





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نوین حقوق اداری

سال هفتم / شماره ۲۳ / تابستان 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 چالش‌های حقوقی مرجع رقابت در تحقق تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار در ایران
مریم میرزاخانی، محمود باقری، ولی رستمی
- ۳۹ رویکرد نظام حقوقی ایران به انتقال مالکیت ناشی از اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال دستگاه‌های دولتی
سعیده زرگر، اصغر عربیان، شهاب جعفری ندوشن
- ۶۵ حمایت قضایی از حق بر هویت فرهنگی در پرتو رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی ایران
زهره دانش‌ناری، سید احمد حبیب‌نژاد
- ۹۵ سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حق بر توسعه در پرتو قاعده نفی سبیل
داود صادقیان
- ۱۱۷ بررسی امکان اعمال حق بر مسکن در اراضی فاقد سند رسمی واقع در شهرها
مرضیه اسکندری، سجاد کریمی پاشاکی، علی مشهدی
- ۱۴۳ کارکردهای اصل «انصاف» در حقوق اداری ایران
مرتضی قاسم‌آبادی، بیژن عباسی
- ۱۷۹ بررسی حقوقی نحوه نظارت مالی دولت بر مصرف کمک‌های اعطایی به مؤسسات غیر دولتی
حامد سهرابی، محمد مظهری
- ۲۰۹ حق بر استماع در اداره پیش از تصمیم‌گیری با توجه به اصلاحیه جدید قانون دیوان عدالت اداری
مسعود مهجوری پورناصری، کورش استوارسنگری، خدیجه شجاعیان
- ۲۳۳ تحلیل رویه قضایی حاکم بر در دعوی خلع ید از نظر صلاحیت دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری
حمید عزیزپور، اکرم تاجیک، زهره تجری موذنی
- ۲۵۵ راهکارهای حقوقی اصلاح ساختاری نظام بانکی با هدف پیش‌گیری از فساد اداری
مهدیه سادات کریمی، محمدتقی دشتی، محمدرضا حکاک‌زاده

- ۲۸۱ امنیت اقتصادی در پرتو نظرهای شورای نگهبان
امیر هوشنگ دهقان، روح‌الله رحیمی، حسین علائی
- ۳۰۷ تأملی دیگر بر امکان‌سنجی نظارت قضایی بر شورای نگهبان
محمدصادق رفیعی، سیدمحمدصادق احمدی، محمدشریف شاهی
- ۳۳۳ تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی در پرتو رویه دیوان عدالت اداری
مجید نجارزاده هنجنی، علیرضا شمس‌ی محب
- ۳۵۹ ماهیت‌شناسی دیوان محاسبات کشور و اقتضائات حقوقی آن (نگاهی تحلیلی - انتقادی به نظرهای شورای نگهبان)
مصطفی منصوریان، علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی
- ۳۸۱ کاوشی در صلاحیت فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی (فراجا) در انتقال مالکیت وسایل نقلیه موتوری
سیده فاطمه فقیهی، محمدجواد آزاد
- ۴۰۳ ضرورت سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی برای توان‌مندسازی بخش خصوصی
احمد مرکزالمیری
- ۴۳۳ مبانی قاعده تعهد زیان‌دیده به کاهش خسارت و آثار آن در حقوق ایران با تأکید بر قراردادهای اداری
محمدرضا جعفری، مهدی منتظر، مجتبی اصغریان
- ۴۵۱ ارتقای کارکردی قانون «تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» برای تحقق اهداف مندرج در ماده ۳ قانون جامع حدنگار
امیرمسعود فاطمیان





چالش‌های حقوقی مرجع رقابت در تحقق تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار در ایران

مریم میرزاخانی^۱

محمود باقری^۲

ولی رستمی^۳

چکیده

شورای رقابت در راستای مسئولیت توسعه رقابت‌پذیری، صلاحیت قانونی نظارت بر بازار و حراست از فضای کسب و کار کشور را از طریق نظارت بر عملکرد مراجع صادرکننده مجوز و مقابله با هرگونه اختلال در صدور مجوز به عنوان یکی از مصادیق ناکارآمدی اقتصادی داراست. به دلیل تمایل نداشتن مراجع صدور مجوز کسب و کار اعم از مراجع دولتی یا حرفه‌ای به ایجاد تغییر در شرایط بازار از نظر تعداد فعالان هر حوزه و نیز سیاست جلوگیری از گسترش احتمالی رقیبان، این نهاد تنظیم‌گر با نگرشی جامع به سیاست‌گذاری‌های اقتصادی و توسعه‌ای دولت و برقراری تعادل و توازن میان آزادی فرد و منافع جامعه، ضمن تأکید بر شفافیت قوانین، نظارت خود را بر صدور مجوزهای کسب و کار اعمال می‌کند.

این مرجع فراقوه‌ای برای عبور از چالش‌های پیش رو و تعدیل نقش انحصاری و مداخله‌گر دولت در نظام مجوزدهی از ابزار قاعده‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های متعدد امری و دارای ضمانت اجرای تعقیبی بهره می‌گیرد. با این حال، در اعمال تحولات قانونی متعدد در این حوزه، نقص، ابهام و اجمال قوانین از یک سو و نداشتن شناخت دقیق از بازارها، بوروکراسی اداری، دسترسی نداشتن به بانک‌های اطلاعاتی به روز، نبود انسجام و نظام‌مندی و تعدد سازمانی نهادهای متولی سامان‌دهی مجوزها از سوی دیگر، بر شفافیت، پاسخ‌گویی و کارآمدی نهادهای مسئول در این حوزه، آثار منفی بر جای گذاشته و مانع نقش‌آفرینی مؤثر این نهاد قانونی و پاسخ‌گویی به نیازها و مطالبات جدی فعالان اقتصادی شده است.

واژگان کلیدی: شورای رقابت، تنظیم‌گری، اعمال حاکمیت و تصدی، حاکمیت قانون، نظم عمومی.

۱. دانشگاه علوم و تحقیقات، (نویسنده مسئول)، m.mirzakhani1987@yahoo.com

۲. دانشگاه تهران، mahbagheri@ut.ac.ir

۳. دانشگاه تهران، vroostami@ut.ac.ir

مقدمه

از جمله متغیرهای مؤثر بر مؤلفه رشد اقتصادی، امنیت کسب و کار (فراهم آوردن شرایط قبل از شروع تولید)^۱ و آزادی فعالیت اقتصادی^۲ (فراهم کردن شرایط بعد از شروع تولید یعنی در فرآیند تولید و در زمان توزیع و عرضه محصول به بازار) است که در مجموع از آن به عنوان بهبود فضای کسب و کار^۳ نام می‌برند و با دقت و حساسیت در سطوح بنگاه، بازار، منطقه، استان و در سطح ملی و بین‌المللی بررسی می‌شود.

بهبود فضای کسب و کار^۴ به معنای بهبود و رونق فضای تولیدی است که زمینه مشارکت در عرصه اقتصاد، ارتقای سطح اشتغال و تولید و ایجاد فضای رقابتی را فراهم می‌سازد. پس تأثیر اصلاحات مقررات کسب و کار^۵ به ویژه برای بنگاه‌های کوچک و متوسط بر رشد اقتصادی آن‌ها محسوس است. با افزایش دامنه تعهدات دولت‌ها در حوزه «سیاست اشتغال» و با توجه به ماهیت حق اشتغال و تأثیر آن بر همه ابعاد زندگی اجتماعی شهروندان، تضمین آن برای شهروندان مستلزم مداخله و نظارت دولت است. ایجاد هر بنگاه اقتصادی جدید در بخش خصوصی، زمینه‌ساز ایجاد منافعی در بخش اشتغال و تولید کالاها و خدمات است. با این حال، ایجاد مشکلات و مسائلی برای دیگر افراد حقیقی و حقوقی محتمل است. در این میان، مجوز تجاری یا پروانه کسب و کار^۶ به عنوان یکی از اسناد مهم اقتصادی در حوزه تجارت به شمار می‌رود که دولت در راستای اعمال اختیارات خود

۱. با توجه به تعریف گزارش Doing business، شاخص شروع کسب و کار شامل کل فرآیندی است که یک کارآفرین برای شروع یک کسب و کار تجاری، خدماتی یا صنعتی به لحاظ زمانی و هزینه‌ای طی می‌کند تا به طور رسمی، کار خود را آغاز کند. چالش‌ها و محدودیت‌های موجود در مسیر راه‌اندازی یک کسب و کار جدید هم‌چون شاخص «زمان»، «نسبت هزینه»، «فراوانی قوانین و مقررات کسب و کار»، «تعداد مراحل و رویه‌ها» و «حداقل سرمایه مورد نیاز»، معیارهایی هستند که رویکرد و رویه عملی کشورهای مختلف نسبت به آن متفاوت است.

۲. آزادی اقتصادی به معنای آزاد بودن افراد در دخل و تصرف، معاوضه، مبادله و واگذاری دارایی شخصی‌شان است که از طریق قانونی به دست آورده‌اند.

3. Business Environment

۴. دوستو (Hernando de Soto)، مبدع بحث بهبود محیط کسب و کار بوده است.

5. Regulatory reforms

۶. از نظر لغوی و در ادبیات اداری و سازمانی، اصطلاح «مجوز» در معنای عام، مصادیق متعددی از جمله پروانه، گواهی‌نامه، تصدیق، اجازه‌نامه، لیسانس، موافقت اصولی و نظایر آن را شامل می‌شود که همگی در زمره ابزار دولت برای نظارت بر کسب و کارهاست.

در کنار حفظ منافع ایجاد یک کسب‌وکار جدید و کاهش هزینه‌های آن برای جامعه، از سوی مراجع ذی صلاح در زمینه‌های مختلف صادر می‌کند تا اجازه فعالیت به افراد در بازاری مشخص اعطا کند. فرآیند صدور مجوزها به وسیله مراجع قانونی و دستگاه‌های اجرایی، یکی از گلوگاه‌های بوروکراسی اداری به شمار می‌آید که قانون‌گذار در قوانین مختلف برای کنترل کیفیت خدمات از یک طرف و تسهیل ارائه آن‌ها از طرف دیگر، سازوکاری تدوین کرده است. با عنایت به مبانی نظری تنظیم‌گری و ابزارهای لازم برای تحقق قاعده‌گذاری‌های تنظیم‌گرانه و در راستای ارتباط تنگاتنگ تسهیل فرآیندهای کسب‌وکار و مقررات رقابتی، مقنن با پیش‌بینی سازوکاری قانونی، شورای رقابت را در زمره یکی از نهادهای متولی در ساختار حقوقی کسب‌وکار کشور قرار داده است.

این نوشتار با عنایت به این موارد، حدود اعمال حقوق رقابت بر حوزه مجوزهای کسب‌وکار را از منظر نحوه ابتنا و استناد قانون‌گذار بر آن و نیز شناسایی خلأها و چالش‌های موجود در مسیر تسهیل و تسریع در صدور مجوزها از جمله نواقص حمایتی مقررات رقابتی در مقام تقنین و اجرا و ایرادهای مربوط به رویه‌ها و رویکردهای تعاملی دستگاه‌های درگیر در حوزه صدور مجوزها بررسی می‌کند تا زمینه اصلاح مقررات کسب‌وکار، تقویت مشارکت بخش خصوصی در عرصه اقتصاد و بهبود شاخص‌های یادشده فراهم شود.

در آثار نگارش یافته، برخی از جنبه‌های این تحقیق بررسی شده‌اند که عبارتند از: مقاله زهرا بیدار و ابراهیم عبدی پورفرد با عنوان «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مقاله جلال تیموری و دیگران با عنوان «درآمدی بر نقش مقررات زدایی در بهبود کیفیت اجرای حق توسعه اقتصادی با تأکید بر قانون برنامه ششم توسعه ایران» و مقاله احمد مرکز مال‌میری با عنوان «مجزوزدایی به مثابه مقررات زدایی؛ تحلیل مفهومی مقررات زدایی در ایران». با توجه به سابقه اندک ورود مراکز پژوهشی و نهادهای اجرایی در حوزه مطالعه درباره رابطه مقوله تسهیل رقابت و اصل آزادی کسب‌وکار، جز توجهی محدود، پراکنده، غیر تخصصی و ناکافی، سابقه پژوهشی جامعی در دسترس نیست که مشتمل بر بررسی موضوع از دریچه مقررات حقوق رقابت با تأکید بر مقوله کارکرد اصلی نهاد حافظ رقابت، ارتباط این حوزه با مباحث مرتبط با اصل آزادی اشتغال و به طور اخص، صدور مجوزهای کسب‌وکار باشد. پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی، موضوع یادشده را در سه گفتار از دریچه قوانین و مقررات رقابتی بررسی می‌کند.

گفتار اول. حقوق رقابت و سیاست رقابتی به عنوان ابزار تنظیم‌گری

با عنایت به اهمیت وضع قوانین بازدارنده و اعمال مجازات توسط نهادهای قانون‌گذار و رصد آن توسط نهادهای عمومی ناظر و پایش‌کننده، قوانین حمایت از رقابت در بازارهای آزاد، ابزار کنترلی است که هر کشور با عنایت به عناصر ساختاری و درجه توسعه‌یافتگی خود تنظیم می‌کند. در نظام حقوقی ایران، مقررات رقابت برای نخستین بار در قالب فصل نهم قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش‌بینی شد.

در نبود قوانین رقابتی، تضمین حسن عملکرد بازار آزاد و ایجاد انگیزه و اطمینان در بخش خصوصی برای سرمایه‌گذاری امکان‌پذیر نیست. از این رو، در سال‌های اخیر کوشش شده است با تصویب قوانین و مقررات و نیز اعمال اصلاحات متعدد، تا حد ممکن، فرآیند صدور مجوزها سامان‌دهی شود و بهبود یابد. در این راستا، مجلس شورای اسلامی برای نخستین بار در سال ۱۳۹۳ با تصویب قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت را نیز به عنوان یکی از نهادهای متولی کسب‌وکار در کشور شناسایی کرد. پس از آن، قانون اصلاح مواد (۱) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحات بعدی آن مشتمل بر دو ماده با تصویب در جلسه مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۵ ابلاغ شد. مقنن به موجب ماده ۲ این قانون، ماده (۷) قانون و تبصره‌های آن را اصلاح و شش تبصره به عنوان تبصره‌های (۸) تا (۱۳) به آن الحاق کرد. مستند به تبصره ۱ این ماده، «در صورتی که هریک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار از ارائه مجوز در ظرف زمانی تعیین شده در درگاه یادشده امتناع کند، متقاضی مجوز می‌تواند علاوه بر ارائه شکایت حضوری یا الکترونیک به مرکز ملی رقابت، کتباً از بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط، تسریع در صدور مجوز مورد نیاز خود را درخواست کند...».

هم‌چنین بر اساس تبصره ۲ این ماده، هریک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب‌وکار را مطابق شرایط مصرّح در آن درگاه دریافت و بررسی کنند. صادرکنندگان مجوز کسب‌وکار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار»، از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب‌وکار امتناع کنند. امتناع از پذیرش مدارک و درخواست مجوز و تأخیر بیش از ظرف زمانی تعیین شده در درگاه مذکور در صدور مجوز برای متقاضیانی که مدارک معتبر مصرّح در درگاه یادشده

را ارائه داده‌اند، مصداق اخلال در رقابت موضوع ماده (۴۵) این قانون است.

به صراحت تبصره ۴ این ماده نیز همه مراجع صادرکننده مجوز موظفند حداکثر ظرف یک سال پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، ثبت درخواست و صدور همه مجوزهای خود را به صورت الکترونیکی (غیر کاغذی) بر اساس اولویت تعیین شده توسط دبیرخانه هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار، مطابق جزئیات مندرج در شناس‌نامه مصوب و از طریق درگاه ملی مجوزهای کشور انجام دهند. اقدام به صدور مجوز و ارائه خدمات خارج از موارد ثبت شده در این درگاه توسط مراجع صادرکننده مجوز به متقاضیان پس از مهلت یادشده ممنوع است و شورای رقابت موظف است حسب گزارش دبیرخانه این هیئت یا شکایت ذی‌نفع نسبت به موضوع رسیدگی کند و بر اساس مقررات مربوط تصمیم بگیرد.

قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار در جلسه ۱۴۰۰/۱۲/۲۴ مجلس شورای اسلامی تصویب شد. به موجب ماده ۱ این قانون، متنی به عنوان ماده (۷ مکرر) به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی الحاق شد. بر این اساس، «کلیه مجوزهای کسب‌وکار که سلامت، محیط زیست، بهداشت عمومی، اجتماعی، نظم و انضباط پولی، مالی و ارزی، فرهنگ و امنیت ملی را به صورت مستقیم تهدید می‌کنند یا مستلزم بهره‌برداری از منابع طبیعی یا تغییر کاربری اراضی کشاورزی هستند، به تشخیص هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار و تأیید هیئت وزیران در صورتی که تا سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون در درگاه ملی مجوزهای کشور ثبت شوند، به عنوان مجوزهای تأییدمحور که نیازمند بررسی و تأیید مراجع صدور مجوز است، معرفی شده و فعالیت در آن‌ها نیازمند طی مراحل اخذ مجوز بر اساس ماده (۷) این قانون می‌باشد. از چهار ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، سایر مجوزهای کسب‌وکار به عنوان مجوزهای ثبت‌محور شناخته می‌شوند و اتمام مراحل ثبت نام در درگاه ملی مجوزهای کشور به منزله صدور مجوز است. ... سازمان بازرسی کل کشور و هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار موظفند رئیس و یا مدیران، مسئولان و اشخاصی که کوتاهی نمودن آن‌ها در این خصوص محرز است را حسب مورد به شورای رقابت یا هیئت تخلفات اداری معرفی کنند».

به موجب پیش‌بینی مقنن در بند (پ) ماده ۱۳ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب

۱۴۰۲/۱۲/۲۲ مجلس، عبارت «به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران» از صدر ماده (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی حذف و فراز اول و دوم تبصره (۴) این ماده اصلاح شد. هم‌چنین یک تبصره به عنوان تبصره (۵) به آن ماده الحاق و شماره تبصره‌های بعدی اصلاح گردید. تبصره ۴ چنین بود: «مراجع صدور مجوز کسب و کار از قبیل کانون‌های وکلای دادگستری، کانون‌های کارشناسان رسمی دادگستری، نهادهای زیرمجموعه قوه قضاییه (از جمله مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضاییه، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، مؤسسات دآوری و میانجی‌گری، دفاتر خدمات الکترونیک قضایی و دفاتر ترجمه اسناد رسمی)، شهرداری‌ها، سازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره جمهوری اسلامی ایران، فدراسیون‌های ورزشی، سازمان نظام مهندسی ساختمان، سازمان نظام مهندسی معدن، مراجع صادرکننده مجوزهای حوزه ثبت علامت تجاری، طرح صنعتی و اختراع و سایر مراجع بنا به تشخیص هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل مجوزهای کسب و کار موظفند پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، تمامی مراحل صدور، تمدید، توسعه، اصلاح، تعلیق و ابطال هر گونه مجوز خود را صرفاً از طریق «درگاه ملی مجوزهای کشور» و به صورت الکترونیکی انجام دهند».

بند (الف) تبصره ۵ نیز مقرر می‌دارد مواد (۷) و (۷ مکرر) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مشمول تبصره (۲) بند «ج» ماده (۳) قانون یادشده نیست و مواد (۷) و (۷ مکرر) این قانون بر همه قوانین مربوط به مجوزهای کسب و کار حاکمند. مستند به صراحت این بند، مرجع تشخیص مصادیق کسب و کار و مجوزهای مربوط، هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار است.

گفتار دوم. چالش‌های قانونی التزام به حاکمیت قانون در حوزه کسب و کارها

در کنار وجود ساختارهای مناسب حکومت و نهادهای باکیفیت در جامعه، حاکمیت قانون بر ارتقای سطح سرمایه‌گذاری و کارآفرینی و رشد و توسعه اقتصادی اثرگذار است.^۱ چنین عاملی که خارج از کنترل بنگاه‌ها قرار دارد و توسط صاحبان کسب و کار قابل مدیریت نیست، در مدیریت بنگاه‌ها مؤثر است. کسب و کارها برای جلوگیری از مجازات شدن ملزم به تبعیت از قواعد حقوقی هستند؛ قواعدی که هر آن چه از فعالان بازار در زمینه معاملات و قراردادهای تجاری انتظار می‌رود، شناسایی می‌کند.

۱. دوسوتو، هرناندو، راز سرمایه: چرا سرمایه‌داری در غرب موفق می‌شود و در جاهای دیگر شکست می‌خورد؟، ترجمه: فریدون تفضلی، تهران: نی، ۱۳۸۵، ص ۱۰.

حاکمیت قانون از کسب‌وکارها در مقابل دولت حمایت می‌کند، به نحوی که دولت در تعامل با کسب‌وکارها نمی‌تواند از محدوده قانون تجاوز کند. در کنار اصل التزام به حاکمیت قانون، محدوده مقررات‌گذاری در زمینه محیط کسب‌وکار با کاستی‌ها، چالش‌ها و نارسایی‌هایی همراه است که مهم‌ترین آن، تورم مقررات‌گذاری^۱ و مقررات‌گذاری غیر اصولی است.

بند اول. تورم مقررات‌گذاری

تورم مقررات‌گذاری به معنای کمیّت بیش از حد مقررات و تشریفات اداری و دیوان‌سالاری غیر ضروری و زائد^۲ و تولید قوانین و مقررات پرتعداد و بیش‌تر در حال تغییر توسط نهادهای مقررات‌گذار است که نتیجه آن، در کنار اجرا نشدن بسیاری از مواد قانونی، دشوار شدن اطلاع عموم از الزامات قانونی به دلی بدبینی و بی‌اعتمادی افراد به قانون است.

باید توجه داشت که در نظام حقوقی مقررات‌گذاری ایران با خلط دو مفهوم مقررات‌زدایی^۳ و مجوززدایی روبه‌رویم. مجوززدایی ناظر است بر شناسایی و حذف تشریفات بوروکراسی و مجوزهای غیر ضروری و دست‌وپاگیر پیش روی متقاضی شروع کسب‌وکار و ساده‌سازی اداری^۴ و حذف یا اصلاح رویه‌ها و ترتیبات نظام اداری در راستای تسهیل شرایط، مراحل، هزینه‌ها و زمان دریافت مجوز و پرهیز از رفتارهای خلاف قوانین و مقررات خودسرانه، بدون نیاز به اقدامی تقنینی و توسل به مراجع قانون‌گذاری و مقررات‌گذاری، بلکه تنها با توسل مقامات اداری به صلاحیت‌های مدیریتی و اداری خود. این در حالی است که مقررات‌زدایی به معنای شناسایی و حذف یا لغو قوانین و مقررات مخل و مزاحم تولید و کسب‌وکار توسط مراجع ذی‌صلاح و در کنار آن، انجام فرآیندها و رویه‌های تدوین و تنقیح قوانین و مقررات است. این خط‌مشی الزاماً به معنای کاهش کمی قوانین و مقررات نیست، بلکه ممکن است به حفظ و حتی تقویت هم‌زمان مقررات موجود نیز بیانجامد.^۵

1. Legislative Inflation

2. Red tape

3. Deregulation

4. Administrative Simplification

۵. عصمتی، زینب و اعظم عدالت جو، «زمینه‌های تحقق مقررات‌زدایی در صنعت برق جمهوری اسلامی ایران»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۳۹۷، سال یازدهم، شماره ۴۱، ص ۶۳.

در حوزه کسب‌وکار نیز تعدد نهادهای مقررات‌گذار و گاه موازی هنجارساز موجب ایجاد شمار فراوان مصوبات و تقابل یا تعارض درونی قواعد و هنجارها شده است. در این میان، ابهام در مفهوم و نیز مصادیق قوانین و مقررات دست و پاگیر و مخل کسب‌وکار از جمله دیگر چالش‌های موجود در این عرصه است و نه تنها ناظر بر مقررات وضع شده از سوی مقامات صلاحیت‌دار است، بلکه فرآیندها و رویه‌های برخی دستگاه‌های اجرایی در حوزه سامان‌دهی مجوزها را نیز شامل می‌شود.

در ایران، انبوه مقررات و مصوبات نهادهای متعدد متصدی سامان‌دهی مجوزها که با اهدافی مشابه به تصویب رسیده‌اند و گاهی در آن‌ها، هم‌پوشانی، تعارض و ناهماهنگی‌هایی قابل مشاهده است، نظام پیچیده و شفاف نبودن صدور مجوزها را سبب شده است. این بار مقررات‌گذاری^۱ علاوه بر افزایش هزینه‌های کسب‌وکارها، پاسخ‌گویی و شفافیت کارکردی نهادهای مسئول را نیز تحت شعاع قرار داده است. در واقع، تعدد مجوزها و اطاله در صدور آن‌ها نتیجه ناهماهنگی و انسجام نظام حقوقی اداری کشور است. از سوی دیگر، مجموعه احکام قانونی مربوط به سامان‌دهی مجوزها در کنار آشفتگی سازمانی و تشکیلاتی در ایجاد و گسترش فساد در این حوزه نیز بی‌تأثیر نیست؛ چون فرآیندهای طراحی شده برای صدور مجوز می‌توانند با فراهم کردن امکان تعامل بنگاه‌های موجود پیشین با مقررات‌گذاران در برخی موارد به حمایت از رفتارهای ضد رقابتی در برابر بنگاه‌های تازه‌وارد منجر شوند.

صرف تعدد قوانین و مقررات کسب‌وکار در یک نظام حقوقی را نمی‌توان ملاکی بر پیچیدگی نظام مقرراتی کشور دانست و در پی آن به دنبال حذف مقررات مازاد بدون معیار و ضابطه‌ای مشخص بود. ملاک صحیح، ارزیابی بار مقرراتی یا هزینه‌های اجرای یک مقرر است، نه بررسی تعداد قوانین و مقررات. بدیهی است تشخیص قوانین یا مقررات زائد نیز مستلزم به‌کارگیری معیارها و ضوابطی مشخص برای ارزیابی است و صرف حذف یک مجوز و ادغام آن در مجوز دیگر لزوماً منجر به حذف مراحل، کاهش هزینه‌ها و کاستن از مدت زمان صدور مجوزها نخواهد شد.

قابل پیش‌بینی نبودن قانون و چگونگی تفسیر و اعمال آن برای فعالان اقتصادی نیز از دیگر موانع موجود در این بحث است؛ چون افراد نمی‌توانند در این نظام حقوقی سیال، پی‌آمدهای اقدامات

آتی خود را به درستی پیش‌بینی کنند و با برنامه‌ریزی بر اساس پیش‌بینی‌های معقول از دغدغه غافل‌گیری‌های آتی در امان باشند. بدین منظور، التزام به حاکمیت قانون و تنظیم مقررات برای دوره زمانی تا حد امکان بلندمدت و به نحوی باثبات و قابل پیش‌بینی از ضروریات است.

بند دوم. مقررات‌گذاری غیر اصولی

یکی دیگر از آسیب‌های موجود که در زمره نقض اصول مقررات‌گذاری است، مقررات‌گذاری غیر اصولی است که ناظر است بر پیچیدگی، شفافیت نداشتن و زبان مبهم و دشوار در نگارش مقررات بدون دقت و حساسیت لازم. معنای حاکمیت قانون از نظر شکلی نیز این است که صرف‌نظر از محتوا، قوانین باید دارای ویژگی‌هایی از قبیل عام بودن، واضح بودن، تناقض نداشتن و اعلام یا انتشار باشند. مقررات‌گذاری پراکنده و تصویب قوانین متناقض و تکراری و اصلاح مکرر قوانین و مقررات یا وضع مقررات مجدد در همان حوزه و مقررات‌گذاری بدون ملاحظه و آگاهی جامع از نظام حقوقی یا در نظر گرفتن دیگر مقررات و ضوابط نظام حقوقی، از دیگر موارد قابل اشاره است که راه حل آن در قدم اول، ساده‌نویسی و انتقال دقیق و مستقیم مورد نظر مقنن و در گام بعدی، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات است.

در این راستا، برخی از مهم‌ترین ایرادهای ناظر بر ماه ۷ اصلاحی قانون اصلاح مواد (۱) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۹ به این شرح است:

۱. در تبصره ۱ ماده ۷ اصلاحی این قانون، عبارت «در چارچوب قوانین» به درستی استفاده نشده است و بهتر بود که به جای آن، عبارت «طبق محتویات درگاه ملی مجوزهای کشور» استفاده می‌شد. هم‌چنین با پیش‌بینی تکلیف برای استانداران و بالاترین مقام دستگاه‌های اجرایی در رسیدگی به موضوع در این تبصره، ضمن امعان نظر به مراجع صادرکننده دولتی، مراجعی مانند اصناف که مجوز صادر می‌کنند، اما دولتی نیستند، در عمل مغفول مانده است.

۲. در تبصره ۲ ماده ۷ اصلاحی این قانون، عبارت «مصادق اخلاص در رقابت موضوع ماده (۴۵) این قانون است» به درستی به کار نرفته است؛ چون مصداق‌های مندرج در ماده ۴۵ قانون از جانب بنگاه‌های اقتصادی رخ می‌دهند. این در حالی است که صدور مجوز در مقام انجام وظیفه حاکمیتی صورت می‌پذیرد و فعالیت اقتصادی تلقی نمی‌شود، هرچند صدور مجوز می‌تواند

پی‌آمدهای اقتصادی داشته باشد. پس بهتر بود به جای عبارت «مصادق» از عبارت «در حکم» استفاده می‌شد.

۳. در تبصره ۲ این ماده، عبارت «صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار»، از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند» دارای ابهام است. تعریف دقیق، حدود و قیود اصطلاح «اشباع» در قانون تعریف نشده است. نظر به ظواهر و قرائین موجود به نظر می‌رسد مقصود از اشباع موضوع این تبصره، اشباع اقتصادی و تجاری است؛ به این معنا که از منظر مرجع صدور مجوز، بازار از هر نظر تکمیل باشد و به حضور هیچ فعال اقتصادی دیگری نیاز نیست و حتی هر حضور دیگری، منجر به تضرر دیگران شود.

به علاوه در رسیدگی به موضوع اشباع همواره این تردید وجود دارد که آیا محدودیت‌های قانونی یادشده در قوانین و مقررات نیز معادل اشباع در نظر گرفته می‌شوند یا خیر. توضیح آن‌که در ماده ۷ اصلاحی، ممنوعیت از اشباع به مرجع صادرکننده مجوز (شخص حقوقی) منتسب شده است و اشباع‌های مقرر در قوانین یا آیین‌نامه‌ها مشمول حکم ممنوعیت قرار نگرفته‌اند. امکان چنین تفسیری نیز وجود دارد که اگر مقنن اراده داشت محدودیت‌های قانونی را نیز معادل اشباع فرض کند و مشمول حکم ممنوعیت قرار دهد، این مقرر باید بدین گونه می‌بود: «... صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به جهت اشباع بودن بازار به دلیل قانونی یا غیر آن از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند...».

اگر شورای رقابت در رویه خود، «اشباع بودن بازار» را به وجود هر گونه محدودیت تفسیر کرده است، اعم از این‌که این محدودیت بر اساس قوانین و مقررات منبع صدور مجوز باشد یا بهانه‌ای که دستگاه صادرکننده مجوز بدون دلیل قانونی بدان متوسل می‌شود که به نظر می‌رسد با توجه به مفاد این ماده و به ویژه تبصره ۳، منظور قسم دوم یعنی بهانه اشباع بازار بدون دلیل قانونی باشد، از این عبارت باید به صورت شفاف با در نظر گرفتن شرایط و جوانب این شرط رفع ابهام شود. بدیهی است بعضی از مقررات و ضوابط ناظر بر صدور مجوزهای مقرر در قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و آیین‌نامه‌ها، با ایجاد موانع و محدودیت‌های بی‌اساس و بلاوجه، دسترسی به فعالیت در بازارها را برای متقاضیان آن فعالیت دشوار کرده‌اند. برای رفع این محدودیت‌ها و موانع نمی‌توان با استدلال ضعیف، هر گونه محدودیت را معادل اشباع تلقی کرد و به دلیل مغایرت با ماده ۷ اصلاحی، به واسطه حکم ماده ۹۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی منسوخ دانست.

سازوکاری هرچند کم‌اثر در ماده ۷ اصلاحی قانون یادشده به منظور تخفیف و از میان برداشتن این موانع پیش‌بینی شده است. به ویژه قسمت اخیر تبصره ۳ ماده که چنین مقرر می‌دارد: «فعالیت این هیئت پس از انجام تکالیف مذکور استمرار یافته و در صورتی که تحقق این اهداف به اصلاح قوانین نیاز داشته باشد، هیئت مذکور [مقررات زدایی] موظف است پیشنهادهای لازم را برای اصلاح قوانین تهیه و به مراجع مربوطه ارائه کند». این حکم قانونی، یک قرینه قانونی مثبت این نظریه است که برای تسهیل انواع شرایط صدور مجوز و تخفیف موانع و محدودیت‌های مقرر در قوانین موضوعه، راه‌حل اصلاح قوانین و مقررات، مورد نیاز است. توضیح آن‌که در مواد ذیل فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در خصوص صلاحیت‌های مرجع رقابتی (شورای رقابت)، برخلاف نظام حقوقی اتحادیه اروپا یا آمریکا، اختیار عام و گسترده به شورا در تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی اعطا نشده است.

اگر طبق عقیده برخی صاحب‌نظران قائل بودیم که شورای رقابت صرفاً مقررات معادل اشباع را منسوخ اعلام می‌کند و به تعیین بعدی ضابطه صدور مجوز تعرضی ندارد، با نقض غرض برخورد می‌کردیم؛ چون در این صورت، مراجع صدور مجوزها می‌توانستند ضوابطی را تعیین و مقرر کنند که علی‌الاصول محدودیت اشباعی قلمداد نمی‌شود و عملاً برابر با محرومیت اکثریت بسیار بالایی از متقاضیان در دسترسی به این مشاغل بود. در واقع، گاهی از ضوابط قانونی برای کنترل کیفیت سوء استفاده و به کنترل کمی پرداخته می‌شود.

به نظر می‌رسد مقنن با تصویب قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار مصوب ۱۴۰۰/۱۲/۲۴ تا حدودی، این مشکل را البته اگرچه صرفاً در سطح برگزاری آزمون برطرف کرده است. بر اساس اصلاحات صورت پذیرفته، با عنایت به ملاحظات صدرالاشاره و با پیش‌بینی مقنن، بر اساس قانون «تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار»، قانون وکلای دادگستری و مرکز وکلای قوه قضاییه، قانون کارشناسان رسمی دادگستری و قانون سردفتران و دفتریاران موظفند هر ساله با برگزاری آزمون از طریق سازمان سنجش آموزش کشور، زمینه جذب داوطلبان این مشاغل را فراهم کنند و داوطلبانی که حداقل ۷۰ درصد امتیاز میانگین نمرات یک درصد (۱٪) حایزان بالاترین امتیاز را کسب کرده‌اند، به عنوان پذیرفته‌شده برای پیمودن مراحل مقتضی به مرجع صدور مجوز مربوط معرفی می‌شوند.

گفتار سوم. چالش‌های حقوقی ساختاری و کارکردی نهاد متولی رقابت در ایران

به طور کلی، نقش نهادهای مقررات‌گذار، فراهم کردن امکان ورود بخش خصوصی به بازار، وضع مقررات و ضمانت اجرایی برای کنترل رفتار فعالان اقتصادی در هر حوزه و از میان بردن زمینه ایجاد انحصار توسط نهادهای موضوع مقررات‌گذاری است. چون برقراری تجارت منصفانه و تسهیل رقابت در بازار، نیازمند وجود ضوابط و مقررات تسهیل‌کننده رقابت و مقابله‌کننده با انحصار در چارچوب حقوق رقابت است، وظیفه تأمین رقابت در بازار از وظایف اصلی و اولیه نهادهای مقررات‌گذار و از کارکردهای اصلی نهاد تنظیم‌گر در حوزه رقابت است که از طریق نظارت‌های تنظیم‌گرانه پیش‌گیرانه و پسینی اعمال می‌شود.

بند اول. شورای رقابت؛ مرجع مقررات‌گذار فرابخشی

با تشکیل مرکز ملی رقابت به موجب فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و با پیش‌بینی وظایف تنظیم‌گرانه برای شورای رقابت، مرحله جدید طراحی و استقرار نظام تنظیم‌گری به معنای خاص رگولاسیون در کشور آغاز شد که در پی آن، قاعده‌گذاری و نظارت شورای رقابت به عنوان مرجع مقررات‌گذار فرابخشی تمام بخش‌های اقتصادی کشور را بدون محدودیت شامل می‌شود و از نظر حقوقی با توسل به تصمیم‌گیری‌های متعدد امری و دارای ضمانت اجرای تعقیبی، امکان ورود به بازارهای بخشی و متشکل را نیز دارد. در نظام حقوقی ایران، مجلس شورای اسلامی، صلاحیت وضع قانون را داراست. وجود نهاد عمومی نظارت بر رقابت و صراحت اختیارات قانونی اعطاشده توسط مقنن به نهاد شورای رقابت می‌تواند تخصیصی بر صلاحیت مجلس شورای اسلامی در وضع قانون تعبیر شود؛ منحصربه‌فرد و تخصصی بودن امور محوله قانونی به شورا، اهمیت موضوعات مورد رسیدگی و پیچیدگی و حساسیت آن‌ها، تفویض اختیارات اجرایی و نظارتی در حوزه حقوق رقابت به این نهاد بدیع را از طریق مجاری قانونی توجیه‌پذیر می‌کند. پس اعطای استقلال به شورای رقابت، در تراحم با اصل محدودیت و توزیع قدرت به عنوان یکی از اصول حقوق عمومی و صلاحیت انحصاری قوه مقننه و مفهوم تفکیک قوا نخواهد بود، بلکه به نوعی، محدودسازی اختیارات در حوزه حقوق رقابت و تفویض آن به نهاد رقابت است.

مقررات و سازوکارهای پیش‌بینی شده در قالب فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به این دلایل کم‌تر به اهداف خود دست یافته است: سابقه اندک ورود مراکز پژوهشی و نهادهای اجرایی به حوزه مطالعه و تحقیق درباره موضوعات حمایت از رقابت و منع انحصار، مغفول و مهجور ماندن اهمیت این مسئله در رویکردهای بهبود کارایی اقتصاد از طریق ارتقای کارآمدی بنگاه‌های فعال در بازارهای ایران، ناهماهنگی و همکاری ساختارهای حقوقی و قانونی کشور و کارشکنی‌های درونی دستگاه‌های اجرایی ملی.

بند دوم. انتقادهای وارد بر ساختار شورای رقابت در حوزه مجوزها

آشکار شدن ایرادهای مربوط به ساختار و ماهیت مرجع متولی رقابت و نیز نواقص موجود در رویه اجرای رویکردها و نحوه تعامل دستگاه‌های متولی حوزه صدور مجوزها، ضرورت اعمال اصلاحات در قانون را آشکار می‌سازد. بر این اساس، برخی نواقص و اشکال‌های این قانون و رویه اجرایی این مرجع را که در حوزه مجوزها نیز اثرگذار است، به این ترتیب می‌توان برشمرد:

۱. پیش‌بینی نشدن بازوهای استانی برای شورا در نقاط مختلف و امکان ناپذیری شناسایی همه رویه‌های ضد رقابتی در گستره جغرافیایی کشور، تدوین و ارزیابی دقیق رویه قضایی جامع و کامل را میسر نمی‌سازد.

۲. ساختار، ماهیت، ترکیب اعضا و نحوه رسیدگی و تصمیم‌گیری شورای رقابت چندان کارآمد نیست. از جمله تعداد زیاد اعضا، ترکیب حکومتی اعضای شورای رقابت و غلبه نمایندگان بخش‌های دولتی، کم بودن اعضای قضایی و حقوق دان، نبود شرط تخصص اعضا در حقوق رقابت و مسائل رقابتی، مشکلاتی را بر سر راه کارایی مطلوب این مرجع نظارتی و شبه قضایی به وجود آورده است.

الف) با عنایت به شأن فراقوه‌ای و جایگاه شورای رقابت، ترکیب داخلی اعضای شورای رقابت^۱ در قالب نهادی فراقوه‌ای، شبه قضایی و غیر دادگستری^۲ در راستای اشراف جامع و نظارت کلی بر

۱. ترکیب و شرایط انتخاب اعضای شورای رقابت به موجب ماده ۵۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی تعیین شده است.

۲. که ماهیت آن را در جهت تنظیم تعادل در بازار از نظر جایگاه در نظام حقوق اداری ایران می‌توان در زمره شوراهای حکومتی هم‌چون شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی امنیت ملی محسوب کرد.

حوزه‌های مختلف رقابتی مشتمل بر صاحب‌نظرانی با تخصص‌های مختلف^۱ است. با این حال، انتقادهای جدی بر این ترکیب وارد است، مثل: اختلال در تشکیل جلسات و روند تصمیم‌گیری به‌موقع و مطلوب به دلیل تعدد اعضای شورا و حضور نسبتاً پررنگ نمایندگان حاکمیت و غلبه نمایندگان بخش‌های دولتی (ساختار دولتی) در کنار حضور کم‌رنگ نهادهای و بنگاه‌های خصوصی و در نتیجه، وابستگی سازمانی شورا، تشدید سلطه بوروکراسی دولتی و مداخلات بی‌رویه و غیر اصولی دولت در نظام اقتصادی. از آن‌جا که برخی از اعضای شورا به حکم رئیس جمهور (حضور پررنگ قوه مجریه)، حکم رئیس قوه قضاییه و نیز مجلس شورای اسلامی منصوب می‌شوند، استقلال رفتاری، مالی، اداری و تشکیلاتی آن و نیز بی‌طرفی این نهاد تنظیم‌گر همواره مورد نقد است.

در کنار اعمال نشدن پیش‌شرط اشتغال تمام‌وقت اعضای شورا، وابستگی مرکز ملی رقابت به قوه مجریه نیز شایبه وام‌دار دولت بودن این نهاد، امکان اعمال نظر بیش‌تر حاکمیت در تصمیم‌گیری‌های آن و خدشه‌دار شدن استقلال شورا در انجام وظیفه و رسیدگی را به دنبال خواهد داشت. در مورد نمایندگان مجلس و قضات طبیعی است که انتخاب و انتصاب آن‌ها حسب مورد با صلاح‌دید رییس مجلس یا رییس قوه قضاییه باشد، اما در مورد نمایندگان اتاق بازرگانی و تعاون به این علت که آنان بناست نمایندگان و حافظ بخش غیر دولتی شورا باشند، حکم رییس جمهوری ضروری دانسته نشده است.^۲ هم‌چنین عملکرد شورای رقابت به عنوان یک نهاد تنظیم‌گر به صورت هم‌زمان در مقام مجری، ناظر و قاضی محل اشکال است.

ب) نقصان ناشی از تعداد کم حقوق‌دانان در ترکیب شورا و نحوه انتخاب آنان و نیز اشکال در تعیین مدیریت واحد برای شورای رقابت و مرکز ملی رقابت در حالی که دو کارکرد مختلف علمی، اجرایی دارند، در کنار حقوقی نبودن رییس شورا، در هدایت نشدن مباحث به مجرای رسیدگی حقوقی در جلسات رسمی شورا به وضوح قابل مشاهده است که در تصمیم‌گیری‌های شورا نیز به چشم می‌خورد. نبود دادستان به عنوان نماینده عموم جامعه در ترکیب شورا نیز از دیگر موارد قابل تأمل است.

۱. پانزده نفر از نمایندگان قوای سه‌گانه و بخش‌های اقتصادی (خصوصی، تعاونی و دولتی).

۲. برزگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال اول، شماره ۳، صص ۱۷۷-۱۴۷.

۳. با عنایت به جایگاه بالاتر مراجع عالی نسبت به مراجع تالی، هم از نظر تعداد و هم از نظر رتبه علمی و اداری، از یک سو، نبود تعادل و تناسب در ترکیب میان تعداد اعضای شورای رقابت به عنوان مرجع بدوی رسیدگی‌کننده به رویه‌های ضد رقابتی و هیئت تجدیدنظر که از نظر تخصص و تجربه نیز دارای تنوع کم‌تری است و از سوی دیگر، ابهام در نحوه تعامل شورا با هیئت تجدیدنظر، از جمله کاستی‌های ترکیب موجود است.

۴. تأسیس ضمانت اجراهای مؤثر برای اجرا نشدن تصمیمات شورای رقابت و موارد تخلف از تمکین به حکم توقف رویه‌های ضد رقابتی ضروری است؛ چون وضعیت فعلی اجرای مصوبات شورای رقابت به دلیل مقاومت محکومان و همکاری و توجه نکردن نهادهای ذی‌ربط و اجرای احکام دادگستری‌ها، وضعیت مطلوبی ندارد. در این راستا شاید در فرضی که مرجع تجدیدنظرخواهی از آرای شورای رقابت، دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران با ترکیب قضات متخصص در حوزه رقابت مقرر می‌گردید، ورود پرونده‌ها به فرآیند قضایی، امکان تأمین استیناف متقن و حمایت از اجرای آرا را محقق می‌کرد. این رویه در عمده کشورهای صاحب‌نام در مقابله با انحصار و حمایت از رقابت اجرا می‌شود.

۵. وجود نقص در اختیارات شورای رقابت برای برخورد با مقررات و ضوابطی که ضد رقابتی تشخیص داده می‌شوند و از اجرای آن‌ها، رویه‌های ضد رقابتی به وجود می‌آید. برای مثال، با اصلاح قانون در خصوص ضوابط داخلی سازمان‌ها و وزارت خانه‌ها، شورای رقابت با تعیین مهلت زمانی، فرصت اصلاح یا نسخ قواعد مخل رقابت را به وضع‌کننده و مجری اعطا کند و در صورت امتناع با جریمه نقدی، انفصال از خدمات دولتی یا برکناری و محرومیت از مدیریت مواجه خواهند شد. هر یک از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، مصوبات هیئت وزیران یا هیئت دولت، مصوبات سران قوا، آیین‌نامه‌های مصوب وزرا و دستورالعمل‌های داخلی دستگاه‌های اجرایی باید با کیفیت متفاوتی ارزیابی گردد.

۶. با توجه به نبود مقررات ویژه در فصل نهم ناظر بر چگونگی همکاری شورای رقابت با مراجع رقابتی دیگر کشورها و نظر به گسترش تعداد و دامنه جغرافیایی بازارهای فرامرزی، انجام تحقیقات و مطالعات و نیز بررسی جنبه‌های قانونی و اجرایی برای تأسیس یک چارچوب حقوقی خاص برای

همکاری متقابل و تشریک مساعی شورای رقابت با مراجع رقابتی خارجی و بین‌المللی، لازم ارزیابی می‌شود.

۷. در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت، دو وظیفه اصلی و عمده بر عهده دارد:

(الف) نقش دادرس در رسیدگی به تخلفات ناشی از ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی؛

(ب) تنظیم‌گری.

در خصوص هر دو وظیفه شورای رقابت، تعارض‌هایی بین قانون یادشده و قوانین دیگر وجود دارد که باعث ایجاد مشکلات بسیاری شده‌اند و بیش‌ترین تعارض در خصوص وظیفه تنظیم‌گری شورا است. در بحث تنظیم‌گری و مراجع تنظیم‌گر، قوانین و مقررات بسیار پراکنده و متعارضی وجود دارد که مشکلات زیادی ایجاد کرد است و مراجع مختلف با صالح دانستن خود و اقدام به تنظیم‌گری علاوه بر ایجاد تشتت در تصمیم، باعث اخلاف در بازار نیز شده‌اند. تعدد و گستردگی مراجع تصمیم‌گیری و وضع‌کننده قوانین و مقررات، علاوه بر آن‌که موازی‌کاری و تداخل صلاحیت‌ها و اختیارات را در پی دارد، موجب اتلاف منابع و ناهماهنگی می‌شود و از منظر منطق حقوقی، نظم مبتنی بر قانون‌گذاری را نیز دچار چالش می‌کند.

۸. آیین رسیدگی به موضوعات شورای رقابت به عنوان تنها مرجع رسیدگی به رویه‌های ضد رقابتی، با بهره‌گیری از سازوکار آیین دادرسی در محاکم دادگستری و بدون توجه به اصول رقابت و مقتضیات خاص بازار اقتصادی ایران، ناظر بر اختیارات مبنی بر بازرسی و تحقیق به موجب ماده ۶۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است. مواردی از جمله تعریف اختیارات جامع و مانع تحقیق و بازرسی برای مرجع متولی رقابت، تسهیل دریافت مجوز تحقیق و بازرسی، الزام به ارائه اطلاعات و اسناد حساس با حفظ محرمانگی، تسهیل به‌کارگیری و توسعه ابزارهای تحقیقاتی کشف رویه‌های ضد رقابتی از جمله استفاده از ابزارهای فناوری اطلاعات، امکانات قوای انتظامی و استفاده از اطلاعات و اسناد در اختیار نهادهای نظارتی کشور به منظور تسریع در پیشبرد کارآیی تحقیقات پرونده‌های مطرح و تصمیم‌گیری‌های متناسب در شورای رقابت ضروری است.

۹. وظایف و اختیارات اجرایی مرجع متولی رقابت و ضمانت اجرای ارتکاب رویه‌های ضد رقابتی به درستی و دقت تبیین و احصا نشده است. در این راستا، گستره وسیعی از ابزارهای تنبیهی، اصلاحی، کنترلی، پیش‌گیرانه و تنظیمی در قالب ضمانت اجرای پیش‌بینی‌شده قانونی به شکل دستورهای الزامات ضد رقابتی، مسئولیت مدنی و نیز مجازات کیفری پیش‌بینی شده است. با این حال، باید اذعان داشت چون حقوق رقابت در زمینه تدارکات عمومی به منظور محافظت در برابر رفتارهای ضد رقابتی، نیازمند تکمیل مقررات و رویه‌هاست،^۱ اگرچه ضمانت اجرای موجود در فصل نهم قانون دارای مطلوبیت نسبی است، بازنگری در آن ضرورت دارد.

بند سوم. ایرادهای ناظر بر نحوه عملکرد و تعامل دستگاه‌های اجرایی مرتبط با حوزه کسب و کار با شورای رقابت

فارغ از شاخص‌ها و عوامل بیرونی اثرگذار بر محیط کسب و کار از جمله سطح نامناسب سرمایه‌گذاری خارجی، وضعیت نامناسب درآمدهای نفتی و اقتصاد غیر رسمی و غیر مولّد که نتیجه بوروکراسی و دیوان‌سالاری پیچیده نظام اداری است، رویکرد و نحوه تعامل و همکاری نهادهای درگیر در حوزه صدور مجوزها می‌تواند سبب برخی موانع و معضلات شود. بدیهی است به دلیل محدودیت منابع شرکت‌های کوچک و کارآفرین و نبود روابط مؤثر آنان با سیاست‌گذاران، آسیب این شرکت‌ها از محیط نامطلوب کسب و کار به مراتب، بیش‌تر از شرکت‌های بزرگ است.^۲ مهم‌ترین چالش‌های موجود در حوزه مجوزها از این نظر عبارتند از:

۱. نبود یک‌پارچگی و وحدت رویه در نظام مجوزدهی کشور و ابهام در مدارک، هزینه‌ها و مراحل اجرایی دریافت مجوز برای متقاضی آغاز یک فعالیت اقتصادی، در موارد متعدد با ایجاد فرآیند

1. Anderson, RD, Kovacic, WE & Muller, AC, "Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance", The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform 681, 1st ed, New York: Cambridge University Press, 2011.

۲. احمدپور داریانی، محمود، علی داوری و قاسم رمضان‌پور نرگسی، «محیط مساعد کسب و کار، پیش‌نیاز توسعه کارآفرینی در ایران»، فصل‌نامه مطالعات مدیریت بهبود و تحول، ۱۳۸۹، سال بیستم، شماره ۶۱، صص ۶۹-۸۵.

ناشفاف، طولانی و پرهزینه دریافت مجوز در فضای پریپیچ و خم قوانین و مقررات موجب تعلل مراجع صادرکننده مجوز از صدور مجوز در ظرف زمانی تعیین شده در درگاه ملی مجوزها و در نتیجه، شکایت متقاضیان به مرکز ملی رقابت برای تسریع در صدور مجوز شده است.^۱

۲. مقررات زایی و وجود قوانین و مقررات متعدد و موازی و متداخل در حوزه‌های مختلف مرتبط با صدور مجوزها موجب شده است شورای رقابت، مترصد شناسایی و پایش مقررات محدودکننده زایدی^۲ باشد که موجب رقابت غیر عادلانه در سایه الزامات مقررهای ناظر بر رعایت حریم صنفی، حدود جمعیتی و سهمیه‌بندی مجوزها شده است. تلاش برای حذف و یا کاهش تعداد مجوزهای موجود به جای پرداختن به موضوع شفافیت و اصلاح نقص و ابهام در اطلاعات بارگذاری شده توسط دستگاه‌های صادرکننده مجوز در درگاه ملی مجوزهای کشور در خصوص مواردی هم‌چون مدارک، زمان و مراحل دریافت مجوز، منجر به نادیده انگاشتن ماهیت، کارکرد و غرض اصلی از وضع مقررات مربوط به تسهیل کسب و کار شده است.

۳. ناهماهنگی، نبود همکاری و برقراری ارتباط مؤثر میان مرجع متولی رقابت و دستگاه‌های حاکمیتی مرتبط با بحث صدور مجوزها موجب کاهش اثربخشی مصوبات این مرجع در مرحله صدور و اجرای تصمیمات شورا شده است.

۴. با توجه به ماهیت مقررات‌زدایی که ناظر بر محدودسازی سطح دخالت دستگاه‌های اجرایی در حوزه کسب و کار با استفاده از ابزار حذف یک مجوز، ادغام مجوز و رفع انحصار از بازار مجوزی خاص است، مخالفت و مقاومت اشخاص و نهادهای دخیل در حوزه کسب و کار از دیگر چالش‌های شورای رقابت است.

۱. نبود وحدت رویه در فرآیند صدور، تمدید و لغو برای عنوان مجوزهای یکسان در کشور موجب شده است حتی در مواردی، مجوزهای کسب و کار در سطح کشور از یک استان به استان دیگر یا از یک شهر به یک شهر دیگر متفاوت باشد. در حد امکان، رویه صدور همه مجوزها در سطح کشور باید یکسان‌سازی شود.

۲. مطالعات بانک جهانی نیز نشان داده است بسیاری از کشورهایی که دارای فضای نامناسب کسب و کار هستند، بیش‌ترین حجم قوانین را در دنیا دارند. به دلیل اجرا نشدن این قوانین و نبود ضمانت اجرایی برای رعایت عادلانه ضوابط و مقررات، این قوانین نه تنها به قانون‌مداری و حاکمیت قانون کمک نمی‌کنند، بلکه موجب قانون‌گریزی بیش‌تر می‌شود. برای مطالعه بیش‌تر نک: فلاح حقیقی و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۱۶۳.

۵. وجود متولیان متعدد در قالب دستگاه‌های حاکمیتی و اجرایی موازی و نبود وحدت فرماندهی در نظام مجوزدهی کشور موجب شده است علاوه بر ایجاد سردرگمی برای فعالان اقتصادی، در فرآیندهای اجرایی نیز شورا با موازی‌کاری مواجه شود.

۶. ناهم‌سو بودن فرآیند صدور مجوزها با اهداف مطلوب مقررات‌گذاری و در پیش گرفتن سیاست‌های نادرست ملی و اقتصادی به دلیل شناخت نادقیق بازار در کنار بی‌ثباتی قیمت مواد اولیه و محصولات، تغییر در شرایط و فضای کسب‌وکار با تغییرات سیاسی و تغییر در مدیریت‌ها و نیز پیش‌بینی ناپذیری بازار به دلیل تغییرات ناگهانی قوانین و مقررات، سیاست‌ها و رویه‌های اجرایی ناظر بر کسب‌وکار سبب بی‌توجهی به ایجاد بازارهای رقابتی برای صنایع کوچک و زودبازده شده است.

۷. شناسایی و حذف برخی موارد شامل مراحل و فرآیندهای اشتباه یا زائد در حوزه صدور مجوزها توسط هیئت مقررات‌زدایی و ظهور آن‌ها به شکل رویه‌ای دیگر در فرآیندهای حاکم بر صدور مجوز از دیگر موارد چالش‌برانگیز برای شورای رقابت است.

در این میان، موانع ساختاری و تشکیلاتی دستگاه‌های اجرایی درگیر در حوزه مجوزها انکارناپذیر است که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: ضعف‌های فنی و زیرساختی ناظر بر فرآیند دریافت مجوزها، پیش‌بینی نشدن ضمانت اجراهای عملی و قابل اجرا در قوانین و مقررات برای متخلفان، فساد در فرآیندهای مجوزدهی (اعم از تبعیض، رشوه و اعمال نفوذ)، اعطای صلاحیت شخصی و جای‌گزینی حکومت شخص به جای حکومت قانون، الزام نکردن نهادهای بالادستی به سازمان‌ها و نهادهای مرتبط برای تعامل بیش‌تر با شورا. همه این موارد در کنار تسلط نامطلوب قوه تقنینی و قضایی کشور بر موضوعات حوزه حقوق رقابت، با اطاله در تصمیم‌گیری، تحمیل هزینه، ضعف مسئولیت و پاسخ‌گویی موجب بوروکراتیک شدن حوزه کسب‌وکار و ایجاد اختلال در عملکرد مرجع رقابتی می‌شود.

نتیجه‌گیری

محیط کسب‌وکار، مجموعه‌ای از عوامل، سیاست‌ها، شرایط حقوقی، نهادی و مقرراتی در حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فناوری است که بر عملکرد و اداره واحدهای اقتصادی حاکم است و تغییر دادن آن‌ها فراتر از اختیارات و قدرت مدیران بنگاه‌های اقتصادی است. تضمین بهبود محیط کسب‌وکار مستلزم تلاش دولت در عرصه سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی‌های صحیح اقتصادی به منظور فراهم‌سازی زمینه اشتغال در کشور است. به بیان دیگر، حق بر اشتغال از جمله حقوقی است که دولت در مورد آن هم تکلیف سلبی و هم ایجابی دارد؛ تکلیف سلبی آن است که دولت نباید اشخاص را از انتخاب شغل مناسب خودشان محروم کند. تکلیف ایجابی هم این است دولت در پرتو تضمین حقوق و آزادی‌های مدنی و سیاسی شهروندان، عهده‌دار فراهم‌کردن فضایی است که افراد به شغل دل‌خواه مشغول شوند.

شورای رقابت به عنوان یکی از نهادهای درگیر در حوزه مجوزهای کسب‌وکار با چالش‌های متعددی روبه‌روست. صدور مجوزها به جای تمرکز بر اصلاح رویه‌های نظام اداری و فرآیندهای اجرایی و اداری تسهیل صدور مجوزها، بر اصلاح نظام تقنینی و مقرراتی بدون تأکید بر نظارت و پاسخ‌گویی متمرکز شده است. نتیجه این رویکرد نیز تعدد قوانین، تصویب نامه‌ها و دستورالعمل‌ها در راستای سامان‌دهی مجوزهاست. در این میان، متقاضیان مجوز و فعالان اقتصادی هم‌چنان در مراجع صدور مجوز با موانع متعدد و «بار مقررات‌گذاری» مواجهند.

توجه بیش از حد به نظام قانونی و تصویب مکرر قوانین و مقررات ناسنجیده به تورم قوانین انجامیده و موجب سردرگمی عمومی به ویژه شورای رقابت و نادیده انگاشتن نقصان‌های نظام بوروکراسی شده است. باور عمومی و سیاست‌های جاری بدون نگرشی جامع و مبتنی بر ایجاد رقابت به سمت پذیرش مقررات‌زدایی به عنوان یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌های اصلاحات مربوط به فضای محیط کسب‌وکار هدایت نشده است. از این رو، فرآیندهای دریافت مجوز بسیار پیچیده و زمان‌بر است و افراد به راه‌اندازی کسب‌وکار و فعالیت‌های اقتصادی بدون مجوز روی می‌آورند.

در پایش و سنجش مستمر محیط کسب‌وکار و تلاش برای اصلاح نظام مجوزدهی و کاهش موانع پیش‌روی مرجع رقابتی باید چالش‌های موجود در فرآیند صدور مجوزها مانند نبود شفافیت و

پیچیده بودن در مرحله شروع کسب و کار برای فعالان اقتصادی بالقوه و مرحله انجام و اداره کسب و کار برای فعالان اقتصادی بالفعل بررسی شود. جای‌گزینی تدریجی نظارت پسینی بر نظارت پیشینی با توجه به ماهیت این دو نوع نظارت با استفاده از تجربه‌های دیگر کشورها و الزامات، شرایط اولیه و پیش‌نیازهای آن و تعیین شاخص‌هایی برای سنجش تکالیف قانونی در این زمینه به تعیین رویه نظارتی صحیح کمک می‌کند.

مداخله غیر ضروری دولت در کنار تحمیل هزینه، مانع جدی برای فعالان اقتصادی ایجاد می‌کند و یک از موانع پیش روی شورای رقابت است. مقررات‌گذاری متعدد به جای تسهیل مقررات و فرایندها و سامان‌دهی رفتارهای فعالان حوزه کسب و کار و برخلاف هدف غایی و کارکرد اصلی خود موجب تحمیل هزینه‌های متعدد بر حوزه کسب و کار و توسل افراد به قانون‌گریزی و توسعه اقتصاد غیر رسمی خواهد شد. مقررات سخت‌گیرانه باعث محدودیت رقابت، افزایش موانع ورود به بازار و تأمین بیش‌تر قدرت بازاری و سود صنایع بزرگ خواهد شد و مقررات پیچیده اداری برای دریافت مجوز سبب می‌شود مراجع صادرکننده مجوز، هزینه‌های اضافی و نامنصفانه بر کسب و کارها تحمیل کنند.

شورای رقابت با هدف برای پذیرش ضرورت دخالت و پررنگ‌تر کردن نقش نظارتی و تنظیمی دولت‌ها به عنوان ابزاری برای رفع موانع رقابت در بازار، توسعه بخش غیر دولتی و مدیریت رفتار بنگاه‌های اقتصادی و شناسایی رویه‌های ضد رقابتی در قالب «رفتارهای ضد رقابتی» و «ساختارهای ضد رقابتی» شکل گرفته است. با این حال، موانع، چالش‌ها و محدودیت‌های حوزه فضای کسب و کار در کشور که ناشی از ایرادهای موجود در رویه اجرایی و فرایندهای صدور مجوز در کشور یا نحوه نگارش مواد قانونی مربوط به حوزه مجوز از نظر ماهوی و شکلی است، نهاد متولی رقابت را از رسیدن به اهداف خود در حوزه مجوزها باز می‌دارد. رویکرد تسهیل یا تحدید در فرآیند صدور مجوزها به طور مستقیم، محیط کسب و کار را متأثر می‌سازد. بازار کار به دلیل اثرگذاری و اثرپذیری از دیگر بازارهای اقتصادی در اقتصاد نقش مهمی ایفا می‌کند. در وضعیت فعلی اقتصاد ایران و فشار تحریم‌های اقتصادی، توجه ویژه به ارکان اثرگذار در بهبود فضای کسب و کار به ویژه حوزه بنگاه‌های کوچک و متوسط به عنوان ضرورتی انکارناپذیر، از بدیهیات و اقتضائات نظم اقتصادی است.

در این میان، اعمال اصلاحات برای تسهیل و ساده‌سازی فرآیند صدور مجوزها در پرتو اصول رقابتی به این شرح پیشنهاد می‌شود:

۱. مطالعه تجربه کشورها در حوزه کسب و کار و استفاده از کمک‌های فنی و کارشناسی بانک جهانی با هدف ایجاد اصلاحات و بهبود محیط کسب و کار و تقویت رشد اقتصادی پایدار
۲. جمع بین حقوق فردی و حقوق اجتماعی و برقراری تعادل و توازن میان آزادی فرد و منافع جامعه با اصلاح نگاه پدرسالارانه و بی‌اعتمادی دولت به بخش خصوصی و جای‌گزینی آن با نگاه همکاری تکمیلی
۳. تأکید بر شفافیت قوانین و گردش اقتصادی و مبادلات در بازار برای پایش، انسجام بخشی و نظارت کامل بر روند اجرای قوانین ناظر بر بهبود فضای کسب و کار
۴. تمهیدات حمایتی برنامه‌ریزان اقتصادی و سیاست‌گذاران برای فراهم‌سازی شرایط لازم برای استان‌های کشور با هدف سازمان‌دهی فضای کسب و کار خود به کمک سرمایه انسانی (نیروی کار متخصص و با مهارت)
۵. نظارت نظام‌مند و رصد مداوم بازار توسط دستگاه‌های متولی برای اطلاع از وضعیت موجود نظام مجوزدهی کشور و تحلیل و ارزیابی عملکرد نهادها و دستگاه‌های اجرایی برای تسهیل‌گری و پایش مستمر محیط کسب و کار به منظور بهینه‌سازی و ایجاد وحدت رویه در عملکرد دستگاه‌های اجرایی در صدور مجوزها
۶. شناسایی گلوگاه‌ها و موانع موجود در شبکه مجوزدهی کشور در موارد مرتبط با شاخص‌های کمی نظیر مدت زمان صدور مجوز، هزینه صدور، مراحل اجرایی، مدارک دریافتی از متقاضیان و تعداد اعلام‌های مرتبط برای مجوزها و تلاش برای کاهش پیچیدگی و هزینه‌های فرآیندهای تنظیمی
۷. حمایت و مداخله اثربخش نهادهای نظارتی نظیر سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات و دادستانی کل کشور در فراهم‌سازی زمینه عملیاتی شدن مصوبات شورای رقابت به همراه پی‌گیری‌های جدی و مستمر تا پایان روند اجرا
۸. تدوین راهکارهایی توسط دستگاه‌های متولی مثل شورای رقابت برای تسریع در بررسی همه‌جانبه و شناسایی مقررات زائد و دست‌وپاگیر با توجه به ملاحظات اقتصادی در سطح خرد و کلان

۹. تعاملات و مذاکرات منظم میان دولت و تشکیلات و انجمن‌های موجود در حوزه کسب‌وکار برای افزایش میزان مشارکت اجتماعی در استراتژی‌های بهبود مستمر فضای کسب‌وکار و توسعه کارآفرینی
۱۰. تلاش برای ایجاد ثبات و امنیت اقتصادی و فرصت‌های سرمایه‌گذاری با قابلیت پیش‌بینی و پرهیز از تغییرات ناگهانی و مداوم در قوانین و مقررات، فرآیندها، رویه‌های اجرایی و سیاست‌های اقتصادی دولت
۱۱. ایجاد ارتباط مستمر میان نظام آموزشی کشور و نیازهای بازار کار و ترویج روحیه کارآفرینی و بهره‌گیری از فناوری‌های نوین برای بهبود فضای کسب‌وکار
۱۲. الزام مراجع و نهادهای صادرکننده مجوز و نیز متقاضیان دریافت مجوز به اجرای قوانین و مقررات با پیش‌بینی ضمانت اجراهای قابل اجرا یا عملی کردن ضمانت اجراهای موجود
۱۳. اعمال اصلاحات ساختاری در حوزه قوانین، مقررات و چارچوب‌های حقوقی حاکم بر ابعاد مختلف تأسیس و راهبری کسب‌وکارها با هدف اطمینان از انطباق چارچوب قانونی و حقوقی با نیازها و ضرورت‌های توسعه کارآفرینی در مقاطع مختلف زمانی و بهبود فضای حقوقی به نفع کسب‌وکارهای نوآور و در حال رشد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اسمیت، روناک ام.، **قواعد بین‌المللی حقوق بشر**، ترجمه: فاطمه کیهان‌لو، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
۴. دوسوتو، هرناندو، **راز سرمایه: چرا سرمایه‌داری در غرب موفق می‌شود و در جاهای دیگر شکست می‌خورد؟**، ترجمه: فریدون تفضلی، تهران: نی، ۱۳۸۵.

ب) مقاله

۱. احمدپور داریانی، محمود، علی داوری و قاسم رمضان‌پور نرگسی، «محیط مساعد کسب و کار، پیش‌نیاز توسعه کارآفرینی در ایران»، فصل‌نامه مطالعات مدیریت بهبود و تحول، ۱۳۸۹، سال بیستم، شماره ۶۱، صص ۶۹-۸۵.
۲. اصغرنیا، مرتضی و ولی رستمی، «درآمدی بر ویژگی‌های مقررات اقتصادی خوب و کارآمد در حقوق رقابت»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال پنجم، شماره ۱۵، صص ۷۳-۵۵.
۳. برزگر، عبدالرضا، «جایگاه و وظایف شورای رقابت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال اول، شماره ۳، صص ۱۷۷-۱۴۷.
۴. بیدار، زهرا و ابراهیم عبدی پورفرد، «تأملی بر قلمرو و اهداف اصول حقوق عمومی اقتصادی در پرتو آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۴۰۰، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
۵. تیموری، جلال، ابومحمد صادقی و محمد عسگرخانی، «درآمدی بر نقش مقررات‌زدایی در بهبود کیفیت اجرای حق توسعه اقتصادی: با تأکید بر قانون برنامه ششم توسعه ایران»، فصل‌نامه علمی مطالعات بین‌المللی پلیس، ۱۳۹۹، دوره یازدهم، شماره ۴۳، صص ۶۳-۳۸.

۶. شاطریان، محمود و جواد یحیی‌زاده، «هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال سوم، شماره ۶، صص ۱۶۰-۱۳۹.
۷. شیروی، عبدالحسین و نرگس سراج، «چگونگی تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدی در صنعت نفت، نهادهای متولی و رابطه آن‌ها»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، دوره پنجاهم، شماره ۲.
۸. صمدی‌فرد، حمید، شیرین شفیعی و محمدسعید شفیعی، «بررسی اصول و مبانی حقوق رقابت»، پژوهش‌نامه تطبیقی دادپیشگان، ۱۳۹۸، دوره دوم، شماره ۲، صص ۲۰-۱.
۹. عصمتی، زینب و اعظم عدالت‌جو، «زمینه‌های تحقق مقررات‌زدایی در صنعت برق جمهوری اسلامی ایران»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۳۹۷، سال یازدهم، شماره ۴۱.
۱۰. قربانی، فاضل، احمد سرلک و غلام‌علی حاجی، «تأثیر سرمایه‌انسانی و فضای کسب و کار بر رشد اقتصادی استان‌های ایران»، فصل‌نامه مدل‌سازی اقتصادی، ۱۳۹۹، سال چهاردهم، شماره ۲، پیاپی ۵۰.
۱۱. قنوانی، جلیل و مهشید جعفری‌هرندی، «مبانی ممنوعیت‌ها در حقوق رقابت (قانون سیاست‌های اجرایی اصل ۴۴ قانون اساسی)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۹، سال دوازدهم، شماره ۲۲، صص ۳۷۲-۳۴۵.
۱۲. مرکز مالمیری، احمد، «مجوززدایی به مثابه مقررات‌زدایی، تحلیل مفهومی مقررات‌زدایی در ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹، سال بیست و هفتم، شماره ۱۰۴.
۱۳. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «گزارش نظارت بر اجرای احکام قانونی مجوزهای کسب‌وکار؛ راستی‌آزمایی میدانی شرایط و مدارک مندرج در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار»، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۴۰۰، کد موضوعی ۲۲۰، شماره مسلسل ۱۷۷۵۱.
۱۴. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، «پایش ملی محیط کسب و کار ایران»، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴ (دوره بیست و سوم)، ۱۴۰۱.

2. Latin Source

1. Anderson, RD, Kovacic, WE & Muller, AC, "Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance", The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform 681, 1st ed, New York:Cambridge University Press, 2011.
2. Braithwaite, J, "Restorative Justice and Responsive Regulation". New York: Oxford University Press, 2002.
3. Evans, C, "Freedom of Religion under the European Convention On Human Rights", Oxford University Press, 2001.
4. Marks, S, Claopham, A, "International Human Rights Lexicon", Oxford University press, 2005.
5. Morris, C, "An Essay on the Modern State", New York and Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
6. Organization for Economic Co-Operation and Development OECD, "From Red Tape To Smart Tape: Administrative Simplification In OECD Countries", 2003.

رویکرد نظام حقوقی ایران به انتقال مالکیت ناشی از اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال دستگاه‌های دولتی

سعیده زرگر^۱، اصغر عربیان^۲، شهاب جعفری ندوشن^۳

چکیده

یکی از شیوه‌های رایج انتقال حق مالکیت، انتقال ناشی از اجرای اسناد رهنی است که چنین انتقالی عمدتاً جنبه قهری دارد و بدون تمایل مالک صورت می‌گیرد. به موجب اسناد رهنی معمولاً مدیون یا متعهد، مالی را وثیقه دین قرار می‌دهد تا در صورت اجرا نشدن تعهدات، داین (یا مرتهن) با اِبتنای بر این سند، طلب خود را از محل مورد رهن وصول کند. با این حال، در برخی موارد، اجرای اسناد رهنی چالش برانگیز است. از جمله این موارد، زمانی است که مال موضوع سند رهنی جزو اموال دولتی باشد؛ به طوری که انتقال قهری را با دشواری‌هایی همراه سازد یا در عمل، آن را به کلی ناممکن کند. چون امروزه در بیش‌تر کشورها، اشخاص حقوقی حقوق عمومی نیز می‌توانند همانند اشخاص خصوصی، متعهد اسناد رهنی واقع شوند، این چالش در بسیاری از کشورها قابل مشاهده است. در نظام حقوقی ایران نیز اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال برخی از دستگاه‌های دولتی با ابهام‌های متعددی همراه است.

با توجه به این موضوع، مقاله کنونی به بررسی مهم‌ترین ابهام‌ها و چالش‌های موجود در این زمینه پرداخته است. یافته‌های این پژوهش دلالت بر آن دارد که نظام حقوقی حاکم بر نحوه اجرای اسناد رهنی در خصوص اموال متعلق به نهادهای دولتی با توجه به ماهیت اموال (عمومی یا دولتی بودن)، نوع اعمال (حاکمیتی یا تصدی‌گری) و ماهیت قانونی نهاد وابسته (از نظر مؤسسه دولتی، نهاد عمومی غیر دولتی یا شرکت دولتی بودن)، متفاوت است. علاوه بر این، اجرای اسناد رهنی در خصوص نهادهای دولتی با چالش‌های متعدد حقوقی و غیر حقوقی مواجه است.

واژگان کلیدی: انتقال قهری، اموال غیر منقول، اموال عمومی، اموال دولتی، حق مالکیت، سند رهنی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران، saeideh.zargar67@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، asghar-arabian@yahoo.com

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

مقدمه

یکی از مرسوم‌ترین شیوه‌های تضمین ایفای تعهدات متعهد یا مدیون، تنظیم «سند رهنی» است که به موجب آن، وی مالی را وثیقه دین خود قرار می‌دهد تا در صورت اجرا نشدن تعهدات، داین (یا مرتهن) با ابتدای بر آن از طریق اداره ثبت اسناد و املاک، طلب خود را از محل مورد رهن وصول کند. در نظام حقوقی ایران، قانون مدنی، قانون ثبت اسناد و املاک و آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی)، این موضوع را پذیرفته و به ترسیم نظام حقوقی حاکم بر اسناد رهنی پرداخته‌اند. دستیابی متعهد له به حق خود از طریق اجرای اسناد رهنی در قوانین و مقررات ایران پیش‌بینی شده است. با این حال، در عمل، گاهی این سازوکارها کارآیی لازم را ندارند و نتوانسته‌اند متعهد له سند رهنی را به طلب خود برسانند. از جمله این موارد، زمانی است که اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال در اختیار دستگاه‌های دولتی مطرح باشد. از یک سو، اموال این نهادها از نوع اموال دولتی است و از دیگر سو، اعمال آن‌ها در بیش‌تر موارد از نوع اعمال حاکمیتی است. پس در برخی موارد، اعمال قواعد حقوق خصوصی حاکم بر اجرای اسناد رهنی در تقابل با قواعد حقوق عمومی با دشواری همراه شده، به طوری که انتقال حق مالکیت را دشوار یا به طور کلی، ناممکن ساخته است.

چالش‌های موجود در این زمینه عمدتاً موجب دست نیافتن محکوم له یا مرتهن به طلب خود می‌گردد و وی را به طرح دعوا نزد مراجع قضایی دادگستری ناچار می‌سازد. در عمل نیز در حال حاضر، یکی از چالش‌برانگیزترین دعاوی مطرح نزد مراجع قضایی، دعاوی مربوط به اجرای اسناد رهنی نسبت به دستگاه‌های دولتی است که این موضوع بر اهمیت موضوع از منظر نظام قضایی ایران دلالت دارد. علاوه بر این، در سال‌های اخیر، برخی قوانین مانند قانون بودجه سال ۱۳۹۸ (بند ه تبصره ۱۲)، به صراحت به ترهین و وثیق اموال غیر منقول مازاد نیاز دستگاه‌های اجرایی اشاره کرده‌اند که این تصریح قانونی نشان‌دهنده اهمیت موضوع است.

با توجه به اهمیت موضوع و چالش‌های موجود در این زمینه، مقاله کنونی به دنبال پاسخ به این سؤال است که قواعد مربوط به اجرای اسناد رهنی و انتقال حق مالکیت اموال اشخاص خصوصی تا چه اندازه بر اموال نهادهای دولتی قابل اعمال است؟

در راستای پاسخ به این سؤال، مقاله کنونی با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و براساس مطالعات کتابخانه‌ای به امکان‌سنجی اجرای اسناد رهنی و انتقال قهری حق مالکیت نسبت به اموال نهادهای دولتی و بررسی چالش‌های موجود در این زمینه می‌پردازد. به همین منظور، در بخش نخست مقاله در مورد امکان اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال دولتی توضیح می‌دهیم و در بخش دوم آن، موانع و چالش‌های موجود در زمینه اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال نهادهای دولتی را بررسی می‌کنیم.

گفتار نخست. امکان‌سنجی اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال دستگاه‌های دولتی

به منظور بررسی امکان اجرای اسناد رهنی و انتقال مالکیت اموال نهادهای دولتی، در درجه نخست لازم است مفاهیم سند رهنی و نهادهای دولتی تبیین شود. به همین جهت، در این بخش ابتدا به این موضوع پرداخته می‌شود. پس از آن، در قسمتی دیگر، انواع اموال نهادهای دولتی و امکان اجرای اسناد رهنی نسبت به آن‌ها بررسی خواهد شد.

بند اول. مفهوم سند رهنی و نهادهای دولتی

اکنون در مورد مفاهیم کلیدی این پژوهش شامل سند رهنی و نهادهای دولتی توضیح می‌دهیم.

الف. سند رهنی

در تعریف «سند رهنی» یا «سند وثیقه‌ای» گفته شده است: سندی است که به موجب آن، مدیون، مال منقول یا غیر منقولی را وثیقه دین خود قرار می‌دهد و در صورت عدم اجرای تعهدات از سوی وی، داین (مرتهن)، درخواست صدور اجرائیه به منظور استیفای طلب خود از محل مورد رهن می‌نماید.^۱ در نظام حقوقی کامن‌لا، رهن و وثیقه‌گذاری به عنوان تضمین عینی، طلبکار را در قبال اعسار بدهکار حمایت می‌کند؛ به طوری که طلبکار در صورت اعسار بدهکار نسبت به اموال وی حق تقدم خواهد داشت.^۲

۱. اکبری‌زاده مشکانی، محمدتقی، «ماهیت و آثار حقوقی اسناد وثیقه‌ای در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه دولتی قم، ۱۳۹۰، ص ۲۱.

۲. Bradgate, Robert, White, Fidelma, **Commercial Law**, Legal Practice Course Guides, 2th edition, New York: Oxford University Press, 2009, p. 323.

سند رهنی می‌تواند به صورت رسمی یا عادی باشد. در بیش‌تر موارد، اسناد رهنی یا وثیقه‌ای از نوع اسناد رسمی هستند که معمولاً در خصوص اموال غیر منقول و اموال منقول ثبت شده متصور است. در این موارد، به رهن گذاشته شدن مال در دفاتر اسناد رسمی ثبت می‌گردد و سوابق آن در اداره ثبت اسناد و املاک درج می‌شود و در صورت پرداخت نشدن دین یا انجام نشدن تعهد از سوی مدیون، مرتبه‌ن می‌تواند از طریق مراجع ذی‌صلاح، درخواست صدور اجراییه کند.

در مواردی که سند رهنی به صورت یک سند عادی تنظیم می‌شود، مال موضوع رهن فاقد سابقه ثبتی است. در این صورت، شخص مدیون به موجب یک سند عادی بر اساس قواعد حقوق مدنی، مال منقول یا غیر منقول ثبت نشده‌ای را وثیقه دین یا تعهد خود قرار می‌دهد. سند رهنی رسمی و سند رهنی عادی از نظر مرجع صلاحیت‌دار برای اجرا نیز متفاوتند؛ چون عملیات اجرایی سند رهنی عادی یا ثبت نشده منحصراً در صلاحیت دادگاه است، اما اجرای سند رهنی رسمی را علاوه بر دادگاه می‌توان از اداره ثبت اسناد و املاک محل وقوع ملک نیز خواستار شد.^۱ چون در حال حاضر، در نظام حقوقی ایران به موجب قوانین و مقررات، بیش‌تر اموال دولتی دارای اسناد رسمی هستند، تهرین اموال دولتی نیز عمدتاً در مورد این دسته از اموال مطرح می‌شود.^۲

بر اساس تعاریف بیان شده از سند رهنی، اشخاص حقیقی یا حقوقی (همانند نهادهای دولتی)، ممکن است (در قالب یک عقد بیع یا عقود دیگر) به یکی از این سه صورت، متعهد یک سند رهنی واقع شوند:

۱. متعهد به پرداخت مال معین؛

۲. متعهد به پرداخت دین پولی (مانند تودیع رهن در خصوص وام بانکی)؛

۳. متعهد به انجام یک عمل (مانند تعهد یک شرکت دولتی در زمینه راه‌سازی به حسن انجام کار).

ب. نهادهای دولتی

در نظام حقوقی ایران، ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶) بیان می‌دارد: «کلیه وزارت خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه

۱. موسوی، سیده حورا، «اجرای اسناد وثیقه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰، ص ۶۴.

۲. نک: آیین‌نامه مستندسازی و تعیین بهره‌بردار اموال غیر منقول دستگاه‌های اجرایی (مصوب ۱۳۸۲ با اصلاحات بعدی).

دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است، از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند».

با توجه به این ماده قانونی، همه دستگاه‌های اجرایی به جز مؤسسات عمومی غیر دولتی، نهادهای دولتی به شمار می‌آیند که در یک تقسیم‌بندی کلی، مجموع آن‌ها را می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد:

نخست. وزارت خانه: «وزارت خانه، واحد سازمانی مشخصی است که تحقق یک یا چند هدف از اهداف دولت را بر عهده دارد و به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و توسط وزیر اداره می‌گردد».

دوم. مؤسسه دولتی: «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد، انجام می‌دهد. کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود».

سوم. شرکت دولتی: «بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزو وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارت خانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده، مادام که بیش از پنجاه درصد سهام آن‌ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد، شرکت دولتی است».

چهارم. برخی دستگاه‌ها یا مؤسسات که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر یا تصریح نام است. اداره حقوقی قوه قضاییه در توصیف این مؤسسات بیان داشته است: «مراد از مؤسسات یا شرکت‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام آن‌ها است، مؤسسات یا شرکت‌های دولتی یا عمومی غیر دولتی است که عموماً قانونی و به بیان دیگر، قوانین و مقررات عمومی دولت شامل آن‌ها نمی‌شود، مگر با ذکر نام آن‌ها در مورد خاص. ملاک تشخیص این قبیل مؤسسات و شرکت‌ها، مقررات قانون تشکیل و اساس نامه قانونی آنهاست»^۱.

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۳۴۷، مورخ ۱۳۸۴/۳/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه.

ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، برخی از مصادیق این دستگاه‌ها را بیان داشته است که عبارتند از: شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی.

در بیش‌تر موارد، ماهیت و نوع دستگاه‌های اجرایی از نظر دولتی یا غیر دولتی بودن با توجه به معیارهای بیان‌شده در قوانین قابل تعیین است. با این حال، در برخی موارد به دلایلی چون مشخص نبودن میزان بهره‌مندی از بودجه دولتی و نیز تصریح نشدن به نوع ماهیت قانونی آن‌ها در قوانین و مقررات، در ماهیت قانونی آن‌ها ابهام وجود دارد و این موضوع تا حد زیادی بر نظام حقوقی حاکم بر توقیف اموال این نهادها و اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال این نهادها اثر می‌گذارد. در واقع، تشخیص انواع نهادهای دولتی از آن جهت اهمیت دارد که نظام حقوقی حاکم بر اموال هر یک از این نهادها ممکن است با نهاد دولتی دیگر تا حدی متفاوت باشد. برای مثال، به باور اداره حقوقی قوه قضاییه^۱ و نیز برخی قضات، چون در قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی (مصوب ۱۳۶۵) به شرکت‌های دولتی اشاره نشده است، اگر محکوم علیه، شرکت دولتی باشد، قواعد مربوط به این قانون، قابل اعمال نیست. در نتیجه، برخلاف وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی که در آن قانون یاد شده‌اند، اموال شرکت‌های دولتی، همانند اموال دیگر اشخاص خصوصی قابل توقیف است و مشمول امتیاز داشتن مهلت برای پرداخت دین (به شرح مندرج در قانون فوق) نمی‌شود.^۲

بند دوم. انواع اموال نهادهای دولتی

نهادهای دولتی، انواع متعددی از اموال منقول و غیر منقول را در اختیار دارند. در خصوص اموال منقول باید گفت ماده ۴ آیین‌نامه اموال دولتی (مصوب ۱۳۷۲ با اصلاحات بعدی)، اموال منقول را به اموال منقول مصرفی، اموال منقول غیر مصرفی و اموال منقول در حکم مصرفی تقسیم و آن‌ها را تعریف کرده است. اموال غیر منقول در اختیار نهادهای دولتی را نیز بر اساس تقسیم‌بندی مرسوم

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۴۳۶، مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۲ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۲. نک: صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان ملارد، مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۳ و صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان بجنورد، مورخ ۱۳۹۷/۹/۱ قابل دسترسی در سامانه نشست‌های قضایی قضات.

در قانون مدنی می‌توان به چهار دسته غیر منقول ذاتی، غیر منقول در اثر عمل انسان (اکتسابی)، غیر منقول حکمی و غیر منقول تبعی تقسیم کرد. در مورد اموال منقول و غیر منقول نهادهای دولتی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اجرای اسناد رهنی نسبت به آن‌ها امکان‌پذیر است؟

در نظام حقوقی ایران، قوانین و مقررات موجود به صراحت به این موضوع اشاره‌ای ندارند. برای پاسخ‌گویی به سؤال یادشده، نخست باید مشخص شود اموال در اختیار نهادهای دولتی قابل توثیق هستند یا خیر؟ به عبارت دیگر، باید مشخص شود که آن اموال قابل انتقال یا واگذاری است یا خیر؛ زیرا موضوع عقد رهن باید به گونه‌ای باشد که از نظر قانونی قابلیت انتقال و فروش داشته باشد، به طوری که اگر رهن به تعهد خود عمل نکند یا دین را نپردازد، مرتهن بتواند از طریق انتقال آن به حقوق خود دست یابد.

قواعد حاکم بر ترهین اموال در نظام حقوقی ایران به ویژه در قانون مدنی (مواد ۷۷۲ تا ۷۷۴) به طور مجزا پیش‌بینی شده است. با این حال، بررسی مواد قانون مدنی در زمینه عقد رهن و قوانین دیگر از جمله قانون ثبت اسناد و املاک در این زمینه دلالت بر آن دارد که در حقوق ایران، توصیف دقیقی از اموال قابل توثیق وجود ندارد.^۱ این در حالی است که در نظام حقوقی بسیاری از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، قوانین خاصی در این خصوص وضع شده است. برای مثال، قانون شماره ۸۵۳۷ آلبانی (مصوب ۱۹۹۹) با عنوان «اموال توثیقی»، مقررات جامعی در این زمینه دارد.^۲

به نظر می‌رسد برای روشن شدن پاسخ این سؤال لازم است ماهیت اموال در اختیار نهادهای دولتی روشن شود؛ زیرا قواعد حاکم بر اموال نهادهای دولتی با توجه به ماهیت قانونی آن اموال، تا حد زیادی متفاوت است. در خصوص ماهیت این اموال می‌توان گفت که به تصریح برخی قوانین، اموال تحت اختیار نهادهای دولتی در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته اموال عمومی و اموال دولتی (به معنای اخص) تقسیم می‌شوند.

در خصوص اموال عمومی یا اموال دولتی در معنای اعم (که در قوانین و مقررات با تعبیرهای دیگر هم چون مشترکات عمومی و اموال ملی نیز به کار رفته است) باید گفت به موجب مواد ۲۵ و ۲۶

۱. سیفی، غلام‌علی و عطیه شمس‌اللهی، «مطالعه تطبیقی روند تحول نظام توثیق اموال»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، شماره ۳، ۱۳۹۳، ص ۷۲.

2. Röver, Jan-Hendri, *EBRD's Model Law on Secured Transactions – Are There Lessons to be Learnt?*, UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions, Vienna, 2010, p. 3.

قانون مدنی، اموال عمومی، سه نوع هستند:

۱. اموال دولتی که معداً است برای مصالح یا انتفاعات عمومی، مانند استحکامات و قلاع و خندق‌ها و خاکریزهای نظامی و قورخانه و اسلحه و ذخیره سفاین جنگی و هم‌چنین اثاثیه و ابنیه و عمارات دولتی و سیم‌های تلگرافی دولتی و موزه‌ها و کتاب‌خانه‌های عمومی و آثار تاریخی و اموال آن‌ها و بالجمله آن‌چه از اموال منقول و غیر منقول که دولت به عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد؛

۲. اموالی که موافق مصالح عمومی به ایالت و ولایت یا ناحیه یا شهری اختصاص یافته باشد؛

۳. اموالی که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد، مانند پل‌ها و کاروان‌سراها و آب‌انبارهای عمومی و مدارس قدیمه، میدانگاه‌های عمومی و قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم باشد. در نظام حقوقی ایران، قوانین و مقررات در زمینه قابل‌ترهین بودن یا نبودن اموال عمومی ساکت است. با این حال، با استنباط از قوانین و مقررات می‌توان حکم قابلیت‌ترهین این اموال را مشخص کرد. به موجب این مواد قانونی، اموال عمومی را نمی‌توان تملک کرد. در نتیجه، دولت، مالک این اموال محسوب نمی‌شود، بلکه تنها اداره آن اموال را بر عهده دارد.

به رهن دادن اموال معمولاً توقیف آن را به دنبال دارد و اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال ممکن است در نهایت موجب تملک مال موضوع وثیقه شود. بنابراین، وثیقه‌گذاری اموال عمومی که ممکن است به توقیف و تملک این اموال منجر شود، از سوی نهادهایی که آن اموال در اختیار آن‌هاست، امکان‌پذیر نیست. در واقع، با هدف حفظ این اموال و لزوم تداوم خدمات عمومی، ایجاد حقوق عینی مدنی به نفع افراد بر اموال عمومی امکان‌پذیر نیست و استمرار کاربری این اموال، مانع توقیف آن‌ها توسط اشخاص دیگر است.^۱ در نظام قضایی ایران نیز بیش‌تر قضاات میان اموال عمومی با کاربری استفاده عموم و اموال دولتی برای استفاده دولت تفکیک می‌کنند و اموال عمومی را قابل توقیف نمی‌دانند.^۲

۱. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، «قاعده عدم امکان توقیف اموال عمومی و دولتی در ایران: رویکردی انتقادی-تطبیقی»، فصل‌نامه پژوهش عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، ص ۱۵۷.

۲. نک: صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان محمودآباد مازندران، مورخ ۱۳۹۸/۶/۷ و صورت جلسه نشست قضایی دادگستری شهرستان قم، مورخ ۱۳۹۸/۹/۷.

در مورد اموال دولتی در معنای اخص باید گفت این اموال برای استفاده دولت (در معنای عام)، تخصیص می‌یابد و به طور مستقیم یا غیر مستقیم برای استفاده عموم در نظر گرفته نشده است. آیین‌نامه اموال دولتی (مصوب ۱۳۷۲) در توصیف این اموال بیان می‌دارد: «اموال دولت، اموالی است که توسط وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی که صد درصد سهام آن متعلق به دولت است، خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند». (ماده ۲) در واقع، این اموال تحت تملک دستگاه‌های دولتی قرار دارد و جزو دارایی‌های دولت محسوب می‌شود. در نظام حقوقی ایران، این اموال با رعایت شرایط مقرر در قانون قابل انتقال است.^۱

با این حال، در زمینه امکان وثیقه‌گذاری اموال دولتی (در معنای خاص)، نظرهای مختلفی وجود دارد. برخی قضات در خصوص امکان وثیقه‌گذاری این اموال بر این عقیده‌اند: وثیقه در حقیقت، توقیف مال وثیقه‌گذار است و در قوانین ایران، تصریحی به امکان وثیقه‌گذاری اموال دولتی وجود ندارد. حتی در قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی (مصوب ۱۳۶۵)، اگر اداره‌ای، محکوم علیه واقع شده باشد، قانون، اجازه توقیف مال آن را نداده است. بنابراین، نمی‌توان مال دولت را به عنوان وثیقه ارائه داد و آن را توقیف کرد. علاوه بر این، تخلف وثیقه‌گذار (نهاد دولتی وثیقه‌گذار) از تعهد خود، ضبط مال موضوع وثیقه را به دنبال دارد. حال آن‌که تملک اموال دولتی، تابع تشریفات قانونی خاصی است^۲ و هم‌چنان‌که در برخی از آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بیان شده است، این تشریفات باید رعایت شود.^۳

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در یکی از نظریه‌های مشورتی بیان داشته است: «با توجه به مواد ۱۱۲ تا ۱۱۴ قانون محاسبات عمومی (مصوب ۱۳۶۶)، از آن جایی که اموال غیر منقول دولت و شرکت‌های دولتی قابل نقل و انتقال با شرایط معینی است که وثیقه‌گذاری آن از شمول آن خارج است و مطابق با ماده ۱۳ قانون مذکور که وجوه عمومی را تعریف نموده و مصرف آن را فقط به موجب

۱. مواد ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۱۲، ۱۱۵، ۱۱۷ و ۱۱۸ قانون محاسبات عمومی (مصوب ۱۳۶۶) و نیز ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۸۱)، نحوه نقل و انتقال اموال غیر منقول و منقول دولتی را بیان کرده است.

۲. مرکز آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی در مسائل آیین دادرسی کیفری (جلد ۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۰، ص ۱۸.

۳. رأی شماره ۷۴۸، مورخ ۱۴۰۱/۴/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

قانون برای مصارف عمومی تجویز کرده است، از این رو، استفاده غیر از موارد یادشده خلاف و فاقد جواز قانونی و شرعی است»^۱.

با این حال، بیش‌تر حقوق‌دانان، حق دولت بر اموال دولتی (در معنای خاص) را شبیه حق مالکیت افراد بر دیگر اموال می‌شمارند و مالکیت این اموال را قابل نقل انتقال به اشخاص خصوصی می‌دانند. از نظر آنان، این اموال توسط اشخاص خصوصی قابل تملک و از طرف طلبکاران دولت نیز قابل توقیف است.^۲

این رویکرد که با موازین حقوقی سازگارتر به نظر می‌رسد، از برخی قوانین و مقررات موجود نیز قابل استنباط است. برای مثال، قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی (مصوب ۱۳۶۵) مقرر می‌دارد: «وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی که درآمد و مخارج آن‌ها در بودجه کل کشور منظور می‌گردد، مکلفند وجوه مربوط به محکوم به دولت در مورد احکام قطعی دادگاه‌ها و اوراق لازم‌الاجرای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی و یا اجرای دادگاه‌ها و سایر مراجع قانونی را با رعایت مقررات از محل اعتبار مربوط به پرداخت تعهدات بودجه مصوب سال‌های قبل منظور در قانون بودجه کل کشور و در صورت عدم وجود و عدم امکان تأمین از محل‌های قانونی دیگر در بودجه سال بعد خود منظور و پرداخت نمایند. اجرای دادگستری و ادارات ثبت اسناد و املاک و سایر مراجع قانونی دیگر مجاز به توقیف اموال منقول و غیر منقول وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی که اعتبار و بودجه لازم را جهت پرداخت محکوم به ندارند، تا تصویب و ابلاغ بودجه یک سال و نیم بعد از سال صدور حکم نخواهند بود».

مفهوم مخالف قسمت پایانی این ماده آن است که اگر وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی، اعتبار و بودجه لازم برای پرداخت محکوم به را داشته باشند، دوایر اجرای ادارات ثبت اسناد و املاک، مجاز به توقیف اموال منقول و غیر منقول آن‌ها نیست. پس امکان توثیق آن‌ها نیز وجود دارد.

هم‌چنین ماده ۱۵ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (مصوب ۱۳۹۳) در خصوص «اجرای احکام صادره از محاکم حقوقی در رابطه با محکومیت یا استرداد اموال

۱. نظریه مشورتی شماره ت/۳۲۴۹۳، مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۶ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۲. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۸، ص ۶۸.

منقول و غیر منقول در اختیار نیروهای مسلح با رعایت کلیه مهلت‌های قانونی مقرر^۱ سخن گفته است. به موجب این ماده، امکان استرداد اموال دولتی در اختیار نیروهای مسلح به عنوان بخشی از دولت در معنای عام کلمه وجود دارد. بر این اساس می‌توان گفت چون امکان توقیف، استرداد، فروش و تملک این اموال وجود دارد، به طریق اولی، امکان به رهن گذاشتن آن‌ها که درجه ضعیف‌تری از اعمال حق اشخاص است، وجود خواهد داشت.

علاوه بر این‌ها، قانون بودجه سال ۱۳۹۸ (در بند ه تبصره ۱۲)، به صراحت به تهرین و توثیق اموال غیر منقول مازاد نیاز دستگاه‌های اجرایی اشاره کرده و آیین‌نامه اجرایی آن به وزارت اقتصاد و امور دارایی اجازه داده است: «از طریق واحدهای ستادی و استانی خود، اموال غیر منقول مازاد در اختیار دستگاه‌های اجرایی را با هماهنگی دستگاه مربوط به صورت کلی یا جزئی از طریق اجاره بلندمدت، انتشار صکوک اجاره، تهرین و توثیق، مولدسازی نموده یا به فروش برساند. اموال و دارایی‌های منقول مازاد دولت نیز مشمول فروش می‌باشند». (ماده ۲)

مقرر قابل ذکر دیگر در این زمینه، «آیین‌نامه (ضوابط کلی) نحوه مدیریت وجوه، ذخایر و سرمایه‌گذاری‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی و عمومی غیر دولتی فعال در قلمروهای مختلف نظام تأمین اجتماعی و سازمان‌ها، مؤسسات و صندوق‌های بیمه اجتماعی و بازنشستگی کشور» (مصوب ۱۳۹۸ هیئت وزیران) است که مقرر می‌دارد: «استفاده از وجوه و ذخایر هر یک از دستگاه‌های مشمول جهت تضامین و وثیقه تعهدات و دیون آن حداکثر تا سقف ده درصد ارزش روز وجوه و ذخایر آن مجاز می‌باشد». (تبصره ۲ ماده ۸)

بنابراین، در نظام حقوقی ایران، تهرین اموال دولتی با رعایت شرایط و تشریفات پذیرفته شده است. چنین تشریفات در بسیاری از نظام‌های حقوقی در مورد تهرین اموال دولتی قابل مشاهده است. برای مثال، در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا با هدف صیانت از اموال دولت (با این دیدگاه که دولت در صورت دسترسی به آن‌ها قادر به حسن انجام وظایف قانونی خواهد بود)، تهرین اموال دولتی با تشریفات متعددی همراه است.^۱

1. **Protection of Government Property**; Real Property, United States Department of Justice, 2020, available at: www.justice.gov/jm/jm-9-66000-protection-government-property.

گفتار دوم. موانع و چالش‌های اجرای اسناد رهنی نسبت به نهادهای دولتی

سازوکارهای اجرای اسناد رهنی در نظام حقوقی ایران تعیین شده است، ولی اجرای این اسناد نسبت به نهادهای دولتی گاهی با موانع و چالش‌هایی روبه‌روست که مجموع آن‌ها را می‌توان به موانع و چالش‌های حقوقی و غیر حقوقی تقسیم کرد.

بند اول. موانع و چالش‌های حقوقی

دو نمونه از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی قابل ذکر در این زمینه عبارتند از: ابهام و نارسایی قوانین و ناکافی بودن ضمانت اجراهای قانونی.

الف. ابهام و نارسایی قوانین

نخستین چالش و مشکل اجرای اسناد رهنی علیه نهادهای دولتی را باید ابهام یا نارسایی قوانین موجود دانست؛ زیرا صرف نظر از این که در زمینه اجرای اسناد لازم‌الاجرا علیه دستگاه‌های اجرایی، قوانین و مقررات بسیار معدودی وجود دارد، در هیچ قانون یا مقرره‌ای به طور صریح به فرآیند اجرای اسناد رهنی علیه اموال نهادهای دولتی اشاره نشده است. مفاد آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی)، شامل هر نوع اجرای سند رهنی نسبت به اموال همه اشخاص حقوقی می‌شود. با این حال، مفاد این آیین‌نامه کلی بوده و به همه اموال (متعلق به اشخاص خصوصی و دولتی) به یک دیده نگریسته است؛ بدون آن که با توجه به وضعیت خاص نهادهای دولتی، متضمن قاعده‌ای خاص در زمینه اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال آن‌ها باشد.

تصویب برخی قوانین و مقررات در این زمینه می‌تواند موجب کاهش نارسایی‌های قانونی در زمینه اجرای اسناد لازم‌الاجرا شود، ولی در عمل، اراده جدی برای این موضوع وجود نداشته و گام‌چندانی در این راستا برداشته نشده است. برای مثال، تبصره ۱ ماده ۱۱۳ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۳۹۵) که در راستای بند «ب» این ماده است،^۱ مقرر می‌دارد: «آیین‌نامه

۱. بند «ب» ماده ۱۱۳ این قانون بیان می‌دارد: «به منظور افزایش دقت و سرعت در ارائه خدمات قضایی، تحقق عدالت قضایی و احیای حقوق عامه، ارتقای کیفیت و کاهش اطاله دادرسی و ایجاد فرصت برابر برای دسترسی آحاد مردم به خدمات قضایی و کاهش ورودی پرونده‌ها و پیش‌گیری از وقوع جرم و دعاوی و اصلاح مجرمان و کاهش جمعیت کیفری: ... ب) مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا از طریق ادارات اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور

اجرائی این بند به پیشنهاد وزارت دادگستری و با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب رئیس قوه قضاییه می‌رسد»، اما از زمان تصویب این قانون تاکنون، چنین آیین‌نامه‌ای تصویب نشده است.

علاوه بر این، قسمتی از ابهام قوانین به ابهام در ماهیت قانونی برخی دستگاه‌های اجرایی مربوط است، به طوری که تشخیص ماهیت قانونی برخی از این نهادها دشوار است. حتی در برخی موارد، نهادهای دولتی با به تصویب رساندن برخی قوانین برای پایان دادن به این ابهام‌ها تلاش کرده‌اند. برای مثال، سازمان اتکا که ماهیت قانونی آن مبهم بود، لایحه‌ای به مجلس تقدیم کرد تا به قانون فهرست مؤسسات عمومی غیر دولتی اضافه گردد. با این حال، چون این سازمان، برخی ویژگی‌های یک مؤسسه دولتی را داشت و ماهیت آن از همه جهت با مؤسسات عمومی غیر دولتی قابل تطبیق نبود،^۱ نتوانسته است خود را در گروه مؤسسات عمومی غیر دولتی جای دهد.

جلوه دیگری از ابهام در قوانین، ابهام در ماهیت اموال نهادهای دولتی است. برای مثال، اساس‌نامه بنیاد تعاون ارتش، از یک سو، این نهاد را یک مؤسسه عمومی غیر انتفاعی و از دیگر سو، همه سرمایه و دارایی‌های بنیاد را متعلق به مقام معظم ولایت فقیه دانسته است. (ماده ۲۳)

چون ماهیت قانونی نهادهای دولتی و ماهیت اموال آن‌ها در امکان داشتن یا نداشتن اجرای اسناد رهنی نسبت به آن‌ها مؤثر است، چنین ابهاماتی، دایره شمول و امکان اجرای اسناد رهنی نسبت به آن‌ها را مبهم ساخته است.

ب. ناکافی بودن ضمانت اجرای قانونی

یکی دیگر از مشکلات اجرای اسناد رهنی علیه نهادهای دولتی را که به مسائل تقنینی بازمی‌گردد، باید ناکافی بودن ضمانت اجرای کیفری و حقوقی دانست. بررسی‌ها نشان می‌دهد اجرای

اجرا می‌شوند. ادارات مذکور مکلفند بلافاصله پس از تقاضای اجرائیه نسبت به شناسایی و توقیف اموال مدیون اقدام کنند. چنان‌چه مرجع مذکور نتواند ظرف مدت دو ماه از تقاضای اجرا نسبت به شناسایی و توقیف اموال متعهد سند اقدام کند یا ظرف مدت شش ماه نسبت به اجرای مفاد سند اقدام نماید، متعهد له سند می‌تواند با انصراف از اجرای مفاد سند به محاکم دادگستری رجوع نماید».

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «اظهار نظر کارشناسی درباره: لایحه الحاق سازمان تعاونی کادر نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران (اتکا) به فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی»، ۱۳۹۱، صص ۱-۲.

احکام قطعی و لازم‌الاجرای صادرشده از دادگاه‌ها علیه نهادهای دولتی به ویژه نهادهای وابسته به نیروهای مسلح در برخی موارد به دلایل مختلف با مقاومت مقامات سیاسی یا نظامی مواجه شده است.^۱ چنین مقاومت‌هایی تا حد زیادی به فرهنگ بی‌احترامی به قانون بازمی‌گردد و در جامعه ایران تاکنون در مورد بسیاری از دستگاه‌های دولتی سابقه داشته است.^۲

اجرا نشدن اسناد رهنی نسبت به برخی نهادهای دولتی به ویژه نهادهای وابسته به نیروهای مسلح، احتمال بیش‌تری دارد؛ زیرا برخلاف ممانعت در برابر اجرای احکام قطعی دادگاه‌ها که در نظام حقوقی ایران جرم‌انگاری شده و دارای ضمانت اجرای کیفری است،^۳ در مورد مقاومت دستگاه‌های دولتی از جمله مقامات نهادهای نظامی و انتظامی در برابر اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا، ضمانت اجرای کیفری مؤثری وجود ندارد. تنها ماده قانونی که می‌توان ضمانت اجرای کیفری را (در این زمینه) از آن استنباط کرد، ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات، مصوب ۱۳۷۵) است.^۴ با این حال، در خصوص بازدارنده بودن مجازات مقرر در این ماده، تردید وجود دارد.

علاوه بر کافی نبودن ضمانت اجرای کیفری، ضمانت اجراهای مدنی نیز در این زمینه با نارسایی‌هایی همراه است. ضمانت اجراهای مدنی مربوط به اسناد رهنی عمدتاً مربوط به جبران خسارت ناشی از انجام نشدن تعهد یا تأخیر در انجام آن است. در نظام حقوقی ایران در مورد ممانعت یا استنکاف

۱. مقاومت نیروی هوایی ارتش (واقع در شهرستان محمودآباد مازندران) در برابر حکم خلع ید صادره از سوی یکی از دادگاه حقوقی در مرداد سال ۱۳۹۸، نمونه‌ای از این مدعاست (به نقل از: خبرگزاری فارس، مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۹).

۲. شهبازی‌راد، رضا، «آسیب‌شناسی اجرای احکام علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران»، ماه‌نامه پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۱۷، ۱۳۹۶، ص ۴۵.

۳. برای مثال، ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) مقرر می‌دارد: «تمام ضابطان دادگستری، نیروهای انتظامی و نظامی، مقامات و مستخدمان وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیر دولتی و سازمان‌ها و نهادهایی که شمول قانون بر آنان مستلزم ذکر یا تصریح نام است، در حدود وظایف خود مکلفند دستور قاضی اجرای احکام کیفری را در مقام اجرای رأی که مرتبط با اجرای آن است، رعایت کنند. متخلف از مقررات این ماده، علاوه بر تعقیب انتظامی و اداری به مجازات مقرر قانونی نیز محکوم می‌شود».

۴. ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۶) بیان می‌دارد: «چنان‌چه هر یک از صاحب‌منصبان و مستخدمین و مأمورین دولتی و شهرداری‌ها در هر رتبه و مقامی که باشد، از مقام خود سوء استفاده نموده و از اجرای اوامر کتبی دولتی یا اجرای قوانین مملکتی و یا اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی یا هر گونه امری که از طرف مقامات قانونی صادر شده باشد، جلوگیری نماید، به انفصال از خدمات دولتی از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد.»

از اجرای احکام دادگاه‌ها در برخی قوانین، ضمانت اجراهای مدنی صریحی وجود دارد.^۱ با این حال، در مورد خسارت ناشی از اجرا نشدن اسناد رهنی، مقررات موجود سکوت کرده‌اند. حتی آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا (مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی) نیز که در ماده ۴ از خسارت تأخیر تأدیه سخن گفته است،^۲ ناظر بر خسارت ناشی از اجرا نشدن سند رهنی (یا خسارت ناشی از تخلیه نشدن ملک یا تحویل ندادن مال موضوع سند) نیست. بنابراین، با توجه به سکوت قانون‌گذار در مورد جبران خسارت ناشی از اجرا نشدن سند رهنی باید به قواعد کلی مسئولیت مدنی مراجعه کرد و متعهد له باید راه دشوار اثبات تقصیر نهاد دولتی را در پیش گیرد.

بند دوم. موانع و چالش‌های فراحقوقی

در کنار موانع و چالش‌های حقوقی اجرای اسناد رهنی علیه نهادهای دولتی، برخی چالش‌های غیر حقوقی شامل چالش‌های اقتصادی، نظامی و سیاسی نیز وجود دارد.

الف. چالش‌های اقتصادی

امروزه در بسیاری از کشورها، برخی نهادهای دولتی در کنار وظایف اصلی خود، فعالیت‌های اقتصادی هم می‌کنند. حتی این موضوع در مورد نهادهای نظامی نیز قابل مشاهده است. برای مثال، ارتش آزادی‌بخش چین با هدف کسب سود و تأمین هزینه‌های دفاعی، اداره چند هزار مؤسسه اقتصادی را بر عهده دارد. با این حال، با توجه به آثار منفی که فعالیت اقتصادی گسترده آن‌ها بر نظام اقتصادی کشور دارد، این گونه فعالیت‌ها به خوبی نظام‌مند شده است.^۳

۱. برای مثال، قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی (مصوب ۱۳۶۵) مقرر می‌دارد: «برای متصدیان وزارت خانه و مؤسسات دولتی که با وجود تأمین اعتبار، محکوم به موضوع اجراییه را پرداخت نکند، مجازات یک سال انفصال از خدمات دولتی معلوم نموده و اگر متخلف از طریق استنکاف از تأدیه محکوم به خسارتی به محکوم له وارد کرده باشد، ضامن خسارت وارده می‌باشد».

۲. این ماده مقرر می‌دارد: «بستانکار با وثیقه باید در تقاضانامه صدور اجراییه از دفترخانه نکات ذیل را بنویسد: ۱. میزان اصل طلب؛ ۲. میزان سود؛ ۳. حق بیمه که بستانکار طبق شرط سند پرداخت کرده باشد؛ ۴. میزان خسارت تأخیر تأدیه تا روز درخواست اجراییه و از تاریخ مزبور به بعد طبق مقررات مربوطه».

3. Goh, Kevin & Muravska, Julia, **Military-owned businesses: corruption & risk reform; An initial review, with emphasis on exploitation of natural resource assets**, London, First Pub, 2012, p. 10.

در ایران نیز در قانون اجازه تشکیل شرکت‌های عمرانی و خدمات فنی به وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح (مصوب ۱۳۷۳)، اجازه انجام امور اقتصادی و تجاری به نهادهای وابسته به نیروهای مسلح داده شده است. مستفاد از ماده ۵۸۸ قانون تجارت،^۱ نهادهای وابسته به نیروهای مسلح نیز به عنوان اشخاص حقوقی می‌توانند دارای همه حقوق و تکالیف اشخاص حقیقی (از جمله حقوق و تکالیف مقرر در قواعد حقوق تجارت) باشند. در عمل نیز نیروهای مسلح ایران از طریق ایجاد یا خرید سهام شرکت‌های تجاری (در قالب بانک یا غیر آن) با هدف کسب سود به فعالیت اقتصادی در زمینه‌های مختلف روی می‌آورند.^۲

اجرای اسناد رهنی نسبت به اموال این شرکت‌ها ممکن است موجب تضرر نهادهای دولتی گردد و آن‌ها را از منافع اقتصادی ناشی از آن اموال باز دارد. پس نهادهای دولتی در برخی موارد با استفاده از امتیازات عمومی، خواستار معافیت شرکت‌های وابسته به خود از برخی مقررات حقوقی هستند و حاضر نیستند منفعت ناشی از اموال موضوع اسناد رهنی را به آسانی از دست دهند.

ب. چالش‌های نظامی

در برخی موارد، نهادهای دولتی از نوع نیروهای مسلح ممکن است بنا به ملاحظات نظامی و امنیتی از اجرای حکم دادگاه یا اجرای اسناد رهنی اجتناب کنند. برای مثال، در یکی از اسناد صادرشده از سوی یکی از مراجع رسمی نیروهای مسلح، خطاب به مقامات نظامی تابع در یک منطقه نظامی مقرر شده است: «با توجه به موقعیت حساس کنونی جمهوری اسلامی ایران در منطقه و ضرورت تقویت بنیه دفاعی کشور و اهمیت و حساسیت مأموریت‌های خطیر نیروهای مسلح در راستای حفظ و حراست از کشور، ضمن توقف عملیات اجرایی پرونده مطروحه از هر گونه دستور خلع ید از پلاک‌های مورد نظر بدون رعایت موارد یادشده جلوگیری به عمل آید».^۳

۱. ماده ۵۸۸ قانون تجارت: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قایل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد، مانند حقوق و وظایف اבות، نبوت و امثال ذالک».

۲. عبداللهی، افشین و جواد فرازمهر، «امکان اعمال ضمانت اجراهای کیفری در مورد اشخاص حقوقی عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۶، ۱۳۹۸، ص ۲۷۴.

۳. ابلاغیه ریاست حقوقی و امور مجلس نیروهای مسلح، شماره ۳۶۱۴/۱۱۵۰/۲۹۱، مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶.

مواردی از این قبیل که نهادهای وابسته به نیروهای مسلح با توجیه ملاحظات نظامی و امنیتی مانع از اجرای اسناد لازم‌الاجرا شده‌اند، متعدد است. این موضوع تا حدی به ماهیت اعمال نظامی باز می‌گردد که جزو اعمال حاکمیت هستند. به موجب ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، برخی از مصادیق اعمال حاکمیت عبارتند از: استقرار نظم و امنیت (بند ۵) و حفظ تمامیت ارضی کشور و ایجاد آمادگی دفاعی و دفاع ملی (بند ۶). از نظر برخی نویسندگان، نهادهای وابسته به نیروهای مسلح در راستای انجام عمل حاکمیت از امتیازات حقوق عمومی برخوردارند و می‌توانند بسیاری از قواعد حقوق خصوصی (از جمله قواعد لازم‌الاجرا در زمینه اسناد رهنی) را نادیده بگیرند، اما در مواردی که اعمال این نهادها از نوع اعمال تصدی باشد، قواعد حاکم بر اعمال آن‌ها در بیش‌تر موارد با قواعد حاکم بر اعمال بخش خصوصی یکسان است.

بر همین مبنا، این نویسندگان در خصوص امکان پذیر بودن یا نبودن تملک اموال عمومی یا دولتی (در معنای خاص)، از ضابطه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی دولت بهره گرفته‌اند. از نظر آنان، برخی اموال متعلق به نیروهای مسلح جزو اموال حاکمیتی محسوب می‌شوند. در مقابل، برخی دیگر از اموال آن‌ها، اموال مربوط به امور تصدی هستند. برای مثال، با توجه به قانون محاسبات عمومی (مصوب ۱۳۶۶)، «تأسیسات و استحکامات نظامی و کارخانجات اسلحه و مهمات‌سازی» و نیز اسلحه و ماشین‌های جنگی چون برای تأمین دفاع ملی به کار گرفته می‌شوند، جزو اموال حاکمیتی هستند.^۱ در نتیجه، این اموال که در مقام اعمال حاکمیت از آن استفاده می‌شود، قابل توقیف و ترهین نیست. اموالی که در مقام اعمال تصدی به کار می‌روند، قابل توقیف و ترهین هستند و اجرای اسناد رهنی نسبت به آن‌ها امکان‌پذیر است.

این دیدگاه از جهت پی‌آمدهای نامطلوبش قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا اگرچه مفهوم مصادیق اعمال حاکمیت و تصدی در نظام حقوقی ایران (با توجه به آثار حقوقی این تفکیک) تا حد زیادی روشن شده است، اما در برخی موارد، تشخیص این اعمال از یکدیگر و تعیین مرزهای مفهومی وظایف حاکمیتی و تصدی دولت از یکدیگر دشوار است.^۲ این ابهام‌ها در مورد اعمال

۱. مختاری، امین و حامد کرمی، «حقوق حاکم بر اموال نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۰، ۱۳۹۶، صص ۳۴۷-۳۴۸.

۲. توازنی‌زاده، عباس، «تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، ص ۷۵.

نهادهای وابسته به نیروهای مسلح نیز وجود دارد، به طوری که در سایه این ابهام‌ها، نیروهای مسلح خواهند توانست از تعهدات قراردادی خود شانه خالی کنند.

شاید گفته شود با توجه به نوع نهاد وابسته به نیروی مسلح بتوان به ماهیت اعمال آن‌ها پی برد. برای مثال، اعمال مؤسسه‌های دولتی وابسته به نیروهای مسلح را اعمال حاکمیتی و اعمال شرکت‌های وابسته به آن‌ها را اعمال تصدی بدانیم. با این حال، این معیار نیز دقیق نیست؛ زیرا برخی از سازمان‌های مستقل دولتی که به صورت شرکت دولتی اداره می‌شوند، به امور تجاری اشتغال ندارند و تشکیل آن‌ها در قالب شرکت دولتی، ناشی از اقتضائات تخصصی و فنی مأموریت‌های محوله یا اهداف خاص سیاسی و اجتماعی مربوط به تأسیس آن‌هاست. برای مثال، شرکت‌هایی چون سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان و مؤسسه کار و تأمین اجتماعی در قالب شرکت دولتی هستند، اما برای انجام امور غیر تجاری تأسیس شده‌اند و اداره می‌شوند.^۱ در مقابل، قسمت عمده فعالیت برخی نهادهای وابسته به نیروهای مسلح که در قوانین، مؤسسه دولتی غیر انتفاعی معرفی شده‌اند (مانند بنیاد تعاون ارتش جمهوری اسلامی ایران)، جنبه اقتصادی دارد.

ج. چالش‌های سیاسی

اجرای اسناد رهنی علیه نهادهای دولتی در برخی موارد با چالش‌های سیاسی نیز مواجه است که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: نبود شفافیت و اثربخشی سیاسی.

یکی از مشکلات کنونی نظام اقتصادی و اداری ایران، نبود شفافیت در اقدامات و عملکردهای دستگاه‌های اجرایی است، به طوری که برخی دستگاه‌ها نه تنها در راستای قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۸)، تاکنون به سامانه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات نپیوسته‌اند، بلکه از فعالیت‌های اقتصادی آن‌ها نیز اطلاعات چندانی در دسترس نیست. برخی نهادهای دولتی با این توجیه که فعالیت‌های اقتصادی آن‌ها جنبه محرمانه دارد، در مورد آن اطلاعاتی نمی‌دهند. به همین دلیل، دسترسی به اطلاعات واقعی مربوط به تعداد، نوع و شرایط قراردادهای اقتصادی آن‌ها همواره بسیار دشوار است.

۱. همان، صص ۶۹-۷۰.

در دهه‌های گذشته به منظور جلوگیری از اثرات نامطلوب شفاف نبودن فعالیت‌های اقتصادی برخی نهادهای دولتی از جمله نیروهای مسلح، نظام حقوقی ایران به سازوکار انتشار اطلاعات توجه کرده است. طبق بند «الف» ماده ۲۳ مقررات برگزاری مناقصات نیروهای مسلح (مصوب ۱۳۸۹)، «سازمان‌های تابعه نیروهای مسلح می‌توانند اطلاعات مربوط به مناقصات عمومی را با هماهنگی حفاظت اطلاعات واحد ذی‌ربط به شرح مقررات این ماده و رعایت سایر مقررات در بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات کشور ثبت کنند». در این مقرره، نهادهای یادشده به ثبت اطلاعات مربوط به مناقصات خود در بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات مکلف نشده‌اند و در عمل هم معمولاً اطلاعات مربوط به مناقصات خود را ثبت نمی‌کنند. در نتیجه، معاملات آن‌ها هم‌چنان ناشفاف است. چالش شفاف نبودن در مورد بیش‌تر قراردادهای نهادهای تابعه نیروهای مسلح از جمله قراردادهای رهنی نیز وجود دارد. این مسئله هم موجب کاهش اعتماد به نهادهای تابع نیروهای مسلح (برای انعقاد قرارداد) می‌شود و هم فساد اقتصادی این نهادها را در پی خواهد داشت. امروزه بسیاری از کشورها به این موضوع توجه می‌کنند. برای نمونه، شفاف نبودن فعالیت‌های مؤسسات اقتصادی وابسته به ارتش چین، یکی از عوامل فساد نیروهای مسلح دانسته شده است.^۱

در مورد اثربخشی سیاسی می‌توان گفت امروزه، دخالت سیاست‌مردان در امور حقوقی و قضایی در بسیاری از کشورهای جهان وجود دارد و از نظر بیش‌تر نویسندگان، یک آسیب محسوب می‌شود.^۲ چنین مداخلات متقابلی تا حدی در ایران نیز قابل مشاهده است و گاهی بر مسائل حقوقی مرتبط با نهادهای دولتی هم اثر دارد. بر اساس بررسی‌ها، در برخی موارد (هر چند معدود)، نهادهای دولتی با توسل به نفوذ در ساختار سیاسی کشور یا حتی تلاش برای دریافت حکم خاص حکومتی از فرماندهی کل قوا به دنبال شانه خالی کردن از اجرای احکام دادگاه‌ها یا به تأخیر انداختن اجرای آن بوده‌اند.^۳ به نظر می‌رسد تأکید مقام معظم رهبری بر ممانعت نکردن نیروهای مسلح در برابر

1. Goh & Muravska, op.cit., p. 5.

۲. اخوان کاظمی، مسعود، «تحلیلی انتقادی بر مداخلات نظامیان در سیاست: نقدی بر کتاب نظامیان و سیاست»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۶، ۱۳۹۷، صص ۲-۳.

۳. برای مثال، در دوران جنگ تحمیلی، شورای عالی قضایی در بخش‌نامه شماره ۱۵/۶۴ ب/ش مورخ ۱۳۶۴/۹/۲۶ در مورد تخلیه علیه رزمندگان بیان داشت: «نظر به اولویت شرکت همه اقشار در جنگ دفاعی علیه متجاوزان عراق و نظر به ضرورت اقدام هماهنگ کلیه قوای حکومتی در رفع وقفه و مساعدت با مجاهدین فی سبیل الله، شورای عالی قضایی

احکام دادگاه‌ها نشان‌دهنده وجود این معضل در نظام حقوقی ایران و در پاسخ به آن بوده است.^۱ این موضوع در مورد اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا به ویژه اسناد رهنی علیه نهادهای دولتی نیز متصور است، به طوری که به دلیل برخورداری برخی از این نهادها از قدرت عمومی، جایی که اسناد لازم‌الاجرا علیه این اشخاص می‌بایست اجرا شود، ممکن است روند اجرا با اختلال مواجه گردد.^۲

با توجه به موارد برشمرد شده، این سؤال مطرح می‌شود که وقتی فرآیند اجرای اسناد رهنی^۳ علیه اموال نهادهای دولتی بنا به دلایل یادشده با مانعی مواجه شود (برای مثال، بنا بر دلایل نظامی یا امنیتی از ورود کارشناس به ملک موضوع سند رهنی برای ارزیابی جلوگیری می‌شود)، متعهد له برای دستیابی به حقوق خود چه اقدامی باید انجام دهد؟

در پاسخ باید گفت چون اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا در مورد دستگاه‌های دولتی در نظام حقوقی ایران هنوز قدرت اجرایی کافی ندارد، دارنده آن (متعهد له) می‌تواند به استناد آن در دادگستری علیه متعهد، اقامه دعوا کند و از دادگاه بخواهد متعهد را به اجرای مدلول سند محکوم کند تا پس از لازم‌الاجرا شدن این حکم، از واحد اجرای احکام مدنی دادگستری، درخواست اجرای آن شود.

این موضوع از یکی از آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور نیز قابل استنباط است. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۲ دیوان عالی کشور، مورخ ۱۳۶۰/۲/۱۶ امکان ناپذیری اجرای اسناد لازم‌الاجرا از

در جلسه شماره ۵۰ مورخ ۱۳۶۴/۹/۱۰ تصویب نمود: چون شرکت در جبهه‌های جنگ برای افراد ثابت و وظیفه ارتش و سپاه و نیروی انتظامی و افراد بسیج مستضعفین سبب فقد فرصت و امکان جهت تهیه مسکن و منزل می‌شود و آنان حقاً نمی‌توانند فرصتی که باید صرف رفع هجوم اجانب شود، با ترک جبهه در جست‌وجوی منزل صرف نمایند. لذا عسرت آنان تا پایان جنگ ثابت است و مقتضی است اجرای احکام تخلیه مسکن این نوع مستأجرین تا پایان جنگ متوقف شود. مصوبه اجرا ابلاغ می‌شود. رؤسای دادگاه‌های صادرکننده حکم، مسئول اجرای این بخش‌نامه‌اند».

۱. قوه قضاییه در بخش‌نامه شماره ۷۸/۱۳۶۳۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۹ به مراجع قضایی اعلام کرده است که مقام معظم رهبری در مورد اجرای حکم چنین فرموده‌اند: «احکام قضایی باید اجرا گردد و اگر اعتراضی به حکم هست، از راه‌های مقرر قانونی در جهت تصحیح و اصلاح آن اقدام شود و هیچ مقاومتی در برابر احکام صادره قضایی از نیروهای مسلح دیده نشود. اگر در مورد تخلیه بعضی مراکز، اجرای حکم موجب اختلال در کارهای نیروهای مسلح یا بسیج است، از قوه قضاییه استمهال شود، سریعاً جای مناسب آنان تهیه و آن‌گاه فوراً تخلیه صورت گیرد».

۲. شهپازی‌راد، پیشین، ص ۳۴.

۳. فرآیند اجرای اسناد رهنی یا همان عملیات اجرایی در یک دسته‌بندی کلی به چهار مرحله شامل: صدور اجرائیه، ارزیابی، مزایده و انتقال اجرایی تقسیم می‌شود.

طریق مراجع غیر دادگستری، با حق و اختیار متعهد له برای اقامه دعوا در دادگاه‌های دادگستری منافات و مغایرتی ندارد. لازم‌الاجرا بودن این اسناد، مزیتی است که در قانون برای چنین اسنادی در نظر گرفته شده است تا صاحبان حق بتوانند از هر طریق که مقتضی می‌دانند، برای احقاق حق خود اقدام کنند. بر این اساس، می‌توان گفت متعهد له سند رهنی حق انتخاب میان دو گزینه را دارد.^۱ اگر از طریق گزینه نخست (اجرای سند رهنی از طریق اداره ثبت اسناد) به نتیجه نرسد، گزینه دوم یعنی حق اقامه دعوا در دادگاه حقوقی برای وی محفوظ است و می‌تواند از این طریق، حقوق خود را به دست آورد.

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، قوانین متعددی هم‌چون قانون مدنی، قانون ثبت اسناد و املاک و برخی مقررات نظیر آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا به تبیین قواعدی در زمینه اجرای اسناد رهنی پرداخته‌اند. با این حال، این موضوع نسبت به دستگاه‌های دولتی تا حدی ابهام‌آلود است. ابهام‌های موجود در زمینه اجرای اسناد رهنی در خصوص برخی دستگاه‌های دولتی موجب برداشت‌های متفاوت از قوانین و مقررات شده و به دنبال آن، باب اختلاف و منازعه را گشوده است. چنین ابهام‌هایی از یک سو، ممکن است موجب نادیده گرفته شدن حقوق اشخاص و از دیگر سو، سبب اخلاف در انجام وظایف نهادهای دولتی شود که برخی از آن‌ها از نوع خدمات عمومی است یا حتی برای صیانت از کشور ضروری‌اند.

با توجه به اهمیت اجرای اسناد رهنی در خصوص نهادهای دولتی، مقاله کنونی به بررسی ابعاد متعدد این موضوع در نظام حقوقی ایران پرداخت. اجرای اسناد رهنی در خصوص نهادهای دولتی در ایران با ابهام‌ها و چالش‌های متعددی مواجه است، به طوری که انتقال مالکیت را با دشواری‌هایی، همراه یا حتی در برخی موارد، ناممکن می‌سازد. مهم‌ترین ابهام آن است که به دلیل اطلاعات ناکافی در مورد بسیاری از نهادهای دولتی، ماهیت قانونی واقعی آن‌ها مشخص نیست تا در پرتو آن، ماهیت اموال آن‌ها (از نظر عمومی یا خصوصی بودن) و نیز اعمال آن‌ها (از نظر حاکمیت یا تصدی) مشخص و از این طریق، قواعد حاکم بر آن‌ها به درستی تعیین شود.

۱. شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ سوم، ۱۳۹۸، ص ۶۷.

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان مجموع این چالش‌ها را به چالش‌های حقوقی (نارسایی قوانین و مقررات و کافی نبودن ضمانت اجراهای موجود) و غیر حقوقی (چالش‌های اقتصادی، نظامی و سیاسی) تقسیم کرد. با توجه به چالش‌های کنونی برای برون‌رفت از این وضعیت، چند پیشنهاد مطرح می‌کنیم:

نخست. برای رهایی از نارسایی و ابهام در قوانین لازم است قانون‌گذار در اصلاحات آتی قانون ثبت با پیش‌بینی موادی خاص به اجرای اسناد رهنی نسبت به دستگاه‌های دولتی اقدام کند تا از این مجرا، نظام حقوقی حاکم بر اجرای اسناد رهنی نسبت به نهادهای وابسته به نیروهای مسلح (به عنوان برخی از مصادیق دستگاه‌های دولتی) به خوبی روشن شود.

دوم. پیشنهاد می‌شود در فرآیند به رهن گرفتن اموال متعلق به نهادهای دولتی اگر نهاد دولتی (برای مثال، یک شرکت عمرانی) در قبال دین یا تعهدی که بر عهده دارد (مثل ضمانت حسن انجام تعهد پروژه راه‌سازی)، وثیقه ملکی معرفی کرده باشد، به درخواست متعهد له از سوی اداره ثبت اسناد و املاک، بدواً بررسی لازم از لحاظ انطباق مشخصات اسناد مالکیت با بازدید محلی به عمل آید و از اداره ثبت اسناد و املاک، جهاد کشاورزی و اوقاف استعلام شود تا در آینده با امکان ناپذیری اجرای سند رهنی به دلیل عمومی بودن مال روبه‌رو نشود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. شمس، عبدالله، اجرای احکام مدنی (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ سوم، ۱۳۹۸.
۲. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران: میزان، چاپ بیست و ششم، ۱۳۸۸.
۳. مرکز آموزش قوه قضاییه، مجموعه نشست‌های قضایی در مسائل آیین دادرسی کیفری (جلد ۳)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۰.

ب) مقاله

۱. اخوان کاظمی، مسعود، «تحلیلی انتقادی بر مداخلات نظامیان در سیاست: نقدی بر کتاب نظامیان و سیاست»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۶، ۱۳۹۷.
۲. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، «قاعده عدم امکان توقیف اموال عمومی و دولتی در ایران: رویکردی انتقادی-تطبیقی»، فصل‌نامه پژوهش عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶.
۳. توازنی‌زاده، عباس، «تأملی بر تاثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، شماره ۵۱، ۱۳۸۵.
۴. سیفی، غلام‌علی و عطیه شمس‌اللهی، «مطالعه تطبیقی روند تحول نظام توثیق اموال»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، شماره ۳، ۱۳۹۳.
۵. شهبازی‌راد، رضا، «آسیب‌شناسی اجرای احکام علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی در نظام حقوقی ایران»، ماه‌نامه پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۱۷، ۱۳۹۶.
۶. عبداللهی، افشین و جواد فرازمهر، «امکان اعمال ضمانت اجراهای کیفری در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۶، ۱۳۹۸.
۷. مختاری، امین و حامد کرمی، «حقوق حاکم بر اموال نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۰، ۱۳۹۶.

ج) پایان‌نامه

۱. اکبری‌زاده مشکانی، محمدتقی، «ماهیت و آثار حقوقی اسناد وثیقه‌ای در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه دولتی قم، ۱۳۹۰.
۲. موسوی، سیده حورا، «اجرای اسناد وثیقه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰.

د) رأی

۱. رأی وحدت رویه شماره ۱۲۱، مورخ ۱۳۴۸/۰۷/۲۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
۲. رأی وحدت رویه شماره ۷۴۸، مورخ ۱۴۰۱/۴/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

ه) نظریه مشورتی

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۳۴۷، مورخ ۱۳۸۴/۳/۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.
۲. نظریه مشورتی شماره ت/۳۲۴۹۳/۱، مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۶ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.
۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۴۳۶، مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

و) دیگر موردها

۱. ابلاغیه ریاست حقوقی و امور مجلس نیروهای مسلح، به شماره ۳۶۱۴/۱۱۵۰/۲۹۱، مورخ: ۱۳۹۷/۱۲/۲۶.
۲. بخش‌نامه شورای عالی قضایی به شماره ۱۵/۶۴ ب/ش مورخ ۱۳۶۴/۹/۲۶.
۳. بخش‌نامه قوه قضاییه شماره ۷۸/۱۳۶۳۶ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۹.
۴. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۱)، «اظهارنظر کارشناسی درباره: لایحه الحاق سازمان تعاونی کادر نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران (اتکا) به فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی»، ۱۳۹۱.

ز) وبگاه

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: www.rc.majlis.ir.
۲. سامانه نشست‌های قضایی قضات: www.neshast.org.

2. Latin Source

1. Bradgate, Robert, White, Fidelma, Commercial Law, Legal Practice Course Guides, 2th .1
.edition, New York: Oxford University Press, 2009
2. Goh, Kevin & Muravska, Julia, Military-owned businesses: corruption & risk reform; An initial review, with emphasis on exploitation of natural resource assets, London, First Pub, 2012.
3. Protection of Government Property; Real Property, United States Department of Justice, 2020, available at: www.justice.gov/jm/jm-9-66000-protection-government-property.
4. Röver, Jan-Hendri, EBRD's Model Law on Secured Transactions –Are There Lessons to be Learnt?, UNCITRAL Third International Colloquium on Secured Transactions, Vienna, 2010.

حمایت قضایی از حق بر هویت فرهنگی در پرتو رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی ایران

زهرا دانش ناری^۱

سید احمد حبیب نژاد^۲

چکیده

حقوق فرهنگی در کنار حقوق اقتصادی و اجتماعی در نسل دوم حقوق بشر قرار دارد. با وجود پیشرفت حقوق اقتصادی و اجتماعی در نسل دوم، حقوق فرهنگی بر خلاف همتایان خود رشد و پیشرفت چندانی نداشته است. یکی از مصادیق حقوق فرهنگی، حق بر هویت فرهنگی است که به معنای شناسایی و به رسمیت شناختن هویت‌های متمایز فرهنگی است.

حق بر هویت فرهنگی در معاهده اروپایی حقوق بشر به صراحت به رسمیت شناخته نشده، اما دادگاه اروپایی با استفاده از مفاد برخی مواد دیگر معاهده مانند ماده ۸ (حق بر حریم خصوصی)، ماده ۹ (حق بر آزادی مذهب) و ماده ۱۱ (حق تشکیل انجمن) سعی کرده است این حق را به رسمیت بشناسد. با توجه به ابهام در ماهیت حق‌های فرهنگی به ویژه حق بر هویت فرهنگی، حمایت قضایی از این حق در تعریف و بازشناسی مفهوم این حق اهمیت دارد.

در حقوق داخلی نیز حق بر هویت فرهنگی، بیش‌تر از خلال مفهوم حفاظت از میراث فرهنگی نمود و بروز یافته و در این راستا، قانون‌گذار، صلاحیت‌ها و اختیاراتی را برای حفاظت از میراث فرهنگی به مقام اداری اعطا کرده است. البته به دلیل تعارض منافع عمومی و خصوصی در بحث مالکیت آثار تاریخی به ویژه در مورد شناسایی و ثبت آثار ملی، دیوان عدالت اداری، نظارت عام و کاملی را بر اقدامات مقام اداری اعمال می‌کند. روش تحقیق در این پژوهش، از نوع توصیفی-تحلیلی است و در جمع‌آوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: حقوق فرهنگی، دادگاه اروپایی حقوق بشر، رویه قضایی، معاهده اروپایی حقوق بشر، هویت فرهنگی، نظارت قضایی، دیوان عدالت اداری.

۱. دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، (نویسنده مسئول)، zdanesh@ut.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه تهران، پردیس فارابی، a.habibnezhad@ut.ac.ir

مقدمه

اتحادیه اروپا، موفق‌ترین الگوی هم‌گرایی منطقه‌ای و یکی از پرنفوذترین سازمان‌های بین‌المللی به شمار می‌رود. در دوران جنگ سرد، اتحادیه اروپا در سیاست خارجی خود علاوه بر اهدافی مانند امنیت ملی و توسعه اقتصادی، مسائل حقوق بشری را نیز در نظر گرفته است. اتحادیه، جهانی‌سازی حقوق بشر را مبنای اصل ایدئولوژیک سیاست خارجی خود قرار داده و احترام به حقوق بشر به شرط اساسی عضویت در اتحادیه اروپا بدل گشته است. تعدد نهادها در اروپا و معاهداتی که در آن، به مفاهیم، مقررات و ابزارهای حقوق بشری توجه شود و رشد کمی و کیفی بندهای حقوق بشری در معاهدات اقتصادی اتحادیه اروپا با دیگر شرکای تجاری خود، شاهدی بر این مدعاست. در اسناد مربوط به سیاست خارجی، امنیتی و دفاعی اتحادیه اروپا نیز مسئله حقوق بشر تأیید شده است.^۱

در معاهده اروپایی حقوق بشر، تصریحی بر حق بر هویت فرهنگی مشاهده نمی‌شود، اما معاهده از رهگذر دیگر مواد معاهده و اصل تفسیر پویا می‌کوشد این حق را به رسمیت بشناسد. یکی از بنیادی‌ترین و در عین حال، ناشناخته‌ترین حقوقی که در مورد افراد محل بحث است، حق افراد بر هویت فرهنگی آن‌هاست. در این مفهوم، فرهنگ شامل مذهب، قومیت و شناسایی فرهنگی و اجتماعی است. حق بر تفاوت فرهنگی، حق افراد به هویت خویش بدون دخالت حکومت است. در سطح حقوق بین‌الملل می‌توان از ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نام برد. حق بر متفاوت بودن دارای دو بعد سلبی و ایجابی است. حق مربوط به انحصاری بودن، جنبه منفی این حق است و حق شناسایی مردم به عنوان مردمی متمایز، جنبه مثبت آن. با توجه به تفسیر عمومی کمیته حقوق مدنی و سیاسی در مورد ماده ۲۷، بُعد مثبت این حق در اشکال مختلفی مانند استفاده از منابع زمین به ویژه در مورد بومیان مصداق دارد.

دادگاه اروپایی حقوق بشر، یکی از ارکان حفظ حقوق بشر است که با ابتکار شورای اروپا به وجود آمده است. در میان اقدامات برجسته شورای اروپا، هیچ یک به اندازه این دادگاه، حمایت از حقوق

۱. الوندی، زهرا و داوود کیانی، «سیاست حقوق بشری اتحادیه اروپا در قبال جمهوری اسلامی ایران و عربستان از ۲۰۰۸ تا کنون»،

فصل‌نامه مطالعات روابط بین‌الملل، ۱۳۹۳، شماره ۲۸، ص ۳۸.

بشر را نشان نمی‌دهد.^۱ اولین معاهده‌ای که سازمان شورای اروپا تصویب کرد، یک سند حقوق بشری موسوم به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های اساسی (۴ نوامبر ۱۹۵۰) است. در این راستا، در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که در سوم سپتامبر ۱۹۵۳ لازم‌الاجرا گردید، تأسیس دیوان اروپایی حقوق بشر پیش‌بینی شده است تا دولت‌های عضو یا حتی افراد بتوانند در صورت نقض کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در دیوان اروپایی اقامه دعوا کنند. ناگفته پیداست این‌که افراد و گروه‌ها امروزه حق اقامه دعوا نزد برخی دادگاه‌های بین‌المللی نظیر دادگاه اروپایی حقوق بشر را دارند، نوعی ساختار شکنی نظام قانون‌گذاری سنتی و دولت‌محور است؛ چون این دادگاه رأساً به شکایت‌های وارد شده علیه نقض حقوق و آزادی‌های مصرّح در کنوانسیون اروپایی خواهد پرداخت.^۲

ماده یکم کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، دربردارنده مقرره‌ای راجع به تعهدات عام و کلی دولت‌ها اعم از تعهد مثبت یا منفی است. به موجب چنین مقرره‌ای، دولت‌های عضو متعهدند برای هر کس که در قلمرو صلاحیت آن‌هاست، حقوق و آزادی‌های مندرج در کنوانسیون مربوط را تأمین کنند. بدیهی است مانند اسناد جهانی، تضمین چنین حقوقی باید صرف نظر از تبعیض‌های عارضی باشد.^۳

در حال حاضر، اتحادیه اروپا، وضعیتی از اجماع مرجعیتی را پیش رو می‌گذارد که در آن، مرجعیت اقتصاد، سرمایه‌داری، سیاست، دموکراسی، اجتماع، کثرت‌گرایی و مرجعیت فرهنگ و تنوع است. بخش‌های گوناگون سیاست‌گذاری در اتحادیه اروپا نیز قاعداً باید خود را با این اجماع کلان هماهنگ سازند.^۴

دادگاه اروپایی حقوق بشر معتقد است که معاهده، ابزاری زنده و پویاست که باید با توجه به شرایط امروزی تفسیر گردد. بنا بر این، به نظر می‌رسد هر چند حمایت از حق بر هویت فرهنگی در متن

۱. حسینی، سیده لطیفه، «بررسی انتقادی آرای اخیر دادگاه اروپایی دادگستری و دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص آزادی مذهب در چارچوب دکترین حاشیه صلاح دید»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۷، دوره دهم، شماره ۲، ص ۱۳۷.

۲. عبیری، ارمغان، «نقش سازمان‌های بین‌المللی غیر دولتی در حمایت از حقوق بشر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۷، دوره یازدهم، شماره ۲۲، ص ۲۷.

۳. امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص ۱۷.

۴. حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا دانش ناری، «حمایت از حقوق زبانی در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۱۷، ص ۱۶۰.

معاهده پیش‌بینی نشده است، از طریق این فرآیند قابل پی‌گیری و تحقق باشد.^۱ به همین دلیل، دادگاه در موارد زیادی، به تدریج، سطح حمایتی حقوق و آزادی‌های تضمین شده در کنوانسیون را با هدف توسعه نظم عمومی اروپا افزایش داده است.^۲

دادگاه در پرونده دیگری نیز تأکید می‌کند که معاهده، ابزاری برای تضمین حقوق به شکل «عملی و کارآمد» است، نه حقوق صرفاً نظری و ماهوی که قابلیت اجرایی ندارند. بنا بر این، در رویکرد دادگاه اروپایی، به مسائل و حقوق جدید و مستحدثه توجه می‌کند که اساساً در زمان تصویب سند اولیه معاهده هنوز مطرح نشده بودند که حق بر هویت فرهنگی از جمله مصادیق همین حقوق است.^۳

با توجه به ابهامی که در خصوص ماهیت حقوق فرهنگی به ویژه حق بر هویت فرهنگی وجود دارد، مطالعه حق بر هویت فرهنگی از خلال آرای صادر شده از دادگاه اروپایی حقوق بشر سبب شناسایی هر چه بهتر مفاد و محتوای این حق خواهد شد. در سند ابتدایی معاهده به حقوق فرهنگی اشاره نشده و اساساً معاهده، سند تحقق حقوق مدنی و سیاسی است. با این حال، همان‌طور که بیان شد، دادگاه اروپایی حقوق بشر از طریق تفسیر پویا می‌کوشد این حق را شناسایی کند و از این رهگذر با در نظر گرفتن مفهوم وسیع از این حق، مصادیق حمایتی را افزایش داده است. در حقوق داخلی، مصداق بارز حمایت از حق بر هویت فرهنگی در قالب حمایت از آثار فرهنگی و تاریخی نمود می‌یابد و بر این اساس، دیوان عدالت اداری حق دارد بر اقتدارات و اختیارات مقام اجرایی نظارت قضایی کند.

