

پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال سوم، شماره ششم، بهار ۱۴۰۰



عنوان مقاله‌ها

- ▶ تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران- محمد امامی- سید مجتبی واعظی- مریم رستمی
- ▶ استقلال دادرسی اداری؛ رسیدگی همزمان در مرجع قضایی و اداری- عباس زراعت- محدثه زراعت
- ▶ اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران - پژمان محمدی- غلام حسن مزارعی- مسعود آرائی
- ▶ تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیان بار حاکمیتی در قبال شهروندان
- ▶ سیدحسن وحدتی شبیری- احسان سامانی
- ▶ نظارت اداری بر اعمال حکومت؛ مورد پژوهی نظارت بر رفتار حرفه ای نمایندگان پارلمان- علی بیاتی- محمود اروتن
- ▶ هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی- محمود شاطریان- جواد یحیی زاده
- ▶ استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری- مسلم آقایی طوق- سجاد مردانی





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال سوم / شماره ششم / بهار ۱۴۰۰

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یاور

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 ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده، دکتر محمد حسین زارعی، دکتر حامد کرمی، دکتر محمد رضا ویژه، دکتر مهدی هداوند

ویراستار ادبی فارسی:

نفیسه فتحعلی

کارشناس نشریه و صفحه آرا:

مهدی حسنونند

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

ویراستار انگلیسی:

حدیثه داوودی

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 علمی 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 بر خورداری از ویژگی‌های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه‌بندی می‌گردند.



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

نبش کوچه هفت‌پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

نقل مطالب با ذکر مآخذ 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 ۵۰۰ و حداکثر ۹۰۰ کلمه در قطع A4 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 نظم حقوقی کنونی. ویرایش 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 انتهایی 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 سازمان های بین المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.

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

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

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

Donnelly, Jack (1980). «Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought», *The Western Political Quarterly*, vol. 33, pp. 535520

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

ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های 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. 136120.

۳- عناوین کتاب ها و مقالات باید به صورت توپر (Bold) باشد.

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

الف، مقاله پژوهشی اعم از کاربردی، بنیادین، نظری و توسعه ای

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 عنوان هایی نظیر مهندس، دکتر و... در ابتدای اسامی نویسندگان مقاله خودداری گردد.

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: 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

ه. مسئول مکاتبات و تماس های تلفنی از سوی فصلنامه

تمامی مکاتبات (ایمیل و پیامک) و تماس های 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 می تواند 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، نویسنده ای است که مسئولیت تمامی مکاتبات و تماس ها 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 هیچ گونه 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 می گردد، 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 اضافی 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 پژوهش های 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 تعهدنامه ای از طریق سامانه ارسال نماید مبنی بر اینکه مقاله برای همایش یا مجله دیگری ارسال نشده یا در حال داوری یا چاپ نبوده یا قبلاً در جایی چاپ نشده است.
- ۶- دانشجویان باید مقاله خود را به همراه یک عضو هیئت علمی دانشگاه یا شخص دارای مدرک دکتری به صورت مشترک ارسال نمایند.
- ۷- مقاله‌ای که مطابق این راهنما تهیه نشده باشند، توسط کارشناس نشریه جهت اعمال تغییرات، برگشت داده می‌شود.
- ۸- مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش دو داور و تصویب نهایی هیئت تحریریه خواهد بود. مقاله در صورت تصویب، برای انتشار و چاپ ویرایش می‌شود.
- ۹- هیئت تحریریه نسبت به پذیرش، عدم پذیرش و هرگونه ویرایش یا تلخیص مقاله در زمان چاپ آزاد است.
- ۱۰- با توجه به غیردولتی بودن نشریه و به منظور تامین هزینه های اداره نشریه، داوری و چاپ مقاله مبلغ یک میلیون ریال بابت هزینه داوری اولیه مقاله و در صورت پذیرش نهایی مبلغ سه میلیون ریال بابت هزینه چاپ اخذ خواهد شد. فرآیند دریافت وجه از طریق سامانه صورت می‌گیرد.



فهرست مطالب

تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران محمد امامی؛ سید مجتبی واعظی؛ مریم رستمی	۱۱
استقلال دادرسی اداری؛ رسیدگی همزمان در مرجع قضایی و اداری عباس زراعت؛ محدثه زراعت	۳۵
اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران پژمان محمدی؛ غلامحسن مزارعی؛ مسعود آرابی	۶۱
تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیان بار حاکمیتی در قبال شهروندان سیدحسن وحدتی شبیری؛ سامان احسانی	۸۵
نظارت اداری بر اعمال حکومت؛ مورد پژوهی نظارت بر رفتار حرفه ای نمایندگان پارلمان علی بیاتی؛ محمود اروتن	۱۰۹
هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی محمود شاطریان؛ جواد یحیی زاده	۱۳۹
استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری مسلم آقایی طوق؛ سجاد مردانی	۱۶۱
چکیده‌های انگلیسی	۱۸۸

تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران

محمد امامی*

سید مجتبی واعظی**

مریم رستمی***

چکیده

دشواری‌های اداره امر عمومی، برخورداری دولت از برخی امتیازات ویژه اقتداری را به همراه داشته است. از آنجا که بازتعریف نقش دولت و ارتباط آن با شهروندان، تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های شهروندان خواهد بود، حدود پاسخ‌گویی این شخصیت حقوقی نیز به تناسب افزایش اقتدار گسترش یافته است. لزوم تبعیت مسئولیت مدنی دولت و نهادهای عمومی از قواعد ویژه را به شایسته‌بودن برقراری توازن میان حمایت از منافع شهروندان و حراست از اقتدار اداره و حرکت آن برای تحقق و نیل منفعت عمومی جامعه نسبت می‌دهند. با این وجود، دولت در تمامی اوقات مسئول شناخته نمی‌شود و بنا بر اقتضائات خاص حکمرانی، در برخی موارد ورود ضرر به شهروندان، جبران خسارات وارده از دولت انتظار نمی‌رود. از طرف دیگر، اهمیت تداوم زندگی اجتماعی و حفظ نظم عمومی جامعه، پادرمیانی دولت را برای بازگرداندن اوضاع به حال سابق را ایجاب می‌نماید. از آنجا که نمونه‌های مصونیت از مسئولیت، محدود و موردی است، در نتیجه تعمق در موضوع، به نظر می‌رسد بتوان برخی حوزه‌های حکمرانی را حوزه مصونیت دولت از مسئولیت و قوه قاهره و ضرورت حفظ هم‌بستگی اجتماعی را از نمونه‌های مسئولیت نسبی دولت دانست.

کلیدواژه‌ها: استثنائات مسئولیت اداره، حکمرانی خوب، مسئولیت مدنی دولت، مصونیت دولت.

dr_emami@yahoo.com

mojtaba_vaezi@yahoo.com

rosemaari@yahoo.com

*. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی شیراز

** .دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی شیراز

***. دانشجوی کارشناسی ارشد (نویسنده مسئول)

مقدمه

سابقه مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی و به‌طور خاص، مسئولیت مدنی دولت در نظام‌های حقوقی، بحثی نوپا و جوان است. این ویژگی، در کنار تفاوت مبانی پذیرفته‌شده مسئولیت مدنی در حقوق اداری و حقوق مدنی، نبود قوانین جامع و یک‌دست در حقوق اداری، شناخت ناکافی برخی حقوق‌دانان و قضات، موجبات از هم‌گسیختگی و پراکندگی قواعد مربوط به مسئولیت مدنی دولت و اصول حاکم بر آن را فراهم آورده است. همین وصف نوپایی موجب گردیده که مفاهیم حقوق عمومی در عین استقلال از مفاهیم سنتی و فقهی، همچنان در سایه‌ای از ابهام به سر برده و تبیین‌نشدن آنها از سوی اندیشمندان، بستر بروز پیچیدگی و گاه کاستی در عرصه عمل و حکمرانی را فراهم آورد. با وجود اشتراک مسئولیت مدنی در حقوق عمومی و حقوق خصوصی، مبنای واحدی برای پذیرش قواعد مسئولیت مدنی در این دو حوزه وجود ندارد؛ چراکه مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی، ناشی از فعل زیان‌باری است که نظم حاکم بر روابط اشخاص را از میان برداشته و حال، عامل ورود زیان مسئول بازگرداندن نظم سابق و ترمیم زیان است؛ درحالی‌که در مسئولیت مدنی دولت، اداره یا کارمندان دولت و مقام‌های عمومی در حین انجام وظیفه قانونی، ممکن است باعث ایراد زیان به شهروندان شوند. شاید بتوان مهم‌ترین اثر و اقتضاء منفعت عمومی را توسعه و رشد مفهوم «پاسخ‌گویی»^۱ دانست؛ اگرچه به‌لحاظ سلسله‌مراتب مفاهیم، پاسخ‌گویی، مقدم بر مسئولیت مدنی^۲ و شرط آن تلقی می‌گردد. حاکمیت قانون، به‌عنوان ضابطه تمایز پاسخ‌گویی و مسئولیت، مبین این نکته است که رابطه این دو، عموم و خصوص مطلق بوده و هر مسئولیتی، توأم با پاسخ‌گویی است، اما هر پاسخ‌گویی مسئولیت در پی نخواهد داشت. به بیان دیگر، پاسخ‌گویی را می‌توان ناظر بر برخورداری و صلاحیت دانست، حال آنکه مسئولیت (مدنی، کیفری، اداری، سیاسی و ...) دربردارنده الزام به جبران قلمداد نمود.

مصونیت که در لغت به معنای «محفوظ‌ماندن» و «مأمون‌بودن» است، از کلیدواژه‌های حقوق اساسی و اداری است؛ این مفهوم در اصطلاح حقوقی گاه به معنای معافیت از برخی پاسخ‌گویی‌های سیاسی برخورداری از حمایت‌های حقوقی در برابر برخی از قوانین به صورت مطلق یا نسبی است و گاه مقابل مسئولیت مدنی و به معنای اصطلاحی مستثناشدن از الزام به جبران خسارت شناخته می‌شود؛ چراکه مسئولیت، ماهیتاً الزامی است که به دنبال تضییع یا متمتع‌ساختن امکان بهره‌مندی اشخاص، بر عهده واردآورنده زیان، بار می‌گردد. در حقوق

1-Accountability

2-Liability

عمومی مدرن، موقعیت نابرابر اداره با شهروندان و برخورداری از امتیاز اقتدار، زمینه‌ساز ایجاد نظم حقوقی ویژه‌ای درخصوص مسئولیت مدنی اشخاص حقوق عمومی شده است. با این حال، گستره این مسئولیت کلی و مطلق نیست و استثنائاتی بر آن وارد است. در سخن از گستره مسئولیت، باید گفت «فراگیری» وصف مسئولیت مدنی عمومی در حقوق ایران به شمار می‌رود؛ بدین معنا که مسئولیت مدنی مدنظر در حقوق عمومی و ناشی از اعمال اداری و غیرشخصی را با تحقق دیگر شرایط مسئولیت، برای قریب‌به‌اتفاق اعمال دولت و نهادهای عمومی می‌توان شناسایی نمود؛ اگرچه، پذیرش این فراگیری، به معنای نفی مصونیت یا معافیت دولت نیست، بلکه عمل هر سه قوه و زیرمجموعه‌های آنها می‌تواند مشمول مسئولیت مدنی قرار گیرد. این عمومیت را می‌توان بر حکم ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مستند ساخت که مقرر داشته اگر خسارات وارده مستند به عمل کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته نباشد، اداره مربوط مسئول جبران خسارت است. سیاق ماده و اطلاق لفظ «اداره» به گونه‌ای است که مشخصاً نمی‌توان نهاد یا اداره‌ای را از شمول آن خارج نمود. علاوه بر این مقرر، مواد قانونی بسیاری، مسئولیت اداره را بر مبنای وجود تقصیر یا نبود آن به رسمیت شناخته‌اند؛ بنابراین، قواعد ناظر بر مصونیت اداره از مسئولیت مدنی و معافیت از جبران خسارت، قواعدی حداقلی و استثنایی قلمداد می‌گردند.^۱

با این حال، بررسی و مطالعه نظام مصونیت اداره از مسئولیت چندان آسان نمی‌نماید؛ صرف‌نظر از کش‌داری مفاهیم و انعطاف گستره معنایی آن‌ها، دسته‌بندی دقیقی از اعمال گوناگون در حوزه حکمرانی ارائه نشده و از آنجا که مشخصه این مفهوم «ابهام» است، نمی‌توان با صراحت و قاطعیت، موارد معافیت اداره را احصا نمود. در حقوق ایران، تاکنون به مورد معافیت اداره از مسئولیت مدنی به طور جزئی پرداخته نشده است. پژوهش‌های صورت‌گرفته مرتبط با موضوع نیز تنها به بررسی بنیان‌های فکری نظریه معافیت دولت از مسئولیت پرداخته و بحث از مصادیق آن مشخصاً موضوع بحث و پژوهش نبوده است.^۲ در این نوشتار به دنبال پاسخ به این سؤال هستیم «گستره مصونیت مدنی تصمیمات و فعالیت‌های اداره در نظم حقوقی ایران تا کجاست؟» از همین روی، در ادامه با التفات به ابهام موجود در سامان حاکم بر مصونیت و بعضاً دوگانگی و پراکندگی رویه‌ها، مبانی معافیت اداره از مسئولیت و نمونه‌های موضوع بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت**، ج ۲ (مبانی و اصول)، تهران: میزان، پاییز ۱۳۸۹، ص ۵۱۷.

۲. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۸) «**مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت**»، حقوق عمومی، ش ۵، صص ۷۱ تا ۹۰.

گفتار اول. بنیان‌های نظری

در این مجال، با درپیش‌گرفتن خط تحولات تاریخی اندیشه مصونیت از مسئولیت، چرایی پذیرش این مفهوم در نظام‌های حقوقی موضوع مطالعه قرار گرفته است.

بند اول. اندیشه مصونیت پادشاه

تا پیش از دوران نضج بنیان و مؤلفه‌های مفهوم دولت، مبنای رایج مشروعیت سلطنت به الهی‌بودن حق پادشاه^۱ و شکل حکومت به مونوکراسی (یک‌تن‌سالاری) منحصر بود. بدین ترتیب، مسئول‌دانستن پادشاه با اندیشه دریافت حق حکومت از طرف خداوند، در تعارض تلقی می‌گشت. این امر زمینه مصونیت همیشگی حاکم (پادشاه) را از خطا فراهم ساخته و تصور مسئولیت به سالبه به انتفای موضوع ممکن نبود. حق الهی پادشاه موجب شده بود که حتی در صورت خطا، در دادگاهی که به نام خود او تأسیس شده بود، تحت رسیدگی قرار نگیرد، نه اینکه امکان محاکمه وجود نداشته باشد، چراکه رسیدگی منوط به رضایت شاه برای محاکمه‌شدن بود. مصونیت حکومت به‌عنوان مفهومی حقوقی و دارای ضمانت اجرا ناشی از اختیار و رضایت پادشاه بود.^۲

اندیشه برتری ساحت حاکم از ارتکاب خطا حتی پس از افول قدرت شاه و چیرگی قدرت فئودال‌ها بر یگانگی اقتدار شاه، از بین نرفت، بلکه به نحو دیگری به حیات خویش ادامه داد: «هیچ لرد زمین‌داری نمی‌تواند در دادگاه خود محاکمه شود».^۳ بهره‌مندی اربابان ملاک از امتیاز معافیت شاه از مسئولیت، در نهایت مبنای معافیت شاه را دیگرگون ساخت. بدین‌معناکه شراکت کاستی پادشاه با دیگران در قدرت، گستره اختیار عمل او را محدود نموده و در نتیجه، زان پس، معافیت او ناشی از بی‌اختیاری او قلمداد می‌گشت، نه حق الهی حاکمیت.

1-Rex gratia dei: king by the grace of God: divine right of king

2-Shortell, C. (2008). *Rights, remedies, and the impact of state sovereign immunity*. Albany, NY: State University of New York Press. p 13

۳. همان، ص ۷۳.

بند دوم. اندیشه حاکمیت

پس از سپری شدن قرون وسطی، خیر و مصلحت جامعه اتکای جدید اندیشه مصونیت دولت شد. می‌توان این بنای جدید را مولود اندیشه غالب دوران، با عنوان قرارداد اجتماعی دانست که شهروندان با واگذاری آزادی و اختیاری حقوق خویش به دولت بر این انگاره صحنه می‌نهند که تمامی اعمال دولت مطلقاً به صلاح جامعه و در جهت خیر آن است. مطابق با این دیدگاه، اساساً دولت مرتکب خطایی نمی‌گردد و تحقق مسئولیت یا معافیت از مسئولیت محلی از اعراب ندارد. ردپای پذیرش معافیت دولت از مسئولیت را در قوانین کشورهای مختلف مشاهده نمود؛ برای مثال، در فرانسه (سابقاً) «عمل حاکمیت»، در آلمان «عمل حکومتی» و در انگلستان «عمل سیاسی»، دست‌آویزی به نفع دولت به جهت ملزم‌نبودن به تبعات عمل زیاد زیان‌بار خویش شمرده می‌شود.^۱

بند سوم. اندیشه کارآمدی

از نظریه کارآمدی به‌عنوان بنیان دیگر مصونیت دولت از مسئولیت یاد می‌شود. قائلان به این تئوری بر این باورند که ترجیح مسئول‌نبودن دولت، افزایش کارایی و کفایت دولت را به دنبال خواهد داشت؛ چراکه پذیرش بار جبران خطا موجب کاهش بازده رفتار دولت است. این اندیشه در حمایت از معافیت دولت، هم بر ابعاد مالی پذیرش مسئولیت و هم بر جنبه روانی آن تأکید دارد؛ جبران خسارات وارده علاوه‌بر تحمیل هزینه‌های مضاعف به دولت، موجب می‌گردد مقامات عمومی به سبب بیم‌ناکی از مسئول‌شمرده‌شدن، در انجام‌دادن تکالیف خود جدّو جهد کافی نورزند.^۲

پذیرش اندیشه معافیت از جبران خسارت در حقوق اسلام، قدری استثنایی‌ست؛ اگرچه با وجود محوریت حقوق خصوصی در نظام دانایی اسلام، می‌توان به طور جسته‌وگریخته نمود منفعت عمومی را مشاهده کرد، با این حال به سبب حضور قاعده لاضرر و اطلاق آن «لاضرر و لاضرر فی الاسلام» نتوان از مصونیت‌های موردی سخن راند؛ مگر هر آنچه اثر اجتناب‌ناپذیر حکومت و اداره جامعه شمرده شود. برای مثال ممکن است در نتیجه صدور فرمان حکومتی رهبر جامعه، موقتاً زبان‌هایی به مشاغل برخی از صنوف وارد آید. در این

۱. همان، ص ۷۵.

۲. همان، ص ۷۷.

فرض به این سبب که فرمان حکومتی، خود راه‌کاری برای صیانت از منافع عمومی است، ضرر وارده به گروه‌های پیش‌گفته بدون جبران باقی بماند.

امروزه به علت مواجهه مستمر منافع شهروندان و دولت (اداره)، وجود قواعد تعدیل‌گر اجتناب‌ناپذیر می‌نماید؛ بنابراین شایسته است قانون‌گذار به اقتضای تحقق منفعت عمومی و ترجیح اهم بر مهم، گاه بنا را بر مسئولیت و گاه بر مصونیت نهد. شهروندسالاری، برجسته‌شدن مفهوم شهروند در ادبیات سیاسی و حقوقی جهان معاصر و محوریت یافتن حقوق او، معیارهای خوب‌تلقی نمودن حکومت را تغییر داده و همین امر، سبب گردیده است دولت‌ها به جهت اقناع افکار عمومی در عرصه داخلی و بین‌المللی در شرایط استثنایی مصون از مسئولیت باشند.

گفتار دوم. گستره مصونیت اداره

مسئولیت یا مصونیت از آن، کلیدواژه‌های ساحت «کنش» هستند؛ زیرا، هر دو نتیجه اجرای یا عدم اجرای قانون است؛ بنابراین، حوزه این دو مفهوم، انتزاعی باقی نمانده و به عرصه پراگماتیسم راه یافته و بحث از مسئولیت یا مصونیت، حاکی از استمرار اعمال سیاسی و حکومتی و اصالت عمل است. بدین ترتیب، روی سخن بر شیوه‌های اجرای قانون و نقش هر کدام از این شیوه‌ها بر ایجاد مسئولیت/مصونیت اداره و چگونگی آن است:

عمل اجرایی در دنیای معاصر، دارای مفهومی اعم از عمل اداری و فراتر از اجرای موردی قانون است. امروزه عمل اجرایی را می‌توان به دو بخش اصلی عمل حکومتی و عمل اداری تقسیم نمود.

۱. در حوزه کارآمدی در دولت مدرن، قدرت حکومتی، عمیقاً قوه مجریه را با اعطای مهم‌ترین بخش از صلاحیت‌های قوه مقننه به آن، یعنی حق ابتکار قوانین، متحول ساخته و ماشین دولت را از این طریق به کار انداخته است. با واگذاری کارکرد حکومتی به قوه مجریه، این قوه خلاف گذشته، دیگر به‌عنوان یک قوه مجری صرف قانون تلقی نمی‌شود و در حوزه سیاسی نیز این قوه تبدیل به یک قدرت و یک نیروی متکفل طراحی و تحقق برنامه دولت شده است. به تعبیر دیگر، وظیفه قوه مجریه، دیگر عبارت از صرف اجرای

قوانین نیست؛ بلکه فراتر از آن، عبارت از حکومت‌کردن و «حلول فصل امور استثنایی مربوط به وحدت سیاسی و نظارت بر منافع کلان ملی» و بالاخره آینده‌نگری است.

۲. دومین کارکرد، اداری است که عبارت است از اجرای قوانین به صورت موردی و روزمره و البته به شیوه‌ای غیرقضایی؛ البته این کارکرد فقط یکی از دو وجه اجرای قوانین است و وجه دیگر، اجرای قوانین یعنی کارکرد قضایی را نیز باید مد نظر قرار داد.^۱

ملاحظه می‌شود احکام متفاوت «اجرای قانون» و روش‌های متمایز در حوزه‌های مختلف، مرزهای ناهمسانی برای مسئولیت یا مصونیت متصدیان اداره امر عمومی ترسیم می‌نماید. با عنایت به استدلال پیش‌گفته، به نظر می‌رسد نظام فکری مسئولیت و مصونیت در حوزه «اعمال سیاسی و حکومتی» مسیری نسبتاً متفاوت با بدیل خود، در حوزه اداره موردی و جزئی طی می‌کند. بدین معنا که غالباً مفهوم منفعت عمومی، در خصوص مدیریت کلان جامعه به پشتوانه نظری «مصونیت» تبدیل گشته، حال آنکه مصلحت جامعه و اقتضائات حکمرانی در شیوه‌های موردی، اصولاً بنیان مسئولیت اداره و حمایت از شهروند قلمداد می‌گردد؛ بنابراین، منفعت عمومی مفهومی با کارکرد دوگانه است که بسته به حوزه مدیریتی و حکمرانی، اثر متفاوتی می‌آفریند.

در همین مجال، بیان این نکته الزامی به نظر می‌رسد که برخی از حقوق‌دانان با استناد به قسمت پایانی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)^۲، دولت را در اعمال حاکمیتی که جهت تحقق منافع عمومی ضروری است، مصون از مسئولیت مدنی می‌دانند^۳، درحالی‌که ایده مصونیت دولت به سبب انجام دادن اعمال حاکمیتی، در نظام حقوقی ایران نیز هم‌چون نظام حقوقی فرانسه، به فراموشی سپرده شده و به لحاظ وجود قوانین ناسخ متعدد، به‌طور

۱. واعظی، سیدمجتبی، گستره مفهومی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۲.

۲. ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارده هستند، ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است؛ ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هر گاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.»

ضمنی نسخ شده است. از میان این دسته از جهات نسخ، می‌توان به اصل ۴ و ۴۰ قانون اساسی، نظریه شورای نگهبان در خصوص بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه اشاره نمود.^۱

با پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پذیرش و رسمیت دوگانه شرع - دموکراسی، قانون‌گذار اساسی را بر آن داشت تا با پیش‌بینی اصل چهارم، درصدد حمایت از هم‌سویی مصوبات مجلس با آموزه‌های فقهی برآیند. از آنجاکه تمامی قوانین و مقررات باید مطابق با موازین اسلامی باشد و نیز هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد، در اعتبار حقوقی قسمت انتهایی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی تردید شد و در زمان مباشرت اداره در ایراد زیان به شهروندان، مسئولیت مدنی دولت ناشی از تقصیر به صورت یک اصل کلی درآمد. این مهم در رأی وحدت رویه شماره ۷۴۷ دیوان عالی کشور، مورخ ۲۹ دی ۱۳۹۴ نیز که در توضیح ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری و تبصره آن صادر شده، مشهود است:

نظر به اینکه یکی از شرایط برقراری مسئولیت مدنی، وجود تقصیر است، لذا در اینگونه موارد به عنوان مقدمه صدور حکم به جبران خسارت، باید وجود تقصیر و تخلف و ورود خسارت احراز گردد و سپس دادگاه میزان خسارت را تشخیص دهد و حکم به جبران آن صادر نماید...^۲

مضافاً، اعمال حاکمیتی مذکور در قسمت پایانی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی که بنا بر بیان صریح قانون‌گذار با هدف تأمین منافع اجتماعی به عمل می‌آید، به سبب اطلاق اصل ۴۰ قانون اساسی^۳ راجع به ممنوعیت تضرر به دیگران [حتّی در فرضی که فعالیت‌های دولت (اداره) با هدف تحقق منافع عمومی انجام می‌گیرد] در نظم حقوقی کنونی، به‌عنوان مبنای مصونیت دولت از مسئولیت، معتبر و شایسته استناد به نظر نمی‌رسد.

۱. واعظی، سیدمجتبی، **عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران**، مطالعات حقوقی، دوره ۷، ۱۳۹۴، ش ۲، صص ۱۹۹ تا ۲۲۰، ص ۲۰۵ و ۲۰۶.

۲. رأی وحدت رویه ۷۴۷ دیوان عالی کشور، ۱۳۹۴/۱۰/۲۹ به نقل از روزنامه رسمی کشور؛ گفتنی‌ست الزامی دانستن تقصیر به‌عنوان تنها مبنای تحقق مسئولیت مدنی خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد؛ چراکه مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر یکی از انواع مسئولیت مدنی دولت است و این رأی وحدت رویه در خصوص مسئولیت بدون تقصیر دولت، بیان صریحی ندارد.

۳. اصل چهل قانون اساسی: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع

در ادامه بحث از مصونیت‌های دولت، سامان چینش مباحث آتی به گونه‌ای است که به مطالعه مهم‌ترین انواع مصونیت و مصادیق آن در حقوق اداری پرداخته است.

بند اول. مصونیت مطلق

مراد از مطلق‌بودن مصونیت اداره یا دولت، وجود ارکان تحقق مسئولیت و فقدان الزام به جبران خسارت است؛ بدین معنا که شاید تمامی شرایط مسئولیت مدنی دولت جمع باشد اما بنا به دلیلی دولت یا اداره مکلف به جبران زیان‌های وارده شناخته نشود. باید به خاطر داشت از آنجاکه مصونیت مطلق، حالتی استثنائی در سامان حقوقی شناخته می‌شود، نمونه‌های آن اندک و انگشت‌شمارند و عمدتاً محدود به حوزه سیاست‌گذاری است که به سبب وسعت قلمرو، جبران خسارات عمومی منطقیاً ممکن نیست.

الف. قانون‌گذاری

تجربه قانون‌گذاری در ایران بعد از انقلاب، تجربه‌ای همراه با فراز و نشیب‌ها و چالش‌های متعدد بوده است. مقنن ایرانی را نمی‌توان قانون‌گذاری خام و بی‌تجربه معرفی نمود؛ انقلاب، جنگ و سال‌های پس از جنگ هر کدام دست‌آوردی متفاوت و بهره‌ای منحصربه‌فرد برای قانون‌گذار به ارمغان آورده‌اند. با این حال، مبادرت به تقنین، بدون ارزیابی نیاز جامعه و توجه به شرایط زمانی و مکانی و همچنین، سنجش اثر اجرای قانون، از فنون امر وضع قاعده است. اعمال تقنینی به‌خاطر سرشت امری خود، موضوع بازنگری قضایی قرار نمی‌گیرند. قواعد حقوقی گزاره‌های بایده‌نگار هستند و فرمان‌های تنظیم زندگی اجتماعی‌ست: «از آنجاکه قوانین اساسی و عادی، سازمان و روش کار دولت را تنظیم نموده و از حقوق افراد حمایت می‌نماید و تنها ابزار مهم توزیع منابع و هزینه‌هاست، می‌توان ادعا نمود قانون‌گذاری خوب، یکی از فرآیندهای حکمرانی خوب است»^۱ همین گزاره، لزوم هم‌خوانی وضع قاعده با نصب‌العین قراردادن نفع عمومی عیان می‌کند؛ بنابراین انتظار می‌رود حتی‌الامکان فلسفه وضع قانون با منافع عموم در تغایر نباشد یا انتفاع شهروندان را نامقدور نسازد و نقایص ماهوی و فنی قاعده‌گذاری به حداقل برسد.

با ملاحظه منابع حقوقی موجود، شاید بتوان گفت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ورود خسارت به شهروندان به سبب تصویب قانون، اصولاً زمینه مسئولیت قوه مقنن را

۱. مرکز مالیری، احمد و وکیلان، حسن، مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری؛ در تکاپوی ارتقاء کیفیت قانون، پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۸، تابستان ۱۳۹۵، ص ۳۴.

فراهم نمی‌سازد، مگر اینکه جبران خسارت و چگونگی جبران در خود قانون پیش‌بینی شده باشد. برای مثال ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی قانون موسوم به منع کشت خشخاش (۱۳۳۴) که از تاریخ تصویب، کشت خشخاش را در انحصار دولت قرار داده بود و به ازبین‌بردن محصول خشخاش کشاورزان تصریح کرده بود، مقرر می‌داشت خسارات ناشی از معدوم‌نمودن محصول کشاورزان خشخاش جبران شود.

در فرضی که قانون‌گذار درباره جبران خسارت ناشی از تقنین ساکت است، باید به اصول تحقق مسئولیت و قواعد کلی مراجعه نمود. اگر ضرر محدود و موردی باشد، دولت معاف از مسئولیت نیست؛ چراکه به‌واسطه قانون‌گذاری، انجام‌دادن عملی، ممنوع شده و تنها به معدودی از شهروندان آسیب می‌رسد که در فرض اثبات «جزئی‌بودن ضرر» می‌توان دولت را به جبران خسارات ملزم نمود.

فرض دیگر، ورود ضرر به عده‌ای بسیار به سبب قانون‌گذاری‌ست؛ به نظر می‌رسد عمومیت خسارات ناشی از تقنین، دولت را مسئول جبران خسارت وارده نمی‌نماید؛ زیرا یکی از ارکان تحقق مسئولیت خاص‌بودن ضرر وارد آمده است. با این حال، به نظر می‌رسد، تداوم اجرای قانونی که منجر به ورود خسارت به بسیاری از شهروندان می‌گردد، فاقد صورتی منطقی باشد. اگرچه فرض جبران خسارات مادی و مسئولیت مدنی دولت در این‌جا منتفی‌ست اما باب تلاش برای تغییر قانون اشتباه در قالب «نافرمانی‌های مدنی» مفتوح بوده و از اوصاف حکمرانی مطلوب، حرکت روبه‌جلوست؛ بر همین اساس، احترام به اعتراض و انتقاد شهروندان در چهارچوب‌های قانونی از لوازم ارتقای حکمرانی به شمار می‌رود.

همه چیز حول محور عام‌بودن می‌چرخد؛ برای آنکه مقنن همواره برای خیر عمومی قانون‌گذاری کند، باید به نحوی عمل کرد که مقنن فقط نماینده منافع عمومی و توجهش معطوف به موضوعاتی از همین نوع باشد...^۱

از همین روی، دقت در وضع قواعد منطبق با نیاز جامعه و افکار عمومی، از موارد بایسته‌های کاربردی و اجرایی امر تقنین شناخته می‌شود، زمینه احترام به قانون و اجرای حداکثری آن را نیز مهیا می‌سازد.

۱. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، برگردان: سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه (جنگل)، ۱۳۹۱، ص ۲۰۷.

ب. نظم عمومی

نظم عمومی به سبب پیوند گسست‌ناپذیر با حوزه‌های اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و... از مفاهیم چندوجهی حقوق عمومی است. نظم را می‌توان موجد استقرار صلح و ثبات جامعه سیاسی و شرط لازم تشکیل این جامعه دانست. تعاریف گوناگونی هم از مفهوم نظم و هم از جلوه‌های آن ارائه شده است؛ اما فصل مشترک تمامی این تعاریف، نسبی بودن مفهوم و تبعیت از شرایط جامعه است. اگرچه آزادی اراده اصل بنیادینی در نظام حقوقی است، گاه به سبب اجرای قواعد مقطعی نظم عمومی تحت‌الشعاع قرار می‌گیرد:

نظم عمومی، هرچند دارای تنوع مفهومی است، اما به‌طور عموم، سامانه‌ای است که قانون‌گذار با الهام از هنجارهای جمعی و توسل به منافع عمومی و مصالح اجتماعی و بر پایه عرف جامعه نسبت به وضع قواعد الزم‌آور اجباری یا محدودکننده بر حقوق، آزادی‌ها و حاکمیت اراده اشخاص مبادرت می‌نماید و به منظور صیانت از تأسیسات حقوقی، اخلاق حسنه، کیان اخلاقی افراد و جامعه مقرر داشته تا با تضمین‌های حقوق بر اجرای آن‌ها نظارت نماید.^۱

نظم عمومی و آزادی‌های فردی، دو مفهوم کلیدی در حقوق عمومی است که تداوم صورت دموکراتیک حکمرانی به حرکت دوشادوش این دو بستگی دارد. با این حال، اختیارات مربوط به دفاع از کشور که بر اساس ملاحظات ملی به نهادهای ذی‌صلاح محول شده، قابلیت بازنگری قضایی ندارند. در فرض ورود خسارت به سبب اجرای تدابیر حفاظتی، اصولاً مسئولیت مدنی دولت محقق نیست؛ زیرا ملاحظات نظم عمومی و تصمیم‌سازی در این حوزه، یا بر تشخیص منفعت عمومی استوار گردیده یا سپری محافظ برای نظام سیاسی قلمداد می‌گردد.

ج. سیاست خارجی

سیاست‌گذاری لازمه اداره جامعه در دو بعد داخلی و بین‌المللی است. امروزه لزوم ارتباط با همسایگان دور و نزدیک سیاسی، موجب گسترش قواعد حقوق بین‌الملل و به تبع آن، درپیش گرفتن رویکردهای گوناگون در مواجهه با کشورهاست.

۱. مدنیان، غلامرضا، امکان یا امتناع تبیین نظم عمومی در حقوق، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰،

ش ۳، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

البته باید میان سیاست خارجی و تصمیم به انعقاد معاهدات بین‌المللی قائل به تفکیک شد. در حقوق فرانسه این جداسازی، در آراء شورای دولتی در قالب «عمل تفکیک‌پذیر»^۱ انعکاس یافته است؛ بنابراین اندیشه، دادگاه‌های اداری در صورتی که یک عمل مستقیماً دربردارنده روابط بین‌المللی باشد، فاقد صلاحیت برای رسیدگی بوده و در غیر این صورت، به دلیل قابلیت تفکیک از اصل معاهده آن عمل را می‌توان اداری پنداشت و قابلیت بازنگری قضایی پیدا می‌کند.^۲ الزام دولت بر در پیش گرفتن سیاستی خاص یا خودداری از آن از موارد دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری نبوده و این فعل یا ترک فعل‌ها قابلیت بازنگری قضایی را ندارند. اما تصمیمات قوه مجریه در این زمینه تماماً مصون از نظارت نیست. از همین رو به نظر می‌رسد بتوان مرز باریکی میان مسئولیت ناشی از اعمال اداری و مسئولیت در نتیجه اعمال سیاسی ترسیم نمود و در صورتی که عمل سیاسی، دارای وجه اداری نیز باشد به وجه مذکور می‌توان مطابق با قواعد حقوق اداری و در قالب دعاوی اداری رسیدگی نمود.

بند دوم. مصونیت نسبی

مصونیت نسبی اداره از مسئولیت، حالتی بینابین و تلفیقی است؛ اداره و مقامات اداری مرتکب فعل زیان‌بار و موجب ورود ضرر به شهروندان نبوده‌اند، اما بدون جبران‌ماندن ضرر نیز مطابق با اصول حقوقی و دموکراتیک نبوده و فقدان رابطه علیت و انتساب ضرر به اداره موجب معافیت مطلق اداره از جبران نیست:

این اعتقاد که دولت باید نقش بیش‌تری در ارتقاء حقوق شهروندان ایفا نماید، منجر به آن شد دولت‌ها در خصوص حقوقی که باید به نمایندگی از افراد مدعی آن گردند، بسیار بخشنده‌تر از گذشته عمل کنند. امروزه، مسئولیت مدنی دولت، تنها درباره زیان‌های منتسب به او مطرح نیست، بلکه دامنه این الزام وسیع‌تر گردیده و نسبت به زیان‌های حاصل از عمل اشخاصی که در خدمت یا استخدام دولت نیستند و همچنین، زیان ناشی از حوادث طبیعی و غیرمترقبه نیز تسری یافته است.^۳

1-Acte Detachable

۲. زارعی، محمدحسین و محمودی، جواد، تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، ش ۵۵، صص ۸۸ تا ۱۱۳، ص ۱۰۰.

۳. زرگوش، همان (۱)، ص ۲۷۳.

درواقع، بحث از نسبی بودن مصونیت اداره از جبران ضرر، تلاش برای بازگشت به مسئولیت و محدود و مشروط نمودن مصونیت و به بیان دیگر، تمایل به مصونیت‌زدایی است. از سوی دیگر، جبران خسارات، بسته به شرایط جامعه و اوضاع و احوال دارد. از همین رو، روی دیگر سکه مصونیت نسبی، مسئولیت اداره است. مصونیت نسبی، متضمن ایده جبران ضرر از سوی خود اداره (و نه مقامات عمومی و کارمندان آن) است. به نظر می‌رسد از میان اندیشه‌های پیش‌گفته به‌عنوان مبنای مصونیت اداره، «اندیشه کارآمدی» را بتوان بنیان نظری مصونیت نسبی دانست. مضافاً، اندیشه حاکمیت قانون نیز می‌تواند اهرم الزام اداره برای جبران خسارت باشد. تأکید بر نقش عدالت توزیعی مبنی بر خودداری اداره از ماندن در حاشیه امن مصونیت و اجتناب از حمایت و دست‌گیری از شهروندان هم شاید خالی از فایده نباشد. پس، مراد از «نسبی بودن» مصونیت، درواقع مسئولیت اداره با هدف پشتیبانی از آسیب‌دیده‌هاست؛ اما در این مسئولیت، اداره ملزم به حمایت حداکثری و جبران تمامی آسیب‌ها نیست.

گفتنی است برخلاف ماهیت جبران در اندیشه مسئولیت که جبرانی و جهت اعاده اوضاع دقیقاً به همان موقعیت سابق است، سرشت جبران در این اندیشه، عمدتاً ترمیمی‌ست؛ یعنی میزان غرامت پرداختی محدود است و لزوماً هم‌سنگ و معادل ضرر وارده نیست. به‌علاوه، جنبه تشفی‌گرایانه و تسکین‌دهنده داشته و صرفاً با هدف مساعدت به زیان‌دیدگان پرداخت می‌گردد نه جبران به معنای خاص کلمه. بدین ترتیب، آنچه در مسئولیت‌های نسبی اداره به شهروندان پرداخت می‌گردد، به لحاظ ارزش مادی، جایگزین ارزش واقعی خسارت است. در خصوص شکل غرامت نیز ذکر این نکته حائز اهمیت است که هر دو گونه پرداخت‌های پولی و مثلی متصور است. اگر مبنای پرداخت غرامت، تأمین عین آنچه از دست رفته، تلقی گردد و تلاش برای حمایت از شهروندان آسیب‌دیده جهت رساندن آن‌ها به وضعیت پیش از وقوع زیان باشد، پرداخت‌های نقدی و پولی استثنایی قلمداد می‌شود اما اگر اصل بر پرداخت وجه نقد باشد، پول جنبه جایگزین می‌یابد. به هر روی، پرداخت غرامت، همیشه لزوماً به صورت پرداخت‌های پولی نیست؛ بلکه بسته به زیان وارده، سیمای آن تغییر می‌یابد.^۱

الف. قوه قاهره

قوه قاهره که در معنای عام بر وقایع پیش‌بینی‌ناپذیر، غیرمنتظره و اجتناب‌ناپذیر دلالت دارد، در مدیریت کشور به‌عنوان بحران شناخته می‌گردد. البته بحران، یکی از مصادیق

۱. همان (۱)، صص ۵۷۷ تا ۵۸۲.

فورس‌ماژور است اما معمولاً اولین مصادیقی که با استعمال عبارت قوه قاهره به ذهن متبادر می‌شود، از نمونه‌های حوادث طبیعی، هم‌چون سیل و زلزله هستند. این رخدادها، بنا به تعریف قوه قهریه، پیش‌بینی‌ناپذیر و اصولاً فاقد منشأ انسانی هستند؛ بنابراین، در نگاه نخستین رابطه علیت میان فعل و ورود ضرر منتفی‌ست؛ لذا سخن گفتن از تقصیر در این بلایا دشوار به نظر می‌رسد. البته، برخی روی‌دادهای طبیعی هم‌چون سیل ممکن است نتیجه سیاست‌های نادرست بشری و اشتباه در تعامل با طبیعت شناخته شود که بعضاً در پوشش نابودی اکوسیستم و آسیب به کشاورزی جلوه‌گر می‌گردد.^۱

با این حال، در فرض نبود تقصیر، اداره یا دولت مکلف به جبران نسبی ضرر برای شهروندان شده است. با کاوش پیشینه مدیریت بحران‌ها در کشور، می‌توان گفت اگرچه در نظام حقوقی ایران، قانون دائمی برای تعیین تکلیف دولت و اداره‌ها و الزام آن‌ها جهت حمایت از آسیب‌دیده‌ها وجود ندارد اما، دولت جهت سامان‌بخشی به اوضاع وارد عمل شده و کوشا بوده است.^۲ بر همین اساس با تصویب قوانین مقطعی یا پیش‌بینی ردیفی در قانون بودجه جهت اختصاص اعتبار و ارائه کمک‌های نقدی و غیرنقدی به آسیب‌دیدگان این حوادث مبادرت نموده است. برای مثال، می‌توان به اصلاح قانون بودجه ۱۳۹۶ برای کمک به زلزله‌زده‌های استان کرمانشاه و مصوبه دولت برای کمک به حادثه‌دیدگان آتش‌سوزی ساختمان پلاسکو اشاره نمود.^۳

۱. صنعت سد سازی اثرات منفی خود را در تمام دنیا نمایان کرده و کشورهای بزرگ دنیا که رشد این صنعت را در اختیار داشته‌اند با روآوری و توجه به محیط زیست و کنترل سدهای ساخته شده به دنبال استفاده بهینه و اصولی از محیط زیست هستند. برای مطالعه تفصیلی، نک: محمدرضا پیرستانی و مهدی شفقتی، بررسی اثرات زیست محیطی احداث سد، نگرش‌های نو در جغرافیای انسانی (جغرافیای انسانی)، تابستان ۱۳۸۸، ش ۳، صص ۳۹ تا ۵۰.

۲. ماده ۷۸ قانون محاسبات عمومی (۱۳۶۶) با عنایت به ضرور بودن شرایط پیش‌آمدهای قهری، وضعیتی استثنایی را در صرف هزینه‌های دولتی در زمان‌ها این‌چنینی مقرر داشته است: «در مورد مخارج مربوط به حوادث مهم و ناگهانی مملکتی از قبیل جنگ، آتش‌سوزی، زلزله، سیل، بیماری‌های همه‌گیر و بیماری‌های مربوط به حوادث فوق، حصر اقتصادی و هم‌چنین موارد مشابه که به فرمان رهبر یا شورای رهبری به‌عنوان ضرورت‌های اسلامی یا مملکتی اعلام گردد، رعایت مقررات این قانون الزامی نیست و تابع (قانون نحوه هزینه‌کردن اعتباراتی که به موجب قانون از شمول قانون محاسبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی هستند) است. گزارش امر باید در اولین جلسه مجلس شورای اسلامی توسط نخست‌وزیر تقدیم گردد». با مراجعه به سایت پژوهش‌های مجلس و جست‌وجوی عنوان قانون فوق (قانون نحوه هزینه‌کرد اعتبارات)، مقرره‌ای که مشخصاً به تکلیف دولت در زمان حوادث طبیعی وضع شده باشد، مشاهده نشد.

۳. هیئت وزیران در جلسه ۶ بهمن ماه ۱۳۹۵ به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی و معاونت اجرایی رییس جمهوری و به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب کرد:

۱. هیئت ویژه گزارش ملی بررسی حادثه پلاسکو که توسط رییس جمهور انتخاب می‌شود، نسبت به بررسی موضوع از قبیل علل و عوامل وقوع آتش‌سوزی و فروریختن ساختمان، نحوه مدیریت محیطی، کیفیت هماهنگی دستگاه‌های مسئول در مدیریت بحران، راه‌های پیشگیری از تکرار حوادث مشابه و سایر مسائل مربوط اقدام می‌کند.

در یکی از دادنامه‌های شعب دیوان عدالت اداری، مستشار تجدیدنظر شعبه، ذیل احصاء صورتهای گوناگون مسئولیت بدون تقصیر دولت، به حوادث طبیعی اشاره نموده و آن را از موجبات مسئولیت مدنی اداره ناشی از تخلف ندانسته و با این استدلال که دیوان مرجع رسیدگی به خطای اداریست، طرح دعاوی ناشی از این نوع مسئولیت را داخل در صلاحیت دیوان عدالت و مسموع نشمرده است:

۲. مطالبات بانک‌ها از واحدهای اقتصادی ساختمان پلاسکو با معرفی اتاق اصناف ایران به مدت دو سال استمهال و علاوه بر بخشش تمام جرائم و هزینه دیرکرد، ۵۰ درصد، سود تسهیلات مذکور توسط بانک‌ها و ۵۰ درصد باقی مانده نیز توسط دولت (سازمان برنامه و بودجه کشور) از محل تبصره‌ها یا ردیف‌های مربوط تأمین و پرداخت می‌شود.

۳. وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (سازمان تأمین اجتماعی) موظف است با هم‌آهنگی و هم‌کاری اتاق اصناف ایران (اتحادیه مربوط) همه افراد بیکار بیمه‌شده را که قبلاً در ساختمان پلاسکو اشتغال به کار داشته‌اند، اعم از اینکه بیمه خویش‌فرما، بیمه‌شده یا در وضعیت بیمه منقطع قرار داشته باشند، به مدت چهار ماه طبق مقررات و به‌فوریّت تحت پوشش بیمه بیکاری قرار دهد و حقوق دی ماه آنان را در اسرع وقت پرداخت کند.

۴. شاغلانی که دارای بیمه نیستند (اعم از کارگر یا کارفرما) با شناسایی از طریق اتاق اصناف ایران (اتحادیه صنفی مربوط) توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (سازمان تأمین اجتماعی) همانند بیمه‌شده‌ها به مدت چهار ماه از دی ماه سال جاری تا فروردین ماه سال بعد، از حداقل دست‌مزد قانونی و سایر مزایای مربوط به آن برخوردار خواهند شد. منابع لازم جهت اجرای این بند از محل ردیف‌ها و تبصره‌های مربوط از سوی دولت (سازمان برنامه و بودجه کشور) تأمین و پرداخت می‌شود.

۵. بدهی بیمه کارفرمایان ساختمان پلاسکو پس از بخشیدن کامل جرایم طبق مقررات قانونی توسط سازمان تأمین اجتماعی به مدت پنج سال تقسیط می‌شود.

۶. با توجه به اعلام آمادگی بانک‌ها، از طریق دبیرخانه مستقر در بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و با معرفی اتاق اصناف ایران، به همه کارفرمایان واحدهای آسیب‌دیده ساختمان پلاسکو تا مبلغ سه میلیارد ریال تسهیلات بانکی با سود حداکثر ۱۸ درصد پرداخت می‌شود. بازپرداخت تسهیلات مذکور ۴۸ ماهه (یکسال دوره تنفس و ۳۶ ماه دوره بازپرداخت) خواهد بود.

۷. تمام بدهی‌های مالیاتی مربوط به واحدهای کسبی که در اثر سانحه آتش‌سوزی ساختمان پلاسکو بیش از ۵۰ درصد اموال آن‌ها از بین رفته است، با معرفی اتاق اصناف ایران و با رعایت ماده ۸ اصلاحی آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۶۵ قانون مالیات‌های مستقیم، تا پایان عمل‌کرد سال ۱۳۹۴ بخشوده می‌شود.

۸. اعطای تسهیلات به کارفرمایان ساختمان پلاسکو مطابق مقررات ویژه تسهیلات اعطایی به واحدهای کوچک و متوسط صنعتی مصوب هیئت‌وزیران، ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی و شورای پول و اعتبار و آیین‌نامه‌های مربوط و بدون توجه به بدهی‌های بانکی و مالیاتی معوق، حق بیمه معوق یا چک برگشتی صورت می‌گیرد.

۹. شرکت‌های بیمه مکلفند تا پایان بهمن ماه سال جاری نسبت به بررسی خسارت واحدهای بیمه‌شده ساختمان پلاسکو اقدام و تمام خسارت‌های تعهدشده را وفق مقررات پرداخت کنند.

۱۰. بیمه مرکزی موظف است پیگیری لازم برای پرداخت دیه مسئولیت و دیه عمر آتش‌نشانان قهرمان و جان‌فشان در حادثه آتش‌سوزی ساختمان پلاسکو را تا حصول نتیجه قطعی انجام دهد.

گاهی زیان غیرمنتسب به فعل دولت است، اما عدالت توزیعی و توجه به رفاه شهروندان و سرشکن کردن برخی از زیان‌ها سبب جبران زیان و وارده از سوی دولت می‌گردد؛ مانند جبران خسارت ناشی از وقوع زلزله یا خشکسالی و نظر به اینکه قانون‌گذار با به‌کارگیری لفظ احراز وقوع تخلف در تبصره (۱) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، در دعاوی مسئولیت مدنی، مطلق دعاوی مسئولیت بدون تقصیر و هم‌چنین مسئولیت مبتنی بر تقصیر در فرضی که مقام عمومی به علت انجام عمل غیرعمومی (عمداً مرتکب فعل زیان‌بار می‌شود یا خارج از صلاحیت ذاتی اقدام می‌نماید) از حوزه بررسی دیوان خارج نموده [است].^۱

ملاحظه می‌شود دعاوی مطالبه خسارات ناشی از عدم تقصیر اصولاً در دیوان عدالت اداری قابلیت طرح ندارند. ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا وعده دولت برای کمک به آسیب‌دیده‌های حوادث طبیعی، موجب حقوق مکتسبه برای شهروندان بوده و آیا آن‌ها می‌توانند از طرق شکایت قضایی دولت را ملزم به ایفای وعده‌های خود نمایند؟

در پاسخ باید گفت شاید نتوان از باب اصل «الزام دولت به پرداخت غرامت حوادث» طرح دعوا نمود، اما باب شکایت به سبب اخذ تصمیمات خارج از حدود صلاحیت و نقض قانون به موجب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مفتوح است. به‌عنوان شاهد این فرضیه، می‌توان به دادنامه دیگری از هیأت عمومی اشاره کرد که در آن مطابق با مواد قانونی مربوط به صلاحیت خود، شکایت رئیس دیوان محاسبات از مصوبه هیئت‌وزیران را در خصوص پرداخت به‌ذی‌نفعان، برای تأمین جان‌پناه و پناهگاه‌ها برای زمینه‌سازی مقاومت و ایستادگی در برابر حملات جنگ را رد نموده و اقدام هیئت‌وزیران راجع به هزینه اعتبارات عمرانی را مغایر با قانون محاسبات عمومی تشخیص نداده است:

با عنایت به این امر که مستنبط از تبصره ۲ ماده ۶۸ قانون محاسبات عمومی که ملهم از قانون محاسبات مصوب سال ۱۳۴۹ است که مخارج حوادث مهم و ناگهانی مملکتی مثل جنگ و آتش‌سوزی و زلزله و سیل و بیماری‌های همه‌گیر به‌صراحت تبصره مذکور از شمول عموماًت قانون محاسبات عمومی مصوب سال ۴۹ خارج است و موارد دیگر جزء ضرورات ملی اعلام و سپس از شمول عموماًت قانون خارج خواهد شد، یعنی اینکه منشأ خروج حوادث مهم و ناگهانی یا حکم قانون است، نظیر جنگ، زلزله، آتش‌سوزی، سیل، بیماری‌های همه‌گیر... است، مثل سایر مواردی که طبق فرمان به عنوان ضرورات ملی،

۱. دادنامه شماره ۴۵ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۲۹ فروردین ۱۳۹۶.

ملحق می‌شوند؛ بنابراین استنباط هیئت دولت نیز با تدوین تصویب‌نامه شماره، ۱۱۰۲۲۸ مورخه ۶۵/۱۲/۱۲ مقررات خاص جهت مخارج مربوط به ایجاد جان‌پناه‌ها و پناهگاه‌ها را که یقیناً و مسلماً جزیی در امور جنگ هستند تنظیم نموده است. نظر به اینکه تصویب‌نامه شماره ۱۱۰۲۸۸ مورخه، ۱۳۶۵/۱۲/۱۲ هیئت‌وزیران منابع تأمین اعتبار و ایجاد جان‌پناه‌ها و پناه‌گاه‌های لازم به منظور حفاظت از جان مردم به‌طور اعم و با اولویت اول و اموال و تأسیسات را الف) استفاده در مشارکت‌های وسیع مردم و هم‌پاری امت شهیدپرور. ب) صرفه‌جویی‌های حاصله در اعتبارات جاری مورد عمل. ج) موارد عدم تحقیق مصرف اعتبارات عمرانی، اعلام نموده و مقرر داشته است که با استفاده از مکانیزم تسهیلات، جابه‌جایی مندرج در تبصره‌های ذی‌ربط قانون بودجه سال ۱۳۶۵ با قوانین و مقررات مورد عمل ذی‌ربط رفتار گردد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، به اتفاق آراء معتقد است که مغایرتی بین تصویب‌نامه شماره ۱۱۰۲۸۸ مورخ ۶۵/۱۲/۱۲ هیئت‌وزیران با قوانین مورد اشاره دیوان محاسبات کشور، موجود نیست.^۱

گفتنی است در زمان نگارش این نوشتار، لایحه «مدیریت حوادث غیرمترقبه کشور»، در ۶ فصل و ۲۳ ماده به کمیسیون شوراها و امور داخلی مجلس ارائه گردید که با برخی اصلاحات، بُعد شورایی مدیریتی سوانح، محدود و به‌جای آن، نقش و اختیارات سازمان مدیریت بحران تقویت شد. بنا بر گزارش روابط عمومی مرکز پژوهش‌های مجلس، متعاقباً این سازمان به «سازمان مدیریت سوانح» تغییر نام داده و جایگاه آن به معاونت ریاست جمهوری ارتقا یافت. این سازمان، به تدوین راه‌برد ملی مدیریت سوانح و برنامه‌های پیشگیری و کاهش خطر، آمادگی و پاسخ و بازیابی براساس آن موظف شده است. برای تقویت مسئولیت‌پذیری ذی‌مدخلان، وظایف عمومی دستگاه‌ها و چهارچوب کلی مسئولیت‌های اساسی آن‌ها در مدیریت سوانح تبیین و اعتبارات موردنیاز سازمان مدیریت سوانح به تفکیک پیش‌گیری و کاهش خطر، آمادگی و پاسخ و بازیابی مشخص شد؛ به‌گونه‌ای که با ملاحظه نقش سازمان برنامه و بودجه، سازمان مدیریت سوانح، مدیریت منابع مالی را برعهده داشته باشد.^۲

ب. الزامات حقوق بشری (ضرورات ملی)

از شرایط تحقق مسئولیت، خطای زیان‌بار اداره است؛ یعنی وقوع فعل زیان‌بار و وجود تقصیر ضروری است؛ اما گاه دامنه ضرر به قدری وسیع است که نمی‌توان از کنار آن

۱. دادنامه ۷۵ مورخ ۱ آذر ۱۳۶۸.

