجر شوند. نبود چارچوب های قانونی هماهنگ در سطح جهانی، پذیرش و بهره وری این فناوری را محدود کرده و در عین حال، مخاطراتی نظیر جعل نقش ها، نقض حریم خصوصی و عدم انطباق با قوانین محلی را به همراه داشته است. در ایران نیز، با توجه به رشد روزافزون استفاده از فناوری های دیجیتال و نیاز به انطباق نظام حقوقی با تحولات جهانی، بررسی این موضوع از منظر فقهی، حقوقی و فنی اهمیت مضاعفی دارد.

این تحقیق با پیشنهاد مکانیزم کنترل دسترسی مبتنی بر نقش (RBAC) بین سازمانی از طریق قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین، نه تنها به دنبال رفع این خلأها است، بلکه درصدد ارائه راهکاری عملی برای افزایش امنیت، شفافیت و کارایی در مبادلات دیجیتال می باشد. در این جستار، ابتدا به تحلیل تأثیر دیجیتال سازی و قراردادهای هوشمند بر نظم سنتی قراردادها پرداخته خواهد شد. سپس، چالش های قانونی و نظارتی این فناوری، به ویژه در حوزه های قضایی مختلف مانند اتحادیه اروپا، ایالات متحده و ایران، بررسی می شود. در ادامه، راهکار پیشنهادی قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین برای پیاده سازی مکانیزم کنترل دسترسی پلتفرم های دونقشی بین سازمانی تشریح خواهد شد و مزایا و قابلیت های آن، از جمله امنیت، شفافیت و انعطاف پذیری، مورد ارزیابی قرار می گیرد. در پایان، با توجه به پیشینه تحقیق و تحلیل های انجام شده، پیشنهادهایی برای تنظیم مقررات هماهنگ و کارآمد در سطح جهانی ارائه خواهد شد تا این فناوری بتواند به طور کامل در نظام های حقوقی و تجاری ادغام شود.

گفتار اول. قرارداد هوشمند قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین

قراردادهای هوشمند یک پروتکل برای انجام قرارداد الکترونیکی است. دو هدف کلی از قراردادهای هوشمند دنبال می شود که یکی ایفای شروط معمول قرارداد مانند شرایط و ضوابط پرداخت، حفظ محرمانگی و اتمام قرارداد و دیگری حداقل نمودن استثنایات تصادفی و عمدی و نیاز به

وجود واسطه‌های مورد اعتماد است.^۱ مقررات کنترل دسترسی مبتنی بر نقش^۲ مکانیزمی است که اصل کنترل دسترسی را بر اساس نقش‌های کاربران تعریف می‌کند. در یک تعامل متداول، سازمانی خدماتی را به کاربری ارائه می‌دهد که نقشی خاص دارد و این نقش توسط سازمان دیگری صادر شده است. قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین می‌توانند این فرآیند را بهبود بخشند و مدیریت آن را امن‌تر و کارآمدتر کنند. قراردادهای هوشمند با ایجاد یک مسیر حسابرسی شفاف برای درخواست‌های دسترسی و مجوزها، خطر دسترسی غیرمجاز را کاهش می‌دهند. همچنین، ادغام مکانیزم‌های ردیابی در این قراردادها تضمین می‌کند که تمامی مسیرهای ارتباطی نظارت شده و مسئولیت‌پذیری افزایش یابد. در این چارچوب، قراردادهای هوشمند به عنوان برنامه‌هایی خودکار روی بلاک چین عمل می‌کنند که قوانین تخصیص و تأیید نقش‌ها را اجرا می‌نمایند. با این وجود این قراردادها با توجه به دارا بودن ویژگی خوداجرایی، نسبت به اجرای مفاد قرارداد بدون دخالت فرد سوم و اعمال ضمانت اجراهای عدم انجام تعهدات قراردادی اقدام و این ویژگی با توجه به دارا بودن خصوصیت افزایش امنیت، کاهش هزینه و افزایش سرعت و دقت در انعقاد معاملات منجر به توسعه نظام مبادلاتی می‌گردد.^۳

مدیریت مشارکتی کنترل دسترسی پلتفرم‌های دو نقشی در قراردادهای هوشمند به سیستمی اشاره دارد که در آن تخصیص، مدیریت و نظارت بر نقش‌ها و مجوزهای دسترسی کاربران به صورت غیرمتمرکز و با همکاری چندین نهاد یا طرف در چارچوبی مبتنی بر فناوری بلاک چین انجام می‌شود. در این سیستم، قراردادهای هوشمند که برنامه‌های خودکار، شفاف و تغییرناپذیری هستند و روی بلاک چین اجرا می‌شوند برای تعریف نقش‌ها، تخصیص آن‌ها به کاربران، و اجرای قوانین دسترسی به کار می‌روند.^۴ این رویکرد از اصول پلتفرم‌های دونقشی بهره می‌برد، اما با استفاده

۱. ربانی موسویان، سید علی (۱۴۰۰). قواعد حاکم بر قراردادهای هوشمند در فقه امامیه و حقوق موضوعه، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۸ (۶۶)، ۲۰۴.

2. RBAC

۳. صادقی، محسن، ناصر، مهدی (۱۳۹۷)، ملاحظات برای سیاستگذاری حقوقی قراردادهای هوشمند، سیاستگذاری عمومی، ۴ (۲)، ۱۴۳.

۴. رسول چراغ سحر، محمد هادی بحرانی، محمد ساسان پور (۱۴۰۳)، بررسی جنبه‌های فنی مهم قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین در صنعت مالی در جهان و ارائه بهترین شیوه‌های بهینه‌سازی عملکرد و بهبود مقیاس‌پذیری در بانکداری

از ویژگی های بلاک چین مانند شفافیت، امنیت، و غیرمتمرکز بودن، امکان همکاری امن و قابل اعتماد بین سازمان ها یا افراد را بدون نیاز به یک مرجع مرکزی فراهم می کند. این سیستم به ویژه در موقعیت های بین نهادی مانند زنجیره تأمین، خدمات مالی یا پلتفرم های دیجیتال که نیازمند هماهنگی و اعتماد میان نهادهای متعدد اداری هستند، عملکرد کارآمدی دارد. مزایای آن شامل کاهش هزینه های اجرایی، افزایش شفافیت، تقویت امنیت و امکان خودکارسازی فرآیندها است، ضمن اینکه از سوءاستفاده یا تغییرات غیرمجاز در تخصیص نقش ها جلوگیری می کند. شاخص درون قرارداد هوشمند (قراردادهای هوشمند) عملکردهای زیر را ارائه می دهد:

بند اول. ((addUser(u.EOA, u.role, u.notes))

این تابع تنها توسط مالک یا ایجادکننده قراردادهای هوشمند قابل اجرا است تا کاربران را به قراردادهای هوشمند اضافه کند و نقش های مربوطه و اطلاعات مرتبط را صادر نماید (توجه: محدودیت هایی درباره اینکه کدام نهاد می تواند این تابع/توابع را اجرا کند، از طریق اصلاح کننده ها در کد اعمال می شود که در بخش V-G توضیح داده خواهد شد). این تابع کلید عمومی کاربر (u.EOA)، نقشی که باید به کاربر u اعطا شود (u.role) و یادداشت ها (u.notes) را به عنوان ورودی می گیرد؛ یادداشت ها می توانند شامل اطلاعات مرتبط دیگری مانند تاریخ انقضا و شخصی سازی ها باشند. این تابع ورودی ها را به همراه زمان اجرا شدن تابع خروجی می دهد و خروجی ها را در قراردادهای هوشمند ثبت می کند. در نتیجه، قراردادهای هوشمند به روزرسانی می شود.

بند دوم. ((removeUser(u.EOA))

این تابع تنها توسط مالک یا ایجادکننده قراردادهای هوشمند قابل اجرا است تا کاربران را از قراردادهای هوشمند حذف کند و نقش های آن ها را لغو نماید. این تابع کلید عمومی کاربر (u.EOA) را به عنوان ورودی می گیرد و در صورت اجرای موفقیت آمیز، کاربر را از قراردادهای هوشمند حذف می کند. در نتیجه، قراردادهای هوشمند به روزرسانی می شود.

بند سوم. (addEndorsee(eu.EOA, eu.notes))

این تابع تنها توسط کاربری که قبلاً در قراردادهای هوشمند اضافه شده است قابل اجرا است تا کاربر دیگری (eu) را تأیید کند. این تابع کلید عمومی فرد تأییدشده (eu.EOA) و یادداشت‌هایی (eu.notes) را به‌عنوان ورودی می‌گیرد که می‌تواند شامل اطلاعات مرتبط دیگری مانند تاریخ انقضا و شخصی‌سازی‌ها باشد. این تابع ورودی‌ها را به همراه کلید عمومی تأییدکننده (u.EOA) و زمان اجرای تابع خروجی می‌دهد و خروجی‌ها را در قراردادهای هوشمند ثبت می‌کند. در نتیجه، قراردادهای هوشمند به‌روزرسانی می‌شود.

بند چهارم. (removeEndorsee(eu.EOA))

این تابع تنها توسط کاربری قابل اجرا است که بخواهد یک فرد تأییدشده را از قراردادهای هوشمند حذف کند. فرد تأییدشده تنها توسط کاربری که او را تأیید کرده قابل حذف است. این تابع کلید عمومی فرد تأییدشده (eu.EOA) را به‌عنوان ورودی می‌گیرد و در صورت اجرای موفقیت‌آمیز، فرد تأییدشده را از قراردادهای هوشمند حذف می‌کند. در نتیجه، قراردادهای هوشمند به‌روزرسانی می‌شود.

بند پنجم. (changeStatus)

این تابع تنها توسط مالک یا ایجادکننده قراردادهای هوشمند قابل اجرا است تا قراردادهای هوشمند را غیرفعال کند. قراردادهای هوشمند پس از استقرار برای همیشه در بلاک چین باقی می‌ماند و بنابراین، وضعیت آن برای نشان دادن اینکه قراردادهای هوشمند غیرفعال است و دیگر نباید استفاده شود، اهمیت دارد¹.

گفتار دوم. صدور و تنظیم قوانین قرارداد هوشمند

تنظیم قوانین قرارداد هوشمند به واسطه ظهور پلتفرم‌های دیجیتال دچار انقلاب شده است. افراد، کالاهای، فرصت‌ها و مشکلات جدیدی پدیدار می‌شوند که نیازمند تدوین قواعد نوین و حتی تکنیک‌های نظارتی جدیدی هستند تا بتوان فضای فراسرزمینی اینترنت را تنظیم کرد. در مقایسه

1. Nguyen, T. N. (2024). Smart contract: Revolutionizing transactions in the digital age. HPU2 Journal of Science: Natural Sciences and Technology, 3(1),

با برداشت سنتی از بازار، تنظیم مبادلاتی که در آگورای الکترونیکی رخ می‌دهد، از حاکمیت قانونگذاران کشورهای سرزمینی فراتر رفته و نیازمند همکاری ارزشمند بازیگران و به ویژه پلتفرم‌های دیجیتال است؛ این همکاری در قالب تنظیم مشترک بین بخش‌های عمومی و خصوصی، با نقش تسهیل‌کننده مراجع حوزه‌ای و همچنین با اعمال اصل فرعی‌گرایی تحقق می‌یابد.^۱ در قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین، صدور نقش‌ها و سایر اطلاعات مرتبط به کاربران به‌طور کارآمد و مؤثر با استفاده از قرارداد هوشمند قراردادهای هوشمند انجام می‌شود.

بند اول. شخصی‌سازی

قراردادهای هوشمند اجازه دسترسی متناسب با نقش کاربر را فراهم می‌کنند و انعطاف‌پذیری را در محیط‌های پویا افزایش می‌دهند.^۲ رابطه میان کاربران و نقش‌ها از طریق مالکیت کلیدهای خصوصی تعریف می‌شود که با حساب‌های متعلق به کاربران خارجی (EOAها) یا کلیدهای عمومی دریافت‌کننده یک نقش مطابقت دارند. این رویکرد، اگرچه مؤثر است، مخاطرات امنیتی بالقوه‌ای مانند نشت یا گم شدن کلیدها به همراه دارد؛ ریسک‌هایی که مشابه خطرات مرتبط با گواهی‌های فیزیکی در تعاملات حضوری هستند. قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین از قابلیت شخصی‌سازی برخوردارند که می‌تواند از نشت کلیدها جلوگیری کند. این شخصی‌سازی به‌صورت مستقیم از طریق بخش «یادداشت‌ها» در تابع addUser به کاربر متصل می‌شود. چنین شخصی‌سازی‌ای کاربران را نسبت به حفاظت از کلیدهای خصوصی خود محتاط‌تر می‌کند، زیرا امکان ردیابی و شناسایی استفاده غیرمجاز از نقش در بررسی‌های بعدی وجود دارد. علاوه بر این، قراردادهای هوشمند با بهره‌گیری از قابلیت ذاتی بلاک چین در تأییدپذیری و ثبت غیرقابل تغییر تراکنش‌ها، ویژگی «ردیابی خائن» را ارائه می‌دهند. این ویژگی به سازمان‌ها امکان می‌دهد حساب‌ها را به کاربران مرتبط کنند و در صورت استفاده غیرمجاز از نقش‌ها، عاملان را شناسایی کنند. بنابراین، قراردادهای هوشمند در این سیستم هم امنیت را تقویت می‌کنند و هم شفافیت و پاسخگویی را در تخصیص و مدیریت نقش‌ها افزایش می‌دهند. قراردادهای هوشمند با ارائه

۱. ناصر، مهدی، (۱۳۹۷)، قراردادهای هوشمند: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۲۱.

2. Cruz, J. P., Kaji, Y., & Yanai, N. (2018). RBAC-SC: Role-Based Access Control Using Smart Contract. IEEE Access, 6, 12240–12251

راهکارهایی مانند شخصی سازی و ردیابی، تلاش می‌کنند این مخاطرات را کاهش دهند و جایگزینی امن و کارآمد برای روش‌های سنتی در پلتفرم‌های دونقشی بین نهادی ارائه کنند.

بند دوم. صدور مجدد نقش

اگر کلیدهای خصوصی گم شوند یا فراموش شوند، یا اگر دسترسی به کیف پول دیجیتال از دست برود یا فراموش شود، کنترل بر EOAهای مربوطه نیز از دست می‌رود. مالکیت یک EOA بدون کلید خصوصی منحصر به فرد مربوطه قابل تأیید یا اثبات نیست. قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین دارای ویژگی لغو است که از دست رفتن کلیدها را جبران می‌کند؛ به این صورت که یک سازمان صادرکننده نقش می‌تواند EOA به خطر افتاده را از طریق تابع `removeUser` حذف کرده و نقش را به EOA جدید کاربر دوباره صادر کند.^۱

بند سوم. تاریخ انقضا

سرور زمان سنج اتریوم راه حلی طبیعی برای افزودن تاریخ انقضا یا اعتبار نقش‌ها در سیستم پیشنهادی ارائه می‌دهد. سازمان‌های صادرکننده نقش می‌توانند تاریخ انقضایی را برای نقش‌هایی که صادر می‌کنند در بخش «یادداشت‌ها»ی تابع درج کنند. سپس سازمان ارائه‌دهنده خدمات می‌تواند اعتبار نقش ادعا شده را بر اساس زمان سنجی که نقش به کاربر اعطا شده است، بررسی کند.

بند چهارم. حساب‌های مدیریت شده

یک سازمان صادرکننده نقش تنها نیاز به تولید و مدیریت یک حساب/EOA دارد که برای ایجاد قرارداد هوشمند و اجرای عملکردهای آن استفاده می‌شود. به همین ترتیب، یک کاربر تنها نیاز به تولید و مدیریت یک حساب/EOA دارد که برای دریافت نقش‌ها و تأیید کاربر دیگر (و بنابراین، یک تأیید شده نیز تنها نیاز به تولید و مدیریت یک حساب دارد) استفاده می‌شود. سازمان ارائه‌دهنده خدمات نیازی به تولید و مدیریت حساب/EOA ندارد.^۲

1. M. Wöhler, U. Zdun (2018): "Smart Contracts: Security Patterns in the Ethereum Ecosystem and Solidity", Dissertation, University of Vienna, Vienna, Austria

2. Collaborative Administration of Role-Based Access Control in Smart Contracts, 2022

گفتار سوم. «نقش» در قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین

در قراردادهای هوشمند بلاک چینی، «نقش» به صورت خودکار و کارآمد در منطق قرارداد تعریف و مدیریت می‌شود. تأیید دسترسی کاربران با کلیدهای رمزنگاری انجام می‌گیرد و به‌روزرسانی یا حذف نقش‌ها بدون نیاز به تراکنش‌های جداگانه یا آدرس‌های متعدد صورت می‌پذیرد. کاربران شبکه بیت‌کوین را به‌عنوان بستری برای ایجاد مکانیزم دسترسی در پلتفرم‌های دونقشی بین‌سازمانی به کار بردند. پرداخت‌های بیت‌کوین، که نماد اعتماد هستند، این ارتباط را برقرار می‌کنند و اطلاعات نقش‌ها در تراکنش‌ها ثبت می‌شود؛ آدرس‌های عمومی سازمان به‌عنوان ورودی و آدرس‌های کاربران به‌عنوان خروجی استفاده می‌شوند. برای تأیید درخواست خدمات توسط کاربر ناشناس مدعی نقش، سازمان ارائه‌دهنده تراکنش را بررسی و با پروتکل چالش-پاسخ دسترسی کاربر به آدرس خروجی را تأیید می‌کند. این سیستم نسبت به قراردادهای هوشمند بلاک چینی کارایی کمتری دارد و مشکلاتی نظیر نیاز به تولید آدرس‌های جدید برای مدیریت نقش‌ها، تراکنش‌های جداگانه برای به‌روزرسانی یا حذف کاربران، و پیچیدگی انتشار اطلاعات با افزایش کاربران را به همراه دارد. تأیید نقش‌ها از طریق تراکنش‌ها انجام می‌شود، اما ردیابی آن ناکارآمد است. تاریخ انقضا با زمان سنج بلاک چین ثبت می‌شود و هزینه تراکنش‌ها (حداقل ۰.۲ دلار با تأخیر) از دیگر معایب است.^۱

گفتار چهارم. چالش کاربست قانون و حاکمیت دولت‌ها در فضای بی‌مرز و جهانی قراردادهای هوشمند و اصل شفافیت

در یک اقتصاد پررونق و پویا، مالکیت یک مفهوم مهم به حساب می‌آید و بخش مهمی از فرایند اعتماد سازی در معاملات را به خود اختصاص می‌دهد. امروزه قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین به عنوان تضمین‌کننده حقوق مالکیت اشخاص و سازمان‌ها مقبولیت قابل توجهی پیدا کرده‌اند. این ابزار شاید امیدوارکننده‌ترین راهکاری باشد که تا به امروز در برطرف کردن چالش‌های ثبت مالکیت دارایی‌ها ایجاد شده؛ چراکه فرایند احراز هویت را ساده‌تر و ایمن‌تر، هم‌چنین اعتماد را از طریق شفافیت تقویت

1. Cong, W. L., Li, Y., & Wang, N. (2020). Tokenomics: Dynamic Adoption and Valuation. Review of Financial Studies, 34(3), 1105–1155.

می‌کند.^۱ پیش از هر چیز، مسئله اجرای حقوق را مطرح می‌کند، صرف نظر از محتوای آن حقوق. به بیان دیگر، پیش از تدوین قوانین قراردادهای، باید مشخص شود چه کسی مسئول قانون‌گذاری است و چگونه دولت و نهادهای اداری می‌توانند اجرای آن‌ها را تضمین کنند. دولت تنها در قلمرو خود قدرت دارد، اما اعمال قانون در فضایی بی‌مرز، چالش حاکمیتی ایجاد می‌کند. به همین دلیل، در اروپا برای برخی بازارها (مانند بیمه)، شرکت‌ها ملزم به استفاده از رایانش ابری با سرورهایی در داخل اتحادیه اروپا شده‌اند. با این حال، تلاش‌ها برای محدود کردن شبکه به قلمرو فیزیکی سرورها، جز در موارد استثنایی، ناکافی بوده، زیرا فناوری به راحتی قلمروگرایی را دور می‌زند و امکان فعالیت ناشناس و بدون ردیابی را فراهم می‌کند. مثال گویا در این زمینه، قوانین مربوط به حریم خصوصی (یا بهتر است بگوییم، پردازش داده‌های شخصی) است که قانون‌گذار اروپایی در GDPR سیستمی نو و بدیع ابداع کرده تا اجرای قوانین را حتی فراتر از قلمرو اروپا ممکن سازد. این راه‌حل در ترک قانون‌گذاری جزئی از سوی قانون‌گذار نهفته است و به جای آن، مسئولیت را به یک تنظیم‌کننده خاص (به نام «کنترل‌کننده داده») واگذار می‌کند؛ یعنی فردی که به طور خاص به عنوان کسی انتخاب می‌شود که هم قدرت تنظیم‌گری دارد و هم باید پاسخگوی تناسب قوانینی باشد که با توجه به اهدافی که قانون‌گذار صرفاً به صورت اصول کلی و انتزاعی بیان کرده، وضع می‌کند.^۲

این‌گذار از «قانون به تنظیم‌کننده» با اصل «پاسخگویی» تعریف می‌شود که برای ایران مفهومی نوین است و به عنوان ترکیبی از مسئولیت و ارائه شواهد آن تفسیر می‌شود. این اصل، که به «اصل گزارش دهی» یا «اصل مسئولیت» معروف است، تعهد به رعایت و اثبات آن را در بر می‌گیرد. این رویکرد، تکنیک جدیدی در قانون‌گذاری معرفی می‌کند که حفاظت از داده‌های شخصی را در فضای شبکه، حتی فراتر از مرزهای اروپا، تقویت می‌کند. قانون‌گذار با واگذاری اختیار به «تنظیم‌کننده مسئول» (کنترل‌کننده داده)، امکان انتخاب راه‌حل‌های مناسب را فراهم می‌کند و در عین حال، پاسخگویی تناسب این راه‌حل‌ها را الزامی می‌سازد. این رویکرد هوشمندانه، با جدا کردن قانون از قلمروگرایی، حفاظت از داده‌ها را در فضای بی‌مرز اینترنت مستقل از قلمرو دولت‌ها ممکن می‌کند. چالش‌ها و فرصت‌های نوین قراردادهای در نظام اینترنت و بلاک چین بی‌شمارند. پلتفرم‌های دیجیتال پدیده

۱. قربانی کندسری، مسعود، محمدیان امیری، مهدی و رضوانی، علی. (۱۴۰۲). قراردادهای هوشمند از منظر فقهی و کارکردهای آن‌ها در ایجاد اسناد، بازارهای مالی و سرمایه. فصلنامه علمی مطالعات فقه اقتصادی، ۲۰۹.

2. Carleo, R. (2022). *Piattaforme digitali e contratto*. | Digital platforms and contracts. European Journal of Privacy Law & Technologies, (1).

«پروژومر» (مصرف‌کننده‌ای که همزمان تولیدکننده است) را به وجود آورده‌اند که با کارایی شبکه، بدون نیاز به ساختار شرکتی، کالاها یا خدمات را مبادله می‌کند. همچنین، کالاهای مجازی مانند بیت‌کوین و توکن‌های غیرقابل معاوضه (NFT) با بهره‌گیری از بلاک چین وارد بازار شده‌اند. بلاک چین با ساده‌سازی اسناد حقوقی و گسترش مفهوم «سند» از طریق داده‌های دیجیتال، تحولاتی ایجاد کرده است. این تحولات، مفاهیم سنتی اثبات مکتوب و اعتبار رضایت کاربران را زیر سؤال می‌برد. پلتفرم‌ها می‌توانند پیش از قانون‌گذاری، با طراحی سازوکارهایی مستقل، این چالش‌ها را مدیریت کنند، همان‌طور که در مواردی مانند حساب‌های یادبود فیس‌بوک دیده می‌شود.^۱

از این منظر، مشکل اصلی قراردادهای منعقدشده از طریق پلتفرم‌های دیجیتال، مرتبط با اعتبار رضایت ابرازشده توسط کاربران است. این موضوع بازنگری قوانین مربوط به عیوب اراده، شفافیت اطلاعات، و جلوگیری از شیوه‌های تجاری نادرست را ضروری می‌کند. همچنین، رویه‌های جایگزین برای رسیدگی قضایی سنتی، مانند حل و فصل اختلافات آنلاین (ODR)، در حال توسعه هستند. این سیستم‌ها با دیجیتال‌سازی و معرفی فرآیندهای الکترونیکی، امکان مدیریت سریع‌تر، کارآمدتر و اقتصادی‌تر را فراهم می‌کنند و نظارت دولت را از طریق نهادهای مستقل (مانند AGCOM) تضمین می‌نمایند. با این حال، نمی‌توان از موضوع قراردادهای هوشمند و نقش هوش مصنوعی در تشکیل و اجرای قراردادها چشم‌پوشی کرد. اگرچه هنوز زود است که درباره شخصیت حقوقی یا ظرفیت حقوقی ماشین‌ها تصمیم‌گیری کنیم، این موضوعات در حال حاضر در دستور کار قانون‌گذاران اروپا قرار دارند.

در پلتفرم‌های بلاک چین، صدور توکن‌های بومی یا ارزهای دیجیتال رایج است که کاربران برای فعالیت در پلتفرم به آن‌ها نیاز دارند. برخی بلاک چین‌ها سیستم دوگانه‌ای ایجاد کرده‌اند که در آن یک توکن برای حاکمیت و دیگری برای اجرای عملکردهایی مانند تراکنش‌ها یا قراردادهای هوشمند استفاده می‌شود.^۲ بنابراین، این دو توکن برای اهداف متفاوتی استفاده می‌شوند. معمولاً مالکیت توکن‌های حاکمیتی به دارنده اجازه می‌دهد توکن دیگر را به صورت رایگان دریافت کند، به عنوان پاداشی برای مشارکت در تصمیم‌گیری و رأی‌گیری بلاک چین. با این حال، هر دو توکن در برخی صرافی‌ها قابل معامله‌اند، به این معنا که عملکردهای پلتفرم حتی بدون توکن‌های حاکمیتی نیز قابل استفاده هستند.

1. Compagnucci, M. C., Fenwick, M., & Wrba, S. (Eds.). (2021). *Smart contracts: Technological, business and legal perspectives*. Bloomsbury Publishing.

2. Dimitri, N. (2023). *The Economic Value of Dual-Token Blockchains*. *Mathematics*, 11(17), 3757.

گفتار پنجم. مسئولیت پلتفرم‌ها در قبال کاربران و قوانین عادلانه رقابت

تحلیل جنبه‌های قرارداد ناگزیر شامل بررسی پیامدهای نقض قوانین نیز می‌شود که تحریم‌های آن بین راه حل‌های تخریبی (مانند بطلان قراردادها) و جبرانی (یعنی مسئولیت پلتفرم‌ها در قبال کاربران) در نوسان است. پلتفرم‌ها تا به امروز (و به احتمال زیاد حتی با آخرین مقررات در حال تصویب)، از معافیت از مسئولیت در مورد آنچه صرفاً به عنوان «میزبان» واسطه‌گری می‌کنند، برخوردار بوده‌اند؛ بدون اینکه هیچ‌گونه «مالکیتی» بر محتواهایی که منتقل می‌شوند، بپذیرند (برای مثال، بی‌طرفی ارائه‌دهنده میزبانی در برابر محتوای غیرقانونی که از طریق پلتفرم عبور می‌کند).

با این حال، این موضوع مشکلات حساسی را درباره نقش نظارتی پلتفرم‌ها ایجاد می‌کند (نظارتی که ممکن است به سانسور منجر شود). این نظارت، که پلتفرم‌ها برای جلوگیری (یا کاهش) گردش محتواهایی که غیرقانونی یا شایسته محدود شدن یا حذف کامل تلقی می‌کنند، اعمال می‌کنند، می‌تواند به مسائل حقوقی و اخلاقی پیچیده‌ای منجر شود. حدود دو سال پیش، پرونده «آنجلا بولگر علیه آمازون» سر و صدای زیادی به پا کرد. در این پرونده، دادگاه تجدیدنظر کالیفرنیا آمازون را محکوم کرد که به صورت مشترک و تضامنی مسئول جبران خسارت خانمی باشد که از طریق پلتفرم آمازون محصولی (باتری لپ‌تاپ) را از یک فروشنده و تولیدکننده ثالث خریداری کرده بود؛ محصولی که توسط پلتفرم «توصیه» شده بود.^۱

با این حال، این تصمیم نه تنها به ضرر آمازون نیست، بلکه قدرت جهانی آن را در تجارت الکترونیک تقویت می‌کند؛ مصرف‌کنندگان ترجیح می‌دهند از این پلتفرم خرید کنند، زیرا می‌دانند اعتمادی که به آن دارند، به عنوان تضمینی برای ایمنی محصولات عمل می‌کند؛ ایمنی‌ای که در صورت بروز خسارت، نه تنها فروشنده و تولیدکننده مستقیم مسئول آن خواهند بود، بلکه واسطه تجاری که محصول را توصیه کرده (یعنی آمازون) نیز پاسخگو خواهد بود. دادگاه این تصمیم را دقیقاً به دلیل اعتبار و اقتدار جهانی آمازون توجیه کرد که وقتی محصولی را توصیه می‌کند، اعتماد مشروع کاربران را برمی‌انگیزد و بنابراین باید در صورت بروز خسارت، ضامن آن باشد.

1. Carleo, R. (2022). *Piattaforme digitali e contratto*. | Digital platforms and contracts. European Journal of Privacy Law & Technologies, (1).

اینترنت به عنوان یک پایگاه ممتاز برای مشاهده رابطه میان حقوق و فناوری عمل می‌کند. آیا حقوق می‌تواند پدیده‌های نوین پیشرفت فناوری را تنظیم کند، یا به طور اجتناب‌ناپذیری تحت تأثیر آن‌ها قرار گرفته و مغلوب می‌شود؟ مشکلاتی که حقوق با آن‌ها مواجه است، آشکارند و بخشی از آن‌ها را پیش‌تر در بحث چالش‌های بی‌مرزی شبکه بررسی کرده‌ایم. پیش از این یادآوری کردیم که بازار یک «مکان مصنوعی» است و نه «مکان طبیعی»؛ بنابراین، بازار تنها به این دلیل وجود دارد که توسط حقوق خلق شده است؛ چه زمانی که قانون‌گذار مداخله کند و چه زمانی که تصمیم سیاسی به عدم مداخله بگیرد.^۱ بنابراین، مسلم است که حقوق باید حفاظت از افراد و فعالیت‌های بازار دیجیتال را تنظیم کند، چه در روابط قراردادی با کاربران و چه در زمینه رقابت میان شرکت‌ها. اما حقوق ابزارها و منابع جدیدی پیدا می‌کند که امکان ایجاد مقرراتی متناسب را فراهم می‌سازد و رعایت آن‌ها را الزامی می‌کند. دیگر تنها حقوق تعیین شده توسط قانون‌گذار (که قادر به دنبال کردن و مهار پیشرفت‌های سریع اقتصاد مبتنی بر فناوری نیست) اهمیت ندارد؛ بلکه حقوقی که از خودمختاری همان افرادی که مخاطب قوانین هستند، سرچشمه می‌گیرد، گسترش می‌یابد.