نتایج این مطالعه نشان می‌دهد که در نهایت، حمایت از حق بر هویت فرهنگی از طریق مواد ۸، ۹ و ۱۱ معاهده شناسایی شده و دادگاه در پرونده‌های متعددی بر ضرورت حفظ هویت فرهنگی به ویژه برای گروه‌های اقلیت تأکید کرده است. در حقوق ایران نیز مقام ناظر قضایی در رویه قضایی خود با درک درست از اهمیت میراث فرهنگی به عنوان بخشی از هویت فرهنگی مشترک، در تعارض میان حقوق مالکانه و حقوق فرهنگی، توجه بیش‌تری به آثار باستانی و تاریخی داشته و بر ضرورت حفاظت از آن‌ها تأکید کرده است.

1. Case of Airey v. Ireland, (1979), App No. 6289/73 (A/32), para 12-14 and Case of Loizidou v. Turkey, (1995), App No. 15318/89, para 7-10.

2. Case of Hatton and Others v. The United Kingdom, (2003), App. No. 36022/97, para 2.

3. Case of Moreno Gomez v. Spain, (2004), App No. 4143/02, para 10.

گفتار اول. چیستی حقوق فرهنگی

حقوق فرهنگی و مصادیق آن به عنوان نسل دوم حقوق بشر پس از سال‌های پایان جنگ جهانی دوم در جامعه بین‌المللی به رسمیت شناخته شدند. از حقوق فرهنگی به عنوان حقوق توسعه‌نیافته یا حقوق نادیده گرفته‌شده یاد می‌شود. در ادبیات حقوق بین‌الملل معمولاً به حقوق فرهنگی به عنوان کالایی لوکس و تجملی نگریسته می‌شود که پس از پرداختن به موضوع نان و آب، نوبت به طرح آن‌ها می‌رسد و تنها در مورد جوامعی محلی از اعراب پیدا می‌کند که به سطح معینی از توسعه‌یافتگی رسیده باشند. از رهگذر مرور تاریخچه جوامع انسانی باید گفت توسعه اقتصادی معمولاً با توسعه فرهنگی همراه است. بنا بر این، حقوق فرهنگی، نه تنها کالایی تجملی نیست، بلکه افزون بر این، وسیله رسیدن به آب و نان هم به شمار می‌رود.^۱

تعریف رسمی و واحدی از فرهنگ و حقوق فرهنگی وجود ندارد. در یک سوی طیف، نگرشی روشن‌فکرانه از فرهنگ، فرآیندهای مربوط به تولید آثار هنری، ادبیات و موسیقی کلاسیک را برجسته می‌سازد و در سوی دیگر، رویکردی انسان‌شناسانه از فرهنگ به عنوان روشی از زندگی محوریت پیدا می‌کند. یونسکو، فرهنگ را به عنوان مجموعه‌ای از جلوه‌های مجزای معنوی، فکری، مادی و هیجانی جامعه یا یک گروه اجتماعی می‌داند که فقط هنر و ادبیات را دربر نمی‌گیرد، بلکه شامل سبک زندگی و شیوه‌های هم‌زیستی، نظام ارزش‌ها، سنن و باورها نیز می‌شود.^۲

کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی سازمان ملل متحد در نظریه تفسیری شماره ۲۱ خود در مورد حق مشارکت در حیات فرهنگی، مفهوم وسیع فرهنگ را در نظر گرفته و تمام مظاهر مادی فرهنگ را در درون تعریف خود قرار داده است. عبارت «حیات فرهنگی»، یک ارجاع صریح به فرهنگ به عنوان یک فرآیند زنده تاریخی، پویا و توسعه‌پذیر دارای گذشته، حال و آینده است.^۳

۱. استاماتوپولو، الستا، حق‌های فرهنگی در حقوق بین‌الملل، ترجمه: سید قاسم زمانی و موناالسادات میرزاده، تهران: خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۲۳.

۲. صفاری‌نیا، محیا، «حق‌های فرهنگی در نظام بین‌المللی حقوق بشر؛ حرکت کم‌شتاب در مسیر پرتلاطم»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره بیستم، شماره ۲، ص ۸۶.

3. "General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life" (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Committee on Economic, Social and Cultural rights, E/C.12/GC/21, 2009,

فریده شهید، گزارشگر ویژه حقوق فرهنگی در گزارش اول خود برای روشن شدن دامنه مفهومی حقوق فرهنگی اعلام داشته است که تعریف رسمی و واحدی از حقوق فرهنگی وجود ندارد و تلاش برای ارائه چنین تعریفی هم ضروری به نظر نمی‌رسد. در عوض باید برای فهم بهتر و تشخیص حق‌های فرهنگی به عنوان حقوقی تلاش کرد که با ابعاد مختلف فرهنگ مرتبط هستند. وی، تعیین گستره حقوق فرهنگی را یکی از اساسی‌ترین چالش‌های حوزه حقوق فرهنگی به شمار می‌آورد؛ چون فرهنگ، پدیده‌ای است که دایم ساخته و بازسازی و ابداع می‌شود. مفهوم فرهنگ را نباید به عنوان مجموعه‌ای از نمادهای مجزا یا اجزای پراکنده دید، بلکه باید به عنوان فرآیندی تعاملی به شمار آید که افراد و جوامع در حالی که ویژگی‌ها و اهداف خود را حفظ می‌کنند، به فرهنگ انسانیت معنا می‌بخشند.^۱

در مقدمه اعلامیه جهانی تنوع فرهنگی و نظریه تفسیری شماره ۲۱ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در خصوص حق بر مشارکت در حیات فرهنگی، تعریف‌های کاربردی‌تری ارائه شده است. در اعلامیه جهانی تنوع فرهنگی، فهرستی از حقوق تحت عنوان حقوق فرهنگی ارائه گردیده و در ماده ۵ این اعلامیه تصریح شده است: «تمامی افراد، حق بر ابراز خود و تولید و نشر آثارشان به هر زبانی که مایل باشند، به ویژه زبان مادری دارند. تمامی افراد، سزاوار آموزش باکیفیت با رعایت کامل هویت فرهنگی خود هستند. تمامی افراد حق بر مشارکت در حیات فرهنگی به انتخاب خود و هدایت فعالیت‌های فرهنگی خود را دارند و می‌بایست حقوق بشر و آزادی‌های بنیادینشان رعایت شود».^۲

امروزه تردیدی وجود ندارد که جامعه بین‌المللی، حقوق فرهنگی را به عنوان بخش جدایی‌ناپذیر خانواده بزرگ حق‌های بشری پذیرفته؛ چون دسته‌ای از حقوق مندرج در اسناد بین‌المللی به ویژه «اعلامیه جهانی حقوق بشر» و «میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی» را

para 2.

1. Shaheed, Farida, "Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Copyright policy and the right to science and culture", (A/HRC/28/57), 2015, p. 62.

2- "Universal Declaration on Cultural Diversity", Adopted by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural organization, 2001.

به خود اختصاص داده است. با این همه، در مقایسه با دیگر حقوق بشری، کم‌تر به آن‌ها پرداخته شده است. چنان‌که از عنوان پیداست، یک حق فرهنگی، حقی است که صاحب حق بر فرهنگ یا عرصه‌های مرتبط با فرهنگ خویش دارا است^۱ و همانند دیگر حق‌های بشری، صاحب تکلیف در برابر این حقوق، دولت‌هایند. فضای غالب در گفتمان حقوق بشر، فضای تضمین حق‌های افراد در برابر دولت است. به همین دلیل، گفتمان حاکم بر اسناد بین‌المللی حقوق بشر در رابطه با دولت‌ها، تعهدمدار و نسبت به افراد، حق‌مدار است.^۲

در قرن بیستم، شاهد هجوم بی‌سابقه به هویت شخصی و گروهی بوده‌ایم. از جمله قاچاق کودکان از طریق فرزندخواندگی غیرقانونی، همسان‌سازی اجباری و کوچ اجباری. این موارد سبب شده است به مواد مندرج در اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق فرهنگی در خصوص حقوق هویتی بیش از پیش توجه صورت گیرد.^۳

گفتار دوم. حق بر هویت فرهنگی؛ حمایت هنجاری

حق بر هویت فرهنگی اساساً به معنای حق انتخاب هویت فرهنگی به صورت فردی یا در اجتماع با دیگران است که دربردارنده این عناصر است:

یک. حق بر انتخاب بیش از یک هویت فرهنگی

دو. حق بر محترم‌شماری هویت فرهنگی

سه. حق بر تحمیل نکردن فرهنگ بیگانه

چهار. حق بر تبعیض مثبت به نفع اقلیت‌ها برای مشارکت در حیات فرهنگی اجتماع بزرگ‌تر.^۴

۱. فضایی، مصطفی و موسی کرمی، «حمایت از فرهنگ و حقوق فرهنگی اقلیت‌ها در پرتو تفسیر عام شماره ۲۱ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، دوره نوزدهم، شماره ۵۶، ص ۱۳.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۵۳.

3. M.c. Combs, Theodor & Gonzalez, Shull, "Right to Identity", International Human Rights Law Clininc, University of California, 2007, p. 25.

۴. بلیک، ژانت، درآمدی بر حقوق فرهنگی و تنوع فرهنگی در سیاست‌گذاری و حقوق بین‌الملل، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵، ص ۲۳.

ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، یکی از اسناد موجد حق بر هویت فرهنگی است که چنین بیان می‌کند: «در کشورهایی که اقلیت‌های نژادی، مذهبی یا زبانی وجود دارند، افراد متعلق به این اقلیت‌ها نباید از حق تشکیل اجتماع با دیگر اعضای گروه خود، بهره‌مندی از فرهنگ و ابراز و انجام فرایض دینی و کاربرد زبان خودشان محروم شوند».

ماده ۳۰ اعلامیه حقوق کودک نیز تصریح می‌کند: «در کشورهایی که اقلیت‌های قومی، مذهبی یا اشخاص بومی زندگی می‌کنند، کودکان متعلق به این اقلیت‌ها باید به همراه دیگر اعضای گروه از حق برخورداری از فرهنگ و تعلیم و انجام اعمال مذهبی خود یا زبان خویش برخوردار باشند».

اعلامیه یونسکو درباره تبعیض نژادی (۱۹۷۸)، افراد و گروه‌های بشری را واجد «حق تفاوت» و «حق هویت فرهنگی» دانسته است. مذهب نیز تحت شمول قوانین حقوق بشری قرار گرفته است. آزادی مذهبی در قالب داشتن هویت فرهنگی در «اعلامیه الغای همه اشکال عدم تساهل و تبعیض مبتنی بر مذهب یا اعتقاد» (۱۹۸۱) به رسمیت شناخته شده است. کمیسیون حقوق بشر ملل متحد در تفسیر خود از ماده ۱۹ کنوانسیون بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی درباره آزادی مذهبی تأکید کرده است که تسلط یک مذهب خاص در یک کشور نباید متضمن تبعیض بر ضد مذاهب دیگر باشد؛ چون مذهب امروزه «میراث مشترک بشری» تلقی می‌شود و همان‌طور که در اعلامیه یونسکو درباره نقش مذهب در ارتقا و فرهنگ صلح آمده، به یکی از عوامل محوری در تنوع فرهنگی تبدیل شده است.

درباره حقوق اقلیت‌های ملی، قومی، مذهبی و زبانی (۱۹۹۲)، مجمع عمومی سازمان ملل متحد از دولت‌ها می‌خواهد که از هویت اقلیت‌ها پاسداری کنند و فعالانه، وضعیت آن‌ها را ارتقا بخشند. در بند ۴ همان ماده آمده است که برابری و نفی تبعیض در برابر افراد اقلیت صرفاً از طریق پاسداری فعالانه از هویت‌های جمعی آن‌ها تضمین می‌شود. علاوه بر این، امروزه در ادبیات حقوق بشر از حقوق هم‌بستگی یا حقوق جمعی صحبت به میان می‌آید که شامل حق صلح، حق دسترسی آزاد به اطلاعات، حق برخورداری از محیط زیست سالم، حق مشارکت در میراث مشترک بشری، حق توسعه و حق کمک‌های بشر دوستانه است.

همه این‌ها نشان می‌دهد که بشر در تعریف محدود فردگرایانه از خود، تجدید نظر کرده است و خود را نه جزئی ممتاز از بقیه عناصر پیرامونی و محیطی و مسلط بر آن‌ها، بلکه هم‌تراز آن‌ها تعریف می‌کند. چنین تعریف جمعی و هم‌بسته از هویت انسانی نیز ملزومات اخلاقی خاص خود را دارد. در

عین حال و از منظری دیگر، این نکته مطرح می‌شود که تا چه اندازه در گفتمان موجود حقوق بشر به مسئله تفاوت‌های هویتی توجه شده و دعوای جهان‌شمولی آن چه قدر با واقعیت‌های ناشی از تکثر و تعدد هویتی در سطح جهان هم‌خوانی دارد. در متون اصلی قاعده‌ساز، توجه به بسترهای فرهنگی متفاوت در اجرای قواعد حقوق بشر مطرح شده و گفتمان موجود حقوق بشر، بیش‌تر بر اساس برداشتی شکلی از حقوق و اخلاق است و همین را پایه جهان‌شمولی خود می‌داند.^۱

ماده ۶ اعلامیه جهانی تنوع فرهنگی (۲۰۰۱) نیز بر این امر تأکید دارد که در عین توجه به جریان آزاد اندیشه‌ها در کلام و تصویر، همه فرهنگ‌ها باید فرصت ابراز وجود و شناساندن خود را پیدا کنند. دسترسی برابر به هنر و دانش علمی و فنی و دانش دیجیتال و نیز فراهم آوردن امکان دسترسی همه فرهنگ‌ها به ابزارهایی برای بیان و ابراز و انتشار دستاوردهای خود، متضمن ظهور و حفظ تنوع فرهنگی دانسته شده است.

از دیگر اسناد مرتبط با حق بر هویت فرهنگی می‌توان به این اسناد اشاره کرد:

۱. ماده ۱۹ اعلامیه و برنامه عمل وین (۱۹۹۳)؛

۲. ماده ۱۵ کنوانسیون حفاظت از میراث فرهنگی ناملموس.

تفسیر عمومی شماره ۲۳ کمیته حقوق بشر در خصوص ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز از اسناد قابل توجه است. کمیته در ابتدای نظریه تفسیری خود بر این موضوع تأکید دارد که حق بر فرهنگ و بهره‌مندی از فرهنگ متمایز در خصوص اقلیت‌های مندرج در ماده ۲۷ با حق خودمختاری اعلام شده در ماده ۱ میثاق مشتبه شده‌اند. هم‌چنین تعهدات دولت مربوط به اجرای ماده ۲۷ با ماده ۴۰ یا بخش اول ماده ۲ میثاق اشتباه شده است.

میثاق میان حق بر تعیین سرنوشت و حقوق مندرج در ماده ۲۷ تمایز و تفکیک قائل شده است. حق تعیین سرنوشت، متعلق به مردم است و بر اساس قسمت اول میثاق با آن برخورد می‌شود، اما ماده ۲۷، حقوقی است که به افراد اعطا گردیده و در قسمت سوم میثاق درج شده و طبق پروتکل اختیاری قابل تشخیص است.

۱. مشیرزاده، حمیرا و حیدرعلی مسعودی، «هویت و حوزه‌های مفهومی روابط بین‌الملل»، فصل‌نامه سیاست، ۱۳۸۸، شماره ۱۲، ص ۵۳.

اصطلاحات به کار رفته در ماده ۲۷ نشان می‌دهد افرادی که موضوع حمایت قرار گرفته‌اند، به یک گروه تعلق دارند و در یک فرهنگ، دین یا زبان مشترک هستند و ضرورتاً شهروند متبوع دولت نیستند. مفهوم اساسی در ماده ۲۷ این است که اشخاص متعلق به اقلیت‌ها برای اعمال حقوق فرهنگی خود، نیازمند سکونت دائم در یک دولت نیستند. بنا بر این، کارگران مهاجر یا حتی بازدیدکنندگان در یک کشور حق دارند از حقوق مندرج در ماده ۲۷ میثاق برخوردار شوند. یکی دیگر از جنبه‌های هویت فرهنگی که در متن ماده ۲۷ به آن توجه شده، حق متعلق به یک اقلیت زبانی برای استفاده از زبان خود در محافل عمومی و خصوصی است. کمیته بر این امر تصریح دارد که هر چند مفاد ماده ۲۷ میثاق به صورت منفی بیان شده است، ولی وجود حق بر هویت فرهنگی را به رسمیت می‌شناسد. بنا بر این، اقدامات مثبت دولت شامل حمایت‌های قضایی و اداری برای صیانت از حق بر هویت فرهنگی ضروری است. با توجه به اعمال حقوق فرهنگی که در ماده ۲۷ تحت حمایت قرار گرفته است، کمیته مشاهده می‌کند که فرهنگ در اشکال مختلفی از جمله شیوه خاصی از زندگی به ویژه منابع طبیعی در مورد مردمان بومی تجلی پیدا می‌کند. این حق شامل فعالیت‌های سنتی مانند ماهی‌گیری یا شکار و حق زندگی در مکان‌هایی است که قانون از آن‌ها حمایت می‌کند و بهره‌مند شدن از این حقوق نیازمند اقدامات مثبت دولت‌هاست. در فراز آخر تفسیر عمومی، کمیته حمایت از حقوق مندرج در ماده ۲۷ را به منظور حفظ بقا و تداوم و توسعه هویت فرهنگی اقلیت‌ها ضروری می‌داند. بنا بر این، سازوکار حمایت از این حقوق با دیگر حقوق فردی مندرج در مواد میثاق تفاوت دارد.^۱

ماده ۲۷ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در صدد به رسمیت شناختن حقوق اقلیت‌هاست، اما از مفهوم آن به ابعاد هویتی می‌توان دست یافت که مذهب، نژاد و قومیت، نمونه‌هایی از آن است. به طور کلی، حق بر هویت، یکی از اساسی‌ترین حقوقی است که به هر فرد انسانی قابلیت برخورداری از تمامی حقوقش را می‌دهد. هویت را دربرگیرنده نام خانوادگی، شناسنامه، تاریخ تولد، جنسیت و ملیت هر فرد دانسته‌اند.^۲

1. "CCPR General Comment No. 23: Article 27" (Rights of Minorities), UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, para 3-7.

۲. بصیریان جهرمی، بهنوش و حسین بصیریان جهرمی، «حق بر هویت در رسانه‌های اجتماعی: بررسی رویکردهای حقوق بشری در مطالعات آن‌لاین»، فصل‌نامه مطالعات رسانه‌های جدید، ۱۳۹۷، سال چهارم، دوره دوم، شماره ۱، ص ۶.

گفتار سوم. حق بر هویت فرهنگی: حمایت قضایی در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر

حق بر هویت فرهنگی به صورت غیر مستقیم در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر شناسایی شده است. ماده ۸ معاهده به حق زندگی خصوصی مطابق با هویت فرهنگی منحصر به فرد و حق انتخاب آزادانه هویت فرهنگی، ماده ۹ حق به داشتن هویت دینی متمایز و ماده ۱۱ نیز به حق آزادی اجتماعات با یک هدف فرهنگی اشاره می‌کند.

بند اول. حق زندگی خصوصی مطابق با یک هویت فرهنگی

حریم خصوصی از مهم‌ترین حقوقی است که با کرامت انسانی ارتباط تنگاتنگ دارد و هدف آن، تعالی شخصیت انسان و به عبارت دیگر، تکریم تمامیت مادی و معنوی انسان‌هاست. حریم خصوصی با استقلال و آزادی انسان‌ها و حق بر تعیین سرنوشت برای خود ارتباط وثیق دارد؛ زیرا فضای لازم برای رشد و تکامل شخصی افراد را فراهم می‌سازد و از ابزار شدن انسان‌ها جلوگیری می‌کند و به آنان امکان می‌دهد تا اهداف خصوصی خود را تعقیب کنند و عرصه‌ای برای ابراز احساسات و عواطف درونی خود داشته باشند.^۱

در تعریف حریم خصوصی می‌توان چنین بیان کرد: «حریم خصوصی، آن بخش از زندگی هر انسان است که در آن، از آزادی در برابر بازخواست و کیفر حقوقی برخوردار است و هر گونه تصمیم‌گیری درباره آن و نیز اطلاع، ورود و نظارت بر آن حریم به صورت انحصاری در اختیار اوست و مداخله دیگران در آن با دسترسی به آن بدون اذن او مجاز نیست و ممنوع است».^۲

حق بر حریم خصوصی مشتمل بر این عناصر است:

۱. حق افراد برای تنها بودن در زندگی خصوصی خود؛
۲. حق بر مصون بودن از نظارت و دخالت دولتی؛
۳. حق بر این که امور شخصی و خصوصی افراد بدون اجازه ایشان عمومی نشود؛
۴. حمایت از اشخاص و مکان‌های زندگی آن‌ها از تفتیش و ضبط؛

۱. انصاری، باقر، حق بر حریم خصوصی، تهران: سمت، ۱۳۹۰، ص ۲.

۲. اسکندری، مصطفی، «ماهیت و اهمیت حریم خصوصی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۸۹، سال پانزدهم، شماره ۴، ص ۱۵۷.

۵. حمایت از اطلاعات و افکار اشخاص و جلوگیری از اقرار اجباری به جرم؛

۶. محق نبودن دولت در نظارت پنهانی اقتدار خصوصی افراد و پنهان نگه داشتن اطلاعات.^۱

دیوان نمی‌تواند منکر گستردگی و وسعت مفهوم «زندگی خصوصی» شود. از این رو، در پرونده‌های خود به طور مکرر بر این واقعیت تأکید کرده است که «زندگی خصوصی»، یک اصطلاح یا مفهوم وسیع است و نمی‌توان تعریفی جامع از آن ارائه داد. با وجود این، دیوان اذعان داشته است که عناصری مانند هویت، نام و حیات شخصی، از مهم‌ترین عناصر حریم شخصی است که ماده ۸ از آن حمایت می‌کند. حقوقی مانند حق بر هویت، پیشرفت و تکامل شخصی، ایجاد و تداوم رابطه با ابنای بشر و جهان خارج در این مفهوم قرار می‌گیرد.^۲

۱. توجه به سبک زندگی اقلیت‌ها منطبق بر سنت‌های فرهنگی

دادگاه اروپایی در چندین پرونده به حق بر هویت فرهنگی در خصوص کولیان توجه کرده است. در پرونده Case of Chapman V United kingdom، خواهان بیان داشت که اقدامات اجرایی دولت علیه وی و اشغال سرزمین و کاروان‌سراهاش بر خلاف مفاد ماده ۸ کنوانسیون^۳ است.^۴

خواهان در این پرونده، شخصی کولی است که از ابتدای تولد در سفر بوده و پس از ازدواج نیز هم‌چنان در کاروان‌سراها زندگی می‌کند. چندین سال در منطقه آلبان (Albans) و واتفورد (Watford) زندگی کرده و در فهرست انتظار برای یافتن سکونت‌گاه دائمی بوده است. پلیس همیشه وی را از محلی به محل دیگر منتقل می‌کرده و فرزندان او از آموزش محروم بوده‌اند. با توجه به سختی‌های زندگی در سفر، وی تصمیم به یک جانشینی می‌گیرد و قطعه زمینی می‌خرد. زمین مورد نظر در منطقه‌ای قرار داشت

۱. آقابابایی، حسین و زهرا احمدی ناظر، «فناوری دروغ‌سنجی؛ تهدیدی علیه حریم خصوصی»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۱، سال سوم، شماره ۲، ص ۱۷.

۲. 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، ۱۳۹۶، شماره ۵۶، ص ۲۶۸.

۳. ماده ۸: «هر کس از حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی، خانه و مراسلات خود برخوردار است. در اجرای این حق، هیچ مداخله‌ای نباید از سوی هیچ یک از مقامات دولتی صورت گیرد، مگر مداخلات منطبق بر قانون و مواردی که در یک جامعه مردم‌سالار به دلایل حفظ امنیت ملی، ایمنی عمومی یا رفاه اقتصادی کشور، پیش‌گیری از هرج و مرج، حفاظت از سلامتی و اخلاقیات یا حفاظت از حقوق دیگران، ضروری تشخیص داده شوند».

4. Case of Chapman V United kingdom, (2001), App No. 27238/95, para 8.

که امکان ساخت خانه در آن جا فراهم نبود و بعد از ۱۵ ماه، خواهان، بار دیگر به زندگی کوچ‌نشینی خود ادامه می‌دهد.^۱ خواهان معتقد بود امتناع از تصویب مجوز کاروان‌ها در زمین او و اشغال سرزمین وی نقض ماده ۸ است. به ادعای خواهان، اقدامات تهدیدآمیز دولت و اشغال کاروان‌ها، نه تنها حریم خصوصی او را نقض کرده، بلکه بر شیوه زندگی سنتی او نیز اثر گذاشته است.

دادگاه معتقد است زندگی در کاروان‌سرا، بخش جدایی‌ناپذیر از هویت قومی خواهان به عنوان یک کولی و منعکس‌کننده سنت‌های طولانی این اقلیت‌ها در شیوه زندگی کوچ‌نشینی است. این موضوع اهمیت دارد، اما فشار توسعه سبب شده است تا بسیاری از کولی‌ها برای مدتی طولانی به دلایلی مانند آموزش و پرورش فرزندان‌شان یک‌جانشین شوند. بنا بر این، استقرار خواهان در کاروان‌سراها تأثیری فراتر از حق احترام به حریم خصوصی آن‌ها دارد و بر حفظ هویت فرهنگی آنان به عنوان کولی اثر می‌گذارد. به عبارت دیگر، زندگی خانوادگی آن‌ها منطبق با سنت‌های کوچ‌نشینی است.

از دیدگاه دادگاه اروپایی، دخالت دولت تحقق یافته است. خواهان نیز معتقد است دخالت دولت در امور مربوط به وی به نوعی، جذب اجباری محسوب می‌گردد و شیوه زندگی او که بخشی از هویت اوست، خدشه‌دار شده که این کار، خلاف توافق بین‌المللی در خصوص حقوق اقلیت‌هاست. دادگاه در این خصوص معتقد است که توافق بین‌المللی در حال ظهور بین دولت‌های متعهد اتحادیه اروپا برای به رسمیت شناختن نیازهای اقلیت‌ها از جمله امنیت، هویت و شیوه زندگی نه تنها به منظور حمایت از اقلیت‌ها، بلکه برای تحقق تنوع فرهنگی در جامعه در حال ظهور است.^۲

در خصوص ماده ۸ معاهده، دادگاه به این مسئله اشاره می‌کند که وقتی جنبه بسیار مهمی از زندگی با هویت یک شخص مورد بحث است، حاشیه مجاز تفسیر دولت‌ها بسیار محدود خواهد بود. به هر جهت، وقتی میان کشورهای عضو شورای اروپا در خصوص اهمیت نسبی حق یا روش‌های حمایت از آن به خصوص در مواردی که سبب ایجاد حساسیت‌های اخلاقی می‌شود، اجماعی وجود ندارد، حاشیه تفسیر گسترده‌تر خواهد بود.^۳

1. Ibid, para 9.

2. Ibid, para 10.

3. Case of Evsan v United kingdom, (2007), App No. 6339/05, para 77.

دادگاه در خصوص این پرونده اذعان کرد که در حال حاضر، در میان کشورهای عضو معاهده، توافقی در حال ظهور برای به رسمیت شناختن نیازهای ویژه اقلیت‌ها در حال شکل‌گیری است و الزام به حفاظت از هویت و سبک زندگی اقلیت‌ها، نه تنها به منظور حفاظت از منافع آن‌ها، بلکه به دلیل حفظ تنوع فرهنگی برای کلیت جامعه ضروری است. دادگاه بر این نکته نیز تأکید می‌کند که تعلق داشتن به یک گروه اقلیتی با سبک زندگی متفاوت از اکثریت، سبب مصونیت از قوانین جامعه نمی‌گردد، اما قطعاً شیوه اجرای قوانین مورد نظر در خصوص گروه‌های اقلیت به شیوه‌های متفاوتی خواهد بود.^۱

دادگاه بیان می‌کند که توجه به موقعیت آسیب‌پذیر کولی‌ها به عنوان یک گروه اقلیت به معنای توجه به نیازهایشان و شیوه متفاوت زندگی آن‌هاست. به این ترتیب، بر اساس مقررات ماده ۸، دولت تعهد مثبت در تسهیل شیوه زندگی کولیان دارد. بنا بر این، با وجود سیاق به کار رفته در ماده ۸ که جنبه سلبی دارد، دادگاه در رویه خود بر اقدامات ایجابی در ارتباط با ماده ۸ تأکید می‌کند. اولاً دیوان بر این عقیده است که اصطلاح «احترام» که در ماده ۸ آمده است، به طور ذاتی، تعهدی ایجابی در خود دارد که بر دوش دولت‌های عضو بار می‌شود. به عبارت دیگر، نفس «احترام» نمی‌تواند امری سلبی و منفی باشد و بدون شک، متضمن اقدام ایجابی و فعل است، نه ترک فعل. پس اقدامات مثبت ضروری است.^۲

دادگاه اروپایی حقوق بشر در رأی مورد نظر، بر شیوه زندگی به عنوان یکی از عناصر هویت فرهنگی تأکید می‌کند و شیوه زندگی کولیان را به عنوان یک مفهوم اساسی در حقوق فرهنگی این گروه‌ها در نظر می‌گیرد و به درستی بر حق اقلیت‌ها برای زندگی در یک شیوه خاص و متفاوت صحه می‌گذارد. در پرونده مورد نظر، خواهان به استناد ماده ۸ معاهده (حق بر زندگی خصوصی)، دعوای خود را اقامه کرده است. دادگاه با اذعان و تأکید بر ارتباط میان شیوه زندگی بومیان و هویت فرهنگی آنان، در نهایت، نقض ماده ۸ معاهده را احراز نمی‌کند.

در دو پرونده مهم دیگر نیز دادگاه در خصوص حق بر هویت فرهنگی بحث کرده است. در دعوای Yordanova and Others v. Bulgaria خواهان‌ها دارای نژاد رومی بودند و بر این اساس، مدعی نقض

1. Case of Chapman V United kingdom, (2001), App No. 27238/95, para 15.

2. Case of Frisancho Perea v. Slovakia, (2015), App No. 383/13, para 55.

حقوق هویتی خود بودند. خواهان‌ها در دعوای *Winterstein and Others v. France*، مهاجرانی بودند که از سرزمینی که مدت‌ها در آن ساکن بودند، اخراج شده بودند. در پرونده وینترشتاین، دادگاه معتقد است زندگی در کاروان‌سرا و نیز اشغال آن، بخش جدایی‌ناپذیر از هویت کولیان است، حتی در فرضی که زندگی کوچ‌نشینی ندارند. اقدامات مؤثر در استقرار کاروان‌سراها بر توانایی آن‌ها در حفظ هویت و زندگی خصوصی مطابق با سنت‌ها اثر می‌گذارد. دادگاه با توجه به شرایط هر پرونده، نقض ماده ۸ معاهده را احراز کرد.^۱

خواهان‌ها در دعوای *Bagdonavicius and Others v. Russian*، شش خانواده رومی بودند که از محل زندگی اخراج شدند و منازلشان تخریب شد. خواهان‌ها معتقدند اخراج اجباری آن‌ها به دلیل عضویتشان در جامعه ژم و خاستگاه ژمی آن‌ها رخ داده است. اقدامات دولت روسیه در تخریب منازل این اقلیت بدون اطلاع قبلی و مغایر با اصل تناسب بوده است. در نهایت، دادگاه، نقض ماده ۸ معاهده را احراز کرد.^۲

۲. توجه به سنت‌های حاکم بر ازدواج منطبق با ارزش‌های فرهنگی

در برخی پرونده‌ها نیز دادگاه به سنت‌های حاکم بر ازدواج توجه کرده است. در دعوای *M. and Others v. Italy and Bulgaria* که خواهان، مدعی قاچاق یک دختر بلغاری در ایتالیا و به بردگی گرفتن وی بود، دادگاه معتقد است که دریافت مبلغی به ازای ازدواج نمی‌تواند دربردارنده مفهوم برده‌داری و انتقال مالکیت یک انسان باشد. ازدواج دارای ریشه‌های اجتماعی و فرهنگی است که قطعاً از یک جامعه به جامعه دیگر متفاوت خواهد بود. به اعتقاد دادگاه، پرداخت می‌تواند به عنوان هدیه‌ای از یک خانواده به خانواده دیگر پذیرفته شود؛ سنتی که در فرهنگ‌های مختلف رایج است.^۳

در دعوای *Z.H. and R.H. v. Switzerland*، خواهان‌ها، دو تبعه افغانستان بودند که ازدواج خود را در سن‌های ۱۴ و ۱۸ سالگی در ایران در یک مراسم مذهبی ثبت کرده بودند، اما تقاضای پناهندگی آنان در سوییس به دلیل به رسمیت نشناختن ازدواج رد شده بود. دعوای خواهان‌ها به موجب قوانین

1. Case of *Winterstein and Others v. France*, (2013), App No. 382/13, para 8.

2. Case of *Bagdonavicius and Others v. Russian*, (2016), App No. 19841/06, para 8.

3. Case of *M and others V Italy and Bulgaria*, (2012), App No. 40020/03, para 10.

داخلی سوییس با سیاست‌های عمومی ناسازگار بود؛ زیرا رابطه جنسی با کودک زیر ۱۶ سال از نظر قوانین سوییس، جرم محسوب می‌شود. دادگاه در این خصوص معتقد است: «اگرچه به رسمیت شناختن ازدواج منطبق با سنت‌های فرهنگی خواهان مورد پذیرش است، اما مفاد ماده ۸ معاهده به گونه‌ای تفسیربردار نیست که سبب تحمیل به رسمیت شناختن ازدواج غیر قانونی گردد. پس نقض ماده ۸ در این پرونده صورت نگرفته است»^۱.

بند دوم. حق بر انتخاب آزادانه هویت فرهنگی

در دعوی Ciubotaru v. Moldova، مقامات مولداوی از ثبت هویت قومی رومانیایی خواهان امتناع کردند. خواهان، متقاضی جای‌گزینی شناس‌نامه شوروی خود با شناس‌نامه مولداوی بود. در این پرونده، دادگاه معتقد است هویت قومی یک فرد جنبه اساسی از زندگی خصوصی وی است و در نتیجه، عملکرد دولت مولداوی سبب ایجاد مانع بر سر راه هویت فرهنگی می‌گردد. دادگاه بر این نکته تأکید می‌کند که برخی دلایل عینی که سبب پیوند میان یک گروه قومی می‌شود، عبارتند از: زبان مشترک، قومیت، مذهب و نیز ریشه‌های فرهنگی و سنتی. در نهایت، دادگاه بر این عقیده است که نپذیرفتن تغییر نام که شاکی منطبق بر آن پرورش یافته و هویت خود را از آن بنا کرده، به منزله نقض حق احترام به زندگی خصوصی است.^۲

بند سوم. حق بر هویت مذهبی

حق آزادی مذهب مانند دیگر حق‌های بشری مبتنی بر مبانی نظری است. این مبانی در نظام اروپایی در ارتباط با حق آزادی مذهب در وهله اول شامل تقویت هم‌زیستی در جامعه است. ایجاد این هم‌زیستی در جامعه مستلزم رعایت حقوق بشر تمام افراد جامعه از جمله اقلیت‌های مذهبی است.^۳ دادگاه اروپایی حقوق بشر در تعریف مذهب و دامنه شمول مصادیق آن، معیارهای شخصی نداشته و از الگویی مشخص پیروی نکرده است. کمیته حقوق بشر در تفسیر عمومی خود، حق ابراز مذهب

1. Case of Z.H. and R.H. v. Switzerland, (2016), App No. 60119/128, para 7.

2. Case of Mozer v. the Republic of Moldova and Russia, (2010), App No. 11138/10, para 23.

۳. حسینی، پیشین، ص ۸۷.

را شامل طیف وسیعی از اعمال می‌داند که استفاده از نمادها جزو حق بر ابراز مذهب قرار می‌گیرد. رعایت و اعمال مذهب و اعتقاد نه تنها شامل انجام تشریفات مذهبی و عبادی است، بلکه شامل آداب و رسوم مذهبی، رعایت رژیم غذایی خاص (حلال) و مشارکت و حضور در تشریفات مذهبی نیز می‌شود.^۱ خواهان در دعوی Sinan Işık v. Turkey، متقاضی درج مذهب علوی خود در شناس‌نامه‌اش بود که دولت ترکیه از این امر خودداری کرده بود. دادگاه در این پرونده، نقض ماده ۹ را احراز و بر این امر تأکید کرد که شناس‌نامه اشخاص، نشانه‌ای از هویت مذهبی آنان است و افشای آن در اختیار اشخاص است. فارغ از به رسمیت شناختن هویت مذهبی شیعه در شناس‌نامه، دادگاه معتقد است که قرار گرفتن مذهب در شناس‌نامه به عنوان بخشی از هویت مذهبی قابل توجه است. دادگاه تأکید کرد که حق آزادی مذهب، جنبه‌ای منفی نیز دارد و آن عبارت است از این‌که هیچ شخصی، مجبور به افشای هویت مذهبی خود نیست. هم چنین اقدامات دولت ترکیه، وظیفه بی‌طرفی دولت در خصوص برخورد با کثرت‌گرایی مذهبی را نقض می‌کند.^۲

آزادی اندیشه، وجدان و مذهب که در ماده ۹ معاهده تضمین شده، در حقیقت، یک حق مهم برای اقلیت‌ها برای حفظ هویتشان است تا آن‌جا که از مظاهر اعتقاد یا مذهب با دیگران در حوزه‌های عمومی و خصوصی محافظت می‌کند. عبادت دسته‌جمعی با دیگران، بارزترین شکل تجلی جمعی هویت مذهبی است. دسترسی به عبادت‌گاه‌ها و محدودیت‌هایی که بر اقلیت‌ها اعمال می‌شود، باعث ایجاد موضوعات مربوط به ماده ۹ می‌گردد.^۳

با پیروی از ماده ۹ معاهده اروپایی حقوق بشر و هم‌چنین ماده ۱۸ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، حقوق و آزادی‌های مذهبی را می‌توان به دو دسته اصلی تقسیم کرد: حق بر داشتن دین و مذهب و حق بر ابراز آن. حق بر داشتن دین و مذهب به جنبه درونی و شخصی آزادی دین و مذهب مربوط است. به عبارت دیگر، اولین حقی که افراد در زمینه مذهب دارند، این است که بتوانند به مذهب و دینی که می‌خواهند، اعتقاد داشته باشند. علاوه بر این، جنبه درونی، آزادی دین و مذهب یک

۱. همان، ص ۸۹.

2. Case of Sinan Işık v. Turkey, (2010), App No. 21924/05, para 9.

3. Case of Cyprus v Turkey, (2010), App No. No. 25781/94, para 14.

جنبه بیرونی دارد و آن هم آزادی ابراز عقاید دینی و انجام مراسم و مناسک و دستورهای دینی است. به دیگر سخن، حق ابراز دین شامل حق تعلیم و تعلم دینی، انجام مراسم و آیین دینی، رفتار، گفتار، پوشش و هم چنین حق تبلیغ دین می‌شود. این حقوق بیرونی ممکن است با حقوق و آزادی‌های دیگران یا نظم عمومی و مقررات دولتی در تعارض باشد.^۱

خواهان‌ها در دعوای *Doğan and Others v. Turkey*، پیروان مذهب تشیع بودند که مقامات ایالتی دولت ترکیه بر خلاف آن چه به سنی‌مذهبان، خدمات مذهبی عرضه می‌کردند، به آنان، خدمات مذهبی نمی‌دادند. دادگاه در این پرونده معتقد است که اقدام دولت ترکیه، بی‌طرفی این دولت را در مورد اعتقادات مذهبی نقض می‌کند. به باور دادگاه، حق یک جامعه مذهبی برای موجودیت مستقل و خودمختار از زمره حقوق اساسی است و اقدامات دولت ترکیه در به رسمیت نشناختن ماهیت مذهب شیعه به منزله انکار شناخت جامعه شیعیان است و در نهایت، استفاده از عبادت‌گاه‌ها و اماکن مذهبی را برای شیعیان با مشکل مواجه می‌کند. دادگاه در نهایت به این نتیجه رسید که دخالت صورت گرفته توسط دولت ترکیه در یک جامعه دموکراتیک ضروری نبوده است.^۲

هر چند واژه «دموکراسی» در عبارت «جامعه دموکراتیک»، قابلیت تفسیرهای متعددی را دارد، ولی در مجموع، اصول جامعه دموکراتیک یا اصول دموکراسی را می‌توان مواردی مانند مشارکت متفکرانه همگانی مردم، اعتقاد به آزادی‌های فردی و عمومی، تکررگرایی، اعتبار اکثریت، حقوق اقلیت، برابری، امکان جابه‌جایی قدرت، مسئولیت، حاکمیت قانون و توازن قدرت دانست.^۳ به نظر دیوان، دولت نباید به حمایت از یک طرف، اصل بی‌طرفی مذهبی دولت را نقض کند و این امر به معنای دخالت در آزادی ابراز دین و مذهب است.^۴

اشکال متنوع اظهار دین و عقیده در ماده ۹ معاهده شامل «عبادت»، «تعلیمات دینی»، «عمل به

۱. عبدی، ایوب و سید قاسم زمانی، «حاشیه صلاح‌دید دولت‌ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ص ۶۵.

2. Case of *Doğan and Others v. Turkey*, (2016), App No. 62649/10, para 55.

۳. حبیب‌نژاد، سید احمد، «شرایط اعمال تحدید حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر تحدید به نام نظم عمومی»، دوفصل‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره سوم، شماره ۱، ص ۶۰.

4-Case of *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, (2000), App No. 38178/97, para 78.

مناسک» و انجام مراسم دینی می‌شود. رویه و رویکرد دیوان اروپایی حقوق بشر، معانی و محدوده این موارد را هیچ‌گاه به طور دقیق و جزئی توصیف یا تعریف نکرده است.^۱

دادگاه در پرونده *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia*، در خصوص محدودیت دسترسی زندانیان به خدمات مذهبی معتقد است که ممنوعیت ملاقات با کشیش از موجبات نقض ماده ۹ معاهده است؛ چون سبب می‌شود آزادی مذهبی به طور کامل اجرا نشود.^۲

در دعوی *Süveges v. Hungary*، خواهان در حصر خانگی به سر می‌برد و این امر، او را از حضور در مراسم مذهبی روز یک‌شنبه محروم می‌کرد. پس حق وی برای ابراز دین به عنوان بخشی از هویت فرهنگی او نقض شده است.^۳

در مورد محدودیت‌هایی که کارفرمایان بر توانایی کارکنان در خصوص آزادی اعمال دینی اعمال می‌کنند، دادگاه معتقد است که ایجاد محدودیت در محل کار در خصوص مراسم مذهبی موجب نقض ماده ۹ می‌شود.^۴ با اعمال حق آشکار کردن دین، از استفاده از نمادهای مذهبی، حمایت صورت می‌گیرد. البته در دادگاه، در بیش‌تر موارد، مداخلات دولت در قالب ممنوعیت یا محدودیت برای دفاع از سکولاریسم و برابری جنسیتی توجیه می‌شود.^۵

دادگاه در مورد استفاده از نمادهای مذهبی به طور گسترده‌تر در مکان‌های عمومی معتقد است که محکومیت کیفری اعضای یک گروه مذهبی به دلیل استفاده از عمامه و تن‌پوش سیاه در مکان‌های عمومی به معنای نقض ماده ۹ معاهده است؛ زیرا مبتنی بر دلایل کافی و مشروع نیست.^۶ به طور کلی، دادگاه معتقد است استفاده از لباس به عنوان نمادی از بیان هویت فرهنگی است که به کثرت‌گرایی ذاتی دموکراسی کمک می‌کند.

۱. زمانی، سید قاسم و سید علی حسینی آزاد، «تأملی در برخورد دیوان اروپایی حقوق بشر با ماده ۹ کنوانسیون حقوق بشر بر پایه پرونده لیلا شاهین»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۶، ص ۴۱.

2. Case of *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia*, (2010), App No. 11138/10, para 23.

3. Case of *Süveges v. Hungary*, (2010), App No. 50255/12, para 5.

4. Case of *Eweida and Others v. the United Kingdom*, (2013), App No. 48420/10, para 56.

5. Case of *Dogru v. France*, (2008), App No. 27058/05, para 8.

6. Case of *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, (2010), App No. 41135/98, para 20.

بند چهارم. حق عضویت در انجمن‌ها با هدف فرهنگی

انسان را نمی‌توان صرفاً با واژه فرد یا آزادی‌های فردی شناسایی کرد. انسان دارای بعد دیگری به نام بعد اجتماعی یا حیات جمعی است و به این دلیل، آزادی‌های گروهی اهمیت شایانی دارند. آزادی‌های گروهی عبارتند از مواردی مانند آزادی تجمع، تظاهرات، احزاب و سندیکاها. به یک معنا می‌توان این حق‌ها را در شمار حق کلی‌تری به نام مشارکت سیاسی دسته‌بندی کرد؛ زیرا شهروندان از طریق اعمال این حق‌ها و آزادی‌ها به صورت مستقیم در تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی خود مشارکت و در طراحی یا تغییر محیط اجتماعی و سیاسی مداخله می‌کنند. پس بدون به رسمیت شناختن این دسته از آزادی‌ها، سخن گفتن از مقوله‌هایی مانند مردم‌سالاری و مشارکت مردمی در امور سیاسی و اجتماعی بی‌معناست.^۱

آزادی عضویت در انجمن در ماده ۱۱ معاهده تضمین شده است. این ماده از حق افراد متعلق به اقلیت‌ها برای تشکیل انجمن‌هایی به منظور ارتقای فرهنگ و آگاهی از شاخص‌های فرهنگی حمایت می‌کند. در دعوای *Sidiropoulos and Others v. Greece*، دادگاه به حمایت از انجمن‌هایی پرداخت که هدف آن‌ها، ترویج فرهنگ اقلیت بود. خواهان‌ها در این پرونده، مدعی بودند که منشأ قومی مقدونی دارند و قصد تأسیس یک انجمن غیر انتفاعی با نام «خانه تمدن مقدونیه» را داشتند. دادگاه‌های ملی از ثبت نام انجمن خودداری کردند. دادگاه در این پرونده، نقض ماده ۱۱ را احراز و تأکید کرد که اهداف این انجمن به طور انحصاری، حفظ و توسعه سنت‌ها و فرهنگ عامیانه منطقه فلوریناست و چنین اهدافی در دادگاه کاملاً روشن و مشروع است. ساکنان یک منطقه در یک کشور به دلایل تاریخی و اقتصادی از حق تشکیل انجمن‌هایی برای ارتقای ویژگی‌های خاص منطقه برخوردارند.^۲

دادگاه اعلام کرد سند نشست کپنهاگ (۲۹ ژوئن ۱۹۹۰) و منشور پاریس برای اروپای جدید در ۲۱ نوامبر ۱۹۹۰ که یونان آن را امضا کرده است، به آن‌ها اجازه می‌دهد برای محافظت از میراث فرهنگی و معنوی خود، انجمن‌هایی تشکیل دهند. در دعوای *Gorzelik and Others v. Poland*، دادگاه بر اهمیت آزادی انجمن برای افراد متعلق به اقلیت‌های قومی و ملی تأکید کرد.^۳

۱. اسکندری، پیشین، ص ۱۰.

2. Case of *Sidiropoulos and Others v. Greece*, (1998), App No. 26695/95, para 15.

3. Case of *Gorzelik and Others v. Poland*, (2001), App No. 44158/98, para 5.

در حالی که در چارچوب ماده ۱۱، دادگاه بیش‌تر به نقش اساسی احزاب سیاسی در تضمین کثرت‌گرایی و دموکراسی اشاره کرده است، نقش انجمن‌هایی که با اهداف دیگری تشکیل شده‌اند، از جمله انجمن‌هایی با اهداف حمایت از میراث فرهنگی و معنوی و نیز اهداف اقتصادی و اجتماعی، حمایت از هویت قومی برای عملکرد صحیح دموکراسی صحیح است؛ زیرا کثرت‌گرایی بر اساس شناخت واقعی و احترام به تنوع و پویایی سنت‌های فرهنگی و هویت‌های قومی و فرهنگی، اعتقادات مذهبی، ایده‌ها و مفاهیم هنری، ادبی، اقتصادی و اجتماعی بنا شده است. تعامل هماهنگ افراد و گروه‌ها با هویت‌های متنوع برای دستیابی به انسجام اجتماعی ضروری است. در صورت عملکرد صحیح جامعه مدنی، مشارکت شهروندان تا اندازه زیادی از طریق عضویت در انجمن‌هایی حاصل می‌شود که در آن‌ها می‌توانند با یکدیگر ادغام شوند و اهداف مشترک را به طور جمعی دنبال کنند. دیوان در توسعه این اصول اظهار داشت که حق ابراز عقاید از طریق آزادی انجمن و مفهوم خودمختاری شخصی، زیربنای حق هر کسی است که در یک زمینه قانونی، عقایدشان را در مورد هویت قومی خود ابراز کنند.^۱ هم‌چنین ماده ۱۱ از حق اشخاص متعلق به اقلیت‌ها برای برگزاری جلسات مسالمت‌آمیز مانند بزرگداشت برخی وقایع تاریخی که برای آن‌ها اهمیت خاصی دارد، محافظت می‌کند.^۲

گفتار چهارم. حق بر هویت فرهنگی در ایران

در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان شده که این قانون، مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است. در قانون اساسی، ذکری از عنوان «حقوق فرهنگی» نشده است، اما در اصول مختلف این قانون، مصادیق حقوق فرهنگی نمود دارد.

بند اول. حمایت از میراث معنوی و مادی

یکی از موضوعاتی که بخش فرهنگی یونسکو برای حفاظت از آن هر ساله برنامه‌ریزی و در این راستا، وظایفی را برای دولت‌ها مقرر کرده، حمایت از میراث معنوی است که به عنوان بخشی از هویت فرهنگی

1. Case of Tourkiki Enosi Xanthi and Others v. Greece, (2008), App No. 27/11/2016, para 23.

2. Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, (2001), App No. 34144/05, para 7.

شناخته می‌شود. در نگاهی کلی می‌توان میراث معنوی را شامل زبان، هنرهای نمایشی، آیین‌ها و مناسک در نظر گرفت. اهمیت این موضوع را در اسناد فرهنگی نیز می‌توان مشاهده کرد. برای مثال، به اصول ۱۵ و ۱۶ قانون اساسی، فقره «ه» بند ۴ و فقره «ج» بند ۷ سیاست فرهنگی اشاره کرد.

در کنار میراث فرهنگی می‌توان از میراث معنوی نام برد که نمود عینی و وجوه ملموس نظام انباشتی تاریخی را نمایان می‌سازند، مانند شهرها، بناها و اشیاء. در واقع، سازمان میراث فرهنگی کشور، مسئول این بخش از میراث فرهنگی است؛ زیرا این آثار بیانگر ارتباط فرهنگی انسان در ادوار گوناگون تاریخی هستند. به طور طبیعی، چنین موضوعی در سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی نیز نمود یافته است که برای مثال می‌توان به فقره «ج» بند ۱ سیاست فرهنگی و بند «ج» ماده ۱۵۶ قانون برنامه چهارم توسعه اشاره کرد. بر این اساس، نقش مؤلفه تاریخ فرهنگی را نه تنها در رویکرد توصیفی از هویت فرهنگی ایران، بلکه در رویکرد تجویزی در حوزه سیاست هویت نیز باید در نظر گرفت.^۱

بند دوم. حدود صلاحیت مقامات اداری در ثبت آثار تاریخی و فرهنگی

گفتمان حق بر حفاظت از میراث فرهنگی به عنوان یکی از مصادیق حقوق فرهنگی بر اصل عمومی بودن میراث فرهنگی استوار است. این اصل، مهم‌ترین اصل در خصوص حق بر میراث فرهنگی است. در پرتو این اصل، دسترسی به میراث فرهنگی و برخورداری از آن از یک سو و مشارکت همه مردم در پاسداری از آن برای انتقال به نسل‌های بعدی برجسته می‌شود. از این رو، مردم به محیط‌های تاریخی و فرهنگی به عنوان بخشی از هویت و طبیعت خود توجه دارند و به آن ارزش می‌دهند. شناسایی یک بنای تاریخی به عنوان میراث فرهنگی و سپس ثبت و فهرست‌بندی آن از سوی دولت‌ها در راستای حفاظت از آن، محدودیت‌هایی را بر حقوق مالکان خصوصی این میراث وارد می‌آورد.^۲

به همین دلیل، مقام دادرسی اداری در زمان اعطای مجوز وظیفه دارد تشریفات قانونی را انجام دهد که عبارتند از:

۱. آشنا، حسام‌الدین، محمدرضا، روحانی، هویت فرهنگی ایرانیان از رویکردهای نظری تا مولفه‌های بنیادی، تحقیقات فرهنگی ایران، دوره ۳، شماره ۱۲، ۱۳۸۹، ص ۱۶۲

۲. حیدری شولی، فروغ، جلالی، محمد، مطالعه تطبیقی حفاظت از بناهای تاریخی دارای مالک خصوصی در نظام حقوقی ایران و انگلیس؛ از مجوزدهی تا اعتراض، حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۶۳

الف) بررسی شناسایی و تشخیص

شرایط اولیه ثبت اثر در فهرست آثار ملی، احراز ویژگی‌های فرهنگی و تاریخی و دیگر شرایط مقرر قانونی از جمله قدمت ماهیت اثر و محل ساخت یا ایجاد اثر است. احراز این شرایط و ویژگی‌ها با استناد به بند «ج» قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی و بندهای ۱ تا ۶ ماده ۳ قانون اساسی نامه سازمان میراث فرهنگی جزو وظایف ذاتی این سازمان مقرر شده است.

ب) تشکیل پرونده کارشناسی

تشکیل پرونده ثبتی، یکی دیگر از وظایف و تکالیف سازمان متولی به نمایندگی از جانب دولت است. این پرونده باید دربرگیرنده همه اطلاعات لازم در خصوص اثر پیشنهادی برای ثبت باشد. پس از تنظیم و تشکیل پرونده که شامل نظر کارشناسان است، ثبت مال در فهرست آثار ملی تشخیص و اجازه داده خواهد شد.

ج) اخطار به مالک

پس از تشخیص ضرورت ثبت اثر در فهرست آثار ملی، ثبت قطعی اثر در این فهرست به اخطار به مالک خصوصی بستگی دارد، به این ترتیب که پیش از صدور مجوز ثبت و ابلاغ آن از سوی رییس سازمان میراث فرهنگی به مراجع مربوط، تصمیم سازمان به ثبت اثر در فهرست آثار ملی به صورت کتبی و با ذکر دلایل قانونی و کارشناسی به مالک خصوصی ابلاغ می‌شود. مالک می‌تواند ظرف مهلت یک ماه با ذکر دلایل و مستندات از تصمیم سازمان شکایت کند. اگر مرجع رسیدگی، دلایل و مستندات ابرازی را موجه تشخیص دهد، از ثبت اثر خودداری می‌کند. در غیر این صورت، ثبت اثر در فهرست آثار ملی را قطعی اعلام می‌کند.^۱

بند سوم. نظارت دیوان عدالت اداری بر فرآیند ثبت آثار ملی

ثبت اثر تاریخی و فرهنگی در فهرست آثار ملی از منظر حقوق اداری عبارت است از: «یک عمل اداری بیرونی موردی و یک جانبه غیر ترافعی اسقاطی»^۲ در نظام حقوقی ایران، اگر مالکان خصوصی بناهای تاریخی فهرست شده نتوانند از مراجع صالح یعنی وزارت میراث فرهنگی و اداره‌های تابعه،

۱. شادنوش، امیرحسن، دادرسی اداری در حوزه میراث فرهنگی، انتشارات مجد، ۱۳۹۵، ص ۷۰

۲. هداوند، مهدی، درآمدی به نظریه عمومی اسباب زوال عمل اداری، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال پنجم، شماره اول، ۱۳۹۷، ص ۱۸۴

مجوزهای مربوط به حوزه تغییر در بنا را دریافت کنند، تنها راه شناسایی شده از سوی قانون‌گذار برای رسیدگی به اعتراض آنان، مسیر نظارت قضایی از طریق دیوان عدالت اداری است. معترضان می‌توانند طبق مفاد ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری از تصمیم نهادهای حوزه صدور مجوزها که همگی در قالب نظام تمرکز اداری قرار دارند، به شعب دیوان عدالت اداری شکایت کنند.

در یکی از پرونده‌های مطرح شده در شعبه دهم دیوان عدالت اداری ایران به خواسته ابطال نامه‌های مورد اعتراض در خصوص پلاک‌های ثبتی به طرفیت وزارت میراث فرهنگی، شاکای با توجه به قدیمی بودن بنای تحت تصرفش، تخریب و نوسازی آن را از شهرداری درخواست کرد که در این راستا، وزارت میراث فرهنگی با صدور نامه‌ای مبتنی بر اعلام تاریخی بودن ملک و ثبت آن در فهرست آثار ملی به شهرداری محل وقوع ملک، شهرداری را از صدور پروانه ساخت و تخریب و نوسازی منع کرد. شاکای نیز در اعتراض به صادر نشدن مجوز در دیوان شکایت کرد. در این راستا، شعبه دیوان با این استدلال که وزارت میراث فرهنگی به دلیل ویژگی تاریخی و معماری بنای احداثی، صرف نظر از قدمت آن، شهرداری را از اعطای مجوز مورد نظر شاکای منع کرد و تبعیت شهرداری از نظر وزارت میراث فرهنگی را طبق ماده ۱۰۲ قانون شهرداری‌ها الزامی شمرده و خواسته مالک را موجه ندانسته است.

هم‌چنین در پرونده‌ای دیگر که در شعبه دوم دیوان عدالت اداری بررسی شده، شاکای، مالک ملکی بوده که آن ملک بر اساس دستورالعمل ابلاغی وزارت میراث فرهنگی جزو آثار واجد ارزش فرهنگی و تاریخی قرار گرفته است. چون ملک موصوف در استان کردستان قرار دارد، شاکای، اداره میراث فرهنگی کردستان را طرف دعوا قرار داده است. قاضی رسیدگی‌کننده با وجود تصریح به برخورداری مالکان بناهای تاریخی از همه حقوق مالکیت و مجاز بودن تصرفاتی مانند فروش ملک، مرمت و احیای آن، خواسته شاکای را موجه ندانست؛ زیرا اعطای مجوز تخریب بنای واجد ارزش تاریخی و فرهنگی به تشخیص وزارت میراث فرهنگی بستگی دارد. هم‌چنین دیوان عدالت اداری نمی‌تواند اداره را به خرید ملک تاریخی یا معاوضه آن با ملک دیگری ملزم کند، بلکه وزارت میراث فرهنگی به همراه وزارت راه و شهرسازی، بنیاد مسکن و شهرداری، مکلف به صیانت از ملک دارای ارزش تاریخی و فرهنگی و ارتقای کیفیت ساکنان آن است.^۱

۱. حیدری شولی، فروغ، جلالی، محمد، مطالعه تطبیقی حفاظت از بناهای تاریخی دارای مالک خصوصی در نظام حقوقی ایران و انگلیس؛ از مجوزدهی تا اعتراض، حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۷۶

نتیجه‌گیری

دادگاه اروپایی حقوق بشر به عنوان یک مرجع قضایی منطقه‌ای در ارتقای حقوق مندرج در معاهده اروپایی حقوق بشر نقش مهمی داشته است. در مواد معاهده و پروتکل‌های الحاقی به آن، در خصوص مصادیق حقوق فرهنگی از جمله حق بر هویت فرهنگی، صحبتی به میان نیامده است. با این حال، دادگاه اروپایی در موارد متعددی با در نظر گرفتن اصل تفسیر پویا و از طریق مواد دیگر معاهده، حق‌های فرهنگی مانند حقوق زبانی، حق بر هویت فرهنگی و حق بر مشارکت فرهنگی را به رسمیت شناخته است. دادگاه، حق بر هویت فرهنگی را از طریق مواد ۸، ۹ و ۱۱ معاهده شناسایی کرده است.

دیوان در موارد متعددی از آرای خود به وجود حق بر هویت فرهنگی در قالب حمایت از زندگی خصوصی اشاره و تصریح کرده که انتخاب سبک زندگی منطبق با ارزش‌ها و سنت‌های فرهنگی، جزئی از حق بر حریم خصوصی است. دیوان به حمایت از حق بر هویت فرهنگی از طریق آزادی مذهب مندرج در ماده ۹ معاهده نیز توجه کرده است. دادگاه بر این عقیده است که حق ابراز و اظهار دین و نمادهای مذهبی، بخشی از هویت فرهنگی اشخاص است. هم‌چنین در خصوص ماده ۱۱ مبنی بر آزادی تشکل و انجمن، دادگاه بر آزادی عضویت در انجمن‌ها با هدف فرهنگی تصریح کرده است. در نهایت، مطالعه و بررسی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص حق بر هویت فرهنگی نشان‌دهنده حمایت این نهاد از حق بر هویت فرهنگی است و این حمایت اصولاً از طریق اصل تفسیر پویای معاهده صورت می‌گیرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استاماتوپولو، الستا، حق‌های فرهنگی در حقوق بین‌الملل، ترجمه: سید قاسم زمانی و مونا السادات میرزاده، تهران: خرسندی، ۱۳۹۲.
۲. امیرارجمند، اردشیر، مجموعه اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.
۳. انصاری، باقر، حق بر حریم خصوصی، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
۴. بلیک، ژانت، درآمدی بر حقوق فرهنگی و تنوع فرهنگی در سیاست‌گذاری و حقوق بین‌الملل، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۵.
۵. شادنوش، امیرحسن، دادرسی اداری در حوزه میراث فرهنگی، انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
۶. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.

ب) مقاله

۱. اسکندری، مصطفی، «ماهیت و اهمیت حریم خصوصی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۸۹، سال پانزدهم، شماره ۴.
۲. آشنا، حسام‌الدین، محمدرضا، روحانی، «هویت فرهنگی ایرانیان از رویکردهای نظری تا مولفه‌های بنیادی»، تحقیقات فرهنگی ایران، دوره ۳، شماره ۱۲، ۱۳۸۹.
۳. آقابابایی، حسین و زهرا احمدی ناظور، «فناوری دروغ‌سنجی؛ تهدیدی علیه حریم خصوصی»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، ۱۳۹۱، سال سوم، شماره ۲.
۴. بصیریان جهرمی، بهنوش و حسین بصیریان جهرمی، «حق بر هویت در رسانه‌های اجتماعی؛ بررسی رویکردهای حقوق بشری در مطالعات آن‌لاین»، فصل‌نامه مطالعات رسانه‌های جدید، ۱۳۹۷، سال چهارم، دوره دوم، شماره ۱.
۵. حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا دانش ناری، «حمایت از حقوق زبانی در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، شماره ۱۷.
۶. حبیب‌نژاد، سید احمد، «شرایط اعمال تحدید حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر تحدید به نام نظم

- عمومی»، دوفصل‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره سوم، شماره ۱.
۷. حسینی، سیده لطیفه، «بررسی انتقادی آرای اخیر دادگاه اروپایی دادگستری و دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص آزادی مذهب در چارچوب دکترین حاشیه صلاح دید»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۷، دوره دهم، شماره ۲.
۸. حیدری شولی، فروغ، جلالی، محمد، «مطالعه تطبیقی حفاظت از بناهای تاریخی دارای مالک خصوصی در نظام حقوقی ایران و انگلیس؛ از مجوزدهی تا اعتراض»، حقوق تطبیقی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۴۰۰.
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، ۱۳۹۶، شماره ۵۶.
۱۰. زمانی، سید قاسم و سید علی حسینی آزاد، «تأملی در برخورد دیوان اروپایی حقوق بشر با ماده ۹ کنوانسیون حقوق بشر بر پایه پرونده لیلا شاهین»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، ۱۳۹۳، شماره ۶.
۱۱. صفاری نیا، محیا، «حق‌های فرهنگی در نظام بین‌المللی حقوق بشر؛ حرکت کم‌شتاب در مسیر پرتلاطم»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره بیستم، شماره ۲.
۱۲. عبدی، ایوب و سید قاسم زمانی، «حاشیه صلاح دید دولت‌ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال نوزدهم، شماره ۵۵.
۱۳. عبیری، ارمغان، «نقش سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی در حمایت از حقوق بشر در رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۷، دوره یازدهم، شماره ۲۲.
۱۴. فضایی، مصطفی و موسی کرمی، «حمایت از فرهنگ و حقوق فرهنگی اقلیت‌ها در پرتو تفسیر عام شماره ۲۱ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، دوره نوزدهم، شماره ۵۶.
۱۵. مشیرزاده، حمیرا و حیدرعلی مسعودی، «هویت و حوزه‌های مفهومی روابط بین‌الملل»، فصل‌نامه سیاست، ۱۳۸۸، شماره ۱۲.
۱۶. الوندی، زهرا و داوود کیانی، «سیاست حقوق بشری اتحادیه اروپا در قبال جمهوری اسلامی ایران و عربستان از ۲۰۰۸ تا کنون»، فصل‌نامه مطالعات روابط بین‌الملل، ۱۳۹۳، شماره ۲۸.
۱۷. هداوند، مهدی، «درآمدی به نظریه عمومی اسباب زوال عمل اداری»، پژوهش تطبیقی حقوق

2. latin Source

A) Book and Report

1. "CCPR General Comment No. 23: Article 27" (Rights of Minorities), UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994.
2. "General comment No. 21, Right of everyone to take part in cultural life" (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Committee on Economic, Social and Cultural rights, E/C.12/GC/21, 2009.
3. "Universal Declaration on Cultural Diversity", Adopted by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural organization, 2001.
4. M.c. Combs, Theodor & Gonzalez, Shull, "Right to Identity", International Human Rights Law Clininc, University of California, 2007.
5. Shaheed, Farida, "Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Copyright policy and the right to science and culture", (A/HRC/28/57), 2015.

B) Case

1. Case of .Ahmet Arslan and Others v. Turkey, (2010), App No. 41135/98.
2. Case of Airey v. Ireland, (1979), App No. 6289/73 (A/32).
3. Case of Bagdonavicius and Others v. Russian, (2016), App No. 19841/06.
4. Case of Chapman V United kingdom, (2001), App No. 27238/95.
5. Case of Cyprus v Turkey, (2010), App no No. 25781/94.
6. Case of Doğan and Others v. Turkey, (2016), App No. 62649/10.
7. Case of Dogru v. France, (2008), App No. 27058/05.
8. Case of Evsan v United kingdom, (2007), App No. 6339/05.
9. Case of Eweida and Others v. the United Kingdom, (2013), App No. 48420/10.

10. Case of Frisancho Perea v. Slovakia, (2015), App No. 383/13
11. Case of Gorzelik and Others v. Poland, (2001), App No. 44158/98.
12. Case of Hasan and Chaush v. Bulgaria, (2000), App No. 38178/97.
13. Case of Hatton and Others v. The United Kingdom, (2003), App. No. 36022/97.
14. Case of Loizidou v. Turkey, (1995), App No. 15318/89.
15. Case of M and others V Italy and Bulgaria, (2012), App No. 40020/03.
16. Case of Moreno Gomez v. Spain, (2004), App No. 4143/02.
17. Case of Mozer v. the Republic of Moldova and Russia, (2010), App No. 11138/10.
18. Case of Sidiropoulos and Others v. Greece, (1998), App No. 26695/95.
19. Case of Sinan Işık v. Turkey, (2010), App No. 21924/05.
20. Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, (2001), App No. 34144/05.
21. Case of Süveges v. Hungary, (2010), App No. 50255/12.
22. Case of Tourkiki Enosi Xanthis and Others v. Greece, (2008), App No. 27/11/2016.
23. Case of Winterstein and Others v. France, (2013), App No. 382/13.
24. Case of Z.H. and R.H. v. Switzerland, (2016), App No. 60119/128.

سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حق بر توسعه در پرتو قاعده نفی سبیل

داود صادقیان^۱

چکیده

سرمایه‌گذاری خارجی به معنای به‌کارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود در فراسوی مرزهای ملی است که یکی از روش‌های تحقق رشد و توسعه اقتصادی است و کشورهای در حال توسعه یا توسعه‌نیافته برای تأمین سرمایه فعالیت‌های اقتصادی خویش از آن بهره‌می‌گیرند. امروزه سرمایه‌گذاری خارجی در کنار حق بر توسعه به عنوان یکی از انواع حقوق بشر مطرح می‌شود. اسناد بین‌المللی از حق بر توسعه به عنوان حقی انکارناپذیر در کنار دیگر اقسام حقوق بشر از آن یاد می‌کنند و دولت‌ها را موظف می‌دانند که در راستای تسهیل دستیابی و تحقق این حق تلاش کنند.

یکی از چالش‌های فراروی سرمایه‌گذاری خارجی در کشورهای اسلامی از جمله ایران، تلاقی این مهم با قاعده نفی سبیل است. پژوهش حاضر با استفاده از منابع کتاب‌خانه‌ای و به روش توصیفی و تحلیلی درصدد پاسخ به این پرسش اساسی است که در صورت تراحم میان تجویز سرمایه‌گذاری خارجی در راستای تحقق حق بر توسعه با قاعده نفی سبیل، اولویت با کدام است؟

نگارنده معتقد است این حکم در آیه ۱۴۱ سوره مبارکه نساء، حکمی ثابت، دایمی و مطلق است و برای استفاده از «لن» در این آیه، افاده نفی ابد کرده است. مضاف بر این‌که در هیچ آیه و روایتی، تخصیص بر این حکم وارد نشده است. پس نمی‌توان با استناد به حق بر توسعه، به جواز سرمایه‌گذاری خارجی حکم داد که نتیجه آن، سلطه بیگانه و غیر مسلمان بر مقدرات کشور باشد. قاعده نفی سبیل، قاعده‌ای است که مصلحت‌اندیشی در آن راه ندارد و همواره به عنوان اصل اولیه حاکم بر تمامی قراردادهایی است که کشور مسلمان با بیگانه و غیر مسلمان منعقد می‌سازد.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری خارجی، حق بر توسعه، نفی سبیل، رشد اقتصادی، قرارداد اداری.

مقدمه

برای افزایش سطح رفاه هر کشور باید شاخص‌های اقتصادی و اجتماعی بهبود یابد و این مهم جز در سایه رشد و توسعه اقتصادی کشور میسر نیست.^۱ از این روست که رشد و توسعه اقتصادی از اهداف تمام کشورها به شمار می‌آید. برای رسیدن به رشد اقتصادی، راهکارهای متفاوتی وجود دارد. چون کشورهای در حال توسعه برای رشد اقتصادی نیازمند انباشت سرمایه‌اند، یکی از این راهکارها، جذب سرمایه‌گذاری خارجی است. به بیان دیگر، یکی از منابعی که می‌تواند کمبود انباشت سرمایه در کشورهای در حال توسعه را جبران کند، استفاده از سرمایه‌گذاری خارجی است.^۲ رشد و توسعه، یکی از اهدافی است که در دین مبین اسلام به آن پرداخته شده و علاوه بر آن، از منظر حقوق بشر نیز حق بر توسعه به عنوان یکی از حقوق مهم بشر در راستای دیگر حقوق به رسمیت شناخته شده است و دولت‌ها ملزم به تلاش برای تحقق بخشیدن به این حق شده‌اند. مسئله توسعه نه تنها به عنوان یک حق برای شهروندان، بلکه در نگاهی وسیع‌تر برای تحقق اهداف یک حاکمیت نیز اهمیت دارد. تا وقتی یک کشور، اقتصادی ضعیف داشته باشد، نمی‌تواند اهداف درازمدت خود را در عرصه داخلی و بین‌المللی تحقق بخشد. در واقع، توسعه، ابزاری است برای ایجاد و حفظ قدرت یک کشور که در قرآن کریم نیز به عنوان یک تکلیف بر عهده حکومت قرار گرفته است. خداوند متعال در آیه ۶۰ سوره انفال به تقویت قدرت در مقابل دشمنان دستور داده است؛ زیرا زمانی که یک کشور در موضع قدرت قرار داشته باشد، هم توان مقابله با تهدیدهای خارجی و داخلی را خواهد داشت و هم می‌تواند الهام‌بخش دولت‌های دیگر باشد و اهداف متعالی خود را در عرصه بین‌المللی پی‌گیری کند.

مهم‌ترین مسئله آن است که جذب سرمایه‌های خارجی نیازمند فراهم بودن برخی جنبه‌ها و پیش‌فرض‌هاست که بدون فراهم بودن زیرساخت‌های سیاسی و اجتماعی و بدون توجه به ایجاد سیاست‌های کلان یا بالادستی نمی‌توان جذب سرمایه خارجی کرد. اگر این امکان وجود داشته

۱. معتمدی، سیما و تیمور رحمانی، «تأثیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بر تشکیل سرمایه و بهره‌وری نیروی کار»، فصل‌نامه رشد اقتصادی در کشورهای در حال توسعه، پژوهش‌های رشد و توسعه اقتصادی، سال هشتم، ۱۳۹۷، ص ۳۰.

۲. پورشهبابی، فرشید و مرضیه اسفندیاری، «نقش توسعه مالی در ورود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ارتقای رشد اقتصادی»، پژوهش‌های رشد و توسعه اقتصادی، سال هفتم، شماره ۲۸، ۱۳۹۶، ص ۳۲.

باشد، قطعاً این منابع در جای صحیح خود مصرف نخواهد شد. هم‌چنین داشتن درک صحیح از اوضاع اجتماعی و ساختار اداری و سیاسی، عامل مهمی برای جذب سرمایه است.^۱

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، نظام منسجمی است که هدف آن، کمک به ارتقا و حمایت از سرمایه‌گذاری و حمایت همه‌جانبه از سرمایه‌گذاران خارجی است؛ زیرا سرمایه‌گذاران خارجی معمولاً و البته نه همیشه به علت نظام حقوقی داخلی برخی کشورها و قوانین آن‌ها با محدودیت‌هایی در زمان سرمایه‌گذاری مواجه می‌شوند و به حمایت نیاز دارند.^۲

سرمایه‌گذاری خارجی در مفهوم اقتصادی آن با مواردی هم‌چون جابه‌جایی منابع مالی، پروژه‌های نسبتاً درازمدت، درآمدهای منظم، مشارکت مطلق یا نسبی صاحبان سرمایه و مدیریت پروژه و خطرهای سرمایه‌گذاری عجین شده است. دولت‌های طرف قرارداد نیز در خصوص تعریف سرمایه‌گذاری مذاکره می‌کنند. سرمایه‌گذاری خارجی از نظر مفهوم با یک معامله تجاری تفاوت دارد. سرمایه‌گذاری خارجی نیازمند همکاری درازمدت کشور سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار است. اصولاً هدف اصلی سرمایه‌گذاران، استفاده از کشور میزبان برای تأمین منابع اساسی لازم برای سرمایه‌گذاری از منابع خارج از موضوع سرمایه‌گذاری ضمن برگشت سرمایه اولیه و کسب نرخ معقول سود است.^۳

در کنار اهمیتی که برای سرمایه‌گذاری خارجی از نظر قدرت بخشی و توسعه قابل تصور است، یکی از چالش‌های پیش رو در این حوزه، مسئله سلطه خارجی بر امور و مقدرات کشور است که در تعالیم دینی و قرآن کریم از آن نهی شده است. پژوهش حاضر درصدد پاسخ به این پرسش اساسی است که با عنایت به اهمیت مسئله رشد و توسعه اقتصادی از نگاه تعالیم دینی و هم‌چنین تلقی آن به عنوان یکی از انواع حقوق بشر آیا می‌توان در مقام تراحم میان حق بر توسعه و ضرورت نفی سلطه بیگانه، حق بر توسعه را مهم‌ترین دانست و به جواز سرمایه‌گذاری خارجی حکم داد یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش ضمن شناخت مفاهیم توسعه و سرمایه‌گذاری، این موضوع تحلیل و بررسی خواهد شد.

۱. صداقت، سید ماکان و همکاران، «التزامات ناشی از حق توسعه بر سرمایه‌گذاری خارجی: مطالعه موردی قراردادهای نفتی جمهوری اسلامی ایران»، نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی، سال دوازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۴۷.

۲. بهزادی پارسى، آرش و جمال سیفی، «رابطه میان حقوق سرمایه‌گذار خارجی و تعهدات بین‌المللی حقوق بشر و محیط زیست»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۱، ۱۳۹۸، ص ۴۷.

۳. کیانی مجاهد، آرزو و رحیم باغبان، «حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگاهی به قانون تجارت ایران»، اندیشه حقوقی معاصر، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۳۲.

گفتار اول. مبانی نظری و مفهوم‌شناسی

بند اول. سرمایه‌گذاری خارجی

در تعریفی از سرمایه‌گذاری گفته شده است که عبارت است از انتقال وجوه یا مواد از یک کشور (صادرکننده) به کشور دیگر (کشور میزبان) برای استفاده از تأسیسات یک بنگاه اقتصادی در کشور میزبان در برابر مشارکت مستقیم یا غیر مستقیم در سود آن بنگاه.^۱ تعاریف قوانین کشورهای مختلف از سرمایه‌گذاری خارجی در سه گروه جای می‌گیرد: تعاریف شرکت محور یا فعالیت محور،^۲ تعاریف معامله محور^۳ و تعاریف دارایی محور یا تعاریف موسّع سرمایه‌گذاری خارجی.^۴

در رویکرد شرکت محور، چون بخش عظیمی از سرمایه‌گذاری‌های خارجی از طریق ثبت شرکت‌های بومی با مالکیت مشاع اشخاص خارجی یا از طریق مشارکت‌های قراردادی صورت می‌گیرد، سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای سهم و میزان مشارکت اشخاص خارجی در سرمایه یا مدیریت شرکت‌ها یا پروژه‌ها تعریف می‌شود.^۵ در نگرش معامله محور، تنها آن دسته از دارایی‌هایی که منشأ خارجی داشته باشند و از خارج از سرزمین دولت میزبان به آن کشور وارد می‌شوند، به عنوان سرمایه‌گذاری خارجی تحت پوشش حمایت‌های قانونی قرار می‌گیرند. در این قسم از تعریف، عامل جابه‌جایی یا انتقال سرمایه از خارج از کشور به داخل سرزمین دولت میزبان، مؤلفه اساسی این نوع از تعاریف است. قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱ چنین رویکردی را برگزیده است. در این قانون، سرمایه‌گذاری این گونه تعریف شده است: «سرمایه‌گذاری خارجی عبارت است از به‌کارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود پس از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری که به صورت سرمایه‌گذاری در تولید و ساخت کالا، استخراج مواد خام، تأسیس و گسترش نهادهای مالی و غیره در فراسوی مرزهای ملی

۱. میرزاخانی، حسن، «الزامات سرمایه‌گذاری خارجی در سال تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی»، مجله اقتصادی دومه‌نامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، شماره‌های ۷ و ۸، ۱۳۹۱، ص ۱۲۵.

2. "Enterprise-oriented" model

3. "transaction-oriented" or "transaction-based" model

4. "Asset-oriented" / "asset-based" model or "broad definition" of foreign investment

۵. هنجنی، سید علی و ابوالفضل استادزاده، «مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و آرای دادگاه‌های داوری بین‌المللی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹، ۱۳۹۶، ص ۲۵.

انجام می‌شود».^۱ منظور از سرمایه خارجی در این تعریف، انواع سرمایه اعم از نقدی و یا غیر نقدی است که سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌کند. به طور کلی، سرمایه‌گذاری‌های انجام شده در ایران توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی ایرانی یا غیر ایرانی در صورتی سرمایه‌گذاری خارجی تلقی می‌شود که با استفاده از سرمایه یا منشأ خارجی صورت گرفته باشد. هم‌چنین اموال و دارایی‌های مشمول سرمایه‌گذاری، از یکی از مبادی قانونی مانند گمرک یا سیستم بانکی به کشور ایران وارد شده باشد.

در تعاریف دارایی‌محور، عامل کنترل یا مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی بر دارایی‌های مورد استفاده در سرمایه‌گذاری به عنوان عامل کلیدی در نظر گرفته می‌شود. به عبارت دیگر، در نگرش دارایی‌محور، صرفاً از آن دسته از دارایی‌های مورد استفاده در پروژه‌های سرمایه‌گذاری که به طور مستقیم یا غیر مستقیم تحت کنترل یا مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی هستند، حمایت قانونی صورت می‌گیرد.^۲ به تعاریف دارایی‌محور که از دامنه شمول بالاتری برخوردار است و تقریباً تمامی موارد سرمایه‌گذاری مستقیم و غیر مستقیم خارجی را تحت پوشش قرار می‌دهد، تعاریف موسع سرمایه‌گذاری خارجی می‌گویند.^۳

سرمایه‌گذاری خارجی معمولاً به دو طریق سرمایه‌گذاری مستقیم و سرمایه‌گذاری غیر مستقیم صورت می‌گیرد. طبق تعریفی که کنفرانس ملل متحد برای تجارت و توسعه (آنکتاد)^۴ از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی^۵ ارائه داده، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی عبارت است از سرمایه‌ای که متضمن مناسبات درازمدت و منعکس‌کننده کنترل و نفع مستمر شخصیت حقیقی یا حقوقی مقیم یک کشور در شرکتی خارج از موطن سرمایه‌گذار باشد. بنابراین، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی درجه پایداری بالایی دارد و در صورت بروز رکود در کشور میزبان، این نوع سرمایه‌گذاری به سهولت از کشور خارج نمی‌شود. در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، سرمایه‌گذار، سهام واحد تولیدی را خریداری می‌کند و در مالکیت آن سهام می‌شود و می‌تواند به مدت نامحدود، مالک سهام خود باشد. هم‌چنین به سرمایه‌گذار اجازه فروش کالا و خدمات تولیدی در داخل و خارج داده می‌شود.^۶

۱. ماده یک قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی.

۲. هنجانی و استادزاده، پیشین، ص ۲۳.

۳. همان، ص ۲۵.

4. United Nations Conference on Trade and Development(UNCTAD)

5. Foreign Direct Investment

۶. میرزاخانی، پیشین، ص ۹۶.

بند دوم. حق بر توسعه

در سال ۱۹۸۶، مجمع عمومی با صدور قطع‌نامه ۴۱/۱۲۸، اعلامیه حق بر توسعه را تصویب کرد. این اعلامیه به خودی خود از نظر حقوقی الزام‌آور نیست، اما بسیاری از مفاد آن در اسناد الزام‌آوری مانند منشور ملل متحد^۱ و اعلامیه جهانی حقوق بشر^۲ تأیید شده است. برای مثال، به مسئله بهبود رفاه بشر که در مواد ۱ تا ۴ و هم‌چنین ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده، در منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۲۵)، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۳، کنوانسیون رفع هرگونه تبعیض علیه زنان^۴ (مواد ۱۵.۱۳)، کنوانسیون حقوق کودک^۵ (مواد ۳، ۲۴ و ۲۷) و کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت^۶ (ماده ۲۸) پرداخته شده است.

در اعلامیه سازمان ملل متحد در مورد حق بر توسعه^۷ آمده است که حق بر توسعه، یک حق مسلّم بشری است که به موجب آن، همه مردم حق دارند از توسعه اعم از اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی برخوردار شوند. (ماده ۱، بند ۱) این وظیفه بر عهده دولت‌ها نهاده شده است تا سیاست‌های مناسبی در راستای محقق ساختن توسعه و رفاه برای شهروندان خود در پیش بگیرند (ماده ۲، بند ۳) و شرایط ملی و بین‌المللی مساعی را برای تحقق حق توسعه فراهم سازند. (ماده ۳، بند ۱) در واقع، در اسناد بین‌المللی، اعتقاد بر این است که در راستای رسیدن به توسعه و تأمین این حق، دولت‌ها باید اصول حقوق بین‌الملل را در خصوص روابط دوستانه و همکاری با دولت‌های دیگر رعایت کنند. (ماده ۳، بند ۲) در نگاه بین‌المللی، دولت‌ها باید در راستای تسهیل تحقق کامل حق بر توسعه بکوشند (ماده ۴، بند ۱) و با موانع پیش روی تحقق توسعه مقابله کنند. (بند ۳ ماده ۶)

1. Charter of the United Nations

2. Universal Declaration of Human Rights

3. International Convent On Economic, Social And Cultural Rights

4. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979

5. Convention on the Rights of the Child

6. Convention on the Rights of Persons with Disabilities

7. UNITED NATIONS DECLARATION ON THE RIGHT TO DEVELOPMENT

علاوه بر این اسناد، در عرصه بین‌الملل، اسناد دیگری نیز مسئله توسعه را از منظر حق بشر و تکلیف برای دولت‌ها در نظر گرفته‌اند. از جمله در سال ۲۰۱۱، کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که بر اجرای میثاق جهانی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نظارت می‌کند، بر رابطه نزدیک و تکاملی میان میثاق و اعلامیه حق بر توسعه تأکید و اشاره کرد که این کمیته با نظارت بر اجرای حقوق موجود در میثاق به طور هم‌زمان به تحقق کامل عناصر مرتبط با حق بر توسعه یاری می‌رساند. (۷ و ۱ بندهای ۲/۲۰۱۱/۱۲.E/C منشور سازمان کشورهای آمریکایی^۱ (۱۹۴۸)، مفهوم، حقوق و وظایف توسعه کامل را با جزئیات بیان می‌کند؛ توسعه‌ای که هدف کلی آن باید ایجاد نظم اقتصادی و اجتماعی عادلانه‌تر باشد که تکامل افراد را ممکن می‌سازد و به آن یاری برساند. (ماده ۳۳ منشور آفریقایی حقوق بشر و مردمان^۲ (۱۹۸۱) که برای ۵۳ دولت الزام‌آور است، مقرر می‌دارد: «دولت‌ها وظیفه دارند تا به‌کارگیری حق بر توسعه را تضمین کنند». (ماده ۲۲ منشور عربی حقوق بشر^۳ (۲۰۰۴) نیز حق بر توسعه را حق اساسی بشر می‌داند که بر اساس آن، کشورها باید سیاست‌های توسعه را تعیین کنند و اقدامات مورد نیاز را انجام دهند تا این حق تضمین شود. به موجب این حق، هر شهروند، حق مشارکت در تحقق توسعه و بهره‌بردن از منافع آن را دارد. (ماده ۳۷ مقررات مشابهی برای گروه‌های مشخصی در منشور آفریقایی جوانان^۴ (ماده ۱۰) و پروتکل منشور آفریقایی حقوق بشر و مردمان در خصوص زنان در آفریقا^۵ (ماده ۱۹) نیز پیش‌بینی شده است.

حق بر توسعه در شماری از اسناد بین‌المللی دیگر نیز تأیید گردیده است، مانند اعلامیه هزاره ملل متحد،^۶ توافق مونترری^۷ ۲۰۰۲ در کنفرانس بین‌المللی در خصوص تأمین مالی برای توسعه، نتیجه

1. Charter of the Organization of American States

2. African Charter on Human and Peoples' Rights

3. Arab Charter on Human Rights

4. African Youth Charter

5. PROTOCOL TO THE AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS ON THE RIGHTS OF WOMEN IN AFRICA

6. United Nations Millennium Declaration

7. Monterrey Consensus

نشست سران جهان ۲۰۰۵، اعلامیه ملل متحد در خصوص حقوق مردمان بومی^۱ ۲۰۰۷، سند نهایی ۲۰۱۰ نشست سران مجمع عمومی در خصوص اهداف توسعه هزاره، برنامه اقدام استانبول^۲ ۲۰۱۱ برای کشورهای کم‌تر توسعه‌یافته در دهه ۲۰۲۰-۲۰۱۱، سند نهایی ۲۰۱۲ سیزدهمین جلسه کنفرانس تجارت و توسعه ملل متحد، «آینده‌ای که می‌خواهیم»^۳، سند نهایی کنفرانس ۲۰۱۲ ملل متحد در خصوص توسعه پایدار، برنامه اقدام آدیس آبابا^۴، سومین کنفرانس بین‌المللی تأمین مالی توسعه، «تغییر جهان ما: دستور کار توسعه پایدار ۲۰۳۰»^۵ و اهداف توسعه پایدار در ۲۰۱۵.

از منظر حقوق بین‌الملل، حق بر توسعه با دیگر حقوق بشر در یک راستا قرار دارد و حقی است انکارناپذیر در میان دیگر حقوق بشر. رویکرد حقوق بشرمحور نسبت به توسعه بر تضمین مشارکت، مسئولیت، نفی تبعیض، انصاف و سازگاری با استانداردهای بین‌المللی حقوق بشر شامل حق بر توسعه در تمامی روندهای توسعه تمرکز دارد. رویکرد مبتنی بر حقوق بشر به توسعه، ابزاری برای ارتقای حقوق بشر سازگار با توسعه به ویژه در برنامه‌ریزی توسعه است. این رویکرد، چارچوبی مفهومی مبتنی بر استانداردهای حقوق بشر بین‌المللی اعمال می‌کند که حق بر توسعه در مرکز آن قرار دارد و به سمت ارتقا و پاسداری از تمامی حقوق بشر شامل حق بر توسعه در برنامه‌ریزی‌های توسعه هدایت می‌شود.^۶

1. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

2. Istanbul Programme of Action

3. THE FUTURE WE WANT

4. Addis Ababa Action Agenda

5. REPORT "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development"

۶. دفتر کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد، «سؤالات رایج در مورد حق بر توسعه»، ۲۰۱۶، گزاره برگ شماره ۳۷ (www.iran.un.org).

گفتار دوم. توسعه و مسئله استقلال

بند اول. قاعده نفی سبیل

یکی از امور مسلم و ضروری دین اسلام، نفی سبیل و قطع راه‌های سلطه کفار و اجانب بر مسلمانان و جامعه اسلامی است. این تکلیف در آیه ۱۴۱ سوره نساء آمده است: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا». خداوند در این آیه فرموده است که کفار، راهی برای سلطه بر مسلمانان و جوامع اسلامی ندارند. اگر این آیه را به عنوان خبر تلقی کنیم، از آن کذب لازم می‌آید و خداوند متعال مبرا از این گونه صفات است. پس باید آیه را بر جمله انشایی و امر حمل کنیم، با این توضیح که خداوند با آن می‌خواهد یک تکلیف و امر مؤکد بر مسلمانان و حکومت اسلامی را بیان کند و آن تکلیف این است که آنان باید تمام راه‌های سلطه کفار بر خود و جامعه خویش را قطع و سد کنند. جریان این قاعده در باب معاملات و مسائل اقتصادی، دو ویژگی مهم نظام اقتصاد اسلامی را به دست می‌دهد؛ استقلال اقتصادی نظام اسلامی و برتری نظام اقتصادی اسلام بر دیگر نظام‌ها.

علاوه بر قرآن کریم، مفاد این تکلیف مهم در روایات نیز ذکر شده است. به نقل از امام صادق (ع)، از کار و تولید به عزت یاد شده است.^۱ قرار دادن آبادانی بر مبنای وابستگی در سنت ما به شدت محکوم شده است. حضرت علی (ع) نیز می‌فرماید: «ملتی که آب دارد، خاک دارد، ولی محتاج است، خدا، او را از رحمت خود دور می‌کند».

بی‌تردید، اقتصاد جوامع اسلامی، یکی از راه‌های نفوذ و سلطه کفار است. از این رو، استقلال و برتری اقتصادی جامعه اسلامی، یکی از مهم‌ترین راه‌های نفی سبیل و قطع کانال نفوذ و سلطه کفار بر مسلمانان است. به یقین، استقلال و برتری اقتصادی در گرو توسعه اقتصادی و برخورداری از نظام اقتصادی سالم و رو به رشد اسلامی است. بنابراین، بر اساس قاعده نفی سبیل، وجوب توسعه اقتصادی در جوامع اسلامی بر مسلمانان و حکومت اسلامی استنباط می‌گردد. هنگامی که بتوان جامعه اسلامی را به سطح مطلوبی از توسعه رساند، توان تولیدی و اقتصادی جامعه اسلامی افزایش می‌یابد و از اتکا و وابستگی به دشمنان کاسته می‌شود. در صورت نبود توسعه اقتصادی همواره امکان وابستگی وجود دارد.^۲

۱. مه‌دلو ترکمانی، محمدرضا، حسن اسدی و اکبر احمدی، «نقش توسعه اقتصادی در حفظ نظام اسلامی از نگاه فقه و حقوق»، فصل‌نامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۳۶.

۲. همان، ص ۳۹.

حفظ نظام اسلامی نیازمند قدرتمند شدن و توان روزافزون است. این موضوع در آیه ۶۰ سوره انفال به روشنی مطرح شده است. یکی از راهکارهای مهم برای قدرتمند شدن، توسعه اقتصادی است؛ زیرا توسعه اقتصادی منجر به رفع محرومیت‌ها و نیازهای اولیه انسانی می‌شود و امنیت همه‌جانبه را در جامعه پدید می‌آورد. امنیت از شاخص‌های توسعه اقتصادی و توسعه پایدار اسلامی است که زندگی بدون آن، دوامی نخواهد داشت. در جامعه ناامن، سرمایه‌گذاری، تولید و تجارت، راه‌اندازی کارخانه‌های صنعتی بی‌رونق خواهد بود و فرار سرمایه‌ها و مغزها را در پی دارد که نتیجه آن نیز فقر و عقب‌ماندگی است.^۱ وجود نعمت امنیت، نشانه‌ای بر اتکای نظام اسلامی بر ستون‌های محکم و استوار است. اگر توسعه اقتصادی باعث ایجاد امنیت در جامعه اسلامی می‌شود، به شکل متقابل، امنیت نیز مقدمه‌ای برای تکاپوی اقتصادی و رشد و توسعه پایدار جامعه اسلامی است.

قدرت، یک کل تجزیه‌ناپذیر است. با این‌که در مطالعات، هر یک از عناصر تشکیل‌دهنده قدرت را مجزا از یکدیگر بررسی می‌کنند، هرگز نباید داد و ستد میان این عناصر را نادیده انگاشت.^۲ دولت به هر اندازه از منابع و امکانات بیش‌تری برخوردار باشد، آسیب‌پذیری آن در دوران صلح یا جنگ کم‌تر است. ظرفیت نظام سیاسی برای بهره‌گیری صحیح از منابع موجود، از معیارهای عمده قدرت ملی نیز به شمار می‌آید. در این روند باید متغیرهایی چون تولید ناخالص ملی، درآمد سرانه، تولیدات صنعتی و کشاورزی، دسترسی به منابع به طور اعم و درجه وابستگی یک دولت به منابع مالی و اقتصادی دیگر واحدهای سیاسی را در نظر گرفت.

بند دوم. نقش سرمایه‌گذاری خارجی بر توسعه

سرمایه در رشد اقتصادی نقش اصلی و کلیدی دارد و کشورهای در حال توسعه به دلیل درآمد سرانه پایین و مشکلات اقتصادی، توانایی استفاده از پس‌اندازهای ملی برای انباشت سرمایه لازم برای فعالیت‌های اقتصادی را ندارند. پس باید از راه‌های دیگری برای دستیابی به منابع لازم استفاده کنند. به همین دلیل، بسیاری از کشورها به علت کفایت نداشتن منابع داخلی به جذب سرمایه‌های

۱. همان، ص ۴۰.

۲. ایمانی سطوت، علی، «مؤلفه‌های قدرت در دولت اسلامی»، نشریه حکومت اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹؛ پورشهبابی و اسفندیاری، پیشین، ص ۳۶۱.

خارجی تمایل دارند و بسیاری از کشورهای در حال توسعه، سرمایه‌گذاری را منبع مهمی برای کسب منابع مورد نیاز خود می‌دانند و بودجه بسیاری از پروژه‌ها و طرح‌های اقتصادی خویش را با این روش تأمین می‌کنند.^۱

سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم یا غیر مستقیم، یکی از مؤلفه‌ها و زمینه خروج یک اقتصاد از توسعه‌نیافتگی را فراهم می‌کند.^۲ اگر میزان کافی سرمایه خارجی به کشور وارد و نیاز کشور به منابع مالی و تکنولوژی تأمین شود، می‌توان ضمن پویایی تولید و اشتغال‌زایی به پرورش نیروی متخصص کار و افزایش درآمدهای ملی، رشد اقتصادی و سطح رفاه جامعه دست یافت و این افزایش تولید و رونق در اقتصاد موجب کاهش نرخ تورم خواهد شد. سرمایه‌گذاری خارجی به ویژه از طریق شرکت‌های فراملی موجب می‌شود تولیدکنندگان کارآمد، جانشین تولیدکنندگان ناکارآمد شوند. سرمایه‌گذاری خارجی می‌تواند باعث ایجاد سرمایه و هدایت آن به سمت واحدهای فعال و مولّد و افزایش تولید و کنترل تورم شود.^۳ سرمایه‌گذاری خارجی هم‌چنین باعث رشد اشتغال و توسعه نیروی انسانی می‌شود، نقدینگی بازارهای سرمایه محلی را افزایش می‌دهد و کارآیی بازار را بهبود می‌بخشد. با حضور سرمایه‌گذاران خارجی، پول اضافی وارد بازار سرمایه می‌شود و در نتیجه، حجم معاملات و قدرت نقدینگی بازار افزایش می‌یابد. با حضور فعال و مستمر سرمایه‌گذاران خارجی، جذابیت بازار سرمایه و انگیزه و تمایل سرمایه‌گذاران داخلی برای سرمایه‌گذاری در بازار سرمایه بیش‌تر می‌شود و این امر به صورت غیر مستقیم به افزایش نقدینگی می‌انجامد. هم‌چنین سرمایه‌گذاری خارجی باعث انتقال تکنولوژی می‌شود.^۴

بنابراین، توجه به آثار و نتایج مثبت، مؤثر و انکارناپذیر سرمایه‌گذاری خارجی بر رشد و توسعه اقتصادی کشور میزبان، کشورها با تدوین و تصویب قوانین مختلف می‌کوشند شرایط را برای

۱. صفدری، مهدی، اسدالله الوندی‌زاده و حامد شعبی، «بررسی تأثیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بر رشد اقتصادی (تحلیل مقایسه‌ای کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته)»، فصل‌نامه اقتصاد دانشگاه شهید بهشتی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۸۹، ص ۹۹.

۲. حسینی، سید عظیم و حمید پیشگاه‌هادیان، «تأثیر سیاست‌های جذب سرمایه‌گذار خارجی در توسعه اقتصاد و روابط بین‌الملل»، فصل‌نامه سپهر سیاست، سال هشتم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰، ص ۱۲.

۳. ترابی، رضوان و محسن جابری، «اثرات مالکیت مدیران و جریان وجه نقد بر حساسیت سرمایه‌گذاری در صنایع منتخب بورس اوراق بهادار تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ۱۳۹۳، ص ۱۰۲.

۴. حسینی و پیشگاه‌هادیان، پیشین، ص ۱۲۰.

تحقق چنین سرمایه‌گذاری‌هایی تسهیل کنند؛ زیرا همان طور که در بررسی حق بر توسعه در اسناد بین‌المللی به آن اشاره شد، در راستای تضمین تحقق حق بر توسعه، تسهیل تحقق چنین سرمایه‌گذاری‌هایی از جمله وظایفی است که بر عهده دولت‌ها نهاده شده است.

گفتار سوم. رویکرد قانون‌گذار اساسی به مسئله سرمایه‌گذاری خارجی

بند اول. اصل ۴۴ قانون اساسی

بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی ایران بر پایه سه بخش خصوصی، دولتی و تعاونی استوار است. بخش دولتی شامل صنایع مادر و بزرگ و اساسی و بازرگانی خارجی، بیمه، بانک‌داری می‌شود که به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت است و بخش تعاونی، شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است که در شهرها و روستاها با ضوابط اسلامی شکل گرفته‌اند. بخش خصوصی نیز مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی در عرصه‌های کشاورزی، دام‌داری، صنعتی و تجارت است. طبق این اصل، سرمایه‌گذار خارجی، اجازه فعالیت در محدوده بخش دولتی را ندارد.

دولت که در ایران بسیار بزرگ است، اقتصاد بخش اعظم کشور را در دست دارد و دامنه فعالیت‌های اقتصادی و انحصار آن‌ها را برای سرمایه‌گذار خارجی روشن می‌کند که شعاع و حوزه سرمایه‌گذاری و جذب سرمایه‌گذاران خارجی تا کجاست. در اصل دوم قانون اساسی نیز بر نفی سطره‌گری و سطره‌پذیری تأکید شده است که به قاعده نفی سبیل اسلام و نفی هر گونه سطره‌گری کافر بر مسلمان اشاره دارد و در واقع، منشأ وضع بسیاری از قوانین در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی است.^۱

بند دوم. اصل ۸۱ قانون اساسی (ممنوعیت اعطای امتیاز تشکیل شرکت به خارجیان)

با توجه به اصل ۸۱ قانون اساسی، «دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری، صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.» اعطای امتیاز تشکیل شرکت به خارجیان در هر حوزه اقتصادی به طور عام منع شده است. چنین برداشتی از اصل ۸۱ قانون اساسی موجب می‌شود خارجیان از ابتدایی‌ترین حق در فعالیت اقتصادی یعنی تشکیل شرکت محروم

۱. خداینده‌لویی، رضا و مجتبی انصاریان، «بررسی مواضع حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی در قانون اساسی (مطالعه تطبیقی ایران و عراق)»، تمدن حقوقی، دوره سوم، شماره ۷، ۱۳۹۹، ص ۱۴۵.

شوند. برای بازگشت به این حق اولیه به سرمایه‌گذار ناگزیر با تصویب «قانون اجازه ثبت شعب یا نمایندگی خارجی» و سپس «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی» و در نهایت، «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی»، قانون اساسی دور زده شد و منع تشکیل شرکت توسط خارجی‌ان در ایران رفع گردید.^۱

قانون‌گذار کوشیده است در قالب مواد دیگر، منظور و اهداف اصل ۸۱ قانون اساسی را تأمین کند. از جمله در ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی مصوب ۱۳۸۰، ضوابط پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی را معین کرده است. بند «ج» درباره این اصل مقرر می‌دارد که پذیرش سرمایه‌گذاری متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌گذاران خارجی نباشد. منظور از امتیاز، حقوق ویژه‌ای است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد. بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، سرمایه‌گذاران خارجی اجازه فعالیت در بخش‌های اساسی کشور را ندارند؛ زیرا سرمایه‌گذاران خارجی از اجزای بخش خصوصی محسوب می‌شوند و بر اساس این اصل، بخش خصوصی اجازه فعالیت در بسیاری از بخش‌های اقتصاد ایران را ندارند.^۲

بند سوم. اصل ۱۳۱ قانون اساسی (ارجاع دعاوی به داوری)

مسئله دیگری که در قانون اساسی در مورد سرمایه‌گذاری‌های خارجی وجود دارد، درج ماده داوری در قراردادهاست. با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، روش ایران در این مورد محدود است و مراجعه به داوری در اختلافات میان دولت ایران و سازمان‌های دولتی ایران و طرف‌های خارجی به تصویب هیئت وزیران و مجلس موکول شده است. با توجه به سیاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، استنباط می‌شود که درج داوری در قراردادها به کلی ممنوع است؛ زیرا صراحت دارد که ارجاع به داوری در مواردی که طرف دعوا، خارجی باشد، باید به تصویب مجلس برسد. بنابراین، تا زمانی که دعوایی ایجاد نشده است، گرفتن مصوبه از مجلس برای درج ماده داوری در قرارداد موضوعیت ندارد، اما در صورت بروز اختلاف و ضرورت مراجعه به داوری، در لزوم تصویب مجلس علاوه بر تصویب هیئت وزیران تردیدی نیست.

۱. شایگان‌فر، امیر و همکاران، «قواعد عمومی حاکم بر تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی در قرارداد B.O.T»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۹۷، ۱۳۹۹، ص ۱۹۶.

۲. بوربور، محمدرضا، «سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق موضوعه ایران و موانع پیش روی آن»، تمدن حقوقی، دوره چهارم، شماره ۸، ۱۴۰۰، ص ۱۶۹.

برای رفع این نقص می‌توان پیشنهاد داد اصل ۱۳۹ قانون اساسی چنان تنظیم شود که در زمان انعقاد قرارداد بتوان ماده داوری را در آن بدون نیاز به کسب مجوز از مجلس درج کرد. دلیل توجیهی این پیشنهاد، رویه و عرف بین‌المللی است که به موجب آن، در معاملات بین‌المللی به ویژه قراردادهای سرمایه‌گذاری و قراردادهای وام نمی‌توان طرف خارجی را به قبول شرط مقرر در قانون اساسی ناگزیر کرد و ماده داوری را که طرف‌های خارجی فوق‌العاده نسبت به آن حساسیت دارند، تا زمان ایجاد اختلاف مسکوت گذاشت.^۱

گفتار چهارم. راهکارهای اداری جذب سرمایه‌گذاری خارجی در ایران

بند اول. ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی

از مهم‌ترین ویژگی‌های قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی این است که یک طرف آن، دولت یا شرکت‌های دولتی یا در کل، اشخاص حقوق عمومی‌اند. از همین روست که قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی به قرارداد دولتی نیز مشهور است. بنابراین، این ویژگی یعنی طرفیت شخص دولتی یا عمومی در قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی از این جهت اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد. بسیاری بر این باورند که وجود دولت در یک طرف قرارداد عمده‌تأ بلندمدت، آثار خاصی به بار می‌آورد که در قراردادهایی که بین اشخاص حقوق خصوصی منعقد می‌شود، لزوماً وجود ندارد. این آثار اصولاً مربوط به وضعیت ممتاز دولت در حقوق عمومی است که از نظر برخی حقوق دانان به موقعیت متفاوت و برتر دولت می‌انجامد.

تعریف و احکام قراردادهای دولتی در معنای دوم در حقوق ایران، برگرفته از بحث‌هایی است که ذیل مباحث حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری در خصوص قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در ادبیات حقوقی بین‌المللی وجود دارد. در این معنا، قرارداد دولتی، قراردادی است دولت‌ها با اشخاص خصوصی خارجی منعقد می‌کنند. بحث در قراردادهای دولتی در این جا بحث در قراردادهای پیچیده و مهم دولت است که ویژگی‌های قراردادهای توسعه اقتصادی را داشته باشد.^۲

۱. عمادزاده، محمدکاظم و همکاران، «بررسی موانع حقوقی جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، مجله حقوق اساسی، دوره پنجم، شماره ۱۰، ۱۳۸۷، ص ۱۶۹.

۲. نیک‌بخت، حمیدرضا و شهاب جعفری ندوشن، «صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه‌گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱، ۱۳۹۲، ص ۲۲.

به عبارت دیگر، قرارداد دولتی در این معنا در ادبیات حقوقی ایران همان قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی است. مصادیق مهم قراردادهای دولتی در معنای اخیر در قسمت ب ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران و قسمت ب ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی آن با عنوان ترتیبات قراردادی بیان شده‌اند. می‌توان گفت که کاربرد دو اصطلاح قرارداد اداری و قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا بین‌المللی در ادبیات حقوقی ایران یا به عبارت دیگر، کاربرد دو معنای پیش‌تر بیان شده از قرارداد دولتی یا اداری در ادبیات حقوقی ایران نشان می‌دهد که این دو اصطلاح در برخی از مؤلفه‌ها مشترکند، اما از نظر مفهومی و مصداقی هم‌پوشانی کامل ندارند.^۱

در بستر حقوق عمومی، نظریه‌های خدمت عمومی و برتری منافع عمومی رشد کرده‌اند که می‌توانند مبنایی برای دولت‌ها در تعیین شرایط سرمایه‌گذاری و تغییر در آن تلقی شوند. قراردادهای سرمایه‌گذاری را از اقسام قراردادهای اداری دانسته‌اند. گرایش در حقوق ایران نیز نظیر حقوق انگلستان، ارائه تعریف از قرارداد با تمرکز بر حقوق خصوصی است. با توجه به هدف انعقاد قراردادهای اداری که همانا خدمت‌رسانی عمومی و برآوردن منفعت عمومی است و اساساً این هدف است که مبنایی عادلانه برای ویژگی ترجیحی حقوق عمومی تلقی می‌شود، امکان واگذاری مسئولیت‌ها از طریق بخش عمومی به بخش خصوصی نیز در همین هدف محوری ریشه دارد. امروزه، قراردادهای سرمایه‌گذاری به منظور اکتشاف، بهره‌برداری، توسعه منابع طبیعی، ایجاد تأسیسات جدید و زیرساخت‌های عام‌المنفعه منعقد می‌شوند. از این رو، با عنایت به هدف انعقاد نیز که شاخص اصلی قراردادهای اداری به شمار می‌رود، اداری تلقی می‌گردند.^۲

بند دوم. بهبود فضای کسب و کار

منظور از محیط کسب و کار، عوامل مؤثر بر عملکرد واحدهای اقتصادی مانند کیفیت دستگاه‌های حاکمیتی، ثبات قوانین و مقررات و کیفیت زیرساخت‌هاست. تولید در آغاز نیاز به سرمایه دارد. سرمایه نیز خود نیازمند فضای امن و شرایط مناسب برای سرمایه‌گذاری است. ثبات و استمرار

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و شهاب جعفری ندوشن، شهاب، «قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی؛ نگاهی بر ماهیت، احکام و ویژگی‌ها»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هشتم، شماره ۱، ۱۳۹۷، ص ۱۷.

۲. قیصریان، فرزاد و منصور امینی، «ارزیابی شرط موازنه اقتصادی به عنوان گونه نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به مثابه قرارداد اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱، ص ۶۸.

سیاست‌های اقتصادی اهمیت بسیاری دارد. در مورد دیگر پیش‌نیازها می‌توان به وجود بازار رقابتی، وجود قوانین حمایت‌کننده تولید صنعتی، وجود نظام بانکی مدرن و کارساز، بازار کار پویا، سرمایه انسانی پیشرفته، نظام اداری کارآمد، پیشرفته و سالم اشاره کرد.^۱

بند سوم. تسهیل شیوه‌های انتقال سود و سرمایه به خارج

هر کشور متناسب با سیاست‌های اصولی خود، نظام پولی مشخص را طراحی و اجرا می‌کند. سیاست ارزی و پولی کشورها همیشه محدودیت‌ها و قیودی دارد که مانع از آزادی کامل دارنده سرمایه در نقل و انتقال سرمایه‌اش می‌شود. در ماده ۴ قانون سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۴۳، امکان خروج سود ویژه حاصل از به کار انداختن سرمایه به میزان مقرر در آیین‌نامه و به ارزی که به ایران وارد شده است، پیش‌بینی شده بود. در ماده ۱۰ و ۱۳ تا ۱۵ قانون جدید سرمایه‌گذاری مصوب ۱۳۸۰، امکان انتقال و خروج سرمایه و سود آن پیش‌بینی شده است. با توجه به فلسفه وجودی سرمایه‌گذاری خارجی که اصولاً و عموماً مبتنی بر سودجویی است و سرمایه‌گذار خارجی تصمیم ندارد تا ابد در کشور سرمایه‌پذیر باقی بماند، مقررات حاکم باید متضمن اعطای تسهیلاتی از این نظر باشد. ماده ۱۰ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی به نحوه واگذاری و انتقال سرمایه خارجی به سرمایه‌گذار داخلی یا سرمایه‌گذار خارجی دیگر در داخل کشور اختصاص دارد. در ماده ۱۳، خروج اصل و منفعت سرمایه خارجی پیش‌بینی و در ماده ۱۴ نیز خروج سود و کیفیت آن مقرر شده است.

بهتر بود مقررات ماده ۱۳ و ۱۴ در باب خروج اصل سود و سرمایه به پیش‌بینی اساس موضوع و قابلیت آن اکتفا می‌نمود و ترتیب خروج و نحوه عمل به آیین‌نامه واگذار می‌گردید. در قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی مصوب ۱۳۳۴، در ماده ۴ قانون و ماده ۱۳ آیین‌نامه، در باب انتقال سود و در ماده ۵ قانون و ماده ۱۳ آیین‌نامه در خصوص انتقال اصل سرمایه خارجی، مقررات لازم پیش‌بینی شده بود. به طور کلی، از جنبه «مجاز بودن» انتقال سرمایه بین قانون قدیم و جدید تفاوتی ملاحظه می‌شود.^۲

۱. میرزاخانی، حسن، «الزامات سرمایه‌گذاری خارجی در سال تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی»، مجله اقتصادی دومه‌نامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، شماره‌های ۷ و ۸، ۱۳۹۱، ص ۱۰۷.

۲. ماندگار، مصطفی، «مدخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۸۴، ص ۱۳۶.

بند چهارم. زیرساخت‌های اقتصادی مناسب

زیربناهای برای محیط اقتصادی کشور اهمیت اساسی دارند؛ چون زیرساخت‌های مناسب موجب حرکت اقتصاد به سمت رشد می‌شوند. زیرساخت‌ها به طور معمول تنها به شکل فیزیکی مانند جاده‌ها و بندرها نیستند، بلکه کارکرد خوب نهادهای کشور را نیز شامل می‌شوند. سرمایه‌گذاران خارجی، اقتصادهایی را ترجیح می‌دهند که شبکه توسعه‌یافته‌ای از جاده‌ها، فرودگاه‌ها، تلفن و اینترنت داشته باشند؛ زیرا زیرساخت‌های اقتصادی ضعیف، هزینه فعالیت‌های اقتصادی را افزایش و نرخ بازده سرمایه را کاهش می‌دهند.^۱

تغییر در شرایط قرارداد سرمایه‌گذاری از سوی دولت میزبان اعم از تغییر در سیاست‌های اداری، تغییرات قضایی و سیاسی می‌تواند سرمایه‌گذاری را با چالش‌های عدیده مواجه سازد. در واقع، وجه مشترک سرمایه‌گذاری خارجی، اعتماد به دولتی است که با استفاده از ابزار قانون‌گذاری در کشورش می‌تواند معادلات سرمایه‌گذار را بر هم بزند. هراسی که اشخاص خصوصی در تعاملات با دولت‌ها همواره در سر دارند، بهره‌گیری اداره‌ها از ابزار حاکمیتی و نادیده گرفتن حقوق اساسی سرمایه‌گذاران نظیر مالکیت و اقداماتی نظیر ملی کردن، مصادره و فسخ است که می‌تواند بر سرنوشت سرمایه‌گذاری اثر بگذارد.^۲

نتیجه‌گیری

سرمایه‌گذاری خارجی به معنای به‌کارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود در فراسوی مرزهای ملی است که زمینه‌ساز تحقق رشد و توسعه اقتصادی است و کشورهای در حال توسعه یا توسعه‌نیافته برای تأمین سرمایه فعالیت‌های اقتصادی خویش از آن بهره می‌گیرند. اهمیت سرمایه‌گذاری خارجی از این روست که کشورها در صورت نداشتن منابع مالی کافی برای تأمین اقتصادی پروژه‌ها نمی‌توانند اهداف توسعه‌ای خود را پی‌ریزی و اجرا کنند. به همین دلیل،

۱. کاظمی، اعظم و همکاران، «شناسایی و اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی با استفاده از تکنیک TOPSIS»، سیاست‌های مالی و اقتصادی، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۴۹.

۲. مبهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۸، ۱۳۹۸، ص ۲۶۱.

کشورهای توسعه‌نیافته یا در حال توسعه که با نبود و کمبود منابع مالی مواجهند، از سرمایه‌گذاری خارجی برای جبران ضعف سرمایه‌ای موجود بهره می‌گیرند. قانون‌گذار ایران نیز قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی را برای تسهیل تحقق این مهم به تصویب رسانده است.

حق بر توسعه، یکی از اقسام حقوق بشر است که در منابع دینی و اسناد بین‌المللی موجود به آن پرداخته و بر افراد و دولت‌ها تکلیف شده است که در راستای تحقق آن تلاش کنند. تفاوت میان رشد و توسعه از منظر اسلام و اسناد بین‌المللی این است که از نظر اسلام، توسعه مطلوب و مناسب، توسعه‌ای است در راستای بالندگی و رشد همگانی بشر تا انسان بتواند به عنوان خلیفه الهی نقش و مسئولیت خود را انجام دهد. برخلاف آن‌چه در مباحث اقتصادی مطرح است که رشد تنها متوجه پیشرفت و تحول در برخی جنبه‌های اقتصادی است که ابعاد مختلف مفهوم عام توسعه اقتصادی را تشکیل می‌دهد، رشد در فرهنگ اسلامی، مفهومی بسیار عام‌تر از توسعه اقتصادی دارد و یک فرهنگ و سنت است.

در این میان، آن‌چه ممکن است سرمایه‌گذاری خارجی را در جامعه اسلامی با چالش جدی روبه‌رو کند، حکم صریح خداوند در آیه نفی سبیل است که در آن، هر گونه سلطه غیر مسلمان بر مسلمان نفی شده است. حکم آیه نفی سبیل، مطلق و ابدی است و در هیچ آیه و روایتی، تخصیصی بر آن وارد نشده است. پس هرچند سرمایه‌گذاری خارجی می‌تواند به رشد و توسعه اقتصادی کشور کمک کند، در صورت تراحم میان حق بر توسعه و قاعده نفی سبیل، این قاعده همیشه حاکم خواهد بود و مصلحت‌اندیشی نمی‌تواند مجوزی برای جواز سلطه بیگانه بر مقدرات کشور از جمله در دست گرفتن اقتصاد کشور مسلمان باشد و مخالفت با حکم قاعده نفی سبیل، با هر مستمسک و علتی، عمل بر خلاف حکم صریح خداوند است. پس جامعه و دولت اسلامی موظف است در راستای بهبود و تقویت و رشد همه‌جانبه کشور بکوشد و اگر مصلحت ایجاب کند، با کشورهای دیگر قراردادهای اقتصادی ببندد، اما محدوده چنین جوازی تا جایی است که منجر به سلطه بیگانه نگردد. در غیر این صورت، چنین قراردادی، محکوم به بطلان است و قابلیت استناد و اجرا نخواهد داشت.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و شهاب جعفری ندوشن، شهاب، «قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی؛ نگاهی بر ماهیت، احکام و ویژگی‌ها»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هشتم، شماره ۱، ۱۳۹۷.
۲. ایمانی سطوت، علی، «مؤلفه‌های قدرت در دولت اسلامی»، نشریه حکومت اسلامی، سال دوازدهم. شماره ۳، ۱۳۸۶.
۳. بهزادی پارسی، آرش و جمال سیفی، «رابطه میان حقوق سرمایه‌گذار خارجی و تعهدات بین‌المللی حقوق بشر و محیط زیست»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۱، ۱۳۹۸.
۴. بوربور، محمدرضا، «سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق موضوعه ایران و موانع پیش روی آن»، تمدن حقوقی، دوره چهارم، شماره ۸، ۱۴۰۰.
۵. پورشهبابی، فرشید و مرضیه اسفندیاری، «نقش توسعه مالی در ورود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ارتقای رشد اقتصادی»، پژوهش‌های رشد و توسعه اقتصادی، سال هفتم، شماره ۲۸، ۱۳۹۶.
۶. ترابی، رضوان و محسن جابری، «اثرات مالکیت مدیران و جریان وجوه نقد بر حساسیت سرمایه‌گذاری در صنایع منتخب بورس اوراق بهادار تهران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ۱۳۹۳.
۷. حسینی، سید عظیم و حمید پیشگاه هادیان، «تأثیر سیاست‌های جذب سرمایه‌گذار خارجی در توسعه اقتصاد و روابط بین‌الملل»، فصل‌نامه سپهر سیاست، سال هشتم، شماره ۲۹، ۱۴۰۰.
۸. خدابنده‌لویی، رضا و مجتبی انصاریان، «بررسی مواضع حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی در قانون اساسی (مطالعه تطبیقی ایران و عراق)»، تمدن حقوقی، دوره سوم، شماره ۷، ۱۳۹۹.
۹. دفتر کمیساریای عالی حقوق بشر سازمان ملل متحد، «سؤالات رایج در مورد حق بر توسعه»، ۲۰۱۶، گزاره برگ شماره ۳۷ (www.iran.un.org).
۱۰. شایگان‌فر، امیر و همکاران، «قواعد عمومی حاکم بر تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی در قرارداد B.O.T»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۹۷، ۱۳۹۹.

۱۱. صداقت، سید ماکان و همکاران، «التزامات ناشی از حق توسعه بر سرمایه‌گذاری خارجی: مطالعه موردی قراردادهای نفتی جمهوری اسلامی ایران»، نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی، سال دوازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۱۲. صفدری، مهدی، اسدالله الوندی‌زاده و حامد شعبی، «بررسی تأثیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بر رشد اقتصادی (تحلیل مقایسه‌ای کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته)»، فصل‌نامه اقتصاد دانشگاه شهید بهشتی، سال اول، شماره ۳، ۱۳۸۹.
۱۳. عمادزاده، محمدکاظم و همکاران، «بررسی موانع حقوقی جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، مجله حقوق اساسی، دوره پنجم، شماره ۱۰، ۱۳۸۷.
۱۴. قیصریان، فرزاد و منصور امینی، «ارزیابی شرط موازنه اقتصادی به عنوان گونه نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به مثابه قرارداد اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۴۰۱.
۱۵. کاظمی، اعظم و همکاران، «شناسایی و اولویت‌بندی عوامل مؤثر بر جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی با استفاده از تکنیک TOPSIS»، سیاست‌های مالی و اقتصادی، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۱۶. کیانی مجاهد، آرزو و رحیم باغبان، «حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگاهی به قانون تجارت ایران»، اندیشه حقوقی معاصر، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۱۷. ماندگار، مصطفی، «مدخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۷، ۱۳۸۴.
۱۸. مبهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۸، ۱۳۹۸.
۱۹. معتمدی، سیما و تیمور رحمانی، «تأثیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بر تشکیل سرمایه و بهره‌وری نیروی کار»، فصل‌نامه رشد اقتصادی در کشورهای در حال توسعه، پژوهش‌های رشد و توسعه اقتصادی، سال هشتم، ۱۳۹۷.
۲۰. مهدلو ترکمانی، محمدرضا، حسن اسدی و اکبر احمدی، «نقش توسعه اقتصادی در حفظ نظام اسلامی از نگاه فقه و حقوق»، فصل‌نامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۴۰۱.

۲۱. میرزاخانی، حسن، «الزامات سرمایه‌گذاری خارجی در سال تولید ملی، حمایت از کار و سرمایه ایرانی»، مجله اقتصادی دوماه‌نامه بررسی مسائل و سیاست‌های اقتصادی، شماره‌های ۷ و ۸، ۱۳۹۱.
۲۲. نیک‌بخت، حمیدرضا و شهاب جعفری ندوشن، «صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه‌گذاری در دعاوی معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱، ۱۳۹۲.
۲۳. هنجنی، سید علی و ابوالفضل استادزاده، «مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و آرای دادگاه‌های داوری بین‌المللی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹، ۱۳۹۶.

2. Latin Source

1. REPORT "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development".

بررسی امکان اعمال حق بر مسکن در اراضی فاقد سند رسمی واقع در شهرها

مرضیه اسکندری^۱، سجاد کریمی پاشاکی^۲، علی مشهدی^۳

چکیده

حق بر داشتن مسکن از حقوق اساسی ملت محسوب می‌شود. در نظام حقوقی ایران به ویژه در قوانین حاکم بر سازمان‌های محلی چون شهرداری، ساخت مسکن با دریافت پروانه ساختمانی ملازمه دارد. با این حال، در عرصه‌های واقع در شهرها با وجود شرایط لازم، مبتنی بر مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت، سند رسمی برای صدور پروانه نزد شهرداری‌ها ملاک اعتبار قلمداد می‌شود، به نحوی که امکان صدور پروانه ساختمانی برای اراضی فاقد سند رسمی مبتنی بر مدلول این مواد و نیز آرای متعدد صادر شده از دیوان عدالت اداری ممکن نیست. احکام موضوع مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت و برخی دیگر از قوانین، عرصه‌هایی را واجد شرایط صدور سند می‌داند که دارای اعیانی باشد و احداث هر گونه اعیانی به دریافت پروانه ساختمانی موقوف شده است. از این رو، در عرصه‌های فاقد سند رسمی، این امر، دور تسلسلی را سبب شده، که صدور سند یا پروانه ساختمانی برای این عرصه‌ها امکان پذیر نمی‌نماید.

این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی ضمن بررسی امکان اعمال حق بر مسکن در اراضی فاقد سند رسمی واقع در شهرها، رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نیز نظرات فقهای شورای نگهبان را در این خصوص بررسی می‌کند تا راه حلی برای برون رفت از تعارض گفته شده ارائه کند. یافته‌های این تحقیق بیانگر آن است که اعتباربخشی به اسناد عادی و پیش‌بینی حقوق مالکانه در اموری چون صدور پروانه ساختمانی، ضمن پیچیده شدن امر احراز مالکیت، خلاف نظم عمومی نیز تلقی می‌گردد.

واژگان کلیدی: پروانه ساختمانی، ثبت اسناد رسمی، حق بر مسکن، نظم عمومی.

۱. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، دانشکدگان فارابی، قم، ایران،

Es.Marzieh@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران،

ایران (نویسنده مسئول)، S.karimipashaki@iau.ac.ir

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

مقدمه

حق بر تأمین مسکن و نیز حق بر اشتغال از حقوق اساسی و به طریق اولی از حقوق نسل بشر محسوب شده است که با تأمین جا و مکان ملازمه دارند. این حق، یکی از حقوق اجتماعی و نسل دومی مهم برای جوامع محسوب می‌شود.^۱ تأمین مکان نیز برخلاف گذشته که بیش‌تر از طریق تصرف امکان پیدا می‌کرد، امروزه از طرق اعمال حقوقی به تثبیت می‌رسد. پس در قوانین اساسی کشورها، این دسته از نیازها به اشکال مختلف، تکالیفی را برای دولت‌ها و حق‌هایی را برای ملت‌ها رقم زده است.^۲ تأمین مسکن مناسب برای اقشار مختلف مردم، یکی از مهم‌ترین وظایف دولت‌هاست؛ چون تأمین آن بدون کمک و حمایت‌های همه‌جانبه از سوی دولت عملی نیست.^۳

اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به این حق‌ها اشاره داشته، به نحوی که در اصل سی و یکم بر حق داشتن مسکن مناسب و در اصل بیست و هشتم و نیز بند چهارم از اصل چهل و سوم بر حق اشتغال به عنوان حقوق آحاد ملت تصریح کرده است. در همین راستا در بند سیزدهم از اصل سوم قانون اساسی، برنامه‌ریزی تأمین کار و مسکن از تکالیف جمهوری اسلامی ایران بیان گردیده است. با وجود این حق‌ها و تکالیف، اشتغال به برخی از مشاغل از مسیر احداث بنا به انجام می‌رسد که اقدامی عمرانی است. بر همین مبنا، تأمین این نیازها بدون در نظر گرفتن احقاق بعضی دیگر از حقوق و تکالیف امکان‌پذیر نیست و ملازمه این حقوق و تکالیف با یکدیگر منبعث از قوانین عادی به منظور تنظیم و تنسيق امور جامعه و روابط اجتماعی صورت گرفته است.

با شکل‌گیری تعاریف قانونی شهر و روستا و نیز محدوده‌ها و حوزه عمل سازمان‌های محلی، ثبت اموال غیر منقول نقشی بسزا یافته است. در گذشته، تصرفات غالباً مبتنی بر اماره ید و نیز با توسل به شهادت شهود، مثبت مالکیت به شمار می‌رفت، اما با وضع قانون ثبت مقرر شد همین که ملکی

1. Bratt, R. G., Stone, M. E., & Hartman, C. W. (Eds.). "A right to housing: Foundation for a New Social Agenda", Temple University Press, 2006, p. 2; Adams, K. D., "Do we need a Right to Housing". Nev. LJ, 9, 275, 2008, p. 275.

2. Rotunno, N., "State Constitutional Social Welfare Provisions and the Right to Housing". In Hofstra L. & Pol'y Symp, Vol. 1, 1996, p. 111; Wells, K., 'the Right to Housing', Political Studies, 67(2), 2019, pp. 406-421.

۳. برادران، مراد و همکاران، «دولت و سیاست‌گذاری مسکن در ایران بعد از انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره ۳۸، بهار ۱۳۹۸، ص ۱۸۰.

مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را مالک بشناسد که ملک به اسم او ثبت شده یا کسی را که ملک به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا ملک از مالک رسمی به او ارث رسیده باشد. ماده ۲۲ قانون ثبت که تا امروز به شکل زمان وضع خود باقی مانده، یکی از مهم‌ترین موانع قانونی در به رسمیت شناختن معاملات و تصرفات غیر ثبت شده است؛ چون هر گونه اعتبار معاملات و اسناد را به ثبت در دفتر املاک مقید کرده است. بر همین اساس نیز به صدور پروانه ساختمانی که از ملازمات قانونی ساخت و ساز منبعت از قوانینی چون قانون شهرداری‌ها و نیز قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران است، منحصرأ می‌تواند در خصوص اراضی با ویژگی مصرّح در ماده ۲۲ قانون ثبت، ترتیب اثر داده شود و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر نامعتبر بودن اسناد عادی معاملات برای صدور پروانه ساختمانی در شهرها، مُثبت این ادعاست.

از سوی دیگر، برای دریافت سند نیز مستند به مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی ثبت و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند ثبتی در شهرها، وجود بنا لازم است. تعارض میان این دو جهت یعنی وابسته بودن صدور پروانه ساختمانی به وجود سند رسمی و مقید بودن صدور سند رسمی به وجود بنا، علاوه بر آرای متعدد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، منجر به تحدید در تحصیل حق‌های گفته‌شده در عرصه‌های فاقد سند رسمی شده است.

در مقاله حاضر با روش تحلیلی و توصیفی و ضمن تحلیل برخی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نظرهای شورای نگهبان از جمله فقهای این شورا، این تعارض و راه حل برون‌رفت از آن به امکان و امتناع صدور پروانه ساختمانی در عرصه‌های شهری فاقد سند رسمی بررسی می‌شود. خواهیم کوشید پاسخ دهیم که چگونه می‌توان این تعارض را به صورتی برطرف کرد که هم تأمین‌کننده حقوق اساسی شهروندان باشد و هم از ساخت و سازهای بدون ضابطه در اراضی شهری فاقد سند رسمی با در نظر گرفتن حفظ نظم عمومی جلوگیری شود.

در موضوعات مربوط به پروانه ساختمانی و ثبت اراضی در شهرها و روستاها، مقالات بسیاری نگاشته شده است، اما در موضوع حاضر به ویژه با توجه به بررسی رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نظرهای شورای نگهبان از جمله فقهای این شورا و رویکرد رفع تعارض قانونی حادث شده، تاکنون مقاله یا تحقیقی یافت نشد و پرداختن به این امر از نوآوری‌های مقاله حاضر محسوب می‌شود.

در مقاله حاضر ابتدا به مفاهیم و مبانی نظری می‌پردازیم. سپس در بخش یافته‌های تحقیق، ضمن بررسی ابعاد موضوع گفته‌شده و نیز رویه دیوان عدالت اداری، به نظر شورای نگهبان در مبحث مطرح‌شده اشاره و آن را تحلیل می‌کنیم. در ادامه ضمن بررسی تعارض‌های اجرای قوانین مورد بحث با حقوق اساسی ملت و نیز اصولی از قانون اساسی، راهکار برون‌رفت از این چالش بررسی می‌شود.

گفتار نخست. حق بر مسکن و ساخت‌وساز قانونی

بند اول. حق بر مسکن

مفهوم مسکن علاوه بر مکان فیزیکی، کل محیط مسکونی را دربرمی‌گیرد که شامل تمامی خدمات و تسهیلات ضروری مورد نیاز برای به زیستن خانواده و طرح‌های اشتغال، آموزش و بهداشت افراد است. به عبارت دیگر، مسکن، چیزی بیش از یک سرپناه صرفاً فیزیکی است و تمامی خدمات و تسهیلات عمومی لازم برای بهتر زیستن انسان را شامل می‌شود و باید حق تصرف نسبتاً طولانی و مطمئن برای استفاده‌کننده آن فراهم باشد.^۱

از دیدگاه حقوق بشر، حق مسکن، حق اجتماعی و رفاهی است و در زمره حق ادعاها قرار می‌گیرد. حق‌های اجتماعی و رفاهی، پیش‌شرط مردم‌سالاری اجتماعی^۲ هستند که تکالیفی را برای دولت ایجاد می‌کنند. تعهدی که دولت در این زمینه بر شانه‌های خود دارد، تعهد به وسیله است. سیاست‌های کلی نظام در بخش مسکن مصوب ۱۳۸۹/۱۱/۲۹، موضوعاتی را پیش‌بینی کرده و وظایفی را برای دولت در نظر گرفته است که از میان آن‌ها، بندهای یکم و هفتم با ذکر مواردی چون مدیریت زمین برای تأمین مسکن، توسعه شهر و روستا در چارچوب استعداد اراضی، سیاست‌ها و ضوابط شهرسازی، اجباری کردن استانداردهای ساخت‌وساز، مقررات ملی ساختمان، با صدور پروانه ساختمانی و تأمین این حق اساسی ارتباطی وسیع دارد. در کنار این موارد، همه حق دارند کار کنند. شهروندان حق دارند هر نوع شغل و کاری را که مطابق ذوق و سلیقه آنان باشد، انتخاب کنند.^۳

۱. دلال پورمحمدی، محمدرضا، برنامه‌ریزی مسکن، تهران: سمت، ۱۳۷۹، ص ۳۰.

۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «برخورداری از حقوق اجتماعی مانند مسکن، تضمینی برای تداوم مردم‌سالاری است»، خبرگزاری دانشجویان ایران (ایسنا)، ۱۳۹۸/۳/۲۸.

۹۸۰۳۲۸۱۳۵۹۱/www.isna.ir/news

۳. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ چهل و هشتم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶.

فطری بودن آزادی انسان، آزادی کار را نیز شامل می‌شود و افراد وقتی احساس آرامش می‌کنند که بر اساس کشش‌های طبیعی خود به کوشش بپردازند.^۱ اشتغال به عنوان یک حق در قالب نسل دوم حقوق بشر تضمین گردیده است. از این نظر، هر انسان حق دارد به فرصت شغلی شایسته دسترسی داشته باشد و دولت‌ها مکلفند چنین فرصت‌هایی بیافرینند.^۲

ماده ۲۵ اعلامیه حقوق بشر، حق مسکن و حفاظت در برابر بی‌کاری را یکی از استانداردهای زندگی شایسته شناسایی کرده است و اعلام می‌دارد: همه افراد دارای حق بهره‌مندی از سطح کافی زندگی برای سلامت و بهروزی خود و خانواده خود هستند. این حق شامل غذا، لباس، مسکن، بهداشت و خدمات درمانی، خدمات اجتماعی ضروری و حق امنیت و حفاظت در برابر بی‌کاری، بیماری، ناتوانی جسمی، بیوگی، پیری و دیگر شرایطی است که دسترسی به زندگی مناسب را خارج از اختیار فرد مختل می‌کند.^۳

اصل سی و یکم قانون اساسی ایران بیان می‌کند: «داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانوار ایرانی است». مطابق این اصل، قانون‌گذار اساسی، داشتن مسکن را نه فقط از نیازهای اولیه، بلکه از حق‌های بنیادین و قابل حمایت هر شهروند ایرانی دانسته است. هم‌چنین دولت به اجرای این حق مکلف شده است. با این تحلیل، تهیه نشدن مسکن شایسته برای اشخاص را می‌توان نقض صریح اصول قانون اساسی و بی‌توجهی به یکی از حق‌های بنیادی و اساسی فرد انسانی دانست.^۴ اصل بیست و هشتم قانون اساسی نیز با اشاره به این‌که هر کس حق دارد شغلی را برگزیند که مایل است، در راه ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر قدم گذاشته است که می‌گوید: «هر کس حق دارد کار کند و کار خود را آزادانه انتخاب کند...» و به این ترتیب، حق بر کار را شناسایی کرده است.

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۳۵۸.

۲. طاهری، آزاده سادات، «داستان یک حق: بررسی ریشه‌های تاریخی تضمین اشتغال به مثابه یک حق بشری»، فصل‌نامه حقوق بشر، سال دوازدهم، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۵۰.

3. Byrne, T., & Culhane, D. P., "The Right to Housing: An Effective Means for Addressing Homelessness", U. Pa. JL & Soc. Change, 14, 379, 2011, p. 379.

۴. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و یونس فتحی، حق بر مسکن مناسب، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۱۹.

بند دوم. مبانی قانونی ساخت و ساز

سند رسمی در حقوق ایران دارای یک مفهوم عام و یک مفهوم خاص است. در مفهوم عام که مختص حقوق مدنی است، ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، سندی را که نزد مأمور رسمی در حدود صلاحیت وی و مطابق با مقررات قانونی تنظیم شده باشد، رسمی می‌داند. در حقوق ثبت، تعریفی از سند رسمی در مقررات قانون ثبت ارائه نشده، اما به عقیده صاحب‌نظران، سند رسمی در حقوق ثبت، مفهومی مضیق‌تر از سند رسمی در مقررات قانون مدنی دارد.^۱ مالک هر مال، حق هرنوع استفاده‌ای از آن را می‌یابد و حق دارد دیگران را از آن منع کند. بر این اساس، قواعد حاکم بر شیوه تملک اموال همیشه بخشی جدایی‌ناپذیر از حقوق اموال و مالکیت است.^۲ انسان‌ها برای بهره‌بردن از حق بر مسکن و حق بر کار، راه‌های مختلفی را برمی‌گزینند. یکی از این راه‌ها، ساخت و سازها در سطح شهر است که تأمین‌کننده مسکن و به تبع آن، ایجادکننده شغل‌های متناسب در این زمینه است. مجموع عوامل شهرسازی هر کشور، تابعی از نظام‌های حاکم بر آن جامعه است و کشورها در برنامه‌ریزی شهری از الگوهای نسبتاً مشابه و مشخصی پیروی و ابزارهای مورد نیاز را مطابق با قواعد کلی شهرسازی تهیه و تنظیم می‌کنند.^۳

بر اساس ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، اولین قدم قبل از هر اقدام عمرانی و شروع به ساخت بنا، دریافت پروانه از شهرداری است. پروانه ساختمانی عبارت است از: اجازه‌نامه اشغال بخشی از فضای شهری که بنا بر درخواست مالکان اراضی یا نماینده قانونی آنان پس از رعایت تشریفات قانونی و احراز کاربری مجاز صادر می‌شود.^۴ این اقدام از آن جهت که افراد بتوانند به ساختمان‌های خود موجودیت قانونی ببخشند، لازم است. طبق مقررات ساختمان، کسب پروانه ساختمانی از شهرداری

۱. معصومی، محمدحسین و دیگران، «عمومی اعلام کردن اراضی و اثر آن بر حقوق مالکیت و اسناد مالکیتی (با تأکید بر آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۴۰۳، ص ۶۹.

۲. شکری، محمد، «تنظیم سند مالکیت خودرو در حقوق ایران: نیروی انتظامی یا دفتر اسناد رسمی؟»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۴۰۱، ص ۲۷۴.

۳. مزینی، منوچهر، بررسی ساختار مدیریت شهری در ایران، چاپ اول، تهران: دفتر مطالعات برنامه‌ریزی شهری وزارت کشور، ۱۳۷۷.

۴. کامیار، غلام‌رضا، شهر و حقوق شهروندی، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

برای پروژه‌های عمرانی یا نوسازی در مناطقی که دارای طرح کاربری یا فاقد کاربری اراضی هستند، الزامی است. هم‌چنین تغییر کاربری اراضی از حالت مسکونی به تجاری یا اداری به کسب مجوز نیاز دارد و تغییرات جزئی در ساختمان باید با اطلاع شهرداری باشد.^۱

صدور پروانه ساختمانی نیازمند پیمودن مراحل است که اولین قدم آن، درخواست تشکیل پرونده است. مطابق با مصوبه اصلاح روش‌های صدور پروانه ساختمان، گواهی عدم خلاف و پایان کار ساختمان در شهرداری‌ها، صدور پروانه، گواهی عدم خلاف و گواهی پایان ساختمان توسط شهرداری‌های کشور طبق شناسنامه ساختمان انجام می‌گردد و شهرداری مکلف است پس از پیمودن این مراحل، شناسنامه ساختمان را صادر کند.

در همین راستا با توجه به اطلاق عبارت «مالک»، توجه به ماده ۲۲ قانون ثبت نیز ضروری است که در آن: «دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت که بر این اساس، ذی‌نفعی متقاضی احراز و مراحل چون: بازدید از ملک توسط کارشناسان شهرداری، بررسی گزارش مأمور فنی و کاربری ملک، تهیه نقشه ساختمان، اخذ استعلامات لازم و پرداخت عوارض شهرداری، شناسنامه ساختمان که حاوی پروانه ساختمانی است، صادر می‌گردد».

بند سوم. مبانی فقهی مالکیت و عقود ناظر بر اموال غیر منقول

لازمه مالکیت، وجود مال است و مال عبارت است از: چیزی که مورد رغبت و تقاضای عقلاً باشد، به گونه‌ای که در مقابل آن، عوضی پرداخت نمایند.^۲ این مال وقتی تحت سلطه و استیلائی فردی باشد، نشانه‌ای است بر مالکیت وی. در واقع، اصل بر این است که وجود شیء در تصرف شخص، اماره بر مالکیت شخص بر آن شیء است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.^۳ کسی که متصرف است، تصرف

۱. قریب، فریدون، بررسی تطبیقی نظام‌های شهرسازی (هلند، نروژ، فنلاند، سوئد و دانمارک)، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.

۲. عمید زنجانی، عباس علی، قواعد فقه - بخش حقوق خصوصی، چاپ چهارم، تهران: سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۲۴.

۳. بهاری، حمید و سید حسن عاملی، «کارآمدی قاعده ید در اثبات مالکیت حضرت زهرا (س) بر فدک»، سال چهل و نهم،

او به عنوان مالکیت شناخته می‌شود.^۱ تصرف به طور دقیق تعریف نشده است، ولی از مجموع مواد قانونی راجع به تصرف چنین افاده می‌شود که تصرف عبارت است از استیلا بر مال به نحوی که هر نوع عملی بتوان در مورد آن انجام داد و به هر نحو از آن منتفع شد و درباره آن تصمیم گرفت.^۲

متصرف برای اثبات مالکیت خود به دلیل دیگر نیاز ندارد و در تمامی دعاوی مربوط به اموال، منقول باشد یا غیر منقول، مدعیان مالکیت ناچارند حقایق خود را در برابر او ثابت کنند.^۳ این اصل در اصطلاح فقهیان و نویسندگان قانون مدنی به «قاعده ید» مشهور است. در تعریف مالکیت آورده‌اند: اعتبار و سلطه شخصی نسبت به شیئی که بتواند در آن تصرف کند و مانع از تصرف دیگران شود.^۴ عنصر اصلی در این تعریف، تسلط مردم بر اموالشان است که متضمن دو وجه ایجابی و سلبی است:^۵ مشروعیت هر نوع تصرف مالکانه توسط مالک (ایجابی) و ممنوعیت ممانعت از تصرفات مالک بر ملک خویش (سلبی). در واقع، در این تعریف مشخصاً به قاعده تسلیط اشاره داشته و مبین حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است. قاعده تسلیط، یک اصل عرفی و عقلایی ثابتی است که در زمان پیامبر اکرم (ص) و معصومان (ع) وجود داشته است و هیچ‌گونه رد، منع و نهی راجع به آن صادر نگردیده است.^۶ ماده ۳۰ قانون مدنی با اشاره به این نکته که هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد، این اصل را شناسایی کرده است.

شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۲۳۷.

۱. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهلیم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۴۶.

۲. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، چاپ پنجاهم، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۸، ص ۴۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ چهلیم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۹۵.

۴. عمید زنجانی، پیشین، ص ۱۲۲.

۵. سرحدی، زهرا و همکاران، «جایگاه اخلاق در مالکیت با محوریت قاعده تسلیط و حاکمیت عمومی»، پژوهش‌های اخلاقی،

سال دهم، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۹، ص ۱۵۴.

۶. عمید زنجانی، پیشین، ص ۱۴۸.