۲. دسترسی به گزارش در لینک روبه‌رو: <http://rc.majlis.ir/fa/news/show/۱۰۳۹۹۹۲>

بی‌اهمیت گذشت. شایان ذکر است که امروزه حقوق نیز مانند دیگر شاخه‌های علوم انسانی بی‌نیاز از دست‌آوردهای سایر رشته‌های علم نبوده و همین امر موجب لزوم توجه به کلیدواژه‌های نظام‌های دانایی مرتبط می‌گردد. برای مثال، در پیوند میان حقوق عمومی و آموزه‌های حقوق بشری می‌توان به نسل‌های مختلف حقوق بشر اشاره نمود. پس از پشت سر نهادن نسل اول (حقوق مدنی سیاسی) و دوم (حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) این حقوق، هم اکنون نسل سوم (حقوق هم‌بستگی) حقوق بشر، درون‌مایه اصلی دکترین حقوقی، سیاسی و جامعه‌شناسی است. هسته هویت حقوق هم‌بستگی، مشارکت و محوریت حقوق جمعی بوده و با تلاش تمام عوامل اجتماعی اعم از افراد، دولت‌ها، جوامع مدنی و جوامع بین‌المللی محقق خواهد شد. بند ۱ ماده ۱ اعلامیه حق بر توسعه در شرح حقوق هم‌بستگی مقرر می‌دارد:

نمی‌توان آن را از انسان گرفت و در نتیجه بر اساس آن هر انسان و همه مردمان حق دارند در توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی و... شرکت کنند، به آن‌ها کمک کنند و از آن‌ها برخوردار شوند.

در ادامه بند ۲ همین اعلامیه بیان داشته است:

۱. شخص انسان موضوع مرکزی و اصلی توسعه است و باید شریک و سود برنده فعال حق توسعه باشد.
۲. تمامی انسان‌ها، به گونه انفرادی و دسته‌جمعی، با در نظر گرفتن نیاز به احترام کامل برای آزادی‌های بنیادی و حقوق بشر آنان، همچنین وظایف آنان نسبت به جامعه، که تنها آن می‌تواند رضایت آزادانه و کامل انسان را تضمین کند، برای توسعه مسئولیت دارند و بنابراین باید نظامی سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مناسب را برای توسعه ترویج و از آن حمایت کنند.
۳. کشورها حق و وظیفه دارند سیاست‌های توسعه ملی مناسب که هدف آن بهبود مداوم رفاه کل جمعیت و تمامی افراد، بر مبنای مشارکت آزادانه، فعال و معنی‌دار آنان در توسعه و در توزیع عادلانه مزایای ناشی از آن باشد، تدوین کنند.

ملاحظه می‌شود که تحقق این حقوق مبتنی بر تعهد عاملان اجتماعی است. اگرچه اجرای این حقوق و مشاهده نمود آن‌ها در جامعه مستلزم همکاری تمامی کنش‌گران عرصه

اجتماعی است، اما همانند دیگر حقوق، حق‌های جمعی نیز از دولت تقاضا می‌شود. از آنجا که جوهره حقوق جمعی، منفعت عمومی است این سوال مطرح می‌شود که آیا دولت در برآوردن این حقوق مسئولیتی دارد و در صورت پاسخ مثبت گستره مسئولیت مدنی دولت ناشی از ترک فعل (خودداری از تحقق حقوق جمعی یا ممتنع‌شدن امکان تحقق آن) تا کجاست. انتخاب عبارت «ضرورات ملی» برای این عنوان از مباحث، ملهم از رأی از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است که پیش از این، شرح آن درج شده و ناظر بر اختصاص بودجه جهت پرداخت مخارج حوادث مهم و ناگهانی مملکتی است.

این دیدگاه که یکی از توجیهات مسئولیت مدنی دولت هم‌بستگی ملی و اجتماعی است در حقوق کشورهای دیگر چون فرانسه نیز پذیرفته شده و دولت بدون وقوع خطای شخصی کارمند و منتسب‌نبودن زیان به دولت، مبادرت به جبران خسارات وارده نموده است. به نظر می‌رسد بنیان‌های نظری این نوع از مسئولیت دولت بیش از یک اندیشه باشد. هم می‌توان از اندیشه تضمین سخن گفت و هم از هم‌بستگی اجتماعی و هم‌چنین از برابری شهروندان.^۱ هرچند، پذیرش هم‌بستگی اجتماعی به عنوان مبنایی برای جبران زیان در ابتدا محدود به جبران خسارات قربانیان جرائم و بلایای طبیعی و استثنایی بوده، تدریجاً دامنه شمول آن گسترش یافته است:

لزوم جبران خسارات زندانیان بی‌گناه و قربانیان بلایا اعم از بلایای طبیعی یا مصنوعی یعنی ناشی از صنعت و عوامل انسانی نیز امری است که در برخی کشورها با توسل به هم‌بستگی اجتماعی صورت می‌گیرد.^۲

پاسخ به این سوال مستلزم شناخت مؤلفه‌های حقوق بشری است. امروزه حق بر توسعه، حق بر محیط زیست سالم، حق بر صلح، حق بر ارتباطات، حق مشترک مردم در تعیین سرنوشت خود، حق بر میراث مشترک بشریت و حق بر کمک‌های بشردوستانه از مهم‌ترین مضامین حقوق جمعی شمرده می‌شوند.^۳

۱. زرگوش، همان (۱)، ص ۳۰۹.

۲. انصاری، باقر، مبانی مسئولیت مدنی دولت از قرن ۱۹ تا عصر حاضر، در تکاپوی حقوق عمومی، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، چ ۲، صص ۳۸۹ تا ۴۲۰، ص ۴۱۵.

۳. صلح‌چی، محمدعلی و درگاهی، رامین، بررسی ماهیت حقوق هم‌بستگی، حق جمعی یا فردی، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، ش ۴۱، صص ۱۴۳ تا ۱۶۸، ص ۱۶۵.

اگرچه رهیافت‌های حق‌محور، هنوز در حال تکوین بوده و ادبیات حقوقی آن هنوز ناپخته است، با این حال می‌توان گفت پاسخ‌گویی سیاسی مقدمه اعتلا و استقرار این حقوق در سطح جامعه است. تعهد حکومت در این خصوص، تعهدی با دو وجه مروجانه و پیش‌گیرانه است. ترویج، حمایت و فراهم‌ساختن امکانات از یک‌سو و پیش‌گیری از نقض حقوق بشر دو روی این تعهد به شمار می‌روند؛ بنابراین در وجود مسئولیت سیاسی دولت تردیدی نیست و ابتدایی‌ترین و اصلی‌ترین محک سنجش عملکرد حکومت‌ها در پیش‌برد حقوق همبستگی یا پیشگیری از نقض آن‌ها، قضاوت افکار عمومی است. بدین ترتیب، شهروندان با مطالبه حقوق خود، کنش‌ها و تلاش‌های دولت را نیز ارزیابی می‌نمایند.

غلبه گفتمان حق‌محوری، موازی با جهانی‌شدن و گسترش فن‌آوری‌های ارتباطی که زمینه دسترسی به اطلاعات و نظارت بر عملکرد دیگر شهروندان و دیگر حکومت‌ها را مهیا نموده است، در ایران نیز موجب گشوده‌شدن گذرگاه تاریخی سیاسی جدیدی شده است. به طور قاطع نمی‌توان گفت که موج رویش و نمو این گفتمان در جمهوری اسلامی ابتدا از کجا آغاز شده است؛ اگرچه آموزه‌های فقهی که در قیاس با تعالیم مدرن حقوق عمومی از قدمت بیش‌تری برخوردارند اما این شکل از مطالبات شهروندی و الزامات دولت در تحقق منافع عمومی، پدیده‌ای مختص به دوران مدرن و معاصر است. هرچند برخی مصادیق حقوق همبستگی در قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده اما روند روبه‌رشد مطالبه اجرای آن، محصول دهه اخیر است. برای مثال، آلودگی هوای پایتخت یا آلودگی ناشی از ریزگردها در استان خوزستان و همچنین دیگر بحران‌های زیست محیطی، امروزه دولت را بر آن داشته تا با اندیشیدن تمهیدات مختلفی در صدد دست‌وپنجه نرم کردن با چالش‌های جدید حکمرانی برآید. اصل ۵۰ قانون اساسی حفاظت از محیط زیست را تکلیفی جمعی دانسته است: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه‌رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌شود؛ از این رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است. سیاق این اصل، سلبی و ناظر بر بازدارندگی است و راجع به تکالیف عموم و دولت بیانی ندارد و گستره آن به فعالیت‌های اقتصادی محدود باقی مانده است. با این حال، با اتکا بر مفاهیم حقوق بشری همانند توسعه پایدار می‌توان گفت تکلیف حداقلی دولت در این زمینه اتخاذ تدابیر و سیاست‌های ضدآلودگی است. در این باره می‌توان به قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا (۱۳۷۴) و آیین‌نامه‌های آن اشاره کرد. این قانون و مقررات مرتبط با آن بیش از آنکه با هدف جبران خسارت شهروندان وضع شده

باشد، مشتمل بر ارائه راه کارهای پیش گیرانه است. جبرهای جغرافیایی و زیان های ناشی از زندگی در نواحی خاص، نباید مانع از برخورداری برخی از شهروندان از حقوق خود یا تقلیل برخورداری آنان از منافع عمومی گردد. همین حق که از نظر ماهوی آمیزه‌ای از نسل دوم و سوم حقوق بشر است، تعامل دولت برای آماده سازی زمینه بهره‌وری از حقوق بنیادین را ایجاد می نماید. اشاره شد که در نظام حقوقی داخلی تاکنون گام های نخستین راجع به استقرار فرهنگ مشارکت برداشته شده و مقرر و ویژه‌ای درباره لزوم اداره به جبران خسارات مادی شهروندان مشاهده نشد.

نتیجه

مسئولیت و مصونیت از جبران خسارت، هر دو اثر اجرای قانون به شمار می روند. اگرچه در حکمرانی امروز و با ملاحظه ابزارهای ویژه دولت و نهادهای عمومی در اداره امر عمومی، در قالب مفهوم اقتدار، پذیرش مسئولیت اداره امری منطقی و به جاست، با این حال، برخی اقتضائات حکمرانی مدرن، باب معافیت دولت یا اداره را از جبران خسارات شهروندان به طور استثنایی مفتوح نهاده است. مهم ترین سبب پذیرش این استثنا در نظام حقوقی مسئولیت دولت، تضمین کارآمدی دولت و تأمین نفع عمومی جامعه است؛ چراکه حکمرانی مستلزم برخورداری از هر دو شیوه اجباری و سلبی است. بر همین اساس، مصونیت دولت از جبران خسارات وارده به شهروندان، در فعالیت های کلان و سیاست گذاری ها، به طور موردی پذیرفته شده است. البته در نظام حقوقی ایران، مبنای قانونی صریح و مشخصی متضمن بر معرفی و احصاء موارد معافیت اداره از مسئولیت به چشم نمی خورد و تنها از ره گذر اصول کلی حقوق عمومی و آراء اندیشمندان این عرصه، می توان به برداشتی کلی دست یافت. در تفکیک انواع مصونیت، هر دو شکل مطلق و نسبی آن در سامان حقوقی ایران دارای جایگاه معتنا به است؛ با این تفاوت که در شکل مطلق مصونیت، تمامی شرایط مسئولیت جمع بوده اما جبران خسارات وارده میسر نیست. مصونیت نسبی نیز نتیجه غیرقابل انتساب بودن زیان به اداره است، ولی اقتضائات حکمرانی مدرن پستی بانی دولت از شهروندان را ضروری می داند. مضافاً، این معافیت ها به طور غیرمشروط پذیرفته نشده و به تناسب تأثیر رضایت مندی افکار عمومی که از حمایت دولت از شهروندان و یاری آنان با هدف جبران خسارات غیرمنتسب به دولت حاصل می شود، انتظار از دولت و نهادهای عمومی برای تلاش جهت اعاده اوضاع به حال سابق متغیر است. امروزه، موارد مطلق بودن مصونیت دولت انگشت شمار و مشخص بوده و تنها محدود به حوزه هایی باقی مانده که امکان عملی جبران خسارت مقدور نیست

و از هم‌بستگی اجتماعی، به‌عنوان مبنایی برای مصونیت‌های نسبی دولت یاد می‌شود. شایان ذکر است که اقدامات دولت در این خصوص، ناشی از الزام به معنای واقعی کلمه و مسئولیت مدنی در معنای اصطلاحی آن نیست بلکه ماهیتاً فعالیت‌هایی حمایتی است. این امر، سبب می‌گردد سرشت پرداخت‌های نقدی در هنگام مصونیت نسبی، ترمیمی قلمداد شود و نه جبرانی؛ از همین روی، کمک‌های حمایتی دولت در این حالت، الزاماً به اندازه ضرر وارده به شهروندان نبوده و ممکن است کم‌تر یا بیش‌تر از مبالغ خسارت وارده باشد. همچنین، شکل ترمیم خسارت نیز منعطف و بسته به نوع ضرر متغیر بوده و ممکن است به صورت نقدی و غیرنقدی و مثلی ارائه شود.

فهرست منابع ۱. فارسی الف. کتاب

۱. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، **حقوق اداری**، ج ۱ و ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۰، چ ۱۴.
۲. زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت**، ج ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۳. زولر، الیزابت، **درآمدی بر حقوق عمومی**، برگردان: سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه (جنگل)، ۱۳۹۱.
۴. گرجی ازندیانی، علی‌اکبر، **حقوقی‌سازی سیاست**، تهران: خرسندی ۱۳۹۵، چ ۲.
- ب. مقاله
۵. انصاری، باقر، **مبانی مسئولیت مدنی دولت از قرن ۱۹ تا عصر حاضر**، در **تکاپوی حقوق عمومی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، چ ۲، صص ۳۸۹ تا ۴۲۰.
۶. زارعی، محمدحسین و محمودی، جواد، **تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو رویه‌های قضایی انگلستان و فرانسه**، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۰، ش ۵۵، صص ۸۸ تا ۱۱۳.
۷. زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت در بلایای طبیعی**، رفاه اجتماعی، ۱۳۸۵، ش ۲۳، صص ۳۰۳ تا ۳۲۰.
۸. زرگوش، مشتاق، **مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت**، حقوق عمومی، ۱۳۸۸، ش ۵، صص ۷۱ تا ۹۰.
۹. صلح‌چی، محمدعلی و درگاهی، رامین، **بررسی ماهیت حقوق همبستگی، حق جمعی یا فردی**، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۲، ش ۴۱، صص ۱۴۳ تا ۱۶۸.
۱۰. مدنیان، غلامرضا، **امکان یا امتناع تبیین نظم عمومی در حقوق**، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۰، ش ۳.
۱۱. مرکز مالیری، احمد و وکیلان، حسن، **مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقاء کیفیت قانون**، پژوهش حقوق عمومی، سال ۱۸، تابستان ۱۳۹۵، صص ۲۹ تا ۵۴.
۱۲. واعظی، سیدمجتبی، **گستره مفهومی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۲.

۱۳. واعظی، سیدمجتبی، **عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران**، مطالعات حقوقی، دوره ۷، ۱۳۹۴، ش ۲، صص ۱۹۹ تا ۲۲۰.
۲. لاتین

a. Books

14-Ackerman. S. (2011). Comparative Administrative law. UK: Edward Edgar Publishing

15-Cane. P. (2011). Administrative law. Oxford: Oxford University Press

16-Endicott. T. (2011). Administrative law. Oxford: Oxford University Press

17-Shortell. C. (2008). Rights, remedies and the impact of state sovereign immunity. NY: State University of New York Press

18-Stott. D. & Felix. A. (1997). Principles of Administrative law. UK: Cavendish Publishing Limited

19-Tierney. W. (2006). Governance and the Public Good. NY: State University of New York press

b. Article

20-Bell. J. (2006). Governmental liability, Some Comparative Reflections: <http://indret.com>

استقلال دادرسی اداری؛ رسیدگی هم‌زمان در مرجع قضایی و اداری

عباس زراعت*
محدثه زراعت**

چکیده

دادرسی اداری یکی از رشته‌های حقوق شکلی است که در کنار سایر دادرسی‌ها عهده‌دار اجرای مقررات ماهوی مربوط به تخلفات اداری مأموران دولتی و نهادهای عمومی است. رابطه میان دادرسی‌ها همواره، میدان بحث اندیشمندان حقوقی بوده و دچار اختلاف شده‌اند. آیا دادرسی اداری نسبت به دادرسی‌های قضایی استقلال دارد یا تابع آنها می‌باشد؟ یکی از آثار مترتب بر این اختلاف آن است که چنانچه موضوع واحدی که دارای ماهیت کیفری و تخلف اداری است، هم‌زمان در مرجع اداری و مرجع قضایی مطرح گردد آیا مرجع اداری باید رسیدگی را متوقف نموده و صبر کند تا نتیجه رسیدگی قضایی معلوم شود یا حق دارد به صورت مستقل رسیدگی کرده و صرف نظر از رأیی که در مرجع قضایی صادر می‌شود، اتخاذ تصمیم نماید؟ این مقاله درصدد بررسی جوانب مختلف این موضوع و یافتن پاسخ مناسب برای دو سوال مزبور است که سوال نخست، پرسش اصلی تحقیق و سوال دوم، پرسش فرعی این تحقیق می‌باشد. تفاوت ماهیت، موضوع و هدف اقسام دادرسی‌ها اقتضا می‌کند که دادرسی اداری مستقل از دادرسی مدنی و کیفری باشد. پس چنانچه موضوعی در مرجع قضایی و هم‌زمان در مرجع اداری مطرح شود، هر دو مرجع بتوانند به صورت مستقل رسیدگی کرده و تصمیم بگیرند؛ اما، باتوجه به ابهاماتی که در این زمینه وجود دارد و رویه و دکترین حقوقی نیز روشن نیست، ضرورت انجام پژوهشی مستقل و دقیق نمایان می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: استقلال دادرسی، دادرسی اداری و کیفری، مأمور دولتی، نهاد عمومی.

*. عضو هیئت علمی دانشکده حقوق، دانشگاه کاشان، اصفهان، ایران

zeraat@kashanu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
esehhhh91@gmail.com

مقدمه

دادرسی‌ها در یک تقسیم‌بندی کلی به سه دسته تقسیم می‌شوند: دادرسی مدنی، دادرسی کیفری و دادرسی اداری. دادرسی‌های اول و دوم دادرسی‌های قضایی هستند اما دادرسی سوم، دادرسی غیرقضایی است که گاهی «شبه‌قضایی» نیز نامیده می‌شود. دادرسی اداری، خود اقسام متعددی دارد که دادرسی دیوان عدالت اداری، دادرسی اصلی اداری بوده و دادرسی‌های دیگر، دادرسی‌های فرعی محسوب می‌شوند مانند دادرسی تخلفات کارکنان دولت، دادرسی انتظامی قضات، دادرسی انتظامی پزشکان، دادرسی انضباطی دانشجویان و...^۱ دادرسی مدنی به فرایندی اطلاق می‌گردد که برای رسیدگی به دعاوی مدنی وضع شده است.^۲ دادرسی کیفری نیز مجموعه مقرراتی است که مسئولیت رسیدگی به دعاوی عمومی را برعهده دارد.^۳ دادرسی مدنی و کیفری که در مراجع قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد، قانون خاص و مبسوطی دارد اما دادرسی اداری قانون مخصوصی با این نام ندارد بلکه برای هریک از دادرسی‌ها، قوانین جداگانه‌ای وجود دارد که مقررات شکلی و ماهوی تخلفات را بیان می‌کند.^۴ شاید بتوان دادرسی اداری در دیوان عدالت اداری را دادرسی اداری به معنای خاص دانست و دادرسی در سایر مراجع شبه‌قضایی را دادرسی به معنای عام آن نامید. هرچند از این جهت که دادرسی نخست شامل تمامی کارمندان و ادارات دولتی می‌شود، عام بوده و دادرسی دوم از آن رو که هریک، تخلفات کارمندان و ادارات خاصی را مورد رسیدگی قرار می‌دهند، دادرسی خاص هستند. به هر حال واژه‌های «عام» و «خاص» مانند سایر عبارات حقوقی، مفهوم نسبی دارد؛ یعنی نسبت به یک حالت، عام و در عین حال نسبت به حالت دیگر، خاص به حساب می‌آید. منظور از دادرسی اداری که به صورت گوناگون تعریف شده، مقرراتی است که در دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی برای رسیدگی به تخلفات دولت یا کارمندان دولت، مورد استفاده قرار می‌گیرد که ممکن است به صورت دادرسی در اداره یا بر اداره باشد.^۵ در تعریف دیگری از دادرسی اداری آمده مجموعه قواعد و اجرائیات و مقررات شکلی قانونی که هنگام رسیدگی به دعاوی اداری در مراجع خاص باید رعایت شود.^۶ سوال اصلی این تحقیق، آن است که آیا دادرسی اداری، اصول و مقرراتی مستقل در مقابل

۱. ن. سنوسی، فاطمه، *دور التظلم الاداری فی حل النزاعات الاداریة فی القانون الجزائري*، دارمنی، ۲۰۰۳، ص ۲۳.

۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۲۳.

۳. آشوری، محمد، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، انتشارات سمت، ۱۳۷۶، ص ۷.

۴. مدحت النهری، مجدی، *مبادئ القانون الإداری*، القاهرة، دارالنهضة العربیه، ۲۰۰۱، ص ۴۰.

۵. استوارسنگری، کورش، *چیستی دادرسی اداری در ایران: دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره*، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، ص ۱۴۵.

دادرسی مدنی و کیفری است یا فرع بر آنهاست. به گونه‌ای که در موارد مسکوت دادرسی اداری می‌توان به مقررات دادرسی مدنی و کیفری مراجعه نمود؟ سوال فرعی نیز آن است که چنانچه دعوایی به صورت هم‌زمان در مرجع کیفری و اداری مطرح گردد آیا مرجع اداری باید صبر کند تا تکلیف دعوای کیفری مشخص گردد؟ این اختلاف در مورد رابطه آیین دادرسی مدنی و آیین دادرسی کیفری نیز وجود دارد. گروهی این دو رشته حقوقی را مستقل از یکدیگر می‌دانند زیرا علاوه بر تفاوت در موضوع و هدف، اصول و قواعد مستقلی بر هر کدام حاکم است. دادرسی مدنی در کنار قانون مدنی قرار دارد و نحوه اجرای آن را بیان می‌کند اما دادرسی کیفری در کنار قانون جزا، اجرای آن را مقرر می‌دارد.^۱ گروهی دیگر، آیین دادرسی مدنی را اصل دانسته و آیین دادرسی کیفری را تابع آن می‌دانند.^۲ این اختلاف ممکن است در مورد سایر دادرسی‌ها از جمله دادرسی نیروهای مسلح نیز مطرح گردد؛ بنابراین باید به این پرسش، پاسخ داده شود که آیا دادرسی نظامی رشته‌ای مستقل در مقابل دادرسی مدنی و کیفری یا وابسته به آنها است. یکی از آثاری که بر این اختلاف مترتب می‌شود، امکان یا عدم امکان رسیدگی به موضوعاتی است که هم‌زمان در مراجع نیمه قضایی اداری و مراجع قضایی کیفری یا حقوقی مطرح می‌شود. به عنوان نمونه، ممکن است کارمندی مرتکب اختلاس شده و نهادهای نظارتی موضوع را هم‌زمان به دادسرا و هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت ارجاع دهد. آیا مرجع اداری باید تا تصمیم مرجع قضایی رسیدگی را متوقف کند و بر مبنای رأی کیفری تصمیم بگیرد یا اینکه هردو مرجع می‌توانند به صورت هم‌زمان رسیدگی کنند؟ برخی قوانین موضوعه تکلیف این حالت را تاحدودی روشن کرده‌اند و برخی دیگر تصریحی ندارند؛ اما باید قاعده‌ای وضع شود تا در موارد مسکوت یا مبهم به آن قاعده مراجعه شود. البته در مورد مفهوم استقلال اداری، توضیح دو نکته ضرورت دارد. نکته اول اینکه منظور از دادرسی اداری در اینجا، معنای عام آن نیست بلکه دادرسی در مراجع شبه قضایی منظور است که به تخلفات اشخاص خاصی مانند کارمندان دولت، اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها، پزشکان، دانشجویان، کارشناسان دادگستری، وکلا و... رسیدگی می‌کنند. نکته دوم اینکه استقلال در معنای عام، ابعاد متعددی دارد اما منظور از استقلال در اینجا، آن است که چنانچه موضوعی هم‌زمان در این مراجع و مراجع قضایی مطرح گردید آیا مراجع شبه قضایی حق دارند مستقل و بدون توجه به طرح این موضوع در مرجع قضایی رسیدگی کنند یا باید صبر نمایند تا مرجع قضایی تصمیم بگیرد و سپس با تبعیت از آن تصمیم، اتخاذ تصمیم کنند.

۱. حلمی، محمد الحجار، الوسیط فی اصول المحاکمات المدنیة، بیروت، المؤلف، ۲۰۰۲، ص ۲۰.

۲. ممدوحی، خلیل الجر، اصول المحاکمات الجزائیة، مکتب دار الثقافة للنشر و التوزیع، عمان، ۱۹۹۸، ص ۱۲.

گفتار اول. نظریه استقلال دادرسی اداری

طبق این نظریه دادرسی اداری را می‌توان مستقل از دادرسی کیفری و مدنی دانست؛ زیرا تفاوت‌های ماهوی دو رشته یا عنوان حقوقی، ملاک‌های متعددی مانند هدف، موضوع، افراد مشمول، مرجع رسیدگی، مصلحت مورد حمایت و... دارد. برای اثبات استقلال دادرسی اداری باید دید که شاخص‌های تفاوت و استقلال، در مورد دادرسی اداری و دادرسی مدنی و کیفری وجود دارد یا خیر؟ طرفداران نظریه استقلال اداری به چند شاخص و ملاک برای تفکیک دادرسی‌ها استناد می‌کنند که در این گفتار به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

بند اول. شاخص هدف دادرسی

آیین دادرسی، مقررات شکلی برای اجرای برخی از احکام و مقررات ماهوی است. مثلاً دادرسی کیفری با هدف اجرای مقررات جرائم و مجازات‌ها در مورد مجرمان وضع شده تا نظم و امنیت در جامعه برقرار شود. دادرسی مدنی نیز در مقام اجرای مقررات قانون مدنی و مقررات مربوط به حقوق افراد، برقرار شده است؛ اما هدف دادرسی اداری، رسیدگی به تخلفات کارکنان دولت و سازمان‌های عمومی و نقض مقررات ماهوی از جمله مقررات استخدامی و وظایف آنهاست؛ بنابراین ملاحظه می‌شود که هدف دادرسی اداری با هدف دادرسی‌های دیگر از جمله دادرسی مدنی و کیفری، متفاوت است و از این جهت باید آنها را مستقل دانست.^۱

بند دوم. شاخص موضوع دادرسی

موضوع دادرسی اداری، تخلفات کارمندان دولتی و عمومی است درحالی‌که موضوع دادرسی کیفری، جرم و مجازات و مسئولیت کیفری می‌باشد و موضوع دادرسی مدنی هم مسئولیت مدنی افراد می‌باشد. از آنجا که دادرسی‌های سه‌گانه دارای سه موضوع مستقل و جداگانه هستند، بنابراین سه دادرسی متفاوت و مستقل به حساب می‌آیند و دادرسی اداری از این جهت نیز استقلال خود را حفظ می‌کند.^۲

۱. جیهان، محمد ابراهیم جادو، الاجرائیات الاداریه للعن فی الاحکام القضائیه الاداریه، دارالکتاب قانونی، ۲۰۰۹، ص ۷۰.

۲. جمعه، احمد محمود، تطبیق احکام القانون الخاص علی منازعات القانون العام، الجز الثانی، مصر،

بند سوم. شاخص طرفین دعوا

دادرسی اداری به تخلفات مأموران به خدمات عمومی و مستخدمان دولتی رسیدگی می‌کند (دادرسی در اداره) یا به تخلفات دولت از قوانین و مقررات، مربوط می‌شود (دادرسی بر اداره)؛ اما افراد مشمول دادرسی مدنی و کیفری، تمامی اشخاصی هستند که مرتکب جرم شده یا حقی را ضایع کرده و اشخاصی که برای احقاق حق عمومی یا خصوصی اقدام می‌کنند. البته ممکن است افراد خاصی مانند کارمند دولت در مراجع خاص کیفری و حتی براساس مقررات خاص جزایی، تعقیب شوند اما این امر موجب افتراق دادرسی نمی‌شود. به هر حال یکی از شاخص‌های استقلال دادرسی‌ها، افرادی هستند که در دادرسی‌ها دخالت دارند و این شاخص در مورد دادرسی اداری نسبت به دادرسی مدنی و کیفری وجود دارد و دادرسی اداری از این جهت مستقل می‌باشد.^۱

بند چهارم. شاخص تفاوت قانونی

هریک از دادرسی‌های اداری، مدنی و کیفری تابع قوانین خاصی هستند و تعدد قوانین نیز یکی از شاخص‌های استقلال دادرسی‌ها از یکدیگر می‌باشد. دادرسی مدنی و کیفری معمولاً یک قانون با مواد فراوان دارند اما دادرسی اداری، قوانین فراوانی دارد. هرچند قانون دادرسی دیوان عدالت اداری، عام‌تر از قوانین دیگر است. دادرسی اداری از این جهت نیز مستقل به حساب می‌آید؛ زیرا امکان ندارد که دادرسی‌های مرتبط از قوانین متعدد و متفاوت تبعیت کنند.

بند پنجم. شاخص تخصصی بودن دادرسی

دادرسی، یکی از رشته‌های تخصصی حقوق می‌باشد و باید برای هر دادرسی، شعبه خاص با قضات متخصص، تعیین شود. از آنجاکه دادرسی اداری در مقابل دادرسی مدنی و کیفری، دارای مقررات خاص و قضات متخصص در قوانین و مقررات اداری می‌باشد باید آن را دادرسی مستقل به حساب آورد.^۲

۱. حافظ محمد، محمود، **القضا الاداری**، مصر، دارالنهضت العربیه، ۱۹۷۳، ص ۷۰.

۲. راغب الحلو، ماجد، **القضا الاداری**، مصر، منشا المعارف، ۲۰۰۰، ص ۲۵۵.

دادرسی‌های قضایی اداری، تخصصی می‌باشد، معمولاً چنانچه هریک از دادرسان به موضوعی برخورد کنند که از تخصص آنها خارج است، رسیدگی را موکول به مرجع تخصصی می‌نمایند؛ اما این بدان معنا نیست که دادرسی‌ها مستقل از یکدیگر نیستند. حتی در مواردی که موضوع از تخصص دادرس خارج است اصل بر آن است که همان دادرس به موضوع رسیدگی کند مگر مواردی که قانون اجازه داده باشد. به عنوان مثال در دعوای مربوط به مسئولیت مدنی دولت که در مرجع قضایی مطرح شده، اختلاف نظر وجود دارد که ذی نفع ابتدا باید به دیوان عدالت اداری مراجعه نماید و پس از اثبات تخلف اداری، به دعوا رسیدگی نماید یا به اعتقاد بسیاری از حقوقدانان، دادگاه حقوقی باید بدون ارجاع به دیوان عدالت اداری، به دعوای مسئولیت مدنی رسیدگی کرده و تصمیم بگیرد.^۱

بند ششم. شاخص دادرسی افتراقی

یکی از شاخص‌های استقلال دادرسی اداری را می‌توان ویژگی افتراقی بودن آن دانست. گرچه صراحت قانونی یا اجماع حقوقی برای دادرسی افتراقی وجود ندارد اما این عنوان نیز یکی از مفاهیم نسبی حقوقی است؛ یعنی افتراقی بودن در هر مورد و نسبت به جهات خاصی، معنا پیدا می‌کند. مثلاً وقتی سخن از دادرسی افتراقی جرائم اطفال به میان می‌آید، ویژگی‌های حمایتی اطفال و علت شناختی بزهکاری و نوع واکنش مورد نظر است که مقررات خاصی را می‌طلبد.^۲

دادرسی اداری از جهت ماهیت و فلسفه‌ای نیز نیازمند مقررات خاصی است که با مقررات دادرسی مدنی و کیفری تفاوت داشته و مستلزم دادرسی افتراقی است. دادرسی کیفری به اعتبار شخصیت مرتکب، نوع جرم ارتكابی و وضعیت بزه‌دیده، حتی در شاخه‌های مختلف آن، افتراقی می‌باشد.^۳ طبیعی است که رسیدگی به تخلف اداری تابع اصول و قواعدی است که با مقررات رسیدگی به تخلفات اداری متفاوت است.

۱. جلالی، محمد، حسنونند، محمد، میری، ایوب، تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعوای مسئولیت مدنی علیه دولت، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۹، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۱۰.

۲. میرکمالی، سیدعلیرضا، دادرسی افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲، پژوهشنامه حقوق کیفری، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، شماره ۱۴، ص ۲۴۷.

۳. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، درآمدی بر سیاست جنایی افتراقی، دیپاچه بر کریستین لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۵۹.

بند هفتم. شاخص مرجع رسیدگی

رسیدگی به دعاوی اداری در صلاحیت مراجع اختصاصی قرار دارد که در بسیاری از کشورها وابسته به قوه مجریه است در حالی که دادرسی‌های قضایی در مراجع قضایی وابسته به قوه قضاییه صورت می‌گیرد.^۱

دادگاه‌های اداری و کیفری از دو صنف متفاوت هستند و از همین روی، صلاحیت آنها نسبت به یکدیگر صلاحیت ذاتی است؛ بنابراین دادرسی در دو مرجع از دو صنف مختلف، نمی‌تواند وابسته به یکدیگر باشد بلکه نسبت به هم مستقل می‌باشند.

بند هشتم. شاخص شکل دادرسی

طبیعت دادرسی اداری اقتضا می‌کند که شکل رسیدگی با شکل رسیدگی در مراجع قضایی تفاوت داشته باشد. به‌عنوان نمونه، این دادرسی باید با سرعت به نتیجه برسد، پس به شکل کتبی انجام می‌شود و معمولاً طرفین دعوا حضور پیدا نمی‌کنند بلکه سخنان طرفین به صورت کتبی تبادل می‌شود؛ البته معنای کتبی بودن دادرسی آن نیست که بیان شفاهی اظهارات ممکن نیست بلکه منظور آن است که بیان شفاهی، جنبه ثانوی و فرعی دارد.^۲ همچنین رسیدگی به طور معمول به شکل سری و محرمانه انجام می‌شود.^۳

گفتار دوم. نظریه عدم استقلال دادرسی اداری

احتمال دیگری هم وجود دارد که دادرسی اداری، مستقل از دادرسی‌های قضایی نبوده و تابع آنها می‌باشد. در مورد تبعیت دادرسی اداری از دادرسی مدنی و کیفری می‌توان دلایل و توجیه‌هایی ارائه داد که در این قسمت به مهم‌ترین دلایل اشاره می‌شود.

بند اول. شاخص اناطه

اناطه در لغت به معنای منوط کردن و پیوند زدن امری به امر دیگر می‌باشد. در اصطلاح حقوقی نیز اناطه بدین معناست که هرگاه رسیدگی در یک مرجع منوط به اثبات موضوعی

1-Martine Lombard et dumont droit administrative, Paris , 2003 , p300

2-René chapus droit du contentieux administrative, Paris , montchrestien , p 636

۳. ختال، سعید، *القرارات الاداريه والغائها*، نشره القضاء، الجزاير، العدد ۴۴، ص ۳۰.

باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت مرجع دیگری قرار دارد، مرجع رسیدگی کننده، رسیدگی خود را متوقف نموده و تا تکلیف آن موضوع در مرجع صلاحیت‌دار صبر می‌کنند.^۱ گرچه قرار اناطه غالباً در دعوی جزائی و توسط مراجع قضایی کیفری صادر می‌شود اما ممکن است رسیدگی در مرجع حقوقی نیز متوقف گردیده و قرار اناطه صادر شود تا مرجع صلاحیت‌دار کیفری نسبت به موضوعی تصمیم بگیرد (ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱) ماده ۵۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مجلس شورای اسلامی نیز مقرر داشته است که «هرگاه قاضی دیوان تشخیص دهد» اتخاذ تصمیم اداری منوط به آن است که موضوعی در مرجع صلاحیت‌دار دیگری رسیدگی شود باید رسیدگی خود را متوقف نماید تا مرجع صلاحیت‌دار در خصوص آن موضوع تصمیم بگیرد. پس مفاد این ماده نشان می‌دهد که دادرسی اداری، استقلال ندارد بلکه تابع دادرسی مدنی یا کیفری می‌باشد؛ زیرا اگر مستقل بود باید دادرسی اداری به رسیدگی خود ادامه می‌داد.

این سخن پذیرفته نیست زیرا اولاً قرار اناطه اختصاص به دادرسی اداری ندارد بلکه در دادرسی‌های مدنی و کیفری نیز وجود دارد. ثانیاً فلسفه قرار اناطه، رسیدگی تخصصی در مرجع صلاحیت‌دار می‌باشد که ملازمه‌ای با استقلال یا عدم استقلال دادرسی ندارد و اگر قرار اناطه را دلیل تبعیت دادرسی‌ها از یکدیگر بدانیم، تمامی دادرسی‌ها به یکدیگر وابسته بوده و هیچ دادرسی مستقلی وجود نخواهد داشت.

بند دوم. شاخص حاکمیت رأی کیفری (قاعده نفاذ)

ماده ۱۸ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ مقرر می‌دارد: «هرگاه رأی قطعی کیفری، مؤثر در ماهیت امر حقوقی باشد، برای دادگاهی که به امر حقوقی یا ضرر و زیان رسیدگی می‌کند، لازم‌الاتباع است.»

این ماده بیان‌گر این قاعده است که رأی کیفری بر دعوای مدنی حاکم است (قاعده نفاذ). بدین معنا که اگر در خصوص موضوع دعوای مدنی، یک رأی کیفری صادر شده باشد که مربوط به رکن مادی موضوع بوده و مؤثر در دعوای مدنی است، مرجع مدنی باید از آن رأی کیفری تبعیت کند و نمی‌تواند خلاف آن تصمیم بگیرد. به عنوان مثال اگر دادگاه کیفری در دعوای تخریب، حکم به مجرمیت متهم داده و وی را مرتکب تخریب شناخته باشد،

۱. علی محمد جعفر، شرح اصول المحاکمات، مؤسسه مجد، بیروت، ۲۰۰۴، ص ۱۸۲.

دادگاه مدنی حق ندارد در این خصوص، وارد رسیدگی شده و احراز کند که خوانده مرتکب تخریب نشده و محکوم به جبران خسارت نگردد؛^۱ اما اگر دعوای کیفری تخریب در مرجع کیفری مطرح شده و دادگاه حقوقی قبلاً حکمی مبنی بر عدم انتساب تخریب به متهم صادر کرده و وی را تبرئه کرده باشد، دادگاه کیفری می‌تواند وارد رسیدگی شده و احراز نماید که متهم، مرتکب تخریب شده و حکم به مجازات وی دهد. دلیل این حکم، آن است که مرجع کیفری، حقیقت را احراز می‌کند و در این مسیر محدودیتی ندارد، پس حکمی که صادر می‌کند اماره واقعیت است اما دادگاه حقوقی فصل خصومت می‌کند و فقط بر اساس دلایل طرفین رسیدگی می‌کند و حق تحصیل دلیل ندارد؛ بنابراین ممکن است حکم او مطابق واقع نباشد. بر این اساس آراء کیفری همواره قوی‌تر و استوارتر از آراء مدنی هستند پس حاکم بر آنها می‌باشند اما عکس این مطلب، صادق نیست.

حال ممکن است گفته شود این حکم در مورد دعوای اداری نیز صدق می‌کند؛ یعنی آراء کیفری حاکم بر دعوای اداری هستند و اگر دعوایی در مرجع اداری مطرح باشد و حکمی از دادگاه کیفری ارائه شود که مؤثر بر دعوای اداری است مرجع اداری باید به آن رأی توجه کند و حق ندارد خلاف آن تصمیم بگیرد اما اگر حکمی از دادگاه مدنی ارائه شود الزامی برای مرجع اداری به وجود نمی‌آورد؛ زیرا فلسفه‌ای که بر قاعده مزبور حاکم است همین اقتضا را دارد. مثلاً اگر کارمندی به اتهام جعل سند دولتی در مرجع اداری تعقیب شود اما وی در مرجع کیفری تبرئه شده باشد، مرجع اداری حق ندارد وی را به جعل سند محکوم کند. البته باید توجه داشت که رأی کیفری باید با ارکان تخلف اداری ارتباط داشته و مؤثر در آن باشد. به‌عنوان مثال اگر همین شخص در مرجع کیفری به دلیل شمول مرور زمان یا فقدان سوءنیت تبرئه شده باشد، تأثیری در رسیدگی اداری ندارد؛ اما اگر تبرئه او به‌خاطر آن باشد که چنین عملی، جعل نیست یعنی رکن مادی جعل محقق نشده است مرجع اداری حق ندارد، آن عمل را جعل محسوب کند.

در مورد حاکمیت رأی مدنی بر اداری نمی‌توان با قاطعیت نظر داد؛ زیرا همان‌گونه که بیان شد دادگاه اداری در پی کشف حقیقت نیست بلکه در چهارچوب ادله طرفین، فصل خصومت می‌کند؛ بنابراین مرجع اداری صرف‌نظر از رسیدگی مدنی، حق ورود به رسیدگی و تصمیم (حتی مخالف با رأی مدنی) دارد.

۱. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین ایشاری، مهدی، تأثیر متقابل اعتبار امر مختومه در رسیدگی‌های حقوقی و کیفری، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۱، ص ۱۱.

ممکن است گفته شود فلسفه مزبور اقتضا می‌کند رأی اداری، حاکم بر دعوای مدنی باشد؛ زیرا دادرسی اداری از نوع دادرسی کیفری است و دادگاه اداری به تخلف رسیدگی می‌کند که درجه‌ای از جرائم است. پس اگر دادگاه اداری در خصوص موضوعی که در دادگاه مدنی مطرح است رأی صادر کرده باشد، دادگاه مدنی حق ندارد برخلاف آن تصمیم بگیرد. این ادعا، قابل دفاع است اما از آنجا که دادرسی دادگاه مدنی، قاضی بوده و بر اساس مقررات دادرسی، رسیدگی می‌کند پذیرش آن دشوار است. این اشکال در مورد حاکمیت رأی اداری بر دعوای کیفری بسیار جدی‌تر است؛ زیرا دادگاه کیفری، با آزادی کامل باید حقیقت را کشف کند و ملزم نیست از رأی یک مقام اداری غیرحرفه‌ای در امر قضا تبعیت کند.

بند سوم. شاخص وحدت اصول و قواعد

مقررات حاکم بر دادرسی‌ها به اصول یا قواعد و تشریفات، تقسیم می‌شود. اصول و قواعد به احکام کلی و ثابت گفته می‌شود که مبنا و زیربنای مقررات هستند اما تشریفات، مقررات تغییرپذیرند که برای رسیدگی بهتر وضع شده و حسب شرایط زمانی یا مکانی ممکن است تفسیر یابد. مانند شرایط شکلی دادخواست، نحوه ابلاغ، تعیین وقت رسیدگی و نحوه اداره جلسه رسیدگی که در ماده ۲۱ قانون شورای حل اختلاف، به عنوان تشریفات دادرسی بیان شده است. هم‌چنان‌که مقررات ناظر به صلاحیت، حق دفاع، حضور در دادرسی و رسیدگی به دلایل از مصادیق اصول و قواعد دانسته شده است. تعریف دقیق و کامل در قوانین برای تمایز اصول از تشریفات بیان نشده است اما می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که اصول دادرسی، ارکان و پایه‌های اصلی دادرسی هستند و تشریفات، مقررات فرعی برای بهتر شدن دادرسی است. اصول و مقررات امره عبارت است از وسایل طرح دعوی و دفاع از آن و وظایف مرجع قضایی که از ارکان دادرسی هستند. تشریفات دادرسی نیز نحوه به‌کاربردن این وسایل از طریق اجرای وظایف مراجع قضایی است.^۱

آیین دادرسی اداری، مقررات تشریفاتی است که به علت شرایط خاص دادرسی اداری برای رسیدگی به تخلفات اداری وضع شده است؛ اما از نظر اصول و قواعد تابع اصول دادرسی مدنی و کیفری می‌باشد. پس دادرسی اداری تابع دادرسی‌های قضایی است؛ زیرا آنچه موجب استقلال دو دادرسی می‌شود، اصول و قواعد است. این توجیه، در صورتی قابل استناد است که مطابق با واقع باشد اما باید توجه داشت که اصول و قواعدی که بر دادرسی اداری حاکم است با اصول و قواعد حاکم بر دادرسی مدنی و کیفری یکسان نیست

۱. طبرانیان، غلامرضا، **دعای تصرف**، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۰۷.

و به فرض اینکه در چند اصل، مشترک باشند دلیل بر تبعیت نمی‌باشد. همان‌گونه که اصل علنی بودن رسیدگی، کتبی بودن و سری نبودن دادرسی در این نوع دادرسی رعایت نمی‌شود بر همین اساس می‌توان تفاوت دادرسی‌ها در اصول و قواعد را دلیل بر استقلال آنها دانست.

بند چهارم. شاخص ماهیت دادرسی

دادرسی کیفری و اداری از این جهت شبیه یکدیگر هستند که هر دو به دنبال کشف حقیقت می‌باشند. از این رو قاضی اداری مانند قاضی کیفری نقش فعالی دارد و به دنبال کشف حقیقت است. وی می‌تواند رأساً تحقیقاتی را انجام دهد مانند اینکه کارشناس تعیین کند یا اشخاصی را احضار نماید.^۱

دادرسی اداری باید به سرعت و ساده انجام شود و از این جهت نیز شبیه دادرسی کیفری است. از این جهت دادرسی اداری استقلالی نسبت به دادرسی کیفری ندارد بلکه تابع آن است و چنانچه دعوایی هم‌زمان در دو مرجع، طرح شده باشد باید تا اتخاذ تصمیم مرجع قضایی، رسیدگی متوقف شود.

بند پنجم. شاخص اولویت و عمومیت مرجع قضایی نسبت به مرجع اداری

مراجع قضایی، مراجعی اصلی و عام هستند و مراجع غیرقضایی و اداری، مراجع استثنایی و خاص محسوب می‌شوند. پس هرگاه ابهام یا نقضی در مراجع استثنایی وجود داشته باشد می‌توان به مراجع عام و اصلی مراجعه کرد. پس دادرسی اداری نسبت به دادرسی کیفری، یک دادرسی مستقل نیست بلکه وابسته به آن می‌باشد.^۲

گفتار سوم. رسیدگی هم‌زمان به موضوع واحد در مرجع قضایی و اداری؛ تجویز، منع یا سکوت؟

یکی از آثار و نتایج بحث استقلال یا عدم استقلال دادرسی اداری، رسیدگی هم‌زمان

1-francis paul benoit le droit administratif , Paris ,dolloz ,1968 ,p 383

۲. رزق الله انطاکی، الوجیز فی اصول المحاکمات، دمشق، مطبعة الجامعة السورية، ۱۹۵۷، ص ۹۰.

به موضوع واحد در مرجع قضایی و اداری است. به عنوان نمونه، ممکن است کارمند دولت مرتکب جعل در اسناد شده باشد و این موضوع در کمیته رسیدگی به تخلفات اداری و دادسرا، مطرح شود. آیا هردو مرجع می‌توانند به صورت مستقل به این جرم و تخلف رسیدگی کنند یا مرجع اداری باید رسیدگی خود را متوقف کرده و صبر کند تا مرجع قضایی تصمیم بگیرد و آنگاه بر اساس تصمیم قضایی، حکم اداری نیز صادر گردد. اگر دادرسی اداری، یک دادرسی مستقل از دادرسی کیفری باشد، چنین اختیاری برای مرجع اداری وجود دارد و گرنه باید رسیدگی خود را متوقف کند. برخی قوانین تکلیف این موضوع را روشن کرده و برخی دیگر سکوت نموده‌اند که در این موارد باید قاعده و اصل را مشخص ساخت تا براساس آن اقدام گردد.

بند اول. مقرراتی که رسیدگی اداری را همزمان با رسیدگی قضایی اجازه داده‌اند:

الف. ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۱/۴/۲۸ مصوب مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «هرگاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف رسیدگی و رأی قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هرگونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود. چنانچه تصمیم مراجع قضایی مبنی بر برائت باشد هیئت رسیدگی به تخلفات اداری طبق ماده (۲۴) این قانون اقدام می‌نماید».

در این ماده تصریح شده است که هرگاه موضوعی واجد جنبه مجرمانه و تخلف اداری بوده و همزمان در مرجع کیفری و اداری مورد رسیدگی قرار گیرد، رسیدگی در مرجع کیفری مانع از رسیدگی به جنبه تخلف اداری آن در مرجع اداری نخواهد بود. توجیهی که برای این ماده قانونی وجود دارد آن است که ارکان کیفری یک اتهام ارتباطی با ارکان تخلفی آن ندارد و مرجع قضایی و اداری دو مرجع مستقل هستند که جداگانه رسیدگی می‌کنند.

ممکن است ایراد شود که برخی ارکان جرم و تخلف یکسان هستند به گونه‌ای که نمی‌توان عملی را جرم ندانست اما تخلف به حساب آورد. به عنوان مثال، اگر مرجع کیفری به دلیل اینکه وجوه دولتی در محل خود صرف شده و جرم «مصرف وجوه در غیر

محل خود» رخ نداده است حکم به برائت متهم بدهد، مرجع اداری حق ندارد این عمل را تخلف اداری دانسته و وی را به مجازات اداری محکوم نماید. به هر حال درمقابل صراحت قانون نمی‌توان اجتهاد کرد و مرجع اداری را ممنوع از رسیدگی دانست. ممکن است گفته شود بهتر است مرجع اداری صبر کند تا وضعیت دعوای کیفری روشن شود اما این ادعا نیز با ظاهر قانون سازگار نیست؛ زیرا رسیدگی هم‌زمان در مرجع اداری، یک تکلیف است و این مرجع، اختیاری برای رسیدگی یا توقف آن ندارد.

ب. تبصره ۵ ماده ۷ آیین‌نامه انضباطی دانشجویان جمهوری اسلامی مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی ۱۳۷۴/۴/۲۰: «هرگاه دانشجویی در خارج از محوطه دانشگاه مرتکب عمل خلافی شود که بنابر قوانین کشوری مستوجب کیفر باشد، رسیدگی به جرم ارتكابی در چهارچوب ضوابط و قوانین کیفری و جزایی در صلاحیت مراجع قضایی است اما کمیته انضباطی می‌تواند به موازات آن حسب ماده ۷ تصمیم‌گیری کند».

ج. ماده ۲۲ قانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب ۱۳۸۱/۱/۲۸: «هرگاه تخلف کارشناس رسمی عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین را داشته باشد، دادرسی انتظامی کانون مربوط مکلف است مراتب را برای رسیدگی به جنبه جزایی آن در اسرع وقت به مراجع قضایی صالح اعلام دارد و چنانچه علاوه بر جرائم مزبور تخلف انتظامی داشته باشد، مطابق این قانون و آیین‌نامه‌های آن به تخلف انتظامی رسیدگی و اقدام لازم معمول می‌دارد. تصمیم مراجع قضایی مزبور مانع اجرای مجازات‌های انتظامی کارشناسان رسمی نخواهد بود».

در مورد نحوه اعمال این مقررات، ممکن است گفته شود این مقررات ناظر بر حالتی است که تخلفی در هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مطرح می‌شود و هیئت، تشخیص دهد که این تخلف، واجد جنبه کیفری نیز هست و بیان‌کننده این حالت نیست که دعوای کیفری و انتظامی به صورت جداگانه در هر دو مرجع، مطرح می‌گردد. این ایراد را از طریق قیاس اولویت می‌توان پاسخ داد. وقتی مرجع شبه‌قضایی، ملزم شده است جنبه کیفری را به مرجع قضایی اعلام کرده و هم‌زمان به تخلف نیز رسیدگی کند، به طریق اولی در صورت اطلاع از دعوای کیفری مرتبط مطرح در مرجع قضایی، ملزم به رسیدگی خواهد بود. علت این حکم، آن است که اطلاع دادرسی صورت نگیرد و این علت به طریق اولی در حالت طرح جداگانه دو دعوا وجود دارد و اینکه دعوای کیفری از سوی هیئت انتظامی به مرجع قضایی اعلام شده باشد یا شاکی، آن را در دادرسی طرح کرده باشد تأثیری نخواهد داشت.

نکته دیگر، آنکه در نظام دادرسی ایران، قاعده «موقعیت داشتن تعقیب» حاکم است و دادستان، الزامی به تعقیب موارد ارجاعی از سوی هیئت‌های رسیدگی‌کننده به تخلفات ندارد. حال اگر دادستان به هر دلیلی به‌ویژه جرم نبودن عمل، از تعقیب جرم خودداری کند، تأثیری در تعقیب انتظامی نخواهد داشت. ممکن است گفته شود ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مقرر داشته است: «هرگونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود». از ظاهر این عبارت چنین استنباط می‌شود که قانونگذار حالتی را در نظر دارد که دادسرا و دادگاه کیفری، تعقیب و تحقیق و احتمالاً محاکمه را انجام داده و تصمیمی مغایر با محکومیت اداری اتخاذ کرده باشند. پس اگر دادسرا از همان ابتدا دعوا را غیر قابل تعقیب کیفری بداند، جهتی برای تعقیب انتظامی وجود نخواهد داشت. این ایراد نیز مردود است زیرا صرف نظر از تفسیر لفظی عبارت مزبور که چنین استنباطی را به ذهن متبادر نمی‌کند، تفسیر منطقی نیز گویای آن است که قانونگذار در اجرای قاعده استقلال مراجع شبه‌قضایی چنین حکمی را مقرر داشته است.

مطلب سوم، آن است که عبارت مزبور به اجرای مستقل مجازات‌های کیفری و اداری، اشاره کرده است اما این در صورتی است که بتوان هر دو مجازات را همزمان، اجرا کرد. به عنوان مثال اگر هر دو مرجع، حکم به انفصال موقت داده باشند و حکم در یک زمان، ابلاغ گردیده و اجرا شود تداخل پیدا می‌کنند. البته استقلال، از این جهت وجود دارد که اگر یک مجازات به هر دلیلی منتفی گردید، مجازات دیگر اجرا خواهد شد. هیئت عالی نظارت بر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در نامه شماره ۱۶۰۴-۲۵۰۲۶ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۲۷ در همین رابطه، مقرر داشته است که مجازات انفصال از سوی هر دو مرجع، قابل اجراست هر چند ممکن است بخشی از دو رأی هم‌پوشانی داشته باشند.

مطلب دیگر آن است که گاهی میان رأی کیفری و اداری تعارض به وجود می‌آید. مانند اینکه دادگاه کیفری به دلیل عدم وقوع بزه، حکم به برائت دهد اما هیئت انتظامی، وقوع تخلف را احراز نموده و حکم به مجازات می‌دهد، هم‌چنان که عکس آن نیز صادق است. این موضوع در برخی قوانین مسکوت مانده و باید بر اساس مقررات عمومی مانند اعاده دادرسی عادی یا فوق‌العاده عمل شود و برخی قوانین نیز تکلیف را روشن کرده‌اند. به‌طور نمونه ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، موضوع را به ماده ۲۴ همین قانون ارجاع داده است که مقرر می‌دارد: «اصلاح یا تغییر آراء قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری صرفاً در مواردی که هیئت به اکثریت آراء تشخیص دهد که مفاد حکم صادر شده از لحاظ موازین

قانونی (به لحاظ شکلی یا ماهوی) مخدوش می‌باشد، پس از تأیید هیئت عالی نظارت در خصوص مورد امکان‌پذیر است. این ماده ابهام دارد که آیا هیئت عالی نظارت باید بازنگری را اجازه دهد یا رأی اصلاحی را تأیید کند که احتمال دوم با ظاهر قانون، سازگارتر است. مفاد این ماده با قواعد حقوقی از جمله قاعده «فراغ دادرس» تعارض دارد. شاید توجیه شود که دادرسی‌های اداری تابع قواعد و مقررات دادرسی‌های قضایی از جمله فراغ دادرس نیستند. در پاسخ می‌توان گفت تمامی دادرسی‌ها تابع قواعد و اصول کلی هستند و فقط تشریفات آنها ممکن است متفاوت باشد. قاعده فراغ دادرس چنان منطقی و عقلانی است که صرف نظر از تابعیت دادرسی اداری از قواعد کلی، فلسفه آن نیز اقتضا می‌کند در دادرسی‌های اداری نیز حاکم باشد.