در اینجا ضرورت اجرای عملی اصل تکمیلی (ماده ۱۱۸ در معاهده عملکرد اتحادیه اروپا (TFEU)) که به مسائلی از قبیل همکاری در زمینه سیاست‌های اجتماعی یا حقوق مالکیت فکری مربوط می‌شود) آشکار می‌شود. بر اساس این اصل، قانون‌گذار عقب‌نشینی می‌کند و فضا را برای شکل‌گیری مسئولانه مقرراتی که توسط بخش خصوصی یا نهادهای اجتماعی نزدیک‌تر به منافع مورد حمایت وضع می‌شوند، باز می‌گذارد. این نهادها از سوی قانون‌گذار برای تدوین مقرراتی حتی با منافع عمومی تفویض اختیار می‌شوند. به این ترتیب، مقامات عمومی با همان بخش‌های خصوصی که وظیفه و نقش تدوین مقررات مناسب‌تر و تضمین رعایت آن‌ها را بر عهده دارند، همکاری می‌کنند. این همکاری در چارچوب یک دیدگاه «هم‌تنظیمی» صورت می‌گیرد که به طور روزافزون آشکارتر می‌شود. خودتنظیمی، آیین‌نامه‌های رفتاری و «حقوق نرم» به ناچار به عنوان منابع جدید مقررات و ضامن عملکرد کارآمد بازار دیجیتال نقش‌آفرینی می‌کنند.^۲ پلتفرم‌های دیجیتال، که فراتر از دولت‌ها و قوانین عمل می‌کنند و به عنوان «اوور د تاپ» شناخته

1. McKinney, S. A., Landy, R., & Wilka, R. (2017). *Smart contracts, blockchain, and the next frontier of transactional law*. Wash. JL Tech. & Arts, 13, 313.

2. Carleo, R. (2022). *Piattaforme digitali e contratto*. | Digital platforms and contracts. European Journal of Privacy Law

می‌شوند (زیرا بدون نیاز به زیرساخت اختصاصی خود، از اینترنت بهره می‌برند و بر فراز شبکه‌ها فعالیت می‌کنند)، اکنون به نظر می‌رسد چنان قدرتمند شده‌اند که تحت کنترل قانون‌گذاران دولت‌های مستقل (هر یک در قلمرو خود) قرار گرفتن برایشان دشوار است. با این حال، این پلتفرم‌ها از طریق خودتنظیمی و همکاری داوطلبانه، مسئولیت تدوین و اجرای قوانینی را بر عهده گرفته‌اند که عملکرد صحیح بازار را تضمین می‌کند؛ امری که نه تنها به نفع خودشان، بلکه به‌ویژه برای بقای آن‌ها لازم است.

گفتار ششم. پلتفرم‌ها دونقشی در حقوق اداری ایران

در حقوق اداری مدرن، سازوکارهای دستیابی به منافع عمومی، هم‌راستا با تعامل دولت با مردم، به هدف رسمی اصلی تبدیل شده است. در حقوق اداری ایران، منافع عمومی موضوعی تازه مطرح شده است. با توجه به سیاست تمرکززدایی، خصوصی‌سازی و طرح کوچک‌سازی دولت در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری، و همچنین بهره‌گیری از ایده‌های مدیریت عمومی نوین در تدوین قانون مدیریت خدمات کشوری، می‌توان گفت که قانونگذار نیاز دارد از مفاهیم قدیمی حقوق اداری عبور کند و شرایطی را ایجاد نماید که در آن منافع شهروندان در حوزه حقوق اداری به شکل مناسب‌تری تأمین شود.

نقش‌ها در پلتفرم‌های دونقشی نیز برای کنترل دسترسی کاربران به خدمات عمومی استفاده می‌شوند؛ کاربران به نقش‌ها و نقش‌ها به خدمات مرتبطند. این چارچوب در سازمان‌ها برای مدیریت دسترسی (مثلاً برنامه‌نویسان به کدهای بک‌اند و فراشبکه‌اند، کارکنان تضمین کیفیت به فرانت‌اند) به کار می‌رود و انعطاف‌پذیری آن امکان استفاده بین‌سازمانی (مثل تخفیف دانشجویی) را فراهم می‌کند. این بستر با رمزنگاری داده‌ها، امنیت و شفافیت را تضمین می‌کند و در دولت الکترونیکی به بهبود رأی‌گیری، ثبت اطلاعات، قراردادها، نظارت بر حقوق کارکنان و تراکنش‌های بازار کمک می‌کند. البته پیاده‌سازی این بستر در یک نظام حقوقی با چالش‌هایی همچون ظرفیت ذخیره‌سازی داده پیام‌های الکترونیکی، تغییرناپذیری بلاک چین، خطرات استفاده از ابزارهای الکترونیکی، و اعتبارسنجی ارزهای مجازی و توکن‌های دیجیتالی مواجه است.^۱

& Technologies, (1).

۱. آقای طوق مسلم، ناصر مهدی. سازوکار و چالش‌های پیاده‌سازی بستر بلاک چین در توسعه دولت الکترونیکی و آثار آن بر

بر مبنای مفاد بند ج ماده ۶۵ قانون برنامه پنج‌ساله هفتم، دولت موظف است ظرف شش ماه از اجرای این قانون، «برنامه ملی توسعه هوش مصنوعی» را با رعایت سیاست‌های کلی نظام و سند راهبردی فضای مجازی اجرا کند. این برنامه با هدف حمایت از زیست‌بوم هوش مصنوعی پایدار، تدوین چارچوب تعامل ذی‌نفعان، تأمین زیرساخت‌های فنی، حقوقی و اخلاقی، و افزایش آگاهی درباره کارکردها و خطرات هوش مصنوعی تدوین می‌شود. قانون مذکور با اشاره به «تعیین چارچوب‌ها و سازوکار تعامل ذی‌نفعان» و «فراهم نمودن زیرساخت‌های دانش فنی و حقوقی»، زمینه را برای استفاده از هوش مصنوعی در طراحی، اجرا، و نظارت بر قراردادهای هوشمند فراهم می‌کند. برای مثال، هوش مصنوعی (AI) می‌تواند در شناسایی الگوهای غیرعادی تراکنش‌ها یا پیش‌بینی ریسک‌های حقوقی قراردادها به کار رود. این اقدامات به رشد اقتصاد دیجیتال، تقویت قراردادهای هوشمند با خودکارسازی تراکنش‌ها، و بهبود پلتفرم‌های دونقشی از طریق تحلیل داده‌ها و مدیریت تعاملات کمک می‌کند، اما نیازمند تعادل بین نوآوری و مقررات اداری است.

نگرانی‌های روبه‌رشد درباره امنیت داده‌های کاربران در پلتفرم‌ها، دولت‌ها را به مداخله در این حوزه واداشته است. از آنجا که هنوز هیچ سند سیاستی جامعی درباره حفاظت از داده‌های کاربران در ایران تدوین نشده، پژوهش‌هایی برای شناسایی شبکه سیاست‌گذاران و موانع موجود در این زمینه ضروری است. این پژوهش با بهره‌گیری از رویکرد نگاشت نهادی، به شناسایی و ترسیم بازیگران دولتی و خصوصی در شبکه سیاست‌گذاری برای حفاظت از داده‌های شخصی کاربران ایرانی در پلتفرم‌ها می‌پردازد. ترسیم شبکه‌ای از نقش‌ها در این حوزه برای شناسایی شبکه سیاست‌گذاران حفاظت از داده‌ها در حقوق اداری ایران ضروری است. پس از شناسایی این بازیگران و ارتباطات میان آن‌ها، شکاف‌ها، تعداد زیاد بازیگران، و خروجی‌های شبکه سیاست‌گذاری برای حفاظت از داده‌های کاربران مشخص خواهد شد. ناکارآمدی شبکه سیاست‌گذاری در تدوین و اجرای سیاست‌ها، عمدتاً ناشی از تعارض منافع بازیگران اصلی آن است.

بند اول. تعامل و تقابل قرار داد های هوشمند و تصدی‌گری قراردادهای حاکمیتی

بیشتر سیستم‌های قرارداد سنتی با مشکلاتی مانند وجود واسطه‌ها، مراحل اجرایی طولانی، خطر تقلب و خطای انسانی روبه‌رو هستند. با توجه به این مسائل، این پروژه از فناوری قرارداد هوشمند

استفاده می‌کند تا راه‌حلی غیرمتمرکز، خودکار و امن ارائه دهد و به این ترتیب ناکارآمدی‌ها و مشکلات اعتماد ناشی از آن‌ها را برطرف کند. قراردادهای هوشمند امکان اجرای خودکار قراردادها را فراهم می‌کنند؛ شرایط این قراردادها به صورت صریح در خطوط کد بیان شده‌اند و این فرآیند با بهره‌گیری از فناوری بلاک چین انجام می‌شود.^۱ خطر تقلب و خطای انسانی عمدتاً در قراردادهایی بروز می‌کند که دولت در آن‌ها به صورت تصدی‌گرایانه عمل می‌کند، یعنی در نقش یک طرف قرارداد مشابه اشخاص خصوصی ظاهر می‌شود. در حقوق اداری ایران، قراردادهای تصدی‌گری تابع قواعد حقوق خصوصی هستند و دولت در این موارد مسئول جبران خسارات ناشی از عملکرد خود است. استفاده از قراردادهای هوشمند می‌تواند در قراردادهای تصدی‌گری، مانند خرید و فروش اموال دولتی یا ارائه خدمات عمومی قابل‌واگذاری، کاربرد داشته باشد. قراردادهای هوشمند با حذف واسطه‌ها و خودکارسازی اجرای قرارداد، هزینه‌های تراکنش را کاهش می‌دهند. این ویژگی به‌ویژه در حوزه تصدی‌گری مفید است، زیرا در این حوزه دولت نیازی به اعمال اقتدار عمومی ندارد و می‌تواند از فناوری‌هایی مانند بلاک چین برای شفافیت و کارآمدی بیشتر بهره‌برد. با این حال، در قراردادهای حاکمیتی که هدف اصلی آن‌ها تأمین منافع عمومی و اجرای وظایف غیرقابل‌واگذاری (مانند تنظیم‌گری یا نظارت بر امنیت) است، خودکارسازی کامل ممکن است با محدودیت‌هایی مواجه شود، زیرا این قراردادها اغلب نیازمند تصمیم‌گیری‌های مبتنی بر اقتدار دولتی هستند که فراتر از کدگذاری ساده است.

شفافیت به‌ویژه در قراردادهای حاکمیتی اهمیت دارد، زیرا این قراردادها با منافع عمومی گره خورده‌اند و باید پاسخگوی اصول عدالت و اثربخشی باشند (ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری). برای مثال، در قراردادهای مربوط به مدیریت اموال دولتی یا پروژه‌های زیرساختی، استفاده از بلاک چین می‌تواند سوابق تغییرناپذیری ایجاد کند که نظارت عمومی و قضایی را تسهیل می‌کند. در مقابل، در قراردادهای تصدی‌گری، این شفافیت به کاهش فساد و خطای انسانی کمک می‌کند، اما لزوماً به اقتدار دولتی وابسته نیست. این حوزه‌ها می‌توانند هم شامل وظایف حاکمیتی (مانند تنظیم‌گری بازار انرژی) و هم تصدی‌گری (مانند ارائه خدمات درمانی توسط بیمارستان‌های دولتی) باشند. قراردادهای هوشمند در وظایف تصدی‌گری، مانند مدیریت زنجیره تأمین دولتی، می‌توانند به‌طور کامل جایگزین روش‌های

1. Mazlan, F., Omar, N. F., Nik Mohd Kamal, N. N. M. S., & Zainuddin, A. A. (2025). *Comprehensive Insights into Smart Contracts: Architecture, Sectoral Applications, Security Analysis, and Legal Frameworks*. *Journal of Informatics and Web Engineering*, 4(1), 1–17

سنتی شوند، اما در وظایف حاکمیتی، مانند نظارت بر استانداردهای بهداشتی، تنها به عنوان ابزار کمکی عمل می کنند، زیرا تصمیم گیری نهایی به اقتدار دولت وابسته است.

قراردادهای هوشمند برای پذیرش کامل نیازمند سازگاری با اصول حاکمیتی مانند عدالت و شفافیت (مطابق قانون اساسی و قانون مدیریت خدمات کشوری) هستند. در حوزه تصدی گری، این فناوری می تواند به راحتی با قواعد حقوق خصوصی هماهنگ شود، اما در حوزه حاکمیتی، انطباق آن با قوانین آمره و صلاحیت های نظارتی دولت پیچیده تر است. برای مثال، ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه امور حاکمیتی و تصدی گری را مشخص کرده، و هرگونه نوآوری باید در این چارچوب قرار گیرد. در حقوق اداری ایران، این ادغام در قراردادهای حاکمیتی می تواند به سیاست گذاری هوشمند (مانند تخصیص منابع عمومی) کمک کند، اما نیازمند چارچوب های قانونی است که مسئولیت ها را در برابر خطاهای احتمالی مشخص کند. در قراردادهای تصدی گری، این فناوری می تواند اجرای خدمات را کارآمدتر کند، بدون اینکه به اقتدار عمومی لطمه بزند.

بند دوم. چالش های قانونی و نظارتی

چالش های قانونی که قراردادهای هوشمند در چارچوب نظارتی ایالات متحده با آن مواجه هستند، چندجانبه بوده و ناشی از ویژگی های منحصر به فرد این فناوری و ماهیت در حال تکامل آن هستند. مسائل کلیدی شامل قابلیت اجرا، صلاحیت قضایی و انطباق با استانداردهای قانونی موجود است. این چالش ها مستلزم بررسی دقیق نحوه اعمال اصول سنتی قانون قرارداد در قراردادهای هوشمند و همچنین نیاز به شفافیت قانونی برای حمایت از ادغام آن ها در سیستم حقوقی است.^۱ اصطلاح «قرارداد هوشمند» اغلب به اشتباه تفسیر می شود و این سوء تفاهم به دیدگاه های حقوقی ای دامن می زند که ممکن است با اصول سنتی حقوق قراردادها هم راستا نباشد.^۲ نیاز به چارچوب های قانونی وجود دارد که در سراسر حوزه قضایی قابل حمل باشند تا از یک چشم انداز نظارتی سازگار اطمینان حاصل شود.^۳ مسائلی مانند چالش های مربوط به شواهد و اختلافات قضایی، اجرای قراردادهای

1. Kumar, A., Bhatnagar, G., Mishra, M., Sangwan, D. C., Kalele, G., & Sahu, K. K. (2024). *Smart Contracts and the Law: A Computer Engineering Perspective*. 1–6.

2. Mik, E. (2019). Smart Contracts: A Requiem. *Socialience Research Network*. <https://doi.org/10.2139/SSRN.3499998>

3. Kumar et al., 2024

هوشمند را پیچیده‌تر می‌کنند و نیاز به دستورالعمل‌های روشن‌تر و مشخص‌تری را برجسته می‌سازند.^۱ بدون وجود پروتکل‌های استاندارد، قراردادهای هوشمند توسعه یافته در پلتفرم‌های مختلف ممکن است نتوانند به‌طور مؤثر با یکدیگر تعامل داشته باشند و این امر مانع از بهره‌برداری کامل از ظرفیت آن‌ها شود.^۲ قراردادهای هوشمند به دلیل ویژگی‌های کلیدی مانند ناشناسی، ناسازگاری میان نیت و محتوای کد، امکان دور زدن مقررات، و ساختار سازمانی خودگردان غیرمتمرکز، با چالش‌های حقوقی متعددی مواجه هستند. گفتمان نظارتی کنونی در دستیابی به اهداف خود عملکرد قابل قبولی دارد، اما از نظر توجه به ویژگی‌های خاص این قراردادها و تشویق مشارکت داوطلبانه با محدودیت‌هایی روبه‌رو است. به همین دلیل، نیاز به رویکرد نظارتی جدیدی احساس می‌شود که هم ویژگی‌های منحصربه‌فرد قراردادهای هوشمند (به‌عنوان روش اصلی معاملات در مالی غیرمتمرکز) را مدنظر قرار دهد و هم مشارکت داوطلبانه افراد را ترغیب کند. راه‌حل‌هایی مانند هیئت خودبازبینی قراردادهای هوشمند، سازمان نگهداری کلید خصوصی، و سیستم صدور گواهی واگذارشده بر اساس این نیازها پیشنهاد شده‌اند. با این حال، نمی‌توان با اطمینان گفت که این راهکارها به‌طور کامل مسائل حقوقی قراردادهای هوشمند را برطرف می‌کنند. از این رو، بحث بیشتری درباره طراحی رویکرد نظارتی با ساختاری تشویقی که بتواند مشارکت داوطلبانه را جلب کند، ضروری به نظر می‌رسد.

این‌گونه قراردادها بیشتر به‌عنوان ابزاری برای بهبود قراردادهای تصدی‌گری قابل تحلیل هستند، زیرا خودکارسازی و حذف واسطه‌ها با فعالیت‌هایی که دولت در آن‌ها مانند شخص خصوصی عمل می‌کند، سازگارتر است. در قراردادهای حاکمیتی، این فناوری تنها می‌تواند نقش مکمل داشته باشد، زیرا اقتدار عمومی و منافع عمومی نمی‌توانند به‌طور کامل به کدهای خودکار واگذار شوند. چالش اصلی در ایران، تدوین چارچوب‌های قانونی است که هم انعطاف‌پذیری تصدی‌گری را حفظ کند و هم الزامات حاکمیتی را تضمین نماید. این تحلیل نشان می‌دهد که قراردادهای هوشمند پتانسیل تحول در هر دو حوزه را دارند، اما موفقیت آن‌ها به انطباق با ساختار حقوقی و اداری کشور بستگی دارد.

1. Won, J.-H., & Park, S.-J. (2024). A Review of Financial Legal Issues and Regulatory Tools for Smart Contract: Focusing on regulatory policies for the decentralized financial industry. *Kyung Hee Law Journal*. <https://doi.org/10.15539/khlj.59.1.9>

2. Datta, S. K. (2024). *Gap Analysis for Smart Contract Standardisation*. 59–63.

بند سوم. مزایا برای شرکت های کوچک و متوسط (SME)

قراردادهای هوشمند می توانند به طور قابل توجهی هزینه های تراکنش را کاهش دهند و شفافیت و پاسخگویی را برای شرکت های کوچک و متوسط بهبود بخشند.^۱ این نوع قراردادها با خودکارسازی تراکنش ها، کاهش خطای انسانی و ساده سازی فرآیندها، امنیت و کارایی را افزایش می دهند. در مقابل، برخی معتقدند که مقررات بیش از حد می تواند نوآوری را در حوزه قراردادهای هوشمند، که به سرعت در حال تحول است، سرکوب کند و به طور بالقوه مانع پیشرفت هایی شود که چارچوب های نظارتی برای حفاظت از آن ها طراحی شده اند. یافتن تعادل بین مقررات و نیاز به انعطاف پذیری همچنان چالشی اساسی باقی مانده است.

بند چهارم. انگاره های فنی و امنیتی

قراردادهای هوشمند برنامه های رویداد محور هستند که توافقنامه ها را به طور خودکار اجرا می کنند و مزایایی مانند بهره وری هزینه و قابلیت اطمینان را ارائه می دهند.^۲ در نظام حقوقی ایران، کنترل دسترسی در شبکه بلاک چین یکی از چالش هایی است که با رشد این فناوری مواجه هستیم. در شبکه بلاک چین، مجموعه ای از فعالیت های مالی کاربران که نیاز به امضای دیجیتال دارند، انجام می شود و این اطلاعات در سرور بلاک چین ذخیره می گردند. امضای دیجیتال و تأیید هویت و صحت تراکنش ها، به صورت دستی فرآیندی زمان بر بوده و کاربر پسند نیست. این موضوع یکی از دلایلی است که فناوری بلاک چین هنوز به طور کامل پذیرفته نشده است.^۳

علیرغم مزایای منحصر به فرد، قراردادهای هوشمند آسیب پذیری ها و مسائل امنیتی را نیز به همراه دارند که باید از طریق چارچوب های بهبود یافته حل شوند. در حالی که قراردادهای هوشمند راه حل های نوآورانه ای برای خودکارسازی توافق ها ارائه می دهند، ادغام آن ها در چشم انداز حقوقی همچنان موضوع بحث و جدل است. منتقدان استدلال می کنند که فقدان مقررات روشن ممکن

1. Bodemer, O. (2023). *Smart Contracts as a tool for small and midsized companies*. <https://doi.org/10.36227/techrx-iv.24005568>

2. **Law Review**. (2023). Teises Apzvalga. <https://doi.org/10.7220/2029-4239>

۳. عندلیب، عبدالرزاق، رضاخانی، افشین، مرشد اسکی، اکبر رحمانی. پریسا (۱۴۰۰). کنترل دسترسی در قراردادهای هوشمند با استفاده از یادگیری ماشین برای اینترنت اشیا. فصلنامه علمی-پژوهشی فرماندهی و کنترل، ۵(۳)، ۶۵.

است مانع از پذیرش گسترده این فناوری شود و بر نیاز به رویکردی متعادل تأکید می‌کند؛ رویکردی که ضمن تقویت نوآوری، اطمینان حقوقی را نیز تضمین کند. از طرفی، قراردادهای هوشمند وعده انقلابی در عملیات تجاری، به‌ویژه برای شرکت‌های کوچک و متوسط، می‌دهند، اما پذیرش آن‌ها به دلیل ابهامات قانونی و نگرانی‌های امنیتی با موانعی مواجه است. برای رسیدگی به این چالش‌ها، توسعه چارچوب‌های قانونی جامع و اجرای اقدامات امنیتی بهبودیافته ضروری است تا بتوان پتانسیل کامل قراردادهای هوشمند را در زمینه‌های مختلف، از جمله نظام حقوقی ایالات متحده، به واقعیت تبدیل کرد.

بند پنجم. قراردادهای هوشمند در نهاد های اداری ایالتی آمریکا

قراردادهای هوشمند در ایالات متحده تحت چارچوب مقررات مختلفی، از جمله قانون تراکنش الکترونیکی یکنواخت (UETA) و قانون امضای الکترونیکی در تجارت جهانی و ملی (ESIGN)، تنظیم شده‌اند. این قوانین به شناخت حقوقی و کاربرد عملی قراردادهای هوشمند در فرآیندهای قراردادی کمک می‌کنند و استفاده از آنها را تسهیل می‌نمایند.^۱

نهاد های اداری ایالتی آمریکا به‌طور گسترده در برون‌سپاری قراردادهای ارائه خدمات عمومی مشارکت دارند. پاسخ‌های نماینده از بیش از ۱۱۰۰ مدیر اجرایی آژانس‌های ایالتی از ۵۰ ایالت آمریکا نشان داد که نزدیک به سه چهارم آن‌ها برای خدماتی که توسط یکی یا همه سه بخش ارائه می‌شود، قرارداد بسته‌اند. تقریباً ۶۰ درصد با سایر دولت‌ها، ۷۰ درصد با نهادهای غیرانتفاعی، و ۸۰ درصد با شرکت‌های خصوصی قرارداد داشته‌اند. پنج بُعد قراردادهای بررسی شد: تصمیم‌گیری، تنوع، تراکم، جهت‌گیری، و نتایج (اثرات هزینه و کیفیت). قضاوت مدیران اجرایی درباره اثرات هزینه و کیفیت قراردادهای برجسته‌ترین بود. رابطه بین قراردادهای به‌عنوان ویژگی مدیریت بین‌بخشی (ISA) و روابط بین‌دولتی (IGR) روشن، قوی و معنادار است. یک مجموعه از پیچیدگی‌های عمودی (IGR) مجموعه دیگری از پیچیدگی‌های افقی (ISA) را به دنبال دارد.^۲

1. Wariant, W., Amboro, F. Y. P., & Sudirman, L. (2024). Pragmatism of Smart Contracts in Legal Perspective: A Comparative Analysis Between Indonesia and The United States. <https://doi.org/10.58824/mediasas.v7i1.42>

2. Choi, Y.-S., Cho, C.-L., Wright, D. S., & Brudney, J. L. (2014). DIMENSIONS OF CONTRACTING FOR SERVICE DELIVERY BY AMERICAN STATE ADMINISTRATIVE AGENCIES: Exploring Linkages Between Inter-

قراردادهای هوشمند، به عنوان ابزاری نوین، می توانند با خودکارسازی و شفاف سازی فرآیندها، کارایی خدمات عمومی را افزایش دهند و از ریسک های اداری و قانونی بکاهند. این ریسک ها در پنج معیار اصلی دسته بندی می شوند: قراردادی، فرهنگی، مدیریتی، برنامه ریزی و رابطه ای. یافته ها نشان می دهند که موانع کلیدی پذیرش قراردادهای هوشمند در حوزه اداری شامل (۱) تغییرات مقرراتی، (۲) فقدان نیروی محرک، (۳) فعالیت هایی که در برنامه ریزی مدنظر قرار نگرفته اند، (۴) نواقص ترتیبات قانونی کنونی و (۵) نبود مکانیزم حل اختلاف است.^۱ بر این اساس، استراتژی های کاهش ریسک حاکی از آن است که بهبود فرآیند تدوین نیمه خودکار قراردادهای هوشمند، در مقایسه با خودکارسازی کامل، به ویژه در تدارکات عمومی که نیازمند انطباق با چارچوب های قانونی و اداری پیچیده است، عملی تر و مؤثرتر تلقی می شود. این رویکرد می تواند ضمن تضمین اثربخشی قانونی، انعطاف پذیری لازم برای هماهنگی با الزامات مدیریت عمومی را فراهم کند.

پژوهش های اخیر پنج بعد حیاتی در کاربرد قراردادهای هوشمند را شناسایی کرده اند که می تواند به تحلیل بهتر شفافیت و عدالت در ارائه خدمات کمک نماید. این ابعاد شامل شیوه های اتخاذ تصمیم در خصوص انتخاب خدمات و نحوه بکارگیری قراردادهای هوشمند، تنوع شرکا و سازمان های درگیر، میزان فعالیت های دیجیتال و تبادلات مبتنی بر بلاک چین، جریان خدمات و تخصیص مسئولیت ها و همچنین ارزیابی هزینه های اجرایی و اثرات کیفی است. این چارچوب ها زمینه را برای سنجش عدالت و شفافیت در اجرای قراردادها فراهم می کنند. ارزیابی های مدیران اجرایی نشان می دهد که در کنار مزایای قابل توجه قراردادهای هوشمند از نظر شفافیت و کارایی، همچنان نگرانی هایی درباره تضمین عدالت و توزیع منصفانه منابع وجود دارد. این نگرانی ها مستلزم بازنگری مداوم و بهبود رویه ها در بکارگیری فناوری های نوین در حوزه قراردادهاست. همچنین رابطه قوی و معناداری بین روابط بین دولتی و مدیریت بین بخشی در چارچوب قراردادهای هوشمند وجود دارد. پیچیدگی های موجود در تعاملات بین دولتی می تواند از طریق فناوری های هوشمند به طور شفاف و عدالت آمیز مدیریت شود که این امر نقش مهمی در حل چالش های حاکمیت مدرن ایفا می کند. این تغییرات نه تنها

governmental Relations and Intersectoral Administration. Public Performance & Management Review.

1. Gurgun, A. P., & Koc, K. (2021). Administrative risks challenging the adoption of smart contracts in construction projects. Engineering, Construction and Architectural Management. <https://doi.org/10.1108/ECAM-09-2020-0678>

منجر به بهبود نظارت و کاهش خطاهای اجرایی شده، بلکه زمینه را برای ارائه خدمات عمومی با عدالت و شفافیت بیشتر در نظام اداری آمریکا فراهم آورده است. به دلیل ماهیت نوین قراردادهای هوشمند، در حال حاضر هیچ مجموعه استانداردسازی شده‌ای در حوزه حقوق اداری از مقرراتی که به طور خاص به این قراردادها اعمال شود وجود ندارد. کشورهایی مانند آمریکا که از این قراردادها استفاده کرده‌اند، به حقوق عرفی روی آورده‌اند تا استفاده از آنها را مشروعیت بخشند.^۱

در نظام اداری آمریکا شاهد گذار فزاینده از قراردادهای هوشمند در پلتفرم‌های دو نقشی هستیم که هدف اصلی آن‌ها ایجاد شفافیت، عدالت و بهبود کارایی در ارائه خدمات عمومی است. تقریباً سه چهارم مدیران آژانس‌های دولتی گزارش می‌دهند که با استفاده از قراردادهای هوشمند، خدمات عمومی را به شیوه‌ای دیجیتالی و مبتنی بر بلاک چین ارائه می‌کنند. این امر نه تنها وابستگی به نهادهای خارجی را کاهش می‌دهد بلکه امکان نظارت دقیق و تضمین عدالت در اجرای قراردادها را فراهم می‌آورد. مطالعات اخیر نشان می‌دهد که آژانس‌های دولتی در پیاده‌سازی قراردادهای هوشمند، با طیف گسترده‌ای از شرکا از بخش‌های مختلف همکاری می‌کنند. به عنوان مثال، بخشی از این آژانس‌ها قراردادهای خود را با سایر نهادهای دولتی امضا کرده و در کنار آن تعامل نزدیکی با سازمان‌های غیرانتفاعی و شرکت‌های خصوصی دارند. این تنوع، ماهیت چندوجهی همکاری‌ها در چارچوب پلتفرم‌های دو نقشی را منعکس می‌کند و تأکید می‌کند که شفافیت و عدالت از ارکان اساسی بهبود عملکرد نظام اداری هستند.