گفتار دوم. از حق بر مسکن تا حفظ نظم عمومی

بند اول. موانع و محدودیت‌های صدور پروانه ساختمانی و سند مالکیت

برای دریافت سند رسمی، گرفتن پروانه سازمانی، پایان کار و استعلام‌های مربوط ضرورت دارد. این در حالی است که عموماً ساخت‌وسازهای غیر مجاز چنین ویژگی‌هایی ندارند. به همین دلیل، امکان صدور سند و نقل و انتقال ثبتی این املاک وجود ندارد. در ساده‌ترین دیدگاه، برای رفع این مشکل در شهرها، دو روش جاری و ساری است. اولین روش، استفاده از شیوه قانونی طرح احداث بنای بدون پروانه ساختمانی در عرصه فاقد سند رسمی در کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و بررسی پرونده بدون ملاک قرار دادن ذی‌نفعی در مالکیت موضوع ماده ۲۲ قانون ثبت و در نهایت، صدور حکم بر جریمه و بناست. راه دوم، پذیرش اعتبار معاملات غیر رسمی اموال غیر منقول است که در این صورت، ممکن است یک ملک بین افراد متعددی خرید و فروش شود و املاک یادشده تا سالیان متمادی نتوانند سند رسمی تهیه کنند.^۱

همان‌طور که بیان گردید، در دیدگاهی سطحی برای رفع این مشکل در شهرها، ساخت غیر مجاز و به تبع آن، پیمودن تشریفات رسیدگی به تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۱۰۰ و امید داشتن به صدور رأی به جریمه در صورت وجود جمیع شرایط فنی و رعایت اصول شهرسازی شاید صحیح به نظر برسد. هر چند در مقام اجرا نیز چنین رویه‌ای جاری است، توجه به بدو و متن ماده ۱۰۰ قانون شهرداری بیانگر آن است که حقوق موضوع این ماده، معطوف به مالک یا مالکان شده است. پس این سؤال مطرح می‌شود که آیا امکان طرح و رسیدگی به پرونده بناهای احداثی در عرصه‌های فاقد مالکیت در کمیسیون ماده ۱۰۰ وجود خواهد داشت؟ اگر پاسخ این سؤال منطبق با منطوق و مدلول ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، خیر باشد، تکلیف این بناها چیست؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال را می‌بایست در بند ۲۲ ماده ۵۵ قانون شهرداری یافت که در فراز دوم بند یادشده آمده است: «... جلوگیری از ساختمان‌های بدون پروانه و مخالف مشخصات تعیین‌شده در پروانه ساختمان و نقشه شهرداری و تخریب آن و تخصیص قسمت‌های مختلف شهر و مناطق مسکونی و تجارتی و صنعتی و غیره و تدوین آیین‌نامه و نظامات لازم برای این کار».

۱. قاجار خسروی، محمد مهدی، «تحلیل بر عوامل و تبعات ساخت‌وسازهای غیر مجاز در استان تهران و راه‌های مقابله با آن»، فصل‌نامه مسکن و محیط روستا، شماره ۱۴، زمستان ۱۳۹۱، ص ۶۱.

بر اساس حکم این بند، شهرداری به صورت مستقل، جواز تخریب بناهایی را دارد که مشمول حکم ماده ۱۰۰ قانون شهرداری نباشد؛ چون در خوانش حقوقی، جمع این بند و ماده ۱۰۰، منجر به خروج بناهای متخلف ساز دارای مالک از حکم موضوع بند ۲۲ ماده ۵۵ این قانون شده و تنها بناهای احدائی توسط متصرفین در زمره مشمولان حکم این بند گردیده است.

با این وجود، از محدودیت‌ها و موانعی که بر سر راه صدور پروانه ساختمانی و دریافت سند مالکیت وجود دارد، توجه به تعارض میان مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت و ماده یک قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند ثبتی در شهرها از یک سو و ماده ۲۲ قانون ثبت از سوی دیگر است. بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت، تنها کسی را به عنوان مالک می‌شناسد که ملک به اسم او در دفاتر اسناد ثبت شده باشد. در واقع، این ماده تنها به معاملاتی رسمیت می‌بخشد که در دفاتر املاک به ثبت رسیده باشند. پروانه ساختمانی نیز بر اساس قانون شهرداری منحصرأ می‌تواند در خصوص اراضی با ویژگی مصرّح در ماده ۲۲ قانون ثبت صادر شود. این در حالی است که ماده ۱۴۷ اصلاحی قانون ثبت و ماده ۱ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌ها، عرصه‌های دارای اعیان را واجد شرایط لازم جهت دریافت سند رسمی شناسایی کرده است و ذکر «اعیان» در استحقاق دریافت سند، عرصه‌های بدون اعیان را از احکام این قوانین خارج می‌سازد.

ماده ۱ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌ها بیان می‌دارد: «به منظور صدور اسناد مالکیت ساختمان‌های احداث شده بر روی اراضی با سابقه ثبتی که منشأ تصرفات متصرفان نیز قانونی است و هم‌چنین صدور اسناد مالکیت برای اراضی کشاورزی و نسق‌های زراعی و باغاتی که شرایط فوق را دارند، لکن به علت وجود حداقل یکی از موارد زیر، صدور سند مالکیت مفروزی از طریق قوانین جاری برای آن‌ها میسر نمی‌باشد، در هر حوزه ثبتی، هیئت یا هیئت‌های حل اختلاف که در این قانون، هیئت نامیده می‌شود، با حضور یک قاضی به انتخاب رئیس قوه قضاییه، رئیس اداره ثبت یا قائم مقام وی و حسب مورد، رئیس اداره راه و شهرسازی یا رئیس اداره جهاد کشاورزی یا قائم مقام آنان تشکیل می‌گردد. هیئت مذکور با بررسی مدارک و دلایل ارائه شده و در صورت لزوم، انجام تحقیقات لازم و جلب نظر کارشناس مبادرت به صدور رأی می‌کند».

با توجه به مواد ۱۲ تا ۱۸ قانون مدنی و قانون یادشده، اموال غیر منقول مورد نظر این ماده، اموال غیر منقول ذاتی است که منحصر در اراضی و ساختمان‌هاست. این ماده برای صدور سند رسمی به دو نوع مال غیر منقول توجه کرده است که عبارتند از:

۱. ساختمان‌های احداث شده روی اراضی با سابقه ثبتی که منشأ تصرفات متصرفان قانونی است.
۲. اراضی کشاورزی و نسق‌های زراعی و باغاتی که این شرایط را دارند؛ یعنی دارای سابقه ثبتی بوده و تصرف متصرفان نیز قانونی است.^۱

بر این اساس، املاکی که فاقد هر گونه سابقه ثبتی هستند و وضعیت و مشخصات اولیه آن‌ها مشخص نیست، واجد تعیین تکلیف توسط این قانون نیستند.^۲ از نظر این قانون، تفاوتی ندارد که ساختمان‌های مورد نظر روی چه اراضی احداث شده‌اند.^۳ با این حال، این اراضی الزاماً می‌بایست دارای سابقه ثبتی باشند.

همان‌طور که املاک فاقد بنا و زمین‌های فاقد کاربری زراعی و باغی و اراضی و املاکی که مالک رسمی آن در قید حیات و در دسترس است یا مالک رسمی فوت کرده و متقاضی برای انتقال رسمی ملک به ورثه دسترسی داشته باشد، از شمول این قانون خارج هستند.^۴ خروج زمین‌های فاقد بنا از امکان صدور سند موضوع قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌ها، از موانع اصلی صدور پروانه ساختمانی و صدور سند مالکیت در محدوده‌ی شهری است؛ چون مستند به بند «الف» ماده یک مصوبه «اصلاح روش‌های صدور پروانه ساختمان، گواهی عدم خلاف و پایان کار ساختمان در شهرداری‌ها»، مصوب شورای عالی اداری، از جمله مدارک مورد نیاز برای صدور پروانه ساختمانی اسناد مربوط به مالکیت رسمی است. در ماده ۴۷ قانون ثبت، اسنادی که به ثبت رسمی نرسیده‌اند، اعتبارشان نزد اداره‌ها و محاکم قابل پذیرش دانسته نشده و در نتیجه، صدور پروانه بر

۱. بحری، ادریس، «نقد و بررسی قانون تعیین و تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، نهمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، اسفند ۱۳۹۹، ص ۱۰.

۲. قاسمی قاسموند، علی‌رضا، «بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، فصل‌نامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، دوره دوم، شماره ۸، زمستان ۱۳۹۸، ص ۶۵.

۳. بحری، پیشین، ص ۱۱.

۴. همان، ص ۳.

مبنای این اسناد بنا به اطلاق این ماده توسط شهرداری امکان پذیر نخواهد بود. تعارض موجود سبب ایجاد دور باطلی شده است که با توجه به نکات تصریحی، صدور سند مالکیت را برای اسناد عادی امکان ناپذیر می‌کند و به تبع آن، صدور پروانه ساختمانی نیز غیر قانونی تصور خواهد شد.

بند دوم. رویه دیوان عدالت اداری^۱

رسیدگی به ابطال مقررات و مصوباتی که با موضوع امکان صدور پروانه‌های ساختمانی برای املاک فاقد سند رسمی تصویب شده‌اند، نشان دهنده طرح پرونده‌های متعددی در دیوان عدالت اداری و صدور آرای متکثر در این زمینه است. بررسی آرای صادر شده از این مرجع عالی قضایی در خصوص موضوع مورد بحث، پیروی این مرجع قضایی را از منطوق مواد ۲۲ و ۴۷ ثبت نشان می‌دهد. از جمله آرای مقدّمی که به طور ماهوی به این موضوع پرداخته، دادنامه ۷۳/۹۶ مورخ ۱۳۷۳/۸/۲۸ است. در این رأی آمده است: «اولاً بند ۹ مصوبه سی و چهارمین جلسه شورای عالی اداری به شماره ۱۶۵۵/دش مورخ ۱۳۷۱/۸/۱۹ که مقرر داشته است: «شهرداری‌ها موظفند به منظور حسن اجرای ماده ۷ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ با اخذ تعهد از مالک مبنی بر عدم استفاده از مزایای فوق نسبت به صدور پروانه ساختمان اقدام و هم زمان از وزارت مسکن و شهرسازی (سازمان زمین شهری) استعلام به عمل آورده و در صورت خلاف ادعای مالک نسبت به ابطال پروانه اقدام نمایند»، به موجب نظریه ۱۳۷۳/۷/۲۲ فقهای شورای نگهبان خلاف شرع شناخته نشده است و چون متضمن ایجاد هماهنگی در جهت اجرای اهداف مقنن به شرح ماده ۷ قانون زمین شهری می‌باشد، مغایر قانون هم تشخیص داده نمی‌شود.

ثانیاً قانون‌گذار به منظور تنظیم و تنسيق امور مربوط به اموال غیر منقول و جلوگیری از بروز اختلافات و مناقشات اشخاص نسبت به عین یا منافع و یا حقوق متعلق به املاک و تقلیل حجم دعاوی نسبت به آن‌ها در مراجع مختلف و هم‌چنین ایجاد سهولت در تشخیص صاحبان اعیان و منافع و یا حقوق اموال غیر منقول در بخش‌ها خصوصی و عمومی ثبت اراضی و املاک و حقوق و منافع مربوط و انجام عقود و معاملات نسبت به آن‌ها را الزامی اعلام داشته و به صراحت ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک، کسی را که ملک در دفتر املاک به اسم او ثبت شده و یا موافق

۱. آرای مورد بحث از درگاه اینترنتی دیوان عدالت اداری برداشته شده است: www.divan-edalat.ir.

قانون به او منتقل گردیده، مالک شناخته است و هم‌چنین در ماده ۴۸ قانون مزبور تصریح کرده است که «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». بنا به جهات فوق‌الذکر، بند ۲ مصوبه شماره ۱۵۶۰ د.ش مورخ ۱۳۷۱/۸/۶ شورای عالی اداری که شهرداری را ملزم به قبول سند عادی انتقال غیر منقول مکلف و به صدور پروانه ساختمان قبل از تصدیق صحت و اعتبار آن توسط مراجع ذی صلاح می‌نماید، مغایر قانون تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری به جهت مذکور ابطال می‌گردد».

در این‌که اسناد رسمی در برقراری نظم عمومی و تثبیت حقوق افراد نقشی بسزا دارد، تردیدی نیست، اما تمرکز بر اسناد رسمی نباید توجه را از وضعیت املاک فاقد سند رسمی دور کند. از دیدگاه منتقدانه، ابطال بند ۲ مصوبه ۱۵۶۶ شورای عالی اداری ناشی از دیدگاه پوزیتیویستی دیوان عدالت اداری به وضعیت عرصه‌های فاقد سند رسمی و متصرفین آن‌ها تلقی شده که منحصراً مبتنی بر مواد گفته‌شده قانون ثبت، چارچوب یافته است. بر اساس این بند، شهرداری مکلف است با استعلام از سازمان زمین شهری در خصوص نوع زمین و دریافت تعهدنامه از متقاضی که سند عادی در دست داشته و مدعی مالکیت است، پروانه ساختمانی صادر کند.

از دیدگاه توجیه‌کننده دیگر، صدور پروانه ساختمانی به استناد بیع‌نامه‌های عادی (اسناد عادی) عملی مشروط است؛ چون به صراحت بیان می‌کند صدور پروانه ساختمانی هیچ‌گونه تعهد تأییدی بر مالکیت متقاضی نیست. پس اثر ناشی از آن نسبی است.^۱ در نتیجه، آسیبی به حقوق اشخاص ثالث وارد نمی‌شود. این در حالی است که بر خلاف این دیدگاه، امر به دریافت تعهد یادشده نیز بر اساس دو اصل حاکمیت قانون و نیز صلاحیت می‌بایست به موجب قانون تجویز شود که با توجه به نبود حکم مقنن در این خصوص، به صحت دیدگاه موصوف، خدشه وارد می‌آورد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تداوم رویه خود در آرای دیگری از جمله آرای وحدت رویه شماره ۱۶۶ مورخ ۱۳۷۵/۷/۲۸ و شماره ۴۷۴ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ و نیز دادنامه‌های ابطالی از جمله: شماره ۸۶/۶۹ مورخ ۱۳۸۶/۲/۹، شماره ۲۲۶ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱۵، شماره ۱۲۹۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۳،

۱. کامیار، پیشین، ص ۳۳.

شماره ۵۵۵ مورخ ۱۳۹۹/۴/۱۷ و شماره ۲۳۹۷ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۵ و شماره ۶۴ مورخ ۱۴۰۱/۰۱/۱۶، شماره ۲۷۴۸ مورخ ۱۴۰۱/۱۲/۲ با استناد به مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت و نیز خروج مقام وضع‌کننده از حدود اختیارات و تکالیف قانونی خود در الزام به صدور پروانه برای اسناد عادی اموال غیر منقول، به طور شکلی و ماهوی، این مقررات و مصوبات را فاقد وجاهت دانسته و ابطال کرده است.

بند سوم. اصل تسلیط و نظرهای شرعی متعرض به موادی از قانون ثبت

هر شخص می‌تواند در ملک خویش با رعایت اصل لاضرر تصرف کند. در اصل ۴۴ قانون اساسی بعد از آن‌که در نظام اقتصادی، سه بخش دولتی، تعاونی، خصوصی مشخص می‌شود، در خصوص مالکیت بیان شده است: «مالکیت در این سه بخش، تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود، مورد حمایت جمهوری اسلامی است».

مالک نه تنها حق دارد با اجرای اعمال مادی و خارجی از مال خود استفاده کند یا آن را از بین ببرد، بلکه می‌تواند برای حفظ و اداره و انتقال آن، اعمال حقوقی گوناگون انجام دهد.^۱ از جمله این حقوق مالکانه، حقی است که افراد نسبت به دریافت پروانه ساختمانی و به تبع آن، انتفاع بهینه از املاک خود برای تأمین حق مسکن یا داد و ستد دارند. در راستای استفاده از این حق، بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، این مؤسسات عمومی غیر دولتی را موظف به صدور پروانه ساختمانی کرده، اما تحدیدات تصریحی قانون ثبت و رویه قضایی دیوان عدالت اداری در مقام اجرا، مانع بخشی از اعمال حق مالکیت شده است. با این حال، توجه به ماده ۶۲ قانون احکام دایمی برنامه‌های توسعه کشور، شق جدیدی را در اعتبار بخشی به اسناد عادی، اما مشروط ارائه می‌دهد. در این ماده آمده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیر منقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این گونه معاملات باید به طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیر منقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۱.

فرازی از این ماده منجر می‌شود دعاوی مربوط به احراز مالکیت به دادگاه‌ها سپرده شود؛ چون این ماده، حقوق ثالث را تضمین و اعلام می‌دارد ثبت اسناد سبب ایجاد حق نیست، بلکه یکی از طرق اثبات آن است.^۱ بر همین مبنا، احراز اعتبار شرعی اسناد عادی توسط دادگاه، آن را به لحاظ نفوذ در مراجع ثالث دارای اعتبار می‌سازد که به نظر می‌رسد به نوعی، توسعه مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت باشد.

مجلس شورای اسلامی در مصوبه موضوع ماده ۱ طرح «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» بیان داشت: «کلیه عقود و معاملات راجع به حقوق، عین و منافع اموال غیر منقول ثبت شده از قبیل انتقال مالکیت، رهن، اجاره برای مدت بیش از دو سال، پیش فروش ساختمان اعم از این‌که به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه موارد مذکور باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. عقود و معاملاتی که به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد و فقط کسی مالک ملک شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس، در این قانون، «سازمان» نامیده می‌شود، ملک به نام او به ثبت رسیده یا ملک مزبور به طور رسمی به او منتقل شده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد».

با این حال، شورای نگهبان در نظرهای^۲ خود در سیر تقنینی این طرح عنوان کرد: «پذیرفته نشدن عقود و معاملات و مالکیت به ثبت نرسیده در محاکم و ادارات و اطلاق این امر که منحصراً اسناد رسمی مثبت مالکیت باشند، خلاف شرع شناخته شده است». در مقطعی دیگر نیز بیان داشت: «اطلاق این امر که منحصراً اسناد رسمی مثبت مالکیت باشد، خلاف موازین شرع دانسته شد».

این نظر به جهاتی از مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت متعرض است که در آن، سندی که مطابق مواد ۴۶ و ۴۷ این قانون می‌بایست به ثبت برسد و به ثبت نرسیده است، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد و دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده یا کسی را که ملک یادشده به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده است، مالک می‌شناسد. مبتنی بر نظر شورای نگهبان به نظر می‌رسد مواد گفته‌شده قانون ثبت، رکن مشروعیت خود را در خصوص

۱. اسلامی، سید محمد هادی و همکاران، «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷، ص ۴۸.

۲. نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۱۸۳۶۸ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۶ و نظر شماره ۱۰۲/۲۶۹۵۲ مورخ ۱۴۰۰/۵/۴.

معاملات شرعی از دست داده است؛ چون در حقوق، مالکیت به معنی حق تعبیر شده است و حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و در مال خود به جز مواردی که در قانون استثنا شده است، اطلاق می‌گردد.^۱

فقه‌های شورای نگهبان در نظری دیگر در این مورد اعلام داشتند: «مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خود به خود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیر رسمی دارد، اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد، خلاف شرع و باطل است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد، این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این گونه اسناد عادی دارد».^۲

با حدوث اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در موضوع مصوبه طرح «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول»، اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید که با توجه به طولانی شدن رسیدگی در تشخیص، مقام رهبری در دیدار خود با مسئولان قوه قضاییه، در خصوص تصویب این طرح، معاملات غیر رسمی اموال غیر منقول را از منشأهای بزرگ فساد خواند و بر اعتبار نداشتن اسناد غیر رسمی اموال غیر منقول به عنوان مصلحت قطعی کشور تأکید کرد.^۳

بند چهارم. ابهام در استیفای حقوق شهرداری

امکان صدور پروانه ساختمانی در خصوص املاک فاقد سند رسمی در محدوده شهر چنانچه علی‌الرأس با عمل مرجع صدور باشد یا با احراز معامله شرعی امکان‌پذیر دانسته شود، عملاً متعرض به صحت اجرای ماده ۱۰۱ قانون شهرداری است؛ چون متقاضیان پروانه ساختمانی در

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۴)، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵، ص ۳۱۵۲.

۲. نامه شماره ۹۵/۱۰۲/۲۶۶۴ مورخ ۱۳۹۵/۵/۴ قائم مقام دبیر شورای نگهبان.

۳. مقام رهبری در سخنرانی خود در جمع مقامات قضایی کشور در تاریخ ۱۴۰۲/۴/۶ بیان کرد: «باید از این‌گونه معاملات سلب اعتبار شود و اگر هم از دیدگاه شورای نگهبان به مصوبه مجلس ایرادی هست، مصلحت قطعی کشور و نظام، تصویب نهایی این قانون است.» (۴۱۴۷۵۵/www.dolat.ir/detail)

عرصه‌های یادشده شخصاً یا توسط ایادی قبلی نسبت به تفکیک عرصه تحت تصرف خود دست می‌زنند. بنابراین، بدیهی است که تحقق نیافتن احکام ماده ۱۰۱ حتی با فرض شرعی دانستن معامله به تضییع حقوق شهرداری منجر خواهد شد. حسب این ماده، ادارات ثبت و اسناد و دادگاه‌ها بنا به مورد موظفند در خصوص تقاضای تفکیک یا افراز از شهرداری استعلام کنند. شهرداری نیز موظف است پس از کسر سطوح و معابر و قدرالسهم شهرداری، نقشه متقاضی را امضا و تأیید کند.

تبصره سوم این ماده نیز بیان داشته است: «در اراضی با مساحت بیش‌تر از پانصد مترمربع که دارای سند شش‌دانگ است، شهرداری برای تأمین سرانه فضای عمومی و خدماتی تا سقف بیست و پنج درصد (۲۵٪) و برای تأمین اراضی موردنیاز احداث شوارع و معابر عمومی شهر در اثر تفکیک و افراز این اراضی مطابق با طرح جامع و تفصیلی با توجه به ارزش افزوده ایجادشده از عمل تفکیک برای مالک، تا بیست و پنج درصد (۲۵٪) از باقی‌مانده اراضی را دریافت می‌نماید. شهرداری مجاز است با توافق مالک، قدرالسهم مذکور را براساس قیمت روز زمین طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری دریافت نماید».

تصریح عبارت «سند شش‌دانگ» و نیز تکالیف موضوعه بر تحقق حقوق شهرداری، از جمله موانعی است که تفکیک اراضی موصوف با سند عادی را ممکن نمی‌سازد. این امر حتی با امعان نظر به این نکته که شورای نگهبان در نظرهای خود بر اعتبار اسناد ناشی از معاملات شرعی تصریح داشته، بنا به منطوق ماده یادشده ممکن نخواهد بود، مگر آن‌که متجاوز از نص تبصره ۳ ماده ۱۰۱ قانون شهرداری، معاملات شرعی احرازشده توسط محاکم قضایی، مستفاد از ماده ۶۲ قانون احکام دایمی برنامه‌های توسعه کشور، واجد تکلیف برای اشخاص ثالث پنداشته شود. با این حال، توجه به تبصره ۵ ماده ۱۰۱ قانون شهرداری نیز در جرم‌انگاری هر گونه تخلف از موضوع این قانون در تفکیک یا افراز اراضی اهمیت دارد؛ چون بر جهات حفظ نظم عمومی و تضمین حقوق شهرداری در این خصوص دلالت می‌کند. بنابراین، در این مقوله چنین سؤالاتی پیش خواهد آمد: معامله املاکی که با نادیده گرفتن حقوق و تکالیف مصرّح در ماده ۱۰۱ قانون شهرداری منعقد گردیده است، قابلیت احراز شرعی در محاکم خواهد داشت؟ اساساً امکان انتقال تکالیف موضوع این ماده به خرده متصرفین ممکن خواهد بود؟ در پاسخ می‌توان به این قاعده اکتفا کرد که امر و امتیاز خلاف قانون، واجد حق مکتسبه برای برخورداران نخواهد بود که ترتب آثار قانونی بر آن متصور باشد. در نتیجه،

معاملاتی که بدون رعایت تشریفات مندرج در ماده ۱۰۱ قانون شهرداری منعقد شوند و مستفاد از تبصره ۵ آن، واجد وصف مجرمانه باشند، به دلیل مخالفت با نظم عمومی، موجد حقوق مالکانه بعدی نیستند.

بند پنجم. چشم‌اندازی برتعارض موجود

شهرداری‌ها وظایف متعددی در زمینه‌های عمرانی شهر دارند و این وظایف در ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها احصا شده است و در برنامه‌ریزی شهری، احداث ساختمان‌ها، تأسیسات و تجهیزات شهری و زیباسازی فضای عمومی نقشی اساسی ایفا می‌کنند. توجه به اراضی و املاک فاقد سند رسمی در داخل محدوده قانونی شهر اهمیت زیادی دارد؛ چون بی‌توجهی به وسعت و تعدد قطعات این اراضی، نهاد یادشده و دستگاه‌های اجرایی مرتبط را با مشکلات عدیده‌ای از جمله ساخت‌وسازهای غیر اصولی و غیر مجاز مواجه می‌سازد که قلع این ابنیه در مقام اجرا، واجد آثار اجتماعی فراوانی است.

وجه دیگر موضوع، اشتباه رایج در طرح پرونده این ساخت‌وسازها در کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و حکم به جریمه این ابنیه است که ساخت‌وسازهای موصوف را پایانی قانونی می‌بخشد. صدور حکم به جریمه برای بناهای مستحدثه در اراضی فاقد سند رسمی صرف نظر از آن‌که فقدان احراز مالکیت، جایگاه ذی‌نفعی در عرصه مورد احداث بنا را در پرونده مطرح شده مخدوش می‌سازد، منجر به احراز نوعی حق انتفاع در نبود سند رسمی می‌گردد. تخلفات ساختمانی در بهترین بیان، نتیجه تضاد منافع در شهرهاست و تضاد منافع فردی - اجتماعی، بارزترین شکل آن است. پس سودآوری و رجحان خواسته‌های شخصی افراد می‌تواند به وقوع تخلف ساختمانی در هر جامعه‌ای بیانجامد.^۱ هرچند وظیفه کنترل و نظارت بر ساخت‌وساز و نیز جلوگیری از احداث بنا بدون اخذ پروانه ساختمانی و تخریب آن بر عهده شهرداری است، اما امکانات محدود و گاه ظهور برخی از مظاهر فساد، این دستگاه‌های اجرایی را از نظارت کامل و جامع بر همه نقاط شهری به ویژه در شهرهای بزرگ و کلان‌شهرها باز می‌دارد. به این ترتیب، ساخت‌وسازهای خلاف قانون به ویژه در اراضی فاقد سند

۱. بهشتی‌روی، مجید، «بررسی آثار کالبدی تخلفات ساختمانی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده هنرهای زیبا، دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۴۲.

رسمی و نیز بدون رعایت نظامات مهندسی ساختمان همواره رو به رشد خواهد بود.

تا زمانی که ترتیبات قانونی با محوریت رفع تعارض مطرح شده در قوانین پیش‌بینی نشود، کاهش ساخت‌وسازهای با وصف یادشده را با وجود مخل به نظم عمومی بودن نمی‌توان انتظار داشت. امر تعیین تکلیف اراضی فاقد سند در قوانین فاقد سابقه نیست. قانون‌گذار در ماده ۹ قانون حمایت از احیا، بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری مصوب ۱۳۸۹، حل و فصل اختلافات و مشکلات مربوط به املاک و اراضی واقع در طرح‌های مصوب احیا، بهسازی و نوسازی اعم از فاقد سند، بلاصاحب و مجهول‌المالک و دیگر اختلافات و تعیین تکلیف وضعیت این‌گونه املاک را وفق ضوابط و مقررات مربوط توسط هیئتی مرکب از یک نفر از قضات باتجربه دادگستری به انتخاب رئیس قوه قضاییه، رئیس اداره ثبت اسناد و املاک محل یا نماینده وی و یک نفر به نمایندگی از سوی سازمان مسکن و شهرسازی استان در اداره ثبت اسناد و املاک محل عنوان کرده است تا با رعایت ضوابط و مقررات مورد عمل نسبت به موضوع رسیدگی کنند و با رأی قاضی عضو هیئت تصمیم بگیرند. رأی صادرشده توسط قاضی نیز ظرف بیست روز پس از ابلاغ در محاکم دادگستری قابل تجدیدنظر و رأی دادگاه تجدیدنظر، قطعی عنوان شده است.

مبتنی بر این ماده مشخص می‌شود که اراده مقنن به تعیین تکلیف اراضی فاقد سند رسمی اگرچه در محدوده‌های واقع در طرح‌های مصوب احیا، بهسازی و نوسازی، اما موکول به رأی قضایی دانسته شده که بیانگر اراده مقنن در تعیین تکلیف این دسته از اراضی است. قید عبارت «... با رعایت ضوابط و مقررات مورد عمل نسبت به موضوع رسیدگی...» در این ماده، رسیدگی به پرونده‌های مطرح‌شده را علی‌القاعده از چارچوب ماده ۱۰۱ قانون شهرداری خارج نمی‌کند. با این حال، سلب اعتبار از اسناد عادی اموال غیر منقول مانع هر گونه انتفاع مالکانه بعدی از جمله دریافت پروانه قلمداد می‌گردد که نظم عمومی در تنظیم و تنسيق مبحث مالکیت، چنین امری را لازم‌الرعايه می‌سازد. بی‌تردید، کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ قانون شهرداری نیز نمی‌توانند از طریق صدور آرای جرمیه برای عرصه‌های دارای سند عادی اموال غیر منقول به بقای بنا حکم دهند. با این وجود، در مقام عمل به استثنای اراضی یک‌پارچه دارای نسق زارخانه، اگر عرصه‌ای در شهرها فاقد سند رسمی باشد، صدور سند برای آن ممکن نیست و تعیین تکلیف نشدن این خلأ قانونی در عمل، تعرض به اعمال حق مسکن محسوب می‌شود که دولت می‌بایست از طریق مجاری قانونی آن را رفع کند.

نتیجه‌گیری

حق بر تأمین مسکن و نیز حق بر اشتغال از حقوق اساسی بشر است که در اسناد بین‌المللی و قوانین اساسی کشورها پیش‌بینی شده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصول سی و یکم و بیست و هشتم و بند چهارم از اصل چهل و سوم بر حق بر مسکن و حق بر اشتغال تأکید شده است. این حقوق در دسته‌بندی حق‌طلب‌ها قرار می‌گیرند که موجد تکالیف برای دولت‌هایند. در همین راستا، در بند سیزدهم اصل سوم قانون اساسی، برنامه‌ریزی برای کار و مسکن را از تکالیف جمهوری اسلامی شناسایی کرده است. حق‌های گفته‌شده با ساخت‌وساز به جهت تأمین مسکن، ایجاد فرصت برای اشتغال و به تبع آن شغل‌های ایجادشده در این حوزه ارتباطی تنگاتنگ دارند.

با گسترش شهرنشینی و شکل‌گیری قوانین و مقررات در حوزه‌های شهری، مالکیت بر عرصه و اعیان دیگر تنها از طریق اماره تصرف ممکن نیست و ثبت رسمی آن‌ها با هدف تنظیم و تنسيق امور و تأمین نظم عمومی در حوزه مالکیت موضوعیت پیدا کرد. برابر با ماده ۲۲ قانون ثبت، دولت تنها کسانی را به عنوان مالک شناسایی می‌کند که دارای سند ثبتی باشند و در مواد ۴۷ و ۴۸ این قانون نیز اسناد ثبت‌شده دارای نفوذ قانونی شناخته شده‌اند. بر خلاف مدلول این مواد، ساخت‌وساز غیر مجاز و حتی با صدور پروانه ساختمانی در اراضی فاقد سند رسمی در شهرها واقعیتی انکارناپذیر است که مخالف آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نیز ماده ۱۰۱ قانون شهرداری هستند و در عمل تعرض به نظم عمومی جریان دارد. پس برخورد با این دسته از تخلفات ساختمانی به دلیل تالی فاسد موجود یا آثار اجتماعی آن عمدتاً مسکوت یا محدود دنبال می‌شود. این امر در شهرهایی که بخش‌هایی از آن متشکل از نسق‌های زارخانه قدیمی است، بیش‌تر به چشم می‌خورد.

به این ترتیب، در جمع با مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت و نیز ماده ۱ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی حسب مورد، در گرو دریافت پروانه ساختمانی و اخذ این جواز نیز مستلزم وجود سند رسمی است که این دور تسلسل به دلیل خلأ قانونی موجود، اساساً صدور سند را برای عرصه‌های فاقد بنا در سطح شهرها امکان‌پذیر نمی‌سازد.

بر اساس تحلیل نظرهای مطرح در شورای نگهبان و مصلحت ملزمه اعلامی مقام رهبری مبنی بر اعتبارزدایی از اسناد عادی اموال غیر منقول و نیز توجه به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور باید دانست مشروعیت و مقبولیت معاملات مشروط به رعایت وجوه شرعی آن و نیز احراز این امر توسط دادگاه صالح پذیرفته شده است. با این وجود، اراضی فاقد سند رسمی که منتزع و تفکیکی از عرصه بزرگ‌ترند، به دلیل شقوق مطرح در موضوع ماده ۱۰۱ قانون شهرداری از جمله تبصره ۵ آن، واجد ایراد به صحت شرعی و قانونی معاملات گفته شده می‌گردد. به همین دلیل، برای معاملاتی که شرعی بودن آن به واسطه آرای مراجع صالح قضایی احراز شده است، تنها برای عرصه‌های زیر ۵۰۰ متر غیر منتزع از قطعه بزرگ‌تر (که در شمول احکام ماده ۱۰۱ قانون شهرداری قرار نمی‌گیرند)، امکان صدور پروانه ساختمانی وجود خواهد داشت و به این ترتیب، موانع صدور سند که در قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی موقوف به وجود بنا شده است، منحصرأ در خصوص این عرصه‌ها مرتفع خواهد شد.

استفاده از نظرهای شورای نگهبان در صورت وضع قانون کاربرد خواهد داشت و نیز اجرای ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور به طور مضیق و با رعایت حقوق شهرداری قابلیت تحقق دارد؛ چون تفسیر موسّع آن‌ها یا صدور پروانه ساختمانی با دریافت تعهد یا اقرار رسمی متصرف به قبول مسئولیت آثار بعدی، نافی مسئولیت شهرداری به ویژه در زمانی نیست که مالکیت شخص دیگری در عرصه محل صدور پروانه ساختمانی، نزد مراجع قانونی احراز شود. پس تا زمانی که مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت به قوت خود باقی است، دیوان عدالت اداری، مقررات تجویزکننده صدور پروانه ساختمانی در عرصه‌های فاقد سند رسمی را باطل می‌کند. از سوی دیگر، حل نشدن تعارض پیش آمده به ویژه در حوزه تقنینی موجب تحدید حقوق ملت در موضوع مسکن می‌شود و ساخت‌وسازهای خلاف قانون را که مخل نظم عمومی است، گسترش می‌دهد.

به دلیل ضرورت تعیین تکلیف عرصه‌های فاقد سند رسمی، لزوم فراهم آوردن شرایط اعمال حق بر مسکن به ویژه برای اقشار آسیب‌پذیر، جلوگیری از ساخت و سازهای غیر مجاز و صیانت از مالکیت ثبتی که در مجموع، تکلیف دولت در تحقق نظم و رفاه عمومی است، خروج از تسلسل موجود به واسطه عمل تقنینی ضرورت دارد. این کار از یک سو به ثبات و توسعه احراز مالکیت ثبتی عرصه‌های واقع در شهرها منجر می‌شود. از سوی دیگر، ضمن تضمین حقوق شهرداری، از طریق اصلاح ماده ۱۰۱ قانون شهرداری، امکان صدور سند رسمی برای این عرصه‌ها امکان‌پذیر خواهد شد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. دلال پورمحمدی، محمدرضا، برنامه‌ریزی مسکن، تهران: سمت، ۱۳۷۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۴)، چاپ هفتم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
۳. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، چاپ پنجاهم، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۸.
۴. عمید زنجانی، عباس علی، قواعد فقه - بخش حقوق خصوصی، چاپ چهارم، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۵. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ چهل و هشتم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۶. قریب، فریدون، بررسی تطبیقی نظام‌های شهرسازی (هلند، نروژ، فنلاند، سوئد و دانمارک)، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۷. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ چهارم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۹. کامیار، غلامرضا، شهر و حقوق شهروندی، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۱۰. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و یونس فتحی، حق بر مسکن مناسب، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۳.
۱۱. مزینی، منوچهر، بررسی ساختار مدیریت شهری در ایران، چاپ اول، تهران: دفتر مطالعات برنامه‌ریزی شهری وزارت کشور، ۱۳۷۷.
۱۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، چاپ سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. اسلامی، سید محمدهادی و همکاران، «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷، صص ۵۸-۳۷.

۲. بحری، ادریس، «نقد و بررسی قانون تعیین و تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، نهمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، اسفند ۱۳۹۹.
۳. برادران، مراد و همکاران، «دولت و سیاست‌گذاری مسکن در ایران بعد از انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه برنامه‌ریزی رفاه و توسعه اجتماعی، شماره ۳۸، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۱۸-۱۷۹.
۴. بهاری، حمید و سید حسن عاملی، «کارآمدی قاعده ید در اثبات مالکیت حضرت زهرا (س) بر فدک»، سال چهل و نهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، صص ۲۴۶-۲۳۱.
۵. سرحدی، زهرا و همکاران، «جایگاه اخلاق در مالکیت با محوریت قاعده تسلیط و حاکمیت عمومی»، پژوهش‌های اخلاقی، سال دهم، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۹، صص ۱۶۴-۱۴۹.
۶. شکری، محمد، «تنظیم سند مالکیت خودرو در حقوق ایران؛ نیروی انتظامی یا دفتر اسناد رسمی؟»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۴۰۱، صص ۲۹۴-۲۷۳.
۷. طاهری، آزاده‌سادات، «داستان یک حق؛ بررسی ریشه‌های تاریخی تضمین اشتغال به مثابه یک حق بشری»، فصل‌نامه حقوق بشر، سال دوازدهم، شماره ۲۳، بهار و تابستان ۱۳۹۶، صص ۷۲-۹۴.
۸. قاجار خسروی، محمد مهدی، «تحلیل بر عوامل و تبعات ساخت‌وسازهای غیر مجاز در استان تهران و راه‌حل‌های مقابله با آن»، فصل‌نامه مسکن و محیط روستا، شماره ۱۴، زمستان ۱۳۹۱، صص ۶۶-۵۱.
۹. قاسمی قاسموند، علی‌رضا، «بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، فصل‌نامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، دوره دوم، شماره ۸، زمستان ۱۳۹۸، صص ۹۹-۶۳.
۱۰. مصباحی، علی، «تحلیل مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت و آثار اجرایی آن»، ماه‌نامه کانون، شماره ۱۰۶، تیر ۱۳۸۹.
۱۱. معصومی، محمدحسین و دیگران، «عمومی اعلام کردن اراضی و اثر آن بر حقوق مالکیت و اسناد مالکیتی (با تأکید بر آرای دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۴۰۳، صص ۸۴-۶۳.

ج) پایان نامه

۱. بهشتی روی، مجید، «بررسی آثار کالبدی تخلفات ساختمانی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده هنرهای زیبا، دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.

د) قوانین و مقررات

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر.
۲. سیاست‌های کلی نظام در بخش مسکن، مصوب ۱۳۸۹ ابلاغی مقام رهبری.
۳. قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، مصوب ۱۳۹۶.
۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۵. قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌ها، مصوب ۱۳۹۰.
۶. قانون ثبت، مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات بعدی.
۷. قانون حمایت از احیا، بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری، مصوب ۱۳۸۹.
۸. قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات بعدی.
۹. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷.

ه) وبگاه

۱. پایگاه اطلاع‌رسانی دولت، «آغازی بر تعیین تکلیف معاملات غیر رسمی اموال غیر منقول»، ۱۴۰۲/۴/۶: www.dolat.ir/detail/414755.
۲. پژوهشکده شورای نگهبان: www.nazarat.shora-rc.ir.
۳. دیوان عدالت اداری: www.divan-edalat.ir.
۴. گرجی ازندریانی، علی اکبر، «برخوردار از حقوق اجتماعی مانند مسکن، تضمینی برای تداوم مردم‌سالاری است»، خبرگزاری دانشجویان ایران (ایسنا)، ۱۳۹۸/۳/۲۸: www.isna.ir/news/98032813591.



2. Latin Source

1. Adams, K. D., "Do we need a Right to Housing". Nev. LJ, 9, 275, 2008.
2. Bratt, R. G., Stone, M. E., & Hartman, C. W. (Eds.). "A right to housing: Foundation for a New Social Agenda", Temple University Press, 2006.
3. Byrne, T., & Culhane, D. P., "The Right to Housing: An Effective Means for Addressing Homelessness", U. Pa. JL & Soc. Change, 14, 379, 2011.
4. Rotunno, N., "State Constitutional Social Welfare Provisions and the Right to Housing". In Hofstra L. & Pol'y Symp, Vol. 1, 1996.
5. Wells, K., 'the Right to Housing', Political Studies, 67(2), 2019, pp. 406–421.

کارکردهای اصل «انصاف» در حقوق اداری ایران

مرتضی قاسم‌آبادی^۱

بیژن عباسی^۲

چکیده

انصاف به عنوان اصلی که ریشه‌ای رومی داشته و در بطن نظام حقوقی انگلستان نشو و نما یافته، دارای کارکردهای تعدیلی، تکمیلی و تصحیحی است. افزون بر این‌ها، در بسیاری از نظام‌های حقوقی نوشته از جمله ایران، کارکرد خلاقانه تقنینی نیز دارد که هر یک از آن‌ها تأثیرات عمیقی بر روابط موجود در بطن آن‌ها به ویژه رابطه اداره و شهروند نهاده‌اند.

بی‌شک، این کارکردها بر حقوق اداری ایران اثر گذاشته است تا جایی که می‌توان شواهدی چون قوانین و مقررات، آرای قضایی و سازوکارهای مبتنی بر انصاف از جمله پیش‌بینی مشارکت شهروندان در تصمیمات اداری و نهاد آمبودزمان را در آن برشمرد. با این اوصاف، در نوشتار حاضر، هدف آن است که ضمن تعریف اصل انصاف، کارکردهای عمده آن که در حقوق اداری ایران تأثیرگذار بوده‌اند، با ذکر شواهدی واکاوی شود.

بنابراین، سؤال این است که چه کارکردهایی را می‌توان در حقوق اداری ایران برای انصاف برشمرد؟ همانا کارکرد انصاف مغایر با حقوق یا انصاف تصحیحی را به دلیل نگرش اثبات‌گرایانه نظام حقوقی و تأکید مصرانه بر اصل حاکمیت قانون نمی‌توان در حقوق اداری ایران استنباط کرد.

واژگان کلیدی: اصل انصاف، انصاف رویه‌ای، استماع منصفانه، برابری، حقوق اداری، عدالت طبیعی.

۱. گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، mortezaghasemabadi@yahoo.com

۲. دانشیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)، bizhan_abbasy@yahoo.com

مقدمه

با ظهور دولت‌های رفاهی و تحولات ناشی از آن، رابطه اداره با شهروندان گسترش یافت. در چنین فضایی، افزایش کارکردهای دولت به تدریج موجب افزایش اختیارات اداره نیز گردید تا جایی که دیگر نمی‌توان نقش و دخالت اداره را در زندگی اشخاص انکار کرد.^۱ اتفاق یادشده معلول این واقعیت است که برخلاف حقوق خصوصی، قواعد و روش‌های حقوق عمومی هم‌چنان از اصل نابرابری اداره و مردم سرچشمه گرفته است و از طریق برخورداری از امتیازات مبتنی بر اقتدار تضمین می‌گردد.^۲ در نتیجه، روابط حقوقی در بطن حقوق عمومی دارای ماهیتی نابرابری طلب است و خواهد بود و کفه آن به سوی اداره سنگینی می‌کند. این نبود تعادل مشهود، بر بیان حقوقی این روابط به گونه‌ای اجتناب‌ناپذیر، اثری عمیق بر جای گذاشته است تا جایی که سخن گفتن از قوه یا قدرت اداری در برابر شخص بی‌راه نیست.^۳ در چنین فضایی، حقوق اداری زاده شده است تا حجم وسیع وظایف و اختیارات دولت تنظیم و کنترل گردد. با این اوصاف، اداره بر مبنای اصل حاکمیت قانون مکلف شده است همواره و بدون استثنا در تصمیمات و اعمال خود، قوانین و مقررات را رعایت کند و رعایت نشدن آن با مراجعه افراد به مراجع پیش‌بینی شده قابل پی‌گیری باشد.^۴

در این میان، پرسش این است که آیا صرفاً به کمک هنجارهای حقوقی خشک و نامنعطف اداری می‌توان رابطه نامتعادل اداره و شهروند را نظم بخشید و امکان کلی‌نگری، نقص و نارسایی در آن وجود ندارد؟ پس چگونه است که افراد جامعه حتی با پذیرش قانون به مثابه یک اهرم قابل اتکا در راستای عدالت قانونی، گاهی تصمیمات، اقدامات و عملکردهای اداره را با واژه‌های «منصفانه» و «غیر منصفانه» ارزیابی می‌کنند و خواستار عدالت واقعی از ورای روح قانون هستند. این واکنش اخلاقی و درونی، ناشی از اصلی به نام «انصاف» است که از نظر ارسطو، فراتر از عدالت است.

۱. Deshpande, Vikram S., "Indian Legal System (Administrative Law)", Indian Law Institute, Universal Law Publishing Co Pvt Ltd, 2 Rev Ed, 2006, p. 333.

۲. گرجی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران: جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۸۳.

۳. قاضی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۲۳.

۴. هداوند، مهدی، «مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری»، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸.

مفهوم انصاف از اندیشه‌های یونانی راجع به برتری روح بر لفظ و اهمیت اراده یا قصد نسبت به الفاظ و نیز اعتقاد به امر منصفانه یا وجدانی متأثر است و به عنوان معیاری در کنار قانون که آن را تعدیل یا تکمیل می‌کند، از زمان ارسطو شناخته شده^۱ و از جمله مفاهیمی است که در همه فرهنگ‌ها و دانش‌های مختلف به ویژه اخلاق و حقوق مطرح است.^۲ انصاف در کنار عدالت، دو مفهوم اخلاقی هستند که شباهت زیادی با هم دارند و گاه نیز به جای هم به کار می‌روند، ولی عدالت با حقوق ارتباط بیش‌تری دارد و پیوند انصاف با اخلاق نزدیک‌تر است. در هر رابطه، انصاف، حکم خاص دارد و همه خصوصیت‌ها را در نظر می‌گیرد. عدالت حکم می‌کند که مدیون باید به عهد خود وفا کند، ولی گاه انصاف اقتضا دارد که به او مهلت داده یا از میزان طلب وی کاسته شود. بنابراین، انصاف، احساسی مبهم است که از عدالت در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعدیل و متناسب کردن آن‌ها با موارد خاص است.^۳ به اعتقاد «رنه داوید»، دلیل ظهور آن در رویه قضایی کامن‌لان نیز ناتوانی در پاسخ‌گویی به نیازهای زمانی و به خصوص تحجر و جمود ناشی از محافظه‌کاری حقوق دانانی بود که نمی‌توانستند خود را با مقتضیات عصر هماهنگ سازند.^۴ بنابراین، با الهام از ایده عدالت طبیعی، اصلی به نام انصاف در مقابل نظام کامن‌لا به عنوان شاخه‌ای از حقوق انگلستان و مکمل و اصلاح‌کننده آن شکل گرفت.^۵ چون هنجارهای حقوقی مُلهم از انصاف، با طبیعت و ذات بشر سازگارترند، انصاف، ابزاری در جهت محقق ساختن عدالت واقعی تلقی می‌گردد.

امروزه، از یک طرف، هر لحظه بیم تجاوز، نقض و تضییع حقوق شهروندان جامعه بر اثر اقدامات و تصمیمات دولت می‌رود و از سوی دیگر، سخن از انصاف در حقوق اداری به ویژه رابطه حقوقی اداره و شهروند بسیار نادر است. بنابراین، شناخت دقیق اصل یادشده به واسطه ویژگی‌هایی که از ورای کارکردهای گوناگون آن انتظار می‌رود، می‌تواند در تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات اداری پیش از ورود به

۱. فضایی، مصطفی، *دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷، ص ۵۶.

۲. امینی، اعظم، «بازاندیشی رابطه انصاف و حقوق»، پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۵، ص ۳۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق* (جلد ۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹، ص ۵۸۳.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۱۱۲.

۵. هداوند، مهدی، *حقوق اداری تطبیقی* (جلد ۱)، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۲۳۶.

مرحله دادرسی اداری اثرگذار باشد و پس از ورود به مرحله یادشده نیز قضات را در پویاتر کردن آرایاری رساند. از این رو، ضرورت دارد که در تحقیق مستقلی، که تاکنون در حقوق اداری ایران به آن پرداخته نشده است،^۱ تأثیر کارکردهای انصاف بر این حوزه بررسی شود.

با این اوصاف، هدف کلی نوشتار حاضر، نسبت‌سنجی حقوق اداری ایران با اصل یادشده و تأثیر کارکردهای اصل انصاف بر آن است و واکاوی جزء به جزء قوانین و مقررات برای ردیابی این اصل، لازمه تحقیقات آینده بوده و از حوصله این نوشتار خارج است. در این نوشتار با روش توصیفی و تحلیلی و استفاده از اطلاعات و داده‌های کتاب‌خانه‌ای، نخست، تعریفی دقیق از انصاف و کارکردهای آن ارائه شده است. سپس کارکردهای آن در حقوق اداری ایران بررسی می‌شود. آن‌گاه به دنبال پاسخ‌گویی به این پرسش خواهیم آمد که چه کارکردهای مشهودی را برای اصل انصاف در حقوق اداری ایران می‌توان برشمرد؟

گفتار نخست. واکاوی اصل انصاف و کارکردهای آن

انصاف، مفهومی دارای معانی متعدد است و علت آن، گنگی، ابهام و هم‌نشینی آن با واژگان مشابهی مانند «عدالت» است. در این راستا به اعتقاد رالف نیومن:^۱ «یکی از مواردی که بیش از همه، توجه پژوهشگران حقوق تطبیقی را به خود جلب می‌کند، این است که انصاف تقریباً به طور کامل در بدنه کلی حقوق جذب شده و هیچ شاخه خاصی در حقوق به نام انصاف وجود ندارد. هیچ دوره‌ای در زمینه انصاف در دانشگاه‌ها وجود ندارد و مفهوم انصاف برای بیش‌تر حقوق‌دانان، یک مفهوم ناآشناست».^۲ در واقع، دشوار است این اصطلاح حقوقی به طور دقیق تعریف شود و تقریباً همه صاحب‌نظران معتقدند چون دارای معانی زیادی است، نمی‌توان آن را در یک یا حتی چند جمله به طور قطعی تعریف کرد.^۳ بنابراین، تعریف مفاهیم موجود و تبیین کارکردهای آن‌ها ضرورت دارد.

1. Ralph A. Newman

2. Newman, Ralph, "The Place and Function of Pure Equity in the Structure of Law", Hastings Law Journal, Volume 16, 1965, p. 40

3. Oleck, Howard L., "Historical Nature of Equity Jurisprudence", Fordham Law Review, Vol 20, 1951, p. 23

بند نخست. مفهوم لغوی و اصطلاحی اصل انصاف

معادل انگلیسی اصل انصاف، واژه «Equity» ذکر شده که دارای ریشه‌ای لاتین و رومی معادل «aequitat, aequitas» و برگرفته از کلمه «aequus» به معنای برابر و مساوی^۱ بوده^۲ و از آن جا به زبان انگلیسی وارد شده است. معادل این واژه در زبان فرانسه، واژه «Equite» در زبان یونانی «Epieikeia» است.^۳ در طول امپراتوری روم، «Aequitas» به عنوان تجسم یک شخصیت الهی، بخشی از تبلیغات مذهبی امپراتور با نام «Augusti Aequitas»^۴، به شمار می‌رفت که روی سکه‌ها نیز ظاهر شد.^۵ سکه یادشده، الهه‌ای را به تصویر می‌کشید که در یک دستش، «کورنوکیپا»^۶ و در دست دیگرش، یک ترازو قرار داشت که نماد «مقیاس صادقانه»^۷ برای رومیان به شمار می‌رفت تا عدالت.^۸

از نظر گرامری، واژه «Equity»، اسم است و چند معنی مختلف دارد. نخستین معنی آن، معادل واژگانی مانند «Evenhanded»، «Impartiality»، «Fairness» و «Justice» آمده است. دومین معنی انصاف به عنوان مجموعه اصول هر چیزی است که عادلانه و بر مبنای حقوق طبیعی^۹ باشد. در این راستا، مفهوم «حقوق تعرض ناپذیر»^{۱۰}، نشان دهنده تأثیر انصاف بر اعلامیه استقلال امریکا است. در معنای سوم، واژه «Equity» به مفهوم منبعی از اصول عدالت برای تصحیح یا تکمیل قانون است که مطابق شرایط خاصی به کار می‌رود. در واقع، یک قاضی زمانی بر مبنای انصاف در یک پرونده حکم صادر می‌کند که قانون به طور کامل و دقیق به موضوع نپرداخته باشد. در معنای چهارم نیز به مفهوم یک نظام حقوقی یا مجموعه قواعدی است که از دادگاه چانسلری انگلستان ریشه گرفته است.^{۱۱}

1. Equal

2. Merriam-Webster's Dictionary of Law, Massachusetts, 2011, p. 2516

۳. فضایی، پیشین، ص ۵۶.

4. Fears, J. Rufus, *The Cult of Virtues and Roman Imperial Ideology*, Indiana: Bloomington, 1981, pp. 897-898.

۵. Cornucopia به معنای شاخ فراوانی: یک شاخ بز که پر از میوه، گل و غلات بود و در رم باستان، نماد فراوانی به شمار می‌رفت.

6. Honest measure

7. Linderski, Jerzy, *Roman Questions II*, The University of North Carolina: Chapel Hill, 2007, p. 175.

8. Natural law

9. Inalienable rights

10. H.G. Black, *Black's Law Dictionary*, West publishing Co: 2009, p. 647.

در زبان فارسی هنگام معادل‌یابی و ترجمه کلمه انصاف، دو واژه «Fairness» و «Equity» با هم تلاقی مفهومی دارند، اما باید دانست که از نظر کاربرد و مفهوم، واژه «Equity»، بیش‌تر ناظر به عدالت و واژه «Fairness»، ناظر به رفتار منصفانه است. در فرهنگ Webster، هیچ ترجمه‌ای از واژه «Fairness» ارائه نشده، اما در ذیل واژه «Equity» چنین ذکر شده است: «معامله منصفانه تحت سیطره وسیع اصول اخلاقی». هم‌چنین «Equity» به عدالت بر اساس اصول انصاف در مقایسه با قواعد معین و مشخص مبتنی بر حقوق عرفی ترجمه شده است. به طور کلی، در نظام قانونی ایران، انصاف تعریف نشده^۱ و از زبان عربی به فارسی وارد و در آن، متداول گشته است. پس دارای ریشه‌ای عربی بوده، از واژه «نَصَفَ» گرفته شده و مصدر باب افعال است. معانی این واژه، عدالت، دادگری، برابری، رفتار عادلانه و برخورد منصفانه است. وقتی گفته می‌شود «أَنْصَفُ، يُنْصَفُ» به معنای عادل بودن، به عدالت رفتار کردن و منصفانه رفتار کردن با کسی است.^۲

از نظر اصطلاحی گاهی انصاف به مفهوم «عدالت طبیعی»^۳ معنا شده است.^۴ با این اوصاف، در گسترده‌ترین معنا، هر چند عدالت طبیعی ممکن است صرفاً به مفهوم احساس طبیعی درست و نادرست بودن چیزی معنا شود، ولی اکنون در مفهوم فنی آن، بیش‌تر با انصاف یکسان فرض می‌شود.^۵ «عدالت طبیعی یا فطری» به لحاظ مفهومی مشابه واژگانی چون «عدالت رویه‌ای»^۶، «انصاف رویه‌ای»^۷ و «رعایت تشریفات قانونی»^۸ است که همگی آن‌ها در اصل به یک معنا و تعبیر است و در این نکته اشتراک دارند که همگی در پی حمایت آیینی و شکلی از افرادند.^۹ این اصل از

۱. باقرزاده، حمید، *حقوق مناقصات* (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۹۹.

۲۴. آذرنوش، آذرتاش، *فرهنگ معاصر عربی-فارسی*، تهران: نی، ۱۳۸۴، ص ۶۹۴.

3. Natural Justice

۴. هداوند، پیشین، ص ۲۳۶.

5. Wade, H.W.R and Forsyth, C.F., *Administrative Law*, Oxford University press: 2004, p. 440.

6. Procedural justice

7. Procedural fairness

8. Due process of law

۹. فلاح‌زاده، علی محمد، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۲۵.

اصطلاح «Jus Natural» حقوق روم گرفته شده است و با کامن‌لا و اصول اخلاقی ارتباط نزدیکی دارد و بر انصاف و وجدان خوب دلالت می‌کند.^۱ عدالت طبیعی تقریباً همان نقشی را در حقوق بریتانیا ایفا می‌کند که اصل «رعایت تشریفات قانونی» در آمریکا دارد.^۲ در حقوق اداری، انصاف به معنای عدالت طبیعی چونان مبنایی برای دو رکن اصول شکلی اداره خوب یعنی بی‌طرفی مقام اداری و رعایت مهلت معقول است؛ چون جانب‌داری و رعایت نشدن بی‌طرفی مسلماً از مصادیق بی‌انصافی و برخلاف اصول عدالت است.^۳ از طرف دیگر، انصاف اقتضا می‌کند مقامات اداری، فرآیندهای اداری را در مهلت معقول و منطقی انجام دهند و از تأخیر بی‌جهت پرهیز کنند.^۴

گاهی انصاف به مفهوم «برابری»^۵ به کار می‌رود و اگر به منبع لاتین آن یعنی واژه «aequum» برگردد، منظور از آن، برابری فیزیکی^۶ یا تساوی^۷ است. در این مفهوم، برابری به تعادل^۸ یا موازنه^۹ اشاره دارد. همان طور که منشأ صحت^{۱۰} و راستی^{۱۱} است، منشأ انصاف نیز برابری است.^{۱۲} این درک از انصاف در مفهوم اخلاقی نیز استفاده می‌شود. در واقع، آن‌چه منصفانه است، نشان‌دهنده بی‌طرفی رفتاری است و برابر با رفتار منصفانه. فردی که به طور برابر عمل کرده، فرض می‌شود که منصفانه هم عمل کرده است. رفتاری که متعادل و بی‌طرف نباشد، خلاف انصاف تلقی می‌شود و غیر اخلاقی یا

1. Srivastava, Shreya, Das, Pratyusha, "Rules of natural justice with emphasis on Nemo Judex in Causa Sua: An insight into administrative law", Journal of Legal Studies and Criminal Justice, Vol 1(1), 2020, p. 24.

2. Wade, op.cit, p. 439.

۳. عطریان، فرامرز، اداره خوب، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۵۴.

۴. همان، ص ۷۰.

5. Equality

6. Physical equality

7. Evenness

8. Balance

9. Equilibrium

10. Rightness

11. Straightness

12. Hepburn, Samantha J., **Principles of equity and trusts law**, Australia: Cavendish Publishing, 2001, p. 5.

خلاف اخلاق نیز توصیف می‌شود.^۱ نتیجه آن‌که یکی از معانی انصاف از نظر اصطلاحی، حول محور برابری می‌گردد، خواه با تنصیف (برابری مقداری) همراه باشد (ماده ۱۰۹ قانون مدنی) و خواه نباشد (ماده ۳۷۷ قانون مدنی). مثلاً هنگام شک کردن در قدر سهم دو نفر از حق‌آبه یک نهر، اصل را بر تساوی حقوق قرار می‌دهند تا خلاف آن ثابت گردد.^۲ در حقوق اداری نیز مفهوم برابری اقتضا می‌کند که مقام اداری هنگام تصمیم‌گیری، تمام طرف‌های ذی‌نفع را یکسان انگارد و کسی را بی‌جهت بر دیگری ترجیح ندهد یا فردی را بدون مبنای قانونی از حقوق شهروندی محروم نسازد.^۳

گاهی نیز انصاف به مفهوم «وجدان»^۴ و تصمیم‌گیری بر مبنای دخالت وجدان به کار می‌رود، مانند انصاف در مورد تعیین نرخ عادلانه و تعدیل اجاره‌بها.^۵ بر این اساس، انصاف عبارت است از آن‌چه وجدان یا محکمه درونی هر شخص آن را مطابق با عدالت می‌داند.^۶ بدون شک، این تلقی از انصاف، با تاریخ حقوق انگلستان مرتبط است؛ زیرا از قدیم، دادگاه‌های انصاف ذیل عنوان «دادگاه وجدان»^۷ در ساختار حقوقی آن شکل گرفتند و آن‌ها را دادگاه‌های وجدان می‌دانستند. مهم‌تر این‌که لرد چانسلر، حافظ وجدان پادشاه بود. جایگاه لرد چانسلر، «لرد نگهبان»^۸ نیز نامیده می‌شد. به عبارت دیگر، قواعد انصاف از نظر تاریخی به عنوان اعمال قدرت شخصی پادشاه به منظور اجرای عدالت و اطمینان از این تلقی می‌شد که وجدان صحیح در آن راه اجرا می‌گردد.^۹ در نهایت، انصاف، مجموعه راه‌حل‌هایی است که اصولاً در قرن ۱۵ و ۱۶ به وسیله دادگاه مهرداری سلطنتی برای تکمیل و احیاناً اصلاح نظام کامن‌لا ارائه شد که در آن زمان ناقص بود. از این منظر، انصاف معمولاً در نقطه مقابل

1. Parker, J.L. (ed), Salmond's Jurisprudence, London: 1937, pp. 672-673.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۶۸۸.

۳. عطریان، پیشین، ص ۵۵.

4. Conscience

۵. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۶۸۸

6. Razi, G. M., "Reflections on Equity in the Civil Law Systems", American University Law Review, vol. 13, no. 1, 1963, p. 25.

7. Court of Conscience or Court of equity

8. Lord Keeper

9. Hudson, Alastair, Equity and Trusts, London: Routledge, 2015, p. 9.

کامن لا مطرح می‌شود. این دو ممکن است متفاوت باشند، اما هر دو آن‌ها حقوق هستند. از قرن ۱۸ به این طرف، انصاف، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی مستقل شد که از آیین دادرسی و شرایط اجرای کامن لا دست کمی ندارد.^۱

بند دوم. کارکردهای اصل انصاف در حقوق

به طور کلی، کارکردهای انصاف بر مبنای انواع آن عبارتند از:

الف) «انصاف معتدل‌کننده یا انصاف در چارچوب حقوق»^۲ که به منظور تطبیق قانون با واقعیات موارد شخصی می‌توان از آن بهره برد؛

ب) «انصاف تکمیل‌کننده یا انصاف فراحقوقی»^۳ که می‌توان از آن برای پر کردن خلأهای قانون استفاده کرد؛

ج) «انصاف تصحیحی یا انصاف مغایر با حقوق»^۴ که می‌توان از آن به عنوان دلیلی برای امتناع از اعمال قانون ناعادلانه استفاده کرد.^۵

کارکرد «انصاف معتدل‌کننده» این است که وقتی قانون به روشی کلی اعمال می‌شود، از رفتارهایی که در زمان اجرای قانون موجب سخت‌گیری و رفتار ناعادلانه با شخص می‌شود، جلوگیری کند.^۶ انصاف در این مفهوم، وسیله‌ای است برای پایین آوردن میزان سختی اصول و قواعد کلی انتزاعی در موارد غیر عادی؛ یعنی همان مواردی که به سبب استثنایی بودنشان، قانون‌گذار به آن‌ها توجهی نشان نداده؛^۷ زیرا همان گونه که «سنت ژرمن»^۸ گفته است: «در پاره‌ای از موارد باید از

۱. هداوند، پیشین، ص ۲۳۶.

2. Infra Legem

3. Praeter legem

4. Contra legem

5. Akehurst, M., "Equity and General Principles of Law", ICLQ, Vol. 25, 1976, p. 801.

6. Falcón y Tella, María José, *Equity and Law*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers and VSP, 2008, p. 7.

۷. فلسفی، هدایت‌الله، *صلح جاویدان و حکومت قانون*، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰، ص ۲۷۷.

8. St Germain

الفاظ قانون رها شد و از آن چه عقل و عدالت اقتضا می‌کند، پیروی کرد و به این منظور، انصاف مقرر شده است یعنی تعدیل و کاهش سختی قانون». در واقع، در سیر تکاملی اصول منصفانه و در اعمال قواعد موجود، انصاف برای اصلاح همه عیوب ناشی از اجرای تعمیم یافته قانون عمل می‌کند. عدالت هرگز بدون توانایی حرکت از کلی به جزئی به درستی محقق نمی‌شود. انصاف این ظرفیت را به قانون می‌بخشد.^۱

کارکرد «انصاف تکمیل‌کننده» وقتی ظاهر می‌شود که به مثابه یک اصل کلی حقوقی، برای پر کردن خلأهای موجود در قانون استفاده می‌شود یا به طور دقیق‌تر، نه با هدف ایجاد شکاف اجتماعی در قانون، بلکه به منظور رفع نارسایی‌های آن.^۲ کارکرد «انصاف مغایر حقوق» زمانی است که با انحراف از قانون برای رفع نارسایی‌های اجتماعی آن استفاده می‌شود. طبق این تعریف، کارکرد «انصاف مغایر حقوق» یا «تصحیحی» نمی‌تواند صرفاً اعمال قانون باشد و این کارکرد از قاضی یا داور می‌خواهد تا بررسی کند آیا قانونی که قصد اجرای آن را دارد، در یک شرایط و اوضاع و احوال خاص، عادلانه است؟ با این حال، باید توجه داشت که کارکرد «انصاف مغایر حقوق» ممکن است چیزی بیش از اعمال یک قاعده حقوقی پیچیده نباشد. در واقع، این که قواعد یا مفروضات حقوقی بر اساس دلایل منصفانه قابل انکار باشند، مسئله‌ای غیر عادی نیست.^۳ افزون بر این، در برخی نظام‌های حقوقی، انصاف می‌تواند کارکرد حقوقی خلافت‌های نیز داشته باشد و آن هم تبدیل شدن خود انصاف به یک منبع هنجاری معتبر در قالب قانون و مقررات دولتی است.^۴ در واقع، یکی از آثار انصاف، نفوذ آن در متون قانونی و مقررات دولتی است و از منشأ وضع بر مبنای انصاف تدوین یافته یا با اتکا به انصاف در قالب یک تفسیر منصفانه، واجد یک راه حل مبتنی بر انصاف شده‌اند.^۵ بر این اساس، بی‌راه نیست که بتوان از کارکرد تقنینی انصاف به ویژه در حقوق داخلی و به طور خاص در حقوق اداری سخن گفت.

1. Hepburn, Ibid, p. 7.

2. Lowe, Vaughan, The Role of Equity in International Law, Australian Year Book of International Law: 1989, p. 56.

3. Ibid, p. 63.

4. Falcón, op.cit, p. 95.

۵. دهقان، رمضان، تأثیر انصاف در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۸.

گفتار دوم. کارکردهای اصل انصاف در حقوق اداری ایران

پرسشی که در ابتدای این گفتار شاید به ذهن برسد، این است که آیا انصاف به مثابه مجموعه قواعدی که از انگلستان ریشه گرفته است، می‌تواند در دیگر نظام‌های حقوقی به ویژه یکی از شعب مهم حقوق عمومی یعنی حقوق اداری مؤثر باشد؟ برخی معتقدند استناد به انصاف در حقوق بین‌الملل محل توجه بوده، ولی در حقوق داخلی، جز در موارد استثنایی، در نظام‌های حقوق نوشته به صراحت پذیرفته نشده است. با این حال، رعایت انصاف در رسیدگی ممکن است به منزله نوعی رعایت نکردن اصل قانونی بودن تلقی گردد و متضمن آن است که قاضی بتواند به نام انصاف، به نوعی اعمال قانون را نفی کند؛ امری که اعمال مستقیم و صریح آن در نظام‌های تابع حقوق نوشته تا حد زیادی، دشوار به نظر می‌رسد.^۱ در پاسخ می‌توان گفت که از یک طرف نمی‌توان انصاف را خاص کامن‌لا دانست و دیگر نظام‌های حقوقی را از آن تهی دانست؛ زیرا همان طور که «کن بین‌مور»^۲ گفته است: «آن چه در جوامع مختلف، منصفانه محسوب می‌شود، می‌تواند به تعداد زبان‌هایی که تکلم می‌شود، متنوع تلقی شود. بنابراین، ممکن است نسبت به این که چه چیزی منصفانه است، در جوامع مختلف یا مکان‌ها و زمان‌های متفاوت، دیدگاه‌های مختلفی وجود داشته باشد؛ زیرا انصاف به عامل فرهنگ و ژن انسان‌ها بستگی دارد».^۳

توسل به اصول کلی عدالت به منظور کمک به اجرای «منصفانه» حقوق، ویژگی مشترکی در نظام‌های حقوقی بزرگ جهان است.^۴ نظام حقوقی ایران هم به عنوان یک نظام حقوقی نوشته، با اصل انصاف بیگانه نیست. از یک طرف، شیوه شکل‌گیری تاریخی حقوق اسلامی به شیوه قضیه‌ای در کامن‌لا نزدیک‌تر است و مفتیان و قاضیان حقوق کشورهای شرقی از جمله ایران در آن، نقشی

۱. یاور، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳، ص ۲۱۵.

۲. Ken Binmore

۳. بین‌مور، کن، عدالت طبیعی، ترجمه: گروه فلسفه و دین کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی دانشگاه بهشتی، تهران: مجد، ۱۳۸۹، ص ۳۸.

۴. Lowe, op.cit, p. 55.

مهم داشته‌اند. به ویژه با اسناد تاریخی هم چون «ماتیکان هزارستان»^۱ که تازه یافت شده، معلوم گردیده است که حقوق ایران قدیم نیز بیش تر به دست قاضیان ساخته شده بود تا قانون‌گذاران. حقوق اسلامی هم در جریان حل مسائل واقعی حقوقی مردم درست شد، نه با تدوین قوانین کلی به شیوه فرانسوی. مسیر این شیوه جزئی به کلی را هنوز می‌توان در بخش ضمان و دیات از قانون مجازات اسلامی نیز آشکارا دید؛ قانونی که بیش تر مواد آن برگرفته از روایات حقوق شیعه است.^۲

از سوی دیگر، هرچند انصاف در انگلستان بیش از دیگر نظام‌های حقوقی موضوع بحث است، اما نمی‌توان منکر این واقعیت شد که این اصل در نظام‌های حقوقی دیگر هم مانند ایران، مفهومی شناخته شده است با این تفاوت که برخلاف انگلستان، نوعاً نگاه به انصاف در ایران، نگاهی موضوعه است و از نگاه انگلیسی، دولت به مثابه منبع و موجد حقوق و عدالت به شمار آمده است. بنابراین، با توجه به رویکرد اثبات‌گرایی حقوقی به دستگاه قضایی ایران، جهت استناد به انصاف در ایران باید به قوانین و مقررات استناد کرد.^۳ پس باید نتیجه گرفت که در تمامی نظام‌های حقوقی، انصاف، ابزاری به منظور دستیابی به عدالت واقعی است و نظام رومی-ژرمنی نیز از این امر مستثنا نیست و در کشورهای دارای این نظام برخلاف انگلستان، بین انصاف و حقوق، جدایی وجود ندارد و انصاف به اشکال مختلفی مانند پیروی از اصول کلی منصفانه در قواعد حقوقی تجسم یافته است و ریشه اصلی این امر را باید انعطاف و نرمش موجود در طرز تفکر نظام حقوقی یادشده جست.^۴

بند نخست. کارکرد تقنینی اصل انصاف چونان ابزار عدالت

عدالت و انصاف، قدیمی‌ترین اصطلاحات حقوقی در تاریخ تمدن انسان هستند و زمانی که انسان‌ها به دنبال بهترین شیوه زیستن بودند، مفاهیم یادشده نیز پدید آمدند؛ زیرا تا عدالت و انصاف نباشد، بهتر زیستن در سطح زندگی فردی و جمعی ممکن نخواهد بود. بنابراین، حقوق‌دانان، انصاف را به عنوان یک مفهوم حقوقی دامن‌دار در طول تاریخ پذیرفته‌اند که در قوانین تمدن‌های باستانی

۱. مجموعه آرای دادرسان زردشتی در ایران دوره ساسانی.

۲. جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶، ص ۱۱۲.

۳. مولایی، آیت، قراردادهای اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۳۵۸.

۴. باقرزاده، پیشین، ص ۳۳.

وجود داشته است و در نظام‌های حقوقی امروزی نیز وجود دارد.^۱ می‌توان ادعا کرد که کارکرد تقنینی انصاف به دو صورت قابل تحقق است؛ یکی از راه تأثیر و نفوذ دادن انصاف در قانون و مقررات‌گذاری و دیگری، تفسیر منصفانه قانون.

۱. قوانین و مقررات دولتی مبتنی بر اصل انصاف

انصاف اصولاً یک عنصر اخلاقی را به قوانین موضوعه وارد می‌کند و مخاطبان آن را به معیاری حساس‌تر یا دقیق‌تر از عدالت بیش از آن چه قواعد حقوق اثباتی از آن‌ها می‌خواهد، ارجاع می‌دهد. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، اصولی که انگیزه مداخله انصاف را فراهم می‌کنند، به صورت مختلف به عنوان «*aequum et bonum*»^۲ و وجدان یا اصول متعالی حقوق طبیعی بیان شده‌اند. تأثیر انصاف این است که اجرای قانون موضوعه را به گونه‌ای واجد شرایط می‌کند تا استاندارد عدالت کامل‌تری نسبت به آن چه خود قانون آن را کسب می‌کند، تضمین کند. البته باید گفت که تشخیص ارتباط انصاف به این معنا نیست که قانون موضوعه ناعادلانه است یا هیچ گونه محتوای اخلاقی درونی ندارد، بلکه قانون موضوعه و انصاف، هر دو به دنبال دستیابی به عدالت کامل با ابزارهای مختلفند.^۳

قدرت قانون‌گذاری، عامل مؤثری در تقویت یا تضعیف انصاف تلقی می‌گردد و اساساً ساده‌ترین شیوه تأثیر و نفوذ انصاف، از قانون‌گذاری آغاز می‌شود. به همین دلیل، می‌توان از کارکرد تقنینی انصاف و تأثیرات آن بر قانون‌گذار در راستای تدوین قوانین منصفانه سخن گفت. با این توضیح که به طور کلی لازم نیست در همه قوانین، لفظ انصاف به کار رود تا آن را بتوان منصفانه تلقی کرد. برای مثال، حتی اصرار نمایندگان مجلس به مصوبه‌ای که شورای نگهبان آن را خلاف قانون اساسی یا شرع اعلام می‌کند و در نتیجه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع می‌گردد، به نوعی ممکن است تأمین انصاف تلقی گردد.^۴ بنابراین، انصاف به عنوان یک منبع مادی و نیروی سازنده حقوق مطرح است که در پدید آمدن قواعد حقوقی نقش مهمی ایفا می‌کند و در نتیجه، قانون‌گذار، معیار

1. Hendel, Joseph, "Equity in the American Courts and in the World Court: Does the End Justify the Means?", Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 6 No. 3, 1996, p. 637.

۲. منصفانه.

3. McGhee, John, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 4.

۴. دهقان، پیشین، ۱۲۷.

انصاف را مبنای وضع بسیاری از قوانین قرار می‌دهد. حتی مقام اداری نیز آن را در وضع مقررات دولتی به کار می‌بندد. پس تصور هنجارهای حقوقی بدون در نظر گرفتن انصاف ممکن نیست و بدون هنجارهای حقوقی هم انصاف توسعه نخواهد یافت.^۱

با عنایت به آن چه گفته شد، با شروع قانون‌گذاری در ایران دوران مشروطه، تحت تأثیر و نفوذ افکار اندیشمندان غربی در اندیشه‌های متفکران ایرانی، تأثیر انصاف به نوعی مشهود بوده است. در این راستا، مطابق اصل ۷۷ متمم قانون اساسی مشروطه که مقرر داشته بود: «در ماده تقصیرات سیاسیه و مطبوعاتی چنان چه محرمانه بودن محاکمه صلاح باشد، باید به اتفاق آرای جمیع اعضای محکمه باشد»، اعضای هیئت منصفه پیش‌بینی شده در اصل یادشده وظیفه داشتند که در محاکمات سیاسی و مطبوعاتی صرفاً مانند قضات مجری سفت و سخت قانون نباشند و بنا بر انصاف اظهار نظر کنند. با تصویب قانون تأسیس خانه‌های انصاف در سال ۱۳۴۴، انصاف به عنوان یکی از منابع حقوق و صدور حکم توسط قانون‌گذار رسماً شکل گرفت. برابر ماده ۲۳ قانون خانه‌های انصاف، خانه انصاف در موقع صدور رأی باید به دلایل و دعوی و مدافعات طرفین و نتیجه تحقیقات توجه کند و با رعایت مقتضیات عدالت و انصاف و عرف و عادت محل، کدخدامنشانه در حل و فصل دعوا و صدور رأی اقدام کند. این سخن مؤید صحت این استنباط است که از نظر حقوق ایران، انصاف، مفهومی غیر از عدالت دارد؛ چون اگر جز این بود، قید یکی از دو عبارت عدالت یا انصاف در ماده یادشده، تکراری زاید بود. این در حالی است که با توجه به عنوان قانون یادشده مسلم است که در قید کلمه «انصاف» بعد از «عدالت»، تعدی نهفته است.^۲

پس از پیروزی انقلاب نیز بسیاری از قوانینی که تحت تأثیر انصاف تدوین یافته بودند، هم‌چنان به حیات خود ادامه دادند. از جمله ماده ۵۷۱ قانون تجارت درباره اعاده اعتبار تاجر ورشکسته، ماده ۱۷۹ قانون دریایی ۱۳۴۳ و اصلاحیه ۱۳۹۱ نسبت به ابطال یا تغییر قرارداد غیر منصفانه و قوانین دیگری نیز تحت تأثیر اصل یادشده به تصویب رسیدند. از جمله اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مورد رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی با حضور هیئت منصفه در دادگاه‌های دادگستری، ماده ۴۰

1. Falcón, op.cit, p. 151.

۲. گیتی، خسرو، «خانه انصاف و شورای داور»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، ۱۳۴۹.

قانون کار ۱۳۶۹ در خصوص پرداخت‌های منصفانه و معقول حق‌السعی کارگران و ماده ۴۶ قانون حمایت از مصرف‌کننده ۱۳۸۸ نسبت به بلاثر بودن شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده نیز از دیگر مواد مربوط به این موضوع است. مهم‌تر آن‌که در حقوق اداری ایران، انصاف نیز بر روابط مردم با اداره تأثیر داشته است. در این راستا به عنوان نمونه، اصل ۱۴۱ قانون اساسی، جایی که رسیدگی به اتهام برخی مقامات اداری مانند وزیران و معاونان ایشان مانند مردم و شهروندان در دادگاه‌های دادگستری صورت می‌گیرد، از تأثیر انصاف حکایت دارد؛ زیرا یکی از معانی حکومت قانون، انصاف است که بر مبنای آن، حکومت و شهروندان باید از نظر قانون علی‌السویه باشند و حکومت نباید از امتیازات و برتری‌های غیر ضروری یا مستثنا شدن و معافیت از قانون عادی برخوردار باشد.^۱ هم‌چنین به موجب ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، کارمندان مکلف به انجام وظایف با رعایت انصاف شده‌اند. در این راستا می‌توان برای انصاف، ویژگی‌هایی چون بی‌طرفی و نفی جانب‌داری، نفی غرض‌ورزی، گوش دادن به حرف طرف مقابل،^۲ انجام وظیفه بدون در نظر گرفتن گرایش‌های شخصی و گروهی و انجام وظیفه با رعایت صداقت را برشمرد. این قانون با تصریح اصول یادشده در قالب مفهوم انصاف، به طور وسیعی از این اصل استفاده کرده است. بنابراین، مقامات اداری و کارکنان دستگاه‌ها موظفند با رعایت انصاف و موازین آن به انجام وظایف و تکالیف خود بپردازند.^۳

نمونه دیگری که حاکی از کارکرد تقنینی انصاف در حقوق اداری ایران است، فرآیند صدور «دستور موقت» در دیوان عدالت اداری است. پیچیدگی‌های نظام دادرسی گاهی سبب ایجاد مشکلاتی برای افراد می‌شود؛ زیرا گاهی مسئله مبتلا به خواهان به قدری حاد و حیاتی است که باید فوری نسبت به آن تعیین تکلیف شود. به همین دلیل، قانون‌گذار، مقررات مربوط به دادرسی فوری را وضع کرده است تا با اعمال آن از تضییع حقوق خواهان جلوگیری و عدالت محقق گردد. دادرسی فوری، نوعی رسیدگی بدون ورود به ماهیت دعوا و حذف تشریفات دادرسی است و نوعی رسیدگی اجمالی به مراعات با

۱. هداوند، پیشین، ص ۱۷۱.

۲. استماع منصفانه.

۳. هداوند، مهدی و داوود کاظمی، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری»، فصل‌نامه راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۲، صص ۸۷، ۸۸.

تشریفات سبک است که نتیجه آن، صدور رأی در ماهیت نیست، بلکه قراری است که از آن به «دستور موقت» تعبیر می‌شود و جنبه موقتی دارد و دادگاه ضمن رسیدگی بعدی خود در ماهیت دعوا می‌تواند برخلاف مفاد دستور موقت رأی دهد.^۱ دستور موقت مبتنی بر انصاف است و در واقع، مشابه «قرار انسداد»^۲ در انگلستان، نوعی ابزار منصفانه برای جبران خسارات احتمالی است که خواهان به احتمال قوی پس از خاتمه دادرسی نسبت به مطالبه آن، محق شناخته خواهد شد.^۳ به هر ترتیب، مطابق ماده ۳۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است: «در صورتی که شاکی ضمن طرح شکایت خود یا پس از آن مدعی شود که اجرای اقدامات یا تصمیمات یا آرای قطعی یا خودداری از انجام وظیفه توسط اشخاص و مراجع مذکور در ماده (۱۰) این قانون سبب ورود خسارتی می‌گردد که جبران آن غیر ممکن یا متعسر است، می‌تواند تقاضای صدور دستور موقت نماید....».

هم‌چنین از جمله مقررات دولتی متأثر از انصاف می‌توان ماده ۱۹ منشور حقوق شهروندی در مورد برخورداری شهروندان از حق اداره شایسته بر پایه انصاف و نیز مصوبه شورای عالی اداری در زمینه «حقوق شهروندی در نظام اداری» را ذکر کرد که در بند ۱ ماده ۱ آن، یکی از اصول و مبانی حقوق شهروندی در نظام اداری را اداره شایسته امور بر پایه عدالت و انصاف توسط همه مسئولان و کارکنان دستگاه‌های اجرایی دانسته است. نمونه دیگر آن، دستورالعمل حفظ کرامت و ارزش‌های انسانی در قوه قضاییه مصوب ۱۳۹۸ است که مطابق بند «ب» ماده ۲۴ اصلاحی ۱۴۰۰/۳/۱۰، «رعایت... عدالت و انصاف در ارائه خدمت به ارباب رجوع» به عنوان یکی از تکالیف معاونت منابع انسانی و امور فرهنگی قوه قضاییه در راستای ارتقا، انتصاب و تمدید قراردادهای استخدامی و تشویق کارکنان پیش‌بینی کرده است.

۲. تفسیر قانون مبتنی بر اصل انصاف

هیچ قانون‌گذاری، توانایی پیش‌بینی همه شرایط و قیود مرتبط با احکام و موضوعات حقوقی را ندارد و از وضع قانونی و فراگیر عاجز است و حتی در صورت تدوین قانون، خصیصه کلی بودن قانون از یک سو و خطاپذیری انسان از جهتی دیگر، سبب بروز ابهام، اجمال و تعارض در قوانین می‌شود. این جاست که قانون اساسی ایران به استناد اصل ۷۳، این صلاحیت را برای قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است تا

۱. موسوی، سید مهدی، دادرسی فوری در نظام حقوقی ایران و انگلستان، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۳۲.

2. Freezing order

۳. همان، ص ۴۴.

بتواند قانون عادی را تفسیر کند. برخی نویسندگان این طرز تفسیر را بر دیگر انواع آن ترجیح می‌دهند و این گونه استدلال می‌کنند که قانون‌گذار بیش از هر مقام دیگری به مقصودی که از وضع قانون داشته، آگاه است و تنها اوست که می‌تواند معنی درست قانون را درک کند. به اضافه، تفسیر قانونی با اصل استقلال قوای سه‌گانه موافق‌تر است؛ چون بر فرض این‌که مجلس در مقام خود، از حدود صلاحیت خویش تجاوز کند؛ باز هم مصوبات آن در حدود قانون جدید محترم است و مانند قانون برای همه مقامات و اشخاص الزام‌آور است.^۱ بنابراین، احاطه قانون‌گذار به مفاهیم و مفاد قانون از یک طرف و توجه به همه ابعاد و شرایط موضوع خاص در موقعیت‌های ویژه می‌تواند بهترین فرصت را در قالب تفسیر قانون برای رعایت انصاف فراهم آورد. به نظر می‌رسد در حقوق اداری ایران، این راهکار نیز می‌تواند زمینه تفاسیر منصفانه قوانین مرتبط را محقق سازد؛ زیرا انصاف این توانایی را دارد تا با تعیین تفسیری که بهترین حفاظت را از هدف حقوق انجام می‌دهد، اعمال گردد.^۲

برای نمونه، مطابق بند «ج» ماده ۱۱۲ قانون برنامه ششم توسعه «به منظور جبران عقب‌ماندگی‌های استان‌های مناطق عملیاتی دفاع مقدس، سازمان (برنامه و بودجه) و سازمان اداری و استخدامی کشور مکلفند نسبت به صدور احکام پرداخت مزایای شاغلان مناطق عملیاتی دفاع مقدس برابر جداول و ضوابط ابلاغی سال ۱۳۷۶ سازمان امور اداری و استخدامی کشور از سال دوم اجرای قانون برنامه اقدام نمایند». در این راستا، بر اساس قانون تفسیر بند «ج» ماده ۱۱۲ قانون برنامه ششم توسعه از مجلس درخواست شد که در خصوص این پرسش که «آیا منظور از شاغلان مناطق عملیاتی دفاع مقدس موضوع بند «ج» ماده ۱۱۲، کلیه مستخدمانی هستند که از زمان شروع دفاع مقدس در آن مناطق اشتغال داشته یا دارند؟»، نظر تفسیری خود را اعلام کند که پاسخ مجلس به آن مثبت بود؛ یعنی شاغلان مناطق عملیاتی را که به صورت عام، مطلق و کلی ذکر شده بود، با تفسیری منصفانه شامل مستخدمانی نیز دانست که از زمان شروع دفاع مقدس در مناطق یادشده اشتغال داشته‌اند و از این منظر ابهام قانون در عبارت «مناطق عملیاتی» را برطرف کرد. تفسیر مجلس در این خصوص، تفسیری منصفانه از قانون در حقوق اداری و در زمینه حقوق استخدامی تلقی می‌گردد.

۱. بابایی مهر، علی، «تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، فصل‌نامه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۴، ۱۳۸۸، ص ۱۷۶.

2. White, Margaret, *Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilized Nations*, Queensland University of Technology, 2004, p. 110.

در نمونه‌ای دیگر، بند ۴ ماده ۶۸ قانون م.خ.ک مقرر داشته است: «کمک هزینه عایله‌مندی و اولاد به کارمندان مرد شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر می‌باشند، معادل ۸۰۰ امتیاز و برای هر فرزند، معادل ۲۰۰ امتیاز و حداکثر سه فرزند... کارمندان زن شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول این قانون که دارای همسر نبوده و یا همسر آنان، معلول و یا ازکارافتاده کلی می‌باشد و یا خود به تنهایی متکفل مخارج فرزندان هستند، از مزایای کمک هزینه عایله‌مندی موضوع این بند بهره‌مند می‌شوند...». ذکر نشدن کمک هزینه اولاد برای کارمندان زن شاغل و بازنشسته، ابهام و خلأیی در بند یادشده ایجاد می‌کرد که اصولاً خلاف انصاف نیز تلقی می‌شد. با تفسیر مجلس از این بند در پاسخ به این پرسش که «آیا کارمندان زن شاغل و بازنشسته و وظیفه‌بگیر مشمول قانون م.خ.ک که دارای همسر نبوده و یا همسر آنان، معلول و یا ازکارافتاده کلی می‌باشد و یا خود به تنهایی متکفل مخارج فرزندان هستند، از مزایای کمک هزینه عایله‌مندی و اولاد موضوع بند ۴ ماده ۶۸ قانون مذکور نیز برخوردار می‌شوند یا خیر؟» اعلام می‌دارد: «بلی، از مزایای کمک هزینه عایله‌مندی و اولاد نیز برخوردار می‌شوند». به نظر می‌رسد این تفسیر با توجه به انصاف در قالب برابری کارمندان مرد و زن به منظور برخورداری از کمک هزینه‌های یکسان عایله‌مندی و اولاد صادر شده است.

بند دوم. کارکرد تکمیلی اصل انصاف چونان اصول کلی حقوقی

عبارت رایجی که معمولاً برای توصیف نحوه کارکرد انصاف به کار می‌رود، این است که انصاف «سختی قانون را کاهش می‌دهد»؛^۱ به این معنی که مفاد قانون آن قدر سخت‌گیرانه اعمال نشود که در موارد فردی موجب بی‌عدالتی شود؛ زیرا مطابق آن چه مارسل پورتالیس^۲ گفته است: «قانون فقط ناشی از قدرت نیست، بلکه ناشی از دانایی، عدالت و خرد است. عمل قانون‌گذار بیش‌تر یک کار مقدس است تا اعمال حاکمیت. هرگز نباید فراموش کرد که قانون برای انسان‌ها ساخته شده، نه انسان‌ها برای قانون و باید با ویژگی‌ها، عادات و وضعیت مردمی که برای آن‌ها وضع شده است، سازگار باشد».^۳

1. Hudson, op.cit, p. 4.

۲. وکیل و سیاستمدار فرانسوی، عضو آکادمی تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه.

۳. متیو، برتران، قانون، ترجمه: مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۹۰.

همان طور که می‌دانیم، در حقوق اداری از یک طرف، اصل قانونی بودن یا لزوم تبعیت اداره از قانون، فلسفه وجودی آن را تشکیل می‌دهد^۱ و از سوی دیگر، قانون نیز باید درصدد ایجاد ابزارهایی باشد که به واسطه آن‌ها بتواند عدالت را در سازوکار اداری با رعایت حاکمیت قانون فراهم آورد.^۲ پس وجود قوانین منصفانه همواره ضامن تعاملات منصفانه اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان در تصمیم‌گیری‌های اداری خواهد بود.^۳ همان گونه که ارسطو معتقد بود، انصاف مطابق عدالت است، اما نه مطابق عدالت مبتنی بر قانون، بلکه تصحیح عدالت قانونی است. به قول لا فریر: «هنگامی که متن قانونی نارسا باشد، همواره در حقوق عمومی و اداری، اصولی وجود دارند که راه‌گشا باشند».^۴ باید نتیجه گرفت که از یک سو، هر قاعده حقوقی اداری نیز از منشأ وضع باید مشحون و سرشته از انصاف باشد و در غیر این صورت، آن قاعده را نمی‌توان قاعده حقوقی به معنای دقیق کلمه دانست و از سوی دیگر، انصاف پس از وضع هنجارهای حقوقی (اداری)، انعطاف‌ناپذیری آن‌ها را تعدیل می‌کند و قاضی را قادر می‌سازد که نسبت به اعمال دولتی، با مؤلفه‌های اخلاقی و هنجاری پذیرفته‌شده جامعه، ارزیابی فراحقوقی و منصفانه‌ای داشته باشد.^۵ از این منظر، انصاف به مثابه اصل کلی حقوق اداری عمل می‌کند و قاضی اداری را قادر می‌سازد که به انصافی دست یازد که ذاتی آن قاعده است، ولی آن را تعدیل کند^۶ و از خشونت و زبری قاعده بکاهد یا آن‌که با کمک انصاف، کمبودها را جبران و خلأ ناشی از نبود قانون را پر کند.^۷ در نهایت این‌که به مخالفت با وضع موجود در قانون پردازد و انصافی مغایر با متن^۸ صادر کند.^۹ در واقع، قاضی در ملاحظه منابع شکلی منعکس در متن قوانین، به حکم

۱. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۴۵.

۲. کریمی، خدیجه، عدالت اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۷.

۳. رنجبر، احمد، عدالت اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۵.

4. Edouard Laferriere

۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۰، ص ۳۱.

۶. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۰۴.

7. Infra Legem

8. Praeter Legem

9. Contra Legem

۱۰. هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۳۱.

انصاف باید منابع ماهوی را در نظر بگیرد، اعم از این که در مسائل مذهبی، اخلاقی، جغرافیایی و اقتصادی ریشه داشته باشند و با کمک این ملاحظات، زوایای تیز و خشک آن‌ها را مرتفع سازد.^۱

با عنایت به آن چه گفته شد، چنین نقشی برای انصاف در حقوق اداری ایران در راستای استناد به روح قانون در دادرسی اداری بیش تر مشهود است. به بیان دیگر، قانون‌گذار، به ویژه در مورد قوانین و مقررات حقوق اداری به دلیل جوان و متحول بودن این رشته از حقوق، هر اندازه هم که دقیق باشد، قادر به پیش‌بینی تمام مسائل و جزئیات روابط اجتماعی افراد جامعه نیست و حتی موارد پیش‌بینی شده گاه مبهم، نارسا و ناقصند و مقتضیات زمان نیز مسائل جدید و به‌روزی را ایجاب می‌کنند. از سوی دیگر، دادرسی نیز نمی‌تواند به بهانه ابهام و اجمال قانون یا نداشتن نص صریح یا تعارض قوانین از حل و فصل دعاوی خودداری کند؛ همان گونه که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ و ۱۳۷۹ پیش‌بینی شده است. از این رو، تفسیر منصفانه ضرورت یافته است و برای این منظور باید به روح قانون تمسک جست. البته در پذیرفتن روح قانون به عنوان مبنای انصاف نباید راه افراط و تفریط پیمود. قانون اصالت دارد، ولی باید دانست که جلوه دیگر قانون، روح و مفاد آن است. متن قانون ثابت است، ولی روح و معنای آن تابع تحولات اجتماع است.^۲

بنابراین، می‌توان گفت روح قانون همان اصول کلی حقوق است که مبنای ماده یا مواد قانونی قرار گرفته و گاه نیت و هدفی است که قانون‌گذار در تعقیب آن به وضع قانون پرداخته است.^۳ در دیوان عدالت اداری، استناد به روح قانون در پرتو انصاف در برخی آرای شعب و حتی ابطال مقررات دولتی مغایر قابل مشاهده است تا جایی که دادرسی اداری با عنایت به این مبنا به نوعی ابهام و اجمال قانون را مرتفع و اصلاح کرده است. برای نمونه، مطابق بند ۲ ماده ۲ قانون گزینش مصوب ۱۳۷۴، یکی از ضوابط عمومی گزینش افراد در دولت، «التزام عملی به احکام اسلام» است. اصطلاح «عدم التزام عملی به احکام اسلام»، اختیار گسترده‌ای برای هیئت‌های گزینش و

1. Zimmermann, A. and others, *The Statute of the International Court of Justice A Commentary* (Article 38 by A. Pellet), New York: Oxford University Press, 2006, pp. 715–716.

۲. دهقان، پیشین، ص ۹۸.

۳. آقای طوق و لطفی، پیشین، ص ۵۸.

قضات قرار می‌دهد و تشخیص مصادیق را با دشواری همراه می‌سازد؛^۱ زیرا بدون تردید، اصطلاح یادشده، مبهم و تفسیربردار است و این سؤالات به ذهن خطور می‌کند که التزام عملی به اسلام و مصادیق آن چیست؟ با توجه به این که مطابق بند ۲ ماده ۲، هیئت گزینش، تعیین مصادیق آن را بر عهده دارد، آیا امکان و احتمال تشخیص نادرست مصادیق آن و تعریف صحیح از التزام عملی به احکام اسلام وجود دارد؟ امری اعتقادی، باطنی و درونی چگونه توسط اشخاص ثالث قابل تشخیص است و هر شخص می‌تواند با اتکا به فریب اذهان و تظاهر، زمینه تشخیص ناصحیح توسط هیئت گزینش را فراهم آورد.

در هر صورت، با عنایت به این ابهام، یکی از مصادیق شرط «التزام عملی به احکام اسلام»، رعایت حجاب توسط بانوان است. در این راستا، در شعبه ۲۲ دیوان،^۲ شکایتی مبنی بر رد صلاحیت استخدامی توسط هیئت مرکزی گزینش به خاطر «ضعف حجاب» با این استدلال مطرح شده است که «به صرف استناد به ضعف حجاب (نه عدم حجاب) نمی‌توان افراد را متهم به عدم التزام به احکام اسلامی کرد و مفهوم واقعی «التزام»، ریشه در اعتقاد درونی و ایجاد جلوه بیرونی آن است و ضعف حجاب مشمول بند ۲ ماده ۲ قانون گزینش نیست». در این خصوص، دادرسی اداری به نوعی به انصاف تکمیل‌کننده قانون به دلیل ابهام دست یازیده است. در واقع، در این مورد، چون قانون موضوعه به دلیل اجمال یا ابهام، توان پاسخ‌گویی به مسئله طرح‌شده را ندارد، انصاف به ایفای نقش تکمیلی برای قواعد حقوقی پرداخته است.^۳

در پرونده دیگری، با موضوع استناد به مصوبه هیئت دولت با گذشت زمان از اجرا نشدن آن، قاضی بیان می‌کند که گذشت مدت طولانی از اجرا نشدن مصوبه ۱۳۷۸ هیئت دولت در موضوع لغو قراردادهای خرید خدمت مغایر قانون، استناد به آن و عدم تبدیل وضعیت از خرید خدمت به پیمانی، با روح قانون، انصاف و حق مکتسبه شاکی و نیز رأی وحدت رویه ۱۳۸۷/۸/۱۹ مغایرت دارد. قاضی این‌گونه استدلال می‌کند: «... نه تنها قرارداد خرید خدمت شاکی با اداره خواننده در

۱. افشاری، فاطمه، «شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی»، فصل‌نامه اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۱۹، ۱۴۰۰، ص ۸.

۲. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۲۱۰۲۴۷۸ مورخ ۱۳۹۱.

3. Akehurst, op.cit, p. 802.

مهلت قانونی لغو نشده، بلکه به دلیل نیازی که به کارش داشته، همواره قرارداد را تا سال ۹۰ و هم اکنون تمدید نموده است و جوانی و فرصت‌های ممکنه وی را تباه کرده‌اند و اینک او (بر اساس روح قانون مدیریت خدمات) مطالبه حق می‌نماید و دستگاه می‌خواهد در قبال او مسئولیت نپذیرد...». چنان‌چه از نحوه استدلال قاضی برمی‌آید، وی با استناد به روح قواعد حقوقی و با توجه به انصاف، عمل مقام اداری را باطل و دستگاه را به تغییر وضعیت از خرید خدمت به پیمانی ملزم کرده است. در رأی پیش‌گفته، انصاف و عدالت با اتکای بر قانون موضوعه، رویه هیئت عمومی دیوان و اصل حقوقی دیگر، مستند حکم قاضی قرار گرفته است، با این تفاوت که برخلاف انصاف مرسوم در انگلستان، انصاف در رویه قضایی ایران، یک هنجار مادون قانون تلقی شده و به عنوان یک اصل مستقل، مستند قاضی. آن‌گونه که در کامن‌لا رواج دارد. قرار نگرفته است.^۱

بند سوم. کارکرد تعدیلی اصل انصاف در رابطه نامتعادل میان اداره‌کننده و اداره‌شونده

یکی از ویژگی‌های اصلی حقوق اداری، تعادل نداشتن روابط طرفین است. در یک طرف، اداره قرار دارد که شخص حقوقی بسیار قدرتمندی است و هرگز از بین نمی‌رود. در طرف دیگر، یک شخص حقوق خصوصی قرار می‌گیرد که در مقایسه با اداره چندان قدرتمند نیست و فانی است. به علاوه در روابط میان مردم و اداره، یک طرف این رابطه اصولاً به دنبال منافع شخصی و خصوصی است، حال آن‌که طرف دیگر به دنبال نیل به اهدافی است که مبتنی بر منافع عمومی و مصالح اجتماعی است. در تعارض منافع شخصی با منافع عمومی، اصل بر اولویت و برتری منافع عمومی است. پس اشخاص عادی در تعقیب منافع خصوصی خود نمی‌توانند با همان اقتداری عمل کنند که اداره در تعقیب منافع عمومی رفتار می‌کند. یک نتیجه بسیار مهم ناشی از این روابط نامتعادل در حقوق اداری این است که اگر قانون‌گذار هنگامی که به وضع قوانین اداری می‌پردازد، روابط ذاتاً نامتعادل اداره و مردم را نادیده انگارد و آن را شبیه روابطی بداند که میان افراد عادی حاکم است، نخواهد توانست قوانین متناسب با الزامات حقوق اداری وضع کند.

برای مثال، در ادبیات حقوق خصوصی بر این قاعده دادرسی تأکید می‌شود که «البینه علی المدعی»، بدین معنی که کسی که دعوایی علیه دیگری دارد، باید خودش آن را اثبات کند و قاضی

۱. پتفت و مرکز مالگیری، پیشین، صص ۲۳۲، ۲۳۳.

نمی‌تواند به یکی از طرفین در گردآوری دلایل کمک کند. حال اگر بخواهیم این قاعده بنیادین را به روابط اداره و مردم گسترش دهیم، به نتایجی غیر منصفانه خواهیم رسید و اگر از اداره که طرف قدرتمند رابطه است، فعل یا ترک فعلی رخ دهد، فرد عادی که طرف ضعیف این رابطه است، شاید نتواند دلیلی علیه اداره ارائه کند.^۱ این جاست که رعایت انصاف در رابطه میان شهروندان از یک طرف و حکومت و نهادهای آن از طرف دیگر اهمیت دوچندان دارد؛ زیرا با عنایت به جایگاه، کارکرد و مبنای عمل اشخاص حقوق عمومی. تأمین و حفظ منفعت عمومی. تحت تأثیر یک نابرابری ذاتی قرار می‌گیرد.^۲ هم‌چنین نقش انصاف به مثابه ابزاری که به وسیله آن، یک نظام حقوقی نیاز به اطمینان در وضع قوانین. به منظور حفظ نظم و تأمین منافع عمومی. را با نیاز به دستیابی به نتایج منصفانه در شرایط فردی متعادل می‌کند،^۳ برجسته می‌شود.

با عنایت به آن‌چه ذکر شد، نحوه تأثیر انصاف به منظور تعدیل رابطه نابرابر مشهود میان شهروند و اداره در ایران را می‌توان از چند بُعد بررسی کرد:

۱. مشارکت مردم (ذی‌نفعان) در تصمیم‌گیری‌های اداری به مثابه انصاف‌رویه‌ای

در حقوق اداری، یکی از اصول حقوقی محدودکننده اعمال و تصمیم‌های اداری اجرایی در کنار اصل قانونی بودن، اصل عدالت طبیعی و «انصاف رویه‌ای»^۴ است،^۵ به ویژه این‌که در حوزه‌های متعدد «صلاحیت تشخیصی اداری»^۶ کاربرد بسیار وسیعی دارد؛ زیرا هر قدر هم که اختیارات دولت گسترده باشد و اختیارات تشخیصی که اعطا می‌شود، وسیع باشد، همیشه می‌توان اعمال آن‌ها را به شیوه‌ای که از نظر رویه‌ای منصفانه باشد، ملزم کرد.^۷ در این مورد، اصل یادشده بیانگر این عقیده است که مأموران دولتی نباید داور اعمال و تصمیم‌های خود باشند و در فرآیند تصمیم‌گیری باید

۱. آقایی طوق و لطفی، پیشین، صص ۳۶-۳۸.

۲. یآوری، پیشین، ص ۲۱۷.

3. Hudson, op.cit, p. 4.

4. Procedural Fairness

۵. زارعی، محمدحسین، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۲۶۹.

6. Discretionary Administrative Power

7. Wade, op.cit, p. 439.

مانند یک دادرس مستقل و بی طرف عمل کنند که خود هیچ گونه نفع مادی و سیاسی در نتایج تصمیم های خود ندارند. بُعد دیگر اصل عدالت طبیعی و انصاف رویه ای این است که چنان چه احتمال تأثیرگذاری و ضرر نسبت به حقی یا نفعی از مردم و شهروندان در جریان تصمیم گیری مقامات اداری وجود داشته باشد، مدیران دولتی ملزمند قبل از تصمیم گیری نهایی، نظر متضررین احتمالی را به طور منصفانه جلب کنند و اجازه دهند که آن ها بر فکر و ذهن مدیران اثر بگذارند و از خود در مقابل دلایل مدیران دفاع کنند.^۱

هر نوع قدرت تصمیم گیری اعم از اداری یا اجرایی که بر حقوق و منافع افراد تأثیر منفی بدهد، باید به صورتی اعمال شود که از نظر آیینی، منصفانه و عادلانه باشد. بر اساس این رویکرد، همه تصمیم گیرندگان (اداری) ملزم به اعمال صلاحیت خود به شیوه ای هستند که نشان دهنده برقراری نوعی تعادل بین ضرورت و کارآمدی اداره و ضرورت توجه به نظر افراد ناراضی از فرآیند تصمیم گیری باشد.^۲ در نتیجه، انصاف موجب می شود نوعی تعادل میان اداره و شهروند حاصل گردد و این فرصت را به وجود می آورد تا شهروندی که حقوق و امتیازاتش از تصمیم اداری متأثر گشته است، بتواند پیش، هنگام و پس از تصمیم گیری در این فرآیند مشارکت داشته باشد و برای جهت دهی نتایج حاصل از آن به سمت منافع و حقوق خویش همت گمارد.^۳

این ویژگی انصاف را می توان همان بُعد پیشینی عدالت اداری دانست که دربرگیرنده موازین مشارکت جویانه در روند تصمیم گیری اولیه در درون اداره و مجموعه تدابیری است که برای اصلاح و بهبود روند تصمیم گیری اداری در پیش گرفته می شود. شهروندان حق دارند انتظار داشته باشند نهادهای دولتی با نظر به وضعیتشان درباره آنان درست تصمیم می گیرند و تصمیم گیری زمانی درست است که از یک طرف، مطابق هنجارهای قابل اعمال (تا حد ممکن ساده، روشن و منصفانه) باشد و از طرف دیگر، نوع نگاه به عدالت اداری صرفاً به قانونی بودن و انطباق تصمیم اداری با تشریفات قانونی فروکاسته نشود و راه برای شکل گیری انصاف همواره باز و مهیا باشد.^۴

۱. زارعی، پیشین، ص ۲۷۰.

۲. فلاح زاده، پیشین، ص ۱۶۲.

۳. پتفت و مرکز مالگیری، پیشین، ص ۱۰۵.

۴. رنجبر، پیشین، صص ۲۳، ۲۵.

مشارکت پیش‌گفته به آگاهی از جوانب کامل موضوع تصمیم اداری و نیز اطلاعات قانونی بستگی دارد. پس شهروند حق دارد علاوه بر دسترسی به داده‌های لازم نسبت به این امر آگاهی مقتضی کسب کند. این شق اخیر از انصاف، مقوم آزادی اطلاعات، اصل آگاهی و اصل پاسخ‌گویی است.^۱ این مسئله از یک طرف همان مفهوم «استماع منصفانه» در حقوق اداری است که شامل دو عنصر است:

الف) ارائه دلایل و استدلال‌های تصمیم‌های اداری؛

ب) اطلاع‌رسانی قبلی به ذی‌نفع نسبت به تصمیم قریب‌الوقوع و همچنین ارائه اطلاعات و افشای تصمیم برای افراد ذی‌نفع^۲ که متضمن حق دسترسی به اسناد^۳ یا آزادی اطلاعات است.

بنابراین، به نظر می‌رسد در حقوق اداری ایران، به صورت کلی، اصل ارائه دلایل تصمیمات اداری مطرح نشده و به صورت پراکنده و در برخی قوانین و مقررات، مقام اداری، ملزم به ارائه ادله و مبانی تصمیم خود شده است. برای نمونه، به موجب قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی، متقاضیان انتشار نشریه باید از هیئت نظارت موضوع ماده ۱۰ قانون یادشده مجوز دریافت کنند و بر اساس ماده ۱۱، تصمیم این هیئت بر حقوق و منافع متقاضیان تأثیر مستقیم خواهد داشت. از این رو، قانون‌گذار در ماده ۱۳ مقرر داشته است که تصمیم هیئت نظارت مبنی بر رد یا قبول تقاضای دریافت مجوز باید با «ذکر دلایل و شواهد» باشد. برخی مقررات دولتی نیز بر اصل ارائه دلایل تصمیم تأکید کرده‌اند. برای نمونه، ماده ۴۷ آیین‌نامه نحوه بررسی و تصویب طرح‌های توسعه و عمران محلی، مصوب ۱۳۷۸ هیئت وزیران، پیشنهاد تغییر طرح‌های تفصیلی را با توجه به تأثیری که در حقوق مالکان اراضی و املاک منطقه مورد نظر می‌تواند داشته باشد، لازم دانسته‌اند که باید با «توجیه کافی» همراه شود. عبارت یادشده، ناظر بر اصل ارائه دلایل تصمیم است که می‌تواند در نظام حقوقی ایران قابل توجه باشد.^۴

۱. پتفت و مرکزالمیری، پیشین، ص ۱۰۶.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۱۷۷.

3. Access to documents

۴. عطریان، پیشین، ص ۱۴۳.

در مورد دسترسی به اسناد و اطلاعات نیز پس از تصویب قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در سال ۱۳۸۸، خلأ جدی که نظام حقوقی ایران با آن روبه‌رو بود، مرتفع گردید و در ماده ۲ این قانون، دسترسی به اسناد اداری برای همه ایرانیان به رسمیت شناخته شد و مطابق ماده ۵، کلیه مؤسسات عمومی، مکلف به ارائه اسناد و اطلاعات مورد تقاضای شهروندان به جز موارد مستثنای شده گردیده‌اند. تبصره ماده ۵ نیز انتشار و اعلان عمومی همه اطلاعات اداری موجد حق یا تکلیف برای مردم را لازم شمرده است که این امر می‌تواند در جهت تسهیل امور اداری و بهبود روابط شهروندان با نهادهای عمومی و ارتقای شفافیت تأثیری بسزا داشته باشد.^۱

۲. نهاد آمبودزمان چونان ابزار نظارت غیر قضایی اصل انصاف

در زبان سوئدی، «آمبودزمان» به معنای «نماینده»^۲ است و اصطلاحاً به مفهوم کسی است که برای دیگران طرح شکایت می‌کند و نهادی است مستقل که نقش میانجی را میان شهروندان و قوای عمومی بازی و از راه‌های غیر قضایی برای حل و فصل اختلافات میان اشخاص عمومی و خصوصی استفاده می‌کند تا بی‌عدالتی‌های ناشی از اعمال و تصمیم‌های اداری را برطرف سازد.^۳ معمولاً آمبودزمان‌ها، دسترسی گسترده‌ای به اطلاعات تحت کنترل دولت دارند و دسترسی بسیار بیش‌تری نیز به پارلمان یا دادگاه‌ها دارند. با این حال، آمبودزمان‌ها اختیارات قهری ندارند و تحقیقات خود را به صورت خصوصی انجام می‌دهند.^۴ با عنایت به آن‌چه گفته شد، انصاف به عنوان یک استاندارد، مبنای عمل نهاد آمبودزمان در چارچوب واژه (Équité) به طور عمده‌ای توسط نظام حقوقی فرانسه پذیرفته شده و صراحتاً به عنوان یک استاندارد نظارتی برای نهاد «مدافع حقوق مردم»^۵ در فرانسه، لوکزامبورگ و بلژیک ارائه شده است. انصاف در چارچوب واژه (equity)، مبنای عمل آمبودزمان در مقدونیه شمالی، اسلوونی و مونته‌نگرو است و در قالب واژه (Billigkeit)، مبنای عمل آمبودزمان سوئیس در کانتون‌های زوریخ و شهر بازل است.

۱. همان، ص ۲۷۸.

2. Reprehensive

۳. عباسی، بیژن، *حقوق اداری*، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۹۰، ص ۲۶۷.

4. Cane, Peter, *Controlling administrative power*, Cambridge University Press: 2016, p. 423.

5. Médiateurs

اگرچه در عمل، مفاهیمی که به واژه انصاف پیوسته‌اند، مشخص نیستند، اما به نظر می‌رسد که اهمیت آن در درجه اول در کنترل رفتار اداری در محدوده قانونی نهفته است؛ یعنی در حدود صلاحیت و تفسیر کلیات حقوقی. در این راستا، چندین آموذمان نشان داده‌اند که استاندارد «انصاف» برای آن‌ها حتی از استاندارد قانون نیز مهم‌تر است، مانند بریتانیای کبیر در مورد ولز و اسپانیا در مورد منطقه کاتالونیا. با توجه به این برداشت کلی از اصطلاح «انصاف»، قطعاً ممکن است هم‌پوشانی‌هایی با مفهوم «اداره خوب» وجود داشته باشد.^۱

بی‌شک، وجود چنین نهادی در ساختار حقوقی یک کشور، ایجاد یک فرصت منصفانه به منظور تعدیل رابطه نابرابر اداره و شهروند تلقی می‌گردد. به بیان دیگر، آموذمان به مثابه یک نهاد بازرسی و نظارتی، سهم بسزایی در رعایت انصاف در دستگاه‌های حکومتی ایفا می‌کند. در تأیید این مدعا باید گفت دخالت روزافزون حکومت در عرصه‌های مختلف زندگی اجتماعی باعث شده است ناکارآمدی دیگر سازوکارهای کنترلی نظیر نظام دادگاه و مراجع شبه قضایی در به انقیاد درآوردن اداره بیش از پیش به تصویر کشیده شود.

باید گفت از یک سو، دسترسی به مراجع پیش‌گفته بنا به ملاحظات عملی مانند دور از دسترس بودن، طولانی بودن، فرآیند دادرسی و هزینه‌بری محدود است و از سوی دیگر، معیارهای بازنگری به کار گرفته شده توسط آن‌ها برای رفع همه مشکلات ناشی از بی‌عدالتی‌هایی که لازم است جبران شود، راه‌حل‌های مناسبی پیش روی شهروندان نمی‌گذارد.^۲ از طرف سوم، هم‌چنان که در دولت مدرن، اداره دارای انواع مسئولیت سیاسی و قضایی است، اما خلأها و نارسایی‌هایی وجود دارند که جهت الزام کامل اداره در تقیید به قانون کافی نیست، از جمله این‌که مسئولیت وزیر در برابر اشتباه‌های مأموران اداره تحت تصدی خود هم ناکافی است و هم ناعادلانه. بی‌عدالتی‌های اداری می‌توانند بارها در لایه‌های مختلف اجرایی تکرار شوند و جز در صورتی که از سوی جریان‌های سیاسی مخالف به جنجال سیاسی تبدیل نشوند، از سوی مجلس پی‌گیری نمی‌شوند یا آن‌که گاهی بر اثر نقص در قوانین یا ناعادلانه بودن آن‌ها، از نارسایی‌هایی اداری نمی‌توان به دادگاه و مرجع

۱. Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, *European Ombudsman-Institutions*, Austria: springing Wien New York, 2008, p. 35

۲. شفیعی سردشت، جعفر و علی‌اکبر گرجی، «گونه‌شناسی نهاد آموذمان: رهیافتی بر بازشناسی آموذمان اصیل»،

فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، ص ۷۹

قضایی مراجعه کرد. به تعبیر یک سناتور فرانسوی: «گاهی اگر اداره توأم با بی‌انصافی رفتار می‌کند، این در نتیجه متون قانونی یا آیین‌نامه‌ای موجود است که به او هیچ آزادی عملی نداده است. در این صورت، اگر اداره برخلاف این‌ها عمل کند، توسط قاضی اداری محاکمه خواهد شد. در این شرایط است که در حقوق اداری از صلاحیت‌های وابسته صحبت می‌شود. لذا شایسته است که میانجی، راه حلی منصفانه و نه لزوماً منطبق با قانون را برای این وضعیت پیش‌بینی نماید»^۱.

بر این اساس، چون آمبودزمان به مثابه یک سازوکار فراقضایی است که می‌کوشد حلقه واسطی باشد میان حکومت و شهروندان، تا در کسوت حامی حقوق شهروندان، راه‌هایی ارائه دهد که اختلافات آن‌ها با دستگاه‌های اداری، بدون گرفتار شدن در فرآیندهای طولانی دادرسی و با رضایت طرفین فیصله یابد، لزوماً باید دارای شاخص‌هایی از قبیل داشتن استقلال مالی و سازمانی از نظام اداری، حمایت از حقوق شهروندی از طریق میانجی‌گری و تلاش برای اصلاح مقررات و حق تحقیق راجع به کیفیت ارائه خدمات باشد. در غیر این صورت، نمی‌توان آن را آمبودزمان به معنای واقعی کلمه دانست. با این اوصاف، هم‌چنان که پیداست، در نظام حقوقی ایران، نهادی وجود ندارد که تمام کارکردها و ویژگی‌های یادشده را داشته باشد. با این وجود، نشانه‌هایی از آن نهاد را با خود دارد. کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی و سازمان بازرسی کل کشور از جمله این موارد هستند.^۲ در این خصوص، کمیسیون منبعث از اصل ۹۰، وظیفه رسیدگی به شکایات مردم علیه طرز کار قوای سه‌گانه از جمله قوه مجریه را بر عهده دارد، اما با توجه به رابطه سازمانی که با مجلس دارد، اختیار تصمیم‌گیری‌های لازم‌الاجرا مانند محاکم قضایی را ندارد.^۳

از طرف دیگر، به موجب اصل ۱۷۴ قانون اساسی، نظارت سازمان بازرسی بر سازمان‌های اداری، بر مبنای دو وضعیت «حسن جریان امور» و «اجرای صحیح قوانین» است. منظور از «حسن جریان

۱. گرجی، علی‌اکبر و مهدی بابایی، «آمبودزمان هم‌سنجی سامانه‌های ایران فرانسه و انگلستان»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۷، ۱۳۹۱، صص ۱۳۴-۱۳۵.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد و سعید عابدی، «آمبودزمان: پاسدار حقوق شهروندان؛ مبتکر اصلاحات اداری»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۸۹، ص ۱۶۴.

۳. موسی‌زاده، ابراهیم، «بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آمبودزمان (نهاد بازرسی و نظارت)»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره هفدهم، شماره ۵۷، ۱۳۹۱، ص ۱۷۸.

امور»، سنجش عملکرد اداره فارغ از حداقل‌های قانونی است. به بیان دیگر، عمل اداره وقتی واجد حسن جریان امور است که علاوه بر رعایت حداقل‌های قانونی، وظیفه محوله را با لحاظ ظرفیت‌ها و توانایی‌های قابل اختصاص در آن زمان، به بهترین شکل ممکن انجام داده باشد. بر این اساس، معیار سنجش درستی عملکرد اداره، اصول فنی و مدیریتی و نه قانون حاکم بر وظیفه محوله است. منظور از «اجرای صحیح قوانین» نیز آن است که عمل اداره منطبق با قصد و اراده قانون‌گذار باشد. در واقع، سازمان در بررسی این ویژگی، نظارت خود را به این امر معطوف می‌کند که آیا تفسیر اجرایی از چگونگی اجرای قانون منطبق با روح قانون است و آیا شیوه‌های اجرایی، منتهی به همان اموری شده که مراد قانون‌گذار است.^۱

۳. دادرسی اداری دیوان عدالت اداری چونان ابزار نظارت قضایی اصل انصاف

پس از آن‌که نقطه تعادل توسط قانون‌گذار تعریف شد و عدالت اداری ماهوی شکل گرفت، نقطه توازن برای اداره میان حفظ منافع فردی و منافع عام شکل می‌گیرد و به این اعتبار، اداره قادر خواهد بود تا از بین تصمیمات مختلف، تصمیمی مطابق قانون و با حفظ منافع فردی بگیرد. در مقام عمل، در بسیاری از موارد، تضییع منافع فردی ناشی از تصمیم‌گیری‌های ناصواب رخ خواهد داد. پس مقتضای عدالت اداری آن است که امکان دادرسی اداری برای افرادی که متأثر از این تصمیم‌گیری‌ها، منافعشان تفویت شده، فراهم آید. در این راستا، دادرسی اداری به عنوان ابزار کارآمد عدالت اداری آیینی پسینی می‌کوشد تا امکان اعتراض افراد نسبت به این تصمیم‌گیری‌ها را با به‌کارگیری اصول دادرسی منصفانه و در جهت برگرداندن وضعیت نامتعادل ناشی از تصمیم‌گیری‌های غلط به وضعیت متعادل پیش از خطای اداره فراهم آورد.^۲ طرح آموزه‌های مدافع رسیدگی و دادرسی منصفانه بر پایه عدالت طبیعی موجب شد تا از جمله مهم‌ترین اصول منتج از انصاف؛ یعنی «اصول دادرسی منصفانه» ظهور یابند که در حقوق اداری متوجه دادگاه‌ها و دیوان‌های اداری در رسیدگی نسبت به شکایت و تظلم‌خواهی شهروند با رعایت انصاف رویه‌ای و قضایی. در مرحله اصدار رأی، پیش و پس از آن است.^۳

۱. گرجی و بابایی، پیشین، ص ۱۶۴.

۲. کریمی، پیشین، ص ۳۰۳.

۳. پتفت و مرکزالمیری، پیشین، ص ۱۰۷.

بر این اساس، در نظام حقوقی ایران، پیش‌بینی سازوکار نظارت قضایی بر اعمال اداری دولت در قالب دیوان عدالت اداری، نه تنها یکی از مؤلفه‌های تحقق دولت قانون‌مدار تلقی می‌شود، بلکه نمایانگر کارکرد تعدیلی انصاف نیز هست. در واقع، این‌که به شهروندان فرصت داده شود تا به منظور انتظام بخشی روابط خود با حکومت در چارچوب قانون، زمینه پاسخ‌گویی در تصمیم‌سازی‌های عمومی را فراهم کنند و اعمال اداری قوه مجریه را به چالش کنترل و نظارت بکشانند، یکی از ویژگی‌های اصلی انصاف است تا از این راه، رابطه نابرابر میان شهروند و اداره تعدیل گردد. بدون شک، این مهم با نگاهی به صلاحیت مصرّح در مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان مصوب ۱۳۹۲ و رویه‌های شعب و هیئت عمومی مشهود است. برای نمونه، در رأی دیوان با موضوع ارجاع پرونده خواهان از هیئت رسیدگی به تخلفات اداری، به هیئت بدوی استان دیگر به انصاف استناد شده و به نظر قاضی: «ارجاع پرونده شاکی به هیئتی که محل استقرار آن، محل خدمت و محل ارتکاب تخلف نبوده، موافق انصاف و رسیدگی بی‌طرفانه است»^۱ در پرونده‌ای با موضوع رسیدگی بدوی اتهام در مرجع تجدیدنظر سازمان تعزیرات حکومتی نیز بنا به رأی دیوان، چنین امری «... موجب تضییع حق مسلم و محرومیت متهم از یک مرحله دادرسی و مخالف اصول اولیه محاکمات بوده؛ چرا که اصولاً نهاد تجدیدنظر صرفاً می‌بایستی به امری رسیدگی نماید که در مرحله بدوی مورد رسیدگی و صدور حکم قرار گرفته است...». در رأی یادشده، انصاف به طور ضمنی، مستند و مستدل حکم قرار گرفته است. در میان آرای هیئت عمومی دیوان، استناد به انصاف همواره با اتکای بر حکم قانون موضوعه بوده و عموماً به طور تلویحی در فحوای احکام آن قابل دریافت است.^۲

نتیجه‌گیری

در هر نظام حقوقی، مفاهیمی وجود دارد که از خشکی قواعد حقوقی می‌کاهد و به آن‌ها انعطاف و نرمش می‌دهد و میزان سختی اصول و قواعد کلی انتزاعی را در موارد غیر عادی یعنی همان مواردی که استثنایی تلقی می‌شوند و قانون‌گذار از آن‌ها غافل شده است، پایین می‌آورد. یکی از این مفاهیم، اصل انصاف است که در پیچه‌های نظام حقوقی را به روی ارزش‌ها اجتماعی می‌گشاید؛ قواعد موضوعه را به سمت

۱. شماره دادنامه: ۳۳۵۳/۹۰۳۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۱.

۲. پتفت و مرکز مالگیری، پیشین، ص ۲۳۴.

آرمان‌های بلند اخلاقی سوق می‌دهد؛ آن را تکمیل و تصحیح می‌کند؛ سمت و سوی غایات حقوقی را روشن می‌سازد و در نهایت، ابزاری برای استقرار عدالت در موارد خاص است.

هرچند نشو و نمای انصاف از نظام حقوقی کامن‌لا آغاز گردید و در آن به حد تکامل رسید، اما دیگر نظام‌های حقوقی نیز از تأثیرات عمیق آن بی‌نصیب نماندند و با توجه به ساختار خود، به گونه بومی، اصل یادشده متناسب با ساختار نظام حقوقی و تأثیرات آن واقف شدند. در این میان، شاید بی‌راه نباشد اگر گفته شود جولان‌گاه آن، یکی از شاخه‌های مهم علم حقوق یعنی حقوق اداری است. در واقع، گستردگی موضوعات اداری و نقش پیچیده‌ای که دولت در جوامع کنونی دارد، موجب شده است که قانون‌گذار نتواند تمام جزئیات و شرایط تصمیمات اداری را تعیین کند. به همین دلیل، به منظور تأمین منفعت عمومی، صلاحیت‌های فراوانی به قوه مجریه اعطا شد و همین امر نیز موجب توسعه کارکردها و تأمین نیازمندی‌های پیچیده اجتماعی توسط دولت گردید. بنابراین، رابطه‌ای نابرابر میان اداره و شهروند شکل گرفت تا جایی که ارزیابی و قضاوت تصمیمات و اعمال اداری با لحاظ کردن ضوابط خشک قانونی میسر نبود. این‌جا بود که افزون بر رعایت چارچوب‌های قانونی، تناسب، نبود سوء نیت و سوء استفاده نکردن از قدرت عمومی، اصل «انصاف» در چارچوب نظام فکری عدالت طبیعی و دریچه نفوذ اخلاق در حقوق و یک اصل کلی حقوقی نیز ضرورتاً ظرف تصمیمات‌گیری و اجرای اعمال اداری قرار گرفته است و مقامات اداری ملزم شده‌اند تا هم منصفانه، عمل و هم رسیدگی کنند.

هرچند شاید نوعی بی‌خبری غیر عامدانه نسبت به اصل قضیه در مورد انصاف ناشی از تأثیرات عمیق اصولی چون حاکمیت قانون و کم‌رنگی نقش رویه قضایی اداری بر نظام حقوقی ایران حاکم باشد، اما بی‌شک، حقوق اداری کشور ما نیز متأثر از کارکردهای انصاف به ویژه کارکرد تقنینی، تعدیلی و تکمیلی آن است. در واقع، آن‌چه در نوشتار حاضر از پیش‌بینی هنجارهای حقوقی منصفانه مانند ماده ۹۰ ق.م.خ، ماده ۳۴ قانون دیوان (دستور موقت)، تفاسیر منصفانه قانون مانند تفسیر بند (ج) ماده ۱۱۲ قانون برنامه ششم، تکمیل خلأهای قانونی به واسطه آرای قضات دیوان عدالت اداری مانند رأی شعبه ۲۲ در مورد استناد به ضعف حجاب. که دلیلی برای عدم التزام به احکام اسلامی نیست. و پیش‌بینی سازوکارهای تعدیلی در رابطه نابرابر اداره و شهروندان چون آمبودزمان و دیوان عدالت اداری بیان شد، حاکی از اثرات عمیق انصاف است. البته در مورد کارکرد انصاف مغایر حقوق یا تصحیحی به دلیل پیروی سخت از اصل حاکمیت قانون و رویکرد اثبات‌گرایی نظام حقوقی در این ساختار باید به دیده تردید نگریست.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی. فارسی، چاپ ششم، تهران: نی، ۱۳۸۴.
۲. آقایای طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری (۱)، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۳. باقرزاده، حمید، حقوق مناقصات (جلد ۱)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۴. بین مور، کین، عدالت طبیعی، ترجمه: گروه فلسفه و دین کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی دانشگاه بهشتی، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۸۹.
۵. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۶. جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، چاپ اول، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۶.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۱)، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲.
۸. دهقان، رمضان، تأثیر انصاف در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۲.
۹. رنجبر، احمد، عدالت اداری، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۰. زارعی، محمدحسین، حاکمیت قانون و دموکراسی، چاپ اول، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، چاپ دوم، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۱۲. عباسی، بیژن، حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۹۰.
۱۳. عطریان، فرامرز، اداره خوب، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۱۴. فضایی، مصطفی، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۷.
۱۵. فلاح‌زاده، علی‌محمد، حقوق اداری تطبیقی، چاپ اول، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.

۱۶. فلسفی، هدایت‌الله، صلح جاویدان و حکومت قانون، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۰.
۱۷. قاضی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: دادگستر، ۱۳۷۵.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
۱۹. کریمی، خدیجه، عدالت اداری، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۲۰. گرجی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
۲۱. موسوی، سید مهدی، دادرسی فوری در نظام حقوقی ایران و انگلستان، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۲۲. مولایی، آیت، قراردادهای اداری، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۲۳. متیو، برتران، قانون، ترجمه: مجید ادیب، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۲۴. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱)، چاپ چهارم، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۲۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، چاپ سوم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۰.

ب) مقاله

۱. افشاری، فاطمه، «شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی (نقد و بررسی رأی دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۱۹، ۱۴۰۰.
۲. امینی، اعظم، «بازاندیشی رابطه انصاف و حقوق»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.
۳. بابایی‌مهر، علی، «تفسیر اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، فصل‌نامه حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۴، ۱۳۸۸.
۴. رضایی‌زاده، محمدجواد و سعید عابدی، «آمبودزمان: پاسدار حقوق شهروندان؛ مبتکر اصلاحات اداری»، فصل‌نامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهارم، شماره ۳، ۱۳۸۹.
۵. شفیع سردهشت، جعفر و علی اکبر گرجی، «گونه‌شناسی نهاد آمبودزمان: رهیافتی بر بازشناسی آمبودزمان اصیل»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶.
۶. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۲.

۷. گرجی، علی اکبر و مهدی بابایی، «آمبودزمان هم‌سنجی سامانه‌های ایران فرانسه و انگلستان»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۷، ۱۳۹۱.
۸. گیتی، خسرو، «خانه انصاف و شورای داور»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، ۱۳۴۹.
۹. موسی‌زاده، ابراهیم، «بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آمبودزمان (نهاد بازرسی و نظارت)»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره هفدهم، شماره ۵۷، ۱۳۹۱.
۱۰. هداوند، مهدی و داوود کاظمی، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری»، فصل‌نامه راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۶۷، ۱۳۹۲.
۱۱. هداوند، مهدی، «مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری»، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، ۱۳۸۶.
۱۲. یآوری، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳.

2. Latin Source

A) book

1. Cane, Peter, Controlling administrative power, First published, Cambridge University Press, 2016.
2. Falcón y Tella, María José, Equity and Law, Martinus Nijhoff Publishers and VSP, Boston, 2008.
3. Fears, J. Rufus, The Cult of Virtues and Roman Imperial Ideology, Indiana, Bloomington, 1981.
4. Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, European Ombudsman-Institutions, Austria, springing Wien New York, 2008.
5. Linderski, Jerzy, Roman Questions II, The University of North Carolina, Chapel Hill, 2007.
6. Merriam-Webster's Dictionary of Law, Massachusetts, 2011.
7. McGhee, John, Snell's Equity, London, Sweet & Maxwell, 2005.
8. Hepburn, Samantha J, Principles of equity and trusts law, Second edition, Australia, Cavendish Publishing, 2001.

9. H.G. Black, Black's Law Dictionary, edited by Bryan A. Garner, West publishing Co, Ninth Edition, 2009.
10. Hudson, Alastair, Equity and Trusts, Eighth Edition, London, Routledge, 2015
11. Parker, JL (ed), Salmond's Jurisprudence, 9th ed, London, 1937.
12. Wade, H.W.R. and Forsyth, C.F., Administrative Law, Ninth edition, Oxford University press, 2004.
13. Zimmermann, A. and others, The Statute of the International Court of Justice A Commentary (Article 38 by A. Pellet), New York, Oxford University Press, 2006.

B) Article

1. Akehurst, M., "Equity and General Principles of Law", ICLQ, Vol. 25, 1976.
2. Deshpande, Vikram S., "Indian Legal System (Administrative Law)", Indian Law Institute, Universal Law Publishing Co Pvt Ltd, 2 Rev Ed, 2006.
3. Hendel, Joseph, "Equity in the American Courts and in the World Court: Does the End Justify the Means?", Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 6 No. 3, 1996.
4. Lowe, Vaughan, "The Role of Equity in International Law", Australian Year Book of International Law, 1989.
5. Newman, Ralph, "The Place and Function of Pure Equity in the Structure of Law", Hastings Law Journal, Volume 16, 1965.
6. Oleck, Howard L., "Historical Nature of Equity Jurisprudence", Fordham Law Review, Vol 20, 1951.
7. Razi, G. M., "Reflections on Equity in the Civil Law Systems", American University Law Review, vol. 13, no. 1, 1963.
8. Srivastava, Shreya, Das, Pratyusha, "Rules of natural justice with emphasis on Nemo Judex in Causa Sua: An insight into administrative law", Journal of Legal Studies and Criminal Justice, Vol 1(1), 2020.
9. White, Margaret, "Equity-A General Principle of Law Recognised by Civilized Nations", Queensland University of Technology, 2004.

بررسی حقوقی نحوه نظارت مالی دولت بر مصرف کمک‌های اعطایی به مؤسسات غیر دولتی

حامد سهرابی^۱

محمد مظهری^۲

چکیده

دولت‌ها در راستای اهداف متعددی به اشخاص غیر دولتی کمک و از آن‌ها حمایت می‌کنند. هزینه شدن این کمک‌ها در راستای اهداف، وظایف و برنامه‌های مصوب دستگاه پرداخت‌کننده و انطباق آن با اهداف تعیین‌شده از سوی قانون‌گذار (نظارت)، همواره از مطالبات نهادهای نظارتی و مردم بوده است.

ماهیت این گونه هزینه‌های دولت در قالب فصل پنجم بودجه و منظور شدن آن به «حساب هزینه قطعی» و استقلال شخصیت حقوقی، اداری و مالی اشخاص مشمول دریافت کمک‌های اعطایی، ابهام‌هایی را ایجاد کرده که نظارت مالی دولت را دچار چالش ساخته و ممکن است مدیران مربوط را ناخواسته درگیر پرونده‌های تخلفاتی و قضایی کند.

مقاله حاضر با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و در تحقیقی تحلیلی و کاربردی در پی پاسخ‌گویی به این سؤال اساسی است که نحوه نظارت بر دولت در تخصیص و اعطای کمک‌ها و نیز نظارت دولت و نهادهای نظارتی بر نحوه مصرف و هزینه‌کرد کمک‌ها توسط مؤسسات غیر دولتی چگونه است؟ در این تحقیق، کمک به مؤسسات صرفاً غیر دولتی یا خصوصی ارزیابی و نظارت‌پذیر بودن اعطا و هزینه‌کرد این کمک‌ها اثبات و راهکارهایی برای اقدام هرچه بهتر مدیران و مسئولان مربوط ارائه می‌شود.

واژگان کلیدی: دولت، نظارت، نظارت مالی، کمک‌های اعطایی، مؤسسات غیر دولتی.

۱. دانشجوی دکتری، حقوق عمومی، پردیس بین‌الملل ارس، دانشگاه تهران، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، hamed.sohrabi@ut.ac.ir

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران، m.mazhari@tabrizu.ac.ir

مقدمه

در نگاه اول ممکن است این سؤال مطرح شود که اساساً چرا دولت باید به اشخاص غیر دولتی کمک کند و از انجام این کمک‌ها چه اهدافی را دنبال می‌کند؟ سال‌هاست که در بیش‌تر کشورهای دنیا، این دست کمک‌ها به اشکال و روش‌های مختلف وجود دارد و در قالب‌های گوناگون به این شرح پرداخت می‌شود:

(الف) حمایت مالی از فعالیت اشخاص که در شرایط خاص برای جبران مخارج و ضررهای وارد شده اعطا می‌شود، مانند کمک‌های بلاعوض دولت برای جبران خسارات ناشی از بلایای طبیعی و جنگ یا جلوگیری از تعطیل واحدهای تجاری در ایام کرونا؛

(ب) حمایت مالی از فعالیت‌های اشخاص که در مدتی مشخص برای جبران یا کاهش هزینه‌های آن‌ها اعطا می‌شود، مانند یارانه‌های پرداختی برای بهای خرید مواد یا فروش محصول یا جبران زیان شرکت‌های ارائه‌کننده خدمات عمومی؛

(ج) کمک‌هایی که تعهد دریافت‌کننده کمک به خرید یا ساخت دارایی‌های غیر جاری یا تحصیل آن به شکل دیگر، شرط اساسی اعطای آن است. برای نمونه می‌توان به کمک از محل دارایی‌های ایجاد شده طرح‌های عمرانی و اهدای دارایی‌های ثابت مشهود اشاره کرد؛

(د) بخشش مطالبات از قبیل بخشودگی اصل و سود تسهیلات دریافتی؛

(هـ) کمک‌هایی که به صورت جمعی و خرجی در بودجه دولت لحاظ می‌شود، مانند معافیت‌های گمرکی یا تأمین غیر مستقیم مابه‌التفاوت ریالی ارز تخصیصی طبق قانون بودجه و موافقت‌نامه‌های مربوط.

کمک‌های بلاعوض دولت صرفاً به موجب قوانین و مقررات پیش‌بینی و اعطا می‌شود و یک نوع هزینه است. برای هر هزینه‌کردی، دو نوع پاسخ‌گویی مالی و عملیاتی قابل طرح است. پاسخ‌گویی مالی برای ارائه دلایل و گزارش‌هایی است تا شهروندان و نهادهای نظارتی متقاعد شوند اعمال و فعالیت‌هایی که دولت در تحصیل و مصارف منابع مالی عمومی انجام داده، در چارچوب قوانین و مقررات بوده است یا خیر. پاسخ‌گویی عملیاتی برای ارائه گزارش میزان دست‌یابی به اهداف عملیاتی از قبل تعیین شده از نظر کارایی، اثربخشی و مصرف منابع مالی برای تحقق اهداف مربوط است.

بررسی نظارت‌پذیر بودن، نحوه نظارت و چالش‌های این حوزه، هدف این نوشتار است؛ چون تا کنون به نظارت بر این کمک‌ها با عنایت به ماهیت غیر دولتی و به عبارت بهتر، خصوصی بودن مؤسسات دریافت‌کننده کمک و نیز بلاعوض بودن کمک‌ها به طور دقیق پرداخته نشده است. منابع مربوط در این زمینه در حوزه نظارت به نحو عام و به طور خاص، نظارت مالی بر «مؤسسات عمومی غیر دولتی» پرداخته‌اند که می‌توان به این موارد اشاره کرد: مقاله «نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، نوشته ولی رستمی و سید مجتبی حسینی‌پور، منتشرشده در شماره ۴ فصل‌نامه حقوقی دانشگاه تهران؛ مقاله «چالش‌های نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، نوشته پریسا شیخی و فردین مرادخانی، منتشرشده در شماره ۲۱ فصل‌نامه حقوق اداری؛ مقاله «نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (کمیته ملی المپیک) با رویکرد به حکمرانی مطلوب»، نوشته سالار شاکر جنافرد، عباد روحی و ارکان شریفی، منتشرشده در شماره ۳ ماه‌نامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران؛ مقاله «بررسی ماهیت حقوقی نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی در قوانین و مقررات مالی» نوشته مهدی حقیقی و محمد مخملی، منتشرشده در شماره ۱۱ فصل‌نامه دانش حقوق مالیه؛ مقاله «نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی از دیدگاه حقوق عمومی (با تأکید بر نظارت مالی)»، نوشته امیرحسین نظری و ایرج حسینی صدرآبادی، منتشرشده در چهارمین همایش ملی حقوق ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۶ و مقاله «تأثیر نظارت مالی دولت بر سازمان‌های دولتی و نهادهای عمومی غیر دولتی و نقش آن در بهبود عملکرد مالی سازمان»، نوشته نازنین سادات همایونی پهنه‌کلایی و مجید مخلصی، منتشرشده در اولین همایش ملی رویکردهای نظری و فناوری‌های نوین در علوم اداری در سال ۱۴۰۱.

با این وصف، نوآوری پژوهش حاضر نسبت به پژوهش‌های بیان‌شده از سه جهت است:

۱. اشخاص مورد مطالعه آن، «مؤسسات غیر دولتی» یا همان «مؤسسات خصوصی» است که نسبت به مقالات پیش‌گفته که صرفاً دربردارنده «مؤسسات عمومی غیر دولتی» موضوع ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری هست، فاصله بسیار دارد.
۲. موضوع مقاله حاضر، «نظارت مالی بر مصرف کمک‌های اعطایی دولت» به طور خاص هست و نظارت مالی به معنای عام و گسترده آن نیست.

۳. سعی شده است با تبیین ماهیت به اصل چگونگی و نحوه امکان نظارت بر نحوه هزینه‌کرد کمک‌های دولتی به مؤسسات غیر دولتی پرداخته شود و از جامعیت لازم برخوردار باشد و صرفاً به یک بخش یا حوزه خاص مثلاً مؤسسات بیمه یا پزشکی یا خیریه وارد نشود.

این مقاله به تبیین شیوه نظارت بر دولت در امر تخصیص و اعطای کمک‌ها به مؤسسات و نهادهای غیر دولتی نیز پرداخته است. در همین راستا، در سه سرفصل اصلی به بررسی ابعاد موضوع پرداخته‌ایم. گفتار نخست به مفاهیم اختصاص دارد که در آن، نظارت، نظارت مالی، مؤسسات غیر دولتی (اعم از مؤسسات عمومی غیر دولتی و خصوصی) تعریف و تبیین شده‌اند. در گفتار دوم، کمک‌های دولت و ماهیت این نوع کمک‌ها و مؤسسات مشمول دریافت کمک به طور مبسوط به ویژه از منظر قوانین و مقررات کشور مشخص شده‌اند. در گفتار سوم به نحوه نظارت بر مصرف کمک‌ها توسط نهادهای نظارتی و قوه مجریه به صورت مستقیم و غیر مستقیم اشاره شده است. در نهایت، با بیان مهم‌ترین ایرادهای وارد بر مصرف کمک‌های دولتی از نگاه ناظر، راهکارهایی نیز برای مدیران و کارکنان دولت در چگونگی تخصیص و نظارت بر مصرف کمک‌ها ارائه گردیده است. این تحقیق فرضیه ندارد و دربرگیرنده این سؤال‌هاست: نظارت و به طور خاص، نظارت مالی چیست؟ منظور از مؤسسات غیر دولتی چیست و کدام یک از این مؤسسات می‌توانند مشمول کمک‌های اعطای دولت شوند؟ ماهیت کمک‌های اعطایی دولت چیست و این ماهیت چه تأثیری بر امر نظارت بر مصرف و هزینه آن دارد؟ مهم‌ترین ایرادهای وارد به دولت در اعطای کمک‌ها از نگاه ناظر چه می‌تواند باشد؟ مهم‌ترین چالش‌ها، ابهام‌ها و کاستی‌های قوانین و مقررات در حوزه نظارت بر تخصیص و مصرف کمک‌ها به مؤسسات غیر دولتی چیست؟

با این وصف، سؤال اصلی تحقیق که در این بررسی به آن پاسخ داده می‌شود، «نحوه نظارت بر دولت در امر تخصیص و اعطای کمک‌ها و نیز نظارت دولت و نهادهای نظارتی بر نحوه مصرف و هزینه‌کرد کمک‌ها توسط مؤسسات غیر دولتی و سازوکارهای آن» با توجه به مفهوم نظارت و به طور خاص، نظارت مالی، شخصیت حقوقی مؤسسات غیر دولتی و ماهیت کمک‌های اعطایی دولت است.