آخرین مطلب در مورد مفاد ماده ۱۹ مذکور آن است که اگر مرجع اداری، اعلام جرم نکند فقط مرتکب تخلف انتظامی شده است؛ بنابراین باید به رسیدگی خود ادامه دهد. همچنین اگر این مرجع برخلاف تصریح قانون، رسیدگی را متوقف سازد تا مرجع قضایی تصمیم بگیرد، باز هم مرتکب تخلف شده است هرچند عدم رسیدگی، موجه و مدلل باشد مانند اینکه استدلال شود عنوان تخلف و عنوان مجرمانه یکسان هستند مثلاً هر دو، عنوان اختلاس دارند. تکلیف مذکور در این ماده، اطلاق دارد و تاب تفسیر مخالف را ندارد. ممکن است توجیه شود که ظاهر ماده ۱۹ حالتی را بیان می‌کند که تخلف و جرم، دو عنوان جداگانه باشند «تخلف کارمند عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد. اما همان‌گونه که بیان شد عبارت قانونگذار مطلق است.

بند دوم. مقرراتی که رسیدگی هم‌زمان در مرجع قضایی و اداری را ممنوع کرده‌اند:

الف. ماده ۱۳ قانون مقررات انتظامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۶ مقرر می‌دارد: «هرگاه تخلف عضو هیئت علمی عنوان یکی از جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد هیئت رسیدگی به تخلفات انتظامی مکلف است پرونده امر را به مرجع قضایی ارسال دارد حکم مراجع قضایی از جهت ارتکاب جرم عمومی برای هیئت انتظامی لازم‌الاتباع است ولی رسیدگی در مراجع قضایی مانع رسیدگی انتظامی نخواهد بود لیکن تا صدور رأی مراجع قضایی آن را متوقف می‌سازد».

همان گونه که در این مقررہ آمده است چنانچه موضوعی واجد وصف کیفری و تخلف اداری بوده و همزمان در مرجع کیفری و اداری مورد رسیدگی قرار گیرد مرجع اداری حق ندارد به رسیدگی خود ادامه دهد بلکه باید رسیدگی اداری را متوقف نماید تا تکلیف دعوای کیفری مشخص گردد.

ب. ماده ۵۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مصوب مجلس شورای اسلامی، اناطه اداری را بدین شرح توصیف می کند: «هرگاه رسیدگی دیوان منوط به اثبات امری باشد که در صلاحیت مرجع دیگری است، قرار اناطه صادر و مراتب به طرفین ابلاغ می شود. ذی نفع باید ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ اخطاریه ی دیوان، به مرجع صالح مراجعه و گواهی دفتر مرجع مزبور را مبنی بر طرح موضوع، به دیوان تسلیم کند، وگرنه دیوان به رسیدگی خود ادامه می دهد و تصمیم مقتضی را می گیرد». همان گونه که در این ماده آمده است چنانچه رسیدگی در دیوان مستلزم اثبات موضوعی باشد که از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است، باید قرار اناطه صادر گردد و عبارت «مرجع صالح» اطلاق دارد و شامل مراجع قضایی و غیرقضایی می شود اما بعید است که قانونگذار مراجع غیرقضایی را در نظر داشته باشد، پس چنانچه موضوع در صلاحیت مراجع قضایی کیفری یا حقوقی نباشد نیازی به صدور قرار اناطه نخواهد بود.

بیان چند نکته؛

نکته اول؛ اینکه صدور قرار اناطه از سوی مرجع شبه قضایی گرچه موجب توقف دادرسی اداری می شود اما این موضوع با استقلال مراجع اداری از مراجع قضایی ارتباطی ندارد و حتی مرجع قضایی ممکن است دادرسی خود را متوقف نماید تا مرجع صلاحیت دار به موضوع خاصی رسیدگی نماید. قرار اناطه جایی صادر می شود که رسیدگی منوط به احراز امری است که رسیدگی به آن از صلاحیت مرجع رسیدگی کننده خارج است؛ اما استقلال به معنای آن است که یک مرجع نتواند مستقلاً و بدون رسیدگی مرجع دیگر به همان موضوع رسیدگی نماید؛ زیرا وابسته به آن مرجع است.

نکته دوم؛ آن است که هیئت رسیدگی باید پرونده را به مرجع قضایی ارسال کند و از حکم مرجع قضایی تبعیت نماید. این اقدام موجب توقف دادرسی اداری می شود اما مانع آن نیست. اطلاق قسمت ذیل ماده مزبور اقتضا می کند که در هر صورت دادرسی اداری متوقف شود هر چند هیچ ارتباطی میان آنها نباشد. به عنوان مثال چنانچه عضو هیئت علمی متهم

به ضرب و شتم دانشجو شده باشد جنبه کیفری در مرجع قضایی و جنبه خلاف شئونات شغلی در مرجع اداری رسیدگی می‌شود و نیازی به توقف دادرسی اداری نیست منظور از مانع رسیدگی نبودن، آن است که رسیدگی به کلی منتفی نمی‌شود؛ اما منظور از توقف دادرسی، توقف موقت دادرسی است.

نکته سوم؛ مربوط به تبصره ماده ۱۳ است که مقرر می‌دارد: «در صورتی که مجازات تعیین شده از طرف مراجع قضایی همان مجازات مقرر در این قانون باشد، مجازات تکرار نخواهد شد و در غیر این صورت، حکم مراجع قضایی مانع مجازات‌های انتظامی نخواهد بود.» این حکم با مفاد نامه هیئت عالی نظارت که مورد اشاره قرار گرفت در تعارض است و از منظر قواعد حقوقی نیز بدون ایراد نیست. اگر شخصی به خاطر جنبه مجرمانه عمل ارتكابی، محکوم به کسر حقوق شود و هم‌زمان در دادگاه اداری نیز همین محکومیت را پیدا کند اصولاً هر دو مجازات اعمال می‌گردد اما ظاهر تبصره چنین اجازه‌ای نمی‌دهد. ممکن است این حکم با قواعد تعدد معنوی جرم، مقایسه شود اما این قیاس، نارواست؛ زیرا مقررات تعدد جرم که معمولاً استثنایی هم می‌باشد قابل تسری به موارد دیگر نیست؛ مضاف بر اینکه مرجع رسیدگی و ماهیت مجازات نیز متفاوت است. گرچه ظاهراً جزای نقدی در هر دو مورد یکسان است اما ماهیت یکی، کیفری و ماهیت دیگری، اداری می‌باشد. این حکم در اجرا نیز ممکن است مشکلاتی را در پی داشته باشد. مثلاً اگر دادگاه کیفری یک میلیون تومان جزای نقدی و دادگاه اداری، پانصد هزار تومان جریمه صادر کند ابهام وجود دارد که آیا مبلغ بالاتر اخذ می‌شود یا مابه‌التفاوت پرداخت می‌گردد یا چنین حالتی از شمول تبصره خارج می‌باشد؛ زیرا حکم کیفری همان حکم اداری نیست. تفسیر به نفع متهم، اقتضاء دارد که فقط مبلغ بیشتر اخذ شود هر چند دو احتمال دیگر نیز توجیه‌پذیر است.

مطلب دیگر در مورد تفسیر عبارتی است که می‌گوید: «حکم مرجع قضایی از جهت ارتكاب جرم عمومی برای هیئت انتظامی لازم‌الاتباع است. از ظاهر این عبارت چنین استنباط می‌شود که حکم قضایی فقط از یک جهت برای مرجع اداری لازم‌الاتباع است و آن «ارتكاب جرم» می‌باشد؛ یعنی اگر مرجع قضایی حکم به ارتكاب جرم دهد، دادگاه اداری حق ندارد خلاف آن را احراز کند. البته این حکم در مورد تبعیت دادگاه اداری از حکم دادگاه کیفری قابل توجیه‌پذیری است زیرا قاعده حاکمیت آرای کیفری بر دادرسی مدنی چنین اقتضایی دارد و عبارت «جرم عمومی» نیز این مطلب را بیان می‌دارد.

ج. مقرراتی که تصمیم را بر عهده مرجع رسیدگی گذاشته‌اند:

الف. ماده ۱۲۱ قانون مقررات تشکیلاتی، استخدامی، مالی و انضباطی وزارت امور خارجه مصوب ۱۳۵۲/۳/۷ مصوب مجلسین مقرر می‌دارد: «هرگاه مستخدم متهم به ارتکاب اعمالی شود که مشمول قوانین کیفری و تقصیرات اداری توأماً باشد در صورتی که به نظر دادگاه انتظامی تفکیک تقصیر اداری از بزه عمومی مقدور باشد، ضمن انجام دادرسی انتظامی پرونده امر به مراجع صلاحیتدار برای تعقیب کیفری فرستاده می‌شود و در غیر این صورت تا صدور حکم نهایی از مراجع صلاحیتدار جزایی دادرسی متوقف می‌گردد.»

ب. ماده ۷۰ آیین نامه آیین دادرسی کار مصوب ۱۳۹۱/۱۱/۷ توسط وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی نیز مقرر می‌دارد: «چنانچه بین طرفین دعوا، هم‌زمان دعوای کیفری دیگری، مرتبط با دعوای مطرح در مرجع حل اختلاف، در مرجعی دیگر مورد رسیدگی باشد و به تشخیص مرجع رسیدگی کننده، نتیجه آن در رأی تأثیرگذار باشد، صدور رأی به تعیین تکلیف دعوای کیفری موکول خواهد شد.»

در این ماده، رسیدگی مرجع قضایی هم‌زمان با مرجع کیفری به صورت مشروط تجویز شده است یعنی در صورتی که مرجع اداری، رسیدگی و تصمیم مرجع قضایی را مؤثر در رسیدگی اداری بداند. تشخیص این موضوع بر عهده مرجع اداری است بنابراین درخواست متهم یا دستور مرجع قضایی تأثیری ندارد.

قابلیت یا عدم قابلیت تفکیک دعوای کیفری و اداری به صورت مطلق بر عهده قاضی اداری گذاشته شده است؛ اما این اطلاق با قواعد و مقررات دیگر مقید می‌شود. یکی از جهات تقیید این حکم، قاعده «تسبیب» است با این توضیح که تمامی آراء قضایی و غیرقضایی باید مستدل، مستند و موجه باشد؛ بنابراین اگر قاضی اداری تصمیم بگیرد که دعوای کیفری را تفکیک کرده و به دعوای اداری رسیدگی کند باید استدلال نماید که چرا دو دعوا مستقل هستند و می‌توان جداگانه به آنها رسیدگی کرد. البته در مورد اینکه قاضی باید تفکیک را توجیه نماید یا در مورد عدم امکان تفکیک، استدلال کند ابهام وجود دارد. حکم اصلی و عمومی آن است که آنچه خلاف اصل و قاعده می‌باشد نیاز به اثبات دارد. برای احراز این موضوع باید به اماره‌ها و قرائن حالیه یا مقالیه استناد جست. منظور از قرینه مقالیه در اینجا ظواهر الفاظ است. ظاهر ماده ۱۲۱ عدم تفکیک دو دعوا، مطابق

اصل می‌باشد چون احراز تفکیک را موکول به نظر قاضی دانسته است اما ظاهر ماده ۷۰ خلاف آن را بیان می‌کند؛ زیرا تشخیص مؤثر بودن رأی کیفری بر دادرسی اداری را برعهده قاضی دانسته است. ایرادی که در اینجا وجود دارد تعارض ظاهر دو قانون با یکدیگر است درحالی که نباید تعارض وجود داشته باشد. پس باید سراغ اماره‌های دیگر رفت. مرتبط بودن دو دعوا، خلاف اصل عدم است زیرا فرض بر آن است که دو دعوا ارتباطی با یکدیگر نداشته باشند. نکته دیگر، آن است که تفاوتی ندارد دو دعوا، هم‌زمان در مرجع قضایی و اداری مطرح شده باشند یا یکی از آنها زودتر مطرح گردیده باشد. ماده ۱۲۱ ظهور در حالتی دارد که ابتدا دعوای اداری مطرح می‌شود و سپس معلوم می‌گردد که دعوا جنبه کیفری دارد همچنانکه ماده ۷۰ ناظر بر حالتی است که دو دعوا مستقلاً در مرجع قضایی و اداری مطرح شده است اما زمان طرح دعوا و تقدم یا تأخر آنها تأثیری ندارد. تصمیمی که دادگاه اداری در مورد تفکیک دو دعوا اتخاذ می‌کند در قالب تصمیم ساده اداری است و غیرقابل اعتراض می‌باشد. زمان توقف، نحوه ارجاع دعوای کیفری به مرجع قضایی و بسیاری از مقررات شکلی دیگر که در قانون بیان نشده است به تشخیص قاضی اداری بستگی دارد. دادرسی اداری مانند دادرسی کیفری تابع اصل قانونی بودن دادرسی نیست اما نه بدین معنا که قاضی اداری می‌تواند تصمیمی غیرمستدل اتخاذ نماید. همان‌گونه که اشاره شد قاعده «تسبیب آراء» در مورد دادرسی اداری نیز حاکم می‌باشد.

نکته دیگر آن است که دادگاه اداری در صورت توقف کردن دادرسی، باید تا زمان صدور رأی قطعی از سوی دادگاه کیفری صبر کند؛ اما اگر رأی قطعی کیفری مورد اعتراض فوق‌العاده قرار گیرد نیازی نیست که قاضی اداری صبر کند تا تکلیف رأی کیفری معلوم شود. ممکن است گفته شود اگر رأی کیفری در دیوان عالی کشور نقض شده و به شعبه هم‌عرض ارجاع شود یا رسیدگی ماهوی، آغاز گردد قاضی اداری باید صبر کند؛ زیرا فلسفه توقف دادرسی اداری، اقتضا می‌کند که در اینجا نیز توقیف شود برای پاسخ دقیق‌تر باید این مطلب را بررسی کرد که آیا توقف دادرسی اداری، مطابق اصل است یا خلاف آن؟ به نظر می‌رسد توقف دادرسی خلاف اصل استقلال دادرسی اداری می‌باشد و حالت توقف دادرسی اداری، منحصر در حالت‌هایی خواهد بود که در قانون به صراحت آمده است.

د. مقرراتی که در این زمینه سکوت کرده‌اند:

آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی و وابسته یکی از مواردی است که در زمینه امکان رسیدگی همزمان یا مجزا سکوت کرده‌اند. در چنین مواردی باید قاعده‌ای تأسیس شود و مرجع رسیدگی به آن قاعده عمل نماید و در گفتار بعدی در پی تأسیس چنین قاعده‌ای هستیم.

گفتار چهارم. تأسیس قاعده

همان‌گونه که ملاحظه گردید سه رویه در قوانین موضوعه در خصوص رسیدگی همزمان به دعوای اداری و کیفری بیان شده است؛

۱- مرجع اداری باید رسیدگی اداری را متوقف نماید تا مرجع کیفری رأی نهایی خود را صادر کند.

۲- مرجع اداری باید به رسیدگی خود ادامه دهد و رسیدگی اداری متوقف به دادرسی کیفری نمی‌شود.

۳- ادامه یا توقف رسیدگی بر عهده و تشخیص مقام اداری است؛ اما برخی قوانین نیز در این زمینه سکوت کرده‌اند.

در این گفتار می‌پردازیم به اینکه قاعده و اصل در این خصوص چه اقتضایی دارد.

بند اول. رویه نخست مطابق قاعده بوده و باید در موارد مسکوت بر اساس آن عمل شود؛

یک احتمال آن است که مرجع اداری باید رسیدگی خود را متوقف نماید تا وضعیت دعوای کیفری معلوم گردد. چند توجیه برای این احتمال می‌توان مطرح کرد. اولاً اگر مرجع اداری به رسیدگی خود ادامه دهد و تصمیم بگیرد، ممکن است مرجع قضایی تصمیمی برخلاف آن اتخاذ کند. آن‌گاه با دو تصمیم متعارض در خصوص یک موضوع روبه‌رو می‌شدیم. ثانیاً جرم و تخلف اداری، وصف واحد و مشترکی برای یک موضوع هستند و ارکان مشترکی دارند. پس وقتی یک مرجع تصمیم بگیرد برای مرجع دیگر نیز لازم‌الاتباع خواهد بود. ثالثاً همان‌گونه که گفته شد دادرسی اداری نسبت به دادرسی کیفری، استقلال ندارد بلکه تابع آن می‌باشد؛ بنابراین اقدامات در دادرسی تبعی موقوف بر اقدامات در دادرسی اصلی است. رابعاً توقف دادرسی، آثار مثبت زیادی مانند کاهش هزینه‌ها و سرعت در رسیدگی دارد.

چنانچه دادرس کیفری با انجام تحقیقات فراوان و صرف وقت و امکانات، نتیجه‌ای را به دست آورد، این نتیجه برای مرجع اداری نیز کافی است و توجیهی ندارد که دو دادرس به صورت هم‌زمان، برای رسیدن به یک نتیجه وقت بگذارند.

بند دوم. احتمال دیگر هریک از دو مرجع باید به صورت مستقل رسیدگی کند؛

زیرا مرجع قضایی و اداری دو مرجع مستقل هستند و تصمیمات مستقل می‌گیرند. توجیه احتمال قبلی، امکان صدور آراء متعارض بود اما این امکان راهکار دارد و می‌توان در رأی اداری تجدیدنظر کرد، هم‌چنان‌که ماده ۲۴ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، این راهکار را پیش‌بینی کرده‌است. ثالثاً، دادرسی‌های کیفری و اداری، تخصصی بوده و مستلزم تجربه و دانش فنی هستند بنابراین هر دادرس باید در حیطه تخصصی خود رسیدگی کرده و تصمیم بگیرند. رابعاً، استقلال دادرسی اداری و قضایی مطابق اصل می‌باشد؛ زیرا هرگاه نسبت به استقلال دو موضوع یا وابستگی آنها به یکدیگر تردید شود، وابستگی و تبعیت، یک حکم اضافی و خلاف قاعده می‌باشد که نیازمند دلیل است و در صورت فقدان دلیل باید به اصل مراجعه شود. خامساً، فلسفه متوقف نمودن دادرسی اداری آن است که دادرس اداری باید در تصمیم خود از تصمیم کیفری تبعیت نماید و تصمیمی برخلاف آن اتخاذ نکند؛ اما این فلسفه در صورتی محقق می‌گردد که دادرس اداری ملزم به تبعیت از تصمیم کیفری باشد. درحالی‌که نمی‌توان چنین تکلیفی را متوجه دادرس اداری دانست. ارکان و شرایط جرم با ارکان و شرایط تخلف اداری تفاوت دارد. ممکن است موضوع واحد در مرجع قضایی، منتهی به براءت شود اما در مرجع اداری، حکم محکومیت صادر گردد هم‌چنان‌که عکس آن نیز صادق است. این سخن در صورتی توجیه‌پذیر است که تصمیم قضایی واقعاً تأثیری در تصمیم اداری نداشته باشد. حال آنکه چنین نیست بلکه در موارد تخلف باید داوری‌های متفاوتی نمود. به عنوان نمونه اگر دادرس کیفری نظر بدهد که اتهام انتسابی به متهم، قابل انتساب به ایشان نیست و شخص دیگری مرتکب جرم شده است پس دادرس اداری حق ندارد تخلف را به وی نسبت دهد اما اگر دادرس کیفری، اتهام را مشمول مرور زمان یا فقدان سوءنیت بداند طبیعی است که برای دادرس اداری، الزام آور نیست و بر همین اساس، احتمال بدوی موجه‌تر به نظر می‌آید.

بند سوم. احتمال سوم آن است که تصمیم در مورد رسیدگی جداگانه یا توأمان بر عهده مقام اداری است. توجیه این احتمال، آن است که دعوای کیفری و اداری در تمامی موارد یکسان نیستند به گونه‌ای که تصمیم کیفری همیشه مؤثر در تصمیم اداری نیست بلکه در پاره‌ای از موارد مؤثر بوده و در پاره‌ای موارد بدون تأثیر است؛ بنابراین در حالت اول باید رسیدگی اداری متوقف گردد اما در حالت دوم توقف رسیدگی، اثری جز اطاله دادرسی در پی نخواهد داشت. تشخیص این موضوع نیز بر عهده مقام رسیدگی کننده است چون او اشراف بر موضوع دارد.

توقف دادرسی برای احراز حقیقت یا ادامه آن، یکی از اقدامات دادرسی است که تشخیص آن بر عهده قاضی رسیدگی کننده است. چنانچه قانون‌گذار در این خصوص سکوت کرده باشد به معنای آن است که اختیار تصمیم‌گیری را بر عهده دادرس گذاشته است و منطقی هم نیست که تمامی اقدامات دادرسی در قانون مشخص شده باشد. ممکن است ایراد شود که توقف یا ادامه دادرسی یک اقدام ساده دادرسی نیست به‌ویژه که با حقوق مردم نیز ارتباط دارد. نتیجه اینکه قانون‌گذار باید تکلیف آراء مشخص سازد و در صورت سکوت باید اصل و قاعده‌ای وجود داشته باشد تا تمامی قضات، رویه واحدی را اتخاذ کنند. ایرادی که نسبت به این احتمال می‌توان مطرح کرد آنکه اگر چنین تصمیمی منوط به نظر دادرس باشد، چه نیازی وجود داشت که قانون‌گذار در برخی موارد، حکم به توقف رسیدگی و در موارد دیگر، حکم به رسیدگی توأمان دهد. شاید بتوان پاسخ داد که تصریح قانون‌گذار در موارد خاص به‌خاطر مصالح و توجیه‌های مخصوص بوده است و منافاتی با وجود قاعده کلی برای موارد مسکوت ندارد.

نتیجه

همان‌گونه که در مورد رابطه دادرسی مدنی و کیفری اختلاف نظر وجود دارد، حقوقدانان نسبت به رابطه دادرسی اداری و دادرسی کیفری نیز به شکل جدی‌تری اختلاف نظر دارند. ملاک‌های اساسی، استقلال نهادهای حقوقی نسبت به یکدیگر، هدف، موضوع، ماهیت و نظایر این است که این ملاک‌ها در مورد دادرسی اداری و دادرسی کیفری و مدنی وجود دارد؛ بنابراین می‌توان دادرسی اداری را در مقابل دادرسی کیفری و مدنی، مستقل دانست. یکی از آثار مهم این موضوع، امکان یا عدم امکان رسیدگی به موضوع واحدی است که هم‌زمان به مراجع رسیدگی اداری و کیفری ارجاع می‌گردد. در برخی قوانین که

برای دادرسی‌های اداری وجود دارد، تکلیف این موضوع روشن شده و قانونگذار، مرجع رسیدگی‌کننده را موظف نموده تا رسیدگی خود را متوقف کند و منتظر رأی کیفری بماند و پس از آن تصمیم بگیرد؛ اما برخی از قوانین در این خصوص ابهام دارند و در نتیجه باید براساس قواعد حقوقی و اصول کلی، تکلیف را روشن ساخت. در این مقاله پس از بررسی دلایل و توجیه‌هایی که برای هردو احتمال وجود دارد، قاعده و اصلی تأسیس گردید که به موجب آن مرجع اداری حق دارد به موضوعی که در مرجع قضایی نیز مطرح می‌باشد، رسیدگی کرده و تصمیم بگیرد یا دادرسی را متوقف نماید تا مرجع قضایی تصمیم گرفته و مرجع اداری نیز بر مبنای آن، تصمیم بگیرد.

در مورد تبعیت مرجع اداری از تصمیم مرجع قضایی نیز می‌توان گفت که چنانچه تصمیم کیفری مؤثر در موضوع اداری باشد، مرجع اداری باید از آن تبعیت کند و این مرجع حق ندارد تصمیمی بگیرد که مغایرت صریح با تصمیم کیفری دارد اما عکس این موضوع صادق نیست؛ یعنی چنانچه مرجع مدنی تصمیمی نسبت به موضوع اداری اتخاذ کرده باشد یا مرجع اداری تصمیمی در موضوع اداری اتخاذ نموده باشد این دو مرجع تکلیفی ندارند که از تصمیم مرجع دیگر تبعیت نمایند بلکه مرجع رسیدگی باید بررسی نموده و حسب مورد تصمیم بگیرد بدین صورت که اگر تصمیم مرجع مدنی یا اداری مؤثر در موضوع رسیدگی می‌باشد به آن توجه نماید و گرنه الزامی به تبعیت نخواهد داشت.

ممکن است از جمع قوانین و مقررات مربوط به دادرسی در مراجع اداری شبه قضایی چنین نتیجه گرفته شود که گرچه برای تخلفات اداری در سازمان‌های مختلف، قوانین و مقررات جداگانه‌ای تصویب شده است؛ اما برای تفسیر این مقررات باید تمامی مقررات را در نظر گرفته و به صورت جمعی اظهار نظر کرد. برخی از قوانین، قاضی اداری را موظف کرده‌اند که مستقلاً و بدون توجه به جنبه کیفری دعوا به جنبه تخلف بودن آن رسیدگی کنند. برخی دیگر، قاضی اداری را موظف کرده‌اند که رسیدگی اداری را متوقف نماید تا نتیجه دعوای کیفری مشخص شود. برخی نیز اختیار را به قاضی اداری داده‌اند و سرانجام برخی دیگر سکوت کرده‌اند. این مقررات قابل جمع عرفی بوده و تعارضی با یکدیگر ندارند. جمع عرفی بدین صورت است که قوانین دسته اول، حالتی را بیان می‌کنند که دو دعوا کاملاً مستقل باشند و قوانین دسته دوم، حالتی را در نظر دارند که دعوای کیفری و اداری وابسته به یکدیگر هستند و نمی‌توان آنها را از یکدیگر تفکیک نمود. قوانین دسته سوم نیز اختیار را به قاضی داده‌اند که حسب مورد تصمیم بگیرد و در مورد سکوت قوانین دسته چهارم نیز

باید به بیان قانونگذار در قوانین دیگر مراجعه کرد. این توجیه بسیار شایسته و درخور توجه است اما با ظاهر قانون سازگاری ندارد؛ زیرا قانونگذار برای هر موردی، حکم خاصی را بیان کرده است و بر همین اساس پیشنهاد این تحقیق به قانونگذار، آن است که کلیه قوانین مربوط به رسیدگی به تخلفات اداری را در یک قانون جامع و کاملی جمع کرده و مراجع انتظامی شبه قضایی را از سردرگمی نجات دهد. در این مورد خاص نیز بهتر است تشخیص را به قاضی اداری واگذار کند تا حسب مورد تصمیم بگیرد و البته می‌توان شاخص‌هایی را برای تصمیم‌گیری تعیین کرد تا تشتت آراء صورت نگیرد.

فهرست منابع الف. منابع فارسی

۱. آشوری، محمد (۱۳۷۶)، *آیین دادرسی کیفری*، جلد ۱، انتشارات سمت
۲. آقای طوق، مسلم، هداوند، مهدی، (۱۳۸۹) *دادگاه های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)*، انتشارات خرسندی.
۳. استوارسنگری، کوروش، (۱۳۹۹) *چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره*، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری.
۴. اصغری آق مشهدی، فخرالدین ایشاری، مهدی، *تأثیر متقابل اعتبار امر مختومه در رسیدگی‌های حقوقی و کیفری*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۱.
۵. اعراب شیبانی، محمدرضا، حیدری، سیروس، فروغی، فضل‌الله (۱۳۹۸)، *مبانی و شرایط حجت آرای کیفری در دعاوی مدنی*، نشریه دانش حقوق مدنی، دوره ۸، شماره ۲.
۶. جلالی، محمد، حسنونند، محمد، میری، ایوب (۱۳۹۶)، *تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۹.
۷. دنکوب، ابوالفضل (۱۳۸۶)، *قرار اناطه و جایگاه آن در نظام قضائی ایران*، مجله قضاوت، شماره ۴۹.
۸. زراعت، عباس (۱۳۹۳)، *بنیادهای دادرسی کیفری*، جلد ۵، تهران، انتشارات جنگل.
۹. شمس، عبدالله، (۱۳۸۲) *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، نشر میزان.
۱۰. طیرانیان، غلامرضا (۱۳۸۷)، *دعاوی تصرف*، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۱. میرکمالی، سید علیرضا (۱۳۹۵)، *دادرسی افتراقی اطفال در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲*، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱۴.
۱۲. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، (۱۳۹۲) *درآمدی بر سیاست جنایی افتراقی*، دیپاچه بر کریستین لازرژ، درآمدی بر سیاست جنایی، نشر میزان.
۱۳. نوکنده، عزیز (۱۳۹۷)، *تبعیت دادگاه کیفری از نتیجه رای ناشی از قرار اناطه*، نشریه رای، شماره ۲۲.

ب. منابع عربی

۱۴. جیهان، محمد ابراهیم جادو (۲۰۰۹)، الاجرائیات الاداریه للطعن فی الاحکام القضائیه الاداریه، دارالکتاب القانونی.
 ۱۵. جمعه، احمد محمود (۲۰۰۷)، تطبیق احکام القانون الخاص علی منازعات القانون العام، الجزء الثاني، مصر، منشأ المعارف .
 ۱۶. حافظ محمد، محمود، (۱۹۷۳)، القضاء الاداری، مصر، دارالنهضة العربیه.
 ۱۷. حلمی، محمد الحجار، (۲۰۰۲)، الوسیط فی اصول المحاکمات المدنیه، بیروت، المؤلف.
 ۱۸. ختال، سعید، القرارات الاداریه و الغائها، نشرة القضاء، الجزایر، العدد ۴۴.
 ۱۹. رزق الله انطاکی (۱۹۵۷)، الوجیز فی اصول المحاکمات، دمشق، مطبعه الجامعه السوریه.
 ۲۰. راغب الحلو، ماجد، (۲۰۰۰)، القضاء الاداری، مصر، منشأ المعارف.
 ۲۱. طاهری، حسین، (۲۰۰۵) شرح وجیز للاجرائیات المتبعه فی المواد الاداریه، دار الخلدونیه.
 ۲۲. علی محمد، جعفر، (۲۰۰۴) شرح اصول المحاکمات، مؤسسه مجد، بیروت.
 ۲۳. فاطمه بن سنوسی (۲۰۰۳)، دور التظلم الاداری فی حل النزاعات الاداریة فی القانون الجزائری، دارمنی.
 ۲۴. مدحت النهری، مجدی (۲۰۰۱) مبادئ القانون الإداری، القاهرة، دارالنهضة العربیه.
 ۲۵. ممدوحی، خلیل الجر (۱۹۹۸)، اصول المحاکمات الجزاییه، مکتب دار الثقافه للنشر و التوزیع، عمان.
- ج. منابع فرانسوی

- 26-Martine Lombard (2003) 'et dumont droit administrative', Paris
- 27-René Chapus Droit ' du contentieux administrative', Paris ' Montchrestien
- 28-Francis Paul Benoit (1968) 'le droit administrative', Paris ,Dalloz

اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران

پژمان محمدی *

غلامحسن مزارعی **

مسعود آرای ***

چکیده

امروزه قراردادهای مشارکت در ارائه خدمات عمومی به مردم، نقشی اساسی ایفا می کنند و با توجه به نیاز روزافزون این نوع خدمات و کمبود منابع مالی دولت ها (بخش عمومی)، اهمیت قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی، دوچندان می شود. اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت، نیازمند آگاهی همه جانبه از ضوابط عمومی و اختصاصی و مقررات مختلف این گونه قراردادهای مشارکت است که باید مورد بررسی طرفین قرارداد قرار گیرد. نوع مشارکت، عمر پروژه های مشارکتی، تأمین منابع مالی این پروژه ها، تحولات سیاسی، اجتماعی و به خصوص اقتصادی جامعه و در نهایت قوانین حاکم بر این نوع قراردادهای، از جمله عواملی هستند که ممکن است شکل خاصی از قرارداد مشارکت را ایجاد نمایند. همچنین آثار حقوقی ناشی از این نوع قراردادهای مشارکت و ایجاد انگیزه جهت مشارکت، بسیار حائز اهمیت است. رعایت ضوابط و مقررات مشارکت در پروژه ها باعث به حداقل رساندن اختلافات بین مشارکت کنندگان در انجام پروژه و رعایت حقوق طرفین قرارداد می شود. با دقت شدن در قوانین و مقررات کشور می توان به برخی از الگوهای مشارکت بخش عمومی با بخش خصوصی پی برد. تحقیق حاضر در پی بررسی، تحلیل و در نهایت، تدوین اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت با توجه به قوانین و مقررات موجود کشور در جهت تسهیل و ترغیب مشارکت بخش خصوصی است. هدف اصلی این پژوهش، ارائه اصولی است که ضمن حاکمیت بر این نوع قراردادهای، بتواند انعقاد این نوع قراردادهای را هم برای دولت و سایر دستگاه های اجرایی و هم برای مشارکت کنندگان جذاب نماید.

کلیدواژه ها: اصول حقوقی، قراردادهای مشارکت قوانین و مقررات، مشارکت عمومی - خصوصی.

*. استاد گروه حقوق خصوصی و مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس تهران

mohamadi@modares.ac.ir

**دکترای تخصصی حقوق عمومی، عضو هیئت علمی دانشگاه شهید چمران اهواز.

hasan.mazarei@gmail.com

***دانش آموخته ارشد حقوق عمومی، مدرس دانشگاه (نویسنده مسئول).

masood.araei84@gmail.com

مقدمه

امروزه قراردادهای مشارکت بین بخش‌های عمومی و خصوصی به‌طور روزافزونی و با تنوع فراوان در حال گسترش است. ضرورت مشارکت عمومی_خصوصی به این دلیل هر روز بیش از پیش مشخص می‌شود که دولت‌ها به عنوان بخش عمومی، به تنهایی قادر به رویارویی با تقاضای مداوم خدمات نیستند و لازم است که به دنبال جلب یاری سایر بخش‌های جامعه باشند. مشارکت عمومی_خصوصی، یکی از شکل‌های امیدبخش چنین همکاری‌هایی است. این مشارکت بر مبنای درک این نکته است که هر دو بخش عمومی و خصوصی می‌توانند از به اشتراک گذاشتن منابع مالی، دانش و تخصص‌شان به منظور بهبود ارائه خدمات پایه به همه شهروندان، سود ببرند.

اکنون در بسیاری از کشورهای دنیا، دولت‌ها، هم برای تأمین هزینه‌های جاری خود و همچنین به منظور تأمین هزینه پروژه‌های عمرانی، نیازمند تأمین منابع مالی هستند. یکی از راه‌های ایجاد سرعت در توسعه اقتصادی و آبادانی و ایجاد اشتغال، جلب سرمایه و سرمایه‌گذاری است.^۱ جذب سرمایه‌گذار باید با استفاده از انواع مهارت‌های علمی و تجربی صورت گیرد. موضوعی که نیاز به تحصیل مشاوره از مشاوران خبره دارد و تسهیل‌سازی هرچه بیشتر آن برای سرمایه‌گذار را می‌طلبد.^۲ اجرای پروژه‌های مشارکتی و ارائه خدمات عمومی در قالب این قراردادها اهمیت و اولویت خاصی دارد.

با توجه به جدید بودن دانش مشارکت و سرمایه‌گذاری در کشور، در راستای ایجاد فرصت‌های جدید سرمایه‌گذاری برای بخش خصوصی، جلب و جهت‌دهی بهینه سرمایه و منابع مالی یاد شده و ایجاد بستر مناسب برای ارزش‌آفرینی مضاعف در حوزه رشد اقتصادی، لزوم شناخت و بررسی موانع حقوقی موجود بر سر راه مشارکت و حضور بخش خصوصی در پروژه‌های عمرانی و ملاحظات داخل کشور جهت بهره‌گیری از ظرفیت‌های خالی موجود و پتانسیل این بخش و ارائه راهکارهای مناسب با فضای اقتصادی، سیاسی و فرهنگی کشور احساس می‌شود؛ لذا هرگونه مطالعه‌ای که به جنبه‌های مختلف مشارکت خصوصی در تأمین مالی پروژه‌های عمرانی کمک کند، اهمیت دارد. در این زمینه در کشور مطالعه خاصی با نگرش حقوقی به موضوع اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت، جهت

۱. ذاکری، احمد، راهکارهای جذب سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های شهری، کنفرانس بین‌المللی توسعه نظام اجرایی پروژه‌های عمرانی، صنعتی و شهری، تهران، مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۶، ص ۱.

۲. رجبی خاوانی، احمد، رویکردهای نوین جذب سرمایه‌گذاری خصوصی در شهرداری‌ها، سایت شهرداری ایلخچی به آدرس: www.sh-eilkhchi.ir، صفحه نخست، ۱۳۹۳، ص ۲.

تسهیل مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های عمرانی دولت (بخش عمومی) صورت نگرفته است؛ لذا انجام این مطالعه، ضروری به نظر می‌رسد.

امروزه قراردادهای مشارکت در ارائه خدمات عمومی به مردم، نقشی اساسی ایفا می‌کنند و با توجه به نیاز روزافزون این نوع خدمات و کمبود منابع مالی دولت‌ها (بخش عمومی)، اهمیت قراردادهای مشارکت عمومی - خصوصی، دوچندان می‌شود. اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت، نیازمند آگاهی همه‌جانبه از ضوابط عمومی و اختصاصی و مقررات مختلف این گونه قراردادهای مشارکت است که باید مورد بررسی طرفین قرارداد قرار گیرد. نوع مشارکت، عمر پروژه‌های مشارکتی، تأمین منابع مالی این پروژه‌ها، تحولات سیاسی، اجتماعی و به‌خصوص اقتصادی جامعه و در نهایت قوانین حاکم بر این نوع قراردادهای، از جمله عواملی است که ممکن است شکل خاصی از قرارداد مشارکت را ایجاد کند. همچنین آثار حقوقی ناشی از این نوع قراردادهای مشارکت، بسیار اهمیت دارد. رعایت ضوابط و مقررات مشارکت در پروژه‌ها باعث به حداقل رساندن اختلافات بین مشارکت‌کنندگان در انجام پروژه و رعایت حقوق طرفین قرارداد می‌شود.

در این پژوهش ضمن بررسی اصول و قواعد حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت، به این سؤالات اساسی پاسخ خواهیم داد که با توجه به تفاوت در اجزاء و شروط این قراردادهای مشارکت، قواعد حقوقی حاکم بر آنان یکسان است و تنوع در قراردادهای مشارکت، برای ایجاد انگیزه و بهره‌وری بیشتر در جلب سرمایه‌گذاری بخش خصوصی با حفظ مالکیت دولت صورت می‌پذیرد. البته با دقت در قوانین و مقررات کشور می‌توان به برخی از الگوهای مشارکت با بخش خصوصی پی برد؛ بنابراین، تحقیق حاضر به دنبال بررسی، تحلیل و درنهایت، تدوین ضوابط و اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت در پروژه‌های دولت با توجه به قوانین و مقررات موجود کشور در جهت تسهیل مشارکت و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی است.

از آنجاکه قراردادهای مشارکت برخلاف سایر قراردادهای اداری و دولتی، به شکل برد-برد منعقد می‌گردند؛ بنابراین دولت نمی‌تواند شرایط خود را بر طرف خصوصی قرارداد تحمیل کند. هدف اصلی این پژوهش، ارائه اصولی است که ضمن حاکمیت بر این نوع قراردادهای مشارکت، بتواند انعقاد این نوع قراردادهای مشارکت را هم برای دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی و هم برای مشارکت‌کنندگان جذاب کند. بلاشک این اصول در جهت رعایت انصاف و برابری و در جهت تسهیل سرمایه‌گذاری است.

گفتار اول. مفهوم، ماهیت و ویژگی‌های قراردادهای مشارکت در حقوق ایران

درباره ماهیت قراردادهای مشارکت و مطابقت آن با قراردادهای حوزه حقوق خصوصی یا حوزه حقوق عمومی باید بیان داشت که قراردادهای حوزه حقوق عمومی، به قراردادهای «اداری»^۱ و «اداره»^۲ تقسیم می‌شوند. در قراردادهای اداره علی‌رغم اینکه یک طرف قرارداد، دولت است؛ اما قرارداد در راستای تأمین منافع عموم منعقد نمی‌شود؛ بلکه دولت در راستای پیگیری امر تصدی‌گری، این‌گونه قراردادها را منعقد می‌کند؛ بنابراین، قرارداد کاملاً خصوصی است. در نظام حقوقی ایران، برای تمایز قرارداد اداری، معیار مشخصی بیان نشده و حتی برخی از حقوق‌دانان، در وجود قرارداد اداری تردید نموده‌اند. برخی از حقوق‌دانان،^۳ بدون ذکر عنوان قرارداد اداری، با ملاک گرفتن از معیارهای قرارداد اداری در سایر کشورها، معتقد به وجود قرارداد اداری در قوانین مختلف، مانند قانون برنامه و بودجه و قوانین استخدامی هستند.

صرف نظر از وجود یا عدم وجود قراردادهای اداری، بعضی از حقوق‌دانان در تعریف قرارداد اداری، چنین گفته‌اند: «قراردادی است که یکی از سازمان‌های اداری یا با نمایندگی از آن‌ها از یک‌سو با هریک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر به هدف انجام یک عمل یا خدمت مربوط به منافع عمومی بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی) منعقد می‌کند و رسیدگی به اختلافات ناشی از چنین قراردادی، در صلاحیت دادگاه اداری می‌باشد».^۴ این تعریف می‌تواند شامل قراردادهای مشارکت نیز باشد.

به نظر می‌رسد این تعریف نسبی است؛ چنان‌که بعضی از اساتید دیگر، قرارداد اداری را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «قرارداد عمومی یا دولتی، قراردادی است که بین دولت با یک شخص حقوق خصوصی، اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد و معمولاً به منظور

۱. بعضی از اساتید حقوق، قرارداد اداری را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «قرارداد عمومی یا دولتی، قراردادی است که بین دولت با یک شخص حقوق خصوصی، اعم از اتباع داخلی یا خارجی منعقد می‌گردد و معمولاً به منظور اداره خدمات عمومی و یا بهره‌برداری از منابع و ثروت‌های ملی منعقد می‌شود.» نگاه کنید به: طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۶، ص ۳۳۶.

۲. قراردادهای اداره علی‌رغم اینکه یک طرف قرارداد دولت است؛ اما قرارداد در راستای تأمین منافع عموم منعقد نمی‌شود بلکه دولت در راستای پیگیری امر تصدی‌گری این‌گونه قراردادها را منعقد می‌کند؛ لکن قرارداد کاملاً خصوصی است.

۳. نگاه کنید به: امامی، محمد و کوروش استوار سنجری، **حقوق اداری**، تهران، بنیاد حقوقی میزان، جلد دوم، ۱۳۹۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۶.

اداره خدمات عمومی یا بهره‌برداری از منابع و ثروت‌های ملی منعقد می‌شود.^۱ چراکه ممکن است عنصر صلاحیت رسیدگی دادگاه اداری، به اختلاف حاصل از این قبیل قراردادهای، در قوانین فعلی ایران صدق نکند؛ هرچند که یکی از شرایط اساسی در نظام حقوقی دوگانه، همین شرط صلاحیت دادگاه‌های اداری در دعاوی ناشی از قراردادهای اداری است.

امروزه به‌کارگیری روش مشارکت عمومی - خصوصی برای اجرای پروژه‌های مختلف، متداول است و بسیاری از کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته، این روش را برای اجرای پروژه‌های خود در سطوح ملی و محلی به‌کار می‌گیرند.^۲ پیش از آنکه به هدف و مزایای این مشارکت بپردازیم، باید مقصودمان از بخش عمومی و بخش خصوصی را به عنوان طرفین قرارداد مشارکت بیان کنیم. بخش عمومی، به مؤسسات و نهادهایی گفته می‌شود که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در اختیار دولت، نهادها و سازمان‌های عمومی یا شهرداری‌ها قرار دارند و به قصد انتفاع یا بدون قصد انتفاع عمل می‌کنند. ممکن است مقصود از بخش عمومی، دولت، اعم از دولت مرکزی، دولت ایالتی و منطقه‌ای یا مؤسسات عمومی غیردولتی، مانند شهرداری‌ها یا هر نهاد تحت کنترل دولت باشد. طرف خصوصی که معمولاً در قالب یک شرکت فعالیت می‌کند، به اشخاصی گفته می‌شود که تحت مالکیت و کنترل مستقیم دولتی نیستند و توسط سرمایه‌گذاران بخش خصوصی اداره و کنترل می‌شوند. اگر سرمایه‌گذاران متعدد با مشارکت یکدیگر، شرکتی به این منظور تأسیس کرده باشند، از آن به عنوان «شرکت پروژه» یاد می‌شود.

با توجه به قابلیت‌ها و توانمندی‌های دو بخش عمومی و خصوصی، مشارکت و همکاری این دو بخش و تلفیق توانمندی‌هایشان با یکدیگر و تقسیم مخاطره‌های موجود می‌تواند تأثیر شایان توجهی در اجرای بهینه پروژه‌های زیربنایی و خدمات عمومی داشته باشد. مشارکت عمومی - خصوصی، توافق‌نامه‌ای میان دولت و بخش یا بخش‌های خصوصی است که بر اساس آن بخش یا بخش‌های خصوصی، نسبت به ارائه خدمات عمومی هم‌راستا با اهداف ارائه خدمات دولت و اهداف سودآوری بخش خصوصی و به نحوی اثربخش که ریسک کافی به بخش خصوصی منتقل شود، اقدام کند. در این مدل، بخش خصوصی از طریق یک کسب‌وکار ساده، دارایی مورد نیاز را تدارک دیده و نسبت به ارائه خدمات به عموم، اقدام

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۶، ص ۲۹۸-۲۹۹.

۲. رسولی‌منش، سیدمصطفی، تأمین مالی طرح‌های توسعه و پروژه‌های شهری با استفاده از روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی، اقتصاد شهر، ۱۳۸۹، شماره ۵، ص ۳۸.

و در عوض در قبال کیفیت و میزان خدمات ارائه شده، حق الزحمه خدمات دریافت نماید.^۱ در تعریف دیگر، مشارکت عمومی - خصوصی، به ترتیبات قراردادی طولانی مدتی اطلاق می شود که میان نهادهای بخش دولتی و بخش خصوصی منعقد می شود؛ به ویژه با هدف تأمین مالی، طراحی، عملیاتی کردن و بهره برداری از تأسیسات زیربنایی و خدماتی انجام می گیرد.^۲ در مشارکت عمومی - خصوصی، به جای اینکه بخش عمومی به ایجاد دارایی سرمایه ای و ارائه خدمات عمومی اقدام کند، بخش خصوصی دارایی مورد نیاز را تدارک دیده و در قبال خدمات ارائه شده، حق الزحمه خود را دریافت می کند.^۳ ویژگی چنین قراردادهایی، مشارکت در سرمایه گذاری، مخاطره، مسئولیت ها و درآمدها بین طرف های مشارکت است. هدف آن، تحویل پروژه ای است که به طور سنتی به وسیله بخش عمومی تأمین می شده است؛^۴ اما به دلایلی دولت تصمیم می گیرد که با مشارکت بخش خصوصی آن را انجام دهد. اساساً درگیری هر دو طرف (بخش عمومی و خصوصی) در قراردادهای مشارکت، یک ضرورت تلقی می شود.^۵

همان طور که بیان شد؛ در قراردادهای مشارکت (مشارکت عمومی - خصوصی)، دولت یا سایر دستگاه های اجرایی به عنوان بخش عمومی از یک طرف و بخش خصوصی از طرف دیگر، طرفین قرارداد را تشکیل می دهند و این نوع قراردادها از نظام ویژه حقوق عمومی تبعیت می کنند؛ بنابراین این نوع قراردادها جزء قراردادهای اداری هستند.

گفتار دوم. هدف از مشارکت

تنوع ترتیب های مشارکتی، منافع قابل توجهی را برای مدیریت و اجرای مراحل نوزایی،

۱. برزگر، عبدالرضا و تهمنه رحمانی، جایگاه مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوق اداری ایران، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۵، صص ۹۶-۹۷.

2-Asian Development Bank (ADB) (2008), Public Private Partnership (PPP), Handbook, September, ADB Publishing, p.15

۳. سعیدی، علی، ظرفیت های ابزارهای مالی اسلامی در توسعه مشارکت عمومی و خصوصی در ایران، همایش ملی مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت، تهران، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، ۱۳۹۱، ص ۵۶۰.

4-International Monetary Fund (IMF) (2012), Public Private Partnership, the Fiscal Affairs Department, available at <http://www.imf.org>, p.4

5-Grigorescu, Adriana (2008), Models of Public Private Partnership Projects in Tourism Industry, Nation School of Political Studies and Public Administration (NSPSA), Bucharest, MPRA

ارائه می‌کند؛ به‌طوری که هدف از این نوع مشارکت‌ها، تولید یک نتیجه سودبخش دوطرفه است که بخش خصوصی و عمومی، به تنهایی قادر به دستیابی به آن نخواهند بود.^۱

از نظر سنکوا،^۲ مشارکت‌های عمومی - خصوصی، منافع زیر را عرضه می‌کند:

۱. اطمینان از تجهیز مؤثرتر منابع؛
۲. قدرت حمایت بیشتر با تکیه بر نکات قوی شرکای مختلف؛
۳. پرداختن به مشکلات در یک روش همه‌جانبه‌تر؛
۴. تضمین ارائه خدمات منصفانه به افراد مختلف ذی‌مدخل؛
۵. دستیابی به هماهنگی در برنامه‌ها و پروژه‌های متفاوت و جزء جزء شده.^۳

در راستای ذکر مزایای مشارکت عمومی - خصوصی، نورمنت^۴ در ابتدا نقاط قوت هر بخش را برمی‌شمرد؛ به این صورت که قوت‌های بخش خصوصی را شامل مدیریت کارا، بهره‌مندی از تکنولوژی‌های جدید، محل‌ها و فعالیت‌های کارا، مدیریت جریان نقدی پول، توسعه شخصی (برنامه‌ریزی استعدادی) و منابع مشترک می‌داند و قوت‌های بخش عمومی را شامل اعتبار قانونی، حمایت از سیاست‌های مصوب، اهداف وسیع، متعادل و درون‌گر برای دستیابی به نیازهای عموم و نهایتاً منابع و سرمایه‌های عمده و بزرگ می‌داند و سپس راز موفقیت یک مشارکت عمومی - خصوصی را در برقراری تعادل بین نقاط قوت هر دو بخش معرفی کرده و مزایای زیر را برای آن قائل می‌شود:

۱. حداکثر بهره‌گیری از نقاط قوت هر بخش؛
۲. کاهش یافتن ریسک توسعه؛
۳. بسیج دارایی‌هایی که اضافی یا کم‌کاربرد هستند؛
۴. بهبود در تکمیل امور و کارها به صورت مؤثرتر و سریع‌تر؛
۵. اقبال بهتر نسبت به محیط؛
۶. بهبود خدمات‌رسانی به جامعه؛
۷. بهبود اثربخشی هزینه‌ها؛

1-Ministry for the Environment. (2007). Urban Design Toolkit

2-Tsenkova

3-Tsenkova, Sasha. (2002).Urban Regeneration:Learning form the british experience,Calgory:university of Calgary,Faculyy of Environmental Design. Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure .(Projects (2000Uncitral Legislative Guide

4-Norment

۸. اشتراک منابع؛

۹. اشتراک در زیان‌ها؛

۱۰. منافع و سودهای دوطرفه.^۱

گفتار سوم. اصول حقوقی حاکم بر مشارکت

اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت، نیازمند آگاهی همه‌جانبه از ضوابط عمومی و اختصاصی و مقررات مختلف این‌گونه قراردادها است که باید مورد بررسی طرفین قرارداد قرار گیرد. از این رو، تدوین ضوابط و اصول حاکم بر قراردادهای مشارکت در پروژه‌های متنوع دولت و دستگاه‌های اجرایی، با توجه به قوانین و مقررات موجود کشور باید در جهت تسهیل مشارکت و سرمایه‌گذاری بخش خصوصی باشد. این بخش از پژوهش حاضر، به تحلیل اصول حقوقی حاکم بر مشارکت و قراردادهای مشارکت اختصاص دارد که از ۹ اصل به ترتیب زیر تشکیل می‌گردد:

بند اول. اصل قانونی بودن مشارکت

اصل حاکمیت قانون^۲ که یکی از ویژگی‌های اساسی دموکراسی محسوب می‌شود،^۳ به معنای انقیاد و تساوی همگان در جامعه، اعم از شهروندان و دولت‌مردان در مقابل قانون است. در حقوق اداری نیز اصل حاکمیت قانون یا «قانونیت»^۴ بنیادی‌ترین و مهم‌ترین اصل نظام‌های حقوق اداری است که می‌توان سایر اصول را در پرتو همین اصل تحلیل نمود.^۵ این اصل چهارچوب و اختیارات مقامات عمومی را مشخص می‌کند؛ به گونه‌ای که این مقامات در اتخاذ تصمیمات و انجام اقدامات اداری، آزاد نیستند؛ بلکه کلیه این فعالیت‌ها باید در محدوده قوانین و مقررات بوده و مبنای قانونی داشته باشد. لازمه تحقق این اصل و عدم تجاوز مقامات دولتی از حیطه صلاحیت‌های قانونی خود، آگاهی آنان از مندرجات قوانین و وظایف محوله خود و نظارت دائم مردم بر کارمندان دولتی است.^۶

1-Ghobadian, A., Gallear, D., Viney, H. (2004). Private Public Partnership Policy and Experience, Milan: Palgrave Mcmillan

2-Rule of law

۳. هاشمی، سیدمحمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۴۳۴.

4-Legality

۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۸۵.

۶. عطریان، فرامرز، اداره خوب «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۹۷.

با توجه به اینکه اصل حاکمیت قانون از اصول حاکم در حقوق عمومی است، زیربنای نظام‌های حقوقی و سیاسی دنیای امروز تلقی می‌گردد. قراردادهای نیز به عنوان یک نهاد اجتماعی باید مورد حمایت قانونی قرار گیرند. بر اساس این اصل، کلیه مشارکت‌ها و قراردادهای مشارکت بایستی برگرفته، تابع و در چارچوب قانون باشد؛ زیرا در صورت بروز اختلافات بین طرفین مشارکت، بر اساس چهارچوب قوانین و در جهت حفظ منافع فردی بخش خصوصی و منافع عمومی شهروندان، می‌توان این مسائل را حل و فصل کرد. در قانون اساسی، قوانین عادی، مقررات و آیین‌نامه‌های مختلف به موضوع مشارکت اشاره شده است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به موضوع مشارکت و سرمایه‌گذاری به صورت صریح و ضمنی اشاره شده است. در این خصوص در بند ۸ اصل سوم قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران برای نیل به اهداف مقدس خود، موظف به کاربرد همه امکانات خود جهت مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش شده است. همچنین در اصل بیست‌ونهم، دولت مکلف شده است که طبق قوانین، از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایت‌های مالی فوق را برای یک‌یک افراد کشور تأمین کند.

در بند ۲ اصل چهل‌وسوم نیز برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان، تأمین شرایط و امکانات کار برای همه در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد، دیده شده است که مؤید مشارکت مردم جهت تأمین استقلال اقتصادی جامعه است. اصل چهل‌وچهارم نیز به نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران اشاره نموده که بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی استوار است و مشارکت بخش خصوصی را در کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات خواستار شده است. در قوانین برنامه‌های مختلف توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز به مشارکت مردم اشاره شده است. مثلاً در تبصره ۸ ماده واحده قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، برای جذب همکاری و مشارکت بیشتر مردم در اجرای طرح‌های عمرانی دولتی، آن قسمت از اعتبارات آن‌گونه طرح‌ها که از محل وجوه دریافتی از مردم تحت عنوان

«خودیاری» دریافت می گردد، از شمول قانون محاسبات و سایر مقررات عمومی مستثنی و تابع قانون نحوه هزینه کردن اعتبارات خارج از شمول قانون محاسبات خواهد بود. در بند ۸-۵ قانون برنامه اول، ایجاد زمینه‌های مناسب برای مشارکت مؤثر و همه‌جانبه مردم در امور کشور تأکید شده است.

در بند ۸-۱۱ قانون برنامه اول در راستای اصلاح سازمان و مدیریت اجرایی و قضایی کشور چنین آمده است: «تدوین نظام تهیه و اجرای طرح‌های عمرانی به منظور تسهیل و زمان‌بندی دقیق آن‌ها در جهت انجام و بهره‌برداری مطلوب و تجدیدنظر در مبانی ارزیابی و گزینش طرح‌ها بر مبنای توجیه فنی، اقتصادی و سازماندهی مناسب به گونه‌ای که مشارکت مردم را فراهم نماید».

بند(ب) ماده ۲۱۴ قانون برنامه پنجم توسعه در این زمینه چنین مقرر می‌کند: «دولت موظف است به منظور افزایش کارآمدی و اثربخشی طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای، روش‌های اجرایی مناسب از قبیل تأمین منابع مالی، ساخت و بهره‌برداری؛ تأمین منابع مالی، ساخت، بهره‌برداری و واگذاری؛ تأمین منابع مالی، ساخت و بهره‌برداری؛ طرح و ساخت کلید در دست؛ مشارکت بخش عمومی - خصوصی یا ساخت، بهره‌برداری، مالکیت را با پیش‌بینی تضمین‌های کافی به کار گیرد» به‌طور کلی، می‌توان گفت هرگونه همکاری و مشارکت بین بخش عمومی و خصوصی که در راستای اجرای پروژه‌های مختلف و با ایجاد تعهدات متقابل برای دو طرف باشد، در قلمروی روش مشارکت عمومی - خصوصی قرار می‌گیرد.