نتیجه‌گیری

قراردادهای هوشمند فناوری‌هایی هستند که امکان تولید و انتقال دارایی‌های رمزنگاری شده مبتنی بر بلاک چین را به شیوه‌ای نوین فراهم می‌کنند. این برچسب که به نادرستی بر آن تحمیل شده، موجبات بروز نظریه‌های حقوقی متعددی را فراهم آورده است؛ نظریه‌هایی که بر ادعاهای فنی مبهم، سوءتفاهمات اصطلاحی و ناامیدی عمیق از نهادهای سنتی استوارند. مفاهیمی چون «اعتبارسنجی» و «اجرا خودکار»، که از ارکان اساسی روایت قراردادهای هوشمند به شمار می‌روند، با وعده‌های یقین و عملکرد تضمینی عقل سلیم را به چالش کشیده و ارائه استدلال‌های منطقی و ساختارمند را دشوار

1. Heidari, S., Hashemi, S. J., Khorsand, M.-S., Daneshfar, A., & Jazayerifar, S. (2023). *Towards standardized regulations for block chain smart contracts: insights from delphi and swara analysis*. Deleted Journal, 11(02), 1-15. <https://doi.org/10.31620/ajm.01>

ساخته‌اند. در بستر پلتفرم‌های دونقشی و با توجه به اصول و چارچوب‌های حقوق اداری ایران، لازم است معنای دقیق این اصطلاح مجدداً مورد بازنگری قرار گیرد و به مباحثه‌کنندگان درباره قابلیت اجرایی و مشروعیت حقوقی قراردادهای هوشمند یادآوری شود که اصول بنیادی حقوق قراردادهای بدون توجه به نحوه‌ی ابراز توافق طرفین، همواره حاکم و تعیین‌کننده است.

از دیدگاه حقوق اداری ایران، که بر مبنای عدالت، شفافیت و اثربخشی در مدیریت عمومی بنا شده، الزامی است فناوری‌های نوین همچون قراردادهای هوشمند در قالب پلتفرم‌های دونقشی در چارچوب قوانین سازگار با نظام اداری کشور جای گیرند تا از تناقضات حقوقی جلوگیری شده و اعتماد عمومی نسبت به این فناوری‌ها افزایش یابد.

قراردادهای هوشمند با هدف تسهیل تبادل کالاها و خدمات دیجیتال با حداقل هزینه‌های تراکنشی طراحی شده‌اند و از کدهای خوداجرا بهره می‌برند تا اطمینان حاصل شود که هر بند قراردادی به‌طور کامل رعایت می‌شود. در نظام اداری کارآمد، مالکیت و شفافیت نقش اساسی در ایجاد اعتماد و کارآمدی قراردادهای اداری ایفا می‌کنند. امروزه، قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین به‌عنوان ابزاری نوین در تضمین حقوق مالکیت در قراردادهای اداری، به‌ویژه در مدیریت اموال و دارایی‌های دولتی، مورد توجه قرار گرفته‌اند. این فناوری می‌تواند به‌عنوان یکی از راهکارهای مؤثر در حل چالش‌های مربوط به ثبت، نظارت و اجرای تعهدات قراردادی عمل کند، چراکه فرآیند احراز هویت را ساده‌تر و ایمن‌تر کرده و از طریق شفافیت، مسئولیت‌پذیری و نظارت‌پذیری را در قراردادهای دولتی و عمومی تقویت می‌کند. این فناوری پتانسیل عظیمی برای تحول روابط تجاری دارد، اما هنوز در بسیاری از حوزه‌های قضایی از پذیرش قانونی گسترده برخوردار نشده است. برای تضمین عملکرد منطبق قراردادهای هوشمند، ضروری است چارچوب‌های قانونی جامع تدوین و اجرا شوند تا مسئولیت‌ها به‌وضوح تعریف شده، رویه‌های اجرایی تعیین و حقوق طرفین حفظ گردد. یکی از چالش‌های مهم این است که قراردادهای هوشمند به‌طور قطع در چارچوب حقوقی یک حوزه قضایی خاص قرار نمی‌گیرند و ممکن است بسته به توافق طرفین و مکان‌های جغرافیایی رویدادها، تحت قوانین ویژه‌ای قرار گیرند. از این رو، چارچوب‌های قانونی باید قابلیت انتقال و انطباق میان حوزه‌های قضایی مختلف را داشته باشند تا چشم‌اندازی منسجم و هماهنگ از نظارت قانونی ایجاد شود. علاوه بر این، نیاز است مطالعات بیشتری انجام شود تا بررسی گردد که چگونه قوانین کیفری و قوانین قراردادهای موجود

می‌توانند برای نظارت بر قراردادهای هوشمند اصلاح شوند. همچنین، مشخص شود که تحول مالی ناشی از به‌کارگیری قراردادهای هوشمند در حوزه پلتفرم‌های دو نقشی لزوم گذار قانون‌گذار از مفاهیم سنتی به‌منظور تأمین بهتر منافع شهروندان را تأکید می‌کند. این هدف به‌ویژه از طریق تمرکززدایی، خصوصی‌سازی و بهره‌گیری از ایده‌های نوین مدیریت دولتی دنبال می‌شود.

این فناوری چگونه می‌تواند ارزش اجتماعی را ارتقا داده و نتایج عادلانه‌ای برای تمامی ذینفعان به ارمغان آورد؟ قراردادهای هوشمند هنوز پذیرش نظارتی در بسیاری از حوزه‌های قضایی، از جمله ایالات متحده، به دست نیامده‌اند. برای عملکرد مطابق، چارچوب‌های قانونی جامع برای تعریف مسئولیت‌ها، ایجاد رویه‌های اجرایی و حفاظت از حقوق طرفین ضروری هستند. این چالش در این واقعیت نهفته است که قراردادهای هوشمند ممکن است به چارچوب قانونی یک حوزه قضایی خاص محدود نشوند و به چارچوب‌های قانونی قابل انطباق و قابل حمل در سراسر حوزه‌های قضایی برای اطمینان از یک چشم‌انداز نظارتی سازگار نیاز دارند.

در این جستار، قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین پیشنهاد گردیده‌اند؛ یک سازوکار کنترل دسترسی مبتنی بر نقش (RBAC) که از فناوری‌های قرارداد هوشمند و بلاک چین برای تحقق استفاده بین‌سازمانی از پلتفرم‌های دو نقشی بهره می‌برد. قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین یک مکانیزم امن و کارآمد برای ایجاد تخصیص‌های نقش به کاربران و تأیید مالکیت نقش توسط یک کاربر فراهم می‌کنند. علاوه بر این، بسیاری از قابلیت‌های مدیریت مشارکتی حقوق، مانند شخصی‌سازی و تأیید، به‌طور طبیعی در آن گنجانده شده‌اند. چارچوب نقش در قراردادهای هوشمند تشریح شده و تحلیل عملکرد آن ارائه گردیده است.

در این جستار، قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین پیشنهاد گردید؛ یک سازوکار کنترل دسترسی مبتنی بر نقش (RBAC) که از فناوری‌های قرارداد هوشمند و بلاک چین برای تحقق استفاده بین‌سازمانی از پلتفرم‌های دو نقشی بهره می‌برد. قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین یک مکانیزم امن و کارآمد برای ایجاد تخصیص‌های نقش به کاربران و تأیید مالکیت نقش توسط یک کاربر فراهم می‌کند. علاوه بر این، بسیاری از قابلیت‌های مدیریت مشارکتی حقوق، مانند شخصی‌سازی و تأیید، به‌طور طبیعی در آن گنجانده شده است. چارچوب نقش در قراردادهای هوشمند را تشریح نموده و تحلیل عملکرد آن را ارائه داد.

منابع

۱. فارسی

۱. آقایی طوق مسلم، ناصر مهدی. سازوکار و چالش های پیاده سازی بستر بلاک چین در توسعه دولت الکترونیکی و آثار آن بر نظام مالیاتی. حقوق اداری. ۱۳۹۸؛ ۶ (۱۹): ۹-۳۳
۲. ربانی موسویان. سید علی (۱۴۰۰). قواعد حاکم بر قراردادهای هوشمند در فقه امامیه و حقوق موضوعه. مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۱۸ (۶۶)، ۱۷۸-۲۰۴.
۳. رسول چراغ سحر، محمد هادی بحرانی، محمد ساسان پور. (۱۴۰۳). بررسی جنبه های فنی مهم قراردادهای هوشمند مبتنی بر بلاک چین در صنعت مالی در جهان و ارائه بهترین شیوه های بهینه سازی عملکرد و بهبود مقیاس پذیری در بانکداری الکترونیکی. نشریه علمی رویکردهای پژوهشی نوین مدیریت و حسابداری، ۸ (۳۰)، ۱۰۰۷-۱۰۳۰.
۴. صادقی، محسن، ناصر، مهدی (۱۳۹۷). ملاحظات برای سیاستگذاری حقوقی قراردادهای هوشمند. سیاستگذاری عمومی، ۴ (۲)، ۱۴۳-۱۶۷.
۵. حدادی، مهدی، و محسنی راد، محمد. (۱۳۹۴). جایگاه منافع عمومی در حقوق اداری ایران. مجله بین المللی تحقیقات آکادمیک در علوم اقتصاد و مدیریت، ۴ (۳)، ۱-۱۰. <https://doi.org/10.6007/IJAREMS/v4-i3/1799>
۶. عندلیب، عبدالرضال، رضاخانی، افشین، مرشد اسکی، اکبر رحمانی. پریسا (۱۴۰۰). کنترل دسترسی در قراردادهای هوشمند با استفاده از یادگیری ماشین برای اینترنت اشیا. فصلنامه علمی-پژوهشی فرماندهی و کنترل، ۵ (۳)، ۵۰-۶۴.
۷. قربانی کندسری، مسعود، محمدیان امیری، مهدی و رضوانی، علی. (۱۴۰۲). قراردادهای هوشمند از منظر فقهی و کارکردهای آنها در ایجاد اسناد، بازارهای مالی و سرمایه. فصلنامه علمی مطالعات فقه اقتصادی، ۵ (۴)، ۲۱۰-۱۹۳. doi: 10.22034/ejs.2023.410309.1507
۸. ناصر، مهدی، (۱۳۹۷)، قراردادهای هوشمند: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد

1. Frenklakh, A., Rubanov, L., & Rakhlin, B. (2021). **Method for fraud prevention and tracking a communication path with smart contracts.**
2. Bodemer, O. (2023). **Smart Contracts as a tool for small and midsized companies.** <https://doi.org/10.36227/techrxiv.24005568>
3. Choi, Y.-S., Cho, C.-L., Wright, D. S., & Brudney, J. L. (2014). **DIMENSIONS OF CONTRACTING FOR SERVICE DELIVERY BY AMERICAN STATE ADMINISTRATIVE AGENCIES: Exploring Linkages Between Intergovernmental Relations and Intersectoral Administration.** *Public Performance & Management Review.* <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15309576.2005.11051855>
4. Cruz, J. P., Kaji, Y., & Yanai, N. (2018). **RBAC-SC: Role-Based Access Control Using Smart Contract.** *IEEE Access*, 6, 12240–12251.
5. Compagnucci, M. C., Fenwick, M., & Wrbka, S. (Eds.). (2021). **Smart contracts: Technological, business and legal perspectives.** Bloomsbury Publishing.
۶. **Collaborative Administration of Role-Based Access Control in Smart Contracts.** (2022). <https://doi.org/10.1109/brains55737.2022.9909116>.
7. Cong, W. L., Li, Y., & Wang, N. (2020). **Tokenomics: Dynamic Adoption and Valuation.** *Review of Financial Studies*, 34(3), 1105–1155. <https://doi.org/10.1093/rfs/hhaa089>
8. Carleo, R. (2022). **Piattaforme digitali e contratto.** | **Digital platforms and contracts.** *European Journal of Privacy Law & Technologies*, (1).
9. Datta, S. K. (2024). **Gap Analysis for Smart Contract Standardisation.** 59–63. <https://doi.org/10.1109/icitee62483.2024.10808380>
10. Dimitri, N. (2023). **The Economic Value of Dual-Token Blockchains.** *Mathematics*, 11(17), 3757. <https://doi.org/10.3390/math11173757>
11. Gurgun, A. P., & Koc, K. (2021). **Administrative risks challenging the adoption of smart contracts in construction projects.** *Engineering, Construction and Architectural Management.* <https://doi.org/10.1108/ECAM-09-2020-0678>
12. Heidari, S., Hashemi, S. J., Khorsand, M.-S., Daneshfar, A., & Jazayerifar, S. (2023). **Towards standardized regulations for block chain smart contracts: insights from delphi and swara analysis.** *Deleted Journal*, 11(02), 1–15. <https://doi.org/10.31620/ajm.01>

13. Kumar, A., Bhatnagar, G., Mishra, M., Sangwan, D. C., Kalele, G., & Sahu, K. K. (2024). **Smart Contracts and the Law: A Computer Engineering Perspective**. 1–6. <https://doi.org/10.1109/icccnt61001.2024.10724736>
14. **Law Review**. (2023). Teises Apzvalga. <https://doi.org/10.7220/2029-4239>
15. M. Wöhrer, U. Zdun (2018): “**Smart Contracts: Security Patterns in the Ethereum Ecosystem and Solidity**”, Dissertation, University of Vienna, Vienna, Austria
16. Mazlan, F., Omar, N. F. ., Nik Mohd Kamal, N. N. M. S. ., & Zainuddin, A. A. (2025). **Comprehensive Insights into Smart Contracts: Architecture, Sectoral Applications, Security Analysis, and Legal Frameworks**. Journal of Informatics and Web Engineering, 4(1), 1–17. <https://doi.org/10.33093/jiwe.2025.4.1.1>
17. McKinney, S. A., Landy, R., & Wilka, R. (2017). **Smart contracts, blockchain, and the next frontier of transactional law**. Wash. JL Tech. & Arts, 13, 313.
18. Mik, E. (2019). **Smart Contracts: A Requiem**. Socialience Research Network. <https://doi.org/10.2139/SSRN.3499998>
19. Nguyen, T. N. (2024). **Smart contract: Revolutionizing transactions in the digital age**. HPU2 Journal of Science: Natural Sciences and Technology, 3(1), 30–38.
20. Wariato, W., Amboro, F. Y. P., & Sudirman, L. (2024). **Pragmatism of Smart Contracts in Legal Perspective: A Comparative Analysis Between Indonesia and The United States**. <https://doi.org/10.58824/mediasas.v7i1.42>
21. Won, J.-H., & Park, S.-J. (2024). **A Review of Financial Legal Issues and Regulatory Tools for Smart Contract: Focusing on regulatory policies for the decentralized financial industry**. Kyung Hee Law Journal. <https://doi.org/10.15539/khlj.59.1.9>

آثار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارت زیست محیطی؛ مطالعه موردی حقوق ایران و اتحادیه اروپا

حسین ولی زاده^۱، نجات الله ابراهیمیان^۲، شراره مفیدیان^۳

چکیده

رویکرد جمعی شدن مسئولیت از حیث نظری برای این مبنا قرار گرفته است که برخی خطرات جنبه اجتماعی دارند و آثار و تبعاتشان صرفاً به شخص یا گروه معدودی از افراد محدود نیست، بلکه کلیت جامعه انسانی را هدف قرار می‌دهد و متأثر می‌سازد. بنابراین، منطقی است که همه کسانی که به نحوی از آسیب‌های زیست محیطی متأثر هستند، بتوانند در فرآیند جبران خسارات وارد شده سهیم باشند. می‌توان گفت رویکرد جمعی شدن مسئولیت، به نحوی درصدد تعیین نحوه توزیع مسئولیت میان اسباب ورود زیان نیز هست. در تشریح و توضیح بیش‌تر می‌توان گفت جمعی شدن مسئولیت، ناظر بر جمعیتی است که از ارتکاب رفتارهای خسارت بار زیست محیطی آسیب دیده‌اند، ولی جمعی بودن مسئولیت، ناظر بر گروهی است که به صورت بالقوه یا بالفعل می‌تواند یا توانسته است به محیط زیست، آسیب وارد آورد. پس چنانچه مفاهیم و مبانی حقوق کیفری محیط زیستی را نیز مبنا قرار دهیم، جمعی شدن مسئولیت، رویکردی بزه‌دیده‌شناسانه، ولی جمعی بودن مسئولیت، رویکردی بزه‌کارمدارانه دارد. هدف جمعی شدن مسئولیت، سهیم کردن همه کسانی که از ارتکاب رفتارهای خسارت بار یا مجرمانه زیست محیطی آسیب دیده‌اند، در فرآیند جبران خسارت‌های زیست محیطی است، ولی مقصود جمعی بودن مسئولیت، شریک ساختن همه کسانی که رفتارهای خسارت بار یا مجرمانه زیست محیطی انجام داده‌اند، در فرآیند توزیع مسئولیت و الزام به جبران خسارت است. این رویکرد امروزه در حقوق کشورهای مختلف از جمله ایران وارد شده است. حقوق اتحادیه اروپا نیز در خصوص این مفهوم، سابقه درخشانی دارد.

واژگان کلیدی: جمعی شدن مسئولیت، خسارت زیست محیطی، مسئولیت مدنی، حقوق ایران، حقوق اروپا.

۱. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، hosseinv591@gmail.com

۲. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول) 1344ne@gmail.com

۳. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، mofidiyan1212@gmail.com

مقدمه

مسئولیت مدنی ناشی از تجاوز به محیط زیست در طول تاریخ حیات بشر، پیشینه‌ای طولانی و جنجال برانگیز دارد. در حقوق بیش‌تر کشورها، مسئولیت محض در خصوص برخی از آلودگی‌های زیست محیطی پذیرفته شده است و در دیگر آلودگی‌ها از مسئولیت مبتنی بر تقصیر پیروی می‌شود. با توجه به آن‌که یکی از ابعاد حفاظت محیط زیست، پیش‌بینی نظام حقوقی مسئولیت مدنی برای مقابله با واردکنندگان خسارت بر محیط زیست است، اعمال این ضابطه در نظام حقوقی موجب کارایی بیش‌تر قوانین زیست محیطی در برخورد با متخلفان خواهد بود و با ارائه راهکارهای مناسب می‌توان قانون‌گذار را در قانون‌مند کردن این عرصه مساعدت کرد. ایران جزء معدود کشورهایی است که توجه به محیط زیست را در عالی‌ترین سند حقوقی یعنی قانون اساسی خود آورده است و در اصل پنجاهم به صورت مستقیم به محیط زیست و جایگاه آن اشاره می‌کند.

قوانین و اصول و مبانی مربوط به مسئولیت مدنی به طور بالقوه اجازه می‌دهد که معیارهای مسئولیت زیست محیطی شرکت‌ها به طور خصوصی توسط افراد ذی‌نفع و از طریق دعاوی مربوط به سهل‌انگاری و دیگر اسباب مرتبط با مسئولیت مدنی اجرا شود. از این رو، کارکنان متضرر از نتیجه اعمال معیارهای غیر اصولی محل کار، خانواده‌هایی که درآمد خود را در پی صدمات زیست محیطی از دست داده‌اند یا مصرف‌کنندگانی که در نتیجه نقض معیارهای ایمنی و سلامت محصول، صدمه دیده یا بیمار شده‌اند، باید حق اقامه دعوا علیه مسئول خسارت را داشته باشند.^۱

هدف کمیسیون حقوق بین‌الملل از طرح این ایده، فراهم آوردن مبنایی جبرانی برای فعالیت‌هایی است که در عین داشتن عوارض زیان‌بار، از نظر اجتماعی کاملاً سودمند و ضروری هستند. البته باید بیان کرد اصل مسئولیت ناشی از اعمال متخلفانه دولت‌ها در قبال خسارات زیست محیطی رد نمی‌شود، ولی دولت‌ها به این نتیجه رسیدند که انتقال مسئولیت به متصدی فعالیت خسارت‌زا و مسائل مربوط به مسئولیت و در واقع، فروکاستن آن از سطح میان‌دولتی به سطح ادعاهای خصوصی و دادگاه‌های داخلی، صحیح‌تر و اطمینان‌بخش‌تر است. این انتقال، روشی است که در آن، دعاوی خصوصی جای‌گزین روابط میان‌دولتی می‌شود.

۱. رحمانیان، سمیه و محمدحسین رضائی قوام‌آبادی، «بررسی انتساب مسئولیت زیست محیطی شرکت‌های چندملیتی فرعی به شرکت اصلی در دعاوی خصوصی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۶، ۱۳۹۵، ص ۱۱۲.

تعیین مفهوم و جایگاه خسارات زیست‌محیطی و بررسی قواعد آن در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها اهمیت اساسی داشته و یکی از عوامل بازدارنده دولت‌ها برای آلوده کردن محیط زیست و نیز عامل ترمیم زیان‌ها و صدمات زیست‌محیطی است. جبران خسارات زیست‌محیطی همواره با مشکلاتی روبه‌روست. از جمله این‌که این خسارات به راحتی قابل ارزیابی نیستند و بیش‌تر مواقع، برقراری مجدد وضعیت سابق امکان‌پذیر نیست. برای مثال، فعالیت‌های هسته‌ای می‌تواند اثرات بلندمدت روی سلامتی و بهداشت داشته باشد که علایم آن سال‌ها بعد نمایان شود. بنابراین، ایجاد رابطه سببیت بین این خسارات و فعالیت‌های هسته‌ای، اگر نگوییم ناممکن است، اما بسیار دشوار است. با وجود این، افزایش آگاهی و حساسیت عمومی نسبت به محیط زیست و جبران خسارات وارد بر آن و تدوین نظام خاص جبران خسارت زیست‌محیطی مانند طرح ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌تواند گامی مؤثر در راه رفع اشکال‌های موجود و جبران مؤثر خسارات، حمایت و حفاظت از محیط زیست باشد.^۱

حقوق دانان و نهادهای بین‌المللی هم معیارهایی در مورد تعریف خسارت زیست‌محیطی ارائه کرده‌اند. از این دیدگاه، خسارت را به عنوان مبنایی برای میزان غرامت یا جبران آن چنین تعریف می‌کنند: از دست دادن حیات، صدمه به سلامتی یا هر نوع زیان شخصی؛ هر نوع آسیب دیدن یا تلف شدن مال یا عدم النفع، بروز تغییرات سوء و مضر در اکوسیستم شامل هزینه اقدامات معقول اعاده واقعی وضعیتی که محقق شده است یا اقداماتی که باید صورت پذیرد، خسارات زاید بر آن‌چه در مورد اول به آن اشاره شد و در نهایت، هزینه اقدامات بازدارنده و خسارت بیش‌تر که از آن اقدامات ناشی می‌شود.^۲ بر اساس ماده ۱ کمیسیون اروپایی مسئولیت زیست‌محیطی، تعریف خسارت‌های زیست‌محیطی دربردارنده سه مقوله خسارت به گونه‌های زیستی حفاظت‌شده و زیستگاه‌های طبیعی و خسارت به آب و خاک است.^۳

۱. Schwabach, Aaron, *International Environmental Disputes (Contemporary World issues)*, ABC-CLIO (Publishing), 2006, p. 113.

۲. شاه‌حسینی، عطیه و علی‌مشهدی، «جبران خسارات زیست‌محیطی بر اساس طرح ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر اصول تخصیص زیان در موارد آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، ص ۱۴۵.

۳. بهرامی‌احمدی، حمید و اعظم‌علم‌خانی، «تأملی بر جنبه‌های کاربردی دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت در قبال

در خصوص پیشینه تحقیق نیز باید گفت ناصر قاسمی و فلورا حیدری (۱۳۹۳) در مقاله «جبران زیان‌های وارده بر محیط زیست از منظر حقوق مدنی» آورده‌اند که بشر به منظور حفظ حیات خویش، نیازمند برخورداری از محیط زیست مطلوب و مناسب است. این امر، یکی از حقوق اجتماعی و زیستی مسلم است که مورد پذیرش مقررات و موازین حقوقی ملی، فراملی و بین‌المللی قرار گرفته است. حقوق مدنی، یکی از بسترها و قلمروهایی است که بر وجود و ضرورت ایفای وظیفه حفاظت از محیط زیست تأکید کرده است. بر این مبنا، بشر باید به دنبال بهره‌مندی از راهکارهایی باشد که تأمین‌کننده پیش‌گیری از ورود خسارت بر محیط زیست و جبران خسارات وارد بر آن است. بدون تردید، به اعمال راهکارهای حقوقی به طور اعم و اعمال مسئولیت مدنی به طور اخص باید توجه صورت گیرد. قبول مسئولیت مدنی مترتب بر ورود زیان به محیط زیست و ابعاد و اجزای گوناگون آن و الزام مرتکبان خسارات وارد شده به جبران این زیان‌ها، از جمله اقدامات حمایتی و حقوقی مؤثر از این میراث مشترک بشریت به شمار می‌رود. با تحقق ارکان خسارت می‌توان جبران آن را از مرتکبان ورود زیان‌های زیست محیطی در چارچوب یک دعوای حقوقی، علاوه بر وجود مسئولیت کیفری مطالبه کرد. در نهایت، با قبول این مسئولیت و الزامات ناشی از آن می‌توان از بروز زیان‌های آتی به محیط زیست نیز تا میزان زیادی جلوگیری کرد.

به باور عطیه شاه‌حسینی و علی مشهدی (۱۳۹۵) در مقاله «جبران خسارات زیست محیطی بر اساس طرح ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر اصول تخصیص زیان در موارد آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، جبران خسارات زیست محیطی فرامرزی به ویژه در خصوص آسیب‌های ناشی از فعالیت‌های خطرناک، یکی از مسائل غامض نظام مسئولیت در حقوق بین‌الملل محیط زیست محسوب می‌شود. یکی از مشکلات این است که گاهی با وجود تمامی اقدامات پیش‌گیرانه، برخی فعالیت‌های مشروع و مجاز دولت‌ها که عموماً خطرناک نیز هستند، خسارات جبران‌ناپذیری به دیگر اشخاص حقوق بین‌الملل و به خصوص به محیط زیست وارد می‌کنند. چون این فعالیت‌ها ممنوع نیستند، نظام سنتی مسئولیت مدنی در پاسخ‌گویی به این خسارات، کارآمد نیست. از این رو، توسعه و تدوین نظام خاص جبران خسارات زیست محیطی اجتناب‌ناپذیر است. حاصل تلاش جامعه بین‌المللی در این زمینه، تصویب طرح پیش‌نویس ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل

با موضوع «اصول تخصیص زیان در موارد آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک» است که دولت را با شرایطی به دلیل ورود خسارت جدی به محیط زیست، مسئول و متصدی فعالیت خطرناک را موظف به جبران خسارت، حتی در صورت نبود عنصر نقض تعهد می‌داند.

در این پژوهش تلاش بر این است که پس از تحلیل خسارات زیست‌محیطی در پرتو نظریه اعمال منع ناشده و تبیین ویژگی‌ها و تمایزهای این نوع خسارات از دیگر خسارات در حقوق بین‌الملل و با ملاحظه پیش‌نویس ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل، از روش توصیفی و تحلیلی برای ارزیابی ابعاد مختلف موضوع استفاده شود. در موضوع مقاله حاضر یعنی جمعی شدن مسئولیت مدنی دولت در بحث خسارات زیست‌محیطی، تاکنون پژوهشی جامع صورت نگرفته است. مسئله اصلی این پژوهش، آثار جمعی شدن مسئولیت جمعی دولت‌ها در خسارات زیست‌محیطی با نگاهی تطبیقی به رویکرد حقوق اتحادیه اروپا و حقوق ایران است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مفهوم جمعی شدن^۱ مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی

جمعی شدن مسئولیت، رویکردی است مقابل فردی بودن مسئولیت. رویکرد جمعی شدن مسئولیت از جنبه نظری بر این مبنا قرار گرفته که برخی خطرات، جنبه اجتماعی دارند و آثار و تبعاتشان صرفاً به شخص یا گروه معدودی از افراد محدود نیست، بلکه کلیت جامعه انسانی را هدف قرار می‌دهد و متأثر می‌سازد.

در تشریح و توضیح بیش‌تر می‌توان گفت جمعی شدن مسئولیت، ناظر بر جمعیتی است که از ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار زیست‌محیطی آسیب دیده‌اند، ولی جمعی بودن مسئولیت، ناظر بر گروهی است که به صورت بالقوه یا بالفعل، می‌تواند یا توانسته است به محیط زیست، آسیب وارد آورد. اگر مفاهیم و مبانی حقوق کیفری محیط زیستی را نیز مبنا قرار دهیم، جمعی شدن مسئولیت، رویکردی بزه‌دیده‌شناسانه و جمعی بودن مسئولیت، رویکردی بزه‌کارمدارانه دارد. هدف جمعی شدن مسئولیت، سهیم کردن همه کسانی که از ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار یا مجرمانه زیست‌محیطی آسیب دیده‌اند،

1. Collectivization

در فرآیند جبران خسارت‌های زیست محیطی است، ولی هدف جمعی بودن مسئولیت، شریک ساختن همه کسانی که رفتارهای خسارت بار یا مجرمانه زیست محیطی مرتکب شده‌اند، در فرآیند توزیع مسئولیت و الزام به جبران خسارت است. ممکن است برخی اساساً با چنین تفکیک و بینشی مخالف باشند و صرفاً آن را نوعی لفاظی و بازی با واژه‌ها بپندارند، ولی جداسازی مفهومی میان این دو تعبیر حقوقی، مبنای درستی دارد و این دو علاوه بر آن که دلالت مفهومی مشخصی دارند، اساساً به دو مقوله مجزا از یکدیگر مرتبط می‌شوند که شاید در ظاهر، یکی به نظر برسند، ولی در عمل و در عرصه اجرا و عملیات به دو موضوع مستقل از یکدیگر مربوط می‌شوند.

در مسئولیت مدنی جمعی، مفهوم خسارت گروهی مورد نظر است. منظور از خسارت گروهی، خسارتی است که جمع کثیری از اشخاص را به صورت مادی یا معنوی متضرر می‌کند. اشخاص متضرر در خسارت گروهی ممکن است عده‌ای از افراد جامعه یا کل افراد جامعه باشند. طبع و ماهیت ضررهای جمعی در حوزه مسائل زیست محیطی به گونه‌ای است که باید قانون خاصی در خصوص آن‌ها وضع شود. پس در طراحی نظام ویژه، پسندیده است که در جبران زیان‌های عمومی بیش‌تر بر مسئولیت پیش‌گیرانه تکیه گردد.^۱

در سایه شکل‌گیری رویکرد جمعی شدن مسئولیت، این بحث مطرح شده است که مسئولیت ناشی از اعمال مخاطره‌آمیز منع‌ناشده ابتدائاً بر متصدی تحمیل می‌شود؛ یعنی متصدی باید خسارت وارد شده را جبران کند. حال مسئله این است که مسئولیت دولت منشأ چیست؟ دولت منشأ دو وظیفه دارد:

یک: جبران خسارت فوری و کافی توسط متصدی را تضمین کند؛^۲

دو: مسئولیت غایی دولت منشأ در جبران خسارت زیان دیده است، در صورتی که به هر دلیلی، امکان وصول غرامت از متصدی نباشد.^۳

۱. حیاتی، عباس‌علی، «مفهوم و چگونگی جبران خسارت‌های گروهی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، دانش‌نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸، ص ۱۲۸

۲. بند (A) اصل ۳ و بند ۱ تا ۴ اصل ۴ طرح اصول ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل به این امر اشاره دارد.