گفتار اول. مفهوم‌شناسی

بند اول. نظارت و نظارت مالی

نظارت، کنترل، مهار و پاسخ‌گویی از جمله مفاهیم مناقشه‌برانگیز در علم حقوق و مدیریت است.^۱ در معنی عام، فرآیندی است برای اطمینان‌یابی از این‌که عملیات یا اقدامات واقعی با عملیات پیش‌بینی‌شده و برنامه‌ریزی‌شده همانند است.^۲ در علم مدیریت، فرآیند مقایسه هست‌ها با باید‌ها، عملکرد با برنامه و تشخیص انحرافات احتمالی و فرآیند مقایسه وضع موجود با وضع مطلوب، همراه با شناسایی انحرافات و به‌کارگیری اقدامات اصلاحی را نظارت گویند.^۳ نظارت در مفهوم حقوقی عبارت است از بازرسی، سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان و ناظر، کسی است که به منظور چنین بازرسی و ارزیابی و سنجشی تعیین می‌شود.^۴

نظارت در حقوق عمومی، حوزه‌ای گسترده دارد که علاوه بر نظارت بر نهادهای تشکیل‌دهنده حکومت و دولت، مشروعیت حکومت و دولت را هم شامل می‌شود. به این معنا که فراتر از اعمال حکومت به نظارت بر مشروعیت اصل نظام سیاسی هم توجه صورت می‌گیرد.^۵ در حقوق اساسی، بررسی، ممیزی و ارزش‌یابی کارهای انجام‌شده یا در حال انجام و انطباق آن‌ها با تصمیمات گرفته‌شده و نیز قانون و مقررات برای جلوگیری از انحراف افراد و دستگاه‌هایی اجرایی تعریف شده است.^۶ در این جا منظور از نظارت، مطابقت فعالیت‌های یک نهاد، مؤسسه یا مقام و مأمور با قوانین است.

۱. شفیعی سردشت، جعفر، علی‌اکبر گرجی ازندریانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۱۶، ص ۶۳.

۲. استونر، جیمز آرتور فینچ، دانیل گیلبرت و ادوارد فریمن، مدیریت (جلد ۲)، ترجمه: علی پارسیان و سید محمد اعرابی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۷۵، ص ۱۲۵۶.

۳. طبرسا، غلام‌عباس، تئوری‌های مدیریت (جلد ۱)، تهران: حرکت نو، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱.

۴. عمید زنجانی، عباس‌علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۵.

۵. همان، صص ۱۴-۱۳.

۶. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۳، ص ۳۵۰.

در نظام حقوقی مدرن و تفکیک قوا به سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه که در حقیقت، کارکردهای اولیه و اصلی حکومت یعنی وضع قانون، اجرای قانون، رفع اختلاف یا تعقیب و مجازات جرم بر اساس قانون است؛ این اقدامات مربوط به کارکردها و در زمره اعمال اختیار از سوی قوای حکومتی است. واضعان قانون اساسی، خواستار کنترل یا نظارت بر استفاده از آن اختیارات هستند تا از اعمال قانونی قدرت و تجاوز نکردن از اختیار مقرر اطمینان یابند.^۱ به دیگر سخن، منظور از نظارت، در حقیقت، مهار قدرت با قدرت است.^۲

نظارت در حقوق اساسی به ناظر ارجاع می‌گردد؛ شخصی که عمل یا اعمال نماینده شخص یا اشخاص را زیر نظر می‌گیرد و صحت و سقم آن عمل یا اعمال را به مقیاس معینی که معهود است، می‌سنجد و برای این کار هم اختیار قانونی دارد.^۳ نظارت در حقوق اداری، بررسی، پژوهش و مراقبتی است که از جانب مقامات یا هیئت‌های ویژه اداره بر مجموع اجزای اداره و اعمال آن انجام می‌گیرد تا از حسن جریان امور اطمینان حاصل گردد و کژی‌ها به راستی تبدیل و اشتباه‌ها اصلاح شود.^۴ پس نظارت عبارت است از این‌که شخص، مقام یا سازمانی اعمال شخص، مقام یا سازمان دیگری را به طور قانونی زیر نظر قرار دهد و به درستی یا نادرستی آن اعمال پی ببرد.^۵

نظارت را از لحاظ موضوع یا نهاد ناظر می‌توان به سه دسته نظارت اداری، نظارت قضایی و نظارت مجلس (پارلمانی) با توجه به قوای سه‌گانه در کشور تقسیم کرد.^۶ البته تقسیم‌بندی‌های مختلفی از نظارت مانند عمومی، سیاسی، تقنینی، مالی، قضایی، امنیتی، انضباطی/اداری و عقیدتی^۷ شده

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ هفتم، ۱۴۰۰، ص ۱۸.

۲. همان، ص ۲۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲، ص ۷۴.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵، صص ۸-۹.

۵. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۰، ص ۱۸۶.

۶. رحمانی، وحیده، «بررسی نظارت بر اجرای بودجه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، تهران: نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران با رویکرد حقوق شهروند، ۱۳۹۶، صص ۹ و ۱۷.

۷. راسخ، پیشین، صص ۳۶ و ۴۳.

است. هدف از هر نظارتی در حکومت، حاکمیت قانون، تضمین حقوق شهروندان و شناسایی نقاط قوت و تقویت آن و نقاط ضعف و برطرف کردن و بهبود آن خواهد بود که پویایی و کارآمدی را در پی دارد. البته هر نظارتی حتی نظارت مردم بر حکومت، حد و مرز و چارچوبی دارد؛ رعایت اصول برائت، صحت و درست‌کاری، اباحه اعمال، حرمت تجسس در زندگی خصوصی دیگران، حکم و جوب کتمان اسرار زندگی خصوصی مردمان، حرمت اختلال نظام و ایجاد هرج و مرج، ضروری و لازم است.^۱

در قوانین و مقررات ایران، تعریف جامعی از «نظارت مالی» وجود ندارد، اما می‌توان گفت نظارت در مفهوم عام، فعالیتی است که باید‌ها را با هست‌ها، مطلوب‌ها را با موجود‌ها و پیش‌بینی‌ها را با عملکردها مقایسه می‌کند و در مفهوم خاص خود شامل همه کنترل‌هایی است که قبل و بعد از مصرف منابع مالی اعمال می‌گردد. هدف اساسی آن نیز برقراری کنترل‌های لازم به منظور اطمینان‌یابی از رعایت قوانین و مقررات و محدودیت‌های بودجه‌ای برای مصرف منابع مالی در برنامه‌ها و فعالیت‌های مصوب است. در واقع، این نوع نظارت به مفهوم نظارت بر تمامی تصرفات دستگاه‌های دولتی و همه نهادهایی است که به نحوی از بودجه دولتی استفاده می‌کنند.^۲ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، تخصیص بودجه دستگاه‌ها را بر عهده دارد و به همین دلیل می‌تواند در کنار تأمین اعتبار اداره یا قبل از تخصیص بودجه، دستگاه را به رعایت اصول و استانداردهای مورد نظر خود مکلف سازد و در واقع، الگوی ارزیابی و تخصیص بودجه به دستگاه‌های دولتی را اصلاح کند.^۳ نظارت مالی، مجموعه اقداماتی است که برای بررسی و تطبیق عملیات مالی دولت با قوانین و برنامه‌ها، با هدف جلوگیری یا تصحیح انحرافات احتمالی صورت می‌پذیرد.^۴

با توجه به تعریف یادشده، ابعاد کلی نظارت مالی را می‌توان چنین بیان کرد: نظارت بودجه‌ای؛ نظارت بر رعایت قوانین و مقررات؛ نظارت بر نحوه ارائه صورت‌های مالی و قابلیت اتکای آن. نظارت

۱. منتظر قائم، مهدی، «حق نظارت شرعی مردم بر حکومت»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۷۶، ص ۸۸.

۲. عمید زنجانی و موسی‌زاده، پیشین، ص ۱۹۷؛ باباجانی، جعفر، «مسئولیت پاسخ‌گویی و کنترل‌های داخلی در بخش عمومی - بخش اول»، مجله حسابدار، ۱۳۸۰، شماره ۱۴۶، صص ۱۳۰-۹۷.

۳. آذرنوش، محمد، مقدم نیا، الهام، «پیش‌گیری وضعی از فساد اداری در نظام بانکی ایران با تأکید بر اختلاس»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۲، شماره ۲۱، ص ۳۹۱.

۴. امامی، محمد و مسعود نادری باب اناری، «تأملاتی پیرامون نظارت مالی بر دستگاه‌های دولتی ایران»، حقوق اساسی، ۱۳۸۶، شماره ۸، صص ۵۸-۴۳.

مالی شامل همه کنترل‌هایی است که پیش، هنگام و پس از مصرف منابع مالی اعمال می‌شود. از این رو، یکی از اهداف اصلی اعمال نظارت مالی را می‌توان اطمینان‌یابی از رعایت قوانین و مقررات و محدودیت‌های بودجه‌ای و اعمال کنترل‌های لازم برای مصرف منابع مالی در برنامه‌ها و فعالیت‌های مصوب جست‌وجو کرد.^۱

در قوانین جاری برای بازرسان، کارشناسان رسمی، حساب‌رسان و حسابداران، ممیزین، ذی‌حسابان، ناظران و دیگر اشخاصی که مسئول ثبت یا رسیدگی به اسناد، دفاتر و فعالیت‌های اشخاص حقیقی و حقوقی در حیطه وظایف خودند، در بحث نظارت مالی، تکالیفی پیش‌بینی و ضمانت اجرای کیفری وضع شده است.^۲ هم‌چنین هر یک از کارکنان و مدیران دستگاه‌های دولتی و عمومی برابر قوانین و مقررات متعدد مسئولیت دارد در صورت مشاهده جرایم و تخلفات مالی نسبت به گزارش و اعلام آن برای رسیدگی مراجع صلاحیت‌دار اقدام کند.^۳

بند دوم. مؤسسات غیر دولتی

تعریف مؤسسات غیر دولتی به دلیل شباهت نوشتاری و ساختاری (مانند استقلال شخصیت حقوقی، اداری و مالی)، بیش‌تر مؤسسات عمومی غیر دولتی را به ذهن متبادر می‌سازد که در ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شده و با موضوع این بررسی متفاوت است، هرچند در این نوع از مؤسسات هم کمک‌های دولتی و اعتبارات دولتی وجود دارد. حتی مؤسسات غیر دولتی هم می‌توانند بدون آن‌که با تعاریف قانونی یادشده به آن‌ها نگریسته شود، از نظر کارکرد، واجد وصف عمومی باشند و اساساً رابطه عموم و خصوصی بین آن‌ها و مؤسسات عمومی غیر دولتی برقرار است. با این درهم‌تنیدگی، برای تمیز این مسئله ابتدا به تبیین هر دو اصطلاح می‌پردازیم.

۱. شیخی، پریسا و فردین مرادخانی، «چالش‌های نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱، ص ۲۰۹.

۲. ماده (۱۴) قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد.

۳. برای نمونه: مواد (۱۳) و (۱۵) قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد و ماده (۱۲) قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور.

۱. مؤسسات عمومی غیر دولتی

تا قبل از قانون محاسبات عمومی کشور (۱۳۶۶/۶/۱)، با این که مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی در نظام اداره امور عمومی کشور وجود داشتند، تعریفی از آن‌ها ارائه نشده بود. قانون محاسبات عمومی، اولین قانون مهم عمومی است که برای نخستین بار به تعریف موسسه عمومی غیردولتی پرداخت. بر اساس ماده ۵ قانون یاد شده، «مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی از نظر این قانون، واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده یا می‌شود».^۱ امروزه در بیش تر نظام‌های حقوقی، تأسیساتی در نظر گرفته می‌شود که شخصیتی مجزا از سازمان‌ها و نهادهای مرکزی حکومتی دارند و برای انجام وظایف عمومی ایجاد می‌شوند. البته الگوهای یکسانی درباره آن‌ها وجود ندارد. مؤسسات عمومی غیر دولتی نیز یکی از انواع مؤسسات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران هستند که پدیده‌ای جدید در ساختار اداره امور کشورها به حساب می‌آیند.^۲

مؤسسات عمومی غیر دولتی را ناشی از آموزه‌های عدم تمرکز در نظام اداری می‌دانند. تقسیم صلاحیت‌ها در نظام عدم تمرکز گاهی به صورت عدم تمرکز سرزمینی و گاهی به صورت عدم تمرکز فنی است. در عدم تمرکز محلی، صلاحیت تصمیم‌گیری به نهادهای مستقل محلی منتخب مردم واگذار می‌شود و در شکل فنی آن، اختیار و صلاحیت تصمیم‌گیری در امور عمومی که جنبه‌های تخصصی یا فنی دارد، به نهادهای دارای شخصیت حقوقی مستقل اعطا می‌شود. در همین راستا، شاهد طیف متنوعی از این نوع مؤسسات از مؤسسات عام‌المنفعه (مانند هلال احمر و سازمان تأمین اجتماعی) و نهادهای محلی (مانند شهرداری‌ها و دهیاری‌ها) هستیم که در این حیطه قرار می‌گیرند. برخی معتقدند^۳ در تعریف جدید از مؤسسات عمومی غیر دولتی برخلاف تعریف قانون

۱. شیخ موحد، مهدی، آزادی، محمد جواد، جوهری، مهدی، «مفهوم و مصادیق موسسه عمومی غیر دولتی در نظام حقوقی ایران»، نشریه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۲، شماره ۱۵۱، ص ۲۴۴.

۲. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور، «نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه حقوقی (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سوم، ۱۳۸۸، شماره ۴، ص ۱۹۳.

۳. یازرلو، حجت‌الله، «نظام حقوقی مؤسسات عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۹، به نقل از: رستمی و حسینی‌پور، پیشین، ص ۱۹۴.

محاسبات عمومی^۱ از این مؤسسات لازم نیست این مؤسسات به موجب قانون تحت این عنوان شناخته شوند. بنابراین، مؤسساتی را که دارای شرایط ماده (۳) قانون مدیریت خدمات کشوری^۲ باشند، هرچند به این عنوان شناخته نشده باشند، می‌توان جزء مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی دانست؛ نظیر سازمان‌های حرفه‌ای (مانند نظام‌های صنفی، پزشکی، اتاق بازرگانی، صنایع و معادن، کانون وکلا و شبیه آن).

به نظر می‌رسد که تنها مؤسسات عمومی غیر دولتی مورد نظر قانون محاسبات عمومی می‌بایست به این عنوان شناخته شوند؛ چون دلیل ذکر این قید، محدود کردن مؤسساتی است که از مزایای مالی قانون محاسبات عمومی استفاده می‌کنند.^۳ پس می‌توان برداشت یادشده را صحیح ندانست، هرچند آن مؤسسات، خدمات عمومی ارائه کنند. به هر ترتیب، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۶، از «مؤسسات خصوصی که خدمات عمومی ارائه می‌کنند» نام برده است. در بند (هـ) ماده (۱) این قانون، مؤسسه خصوصی شامل هر مؤسسه انتفاعی و غیر انتفاعی به استثنای مؤسسات عمومی است. مؤسسات عمومی هم سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به معنای عام کلمه شامل تمام ارکان و اجزای آن است که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده است. برابر دادنامه شماره ۱۳۰۲ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری،^۴ مواد (۱) تا (۱۲) شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مجوزهای دولتی و مجوزهای مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی، ابلاغی وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی، مستند به ماده (۱۸) مذکور ابطال نشده است. بنابراین، می‌توان به موجب قانون یادشده و نیز بر اساس ماده (۲) شیوه‌نامه یادشده، مؤسسات خصوصی را که طبق قوانین و مقررات مجوز صادر می‌کنند، مانند اتحادیه‌ها

۱. ماده ۵: مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی از نظر این قانون، واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده و یا می‌شود. تبصره: فهرست این قبیل مؤسسات و نهادها با توجه به قوانین و مقررات مربوط از طرف دولت پیشنهاد و به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.

۲. ماده ۳. 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.

۳. یازرلو، پیشین، به نقل از: رستمی و حسینی‌پور، پیشین، ص ۱۹۴.

4. www.divan-edalat.ir/aho-detail/13836.

و سازمان‌های صنفی، مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی فرض کرد. این نظر در دادنامه شماره ۱۳۹۸/۱۱/۲۹ مورخ ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۱۰۱۳ هیئت تخصصی فرهنگی، آموزشی و پزشکی تأیید شده است.^۱

در حال حاضر، نهادهای متعددی در کشور بنا بر قانون فهرست مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی مصوب ۱۳۷۲ و اصلاحات و الحاقات بعدی یا به موجب قانون تأسیس خود (مانند بنیاد رودکی) در زمره مؤسسات عمومی غیر دولتی قرار دارند که به دلیل خروج موضوعی از این پژوهش به همین مقدار بسنده می‌شود.

۲. مؤسسات غیر دولتی (خصوصی)

تعریف مشخص و دقیقی از مؤسسه غیر دولتی یا خصوصی وجود ندارد و شاید دلیل اصلی آن، روشن و بدون ابهام بودن این مسئله با عنایت به وضع خاص آن باشد. با توجه به اصل (۴۴) قانون اساسی که به موجب آن، «بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی است»، می‌توان مؤسسات غیر دولتی را مؤسسات وابسته به اشخاص حقیقی و حقوقی غیر دولتی یا خصوصی دانست. حتی می‌توان از مفهوم مخالف ماده (۲) قانون مدیریت خدمات کشوری نیز بهره برد که مؤسسه دولتی را چنین تعریف کرده است: «واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد، انجام می‌دهد. کلیه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است، در حکم مؤسسه دولتی شناخته می‌شود».

از مبنای ماده (۵۸۴) قانون تجارت هم می‌توان استفاده کرد. به موجب این ماده، «تشکیلات و مؤسساتی که برای مقاصد غیر تجاری تأسیس شده یا بشوند، از تاریخ ثبت در دفتر ثبت مخصوصی که وزارت عدلیه معین خواهد کرد، شخصیت حقوقی پیدا می‌کنند». برابر مواد (۱) و (۲) آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مصوب ۱۳۳۷/۰۹/۰۵، «مقصود از تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مذکور در ماده (۵۸۴) مذکور، کلیه تشکیلات و مؤسساتی است که برای مقاصد

1. www.divan-edalat.ir/nht-detail/12915.

غیر تجارتي از قبیل امور علمی یا ادبی یا امور خیریه و امثال آن تشکیل می‌شود، اعم از آن‌که مؤسسين و تشکیل دهنندگان قصد انتفاع داشته یا نداشته باشند» و «می‌توانند عناوینی از قبیل انجمن، کانون یا بنگاه و امثال آن اختیار نمایند».

در آیین‌نامه تشکّل‌های مردم‌نهاد مصوب ۱۳۹۵/۰۵/۲۷، سازمان‌ها و تشکّل‌های «مردم‌نهاد» یا «نهاد مدنی» این‌گونه تعریف شده است: «نهادی غیر دولتی است که به منظور فعالیت در راستای توسعه اجتماعی، فرهنگی و سیاسی ایجاد شده یا می‌شود» و «منظور از غیر دولتی، عدم وابستگی به دولت و نهادهای حاکمیتی، عدم دخالت دولت و نهادهای حاکمیتی در تأسیس، اداره و استمرار و هم‌چنین عدم فعالیت مقامات و مسئولان و کارکنان دولتی و نهادهای حاکمیتی با استفاده از جایگاه حقوقی خود به عنوان مؤسس یا عضو است». این آیین‌نامه، تشکّل مردم‌نهاد را نیز چنین تعریف کرده است: «نهاد غیر سیاسی و غیر انتفاعی بوده و با رویکردی اجتماعی توسط جمعی از اشخاص حقیقی به شکل داوطلبانه و با رعایت مفاد این آیین‌نامه در موضوع مشخص پروانه فعالیت دریافت کرده و به ثبت می‌رسد».

بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۸۷/۳۰/۲۹۱۷۳ مورخ ۱۳۸۷/۰۸/۲۲ از اصل (۱۴۱) قانون اساسی که ناظر به منع تصدی بیش از یک شغل است، «عضویت در هیئت مدیره و مدیرعاملی مؤسسات فرهنگی غیر دولتی و غیر عمومی و مؤسساتی که سرمایه اولیه آن متعلق به دولت و نهادهای عمومی غیر دولتی نباشد و شرکت دولتی و خصوصی محسوب نشود، مانعی ندارد».

البته تعداد دیگری از بخش‌های غیر دولتی نیز وجود دارند که صرفاً از شمول آیین‌نامه تشکّل‌های مردم‌نهاد مستثنی شده‌اند، اما در تعاریف یادشده قرار می‌گیرند. نهادهای عمومی غیر دولتی، اتاق‌ها و تشکّل‌های اقتصادی، تعاونی‌ها، سازمان‌های صنفی و حرفه‌ای، احزاب و تشکّل‌های سیاسی، کانون‌ها و سازمان‌های دانشجویی و دانش‌آموزی، سازمان‌های کارگری و کارفرمایی، انجمن‌های علمی، مؤسسات فرهنگی، هنری و ادبی، هیئت‌های مذهبی، باشگاه‌های ورزشی، مراکز ترک اعتیاد، مؤسسات تجاری و انتفاعی و مؤسسات موضوع بندهای (۱) تا (۱۲) ماده (۲۶) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰، مصداق تشکّل مردم‌نهاد نیستند و برخی به شرحی که پیش‌تر گفته شد، در زمره مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند.

برابر ماده (۱) «ضوابط و مقررات تأسیس مراکز، مؤسسات، کانون‌ها و انجمن‌های فرهنگی و نظارت بر فعالیت آن‌ها» مصوب ۱۳۷۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی، مؤسسات فرهنگی و هنری این گونه تعریف شده‌اند: «تشکیلاتی است که با اهداف و مقاصد فرهنگی اعم از انتفاعی یا غیرانتفاعی (بر طبق ماده ۵۸۴ قانون تجارت و آیین‌نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری مصوب ۱۳۳۷) و بر اساس شرایط مندرج در این ضوابط به مسئولیت اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از دولتی، عمومی و خصوصی، افراد واجد شرایط برای فعالیت در یک یا چند قلمرو فرهنگی، هنری و سینمایی و مطبوعاتی با سرمایه ایرانی تشکیل می‌دهند و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، مجوز تأسیس، نظارت بر فعالیت‌ها و انحلال آن‌ها را صادر می‌کند». هم‌چنین به موجب مصوبه جلسه (۵۲۰) مورخ ۱۳۸۲/۴/۱۰ شورای یادشده، مؤسساتی را که برای شکل مرکزی این نوع مؤسسات فرهنگی تحت عنوان اتحادیه، مجمع و مرکز تأسیس می‌شود، می‌توان به این بخش افزود.

بر این اساس، آن‌چه از رویه و ادبیات قانون‌گذاری در ایران ملاحظه می‌شود، سه مؤلفه نحوه تأسیس، سرمایه، مدیریت و اداره، اساسی‌ترین شاخص‌های تمیز این مؤسسات هستند. پس مؤسساتی را که از جهت تأسیس با اراده و خواست اشخاص خصوصی و سرمایه ایشان و نه اراده قانون‌گذار یا با اجازه از جانب او شکل می‌گیرند و وابسته به دولت و نهادهای عمومی غیر دولتی تلقی نمی‌شوند و به عبارتی، از استقلال شخصیت حقوقی و نیز در امور اداری، مالی و استخدامی نسبت به دولت برخوردارند، می‌توان غیر دولتی نامید.

گفتار دوم. کمک‌های دولت

بند اول. ماهیت کمک‌های دولت

به موجب ماده (۲۳) قانون محاسبات عمومی، «هزینه عبارت از پرداخت‌هایی است که به طور قطعی به ذی‌نفع در قبال تعهد یا تحت عنوان کمک یا عناوین مشابه با رعایت قوانین و مقررات مربوط صورت می‌گیرد». پس کمک در زمره هزینه‌ها و در مرحله اجرای بودجه است. ممکن است کمک‌های دولت را به اشتباه خرید کالا یا خدمت فرض کنند.^۱ کمک و حمایت دولت اطلاق معامله ندارد و به صورت

۱. برابر تبصره ذیل ماده (۹) قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰، کمک‌های دولتی مبنای محاسبه مالیات قرار نمی‌گیرند.

بلاعوض به اشخاص غیر دولتی برای اهداف مختلف مانند حمایت از یک فعالیت خاص و جبران ضرر و زیان پرداخت می‌شود که در این خصوص، توجه به نکات قانونی ذیل ضروری است:

الف) برابر ماده (۷۹) قانون محاسبات عمومی کشور، معاملات وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی باید برحسب مورد از طریق مناقصه یا مزایده انجام شود که کمک چنین صفتی ندارد.

ب) به موجب تبصره (۳) ذیل ماده (۱) لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲، معاملات دولتی احصاء و «کمک» در هیچ کدام از مصادیق آن نیامده است.

ج) به نظر می‌رسد انعقاد تفاهم‌نامه یا توافق‌نامه بین دولت و مؤسسات دریافت‌کننده کمک (بند (ب) ماده (۱) ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه به افراد و مؤسسات غیر دولتی موضوع ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی کشور) که یکی از موارد مجاز بودن پرداخت کمک را پذیرش «تعهدات مشخص» در راستای اهداف و وظایف دستگاه کمک‌کننده دانسته، موجب این اشکال شده است.^۱

بنابراین، کمک از مصادیق هزینه (ماده (۲۳) قانون محاسبات عمومی) و از جهت نوع تسویه حساب با دستگاه نیز هزینه قطعی (به صراحت ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی و قانون ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه به افراد و مؤسسات غیر دولتی) است و به تشخیص مقام صلاحیت‌دار پرداخت و معامله محسوب نمی‌شود. پس آن چه دولت‌ها در راستای عدالت توزیعی و حمایت از بخش‌هایی مانند اقشار آسیب‌پذیر، نیازمندان، خدمات (که برای بخش خصوصی، ورود آن بدون حمایت دولت مقرون به صرفه نیست)، گونه‌ها، مشاغل، هنرها، فعالیت‌های در معرض نابودی و نیز دیگر مسائل و موضوعاتی که در زمره اهداف دولت قرار داشته است و تمایل دارد بدون مداخله و تصدی‌گری، اما بدون قرارداد توسط مردم اجرا شود، به صورت بلاعوض پرداخت می‌کنند، کمک محسوب می‌شود.

بند دوم. مؤسسات مشمول دریافت کمک

بهترین راه تشخیص مؤسسات مشمول، مراجعه به مبنای اصلی و قانونی آن است. برابر ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶، شرط اساسی برای برخورداری از کمک‌های دولت، «غیر

۱. «شخص حقیقی یا حقوقی غیر دولتی در جهت اهداف و وظایف قانونی دستگاه اجرایی مربوط، تعهدات مشخصی را بپذیرد».

دولتی» بودن است. هم‌چنین بر همین شرط اساسی در ماده (۱) «قانون ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه به افراد و مؤسسات غیر دولتی موضوع ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی کشور» مصوب ۱۳۷۸ تأکید شده است. فارغ از این‌که فلسفه وضع چنین شرطی ممکن است پیش‌گیری از ایجاد زمینه‌های فساد مالی و امتیازات خاص باشد، اساساً غیر دولتی بودن و وابستگی نداشتن به مؤسسات عمومی غیر دولتی حتی در عضویت کارکنان دولت در مؤسسات فرهنگی و هنری به نحوی که پیش‌تر با بیان نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل (۱۴۱) قانون اساسی گذشت، هم شرط اساسی است. بنابراین، فارغ از حقیقی یا حقوقی بودن، اشخاص واجد شرایط می‌توانند از کمک‌های دولتی برخوردار شوند. به موجب ماده (۱) قانون ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه، چهار مورد برای پرداخت کمک به مؤسسات غیر دولتی بیان شده است:

الف) فعالیت غیر دولتی به تشخیص بالاترین مقام دستگاه و یا مقام مجاز از طرف او، در زمینه اهداف و وظایف قانونی دستگاه بوده و یا نیل به آن را تسریع و تسهیل نماید و در عین حال، پرداخت کمک برای استمرار یا توسعه فعالیت شخص غیر دولتی ضروری باشد.

ب) شخص غیر دولتی در جهت اهداف و وظایف قانونی دستگاه اجرایی مربوط، تعهدات مشخصی را بپذیرد. **ج)** پرداخت کمک یا اعانه به اشخاص غیر دولتی مورد نظر جزء وظایف قانونی دستگاه باشد.

د) پرداخت کمک به اشخاص غیر دولتی و برای رفع نیازمندی‌های مشروع و اجتناب‌ناپذیر آن‌ها به تشخیص بالاترین مقام دستگاه یا مقام مجاز از طرف او ضرورت داشته باشد.

از مجموع این موارد، در حال حاضر، بند (ب) ماده (۱) این قانون از فراوانی بیش‌تری برخوردار است.

هیئت تخصصی استخدامی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۰۹۷ مورخ ۱۴۰۰/۲/۲۷، موضوع ابطال اصلاحیه آیین‌نامه نحوه همکاری و کمک دولت به مؤسسات تعاونی مستخدمین رسمی (موضوع تصویب‌نامه شماره ۳۸۴۹۸ مورخ ۱۳۶۳/۶/۱۷، هیئت وزیران) و ابطال اصلاحیه مقدمه آیین‌نامه نحوه همکاری و کمک دولت به مؤسسات تعاونی مستخدمین رسمی (موضوع تصویب‌نامه شماره ۶۶۷۷۸ مورخ ۱۳۶۳/۹/۲۵، هیئت وزیران) بیان کرده است که با توجه به حکم مقرر در ماده (۵۲) قانون استخدام کشوری و اصل (۴۴) قانون اساسی، یکی از پایه‌های سه‌گانه نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران، بخش تعاونی است. بنا بر اصل (۱۲۶) قانون اساسی، مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و

استخدامی کشور مستقیماً بر عهده رییس جمهور است که می‌تواند اداره آن را بر عهده دیگری بگذارد. اصل (۱۴۱) قانون اساسی هم عضویت «کارمندان دولت» در شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات را ممنوع نکرده است. از این رو، کمک به تعاونی‌های کارکنان دولت را مجاز شمرده و در حدود اختیارات مرجع تصویب دانسته است.^۱ بنابراین، به صرف حضور کارمندان دولت در یک مؤسسه نمی‌توان منعی برای کمک کردن به آن مؤسسه تصور کرد؛ چون پیش‌تر هم بیان شد که کمک، اطلاق معامله ندارد.

گفتار سوم. نحوه نظارت

از نگاه کلی، در حوزه کمک‌های اعطایی، نظارت دو قسم دارد؛ اول آن‌که دولت بر نحوه مصرف این نوع کمک‌ها نظارت می‌کند. در واقع، انطباق هزینه‌های انجام‌شده توسط کمک‌گیرنده با اهداف اعلام‌شده توسط دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده کمک صورت می‌گیرد. دوم این‌که بخش‌های نظارتی حاکمیت بر نحوه تخصیص و عملکرد دولت و مؤسسات یادشده در هزینه‌کرد این وجوه نظارت دارند. دولت نیز نظارت خود را به دو صورت اعمال می‌کند: نظارت مستقیم و رسیدگی به گردش عملیات مالی مؤسسات در مورد اعتبارات یا کمک‌های دریافتی و نظارت غیر مستقیم با سازوکارهای داخلی اشخاص حقوقی غیر دولتی تحت عنوان بازرس قانونی و حسابرس رسمی (مستقل). به عبارت دیگر، عملاً در خود مؤسسات هم نظارت درونی و بیرونی حاکم است.

بند اول: نظارت قوه قضاییه

۱. سازمان بازرسی کل کشور

این سازمان به منظور نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری و در اجرای اصل (۱۷۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تشکیل شده است و صلاحیت‌های آن ناظر به دو محور مبارزه با فساد اداری و ارائه پیشنهادهایی برای تقویت حاکمیت قانون و الزامات قانونی است.^۲ در بند (الف) از ماده (۲) قانون تشکیل سازمان مصوب ۱۳۶۰/۰۷/۱۹ و اصلاحات بعدی

۱. www.divan-edalat.ir/nht-detail/14301.

۲. عارف، رضا و مهدی دهباشی، «سازمان بازرسی: معناشناسی حسن جریان امور و روش‌شناسی تعیین شاخص‌ها»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۵، سال سوم، شماره ۱۰، ص ۳۹.

آن به ویژه مصوب ۱۳۹۳، بازرسی و نظارت مستمر بر مؤسساتی که «دولت به نحوی از انحا بر آن‌ها نظارت یا کمک می‌نماید»، تصریح شده و در بند (ج) همین ماده، اعلام موارد تخلف و نارسایی‌ها و سوء جریان اداری و مالی در خصوص مؤسسات غیر دولتی کمک‌گیر از دولت به وزیر ذی‌ربط را آورده است. مشخص نیست چرا قانون‌گذار با اتکا به اصل (۱۷۴) قانون اساسی بر معنای مستفاد از «نظارت بر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری» و در مقام بیان وظایف سازمان بازرسی کل کشور، همه دستگاه‌های اداری عمومی کشور، اعم از دولتی و غیر دولتی را صریحاً مشمول نظارت سازمان بازرسی اعلام نکرده است. لحن قانون اساسی در این زمینه عام و مطلق است و این عموم و اطلاق می‌تواند به درستی مبنای چنین اعلامی قرار گیرد.^۱

با توجه به صلاحیت عام نظارتی، این سازمان در عمل از اختیارات زیادی در حوزه نظارت در پیش، هنگام و پس از اقدام برخورداری است. پس سازمان بازرسی کل کشور علاوه بر دستگاه پرداخت‌کننده کمک، امکان نظارت بر عملکرد مالی مؤسسات کمک‌گیرنده را هم دارد. برابر ماده (۱۰) قانون تشکیل سازمان، پیشنهاد‌های آن برای دستگاه‌ها لازم الاجراست. پس در عمل، سازمان می‌تواند در فرآیند اعطای کمک‌ها و نظارت بر آن علاوه بر آن‌چه در گزارش‌هایش درج می‌کند، بر عملکرد دولت تأثیر مستقیم بگذارد. البته باید به این نکات هم توجه داشت:

الف) به دلیل محدودیت‌ها عمدتاً امکان نظارت دایمی فراهم نیست. سازمان در بیش‌تر موارد، بررسی‌های موردی از بخش‌ها یا موضوعات و حتی برای دوره‌های زمانی مشخص دارد. با این وصف، عمده نظارت به بعد اجرا موکول می‌شود و فقط آن بخش که در قالب پیشنهاد‌های سازمان بوده است، احتمالاً جنبه پیش‌گیرانه پیدا می‌کند.

ب) در برخی موارد، نظارت‌ها سبب شده است توافق‌نامه‌ها یا تفاهم‌نامه‌های اعطای کمک در عمل با سخت‌گیری‌های زیاد، شکل و فرآیند قرارداد به خود بگیرند. برای مثال، می‌توان به نظارت بر نحوه تشخیص و چرایی پرداخت کمک به مؤسسات اشاره کرد. اگرچه برابر قانون، مدیران مربوط، حق تشخیص و اعطای کمک دارند، اما برای دور شدن از اتهام‌ها، اقدام به درج و انتشار فراخوان و تعیین ناظر مالی برای پرداخت کمک می‌کنند.

۱. راسخ، پیشین، ص ۱۲۲.

ج) برداشت‌ها و تفاسیر متعدد از قوانین در حوزه کمک‌ها و نبود وحدت نظر در مورد ماهیت و مصرف آن سبب شده است دستگاه‌های کمک‌کننده حتی از یک استان به استان دیگر در رویه واحدی قرار نگیرند.

۲. نظارت دیوان عدالت اداری

برابر اصول (۱۷۰) و (۱۷۴) قانون اساسی به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوان عدالت اداری تأسیس شده و بدیهی است دیوان یادشده در مواردی که مقررات دولتی در حوزه کمک‌های دولت مغایر قانون باشد، امکان رسیدگی دارد و می‌تواند آن‌ها را ابطال کند. البته با عنایت به آرای متعدد هیئت‌های عمومی و تخصصی دیوان عدالت اداری، آرای اصداری از دیوان می‌تواند به تنسيق بهتر امور و نحوه تخصیص و مصرف کمک‌های دولت کمک شایانی کند. در اصل شناسایی و انتخاب مؤسسات ذی صلاح برای تخصیص کمک‌ها، چون تخصیص کمک به تشخیص مقامات یادشده و از جمله اختیارات ایشان است، دیوان به حوزه صلاحیتی یادشده وارد نمی‌شود.

بند دوم. دیوان محاسبات کل کشور

به موجب اصل (۵۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان محاسبات به همه حساب‌های وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و دیگر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد، رسیدگی یا حسابرسی می‌کند تا هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. همه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و شرکت‌ها و دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، مشمول نظارت دیوان محاسبات هستند.^۱

تبصره ذیل ماده (۲) قانون تشکیل دیوان محاسبات مقرر داشته است: «منظور از دستگاه‌ها در این قانون، کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر واحدها که به نحوی از

۱. رحمانی، پیشین، ص ۵.

انحاز بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند و به طور کلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول (۴۴) و (۴۵) قانون اساسی، مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود، می‌باشد. واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است، نیز مشمول این تعریف می‌باشند.

در ماده (۳) قانون یادشده آمده است: «بررسی وقوع عملیات مالی در دستگاه‌ها به منظور اطمینان از حصول و ارسال صحیح و به موقع درآمد و یا انجام هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها». این ماده نشان می‌دهد دیوان، مجاز به رسیدگی ماهوی نیز هست و می‌تواند از عملیات اجرایی دستگاه‌ها بازدید و اطمینان پیدا کند که در مقابل وجه پرداخت‌شده، کالا یا خدمت متناسب کسب شده و انطباق وصول درآمدها طبق مقررات و به مأخذ صحیح و ارسال به موقع آن‌ها از وظایف دیوان است که مسئولیت بسیار مهمی است.^۱ در بند (الف) ماده (۲) قانون ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه به افراد و مؤسسات غیر دولتی، موضوع ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی کشور چنین آمده است: «در صورتی که کمک و یا اعانه به صورت نقدی و مستقیماً به شخص حقیقی یا حقوقی غیر دولتی پرداخت شود، حسب مورد با اخذ رسید از شخص حقیقی و یا مقام مجاز شخص حقوقی غیر دولتی مزبور به هزینه قطعی منظور خواهد شد. در اجرای این بند، اعلامیه بانکی مبنی بر واریز وجه به حساب بانکی ذی نفع نیز در حکم رسید خواهد بود».

بنابراین، نظارت دیوان صرفاً معطوف به دولت و عملکردهای آن در این حوزه است، مانند این‌که دولت، اعتبارات کمک را در جایی غیر از محل مصوب هزینه کند یا دستگاه کمک‌کننده به هر طریقی، کمک اعطایی را مجدداً به دولت برگرداند و در دولت هزینه کند، مانند هزینه‌های عمرانی یا نیروی انسانی. دیوان مانند سازمان بازرسی کل کشور در ورود به مباحث مالی مؤسسات غیر دولتی کمک‌بگیر حتی با وجود عبارت «که به نحوی از انحاء بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند»، آزادی عمل ندارد؛ زیرا اعتبارات فصل پنجم بودجه وزارت خانه یا همان کمک‌ها، استفاده از بودجه کل کشور تلقی نمی‌شود. دیوان محاسبات به عنوان نظارت بعد از خرج، با ملاحظه رسید بانکی دال بر واریز وجه به حساب مؤسسه، با توجه به منظور شدن به حساب هزینه قطعی و خروج اعتبارات از مالکیت و تعلق به دولت، برابر قوانین پیش‌گفته به حساب‌های مؤسسات غیر دولتی

۱. همان، ص ۱۰.

وارد نمی‌شود، اما این مسئله، مانع از امکان بررسی عملکرد دولت یا دستگاه‌های اجرایی در نحوه انتخاب مؤسسات و تخصیص کمک‌ها نیست.

بند سوم. نظارت دولت (قوه مجریه)

به موجب آیین‌نامه نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات غیر دولتی، مصوب ۱۳۸۵/۳/۲۴ هیئت وزیران، اعتباراتی که به عنوان کمک از محل اعتبارات هزینه‌ای وزارت خانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی یا از محل اعتبارات هزینه‌ای منظور در دیگر ردیف‌های بودجه کل کشور بر اساس موافقت‌نامه مربوط یا بودجه تفصیلی (حسب مورد) برای کمک به عملیات جاری به مؤسسات غیر دولتی پرداخت می‌شود، مشمول مقررات آیین‌نامه یادشده (از نظر نظارت) است. وجوهی که از محل اعتبارات موضوع این آیین‌نامه با رعایت مقررات مربوط تحت عنوان یارانه بابت قسمتی از بهای کالاها و خدمات یا تأمین قسمتی از سود تسهیلات به مؤسسات غیر دولتی پرداخت می‌شود و هم‌چنین کمک‌های موردی پرداختی به این‌گونه مؤسسات یا اشخاص حقیقی از شمول آیین‌نامه خارج است و مشمول مقررات مربوط به خود است.

۱. نظارت مستقیم

مطابق تبصره (۱) ماده (۵) این آیین‌نامه، «در موارد لزوم، دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده وجوه می‌تواند رسیدگی به گردش عملیات مالی مؤسسات مذکور در مورد اعتبارات موضوع این آیین‌نامه را رأساً به عهده گرفته و اقدامات لازم را انجام دهد». فارغ از این حکم، در خصوص مؤسسات فرهنگی، برابر ماده (۲۱) ضوابط و مقررات تأسیس مراکز، مؤسسات، کانون‌ها و انجمن‌های فرهنگی و نظارت بر فعالیت آن‌ها مصوب ۱۳۷۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی مقرر شده که «وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی هر وقت لازم بدانند، می‌تواند دفاتر مالی مراکز فرهنگی را بازرسی کند». هم‌چنین در خصوص تشکلهای مردم‌نهاد، در مواد (۳۰) تا (۳۳) آیین‌نامه تشکلهای مردم‌نهاد مصوب ۱۳۹۵/۵/۲۷، احکامی پیش‌بینی شده که به موجب ماده (۳۳)، آن تشکل موظف است امکان دسترسی بازرسان دبیرخانه شورای ذی‌ربط (ملی، استانی و شهرستانی) را به اطلاعات و اسناد خود در حضور نماینده تشکل و صرفاً در محل دفتر تشکل فراهم کند. مطابق این مواد، جدای از بحث کمک‌ها، نظارت مالی صرفاً معطوف به کمک‌های دولت نمی‌شود و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و وزارت کشور

اختیار نظارت فراتر از آن را هم دارند. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت:

(الف) الزامی به این‌که رأساً حسابرسی از مؤسسات توسط دستگاه یا دولت انجام شود، وجود ندارد؛ چون عبارات «می‌توانند» یا «در صورت لزوم»، تشخیص را به عهده دستگاه اعطاکننده کمک بگذارند و این عمل از اختیارات دولت است.

(ب) تبصره (۱) ذیل ماده (۵) آیین‌نامه نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات غیر دولتی در چارچوب کمک‌های پرداختی، در موارد لزوم، اجازه بررسی حساب‌ها یا گردش عملیات مالی مؤسسات غیر دولتی را به دولت داده است تا دولت در صورت نیاز رأساً اقدام و به تکلیف قانونی خود در انطباق هزینه‌ها با اهداف عمل کرده باشد.

(ج) باید عبارت «رسیدگی به گردش عملیات مالی مؤسسات مذکور در مورد اعتبارات موضوع آیین‌نامه» را تفسیر مضیق کرد و نظارت مالی بر مؤسسات کمک‌بگیر را در این عبارت تعریف و خلاصه نکرد؛ چون صرف اتکا به نظارت غیر مستقیم ممکن است احتمال ایجاد فساد یا خطا در بررسی‌های مالی و حسابرسی مؤسسات را در پی داشته باشد.

(د) باید ابزارها و امکانات نظارتی را از طریق توسعه دولت الکترونیک و نظارت هوشمند (بهره‌گیری از هوش مصنوعی) بر مؤسسات گسترش داد؛ چون در عمل، دولت و خاصه، واحدهای استانی آن نیروی متخصص و امکانات کافی ندارند که بتوانند نظارت مستقیم خود را توسعه دهند.

(هـ) به موجب ماده (۵۲) قانون نحوه اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی، «هرگونه کمک و اعطای امتیاز دولتی (ریالی، ارزی، اعتباری، معافیت، تخفیف، ترجیح، اطلاعات یا مشابه آن)، به صورت تبعیض‌آمیز به یک یا چند بنگاه یا شرکت که موجب تسلط در بازار یا اخلاص در رقابت شود، ممنوع است».

لازم به توضیح است که مطابق بند (ط) ماده (۱۳۹) قانون مالیات‌های مستقیم، مؤسسات خیریه که در زمره مؤسسات غیر دولتی هستند. برای بهره‌مندی از معافیت مالیاتی علاوه بر انجام همه تکالیف مربوط، به تأیید ناظر مالیاتی نیز نیاز دارند. بنابراین، از سوی سازمان امور مالیاتی برای مؤسسات خیریه، ناظری تعیین می‌شود که بر نحوه شناسایی درآمدها و محل مصرف هزینه‌ها و انطباق هزینه‌های انجام‌شده با اساس‌نامه مؤسسه و قوانین مالیاتی نظارت می‌کند. در همین

راستا، برابر ماده (۶) آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج، اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳، اداره امور مؤسسات و انجمن‌های خیریه‌ای که از طرف دولت یا دیگر مراجع ذی صلاح به عهده سازمان یا واحدهای تابعه گذاشته شده یا می‌شود، طبق اساس‌نامه‌های مصوب هر یک خواهد بود و در مورد دیگر مؤسسات خیریه با توجه به قانون مالیات‌های مستقیم، اگر این مؤسسات برای مفاصاحساب مالیاتی یا به هر جهت دیگری که احتیاج به گواهی داشته باشد، مراجعه کنند، ادارات حج و اوقاف و امور خیریه می‌توانند نحوه عملکرد این‌گونه مؤسسات را بررسی و در صورت تأیید، گواهی صادر کنند.^۱

۲. نظارت غیر مستقیم

در نظارت غیر مستقیم، دولت از ارکان و ساختارهای داخلی مؤسسات استفاده می‌کند و به گزارش‌های آن‌ها ترتیب اثر می‌دهد. طبق بند (ب) ماده (۳۱) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) مصوب ۱۳۹۳، دستگاه‌های اجرایی کمک‌کننده موظفند شماره ملی اشخاص حقیقی گیرنده یا سهام‌داران و صاحبان سهم‌الشرکه و اعضای هیئت مدیره و بازررس یا بازرسان قانونی اشخاص حقوقی کمک‌گیرنده را در بانک اطلاعاتی که توسط سازمان برنامه و بودجه کشور ساخته شده است، درج و سپس مبلغ کمک را پرداخت کنند. گردش عملیات مالی (دریافت‌ها و پرداخت‌ها) و حساب سالانه اشخاص حقوقی کمک‌گیرنده و انطباق هزینه‌های انجام‌شده توسط کمک‌گیرنده با اهداف اعلام‌شده توسط دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده کمک باید توسط حسابرس و بازررس قانونی کمک‌گیرنده رسیدگی شود و نتیجه رسیدگی توسط دستگاه اجرایی کمک‌کننده تا پایان شهریور ماه سال بعد به سازمان برنامه و بودجه کشور ارسال شود.

به موجب ماده (۵) آیین‌نامه نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات غیر دولتی گردش عملیات مالی (دریافت‌ها و پرداخت‌ها) و حساب سالانه مؤسساتی که از کمک دولت استفاده می‌کنند و هم‌چنین انطباق هزینه‌های انجام‌شده توسط کمک‌گیرنده با اهداف اعلام‌شده توسط دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده کمک باید توسط حسابرس و بازررس قانونی مؤسسه کمک‌گیرنده

۱. برای مطالعه بیشتر نک: دادنامه شماره ۳۳۳۳ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری؛

یا یکی از مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ایران رسیدگی شود و نتیجه رسیدگی در مورد انطباق هزینه‌های کمک‌گیرنده با اهداف اعلام شده توسط دستگاه اجرایی کمک‌کننده باید حداکثر تا پایان خرداد سال بعد به دستگاه پرداخت‌کننده کمک و سازمان برنامه و بودجه کشور ارسال شود. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت:

الف) بر مبنای این موارد، اصل و قاعده بر نظارت غیر مستقیم دولت در نحوه هزینه کمک‌های اعطایی است؛ چون در هر دو مستند، انطباق هزینه‌های انجام شده به عهده حسابرس و بازرس قانونی مؤسسه است و برای نتیجه رسیدگی آن، تکلیفی برای بررسی مجدد توسط دستگاه اجرایی دیده نشده است.

ب) در بند (ب) ماده (۳۱) قانون یادشده که مؤخر بر آیین‌نامه نحوه نظارت است، بررسی‌کننده یا انطباق‌دهنده در ظاهر محدودتر شده است و به عبارتی، ممکن است ابهام ایجاد کند که آیا منظور قانون‌گذار، حذف کامل مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ایران از چرخه بوده یا خیر؟ البته چون می‌توان مؤسسات حسابرسی را هم به عنوان بازرس قانونی و حسابرس مؤسسات غیر دولتی تعیین کرد، تعارضی در دو متن به وجود نمی‌آید.

ج) رویکرد قانون‌گذار و هیئت وزیران وقت، تسهیل اعطای کمک بوده و در امر نظارت قواعد دشواری ندارد؛ چون در تبصره (۲) ماده (۵) آیین‌نامه نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات غیر دولتی صرفاً ادامه پرداخت کمک به مؤسسه کمک‌گیرنده را به «حصول اطمینان از انطباق پرداخت‌ها با اهداف و وظایف قانونی دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده کمک» موکول کرده است. بنابراین، ضمانت اجرای محکمی در مقرر موصوف و قانون ضوابط پرداخت کمک یا اعانه به افراد و مؤسسات غیر دولتی موضوع ماده (۷۱) قانون محاسبات عمومی کشور برای این موضوع دیده نشده است. در حال حاضر، نحوه الزام کمک‌گیرنده به انجام فعالیتی که بابت آن کمک دریافت کرده و امکان عودت وجوه کمک به خزانه محل ابهام است که نیازمند اصلاح قانون است.

د) نوع دیگر از نظارت غیر مستقیم برای دستگاه کمک‌کننده، نظارت مالیاتی است. بر اساس بند (ل) ماده (۱۳۹) قانون مالیات‌های مستقیم، فعالیت‌های فرهنگی و هنری دارای مجوز، معافیت مالیاتی (نرخ صفر درصد) دارند. شرط برخورداری از این معافیت، رعایت تشریفات تکمیل دفاتر، اظهارنامه

و تشخیص ممیز است. از این ظرفیت هم برای انطباق صحیح هزینه‌ها با اهداف می‌توان بهره برد. پرداخت کمک به موجب تفاهم و درج تعهدات مشخص است و کمک‌ها هرچند به لحاظ حقوقی و قانونی بلاعوض و هزینه قطعی است، اما از نگاه حسابرسی، درآمد محقق نیست و مؤسسه باید آن را در راستای اهداف و تفاهم‌نامه هزینه کند، وگرنه مشمول مالیات خواهد شد.

بند چهارم. مهم‌ترین ایرادها در مورد نظارت بر مصرف کمک‌ها از نگاه ناظر

۱. پرداخت وجه از سوی مؤسسات کمک‌گیرنده به حساب کارکنان دولت از جمله کارپردازان ادارات: این عمل حتی با نیات خیرخواهانه، شایبه برگشت غیر مستقیم هزینه قطعی یا کمک‌ها به دولت را دارد. البته کمک با هزینه قطعی بودن خود از مالکیت دولت خارج می‌شود و اختلاس یا تصرف غیر قانونی در اموال دولتی (ماده ۵۹۸) قانون مجازات اسلامی) به آن مصداق پیدا نمی‌کند و چون اطلاق معامله ندارد، گرفتن امتیاز در معاملات دولتی (ماده ۶۰۳) قانون مجازات اسلامی) بر آن بار نمی‌شود. با این وصف، رسیدگی به آن در مراجعی مثل دیوان محاسبات و هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

۲. پرداخت کمک به مؤسسات برای اموری که در موضوعات اساس‌نامه ایشان نیامده است: در قوانین و مقرراتی مربوط در زمره شروط برخورداری از کمک دولت قید نشده است، اما این موضوع این قدر بدیهی است که به صراحت نیاز ندارد.

۳. به‌کارگیری نیروهای مؤسسات کمک‌گیر در دولت: علاوه بر این‌که این موضوع ممکن است سبب محکومیت‌هایی در کمیته‌های سازمان تأمین اجتماعی و هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگر و کارفرما در ادارات کار به ضرر دولت شود، مغایرت صریح با ماده (۴۷) قانون مدیریت خدمات کشوری دارد و برابر تبصره (۱) ذیل ماده (۱) قانون ضوابط پرداخت کمک و یا اعانه به افراد و مؤسسات، اگر پرداخت کمک یا اعانه جنبه خرید خدمت، روزمزد یا هر نوع رابطه استخدامی دیگر اعم از رسمی و غیر رسمی ایجاد کند، ممنوع است و دریافت کمک یا اعانه نیز به هیچ وجه، علقه و حق استخدامی برای اشخاص ایجاد نخواهد کرد.

۴. بازگشت غیر مستقیم کمک پرداختی به دولت: جهت مصرف کمک‌ها مشخص است و به موجب رویه فعلی و غالب، برای تنسيق امور، توافق‌نامه یا تفاهم‌نامه‌هایی منعقد می‌شود و برابر قانون به

شرح پیش‌گفته، کمک‌گیرنده هم تعهدات مشخصی را در قبال دولت به عهده می‌گیرد. بنابراین، بازگشت این وجوه به نحو غیر مستقیم، مانند این‌که مؤسسه دریافت‌کننده کمک، هزینه‌های دستگاه را برای مواردی چون قبوض انرژی، عوارض قانونی، تعمیر و تجهیز اماکن و ماشین‌آلات، خرید ملزومات اداری، پاداش کارکنان با دستور به کمک‌گیرنده پرداخت کند، صحیح نیست.

۵. پرداخت کمک به مؤسساتی که کارمندان دولت در آن سهام یا مدیریت دارند: پرداخت کمک اطلاق معامله (خرید کالا یا خدمت) برای دولت ندارد تا مشمول لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷ باشد؛ چون کمک به خود شخص یا برای سهام‌داران نیست، کمک غالباً برای فعالیتی است که انجام می‌شود، اما به لحاظ منطقی، پرداخت نکردن کمک به چنین مؤسساتی (خصوصاً در شرایطی یکی بودن دستگاه متبوع کارمند با دستگاه کمک‌کننده) از لحاظ پیش‌گیری از تعارض منافع درست به نظر می‌رسد.

نتیجه‌گیری

مؤسسات غیر دولتی در شرایط قانونی می‌توانند از کمک‌های دولت بهره‌مند شوند و با این‌که کمک‌ها به حساب هزینه قطعی منظور می‌شود، از سوی دولت (قوه مجریه)، نهادهای نظارتی خارج از دولت و ساختارهای داخلی خود قابل نظارت است. نظارت بر مصرف کمک‌ها با توجه به تعاریف پیش‌گفته در زمره نظارت مالی قرار دارد. این وجوه ماهیت حمایتی دارد و پرداخت آن به هر شکل و نحو را نباید خرید کالا یا خدمت یا این‌که قرارداد و معامله دولتی به حساب آورد و در قوانین و مقررات جاری کشور هم پرداخت کمک اطلاق معامله ندارد و خارج شدن کمک‌های دولت در تبصره پایانی ماده (۹) قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰ از مبنای محاسبه مالیات، مهر تأیید بر این نکته است.

پرداخت به مؤسسات و انتخاب آن‌ها برای برخورداری از کمک‌های دولت در قانون و آیین‌نامه مربوط، سازوکاری ندارد و به تشخیص بالاترین مقام دستگاه وابسته شده است. در نهادهای خارج از قوه مجریه، سازمان بازرسی به نحو مبسوط و گسترده‌تر و دیوان محاسبات کل کشور بر تخصیص و مصرف کمک‌ها نظارت دارند. با وجود این نوع نظارت‌ها، به دلیل ماهیت هزینه قطعی و کمک بودن، ضمانت اجرای قوی برای آن پیش‌بینی نشده است. صرفاً در تبصره (۲) ماده (۵) آیین‌نامه

نحوه نظارت بر مصرف کمک‌های پرداختی به مؤسسات غیر دولتی، ادامه پرداخت کمک به مؤسسه کمک‌گیرنده به «حصول اطمینان از انطباق پرداخت‌ها با اهداف و وظایف قانونی دستگاه اجرایی پرداخت‌کننده کمک» موقوف شده است.

آن‌چه برای گرفتن «تعهد مشخص» هم از باب تنسيق امور بين مؤسسات و دولت منعقد می‌شود، تفاهم است و ماهیت قرارداد و شکل آن را از نظر دارا بودن ناظر و تضامین ندارد. به این دلیل و موارد پیش‌گفته، اساساً الزام کمک‌گیرنده به اجرای تعهدات با مشکل مواجه است. حتی ممکن است از نگاه متعهد له به تفاهم عمل نشده باشد، اما گزارش حسابرسی مؤسسه متعهد یا کمک‌گیرنده بر انجام آن دلالت داشته باشد.

از سوی دیگر، رویکرد این است که اعطای کمک‌ها تسهیل شود و به راحتی بتوان آن را اعطا و هزینه کرد و افزایش نظارت و سازوکارهای نظارتی همیشه چندان خوشایند نیست و در عمل هم سخت‌گیری که موجب شبیه یا تبدیل شدن آن به قرارداد شود، به مصلحت نیست و با توجه به ماهیت فعالیت‌های مورد نظر و لزوم حمایت از آن، مطلوب نیست. البته مالیه عمومی به لحاظ شکلی، تابع اصل تشریفاتی بودن است و همیشه زیاد بودن تشریفات مورد نقد است، حتی اگر برای نظم و حفظ اموال و بودجه دولت باشد. بنابراین، باید به سمت سازوکارهای جدید رفت تا نظارت تسهیل گردد و ضمانت اجرای مناسب برای هزینه‌کرد در راستای اهداف پیش‌بینی شود.

در حال حاضر، ابهام‌های اساسی در مورد نظارت بر کمک‌های دولت وجود دارد که لازم است در قانون و آیین‌نامه مربوط نسبت به آن اعلام نظر و حکم صریح وضع شود؛ از جمله این‌که با توجه به بلاعوض بودن و قرارگیری به حساب هزینه قطعی، آیا امکان الزام کمک‌گیرنده در مرجع قضایی برای هزینه وجوه کمک وجود دارد؟ وقتی وجهی به حساب هزینه قطعی منظور شد، در صورت تخلف کمک‌گیرنده یا جعلی یا ساختگی بودن اقدامات وی، پس گرفتن یا عودت وجه چگونه به حساب دستگاه یا دولت در خزانه ممکن خواهد شد؟

با این وصف، تا پیش از اصلاح قانون که پیشنهاد اصلی است و زمان‌بر و شاید هم دشوار باشد، پیشنهادها و توصیه‌هایی در زمان **پرداخت کمک‌های کلان و عمده** به این شرح وجود دارد:

۱. بهتر است دستگاه‌ها صرفاً به گزارش‌های حسابرسی و بازرسی قانونی اکتفا نکنند و در توافقاتی

خود با کمک‌گیرنده از کارکنان مجرب و مورد اعتماد خود به عنوان ناظر (ترجیحاً دو نفر، یک نفر ناظر مالی برای ملاحظه و بررسی اسناد و یک نفر ناظر کیفی به تناسب موضوع یا فعالیتی که کمک به آن تعلق گرفته) انتخاب و معرفی کنند.

۲. بهتر است پرداخت کمک حتی‌المقدور در چند نوبت و مرحله باشد و از واریز یک‌دفعه آن خودداری شود و پرداخت در هر مرحله نیز موقوف به تأییدیه ناظران باشد و در انتهای کار هم برابر تعهد، گزارش بازرس قانونی و حسابرس رسمی مؤسسه گرفته شود.

۳. در راستای عدالت توزیعی، هرچند اصل کمک به تشخیص مدیر مربوط است، اما برای جلوگیری از خطا و اشتباه بهتر است این تشخیص دارای مبنا و چارچوب درست باشد. بنابراین، توصیه می‌شود محورها و موضوعاتی که مشمول حمایت دستگاه‌های دولتی است، توسط ایشان به نحو مناسب اطلاع‌رسانی شود و همه اشخاص واجد شرایط و صلاحیت لازم، امکان ارائه یا معرفی یا پیشنهاد برنامه‌ها، طرح‌ها و فعالیت‌های خود را داشته باشند. در این راستا، تشکیل کارگروه‌های مشورتی و ارزیابی اولیه ایشان برای مشاوره به مدیران مربوط از بسیاری از مشکلات اجرایی بعدی پیش‌گیری می‌کند.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. استونر، جیمز آرتور فینچ، دانیل گیلبرت و ادوارد فریمن، مدیریت (جلد ۲)، ترجمه: علی پارسیان و سید محمد اعرابی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
۴. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ هفتم، ۱۴۰۰.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۵.
۶. طبرسا، غلام‌عباس، تئوری‌های مدیریت (جلد ۱)، تهران: حرکت نو، ۱۳۹۰.
۷. عمید زنجانی، عباس‌علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۸. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۳.
۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، تهران: میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۰.

۲. مقاله

۱. امامی، محمد و مسعود نادری باب اناری، «تأملاتی پیرامون نظارت مالی بر دستگاه‌های دولتی ایران»، حقوق اساسی، ۱۳۸۶، شماره ۸، صص ۴۳-۵۸.
۲. باباجانی، جعفر، «مسئولیت پاسخ‌گویی و کنترل‌های داخلی در بخش عمومی - بخش اول»، مجله حسابداری، ۱۳۸۰، شماره ۱۴۶، صص ۷۱-۲۲.
۳. باباجانی، جعفر، «تحلیلی نظری پیرامون سیستم نظارت مالی کشور از منظر پاسخ‌گویی»، مجله بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، ۱۳۸۲، سال دهم، شماره ۳۱، صص ۹۷-۱۳۰.
۴. رحمانی، وحیده، «بررسی نظارت بر اجرای بودجه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، تهران، نخستین کنگره بین‌المللی حقوق ایران با رویکرد حقوق شهروند، ۱۳۹۶.

۵. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور، «نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه حقوقی (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره سوم، ۱۳۸۸، شماره ۴، صص ۱۹۱-۲۱۱.
۶. شفیع‌ی سردشت، جعفر، علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۱۶، صص ۸۸-۶۳.
۷. شیخی، پریسا و فردین مرادخانی، «چالش‌های نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱، صص ۱۹۹-۲۲۶.
۸. عارف، رضا و مهدی دهباشی، «سازمان بازرسی؛ معناشناسی حسن جریان امور و روش‌شناسی تعیین شاخص‌ها»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۵، سال سوم، شماره ۱۰، صص ۵۸-۳۷.
۹. منتظرانم، مهدی، «حق نظارت شرعی مردم بر حکومت»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۷۶، صص ۸۳-۱۱۴.

۳. وبگاه

1. www.qavanin.ir.
2. www.divan-edalat.ir.
3. www.shora-gc.ir/0001XL.
4. www.civilica.com/doc/714806.

حق بر استماع در اداره پیش از تصمیم‌گیری با توجه به اصلاحیه جدید قانون دیوان عدالت اداری

مسعود مهجوری پورناصری^۱

کوروش استوارسنگری^۲

خدیجه شجاعیان^۳

چکیده

مبنای اداره خوب، مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری است. بر این اساس، اصل استماع در حقوق اداری به مفهوم شنیدن اظهارات ذی نفع قبل از تصمیم‌گیری و نقیض آن، قرار گرفتن شخص در موقعیتی از پیش تصمیم گرفته شده است.

در برخی قوانین ایران نظیر قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی و تصمیم هیئت نظارت استان درباره صلاحیت داوطلبان شرکت در انتخابات مذکور، قوانین مالیات‌های مستقیم، ثبت ملک به عنوان آثار ملی و قانون نظام صنفی به این اصل توجه صورت گرفته است. هم‌چنین اصلاح قانون دیوان به ویژه ماده ۱۶، گامی مفید در راه تحقق حقوق دفاعی اشخاص به واسطه آگاهی از دلایل و مستندات تصمیم است. با این حال، از نظر ماهوی در راستای حق بر استماع نیست.

تکلیف دستگاه‌ها به دریافت درخواست ذی نفع و الزام به پاسخ‌دهی، گامی به سوی شنیده شدن است؛ چون پیش از تصمیم‌گیری، گفت‌وگویی میان اداره و ذی نفع شکل می‌گیرد و شهروند با ارائه توضیحات، در تصمیم اداره اثرگذار است. دیوان نیز پیش از اصلاح جدید قانون، محدود آرایه‌ای در این خصوص صادر کرده است که تحلیل و بررسی می‌شود.

واژگان کلیدی: حق بر استماع، شنیده شدن، عمل اداری، دیوان عدالت اداری، عمل شبه قضایی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، ایران (نویسنده مسئول)،

masoudmahjouri0803@gmail.com

۲. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، ایران، kourosh_ostovar_s@yahoo.com

۳. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، ایران، khadijeh.shojaeian@gmail.com

مقدمه

با توجه به افزایش روزافزون فعالیت‌های ادارات عمومی و در نتیجه، افزایش دخالت دولت در بیش‌تر حوزه‌ها، کم‌تر فعالیت‌ی است که در عصر کنونی، خارج از سیطره امپراتوری ادارات قرار بگیرد. از نگاه برخی حقوق‌دانان، حقوق اداری، شاخه‌ای هراس‌آور از حقوق عمومی خوانده شده است که بر روابط میان اداره و مردم حکومت می‌کند.^۱ فرد در برابر چنین ادارات عمومی که تمامی ابزارهای اعمال نیات خود را در اختیار دارند، امکانات زیادی برای اجبار اداره به پاسخ‌گویی و نظارت بر آن ندارد. پس وجه تمایز بارز تصمیم‌گیری از دیگر تصمیم‌ها، وصف لازم‌الاجرا بودن آن است که با تصمیم‌گیری از سوی اداره، بی‌درنگ و بدون لزوم مراجعه به مرجعی برای اجرا، آثار حقوقی خود را رسماً نمایان می‌سازد.

هدف اصل استماع این است که قبل از تصمیم‌گیری اداری به افراد فرصت داده شود تا بتوانند افکار و نظرهای خود را اعلام و از خود دفاع کنند و اساساً تصمیم‌گیری در غیاب افراد ذی‌نفع را نفی کند و هرگونه تصمیمی را که مجال دفاع از خود را به آن‌ها ندهد و به اصطلاح، آن‌ها را غافل‌گیر کند، مردود اعلام دارد و از سوی دیگر، شرایط مشروعیت بخش تصمیمات اداره را فراهم آورد. بر این اساس، به دنبال واکاوی رویکرد قوانین مختلف و بررسی اصلاحات اخیر قانون دیوان عدالت اداری همراه با رویه قضایی پیشین نسبت به اصل استماع و شناسایی استثنائات وارد بر آن هستیم.

پیش از این، علی‌محمد فلاح‌زاده در مقاله «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران» به سیر تاریخی و شناسایی این اصل پرداخته است. مهدی هداوند و همکاران نیز در کتاب «آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری»، قوانین عام اداری کشورهای مختلف را بررسی و پیش‌نویسی برای قانون عام اداری ایران پیشنهاد کرده‌اند. فرامرز عطریان نیز در مقاله «تحقق حق دفاع در پرتو مفهوم اداره خوب؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا را به صورت تطبیقی بررسی کرده است. در مقاله حاضر، موضوع با رویکردی متفاوت و جدید واکاوی شده است.

1. Lebreton, G., Droit administratif general, Paris: Dalloz, 2017, p. 1.

گفتار اول. مفهوم استماع در حقوق اداری

حق بر استماع^۱ یا اصل شنیده شدن^۲، یکی از حقوق و اصول آیینی است که امروزه در بیش‌تر نظام‌های حقوقی دموکراتیک دنیا در حوزه مسائل قضایی و اداری پذیرفته شده است و اعمال می‌گردد و به عنوان یکی از ویژگی‌های «اداره خوب» در اسناد حقوقی سازمان بین‌المللی اتحادیه اروپا درج گردیده است.^۳ استماع در برخی نظام‌های حقوقی، حق (بوسنی)^۴ و در برخی دیگر، اصل (گرجستان)^۵ تلقی می‌گردد.

در قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری ایران نیز محاکم مکلفند وقت رسیدگی تعیین و به طرفین ابلاغ کنند و در جلسه رسیدگی نیز پس از استماع اظهارات متداعیین و بررسی دلایل و اسناد و مدارک ذی‌نفعان رأی بدهند.^۶ در رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری نیز همین رویه اجرا می‌گردد. منظور از حق بر استماع در حقوق اداری، شنیدن اظهارات ذی‌نفع قبل از تصمیم‌گیری اداری است، نه هنگام بازنگری قضایی. حق استماع ممکن است بسته به زمینه‌ها و شرایط هر پرونده، ماهیت تصمیم، اهمیت و میزان تأثیرات منفی تصمیم بر افراد، سوابق موضوع، میزان مغایرت و تضاد آن با منافع عمومی، ترتیبات و تضمینات آیینی متفاوتی را پیشنهاد کند. در یک پرونده ممکن است استماع شفاهی و در موضوعی دیگر به دلیل شرایط خاص آن ممکن است استماع کتبی از افراد برای منصفانه بودن آیین اداری کافی باشد.^۷

1. Right to be heard

2. Principle of hearing

3. Beqiraj, Pranvera, The Right to Be Heard in the European Union Case Law of the Court of Justice of the European Union. European Journal of Multidisciplinary Studies, Vol.1, Nr. 1, 2016, p. 264.

۴. به موجب ماده ۱۰ قانون آیین‌های اداری بوسنی: ۱. قبل از تصمیم‌گیری، طرف مقابل باید فرصت داشته باشد موقعیت‌ها و شرایط مؤثر در تصمیم را مهیا کند. ۲. تصمیم‌گیری بدون رعایت این مقررات تنها مطابق قانون خواهد بود.

۵. ماده ۱۳ کد عمومی گرجستان: ۱. اداره تنها زمانی می‌تواند اقدام به حل یا بازنگری پرونده نماید که شخص ذی‌نفعی که حقوق و منافع قانونی‌اش توسط تصمیم مقام اداری محدود شده است، فرصت ارائه نظرات خود را جز در موارد قانونی داشته باشد. ۲. شخص مورد اشاره در پاراگراف اول ماده می‌تواند فرایند اداری را مورد توجه قرار داده و در پرونده مشارکت جوید. (هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، صص ۳۷۶-۳۷۷)

۶. ماده ۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱.

۷. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی،

در برخی نوشته‌های حقوق اداری، عناصر مختلفی برای اصل استماع شمرده شده است، نظیر: آگهی و اخطار قبلی زمان و مکان و ماهیت استماع، معلوم شدن نتیجه استماع در یک زمان معقول و منطقی، ارائه دلایل و مستندات تصمیم، بی‌طرفی مقام تصمیم‌گیر، امکان ارائه شفاهی یا مکتوب دلایل و سوابق و سؤال و جواب متقابل.^۱ مهم‌ترین مینا برای وارد دانستن حق استماع، شدت و میزان تأثیر منفی تصمیم بر حقوق شهروند ذی نفع است.^۲

گفتار دوم. دلایل موجه استماع ذی نفعان در تصمیم‌گیری اداره

ورود معیاری خاص به حوزه حقوق اداری که منجر به تغییر در فرآیند تصمیم‌گیری می‌گردد، مستلزم طرح توجیهات لازم است. بنابراین، اصل استماع، حلقه وصل یا پل ارتباطی میان مردم‌سالاری و دیوان‌سالاری است که در این قسمت به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

بند اول. تمرکز زدایی^۳ و حرکت به سوی اداره خوب

ساختار اداری کشورها به تناسب تجمیع قدرت در دولت مرکزی و میزان تفویض اختیارات به واحدهای محلی و اجرایی به تمرکز و عدم تمرکز اداری تقسیم می‌شود. ساختار اداری جمهوری اسلامی ایران بسیط و مبتنی بر تمرکز اداری است که در موارد متعددی، عدم تمرکز اداری را پذیرفته است. در اصلاحات مهم اداری باید به عدم تمرکز و اداره امور محلی تعمق بخشید و از تمرکز زدایی در سطح ملی و محلی فراتر رفت و این امر را در سطح یک سازمان اداری نیز وارد کرد، به نحوی که تصمیم‌گیری‌ها محدود به اداره و مأموران اداری نباشد، بلکه به واسطه مشارکت ذی نفعان انجام شود.

از سوی دیگر، الگوی حکمرانی خوب و به تبع و منبعث از آن، «اداره خوب» به عنوان فرآیندی مشارکتی^۴ برای توسعه تعریف می‌شود که به موجب آن، ارائه نظرها و طرح‌ها توسط ذی نفعان در

شماره ۴۱، ۱۳۹۲، صص ۲۰۶-۱۶۹.

1. Raabin, Jack, W. Barthly Hildreth & Gerald J. Miller, Handbook of Administration, third edition, 2007, p.669.

2. Beqiraj, op.cit.

3. Decentralization

4. Participative process

تصمیم‌گیری اهمیت دارد. بنابراین، شهروندان حق مشارکت در جریان تصمیم‌گیری‌هایی را دارند که بر حقوق، آزادی‌ها و منافع آن‌ها اثر می‌گذارد که آن را می‌توان در راستای تحقق بند هشت و ده از اصل سوم قانون اساسی^۱ قلمداد کرد. به این ترتیب، اصل استماع یکی از معیارهای اداره خوب است^۲ که با تحقق آن، مردم می‌توانند در فرآیند تصمیم‌گیری‌ها مشارکت کنند.^۳

در مفهوم ابتدایی، مشارکت^۴ در انتخاب نمایندگان توسط مردم و اداره امور کشور به وسیله وکلای ملت معنا پیدا می‌کرد، اما در مفهوم نوین مشارکت، مردم علاوه بر انتخاب نمایندگان، خود نیز در متن امور سیاسی وارد می‌شوند، به نحوی که امور کشور با دخالت و مشارکت مستقیم و نظارت مستمر مردم اداره و حتی تصمیمات موردی با استماع نظر افراد ذی‌نفع گرفته می‌شود. پیش‌نیاز این امر همان‌گونه که بیان شد، تعمیق بخشیدن به تمرکززدایی در ساختار اداری کشور است. بر این اساس، شهروند در عین حال که حکومت می‌شود، خود نیز حکومت می‌کند.

بند دوم. رعایت حقوق دفاعی و حفظ کرامت انسانی

رعایت حقوق دفاعی در تحولات حقوق اداری فرانسه و رأی صادرشده توسط شورای دولتی در ۱۵ می ۱۹۴۴ در مورد پرونده بانوی بیوه ترومپیه گراویه^۵ ریشه دارد که از آن تاریخ به بعد، شورای دولتی

۱. اصل ۳: دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد (...). ۸. مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش؛ ۱۰. ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضرور.

۲. عطریان، فرامرز، حقوق اداری تطبیقی: اداره خوب (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا)، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۴۹.

۳. Bignami, E. Francesca, three generations of participation right in European administrative proceedings jean monnet working paper no. 11/03, 2003, p. 1.

۴. participation

۵. در این قضیه، بانوی بیوه یک مجوز اداری در اختیار داشت که اجازه فروش جراید را در کیوسکی در بلوار سن دُنی پاریس به وی اعطا می‌کرد. فرماندار پاریس که در آن زمان، فرماندار سن نامیده می‌شد، این مجوز را به عنوان مجازات، از وی سلب کرد؛ چون مدیر کیوسک ادعا کرده بود که این بانو قصد داشته است مبلغی پول را به زور از وی بگیرد. آن بانو در مورد این تصمیم فرماندار به شورای دولتی مراجعه کرد و گفت: فرمانداری بدون این‌که از وی دعوت کند و فرصتی برای دفاع و بیان اظهاراتش به او بدهد، این تصمیم را گرفته است. این تصمیم در شرایط غیر قانونی گرفته شده است و به دلیل تجاوز از اختیارات درخواست دارم ابطال شود.

در آرای بسیاری بر این اصل و لزوم رعایت آن تأکید ورزیده است.^۱ مضاف بر این، طبق ماده L122 کد روابط میان مردم و اداره که از اول ژانویه ۲۰۱۶ اجرایی شده، ذی نفع قادر است اظهارات خود را به صورت کتبی یا در صورت لزوم به طور شفاهی ارائه کند. به همین دلیل، رعایت قاطعانه اصل حقوق دفاعی ضرورت یافته است.^۲ در واقع، فرد به نوعی از مرحله‌ای دفاعی، پیش از لزوم توسل به شورای دولتی و نهادهای مشابه برخوردار می‌شود که به یقین، این اقدام از به درازا کشیدن زمان رسیدگی‌های آتی نیز جلوگیری خواهد کرد.

بنابراین، برای آن‌که تصمیم‌گذاری علاوه بر تحقق هدف اداره بتواند از مشروعیت نیز برخوردار شود، لازم است که اداره‌شوندگان از حقوق دفاعی خود برخوردار باشند که به نوعی، امکان بررسی هم‌زمان کیفیت تصمیمات اداری و چگونگی اعمال اختیارات اعطاشده به مقامات اداری میسر خواهد گردید.^۳ افزایش دخالت دولت و توسعه بیش از حد خدمات عمومی چنان قابل توجه است که کم‌تر فعالیت انسانی را می‌توان یافت که قادر باشد از سیطره امپراتوری ادارات بگریزد.^۴ پس ضمن تأکید بر ارتباط وثیق حق بر استماع با کرامت انسانی می‌توان مبنای استناد قضایی به این حق را اصولی از قانون اساسی مرتبط با کرامت انسانی دانست، از جمله اصل دوم^۵ و بسیاری از مواد قانونی حوزه حقوق اداری.^۶

1. Mourgeon, J., *La répression administrative*, Paris: L.G.D.J., 1967, p. 467.

2. Ferrier, Jean-Paul, "La participation des administrés aux décisions de l'administration", R.D.P., 1974, p. 673.

۳. رستمی، ولی و احمد رنجبر، «عدالت اداری؛ چارچوب مفهومی و سازوکار نهادی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۳، صص ۱۱۶-۱۱۷.

4. Bonnefous, Edouard, *La réforme administrative*, Paris, P.U.F, 1986, p. 17.

۵. جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به: ... ۶. کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا... .

۶. ماده ۳۶ قانون مدیریت خدمات کشوری: دستگاه‌های اجرایی موظفند فرآیندهای مورد عمل و روش‌های انجام کار خود را با هدف افزایش بهره‌وری نیروی انسانی و کارآمدی فعالیت‌ها نظیر: سرعت، دقت، هزینه، کیفیت، سلامت و صحت امور و تأمین رضایت و کرامت مردم و بر اساس دستورالعمل سازمان تهیه و به مورد اجرا گذارد.

ماده ۱۱۴ قانون مدیریت خدمات کشوری: به منظور ایجاد تحول در نظام اداری کشور در ابعاد، نقش و اندازه دولت، ساختار تشکیلاتی و نظام استخدامی مدیریت منابع انسانی، روش‌های انجام کار و فناوری اداری و ارتقا و حفظ کرامت مردم و نیل به نظام اداری و مدیریتی کارآ، بهره‌ور و ارزش‌افزا، پاسخ‌گو، شفاف و عاری از فساد و تبعیض، اثربخش، نتیجه‌گرا و مردم‌سالار، شورای عالی اداری با ترکیب و اختیارات زیر تشکیل می‌گردد.

برنامه تحول نظام اداری سال ۱۳۸۹: سلامت اداری، تقویت قانون‌گرایی و پاسخ‌گویی یکسان به عموم مراجعین و تکریم آن‌ها.

گفتار دوم. واکاوی حق بر استماع در قوانین موضوعه ایران

قانون اساسی ایران اصولاً مشارکت بنیاد است و در چند اصل از ارزش‌های مردم‌سالارانه و نقش سازنده مردم در تعیین راهبردها و اداره امور جامعه سخن به میان آورده و آشکارا یا ضمنی به مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری‌ها و تعیین سرنوشت در عرصه‌های مختلف اشاره کرده است.^۱ باید اذعان داشت امنیت صرفاً امنیت جانی نیست، بلکه دولت، مکلف به تأمین نوعی دیگر از امنیت در تصمیم‌گیری‌های خویش به واسطه الزامی کردن مشارکت ذی‌نفع در تصمیم‌گیری است. برای مثال، در فرانسه برای مصادره اموال شهروندان جهت اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی، آیین خاص تدوین شده است که در آن از ذی‌نفع دعوت و دلایل اجرای طرح در ملک وی توضیح داده می‌شود.^۲

در ایران مطابق قانون نحوه تملک اراضی و املاک واقع در طرح‌های عمرانی مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷، در مرحله تصویب طرح عمومی و عمرانی در املاک، شهروندان نقشی ندارند. در ماده ۴ مقرر شده است که پس از تصویب طرح، مالک، کارشناس خود را برای برآورد قیمت ملک به سازمان تملک‌کننده معرفی کند. در غیر این صورت، دادگاه به نیابت از او، کارشناس برای وی انتخاب می‌کند. با توجه به جایگاهی ویژه که منابع فقهی برای حرمت مالکیت خصوصی و کرامت انسانی قائل شده، ضروری است پیش از تصمیم‌گیری و قرار دادن مالک در وضعیت جبر و موقعیت کار انجام‌شده از وی دعوت به عمل آورد و در راستای اقناع وی گام برداشت و جزئیات طرح و نتایج اجرای طرح را تشریح کرد

۱. بر اساس اصل ششم قانون اساسی، امور کشور باید با اتکال به آرای عمومی باشد و بر ضرورت مشارکت شهروندان در مدیریت سیاسی جامعه تأکید کرده است. این اصل رابطه بعیده با اصل حق استماع دارد، ولی چون بر آرای عمومی تأکید کرده، تأکید بر دخالت دادن شهروندان در تصمیم‌گیری‌هاست. پس به طریق اولی، مشارکت مردم در تصمیم‌گیری‌های مقامات اداری که بر حقوق و منافع افراد اثر می‌گذارد، قطعاً الزامی است.

اصل هشتم با قبول نظارت شهروندان بر کار مقامات عالی‌اجرائی، یکی از پایه‌های اصلی جامعه مشارکتی را شناسایی می‌کند. از این رو، فرایند نظارت همگانی بر عملکرد دولت را می‌توان پذیرش نقش مشارکتی مردم در عرصه سیاسی دانست. با توجه به این اصل می‌توان نتیجه گرفت که با مشارکت دادن شهروندان ذی‌نفع در تصمیم‌گیری‌های مربوط به حقوق و منافعشان، آن‌ها بر کار اداره نظارت می‌کنند و مانع کج‌روی مقام اداری و نقض قانون و مقررات و اصل بی‌طرفی می‌شوند. اصل پنجاه و ششم نیز مهم‌ترین دلیل توجیه‌کننده حق استماع ذی‌نفع و شرکت دادن او در تصمیم‌گیری اداری است؛ زیرا این اصل بعد از این‌که حاکمیت را از آن خداوند دانسته، انسان را حاکم بر سرنوشت خویش معرفی کرده و این حق حاکمیت را غیر قابل سلب از طرف هر فرد یا گروهی دانسته است.

۲. رضایی، حسین، حق بر مشارکت و استماع در تصمیم‌های اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، ص ۷۷.

که منفعت عمومی را نیز به همراه دارد. این مهم با توجه به قانون اساسی که بر مشورت و مشارکت دادن مردم^۱ در تصمیم‌گیری تأکید کرده است، ذهن را به خود معطوف می‌دارد؛ چون شفافیت در روند تصمیم‌گیری اداری و اطلاع‌رسانی به مردم در چنین موضوعاتی موجبات جلب اعتماد عمومی و رضایت‌مندی شهروندان را فراهم می‌آورد که یکی از مهم‌ترین پایه‌های پشتیبانی از حکومت است.^۲

افزون بر این، در تحلیل نظام سیاسی ایران، حاکمیت دارای دو منشأ جمهوریت و اسلامیت است. ارزش جمهوریت منجر به تأمین نهادها و مقامات دموکراتیک شده و اسلامیت منشأ پیدایش نهادهای عالی نظارتی، کنترلی و فراقوه‌ای. پس از نظر هنجاری و حاکمیت قانون در هر دو بعد جمهوریت یعنی وجود دستگاه‌ها و نهادهای دموکراتیک و اسلامیت یعنی تأکید قرآن کریم و روایات به رعایت شورایی بودن تصمیمات، نظام اداری کشور، زمینه ورود اصول دموکراتیک و استانداردهای بین‌المللی در دستگاه‌های اداری مرتبط با زمامداری را داراست و صرفاً رفتار این دستگاه‌ها باید به سوی استماع‌محوری تصمیمات اداری تغییر کند. در نظام اداری ایران، عملکرد برخی نهادهای فراقوه‌ای با معیارهای اداره خوب فاصله فراوان دارد، به نحوی که علاوه بر نبود مشارکت شهروندان و استماع‌ذی‌نفعان، فرآیند تصمیم‌گیری آن‌ها از شفافیت و پاسخ‌گویی بی‌بهره است؛^۳ نهادهایی نظیر شوراهای عالی انقلاب فرهنگی، امنیت ملی و فضای مجازی که ضمن قانون‌گذاری ابتدایی^۴ به صورت مخفی و پلیسی تصمیم می‌گیرند و در اصلاحیه جدید قانون دیوان عدالت به قابل شکایت نبودن تصمیمات چنین نهادهایی تصریح شده است.^۵

۱. بند هشتم از اصل سوم قانون اساسی.

۲. قربانی، زین‌العابدین و محمدعلی قربانی، منشور مملکت‌داری در نامه امام علی (ع) به مالک اشتر، رشت: سلار، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۶۳۶.

۳. ماده ۱۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۰۶؛ مصوبه و تصمیمی که موجد حق یا تکلیف عمومی است، قابل طبقه‌بندی به عنوان اسرار دولتی نمی‌باشد و انتشار آن‌ها الزامی می‌باشد.

۴. شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور در مقام تعیین مرجع صلاحیت‌دار، قرار عدم صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی به نفع هیئت متشکله در وزارت علوم مستند به ماده واحده مصوب ۱۳۸۷/۰۶/۱۲ به شماره ۶۳۰ را که به خروج تصمیمات و آرا صادره از هیئت‌ها و کمیته‌های تخصصی وزارتین علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراکز آموزشی و پژوهشی در خصوص امور و شیوه علمی، آموزشی و پژوهشی از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری و مراجع قضایی تصریح داشته، با استدلال‌های سیزده‌گانه نقض کرده و دادگاه عمومی حقوقی را صالح دانسته است. این مطلب در جای خود بسیار درخشان و بااهمیت است؛ چون شأن و منزلت مصوبات چنین شورایی را به درستی در حد آیین‌نامه و مقررات دولتی دانسته و تأکید کرده که یگانه مرجع قانون‌گذاری، مجلس شورای اسلامی است.

۵. تبصره ۲ ماده ۱۲ الحاقی ۱۴۰۲؛ رسیدگی به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی در حوزه

برخی صاحب نظران، اعمال اداره را به شبه قضایی، شبه تقنینی و اداری^۱ تقسیم کرده‌اند. مراد از عمل اداری، عمل یک جانبه و موردی از سوی اداره است. در تصمیمات فردی نیز الزام کلی وجود ندارد تا مقامات اداری مکلف باشند در مواردی که حق استماع ایجاب می‌کند، قبل از تصمیم‌گیری، سخنان و دلایل افراد ذی‌نفع را بشنوند. در ایران، وضعیت اصل استماع در فرآیند تصمیم‌گیری اداری در مقایسه با دادرسی مراجع اختصاصی اداری، به مراتب، ضعیف‌تر است. اگر در رسیدگی مراجع اختصاصی اداری، این حق به صورت ناقص شناسایی شده است، در تصمیمات اداری، خبری از شناسایی قاعده‌ای مشخص و نام‌آشنا نیست. در نظام حقوقی کشورها، اصول شکلی حاکم بر فرآیندهای اداری نظیر حق بر استماع در قوانینی مطرح می‌گردد که با نام‌هایی هم‌چون قانون آیین اداری شناخته می‌شوند.^۲

این گونه اصول در ایران به دلیل نبود قوانین جامع حاکم بر تصمیمات و اقدامات اداری مغفول مانده است، در حالی که برخی نظام‌های حقوقی هم‌چون کشور انگلستان، حق بر استماع را حتی نسبت به اعمال تقنینی نیز تأکید کرده‌اند.^۳ در این کشور قبل از این‌که لایحه تنظیم شود، وزارت خانه مربوط جلسات مشاوره رسمی ترتیب می‌دهد و نظرهای خبرگان و گروه‌های ذی‌نفع را می‌گیرد.^۴ در برخی از قوانین داخلی ایران، حق بر استماع به صورت محدود به رسمیت شناخته شده است. پس می‌توان اعمال اداری را ايقاع تکلفی نامید که مستلزم استماع پیش از

صلاحیت این نهادها از شمول حکم این ماده خارج است، لیکن رسیدگی به مصوبات و تصمیمات زیرمجموعه‌های شوراها و مذکور از قبیل هیئت (کمیسیون)ها، کارگروه (کمیته)ها، شوراها و ستادها اصلاح می‌شود.

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری** (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳، ص ۱۸.

۲. ماده ۹ قانون آیین اداری چین: طرفین یک تصمیم اداری حق بر مذاکره و بحث را خواهند داشت.

ماده ۱۳ کد عمومی اداری گرجستان: اداره تنها زمانی می‌تواند اقدام به حل یا بازنگری پرونده نماید که شخص ذی‌نفعی که حقوق و منافع قانونی‌اش توسط تصمیم مقام اداری محدود شده است، فرصت ارائه نظرات خود را جز در موارد قانونی داشته باشد. (هداوند و مشهدی، پیشین، ص ۳۷۷)

۳. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۹۳، صص ۱۴۹-۱۵۰.

۴. به این دلیل ممکن است اوراق سفید (White paper) یا اوراق سبز (Green paper) منتشر شود. انتشار اوراق سفید زمانی است که تصمیم دولت نسبت به موضوع مشخص است و تصمیم برای نقد و ارزیابی در معرض دید عموم قرار می‌گیرد. اوراق سبز زمانی منتشر می‌شود که دولت هنوز نسبت به موضوع، راه حل خاصی را انتخاب نکرده است و برای یافتن مناسب‌ترین راه حل به فراخوان عمومی اقدام می‌کند.

تصمیم‌گیری هستند. از جمله قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۷۸ اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳ مطابق ماده سه نظارت بر انتخابات مجلس و احراز صلاحیت داوطلبان با شورای نگهبان است که بر اساس ساختار مرکزی، استانی و شهرستانی اقدام می‌کند.^۱ هیئت استانی پیش از رد صلاحیت داوطلب، ملزم به استماع نظرهای داوطلب است^۲ و در فرض رد صلاحیت بدون شنیده شدن نظرهای وی، هیئت نظارت مرکزی در راستای اجرای تبصره ۲ ماده ۵۲،^۳ امکان اظهار نظر نخواهد داشت و در صورت اظهار نظر منفی، تصمیم یادشده به دلیل رعایت نشدن حق بر استماع داوطلب رد صلاحیت شده باطل است.

علاوه بر این، مطابق قانون راجع به آثار ملی مصوب ۱۳۹۰/۸/۱۲، دولت، برخی از اماکن و ابنیه احداث شده قدیمی را با شرایط خاصی جزء آثار ملی محسوب می‌کند و تحت نظارت خود درمی‌آورد. این تصمیم برای مالکان ساختمان‌های خصوصی معمولاً نامطلوب است و مورد رضایت شهروندان نیست؛ چون با وجود بقای مالکیت آن‌ها بر ملک ثبت شده، این تصمیم اداری به شدت باعث تحدید حقوق مالکانه آن‌ها و کاهش ارزش ملک مورد نظر خواهد شد.^۴ مطابق ماده ۳: «... ثبت مالی که مالک خصوصی داشته باشد، باید قبلاً به مالک اخطار شود و قطعی نمی‌شود، مگر پس از آن‌که به مالک اخطار و به اعتراض او رسیدگی شده باشد». پس سخنان مالک پیش از ثبت ملک شنیده می‌شود و می‌تواند با تخدیش دلایل مورد استناد مقام عمومی، از حقوق خود دفاع کند.

۱. مواد ۵ تا ۷ قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی، اصلاحی مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۱۳.

۲. تبصره یک ماده ۵۲ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی؛ هیئت نظارت استان موظف است رأساً یا از طریق نمایندگان خود، توضیحات و اظهارات داوطلبانی که صلاحیتشان رد شده یا رد می‌شود و یا احراز نگردیده است، را تا پایان مهلت مقرر در این ماده استماع نماید.

۳. تبصره ۲ ماده ۵۲ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی؛ هیئت نظارت استان پس از کسب نظر هیئت مرکزی نظارت موظف است مراتب تأیید یا رد صلاحیت کلیه داوطلبان را با استناد قانونی طی صورت جلسه‌ای به فرماندار یا بخشدار مربوطه اعلام نماید.

۴. طبق ماده ۶ این قانون، ایجاد هر گونه تغییر و دگرگونی در بنای ثبت شده و عملیاتی که منجر به خرابی مستحذات آن شود، ممنوع بوده و جرم محسوب می‌شود. بر این اساس، ارزش مالی این گونه ابنیه نیز به میزان قابل توجهی کاهش می‌یابد و به همین دلیل است که نوعاً ثبت یک ملک در لیست آثار ملی برای مالکان آن نامطلوب بوده و یک تصمیم مضر به حال مالک محسوب می‌گردد.

مواد ۲۳۹ و ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم^۱، مأمور مالیاتی را مکلف به شنیدن نظر و اعتراض‌های مؤدی قبل از قطعی شدن تصمیم کرده است. بر اساس قانون نظام صنفی مصوب سال ۱۳۸۲،^۲ ابطال پروانه کسب واحد صنفی که بدون اطلاع اتحادیه مربوط بیش از شش ماه فعالیت نداشته باشد، مستلزم اخطار و اعلام قبلی است. به عبارت دیگر، استماع نظرهای مالک پروانه کسب پیش از تصمیم‌گیری و ابطال، شرط و تکلیفی است برای اتحادیه.

این قوانین از جمله عوامل شناسایی حق استماع در نظام حقوق اداری تلقی می‌گردد، هر چند نبود قانون عام اداری درباره این امر موجب شده است صرفاً در موارد معدود استماع ذی‌نفع در نظر گرفته شود و نبود قاعده‌ای عام در این خصوص محسوس است. از سویی دیگر، در برخی قوانین حاکم بر مراجع شبه قضایی، حق بر استماع عملاً نادیده گرفته می‌شود، مثل ماده ۲ قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز مصوب ۱۳۷۴،^۳ توضیح این‌که ضبط کالا و ارز بر اساس بند

۱. ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷: در مواردی که برگ تخصیص مالیات صادر و به مؤدی ابلاغ می‌شود، چنانچه مؤدی نسبت به آن معترض باشد، می‌تواند ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ، شخصاً یا به وسیله وکیل تام‌الاختیار خود به اداره امور مالیاتی مراجعه و با ارائه دلایل و اسناد و مدارک، کتباً تقاضای رسیدگی مجدد نماید. مسئول مربوطه موظف است پس از ثبت درخواست مؤدی در دفتر مربوط و ظرف مهلتی که بیش از سی روز از تاریخ مراجعه نباشد، به موضوع رسیدگی و در صورتی که دلایل و اسناد و مدارک ابرازشده را برای رد مندرجات برگ تشخیص کافی دانست، آن را رد و مراتب را ظهر برگ تشخیص درج و امضا نماید و در صورتی که دلایل اسناد و مدارک ابرازی را مؤثر در تعدیل درآمد تشخیص دهد و نظر او مورد قبول مؤدی قرار گیرد، مراتب ظهر برگ تشخیص منعکس و به امضای ممیز کل و مؤدی خواهد رسید و هر گاه دلایل و اسناد و مدارک ابرازی مؤدی را برای رد برگ تشخیص یا تعدیل درآمد مؤثر تشخیص ندهد، باید مراتب را مستنداً در ظهر برگ تشخیص منعکس و پرونده امر را برای رسیدگی به هیئت حل اختلاف ارجاع نماید.

ماده ۲۳۹: ... در مواردی که مؤدی ظرف سی روز کتباً اعتراض ننماید و یا در مهلت مقرر در ماده مذکور به اداره امور مالیاتی مربوط مراجعه نکند، درآمد تعیین‌شده در برگ تشخیص مالیات قطعی است.

۲. ماده ۵ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲: در صورت عدم فعالیت بیش از شش ماه واحد صنفی، بدون اطلاع اتحادیه مربوطه یا تغییر محل کسب یا نوع فعالیت توسط صاحب پروانه کسب یا واگذاری محل صنفی دارای پروانه کسب به غیر، اتحادیه موظف است پس از اخطار پانزده روزه به واحد صنفی مزبور، پروانه کسب را ابطال کند.

۳. به منظور تسریع در رسیدگی و تعیین تکلیف قطعی پرونده‌های مربوط به کشفیات قاچاق، اعم از کالا و ارز، ادارات مأمور وصول درآمدهای دولت یا سازمان‌هایی که به موجب قانون مبارزه با قاچاق، شاکی محسوب می‌شوند، در صورت احراز کالا و یا ارز قاچاق مکلف هستند حداکثر ظرف ۵ روز نسبت به تکمیل پرونده اقدام و بر اساس جرایم و مجازات‌های مقرر در قوانین مربوط و این قانون به ترتیب ذیل عمل نمایند: در مواردی که بهای کالا و ارز موضوع قاچاق معادل ده میلیون ریال کمتر باشد، ادارات و سازمان‌های ذی‌ربط به ترتیبی که در آیین‌نامه اجرایی این قانون تعیین خواهد شد، فقط به ضبط کالا و ارز به نفع دولت اکتفا می‌کنند.

الف این ماده به موجب تصمیم اداری انجام می‌شود که بدون استماع و توجه به اظهارات و دلایل شخص صورت می‌گیرد و امکان اعتراض و شکایت از این تصمیمات نزد دیوان عدالت اداری نیز این نقص را جبران نمی‌کند. در برخی رسیدگی‌ها نیز هم چون هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، هیئت قبل از صدور حکم، مکلف به دعوت جهت حضور و استماع نظرهای متهم است.^۱

در برخی مراجع شبه قضایی هم چون کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، کمیسیون پس از وصول پرونده به ذی‌نفع اعلام می‌دارد که ظرف ۱۰ روز، توضیحات خود را به صورت کتبی ارسال دارد. آن‌گاه پس از انقضای این مدت با حضور نماینده شهرداری که بدون حق رأی برای ادای توضیحات در جلسه حاضر می‌شود، به موضوع رسیدگی کند. صرف نظر از ایراد نبود شفافیت در رسیدگی به دلیل نبود شهروندان، رسیدگی مورد اشاره مبتنی بر دادرسی منصفانه و برابری طرفین نیست؛ چون نماینده شهرداری از استماع و دفاع حضوری بهره می‌برد، اما شهروند تنها به صورت مکتوب و غیر حضوری شرکت دارد. بدیهی است حضور و بیان نکاتی از جانب نماینده شهرداری در نتیجه و حکم نهایی بی‌اثر نیست. نمونه دیگر، ماده ۷۲ قانون نظام صنفی کشور مصوب ۱۳۸۲، رسیدگی به تخلفات صنفی را به صورت علنی و با دعوت از طرفین یا نمایندگان آن‌ها پیش‌بینی کرده است.^۲

گفتار سوم. اصل استماع در رویه پیشین و اصلاحیه جدید قانون دیوان عدالت اداری

با توجه به رویکرد مبتنی بر حقوق موضوعه قضات در نظام حقوقی ایران علاوه بر اهمیت تحقق جایگاه واقعی اصول کلی در سلسله مراتب منابع حقوق با هدف استناد به آن‌ها ضمن بررسی اصلاحیه جدید قانون به رویه پیشین دیوان عدالت اداری در این خصوص خواهیم پرداخت.

۱. ماده ۱۹ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۳/۰۷/۲۷، رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان پس از تکمیل پرونده صورت می‌گیرد و چنان‌چه هیئت، حضور متهم را ضروری تشخیص دهد، در جلسه حضور می‌یابد. تبصره: در صورت درخواست کتبی متهم برای دفاع حضوری، هیئت موظف است یک‌بار، وی را برای حضور در جلسه دعوت کند.

۲. هیئت یا هیئت‌های رسیدگی بدوی در هر شهرستان، مرکب از سه نفر نمایندگان اداره یا سازمان بازرگانی، دادگستری با حکم رئیس قوه قضاییه و مجمع امور صنفی ذی‌ربط است که ظرف دو هفته، در جلسه‌ای با دعوت از طرفین یا نمایندگان آن‌ها به پرونده رسیدگی و طبق مفاد این قانون رأی صادر می‌گردد.

بند اول. رویه دیوان در خصوص حق استماع نسبت به اعمال اداری و شبه قضایی

دیوان عدالت اداری نسبت به اعمال شبه قضایی، در مواردی به لزوم استماع توجه نشان داده است، اما در تصمیمات موردی با توجه به نبود الزام کلی در این خصوص، آن گونه که بایسته است، به آن توجه نشده است و در آرای هیئت عمومی دیوان، موردی یافت نشد. در معدود آرای صادرشده از شعب دیوان به حق بر استماع در قالب لزوم رعایت تشریفات قانونی اشاره شده است، نظیر رأی صادرشده از شعبه اول دیوان^۱ که ثبت املاک تاریخی و ملی را مستلزم رعایت شرایط قانونی از سوی میراث فرهنگی دانسته و در بخشی از رأی بیان شده است: «... ثالثاً ثبت ملک در فهرست آثار ملی به موجب ماده ۳ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۰۸/۱۲ که دارای مالک خصوصی است، باید قبلاً به مالک، اخطار و ابلاغ گردیده و در صورت اعتراض آن‌ها در فرجه قانونی به اعتراض آن‌ها رسیدگی و در نتیجه، با وارد ندانستن اعتراض، ثبت آثار ملی نمایند»^۲.

مبنای رأی، حق بر استماع پیش از تصمیم‌گیری است که در قالب لزوم رعایت شرایط قانونی به آن توجه شده است. هم‌چنین در رویه قضایی دیوان، مفهوم اصل قانونی بودن به قدری موسّع تفسیر می‌گردد که بر بسیاری از جنبه‌های ابطال از جمله رعایت نشدن اصول آیینی هم‌چون حق استماع تحت عنوان رعایت تشریفات قانونی تأکید می‌شود. مقام اداری موظف است همه مراحل و آیین‌هایی را که در قانون آمده است (از جمله استماع، مشورت و اخطار قبلی) را رعایت کند. دیوان عدالت اداری نسبت به اعمال شبه قضایی گاهی به لزوم رعایت حق بر استماع توجه نشان داده است. البته این امر، مرهون تصریح برخی قوانین مرتبط با حوزه خاص است. برای نمونه، یکی از شعب دیوان در دادنامه شماره ۷۶۳ مورخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۸، تصمیم کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری کرج را به دلیل استماع نکردن دفاعیات مالک قبل از تصمیم‌گیری نقض کرده است.^۳ هم‌چنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۲۶۱۱ مورخ

۱. شعبه اول دیوان عدالت اداری، دادنامه قطعی شماره: ۹۵۰۹۹۷۰۹۵۵۷۰۰۹۷ مورخ ۱۳۹۵/۰۴/۲۲.

۲. شعبه یادشده در مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۰۴ طی دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۰۵۴۸ با همین استناد و استدلال به حق بر استماع شخص ذی‌نفع نسبت به ثبت ملک در حریم فهرست آثار ملی توجه کرد.

۳. ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مصوب سال ۱۳۳۴، اصلاحیه ۱۳۹۲/۰۳/۱۱: مالکین اراضی و املاک واقع در محدوده شهر با حریم آن باید قبل از هر اقدام عمرانی یا تفکیک اراضی و شروع ساختمان، از شهرداری، پروانه اخذ نمایند. شهرداری می‌تواند از عملیات ساختمانی ساختمان‌های بدون پروانه یا مخالف مفاد پروانه به وسیله مأمورین خود اعم از آن‌که ساختمان در زمین محصور یا غیر محصور واقع باشد، جلوگیری نماید.

۱۴۰۱/۱۰/۲۰، مصوبه هیئت وزیران را که بر اساس آن گفته شده است تخلفات گران‌فروشی، کم‌فروشی، درج نشدن قیمت، تقلب در کسب و صادر نشدن صورت حساب، رسیدگی بدون لزوم احضار مشتکی عنه و صرفاً با احراز صحت مستندات تخلف و استماع اظهارات مشتکی عنه به نحو مقتضی انجام شود، مغایر با اصول دادرسی عادلانه دانسته و ابطال کرده است. این رأی را می‌توان راستای لزوم حق بر استماع نسبت به اعمال شبه قضایی قلمداد کرد. البته نباید استناد دیوان صرفاً محدود به تصریح قانون درباره این حق باشد، بلکه باید به عنوان یک قاعده و اصل حقوق نگریست.

در این راستا علاوه بر ظرفیت قابل توجه تفسیر قضایی مصرّح در اصل ۷۳ در راستای شناسایی اصول حقوقی هم‌چون اصل استماع، اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی در شکل‌دهی و هدایت نظام حقوق اداری کشور نقش مهمی دارد.^۱ جایگاه اصول حقوقی، پیش‌شرط تحقق نظام اداری صحیح مصرّح در بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است؛ چون در نظام اداری صحیح، مقصود علاوه بر انتظام، هم‌چون ماهیت اصول حقوقی، رعایت حقوق شهروندان و مقابله با تضییع آن است. در توضیح اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ می‌توان گفت منظور قانون‌گذار از «اصول» مندرج در اصل ۱۶۶ همان اصول حقوقی پذیرفته‌شده در نظام حقوقی ایران است که می‌تواند مستند رأی محاکم قرار گیرد، به ویژه در مواردی که سکوت قوانین مدوّن وجود دارد، دادگاه برای یافتن راه حل پرونده می‌تواند به اصول استناد کنند.

هر چند اصل ۱۶۷ قانون اساسی در بیان منابع تکمیلی حکم، تنها از منابع و فتاوی معتبر فقهی نام برده، اما اصل ۱۶۶ قانون اساسی، دادگاه را مکلف ساخته است به اعتبار اصول حقوقی نیز رأی دهند. از طرفی، برخی از اصول حقوقی از منابع معتبر اسلامی قابل استخراج است و حتی می‌توان ادعا کرد منشأ بسیاری از اصول حقوقی در منابع معتبر اسلامی وجود دارد و اشتراکات مصداقی میان اصول حقوقی و اصول عملیه خود، دلیلی بر این ادعاست.^۲

تبصره ۱: ... کمیسیون پس از وصول پرونده به ذی‌نفع اعلام می‌نماید که ظرف ده روز، توضیحات خود را کتباً ارسال دارد. پس از انقضای مدت مذکور، کمیسیون مکلف است موضوع را با حضور نماینده شهرداری که بدون حق رأی برای ادای توضیح شرکت می‌کند، ظرف مدت یک ماه تصمیم مقتضی برحسب مورد اتخاذ کند....

۱. آقای طوق، مسلم و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، ۱۴۰۰، ص ۱۶۲.

۲. صادقی، محسن، اصول حقوق و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۱۹۶.

در خصوص جمع میان حکم اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی به نظر می‌رسد اصول حقوقی در عرض دیگر منابع حقوق نیستند. اگر تفسیری غیر از این ارائه دهیم، نمی‌توان به حکم اصل ۱۶۷ ترتیب اثر داد؛ زیرا در اصل یادشده، ذکر از اصول حقوقی نشده است. بنابراین، از نظر مقنن قانون اساسی، واژه «اصول» به کار رفته در اصل ۱۶۶ هم چون چتری است که بر فراز همه منابع از جمله قانون، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر قرار می‌گیرد. این اقدام، مغایرتی با لزوم استناد اولیه قضات به قانون ندارد. قاضی ابتدا باید به قانون مراجعه و به حکم آن استناد کند، اما این مراجعه (و تفسیر) با عینک اصول کلی حقوقی صورت می‌گیرد.^۱

در نظام حقوقی ایران، دو نوع از اصول حقوقی قابلیت استناد دارند: اصول نوشته حقوق و اصول فراقانونی. در استناد به اصول نوشته حقوق که خود به صورت یک ماده قانونی محسوب می‌شوند، بحثی وجود ندارد، اما در خصوص اصولی که از روح قوانین قابل استنباطند، با عنایت به سوابق تقنینی در خصوص منابع احراز قواعد ماهوی در مقام صدور حکم، قانون‌گذار امکان استناد به اصولی را فراهم آورده است که مغایر با شرع نباشند. این مغایرت نداشتن با شرع به عنوان یکی از شاخص‌های استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی است.

در مورد اصل استماع نیز بیان شد که ارتباط وثیق این اصل با کرامت انسانی و برخی اصول قانون اساسی هم‌چنین منشأ حاکمیت در ایران یعنی جمهوریت و اسلامیت، مبنایی است برای استناد قضایی به این امر و صرفاً مستلزم ریل‌گذاری قضایی به سوی استماع‌محوری تصمیمات اداری است. البته در بسیاری از قوانین موضوعه مرتبط با رسیدگی‌های شبه قضایی، حق بر استماع منصفانه و شنیده شدن شفاهی و حضوری حرف‌های ذی‌نفع به صراحت نادیده گرفته می‌شود، در حالی که اصولاً همه تضمینات مرتبط با حقوق دفاعی در حوزه کیفری و قضایی را با توجه به شباهت‌های ساختاری و کارکردی میان مراجع اختصاصی اداری و دادگاه‌های قضایی، تا حدی که با هدف غیر قضایی کردن این فرایندها در تغایر نباشد، باید در مراجع شبه قضایی نیز اعمال کرد.

۱. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۵.

بند دوم. حق بر استماع در اصلاحیه قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲

قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری اصلاح شده و به موجب ماده یک قانون یادشده به قانون دیوان عدالت اداری تغییر نام پیدا کرده است.^۱ از جمله موارد اصلاحی مهم، تبصره ۳ و ۴ ماده ۱۶ است. با توجه به محدودیت زمانی برای طرح دعوا نزد شعب دیوان عدالت اداری، در نگاه اول، مبنای تغییر قانون یادشده، کاهش حجم شکایات در دیوان قلمداد می‌شود که اصولاً چنین هدفی با ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه به عنوان رسالت دولت در معنای عام و قوه قضاییه در معنای خاص هم‌خوانی ندارد. با این حال، باید در نظر داشت که مقید به مهلت شدن باعث انتظام زمان بندی فرآیند دادخواهی می‌گردد و بهتر است در مورد اقامه کردن یا نکردن دعوا در مهلت معینی تصمیم‌گیری کنند. پس اقدامی را می‌توان ناقض امنیت قضایی دانست که مانع تظلم‌خواهی باشد، نه سبب انتظام در زمان و تعیین مواعد برای دادخواهی. در همین راستا، نکاتی درباره ماده ۱۶ قابل ذکر است:

۱. مهلت دادخواهی مصرّح در تبصره ۳ باید در کنار تکلیف ابلاغ تصمیمات به ذی‌نفعان مندرج در تبصره ۴ تفسیر گردد. پس جهل به تصمیم اداری از سوی ذی‌نفع به دلیل ابلاغ نشدن جزو معاذیر مندرج در پایان تبصره ۳ محسوب می‌گردد و نمی‌توان این جهل را متجانس با قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» دانست.^۲

با توجه به محدودیت زمانی برای طرح دعوا درباره بند یک و سه ماده ده و ناآگاهی شهروندان از قانون به ویژه محدودیت‌های اخیر، درج جمله «این تصمیم ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض نزد دیوان عدالت اداری است»، هم‌چون تبصره ۲ ماده ۱۶ که ناظر به تصمیمات مراجع

۱. با توجه به کثرت اصلاحات که در ۱۲۴ ماده بیان شده است، نمی‌توان آن را قانون اصلاحی نامید، بلکه باید از آن به عنوان قانون جدید دیوان عدالت اداری نام برد.

۲. درباره اهمیت و ضرورت ابلاغ، رأی ۱۲۱۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۸ شعبه ۳۰ قابل توجه است: موضوع درخواست، نقض رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری منطقه ۱۰ اصفهان است. شعبه بدوی با استناد به این‌که رأی کمیسیون معترض‌ عنه در تاریخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۶ ابلاغ گردیده است و شکات در تاریخ ۱۳۹۴/۰۴/۱۸ مبادرت به طرح دعوا نموده‌اند، مهلت مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۶ را منقضی و قرار رد دعوا صادر نموده است. شعبه تجدیدنظر مستند به قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۱۶ چون ابلاغ واقعی نبوده و ذی‌نفع ادعای عدم اطلاع از آن را داشته، شعبه دیوان را مکلف به رسیدگی به موضوع ابلاغ دانسته است. این رأی در خصوص مراجع مصرّح در بند دو ماده ده است، ولی به بندهای یک و سه ماده هم قابل تسری است.

شبه قضایی است، ضرورت دارد. افزون بر این، مشخص نیست آیا محدودیت زمانی یادشده نسبت به تبصره یک ماده ۱۰ که به موضوع مطالبه خسارت پرداخته، حاکم است یا خیر؟ با توجه به لزوم تفسیر در راستای اصول حاکم بر حقوق دفاعی، تعیین مهلت زمانی برای تظلم‌خواهی استثنا است. پس باید تفسیر مضیق گردد و بنا به تصریح قانون، محدودیت شش ماهه برای طرح دعوا صرفاً بر بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان وارد باشد.

۲. ابلاغ تصمیمات و اقدامات قطعی از سوی اداره به اشخاص ذی‌نفع وفق تبصره ۴، گامی مفید برای تحقق حقوق دفاعی اشخاص به واسطه امکان دسترسی به اسناد اداری و آگاهی از دلایل و مستندات تصمیم اداری است. با این حال، از نظر ماهوی در راستای حق بر استماع نیست؛ چون اصولاً استماع شخص پیش از تصمیم‌گیری است تا برای شخص ذی‌نفع، فرصت اثرگذاری در تصمیم اداری فراهم باشد. بنابراین، صرف آگاهی‌رسانی متعاقب تصمیمی که گرفته شده است، قابل تعبیر به حق بر استماع نیست. آن بخش از تبصره یادشده که دستگاه‌ها را به دریافت درخواست ذی‌نفع برای انجام امر اداری یا خودداری از انجام آن مکلف ساخته و متعاقب آن، اداره، ملزم به ارائه مکتوب پاسخ قطعی (نفی یا اثبات)، حداکثر ظرف سه ماه به ذی‌نفع گردیده است، با نگاهی موسّع، تحقق حق بر استماع است؛ چون پیش از تصمیم‌گیری اداری، گفت‌وگویی میان اداره و شخص ذی‌نفع شکل می‌گیرد و شهروند به نحوی می‌تواند با ارائه توضیحات مؤثر در تصمیم مقام اداری باشد.

۳. وفق تبصره ۴ با رعایت مواعد یادشده در تبصره ۳ از زمان انقضای مهلت پاسخ و معاذیر قانونی یا شرعی از سوی اداره، ذی‌نفع می‌تواند در دیوان طرح شکایت کند. قانون‌گذار، اصل را بر پاسخ منفی دستگاه اداری قرار داده است؛ یعنی پاسخ ندادن، دال بر نظر منفی دستگاه اداری است، در حالی که باید میان نوع درخواست شهروندان تفکیک قائل شد، به نحوی که اگر درخواست مبنی بر اخذ مجوز باشد، مثل صدور پروانه ساخت، سکوت دستگاه را باید نشانه موافقت و بلامانع بودن دانست. اگر درخواستی مانند برخورداری از تسهیلات باشد، سکوت باید به نوعی اعلام مخالفت قلمداد گردد. با این تفکیک، فرآیند درخواست‌ها با تطویل زمان از سوی دستگاه اداری مواجه نمی‌شود.

ماهیت این دو نوع درخواست، متفاوت است. در اولی، اعمال حق خویش به دریافت مجوز وابسته شده است، در حالی که دومی، برخورداری از مزایا به اقتضای جمیع شرایط است که باید از سوی

دستگاه مربوط احراز گردد. پس سکوت دستگاه اداری در مقابل این دو نوع درخواست اصولاً باید متفاوت باشد.

۴. بر اساس تبصره ۴، پاسخ‌گو نبودن و استنکاف از ثبت درخواست و ارائه رسید به اشخاص متقاضی، تخلف اداری است. به نظر می‌رسد ضمانت اجرای بیان شده در هیئت رسیدگی به تخلف اداری دستگاه مربوط قابل طرح و رسیدگی است و نه به صورت مستقیم در دیوان عدالت اداری. همین امر به تطویل زمان رسیدگی به درخواست خواهد انجامید.

گفتار چهارم. محدودیت‌های وارد شده بر اصل استماع

بر لزوم استماع ذی‌نفع، استثناهایی وارد است. بدیهی است تجویز صریح یا ضمنی قانون‌گذار با توسل به منفعت عمومی مبنی بر ضرورت نداشتن استماع پیش از تصمیم‌گیری صورت می‌گیرد. برای مثال، تبصره یک و دو لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ شورای انقلاب جمهوری اسلامی، از توافق در مورد بهای عادلانه بین مالک و دستگاه اجرایی تملک‌کننده سخن به میان آمده است که به معنای استماع اظهارات و دلایل مالک و در نهایت، معرفی کارشناس منتخب خود است. به همین دلیل، حق بر استماع به صورت شفاهی به رسمیت شناخته شده است. با این حال، ماده ۹ این لایحه قانونی بیان داشته است که در صورت فوریت موضوع با ذکر دلایل موجه مبنی بر این که سرعت نداشتن در انجام طرح موجب ورود زیان جبران‌ناپذیر است، می‌توانند قبل از انجام معامله قطعی یا حتی تنظیم صورت‌مجلس وضع موجود ملک با حضور مالک یا نماینده قانونی وی و در غیاب آن‌ها با حضور نماینده دادستان و کارشناس رسمی نسبت به تصرف ملک و اجرای طرح اقدام کنند.

افزون بر این تصمیم‌های مقدماتی یا به عبارتی، طرح‌های مطالعاتی که فاقد آثار مؤثر نسبت به اشخاص است، نسبت به تصمیمی که بر مبنای قانونی گرفته نشده و اداره نسبت به تصمیم غیر قانونی خود آگاه می‌شود و از آن عدول می‌کند یا آن را باطل می‌سازد، حق بر استماع قابل اعمال نیست. هم‌چنین با تقسیم ایقاع به موجد حق و سالب، اداره در تصمیم‌گیری‌هایی که موجد حق و امتیازی برای اشخاص ذی‌نفع باشند، مستثنی از لزوم اعمال اصل استماع است؛ چون چنین تصمیماتی ذاتاً مطلوب و موافق با خواست شهروندان است و در عمل، موافقت نکردن شهروند

ذی‌نفع با این‌گونه تصمیمات بعید است، مثل تصمیم اداره نسبت به برخورداری از تسهیلات با هدف اشتغال که برای شخص مطلوب و مورد خواست وی خواهد بود. پس استماع نشدن پیش از تصمیم بر حقوق وی خللی وارد نخواهد کرد؛ چون تصمیم موجب سلب یا تضییق حقوق وی نمی‌شود.

نتیجه‌گیری

حق بر استماع یا اصل شنیده شدن، یکی از حقوق و اصولی است که امروزه در بیش‌تر نظام‌های حقوقی دموکراتیک دنیا در حوزه مسائل قضایی و اداری پذیرفته شده و به عنوان یکی از ویژگی‌های اداره خوب شناسایی گشته است. استماع در برخی نظام‌های حقوقی، «حق» و در برخی دیگر، «اصل» تلقی می‌گردد. این اصل در حوزه حقوق اداری، حلقه وصل یا پل ارتباطی مردم‌سالاری و دیوان‌سالاری است که با لزوم رعایت حقوق دفاعی، حفظ کرامت انسانی و دستیابی به اداره خوب پیوند عمیق دارد که تحقق آن مستلزم بازنگری در ساختار اداری کشور و ژرف‌نگری در تمرکززدایی است، به نحوی که از عدم تمرکز ملی و محلی گذر کند و این مهم را به درون سازمان تسری دهد، به شکلی که تصمیم‌گیری‌ها به اداره و مأموران اداری محدود نباشد، بلکه به واسطه مشارکت ذی‌نفعان انجام شود. با ورود این اصل از حوزه حقوق خصوصی و کیفری به عرصه حقوق اداری از خلع سلاح شخص در برابر اداره جلوگیری می‌شود و اشخاص به نوعی از مرحله دفاعی، پیش از لزوم توسل به نظارت قضایی برخورداری می‌شوند.

با واکاوی مفهوم اصل استماع، این نتایج به دست آمد:

وضعیت اصل استماع در فرآیند تصمیم‌گیری اداری، در مقایسه با دادرسی مراجع اختصاصی اداری به مراتب ضعیف‌تر است. در برخی از قوانین به اصل استماع به صورت معدود اشاره شده است. اعمال اداری را که مستلزم استماع، پیش از تصمیم هستند، ایقاع تکلفی دانستیم. در این نوع ایقاع، استماع ذی‌نفع قبل از تصمیم‌گیری، تکلیف مقام اداری است. قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۷۸، اصلاحی ۱۳۹۵/۳/۳، قانون راجع به آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۰۸/۱۲، قانون مالیات‌های مستقیم مصوب سال ۱۳۶۶، قانون نظام صنفی مصوب سال ۱۳۸۲، مواردی از شناسایی حق استماع در نظام حقوق اداری ایران است، هر چند نبود قانون عام اداری درباره این امر موجب

شده است صرفاً در موارد معدود، استماع ذی نفع مورد نظر قرار گیرد.

بر اصل استماع ذی نفع، استثنائاتی وارد است. تجویز صریح یا ضمنی قانون‌گذار با توسل به منفعت عمومی و ضرورت فوریت و لزوم تسریع در تصمیم‌گیری، تصمیم‌های مقدماتی یا طرح‌های مطالعاتی که فاقد آثار مؤثر نسبت به اشخاص است، در تصمیم‌هایی که بر مبنایی غیر قانونی گرفته شده است و اداره به غیر قانونی بودن آن پی می‌برد و به عدول یا اعلام ابطال تصمیم یادشده می‌پردازد، حق بر استماع قابل اعمال نیست. هم‌چنین با تقسیم ایقاع به موجد و سالب حق اداره در تصمیم‌گیری‌هایی که موجد حق و امتیازی برای اشخاص ذی نفع باشند، مستثنا از لزوم اعمال اصل استماع است؛ چون چنین تصمیماتی ذاتاً مطلوب و موافق با خواست شهروندان است و در عمل، موافقت نداشتن شهروند ذی نفع با این گونه تصمیمات بعید است.

۱. در نگاه اول مبنای تغییر قانون دیوان در سال جاری، کاهش حجم شکایات مطرح شده است که اصولاً چنین هدفی با ایجاد امنیت قضایی برای همه به عنوان رسالت دولت هم‌خوانی ندارد. البته معقول نیست که شاکیان در هر زمان قادر به طرح شکایت باشند و بهتر است در مورد اقامه کردن یا نکردن دعوا در مهلت معینی تصمیم‌گیری کنند. پس اقدامی را می‌توان ناقض امنیت قضایی دانست که مانع تظلم‌خواهی باشد، نه سبب انتظام در زمان و تعیین مواعد برای دادخواهی.

در همین راستا، نکاتی درباره تبصره‌های جدید ماده ۱۶ بیان شد: تکلیف دستگاه‌ها به دریافت درخواست ذی نفع برای انجام امر اداری یا خودداری از انجام آن و متعاقب آن، الزام اداره به ارائه مکتوب پاسخ قطعی حداکثر ظرف سه ماه به ذی نفع را با نگاهی موسع می‌توان تحقق حق بر استماع دانست؛ چون پیش از تصمیم‌گیری اداری، گفت‌وگو میان اداره و شخص ذی نفع شکل می‌گیرد و شهروند به نحوی می‌تواند با ارائه توضیحات مؤثر در تصمیم مقام اداری باشد. وفق تبصره ۴، پاسخ ندادن به درخواست به منزله نظر منفی دستگاه اداری است، در حالی که میان نوع درخواست شهروندان باید تفکیک قائل شد، به نحوی که اگر درخواست مبنی بر اخذ مجوز باشد، مانند این‌که در صدور پروانه ساخت، سکوت دستگاه را باید موافقت و بلامانع بودن دانست و اگر درخواستی مانند برخورداری از تسهیلات باشد، سکوت به نوعی اعلام مخالفت است. ماهیت این دو نوع درخواست، متفاوت است. در اولی، اعمال حق خویش به اخذ مجوز وابسته شده، در حالی که دومی برخورداری از مزایا به اقتضای جمیع شرایط است که باید از سوی دستگاه مربوط احراز گردد.

به این ترتیب، سکوت دستگاه اداری در مقابل این دو نوع درخواست اصولاً باید متفاوت باشد. با این تفکیک، فرآیند درخواست‌ها با تطویل زمان از سوی دستگاه اداری مواجه نمی‌شود.

وفق تبصره ۳، تعیین مهلت دادخواهی باید در کنار تبصره ۴ تفسیر گردد؛ چون صدر تبصره بر ضرورت ابلاغ تصمیم و اقدام قطعی به اشخاص ذی نفع تأکید دارد. پس جهل به تصمیم اداری از سوی ذی نفع به دلیل ابلاغ نشدن جزو معاذیر مندرج در انتهای تبصره ۳ محسوب می‌شود و نباید این جهل را متجانس با قاعده «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» دانست. در همین راستا، ابلاغ تصمیمات و اقدامات قطعی از سوی اداره به اشخاص ذی نفع از جمله گام‌های مفید برای تحقق حقوق دفاعی اشخاص به واسطه امکان دسترسی به اسناد اداری و آگاهی از دلایل و مستندات تصمیم اداری است، ولی از نظر ماهوی، حق بر استماع یا شنیده شدن اشخاص نیست؛ چون استماع شخص پیش از تصمیم‌گیری معنی خواهد داشت تا فرصت اثرگذاری در تصمیم اداری فراهم باشد. بنابراین، صرف آگاهی‌رسانی متعاقب تصمیم‌گیری، حق بر استماع نیست. با توجه به مقید به زمان شدن تظلم خواهی برای اشخاص ذی نفع نزد دیوان عدالت اداری، درج «این تصمیم ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ قابل اعتراض نزد دیوان عدالت اداری است»، هم‌چون تبصره ۲ در ابلاغ‌های اداری ضرورت دارد. مشخص نیست آیا محدودیت زمانی یادشده نسبت به تبصره یک ماده ۱۰ که به موضوع مطالبه خسارت پرداخته، حاکم است یا خیر. با توجه به لزوم تفسیر به نفع و در راستای اصول حاکم بر حقوق دفاعی تعیین مهلت زمانی برای تظلم‌خواهی استثناست و باید این استثنا، تفسیر مضیق گردد. پس بنا به تصریح قانون، محدودیت شش ماهه برای طرح دعوا صرفاً وارد بر بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری است.

۲. پیش از اصلاحیه جدید قانون، رویه دیوان عدالت اداری هر چند نسبت به اعمال شبه قضایی در مواردی به لزوم استماع توجه نشان داده، اما در تصمیمات موردی با توجه به نبود الزام کلی، در شعب دیوان، معدود آرایایی به پشتوانه قانون موضوعه آن هم در قالب رعایت نشدن تشریفات قانونی صادر گردیده است. با این حال، در آرای هیئت عمومی درباره لزوم رعایت این اصل، موردی یافت نشد و تنها به تازگی درباره اعمال شبه قضایی و رسیدگی شعب تعزیرات حکومتی، استماع پیش از صدور حکم در نظر گرفته شده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
۳. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۴. بهنیا، مسیح، اصل انتظار مشروع: مفهوم، مبانی و شیوه‌های حمایت در حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۵. رضایی، حسین، حق بر مشارکت و استماع در تصمیم‌های اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
۶. شیروی، عبدالحسین، حقوق تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۷. صادقی، محسن، اصول حقوق و جایگاه آن در حقوق موضوعه، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۹. عطریان، فرامرز، حقوق اداری تطبیقی: اداره خوب (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا)، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۱۰. قربانی، زین‌العابدین و محمدعلی قربانی، منشور مملکت‌داری در نامه امام علی (ع) به مالک اشتر، رشت: سلار، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۱. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های سیاسی، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۱۲. هداوند، مهدی و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۳. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۴. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. آقایی طوق، مسلم و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، ۱۴۰۰.
۲. حبیب‌زاده، توکل و علی‌اصغر فرج‌پور اصل مرندی، «کرامت انسانی و اکتناى حقوق بشرى و شهروندى مندرج در قانون اساسى جمهورى اسلامى ایران بر آن»، مطالعات حقوق عمومى، دوره چهل و ششم، شماره ۱، ۱۳۹۵، صص ۱۱۵-۱۳۷.
۳. خانى والى‌زاده، سعید، «بررسى ارتباط رعاىت حقوق دفاعى و کرامت انسانى افراد در حقوق اداری ایران و فرانسه»، فصل‌نامه علمى و پژوهشى حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۶.
۴. خانى والى‌زاده، سعید، «ضرورت اخطار قبلى در تصمیم‌گیرى‌هاى ادارى با نگاهی به حقوق ادارى فرانسه»، فصل‌نامه دیدگاه‌هاى حقوقى قضایى، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۷، پاییز ۱۳۹۸، صص ۶۱-۸۰.
۵. رستمى، ولّى و احمد رنجبر، «عدالت ادارى؛ چارچوب مفهومى و سازوکار نهادى»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومى، سال سوم، شماره ۷، ۱۳۹۳، صص ۱۱۵-۱۳۶.
۶. فلاح‌زاده، على‌محمد، «تحولات حق استماع در حقوق ادارى انگلستان و ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومى، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، صص ۲۰۶-۱۶۹.
۷. میرزاده کوه‌شاهى، نادر و حسن رضایى، «نقش مشارکت شهروندان و کارمندان در تصمیم‌گیرى‌هاى ادارى مطلوب»، فصل‌نامه حقوق ادارى، سال ششم، شماره ۱۷، ۱۳۹۷.
۸. یزدانى زنوز، هرمز، «نقش شفافیت در تحقق حکمرانى مطلوب»، نشریه حقوق اساسى، دوره ششم، شماره ۱۱، ۱۳۸۸.

ج) آرای قضایى

۱. شماره دادنامه ۱۰۹۷ تاریخ ۱۳۹۵/۰۴/۲۲، شعبه ۱ دیوان عدالت ادارى.
۲. شماره دادنامه ۱۲۱۵ تاریخ ۱۳۹۵/۰۳/۱۸، شعبه ۳۰ دیوان عدالت ادارى.
۳. شماره دادنامه ۲۶۱۱ تاریخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۰، هیئت عمومى دیوان عدالت ادارى.

۴. شماره دادنامه ۵۲۸۶ تاریخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۸، شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور.
۵. شماره دادنامه ۵۴۸ تاریخ ۱۳۹۳/۰۳/۰۴، شعبه ۱ دیوان عدالت اداری.
۶. شماره دادنامه ۷۶۳ تاریخ ۱۳۹۲/۰۳/۰۸، شعبه ۶ دیوان عدالت اداری.

2. Latin Source

1. Beqiraj, Pranvera, The Right to Be Heard in the European Union Case Law of the Court of Justice of the European Union. European Journal of Multidisciplinary Studies, Vol.1, Nr. 1, 2016.
2. Bignami, E. Franscesca, three generations of participation right in European administrative proceedings jean monnet working paper no.11/03, 2003.
3. Bonnefous, Edouard, La réforme administrative, Paris, P.U.F, 1986.
4. Ferrier, Jean-Paul, "La participation des administrés aux décisions de l'administration", R.D.P., 1974.
5. Hofmann, Herwig C. H., Gerard C. Rowe and Alexander H. turk, Administrative Law and policy of the European Union, oxford: oxford university press, décisionsl'administration, R.D.P, 2012.
6. Lebreton, G., Droit administratif general, Paris: Dalloz, 2017.
7. Mourgeon, J., La répression administrative, Paris: L.G.D.J., 1967.
8. Raabin, Jack, W. Barthly Hildreth & Gerald J. Miller, Handbook of Administration, third edition, 2007.

تحلیل رویه قضایی حاکم بر در دعوای خلع ید از نظر صلاحیت دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری

حمید عزیزپور^۱، اکرم تاجیک^۲، زهرا تجری موذنی^۳

چکیده

اثبات مالکیت جزء دعوایی است که در خصوص پذیرش آن بین قضات اختلاف نظر وجود دارد. با این حال، به نظر می‌رسد تقریباً همه قضات بر پذیرش چنین دعوایی در باب املاک ثبت نشده اتفاق نظر دارند، ولی در زمینه املاکی که دارای سند مالکیتند، دادگاه‌ها مطابق مواد ۲۲ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، فردی را مالک می‌شناسند که سند مالکیت رسمی به نام اوست.

قانون‌گذار با پیش‌بینی «دعوی خلع ید»، درصدد حمایت از حق مالکیت افراد در برابر تصرفات غاصبانه برآمده است. در حیطه حقوق عمومی و نیز حقوق اداری، دعوی خلع ید اهمیت زیادی دارد؛ چون اولاً در مورد مرجع صالح رسیدگی به این دعوا، اختلاف نظرهایی از جنبه نظری و نیز رویه قضایی وجود دارد. ثانیاً چون یک طرف رابطه در این دعوا، دولت است، احتمال نقض تساوی در برابر قانون وجود دارد.

این پژوهش که به شیوه توصیفی و تحلیلی و به روش اسنادی و کتاب‌خانه‌ای انجام شده، تأثیر مراحل مختلف ثبت ملک در دعوای خلع ید و اثبات مالکیت را بررسی کرده است. یافته‌ها نشان می‌دهد که در حقوق خصوصی، در بسیاری از محاکم و به طور کلی، در رویه قضایی ایران معمولاً دادرسان در دعوای خلع ید به وضعیت و پرونده ثبتی ملک توجهی ندارند، حال آن‌که باید بین مراحل مختلف ثبت ملک قائل به تفکیک شد. به این معنا که خلع ید صرفاً در مورد املاکی پذیرفته می‌شود که سند رسمی مالکیت دارند و برای املاکی که در فرآیند ثبت قرار دارند، پذیرفته نمی‌شود. در دعوای خلع ید به طرفیت سازمان‌های دولتی، اگر تصرف عدوانی توسط دولت بدون هیچ مجوز قانونی صورت گیرد، موضوع در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است.

واژگان کلیدی: اثبات مالکیت، دعوای خلع ید، رویه قضایی، دیوان عدالت اداری.

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

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

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

مقدمه

دعاوی خلع ید، یکی از شایع‌ترین دعاوی مطرح در دادگستری است. محاکم حقوقی عهده‌دار رسیدگی به این دعاوی پس از احراز ارکان مادی آن و نبود موانع قانونی به محکومیت خواننده به خلع ید از ملک متنازع‌فیه حکم می‌دهند.^۱ بنابراین، در موقعیت‌هایی، حق مالکیت اشخاص انکار و به آن تجاوز می‌شود. پس لازم است مدعی مالکیت بر یک مال برای تثبیت حق خویش به دادگاه مراجعه کند و بخواهد که ضمن خلع ید از غاصب، مال را تحت سلطه و اختیار وی در آورد. در این شرایط، خواهان دعا باید دلایل مالکیت خود را به دادگاه تقدیم کند تا پس از رسیدگی به دلایل مالکیت و احراز شرایط دعا، امکان صدور حکم در ماهیت موضوع مقدور باشد. زمانی که مدعی دارای سند مالکیت رسمی نسبت به ملک مورد تنازع باشد، در گرفتن حکم خلع ید به نفع خویش مشکلی ندارد، اما در فروض مختلف دیگر از جمله این‌که خواهان دعا دارای سند عادی خریداری ملک از مالک رسمی است یا ملک هنوز در دفتر املاک ثبت نشده است و هم‌چنین در باب زمین‌های دارای اسناد نسقی زارعانه، نحوه اثبات مالکیت خواهان با چالشی جدی در رویه قضایی موجود در دادگاه روبه‌روست.

طرح دعا با عنوان اثبات مالکیت قبل یا هم‌زمان با دعاوی خلع ید جزء دعوایی است که در خصوص پذیرش آن بین قضات اختلاف نظر وجود دارد. بیش‌تر دادگاه‌ها در مورد پذیرش چنین دعوایی قبل یا هم‌زمان با دعاوی خلع ید در مورد املاک ثبت نشده و فاقد سوابق ثبتی تقریباً هم‌نظرند. با این حال، عمده بحث و گمانه‌زنی در این زمینه به این موضوع برمی‌گردد که برخی از دادگاه‌ها معتقدند در املاک دارای سوابق ثبتی و برابر مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۷ قانون ثبت، مالک فقط شخصی است که مطابق سند مالکیت و دفتر املاک، ملک به نام اوست. در خصوص این املاک اگر دعاوی اثبات مالکیت را بپذیریم، با صدور حکم قطعی به مالکیت دارنده سند عادی، مالکیت موازی (تعارض در مالکیت) ایجاد می‌شود. به این ترتیب که هم‌زمان از یک سو، دفتر املاک، شخصی را مالک ملک معین می‌شناسد و از سوی دیگر، دارنده حکم قطعی دادگاه مبنی بر اثبات مالکیت، خود را مالک همان ملک می‌داند. این در حالی است که حکم دادگاه ولو قطعی باشد، نمی‌تواند جای‌گزین مالکیت رسمی و ثبتی گردد.^۲

۱. گرجی، ابوالقاسم، «ید مالکی و ید ضمانتی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۳، ۱۳۸۶، ص ۸۵.

۲. رستمی‌فر، آذین و علی‌اکبر اسماعیلی، «تبیین اثبات مالکیت در رویه قضایی ایران»، پژوهش و مطالعات علوم انسانی، سال سوم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰، ص ۳۳.

دعوی خلع ید دارای سه رکن اساسی است. اولین رکن، اثبات مالکیت رسمی خواهان است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور پس از سال‌ها اختلاف رویه درباره دعوی خلع یدی که اشخاص خصوصی نسبت به غصب املاک خود مطرح می‌کردند، رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ را در تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ صادر کرد که با یک‌نواخت‌سازی نظام حقوقی و دادرسی کشور، خلع ید از اموال غیر منقول را فرع بر مالکیت می‌داند.^۱ دومین رکن این دعوا، عدوانی بودن تصرف است. قانون مدنی ایران، عدوان را تعریف نکرده است. عدوانی بودن ید متصرف، جنبه نوعی دارد و از انکار یا تعدی و تفریط به او به حکم قانون احراز می‌شود. قانون‌گذار با افزودن به شرط نحو عدوان بر شرایط دیگر غصب به ظاهر بدون مجوز قانونی یا به ناحق و ظالمانه بودن استیلا را شرط تحقق غصب دانسته است. بنابراین، برای تحقق غصب، استیلای بر حق دیگری باید بدون مجوز قانونی و به ناحق باشد. بدین سان، غصب با حسن نیت و جهل غاصب نیز تحقق می‌شود. چنان‌که هرگاه کسی به تصور مالک بودن بر مال دیگری مستولی شود، غاصب محسوب می‌شود.^۲

خدمت عمومی، یکی از وظایف دولت به شمار می‌رود که هدف آن، تأمین منافع عمومی است. استقرار نظم، احداث طرق و شوارع و اماکن عمومی از جمله نیازهای عدیده‌ای است که دولت در مقام تأمین آن باید اقدامات لازم را معمول دارد. حال اگر برای تأمین این نیازها بین حقوق و منافع عمومی و حقوق و منافع خصوصی افراد تعارض پیش آید، با وجود اصل احترام به مالکیت خصوصی، اصل اولویت و تقدم منافع عمومی اقتضا می‌کند دولت به شرط جبران خسارت، متعرض حقوق خصوصی افراد شود.^۳

تحدید مالکیت خصوصی اشخاص در اجرای طرح‌های عمرانی، ابزاری است که از یک سو به دستگاه اجرایی اجازه می‌دهد مالکان را مجبور به فروش املاکشان کنند و از سوی دیگر به مالکان و صاحبان حقوق قانونی این املاک امکان می‌دهد بهای عادلانه و غرامت‌های ناشی از تملک قهری را مطالبه کنند.^۴

۱. محسنی، حسن، «مبانی ارزش تشخیص منابع طبیعی در استقرار مالکیت دولت بر جنگل و مرتع (جایگاه رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۶ دیوان عالی کشور)»، مجله منابع طبیعی ایران، دوره هفتاد و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۳۰۲.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۰، ص ۱۲۳.

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی)، چاپ ششم، تهران: میزان، ۱۳۸۱، ص ۲۰۶.

۴. کامیار، غلام‌رضا، حقوق اداری اموال: سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی، تهران: مجد، ص ۱۵.

اولین نتیجه اصل حاکمیت قانون نسبت به دولت این است که دولت هر عملی را باید بر پایه قانون انجام دهد، به این معنا که اهلیت دولت جای خود را به صلاحیت خواهد داد. در مورد صلاحیت دولت در تصرف اموال دیگران نیز حدود صلاحیت دولت در این امر متفاوت است. نه تنها دولت اذن عام ندارد، بلکه در موارد متعددی بر خلاف آن تصریح شده است.^۱

مطابق اصول قانون اساسی، محاکم دادگستری، مرجع عام رسیدگی به شکایات و تظلمات شهروندان قلمداد می‌شوند و در کنار این مراجع، دیوان عدالت اداری در مقام بالاترین مرجع دادرسی اداری ایران و به عنوان یک محکمه اختصاصی با برخورداری از صلاحیت ذاتی برای رسیدگی به برخی دعاوی و با هدف احقاق حقوق مردم در مقابل دولت و برقراری عدالت اداری ایجاد گشته و صلاحیت آن در راستای اهداف یادشده و متناسب با آن تعریف شده است.^۲

در مورد دعاوی خلع ید به طرفیت دولت، آرای وحدت رویه‌ای هم از دیوان عدالت اداری و هم از دیوان عالی کشور صادر شده است که گاه معارض یکدیگرند و این امر، ضرورت تفسیر صحیح از آرای صادرشده را برجسته می‌کند. پرسش اصلی این تحقیق آن است که اثبات مالکیت خلع ید در موارد عادی و در مواردی که این دعوا به طرفیت دولت اقامه می‌شود، چه تفاوت‌هایی با هم دارند؟

روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است. در گفتار اول به ارکان دعاوی خلع ید و در گفتار دوم به دعاوی خلع ید به طرفیت دولت و در نهایت، در گفتار پایانی به بررسی دعاوی خلع ید مطابق با قانون ثبت اسناد و املاک می‌پردازیم.

گفتار اول. ارکان دعاوی خلع ید

دعای خلع ید بر سه رکن مبتنی است: احراز مالکیت خواهان، اثبات ید خوانده بر ملک و احراز غیر قانونی بودن ید خوانده بر ملک. دادگاه برای صدور حکم خلع ید باید هر سه رکن را احراز کند. هنگامی که مالکیت خواهان به عنوان مهم‌ترین رکن دعاوی خلع ید احراز شود، احراز دو رکن دیگر زحمت و وقت چندانی نمی‌طلبد؛ زیرا کم‌تر پیش می‌آید که مالک ملک بدون دلیل و موجب عقلی و بدون

۱. بافهم، محمد و عزیزالله فهیمی، «شمول ضمان غصب نسبت به تصرفات دولت با نگاهی به رویه قضایی»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، ص ۱۶.

۲. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (۱ و ۲)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱، ص ۲۸۰.

جهت به طرفیت شخص غیر متصرف، دعوای خلع ید مطرح کند. اصولاً صرف اعلام حق از جمله حق مالکیت بدون درخواست مشروع خلع ید یا رفع تصرف و اعاده وضع و نظایر آن‌ها فاقد نفع عقلایی است و عملی لغو جلوه می‌کند. البته مقصود از نفع در این جا آن است که رأی در دعوا و رفع اختلاف، اثر ذاتی و مستقیم داشته باشد. پس اگر اثبات مالکیت خواهان، نیازمند طرح دعوای مستقل باشد، به قیاس مساوات و مفهوم موافق می‌توان گفت اثبات ید خوانده و غیر قانونی بودن آن نیز مستلزم طرح دعوای مستقل و صدور رأی جداگانه به عنوان مقدمه صدور حکم خلع ید است.^۱

گفتار دوم. دعوای خلع ید به طرفیت دولت

بر اساس اصل سی و چهارم قانون اساسی، دادخواهی، حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع کند و هدف اصلی دادخواهی، تحصیل حکم است.^۲ بنابراین، در مواردی که خلع ید توسط دولت و ادارات دولتی نیز صورت گیرد، حق طرح دعوا برای اشخاص محقق است.

موضوع سلب مالکیت دولت در قوانین عمومی از چند جهت دارای اهمیت است. اول، مبنای اعطای اختیارات به خلع ید و مالکیت املاک خصوصی دیگران توسط دولت‌ها؛ دوم، ماهیت حقوقی و اشکال سلب مالکیت در جهت منافع عمومی و سوم، مراجع حل اختلاف. عنصر مهمی که باعث می‌شود دولت بتواند در صورت لزوم، مالکیت خصوصی را تصرف کند، اولویت منافع عمومی و جامعه بر منافع فردی افراد است. بر این اساس، مبانی نظری تملک به عنوان یکی از نمونه‌های اداره دولت بر اساس نظریه خدمات عمومی است؛ زیرا تملک در موقعیت از بین بردن منافع جمعی و منافع فردی و به دلیل خدمات عمومی و استفاده از قوانین ترجیحی اداره در مالکیت هم چنین توسط خدمات پشتیبانی می‌شود.^۳

۱. فقیهی نژاد، مهدی و سمیه باباییان فردویی، «دعوای مالکیت و خلع ید املاک در مرحله مختلف ثبتی در رویه قضایی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و چهارم، شماره ۷۰، ۱۳۸۹، ص ۴۲.