همچنین می‌توان به بند(ت) ماده ۴۸ برنامه ششم توسعه نیز اشاره نمود که در آن چنین آمده است: «از طریق وزارت نیرو در طول اجرای برنامه نسبت به افزایش توان تولید برق تا بیست و پنج هزار مگاوات از طریق سرمایه‌گذاری مؤسسات عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی، اعم از داخلی و خارجی و یا منابع داخلی شرکت‌های تابعه یا به صورت روش‌های متداول سرمایه‌گذاری از جمله، ساخت، بهره‌برداری و تصرف (BOO) و ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT) اقدام نماید»، که الگوهایی از مشارکت در قوانین جمهوری اسلامی ایران هستند.

بند دوم. اصل محرمانه بودن اطلاعات مشارکت‌کننده

این اصل نیز از اصول بنیادین قراردادهای مشارکت است. مشارکت‌کننده زمانی می‌تواند به محرمانه نگه‌داشتن اطلاعات و اسرار مرتبط با قرارداد خود در دستگاه اجرایی اطمینان کند که اعتماد کامل بین طرفین وجود داشته باشد. معمولاً اعتماد کامل در سایه عواملی از قبیل حسن شهرت طرفین، میزان نفوذ دستگاه اجرایی در حمایت از مشارکت‌کننده و سوابق طرف قرارداد، به وجود می‌آید و مستلزم تضمینی مناسب، مثل ایجاد زمینه‌های نقل و انتقال موضوع مورد معامله یا تحت پوشش قرار دادن بیمه، ضمانت‌های بانکی و LCD و... است. حفظ اسرار و حفاظت اطلاعات، از جمله موارد امنیتی یک قرارداد عمومی به‌شمار می‌رود.

اطلاعات یک قرارداد مشارکت که خود از اسناد اداری به‌شمار می‌رود ممکن است، حاوی منافع اقتصادی به سود یکی از طرفین باشد و موجبات اضرار طرف دیگر را فراهم آورد. از این رو، طرفین قراردادی بر اساس اراده خود، چگونگی حفظ اسرار مربوطه و عدم افشای اطلاعات را مشخص نموده و در مفاد قرارداد می‌گنجانند. عدم افشاء اطلاعات فردی و به‌خصوص مالی مشارکت‌کننده، جهت ایجاد رقابت تجاری و اقتصادی سالم در فراخوان‌های مشارکت و سرمایه‌گذاری اهمیت به‌سزائی دارد. به‌عنوان مثال، کارکنان شهرداری باید در حفظ اسرار مشارکت‌کننده در یک پروژه مشارکتی شهری، از زمان ورود مشارکت‌کننده به فرایند فراخوان جذب سرمایه‌گذار تا انعقاد و پایان قرارداد تلاش کنند. اجرای این اصل مهم در دستگاه‌های اجرایی، نیازمند ضمانت اجرا است. این ضمانت اجرا در ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی و مواد ۸ و ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت آمده است. در بندهای ۲، ۱۱، ۱۸ و ۳۱ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت به صورت صریح و ضمنی، افشای اسرار و اطلاعات را از تخلفات کارمندان دولتی برشمرده است؛ بنابراین، بر اساس این اصل، در کلیه مشارکت‌ها و قراردادهای مشارکت، به دلیل حساسیت و ریسک بالای این نوع قراردادهای ورود سرمایه مشارکت‌کنندگان به این پروژه‌ها و در جهت اطمینان از عدم تضرر سرمایه‌گذار، باید اطلاعات و اسرار مشارکت‌کننده، محرمانه باقی بماند و از افشای آن‌ها جلوگیری شود.

بند سوم. اصل تساوی در مشارکت

امروزه بر مبنای اصل برابری انسان‌ها، مشارکت یکی از حقوق مسلم شهروندان و حتی تکلیف آن‌ها و از طرفی تکلیف دولت به عدم تحدید و فراهم کردن بستری برای تحقق هر چه کامل‌تر آن محسوب می‌شود؛ به گونه‌ای که مشارکت، اصل اساسی دموکراسی معرفی می‌شود.^۱ تساوی و برابری، مفهومی است که در علوم انسانی و به‌ویژه در جامعه‌شناسی، فلسفه، علوم سیاسی، اقتصادی و حقوق به آن پرداخته شده است. در اسناد بین‌المللی حقوق بشر نیز برابری و تساوی در کنار عدالت، آزادی، حیثیت و برادری، به‌عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق بشر به‌شمار می‌آید. «تساوی در مقابل قانون»، «برابری در بهره‌مندی از فرصت‌های اجتماعی و اقتصادی»، «برابری در دستیابی به قدرت سیاسی» و «برابری در بهره‌مندی از رفاه» نمونه قلمروهایی هستند که با محتوای تساوی ارتباط دارند.^۲ تساوی انسان‌ها بدین معناست که تمام آحاد بشر با یکدیگر برابرند و عواملی، مانند نژاد، جنسیت، عقاید، ملیت، رنگ و زبان نباید موجب و موجب امتیاز یکی بر دیگری شود. همین مبنا دلالت می‌کند که مأموران دولتی نیز بایستی به این برابری، به دیده احترام نگرسته و به جز موارد موجه، میان شهروندان تبعیض قائل نشوند.

بر اساس این اصل، در کلیه مشارکت‌ها و قراردادهای مشارکت باید تساوی در همه زمینه‌های اشاره‌شده رعایت شود. به جرئت می‌توان گفت که قرارداد مشارکت، تنها قرارداد اداری‌ای است که دولت و دستگاه‌های اجرایی به صورت برابر با طرف دیگر قرارداد، یعنی بخش خصوصی قرار دارند و دولت در این قراردادها نمی‌تواند با مشارکت‌کننده، مانند پیمانکار برخورد نماید یا اینکه به‌عنوان کارفرما از امتیازات ویژه خود در تحمیل برخی شرایط در قرارداد، مانند اخذ تصمیمات یا فسخ یک‌طرفه استفاده کند؛ چراکه به همان اندازه که دولت در قرارداد سهمیم است، بخش خصوصی نیز در آن سهمیم و در برخی موارد از دولت بیشتر سهمیم است.

در اصول مختلف قانون اساسی به این موضوع اشاره شده است. به‌عنوان مثال، اصل ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تساوی حقوق افراد و برابری افراد که ریشه در

۱. عیوضی، محمدرحیم، **تبیین مشارکت سیاسی و رفتار انتخاباتی**، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، ۱۳۸۲، شماره ۱۹۵-۱۹۶، ص ۷۲.

2-Schwartzschil, Maimon (1999), *Constitutions Law and Equality*, ed. Patterson D., *A Companion to Philosophy Law and Legal Theory*. Blackwell Publisher, 156

حقوق و آزادی‌های عمومی دارد، اشاره می‌کند. در اصل ۱۹ چنین آمده است: «مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان، و مانند این‌ها سبب امتیاز نخواهد بود.»

همچنین اصل ۲۰ چنین بیان می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.» از این رو اصل تساوی افراد در مشارکت، ایجاب می‌کند که افراد به‌طور یکسان و بدون اولویت‌بندی خاصی، در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی مشارکت نمایند که این مشارکت می‌تواند بر مبنای قرارداد مشارکت باشد.

بند چهارم. اصل رفتار منصفانه با مشارکت‌کننده

این اصل که از آن به «اصل عدالت» هم یاد می‌شود، ناشی از حق مشارکت‌کننده از برخورداری رفتار منصفانه با وی است. مطابق این اصل، دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی باید با تک‌تک افراد مشارکت‌کننده در واگذاری امور، با حسن نیت و به‌طور مساوی و منصفانه رفتار نمایند. قراردادهای مشارکت به دلیل خاص بودنشان ریسک بالایی دارند. از این رو دولت و مأموران آن با رفتار منصفانه خود می‌توانند سرمایه‌های مشارکت‌کنندگان را در جهت ارائه خدمات عمومی به مردم جلب نماید. به این موضوع در منشور حقوق شهروندی به وضوح اشاره شده است. مثلاً در ماده ۶۸ منشور حقوق شهروندی به «حق دستیابی به فرصت‌های اقتصادی و امکانات و خدمات عمومی و دولتی برابر برای همه شهروندان» اشاره شده است.

همچنین در این ماده چنین بیان شده است: «انعقاد قراردادها و پیمان‌های بخش عمومی و دولتی با بخش خصوصی و اعطای هر نوع مجوز در حوزه اقتصادی به شهروندان باید با رعایت قوانین و مقررات مربوط و رقابت منصفانه در دستیابی به فرصت‌ها و امکانات انجام شود.» در ماده ۷۱ این منشور نیز، دولت ملزم به تضمین «فضای قانونمند، شفاف و رقابتی منصفانه برای انجام انواع فعالیت‌های اقتصادی شهروندان و امنیت سرمایه‌گذاری آن‌ها» شده است. در بندهای ۳ و ۷ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت نیز به «ایجاد نارضایتی در ارباب رجوع یا انجام ندادن یا تأخیر در انجام امور قانونی آن‌ها بدون دلیل» و

«تبعیض یا اعمال غرض یا روابط غیراداری در اجرای قوانین و مقررات نسبت به اشخاص» که از مصادیق رفتار غیرمنصفانه هستند، به عنوان یک تخلف اشاره است و در ماده ۹ این قانون، مجازات آن نیز تعیین شده است. بر همین اساس در کلیه مشارکت‌ها و قراردادهای مشارکت باید با مشارکت‌کننده به طور منصفانه رفتار کرد.

بند پنجم. اصل دادرسی عادلانه

اصل دادرسی عادلانه نتیجه پیشرفت تمدن بشری است؛ بنابراین نادیده گرفتن آن، جای انتقاد خواهد داشت. تحقق دادرسی عادلانه، مستلزم رعایت حقوق دفاعی متهم در فرآیند دادرسی است. حقوق دفاعی، مجموعه حقوقی هستند که متهم در طی فرایند دادرسی، برای برقراری محاکمه‌ای عادلانه از آن برخوردار است و رعایت آن توسط نظام عدالت لازم است.^۱

اصل بنیادین حق دادرسی منصفانه و عادلانه، حق همه افراد متهم به جرم است که بی‌گناه فرض شوند تا زمانی که گناه‌کاری آن‌ها بعد از یک دادرسی عادلانه، مطابق با قانون ثابت شود. هیچ دادگاهی برگزار نمی‌شود؛ مگر برای آنکه حقی را ستانده و به صاحبان حق برگرداند و در این مسیر، عادلانه بودن آن دادگاه باید به عنوان یک الزام در نظر گرفته شود و این مهم، فقط به واسطه رعایت اصول دادرسی عادلانه محقق می‌شود. تمامی دادرسی‌هایی که صورت می‌گیرد، برای تشخیص حق از باطل و اجرای عدالت است؛ بنابراین، اجرای عدالت، هدف نهایی هر دادرسی است و دادرسی عادلانه یکی از شاخصه‌های مهم سنجش توسعه اجتماعی و قضایی هر جامعه به شمار می‌آید.^۲

رعایت انصاف در حوزه حقوق اداری و به ویژه دادرسی اداری در خصوص رعایت حقوق بنیادین شهروندان، اهمیت خاصی دارد؛ چراکه اولاً، وضع قوانین ماهوی در این حوزه همواره با استناد به وظایف و کارکردهای دولت و تأمین و حفظ منفعت عمومی و با استفاده از ابزارها و امتیازات محدودکننده حقوق و آزادی‌های بنیادین بوده است و ثانیاً، به رغم برخی اصلاحات و تغییرات در حقوق آیینی و رسیدگی به دعاوی میان دولت و شهروندان، نابرابری میان این دو در دعوا کماکان به انحراف مختلف دیده می‌شود.^۳

۱. زمان‌زاده بهبهانی، مهری، محسن رهامی و مرتضی ناجی زواره، **واکاوی جایگاه اصول دادرسی عادلانه در فقه امامیه**، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، شماره دوم (پیاپی ۴۸)، ص ۴۶۷.

۲. مهرعلیان، اردشیر، **بررسی تطبیقی دادرسی منصفانه و عادلانه طبق استانداردهای بین‌المللی و ملی**، دومین همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۴.

۳. یآوری، اسدالله، **از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن**، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۸، ص ۲۱۸.

قانون اساسی ضمن پذیرش حق دادخواهی و مراجعه به دادگاه صالح قانونی (اصل ۳۴) در اصول متعدد (اصول مندرج در فصل سوم و فصل یازدهم) یک‌سری از اصول دادرسی منصفانه را مورد شناسایی و تضمین قرار داده است که از جمله آن‌ها، پیش‌بینی دیوان عدالت اداری برای تحقق عدالت اداری (اصل ۱۷۳) است. در این خصوص در اصل ۳۴ قانون اساسی چنین آمده است: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد».

همچنین در اصل ۳۵، بر حق انتخاب وکیل توسط طرفین دعوی در همه دادگاه‌ها تأکید شده است. ماده ۵۸ منشور حقوق شهروندی نیز انتخاب وکیل به صورت آزادانه را از بدو تا ختم فرآیند دادرسی در مراجع قضایی، انتظامی و اداری، از حقوق شهروندان دانسته است. در ماده ۲۱ این منشور نیز به شهروندان این حق داده شده است که اگر تصمیمات نهادهای اداری یا کارکنان را خلاف قوانین و مقررات بدانند، از طریق مراجعه به مراجع اداری و قضایی صالح، تقاضای احقاق حق کنند. همچنین در ماده ۵۷ این منشور با اشاره به رعایت اصول دادرسی عادلانه، اصل را بر براءت دانسته و چنین بیان نموده: «هیچ‌کس مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه اتهام او در دادگاه‌های صالح و با رعایت اصول دادرسی عادلانه از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات، استقلال و بی‌طرفی مرجع قضایی و قضات، حق دفاع، شخصی بودن مسئولیت جزایی، رسیدگی در مدت زمان معقول و بدون اطاله دادرسی و با حضور وکیل، اثبات شود».

در قراردادهای مشارکت به دلیل خاص بودن این نوع قراردادها و نبود قوانین و مقررات کافی و شفاف در نظام حقوقی ایران که ناشی از نوپا بودن این نوع قراردادها در کشور است، احتمال بروز اختلافات فراوانی در موضوعاتی، از قبیل برداشت‌های مختلف طرفین مشارکت از قوانین و مقررات موجود، میزان ریسک طرفین مشارکت، میزان آورده‌های طرفین، میزان سهم‌الشرکه هر دو طرف، موارد منجر به تعلیق یا فسخ قرارداد، تضمینات قرارداد، مدت بهره‌برداری، نحوه انتقال موضوع قرارداد، و نحوه محاسبه اصل و فرع سرمایه مشارکت‌کننده وجود دارد. بر اساس این اصل، مشارکت‌کننده حق دارد که برای حل اختلافات خود با دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی در قراردادهای مشارکت اقدام به شکایت و پیگیری قضایی کند. از طرفی به استناد بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری،

اگر مشارکت کننده (به عنوان شخص حقیقی یا حقوقی) از تصمیمات و اقدامات دولت و دستگاه های اجرایی یا مأموران آن ها در امور راجع به وظایفشان، اعتراض، تظلم یا شکایتی داشته باشد، می تواند در دیوان عدالت اداری اقامه دعوا کند.

بند ششم. اصل اطمینان

بر اساس این اصل، مشارکت کننده حق دارد قبل از مشارکت با دولت و سایر دستگاه های اجرایی، از قصد، رفتار و دقت و کار مدیران و کارمندان دولت اطمینان کامل داشته باشد. درستی، صداقت و دقت عمل کارکنان و مأموران دولت و سایر دستگاه های اجرایی بسیار مهم است؛ بنابراین، قوانین باید ساده، شفاف و دقیق باشند. با توجه به اهمیت مشارکت و جلب سرمایه گذاران، مأموران دولت باید در کلیه مشارکت ها و قراردادهای مشارکت، اعتماد و اطمینان خاطر مشارکت کننده را جلب کنند تا وی به این مشارکت ترغیب شود. تا زمانی که مشارکت کننده که سرمایه خود را برای ایجاد رفاه، اشتغال یا ارائه خدمات عمومی در طبق اخلاص گذاشته و وارد قرارداد با دولت و سایر دستگاه های اجرایی می شود، اگر به سیستم دولت، مدیران و کارکنان بخش عمومی و عدم سوءنیت آن ها اطمینان حاصل نکند، هیچگاه قراردادی منعقد نخواهد کرد.

در قوانین و مقررات مختلف به این موضوع مهم اشاره شده است. در این خصوص در ماده ۷۱ منشور حقوق شهروندی، دولت ملزم به تضمین «فضای قانونمند، شفاف و رقابتی منصفانه برای انجام انواع فعالیت های اقتصادی شهروندان و امنیت سرمایه گذاری آن ها» شده است. همچنین در ماده ۲۰ این منشور بیان شده: «حق شهروندان است که امور اداری آن ها با رعایت قانون، بی طرفانه و به دور از هرگونه منفعت جویی یا غرض ورزی شخصی، رابطه خویشاوندی، گرایش های سیاسی و پیش داوری، در زمان معین و متناسب رسیدگی و انجام شود.» که به طور ضمنی به جلب اعتماد و اطمینان شهروندان اشاره کرده است. همچنین در ماده ۲۱ این منشور به شهروندان این حق داده شده است که اگر تصمیمات نهادهای اداری یا کارکنان را خلاف قوانین و مقررات بدانند، از طریق مراجعه به مراجع اداری و قضایی صالح، تقاضای احقاق حق کنند.

ماده ۷۲ منشور حقوق شهروندی، دولت را ملزم کرده است تا به منظور تأمین حقوق اقتصادی شهروندان و به حداکثر رساندن مشارکت آحاد جامعه در فعالیت های اقتصادی، شرایط لازم در خصوص تأمین امنیت سرمایه گذاری، ساده سازی، صراحت و ثبات در تصمیمات

اقتصادی، گسترش مناسبات و پیوندهای منطقه‌ای، ایجاد تمهیدات لازم را برای حضور فعالان اقتصادی ایران در بازارهای جهانی، حمایت از نوسازی و تجهیز بنگاه‌های تولیدی به دانش روز، تنظیم هدفمند صادرات و واردات، مقابله با جرایم سازمان‌یافته اقتصادی، پول‌شویی و قاچاق کالا و ارز فراهم کند.

در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت نیز به جهت ایجاد اعتماد و اطمینان ارباب رجوع در امور اداری خود به برخی از تخلفات مرتبط با موضوع این اصل اشاره شده است و ضمانت اجرای آن‌ها نیز در ماده ۹ همان قانون به عنوان مجازات بیان شده است.

بند هفتم. اصل تسهیل

یکی از اصول مهم در قراردادهای مشارکت اصل تسهیل است. بر اساس این اصل، انعقاد قرارداد باید تسهیل شود تا افراد جامعه بتوانند آزادانه برای گذران زندگی خود با دیگران قرارداد منعقد کرده و روابط خود با دیگران را تعریف و تنظیم کنند؛ بنابراین، در قراردادهای مشارکت برای جلب و جذب سرمایه‌گذار و مشارکت‌کننده باید دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی کمترین ناراحتی و مزاحمت را برای وی ایجاد کنند. دستگاه‌های اجرایی باید از بوروکراسی طولانی اداری و مقررات دست‌وپاگیر در جهت جلب مشارکت‌کننده و تسهیل امر سرمایه‌گذاری اجتناب نمایند. واقعیت این است که تسهیل، موجب تأمین سرعت نیز می‌شود. یکی از اهداف مهم تسهیل در قراردادهای مشارکت، کاستن تشریفات حقوقی به منظور ایجاد سرعت و تسریع در ارائه خدمات عمومی به شهروندان است.

ویژگی‌های خاص قراردادهای مشارکت، نقل و انتقال و گردش ثروت جامعه را با اعمال اصل سرعت برقرار می‌کند. تشریفات دست‌وپاگیر و قالب‌های پیچیده و سایر موانع و عوامل بازدارنده تحرک سیستم مشارکت، با ایجاد محدودیت، «خواب سرمایه» را زیاد نموده و سرعت گردش سرمایه را کند می‌کنند. در قوانین و مقررات مختلف، از جمله منشور حقوق شهروندی و قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، به‌طور صریح و ضمنی به این موضوع اشاره شده است و ضمانت اجرای مناسب نیز برای رعایت این اصل در دستگاه‌های اجرایی پیش‌بینی گردیده است؛ بنابراین بر اساس این اصل باید موجبات تسهیل انعقاد و اجرای قراردادهای مشارکت در جامعه با هدف ارائه خدمات عمومی بهتر به شهروندان توسط دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی به عنوان بخش عمومی تضمین شود.

بند هشتم. اصل شفافیت

این اصل یکی از شاخصه‌های حکمرانی مطلوب است که بر اساس آن، شهروندان جامعه حق دارند به اطلاعاتی که نزد مؤسسات و نهادهای دولتی موجود است، دسترسی پیدا کنند. هرچه مردم از تصمیمات و عملکرد مقامات و نهادهای دولتی آگاه باشند؛ پاسخگویی آنها در مقابل مردم بیشتر می‌شود و این منجر به اتخاذ تصمیماتی شفاف‌تر و بهتر می‌شود. اصل شفافیت همچنین سازوکار قدرتمندی برای مقابله با فساد در قراردادهای دولتی است و مانع از سوءاستفاده مقامات برگزارکننده مناقصه از فرایند برگزاری مناقصه می‌شود. نظام‌های حقوقی برجسته جهان، اصل شفافیت را به‌عنوان یک اصل در زمینه قانون‌گذاری در حوزه مناقصات پذیرفته‌اند.^۱

از آنجا که یکی از منابع فساد تأمین کالا و خدمات دولت از طریق پروسه مناقصات و انعقاد قراردادهای اداری است، شفاف‌سازی قوانین و مقررات مربوط به تهیه و تأمین کالا و خدمات و قوانین مبارزه با فساد و تقویت و توسعه چارچوب‌های حقوقی و اخلاقی حاکم می‌تواند به عنوان عامل مؤثر در جلوگیری از فساد و در نتیجه، ایجاد اعتماد عمومی به نظام حقوقی و رشد و توسعه کشور شود. از این رو برای جلب اطمینان مشارکت‌کننده برای سرمایه‌گذاری در قراردادهای مشارکت، نیاز است که در تمام زمینه‌ها، شفافیت و وضوح کامل در دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی وجود داشته باشد. درواقع این اصل درباره انصاف، شفافیت و قابلیت دسترسی به قوانین و رویه‌های مربوط به سرمایه‌گذاران در جهت تکمیل بیشتر مشارکت عمومی - خصوصی است. به موجب این اصل، حقوق نوین باید فرایند شفافیت و رقابت سالم (به جز موارد استثناء شده از حقوق رقابتی)، رفتار برابر با سرمایه‌گذاران بالقوه، فرصت به چالش کشیدن قواعد و تصمیمات طرف قراردادی و مقررات رقابتی برای پیشنهادهای همه‌جانبه را تضمین کند. از جمله دلایل مهم موفقیت، ایجاد فرایند و ضوابط شفاف، تدقیق اجزاء و عناصر کلیدی و وجود اطلاعات روشن در مورد پروژه است.

چهارچوب‌های قانونی و سیاسی که این نوع ارتباط مالی را بپذیرد و به‌طور روشن و کاربردی تدقیق نماید و در برابر مشارکت پاسخگو باشد؛ از ضرورت‌های یک مشارکت عمومی - خصوصی موفق است.^۱ تعدادی از توصیه‌نامه‌های راهنمای قانون‌گذاری آنسیترا

۱. محمدی، مینا، غلامحسن مزارعی و خلیل احمدی، کاستی‌های نظام حقوقی مناقصات و قراردادهای دولتی از منظر اصل شفافیت، فصلنامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۸، سال ششم، شماره ۱۸، ص ۱۹۵.

این اصل را در خود جای داده‌اند. خصوصاً توصیه‌نامه ۹ و ۱۰ که بیان می‌دارد، شفافیت و قابلیت دسترسی به قواعد و مقررات باید در اهداف مورد توجه باشد. همچنین توصیه‌نامه ۱۰ بر اهمیت بازنگری شخصی بی‌طرف به این فرایند تأکید دارد. انصاف و شفافیت قواعد در توصیه‌نامه ۱۴ راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال آمده که به رقابت سالم و بی‌طرفانه در جهت انتخاب صاحب سرمایه اشاره دارد. در توصیه‌نامه ۳۹، حق بازبینی و تغییر اختیارات قراردادی و اعمال رویه‌های انتخابی مقرر شده است. همچنین راهنمای قانونگذاری آنسیترال، پیشنهاد داشتن رویه‌ای برای پیشنهادهای غیررقابتی (توصیه‌نامه ۲۸) و یک‌جانبه را دار (توصیه‌نامه ۳۰-۳۵).

اصل مذکور همچنین توسط کمیته تفسیر کمیسیون اروپا، کمیسیون اروپایی برگ سبز در مشارکتهای عمومی - خصوصی، کمیته حقوق قراردادهای عمومی و امتیازی و اصول اساسی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در خصوص حقوق امتیازی، مورد حمایت قرار می‌گیرد.

بر اساس این اصل، فرایند مشارکت، شامل واگذاری، انعقاد و محتوای قراردادهای مشارکت باید برای طرفین به صورت شفاف و واضح باشد. در قوانین و مقررات مختلف داخلی نیز به این اصل به طور صریح و ضمنی اشاره شده است. بر اساس ماده ۱۹ منشور حقوق شهروندی، شهروندان از حق اداره شایسته امور کشور بر پایه قانونمداری، کارامدی، پاسخگویی، شفافیت، عدالت و انصاف برخوردارند و رعایت این حق توسط همه مسئولین و کارکنان الزامی است. همچنین ماده ۷۰ این منشور، این حق را برای شهروندان قائل شده است که به صورت برابر و با شفافیت کامل، از اطلاعات اقتصادی و از جمله اطلاعات مربوط به برگزاری مزایده‌ها و مناقصه‌ها مطلع شوند.

در ماده ۷۱ این منشور نیز، دولت ملزم به تضمین «فضای قانونمند، شفاف و رقابتی منصفانه برای انجام انواع فعالیت‌های اقتصادی شهروندان و امنیت سرمایه‌گذاری آن‌ها» شده است. همچنین در بند (خ) از ماده ۴ قانون برنامه ششم توسعه کشور، بر لزوم شفافیت در مشارکت و سرمایه‌گذاری اشاره شده است: «جهت‌گیری و سیاست‌های لازم برای ارتقای شفافیت اطلاعات در بازار سرمایه و راه‌اندازی مؤسسات رتبه‌بندی موضوع بند (۲۱) ماده (۱) قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی و تأمین مالی بین‌المللی».

1-Fernando Fernholz. & Morales, R(2006) public private partnerships for Municipal Governments, from <http://www.mftf.org>. Ministry of Municipal Affairs(1999). Public private partnership A Guide for Local Government. British Columbia: British Columbia, ministry of municipal Affairs

بند نهم. اصل مذاکره آزادانه در خصوص دستیابی به یک موافقتنامه مؤثر

قرارداد به عنوان یکی از اسباب مهم پیدایش حق و تکلیف، در کلیه نظام‌های حقوقی مباحث گسترده‌ای را به خود اختصاص داده است. برای انعقاد یک قرارداد، مراحل مختلفی انجام می‌شود. یکی از مراحل مزبور مرحله مذاکرات مقدماتی است. به طور معمول، مذاکرات مقدماتی در قراردادهایی که دارای اهمیت بیشتری هستند، از جایگاه مهمتری برخوردارند؛ درواقع در این مرحله، شرایط و محتوای قرارداد رقم می‌خورد و به همین جهت، دوره‌ای مبنایی در خلق قرارداد محسوب می‌شود. طبیعی است که اگر مذاکرات با موفقیت سپری شوند، قرارداد منعقد خواهد شد؛ لیکن گاه جریان مذاکرات به دلایل مختلفی که بعضاً به اراده طرفین بستگی دارد و بعضاً به عناصر خارج از آن‌ها مرتبط است، به سرانجام نمی‌رسد.^۱

در نظام‌های حقوقی مختلف، بر اصل آزادی قراردادی تأکید و تأکید شده است و همان‌گونه که اشخاص در انعقاد قرارداد، آزاد هستند، در عدم انعقاد قرارداد نیز آزاد می‌باشند. آزادی مذاکره در قراردادهای مشارکت نیز حائز اهمیت است؛ زیرا در نظر گرفتن کلیه شرایط، اوضاع و احوال و محاسبه هزینه‌های مرتبط با ریسک، ممکن خواهد بود. در قراردادهای مشارکت، دولت یا دستگاه اجرایی نمی‌تواند شرایط خود را به مشارکت‌کننده تحمیل نماید؛ ولی در صورت مذاکره قبل از انعقاد قرارداد، امکان به توافق رسیدن در موضوعات مهم وجود دارد و این اصل زیربنای انعقاد یک قرارداد مشارکت به شکل برد - برد است.

اجرای موفق این اصل، به تعیین طرف مذاکره، مجری و نظارت بر حسن اجرای موافقتنامه نیاز دارد. بر اساس توصیه‌نامه راهنمای قانون‌گذاری آنسیترال به منظور اطمینان از مذاکراتی کارآمد و اجرای بعدی پروژه مشارکت عمومی - خصوصی تعیین شخص حقیقی یا حقوقی دارای اختیار در مراحل مختلف مذاکره اهمیت بالایی دارد. همچنین در قرارداد امتیازی قابلیت پیش‌بینی سطوح مختلف قدرت، یعنی اینکه طرف مذاکره از چه مقام دولتی برخوردار است، مهم می‌باشد. به منظور توجه عوامل مختلف مرتبط در این کار و تأثیر ریسک‌های مربوطه در مذاکره، باید در خصوص مقررات قانون‌گذاری که بدون هیچ ضرورتی توان مذاکره طرفین را محدود می‌سازد، هشدار داد؛ بنابراین بر اساس این اصل

۱. قبولی درافشان، سید محمد مهدی و سعید محسنی، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش‌قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، اصول قراردادهای بین‌المللی و اروپایی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۳، سال دوم، شماره هفتم، ص ۱۳۲.

باید موجبات مذاکره آزاد و منصفانه مشارکت‌کننده در پروژه‌های عمومی را جهت تسهیل انعقاد و اجرای قراردادهای مشارکت در جامعه با هدف ارائه خدمات بهتر به شهروندان از سوی دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی به عنوان بخش عمومی تضمین نمود.

نتیجه

با توجه به مطالبی که گفته شد، قراردادهای مشارکت که جزء قراردادهای اداری به‌شمار می‌روند، از جمله قراردادهای خاص هستند که اصول و قواعد ثابتی بر آن‌ها حاکم است. ویژگی چنین قراردادهایی، مشارکت در سرمایه‌گذاری، مخاطره، مسئولیت‌ها و درآمدها بین طرف‌های مشارکت است. هدف آن، تحویل پروژه‌ای است که به‌طور سنتی به وسیله بخش عمومی تأمین می‌شده؛ اما به دلایلی دولت تصمیم می‌گیرد که با مشارکت بخش خصوصی آن را انجام دهد. اساساً درگیری هر دو طرف بخش عمومی و خصوصی در قراردادهای مشارکت، یک ضرورت تلقی می‌شود. از آنجا که قراردادهای مشارکت برخلاف سایر قراردادهای اداری و دولتی به شکل برد-برد منعقد می‌شوند؛ بنابراین دولت نمی‌تواند شرایط خود را بر طرف خصوصی قرارداد تحمیل نماید. همچنین در برخی از موارد دیده شده که در جهت ارائه خدمات بهتر و در شأن شهروندان، دولت شرایط بخش خصوصی را که خلاف منافع دستگاه اجرایی است، پذیرفته است.

این نوع قراردادها عموماً تابع حقوق عمومی هستند و قواعد حاکم بر این نوع قراردادها، جنبه تکلیفی و آمره دارد. از این رو عدم رعایت تشریفات نظارتی و شکلی پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات مختلف، موجبات بطلان و در پاره‌ای از موارد، عدم نفوذ آن‌ها را فراهم می‌آورد. همچنین کارامدی قانون نیز منوط به رعایت همین اصول است. بر اساس این اصول باید موجبات جذب سرمایه‌های مشارکت‌کنندگان در پروژه‌های عمومی و تسهیل انعقاد و اجرای قراردادهای مشارکت در جامعه را با هدف ارائه خدمات بهتر به شهروندان از سوی دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی به‌عنوان بخش عمومی تضمین کرد؛ علاوه بر این، اصول قانونی حاکم بر قراردادهای مشارکت را باید بر اساس شرایط، اوضاع و احوال موجود کشور مورد تحلیل و بررسی قرار داد. از آنجا که قراردادهای مزبور، ارتباط مستقیمی با منافع عمومی و مصالح اقتصادی کشور دارند، جا دارد قوانین و مقررات جامع و ویژه‌ای برای تشکیل آن‌ها تدوین شود.

فهرست منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، **حقوق اداری**، جلد دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
۲. انصاری، ولی‌الله؛ **کلیات حقوق قراردادهای اداری**، چاپ دوم، تهران: حقوق‌دانان، ۱۳۹۲.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۶.
۴. عطریان، فرامرز، **اداره خوب «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»**، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۵. هاشمی، سیدمحمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۶. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، چاپ دوم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

ب. مقاله‌ها

۷. برزگر، عبدالرضا و ته‌مین‌ه رحمانی، **جایگاه مشارکت عمومی - خصوصی در نظام حقوق اداری ایران**، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۵.
۸. جلالی، محمد و محمد زرشکی، **تراکم‌زدایی حقوقی - اداری از تهران در پرتو اصول قانون اساسی**، پژوهشنامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، سال هجدهم، شماره دوم (پیاپی ۴۶).
۹. ذاکری، احمد، **راهکارهای جذب سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های شهری**، کنفرانس بین‌المللی توسعه نظام اجرایی پروژه‌های عمرانی، صنعتی و شهری، تهران: مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۶.
۱۰. رجبی خاصوانی، احمد، **رویکردهای نوین جذب سرمایه‌گذاری خصوصی در شهرداری‌ها**، سایت شهرداری ایلخچی به آدرس: www.sh-eilkhchi.ir، ۱۳۹۳، صفحه نخست.
۱۱. رسولی‌منش، سیدمصطفی، **تأمین مالی طرح‌های توسعه و پروژه‌های شهری با استفاده از روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی**، اقتصاد شهر، ۱۳۸۹، شماره ۵.
۱۲. زمان‌زاده بهبهانی، مهری و محسن رهامی و مرتضی ناجی زواره، **واکاوی جایگاه**

اصول دادرسی عادلانه در فقه امامیه، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، دوره ۱۹، شماره دوم (پیاپی ۴۸).

۱۳. سعیدی، علی، ظرفیت‌های ابزارهای مالی اسلامی در توسعه مشارکت عمومی و خصوصی در ایران، همایش ملی مشارکت عمومی و خصوصی در توسعه زیرساخت، تهران: مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، ۱۳۹۱.

۱۴. عیوضی، محمدرحیم، تبیین مشارکت سیاسی و رفتار انتخاباتی، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، ۱۳۸۲، شماره ۱۹۵-۱۹۶.

۱۵. قبولی درافشان، مهدی و سعید محسنی، مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش‌قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، اصول قراردادهایی بین‌المللی و اروپایی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۳، سال دوم، شماره هفتم.

۱۶. محمدی، مینا و غلامحسن مزارعی و خلیل احمدی، کاستی‌هایی نظام حقوقی مناقصات و قراردادهایی دولتی از منظر اصل شفافیت، فصلنامه حقوق اداری، بهار ۱۳۹۸، سال ششم، شماره ۱۸.

۱۷. مهرعلیان، اردشیر، بررسی تطبیقی دادرسی منصفانه و عادلانه طبق استانداردهای بین‌المللی و ملی، دومین همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق، ۱۳۹۴.

۱۸. یاور، اسدالله، از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۸.

ج. قوانین و مقررات

۱۹. توصیه‌نامه‌های راهنمای قانون‌گذاری آنسیترا.

۲۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲۱. قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

۲۲. قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

۲۳. قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

۲۴. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵.

۲۵. قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت.

۲۶. قانون مجازات اسلامی.

۲۷. منشور حقوق شهروندی.

منابع انگلیسی

- 1-Asian Development Bank (ADB), Public Private Partnership (PPP), Handbook, ADB Publishing, September 2008
- 2-Fernando Fernholz .& Morales, public private partnerships for Municipal Governments, from <http://www.mftf.org>. Ministry of Municipal Affairs (1999). Public private partnership A Guide for Local Government. British Columbia: British Columbia, ministry of (municipal Affairs, R (2006
- 3-Ghobadian, A., Gallear, D., Viney, H. Private Public Partnership Policy and Experience, Milan: Palgrave Mcmillan, 2004
- 4-Grigorescu, Adriana, Models of Public Private Partnership Projects in Tourism Industry, Nation School of Political Studies and Public Administration (NSPSA), Bucharest, MPRA, 2008
- 5-International Monetary Fund (IMF), Public Private Partnership, the Fiscal Affairs Department, available at <http://www.imf.org>, 2012
- 6-Ministry for the Environment. Urban Design Toolkit, 2007
- 7-Schwatzschil, Maimon, Constitutions Law and Equality, ed. Patterson D., A Companion to Philosophy Law and Legal Theory. Blackwell Publisher, 1999
- 8-Tsenkova, Sasha. Urban Regeneration: Learning from the British experience, Calgary: university of Calgary, Faculty of Environmental Design. Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2000 Uncitral Legislative Guide), 2002

تحلیل فقهی حقوقی مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال زیان بار حاکمیتی در قبال شهروندان

احسان سامانی *

سید حسن وحدتی شبیری **

چکیده

دولت‌ها همانند دیگر اشخاص، گاه به جهت برخی افراط و تفریط‌ها در انجام فعالیت‌ها و وظایف خود باعث ورود خسارت به شهروندان می‌شوند. آیا در چنین مواردی دولت موظف به جبران خسارت می‌باشد؟ براساس نظریه «اعمال تصدی و حاکمیت» مطرح شده توسط حقوقدانان فرانسه، دولت صرفاً نسبت به خسارات ناشی از اعمال تصدی خود، مسئول است. ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ایران نیز دولت را ملزم به جبران خسارات ناشی از اعمال حاکمیت ندانسته است. به نظر این تفکیک از نظر حقوقی بر واقعیت مبتنی نبوده و تناسبی با حقیقت اعمال اداری ندارد؛ زیرا تمام اعمال دولت برخلاف اشخاص خصوصی، در راستای تأمین و ارائه خدمات عمومی است. از نظر فقهی نیز براساس روایات متعدد، مصونیت دولت نسبت به این دسته خسارات قابل دفاع نبوده، بلکه روایات تصریح بر مسئولیت دولت دارند. با این وجود در مواردی دولت به جهت محسن بودن یا دیگر علل موجهه، از پرداخت خسارات معاف دانسته می‌شود که معافیت دولت در این موارد مغایر با سخن قبلی (اصل مسئولیت دولت) نیست.

کلیدواژه‌ها: اعمال حاکمیت، قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی دولت، مصونیت دولت.

*. دکترای تخصصی، استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه سیستان و بلوچستان
esamani63@lihu.usb.ac.ir

زاهدان (نویسنده مسئول)

**. دکترای تخصصی، دانشیار دانشگاه قم و رئیس دانشگاه علوم اسلامی رضوی

مقدمه

به عقیده علمای حقوق اداری، دولت دارای دو نوع اعمال است: الف. اعمال حاکمیت: اعمال مربوط به حاکمیت، اعمالی هستند که دولت در انجام آنها حاکم و قدرت مطلق است و به وسیله آنها به مردم فرمان می‌دهد و تحکم می‌کند؛ لذا این اعمال از نظر حقوقی متفاوت از اعمال متداول بین افراد می‌باشد. مثل وضع قانون و آیین نامه، برقراری مالیات و عوارض، سلب مالکیت از افراد و... ب. اعمال تصدی: اعمالی که در آنها نشانی از قدرت سیاسی دولت دیده نمی‌شود، بلکه دولت با همان اهداف اشخاص حقیقی که کسب منفعت است، عمل می‌کند و به همین دلیل این اعمال از نظر حقوقی شبیه اعمال افراد عادی است. مثل خرید و فروش، اجاره و استجاره، رهن، قرض و...^۱

براساس «نظریه تفکیک اعمال تصدی از حاکمیت دولت»، که بیش از یک قرن از طرح آن توسط حقوقدانان فرانسه می‌گذرد و در دوره‌ای، طرفداران شایان توجهی داشته، دولت نسبت به خسارات ناشی از اعمال حکومتی، هیچگونه مسئولیتی نداشته و صرفاً نسبت به جبران خسارات ناشی از اعمال تصدی مسئول بوده است. اگرچه امروزه این نظریه با توجه به نقدهای وارد بر آن، حتی در کشور فرانسه که خاستگاه این نظریه بوده، بین حقوقدانان مقبولیت چندانی ندارد اما قانونگذار ایران ظاهراً در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی این دیدگاه را مورد توجه قرار داده و پرداخت خسارات ناشی از اعمال حاکمیت را برای دولت ضروری ندانسته است و علی‌رغم اینکه در برخی موارد خاص، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال حاکمیت پذیرفته شده، گویا هنوز این ماده قانونی بر اعتبار خود باقی است. آنچه در این مقاله در صدد بیان آن هستیم، بررسی و نقد فقهی و حقوقی دیدگاه مصونیت دولت نسبت به خسارات ناشی از اعمال حاکمیت می‌باشد که در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ایران انعکاس یافته است.

لازم به ذکر است پژوهش حاضر راجع به مواردی است که مسئولیت متوجه کارمند نیست، زیرا در مواردی که مسئولیت به جهت بی‌مبالاتی یا تقصیر، متوجه کارمند است، تردیدی در مسئولیت جبران خسارات وارده توسط کارمند نیست. همان‌طور که در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی نیز قانونگذار مقرر می‌دارد: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسئول جبران خسارت وارده می‌باشند» و در این مورد قانونگذار

۱. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ۱۱۵.

تمایزی بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیت قائل نشده است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به استناد صدر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و با تأکید بر اینکه جبران خسارات ناشی از تقصیر و قصور مأموران دولتی به عهده خود آنهاست، رأی به بطلان بند ۳ ماده ۱۳ مصوبه حقوق شهروندی در نظام اداری مبنی بر لزوم جبران خسارات ناشی از تقصیر مستخدمان دولتی توسط دستگاه‌های دولتی، صادر نمود. نگارنده نیز در مقاله‌ای با عنوان نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در قبال اعمال کارکنان خود^۱، پرداخته است.

بنابراین تحقیق حاضر راجع به صورتی است که خسارات وارده مستند به عمل کارکنان دولت نبوده و بلکه مربوط به نقص وسایل ادارات و یا مؤسسات مزبور باشد، که در این صورت طبق ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، در اعمال تصدی، جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است؛ اما در مورد اعمال حاکمیت، هرگاه اقدامات دولت که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل می‌آید، موجب ضرر دیگری شود دولت را مجبور به پرداخت خسارات ندانسته است. به بیانی دیگر این تبعیض آشکار قانونگذار در تمایز بین خسارات ناشی از اعمال تصدی و خسارات ناشی از اعمال حاکمیت را مورد تجزیه و تحلیل فقهی حقوقی قرار خواهیم داد.

گفتار اول. پیشینه مسئولیت مدنی دولت

به‌رغم سابقه طولانی مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی، پیدایش و پذیرش این مسئولیت برای اشخاص حقوق عمومی به دو قرن نیز نمی‌رسد. طی سالیان متمادی به دلیل باور منشأ الهی داشتن دولت و ناشی از اقتدار عمومی بودن آن، نظریه مورد پذیرش اکثر حقوقدانان، عدم مسئولیت دولت در مقابل اتباع خود بوده است.^۲ عموم مردم، پادشاه را سایه خدا بر روی زمین پنداشته و در نتیجه او را مصون از اشتباه^۳ و تمام اعمالش را پسندیده و صواب می‌شمردند و اگر در مسیر اعمال حاکمیت توسط دولت، بر فردی یا افرادی، خسارت وارد می‌شد به دلیل منافع عمومی که از اعمال دولت، متوجه عموم می‌گردید آن را جبران‌پذیر نمی‌دانستند و این اصل (مصونیت دولت)، از نتایج منطقی اصل حاکمیت دولت بود.^۴ در عمل

۱. وحدتی شبیری، سید حسن، احسان سامانی، نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در قبال اعمال کارکنان خود، مجله دین و قانون، زمستان ۹۵، شماره ۱۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، بهنشر، ۱۳۶۵، ۱، ۱۴۳.

۳. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶،

نیز ریاست پادشاه بر قوای سه گانه، مسئول قلمداد کردن دولت و کارگزارانش را ناممکن ساخته بود، زیرا اثبات مسئولیت پادشاه در دادگاه‌های تحت نظارت پادشاه، نقض حاکمیت مقام سلطنت تلقی می‌شد و هیچ دادگاهی حق نظارت بر اعمال مقام قضایی مافوق خود را نداشت.^۱ با انتقال قدرت پادشاه به دولت‌ها، این مصونیت (و عدم مسئولیت نسبت به خسارات ناشی از اعمال حاکمیت)، از پادشاه به دولت‌ها به ارث رسید؛ اما با گذر زمان در اثر تحولات سیاسی، اقتصادی و اجتماعی قرن نوزدهم و بیستم و تشکیل حکومت‌های دموکراتیک، نظریه مصونیت دولت مورد تشکیک واقع شد و به تدریج، «اصل مسئولیت مدنی دولت» جایگزین «نظریه مصونیت دولت» گردید.^۲ به عنوان مثال در انگلستان با تصویب «قانون دعاوی علیه دولت»، طرح دعوا علیه دولت مورد پذیرش واقع شد.^۳ در ایالات متحده آمریکا نیز هرچند نخست طبق اصل ۳ قانون اساسی ۱۷۸۹، مسئولیت مدنی دولت را به طور ناقص پذیرفته شد، اما با تصویب «قانون دعاوی مسئولیت مدنی دولت فدرال» در سال ۱۹۴۶، مسئولیت دولت به طور کامل پذیرفته شد.^۴ در فرانسه نیز که خاستگاه نظریه مصونیت دولت بود، از اواخر قرن هجدهم گام‌هایی در خصوص لغو مصونیت دولت برداشته شد و با تشکیل «شورای دولتی» در سال ۱۸۷۰، مسئولیت دولت نسبت به زیان‌های وارده ناشی از اعمال تصدی آن پذیرفته^۵ و سپس در قرن بیستم مسئولیت ناشی از اعمال حاکمیت نیز پذیرفته شد؛ همچنین براساس قانون مدنی آلمان، ادارات و سازمان‌های دولتی باید خساراتی را که مأموران و کارکنان آنان به اشخاص ثالث وارد می‌سازند، جبران نمایند.^۶

در ایران نیز تا پیش از انقلاب مشروطه، دولت از مصونیت کامل برخوردار بود و به عبارت دیگر جان و مال مردم در تصاحب پادشاهان بود و زیان‌دیده‌ها حق مطالبه جبران خسارت نداشتند. حتی در قانون اساسی مشروطه و نیز سایر قوانین به صراحت سخنی از مسئولیت مدنی دولت به میان نیامده است.^۷ بلکه عموم برخی مواد قانونی از جمله ماده ۳۳۲ قانون مدنی، متضمن مسئولیت دولت می‌باشد، اما عدم صراحت و نیز برخی نقایص این ماده،

۱. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ۱۶.

۲. وحدتی شبیری، سید حسن، سامانی، احسان، **نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در قبال اعمال کارکنان خود**، جله دین و قانون، زمستان ۹۵، شماره ۱۴، ص ۳۷.

3-crown proceeding Act, 1944

4-Federal tort claims Act, 1946

۵. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ۲۵۸.

۶. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ۱۸.

۷. ابوالحمد، عبد الحمید، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات دانشگاه، ۱۳۵۴، ۲، ۴۱۲.

موجب تفسیر مضیق این ماده و اختصاص آن به روابط افراد، نه روابط بین دولت و افراد، توسط قضات دادگستری شد. این مصونیت برای دولت ادامه داشت تا آنکه در تاریخ ۷ اردیبهشت ۱۳۳۹، با تصویب قانون مسئولیت مدنی برای نخستین بار به صراحت، مسئولیت مدنی دولت آن هم صرفاً مسئولیت مدنی دولت در اعمال تصدی و نه اعمال حاکمیت، مورد پذیرش قانونگذار واقع شد.^۱ پس از آن به تدریج در دیگر قوانین نیز مواد پراکنده‌ای در زمینه زیان‌های وارده به اشخاص توسط دولت و کارکنان آن به تصویب رسید. پس از انقلاب اسلامی نیز با تصویب برخی قوانین همچون اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی و قانون به‌کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری، مسئولیت مدنی دولت در جبران زیان وارده به اشخاص در برخی مصادیق اعمال حاکمیت تحت شرایطی پذیرفته شد،^۲ اما هنوز ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در خصوص مصونیت دولت در اعمال حاکمیت بر اعتبار خود باقی بوده و به استثناء موارد مصرح قانونی، دولت می‌تواند از پرداخت خسارات ناشی از اعمال حاکمیت، شانه خالی کند.

لازم به ذکر است دولت‌ها با سوءاستفاده از اعتقادات مردم و نیز قدرتی که در دستشان بود، سعی داشتند به نحوی از مسئولیت نسبت به اعمال زیان‌بارشان شانه خالی کنند و گرنه هیچ تفاوتی در مسئولیت جبران خسارت بین اشخاص حقیقی و حقوقی و بلکه اشخاص حقوقی خصوصی و اشخاص حقوقی عمومی نبوده و عموم و اطلاق ادله ضمان همه را شامل می‌شود. بله چه بسا علل موجهه، قلمرو گسترده‌تری در اعمال زیان‌بار دولت نسبت به اعمال دیگر اشخاص داشته باشد که البته این موجب تغییر قاعده و اصل مسئولیت و جبران خسارت نمی‌شود. بر همین مبنا و اصل است که طبق آموزه‌های دینی مکتب اسلام، حکومت اسلامی نسبت به خسارات ناشی از کارکنان و مأموران خود، مسئول شناخته شده است. از مستندات روایی که در آن به مسئولیت دولت پرداخته شده، نامه امام علی (ع) به مالک اشتر^۳ و نیز «روایت اصبع بن نباته»^۴ است که حکومت اسلامی را در قبال خسارات ناشی از برخی خطاهای قضات و کارکنان، مسئول دانسته‌اند. تأکید و اهتمام حضرت رسول (ص) بر جبران خسارات زیان‌دیده‌ها در ماجرای خالد بن ولید و قبیله بنی جذیمه^۵ و نیز

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، ۴۳۴-۴۳۵.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱، ۲، ۴۰۵.

۳. شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، صبحی، صالح، قم، هجرت، ۱۴۱۴، ۱، ۴۴۳.

۴. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۴.

۵. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۲، ۵۶۲.

سیره امیرالمؤمنین (ع) در پرداخت این گونه خسارات که به تفصیل در این نوشتار بدان خواهیم پرداخت^۱ از دیگر مؤیداتی است که بیانگر سابقه طولانی مسئولیت مدنی دولت در شریعت اسلام هستند.

گفتار دوم. تحلیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ایران

در قوانین ایران اولین بار در ماده واحده قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت مصوب ۲۴ اردیبهشت ۱۳۰۷ به نظریه اعمال حاکمیت و تصدی استناد شده است که بیان می داشت: «دعاوی افراد و دولت که ناشی از اعمال تصدی اند به محاکم عدلیه رجوع خواهد شد». البته این ماده واحده به وسیله ماده ۱۰ قانون راجع به دعاوی بین اشخاص و دولت مصوب ۱۳ آبان ۱۳۰۹ لغو شد ولی تبصره ماده ۴ این قانون همان تعریف ماده واحده منسوخ از اعمال تصدی را پذیرفت.^۲

علی رغم اینکه امروزه این نظریه، به جهت ایرادات وارد بر آن به ویژه بدین جهت که به میزان درخور توجهی حدود مسئولیت دولت را محدود می کند و در نتیجه موجب نفی حقوق می شود؛ حتی در کشور فرانسه که خاستگاه آن بوده، متروک شده است و حتی مسئولیت دولت را در مواردی که زیان از اعمال حاکمیت ناشی شده، پذیرفته است^۳، قانونگذار ایران در یک عملکرد قابل انتقاد^۴ ذیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی به نظریه مزبور استناد نموده و مقرر می دارد: «... در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود». یعنی علی رغم اینکه مسئولیت دولت در ارتکاب فعل زیان بار پذیرفته شده است اما الزام به پرداخت خسارت از دوش دولت برداشته شده است. البته از آنجا که اثر مستقیم مسئولیت مدنی الزام به پرداخت خسارت است وقتی که این الزام برداشته شود مانند این است که دولت در اینجا مسئولیتی ندارد.^۵

بر اساس این ماده، در خسارات ناشی از خطای اداری وقتی دولت از پرداخت خسارت

۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۱۳۸.

۲. ابوالحمید، عبد الحمید، حقوق اداری، تهران، انتشارات دانشگاه، ۱۳۵۴، ۲، ۴۳۸.

۳. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ۱۱۵.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

۵. امامی، محمد؛ استوار سنگی، کورش، حقوق اداری، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ۱، ۳۶۶.

معاف خواهد بود که اولاً دولت در مقام اجرای اعمال حاکمیت باشد. ثانیاً آن عمل بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی انجام گیرد^۱ و ثالثاً طبق قانون به عمل آید. به قسمت اخیر این ماده که گویا مقتبس از نظریه اعمال حاکمیت و تصدی است چند اشکال وارد است:

۱- بر اساس ماده قانونی فوق، یکی از علل مهم معاف‌بودن دولت از پرداخت خسارت، این است که هدف از انجام فعالیت‌های دولت، تأمین منافع اجتماعی و به تعبیری «محسن بودن» دولت است و بر اساس آیه شریفه «ما علی المحسنین من سبیل»، محسن مسئول نیست. حال آنکه محسن بودن دولت و به دنبال منافع اجتماعی بودن او، اختصاص به اعمال حاکمیت ندارد بلکه دولت در تمام اعمالش (اعم از اعمال حاکمیت و تصدی) به دنبال تأمین منافع اجتماعی است؛^۲ بنابراین طبق استدلال شما دولت در تمام اعمالش، نه فقط اعمال حاکمیت، باید مصونیت داشته باشد.

۲- قانون فوق‌الذکر دولت را نسبت به آن دسته اعمال حاکمیتی مصون از مسئولیت دانسته که طبق قانون به عمل آید و حال آنکه همه اعمال حاکمیت را مشخص نکرده و عملاً در بسیاری موارد تشخیص اعمال حاکمیت به تصمیم مقامات قوه مجریه سپرده شده است، که این خود دست قوه مجریه را برای تفسیر این ماده بر اساس سلايق و امیال او باز می‌گذارد.^۳

۳- قانون فوق‌الذکر با به کار بردن واژه «مجبور»، اختیار جبران خسارت را به دولت واگذار کرده است. این امر، امکان سلیقه‌ای عمل کردن در اقدام یا عدم اقدام به جبران خسارت را به دولت می‌دهد.^۴

۴- مصونیت دولت در اعمال حاکمیت، حداقل از لحاظ مدنی موجب مباح جلوه داده شدن بسیاری از اعمال نامشروع دولت می‌شود و موجب خواهد شد حقوق جمعی بی‌گناه در معرض خود خواهی‌ها و لجام‌گسیختگی‌ها قرار گیرد.^۵

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰، ۴۴۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ۲۴۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ۲۴۶.

۴. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ۲۸۳.

۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ۲۴۶.