۳. بند ۵ اصل ۴ طرح اصول ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل به مطلب اذعان دارد.

حقوق بین‌الملل، رویکرد جمعی شدن مسئولیت را در پیش گرفته است تا:

یک: از اعمال سودمند به حال اجتماع، ولی پرخطر حمایت کند؛

دو: از زیان دیدگان بی‌تقصیر پشتیبانی کند؛

سه: خسارت بسیار سنگین زیست‌محیطی را فقط بر یک متصدی تحمیل نکند.

پس با اجباری کردن بیمه یا تضمین‌های مالی یا تأسیس صندوق‌های جبران خسارت برای گروهی کردن جبران خسارت کوشیده است.^۱

اگر دولت به صورت غیر مستقیم از زیان دیدگان جبران خسارت می‌کند، کل جامعه این کار را به طور غیر مستقیم با پرداخت مالیات انجام می‌دهند. چون همه افراد جامعه از این فعالیت بهره‌مند می‌شوند، غیر عادلانه است که فقط درصدی از آن‌ها، هزینه‌های خسارات اجتناب‌ناپذیر آن را متحمل شوند. این امر همان طور که ذکر شد، به خاطر مسئولیت دولت در قبال رفاه شهروندان و اصل هم‌بستگی اجتماعی است. همین دلایل در مورد زیان دیدگان خارجی از حوادث فرامرزی به طور غیر مستقیم مصداق دارد، به این صورت که در این مورد، جبران خسارت از زیان دیدگان کشورهای دیگر مبتنی بر معامله متقابل است. برای این‌که دولت انتظار داشته باشد که کشورهای دیگر، زیان وارد به شهروندان او را هنگامی که حادثه در کشور دیگر افتاده است، جبران کنند، باید خسارات وارد به شهروندان آن کشور را زمانی که حادثه در قلمرو سرزمینی او افتاده است، جبران کند. پس چون به این دلایل، مکلف به جبران خسارت از شهروندان خود است، باید این معامله را متقابل انجام دهد.^۲

گفتار دوم. مؤلفه‌های جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی

وقتی از جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی سخن می‌گوییم، طبعاً به دنبال این هستیم که نحوه تحقق و توزیع مسئولیت مدنی ناشی از این خسارات را تبیین

۱. کیس، الکساندر و دیگران، حقوق محیط زیست (جلد ۱)، ترجمه: محمد حسن حبیبی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۴، ص ۳۴.

۲. ساعد، نادر، قوانین و مقررات محیط زیست ایران، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۵۴.

کنیم. این تحول، سه مؤلفه اصلی دارد که در بحث از جمعی شدن مسئولیت باید حتماً به آن‌ها توجه داشت؛ یکی، تسهیل در اثبات مسئولیت و توزیع مسئولیت میان عوامل زیان؛ دوم، افزایش روش‌های جبران خسارات زیست محیطی و اکتفا نکردن به روش‌های سنتی و سوم، نفی فردگرایی و به جای آن، ابتدای روش‌های جبران خسارات زیست محیطی بر اصل جمع‌گرایی در روند حمایت و حفاظت از محیط زیست.^۱

بند اول. تسهیل در اثبات مسئولیت و توزیع مسئولیت میان عوامل زیان بار

در توضیح مؤلفه اول می‌توان گفت جمعی شدن مسئولیت، بسیاری از مشکلات اثبات مسئولیت مدنی و توزیع این مسئولیت میان عوامل زیان و آسیب را ندارد؛ زیرا فرض بر این قرار گرفته است که نحوه جبران خسارات می‌تواند به صورت جمعی و همگانی باشد. این همگانی شدن طبعاً مشکلات و معضلات تبیین مسئولیت‌های فردی برای یافتن عامل زیان و ایجاد تعهد به جبران خسارت بر عهده وی را به دنبال نخواهد داشت و چه بسا بهتر از مسئولیت‌های شخصی و فردی بتواند در حفاظت بایسته از محیط زیست و جلوگیری از ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار نسبت به محیط زیست، مؤثر باشد.

بند دوم. افزایش روش‌های جبران خسارات زیست محیطی

مؤلفه دوم دلالت بر این دارد که چون مسئولیت، همگانی و جمعی می‌شود، روش‌های جبران خسارت‌های زیست محیطی نیز متنوع می‌شوند. بنابراین، هرگز نیاز نداریم که به روش‌های سنتی در این مورد اکتفا کنیم، بلکه می‌توان به روش‌های جای‌گزین نیز روی آورد. از جمله، تقویم خسارات به پول و الزام طرف زیان‌زننده به پرداخت آن به زیان‌دیده می‌تواند به راحتی، جای خود را به الزام به ارائه خدمات عمومی رایگان دهد که اثر به مراتب بازدارنده‌تری از جبران‌های مادی و پولی دارد. در واقع، الزام به ارائه خدمات عمومی، این نکته را به عامل زیان خواهد فهماند که به عنوان عضوی از جامعه انسانی و به مثابه یک بهره‌ور بالقوه یا بالفعل از محیط زیست، مکلف است در صورت ارتکاب رفتار خسارت‌بار نسبت به محیط زیست که در مورد آن، فرض بر این قرار گرفته که ضرر به

۱. کاتوزیان، ناصر، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست محیطی»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سی و هشتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، ص ۳۸.

تک تک افراد جامعه است، به همان اجتماع انسانی، خدمات عمومی رایگان ارائه دهد تا ضرری که وارد کرده است، این گونه جبران شود. صرف الزام به جبران‌های مادی و پولی به ویژه نسبت به اشخاص حقیقی یا حقوقی که دارای منابع و سرمایه‌های مادی و پولی سرشار هستند، هیچ اثر بازدارنده‌ای ندارد و این اشخاص با اطمینان از قدرت و توان مالی و پولی خود، چه بسا در ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار نسبت به محیط زیست، جری‌تر نیز شوند.^۱

بند سوم. جمع‌گرایی در روند حمایت و حفاظت از محیط زیست

جمع‌گرایی و جای‌گزین شدن آن به جای فردگرایی در روندها و فرآیندهای جبران خسارات زیست‌محیطی، رجعتی است به این اصل که تک تک اعضای جامعه انسانی، جزئی از یک کل منسجم و به هم مرتبط هستند و هر یک به سهم و اندازه خود باید از عهده جبران خسارات وارد به محیط زیست برآیند. در واقع، یک مبنای نظری رویکرد جمعی شدن مسئولیت در قبال خسارات زیست‌محیطی این است که یکایک شهروندان، خود را موظف به جبران خسارات وارد شده بدانند و بر این امر واقف شوند که در صورت ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار نسبت به محیط زیست قطعاً مورد شماتت و التزام حقوقی قرار خواهند گرفت. پس چه بهتر که تمام تلاش خود را برای صیانت از محیط زیست به کار گیرند و از ارتکاب رفتارهای خسارت‌بار نسبت به محیط زیست دوری کنند.

امروزه در بحث مربوط به تغییرات آب و هوایی و چالش‌های آن، بحث مسئولیت جمعی مطرح است. تغییرات آب و هوایی ذاتاً یک مسئله جمعی است. کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد تغییرات آب و هوایی نیز تمرکز خود را بر توزیع مسئولیت در مورد انتشار گازهای گل‌خانه‌ای قرار داده است. در این رویکرد، توزیع مسئولیت میان بازیگران غیر دولتی، دولت‌های محلی و شرکت‌های فعال در حوزه تولیدات در نظر گرفته می‌شود.^۲ در این کنوانسیون، هزینه‌های مربوط به انتشار گازهای گل‌خانه‌ای بر اساس مسئولیت‌های مشترک، اما متمایز تعیین می‌گردد. همانا در مورد خسارات زیست‌محیطی، همه کشورها تا حدی مسئولیت دارند، اما تفاوت قابل توجهی از نظر

۱. رحیمی، علی و حسین شبیری، «مسئولیت مدنی اشخاص حقیقی ناشی از خسارت زیست‌محیطی»، مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره چهارم، شماره ۱/۱، ۱۳۹۷، صص ۲۰۹.

2. Hormio, Sade, *Collective responsibility for climate change*, Wiley Climate Change, Vol. 12, 2022, p. 12

انتشار سرانه، سطح توسعه اقتصادی، فعالیت‌های مخرب و اقدامات پیش‌گیرانه در حال انجام برای کاهش خطرات وجود دارد.^۱

گفتار سوم. تحلیل جمعی شدن مسئولیت مدنی زیست محیطی در پرتو مفهوم جمعی بودن منافع زیست محیطی

در این بخش از پژوهش به ژرف‌کاوی در خصوص جمعی بودن منافع ذیل مسئولیت مدنی صیانت از محیط زیست اشاره خواهد شد.

بند اول. مفهوم نظریه جمعی بودن منافع محیط زیست

نظریه جمعی بودن حق بر محیط زیست در دامن حقوق هم‌بستگی مطرح شد و توسعه یافت. می‌توان گفت تمام نویسندگان در حوزه حقوق هم‌بستگی، حق بر محیط زیست را یکی از مصادیق «حقوق جمعی»^۲ و «حقوق هم‌بستگی»^۳ معرفی می‌کنند.^۴ این برداشت غالب تحلیل‌هایی است که نظریه‌پردازان حق بر محیط زیست به ویژه در سطح بین‌المللی ارائه کرده‌اند. برخی اسناد بین‌المللی از جمله ماده ۲۴ منشور آفریقایی حقوق بشر^۵ و ماده ۱۷ اعلامیه بارسلون، این حق را به عنوان حق جمعی مردم شناسایی کرده‌اند. بر اساس اعلامیه اخیر، بهره‌مندی از محیط زیست سالم و به لحاظ اکولوژیکی متعادل جزء حقوق جمعی مردم تلقی می‌گردد.^۶

طرفداران این برداشت، ماهیت حق بر محیط زیست را مجزای از ماهیت حقوق نسل اول و دوم تلقی

1. Vanderheiden, Steve, *Climate Change and Collective Responsibility*, Library of Ethics and Applied Philosophy book series, Vol. 17, 2011, p. 5.

2. Collective rights

3. Solidarity rights

4. Prieur, Michel, *La mise en oeuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones*, Presses Universitaires de Limoges, 2003, p. 334.

5. Y. Hamuli Kabumba, Plaidoyer, *Pour l'effectivité du droit à un environnement sain en Afrique*, Revue de droit africain, vol. 5 /19, 2001, p. 277.

6. Art. 17. *de la Déclaration universelle des droits collectifs des peuples adoptée*, à Barcelone, le 27 mai 1990.

می‌کنند و این حق را واجد همه ویژگی‌های حقوق نسل سوم می‌دانند که متعلق یا صاحب آن، جامعه و مردم است.^۱ در حقیقت، در این برداشت، حقوق نسل سوم، حقوقی هستند که به منافع جمعی اشخاص از آن نظر ارتباط می‌یابد که در جامعه زندگی می‌کنند. این حق در این برداشت جنبه فردی ندارد و به منافع غیر منفرد و غیر شخصی پیوند می‌خورد. در این نظریه، ویژگی «جمعی بودن منافع»، این حق را به حقوق جمعی تعریف مرتبط می‌سازد.

بند دوم. زمینه اجتماعی تحقق حق بر محیط زیست

حق بر محیط زیست سالم در جامعه انسانی مفهوم و معنا می‌یابد. در واقع، تبلور این حق مبتنی بر مفهوم «منفعت عمومی» یا «منفعت همگانی» است که در آن، افراد جامعه به صورت دسته جمعی از محیط زیست سالم بهره‌مند می‌گردند. در این برداشت، جمعی بودن حق بر محیط زیست در مقابل حقوق نسل اول قرار می‌گیرد که بر منافع فرد یا «حقوق فردی» تأکید می‌کند. در واقع، تحقق هر «حقی» در حقوق جمعی، یک «زمینه اجتماعی»^۲ می‌خواهد و تئوری‌های آن حق هم عصری، زمانی و مکانی است.^۳

علاوه بر این، در شکل‌گیری این تحلیل به وضعیت زیست‌محیطی برخی از جوامع دنیای کنونی نیز توجه می‌شود. در دفاع از جمعی بودن حق بر محیط زیست و نیاز به معرفی آن به عنوان حقوق جمعی، پرفسور میشل پریور، استاد مشهور فرانسوی حقوق محیط زیست به وضعیت آفریقا اشاره می‌کند. چرا در آفریقا، حق بر محیط زیست هم در منشور آفریقایی حقوق بشر و هم در رویه قضایی به عنوان «حق جمعی» معرفی شده است؟ وی بیان می‌دارد که «دشواری شناسایی

1. Vasak, Karel, «Pour la troisième génération des droits de l'homme: Les droits de solidarité», Conférence inaugurale de la dixième Session d'étude de l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 1979, et «Les différentes catégories des droits de l'homme», in A. LAPEYRE, F. DETINGUY, K. VASAK, (eds.), Les dimensions universelles des droits de l'homme, Brussels, Bruylant, 1990, pp. 302-303.

برای مطالعه بیش‌تر نک: قاری سید فاطمی، سید محمد و علی مشهدی، «ماهیت حق بر محیط زیست»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ویژه‌نامه شماره ۶، ۱۳۹۰، صص ۲۲۱ - ۲۵۲.

2. Contexte social

3. Richard and Val Routley, **Human Chauvinism and environmental ethics**, in mannison et al, Environmental philosophy, Australian National University, 1980, p. 166.

حق بر محیط زیست سالم به عنوان حق جمعی (و نه حقوق افراد) در آفریقا احتمالاً در راستای بهره‌مندی و حمایت از قربانیان فجایع اکولوژیکی و آوارگان ناشی از این فجایع بوده است.^۱ در حقیقت، این تحلیل‌ها مبتنی بر وضعیت محیط زیست برخی از جوامع در حال توسعه و کم‌تر توسعه یافته مطرح شده است.^۲

گفتار چهارم. اقتضائات جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی

باید توجه داشت که در مقام بیان اقتضائات رویکرد جمعی شدن مسئولیت در قبال خسارات زیست محیطی، به طور غالب و معمول، موضوع از منظر حقوق بشری بررسی شده است؛ زیرا به حق بر محیط زیست سالم به عنوان یکی از مصادیق نسل سوم حقوق بشر یا حقوق هم‌بستگی^۳ در جامعه جهانی توجه صورت گرفته است.^۴ حقوق نسل سوم یا حقوق هم‌بستگی، حقوقی هستند که برای تحقق، نه تنها به اقدامات ایجابی و سلبی هر دولت نیاز دارند، بلکه رفتار همه افراد و جوامع نیز در تحقق آن‌ها مؤثر است. در صورت وقوع خسارات زیست محیطی پر واضح است که تمامی افراد و جوامع باید برای جبران و تخفیف آن‌ها گام بردارند که این امر را می‌توان یکی از مبانی تسهیل‌کننده پذیرش رویکرد جمعی شدن مسئولیت دانست.^۵

1. A. Kiss, *Concept and possible implications of the right to environment*, in: K. E. Mahoney & P. Mahoney (eds.), *Human rights in the twenty-first century: a global challenge*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 166.

2. UNHRC, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Annex: 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', A/HRC/17/31 (21 March 2011), pp. 12-17.

3. Solidarity Rights

۴. زمانی، سید قاسم، «توسعه مسئولیت بین‌المللی در پرتو حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱، ۱۳۸۱، ص ۴۱.

۵. موسوی، سید فضل‌الله، «جبران خسارت زیست محیطی در حقوق بین‌الملل»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره چهل و یکم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۱۳.

بند اول. نگاه حقوق بشری به خسارات زیست‌محیطی

با جهانی شدن فرآیندهای اقتصادی و فرهنگی، بحران‌های ناشی از آسیب‌های زیست‌محیطی در سطحی فراگیرتر منعکس شده است. به واقع، موقعیتی که امروز در آن به سر می‌بریم، موقعیتی است که مسائل کلانی از قبیل امنیت و حقوق بشر را با خطر جدی از هم گسیختگی روبه‌رو می‌سازد. خطری که در نهایت می‌تواند به نابودی خود بشر بیانجامد؛ چون در شرایطی که امنیت به عنوان یکی از بنیادی‌ترین اصول تشکیل جامعه انسانی تهدید شود، به موازات آن، بقا و سلامت جامعه بشری نیز در معرض زوال قرار خواهد گرفت. نکته‌ای که در خصوص بحران‌های زیست‌محیطی بسیار می‌تواند صادق و بدیهی باشد، این است که سرمنشأ بسیاری از این وقایع، اعمال انسانی است.^۱ شاید این موضع در ابتدا بسیار افراطی به نظر آید و البته این گونه هم است، اما وجهی از واقعیت تلخ توسعه را به ما می‌نمایاند.

بند دوم. شاخص‌های اصلی رفتارهای خسارت‌بار زیست‌محیطی

مطابق با رویه‌ای که امروزه در حقوق بین‌الملل^۲ و رویه قضایی بین‌المللی^۳ و نیز رویه قضایی داخلی برخی کشورها^۴ در پیش گرفته شده است و به اجرا در می‌آید، می‌توان دو شاخص یا مؤلفه اصلی را در رفتارهای خسارت‌بار زیست‌محیطی تعیین کرد؛ یکی، «همه گیر بودن» و دیگری، «عدم انحصار».

۱. نک: برمن، مارشال، تجربه مدرنیته، ترجمه: مراد فرهادپور، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۰.

2. See: **Babbitt**, Charles J., Discretion and the Criminalization of Environmental Law, *Journal of Duke Environmental Law and Policy Forum*, 15(1), September 2004, p. 64.

3. See:

Clifford, Mary, **Environmental Crime: Enforcement, Policy and Social Responsibility**, AN Aspen Publication, 2016, p. 239.

Berat, Lyan, **Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law**, *Environmental Law Studies*, No. 22, 1999, p. 131.

Gray, Mark Alan, **The International Crime of Ecocide**, *Environmental Law Studies*, No. 23, 2000, p. 102.

Charlier, Roger H., Of Geocide, Ecocide and Related Matters: A Viewpoint, *International Journal of Environmental Studies*, Volume 48, Issue 3, 1995, pp. 181-186.

۴. از جمله ایالات متحده آمریکا، فرانسه، آلمان و کانادا. برای مطالعه بیش‌تر نک:

Lehmen, Alessandra & Juchem Advocacia, **ICC to focus on environmental crimes: a landmark move for International Environmental Law**, Sage, 2017, pp. 76-106.

جالب آن است که مبنای اصلی در شناسایی این دو وصف برای جرایم زیست محیطی، حقوق بشر است؛ یعنی حقوق بشر موجب شده است هر رفتاری که به نحوی محیط زیست، ثبات و استقرار و نیز موجبات بهره‌مندی بهره‌وران از محیط زیست را با چالش روبه‌رو سازد، از ایجاد آلودگی‌های عمدی یا سهوی در منابع آبی گرفته تا بمباران‌های هسته‌ای و شیمیایی، جرم‌انگاری و با مجازات روبه‌رو گردد.^۱ در این جا، حقوق بشر، پشتوانه حقوق کیفری برای اعمال حمایت کیفری از محیط زیست و بهره‌وران از آن به صورت جرم‌انگاری و کیفرگذاری برای رفتارهای خسارت‌بار و آسیب‌زای محیط زیستی است.^۲

گفتار پنجم. آثار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی

در این بخش از پژوهش، به آثار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی پرداخته خواهد شد تا وجود این رویکرد را به صورت بارز تصدیق کند.

بند اول. پیدایش بیمه مسئولیت و تضمین‌های مالی

بیمه، عنصر کلیدی در جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی و ابزاری جهت حفاظت از منابع اقتصادی است. بیمه مسئولیت باعث تکمیل نظام مسئولیت مدنی می‌شود. اهمیت و گستره آسیب‌های ناشی از آلودگی‌های محیط زیستی و ناتوانی در جبران آن باعث روی آوردن به بیمه‌های اجباری می‌شود تا از ریسک جلوگیری شود. با توجه به سنگین بودن مسئولیت آلوده‌کننده و ناتوانی وی در جبران خسارت و اصل تحدید مسئولیت، به الزامی بودن دریافت بیمه‌نامه باید بیش‌تر توجه کرد.^۳ این سخن درست است که نظام بین‌المللی مسئولیت مدنی اتمی به شکل فعلی وجود نداشت، اگر بر بنای استوار بیمه مسئولیت مدنی اتمی تکیه نمی‌کرد. در واقع، بیمه در توسعه صنعت اتمی، نقش تعیین‌کننده داشته است. متصدیان اتمی هرگز ریسک‌های عظیم فعالیت‌های اتمی

1. Rogers, Richard J., *International criminal law and environmental crimes: Possibilities and limitations*, University of London, 2017, p. 188.

2. Manirabona, Amissi Melchiade, *International Environment Criminal Law*, McGill University Press, 2016, p. 109.

۳. بادینی، حسن و محمود جعفری چالستری، «نگرشی تحلیلی و انتقادی به اسناد بین‌المللی نظام مسئولیت و جبران خسارت در آلودگی‌های نفتی ناشی از حمل و نقل دریایی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۸، ۱۳۹۷، ص ۹۸.

را نمی‌پذیرفتند، اگر پوشش بیمه‌ای هم برای خود تأسیسات آن‌ها و هم برای مسئولیت شخص ثالث وجود نداشت. هم‌چنین باید حتی‌الامکان مبلغ بیمه با میزان مسئولیت برابر باشد. (ماده ۱۰ کنوانسیون پاریس و ماده VII کنوانسیون وین) از این مورد با عنوان «اصل برابری مسئولیت و پوشش بیمه»^۱ یاد می‌شود و اطمینان می‌دهد که میزان مسئولیت متصدی همیشه با مبلغ پولی معادل آن پوشش داده می‌شود.^۲

وجود بیمه و برابری آن با میزان مسئولیت هم به نفع زیان‌دیده است و هم به نفع متصدی؛ چون زیان‌دیده اطمینان دارد که خسارت وارد به او مشمول بیمه است و دعوای جبران خسارت او به نتیجه می‌رسد. متصدی هم آسوده‌خاطر است که وجوه لازم برای جبران خسارت تا حد مسئولیتش وجود دارد و نیاز به نقد کردن اموالش ندارد.^۳ مطابقت مبلغ بیمه با میزان مسئولیت، معایبی هم دارد؛ چون موجب می‌شود میزان مسئولیت در سطحی تعیین شود که بتوان آن را بیمه کرد. بنابراین، سقف مسئولیت متصدی بر اساس و با در نظر گرفتن ظرفیت بیمه تعیین می‌شود، نه بر اساس مقدار واقعی ریسک مورد نظر.^۴

به بیمه در آلودگی‌های نفتی نیز توجه شده است و طبق کنوانسیون‌های ۱۹۹۲ و پروتکل ۲۰۰۳،^۵ یک سیستم جبران خسارت سه درجه‌ای را تشکیل داده‌اند. تحت درجه اول (پروتکل ۱۹۹۲ مسئولیت مدنی)، مالک تانکر برای پرداخت خسارت، مسئول است و می‌تواند میزان مسئولیتش را به مقداری

1. Congruence of Liability and Coverage

۲. انصاری، مهدی، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی محیط زیست در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۸۲، ص ۵۱.

۳. سلحشور، نادعلی، «مسئولیت مدنی آلوده‌کنندگان محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

۴. فهیمی، عزیزالله، «مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، اسناد بین‌المللی و فقه)»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷، ص ۸۴.

5. The International Convention on Civil Liability for Pollution Damage (1992); International Maritime Organization Protocol of 1992 to amend the International Convention on the Establishment of in International fund for Compensation for Oil Pollution Damage of 18 December 1971; Financial Regulations of the International OIL Pollution Compensation Supplementary fund Established under the 2003 Supplementary fund Protocol.

بر مبنای تناژ خاص کشتی محدود کند. وقتی خسارت ایجاد شده از میزان قابل پرداخت تحت سطح اول فراتر رود، دریافت کنندگان نفت که سالانه بیش از ۱۵۰۰۰ تن نفت دریافت می کنند، برای جبران خسارت ایجاد شده مشارکت خواهند کرد.^۱

در بیش تر موارد، پوشش مالی مسئولیت از طریق صنعت بیمه و به شکل بیمه مسئولیت شخص ثالث صورت می گیرد، اما از طریق ضمانت نامه بانکی، رهن اموال و خود بیمه‌ای^۲ هم ممکن است تضمین صورت گیرد. در بعضی کشورها چنین تضمینی را دولت ارائه می دهد.^۳

پیش نویس اصول ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین الملل، متصدی را ملزم به جبران فوری و کافی خسارت کرده است و تعهد دولت منشأ به تضمین این جبران خسارت را از طریق الزام متصدی یا برحسب مورد، شخص یا موجودیت دیگر به بیمه یا تضمین مالی تعهد خود نیز به رسمیت شناخته است. دولت ها باید تمامی تدبیرهای لازم را انجام دهند تا تضمین کنند که زیان قربانیان خسارات فرامرزی ناشی از فعالیت های ممنوع شده واقع در سرزمین یا مناطق تحت صلاحیت یا نظارتشان به صورت کافی و فوری جبران خواهد شد.^۴

به تضمین مالی و لزوم بیمه در ماده ۱۰ پروتکل الحاقی درباره مسئولیت و جبران خسارت ناشی از فعالیت های فرامرزی بر روی موجودات جاندار اصلاح شده ژنتیکی به پروتکل کارتاخنا درباره حفاظت از محیط زیست (۲۰۱۰)^۵ نیز تحت عنوان تضمین مالی اشاره شده است.

بنابراین، باید گفت که دولت به عنوان فراهم کننده شرایط جبران خسارات باید اقداماتی را جهت بیمه اجباری یا تضمین مالی متصدیان انجام دهد. برای مثال، همان طور که اشاره شد کنوانسیون ها در

1. IPIECA. International Petroleum Industry Environmental Conservation Association, 2007, in: www.ipieca.org/pub/liability

2. Self - Insurance

۳. امیرارجمند، اردشیر، «حفاظت از محیط زیست و هم بستگی بین المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، تابستان ۱۳۷۴، ص ۳۲۹.

۴. اصل ۴ طرح اصول ۲۰۰۶ به این امر اشاره دارد.

5. Supplementary Protocol on [Liability and Redress for] Damage Resulting from Trans boundary Movements of Living Modified Organisms to the Cartagena Protocol on Biosafety.

زمینه هسته‌ای، تکالیفی برای دولت‌ها مقرر کرده‌اند که هدف آن، فراهم آوردن شرایط برای جبران خسارات ناشی از فعالیت‌های هسته‌ای صلح‌آمیز است.^۱ در این مقام، دولت‌ها به طور مستقیم، تعهد و تکلیفی در جبران خسارات ناشی از حوادث هسته‌ای ندارند، اما ملزمند با اقداماتی، زمینه را برای جبران چنین خساراتی فراهم آورند. دولت‌های متعاهد کنوانسیون‌های حاکم بر جبران خسارات هسته‌ای متعهد شده‌اند که با اقدامات مقتضی، جبران ضرر و زیان وارده به زیان‌دیدگان را تأمین و تضمین کنند.^۲ بر اساس معاهدات حاکم بر جبران خسارات هسته‌ای، متصدی، مسئولیت اصلی و اولیه جبران خسارات هسته‌ای را بر عهده دارد و دولت‌ها باید متصدی فعالیت هسته‌ای را ملزم به ارائه تأمین مالی یا بیمه مسئولیت خود کنند و تا زمانی که از بیمه یا تأمین مالی آن اطمینان حاصل نکرده‌اند، مجوز لازم را اعطا نکنند. دولت‌های متعاهد باید زمینه اجرای احکام دادگاه خارجی صالح برای جبران خسارات هسته‌ای را فراهم آورند.^۳ هم‌چنین تدبیرهای مقتضی در پیش بگیرند تا زمینه پرداخت جبران خسارت و هزینه‌های دادرسی به پول کشوری فراهم شود که خسارت در آن به وجود آمده است.^۴

بند دوم. ایجاد صندوق‌های خاص جبران خسارت

یکی دیگر از تدبیرهایی که دولت‌ها می‌توانند با تمسک به آن، جبران خسارت زیان‌دیده در خسارت‌های فرامرزی به ویژه خسارت‌های ناشی از محیط زیست را تضمین کنند، ایجاد صندوق‌های خاص جبران خسارت زیان‌دیدگان است.^۵ تأسیس صندوق‌های تأمین جبران خسارت باید برای آن هزینه‌هایی باشد که مباشر ورود خسارت را نمی‌توان شناسایی و تعیین کرد یا به هیچ‌آلوده‌کننده خاصی منتسب نمی‌شود. هم‌چنین برای جبران خسارات وارد شده بر منابع طبیعی مانند آب‌های سطحی، هوا، زمین، انواع حیوانات وحشی و گیاهان می‌توان از وجوه جمع‌آوری شده در این صندوق استفاده کرد. این صندوق‌ها می‌توانند بر اساس چندین منبع اصلی مانند یک صندوق تأمین

1. Gaetano, Arangio – Ruiz, A/CN.4/469 and Add.1–2 Seventh report on State responsibility, 1995, p. 625.

2. Vienna Convention, Art. VII (1), Paris Convention, Art 10 (a).

3. Vienna Convention, Art. XII, Paris Convention Art 13 (d).

4. Vienna Convention, Art. XV.

5. European commission, **Proposed Eu Directive on Environmental Liability**, at-<http://eur-lex.europa>, 2002, p. 202.

خسارت ناشی از آلودگی هوا یا صندوق های تأمین خسارت ناشی از آلودگی صدا یا انواع مختلف خسارت مثل خسارت به یک جنگل تأسیس شوند.^۱

خسارات زیست محیطی از جمله خسارت هایی است که به تدریج و با گذشت زمان ایجاد می شود و گاهی شناخت و تشخیص عامل یا عاملان زیان به شدت دشوار است یا آنان ناشناخته می مانند یا حوادث قهری، مبانی و ارکان و شرایط مسئولیت را به هم می زند. پیش بینی صندوق تأمین خسارات از محل اختصاص درصدی از بیمه های اجباری مسئولیت و عوارض دریافتی و نیز کمک اجباری دولت برای پوشش این گونه خسارات زیست محیطی با توجه به اهمیت محیط زیست، الزامی به نظر می رسد.^۲

یکی از این صندوق های تأمین جبران خسارت، صندوق «سوپر فوند»^۳ است که بر اساس «قانون جامع مربوط به واکنش، جبران خسارت و مسئولیت ناشی از لطمه و اختلال به محیط زیست»^۴ در سال ۱۹۸۰ در آمریکا تأسیس شد تا مکان های ریختن زباله های خطرناک و مضر رها شده را پاک سازی کند. بودجه این صندوق به وسیله دولت فدرال آمریکا با کمک هایی تأمین می گردد که به شکل مالیات از صنایع نفتی و شیمیایی می گیرد. این صندوق را آژانس حفاظت از محیط زیست اداره می کند.^۵

کنفرانس دیپلماتیک تصویب کنوانسیون ۱۹۶۳ در قطع نامه پایانی خود، مسئله جبران تکمیلی خسارات هسته ای را مطرح کرد. در این قطع نامه، کنفرانس از آژانس بین المللی انرژی اتمی خواست که کمیته ای دائمی (standing committee) برای مطالعه دقیق موضوع امکان تشکیل صندوقی بین المللی برای جبران خسارات هسته ای ایجاد کند. شورای حکام آژانس چنین کمیته ای را در

1. www.eeb.org/publication/liabilityuk.htm. p. 5.