۲. رستمی، ولی و کیومرث سپهری، «اجرای احکام مدنی علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی؛ موانع و راهکارها»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۱۷۸.

۳. رضایی، رضا و همکاران، «دعوای ناشی از تملک اراضی شهری و نحوه جبران خسارت»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره ۳، ۱۴۰۱، ص ۱۱۷۵.

عمده‌ترین مصرف کنندگان زمین، دولت و شهرداری‌ها در قالب مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند و درباره ایجاد یک شاخص اجتماعی باید منبع پیش‌بینی و تخصیص آن سنجیده شده باشد تا امری بی‌ارزش تلقی نشود. از این رو، تأکید شده است که اعمال حاکمیت در تصرف اموال غیر منقول اشخاص، متفاوت از شقوق دیگر تصرف دولت است؛ زیرا با ملاحظه مبانی حقوقی، در مواردی که انتفاع مالکیت خصوصی زاید بر نیاز شخصی، اگر مردم جامعه در حکومت اسلامی نیاز داشته باشند، نیز سخن در میان است. البته همواره دلالت احکام فقهی این است که ضرورات محظورات را مباح می‌کند.^۱

اصطلاح «دولت» در قوانین و مقررات حقوقی ما در مفاهیم مختلفی به کار رفته است. به طور کلی، این اصطلاح در سه مفهوم آمده است: قوای حاکم بر کشور، دولت در مفهوم کشور و در مفهوم سوم که عمدتاً در قوانین و مقررات است، دولت در مفهوم مضیق آن به معنی قوه مجریه به کار رفته است که یکی از ارکان حکومت را تشکیل می‌دهد.^۲

در قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی با توجه به نصوص قوانین و رویه قضایی مربوط به ویژه رأی وحدت رویه شماره ۷ مورخ ۲۷ اردیبهشت ۱۳۶۱، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، اطلاق واژه «دولت» منحصراً شامل دستگاه‌های حاکمیتی و غیر انتفاعی دولت یعنی وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی و منصرف از دستگاه‌های تصدی‌گرایانه و انتفاعی دولت است.^۳

تملک و تصرف حقوق عینی اشخاص برای اجرای طرح‌های عمومی و دولتی بی‌رضایت آنان که به استناد لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸ و مقررات بعدی انجام می‌شود، خود از استثنائات قاعده تسلیط و مبتنی بر حکم ثانویه و قاعده لاضرر است و بنا بر قاعده «الضرورات تنقذر بقدرها»، در این قبیل موارد، باید به قدر متیقن و ضرورت اکتفا شود.^۴

۱. علوی نایینی، سید حسن و مهدی عباسی سرمدی، «آثار تصرفات دولت در اموال غیر منقول اشخاص در پرتو نظرات فقهای شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۷، ص ۵۲.

۲. دهقان منشادی، محسن و ولی رستمی، «قواعد حقوقی حاکم بر وصول مطالبات دولت از اشخاص: تحلیل مواد ۴۷ و ۴۸ قانون محاسبات عمومی کشور»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸، ص ۵۳.

۳. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۹۵.

۴. حسنی، محمد مهدی، «استثنا بر استثنا: نقدی بر ماده واحده الحاق یک تبصره به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک»،

نظام حقوقی ایران، مالکیت شخصی را محترم و مصون از تعرض دانسته است، اما زمانی که حقوق مالکانه اشخاص در تقابل با نیازها و ملزومات عمومی قرار گیرد، سلب مالکیت خصوصی به سبب منافع عمومی معنا می‌یابد و بر اساس یکی از مهم‌ترین اصول خدمات عمومی یعنی تقدم منافع عمومی بر منافع فردی و به موجب قوانینی هم‌چون لایحه قانونی «نحوه خرید و تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ به دولت اجازه داده می‌شود تا املاک و اراضی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های عمومی را بدون رعایت تشریفات معمول تملک کند. بدین ترتیب، معیار خدمات عمومی موجب تفوق اراده دولت بر اراده اشخاص و برخورداری دستگاه اجرایی از امتیاز اقتداری تملک اجباری در راستای تأمین منافع عمومی می‌شود.^۱

تملك املاک در حقوق ایران در صورتی که توسط وزارت خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، نهادها و مؤسساتی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام است و هم‌چنین شهرداری‌ها یا اشخاص حقیقی و یا حقوقی غیر دولتی صاحب صلاحیت فنی، مالی و اجرایی موضوع ماده ۴ قانون حمایت از احیا و بهسازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۹ صورت گیرد، دارای اعتبار و نفوذ حقوقی است.^۲

بند اول. تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی

با مراجعه به اصول مرتبط در قانون اساسی، مرز صلاحیت دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری تا حدودی قابل تشخیص است، اما در رویه قضایی که مبحث صلاحیت به نحو کاربردی و دقیق‌تری، بررسی و حدود صلاحیت‌ها به گونه‌ای فنی تبیین می‌شود، آرای صادرشده بیانگر آن است که در خصوص چنین دعوایی به طرفیت نهادهای عمومی دولتی و غیر دولتی، رویه واحدی در محاکم وجود ندارد و این پراکندگی و ناهمگونی هم در آرای دیوان عدالت اداری و هم در آرای دادگاه‌های عمومی مشهود است. در برخی محاکم عمومی، رسیدگی به دعوای خلع ید و رفع تصرف

مجله وکیل مدافع، شماره ۱۴، ۱۳۹۴، ص ۱۶۳.

۱. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، «جایگاه مفهوم خدمات عمومی در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶، ص ۲۳.

۲. ادیب، حسین، «تحدید مالکیت خصوصی در اجرای طرح‌های عمومی و جبران خسارات ناشی از آن در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۹، ص ۱۲.

را منوط به رسیدگی موضوع در دیوان و اثبات تخلف اداره یا الزام اداره به رفع تصرف می‌دانند و برخی دیگر از محاکم به لحاظ ترافعی بودن موضوع وارد رسیدگی می‌شوند و حکم می‌دهند.^۱ بنابراین، پرسش این است که آیا دعوی خلع ید و رفع تصرف به طرفیت دولت و نهادهای عمومی در دادگاه‌های عمومی قابل رسیدگی است یا باید شخص خصوصی در ابتدا تخلف اداره را در دیوان عدالت اداری ثابت و سپس خلع ید را از دادگاه عمومی مطالبه کند؟

قبل از اصلاحات قانون دیوان در سال ۱۴۰۲ و در زمان حاکمیت قانون دیوان مصوب ۱۳۹۲، طبق تبصره ۱۰ ماده قانون قبلی، «تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده پس از احراز وقوع تخلف در دیوان بر وقوع تخلف با دادگاه عمومی است.» این امر نشان می‌دهد احراز تخلف اداره یکی از دعاوی است که می‌تواند از دیوان خواسته شود. در مواردی که یکی از ارکان دعوا، احراز تخلف اداره باشد، هم‌چون موردی که ملک اشخاص خصوصی توسط اداره به تصرف درآمده است و ذی‌نفع، مدعی غیر قانونی بودن این عمل و رعایت نشدن تشریفات قانونی مربوط به تملک باشد و رفع تصرف یا خلع ید اداره از ملک خود را مطالبه کند، دادگاه عمومی صلاحیت رسیدگی به این دعوا را ندارد؛ چون بررسی رعایت مقررات قانونی تملک املاک اشخاص توسط دولت و شهرداری‌ها مقدم بر درخواست خلع ید از آن است و تشخیص این امر، تابع قواعدی است که از نظر ماهوی از قواعد حاکم بر حقوق خصوصی و مدنی که در آن، روابط حقوقی مبتنی بر اصل تساوی افراد و آزادی اراده باشد، متفاوت است. این گونه اعمال دولت هم‌چون تملک یا اختصاص زمین متعلق به مردم در امور عمومی و طرح‌های ملی ناشی از قواعد منبعث از حق حاکمیت و مبتنی بر مفهوم منفعت عمومی و عمدتاً به صورت تصمیم یک‌طرفه دولت انجام می‌گیرد که داخل در حوزه حقوق عمومی و اداری بوده و از قواعدی ویژه و متفاوت با حوزه حقوق خصوصی برخوردار است. بنابراین، تشخیص صحت و قانونی بودن این گونه اعمال دولت و وزارت خانه‌ها از جمله اقدامات آن‌ها در زمینه تملک یا تصرف اراضی و احراز تخلف اداره از

۱. برای مثال، دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۸۲۸۸۵۳۰۰۵۷۸ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۸ در مقام شکایت شخص به طرفیت شرکت دولتی چنین اظهار نظر کرده است: «در صورتی که شرکت دولتی به عنوان شریک مشاعی ملکی، اقدام به تصرف بخشی از ملک به منظور اجرای طرح عمرانی نماید، مالک مشاعی نمی‌تواند خلع ید شرکت دولتی را بخواهد و فقط مستحق دریافت قیمت روز ملک است، هرچند که شرایط تملک و تصرف مطابق قانون رعایت نشده است.»

مصادیق ماده ۱۰ قانون دیوان بوده و در قلمروی صلاحیت محاکم اداری دیوان عدالت اداری است.^۱ همین واقعیت‌ها موجب شده است شورای نگهبان نیز «اطلاق جواز استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور در بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰» را خلاف موازین شرع بداند؛ زیرا شامل اراضی که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی حق شرعی می‌باشد، نیز می‌گردد. به این ترتیب، اموال اشخاص از تعرض مصون است و اصل اولی، امکان ناپذیری تصرف در مال غیر است. در قوانین متعددی، امکان شمول غصب نسبت به تصرفات دولت به صراحت پیش‌بینی شده است که از آن جمله، در قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مقرر شده است: «در صورتی که حکم دادگاه مبنی بر خلع ید یا قلع و قمع بنا صادر شده باشد.» این ماده، فرضی را پیش‌بینی می‌کند که حکم خلع ید و قلع و قمع بنا علیه دولت صادر شده باشد. بنابراین، امکان طرح شمول غصب نسبت به دولت وجود دارد؛ چون دعاوی خلع ید و قلع و قمع بنا به موجب مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون مدنی، یکی از آثار و مسئولیت‌های ناشی از غصب است.^۲

البته بر اساس یک نظر مخالف، در قوانینی که امکان استیلا و تصرف دولت در اموال دیگران مجاز شناخته شده، پیش‌بینی نشده است که اگر دولت به وظایف قانونی خود عمل نکند، تصرفاتش غاصبانه می‌گردد. در ماده ۹ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۲۷ به دولت و نهادهای عمومی در صورت فوریت طرح اجازه داده شده است که حتی بدون رعایت تشریفات مقرر نسبت به تصرف و تملک املاک مردم اقدام کنند. با این حال، پیش‌بینی نشده که چون دولت به وظایف قانونی خود عمل نکرده است، تصرفاتش غاصبانه می‌گردد.^۳

۱. حسنونند، محمد و مرضیه سلمانی سبینی، «مرجع صالح رسیدگی به دعاوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی به طرفیت دولت»، فصل‌نامه رأی، شماره ۲۱، ۱۳۹۶، صص ۹۷-۹۹.

۲. بافهم و فهمی، پیشین، ص ۱۶.

۳. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۵۱۲۶۰۰۴۰۸ شعبه ششم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان قم، مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۶.

بند دوم. دعوای خلع ید در اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی

تصرف اراضی خصوصی توسط اشخاص حقوق عمومی برای اجرای طرح‌های عمرانی و عمومی از جهت تقدّم مصلحت عمومی بر حقوق اشخاص و امتیازات ناشی از حق حاکمیت، این صلاحیت را برای دولت پدید آورده است که در جریان تصمیمی یک طرفه، مالکیت افراد را سلب و املاک را صرف ایجاد طرح‌های عمومی و عمرانی کنند. با این حال، حاکمیت قانون بر اداره، مقتضی این معناست که اولاً اداره چنین صلاحیتی را از قانون گرفته باشد. ثانیاً مقامات اداری موظفند هنگام تصمیم‌گیری و انجام تکالیف و اعمال خود از نظر تشریفات، قوانین و مقررات را رعایت کنند. این بدان معناست که هر گونه استفاده از قدرت، ممنوع است و قانون باید در تمام جوانب و برای همه به یک نحو به یک میزان اجرا شود. ناگفته پیداست که ادارات دولتی در ایران جز در موارد مصرّح در لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷ و دیگر قوانین مرتبط به صلاحیت تصرف اموال اشخاص برای اختصاص دادن آن‌ها به طرح‌های عمومی و عمرانی خود باید مطابق قانون، رضایت مالکانی را بگیرند که اراضی آن‌ها در طرح قرار می‌گیرد و بهای آن اراضی را نیز بپردازند.^۱

فرض کنید ملکی توسط اداره به تصرف درآمده است و ذی نفع، مدعی غیر قانونی بودن این عمل و رعایت نشدن تشریفات قانونی مربوط به تملک باشد و رفع تصرف یا خلع ید اداره از ملک خود را مطالبه کند. بررسی رعایت مقررات قانونی تملک املاک توسط افراد توسط دولت و شهرداری‌ها مقّدّم بر درخواست خلع ید از آن است و تشخیص این امر، تابع قواعدی است که از نظر ماهوی، از قواعد حاکم بر حقوق خصوصی و مدنی که در آن، روابط حقوقی مبتنی بر اصل تساوی افراد و آزادی اراده است، متفاوت است. این اعمال داخل در حوزه حقوق عمومی و اداری بوده و از قواعدی ویژه و متفاوت با حوزه حقوق خصوصی برخوردار است. بنابراین، تشخیص صحت و قانونی بودن این گونه اعمال دولت و وزارت خانه‌ها از جمله اقدامات آن‌ها در زمینه تملک یا تصرف اراضی و احراز تخلف اداره از مصادیق ماده ۱۰ قانون دیوان بوده و در صلاحیت محاکم اداری است.^۲

۱. حسونود و سلمانی سیبئی، پیشین، ص ۱۰۹.

۲. جلالی، محمد و همکاران، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعوای مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره ۹۹، ۱۳۹۶، ص ۱۰۶.

بند سوم. نگاهی به رویه قضایی در مورد دعوای خلع ید به طرفیت دولت

رویه قضایی در رسیدگی به دعوای خلع ید به طرفیت دستگاه‌های دولتی واحد نیست و دادگاه‌های حقوقی و شعب دیوان، تصمیمات متفاوتی در این مورد گرفته‌اند.

الف. رویه قضایی شعب دادگاه‌های حقوقی و شعب دیوان عدالت اداری

در یکی از دادنامه‌های صادرشده از شعبه اول دادگاه عمومی بخش هلیلان، شرح خواسته به این صورت بوده است که خواهان، دادخواست خود را به طرفیت اداره جهاد کشاورزی هلیلان و بخشداری هلیلان به خواسته خلع ید خواندگان از ملک موروثی ایشان تقدیم دادگاه کرده است. وی در شرح دادخواست‌های تقدیمی، مدعی شده است که مورث خواهان‌ها به دلالت سند مالکیت رسمی مشاعی، مالک ۸۰ سهم زمین بوده که از سال ۱۳۴۰ در آن تصرف داشته تا این‌که در سال ۱۳۵۲، شرکت سهامی زراعی به نحو عدوانی مبادرت به تصرف ۱۲۷۴ متر مربع از ملک موصوف و احداث بنا در آن کرده است. پس از انحلال تعاونی‌های یادشده نیز آن ملک را بدون رضایت مالک به بخشداری واگذار کرده که هم اکنون در تصرف بخشداری است.

دادگاه در این پرونده، وارد ماهیت دعوا شده و در نهایت به محکومیت خواندگان به خلع ید و قلع و قمع بنا حکم داده است. استدلال دادگاه برای داشتن صلاحیت رسیدگی به پرونده این بود که همه دعوای ناظر بر مسئولیت دولت قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. اصل نیز بر صلاحیت محاکم عمومی است. پس در مواردی که دیوان عدالت اداری، صالح به رسیدگی در دعوای افراد علیه دولت مبنی بر جبران خسارت است، باید با توجه به صلاحیت دیوان در رسیدگی به نوع دعوای علیه دولت تفسیر شود. بنابراین، اگر در مواردی، دولت با «اعمال یک جانبه» خود، خسارتی به افراد وارد کند که در قوانین، مسئول بودن دستگاه دولتی و لزوم جبران خسارت وارده پیش‌بینی شده است، این موضوعات در صلاحیت دیوان نیست؛ چون اساس استحقاق اشخاص را قانون‌گذار مشخص کرده است. در مواردی که در مورد قانونی بودن یا نبودن تصمیم یا اقدام دستگاه دولتی، دیوان عدالت اداری باید نظر بدهد، دعوای مربوط به مسئولیت مدنی ناظر بر آن‌ها نیز تا مرحله تصدیق ورود خسارت در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. بنابراین، در مواردی مانند تصرف عدوانی اراضی اشخاص توسط دستگاه‌های دولتی بدون مجوز قانون، مرجع صالح طبق اصول و قواعد کلی، مراجع دادگستری است.^۱

۱. همان، ص ۹۲.

یکی از جلوه‌های اراده اداره که سبب ایجاد اثر حقوقی می‌گردد، ایقاع اداری است که به اعلام اراده یک‌جانبه ارگان دولتی که بنا بر اختیارات عمومی فعالیت می‌کند و به منظور انجام یک تکلیف اداری، اثرات حقوقی خارجی شخصی و عینی دارد، تعریف شده است. شعبه دهم دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۰۰۱۳۴۱ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۱، قائل به پذیرش نظریه ایقاع اداری تملک گردید: «تملك به عنوان یک عمل یک‌جانبه اداری، عمل عمومی تلقی می‌شود؛ زیرا یکی از خصایص بارز هر عمل عمومی آن است که ناشی از تکلیف مستقیم قانون باشد»^۱.

بنابراین، اگر در تملک اراضی توسط دولت، قانونی بودن یا نبودن تصمیم باید بررسی شود و هم‌چنین در فرضی که ایقاع اداری سبب تملک گردد، با توجه به این‌که عمل جنبه عمومی دارد، موضوع را باید در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست.

ب. رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه شماره ۵۴۴ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۳۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، رسیدگی به دعوای ابطال سند مالکیت و انتقال ملک به دولت را که در اجرای طرح تملیک موضوع ماده ۹ قانون اراضی شهری و تبصره آن انجام شده، مستلزم آن دانسته است که دیوان عدالت اداری مقدماً طبق بند ۲ ماده ۱۱ قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰ به شکایت در تصمیم و اقدام سازمان شهری در استفاده از طرح تملک رسیدگی کند. سپس در صورت احراز صحت شکایت و ابطال اقدام سازمان زمین شهری، دادگاه عمومی به ابطال سند مالکیت رسیدگی کند.

در رأی وحدت رویه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بیان شده است که به موجب ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، مرجع رسیدگی به شکایات اشخاص به طرفیت واحدهای دولتی و شهرداری‌ها و دیگر مؤسسات مندرج در بند الف ماده ۱۳ قانون یادشده، در زمینه تملک اراضی و ابنیه واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و هم‌چنین صدور رأی در اساس استحقاق داشتن یا نداشتن مالکان اراضی و املاک یادشده به دریافت معوض یا بهای اراضی و املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، دیوان عدالت اداری است. بنابراین،

۱. پارساپور، محمدباقر و امیرحسین علی‌زاده، «جایگاه قواعد حقوق عمومی و خصوصی در تحلیل ماهیت تملک اراضی و آثار ناشی از آن در رویه قضایی انگلیس و ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۸، ۱۴۰۰، ص ۱۱۱.

رسیدگی به دعوای خلع ید در این موضوع مستلزم این است که دیوان عدالت اداری ابتدا طبق بند ۱ و تبصره اول ماده ۱۰ قانون دیوان مصوب ۹۰ به شکایت در خصوص تصمیم و اقدام نهاد تصمیم‌گیرنده هم‌چون کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری و کارگروه شهرسازی و معماری استان مبنی بر تغییر کاربری و تصرف زمین متعلق به خواهان‌ها رسیدگی کند. سپس اگر صحت شکایت و ابطال تصمیم و تخلف نهادهای یادشده احراز شود، دادگاه به رفع تصرف یا خلع ید حکم دهد؛ زیرا احراز تخلف، وصفی است که عنصر عدوانی و غاصبانه بودن را به تصرف دولت می‌بخشد.^۱

با توجه به اصلاحات قانون دیوان عدالت اداری در اردیبهشت ماه ۱۴۰۲، تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان تصریح می‌کند: «رسیدگی به دعوای مطالبه خسارت در صلاحیت دادگاه عمومی است، لیکن در مواردی که مطالبه خسارت ناشی از تخلف در اجرای وظایف قانونی و اختصاصی یا ترک فعل از انجام وظایف مذکور از سوی واحدهای دولتی یا دستگاه‌های مذکور در بندهای ۱ و ۲ این ماده و مأموران واحدها و دستگاه‌های یادشده باشد، موضوع در دیوان عدالت اداری مطرح و شعبه دیوان ضمن رسیدگی به احراز وقوع تخلف نسبت به اصل مطالبه خسارت و تعیین خسارت وارده اقدام و حکم مقتضی صادر می‌نماید». بنابراین، بر خلاف مفاد تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان مصوب ۱۳۹۲، در حال حاضر، در فرض صدور رأی به احراز وقوع تخلف توسط دستگاه‌های دولتی و وقوع خسارت به اشخاص از تصرف غیر قانونی اداره دولتی، تعیین میزان خسارت نیز بر عهده شعب دیوان قرار گرفته است.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۶۳/۲۵ مورخ ۱۳۶۳/۴/۱۱ که در مقام تعارض آرای صادره از شعب دیوان اصدار یافته است، در مورد صلاحیت داشتن و نداشتن دیوان در رسیدگی به پرونده‌های موضوع قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و اصلاحیه آن و آیین‌نامه اجرایی قانون یادشده، دیوان عدالت اداری را با توجه به این‌که مرجع قضایی و حل و فصل دعواست، صالح تشخیص داده است. کمیسیون پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۲ قانون اراضی شهری نیز مرجع تشخیص عمران و احیا و تأسیسات مناسب و تمیز اراضی بایر و موات است، نه مرجع قضایی رسیدگی‌کننده به اصل دعوای موجود.

۱. حسنوند و سلمانی سبینی، پیشین، صص ۹۹، ۹۷.

پس از بروز اختلاف میان شعبه چهارم دیوان عدالت اداری که شکایت شاکی به خواسته ابطال اقدامات و عملیات سند مالکیت به نام بنیاد مستضعفان به طرفیت اداره ثبت اسناد و املاک مراغه را خارج از صلاحیت دیوان اعلام کرد، ولی شعبه ۱۵، دعوی همان شاکی را با همان خواسته به طرفیت اداره ثبت اسناد و املاک تهران پذیرفت، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه ۱۳۸ مورخ ۱۳۷۹/۴/۱۲ چنین نظر داد: «دعوی خواسته ابطال سند انتقال و مالکیت به طرفیت واحد دولتی ذی نفع مستند به رأی وحدت رویه شماره ۵۴۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور از نوع دعاوی مدنی داخل در قلمروی صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری و دادنامه شعبه چهارم دیوان در حدی که متضمن این نظر است، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص می‌گردد».^۱

از مجموع این آرا درمی‌یابیم که رویه قضایی بر این مسئله تأکید دارد که خواهان در دعوی خلع ید به طرفیت دولت ابتدا باید از باب احراز وقوع تخلف طرح دعوا کند. پس از اثبات صحت شکایت و ابطال تصمیم یادشده، دادگاه حقوقی به رفع تصرف یا خلع ید رأی صادر کند.

بند چهارم. دعوی خلع ید در فرض انجام اعمال حاکمیتی

در ماده ۴ قانون راجع به دعاوی اشخاص و دولت مقرر شده است: «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از دیدگاه حقوقی مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد.» بنابراین، مطابق این ماده، عمل حاکمیتی، عملی است که دولت از دیدگاه حقوقی، مشابه اعمال افراد انجام نمی‌دهد و مصادیق آن طبق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری عبارت است از: «سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و نظارت در بخش‌های اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی، برقراری عدالت، تأمین اجتماعی و بازتوزیع درآمد، ایجاد فضای سالم برای رقابت و جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم و...».

ممکن است گفته شود با توجه به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که دولت را در موارد اعمال حاکمیتی، معاف از مسئولیت دانسته است، حداقل در موارد اعمال حاکمیتی، ضمان غصب شامل تصرفات حاکمیتی دولت نمی‌شود. در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، پرداخت نشدن خسارت در موارد حاکمیتی به «قانونی بودن» عمل دولت وابسته شده است.

۱. جلالی و همکاران، پیشین، ص ۹۰.

بنابراین، اولاً قانون به دولت، اذن انجام اقدامات حاکمیتی را داده است؛ چون دولت، مادون قانون است نه مافوق آن. ثانیاً چون این اذن را قانون به دولت داده است، این معافیت دولت در چارچوب اذن قانون است و اعمال حاکمیتی دولت نیز به تعدی نکردن از اذنی وابسته است که قانون در این موارد داده است. در نتیجه، حاکمیتی بودن عمل دولت با شمول ضمان غصب نسبت به تصرفات قانونی دولت منافاتی ندارد. برای مثال، اجرای طرح‌های عمومی مثل احداث خیابان‌ها و جاده‌ها در املاک مردم، یکی از بارزترین مصادیقی است که دولت در مقام اعمال حاکمیت است، اما قانون‌گذار در همین موارد حاکمیتی نیز برای تصرفات، رعایت تشریفات را لازم دانسته و اذن به رعایت شرایط و تشریفات وابسته است که در قوانینی چون لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی مورد نیاز دولت آمده است. اگر دولت با رعایت این قوانین، املاک را تصرف کند، چون در مقام اعمال حاکمیت است، نیازی به کسب رضایت مالک نسبت به انتقال ملک به دولت نیست. اگر دولت در این موارد بدون رعایت قانون تصرف کند، این تصرف اگرچه در مقام اعمال حاکمیت است، چون قانون، اعمال حاکمیت را در چارچوب اذن خودش پذیرفته است، این تصرف غیر قانونی خواهد بود و غصب شامل آن خواهد شد.^۱

بنابراین، اگر دولت در مقام اعمال حاکمیت، موازین قانونی را رعایت کند، عمل وی مشمول غصب نیست و طرح دعوی خلع ید به طرفیت دولت مسموع نخواهد بود. اگر تصرف در مقام اعمال حاکمیت بدون رعایت موازین قانونی باشد، دعوی خلع ید در اعمال حاکمیتی نیز پذیرفتنی است.

گفتار دوم. دعوی خلع ید با توجه به مقررات قانون ثبت اسناد و املاک

بند اول. تحولات رویه قضایی دعوی اثبات مالکیت نسبت به املاک

هدف از وضع مقررات ثبتی، ایجاد نظم حقوقی در روابط مالی و معاملاتی اشخاص و جلوگیری از بروز اختلافات و دعوی و نیز تسلط دولت بر اموال و معاملات برای فراهم شدن امکان برنامه‌ریزی و وضع مقررات مالیاتی است. وقتی ملکی مطابق قانون ثبت شد، دیگر مناقشه‌ای از آن نظر صحت تاریخ، مندرجات و امضای ذیل سند باقی نمی‌ماند.^۲

۱. بافهم و فهیمی، پیشین، ص ۳۱.

۲. رستمی‌فرواسماعیلی، پیشین، ص ۶.

در مورد این نوع املاک (املاک جاری)، در این که آیا دعوای اثبات مالکیت در محاکم قابل رسیدگی است، اختلاف رویه وجود دارد. برخی محاکم با این استدلال که چون این نوع املاک در دفتر املاک به ثبت نرسیده‌اند، ثبتی تلقی نمی‌شوند، بر آنند که دعوای اثبات مالکیت با هیچ مانعی روبه‌رو نیست و محاکم باید به آن رسیدگی کنند و در صورت احراز مالکیت، حکم به اثبات مالکیت خواهان صادر کنند.^۱ در مقابل، برخی محاکم دست کم نسبت به املاکی که جریان ثبتی آن‌ها شروع شده است، دعوای اثبات مالکیت را نه از ناحیه درخواست‌کننده ثبت و نه از ناحیه غیر او قابل استماع نمی‌دانند. به نظر آن‌ها با تصویب قانون ثبت، قانون‌گذار تنها راه اثبات مالکیت را ثبت در دفتر املاک و صدور سند مالکیت دانسته است و تحصیل این مهم از طریق دیگر ممکن نیست.^۲

باید نظری را تأیید کرد که این نوع دعوا را قابل پذیرش می‌داند؛ چون مالکیت، حقی است عینی و اثبات آن از طریق تسلط بر ملک و نیز امارات دیگر مانند تصرف نیز امکان‌پذیر است. رأی وحدت رویه شماره ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ به صراحت این دعوا را قابل پذیرش دانسته است. در بخشی از این رأی آمده است: «... الزام قانونی به تقاضای ثبت ملک خود در نقاطی که ثبت عمومی املاک آگهی شده، مانع از این نمی‌باشد که محاکم عمومی دادگستری به اختلاف متداعیین در اصل مالکیت ملکی که به ثبت نرسیده، رسیدگی نمایند...».^۳

مطالعه آرای بدوی و تجدیدنظر که مبنای صدور این رأی وحدت رویه شده، در تبیین مفاد و مبنای این رأی بسیار گویاست و هر نوع تردید در مدلول آن را از بین می‌برد. موضوع دعوای بدوی، اثبات مالکیت نسبت به یک ملک غیر ثبتی است. این رأی در مورد ملکی است که سابقه ثبتی ندارد، ولی در مورد املاک جاری هم این حکم ثابت است؛ زیرا چنان که گفته شد، تا وقتی که ملکی در دفتر املاک به ثبت نرسیده باشد، غیر ثبتی تلقی می‌شود و صرف انجام عملیات مقدماتی ثبت در هر مرحله که باشد، موجب نمی‌گردد ملک، ثبتی تلقی و مشمول ماده ۲۲ ق.ث گردد.

در مورد املاک ثبتی، وضعیت متفاوت است. ماده ۲۲ ق.ث بعد از مواد راجع به عملیات مقدماتی ثبت این گونه مقرر داشته است: «همین که ملکی مطابق مقررات در دفتر املاک به ثبت رسید،

۱۳. دادنامه شماره ۵۰ مورخ ۳۱/۱/۱۳۸۷ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه.

۲. دادنامه شماره ۴۰۱۰۹۹۷۲۹۹۳۷۰۴ مورخ ۱۳۹۷/۱۰/۴ صادره از شعبه دو دادگاه حقوقی رودبار قصران.

۳. نک: رأی شماره ۵۶۹ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی که ملک مزبور به او منتقل شده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده و یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت...».

در سال‌های اولیه تصویب قانون ثبت، محاکم نسبت به اعتبار سند رسمی دیدگاه افراطی داشتند و تنها کسی را مالک می‌شناختند که دارای سند مالکیت بود. به علاوه، نه تنها دعوی اثبات مالکیت از ناحیه غیر را نمی‌پذیرفتند، بلکه هیچ نوع دعوایی حتی دعوی بطلان یا فسخ معامله پایه را علیه دارنده سند رسمی قابل استماع نمی‌دانستند. بدین سان تنها راه اثبات مالکیت ملک، سند رسمی بود. این دوره را باید دوره فرمانروایی ماده ۲۲ ق. ث. نامید.^۱

در پی نقدهای شدیدی که بر مطلق‌گرایی و رویه افراطی محاکم نسبت به اعتبار ماده ۲۲ ق. ث. در دکتترین وجود داشت، به مرور، موضع محاکم در مورد ماده ۲۲ ق. ث. و به طور کلی، اسناد رسمی مالکی متحول گردید. محاکم در ابتدا با استفاده از قیدی که در ماده ۲۲ ق. ث. وجود داشت (یعنی «... همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید...»)، دعوی ابطال سند مالکیت به دلیل تخلفات قانونی در مراحل مقدماتی ثبت را پذیرفتند. آن‌گاه با تسری آن به مرحله «انتقال»، دعوی بطلان سند علیه منتقل‌الیه رسمی ملک را بر مبنای رعایت نشدن شرایط صحت قرارداد قابل قبول دانستند.^۲

سپس در محاکم، دعوایی راجع به قول‌نامه و مبیاعه‌نامه‌های عادی متداول گردید که گسترش آن بعد از انقلاب موجب متروکه شدن قانون ثبت گردید. محاکم با این استدلال که قول‌نامه عادی راجع به مال غیر منقول، بیع نیست و موجب انتقال مالکیت مال نمی‌گردد، بلکه تعهد به بیع است، آن را مشمول قانون ثبت ندانستند و ثبت آن را لازم ندانستند و دعوای ذی‌نفع آن علیه مالک و دارنده سند رسمی را پذیرفتند و به آن رسیدگی کردند. بدین سان دعوای الزام به تنظیم سند رسمی وارد محاکم دادگستری گردید. در رأیی که در سال ۱۳۳۱ از دیوان عالی کشور صادر شد، این‌گونه آمده است: «... چون قول‌نامه فروش املاک، تعهد بیع است، سند عادی برای اثبات تعهد پذیرفته است...».^۳

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۳۱.

۲. زاخری، زین‌العابدین، «رفع تعارض از اسناد مالکیت»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۳۱، ۱۳۹۴، ص ۱۹۳.

۳. کانونیان، ناصر، عدالت قضایی (گزیده آرا)، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۲۳۲.

با گذشت یک دهه از پیروزی انقلاب اسلامی و افزایش معاملات معارض و دعاوی راجع به املاک، به مرور، تمایل محاکم به سمت قانون ثبت بیش‌تر شد و این ایده که مالکیت املاک ثبتی جز با سند رسمی قابل اثبات نیست، طرفدار پیدا کرد. در رأیی که در سال ۱۳۷۳ از شعبه ۱۹ دیوان عالی کشور صادر شده است، این‌گونه می‌خوانیم: «اسناد عادی در رابطه با انتقال ملک، مادام که به سند رسمی تبدیل نگردیده، فاقد اعتبار لازم در مالکیت دارنده اسناد مرقوم می‌باشد و در مالکیت اشخاصی که مطابق مدلول ماده ۲۲ ق.ث، مالک ملک مورد بحث شناخته شده‌اند، هیچ‌گونه خدشه‌ای وارد نمی‌کند...»^۱.

شاخص‌ترین رأیی که در این دوره، دست کم مطابق یک تحلیل، در راستای اعتبار ماده ۲۲ ق.ث و لزوم رعایت آن برای اثبات مالکیت صادر شده، رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ است. به موجب این رأی، دعوی خلع ید از ناحیه دارنده سند عادی قابل استماع نیست. برخی از محاکم از این رأی این‌گونه برداشت کردند که دعوی خلع ید جز از ناحیه دارنده سند رسمی قابل پذیرش نیست. به این ترتیب، دیوان عالی کشور گاهی هرچند جزئی برای احیای اقتدار و اعتبار ماده ۲۲ ق.ث برداشت و این دوره را باید مبدأ احیای مجدد قانون ثبت دانست.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی صورت‌گرفته، اصل بر رسیدگی و صدور حکم نسبت به دعاوی دادخواهان است. در دعوی خلع ید، صدور قرارهای عدم استماع یا رد، جنبه خلاف اصل دارد. اگر رأی مالکیت با مفاد پرونده ثبتی در تعارض صریح قرار گیرد، این اصل محدود می‌شود. بنابراین، بهتر است دادگاه‌ها تا حد امکان از الزام خواهان خلع ید به طرح پیشین و مقدماتی دعوی اثبات مالکیت و صدور قرارهای عدم استماع یا رد دعوی خلع ید برای عدم اثبات مالکیت خودداری کنند و نفیاً یا اثباتاً نسبت به این دعوا حکم مقتضی دهند. همانا دعوی اثبات مالکیت عموماً و جز در موارد استثنایی، نفع مستقیم و اثر ذاتی ندارد و به طور مستقیم باعث ایجاد نظم جدید حقوقی یا تغییر و خلع ید نمی‌شود.

بنابراین، مقدمه رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور که خلع ید را فرع بر اثبات

۱. بازگیر، یدالله، آرای قطعی یافته دادگاه‌ها در امور مدنی: الزام به تنظیم سند رسمی، تهران: بازگیر، ۱۳۹۵، ص ۲۳۰.

مالکیت دانسته است، به معنای طرح پیشین دعوای اثبات مالکیت نیست. حتی اگر این رأی متضمن چنین معنایی باشد، این معنا الزام‌آور نیست و جنبه ارشادی دارد؛ چون جزء منطوق این رأی نیست و موضوع رأی، ناظر به نپذیرفتن اسناد عادی مالکیت ملکی است که معاملات راجع به آن مطابق مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک باید به ثبت می‌رسید، اما چنین نشده و در عین حال، خواهان صرفاً برای اثبات مالکیت خود در دعوای خلع ید، به سند عادی استناد کرده است. مطابق این رأی، چنین سندی از نظر اثباتی در دادگاه قابل پذیرش نیست و خواهان موظف است سند رسمی مبنی بر مالکیت خود به دادگاه ارائه کند.

در حوزه حقوق اداری و حقوق عمومی، اقدام به تملک از سوی دستگاه‌های دولتی گاه در قالب اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و گاه خارج از این فرض است. در فرض اول، شاکی یا خواهان باید ابتدا برای احراز وقوع تخلف به دیوان عدالت اداری مراجعه کند و پس از دریافت رأی مبنی بر احراز تخلف، به دادگاه حقوقی برود. در مورد فرض دوم، با توجه به مرجعیت عام دادگاه‌های دادگستری، خواهان باید به دادگاه حقوقی مراجعه کند.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۲. بازگیر، عبدالله، آرای قطعیت یافته دادگاه‌ها در امور مدنی: الزام به تنظیم سند رسمی، تهران: بازگیر، ۱۳۹۵.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق ثبت، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۰.
۵. کاتوزیان، ناصر، عدالت قضایی (گزیده آرا)، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۶. کامیار، غلامرضا، حقوق اداری اموال: سلب مالکیت به سبب منفعت عمومی، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۷. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (۱ و ۲)، تهران: میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
۸. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی)، چاپ ششم، تهران: میزان، ۱۳۸۱.

۲. مقاله

۱. ادیب، حسین، «تحدید مالکیت خصوصی در اجرای طرح‌های عمومی و جبران خسارات ناشی از آن در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره ۳۳، ۱۳۹۹.
۲. بافهم، محمد و عزیزالله فهیمی، «شمول ضمان غصب نسبت به تصرفات دولت با نگاهی به رویه قضایی»، پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.
۳. پارساپور، محمدباقر و امیرحسین علی‌زاده، «جایگاه قواعد حقوق عمومی و خصوصی در تحلیل ماهیت تملک اراضی و آثار ناشی از آن در رویه قضایی انگلیس و ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۸، ۱۴۰۰.
۴. جلالی، محمد و همکاران، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره ۹۹، ۱۳۹۶.
۵. حسونند، محمد و مرضیه سلمانی سبینی، «مرجع صالح رسیدگی به دعاوی خلع ید و رفع تصرف عدوانی به طرفیت دولت»، فصل‌نامه رأی، شماره ۲۱، ۱۳۹۶.

۶. حسنی، محمد مهدی، «استثنا بر استثنا: نقدی بر ماده واحده الحاق یک تبصره به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک»، مجله وکیل مدافع، شماره ۱۴، ۱۳۹۴.
۷. دهقان منشادی، محسن و ولی رستمی، «قواعد حقوقی حاکم بر وصول مطالبات دولت از اشخاص؛ تحلیل مواد ۴۷ و ۴۸ قانون محاسبات عمومی کشور»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و سوم، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸.
۸. رستمی، ولی و کیومرث سپهری، «اجرای احکام مدنی علیه اشخاص حقوقی حقوق عمومی؛ موانع و راهکارها»، فصل نامه حقوق، دوره چهارم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۹. رستمی فر، آذین و علی اکبر اسماعیلی، «تبیین اثبات مالکیت در رویه قضایی ایران»، پژوهش و مطالعات علوم انسانی، سال سوم، شماره ۲۲، ۱۴۰۰.
۱۰. رضایی، رضا و همکاران، «دعاوی ناشی از تملک اراضی شهری و نحوه جبران خسارت»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۱۱. زاخری، زین العابدین، «رفع تعارض از اسناد مالکیت»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۳۱، ۱۳۹۴.
۱۲. علوی نایینی، سید حسن و مهدی عباسی سرمدی، «آثار تصرفات دولت در اموال غیر منقول اشخاص در پرتو نظرات فقهای شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۷.
۱۳. فقیهی نژاد، مهدی و سمیه باباییان فردویی، «دعاوی مالکیت و خلع ید املاک در مرحله مختلف ثبتی در رویه قضایی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و چهارم، شماره ۷۰، ۱۳۸۹.
۱۴. گرجی، ابوالقاسم، «ید مالکی و ید ضمانی»، فصل نامه مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۳، ۱۳۸۶.
۱۵. محسنی، حسن، «مبانی ارزش تشخیص منابع طبیعی در استقرار مالکیت دولت بر جنگل و مرتع (جایگاه رأی وحدت رویه شماره ۶۸۱ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۶ دیوان عالی کشور)»، مجله منابع طبیعی ایران، دوره هفتاد و سوم، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۱۶. واعظی، سید مجتبی و زهرا البرزی، «جایگاه مفهوم خدمات عمومی در حقوق اداری ایران»، فصل نامه حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، ۱۳۹۶.

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

مهدیه سادات کریمی^۱

محمدتقی دشتی^۲

محمدرضا حکاک‌زاده^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 همواره 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 باقر العلوم (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 این‌که 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 موارد 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، چندنرخ‌بودن 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 سال ۱۳۹۵، تقریباً تمامی بانک‌های موجود در میان ۴۰ گول بزرگ اقتصادی ایران قرار گرفته‌اند.

۱. کریمیان، محمدوزین، «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.

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 توسعه‌یافته 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 علی اکبر 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 است. مهدی قائمی اصل و فیروز ولایی در مقاله «بررسی تأثیر فساد اداری بر سلامت مالی در نظام

۱. دیاننتی 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

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 جرمه‌ها 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 پای بندی 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 فرایندها 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 و مبارزه با آن»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دهم، شماره ۳۳، ۱۴۰۱، ص ۱۹.

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 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.

۱. بارلتروپ، کریستوفر و دایانا مک‌ناقتن، 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.

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، 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

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.

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 مشکوک‌الوصول 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

۱. صادقی شاهدانی، مهدی، «تحلیل مقایسه‌ای ریسک اعتباری در بانکداری اسلامی و بانکداری متداول»، تحقیقات مالی اسلامی، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۱۸۲.

ایران را رعایت کنند^۱ و بر اساس دستور بانک مرکزی، هر سال، مانده ذخایر مطالبات مشکوک الوصول 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 مشکوک الوصول 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 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

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.

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 تنوع بخشی 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 سبد دارایی‌های بانک تعریف شده‌اند تا از متمرکز شدن منابع بانک در یک مصرف خاص جلوگیری کنند. نکته مهم این‌جاست 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.

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

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.

جلوگیری می‌کند. با این حال، برای معرفی ابزارهای جدید مالی جهت گسترش بازارهای مالی به خصوص نظام بانکی، هیچ‌گونه 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؛

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.

۳. داشتن متوسط مانده حساب (رسوب) متناسب با گردش حساب؛

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، علی اکبر، «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 بازداشت کرده 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 این‌که نظارت بر امور بانک‌ها و اعمال مقررات احتیاطی به صورت حرفه‌ای، به مفهوم بررسی ریسک‌های اعتباری، طبقه‌بندی وام‌ها، استاندارد

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.

کردن حساب‌ها، بررسی ذخایر وام‌های سوخت‌شده، نقدینگی، سلامت بانک‌ها و امثال آن، از جمله اموری است که باید به آن توجه شود.

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 قرض‌الحسنه، 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

۱. رستمی، ولی و همکاران، «بررسی علل بروز و روش‌های پیش‌گیری از فساد اداری»، رهیافت پیش‌گیری، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۴۱.

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. 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،

۱. شاه‌محمدی، رامین، اعتبارات بانکی: از اعتبارسنجی مشتریان تا وصول مطالبات، چاپ اول، تهران: نور علم، ۱۳۹۷، ص ۱۴۸.

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.

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 زائد، 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 می‌کشانند.

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

۱. 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، ص ۱۳۶.

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.^۱

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.^۲

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 اساس‌نامه 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.^۳

۱. بیگی، حسین و همکاران، «راهبردنگاری جرایم بانکی در سیاست‌گذاری‌های پولی و بانکی»، مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۱۱، شماره ۳۸، ۱۴۰۰، ص ۶۷.

۲. 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.

۳. برزگری دهج، حمید و محمدرضا الهی‌منش، «سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی»،

نتیجه‌گیری

هر چه نهادهای ملی و نظام حقوقی، بیش‌تر مشوق 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، 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 به‌موقع 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 زاید 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 ناften، 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 (فراتحلیل 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 زرندی، «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»، پژوهش نامه مدیریت تحول، سال پانزدهم، شماره ۲۹، ۱۴۰۲.
۱۶. کریمیان، محمدوزین، «چالش رویکرد و سطح تحلیل در طرح‌های مبارزه با فساد اداری در ایران»، فصل نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.
۱۷. گرجی، علی اکبر، «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.

امنیت اقتصادی در پرتو نظرهای شورای نگهبان

امیر هوشنگ دهقان^۱، روح الله رحیمی^۲، حسین علایی^۳

چکیده

تفسیر موسع قانون اساسی در حمایت از حقوق مردم و هم چنین ضرورت تصویب قوانین جامع می تواند اصلی ترین مسئله ای باشد که در صورت اعمال، در حوزه حقوق اقتصاد عمومی به بهبود شاخص های امنیت اقتصادی کشور می انجامد. شورای نگهبان به عنوان مفسر و صیانتگر قانون اساسی و حقوق و آزادی های اقتصادی می تواند اساسی سازی حق امنیت اقتصادی را در صلاحیت های قانونی اقتصاد بخش عمومی تضمین کند و این عملکرد حاصل نمی شود مگر با تبیین امنیت اقتصادی در تمامی ارکان حاکمیتی. همانا شناخت شاخص های امنیت اقتصادی، عنصری راهگشا در ارتقای امنیت اقتصادی است.

هدف از پژوهش کاربردی و توصیفی و تحلیلی پیش رو، بررسی تأثیر نظرهای شورای نگهبان بر امنیت اقتصادی کشور است. با ارائه چه الگویی می توان نظر و تفسیر شورای نگهبان از قانون اساسی را در راستای حمایت از شاخص های امنیت اقتصادی کارآمدتر کرد؟

فرض پژوهش این است که عملکرد شورای نگهبان بر شاخص های امنیت اقتصادی تأثیر مستقیم دارد. ایجاد شیوه تخصصی و تفسیری بر اساس الگوی عالی اجتهاد پویا و ارزش های عالی اقتصادی قانون اساسی را می توان الگویی در نظر گرفت که در آن از امنیت اقتصادی به عنوان رکن اصلی اقتصادی در جامعه حمایت صورت گیرد و باعث بهبود عملکرد شورای نگهبان در راستای بهبود شاخص های امنیت اقتصادی گردد.

واژگان کلیدی: امنیت اقتصادی، تفسیر، نظرهای شورای نگهبان.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران، amir.deh@gmail.com

۲. استادیار و عضو هیات علمی، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)
rahimi.mehr48@yahoo.com

۳. استادیار و عضو هیات علمی، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران، alae1364@yahoo.com

مقدمه

حقوق اقتصادی به عنوان یک رشته حقوقی به مجموعه‌ای از قواعد، عرف‌ها، ساختارها و نهادهای قانونی اشاره دارد که در پاسخ به نیازهای جدید و افزایش نفوذ سیستم اقتصادی در جوامع امروزی شکل گرفته است. این حقوق به طور خاص به قانون‌مند کردن موضوعات کلیدی اقتصادی نظیر قیمت کالاها و خدمات، سرمایه‌گذاری خارجی، ارز، دستمزد، صادرات و واردات، بانکداری، بیمه، اوراق بهادار و مالیات‌ها می‌پردازد. این رشته به عنوان ابزاری برای ایجاد نظم و انضباط در زمینه فعالیت‌های اقتصادی عمل و به تعامل و رقابت میان افراد، نهادها و دولت در محیطی نهادی کمک می‌کند.^۱

محیط نهادی در اقتصاد به عنوان یک چارچوب قانونی و اداری شناخته می‌شود که در آن، افراد حقیقی، حقوقی و دولت، درآمد و دارایی تولید و با یکدیگر رقابت می‌کنند. در شرایط بحران جهانی کنونی، نقش دولت در اقتصاد کشورهای مختلف افزایش یافته و این امر، اهمیت وجود یک محیط نهادی مستحکم را بیش از پیش نمایان کرده است. کیفیت نهادها، تأثیری قابل توجه بر رقابت‌پذیری و رشد اقتصادی دارد و در تصمیم‌گیری‌های مربوط به سرمایه‌گذاری و تولید نیز نقش اساسی ایفا می‌کند. امنیت اقتصادی به عنوان یکی از نهادهای حقوقی کلیدی به توزیع عادلانه منافع و هزینه‌های سیاست‌های توسعه‌ای یاری می‌رساند.

در راستای تأمین امنیت اقتصادی، نظارت و دادرسی اساسی نیز راهکاری مهم معرفی شده است.^۲ این نوع نظارت بر مبنای حفظ حقوق و آزادی‌های فردی صورت می‌گیرد و وظیفه آن بر عهده شورای نگهبان قرار دارد.^۳ یکی از وظایف اصلی این شورا، تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین شرع و اصول قانون اساسی است که به ویژه در مورد امنیت اقتصادی و احکام مربوطه بسیار اهمیت دارد. بنابراین، شورای نگهبان باید در بررسی مصوبات به تأمین امنیت اقتصادی توجه داشته باشد و این موضوع را در تفسیرهای خود در نظر بگیرد.

۱. قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، ۱۳۹۴، صص ۵۵-۳۱.

۲. پروین، خیرالله، «جستاری بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، مطالعات حقوق تطبیقی، سال ششم، شماره ۱، ۱۳۹۴، ص ۱۵.

۳. طلائی، اکبر و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۲، ص ۳۹.

هدف از مقاله حاضر که به صورت یک پژوهش کاربردی تهیه شده و از نظر گردآوری داده‌ها و اطلاعات و روش تجزیه و تحلیل، تحلیلی و توصیفی است، فهم این مسئله است که با ارائه چه الگویی می‌توان تفسیر و نظارت شورای نگهبان از قانون اساسی را در جهت حمایت از شاخص‌های امنیت اقتصادی کارآمدتر کرد؟ فرض پژوهش هم این است که عملکرد شورای نگهبان بر شاخص‌های امنیت اقتصادی تأثیر مستقیم دارد.

برخورداری از امنیت اقتصادی در اصول متعدد قانون اساسی مشاهده می‌شود و شورای نگهبان در رویه خود در تفسیر اصول مختلف آن به صورت تلویحی به امنیت اقتصادی و برخی مؤلفه‌های آن توجه نشان داده است. با این حال، ارتقای نقش شورای نگهبان به عنوان نقش مؤثر در رشد اقتصادی کشور، برنامه جامعی می‌طلبد. این برنامه می‌تواند پایه و اساس فراوان داشته باشد، ولی ایجاد یک روش تفسیری بر اساس شیوه تخصصی و تفسیری به عنوان الگوی عالی اجتهاد پویا و ارزش‌های عالی اقتصادی قانون اساسی را می‌توان راهکاری در نظر گرفت که در آن از امنیت اقتصادی به عنوان رکن اصلی اقتصادی در جامعه حمایت شود.

در این زمینه و با توجه به مطالعات مختلف، پیشینه یکسانی با مقاله موجود یافت نشد. پس به پژوهش‌های مشابه در این زمینه اشاره می‌شود. کلاته (۱۴۰۲) در پایان‌نامه خود با عنوان «تأثیر نظارت تقنینی شورای نگهبان در تأمین امنیت حقوقی شهروندان» بیان می‌کند که شورای نگهبان به عنوان نهاد پاسدار قانون اساسی، نظارتی پیشینی بر مصوبات قوه مقننه را اعمال می‌کند و می‌تواند با اعمال نظارتی صحیح و مناسب، نقشی مهم در تضمین امنیت حقوقی شهروندان داشته باشد.^۱

خرسند موقر و همکاران (۱۴۰۰) در پژوهش «تحلیل حق اشتغال و مصادیق آن در رویه شورای نگهبان و مطالعه تطبیقی آن با دیوان عدالت اداری» می‌گویند: «حق اشتغال با همه اهمیتی که دارد، حق مطلق نیست و در قوانین اساسی و عادی برای اعمال این حق، استثنائاتی در نظر گرفته شده است. صیانت از این حق نیز بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است. از این رو، هم در تصویب طرح‌ها و لوایح، لزوم توجه به حقوق شغلی افراد از سوی شورای نگهبان مورد صیانت واقع می‌شود و هم

۱. کلاته، علی، «تأثیر نظارت تقنینی شورای نگهبان در تأمین امنیت حقوقی شهروندان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۲.

در استعلامات دیوان عدالت اداری، این مهم مورد مذاقه شورای نگهبان قرار می‌گیرد. ترسیم و تحلیل رویه و نوع مبانی نظری شورای نگهبان در زمینه موضوع اشتغال، نوع مواجهه با مواردی را که تضییع‌کننده این مهم است، به خوبی نشان می‌دهد.^۱

اردلانی (۱۳۹۷) در پژوهش «جایگاه فعالیت‌های تجاری از منظر قانون اساسی و شورای نگهبان» با بررسی منابع فقهی و قانونی می‌کوشد فعالیت‌های تجاری مندرج در قانون تجارت را با توجه به مقدم بودن آن بر قانون اساسی و تأسیس شورای نگهبان و نظریات ابرازی این نهاد بر فعالیت‌های تجاری از نظر زمان تصویب و مطابقت و مخالفت بررسی کند و در موارد خاص، امکان مراجعه به مبانی فقهی و اجتهادی نسبت به فعالیت‌های تجاری متناسب با نیاز جامعه، قرابت و هم‌خوانی بیش‌تری بیابد.^۲

ایرج (۱۳۹۴) در پایان‌نامه «صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان»، حفظ حقوق مالکانه مردم را سرلوحه کار دو نهاد مهم دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان قانون اساسی می‌داند، ولی با این تفاوت که تحت عنوان قاعده تسلیط بوده و حمایت شرعی، فراتر از حمایت قانونی است. به باور نویسنده یادشده، صراحت نداشتن در نظرها و آرا برای صیانت از حقوق مردم مطلوب نیست و بایستی حد و حدود و شاخص‌های مالکیت افراد به دقت تعیین گردد تا هم مردم به حقوق خود آگاه باشند و هم دیوان عدالت اداری بتواند نقش سازنده خود را به درستی ایفا کند.^۳

گفتار اول. امنیت اقتصادی: مفهوم و شاخص‌ها

امنیت اقتصادی، یکی از مسائل حیاتی و روزمره برای افراد در هر جامعه‌ای است و تأثیر آن بر زندگی روزانه هر کسی پوشیده نیست. با این حال، مفهوم «امنیت اقتصادی» به دلیل تنوع دیدگاه‌ها همواره با چالش‌ها و مناقشه‌های فراوانی روبه‌رو بوده است. این چالش‌ها گاه ناشی از توافق نداشتن

۱. خرسند موقر، نسترن، سید محمد هاشمی و علی محب، «تحلیل حق اشتغال و مصادیق آن در رویه شورای نگهبان و مطالعه تطبیقی آن با دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۴۰۰، صص ۱۳۲-۱۱۰.

۲. اردلانی، کورش، «جایگاه فعالیت‌های تجاری از منظر قانون اساسی و شورای نگهبان»، نخستین جشنواره تألیفات علمی برتر علوم انسانی اسلامی، قم، ۱۳۹۷.

۳. ایرج، محسن، «صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد تهران، ۱۳۹۴.

در تعریف و معیارهای امنیت اقتصادی و گاه به دلیل تغییرات سریع در وضعیت‌های اقتصادی و اجتماعی است.^۱ در این راستا، درک عمیق‌تری از مفهوم امنیت اقتصادی ضروری به نظر می‌رسد تا بتوان راهکارهای مناسبی برای تحقق آن ارائه داد.

در تعریف امنیت اقتصادی، یکی از معیارهای بنیادین این است که سیستم‌های اقتصادی تا چه حد می‌توانند از مردم در برابر فشارهایی که خارج از کنترل آن‌هاست، محافظت کنند. این فشارها می‌توانند شامل بحران‌های مالی، نوسان‌های قیمت‌ها، جنگ‌ها و مشکلات اجتماعی باشند. بنابراین، موفقیت یک سیستم اقتصادی در تأمین امنیت اقتصادی به توانایی آن در شناسایی، پیش‌گیری و مقابله با این چالش‌ها بستگی دارد. این عملکرد ممکن است از طریق تأسیس دولت رفاه یا دیگر سیاست‌های حمایتی صورت گیرد، اما در نهایت، هدف حفظ و تأمین امنیت اقتصادی برای همه اعضای جامعه است. مفهوم امنیت اقتصادی را می‌توان در دو جنبه اصلی بررسی کرد: امنیت اقتصادی در سطح کلان و امنیت اقتصادی در سطح خرد. در سطح کلان، امنیت اقتصادی به سلامت و پایداری کلی نظام اقتصادی یک کشور اشاره دارد که شامل عوامل سیاسی، اجتماعی و نظامی می‌شود. در این راستا، توجه به نهادهای دولتی و سیاست‌های اقتصادی نیز اهمیت دارد؛ زیرا این نهادها باید به طور مؤثر در مدیریت منابع و بحران‌ها عمل کنند. در سطح خرد، امنیت اقتصادی به تأمین نیازهای اقتصادی فردی و خانوادگی مرتبط است و به عواملی مانند اشتغال، درآمد و دسترسی به خدمات اقتصادی اشاره دارد.

شاخص‌های اقتصادی به عنوان یکی از پیچیده‌ترین معیارهای مؤثر بر ثبات اقتصاد کلان و امنیت عمومی یک جامعه شناخته می‌شوند. این شاخص‌ها می‌توانند به طور کلی شامل مواردی مانند رشد اقتصادی، فساد مالی و همچنین شاخص‌های فرآیندی و نهادی حوزه اقتصاد باشند. هر یک از این زیرشاخص‌ها نمایانگر وضعیت اقتصادی کشورها و توانایی آن‌ها در مقابله با چالش‌های اقتصادی است. برای مثال، رشد اقتصادی مثبت می‌تواند نشان‌دهنده توان‌مندی اقتصادی یک کشور باشد، در حالی که وجود فساد مالی می‌تواند به تضعیف امنیت اقتصادی منجر شود. از مهم‌ترین شاخص‌های امنیت اقتصادی می‌توان به شاخص‌های سیاسی، نظامی، اجتماعی و قضایی اشاره کرد.

۱. ایروانی، جواد، سید ابوذر حسینی و مرتضی مرتضوی کاخکی، «نگرشی قرآنی به مفهوم امنیت اقتصادی و ترسیم نظام آسیب‌شناسی و تأمین آن»، فصل‌نامه آموزه‌های قرآنی، شماره ۱۸، ۱۴۰۰، ۳۵-۱۹.

شاخص‌های سیاسی به ثبات و کارآمدی نهادهای سیاسی و حکومتی مرتبط می‌شوند و تأثیر مستقیم بر ایجاد امنیت اقتصادی دارند. هم‌چنین شاخص‌های نظامی به توانایی یک کشور در تأمین امنیت داخلی و خارجی اشاره دارند و در این زمینه، وجود تهدیدات نظامی می‌تواند به کاهش احساس امنیت اقتصادی منجر شود. در سطح اجتماعی، عواملی مانند نابرابری‌های اقتصادی و اجتماعی می‌توانند بر امنیت اقتصادی تأثیر بگذارند. به طور کلی، جوامع با نابرابری‌های شدید معمولاً با نارضایتی و تنش‌های اجتماعی بیش‌تری روبه‌رویند که به کاهش امنیت اقتصادی منجر شود. در نهایت، شاخص‌های قضایی نیز به قدرت و کارایی سیستم‌های قضایی در حل و فصل منازعات اقتصادی اشاره دارند و نقش مهمی در ایجاد یک محیط اقتصادی پایدار ایفا می‌کنند.

گفتار دوم. نقش و صلاحیت شورای نگهبان در تأمین و تضمین امنیت اقتصادی

شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران در ایجاد و حفظ امنیت اقتصادی نقشی بی‌بدیل دارد. این شورا از طریق نظارت بر قوانین و مقررات و نیز تفسیر قانون اساسی و شرع در تلاش است تا محیطی پایدار، شفاف و قابل اعتماد برای کنشگران اقتصادی فراهم کند. تأمین امنیت اقتصادی به این معناست که فعالان اقتصادی، صاحبان کسب و کارها و سرمایه‌گذاران بتوانند در فضایی حقوقی و پایدار فعالیت کنند؛ فضایی که در آن، حقوق و آزادی‌هایشان محفوظ بوده و فعالیت‌های اقتصادی با حمایت قانون اساسی و موازین شرع اسلامی همراه باشد. این امنیت اقتصادی به بهبود وضعیت اجتماعی و اقتصادی کشور و اعتمادسازی بین مردم منجر می‌شود. در این راستا، شورای نگهبان با نظارت بر مصوبات و مقررات، از پای‌بندی دستگاه‌های اجرایی به قانون اساسی و اصول شرعی اطمینان حاصل می‌کند.

نقش شورای نگهبان در تضمین امنیت اقتصادی را می‌توان در ابعاد مختلفی تبیین کرد. یکی از مهم‌ترین این ابعاد، بهبود کیفیت قوانین و شفاف‌سازی حقوق قانونی افراد و نهادهاست. شورای نگهبان تلاش می‌کند تا قوانین از سطح دستورهای اداری و بی‌اثر فراتر بروند و به چارچوبی مؤثر و قابل اجرا برای تأمین عدالت اقتصادی تبدیل شوند.^۱ این سخن به معنی تبدیل قوانین به گونه‌ای است که اعتماد مشروع را بین فعالان اقتصادی ایجاد کند. شفافیت در حقوق، دسترسی به قوانین

۱. ویژه، محمدرضا، «اصل امنیت قضایی»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۸۳، ۱۳۸۲، صص ۱۱۹.

و تعیین حدود مشخص برای حقوق متفاوت افراد، از جمله مواردی است که شورای نگهبان به طور جدی بر آن‌ها نظارت دارد تا بستر اقتصادی جامعه را تقویت کند. این شورا با تلاش برای ارتقای سطح کیفی قوانین و تضمین دسترسی آسان به آن‌ها در جهت افزایش اعتماد عمومی به نظام حقوقی و اقتصادی کشور گام برمی‌دارد.

نمود دیگر نقش شورای نگهبان در تأمین امنیت اقتصادی، نظارت بر بودجه سالانه کشور است. بودجه دولت به عنوان یکی از ابزارهای اصلی سیاست‌گذاری اقتصادی اهمیت ویژه دارد. نظارت مالی، یکی از کلیدواژه‌های اصلی شورای نگهبان در این زمینه است که به این نهاد امکان می‌دهد با کنترل بودجه، از بروز انحراف مالی، فساد و اختلاس در ساختارهای اقتصادی جلوگیری کند. بررسی و ارزیابی بودجه‌ای که مجلس تصویب می‌کند، به منظور رعایت اصول اقتصادی و مغایرت نداشتن با قانون اساسی و موازین شرعی، تضمین‌کننده این امر است که هزینه‌ها و درآمدهای دولت در راستای تأمین امنیت اقتصادی کشور مصرف می‌شود. این امر به افزایش شفافیت مالی و تقویت اعتماد عمومی به عملکرد اقتصادی دولت منجر می‌شود.

یکی دیگر از ابزارهای مهم شورای نگهبان در راستای تأمین امنیت اقتصادی، نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی از منظر مغایرت نداشتن با شرع و قانون اساسی است. مصوبات مجلس می‌تواند بر بستر اقتصادی کشور تأثیر مستقیم داشته باشد. از این رو، شورای نگهبان موظف است اطمینان یابد این مصوبات با اصول اسلامی و حقوق اساسی هم‌خوانی دارند. نظارت بر مغایرت‌های شرعی و قانونی مصوبات و اساس‌نامه‌های نهادهای دولتی از وظایف کلیدی این شورا به شمار می‌آید. این نظارت سبب می‌شود که مصوبات ناسازگار با اصول اسلامی یا مخل امنیت اقتصادی اصلاح یا از تصویب نهایی خارج شوند. این امر به جلوگیری از تهدیدات اقتصادی ناشی از مصوبات و تصمیمات ناسازگار با قانون اساسی کمک می‌کند و سبب بهبود بستر اقتصادی کشور می‌شود.

تحلیل اقتصادی رویکرد شورای نگهبان در جهت تفسیر قوانین از مسائلی است که تحلیلگران و کارشناسان بسیاری را بر آن داشته است تا این مسئله را حل کنند که آیا عملکرد شورای نگهبان را می‌توان از دید تخصصی شاخص‌های اقتصادی بررسی کرد یا خیر. نکته بسیار مهم در این زمینه و با توجه به عملکرد شورای نگهبان طبق قانون اساسی، سپردن صلاحیت صیانتی به شورای نگهبان

برای پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر مغایرت نداشتن مصوبات مجلس شورای اسلامی در جهت تضمین حقوق و آزادی‌های فردی است.^۱

در این راستا عنوان کلی صلاحیت حفظ حقوق و آزادی‌های فردی که یکی از مسلمات این حقوق، امنیت اقتصادی محسوب می‌شود، از طرق و ابزار متنوعی به شورای نگهبان سپرده شده که برخی از آن‌ها به صورت مستقیم در حفظ حق امنیت اقتصادی مؤثر است. نظارت بر صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی از نظر مخالفت نداشتن با شرع و موافقت با قانون اساسی،^۲ تفسیر اصول قانون اساسی،^۳ اظهار نظر در خصوص مغایرت داشتن یا نداشتن اساس‌نامه‌های سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی^۴ به صورت مستقیم به مسئله نظارت بر امنیت اقتصادی مربوطند. به جز آن، صلاحیت شورای نگهبان در اعلام نظر نسبت به مصوبات مخالف شرع دستگاه‌های اجرایی که صلاحیت مقررات‌گذاری دارند که از طریق دیوان عدالت اداری انجام می‌پذیرد،^۵ در تضمین امنیت اقتصادی اهمیت فوق‌العاده دارد.

یکی از صلاحیت‌های شبه قضایی شورای نگهبان، تطبیق موضوعات قانونی موضوع مصوبات مجلس با موازین شرع و اصول قانون اساسی است. امنیت اقتصادی از جمله احکام قانون اساسی و موازین شرع تلقی می‌شود که شورا بایستی این حکم را بر موضوع مصوبات مجلس شورای اسلامی تطبیق دهد. حال شورای نگهبان موظف است تا با محور قرار دادن این موارد در دامنه مصوبات مجلس بکوشد تا احکام و موازین یادشده را تأمین کند. برای رسیدن به جوابی که بتوان مسئله رویکرد اقتصادی شورای نگهبان را تحلیل کرد، می‌توان به این موضوع اشاره کرد که تفسیر صحیح از امنیت اقتصادی با استفاده از روش‌های متنوع تفسیر در شورای نگهبان به عنوان ابزاری قانونی، ابزاری قوی است که در صورت اجرای صحیح آن می‌توان شاهد بهبود رویکرد تفسیر قوانین در جهت بهبود شاخص‌های امنیت اقتصادی بود.

۱. مهرپور، حسین، «دادگاه حافظ قانون اساسی: شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۹، ۱۳۶۶، ص ۲۱.

۲. قانون اساسی، اصل چهارم.

۳. قانون اساسی، اصل نود و هشتم.

۴. قانون اساسی، اصل هشتاد و پنجم.

۵. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ماده هشتاد و هفتم.

صلاحیت بررسی مغایرت اساس‌نامه‌ای از دیگر مسائلی است که در صورت برنامه‌ریزی برای اجرای صحیح آن با معیارهای حقوقی و بین‌المللی، شاهد بهبود شاخص‌های امنیت اقتصادی توسط شورای نگهبان خواهیم بود. در این زمینه، مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساس‌نامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت، مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب یادشده در اصل ۹۶ با شورای نگهبان است.^۱

اگر مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی در دیوان عدالت اداری مطرح باشد، موضوع برای اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی لازم‌الاتباع است.^۲ اصولاً تهدیداتی که قوه مجریه با استفاده از صلاحیت مقررات‌گذاری برای امنیت اقتصادی ایجاد می‌کند، بسیار است. تشخیص موازین شرعی از جهت انطباق با این مصوبات نیازمند صلاحیت اجتهادی است.^۳ و قانون‌گذار این مهم را به شورای نگهبان قانون اساسی سپرده است. امنیت اقتصادی که از مدلول تئوری نظام اقتصادی اسلامی مُلْهَم است، به شدت با تهدید از طرف ساختارها و ماهیت‌های اقتصادی غیر اسلامی روبه‌روست. اصولاً ممکن است صلاحیت آیین‌نامه‌ای مقامات اجرایی، متضمن مواردی از جنس این تهدید باشد. پس این اقتدار حقوقی شورای نگهبان نیز در حفظ حقوق و آزادی‌های فردی بسیار اهمیت دارد.^۴

گفتار سوم. رویه شورای نگهبان در تحقق امنیت اقتصادی با بررسی نمونه موردی

در این گفتار، به بررسی نقش شورای نگهبان در زمینه تحقق امنیت اقتصادی از طریق رویه‌های تفسیری و نظارتی آن پرداخته می‌شود. این گفتار با مرور نمونه‌های عملی از مصوبات و طرح‌های کلیدی در حوزه اقتصاد و تحلیل نظرهای شورای نگهبان در مورد آن‌ها، به تشریح چگونگی ارزیابی

۱. قانون اساسی، اصل هشتاد و پنجم.

۲. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ماده ۸۷.

۳. قانون اساسی، اصل نود و یکم.

۴. رفیعی علوی، سید احسان، «حق امنیت اقتصادی در حقوق عمومی: بررسی رویه شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری»، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۹.

این نهاد از انطباق مصوبات اقتصادی با قانون اساسی و موازین شرعی می‌پردازد. با توجه به وظیفه شورای نگهبان در تطبیق قوانین با اصول شرع و قانون اساسی، مصوباتی که بر امنیت اقتصادی تأثیرگذارند، از جمله موضوعات مهمی هستند که شورا در مواجهه با آن‌ها، رویکردی حساس و دقیق دارد. در این راستا، شورای نگهبان، نقش خود را با نقد و اصلاح طرح‌هایی ایفا می‌کند که می‌توانند به انحصار دولتی و تضعیف مالکیت خصوصی منجر شوند.

بند اول. لایحه تأمین و توزیع کالا مورخ ۱۳۶۴/۲/۵

عطف به نامه شماره ۱۱۶۲-ق مورخ ۱۳۶۴/۰۱/۲۶ و پیرو نامه شماره ۳۲۴۱ مورخ ۱۳۶۴/۲/۵؛ «لایحه تأمین و توزیع کالا» مصوب جلسه ۱۳۶۴/۱/۲۲ مجلس شورای اسلامی در جلسات شورای نگهبان بررسی شد که نظر اکثریت اعضای شورا به این شرح است: «لایحه تأمین و توزیع کالا که به صورت قانون دائمی و نه فقط برای مواقع ضرورت و بحرانی، نظام توزیع کالا را تعیین و مسئول آن را وزارت بازرگانی قرار داده (ماده ۳) و مبادرت به طبقه‌بندی کالاها به سه دسته اساسی، ضروری و عادی نموده و تعیین طبقه‌بندی را در اختیار دولت (وزارت بازرگانی) گذاشته (بند ۱ ماده ۳) و توزیع برخی کالاها را در انحصار دولت قرار داده (مستفاد از بند ۱ و ۳ ماده ۵) و تعیین دستگاه‌های مسئول توزیع (بند ۵ ماده ۳) و ایجاد واحدهای تأمین و توزیع (بند ۳ ماده ۸) را به دست دولت سپرده و امکان توزیع کلیه کالاهایی را که از تولیدات داخلی با واردات توسط دولت تأمین می‌شود، به دولت داده و تشخیص مصلحت را به عهده وزارت بازرگانی گذاشته (بند ۳ ماده ۵ و تبصره آن)، با توجه به امکانات عظیم دولت در تأمین کالا به وسایل مزبور و وجود بیش از دو واسطه را در توزیع کالا از تولید تا مصرف ممنوع نموده، حتی در مواردی که این امر تأثیری در افزایش قیمت نداشته، بلکه موجب تسهیل در امر توزیع و رسیدن کالا به دست مصرف‌کننده می‌باشد و...؛ کلاً در مسیر سلب اختیار از مردم و محدود کردن بی‌جهت آزادی شغلی افراد و دخالت آن‌ها در امور کشور و دادن سر رشته همه امور در نظام توزیع کالا به دست دولت می‌باشد و آن را به صورت کارفرمای بزرگ درمی‌آورد. لذا این لایحه با این صورت و محتوا که تنظیم شده، با اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی مغایر است و از لحاظ شرعی نیز به نظر اکثریت فقها با موازین شرع انطباق ندارد».

در این لایحه، دولت، شبکه‌ای گسترده برای تأمین و توزیع کالاهای اساسی و مهم اعم از تولیدات داخلی و وارداتی تحت اختیار و صلاحیت وزارت بازرگانی قرار داده بود. بر اساس این لایحه، وزارت بازرگانی،

مسئولیت اصلی را در نظام توزیع کالاها بر عهده داشت و با ایجاد انحصار در توزیع برخی کالاها، تعیین و نظارت بر دسترسی به این کالاها را به طور انحصاری به دولت سپرده بود. این تمرکز انحصاری و سلب اختیار از بخش‌های خصوصی و مردمی، نگرانی‌هایی درباره پی‌آمدهای آن بر امنیت اقتصادی و کاهش آزادی‌های اقتصادی و شغلی ایجاد کرد و شورای نگهبان این لایحه را بررسی کرد.

شورای نگهبان در نظر خود به مغایرت این لایحه با موازین شرع و اصول قانون اساسی اشاره کرد و در مخالفت با انحصار دولتی، بر لزوم حفظ آزادی‌های مشروع و قانونی مردم تأکید ورزید. شورا برای موارد خاص نیز ضوابطی برای انحصار مثبت ارائه کرد که شامل تعیین «مصلحت» به عنوان عاملی برای انحصار بود. برای تحقق انحصار مثبت باید شرایطی چون افزایش قیمت، محدودیت در برخی مشاغل یا کوتاه‌مدت بودن بازار انحصاری در نظر گرفته شود و دولت نباید از این انحصار به عنوان ابزاری برای تبدیل شدن به یک کارفرمای مسلط در بازار استفاده کند. هم‌چنین واگذاری اختیار ایجاد انحصار به دولت را مغایر قانون دانست و بیان کرد که تأیید وزیر در مواردی که منجر به انحصار و کاهش رقابت بدون الزام منطقی شود، با سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، به ویژه بند (ج) آن مغایرت دارد که برای حمایت از بخش‌های غیردولتی تنظیم شده است. این امر نشان‌دهنده دیدگاه شورای نگهبان به حفظ فضای رقابتی و مقابله با تمرکزگرایی دولتی است تا از سلطه انحصاری دولت بر بخش‌های اقتصادی جلوگیری شود و محیطی مناسب‌تر برای رقابت و توسعه بخش خصوصی فراهم آید.

بند دوم. طرح تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۹

دولت در این طرح قصد داشت مالکیت را برای سرمایه خارجی تضمین کند تا فعالیت این سرمایه‌ها در قالب مالکیت تضمین گردد. شورای نگهبان بر این طرح چنین ایرادهایی گرفت:

۱. در ماده (۱) در تعریف سرمایه‌گذار خارجی، عبارت «ایرانیان مقیم خارجی» به «ایرانی» تغییر یابد؛ زیرا هدف، جلب سرمایه‌های خارج از کشور است؛

۲. در تعریف سرمایه خارجی، عبارت «و یا تسهیلات مالی» حذف گردد تا شائبه تحصیل وام از بین برود. بند (و) همین ماده نیز قابل حذف است یا می‌توان «هیئت» را به «شورای عالی» تغییر داد تا شائبه واگذاری اختیارات به معاونین وزرا رفع گردد؛

۳. در ماده (۲) بند (ب)، عبارت «تأمین مالی» حذف شود. ایضاً عبارت «تأمین مالی پروژه».

۴. در ماده (۳) می‌توان تصریح نمود که سرمایه‌ها نباید متعلق به دولت‌های خارجی باشند و در این صورت، باید با تصویب مجلس باشد؛

۵. در ماده (۴)، پیشنهاد توسط هیئت وزیران و تصویب توسط مجلس باشد؛

۶. در ماده (۵)، جمله دوم کلاً حذف شود؛

۷. در ماده (۶)، دو سطر اول حذف گردد و در پایان اضافه شود تا در مراجع ذی‌صلاح مورد بررسی قرار گیرد؛

۸. در ماده (۷) اعضای هیئت را می‌توان به وزرای مربوطه تغییر داد یا آن را با شورا جایگزین نمود؛

۹. در ماده (۱۳) لازم است به شورای نگهبان توضیح داده شود که باوجود تورم در کشور این ماده ضروری است در غیر این صورت باعث خروج مبالغی کلان ارز از کشور خواهد شد؛

۱۰. ایراد وارده به مواد (۱۱) و (۱۵) تنها از طریق تفهیم به اعضای شورا قابل رفع است؛ زیرا هیچ‌گونه ایرادی حتی از نظر قانون اساسی ندارند؛

۱۱. در ماده (۱۷)، حذف تبصره (۲) کارساز خواهد بود؛

۱۲. ایراد گرفته‌شده بر ماده (۱۹) با توجه به تأیید موافقت‌نامه‌های جلب و حمایت از سرمایه‌گذاری مشترک با برخی کشورها جای تعجب دارد.

۱۳. حذف ماده (۲۱) و (۲۵) نیز به تأمین نظر شورای نگهبان کمک خواهد کرد.

پیشنهاد می‌گردد موارد مورد اختلاف با شورای نگهبان حتی‌الامکان تغییر عبارت یا حذف گردد و در آیین‌نامه اجرایی قانون به آن‌ها پرداخته شود».

شورای نگهبان در نظر خود، تضمین مالکیت سرمایه خارجی را عاملی برای ایجاد انحصار به نفع سرمایه‌گذاران خارجی دانسته و آن را مغایر با بند ۸ اصل ۴۳ قانون اساسی تشخیص داد که مخالف سلطه خارجی بر اقتصاد کشور است. از دیدگاه شورا، مدل سرمایه‌گذاری خارجی در صورتی مورد تأیید است که بدون ایجاد حقوق مالکانه و انحصار صرفاً شامل تضمین بازگشت سرمایه از طرف دولت باشد. به این ترتیب، سرمایه‌گذاری‌هایی که موجب تسلط خارجی و حقوق مالکانه در داخل کشور نشوند و تنها به عنوان یک طلب تضمین‌شده مورد حمایت قرار گیرند، از نظر شورا با قانون اساسی مغایرتی ندارند. در ارزیابی این موضوع به نظر می‌رسد که برای تحقق امنیت اقتصادی

در کشور، توجه به شاخص‌های اقتصادی از جمله رشد اقتصادی سالانه، ضروری است. این رشد پایدار اقتصادی بدون جذب سرمایه‌گذاری خارجی امکان‌پذیر نخواهد بود. سرمایه‌گذاری خارجی با ایجاد جریان نقدینگی، ارتقای فناوری و توسعه بازارها می‌تواند نقشی کلیدی در بهبود وضعیت اقتصادی ایفا کند. به همین دلیل، در پیش‌گرفتن سیاست‌های حقوقی و اقتصادی که امکان جذب سرمایه‌گذاری خارجی را بدون ایجاد تسلط بر بازار داخلی فراهم کند، از اهمیت زیادی برخوردار است و می‌تواند به رشد و توسعه اقتصاد ملی کمک کند.

بند سوم. لایحه اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مورخ ۱۳۸۶/۲/۱۸

لایحه اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجزای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی مصوب جلسه مورخ ۲۲ مهرماه ۱۳۸۶ مجلس شورای اسلامی در جلسات متعدد شورای نگهبان بررسی و نظر شورا به این شرح اعلام شد: «ذیل ماده (۲) به دلیل تفویض وظایف اجرایی به شورای موضوع این بند، مغایر اصل ۶۰ قانون اساسی شناخته شد. علاوه بر آن، صدر این بند که تشخیص را بر عهده دولت نهاده، دارای ابهام می‌باشد.

۲- ذیل تبصره (۱) بند (ج) ماده (۳) به دلیل تفویض امر تدوین آیین‌نامه نیروهای مسلح به هیئت وزیران، مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد.

۳- تبصره (۲) بند (ج) ماده (۳)، دستورالعمل اجرایی در پاراگراف دوم ماده (۲۳)، بندهای (۷)، (۱۱)، (۱۴) و (۱۵) ماده (۴۱) و بند (۳) ماده (۵۹)، مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی شناخته شد».

در این لایحه که با هدف اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی تنظیم شده بود، دولت، بسیاری از فعالیت‌های بخش خصوصی و غیردولتی را در اختیار مالکیت دولتی قرار داده و از واگذاری آن‌ها به بخش خصوصی پرهیز کرده بود. در بررسی این رویکرد، شورای نگهبان با استناد به اصول قانون اساسی و روح سیاست‌های کلی اصل ۴۴، این اقدام را مغایر با اصول ترویج و حمایت از فعالیت بخش خصوصی و به ویژه حق واگذاری فعالیت‌های اقتصادی به این بخش دانست.^۱ از دیدگاه شورا،

۱. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهران: سمت، ۱۳۹۴، ص ۱۱۵.

سیاست‌های اصل ۴۴ تنها به معنای تصدی‌گری دولت در بخش‌های مختلف اقتصاد نیست و هدف اساسی آن، ایجاد تعادل میان بخش‌های خصوصی و عمومی برای دستیابی به رشد پایدار و حفظ امنیت اقتصادی کشور است. بدین ترتیب، شورای نگهبان، تفکیک نقش دولت و بخش خصوصی را گامی مؤثر در مسیر تقویت امنیت اقتصادی دانسته و تلاش کرده است با تفسیر دقیق از سیاست‌های اصل ۴۴، مانع انحصارگرایی و سلطه کامل دولت بر فعالیت‌های اقتصادی شود.

شورای نگهبان در تحلیل این لایحه بر این نکته تأکید کرده است که تأمین خدمات عمومی و ایجاد بسترهای لازم برای رشد اقتصادی، تنها از طریق مالکیت و تصدی‌گری دولت قابل تضمین نیست، بلکه دولت می‌تواند با در پیش گرفتن روش‌های متنوعی از نظارت ساده تا همکاری محدود و نظارت جامع، حضور خود را در بازار و اقتصاد کشور تضمین کند. این شورا به عنوان یک ضابطه کلیدی معتقد است در مواردی که ضرورت حضور دولت ایجاب می‌کند، روش‌های حداقلی که کم‌ترین محدودیت را برای بخش خصوصی ایجاد کند، بر روش‌های حداکثری که منجر به حذف رقابت و محدودیت مالکیت خصوصی می‌شود، ارجحیت دارد. به عبارتی، تقویت بخش خصوصی و ایجاد بسترهای رقابتی نه تنها به بهبود عملکرد اقتصادی کمک می‌کند، بلکه باعث می‌شود دولت به عنوان یک ناظر در مسیر افزایش امنیت اقتصادی عمل و از سلطه مستقیم بر تمام فعالیت‌های اقتصادی کشور خودداری کند.

با توجه به دیدگاه شورای نگهبان، حتی در مواردی که در صدر اصل ۴۴، امکان حضور دولت در برخی فعالیت‌های اقتصادی ذکر شده است، افزایش حجم مالکیت دولتی و تصدی‌گری بی‌رویه دولت در این بخش‌ها، با اهداف سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و فلسفه پشت آن که بهبود و ارتقای اقتصاد ملی است، تضاد دارد. شورا معتقد است این سیاست‌ها به نوعی حکم قانون اساسی دارند و بر اساس آن، نقش نظارتی و تنظیم‌گری دولت باید بر فعالیت‌های بخش خصوصی حاکم باشد، نه تسلط مطلق. این تفسیر را می‌توان یکی از مهم‌ترین عملکردهای شورای نگهبان در راستای تحقق امنیت اقتصادی دانست؛ چون جلوگیری از تبدیل دولت به تنها کارگزار و مالک اقتصاد، در نهایت، به بهبود شاخص‌های امنیت اقتصادی و جلوگیری از رکود و فساد ناشی از انحصار کمک می‌کند.

بند چهارم. لایحه رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۴

دولت در این لایحه کوشیده بود زیرساخت‌های رقابت در بخش اقتصاد را کامل کند. پس برخی مسائل رقابتی مانند کیفیت، استاندارد؛ توان‌مندسازی بخش خصوصی و تعاونی و برابر ازی فرصت‌های بخش خصوصی و بخش دولتی را قانونی کرد. شورای نگهبان، مفاد رقابتی این قانون را مغایر با هیچ کدام از اصول قانون اساسی ندانست و تنها برای تقویت و ایجاز قانون، توصیه‌هایی به مجلس کرد و برای مصارف برخی طرح‌های دولتی هم پیشنهادهایی داشت تا به تقویت این مهم کمک کند. در ادامه این طرح، شورای نگهبان در خصوص ایجاد ابزارهایی مالی برای اجرای سیاست‌های رقابتی چنین نظر داد: «لایحه توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید به منظور تسهیل اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی مصوب مجلس شورای اسلامی در جلسه شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و مغایر با موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد».

این لایحه به عنوان گامی در جهت بهبود امنیت اقتصادی در کشور جایگاهی ویژه دارد. از طرفی، ابزارهای مالی جدید، شکل‌های متنوعی هستند از حق مالکیت بر کار و سرمایه. شکل سنتی حق مالکیت در بازار، مالکیت بر سرمایه و کار است، اما در بازار مدرن و به اقتضای توسعه مفهوم بازارها و پیچیدگی تراکنش‌های مالی، آشکال حق مالکیت به ابزارهای مالی تبدیل شده‌اند. یکی از خصوصیت‌های این مالکیت جدید، کمک به مسئله رقابت‌پذیری و حل مسئله اطلاعات است. ابزارهای مالی، دارایی‌هایی هستند که می‌توان آن‌ها را معامله کرد. آن‌ها هم چنین می‌توانند به عنوان بسته‌های سرمایه‌ای قابل مشاهده باشند. سرمایه‌گذاران انواع ابزارهای مالی یک جریان کارآمد و انتقال سرمایه را در سرتاسر جهان فراهم می‌کنند. این دارایی‌ها می‌تواند پول نقد، یک حق قرارداد برای ارائه یا دریافت پول نقد یا نوع دیگری از ابزار مالی یا شواهدی از مالکیت یک نهاد باشد.

این تعریف بین‌المللی نشان می‌دهد که ابزارهای مالی، اعتبار مالکیت یا اعتبار مالی هستند که به طور شفاف قابلیت بررسی در بازار دارند و بازدهی این ابزار در نهادهایی چون بورس و بازارهای مالی مدرن قابل پی‌گیری است. اطلاعات دارایی‌ها و شفافیت بازارها و تخصصی بودن بازارها سبب افزایش ضریب رقابت در این بازارها خواهد شد. دادرسی اساسی تطبیقی این این ابزارهای مالی را پذیرفته؛ چون ابزاری برای مقررات‌گذاری نیز هستند و در قوانین مختلفی، این ابزارها را زمینه عدالت مالیاتی و شفافیت اقتصادی دانسته است.

در تحلیل رویه شورا، رویه دایمی آن را می‌توان حمایت از ابتکارات منجر به رقابت دانست تا جایی که در اظهار نظر نسبت به ماده واحده قانون اجرایی اصل ۴۸ قانون اساسی که مجلس، دولت را به رعایت تقسیم عادلانه منابع ملی و ایجاد رقابت سازنده در استفاده از سهم بازار ملی مکلف کرده بود، بدون هیچ محدودیتی تأیید کرد. در این لایحه، مفاهیمی مانند تکنولوژی پیشرفته و خدمات گمرکی سیال وارد متن قانون شده است تا رقابت‌پذیری را تضمین کند. شورای مشورتی فقهی و شورای مشورتی حقوقی شورای نگهبان نیز در اظهار نظرهای خود، مفاهیم رقابتی در قانون را مخالف شرع و قانون اساسی ندانسته‌اند.

بند پنجم. مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مورخ ۱۳۹۵/۸/۴

مجمع مشورتی فقهی در راستای نظارت شرعی خود بر قوانین و مقررات، مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک را بررسی و سؤالاتی مطرح کرد. با ذکر عین این مواد، سؤالات شرعی و قانونی ذیل را نسبت به آن‌ها مطرح می‌کنیم تا با جواب قاطع و صریح فقهی معظم، این مشکل حل شود و خواسته رهبر معظم انقلاب نیز در این مورد عملی گردد.

ماده ۲۲: همین‌که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید، دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این‌که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد، مالک خواهد شناخت. در مورد ارث هم ملک وقتی در دفتر املاک به اسم وراثت ثبت می‌شود که وراثت و انحصار آن‌ها محرز و در سهم‌الارث بین آن‌ها توافق بوده و یا در صورت اختلاف، حکم نهایی در آن باب صادر شده باشد.

تبصره: حکم نهایی عبارت از حکمی است که به واسطه طی مراحل قانونی و یا به واسطه انقضای مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوایی که حکم در آن موضوع صادر شده، از دعاوی مختومه محسوب شود.

ماده ۴۶: ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱. کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

۲. کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

ماده ۴۷: در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱. کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده.

۲. صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

ماده ۴۸: سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

سؤالات مطروحه:

۱. آیا خود سندی که به موجب آن، اداره ثبت شخصی را مالک ملکی دانسته است، از نظر قواعد شرعی، اماره معتبره بر مالکیت اوست و باید او را شرعاً نیز مالک دانست و یا آن که مالکیت اشخاص به موجب ید و تصرف مالکانه و یا شهادت بینة شرعی و مانند آن ثابت می‌شود؟ مفاد مواد مزبور در مالک دانستن شخص فوق به مجرد ثبت در سند فوق خلاف شرع است.

۲. با قطع نظر از سؤال اول، آیا مالک ندانستن هر کس که ملک خود را به ثبت نرسانده و در محاکم و ادارات همان گونه که از مواد فوق خصوصاً ماده ۴۸ استفاده می‌شود، صحیح است و یا آن که عموم آن نسبت به موردی که مالی با سبب شرعی و قانونی به شخصی منتقل شده، مثل بیع و هبه صحیح و ارث و سایر اسباب صحیح نیست و در نتیجه، عموم مواد فوق به موجب مفاد اصل ۴ قانون اساسی باطل است؟

طبق نظر فقهای شورای نگهبان، مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک، صرفاً اختیاری دانستن ثبت در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب به خود ایرادی ندارد، اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیر رسمی دارد، اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی، معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد، خلاف شرع و باطل است. در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بی‌ینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد، این اسناد معتبر است و این دو ماده در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی به این گونه اسناد عادی اشاره دارد.^۱

۱. عارفی مسکونی، علی، «تحلیل و بررسی نظر فقهای شورای نگهبان در خصوص مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ از منظر علم اصول فقه»، مطالعات فقهی و فلسفی، شماره ۴۳، ۱۳۹۹، صص ۵۵-۴۶.

بر این نظر فقهای شورای نگهبان، دو ایراد اساسی وارد است. اولاً ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی، شهادت نامه است و شهادت نامه، سند محسوب نمی شود، در حالی که فقهای شورای نگهبان، شهادت نامه را که فقط اعتبار شهادت را دارد، سند محسوب کرده اند که این امر با متن صریح ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی مغایر است که بیان می دارد: «شهادت نامه، سند محسوب نمی شود و فقط اعتبار شهادت را خواهد داشت». به عبارت دیگر، ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی، سند عادی نیست که ادله قانونی یا شرعی معتبر بر اصلتش دلالت داشته باشد؛ زیرا ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی اصلاً سند محسوب نمی شود. ثانیاً طبق اصل ۷۳ قانون اساسی، شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و این که شورای نگهبان اعلام می کند مواد ۱۲۹۱ و ۱۲۸۵ مخصص مواد ۲۲ و ۴۸ است، به نوعی تفسیر قانون عادی بوده که طبق اصل ۷۳ قانون اساسی از صلاحیت ذاتی شورای نگهبان و به طریق اولی، ذاتاً از صلاحیت فقهای شورای نگهبان تخصصاً خارج است. این که فقهای شورای نگهبان، مواد ۴۶ و ۴۷ را خلاف شرع اعلام نمی کنند، دلالت بر این دارند که سایر ادله اثبات دعوا، تخصیصات خارج هستند.

هم چنین باید دانست جوامع بشری به نهاد ثبت به عنوان اساسی ترین نهادی می نگرند که تضمین کننده امنیت اقتصادی، حقوقی و قضایی جامعه است. به همین دلیل، هر جامعه ای با توجه به شرایط اجتماعی خود با اقتباس از یکی از نظام های ثبت املاک برای دستیابی به این امنیت تلاش می کند. پس دقت در قوانین ثبت اسناد و املاک برای تحقق امنیت اقتصادی جایگاهی ویژه دارد.

بند ششم. لایحه توسعه منطقه آزاد تجاری صنعتی گیلان (انزلی) مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۳

شورای نگهبان در نامه شماره ۳۲۹۹۰/۱۰۲ مورخ ۱۹/۰۶/۱۴۰۱ در خصوص لایحه «توسعه منطقه آزاد تجاری - صنعتی گیلان (انزلی)»، این ایرادها را برشمرد: «در تبصره های ۱ و ۳، منظور از عبارت «محدوده های الحاقی» ابهام دارد؛ در تبصره ۲، منظور از عبارت های «به استثنای محدوده فرودگاهی» و «به منظور عرضه به مسافران» ابهام دارد؛ ایراد مغایرت با بند «۱۱» سیاست های کلی اقتصاد مقاومتی؛ ایراد مغایرت با بند «۱۱» «۱۷» سیاست های کلی اقتصاد مقاومتی». کمیسیون اقتصادی برای رفع ایراد مذکور، پنج تبصره به مصوبه قبلی مجلس اضافه کرده است. با تحلیل موارد اصلاحی توسط کمیسیون به نظر می رسد که ایراد شورای نگهبان هم چنان باقی است؛ چون مصوبه آن کمیسیون

در خصوص معافیت‌های مالیاتی و گمرکی مناطق الحاق شده به منطقه (مغایرت با بند «۱۷» سیاست‌های کلی) و هم‌چنین توسعه مناطق آزاد تجاری. صنعتی در راستای انتقال فناوری‌های پیشرفته، گسترش و تسهیل تولید، صادرات کالا و خدمات و تأمین نیازهای ضروری و منابع مالی از خارج (مغایرت با بند «۱۱» سیاست‌های کلی)، اصلاحات مؤثری نداشته است.

اصلی‌ترین مسئله در رد این لایحه آن است که در سال‌های اخیر و بعد از ابلاغ سیاست‌های اقتصاد مقاومتی، تحلیل‌های صورت گرفته از این سیاست در راستای بهبود امنیت اقتصادی بسیار متناقض است. همین مسئله سبب شده است نقطه قوت این سیاست در بسیاری از موارد به نقطه ضعف تبدیل شود. این مشکل در مرحله اول به علت برداشت‌های متفاوت در قوه مقننه و شورای نگهبان از این سیاست است. ایجاد رویه‌ای یکسان طبق آیین‌نامه‌های مشخص برای اجرای اقتصاد مقاومتی می‌تواند برای حل بسیاری از مشکلات که نمونه‌ای از آن ذکر شد، مفید باشد.

گفتار چهارم. آسیب‌شناسی و ارائه راهبردها در حل مشکلات موجود برای تحقق امنیت اقتصادی

در وضعیت کنونی اقتصادی کشور، تأمین امنیت اقتصادی به عنوان یکی از پایه‌های اساسی رشد و توسعه جامعه اهمیت بسزایی دارد. نقش شورای نگهبان در حفاظت از اصول اقتصادی قانون اساسی و نظارت بر هماهنگی قوانین با شرع و قانون اساسی بر این اهمیت افزوده است. این نهاد به واسطه مسئولیت‌های خود در نظارت و تفسیر قوانین می‌تواند در ایجاد محیطی پایدار و قابل اطمینان برای فعالیت‌های اقتصادی نقش مهمی ایفا کند. با این حال، تحقق امنیت اقتصادی، نیازمند شناخت دقیق چالش‌ها و آسیب‌های موجود در این حوزه و تدوین راهبردهای مناسب برای رفع این چالش‌هاست. آسیب‌شناسی این موضوع، برخی از کاستی‌ها و خلأها را در نظام اقتصادی و حقوقی کشور آشکار می‌کند که اگر به درستی به آن‌ها توجه شود، می‌توانند راه‌گشای توسعه اقتصادی و افزایش امنیت اقتصادی باشند.

نخستین آسیب، نبود شفافیت در تعریف مالکیت اقتصادی و حدود و اختیارات آن در قانون اساسی است. در حالی که مالکیت اقتصادی به ویژه در بخش خصوصی، از عناصر اساسی برای رشد و توسعه اقتصادی هر جامعه‌ای به شمار می‌آید، هنوز مفهوم مشخص و روشنی از مالکیت اقتصادی و ابعاد

آن در قانون اساسی ارائه نشده است. این ابهام به تداخل نقش‌های دولت و بخش خصوصی و ضعف در تفکیک مسئولیت‌ها و همچنین تفسیرهای متناقض از قوانین منجر شده است. این امر باعث کاهش اعتماد سرمایه‌گذاران و بهره‌مندی ناکامل از مزایای مالکیت خصوصی در جهت رشد اقتصادی کشور می‌شود. پیشنهاد می‌شود شورای نگهبان با بهره‌گیری از منابع فقهی و قانونی و همراهی کارشناسان اقتصادی، تفسیری جامع و شفاف از مفهوم مالکیت اقتصادی تدوین کند. این رویکرد می‌تواند در راستای کاهش ابهام‌ها و تداخل‌ها به ارتقای امنیت سرمایه‌گذاری و جذب سرمایه‌های داخلی و خارجی کمک کند.

دومین آسیب، نبود ساختار مشورتی منسجم و تخصصی در شورای نگهبان برای بررسی دقیق و جامع قوانین اقتصادی است. شورای نگهبان از ظرفیت شوراهای مشورتی فقهی بهره‌مند است، اما وجود یک مجمع مشورتی تخصصی شامل کارشناسان فقه اقتصادی و اقتصاددانان می‌تواند تأثیری بسزا در دقت و سرعت بررسی قوانین اقتصادی داشته باشد. این مجمع تخصصی می‌تواند با تحلیل‌های جامع و ارائه نظریات کارشناسی، بررسی تخصصی‌تر و دقیق‌تری از لوایح و طرح‌های اقتصادی ارائه دهد و کیفیت نظارت و تفسیر شورای نگهبان را در امور اقتصادی ارتقا بخشد. بنابراین، پیشنهاد می‌شود این شورا با ایجاد چنین مجمعی از مشاوره‌های تخصصی و دانش‌محور برای ارتقای نظارت خود بر قوانین اقتصادی بهره‌گیرد و از این طریق، بستر مناسبی را برای اجرای قوانین با رویکرد توسعه اقتصادی فراهم آورد.

سومین آسیب، نبود آیین‌نامه داخلی منسجم و مدون برای ساختاردهی به رویه‌های تفسیر و نظارت شورا است. نبود چنین آیین‌نامه‌ای باعث می‌شود فرآیند تفسیر و نظارت بر قوانین اقتصادی با برداشت‌های مختلف و گاه متضاد همراه شود. این وضعیت نه تنها باعث سردرگمی فعالان اقتصادی می‌شود، بلکه قدرت اجرایی و قضایی کشور را نیز در معرض تفسیرهای ناهماهنگ از قوانین قرار می‌دهد. تدوین یک آیین‌نامه داخلی منسجم با تأکید بر اصول اقتصادی به ویژه امنیت اقتصادی می‌تواند باعث تنظیم بهتر عملکرد شورای نگهبان شود و استدلال‌های حقوقی و اقتصادی در تحلیل قوانین را بهبود بخشد. این آیین‌نامه به عنوان یک راهنمای جامع، چارچوبی برای بررسی و تفسیر قوانین فراهم می‌کند و به جلوگیری از اختلاف‌نظرها و تناقض‌های احتمالی در تصمیم‌گیری‌ها یاری می‌رساند.

چهارمین آسیب، ابهام در نقش و صلاحیت دولت در حوزه اقتصاد و مالکیت دولتی است. دولت در تنظیم و جهت‌دهی به اقتصاد نقشی اساسی دارد، اما محدودیت‌ها و چارچوب‌های دقیقی برای فعالیت‌های اقتصادی دولتی مشخص نشده است. این ابهام سبب شده است دولت گاه به صورت گسترده و حتی نامتناسبی در حوزه اقتصادی دخالت کند و به ایجاد انحصارهایی بپردازد که با اصول اقتصاد آزاد در تضاد است. نقش دولت باید تسهیل‌کننده و نظارتی باشد و نه مداخله‌گر و انحصاری. پس پیشنهاد می‌شود شورای نگهبان با همکاری دیگر نهادهای قانونی، الگوی شفاف و دقیقی از حدود و صلاحیت‌های دولت تدوین و چارچوبی برای نقش دولت در فعالیت‌های اقتصادی تعیین کند. این اقدام می‌تواند با ایجاد تعادلی مناسب میان مالکیت دولتی و خصوصی از دخالت‌های بی‌رویه دولت در اقتصاد جلوگیری کند.

در نهایت، کمبود الگوی تخصصی برای تقویت رقابت و جلوگیری از انحصار در اقتصاد، یکی از آسیب‌های اصلی و اثرگذار بر امنیت اقتصادی کشور است. در حالی که اقتصاد رقابتی می‌تواند به رشد اقتصادی پایدار و ایجاد فرصت‌های برابر برای بخش‌های مختلف منجر شود، نبود قوانین و چارچوب‌های مناسب برای تقویت رقابت و جلوگیری از انحصارات، فضای اقتصادی کشور را با چالش مواجه کرده است. این امر به ویژه در حوزه‌های مختلف تولیدی و خدماتی، مانع از رشد رقابتی و پایدار اقتصاد می‌شود. شورای نگهبان می‌تواند با بهره‌گیری از ابزارهای نظارتی خود، الگوهای مناسبی برای تقویت رقابت و جلوگیری از انحصار تدوین کند و نقش نظارتی و حمایتی مؤثرتری بر اقتصاد کشور داشته باشد.

گفتار پنجم. معرفی الگوی مطلوب برای شورای نگهبان در جهت تحقق امنیت اقتصادی

معرفی الگویی کارآمد برای تقویت نقش شورای نگهبان در تحقق امنیت اقتصادی، مستلزم پرداختن به چندین زیرشاخه کلیدی است. نخستین گام در این مسیر، کارآمدتر کردن روش‌های تفسیری شورای نگهبان درباره مفاهیم امنیت اقتصادی است. این امر به معنای دستیابی به روشی است که با بهره‌گیری از اجتهادی پویا و منعطف بتواند ارزش‌های اقتصادی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را به گونه‌ای تخصصی و هدفمند تفسیر کند. چنین رویکردی، شورای نگهبان را قادر

می‌سازد تا با توجه به تغییرات و پیچیدگی‌های اقتصادی به تفسیرهایی نوآورانه و تطبیقی دست یابد که به طور مؤثری در حفظ و ارتقای امنیت اقتصادی کشور اثرگذار باشند. روش‌های تفسیری مبتنی بر اجتهاد پویا می‌توانند به شورای نگهبان کمک کنند تا امنیت اقتصادی را به عنوان یکی از ارکان اصلی و کلیدی در جامعه شناسایی و تقویت کند.

مسئله مهم دیگر، تبیین حدود و صلاحیت‌های دولت در موضوع اقتصاد و مالکیت دولتی است. در حال حاضر، حدود اختیارات و مسئولیت‌های دولت در حوزه اقتصادی و مالکیت دولتی به طور دقیق مشخص نشده است که این موضوع باعث بروز ابهام‌ها و دخالت‌های بیش از حد دولت در برخی بخش‌های اقتصادی شده است. شورای نگهبان می‌تواند با ایجاد سیستمی نظام‌مند، حدود و شکل فعالیت‌های اقتصادی دولت را بر اساس چارچوب‌های تعریف شده قانون اساسی بازبینی و تعیین کند. چنین چارچوبی هم نقش دولت در اقتصاد را به روشنی مشخص می‌کند و هم میان بخش‌های دولتی و خصوصی در اقتصاد تعادلی ایجاد می‌کند تا از انحصار و رقابت‌های ناعادلانه جلوگیری شود.

یکی دیگر از جنبه‌های کلیدی، طراحی الگویی تخصصی و مؤثر برای حمایت از رقابت سالم و جلوگیری از انحصار در اقتصاد است. رقابت یکی از عوامل مهم برای پویایی و رشد پایدار اقتصادی است. از این رو، شورای نگهبان باید با استفاده از ابزارهای تفسیری و نظارتی خود به گونه‌ای عمل کند که رقابت سالم در فعالیت‌های اقتصادی تضمین شود. ایجاد یک نظام هماهنگ برای تقویت رقابت و کنترل انحصار می‌تواند نه تنها به بهره‌وری بیش‌تر در اقتصاد کشور منجر شود، بلکه موجب می‌شود بازارهای رقابتی و فرصت‌های اقتصادی برای تمامی فعالان به شکل برابر فراهم گردد. چنین الگویی در راستای تقویت بنیان‌های امنیت اقتصادی عمل خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

شرایط اقتصادی کنونی کشور از جمله تورم بالا، بی‌ثباتی اقتصادی، ناامنی در فضای اقتصادی و وضعیت ناپایدار بازرگانی و تجارت با حقوق اقتصادی تصریح شده در قانون اساسی هم‌خوانی ندارد و رفاه و معیشت بخش قابل توجهی از مردم را با چالش مواجه کرده است. با توجه به این وضعیت، نقش شورای نگهبان در پاسداری از اصول قانون اساسی و حمایت از حقوق اقتصادی شهروندان اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند. این شورا به عنوان مفسر و نگهبان قانون اساسی می‌تواند نقشی

بنیادین در ایجاد و حفظ امنیت اقتصادی داشته باشد و به طور جدی، این حق را به عنوان یکی از ارکان اصلی در سیستم حقوقی کشور تقویت کند.

امنیت اقتصادی بر اساس مبانی علم اقتصاد، سهمی حدود یک سوم از رشد اقتصادی کشورها را به خود اختصاص می‌دهد و از اهمیت استراتژیکی برخوردار است. بسیاری از کشورها هنگام تدوین و تصویب قوانین خود، مسئله امنیت اقتصادی را به عنوان اولویت اصلی در نظر می‌گیرند تا بستر مناسب برای توسعه و رشد اقتصادی پایدار فراهم شود. این واقعیت بیانگر آن است که توجه شورای نگهبان به حفظ و تأمین امنیت اقتصادی می‌تواند مسیر رشد و پیشرفت اقتصادی را هموار سازد و نظام حقوقی کشور را نیز در این زمینه تقویت کند. با این حال، یکی از چالش‌های اصلی در نظام حقوقی کشور، نبود رویکردهای نوین و فعال در تفسیر و نظارت بر قوانین اقتصادی است. نبود دانش کافی در حقوق عمومی اقتصادی و ساختارهای منسجم برای فعالیت‌های حقوقی و اقتصادی سبب شده است نهادهای فعال در این حوزه به صورت پراکنده و ناکارآمد عمل کنند. در حالی که برخی کشورها با استفاده از استدلال‌های حقوقی و اقتصادی، نظام‌های حقوقی خود را به‌روز کرده‌اند، هم‌چنان خلأهای قانونی و حقوقی در ساختار اقتصادی ما مشاهده می‌شود. در این زمینه، نقش شورای نگهبان در ارائه تفسیرهای روشن و همساز با اقتصاد مدرن و متناسب با نیازهای جامعه بیش از پیش اهمیت دارد.

تحلیل و بررسی لوایح و طرح‌های اقتصادی و ارزیابی نظرهای شورای نگهبان نشان می‌دهد که اگرچه این نهاد در زمینه‌هایی مانند مالکیت، سرمایه‌گذاری و انحصار اقتصادی نظرهای متعددی ارائه کرده است، اما این دیدگاه‌ها به صورت جامع و یک‌پارچه برای بهبود شاخص‌های امنیت اقتصادی به کار گرفته نشده‌اند. از این رو، اگر شورای نگهبان از رویکردهای نوین و جامع‌تری برای تفسیر و نظارت بر قوانین اقتصادی استفاده کند، می‌توان انتظار داشت که شاخص‌های امنیت اقتصادی در چارچوب قانون اساسی بهبود یابد و بستر مناسبی برای فعالیت‌های اقتصادی فراهم شود.

مبتنی بر نتایج این پژوهش، تدوین و اجرای یک روش تخصصی و تفسیری بر پایه اجتهاد پویا و ارزش‌های کلیدی اقتصادی قانون اساسی جمهوری اسلامی می‌تواند به عنوان الگویی مؤثر برای شورای نگهبان در راستای حمایت از امنیت اقتصادی در جامعه به کار رود. این رویکرد می‌تواند

نقش شورای نگهبان را در حفاظت از حقوق اقتصادی شهروندان تقویت و جایگاه امنیت اقتصادی را به عنوان یکی از ارکان اصلی نظام حقوقی کشور تثبیت کند.

بهبود روش‌های تفسیری در حوزه امنیت اقتصادی، تعیین دقیق نقش و اختیارات دولت در حوزه اقتصاد و مالکیت دولتی و طراحی الگوی تخصیصی برای ارتقای رقابت و جلوگیری از انحصار، از جمله راهبردهای کلیدی به شمار می‌آیند که به شورای نگهبان در ایفای نقش مؤثرتر در تحقق امنیت اقتصادی کمک خواهند کرد. این راهبردها در کنار هم می‌توانند ساختارهای اقتصادی و حقوقی کشور را تقویت و به عنوان پایه‌ای مطمئن برای توسعه اقتصادی پایدار عمل کنند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهران: سمت، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. اردلانی، کورش، «جایگاه فعالیت‌های تجاری از منظر قانون اساسی و شورای نگهبان»، نخستین جشنواره تألیفات علمی برتر علوم انسانی اسلامی، قم، ۱۳۹۷.

۲. ایروانی، جواد، سید ابوذر حسینی و مرتضی مرتضوی کاخکی، «نگرشی قرآنی به مفهوم امنیت اقتصادی و ترسیم نظام آسیب‌شناسی و تأمین آن»، فصل‌نامه آموزه‌های قرآنی، شماره ۱۸، ۱۴۰۰.

۳. پروین، خیرالله، «جستاری بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان»، مطالعات حقوق تطبیقی، سال ششم، شماره ۱، ۱۳۹۴.

۴. خرسند موقر، نسترن، سید محمد هاشمی و علی محب، «تحلیل حق اشتغال و مصادیق آن در رویه شورای نگهبان و مطالعه تطبیقی آن با دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۴۰۰.

۵. طلابکی، اکبر و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۲.

۶. عارفی مسکونی، علی، «تحلیل و بررسی نظر فقهای شورای نگهبان در خصوص مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ از منظر علم اصول فقه»، مطالعات فقهی و فلسفی، شماره ۴۳، ۱۳۹۹.

۷. قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، ۱۳۹۴.

۸. مهرپور، حسین، «دادگاه حافظ قانون اساسی: شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۹، ۱۳۶۶.

۹. ویژه، محمدرضا، «اصل امنیت قضایی»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۸۳، ۱۳۸۲.

ج) پایان نامه

۱. ایرج، محسن، «صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد تهران، ۱۳۹۴.
۲. رفیعی علوی، سید احسان، «حق امنیت اقتصادی در حقوق عمومی: بررسی رویه شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری»، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۶.
۳. کلاته، علی، «تأثیر نظارت تقنینی شورای نگهبان در تأمین امنیت حقوقی شهروندان»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۲.

2. Latin Source

1. Th. DiManno "Le juge constitutionnel st la technique des decisions interpretatives en France et en Italie", Economica, Paris, 117(2002), pp. 91-109.



تأملی دیگر بر امکان سنجی نظارت قضایی بر شورای نگهبان

محمدصادق رفیعی^۱

سیدمحمدصادق احمدی^۲

محمدشریف شاهي^۳

چکیده

از جمله مؤلفه‌هایی که به کارآمدی و اثربخشی حکومت‌ها و دستگاه‌های اداری و دولتی در دوران معاصر کمک می‌کند، فراهم‌سازی امکان نظارت‌پذیری بر آنان است. در نظام حقوقی ایران با وجود قبول اصل نظارت‌پذیری و پاسخ‌گویی در قوانین و رویه‌های حقوقی اداری، برخی دستگاه‌ها به صورت ویژه از حیطه نظارت‌پذیری مستثنی شده‌اند. به باور بسیاری از صاحب‌نظران و گواهی مستندات موجود، شورای نگهبان از جمله چنین نهادهایی است. از این رو، با رویکرد «هست‌انگار» بر این نهاد نمی‌توان نظارت کرد و تصمیم‌های شورای نگهبان از فرآیند نظارت مصون است.

این نوشتار با رویکرد «بایدانگار»، مسئله نظارت‌پذیری مالی، سیاسی، قضایی و نظارت‌پذیری این نهاد از طریق نهادهای مدنی را بررسی کرده است. مستثنی بودن نظارت را باید با ارائه دلیل و مدرک مطرح کرد و در غیر این صورت، اصل نظارت‌پذیری حاکم می‌شود. بر اساس نتایج این پژوهش، در نظارت بر اعمال شورای نگهبان باید به ماهیت و کارکردهای ویژه این نهاد توجه کرد. در حالی که برخی اعمال شورا ماهیت سیاسی دارند، اما اعمال اداری و مالی شورا در شمول اطلاق اصل نظارت‌پذیری قرار می‌گیرند.

واژگان کلیدی: شورای نگهبان، نظارت قضایی، دادگاه قانون اساسی، وظایف شورای نگهبان.

۱. دانشجو، (نویسنده مسئول)، msrafiee87r@gmail.com

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران، sms_ahmadi@khuir.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق عمومی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران، dr.shahi@khuir.ac.ir

مقدمه

شورای نگهبان از جمله نهادهایی است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اختیارات و وظایف مشخص پیش‌بینی شده است. مهم‌ترین وظایف این شورا، بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی از نظر مغایرت داشتن با شرع و قانون اساسی و نظارت بر انتخابات است. اختیارات و اگذارشده به شورای نگهبان بسیار مهم است، به گونه‌ای که در عمل، این شورا به نهادی مقتدر و اثرگذار در حوزه تصمیم‌گیری‌های کلان کشور و جریان‌های سیاسی و اجتماعی تبدیل شده است. برای مثال، نظارت بر انتخابات بنا بر اصل ۹۹ قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است که بر این اساس، باور به حق تعیین سرنوشت افراد به عنوان یکی از بنیادی‌ترین حق‌های اخلاقی و حقوقی در حوزه حقوق مدنی و سیاسی، زمینه‌ساز طراحی نظامی نظارتی خواهد بود که جهت‌گیری آن به سمت تضمین نهاده‌شده این حق و حذف موانع آشکار و نهان در مسیر اعمال این حق توسط شهروندان است.^۱

شورای نگهبان در قانون اساسی دارای جایگاهی ویژه است، به گونه‌ای که مطابق اصل ۹۳ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد. اصول ۹۱ تا ۹۹ در قسمت پایانی فصل ششم قانون اساسی یعنی فصل مربوط به قوه مقننه، وظایف و اختیارات شورای نگهبان را بیان کرده است.^۲ در زمان حاضر، از یک سو با توجه به جایگاه شورای نگهبان و نوع نظارت این نهاد، گاهی شبهه‌هایی مبنی بر نفوذ و اختیارات زیاد این نهاد مطرح است و قائلان به این مسائل نتیجه می‌گیرند که علاوه بر کاهش اختیارات این نهاد باید نظارتی هم بر آن صورت گیرد. از سوی دیگر، در ادبیات حقوقی، نظارت بر نهادهای حکومتی و اعضای نهادهایی که از قدرت عمومی بهره می‌برند، به عنوان رکنی از ارکان حکومت مردم‌سالار، مهم و ضروری تلقی می‌شود.

بنا بر بعضی دیدگاه‌ها، در نظام سیاسی ایران، در اولین نگاه، برخی نهادها و ساختارهای وابسته به قدرت مانند شورای نگهبان بدون نظارت به نظر می‌رسند. شورای نگهبان با وجود وظایف و

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۴، ۱۳۸۲، ص ۲۹.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی)، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹، ص ۲۲۶.

صلاحیت‌های بسیار حساس و گلوگاهی مرتبط با حق حاکمیت مردم، خود را در برابر شهروندان جامعه سیاسی، پاسخگو، مسئولیت‌پذیر و نظارت‌پذیر نمی‌داند. تحلیل دقیق نظام سیاسی ایران و تبیین ارکان و پایه‌های نظام در پی امکان‌سنجی نظارت بر این نهاد است و با تکیه بر تحلیل‌های مردم‌سالارانه می‌تواند چشم‌اندازی تازه را در دامنه نظارت بر مهم‌ترین نهاد نظارت سیاسی یعنی شورای نگهبان ارائه کند.

در یک تقسیم‌بندی کلاسیک، وظایف نهادهای حکومتی را به سیاسی، قضایی، اداری و تقنینی تقسیم کرده‌اند. هر یک از این اعمال، سازوکار نظارتی خاص خود را دارند. البته اعمال اداری در سیطره کنترل دادرس اداری قرار دارند و به واسطه این کنترل از قانون صیانت می‌گردد و حاکمیت به گونه‌ای عملی و نه صرفاً در حد وضع قانون بر تمامی اعمال اداری حاکم می‌شود.^۱

در بحث نظارت بر شورای نگهبان باید بین نهاد شورای نگهبان و اعضای آن تفاوت قائل شد. در نظارت بر اعضا شکی نیست و همه در برابر قانون مساوی هستند، اما در مورد اصل نظارت بر نهاد شورای نگهبان که در واقع، نظارت بر تصمیمات و آرای آن است، دو فرض وجود دارد: فرض اول این‌که شورای نگهبان از نظارت مراجع قانونی مستثنا نباشد و تحت نظارت قرار گیرد و فرض دوم این‌که شایسته است شورای نگهبان تحت نظارت بیرونی قرار نگیرد.^۲

بنا بر یک نظر، مقصود از نظارت بر نهاد شورای نگهبان، نظارت بر نظرها و آرای این شورا است. نظارت بیرونی بر تصمیمات شورای نگهبان اولاً موجب تسلسل می‌شود؛ چون اگر بنا به نظارت باشد، بر آن نهاد ناظر نیز باید نظارتی صورت گیرد و معلوم نیست با این رویه، پایانی برای این نظارت خواهد بود یا خیر. ثانیاً نظارت بر تصمیمات شورای نگهبان، منافای استقلال این نهاد است. اگرچه هیچ نهاد دیگری در تصمیم‌گیری این نهاد دخالتی نمی‌کند، ولی ایجاد امکان نقض این تصمیمات می‌تواند منافای استقلال آن باشد.^۳

۱. واعظی، سید مجتبی و مهستی سلیمانی، «خواننده در دیوان عدالت اداری»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۲، ۱۳۹۵، ص ۱۲۳.

۲. قطبی، میلاد و همکاران، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان»، فصل‌نامه فقه حکومتی، شماره ۷، ۱۳۹۸، ص ۱۳۲.

۳. قطبی، میلاد، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴، ص ۸۰.

یکی از پی‌آمدهای برجسته دولت قانون‌مدار که آن را از دولت پلیسی متمایز می‌کند، این است که اندیشه نظارت‌ناپذیری برخی نهادها رفته‌رفته رنگ باخته است و با گسترش حوزه صلاحیت دیوان عدالت اداری باید از موارد سوء استفاده از اختیارات جلوگیری کرد.^۱ پرسش اصلی این پژوهش آن است که با توجه به جایگاه و کارکردهای ویژه شورای نگهبان آیا نظارت بر اعمال اداری و مالی آن ممکن خواهد بود؟ پرسش‌هایی متنوع و متکثر درباره شورای نگهبان از آغاز انقلاب تا کنون مطرح است. بعضی از این سؤالات به ساختار و وظایف شورای نگهبان مربوط است که کم و بیش درباره آن تحقیق شده است. شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی ایران اساساً نهادی نظارتی است و اختیارات نظارتی این نهاد، تقنینی و سیاسی است. حال با این سؤال‌ها روبه‌رو خواهیم بود که چنین نهادی با چنان قدرتی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد، آیا پاسخ‌گوی اعمال و تصمیمات خود است؟ به دیگر سخن، آیا امکان نظارت بر این نهاد وجود دارد؟ تا کنون تحقیقات متعددی در مورد شورای نگهبان صورت پذیرفته، اما هیچ کدام از آن‌ها از این منظر به شورای نگهبان نپرداخته‌اند. فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که نظارت بر اعمال اداری و مالی که ماهیتی متفاوت از وظایف سیاسی شورای نگهبان دارند، مانعی ندارد.

گفتار اول. مبانی نظارت‌پذیری شورای نگهبان

بند اول. حاکمیت قانون

اگر چه تعاریف متعددی از اصل حاکمیت قانون ارائه شده است، اما به طور خلاصه می‌توان گفت که حاکمیت قانون در مقابل حکومت شخص قرار دارد. منظور از حکومت شخص این است که تمام تصمیمات و اقدامات در کشور با توجه به علایق و سلاقی یک شخص خاص یعنی حاکم انجام می‌گیرد. در واقع، می‌توان گفت حاکمیت قانون به این معناست که اولاً تمام تصمیمات و اقدامات نهادهای سیاسی باید به صورت منطقی و بر مبنای دلایل باشد و ثانیاً این دلایل باید قانونی باشند.^۲

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت (جلد ۲: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۲۸۵.

۲. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی، حقوقی شورای نگهبان، تهران: دانش و اندیشه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۶۶.

حاکمیت قانون از شاخص‌های مهم و اساسی ایده حکمرانی مطلوب است. بدون تحقق این شاخص، حکمرانی از کارآمدی و پاسخ‌گویی بی‌بهره خواهد بود. اهمیت این شاخص تا جایی است که تمامی حاکمان اعم از خودکامه یا دموکرات به آن استناد کرده‌اند. متأسفانه گاهی این مفهوم، ابزاری شده است برای برخی حاکمان تا با توسل به آن، اعمال نامطلوب و نامشروع خود را در قالب قانون پنهان کنند و توجیهی منطقی برای آن داشته باشند.

واقعی بودن قوانین و نیز اطمینان‌یابی از اجرای قوانین از جمله مؤلفه‌های حاکمیت قانون است. برای تحقق این شاخص، وجود نظام قضایی قابل پیش‌بینی منصف در جامعه ضروری است. هر قدر در جامعه، حمایت در برابر خشونت‌ها و نیز اقدامات خودسرانه دولتی بیش‌تر باشد و حقوق مالکیت و حسن اجرای قراردادها تضمین شود، حاکمیت قانون نیز تأمین می‌شود. در کشورهای در حال گذر به دموکراسی، قوانین موجود یا نا‌عادلانه است یا به صورت تبعیض‌آمیز اجرا می‌شوند. استقلال قضایی در معنای واقعی آن وجود ندارد و نظام قضایی در خدمت منافع و مصالح حکومت یا گروه‌های خاص سیاسی قرار دارد. در چنین شرایطی، قوای سه‌گانه نیز خودسرانه و بدون توجه به دیگر قوا و بدون هماهنگی عمل می‌کنند و هیچ نظام نظارتی بین آن‌ها محقق نخواهد شد.

بند دوم. اصل شفافیت

شفافیت، یکی از مؤلفه‌های مهم حکمرانی مطلوب است که با عنصر نظارت و نظام نظارت و تعادل ارتباط مستقیم دارد. این ارتباط از جنبه‌های مختلفی قابل بررسی است. در وهله اول، شفافیت بر سهولت نظارت اثر می‌گذارد. هر چه امور مختلف حکومتی و تصمیمات و اقدامات نهادهای دولتی شفاف و در دسترس باشد، امکان نظارت بر آن بیش‌تر خواهد بود. درست است که نهادهای نظارتی دولتی می‌توانند با دسترسی کامل به اطلاعات، نظارت مؤثری را ایفا کنند، اما نباید نقش نظارت مردمی را در چرخه نظام نظارت و تعادل نادیده گرفت؛ چون ممکن است مواردی به هر دلیل اعم از عمدی یا سهوی از دید ناظران حکومتی پنهان مانده باشد. بنابراین، در این گونه موارد، چشم‌تیزبین شهروندان، این اشتباه‌ها و خطاها را به مسئولان گوشزد می‌کند و زمینه‌ساز نظارت حکومتی می‌شود. یکی از ارکان مهم شفافیت، قابلیت دسترسی عموم به اسناد دولتی و اطلاع از قوانین و مقررات و نیز قابلیت دسترسی عموم به اطلاعات مالی است. بنابراین، لازم است که در یک نظام حقوقی شفاف،

مردم از مباحثات جلسات قانون‌گذاری و نحوه تصویب قوانین و نیز نظرهای نمایندگان خود درباره مسائل مختلف آگاهی داشته باشند. علاوه بر این، قوانین به ویژه مصوبات دولتی در اسرع وقت در اختیار عموم گذاشته شود. بدین ترتیب، به سهولت می‌توان نظارت کارآمد و مؤثری بر اعمال و تصمیمات دولتی اعمال کرد.

علاوه بر این نوع ارتباط بین نظارت و شفافیت باید به نوع دیگر آن یعنی شفافیت در نظارت اشاره کرد. در واقع، خود نظارت نیز باید از شفافیت کامل برخوردار باشد. به عبارت دیگر، اصل شفافیت، یکی از اصول نظارت شایسته و کارآمد محسوب می‌شود. بنابراین، ناظران باید از ابزارها و شیوه‌های قانونی برای اعمال نظارت استفاده کنند و نیز اسناد و مدارک معتبری را به گزارش نظارتی خود ضمیمه کنند تا به این طریق، شفافیت نظارت آن‌ها نیز افزایش یابد.

گفتار دوم. بررسی ماهیت کارویژه‌های شورای نگهبان

بند اول. ماهیت تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی

دادرسی اساسی، صلاحیت نهاد برتر در نظارت بر قوانین، مقررات و تصمیمات مقامات حکومتی است که در تجاوز از حدود اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادها و قوای حکومت بررسی می‌شود. دادرسی اساسی به شیوه‌ها، روش‌ها و نهادهایی گفته می‌شود که ارزش قانون اساسی را به عنوان قانون بالادستی برای مردم‌سالاری در یک نظام حقوقی تضمین می‌کند و در اجرای مفاد این میثاق ملی و صیانت از ارزش‌های بنیادین یک نظام سیاسی نقش اساسی دارد.^۱

در نظارت سیاسی، نهادی متفاوت از مجلس که اعضای آن با ملاحظات سیاسی برگزیده شده‌اند یا خود مجلس بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی نظارت می‌کند. به نظر می‌رسد واگذاری امر تشخیص مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی به یک نهاد سیاسی متشکل از شخصیت‌های سیاسی فارغ از استقلال نداشتن آن‌ها در تصمیم‌گیری، نظارت حقوقی انطباق مصوبات مجلس با

۱. ناطقی، محمد و سید ابراهیم حسینی، «مبانی مشروعیت دادرسی اساسی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۹۶.

قانون اساسی را به نظارت سیاسی و غیر حقوقی تبدیل می‌کند و قانون اساسی، فدای گرایش‌های سیاسی این نهاد می‌شود.^۱

هم‌چنین شورای نگهبان در برخی موارد به صراحت به مصوبات مجلس شورای اسلامی به دلیل انطباق نداشتن با سیاست‌های کلی نظام خدشه وارد کرده است. نظر شورای نگهبان در مورد «طرح افزایش نرخ باروری و پیش‌گیری از کاهش رشد جمعیت» با همین مبنا ارائه شده است. شورای نگهبان اشعار داشته است: «به نظر این شورا در خصوص توجه به سیاست‌های کلی جمعیت، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری عنایت نگردیده. بنابراین، لازم است در این خصوص، اقدام مناسب گیرد».^۲

بند دوم. ماهیت تطبیق مصوبات مجلس با موازین شرعی

بررسی کارکرد و نظرهای شورای نگهبان و تطبیق آن با ویژگی‌ها و مشخصات اعمال و نظرهای سیاسی بیانگر آن است که شورای نگهبان به عنوان مرجعی متشکل از متخصصان فقهی و حقوقی، متناسب با کارویژه‌های قضایی، تفسیری و کارشناسی خود به ایفای صلاحیت‌هایش می‌پردازد که بی‌شک، این کارکردهای شورای نگهبان مبتنی بر اقتضائات و ویژگی‌های خاص آن کارویژه است. بدیهی است اگر شورای نگهبان در ایفای صلاحیت‌هایش از حدود کارویژه تخصصی خود خارج شود و با هدف تفوق بر دیگر نهادها و مقامات به دنبال جلب منافع یا اغراض سیاسی خود باشد، عمل شورا از ماهیت تخصصی خود خارج می‌شود و بر خلاف اصل و قاعده، شورا به یک عمل سیاسی دست می‌زند. توضیح این‌که در همه مواردی که کارویژه اصلی شورای نگهبان، تطبیق موضوعات با قوانین و موازین حاکم بر آن‌هاست، کارویژه شورا، قضایی است و ایفای صلاحیت مبتنی بر اصول و ضوابط اعمال قضایی صورت می‌پذیرد. بنابراین، نمی‌توان نتیجه کارکرد شورا را در این موارد، حتی اگر به نتیجه یا اثری به نفع خود شورای نگهبان منجر شود، سیاسی دانست.^۳

۱. عباسی، بیژن، «دادرسی اساسی یا نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۸۵.

۲. یآوری، اسدالله و محمدشهاب جلیلوند، «هنجارهای مرجع شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی»، مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، شماره ۹۵، ۱۳۹۷، ص ۱۴۶.

۳. طلاکی، اکبر و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۲، ص ۱۷.

بند سوم. ماهیت تطبیق مصوبات قوه مجریه با موازین شرعی

رژیم حاکم بر اعمال اداری با وجود اشتراکات متعددی که با نظم حقوقی عادی دارد، دارای ویژگی هایی نیز هست و مفاهیم و نهادهای مربوط به این حوزه را بایستی بر اساس مبانی و فهم منطبق بر این نظم ویژه درک و دریافت کرد. کنترل شرعی مقررات اداری چون از سویی مبتنی بر اعتراض و طرح دعوا از سوی اشخاص و از سوی دیگر، مستلزم صدور حکم ابطال توسط دیوان عدالت اداری است، یک کنترل قضایی محسوب می شود و با دیگر انواع نظارت های شورای نگهبان تفاوت دارد. با توجه به نقش شورا در این نوع نظارت ملاحظه می شود که نقش فقهای شورای نگهبان صرفاً به اظهار نظر در خصوص شرعی بودن مقررات اداری محدود و دیگر جهات قضایی بر عهده دیوان عدالت اداری مستقر می شود. بنابراین، چون بر مبنای اصل چهارم قانون اساسی، حاکمیت قواعد شرعی بر مقررات اداری توسط شورای نگهبان تضمین شده و نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی لازم الاتباع است، پس شأن آن را نباید در حد کارشناس پرونده تنزل داد. با این وصف، می توان پذیرفت که این دعوت دارای دو دادرس است که یکی بر اساس قواعد ماهوی به قضاوت می پردازد و آن را دادرس ماهوی می توان نامید و دادرس دیگر که تضمین کننده قواعد شکلی است و آن را دادرس شکلی دعوا می توان دانست.^۱

علاوه بر امکان رفع ابهام احتمالی از نظریه، موارد متعددی را می توان ذکر کرد که در خصوص آن ها، هیئت عمومی دیوان می تواند در نتیجه تعامل با شورا نسبت به اثرگذاری بر نظریه شورا و تغییر و اصلاح احتمالی آن در صورت ضرورت اقدام کند. اگر شورا به هر دلیل و شکلی، حوزه کنترل شرعی را با کنترل قانونی بودن مقررات اداری خلط کرده و در عمل به صلاحیت انحصاری دیوان به عنوان قاضی قانونی بودن عمل اداری تجاوز کرده باشد، به دلایل مندرج در بند ۱، هیئت عمومی الزامی به پذیرفتن نظر شورا در موارد خارج از صلاحیت آن مرجع و اصدار حکم بر اساس آن ندارد.

بند چهارم. ماهیت نظرهای شورا در مقام نظارت بر انتخابات و تأیید صلاحیت

یکی از نکات مهم در خصوص این کارویژه شورای نگهبان، توجه به جایگاه شورای نگهبان به عنوان مقام ناظر بر انتخابات و نیز به صورت هم زمان، مرجع تأیید صلاحیت داوطلبان انتخابات مختلف

۱. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۳۵.

(به جز انتخابات شوراهای اسلامی) است. در حقوق ایران، این دو وظیفه بر عهده یک نهاد قرار گرفته و همین امر سبب شده است میان کارکرد شورا به عنوان مقام ناظر و نیز مرجع تأیید صلاحیت (دادرس انتخاباتی)، خلط مبحث صورت گیرد.

مطابق تفسیر ارائه شده از اصل ۹۹ قانون اساسی، نظارت استصوابی شورای نگهبان شامل تأیید و رد صلاحیت کاندیداها نیز می‌گردد. همین امر موجب شده است مرحله تشخیص و تعیین صلاحیت داوطلبان انتخابات از حساس‌ترین و چالش‌برانگیزترین مراحل انتخابات شود. این در حالی است که رویکرد محتوایی به نصوص قانون اساسی، ما را به این مهم می‌رساند که اصل ۹۹ قانون اساسی در خصوص مرجع تشخیص صلاحیت داوطلبان ساکت است و تفکیک میان مرحله نظارت بر انتخابات و رد یا صلاحیت داوطلبان در متن قانون اساسی قابل اشاره است. برای مثال، اصل ۱۱۰ قانون اساسی به صراحت به مرجع تعیین صلاحیت داوطلبان اشاره کرده و این، مفید این معناست که محدوده نظارتی شورای نگهبان بر اساس اصل ۹۹ شامل تعیین صلاحیت‌ها نمی‌گردد.^۱

گفتار سوم. اعمال نظارت‌پذیر شورای نگهبان

بند اول. صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان

در ابتدا باید گفت که وضع مقرر یا مقررگذاری از مصادیق عمل اداری است. از جنبه نظری نیز معمولاً گفته می‌شود هر یک از مقامات حکومتی که صلاحیت اداره امر عمومی را دارند، دارای صلاحیت وضع مقررند. بنابراین، وضع مقرر افزون بر وجه قاعده‌گذارانه، وجه دومی هم دارد که همانا اداری بودن آن است.^۲

اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول ۹۱ تا بیانگر این است که شورای نگهبان از صلاحیت‌های متعددی از جمله تطبیق مصوبات با احکام اسلام و قانون اساسی، تفسیر قانون اساسی و نظارت بر انتخابات برخوردار است، اما این شورا در مورد انتخابات و در راستای انجام وظیفه مقرر در اصل ۹۹ و مطابق با قوانین موجود در این زمینه به تهیه و تصویب آیین‌نامه دست زده است.

۱. علی‌نقی، امیرحسین، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان، تهران: نی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۵.

۲. راسخ، محمد، وضع مقرر در قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران: دراک، ۱۳۹۴، ص ۶۹.

در نظام حقوقی ایران، وظیفه نظارت بر انتخابات بر اساس اصل ۹۹ به نهاد شورای نگهبان واگذار شده، ولی سازوکار و فرآیند این نظارت در قانون اساسی مشخص نیست. شورای نگهبان در راستای انجام این وظیفه و برای اجرایی و محقق کردن نظارت بر انتخابات، مقرراتی در قالب آیین نامه تدوین کرده که هدف از این آیین نامه ها، تسهیل و تشریح قوانین موضوعه است. از جمله این آیین نامه ها، «آیین نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان مصوب ۱۳۶۱/۷/۱۸ با اصلاحات بعدی» است که به استناد ماده ۹ «قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان با تصویب نهایی مقام رهبری با اصلاحات بعدی فقهای شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری» توسط فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل ۱۰۸ تصویب شد و سپس به تصویب نهایی رهبری رسید. این آیین نامه همان گونه که از نام آن پیداست، به امور مربوط به انتخابات مجلس خبرگان رهبری پرداخته است.

همین طور آیین نامه اجرایی «نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۲۳ و ۱۳۸۵/۱/۳۰» به استناد تبصره ۱ ماده ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری به تصویب نهاد شورای نگهبان رسیده که عمدتاً به وظایف هیئت مرکزی نظارت پرداخته است. آیین نامه دیگری که به تصویب شورای نگهبان رسیده، آیین نامه اجرایی «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» با ۴۰ ماده و ۳ تبصره در تاریخ ۱۳۶۰/۴/۲۳ است. شورای نگهبان با استناد به ماده ۱۱ «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۰/۴/۱۰ مجلس شورای اسلامی»، این آیین نامه را تهیه و تصویب کرده است. همین کار، این فرضیه را تقویت می کند که این شورا، وضع آیین نامه در این خصوص را از صلاحیت ذاتی خود می داند. دلیل این که شورای نگهبان، این ماده را مغایر اصل ۱۳۸ اعلام نکرده، شاید ناشی از نظارت استصوابی است که این شورا بر انتخابات دارد؛ چون نظارت استصوابی بر انتخابات، زیر نظر مستقیم و با تصویب این شورا به عنوان نهاد ناظر انجام می شود. شورای نگهبان به تناسب وظایفی که قانون اساسی درباره نظارت بر انتخابات بر عهده این نهاد گذاشته و برای تحقق هدف قانون اساسی در مورد نظارت بر انتخابات و تضمین سلامت برگزاری آن و پذیرش مسئولیت صحت آن، صلاحیت وضع آیین نامه را برای خویش پذیرفته است.^۱

۱. فتاحی زفرقندی، علی، شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و

شورا، این آیین‌نامه را که به استناد قانون یادشده تصویب کرده، به انتخابات مجلس شورای اسلامی هم تسری داده است. این موضوع در حالی است که «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۵۹/۷/۳ کمیسیون داخلی مجلس» درباره تهیه و تصویب آیین‌نامه اجرایی این قانون توسط شورای نگهبان ساکت است. البته ماده ۲۰ این قانون مقرر کرده است: «چون طبق قانون اساسی نظارت بر انتخابات با شورای نگهبان است، هر قانون و آیین‌نامه و هر گونه تصمیم و نظارت که معارض یا مخالف با نظارت و تصمیم شورای نگهبان باشد، اعتبار قانونی ندارد». شاید بتوان گفت شورای نگهبان بر اساس اطلاق این ماده، «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» را به انتخابات مجلس شورای اسلامی هم تسری داده است.

در واقع، شورای نگهبان در مقام تفسیر قانون اساسی، صلاحیت جدیدی را برای خود تعیین کرده که این تعیین صلاحیت به جای این‌که تفسیر قانون اساسی باشد، تقنین اساسی جدید است. وضع یا تغییر قانون اساسی در صلاحیت شورای نگهبان نیست، بلکه در صلاحیت قوه مؤسس نخستین یا قوه بازنگری قانون اساسی است. پس شورای نگهبان علاوه بر نقض اصول ۷۱ و ۱۳۸ قانون اساسی که به صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی و صلاحیت مقررگذاری هیئت دولت و وزیران تصریح دارند، به تفاسیر خویش از قانون اساسی درباره صلاحیت مفسر قانون نیز پای‌بند نبوده است.^۱

علاوه بر آیین‌نامه‌های موصوف که به بیان وظایف و نحوه عملکرد هیئت مرکزی نظارت پرداخته و در واقع، تکالیفی را متوجه این هیئت کرده، در آیین‌نامه داخلی شورا یا آیین‌نامه نحوه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان، الزاماتی مقرر شده که موجب حق و تکلیف برای نهادهایی غیر از شورا است. برای مثال، ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورا مقامات و مراجع صالح استفسار را بیان می‌کند که تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع یا درخواست آن‌ها صورت می‌گیرد. ماده ۱۹ مقرر کرده است که «... سؤالات فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت قوانین و مقررات با شرع حسب مورد از

بررسی شبهات پیرامون آن، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ص ۲۳۴.

۱. تقی‌زاده، جواد و همکاران، «امکان‌سنجی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان»، فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، ۱۳۹۶، ص ۱۲۳.

طریق رئیس دیوان یا رییس قوه قضاییه به شورای نگهبان ارسال می‌شود». به این ترتیب، تکلیف ارسال سؤالات فقهی در موارد مغایرت با شرع متوجه مقامات تصریح شده است. همین طور مطابق ماده ۲۰: «نظریات تفسیری شورای نگهبان به مرجع درخواست‌کننده تفسیر و رئیس جمهور اعلام می‌گردد و برای روزنامه رسمی و رسانه‌های همگانی فرستاده می‌شود». بنابراین، روزنامه رسمی و رسانه‌های همگانی موظف به انتشار نظریات تفسیری شده‌اند.

ماده ۳ آیین‌نامه داخلی شورا مقرر کرده است: «شورای نگهبان دارای سازمان اداری می‌باشد که وظایف و اختیارات و نمودار تشکیلاتی آن به پیشنهاد دبیر شورا به تصویب شورای نگهبان می‌رسد». از طرف دیگر، «قانون تشکیلات شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۷/۰۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی» مقرر داشته است: «شورای نگهبان می‌تواند به منظور انجام هر چه بهتر وظایفی که به موجب قانون اساسی بر عهده دارد، تشکیلات خود را تهیه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به مرحله اجرا در آورد». طبق این قانون، ایجاد هر گونه تشکیلات توسط شورای نگهبان منوط به تصویب مجلس است و بدین ترتیب، تشکیلات تهیه شده توسط شورای نگهبان توسط مجلس قابل نظارت و تغییر است. با وجود این قانون، شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۲۱۹۳۴/۳۰/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ در پاسخ به استفسار عضو حقوق دان شورای نگهبان نسبت به مرجع تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی این شورا اعلام کرده است: «مستفاد از اصول ۹۱، ۹۰ و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن است، بر عهده خود این شورا می‌باشد».

تفسیر قانون اساسی، «بیان دقیق و روشن مفاد قانون در جایی است که آن قانون فاقد وضوح کافی است. در واقع، زمانی که مدلول هنجارهای مندرج در قانون به دلایلی از جمله ابهام، اجمال یا تعارض، مبهم جلوه می‌کند، تفسیر، آن هنجار را تبیین می‌کند». نظر تفسیری یادشده، تصویب مقررات و ضوابط مربوط به وظایف شورای نگهبان را به عنوان «نهادی مستقل با کار ویژه مشخص به منظور جلوگیری از تداخل قوا و ایجاد تعادل میان قوای حاکم» و هم چنین برای حفظ و تضمین استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی این نهاد از قوای دیگر بر عهده شورا قرار داده است تا به این ترتیب، شورای نگهبان در اعمال صلاحیت و در زمینه تأمین لوازم مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی وابسته به دیگر قوا نباشد. این استدلال در ادامه نقد خواهد شد.

از یک طرف، مبنای این نظر تفسیری را می‌توان مبتنی بر قاعده وجوب مقدمه واجب تلقی کرد؛ به این ترتیب که مقدمه ایفای صحیح تکالیف قانونی مقرر برای شورای نگهبان، برخورداری از صلاحیت تصویب ضوابط و مقررات مربوط است. از سوی دیگر، این شورا به عنوان نهادی که وظایف و مسئولیت‌هایی دارد، باید بتواند برای ایفای وظایف و مسئولیت‌هایش، آیین‌نامه نیز وضع کند. پس می‌توان قاعده مسئولیت فرع بر اختیار را مطرح و ادعا کرد که اگر نهاد و مرجعی، اختیار تصویب ضوابط و مقررات مربوط به وظایف خود را نداشته باشد، نمی‌توان آن را پاسخ‌گو دانست. به عبارت دیگر، اگر مسئولیتی متوجه نهادی باشد، مقتضای این مسئولیت، در نظر گرفتن اختیارات متناسب با آن است تا از این طریق، زمینه پاسخ‌گویی آن نهاد فراهم شود.