۵- به موجب اصل تساوی همگان در برابر هزینه‌های عمومی، هرگاه از از اعمال دولتی در راستای تأمین منافع اجتماعی، عده‌ای خاص متضرر گردند، این ضرر نیز در برابر نفعی که متوجه عموم شده‌است، باید (با پرداخت از بیت‌المال) میان همه تقسیم شود.^۱

البته برخی تلاش‌های تقنینی در سطوح اساسی و عادی همچون اصل ۱۷۱ قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون به‌کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروی مسلح که پس از قانون مسئولیت مدنی تصویب شده‌اند به نوعی قسمت آخر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را نسخ ضمنی نموده‌اند. با این وجود، هنوز سایه قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بر حقوق ایران و به‌ویژه آراء محاکم قضایی سنگینی می‌کند، همان‌گونه که دادنامه ۸۳/۴/۲۴ شعبه ۱۰۶ دادگاه عمومی تهران در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها نیز دلالت بر این مطلب دارد، آنجا که می‌گوید: «باتوجه به متصدی بودن دولت در فعل واقع شده و این نکته که اعمال انجام شده از جمله موارد اعمال حاکمیت نمی‌باشد...».^۲

البته ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی صرف عمل حاکمیتی بودن را سبب مصونیت دولت نمی‌داند بلکه باید برای تأمین منافع اجتماعی، آن عمل ضرورت داشته باشد و همچنین طبق قانون به عمل آید. پس با نبود شرایط فوق، دولت در برابر خسارات ناشی از اعمال حاکمیتی، مسئولیت مدنی خواهد داشت. البته اگر با تخلف کارمند از این شروط، خطا جنبه شخصی پیدا کرده باشد، در این صورت کارمند خاطی، مسئول شناخته می‌شود.

شرط دیگری که برای رفع مسئولیت دولت در اعمال حاکمیتی لازم دانسته شده، ضرورت و اضطرار است. بدون شک ضرورت و اضطرار در صورتی که فعل انجام گرفته متناسب با آن اضطرار، نه فراتر از آن باشد، مسئولیت کیفری فرد را رفع می‌نماید؛ اما در خصوص مسئولیت مدنی اختلاف نظر است؛ چراکه تأثیر اضطرار بر اجرای احکام جزائی از باب لطف و امتنان است. حال آنکه برداشتن مسئولیت مدنی در این مورد بر خلاف لطف و امتنان در حق زیان دیده است. با این وجود اگر فرد در حالت اضطرار، به قصد نیکی و برای جلوگیری از ضرر بزرگتر، مرتکب فعل زیان بار شود بر اساس قاعده احسان می‌توان او را از مسئولیت مبرا دانست، چراکه قاعده احسان برخلاف اضطرار، مسقط مسئولیت مدنی است؛ مثل اینکه مأمورین دولتی به قصد تأمین امنیت شهروندان، حین انجام عملیات نظامی خساراتی را به برخی از شهروندان وارد سازند که در اینجا می‌توان دولت را به جهت اضطرار و نیز قاعده

۱. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ۱۱۶.

۲. امامی، محمد؛ **استوارسنگی**، کورش، حقوق اداری، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰، ۳۶۷.

احسان (چون اقدام او در راستای تأمین منافع عمومی بوده) مشروط به اینکه عمل واقع شده متناسب با اضطرار باشد نه فراتر از آن، از مسئولیت معاف دانست.^۱

اینکه تصور شود با وجود اضطرار، دیگر نیازی به حاکمیتی بودن عمل نیست، بلکه اعمال تصدی نیز در حالت اضطرار، موجب مسئولیت نمی‌شود، صحیح نیست؛ زیرا اضطرار فقط رافع مسئولیت کیفری است و تنها در صورتی موجب رفع مسئولیت مدنی می‌شود که مصداق قاعده احسان باشد و عمل دولت در صورتی مصداق قاعده احسان است که در راستای تأمین منافع اجتماعی باشد. همان‌گونه که قبلاً بیان شد هدف دولت تنها در اعمال حکومتی، تأمین منافع اجتماعی است اما در اعمال تصدی، دولت چنین هدفی ندارد. پس با این توضیح نسبت به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی هیچ اشکالی وارد نخواهد بود و این دیدگاه یک دیدگاه مبتنی بر فقه و متفاوت از دیدگاه اعمال حاکمیت و تصدی است. البته اگر بگوییم دولت در اعمال تصدی نیز، به دنبال تأمین منافع اجتماعی است، این اشکال به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی وارد خواهد بود.^۲

البته نسبت به ماده مذکور یک اشکال باقی است و آن اینکه وقتی عمل دولت در این موارد به نفع عموم جامعه است، چرا یک نفر باید متحمل همه خسارات شود! عدل و انصاف اقتضاء دارد همه افراد جامعه همان‌گونه که در نفع حاصل از این عمل، ذی‌نفع هستند، در تحمل خسارات ناشی از آن سهیم باشند و خسارات وارده از طریق بیت‌المال که متعلق به همه است، جبران شود؛ چراکه اصل، تساوی شهروندان در برابر تکالیف عمومی است.

گفتار سوم. بررسی فقهی دیدگاه قانونگذار در خصوص مصونیت دولت در اعمال حاکمیت

باتوجه به روایات و نیز سیره حکومتی حضرت رسول (ص) و امیر المؤمنین (ع) می‌توان گفت از دیدگاه اسلام تفکیک میان اعمال حاکمیت و اعمال تصدی و مسئول دانستن دولت تنها نسبت به خسارات ناشی از اعمال تصدی، منطبق با شرع نبوده، بلکه روایات مربوط به مسئولیت مدنی دولت، به طور صریح دلالت بر مسئولیت مدنی دولت در اعمال حاکمیت دارند. در ذیل به بررسی برخی از این روایات می‌پردازیم.

۱. صفایی، حسین، رحیمی، حبیب‌الله، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ۱۸۰.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی ضمان قهری، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، ۲۴۶.

بند اول. روایت اصبع بن نباته

این روایت به دو سند نقل شده است. شیخ کلینی در کتاب «کافی» این حدیث را به صورت مسند از ابی مریم^۱ و شیخ طوسی و صدوق (ره) در کتاب «تهذیب الاحکام» و «من لایحضره الفقیه» آن را به صورت مرسل از اصبع بن نباته نقل نمودند.^۲

راوی روایت مذکور در یک سند، اصبع بن نباته، از یاران خاص امیرالمومنین (ع) است^۳ و علامه مجلسی، طریقه صدوق به اصبع بن نباته را موثق و طریقه شیخ طوسی در کتاب تهذیب را قوی دانسته و می‌گوید: «روی عن الأصبع» فی الموثق و الشیخ عنه فی القوی^۴. با این وجود برخی از فقهاء به دلیل مرسل بودن سند روایت، آن را ضعیف دانسته‌اند،^۵ اما به نظر این ضعف سند و ارسال، خللی در استناد به این روایت ایجاد نخواهد کرد به این دلیل که اولاً این روایت عیناً همان موثقه ابی مریم در کتاب کافی است^۶ و آن روایت موثق و دارای سندی معتبر است^۷، ثانیاً فقهاء در موارد متعدد با استناد به خبر اصبع، فتوا داده‌اند و بنابر نظر مشهور، عمل فقهاء به مضمون خبر ضعیف، ضعف سندی آن را جبران می‌کند.^۸ روایت مذکور که رویکرد حضرت علی (ع) نسبت به قضات را بیان می‌کند^۹، در

۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۴.

۲. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۶، ۳۱۵؛ ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۷، ۳.

۳. نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی، رجال النجاشی فهرست أسماء مصنفی الشیعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷، ۸؛ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الفهرست (للشیخ الطوسی)، نجف، المكتبة الرضویة، بی تا، ۸۸؛ حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، رجال العلامة - خلاصة الأقوال، نجف، منشورات المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱، ۲۴.

۴. مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القديمة)، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶، ۶، ۲۵.

۵. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۷، ۳.

۶. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۴.

۷. وحدتی شبیری، سامانی، مسئولیت مدنی دولت در دستور العمل حکومتی امیرالمؤمنین، مجله دین و قانون، شماره ۹، پاییز ۱۳۹۴، ۳.

۸. صالحی مازندرانی، محمد، بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از تصمیمات قضایی با نگاهی به برخی نظام‌های حقوقی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱، ۳۳۱.

۹. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۶، ۳۱۵.

مقام بیان مسئولیت دولت در قبال خسارات ناشی از خطای قضات (یکی از مناصب حکومتی) بوده و می‌فرماید چنانچه قاضی در خون و یا قطع عضو، مرتکب خطا شود، جبران خسارت از بیت‌المال است. استناد به روایت فوق برای اثبات مسئولیت مدنی دولت، منوط به بررسی دو امر است. نخست اینکه آیا این روایت فقط دلیل بر جبران خسارات جانی است یا اینکه جبران خسارات مالی نیز در بر می‌گیرد. دوم اینکه آیا دولت فقط در برابر خسارات ناشی از خطای قضات، مسئولیت دارد یا اینکه مسئول خطای دیگر کارکنان دولتی نیز می‌باشد. در ذیل به بررسی این دو مسئله می‌پردازیم.

۱. شمول روایت نسبت به خسارات مالی

در این روایت اگرچه فقط از قتل و قطع عضو سخن گفته شده است اما به دو دلیل، این حکم مختص به خسارات جانی نبوده و شامل خسارات مالی ناشی از اشتباه قاضی نیز جبران می‌شود:

الف. نظم و نسق این روایت در راستای حمایت و حفاظت از تضییع حقوق مسلمانان اعم از جانی و مالی می‌باشد، ولو اینکه این تضییع از سوی شخصی صورت بگیرد که در مقام اجرای عدالت است و ذکر صرف قتل و قطع عضو، از باب تمثیل و بیان مصداق بین و روشن است^۱ لذا حکم مذکور در روایت شامل مال نیز می‌شود.

همچنین برخی فقهاء ذیل مبحث «قیام بینه بر جرح شاهد پس از صدور حکم»، در بیان حکم کشف خطای قاضی بعد از صدور رأی، موضوع حکم را به حدّ و مال تفکیک کرده و در رابطه با خطای قاضی در خصوص دعاوی مالی می‌گوید: اگر خطای قاضی در مورد مال باشد، چنانچه مال باقی باشد به دلیل بطلان و فساد حکم صادره، مال به ذی حق برگردانده می‌شود؛ اما اگر مال تلف شده باشد، در این صورت سه قول وجود دارد: الف. ضمان مشهوده؛ ب. ضمان امام در صورت اعسار مشهوده؛ ج. ضمان دولت. ایشان در ادامه می‌فرماید این مطلب (قول سوم) را می‌توان از موثقه اصبح بن نباته استظهار نمود. بدین گونه که آنچه را که در موثقه از قتل و قطع آمده، از باب مثال دانسته و بگوییم میزان و ملاک، خطای بدون تقصیر قاضی است و از آنجاکه عمل قضات عمل غیر معصوم است و چنین عملی نیز از خطا و اشتباه جدا نیست، شارع مقدس دیه و غرامت آن را مطلقاً (چه در دماء و چه اموال) در بیت‌المال قرار داده تا قاضی خسارت نبیند و اشتغال به شغل قضاوت نیز متروک نماند.^۲

۱. محقق داماد یزدی، سید محمد، کتاب الحج (للمحقق الداماد)، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۰۱، ۳، ۸۰۱.

۲. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸، ۲، ۴۶۱.

ب. بر فرض اختصاص روایت به قتل و قطع عضو، فقهاء بین این دو و غیر این دو تفاوتی قائل نیستند^۱ چراکه قتل و قطع عضو، خصوصیت و ویژگی متمایزی ندارد و همان گونه که ورود خسارت جانی به دیگران ممنوع است ورود خسارت مالی نیز ممنوع است و همانند لزوم جبران خسارت جانی، جبران خسارت مالی نیز لازم است و اگر جان مسلمان حرمت دارد مال او نیز حرمت دارد؛ بنابراین وقتی در قتل و قطع عضو، جبران خسارت بر عهده بیت المال است در خسارات مالی نیز جبران آن بر عهده بیت المال خواهد بود، بلکه در خسارات مالی به طریق اولی این گونه است، بدین استدلال که وقتی در جان که اهمیت فوق العاده ای دارد و باید نهایت سخت گیری نسبت به قاضی صورت گیرد تا خونی به ناحق ریخته نشود، خطای آن به عهده بیت المال است در خسارات مالی ناشی از خطای قاضی که چنین معذوری نیست به طریق اولی خسارت باید از بیت المال پرداخت می شود و به همین دلیل است که بسیاری از فقهاء حکم این روایت را، در خصوص خسارات مالی نیز جاری دانسته اند.^۲

باتوجه به بیانات و استنادات فقها به این روایت، اگرچه برخی ادعای اجماع نمودند^۳ اما طبق دیدگاه اکثر فقهاء، روایت مذکور هم شامل خطای قاضی در باب قصاص و دیات می شود و هم شامل دعاوی مالی و در هر دو مورد چنانچه در صدور حکم و اجتهادش تقصیری مرتکب نشده باشد، جبران خسارت بر عهده بیت المال است.

۲. سرایت حکم قاضی به تمام مناصب حکومتی

در روایت موضوع بحث، اگرچه تصریح به قضات شده اما به چند دلیل حکم آن اختصاص به قضات نداشته و دیگر مقامات دولتی را نیز شامل می شود.

الف. همان گونه که در خسارات جانی گفته شد این دسته از خسارات، خصوصیت منحصر به فردی ندارد که روایت فقط شامل آن شود، اینجا نیز می گوئیم قضات در بین کارمندان دولت، ویژگی منحصر به فردی ندارند که فقط خسارات ناشی از خطای آنها توسط بیت المال پرداخت شود، چراکه همان طور که قاضی محسن است دیگر کارمندان دولت نیز محسن هستند و همان طور که قاضی اقداماتش در جهت مصالح عموم جامعه و نفع رساندن به آنهاست دیگر مقامات اجرایی نیز هریک در صددند به طریقی به جامعه و عموم مردم نفع برسانند و

۱. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، فقه القضاء، قم، بی نا، ۱۴۲۳، ۱، ۲۷۴.

۲. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ۷۹، ۴۰؛ سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸، ۲، ۴۶۱.

۳. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران، دار الکتب الإسلامية،

همان‌طور که قاضی در معرض خطا و اشتباه است صاحبان مشاغل دیگر نیز در معرض خطا و اشتباه هستند؛ بنابراین وقتی یکی از مصادیق و اصناف کارکنان دولت چنین حکمی در حق او جعل و وضع می‌شود، این حکم، دیگر کارمندان دولت را نیز شامل خواهد شد.

استناد نجفی برای اثبات عدم ضمان حاکم یا نائب او نسبت به پرداخت اشتباهی زکات به فرد غیر مستحق به قاعده (خطأ الحاکم علی بیت‌المال) و سرایت دادن حکم این روایت به دیگر مناصب دولتی^۱، مؤید همین نظر است. شیخ طوسی نیز آنجا که فردی به دستور از درختی بالا برود و یا داخل چاهی شود و در این مسیر دچار سانحه شده و بمیرد، در فرضی که امام به خاطر مسلمانان امر به این کار کرده باشد، آن را از مصادیق خطای امام دانسته و دیه آن را بنابر مذهب امامیه بر عهده بیت‌المال می‌داند.^۲ همچنین علامه حلی جبران خسارات ناشی از خطای امام و حاکم در حکم و اجتهادش و غیر آن را بر عهده بیت‌المال دانسته است.^۳ تفکیک ایشان بین خطای در حکم و اجتهاد و غیر آن برای تمایز بین شخصیت حقیقی و حقوقی آنان می‌باشد. نیز باتوجه به اینکه طبق اعتقاد شیعه، امام مصون از خطاست، مقصود از لفظ امام در کلام علامه حلی، مطلق حاکم (حق) و رهبر جامعه و افراد (مقامات و دولتمردان) منصوب از جانب ایشان نیز می‌شود، همان‌گونه که فقهاء نیز خطای افرادی را که به دستور امام (ع) یا قاضی فعلی را انجام می‌دهند در صورت عدم تقصیرشان در حکم خطای قاضی و امام (ع) دانسته‌اند یعنی جبران خسارات ناشی از آن را بر عهده بیت‌المال دانسته‌اند. همچنین شیخ طوسی آنجا که جلاد از روی خطا (مثلاً اشتباه در شمارش) بیش از ۸۰ ضربه به مجرم بزند و او در اثر این ضربات بمیرد، به استناد حدیث «أن ما أخطأت القضاة ففی بیت المال» دیه مقتول را با اینکه جلاد غیر از قاضی است بر بیت‌المال دانسته^۴ و دامنه شمول روایت را فراتر از قضات گرفته است. نیز عدم اختصاص ادله ابرازی فقهاء برای برائت قاضی، به قضات مثل محسن بودن و در مقام اصلاح امور مسلمانان و حفظ نظام بودن و... و قابلیت تسری آن به همه حکام و مقامات اجرایی مؤیدی دیگر بر سخن ماست؛^۵ لذا طبق این استدلال، در حکومت اسلامی که تمام مقامات

۱. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴، ۱۵، ۳۲۹.

۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷، ۸، ۶۵.

۳. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)**، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰، ۵، ۶۴۲.

۴. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷، ۸، ۶۲.

۵. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب القضاء (للگلپایگانی)**، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳، ۲، ۴۰۲.

اجرایی و دولتی حسب تکلیف شرعی خود، در همین راستا (اصلاح امور مسلمانان، خدمت به دین، اجرای احکام اسلام و ...) انجام وظیفه می کنند، بهترین راه برای جمع بین الحاقین (زیان دیده و مقام اجرایی)، پرداخت خسارات ناشی از خطای آنان به وسیله بیت المال است.

ب. با توجه به اینکه در صدر اسلام بین منصب قضاء و نظام سیاسی به روشنی تفکیک وجود نداشته و شواهد تاریخی نیز تا حدودی دلالت بر این مطلب دارد می توان گفت چه بسا در این روایت قضات شامل تمام مقامات دولتی می شود. به عبارت دیگر از آنجاکه نوعاً حکام به قضاوت نیز اشتغال داشتند تسری این حکم (جبران خسارات خطاهای ایشان از بیت المال) به دیگر شئون حکومتی ایشان نیز به چشم می خورد همان طور که در سیره حکومتی پیامبر (ص) در ماجرای خطای خالد بن ولید و امام علی (ع) در ماجرای قتل یک زن و فرزندش در اثر وحشت از حمله سپاهیان اسلام دیده می شود. شاید بیانات برخی از فقهاء همچون علامه حلی که به استناد همین روایت فرمودند: «و خطأ الإمام و الحاکم فی الحکم و الاجتهاد علی بیت المال، و فی غیره علی عاقلته»، بیانگر همین تحلیل ما باشد، چراکه ایشان به استناد این روایت که تصریح به قضات دارد، بدون هیچ تفصیلی و استدلالی، گفته اند خطای امام و حاکم برعهده بیت المال است و گویا این دلالت با توجه به شواهد تاریخی برای آنها بدیهی و روشن بوده است؛ لذا خود را بی نیاز از ارائه دلیل برای توسعه مفهوم این روایت دانسته اند.

نتیجه اینکه واژه قاضی در این روایت خصوصیتی نداشته و تمام مقامات اجرایی چنانچه بدون تقصیر مرتکب خطایی شوند، جبران خسارت آنها برعهده بیت المال است؛ زیرا همان خصوصیات محسن بودن، تلاش در جهت تأمین مصالح مسلمانان و... که در قاضی موجب حکم به پرداخت خسارات از بیت المال شده، عیناً در دیگر مقامات اجرایی نیز وجود دارد.

بند دوم. روایت طل و حرمت مال مسلمان

از انضمام روایت طل^۱ و روایت حرمت مال مسلمان^۲ می توان استفاده نمود همان گونه که جان مسلمان محترم است مال مسلمان نیز محترم است. به عبارت دیگر روایت مذکور،

۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۴ و ۲۹۵؛ ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۴، ۱۰۰.

۲. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۹.

مال مسلمان را همانند جان او دارای حرمت و مصون از تعرض و دارای همان احکامی می‌داند که برای جان بیان شده مگر مواردی که صریحاً استثناء شده است و بر اساس روایت طل، یکی از احکام خون مسلمان، این است که هیچ‌گاه خون او هدر نمی‌رود؛ بنابراین مال مسلمان نیز هیچگاه هدر نمی‌رود و خسارات مالی می‌بایست جبران شود. اطلاق این روایات شامل اعمال تصدی و حاکمیت نیز می‌شود، زیرا بر اساس این روایات هرگونه خساراتی که به جان و مال مسلمان وارد آید باید جبران شود.

در این روایت ابوبصیر از امام باقر (ع) نقل می‌کند که ایشان به نقل از حضرت رسول (ص) فرمودند: «سَبَابُ الْمُؤْمِنِ فُسُوقٌ وَقِتَالُهُ كُفْرٌ وَأَكْلُ لَحْمِهِ مَعْصِيَةٌ وَحُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ؛ دشنام به مؤمن فسق است و قتال او کفر و خوردن گوشتش گناه و حرمت مالش چون حرمت خونس». ^۱ جمله «حرمة ماله کحرمة دمه» مذکور در قسمت پایانی این روایت مربوط به بحث مسئولیت مدنی می‌باشد. همان‌گونه که روشن است این جمله دلالت بر احترام مال مسلمان دارد و با تشبیه آن به خون و جان مسلمان، نهایت اهتمامش را به آن، به ما می‌فهماند؛ چراکه دماء از امور بسیار مهم در فقه می‌باشد. ^۲

اما در خصوص کیفیت دلالت این روایت بر حرمت مال مسلمان باید گفت: چنانچه ما قائل به این شویم که این روایت با توجه به سیاق جمله، دلالت بر صرف حرمت تکلیفی دارد و حکم وضعی از آن فهمیده نمی‌شود؛ در این صورت از دو طریق می‌توان از این روایت مسئولیت مدنی و ضمان را اثبات کرد. اولاً اینکه بگوییم احترام مال مسلمان به عدم مزاحمت مالک آن مال چه حدوثاً و چه بقاءً می‌باشد و عدم تدارک آن مال بعد از تلف کردن آن، مزاحمت در بقاء است. ثانیاً اینکه بگوییم برای مال دو نوع حیثیت است؛ یکی حیثیت اضافه آن به مالک مسلمان آن که این حیثیتش اقتضا دارد که با عدم تصرف در مال مسلمان بدون اذنش، مراعات مالک آن بشود و دیگری حیثیت نفس مال است که این حیثیت مال اقتضا دارد که مال هدر نرود و لذا عدم تدارک مال و کالعدم پنداشتن آن، منافات با احترام آن مال دارد. ^۳

۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، الکافی (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۹.

۲. مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱، ۲۵.

۳. اصفهانی کمپانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثة)، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸، ۲، ۲۹۰؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱، ۲۵.

بدون تردید استدلال به روایت مذکور برای اثبات قاعده احترام، متوقف بر آن است که از آن، حکم وضعی استنباط گردد، نه صرفاً حکم تکلیفی. برخی فقها روایت فوق را فقط در مقام بیان حکم تکلیفی دانسته‌اند، بدین معنا که روایت صرفاً تصرف در مال مردم را حرام دانسته و بیش از این دلالتی ندارد. این گروه از فقهاء، ساختار و سیاق جمله‌های حدیث را دلیل سخنشان دانسته‌اند.^۱ بدین توضیح که حدیث فوق، در سه فقره نخست از چهار حکمی که در کنار یکدیگر بیان نموده -یعنی ناسزاگویی، جنگیدن و غیبت کردن از مؤمنان صرفاً در مقام بیان احکام تکلیفی و نه ضمان مدنی است؛ بنابراین مورد چهارم، یعنی تصرف در مال نیز به قرینه «سیاق» (ردیف جملات) باید همین‌گونه تفسیر شود.^۲

در مقابل، دسته‌ای دیگر از حقوق‌دانان معتقدند از روایت فوق می‌توان مفهومی اعم از وضعی و تکلیفی استنباط کرد زیرا:

۱- چهار حکم مندرج در حدیث یکسان بیان نشده، زیرا سه حکم نخست (ناسزاگویی، جنگیدن و غیبت کردن)، سه عمل از اعمال مکلفان است؛ اما در خصوص حکم چهارم که مورد بحث ماست، نگفته تصرف در مال او، تا درزمره اعمال مکلف و در ردیف سه حکم نخست قرار گیرد، بلکه لسان تغییر کرده و بیان داشته حرمت مال او همانند حرمت خون او است؛ بنابراین باید مفهوم حرمت، یعنی احترام مال و احترام خون که به یکدیگر تشبیه شده، تبیین و تحلیل شود.

۲- احترام مال به منزله احترام خون (جان) قرار داده شده و چون مفاد این جمله عام است، تمامی احکام جان افراد، بر مال آنان نیز مترتب است، یعنی هر آنچه از باب احترام برای جان ثابت است برای مال نیز ثابت است. احترام جان و خون یعنی هیچ‌کس مجاز به ریختن خون دیگری نیست و در صورت ارتکاب، خون او نباید هدر برود؛ بنابراین حرمت مال نیز بدین معناست که تصرف غیرمأذون در مال دیگری، ممنوع و حرام است و در صورت تصرف و تعدی غیرمجاز نباید بدون جبران بماند.

۳- تصرف و مزاحمت غیرمجاز در اموال دیگران، مادامی که جبران و تدارک نشده، پیوسته در حال ارتکاب محسوب می‌شود و «جرم مستمر» است،^۳ زیرا مزاحمت تداوم دارد و رفع

۱. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین، *حاشیة المکاسب (لأخوند)*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶، ۳۲.

۲. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، *قواعد فقه (محقق داماد)*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶، ۲۱۴، ۱.

۳. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة، الإجارة*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۴، ۳۳۲ و ۳۳۶.

مزاحمت تنها از طریق تدارک مال تصرف شده محقق می‌شود؛ بنابراین، حتی اگر مفاد روایت حکم تکلیفی باشد لازمه آن، ضمان خواهد بود.^۱

۴- احترام مال مسلمان یعنی اینکه مال مسلمان همچون مباحات اولیه بدون حرمت نیست که هر کس حق استیلاء و استفاده از آن را داشته باشد^۲، بلکه متصرف ملزم به جبران و تدارک مال زیان‌دیده است.^۳

امام خمینی (ره) نیز بر لزوم جبران در مورد صدقه مال غیر (که در ابتدا مالک آن مجهول بوده و بعداً مشخص شده) بدون رضایت او به این روایات استناد می‌کند و می‌فرماید دلیل لزوم جبران مال صدقه داده شده، موثقه ابی بصیر از امام باقر (ع) است و جمله «حرمة ماله کحرمة دمه» در این روایت از حیث دلالت برابر با قاعده «من اتلف مال الغير فهو لئو ضامن» می‌باشد؛ چراکه معنای حرمت مال مؤمن این است که مال مؤمن هدر نمی‌رود بلکه محترم است و می‌بایست جبران شود همانند خون مؤمن که هدر نمی‌رود.^۴

همان‌گونه که از ظاهر کلام امام (ره) پیداست، ایشان حرمت مال را به معنای صرف حکم تکلیفی ندانسته بلکه اعم از معنای تکلیفی و وضعی می‌داند و همچنین تشبیه آن به خون مؤمن را مورد توجه قرار داده و می‌فرماید همان‌گونه که خون مؤمن هدر نمی‌رود، مال مؤمن نیز هدر نمی‌رود و باید جبران خسارت شود؛ پس باتوجه به اطلاق این روایت چنانچه خسارتی اعم از جانی یا مالی به دلیل انجام اعمال حاکمیتی به شخص یا اشخاصی وارد آید دولت موظف به جبران آن خسارات می‌باشد.

بند سوم. ماجرای خالد بن ولید و قبیله بنی جذیمه و دستور پیامبر (ص) به جبران خسارت

حضرت رسول (ص) پس از فتح مکه برخی افراد را برای ترویج دین مبین اسلام، نه برای نبرد، به اطراف مکه فرستاد. از جمله این افراد، خالد بن ولید بود که ظاهراً در اثر

۱. اصفهانی کمپانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديث)، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸، ۲؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، مائة قاعدة فقهية، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱، ۲۵.

۲. موسوی خویی، سید ابو القاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ۳۹۱.

۳. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه (محقق داماد)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶، ۱، ۲۱۴.

۴. موسوی خمینی، سید روح الله، المکاسب المحرمة (للإمام الخمينی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۵، ۲، ۴۱۴.

کینه‌ای که در سینه داشت پس از تسلیم‌شدن قبیله بنی جذیمه و بر زمین گذاشتن ادوات جنگی، فرمان به قتل آنان داد.^۱ پیامبر (ص) به محض اطلاع از این واقعه دردناک، ضمن ابراز ناراحتی و بی‌زاری از این عمل خالد، حضرت علی (ع) را برای جبران خسارات جانی و مالی به این سرزمین فرستاد.^۲

واقعی در خصوص این ماجرا می‌گوید: «چون علی (ع) پیش پیامبر (ص) آمد، رسول خدا (ص) پرسید: چه کردی؟ گفت: ای رسول خدا، پیش قومی رفتیم که مسلمان بودند و در سرزمین خود مساجدی ساخته بودند، خون‌بها و تاوان آنچه را که خالد از میان برده بود پرداختم، حتی تاوان ظرف‌های خوراک سگ‌ها را هم دادم و مقداری از مال که باقی مانده بود به آنها بخشیدم و گفتم: این از جانب رسول خداست در قبال برخی از خرابی‌ها که آن حضرت ممکن است از آن اطلاع نداشته باشد و شما هم از آن مطلع نشده باشید. پیامبر (ص) فرمود: بسیار خوب کردی، من به خالد دستور کشتن نداده بودم، بلکه به او فرمان داده بودم تا آنها را به اسلام فراخواند. همچنین ایشان می‌گوید: پیامبر (ص) به خالد اعتنایی نمی‌فرمود و از او روی برمی‌گرداند و خالد مکرر به رسول خدا عرض می‌کرد که به خدا سوگند من آنها را از روی کینه و دشمنی نکشتم».^۳

طبق نظر اهل سنت و نیز ادعای خود خالد این اتفاق ناشی از برداشت غلط او، نه از روی تعمد بوده است و چه‌بسا بتوان گفت دستور حضرت رسول (ص) به جبران خسارات وارده از بیت‌المال نیز دلیل بر خطئی بودن عمل خالد است. البته طبق دیدگاه مشهور اهل تشیع، خالد در این ماجرا مرتکب خیانت شده و مستحق قصاص بوده است اما به خاطر برخی مصالح مهم‌تر این حکم در حق او اجرا نشده است. با این وجود برخی از علمای امامیه در توجیه عدم قصاص خالد گفته‌اند: گرچه جنایت خالد انکارشدنی نیست ولی همین که او مدعی کفر بنی جذیمه شد شبهه ایجاد شد و با وجود شبهه، حد ساقط می‌گردد و بدیهی است که رسول خدا (ص) از روی موازین عادی و عرفی حکم می‌کرده است نه از روی علم غیب.^۴

۱. ابن اثیر جزری، تاریخ کامل بزرگ اسلام و ایران، خلیلی، عباس، حالت، ابو القاسم، تهران، مؤسسه مطبوعات علمی، ۱۳۷۱، ۷، ۳۰۳.

۲. طبری، محمد بن جریر، تاریخ طبری، پاینده، ابو القاسم، تهران، اساطیر، ۱۳۷۵، ۳، ۱۱۹۵.

۳. واقعی، محمد بن عمر، المغازی، دامغانی، محمود مهدوی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۹، ۶۷۴.

۴. میرشریفی، سید علی، درسنامه آشنایی با تاریخ اسلام، پیام آور رحمت، تهران، نشر مشعر، ۱۳۸۹، ۲.

در هر صورت باتوجه به این ماجرا و نحوه برخورد پیامبر (ص) علی‌رغم اینکه مورد از مصادیق اعمال حاکمیت است، می‌توان گفت همان‌گونه که در این اتفاق دردناک و تأسفبار، خالد با برداشت غلط و اشتباه، سبب ورود خسارات نپذیرفتنی می‌شود، ولی به دستور حضرت رسول، خسارات وارده با پرداخت از سوی بیت‌المال جبران می‌شوند، در تمامی خسارات ناشی از اعمال حاکمیت، مسئولیت جبران به عهده دولت و حکومت اسلامی می‌باشد؛ چراکه در این ماجرا که یک عمل حاکمیتی است، حضرت (ص) دستور به جبران خسارات به وسیله بیت‌المال را می‌دهد. روشن است سنت معصوم (ع) یعنی قول و فعل و تقریر او حجت و معتبر است.

بند چهارم. دستور پرداخت دیه به جهت خطای در اجرای حد

بر اساس روایتی که مؤلف کتاب عوالی اللئالی نقل نموده، پیامبر اسلام (ص) پس از اقرار ماعز به ارتکاب جرم زنا، طبق دستور شرع حکم به رجم ایشان نمودند. در حین اجرای مجازات رجم توسط مسلمانان، ماعز از گودال فرار نمود. بلافاصله زبیر با پرتاب استخوان به سمت ماعز و مصدوم نمودن ایشان، مانع فرار او شد. مردم با سرعت خود را به ماعز رسانده و او را به قتل رساندند. حضرت رسول (ص) پس از اطلاع از واقعه، دستور به پرداخت دیه ماعز از بیت‌المال داده و فرمودند: چرا رهایش نساختید وقتی فرار کرد دیگر نمی‌بایست تعقیبش می‌کردید؛ چراکه او خودش اقرار به گناه کرده بود. راوی می‌گوید: حضرت (ص) فرمودند: «چنانچه علی (ع) در جمع شما حاضر بود هیچ‌گاه گمراه نمی‌شدید»^۱.

همان‌گونه که بیان شد در این حادثه، پیامبر اسلام (ص) خون‌بهای ماعز را که در اثر قصور مجریان اجرای حکم حد که یک عمل حاکمیتی است به ناحق کشته می‌شود، از بیت‌المال پرداخت می‌کند؛ بنابراین روایت مذکور نیز دیدگاه مصونیت دولت در اعمال حاکمیت را نقض کرده و دلیل بر مسئولیت دولت نسبت به خسارات ناشی از اعمال حاکمیت می‌باشد.

پند پنجم. فوت در اثر ترس از هجوم سپاه در حال حمله و دستور به پرداخت خسارت

مرحوم کلینی در روایتی می‌فرماید: «علی علیه‌السلام چون طلحه و زبیر را شکست

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللئالی العزیزة فی الأحادیث الدینیة، قم، دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵، ۳، ۵۵۷.

داد، سپاه جمل رو به فرار نهادند، و در وسط راه به زنی آبستن برخوردند، آن زن از مشاهده فراریان، وحشت زده و سراسیمه شد و سقط جنین نمود، و جنین مُرد و پس از آن مادر نیز درگذشت. علی بن ابی طالب علیه السلام و یارانش با آن زن که با کودکش در راه افتاده بود مواجه شدند. راوی می گوید: علی علیه السلام از ماجرای آن زن پرسید، مردم گفتند: او آبستن بود، و چون جنگ و هزیمت را دید، ترسید. امام علیه السلام از ایشان پرسید که کدام یک زودتر مرد؟ گفتند: پسرش پیش از خودش جان داد. امام علیه السلام شوهر آن زن (پدر پسر مرده) را فرا خواند، و دو ثلث دیه پسرش را به عنوان ارث به او داد و ثلث دیه را برای مادر درگذشته کودک گذاشت، و پس از آن نصف دیه را که به عنوان ارث پسر مرده به مادرش رسیده بود بابت ارث به شوهر آن زن داد و بقیه را به خویشاوندان آن زن سپرد. سپس نصف دیه آن زن درگذشته را که ۲۵۰۰ درهم بود بابت ارث به شوهر داد. این بدان جهت بود که آن زن به هنگام سقط کودک در اثر بیم و هراس فرزند دیگری نداشت و بقیه دیه زن را به خویشاوندان او داد. امام (ع) تمام مبلغ دیه را از بیت المال بصره پرداخت نمود.^۱

بر اساس این روایت نیز چون در اثر مبارزه لشکر اسلام با دشمن که بدون تردید یک عمل حاکمیتی است خسارتی به دیگری ولو ناخواسته وارد شد، امام (ع) خسارات وارده را از بیت المال جبران نمود؛ بنابراین این حدیث نیز ناقض نظریه مصونیت دولت در اعمال حاکمیت بوده و دولت را نسبت به خسارات ناشی از اعمال حاکمیت مسئول می داند.

حتی در برخی روایات، آنجا که در جامعه اسلامی خسارتی ولو به وسیله غیر دولت و کارکنان او به شخص وارد شود مثلاً در نماز جمعه یا مراسم حج و عرفه بر اثر ازدحام جمعیت، شخصی کشته شود و قاتل او مشخص نباشد، دولت مسئول جبران خسارت دانسته شده است که دیه او از بیت المال باید پرداخت شود.^۲ این مسئولیت دولت بدون تردید ناشی از وظیفه ای است که برعهده او می باشد. دولت اسلامی موظف است از جان و خون آحاد

۱. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی (ط - الإسلامية)**، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۱۳۸؛ ابن بابویه، محمد بن علی، **من لا یحضره الفقیه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۴، ۳۰۸.

۲. طوسی، محمد بن الحسن، **تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)**، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۱۰، ۲۰۲؛ أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعیلی المقدسی ثم الدمشقی الحنبلی، الشهیر بابن قدامة المقدسی، المغنی لابن قدامة، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ هـ - ۱۹۶۸ م، ۸، ۴۹۳؛ کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی (ط - الإسلامية)**، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷، ۷، ۳۵۵؛ ابن بابویه، محمد بن علی، **من لا یحضره الفقیه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳، ۴، ۱۶۵.

جامعه محافظت کند و چنانچه در این خصوص کوتاهی نماید موظف به جبران خسارت خواهد بود. خلاصه اینکه براساس روایاتی که ذکر شد و نیز روایات متعدد دیگری از این دست، نظریه مصونیت دولت در اعمال حاکمیت از نظر اسلام پذیرفته نیست بلکه بر اساس صریح روایات متعدد، دولت در برابر خسارات ناشی از اعمال حاکمیت، مسئول بوده و باید جبران خسارت نماید؛ بنابراین ضروری است دیدگاه قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، در خصوص مصونیت دولت نسبت به خسارات ناشی از اعمال حاکمیت اصلاح شود.

نتیجه

امروزه دیدگاه اعمال حاکمیت و تصدی، حتی در کشور فرانسه که خاستگاه این نظریه بوده و روزگاری نیز به عنوان دیدگاه غالب مطرح بوده، میان حقوقدانان مورد پذیرش نیست و با توجه به نقدهای جدی که به آن وارد است تقریباً متروک شده است؛ بنابراین تبعیت قانونگذار ایران در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی از این دیدگاه، غیرمنطقی به نظر می‌رسد، خصوصاً باتوجه به اینکه از نظر فقهی نیز اطلاق ادله ضمان و نیز روایات متعددی از جمله روایت اصبغ بن نباته، روایت طل و حرمت مال مسلمان، سیره حکومتی پیامبر (ص) و حضرت علی (ع) دلالت بر مسئولیت دولت در برابر خسارات ناشی از اعمال حاکمیت دارند و دولت موظف است خسارات ناشی از اینگونه اعمال را از بیت‌المال جبران کند. علاوه بر اینکه مختار دانستن دولت در جبران خسارات ناشی از اعمال حاکمیت، می‌تواند منشأ سلیقه‌ای و خودسرانه عمل کردن دولت و مسئولین دولتی شود که این خود مفسده و نقصانی دیگر در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود ماده فوق اصلاح شده و دولت نیز بدون تبعیض همانند دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی، نسبت به خسارات ناشی از تمامی اعمال خود، اعم از تصدی‌گری و حاکمیتی، مسئول شناخته شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. ابوالحمد، عبد الحمید، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات دانشگاه، ۱۳۵۴.
۲. امامی، محمد؛ استوار سنگی، کورش، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
۳. بهجت گیلانی فومنی، محمد تقی، **جامع المسائل (بهجت)**، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶.
۴. صالحی مازندرانی، محمد، **بررسی فقهی حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از تصمیمات قضایی با نگاهی به برخی نظام‌های حقوقی**، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۱.
۵. صفایی، حسین، رحیمی، حبیب‌الله، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۷. طبری، محمد بن جریر، **تاریخ طبری**، پاینده، ابو القاسم، تهران، اساطیر، ۱۳۷۵.
۸. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۹. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی ضمان قهری-مسئولیت مدنی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، تهران، بهنشر، ۱۳۶۵.
۱۱. محقق داماد یزدی، سید مصطفی، **قواعد فقه (محقق داماد)**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.
۱۲. موسی زاده، رضا، **حقوق اداری**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
۱۳. میرشریفی، سید علی، **درسنامه آشنایی با تاریخ اسلام**، پیام آور رحمت، تهران، نشر مشعر، ۱۳۸۹.
۱۴. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.

ب. مقاله‌ها

۱. سامانی، احسان، **لرد چانسلر و قاضی القضاات مقامات عالی قضایی انگلستان**

- و اسلام، فصلنامه جستارهای فقه و حقوق خصوصی بهار ۱۳۹۴، شماره ۳.
۲. وحدتی شبیری، سید حسن، سامانی، احسان، نگرشی بر نوع مسئولیت دولت در
قبال اعمال کارکنان خود، مجله دین و قانون، زمستان ۹۵، شماره ۱۴.
۳. وحدتی شبیری، سامانی، مسئولیت مدنی دولت در دستور العمل حکومتی
امیرالمؤمنین، مجله دین و قانون، پاییز ۱۳۹۴، شماره ۹.

۲. عربی

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث
الدینیة، قم، دار سید الشهداء للنشر، ۱۴۰۵.
۲. ابن اثیر جزری، تاریخ کامل بزرگ اسلام و ایران، خلیلی، عباس، حالت، ابو
القاسم، تهران، مؤسسه مطبوعات علمی، ۱۳۷۱.
۳. ابن بابویه، محمد بن علی، من لا یحضره الفقیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته
به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.
۴. أبو محمد موفق الدین عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلی المقدسی
ثم الدمشقی الحنبلی، الشہیر بابن قدامة المقدسی، المغنی لابن قدامة، قاهره، مكتبة القاهرة،
۱۳۸۸ھ - ۱۹۶۸م.
۵. اصفهانی کمپانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثة)
، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸.
۶. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحکام الشرعیة علی
مذهب الإمامیة (ط - الحديثة)، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰.
۷. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، رجال العلامة - خلاصة الأقوال،
نجف، منشورات المطبعة الحیدریة، ۱۳۸۱.
۸. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین، حاشیه المکاسب (للآخوند)، تهران،
وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.
۹. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء،
قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۸.
۱۰. شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغة، صبحی، صالح، قم، هجرت، ۱۴۱۴.
۱۱. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الفهرست (للشیخ الطوسی)، نجف، المكتبة
الرضویة، بی تا.

۱۲. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.
۱۳. طوسی، محمد بن الحسن، **تهذيب الأحكام (تحقیق خراسان)**، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷.
۱۴. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة- الإجارة**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۴.
۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی (ط - الإسلامية)**، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۷.
۱۶. مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**، تهران، دار الكتب الإسلامية، ۱۴۰۴.
۱۷. مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، **روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القديمة)**، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶.
۱۸. محقق داماد یزدی، سید محمد، **کتاب الحج (للمحقق الداماد)**، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۰۱.
۱۹. مصطفوی، سید محمد کاظم، **مائة قاعدة فقهیة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، ۱۴۲۱.
۲۰. موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم، **فقه القضاء**، قم، بی نا، ۱۴۲۳.
۲۱. موسوی خمینی، سید روح الله، **المکاسب المحرمة (للإمام الخمينی)**، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۵.
۲۲. موسوی خویی، سید ابو القاسم، **المستند فی شرح العروة الوثقی**، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۳. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، **کتاب القضاء (للکلبایگانی)**، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳.
۲۴. نجاشی، ابو الحسن، احمد بن علی، رجال النجاشی، **فهرست أسماء مصنفی الشيعة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷.
۲۵. نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴.
۲۶. واقدی، محمد بن عمر، المغازی، دامغانی، محمود مهدوی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۹.

نظارت اداری بر اعمال حکومت؛ مورد پژوهی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان

علی بیاتی*

محمود ارونتن**

چکیده

نظارت بر اعمال کارگزاران حکومت به‌ویژه نمایندگان پارلمان در کنار نظارت بر مصوبات آنها از مؤلفه‌های اساسی تحقق حکمرانی مطلوب و پاسخگویی مقامات عمومی است. در حقوق اداری ایران نخستین گام در این زمینه با تصویب قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان شکل عملی به خود گرفت. در این مقاله کوشش شده است سازوکار کنونی نظارت بر رفتار نمایندگان پارلمان مورد واکاوی قرار گیرد تا برخی از چالش‌های پیش روی آن شناسایی گردد. نتیجه حاصل از تحقیق گویای آن است که کاستی‌های عدیده‌ای در زمینه ترکیب، ساختار و صلاحیت‌های نهاد ناظر قابل ردیابی است که پایداری این مشکلات، پاسخگویی نمایندگان ملت و تحقق حقوق و آزادی‌های شهروندان را با دشواری‌هایی روبه‌رو خواهد ساخت. بدین‌خاطر، قانونگذار باید با نگرشی جامع نسبت به قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان در صدد برطرف نمودن موانع و کاستی‌های یادشده برآید. از جمله این اقدامات می‌توان به ضرورت تغییر الگوی کنونی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان (از الگوی درونی به الگوی بینابینی)، لزوم توسعه و تضمین نظارت‌های مردمی بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان، ترسیم آزادی‌ها، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های رفتار حرفه‌ای در مقام ایفای وظایف نمایندگی، افزایش صلاحیت‌های نهاد ناظر و پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای مؤثر به‌ویژه در زمینه تخلفات مالی نمایندگان پارلمان اشاره نمود.

کلیدواژه‌ها: اعمال حکومت، پارلمان، پاسخگویی، حکمرانی مطلوب، کارآمدی، نظارت اداری.

مقدمه

«پارلمان»^۱ به‌مثابه محوری‌ترین نهاد حکمرانی در میان قوای سه‌گانه، وظیفه «تقنین»^۲ را برعهده دارد. همین امر این نهاد را نسبت به دو قوه مجریه و قضاییه در موقعیتی ممتاز، قرار داده است؛ زیرا قوه مجریه، قانون مصوب پارلمان را به اجرا می‌گذارد و قوه قضاییه بر اساس قانون مصوب پارلمان به قضاوت می‌نشیند. از این منظر، نظارت بر مصوبات پارلمان و پایش رفتار حرفه‌ای نمایندگان، اهمیتی دوچندان یافته و موجب تقویت اندیشه حکمرانی مطلوب یا «به‌زمامداری»^۳ خواهد شد.

از آغاز نهضت «مردم‌سالاری»^۴ یکی از پرسش‌های مهمی که بین اندیشمندان حقوقی وجود داشته و همچنان در خصوص آن قلم‌فرسایی‌ها می‌شود، این است که آیا اعمال نمایندگان پارلمان نیز همانند مصوبات پارلمان باید مورد «نظارت»^۵ و کنترل قرار گیرند؟ یا اساساً ضرورت نظارت بر اعمال و رفتار حرفه‌ای نمایندگان چیست؟ نتیجه این کشاکش تاریخی، سرانجام در اجتناب‌ناپذیر بودن نظارت بر هر دو مقوله نمایان شد. در نظام حقوقی ایران «نظارت بر مصوبات پارلمان» از حیث تطبیق آن با شرع و قانون اساسی در صلاحیت شورای نگهبان قرار دارد که به موجب اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصول ۷۲، ۹۴، ۹۵ و ۹۶ انجام می‌پذیرد؛^۶ اما نخستین گام در زمینه «نظارت بر اعضای پارلمان» در ایران با تصویب قانون نظارت بر رفتار نمایندگان (۱۳۹۱/۱/۱۵) شکل عملی به خود گرفت. فلسفه اصلی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان، ارج نهادن به شأن و منزلت نمایندگی است؛ اما هدف غایی از این نوع نظارت را می‌توان در سه اصل مهم خلاصه نمود. نخست، جلوگیری از بروز «تعارض منافع»^۷ (شخصی و گروهی) نماینده با منافع عمومی. دوم، تقویت «نظارت‌پذیری» مقامات عمومی و سوم، «پاسخگویی»^۸ نمایندگان در برابر ملت که روی دیگر سکه نظارت است.^۹

1-Parliament

2-Legislation

3-Good governance

4-Democracy

5-supevision...stewardship, control, overseeing, in spection, monitoring

۶. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: اصلانی، فیروز و دیگران، **ضابطه‌مندی فهم، تطبیق و تفسیر قانون اساسی با تأکید بر ذیل اصل چهارم قانون اساسی**، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۳۹، صفحات ۷۲ تا ۹۰.

7-Interests contradiction

8-Responsiveness

9-Däubler, T., Bräuninger, T., & Brunner, M. Is Personal Vote-Seeking Behavior Effective?. , 41(2). Legislative Studies

Quarterly. 2016.. p: 429

کارکرد اساسی نظارت، فسادستیزی است و این مهم با نظارت مستمر و کارآمد سهل‌تر انجام خواهد شد؛^۱ بنابراین، واکاوی صلاحیت‌های نهاد ناظر بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان (هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان) و شناخت نوع، ماهیت و قلمرو نظارت پیش‌بینی‌شده در این خصوص، اهمیتی روزافزون می‌یابد. از این رو، پژوهش درباره آن، به عنوان یکی از اولویت‌های اساسی در نظام حقوقی ایران مطرح است. ضرورت انجام پژوهش حاضر نیز، فقدان ادبیات حقوقی کافی در این زمینه نظارت مطلوب و کارآمد بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان است که استمرار این روند می‌تواند هزینه‌های استقرار یک نظام کارآمد و مؤثر را افزایش و زمینه از دست رفتن فرصت‌های پیش رو را فراهم سازد. بر این اساس، هدف اصلی پژوهش حاضر را می‌توان آسیب‌شناسی سازوکار کنونی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان در نظام حقوقی ایران در نظر گرفت. همچنین نویسندگان در پی پاسخ به این سوال اصلی هستند که ماهیت و نوع نظارت هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان چیست؟ سوال‌های فرعی پژوهش عبارتند از: ۱- اثرگذاری نظارت کنونی هیئت نظارت بر فسادستیزی و پاسخگویی نمایندگان پارلمان به چه میزانی است؟ ۲- نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان چه مرزی با مصونیت پارلمانی نمایندگان دارد؟ ۳- چه راهکارهایی برای تحقق اهداف نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در راستای اندیشه حکمرانی مطلوب یا به زمامداری وجود دارد؟ فرض این است که سازوکار کنونی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان فاقد مؤلفه‌های یک نظارت کارآمد و مؤثر بوده و تأمین‌کننده اهداف مدل حکمرانی مطلوب نمی‌باشد. بدین منظور برآنیم تا با روش توصیفی و تحلیلی در سه گفتار، ابتدا به مفهوم‌شناسی نظارت و تبیین ماهیت نظارت بر رفتار نمایندگان بپردازیم (گفتار نخست). آن‌گاه، مؤلفه‌های نظارت را از نظر می‌گذرانیم (گفتار دوم). سپس نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در حقوق ایران را مورد مذاقه قرار داده و تلاش می‌کنیم، کاستی‌ها و خلأهای موجود در سامانه نظارت فعلی را معرفی نماییم (گفتار سوم). سرانجام در قسمت نتیجه‌گیری به ارائه راهکارهایی کاربردی برای رفع این کاستی‌ها و خلأها نائل شویم.

گفتار اول. مفهوم و ماهیت نظارت بر رفتار نمایندگان

نخستین گام برای تبیین موضوع نظارت بر اعمال حکومت، شناسایی مفهوم و ماهیت نظارت است؛ بنابراین ابتدا مفهوم را تبیین و در بند دوم به ماهیت نظارت خواهیم پرداخت.

۱. اخوان کاظمی، بهرام، چالش‌ها و موانع نظارت در جمهوری اسلامی ایران، مجله رهیافت انقلاب اسلامی، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۱۷، ص ۴۳.

بند اول. مفهوم‌شناسی نظارت

بی‌گمان یکی از وجوه مشترک تمام نظام‌های حقوق اداری را می‌توان در مسئله نظارت بر رفتار کارگزاران عمومی و پاسداری از حقوق و آزادی‌های افراد یافت. مفهوم نظارت و شیوه‌های گوناگون آن همواره وجود داشته و سیر تکامل خود را پیموده است.^۱ نظارت در لغت به معنای نگرستن با تأمل، مراقبت و تحت نظر قرار دادن آمده است.^۲ این مفهوم در اصطلاح نوعی کنترل را به ذهن متبادر می‌سازد که با هدف آگاهی از روند جاری انجام امور و نیز نوعی مقایسه ضمنی بین آنچه هست و آنچه باید باشد.^۳ از این منظر برخی، نظارت را به معنای عمل ناظر و «ناظر» را به معنای نگاه‌کننده و شاهد که بر کار دیگری نظارت می‌کند تا عمل او به صورت صحیح صورت گیرد معنا کرده‌اند.^۴ همچنین نظارت بدین معناست که مجری (عامل) بداند، فرد یا نهادی مراقب رفتار و کردار اوست.^۵ اما نظارت در مفهوم حقوقی عبارت است از بازرسی، سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان و ناظر در این معناست که به منظور چنین بازرسی، ارزیابی و سنجشی تعیین می‌شود.^۶ در این راستا برخی از اندیشمندان حقوقی، نظارت را در مفهوم بررسی، ممیزی و ارزشیابی کارهای انجام شده یا در حین انجام و انطباق آنها با تصمیمات اتخاذشده و نیز قانونگذاری با هدف جلوگیری از انحراف‌های اجرایی در نظر گرفته‌اند.^۷ البته باید گفت، نظارت همواره پس از وقوع یک عمل رخ می‌دهد؛ بدین معنا که ابتدا باید یک اقدام یا عملی انجام شود تا نوبت کنترل و نظارت آن فرا برسد. ضمن اینکه قاعده «نظارت پس از عملی شدن یک اقدام» نظارت در حین اجرا را نفی نمی‌کند.^۸

1-Benton, M., & Russell, M. Assessing the impact of parliamentary oversight committees: The select committees in the British House of Commons. Parliamentary Affairs, 66(4). 2013. p: 822

۲. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص ۲۳۳.

3-Bennett, W. & Hess, K. M. Management and supervision in law enforcement. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning. 2004. P: 128

۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۵، جلد پنجم، ۳۰۶.

۵. مهرپور، حسین، انتخابات و نظارت شورای نگهبان، مجموعه مقالات مشارکت سیاسی، احزاب و انتخابات، تهران، نشر سفیر، ۱۳۸۷، ص ۲۱۷.

۶. امیدزنجانی، عباسعلی، موسی زاده، ابراهیم، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۵.

۷. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، همان، ۱۳۸۳، ص ۳۵۲.

۸. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران، انتشارات دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۱۶.

از آنجا که ممکن است نظارت بر ترک فعل نیز ضرورت پیدا کند؛ برخی نظارت را به معنای تطبیق افعال (رفتارها و گفتارها) و ترک افعال با هنجارها یا استانداردهای از پیش تعیین شده تعریف کرده‌اند.^۱ افزون بر شمول نظارت بر فعل و ترک فعل، برخی دیگر نیز معتقدند؛ نظارت در مرحله پیش از حصول نتیجه (فعل و ترک فعل) نیز امکان تحقق می‌یابد که البته چنین نظارتی مفهوم پیشگیری را به ذهن متبادر می‌سازد.^۲ در این حالت، چنانچه جوهره نظارت را در اهمیت فعل ارتكابی و ترک فعل و نیز مرتبه و نقش عامل بدانیم، هرچه مرتبه عامل و اهمیت فعل و ترک فعل برجسته‌تر و بیشتر باشد، نظارت باید دقیق‌تر و موشکافانه‌تر صورت پذیرد. صرف نظر از تعاریف فوق نظارت در حقوق اداری، حق بنیادین و اصیل ملت است که می‌بایست بر حکومت و اجزای آن به مثابه نهادهایی اعتباری اعمال می‌شود.^۳ از این منظر نظارت بر اعمال و رفتار مقامات و نهادهای عمومی، حق یکایک شهروندان و تکلیفی است. هریک از ارکان حکومت از جمله پارلمان موظفاند بر عملکرد و اقدامات مقامات و نهادهای تحت اداره خود نظارت کنند.

بند دوم. ماهیت نظارت

شناخت ماهیت و قلمرو نظارت بر رفتار حرفه ای نمایندگان، مستلزم معرفی گونه‌های این نوع نظارت است. نظام‌های حقوقی مختلف بدون در نظر گرفتن مرجع نظارت، مجموعه‌ای از نظارت‌ها را پیش‌بینی نموده‌اند. یکی از مهم‌ترین اقسام این دسته‌بندی‌ها تقسیم نظارت بر دو نوع کلی «نظارت حکومتی» یا نظارت دولت بر مردم و «نظارت مردمی» یا مردم بر دولت است. در میان نظارت‌های دوگانه فوق، سنتی‌ترین و کهن‌ترین آنها، نظارت حکومتی است، اما نظارت مردمی که به صورت نهادینه و مستمر از طرق مختلف مانند نظارت به واسطه افکار عمومی، آزادی احزاب و اجتماعات، آزادی مطبوعات و رسانه‌ها و... اعمال می‌شود، محدود به قرون اخیر است.^۴ البته این دسته‌بندی‌ها از نظر نوع نگرش، صورت‌های مختلفی می‌پذیرند. برای نمونه نظارت حکومتی را از منظر «موضوعی» می‌توان به سیاسی، اداری،

۱. گرجی از دیربانی، علی اکبر، نظارت بر اجرای قانون اساسی «عدالت فردی یا نهادی؟ نظارت انحصاری یا شبکه‌ای» مجموعه‌ی مقالات اولین همایش قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۳۹۲، ص ۴۵۵.