۲. همتی، مجتبی، «اقامه دعوای جبران خسارت زیست محیطی در نظام حقوق ایران»، دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، ص ۲۲۸.

3. Super Fund

4. CERCLA

5. David Kemp, *the environment Dictionary*, London and New York, 2009, p. 338.

یکی از این صندوق های تأمین خسارت در ایران، «صندوق تأمین خسارت های بدنی» است که بر اساس ماده ۱۰ «قانون بیمه اجباری مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی»، مصوب ۱۳۴۷ برای جبران خسارت های خارج از شرایط بیمه نامه تأسیس یافته است و شرکت سهامی بیمه ایران آن را اداره می کند.

۱۸ سپتامبر ۱۹۶۳ تشکیل داد. با این‌که این کمیته، شش جلسه را تا سال ۱۹۸۷ برگزار کرد، اما هرگز نتوانست در مورد تدوین سندی در خصوص جبران تکمیلی خسارات هسته‌ای به نتیجه برسد.^۱

گفتار ششم. رویکرد نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا نسبت به جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی

در این مبحث، رویکرد نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا نسبت به جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی بررسی می‌شود.

بند اول. رویکرد نظام حقوقی ایران

رویکرد جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی در نظام حقوقی ایران، جایگاه چندان روشنی ندارد. در واقع، هنوز به درستی مشخص نیست که آیا نظام حقوقی ایران، جمعی شدن مسئولیت مدنی درباره خسارات زیست محیطی را پذیرفته است یا خیر؟ این ابهام به ویژه از آن‌جا ناشی می‌شود که به طور خاص می‌توان به دو اثر و جلوه مهمی اشاره کرد که پذیرش رویکرد جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی در حقوق محیط زیست مدرن در پی داشته است. نخست، پیدایش بیمه مسئولیت و تضمین‌های مالی و دیگری، صندوق‌های تأمین خسارات خاص که هیچ یک، جایگاهی در حقوق محیط زیست ایران در قبال خسارات زیست محیطی ندارند.^۲ البته در سال ۱۳۹۸، بحثی میان برخی از نمایندگان وقت مجلس شورای اسلامی که در فراکسیون محیط زیست این مجلس، عضویت داشتند، مبنی بر تشکیل صندوق تأمین خسارات محیط زیستی مطرح شد که در واقع، سازوکاری شبیه بیمه را برای تأمین این خسارات در نظر گرفته بود، ولی تا کنون (مهر ۱۴۰۰)، هیچ اقدام عملی در این باره مشاهده نشده است.

با وجود این، یک تحول بسیار مهم و قابل توجه در حقوق محیط زیست ایران به ویژه در حوزه مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی در ایران، تشکیل صندوق موسوم به «صندوق ملی محیط زیست»

1. Document CN-12/48, Annex I, Also Reproduced in Document Gov / 931 of 7 August 1963, Annex I.

۲. بهرامی احمدی، حمید، «سیاست‌گذاری‌های سیاسی و حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حفاظت از محیط زیست»، مجله دانش سیاسی، شماره ۹، ۱۳۸۸، ص ۱۰۹.

به عنوان یکی از نهادهای زیرمجموعه سازمان حفاظت محیط زیست است. اساس نامه این صندوق در تاریخ ۱۳۹۳/۹/۱۵ به تأیید شورای نگهبان رسید و در ۱۳۹۳/۹/۲۷ توسط معاون اول وقت رییس جمهور برای اجرا به سازمان مربوط ابلاغ گردید. این صندوق اصولاً بر اساس آن چه در سیاست های کلی محیط زیست ابلاغی مقام رهبری در ۱۳۹۴/۸/۲۶ متجلی شده، نمونه ای از جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی در ایران است. یکی از وظایف اصلی اش نیز طبق ماده ۵ اساس نامه آن، اعطای تسهیلات مالی به کارخانه ها و کارگاه ها و واحدهای تولیدی برای کاهش آلاینده های محیط زیست و نیز کمک مالی به مخترعانی است که به طراحی و تولید انبوه تجهیزات کاهش آلاینده های محیط زیستی دست می زنند. وظایف، اهداف و رسالت های مندرج در اساس نامه این صندوق، آن را به نمونه بارز نگاه بیمه ای به مقوله حفاظت از محیط زیست و تمهید منابع و سرمایه های مالی و مادی برای کاهش آلاینده های محیط زیستی بدل کرده است. علاوه بر تشکیل این صندوق، در برخی از قوانین مصوب در کشور نیز رویکردهای دایرمدار جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی و ارائه کمک های مالی و مادی برای کاهش هر چه بیش تر آلاینده های زیست محیطی مشاهده می شود.

بند دوم. رویکرد اتحادیه اروپا

مقصود از اتحادیه اروپا، رویکرد تک تک کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیست، بلکه منظور، رویه های واحد و مشترکی است که به موجب دستورالعمل ها یا اقدامات رویه های و اجرایی شناسایی شده توسط همه دولت های اروپایی در زمینه مواجهه با خسارات زیست محیطی و تحمیل مسئولیت مدنی بر مرتکبان رفتارهای خسارت بار زیست محیطی در پیش گرفته شده است. بر این اساس، در بیش تر مواردی که در پژوهش حاضر به رویکرد اسناد و کنوانسیون های بین المللی اشاره می شود، می توان رویکرد اتحادیه اروپا را نیز همسان و همانند محسوب کرد.

رویکرد جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست محیطی به عملکرد اتحادیه اروپا نیز راه یافته است. به طور مشخص، پیش نویس اصول ۲۰۰۶ حفاظت و صیانت از محیط زیست که در جلسه شورای عالی وزرای امور خارجه کشورهای عضو اتحادیه اروپا در این سال در وین اتریش به تصویب رسید، این قاعده را شناسایی کرد. این پیش نویس با اشاره به جبران فوری و کافی خسارت توسط متصدی و این که این جبران خسارت باید توسط دولت منشأ تضمین شود، به طرق بیمه و

تضمین مالی و به تأسیس صندوق‌های صنعتی در سطح ملی برای جبران خسارات فراتر از مسئولیت متصدی و ایجاد صندوق‌های جبران از سوی دولت‌های منشأ فعالیت در مواردی تمرکز دارد که تضمین‌های مالی و صندوق‌های صنعتی برای جبران خسارت کافی نباشد. همه این اقدامات می‌تواند زمینه و شرایط را برای جبران فوری و کافی خسارات فراهم آورد.^۱

موارد یادشده، بخشی از این تدبیرها محسوب می‌شود و دولت‌ها باید برحسب اهمیت خاص فعالیت‌های ممنوع‌ناشده، اقدامات دیگری نیز برای جبران کافی و فوری زیان‌ها به عمل آورند. ایجاد صندوق‌های بین‌المللی جبران خسارات از طریق همکاری و انعقاد معاهدات و موافقت‌نامه‌ها یکی دیگر از تدبیرهای دولت‌ها برای تضمین پرداخت غرامت فوری و کافی به زیان‌دیدگان محسوب می‌شود.^۲ برخی از اسناد بین‌المللی از جمله اعلامیه‌های استکهلم و ریو بر لزوم چنین همکاری تأکید کرده‌اند.

در دو سند مهم مصوب در سطح اتحادیه اروپا نیز رویکرد جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی در سطح اتحادیه اروپا و در گفتمان کشورهای عضو این اتحادیه راه یافته است. اول، سند جامع همکاری اعضای اتحادیه اروپا مصوب ۲۰۱۱ است که در پی برگزاری اجلاس وزرای محیط زیست کشورهای عضو این اتحادیه به تصویب رسید. در ماده ۳ و نیز در ماده ۵-۱۱ این سند، بر اساس الگوی جمعی شدن مسئولیت مدنی ناشی از خسارات زیست‌محیطی به لزوم تعیین و پیش‌بینی ضمانت اجراهای مالی به ویژه جزای نقدی و جریمه‌های مالیاتی تحت عنوان عوارض و مالیات‌های سبز^۳ و تجمیع آن‌ها در اختیار دولت‌ها و هزینه‌کرد آن‌ها برای حفاظت و صیانت هر چه بیش‌تر و بهتر از محیط زیست تصریح شده است.

دومین سند، سند الزام دولت‌های عضو اتحادیه اروپا به تعیین و شناسایی کیفرهای مالی و جریمه‌ها و عوارض زیست‌محیطی (یا مالیات‌های سبز) در قوانین ملی و الزام دستگاه‌های قضایی به صدور

۱. امینی، لیلا، «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از آلودگی محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۸۹، ص ۴۱.

2. Julio Barboza, *International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law and Protection of the Environment*, Vol. III, RCADI., 1994, p. 306.

3. Alan. E. Boyle, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39, 1990, p. 13.

حکم برای تجمیع این عوارض و مالیات‌ها در اختیار دولت و نیز الزام دولت‌ها به هزینه‌کرد این جرمه و جزای نقدی در راستای حفاظت از محیط زیست در جلوه‌های مختلف آن از جمله هوا، دریا، آب، زمین و منابع زیرزمینی است. این سند در روز پایانی اجلاس وزرای امور خارجه و محیط زیست کشورهای عضو اتحادیه در ماه مه ۲۰۱۴ در پاریس به تصویب اعضای اتحادیه رسید.

نتیجه‌گیری

بدون شک، حفاظت از محیط زیست، ضرورت و منفعت جهانی است و مسیری را ترسیم می‌کند که از همکاری در حفاظت از محیط زیست، زمینه‌های مربوط به صلح و امنیت بین‌المللی را تا حدودی فراهم کند. بنابراین، دولت‌ها باید به نحوی سیاست‌گذاری کنند که با حفاظت از محیط زیست، منافع نسل‌های آینده نیز حفظ گردد. این ایده مبتنی بر نظریه انصاف بین نسلی و حفاظت از تنوع منابع سیاره زمین را توصیه می‌کند. بهترین شیوه حفاظت از محیط زیست در سطح جامعه بین‌المللی، بهره‌گیری از موازین حقوق بین‌الملل و بسترسازی فرهنگی است. موفقیت هر نوع تغییر در جامعه و شیوه‌های رفتاری از نامطلوب به مطلوب، نیازمند بسترسازی فرهنگی است. محیط زیست هم از این قاعده مستثنی نیست و به ویژه ضرورت دارد برای نجات حیات بشری به طور اعم و محیط زیست به طور اخص، فرهنگ توجه به ارزش‌های والای محیط زیست سالم یا نسل سوم حقوق بشر (حقوق هم‌بستگی) را تقویت کنیم. در کالبدشکافی مفهومی توسعه شهری مشارکتی، امر مشارکت را می‌توان در سه حوزه مشاهده کرد: مشارکت در شکل‌گیری قدرت محلی (از مردم)، مشارکت در تصمیم‌گیری و خط‌مشی‌گذاری توسعه (با مردم) و مشارکت در اجرای برنامه‌ها و خط‌مشی‌های توسعه (برای مردم) که می‌توان آن را چرخه توسعه مشارکتی نام نهاد. با یک رویکرد همه‌جانبه می‌توان اذعان داشت که ریشه توسعه‌نیافتگی یا توسعه نامتوازن شهری و محلی، ساختاری است و در راستای توسعه باید علت اساسی را در مشارکت نداشتن شهروندان در اداره امور شهر جست. حق تعیین سرنوشت، عنصر بنیادین شهروندی است که از طریق مشارکت در امور جمعی تحقق پیدا می‌کند. بر این اساس، سازوکارهای مشارکت مطلوب شهروندی باید بر مبنای شناسایی مسئولیت جمعی برای حفاظت و صیانت از محیط زیست ارائه گردد.^۱

گفتنی است حق بر محیط زیست به اقتضای ماهیت جمعی حقوق هم‌بستگی، واجد جمعی بودن تلقی

۱. هاشمی، سید محمد و دیگران، «حقوق شهروندی و توسعه شهری مشارکتی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۵۰.

می‌شود، اما این امر همانند دیگر حقوق هم‌بستگی، مانع از بهره‌مندی و صاحب حق بودن آحاد جامعه به صورت فردی و گروهی نخواهد بود. البته در مورد این که آیا تک‌تک افراد به صورت مجزا و مستقل می‌توانند از حقوق هم‌بستگی به همان سبک و سیاق دیگر حقوق بشر بهره‌مند شوند و امکان مطالبه یابند، برداشت‌های متفاوتی وجود دارد. یک برداشت این است که به جای یکایک افراد، شناسایی نهاد نمایندگی جامعه و اعطای مسئولیت مطالبه به دولت، کافی خواهد بود. به این تعبیر، حتی حق‌های موسوم به حق‌های جمعی قابل فروکاستن به حق‌های فردی‌اند. با این توضیح که در واقع، افراد، حق بر صلح، حق بر توسعه و حق بر محیط زیست سالم دارند، اما چون تحقق این حق‌ها به گونه‌ای است که حکومت‌ها و گروه‌ها و نه افراد، درگیر مطالبه آن می‌شوند، جلوه‌ای جمعی پیدا کرده‌اند.

در قوانین داخلی حتی در سطح قانون اساسی به مثابه مهم‌ترین متن قانونی در هر نظام حقوقی، گرایش‌هایی به جمعی بودن مسئولیت‌ها در حفظ و صیانت از محیط زیست دیده می‌شود. تصریح ضرورت حفاظت از محیط زیست در قانون اساسی، دلایل مختلفی دارد، از قبیل جدی بودن حفاظت از محیط زیست و گسترده بودن و پیچیدگی مشکلات محیط زیستی که حل این مشکلات، اقدام جمعی و هماهنگ سیاسی را برای حفاظت از همه افراد جامعه ایجاب می‌کند.^۱ هنگامی که حفاظت از محیط زیست به عنوان یک هنجار در متن قانون اساسی تعیین می‌شود، بر لزوم توجه اجتماعی به این ضرورت تأکید می‌گردد. بنابراین، بر لزوم حمایت جمعی از محیط زیست و نیز شناسایی مسئولیت جمعی دایرمدار صیانت و حفاظت از محیط زیست تأکید می‌شود.

مبنای نظری اصلی و اساسی برای چنین اعتقادی این است که اگر ارزش‌های محیط زیست به یک ارزش جمعی تبدیل شود، حفاظت از محیط زیست به نفع همه این گروه‌های مختلف است و در صورت حفظ آن، همه آن‌ها به صورت برابر نفع خواهند برد. بنابراین، یکی از مهم‌ترین اهداف نظام حفاظت از محیط زیست در کنار فرهنگ‌سازی برای تبدیل محیط زیست به عنوان یک ارزش جمعی باید ایجاد تعادل میان منافع مشترک افراد در ارتباط با محیط زیست باشد^۲ و این امر مستلزم توسعه نظام عدالت اجتماعی است.

1. Hayward, Tim, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford University Press, USA, 2005, p. 5.

2. Ibid.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. برمن، مارشال، تجربه مدرنیته، ترجمه: مراد فرهادپور، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۲. ساعد، نادر، قوانین و مقررات محیط زیست ایران، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. کیس، الکساندر و دیگران، حقوق محیط زیست (جلد ۱)، ترجمه: محمدحسن حبیبی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۴.

ب) مقاله

۱. امیرارجمند، اردشیر، «حفاظت از محیط زیست و هم‌بستگی بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، تابستان ۱۳۷۴.
۲. بادینی، حسن و محمود جعفری چالشتی، «نگرشی تحلیلی و انتقادی به اسناد بین‌المللی نظام مسئولیت و جبران خسارت در آلودگی‌های نفتی ناشی از حمل و نقل دریایی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۸، ۱۳۹۷.
۳. بهرامی احمدی، حمید و اعظم علم‌خانی، «تأملی بر جنبه‌های کاربردی دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت در قبال خسارت‌های زیست محیطی»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۲.
۴. بهرامی احمدی، حمید، «سیاست‌گذاری‌های سیاسی و حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حفاظت از محیط زیست»، مجله دانش سیاسی، شماره ۹، ۱۳۸۸.
۵. حیاتی، عباس علی، «مفهوم و چگونگی جبران خسارت‌های گروهی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، دانش نامه حقوقی، شماره ۴، ۱۳۹۸.
۶. رحمانیان، سمیه و محمدحسین رضانی قوام‌آبادی، «بررسی انتساب مسئولیت زیست محیطی شرکت‌های چندملیتی فرعی به شرکت اصلی در دعاوی خصوصی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۶، ۱۳۹۵.

۷. رحیمی، علی و حسین شبیری، «مسئولیت مدنی اشخاص حقیقی ناشی از خسارت زیست محیطی»، مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، دوره چهارم، شماره ۱/۱، ۱۳۹۷.
۸. زمانی، سید قاسم، «توسعه مسئولیت بین‌المللی در پرتو حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱، ۱۳۸۱.
۹. شاه حسینی، عطیه و علی مشهدی، «جبران خسارات زیست محیطی بر اساس طرح ۲۰۰۶ کمیسیون حقوق بین‌الملل مبنی بر اصول تخصیص زیان در موارد آسیب فرامرزی ناشی از فعالیت‌های خطرناک»، پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ۱۳۹۵.
۱۰. قاری سید فاطمی، سید محمد و علی مشهدی، «ماهیت حق بر محیط زیست»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ویژه نامه شماره ۶، ۱۳۹۰.
۱۱. قاسمی، ناصر و فلورا حیدری، «پذیرش مسئولیت مدنی در اخلاق زیست محیطی: در راستای حفظ محیط زیست»، پژوهش‌های اخلاقی، سال ششم، شماره ۲۲، ۱۳۹۴.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست محیطی»، فصل نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سی و هشتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷.
۱۳. موسوی، سید فضل‌الله، «جبران خسارت زیست محیطی در حقوق بین‌الملل»، فصل نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره چهل و یکم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۱۳.
۱۴. هاشمی، سید محمد و دیگران، «حقوق شهروندی و توسعه شهری مشارکتی»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
۱۵. همتی، مجتبی، «اقامه دعوای جبران خسارت زیست محیطی در نظام حقوق ایران»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷.

ج) پایان‌نامه

۱. امینی، لیل، «مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها ناشی از آلودگی محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، پاییز ۱۳۸۹.
۲. انصاری، مهدی، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی محیط زیست در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم، ۱۳۸۲.

۳. سلحشور، نادعلی، «مسئولیت مدنی آلوده‌کنندگان محیط زیست»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
۴. فهیمی، عزیزالله، «مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، اسناد بین‌المللی و فقه)»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷.

2. Latin Source

1. A. Kiss, **Concept and possible implications of the right to environment**, in: K. E. Mahoney & P. Mahoney (eds.), *Human rights in the twenty-first century: a global challenge*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
2. Alan. E. Boyle, **State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: a Necessary Distinction**, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990.
3. Babbitt, Charles J., **Discretion and the Criminalization of Environmental Law**, *Journal of Duke Environmental Law and Policy Forum*, 15(1), September 2004.
4. Berat, Lyan, **Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law**, *Environmental Law Studies*, No. 22, 1999.
5. Charlier, Roger H., **Of Geocide, Ecocide and Related Matters: A Viewpoint**, *International Journal of Environmental Studies*, Volume 48, Issue 3, 1995
6. Clifford, Mary, **Environmental Crime: Enforcement, Policy and Social Responsibility**, *AN Aspen Publication*, 2016.
7. David Kemp, **the environment Dictionary**, London and New York, 2009.
8. Gray, Mark Alan, **The International Crime of Ecocide**, *Environmental Law Studies*, No. 23, 2000.
9. Hayward, Tim, **Constitutional Environmental Rights**, Oxford University Press, USA, 2005.
10. Hormio, Sade, **Collective responsibility for climate change**, *Wiley Climate Change*, vol 12, 2022.
11. Julio Barboza, **International Liability for the Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International law and Protection of the Environment**, Vol. III, *RCADI.*, 1994.
12. Lehmen, Alessandra & Juchem Advocacia, **ICC to focus on environmental crimes: a land-**

mark move for International Environmental Law, Sage, 2017.

13. Manirabona, Amissi Melchiade, **International Environment Criminal Law**, McGill University Press, 2016.

14. Prieur, Michel, **La mise en oeuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones**, Presses Universitaires de Limoges, 2003.

15. Richard and Val Routley, **Human Chauvinism and environmental ethics**, in mannison et al, **Environmental philosophy**, Australian National University, 1980.

16. Rogers, Richard J., **International criminal law and environmental crimes: Possibilities and limitations**, University of London, 2017.

17. Schwabach, Aaron, **International Environmental Disputes (Contemporary World issues)**, ABC-CLIO (Publishing), 2006.

18. UNHRC, **Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises**, Annex: 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', A/HRC/17/31 (21 March 2011).

19. Vanderheiden, Steve, **Climate Change and Collective Responsibility**, Library of Ethics and Applied Philosophy book series, vol 17, 2011.

20. Vasak, Karel, «**Pour la troisième génération des droits de l'homme: Les droits de solidarité**», Conférence inaugurale de la dixième Session d'étude de l'Institut international des droits de l'homme, Strasbourg, 1979, et «Les différentes catégories des droits de l'homme», in A. LAPEYRE, F. DETINGUY, K. VASAK, (eds.), **Les dimensions universelles des droits de l'homme**, Brussels, Bruylant, 1990.

21. Y. Hamuli Kabumba, Plaidoyer, **Pour l'effectivité du droit à un environnement sain en Afrique**, Revue de droit africain, vol. 5 /19, 2001.

تحلیل حقوقی چالش‌های قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا

ارحام هاشم‌پور^۱

توحید کاظم‌لو^۲

امین بناءزاده اردبیلی^۳

چکیده

شوراهای اسلامی شهر و روستا در مقام یکی از نمادهای دموکراسی چون پدیده‌ای جوان به شمار می‌روند، قوانین و مقررات انتخابات آن‌ها نسبت به دیگر قوانین و مقررات مربوط به انتخابات اندک است. با این حال، چالش‌های مختلفی فراروی انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا وجود دارد. در پژوهش حاضر به روش توصیفی و تحلیلی، اساسی‌ترین ایرادهای وارد بر قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی شهر و روستا و انتخابات شهرداران که موجب سردرگمی مجریان انتخاباتی اعم از مدیران، نهاد نظارت و نهاد تأییدکننده گردیده، از دیدگاه‌های تقنینی، اجرایی، نظارتی و سیاسی بررسی شده است. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد قانون در بخش‌هایی، شفافیت لازم را ندارد. ترکیب هیئت‌های اجرایی و نظارت، استفاده از ظرفیت رسانه‌ها و احزاب در انتخابات و از همه مهم‌تر، تفکیک بخش انتخابات از قانون حاضر، نیازمند تجدیدنظر کلی بر اساس اصول حقوقی و انتخاباتی است.

واژگان کلیدی: انتخابات، ساختار، شوراهای اسلامی، قوانین، چالش‌ها.

۱. استادیار، گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران (نویسنده مسئول)، rhamhashempoor@gmail.com.

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران، kazemlootohid100@gmail.com.

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران، banazadehamin@yahoo.com.

مقدمه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به پیشبرد سریع برنامه‌های دولت از طریق همکاری مردم بسیار اهمیت قائل گردیده و نهاد شوراهای اسلامی را پیش‌بینی کرده است. بر این اساس، طرح آمایش سرزمینی نیز برنامه‌ریزی و بهبود روش‌ها را نیاز ضروری جامعه کنونی ایران دانسته و آن را مبنای طرح‌ها و برنامه‌ریزی‌های جامع توسعه تلقی کرده است. به این ترتیب، شوراهای اسلامی شهر و روستا برای اجرای نظام عدم تمرکز اداری در کشور ترسیم شده و هدف از آن طبق اصل یک صدم قانون اساسی، پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و دیگر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی بیان شده است.

قانون اساسی ایران با اثربخشی از برخی کشورها مانند فرانسه، اداره امور محلی را به تشکیلاتی به نام شوراهای واگذار و وظیفه دولت را در این حوزه تنها نظارت بر عملکرد شوراهای مقرر کرده است. با این تدبیر، علاوه بر تجربه موفق ترفند سیاسی استفاده از مردم در حاکمیت و اداره امور شهر و روستا، شوراهای اسلامی در حقیقت، نوعی برنامه‌ریزی برای مدیریت شهری و روستایی از طریق مردم است که حاصل خرد و اراده جمعی در اداره شهر یا روستا خواهد بود. با توجه به اهمیتی که شوراهای اسلامی شهر و روستا در نظام اداری و حکمرانی کشور ایفا می‌کنند، برخورداری از یک نظام حقوقی انتخاباتی شایسته، مستقل و عاری از هر گونه کلی‌گویی، ابهام و احکام متعارض در تمام شئون و مراحل انتخابات، لازمه تحقق انتخابات دموکراتیک با لحاظ تمام اصول انتخاباتی آزاد و منصفانه است.

در همین راستا، اهمیت پژوهش حاضر در آن است که شوراهای اسلامی شهر و روستا به عنوان نهادهای مهم و جامعه‌محور در فرآیند تصمیم‌گیری و اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های عمومی در ایران دارای اهمیت بسیاری هستند. با این وجود، مسائل حقوقی مرتبط با انتخابات این شوراهای و چالش‌هایی که در این زمینه وجود دارد، نیازمند توجه و تحقیق دقیق‌تری است. تحلیل حقوقی چالش‌های قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا و تأثیر آن بر فرآیند دموکراتیک و حکمرانی مشارکتی در جامعه، محور اصلی مقاله حاضر است. واقعیت آن است که انتخابات به عنوان یکی از پایه‌های حیاتی دموکراسی باید به صورت عادلانه و شفاف انجام شود تا اعتماد عمومی به فرآیند

انتخابات و نتایج آن تقویت گردد. با این وصف، با توجه به وجود چالش‌های حقوقی مانند تفسیر نامشخص قوانین و مقررات، نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان و تلاش برای افزایش مشارکت سیاسی، ضرورت بررسی و تحلیل این موضوع از اهمیت بالایی برخوردار است. علاوه بر این، تحلیل حقوقی چالش‌های قانون انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا می‌تواند به شناسایی نواقص و نقاط ضعف قوانین و مقررات مرتبط با انتخابات کمک شایانی کند و مبنایی برای اصلاحات قانونی و اجرایی در این زمینه فراهم آورد. بدیهی است این موارد به بهبود فرآیند انتخابات و تقویت حقوق شهروندان در زمینه مشارکت سیاسی و توسعه جامعه منجر خواهد شد.

در این راستا، پرسش اصلی این پژوهش آن است که چه چالش‌های حقوقی در قانون انتخابات شوراهای قابل تبیین است؟ فرضیه نویسندگان هم آن است که چالش‌های متعدد تقنینی، اجرایی، نظارتی و سیاسی فراروی قانون مورد بحث قرار گرفته که تحقق مطلوب انتخابات شوراهای را در ایران دچار مشکل کرده است. این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی و استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای به بررسی و تحلیل چالش‌های قانونی مرتبط با انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا پرداخته است. نویسندگان در پنج گفتار، مباحث مرتبط با انتخابات شوراهای را در «قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران» از منظر حقوقی بررسی و تحلیل کرده‌اند که عبارت است از: چالش‌های تقنینی، مسائل اجرایی، امور نظارتی، موضوعات سیاسی و دیگر چالش‌ها. پژوهش‌گران در زمینه شوراهای اسلامی شهر و روستا با مطالعات و تحلیل‌هایشان توانسته‌اند قسمتی از مسائل و مشکلات مربوط به این حوزه را مشخص سازند.

درباره ادبیات این تحقیق باید گفت جواد رنجبرزاده و خداداد خدادادی دشتکی در مقاله «آسیب‌شناسی ششمین دوره انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستای خرداد ۱۴۰۰»^۱ به صریح بودن قوانین و مقررات در این زمینه پرداخته‌اند که موجب سوء استفاده‌های سیاسی در ششمین دوره انتخابات شده است. آنان به این نتیجه رسیده‌اند که تغییر در نحوه انتخاب اعضا و شرح وظایف هیئت‌های نظارت و اجرایی و در چارچوب قانون عمل کردن ستاد انتخابات کشور برای بهبود روند انتخابات امری ضروری است.^۱ تفاوت این پژوهش با مقاله حاضر، موردی بودن بررسی

۱. رنجبرزاده، جواد و خداداد خدادادی دشتکی، «آسیب‌شناسی ششمین دوره انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا

آن (ششمین دوره انتخابات) و صرفاً پرداختن به خلأهای وظایف نظارتی و اجرایی است. مقاله پیش رو به دیگر چالش‌های موجود در انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا پرداخته است.

محمد مظهری در مقاله «تأملی بر فرآیند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران و فرانسه»، قوانین و روند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران را با کشور فرانسه تطبیق و استفاده از تجربه دیگر ملل را برای بهتر شدن روند انتخابات شوراهای ایران ارائه داده است.^۱ این پژوهش به صورت تطبیقی کار شده و تفاوت عمده مقاله پیش رو با آن، تحلیل جزئی‌تر، دقیق‌تر و پرداختن به جنبه‌های مغفول مانده نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی ایران است.

علی اکبر ترمان و حسین ملکوتی در مقاله «تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی» به مبانی نظری حق انتخاب شدن در شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخته‌اند. آنان به این نتیجه دست یافته‌اند که اگر معیارها و شاخص‌های شرایط داوطلبی و آیین رسیدگی تخصصی مطابق با اصول قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در ارتباط با انتخابات انجام پذیرد، به تقویت اعمال حاکمیت مردم، رفع ابهام از حق انتخاب‌پذیری شهروندان و توسعه مشارکت عمومی در امور محلی منجر می‌گردد.^۲ چنان‌که از توضیحات برمی‌آید، نویسندگان تنها به چالش حق انتخاب شدن در انتخابات شوراهای و استفاده از ظرفیت‌های اسناد بالادستی نظام برای بهبود اعمال حاکمیت مردم پرداخته‌اند، اما در مقاله پیش رو، برداشتی کلی‌تر از قانون انتخابات شوراهای و تحلیل حقوقی آن مورد نظر نویسندگان است.