وضع آیین‌نامه مستقل از قانون عادی توسط شورای نگهبان در حوزه اختیارات و وظایف مصرّح در قانون اساسی، مبتنی بر جایگاه ویژه نهاد پاسدار تقنینی قانون اساسی و لزوم استقلال نظام‌نامه‌ای آن توجیه می‌شود. استقلال ساختاری و کارویژه شورای نگهبان در برابر قوه مجریه، مانع از ورود آن قوه به تنظیم مقررات می‌شود. بنابراین، شورای نگهبان نه به صورت مطلق، بلکه در حدود وظایف قانونی و حفظ استقلال ساختاری خویش می‌تواند آیین‌نامه وضع کند. استدلال پیشین قابل پذیرش نیست. این آیین‌نامه‌ها باید بر مدار قانون باشند؛ یعنی لازم است منطبق با قانون باشند یا دست کم مغایرتی با قانون نداشته باشند. به عبارت دیگر، آیین‌نامه‌ها زمانی قانونی و لازم‌الاجراوند که به لحاظ ماهیتی و شکلی، شرایطی را داشته باشند و الزاماتی نیز در آن‌ها رعایت شده باشد. همان‌طور که از این نظر تفسیری هم استنباط می‌شود، اگر قانونی در مورد ایفای وظایف شورا به تصویب رسیده باشد، آن قانون حاکم بر اقدامات و تصمیمات شورا است و شورا صلاحیت قانون‌گذاری ندارد. نظارت‌پذیری این دسته از آیین‌نامه‌ها، با توجه به مرجع واضح آن در ادامه بررسی می‌شود.

بر مبنای نظر عده‌ای از حقوق‌دانان، منظور از مصوبات شورای نگهبان، تصمیمات و مصوباتی است که شورای نگهبان در انجام وظایف ذاتی در مقام نظارت و کنترل مصوبات قانونی مجلس شورای اسلامی از نظر مغایرت نداشتن با احکام شرع و قانون اساسی یا در مقام اعمال نظارت بر انتخابات و با ارائه نظریه تفسیری از اصول قانون اساسی می‌گیرد و تصویب می‌کند. به نظر می‌رسد به تصمیمات اداری، مالی و اجرایی که راجع به امور اداری و استخدامی و مالی گرفته می‌شود، چون این قبیل تصمیمات از ناحیه اعضای شورای نگهبان گرفته نمی‌شود، تصمیمات و مصوبات شورای

نگهبان اطلاق نمی‌شود و مشمول حکم مقرر در تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان نیست و قابل رسیدگی در هیئت عمومی دیوان است.^۱

بند دوم. نظارت قضایی بر صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان

اصل ۱۷۰ مقرر داشته است: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسامی یا خارج از حدود اختیارت قوه مجریه است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». بنا به این اصل، «قضات دادگاه‌ها مکلف شده‌اند از التزام به این گونه از مقررات خودداری نمایند؛ چرا که قضات، مرجع ابطال نیستند و ابطال در صلاحیت دیوان عدالت اداری است». اصطلاح دولت در اصل ۱۷۳ بر دولت به معنای عام و به عبارتی، نهادهای حاکمیتی عهده‌دار امر اداری دلالت دارد؛ چون هدف از تأسیس دیوان عدالت اداری، در راستای حمایت از حقوق مردم در مقابل دولت به معنای اعم است. در واقع، دیوان برای احقاق حق مردم، صلاحیت رسیدگی به مقررات مصوب همه نهادهای اعم از قوه مجریه و دیگر قوا و دیگر نهادها را دارد.

برخی صاحب‌نظران به حصر مصادیق دولت به قوه مجریه معتقدند، با این استدلال که صلاحیت دیوان عدالت اداری، صلاحیت خاص است و مقنن به احصای واحدهای دولتی از قبیل وزارتخانه و شرکت‌های دولتی پرداخته است. پس مفهوم دولت در قوه مجریه ظهور دارد و دیوان عدالت اداری، صلاحیت رسیدگی به شکایت از دیگر قوا را ندارد. در مقام پاسخ، مخالفان استدلال کرده‌اند که هدف اصلی از تشکیل دیوان عدالت اداری، رسیدگی به دادخواهی مردم نسبت به تصمیمات و اقدامات همه تشکیلات دولتی در معنای وسیع کلمه و احقاق حقوق تضییع شده آن‌ها، موافق موازین قانونی و جلوگیری از تجاوز به حریم قانون است و خصوصیات اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق عمومی طرف شکایت نباید قلمرو و اهداف مقنن را محدود سازد. دادگاه‌های دادگستری منحصرأ مرجع رسیدگی به دعاوی مدنی و کیفری هستند و فرض نبودن مرجع صالح برای رسیدگی به این امور، معقول و موافق اصول عدالت نیست. پس مسلم است که هدف قانون‌گذار از تجویز رسیدگی به تظلمات مردم از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی، رفع اثر از مطلق تصمیمات و اقدامات

۱. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹.

خلاف قانون است که جنبه تقنینی و قضایی نداشته باشد، حتی اگر این اقدامات و تصمیمات مورد اعتراض، ناشی از قوه مجریه نباشد.

علاوه بر این، گفته شده وقتی اصل ۱۷۰ قانون اساسی، قضات دادگاه‌ها را مکلف کرده است که از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی خارج از حدود اختیارات قوه مجریه خودداری کنند، ناظر به مورد غالب است؛ یعنی اصولاً قوه مجریه تصویب‌نامه و آیین‌نامه صادر می‌کند. بنابراین، قید قوه مجریه در این اصل خصوصیتی ندارد. به علاوه تفسیر مضیق، این تالی فاسد را نیز دارد که مثلاً اگر قوه قضاییه، آیین‌نامه یا بخش‌نامه خلاف قانون صادر کند، قضات مکلفند آن‌ها را اجرا کنند.

هم‌چنین قانون‌گذار در بند سوم از ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۴۰۲، شکایت قضات از نظر حقوق استخدامی را پذیرفته و هم‌چنین تصمیمات و آرای دادگاه‌های دادگستری را از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج کرده است. این موضوع از تسری مفهوم دولت به قوای دیگر حکایت دارد و اگر دولت به معنای قوه مجریه می‌بود، مستثنا کردن آرای محاکم، امری عبث تلقی می‌شد؛ زیرا با محدود کردن مفهوم دولت به قوه مجریه، رسیدگی به شکایت از قوه قضاییه به طور کلی منتفی شده و از صلاحیت دیوان خارج بود و مستثنا کردن بخشی از تصمیم‌های این قوه از قبیل تصمیمات و آرای قضایی دادگاه‌ها مفهومی نداشت. پس با توجه به دلالت ماده ۱۰ می‌توان استنباط کرد که مفهوم دولت از نظر مقنن، فقط ناظر به قوه مجریه نبوده و دولت به مفهوم عام به کار رفته است.

تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ اصلاحی ۱۴۰۲، مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان را از شمول صلاحیت هیئت عمومی دیوان خارج کرده است. این در حالی است که «بر اساس نظریه اعمال اجرایی در حقوق اداری، مصوبات و تصمیم‌گیری‌های اداری از قبیل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها و تصمیمات اداری که از سوی این شورا صادر می‌شود، قابل نظارت قضایی دیوان است». آیین‌نامه‌هایی که شورای نگهبان به تصویب رسانده است، ماهیتی اداری همچون آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه دارد که برای تأمین اجرای قوانین وضع شده‌اند. به این ترتیب، مقررگذاری شورا جزء اعمال اداری و نه سیاسی محسوب می‌شود که با استناد به اصل حاکمیت قانون باید تحت نظارت قضایی دیوان قرار گیرد.

در واقع، دیوان بر حسب وظیفه اختصاصی خویش که رسیدگی به مصوبات دولت در راستای احقاق حق مردم است، اقدام می‌کند. پذیرش این نظارت با استقلال ساختاری و کارکردی شورا تنافری ندارد. بدین خاطر که دیوان عدالت اداری در اعمال صلاحیت‌های اختصاصی شورا مانند نظارت بر انتخابات یا تطبیق مصوبات با موازین اسامی و قانون اساسی اساساً مداخله‌ای ندارد. نظارت دیوان عدالت اداری، از سویی تضمینی برای قانون‌مداری شورا در وضع مقرر خواهد بود و از سوی دیگر، پذیرش این نظارت، مبین عمل به قانون و اصل ۱۷۳ است. به بیان دیگر، وقتی اعطای صلاحیت وضع آیین‌نامه برای شورای نگهبان در راستای انجام وظایف مقرر در قانون اساسی امری مطلوب ارزیابی شود، پاسخ‌گویی شورا در مقابل چنین صلاحیتی نیز مطلوب و قابل مطالبه است. همان‌طور که پیش‌بینی بازبینی قضایی بر مصوبات قوه مجریه، ناقض استقلال قوا و مسئولیت‌پذیری نهادهای اداری نیست، پذیرش صلاحیت دیوان عدالت اداری برای نظارت بر آیین‌نامه‌های مصوب شورای نگهبان، نافی استقلال عملکرد این شورا نخواهد بود.^۱

نظارت قضایی بر مصوبات شورا به منظور تضمین رعایت قوانین برتر و رعایت حقوق و آزادی‌های عمومی صورت می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران با پذیرش اصل نظارت قضایی، دیوان عدالت اداری، صلاحیت نظارت بر مصوبات شورا را نیز دارد. این نظارت، نافی استقلال شورا نیست، بلکه لازمه تضمین قانون‌مداری و عمل به اصل ۱۷۳ قانون اساسی، پذیرش چنین نظارتی است. تبصره ماده ۱۲ قانون دیوان که رسیدگی به شکایت از مصوبات شورای نگهبان را از شمول نظارت هیئت عمومی دیوان خارج کرده است، قابل انتقاد و بر خلاف مفاد اصل ۱۷۳ قانون اساسی ارزیابی می‌شود.

یکی دیگر از مراجع مستثنی‌شده از صلاحیت هیئت عمومی در رسیدگی به مصوبات و تصمیمات عام‌الشمول آن، شورای نگهبان است. در مورد این نهاد، قانون‌گذار بدون توجه و تفکیک اعمال شورای نگهبان، عموم مصوبات و تصمیمات آن را از شمول صلاحیت دیوان خارج کرده است. اعتقاد بر این است که این تصریح قانون‌گذار اساساً با منطق حقوقی در تباین است. بر اساس نظریه اعمال اجرایی در حقوق اداری، تصمیم‌گیری‌های اداری از قبیل آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و تصمیمات اداری که از سوی شورای نگهبان صادر می‌شود، قابل نظارت قضایی در دیوان است.

۱. نیکونهاد، حامد و شبیم اورنگی، «سنجش آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۲۹.

برای مثال، در ماده ۳ آیین نامه داخلی شورا آمده است: «شورای نگهبان دارای سازمان اداری می باشد که وظایف و اختیارات و نمودار تشکیلاتی آن به پیشنهاد دبیر شورا به تصویب شورای نگهبان می رسد.» در همین مورد، قانون تشکیلات شورای نگهبان بیان می کرد: «شورای نگهبان می تواند به منظور انجام هرچه بهتر وظایفی که به موجب قانون اساسی بر عهده دارد، تشکیلات خود را تهیه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به مرحله اجرا درآورد.» این قانون، ایجاد هر گونه تشکیلات را به موافقت مجلس شورای اسلامی وابسته کرده بود که در صورت تخلف از این ضابطه، ماده ۳ آیین نامه را به دلیل تعارض با قانون ابطال پذیر می کرد. شورای نگهبان این قانون را در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ بی اثر کرد و این صلاحیت را با صدور یک نظریه تفسیری به صلاحیت های خود افزود. علاوه بر آیین نامه داخلی شورای نگهبان، آیین نامه های مختلف دیگری را تحت عناوین متفاوت از تصویب گذراند که با توجه به مطالب گفته شده، در صورت خلاف قانون بودن آن ها بایستی دیوان را تنها مرجع ناظر بر آن ها دانست. در سابقه رسیدگی های هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تاکنون شکایتی به صورت مستقیم از مصوبات و مقررات شورای نگهبان صورت نگرفته است. پس رویکرد دیوان را در این زمینه نمی توان بررسی کرد. در دیگر زمینه ها مثل اعتراض و شکایت از تعارض نظرهای شورای نگهبان یا اعتراض به نظر شورا بر شرعی بودن مصوبات که برای هیئت عمومی نیز لازم الاتباع است، هیئت عمومی به صلاحیت نداشتن خود رأی داده است.^۱

بررسی رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نشان می دهد ابطال آیین نامه های مصوب شورای نگهبان، موضوع دعوا در دیوان قرار نگرفته اند. دلیل این امر نیز تصریح قانون دیوان است که از ابتدای تأسیس تشکیلات دیوان عدالت اداری مسبوق به سابقه بوده است. با توجه به صلاحیت عام دادگاه های دادگستری به عنوان مرجع رسمی تظلمات و شکایات در اصل ۱۵۹ قانون اساسی، این پرسش قابل طرح است که آیا برای ابطال مصوبات و آیین نامه های شورای نگهبان می توان به دادگاه های عمومی مراجعه کرد؟

نگارنده با بررسی رویه قضایی در مورد شکایت از مصوبات شورای نگهبان، موردی را نیافت، اما در خصوص دیگر مراجع مستثنی شده، یک نمونه رأی از دیوان عالی کشور قابل بررسی است. دادنامه صادرشده از شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور مبنی بر صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی در رسیدگی به

۱. واعظی، سید مجتبی و سید محمد حسینی، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای نگهبان»، فصل نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷، ص ۲۴۳.

شکایات از مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی قابل توجه است که با استدلال‌های بسیار متقن خود، درس‌نامه‌ای است برای علاقه‌مندان به حقوق عمومی. در به بخشی از آن آمده است: «بر خلاف قواعد حقوق خصوصی که اصل را بر اهلیت قرار داده، در قواعد حقوق خصوصی، اصل بر عدم صلاحیت نهادهای سیاسی و مقامات دولت به معنای حاکمیت است. قانون اساسی به تثبیت و تأکید قاعده تفکیک و استقلال قوای سه‌گانه و اختصاص وضع و اصلاح و تفسیر قانون عادی مطابق اصول ۵۷ و ۵۸ و ۷۱ و ۷۳ به مجلس شورای اسلامی، اطلاق قانون یا تعمیم آن به مقررات وضع‌شده توسط سایر واحدهای دولتی از جمله مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، مبنای حقوقی و وجاهت قانونی ندارد. لذا این قبیل مصوبات بر فرض صلاحیت مقررات‌گذاری در ردیف تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی به شمار می‌رود و اصل ۱۵۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است».^۱ بنابراین، در این دادنامه، دیوان عالی کشور در مقام تعیین صلاحیت، دادگاه عمومی حقوقی را صالح به رسیدگی در خصوص مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی دانسته است. با وحدت ملاک از این نظر می‌توان شکایات از آیین‌نامه‌های اداری و مالی شورا را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری دانست.

یکی از مسائل قابل بررسی و تحلیل، یکی از مصوبات شورای نگهبان با عنوان «معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبّر بودن نامزدهای ریاست جمهوری»، مصوب جلسه مورخ ۱۴۰۲/۱۰ است. مبنای تصویب این مصوبه، جزء ۵ بند ۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی مقام رهبری است که تصریح می‌کند: «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص سیاسی، مذهبی، مدیر و مدبّر بودن نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان قرار دارد.» این مصوبه در ۲ ماده به تعریف و مصادیق رجل سیاسی مذهبی و مدیر و مدبّر بودن و نیز شرایط و معیارهای لازم برای تشخیص رجل سیاسی و مذهبی پرداخته است. با دقت در محتوا و مفاد این مصوبه می‌توان دریافت که ماهیت سیاسی دارد و چون در راستای جهت‌دهی به یکی از بندهای سیاست‌های کلی انتخابات تصویب شده است و با عنایت به ماهیت سیاست‌های کلی که حالت سیاسی و برنامه‌ای دارند، می‌توان گفت این قسم از مصوبات از شمول نظارت قضایی خارج است.

۱. «رای برگزیده: دادنامه شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور: مفهوم قانون مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی. سلسله مراتب هنجارها»، دوفصل‌نامه نقد و تحلیل آرای قضایی، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۲، ص ۳۱۹.

بند سوم. نظارت قضایی بر دادرسی انتخاباتی

در خصوص نوع نظارت شورای نگهبان و نسبت آن با رسیدگی قضایی به دعاوی انتخاباتی می‌توان دو رویکرد را تشریح کرد. در یک رویکرد، نوع نظارت استصوابی یا اطلاعی شورای نگهبان در پذیرش امکان رسیدگی قضایی به دعاوی انتخاباتی مؤثر نیست. هدف از رسیدگی قضایی، رسیدگی به دعاوی نامزدها، اشخاص و گروه‌هایی است که ممکن است از جهات مختلف با یکدیگر دعاوی انتخاباتی داشته باشند یا ممکن است علیه تصمیمات شورای نگهبان شکایتی داشته باشند. به موجب این رویکرد، قابلیت حق دادخواهی با نوع نظارت شورای نگهبان نسبتی ندارد. بنابراین، نظارت شورای نگهبان خواه اطلاعی باشد یا استصوابی، رسیدگی قضایی بر اساس حق دادخواهی امکان‌پذیر است و هر یک از شهروندان می‌توانند دعاوی انتخاباتی خود را در مرجع قضایی مطرح کنند. بنا بر این استدلال، اساساً نظارت استصوابی شورای نگهبان به معنای نظارت انحصاری این نهاد و امکان‌ناپذیری رسیدگی قضایی به دعاوی انتخاباتی و تصمیمات شورا نیست. بنابراین، در مورد نظارت استصوابی شورای نگهبان و نظر تفسیری این شورا می‌توان گفت نظارت شورای نگهبان در انتخابات، اطلاعی و تشریفاتی نیست، ولی صلاحیت تصمیم‌گیری به وسیله این نهاد به معنای آن نیست که دیگر هیچ نهادی نباید صلاحیت نظارت بر اعمال و تصمیمات شورای نگهبان را داشته باشد.^۱

رویکرد دوم که می‌توان آن را رویکرد رویه‌ای شورای نگهبان و رویکرد قوانین موضوعه دانست، آن است که نظارت استصوابی شورای نگهبان به معنای نظارت انحصاری این نهاد بر انتخابات است و در خصوص دعاوی انتخاباتی، هیچ نهادی غیر از شورا صلاحیت رسیدگی به این امور را ندارد و تصمیمات شورا در خصوص انتخابات، قطعی و غیر قابل دادخواهی در مراجع قضایی است. طبق این استدلال، طبق قانون اساسی، شورای نگهبان، ناظر انتخابات و مرجع عالی تصمیم‌گیری در رسیدگی به دعاوی انتخاباتی است. بنابراین، پذیرش مرجعی بالاتر از شورای نگهبان به عنوان مرجع نهایی به دلیل امتناع از تسلسل خواهد بود. شورای نگهبان به لحاظ ساختار حکومتی و تفکیک قوا، جزء نهادهای فراقوه‌ای است و جزء دستگاه قضایی نیست. از این رو، کارکرد شورای نگهبان در خصوص حل و فصل دعاوی انتخاباتی را باید عمل شبه قضایی دانست که اقتضات و الزامات عمل

۱. مهاجری، محمد و علی اکبر گرجی ازدریانی، «امکان سنجی رسیدگی قضایی به دعاوی انتخاباتی در نظام حقوقی ایران»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال چهارم، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۱۱۰.

قضایی بر اساس شبه قضایی بودن بایستی بر این کارکردها نیز صدق بکند. فارغ از ماهیت عمل قضایی که ممکن است در مفهوم و تشخیص آن، اختلاف نظرهایی وجود داشته باشد، امروزه اعمال قضایی را دارای ویژگی‌های شکلی می‌دانند که تضمین‌کننده یک عمل قضایی است. از جمله این ویژگی‌ها و معیارها می‌توان به لزوم رعایت دادرسی عادلانه و وجود آیین دادرسی مکتوب، اعتبار امر مختومه، جزئی و خاص بودن، انشایی و منجز بودن اشاره کرد.^۱

نتیجه‌گیری

با شکل‌گیری حکومت قانون و جریان مشروطه‌خواهی و تجدید حیات سیاسی و حقوقی دولت در ایران، موضوع نظارت در اشکال مختلف آن قوت گرفت. در ابعاد سیاسی، قضایی و اداری برای دستگاه‌های مختلف، عمل نظارت و هم‌چنین نظارت‌پذیری در قوانین موضوعه و رویه‌های حقوقی تعریف و تدوین شد. حکومت قانون، شفافیت و پاسخ‌گویی توجیه‌گر نظارت بر هر دستگاه و سازمان اداری است. در خصوص شورای نگهبان با وجود فرض بر استنفا شدن این نهاد از حیطه نظارت، اما به دلایل عمومی که برای هر سازمان و نهادی مطرح می‌شود، ضرورت‌هایی در حیطه نظارت وجود دارد. نظارت مالی بر هر دستگاه اداری از جمله شورای نگهبان به دلیل تعلق داشتن بودجه عمومی به مردم و ممنوعیت سوء استفاده از آن ضرورت دارد. هم‌چنین نهادهای مدنی به عنوان سازمان‌های خودانگیخته باید بر جریان قدرت نظارت کنند و مقامات سیاسی و اداری را به پاسخ‌گویی وادارند. بنابراین، راهکار به نقد کشیدن اعمال و رفتارهای کارگزاران حکومتی در قانونی موضوعه باید مشخص شود. سازوکاری مناسب و شفاف در این حوزه در قوانین ایران وجود ندارد و نقدها بر این نهاد ممکن است با پاسخ‌هایی روبه‌رو شود. پس تدوین قانون موضوعه در این حوزه ضروری است.

در خصوص نظارت قضایی با توجه به ادله مورد بحث از منظر حقوقی، شورای نگهبان، نهادی است که در نظام حقوقی ایران از نظارت قضایی دیوان عدالت اداری در امان مانده است. فلسفه این مصونیت در مذاکرات وضع قانون و هم‌چنین با منطق حاکم بر تعهدات و تکالیف دولت

۱. موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: معاونت تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۹، ص ۳۶.

در عصر حاضر مبهم است. چرایی نظارت‌ناپذیری شورای نگهبان بیش‌تر با توجیه‌های سیاسی همراه بوده تا با استدلال‌های حقوقی. به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی ناشی از رویه‌ای است که این نهاد در حیات حقوقی و سیاسی کشور در پیش گرفته است. به هر رو، از نظر مبنایی، اصل حاکمیت قانون اقتضا دارد همه نهادها و مقامات در شمول دایره قانون قرار گیرند. قانون با مؤلفه‌های عدالت و انصاف چنین الزام عمومی را در عرصه زمامداری بهینه به وجود می‌آورد. در غیر این صورت، تبعیت از هر قانونی نمی‌تواند مبین شکل‌گیری نهادهای اداری منصف و بی‌طرف در عرصه اجرای قانون باشد.

اصل تفکیک قوا نیز که ضامن جلوگیری از قدرت گرفتن یک نهاد در حکمرانی است و ممنوعیت سوء استفاده از قدرت را تجویز می‌کند، تأکید مجدد بر نظارت‌پذیر بودن شورای نگهبان است. بر اساس اصل مترقی تفکیک قوا، قدرت باید به وسیله قدرت متوقف گردد و یکی از ارکان و عناصر بنیادین در توقف قدرت، جلوگیری از انحصارگرایی و تجمع قدرت لجام‌گسیخته در دست یک نهاد است. بنابراین، با توجه به ماهیت برخی وظایف و کارویژه‌های شورای نگهبان که ذاتاً جنبه اداری و اجرایی دارند، مانند تصویب آیین‌نامه‌های اداری و مالی، نظارت قضایی بر آن‌ها نه تنها با جایگاه شورای نگهبان منافاتی ندارد، بلکه سبب تحقق هرچه بهتر اصل حاکمیت قانون خواهد شد.

اصل انتظار مشروع نیز ایجاب می‌کند که بتوان بر مصوبات و تصمیم‌های این نهاد نظارت کرد. انتظار بر حق و مشروع آن است که شورای نگهبان در پرتو پای‌بندی به اصل الزام به بیان دلایل، نظارت بر خویش را بپذیرد. با بررسی مصادیق بایدانگارانه نظارت بر شورای نگهبان می‌توان استدلال‌هایی را بر لزوم نظارت‌پذیری این دستگاه تئوریزه کرد. به هر رو، توصیه مقامات عالی حکومتی از جمله رهبری در ایران که بر استثناناپذیر بودن از نظارت و تخصصی شدن نظارت تأکید دارد، شاهدی بر این مدعاست. به باور نگارنده، هیچ بخشی از ارکان حکومت نمی‌تواند مصون از اعمال نظارت باشد و اعمال نظارت، اصلی است ناظر بر همه تصمیم‌ها که نتایجی نظیر شفافیت، اثربخشی، مسئولیت‌پذیری و کارآمدی خواهد داشت. وقتی دایره کلان حقوق مردم مطرح می‌شود، پاسداشت این حقوق با تضمین کرامت انسانی پیوند خورده است. به منظور حفظ کرامت و حیثیت انسان، نمی‌توان نهادهایی را ناظر بر روابط و حقوق آن‌ها و مستثنی از فرآیند نظارت‌پذیری قرار داد.

اولین پیشنهاد آن است که در قالب یک قانون عام اداری، نظارت و شیوه‌های آن تدوین گردد و سازوکارهای عام نظارتی بر همه دستگاه‌ها تشریح شود. این شیوه به ابهام‌زدایی از موضوع نظارت به صورت عمومی کمک می‌رساند و هر دستگاهی از جمله شورای نگهبان برای نظارت‌پذیری مشمول عموماً این قانون قرار خواهد گرفت.

دومین پیشنهاد آن است که تغییرهای قانون‌گذار با ذکر دلیل موارد مستثنی شده از نظارت و هم‌چنین سازمان‌های مستثنی را در قانون مشخص سازند. پس اصل را بر نظارت‌پذیری و تحت شمول بودن انواع نظارت قرار دهند و به صورت استثنایی مشخص کنند که مثلاً شورای نگهبان به چه دلیل از شمول این نوع از نظارت خارج است. هم‌چنین دستگاه‌های مستثنی از موضوع نظارت به تفکیک مشخص شوند.

سومین پیشنهاد آن است که با انجام پژوهش‌های تطبیقی، دلایل مستثنی‌پذیری از نظارت مشخص شود. برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه می‌تواند یکی از نهادهایی باشد که از نظر کارکرد به شورای نگهبان نزدیک است. پس نهادهای مشابه تفکیک و موارد مستثنی از نظارت با دلایل تشریح شود تا به واسطه وحدت ملاک بتوان موضع مشخصی را برای موارد مستثنی در نظر داشت.

چهارمین پیشنهاد، تشکیل کمیسیون ملی حقوق بشر است. به عنوان سابقه باید گفت نظام‌های متفاوت، روش‌های مختلفی برای کنترل قدرت نهادهای اجرایی دارند که مشتمل بر کنترل توسط مجلس، نظارت قضایی و کنترل توسط محاکم اداری است. هر یک از این سازوکارهای نظارت، معایب خاص خود را دارند. در این میان، باید رویه‌هایی ساده‌تر، در دسترس‌تر و سریع‌تر برای طرح شکایت وجود داشته باشند. در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان، مؤسسات پایش‌کننده‌ای تشکیل شده‌اند که به عنوان گزینه‌های هم‌تراز روش‌های یادشده عمل می‌کنند. این مؤسسات معمولاً وظیفه رسیدگی به اموری را بر عهده دارند که مناسب طرح در مجلس نیستند. نقش این سازمان‌ها و مؤسسات در ارتقای حکمرانی مطلوب و حمایت و ارتقای حقوق بشر بسیار مهم است.

هدف از تشکیل این کمیسیون باید آگاهی دادن به مردم در مورد حقوق بشر باشد. این کمیسیون به حفاظت، ارتقا و اعمال این حقوق در جامعه خواهد پرداخت و اقدامات لازم را در صورت نقض آن‌ها انجام خواهد داد. طیف وسیعی از قدرت نیز به این کمیسیون اعطا می‌شود. از جمله قدرت‌ها

و وظایف این نهاد می‌توان به این موارد اشاره کرد:

- ۱) تضمین رعایت حقوق بشر و آزادی‌های فردی تصریح شده در قانون اساسی توسط شهروندان، ارگان‌های دولتی، سازمان‌های سیاسی و دیگر نهادها و مقامات آن‌ها.
- ۲) تضمین تضاد نداشتن قوانین، الزام‌ها، دستورالعمل‌ها و تصمیم‌ها و فرمان‌های دولتی با حقوق بشر و حقوق اساسی شهروندان در قانون اساسی که این وظیفه در ایران بر عهده شورای نگهبان است.
- ۳) آگاهی دادن به عموم مردم در مورد حقوق بشر و ایجاد فضایی در جامعه که به موجب آن، افراد جامعه از حقوق خود آگاهی یابند و به موجب این آگاهی، خواستار احقاق حقوق خود و ترویج این مسئله در جامعه باشند.
- ۴) انجام تحقیقات یا شروع آن با طرح شکایت در مورد نقض حقوق بشر
- ۵) انجام توصیه‌هایی مرتبط با اصلاحات قوانین موجود، تصویب قانون‌های جدید و سیاست‌گذاری‌های مرتبط با حقوق بشر
- ۶) مشاوره در موارد مرتبط با حقوق بشر با اشخاص و مقامات حکومتی برای عموم جامعه
- ۷) گزارش‌دهی در مورد وضعیت حقوق بشر به نهادها و مراجع بین‌المللی
- ۸) انجام دیگر اقدام‌های ضروری برای رسیدن به اهداف یادشده

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت (جلد ۲: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)، تهران: نی، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۲. راسخ، محمد، وضع مقرر در قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران: دراک، ۱۳۹۴.
۳. علی‌نقی، امیرحسین، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان، تهران: نی، ۱۳۸۷.
۴. فتاحی زعفرندی، علی، شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن)، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷.
۵. قطبی، میلاد، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
۶. موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: معاونت تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۹.
۷. مولاییگی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۵.
۸. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی)، تهران: میزان، چاپ یازدهم، ۱۳۸۹.
۹. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی، حقوقی شورای نگهبان، تهران: دانش و اندیشه معاصر، چاپ اول، ۱۳۹۲.

۲. مقاله

۱. تقی‌زاده، جواد و همکاران، «امکان‌سنجی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان»، فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، ۱۳۹۶.
۲. طلابکی، اکبر و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۲.
۳. عباسی، بیژن، «دادرسی اساسی یا نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، مجله حقوق

تطبیقی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۸۹.

۴. قاری سید فاطمی، سید محمد، «حق تعیین سرنوشت و مسئله نظارت بر انتخابات: نظارت تضمینی در مقابل نظارت تحدیدی»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفتم، شماره ۴، ۱۳۸۲.

۵. قطبی، میلاد و همکاران، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان»، فصل‌نامه فقه حکومتی، شماره ۷، ۱۳۹۸.

۶. «رأی برگزیده: دادنامه شعبه ۴۲ دیوان عالی کشور: مفهوم قانون - مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی - سلسله مراتب هنجارها»، دوفصل‌نامه نقد و تحلیل آرای قضایی، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۲.

۷. مهاجری، محمد و علی اکبر گرجی ازندریانی، «امکان سنجی رسیدگی قضایی به دعاوی انتخاباتی در نظام حقوقی ایران»، جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال چهارم، شماره ۳، ۱۴۰۰.

۸. ناطقی، محمد و سید ابراهیم حسینی، «مبانی مشروعیت دادرسی اساسی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۵.

۹. نیکونهاد، حامد و شبنم اورنگی، «سنجش آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹.

۱۰. واعظی، سید مجتبی و سید محمد حسینی، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای نگهبان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، ۱۳۹۷.

۱۱. واعظی، سید مجتبی و مهستی سلیمانی، «خوانده در دیوان عدالت اداری»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۲، ۱۳۹۵.

۱۲. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی شیراز، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۸.

۱۳. یآوری، اسدالله و محمدشهاب جلیوند، «هنجارهای مرجع شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی»، مجلس و راهبرد، سال بیست و پنجم، شماره ۹۵، ۱۳۹۷.

تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی در پرتو رویه دیوان عدالت اداری

مجید نجارزاده هنجانی^۱

علیرضا شمسی محب^۲

چکیده

میزان بهای خدمات، مؤلفه‌ای بسیار اثرگذار در رضایت شهروندان از خدمات عمومی است. از این رو، تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی از نظر رعایت اصول خدمات عمومی و صیانت از حقوق مصرف‌کنندگان اهمیت بسیاری دارد. با توجه به اثرگذاری قیمت در وضعیت رقابت میان بنگاه‌ها و بازیگران خدمات عمومی، این موضوع از نظر حقوق رقابت نیز واجد اهمیت و حساسیت است.

پژوهش حاضر با روش توصیفی و تحلیلی به مسئله تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی در پرتو رویه دیوان عدالت اداری پرداخته است. نتایج تحلیل آرای دیوان عدالت اداری در این موضوع نشان می‌دهد این دیوان در حوزه حقوق رقابت ضوابطی هم‌چون نص محوری و استناد نکردن به اصل «رقابت» و ممنوعیت امتناع از صدور مجوز کسب و کار به بهانه «اشباع بودن بازار» و در حوزه حقوق مصرف‌کننده، ممنوعیت تعیین جریمه و مجازات از سوی دولت و ممنوعیت تبعیض ناروا در تعیین قیمت خدمات را در نظر گرفته است. هم‌چنین در روش‌های تنظیم‌گری قیمت بر ضوابطی هم‌چون دارا بودن صلاحیت قانونی در تعیین تعرفه، تغییر نیافتن ماهیت تعرفه با تغییر عنوان آن، شناسایی تعیین سقف قیمت به عنوان روش تنظیم‌گری قیمت و تأکید بر به‌روزرسانی نرخ سقف قیمت بر اساس تغییرات اقتصادی تصریح کرده است.

واژگان کلیدی: تنظیم‌گری قیمت، خدمات عمومی، دیوان عدالت اداری، حقوق رقابت، حقوق مصرف‌کننده.

۱. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران M.najarzadeh@usc.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، Alireza.sh.moheb@gmail.com

مقدمه

تغییر و تحولات مرتبط با نقش دولت در بازار و اقتصاد منجر به ظهور مفهوم تنظیم‌گری^۱ شده است که امروزه یکی از رایج‌ترین شیوه‌های مدیریت بازار شناخته می‌شود. پس از ورود بخش خصوصی به حوزه خدمات عمومی و هم‌چنین لزوم ارائه خدمات مستمر و مناسب به شهروندان، تنظیم‌گری این حوزه موضوعیت یافته است. تنظیم قیمت خدمات، یکی از مهم‌ترین مسائل در تنظیم‌گری بازار خدمات عمومی است؛ چون قیمت خدمات همواره در رضایت شهروندان و مصرف‌کنندگان مؤثر است و در ایجاد و حفظ رقابت و هم‌چنین حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان نقش بسیار مهمی دارد. بنابراین، تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی، یکی از اساسی‌ترین ابزارهای مورد استفاده دولت و نهادهای تنظیم‌گر برای رسیدن به اهداف اقتصادی مورد نظر مانند تأمین رقابت، حقوق مصرف‌کننده و منافع عمومی است.

از این منظر، نقش نهاد نظارت‌کننده قضایی برای حفاظت از رقابت و حقوق مصرف‌کننده در بازار خدمات عمومی و به تبع آن، حفاظت از منافع عمومی بسیار پراهمیت است. دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر اساس اصل (۱۷۳) قانون اساسی و مواد (۱۰ و ۱۲) قانون دیوان عدالت اداری به عنوان دادگاه عالی اداری در این زمینه نقشی برجسته دارد. به همین دلیل، بررسی رویه این نهاد در حفظ رقابت و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و ضوابط مورد نظر آن دارای اهمیت است. بر این اساس، در این پژوهش، رویه دیوان عدالت اداری در تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی تحلیل می‌شود.

در خصوص ادبیات تنظیم‌گری و تنظیم‌گری قیمت، پژوهش‌های گوناگونی صورت گرفته است که برای مثال می‌توان به مقاله «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی» از مهدی هداوند و فرهاد جم و مقاله «قیمت‌گذاری در پرتو مفهوم و نظریه‌های تنظیم اقتصاد» از محمدحسین زارعی و محمد ربیعی اشاره کرد. با این حال، تاکنون در خصوص مطالعه تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی با توجه به آرای صادرشده توسط دیوان عدالت اداری و رویه آن، پژوهشی صورت نگرفته و از این نظر، پژوهش حاضر با دیگر منابع موجود در زمینه تنظیم‌گری قیمت دارای تفاوت و نوآوری است.

سؤال اصلی در پژوهش حاضر این است که آیا دیوان عدالت اداری در آرای خود در خصوص تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی به مبانی و روش‌های تنظیم‌گری قیمت توجه دارد؟ در پاسخ به این سؤال، این فرضیه مطرح است که دیوان عدالت اداری در آرای خود با وجود استناد نشدن صریح به مبانی، به صورت غیر مستقیم به آن‌ها توجه نشان می‌دهد و در خصوص روش‌های تنظیم‌گری قیمت، به صورت مستقیم، آن‌ها را شناسایی می‌کند. برای پاسخ به این پرسش، پژوهش حاضر با تمرکز مستمر بر رویه دیوان عدالت اداری در ابتدا به واکاوی مفهوم خدمات عمومی و تنظیم‌گری قیمت می‌پردازد. پس از بررسی مبانی تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی نیز روش‌های تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی تحلیل می‌شود.

گفتار اول. مفهوم‌شناسی خدمات عمومی^۱ و تنظیم‌گری قیمت^۲

دو مفهوم اساسی و مبنایی در مطالعه توصیفی و تحلیلی رویه دیوان عدالت اداری در موضوع تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی عبارتند از: «مفهوم خدمات عمومی و مفهوم تنظیم‌گری قیمت».

بند اول. خدمات عمومی

رکن محوری در تعریف خدمات عمومی، ارتباط این مفهوم با منافع عمومی و رفع نیازهای عمومی است؛ چون این خدمات مطابق با نیازهای عمومی شکل گرفته‌اند،^۳ به طوری که در تعریف خدمت عمومی آورده‌اند: «خدمت عمومی، فعالیتی است که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است».^۴ برای این که فعالیت، خدمت عمومی محسوب شود، لزومی ندارد از جمله نیازهای عمومی باشد. همین قدر که آن فعالیت اجتماعی متضمن نوعی منفعت عمومی باشد، کافی است.^۵ خدمات عمومی به عنوان فعالیت‌هایی که برای رفع نیازهای عمومی و تأمین منافع عمومی ضرورت دارند،

1. Public Services

2. Price Regulation

۳. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکتترین کارکرد عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶، ص ۱۴۰.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ بیست و پنجم، ۱۴۰۱، ص ۲۵۴.

۵. همان.

از گذشته تاکنون، یکی از مهم‌ترین مفاهیمی است که همواره در مورد دولت و حاکمیت مطرح بوده و با توجه به اهمیت و جایگاه آن در مشروعیت و کارآمدی دولت‌ها و تأمین رفاه و حقوق شهروندان، مستلزم رعایت اصول مختلفی هم‌چون اصل تساوی، ثبات و استمرار، انطباق، تقدم و بهای ارزان خدمات عمومی به عنوان اصول حاکم بر خدمات عمومی است.

در ادبیات کلاسیک خدمات عمومی در دوره ماقبل خصوصی‌سازی و کوچک‌سازی دولت‌ها بسیار رایج بود که حقوق دانان، ارائه خدمات عمومی را در انحصار بخش عمومی «اداره» قرار می‌دادند. در نگاه لئون دوگی،^۱ «مفهوم خدمات عمومی بسیار وسیع است و این مفهوم از مفهوم بخش عمومی به عنوان بخشی که ارائه‌کننده خدمات است، فراتر می‌رود».^۲ پس از ورود بخش خصوصی به حوزه ارائه خدمات عمومی می‌توان این مفهوم را در معنای ماهوی، «مجموعه فعالیت‌ها و اعمالی که توسط دولت انجام می‌شود یا این‌که سابقاً از کارکردهای دولت‌ها بوده و امروزه توسط بخش غیر دولتی و تحت نظارت عالیه دولت صورت می‌گیرند و متضمن رفع نیازهای عمومی و منافع عمومی هستند»، تعریف کرد.^۳

بند دوم. تنظیم‌گری قیمت

تحولات نظری و عملی مرتبط با نقش دولت در بازار و نظام اقتصادی منجر به طراحی نظری و تحقق عملی دولت تنظیم‌گر شد. مشکلات و نارسایی‌های ناشی از سازوکار بازار و اقتصاد آزاد که از آن با عنوان «شکست بازار»^۴ یاد می‌شود، این حقیقت را نمایان ساخت که بازار آزاد همواره نمی‌تواند کارآمد باشد و در برابر مشکلاتی هم‌چون انحصارگرایی، بی‌بهره بودن مصرف‌کنندگان از اطلاعات مناسب، قیمت‌گذاری‌های سلطه‌گرانه از سوی برخی بنگاه‌ها و مواردی از این قبیل ناتوان است. بنابراین، مداخله در بازار و اقتصاد از سوی دولت و پس از تشکیل نهادهای تنظیم‌گر، از سوی آن‌ها

۱. Léon Duguit

۲. کیا، فاطمه، «اصول بنیادین حاکم بر خدمات عمومی با تأکید بر قوانین، مقررات و رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

۳. زارعی و نجارزاده هنجی، پیشین، ص ۱۴۷.

۴. به معنای مجموعه اموری که بازار به تنهایی نمی‌تواند حل کند.

به منظور جلوگیری و حل این مشکلات ضروری است که در اصطلاح، از این مداخلات با عنوان تنظیم‌گری و در برخی ادبیات، مقررات‌گذاری یاد می‌شود. به ادعای برخی پژوهشگران، تعریف ثابت و مشخصی از تنظیم‌گری وجود ندارد،^۱ اما بر اساس تعاریف موجود می‌توان گفت تنظیم‌گری به طور معمول و در معنای عام به محدودیت‌هایی اطلاق می‌شود که دولت یا نهادهای تنظیم‌گر بر تصمیمات بنگاه‌ها اعمال می‌کنند^۲ و ابزاری است که در راستای تضمین اهداف مشخصی به کار می‌رود.^۳ دولت‌ها در بسیاری از کشورها از این روش استفاده می‌کنند که امروزه از مهم‌ترین و اثرگذارترین روش‌های اداره امور عمومی است.

در راستای تنظیم‌گری کارآمد و به منظور جبران نارسایی‌ها و با هدف تأمین منافع عمومی، حفظ رقابت در بازار و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در بازارهای رقابتی و انحصاری، از ابزارهای مختلفی مانند قیمت‌گذاری، کنترل ورود و خروج بنگاه‌ها، تعیین استاندارد و تعیین مقدار تولید برای تنظیم‌گری استفاده می‌شود. بنابراین، قیمت‌گذاری، یکی از ابزارها یا روش‌های تنظیم‌گری است. این ابزار از اصلی‌ترین عوامل برای ایجاد انگیزه در فعالیت‌های اقتصادی و یکی از اساسی‌ترین اقدامات با هدف کنترل قیمت در بازارهاست و برای سنجش بازار و هم‌چنین برای مداخله در بازار به کار می‌رود. هم‌چنین قیمت‌گذاری، یکی از مؤثرترین و کارآمدترین ابزارها برای کنترل عرضه و تقاضاست. به عبارت دیگر، قیمت‌ها، ابزاری است که مشخص‌کننده نهایی میزان عرضه تولیدکنندگان و میزان تقاضای مصرف‌کنندگان است. اهداف دیگر قیمت‌گذاری عبارتند از: پوشش هزینه‌ها و سود متعارف، انتقال اطلاعات به مشتریان، حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و تحریک انگیزه‌های رقابتی بنگاه‌ها.^۴ در برخی ادبیات، اطمینان از کیفیت بالای خدمات را نیز از جمله اهداف تنظیم قیمت دانسته‌اند.^۵

1. Hartlapp, Miriam, Measuring and comparing the regulatory welfare state: Social objectives in public procurement, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 2020, p. 71.

۲. هادی فر، داوود، نهادهای حقوقی تنظیم مقررات: ساختار و سازوکار اجرایی، تهران: عترت نو، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۰.

۳. هداوند، مهدی و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی»، فصل‌نامه راهبرد، دوره سی‌ام، شماره ۹۹، ۱۴۰۰، ص ۲۳۳.

۴. نجارزاده هنجی، مجید، دگرگونی حقوق خدمات عمومی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۲۴۱.

5. Walden, Ian, Telecommunications Law and Regulation, Oxford University Press, Third Edition, 2009, p. 59.

گفتار دوم. مبانی تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی

با ورود بخش خصوصی به ارائه خدمات عمومی، مفاهیمی هم‌چون رقابت و حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مطرح شده است و حمایت از رقابت و حقوق مصرف‌کننده از جمله وظایف و اهداف اصلی نهادهای تنظیم‌گر در نظارت و تنظیم ارائه خدمات عمومی برشمرده می‌شود. یکی از اهداف تنظیم‌گری خدمات عمومی، ایجاد کنترل عمومی بر ارائه‌کنندگان خدمات برای تضمین منفعت عمومی است^۱ و دولت و نهادهای تنظیم‌گر نقش حامی رقابت و حقوق مصرف‌کننده را ایفا می‌کنند.^۲ بنابراین، می‌توان گفت تنظیم‌گری صرفاً به مباحث اقتصادی خلاصه نمی‌شود و مباحث و اهداف اجتماعی نیز از اهمیت بسیاری برخوردارند.^۳

تنظیم‌گری قیمت نیز به عنوان یکی از ابزارهای مهم تنظیم‌گری در بازارهای رقابت‌پذیر و بازارهای دارای انحصار طبیعی، در بازار خدمات عمومی با اهداف اقتصادی و اجتماعی مختلفی همانند حفظ رقابت در بازار و مقابله با رویه‌های ضد رقابتی و انحصاری و هم‌چنین حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خدمات استفاده می‌شود. به عبارت دیگر، تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی، واجد آثار اقتصادی و اجتماعی مختلفی است؛ بدین صورت که هم در ایجاد و حفظ رقابت در بازار اثرگذار است و هم در حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان. بدین منظور، مبانی تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی به دو دسته «تنظیم‌گری اقتصادی با هدف صیانت از حقوق رقابت و تنظیم‌گری اجتماعی با هدف صیانت از حقوق مصرف‌کننده» تقسیم می‌شود. بنابراین، در بخش حاضر به مبانی تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی و رویه دیوان عدالت اداری در خصوص آن‌ها می‌پردازیم.

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «گزارش نظام ملی تنظیم‌گری (۱) مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی»، تهران: دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، ۱۳۹۷، ص ۳.

2. Bach, David, & Newman, Abraham, **Regulatory state**, *Encyclopedia Britannica*, Retrieved from: www.britannica.com/topic/regulatory-state, 2016, p. 821.

3. Windholz, Eric, & Hodge, Graeme A., **Conceptualising Social and Economic Regulation**: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity, *Monash University Law Review*, 2012, p. 234.

بند اول. تنظیم‌گری اقتصادی؛ حقوق رقابت

ظهور مفهوم تنظیم‌گری و تغییر و تحولات نقش دولت و واگذاری ارائه خدمات عمومی هم‌چون آب، برق، گاز و حمل‌ونقل به بخش خصوصی، منجر به شکل‌گیری رویکرد جدید مدیریتی نسبت به این خدمات شد که نتیجه آن، دور شدن دولت از تصدی‌گری خدمات عمومی و ایفای نقش جدید نظارت و هدایت‌گری است. با رشد و توسعه مفاهیمی هم‌چون رقابت و منع انحصار، کارکرد دولت‌ها در تسهیل رقابت و منع یا تنظیم انحصار در حوزه‌های گوناگون گسترش یافت و یکی از کارکردهای اصلی تنظیم‌گری نیز حفاظت از رقابت و ارزش‌های آن در بازار شد.

«رقابت» عبارت است از تلاش و مبارزه برای برتری در عرضه کالا و خدمات بین عرضه‌کنندگان که نتیجه عملکرد عرضه و تقاضا در بازار آزاد است. نتیجه بهبود وضعیت رقابت در بازار، ارتقای کارایی است.^۱ بر همین اساس، فردریش فون هایک،^۲ رقابت را از منظر نتیجه چنین تعریف کرده است: «رقابت عبارت از فرآیندی است که منجر به کارایی تولیدی و تخصیصی می‌شود».^۳ بر اساس بند (۱۱) ماده (۱) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، رقابت، «وضعیتی در بازار [است] که در آن، تعدادی تولیدکننده، خریدار و فروشنده مستقل برای تولید، خرید و یا فروش کالا یا خدمت فعالیت می‌کنند، به طوری که هیچ یک از تولیدکنندگان، خریداران و فروشندگان قدرت تعیین قیمت را در بازار نداشته باشند یا برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن، محدودیتی وجود نداشته باشد».

رقابت سالم در بازار خدمات عمومی به ارتقای کارایی اقتصادی و بهبود سطح رفاه عمومی منجر خواهد شد. «ترویج رقابت» همواره به عنوان یکی از دلایل اصلی تنظیم‌گری بازارها و سازوکار برتر دست‌یابی به کارایی و رفاه معرفی می‌شود؛ چون غالباً ایجاد رقابت و مرجعیت بازار در دست‌یابی به این اهداف مؤثر است. چون قیمت‌ها در فرآیند رقابتی شدن بازار خدمات عمومی نقش اساسی دارد، تنظیم قیمت در بازار خدمات عمومی از اهمیت بسیاری برخوردار است و به عنوان یکی از اصلی‌ترین اقدامات تنظیمی محسوب می‌شود. بنابراین، هرگونه تصمیمات و انجام اقدامات در

۱. نجارزاده هنجی، پیشین، ص ۱۵۰.

2. Fridrich August von Hayek

۳. باتلر، ایمون، اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه: فریدون تفضلی، تهران: نی، چاپ اول، ص ۸۹.

خصوص قیمت خدمات عمومی که برخلاف رقابت باشد یا منجر به اخلاص در رقابت بازار خدمات عمومی شود، موجب افزایش ناراضایتی شهروندان می‌گردد و طبیعتاً نظم عمومی و منافع عمومی را به خطر می‌اندازد. از این منظر، نقش نهادهای نظارت‌کننده قضایی در نظارت بر مصوبات و تصمیمات مرتبط با تنظیم قیمت خدمات عمومی برای شناسایی مفهوم رقابت در آرای خود و حمایت از آن بسیار پراهمیت است. به همین منظور، در ادامه، ضوابط مورد نظر دیوان عدالت اداری در نظارت بر مصوبات و تصمیمات مرتبط بررسی می‌شود.

۱. نص محوری در آرای دیوان عدالت اداری و استناد نکردن به اصل «رقابت»

بر اساس دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، شاکی پرونده خواستار ابطال بخش‌نامه شماره ۶۰/۲۱۷۱۳۰-۶۰/۱۰/۲۰-۱۳۹۳ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت شده است. در این بخش‌نامه بر اساس دستور وزیر آمده است که به علت نبود سهمیه آرد یارانه‌ای از صدور مجوز نانوائی جلوگیری شود. شاکی پرونده مدعی است این بخش‌نامه با ماده (۱) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار و اصل رقابت در تعارض است. در مقابل، هیئت عالی نظارت، مدعی است پذیرش بی‌رویه درخواست صدور مجوز نانوائی منجر به ضرر و زیان به برخی افراد و اقدامات غیر قانونی گردیده و بخش‌نامه مورد شکایت برای سامان بخشیدن به وضعیت مورد اشاره، تسهیل رقابت و بهبود فضای کسب‌وکار و کنترل قیمت نان به منظور حمایت از اقشار آسیب‌پذیر و محروم جامعه وضع شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود مقرر داشته است که «مطابق تبصره (۲) ماده (۷) قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۳/۴/۱ مقرر شده است که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب‌وکار را مطابق شرایط مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب‌وکار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب‌وکار امتناع کنند. نظر به این‌که در بخش‌نامه شماره ۶۰/۲۱۷۱۳۰-۶۰/۱۰/۲۰-۱۳۹۳ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت، از صدور مجوز برای نانوائی‌های جدید خودداری شده است، این بخش‌نامه مغایر صریح حکم قانونی است».

بنابراین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با وجود استناد شاکی به مغایر رقابت بودن بخش نامه و استناد طرف شکایت به تصویب بخش نامه برای تسهیل رقابت، بدون توجه و اشاره صریح به اصل رقابت رأی داده است. امتناع از صدور مجوز نانوایی برای شاکی پرونده، اقدامی برخلاف اصل رقابت است و زمانی که در مناطقی از شهر، تعداد نانوایی‌های موجود، پایین‌تر از حد معمول باشد، علاوه بر این که بازار خدمات نانوایی در منطقه مربوط را به سوی انحصارگرایی سوق می‌دهد، در کیفیت خدمات دریافتی شهروندان و قیمت آن نیز اثرگذار است. در نتیجه، به نارضایتی شهروندان از دریافت خدمات و بالا رفتن هزینه‌های آن‌ها منجر می‌شود و در برخورداری شهروندان از حق بنیادین خود یعنی حق بر خوراک^۱، اختلال وارد می‌کند. به عبارت دیگر، دیوان عدالت اداری می‌توانست در استدلال‌های این دادنامه با فراتر رفتن از نظارت بر اصل قانونی بودن، ضمن اشاره به اصل رقابت، به موضوع تأثیر آن در متناسب‌سازی قیمت و به عبارت دقیق‌تر، رقابتی شدن قیمت اشاره کند.

۲. ممنوعیت امتناع از صدور مجوز کسب‌وکار به بهانه «اشباع بودن بازار»

دیوان عدالت اداری به اصل رقابت در آرای خود، استناد صریحی نکرده، اما امتناع از صدور مجوز کسب‌وکار به بهانه «اشباع بودن بازار» را ممنوع اعلام کرده است. ممنوعیت امتناع از صدور مجوز به بهانه «اشباع بودن بازار» به عنوان یک رویه در دیوان عدالت اداری تثبیت شده که در آرای مختلفی به آن اشاره گردیده است و می‌توان از آن به عنوان ضابطه مورد نظر دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق رقابت یاد کرد. برای مثال، در رأی وحدت رویه شماره ۱۸۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص امتناع شهرداری و شورای شهر در صدور مجوز تاکسی‌رانی برای شاکی پرونده مقرر داشته است که «مطابق ماده (۳) قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۳، به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب‌وکار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب‌وکار در صورت ارائه مدارک مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب‌وکار، توسط «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل

1. Right to Food

صدور مجوزهای کسب و کار» تعیین و در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور اعلام می‌شود. هم‌چنین مطابق تبصره (۲) ماده (۳) قانون یادشده، هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور دریافت و بررسی کنند. صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل اشباع بودن بازار از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند».

هم‌چنین در دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص بخش‌نامه وزارت صنعت، معدن و تجارت مبنی بر عدم صدور مجوز نانوایی جدید برای متقاضیان مقرر داشته است که «مطابق تبصره (۲) ماده (۷) قانون اصلاح مواد (۱)، (۶) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۳/۴/۱ مقرر شده است که هریک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل اشباع بودن بازار از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند. نظر به این‌که در بخش‌نامه شماره ۱۳۹۳/۱۰/۲۰.۶۰/۲۱۷۱۳۰ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت از صدور مجوز برای نانوایی‌های جدید خودداری شده است، این بخش‌نامه مغایر صریح حکم قانونی است».

علاوه بر تأکید بر ممنوعیت امتناع از صدور مجوز کسب و کار به بهانه «اشباع بودن بازار» در این دادنامه‌ها، دیوان عدالت اداری می‌توانست به اصل رقابت‌پذیر بودن قیمت اشاره کند؛ چون امتناع از صدور مجوز در ارائه خدمات عمومی ممکن است علاوه بر مغایرت با رقابت منصفانه به اختلال در دسترسی مردم به خدمات و اختلال در اصل استمرار خدمات عمومی منجر شود و در قیمت دریافت خدمات نیز اثرگذار باشد و آن را افزایش دهد که به این موضوع در آرای دیوان توجه و اشاره نشده است و از جمله نقاط ضعف آرا محسوب می‌شود.

بند دوم. تنظیم‌گری اجتماعی؛ حقوق مصرف‌کننده

در یک تعریف از مصرف‌کننده بیان شده است: «مصرف‌کننده، آخرین کسی است که کالاها یا خدمات به دست وی می‌رسد و او از آن‌ها استفاده کرده یا آن‌ها را به مصرف می‌رساند».^۱ در حقوق ایران نیز بر

1. Miller, C., J., Harvey, Brian. W & Parry, Deborah L., *Consumer and Trading Law: Text, Cases and Materials*,

اساس بند (۱) ماده (۱) قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و در تعریف مصرف‌کننده بیان شده است که «هر شخص حقیقی یا حقوقی است که کالا یا خدماتی را خریداری می‌کند». به لحاظ حقوقی، مفهوم «حقوق مصرف‌کننده» به معنای قواعدی است که برای حمایت از مصرف‌کنندگان کالا یا خدمات وضع می‌شود؛ چون مصرف‌کنندگان دارای اطلاعات کم‌تری نسبت به آن کالا یا خدمات در برابر تولیدکنندگان هستند و همین موضوع، مشخص‌کننده نابرابری بین مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان است. از سوی دیگر، به لحاظ اقتصادی نیز حمایت از حقوق مصرف‌کننده دارای اهمیت است و در ایجاد عدالت و کارایی اقتصادی تأثیر مستقیم دارد. بر این اساس، مداخله دولت برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده صرفاً بر مبنای توجیهات اجتماعی نیست، بلکه «حقوق مصرف‌کننده برای ایجاد اقتصاد پویا از طریق حمایت و بهبود تولیدات داخلی و ایجاد توان اقتصادی، لزوم حمایت از مصرف‌کننده را توجیه می‌کند».^۱

با ورود بخش خصوصی به ارائه خدمات عمومی، ارزش‌های بازاری و سوددهی بیش‌تر برای تولیدکننده و ارائه‌دهنده خدمات بر حقوق مصرف‌کننده ارجحیت دارد و همین موضوع، فضا را برای تضییع حقوق مصرف‌کنندگان فراهم می‌آورد. در خصوص قیمت ارائه خدمات عمومی نیز ذکر این نکته اهمیت دارد که در اصول کلاسیک خدمات عمومی با اصل بهای ارزان خدمات عمومی روبه‌رو هستیم و یکی از مصادیق رعایت حقوق مصرف‌کنندگان، بهره‌مندی از خدمات با قیمت منصفانه است. یکی از وعده‌های موافقان خصوصی‌سازی خدمات عمومی این موضوع است که هزینه دریافت خدمات کاهش یابد، اما با توجه به منطق سودمحوری در بخش خصوصی، نبود نظارت و تنظیم قیمت این خدمات از سوی دولت و نهادهای تنظیم‌گر موجب افزایش هزینه‌های خدمات عمومی می‌شود. در نتیجه افزایش هزینه‌ها نیز نارضایتی شهروندان و مصرف‌کنندگان افزایش پیدا می‌کند و همین موضوع می‌تواند منجر به تهدیداتی برای نظم عمومی گردد. در ارائه خدمات عمومی و قیمت آن، زنجیره‌ای به هم پیوسته وجود دارد که اقدام نکردن مناسب در یکی از مراحل آن، منجر به آسیب‌های فراوانی به جامعه و منافع عمومی می‌شود.

Oxford University Press, 1998, p. 5.

۱. برزگر، عبدالرضا و تهمینه رحمانی، «مطالعه مکانیسم نظارتی بر بازارهای مالی ایران در قلمرو نظم حقوق اقتصادی عمومی»، نشریه حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۰ و ۱۱، ۱۳۹۲، ص ۶۵.

بنابراین، تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی برای جلوگیری از گران‌فروشی خدمات عمومی به شهروندان و مصرف‌کنندگان ضروری و بسیار مهم است. در موارد متعددی، دریافت هزینه‌های اضافی از شهروندان به بهانه‌های مختلف و به صورت غیر قانونی موجب بالا رفتن هزینه دریافت خدمات شده است. در این مواقع نیز نقش نظارت قضایی بر مصوبات و اقدامات خلاف قانون و برای تضییع حقوق مصرف‌کنندگان بسیار پراهمیت است و دیوان عدالت اداری با ابطال آن‌ها برای حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان اقدام کرده است. در ادامه، به بررسی برخی از ضوابط مطرح در آرای دیوان عدالت اداری در خصوص تنظیم قیمت خدمات عمومی برای حمایت از حقوق مصرف‌کننده پرداخته می‌شود. البته دیوان در دو دادنامه پیش‌گفته نیز می‌توانست به مبانی حقوق مصرف‌کننده به ویژه اصل بهای ارزان خدمات عمومی استناد کند.

۱. ممنوعیت تعیین جرمه و مجازات از سوی دولت

بر اساس دادنامه شماره ۱۲۹۲ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱، شاکیان پرونده در دادخواستی در دیوان عدالت اداری، ابطال بند ۲ مصوبه شماره ۱۰۱۷۵۸/ت/۵۷۸۰۴ هـ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۱ هیئت وزیران در خصوص افزایش بهای گاز مصرفی را در صورتی که نسبت به دوره قبل مشابه، مصرف بیش‌تری شده باشد، به دلیل مغایرت با قانون خواستار شده‌اند. بر اساس این مقرر، «با هدف مدیریت تقاضا و بازدارندگی مصارف غیر ضرور بخش خانگی، در صورتی که مصرف گاز مشترکان یادشده در بازه زمانی مذکور در بند (۱) این تصویب‌نامه نسبت به میانگین مصرف آن‌ها در دوره مشابه در سال‌های ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷ در میانگین دمای یکسان طول دوره صورت حساب، بیش از پانزده درصد (۱۵٪) افزایش یابد، کل مصرف مشترک مشمول افزایش پانزده درصدی (۱۵٪) با رعایت بند (ب) ماده (۱) قانون هدفمندکردن یارانه‌ها مصوب ۱۳۸۸ و اصلاحات بعدی آن خواهد شد».

شاکیان مدعی شده‌اند که این بند از باب تعزیر مصرف‌کننده خانگی وضع شده و تعیین جرایم و مجازات از اختیارات قوه مجریه خارج است. در مقابل، طرف شکایت مدعی است تعیین تعرفه افزایش مصرف گاز برای مشترکین بخش خانگی نمی‌تواند مصداق تعیین مجازات و تعزیر و اعمال مجازات باشد و مفاد بند (۲) مصوبه مورد شکایت در راستای تکالیف و صلاحیت‌های قانونی مقرر از سوی قانون‌گذار به تصویب هیئت وزیران رسیده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی

خود مقرر داشته است که «هرچند بر اساس تبصره (۱) ماده (۱) قانون هدفمند کردن یارانه‌ها مصوب سال ۱۳۸۸ مقرر شده است که در خصوص قیمت‌های برق و گاز طبیعی، دولت مجاز است با لحاظ مناطق جغرافیایی، نوع، میزان و زمان مصرف قیمت‌های ترجیحی را اعمال کند، ولی اولاً با توجه به این‌که اختیار اعمال قیمت‌های ترجیحی بر اساس نوع، میزان و زمان مصرف در چارچوب صلاحیت قیمت‌گذاری حامل‌های انرژی از جمله گاز طبیعی توسط دولت قابل اعمال بوده و منصرف از مواردی است که بعد از تعیین قیمت حامل‌های فوق توسط دولت «به صورت اصلی یا ترجیحی»، قیمت این حامل‌ها به واسطه افزایش مصرف آن‌ها افزایش پلکانی یابد و ثانیاً تسری افزایش قیمت فوق به کل دوره مصرف مشترکین «اعم از دوره افزایش مصرف و دوره مصرف عادی» در حکم اعمال جریمه و مجازاتی است که دولت اختیار قانونی اعمال آن را ندارد. لذا بند (۲) تصویب‌نامه شماره ۵۷۸۰۴/ت/۱۰۱۷۵۸ هـ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۱ هیئت وزیران که متضمن حکم مذکور است، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار بوده است».

بنابراین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود بر ممنوعیت تعیین جریمه و مجازات از سوی دولت تأکید داشته و تسری افزایش بهای مصرف مشترکین به کل دوره آن‌ها را در حکم اعمال جریمه و مجازات دانسته است. تسری افزایش هزینه به کل دوره مصرف مشترکین «اعم از عادی و افزایش مصرف» را از دیدگاه اصل تناسب می‌توان بررسی کرد «بدین معنا که تعادل منطقی بین اهداف عمومی و منافع خصوصی ایجاد شود»^۱. واضح است که تسری افزایش قیمت به کل دوره مصرفی مشترکینی که افزایش مصرف داشته‌اند، «حتی زمان‌های مصرف عادی» بر خلاف اصل تناسب است؛ زیرا منجر به دریافت هزینه‌های اضافی از مصرف‌کنندگان می‌شود؛ چون آن‌ها باید در قبال دوره‌ای هم که مصرف عادی داشته‌اند، هزینه بیش‌تری نسبت به دیگر مشترکین پرداخت کنند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود به صراحت به اصل تناسب اشاره‌ای نداشته و این موضوع از نکات ضعف این رأی است. هم‌چنین دیوان در این دادنامه می‌توانست به حقوق مصرف‌کننده و اصل بهای ارزان خدمات عمومی استناد کند.

۱. زارعی، محمدحسین و مهدی مرادی برلیان، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاه ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، شماره ۶۶، ۱۳۹۳، ص ۱۴۹.

۲. ممنوعیت تبعیض ناروا در تعیین قیمت خدمات

اصل برابری در خدمات عمومی همان طور که پیش‌تر بیان شد، یکی از اصول کلاسیک خدمات عمومی است که در حق برابری مطرح در ماده (۱) اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ ریشه دارد. تبعیض ناروا در ارائه و تخصیص خدمات عمومی نیز بر اساس اصل برابری در خدمات عمومی ممنوع است. در عرضه خدمات عمومی، اصل برابری به صورت‌های گوناگون نمود پیدا می‌کند؛ از جمله در بهره‌مندی از خدمات عمومی، کمیت و کیفیت خدمات عمومی و قیمت خدمات عمومی. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۲۹۲ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱ مقرر داشته است که «بر اساس تبصره (۱) ماده (۱) قانون هدفمندکردن یارانه‌ها مصوب سال ۱۳۸۸، در خصوص قیمت‌های برق و گاز طبیعی، دولت مجاز است با لحاظ مناطق جغرافیایی، نوع، میزان و زمان مصرف، قیمت‌های ترجیحی را اعمال کند».

به نظر می‌رسد با این تبصره، به دولت در تعیین قیمت برق و گاز طبیعی، اجازه قیمت‌گذاری تبعیض‌آمیز مبتنی بر معیارهای مصرّح داده شده و به عبارتی، نوعی تبعیض روا^۲ در قیمت‌گذاری خدمات عمومی پیش‌بینی گردیده است. تبعیض روا نوعی تبعیض‌زدایی از طریق تبعیض است. این مفهوم عبارت است از «تفاوت حقوقی موقت در رفتار که قانون‌گذار آن را به نفع گروهی از اشخاص برای از میان برداشتن نابرابری‌های گذشته تجویز می‌کند».^۳ تعیین قیمت خدمات عمومی با توجه به مناطق جغرافیایی مشابه، نوع، میزان و زمان مصرف نیز تبعیض روایی برای حمایت از اصل برابری و منع تبعیض ناروا در ارائه خدمات عمومی به مصرف‌کنندگان است که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در رأی خود، با شناسایی آن برای حمایت از اصل برابری و ممنوعیت تبعیض ناروا در تعیین قیمت خدمات گام برداشته است.

۱. تمام افراد بشر آزاد به دنیا می‌آیند و از نظر حیثیت و حقوق با هم برابرند.

2. Positive Discrimination

۳. زارعی، محمدحسین و حمزه محمدی، «تبعیض روا در آموزش عالی ایران با تأکید بر سهمیه‌های خاص»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۶، ۱۳۹۲، ص ۹.

گفتار سوم. روش‌های تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی

تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی با استفاده از روش‌های مختلفی انجام می‌شود که هر یک دارای اثرات حقوقی و اقتصادی مختلفی است. در مبحث پیش رو، روش‌های تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی، «تعیین قیمت و تعیین سقف و کف قیمت» تشریح و رویه دیوان عدالت اداری نیز در این خصوص تحلیل می‌شود.

بند اول. تعیین قیمت^۱

اولین روش از روش‌های تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی، تعیین قیمت خدمات است. در این روش، دولت و نهادهای تنظیم‌گر، قیمت خدمات را مشخص می‌کنند و بنگاه‌ها موظف به رعایت قیمت اعلام‌شده هستند. نکته مهم در تعیین قیمت خدمات عمومی، توجه به شرایط بازار و عرضه و تقاضاست و اگر قیمت‌گذاری بدون توجه به شرایط بازار صورت گیرد، علاوه بر این‌که منجر به خسارت به تولیدکنندگان و ارائه‌کنندگان خدمات می‌شود، به مرور زمان باعث افزایش افسارگسیخته قیمت خدمات مربوط می‌شود و نارضایتی شهروندان و مصرف‌کنندگان را نیز فراهم می‌آورد. تعیین قیمت بدون در نظر گرفتن شرایط بازاری علاوه بر اختلال در خدمات‌رسانی به دلیل سوددهی نامناسب سبب کاهش کیفیت ارائه خدمات و احتمالاً توزیع رانت و بروز فساد می‌شود. تعیین تعرفه‌های جدید در ارائه خدمات برخلاف قانون و اصول حقوقی سبب دریافت هزینه‌های اضافی از شهروندان و مصرف‌کنندگان می‌شود که در تعارض با حقوق مصرف‌کنندگان است. در تمام این موارد، نهاد قضایی با نظارت خود می‌تواند از اقدامات و مصوبات خلاف قانون و دریافت هزینه‌های اضافی از شهروندان جلوگیری و به طور کلی، از حقوق مصرف‌کنندگان حمایت کند. از این رو، در ادامه، برخی از ضوابط مطرح در آرای دیوان عدالت اداری در خصوص تعیین تعرفه خدمات عمومی بررسی می‌شود.

۱. دارا بودن صلاحیت قانونی در تعیین تعرفه

دارا بودن صلاحیت قانونی برای تعیین تعرفه، یکی از اصلی‌ترین ضوابط مورد نظر دیوان عدالت اداری است. این ضابطه از این منظر بسیار اهمیت دارد که برخی از نهادها با تصویب مصوبات، اقدام

1. Price Determination

به تعیین و دریافت وجوهی تحت عناوین مختلف می‌کنند و از آن‌ها هزینه‌های اضافی می‌گیرند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۳۱۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳، در خصوص تصویب تعرفه «آبونمان تلفن» توسط کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات «با استناد به ماده (۴) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۱ و تبصره ماده (۶۰) قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۲، تبصره (۳) ماده (۶۲) قانون برنامه پنج‌ساله توسعه^۳ و بند (ب) و تبصره (۱) ماده (۱) قانون هدفمندکردن یارانه‌ها، دریافت هر گونه وجه توسط دستگاه‌های اجرایی را منوط به تصویب قانون کرده است و نظر به این‌که در قوانین، مجوزی برای اخذ آبونمان تلفن پیش‌بینی نشده است، تصویب مصوبه مورد شکایت را خلاف قانون دانسته و اقدام به ابطال آن کرده است».

هم‌چنین در دادنامه شماره ۴۸۶-۴۸۵ مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، بخش‌نامه شماره ۱۳۹۱/۶/۲۰.۰۹/۱۹۱۳۱ دبیر ستاد هدفمندکردن یارانه‌ها مبنی بر برقراری آبونمان ثابت ماهانه برای مشترکین گاز طبیعی را ابطال کرده و در رأی خود مقرر داشته است: «مطابق بند (ب) و تبصره (۱) ماده (۱) قانون هدفمندکردن یارانه‌ها مصوب سال ۱۳۸۸ مقرر شده است که قیمت‌گذاری گاز طبیعی با رعایت شرایط مندرج در مقررات مزبور بر عهده دولت است و مجوزی برای اخذ آبونمان گاز طبیعی پیش‌بینی نشده و ادعای دولت مبنی بر این‌که آبونمان، جزئی از قیمت گاز مصرفی است، منطبق با قانون نیست؛ زیرا آبونمان از کلیه مشترکین اعم از این‌که گاز مصرف کرده باشند یا خیر، اخذ می‌شود؛ در صورتی که قیمت گاز مصرفی فقط از مصرف‌کننده دریافت می‌گردد. از طرفی بر اساس ماده (۴) قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت و ماده (۶۰)

۱. دریافت هرگونه کالا و یا خدمات تحت هر عنوان از اشخاص حقیقی و حقوقی توسط وزارت خانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی غیر از مواردی که در مقررات قانونی مربوط معین شده یا می‌شود، هم‌چنین اخذ هدایا و کمک نقدی و جنسی در قبال کلیه معاملات اعم از داخلی و خارجی... ممنوع می‌باشد.

۲. دریافت و پرداخت هر گونه وجهی تحت هر عنوان توسط دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ۵ قانون محاسبات عمومی باید در چارچوب قوانین موضوعه کشور باشد. هر گونه دریافت و پرداخت برخلاف مفاد این ماده در حکم تصرف غیر قانونی در اموال دولتی است. کلیه مسئولان و مقامات ذی‌ربط، مدیران، ذی‌حسابان و مدیران مالی حسب مورد، مسئول اجرای این حکم می‌باشند.

۳. دستگاه‌های اجرایی مذکور در مقابل ارائه خدمات یا اعطای انواع مجوز حتی با توافق، مجاز به اخذ مبالغی بیش از آن‌چه در قوانین و مقررات قانونی تجویز شده است، نمی‌باشند. تخلف از اجرای این حکم و سایر احکام این ماده مشمول مجازات موضوع ماده ۶۰۰ قانون مجازات اسلامی است.

قانون الحاق موادی به قانون یادشده، دریافت هرگونه وجه توسط دستگاه‌های اجرایی، منوط به تصویب قانون است و چون مشخصاً قانون خاصی برای اخذ آبونمان وجود ندارد، بخش‌نامه مورد شکایت ابطال می‌شود».

دریافت آبونمان خدمات عمومی همواره یکی از موارد مورد اختلاف بین دیوان عدالت اداری و دستگاه‌های دولتی است؛ چون پرونده‌های بسیاری در این خصوص در دیوان عدالت اداری مطرح و به آن رسیدگی شده است. از طرفی، دریافت این تعرفه از شهروندان و مصرف‌کنندگان در خدمات مختلف، در افزایش هزینه‌ها و نارضایتی آن‌ها مؤثر است. در قوانین و مقررات جاری کشور از دریافت وجهی به عنوان «آبونمان» صحبتی نشده و واضح است که دریافت این تعرفه، اقدامی برخلاف قوانین و مقررات است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، دولت و نهادهای تنظیم‌گر با وضع مصوبات و تعرفه‌های غیرقانونی، هزینه‌های اضافی از شهروندان می‌گیرند که این اقدام با حقوق مصرف‌کنندگان متعارض است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با آرای خود از این اقدام جلوگیری و آرای در حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان صادر کرده و ضابطه تعیین تعرفه‌های جدید را دارا بودن صلاحیت قانونی در تعیین آن شمرده است.

۲. تغییر نکردن ماهیت تعرفه با تغییر عنوان آن

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۴۸۶-۴۸۵ مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴، دریافت آبونمان گاز طبیعی بر اساس بخش‌نامه دبیر ستاد هدفمندکردن یارانه‌ها را به دلیل نبودن قانون خاصی برای آن ابطال کرده است. پس از این موضوع، در جلسه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۴ شورای اقتصاد، تعرفه‌ای با عنوان «هزینه مستمر ماهیانه گاز طبیعی» به تصویب رسید و فرمولی برای محاسبه آن مشخص شد تا از مصرف‌کنندگان دریافت شود. به عبارتی، عنوان «آبونمان»، جای خود را به «هزینه مستمر ماهیانه» داده است. پس از این اقدام، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با شکایت شاکی پرونده از مصوبه شورای اقتصاد، در رأی دادنامه شماره ۱۱۲۷ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳ خود مقرر داشت: «با توجه به این‌که مطابق ماده (۹۲) قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مقرر شده است در صورت ابطال مصوبه‌ای در هیئت عمومی، رعایت مفاد رأی هیئت عمومی در تصویب مصوبات بعدی الزامی است و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

به موجب دادنامه شماره ۴۸۵.۴۸۶ مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴، بخش نامه شماره ۱۳۹۱/۶/۲۰.۰/۹۱/۱۹۱۳۱، دبیر ستاد هدفمند کردن یارانه ها در خصوص برقراری آبونمان ثابت ماهیانه برای مشترکین گاز طبیعی را به لحاظ مغایرت با قانون و نبودن قانون برای اخذ آبونمان ابطال کرده است. بنابراین، مصوبه جلسه مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۴ شورای اقتصاد در تعیین هزینه خدمات مستمر ماهیانه مشترکین گاز به لحاظ این که در تصویب این مصوبه مفاد رأی شماره ۴۸۵.۴۸۶ مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴ هیئت عمومی رعایت نشده و تغییر عنوان هزینه محل بحث از آبونمان به خدمات مستمر، مغیر ماهیت آن نیست، ابطال می شود».

بدیهی است شورای اقتصاد در این پرونده، همانند بخش نامه دبیر ستاد هدفمند کردن یارانه ها، تعرفه ای غیر قانونی وضع کرده و تنها با تغییر عنوان آن، درصدد قانونی جلوه دادن آن برآمده است. دیوان عدالت اداری نیز با ابطال مصوبه شورای اقتصاد در این رأی از حقوق مصرف کنندگان حمایت کرده و تغییر عنوان تعرفه غیر قانونی را باعث قانونی شدن آن ندانسته است. به عبارتی، می توان از رأی دیوان عدالت اداری در پرونده حاضر، ضابطه ای با عنوان «عدم تغییر ماهیت تعرفه با تغییر عنوان آن» شناسایی کرد. این اقدام دیوان عدالت اداری در جلوگیری از دریافت هزینه های اضافی از مصرف کنندگان مؤثر است و به عنوان یکی از نکات مثبت آرای دیوان برشمرده می شود.

بند دوم. تعیین سقف قیمت^۱ و تعیین کف قیمت^۲

دومین روش از تنظیم‌گری قیمت در بازار خدمات عمومی، تعیین سقف قیمت و کف قیمت برای ارائه خدمات است. هرگاه برای قیمت خدمات از سوی دولت و نهادهای تنظیم‌گر، سقف قانونی تعیین شود که به موجب آن، ارائه خدمات با قیمتی بالاتر از این سقف قانونی ممنوع شود، سیاست تعیین سقف قیمت اجرا شده است. این روش، سریع‌ترین اقدامی است که دولت و نهادهای تنظیم‌گر برای تنظیم قیمت هنگام بروز مشکلاتی در خصوص قیمت خدمات و با هدف حمایت از مصرف‌کنندگان انجام می‌دهند که شاید بتوان گفت برای آرام کردن بازار و کاهش فشار افکار عمومی رخ می‌دهد.

1. Price Ceiling

2. Price Floor

سیاست تعیین سقف قیمت نیز اگر بدون توجه به شرایط اقتصادی و صرفاً برای آرام کردن فضای بازار انجام شود، ممکن است در مرحله اول باعث آسیب به ارائه‌دهندگان خدمات و در مراحل بعدی منجر به آسیب به مصرف‌کنندگان و منافع عمومی جامعه شود. برای مثال، اگر دولت و نهادهای تنظیم‌گر، سقف قیمت ارائه خدماتی بسیار پایین‌تر از حد تعادلی آن تعیین کنند، شاهد هجوم مصرف‌کنندگان برای دریافت خدمات یادشده هستیم و قیمت پایین‌تر از حد تعادل آن‌ها سبب می‌شود ارائه‌دهندگان، تولید خود را کاهش دهند؛ چون مقدار سود آن‌ها با قیمت یادشده کاهش پیدا می‌کند. در نتیجه، در این شرایط، تقاضا برای دریافت خدمات افزایش و ارائه خدمات کاهش می‌یابد و به همین دلیل، رفاه جامعه پایین می‌آید.

از طرفی، برخی مصرف‌کنندگان حاضر به پرداخت هزینه‌ای بیش‌تر برای دریافت آن خدماتند و این موضوع باعث به وجود آمدن بازار سیاه و فساد می‌شود. این موضوع در ارائه خدمات عمومی بسیار پراهمیت‌تر است؛ چون در ارائه این خدمات با اصل استمرار روبه‌رویم و هرگونه اختلال یا نقص در ارائه این خدمات به سرعت موجب افزایش نارضایتی‌ها می‌شود و نظم عمومی را تهدید می‌کند. بنابراین، اجرای این سیاست، نیازمند بررسی دقیق و توجه به اوضاع و احوال و شرایط اقتصادی موجود است و زیر فشار گذاشتن ارائه‌دهندگان خدمات از این طریق ممکن است باعث نتایج زیان‌باری برای جامعه شود.

در مقابل سیاست سقف قیمت، گاهی دولت و نهادهای تنظیم‌گر، سیاست تعیین کف قیمت را برای حمایت از رقابت منصفانه در پیش می‌گیرند. سیاست کف قیمت خدمات به این صورت است که وقتی کالایی در قیمت تعادلی است، کف قیمت، مقداری از این میزان بالاتر تعیین می‌شود تا از این طریق برای ارائه‌دهندگان خدمات انگیزه ایجاد شود تا خدمات بیش‌تری ارائه کنند. البته برخلاف سیاست سقف قیمت، در سیاست کف قیمت، مصرف‌کنندگان برای دریافت خدمات با قیمت بالاتر، انگیزه بسیاری ندارند و این موضوع منجر می‌شود در جامعه با مازاد عرضه مواجه شویم.

استدلال اصلی برای انجام این سیاست، حمایت از رقابت و ارائه‌دهندگان خدمات است تا کاهش انگیزه در آن‌ها سبب نشود که هیچ‌گونه عرضه‌ای در جامعه رخ ندهد و اقتصاد کشور و ارائه خدمات عمومی در آن با اختلال مواجه شود. بنابراین، مشاهده می‌شود که اجرای هر دو سیاست ممکن

است به ارائه‌دهندگان، مصرف‌کنندگان و اقتصاد کشور آسیب بزند. با این حال، گاهی دولت و نهادهای تنظیم‌گر از این سیاست‌ها برای تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی استفاده می‌کنند. این موضوع نیز منجر به طرح دعوا در دیوان عدالت اداری شده است. یکی از پرونده‌های مهم در خصوص سیاست سقف قیمت، اختلاف بین شرکت‌های تولیدکننده برق و هیئت تنظیم بازار برق است که منجر به رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری شده است. بر این اساس، در ادامه، این پرونده بررسی و رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و ضوابط مورد نظر تحلیل می‌شود.

۱. شناسایی تعیین سقف قیمت به عنوان روش تنظیم‌گری قیمت

پیش‌تر بیان شد که سیاست تعیین سقف قیمت، یکی از روش‌های تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی محسوب می‌شود. تعیین سقف قیمت برای خرید برق از نیروگاه‌های تولیدکننده برق، یکی از روش‌هایی است که به موجب قانون و توسط «هیئت تنظیم بازار برق» در وزارت نیرو به منظور تنظیم‌گری قیمت این خدمت و تأمین برق مصرف‌کنندگان صورت می‌گیرد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۳۱۳ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸ مقرر داشته است که «بر مبنای بند (و) ماده (۱۳۳) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، وزارت نیرو مکلف است در صورت نیاز با حفظ مسئولیت تأمین برق به منظور ترغیب سایر مؤسسات داخلی به تولید هرچه بیش‌تر نیروی برق از نیروگاه‌های خارج از مدیریت آن وزارت خانه، بر اساس دستورالعملی که به تأیید شورای اقتصاد می‌رسد، نسبت به خرید برق این نیروگاه‌ها اقدام نماید و مطابق ماده (۶) دستورالعمل شورای اقتصاد، در صورت تحقق آمادگی ابرازشده و ارائه خدمات جانبی توسط نیروگاه‌هایی که بر اساس اولویت هزینه‌برداری، بیش از ۳۰۰ ساعت در سال، فرصت قرار گرفتن در آرایش تولید را دارند، بهای آمادگی به آن‌ها تعلق می‌گیرد». بنابراین، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این رأی، تعیین بهای آمادگی «تعیین سقف نرخ خرید برق از نیروگاه‌های تولیدکننده برق» را به عنوان یکی از روش‌های تنظیم‌گری قیمت خدمات برق شناسایی کرده است.

۲. تأکید بر به‌روزرسانی نرخ سقف قیمت بر اساس تغییرات اقتصادی

شرکت‌های تولیدکننده برق با شکایتی علیه هیئت تنظیم بازار برق در دیوان عدالت اداری، خواستار ابطال بند (۱) مصوبه شماره ۲۶۳ مورخ ۱۳۹۴/۵/۱۱ این هیئت شده‌اند. هیئت تنظیم بازار برق در

این بند، تغییر نیافتن سقف نرخ پایه آمادگی ساعتی تولید برق در سال ۱۳۹۴ را به تصویب رساند. بر اساس ادعای شاکیان، به موجب بند (و) ماده (۱۳۳) قانون برنامه پنجم توسعه، وزارت نیرو می‌بایست هر ساله با توجه به نرخ تورم و دستورالعمل شورای اقتصاد، این نرخ را تغییر دهد. بنابراین، اقدام هیئت تنظیم بازار برق در تصویب مصوبه مورد شکایت، مغایر قانون است؛ چون در سال‌های ۱۳۹۲ و ۱۳۹۳ این نرخ از طرف هیئت تنظیم بازار برق تغییر کرده بود. در مقابل، طرف شکایت در پاسخ خود بیان کرده است که تصویب مصوبه مورد شکایت کاملاً منطبق با شرایط قانونی بوده و این هیئت با در نظر گرفتن سازوکار رقابتی و با توجه به اهداف تنظیم‌گرانه خود، آن را تصویب کرده است. هم‌چنین هیئت تنظیم بازار برق به این نکته اشاره کرده است که تولیدکنندگان برق با اطلاع از شرایط و قیمت به توافق و انعقاد قرارداد دست زده‌اند. بنابراین، ادعای آن‌ها در خصوص قیمت مورد توافق پذیرفته نیست.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود مقرر کرده است که «بر مبنای بند (و) ماده (۱۳۳) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، وزارت نیرو مکلف است در صورت نیاز با حفظ مسئولیت تأمین برق به منظور ترغیب سایر مؤسسات داخلی به تولید هرچه بیش‌تر نیروی برق از نیروگاه‌های خارج از مدیریت آن وزارت‌خانه، بر اساس دستورالعملی که به تأیید شورای اقتصاد می‌رسد، نسبت به خرید برق این نیروگاه‌ها اقدام کند و مطابق ماده (۶) دستورالعمل شورای اقتصاد، در صورت تحقق آمادگی ابرازشده و ارائه خدمات جانبی توسط نیروگاه‌هایی که بر اساس اولویت هزینه‌برداری، بیش از ۳۰۰ ساعت در سال، فرصت قرار گرفتن در آرایش تولید را دارند، بهای آمادگی به آن‌ها تعلق می‌گیرد. نرخ پایه پرداخت بابت آمادگی در سال ۱۳۹۰ برابر با ۱۰۰ ریال به ازای یک کیلووات قدرت خالص آماده تولید برای یک ساعت می‌باشد. این نرخ در سال‌های بعدی برنامه پنجم توسعه در ابتدای هر سال با اعمال ضریب تعدیل توسط وزارت نیرو تعدیل و اعلام می‌شود. به موجب تبصره (۱) ماده (۶) مصوبه مزبور، از زمان راه‌اندازی بازار مبادلات ارزی، نرخ ارز این بازار مبنای محاسبه ضریب تعدیل فوق خواهد بود. نظر به این‌که بند (۱) مصوبه مورد شکایت برخلاف بند (و) ماده (۱۳۳) قانون یادشده و ماده (۶) دستورالعمل شورای اقتصاد بوده، لذا خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات وضع شده و ابطال می‌شود».

گفتیم که استفاده از سیاست سقف قیمت بدون توجه به شرایط اقتصادی ممکن است منجر به ضرر و زیان برای ارائه‌دهندگان خدمات و در نهایت، برای مصرف‌کنندگان و جامعه شود. با توجه به نرخ تورم سالانه و افزایش هزینه‌های تولید، ثابت نگه داشتن نرخ خرید خدمات از بخش خصوصی تولیدکننده برق و افزایش نیافتن آن سبب می‌شود این تولیدکنندگان در ارائه خدمات دچار مشکل شوند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز با رأی خود در حمایت از تولیدکنندگان برق، اقدام هیئت تنظیم بازار برق در تعیین سقف قیمت برخلاف قیمت تعادلی را مغایر قانون دانسته و بر به‌روزرسانی نرخ سقف قیمت بر اساس تغییرات اقتصادی تأکید کرده است.

هم‌چنین بر اساس دادنامه شماره ۴۴۲ - ۴۴۱ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۰ به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، به تسری ابطال بند (۱) مصوبه ۲۶۳ هیئت تنظیم بازار برق از تاریخ تصویب رأی داده است که این موضوع برای جبران خسارت‌های واردشده به تولیدکنندگان برق بسیار اهمیت دارد. نرخ تورم در سال‌های ۹۴ و ۹۵ طبق اعلام رسمی بانک مرکزی، کاهشی بوده، اما به نسبت تورمی که وجود داشته، هیئت تنظیم بازار برق موظف بوده است نرخ را متناسب با نرخ رسمی تورم افزایش دهد. بنابراین، با توجه به این‌که قیمت قرارداد مورد توافق طرفین از طریق این مصوبه مشخص شده است، ادعای هیئت تنظیم بازار برق مبنی بر توافق و پذیرفتن قیمت توسط شرکت‌های تولیدکننده برق نیز صحیح نیست. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به قرارداد مورد توافق طرفین و شرایط آن اشاره نداشته است.

هم‌چنین با توجه به اهمیت حیاتی ارائه خدمت برق‌رسانی به جامعه، هرگونه اختلال در ارائه آن باعث می‌شود تا جامعه دچار مشکلات گسترده شود. به عبارتی، این اقدام با اصل استمرار در ارائه خدمات عمومی تعارض دارد. برای مثال، ایجاد اختلال در برق‌رسانی، حیات بسیاری از بیماران را در بیمارستان‌های شهر به خطر می‌اندازد و بسیاری از مواد غذایی از بین می‌رود و موارد بسیاری مانند آن. همین مثال‌ها، اهمیت حیاتی ارائه این خدمات به جامعه را نمایان می‌کند که اختلال در آن باعث به وجود آمدن تهدیداتی علیه نظم عمومی و منافع عمومی جامعه می‌شود. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود به اصل استمرار خدمات عمومی اشاره‌ای نداشته است.

هم‌چنین یکی از اصول مهم در تنظیم‌گری، «پیش‌بینی‌پذیری»^۱ اقدامات و تصمیمات نهادهای تنظیم‌گر است. چون هیئت تنظیم بازار برق، دو سال متوالی، نرخ را تغییر داده بود، پیش‌بینی می‌شد این نرخ در سال‌های بعدی نیز تغییر کند، اما مصوبه این هیئت برخلاف اصل پیش‌بینی‌پذیری برای شرکت‌های تولیدکننده است. هیئت عمومی دیوان در متن رأی خود به این اصل نیز توجهی نداشته است.

نتیجه‌گیری

با توجه به نقش و جایگاه دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، رویه و ضوابط مورد نظر این نهاد در تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی بررسی شد. در حوزه حمایت از حقوق رقابت، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در آرای خود، در خصوص خدماتی هم‌چون حمل‌ونقل و نانوائی، ضوابطی مثل نص‌محوری و ممنوعیت امتناع از صدور مجوز کسب‌وکار به بهانه «اشباع بودن بازار» را در نظر گرفته است. در این میان، با وجود توجه طرفین شکایت به اصل «رقابت»، در آرای هیئت عمومی به آن استنادی نشده است که یکی از ضعف‌های آرای دیوان عدالت اداری شمرده می‌شود. دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد ناظر قضایی می‌تواند با شناسایی و طرح اصولی هم‌چون رقابت برای رویه‌سازی در این موضوعات گام بردارد.

هم‌چنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در آرای خود از حقوق مصرف‌کنندگان حمایت کرده و بر ممنوعیت تعیین جریمه و مجازات از سوی دولت و ممنوعیت تبعیض ناروا در تعیین قیمت خدمات که تجلی اصل برابری خدمات عمومی است، تأکید ورزیده است. در پرونده‌های مرتبط با تعیین قیمت خدمات عمومی نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به ضوابطی مانند دارا بودن صلاحیت قانونی در تعیین تعرفه و تغییر ندادن ماهیت تعرفه با تغییر عنوان آن توجه نشان داده و به آن‌ها تصریح کرده است. علاوه بر شناسایی تعیین سقف قیمت به عنوان یکی از روش‌های تنظیم‌گری، مصوبه هیئت تنظیم بازار برق مبنی بر ثابت ماندن سقف قیمت خرید برق از تولیدکنندگان برق را به دلیل غیر قانونی بودن آن و خسارت‌های فراوانی که به تولیدکنندگان رسانده، ابطال و در رأی خود بر به‌روزرسانی نرخ سقف قیمت بر اساس تغییرات اقتصادی تأکید کرده است. بنابراین، دیوان عدالت

1. Predictability

اداری با آرای خود در تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی اثرگذار بوده و در حمایت از رقابت و حقوق مصرف‌کنندگان و منافع عمومی جامعه، آرای صادر کرده است.

با وجود توجه به ضوابط مختلف در آرای دیوان عدالت اداری در تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی و صدور آرای در حمایت از رقابت و حقوق مصرف‌کنندگان، رویه این نهاد ضعف‌هایی هم دارد. دیوان عدالت اداری در آرای خود افزون بر استناد نکردن به اصل «رقابت»، به اصولی هم چون «برابری و استمرار خدمات عمومی، بهای ارزان خدمات عمومی، تناسب و پیش‌بینی‌پذیری» نیز به صراحت استناد نداشته است. همین موضوع از نکات منفی آرای دیوان عدالت اداری است؛ چون در جایگاه دادگاه عالی اداری می‌توانست با شناسایی و طرح این اصول برای تثبیت آن‌ها گام بردارد. بر این اساس و با توجه به موارد یادشده در این پژوهش پیشنهاد می‌شود دیوان عدالت اداری به ویژه هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی آن در پرونده‌های مرتبط با تنظیم‌گری قیمت خدمات عمومی به این اصول تصریح کنند تا علاوه بر تثبیت آن‌ها در رویه قضایی موجب توجه نهادهای تنظیم‌گر به این اصول در متن مصوبات مربوط گردند و از این طریق از رقابت در بازار حمایت شود و حقوق مصرف‌کنندگان و منافع عمومی نیز تأمین گردد.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف) کتاب

۱. باتلر، ایمون، اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی هایک، ترجمه: فریدون تفضلی، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ بیست و پنجم، ۱۴۰۱.
۳. نجارزاده هنجنی، مجید، دگرگونی حقوق خدمات عمومی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۴. هادی‌فر، داوود، نهادهای حقوقی تنظیم مقررات: ساختار و سازوکار اجرایی، تهران: عترت‌نو، چاپ اول، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. برزگر، عبدالرضا و ته‌مین‌ه رحمانی، «مطالعه مکانیسم نظارتی بر بازارهای مالی ایران در قلمرو نظم حقوق اقتصادی عمومی»، نشریه حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۰ و ۱۱، ۱۳۹۲.
۲. زارعی، محمدحسین و حمزه محمدی، «تبعیض روا در آموزش عالی ایران با تأکید بر سهمیه‌های خاص»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۶، ۱۳۹۲.
۳. زارعی، محمدحسین و مهدی مرادی برلیان، «مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاه ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، شماره ۶۶، ۱۳۹۳.
۴. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ۱۳۹۶.
۵. هداوند، مهدی و فرهاد جم، «مفهوم دولت تنظیم‌گر: تحلیل تنظیم‌گری به مثابه ابزار حکمرانی»، فصل‌نامه راهبرد، دوره سی‌ام، شماره ۹۹، ۱۴۰۰.

ج) گزارش

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «گزارش نظام ملی تنظیم‌گری (۱) مفهوم تنظیم‌گری و ارتباط آن با نظام حکمرانی»، تهران: دفتر مطالعات اقتصاد بخش عمومی، ۱۳۹۷.

د) پایان‌نامه

۱. کیا، فاطمه، «اصول بنیادین حاکم بر خدمات عمومی با تأکید بر قوانین، مقررات و رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

ه) دادنامه

۱. دادنامه شماره ۱۱۲۷ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲. دادنامه شماره ۱۲۹۲ مورخ ۱۴۰۰/۴/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳. دادنامه شماره ۱۳۱۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. دادنامه شماره ۳۱۳ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۵. دادنامه شماره ۴۸۶ - ۴۸۵ مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۶. دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۷. دادنامه شماره ۴۴۲ - ۴۴۱ مورخ ۱۳۹۹/۳/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۸. رأی وحدت رویه شماره ۱۸۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

2. Latin Source

1. Bach, David, & Newman, Abraham, Regulatory state, Encyclopedia Britannica, Retrieved from: www.britannica.com/topic/regulatory-state, 2016.
2. Hartlapp, Miriam, Measuring and comparing the regulatory welfare state: Social objectives in public procurement, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 2020.
3. Miller, C., J., Harvey, Brian. W & Parry, Deborah L., Consumer and Trading Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 1998.
4. Walden, Ian, Telecommunications Law and Regulation, Oxford University Press, Third Edition, 2009.
5. Windholz, Eric, & Hodge, Graeme A., Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity, Monash University Law Review, 2012.

ماهیت‌شناسی دیوان محاسبات کشور و اقتضات حقوقی آن (نگاهی تحلیلی - انتقادی به نظرهای شورای نگهبان)

مصطفی منصوریان^۱

علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی^۲

چکیده

بر بنیاد اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی، دیوان محاسبات کشور زیر نظر مجلس شورای اسلامی، عهده‌دار نظارت مالی بر اجرای بودجه و تهیه گزارش تفریغ بودجه است. شورای نگهبان وفق اصل ۹۴ قانون اساسی و در راستای بررسی مغایرت نداشتن مصوبات مجلس با موازین اسلام و قانون اساسی، مواجهه‌ای با این دو اصل داشته که در برخی موارد قابل انتقاد است.

بررسی تحلیلی-انتقادی نظرهای شورای نگهبان که در پدیدار شدن قوانین نقشی کاملاً مؤثر دارد، می‌تواند به بازشناسی نهاد دیوان محاسبات کشور در چارچوب حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران بیانجامد. از همین رو، پرسش اصلی این پژوهش به چستی ماهیت دیوان محاسبات کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأمل در آرای شورای نگهبان اختصاص یافته است. یافته‌های پژوهش حاضر با اتکا به داده‌های کتاب‌خانه‌ای و رویکردی تحلیلی، انتقادی بیانگر آن است که دیوان محاسبات کشور، نهادی مستقل، صرفاً نظارتی و بدون صبغه اجرایی است. با این حال، هماهنگی و هم‌گرایی آن با دیگر نهادهای نظارتی مربوط و با حفظ استقلال نباید مغایر با قانون اساسی تلقی شود. هم‌چنین این نهاد با وجود برخورداری از صلاحیت‌های قضایی، مرجعی غیر قضایی است. بنابراین، تجدیدنظرپذیری تصمیمات آن نزد محاکم قضایی باید امکان‌پذیر باشد. **واژگان کلیدی:** اصل ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی، دیوان محاسبات کشور، شورای نگهبان، غیر قضایی، غیر اجرایی، محکمه تجدیدنظر.

۱. گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران، mansourian@ujas.ac.ir

۲. حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران، (نویسنده مسئول)، alireza.jafarza-

مقدمه

هر نظام حقوقی به منظور رسیدن به اهداف خرد و کلان خود، ناگزیر از طراحی یک منظومه مالی و ساختارهای اجرایی برای تحقق آن است. رسیدن این منظومه به اهداف خود بدون نظارت مالی بر هزینه‌کردها در مقام اجرا ممکن نخواهد بود. از همین رو، همه نظام‌های حقوقی، فارغ از نوع اندیشه حاکم، نهادهای ناظر مالی را پیش‌بینی کرده‌اند؛ نهادهایی برای بررسی و تطبیق عملیات مالی با برنامه‌های طراحی شده با هدف جلوگیری از انحراف نسبت به اهداف تعیین شده در برنامه یا تصحیح انحرافات احتمالی.^۱ نهاد ناظر بر بودجه در فرآیند نظارت مالی، همه اقدامات را با برنامه‌های تدوین شده در قالب‌های گوناگون، اعم از قانون و مقرر انطباق می‌دهد تا از انحراف‌های احتمالی جلوگیری کند.^۲

این مأموریت در اصل ۵۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به دیوان محاسبات کشور محول شده است که مستقیم زیر نظر مجلس شورای اسلامی و سازمان و اداره آن به موجب قانون خواهد بود. اصل ۵۵ قانون اساسی نیز دو تکلیف بنیادین حسابرسی یا رسیدگی به کلیه حساب‌های دستگاه‌های برخوردار از بودجه کل کشور (و نه فقط اعتبارات مندرج در قانون بودجه)^۳ به منظور اطمینان نسبت به عدم تجاوز هزینه‌ها از اعتبارات مصوب و مصرف وجوه در محل خود و هم‌چنین تهیه گزارش تفریغ بودجه و تسلیم آن به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی را برای این دیوان معین کرده است. مبنای وضع هر هنجار حقوقی، رسیدن به هدف حقوق یعنی تأمین نیاز جامعه در زمینه‌های مختلف از جمله برقراری نظم و عدالت و بهبود اقتصاد است.^۴ پس پیش‌بینی دیوان محاسبات کشور نیز اعمال آن بخش از وظایف و اختیارات نظارتی قوه مقننه بر قوه مجریه به

۱. امامی، محمد، حقوق مالیه عمومی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۱۵.

۲. الماسی، حسن و ابوالفضل اشرف‌پور، «شناسایی مبانی قانونی و حقوقی تفریغ بودجه و جایگاه دیوان محاسبات کشور در تهیه آن»، نشریه بررسی‌های حقوقی، شماره ۵، ۱۳۹۲، ص ۱۰۶.

۳. ابوالحسنی، محسن، ولی رستمی و محمد جواد رضایی‌نژاد، «محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۴۰۲، ص ۱۰۵.

۴. کانونیان، ناصر، فلسفه حقوق (جلد ۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص ۴۵۵.

شمار می‌رود که بر امور مالی و مشخصاً بودجه سالانه معطوف شده^۱ و قانون‌گذار اساسی از این مجرا در پی تأمین نظم مالی، عدالت و ارتقای کارآمدی نظام اقتصادی است.^۲

با گذشت سال‌ها از طراحی و عملیاتی شدن نهاد دیوان محاسبات کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، بازشناسی جایگاه و ماهیت این نهاد با توجه به رخدادهای حقوقی، ضروری به نظر می‌رسد. از جمله رخدادهای مؤثر در نظام حقوقی موجود، نظرهای شورای نگهبان است که در اصل ۹۱ قانون اساسی، مسئول پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی دانسته شده است. بر این اساس، تعمق و تأمل در مبانی آرای این نهاد، علاوه بر این‌که برای فهم قانون اساسی، امری ضروری و ناگزیر است، به قاعده‌گذاری و وضع ضابطه در راستای عملیاتی شدن آن نیز کمک شایانی خواهد کرد. مبتنی بر این ضرورت، ترسیم حدود جایگاه و ماهیت سازمانی دیوان محاسبات کشور، نیازمند بررسی همه‌جانبه نظرهای شورای نگهبان درباره این نهاد است و بدون توجه به آن‌ها نمی‌توان به فهم صحیحی درباره این سازمان دست یافت.

از این رو، موضوع اصلی پژوهش حاضر عبارت است از بررسی و تحلیل حقوقی ماهیت دیوان محاسبات کشور با تأکید بر نقد و بررسی نظرهای شورای نگهبان. در این راستا به این پرسش‌ها باید پاسخ داد که آیا دیوان محاسبات کشور فراتر از ماهیت نظارتی از ماهیت اجرایی یا ماهیت قضایی نیز برخوردار است؟ ماهیت دیوان محاسبات کشور چه لوازم و آثاری را از جهت تعامل با دیگر نهادهای نظارتی و نیز جایگاه آرای صادرشده به دنبال دارد؟ فرضیه این نوشتار آن است که دیوان محاسبات کشور صرفاً نهادی نظارتی (شبه قضایی و غیر اجرایی) است. با این حال، تعامل و همکاری آن با دیگر نهادها، با حفظ استقلال و همه‌صلاحیت‌ها در تغایر با قانون اساسی به نظر نمی‌رسد. هم‌چنین مبتنی بر غیر قضایی بودن این نهاد (از جمله محکمه تجدیدنظر)، آرای صادرشده از آن باید نزد محاکم قضایی قابل تجدیدنظر باشد.

برای رسیدن به پاسخ تفصیلی و دقیق به پرسش‌های این پژوهش، از آرا و نظرهای شورای نگهبان،

۱. ایمانی، عباس و امیررضا قطمیری، قانون اساسی در نظام حقوقی ایران: پیشینه، آموزه‌ها، قوانین، تهران: نامه هستی، ۱۳۸۸، ص ۴۱۶.

۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، صص ۱۴۲۴-۱۴۲۳.

قابل دسترسی در «سامانه جامع نظرات شورای نگهبان» بهره‌گرفتیم تا با احصای تمام نظرهای این شورا مبنی بر مغایرت و تا حد امکان، مغایرت نداشتن مصوبات با شرع و قانون اساسی، مجموعه‌ای تقریباً کامل از منظومه دیدگاه‌های دادرسی اساسی ناظر به جایگاه و ماهیت نهاد دیوان محاسبات کشور به دست آید و مبتنی بر آن، تحلیل‌های مناسب حقوقی ارائه گردد.

جایگاه دیوان محاسبات کشور در آثاری مانند کتاب‌های مالیه عمومی به صورت کافی بررسی شده است.^۱ هم‌چنین حدود صلاحیت نظارتی این نهاد، موضوع برخی مقاله‌ها مانند مقاله «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات کشور بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، اثر کدخدایی و همکاران (۱۳۹۸) و هم‌چنین مقاله «محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، اثر ابوالحسنی و همکاران (۱۴۰۲) است.

در این میان، آن‌چه این اثر را از آثار مشابه موجود و البته محدود دیگر متمایز می‌سازد، بازشناسی تحلیلی این نهاد در پرتو تحلیل و نقد نظرهای شورای نگهبان است که نوآوری و ابتکار پژوهش پیش رو به شمار می‌رود. این پژوهش در راستای پاسخ به پرسش اصلی خود، زیر دو عنوان «اجرایی بودن یا نبودن» و «قضایی بودن یا نبودن»، ماهیت دیوان محاسبات کشور را با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان بررسی و تحلیل می‌کند. در همین راستا، در بخش اول به تبیین ماهیت نظارتی، غیر اجرایی و غیر قضایی دیوان محاسبات کشور و در بخش دوم به لوازم ماهیت دیوان در پرتو نظرهای شورای نگهبان پرداخته می‌شود. در بخش اخیر، به طور مشخص، «سازگاری تعامل دیوان با دیگر مراجع نظارتی» و «لزوم تجدیدنظرپذیری آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور» بررسی می‌شوند.

۱. مانند این کتاب‌های حقوق مالی و مالیه عمومی:

(۱) رنجبری، ابوالفضل و علی بادامچی، حقوق مالی و مالیه عمومی به ضمیمه قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ و

اصلاحات بعدی آن، تهران: مجد ۱۳۹۰، صص ۱۷۳، ۱۶۹.

(۲) رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۵، صص ۳۳۰، ۳۳۰.

(۳) موسی‌زاده، ابراهیم، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۸، صص ۴۳۴، ۴۲۰.

گفتار اول. ماهیت دیوان محاسبات کشور از منظر شورای نگهبان

ماهیت نظارتی دیوان محاسبات کشور به دلیل تصریح اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی که زیر نظر مجلس شورای اسلامی به همه حساب‌های وزارت خانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و دیگر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، رسیدگی یا حسابرسی می‌کند که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد، امری مسلم و تردیدناپذیر است. در عین حال، در این خصوص که آیا دیوان محاسبات کشور، مرجعی اجرایی و قضایی نیز به شمار می‌آید یا خیر، نکاتی قابل بیان است که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. ماهیت نظارتی و غیر اجرایی دیوان محاسبات کشور

چنان‌که در اصل ۵۵ و هم‌چنین «قانون دیوان محاسبات کشور» تصریح شده است، قلمرو اختیارات و وظایف این دیوان در کنترل و نظارت مالی منحصر به فرد خود خلاصه می‌شود که فلسفه وجودی این نهاد را تشکیل می‌دهد. از این رو، دیوان محاسبات کشور فعالیت اجرایی ندارد و سپردن وظایف و اختیارات اجرایی یا غیر نظارتی به آن، مغایر قانون اساسی تلقی می‌شود. ضمن این‌که طبق اصل استقلال قوا (موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی) نمی‌توان دستگاهی را که از نظر تشکیلاتی ذیل یک قوه است، به تبعیت از قوه دیگر واداشت و در ساختار آن جای‌گذاری کرد؛ زیرا به اقتضای این اصل، هیچ قوه‌ای حق انجام وظایف قوه دیگر را ندارد، هم‌چنان‌که از دخالت در قلمرو دیگری نیز منع شده است.^۱ شورای نگهبان نیز در همین راستا با تأکید بر ماهیت نظارتی دیوان محاسبات کشور، بر غیر اجرایی بودن آن تصریح کرده و قرار دادن آن ذیل قوه مجریه یا تحت امر شخص رئیس جمهوری را مغایر با قانون اساسی تشخیص داده است.

در این راستا می‌توان به «لایحه برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۷۸/۹/۱۰ مجلس شورای اسلامی اشاره کرد که در ماده ۳ آن،^۲ تشکیل

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۴، ص ۱۱.

۲. ماده ۳. منظور ایجاد هماهنگی و جلوگیری از تداخل نهادهای نظارتی و کاستن از فعالیت‌های موازی و غیر لازم امور نظارت و بازرسی، شورای عالی نظارت و بازرسی با عضویت رئیس سازمان برنامه و بودجه، دبیر کل سازمان امور اداری و استخدامی کشور، وزیر امور اقتصادی و دارایی، رئیس دیوان محاسبات کشور و رئیس سازمان بازرسی کل کشور زیر

«شورای عالی نظارت و بازرسی» با عضویت برخی مسئولان از جمله رئیس دیوان محاسبات کشور برای ایجاد هماهنگی و جلوگیری از تداخل وظایف نهادهای نظارتی زیر نظر رئیس جمهوری منظور شده بود. شورای نگهبان در مقام اظهارنظر درباره آن در نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۸۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲ تصریح داشت: «نظر به این‌که ماده ۳ قانون شامل دستگاه‌های نظارتی غیر اجرایی نیز می‌شود، مغایر اصول ۵۴، ۵۷ و ۱۷۴ قانون اساسی شناخته شد.» مجلس شورای اسلامی نیز در لایحه اصلاحی خود در مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱۷ با حذف این ماده، نظر شورای نگهبان را تأمین کرد.^۱ صرف نظر از این نکته که دیوان محاسبات کشور به درستی مرجعی صرفاً نظارتی و غیر اجرایی به شمار می‌آید، در خصوص این‌که این مسئله چه ملازمه‌ای در برقراری تعامل دیوان با دیگر نهادهای نظارتی دارد، در گفتار دوم بحث شده است.

بند دوم. ماهیت غیر قضایی دیوان محاسبات کشور

فقه اسلامی برای صحت قضاوت و تنجز آن، شروط و احکام متعددی برای قاضی و قضاوت آن قائل شده است که رعایت آن‌ها گاهی حجیت احکام مراجع قضایی را نیز ساقط و فاقد اعتبار می‌گرداند.^۲ قانون اساسی نیز در همین راستا، اعمال قوه قضاییه را مشروط به عمل بر اساس موازین اسلامی، عدالت و اجرای حدود الهی می‌داند.^۳ بدیهی است این مؤلفه‌ها جز با تدوین قوانین قضایی اسلام و اجرای آن‌ها به دست قضات عادل و شایسته و مشروط به شرایط فقه اسلامی حاصل نمی‌شود.^۴ اساساً در نظام اسلامی، دستگاه صلاحیت‌دار قضایی از حق الزامی حاکمیت قضایی برخوردار است و منظور از حاکمیت قضایی، لزوم مراجعه به مراجع صلاحیت‌دار در امر قضا و تسلیم بودن در برابر

نظر رئیس جمهور تشکیل می‌شود. این شورا موظف است ضمن اعمال هماهنگی در فعالیت نهادهای نظارتی نسبت به شناسایی و تعطیل کلیه فعالیت‌هایی که با ماهیت نظارت و بازرسی در کشور مغایرت داشته و بدون مجوزهای لازم قانونی انجام می‌گیرد، اقدام و «لایحه سامان‌دهی امور نظارت و بازرسی کشور» را با هدف جلوگیری از فعالیت‌های تکراری و استقرار نظام کارآمد نظارت ملی با ایجاد پوشش نظارتی کامل تهیه و پس از تصویب هیئت وزیران جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم کند.

۱. نک: www.slink.shora-gc.ir/f0Qsf.

۲. عمید زنجانی، عباس‌علی، کلیات حقوق اساسی ایران، تهران: مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۳۵.

۳. اصل ۶۱ قانون اساسی.

۴. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ هجدهم، ۱۳۹۶، ص ۶۳.

احکام آن است.^۱ بنابراین، قرار دادن رسیدگی (قضایی قطعی) به شکایات و تظلمات اشخاص در صلاحیت نهادهایی خارج از قوه قضاییه، امری مغایر با قانون اساسی و فاقد جایگاه اساسی در نظام حقوقی ایران است.^۲

شورای نگهبان در موارد بسیاری با تشکیل نهادهای قضایی خارج از ساختار و تسلط قوه قضاییه مخالفت کرده است. این شورا در مقام اظهار نظر درباره «طرح تجدید نظر در قانون دیوان محاسبات و تشکیلات اداری دیوان مزبور»، مصوب ۱۳۵۹/۹/۱۷ مجلس شورای اسلامی، در نظر شماره م/۳۹ خود مورخ ۱۳۵۹/۰۹/۲۰ اعلام داشت: «چون ماده واحده به صورتی که تنظیم شده و مخصوصاً با توجه به بند ۳ آن که ناظر بر قانون سابق دیوان محاسبات است، دیوان محاسبات را نوعی محکمه قضایی اختصاصی قرار می‌دهد، با اصل ۵۵ و صراحت اصل ۶۱ قانون اساسی مغایرت دارد.» این نظر به این دلیل است که فرض دیوان محاسبات کشور به عنوان محکمه قضایی اختصاصی علاوه بر استلزام تصور یک نهاد قضایی خارج از تشکیلات قوه قضاییه با اصل ۵۵ نیز که دیوان محاسبات کشور را نهادی نظارتی می‌داند، مغایرت دارد.^۴ با حذف بند سوم ماده واحده توسط نمایندگان، نظر شورای نگهبان تأمین شد.^۵

این رویکرد شورای نگهبان در موارد دیگری مانند نظارت این شورا بر «طرح دیوان محاسبات کشور»، مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۱۳ و همچنین «طرح اصلاح قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ مجلس شورای اسلامی و الحاق یک ماده به آن»، مصوب ۱۳۷۰/۳/۷ مجلس شورای اسلامی^۶ نیز قابل مشاهده است. بنابراین، دیوان محاسبات کشور به عنوان نهاد زیرمجموعه مجلس شورای اسلامی

۱. عمید زنجانی، عباس علی، مبانی فقهی کلیات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۸، ص ۳۵۱.

۲. پروین، خیرالله و حسین آیین‌نگینی، «صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض از آرای مراجع شبه قضایی» (تأملی بر یک رأی)، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹، ص ۳۲.

۳. بند سوم: رئیس دیوان محاسبات، دستور ابلاغ آرای شعب دیوان را صادر می‌نماید.

۴. حبیب‌نژاد، سید احمد، حقوق مالیه عمومی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸، ص ۱۱۷.

۵. نک: www.slink.shora-gc.ir/PegMV.

۶. نک: www.B2n.ir/d09432.

۷. نک: www.B2n.ir/t85765.

برای نظارت مالی، از ماهیت اداری و تخصصی برخوردار است و مطابق قوانین موجود، حق صدور رأی قضایی ندارد. در نهایت، در صورت اصرار بر اختیار مبنی بر صدور هر گونه رأی، این آرا را باید در حکم تصمیمات اداری قلمداد کرد که در مراجع قضایی قابل شکایت خواهند بود.^۱ هیئت‌های مستشاری نیز در صورت احراز وقوع جرم، پرونده را برای تعقیب به مراجع قضایی ارسال خواهند کرد.^۲

گفتار دوم. اقتضائات حقوقی مترتب بر ماهیت دیوان محاسبات کشور در پرتو نظرای شورای نگهبان

ماهیت دیوان محاسبات کشور مبتنی بر آن‌چه گذشت، برخی اقتضائات حقوقی دارد که در این قسمت به دو مورد پرداخته می‌شود که در نظرای شورای نگهبان نمود بیرونی داشته است. اقتضای نخست، سازگاری همکاری و تعامل دیوان محاسبات کشور با دیگر نهادهای نظارتی و اقتضای دوم، تجدیدنظرپذیری آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور بر مبنای غیر قضایی بودن این آراست. در ادامه به تبیین این دو موضوع پرداخته می‌شود:

بند اول. لزوم همکاری و تعامل دیوان محاسبات کشور با دیگر نهادهای نظارتی

شورای نگهبان مبتنی بر این‌که دیوان محاسبات کشور، نهادی صرفاً نظارتی و غیر اجرایی است، به طور مطلق به ناسازگاری آمیختگی دیوان با دیگر نهادهای نظارتی نظر داشته است. یکی از این موارد، تصویب ذیل ماده ۱۶۱ «لایحه برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران»، مورخ ۱۳۸۳/۲/۱۳ است که به تشکیل شورای عالی نظارت کشور به منظور پیش‌بینی راهکارهای تقویت و کارآمد کردن نظام بازرسی و نظارت و گردش صحیح اطلاعات بین سازمان‌های نظارتی، حذف وظایف تکراری و موازی سازمان‌های متولی بازرسی و نظارت و هماهنگی رویه‌های اجرایی سازمان‌های نظارتی نظر داشت. شورای نگهبان، ایجاد این شورا را مغایر با قانون اساسی تشخیص داد و چنین اظهار داشت: «ماده ۱۶۱ از این نظر که موجب خلط وظایف قوای سه‌گانه و نقض وظایفی است که طبق قانون اساسی بر عهده نهادهای غیر وابسته به قوه مجریه گذاشته

۱. طاهری، محسن، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۵، ص ۹۷.

۲. تبصره ۲ ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات کشور.

شده است، مغایر اصول ۵۴، ۵۵ و ۵۷ و بند ۳ اصل ۱۵۶ و اصول ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون اساسی شناخته شد.^۱ این نظر منجر به حذف این ماده و کنار گذاشتن ابتکار شورای نظارتی گردید.^۱

ماده ۱۹۶ «لایحه برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران»، مصوب ۱۳۸۹/۹/۱۸ مجلس شورای اسلامی نیز به همین ترتیب با مخالفت شورای نگهبان، مغایر قانون اساسی تشخیص داده شد. این ماده اشعار می‌داشت: «به منظور تقویت نهادهای نظارتی کشور، کارآمد نمودن نظام نظارت، حذف اقدامات موازی، شفاف‌سازی، ایجاد هماهنگی، ارتقای بهره‌وری و تقویت مدیریت کشور، شورای دستگاه‌های نظارتی کشور متشکل از دو نفر از مسئولین نظارتی هر قوه با انتخاب رئیس قوه با حفظ استقلال دستگاه‌ها و انجام وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های قانونی هر یک از آن‌ها در حدود مقرر در قانون اساسی تشکیل می‌شود». شورای نگهبان در نظر ۸۹/۳۰/۴۰۹۶۸ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۶ بیان داشت: «در ماده ۱۹۶، تشکیل شورای دستگاه‌های نظارتی کشور، مغایر اصول ۵۴، ۵۵، ۵۷، ۶۰، ۷۶، ۸۷، ۹۰ قانون اساسی شناخته شد.» پس از اصلاح غیر مؤثر مجلس و ایراد مجدد شورای نگهبان، اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد و مجمع در تاریخ ۱۳۹۳/۸/۲۴ آن ماده را به عنوان ماده ۲۲۱ به این صورت تصویب کرد: «به منظور ایجاد هماهنگی برای کارآمد نمودن نظام نظارت و ارتقای بهره‌وری و برای تقویت مدیریت کشور، شورای دستگاه‌های نظارتی متشکل از دو نفر از مسئولین نظارتی هر قوه با انتخاب رئیس قوه با حفظ استقلال هر یک از آن‌ها در حدود مقرر در قانون اساسی تشکیل می‌شود. دستورالعمل اجرایی این ماده و نحوه تشکیل جلسات شورا، نحوه تصمیم‌گیری و نحوه پی‌گیری تصمیمات، ظرف ۶ ماه سال اول برنامه به پیشنهاد اعضای شورا و با توافق سران قوا تعیین می‌گردد».^۲

«طرح اصلاح موادی از قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور»، مصوب ۱۳۹۳/۲/۲۲ نیز با چنین ایرادی مواجه شد. بند (ب) ماده ۱۱ این طرح، یکی از صلاحیت‌های سازمان را اقدام در این مورد

۱. نک: www.B2n.ir/b51404

۲. نک: www.B2n.ir/y83464. هم‌چنین گفتنی است ماده ۷ «طرح عضویت و لغو عضویت نمایندگان مجلس شورای اسلامی در برخی از شوراهای عالی، شوراها، مجامع و سایر هیئت‌ها» مصوب ۱۳۹۲/۷/۲۷ مجلس نیز تشکیل چنین شورایی را پیش‌بینی کرده بود که همان ایراد وارد بر ماده ۱۹۶ لایحه برنامه پنجم عیناً توسط شورای نگهبان اعلام شد. نک: www.B2n.ir/w89810

قلمداد کرده بود: «ایجاد هماهنگی‌های لازم، مستمر و منظم با مسئولان دستگاه‌های نظارتی کشور با حفظ استقلال و اختیارات قانونی و ذاتی هر دستگاه به منظور ارتقای کیفی و کمی و افزایش اثربخشی اقدامات نظارتی و پرهیز از کارهای موازی و غیر ضرور و تقویت مدیریت کشور و ارائه گزارش نتایج حاصله به رؤسای قوای سه‌گانه». شورای نگهبان در نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۸۴۸ مورخ ۱۳۹۳/۳/۵ این بند را به دلیل پیش‌گفته، واجد ایراد دانست و اعلام کرد که هم‌چون موارد مشابه قبلی در این زمینه، واگذاری ایجاد هماهنگی‌های لازم، مستمر و منظم به سازمان بازرسی کل کشور، مغایر اصول قانون اساسی از جمله ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی است. در نهایت، مجلس شورای اسلامی برای رفع ایراد شورا، بند (ب) این ماده را حذف کرد.^۱

بر این اساس، «خلط وظایف قوای سه‌گانه»، «نقض استقلال نهادهای نظارتی» و «نقض وظایف نهادهای غیر وابسته به قوه مجریه»، ایرادهای اصلی مورد نظر شورای نگهبان در این دست مصوبات بوده‌اند. به بیان دیگر، دیوان محاسبات کشور در اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی و هم‌چنین موادی از قانون خاص خود،^۲ نهادی نظارتی، در عرض دیگر نهادهای نظارتی، ذیل قوه مقننه و برای حسابرسی بودجه در نظر گرفته شده است و موظف به هماهنگی یا سازگار ساختن خود با هیچ مرجع و نهاد نظارتی دیگری نیست. هم‌چنان‌که پیداست، این ایراد از این جهت محل تأمل است که ایجاد هماهنگی میان دستگاه‌های ناظر برای رسیدن به مقصود نهایی قانون اساسی یعنی کنترل کارآمد،^۳ با حفظ «استقلال نهادهای نظارتی» و انجام وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های قانونی هر یک از نهادهای نظارتی «در حدود مقرر در قانون اساسی» با اصول یادشده مغایرتی ندارد.

توجه به غایت و فلسفه جعل چنین اصولی و به تبع آن، ارائه نظر غایت‌گرایانه، تا حد زیادی به رفع چنین اشکال‌هایی کمک خواهد کرد. به دیگر تعبیر، اگر در معنای «هماهنگی» تأمل شود، می‌توان به سهولت دریافت که لزوماً و بلکه در بیش‌تر موارد، معنایی مغایر با استقلال دستگاه‌ها از آن استنباط نمی‌شود و اساساً فهم نفی استقلال از هماهنگی بسیار بعید می‌نماید. هماهنگی میان دستگاه‌های نظارتی کشور به ویژه دیوان محاسبات کشور و سازمان بازرسی کشور می‌تواند بخش

۱. نک: www.B2n.ir/b08723.

۲. مانند مواد ۱ و ۹ قانون دیوان محاسبات کشور: www.B2n.ir/q71074.

۳. آجرلو، اسماعیل، حقوق اساسی کشورهای اسلامی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵، ص ۱۰.

مهمی از موازی‌کاری‌های موجود میان این دستگاه‌ها را حل کند که از معضلات بزرگ نظارت به شمار می‌رود و کمک بزرگی به ارتقای کارآمدی نظام نظارتی کند. بنابراین، در یک تحلیل و برآورد کلی می‌توان گفت شورایی که خروجی آن، هم‌فکری، هم‌گرایی و تشریک مساعی مسئولان و نهادهای نظارتی در راستای ترقی و تکامل نظارت (با حفظ استقلال هر نهاد) باشد، قطعاً دیوان محاسبات کشور را به تحقق اهداف اساسی خود نزدیک‌تر خواهد ساخت.

به «دستورالعمل اجرایی ماده ۲۲۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام»^۱ نیز می‌توان به عنوان تأیید غیر اجرایی بودن شورای دستگاه‌های نظارتی توجه کرد. مفاد این دستورالعمل، گویای کارکرد غیر اجرایی و صرفاً نظارتی این شورا است که رئیس دیوان محاسبات کشور نیز یکی از اعضای معرفی شده از سوی قوه مقننه به آن بود. این دستورالعمل، وظایفی هم‌چون ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های نظارتی برای اجرای برنامه‌های نظارت و بازرسی، ارائه پیشنهادهای مناسب به دستگاه‌های ذی‌ربط برای ارتقای سلامت اداری، تهیه گزارش‌های مشترک بین دستگاهی و تبادل اطلاعات را برای این شورا پیش‌بینی کرده بود که اساساً ماهیت نظارتی و غیر اجرایی دارند. بر این اساس، نه تنها تأسیس چنین نهادهایی قابل توجیه قلمداد می‌شود، بلکه عنایت به «استقلال» و لزوم انجام وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های قانونی آن‌ها «در حدود مقرر در قانون اساسی» بیانگر مغایرت نداشتن آن‌ها با قانون اساسی است؛ چون با این قیود، استقلال و ماهیت نظارتی و غیر اجرایی دیوان محاسبات کشور و به طور کلی، مفاد اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی با چالشی مواجه نیست.

به این نکته نیز باید توجه داشت که آن‌چه در اصل ۵۷ قانون اساسی آمده، استقلال قوای نسبی است و نه مطلق^۲ که بنا بر آن، همکاری قوای سه‌گانه در قالب قانون به منظور کارآمدی حداکثری، ایراد ندارد و مخل استقلال آن‌ها نیست. با توجه به نسبی بودن استقلال قوا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ارزش ذاتی نداشتن اصل استقلال قوا، هرچند تعیین میدان همکاری و

۱. دستورالعمل تشکیل شورای دستگاه‌های نظارتی (تفاهم‌نامه میان معاون برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور، معاون نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی، رئیس دیوان عدالت اداری، وزیر اطلاعات، رئیس دیوان محاسبات کل کشور و رئیس سازمان بازرسی کشور). نک: www.slink.shora-gc.ir/kCHhZ.

۲. طاهری، پیشین، ص ۱۱۷.

تشریک مساعی قوا تصریحاً یا تلویحاً باید توسط قانون اساسی مشخص گردد و قانون‌گذار عادی رأساً حق ورود به این حوزه را ندارد، اما از منظر حقوقی، همکاری یا تداخل نسبی برخی نهادهای زیرمجموعه قوا (از جمله دیوان محاسبات کشور) با یکدیگر برای حل معضلات نظارتی و ایجاد تنسيق در امور، بدون اشکال به نظر می‌رسد. بر این بنیاد، همکاری دیوان محاسبات کشور با دیگر دستگاه‌های نظارتی به منظور ارتقای ضریب کارآمدی نظارت مالی که همانا هدف از پیش‌بینی دیوان است، مغایر با قانون اساسی و استقلال قوا و نهادهای زیرمجموعه آن‌ها به نظر نمی‌رسد. هم‌چنین ماهیت ذاتی نهادهایی مانند دیوان محاسبات کشور یا سازمان بازرسی کشور که به ترتیب، ذیل قوای مقننه و قضاییه قرار گرفته‌اند، با ماهیت کارویژه قوه مربوط همسان نیست. که این نیز از توالی پذیرش استقلال نسبی قوا در قانون اساسی است؛ زیرا نه دیوان محاسبات کشور واجد صلاحیت تقنینی است و نه سازمان بازرسی کل کشور دارای ماهیت قضایی.^۱ بنابراین، عضویت رئیس دیوان محاسبات کشور در شورایی را که اساس تشکیل آن مرتبط با کارویژه اصلی دیوان یعنی نظارت (مالی) است، نمی‌توان تداخل وظایف قوا (تداخل قلمرو تقنین و اجرا) دانست. به عبارت دیگر، مجرد عضویت رئیس دیوان محاسبات کشور در شورایی با ماهیت نظارت (مالی)، ورود قوه مقننه در حوزه اجرا و نقض استقلال قوا نخواهد بود؛ چون بنایی بر همکاری اجرایی - سازمانی دیوان محاسبات کشور با دیگر نهادها وجود ندارد. پس همکاری چنین نهادهایی که صرفاً از نظر ساختاری، ذیل قوه‌ای جای‌گذاری شده‌اند، با قوه دیگر، مغایرتی با اصل ۵۷ ندارد و به استقلال قوا خدشه‌ای وارد نمی‌سازد.

بند دوم. لزوم تجدیدنظرپذیری آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور

هرچند شورای نگهبان در نظرهایی که پیش‌تر اشاره شد، به ماهیت غیر قضایی دیوان محاسبات کشور نظر داشته است، اما اعمال صلاحیت قضایی محکمه تجدیدنظر دیوان را به دلیل «حضور و صدور حکم توسط حاکم شرع منصوب رئیس قوه قضاییه» پذیرفته است. در این زمینه به طور مشخص باید به «طرح قانونی دیوان محاسبات کشور»، مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۸ اشاره کرد. به موجب این

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص ۴۳۰. چنان‌که کارکردهای قوه مقننه و قوه قضاییه در اصول مربوط از جمله ۱۵۶ و ۷۶ نیز صرفاً تقنینی و قضایی به معنای خاص کلمه نیست.

طرح، هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات قادر بودند بر اساس مقررات حقوقی رسیدگی کنند و به جبران خسارت وارد شده یا پرداخت مطالبات دولت رأی دهند و تجدیدنظر و اعاده دادرسی نیز در همان هیئت‌های مستشاری به عمل می‌آمد و رأیشان قطعی و لازم‌الاجرا قلمداد شده بود. شورای نگهبان به درستی این نوع رسیدگی و اظهار نظر را قضایی و در نتیجه، مغایر اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی دانست. مجلس در مقام اصلاح این ایراد، محکمه تجدیدنظر مشتمل بر یک نفر حاکم شرع و دو نفر از مستشاران دیوان محاسبات به عنوان کارشناس تشکیل داد و آن ایراد در نهایت برطرف شد.^۱

در نقد این مصوبه و تأیید آن توسط شورای نگهبان باید توجه داشت که مطابق قانون اساسی و قوانین عادی، مراجع قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که لزوماً ذیل قوه قضاییه تعریف می‌شوند، از سه حالت خارج نیستند؛ یک مرجع قضایی یا صلاحیت عام دارد یا صلاحیت تخصصی یا صلاحیت اختصاصی که محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور را منطبق بر هر کدام می‌توان سنجید. اولاً این محکمه را نمی‌توان مرجع قضایی با صلاحیت عام دانست؛ زیرا مراجع قضایی با صلاحیت عام که از آن‌ها با عنوان دادگاه‌های عمومی نیز یاد می‌شود، حق رسیدگی به تمامی دعاوی را دارند، مگر آن‌که امری از صلاحیتشان خارج شود.^۲ مسلماً محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور در این دسته جای‌گذاری نمی‌شود؛ چون وظایف خاص و صرفاً تجدیدنظری دارد و فراتر از وظایف محدوده در قانون دیوان محاسبات کشور، حق ورود به دیگر مسائل را ندارد. ثانیاً این محکمه در زمره محاکم تخصصی نیز قرار نمی‌گیرد؛ زیرا چنین مراجعی بر اساس تقسیم کار و به موجب تخصص، به نوع خاصی از دعاوی و جرایم رسیدگی می‌کنند که از جمله آن‌ها می‌توان به شعب حقوقی، کیفری و اطفال اشاره کرد. این مراجع هم در دادگاه عمومی و هم اختصاصی قابل

۱. نک: www.B2n.ir/k09802. گفتنی است دیوان عدالت اداری نیز در آرای خود، اعتراض به آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور را به همین دلیل یعنی حضور قاضی حاکم شرع در محکمه تجدیدنظر دیوان در صلاحیت خود ندانسته و عملاً این آرا را قضایی قلمداد کرده است. نک: رأی وحدت رویه شماره ۱۷۰ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ارتباط با هیئت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات: www.B2n.ir/t07670.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد و روح‌الله علی‌دادزاده، «نقد دادنامه شماره ۱۷۰/۸۶ مورخ ۸۶/۳/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ارتباط با هیئت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور»، فصل‌نامه رأی، دوره پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۵، ص ۱۰۳.

تشکیل هستند.^۱ چنین مراجعی از چهار ویژگی عدم لزوم قانونی بودن تشکیل شعب تخصصی، مستغنی بودن از آیین دادرسی ویژه، جانشینی دادگاه عمومی به عنوان قائم مقام دادگاه تخصصی و صلاحیت رسیدگی به امور خارج از تخصص خود برخوردارند.^۲

ناگفته پیداست که محکمه تجدیدنظر دیوان این ویژگی‌ها را ندارد و با توجه به صلاحیت‌ها و کارویژه‌های قانونی آن به ویژه کارکرد ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور برای تجدیدنظر در آرای هیئت‌های مستشاری در محکمه صالحه نمی‌توان آن را مرجعی تخصصی دانست. هم‌چنین مبتنی بر تعریف محاکم تخصصی، اساساً این محاکم چون باید لزوماً شعبه و ذیل دادگاه‌های عمومی یا مراجع اختصاصی باشند و فرض تشکیل و ایجاد مستقل آن‌ها امکان‌پذیر نیست، محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور را به دلیل نداشتن این ویژگی نمی‌توان نوعی محکمه تخصصی تصور کرد؛ چون با توجه به مطالب پیش‌گفته و هم‌چنین ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور، این محکمه، شعبه‌ای از یک دادگاه عمومی یا اختصاصی نیست.^۳

نوع سوم از مراجع قضایی، محاکم اختصاصی هستند که ایجاد آن‌ها متکی به دلایل فنی مانند طبیعت جرم یا موضوع دعوا و شخصیت مجرمین یا طرفین دعوا باشد.^۴ این مراجع صرفاً به موضوع خاصی که قانون‌گذار اجازه داده است، رسیدگی می‌کنند و به عبارتی، بخشی از وظایف دادگاه‌های عمومی را انجام می‌دهند. دقت نظر در ویژگی‌های این مراجع باعث می‌شود که دیوان محاسبات کشور را در عداد محاکم اختصاصی نیز نتوان ذکر کرد.^۵

به طور کلی، مراجع اختصاصی قضایی واجد این خصوصیاتند: قانونی هستند؛ از آیین دادرسی خاص پیروی می‌کنند؛ از لحاظ سازمانی الزاماً زیرمجموعه قوه قضاییه قرار می‌گیرند و عضو یا اعضای صرفاً قضایی، متصدی رسیدگی و صدور رأی خواهد بود. با توجه به این موارد، محکمه تجدیدنظر

۱. گلدوست جویباری، رجب و همکاران، «صلاحیت تخصصی یا اختصاصی محاکم کیفری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره پانزدهم، شماره ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹.

۲. همان.

۳. فلاح‌زاده و علی‌دادزاده، پیشین، ص ۱۰۶.

۴. هاشمی، پیشین، ص ۳۴۵.

۵. فلاح‌زاده و علی‌دادزاده، پیشین، ص ۱۰۴.

دیوان محاسبات کشور به چند دلیل، قضایی نیست:

۱. تشکیل قانونی دادگاه‌های اختصاصی باید با مجوز قانون مصوب مجلس و به صورت انشایی و مستقل باشد که طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی، تشکیل دادگاه و تعیین صلاحیت آن به موجب قانون است. این محکمه صرفاً یک محکمه تجدیدنظر است که نسبت به آرای قابل تجدیدنظر هیئت‌های مستشاری وارد رسیدگی ماهوی می‌شود و مانند محاکم اختصاصی رسیدگی ابتدایی و مستقل ندارد.

۲. این محکمه مطابق ماده ۳۰ قانون دیوان محاسبات کشور، تابع تشریفات آیین دادرسی نیست و رسیدگی اداری برخلاف دادرسی قضایی، ساده، سریع و بدون تشریفات است. همین امر مثبت این است که محکمه تجدیدنظر، مصداق دادگاه اختصاصی اداری است، نه دادگاهی قضایی؛ چون از جمله ویژگی‌های مهم و اساسی دادگاه‌های اختصاصی اداری، سرعت رسیدگی به دعاوی و سادگی آیین رسیدگی است.^۱

۳. این محکمه برای تجدیدنظر است و بنابراین، اساساً علاوه بر این که فاقد ماهیت ابتدایی و دارای رأی بدوی است، فاقد محکمه عالی در دستگاه قضایی است و دیوان عالی کشور نیز نظارتی بر آن ندارد.^۲

۴. به لحاظ ارگانیک هیچ گونه وابستگی و ارتباطی میان محکمه تجدیدنظر و دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد^۳ و مرجع خارج از گستره سازمانی قوه قضاییه را نمی‌توان دارای کارکرد صرف قضایی دانست.^۴

۵. در تشکیل این محکمه، اعضای غیر قاضی وجود دارند که باعث خروج این محکمه از محاکم اختصاصی قضایی می‌شود. ۶. هرچند در تشکیل این محکمه، یک قاضی از قوه قضاییه حضور دارد، اما این امر موجب خروج این محکمه از دایره مراجع اختصاصی اداری و واجد ماهیت قضایی شدن آن نمی‌شود و محکمه تجدیدنظر هرچند دارای عضو قاضی است، اما هم‌چنان در زمره مراجع شبه قضایی باقی می‌ماند؛ زیرا مراجع شبه قضایی اگرچه ماهیت فعالیتشان قضایی است، اما از منظر

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷.

۲. فلاح‌زاده و علی‌دادزاده، پیشین، ص ۱۰۷.

۳. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۴۶.

۴. محمودی، جواد، بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۰، ص ۹۵.

سازمانی. ساختاری، نه در بدنه قوه قضاییه، بلکه در دل قوا و نهادهای دیگر تعریف شده‌اند، درحالی که مرجع قضایی لزوماً باید در درون ساختار دادگستری یا به عبارتی، قوه قضاییه تعریف شود.^۱

برخی نویسندگان نیز مراجع شبه قضایی را مراجعی قانونی تعریف کرده‌اند که وظیفه رسیدگی به شکایات مردم از تخلفات اداری واحدهای دولتی یا مأموران آن‌ها یا تخلفات اشخاص غیر دولتی از ضوابط و مقررات مربوط یا رسیدگی به اختلاف بین اشخاص را بر عهده دارند.^۲ بنابراین، برای شناسایی یک رأی به عنوان رأی قضایی، علاوه بر ملاک شخصی یعنی صدور از سوی فرد قضایی، ملاک سازمانی یعنی صدور در بدنه دستگاه قضا و ملاک ماهوی یعنی مراعات اصول اساسی و بنیادین دادرسی نیز لازم است. بر این اساس، آرای صادرشده از کمیسیون‌ها و مراجع خارج از قوه قضاییه، اگرچه توسط فرد قضایی صادر شده باشد، صرفاً رأی قضایی است و نمی‌توان این آرا را متصف به وصف قضایی دانست.^۳

مجموع این استدلال‌ها، برخلاف برخی نظر برخی نویسندگان،^۴ غیر قضایی بودن محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور را مدلل می‌سازد. بنابراین، می‌توان گفت با توجه به قوانین و مقررات و منطق حاکم بر امر نظارت، دیوان محاسبات کشور از ماهیتی اداری و تخصصی برخوردار است و ابزار نظارت مالی مجلس به شمار می‌رود. پس آرای صادرشده از این مرجع را باید در حکم تصمیم‌های اداری یا احکام مراجع شبه قضایی قلمداد کرد.^۵ از این رو، محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور برخلاف نظر برخی حقوق دانان که اساس رسیدگی و نحوه نظارت دیوان بر اجرای بودجه را قضایی می‌دانند،^۶ نوعی مرجع اختصاصی اداری و شبه قضایی محسوب می‌شود و صرف حضور قاضی در یک محکمه موجب قضایی تلقی شدن آن نمی‌گردد. بنابراین، قطعیت آرای این دست مراجع که ماهیتاً قضایی قلمداد نمی‌شوند، صرفاً به معنای قطعیت و خاتمه رسیدگی در سطح همان مراجع رسیدگی‌کننده است. پس بنا بر مقدمات پیش‌گفته می‌توان قائل به امکان رسیدگی قضایی به آرای قطعی چنین مراجعی بود.

۱. پروین و آیین‌نگینی، پیشین، ص ۳۵.

۲. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۵۸.

۳. پروین و آیین‌نگینی، پیشین، ص ۳۷.

۴. عربیان، اصغر، «رسیدگی شبه قضایی در دیوان محاسبات کشور: چالش‌ها و فرصت‌ها»، دانش حسابرسی، شماره ۴، ۱۳۹۰، ص ۴۷.

۵. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۸۸، ص ۶۸.

۶. رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۵، ص ۳۱۶.

نتیجه‌گیری

شورای نگهبان در نظرات خود، مستفهم از قانون اساسی، به درستی دیوان محاسبات کشور را وفق اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی نهادی نظارتی و غیراجرایی می‌داند. با این حال، تشخیص مصادیق اعمال اجرایی نظیر تشکیل شورای دستگاه‌های نظارتی و اعلام مغایرت آن‌ها از سوی این شورا، بر مبنای خلط وظایف قوای سه‌گانه و نقض وظایفی که طبق قانون اساسی بر عهده نهادهای غیر وابسته به قوه مجریه گذاشته شده است، محل مناقشه به نظر می‌رسد. در واقع، با توجه به استقلال نسبی قوا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ماهیت ذاتی و غیر تقنینی نهاد دیوان محاسبات کشور، عضویت در چنین شوراهایی که به «استقلال نهادهای نظارتی» و انجام وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های قانونی هر یک از نهادهای نظارتی «در حدود مقرر در قانون اساسی» پای‌بند هستند و صرفاً در راستای تقویت نهادهای نظارتی کشور، کارآمدسازی نظام نظارت، حذف اقدامات موازی، شفاف‌سازی، ایجاد هماهنگی، ارتقای بهره‌وری و تقویت مدیریت کشور مورد نظر قرار گرفته‌اند، به معنای ورود به عرصه اجرا تلقی نمی‌شود.

هم‌چنین شورای نگهبان، دیوان محاسبات کشور را به درستی، مرجعی غیر قضایی دانسته، ولی در عین حال، صلاحیت قضایی محکمه تجدیدنظر دیوان را به دلیل «حضور و صدور حکم توسط حاکم شرع منصوب رئیس قوه قضاییه» تأیید کرده است. بر اساس همین تلقی نیز دیوان عدالت اداری خود را صالح به رسیدگی به آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور ندانسته است. این در حالی است که محکمه تجدیدنظر، هیچ یک از صلاحیت‌های سه‌گانه عام، تخصصی و اختصاصی را ندارد که هر مرجع قضایی، حداقل از یکی از آن‌ها برخوردار است. بنابراین، دیوان محاسبات کشور از ماهیتی اداری و تخصصی برخوردار است و محکمه تجدیدنظر آن، نوعی مرجع اختصاصی اداری و شبه قضایی محسوب می‌شود. برای شناسایی یک رأی به عنوان رأی قضایی، علاوه بر ملاک شخصی یعنی صدور از سوی فرد قاضی، ملاک سازمانی یعنی صدور در بدنه دستگاه قضا و ملاک ماهوی یعنی مراعات اصول اساسی و بنیادین دادرسی نیز لازم است. مبتنی بر این، آرای محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور غیر قضایی است و در دیوان عدالت اداری نیز باید قابل شکایت و اعتراض باشد.