۲. شفیع سردهشت و دیگران، کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران، فصلنامه حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۱۶، ص ۴۴.

۳. هاشمی، سیدمحمد، عدالت‌جو، اعظم، مطالعه تطبیقی نظارت بر انتخابات پارلمان در ایران و انگلستان، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، تهران، شماره ۲۴، ص ۲۰۳.

۴. منصور نژاد، محمد، فلسفه نظارت، فصلنامه حکومت اسلامی، سال نهم، شماره سوم، ۱۳۸۵، ص ۲۷.

قضایی، پارلمانی و مالی، از منظر «ماهوی» به انضباطی، استطلاعی (اطلاعی) و استصوابی (فعال و تمام عیار)، از منظر «سازمانی» به سلسله‌مراتبی و قیمومتی، از نظر «شکلی» به موردی و مستمر، از نظر «نقش مقام ناظر» به درونی و بیرونی و از نظر «فرایندی» به پسینی، پیشینی و روندگرا تقسیم نمود.^۱ همچنین یکی دیگر از انواع نظارت‌های پیش‌بینی شده در این خصوص، نظارت اخلاقی وجدانی است. برای نمونه بر اساس اصل شصت و هفتم قانون اساسی نمایندگان باید در نخستین جلسه مجلس سوگند یاد کنند تا امانتی را که ملت به آنها سپرده‌اند را پاسداری کنند و همواره به استقلال کشور، دفاع از قانون اساسی، حفظ حقوق و آزادی‌های ملت و تأمین مصالح آنان وفادار باشند.

صرف نظر از دسته‌بندی‌های موجود، در حالت کلی نظام‌های حقوقی برای نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان، سه الگو یا مدل (بیرونی، درونی و بینابینی) را در نظر گرفته‌اند.^۲ در الگوی نخست (نظارت بیرونی)، نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان از طریق یک نهاد مستقل خارج از پارلمان صورت می‌پذیرد. در این الگو تمرکز بر ضمانت اجرای «کیفری» است. از اینرو اگر چه ممکن است از نظر برخی، الگوی نظارت بیرونی به علت عدم رعایت تناسب مجازات با تخلف و امکان اعمال مجازات‌های سهمگین، قابل نقد باشد اما چنانچه به این الگو از دریچه نظریه توازن و همکاری قوا نگریسته شود، همان معنای نظارت و تعادل را تداعی خواهد نمود. در الگوی دوم (نظارت درونی)، وظیفه نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان به نهادی در داخل پارلمان سپرده می‌شود. در این الگو علاوه بر یکی بودن عامل و ناظر،^۳ ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی شده نیز غالباً «انضباطی» است و نهاد ناظر خود دادرس و قاضی نیز خواهد بود؛ بنابراین احتمال داوری جانبدارانه و فساد در آن بسیار خواهد بود؛ اما به منظور رفع کاستی‌های دو الگوی فوق، نوع دیگری از نظارت پدیدار شد که ترکیبی از نظارت درونی و بیرونی است. در الگوی سوم (نظارت بینابینی) وظیفه نظارت بر

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به

Pastores, G. M., Arn, P., Beck, M., Clarke, J. T., Guffon, N., Kaplan, P., ... & Viskochil, D. The MPS I registry: design, methodology, and early findings of a global disease registry for monitoring patients with Mucopolysaccharidosis Type I. *Molecular genetics and metabolism*, 91(1). 2007. p: 42.

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به: رضایی، آزاد، **نظارت پارلمانی؛ مرجع و ضمانت اجرا**، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و دوم، ۱۳۹۴، شماره ۸۴، ص ۲۴۵

۳. نظارت دارای چهار رکن مهم است که عبارتند از: نهاد ناظر (نظارت‌کننده)، عامل (نظارت‌شونده)، شیوه‌های اعمال نظارت و فرایندهای نظارت. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به

Overholser, J. C. The four pillars of psychotherapy supervision. *The Clinical Supervisor*, 23(1), 2004. p: 1-13.

رفتار حرفه‌ای نمایندگان به عهده نهادی مرکب از اعضای خود پارلمان، نماینده (های) قوه قضاییه و شهروندان گذارده می‌شود تا از این رهگذر ضمن حفظ استقلال و بی‌طرفی نهاد ناظر، کارآمدی و اقناع افکار عمومی نیز تأمین گردد.

در نظام حقوقی ایران، صرف نظر از چالش‌های نظری مربوط به ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس (انضباطی، استطلاعی و استصوابی) و تسری یا عدم تسری آن بر طول دوره نمایندگی، باید گفت آنچه مسلم است تمامی اندیشمندان در این خصوص اتفاق نظر دارند که نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در طول دوره نمایندگی باید وجود داشته باشد. البته اینکه این نظارت چگونه و با چه مکانیسمی باید تحقق یابد، محل بحث است. اما به نظر می‌رسد کاربست الگوی نظارت بینابینی برای نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در ایران نیز بسیار راهگشا است؛ چراکه، برخی کشورها مانند کانادا، آمریکا و استرالیا با کاربست الگوی بینابینی در طول دوران نمایندگی، افزون بر فراهم ساختن نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در طول دوره نمایندگی، امکان اعمال مجازات‌های سهمگین نظیر محرومیت از ادامه نمایندگی و حتی اخراج نماینده از پارلمان را در صورت احراز و اثبات جرم و تخلف پیش‌بینی نموده و در دستیابی به اهداف خود موفق بوده‌اند.

با توجه به آنچه گذشت و با عنایت به رویه کنونی هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان می‌توان گفت نظارت نهاد ناظر بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان از نظر موضوعی ترکیبی از موضوعات، اداری، مالی و اخلاقی است، از نظر ماهوی دارای ماهیت «انضباطی» است نه استصوابی و نه استطلاعی، از نظر نقش مقام ناظر، نظارت هیئت یک نظارت درونی است که به صورت موردی انجام می‌پذیرد^۱ و از نظر فرایندی به صورت روندگرا و پسینی امکان اعمال دارد؛ بنابراین در یک جمع‌بندی کلی می‌توان گفت ماهیت نظارت نهاد ناظر بر رفتار نمایندگان پارلمان ایران در حال حاضر «اداری - انضباطی» است.

گفتار دوم. مؤلفه‌های نظارت بر رفتار نمایندگان

نظارت مطلوب بر اعمال حکومت در هر نظام حقوقی در گرو شناخت مؤلفه‌های آن است. با این مقدمه دست کم می‌توان به چهار مؤلفه بنیادین نظارت اشاره نمود که به تبیین مختصر هریک می‌پردازیم.

۱. بر اساس ماده یک قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، اعضای هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان هفت نفر است که از میان نمایندگان پارلمان انتخاب می‌شوند.

بند اول. مردم‌سالارانه بودن

«مردم‌سالاری»^۱ یا مشارکت‌دهی شهروندان در نظارت بر مقامات عمومی، به مثابه یکی از اصول بنیادین نظام‌های آزاد، برداشت‌های گوناگونی را به ذهن متبادر می‌سازد. از نظر برخی، اصول جامعه مردم‌سالار را می‌توان در مفاهیمی نظیر، مشارکت متفکرانه و همگانی مردم در حکمرانی، اعتقاد به حق‌ها و آزادی‌های افراد، تکثرگرایی، اعتبار اکثریت، حقوق اقلیت، برابری، امکان جابجایی قدرت، پاسخگویی و توازن قدرت یافت؛^۲ اما از میان مفاهیم فوق، مهم‌ترین هدف مردم‌سالارانه بودن را می‌توان جلب مشارکت شهروندان در فرآیند حکمرانی در نظر گرفت که یکی از نتایج مهم آن نظارت‌پذیری مقامات عمومی به‌ویژه نمایندگان پارلمان می‌باشد.^۳ چه آنکه در یک جامعه مردم‌سالار، بسیار بدیهی است که زمامداران و کسانی که در اعمال حکمرانی نقش ایفا می‌کنند باید همواره در معرض نظارت و کنترل باشند.^۴ تحقق مردم‌سالاری حقیقی در گرو ایجاد پیوند مناسب میان ملت و نهادهای حاکمیت است. در این راستا از نظر دیوان آمریکایی حقوق بشر نظارت‌پذیری نمایندگان پارلمان از مبانی جامعه مردم‌سالار و تضمین‌کننده حقوق ملت به شمار می‌رود.^۵ از این‌رو تفکیک مقوله نظارت بر مقامات عمومی - به‌ویژه نمایندگان پارلمان - از مقوله مردم‌سالاری، امری ناممکن است. با این رویکرد می‌توان گفت نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان، دارای دو جنبه جوهری و ابزاری است. جنبه جوهری آن بیانگر محتوا و درون‌مایه مردم‌سالاری و جنبه ابزاری آن حکایت از کارآمدی، عقلانیت و توفیق در پیشگیری از فساد است. بر این مبنا چنانچه مردم‌سالارانه بودن نظارت به‌درستی تحقق پذیرد، گام مهمی در توسعه اندیشه نظارت‌پذیری نمایندگان در فرآیند حکمرانی محسوب می‌شود.

مؤلفه مردم‌سالارانه بودن نظارت بر رفتار نمایندگان پارلمان را با این پرسش می‌توان تبیین نمود که آیا در شرایط کنونی اساساً شهروندان امکان مشارکت در شکل‌گیری نهاد

1-Democracy.

۲. هاشمی، سید محمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۴۳۱.

3-Berg, B. L., & Budnick, K. J. Defeminization of women in law enforcement: A new twist in the traditional police personality. *Journal of Police Science & Administration*. 1986. P: 21.

4-Chohan, U. W. Legislative Oversight of the Bureaucracy. *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. 2017. P: 122.

5-Follesdal, A. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International journal of constitutional law*, 15(2), 2017. p: 387..

ناظر و انعکاس رفتار سوء نمایندگان از طریق مراجع قضایی، شبه قضایی و کمیسیون اصل نود قانون اساسی را دارا هستند یا این که هیئت تا چه میزان به شکایات واصله از مراجع یاد شده ترتیب اثر می‌دهد. در پاسخ باید گفت باتوجه به ترکیب اعضای هیئت، نقش و جایگاهی برای شهروندان به‌منظور مشارکت در شکل‌گیری نهاد ناظر پیش بینی نشده است. افزون بر این به نظر می‌رسد هیئت نیز باتوجه به محدود بودن دامنه صلاحیت‌ها و فقدان ضمانت‌اجراهای کافی و مؤثر، توفیق چندانی در بهره‌برداری از شکایات و گزارش‌های واصله از طریق کمیسیون اصل نود (شکایت از طرز کار قوای سه‌گانه) و مراجع قضایی و شبه قضایی نداشته است.

بند دوم. رعایت حاکمیت قانون

«حاکمیت قانون»^۱ نقطه مقابل «حاکمیت اشخاص»^۲ و بنیادی‌ترین مؤلفه به‌منظور تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان می‌باشد.^۳ حاکمیت قانون همچنین قاعده‌ای است که به موجب آن تصمیمات و اقدامات حکومتی می‌بایست بر اساس اصول شناخته‌شده حقوقی گرفته و انجام می‌شوند. هسته اصلی و مرکزی حاکمیت قانون، چهارچوب‌بندی حقوقی وظایف و تکالیف صاحبان قدرت (زمامداران و صاحبان واقعی آزادی (ملت) است.^۴ آموزه حاکمیت قانون همچنین با هدف مقید کردن قلمرو اختیارات و صلاحیت‌های زمامداران و مقامات عمومی به قواعد و حدود از پیش تعیین شده است.^۵ مفهوم حاکمیت قانون در زمینه نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان بدین معنا است که همان‌گونه که گزینش و انتخاب نمایندگان پارلمان بر اساس قانون صورت می‌پذیرد، نحوه نظارت بر مصوبات و رفتار حرفه‌ای آنان نیز می‌بایست به موجب قانون باشد.^۶ مطابق این مؤلفه، نهاد ناظر بر رفتار نمایندگان در اتخاذ تصمیمات خود آزاد نیست و نایستی دلبخواهانه و خودسرانه اقدام نماید. چه آنکه شناسایی هر نوع تخطی و انحراف فرا (غیر) قانونی به مفهوم زوال حاکمیت قانون است.^۷ به بیان دیگر، هدف از آموزه حاکمیت قانون، ساخت حقوقی ویژه‌ای است

1-Rule of Law

2-Rule of individuals.

3-Wadron, J. The rule of international law. Harv. JL & Pub. Pol'y.2006. p: 30.

۴. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۹. ص ۱۶۴.

۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر، **در تکاپوی حقوق اساسی**، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۵۸.

6-Obaidullah, A. T. M. Parliamentary Oversight: A Conceptual Framework. In Institutionalization of the Parliament in Bangladesh. 2019. p. 138.

7-Tamanaha, B. Z. On the rule of law: History, politics, theory. Cambridge University Press.2004. P: 321.

که به واسطه آن می‌توان رفتار حرفه‌ای نمایندگان را مورد بازرسی و نظارت قرار داد. در جوامع مبتنی بر حاکمیت قانون، قلمرو حق‌ها و آزادی‌های عامل (نظارت شونده) و دامنه صلاحیت‌های نهاد ناظر را قانون تعیین می‌کند. قانون در کنار ترسیم قلمرو صلاحیت‌های نظارتی نهاد ناظر، مبنا و منشأ برخی حمایت‌ها و ضمانت‌اجراها به نفع عامل نیز می‌باشد. برای نمونه همان‌گونه که گذشت، اگرچه تمام کشورها، نظارت بر مصوبات و رفتار نمایندگان پارلمان امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌شود اما برخی حمایت‌ها و امتیازات خاص همانند «مصونیت پارلمانی» و «تعرض‌ناپذیری» نیز برای نمایندگان پیش‌بینی شده است.

رعایت حاکمیت قانون در مقوله نظارت بر رفتار نمایندگان پارلمان را می‌توان از دو دیدگاه مورد تحلیل قرار داد. نخست اینکه آیا قانون کنونی نظارت بر رفتار نمایندگان از نظر تقنینی دارای ویژگی‌هایی نظیر جامعیت و مانعیت می‌باشد یا فاقد چنین ویژگی‌هایی است. دوم اینکه نهاد ناظر در استفاده از ظرفیت‌های همین قانون به چه میزان در نیل به اهداف پیش‌بینی‌شده (پیشگیری از فساد و پاسخ نمودن نمایندگان پارلمان) بهره برده است. در این صورت می‌توان گفت حاکمیت قانون به عنوان یکی از مؤلفه‌های مهم در نظارت مؤثر افتاده است.

بند سوم. فراگیری و استمرار

از دسته‌بندی‌های نظارت بر مقامات عمومی می‌توان به تقسیم نظارت به «فعال و فراگیر»^۱ و «منفعل و موردی»^۲ اشاره نمود. نظارت «فعال و فراگیر» به‌مثابه یکی از ویژگی‌های لازم برای نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان، نظارتی را شامل می‌شود که در سطح گسترده و به صورت مستمر بر تمامی مقامات و نهادهای تحت پوشش اعمال می‌شود.^۳ به دیگر سخن در این قسم از نظارت، تمامی مقامات و نهادها، در هر سطح و جایگاهی به صورت کامل تحت پوشش کنترلی نهاد نظر قرار می‌گیرند. ویژگی فراگیری نظارت و تدقیق در آن، لزوم توجه به اصل «برابری»^۴ و «بی‌طرفی»^۵ را به ذهن متبادر می‌سازد. بی‌طرفی

1-Active and continuous supervision.

2-Passive and Non-continuous supervision.

3-Steindl, N., & Hanitzsch, T. Monitoring media pluralism in Europe: application of the Media Pluralism Monitor 2017 in the European Union, FYROM, Serbia & Turkey: country report: Germany. 2017. P:93.

4-Equality.

5-Impartiality.

در این معنا را این گونه می‌توان تبیین نمود که نمایندگان پارلمان باید در معرض داوری یک نهاد ناظر بی‌طرف و منصف قرار گیرند و نظارت نهاد ناظر باید تأمین‌کننده اهداف و فلسفه وجودی نظارت باشد. اصل برابری نیز بدین معناست که نهاد ناظر باید اختیار و صلاحیت خود را هم‌سو با اهداف قانونی و با رعایت انصاف رویه‌ای یا «آیینی»^۱ اعمال نماید.^۲ برابری همچنین به موضوع تساوی همگان در مقابل قانون و ناسازگاری پیش‌بینی استثنائات، معافیت‌ها و امتیازات موردی یا اعطای مخفیانه مصونیت‌هایی خاص به برخی از افراد و گروه‌ها تأکید دارد.^۳ از این‌رو، نهاد ناظر بر رفتار نمایندگان باید از هرگونه برخورد متفاوت با نمایندگان، به‌ویژه بر مبنای نژاد، رنگ، جنسیت، زبان، باورها و گرایش‌های سیاسی و غیرسیاسی و دیگر اوضاع و احوال خودداری کرده و قانون را بدون هیچ جانبداری و غرض‌ورزی نسبت به همگان اعمال نماید؛ چراکه هرگونه تخطی از این اصل به نقض عدالت می‌انجامد.

اما نظارت «منفعل و موردی» به عنوان یکی دیگر از گونه‌های نظارت، نوعی پایش و بازبینی را به ذهن متبادر می‌سازد که در سطح محدود و موردی اعمال می‌گردد و مبتنی بر درخواست و شکایت است؛^۴ بنابراین افزون بر اینکه نظارت باید در سطح گسترده بر تمامی اعضای پارلمان بدون تبعیض و استثناءپذیری اعمال شود؛ پایش عملکرد و رفتار نمایندگان می‌بایست به شکل مستمر و دائمی صورت بگیرد. شوربختانه به نظر می‌رسد در حال حاضر نظارتی که نهاد ناظر (هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان) اعمال می‌نماید از نوع دوم (منفعل و موردی) است. به این معنا که در سازوکار کنونی، هرگاه گزارش یا شکایتی از سوی افراد یا نهادها (مانند کمیسیون اصل ۹۰، مرجع قضایی، سازمان بازرسی کل کشور و...) به هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان ارائه شود، این هیئت، امکان آغار فرایند رسیدگی و نظارت را می‌یابد. به عبارتی دیگر نظارت نهاد ناظر بر رفتار نمایندگان فراگیر و مستمر نیست.

۱. انصاف آیینی که به آن «عدالت شکلی» و «انصاف رویه‌ای» هم گفته می‌شود، به این معنی است که مقامات عمومی به هنگام تصمیم‌گیری مکلف به رعایت آیین‌ها و قواعد شکلی مشخصی باشند از جمله این قواعد شکلی می‌توان به حق معرفی وکیل، حق برخورداری از تصمیم بدون جانبداری (تصمیم بی‌طرفانه) و... می‌باشد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک به: هداوند، مهدی و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، تهران، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۳

۲. هیوود، اندرو، **کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**، ترجمه اردشیر امیر ارجمند و سیدباسم موالی‌زاده، تهران، نشر

امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۱۶۸

3-illan: London. Constitution the of Law the of Study the to Introduction, Dicey. V. A., edn 8th, . 1927. P: 24.

4-Steindl, N., & Hanitzsch, T. Ibid. 2018.p 97.

بند چهارم. کارآمدی و اثربخشی

از جمله بایسته‌های هر حکومت مردم‌سالار و مبتنی بر حاکمیت قانون، نظارت کارآمد و مؤثر بر رفتار و عملکرد زمامداران است.^۱ «کارآمدی»^۲ و اثرگذاری مطلوب را نمی‌توان منحصر به نظریه‌ها و دکرین حقوقی دانست، بلکه آن را باید در سامانه‌های نظارتی منسجم و کارآمد نیز جستجو نمود. مؤلفه «کارآمدی»^۳ به عنوان مبنایی منطقی برای نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان به دنبال ایجاد رابطه منطقی میان رفتار ارتكابی نمایندگان و اهداف مورد نظر قانون برمی‌آید.^۴ فرایند یا مراحل نظارت کارآمد و کنترل مطلوب عبارتند از: ۱- تعیین معیار یا مبنای نظارت؛ ۲- پایش عمل و ترک عمل بر اساس معیار قانون؛ ۳- تشخیص انحرافات و تخلفات؛ ۴- برخورد و مجازات مطلوب.^۵ خصلت نظارت‌پذیری مقامات عمومی ایجاب می‌کند، نهادهایی مشخص و ضوابطی مدون تعیین شوند تا زمینه نظارتی کارآمد بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان تحقق یابد.^۶ بر این اساس می‌توان گفت؛ نظارت و کنترل، دارای مبنای، هدف، فعالیت‌های منظم و بازخورد است. از اینرو اگر، فرآیندها و مراحل نظارت به‌درستی انجام پذیرد، می‌توان به کارآمدی نظارت امیدوار بود.

در بحث کارآمدی نظارت، همچنین می‌توان کارآمد و مؤثر بودن نظارت بر رفتار نمایندگان را به این صورت تفسیر نمود که سامانه نظارت و کنترل باید بتواند به گونه‌ای با متخلف و خطاکار برخورد نماید که اهداف مدنظر قانونگذار از نظارت (پیشگیری از تخلف و پاسخگویی) محقق گردد، آن‌گاه می‌توان گفت نظارت دارای کارآمدی و اثرگذاری است؛^۷ به دیگر سخن، نظارت بر رفتار و عملکرد حرفه‌ای نمایندگان پارلمان زمانی معنای واقعی پیدا

1-Basic principles on the use of force and firearms by law Enforcement officials. (1999). (Eight united Nation congress on the prevention of crime and the treatment of offenders, welcomed by general Assembly Resolution 45 / 121 of 18 pecember).

2- Efficiency.

3- Efficiency.

4-Fagbadebo, O. An Overview of Legislative Oversight and Accountability Mechanisms in Nigeria and South Africa. In Perspectives on the Legislature and the Prospects of Accountability in Nigeria and South Africa. 2019. p. 36.

۵. دانشور، غلامرضا، **اصول نظارت و کنترل**، تبریز، انتشارات دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی تبریز، (بی تا)، ص ۱۷

6-Malamud, A., & Stavridis, S. Parliaments and parliamentarians as international actors. In The Ashgate research companion to non-state actors. 2016. p; 116.

7-Fagbadebo, O. (2019) Ibid.p 22.

می‌کند که از يك جهت موجب پیشگیری از وقوع جرم و تخلف و از سوی دیگر منجر به پیگیری و برخورد با متخلف و خطاکار گردد.

گفتار سوم. نظارت بر رفتار نمایندگان در حقوق اداری ایران

همان‌گونه که گذشت، اساسی‌ترین کارکرد نظارت اداری بر اعمال نمایندگان پارلمان را می‌توان در مهار و کنترل قدرت (فسادستیزی) و پاسخگو نمودن مقامات عمومی در برابر ملت خلاصه نمود. افزون بر آن باید در نظر داشت که مدل حکمرانی حاکم بر نظام حقوقی ایران و ابتدای آن بر حاکمیت توأمان الهی و مردمی، لزوم نظارت کارآمدتر و دقیق‌تر نسبت به دیگر نظام‌ها را مطرح می‌سازد. در این راستا قانونگذار اساسی ایران در مقدمه قانون اساسی به استناد آیه ۱۰۵ سوره انبیاء بر «حکومت صالحان»^۱ تأکید و بدین‌وسیله زمینه تحقق آن را پیش‌بینی نموده است. قانونگذار عادی نیز (اگر چه با تأخیر) با تصویب قانون نظارت بر رفتار نمایندگان امکان تحقق چنین نظارتی را فراهم نموده است. شناخت سازوکار نظارتی پیش‌بینی شده برای پایش رفتار حرفه‌ای نمایندگان در نظام حقوقی ایران مستلزم طرح پرسش‌هایی با این مضمون است که آیا حقوق اداری ایران سازوکارهای لازم در راستای توسعه و تضمین نظارت‌پذیری و پاسخگو نمودن نمایندگان را پیش‌بینی نموده است؟ آیا ابزارها و فرایندهای تعیین‌شده برای این مهم به تجلی اداره ملی و مردم‌سالاری منتهی می‌شود؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق ناگزیر به بررسی جداگانه رویکرد قانون اساسی ایران به عنوان هنجار عالی و قانون نظارت بر رفتار نمایندگان به‌مثابه هنجار تالی هستیم.

بند اول. رویکرد قانون اساسی

باتوجه به اینکه اصول بنیادین حاکم بر اداره ریشه در حقوق اساسی دارد و همواره از این رشته حقوق به‌مثابه مکمل حقوق اداری یاد می‌شود، قانون اساسی به عنوان عالی‌ترین و الزام‌آورترین سند حقوقی - سیاسی در هر کشور، در بردارنده مهم‌ترین ارزش‌ها، حقوق و آزادی‌های بنیادین، شاخصه‌های حکمرانی، حدود اختیارات و صلاحیت‌های مقامات عالی و نهادهای حاکمیت و تبیین‌کننده حقوق ملت است. از جمله حقوق اساسی ملت‌ها این است که نمایندگانی که زمامداری و حکمرانی را برعهده می‌گیرند باید از حداقل شایستگی‌های فردی و اخلاقی برخوردار باشند.^۲ در این راستا قانونگذار اساسی ج.ا. نیز از این موضوع غافل

۱- «ان الارض یرثها عبادی الصالحون...»

2-Hyland, J. T. (1985). Teaching about the Constitution: Relationships between Teachers' Subject Matter Knowledge, Pedagogic Beliefs and Instructional Decision Making regarding Selection of Content, Materials, and Activities. Summary of Research Findings, p.76.

نبوده است. با تدقیق در مقدمه و مفاد اصول متعدد قانون اساسی، می‌توان گفت که شایستگی‌های فردی و اخلاقی زمامداران در نظام ج.ا.ا. واجد اهمیت فراوان است. چنان‌که یکی از اهداف انقلاب اسلامی فراهم ساختن شرایط مساعد برای تصدی امور مملکت توسط صالحان است. گزینه این موضوع را می‌توان در مقدمه قانون اساسی یافت که مقرر می‌دارد: «... در ایجاد نهادها و بنیادهای سیاسی که خود پایه تشکیل جامعه است بر اساس برداشت مکتبی، صالحان عهده‌دار حکومت و اداره مملکت می‌گردند». افزون بر این، مدل حکمرانی مندرج در قانون اساسی ایران و ابتدای آن بر حاکمیت توأمان الهی و مردمی که به تعبیر برخی اندیشمندان حقوقی «این مدل، آمیخته‌ای از اداره عمومی و هدایت ربانی را قائم به زمامداری و مقدرات اجتماعی نموده است»^۱، لزوم نظارت دقیق‌تر و مطلوب‌تر نسبت به سایر نظام‌ها به ذهن متبادر می‌سازد. در این باره، قانونگذار اساسی ایران نه‌تنها، صراحتاً به لزوم نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان نپرداخته، بلکه همگام با سایر نظام‌های حقوقی، حتی برخی امتیازات تحت عنوان «مصونیت پارلمانی»^۲ و «تعرض‌ناپذیری»^۳ را برای نمایندگان پیش‌بینی نموده است که برای روشن شدن مرزبندی میان نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان و مصونیت پارلمانی به تبیین آنها می‌پردازیم.

الف. مصونیت پارلمانی

مصونیت پارلمانی از انواع مصونیت قانونی است که بر اساس آن نمایندگان پارلمان از تبعات قانونی انجام وظایف خود مانند تحت تعقیب دادگاه قرار گرفتن یا اعلام جرم علیه آنها، یا اعمال پلیسی معافاند.^۴ چه آنکه ممکن است بیان مطلبی از سوی نمایندگان در جریان اعمال نمایندگی در تعارض منافع با برخی مقامات و نهادهای دیگر قرار گیرد و به همین جهت تحت فشار قرار گیرند. برای نمونه هنگامی که نماینده در جلسات علنی یا غیرعلنی و در حین سخنرانی از اعمال دولت انتقاد می‌کند یا برخی افشاگری‌ها یا نابه‌سامانی‌ها را بر ملا می‌کند، از وزیران پرسش می‌کند یا آنها را مورد استیضاح قرار می‌دهد، همه این اقدامات ممکن است خصومت‌هایی را علیه وی ایجاد کند؛ بنابراین صیانت از حقوق ملت مبنای پیش‌بینی مصونیت پارلمانی است که به‌واسطه آن نماینده باتوجه‌به شغل خود

۱. هاشمی، سید محمد، (۱۳۸۲)، «نظارت شورای نگهبان انضباطی نه استصوابی و نه استطلاعی»، مجله مجلس، دوره

هفتم، شماره چهارم، ص ۱۸۱

2-Immunity Parliamentary.

3-Invincibility Parliamentary.

4-Aydin, O. Parliamentary Immunity and the Issues Encountered in Turkey. In Argumentation and Appraisal in Parliamentary Discourse.2019. p. 44.

باید در مقام اظهار و گفتار آزاد باشد؛ بنابراین مصونیت پارلمانی به معنای عدم مسئولیت نمایندگان در ایفای وظایف نمایندگی است که این عدم مسئولیت، مطلق و مداوم است.^۱ «مطلق»^۲ به این معنا که آنچه در قلمرو وظایف نمایندگی است مشمول این مصونیت است و «مداوم»^۳ بدین جهت است که این مصونیت محدود به دوره نمایندگی نیست و پس از پایان دوره نیز نسبت به اعمالی که در دوران نمایندگی انجام شده، پابرجا می‌ماند؛ بنابراین اصل عدم مسئولیت تنها عمل پارلمانی همراه با هدف پارلمانی را شامل می‌شود؛ بر این اساس چنانچه گفتار و کردار نماینده جنبه خصوصی و غیرپارلمانی پیدا کند حتی اگر در صحن مجلس باشد، اصل یاد شده جاری نمی‌گردد و نماینده همانند سایر شهروندان مشمول قوانین و مقررات عمومی کشور خواهد بود.^۴ در حقیقت، مصونیت پارلمانی ابزاری برای تضمین آزادی نمایندگان مجلس در اظهارنظر و رأی خویش و نیز نوعی پوششی قانونی برای جلوگیری از اعمال فشار بر نماینده است.^۵ در این راستا اصل ۸۶ ق.ا. بدین صورت مصونیت پارلمانی را مورد اشاره قرار داده است: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آنها را به سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرایشی که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند تعقیب یا توقیف کرد».^۶ البته باید یادآور شد شورای نگهبان به استناد مفاد اصل ۸۶ قانون اساسی بر این مصونیت قیودی را وارد دانسته که در جای خود قابل تأمل و تعمق است.^۷

ب. تعرض ناپذیری

اصل تعرض ناپذیری یا مصونیت از تعرض، نقش مکمل مصونیت پارلمانی را دارد. بر اساس آن تعقیب نمایندگان در برابر ارتکاب اعمال خارج از حوزه نمایندگی نیازمند اجازه پارلمان

۱. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، نشر میزان، جلد دوم، چاپ هشتم، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴

2-Absolute.

3-Continuous.

4-Maegel Prelot & Jean Boulouis : *Institutions Politiques et droit constitutionnel* Precis Dalloz, onzieme edition. 1990. P:512.

۵. نیکونهاد، حامد، *مصونیت پارلمانی در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اندیشه قانونگذار اساسی*، فصلنامه بررسی

های حقوق عمومی، سال اول، شماره دوم، ۱۳۹۱، ص ۷۶

۶. گفتنی است متن اصل ۸۶ قانون اساسی عیناً در ماده ۹ قانون نظارت بر رفتار نمایندگان بدین شرح آمده است: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آنها را به سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرائی که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند تعقیب یا توقیف کرد».

۷. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به: کریمی، عباس، نقدی بر تفسیر شورای نگهبان درباره مصونیت پارلمانی در

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸، ۱۳۸۱، ص ۲۴۷

است.^۱ رعایت این اصل به مجلس اطمینان خاطر می‌دهد که تعقیب نماینده به دلیل اخلال در کار مجلس نیست.^۲ در نظام حقوقی ایران تعرض ناپذیری نمایندگان ابتدا در اصل ۱۲ قانون اساسی مشروطه به این صورت پیش‌بینی شده بود که «تعقیب و سلب مصونیت نماینده (گان) در پارلمان در مورد فعالیت‌های خارج از حوزه وظایف نمایندگی می‌بایست به اطلاع و تصویب می‌رسید»؛ اما در قانون اساسی ج.ا.ا. چنین حقی برای نمایندگان به رسمیت شناخته نشده است و اصل مربوط به آن به دلیل اختلاف نظر زیاد خبرگان قانون اساسی و به‌ویژه، نظر مخالف برخی خبرگان فقیه که آن را امتیازی زائد و متعارض با برخی موازین اسلام می‌دانستند تصویب نشد.^۳

اینکه مرز بین مصونیت پارلمانی و نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان چیست و چرا تمامی جوامع مردم‌سالار کنونی، هر دو مفهوم را در نظام حقوقی خود به صورت هم‌زمان پذیرفته و بر تضمین آن تأکید دارند؟ از مباحث مهمی است که تبیین و تحلیل آن خالی از فایده نخواهد بود. بدون تردید در پس این پذیرش و تلاش برای تحقق و تضمین توأمان آنها هدف مهمی نهفته است که درک صحیح آن می‌تواند قدرت زمامداران را تنظیم و حقوق ملت را تضمین نماید. در این راستا می‌توان گفت اگرچه پارلمان درواقع تصویر کوچک‌شده‌ای از ملت، در ساختار حکمرانی و نمایندگی نیز منصبی «ملی»^۴ و «کلی»^۵ است که از طریق مراجعه به آراء عمومی تحقق می‌یابد اما باید در نظر داشت، صرف برگزاری انتخابات نمی‌تواند تجلی بخش خواست واقعی مردم در اعمال حاکمیت تلقی گردد. به این معنا که هر چند گزینش نمایندگان، شرط لازم برای استقرار مردم‌سالاری است اما شرط

۱. هاشمی، همان، ص ۱۲۶

۲. این اصل در اغلب کشورهای پیرو نظام حقوقی رومی ژرمنی وجود دارد. برای نمونه در ماده ۲۶ قانون اساسی فرانسه هر نوع تعقیب نمایندگان موکول به اجازه دفتر پارلمان است. اما در بیشتر کشورهای پیرو نظام حقوقی انگلوساکسون به چشم نمی‌خورد که دلیل آن را می‌توان در استقلال بسیار زیاد دادگاه‌های آن کشورها جستجو نمود. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به Wigley, S. Parliamentary Immunity: Protecting democracy or protecting corruption?. Journal of Political Philosophy, 11(1), 2003. p:23-40.

۳. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران، جلد چهارم، ۱۳۶۴، صفحات ۹۰۹-۹۱۲ و ۹۴۰ - ۹۳۰

۴. اصل ۸۴ قانون اساسی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هر نماینده در برابر تمام ملت مسئول است و حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهارنظر نماید»

۵. هرچند که نمایندگان در برابر تمام ملت مسئولند، اما در این خصوص رابطه حقوقی که قابل پیگیری بوده و بتواند منجر

به مسئولیت آنان گردد، وجود ندارد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک به: هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشر میزان، جلد دوم، چاپ هشتم، ۱۳۸۳، ص ۱۲۱ و ۱۲۲

کافی نیست و ممکن است نمایندگان منتخب ملت، پس از ورود به عرصه قدرت و قرار گرفتن در چرخه حکمرانی، از مسیر اصلی خود که حرکت در مسیر قانون و صیانت از حقوق ملت است منحرف گردند.^۱

افزون بر آن، نمایندگان پارلمان از آن جهت که امانت‌دار ملت در اعمال قدرت به شمار می‌روند، مسئولیت گرانی را بر عهده دارند. چه آنکه، حقوق و آزادی‌های افراد، انتظارات مردم، استقلال و امنیت کشور و نیز مفاهیم اعتقادی و ایدئولوژیک جامعه در معرض رفتار حرفه‌ای نمایندگان است.^۲ از این منظر کمترین مسامحه، عدم دقت و نادیده انگاشتن ارزش‌های یادشده می‌تواند خسارت‌های جبران‌ناپذیری را متوجه افراد جامعه سازد؛ لذا نمی‌توان، چشم و گوش‌ بسته بر تمام اعمال و کردار آنان مهر تأیید زد؛ بنابراین لزوم پاسخگو نمودن نمایندگان در برابر ملت و اهمیت وافر که مقوله نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در حیات سیاسی و اجتماعی جوامع مردم‌سالار کنونی دنبال می‌کند را می‌توان از دلایل لزوم نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان در نظر گرفت. در مقابل نباید از این نکته غافل ماند که وظیفه خطیر و سرنوشت‌ساز نمایندگی این منصب را همواره با بغض و کینه و نیرنگ دیگران مواجه می‌سازد، لذا منافع عمومی و نظم عمومی اقتضاء می‌کند، برخی امتیازات تحت عنوان «مصونیت پارلمانی» و «تعرض‌ناپذیری» برای نمایندگان پیش‌بینی شود. البته این امتیازات نباید موجب چشم‌پوشی از خطاها و تخلفات نمایندگان را فراهم ساخته و نظارت بر اقدامات و رفتار آنها را از نظر دور بدارد.

در همین راستا و با هدف روشن ساختن مرز بین مصونیت پارلمانی و نظارت بر رفتار نمایندگان، قانونگذار در مفاد تبصره ۲ ماده ۶ قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان نیز مقرر نموده است: «کلیه امور مربوط به حقوق نمایندگی ملت که در قانون اساسی به آن تصریح شده است اعم از اظهارنظر و اعلام مواضع در مسائل داخلی و خارجی کشور و آزادی در انجام وظایف قانونی و اعمال رأی خود و کسب اخبار و اطلاعات مورد نیاز وظایف نمایندگی و قانونگذاری و تحقیق و تفحص در تمام امور کشور و سؤال و استیضاح وزرا و رئیس‌جمهور و رأی اعتماد و عدم اعتماد و مأموریت‌های محوله که همه آنها در راستای ایفاء وظایف نمایندگی به عمل می‌آید از شمول مجازات موضوع این ماده مستثنی است». همچنین قانونگذار با

1-Born, H., Fluri, P., & Lunn, S. Oversight and guidance: The relevance of parliamentary oversight for the security sector and its reform. Oversight and Guidance: The Relevance of Parliamentary Oversight for the Security Sector and its Reform. 2003. p. 89.

۲. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، جلد اول، مبانی و کلیات، تهران، انتشارات دانشگاه

تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۸۱.

درج عینی اصل ۸۶ قانون اساسی در مفاد ماده ۹ همین قانون اشعار داشته: «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزادند و نمی‌توان آنها را به سبب نظرانی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرائی که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند تعقیب یا توقیف کرد». نکته جالت توجه اینجاست که قانونگذار در تبصره یک این ماده، تشخیص مصادیق موضوع اصل ۸۶ قانون اساسی و ماده ۷۵ آیین‌نامه داخلی مجلس (مصادیق ایفای وظایف نمایندگی و تخلف از آن) را برعهده هیئت نظارت قرار داده است که این امر با هدف اصلی از تصویب قانون نظارت بر رفتار نمایندگان که مقابله با تعارض منافع و پاسخگو نمودن نمایندگان می‌باشد، در تضاد است. ضمن اینکه تخلف از این حمایت قانونی از نمایندگان را حتی اگر از سوی مراجع قضایی ارتکاب یافته باشد را مطابق تبصره دو ماده نه قانون یادشده، حسب مورد مستوجب مجازات انتظامی از درجه پنج تا هفت در نظر گرفته است. از این منظر حتی صلاحیت تعقیب و مجازات نمایندگان متخلف از سوی قوه قضاییه نیز تحدید گردیده است.

بند دوم. رویکرد قانون نظارت بر رفتار نمایندگان

نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان توسط هر نهادی که صورت پذیرد، هدف از آن قانون‌مداری، تأمین آزادی واقعی شهروندان، پیشگیری از فساد و برخورد با آن است.^۱ حال این پرسش مطرح است که آیا فرایند و چگونگی نظارت بر رفتار نمایندگان و نیز صلاحیت‌های کنونی نهاد ناظر می‌تواند راه‌گشای مشکلات و چالش‌های موجود باشد؟ اگر چنین نیست، چه کاستی‌ها و مشکلاتی در این خصوص وجود دارد؟ برای پاسخ به پرسش‌های فوق، ضمن معرفی نهاد ناظر (هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان)، ساختار و ترکیب اعضاء و نیز قلمرو صلاحیت‌ها و اختیارات آن را از نظر می‌گذرانیم.

الف. ساختار و ترکیب اعضاء نهاد ناظر

نظارت مطلوب بر هر نهادی مستلزم وجود سازمان، ساختار و صلاحیت‌هایی است. مطابق ماده یک و هشت قانون قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان، نهاد ناظر مرکب از هفت عضو، شامل یکی از نواب رئیس مجلس، یک نفر از اعضای کمیسیون اصل نود مجلس، یک نفر از اعضای کمیسیون قضایی و حقوقی و چهار نفر از سایر نمایندگان (اعضای هیئت

1- Mancuso, M. (1995). Ethical World of British MPs. McGill-Queen's Press-MQUP. P:43.

بدوی) و هیئت تجدیدنظر، شامل اعضای هیئت رئیسه و رؤسای کمیسیون‌های دائمی مجلی می‌باشد که مذاقه در ترکیب اعضاء نهاد ناظر، پارلمانی بودن محض آن را تداعی می‌کند. ترکیب پارلمانی و فرآیند انتخاب اعضای نهاد ناظر را می‌توان از دلایل ناکارآمدی آن بر شمرد. چه آن که به استناد بند الف و تبصره دو ماده یک قانون مزبور، افزون بر انتخاب یکی از اعضای هیئت‌رئیس برای عضویت در نهاد ناظر، معرفی داوطلبان عضویت از سایر کمیسیون‌ها برای رأی‌گیری در صحن نیز بر عهده هیئت‌رئیس قرار گرفته است. همچنین داوطلبان عضویت باید رأی اکثریت مطلق نمایندگان را کسب نمایند که این فرایند عضویت و ترکیب کاملاً پارلمانی اعضای هیئت نظارت (بدوی و تجدیدنظر) و عدم عضویت نماینده نهادهای مردمی (مدنی) و قوه قضاییه، امکان اعمال نفوذ هیئت‌رئیس مجلس را افزایش داده و موجب نادیده‌انگاشتن منافع سایر اعضای پارلمان به‌ویژه نمایندگان اقلیت‌های سیاسی را فراهم می‌سازد. افزون بر موارد فوق عدم پیش‌بینی اعضای علی‌البدل برای نهاد ناظر، به‌ویژه در مواقعی که به استناد ماده هفت قانون، موضوع رسیدگی نهاد ناظر، گزارش‌های واصله علیه یکی از اعضای هیئت (بدوی یا تجدیدنظر) باشد و وی حق شرکت در جلسه مربوط را نداشته باشد، جلسه به حد نصاب قانونی نرسیده و تصمیم گرفته شده، بنیانی صحیح نخواهد داشت. همچنین زمان‌بندی تشکیل جلسات هیئت، مدت و روند رسیدگی به پرونده‌های تشکیل شده مشخص نیست و همین امر می‌تواند موجب اطاله رسیدگی و احتمال از بین رفتن شواهد و مدارک و زدوبندهای حزبی و سیاسی را فراهم سازد. در این حالت نه تنها فسادستیزی رخ نداده، بلکه حتی استمرار این ترکیب و فرایند رسیدگی می‌تواند نهاد ناظر را به ابزار اعمال سلايق سیاسی (حزبی) هیئت‌رئیس و زمینه‌ای برای افزایش فساد مبدل کند.

ب. صلاحیت‌ها و اختیارات نهاد ناظر

یکی از موضوعات مهمی که در زمینه نظارت اداری بر اعمال نمایندگان پارلمان مورد توجه است، قلمرو صلاحیت‌های نظارتی نهاد ناظر می‌باشد که در دو حالت کلی صلاحیت «مالی» و «غیرمالی» قابل تبیین است.

۱. صلاحیت‌های مالی

صلاحیت نظارت مالی یکی از مهم‌ترین صلاحیت‌هایی که نهاد ناظر بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان باید از آن برخوردار باشد. متداول‌ترین نوع نظارت مالی بر رفتار نمایندگان،

«خوداظهاری»^۱ است.^۲ به این معنا که نمایندگان به صورت آزادی و با تکمیل فرم‌های مخصوصی دارایی‌ها، هدایای دریافتی، هزینه مسافرت‌ها و درآمدهای ناشی از مشاغل خارج از پارلمان را به نهادی که برای این موضوع پیش‌بینی شده اعلام می‌کنند.^۳ برای نمونه در حقوق برخی کشورها مانند فرانسه، استرالیا و آمریکا نمایندگان پارلمان افزون بر اینکه می‌بایست ظرف مدتی کوتاه (حداکثر دو ماه) پس از آغاز دوره نمایندگی و نیز پس از همین مدت بعد از پایان دوره نمایندگی وضعیت مالی خود را به نهادهای مشخصی (نظیر کمیسیون شفاف‌سازی مالی) ارائه کنند، مکلفند بر اساس قاعده «اعلام منظم»^۴ در زمان‌های از پیش تعیین‌شده (معمولاً سالانه) و نیز هرگاه تغییرات خاص و اتفاقی در منافع خود به دست آورند بر اساس قاعده «اعلام اتفاقی»^۵، آن را اعلام نمایند.^۶

در خصوص صلاحیت تشخیص تخلفات مالی نمایندگان پارلمان در حقوق ایران، باید گفت؛ اولاً قانونگذار قاعده اعلام منظم و اتفاقی را برای نمایندگان پیش‌بینی ننموده است، ثانیاً نظارت پیش‌بینی‌شده در قانون نظارت بر رفتار نمایندگان یک نظارت پسینی است که پس از وصول گزارش و شکایت امکان تحقق می‌یابد. این بدین معناست که نهاد ناظر راساً و مستقلاً امکان مداخله و کشف تخلف و فساد را ندارد. همچنین با وجود این که قانونگذار ایران با تصویب ماده ۲ قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان، در مقام بیان صلاحیت‌های مالی هیئت نظارت بر آمده و تصریح نموده: «به گزارش‌های واصله درباره سوءاستفاده، تخلف مالی و اخلاقی نماینده و درآمدها و هزینه‌های غیرمعارف رسیدگی می‌شود»، اما مشخص نیست که چه کس، مقام یا نهادی قرار است این گزارش‌ها را منعکس کند. آیا یکایک افراد جامعه و نهادهای خاص (مانند سازمان بازرسی کل کشور، قوه قضائیه) امکان ارسال گزارش و شکایت دارند؟ بنابراین چگونگی این رسیدگی مشخص نشده است. درحالی که در یک نظارت مردم‌سالارانه می‌بایست چنین امکانی فراهم باشد.

1-Self-declared.

۲. ویژه، محمدرضا، رضایی، آزاد، روش‌های نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان با تأکید بر حقوق ایران، فصلنامه .

مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۴، ۱۳۹۲، ص ۵۴.

3-Rathamarit, Niyom and et a. Codes of Conduct for Parliamentarians (A Comparative Study), Bangkok, King Prajadhipok's Institute.2008. P:18.

4-Regular announcement.

5-Accidental announcement.

۶. کوهکن، علیرضا، موحدی، سمانه، نحوه نظارت بر درآمدهای مالی نمایندگان و مقامات دولتی فرانسه، مرکز .

پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات سیاسی، شماره مسلسل ۱۱۹۳۹، ۱۳۹۰، ص ۸۰.

همچنین دامنۀ ضمانت‌اجراها و اختیارات تنبیهی هیئت به صورت نامعقولی محدود، مضیق و غالباً انضباطی است که یکی از نتایج آن را می‌توان در بی‌اثر یا کم‌اثر بودن کارکرد نهاد ناظر مشاهده نمود.^۱ در تأیید این ادعا می‌توان به اظهار نظر رسمی سخنگوی هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان اشاره داشت که اعلام نمود: «از میان بیش از دویست پرونده (اعم از شکایت و گزارش) که در طول مجلس دهم در هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان مورد بررسی قرار گرفته است؛ اغلب پرونده‌ها یا مختومه شده یا پس احراز تخلف تنها به یک تذکر کتبی یا شفاهی اکتفاء شده است و نیز در برخی موارد که موضوع مربوط به تخلفات انضباطی نمایندگان مانند حضور و غیاب می‌باشد، کسر از حقوق اعمال شده است».^۲ این اظهار نظر حکایت از آن دارد که هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان فاقد صلاحیت و اختیار لازم برای اعمال مجازات یا تنبیهی بیش از تنبیه کسر از حقوق است؛ لذا حتی در جریان رسیدگی به برخی از پرونده‌ها برای نمونه مسائل و تخلفات مالی چنانچه تخلف و سوءاستفاده محرز گردد به استناد تبصره یک ماده شش قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان، هیئت پرونده را به اطلاع شورای نگهبان و رسیدگی مراجع قضایی ارسال می‌نماید.^۳ البته باید یادآور شد که گرچه امکان ارسال پرونده برای رسیدگی به مراجع قضایی پیش‌بینی شده است اما همچنان این ابهام پا بر جاست که با توجه به برخورداری نمایندگان از مصونیت پارلمانی، در صورت بروز اختلاف بین هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان و قوه قضاییه (در مقام اعلام جرم، محکومیت و مجازات) مرجع حل اختلاف کدام نهاد است. بنابراین ضرورت دارد قانونگذار در فرآیند بازنگری و بازآرایی ترکیب و ساختار خود برای این مسئله نیز چاره‌اندیشی کند.

۱. ماده شش قانون نظارت بر رفتار نمایندگان در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «هیئت با توجه به اهمیت تخلفات و شرایط و موقعیت ارتکاب آنها نسبت به اعمال یک یا چند مجازات ذیل که طبق ماده (۶) قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی قابل اجراء است، تصمیم می‌گیرد. الف - تذکر شفاهی بدون درج در پرونده. ب - تذکر کتبی با درج در پرونده. پ - اخذ تعهد کتبی مبنی بر عدم تکرار تخلف. ت - کسر حقوق از یک‌ماه تا یک‌سال به میزان یک‌دوم. ث - محرومیت از عضویت در مجامع و شوراها یا کمیته‌های تحقیق و تفحص. ج - محرومیت از نامزدی برای عضویت در هیئت‌رئیس مجلس و هیئت‌رئیس کمیسیون‌ها. چ - اعلام یک یا چند تخلف نماینده در جلسه غیرعلنی توسط رئیس مجلس.»

۲. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: گفتگوی خبرگزاری فارس با سخنگوی هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان . (محمدجواد نوبندگان) به تاریخ ۱۳۹۸/۰۸/۱۸

۳. تبصره یک ماده شش قانون نظارت بر رفتار نمایندگان در این خصوص چنین مقرر می‌دارد: «در صورتی که هیئت تشخیص دهد دارایی نماینده به ناحق افزایش یافته است، تا قبل از انتخابات دوره بعد موضوع را به اطلاع شورای نگهبان می‌رساند و جهت رسیدگی به دستگاه قضایی ارسال می‌نماید»

در نظام حقوقی ایران به‌ویژه در قانون نظارت مجلس بر رفتار نمایندگان، نظارت مالی بر دارایی‌های نمایندگان پیش‌بینی شده است اما با توجه به اینکه روش و سازوکار اعلام دارایی‌های نمایندگان مشخص نیست، امکان تحقق آن دشوار است. ضمن اینکه در اجرای اصل ۱۴۲ قانون اساسی و با تصویب قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران ج.ا.ا (۱۳۹۱/۰۲/۱۷) «سامانه ثبت دارایی‌های مقامات عمومی» راه‌اندازی شد و سازوکار نظارت بر دارایی نمایندگان، شکل عملی به خود گرفت. در این راستا، مقامات عمومی مندرج در مفاد ماده سه قانون فوق (از جمله نمایندگان پارلمان) باید در بازه زمانی آغاز و پایان مسئولیت خویش، دارایی خود، همسر و فرزندان تحت تکفل خود را به صورت خوداظهاری به رئیس قوه قضاییه اعلام نمایند. اگر در مقام یک نقد منصفانه، باب سخن بگشاییم ناگزیر باید بگوییم که به نظر نمی‌رسد که زیرساخت‌ها و مقدمات اجرای این قانون در کشور فراهم باشد به‌خصوص اینکه اعلام میزان اموال و دارایی‌ها توسط مسئولین، صرفاً در قالب خوداظهاری بوده و در قانون هیچ‌گونه ضمانت اجرا و نیز مرجعی مشخص برای کشف واقعیت در صورت عدم اعلام دارایی، پیش‌بینی نگردیده و قوه قضاییه تنها در صورتی مجاز به رسیدگی است که مقامات و مسئولین اقدام به اعلام میزان اموال و دارایی‌های خود، همسر و افراد تحت تکفل خود نموده باشند.

همچنین بر اساس ماده سه قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، دریافت هرگونه هدیه نقدی یا غیرنقدی غیرمعارف تحت هر عنوان توسط نمایندگان ممنوع و مرتکب، مستوجب اعمال مجازات در نظر گرفته شده ولی از منطوق ماده چنین می‌توان برداشت نمود که دریافت هدیه توسط نمایندگان مجلس به کلی ممنوع نشده بلکه فقط دریافت هدایای نقدی و غیرنقدی «غیرمعارف» ممنوع شده است.^۱ درحالی‌که مفهوم غیرمعارف قابلیت تفسیر گسترده و موسعی را دارد و به‌سهولت نمی‌توان حدود و ثغور آن را تعیین نمود. همچنین در نظام حقوقی ایران نه‌تنها به اعلام هزینه مسافرت‌ها توجه نشده، بلکه اشاره‌ای هم به ممنوعیت نمایندگان از دریافت هزینه مسافرت‌ها از منبعی غیر از پارلمان اشاره نشده است. لیکن به صورت کلی سوءاستفاده از اختیارات نمایندگی مانند اخذ هر نوع امکانات و امتیازات از بخش‌های دولتی، عمومی و خصوصی به هر عنوان و شکل، توسط نماینده به

۱. قانونگذار در ماده ۳ قانون نظارت بر رفتار نمایندگان مقرر می‌دارد: «دریافت هرگونه هدیه نقدی یا غیرنقدی غیرمعارف از اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی یا عمومی و دولتی داخلی یا خارجی تحت هر عنوان توسط نمایندگان ممنوع و مرتکب «مستوجب اعمال مجازات ماده (۶) این قانون است».

نفع خود و اقربای وی را از طریق اعمال نفوذ و به صورت من‌غیرحق ممنوع نموده است.^۱ در خصوص ممنوعیت تصدی مشاغل خارج از پارلمان برای نمایندگان، باید گفت به موجب ماده (۱۱) قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، اعضای پارلمان مشمول قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۱ می‌باشند. بر این اساس نمایندگی یک شغل مستمر و تمام‌وقت تلقی شده و از این‌رو نمایندگان پارلمان به استثناء برخی مشاغل خاص و مشخص حق تصدی شغل دولتی دیگر را ندارد.^۲

۲. صلاحیت‌های غیرمالی

از آنجاکه نمایندگی ملت در پارلمان از امور بسیار خطیر به شمار می‌رود، اکتفاء صرف به نظارت‌های مالی نمی‌تواند مفید فایده باشد؛ لذا پس از تحلیل صلاحیت‌های مالی نهاد ناظر، واکاوی صلاحیت‌های غیرمالی (اداری، انضباطی و اخلاقی) آن موضوعیت می‌یابد. عموماً هدف از پیش‌بینی صلاحیت‌های غیرمالی را باید در کنترل ارتباط میان نمایندگان و گروه‌های ذی‌نفوذ، حفظ اعتماد عمومی به نمایندگان و پاسداری از شأن و منزلت نمایندگان در نظر گرفت.