نگاهی به پیشینه تحقیقات انجام‌شده گویای این واقعیت است که اگر چه مقالاتی در خصوص ساختار، وظایف و اختیارات و نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی نگاشته شده، اما توجه به چالش‌های فراروی قانون انتخابات شوراهای از ابعاد مختلف، از نوآوری‌های خاص مقاله حاضر است و سابقه پژوهش خاص و مستقلی در این خصوص توسط نویسندگان مشاهده نگردید.

خرداد ۱۴۰۰»، فصل‌نامه پژوهش‌های مدیریت در جهان اسلام، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۷.

۱. مظهری، محمد، «تأملی بر فرآیند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲.

۲. ترمان، علی اکبر و سید حسین ملکوتی، «تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق تطبیقی، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۳۱.

گفتار اول. چالش‌های تقنینی

بند اول. ابهام در حاکمیت قانون

اصل حاکمیت قانون، یکی از اصول مهم حاکم بر انتخابات دموکراتیک است. اولین و اساسی‌ترین اصل در حقوق عمومی که بیانگر رابطه دولت و ملت است، وجود قانونی بلامنازع است که بالاتر از آن، نهادی وجود ندارد. به بیان بهتر، حاکمیت قانون، قلب دموکراسی است و بر اساس آن، همه اقدامات و فعالیت‌های اداری باید در چارچوب قانون باشد و به تعبیر دیگر، در حکومت قانون، اداره، تابع قانون است و نه تابع فرمان‌ها و دستورهای شخصی و فردی.^۱

شاید مشخص‌ترین چالش انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا در حوزه اصل قانونی بودن، تعبیه سازوکار انتخابات اعضای شوراهای در قالب مجموعه‌ای است که در آن، تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران به صورت یک جا پیش‌بینی شده و با این کار، رویه‌ای تازه در حوزه تقنین در امر انتخابات پدید آورده است؛ چون دیگر قوانین انتخاباتی کشور از جمله ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی در مجموعه‌ای مجزا تدوین شده‌اند. قانون تشکیلات، وظایف و اختیارات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی شامل ۱۰۸ ماده است که ۵۰ ماده آن به موضوع انتخابات پرداخته است. این قانون، کلیات مربوط به سیاست انتخاباتی کشور را در قبال شوراهای اسلامی ترسیم و دیگر مسائل را در ماده ۱۰۶ به آیین‌نامه اجرایی موکول کرده است که وزارت کشور باید تدوین کند.

بخش انتخابات این قانون بیانگر شش قسمت است که عبارتند از: کیفیت انتخابات، شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان، هیئت‌های اجرایی و وظایف آن‌ها، هیئت‌های نظارت و وظایف آن‌ها، تخلفات انتخاباتی و سایر مقررات انتخابات. قسمت اخیر نیز به بیان تکلیف دستگاه‌های اجرایی دولت برای قرار دادن امکانات خود در اختیار ستاد انتخابات، هزینه‌های انتخابات، تکلیف صدا و سیما به عنوان رسانه ملی در پخش برنامه‌های آموزشی انتخاباتی، تکلیف وزارت خانه‌ها و نهادهای دولتی در همکاری با وزارت کشور در برگزاری انتخابات، نحوه رسیدگی به تخلفات مأموران نظامی و انتظامی و

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد، «بررسی حقوقی شوراهای اسلامی در پرتو اصول تمرکززدایی»، فصل‌نامه حقوق اسلامی، بهار ۱۳۸۸، سال پنجم، شماره ۲۰، ص ۱۲۴.

احاله مسائل مربوط به تبلیغات انتخاباتی (از جمله نحوه فعالیت‌های انتخاباتی، مدت زمان تبلیغات، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های تبلیغات) به آیین‌نامه اجرایی قانون پرداخته است.

بنابراین، از نظر وجود قوانین متقن و شفاف انتخاباتی که از شاخص‌های مربوط به تضمین آزادی‌های سیاسی حاکم بر انتخابات دموکراتیک است، قانون‌گذار ایران ضمن ابتکار و نوآوری، دست‌اندرکاران انتخاباتی را با چالش‌هایی روبه‌رو کرده است. البته این روش تقنین، مدافعان و منتقدان خاص خود را دارد. منتقدان از سنت‌شکنی و کلی‌گویی قانون در بخش انتخابات اظهار گلایه می‌کنند و موافقان، نوآوری و انسجام در تقنین را در دفاع از این شیوه پیش می‌کشند.

به نظر می‌رسد این شیوه تقنین در حوزه انتخابات، مانع از ظهور و بروز شفافیت و صراحت قانونی شده و آن را به بیان کلیات محدود کرده است. هرچند نباید دفاع منطقی موافقان این روش را نیز از نظر دور داشت؛ چون به باور بسیاری از حقوق‌دانان، قانون مطلوب آن است که در یک بسته سیاست‌گذاری، جزئیات را به آیین‌نامه‌های اجرایی واگذارد.

بند دوم. نظام حاکم بر انتخابات شوراهای

بر اساس ماده ۲۰ قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، انتخاب اعضای شورای شهر و روستا به صورت «نظام اکثریتی ساده یک‌مرحله‌ای»^۱ است، به صورتی که انتخابات فقط در یک مرحله انجام می‌گیرد و داوطلبانی، برنده انتخاباتند که بیش‌ترین آرا را در دور اول به دست بیاورند. این سخن به آن معناست که حتی اگر برتری آرای آن‌ها نسبت به دیگران بسیار ضعیف باشد، یک رأی بیش‌تر نیز می‌تواند نامزد انتخابات را نسبت به نفر بعدی برنده سازد.^۲ مهم‌ترین ایرادی که به نظام اکثریتی وارد است، ناعادلانه بودن آن است. این امر باعث شده است از این نظام به عنوان یک نهاد انتخاباتی نامناسب یاد شود که موجب قطب‌بندی و شکاف اجتماعی و تردید در مشروعیت انتخابات می‌شود. این در حالی است که شهروندان به ویژه برندگان و بازندگان انتخابات باید باور داشته باشند که انتخابات عادلانه است. از طرف دیگر، این امر موجب

1. Single-Stage Simple Majority System

۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۸۳، ص ۶۲۰.

محرومیت قومیت‌ها و نژادهای مختلف از داشتن نماینده در یک حوزه انتخابیه می‌گردد.^۱ با توجه به لزوم انتخاب حداقل سه نماینده در نظام انتخابات شوراهای می‌بایست به نظام اکثریتی ساده یک مرحله‌ای، عبارت چندکرسی به شیوه فهرست باز را نیز اضافه کرد؛ زیرا رأی‌دهندگان حق انتخاب نامزدها از بین فهرست نامزدهای موجود، بدون توجه به وابستگی حزبی به تعداد کرسی‌های موجود در حوزه انتخابیه را دارند.^۲

احزاب در نظام انتخاباتی ایران نسبت به دیگر نظام‌های دموکراتیک، تأثیر محدودتری دارند. در انتخابات شوراهای اسلامی، اثرگذار نبودن احزاب تا حدی است که باید گفت انتخابات شوراهای ایران حزبی نیست؛ چون مردم بیش‌تر بر اساس شخصیت، شهرت، تجربه و به طور کلی بر اساس امتیازات فردی به یک داوطلب رأی می‌دهند تا بر اساس عضویت در یک حزب خاص. از طرف دیگر، احزاب نیز در فرآیند انتخابات شوراهای حضور کم‌رنگی دارند و تاکنون سازمان‌دهی و سرمایه‌گذاری مناسبی برای این انتخابات انجام نداده‌اند. به علاوه سیاست انتخاباتی کشور به صورت فهرست باز است و یکی از عواملی که با پیشرفت دموکراسی می‌تواند تحقق پذیرد، رسیدن به نظام اکثریتی با شیوه فهرست بسته است که موجب حزبی شدن انتخابات و به تبع آن، حزبی شدن انتخابات شوراهای می‌گردد.

بند سوم. شفافیت در فرآیند انتخابات

«اصل شفافیت»،^۳ بیانگر لزوم آگاهی مردم از تمام اقدامات مقامات سیاسی است. بر این اساس، موارد تخلف احتمالی به سرعت قابل شناسایی و پاسخ‌گویی مقامات و نهادهای قانونی است.^۴ کاربرد اصل شفافیت در انتخابات، زمینه تحقق انتخابات آزاد، منصفانه و اصیل را فراهم می‌آورد و موجب اعتماد مردم به تصمیم‌گیری‌ها می‌شود. یکی از جنبه‌های اصل شفافیت در قلمرو انتخابات، فراهم

1. Fisscher, S., "Electoral systems and political attitudes: Experimental evidence", SSRN, 17, 2021, p.31.

2. Larserud, Stina, and Rita Taphorn, "Designing for Equality: Best-fit, medium-fit and non- favorable combinations of electoral systems and gender quotas", Stockholm, International IDEA, 2007, p. 7.

3. Principle of Transparency

۴. غفاری، هدی و فرزاد باباخانی، حقوق انتخابات، تهران: پژوهاک عدالت، ۱۴۰۲، ص ۳۴.

آوردن امکان تدوین و پیشنهاد قوانین انتخاباتی، گزینش مدیران انتخابات تا تنظیم نتایج نهایی انتخابات و حل و فصل منازعات، اعتراضات و شکایات است.^۱

فرآیند انتخابات بایستی مشتمل بر مجموعه قوانینی برای عمومی کردن اطلاعات باشد. به عبارت دیگر، انتخابات باید بر اساس قانون برگزار گردد و مقرراتی برای اطلاع‌رسانی فرآیند آن وجود داشته باشد. با این‌که نظام انتخابات شوراهای سابقه کم‌تری نسبت به دیگر انتخابات کشور دارد، ابهام‌ها و خلأهای قانونی فاحش در آن به چشم می‌خورد. از جمله در ماده ۲۱ قانون آمده است که وزارت کشور می‌تواند با تأیید هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات شوراهای اسلامی کشور، تمام یا برخی از مراحل مربوط به برگزاری انتخابات را در تمام یا تعدادی از حوزه‌های انتخابیه به صورت رایانه‌ای برگزار کند. با این حال، در آیین‌نامه اجرایی انتخابات شوراهای اسلامی شهر، نبود شفافیت لازم به وضوح قابل لمس است؛ چون بدون مقدمه و بی آن‌که شرایط و نحوه برگزاری انتخابات به روش رایانه‌ای را تبیین کرده باشد، به شیوه قرائت و شمارش آرا با استفاده از نظام رایانه‌ای اشاره کرده است.

قانون در بخش هیئت‌های اجرایی، تعیین معتمدان را به عهده فرمانداران و بخشداران گذارده و در این خصوص مقرر داشته است: «فرمانداران و بخشداران باید اقدام به انتخاب و دعوت از تعداد سی نفر معتمد از اقشار مختلف مردم کلیه شهرهای محدوده شهرستان (البته پس از تأیید هیئت نظارت بر انتخابات) نمایند». نحوه انتخاب معتمدین برای انجام فرآیند انتخابات داخلی به منظور برگزیده شدن هیئت اجرایی از میان آنان نیز یکی از اشکال‌های وارد بر حوزه شفافیت است؛ چون بر این اساس، تعیین نشدن مصادیق مشخص یا حصری برای اقشار مختلف در قانون، سرمنشأ اعمال سلیقه‌هایی می‌گردد که حتی گاهی رنگ و بوی سیاسی به خود می‌گیرد و موجب سلب اعتماد افکار عمومی و داوطلبان می‌شود، آن هم به این صورت که ممکن است فرماندار یا بخشدار بدون توجه به مفهوم اقشار مختلف، صرفاً از میان معتمدانی که به لحاظ فکری، سیاسی و قومی با وی هم‌سوئی دارند، این تعداد را برگزیند. گاهی نیز رئیس هیئت اجرایی (فرماندار یا بخشدار) از عبارت «از کلیه شهرهای محدوده شهرستان» غفلت می‌ورزند و فقط به معتمدین شهر مرکز حوزه انتخابیه بسنده می‌کنند.

۱. خسروی، حسن، حقوق انتخابات دموکراتیک، تهران: مجد، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲.

یکی دیگر از مصادیق نبود شفافیت، تعیین نشدن میزان اختیارات هیئت‌های نظارت بر انتخابات، موضوع بخش «د» قانون است. این امر باعث دخالت هیئت‌های نظارت در روند انتخابات گردیده و به دغدغه‌ای برای مجریان انتخاباتی تبدیل شده است. این در حالی است که مفهوم نظارت فارغ از امر دخالت است و ناظر فقط امور را تحت نظر دارد و در امور دخالت نمی‌کند.^۱

طبق قانون و آیین‌نامه، هیئت‌های اجرایی موظفند هیئت‌های نظارت را در جریان همه مراحل و امور انتخابات قرار دهند. از جمله اگر هیئت اجرایی از این تکلیف سر باز زند، هیئت نظارت چه ابزاری در مقابل این اقدام خواهد داشت و ضمانت اجرایی این موضوع چیست؟ در صورت امضا نشدن صورت جلسه توسط اعضای هیئت نظارت که مکلف به امضای صورت جلسات اقدامات هیئت اجرایی طبق قانون هستند، تکلیف چیست؟ آیا فرماندار یا بخشدار می‌تواند بدون امضای هیئت نظارت، صورت جلسه‌ای را به وزارت کشور منعکس کند؟ وجود همین سؤالات، دلیلی بر شفاف نبودن قانون است.

ابهام حاصل از نبود شفافیت و تصریح لازم و کافی در مورد سکونت اعضای شورای اسلامی، دست‌اندرکاران انتخاباتی را دچار سردرگمی کرده است. تبصره ۲ ماده ۳۰ قانون، ضمانت اجرای سلب عضویت را برای سکونت نداشتن عضو شورا در حوزه انتخابیه پیش‌بینی کرده است. در این راستا، متصدیان انتخاباتی نمی‌توانند به بهانه سکونت نداشتن داوطلب در حوزه انتخابیه از ثبت نام وی خودداری کنند؛ چون قانون به سکونت عضو شورا در حوزه انتخابیه تصریح کرده، نه داوطلب عضویت و این امر صرفاً شامل نامزدهایی می‌شود که دوره قبل در شورا عضویت داشته‌اند. با این دیدگاه می‌توان در محل درج تبصره ۲ در ذیل ماده ۳۰ تردید کرد که در مقام تشریح شرایط انتخاب‌شوندگان است؛ چون این شرایط نباید صرفاً مربوط به انتخاب‌شوندگانی باشد که قبلاً عضو شورا بوده‌اند. از طرفی دیگر، معنی و مفهوم واژه «سلب عضویت»، مربوط به دوران نمایندگی است؛ چون در زمان انتخابات، فرد ثبت‌نام‌کننده حتی اگر عضو شورای حاضر باشد، در کسوت داوطلب است، نه عضو شورا.

۱. اصلانی، فیروز و علی سهرابی، «کارکردهای نهاد شوراها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۳، ص ۴۱۲.

یکی دیگر از موارد شفاف نبودن که موجب صدور دستورالعملی در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۷ از وزارت کشور گردیده، موضوع اطلاق مفهوم «محدوده بخش حوزه انتخابیه» به برخی روستاهاست. برای مثال، با انطباق ظاهر قانون، ساکنان شهر مرکزی حایز شرایط عضویت در شورای یکی از روستاهای بخش مرکزی شهرستان می‌شوند، اما بر اساس دستورالعمل یادشده این امکان وجود ندارد. یکی از مشکلاتی که در نبود شفافیت لازم ظهور پیدا می‌کند، تفسیرهای سلیقه‌ای و «خودسرانه»^۱ است که به نظر می‌رسد دستورالعمل صادرشده نیز از این سنخ باشد.

شرط اقامت برای برخورداری از حق رأی در دو سطح قابل اعمال است؛ یکی، اقامت برای مدتی معین در یک کشور و دیگری، اقامت در یک محل خاص؛ یعنی حوزه انتخابیه.^۲ از این رو، ابهام دیگر در زمینه موضوع سکونت رأی‌دهندگان، موضوع بند ۳ ماده ۲۹ قانون و نحوه تشخیص سکونت آن‌ها در حوزه انتخابیه است. با وجود صراحت قانون‌گذار در مورد سکونت رأی‌دهنده به مدت حداقل یک سال در محل رأی‌گیری (به استثنای شهرهای بالای یک صد هزار نفر)، چگونگی تمییز کارگزاران انتخاباتی در سکونت داشتن یا نداشتن رأی‌دهنده در شهری که رأی می‌دهد، به سکوت برگزار شده است. این امر باعث سوء استفاده داوطلبان شده است، به صورتی که افرادی را از شهرهای دیگر به حوزه انتخابیه خود انتقال می‌دهند تا به نفع آنان رأی دهند که این وضعیت در میان مجریان انتخاباتی به «رأی اتوبوسی» معروف است. (افراد از طریق اتوبوس یا مینی‌بوس به حوزه انتخابیه منتقل می‌شوند).

یکی از تدبیرهای بسیار مهم برای انجام انتخابات درست و سالم، برآورد دقیق یا قریب به واقع شمار و مشخصات دقیق کسانی است که طبق قانون می‌توانند از حق رأی استفاده کنند. نظر به این که به هر حال، عده‌ای نمی‌توانند در انتخابات شرکت کنند، قبل از آغاز انتخابات می‌بایست برای هر حوزه روشن باشد که چه کسانی می‌توانند رأی بدهند.^۳ فرآیندی که روز قبل از برگزاری ششمین دوره انتخابات شوراهای اسلامی اجرایی گردید و متأسفانه آثار نامطلوبی برای روند و نتیجه انتخابات به خصوص در شهرهای زیر یک صد هزار نفر جمعیت و روستاها پدید آورد.

1. Arbitrary Action

۲. منصوریان، مصطفی، نظام حقوقی حاکم بر انتخابات مدیریت انتخابات و نظارت بر آن، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۱، ص ۱۹۹.

۳. قاضی شریعت‌پناهی، پیشین، ص ۶۰۸.

بر اساس بند «ب» ماده ۶۸ آیین‌نامه اجرایی انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا مصوب ۲۹ آذر ۱۳۷۷ هیئت وزیران، بررسی شرایط انتخاب‌کنندگان به خصوص شرط سکونت آن‌ها بر عهده عوامل اجرایی صندوق نهاده شده است. معمولاً نمایندگان بخشدار، موظف به بررسی سکونت رأی‌دهندگان هستند. هیئت اجرایی انتخابات شوراهای نیز در زمان تعیین و معرفی اعضای صندوق رأی‌گیری به هیئت نظارت بخش برای تأیید آن‌ها، یک یا بیش از یک نفر از اعضا را از ساکنان روستا یا افراد مطلعی قرار می‌دهد که با ساکنان روستا آشنایی کامل داشته باشد.^۱ در روز قبل از انتخابات، دستورالعملی به شماره ۴۸۵۰۸ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶ منضم به نامه هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات شوراهای با شماره ۲۳۶۴۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۵ به استانداری‌های سراسر کشور ابلاغ گردید مبنی بر این‌که احراز شرط سکونت از عوامل اجرایی سلب و به ناظران هیئت نظارت بخش مستقر در حوزه‌های رأی‌گیری منتقل گردید. این امر با وجود صراحت آیین‌نامه اجرایی دارای اشکال اساسی بود و چنان‌که وزارت کشور قصد ایجاد تغییرات در آیین‌نامه اجرایی را داشت، می‌بایست از طریق مرجع صادرکننده آن یعنی هیئت وزیران به انجام چنین کاری دست می‌زد.

هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی داوطلبان شوراهای اسلامی شهر و روستا، موضوع دیگری است که با سکوت قانون مواجه است. افراد یا گروه‌های ثروت‌مند با استفاده از آسیب‌پذیری داوطلبان انتخاباتی در امر مالی، فرآیند انتخابات را تحت‌الشعاع قرار می‌دهند که موجب از بین رفتن اعتماد مردم به نظام سیاسی می‌شود. نظام‌های انتخاباتی کشورهای دنیا، رویه‌های متفاوتی در این خصوص دارند، از جمله با ایجاد شفافیت و برابری در استفاده از منابع مالی برای داوطلبان، ضابطه‌مندسازی منطقی فعالیت‌های انتخاباتی و جلوگیری از اثرگذاری ثروت در روند انتخابات، برای جلوگیری از اثرگذاری پول در انتخابات می‌کوشند.^۲ انجام هزینه‌های گزاف توسط تعدادی از نامزدها یا از طریق حامیان مالی آن‌ها موجب می‌شود نامزد پیروز به نوعی وامدار حامیان قدرت و ثروت شود، به طوری که مجبور به دنبال کردن اهداف و برنامه‌های آن‌ها شود.^۳ این امر باعث بروز فساد اداری و از طرفی موجب ترجیح منافع شخصی یا گروهی به منافع جمعی خواهد شد.

۱. رنجبرزاده و خدادادی دشتکی، پیشین، ص ۵۱.

۲. منصوریان، پیشین، ص ۲۶۷.

3. Alexander, H., "Election Finance", *International of Elections*, Edited by Richard rose, UK: Macmillan Reference Ltd, 2000, p. 77.

بند چهارم. شرایط انتخاب‌شوندگان

در قوانین انتخابات بسیاری از کشورها، برای جلوگیری از ثبت نام بی‌مورد داوطلبان، دو شرط قرار داده‌اند؛ یکی، تأیید توسط معتمدین محلی یا گزینش اولیه و دیگری، وثیقه‌گذاری^۱ که به منظور جلوگیری از نامزد شدن افراد بدون پشتوانه است. نامزد بایستی مبلغی را به عنوان ودیعه در یک حساب بانکی متمرکز که به این منظور تعیین شده است، به عنوان سپرده واریز کند تا بخشی از هزینه‌های انتخابات از آن کسر شود و افرادی که هیچ گونه شانس برای موفقیت در پیروزی و راه‌یابی به کرسی‌های نمایندگی ندارند، نتوانند تنها از روی شهرت‌طلبی، خود را نامزد کنند. شاید هم بتوان به عنوان تأمین خواسته نهاد مدیریت انتخاباتی برای تمکین و پذیرش نتایج انتخاباتی از این مبلغ استفاده کرد.^۲ هم‌چنین فلسفه امضای حمایت نیز اثبات وجود پایگاه مردمی نامزد است تا نامزد انتخاباتی برای توفیق در ثبت نام به عنوان نامزد، چاره‌ای جز تهیه امضای برخی از نخبگان و فرهیختگان و ارائه آن به نهاد مدیریت انتخابات نداشته باشد. در این صورت، ضمن محدود شدن تعداد نامزدان و تسهیل برگزاری انتخابات و گزینش آسان‌تر رأی‌دهندگان، میزان خاصی از امضای حامیان نامزد با امکان کنترل اصالت امضا جمع‌آوری می‌شود.

در نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی به تاسی از نظام انتخاباتی کشور، این دو شرط مغفول مانده و باعث گردیده است که سیل عظیمی از متقاضیان عضویت در شوراهای اسلامی به محل ثبت نام نامزدهای انتخاباتی گسیل شوند و ضمن طولانی‌تر شدن فرآیند بررسی صلاحیت نامزدها، اصل شایسته‌سالاری نیز در هاله از ابهام باقی بماند.

بند پنجم. ضعف فرهنگی در پذیرش نتایج انتخابات

تلاش نظام‌های انتخاباتی علاوه بر نشان دادن دموکراتیک بودن انتخابات در کشور، راضی نگه داشتن نامزدهای شکست‌خورده در عرصه انتخابات است. پس قبول نتایج انتخابات از ناحیه تمامی بازیگران انتخاباتی می‌تواند دلیل و سند محکمی بر رعایت اصول حاکم بر انتخابات دموکراتیک به ویژه سلامت و شفافیت و اصیل بودن انتخابات، رقابتی بودن آن، منصفانه بودن و اعتبار و مشروعیت بخشی به چنین انتخاباتی باشد. البته بسیار کم پیش می‌آید که تمامی رقبای انتخاباتی و حامیان آن‌ها از نتایج انتخابات رضایت کامل داشته باشند.

۱. احمدی، علی، انتخابات در ایران، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۸۳.

۲. خسروی، پیشین، ص ۲۴۸.

نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی شهر و روستا سازوکار لازم و ضمانت اجرایی دقیق برای الزام تمامی بازیگران انتخاباتی برای پذیرش نتایج انتخابات ندارد. برای مقابله با معترضانی که شکایت مستند و مستدل ندارند، تدبیری اندیشیده نشده است و این افراد با طرح اعتراض‌های واهی موجب اخلاف در فرآیند انتخابات، اطاله اعلام نتایج و تأیید آن می‌شوند. پیش‌بینی نشدن این امر در قوانین و مقررات انتخاباتی، خلأ و شکافی آشکار است که رفع آن، گام دیگری در تحقق رسالت اصلی انتخابات و البته نظام شورایی مورد نظر اصل یک صدم قانون اساسی خواهد بود.

گفتار دوم. چالش‌های اجرایی

بند اول. مدیریت اجرایی انتخابات

مدیریت انتخابات را می‌توان مجموعه تمهیدات و اقداماتی شامل برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، نظارت و کنترل، هدایت و تصمیم‌گیری و انگیزش تعریف کرد که مدیران یا نهادهای برگزارکننده انتخابات انجام می‌دهند. منظور از انگیزش، اقداماتی است که هدف آن، تشویق کارگزاران انتخابات به اجرای صحیح و منطبق با انتظارات انتخابات است که با سازوکارهای مدیریتی درون سازمانی صورت می‌گیرد. تشویق شهروندان، نامزدها و ذی‌نفعان انتخابات به مشارکت با به کار بستن سازوکارهای برون سازمانی که از طریق رسانه‌های عمومی صورت می‌گیرد، بخشی از اقدامات مربوط به نظارت و تبلیغات انتخابات محسوب می‌شود.^۱

انتخابات سالم و عادلانه، دو رکن اساسی دارد: اول، قانون عادلانه و دوم، اجرای منصفانه.^۲ اجرای روند انتخابات و نظارت بر آن‌ها به طور معمول از سوی یک یا چند نهاد عالی و با تعداد نفرات محدود مدیریت می‌شود. اعمال و اجرای وظایف و اختیارات اجرایی و نظارتی بر مبنای سیاست‌ها، تصمیمات و دستورالعمل‌های آن نهاد توسط بازوهای اجرایی و نظارتی در سطوح پایین‌تر صورت می‌پذیرد.^۳

۱. قیصری، نورالله، دانیال طاهری فدافن و مهدی باقری فارسانی، «مدیریت انتخابات در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های راهبردی سیاست، سال چهارم، شماره ۱۳، ص ۲۱.

۲. احمدی، پیشین، ص ۲۰۳.

۳. منصوریان، پیشین، ص ۱۳۳.

با بررسی قوانین اساسی و انتخاباتی کشورها، سه الگوی ساختاری برای نظام مدیریت اجرایی انتخابات استخراج می‌شود:

۱. **الگوی مستقل**^۱: این مدل در کشورهایی وجود دارد که انتخابات در آن‌ها توسط یک «نهاد مدیریت انتخاباتی»^۲ مستقل از ساختار قوه مجریه با بودجه و وظایف و اختیارات مستقل اداره می‌شود. از این رو، این نهاد در مقابل قوه مجریه پاسخگو نیست، اما ممکن است در برابر پارلمان، قوه قضاییه یا رئیس کشور پاسخگو باشد.

۲. **الگوی حکومتی**^۳: این الگو در کشورهایی وجود دارد که انتخابات توسط قوه مجریه سازمان‌دهی و مدیریت می‌شود که معمولاً یک وزارت‌خانه خاص (نظیر وزارت کشور) یا مقامات عالی محلی، متولی برگزاری انتخابات می‌شوند. در این الگو، کمیسیون‌های انتخاباتی به صورت سلسله‌مراتبی و در نهایت، در برابر هیئت دولت پاسخگو هستند.

۳. **الگوی ترکیبی**^۴: در این مدل، ساختار مدیریت انتخابات، دوگانه یا دوساختاری است: یک ساختار سیاسی و سیاست‌گذار که خصیصه نظارتی و کنترلی دارد و مستقل از قوه مجریه است (نظیر قوه مستقل) و یک ساختار اجرایی در سازمان دولت ملی یا محلی (نظیر الگوی حکومتی). در این نوع الگو، اجرای انتخابات به عهده ساختار حکومتی و نظارت و کنترل به عهده ساختار مستقل است.^۵

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، متولی برگزاری انتخابات را مشخص نکرده است. قانون انتخابات مصوب شورای انقلاب، وزارت کشور را مأمور اجرای قانون یادشده دانسته است. با بررسی مواد مختلف قانون شوراها (ماده ۴۸ که بر دستور وزارت کشور مبنی بر شروع انتخابات تصریح کرده، ماده ۶۷ که وزارت کشور را موظف ساخته است حداقل یک ماه قبل از صدور دستور شروع انتخابات، مراتب را به اطلاع و تأیید هیئت مرکزی نظارت برساند و ماده ۶۹ که طبق آن، وزارت کشور می‌تواند

1. Independent model

2. Electoral Management Body

3. Government model

4. combination model

۵. خسروی، پیشین، ص ۲۶۵.

به منظور حسن انجام انتخابات، مأمورانی اعزام کند و آیین‌نامه اجرایی انتخابات شوراهای در ماده ۲۱، وزارت کشور را موظف به برآورد اعتبارات لازم برای انتخابات می‌کند و سرانجام، دستورالعمل مربوط به زمان‌بندی انتخابات)، وزارت کشور، متولی برگزاری انتخابات شوراهای اسلامی است.

قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا و انتخاب شهرداران، همانند دیگر انتخابات کشور، هیئت‌های اجرایی را مسئول برگزاری انتخابات دانسته، با این تفاوت که در هیئت‌های اجرایی علاوه بر فرماندار یا بخشدار و رییس ثبت احوال، مسئولان و اشخاص حقیقی دیگری را در کنار آنان برای عضویت در هیئت اجرایی پیش‌بینی کرده است، به این طریق که در انتخابات شوراهای اسلامی شهری، رییس آموزش و پرورش و در انتخابات شوراهای اسلامی روستایی، علاوه بر رییس آموزش و پرورش، مسئول جهاد کشاورزی بخش نیز می‌بایستی به عنوان اعضای اداری هیئت‌های اجرایی ایفای نقش کند و در کنار اعضای غیر اداری هیئت‌های اجرایی که منتخب سی نفر معتمد شهرستان هستند، در جلسات هیئت‌های اجرایی حضور یابند. این امر موجبات سردرگمی دست‌اندرکاران انتخابات را فراهم می‌آورد، به ویژه زمانی که دو انتخابات در حال برگزاری باشد؛ چون اعضای اداری هیئت‌های اجرایی با یکدیگر تفاوت دارند و مشکلاتی در فرآیند اجرای انتخابات پدید خواهد آمد.