بر بنیاد تحلیل‌ها و داده‌های این تحقیق می‌توان پیشنهاد کرد که همکاری و تعامل دیوان محاسبات کشور یا اعضای آن با دیگر نهادها و تشکیلات مرتبط با امر نظارت، مشروط به رعایت استقلال و حدود صلاحیت‌های قانونی دیوان محاسبات کشور، مغایر با قانون اساسی تلقی نگردد. افزون بر آن، مبتنی بر ماهیت شبه قضایی دیوان محاسبات کشور باید آرای این دیوان توسط قانون یا رأی وحدت رویه، قابل اعتراض و تجدیدنظرخواهی در دیوان عدالت اداری شمرده شود. تحقق این پیشنهادها متوقف بر تجدیدنظر شورای نگهبان در رویکردهای کنونی و حرکت نظام قانونی به سوی تحقق نتایج این تحقیق است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. آجرلو، اسماعیل، حقوق اساسی کشورهای اسلامی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۳. امامی، محمد، حقوق مالیه عمومی، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۴. ایمانی، عباس و امیررضا قطمیری، قانون اساسی در نظام حقوقی ایران: پیشینه، آموزه‌ها، قوانین، تهران: نامه هستی، ۱۳۸۸.
۵. حبیب‌نژاد، سید احمد، حقوق مالیه عمومی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۸.
۶. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۸۸.
۷. رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۵.
۸. طاهری، محسن، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۵.
۹. عمید زنجانی، عباس علی و ابراهیم موسی‌زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
۱۰. عمید زنجانی، عباس علی، کلیات حقوق اساسی ایران، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۱۱. عمید زنجانی، عباس علی، مبانی فقهی کلیات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۶۸.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق (جلد ۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۱۳. محمودی، جواد، بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۰.
۱۴. موسی‌زاده، ابراهیم، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۸.
۱۵. مولاییگی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۳.
۱۶. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۴.

۱۷. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ هجدهم، ۱۳۹۶.

۱۸. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

۲. مقاله

۱. ابوالحسنی، محسن، ولی رستمی و محمدجواد رضایی نژاد، «محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، ۱۴۰۲.

۲. الماسی، حسن و ابوالفضل اشرف‌پور، «شناسایی مبانی قانونی و حقوقی تفریغ بودجه و جایگاه دیوان محاسبات کشور در تهیه آن»، نشریه بررسی‌های حقوقی، شماره ۵، ۱۳۹۲.

۳. پروین، خیرالله و حسین آیینه‌نگینی، «صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به اعتراض از آرای مراجع شبه قضایی «تأملی بر یک رأی»»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹.

۴. عربیان، اصغر، «رسیدگی شبه قضایی در دیوان محاسبات کشور؛ چالش‌ها و فرصت‌ها»، دانش حسابرسی، شماره ۴، ۱۳۹۰.

۵. فلاح‌زاده، علی محمد و روح‌الله علی‌دادزاده، «نقد دادنامه شماره ۱۷۰/۸۶ مورخ ۸۶/۳۰/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ارتباط با هیئت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر دیوان محاسبات کشور»، فصل‌نامه رأی، دوره پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۵.

۶. کدخدایی، عباس‌علی، سید محمد طباطبایی نژاد و علی فتاحی زفرقندی، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲۳، ۱۳۹۸.

۷. گلدوست جویباری، رجب و همکاران، «صلاحیت تخصصی یا اختصاصی محاکم کیفری در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، دوره پانزدهم، شماره ۲، ۱۳۹۲.

۳. قوانین

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون دیوان محاسبات کشور، مصوب ۱۳۶۱ و اصلاحات بعدی.
۳. قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور، مصوب ۱۳۶۰ و اصلاحات بعدی.
۴. قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ و اصلاحات بعدی.

۴. وبگاه

۱. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان: www.nazarat.shora-rc.ir.
۲. سامانه جست‌وجوی آرای هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری: www.sajed.divan-edalat.ir.
۳. سامانه ملی آرای قضایی: www.ara.jri.ac.ir.
۴. پایگاه اینترنتی دیوان محاسبات کشور: www.dmk.ir.
۵. پایگاه اینترنتی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: www.rc.majlis.ir.

کاوشی در صلاحیت فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی (فراجا) در انتقال مالکیت وسایل نقلیه موتوری (با تأکید بر دادنامه ۱۸۶۳ دیوان عدالت اداری)

سیده فاطمه فقیهی^۱، محمدجواد آزاد^۲

چکیده

تصویب ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی مصوب ۱۳۸۹، سرآغاز ایجاد اختلاف ده ساله در خصوص مرجع صلاحیت دار در صدور سند انتقال وسایل نقلیه موتوری، میان دو نهاد عمومی سازمان ثبت اسناد و املاک (به اختصار: سازمان) و فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (به اختصار: فراجا) گردید.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورخه ۱۳۹۹/۱۲/۲۴ با صدور دادنامه ۱۸۶۳ الزام به مراجعه به سازمان ثبت اسناد در انتقال وسایل نقلیه را منتفی دانست و این رأی، رویکردی جدید در صلاحیت صدور و ثبت اسناد مالکیت توسط مرجعی غیر از سازمان ثبت اسناد به وجود آورد.

این مقاله ضمن تبیین و تشریح مستندات قانونی مطرح از سوی طرفین در پرونده یادشده، این موضوع را از منظر صلاحیت اداری مقامات فراجا در صدور اسناد مالکیت وسایل نقلیه موتوری تحلیل و ارزیابی می کند. بر اساس یافته های پژوهش، صدور سند انتقال مالکیت توسط فراجا موجب صرفه جویی در هزینه های نقل و انتقال و کاهش فرآیندهای اداری شده است، اما به دلیل اصول حاکم بر قواعد حقوق عمومی به ویژه اصل عدم صلاحیت، صلاحیت مراجع انتظامی و راهنمایی رانندگی، صلاحیت نظارتی است و در اعمال حقوقی معاملاتی و ثبت آن صلاحیت ندارند. از این رو، دادنامه ۱۸۶۳ دیوان عدالت اداری، مغایر با اصل حاکمیت قانون و خلاف مفاد قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (مصوب ۹۵) و قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹) است.

واژگان کلیدی: صلاحیت اداری، دیوان عدالت اداری، وسایل نقلیه موتوری، دفاتر اسناد رسمی، فرماندهی نیروی انتظامی، سند انتقال مالکیت.

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه حضرت معصومه (س)؛ قم، ایران، (نویسنده مسئول)، ffaghihi@hmu.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی و کارشناس واحد انتشارات دانشگاه حضرت معصومه (س)؛ قم، ایران

مقدمه

اتقان آرای قضایی صادرشده از محاکم قضایی به ویژه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از مسائل مهم در علم حقوق و مورد توجه حقوق دانان است. مراجع قضایی با توجه به وظایفی که در فصل یازدهم قانون اساسی و در اصول ۱۵۶ تا ۱۷۴ با مضامینی از قبیل نظارت بر حسن اجرای قوانین، استناد و استدلال احکام به قوانین و رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی دارند؛ باید قوانین و مقررات مرتبط با موضوع دعوا را بشناسند و با تکیه بر اصول حاکم بر تفسیر قوانین، تفسیری صحیح و منطبق بر قواعد حقوقی ارائه دهند. از سویی دیگر، یکی از وجوه اساسی قانون مندی آرا در محاکم اداری، توجه به اجرای اصل عدم صلاحیت اداری است. صلاحیت در حقوق اداری، متمایز از مفهوم آن در دیگر شاخه های حقوقی است و به تصدی انحصاری امر عمومی اطلاق می گردد که به واسطه معیار موضوعی، زمانی یا جغرافیایی تضمین می شود؛ یعنی حدود عمل هر مأمور اداری براساس حوزه جغرافیایی، بازه زمانی یا موضوع مأموریت از حوزه عمل مأمور دیگر تفکیک می گردد. پس اصل عدم صلاحیت از دخالت اشخاص غیر صالح در حیطه اختیارات و مأموریت های شخص عمومی می گردد.^۱

ریشه اختلاف در خصوص صلاحیت نقل و انتقال وسایل نقلیه میان سازمان ثبت اسناد و املاک و نیروی انتظامی به قبل از تصمیم برای تغییر قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی در سال ۱۳۸۹ باز می گردد. متعاقب توافقات حاصل شده میان سازمان ثبت اسناد و املاک و معاونت راهنمایی و رانندگی نیروی انتظامی در راستای اجرای طرح ملی تعویض پلاک، رئیس وقت سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، در بخش نامه ای^۲ به همه دفاتر اسناد رسمی ابلاغ کرد که قبل از دریافت گواهی اداره راهنمایی و رانندگی، از ثبت نقل و انتقال خودروهای دارای پلاک کشوری خودداری و مراجعان را به ادارات راهنمایی و رانندگی دلالت کنند. این امر با شکایت کانون سردفتران و دفتریاران

۱. واعظی، مجتبی، «مفهوم و کارکرد صلاحیت در حقوق اداری»، فصل نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۴۰۲، دوره بیست و پنجم، شماره ۸۰، ص ۲۱۸.

۲. بخش نامه ۱/۳۴/۴۵۴۱ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۸ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

به درخواست ابطال بخش‌نامه انجامید. دیوان عدالت اداری پس از بررسی امر، وضع قاعده آمره از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را خارج از حدود اختیارات سازمان تشخیص داد و حکم ابطال بخش‌نامه ۴۵۴۱/۳۴/۱ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۸ سازمان ثبت اسناد و املاک را صادر کرد.^۱

پس از ابطال بخش‌نامه، اداره راهنمایی و رانندگی بر لزوم تنظیم سند رسمی نقل و انتقال در دفاتر اسناد رسمی تردید وارد کرد و با تصویب قانون جدید رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی، این موضع جنبه رسمی یافت. در دی ۱۳۸۹، دولت وقت با تقدیم لایحه «رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی»، درصدد اصلاح و وضع قانون یک پارچه بر حوزه تخلفات رانندگی برآمد که سیر بررسی ماده ۲۰ لایحه تقدیمی، اصلاحات آن و تصویبش در قالب ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی، سرآغاز ایجاد اختلافی ده ساله در خصوص مرجع صالح در انتقال وسایل نقلیه، میان دو نهاد عمومی سازمان ثبت اسناد و املاک (به اختصار: سازمان) و فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (به اختصار: فراجا) گردید. مقاله حاضر درصدد است تا ضمن شناخت اسنادها و دلایل طرفین مناقشه (فراجا و سازمان ثبت اسناد و املاک) که در مقام دفاع از موضع خود در دادنامه‌های صادرشده اظهار داشته‌اند، با توصیف سیر تاریخی برخی مواد قانونی نظیر قانون مدنی، قانون ثبت اسناد و املاک، حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی و تحلیل دادنامه ۱۸۶۳ مورخه ۱۳۹۹/۱۲/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، به عنوان آخرین دادنامه صادرشده در این موضوع، صلاحیت مقامات انتظامی و راهنمایی رانندگی را در صدور سند مالکیت وسایل نقلیه موتوری بررسی کند.

پیش از این، مجتبی همتی و صدیقه جوان (۱۴۰۰) با عنوان «چالش‌ها و راهکارهای تقنینی و قضایی در ارتباط با اسناد رسمی وسایل نقلیه» به این امر پرداخته و ضمن تبیین چالش‌های تقنینی و قضایی پیش آمده، ارائه لایحه برای وضع قانون جدید یا اصلاح قوانین موجود با استفاده از خرد جمعی و در نظر گرفتن نظرهای همه ذی‌نفعان، ملاحظات حقوق دولتی و حقوق شهروندی را پیشنهاد کرده‌اند. از نظر نویسندگان این مقاله، تا قبل از تصویب قانون جدید یا اصلاح قانون فعلی، ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی (مصوب ۱۳۸۹) و قانون مالیات بر ارزش افزوده (مصوب ۱۴۰۰) به عنوان قوانین خاص لازم‌الاجرا ملاک عمل است.

۱. رأی وحدت رویه به شماره ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴ صادره از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۶.

این مناقشه از زوایای متعدد از جمله حوزه مالی و مالیاتی، ثبتی، نظم عمومی و حقوق شهروندی قابل بررسی است، ولی در پژوهش حاضر با تکیه بر اصل عدم صلاحیت مقامات عمومی که از مفاهیم کلیدی در حوزه حقوق عمومی است، موضوع صرفاً از زاویه صلاحیت اداری بررسی می‌شود.

گفتار اول. دلایل قانونی بر صلاحیت فرماندهی انتظامی ج.ا. ایران در صدور سند نقل و انتقال

فرماندهی انتظامی (فراجا) با استناد به مواد ۱۲۸۷ قانون مدنی، ماده ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک، ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۷۴) و اصلاحیه آن (ماده واحده مصوب ۱۳۸۸) و ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹)، مدعی صلاحیت قانونی خود در صدور سند نقل و انتقال وسایل نقلیه و اختیاری بودن رجوع به دفاتر اسناد رسمی است. در ادامه، این مواد قانونی به تفصیل بررسی می‌شود.

بند اول. ماده ۱۲۷۸ قانون مدنی (مصوب ۱۳۰۷)

با توجه به لزوم ثبت رسمی وسایل نقلیه موتوری در جامعه امروزی و تصریح ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی بر این امر، فراجا به اثبات صلاحیت خود در صدور اسناد وسایل نقلیه پرداخته است. از این رو، با استناد به «کتاب دوم جلد سوم قانون مدنی که به بحث اسناد در ادله اثبات دعوا» می‌پردازد، به ذیل ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی استناد کرده است که اشعار می‌دارد: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند، سند رسمی است». مستفاد از اطلاق عبارت «مأمورین رسمی» در ذیل این ماده این است که فراجا، صلاحیت صدور برگه سبز موسوم به «سند رسمی مالکیت خودرو» را دارد.

بند دوم. ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰)

فراجا با تمسک به ماده‌های ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک که در فصل اول باب سوم تحت عنوان ثبت اسناد آمده،^۱ مدعی است صرفاً ثبت قانونی اموال غیر منقول ضرورت دارد و در صلاحیت

۱. ماده ۴۶. ثبت اسناد اختیاری است مگر در موارد ذیل:

۱. کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده باشد.

دفاتر اسناد رسمی است و اساساً ثبت معاملات راجع به اموال منقول اختیاری است.

بند سوم. لایحه قانونی نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری (مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب)

شورای انقلاب در واپسین روزهای کاری خود و قبل از شروع دوره اول مجلس، در ۱۳۵۹/۴/۲۵، ۹۰ مصوبه را به تصویب رساند که «لایحه قانونی نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری» یکی از آن‌هاست. در مواد ۱ و ۲ این لایحه آمده است:

«ماده یک: از تاریخ اجرای این قانون، کلیه دفاتر اسناد رسمی از انجام هر نوع معاملات مربوط به وسایل نقلیه موتوری ممنوع بوده و هر گونه معامله و نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری فقط در یگان‌های راهنمایی و رانندگی مجاز به شماره‌گذاری وسایل نقلیه موتوری در کشور به ترتیبی که در این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن تعیین می‌گردد، انجام خواهد شد.

ماده دو: اداره راهنمایی و رانندگی تهران و شهربانی شهرستان‌ها مکلفند برای هر نوع وسیله نقلیه موتوری شناس‌نامه تنظیم نموده و کلیه نقل و انتقالات وسایل نقلیه موتوری را در این شناس‌نامه‌ها ثبت نمایند».

بند چهارم. ماده واحده اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۸۸)

فراجا در استدلال‌های قانونی در اثبات «صلاحیت» خود به ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۷۴) و سیر تحول آن نیز استناد کرده است. این ماده مقرر می‌دارد: «نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران موظف است ظرف مهلت مقرر با رعایت قوانین و مقررات مربوطه نسبت به صدور گواهی‌نامه بین‌المللی، پلاک ترانزیت و دفترچه مالکیت برای رانندگان و کامیون‌هایی که قصد فعالیت در خطوط بین‌المللی دارند، با پیشنهاد سازمان حمل و نقل و پایانه‌های کشور صادر نماید».

۲. کلیه معاملات راجع به حقوقی که قبلاً در دفتر املاک ثبت شده است.

ماده ۴۷. در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱. کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیر منقوله که قبلاً در دفتر املاک ثبت نشده.

۲. صلح‌نامه، هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۱۶، مجلس شورای اسلامی به اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل دست زد و به موجب ماده واحده اصلاحیه مقرر شد: «مسئولیت صدور گواهی نامه رانندگی، اسناد مالکیت و پلاک خودرو در قلمرو جمهوری اسلامی ایران بر عهده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و وظیفه ترجمه و تبدیل گواهی نامه‌های رانندگی معتبر صادرشده توسط نیروی انتظامی و سایر اسناد و مدارک مذکور به مدارک بین‌المللی وفق مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی سال‌های ۱۳۲۸ هجری شمسی (۱۹۴۹ میلادی) و ۱۳۴۷ هجری شمسی (۱۹۶۸ میلادی) حمل و نقل جاده‌ای و حسب عرف بین‌المللی و مقررات حاکم بر تمامی کشورهای عضو سازمان بین‌المللی جهان‌گردی^۱ و فدراسیون بین‌المللی اتومبیل‌رانی^۲ بر عهده قانون جهان‌گردی و اتومبیل‌رانی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد».

استفاده از عبارت «اسناد مالکیت» در این ماده به جای «دفترچه مالکیت»، قرینه‌ای لفظی است که بر «صلاحیت» فراجا بر صدور اسناد مالکیت وسایط نقلیه دلالت دارد.

بند پنجم. دادنامه (۱۸۶۳) هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ یک‌شنبه ۱۳۹۹/۱۲/۲۴، رای‌ی با موضوع «ابطال بندهای ۲ و ۳ بخش نامه ۱۳۹۴/۸/۲۷-۹۴/۱۴۷۲۰۴ معاونت امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور» صادر کرد. به موجب این بخش نامه، «به منظور پیش‌گیری از نقل و انتقال خودروها بدون تنظیم سند رسمی ضمن تذکر به طرفین و ارشاد آن‌ها حتی‌الامکان در وکالت‌های تعویض پلاک و وکالت‌نامه‌های فروش خودرو از ذکر اختیار تفویض وکالت خودداری شود... در اجرای ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی و با توجه به ضرورت قانونی ثبت رسمی نقل و انتقال خودرو، کسانی که تعویض پلاک به نام آن‌ها انجام شده، تنها پس از ثبت سند رسمی انتقال می‌توانند به عنوان مالک، خودرو را به دیگری منتقل نمایند یا برای تعویض مجدد پلاک و انتقال مالکیت خودرو به شخص دیگری وکالت دهند».

در این پرونده، شاکی در دادخواست خود با بیان این‌که با اختیاری بودن ثبت رسمی خودرو، علت موجه قانونی برای تنظیم نکردن وکالت‌نامه تعویض پلاک وجود ندارد و سند وکالت تعویض پلاک، مخالف قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی نیست و بخش‌نامه معاون امور اسناد سازمان

1. AIT

2. FIA

ثبت اسناد و املاک کشور، مخالف صریح ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب سال ۱۳۵۴ است و از طرفی موجب تحمیل هزینه‌های به مراتب بیش‌تری برای نقل و انتقال‌کنندگان خودرو می‌گردد، صدور حکم ابطال بخش‌نامه را درخواست کرد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود آورده است: «اولاً قانون‌گذار در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰ موارد ثبت اجباری معاملات را ذکر کرده است و سایر موارد از جمله ثبت معاملات راجع به اموال منقول اختیاری بوده و الزامی برای مراجعه به دفاتر اسناد رسمی وجود ندارد. ثانیاً مطابق قانون اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۸، مسئولیت صدور گواهی‌نامه رانندگی، اسناد مالکیت و پلاک خودرو در قلمرو جمهوری اسلامی ایران بر عهده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران است. ثالثاً انعقاد عقد وکالت و حق توکیل به غیر، از جمله حقوقی است که قانون‌گذار در ماده ۶۵۶ قانون مدنی و مواد بعد به آن تصریح کرده است. بنابراین، بند دوم بخش‌نامه مورد شکایت که متضمن تکلیف دفاتر اسناد رسمی به خودداری از درج اختیار تفویض وکالت در وکالت‌های تعویض پلاک و وکالت‌نامه‌های فروش خودروست، هم‌چنین بند سوم بخش‌نامه یادشده مبنی بر این‌که کسانی که تعویض پلاک به نام آن‌ها انجام شده، تنها پس از ثبت سند رسمی انتقال می‌توانند به عنوان مالک برای تعویض مجدد پلاک و انتقال مالکیت خودرو به شخص دیگری وکالت دهند، مغایر قوانین یادشده است و از آن حیث که محدودیتی برای توکیل به غیر مقرر کرده، مخالف حقوق مدنی اشخاص است و بندهای مذکور، مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

گفتار دوم. دلایل قانونی بر رد صلاحیت فرماندهی انتظامی ج.ا. ایران در صدور سند نقل و انتقال

در مقابل دلایل ارائه‌شده، سازمان ثبت اسناد و املاک نیز معتقد به صلاحیت نداشتن فراجاست و با استناد به قوانین بر لزوم تنظیم سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی تأکید دارد. سازمان ثبت، برگه سبز صادرشده از فراجا را دال بر سند مالکیت و نقل و انتقال نمی‌داند و مدعی است فراجا صلاحیتی در صدور اسناد وسایط نقلیه ندارد. در اثبات این امر به برخی قوانین استناد می‌شود:

بند اول. منطوق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی و مشروح مذاکرات تدوین آن

سازمان ثبت اسناد و املاک در پاسخ به استناد فراجا در خصوص عبارت «مأمورین رسمی» مندرج در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی به سلسله مراتب در منطوق ماده و مشروح مذاکرات تدوین آن استناد می‌کند. سازمان معتقد است که قانون‌گذار نوعی سلسله مراتب در چینش مقامات مندرج در این ماده قرار داده است. امروزه با افزایش دفاتر اسناد رسمی و تأکید بر برون سپاری و خصوصی سازی، سازمان ثبت نیز در خصوص صدور سند، اقدامی انجام نمی‌دهد و آن را به دفاتر اسناد رسمی واگذار کرده است و تنها در صورت نبود دفاتر ثبتی در نقاطی از کشور می‌توان این مهم را به دیگر مأموران رسمی سپرد.

بند دوم. ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک (مصوب ۱۳۱۰)

«صلاحیت» دفاتر اسناد رسمی به موجب بند اول ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک عام است. مطابق ماده ۴۹ این قانون: «وظایف مسئولین دفاتر از قرار ذیل است: ۱. ثبت کردن اسناد مطابق مقررات قانون...». این صلاحیت عام قابل انطباق در هر زمانی است و اساساً تحدید حدود صلاحیت متصدیان امور ثبتی در این زمینه وفق قانون ثبت صحیح نیست؛ زیرا امور ثبتی، امور ثابت و مدوّن نیست که زیرمجموعه یک قانون جمع گردد، بلکه امور تکوینی است که با توجه به مقتضیات زمان در حال تغییر است. بنابراین، طبیعی است که ذیل عناوین قانونی دیگر به آن اشاره شود. اساساً در سال‌های تصویب قانون ثبت در سال ۱۳۱۰، وسایل نقلیه موتوری وجود نداشت که قانون‌گذار بخواهد برای ثبت آن، قانونی وضع کند. به علاوه احصای امور ثبتی و صلاحیت دفاتر اسناد رسمی صرفاً به قوانین ذی ربط یعنی قانون ثبت اسناد و املاک و قانون دفاتر اسناد رسمی، صحیح نیست؛ زیرا شیوه قانون‌گذاری به نحوی است که می‌توان تحت یک عنوان قانونی به دیگر موارد نیز اشاره کرد.

بند سوم. لایحه قانونی اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم (مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵)

(۱۳۵۹ شورای انقلاب)

در مقابل استناد فراجا به مواد ۱ و ۲ لایحه قانونی نقل و انتقال وسایط نقلیه موتوری مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب، سازمان ثبت اسناد و املاک، استناد به این لایحه را متزلزل دانست و در خصوص ادعای خود به دیگر مواد همین لایحه قانونی و لایحه دیگر شورای انقلاب یعنی لایحه قانونی اصلاح بعضی از مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب در همان تاریخ استناد می‌کند.

سازمان ثبت اسناد و قانون سردفتران معتقد است: «پس از انقلاب اسلامی، شورای محترم انقلاب در ۱۳۵۹/۴/۲۵ با تصویب لایحه قانونی نقل و انتقال وسایط نقلیه موتوری که هیچ وقت اجرا نشد، نقل و انتقال وسایل نقلیه نقلیه موتوری در دفاتر اسناد رسمی را ممنوع و یگان‌های راهنمایی و رانندگی را مأمور نقل و انتقال به ترتیب مقرر در قانون و آیین‌نامه آن کرد. این لایحه مشتمل بر ۱۰ ماده است که در ماده ۷ آن تصریح شده است: «تاریخ اجرای این قانون در تهران و شهرستان‌ها به ترتیب، سه و شش ماه پس از تاریخ تصویب آیین‌نامه اجرایی آن خواهد بود و کلیه نقل و انتقالات وسایط نقلیه موتوری از قبیل اجرای این قانون کما فی‌السابق انجام خواهد پذیرفت». عبارت «کما فی‌السابق»، تأکید بر تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی وفق ماده ۱۰ قانون رسیدگی به تخلفات و اخذ جریمه‌های رانندگی مصوب ۱۳۵۰ است و منطبق بر صلاحیت عام دفاتر اسناد رسمی طبق بند ۱ ماده ۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۲۶ اسفند ماه ۱۳۱۰ می‌باشد»^۱.

با عنایت به تصریح تبصره ۲ ماده ۷ قانون اصلاح پاره‌ای از مواد قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۵۹، اصل رسیده‌های بانکی در اسناد تنظیمی از قبیل: قطعی، شرطی، رهنی، اجاره‌ای، صلح و وکالتی در مورد نقل و انتقال دست دوم به بعد، اتومبیل‌های غیر سواری و موتورسیکلت‌ها اعم از این‌که دارای پلاک تهران یا شهرستان‌ها باشند، بایستی به ضمیمه آمار هفتگی به اداره کل ذی‌ربط (مالیات‌های غیر مستقیم) تحویل گردد و تصویر فیش با درج مشخصات کامل سند و اتومبیل مورد معامله همراه سابقه جهت مراجعه و رسیدگی بعدی نگه‌داری گردد. هم‌چنین ماده ۹ قانون اجازه وصول مالیات غیر مستقیم از برخی کالاها و خدمات مصوب ۱۳۷۴ مجلس شورای اسلامی نیز به عنوان قوانین بعدی نیز بر تکالیف دفاتر اسناد رسمی بر اخذ مالیات صحت گذاشت. به نظر می‌رسد با چون ۱۳۵۹/۴/۲۵، آخرین روز کاری شورای انقلاب بود و با احتساب آن‌که در این روز، ۹۰ لایحه به تصویب شورای انقلاب رسید، امکان اشتباه و ایجاد تغایر در برخی مصوبات دور از ذهن نیست.

بند چهارم. حاکمیتی بودن امور ثبتی وفق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری

وفق بند ۸ ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶)، امور ثبتی هم‌چون دیگر امور مندرج در این ماده، مثل قانون‌گذاری، استقرار نظم و امنیت و اداره امور قضایی در زمره امور

۱. رأی شورای عالی ثبت بر ضرورت تنظیم سند نقل و انتقال خودرو در دفاتر اسناد رسمی، قابل دسترس در تاریخ:

حاکمیتی هستند. با عنایت به تعریفی که این ماده از امور حاکمیتی ارائه کرده، «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 گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود». پس نمی‌توان ثبت اسناد را در زمره امور اختیاری دانست و چنین تلقی با هدف و اراده قانون‌گذار منافی است؛ زیرا امور حاکمیتی به طور مستقیم با وظایف و صلاحیت ذاتی هر سازمان و دستگاه اجرایی و فلسفه تشکیل آن مرتبط است و نمی‌توان قائل به صلاحیت موازی در انجام امور محول شده به نهاد یا دستگاه دیگر بود.

بند پنجم. ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹)

ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی چنان صراحت و شفافیتی دارد که جای هیچ گونه تردیدی باقی نمی‌گذارد.^۱ این قانون از قوانین مربوط به نظم عمومی است و تأخیر در اجرای آن با مقتضای آن مغایرت دارد.^۲ عبارت «نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی» در این ماده قانونی، در صلاحیت نداشتن دیگر مراجع (از جمله مراکز تعویض پلاک) در تنظیم سند نقل و انتقال تردیدی باقی نمی‌گذارد؛ زیرا اگر فراجا نیز «صلاحیت» صدور سند نقل و انتقال داشت، در ادامه این ماده قید می‌شد؛ در حالی که «بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید» جزو وظایف ادارات راهنمایی و رانندگی شمرده شده است.

علاوه بر آن، اگر ثبت سند وسایط نقلیه اختیاری بود، نیازی نبود که قانون‌گذار در ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی، یک‌بار دیگر امر نقل و انتقال در دفاتر اسناد رسمی را تقنین کند. همانا تأکید مقنن بر ثبت در دفاتر یادشده هم در منطوق ماده مذکور و هم تبصره آن، واجد

۱. ماده ۲۹: «نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی انجام می‌شود. دارندگان وسایل نقلیه مکلفند قبل از هر گونه نقل و انتقال وسایل مذکور در دفاتر اسناد رسمی، ابتدا به ادارات راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوق و تعویض پلاک به نام مالک جدید مراجعه نمایند.

تبصره ۱. نیروی انتظامی می‌تواند با همکاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، امکان استقرار دفاتر اسناد رسمی را به تعداد کافی در مراکز تعویض پلاک فراهم آورد».

۲. دادنامه شماره ۴۲۱-۴۲۲ مورخ ۹۲/۷/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص عدم ابطال بخش نامه شماره ۶۲۱۶۷=۲۰-۱۲۸۰-۱۳/۴-۱۳۹۰/۱۰/۱۸ فرمانده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران.

وصف الزام است، به خصوص آن‌که اصل بر لزوم قانون است، مگر آن‌که به صراحت در منطق قانون، امکان توافق مخالف یا اختیاری بودن مراجعه به دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم سند قید شود.

گفتار سوم. ارزیابی دلایل موافق و مخالف در صلاحیت قانونی فراجا در صدور سند نقل و انتقال

به نظر می‌رسد استنادات فراجا در خصوص الزامی نبودن ثبت اسناد نقل و انتقال وسایل نقلیه در دفاتر اسناد رسمی و نیز دادنامه ۱۸۶۳ دیوان عدالت اداری، استنتاجی است. چون قوانین را باید با لحاظ قواعد ناسخ و منسوخ، عام و خاص و تقدم و تأخر بررسی کرد، نمی‌توان چنین استنتاجی را از قانون قابل قبول دانست و با این سبک از استدلال نمی‌توان به فهم و تفسیر قوانین پرداخت. از تحلیل قوانین و مقررات یادشده چنین برمی‌آید:

نکته اول. در خصوص استناد به ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، اساساً امکان استنتاج از این ماده منتفی است. فراجا با استنتاج از صدر ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات مصوب ۱۳۸۹ و ذیل ماده ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، خود را در زمره «مأمورین رسمی» واجد صلاحیت در امر انتقال وسایط نقلیه می‌داند، در حالی که طبق اصل ۷۳ قانون اساسی: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است».

تفسیر فراجا از «مأمورین رسمی»، جنبه قانونی و رسمی ندارد. علاوه بر این، استناد به این ماده نمی‌تواند موجد صلاحیت در امور مذکور برای فراجا باشد. طبق نظریه شورای نگهبان، «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است. بنابراین، تضییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود».^۱ مطابق مشروح مذاکرات ماده ۱۲۸۷، غرض قانون‌گذار قانون مدنی از «مأمورین رسمی»، اسنادی است که مأمورین دولت ایران در خارجه به موجب وظیفه و مقررات قانون تنظیم نمایند.^۲ «بنابراین، طبق مشروح مذاکرات موجود، تنها مصداقی که از مأمورین رسمی نام برده شده است، مأمورین کنسولی و آن هم در حدود تنظیم سند ازدواج و طلاق و البته سند

۱. شورای نگهبان، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۹۴-۱۳۵۹) (جلد ۲: اصول ۵۶ تا ۷۵ قانون اساسی)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.

۲. نایینی، احمدرضا، مشروح مذاکرات قانون مدنی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۶۴۲.

سجل احوال (شناسنامه) را دربرمی‌گیرد»^۱.

نکته دوم - هم‌چنین اسناد به مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک قابل اشکال است. توجه به سیر تطور تاریخی در تصویب قانون ثبت اسناد و املاک نشان می‌دهد احکام اولیه این قانون، تکالیفی برای شرایط خاص آن دوره به جهت استقرار تدریجی نظام ثبتی نوین تدوین کرده است. برای فهم دقیق امر و ایجاد تقارن مطلب لازم است تلخیص و مفهوم مخالف ماده ۴۶ قانون ثبت اسناد و املاک در کنار ماده ۴۷ قانون یادشده بررسی شود.

مطابق مفهوم مخالف و تلخیص ماده ۴۶، ثبت این اسناد اجباری است: «عقود راجع به عین یا منافع یا حقوق املاکی که در دفتر املاک ثبت شده» و وفق ماده ۴۷، ثبت این اسناد در صورتی که وزارت عدلیه مقتضی بداند، اجباری است: «عقود راجع به عین یا منافع املاکی که در دفتر املاک ثبت نشده و صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه».

ماده ۴۷ ثبت اسناد عین یا منافع اموال غیر منقوله که در دفتر املاک ثبت نشده و موارد یادشده را به وجود اداره ثبت و دفاتر اسناد رسمی وابسته دانسته است. دو شرط «وجود اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی» و «اقتضا و صلاحدید وزارت عدلیه»، حاکی از حکم خاص و موقتی بودن آن دارد، بدین معنا که هر دو ماده بیانگر احکام اولیه و تأسیسی نهاد ثبت در ایران است، نه احکام قطعی و عام‌الشمول ثبت. بدیهی است این شرایط در ماده ۴۷ در مقام ایجاد نهاد ثبتی یادشده نیست. به همین علت، با اندک دقتی در منطوق آن می‌توان متوجه موقتی و ابتدایی بودن آن شد. علاوه بر این، ماده ۹۲ قانون یادشده در مقام وصف اسناد رسمی اموال منقول چنین بیان داشته است: «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم‌الاجراست، مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی، متصرف و مدعی مالکیت آن باشد».

توجه به سیر تصویب قانون ثبت اسناد و املاک در تبیین و تشریح این مطلب می‌تواند راه‌گشا به غایت مقنن باشد. اولین قانون ثبت اسناد در سال ۱۲۹۰ و پس از استقرار مشروطیت تصویب شد که از مزایای آن، تشکیل اداره ثبت اسناد و انجام امور ثبت اسناد نزد آن ادارات بود. از نقاط ضعف این قانون هم آن بود که ثبت اسناد اجباری نبود و اسناد ثبت شده هم لازم‌الاجرا نبودند و همین

۱. آدابی، حمیدرضا، حقوق ثبت تخصصی، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۱۷۲.

ضعف‌های حقوقی باعث صلابت نداشتن قانون و دور شدن از اهداف اصلی ثبت شد. در نهایت، این قانون در مجلس چهارم نسخ و قانون دیگری تحت عنوان قانون ثبت اسناد و املاک در ۱۲۶ ماده در تاریخ ۲۱ فروردین ۱۳۰۲ شمسی به تصویب رسید.^۱

به نظر می‌رسد الزام به ثبت در ماده ۴۷ قانون ثبت تنها به اموال غیر منقول اختصاص ندارد؛ چون ذکر صلح‌نامه، هبه‌نامه و شرکت‌نامه در این ماده بدین معناست که ثبت آن‌ها چه مربوط به اموال منقول باشد، چه غیر منقول، در نقاطی که شورای عالی قضایی (وزارت عدلیه) اعلام می‌کند، الزامی است.^۲ به موجب این قانون، اداره ثبت اسناد و املاک تشکیل شد و وظیفه آن، ثبت اسناد و امانت اسناد و مواردی هم‌چون تصدیق امضا و دادن رونوشت اسناد اعلام گردید. روند الزامی شدن اسناد به تدریج در قانون ثبت مصوب ۱۳۰۲ و بعدتر در قانون تشکیل دفاتر اسناد رسمی و مقررات بعدی تا قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ ادامه یافت.^۳

بسیار مهم است که میان «سند مالکیت» و «سند نقل و انتقال»، تفاوت بگذاریم. در ماهیت نیز میان مالکیت و نقل و انتقال تفاوت وجود دارد و لازم و ملزوم همدیگر نیستند. صرف داشتن سند مالکیت، مجوزی برای نقل و انتقال قانونی نیست؛ چون فرد می‌تواند دارای سند مالکیت باشد، ولی به موجبات قانونی از جمله حجر، ورشکستگی و نظیر آن، اهلیت قانونی نقل و انتقال نداشته باشد. پس همان‌گونه که این دو معنا تفاوت ماهوی دارند، به طریق اولی، ساختار و اجزای اسناد آن نیز تفاوت اساسی دارد.

نکته سوم. الزامی نبودن ثبت معاملات اموال منقول به خصوص وسایط نقلیه نزد دفاتر اسناد رسمی مستند به قانون ثبت اسناد و املاک، گردشی ناقص در سیر قوانین حوزه ثبت نوین است. قانون‌گذار در خصوص ثبت اموال منقول با در نظر گرفتن فرض تفکیک اموال، قائل به لزوم ثبت معاملات برخی اموال منقول شده است. ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲) به آن چنین اشاره کرده است: «کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می‌گردد، به موجب

۱. نک: حقیقت، علی، حقوق ثبت اسناد در ایران، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۳۴.

۲. نک: شهری، غلام‌رضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی، چاپ نوزدهم، ۱۳۶۸، ص ۲۲۰.

۳. نک: محمدی، سید جلیل، سیر مالکیت در ایران و چگونگی ثبت اسناد و املاک، تهران: طرح نوین اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۱.

قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن، طرفین اختلافی نداشته باشند، لازم‌الاجرا بوده و تابع مفاد آیین‌نامه اجرایی اسناد رسمی می‌باشد. آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیر منقول و اموال منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند، کماکان طبق تشریفات مربوط انجام خواهد شد.^۱

نکته چهارم. به موجب ماده ۲۹ قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی (مصوب ۱۳۸۹)، نقل و انتقال وسایط یادشده صرفاً در صلاحیت دفاتر اسناد رسمی است و هر ترتیبی غیر از آن، خارج از چارچوب قانونی خواهد بود. بدیهی است نقل و انتقال صرفاً بیع نیست و شامل هر گونه انتقال ارادی، ولو منافع و حتی به صورت مشروط می‌شود. هم‌چنین اصل بر لزوم قوانین است، مگر آن‌که نص قانونی در خصوص امکان توافق بر خلاف قانون مورد نظر وجود داشته باشد. چنین قانونی وجود ندارد و عبارت «می‌تواند» در تبصره یادشده، ناظر بر امکان همکاری دو نهاد سازمان ثبت و فراجاست. با این وصف، ماده قانونی یادشده چنان دارای صراحت در الفاظ و بهره‌مندی از قاطعیت است که مستلزم ارائه تفسیر در خصوص آن نیست، چه این‌که بخواهیم با تمسک به دیگر قوانین مقدم یا ارائه نظریه‌های مشورتی، درصدد رفع ابهام از آن باشیم.

نکته پنجم. با توجه و تدقیق در احکام قانون ثبت اسناد و املاک و مقایسه دادنامه‌های شماره ۴۲۲۰۴۲۱ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱ و ۱۸۷،۱۸۶،۱۸۵ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تفاوت ماهوی این دو سند می‌توان به این مهم دست یافت که طبق دادنامه ۱۸۷،۱۸۶،۱۸۵ مورخ ۱۳۸۴/۵/۲، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری: «حکم مقرر در صدر تبصره ۲ ماده ۴ قانون

۱. تبصره ۱ ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا: چنان‌چه در هر یک از موارد اعطای تسهیلات بانکی، بیش از یک قرارداد بین بانک با مشتریان خود در دفتر اسناد رسمی تنظیم گردد، حقوق متعلق اعم از هر نوع عوارض حق الثبت و نظایر آن نسبت به سند اول محاسبه و دریافت خواهد شد و در مورد قرارداد بعدی، تعلق حقوق مزبور منوط به افزایش رقم مندرج در قراردادهای بعدی نسبت به رقم مذکور در قرارداد ماقبل آن است. در این صورت، حقوق متعلق اعم از هر نوع عوارض، حق الثبت و نظایر آن به استثنای حق التحریر باید به نسبت مابه‌التفاوت دو رقم فوق‌الذکر محاسبه و دریافت گردد. ملاک تشخیص ارتباط قراردادهای اعلام بانک ذی‌ربط می‌باشد. تبصره ۲. در مواردی که وسایل نقلیه موتوری (ساخت کارخانه جات داخلی یا وارداتی) مع‌الواسطه بانک‌ها از طریق اعطای تسهیلات بانکی به اشخاص منتقل می‌گردد، بانک انتقال‌دهنده از لحاظ مقررات مالیات نقل و انتقال در حکم انتقال دهند، دست اول تلقی خواهد شد».

اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و چگونگی برقراری وصول عوارض و سایر وجوه از تولیدکنندگان کالا، ارائه‌دهندگان خدمات و کالاهای وارداتی مصوب ۱۳۸۱ مصرح در عدم مشمول مالیات موضوع بند (ح) ماده مزبور، در موارد تنظیم سند وثیقه، وکالت خرید و خروج موقت برای خودرو و هم‌چنین به قرینه تکلیف دفاتر اسناد رسمی به اخذ رسید یا گواهی پرداخت مالیات و عوارض از فروشنده، مفید اختصاص حکم قانون‌گذار به اخذ مالیات و عوارض در صورت نقل و انتقال قطعی خودرو و لزوم تنظیم سند انتقال در دفاتر اسناد رسمی است. لذا بنا به جهات فوق‌الذکر و عنایت به اصل ۵۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که وضع هر گونه مالیات را منحصراً از طریق قانون مجاز اعلام داشته است، مفاد تبصره یک ماده ۱۱ آیین‌نامه که مبین تفویض صلاحیت تنظیم سند انتقال توسط نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (ادارات راهنمایی و رانندگی) در خارج از سیستم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی می‌باشد. هر گونه تنظیم «سند انتقال» در خارج از سیستم سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است و حتی وفق رأی وحدت رویه به شماره دادنامه ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۶: «نظر به این‌که تکالیف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و دفاتر اسناد رسمی در انجام وظیفه محوله مشخص شده و شرایط و ضوابط و مدارک و مستندات مربوط به تنظیم اسناد رسمی به حکم قانون معین گردیده است؛ وضع قاعده آمره از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به شرح بخش‌نامه شماره ۱/۳۴/۴۵۴۱ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۸ مبنی بر الزام دفاتر اسناد رسمی به خودداری از تنظیم و ثبت نقل و انتقالات خودروهای دارای پلاک کشوری قبل از اخذ گواهی از اداره راهنمایی و رانندگی فراجا که با هدف اجرای بهینه طرح ملی تعویض پلاک وسایط نقلیه تهیه شده و در واقع و نفس‌الامر، موجد تکلیف خاص در خصوص مورد گردیده است، خارج از حدود اختیارات سازمان مذکور تشخیص داده می‌شود و به تجویز قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».^۱

۱. رأی وحدت رویه به شماره دادنامه ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به تاریخ ۱۳۸۳/۷/۲۶، ابطال بخش‌نامه ۴۵۴۱/۳۴/۱ مورخ ۱۳۸۳/۳/۲۸ سازمان ثبت اسناد و املاک.

بر این اساس، وضع هر قاعده‌ای که موجب تحدید در عمومیت صلاحیت دفاتر اسناد رسمی در امر نقل و انتقال شود، به موجب قانون، باطل است. پس به طریق اولی نمی‌توان قائل به تخییری بودن آن شد؛ زیرا فلسفه وجودی آن وفق بند ۸ ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ با چالش روبه‌رو خواهد شد.

هم‌چنین در دادنامه ۴۲۱،۴۲۲ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر انتقال در دفاتر اسناد رسمی تأکید گردیده است: «نظر به این‌که بخش‌نامه شماره ۶۲۱۶۷=۲۰-۱۲۰۸-۱۳۹۰/۱۰/۱۸/۴ فرمانده نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران در راستای وظایف اداره راهنمایی و رانندگی یا مراکز تعیین‌شده از سوی راهنمایی و رانندگی برای بررسی اصالت وسیله نقلیه، هویت مالک، پرداخت جریمه‌ها و دیون معوقه و تعویض پلاک به نام مالک جدید تنظیم شده است و با نقل و انتقال خودرو به موجب سند رسمی در دفاتر اسناد رسمی منافاتی ندارد و هم‌چنین نافی مراجعه متعاملین به دفاتر اسناد رسمی برای تنظیم سند نقل و انتقال رسمی خودرو نیست و مفهوم ثبت اقدامات انجام‌شده در راستای وظایف مصرّح در ذیل ماده ۲۹ قانون یادشده برای راهنمایی و رانندگی در سامانه مربوط به راهنمایی و رانندگی است و از آن، نقل و انتقال رسمی خودرو که از صلاحیت‌های ذاتی دفاتر اسناد رسمی است، استنباط نمی‌شود؛ بنابراین، بخش‌نامه مورد شکایت، خارج از حدود اختیارات نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران نیست و مخالفتی با قانون ندارد و قابل ابطال تشخیص داده نشد».

با توجه به مفاد این دو دادنامه، «در واقع، فلسفه وجودی اسناد رسمی، امنیت اقتصادی و مالی و مسدود ساختن باب طرح دعوای واهی و باطل و در نتیجه، کمک به برقراری نظم و ثبات قضایی است. پس ارزش اثباتی زیادتری که مقنن برای سند رسمی قائل شده، در راستای همین فلسفه وجودی است. اما همان‌گونه که به تفصیل در خصوص ضمانت اجرای حفظ صلاحیت عام سران دفاتر اسناد رسمی در تنظیم سند رسمی ذیل حاکمیت قانون آمده، این فلسفه وجودی یعنی نظم و نسق بخشیدن به اسناد در تحقق عدالت اجتماعی و ایجاد امنیت قضایی باید توسط سردفترانی که حدود صلاحیت ایشان به موجب قانون تعیین می‌شود، صورت گیرد. در غیر این صورت، تنظیم آن اسناد دارای اعتبار رسمی نخواهد بود. با این توضیح که در حقوق ثبت، سند را باید دلیل ثبوت و اثبات حقی دانست که طبق مقررات قانونی بر یک یا چند صفحه رسمی که از طرف دولت با شکلی

خاص چاپ شده، نوشته و امضا می‌گردد و بر آن، مهر مخصوصی نقش می‌بندد. بنابراین، اصطلاح سند در حقوق ثبت، متفاوت با حقوق مدنی است.^۱

نکته ششم. در جریان استحکام سند در طول تاریخ، قانون‌گذار به سند رسمی به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا به علت قدرت اثباتی آن بر اموال و حقوق مورد مناقشه توجه کرده است. در قانون ثبت اسناد و املاک، قانون‌گذار، تعریفی از سند ارائه نکرده است، ولی مشخص است که «سند»، اصطلاحی ثبتی است و مفهوم آن با اصطلاح «سند» در حقوق مدنی متفاوت است.

ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی در تعریف سند مقرر داشته است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد». بدین معنا که سند را از جنبه اثباتی^۲ آن یعنی به کارگیری آن در مقام دفاع در دعوا تعریف کرده است و به جنبه ثبوتی آن توجه نشده است. در این ماده اشاره نشده است که سند می‌بایست حاوی حقی قانونی باشد و منظور از قانونی بودن آن یعنی قابل مطالبه بودن وفق مقررات آیین دادرسی مدنی است. این در حالی است که «سند ثبتی» که می‌توان به آن، سند رسمی گفت، نوشته‌ای است که بر وجود حقی به نفع یک شخص دلالت می‌کند (ثبوت حق).^۳ پس کتابت مذکور موسوم به سند رسمی می‌تواند موجد صحیح حق مذکور (یعنی همان توافق اراده‌ها) را بدون استناد به دلیل دیگر اثبات کند.

گفتنی است سند از مهم‌ترین دلایل اثباتی اصحاب دعوا در دعاوی و امور غیر کیفری است و هرگاه در دعوا، نوشته‌ای مورد استناد قرار گیرد، یکی از مهم‌ترین نکات، قابلیت استناد آن از نظر ماهوی است. با این حال، به کارگیری سند در دعاوی و امور حقوقی و اثبات ادعا با استناد به آن، زوایای مهم دیگری دارد که توجه نکردن به آن‌ها می‌تواند استفاده از سند را ناممکن سازد یا موجب شود نوشته‌ای که در اصل نمی‌تواند دلیل قرار گیرد، ادعای واهی را اثبات کند.^۴

۱. محسنی، وجیهه، «سند رسمی، سند برتر»، ماه‌نامه حقوقی قانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۹۱، شماره ۱۳، ص ۳۷.

۲. نک: آزاد، محمدجواد، «نقش اسناد رسمی در تأمین نظم عمومی و حقوق شهروندی با تأکید بر مناقشه نهادهای قضایی و انتظامی و صنفی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۷.

۳. حمیتی واقف، احمدعلی، حقوق ثبت: ثبت املاک، ثبت اسناد و اجرای اسناد رسمی، تهران: دانش‌نگار، ۱۳۸۴، ص ۷۱.

۴. نک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۸۴، صص ۱۳۹-۱۳۸.

از جمله جنبه‌های مهم در استفاده از سند رسمی در راستای قدرت اثباتی سند رسمی بر اموال و حقوق، مذاقه در مورد مفاد و منطوق سند است. مطابق رأی دیوان عالی کشور: «نظر به مستفاد از ماده ۹۳ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و ماده ۵۰ نظام‌نامه دفاتر اسناد رسمی، درخواست صدور اجراییه از دفترخانه اسناد رسمی منحصر نسبت به موضوعاتی ممکن است که منجزاً در متن سند تصریح شده باشد».^۱ پس صرفاً در مورد حقوقی که منجزاً در متن سند تصریح می‌گردد و مفاد آن نیز مخالف صریح قوانین موضوعه و اخلاق نباشد، می‌توان قابلیت اجرایی یادشده را فرض کرد.

نتیجه‌گیری

با توجه استدلال‌های مطرح‌شده و استنادهای قانونی در موضوع «صلاحیت فراجا در صدور سند نقل و انتقال وسایل نقلیه» به نظر می‌رسد بحث صدور سند، فرآیند قانونی دارد. در تبصره ۳ ماده ۱۹ قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵ ذکر شده است: «ارائه هر گونه خدمات به دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی فاقد بیمه‌نامه شخص ثالث معتبر، توسط راهنمایی و رانندگی، دفاتر اسناد رسمی و سازمان‌ها و نهادهای مرتبط با امر نقل و انتقال، ممنوع می‌باشد. دفاتر اسناد رسمی مکلفند هنگام تنظیم هر گونه سند در مورد وسایل نقلیه موتوری زمینی موضوع این قانون، مشخصات بیمه‌نامه شخص ثالث آن‌ها را در اسناد تنظیمی درج نمایند». این فرآیند به مراجعه به نهادهای متعدد و مرتبط یادشده ارتباط دارد. از این رو، دادنامه ۱۸۶۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که در بند اول آن با استناد به مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ مقرر داشته است: «ثبت معاملات راجع به اموال منقول اختیاری است»، با قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۵ و نادیده انگاشتن قوانین مؤخرالتصویب از جمله قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری زمینی در مقابل شخص ثالث (مصوب ۱۳۹۵) و قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی (مصوب ۱۳۸۹) در تضاد صریح قرار دارد.

۱. رأی شماره ۱۲۴۰ مورخ ۱۳۴۴/۷/۲۷ دیوان عالی کشور در خصوص صلاحیت دفاتر اسناد رسمی (مستند قانونی صدور اجراییه)، به نقل از: اصغرزاده بناب مصطفی، مجموعه محشای آرای وحدت رویه حقوقی هیئت عمومی دیوان عالی کشور ۱۳۲۸-۱۳۸۴، تهران: مجد، ۱۳۸۵، ص ۴۶۰.

برگه سبز صادرشده از سوی فراجا، سند مالکیت پلاک انتظامی است که مبین تعویض پلاک و انجام تشریفات قانونی آن است و مثبت احراز عمل یا واقعه حقوقی دال بر انتقال مالکیت نیست. بنابراین، بر اساس اصول کلی حاکم بر صلاحیت قانونی، فرماندهی انتظامی (فراجا) در اعمال حقوقی معاملاتی صلاحیت ندارد. پس ضروری است زمینه کاهش هزینه‌های ناشی از تنظیم اسناد رسمی توسط مراجع قانونی پیش‌بینی گردد. البته اجرای آن در پرتو حاکمیت قانون و شفاف‌سازی با دقت در جلوگیری از ایجاد تشویش و خدشه در صراحت قانون ضرورت دارد.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. اصغرزاده بناب مصطفی، مجموعه محشای آرای وحدت رویه حقوقی هیئت عمومی دیوان عالی کشور ۱۳۸۴-۱۳۲۸، تهران: مجد، ۱۳۸۵.
۲. آدابی، حمیدرضا، حقوق ثبت تخصصی، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۳. حقیقت، علی، حقوق ثبت اسناد در ایران، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۴. حمیتی واقف، احمدعلی، حقوق ثبت: ثبت املاک، ثبت اسناد و اجرای اسناد رسمی، تهران: دانش‌نگار، ۱۳۸۴.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۳)، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
۶. شورای نگهبان، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۹۴-۱۳۵۹) (جلد ۲: اصول ۵۶ تا ۷۵ قانون اساسی)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.
۷. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی، چاپ نوزدهم، ۱۳۶۸.
۸. محمدی، سید جلیل، سیر مالکیت در ایران و چگونگی ثبت اسناد و املاک، تهران: طرح نوین اندیشه، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۹. نایینی، احمدرضا، مشروح مذاکرات قانون مدنی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶.

۲. مقاله

۱. محسنی، وجیهه، «سند رسمی، سند برتر»، ماه‌نامه حقوقی قانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۹۱، شماره ۱۳۰.
۲. واعظی، مجتبی، «مفهوم و کارکرد صلاحیت در حقوق اداری»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۴۰۲، دوره بیست و پنجم، شماره ۸۰، ۲۰۵-۲۳۸.
۳. همتی، مجتبی و صدیقه جوان، «چالش‌ها و راهکارهای تقنینی و قضایی در ارتباط با اسناد رسمی وسایل نقلیه»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره نهم، شماره ۲۹، ۲۶۷-۳۰۲.

۳. پایان‌نامه

۱. آزاد، محمدجواد، «نقش اسناد رسمی در تأمین نظم عمومی و حقوق شهروندی با تأکید بر مناقشه نهادهای قضایی و انتظامی و صنفی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۷.

۴. قانون و مقررات

۱. قانون رسیدگی به تخلفات راهنمایی و رانندگی، مصوب ۱۳۸۹.
۲. قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا، مصوب ۱۳۶۵.
۳. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷.
۴. قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۱۰.
۵. قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمروی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۴.
۶. ماده واحده قانون اصلاح ماده ۲۲ قانون حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمروی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۸.
۷. لایحه قانون نقل و انتقال وسایل نقلیه موتوری، مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب.
۸. قانون اجازه وصول مالیات غیر مستقیم از برخی کالاها و خدمات، مصوب ۱۳۷۴.
۹. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶.
۱۰. قانون اصلاح قانون بیمه اجباری مسئولیت مدنی دارندگان وسایل نقلیه موتوری در مقابل اشخاص ثالث، مصوب ۱۳۹۵.

۵. آرای قضایی

۱. دادنامه ۳۵۲، ۳۵۳، ۳۵۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۳/۷/۲۶ (در خصوص) ابطال بخش‌نامه ۴۵۴۱/۳۴/۱ مورخ ۸۳/۳/۲۸ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.
۲. دادنامه ۱۸۵، ۱۸۶، ۱۸۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۴/۵/۲ (در خصوص) ابطال تبصره‌های ۱ و ۵ ماده ۱۱ و ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرایی قانون اصلاح موادی از قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

۳. دادنامه ۴۲۱، ۴۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۹۲/۷/۱ (در خصوص) ابطال بخش نامه فرمانده ناجا به شماره ۶۲۱۶۷=۲۰-۱۲۰۸-۱۳/۴-۱۳۹۰/۱۰/۱۸ خطاب به ریاست بازرسی ناجا، معاون طرح و برنامه و بودجه ناجا، مدیرعامل بنیاد تعاون ناجا و مؤسسه راهگشا.
۴. دادنامه ۱۸۶۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۹۹/۱۲/۲۴ (در خصوص) ابطال بندهای ۲ و ۳ بخش نامه شماره ۱۴۷۲۰۴/۹۴.۱۳۹۴/۸/۲۷ معاونت امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.



ضرورت سامان دهی شکل های اقتصادی برای توان مندسازی بخش خصوصی

احمد مرکزالمیری^۱

چکیده

از جمله الزامات اثرگذاری بخش خصوصی و شنیده شدن مطالبات و اثربخشی نظرشان در شئون مختلف حکمرانی، تشکل نهادی آن ها در قالب نهادهایی مانند انجمن ها و سندیکاها و هماهنگی و انسجام آن ها در قالب نهادی فراگیر در قامت نمایندگی کننده طیف گسترده نظارت و منافع آن هاست.

در مقاله پیش رو، ابتدا به نقش و سهم تشکل های توان مند بخش خصوصی در حکمرانی پرداخته شده است. سپس کارویژه های اصلی تشکل های اقتصادی که عبارتند از نمایندگی منافع و ارائه خدمات، به اختصار شرح داده شده است. در این نوشتار به تغییر رویکرد قانون گذار درباره مرجع صلاحیت دار سامان دهی تشکل های اقتصادی و اثرگذاری این تجدیدنظر در شناسایی ابتکار عمل بخش خصوصی در این زمینه بر استقلال و فراگیری تشکل های اقتصادی توجه شده است.

در اختیار داشتن ابتکار عمل بخش خصوصی در این موضوع، نیازمند توجه، تلاش، تعامل، هماهنگی و هم افزایی بیش تر فعالان اقتصادی و تشکل ها در سطوح ملی و محلی (استانی) و به طور خاص، اتاق های سه گانه نمایندگی کننده بخش خصوصی و تعاونی (اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، اتاق اصناف ایران و اتاق تعاون ایران) است.

واژگان کلیدی: تشکل های اقتصادی، محیط کسب و کار، بخش خصوصی، توان مندسازی، صنف.

۱. عضو هیئت علمی مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، تهران: ایران، markazma@gmail.com

مقدمه

قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران ایرانی در یک دهه اخیر به مفهوم «تشکل‌های اقتصادی» و ضرورت شناسایی، انسجام و نظام‌مندی فعالیت‌های آن‌ها توجه کرده‌اند. به مفهوم مورد بحث، بیش‌تر از رهگذر اهمیت و توسعه سازمان‌های مردم‌نهاد (غیردولتی) توجه صورت گرفت که هم‌زمان با ضرورت توسعه جامعه مدنی در نیمه دوم دهه ۸۰ بر آن تأکید می‌شد. در واقع، آسیب‌شناسی تشکل‌های اقتصادی به ویژه مسائل ناشی از تعدد و تکثر این قبیل نهادها نیز به موازات آسیب‌شناسی تشکیل، فعالیت و توسعه دیگر نهادهای غیردولتی، در مجامع علمی و حوزه عمومی مطرح شد. برای مثال، می‌توان به پراکندگی و تعدد دستگاه‌های دولتی متولی نهادهای غیردولتی، رهیافت‌های گوناگون در شکل‌گیری و مدیریت، عدم استقرار و توسعه طبیعی، نبود شبکه‌ای انتظام‌یافته تخصصی و صنفی و مشکلات ناشی از ارتباطات درونی و بیرونی اشاره کرد.^۱

سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی، ضرورتی برای ارتقای توان‌مندی بخش خصوصی شمرده می‌شود. اما نکته بااهمیت، نهاد صلاحیت‌دار برای سامان‌دهی بخش خصوصی است. به عبارت دقیق‌تر، سؤال این است که آیا سامان‌دهی تشکل‌های خصوصی باید با زعامت دولت (حکومت) صورت گیرد یا خود بخش خصوصی باید برای شکل دادن نهادهای نمایندگی‌کننده و انسجام اجزای خود تلاش کند؟ برگزیدن هریک از دو طریق گفته‌شده، یا غلبه هر گزینه بر گزینه دیگر، الزامات و پی‌آمدهایی خاص دارد که در این نوشتار توضیح می‌دهیم.

در مقاله حاضر، ابتدا تعریف مبهم و مجادله‌برانگیز «تشکل‌های اقتصادی» در نظام حقوقی ایران بررسی می‌شود. سپس با استناد به احکام قانونی مربوط، سیر قانونی نهاد صلاحیت‌دار برای سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی را می‌کاویم.

گفتار نخست. نقش وسبهم تشکل‌های توان‌مند بخش خصوصی در توسعه و حکمرانی

بخش خصوصی توان‌مند، متشکل و یک‌پارچه، یکی از لوازم اصلی توسعه محسوب می‌شود. در واقع، اثرگذاری بخش خصوصی در فرآیند توسعه و دموکراسی، از رهگذر انسجام نمایندگان بخش

۱. مرتضوی، مهدی (مجری پروژه)، سامان‌دهی تشکل‌های بخش کشاورزی با رویکرد تجاری‌سازی و توسعه بازرگانی، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، صص ۲۳-۲۵.

خصوصی در قالب نهادهایی رسمی و ایفاکننده نقش نمایندگی تشکلهای متعدد و پرشمار صورت می‌گیرد. تدابیر و اقداماتی مانند کنش‌گری‌های سیاسی - اجتماعی، نیکوکاری، سرمایه‌گذاری و مسئولیت اجتماعی توسط بنگاه‌ها، از افرادی نشئت می‌گیرد که در قالب انجمن‌ها و تشکلهایی به صورت نظام‌مند به ایفای نقش در چنین بخش‌هایی می‌پردازند.^۱ برای نمونه، در دانمارک، مشاوره و مذاکره به عنوان دو بخش گفت‌وگوی اجتماعی، در سه سطح بنگاه، صنعت و کل اقتصاد دنبال می‌شود.^۲ این کارکردهای مفید سبب شکل‌گیری روندی شده است که سازمان‌هایی غیر دولتی - با مشخصه‌های متفاوت - به عرصه اقتصاد و تجارت وارد شده‌اند و این امر به پدیده‌ای مهم در عرصه‌های سیاست و اقتصاد تبدیل شده است. مجموعه فعالیت‌های بخش خصوصی در قالب سازمان‌هایی با هدف خدمت‌رسانی به اعضا یا اجتماعات محلی، حوزه جدیدی با عنوان «اقتصاد اجتماعی»^۳ را شکل داده است.^۴

از سوی دیگر، توان‌مندسازی بخش خصوصی از طریق شناسایی نهاد یا نهادهایی به عنوان نمایندگان بخش خصوصی و در واقع، حق تشکلهای می‌تواند به توان‌مندسازی حکومت کمک کند. به این شرح که «حکومت مقتدر نیز برای اعمال قدرت، نیازمند متشکل بودن جامعه است...». حکومت می‌تواند از طریق تشکلهای اجتماعی با مردم مذاکره کند، تعارضات درون جامعه را به خود مردم انتقال دهد و برخی از امور حکومت را به مردم واگذار کند.^۵ نبود نهادهای سازمان‌یافته به ویژه نهادهای متشکل از نمایندگان صاحبان بنگاه‌ها و کسب‌وکارها، حکومت را از مجرای ارتباطی عمده‌ای محروم می‌کند و این امر می‌تواند لطمات جبران‌ناپذیری برای حکمرانی داشته باشد.

۱. نک: ویزن، نورم و دیگران، *پسرفت دموکراسی*، ترجمه: مهدی مقدری، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹، صص ۹۰-۹۱.

۲. کارستن یوگنسن و فرانسن تراکسلر، «دانمارک»، در: فرانسن تراکسلر و گرهارد هومر (ویراستاران)، *انجمن‌های کارفرمایی، اندازه بنگاه‌ها و حکمرانی: یک رویکرد تطبیقی*. تحلیلی، ترجمه: حمیدرضا پیش‌بهار، تهران: شیرازه کتاب‌ما، ۱۳۹۷، صص ۱۵۷-۱۵۸. در اثر مذکور، عبارت «انجمن‌های کارفرمایی»، به عنوان معادل "Business Interest Associations" به کار رفته است.

3. Social Economy

۴. مرتضوی، پیشین، ۶۰-۶۱.

۵. میدری، احمد و کمال رضوی، «مقدمه»، در: احمد میدری (مدیر طرح)، *در جست‌وجوی سعادت عمومی* (جلد دوم: درآمدی بر توان‌مندسازی حکومت و جامعه)، تهران: روزنه، ۱۴۰۰، ص ۲۰.

کارآیی تشکلهای برای ثبات و دوام حکومت‌ها، از منظری سیاسی. و به عبارت دقیق‌تر، اقتصاد سیاسی. قابل توجه است. برای نمونه، مطالعه اسمیث^۱ درباره موردهای ایران و اندونزی و تفاوت‌های مواجهه حکومت‌های دو کشور با شورش‌ها و اعتراضات ناشی از بحران‌های تورمی در سال‌های ۱۹۷۶ تا ۱۹۷۸، درس‌آموز است. در هر دو کشور، مخالفان به دلیل ترکیبی از عوامل افزایش قیمت‌ها، خودکامگی روزافزون در تصمیم‌سازی، عملکردهای بی‌ثبات‌کننده اقتصادی و نارضایتی‌های سیاسی، رژیم را به چالش جدی کشیده بودند. آن‌چه سبب شد اندونزی بر خلاف ایران، بحران‌ها را مدیریت کند و پشت سر بگذارد، توانایی‌های از پیش موجود رژیم اندونزی در حفظ ائتلاف‌ها و ارتباطات میان‌گروهی و میان‌طبقاتی بود، در حالی که در ایران، «رژیم، هیچ ارتباطاتی را حفظ نکرده بود که به وسیله آن بتوان به توافقی... دست یابد...»^۲. یکی از منابع اصلی این ائتلاف‌ها و ارتباطات، تشکلهای کارگری. کارفرمایی و تشکلهای اقتصادی بود که یا از میان رفته یا به شدت تضعیف شده بودند.

در یکی از گزارش‌های اخیر سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD)، نقش و سهم بالقوه ارزشمند تشکلهای اقتصادی و حرفه‌ای قوی در اوضاع و احوال شکننده و متأثر از درگیری‌ها و تعارض‌ها در برخی از کشورهای حوزه «منا»^۳ بررسی شده است. تشکلهای اقتصادی به طور سنتی، سازمان‌هایی منفعت‌طلب و در پی جویی رانت‌هایی تلقی می‌شوند که موجب افزایش منافع عمومی گسترده‌تر نخواهد شد، اما این نهادها می‌توانند نقش بسیار مثبتی ایفا کنند. بدین ترتیب که بنگاه‌ها و سرمایه‌گذاران محلی در بسیاری از کشورهای منطقه «منا»، با چالش‌های مختلف عملیاتی و سیستمی روزانه در کسب‌وکار مواجهند. برخی از چالش‌های اصلی شناسایی شده توسط بنگاه‌ها عبارتند از: بی‌ثباتی، فساد، نااطمینانی از تأمین مالی مناسب، موانع کسب‌وکار، کمبود کارگران آموزش‌دیده مناسب و قطع ارتباط بین شرکت‌ها و کانال‌های مالی رسمی. کسب‌وکارها،

1. Benjamin Baker Smith

۲. نک: اسمیث، بنیامین، دوران‌های سخت در سرزمین‌های فراوانی: سیاست‌های نفت در ایران و اندونزی، ترجمه: علی طیبی، تهران: شیرازه کتاب‌ما، ۱۳۹۷، صص ۲۶۰-۲۷۹. هم‌چنین برای مطالعه نقش بازار به عنوان یک تشکل کلان، با سابقه و سامان‌مند در جنبش سیاسی. اجتماعی منتج به انقلاب اسلامی در ایران نک: کشاورزبان، آرنج، بازار و دولت در ایران: سیاست مکان بازار تهران، ترجمه: ابراهیم اسکافی، تهران: شیرازه کتاب‌ما، ۱۳۹۹.

۳. «منا» (MENA): کشورهای منطقه خاورمیانه و شمال آفریقا.

راه‌هایی برای مقابله با برخی از این چالش‌ها از طریق راه‌حل‌ها و جای‌گزین‌های خلاقانه یافته‌اند. این چالش‌ها، توان بالقوه اقتصاد را محدود می‌کنند و بنابراین، سیاست‌گذاران و تشکل‌های اقتصادی باید به این موانع رسیدگی کنند.^۱ در واقع، راه‌حل‌ها و راهکارهای خلاقانه کسب‌وکارها از طریق تشکل‌ها پی‌گیری و عملیاتی می‌شود و تشکل‌ها از این طریق می‌توانند به دولت‌ها در سامان‌دهی و ثبات‌بخشی به اقتصاد کشور یاری رسانند.

بسیار مهم است که تشکل‌های اقتصادی، بنگاه‌های کوچک و متوسط و گروه‌هایی را که به اندازه کافی نمایندگی نمی‌شوند، مانند بنگاه‌های تحت مالکیت زنان و کارآفرینان جوان پوشش دهند و نمایندگی کنند. علاوه بر این، بسیار مهم است که تشکل‌ها در فرآیندهای «گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی»^۲ (PPD) به شیوه‌ای جامع مشارکت کنند. در کنار نقش ارزشمند روابط دولتی تشکل‌های اقتصادی، آن‌ها باید یک پایگاه عضویت قوی ایجاد کنند و خدماتی ارائه دهند که تقاضامحور باشد و سازمان را در میان مدت به سازمانی پایدار تبدیل کند.^۳

برای نمونه، یکی از پژوهش‌های انجام‌شده راجع به زیست‌بوم (اکوسیستم) کسب‌وکار سومالی نشان می‌دهد چهار فعالیت باعث می‌شود نظام زیست‌بوم کسب‌وکار و کارآفرینی به طور مطلوب عمل کند: (۱) تبدیل ایده‌ها به بنگاه‌های پایدار؛ (۲) ایجاد ارتباط بین بنگاه‌های کوچک، متوسط و بزرگ؛ (۳) هم‌سویی و ارتباط بیش‌تر و عمیق‌تر آموزش با مشاغل؛ (۴) تشویق همکاری‌های بین‌بخشی. در انجام این چهار کارکرد می‌توان دلایل متعدد توجیهی برای وجود تشکل‌های اقتصادی و ضرورت سامان‌دهی و اثرگذاری آن‌ها مشاهده کرد. در این مطالعه موردی تصریح شده است: «محققان، تلاش‌های توسعه‌ای تشکل‌ها را به عنوان فعالیت‌های مکمل بازار و حمایت از بازار می‌شناسند. نقش‌آفرینی در توسعه هر کشور، بحث در مورد این‌که این نهادها چه نقشی باید داشته باشند و هم‌چنین ساختارهای احتمالی این نهادها، تمرین ضروری برای ملتی مانند سومالی است که هنوز از یک دوره طولانی بی‌ثباتی در

1. OECD, "How Can Private Sector Organisations Contribute to Economic Resilience in Fragile and Conflict-affected Contexts in the Middle East and North Africa?", Background note for the MENA-OECD Economic Resilience Task Force, Islamic Development Bank December 2018, pp. 6-7.

2. Public-private dialogue

3. Ibid, 13-14.

حال گذار است. هم‌چنین می‌توان این ادعا را تصدیق کرد که پس از گذار از درگیری و بی‌ثباتی، بخش خصوصی، اغلب، اولین پاسخ‌دهنده به نیازهای عمومی است و پیش از آن‌که دیگر بازیگران (دولتی و غیر دولتی) وارد صحنه شوند، نشانگر برقراری سطحی از ثبات است»^۱.

نقش‌آفرینی بخش خصوصی و نهادهای نمایندگی‌کننده در ایران در حوزه‌های پیش‌گفته به اندازه کافی نبوده و به عبارت دیگر، پس از گذشت سال‌ها، هم‌چنان در آغاز راهی طولانی است. موانع مشارکت فعال بخش خصوصی و نهادهای نمایندگی‌کننده آن در ایران، به لحاظ تاریخی نیز قابل توجه و درس‌آموز است. برای نمونه، در اسفند ۱۳۱۲ که دوره فعالیت سه‌ساله اتاق تجارت تهران^۲ خاتمه یافت، وضعیت اتاق تجارت در یکی از نشریات آن زمان به این شرح توصیف شده است: «اتاق تجارت در ایران هنوز واجد معنای حقیقی خود نشده و خود تجار به موقعیت و اهمیتی که مؤسسه مزبور دارا می‌باشد، توجه لازم به عمل نمی‌آورند و این اظهار نه برای این است که چرا اتاق تجارت نتوانسته است تأثیرات عمیقی در جریان تجارت مملکت داشته باشد... این قبیل مؤسسات نوزاد در نتیجه عدم توجه خود تجار و محافل اقتصادی در بدو امر نمی‌توانند وظایفی را که بر عهده دارند، انجام بدهند. به همین جهت، کم‌تر شنیده شد که اتاق تجارت، تراوشاتی از خود در مسائل مهم تجارت بروز دهد، بلکه فقط طرف شور دولت قرار می‌گرفت... بنابراین، لازم است آقایان تجار نسبت به این مؤسسه بیش‌تر علاقه‌مندی نشان داده و اتاق تجارت را مؤسسه بزرگ و عامل مؤثری در این پیشرفت مملکت بدانند...»^۳.

آسیب‌شناسی و توصیه‌های پیش‌گفته در بیش از ۹۰ سال پیش درباره نقش و سهم اتاق‌ها در امور کشور را هم‌چنان می‌توان در اظهار نظرها و تحلیل‌های امروز نیز مشاهده کرد، چنان‌که در یکی از برنامه‌های پیشنهادی اتاق ایران به دولت سیزدهم برای اصلاحات اقتصادی، «فقدان ترکیب

1. Owuor, Victor Odundo, "Building a Business Ecosystem in Somalia: The Case for Business Associations", Broomfield, Colorado: One Earth Foundation, 2015, Available at: www.shuraako.org/sites/default/files/Business-Ecosystems-Research-Report.pdf.

۲. «اتاق تجارت تهران»، طبق تصویب‌نامه هیئت دولت به وزارت فواید عامه تأسیس شد. رأی‌گیری برای انتخاب اعضای این نهاد در اردیبهشت ۱۳۰۵ انجام شد. نک: ترابی فارسانی، سهیلا، از مجلس وکلای تجار تا اتاق ایران: پیدایش و تحول اتاق ایران از آغاز تا انقلاب اسلامی (۱۳۵۷-۱۳۶۳ خورشیدی)، تهران: کتاب‌خانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۲، صص ۱۶۵-۱۸۶.

۳. اطلاعات، ۱۴ اسفند ۱۳۱۲، ش ۲۱۳۷، به نقل از: همان، صص ۲۶۲-۲۶۳.

خردمندانه از دولت و بخش خصوصی در اقتصاد کشور»، یکی از دلایل تداوم مشکلات اقتصادی در کشور دانسته و چنین تصریح شده است: «درک ضرورت وجود یک ترکیب خردمندانه از دولت و بخش خصوصی، مسئله‌ای است که در دولت‌های گذشته تاکنون مغفول بوده و به بخش خصوصی به مثابه رقیب دولت طی این سال‌ها نگاه شده است و این درحالی است که نگاه به این دو باید نگاهی تکمیل‌کننده و نه رقیب و در برابر هم باشد. ... واقعیت آن است که در حال حاضر، اتاق‌های فوق در ده‌ها شورا و کارگروه حضور دارند، اما فرآیندهای تصمیم‌گیری و ترکیب شوراها و کارگروه‌ها به گونه‌ای است که اغلب، تأثیر معنی‌داری بر تصمیم‌ها نمی‌توانند بگذارند»^۱.

گفتار دوم. کارویژه‌های اصلی شکل‌های اقتصادی

فعالیت‌های هر شکل اقتصادی را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد: نخست، نمایندگی منافع و دوم، ارائه خدمات. نمایندگی منافع، شکل‌ها را از شرکت‌های خدماتی متمایز می‌کند؛ زیرا خدمات ارائه‌شده به اعضا در شکل‌ها می‌تواند توسط هر شرکت دیگری نیز ارائه شود. بر این اساس، نمایندگی منافع، اصلی‌ترین فعالیت شکل‌های اقتصادی محسوب می‌شود. چنان‌که تراکسلر^۲ می‌نویسد: «هدف اولیه ایجاد شکل‌هایی هم‌چون انجمن‌های اقتصادی، ایجاد شرایطی برای استفاده از منافع همه‌گیر است. در صورتی که یک شکل به مبارزه در جهت کاهش مالیات بپردازد، هر گونه کسب و کاری، چه عضو آن شکل باشد یا نباشد، از آن نفع خواهد برد»^۳.

با توجه به این نکته و متناسب با نوع منافع مورد نظر هر شکل می‌توان آن‌ها را به سه دسته کلی تقسیم کرد:

اول. شکل‌های کارفرمایی: شکل‌های کارفرمایی به نمایندگی منافع بنگاه‌های اقتصادی در بازار کار می‌پردازند.

دوم. شکل‌های صنفی و بازرگانی: این شکل‌ها، دیگر منافع بنگاه‌های اقتصادی مانند منافع بازار تولید را نمایندگی می‌کنند.

۱. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، برنامه پیشنهادی برای اصلاحات اقتصادی (ویرایش اول)، تهران: مدیریت پژوهش‌های اقتصادی، مرداد ۱۴۰۰، ص ۲۱.

2. Franz Traxler

۳. تراکسلر، فرانتس، «چارچوب نظری و روش‌شناسی تحلیل»، در: تراکسلر و هومر، پیشین، ص ۳۵.

سوم. تشکل‌های اقتصادی (مختلط): این تشکل‌ها، ترکیبی از دو دسته پیشین هستند و سعی می‌کنند هم‌زمان، هر دو گونه منافع را نمایندگی کنند.^۱

در بیش‌تر کشورهای پیشرو در زمینه تشکل‌گرایی، میان تشکل‌ها در دو حوزه کلان بازار کار و بازار تولید، تقسیم کار وجود دارد. در حوزه بازار کار، منافع کارگران در مقابل کارفرمایان محوریت دارد و استفاده از ابزارهایی مانند مذاکرات جمعی در اولویت است، اما در حوزه بازار تولید، بیش‌تر اتاق‌های بازرگانی و کنفدراسیون‌های مربوط، وظیفه حمایت از منافع و ارائه خدمات به بخش صنعت، تجارت و معدن را بر عهده گرفته‌اند. برای مثال، در دانمارک، «کنفدراسیون کارفرمایان» و «فدراسیون بنگاه‌های کوچک و متوسط»، دو تشکل مادر محسوب می‌شوند که در طول سال‌های متمادی توسعه یافته‌اند. این دو نهاد با امضای یک موافقت‌نامه، به نحوی تقسیم کار کردند، به این ترتیب که فدراسیون ملزم شده است وارد حوزه منافع بازار کار نشود و کنفدراسیون نیز پذیرفته است وارد حوزه منافع بازار تولید نشود. البته این موافقت‌نامه بیش‌تر به نفع کنفدراسیون است؛ زیرا «نحوه تعامل تشکل‌ها با منافع بازار کار و تولید متفاوت است. عامل اصلی این تفاوت رویکرد، یک‌پارچگی ذاتی منافع بازار کار و عدم یک‌پارچگی منافع بازار تولید است». این امر باعث شد تا کنفدراسیون، جایگاه خود را به عنوان تشکل اصلی تحکیم کند. در مقابل، تعارض منافع شدید در بازار تولید سبب شده است هر یک از صنایع، به طور مستقل برای منافع خود در بازار تولید مذاکره کنند.^۲ بدین ترتیب، سامان‌دهی تشکل‌ها در حوزه بازار تولید. که موضوع این نوشتار است و تشکل‌های اقتصادی خوانده می‌شوند. به مراتب، واجد پیچیدگی‌ها و ظرافت‌های بیش‌تری از سامان‌دهی تشکل‌های بازار کار است.

کارویژه اصلی دوم تشکل‌ها پس از نمایندگی و دفاع از منافع عبارت است از مشارکت در سیاست‌گذاری و مقررات‌گذاری^۳ (اعم از تدوین قوانین، مقررات و هر گونه سند الزام‌آور). اثرگذاری بخش خصوصی در امور حکمرانی به ویژه قانون‌گذاری و مقرره‌گذاری (تصویب آیین‌نامه و بخش‌نامه)، تا حد زیادی به یک صدایی و هماهنگی بخش خصوصی در نظرهای خود بستگی دارد. گرچه اختلاف نظر تشکل‌ها

۱. تراکسلر، فرانتس، برند برنلد و سوزان پرنیکا، «تشکل‌پذیری، فعالیت‌ها و حکمرانی تشکل‌های اقتصادی»، در: تراکسلر و هومر، پیشین، صص ۶۵۰-۶۵۱.

۲. یورگنسن و تراکسلر، پیشین، ص ۱۶۵.

در برخی از مسائل و راجع به برخی از قوانین و مقررات، امری طبیعی و قابل انتظار است، اما این چندصدایی و اختلاف نظر ممکن است بر اثربخشی بر مقررات‌گذاران، تأثیری منفی بگذارد. توصیه به ادغام، تمرکز، هم‌گرایی و هماهنگی تشکلی‌ها در ایران نیز بر همین اساس قابل دفاع است.^۱ در بیش‌تر کشورها، روابط سازمان‌دهی شده‌ای که بتواند مشکلات ناهماهنگی بین تشکلی‌های مستقل را رفع کند، بسیار نادر است. در مطالعه‌ای ادعا شده که تنها مورد استثنا، آلمان است که از طریق نهادی با عنوان «شورای اقتصادی آلمان»، همه اقشار اقتصادی به جز کشاورزی را گرد هم آورده است.^۲ این واقعیت، نشانگر تلاش و توجه بیش از پیش سیاست‌گذاران دولتی و فعالان و نهادهای خصوصی به این موضوع است.

بر این اساس، در قوانین مربوط به تشکلی‌های اقتصادی در کشورهای مختلف، وظایف و اختیاراتی برای تشکلی‌ها و به طور خاص، اتاق‌های بازرگانی و صنایع مقرر شده است. برای نمونه، در ماده (۳) «قانون اتاق بازرگانی و صنعت کره جنوبی»، این نهاد موظف به ایفای وظایفی مانند «مشاوره و ارائه پیشنهاد در مورد سیاست‌های مرتبط بازرگانی و صنعت دولت (ملی) و دولت‌های محلی»، «ارتقای رفاه و منافع کسانی که به فعالیت‌های بازرگانی و صنعت اشتغال دارند» و «اجرای فعالیت‌های تفویض شده توسط دولت‌های ملی و محلی» شده‌اند.^۳

در بند «الف» ماده (۵) «قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران» (مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۱۵)، «ایجاد هماهنگی و همکاری بین بازرگانان و صاحبان صنایع و معادن و کشاورزی در اجرای قوانین مربوطه و مقررات جاری مملکتی»، یکی از وظایف اتاق بازرگانی شناخته شده

۱. مرکزالمیری، احمد، الزامات شناسایی قوانین و مقررات محل کسب و کار، تهران: راه طلایی، به سفارش: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰، صص ۳۱۹-۳۲۱.

۲. تراکسلر، برنلد و پرینیکا، پیشین، ص ۶۸۵.

۳. «قانون اتاق بازرگانی و صنعت کره جنوبی»، در: «قانون اتاق بازرگانی و صنعت کره جنوبی»، در: مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، قوانین اتاق‌های بازرگانی و صنعت در برخی کشورهای منتخب، ترجمه: ابراهیم یوسفی‌راد، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، اسفند ۱۴۰۰، صص ۷۱-۷۲. قانون مذکور در ۳۱ مارس ۲۰۰۵ به تصویب رسیده و در این پایگاه اینترنتی قابل دسترس است:

www.elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=31978&type=new&key=

ماده (۳) قانون پیش‌گفته به طور کامل توسط قانون شماره ۱۰۷۰۹، در ۲۴ می ۲۰۱۱ اصلاح شده است.

است. در ماده (۲) «قانون اصلاح موادی از قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران» (مصوب ۱۳۷۳/۹/۱۵) که بند «ب» ماده (۵) اصلاح شد. «ارائه نظر مشورتی در مورد مسائل اقتصادی کشور اعم از بازرگانی، صنعتی و معدنی و مانند آن به قوای سه‌گانه»، از دیگر وظایف اتاق برشمرده شده است.^۱ در بند «ک» قانون اصلاحی اتاق نیز «تشکیل اتحادیه‌های صادراتی و وارداتی و سندیکاهاى تولیدی در زمینه فعالیت‌های بازرگانی صنعتی، معدنی و خدماتی طبق مقررات مربوط» از جمله وظایف اتاق مقرر شده است.

با این‌که نمایندگی بخش خصوصی توسط اتاق ایران و دو اتاق اصلی دیگر (اتاق اصناف ایران و اتاق تعاون ایران) صورت می‌گیرد، در حال حاضر، پاسخ دقیقی برای این سؤال در دسترس نیست که اتاق‌های سه‌گانه، چند درصد از کل بنگاه‌های اقتصادی کشور را نمایندگی می‌کنند. یکی از محدود منابع قابل استناد، سال‌نامه آماری منتشرشده توسط اتاق ایران است که نشان می‌دهد در سال ۱۴۰۱، ۱۹۶۹۳ شخص حقیقی و ۳۵۷۱۲ شخص حقوقی، عضو بازرگانی اتاق ایران بوده‌اند.^۲ بدین ترتیب، آمار در دسترس فقط مربوط به اشخاص حقیقی و حقوقی عضو اتاق ایران است و اشخاص حقیقی و حقوقی عضو اتاق‌های اصناف و تعاون را دربرنمی‌گیرد. جداول مندرج در سال‌نامه آماری ۱۴۰۱ نشانه آن است که بازرگانان با فاصله بسیار زیادی نسبت به دیگر گروه‌ها، در اتاق‌ها عضو هستند. این امر نشانه نمایندگی گسترده‌تر اتاق از بخش بازرگانی به نسبت بخش‌های صنعت، معدن و کشاورزی در اتاق ایران است^۳ که تحلیل دلایل این امر مستلزم پژوهشی مستقل است.

فراگیری عضویت تشکلهای در نهادهای استانی و ملی و تعمیق ویژگی نمایندگی نهادهای مربوط (اتاق‌های سه‌گانه)، یکی از راهکارهای مؤثر و اجتناب‌ناپذیر برای کارآمدی و اثربخشی بیش‌تر عملکردهای نهادهای نمایندگی‌کننده بخش خصوصی برای سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی است. این اهداف از طرق مختلف دست‌یافتنی است. ارائه خدمات جذاب توسط اتاق‌ها به

۱. در بند «ب» ماده (۵) «قانون اتاق بازرگانی و صنایع و معادن جمهوری اسلامی ایران» (مصوب ۱۳۷۰/۱۲/۱۵)، این بند چنین مقرر شده بود: «ارائه نظر مشورتی در خصوص لوایح و طرح‌های مربوط با اتاق».

۲. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، سال‌نامه آماری ۱۴۰۱، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۲، ص ۲۴.

۳. همان، ص ۲۵.

فعالان اقتصادی می‌تواند بهترین رویکرد جذب حداکثری اعضا محسوب شود؛ خدماتی از جمله تسهیل‌گری در دریافت وام از طریق اعتباردهی و کاهش وثیقه‌های بانکی برای بنگاه‌های کوچک و متوسط، ارائه خدمات استعلام الکترونیک از اعضا به دولت برای کاهش زمان‌بندی صدور مجوزها برای اعضا و ارائه خدمات ویژه صدور ویزا به اعضا.^۱

گفتار سوم. ابهام در تعریف شکل اقتصادی

بدیهی است پیش‌نیاز قانونی سامان‌دهی شکل‌های اقتصادی، تعریف دقیق و حدود و ثغور چنین نهادهایی است. چنان‌که خواهیم دید، تعریف «شکل‌های اقتصادی» و دامنه شمول آن‌ها و نسبت آن‌ها با نهادهای مشابه در قوانین مرتبط مبهم است و ملاک و معیاری برای تمیز این نهادها در دسترس نیست. این ابهام قانونی می‌تواند به عنوان یکی از دلایل ناکامی بخش خصوصی در شناسایی و سامان‌دهی شکل‌های اقتصادی در طول سال‌های گذشته محسوب شود. باید بر این نکته نیز تأکید شود که با وجود ابهام در دیگر تعاریف واژگان و عبارات‌های بنیادینی مانند «بخش خصوصی»،^۲ «بخش دولتی»، «امور حاکمیتی» و «امور تصدی‌گری»، ابهام در تعریف «شکل‌های اقتصادی»، چندان دور از انتظار نیست.

پیش‌تر گفته شد که در بادی امر، دستیابی به چارچوب مفهومی شکل‌ها را باید در زمینه و چارچوب نهادهایی بسیار گسترده با عنوان کلی «سازمان‌های غیر دولتی» جست‌وجو کرد. سازمان‌های غیر دولتی به طیف گسترده‌ای از نهادها اطلاق شده که «دامنه آن‌ها از سطوح بین‌المللی و ملی تا

۱. تاجیک، مهدی، تحلیل داده‌های گردآوری شده در خصوص میزان جذابیت خدمات اتاق‌ها در راستای اجرایی نمودن عضویت فراگیر، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، تابستان ۱۳۹۹، صص ۹-۱۱.

۲. برای مشاهده تعاریفی از بخش خصوصی، نک: هود، رابرت، ارزیابی عملکرد توسعه بخش خصوصی، ترجمه: مریم آفانصیری، پژوهش‌نامه ۲۵، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۰، ص ۱۵؛ آخوندی، عباس، بخش خصوصی: تلاش جهت ارائه یک تعریف، تهران: کمیسیون اصل ۴۴ و محیط کسب‌وکار اتاق ایران، ۱۳۹۲، صص ۳۱-۳۲؛ کلانتری، محسن (مجرى طرح)، بررسی مشارکت بخش‌های نظام اقتصادی در فرآیند خصوصی‌سازی در ایران طی سال‌های ۱۳۹۰-۱۳۸۰ (با تأکید بر جایگاه بخش خصوصی واقعی)، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۱، ص ۲۷؛ و

OECD, Private Sector Peer Learning, Peer Inventory 1: Private Sector Engagement Terminology and Typology, "Understanding Key Terms and Modalities for Private Sector Engagement in Development Co-operation", 2016, p. 1.

منطقه‌ای و محلی، از بسیار گسترده و ائتلافی تا کوچک و انفرادی و از پایدار و رو به رشد تا زودگذر و کوتاه و از کاملاً قوی تا کاملاً شکننده و ضعیف نوسان دارد.^۱ نسبت میان سازمان‌های غیر دولتی و تشکل‌های اقتصادی، مبهم و امری دشوار است. توضیح این‌که سازمان‌هایی غیر دولتی که با هدف طرفداری از منافع اعضا شکل گرفته‌اند و صرفاً در پی کسب حقوق حرفه‌ای و صنفی اعضای خود هستند، باید از سازمان‌های متشکل از اعضای داوطلب تفکیک کرد. به سازمان‌های دسته اول، «سازمان‌های داوطلب خصوصی»^۲ گفته شده که گرچه هم‌ردیف با سازمان‌های غیر دولتی به کار می‌روند، اما محدودتر از گستره سازمان غیر دولتی هستند. بر همین سیاق، گرچه نمی‌توان تعاونی‌ها، اتحادیه‌ها و سازمان‌های خدمت‌گرای تولیدی را که آشکارا غیر دولتی محسوب می‌شود، خارج از چارچوب «سازمان‌های غیر دولتی» تعریف کرد، اما می‌توان به آن‌ها، «سازمان‌های غیر دولتی اقتصادی» اطلاق کرد؛ سازمان‌هایی که برای توسعه، جلب و تعمیق مشارکت، حیاتی‌تر از سازمان‌های داوطلبانه مانند خیریه‌ها محسوب می‌شوند.^۳

بند نخست. تشکل‌های اقتصادی در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی

جایگاه نهادهایی با عنوان کلی «تشکل‌های اقتصادی» به عنوان یکی از مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار در «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم (۴۴) قانون اساسی» (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸) و اصلاحیه‌های آن قابل بررسی است. در ابتدا، در بند ۲۱ ماده (۱) قانون در تعریف «مجوزهای کسب‌وکار»، «تشکل‌های اقتصادی» در کنار «اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی، اتاق‌های تعاون یا اصناف، اتحادیه‌ها، شوراها، مجامع و نظام‌های صنفی آن‌ها» به عنوان یکی از مراجع صادرکننده مجوزهای کسب‌وکار ذکر شده است. این تفکیک مبهم و هم‌پوشان در آخرین اصلاحیه این قانون در ماده (۱) «قانون اصلاح مواد (۱) و (۷) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم (۴۴) قانون اساسی و اصلاحات بعدی آن» (مصوب ۱۳۹۹/۱۱/۱۵) به این شرح به تصویب رسیده است:

۱. مرتضوی، پیشین، ص ۴۰.

2. Private Voluntary Organization (PVOs)

۳. همان.

«۲۴. مراجع صادرکننده مجوز: دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده (۸۶) این قانون، ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری... و ماده (۵) قانون محاسبات عمومی کشور...، شوراهای اسلامی شهر و روستا، اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، تعاون ایران و اصناف ایران، تشکل‌های اقتصادی و غیر اقتصادی، اتحادیه‌ها، شوراهای، مجامع و نظام‌های صنفی یا نمایندگان مستقیم یا غیر مستقیم آن‌ها...».

با وجود این، قانون‌گذار در تبصره‌ای که با عنوان تبصره ۱۰ به ماده (۷) «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصلی چهل و چهارم قانون اساسی» (در تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۵) الحاق کرد، به نهادهایی با عنوان «تشکل‌های اقتصادی» اشاره‌ای نکرده است. در این تبصره مقرر شده است: «دستگاه‌های زیرمجموعه قوای سه‌گانه و اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، تعاون ایران و اصناف ایران و تشکل‌های کارفرمایی و کارگری ذی‌ربط، حسب مورد مکلفند برنامه اجرایی - عملیاتی ارتقای رتبه و امتیاز ایران در شاخص سهولت انجام کسب و کار را که به تصویب هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار می‌رسد، اجرا... کنند».

بدین ترتیب، «تشکل‌های اقتصادی»، هم‌عرض نهادهایی مانند اتاق ایران، اتاق تعاون ایران، اتاق اصناف ایران، اتحادیه‌ها، شوراهای، مجامع و نظام‌های صنفی به رسمیت شناخته شده است. از بررسی محتوای متون قانونی پیش‌گفته چنین برمی‌آید که ماهیت «تشکل‌های اقتصادی»، ماهیتی متفاوت با اتاق‌ها، اتحادیه‌ها، مجامع و نظام‌های صنفی است. حال سؤال مهم این است که اگر نهادهای برشمرده شده، «تشکل اقتصادی» محسوب نمی‌شوند، اساساً حدود و ثغور مفهومی «تشکل اقتصادی» چیست؟

بند دوم. تشکل‌های اقتصادی در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران

از منظر جایگاه «تشکل اقتصادی» در قوانین برنامه توسعه، یکی از نکات قابل توجه این است که در «قانون برنامه چهارم توسعه...» (مصوب ۱۳۸۳/۶/۱۱) با این‌که به طور مکرر از «بخش خصوصی» و «بخش غیر دولتی» نام برده شده، به عبارت «تشکل اقتصادی» تصریح نشده است.^۱ توجه

۱. بر همین سیاق، در «قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران ۱۴۰۰» (۱۳۹۶) «مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴» نیز نامی از «تشکل‌های اقتصادی» ذکر نشده است.

قانون‌گذار به نهاد «تشکل اقتصادی» و مفاهیم مشابه، در «قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه...» (مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵) جلب شد و احکام قانون مذکور، منشأ تصویب قوانین و مقررات متعددی ناظر به نهاد مورد بحث شد. در مواد (۲۵)، (۷۳)، (۷۶)، (۷۷)، (۱۰۲)، (۱۰۴)، (۱۲۴)، (۱۴۳)، (۱۵۳)، و (۱۹۴) قانون برنامه پنجم توسعه، به «تشکل اقتصادی» و نهادهای مشابه موضوع این نوشتار اشاره شده است. در احکام پیش‌گفته، عناوین مختلفی ناظر به تشکل به شرح زیر به کار رفته است: تشکل‌های کارگری و کارفرمایی؛ تشکل‌های تولیدی و صادراتی سراسر کشور؛ تشکل‌های خصوصی و تعاونی؛ تشکل‌های صنفی تولیدی، توزیعی و خدماتی؛ اتحادیه‌ها؛ تعاونی‌ها؛ تشکل‌های مردم‌نهاد حمایت از مصرف‌کننده؛ شبکه‌ها؛ خوشه‌ها؛ اتحادیه شرکت‌ها (کنسرسیوم‌ها)؛ تشکل‌های بخش کشاورزی؛ تشکل‌های صنفی. حرفه‌ای غیر دولتی و تشکل‌های حقوقی.

علاوه بر آن چه گفته شد، تقسیم‌بندی مستخرج از ماده (۲) «قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار» از تشکل‌ها نیز قابل توجه است. در این ماده، دولت مکلف شده است از «نظر کتبی اتاق‌ها و آن دسته از تشکل‌های ذی‌ربطی که عضو اتاق‌ها نیستند، اعم از کارفرمایی و کارگری»، برای اصلاح و تدوین مقررات استفاده کند. بدین ترتیب، با توجه به حکم پیش‌گفته، قانون‌گذار، دو نوع تشکل اقتصادی را به رسمیت شناخته است: نخست، تشکل‌های عضو اتاق‌ها (اتاق‌های بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی؛ اتاق‌های اصناف؛ اتاق‌های تعاون) و دوم، تشکل‌های غیر عضو اتاق‌ها.

با مروری بر فهرست یادشده، که عیناً از متن قانون نقل شده است، می‌توان انواع مختلف از تشکل‌ها را مشاهده کرد که دست‌کم در قانون برنامه توسعه شناسایی شده‌اند. با این حال، این فهرست نمی‌تواند برای دسته‌بندی تشکل‌ها و تمیز و تفکیک دقیق تشکل‌های اقتصادی از تشکل‌های غیر اقتصادی یا تشکل‌های خصوصی از تشکل‌های غیر خصوصی (عمومی)، ملاک و معیاری قطعی و مناقشه‌ناپذیر به دست دهد.

بند سوم. تعریف تشکل‌های اقتصادی در قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار

با توجه به انواع و اقسام تشکل‌ها، تحدید حدود مفهومی «تشکل‌های اقتصادی»، پیش‌نیاز هر گونه حکم قانونی. مقرراتی برای این هویت خاص است. بر این اساس، تعریف «تشکل اقتصادی» در بند «ب» ماده (۱) «قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار» (مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶) به این شرح مقرر

شد: «تشکل‌هایی که به منظور حفظ حقوق و منافع مشروع و قانونی اعضا و سامان‌دهی فعالیت و بهبود وضعیت اقتصادی اعضا اعم از حقیقی و حقوقی به موجب قانون و یا به صورت داوطلبانه توسط مدیران صنایع و معادن، کشاورزی، بازرگانی، خدمات و نیز صاحبان کسب یا پیشه یا حرفه و تجارت نزد اتاق‌ها یا سایر مراجع قانونی ثبت شده یا می‌شوند».

در بند «پ» همین ماده، «تشکل اقتصادی سراسری» چنین تعریف شده است: «آن دسته از تشکل‌های اقتصادی که در چندین استان کشور شعبه و عضو داشته باشند». در تبصره همین بند، «تشخیص سراسری بودن تشکل‌های اقتصادی حسب مورد بر عهده اتاق‌ها» نهاده شده است. حدود یک سال بعد، در بند «ث» ماده (۱) «آیین‌نامه اجرایی بند (الف) ماده (۱۰۴) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه...» (مصوب ۱۳۹۲/۱/۱۸ هیئت وزیران)، واژه «تشکل» چنین تعریف شد: «مجموعه سازمان‌یافته‌ای متشکل از اعضای مختلف از جمله بنگاه‌ها، شبکه‌ها، خوشه‌ها، اتحادیه شرکت‌ها (کنسرسیوم‌ها)، شرکت‌های مدیریت صادرات و شرکت‌های بزرگ صادراتی و دارای تنوع محصول که دارای شخصیت حقوقی مستقل بوده و در قالب اتحادیه، انجمن، سندیکا، جامعه، کانون، شورا، خانه و نظیر آن‌ها در مراجع قانونی ذی‌ربط ثبت شده و تمام یا بخشی از فعالیت آن‌ها در حوزه صادرات غیرنفتی می‌باشد».

در دو تعریف پیش‌گفته نیز نمی‌توان ملاک یا ملاک‌های روشنی برای شناسایی «تشکل‌های اقتصادی» یافت. البته یک ملاک مهم تصریح‌شده در «قانون بهبود...»، آن است که هدف اصلی تشکل اقتصادی از نظر قانون‌گذار، «بهبود وضعیت اقتصادی اعضا» محسوب می‌شود.

گفتار چهارم. سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی

در بند «د» ماده (۹۱) «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی» (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸) مقرر شد: «به منظور تأمین شرایط هرچه مساعدتر برای مشارکت و مسئولیت‌پذیری بخش غیردولتی در فعالیت‌های اقتصادی»، اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران و اتاق تعاون موظفند «در ایفای نقش قانونی خود به عنوان مشاور سه‌قوه، سازوکار لازم برای سامان‌دهی و هماهنگی تشکل‌های اقتصادی و کسب نظرات فعالان اقتصادی را فراهم نموده و با کمک به ایجاد فضای تعامل سازنده بخش خصوصی با ارکان حکومت، در مسائل اقتصادی پیشنهادهای کارشناسانه لازم را ارائه نمایند...».

چنان‌که از متن حکم گفته‌شده برمی‌آید، در بدو امر، انگیزه قانون‌گذار از مقرر کردن سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی و نهاد مسئول، مشاوره به قانون‌گذار و مقررات‌گذار بوده است. گرچه در بندهای «الف» و «ب» ماده (۹۱) این قانون، کلیه کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی و هم‌چنین کلیه کمیسیون‌ها، هیئت‌ها، شوراهای و ستادهای تصمیم‌گیری در دولت، مجاز و مخیر به دریافت و بهره‌برداری از نظرات فعالان اقتصادی در قانون‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های اقتصادی شده‌اند، اما این امر در سال‌های پس از تصویب قانون به ضرورتی مهم تبدیل شد و در قوانین و مقررات متعدد نیز بر آن تأکید مؤکد گردید. از جمله در مواد (۲) «قانون بهبود...»، دولت مکلف شد «در مراحل بررسی موضوعات مربوط به محیط کسب‌وکار برای اصلاح و تدوین مقررات و آیین‌نامه‌ها، نظر کتبی اتاق‌ها و آن دسته از تشکل‌های ذی‌ربطی که عضو اتاق‌ها نیستند، اعم از کارفرمایی و کارگری را درخواست و بررسی کند...». قانون/مقرره اخیر در این موضوع، ماده (۳۰) الحاقی به «قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» (به موجب صدر ماده (۲) «قانون تسهیل صدور مجوزهای کسب‌وکار» (مصوب ۱۴۰۰/۱۲/۲۴) است که در آن مقرر شده است: «دستگاه‌های اجرایی... مکلفند پیش‌نویس آیین‌نامه، دستورالعمل یا بخش‌نامه خود را یک هفته قبل از صدور، در تارنمای (سایت) خود به اطلاع عموم و فعالان اقتصادی برسانند تا فرصت لازم برای اعلام نظرات عموم یا فعالان اقتصادی و تشکل‌ها وجود داشته باشد».

بند نخست. سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی در قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار

در ماده (۵) «قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» (مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶) مقرر شد که اتاق مکلفند «فهرست ملی تشکل‌های اقتصادی را تهیه و تغییرات آن را اعلام نمایند. در آن دسته از فعالیت‌های اقتصادی که فاقد تشکل فعال می‌باشند، اتاق‌ها موظفند برای سامان‌دهی، ایجاد و ثبت تشکل‌های اقتصادی فعال زمینه‌های لازم را ایجاد کنند و در فعالیت‌هایی که تشکل‌های موازی وجود دارد، زمینه ادغام، شبکه‌سازی، یک‌پارچه‌سازی و انسجام تشکل‌های موازی را فراهم نمایند». هم‌چنین در تبصره همین ماده تصریح شد «اتاق‌ها موظفند در فعالیت‌های صادرات غیر نفتی با ایجاد انسجام، هماهنگی و تقسیم‌کار از فعالیت موازی تشکل‌ها جلوگیری کنند».

بدین ترتیب، طبق ماده (۵) «قانون بهبود...»، اتاق‌ها به عنوان نهاد مسئول شناسایی و سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی به رسمیت شناخته شدند و فرصت مناسبی برای اتاق در خصوص راهبری در این موضوع مهم مهیا شد. عملکرد اتاق‌ها در اجرای این تکلیف، عملکرد مطلوب و مناسبی نیست. در ارزیابی اجرای حکم مورد بحث در گزارش ارزیابی عملکرد منتشرشده توسط اتاق ایران تصریح شده است: «اتاق بازرگانی ایران در سال ۱۳۹۷ برای نخستین بار، کتاب فهرست ملی تشکلهای اقتصادی را منتشر و هر ساله نسبت به روزرسانی اطلاعات آن و تغییرات ایجادشده در اطلاعات تشکلهای از جمله اعضای هیئت مدیره و آدرس آن اقدام می‌نماید. البته به نظر می‌رسد اتاق‌ها نتوانسته‌اند در زمینه شناسایی آن دسته از فعالیت‌های اقتصادی که فاقد تشکل هستند و همچنین شبکه‌سازی، یک‌پارچه‌سازی و انسجام‌بخشی به فعالیت تشکلهای اقتصادی به شکل مطلوب عمل کنند...»^۱. بررسی و تحلیل دلایل این ناکامی، نیازمند مقالی جداگانه است.

بند دوم. سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی در قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی

مانند بسیاری از موارد دیگر، راه‌حل انتخاب‌شده برای اجرای این حکم قانونی مندرج در ماده (۵) «قانون بهبود...» در خصوص سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی به تدوین و تصویب مقرر با احکام قانونی جدید موکول شد. این در حالی است که می‌توان ادعا کرد دلایل اصلی ناکامی اتاق‌ها در سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی، نه به دلیل ضعف یا نقصان قوانین و مقررات، بلکه به دلایلی اجرایی و اداری و ناشی از ناهماهنگی‌ها، نبود انسجام و هم‌افزایی لازم برای انجام این مهم، مرتبط بوده است. در واقع، تأکید بر عامل نبود اختیارات کافی در قوانین و مقررات مربوط به عنوان مهم‌ترین دلیل اجرای ناقص این حکم توسط اتاق‌ها، فرصتی برای دولت فراهم کرد که با ورود به موضوع، در رویکرد و فرآیند سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی، تغییری بنیادین صورت دهد. چنان‌که گفته شد، به نظر می‌رسد اختیارات قانونی کافی برای اتاق‌ها و دیگر نهادهای ذی‌ربط در موضوع مورد بحث وجود داشته، اما از فرصت پیش‌آمده به صورت شایسته بهره‌برداری نشده است.

۱. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، «گزارش پایش احکام قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار ۱۳۹۹»، گزارش شماره (۱)، اردیبهشت ماه ۱۴۰۰، ص ۳۱.

اولین تصمیم رسمی برای ورود دولت به این موضوع، در مصوبه «شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی» قابل مشاهده است. در جلسه این شورا در اسفند ۱۳۹۵، موضوع «ضرورت سامان‌دهی ایجاد و ثبت تشکلهای اقتصادی فعال توسط اتاق‌ها طبق ماده (۵) قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» مجدداً در شصت‌وپنجمین جلسه شورا بحث و بررسی شد. در نهایت، مقرر گردید به منظور سامان‌دهی ثبت تشکلهای اقتصادی، کارگروهی متشکل از نمایندگان اتاق ایران، وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، وزارت صنعت، معدن و تجارت و وزارت امور اقتصادی و دارایی تشکیل شود تا بررسی دقیق حوزه وظایف و مسئولیت‌های مراجع ثبت تشکلهای اقتصادی، پیشنهادهایی را برای صدور نظام‌مند مجوز ایجاد تشکل تدوین و برای تصمیم‌گیری نهایی به شورای گفت‌وگو ارائه کنند.^۱

مجموع عواملی از قبیل تشکیل کارگروه و به طور کلی، ایده اجرای یک قانون اجرا نشده به وسیله تصویب یک قانون جدید و استعانت از دولت برای اجرای وظیفه‌ای که پیش‌تر بر عهده نهادهای نمایندگی‌کننده بخش خصوصی نهاده شده بود، به تصویب یک حکم مهم در موضوع مورد بحث انجامید. بدین ترتیب که در تبصره ۲ جزء ۴ بند «الف» ماده (۴) «قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی» (مصوب ۱۳۹۸/۲/۱۵) مقرر شد: «به منظور اجرایی شدن احکام ماده (۵) قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار... در راستای سامان‌دهی، ایجاد، ثبت و اعلام فهرست ملی تشکلهای اقتصادی، سه ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، وزارت امور اقتصادی و دارایی موظف است با مشورت شورای گفت‌وگو، آیین‌نامه اجرایی آن را تهیه کند و به تصویب هیئت وزیران برساند...».

چنان‌که از متن مقررره پیش‌گفته برمی‌آید، هدف اصلی از تصویب آن، اجرایی کردن حکم ماده (۵) «قانون بهبود...» از طریق مقرر کردن تدوین آیین‌نامه اجرایی توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی و تصویب آن توسط هیئت وزیران است. نکته قابل توجه آن است که ضمن تدبیراندیشی برای اجرا شدن حکم مربوط به سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی اساساً ابتکار عمل در این موضوع از دست اتاق‌ها خارج گشته و به نوعی به دولت واگذار شده است. پیش از شرح دلایل ادعای پیش‌گفته، سؤال مهم آن است که آیا اجرای ماده (۵) «قانون بهبود...» به آیین‌نامه اجرایی وابسته است؟

۱. نک: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، پایش عملکرد احکام قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار، تهران: دبیرخانه شورای گفت‌وگو و کمیته ماده (۱۲) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، اردیبهشت ۱۳۹۶، صص ۲-۳.

اگر چنین است، چرا قانون‌گذار هنگام تصویب اصل ماده از آن غفلت کرده است؟ به نظر می‌رسد سؤالات مطرح شده را می‌توان با این استدلال پاسخ داد که از نظر قانون‌گذار در «قانون بهبود...»، ثبت و سامان‌دهی و ادغام تشکلهای اقتصادی، اموری مربوط به بخش خصوصی و نهادهای نمایندگی‌کننده آن است و نه تنها ضرورتی برای مداخله دولت در این امور نیست، بلکه لازم است استقلال و صلاحیت بخش خصوصی و نهادهای نمایندگی‌کننده آن به رسمیت شناخته شود.

علاوه بر این، در قسمت اخیر تبصره ۲ جزء ۴ بند «الف» ماده (۴) «قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور...»، اتاق ایران موظف شد «ضمن انجام اقدامات لازم جهت عضویت فراگیر فعالان اقتصادی در این اتاق، کارت عضویت و تمدید آن را بدون دریافت چهار در هزار سود سالانه، موضوع ماده (۱۳) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور صادر کند». چنان‌که رئیس شورای راهبری بهبود محیط کسب و کار (ذیل شورای گفت‌وگو) توضیح می‌دهد، یکی انگیزه‌های قانون‌گذار از حذف مبلغ چهار در هزار سود سالانه در قبال عضویت تشکلهای اقتصادی در اتاق‌ها، ایجاد زمینه مناسب برای عضویت بنگاه‌های اقتصادی در اتاق بوده است.^۱

بند سوم. سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده (۴) قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی

در «آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده (۴) قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی» (مصوب ۱۴۰۰/۲/۱ هیئت وزیران)، «شناسایی و اقدامات لازم برای ادغام، یک‌پارچه‌سازی، انسجام و شبکه‌سازی» در خصوص «تشکلهای اقتصادی موازی» بر عهده اتاق‌ها نهاده شده است (ماده ۵ آیین‌نامه)، اما در مفاد دیگر آیین‌نامه به شرحی که خواهد آمد. اموری مهم در صلاحیت کارگروهی متشکل از اعضای دولتی (حکومتی) و نمایندگان اتاق‌ها نهاده شده است. نکاتی در خصوص آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده (۴) «قانون حداکثر...» قابل توجه است:

نخست. در ماده (۲) آیین‌نامه مورد بحث مقرر شده است: «به منظور سامان‌دهی و زمینه‌سازی برای ادغام، یک‌پارچه‌سازی، شبکه‌سازی و انسجام تشکلهای اقتصادی، کارگروهی متشکل از

۱. دنیای اقتصاد، «در گفت‌وگوی دنیای اقتصاد با حمیدرضا فولادگر بررسی شد: ادغام تشکلهای موازی در انتظار آیین‌نامه».

اتاق‌ها و با حضور (بدون حق رأی) نمایندگان تام‌الاختیار وزارت خانه‌های کشور، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، صنعت، معدن و تجارت، راه و شهرسازی و جهاد کشاورزی و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، مرکز آمار ایران و کانون عالی انجمن‌های صنفی کارفرمایی ایران تشکیل می‌شود. دبیرخانه مشترک کارگروه، در اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران مستقر خواهد بود.

طبق آیین‌نامه، نمایندگان اتاق‌ها در این کارگروه از حق رأی برخوردارند و نمایندگان نهادهای حکومتی بدون حق رأی در این کارگروه عضو هستند، اما دو نکته در این باره قابل ذکر است. اول این‌که فضای کمیسیون‌ها، کمیته‌ها و دیگر نهادهای متشکل از اعضای دولتی و غیر دولتی در ایران به گونه‌ای است که به دلایل مختلف از جمله تسلط مطلق دولت بر شئون اقتصادی و... نظرها و ایده‌های اعضای حکومتی همواره غلبه و برتری دارد. در واقع، نگاه دولت و مقامات دولت به بخش خصوصی در امور حکمرانی، در بهترین حالت، نگاهی در حد صرف مشاور است، نه تصمیم‌ساز و تصمیم‌گیر. بدین ترتیب، در عمل، انواع و اقسام ملاحظات موجه یا غیر موجه و واقعی یا موهوم باعث می‌شود نمایندگان بخش خصوصی در مواجهه با بخش دولتی (حکومتی) با احتیاط بسیار و با در نظر گرفتن همه جنبه‌ها رفتار کنند. این ملاحظات در موارد بسیاری، به نتایجی مورد نظر دولت و مغایر با منافع بخش خصوصی می‌انجامد. یکی از شواهد قابل توجه در این مورد، ضرورت پاسخ‌گویی کارگروه به وزارت امور اقتصادی و دارایی است، بدین شرح که ماده (۱۵) آیین‌نامه، کارگروه را موظف کرده است گزارش اقدامات و عملکرد مربوط به آیین‌نامه را در پایان هر سال به این وزارت ارائه دهند.

دوم. اختیارات و وظایف متعددی برای کارگروه موضوع آیین‌نامه مورد بحث مقرر شده است. به ویژه آن‌که دستورالعمل‌ها و اسنادی که تدوین و تصویب آن‌ها در برخی از مفاد آیین‌نامه ذکر شده است، از جمله «اساس‌نامه» نمونه تشکلهای اقتصادی، «دستورالعمل دسته‌بندی تشکلهای اقتصادی» و «سازوکار رسیدگی به اعتراضات و شکایات در خصوص تصمیمات کارگروه» که تدوین و تصویب آن‌ها به ترتیب در مواد (۱۰)، (۱۳) و (۱۴) آیین‌نامه، بر عهده کارگروه مورد بحث نهاده شده است. به عبارت دقیق‌تر، اجرای مفاد اصلی آیین‌نامه، به تدوین و تصویب مجموعه‌ای از اسناد در آینده وابسته شده است که در مجموع، به غلبه نظر اعضای دولتی در کارگروه منتج می‌شود.

سوم. در ماده (۷) آیین‌نامه تصریح شده است: «فهرست ملی تشکل‌های اقتصادی باید ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ این آیین‌نامه در درگاه (پورتال) رسمی اتاق‌ها بازرگانی و تغییرات آن به صورت برخط اطلاع‌رسانی شود».^۱ بدین ترتیب، تکلیفی که با گذشت حدود یک دهه به مرحله اجرا نرسیده است، طبق آیین‌نامه باید در ظرف سه ماه عملیاتی شود. با وجود این، مهلت سه ماهه در تاریخ ۱۹ مرداد ۱۴۰۰ به پایان رسیده است^۲ و هم‌چنان تهیه فهرست ملی تشکل‌ها در فرآیند اجرا قرار دارد.^۳

گفتار پنجم. حمایت یا زعامت؟

میزان حمایت یا به طور دقیق‌تر، وابستگی تشکل‌ها به دولت، یکی از ملاک‌های دسته‌بندی اتاق‌ها محسوب می‌شود. مدل‌های تأسیس و فعالیت اتاق‌های بازرگانی به مدل‌های کلان عمومی و انگلوساکسون و مدل‌های جزئی‌تر آسیایی، اوراسیایی و قاره‌ای قابل دسته‌بندی است. در مدل عمومی، ساختار اتاق‌های منطبق با ساختار یک نهاد عمومی (دولتی) است و اتاق‌ها در واقع، بخشی از یک اداره عمومی محسوب می‌شوند، اما در سوی دیگر، طیف در مدل انگلوساکسون، مبتنی بر عضویت داوطلبانه، اتاق‌ها به عنوان یک سازمان غیر انتفاعی و خودگردان تلقی می‌شوند.^۴ در هر صورت، «حمایت دولت»، یکی از الزامات تشکیل و اثربخشی تشکل‌ها دانسته شده است.^۵ بدین ترتیب که دولت‌ها باید از تلاش‌های بخش خصوصی برای تشکل‌پذیری حمایت و ارزش چشم‌انداز تشکل‌های اقتصادی فراگیر را درک کنند. برای نمونه، درس‌های آموخته‌شده از ارزیابی

۱. فراخوان برای حضور در فهرست ملی تشکل‌های اقتصادی در وبسایت اتاق ایران در دسترس است:

www.otaghiranonline.ir/news/40730.

۲. آیین‌نامه مورد بحث، در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۱۹ توسط معاون اول رئیس‌جمهور وقت، ابلاغ شد.

۳. فهرستی از «تشکل‌های ملی» در وبسایت اتاق ایران قید شده است:

www.iccima.ir/national-formations

۴. نک: ابونبی، آیدا و سارا پارسی، *مدل‌های مختلف فعالیت اتاق‌های بازرگانی*، تهران: معاونت اقتصادی اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، فروردین ۱۳۹۵.

۵. دیگر شرایط اصلی لازم برای ایجاد و اثربخشی تشکل‌های اقتصادی در فعالیت‌های خود عبارتند از: ظرفیت، نیروهای فشار خارجی یا تهدیدها و ارائه خدمات؛ نک:

OECD, "How Can Private Sector Organisations Contribute to Economic Resilience in Fragile and Conflict-affected Contexts in the Middle East and North Africa?", p. 13.

راهبردهای توسعه بخش خصوصی توسط کمیسیون اروپا نشانه آن است که مداخله متناسب و فعال دولت، ریزنی با ذی‌نفعان محلی و ظرفیت‌سازی در سازمان‌های میانجی برای انجام گفت‌وگوی سیاستی، عوامل مهمی در توفیق بخش خصوصی در ایفای کارکردهای مربوط است.^۱

از منظری کلان، بهبود وضعیت تشکلهای اقتصادی به بهبود شاخص‌های «حکمرانی خوب» از جمله شفافیت، پاسخ‌گویی، کاهش هزینه‌های مبادله، رفع موانع مشارکت و زمینه‌سازی برای مشارکت بیش‌تر نهادهای مدنی در شئون حکمرانی وابسته است.^۲ چنان‌که برخی صاحب‌نظران توضیح داده‌اند، بی‌تردید، «همیاری و مساعدت دولت برای رشد نهادهای بخش خصوصی و انسجام و کارایی بیش‌تر آن‌ها ضروری است. تنها حمایت‌های دولتی است که می‌تواند تشکلهای را در حفظ ظرفیت حکمرانی و عضوگیری پشتیبانی کند. چالش‌های مذکور در زمینه عضوگیری و حفظ ظرفیت حکمرانی در آینده افزایش خواهد یافت. در نتیجه، حمایت‌های دولتی نیز به طور متناسب اهمیت بیش‌تری خواهند یافت».^۳

نکته مهم آن است که این حمایت، آسیب‌هایی نیز به دنبال دارد، از جمله «وابستگی به کمک».^۴ «وابستگی به کمک»، به رشد و توسعه تشکلهای بخش خصوصی کمک نمی‌کند؛ زیرا به جای تمرکز بر فعالیت‌های تشکلهای اقتصادی سازنده، گونه‌ای «شیدایی تغذیه»^۵ به معنای عادت و البته رضایت ناشی از ارتزاق از کمک‌های دولتی پدید می‌آورد.^۶ این وضعیت به آسیب جدی دیگر می‌انجامد که عبارت است از نقض استقلال بایسته تشکلهای اقتصادی. در مواردی، دولت به جای ایفای نقش مکمل، راهبر و تسهیل‌گر در سامان‌دهی تشکلهای خود ابتکار عمل در این حوزه

۱. عرفانی جهان‌شاهی، فاطمه و جعفر خیرخواهان، «روند اصلاحات برای بهبود محیط کسب‌وکار در کشورهای منتخب خاورمیانه و شمال آفریقا (منا)»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۳۶۱۹، اردیبهشت ۱۳۹۲، ص ۷.

۲. نک: کامرانی، شراره، جامعه‌شناسی تشکلهای اقتصادی: برهم‌کنش نهادها، تشکلهای اقتصادی و توسعه، تهران: اندیشه احسان، ۱۴۰۲، صص ۱۸۲-۱۹۰.

۳. تراکسلر، برنلد و پرنیکا، پیشین، ۷۰۶.

4. aid dependency

5. feeding frenzy

6. Ibid, p. 10.

را به دست می‌گیرد، در حالی که چنان‌که رئیس «شورای راهبری بهبود محیط کسب و کار» (متشکل از سه اتاق) تصریح کرده است: «هماهنگ‌سازی و یک‌پارچه‌سازی تشکلهای مستلزم آن است که دستگاه‌های اجرایی فرآیند مجوزدهی تشکلهای اقتصادی را مطابق قانون متوقف کنند و اجازه دهند که این کار صرفاً توسط اتاق انجام شود. هم‌چنین در مواردی که می‌خواهند از تشکلهای برای مسائل اجرایی و نظارتی کمک بگیرند، تشکلهای منطبق با قانون بهبود را که تحت نظر اتاق هستند، در اولویت قرار دهند، نه این‌که تشکلهایی را که خود مجوز آن‌ها را صادر کرده‌اند، در اولویت قرار داده و آن‌ها را به مقاومت در برابر قانون تشویق کنند»^۱.

راهکارها و تدابیر مؤثر و راه‌گشا برای در دست داشتن ابتکار عمل بخش خصوصی برای سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی، نیازمند بازاندیشی و بازنگری در مسیرهای طی‌شده و رفع موانع برای هماهنگی و انسجام تشکلهای متعدد است. در واقع، مرز باریکی میان سامان‌دهی تشکلهای اقتصادی با «حمایت و راهبردی دولت» از یک سو، با «تحت‌زعامت و کنترل دولت» از سوی دیگر است. سیاست‌گذاران و فعالان اقتصادی باید با مراقبت کافی، مانع از تبدیل خصیصه‌های حمایتی دولت به وضعیت زعامت و وابستگی دولت بر تشکلهای اقتصادی شوند. لازمه ایفای کارکردهای شایسته تشکلهای اقتصادی، حداقلی از استقلال ساختاری-تشکیلاتی آن‌ها از دولت است.

به انجام رسیدن هر گونه اصلاح اقتصادی مستلزم وجود تشکلهایی قوی و مستقل و حمایت فعالانه آن‌ها از سیاست‌های اصلاحی است. چنان‌که در یکی از گزارش‌های بانک جهانی درباره موانع رشد اقتصادی در کشورهای منطقه «منا» توضیح داده شده، یکی از موانع اصلی فراروی پیشبرد اصلاحات اقتصادی آن است که دفاع از اصلاحات، حمایت قابل توجهی از تشکلهای اقتصادی و انجمن‌های کسب و کار که عموماً ضعیف، غیر مردمی یا غیر مستقلند، دریافت نکرده است. در موارد بسیاری، «برجسته‌ترین این انجمن‌ها تحت کنترل دولت یا تحت سلطه بنگاه‌های قدیمی و بزرگی هستند که از وضع موجود و یا مداخلات گزینشی و حفظ منافعشان طرفداری می‌کنند. در بسیاری از کشورها، بخش خصوصی جدیدی که از تازه‌واردان و بنگاه‌های کوچک‌تر تشکیل شده است، تا سازمان‌دهی بهتر برای پشتیبانی از تغییرات، فاصله زیادی دارد. در بسیاری از کشورها، آن‌ها

۱. دنیای اقتصاد، پیشین.

در انجام این کار محدودیت دارند؛ به این دلیل که یا سازمان‌های مستقل مجاز نیستند... یا عملاً از ابراز آزادانه انتقاد علیه سیاست‌های دولت منع شده‌اند»^۱.

درباره موضوع مورد بحث، توجه به مورد فرانسه می‌تواند حاوی درس‌هایی برای سیاست‌گذاران و نهادهای نمایندگی‌کننده بخش خصوصی باشد. مقامات دولتی فرانسه نسبت به همتایان آلمانی یا اتریشی خود، تمایل کم‌تری دارند تا منافع بخش خصوصی را در تدوین سیاست‌های عمومی مشارکت دهند. بوروکراسی موجود در کشورهای دولت‌گرایی مانند فرانسه، نفوذ منافع چنین گروه‌هایی را غیر قانونی تفسیر کرده است و آن را مصداق تعارض منافع می‌داند.^۲ در حالی که بر ساختار رسمی نمایندگی منافع، تصویری منفی حاکم است، رابطه غیر رسمی مقامات دولتی و شرکت‌های بزرگ، بسیار پویا و گسترده است. «در بطن نظام فرانسه، اجماعی غیر رسمی بین دولت و بنگاه‌های اقتصادی وجود دارد که توسط نخبگان ملی حمایت می‌شود. این نتیجه سیستم آموزشی شایسته‌سالار و نخبه‌گرایی است که در آن، فعالان اقتصادی و رهبران سیاسی از الگوی ذهنی مشابهی تبعیت می‌کنند»^۳. در واقع، جایگاه و وظایف تشکلهای اقتصادی در فرانسه، به بنگاه‌های بزرگ تعلق دارد و نقطه ثقل مذاکرات جمعی از اصناف به این بنگاه‌ها منتقل شده است. این بنگاه‌ها به بازیگران اصلی توسعه منطقه‌ای آموزش و استانداردسازی تبدیل شده‌اند. «جایگاه استراتژیک بنگاه‌های بزرگ در حکمرانی غیر دولتی که جای‌گزین تشکلهای شده است، نتیجه تمرکز دولت بر این مسیر در دهه‌های گذشته است. این جاست که حمایت همه‌جانبه دولت از تشکلهای و رابطه نزدیک آن با شرکت‌ها، موقعیتی متناقض را به وجود می‌آورد»^۴. این وضعیت یعنی نقش مسلط و اصلی دولت در گفت‌وگوی اجتماعی، سبب شده است تشکلهای کارفرمایی برای مشارکت در گفت‌وگوی اجتماعی و سیاست‌گذاری‌های عمومی به تقویت روابط خود با احزاب سیاسی بپردازند.^۵

۱. بانک جهانی، «از اقتصاد رانتي به اقتصاد رقابتي: رفع موانع رشد اقتصادی با محوریت بخش خصوصی در خاورمیانه و شمال آفریقا»، ترجمه: جعفر خیرخواهان و فاطمه عرفانی جهان‌شاهی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۳۴۸۴، بهمن ۱۳۹۲، ص ۲۱.

۲. سروگه، پیشین، ص ۲۱۸.

۳. همان، ص ۲۱۹.

۴. رجبی، حمید، «تأثیرگذاری بخش خصوصی بر کشور قدرتمند اروپا: اقتدار تشکلهای در اقتصاد فرانسه»، دنیای اقتصاد، ۱۴۰۰/۲/۷.

۵. سروگه، پیشین، ص ۲۲۸.

بر این اساس، طبق توصیه نهادهای بین‌المللی، بسیج همه ذی‌نفعان برای پی‌گیری راهبرد رشد بلندمدت مستلزم ایجاد همکاری و شراکت بین دولت‌ها و دیگر ذی‌نفعان به ویژه بخش خصوصی است. بسترسازی و ایجاد شراکت پیش‌گفته به آزادی بخش خصوصی در تشکیل سازمان‌های مستقل، تهیه منابع مالی از اعضا، به دست آوردن اطلاعات اقتصادی و سیاستی، اطلاع‌رسانی بحث‌ها و گفت‌وگوهای آزاد سیاستی و دفاع از اصلاح سیاست‌ها بستگی دارد. در بررسی صورت‌گرفته تصریح شده است که در بیش‌تر کشورهای خاورمیانه و شمال آفریقا، بیش‌تر انجمن‌های مستقل کسب‌وکار یا کوچ‌کند و از ظرفیت پشتیبانی یا تشکیلاتی بی‌بهره‌اند یا تحت کنترل معدودی از اعضای برجسته قرار دارند. «اگر آزادی مورد نیاز برای ایجاد انجمن‌های مستقل داده شود، جامعه کسب‌وکار متعهد به پشتیبانی فعال‌تر و سازمان یافته‌تر خواهد شد. دولت نباید هیچ نقش فعالی در این حوزه، غیر از حذف موانع ورود و افزایش شفافیت مشاوره‌ها و رایزنی‌های خود با بخش خصوصی داشته باشد»^۱.

نتیجه‌گیری

تشکل‌های تجاری، بازرگانی در ایران، سابقه‌ای حدود یک سده دارند، اما تشکیل نهادهایی نظام‌مند، هماهنگ و واجد توان‌مندی‌های تشکیلاتی و اجرایی، فرآیندی بسیار دشوار و زمان‌بر محسوب می‌شود. در واقع، بر همان سیاق که نهادهای جامعه مدنی مانند سازمان غیردولتی و احزاب در ایران، هم‌چنان به بلوغ نرسیده و حتی در مواردی در مرحله نوزادی متوقف مانده‌اند، نهادهای بخش خصوصی نیز ویژگی‌های نهادهای نمونه بخش خصوصی در کشورهای توسعه‌یافته را ندارد. بهبود وضعیت تشکل‌های اقتصادی مستلزم بهبود شاخص‌های حکمرانی خوب، از جمله شفافیت، پاسخ‌گویی، کاهش هزینه‌های مبادله، رفع موانع مشارکت و زمینه‌سازی برای مشارکت بیش‌تر نهادهای مدنی است.

با این همه، نکته مهم آن است که در مقوله سامان‌دهی تشکل‌ها در ایران، تحولات ساختاری و قانونی به گونه‌ای شکل گرفته است که به نظر می‌رسد ابتکار عمل بخش خصوصی در سامان‌دهی نهادهای مربوط تضعیف شده است. بازرگاندانان ابتکار عمل به دست بخش خصوصی، نیازمند توجه، تلاش، تعامل، هماهنگی و هم‌افزایی بیش‌تر فعالان اقتصادی و تشکل‌ها در سطوح ملی و

۱. بانک جهانی، پیشین، ص ۳۰.

محلی (استانی) و به طور خاص، اتاق‌های سه‌گانه نمایندگی‌کننده بخش‌های بازرگانی، صنعت، معدن، کشاورزی، اصناف و تعاون است.

راهکار عملی تحقق اهداف پیش‌گفته و در واقع نخستین گام، تدبیراندیشی برای فراگیری نهادهای نمایندگی‌کننده بخش خصوصی در ایران و به طور خاص، اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران» («اتاق ایران») است. با توجه به وظایفی که در احکام قانونی برای اتاق‌های سه‌گانه (اتاق ایران، اتاق اصناف و اتاق تعاون) آمده است، می‌توان برداشت کرد که قانون‌گذار، اتاق‌های سه‌گانه و به طور خاص، اتاق ایران را به عنوان تشکل‌های اصلی و نمایندگان تشکل‌های متعدد در کشور به رسمیت شناخته است (از جمله در ماده (۵) «قانون بهبود...» در خصوص تکلیف اتاق‌ها در تهیه فهرست ملی تشکل‌های اقتصادی و ماده (۵) «آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده (۴) قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور...» درباره تکلیف اتاق‌ها برای «شناسایی و اقدامات لازم برای ادغام، یک‌پارچه‌سازی، انسجام و شبکه‌سازی»).

چنان‌که گفته شد، فراخوان خطاب به تشکل‌های اقتصادی برای قرار گرفتن در «فهرست ملی تشکل‌های اقتصادی» منتشر گردیده و مهلت سه‌ماهه در نظر گرفته شده در مرداد ۱۴۰۰ به پایان رسیده بود. یکی از راهکارهای مؤثر و اجتناب‌ناپذیر برای در دست گرفتن ابتکار عمل نهادهای نمایندگی‌کننده بخش خصوصی برای سامان‌دهی تشکل‌های اقتصادی، فراگیری عضویت تشکل‌ها در نهادهای استانی و ملی و تعمیق ویژگی نمایندگی نهادهای مربوط (اتاق‌های سه‌گانه) است که با ارائه خدمات جذاب توسط اتاق‌ها به فعالان اقتصادی قابل دستیابی است. در مجموع، تدبیرهایی مانند آن چه گفته شد، به فراگیری اتاق‌ها کمک می‌کند و می‌تواند زمینه‌ساز مشارکت مؤثرتر اتاق‌ها در امور حکمرانی با حفظ استقلال از دولت باشد.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. ابونبی، آیدا و سارا پارسی، مدل‌های مختلف فعالیت اتاق‌های بازرگانی، تهران: معاونت اقتصادی اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۵.
۲. اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، پایش عملکرد احکام قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، تهران: دبیرخانه شورای گفت‌وگو و کمیته ماده (۱۲) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، ۱۳۹۶.
۳. اسمیث، بنیامین، دوران‌های سخت در سرزمین‌های فراوانی: سیاست‌های نفت در ایران و اندونزی، ترجمه: علی طیبی، تهران: شیرازه کتاب ما، ۱۳۹۷.
۴. آخوندی، عباس، بخش خصوصی: تلاش جهت ارائه یک تعریف، تهران: کمیسیون اصل ۴۴ و محیط کسب و کار اتاق ایران، ۱۳۹۲.
۵. بانک جهانی، از اقتصاد رانتی به اقتصاد رقابتی: رفع موانع رشد اقتصادی با محوریت بخش خصوصی در خاورمیانه و شمال آفریقا، ترجمه: جعفر خیرخواهان و فاطمه عرفانی جهان‌شاهی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۳۴۸۴، ۱۳۹۲.
۶. تاجیک، مهدی، تحلیل داده‌های گردآوری شده در خصوص میزان جذابیت خدمات اتاق‌ها در راستای اجرایی نمودن عضویت فراگیر، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، تابستان ۱۳۹۹.
۷. ترابی فارسانی، سهیلا، از مجلس وکلای تجارت تا اتاق ایران: پیدایش و تحول اتاق ایران از آغاز تا انقلاب اسلامی (۱۳۵۷-۱۲۶۳ خورشیدی)، تهران: کتاب‌خانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۲.
۸. تراکسلر، فرانتس، «چارچوب نظری و روش‌شناسی تحلیل»، در: فرانتس تراکسلر و گرهارد هومر، انجمن‌های کارفرمایی، اندازه بنگاه‌ها و حکمرانی: یک رویکرد تطبیقی، تحلیلی، ترجمه: حمیدرضا پیش‌بهار، تهران: شیرازه کتاب ما، ۱۳۹۷، صص ۲۵-۶۸.
۹. تراکسلر، فرانتس، برند برنل و سوزان پرنیکا، «تشکل‌پذیری، فعالیت‌ها و حکمرانی تشکل‌های اقتصادی»، در: فرانتس تراکسلر و گرهارد هومر (ویراستاران)، انجمن‌های کارفرمایی، اندازه بنگاه‌ها و حکمرانی: یک رویکرد تطبیقی، تحلیلی، ترجمه: حمیدرضا پیش‌بهار، تهران: شیرازه کتاب ما، ۱۳۹۷، صص ۶۱۵-۷۰۶.

۱۰. دنیای اقتصاد (روزنامه)، «ادغام تشکلهای موازی در انتظار آیین‌نامه»، ۱۳۹۹/۱۲/۱۸.
۱۱. رجبی، حمید، «تأثیرگذاری بخش خصوصی بر کشور قدرتمند اروپا: اقتدار تشکلهای در اقتصاد فرانسه»، دنیای اقتصاد (روزنامه)، ۱۴۰۰/۲/۷.
۱۲. سروگه، سابین، «فرانسه»، در: فرانتس تراکسلر و گرهارد هومر (ویراستاران)، انجمن‌های کارفرمایی، اندازه‌بنگاه‌ها و حکمرانی: یک رویکرد تطبیقی، تحلیلی، ترجمه: حمیدرضا پیش‌بهار، تهران: شیرازه کتاب‌ما، ۱۳۹۷، صص ۲۱۷-۲۴۹.
۱۳. عرفانی جهان‌شاهی، فاطمه و جعفر خیرخواهان، روند اصلاحات برای بهبود محیط کسب‌وکار در کشورهای منتخب خاورمیانه و شمال آفریقا (منا)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، شماره مسلسل ۱۳۶۱۹، ۱۳۹۲.
۱۴. کشاورزبان، آرنگ، بازار و دولت در ایران: سیاست مکان بازار تهران، ترجمه: ابراهیم اسکافی، تهران: شیرازه کتاب‌ما، ۱۳۹۹.
۱۵. کلانتری، محسن (مجرى طرح)، بررسی مشارکت بخش‌های نظام اقتصادی در فرآیند خصوصی‌سازی در ایران طی سال‌های ۱۳۸۰-۱۳۹۰ (با تأکید بر جایگاه بخش خصوصی واقعی)، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۱.
۱۶. کامرانی، شراره، جامعه‌شناسی تشکلهای اقتصادی: برهم‌کنش نهادها، تشکلهای اقتصادی و توسعه، تهران: اندیشه احسان، ۱۴۰۲.
۱۷. مرتضوی، مهدی (مجرى پروژه)، سامان‌دهی تشکلهای بخش کشاورزی با رویکرد تجاری‌سازی و توسعه بازرگانی، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۳۹۲.
۱۸. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، برنامه پیشنهادی برای اصلاحات اقتصادی (ویرایش اول)، تهران: مدیریت پژوهش‌های اقتصادی، ۱۴۰۰.
۱۹. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، قوانین اتاق‌های بازرگانی و صنعت در برخی کشورهای منتخب، ترجمه: ابراهیم یوسفی‌راد، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۱.
۲۰. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، سال‌نامه آماری ۱۴۰۱، تهران: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۲.

۲۱. مرکز پژوهش‌های اتاق ایران، مرکز آمار و اطلاعات اقتصادی و پایش اصل ۴۴، «گزارش پایش احکام قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار ۱۴۰۰»، گزارش شماره (۲)، ۱۴۰۱.
۲۲. مرکزالمیری، احمد، الزامات شناسایی قوانین و مقررات محل کسب و کار، تهران: راه طلایی، به سفارش: اتاق بازرگانی، صنایع، معادن و کشاورزی ایران، ۱۴۰۰.
۲۳. میدری، احمد و کمال رضوی، «مقدمه»، در: احمد میدری (مدیر طرح)، در جست‌وجوی سعادت عمومی (جلد دوم: درآمدی بر توان‌مندسازی حکومت و جامعه)، تهران: روزنه، ۱۴۰۰.
۲۴. ویزن، نورم و دیگران، پسرقت دموکراسی، ترجمه: مهدی مقدری، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۲۵. هود، رابرت، ارزیابی عملکرد توسعه بخش خصوصی، ترجمه: مریم آقانصیری، پژوهش‌نامه ۲۵، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۰.
۲۶. یورگنسن، کارستن و فرانتس تراکسلر، «دانمارک»، در: فرانتس تراکسلر و گرهارد هومر (ویراستاران)، انجمن‌های کارفرمایی، اندازه بنگاه‌ها و حکمرانی: یک رویکرد تطبیقی. تحلیلی، ترجمه: حمیدرضا پیش‌بهار، تهران: شیرازه کتاب ما، ۱۳۹۷، صص ۱۵۱-۱۸۸.

2. Latin Source

1. OECD, "How Can Private Sector Organisations Contribute to Economic Resilience in Fragile and Conflict-affected Contexts in the Middle East and North Africa?", Background note for the MENA-OECD Economic Resilience Task Force, Islamic Development Bank, 2018.
2. OECD, Private Sector Peer Learning, Peer Inventory 1: Private Sector Engagement Terminology and Typology, "Understanding Key Terms and Modalities for Private Sector Engagement in Development Co-operation", 2016.
3. Owuor, Victor Odundo, "Building a Business Ecosystem in Somalia: The Case for Business Associations", Broomfield, Colorado: One Earth Foundation, Available at: www.shuraako.org/sites/default/files/Business-Ecosystems-Research-Report.pdf, 2015.

مبانی قاعده تعهد زیان دیده به کاهش خسارت و آثار آن در حقوق ایران با تأکید بر قراردادهای اداری

محمد رضا جعفری^۱، مهدی منتظر^۲، مجتبی اصغریان^۳

چکیده

تعهد زیان دیده به کاهش خسارت که قاعده‌ای پذیرفته شده در حقوق کامن لاس، دفاعی است که خواننده دعوای مسئولیت انجام می‌دهد. مفهوم این قاعده آن است که زیان دیده از نقض قرارداد یا فعل زیان بار دیگری وظیفه دارد به طور متعارف از وقوع زیان جلوگیری کند یا از گسترش دامنه آن بکاهد. اگر خواننده بتواند کاهلی او را اثبات کند، از پرداخت خسارت بابت آن بخش از زیان که قابل اجتناب بوده است، معاف می‌شود.

مسئله این است که آیا این نهاد حقوقی که در اسناد بین‌المللی نیز انعکاس یافته، در حقوق ایران قابل اعمال است یا خیر؟ تحلیل این نهاد نشان می‌دهد اجرای آن در حقوق ایران، از یک سو، بدیهی و سهل است و از سوی دیگر، ملاحظه گستره اصلی آن یعنی قراردادهای آن را ممتنع می‌نمایاند. در این مقاله با بیان مفهوم و مبانی نظری این قاعده نشان می‌دهیم مطالبه ناپذیر بودن زیان‌های جبران پذیر به قابلیت نداشتن عرفی انتساب و غیر مستقیم بودن این بخش از زیان ارتباط می‌یابد که این مبانی در حقوق ایران کاملاً پذیرفته شده است. با این حال، برای تکمیل و تصریح به آن می‌توان در اصلاحات قانونی، ضرر قابل مطالبه رازیانی تعریف کرد که با انجام تلاش معقول از سوی زیان دیده قابل پیش‌گیری نیست.

مجرای اصلی اجرای این قاعده در حقوق خصوصی است، اما پرسش این است که آیا در قراردادهای اداری که یک طرف رابطه، دولت است، آن را می‌توان اجرا کرد؟ روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و از منابع کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

واژگان کلیدی: خسارت قابل اجتناب، اسناد بین‌المللی، نقض تعهد، وجه التزام، قراردادهای اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد بین الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران، abes.ja-

fari1400@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد دماوند، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، montazer@damavandiau.ac.ir

۳. استادیار، گروه حقوق بین الملل، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران، asgharian@khu.ac.ir

مقدمه

قاعده «تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت»، نهادی وابسته به نظام کامن لا و خاستگاه اصلی آن، انگلستان است که در این نظام حقوقی رشد و تکامل یافته است. این قاعده در نظام حقوقی برخی کشورها از جمله ایران و فرانسه به صراحت پیش بینی نشده و رویه قضایی نیز رویکرد چندان موافقی در قبال این نظریه نداشته است.^۱

در دهه اخیر، دیدگاه‌هایی از سوی حقوق دانان فرانسوی مطرح شده است که تمایل آنان را به پذیرش قاعده کاهش خسارت نشان می‌دهد. برخی حقوق دانان، قاعده تعهد به کاهش خسارت را از جلوه‌های اصل حسن نیت دانسته و گفته‌اند مصالح اقتصادی نیز ایجاب می‌کند زیان دیده اقدامات متعارف برای کاهش خسارت انجام دهد و از توسعه آن جلوگیری کند.^۲ گروهی از حقوق دانان فرانسوی در راستای این تمایل، طرحی پیشنهادی برای اصلاح حقوق قراردادهای ارائه و در توجیه این طرح استدلال کردند که تعهد زیان دیده به کاهش خسارت، خلأیی مشهود در قانون مدنی فرانسه است و باید یک حکم خاص به این موضوع اختصاص یابد. به همین منظور، در ماده ۱۲۱ پیشنهاد شده است که اگر متعهد له، اقدامات متعارف و معقول برای جلوگیری یا کاهش یا از بین بردن خسارت انجام ندهد، مستحق دریافت تمام خسارت نخواهد بود.^۳

قاعده تعهد به کاهش خسارت بر مسئولیت خارج از قرارداد نیز اعمال می‌شود. به همین دلیل، در تجارت بین الملل با صراحت بیش تری به آن توجه و در اسناد مهم بین المللی، مقرراتی در این باره پیش بینی شده است. کنوانسیون بیع بین المللی کالا^۴ (CISG) در ماده ۷۷ مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است با توجه به اوضاع و احوال، اقدامات متعارفی برای کاهش خسارت از جمله عدم النفع ناشی از نقض قرارداد معمول دارد. اگر وی در انجام اقدامات یادشده قصور کند، نقض کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافت، مدعی

۱. البته در برخی از قوانین ایران از جمله در قانون بیمه می‌توان نمونه‌ای از اعمال این قاعده را مشاهده کرد.