در این راستا، بر اساس مفاد ماده دو قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، صلاحیت‌های اداری، انضباطی و اخلاقی برای نهاد ناظر به رسمیت شناخته شده است. برای نمونه در بخشی از بند (الف) ماده یک قانون یادشده، چنین آمده است که هیئت، صلاحیت رسیدگی به گزارش‌های واصله درباره سوءاستفاده اخلاقی نماینده (گان) را دارد. همچنین در بند (پ) این ماده قانونی، به صلاحیت هیئت در رسیدگی به گزارش‌های مربوط به رفتار خلاف شئون نمایندگی اشاره شده و در بند (ت) ماده قانونی مزبور به صلاحیت هیئت در رسیدگی به گزارش‌های هیئت‌رئیس درباره غیبت، تأخیر و بی‌نظمی نماینده (گان) توجه شده است. در این خصوص نیز قانونگذار بدون اینکه فرد، مقام و نهاد واجد صلاحیت برای ارائه و ارسال گزارش را روشن سازد، غیبت و تأخیر و بی‌نظمی نمایندگان را در شمار صلاحیت‌های غیرمالی و استانداردهای رفتار حرفه‌ای نمایندگی پارلمان قرار داده است؛ درحالی‌که به

۱. ماده ۴ قانون نظارت بر رفتار نمایندگان در این خصوص مقرر می‌دارد: «سوءاستفاده از اختیارات نمایندگی و اخذ هر نوع امکانات و امتیازات از بخش‌های دولتی، عمومی و خصوصی به هر عنوان و هر شکل، توسط نماینده به نفع خود و اقربای وی». به ناهق و اعمال نفوذ ... ممنوع است

۲. بر اساس قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مقامات عمومی از جمله نمایندگان پارلمان حق تصدی شغل دولتی دیگری به استثنای ۱- عضویت در هیئت‌مدیره شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات، ۲- سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی، ۳- مشاغلی که از سوی مقام رهبری برای نمایندگان در نظر گرفته شده و بدان منصوب شده‌اند را ندارد.

استناد مواد (۷۸) تا (۸۱) و (۸۸) و (۹۱) آیین‌نامه داخلی مجلس، غیبت و بی‌نظمی مشمول قواعد رفتار حرفه‌ای نمایندگان نمی‌شود و اساساً رسیدگی و اتخاذ تصمیم درخصوص آن به موجب آیین‌نامه داخلی مجلس در صلاحیت هیئت رئیسه پارلمان قرار دارد. در مقابل کشورهای پیشگام در این زمینه با تصویب قوانین و مقررات کارآمد و بهره‌گیری از روش‌های مختلف نظارت غیرمالی (مانند شکایت مردم از نقض قواعد رفتاری نمایندگان و کنترل نحوه تعامل نمایندگان با لابی‌ها همراه با توجه به شأن و منزلت نمایندگان) در این مسیر به توفیقات چشم‌گیری دست یافته‌اند.

نتیجه

نظارت بر اعمال و کردار مقامات عمومی از نتایج اعمال حاکمیت ملت و تضمین‌کننده استمرار اعتماد عمومی به طبقه حاکم به شمار می‌رود؛ لذا در تمامی نظام‌های مردم‌سالار کنونی، نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان، یک ضرورت و اصل پذیرفته شده است. همچنین می‌توان فواید حاصل از پژوهش را به اختصار به شرح زیر برشمرد:

۱- اساسی‌ترین کارکرد نظارت بر رفتار نمایندگان پارلمان را می‌توان در مهار و کنترل قدرت (فسادستیزی) و پاسخگو نمودن مقامات عمومی در برابر ملت خلاصه نمود. افزون بر آن باید در نظر داشت که مدل حکمرانی حاکم بر نظام حقوقی ایران و ابتنای آن بر حاکمیت توأمان الهی و مردمی، لزوم نظارت کارآمدتر و مطلوب‌تر نسبت به دیگر نظام‌ها را طرح می‌سازد. در این راستا قانونگذار اساسی با تأکید بر حکومت صالحان، زمینه تحقق آن را پیش‌بینی و قانونگذار عادی نیز (اگرچه با تأخیر) با تصویب قانون نظارت بر رفتار نمایندگان امکان تحقق چنین نظارتی را فراهم نموده است؛ اما به رغم کوشش‌هایی که در جهت تحکیم و تحقق این مهم به عمل آمده، واقعیت‌های موجود از ناکافی و ناکارآمد بودن تلاش‌های انجام گرفته حکایت دارد. البته شاید بتوان ریشه این کاستی‌ها را از یک سو، به توسعه‌نیافتگی نظام حقوقی و سیاسی ایران یا به تعبیر بهتر فقدان تجربه مردم‌سالاری در طول قرون گذشته و از سوی دیگر به عدم تقویت اندیشه نظارت‌پذیری مقامات عمومی گره زد.

۲- همچنین، نظارت و کنترل مطلوب بر رفتار نمایندگان مانند هر نظارتی دارای مؤلفه‌ها و فرآیندهایی است. بررسی فرآیندهای حاکم بر نحوه نظارت بر رفتار نمایندگان بیان‌گر

آن است که از میان مؤلفه‌های چهارگانه نظارت، نظام حقوقی ایران تنها اصل «فراگیری و استمرار» را مرکز توجه خود قرار داده و به سه مؤلفه دیگر یعنی «مردم‌سالاری» (مشارکت شهروندان در نظارت بر نمایندگان)، «حاکمیت قانون» (تصویب قوانین و مقررات جامع و تضمین اجرای آن) و «کارآمدی و اثربخشی نظارت» کم‌تر پرداخته است.

۳- سامانه کنونی پیش‌بینی‌شده برای نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان با فلسفه نظارت در دکترین حقوق اداری که هدف آن برقراری نظم عمومی و ارائه خدمات مطلوب عمومی است، مطابقت ندارد. برای نمونه، هیئت نظارت بر رفتار نمایندگان در حال حاضر فاقد صلاحیت (اقتدار) لازم برای تصمیم‌گیری مستقل می‌باشد. به این معنا که چنانچه نماینده‌ای مرتکب رفتار یا عملی شود که مغایر با شئون نمایندگی است تازمانی که شکایت یا گزارشی علیه وی مطرح نشود، هیئت نظارت صلاحیت قانونی لازم برای مداخله و آغاز رسیدگی ندارد. افزون بر این، در صورت تشخیص انحرافات و تخلفات (مالی و غیرمالی) نیز امکان مجازات و تنبیه متناسب با آن فراهم نمی‌باشد که همین موضوع متزلزل بودن سازوکار نظارتی کنونی را به ذهن متبادر می‌سازد.

۴- در پایان نتیجه حاصل از تحقیق گویای آن است که در نظام حقوق اداری ایران، به‌رغم کوشش‌های صورت‌گرفته برای تحکیم و تحقق نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان، کماکان کاستی‌های عدیده‌ای قابل ردیابی است که پایداری این مشکلات، پاسخگویی نمایندگان ملت و تحقق حقوق و آزادی‌های شهروندان را با دشواری‌هایی روبه‌رو خواهد ساخت. بدین‌خاطر، ضروری است تا قانونگذار داخلی با نگرشی جامع نسبت به قانون نظارت بر رفتار نمایندگان درصدد برطرف کردن موانع و کاستی‌های یادشده برآید. بر این اساس می‌توان گفت تغییر الگوی کنونی نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان از الگوی درونی به الگوی بینابینی، امری ضروری به نظر می‌رسد. افزون بر آن، قانونگذار باید با مشخص نمودن استانداردهای رفتار حرفه‌ای نمایندگی و ترسیم دقیق محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های نمایندگان در ایفاء وظایف نمایندگی، بازنگری در نحوه تعیین و ترکیب اعضای نهاد ناظر، توسعه نظارت مردمی به منظور جلب اعتماد و اقتناع عمومی، پیش‌بینی ضمانت‌اجراهای کیفری در کنار ضمانت‌اجراهای انضباطی و تهیه و تصویب آیین دادرسی (رسیدگی) به تخلفات نمایندگان پارلمان، گام مؤثری در راستای نظارت مطلوب و کارآمد در زمینه نمایندگان پارلمان بردارد.

فهرست منابع منابع فارسی الف کتاب‌ها

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، (۱۳۶۴) «**صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی**»، تهران، جلد چهارم، صفحات ۹۱۲-۹۰۹ و ۹۴۰ - ۹۳۰.
۲. دانشور، غلامرضا، «**اصول نظارت و کنترل**»، (بی تا)، تبریز، انتشارات دانشگاه علوم پزشکی و خدمات درمانی تبریز.
۳. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۳)، «**بایسته های حقوق اساسی**»، انتشارات میزان، چاپ پانزدهم.
۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، «**لغت نامه دهخدا**»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۵. جعفری لنگرودی، (۱۳۸۵)، «**ترمینولوژی حقوق**»، انتشارات گنج دانش، تهران، جلد پنجم.
۶. هیوود، اندرو (۱۳۷۸) «**کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**» ترجمه‌ی اردشیر امیر ارجمند و سیدباسم موالی‌زاده، تهران، نشر امیرکبیر، چاپ اول.
۷. مهرپور، حسین، (۱۳۸۷)، «**انتخابات و نظارت شورای نگهبان**»، مجموعه مقالات مشارکت سیاسی، احزاب و انتخابات، تهران، نشر سفیر.
۸. عمیدزنجانی، عباسعلی، موسی زاده، ابراهیم، (۱۳۸۹)، «**نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۹. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، (۱۳۸۳)، «**حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**»، جلد اول، مبانی و کلیات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. هاشمی، سید محمد، (۱۳۸۳)، «**حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**»، نشر میزان، جلد دوم، چاپ هشتم.
۱۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴) «**حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**» تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۱۲. گرجی ازندریانی، علی اکبر، (۱۳۸۸)، «**در تکاپوی حقوق اساسی**»، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم.
۱۳. گرجی ازندریانی، علی اکبر، **نظارت بر اجرای قانون اساسی (۱۳۹۲) عدالت فردی یا نهادی؟ نظارت انحصاری یا شبکه‌ای**» مجموعه‌ی مقالات اولین همایش

قوهی مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

۱۴. راسخ، محمد، (۱۳۹۰) «نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی»، تهران، انتشارات دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰.

۱۵. هداوند، مهدی و دیگران (۱۳۸۹) «آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری» تهران، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، چاپ اول.

۱۶. هداوند، مهدی، (۱۳۸۹) «حقوق اداری تطبیقی» تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، جلد اول.

ب- مقاله‌ها

۱۷. کریمی، عباس، (۱۳۸۱) «نقدی بر تفسیر شورای نگهبان درباره مصونیت پارلمانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مجلیه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸، ص ۲۵۲-۲۴۱.

۱۸. کوهکن، علیرضا، موحدی، سمانه (۱۳۹۰)، «نحوه نظارت بر درآمدهای مالی نمایندگان و مقامات دولتی فرانسه»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات سیاسی، شمارع مسلسل ۱۱۹۳۹.

۱۹. ویژه، محمد رضا، رضایی، آزاد، (۱۳۹۲) «روش‌های نظارت بر رفتار حرفه‌ای نمایندگان پارلمان با تاکید بر حقوق ایران»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیستم، شماره ۷۴.

۲۰. اخوان کاظمی، بهرام (۱۳۹۰) «چالش‌ها و موانع نظارت در جمهوری اسلامی ایران»، مجله رهیافت انقلاب اسلامی، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۱۷.

۲۱. نیکونهاد، حامد (۱۳۹۱) «مصونیت پارلمانی در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اندیشه قانونگذار اساسی»، فصلنامه بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، شماره دوم.

۲۲. شفیعی سردشت و دیگران (۱۳۹۷) «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۱۶.

۲۳. رضایی، آزاد، (۱۳۹۴) «نظارت پارلمانی: مرجع و ضمانت اجرا»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و دوم، شماره ۸۴.

۲۴. هاشمی، سید محمد، عدالت جو، اعظم «مطالعه تطبیقی نظارت بر انتخابات پارلمان در ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، تهران، شماره ۲۴.

۲۵. منصور نژاد، محمد (۱۳۸۵) «فلسفه نظارت»، فصلنامه حکومت اسلامی، سال نهم،

شماره سوم.

۲۶. اصلانی، فیروز و دیگران (۱۳۹۵) «ضابط مندی فهم، تطبیق و تفسیر قانون اساسی با تاکید بر ذیل اصل چهارم قانون اساسی» فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۳۹.

منابع لاتین

- 27-Däubler, T., Brünig, T., & Brunner, M. (2016). Is Personal Vote-Seeking Behavior Effective?. *Legislative Studies Quarterly*, 41(2)
- 28-Born, H., Fluri, P., & Lunn, S. (2003). Oversight and guidance: The relevance of parliamentary oversight for the security sector and its reform. *Oversight and Guidance: The Relevance of Parliamentary Oversight for the Security Sector and its Reform*
- 29-Benton, M., & Russell, M. (2013). Assessing the impact of parliamentary oversight committees: The select committees in the British House of Commons. *Parliamentary Affairs*, 66(4)
- 30-Overholser, J. C. (2004). The four pillars of psychotherapy supervision. *The Clinical Supervisor*, 23(1), 1-13
- 31-Pastores, G. M., Arn, P., Beck, M., Clarke, J. T., Guffon, N., Kaplan, P., ... & Viskochil, D. (2007). The MPS I registry: design, methodology, and early findings of a global disease registry for monitoring patients with Mucopolysaccharidosis Type I. *Molecular genetics and metabolism*, 91(1), 37-47
- 32-Wigley, S. (2003). Parliamentary Immunity: Protecting democracy or protecting corruption?. *Journal of Political Philosophy*, 11(1), 23-40
- 33-Bennett, W. & Hess, K. M. (2004). *Management and supervision in law enforcement*. Belmont, CA: Wadsworth/Thomson Learning
- 34-External monitoring. & Glickman, C. D. (1985). *Supervision of instruction: A developmental approach*. Publication Sales, Allyn and Bacon, Longwood Division, 7 Wells Avenue, Newton, MA 02159 (Order No. H84684, 33.95; quantity discounts
- 35-Berg, B. L., & Budnick, K. J. (1986). Defeminization of women in law enforcement: A new twist in the traditional police personality. *Journal of Police Science & Administration*
- 36-Chohan, U. W. (2017). *Legislative Oversight of the Bureaucracy*. *Global Encyclo-*

- 37-Follesdal, A. (2017). Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International journal of constitutional law*, 15(2), 359-371
- 38-Reisig, M. D., Tankebe, J., & Meško, G. (2012). Procedural Justice, Police Legitimacy, and Public Cooperation with the Police Among Young Slovene Adults. *Varstvoslovje: journal of criminal justice & security*
- 39-Wadron, J. (2006). The rule of international law. *Harv. JL & Pub. Pol'y*
- 40-Obaidullah, A. T. M. (2019). Parliamentary Oversight: A Conceptual Framework. In *Institutionalization of the Parliament in Bangladesh* (pp. 139-155). Palgrave Macmillan, Singapore
- 41-Tamanaha, B. Z. (2004). *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge University Press
- 42-Steindl, N., & Hanitzsch, T. (2018). Monitoring media pluralism in Europe: application of the Media Pluralism Monitor 2017 in the European Union, FYROM, Serbia & Turkey: country report: Germany
- 43-illan: London, (1927). *Constitution the of Law the of Study the to Introduction*, Dicey. V. A., edn 8th, 1885
- 44-Fagbadebo, O. (2019). An Overview of Legislative Oversight and Accountability Mechanisms in Nigeria and South Africa. In *Perspectives on the Legislature and the Prospects of Accountability in Nigeria and South Africa* (pp. 19-44). Springer, Cham
- 45-Malamud, A., & Stavridis, S. (2016). Parliaments and parliamentarians as international actors. In *The Ashgate research companion to non-state actors* (pp. 113-128). Routledge
- 46-Hyland, J. T. (1985). Teaching about the Constitution: Relationships between Teachers' Subject Matter Knowledge, Pedagogic Beliefs and Instructional Decision Making regarding Selection of Content, Materials, and Activities. *Summary of Research Findings*
- 47-Aydin, O. (2019). Parliamentary Immunity and the Issues Encountered in Turkey. In *Argumentation and Appraisal in Parliamentary Discourse* (pp. 31-58). IGI Global
- 48-Maegel Prelo & Jean Boulouis (1990) : *Institutions Politiques et droit constitu-*

.tionnel Precis Dalloz, onzieme edition

49-Rathamarit, Niyom and et al. (2008). Codes of Conduct for Parliamentarians (A
.Comparative Study), Bangkok, King Prajadhipok's Institute

50-Mancuso, M. (1995). Ethical World of British MPs. McGill-Queen's Press-MQUP

هنر خودتنظیمی در حقوق عمومی؛ با تأملی بر نظام تقنینی جمهوری اسلامی

محمود شاطریان*

جواد یحیی زاده**

چکیده

روابط پیچیده انسان‌ها با یکدیگر و لزوم برگزیدن مؤثرترین روش در تنظیم آن روابط از رهگذار نظام‌های حقوقی، برانگیزنده تکاپوهایی در تغییر نگرش نسبت به دلبستگی بیش از حد در بهره‌مندی از ابزار قانون‌گذاری در راستای تنظیم‌گری حقوقی بوده است. با این حال، پرسش بنیادی آن است که مؤثرترین روش‌ها در این خصوص کدام است؟ پژوهش حاضر، تلاشی در واکاوی آن روش‌های کارآمد می‌باشد. از این رو پرسش اصلی مقاله حاضر آن است که خودتنظیمی در معنای عام، چه نسبتی با امر قانون‌گذاری داشته و همچنین این آموزه تا چه میزان در نظام تقنینی جمهوری اسلامی مورد اهتمام قرار گرفته است؟ در پاسخ به پرسش مذکور در این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و تدقیق در متون و اسناد رسمی حقوقی و گردآوری اطلاعات از طریق کتابخانه‌ای این نتیجه حاصل گردید که نخست، خودتنظیمی به مثابه یک ابزار کارآمد در دسترس دولت به‌ویژه در عصر کنونی، مجزا از ابزار قانون‌گذاری و نیز متفوق و مرجح بر آن می‌تواند و باید در نظر گرفته شود. همچنین تأمل در نظام تقنینی جمهوری اسلامی نشان می‌دهد که عدم توجه به اوصاف ذاتی و عرضی قانون، وجود مراجع متعدد تقنینی و نیز کثرت قواعد حقوقی، موجب غفلت از اهتمام به آموزه خودتنظیمی در تنسيق حقوقی روابط انسانی گردیده که خود می‌تواند به مثابه یکی از عوامل ناکارآمدی نظام تقنینی جمهوری اسلامی مورد شناسایی و تحلیل قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: خودتنظیمی، قانونگذاری، نظام تقنینی جمهوری اسلامی.

مقدمه

دانش حقوق و به طور خاص عنصر قانون، به مثابه یکی از اختراعات برجسته بشری در حوزه علوم انسانی، در زمینه و زمانه‌ای خاص و به منظور رفع نیازهایی معین از انسان‌ها (استقرار انتظام به جای اختلال در جامعه) به وجود آمده است. از این رو اگر تعبیر «حقوق همچون اختراع» را بپذیریم^۱، می‌توان و باید تا زمانی به آن دانش گرانبها تن در دهیم که گرهی از مشکلات کور جوامع پیچیده امروزی را گشوده و بر طبق کارویژه اصلی خود حرکت کند. دولت هم که بر مبنای یک قرارداد اجتماعی و توافق با شهروندان به منظور اعمال آن قواعد به وجود آمده^۲، به چشم یک «شر ناگزیر» نگریسته شده^۳ و از همین رو، پذیرش موجودیت دولت از جانب شهروندان به خصوص از منظر حقوق عمومی مدرن، لزوماً و عموماً حق وضع هرگونه هنجار الزام‌آور و تمشیت امور به هر روش و وسیله‌ای توسط آن را توجیه نمی‌کند. بی‌گمان قواعد حقوقی، ضمن آنکه بایستی موجب اوصافی خاص و متمایز از سایر قواعد هنجارانگار همجوار خود همچون اخلاق، سنت، دین یا مذهب، ... باشند (اوصاف ذاتی)، باید بتوانند مشکلات و حتی فراتر از آن، معضلات موجود در یک نظام حقوقی را مرتفع سازند (اوصاف عرضی). باری اگرچه صرفاً یکی از ابزارهای تنظیم‌گری^۴ دولت جهت برون‌رفت از معضلات، وضع هنجار (هنجارهای) حقوقی است، لیکن در نظام‌های دموکراتیک امروزی، راه‌های اطمینان‌بخش‌تر دیگری به‌ویژه برای پیشگیری از «بی‌اثر شدن قواعد حقوقی در عمل» مد نظر قرار گرفته که بی‌گمان می‌توان یکی از آن‌ها را «خودتنظیمی» نامید؛^۵ ابزاری که به‌ویژه در حوزه حقوق عمومی و در عصر حق‌ها، می‌توان و باید از آن به‌مثابه یک هنر و فن برتر در جهت گشایش و رتق و فتق امور یاد نمود. وضع قاعده حقوقی و اعمال قهری آن توسط دولت، علی‌العموم می‌بایستی در صورتی به کار گرفته شود که از

۱. ناگفته پیداست که مشخصه اصلی اختراع آن است که علی‌الاصول با اهدافی معین و متناسب با اقتضائات زمانی مکانی مشخصی خلق شده و لزوماً ابدی و لایتغیر نمی‌باشند. به همین خاطر، اختراعات سابق همواره در مقابل بالش مستمر جامعه انسانی مرقی، محکوم به دوبارگی و نوسازی است.

۲. روسو در این مورد اظهار می‌دارد: به وسیله قرارداد اجتماعی هیئت حاکمه را به وجود آورده، به آن جان بخشیده‌ایم. اکنون باید به وسیله عمل قانون‌گذاری به او جنبش و اراده بدهیم، زیرا سند اولی که به واسطه آن این هیأت تشکیل یافته است معین نمی‌نماید که برای حفظ خود چه باید بکند (روسو، ژان ژاک، قرارداد اجتماعی، ترجمه غلامحسین زیرک‌زاده، تهران: انتشارات چهر، ۱۳۴۱، ص ۷۶).
۳. بر مبنای این دیدگاه، دولت در چنین فضایی «شر ناگزیر» است، آن را تحمل می‌کنیم، ولی سعی داریم که تا حد امکان تظاهرات و حضور آن را محدود کنیم (هداوند، مهدی، درآمدی بر مقررات گذاری اجتماعی، حقوق عمومی، شماره ۲، ۱۳۸۵، ص ۲۷).

4-Regulation

5-Self-Regulation

راه‌های دیگر تنظیم‌گری مؤثرتر افتاده و چنین اعمالی به وضوح قابل توجیه^۱ باشد. با این همه، تشخیص چگونگی به کارگیری نوع تنظیم‌گری در شرایط گوناگون توسط نظام حقوقی به منظور حل و فصل آن روابط، به این سهولت نبوده و مستلزم آگاهی بر مبانی نظری و بکارگیری مدبرانه و هوشمندانه آن در حوزه عمل است. امروزه توجه به مفاهیم، اصول و شیوه‌های قانون‌گذاری و احتیاط فراوان در وضع آن قواعد و پیش‌گیری از «تورم تقنینی»^۲ آنچنان مورد توجه دانشمندان حقوق و حتی سایر شاخه‌های علوم انسانی قرار گرفته که از دانش فلسفه قانون‌گذاری و مباحث نقش‌آفرین پیرامون آن سخن به میان آمده است. از این رو برای فهم خودتنظیمی به مثابه یکی از ابزارهای^۳ کارآمد تنظیم‌گری، به نظر می‌رسد نخست می‌بایستی با دانش فلسفه قانون‌گذاری آشنا شده و از این طریق و با پیراستن مفهوم خودتنظیمی از قانون‌گذاری، به آن هنر و فن ضروری متفطن گردیم. وضعیت نابسامان تقنینی در نظام جمهوری اسلامی و مهجور ماندن فن خودتنظیمی در فیصله‌دادن و به‌سازی روابط انسانی، تلاش نظری و نیز به کارگیری آن مبانی در عمل را ناگزیر و ناگزیر ساخته است. از این رو و در واپسین قسمت مقاله حاضر با ذکر نمونه‌هایی، میزان اهتمام به آموزه خودتنظیمی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی را خواهیم سنجید.

گفتار نخست. خود تنظیمی در پر تو دانش فلسفه قانون‌گذاری

از آنجا که آموزه خودتنظیمی در دانش فلسفه قانون‌گذاری به نحوی جدی مورد توجه قرار گرفته است، نخست با این دانش مهم ولو به نحو اجمالی آشنا شده و سپس به فهم خودتنظیمی مبادرت خواهیم ورزید.

بند نخست. درنگی بر دانش فلسفه قانون‌گذاری

اساساً قانون و قانون‌گذاری چیست؟ اوصاف یک قانون شایسته کدام است؟ کدام موارد کمی و کیفی در عمل تقنینی می‌تواند و باید مورد توجه مقنن قرار بگیرد؟ قانون‌گذاری با دین، اخلاق، سنت، ... چه ارتباطی دارد؟

1-Justifiable

2-Legislative Inflation

۳. خودتنظیمی در معنای اخیر، به مثابه ابزاری در ید مقنن برای تنظیم و تمشیت امور در کنار سایر ابزارها از جمله ابزار قانون‌گذاری تلقی می‌گردد. موضوعی که در بند دوم گفتار پیش رو، تفصیلاً بدان اشاره خواهد شد.

به درستی می‌توان گفت «قانون» مهم‌ترین عنصر مولف نظام حقوقی است.^۱ با این حال، بحث اصلی در این حوزه بیشتر معطوف به چیستی و نیز کم و کیف وضع و اجرای آن است. برخی معتقدند قانون و امر تقنین اصولاً مفاهیمی مدرن‌اند و متکی بر نظامی فلسفی و سیاسی هستند که در عصر روشنگری رواج یافته و تمدن کنونی غرب نیز کم و بیش از همان سرچشمه می‌نوشد.^۲ از این قواعد به عنوان «هنجارهای حقوقی»^۳ نیز تعبیر شده که واجد ویژگی‌هایی معین و متمایز از سایر قواعد هنجاری همچون اخلاق، دین، ... می‌باشند.^۴ کاتوزیان قاعده حقوقی را قاعده‌ای الزام‌آور می‌داند که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت کرده و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود.^۵

یکی از نظریه‌های قابل توجه در موضوع مورد بحث، دانش فلسفه قانون‌گذاری است که نویسندگان حقوقی غالباً به آن توجهی نداشته‌اند. فلورز^۶ در تبیین دانش مذکور معتقد است: از نظر واژه‌شناسی، فلسفه قانون‌گذاری^۷ از قانون^۸ و معرفت عملی، تفکر و حزم و احتیاط^۹ ریشه می‌گیرد و مبین مطالعه و نظریه قانون‌گذاری است و به علم، نظریه و فن قانون‌گذاری یا نظریه عقلانی قانون‌گذاری اطلاق می‌شود. فلسفه قانون‌گذاری نظریه‌ای کاملاً جدید نیست، بلکه دعوت به نوعی نظریه یا رویکرد نظری جدید به حقوق است.^{۱۱} به

۱. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، تهران: نشرنی، جلد ۲، ۱۳۹۶، ص ۷۵.

۲. وکیلان، حسن، **گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری**: مجموعه مقالات، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۹۰، ص ۳.

3-Legal Norms

۴. برای آگاهی از ویژگی‌های هنجارهای حقوقی، ر.ک: ویژه، محمدرضا، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، صص ۲۲۶ و ۲۲۵.

۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸، ص ۵۶.

۶. به منظور آگاهی از ویژگی‌های مطلوب قوانین از دیدگاه صاحب‌نظران، ر.ک: شاطریان، محمود، ارائه الگوی مطلوب حقوق شهری و مقایسه آن با نظام حقوق شهری ایران، رساله دکتری در رشته حقوق عمومی، تهران: دانشگاه تهران، پردیس فارابی، ۱۳۹۳، صص ۶۷ - ۷۱.

7-Imer B. Flores

8-Legisprudence

9-Legis / Lex

10-Prudentia

۱۱. فلورز، ایمر بی، **در جست و جوی فلسفه قانون‌گذاری: مشروطه‌خواهی / قانون‌گرایی**، در «گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری: مجموعه مقالات»، پیشین: ۱۳۹۰، ص ۲۳.

زعم توری^۱ فلسفه قانون‌گذاری آن شاخه از علم حقوق است که از منظر قانون‌گذار به قانون می‌نگرد و با محدودیت‌های شاخه‌های علم حقوق مقابله می‌کند.^۲ اریکسون^۳ نیز معتقد است فلسفه قانون‌گذاری به عنوان یک رویکرد نظری جدید اساساً باید به مسائل ناظر بر پیامدهای قابل پیش‌بینی قانون‌گذاری بپردازد. به زعم وی، فلسفه قانون‌گذاری باید به جای پرداختن به مسائل مهم برای یک قاضی یا نظریه‌پرداز حقوقی، اساسی‌ترین مسائل قانون‌گذار را بررسی کند.^۴ بنابراین، دانش فلسفه قانون‌گذاری به‌مثابه یک اصل پیشرو و راهنما در چگونگی وضع قواعد حقوقی در مجالس قانون‌گذاری عمل کرده و با انگشت‌نهادن بر اوصاف قانون و جلب توجه مقنن بر فرآیند و شیوه‌های نوین قانون‌گذاری، به دنبال وضع قواعد مؤثر، کارآمد و نتیجه‌بخش است. تحلیل واژه‌هایی همچون نتیجه‌بخشی^۵، اثرگذاری^۶ و کارآمدی^۷ قوانین این ضرورت را نشان می‌دهد که به منظور توسعه توانایی مقنن جهت تقنین عقلانی، در نظر گرفتن وضعیت واقعی و فهم چگونگی حل معضلات مشکل‌آفرین با ابزارهای قانونی یک مسئله حائز اهمیت است. اگر قانون فاقد ارتباط «اثرگذاری نظری»^۸ و «اثرگذاری واقعی»^۹ باشد، خطری بزرگ در جهت رشد تورم تقنینی در یک معنای منفی که ممکن است منجر به «پوچ‌گرایی قانونی»^{۱۰} شود وجود خواهد داشت.^{۱۱}

بند دوم. خودتنظیمی به‌مثابه ضرورت گریزناپذیر در اعمال نقش تنظیم‌گری دولت

1-Kaarlo Tuori

۲. توری، کارلو، قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق، ترجمه حسن وکیلان، مجلس و راهبرد، شماره ۵۵، ۱۳۸۶، ص: ۲۷۴.

3-Lars D. Eriksson

۴. اریکسون، لارس دی، مهندسی اجتماعی از طریق قانون‌گذاری، در «گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری: مجموعه مقالات»، پیشین: ص ۷۸.

5-Efficacy

6-Effective

7-Efficiency

8-Theoretical effectiveness

9-Actual effectiveness

10-Legal Nihilism

11-Sulmane, Dace, «Legislative Inflation□ An Analysis of The Phenomenon in Contemporary Legal Discourse», Baltic Journal of Law & Politics, Volume 4, Number 2, (2011), pp.91

ارسطو قرن‌ها پیش و به صواب معتقد بود همه امور به وسیله قانون منظم نمی‌گردد، چون وضع قانون درباره بعضی امور ممکن نیست. در این گونه موارد به تصمیم‌های خاصی احتیاج هست، زیرا در مورد امور نامعین، قاعده نیز نامعین است.^۱ بی‌گمان در عصر حاضر که دیدگاه پلورالیستی نسبت به حق‌ها به‌ویژه از جایگاه والایی برخوردار است، تنظیم‌گری محدود به قانون‌گذاری رنگ باخته و مدل‌های دیگری برای تنظیم روابط آدمیان در نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار گرفته که یکی از آن‌ها خودتنظیمی است. امروزه در حکمرانی نوین، خودتنظیمی به عنوان یک ابزار بسیار حائز اهمیت است.^۲ از همین‌رو، برخی معتقدند که دموکراسی‌ها در واقع نمی‌توانند «سیاست‌گذاری»^۳ را به عمل «قانون‌گذاری»^۴ محدود کنند.^۵ امروزه قانون‌گذار بالفرض حکیم نمی‌تواند و نباید خود را در هر رابطه به نحوی مستقیم داخل کرده، در مورد هر موضوع وضع هنجار نموده و از ابزار حساس و خطرناک قانون‌گذاری بهره جوید. اساساً در یک نظام حقوقی هوشمند، عدم مداخله دولت در یک موضوع، خود نوعی اعمال نظر و مداخله به حساب می‌آید؛ توضیح آن‌که دولت به طریقی آگاهانه اراده کرده است که به نحوی سلبی و با سپردن نقش فعالانه به شهروندان برای حل مشکلات از طریق خودشان، راهی را بپیماید که با وضع چندین قاعده حقوقی چنین نتیجه‌ای هرگز به دست نمی‌آمد. برخی حتی از خودتنظیمی به‌مثابه یکی از مولفه‌های نظریه تنظیم‌گری هوشمند نیز یاد کرده‌اند.^۶ طبق این دیدگاه، در یک نظام آزاد فرض بر این است که مردم بدون دخالت دولت، زندگی اقتصادی و اجتماعی خود را تمشیت کنند و بنابراین هرگونه مداخله از سوی دولت در مناسبات اقتصادی و اجتماعی شهروندان، استثنایی و خلاف اصل است و لذا بایستی توجیه شود.^۷ از سوی دیگر، افزایش بی‌رویه مقررات و قوانین تنها شهروندان را دچار سردرگمی نمی‌کند، بلکه کارمندان، مدیران آن‌ها و حتی قانون‌گذاران را از درک صحیح قوانین مختلف عاجز می‌سازد.^۸

۱. موحد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۶، صص ۹۷ و ۹۶.

۲. زارعی، محمدحسین، حسنونند، محمد و سلمانی سبینی، مرضیه، **مفهوم حکمرانی تنظیمی**، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۱۴۰.

3-Policy making

4-Legislature

5-Rose-Ackerman, Susan, «Regulation and Public Law in Comparative Perespective», Law, Economics and Public Policy: Essays in Honour of Michael Trebilcock, 2010, Vol. 60, No. 2, pp: 522

6-See for example: Baldwin, Cave and Lodge, Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice, Oxford University Press, (2012), p 3

۷. هداوند، مهدی، پیشین: ص ۴۸.

۸. شمس، عبدالحمید، **مقررات‌زدایی**، تهران: سمت، ۱۳۸۱: ص ۱۳۶.

به باور طرفداران دانش خودتنظیمی، هیچ ضرورتی وجود ندارد تا قانون‌گذار برای هر رفتار انسانی یک قاعده حقوقی وضع نموده و اعمال ایشان را صرفاً از طریق ابزار قانون‌گذاری پیش‌بینی و هدایت نماید. به عقیده ایشان، تنها یکی از ابزارهای تنظیم‌گری، قانون‌گذاری است و تنظیم‌گری مساوی با قانون‌گذاری نبوده و این فرصت به شهروندان داده نشده که بر اساس و مبنای روابط خودشان، وضع قانون نمایند.^۱ تورم تقنینی، بی‌گمان واجد آثار منفی و آسیب‌زای گسترده بالقوه‌ای برای هر نظام حقوقی می‌تواند باشد. افزایش مصوبات قانونی منجر به پیچیده‌تر شدن حقوق شده و در نهایت در اثر تقابل یا تعارض درونی قواعد و هنجارها، انسجام نظام حقوقی را با مشکل مواجه خواهد ساخت.^۲ از نظر سیاسی نیز تعدد متون حقوقی نشانی از گرایش به عقیم‌سازی فکری، سیادت‌طلبی و ستمگری دولت در زندگی اقتصادی، اجتماعی، سیاسی است.^۳ همچنین قواعد حقوقی جدید معمولاً به یک مانع یا حتی یک علت برای بدفهمی قانون، نه تنها برای جامعه بلکه حتی برای قانون‌گذاران تبدیل شده‌اند. حقوق‌دانان تعبیر مختلفی را نسبت به این مسئله مطرح کرده‌اند؛ همچون «تورم هنجارها»^۴، «تولید بیش از حد تنظیم‌گری هنجاری»^۵، «سیل قوانین»^۶، یا حتی «بمباران اتمی متون».^۷

البته سوالات مهمی به منظور فهم دقیق‌تر آموزه خودتنظیمی قابل طرح است. اینکه اساساً مراد از خودتنظیمی چیست؟ سابقه نظری آن به چه زمانی باز می‌گردد؟ انواع آن کدام است؟ نخست لازم به ذکر است که مراد ما از خودتنظیمی در این پژوهش، خودتنظیمی همچون یک اصل راهنما در مرحله پیشاتقنینی و نه تقنینی بوده و به‌مثابه تأملی هوشمندانه پیش از امر سیاست‌گذاری و عمل تقنینی شمرده می‌شود.^۹ باری برخی معتقدند تغییر

۱. ر.ک: حسن و کیلیان؛ مدرسه حقوق پارلمانی، تابستان ۱۳۹۸، دانشگاه پردیس فارابی قم؛ قابل دسترس در:

t.me/publiclawthoughts

۲. مکای، ایجان و برجیان، علی، تورم حقوق، تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، ۱۳۹۷، ص ۴۵.

۳. شمس، عبدالحمید، پیشین: ص ۹۸.

4-Inflation of Norms

5-Overproduction of normative regulation

6-Law floods

7-Atom-bombing of texts

8-Sulmane, Dace, Ibid: pp 84 - 85

۹. نکته بسیار قابل تأمل آنکه نایبستی مراحل پیشاتقنینی و تقنینی را با یکدیگر خلط نمود. تالی و پیامد سخن مذکور آن است که خودتنظیمی، رسالتی در تعیین محتوای هنجارها در یک نظام حقوقی که وظیفه‌ای است بر عهده پارلمان و در تناسب با اصول و مولفه‌های متعدد فرهنگی، حقوقی، اجتماعی پذیرفته شده در یک نظام حقوقی-اجتماعی بر عهده نداشته و صرفاً به‌مثابه یک اصل هشداردهنده پیشاتقنینی، توجه مقنن را به عواقب مهلک بی‌احتیاطی در وضع قواعد حقوقی جلب می‌نماید.

سیاست تقنینی در اروپا از اوایل دهه ۱۹۹۰ از قانون‌گذاری به سوی خودتنظیمی، موجب آن گردید که از عنوان «فرهنگ جدید قانون‌گذاری» سخن به میان آید. ستون‌های این سیاست تقنینی جدید به نحوی استوار بر اصول «فرعی بودن»^۱ و «تناسب»^۲ بنا شده است.^۳ منظور از فرعی بودن، در نظر گرفتن قانون‌گذاری به‌مثابه یک امر جایگزین و مراد از تناسب، سنجش شرایط گوناگون در یک جامعه برای وضع قاعده حقوقی است. از سال ۱۹۹۰، سازمان‌های ملی و بین‌المللی مهم و متعددی به نحوی فزاینده به دنبال توسعه مفهوم خودتنظیمی بوده‌اند. در دولت مدرن، خودتنظیمی به نحو گسترده‌ای به‌مثابه یک سازوکار جانشین مهم برای تنظیم قوانین موضوعه تلقی می‌شود. در سطح اتحادیه اروپا نیز تنظیم‌گری از سال ۲۰۰۰ و با دستور کار «تنظیم‌گری برتر»^۴ به عنوان یکی از مولفه‌های ابتکاری برای تقویت حکمرانی دیده شد. ترغیب به خودتنظیمی به‌مثابه یک سازوکار ممکن، محدود به اروپا نمی‌شود. برای مثال دولت استرالیا از سال ۱۹۹۰، خودتنظیمی به منظور حمایت از مصرف‌کننده را ارتقاء داده است.^۵

تقسیم‌بندی‌های متعددی در مورد تنظیم‌گری ارائه شده است. برخی معتقدند نخست می‌بایستی میان خودتنظیمی فردی و گروهی قائل به تمیز شده و در گام بعدی، خودتنظیمی اقتصادی و اجتماعی را از یکدیگر تفکیک نمود. سوم می‌توان میان درجه دخالت دولت در خودتنظیمی که می‌تواند از خودتنظیمی داوطلبانه (بدون هیچ گونه دخالت دولت) تا خودتنظیمی الزامی متغیر باشد تفاوت گذاشت.^۶ بنا بر رویکردی دیگر، اساساً تنظیم‌گری دارای سه معنا در سه سطح گوناگون است. در سطح اول سطح عام به معنای تنظیم الزام‌آور رفتار اجتماعی است که به تمشیت و سامان‌دهی کلی زندگی اجتماعی، با اتکا به اقتدار سیاسی، اشاره دارد. سطح دوم سطح خاص به معنای نظام حقوقی ناظر بر دخالت در سازوکار آزاد اقتصاد است که هم بر نظام حقوقی تنظیم اقتصاد اطلاق می‌شود و هم بر دخالت قانون‌گذارانه در بازار. در سطح سوم سطح اخص معنای تنظیم اقتصاد با ابزار «مقرر» مد نظر

1-subsidiarity

2-proportionality

3-See for instance: Senden, Linda, "Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law, Where Do They Meet?", Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9, (2005), p 5

4-Better regulation

5-Bartle, Ian and Vass, Peter, Self-Regulation and The Regulatory State, A Survey of Policy and Practice, Bath: Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath School of Management, 2005, pp 11 - 13

6-Gunningham, Neil and Rees, Joseph, Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective, Law & Policy, v19 n4, (1997), pp 364 - 36

می‌باشد. بنابراین، تنظیم‌گری در معنای اخص را می‌توان معادل مقررات‌گذاری گرفت.^۱ مراد ما از تنظیم‌گری و به طور خاص خودتنظیمی در اینجا، بی‌گمان معنای عام یا همان سطح اول بوده و تنظیم‌گری اقتصادی و اعمال خودتنظیمی در بازار مطرح نظر نمی‌باشد.^۲ حال در خود این معنا از خودتنظیمی نیز سطوح مختلفی را می‌توان شناسایی نمود که علی‌الاصول به سه دسته «خودتنظیمی محض یا خالص»^۳، «خودتنظیمی تکمیلی یا جایگزین»^۴ و «خودتنظیمی مشروط»^۵ تقسیم گردیده‌اند. در خودتنظیمی محض، ابتکار عمل کاملاً با طرفین خصوصی است، دولت دخالتی نکرده و نتایج را تا جایی که بر خلاف اصول کلی مشخصی از قبیل رقابت عادلانه نباشد می‌پذیرد. قسم جایگزین از خودتنظیمی به وضعیتی اشاره دارد که ابتکار عمل با فاعلین خصوصی است لیکن دولت، آن فرآیند را به منظور محافظت از منفعت عمومی احتمالی مورد توجه قرار می‌دهد؛ مانند حقوق مصرف‌کنندگان. خودتنظیمی مشروط نیز به معنای در هم تنیده‌شدن قواعد عمومی و خصوصی است.^۶ درواقع خودتنظیمی خالص، به وضوح یک رویکرد نسبتاً پایین به بالا را دنبال می‌کند؛ به این معنا که به یک سازوکار تنظیمی مربوط شده که در آن ابتکار عمل، بدو بر عهده اشخاص است.^۷ به عبارت بهتر، افراد در خودتنظیمی خالص، علی‌الاصول با مداخله دولت مواجه نمی‌شوند، مگر آنکه ضرورت قابل توجیهی توسط دولت ارائه گردد. همچنین ناگفته نماند که خودتنظیمی، اعم از آزادی عمل شهروندان در تنظیم امور اجتماعی خود بر مبنای سنت‌ها و علایق ایشان و نیز تمشیت امور از رهگذار اتحادیه‌ها و نظام‌های صنفی گوناگون می‌باشد.

بنابر آنچه مطرح شد روشن می‌گردد که خودتنظیمی، یکی از ابزارهای تنظیم‌گری و مجزا از قانون‌گذاری برای سامان‌دهی زندگی اجتماعی با اتکا بر اقتدار سیاسی و نه

۱. راسخ، محمد و حسینی کرابی، مجتبی، **مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق**، دو فصلنامه دانش‌نامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، شماره ۸، ۱۳۹۴، صص ۲۹ و ۳۰.

۲. برای آگاهی از خودتنظیمی در معنای مذکور، نک: زارعی، محمدحسین و شمس، عرفان، **مفهوم خود تنظیمی در نظریه‌های اقتصاد سیاسی**، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۹۲ و همچنین: زارعی، محمدحسین و شمس، عرفان، درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات گذاری اقتصادی، شماره ۶۲، ۱۳۹۲.

3-Free or pure self-regulation

4-Substitute or alternative self-regulation

5-Conditioned self-regulation

6-Eijlander, Philip, Possibilities and Constraints in The Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands - Lessons to Be Learned for the EU? Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.1, 2005, p 4, accessible in: <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>

7-Senden, Linda, Ibid: p 12

تأکید خاص بر خودتنظیمی اقتصادی به مثابه ابزار تنظیم‌گر در بازار است. در همین معنا از تنظیم‌گری، پرهیز از وابستگی و تمسک بیش از حد به قانون‌گذاری برای حل و فصل مشکلات سبب می‌شود تا آنچنان اهمیت خودتنظیمی مورد توجه قرار بگیرد که می‌توان از آن به مثابه یک هنر و فن به‌ویژه در حقوق عمومی یاد نمود. از یک سو، خودتنظیمی یک هنر است؛ زیرا اعمال آن نشانگر فضیلت و کمال هیئت حاکمه در بهره‌جویی خردمندانه، بسیار محتاطانه و استثنائی از ابزار قانون‌گذاری برای تنظیم روابط انسانی و نیز همراه با بیشترین نتیجه‌بخشی، اثرگذاری و کارآمدی است. از سوی دیگر، خودتنظیمی یک فن است؛ به این معنی که اعمال آن به مثابه یکی از راه‌های با اهمیت تنظیم‌گری، مستلزم احاطه بر مبانی نظری آن و نیز فهم خطرات احتمالی استفاده بی‌حدومرز از قوانین و غفلت از حزم‌اندیشی در عرصه عمل می‌باشد. با این همه، دانش خودتنظیمی به مثابه اصلی راهنما در مرحله پیشاتقنینی، نقش خود را صرفاً از طریق آگاهی‌بخشی در قانون‌گذاران و تحذیر ایشان از قانون‌گذاری نسنجیده و نتایج بالقوه خطرآفرین آن و نیز اهتمام به اصل فرعی بودن قانون‌گذاری در مقابل خودتنظیمی ایفا نموده و ادعایی در تعیین محتوای هنجارهای حقوقی که عملی است تخصصی و سازگار با نظم و نظام حقوقی معین و نیز احصاء موضوعات مستلزم عمل تقنینی از غیر آن ندارد.^۱

گفتار دوم. تأملی بر رویکرد نظام تقنینی جمهوری اسلامی نسبت به آموزه خودتنظیمی

جامعه ایرانی که در کمتر از یک قرن اخیر به وضوح از فقدان قانون رنج می‌برده و از رهگذار سنت‌های اجتماعی (از قبیل مذهب و ...) گذران عمر و تمشیت امور می‌کرده است،^۲ پر بیراه نیست اگر بگوییم که اکنون دچار معضل کثرت نهادهای هنجارساز و شمار فراوان مصوبات آن‌ها شده است. اما چه عواملی موجب شکل‌یافتن چنین رغبتی نسبت به قانون‌گذاری در ما ایرانیان در طول سالیان اخیر شده است؟ آیا به‌راستی وضع قانون برای

۱. در همین راستا گفته شده است: وضع قانون از طریق تحلیل نیازهای قانونی انجام می‌شود. به عبارتی، نمایندگان پارلمان باید قبل از وضع قانون، نیازهایی را که تأمین آن‌ها مستلزم وضع قانون است تحلیل کنند تا اولاً نسبت به سطح و عمق نیازها اطمینان حاصل نمایند، ثانیاً به ضرورت وضع قانون و نه ابزارهای دیگر پاسخگویی به نیازها مطمئن شوند (جلالی، رضا، راهنمای تحلیل نیاز قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۷: ص ۳).

۲. از همین‌رو برخی از اندیشمندان دوره مشروطه همچون میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله در اثر معروف خود رساله «یک‌کلمه»، کلید حل همه مشکلات ایران آن روز را در یک کلمه جست و جو می‌کرد که به زعم وی قانون بود. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: سلطانی، ناصر، قانون و محقق ثالث، قلم یاران، سال ۳، شماره ۲۲، ۱۳۹۹، صص ۳۷ و ۳۶.

هر مسئله، نمایانگر سیر آن جامعه به سمت حاکمیت قانون و ترقی و تعالی فردی و اجتماعی است؟ پاسخ بی‌گمان منفی است. این موضوع در پارادایم نظام حقوقی سیاسی جمهوری اسلامی که دارای جهان‌بینی خاص و متفاوت از سایر ملل واجد قانون اساسی می‌باشد، باید با تأمل بر خصیصه‌های منحصر به فرد آن مورد تأمل قرار گیرد. از همین رو برخی معتقدند که در جمهوری اسلامی ایران، علاوه بر صلاحیت عام پارلمان در قانون‌گذاری، به جهت ماهیت انقلاب و نظام اسلامی و نوع ویژه دغدغه‌ها و آرمان‌هایش، نهادهای دیگری نیز تا حدودی مجاز به تصویب مقررات الزام‌آور هم‌وزن قانون عادی و یا برتر از آن و یا وضع قانون در موضوع و موارد خاص و مشخص شده‌اند.^۱ اکنون ضمن اشاره اجمالی به تعدد نهادهای تقنینی در نظام جمهوری اسلامی، سعی خواهد شد با ذکر نمونه‌هایی با اشاره به مسئله تورم تقنینی در نظام مذکور، ارتباط آن با موضوع اصلی پژوهش یعنی خودتنظیمی آشکار گردد.

بند اول. تعدد نهادهای تقنینی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی

وضع قانون وظیفه اصلی پارلمان است؛ یعنی آنچه در تعریف و قلمرو قانون جای می‌گیرد، قاعداً در حیطه صلاحیت‌های پارلمانی است. در رژیم‌های نماینده‌سالار و دموکراسی‌های غیرمستقیم، پارلمان مهم‌ترین رکن برای اعمال اراده عام از طریق وضع قوانین و مقررات است.^۲ با این همه و بنابر وضعیت خاص نظام حقوقی سیاسی جمهوری اسلامی که در بالا نیز اشاره گردید، در برخی موارد فراتر و برتر از پارلمان، برای نهادهای دیگری نیز حق وضع مقررات محترم شمرده شده است. ردپای برخی از آن نهادها را می‌توان در قانون اساسی جست‌وجو نمود، مانند شورای عالی امنیت ملی (اصل یکصد و هفتاد و ششم)، مجلس خبرگان رهبری (اصل یکصد و هشتم)، فرامین رهبری (اصول پنجاه و هفت و یکصد و دهم)، مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل یکصد و دهم)، برخی دیگر از آن‌ها نیز در قانون اساسی ذکر نشده است؛ شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی فضای مجازی و ... از جمله آن‌ها هستند. دامنه نهادهای مقنن و تصمیم‌گیر در نظام جمهوری اسلامی در موضوعات گوناگون، بسیار متنوع و گسترده می‌باشد. موضوع اخیرالذکر در حوزه محیط زیست تنها یک نمونه از آن موارد بی‌شمار است. در این حوزه، علاوه بر قوانین و مقررات متعدد که حفاظت از منابع طبیعی و محیط زیست را بر عهده نهادهای ملی و محلی گوناگون قرار داده است،

۱. الهام، غلامحسین و نورایی، مهدی، وحدت یا تعدد مراجع مقررگذار در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن

بر نظام حقوق اداری، اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۷، ۱۳۹۴، ص ۲۰.

۲. قاضی (شریعت پناهی). ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۸، ص ۲۱۳.

نهادهای تصمیم‌گیرنده جمعی متعددی پیش‌بینی شده که خالی از اشکال نیست: شورای عالی حفاظت از محیط زیست، کمیسیون ماده ۵۶ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراتع، شورای عالی آب، کمیته توسعه پایدار، شورای سیاست‌گذاری و حفظ حقوق بیت‌المال، شورای عالی زیست‌فناوری، شورای حفاظت از منابع طبیعی، شورای حفظ نباتات، شورای ملی ایمنی زیستی، کمیته ملی طبیعت‌گردی، کمیته ملی آبیاری، کمیته ملی مصرف آب، شورای عالی اجرایی بهداشت کشور، شورای عالی انرژی، شورای عالی پیشگیری از تخریب و تصرف اراضی و منابع طبیعی، شورای عالی هماهنگی ترافیک شهرهای کشور، شورای هماهنگی پروژه شهرهای سالم و... در این زمره‌اند.^۱

فارغ از جایگاه قانونی هریک از آن‌ها^۲ اکنون پرسش اصلی آن است که وجود چنین نهادهای متعدد و بعضاً موازی در یک نظام حقوقی، اساساً امری خردمندانه و شایسته است؟ آیا وجود نهادهای متعدد تقنینی با اوصاف قانون در تعارض قرار نمی‌گیرد؟ چه نسبتی بین خودتنظیمی و تعدد نهادهای تقنینی می‌تواند وجود داشته باشد؟ پرسشی که پاسخ به آن اهتمام بیشتر به خودتنظیمی را توجیه خواهد نمود.

بی‌گمان یکی از اوصاف ذاتی قانون، مصوب مرجع ذی‌صلاح و نیز مفید به قطعی بودن آن‌هاست.^۳ پرسشی که در اینجا قابل طرح است آن‌که آیا عدم شناسایی برخی نهادها در قانون اساسی، گمان الزام‌آور نبودن آن‌ها را به ذهن متبادر نمی‌سازد؟ شاید مهم‌تر از پرسش پیشین آن‌که وجود مراجع متعدد در امر قانون‌گذاری و ایجاد حق و تکلیف برای شهروندان به مثابه موضوع اصلی قانون، موجب ایجاد سردرگمی نخواهد شد؟ آیا وجود این چنین نهادهای تقنینی، در عرصه عمل با یکدیگر هم‌پوشانی نداشته و خللی به مفید قطعی بودن قواعد حقوقی که به زعم بسیاری متفکران از ویژگی‌های ذاتی قانون است نخواهد بود؟ اساساً آیا نظام تقنینی جمهوری اسلامی با ایجاد نهادهای متعدد هنجارساز و تعیین‌کننده رفتار در ابعاد گوناگون زندگی بشری، جایی را برای خودتنظیمی باقی گذاشته است؟ پاسخ به نظر منفی می‌آید. علاوه بر نهادهای متعدد تقنینی، تأملی بر کثرت قواعد حقوقی وضع شده توسط هریک از آن مراجع نیز قابل تأمل می‌نماید.

۱. ر.ک: اداره کل پژوهش و اطلاع‌رسانی معاونت حقوقی ریاست جمهوری، حقوق شوراهای اداری، معاونت تدوین و تنقیح قوانین ریاست جمهوری، ۱۳۸۹.

۲. برای تحلیل حوزه صلاحیت هریک از نهادهای مذکور و جایگاه قانونی آن‌ها، ر.ک: الهام و نورایی، پیشین و همچنین غمامی و کدخدامرادی و هادی زاده، آسیب شناسی تعدد نهادهای قانونگذار در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران، شهر قانون، شماره ۱۸، ۱۳۹۵.

۳. نک: راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۸۴، ص ۳۸.

بند دوم. کثرت قواعد حقوقی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی علاوه بر شناسایی پارلمان به مثابه نهاد هنجارساز اصیل (طبق اصل ۷۱ قانون اساسی)، نهادهای دیگری حتی فراتر از مجلس شورای اسلامی بسان ماشین چاپ مقررات در باب موضوعات گوناگون، قواعد متعددی وضع نموده‌اند. در این قسمت و با توجه به ظرفیت پژوهش حاضر، به نمونه‌هایی از کثرت قواعد حقوقی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی اشاره شده و نسبت اهتمام به خودتنظیمی در مقابل آن‌ها مورد تأمل قرار خواهد گرفت.

یکی از موضوعاتی که نهادهای متعدد تقنینی در جهت تنظیم هنجاری آن، اقدام به وضع قاعده حقوقی نموده‌اند، مسئله «حجاب اسلامی» است. علاوه بر مجلس شورای اسلامی که ذیل تبصره ماده ۶۳۸ به جرم‌انگاری بی‌حجابی شرعی می‌پردازد، نهادهای دیگری نیز در این باب اقدام به وضع قاعده حقوقی نموده‌اند. برای مثال، با بررسی مجموعه مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی در باب حجاب و عفاف بر می‌آید که نهاد مذکور به تنهایی تعداد ۲۵ مصوبه در حوزه حجاب و عفاف و اخلاق عمومی وضع نموده‌است^۱. علاوه بر نهاد مذکور، قوای مجریه و قضائیه نیز از ابتدای انقلاب اسلامی تاکنون مبادرت به وضع مقررات فراوانی در این خصوص نموده‌اند.^۲ اکنون می‌توان پرسش‌هایی را با تأمل بر مصوبات فراوان مورد بحث مطرح نمود؛ نخست آن که آیا قوانین وضع‌شده در مورد حجاب اسلامی، منطبق با ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون می‌باشند؟ از سوی دیگر، آیا اساساً ضرورتی برای وضع

۱. برای آگاهی از قوانین مربوط به حجاب اسلامی، علاوه بر سایت رسمی شورای عالی انقلاب فرهنگی به آدرس <https://sccr.ir>

نک: بادران، مهناز، مجموعه قوانین و مقررات مرتبط با عفاف و حجاب و اخلاق و عفت عمومی، تهران: شورای

فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، روابط عمومی، ۱۳۹۷.