تعداد اعضای غیر اداری هیئت‌های اجرایی، در انتخابات شوراهای شهر و روستا متفاوت است، به این صورت که در انتخابات شوراهای شهر، این تعداد (اعضای معتمد هیئت اجرایی)، ۸ نفر و در انتخابات شوراهای روستایی، ۷ نفر است. این امر نیز گاهی ناهماهنگی‌هایی را پدید می‌آورد که عمده‌تر از بی‌دقتی کارشناسان انتخابات ریشه می‌گیرد. البته نکته اساسی، مغایرت سازوکار پیش‌بینی‌شده برای نهاد مدیریت اجرایی انتخابات است که با مؤلفه‌های یک نهاد مستقل انتخاباتی مورد نظر استانداردهای جهانی مغایر است. به نظر می‌رسد مقررات قانونی مربوط به دعوت و حضور معتمدین محل به منظور مردمی کردن جریان انتخابات باشد. با این حال، چون ابتکار انتخاب آنان در دست مسئولان اجرایی دولتی است، استقلال معتمدان یادشده نمی‌تواند مورد تأیید باشد. به عبارت بهتر، آنان از بین مردم برگزیده شده‌اند، اما برگزیده مردم نیستند، بلکه در حدود وظیفه خاصی که برای آنان تعیین شده است، نماینده دولت محسوب می‌گردند.^۱

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۱۱۲.

تنها توجیه باقی‌مانده برای تطابق نظام انتخاباتی کشور با استانداردهای جهانی در این حوزه، حضور اقشار مختلف مردم به عنوان اعضای شعبه ثبت نام و رأی‌گیری است که توسط هیئت‌های اجرایی انتخاب می‌شوند تا با این کار ضمن رعایت حداقل‌های اصل نظارت همگانی، تا آن جا که ممکن است الگوی ترکیبی را از میان الگوهای سه‌گانه مدیریت اجرایی انتخابات برای نظام انتخاباتی کشور بپذیریم.

موضوع دیگر، ابهام در خصوص اعتراض به تصمیمات هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات شوراهای اسلامی در دیوان عدالت اداری بود که با صدور رأی وحدت رویه شماره ۰۰۳۴۸۷ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۲۲ تعیین تکلیف گردید. بر این اساس، رسیدگی به تصمیمات هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات شوراهای اسلامی در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار گرفت.

بند دوم. نبود رویه‌های مناسب برای کمک به رأی‌دهندگان

طبق استاندارد مورد پذیرش کشورها، کارگزاران و مجریان انتخاباتی باید مساعدت لازم را برای رأی‌دهندگان معمول دارند. این امر به صورت عمومی و اختصاصی در نظر گرفته می‌شود. در صورت عام باید به همه رأی‌دهندگان، خدمات لازم برای پیمودن صحیح فرآیند انتخاباتی صورت گیرد. حالت دوم، مساعدت ویژه به افرادی است که در شرایط خاصی جسمی قرار دارند، مانند افراد معلول یا نابینا تا بتوانند رأی خود را به درستی بنویسند و به صندوق رأی‌گیری بیاورند.

نظام انتخاباتی شورا به جز اشاره کلی برای تسهیل و تسریع رأی‌دهی (در آیین‌نامه اجرایی قانون) با عبارت «اعضای شعبه باید ترتیبی اتخاذ نمایند که رأی‌دهندگان از یک سمت وارد محل شعبه شوند و پس از دادن رأی از سمت دیگر خارج گردند»، نه تنها مساعدت و راهنمایی خاصی برای رأی‌دهندگان منظور نکرده، بلکه صراحتاً اعلام کرده است که هیچ یک از اعضای شعبه و اصولاً افرادی که به هرگونه در شعبه، وظیفه‌ای بر عهده دارند، حق نوشتن رأی برای اشخاص را ندارند. در این راستا، در آموزش‌های رسانه‌ای معمولاً رأی‌دهنده تشویق شده است برای این کار، از وجود افراد خارج از شعبه که مورد اعتماد وی هستند، استفاده کند. بنابراین، غیر از افراد معلول و نابینا هستند کسانی که قادر به رأی دادن هستند، ولی از حمایت حداقلی قانون در این خصوص بی‌بهره‌اند، مثل سالمندان و بانوان باردار که تجدیدنظر قانون‌گذار در این حوزه را ضروری می‌نماید.

بند سوم. امنیت انتخابات

حفظ امنیت رأی‌دهندگان و مجریان و اقلام انتخاباتی، شرط لازم برای یک‌گزینش آزاد و واقعی است تا از یک سو، شهروندان در کمال آزادی و اطمینان خاطر، حق رأی خود را به اجرا گذارند و از طرف دیگر، مجریان انتخاباتی به دور از ترس و اضطراب از هر گونه تهدید و ارباب در فضایی آکنده از آرامش، قادر به انجام وظیفه خود شوند. در جهت تضمین سلامت انتخابات می‌بایست تدبیرهای مقتضی برای برقراری نظم و امنیت محل رأی‌گیری در نظر گرفت. بهترین گزینه برای اجرای این تدبیرها، ورود پلیس و نیروهای امنیتی به روند انتخابات است تا با حفاظت از محل رأی‌گیری، امنیت رأی‌دهندگان، مسئولان و تجهیزات مورد استفاده برای رأی‌گیری را فراهم آورند.

متأسفانه نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی شهر و روستا، شفافیت و صراحت لازم را برای امنیت انتخابات ندارد. هر چند تکلیف عام مأموران انتظامی، ایجاد نظم در جریان انتخابات است، اما قانون به طور صریح، به حفاظت از مسئولان، صندوق‌های رأی و محل رأی‌گیری نپرداخته است.

گفتار سوم. چالش‌های نظارتی

یکی از تعاریف صورت‌گرفته برای مفهوم نظارت بر انتخابات، «جمع‌آوری هدفمند اطلاعات راجع به فرآیند انتخاباتی و انجام قضاوت‌های آگاهانه در مورد این فرآیند بر اساس اطلاعات جمع‌آوری شده» است.^۱ در این راستا، رایج‌ترین اهداف نظارت انتخاباتی، «مشروعیت بخشیدن به یک فرآیند انتخاباتی» عنوان گردیده که در راستای نظارت همگانی از شاخص‌های برابری سیاسی در یک انتخابات آزاد و منصفانه است که بر اساس آن، مردم بایستی بر نحوه اجرای انتخابات نظارت داشته باشند که توسط منتخبان خودشان برگزار می‌شود.

در نظام‌های انتخاباتی کشورها، سه نوع نظارت پیش‌بینی شده است که عبارتند از: «سرپرستی»^۲، «کنترل»^۳ و «مشاهده»^۴. روش اول، بیانگر نظارت تأییدی یا تصدیقی است. روش دوم شامل مشاهده

۱. رُز، ریچارد، دایرةالمعارف بین‌المللی انتخابات، ترجمه: محمدتقی دل‌فروز، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۶۷۶.

2. Supervision

3. Monitoring

4. Observation

و گزارش تخلفات و دخالت در برخی موارد برای حل و فصل اختلافات بوده و شیوه آخر، تنها مشاهده و گزارش آن به مقام مافوق از سوی ناظر است. نمی‌توان با قاطعیت گفت که شیوه نهاد نظارتی انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا کدام است، ولی به نظر می‌رسد که نظام انتخاباتی ایران بیش‌تر بر شیوه سرپرستی استوار است که در آن، ناظر، علاوه بر ملاحظه تخلف، وظیفه تأیید و تصدیق انتخابات را نیز در دستور کار دارد.^۱

بنابراین، همانند دیگر انتخابات ایران، نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی، غیر از حل و فصل دعاوی انتخاباتی که بر عهده محاکم قضایی است، تقریباً تمامی شئون نظارت در شیوه سرپرستی را بر عهده دارد. «در بسیاری از کشورها از جمله انگلستان، رسیدگی به دعاوی انتخاباتی بر عهده دستگاه قضایی است. در ترکیه برای رسیدگی به دعاوی انتخاباتی، محاکم خاص انتخاباتی پیش‌بینی شده است. نهاد متصدی صیانت از قانون اساسی در فرانسه، رسیدگی به دعاوی انتخابات پارلمانی و ریاست جمهوری را بر عهده دارد، اما رسیدگی به دعاوی انتخاباتی مربوط به انتخابات محلی (انتخابات شوراهای شهر و روستا، شوراهای شهرستان و شوراهای منطقه) و انتخابات پارلمان اروپا در فرانسه بر عهده محاکم اداری است. در تعدادی از کشورها با تکیه بر حاکمیت نهایی پارلمان و برای جلوگیری از مداخلات مقامات دیگر در قوه مقننه، حق رسیدگی نهایی به شکایات یا اعتراضات مربوط به انتخابات پارلمانی در قالب رسیدگی به اعتبارنامه‌های منتخبان بر عهده مجلس مربوط گذارده شده است».^۲

عمده‌ترین چالش انتخاب شوراهای اسلامی شهر و روستا در حوزه نظارت بر انتخابات، دو مقوله متفاوت است که عبارتند از:

۱. اعضای شوراهای اسلامی می‌توانند با وجود وظایف و کارکردهای آشکاری که برایشان ذکر شده است، نقش مهمی در برقراری ارتباط با نماینده مردم در مجلس شورای اسلامی ایفا کنند و در گردآوری رأی برای نماینده مجلس مؤثر باشند. با این حال، نمایندگان سعی دارند با تمهیدات

۱. گودوین گیل، گای. اس.، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه بین‌الملل، ترجمه: جمال سیفی و سید قاسم زمانی، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۳، ص ۷۷.

۲. تقی‌زاده، جواد، «اصل برابری و نظارت قانونی بر اجرای انتخابات نهادهای سیاسی»، مجله علمی و پژوهشی مطالعات حقوق دانشگاه شیراز، سال ۱۳۹۲، شماره ۱، ص ۱۱.

قانونی، افرادی را روانه شورا کنند که از هواداران خودشان باشند.^۱ از طرفی دیگر، طبق قوانین و مقررات، نظارت بر انتخابات شوراهای اسلامی بر عهده مجلس شورای اسلامی است که با تعیین هیئت‌های نظارت بر انتخابات (شامل ۳ نفر عضو هیئت)، این مهم را به سرانجام می‌رساند. ناظران انتخاباتی منتسب به نماینده مجلس هستند و امکان انتخاب افرادی با گرایش‌های هم‌سو با وی جهت عضویت در شوراهای اسلامی شهر و روستا متصور است؛ چون هیئت‌های نظارت، صلاحیت نامزدهای انتخاباتی را بررسی می‌کنند و بخش عمده‌ای از ناظران حاضر در شعبه ثبت‌نام و رأی‌گیری که منتخب هیئت‌های نظارت هستند، مسلماً به نماینده مردم در مجلس گرایش دارند. این امر ضمن این‌که شایبه نفوذ نماینده مردم شهرستان در مجلس بر اعضای شورای اسلامی را تقویت می‌کند، با استانداردهای متعدد نظارت همگانی مربوط به اصول حاکم بر انتخابات آزاد و منصفانه از جمله استقلال و بی‌طرفی ناظران انتخاباتی هم منافات دارد.

۲. برخلاف دیگر انتخابات کشور، انتخابات شوراهای اسلامی به لحاظ نهاد نظارت نیز متفاوت است. وظیفه نظارت بر دیگر انتخابات از جمله ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان رهبری را شورای نگهبان بر عهده دارد، ولی انتخابات شوراهای اسلامی تنها انتخاباتی است که مجلس وظیفه نظارت و تصدیق آن را بر دوش دارد. مهارت، دقت و تخصصی که ناظران شورای نگهبان به دلیل ثبات نهاد نظارت دارند، ناظران انتخابات شورای اسلامی از آن محرومند؛ زیرا ثبات آن‌ها تابع ثبات نماینده مجلس است. بنابراین، ناظران آموزش و تخصص کافی ندارند و این امر موجب تخدیش اصل تخصصی و حرفه‌ای بودن نظارت بر انتخابات می‌گردد.

ورود مجلس به موضوع نظارت بر انتخابات شوراهای بالقوه مستعد ایجاد تنش‌های قومی، محلی و سیاسی، کاهش اعتماد عمومی به مجلس، شکل نگرفتن تجربه نهادی و افزایش هزینه‌هاست. از این رو، تغییر مرجع نظارت بر انتخابات شوراهای می‌تواند موجبات اعمال صلاحیت دقیق‌تر را فراهم آورد و از سوی دیگر، نمایندگان مجلس شورای اسلامی نیز بهتر می‌توانند وظایف مرتبط به خود را انجام دهند.^۲

۱. طالب، مهدی، «شوراهای اسلامی روستایی: کارکردها، تنگناها»، فصل‌نامه تخصصی بنیاد مسکن انقلاب اسلامی، ۱۳۷۷، شماره ۸۴، ص ۱۱.

۲. معاونت پژوهش‌های سیاسی حقوقی، «آسیب‌شناسی نظارت مجلس شورای اسلامی بر انتخابات شوراهای اسلامی شهر

گفتار چهارم. چالش‌های سیاسی

شوراها، سازمان‌های واحدهای سرزمینی مانند ده، شهر، بخش، شهرستان و استان هستند که به صورت غیر متمرکز اداره می‌شوند.^۱ به رسمیت شناختن حقوق فردی و آزادی‌های عمومی افراد ملت، خود به خود موجب شکوفایی عقیده‌های مختلف در جامعه می‌شود که هر کدام به دنبال کسب مشروعیت^۲ و جذب طرفداران بیش‌تر، با هدف فتح قدرت از طریق قانونی (شرکت در رقابت‌های انتخاباتی) جهت اجرا و پیشبرد برنامه‌ها و عقیده‌های سیاسی خودشان در جامعه فعالیت می‌کنند. به رسمیت شناختن خط‌مشی‌ها و عقیده‌ها سیاسی مشروع در جامعه یا به عبارت دیگر، تکثرگرایی سیاسی،^۳ از اصول مهم دموکراسی محسوب می‌شود؛ زیرا ریشه در احترام به اصل آزادی دارد. تکثر گرایی سیاسی در کشور موجب پیدایش احزاب و تشکل‌های سیاسی متنوع با مرام‌نامه‌های مختلف می‌شود که به تمایلات سیاسی افراد ملت جهت می‌دهد و مبارزات انتخاباتی آن‌ها را نظام‌مند و منسجم می‌کند.^۴

امروزه وجود و فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی در یک کشور از شاخص‌های اصلی حاکمیت مردم‌سالارانه است. در برخی نظام‌های انتخاباتی که دارای حوزه‌های انتخابیه چند کرسی هستند، یعنی امکان رأی دادن به چند نامزد وجود دارد، احزاب و گروه‌ها می‌توانند در انتخابات شرکت کنند.^۵ صرف نظر از کم‌ترین نقش احزاب سیاسی در انتخابات شوراها در عمل و در عرصه فعالیت‌های انتخاباتی، قانون شوراها نیز در هیچ‌جا از امتیاز خاصی برای گروه‌های سیاسی و حتی دیگر گروه‌های اجتماعی و انقلابی (همانند بسیاری از کشورهای سوسیالیستی و انقلابی) حرفی به

و روستا؛ پیشنهاد تشکیل کمیسیون ملی انتخابات شوراهای اسلامی»، دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۶۱۶۱، ۱۳۹۷، ص ۲۳.

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۰، ص ۱۱۶.

2. Legitimacy

3. Principle of Political Pluralism

۴. غفاری، پیشین، ص ۲۶

5. Maley, M., "Absentee Voting", *International of Encyclopedia of Elections*, Richard Rose. UK: Macmillan reference Ltd, 2000, p. 198.

میان نیاورده که البته در توجیه این اقدام، قانون‌گذار آن را متأثر از رفتار رأی‌دهی افراد در انتخابات شوراها دانسته است.

با این‌که این اقدام قانون‌گذار با افق ترسیم‌شده در قانون اساسی خصوصاً اصل ۲۶ منافات دارد، شایسته است که در راستای بند نهم سیاست‌های کلی نظام انتخابات تعیین‌شده توسط رهبر انقلاب اسلامی در سال ۱۳۹۵ ضمن بازنگری قانون و مقررات انتخابات شوراها، چارچوب‌ها و قواعد لازم برای فعالیت قانون‌مند و مسئولانه احزاب و تشکل‌های سیاسی در عرصه انتخابات مشخص گردد. انتخابات آزاد و منصفانه حکم می‌کند که تمامی احزاب و گروه‌های سیاسی در هر انشعابی بتوانند آزادانه در فعالیت‌های انتخاباتی حضور یابند و به مبارزات انتخاباتی خود بپردازند. این استاندارد که از شاخص‌های برابری سیاسی برشمرده می‌شود، معیاری است بر یک انتخابات سالم، رقابتی، رفتار عادلانه با کنشگران سیاسی و فراهم شدن فرصت یکسان برای همه افراد جامعه در زمان انتخابات.

گفتار پنجم. دیگر چالش‌ها

بند اول. نادیده گرفته شدن نقش رسانه‌ها در انتخابات

یکی از راه‌های دستیابی به دسترسی برابر، منصفانه و آزاد به رسانه‌ها که از اصول انتخابات دموکراتیک به شمار می‌رود، ایفای نقش صحیح، به‌هنگام و بی‌طرفانه در موسم انتخابات است. لازمه چنین معادله‌ای، وجود رسانه‌هایی آزاد و مستقل از حاکمیت است تا بتوانند ضمن انجام رسالت خود، در آگاه‌سازی مردم و اطلاع‌رسانی به عموم جامعه توفیق یابند. هرچند طبیعتاً مدیریت اجرایی انتخابات از طریق ابزارهای مختلف مانند سخنگوی دولت یا روابط عمومی نهاد اجرایی انتخابات، پیش‌بینی‌های لازم را در این خصوص انجام خواهد داد، ولی این حق مردم و رسانه است که بخواهند در زمان انتخابات در فرآیند دسترسی آزاد به اطلاعات در تعامل با همدیگر باشند.^۱

نظام انتخاباتی شوراهای اسلامی شهر و روستا در مورد لزوم ورود رسانه‌ها در حوزه اطلاع‌رسانی انتخابات، صراحت لازم را ندارد. هم‌چنین با احصای وظایفی برای مطبوعات و نشریات که نه تنها کم‌ترین ارتباطی به اصل دسترسی برابر و آزاد به رسانه‌ها ندارد، بیش‌تر در جهت اعمال محدودیت

1. Siune, K., *Structure and Content of an Election Campaign on Danish Radio and Television*, Scandinavian Political Studies, 1975, p. 142.

بر رسانه‌ها برای خارج کردن آن‌ها از حواشی احتمالی گام برداشته است. در راستای دسترسی منصفانه نامزدها به رسانه‌ها، مطبوعات از درج مطلب در خصوص انصراف گروه یا اشخاصی از نامزدی منع شده‌اند. در صورت درج این قبیل مطالب، به نامزدها حق داده شده است که پاسخ خود را به نشریه یادشده بدهند و نشریه نیز طبق قانون مطبوعات، مکلف به چاپ فوری پاسخ در مهلت مجاز تبلیغات است. آیین‌نامه‌های اجرایی، مطبوعات را نیز مکلف کرده‌اند به نحوی اقدام کنند که فرصت پاسخ‌گویی برای نامزد در مهلت مجاز تبلیغات انتخاباتی فراهم باشد. این غفلت در مسیر مبارزات انتخاباتی خصوصاً مرحله تبلیغات انتخاباتی، چالش‌های متعددی را برای مجریان، ناظران، نامزدان و حتی محاکم قضایی ویژه جرایم انتخاباتی به وجود می‌آورد.

ضمن این‌که تجدیدنظر کلی در این مورد، ضروری می‌نماید، با توجه به توسعه و پیشرفت‌های فنی موجود در جامعه به نظر می‌رسد واژه «مطبوعات و نشریات» مندرج در فصل مربوط به تبلیغات در آیین‌نامه‌های اجرایی نزدیک به صواب نیست و بهتر است از واژه کلی «رسانه‌ها» در این خصوص استفاده شود. رسانه‌ها مثل رادیو و تلویزیون دارای ظرفیت بالایی در امر تبلیغات انتخابی هستند و چنان‌که به درستی مدیریت و استفاده شوند، موجب شکل‌گیری دستور کار برای رسانه و تأثیر آن در انتخابات به ویژه انتخابات حزبی خواهد بود.^۱

بند دوم. خلأ آموزش سیاسی و مدنی شهروندان

تعلیم مدنی یعنی «فرآیند پوشش‌دهنده مداوم و همیشگی در نظام دموکراتیک». در واقع، تعلیم مدنی، پوشش‌دهنده مفاهیم تعلیم اطلاعات رأی‌دهنده قابل اجرا توسط نظام آموزش و پرورش، آموزشگاه‌های تربیتی، دانشگاه‌ها، سازمان‌های جامعه مدنی و برخی نهادهای دولتی است.^۲ بنابراین، آموزش هر آن‌چه در مورد حقوق و تکالیف انتخاباتی متصور است، شامل تعلیم مدنی و سیاسی خواهد شد. تحقق این امر مستلزم آن است که دولت در یک بسته منسجم، برنامه‌ریزی اثربخشی را برای آشنایی شهروندان با حقوق و تکالیف سیاسی آنان انجام دهد که در ذیل این برنامه‌ها، آموزش‌های همگانی لازم در خصوص انتخابات نیز به سرانجام خواهد رسید.

1. Nicolas hapman, D. and Christian Elmelund and Rens Vliegthart and Claes H. deVreese and Erike Albaek, "Party media agenda-setting: How parties influence election news coverage", Party Politics, 18, 2010, p. 9.

۲. خسروی، پیشین، ص ۳۰۲.

با نگاهی به اصل سوم قانون اساسی می‌توان دریافت که دولت، موظف است همه امکانات خود را برای بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها و تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون و مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش به کار گیرد. ضمن این‌که بند ۸ سیاست‌های کلی نظام انتخابات بر «ارتقای سطح شناخت و آگاهی و آموزش‌های عمومی و ترویج هنجارهای انتخاباتی و نهادینه کردن آن در فرهنگ عمومی» تأکید کرده است. بنابراین، اراده کافی برای تعلیم سیاسی و مدنی توسط میثاق ملی و سیاست‌های کلی نظام به عنوان یکی از اسناد بالادستی وجود دارد.

با این حال، نظام انتخاباتی کشور عمدتاً به منظور ارتقای سطح آگاهی مجریان انتخاباتی در آستانه برگزاری انتخابات، دوره‌های آموزشی را برای دست‌اندرکاران انتخاباتی برقرار می‌کند که در آموزش داوطلبان و منتخبان شوراهای اسلامی کارآمد بوده است. معمولاً صدا و سیما به عنوان رسانه ملی، برنامه‌های آموزشی انتخاباتی برای شهروندان به صورت کلان و عام در نظر می‌گیرد، اما به تدوین برنامه‌های آموزشی منظم و منسجم مدنی و سیاسی به صورت پایه از مدارس، دانشگاه‌ها و برای عموم شهروندان، ضروری به نظر می‌رسد. هم‌چنین استفاده از ظرفیت سازمان‌های مردم‌نهاد (سمن‌ها) به عنوان رابط بین دولت و ملت می‌تواند در این زمینه مؤثر باشد.

نتیجه‌گیری

ناگفته پیداست که شفافیت قانون مربوط به انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا موجب جلوگیری از ایجاد چالش‌های حقوقی متعددی در فرآیند انتخابات می‌شود و برگزاری یک انتخابات مطلوب به دور از هر گونه خودسری و اعمال سلیقه را تضمین می‌کند. در این راستا، یکی از اصول مهم در فرآیند انتخابات، تضمین عدالت است، به نحوی که اطمینان حاصل شود همه شهروندان بدون تبعیض و با رعایت حقوق مدنی و سیاسی، امکان مشارکت در انتخابات را دارند. این امر موجب اثرگذاری بر انتخابات و افزایش مشارکت اجتماعی و آگاهی عمومی می‌شود. بر پایه این واقعیت، اصلاح قوانین مربوط به انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا می‌تواند به حل بسیاری از چالش‌های حقوقی کمک کند که شرح آن گذشت. این اصلاحات باید با هماهنگی بین قوانین مربوط و رعایت اصول حقوقی حاکم بر انتخابات انجام شود. در این راستا، پیشنهادهایی ارائه می‌گردد:

۱. در بحث تقنین می‌بایست نسبت به تفکیک بخش انتخاباتی قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات

شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران از دیگر بخش‌ها و تدوین آن به شکل قانونی مستقل همت گمارده شود.

۲. تجدیدنظر در تعداد و ترکیب هیئت‌های اجرایی و یکسان‌سازی آن در دو انتخابات شهری و روستایی.
۳. تجدیدنظر در نهاد مدیریت نظارت بر انتخابات به گونه‌ای که مانع از تبدیل آن به هیئت دخالت گردد.
۴. پیش‌بینی دو شرط راهبردی دریافت ودیعه و امضای حمایت از نامزدهای انتخاباتی برای محدود کردن دایره ثبت‌نام‌های کذایی و بدون پشتوانه برای داوطلبی.
۵. اشتراط شرط سکونت برای متقاضیان ثبت‌نام در انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا.
۶. افزایش ضریب شفافیت در نحوه تشخیص سکونت رأی‌دهندگان در حوزه انتخابیه.
۷. برگزاری انتخابات رایانه‌ای.
۸. تعیین مصادیق اقشار مختلف مردم برای جلوگیری از سلیقه‌گرایی توسط فرمانداران و بخشداران در زمان انتخاب برای معتمدین محلی.
۹. توجه به نقش کلیدی رسانه‌ها، احزاب و گروه‌های سیاسی در فرآیند انتخابات.
۱۰. پیش‌بینی رویه‌هایی برای مساعدت به رأی‌دهندگان نیازمند کمک به ویژه افراد نابینا و معلول.
۱۱. انجام آموزش‌های لازم و کافی سیاسی و مدنی برای شهروندان و نامزدان.
۱۲. پیش‌بینی ضمانت اجرای لازم برای پذیرش نتایج انتخابات از سوی نامزدان و حامیان آن‌ها.
۱۳. تکمیل نقایص و خلأهای مربوط به امنیت انتخابات از طریق الزام مأموران انتظامی به حفاظت از محل رأی‌گیری و افراد حاضر در آن اعم از رأی‌دهندگان، نمایندگان نامزدان و مجریان انتخاباتی.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. احمدی، علی، انتخابات در ایران، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۲. خسروی، حسن، حقوق انتخابات دموکراتیک، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۳. رُز، ریچارد، دایرةالمعارف بین‌المللی انتخابات، ترجمه: محمدتقی دل‌فروز، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۵. غفاری، هدی و فرزاد باباخانی، حقوق انتخابات، تهران: پژوهاک عدالت، ۱۴۰۲.
۶. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
۷. گودوین گیل، گای. اس.، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه بین‌الملل، ترجمه: جمال سیفی و سید قاسم زمانی، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۳.
۸. منصوریان، مصطفی، نظام حقوقی حاکم بر انتخابات مدیریت انتخابات و نظارت بر آن، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۱.
۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، ۱۳۷۷.

ب) مقاله

۱. اصلانی، فیروز و علی سهرابلو، «کارکردهای نهاد شوراها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۴، دوره چهل و پنجم، شماره ۳.
۲. ترمان، علی‌اکبر و سید حسین ملکوتی، «تأملی بر مفهوم حق رأی با رویکرد ارتقای مبانی نظری حق انتخاب شدن اعضای شوراهای اسلامی شهر و روستا در پرتو قانون اساسی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق تطبیقی، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۳۱.
۳. تقی‌زاده، جواد، «اصل برابری و نظارت قانونی بر اجرای انتخابات نهادهای سیاسی»، مجله علمی و پژوهشی مطالعات حقوق دانشگاه شیراز، سال ۱۳۹۲، شماره ۱.

۴. حبیب‌نژاد، سید احمد، «بررسی حقوقی شوراهای اسلامی در پرتو اصول تمرکززدایی»، فصل‌نامه حقوق اسلامی، بهار ۱۳۸۸، سال پنجم، شماره ۲۰.
۵. رنجبرزاده، جواد و خداداد خدادادی دشتکی، «آسیب‌شناسی ششمین دوره انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا خرداد ۱۴۰۰»، فصل‌نامه پژوهش‌های مدیریت در جهان اسلام، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۷.
۶. طالب، مهدی، «شوراهای اسلامی روستایی؛ کارکردها، تنگناها»، فصل‌نامه تخصصی بنیاد مسکن انقلاب اسلامی، ۱۳۷۷، شماره ۸۴.
۷. قیصری، نورالله، دانیال طاهری فدافن و مهدی باقری فارسانی، «مدیریت انتخابات در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های راهبردی سیاست، سال چهارم، شماره ۱۳.
۸. مظهری، محمد، «تأملی بر فرآیند انتخابات شوراهای شهر و روستا در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲.
۹. معاونت پژوهش‌های سیاسی حقوقی، «آسیب‌شناسی نظارت مجلس شورای اسلامی بر انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا؛ پیشنهاد تشکیل کمیسیون ملی انتخابات شوراهای اسلامی»، دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۶۱۶۱، ۱۳۹۷.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی.
۲. سیاست‌های کلی نظام در خصوص انتخابات.
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۴. قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی.

۱. سایت دیوان عدالت اداری.
۲. سایت روزنامه رسمی کشور.
۳. سایت سامانه ملی قوانین و مقررات کشور.
۴. سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

2. Latin Source

1. Alexander, H., "Election Finance", **International of Elections**, Edited by Richard rose, UK: Macmillan Reference Ltd, 2000.
2. Fisscher, S., "Electoral systems and political attitudes: Experimental evidence", SSRN, 17, 2021.
3. Larsrud, Stina, and Rita Taphorn, "Designing for Equality: Best-fit, medium-fit and non- favorable combinations of electoral systems and gender quotas", Stockholm, International IDEA, 2007.
4. Maley, M., "Absentee Voting", **International of Encyclopedia of Elections**, Richard Rose. UK: Macmillan reference Ltd, 2000.
5. Nicolas hapman, D. and Christian Elmelund and Rens Vliegthart and Claes H. deVreese and Erike Albaek, "Party media agenda-setting: How parties influence election news coverage", Party Politics, 18, 2010.
6. Siune, K., **Structure and Content of an Election Campaign on Danish Radio and Television**, Scandinavian Political Studies, 1975.