2. Tourneau. P. et Poumarede. M., Bonne foi, Rep. civ. Dalloz, Javier 2009, dernière mise à jour: 10/2012, p. 156.

3. Terre. F., Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2009, p. 286.

4. Convention on Contracts for the International Sale of Goods

کاهش خسارت شود.» در واقع، این ماده، زیان دیده مدعی خسارت را به انجام اقدامات معقول برای کاهش خسارت ملزم می‌کند و اگر زیان دیده از انجام این اقدامات خودداری کند، به طرف نقض‌کننده (زیان‌رساننده)، اجازه طرح ادعای کاهش میزان خسارت می‌دهد.^۱

در ماده ۸-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر شده است: «طرف مسئول عدم اجرای تعهد، مسئول آن قسمت از صدمه نیست که با اقدام‌های متعارف و معقول طرف زیان دیده ممکن بود تقلیل یابد.» در ماده ۵-۵-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز حکم مشابهی بیان شده است.^۲

در قانون مدنی ایران، قاعده‌ای عمومی در این باره مقرر نشده است، ولی در برخی از قوانین می‌توان آثاری از آن را مشاهده کرد. ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در این باره مقرر می‌دارد: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هر کس از مال خود می‌نماید، نسبت به موضوع بیمه نماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن، اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است، به عمل آورد و الا بیمه‌گر، مسئول نخواهد بود». هم‌چنین مطابق بند سوم ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی، وقتی زیان دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم آورده یا به اضافه شدن آن کمک یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد، دادگاه میزان خسارت قابل مطالبه را تخفیف خواهد داد.

ماده ۱۱۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ مقرر کرده است: «در صورتی که متصدی حمل ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر یا غفلت خود مسافر بوده و یا عمل مسافر در وقوع آن تأثیر داشته، دادگاه حسب مورد، متصدی حمل را به طور کلی و یا جزئی از مسئولیت بری خواهد کرد.» ماده ۴۹۰، تبصره ۲ ماده ۵۰۸ و ماده ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را نیز می‌توان از مصادیق این قاعده دانست.

در این‌که آیا در حوزه حقوق عمومی و قراردادهای اداری نیز قاعده کاهش خسارت قابل اعمال خواهد بود یا خیر؟ باید گفت هیچ یک از اسناد بین‌المللی یادشده به این مورد اشاره ندارند. در قوانین ایران نیز مقرره‌ای در این خصوص وجود ندارد. با این حال، به نظر می‌رسد صرف

1. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, New York, p. 356.

2. Guiding Principles of European Contract Law, prepared by Société de législation comparée, available at: www.legiscompare.fr/web/Presentation-de-la-SLC?lang=fr, last visit at 18/08/2021.

نظر از اصول خاص حاکم بر قراردادهای اداری (از قبیل ممنوعیت‌ها، محدودیت‌ها، امکان فسخ یک‌جانبه، حق تعلیق قرارداد، حق افزایش یا کاهش جزئی میزان قرارداد و فسخ به علت مقتضیات اداری)، قراردادهای اداری از نظر ماهوی با قراردادهای خصوصی تفاوت چندانی ندارند. لئون دوگی، قراردادهای اداری را از نظر ماهوی، متفاوت از قراردادهای خصوصی نمی‌داند و آن را با دیگر قراردادهای یکسان می‌شمرد و معتقد است که ماهیت هر قراردادی، اتفاق نظر و توافق اراده طرفین است که خود از حاکمیت اراده ریشه می‌گیرد.

در حقوق بین‌الملل، حتی اگر زیان دیده در ورود خسارت اولیه مشارکت نداشته باشد، به سبب عدم مقتضی به منظور کاهش خسارت، از دریافت بخشی از غرامت محروم خواهد شد. در واقع، زیان دیده نه تنها مجاز به در پیش گرفتن تدبیرهای منطقی برای کاهش خسارت است، بلکه متعهد به انجام دادن چنین تدبیرهایی است.^۱

قرارداد اداری از جمله تأسیس‌های حقوقی است که سرمنشأ آن به دولت مدرن برمی‌گردد. این نهاد حقوقی می‌خواهد بخشی از اهداف، سیاست‌ها و کارویژه‌های اداره مدرن را عملیاتی سازد، به صورتی که نه تنها اهداف مربوط به خدمات عمومی و منافع عمومی آسیب نبیند، بلکه به شکل مطلوبی برآورده شوند. البته چنین تأسیسی در ایران تا به امروز نهادینه نشده است.^۲

در خصوص پیشینه تحقیق نیز باید متذکر شد تاکنون قاعده تعهد زیان دیده به کاهش خسارت، موضوع برخی مقالات بوده است. سادات اخوی و کاشانی در مقاله «تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا» به مبانی این قاعده در نظام کامن‌لا پرداخته و این قاعده را مکمل پرداخت خسارت به جای اجرای عین تعهد دانسته‌اند. زمانی و بذار در مقاله «تأثیر مشارکت زیان دیده در خسارت بر مسئولیت بین‌المللی دولت»، موضوع را از جنبه حقوق بین‌الملل بررسی کرده و این قاعده را مبنای بسیاری از آرای قضایی و داوری بین‌المللی شمرده‌اند. شاهنوش فروشانی در مقاله «تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد و تأثیر آن در میزان

۱. زمانی، سید قاسم و وحید بذار، «تأثیر مشارکت زیان دیده در خسارت بر مسئولیت بین‌المللی دولت»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۷.

۲. مولایی، آیت، «ریل‌گذاری قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در ایران»، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره ۱۴۰۰، ۲، ص ۲۸۹.

مسئولیت ناقض قرارداد» به بررسی تطبیقی این قاعده در حقوق کامن لا و فقه امامیه پرداخته و مبنای قاعده را در قواعد فقهی مانند «اقدام»، «من له الغنم فله الغرم» و «لاضرر» دانسته است. هم‌چنین معیار ارائه شده برای زیان وارد شده را مغایر متعارف و معقول بودن میزان خسارت خوانده است. شعاریان و مولایی در مقاله «شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت» با پذیرش کلی این قاعده با وجود ضوابط مقرر، در مصادیقی مانند «شرط وجه التزام»، «اجرای عین تعهد»، «ممانعت خوانده از تقلیل خسارت»، «عدم امکان مالی برای تقلیل خسارت» و نیز «قوه قاهره»، اجرای قاعده تعهد زیان دیده به کاهش خسارت را ناممکن دانسته‌اند.

با پذیرش این نظریه باید گفت که قاعده کاهش خسارت در قلمرو قراردادهای اداری نیز قابل اعمال است و اصول اختصاصی حاکم بر این قراردادها مانع از اعمال این قاعده نخواهد بود. برای مثال، در قراردادهای پیمان، اگر تأمین امنیت کارگاه بر عهده کارفرما (دستگاه دولتی) باشد و به دلیل تأمین و تجهیز نشدن کارگاه، آتش سوزی رخ دهد، پیمانکار موظف است اقدامات لازم برای جلوگیری از توسعه و تسری آتش را انجام دهد. در غیر این صورت، کارفرما در مقام دفاع می‌تواند با استناد به قاعده کاهش خسارت و قصور پیمانکار، تعدیل خسارت مورد ادعای پیمانکار به میزان قصور صورت گرفته را از دادگاه بخواهد. بدیهی است در مواردی که اعمال این قاعده با موانعی همراه باشد، این موانع حسب مورد در قراردادهای اداری نیز قابل اعمال خواهد بود.

در منابع فقهی، قاعده مستقلی به نام تعهد به کاهش خسارت زیان دیده مشاهده نمی‌شود، اما به نظر می‌رسد قاعده اقدام، نزدیک‌ترین قاعده قابل تطبیق باشد، چنان‌که معافیت از مسئولیت شخصی که دیگری را در آب یا آتش اندازد و او با وجود امکان خروج از مهلکه آتش یا آب خارج نشود، تأیید شده و به قاعده اقدام نسبت داده شده است.^۱

گفتار اول. مبانی اعمال قاعده تعهد زیان دیده به کاهش خسارت

این قاعده که در حقوق کامن لاریشه دارد و در حقوق ایران نیز مصادیقی از آن قابل مشاهده است، مبانی متعددی دارد که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

۱. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، شرح لمعه (جلد ۱۰)، قم: داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰، ص ۳۷۳؛ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی (جلد ۱۴)، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی، چاپ دوم، ۱۴۲۲، ص ۶.

بند اول. رابطه سببیت

بیان رایج در توضیح مبنای حقوقی قاعده «کاهش خسارت» یا نظریه «زیان‌های قابل اجتناب»، ارجاع به عنصر سببیت است. هنگامی که زیان به دنبال کوتاهی خواهان در جلوگیری از آن پدید می‌آید، در واقع، زیان به سبب اقدام خواننده پدید نیامده است. یکی از نویسندگان کامن‌لا می‌گوید: «قاعده کاهش خسارت، یک قاعده مستقل نیست، بلکه نمونه‌ای از اجرای نظریه موسع و در عین حال مبهم سببیت است. در هر دو حوزه قراردادها و مسئولیت مدنی، خواهان منحصرأ می‌تواند بابت زیان‌هایی مطالبه زیان کند که به سبب فعل نامشروع خواننده وارد گردیده است. هرگونه زیانی را که به واسطه اقدامات نامتعارف خواهان حادث شده است، باید خود او تحمل کند».^۱

در یک پرونده، مسئله سببیت چنین بیان گردید: «آیا مطابق قواعد معمول زیان، زیان از نقض قرارداد حادث شده است یا خیر؟ آیا این زیان‌ها نتیجه طبیعی و محتمل نقض هستند یا خیر؟ اگر نیستند، این زیان‌ها بیش از اندازه بعیدند... این مورد، یکی از مصادیق مسئله سببیت است. اگر مالک کشتی، خواه به موجب انجام فعلی که در اوضاع و احوال مربوط، نامتعارف است و خواه به موجب قصور در اجتناب از زیان سبب ورود زیان گردد، خواننده به تناسب از مسئولیتی که در حالت عادی بر عهده او قرار می‌گرفت، رهایی می‌یابد».^۲

در مبتنی ساختن قاعده مورد بحث بر رابطه سببیت، توضیح بیش‌تری در رویه قضایی داده نشده و نویسندگان در نقل آن اظهار داشته‌اند که این استدلال همانند دیگر موارد استناد به عنوان سببیت، بیش از آن‌که اثبات‌کننده ادعا باشد، قاطع آن است؛ یعنی صرفاً به بیان نتیجه می‌پردازد، بدون این‌که هیچ توضیحی ارائه دهد.^۳

در رأی یادشده گویا دادگاه، سببیت را با ارجاع زیان به یک عامل ساده کرده است. در واقع، چون خواهان فرصت اجتناب از زیان را داشته، زیان بیش از این‌که به نقض قرارداد توسط خواننده منسوب گردد، به کوتاهی او منتسب گشته است. با وجود این، انتخاب یک عامل از بین عوامل مختلف و

1. Bridg – Michael. G, op.cit., p. 400.

2. Compania Naveria maropan SA V. Bowaters Llyod. Pulp and paper mills Ltd, 1995.

3. "... reasoning like this is conclusive rather than demonstrative ...". Bridg, Michael – G, op.cit., p. 401.

منسوب کردن تمام زیان به آن، یکی از نظرهایی است که در بحث تداخل اسباب به ویژه تأثیر دخالت زیان دیده وجود دارد. ساده سازی نیز یکی از دلایل انتخاب این نظر است، ولی نظرهای دیگری نیز وجود دارد که در صورت وجود اسباب مختلف، کنار زدن تمام عوامل و بزرگ نمایی یک عامل را تجویز نمی کند. علاوه بر این که در نمونه های پیچیده تر اجرای قاعده، سببیت نقض عهد خوانده به قوت خود باقی است و حداقل در مواردی که خوانده قادر به اجرای قرارداد است و از انجام آن خودداری می کند، نمی توان رابطه سببیت بین نقض عهد و زیان را کاملاً نفی کرد.

به منظور بررسی رابطه سببیت و تحلیل آن در مورد اجرای قاعده ناگزیریم از توضیحات فرعی و نامرتب برخی از نویسندگان که ذیل این قاعده بیان شده است، صرف نظر کنیم و به اصول مربوط به این رکن از مسئولیت بازگردیم. مباحث زیادی در خصوص این رکن درگرفته که پرداختن به تمام آن از موضوع بحث خارج است. از این رو، مباحثی از سببیت را طرح خواهیم کرد که بتواند در بحث ما و تأثیر کوتاهی خواهان بر رابطه سببیت بین فعل خوانده و زیان قابل اجتناب اثر بگذارد.

بند دوم. قاعده اقدام

این قاعده در دو معنا به کار می رود: اقدام به زیان و اقدام به ضمان. هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد، واردکننده زیان که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود. در این صورت، قواعد و مقررات ضمان و مسئولیت و از جمله قاعده «احترام» که برای حمایت از صاحبان اموال وضع شده است، دیگر به کار نمی آید؛ زیرا او با آگاهی از عواقب عمل خود به آن کار اقدام کرده و در نتیجه، خودش، حرمت مال خود را ضایع ساخته است و بنابراین، شرع از او حمایت نمی کند. از همین معنا برای اثبات تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت می توان استفاده کرد. وقتی خود زیان دیده به کاهش زیان اقدام نمی کند، در حقیقت، خودش به زیان علیه خودش اقدام کرده است و بنابراین، خود او باید مسئول شناخته شود.^۱

۱. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، «تکلیف زیان دیده به کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد و تأثیر آن در میزان مسئولیت ناقض قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم، شماره ۹۳، ۱۳۹۵، ص ۱۴۱.

بند سوم. پیش‌گیری از اضرار

مبنای حقوقی دیگری که برای قاعده وظیفه کاهش خسارت ارائه شده، جلوگیری از هدر دادن منابع اقتصادی جامعه است. پیش‌گیری نکردن از زیان به هزینه هر کس که باشد، نوعی اتلاف منابع اقتصادی جامعه اعم از سرمایه و کار است. قواعد حقوقی باید از این تضییع منافع پیش‌گیری کند یا دست کم از کسی که با بی‌مبالاتی مرتکب چنین رفتاری می‌شود، حمایت نکند.

بیان این مبنا در ادبیات حقوقی کاملاً، منحصراً با همین عنوان انجام می‌گیرد، ولی برخی نویسندگان به طور ضمنی، مبنای دیگری را مطرح کرده‌اند که به منع اضرار به خواننده اشاره دارد. اگر کوتاهی خواهان در پیش‌گیری از زیان به هزینه خواننده انجام گیرد، این کوتاهی مستلزم تحمیل زیان بر خواننده است که باید از آن خودداری شود. چون این دو مبنا در نفی اضرار مشترکند که یکی، منافع جامعه و دیگری، منافع فردی خواننده را در نظر می‌گیرد، این دو مبنا را با عنوان جلوگیری از اضرار مطرح ساختیم تا بتوانیم آن را با قاعده حقوقی لاضرر نیز تطبیق کنیم.

بند چهارم. جلوگیری از اتلاف منابع اقتصادی جامعه

این استدلال که عمده‌تاً در حوزه قراردادهای به آن اشاره شده، به این معناست که حقوق نباید برای اتلاف منابع اقتصادی جامعه، ضمانت اجرا تعیین کند. هدف از وضع قواعد مربوط به مسئولیت، مجازات مسئول نیست و در قراردادهای منظور این است که قرارداد به حداقل هزینه ممکن اجرا شود. از این رو، نباید تعیین ضمانت اجرا و وضع مسئولیت به گونه‌ای باشد که زیان دیده بتواند با کوتاهی در پیش‌گیری از زیان که در نهایت به زیان جامعه منتهی می‌شود، از حمایت قانون برخوردار باشد. با وجود این، باید توجه داشت که قاعده کاهش خسارت در قراردادهای، عنصر کامل‌کننده یک نظام حقوقی در قلمرو اجرای قرارداد و مسئولیت ناشی از نقض آن است. طرفین باید در موعد مقرر در موقعیت ناشی از اجرای قرارداد قرار بگیرند و با برخورداری از مزایای اجرای آن، بلافاصله به فعالیت‌های خود، فارغ از الزامات ناشی از قرارداد ادامه دهند. به منظور بررسی هدف اقتصادی قاعده کاهش خسارت باید آن را در ادامه قاعده پیشین بررسی کرد که در نظام حقوقی کاملاً لا شناسایی شده است. این قاعده پیشین عبارت است از لزوم اجرای تعهد با ایفای موضوع ثانویه آن یعنی معادل موضوع تعهد از نظر قیمت.

گفتار دوم. شرایط اعمال قاعده تعهد زیان دیده به کاهش خسارت

تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت، بی حد و حصر نیست و باید به شرایط احراز چنین تکلیفی توجه شود. در این بخش با مطالعه تطبیقی و نگاهی به اسناد بین‌المللی و حقوق انگلیس که خاستگاه اصلی قاعده مورد نظر است، شرایط اعمال قاعده را بحث و بررسی می‌کنیم. اصولاً قاعده مورد نظر از قواعد مشترک مسئولیت قراردادی و قهری به شمار می‌رود. پس احکام مترتب بر آن در هر دو نوع مسئولیت کاربرد خواهد داشت.

بند اول. نقض تعهد (قانونی یا قراردادی)

تقلیل خسارت، تکلیفی است که بعد از تحقق مسئولیت به جبران خسارت ایجاد می‌شود؛ زیرا قبل از این مرحله، مسئولیتی برای خواننده دعوا وجود ندارد تا در مقابل آن، زیان دیده، متعهد به کاستن خسارت باشد. پس وظیفه تقلیل زیان، فرع بر تحقق مسئولیت مدنی (اعم از قراردادی یا قهری) است. وجه تمایز اصلی نظریه تقصیر مشترک با نظریه قاعده تقلیل خسارت این است که بر خلاف نظریه تقصیر مشترک، در قاعده تقلیل خسارت، زیان دیده بعد از نقض قرارداد و ورود خسارت، مکلف به کاستن خسارت می‌شود، در حالی که به موجب نظریه تقصیر مشترک، ورود خسارت از ابتدا معلول اسباب متعدد است.^۱

در مسئولیت قهری به محض وقوع زیان که آن هم در حقیقت، نقض تعهد قانونی تلقی می‌شود، زیان دیده باید اقدام‌های لازم را برای کاهش خسارت انجام دهد. برای مثال، هرگاه بر اثر حادثه‌ای (عمد یا غیر عمد)، خانه‌ای دچار حریق شود، زیان دیده مکلف است تمهیدات لازم برای حفظ اموال خود را انجام دهد و مانع توسعه خسارت شود. در حقوق ایران، تبصره ماده ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی سابق در تأیید این امر، زیان دیده را بعد از وقوع حادثه زیان‌آور یعنی آتش‌سوزی به مقابله با خسارت مکلف می‌کند. هم‌چنین ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۵، وقوع حادثه یا نزدیک شدن حادثه را شرط تحقق وظیفه بیمه‌گذار در مقابل تقلیل خسارت دانسته است.

1. Kelly, Michael. B, "Defendant' responsibility to minimize plaintiff's loss: curious exception to the avoidable consequence doctrine", sought California Law Review, Vol. 97, 1996, p. 392.

در حقوق ایران، نظریه نقض قابل پیش بینی پذیرفته نشده و به صورت قوانین ایران از جمله ماده ۲۲۶ قانون مدنی، نقض قرارداد هنگام متعهد له، حق فسخ یا مطالبه خسارت یا الزام به انجام تعهد را اعطا می‌کند که اولاً موعد انجام تعهد سپری شده باشد و ثانیاً نقض واقعی اتفاق افتاده باشد. برخی از نویسندگان معتقدند که موضوع مواد ۳۸۰ قانون مدنی و ۵۳۲ و ۵۳۳ قانون تجارت، نمونه‌ای از نظریه نقض قابل پیش بینی است.^۱ هم‌چنین در حقوق اسلام می‌توان از قاعده وجوب دفع ضرر محتمل برای توجیه این نظریه استفاده کرد. با این حال، با توجه به اصل لزوم قراردادهای نمی‌توان از این موارد استثنایی، یک اصل کلی را استنباط کرد و به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران بایستی با توجه به نیازهای اجتماعی و اقتصادی، با تصویب قاعده‌ای جامع، خلأ موجود را پر کند.^۲

بند دوم. آگاهی زیان دیده از نقض تعهد

در حقوق انگلیس، برای تحقق وظیفه تقلیل خسارت لازم است که زیان دیده از نقض تعهد توسط خواننده مطلع باشد تا بتواند با آگاهی از چنین وضعیتی به تقلیل خسارت اقدام کند. حتی در مواردی که خواهان به طور متعارف باید از نقض تعهد آگاه می‌شد، اما به دلیل بی‌دقتی خویش از این امر مطلع نشده است، باز هم وظیفه تقلیل خسارت تحقق نمی‌یابد. به نظر می‌رسد خواهان زمانی مکلف به تقلیل خسارت است که از نقض تعهد آگاه شود؛ زیرا چنین حکمی یک امر منطقی و عقلایی بوده و شخص ناآگاه از نقض تعهد، مکلف به کاستن خسارت نیست.

بند سوم. امکان پذیر بودن تقلیل خسارت

تکلیف زیان دیده یا متعهد له به تقلیل خسارت، مطلق و بی‌حد و حصر نبوده، بلکه وی زمانی متعهد به کاستن از خسارت است که جلوگیری از خسارت ممکن باشد. بنابراین، اگر نقض تعهد رخ دهد و زیان دیده از آن آگاه شود، اما امکان جلوگیری از توسعه خسارت برای وی نباشد، خواننده نمی‌تواند به قاعده تقلیل خسارت استناد جوید و خسارت کم‌تری به زیان دیده پرداخت کند. منظور از این‌که

۱. غفاری فارسانی، بهنام، «اثر نقض قابل پیش بینی در روابط قراردادی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره سی و نهم، شماره ۲، ۱۳۸۸، ص ۲۷۷.

۲. شعاریان، ابراهیم و یوسف مولایی، «شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت»، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۲، ص ۱۸۹.

امکان جلوگیری از توسعه خسارت وجود داشته باشد، این است که با اقدام‌های متعارف و معقول، کاهش دادن خسارت وارد شده ممکن باشد. بدین ترتیب، اگر تقلیل خسارت با مشقت و سختی همراه باشد، زیان دیده، تکلیفی برای تقلیل خسارت ندارد و موظف نیست به اقدام‌های نامتعارف و دشوار دست بزند تا از میزان خسارت وارد شده بکاهد. به بیان دیگر، حقوق از زیان دیده انتظار شجاعت ندارد، بلکه انتظار دارد تنها اقدام‌های متعارف را انجام دهد. از حکم ماده ۲۰۵ ق.م. نیز در این زمینه می‌توان کمک گرفت؛ با این توضیح که اگر شخص در مواجهه با تهدید (اکراه)، امکان دفع اکراه را بدون مشقت داشته باشد، مکره محسوب نمی‌شود.

در حقوق ایران به نحوی که بیان شد، حکم خاصی در مورد قاعده تقلیل خسارت و شرایط اعمال آن ملاحظه نمی‌شود، اما برخی از نویسندگان بیان داشته‌اند که از ملاک ماده ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی سابق و ماده ۱۵ قانون بیمه برمی‌آید که زیان دیده باید برای جلوگیری از گسترش خسارت در حدود متعارف تلاش کند. از عبارت «عادتاً» در ماده ۱۵ قانون بیمه نیز می‌توان اقدام متعارف را استنباط کرد. بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه و عامه، هرگاه شخصی در آتشی که دیگری برافروخته است، گرفتار شود، اگر امکان خروج از مهلکه را داشته باشد، اما اقدامی نکند، مسئولیتی برای فاعل زیان وجود نخواهد داشت. همین وضعیت در مورد شخصی که دیگری را در آب دریا بیافکند و او با وجود توانایی خارج نشود و هلاک شود، جاری است. از این مثال‌ها می‌توان امکان جلوگیری از زیان را به عنوان یکی از شرایط قاعده مورد بحث استنتاج کرد.^۱

گفتار سوم. اعمال قاعده تعهد در قراردادهای اداری و مسئولیت مدنی

بند اول. ویژگی قراردادهای اداری

در قراردادهای اداری، یک قرارداد که یک طرف آن، اداره است، در صورتی اداری تلقی می‌گردد که دارای یک یا چند شرط استثنایی نسبت به حقوق خصوصی باشد. معیار تشخیص قرارداد اداری اصولاً درج شروط استثنایی است و بر دو نوعند: نخست، شروط استثنایی نسبت به شروطی که در روابط خصوصی منعقد می‌شوند. این شروط نمی‌توانند در قرارداد بین اشخاص خصوصی منعقد گردند؛ دوم،

۱. کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، ضمان قهری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۱۸۷.

شروط استثنایی به عنوان شروط ایجاد عدم تساوی. این شروط که بیش تر وقت ها به کار می روند، طرف قرارداد را تحت نظارت خود قرار می دهند و اداره را در موقعیت برتری قرار می دهند و به شخص حقوقی حقوق عمومی اجازه می دهند که بعضی اقدامات را به طور یک جانبه انجام دهد.^۱

طبع ترجیحی قراردادهای اداری ایجاب می کند برخی احکام حقوقی که در قراردادهای خصوصی غیر متعارف است، نسبت به این قراردادها اعمال شود. در حقوق مدنی، اصل بر رضایی بودن عقود است، اما در قراردادهای اداری، تراضی طرفین باید با تشریفات خاصی اعمال گردد و گفته می شود که بدون رعایت این تشریفات، عقد محقق نمی گردد.^۲ قراردادهای اداری در زمره عقود تشریفاتی فرض می شوند و رعایت نشدن تشریفات، به فراخور مراتب تأثیرگذاری، منجر به اشکال و ایراد در اعتبار این نوع قراردادها می گردد.^۳

بند دوم. نظریه امور پیش بینی ناپذیر

به طور کلی، استدلال شورای دولتی در حقوق فرانسه، چنین است که بروز عوامل اقتصادی پیش بینی ناپذیر در روابط بین متعاملین، یک وضعیت خارج از قرارداد را به وجود می آورد که به کلی خارج از محاسبات و پیش بینی متعاملین است و آن را نمی توان بر اساس قرارداد دوسویه حل و فصل کرد. از طرفی، مقتضیات منافع عمومی اجازه نمی دهد که طرف قرارداد به بهانه آن عامل از اجرای تعهدات خود سرباز زند و کار را متوقف کند. در مقابل، دولت مکلف است برای این که ادامه وضعیت و فسخ قرارداد موجب فلج شدن امور عمومی نشود، به کمک طرف خود بشتابد و قسمتی از هزینه های او را که صرفاً ناشی از وضع خارج از قرارداد یا ناشی از عوامل اقتصادی است، به عهده گیرد.^۴

چون جایگاه قراردادهای اداری در نظام حقوقی ایران، مبهم و نارساست، نظریه امور پیش بینی ناپذیر 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 پیش بینی نشده است.

۱. رضایی زاده، محمد جواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصل نامه حقوق، دوره سی و هشتم، شماره ۲، ۱۳۸۷، ص ۱۵۱.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲.

۳. واعظی، سید مجتبی و فاطمه کیانی، «بی اعتباری قراردادهای اداری و آثار آن در حقوق ایران»، دیدگاه های حقوق قضایی، دوره بیست و هفتم، شماره ۹۹، ۱۴۰۱، ص ۱۷۱.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۴۵.

اگرچه موضوع تعدیل در برخی قراردادهای مورد عمل دستگاه‌های اداری از جمله در شرایط عمومی پیمان منضم به پیمانکاری‌های دولتی در قالب تعدیل بهای پیمان پیش‌بینی شده است، اما ارتباط صریحی با امور پیش‌بینی‌ناپذیر ندارد.^۱

طبق ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان، جنگ اعم از اعلام شده یا نشده، انقلاب‌ها و اعتصاب‌های عمومی، شیوع بیماری‌های واگیردار، زلزله، سیل و طغیان‌های غیر عادی، آتش‌سوزی‌های دامنه‌دار و مهارنشدنی، توفان و حوادث مشابه خارج از کنترل دو طرف پیمان که در منطقه وقوع اجرای کار وقوع یابد و ادامه کار را برای پیمانکار ناممکن سازد، جزء حوادث قهری به شمار می‌رود. در صورت بروز حوادث قهری، پیمانکار موظف است حداکثر کوشش خود را برای حفاظت از کارهای اجراشده و انتقال مصالح و تجهیزات به محل‌های مطمئن و ایمن به کار برد. کارفرما نیز باید تمام امکانات موجود خود در محل را در حد امکان، برای تسریع در این امر در اختیار پیمانکار قرار دهد. اگر خسارت‌های واردشده به کارهای موضوع بیمه موضوع بند ج ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان باشد، برای جبران آن، طبق همان ماده اقدام می‌شود و اگر مشمول این بند نباشد یا میزان آن برای جبران خسارت‌ها کافی نباشد، جبران خسارت به عهده کارفرماست. از طرف دیگر، جبران خسارت‌های واردشده به ساختمان‌ها و تأسیسات موقت، ماشین‌آلات و ابزار و وسایل پیمانکار با توجه به بند د ماده ۲۱ به عهده پیمانکار است.^۲

بند سوم. بازدارندگی عرفی و عمومی

تحقیقات دانشگاهی با توجه به تأثیرات اقتصادی که بر قواعد مسئولیت مدنی داشته است، علاقه به بازدارندگی را در مسئولی مدنی تجدید کرده است. این شکل از بازدارندگی، بازدارندگی فردی نیست، بلکه به عنوان بازدارندگی عرفی و عمومی شناخته می‌شود. هدف از مسئولیت مدنی باید کاهش زیان‌های ناشی از حوادث باشد. این هدف با الزام پرداخت خسارت توسط اشخاص دخیل در اقداماتی که موجب حوادث ناگوار می‌شود، اعمال می‌گردد.^۳

۱. رستمی، ولی، «تعدیل در قراردادهای اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۲۲۷.

۲. مولاییگی، غلام‌رضا و سید محمد هاشمی، «عوامل مؤثر در سقوط مسئولیت قراردادی دولت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۴، ص ۱۶.

۳. میرزایی گرمی، احمد و همکاران، «مطالعه تطبیقی مبانی نظری، اهداف و شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه ایران، فرانسه و انگلیس»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۱۳۹.

بند چهارم. مسئولیت مدنی پیش گیرانه

از نظر هدف مسئولیت مدنی، بین رویکرد حقوق دانان سنتی و طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق تفاوت وجود دارد. در حالی که حقوق دانان سنتی بر جبران زیان های وارد شده در گذشته تأکید می کنند، طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق بر پیش گیری از وارد آمدن زیان در آینده اصرار دارند و مسئولیت مدنی را به عنوان ابزاری در نظر می گیرند که از انجام فعالیت هایی پیش گیری می کند که اجتناب آن ها از طریق قواعد مسئولیت ممکن است. در نتیجه، از منظر طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق، مسئولیت مدنی اصولاً به عنوان یک نظام تغییر رفتار در نظر گرفته می شود و بر اساس آن، پیش بینی مسئولیت مدنی برای یک حادثه، اشخاص را به تغییر رفتار از طریق در پیش گرفتن تمهیدات پیش گیرانه قبل از تحقق حوادث وادار می کند.^۱

در نگاه پیش گیرانه به وضع و اجرای قواعد مسئولیت مدنی، یکی از آثار الزام عامل زیان به جبران خسارت، بازداشتن وی از ارتکاب فعل زیان بار یا بی مبالاتی مشابه است. پیش از برنامه ریزی پایدار برای پیش گیری از حادثه، بهترین راه حل آن است که دولت از محل بودجه های عمومی، پوشش بیمه ای افراد و اموال در معرض حادثه و نیز حادثه دیده را تقبل کند و در مقابل، آن ها را ملزم سازد که با تبعیت از طرح های دولت، استانداردهای لازم را برای پیش گیری از حوادث آینده رعایت کنند.^۲ با توجه به مسئولیت پیش گیرانه برای دولت در تحقق مسئولیت مدنی می توان گفت این تعهد برای زیان دیده یعنی مردم هم وجود دارد تا در صورت بروز سوانح طبیعی و بروز خسارت، زیان را کاهش دهند.

نتیجه گیری

قاعده «تعهد زیان دیده به کاهش خسارت»، قاعده ای جهان شمول در حوزه مسئولیت قراردادی و قهری است. به موجب این قاعده، زیان دیده نمی تواند خسارت هایی را که امکان جلوگیری یا کاهش آن را داشته است، از خوانده (مقصر. متعهد) مطالبه کند. تکلیف خواهان به کاهش خسارت به معنای تکلیف قانونی و تعهد (به معنای مرسوم) نیست؛ زیرا در مقابل آن، هیچ حق متقابلی

۱. جوان بجنوردی، محمدرضا و همکاران، «مطالعه تطبیقی حقوق تأمین اجتماعی و مسئولیت مدنی»، فصل نامه حقوق اداری، دوره هشتم، شماره ۲۶، ۱۴۰۰، ص ۶۱.

۲. اسکافی، نرگس و همکاران، «مسئولیت مدنی پیش گیرانه در اعمال اداری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)»، پژوهش های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳، ص ۲۱۷.

وجود ندارد و نقض آن نیز هیچ مسئولیتی ایجاد نمی‌کند. کاهش خسارت صرفاً دفاعیه خوانده است در مقابل ادعای خواهان به جبران خسارت. پس اگر خواهان به تکلیف خود عمل نکند، نمی‌تواند خسارتی را که قابل کاهش یا رفع بوده است، از خوانده مطالبه کند.

در مواردی امکان دارد با وجود شرایط تحقق قاعده یادشده، موانعی مانع اعمال قاعده تقلیل خسارت شوند. در مواردی که اجرای عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای اصلی نقض تعهد است، اجرای عین تعهد، مانع اصلی در اجرای قاعده مورد بحث است. به همین دلیل، قلمرو اجرای این قاعده در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی مشابه از جمله فرانسه محدودتر از نظام کامن‌لاست که در آن، اجرای عین تعهد به عنوان اصل در نظر گرفته نشده است.

پیش‌بینی وجه التزام در قرارداد نیز مانع دیگری در اجرای قاعده کاهش خسارت است؛ زیرا در این صورت، خسارت به صورت مقطوع معین می‌شود و امکان تعدیل خسارت به دلیل انجام نشدن اقدامات متعارف توسط خواهان برای کاهش خسارت وجود ندارد. هم‌چنین ناتوانی مالی زیان‌دیده برای کاستن از خسارت از دیگر موانع اجرای این قاعده به شمار می‌رود؛ زیرا به حکم عقل و شرع از زیان‌دیده‌ای که از نظر مالی یا جسمی برای کاهش خسارت، ناتوان است، نمی‌توان انتظاری برای کاستن از زیان داشت.

شرط اسقاط تکلیف کاهش خسارت از عهده زیان‌دیده در برخی نظام‌های حقوقی از جمله آمریکا، قاعده‌ای مطابق با قواعد عمومی قلمداد شده است، اما در حقوق ایران، تکلیف قابل سلب و اسقاط نیست و در زمره قواعد آمره است. پس ذی‌نفع انجام تکلیف، خوانده نیست، بلکه جامعه است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۲)**، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۳. کاتوزیان، ناصر، **مسئولیت مدنی، ضمان قهری**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. اسکافی، نرگس و همکاران، «مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در اعمال اداری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۸، ۱۴۰۳.
۲. جوان بجنوردی، محمدرضا و همکاران، «مطالعه تطبیقی حقوق تأمین اجتماعی و مسئولیت مدنی»، فصل‌نامه حقوق اداری، دوره هشتم، شماره ۲۶، ۱۴۰۰.
۳. رستمی، ولی، «تعدیل در قراردادهای اداری»، مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۴. رضایی‌زاده، محمدجواد، «ویژگی قراردادهای اداری»، فصل‌نامه حقوق، دوره سی و هشتم، شماره ۲، ۱۳۸۷.
۵. زمانی، سید قاسم و وحید بذار، «تأثیر مشارکت زیان‌دیده در خسارت بر مسئولیت بین‌المللی دولت»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۸، ۱۳۹۸.
۶. شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، «تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد و تأثیر آن در میزان مسئولیت ناقض قرارداد»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره ۹۳، ۱۳۹۵.
۷. شعاریان، ابراهیم و یوسف مولایی، «شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت»، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۲.
۸. غفاری فارسانی، بهنام، «اثر نقض قابل پیش‌بینی در روابط قراردادی»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره سی و نهم، شماره ۲، ۱۳۸۸.
۹. مولابیگی، غلام‌رضا و سید محمد هاشمی، «عوامل مؤثر در سقوط مسئولیت قراردادی دولت»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۶، ۱۳۹۴.

۱۰. مولایی، آیت، «ریل‌گذاری قراردادهای اداری از طریق قراردادهای اجباری در ایران»، مطالعات حقوقی، دوره سیزدهم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۱. میرزایی گرمی، احمد و همکاران، «مطالعه تطبیقی مبانی نظری، اهداف و شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه ایران، فرانسه و انگلیس»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۱۲. 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. عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، شرح لمعه (جلد ۱۰)، قم: داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰.
۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی (جلد ۱۴)، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی، چاپ دوم، ۱۴۲۲.

3. Latin Source

1. Compania Naveria maropan SA V. Bowaters Lloyd. Pulp and paper mills Ltd, 1995.
2. Guiding Principles of European Contract Law, prepared by Société de législation comparée,
3. Kelly, Michael. B, "Defendant' responsibility to minimize plaintiff's loss: curious exception to the avoidable consequence doctrine", sought California Law Review, Vol. 97, 1996.
4. Terre. F., Pour unereforme du droit des contrats, Dalloz, 2009.
5. Tourneau. P. et Poumarede. M., Bonne foi, Rep. civ. Dalloz, Javier 2009, demiere mise a jour: 10/2012.
6. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016, New York. available at: www.legiscompare.fr/web/Presentation-de-la-SLC?lang=fr, last visit at 18/08/2021.

ارتقای کارکردی قانون «تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»^۱ برای تحقق اهداف مندرج در ماده ۳ قانون جامع حدنگار

امیرمسعود فاطمیان^۲

چکیده

ماده ۳ قانون جامع حدنگار^۳ از تکلیف سازمان ثبت اسناد و املاک در خصوص حدنگاری، تعیین موقعیت و حدود املاک و اراضی و در نهایت، صدور اسناد مالکیت تمامی نقاط داخل در محدوده مرزهای جغرافیایی کشور حکایت دارد. تحقق چنین هدفی مستلزم وجود ابزارهای مالی، فنی و مهندسی، نیروی انسانی و به طور ویژه، ابزارهای قانونی است.

از لوازم قانونی مورد استفاده در مبحث حدنگاری و صدور اسناد مالکیت کل کشور، اجرای قانون «تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» است. هیئت موضوع این قانون، مرجعی شبه قضایی با صلاحیت‌های محدود و با رویکرد صدور اسناد مالکیت غیر تضمین شده از طریق اجرای روش‌های ثبتی خاص است. خروجی این هیئت می‌بایست تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و املاک و صدور آرا مبنی بر تثبیت مالکیت اشخاص و صدور اسناد مالکیت باشد، اما در وضعیت فعلی به علت نارسایی‌هایی، توان تعیین تکلیف وضعیت مالکیت نسبت به اراضی و املاک موضوع قانون را ندارد.

ابزارهای قانونی حاکمیت در اجرای حدنگار، سیاست‌گذاری‌های مندرج در ماده ۳ قانون یادشده را تأمین نمی‌کند. از این رو، این مقاله به منظور تحقق اهداف قانون حدنگار، ضمن تشریح وضعیت فعلی اجرای قانون «تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» و علل توجیهی اهمیت اصلاح ساختار و فرآیندهای رسیدگی هیئت‌ها به دنبال ارائه راهکارهایی عملی برای ارتقای کارکردی این قانون است.

واژگان کلیدی: هیئت حل اختلاف، قانون تعیین تکلیف، مراجع شبه قضایی، ثبت اسناد و املاک، حدنگار.

۱. قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی، مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۰۷.

۲. دکترای حقوق خصوصی و استادیار گروه حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، Masoud.stu@gmail.com.

۳. قانون جامع حدنگار (کاداستر) کشور، مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۱۲.

مقدمه

ثبت عمومی با رویکردی اجباری و به استناد قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰، هدف تثبیت حقوق مالکیت اشخاص بر اراضی و املاک تمامی محدوده کشور را داشت، اما با وجود تلاش‌های فراوان، به عللی که محل بحث این مقاله نیست، پس از قریب به یک قرن، فعالیت ثبتی هم‌چنان در رسیدن به این هدف ناکام مانده است. اعمال مقرراتی چون اصلاحات ارضی، قوانین موضوع تشخیص و تثبیت اراضی ملی، وقوع انقلاب اسلامی و تغییر بافت جمعیتی، واگذاری کشت موقت، تشخیص اراضی موات، تزلزل معاملات رسمی و اعتباربخشی به قول‌نامه‌های عادی و عرفی، اجرای مقررات ثبت عمومی را در محدوده شهرها، روستاها و اراضی کشاورزی با چالش‌های جدی مواجه کردند. در نتیجه، تثبیت مالکیت و صدور اسناد اراضی و املاک در شرایط فعلی به علت مواجه شدن با اختلافات متعدد اشخاص، وجود تصرفات عادی، عرفی و قول‌نامه‌ای و نقص مدارک برای اقناع مرجع ثبتی به موانعی برخورد که امکان اجرای قوانین عام و جاری ثبت^۱ را میسر نمی‌سازد.

پس از انقلاب، قانون‌گذار برای حل این‌گونه مشکلات در صدور اسناد مالکیت، روش استمداد و تصویب قوانین خاص^۲ و اضطراری را رویه خود ساخت. از تصویب قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ تصویب شده به سال ۱۳۶۵ و اصلاحات بعدی آن که به اختصار، مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ نامیده می‌شود، قانون موصوف در تاریخ ۱۳۶۵/۴/۳۱ (مرحله اول)، ۱۳۶۵/۱۰/۲۰ (مرحله دوم)، شهریور ۱۳۷۰ (مرحله سوم)، ۹ تیر ۱۳۷۵ (مرحله چهارم)، ۱۳۷۸/۸/۱۸ (مرحله پنجم) با اضافه کردن اصلاحاتی تمدید گردید و برای آخرین بار در سال ۱۳۷۸ با پیشنهاد کمیسیون امور قضایی مجلس به دلیل کثرت پرونده‌های مفتوح، طرح تمدید قانون از دو سال به پنج سال افزایش یافت. بنابراین، در سال ۱۳۸۳، مدت قبول و تقاضای این ماده به پایان رسید. با توجه به تجربه‌های اجرای این مواد در سنوات متعدد، آسیب‌شناسی و رفع آسیب‌های اجرای قانون در سنوات قبلی، هم‌چنین با توسعه جوامع و بافت‌های شهری و روستایی و تثبیت و تعیین وضعیت اراضی داخل و خارج محدوده شهری، قانون «تعیین تکلیف وضعیت اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی» در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۰۷ به صورت قانونی دائمی تصویب گردید.

۱. قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۱۰ موسوم به ثبت عمومی.

۲. به مقرراتی که مصادیق معینی از املاک قابل ثبت را دربرمی‌گیرد یا به عبارتی دیگر، مقید به قیودی است که باعث محدود شدن دایره شمول مصادیق اموال غیر منقول قابل ثبت می‌گردد، روش یا شیوه ثبتی خاص گفته می‌شود. در واقع، مقررات خاص راجع به ثبت املاک باعث محدود شدن دایره شمول اجرای مقررات ثبت عمومی می‌گردد.

هیئت موضوع این قانون که به اختصار، «قانون تعیین تکلیف» می‌نامیم، از مراجع بارز شبه قضایی در نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود. فلسفه وجودی هیئت‌های حل اختلاف قوانین خاص ثبتی، رفع ایرادهای ناشی از تخصص نداشتن دادگاه‌های عمومی برای حل اختلافات و کاهش مراجعان به دستگاه قضایی و سرعت بیش‌تر در رسیدگی به اختلافات است.^۱ هدف از تشکیل هیئت موضوع قانون تعیین تکلیف، رسیدگی به تقاضای صدور اسناد مالکیت متصرفانی است که منشأ تصرف ایشان قانونی است، اما بنا به علل و موانعی، امکان صدور سند مالکیت مفروزی مستند به قوانین جاری ثبتی برای آن‌ها میسر نیست. در این راستا، هیئت‌ها با بررسی مدارک و دلایل ارائه‌شده و در صورت لزوم، انجام تحقیقات لازم و جلب نظر کارشناس رأی می‌دهند.

با توجه به فلسفه و هدف تشکیل این مراجع شبه قضایی قاعدتاً رسیدگی هیئت‌ها در این قانون به درخواست از ناحیه متقاضی ثبت مشروط است. پس به علت تقاضامحور بودن رسیدگی‌ها، تعیین تکلیف اراضی و املاک واقع در محدوده جغرافیایی کشور با آن‌که هدف قانون جامع حدنگار کل کشور است، از اهداف قانون تعیین تکلیف خارج است و از طریق اجرای این قانون محقق نخواهد شد و در عمل منتفی است. الزامات مندرج در این قانون مبنی بر احراز مالکانه بودن تصرفات و وصول مستنداتی که تکافوی رسیدگی را کند، نارسایی هیئت‌ها برای بررسی کیفی و ماهوی تقاضاهای رسیده و ناتوانی این مراجع از حل اختلافاتی که در اثنا اجرای قانون احراز می‌شود، عواملی هستند که سبب می‌شود رسیدگی به بسیاری از تقاضاها به صدور رأی منفی بیانجامد. بنابراین، ساختار و فرآیند رسیدگی‌های فعلی این هیئت‌ها نارسایی‌هایی دارد که بر خلاف عنوان قانون، توان تعیین تکلیف اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی را نخواهد داشت و از این نظر به بهبود وضعیت قضایی کشور و سیاست قضازدایی کمکی نمی‌کند.

در کنار چالش‌های یادشده گفتنی است آرای صادرشده و اسنادی که در اجرای این آرا صادر می‌شوند، مانع از مراجعه متضرر به مراجع قضایی نمی‌شوند. به عبارتی، اسنادی تضمین‌شده که عامل قضازدایی و تأمین‌کننده اهداف مندرج در سند تحولی قوه قضاییه برای کاهش پرونده‌های قضایی باشند، در عمل صادر نمی‌شود.^۲

۱. مزارعی، غلام‌حسن و سجاد مردانی، «نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تیر ۱۴۰۲، دوره پنجم، شماره ۱۵، ص ۱۹۶.

۲. نگارنده منکر لزوم نظارت قضایی بر اعمال اداری نیست و در ادامه مقاله، درباره این موضوع، مطالبی خواهد آمد.

بنابراین، با پذیرش فروض بالا، پرسش این است که برای ارتقای کارکردی قانون تعیین تکلیف در راستای تحقق اهداف مندرج در ماده ۳ قانون جامع حدنگار (مبنی بر تعیین تکلیف و تثبیت مالکیت تمامی اراضی و املاک داخل در محدوده جغرافیایی کشور) و صدور آرایه‌ای که عامل صدور اسناد مالکیت تضمین شده و قاعدتاً امر قضا‌زدایی گردند، چه اصلاحاتی می‌بایست اعمال شود و چه ابزارهایی باید در اختیار هیئت‌ها قرار گیرد؟

در ادبیات حقوقی کشور، پژوهش‌هایی با محوریت بازبینی، اصلاح ساختار و فرآیندهای رسیدگی هیئت حل اختلاف موضوع قانون تعیین تکلیف مشاهده می‌شود که از آن جمله می‌توان به این مقاله‌ها اشاره کرد: «بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»^۱، «نقد و بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»^۲، «نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی»^۳ و ایده برگزیده شده نگارنده در «نخستین رویداد ملی راهکارهای تحقق دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری»^۴. با این حال، نوآوری این مقاله در بیان مبانی توجیهی در خصوص ارتقای کارکردی قانون تعیین تکلیف و هیئت موضوع این قانون و هم‌چنین طرح پیشنهادهای کاربردی در این حوزه است.

به همین منظور، ضمن بررسی وضعیت فعلی هیئت‌ها و محدوده صلاحیت آن‌ها، ابتدا با این مرجع شبه قضایی آشنا می‌شویم. سپس ضمن تبیین مبانی توجیه‌کننده لزوم رسیدگی ماهوی و ارتقای کارکردی هیئت‌ها (برای صدور آرای قاطع)، با نگاهی منتقدانه به وضعیت فعلی، راهکارهای ارتقای کارکردی این مرجع در پرتو سند تحولی قوه قضاییه و سیاست‌های مندرج در ماده ۳ قانون جامع

۱. قاسمی قاسموند، علی‌رضا، «بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، زمستان ۱۳۹۸، دوره دوم، شماره ۸، صص ۱۰۰-۶۳.

۲. بحری، ادریس، «نقد و بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، نهمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۹، صص ۲۰-۱.

۳. مزارعی و مردانی، پیشین.

۴. فاطمیان، امیرمسعود، «هیئت نظارت موضوع ماده ۶ قانون ثبت و تطبیق با اصول دادرسی عادلانه»، در: اکبری، مینا، علی تقی‌نژاد و فاطمه افشاری، مجموعه ایده‌های برگزیده نخستین رویداد ملی راهکارهای تحقق دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۴۰۰، صص ۹۱-۹۵.

حدنگار (کاداستر) کشور بیان می‌شود. بهره‌گیری از دو مجموعه «آیین دادرسی عادلانه و منصفانه»^۱ به عنوان اصول پذیرفته‌شده در شرع مقدس و حقوق اسلامی از جمله سند تحول قضایی^۲ و مجموعه‌ای از قواعد راهبردی در رسیدگی‌های استاندارد، در ارائه پیشنهادها راه‌گشاست.

هدف این مقاله، پس از اصلاح قانون، بازطراحی استاندارد نظام رسیدگی هیئت موضوع قانون تعیین تکلیف به صورتی است که ضمن تعبیه اصول ناظر بر دادرسی منصفانه در ساختار و فرآیند رسیدگی این مراجع شبه قضایی، هیئت‌ها به دایره وسیع‌تری از تقاضاها رسیدگی و نقش مؤثرتری در نظام مالکیت کشور ایفا کنند.

گفتار اول. تعریف، صلاحیت و ترکیب هیئت

در این گفتار، ابتدا تعریفی دقیق و جامع از هیئت‌ها و ویژگی‌های آن می‌آید و سپس محدوده صلاحیت هیئت حل اختلاف بررسی می‌شود.

بند اول. تعریف

یکی از نقاط ضعف قانون‌گذاری، نبود تعریف حقوقی نهادهای در نظر گرفته‌شده در متن قانون و صرفاً اکتفا کردن به شرح وظایف آن‌هاست. با بررسی قانون تعیین تکلیف و آیین‌نامه اجرایی آن نیز این نقیصه مشهود است. ماده یک قانون به ترکیب اعضای هیئت بسنده کرده است و تعریفی از آن ارائه نمی‌دهد. با جمع‌بندی مواد قانون و رویه اجرایی، ناظر به تحدید مفهومی مراجع اختصاصی اداری در حقوق ایران، هیئت حل اختلاف موضوع قانون تعیین تکلیف را می‌توان مرجعی شبه قضایی دانست که نوعی دادرسی اداری اختصاصی یا رسیدگی به تقاضاهای مردم نسبت به اراضی تصرفی خود را انجام می‌دهد. بدیهی است دلیل تشکیل این هیئت را می‌توان محظورات و مشکلات قضایی مانند کمبود امکانات لازم برای رسیدگی به انبوه اختلافات و شکایات، پیدایش

۱. نک: دیگر مقالاتی که از اصول دادرسی عادلانه در اصلاح مراجع شبه قضایی استفاده شده است، مانند: فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «ارتقای عملکرد هیئت نظارت و شورای عالی ثبت در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین دادرسی مدنی فراملی»، *مجله حقوق پزشکی*، جلد پانزدهم، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، صص ۸۱۵-۸۲۸.

۲. قسمت اخیر مقدمه سند تحولی قوه قضاییه: پی‌آمد نهایی تحول در قوه قضاییه، دست‌یابی به «عدالت» و «رضایت‌مندی مردم» است.

شایبه مداخله قوا در صورت دخالت قوه قضاییه (برای رعایت اصل استقلال قوا) در خصوص اراضی و املاک دولتی، پاسخگو نبودن قوانین جاری ثبت به حل مشکلات، قضا‌زدایی و کیفرزدایی و توجه به اصل تخصص به موضوعات اختصاصی دانست که در صلاحیت این مراجع است.

بند دوم. ساختار و ترکیب هیئت

به لحاظ سازمان‌دهی، هیچ‌گونه وابستگی و ارتباط سلسله‌مراتبی میان هیئت‌ها و دادگاه‌های دادگستری وجود ندارد. به لحاظ سامانی، این هیئت در ادارات ثبت اسناد و املاک تشکیل می‌شود و فعالیت می‌کند، اما تابع دستور و اعمال نظر سلسله‌مراتب مراتب اداری نیست و صرفاً بر اساس صلاحیت‌های اختصاصی ناشی از اجرای قانون مؤسس خود رسیدگی می‌کند. برابر ماده یک قانون تعیین تکلیف، هیئت یا هیئت‌های حل اختلاف از سه عضو تشکیل می‌شوند که عبارتند از: یک قاضی به انتخاب رئیس قوه قضاییه، رئیس اداره ثبت یا قائم‌مقام وی و حسب مورد، رئیس اداره راه و شهرسازی یا رئیس اداره جهاد کشاورزی یا قائم‌مقام آنان. برابر تبصره ۳ ماده یک قانون یادشده، تصمیمات هیئت در مورد املاک افراد غایب و محجور با نظر قاضی هیئت، معتبر است. وجود قاضی، وجهه حقوقی و رویکرد بی‌طرفانه به هیئت می‌دهد و با توجه به ذی‌نفع نبودن دستگاه قضایی در رسیدگی‌ها، انتخابی شایسته و بجاست. چون در تشریفات صدور سند مالکیت در اجرای قانون تعیین تکلیف، استعلام از اداره راه و شهرسازی و جهاد کشاورزی صورت می‌پذیرد، شایسته بود قانون‌گذار صرفاً دعوت از نمایندگان این ادارات را بدون حق رأی در جلسات تصویب می‌کرد یا برای عضو راه و شهرسازی یا جهاد کشاورزی، دامنه مضیقی از حق اظهار نظر و رأی در جلسات تعریف می‌کرد.

بند سوم. صلاحیت

با جمع‌بندی موارد پیش‌گفته، هیئت موضوع قانون تعیین تکلیف، واجد صلاحیت تشخیصی به معنای رسیدگی به منظور احراز یک وضعیت است. رسیدگی در این جا می‌تواند طیفی از عملکردها از جمله استماع، حل اختلافات، بررسی صحت و سقم یک موضوع، تشخیص دادن، بازبینی و تصدیق یک امر و تصمیم‌گیری را در بر بگیرد.^۱ مستفاد از مواد ۱ و ۲ قانون تعیین تکلیف، صلاحیت هیئت‌ها

۱. شیبانی، عادل و غلام‌رضا مولایی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت‌های تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۳۶، ص ۱۲۱.

محدود به مواردی است که مورد تقاضا اعم از اعیانی‌های احداث شده روی اراضی و هم‌چنین زمین‌های کشاورزی و نسق‌های زراعی و باغاتی اولاً در اراضی دولتی، عمومی، ملی، منابع طبیعی و موات مستقر نباشند.^۱ ثانیاً واجد سابقه ثبتی باشند.^۲ ثالثاً با آن‌که منشأ تصرفات متصرفان قانونی^۳ است، به علت موانعی هم‌چون فوت مالک رسمی و حداقل یک نفر از ورثه وی، دسترسی نداشتن به مالک رسمی و در صورت فوت وی، دسترسی نداشتن به حداقل یک نفر از ورثه وی، مفقودالاثار بودن مالک رسمی و حداقل یک نفر از ورثه وی، دسترسی نداشتن به مالکان مشاعی در مواردی که مالکیت متقاضی، مشاعی و تصرفات وی در ملک، مفروز است، امکان صدور سند مالکیت مفروزی از طریق قوانین جاری برای آن‌ها میسر نباشد.

مواد ۹ و ۱۰ قانون، ناظر به بخش دیگری از صلاحیت هیئت‌هاست. به موجب مواد موصوف، در مواردی که تمام یا بخشی از اعیان در اراضی موقوفه احداث شده باشد و هم‌چنین در مواردی که متصرفان در اراضی مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی تصرف کرده باشند، هیئت‌ها با رعایت مقررات و سپری کردن تشریفات رأی خواهند داد.

مفاد ماده یک حکایت از آن دارد و این موضوع در ماده ۵ قانون تعیین تکلیف نیز تصریح شده است که هرگاه راجع به مالکیت و منشأ آن اعم از تحقق معامله یا اصالت مبیاعه‌نامه عادی میان طرفین و مالکین مشاع، اختلاف و معارضه‌ای باشد، هیئت‌ها توانایی تعیین تکلیف وضعیت ثبتی مورد تقاضا را ندارند و تثبیت مالکیت در این خصوص بلا تکلیف می‌ماند. این در حالی است که مهم‌ترین فرض مراجعه اشخاص به هیئت قانون تعیین تکلیف، امکان ناپذیری صدور سند مالکیت در اجرای قوانین عام ثبتی است. از طرفی، عبارت «تعیین تکلیف» نیز مفهوم «ترافع» را به یاد می‌آورد. با این حال، مفاد قانون و رویه اجرایی نیز از غیر ترافعی بودن صلاحیت هیئت یاد شده حکایت دارد.

۱. نک: ماده ۲ قانون تعیین تکلیف.

۲. از زمان پذیرش اظهارنامه تا ختم عملیات مقدماتی ثبت، ملک را در جریان ثبت یا جاری می‌گویند و املاکی که در دفتر املاک به ثبت رسیده باشند، املاک ثبت شده می‌باشند. املاکی که در جریان ثبت بوده یا ثبت دفتر املاک گردیده‌اند، املاک دارای سابقه ثبتی است.

۳. در حقوق ثبت، تصرفی دلیل مالکیت است که منشأ آن معلوم باشد و آن منشأ قانوناً سبب مالکیت یا انتقال مالکیت باشد. (شهری، غلام‌رضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۳، صص ۶۲-۶۳)

به همین دلیل، شایسته است قانون تعیین تکلیف و ساختار و فرآیند رسیدگی در هیئت‌ها به نحوی اصلاح گردد که هیئت‌ها توان مندی لازم را برای بررسی دامنه گسترده‌تری از مسائل مطرح شده ثبتی داشته باشند. اصلاح ساختار و اعطای ابزارهای رسیدگی قانونی می‌تواند هیئت را از وضعیت فعلی که صرفاً امکان رد یا پذیرش تقاضای مستدعیان ثبت را دارد، به هیئتی تبدیل کند که فارغ از تقاضاهای رسیده، راساً توانایی تعیین تکلیف مالکیت رسمی هر محدوده از اراضی کشور را داشته باشد.

بند چهارم. نظارت قضایی

آرا و تصمیم‌های هیئت با وجود فعالیت در داخل اداره، قابل اعتراض و نظارت قضایی است. به تعبیر صحیح‌تر، دادرسی در این هیئت، نوعی دادرسی در اداره است تا دادرسی بر اداره.^۱ در این راستا، دیوان عدالت اداری، نظارت عالی قضایی بر دادگاه‌های اختصاصی اداری و مراجع شبه قضایی را به عهده دارد. با توجه به ماهیت رسیدگی‌های هیئت حل اختلاف مشعر بر رسیدگی به تقاضاهای ثبتی و صلاحیت تشخیصی این مرجع، رسیدگی فرجامی به آرای هیئت موصوف در صلاحیت دیوان عدالت اداری مستقر می‌گردد. در مواردی ممکن است به حکم قانون‌گذار، دادگاه‌های عمومی دادگستری از صلاحیت رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای قطعی مراجع شبه قضایی برخوردار باشند. در مورد هیئت حل اختلاف مورد پژوهش، مستند به ماده ۳ قانون، دادگاه عمومی دادگستری، صلاحیت رسیدگی به شکایت اشخاص ذی نفع از آرای این هیئت را دارد.

گفتار دوم. مبانی توجیه‌کننده ارتقای کارکردی هیئت

لزوم توجه به مقتضیات اداری و اجرایی و منافع عمومی، مؤلفه‌هایی چون اصل تخصص، ضرورت رسیدگی سریع، سیاست قضازدایی و محظورات قضایی نیز از مبانی موجهه تشکیل مراجع شبه قضایی قلمداد شده‌اند. این مؤلفه‌ها اقتضا می‌کنند که رسیدگی ماهوی به بخشی از تقاضاها در صلاحیت این مراجع قرار گیرند. ضمن آن‌که وظیفه هیئت‌ها در اجرای قانون تعیین تکلیف و در راستای سیاست‌گذاری‌های حاکمیت مبنی بر تثبیت صددرصدی مالکیت‌های املاک و اراضی کشور (ماده ۳ قانون جامع حدنگار) ایجاب می‌کند این مراجع شبه قضایی با سرعت قابل قبول، از حالت فعلی خارج شوند و اقدامات مقتضی

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱.

برای تثبیت مالکیت‌ها انجام دهند. بدیهی است تحقق این مهم به توان‌مندسازی هیئت‌ها از طریق اعطای ابزارهایی وابسته است که امکان رسیدگی دقیق و ماهوی توسط این مراجع فراهم گردد. در ادامه به مبانی قانونی توجیه‌کننده رسیدگی ماهوی مراجع شبه قضایی خواهیم پرداخت.

بند اول. نظریه «اعمال اداری برای تأمین خدمات عمومی»

نظریه اعمال اداری برای تأمین خدمات عمومی، معیاری است که برای تشخیص موضوعات داخل در صلاحیت مراجع شبه قضایی وجود دارد. مطابق با این نظریه، مراجع اختصاصی اداری (شبه قضایی) به اختلافات و تخلفات ناشی از اعمال اداری رسیدگی می‌کنند. به عبارتی، تشکیل مراجع شبه قضایی با استدلال‌هایی از این دست، موجه دانسته شده است که این اقدام با هدف حقوق اداری مبنی بر توان‌مند کردن اداره برای تأمین هرچه بهتر نیازهای مردم سازگاری دارد.^۱ تشکیل این مراجع به اداره اجازه می‌دهد که بتواند اختلافات خود را با شهروندان در همان اداره و با ملاحظه خط‌مشی عمومی اداره حل و فصل کند. «اصل دوگانگی قضایی» که در نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است، مراجع قضایی را از رسیدگی به دعاوی راجع به اعمال اداری منع کرده و آن را در صلاحیت محاکم اداری قرار داده است. به عبارت دیگر، جدایی قضاوت عمومی دادگستری از قضاوت اداری به این معناست که دستگاه اداری می‌تواند با استقلال کافی، مسائل قضایی و اختلافات مربوط به فعالیت‌های خود را راساً و بدون دخالت مستقیم و ابتدایی دستگاه رسمی قضایی حل و فصل کند.^۲

بند دوم. اصل سرعت

صدور رأی در مهلت و زمان معقول، یکی از مصادیق حقوق افراد درگیر در فرآیند دادرسی و از جمله شرایط دادرسی عادلانه و منصفانه است که در رسیدگی‌های قضایی به علت کثرت پرونده‌های ورودی مراجع، ناکارآمدی نظام دادگستری و تشریفاتی بودن دادرسی‌ها رعایت نمی‌شود. مفهوم معقول بودن مهلت دادرسی آن است که با صرف مدت زمانی متعارف بتوان به پرونده رسیدگی کرد و از این طریق، عدالت را برقرار ساخت.^۳

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیر قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۴۶.

۲. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۷۳.

۳. صابر، محمود و نسرین حصارى طباطبایی، «آثار حقوقی و اقتصادی نظام ثبت املاک»، فصل‌نامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۰، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ص ۴۷.

از طرفی، علل تشکیل مراجع شبه قضایی را رفع اختلافات ناشی از روابطی دانسته‌اند که به سرعت عمل و تصمیم‌گیری سریع نیازمند است و این مهم با طبع مراجع قضایی عمومی و آیین دادرسی آن سازگار نیست. به همین دلیل، مراجعی در خارج از سامانه مراجع عمومی قضایی، با عنوان‌های سازمان، هیئت و کمیسیون حل اختلاف به وجود آمده‌اند که بر اساس قوانین ماهوی و شکلی ویژه به اختلافات ناشی از اجرای قوانین خاص رسیدگی می‌کنند.^۱

آیین رسیدگی در مراجع شبه قضایی بسیار ساده، سریع و بدون تشریفات است و از اصول و قواعد پیچیده آیین دادرسی مدنی و کیفری تبعیت نمی‌کند و از این بابت با اصل استمرار خدمات عمومی سازگارتر است. در نتیجه، همان طور که اصل «سرعت» از علل موجهه تشکیل این مراجع است، همین اصل ایجاب می‌کند مراجع شبه قضایی ضمن ورود به ماهیت اختلاف، آرای صادر کنند که تکلیف نهایی مسئله را تعیین کند.

بند سوم. اصل تخصص

امروزه فعالیت‌های اجتماعی به قدری توسعه و گسترش پیدا کرده است که لزوم تخصص در جمیع شئون و فنون آشکار می‌سازد و حتی دانش حقوق و علم قضاوت و علوم مرتبط با آن نیز از این نظر بی‌بهره نمانده است. به همین دلیل، لزوم تشکیل مراجع شبه قضایی که واجد صلاحیت اختصاصی در رسیدگی به موضوعات خاص و تخصصی هستند و ترکیب اعضا آن‌ها چنان است که از افراد مجرب و متخصص در زمینه مورد اختلاف تشکیل شده‌اند، انکارناپذیر است.^۲

دادگاه‌های عمومی به علت تخصص نداشتن در امور مسائل فنی و اداری و با توجه به این‌که نوع تربیت و آموزش دادرسان دادگستری صرفاً متکی به علومات حقوقی است، توانایی لازم و کافی برای قضاوت در مورد دعاوی پیچیده اداری را ندارند. از سوی دیگر، دادرسان قضایی از پیشرفت سریع و تحولات مستمر علوم و فنون جدید بیگانه‌اند و مثلاً از اصول و قواعد شهرسازی یا مسائل ثبّتی و هم‌چنین امور اقتصادی، حسابداری، پزشکی و مالی اطلاعی ندارند. قضات دادگستری به

۱. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، نشریه علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۴۱، ص ۹۳.

۲. هداوند و آقایی طوق، پیشین، ص ۸۷.

خط‌مشی‌ها و سیاست‌گذاری‌های کلان کشور آشنایی ندارند و در صورت قضاوت در این مباحث موجب نادرستی در تصمیم‌گیری و باعث کندی در اجرای سیاست‌های توسعه در کشور می‌شوند. به همین دلیل، حکومت‌ها مجبور شده‌اند برای توفیق در اجرای وظایف متعدد و متنوع خود، مراجع شبه قضایی در دستگاه‌های اداری تأسیس کنند. این مراجع با مقتضیات اعمال اداری و روش‌های ارائه خدمات عمومی سازگارترند؛ زیرا اولاً اعضای این مراجع معمولاً در زمینه دعاوی متنازع‌فیه تخصص دارند. علاوه بر این، با خط‌مشی‌های کلان و سیاست‌گذاری‌های مقامات عالی اداری آشنا ترند و عمل آن‌ها موجب تسریع در امور جاری سازمان‌های عمومی و جلوگیری از هر گونه رکود و آسیب زدن به اجرای تصمیمات می‌گردد.

گفتار سوم. دگرگونی نظام ثبتی با اصلاحات اساسی

همان‌طور که بیان شد، کیفیت رسیدگی هیئت حل اختلاف موضوع قانون «تعیین تکلیف»، زیرساختی مؤثر برای صدور آرا و تصمیمات مؤثر ندارد. این کمبودها باعث شده است هیئت‌ها به جای تعیین تکلیف وضعیت مالکیت اراضی و املاک، با صدور آرای متعدد منفی (نسبت به تقاضای ثبت واصله از طرف متقاضیان) بر آشفتگی وضعیت مالکیت‌ها بیافزایند. به همین منظور، نظام ثبتی به طور عام و قانون تعیین تکلیف می‌بایست چنان اصلاح شوند که انقلاب ساختاری، تغییر رویکرد و اصلاح فرآیندی در هیئت‌ها را تأمین کنند. اصلاحات اساسی ضامن تحقق صدور آرای صحیح، ماهوی، متقن و تخصصی و عامل کاهش ورودی پرونده‌های قضایی است. گام اول اصلاحات پس از اصلاح قانون، تغییر رویکرد هیئت‌ها از حالت تقاضامحور به منظور تعیین تکلیف حداکثری وضعیت مالکیت‌هاست. پس تحقق یک سازمان عادلانه برای این مراجع شبه قضایی مورد انتظار است.

در این گفتار برای ارتقای کارکردی این هیئت‌ها به این موارد خواهیم پرداخت: تعیین تکلیف مالکیت کلیه نقاط داخل در محدوده جغرافیایی کشور (اهداف ماده ۳ قانون جامع حدنگار)؛ صدور اسناد مالکیتی تضمین شده که عامل قضا‌زدایی به معنای کاهش ورودی پرونده‌های قضایی است و تطبیق هیئت‌ها با اصول دادرسی عادلانه و اصلاح ساختاری و فرآیند رسیدگی این مراجع به منظور ورود به ماهیت تقاضاها و منازعات ثبتی.

بند اول. چرخش از تقاضامحور بودن رسیدگی‌ها

صرف نظر از آن‌که رویه ثبتی از این حکایت نمی‌کند که دولت رأساً و بدون تقاضای ثبت و امضای اظهارنامه ثبتی توسط متقاضی ثبت یا ثبت تقاضانامه از ناحیه مستدعی اجرای قانون تعیین تکلیف به ثبت ملک به نام متقاضی (اشخاص) دست بزند، باید توجه داشت که اقتضای ثبت ملک نیز با چنین اقدامی از سوی دولت بدون تقاضای متصرف و مستدعی ثبت یا نماینده و یا قائم مقام قانونی او سازگاری ندارد. علاوه بر این، از عموماً مقرر است ثبت نیز چنین نتیجه‌ای به دست نمی‌آید. از جمله می‌توان به لزوم برگرداندن اظهارنامه‌های ثبتی توسط متقاضیان ثبت یا نمایندگان آن‌ها اشاره کرد که در مواد مختلف قانون ثبت و آیین نامه آن بر آن تأکید شده است.^۱

با این حال، ماده ۳ قانون جامع حدنگار به صدور اسناد مالکیت به گونه‌ای نظر دارد که هیچ نقطه‌ای از کشور بدون نقشه و سند مالکیت نباشد. بنابراین، ضمن تعیین مهلت پنج ساله، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور را مکلف کرده است قانون حدنگاری را به صورتی به انجام برساند که موقعیت و حدود همه املاک و اراضی داخل محدوده مرزهای جغرافیایی کشور اعم از دولتی و غیر دولتی و هم چنین موقعیت و حدود همه کوه‌ها، مراتع، جنگل‌ها، دریاها، دریاچه‌ها، تالاب‌ها، اراضی مستحدث ساحلی، مسیل‌های دایر و متروکه و جزایر کشور مشخص و تثبیت شود. حقیقت آن است که تأمین هدف این ماده حتی پس از گذشت مهلت زمان در نظر گرفته شده با موانعی مواجه است. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ به تنهایی امکان رسیدگی و تعیین تکلیف تمامی اراضی و املاک فاقد سند مالکیت سرزمینی را ندارد. قوانین دیگر از جمله قانون «تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، قانون «الحاق موادی به قانون سامان‌دهی و حمایت از تولید و عرضه مسکن»^۲ و قانون «نحوه صدور اسناد مالکیت املاکی که اسناد ثبتی آن‌ها در اثر جنگ یا حوادث غیرمترقبه‌ای مانند زلزله، سیل و آتش‌سوزی از بین رفته‌اند»^۳ نیز فارغ از زمان‌بر بودن رسیدگی‌ها، تقاضامحورند. این موضوع در مواد یک، ۴، ۸ و ۱۷ قانون تعیین تکلیف

۱. بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۲۷۴.

۲. نک: فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسینی و امیر خواجه‌زاده، «نقش و کارکرد هیئت رسیدگی به اختلافات در ثبت اسناد مالکیت روستایی از منظر اصول حقوقی، اخلاقی دادرسی عادلانه»، مجله اخلاق زیستی، ویژه‌نامه تأملات اخلاقی و حقوقی، ۱۴۰۰، ص ۴۵.

۳. نک: مزارعی و مردانی، پیشین، ص ۱۹۱.

مشهود و ماده ۴ آیین‌نامه نیز به صراحت اعلام می‌دارد: «متقاضی صدور سند مالکیت... با تکمیل فرم تقاضانامه الکترونیکی و...، تصویر مصدق مدارک و فایل نقشه را از طریق پست به دبیرخانه هیئت ارسال می‌نماید».^۱

به نظر می‌آید باید ضمانت اجرایی برای تقاضا نکردن صدور سند مالکیت تعیین گردد تا پس از سپری شدن مواعیدی مشخص، اراضی و املاکی که نسبت به آن‌ها تقاضایی واصل نگردیده است، تعیین تکلیف شوند. سابقه قانون‌گذاری در اثنای تصویب قانون ثبت اسناد و املاک حاوی نکات قابل توجهی است. ماده ۱۲ سابق قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ (قبل از اصلاح در سال ۱۳۲۲) اعلام می‌دارد: «هر ملکی که نسبت به آن اظهارنامه داده نشده باشد، در ضمن اعلان نوبتی مذکور در ماده ۱۱ قانون ثبت، به عنوان مجهول‌المالک اعلان خواهد شد... اگر تا انقضای ده سال مذکور در فوق، هیچ کس تقاضای ثبت ملکی را که مجهول‌المالک اعلان شده، ننماید، اداره ثبت به تقاضای مدعی‌العموم بدایت محل، مطابق قسمت اخیر ماده ۱، ملک را به اسم دولت اعلان کرده و به موجب مقررات این قانون، سند مالکیت صادر خواهد نمود».

بعدها قانون‌گذار به منظور ایجاد انگیزه همکاری و تشویق مالکان به تقاضای ثبت، ضمانت اجرای تقاضا نکردن ثبت املاک مجهول‌المالک را تعدیل کرد و ماده ۱۲ قانون ثبت در سال ۱۳۲۲ اصلاح گردید. پس از گذشت قریب به یک قرن از تصویب قانون ثبت، هم‌چنان بخشی از اراضی و املاک کشور تعیین تکلیف نگردیده است و امکان صدور سند مالکیت مفروزی برای آن‌ها میسر نیست. با توجه به شرح موصوف، شایسته است اجرای قانون تعیین تکلیف از حالت تقاضامحور بودن خارج و برای تقاضا نکردن ثبت، ضمانت اجراهای قوی‌تری تصویب گردد. حالتی که پیشنهاد می‌شود، تثبیت اولیه این املاک با حدود و مشخصات کامل به نام دولت و سپس انتقال این املاک به متصرفان است. این موضوع ضمن آن‌که موجب تثبیت تمامی قطعات می‌شود، زمینه اعتبار اسناد عادی در نقل و انتقال املاک فاقد سند را نیز از بین خواهد برد.

۱. مواد ۲، ۴، ۵، ۶، ۱۰ و ۱۲ آیین‌نامه نیز بر تقاضامحور بودن رسیدگی‌ها تأکید دارند.

بند دوم. پذیرش مرور زمان و تشکیل صندوق تأمین خسارات ثبتی

فرآیند پذیرش ثبت و تثبیت مالکیت‌ها در اجرای ثبت عمومی^۱ موجب صدور اسناد مالکیت تضمین شده^۲ می‌گردد؛ زیرا مستند به ماده ۲۴ قانون ثبت پس از انقضای مدت اعتراض در اثنای عملیات مقدماتی ثبت، ادعای تضییع حق تحت هیچ عنوان از کسی پذیرفته نمی‌شود. در مقابل، صدور اسناد مالکیت صادرشده در اجرای روش‌های ثبت فوق‌العاده از جمله قانون تعیین تکلیف، متزلزل و ناتضمین شده است؛ زیرا به موجب ماده ۳ قانون یادشده، صدور سند مالکیت، مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد شد و پیوسته باب اقامه و استماع دعوای ابطال مفتوح است. این در حالی است که بر اساس اصول ثبتی منتج از نظریه اعتماد عمومی، نظام ثبتی می‌بایست همانند آینه‌ای فرض باشد که به درستی و به طور کامل و فراتر از هر دلیلی، همه واقعیات موجود در خصوص حقوق مربوط به املاک را منعکس می‌کند (اصل آینه).^۳ این نظام تنها منبع اطلاعاتی برای کسانی باشد که به دنبال آگاهی از وضعیت حقوقی مال غیر منقولند. در واقع، ثبت، در این تعریف همانند حایلی میان عیوب حق مالکیت ثبت شده و ظاهر انعکاس یافته از سوی دفاتر ثبتی است (اصل پرده).^۴

حال اگر شخص ثالث با حسن نیت بر اساس اطلاعات منعکس شده از نظام ثبتی، زمین یا حقوق موضوع بحث را با تکیه بر اطلاعات دفاتر ثبتی تملک کند و به عنوان مالک آن ثبت شود و بعدها مشخص شود اطلاعات منعکس شده ثبتی به علت خطاهای انسانی، معیوب بوده و مالک واقعی، شخص دیگری است و شخص ثالث به اشتباه از دیگری تملک کرده است، در این صورت، رویکرد نظام حقوقی کشور چگونه باید باشد؟ آیا برخلاف اصول آینه و پرده باید به برگرداندن وضعیت ثبتی به حالت نخست و اعاده مالکیت مالک واقعی و جبران خسارت از خریدار با حسن نیت حکم داد؟ یا این‌که اصول موصوف را محترم شمرد و به منظور حمایت از شخص ثالث در نظام ثبت املاک و

۱. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰.

2. Absolute title

۳. طباطبایی حصار، نسرین، «وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۲، صص ۴۹۴-۴۹۰.

۴. همان، صص ۴۹۶-۴۹۴.

تأمین کارکرد «اطلاع رسانی» نظام یادشده^۱ به حفظ مالکیت شخص ثالث با حسن نیت و جبران خسارات مالک واقعی (متضرر) رأی داد؟

برخی پژوهش‌گران معتقدند در پیش‌گرفت رویکرد دوم علاوه بر آثار حقوقی که به دنبال دارد، اثری مهم در استقرار امنیت و رفاه اقتصادی خواهد داشت^۲ و انتظار از «کارکرد صحیح اطلاع‌رسانی» نظام ثبتی نیز حمایت از خریدار با حسن نیت است. پس «اصل تضمین»^۳ به کمک خریدار با حسن نیت می‌آید. این نظریه با اهداف و کارکردهای نظام ثبتی هم‌خوانی دارد. ما نیز معتقدیم «امنیت نقل و انتقالات ایجاب می‌کند که تحصیل حقوق در صورت وجود ظاهر درست و قانونی محل تردید نباشد»^۴.

با این حال، برای در پیش‌گرفتن این رویکرد نسبت به اسناد مالکیت باید قائل به تفکیک شد. برخی از املاک فاقد سابقه ثبتی که در اجرای مقررات ثبت عمومی و مستند به ماده ۱۲ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ از آن‌ها پذیرش اظهارنامه به عمل آمده است و پس از پیمودن تشریفات عملیات مقدماتی ثبت برابر مواد ۲۱ و ۲۲ قانون ثبت در دفتر املاک ثبت گردیده‌اند، به موجب ماده ۲۴ قانون ثبت اسناد مالکیتی تضمین شده‌اند. پس عدالت و انصاف ایجاب می‌کند نسبت به این قسم از اسناد، از شخص ثالث با حسن نیت حمایت شود و صلاح بر آن است که به فکر رفع ضرر از مالک واقعی باشیم تا استرداد ملک به وی.

اگر صدور اسناد مالکیت در اجرای قوانین خاص و در چارچوب نظام‌های ثبتی فوق‌العاده از جمله قانون «تعیین تکلیف» باشد، چون رویکرد این گونه قوانین مبتنی بر سهل و ممتنع بودن پذیرش ثبت است و به اعلام صریح در متن مقرر، اسناد مالکیت صادرشده تضمین‌ناشده تلقی می‌شوند و مانع مراجعه متضرر به مراجع قضایی نمی‌گردند، در برابر این گونه اسناد باید رویکردی محتاطانه‌تر

۱. طباطبایی حساری، نسرين و محمود کاظمی، «جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظام‌های ثبت املاک»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، بهار و تابستان ۱۳۹۲، دوره چهارم، شماره ۱، صص ۱۵۴-۱۳۷.

۲. صابر و طباطبایی حساری، پیشین، صص ۱۲۹-۱۱۵.

۳. اصل بیمه یا تضمین، این مفهوم را بیان می‌کند که اگر حق مالکیتی ثبت شود، به وسیله دولت مورد تضمین است.

۴. صقری، محمد، «اعتبار صحت ظاهری در حقوق مدنی (بحثی در حقوق ایران و فرانسه)»، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۵، سال هشتم، شماره ۱۸، ص ۱۹۹.

داشت. معتقدیم نسبت به این قسم از اسناد مالکیت می‌بایست پذیرش دعوا نزد مراجع قضایی را پذیرفت. با این حال، برای امکان اقامه دعوا می‌بایست مرور زمان (پیشنهاد: دوساله) در نظر گرفت؛ زیرا منافع عمومی تثبیت مالکیت ایجاب می‌کند وضعیت کلی مالکیت رسمی در کشور در معرض تزلزل همیشگی نباشد.

نتیجه آن‌که هر نظام ثبتی که بخواهد حق مالکیت را به طور مؤثر تضمین کند، به یک سازوکار جبران خسارت نیازمند است. در پیش گرفتن رویکرد تأمین خسارت زیان دیدگان برای تضمین حقوق شهروندان^۱ نیز مستلزم ایجاد صندوق تضمین خسارت است. ایجاد صندوق بیمه خسارت زیان دیدگان از خطاها و اشتباه ثبتی و بهره‌گیری از این صندوق برای حفظ جایگاه ماده ۲۲ قانون ثبت و حفظ خدشه‌ناپذیری و اعتبار سند رسمی و حقوق اشخاص می‌تواند تحول در نظام ثبتی ایران را رقم بزند.

بند سوم. رفع موانع اجرایی و اصلاح جامعه هدف قانون

حدنگاری کل کشور و به طور ویژه، صدور سند مالکیت مفروزی برای اراضی کشاورزی و باغی و به تبع آن، اجرای قانون تعیین تکلیف با موانع قانونی از جمله قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی مواجه است. گره زدن سیاست‌های کشور به قوانین ثبتی و ایجاد ضمانت اجرا و اهرم علیه متقاضیان، بارها در قوانین حوزه ثبت املاک و اسناد تجربه شده و متأسفانه هیچ وقت به نتایج مطلوبی نرسیده است.^۲

همگان مطلعند به دلیل اجرای قوانین اصلاحات ارضی، وضعیت مالکیت‌ها در حوزه اراضی کشاورزی عمدتاً مشاعی است و فوت عمده زارعین دهه‌های ۴۰ و ۵۰ شمسی و خرد شدن میزان مالکیت ورثه در کنار دیگر معضلاتی که خارج از موضوع این مقاله است، باعث شده است اراضی تحت تصرف مالکین مشاعی به صورت جزئی و زیر حد نصاب‌های مورد نظر حاکمیت باشد. این وضعیت فعلی

۱. تنک، آندره، مبانی و اصول مسؤولیت مدنی از دیدگاه حقوق تطبیقی، ترجمه: سید حسین صفایی و سید احسان حسینی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۱۸۳.

۲. نمونه بارز آن، تبدیل دفاتر اسناد رسمی به گلوگاه وصول بدهی‌های مالیاتی، عوارض و بیمه اشخاص است که در حال حاضر موجب بی‌رغبتی مردم به تنظیم رسمی اسناد و در نهایت، ایجاد آشفتگی در وضعیت مالکیت‌ها شده است.

اراضی کشاورزی است و با توجه به فقدان اسناد مالکیت مفروزی، فروش اراضی کشاورزی از طریق بهره‌گیری از اسناد عادی در حال انجام و سیاست‌های جلوگیری از خرد شدن اراضی مانع اقدامات افراد نگردیده است.

به نظر می‌آید سیاست‌گذاران بدون توجه به علل بنیادی خرد شدن اراضی کشاورزی صرفاً به دنبال ایجاد مانعند. برای مثال، در مواد ۶ و ۸ قانون تعیین تکلیف، صدور اسناد مالکیت مفروزی برای اراضی کشاورزی و باغی به رعایت حد نصاب‌های موضوع قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی مصوب ۱۳۸۵ وابسته شده است. بدیهی است تحقق موضوع به استعلام از جهاد کشاورزی و پاسخ آن مرجع در چارچوب قوانین حاکم بر حوزه اراضی زراعی و باغی بستگی دارد.

با این روش، معضلی بر معضلات پیشین افزوده شده است. حال اگر سازمان ثبت بخواهد وضعیت فعلی اراضی کشاورزی را حدنگاری کند، قوانین محدودکننده اجازه نخواهند داد. از طرفی آن قوانین نیز برای کشاورزان در جهت تجمیع اراضی تحت تصرف خود انگیزه‌ای نیافریده است. پس این توقف چگونه باید مرتفع شود؟

شایسته بود قانون‌گذار یک بار اجازه حدنگاری و صدور اسناد مالکیت مفروزی با وضعیت فعلی کشور را در قانون صادر می‌کرد و بعد از آن، تفکیک و افراز این گونه اسناد رسمی را با موانع قانونی مواجه می‌کرد. بدین شکل، وضعیت فعلی اراضی زارعی کشور رسماً مشخص می‌شد و اعمال سیاست‌های حاکمیتی در این حالت امکان‌پذیرتر بود.

از طرف دیگر، برابر ماده یک قانون تعیین تکلیف، اراضی غیر زراعی و غیر باغی که فاقد اعیانی باشند، از شمول این قانون خارجند. به نظر می‌آید خود قانون‌گذار ضمن توجه به نبود ابزارهای رسیدگی دقیق و ماهوی به تقاضاهای مستدعیان ثبت، کمبودهای ساختاری و فرآیندی هیئت‌ها در رسیدگی‌ها و آسیب‌های احتمالی در اجرای قانون (با وضعیت فعلی)، احداث اعیانی را از شاخص‌های اصلی وضع ید مالکانه شمرده است. در این راستا، برخی از اراضی را که بر اساس مشاهدات عینی استقرار ید مالکانه اشخاص در آن‌ها قابل تشخیص نیست، از شمول این قانون خارج دانسته است. همین موضوع باعث شده است بسیاری از اراضی کشور در خصوص صدور سند مالکیت تعیین تکلیف نشوند؛ زیرا مطابق قانون تعیین تکلیف، احداث اعیانی لازمه صدور سند مالکیت است و از

طرف مقابل، مطابق با ضوابط و مقررات شهرداری‌ها، دریافت مجوز به منظور احداث اعیانی به ارائه سند مالکیت وابسته است.

نگاه قانون‌گذار با در نظر گرفتن نقصان‌های سازمانی و فرآیندی قانون تعیین تکلیف قابل درک است، اما اگر پس از اصلاحات مورد نظر که در این مقاله به تفصیل می‌آید، هیئت حل اختلاف از چنان ابزارهای قدرتمندی برخوردار گردد که امکان یک رسیدگی کامل، دقیق و قاطع اختلاف برای آن میسر شود، می‌توان پس از اصلاح جامعه هدف قانون تعیین تکلیف، دایره شمول قانون را گسترش داد و در راستای الزامات مندرج در ماده ۳ قانون جامع حدنگار، گامی مهم در راستای تعیین تکلیف کلیه اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی در محدوده جغرافیایی کشور برداشت.

بند چهارم. اصلاح ساختار هیئت

تشکیلات سالم باید سه ویژگی تأثیر، امنیت و قابلیت واگذاری را داشته باشد.^۱ اگر مرجعی شبه قضایی که قرار است برخی از وظایف نظام قضایی را یدک بکشد، چنان ساختار قانونی قدرتمندی نداشته باشد و اقداماتش مانع دوباره‌کاری مرجع قضایی نگردد، از قابلیت واگذاری بی‌بهره است. البته این موضوع به معنای نفی یا حذف نظارت قضایی نیست، بین این دو گزاره تفاوت معناداری وجود دارد. یکی آن است که رسیدگی آتی مرجع شبه قضایی به رسیدگی‌های قضایی وابسته گردد و این کاستی می‌بایست اصلاح گردد و دیگری، امکان نظارت قضایی در مواردی است که اشخاص، مدعی تخطی از مقررات توسط هیئت‌ها باشند که این مهم مورد پذیرش است.

الف. اصلاحات در راستای تحقق استقلال و بی‌طرفی هیئت

مخاطب اصلی دادرسی عادلانه و منصفانه که در سال‌های اخیر در ادبیات حقوق بین‌المللی و ملی بسیار رایج و متداول شده، دادگستری‌هاست. دادرس باید در جایگاه دادرسی نسبت به موضوع مطرح‌شده با آزادی کامل و بر مبنای واقعیت‌ها و بر پایه موازین حقوقی و بدون هر گونه دخالت، فشار یا نفوذ از جانب هر یک از بخش‌های حکومت یا جای دیگر، رسیدگی و تصمیم‌گیری کند.^۲

1. BEHIN (j.), "Les sociétés civiles professionnelles notariales", 4e rapport au 67e congress des Notaires, in Theorie et Pratique des societs civiles, Paris: Librairies techniques, 1970, p. 522.

۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه (دادگرانه)، تهران: جنگل، ۱۳۸۷، صص ۷۹، ۸۰، ۱۸۰.

چون این مفاهیم و اصول به منظور تضمین حقوق اصحاب دعوا یا اختلاف و در نتیجه، اجرای عدالت وضع شده‌اند، قابل تسری به تمامی مراجع شبه قضایی از جمله مراجع شبه قضایی قانون ثبت اسناد و املاک کشورند. این موضوع مورد تأکید بند یک از اول سند اصول آیین دادرسی مدنی فراملی است.^۱ برابر اصل بی طرفی، منطبق با بند سوم از اصل یکم اصول، تصمیمات قضایی و شبه قضایی باید مبتنی بر معیارهای عینی باشد و نه بر اساس تبعیض، پیش داوری یا ترجیح نفع یک شخص نسبت به دیگری یا دلایل نادرست از جمله رنگ پوست، دین، مذهب، عقیده و جنس.^۲ بررسی استقلال، بی طرفی و اوصاف هیئت‌های نظارت، بدواً مستلزم شیوه وصول گزارش به هیئت‌های موصوف، کاوش در روش رسیدگی و بررسی جایگاه اداری و قضایی اعضای هیئت است.

۱.۱. اصلاح چینش اعضای هیئت

برابر ماده یک قانون تعیین تکلیف، چینش اعضای هیئت متشکل از بالاترین مقامات اداری ادارات مرتبط با موضوع (رؤسای ادارات ثبت اسناد و املاک و حسب مورد رییس اداره راه و شهرسازی یا رییس اداره جهاد کشاورزی) در سطح شهرستان و یک قاضی به انتخاب رییس قوه قضاییه است. هیئت با وجود قاضی دارای ساختار کارشناس-قضایی است و این مهم، وجهه‌ای حقوقی و رویکردی بی طرفانه به هیئت می‌دهد. با توجه به ذی نفع نبودن دستگاه قضایی در رسیدگی‌ها، انتخابی شایسته و بجاست.

در این چینش، نسبت به دو مقوله غفلت شده است. یکی آن‌که علت وجود اعضای از ادارات راه و شهرسازی یا جهاد کشاورزی نامعلوم است. با توجه به این‌که در بسیاری موارد، آن‌چه قرار است ثبت شود، از جمله اراضی مورد اختلاف بین متقاضی ثبت با نهاد راه و شهرسازی است، وجود رییس اداره راه و شهرسازی یا قائم مقام وی در اعضای هیئت حل اختلاف، بی طرفی هیئت‌ها را در مظان اتهام قرار می‌دهد. در تشریفات صدور سند مالکیت در اجرای قانون تعیین تکلیف، استعلام‌گیری از آن اداره در نظر گرفته شده است. پس شایسته بود قانون‌گذار صرفاً دعوت از نماینده راه و شهرسازی را بدون حق رأی در جلسات هیئت تصویب می‌کرد یا آن‌که برای عضو راه و شهرسازی در هیئت،

1. Art 1.

۲. ناجی زواره، مرتضی، «بی طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۷، شماره ۵۶ و ۵۷، ص ۳۱.

دامنه مضیقی از حق اظهار نظر و رأی تعریف می‌کرد؛ زیرا این نهاد در مقام پاسخ به استعلام هیئت، هر آن‌چه را باید در نظر بگیرد (اعم از تطبیق موضوع با مقررات)، تبیین و مطابق مقررات، پاسخ استعلام صادرشده را ارسال می‌کند.

با این اوصاف، حضور عضو دایم عضو راه و شهرسازی با حق رأی در جلسات هیئت به معنای جمع تصمیم‌ساز با تصمیم‌گیر است و با اصول دادرسی عادلانه مطابقت ندارد؛ زیرا شایسته نیست از نهادی که خود گاهی طرف دعوای متقاضی ثبت است و در اثنای رسیدگی به پرونده، از این نهاد، قانوناً استعلام و اظهار نظر دریافت شده است، در چینش تصمیم‌گیرندگان بهره گرفته شود. این نقیصه برای عضو جهاد کشاورزی هم صدق می‌کند. به نظر می‌آید بهتر بود اعضای این دو نهاد مهم در حوزه اراضی و املاک به جلسات هیئت دعوت شوند و حق اعتراض برای ایشان در نظر گرفته شود و اعتراض‌های واصل از ناحیه ایشان در جلسات هیئت برای رسیدگی به مرجعی بالاتر ارسال شود.

فارغ از این موضوع و با فرض پذیرش عضویت نمایندگان وزارت جهاد کشاورزی و راه و شهرسازی در ترکیب اعضای هیئت، مهم‌ترین نقد وارد بر صلاحیت این هیئت، روشن نبودن قلمرو صلاحیت‌ها برای اعضای هیئت است. این امر گاهی موجب تجاوز از حدود صلاحیت یا اجرا نشدن صلاحیت می‌شود. ایراد دیگر، در مواردی است که خود اعضای هیئت اعم از قضایی یا اداری، در پرونده ذی نفع باشند که با توجه به در نظر نگرفتن عضو علی‌البدل و سکوت قاعده رد دادرسی در قانون تعیین تکلیف، در مواردی که اعضای هیئت قرابت نسبی یا سببی با مستدعی ثبت و یکی از طرفین اختلاف داشته باشند، بی‌طرفی هیئت حل اختلاف خدشه‌دار می‌شود.

نکته دیگر آن‌که هرچند در متن قانون به صراحت قید نشده است، اما با مفهوم مخالف گرفتن از تبصره ۳ ذیل ماده ۱ قانون^۱ به نظر می‌آید تصمیم‌گیری در هیئت با رأی اکثریت معتبر باشد و نه صرفاً رأی عضو قضایی. دلیل مناط اعتبار دانستن رأی اکثریت این است که اگر مقام قضایی صرفاً به عنوان یک عضو عادی حضور داشته باشد و رأی نهایی بر مبنای نظر اکثریت صادر شود، آن هیئت یک مرجع اختصاصی اداری قلمداد خواهد شد، هرچند انشای رأی نهایی توسط مقام قضایی صورت گیرد.

۱. تبصره ۳. تصمیمات هیئت در مورد املاک افراد غایب و محجور با نظر قاضی هیئت معتبر است.

۲. لزوم بهره‌گیری از کارشناسان یا مؤسسات کارشناسی مستقل رسمی

در خصوص نحوه وصول گزارش‌های کارشناسی باید ابتدا چگونگی انتصاب کارشناسان هیئت حل اختلاف بررسی شود. برابر بند ۴ ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف، کارشناس، «نماینده و نقشه‌بردار و کارشناس ثبتی است که به موجب ابلاغ مدیرکل ثبت استان به عنوان کارشناس تعیین می‌گردد».

اداره ثبت اسناد و املاک در خصوص صدور اسناد مالکیت متقاضیان ثبت ذی‌نفع نیست، اما با توجه به عضویت رییس اداره ثبت اسناد و املاک شهرستان در مقام تصمیم‌گیرندگان هیئت حل اختلاف موضوع قانون یادشده بهتر است هیئت از گزارش‌های کارشناسان مستقل رسمی دادگستری بهره‌مند گردد. اقدام تدوین‌کنندگان آیین‌نامه در خصوص تعیین معیارهای انتخاب اعضای کارشناس هیئت و در مجموع، تعیین شایستگی‌های فرد برای دریافت چنین پستی، گامی مثبت در راستای بی‌طرفی مرجع اختصاصی غیرقضایی تلقی می‌شود.^۱

شایسته است هیئت حل اختلاف نیز همانند مراجع قضایی از توان فنی و نظر کارشناس مستقل در حوزه اشتباه یا دعوای مطرح‌شده استفاده و در صورت لزوم، کیفیت ماجرا را از واحد ثبتی مربوط استعلام کند. بدیهی است برای تکمیل احراز بی‌طرفی مرجع تصمیم‌گیرنده، اصلاح سازوکار اجرا از جمله حذف مداخلات انسانی در ارجاع و دریافت نظرهای کارشناسی و استفاده حداکثری از فناوری‌های نوین و هوش مصنوعی در این موضوع راه‌گشاست.

ب. مدل کردن آرای هیئت و نهادینه کردن ایراد رد دادرسی

نظر به اهمیت هیئت‌ها در نظام تثبیت مالکیت و با توجه به صلاحیت تشخیصی شبهه مدنی آن، آرای صادرشده از هیئت نیز باید از نظر شکلی شبیه آرای محاکم قضایی، موجه، مدلل و مستند به

۱. در این خصوص، ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اعلام می‌دارد: «کارشناسان منتخب باید علاوه بر دارا بودن صلاحیت‌های عمومی و فقدان پیشینه سوء، واجد یکی از شرایط زیر باشند: الف. دارندگان مدارک کارشناسی و بالاتر در رشته‌های حقوق یا نقشه‌برداری با داشتن حداقل ۲ سال سابقه کار و سایر رشته‌ها با داشتن حداقل ۴ سال سابقه کار در امور تخصصی ثبتی. ب. دارندگان مدارک کاردانی در رشته حقوق با گرایش علوم ثبتی با داشتن حداقل ۵ سال سابقه کار و سایر رشته‌ها با داشتن حداقل ۷ سال سابقه کار در امور تخصصی ثبتی. ج. دارندگان مدرک دیپلم با داشتن حداقل ۱۰ سال سابقه کار در امور تخصصی ثبتی».

قانون یا مقررات مربوط باشد. استدلال و استناد اظهار نظر معلق و مشروط به نظر مراجع قضایی با توجه به وظایف و صلاحیت اختصاصی هیئت‌های یادشده، از منظر حقوقی دادرسی اداری، هم‌ارز با عدم اجرای صلاحیت است.

از جمله مواردی که به دلیل سکوت قانون‌گذار در هیئت‌های حل اختلاف، اصل بی‌طرفی پایمال می‌گردد، مواردی است که خود اعضای هیئت اعم از قضایی یا اداری، در پرونده، ذی‌نفع باشند. در خصوص قاعده رد دادرس در امور حقوقی، قانون ثبت ساکت است. پس در مواردی که اعضای هیئت، قرابت نسبی یا سببی با مستدعی ثبت یا یکی از طرفین اختلاف داشته باشد یا عضو هیئت، قیم یا مخدوم یکی از طرفین باشد، قانون و آیین‌نامه اجرایی در خصوص نحوه رسیدگی به موضوع ساکت است و قاعدتاً باید به عموماً آیین دادرسی مدنی رجوع کرد. در این خصوص نیز به نظر می‌آید قانون درباره خروج شخص عضو و جانشینی عضو علی‌البدل اظهار نظر نکرده و صرف حضور سه عضو در هیئت را به بی‌طرفی تعبیر کرده است.

پ. تشکیل هیئت‌های حل اختلاف تخصصی

با گسترش و توسعه زیرساخت‌های فناوری اطلاعات و استقرار سامانه‌ها و نیز سامانه موسوم به ثبت‌آنی و مباحث فنی و حقوقی کاداستر ایجاب می‌کند که تغییری در چینش اعضای هیئت حل اختلاف ایجاد شود. تخصصی شدن فرآیندهای رسیدگی، ایجاد شعب تخصصی رسیدگی و بهره‌گیری از ظرفیت متخصصان در صدور آرا و تصمیمات متقن، از سیاست‌های سند تحول قضایی محسوب است. به همین دلیل و برای تأمین استقلال و بی‌طرفی و گسترش احاطه اعضای هیئت حل اختلاف بر مباحث طرح‌شده پیشنهاد می‌شود چینش اعضای هیئت حل اختلاف به نحوی تغییر یابد که نمایندگان تخصص‌های مختلف در آن هیئت عضویت داشته باشند.

بند پنجم. اصلاح فرآیند رسیدگی هیئت

عناصر مرتبط با روند و نحوه رسیدگی هیئت حل اختلاف، سرنوشت یک دادرسی قضایی یا رسیدگی شبه قضایی را به لحاظ منصفانه بودن رقم می‌زنند. این هیئت مانند بسیاری از مراجع اختصاصی اداری، آیین دادرسی مشخص و مدوّن ندارد.^۱ با این حال، در برخی امور شکلی مانند: مناط اعتبار

۱. نک: فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسینی و امیر خواجه‌زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و ارتقای صلاحیت‌های هیئت

رأی هیئت (تبصره ۳ ماده ۱ قانون)، ترتیب تشکیل جلسات (ماده ۱۸ قانون و مواد ۳ و ۸ آیین‌نامه)، استفاده از کارشناس برای تشخیص واقعیت امر (مواد ۸، ۱۰ و ۱۱ آیین‌نامه)، دعوت از نمایندگان دستگاه‌ها و متقاضیان (تبصره ۱ ماده ۱ و ماده ۱۰ قانون و ماده ۹ آیین‌نامه) اصلاح اشتباه در رأی صادره (ماده ۱۶ آیین‌نامه) و اصل سرعت در رسیدگی (ماده ۳ قانون مواد ۵ و ۱۰ آیین‌نامه) ضمن تعیین شیوه رسیدگی به جوانبی از اصول دادرسی عادلانه اشاره کرده است. با این حال، نقض استقلال و بی‌طرفی کامل، ضعف حق رسیدگی حضوری و علنی، نابرابری در استفاده از امکانات دفاعی، نقض حق استماع طرفین دعوا، دخالت نداشتن وکیل در دادرسی و نبود آیین رسیدگی مدوّن هم‌چنان پابرجاست. در ادامه، مهم‌ترین ایرادهای وارد بر این هیئت و راهکارهای رفع آن‌ها به منظور ارتقای سطح انصاف رویه‌ای بیان می‌گردد.

الف. حق استفاده از وکیل و حق استماع

حضور وکیل در دادرسی، مانع از یک‌جانبه‌گری قضایی و بی‌توجهی به حقوق شهروندی و منافع فردی اتباع کشور از سوی کارگزاران دولتی (قضات) می‌شود.^۱ حق استماع نیز به عنوان حقی که دادگاه را به استماع همه جهات حکمی، موضوعی و اثباتی مطرح شده از سوی طرفین مکلف می‌کند، در بندهای ۴ تا ۶ اصل پنجم و بند ۲ اصل بیست و دوم سند اصول آیین دادرسی فراملی به صراحت پذیرفته شده است. شناسایی حق داشتن وکیل، تصریح خاصی در مقررات ثبتي ندارد، اما رویه‌ای در ادارات شکل گرفته بود که به استناد دستورالعمل شماره ۳۵/۷۸۱-۱۳۷۳/۰۸/۲۳، پذیرش وکالت در واحدهای ثبتي و مراجع شبه قضایی را به ارائه وکالت‌نامه رسمی (که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود) از جانب وکیل وابسته می‌دانست و از این نظر وکلای دادگستری به خصوص در مقوله دفاع در مراجعی چون هیئت با مشکل مواجه بودند.

نظارت ثبت اسناد و املاک»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۴۰۱، شماره ۹۷، صص ۱۲۹-۱۴۹.

۱. افتخارچهرمی، گودرز، «حق متهمان در بهره‌مندی از وکیل در لایحه آیین دادرسی کیفری»، در: دایره‌المعارف علوم جنایی (کتاب دوم)، چاپ نخست، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۴۸؛ نیازپور، امیرحسین، «حق متهمان مبنی برداشتن وکیل در فرآیند کیفری؛ جلوه‌ای از حقوق شهروندی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۶، شماره ۵۸، ص ۹۵؛ اصل ۳۵ قانون اساسی و اصل چهارم از سند اصول آیین دادرسی فراملی.

به نظر می‌آید صدور رأی ۱۳۷۵/۱۰/۱۷-۱۷۵ دیوان عدالت اداری و اشاره آن به این موضوع که اختصاص وکالت‌نامه‌های وکلای دادگستری به مراجع قضایی، نافی اعتبار آن‌ها در مراجع غیر قضایی نیست، این مشکل را تا حدی برطرف کرده باشد. با این حال، با توجه به نظریه‌های مشورتی متعدد صادرشده از اداره کل حقوقی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و در نتیجه، دادنامه ۱۳۹۹/۲/۲۲-۹۹۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۲۶ هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری به شرح «چنان‌چه وکالت‌نامه وکیل دادگستری از نوع عادی باشد، صرفاً در محدوده قانون وکالت در دادگستری و سایر مراجع الزام به پذیرش آن وجود دارد و دادنامه شماره ۴۰۶ مورخ ۱۳۸۸/۴/۱۱ هیئت عمومی نیز مؤید همین امر است، لیکن در سایر موارد وکالت مدنی که ارتباطی به پی‌گیری دعاوی و وظایف وکیل به موجب قانون وکالت ندارد، مانند انجام معاملات و انتقال اموال، برای مراجع ذی‌ربط، الزامی به پذیرش آن وجود ندارد»، حداقل پذیرش وکالت‌نامه‌های عادی وکلای دادگستری را در مراجع ثبتی در خصوص اعمال حقوقی نسبت به پلاک‌های ثبتی منتفی دانست.

ب. حق تجدیدنظرخواهی و رفع اشتباه

تجدیدنظرخواهی یا امکان بازبینی پرونده، آخرین فرصتی است تا منصفانه بودن یک دادرسی مورد بررسی و نقصان‌های احتمالی آن جبران شود و در نظام حقوقی ایران، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مواد ۳۳۰ تا ۳۶۵ را به مبحث تجدیدنظر اختصاص داده است.^۱ در خصوص تجدیدنظرخواهی، بازنگری آرا و رسیدگی به اعتراض‌های اشخاص نسبت به آرای صادرشده از هیئت‌های حل اختلاف موضوع قانون «تعیین تکلیف»، هیچ‌گونه مرجع شبه قضایی در نظر گرفته نشده است، بلکه برابر ماده ۳ قانون «در صورتی که اشخاص ذی‌نفع به آرای اعلام شده اعتراض داشته باشند، باید از تاریخ انتشار آگهی و در روستاها از تاریخ الصاق در محل تا دو ماه، اعتراض خود را به اداره ثبت محل وقوع ملک تسلیم و رسید اخذ نمایند. معترض باید ظرف یک ماه از تاریخ تسلیم اعتراض، مبادرت به تقدیم دادخواست به دادگاه عمومی محل نماید و گواهی تقدیم دادخواست را به اداره ثبت محل تحویل دهد. در این صورت، اقدامات ثبت، موکول به ارائه حکم قطعی دادگاه است. در صورتی که اعتراض در مهلت قانونی واصل نگردد یا معترض، گواهی

۱. در نظام‌های حقوقی مختلف، آیین‌های دادرسی پژوهشی نیز متنوع است. به همین منظور، بند یک اصل ۲۷ سند اصول، آیین دادرسی پژوهش خواهی را به قانون مقرر دادگاه ارجاع داده است.

تقدیم دادخواست به دادگاه عمومی محل را ارائه نکند، اداره ثبت محل باید مبادرت به صدور سند مالکیت نماید». البته صدور سند مالکیت، مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نیست. بنابراین، قانون تعیین تکلیف، بررسی مجدد آرا را نزد مراجع بالادستی شبه قضایی نپذیرفته، بلکه نظارت قضایی بر آرای هیئت حل اختلاف را به طور مستقیم به رسمیت شناخته است.

در خصوص اشتباه‌های متصور در اثنای صدور آرای هیئت و صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده برای رفع این اشتباه‌ها، ماده ۱۶ آیین‌نامه اجرایی بیان می‌دارد: «چنان‌چه آرای هیئت‌ها در حین انشا دچار سهو قلم و یا اشتباه جزئی گردد و این ایراد خللی به اساس رأی وارد ننماید، هیئت تا قبل از ثبت ملک در دفتر املاک می‌تواند نسبت به تصحیح رأی اقدام نماید. در صورت ثبت ملک در دفتر املاک، مراتب در هیئت حل اختلاف مطرح و اتخاذ تصمیم خواهد شد». بنابراین، ملاک تعیین صلاحیت مرجع صالح، ثبت ملک در دفتر املاک است.

نتیجه‌گیری

در وضعیت فعلی و در موارد وقوع منازعات ثبتی یا تکافو نداشتن مدارک و مستندات ابرازی از ناحیه مستدعی ثبت، هیئت‌های موضوع قانون «تعیین تکلیف» رأی منفی می‌دهند. به علت تقاضامحور بودن رسیدگی‌ها در قانون و کمبود در ابزارهای رسیدگی، توان تعیین تکلیف وضعیت مالکیت اراضی و املاک را نخواهد داشت. به همین دلیل، به نظر می‌آید ابزارهای قانونی حاکمیت در اجرای حدنگار، سیاست‌گذاری‌های مندرج در ماده ۳ قانون جامع حدنگار را تأمین نمی‌کند.

هیئت‌ها برای آن‌که بتوانند به معنای حقیقی کلمه رفع اختلاف کنند، باید واجد ابزارهای لازم برای رسیدگی ماهوی به تقاضاهای واصل به منظور صدور آرای متقن باشند. این مهم با وضعیت فعلی و بدون اصلاحات اساسی میسر و متصور نخواهد شد. هیئت‌ها باید واجد آیین دادرسی مدونی باشند. خلاصه کردن روند رسیدگی هیئت‌ها به آیین‌نامه اجرایی مصوب و نداشتن ابزارهای کافی برای رسیدگی به ماهیت تقاضا موجب شده است هیئت‌ها از ورود به اختلاف حذر کنند و رسیدگی به اختلاف را وظیفه مراجع قضایی بدانند.

بررسی میدانی حکایت از آن دارد که در مواردی که اعتراض و شکایاتی از ناحیه اشخاص نسبت به پرونده تشکیلی مستدعی ثبت (قبل از صدور رأی) واصل می‌گردد، رویه عملی هیئت‌ها بر

آن است که رسیدگی را متوقف کنند. اصلاحات در سازمان و فرآیند رسیدگی هیئت حل اختلاف از طریق اصلاح ترکیب اعضای هیئت، اصلاح نحوه وصول گزارش، بهره‌گیری از کارشناسان یا مؤسسات کارشناسی رسمی مستقل، اتکا به داده‌ها و اطلاعات سامانه کاداستر به عنوان ادله اثبات دعوا، بهره‌گیری از ظرفیت صندوق جبران خسارات ناشی از اشتباه‌های ثبتی می‌تواند موجب ارتقای رسیدگی‌های هیئت حل اختلاف در راستای ورود ماهوی به مسائل ثبتی و صدور آرای قاطع اختلاف (قضازدایی) گردد.

برابر ماده ۳ قانون تعیین تکلیف، «... صدور سند مالکیت مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نیست». به نظر می‌رسد بیش‌تر اعتراض‌ها به پس از ثبت ملک مربوط شود؛ زیرا ظاهر متن قانون، دادگاه‌ها و مراجع ثبتی را در مقام استنباط از مفهوم این مقررات قانونی به این اندیشه و رویکرد رسانده که مطلق اسناد مالکیت در اجرای قانون تعیین تکلیف، بدون هیچ‌گونه مهلت زمانی خاص یا مرور زمان معین، قابل اعتراض و ابطال است. این مقرر، مروج بی‌نظمی و بی‌ثباتی در یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حقوقی و اجتماعی یعنی مالکیت و اموال غیر منقول می‌گردد. به همین علت، فرآیند رسیدگی به تقاضاها باید از چنان کیفیتی برخوردار باشند که آرای صادرشده، متقن، قانونی و از چنان قدرتی برخوردار شوند که نسبت به ملکی که با پیمودن تشریفات مقرر در قانون تعیین تکلیف، منتج به صدور سند مالکیت شده است، هیچ‌گونه ادعایی مسموع نباشد.

برابر ماده ۳ قانون جامع حدنگار کشور، سازمان ثبت اسناد و املاک، مکلف به صدور اسناد مالکیت به گونه‌ای است که هیچ نقطه‌ای از کشور بدون نقشه و اسناد مالکیت حدنگار نباشد. تقاضامحور بودن قانون تعیین تکلیف و تعیین نشدن ضمانت اجرا برای تقاضا نکردن از ناحیه اشخاص، عاملی است که فرآیند تثبیت مالکیت تمامی اراضی و املاک کشور را متوقف می‌کند. باید با توسعه صلاحیت، اصلاح قانون و اصلاح ساختاری و ارتقای کارکردی هیئت‌های حل اختلاف برای رسیدگی ماهوی به تقاضاها و منازعات ثبتی ضمن تقلیل صدور آرای منفی از سوی هیئت‌ها، اهداف ماده ۳ قانون جامع حدنگار را تأمین کرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آقایی جنت مکان، حسین، حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه (دادگرانه)، تهران: جنگل، ۱۳۸۷.
۲. بهرامی، داریوش، حقوق ثبت املاک در ایران، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۳. پژوهشگاه قوه قضاییه، راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیرقضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۴. تنک، آندره، مبانی و اصول مسئولیت مدنی از دیدگاه حقوق تطبیقی، ترجمه: سید حسین صفایی و سید احسان حسینی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۵. شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۳.
۶. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. افتخارچهرمی، گودرز، «حق متهمان در بهره‌مندی از وکیل در لایحه آیین دادرسی کیفری»، در: دایره‌المعارف علوم جنایی (کتاب دوم)، چاپ نخست، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. امامی، محمد و سید نصرالله موسوی، «مبانی نظری مراجع شبه قضایی و جایگاه آن‌ها در حقوق ایران»، نشریه علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۴۱.
۳. بحری، ادريس، «نقد و بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، نهمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ۱۳۹۹.
۴. شیبانی، عادل و غلامرضا مولاییگی، «درآمدی بر مفهوم صلاحیت‌های تشخیصی و بایسته‌های نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت تشخیصی مراجع اختصاصی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، بهار ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۳۶.

۵. صابر، محمود و نسرین حصارى طباطبایی، «آثار حقوقی و اقتصادی نظام ثبت املاک»، فصل‌نامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۰، دوره چهل و یکم، شماره ۲.
۶. صابر، محمود و حسین ناظریان، «مهلت معقول دادرسی در دیوان کیفری بین‌المللی و آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۳، دوره هجدهم، شماره ۴.
۷. صقری، محمد، «اعتبار صحت ظاهری در حقوق مدنی (بحثی در حقوق ایران و فرانسه)»، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۵، سال هشتم، شماره ۱۸.
۸. طباطبایی حصارى، نسرين و محمود کاظمی، «جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظام‌های ثبت املاک»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، بهار و تابستان ۱۳۹۲، دوره چهارم، شماره ۱.
۹. طباطبایی حصارى، نسرين، «وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، دوره پنجم، شماره ۲.
۱۰. فاطمیان، امیرمسعود، «هیئت نظارت موضوع ماده ۶ قانون ثبت و تطبیق با اصول دادرسی عادلانه»، در: اکبری، مینا، علی تقی‌نژاد و فاطمه افشاری، مجموعه ایده‌های برگزیده نخستین رویداد ملی راه‌کارهای تحقق دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۴۰۰.
۱۱. فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «نقش و کارکرد هیئت رسیدگی به اختلافات در ثبت اسناد مالکیت روستایی از منظر اصول حقوقی. اخلاقی دادرسی عادلانه»، مجله اخلاق زیستی، ویژه‌نامه تأملات اخلاقی و حقوقی، ۱۴۰۰.
۱۲. فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «ارتقای عملکرد هیئت نظارت و شورای عالی ثبت در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین دادرسی مدنی فراملی»، مجله حقوق پزشکی، جلد پانزدهم، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰.
۱۳. فاطمیان، امیرمسعود، علی‌رضا حسنی و امیر خواجه‌زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و ارتقای صلاحیت‌های هیئت نظارت ثبت اسناد و املاک»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۴۰۱، شماره ۹۷.
۱۴. قاسمی قاسموند، علی‌رضا، «بررسی قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی»، پژوهش‌های حقوقی قانون‌یار، زمستان ۱۳۹۸، دوره دوم، شماره ۸.

۱۵. مزارعی، غلام حسن و سجاد مردانی، «نقد و تحلیل ماهیت و کارکرد هیئت حل اختلاف قانون خاص ثبتی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، تیر ۱۴۰۲، دوره پنجم، شماره ۱۵.
۱۶. ناجی زواره، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۷، شماره ۵۶ و ۵۷.
۱۷. نیازپور، امیرحسین، «حق متهمان مبنی برداشتن وکیل در فرآیند کیفری؛ جلوه‌ای از حقوق شهروندی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۶، شماره ۵۸.

2. Latin Source

1. ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Copyright © 2006 The American Law Institute and UNIDROIT.
2. BEHIN (j.), "Les sociétés civiles professionnelles notariales", 4e rapport au 67e congrès des Notaires, in *Theorie et Pratique des sociétés civiles*, Paris: Librairies techniques, 1970.
3. Draft rules of transnational civil procedure © UNIDROIT 2004 Study LXXXVI – Doc. 12.

Abstracts

Legal challenges of the competition authority in facilitating the issuance of licenses Business in Iran

Maryam MirzaKhani¹

Mahmood Bagheri²

Vali Rostami³

Abstract

In line with the responsibility of developing competitiveness, the Competition Council has the legal authority to monitor the market and protect the country's business environment by monitoring the performance of licensing authorities and dealing with any disruption in licensing as one of the examples of economic inefficiency. Due to the reluctance of the business licensing authorities, both government and professional authorities, to change the market conditions in terms of the number of operators in each area, as well as the policy of preventing the possible expansion of competitors, this regulatory body with a comprehensive approach to the economic and development policies of the government and establishing a balance And the balance between individual freedom and society's interests, while emphasizing the transparency of laws, exercises its supervision over the issuance of business licenses. In overcoming the upcoming challenges and in order to adjust the exclusive and interventionist role of the government in the licensing system, this powerful authority uses the tool of rule-making and making numerous imperative decisions with a guarantee of follow-up implementation. However, despite the efforts made in implementing numerous legal developments in this area, the defects, ambiguity and brevity of the laws, on the one hand and the lack of accurate knowledge of the markets, administrative bureaucracy, lack of access to up-to-date information banks, lack of coherence and systematicity, and the multiplicity of organizations in charge of organizing Licenses, on the other hand, have left negative effects on the transparency, accountability and efficiency of the responsible institutions in this field and have prevented the effective role of this legal institution and responding to the serious needs and demands of economic activists.

Keywords: Competition Council, regulation, exercise of governance and tenure, rule of law, public order.

1. University of Science and Research, (Corresponding Author), m.mirzakhani1987@yahoo.com

2. University of Tehran, mahbagheri@ut.ac.ir

3. tehran university, vrostami@ut.ac.ir



The Iranian legal system approach to the transfer of ownership resulting from the execution of mortgage documents for the property of government institutions

Saeideh Zargar¹, Asghar Arabian², Shahab Jafari Nadoshan³

Abstract

One of the common ways of transferring ownership rights is the transfer resulting from the execution of mortgage documents, which is mostly forced and takes place without the will of the owner. According to the mortgage documents, the debtor or is usually made a pledge so that in case of non-fulfillment of obligations, the creditor can collect his claim from the mortgaged place based on this document. However, in some cases, the implementation of mortgage documents is challenging; Among these cases is when the property subject of the mortgage deed is among government property; In such a way that forced transfer is associated with difficulties or makes it completely impossible in practice. Due to the fact that in most countries, legal entities of public law can also become obliges of mortgage documents like private individuals, this challenge can be seen in many countries. In Iran's legal system, the mortgage execution documents for the property of some government agencies is associated with many ambiguous. Considering this issue, the current article has studied the most important ambiguous and challenges in this field. The findings of this research indicate: the legal system that governs the execution of mortgage documents regarding property belonging to government institutions, according to the nature of the property (public or government), the type of actions (sovereignty or management) and the legal nature of the affiliated institution. (in terms of being a government institution, public non-governmental organization or a government company), it is different. In addition, the implementation of mortgage documents regarding government institutions faces many legal and non-legal challenges.

Keywords: immovable property, forced transfer, mortgage deed, government property, property rights, public property.

1. PhD student in Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, saeideh.zargar67@gmail.com

2. Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), asghar_arabian@yahoo.com

3. Assistant Prof., Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran, shjafari@srbiau.ac.ir

Judicial protection of the right to cultural identity in the light of the procedure of the European Court of Human Rights and the judicial procedure of Iran

Zahra DaneshNari¹

Seyed Ahmad HabibNezhad²

Abstract

Cultural rights, along with economic and social rights, are in the second generation of human rights. Despite the development of economic and social law in the second generation, cultural law, unlike its counterparts, has not grown much. One example of cultural rights is the right to cultural identity, which means the recognition of distinct cultural identities. Although this right is not explicitly recognized in the European Convention on Human Rights; But through some other articles of the treaty, such as Article 8 (right to privacy), Article 9 (right to freedom of religion) and Article 11 (right to form an association), the European Court has tried to recognize this right. Given the ambiguity in the nature of cultural rights, especially the right to cultural identity, judicial protection of this right is important in defining and recognizing the concept of this right. The research method in this research is descriptive-analytical and library method has been used in collecting resources.

Keywords: Cultural Law, Cultural Identity, European Court of Human Rights, Judicial Procedure, European Convention on Human Rights.

1. PhD in Public law, Tehran University, Farabi campus, (Corresponding Author), zdanesh@ut.ac.ir

2. Associate Prof of Faculty of Law, Tehran University, Farabi campus, A.habibnezhad@ut.ac.ir



Foreign investment from the perspective of the right to development in the light of the rule of negation of the mustache

Dawood Sadeghian¹

MohammadAli Mokarrami²

Abstract

Foreign investment means the use of foreign capital in a new or existing economic enterprise beyond the national borders, which is a means of achieving economic growth and development, and which is used by developing or underdeveloped countries to finance their economic activities. Today, foreign investment is considered as one of the types of human rights, along with the right to development. International documents refer to the right to development as an undeniable right along with other types of human rights and oblige governments to strive to facilitate the achievement and realization of this right. One of the challenges facing foreign investment in Islamic countries, including Iran, is the intersection of this important principle with the rule of negation. The current research, using library sources and descriptive-analytical method, aims to answer this basic question, which is the priority in case of conflict between the prescription of foreign investment in order to realize the right to development with the rule of negation of the mustache? The writer believes that because the ruling mentioned in verse 141 of entered; It is not possible to give permission for foreign investment based on the right to development, the result of which is foreign and non-Muslim domination over the destiny of the country. The rule of negation of the mustache is a rule in which expediency has no way, and it is always the primary principle that governs all contracts that a Muslim country concludes with foreigners and non-Muslims.

Keywords: foreign investment, right to development, negation of mustache, economic growth.

1. Graduated from the doctoral degree in Public Law, Adalat University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), sade-ghandavood8@gmail.com

2. Member of the faculty of the private law department of the University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran, mokarrami@yahoo.com

Investigating the possibility of applying the right to housing in lands without official documents located in cities

Marzieh Eskandari¹, Sajad Karimi Pashaki², Ali Mashhadi³

Abstract

The right to housing is regarded as a fundamental human right. In the Iranian legal system, particularly within the regulations governing local authorities such as municipalities, the construction of housing is contingent upon obtaining a building permit. However, in urban areas, despite the existence of the necessary conditions, the legitimacy of issuing building permits is primarily based on official registration documents as stipulated in Articles 22, 47, and 48 of the Registration Law. This framework renders it impossible to issue construction permits for land lacking an official title deed, based on the provisions of these articles and numerous rulings by the Administrative Justice Court. The provisions of Articles 147 and 148 of the amended Registration Law, along with other laws, restrict the issuance of titles to plots that contain permanent structures, with the construction of any such structures being conditional upon the receipt of a building permit. Consequently, in areas without official registration documents, this has created an infinite regress, whereby issued a title deed or built permit becomes unattainable for such lands.

This study employs a descriptive-analytical approach to examine the potential for exercising the right to housing in lands lacking official registration within urban settings. It also analyzes the practice of the Supreme Judicial Council of Administrative Justice and the opinions of Islamic jurists of the Guardian Council regarding this issue, aiming to propose a solution to resolve the identified conflict. The findings suggest that legitimizing informal documents and foreseeing proprietary rights in matters such as issuing building permits –despite the complexities surrounding ownership verification– would be considered contrary to public order.

Keywords: Building permit, Registration of official documents, right to housing, public order.

1. MA. in Public Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. Es.Marzieh@gmail.com

2. Ph.D. Student in Public Law, Department of Public & International Law, SR.C., Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author). S.karimipashaki@iau.ac.ir

3. Ali Mashhadi, Associate Professor, Department of Public Law and International, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. droitenviro@gmail.com



Functions of the Principle of Equity in Iranian administrative law

Morteza GhasemAbadi¹

Bizhan Abbasi²

Abstract

Equity as a principle that has Roman roots and has been developed in the English legal system, has «Infra Legem», «Praeter legem», «Contra legem» functions and in addition to this, in many written legal systems, including Iran, it also has a legislative function, each of which has had a deep impact on the relationships especially between the administration and the citizen. Undoubtedly, the aforementioned functions have affected the Iranian administrative law so that evidence such as laws and regulations, judicial opinions and justice-based mechanisms, including the prediction of citizens' participation in administrative decisions and the ombudsman institution, etc., can be listed in it. Therefore, in this article, the aim is to define the principle of Equity, and analyze its major functions that have been influential in Iranian administrative law. The question is, what functions can be counted for the principle of Equity in Iranian administrative law? It seems that the function of «Contra legem» cannot be inferred in Iranian administrative law due to the positivist attitude of the legal system and the insistence on the rule of law principle.

Keywords: Principle of Equity, Procedural Fairness, Fair Hearing, Equality, Administrative Law, Natural Justice.

1. Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, mortezaghasemabadi@yahoo.com

2. Associate professor and faculty member of the Department of Law, Faculty of Law and Political Sciences, Tehran University, (Corresponding Author), bizhan_abbasy@yahoo.com

Legal Study of The Financial Supervision of The Government on The Use of Aid paid to Non-governmental Institutions

Hamed Sohrabi¹

Mohammad Mazhari²

Abstract

Governments provide assistance and support to non-governmental entities for various purpose. The cost of aid in line with the goals, tasks and programs approved by the paying agency and its compliance with the goals set by the legislator is one of the demands of the supervisory institutions and the people. The nature of this type of government expenses in the form of the fifth chapter of the budget and its reference to “definite expense account” and the independence of the legal, administrative and financial personality of the persons eligible to receive the grants have created ambiguities that have challenged the financial supervision of the government and may this unintentionally involved the relevant managers in criminal and judicial cases. Using library data and in an analytical and applied research, this article seeks to answer the basic question of how to monitor the government in the allocation and granting of aid, as well as the supervision of the government and regulatory institutions on the way aid is consumed and spent. How is it by non-governmental institutions? And unlike the previous similar cases that revolved around aid to “non-governmental public institutions”, it evaluates aid to purely non-governmental or private institutions and proves the controllability of giving and spending these aids and provides solutions for the best action of the relevant managers and officials.

Keywords: Government, supervision, financial supervision, grants, non-governmental institutions.

1. PhD student, Public Law, Ares International Campus, University of Tehran, Tehran, Iran (corresponding author), Email: hamed.sohrabi@ut.ac.ir

2. Associate Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. Email: m.mazhari@tabrizu.ac.ir



The right to a hearing in the office before making a decision, according to the new amendment law of the Administrative Court of justice

Masoud Mahjouri PourNaseri¹

Kourosh OstovarSangari²

Khadijeh Shojaeian³

Abstract

The basis of good administration is the participation of citizens in decision-making. Based on this, the principle of hearing in administrative law is the concept of hearing the statements of the interested party before making a decision, and the opposite of that is placing a person in a pre-decided situation, in some laws of Iran, such as the decision of the provincial supervisory board around The eligibility of candidates to participate in parliamentary elections, the registration of property as national monuments and the trade union law of this principle have been taken into account in a few ways , Also, amending the court law, especially Article 16, is a useful step to realize the defense rights of individuals by knowing the reasons and documentation of the decision, but it is not in line with the right to be heard, but the duty of the institution to receive the request of the interested party and the obligation to provide an answer is a step towards being heard. , because before making a decision, a dialogue between the administration and the beneficiary is formed, and the citizen is effective in the administration's decision by providing explanations. Before the new amendment of the law, the court has issued a few opinions in this regard, which are analyzed and analyzed in this article.

Keywords: Right to hearing , to be heard, Administrative action , Administrative court of justice, quasi-judicial act

1. Ph.D. Student in public law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, (Corresponding Author), masoudmahjouri0803@gmail.com

2. Associate Prof Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, kourosh_ostovar_s@yahoo.com

3. Associate Prof Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of azad shiraz,iran, khadijeh.shojaeian@gmail.com

Jurisprudence governing the method of proving ownership in the case of expropriation in terms of the jurisdiction of the court

Hamid Azizpur¹

Akram Tajik²

Zahra Moazeni Tajri³

Abstract

Proof of ownership is one of the lawsuits that judges disagree about its acceptance; But it seems that almost all judges agree on accepting such lawsuits regarding unregistered properties; But in the field of properties that have a title deed, according to articles (22) and (47), the courts recognize a person who has an official title deed in his name as the owner. The opinion of the experts is against the hearing of this lawsuit in registered real estate, that if we accept the claim of proof of ownership by issuing a judgment of ownership, the property will have two official documents at the same time, one with the defendant of the lawsuit, which is valid according to Article (22), and the other is a definitive ruling that proves the ownership of the holder of the ordinary document, and on this basis, they are against filing a lawsuit to prove ownership in the case of real estate with an official document. The legislator has tried to protect the property rights of individuals against usurpation by anticipating the “disposal lawsuit”. The findings of this research, which has analyzed the effect of different stages of property registration in the case of expropriation and proof of ownership in a descriptive and analytical way and in a documentary and library method, indicate that in many courts and in general in Iran’s judicial procedure, judges usually do not pay attention to the status and registration file of the property in the case of expropriation.

Keywords: proof of ownership, ownership, expropriation lawsuit, judicial procedure

1. Doctoral student of private law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran, hamid.azizpour@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Azadshahr Branch, Islamic Azad University, Azadshahr, Iran, (Corresponding Author), akram.tajik@iau.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Law, Gorgan Branch, Islamic Azad University, Gorgan, Iran, moazen509@gmail.com

Legal solutions for the structural reform of the banking system with the aim of preventing corruption

MahdiieSadat Karimi¹

MohammadTaghi Dashti²

MohammadReza HakakZadeh³

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_dashti@yahoo.com

3. Department of Public Law – Faculty of Law and Political Sciences – Islamic Azad University of Qom, Iran, hakakreza@gmail.com

Economic security in the light of the views of the Guardian Council

AmirHooshang Dehghan¹

Rouhallah Rahimi²

Hosein Alaei³

Abstract

The broad interpretation of the constitution in the protection of people's rights and also the necessity of passing comprehensive laws can be considered as the main issue which, if applied, in the field of public economic law, will undoubtedly have no result except the improvement of the country's economic security indicators. The Guardian Council, as the interpreter and guardian of the Constitution and economic rights and freedoms, can guarantee the fundamentalization of the right to economic security in the legal competences of the public sector economy, and this performance cannot be achieved except by explaining economic security in all governing bodies. Knowing the indicators of economic security can improve economic security as a path-breaking element. The purpose of this article, which is an applied and descriptive-analytical research, is to reach the conclusion that: by presenting what model can be interpreted and monitored by the Guardian Council of made the constitution more efficient in order to support economic security indicators. In this regard, it is important to show that the performance of the Guardian Council has a direct effect on economic security indicators. In the end, the conclusion was reached that: creating an interpretation method based on the model The high dynamic ijtehad and high economic values of the Islamic Republic of Iran's constitution can be considered as a model in which economic security is supported as the main economic pillar in the society and improves the performance of the Guardian Council in order to improve security indicators be economical.

Keywords: economic security , interpretation , guardian council , supervision.

1. PhD Student, Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, amir.deh@gmail.com

2 Assistant Professor, Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. (Corresponding Author) rahimi.mehr48@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran, alaei1364@yahoo.com



Feasibility of judicial supervision of the Guardian Council; Another reflection

MohammadSadegh Rafiei¹

Seyyed MohammadSadegh Ahmadi²

MohammadSharif Shahi³

Abstract

Among the components that contribute to the efficiency and effectiveness of governments and administrative and governmental institutions in the contemporary era is providing the possibility of monitoring them. In Iran's legal system, despite the acceptance of the principle of monitoring and accountability in administrative legal laws and procedures, some institutions are exceptionally excluded from monitoring. For example, the Guardian Council, according to many and also according to the existing documents, is one of the institutions that have been exempted from the subject of monitoring. Therefore, with this approach, it is as if this institution cannot be monitored, and among other things, the decisions of the Guardian Council are immune from the monitoring process. But with the approach, the author has explained and explained the issue and raised the issue of financial, political and monitoring of this institution through civil institutions as well as judicial monitoring of the Guardian Council. As a result, it should be said that in order to exclude the subject of supervision, the discussion must be presented by providing reasons and evidence, otherwise the principle of supervision will prevail. The results of this research show that the supervision of the actions of the Guardian Council should be taken into consideration due to the nature and special functions of this institution. While some acts of the Council are political in nature, the administrative and financial acts of the Council are included in the application of the principle of control.

Keywords: The Guardian Council, judicial supervision, the Constitutional Court, the duties of the Guardian Council

1. University Student, (Corresponding Author), msrafiee87r@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Public Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, sms_ahmadi@khuisf.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran, dr.shahi@khuisr.ac.ir

Regulating the Price of Public Services in the light of the Procedure of the Court of Administrative Justice

Majid Najarzadeh Hanjani¹

Alireza Shamsi Moheb²

Abstract

Since the price of services is a very influential component in citizens' satisfaction with public services, regulating the price of public services is very important in terms of complying with the principles of public services and protecting the rights of consumers. Also, due to the effect of price on the state of competition between companies and public service actors, this issue is also important and sensitive in terms of competition law. The present research has dealt with the issue of regulating the price of public services in the light of the procedure of the Administrative Court of Justice with a descriptive-analytical method. The results of the analysis of the opinions of the Administrative Court of Justice in this matter show that the Administrative Court of Justice in the field of competition law rules such as text-centered and non-invoking the principle of "competition" and the prohibition of refusing to issue a business license under the pretext of "market saturation", and in Consumer rights have taken into consideration the prohibition of setting fines and punishments by the government and the prohibition of unfair discrimination in determining the price of services. Also, in the price regulation methods, criteria such as having the legal authority to determine the tariff, not changing the nature of the tariff by changing its title, identifying the determination of the price ceiling as a method of price regulation and emphasizing on updating the price ceiling rate based on economic changes have been specified.

Keywords: Price Regulation, Public Services, Court of Administrative Justice, Competition Law, Consumer Law

1. Assistant Prof. Department of Public Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran M.najarzadeh@usc.ac.ir

2. MA. in Public Law, Department of Public Law and Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), Alireza.sh.moheb@gmail.com

The nature of the Court of Accounts; An analytical-critical look at the opinions of the Guardian Council

Mostafa Mansourian¹

AliReza JaafarZadeh BahaAbadi²

Abstract

Based on Principles 54 and 55 of the Constitution, the Court of Accounts, under the supervision of the Islamic Council, is responsible for the financial supervision of the implementation of the budget and the preparation of budget deduction reports. However, the Guardian Council, according to Article 94 of the Constitution and in line with the investigation of the non-contradiction of the Parliament's approvals with the standards of Islam and the Constitution, has had a confrontation with the aforementioned two principles, which can be criticized in some cases. Analytical-critical examination of the opinions of this council, which has a very effective role in the emergence of laws, can lead to the recognition of the institution of the Court of Accounts in the framework of the Islamic Republic of Iran's constitutional rights. Therefore, the main question of this research is devoted to the nature of the Court of Accounts in the legal system of the Islamic Republic of Iran, by reflecting on the opinions of the Guardian Council. The findings of the present research, relying on library data and an analytical approach, show that the Court of Accounts is an independent institution, purely supervisory and lacking in executive character, but coordination and convergence with other relevant supervisory institutions, while maintaining independence, should not be contrary to considered as the constitution. Also, despite having judicial powers, this institution is a non-judicial authority, and therefore its decisions can be appealed before the judicial courts. Also, the validity of the official report of the court as a sovereign report and the possibility of other judicial and supervisory institutions citing it, contrary to the opinion of the Guardian Council, does not seem to be in conflict with the constitution.

Key words: Article 54, Article 55, Audit Court, Council of Supervisory Authorities, Guardian Council, Court of Appeal.

1. Department of Public and International Law, Faculty of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran, mansourian@ujas.ac.ir

2. Public Law, Faculty of Law, Farabi School of Tehran University, Qom, Iran, (Corresponding Author), alireza.jaafarzadeh2411@gmail.com

Jurisdiction of the Police Command of the Islamic Republic of Iran in transferring the ownership of motor vehicles (with emphasis on the 1863 decree of the Administrative Court of Justice)

Seyede Fatemeh Faghihi¹

Mohammad Javad Azad²

Abstract

The approval of Article 29 of the Traffic Violations Law (1389) was the beginning of a ten-year dispute regarding the competent authority for the transfer of motor vehicles, between the two public institutions of the Organization of Deeds and Real Estate and the Police Command of the Islamic Republic of Iran. The General Board of the Court of Administrative Justice on 12/24/1999 by issuing decree N.1863 ruled out the requirement to refer to the document registration organization in the transfer of vehicles, and this decision came into being a new approach in the authority to issue and register ownership documents by an authority other than the document registration organization. While explaining the legal documents presented by the parties in the aforementioned case, this article analyzes and evaluates this issue from the point of view of the administrative competence of Police Command in issuing ownership documents of motor vehicles.

The findings of the research are that although the issuance of the ownership transfer document by the police saves transfer costs and reduces administrative processes, but due to the rules of public law, especially the principle of incompetence, the police's jurisdiction is a supervisory jurisdiction and has no jurisdiction in Transactional legal acts and its registration. Therefore, the decree of 1863 of the Court of Administrative Justice is contrary to the principle of the rule of law and against the provisions of the law amending the law on the compulsory civil liability insurance of owners of motor vehicles against third parties (1395) and the law on dealing with traffic violations.

Keywords: administrative jurisdiction, administrative court of justice, motor vehicles, notary offices, police command, ownership transfer document.

1. Faculty member of Law Department, Hazrat-e Masoumeh University, Qom, Iran, (Corresponding Author), ffaghihi@hmu.ac.ir

2. graduate of Master's degree in Public Law and an expert of Hazrat-e Masoumeh publishing unit; Qom, Iran m.javadazad@hmu.ac.ir



The Necessity of Organizing Economic Organizations to Empower the Private Sector

Ahmad Markaz Malmiri¹

Abstract

Among the requirements of influencing the private sector and hearing their demands and influencing their opinions in various matters of governance, their institutional formation in the form of institutions such as associations and syndicates, and their coordination and coherence in the form of a comprehensive institution, as a representative of the wide spectrum of their supervision and interests. Naturally, this organization should be done with the initiative of the private sector and of course with the cooperation and assistance of the government. In the upcoming article, firstly, the role and contribution of powerful private sector organizations in governance has been discussed. Then, the main functions of economic organizations, which include representing interests and providing services, are briefly described.

What is worthy of attention and reflection in this article is the change in the legislator's approach regarding the competent authority for organizing economic formations and the effects of this revision in identifying the initiative of the private sector in this field on the independence and inclusiveness of economic organizations. Having the initiative of the private sector in this matter requires more attention, effort, interaction, coordination and synergy of economic activists and organizations at the national and local (provincial) levels, and in particular, the three chambers representing the private and cooperative sectors (Chamber of Commerce, Industries, Mining and Agriculture of Iran, Chamber of Guilds of Iran and Chamber of Cooperation of Iran).

Keywords: Economic Organizations, Business Environment, Private Sector, Empowerment, Guild

1. Research Assistant Professor of Majles Research Center (MRC), Tehran, Iran, markazma@gmail.com

The basics of the rule of the injured party's obligation to reduce damages and its effects in Iranian law with an emphasis on administrative contracts

MohammadReza Jaafari¹

Mehdi Montazer²

Modtaba Asgharian³

Abstract

The injured party's obligation to reduce damages, which is an accepted rule in common law, is a defense that is expressed by the defendant in a liability lawsuit. The meaning of this rule is that the victim of a breach of contract or another harmful act has the duty to conventionally prevent the occurrence of the loss or reduce its scope. If the defendant can prove his negligence, he will be exempted from paying damages for that part of the loss that was avoidable. The question is whether this legal entity, which is also reflected in international documents, can be applied in Iranian law or not? The analysis of this institution shows that its implementation in our laws is obvious and easy on the one hand, and on the other hand, considering its main scope, i.e. contracts, prevents it. In this article, an attempt has been made to show the concept and theoretical foundations of this rule that the non-claimability of compensable losses is related to the customary inability to attribute and indirectness of this part of the loss, which is fully accepted in our laws. The main channel for the implementation of the said rule is in private law. But the question is whether it is possible to implement the rule in administrative contracts where the government is one side of the relationship? The research method in this study is descriptive-analytical, and library sources were used to collect the sources.

Keywords: Avoidable damage, international documents, breach of obligation, obligation, administrative contracts

1. PhD student in private law, Department of Law, Kish International Branch, Islamic Azad University, Kish, Iran, abes.jafari1400@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Law, Damavand Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), montazer@damavandiau.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of International Law, Kharazmi University, Tehran, Iran, asgharian@khu.ac.ir

Functional improvement of the law “Determining the task of registration status...” in order to achieve the goals stated in Article 3 of the comprehensive law of Hadnagar

AmirMasoud Fatemian¹

Abstract

Article 3 of Hadnagar Comprehensive Law mentions the duties of the Property and Deed Registration Organization regarding demarcation, determining the location and limits of properties and lands, and finally issuing ownership documents of all internal points within the geographical borders of the country. A goal that requires the existence of financial, technical and engineering tools, manpower and especially requires legal tools. One of the legal instruments used in the issue of demarcation and issuance of ownership documents for the entire country is the implementation of “determining the status of land and buildings without official documents”. The authority subject to the law is quasi-judicial, with limited powers and by issuing unsecured ownership documents through the implementation of special registration methods. The output of the board should be to determine the status of the registration of lands and properties and to issue votes confirming the ownership of love and finally to issue ownership documents, but in the current situation, due to the inadequacies that have been addressed in this situation, it is possible to determine the status of the situation. . It will not have the ownership of the land and the subject of the said law. For this reason, it seems that the legal tools of the government in the implementation of Hadnagar do not provide the policies contained in Article 3 of the Maral-Zekar Law.

Keywords: Dispute Resolution Board, Assignment Law, quasi-judicial authorities, registration of documents and real estate, cadastre

1. Semnan branch, Semnan islamic azad university, Semnan, Iran, masoud.stu@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Seventh Year / 23rd Issue / Summer 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 / 23rd Issue / Summer 2025