Abstracts

Analyzing the administrative challenges of using knowledge-based companies in comprehensive cadaster

Mohsen Asgari¹

Hossein Habibi Tabar²

Mahmood GhayoomZadeh³

Abstract

In line with the protection of property rights, it is necessary to issue documents based on the demarcation of the entire country. In our country, the implementation of comprehensive demarcation has not been successful. Recently, knowledge-based companies have announced that with telecommunication technology, they are able to fully implement the aforementioned plan in a short period of time and at a relatively low cost, and their ability has been confirmed by the National Mapping Organization. This research was conducted in an analytical-descriptive method and its purpose is to investigate the administrative challenges of using knowledge-based companies in the mentioned direction. It was concluded that the non-compliance of the military and security organizations with the approvals of the government board and the difference in the classification of the geographical information of military places, the difference in the issuing authority for the installation of "BTS" in Anfal and the emphasis of the judiciary on the sovereignty of the demarcation; It is among the administrative challenges of this field. In order to resolve these issues without the need to change the relevant laws, it is possible to interpret these laws by the Islamic Council and prepare the executive regulations for the transfer of cadastre to the private sector, which is possible with the coordination between the heads of the three powers and in consultation with the Supreme Leader. The entry of knowledge-based companies into this field.

Keywords: Knowledge-based companies, Cadastre, Telecommunication equipment, Administrative challenges.

1. PhD Student, Private Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. ma@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. yoonatanass@gmail.com

3. Professor, Department of Education and Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran maarefteacher@yahoo.com



Jurisdiction interference in legislative duties in Iran's legal system

Majid Rahmani¹

Mohammad Emami²

Mohammad Moghaddam Fard

Abstract

The legislative system in each country is subject to principles and rules. The principle of separation of powers as a gateway to the realm of public law defines the powers and powers of various authorities, including the legislature, and this realm is primarily at the disposal of parliament and exceptionally in other forms. In the Iranian legal system, however, the circle of exceptions related to legislation has expanded and various institutions have entered this field. It seems that the expansion of legislative powers, in addition to departing from the principle of jurisdiction, has led to the creation and formation of different laws and confronts the three powers in various forms with the phenomenon of inflation of laws. In this situation, the number of abrogated laws and the inefficiency of the executive and judiciary in ensuring the implementation of the law are among the most important challenges that may arise. In addition, the rule of law has been shaken and the efficiency and effectiveness of the law in question can not be expected. The research method is descriptive-analytical.

Keywords: Jurisdiction, legislation, parliament, rule of law.

1. PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz Azad University, Shiraz, Iran, rahmani_iau@yahoo.com

2. Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran, (Corresponding Author and Supervisor), dr_emami27@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, m.moghaddamfard@gmail.com

Investigating and feasibility of realizing preventive civil responsibility of the government by relying on Iran's legal laws

Narges Eskafi¹

Esmail shahsavandi²

AmirAbbas bozorgmehr³

Abstract

Prevention of damage is one of the new approaches in civil responsibility. Based on the preventive approach, civil liability in various fields tends to prevent damage from occurring instead of waiting for damage to occur, and instead of looking backward and looking at the past like traditional civil liability, in the new approach, it is based on It is forward-looking and aims to prevent the occurrence or continuation of damage in the future. Therefore, in this study, using the descriptive-analytical method and the use of valid legal sources, it examines the implementation of the system of preventive civil responsibility of the government in Iran. Basically, civil liability of the government is one of the new issues in Iranian administrative law, and the acceptance of preventive civil liability for the government also faces shortcomings in terms of existing regulations. The results of the survey show that by observing some of the basic principles of preventive civil liability, there is still a suitable space for the full realization of this new approach, which can illuminate the limited boundaries of traditional civil liability and while preventing more serious damage. also prevent Of course, the recognition of preventive civil responsibility of the government requires the amendment of the existing laws.

Keywords: civil responsibility, compensatory civil responsibility, preventive civil responsibility, government.

1. Department of Law and Political Science, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, narges.eskafi@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, es.shahsavandi@ymail.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, drabozorgmehr@gmail.com



Comparative study of the foundations of civil liability of road and transport operators in Iranian and English law

Davood AhadPur¹

Farhad Edrisi²

Mojtaba Ghafari³

Abstract

Road transportation is one of the most common and oldest methods of transportation, which is used to move passengers, goods or objects. Due to the importance of road transport in economic exchanges, the responsibilities of transport operators are considered. On the other hand, government organizations and departments as road operators play an important role in improving the country's transportation situation. Therefore, what constitutes the subject of this article is the examination of the civil liability of road operators as well as transportation operators, which is the subject of administrative law and commercial law, respectively. The implementation of the legal regulations on the civil liability of road transport operators as well as government operators in Iran and England shows that in England, the principles of civil liability of road transport operators and road operators are more flexible and with the change And the developments have been updated, but in Iranian law, the basics are less flexible. In the discussion of the government's civil responsibility, the use of regulatory rules is also significant.

Keywords: Civil liability, transport operator, Iranian law, English law, road transport.

1. PhD student in private law, faculty of humanities and literature, Islamic Azad University, Semnan branch, Iran, mirdavoodahadpour@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Quranic and Hadith Sciences, Zanjan Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, fzedrisi@yahoo.com

3. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Mahdishahr Branch, Semnan, Iran, dr.ghafari32@gmail.com

Protection of citizens' clean air in the light of the concept of collaborative criminal policy

Erfan AmirPur¹

MohammadAli Babaei²

AliReza Saybani³

Abstract

The participation of NGOs in the criminal and administrative process signifies their willingness to build public trust in the justice system. Therefore, in order to combat and prevent crimes, considering the influential role of NGOs, it can be said that the criminal justice system can benefit from the capacities of civil institutions. The main question is to what extent the Clean Air Act has utilized the participation of these organizations, given the importance and role of NGOs. Then, by enumerating and distinguishing the participatory criminal policies envisaged in the Clean Air Act, the role of these policies in addressing air pollution is examined. In the end, by identifying the entities involved in the air pollution problem, it is concluded that unfortunately, the legislator only pays attention to government organizations in the implementation of participatory policies, and there is no apparent impact of NGOs' participation. This is while the majority of environmental protection responsibilities are placed under the supervision of the environmental protection agency, which structurally lacks the strength compared to similar organizations in other countries to effectively exercise its supervisory role. Therefore, fundamental structural changes are required in this regard. It can be said that in order to achieve clean air, the executive mechanisms envisaged in the Clean Air Act alone are not sufficient and it will require structural reform alongside the participation of NGOs.

Keywords: Collaborative criminal policy, clean air law, non-governmental organizations, government organizations, regulation

1. PhD Candidate of criminal law and criminology, Islamic Azad University, Qeshm branch, Iran, erfan.amp@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Law, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran, m.babaei@soc.ikiu.ac.ir

3. Department of Law, Islamic Azad University, Bandar Abbas Branch, Hormozgan, Iran, saybani@iauba.ac.ir



The effect of the theory of change of circumstances in the state of the administrative contract; A reflection on Iranian law

Tari Jabbari¹

Hassan PashaZadeh²

Rahim VakilZadeh³

Abstract

In recent decades, a theory called “change of circumstances” has been proposed in the laws of Arab countries. According to this theory, if after the conclusion of the contract, the circumstances and conditions at the time of conclusion change so that the implementation of the contractual obligations becomes extremely costly and harmful for one of the parties in an unconventional and forgivable way, the obligee can ask the other party to negotiate and compromise with take the resulting situation; If the other party does not agree to negotiate or the negotiations do not lead to a compromise; The obligor can ask the court to adjust the contract or cancel the contract. The research with a descriptive analytical method is trying to answer the question that in the current situation, is it possible to provide a solution for similar cases by using the ghoban cucumber with a new attitude, especially examining the basics of the ghoban cucumber and choosing its dominant basis? The results of the research show that this theory has been included as a legal rule in the laws of many countries of the world, but in Iran it has not yet been included in the legal texts with a specific title, so the judges in the courts can change the situation by referring to the rules.

Keywords: Change, circumstances, contractual obligations, requirements, performance of the contract

1. PhD student in private law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, jabbartari@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran. (Responsible Author), hasanpashazadeh824@gmail.com

3. Associate Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, rahim-phd@yahoo.com

The legal system governing the ownership of Khalsa lands and newly developed coastal lands in Iran

Maryam Zurmand¹

Hossein Ahmari²

Reza AbbasPur³

Abstract

Land ownership and its limitations are important issues and the subject of debate, as a result of disputes, transitional claims are raised in judicial and quasi-judicial authorities. This has made the examination of land ownership and its limitations a necessity. In this article, an attempt has been made to investigate the question of what is the approach of jurisprudence and law towards land ownership and the restrictions resulting from it? The present article is descriptive and analytical and has investigated the mentioned question by using the library method. The findings indicate that land can be divided into three categories: national lands, agricultural lands, pure lands, and coastal developments. From the point of view of jurisprudence, land ownership belongs to the legal guardian, and the ownership of land by individuals requires the permission of the legal guardian and development of that land. From a legal point of view, the ownership of national lands and Khalsa lands and coastal properties belongs to the government. Any change in land ownership requires the approval of the government. The nature of Khalsa lands and coastal properties is also public and governmental, and Khalsa lands include lands that belong to the government and its purchase and sale is possible only with the permission of the government.

Keywords: Lands, ownership, pure lands, newly acquired coastal lands

1. Ph.D. student of fundamentals of Islamic law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran, ma290zd@gmail.com

2. PhD student in criminal law and criminology, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, ahmari.1hosein@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran, abbaspor@yahoo.com



Investigating the government's special authority in violating citizens' privacy in emergencies

Seyyed Reza Mousavi¹

Seyyed Mohammad MirKhalili²

Seyyed Hossein Hashemi³

Abstract

The right to privacy is one of the basic human rights, according to which the life and privacy of individuals should be protected from any invasion and interference, especially by government officials. This is normal, but in the event of an emergency, due to special requirements and circumstances, the right to privacy may be restricted. These restrictions can be examined from the perspective of administrative law as well as criminal law. From the point of view of administrative law, in the event of an emergency situation, administrative officials have special powers that sometimes cannot be judicially supervised during the crisis period. From the point of view of criminal law, the government can enter the territory of the government in issues whose harmful results affect the society, such as muharibeh, "drawing weapons to frighten the people", "corruption in the land", "crimes against the country's internal and external security" and "armed uprising against the Islamic government". Therefore, according to Imamiyyah jurisprudence, Iran's legislator has allowed entering into the privacy of people in the specified conditions. Of course, in the issue of security crimes like Baghi, the way of abuse and victimization of citizens should be closed by correct interpretation of laws and separation of crimes against security from political crimes. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: Right to privacy, state of emergency, government, administrative rights, citizens.

1. seyedrmousavi6@gmail.com

2. mirkhalili@ut.ac.ir

3. shhashemi@gmail.com

Pathology of salary and benefits payment system from the point of view of employment justice

Mohammad Esmaili¹

Morteza NejabatKhah²

Gorji Azandaryani, Ali Akbar³

Abstract

The salary and benefits payment system, in a basic definition, refers to a mechanism based on which the salaries and benefits of employees and employees are determined and paid in return for the work done. Legal systems in different countries have considered specific systems in this regard. But what is certain is that despite the variety of adopted systems, there are general and fixed principles that every payment system must comply with in order to be efficient and achieve justice in its various dimensions, such as social, economic, occupational justice, etc. The mentioned system has been faced with many reforms (both partial and general) so far. The approval of the civil service management law can be considered as the last will of the legislator in this regard. Although the aforementioned law was implemented with the aim of integrating the administrative systems in all executive bodies, but in addition to the shortcomings and ambiguities encountered in the implementation, it gradually lost its coherence and integrity. Currently, the system of paying salaries and benefits in our country is a chaotic system without a recognizable framework, which has led to arbitrary and numerous interpretations of legal texts.

Keywords: Salaries, benefits, civil service management law, employment justice, equality.

1. PhD student, Department of Public Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch; Tehran Iran, esmaeil.amirhosseini94@gmail.com

2. Member of the Faculty of Law Department of Mazandaran University, m.nejabatkhah@gmail.com

3. Associate Prof., Department of Public Law, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran (Corresponding Author), gorji110@yahoo.fr



Solutions to overcome administrative challenges of the presence of knowledge-based companies in ballistic missile programs

Bahman Badakhsh¹

Abdolreza Farajirad²

Abstract

With the aim of independence in the country's strategic issues, it is necessary to facilitate the presence of knowledge-based companies in the country's economic system. However, in military matters, especially missile plans, there are certain limitations. This research was conducted in an analytical-descriptive way and aims to investigate the administrative challenges of the presence of knowledge-based companies in the aforementioned projects. The main contractor of missile designs is the Ministry of Defense, which ultimately delivers the products to the armed forces. However, this authority is fully delegated to the IRGC and the conflict between the internal regulations of this organization and the administrative regulations of the executive branch regarding the issuance of licenses for the activities of knowledge-based companies, in the area of licensing, security inquiries, support methods, model statutes, and the granting of intellectual property documents, causes limitations. Strict enforcement has been done on the mentioned companies, and in the end, a smaller number of active companies in this field are able to achieve their scientific goals. It is suggested that the government is responsible for following up on the matter from the Supreme Leader and in coordination with the Revolutionary Guards and then the plan in the meeting of the heads of the three powers, a specific by-law regarding the activity of knowledge-based companies in the missile field has been developed, which includes the flow of inquiries, inspections, licensing, ownership documents and The way to support them should be clearly defined and at the same time all the country's organs should be required to comply with this source of administrative law.

Keywords: Knowledge-based companies, Rocket programs, Innovation, Administrative challenges.

1. PhD student, Law, Edalat University, bdkhsh@gmail.com

2. Associate Professor, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
a.farajira@yahoo.com

The basics of realizing the position and function of the parliamentary commissioner in English administrative law (law or justice)

Ayat Mulaei¹

Farshid Bandehali²

Abstract

The Parliamentary Commissioner of England is one of the supervisory institutions of this country, in other words, a fundamental change in the supervision of public administration by addressing people's complaints against mismanagement by public authorities and institutions. Instead of weakening bureaucracy or the need for maximum parliamentary intervention in government affairs through the enactment of laws, it has caused the bureaucracy governing the administrative system of England to become a stabilizing factor and a defender of citizens' rights and freedoms. Due to this important role of the Commissioner, a study was conducted, the sources of which were collected in a library method and subjected to descriptive and analytical methods. It tries to provide an appropriate answer to the question of how the position and function of the Parliamentary Commissioner in the English legal system were formed and which legal concept plays a key role in its realization, while discussing the subject.

The results show that the establishment of the Parliamentary Commissioner, following the movement to modernize government administration and the administrative law governing it, is a valuable measure to ensure that the door to justice and fairness is open in the process of normal implementation of affairs and decisions of administrative authorities, outside the scope of law enforcement. Therefore, the need for a new approach to the meaning and practical content of principles and values such as justice and fairness in English public law has led to this commission acting as an intermediary between democracy and the new bureaucracy of the liberal state, inevitably diminishing the developmental role of laws and the activities of the courts in the field of administrative law.

Keywords: Parliamentary commissioner, public interest, smooth running of affairs, rule of law.

1. Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Iran, amulaee@tabrizu.ac.ir.

2. PhD student in Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Iran, farshidbandehali@gmail.com.



The consequences of dam construction in Iran from the point of view of public law and solutions

MohammadReza Kashani¹

Mahdi Balavi²

Abstract

The construction of numerous dams over the past years has caused the destruction of the environment of flora and fauna, the destruction of forests, gardens, pastures, lakes, wetlands and rivers, trampling on the livelihoods and employment of rural people, and their migration to mainly the outskirts of cities, imposing exorbitant costs on the public budget, the destruction of aquifers, land subsidence and damage to buildings and underground facilities, enormous wastage of water due to evaporation, desertification and so on. In this writing, in addition to identifying these damages, the reasons for their occurrence have been examined with a descriptive-analytical method for practical use, and solutions have been thought out to remedy the damage caused to water and soil resources, the environment, and people's rights. Solutions through the formation of integrated management of water resources in the new Ministry of Water and Environment, management of water consumption, creation of water management organizations and decentralization of water management, gradual opening of the discharge gates of dams to return the rivers to the conditions before the construction with sending water rights, establish armed water police, watershed management, water pricing, water recycling are suggested. It is also recommended to amend the constitution with a referendum to form the Senate next to the current parliament with the presence of academic and non-political expert representatives with a national and not a provincial viewpoint for the joint approval of all new laws, especially for dam construction.

Keywords: Amendment of the constitution, dam construction, integrated management of water resources, public law.

1. Department of Public and International Law.Faculty of Law.Farabi Faculties. Tehran University. Qom.Iran, kashanimr@gmail.com

2. Associate Professor, Department of International and Public Law, Farabi Campus, University of Tehran, mahdi-balavi@ut.ac.ir

Globalization of fundamental rights with an approach to Iran's legal system

Sajjad Rihaninejad¹

Poone Tabibzadeh²

Moin Sabahi Garaghani³

Abstract

The impact of international laws on the normative system of domestic laws of countries, especially in the field of public law, is one of the important interdisciplinary issues that has been the subject of debate and challenge today. In the domestic legal system, there are obstacles such as giving authenticity to cultural relativism and favoring a specific culture and legal system, an obstacle in this way is the influence of international laws and regulations on domestic public law. Amreh or legislative laws have played the main role in the evolution of domestic rights and influencing these rights. Different parts of a coherent legal and judicial system, as they exist in domestic law, can also be seen in the international law system in a different way. In Iran's legal system, in the field of public law, many values of international law have been effective on approving and changing formal and substantive laws since many years. This issue has been examined in detail in this article. The main research question is what are the effects of the globalization of fundamental rights on Iran's legal system? The author's hypothesis is that the components of human rights have found a global form as norms or norms of international law, and if not the basic laws, then they have affected the internal system and especially the basic rights of the countries. The research method is descriptive and analytical. In general, it can be said that the domestic law systems have no choice but to submit to some of the global values and norms, and they have the right to accede and join a special treaty against another group.

Keywords: International law, fundamental rights, globalization of fundamental rights, universality of human rights

1. PhD student, Public Law Department, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran , sajjad.reyhaninejad1379@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Public Law, Rafsanjan Branch, Islamic Azad University, Rafsanjan, Iran. (supervisor), p_tabibzadeh@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Kerman Branch, Islamic Azad University, Kerman, Iran, moiensabahi@yahoo.com



The principle of equality of litigants in civil and administrative proceedings of the legal system of Iran and America

Mostafa PurRahim Ghorghchi¹

Eisa Amini²

Bakhtiar AbbasLu³

Abstract

Equality of litigants is considered one of the fundamental principles and one of the basic and necessary issues for the fair handling of lawsuits, and the Civil Procedure Law of Iran and the Federal Civil Procedure Law of the United States, one of which is derived from Islamic jurisprudence and law and from the type of system centralized proceedings and others that are subject to the common law system and a decentralized judicial system, in some cases they have considered the principle of equality and equal defense possibilities for litigants and some of the articles related to civil proceedings in these two countries, based on the principle Equality of litigants in civil proceedings and in order to guarantee compliance with the mentioned principle, the principles and rules governing civil proceedings, including the principle of equality of litigants in the legal system of Iran and America, have been compiled with global and regional international documents. Human rights are compatible. Regarding administrative proceedings, in Iranian law, there are no codified provisions on administrative proceedings, and the principle of equality of litigants can be achieved through scattered provisions and the law of the Administrative Court of Justice. In American law, which is basically a centralized judicial system, the principle of equality of litigants in administrative proceedings is also recognized.

Keywords: The principle of equality of litigants, principles of proceedings,, Iranian law, American law, administrative proceedings.

1. mostafa.pourrahim@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, e.amini@iauctb.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, bakhtiar.abaslou@gmail.com

The role and participation of governments in the realization of the global sustainable energy cycle with an emphasis on the performance, role and legal nature of sustainable energy democracy

Samira Rezaei¹

Peyman Hakim Zadeh²

Meysam Nouruzi³

Abstract

The aim of the current research is to examine the role and participation of governments in the realization of the global sustainable energy cycle, emphasizing the performance, role and legal nature of sustainable energy democracy. A sustainable energy cycle can reduce dependence on fossil fuels and help preserve the environment. The use of renewable energy sources such as wind, solar and geothermal can significantly reduce greenhouse gas emissions and limit global warming. The research method of this research The type of research method of the present research is descriptive-fundamental and the method of conducting it is a library. The data is prepared from books, magazines and databases and using descriptive methods and comparative analysis leads to conclusions and tests of various hypotheses. The findings of the research show that international law provides a framework for the role and participation of governments in the implementation of the global sustainable energy cycle. The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Paris Agreement serve as primary international agreements that outline countries' commitments to reduce greenhouse gas emissions and promote clean energy sources. The role of governments in implementing sustainable energy cycles also extends to infrastructure development. Governments must ensure that the necessary infrastructure is in place to support the growth of renewable energy sources and ensure that the energy grid is able to accommodate new sources of clean energy.

Keywords: participation of governments, realization of sustainable energy cycle, legal nature of sustainable energy democracy

1. International Law, Faculty of Law, Azad University, Hamadan, Iran, rezaeisamira1402@gmail.com

2. Public International Law, Tabriz Islamic Azad University, Iran, hakimzadekhoeipeyman@gmail.com

3. Public International Law, Bu Ali Sina University, iran, meysamnorozi158@gmail.com



Legal solutions for the structural reform of the banking system with the aim of preventing corruption

Mahdiieh Sadat Karimi¹

MohammadTaqi Dashti²

MohammadReza HakkakZadeh³

Abstract

Among other things, banks are considered important sectors in the country's economy, which, as financial and service institutions, play the role of determinants in the circulation of society's money. In this research, which has been carried out with a descriptive-analytical method, the legal solutions for the structural reform of the banking system with the aim of preventing administrative corruption have been analyzed and investigated. The results of the research show that the creation of a customer validation structure and the development of electronic banking are among the solutions for the structural reform of the banking system with the aim of preventing administrative corruption. It can also be concluded that the more the national institutions and the legal system encourage competition and private ownership and can evolve according to the constantly changing needs of the national economy, the better the performance of the banking system will be. In addition, the less the restrictive regulations on the entry and activities of the banking system, and on the other hand, the regulations related to internal supervision and controls such as: information clarification, storage standards, capital adequacy, effective management of the company, and its control and supervision by If the private sector is more accurate, the efficiency of the banking system will also increase, and the probability of a crisis will be less.

Keywords: Administrative corruption, banking structure, legal solutions, electronic banking.

1. Doctoral student of Public Law, Faculty of Humanities, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran, msk254670@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Political Studies of Iran, Faculty of Political Sciences, Imam Bagheral Uloom University (AS), Tehran, Iran (corresponding author), t.d.dashty@yahoo.com

3. Department of Public Law – Faculty of Law and Political Sciences – Islamic Azad University of Qom – Iran, haka-kreza@gmail.com

The nature and effects of the transfer tax and the right to transfer the premises; A comparison with the ruling No. 724 of the Court of Administrative Justice

Mohammadreza Abbasi¹

Hamidreza Salehi²

Abstract

The tax law has divided the types of taxes into two groups; Property tax and income tax. Which type of tax, for example, transfer tax, is placed in which of the mentioned groups, has important legal effects, and legal writers sometimes refer to the mentioned effects in solving some legal issues. In this research, which is described in a descriptive-analytical form, the question has been answered as to which of the types of taxes are the transfer taxes and the right to assign the place. The Court of Administrative Justice and some writers argue that being subject to property transfer tax does not require income, and sometimes even a person may suffer a loss in the sale of his property and property rights, however, he must pay the said taxes. Therefore, the Court of Justice has not considered the transfer tax as an income tax. According to the text of the law and the historical background and according to the similarity of the overhead taxes with the transfer tax and the right to assign the place, it seems that the mentioned taxes are income and the legislator has invented a simple formula to calculate it for the ease of the matter.

Keywords: property tax, income tax, transfer, right to assign premises, general board of the court.

1. PhD in Private Law, Center for Graduate Studies, Payame Noor University, Tehran, Iran. Mra1390@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Payamnoor University, Tehran, Iran, (Corresponding Author) Salehi_hamid1202@yahoo.com



The Role of Smart Contracts in Enhancing Transparency and Fairness in Two-Sided Platforms in Iranian and American Administrative Law

Rasul Karami Moqaddam¹

Abstract

This research aims to examine smart contracts based on blockchain as an innovative tool for facilitating digital exchanges with minimal transaction costs while enhancing transparency, efficiency, and trust in administrative contracts, particularly within Iran's legal and administrative system. The study revisits the precise meaning of this concept, explaining its enforceability and legal legitimacy within the framework of existing laws, with particular emphasis on the role of two-sided platforms. Two-sided platforms refer to systems that simultaneously act as intermediaries (facilitating communication between contracting parties) and supervisors (ensuring enforcement and compliance with laws), providing a suitable foundation for implementing smart contracts. Using an analytical-descriptive approach, this research examines the theoretical concepts of smart contracts and the role of two-sided platforms. Findings indicate that smart contracts, leveraging self-executing codes and blockchain, can make the recording, monitoring, and enforcement of contractual obligations more secure and transparent, thereby playing an effective role in managing public assets and safeguarding property rights. Two-sided platforms, by fulfilling intermediary and supervisory roles, help reduce legal contradictions. However, the legal acceptance of this technology remains limited in many jurisdictions, including Iran and the United States, with challenges such as non-compliance with specific legal frameworks still present. The results demonstrate that the RBAC mechanism can facilitate secure and efficient role allocation and collaborative rights management. To fully harness the potential of smart contracts, it is essential to develop comprehensive legal frameworks and revise existing laws.

Keywords: Smart Contracts, Blockchain, Two-Sided Platforms, Transparency, Justice

1. Assistant Professor of the Department of Law, Faculty of Literature, Lorestan University, r.karami1986@yahoo.com

Effects of collective civil liability due to environmental damages; A case study of Iranian and European Union law

Hossein aliZadeh¹

Nejatollah Ebrahimian²

Sharareh Mofidian³

Abstract

Today, the right to the environment is supported as one of the most basic rights of the third generation of human rights. In a comprehensive definition of this right, it can be said that the right to the environment refers to those rights that have been established to protect the quality of human life as well as the destruction of the biosphere and nature. In a research carried out in this field, the right to the environment is defined as follows: "The inalienable and inalienable human right by which every human being and all human beings collectively deserve to share and enjoy a healthy environment. health (both the current and future generations) and all-round development (economic, social and cultural). This definition has been able to take into account the majority of the elements of the day of the right to the environment. including that it is introduced as a right first. Secondly, human beings collectively deserve to share and enjoy a healthy environment. Thirdly, this right is combined with collective responsibility. Thirdly, it has considered future generations and the issue of sustainable development. Therefore, except for some controversial elements, including the owners of this right and the third generation or independence of this right from other human rights, it can be said that the definition provided is a suitable definition. success in European Union law, and with a comparative study, the experiences of the European legal system can be used in domestic law.

Keywords: civil responsibility, environment, European Union, comparative study

1. Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, hosseinv591@gmail.com

2. Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, 1344ne@gmail.com

3. Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, mofidiyan1212@gmail.com



Legal analysis of the challenges of the election law of the Islamic city and village council

Arham Hashempour¹

Tohid Kazemloo²

Amin Banazadeh Ardabili³

Abstract

Islamic city and village councils, as one of the symbols of democracy, have a law with a younger age than other laws and regulations related to elections due to their youth compared to other institutions. However, there are various challenges facing the elections of Islamic city and village councils. Based on this, in the present study, the most fundamental flaws in the Law on Organizations, Duties and Powers of Islamic City and Village Councils and Mayoral Elections, which cause confusion to election administrators, including managers, monitoring bodies, and approving bodies, have been identified in the present research using a descriptive-analytical method. Legislative, executive, supervisory and political has been examined and finally the conclusion has been reached that in some parts of the law, it does not have the necessary transparency and also regarding the composition of the executive and monitoring boards as well as the use of the capacity of media and parties in elections and Most importantly, the separation of the election section from the current law requires a general revision based on legal and electoral principles.

Keywords: elections, structure, Islamic councils, laws, challenges.

1. , Assistant Prof, Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran. Email: arhamhashempoor@gmail.com

2. , MA. in Public Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran, Email: kazemlootohid100@gmail.com

3. Ph.D. Student. in Public Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran. Email: banazadehamin@yahoo.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Seventh Year / 22nd Issue / Spring 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

malr.journal@gmail.com

**Journal of
Modern Research on
Administrative Law**



Seventh Year / 22nd Issue / Spring 2025



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Seventh year :: 22nd issue :: Spring 2025

Title of Articles

- ▶ Analyzing the administrative challenges of using knowledge-based companies in comprehensive cadaster
- ▶ Jurisdiction interference in legislative duties in Iran's legal system
- ▶ Investigating and feasibility of realizing preventive civil responsibility of the government by relying on Iran's legal laws
- ▶ Comparative study of the foundations of civil liability of road and transport operators in Iranian and English law
- ▶ Protection of citizens' clean air in the light of the concept of collaborative criminal policy
- ▶ The effect of the theory of change of circumstances in the state of the administrative contract; A reflection on Iranian law
- ▶ The legal system governing the ownership of Khalsa lands and newly developed coastal lands in Iran
- ▶ Investigating the government's special authority in violating citizens' privacy in emergencies
- ▶ Pathology of salary and benefits payment system from the point of view of employment justice
- ▶ Solutions to overcome administrative challenges of the presence of knowledge-based companies in ballistic missile programs
- ▶ The basics of realizing the position and function of the parliamentary commissioner in English administrative law (law or justice)
- ▶ The consequences of dam construction in Iran from the point of view of public law and solutions
- ▶ Globalization of fundamental rights with an approach to Iran's legal system
- ▶ The principle of equality of litigants in civil and administrative proceedings of the legal system of Iran and America
- ▶ The role and participation of governments in the realization of the global sustainable energy cycle with an emphasis on the performance, role and legal nature of sustainable energy democracy
- ▶ Legal solutions for the structural reform of the banking system with the aim of preventing corruption
- ▶ The nature and effects of the transfer tax and the right to transfer the premises; A comparison with the ruling No. 724 of the Court of Administrative Justice
- ▶ The Role of Smart Contracts in Enhancing Transparency and Fairness in Two-Sided Platforms in Iranian and American Administrative Law
- ▶ Effects of collective civil liability due to environmental damages; A case study of Iranian and European Union law
- ▶ Legal analysis of the challenges of the election law of the Islamic city and village council