۲. مهم‌ترین مصوبه آن شورا مصوبه راهبردهای گسترش فرهنگ عفاف می‌باشد که اخیراً نیز مصوبه‌ای با عنوان «مجموعه تکمیلی اقدامات اجرایی گسترش فرهنگ عفاف و حجاب» (مصوب مورخ ۱۲ شهریور ۱۳۹۸) بر محتوای تکالیف آن افزوده است.

۳. برخی از آن‌ها عبارتند از: «رعایت حجاب اسلامی در محیط کلیه دستگاه‌های اجرایی، بخشنامه نخست وزیری»، «ابلاغیه شیوه پوشش کارمندان دولت»، «آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده آن‌ها در ملاء عام خلاف شرع است و یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند»، «رسیدگی دادسرا به جرایم خلاف عفت و اخلاق عمومی بدون کیفرخواست و تحقیقات مقدماتی مگر در موارد خاص»، «رعایت ظواهر شرعی و حجاب اسلامی در محیط کار» و ...

این تعداد هنجار لازم‌الاجرا توجیه‌پذیر است؟ آیا در این مورد نمی‌توان از آموزه خودتنظیمی بهره گرفت؟ اگر یکی از ویژگی‌های عرضی قانون را پاسخگوی نیازهای جامعه و نیز اثربخش و نتیجه‌بخش بودن آن‌ها بدانیم، این پرسش قابل طرح است که آیا قواعد وضع‌شده در مورد حجاب اسلامی، نیازهای فعلی جامعه را برطرف کرده است؟ آیا اساساً کثرت مقررات و تعدد نهادهای تقنینی در این حوزه، از این فریضه دینی صیانت نموده است؟ سوالاتی که پاسخ به آن با تدقیق در مسئله مذکور منفی می‌نماید.^۱

نمونه دیگر در عدم اهتمام به آموزه خودتنظیمی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی را می‌توان در نظام صدور مجوز در عرصه سینما جست‌وجو نمود که نظارت بر آن از طریق وضع مقرر و قانون، روز به روز در حال افزایش بوده و با بی‌توجهی به جامعه مدنی سینما و نقش آن در تنظیم‌گری، چالش‌های فراوانی را به وجود آورده است. به نحوی اجمالی، شاید بتوان یکی از مهم‌ترین مسائل در بی‌توجهی مقنن در منظور کردن خواسته‌های جامعه صنفی سینمایی به مثابه یک نهاد خودتنظیم‌گر که بر طبق مبانی حقوق عمومی باید انتخابی و نه انتصابی باشند را ماده ۵ آیین نامه «نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آن‌ها» مصوب ۱۳۶۱ (ماده ۶ آیین نامه اصلاحی مصوب ۱۳۶۴) دانست که تأمل در آن، تفوق دیدگاه حکومتی اعضای هیأت نظارت و بی‌توجهی به آموزه خودتنظیمی را آشکار می‌سازد.^۲ درواقع سینماگران باید برای خلق و ارائه آثارشان از نماینده حکومت وزارت فرهنگ اجازه بگیرند و این یعنی حکومت، فارغ از اشتغال ذمه به امنیت داخلی و خارجی، حل و فصل اختلافات، بهداشت و آموزش، به ذوق مردم هم ورود کرده و می‌خواهد بگوید: «چی» و

۱. بنابر گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در مردادماه ۱۳۹۷ تحت عنوان «عوامل مؤثر بر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش‌رو»، می‌توان فقدان اهتمام به ویژگی پاسخگوی نیازهای جامعه بودن قوانین را در این خصوص مشاهده نمود. برای آگاهی بیشتر در این خصوص، ر.ک: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «عوامل مؤثر بر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش‌رو»، (۱۳۹۹/۶/۲۷) قابل دسترس در: <https://rc.majlis.ir/fa/report/1067213/show>

۲. ماده مذکور اشعار می‌دارد: «جهت بررسی و اظهارنظر در مورد نمایش هرگونه فیلم و صدور پروانه نمایش با در نظر گرفتن مقررات این آیین‌نامه هیأتی متشکل از افراد زیر با توجه به رعایت تخصص‌ها و اطلاعات لازم پیرامون فیلم و سینما به پیشنهاد حوزه معاونت سینمایی و تصویب وزیر ارشاد اسلامی از بین افراد زیر تعیین و به نام هیأت نظارت تشکیل می‌گردد: یک نفر روحانی آشنا به مسائل هنری، سه نفر دارای بینش سیاسی، اجتماعی اسلامی و آشنا به مسایل فیلم و سینما، یک نفر کارشناس امور فیلم و سینمای داخلی و خارجی».

«کی» را «چگونه» ببینید و بشنوید.^۱ ضمن این‌که اخیراً گروهی از نمایندگان با ارائه موضوع طرح «اصلاح بند (۲۹) ماده (۲) قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۲)» به مجلس شورای اسلامی، در صدد نظارت بیشتر بر شبکه نمایش خانگی و تورم قواعد حقوقی مترتب بر حوزه فیلم و سینما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی برآمده‌اند.^۲ طرح مذکور بیان می‌دارد: «به منظور ساماندهی حوزه انتشار محتوا (صوت و تصویر) بر اساس اصول چهل چهارم و یکصد و هفتاد پنجم قانون اساسی و نظریه‌های تفسیری آن و نیز مرقومه مقام معظم رهبری مبنی بر مسئولیت سازمان صدا و سیما در حوزه تنظیم مقررات، صدور مجوز و نظارت بر صوت و تصویر فراگیر در فضای مجازی و با عنایت به ضرورت ساماندهی فرهنگی سریال‌های نمایش خانگی که بدون نظارت کافی در جامعه عرضه می‌شود، طرح تقدیم می‌شود». بی‌گمان تحلیل جامع حدود و میزان دخالت دولت‌ها در عرصه‌های هنری با تأکید بر نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی مجالی دیگر می‌طلبد.

مصادق دیگری از دلبستگی نظام حقوقی داخلی در کاربست ابزار تقنین به جای خودتنظیمی را می‌توان به نحوی واضح، در موضوع «آیین‌نامه‌های انضباطی دانشجویی» جست‌وجو نمود.^۳ شورای عالی انقلاب فرهنگی در ۱۳۶۴/۰۵/۰۱، ابتدا «آیین‌نامه انضباطی دانشجویان دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی» و سپس در ۱۳۷۴/۰۴/۲۰، «آیین‌نامه انضباطی دانشجویان جمهوری اسلامی ایران» را به تصویب رسانده و بنابر ماده ۱۳ آن، همه دانشگاه‌های کشور را ملزم به تبعیت از آن گردانید. شورای مذکور، نهایتاً در سال ۱۳۹۸ و در جدیدترین محصول تقنینی خود در موضوع مورد بحث، «شیوه‌نامه اجرایی آیین‌نامه انضباطی دانشجویان» که به به امضای وزاری علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی رسید را تصویب نمود.^۴

۱. آگاه، وحید، تحلیل نظام صدور مجوز تولید و عرضه آثار سینمایی در حقوق اداری ایران، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، ص ۵۸. همچنین برای آگاهی از نظام حقوقی حاکم بر ممنوع‌الکاری هنرمندان در ایران، نک: آگاه، وحید، بدون تاریخ، بدون امضا: حکایت ممنوع‌الکاری اداری/قضایی هنرمندان در حقوق ایران، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۳، ۱۳۹۹، صص ۹۳/۲-۱۱۷.

۲. قابل دسترسی در: <https://www.irna.ir/news/۸۴۰۳۱۲۲۷>

۳. پرواضح است که آیین‌نامه و شوراها انضباطی دانشجویان از جهات مختلف (وضعیت حقوقی آن‌ها به مثابه مراجع شبه قضایی در نظام داخلی، کم و کیف اعضاء آن، حدود رعایت اصول دادرسی منصفانه در آن‌ها و ...) قابل بررسی و تدقیق مجزا می‌باشند، لیکن آنچه در اینجا مورد اهمیت بوده، اهتمام به تعداد زیاد هنجارها و نیز کیفیت قواعد وضع‌شده در این خصوص می‌باشد که واکاو آن‌ها، غفلت از آموزه ضروری خودتنظیمی را نمایان می‌سازد.

۴. برای آگاهی بیشتر در این خصوص، نک: مرادخانی، فردین و محمودی، جواد، تحلیلی انتقادی بر شیوه‌نامه انضباطی دانشجویان، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹، صص ۱۸۹ و ۱۸۸.

کاربست مفهوم موسع از جرم و بسط جرم‌انگاری نسبت به اعمال گوناگون دانشجویان و بالمآل نگاهی جرم‌شناختانه به ایشان، نخستین مسئله‌ای است که ایده «نادیده‌انگاری خودتنظیمی» در هنجارگذاری حقوقی راجع به مسائل انضباطی در دانشگاه‌ها را نمایان می‌سازد. چنین نگاهی در ماده پانزدهم شیوه‌نامه که «شروع به تخلف» را هم جرم دانسته^۱، ماده یکصد و سیزدهم که رسیدگی به تخلفات و جرائم دانشجو حتی در خارج از محیط دانشگاه را نیز در صلاحیت کمیته‌های انضباطی قرار داده^۲ و بالأخره ماده سی و یکم که ارتکاب قتل عمد و در نتیجه، محکومیت قضایی دانشجو را مانع از اعمال تنبیهات بندهای نوزدهم و بیستم یعنی اخراج دانشجو از دانشگاه و در عمل، محرومیت از حق تحصیل نمی‌داند، روشن و بارز است.^۳

از سوی دیگر، دیدگاه مقنن در جرایم منافی عفت در شیوه‌نامه مذکور، بدون توجه به آموزه‌های مبین اسلامی، ضمن نادیده‌انگاری خودتنظیمی، می‌تواند موجب «بی‌اثر شدن قانون در عمل» گردد. طبق ماده پنجاه و سوم و به‌ویژه تبصره آن، «عدم رعایت موازین محرز شرعی در ارتباط با نامحرم» حتی ممکن است شدیدترین تنبیه انضباطی، یعنی اخراج دانشجو از دانشگاه، علاوه بر مجازات قضایی جرایم مذکور را به همراه داشته باشد.^۴ آنچه که در مواد پنجاه و چهار (داشتن رابطه نامشروع)، پنجاه و پنج (شرکت در جلسه نامشروع) و پنجاه و ششم (انجام عمل منافی عفت) شیوه‌نامه نیز آشکار است.

همچنین یکی از موارد دیگری که در قلمرو بی‌اهتمامی به آموزه خودتنظیمی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی قابل تأمل می‌نماید، «شوراهای اسلامی» می‌باشند. تعیبه شوراهای در نظام حقوقی داخلی و بنابر کارویژه و اهمیت فراوان آن‌ها و مقتضیات کنونی، به

۱. ماده ۱۵: در مواردی که قصد ارتکاب تخلف محرز باشد و دانشجو شروع به انجام آن نماید ولیکن تخلف به طور کامل واقع نشود، چنانچه اقدامات انجام گرفته عنوان یکی از تخلفات مصرح در شیوه‌نامه را داشته باشد، محکوم به تنبیه همان تخلف می‌شود....

۲. ماده ۱۱۳: رسیدگی به هریک از تخلفات یا جرایم ارتكابی دانشجو در داخل یا خارج از دانشگاه یا محیط‌های وابسته در محاکم قضایی، مانع از رسیدگی انضباطی دانشگاه نخواهد بود.

۳. دانشجویان که معمولاً در عنوان جوانی و برای تحصیل و کسب علم وارد دانشگاه می‌شوند، بایستی بتوانند از طریق تعامل با یکدیگر، مشکلات خویش را حل نموده و برای ورود به جامعه و مسائل جدی‌تر در آن ورزیده و مهیا شوند. در نتیجه، برخورد انضباطی می‌تواند و باید استثناً بر اصل تلقی شود. به عبارت دیگر، دانشگاه هرگز نباید به مکانی امنیتی بدل گردد. با این حال و با تدقیق در شیوه‌نامه فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد قانون‌گذاری بر خودتنظیمی متفوق است.

۴. این در حالی است که در چنین جرایمی، اصل بر جرم‌پوشی است. دیدگاه اسلامی در این خصوص و با تأکید بر قاعده فقهی درء، بی‌گمان خودتنظیمانه است.

خصوصاً از منظر مقنن اساسی مورد توجه ویژه قرار گرفته است. علاوه بر اصل هفتم،^۱ فصل هفتم قانون اساسی نیز در اصول یکصد تا یکصد و ششم به بحث اخیر اختصاص یافته است. حتی شاید بتوان به نحوی از انحاء و به طور خاص از اصل یکصد قانون اساسی، مفهوم خودتنظیمی البته در معنای عام کلمه را نیز استنباط نمود. همچنین قانون عادی نیز بر اهمیت شوراها و نقش بی‌بدیل آن‌ها در تمشیت امور از طریق خود مردم تأکید ورزیده و جلب مشارکت مردم در امور را از وظایف شوراها در نظر گرفته است. با این همه، سایه سنگین وزارت کشور و سایر نهادهای حاکمیتی همچون استانداری، فرمانداری، ... بر شوراها در نظام حقوقی داخلی غیرقابل انکار می‌باشد. ترکیب نسبتاً دولتی هیئت مرکزی حل اختلاف، حق انحلال شورا، حق سلب عضویت، رد تصمیمات و حتی دخالت در انتخاب شهردار از سوی مقامات حکومتی، نمونه‌هایی از تفوق ایشان بر شوراها و بالمآل، بی‌اثر شدن کارکرد این نهاد محلی است. برون‌رفت از تمرکزگرایی شدید کنونی، تقویت حکمرانی محلی با اعمال آن از طریق شوراها و در نهایت بهره‌گیری از آموزه خودتنظیمی لازم و ضروری است. باری به نظر می‌رسد میزان توجه به آموزه خودتنظیمی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی، علی‌رغم اهتمام مقنن اساسی در تأکید بر مشارکت مردم در امور، بنابر وجود مراجع تقنینی متعدد و نیز کثرت و تورم تقنینی، به شدت در عمل مورد غفلت قرار گرفته و بیش از پیش می‌بایستی به مثابه یک اصل، فن و نهایتاً هنر در تنظیم روابط انسانی مورد توجه قرار گیرد.

نتیجه

قانون و وضع قواعد حقوقی به مثابه یکی از اختراعات ارزشمند بشری در راستای اعمال کارویژه اصلی دانش حقوق (تمشیت روابط انسانی و در نهایت ایجاد نظم)، نه یگانه‌راه تنظیم‌گری حقوقی بلکه صرفاً یکی از آن‌ها می‌باشد. قاعده حقوقی البته دارای آنچنان اوصاف ذاتی و عرضی منحصر به فردی است که آن‌ها را از سایر قواعد هنجاری در حوزه‌های همجوار خود مجزا می‌سازد. علی‌رغم نقش انکارناپذیر قانون به منظور تحقق و استمرار حیات جمعی در جوامع، وجود خطرات بالقوه ناشی از قانون‌گذاری نسنجیده، بی‌احتیاطی در وضع قوانین و در نتیجه پوچ‌گرایی قانونی، توجه دانشمندان حقوق را به سایر ابزارهای تنظیم‌گری جلب و باعث اهتمام بیشتر ایشان به تعمق در دانش فلسفه قانون‌گذاری و به‌ویژه آموزه خودتنظیمی گردیده است. می‌توان ادعا کرد که در عصر حاضر، تنظیم‌گری محدود به قانون‌گذاری رنگ باخته و سیاست‌گذاری نمی‌تواند به عمل قانون‌گذاری محدود

۱. طبق اصل هفتم قانون اساسی، «شوراها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند...»

شود. امروزه قانون‌گذار نمی‌تواند و نباید در هر مسئله‌ای وارد شده، در باب تمامی روابط انسانی وضع هنجار نموده و بی‌باکانه از ابزار بسیار حساس قانون‌گذاری بهره‌جوید. همچنین امر قانون‌گذاری نباید به‌مثابه رفع تکلیف در یک نظام حقوقی تلقی شده و از این طریق، جنگلی از قواعد حقوقی ناکارآمد، غیرقابل اجرا و بی‌توجه به نیازهای جامعه را پدید آورد. اساساً در یک نظام حقوقی هوشمند، عدم ورود آگاهانه دولت، خود نوعی مداخله به حساب می‌آید؛ بدانگونه که نظام حقوقی اراده کرده است که از طریق سپردن نقش فعالانه به شهروندان برای حل مشکلات از طریق خودشان، راهی را بی‌پیماید که با وضع چندین قاعده حقوقی نیز هرگز چنین نتیجه‌ای به دست نمی‌آید. دولت دیوان‌سالار و متمرکز از یک سو و ضعف حقوق شهروندی از سوی دیگر، توسل به خودتنظیمی را با چالش مواجه ساخته است. باری، اهتمام به خودتنظیمی به قصد برون‌رفت از قانون‌گذاری بی‌رویه، گرچه ریشه در گذشته‌های دور دارد، به‌ویژه از اوایل دهه ۱۹۹۰ و به دنبال تغییر سیاست تقنینی در اروپا و ایجاد «فرهنگ جدید قانون‌گذاری» رشد چشمگیری نمود. خودتنظیمی دارای سطوح و معانی گوناگونی است. بی‌گمان مراد ما از تنظیم‌گری در مقاله حاضر، معنای عام یا همان سطح اول از تنظیم‌گری بوده است. در این معنا از تنظیم‌گری نیز سطوح مختلفی را می‌توان شناسایی نمود که آن‌ها را به سه دسته کلی خودتنظیمی محض، جایگزین و مشروط دسته‌بندی نموده‌اند. در این مقاله نشان داده شد که خودتنظیمی در حقوق و به‌ویژه حقوق عمومی، به‌مثابه یک هنر و فن برجسته می‌تواند و باید در نظر گرفته شود. یک هنر است؛ زیرا اعمال آن نشانگر کمال نظام حقوقی در بهره‌جویی خردمندانه و استثنائی از ابزار قانون‌گذاری و همراه با بیشترین نتیجه‌بخشی، اثرگذاری و کارآمدی به منظور تنظیم روابط انسانی است. از سوی دیگر، یک فن است؛ به این معنی که اعمال آن، علاوه بر احاطه بر مبانی نظری، مستلزم فهم خطرات احتمالی استفاده بی‌حدومرز از قوانین در عرصه عمل نیز می‌باشد. همچنین تدقیق در نظام تقنینی جمهوری اسلامی نیز نمایانگر آن است که علی‌رغم تأکید مقنن اساسی در توجه به آموزه مذکور، غفلت از اهتمام به آموزه خودتنظیمی را می‌توان از رهگذار دو عامل عمده تعدد مراجع تقنینی و نیز کثرت قواعد حقوقی مورد توجه قرار داد. به دیگر سخن، بی‌توجهی به اوصاف ذاتی و عرضی قاعده حقوقی، وجود مراجع قانون‌ساز موازی و هم‌پوشان و بالأخره حجم افراطی قوانین و مصوبات وضع‌شده توسط آن نهادها، عرصه‌ای را جهت بهره‌گرفتن از این آموزه مؤثر و کارآمد باقی نگذاشته است. غفلت دولتمردان و قانون‌گذاران از مقوله خودتنظیمی آسیب‌های فراوانی به



همراه داشته است؛ موضوعی که می‌تواند به مثابه یکی از عوامل ناکارآمدی نظام تقنینی جمهوری اسلامی مورد تأمل بیشتر قرار گیرد. ارتباط خودتنظیمی با نوع نظام سیاسی و ویژگی‌های فرهنگی و اجتماعی کشورها و همچنین ریشه‌های اسلامی خودتنظیمی موضوعاتی است که مجالی دیگر می‌طلبید.

منابع فارسی الف. کتاب‌ها

- ۱- اداره کل پژوهش و اطلاع‌رسانی معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۸۹). **حقوق شوراهای اداری**، معاونت تدوین و تنقیح قوانین ریاست جمهوری.
- ۲- جلالی، رضا (۱۳۸۷). **راهنمای تحلیل نیاز قانونگذاری**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۳- راسخ، محمد (۱۳۸۴). **بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری**، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها.
- ۴- راسخ، محمد (۱۳۹۶). **حق و مصلحت**، تهران: نشرنی، جلد ۲.
- ۵- روسو، ژان ژاک (۱۳۴۱). **قرارداد اجتماعی**، ترجمه غلامحسین زیرک‌زاده، تهران: انتشارات چهر.
- ۶- شاطریان، محمود (۱۳۹۳). **ارائه الگوی مطلوب حقوق شهری و مقایسه آن با نظام حقوق شهری ایران**، رساله دکتری در رشته حقوق عمومی، تهران: دانشگاه تهران، پردیس فارابی.
- ۷- شاطریان، محمود (۱۳۹۸). **آسیب‌شناسی حقوق شهری**، تهران: انتشارات سخنوران.
- ۸- شمس، عبدالحمید (۱۳۸۱). **مقررات‌زدایی**، تهران: سمت.
- ۹- قاضی (شریعت پناهی). **سید ابوالفضل (۱۳۹۸)**، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: نشر میزان.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ یکصد و نوزدهم.
- ۱۱- موحد، محمدعلی (۱۳۹۶). **در هوای حق و عدالت**، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: نشر کارنامه.
- ۱۲- وکیلان، حسن (۱۳۹۰). **گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری**، مجموعه مقالات، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها.
- ۱۳- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۶). **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: جنگل.

ب. مقاله‌ها

- ۱۴- آگاه، وحید (۱۳۹۶). «**تحلیل نظام صدور مجوز تولید و عرضه آثار سینمایی**

- در حقوق اداری ایران»، مجله حقوق اداری، شماره ۱۳، صص ۳۳-۶۲.
- ۱۵- الهام، غلامحسین و نورایی، مهدی (۱۳۹۴). «وحدت یا تعدد مراجع مقررہ‌گذار در نظام جمهوری اسلامی ایران و تأثیر آن بر نظام حقوق اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۷، صص ۷-۲۲.
- ۱۶- حبیب‌نژاد، سید احمد (۱۳۸۸). «بررسی حقوقی شوراهاى اسلامی شهر در پرتو اصول تمرکززدايى»، فقه و حقوق، شماره ۲۰، صص ۱۱۱-۱۳۲.
- ۱۷- توری، کارلو (۱۳۸۶). «قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق»، ترجمه حسن وکیلان، مجلس و راهبرد، شماره ۵۵، صص ۲۷۴-۲۵۷.
- ۱۸- راسخ، محمد و حسینی کرابی، مجتبی (۱۳۹۴). «مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق»، دو فصلنامه دانش‌نامه حقوق اقتصادی (دانش و توسعه سابق)، شماره ۸، صص ۲۳-۳۹.
- ۱۹- زارعی، محمدحسین، حسنونند، محمد و سلمانى سیبى، مرضیه (۱۳۹۶). «مفهوم حکمرانى تنظیمی»، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۱، صص ۱۴۷-۱۲۴.
- ۲۰- مرادخانی، فردین و محمودی، جواد (۱۳۹۹). «تحلیلی انتقادی بر شیوه‌نامه انضباطی دانشجویان، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۲۴، ۱۳۹۹، صص ۲۰۷-۱۸۷.
- ۲۱- مکای، ایجان و برجیان، علی (۱۳۹۷). «تورم حقوق»، تحقیقات حقوقی، شماره ۸۱، صص ۳۵-۶۴.
- ۲۲- هداوند، مهدی (۱۳۸۵). «درآمدی بر مقررات‌گذاری اجتماعی»، حقوق عمومی، شماره ۲، صص ۴۸-۶۳.

ج. منابع اینترنتی

- ۲۳- وکیلان، حسن، «سخنرانی حسن وکیلان با موضوع شیوه‌های قانون‌گذاری در نخستین مدرسه تابس‌تانی حقوق پارلمانی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، (۱۳۹۹/۶/۲۷) در: t.me/publiclawthoughts.
- ۲۴- مصوبه «مجموعه تکمیلی اقدامات اجرایی گسترش فرهنگ عفاف و حجاب»، شورای عالی انقلاب فرهنگی (۱۳۹۹/۶/۲۷) در: www.sccr.ir.
- ۲۵- «عوامل مؤثر بر اجرایی شدن سیاست‌های حجاب و راهکارهای پیش‌رو»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۹/۶/۲۷) در: www.rc.majlis.ir.
- ۲۶- «نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آن‌ها»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۹/۸/۹) در: www.rc.majlis.ir.

انگلیسی
الف. کتاب‌ها

- 27-Baldwin, Robert and Cave, Martin and Lodge, Martin (2012), Understanding Regulation Theory, Strategy, and Practice. Oxford University Press
- 28-Bartle, Ian and Vass, Peter (2005), Self-Regulation and The Regulatory State, A Survey of Policy and Practice, Bath: Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath School of Management

ب. مقاله‌ها

- 29-Eijlander, Philip (2005), «Possibilities and Constraints in The Use of Self-Regulation and Co-Regulation in Legislative Policy: Experiences in the Netherlands - Lessons to Be Learned for the EU?» Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.1, accessible in: <http://www.ejcl.org/91/art91-1.html>
- 30-Gunningham, Neil and Rees, Joseph (1997), «Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective», Law & Policy, v19 n4, pp 363-414
- 31-Rose-Ackerman, Susan (2010), «Regulation and Public Law in Comparative Perspective», Law, Economics and Public Policy: Essays in Honour of Michael Trebilcock., Vol. 60, No. 2 pp. 519-535
- 32-Senden, Linda (2005) «Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?» Electronic Journal of Comparative Law, vol. 9.1, accessible in: <http://www.ejcl.org/91/art91-3.html>
- 33-Sulmane, Dace (2011), «Legislative Inflation- An Analysis of The Phenomenon in Contemporary Legal Discourse», Baltic Journal of Law & Politics, Volume 4, Number 2, pp

استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری

مسلم آقایی طوق *

سجاد مردانی **

چکیده

مقنن قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۶۶، قضات را مکلف به صدور احکامی مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی می‌داند که بر اساس آن حکم انشاء نموده‌اند. همین تکلیف قانونی با بیانی دیگر در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است. اصل مزبور ظرفیتی در نظام قضایی ایران ایجاد کرده است که از رهگذر آن می‌توان فقدان جامعیت قوانین قابل اعمال در رسیدگی‌های قضایی را تا حد زیادی جبران نمود. استناد به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی عملاً انجام می‌گیرد؛ هرچند این گونه استنادات بعضاً آیین‌مند و موجه تلقی نمی‌شوند. از طرفی وجود ابهام مفهومی در معنای اصول حقوقی و ابتنای نظام حقوقی ایران به حقوق نوشته، در عدم استناد یا استناد غیرموجه قضات به این اصول نیز مؤثر بوده است؛ لذا با روش تحلیلی - توصیفی و با رویکرد کیفی در این پژوهش، ضمن طرح مفهوم اصول حقوقی، سعی بر آن شده است که ضمن موردکاوی قضایی، با تبیین ارتباط بین اصول حقوقی و سایر منابع حکم در نظام قضایی ایران و با بیان شاخص‌های استناد روش‌مند به این اصول، تأثیر اصول حقوقی به‌طور عام و اصول کلی حقوقی اداری به‌طور اخص در توسعه حقوق اداری کشور نشان داده شود. این بررسی‌ها حاکی از تأثیر به‌سزای قضات دیوان عدالت اداری در شناسایی اصول حقوق اداری و به تبع توسعه این حقوق در کشور است.

کلیدواژه‌ها: استناد موجه، اصول حقوقی، اصول کلی حقوق اداری، توسعه حقوق اداری، دیوان عدالت اداری.

مقدمه

قانونگذار در مقام بیان صلاحیت‌ها و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری و هیأت عمومی آن، دیوان را صالح به رسیدگی به اعتراضات و تظلمات و شکایات افراد حقیقی و حقوقی از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت آنها با شرع و قانون دانسته و حال آنکه در فرضی که در موضوع شکایت تقدیمی به دیوان، سکوت، نقص یا عدم وجود قانون مطرح باشد، آیا شکایت شاکی از اداره، محکوم به رد است یا قضات دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی با اختیار حاصله از ماده ۳ ق.آ.د.م. و اصل ۱۶۶ ق.ا. قادر به رسیدگی و صدور حکم مقتضی می‌باشند؟

این موضوع به‌ویژه با طرح و گسترش دکترین «حکمرانی خوب»^۱ و حق بر «اداره خوب»^۲ در حقوق اداری مدرن اهمیت بیشتری می‌یابد. آنجایی که در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری در کنترل قضایی و نظارت مؤثر قضات دیوان بر تصمیمات و اقدامات مقامات اداری بر اساس اصول ۱۷۳ و ۱۶۷ ق.ا. جایگاه رفیعی داشته که از رهگذر این جایگاه، دیوان در شناسایی و تثبیت بسیاری از اصول حقوقی به‌خصوص اصول کلی حقوق اداری و به تبع شکل‌دهی و هدایت نظام حقوق اداری کشور نقش بسیار حائزاهمیتی پیدا می‌کند.

از دیگر ضرورت‌های انجام این تحقیق، نگرستن به موضوع از زاویه جایگاه تفسیر قضایی در نظام حقوقی ایران است. بدین معنا که در نظام حقوقی ایران، اراده دولت در معنای موسع کلمه، انتخاب قاعده برآمده از اجتهاد معتبر فقهی را دارد و این نقش برآمده از فرآیند اجتهاد مؤید این مطلب است که همان‌گونه که اجتهاد بی‌تأثیر از مقتضیات زمانی و مکانی نیست، قضات نیز در مقام تفسیر قانون بر اساس گزاره‌های برآمده از اجتهاد فقهی، می‌توانند عدالت شرعی را به عدالت عرفی نزدیک سازند. آنچه که در این مقام می‌تواند به کمک قضات بیاید، استفاده از اصول حقوقی است.^۳ اهمیت این اصول تا بدان جاست که گاه دیده شده، عمل مستند به اصول حقوقی حتی اگر مخالف ظاهر قوانین و صراحت آنها باشد، مسئولیت‌آور شناخته نشده و در حقیقت به نظر می‌رسد مقام اصول حقوقی در نظم حقوقی آنچنان رفیع است که از لحاظ روانی بر ذهن دادرس، آرامش، اطمینان و اثر قطعی می‌نهد به نحوی که قاضی به جای اینکه مجری محض قانون باشد، پوشاننده خطاها و نقاط ضعف آن به نفع نظم حقوقی می‌شود.^۴

1-Good Governance

2-Good Administration

۳. شهابی، مهدی، جایگاه قانون در تحقق عدالت اداری و تأثیر آن بر تفسیر قضایی: تأملی بر نسبت قانون و قاعده در

نظام حقوقی ایران، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره اول، سال پانزدهم، ۱۳۹۳، ص ۱۷۳

۴. محسنی، حسن، عدالت آیینی: پژوهشی پیرامون نظریه های دادرسی عادلانه مدنی، فصلنامه حقوق، مجله

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۱، بهار ۱۳۸۷، ص ۳۵۹

گفتار اول. تبیین مفهوم اصول حقوقی

اصول نیز همانند مفاهیمی چون نظم عمومی و اخلاق حسنه بخشی از عظمت خود را مرهون ابهاماتی است که آن را احاطه نموده است. اما اصول حقوقی دقیقاً چیست؟

در پاسخ به این پرسش گفته شده است: اصول در اصطلاح به معنای قاعده مستفاد از قانون، شرع، عقل یا عرف و عادت به کار رفته است.^۱ در تعریفی دیگر، اصول حقوقی چنین معرفی شده‌اند: اصول کلی، دائمی، انتزاعی و ارزشی^۲ که جزء مقدسات حقوقی به‌شمار می‌روند،^۳ همراه با تغییر پارادایم‌های جوامع انسانی تغییر می‌یابند^۴ و هنجارهای کلی هستند که از آنها هنجارهای حقوقی متولد می‌شود.^۵ در برخی از آثار، اصول حقوقی به عنوان «قاعده‌ای کلی که گروهی از روابط حقوقی را در برمی‌گیرد و منبع چندین قاعده جزئی است» تعبیر شده‌اند.^۶

همچنین دل‌آبادور از نویسندگان حقوق اداری فرانسه، اصول کلی حقوق اداری را اصول نانوشته‌ای می‌داند که آنها را رویه قضایی مورد شناسایی قرار داده و تحت ضمانت عدم رعایت اصل قانونی بودن بر اداره تحمیل می‌گردند.^۷ لبرتون نیز با توجه به بسترهای تاریخی شکل‌گیری حقوق اداری و سیر منابع این حقوق به سوی منابع مدرن، اصول حقوقی را اصول نانوشته‌ای می‌داند که از خلال سنت‌های حقوقی فرانسه و توسط قضات رشد پیدا کرده‌اند. بوفاندو نیز اعتقاد دارند که اصول حقوقی، قواعد حقوقی غیرمدونی هستند که ارزش قانون را داشته و در نتیجه برای اداره در اجرای صلاحیت تخییری‌اش لازم‌الاجراء هستند تا آنجاکه حتی به استثناء برخی از مواد صریح قانونی نمی‌توان آنها را کنار گذاشت.^۸ شورای دولتی فرانسه

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۱ تا ۴، چاپ دوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱ تا ۳، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۱، ص ۶۴۸.

۳. غمامی، مجید و حسن محسنی، اصول آیین دادرسی فراملی، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶: ص ۲۳۹.

۴. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۰۳.

۵. بولائزه، ژان، اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم

سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۷۶.

۶. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، چاپ سوم، انتشارات خرسندی،

تهران، ۱۳۹۳، ص ۲۰.

۷. هداوند و مشهدی، پیشین: ص ۲۷.

۸. هداوند و مشهدی، همان: ص ۲۸.

نیز در رأی مورخ ۲۶ ژوئن ۱۹۵۹ مربوط به سندیکای عمومی مهندسین مشاور بیان داشته است: «اصول کلی حقوقی، قواعدی دارای ارزش حقوقی هستند که نتیجه هیچ‌یک از متون قانونی نوشته نمی‌باشند ولی شورای دولتی آنها را مفروض در حالت تمدن و رژیم سیاسی مردم تلقی کرده و مورد نیاز فعلی کشور می‌داند و دارای ارزش قانون اساسی هستند»^۱

همان گونه که مشاهده می‌شود صرف نظر از تمایز اصول حقوقی در گرایش‌های مختلف حقوقی در عین قرابت معنایی، در وهله نخست ارائه تعریفی جامع و مانع از این اصول دشوار است. در خصوص اصول حقوقی هم از نظر مفهومی و هم به لحاظ مصداقی شبهه وجود داشته و تعاریف ارائه شده ما را به سمت مفهوم مبهمی از اصول حقوقی سوق می‌دهد که ناشی از دشواری ارائه تعریف فلسفی از اصول حقوقی است؛ لذا به ضرورت و در مقام یک تعریف اعتباری به ذکر این تعریف بسنده می‌کنیم: «اصول حقوقی، اصولی کلی و دایمی هستند که منشاء وضع چند قاعده جزئی و نماینده ارزش‌های حقوقی حاکم بر جامعه به‌شمار می‌آیند»^۲

گفتار دوم. استناد به اصول حقوقی در نظام قضایی ایران

در نظام قضایی ایران تاکنون به دلایلی مانند: پرداختن به مصادیق به جای بیان معیارهای دادرسی در قوانین به‌ویژه در حیطه دادرسی اداری، نظام آموزشی قضات، وجود نوعی قانون‌گذاری افراطی در بین قضات، مشغله‌های ناشی از حجم پرونده‌های ارجاعی به ایشان و مهم‌تر از همه ابهامات موجود در مفهوم و تعریف «اصول حقوقی» منطبق بر نظم حقوقی ایران و جایگاه این منبع تکمیلی حکم در میان منابع استنادی قضات در مقام صدور رأی و... همگی سبب شده‌اند که از این ظرفیت ایجاد شده در قانون اساسی به نحو شایسته استفاده نگردد.

آنچه به این عدم استفاده قضات از اصول حقوقی دامن می‌زند وجود پرسش‌های ذیل است: استناد به اصول در نظم حقوقی ایران تابع چه ضوابطی است؟ آیا قضات می‌توانند به اصول کلی حقوق همچون «عدالت» و «انصاف» در مقام فصل خصومت یا تمیز حق استناد کنند؟ قضات در استناد به این اصول با چه محدودیتهای مواجه هستند؟ آیا تفاوتی بین

۱. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری تطبیقی با تأکید بر دادرسی اداری در شورای دولتی فرانسه، انتشارات

مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۲۹

۲. صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، انتشارات میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۹۲، ص ۴۳

اصول حقوقی در رشته‌های مختلف حقوقی وجود دارد که باعث تفاوت در نگرش و تلقی قضات گردد؟ و آنکه قضات چگونه می‌توانند به اصول حقوقی به صورت موجه و ضابطه‌مند استناد کنند؟

بند اول. استناد به اصول حقوقی از منظر اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی

اصل ۱۶۶ ق.ا. به «اصول» اشاره دارد اما در اصل ۱۶۷ ق.ا. لفظ «اصول» نیامده است. عدم ذکر اصول در اصل ۱۶۷ ق.ا. و از آنجا که این اصل قانون اساسی در مقام بیان تکلیف قضای به ترتب در استناد به قوانین مدونه و منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر است این سوال را به ذهن متبادر می‌کند که آیا اصل مزبور در تعارض با اصل ۱۶۶ ق.ا. قرار می‌گیرد؟ بر اساس اصل ۱۶۷ ق.ا. در صورت نبود حکم قانونی باید به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کرد؟ رابطه فتاوا و منابع معتبر اسلامی با اصول حقوقی چیست؟

در پاسخ به این پرسش‌ها و در مقام رفع تعارض ظاهری این دو اصل قانون اساسی می‌توان گفت: هر چند واژه «اصول» به کار رفته در اصل ۱۶۶ ق.ا. تاحدودی از ابهام برخوردار بوده و تاکنون توسط مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی نسبت به این اصل تفسیری ارائه نشده است، اما با توجه به نیت و مراد مقنن می‌توان گفت که منظور مورد نظر قانون‌گذار از «اصول» مذکور در این اصل، همان اصول حقوقی پذیرفته در نظام حقوقی ایران است که می‌تواند مستند رأی محاکم قرار گیرد. به‌ویژه در مواردی که سکوت قوانین مدونه وجود دارد، دادگاه‌ها برای یافتن راه‌حل پرونده‌ها، می‌توانند به اصول استناد کنند.^۱ همچنین هدف اصل ۱۶۷ ق.ا. معطل نماندن دادرسی، جلوگیری از عدم حق‌گزاری و حفظ موازین اسلامی به عنوان پایه اجرای عدالت است.^۲

هر چند اصل ۱۶۷ ق.ا. در بیان منابع تکمیلی حکم، تنها از منابع و فتاوی معتبر فقهی نام برده است اما اصل ۱۶۶ ق.ا. دادگاه را مکلف ساخته که 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 داشته و اشتراکات مصادقی زیاد میان اصول حقوقی و اصول عملیه خود دلیلی بر این ادعا است.^۳

۱. البته این استناد نیازمند ضابطه است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۲. صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، انتشارات میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۹۶، ۱۳۹۲.

۳. صادقی، همان، ص ۱۹۶.

از دیگر سو هرچند اصطلاح اصول کلی حقوق در میان اندیشه فقیهان و آرای ایشان دیده نشده اما در بسیاری از موارد بین اصول حقوقی و قواعد فقهی انطباق وجود دارد. درواقع برای رفع این تعارض نباید صرفاً به ظاهر اکتفا کرد بلکه با وجود امکان جمع^۱ این تعارض ظاهری، باید نظری متناسب با تقریر این دو اصل قانون اساسی ارائه شود که ضمن انسجام نظام حقوقی، امکان استناد به اصول حقوقی نیز برای قضات در مقام قضاوت امکان پذیر باشد.

«در خصوص جمع میان حکم اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. به نظر می‌رسد که اصول کلی حقوقی در عرض سایر منابع حقوق نیستند. اگر تفسیری غیر از این ارائه دهیم، نمی‌توان به حکم اصل ۱۶۷ ق.ا. ترتیب اثر داد؛ زیرا در اصل یادشده ذکری از اصول حقوقی نشده است؛ بنابراین از نظر مقنن قانون اساسی، واژه «اصول» به کار رفته در اصل ۱۶۶ ق.ا. همچون چتری است که بر فراز همه منابع از جمله قانون، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر قرار می‌گیرد. برخی از این اصول در قوانین منصوص هستند و برخی دیگر غیرمنصوص. اصول اخیر توسط قضات دادگاه‌ها از درون منابع حقوقی استخراج می‌شوند. انسجام نظام حقوقی نیز اقتضای آن را دارد که اصول در رأس سلسله مراتب هنجارهای حقوقی قرار دهیم.»^۲ نظریه مطرح شده در خصوص جمع میان اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. توسط دکتر هداوند با تأسی به نظریه تفسیری دورکین بیان شده است؛ لذا جهت تبیین موضوع به صورت مختصر باید گفت رونالد دورکین^۳ حقوقدان آمریکایی این ادعا را دارد که حقوق تقریباً برای همه مسائل راه حل دارد. ایشان در مخالفت با فرض اثبات‌گرایان در خصوص اعمال صلاحدید و تشخیص قاضی در برخورد با دعاوی مشکل که نه قانونی برای اعمال بر آن وجود دارد و نه آرای که قبلاً صادر شده باشد، اعتقاد دارد که در این گونه دعاوی که وی آنها را دعاوی دشوار^۴ می‌نامد، قاضی از طریق تفسیری که در حقیقت بیان ارزش‌های مورد التزام یک نظام حقوقی می‌باشد، به حل این گونه دعاوی می‌پردازد. تصویری که دورکین از کارویژه قضایی ترسیم می‌کند متضمن آن است که قاضی حقوق را به مثابه شبکه یک پارچه و کامل تلقی کند. به نظر وی هیچ قانونی فراتر از حقوق وجود نداشته و برخلاف ادعای اثبات‌گرایان حقوقی، هیچ خلایق در حقوق وجود ندارد.^۵

۱. جمع کردن میان دو دلیل متعارض تا حد ممکن بر رها کردن آنها اولویت دارد.

۲. هداوند به نقل از: تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استنادموجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، ۱۳۹۶، ص ۶۴

3-Ronald Dworkin

4-Hard cases

۵. ریموند وکس، فلسفه حقوق (مختصر و مفید) ترجمه باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، ج ۲، انتشارات جاودانه، جنگل، تهران، ۱۳۹۲، ۵۹.

به باور وی اگر قاعده‌ای قابل اعمال و درعین حال معتبر باشد، دعوا باید به حکم آن قاعده حل و فصل شود؛ اما در فرض عدم وجود چنین قاعده معتبری، قاضی باید با ورود به فرآیند تفسیر با استناد به اصولی که از دیدگاه وی ضوابط لازم‌الرعايه هستند اما نه به این دلیل که یک وضعیت اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی را پیش می‌برند یا تضمین می‌کنند، بلکه به این دلیل که مقتضای عدالت یا انصاف یا سایر ابعاد اخلاقی هستند، حکمی صادر کند که درست باشد. درست بودن حکم در اندیشه وی مطابقت آن با عدالت است.^۱

ممکن است به جمع بین اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی بر اساس نظریه تفسیری دورکین این ایراد وارد شود که آیا قاضی ایران با توجه به مبانی ارزشی حاکم بر نظام حقوقی ایران می‌تواند در تفسیر قوانین موضوعه به مبانی نظری مطرح شده توسط دورکین مراجعه کند؟ یا آنکه در یک نظم حقوقی هم‌چون نظام حقوقی ایران که متأثر از حقوق نوشته بوده چگونه می‌توان برای یک قاضی موقعیتی را پیش‌بینی کرد که دست او در استناد به گزاره‌های کلی تحت عنوان (اصول حقوقی) باز باشد؟ آیا استناد به این اصول با حاکمیت قانون سازگار است؟

در مقام پاسخ به این ایرادات می‌توان بیان داشت:

- ایده پروفیسور دورکین یک ایده صوری و فرمال است؛ لذا از این منظر قابلیت اعمال در هر نظام حقوقی با هر نظام ارزشی را دارد؛ چراکه وی در اظهار نظر راجع به محتوای ارزش‌های شناسایی شده در هر نظام حقوقی و محتوای اصول کلی حقوقی ساکت است و صرفاً به بررسی جایگاه اصول حقوقی در نظام حقوقی می‌پردازد و بی‌آنکه وارد بررسی مفهوم عدالت شود، سعی دارد روش تفسیری مناسب را نشان دهد.^۲

- جایگاه اصول کلی حقوقی در رأس هرم سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، مغایرتی با لزوم استناد اولیه قضات به قانون ندارد. قاضی ابتدا باید به قانون مراجعه و به حکم آن استناد کند اما این مراجعه با عینک اصول کلی حقوقی صورت می‌گیرد.^۳ بدین معنا که روانشناسی قضایی نشان می‌دهد که دادرس در بسیاری از دعاوی از ندای وجدان و احساس شهودی که پس از شناخت وقایع دعوا در او ایجاد می‌شود، متأثر شده و نتیجه دعوا را در عرفان قضایی

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک فلسفه حقوق (مختصر و مفید)، پیشین، صص ۵۴-۶۶.

۲. هداوند به نقل از: تنگستانی، محمد قاسم، پیشین، ص ۸۵.

۳. هداوند به نقل از: تنگستانی، همان، ص ۸۵.

خود رقم می‌زند آن‌گاه دنبال قواعد، مقررات و اصولی می‌گردد که بتواند نتیجه مذکور را توجیه کند.^۱

بند دوم. فورمالیسم قضایی و تأثیر آن بر قضات در استناد به اصول حقوقی

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های دادرسی‌های معاصر، تبعیت آنها از برخی اصول و قواعد شکلی است. این اصول و قواعد که عملاً در قوانین آیین دادرسی منعکس شده‌اند به‌عنوان تضمین‌های جریان عادلانه یا منصفانه، سریع و منظم دادرسی محسوب می‌شوند.^۲ به تعبیر دیگر فورمالیسم قضایی در واقع آزادی دادرس را محدود به نظم قضایی می‌کند. هر نظام حقوقی بسته به برداشت آن نظام از مفهوم دادرسی، از نوع خاصی از دادرسی بهره‌جسته و هدف خود را از دادرسی تعیین می‌نماید. در حقوق ما عقیده غالب آنست که دادرس صرفاً عهده‌دار فصل خصومت و رفع تعارضات خصوصی نیست بلکه باید حقیقت نوعی و مادی را آشکار سازد. ولی آزادی اختیار وی در راه کشف حقیقت، بی‌قید و شرط نیست و باید در چهارچوب اصول دادرسی انجام گیرد.^۳

سوابق قانونگذاری پس از انقلاب از جمله ماده ۲۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی در سال ۵۸ و متعاقباً تصویب قوانین آ.د.م و آ.د.ک مؤید این دیدگاه است؛ چراکه مقنن با تأکید بر معیار کشف حقیقت سعی در نهادینه کردن این امر در نظام دادرسی داشته و این اقدام قانونگذار در راستای این امر توجیه‌پذیر است که فصل خصومت در نظام حقوقی ایران یک امر استثنایی بوده و تنها جایی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که حقیقت به هیچ‌عنوانی قابل کشف نباشد. به عبارت بهتر رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به دادرسی در میان مردم رویکردی اخلاقی است که در آن عدالت محوریت دارد.^۴ سوابق امر در فقه نیز حکایت از این دارد که قضاوت اسلامی از باب فصل خصومت نبوده بلکه تا جایی که امکان دارد، می‌بایست قضاوت بر اساس احقاق حق صورت گیرد و حکم قاضی راه رسیدن به این امر می‌باشد. به عبارت دیگر فصل خصومت از طریق احقاق حق صورت می‌گیرد.^۵

۱. انصاری، باقر، **نقش قاضی در تحول نظام حقوقی**، بنیاد حقوقی میزان، چاپ ۲، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۵

۲. (voir jean)، به نقل از انصاری، پیشین، ص ۱۱۶

۳. کاتوزیان به نقل از انصاری، همان، ص ۱۲۰

۴. سیادت، حمید رضا، اهداف دادرسی مدنی، فصلنامه قضاوت شماره ۸۱، ۱۳۹۴، ص ۶۴

۵. خدابخشی شلمزار، عبدالله به نقل از کانال تلگرامی دکتر عبدالله خدابخشی: آثار و اندیشه‌ها و تجارب قضایی آرای تازه

در زمینه‌های مختلف حقوقی به آدرس: <https://t.me/khodabakhshi>

بعد از این مقدمه در پی پاسخ به این پرسش خواهیم بود که فرمالیسم قضایی چه تأثیری در استناد به اصول حقوقی می‌تواند داشته باشد؟ فرمالیسم قضایی در حقیقت چهارچوب منظمی برای اختیارات تشخیصی دادرسان در اعمال قواعد ماهوی حقوق فراهم می‌آورد. همچنین حدود استفاده ابزاری دادرس از قوانین (طریقت قوانین) را مشخص می‌کند. در واقع گاهی فرمالیسم حقوقی موجب تعارض بین اصل راهبردی دادرسی و اصل حقوقی دیگر می‌شود. به عنوان مثال یکی از مهم‌ترین اصول دادرسی، اصل بی‌طرفی دادرس در مقام اثبات است. این اصل در واقع توصیف‌گر نظام اثباتی و هدف دادرسی در نظم حقوقی هر کشوری است. بی‌طرفی دادرس دو معنا دارد؛ در معنای اخلاقی ناظر بر عدم جانبداری دادرس است که این عدم جانبداری اقتضا می‌کند که او خود را از هرگونه پیش‌داوری حفظ کرده و ادله‌ای را که به نفع هریک از طرفین دعوا است به نحو یکسان بررسی کند. در معنای فنی نیز این اصل بیانگر منفعل بودن دادرس در جست‌وجوی ادله است.^۱ اما در دادرسی‌های اداری رعایت جنبه فنی این اصل موجب تحصیل بار اثبات دعوی بر شهروندی که مدعی نقض اصل حاکمیت قانون از سوی اداره است، مانعی جدی برای تحقق اهداف دادرسی اداری که همان تأمین حق‌ها و آزادی‌های شهروندان و حمایت از ایشان در مقابل خودداری‌های مقامات اداری است، می‌شود؛ لذا در این گونه دعوی مشارکت فعال دادرس اداری در کشف حقیقت و اجرای عدالت ضروری است تا به شهروندانی که از دسترسی به بسیاری ادله و مدارک محروم هستند، یاری رسانیده و از این طریق نابرابری میان اداره و شهروند در دادرسی اداری تا حدی جبران شود.^۲

گفتار سوم. ضابطه‌مند کردن و آیین استناد به اصول حقوقی

در نظام حقوقی ایران با توجه به نظام‌های ادله اثبات دعوا و نیز تربیت قضات بر اساس مکتب اثبات‌گرایی حقوقی این پرسش مطرح می‌گردد که آیا می‌توان الگویی ارائه نمود که باتبیین فرآیندهای لازم برای استناد به اصول حقوقی، راهنمای عمل قضات در این زمینه باشد؟^۳ ضرورت پاسخ به این پرسش در جایی نمود پیدا می‌کند که در حال حاضر هیچ رویه مستقر و فراگیری در بین دادرسان در خصوص استناد به اصول حقوقی وجود ندارد و علی‌رغم استناد قضات به این اصول اما عملاً این استناد روش‌مند و ضابطه‌مند نیست.

۱. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ ۲، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲

۲. زارعی، محمد حسین و آریتا محسن زاده، نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، زمستان ۹۴، صص ۹۲-۶۵

۳. هداوند به نقل از: تنگستانی، محمد قاسم، گزارش نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، ۱۳۹۶، ص ۱۰

قبل از بررسی و بیان شاخص‌های استناد موجه به اصول حقوقی شایسته است مفهوم استناد در آرای قضایی بازشناسی گردد. بدین نحو که گاهی استناد به منظور تقویت استدلال و گاه به منظور اعمال ضمانت اجرا^۱ در آرای قضایی به کار گرفته می‌شود؛ لذا با این تعبیر از استناد، به بیان برخی از ضوابط استناد به اصول حقوقی به طور عام در نظام قضایی ایران و به طور خاص در دیوان عدالت اداری پرداخته می‌شود.

در تقسیم‌بندی ارائه‌شده از اصول حقوقی در نظام حقوقی ایران به اصول منطبق یا مستنبط از قانون یا اصول نوشته حقوق شامل اصول صریح و اصول غیرصریح و اصول خارج از قانون (فراحقوقی) باید گفت اصولی قابلیت استناد دارند که یا منطبق بر قانون بوده یا مستنبط از آن باشند. به تعبیری 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 استناد به اصول فراقانونی که بعضاً از روح قوانین قابل استنباط هستند، با عنایت به سوابق تقنینی در خصوص منابع احراز قواعد ماهوی در مقام صدور حکم، قانونگذار امکان استناد به اصولی را فراهم آورده که مغایر با شرع نباشند. این عدم مغایرت با شرع به‌عنوان یکی از شاخصه‌های استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی است. البته باید گفت که عدم مغایرت با شرع مفهومی جدا از وجود سوابق اصل در شرع دارد؛ چراکه با تحولات روزافزون زندگی بشر چنین به ذهن متبادر می‌شود که برخی از مباحث مستحدثه جدید، در فقه سابقه‌ای برای آنها نمی‌توان یافت. در تأیید این مدعا می‌توان به برخی از اصول مدرن حقوق اداری همچون دسترسی به اطلاعات و اسناد اداری، سرعت در پاسخگویی یا ممنوعیت تأخیر، تناسب و معقول بودن تصمیم اداری اشاره کرد. همچنین اصول حقوقی گاهی به‌مثابه مبنایی برای تفسیر قوانین به کار گرفته می‌شوند. با این توضیح که هر تفسیری متضمن یکسری مبانی است و بنا به تعبیری، اصول حقوقی همان مبانی کلامی تفسیر قوانین بوده^۲ که راهنمای دادرس در تفسیر دادگرانه از قوانین به حساب می‌آیند؛ اما مهم‌ترین ضابطه در چنین استنادی به اصول، برقراری نسبت موجه میان دیدگاه تفسیری و نظم حقوقی یا مشروعیت قانونی آنها در نظم حقوقی ایران است. نحوه استناد به اصول حقوقی در آرای قضایی ایران تابع این اصل است که دادگاه در مقام تشخیص اصول حقوقی قابل اعمال در هر پرونده

۱. عزیزی، حسین، گزارش نشست علمی (استناد به سیاست‌های کلی نظام در آراء دیوان عدالت اداری)، مجله تحقیقات قضایی، تهران، ۱۳۹۶، ص ۶۱

۲. اعظمی چهاربرج به نقل از: تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص ۷۶

با توسل به روش تفسیر حقوقی، به صورت مستدل و موجه و در چهارچوب نظام حقوقی باید عمل کند. یعنی دادگاه باید بتواند نشان دهد که باتوجه به مجموع شرایط و اوضاع و احوال مربوط در هر پرونده خاص، بین اصل شناسایی شده جهت اعمال و موضوع پرونده، عرفاً تناسب وجود دارد و اهل فن چنین استنادی را آشکارا ناموجه تلقی نمی‌کنند.^۱

همچنین ذکر این نکته ضرورت دارد که وارد کردن هرگونه محدودیت بر حقوق اشخاص صرفاً باید براساس قوانین باشد. در این گونه موارد استناد به اصول در صورتی جایز است که به نفع شخص باشد و استناد به اصول حقوقی در دادرسی‌های اداری نیز در چهارچوب اینکه تصمیم یا اقدام مقام اداری قابلیت تأیید یا رد دارد یا خیر و اینکه اقدام مزبور مغایر با قانون بوده یا آنکه مغایر با قانون نیست، قابل اعمال هستند. از مزیت‌های چنین آراء متصدر به اصول حقوقی آن است که مداخله قاضی در تفسیر قانون را هنجارمند کرده و ایشان را از صدور رأی بر مبنای احساس شخصی باز می‌دارد. در این زمینه دادنامه شماره ... ۱۳۹۷/۱۰/۱۵ شعبه دوم عمومی حقوقی ...^۲ نمونه‌ای قابل تقدیر از استناد قاضی به اصول حقوقی است که به صورت مستدل و مستند و البته موجه اصدار یافته است.

ضابطه بعدی در استناد به اصول حقوقی، حدود و ثغور این استناد در حوزه‌های مختلف حقوق از قبیل حقوق مدنی، حقوق کیفری و حقوق دادرسی اداری است. به دیگر سخن قاضی در هنگام استناد به اصول حقوقی، در مقام تعیین چه حکمی است؟

در پاسخ گفته شده است: «به نظر می‌رسد استناد به اصول حقوقی، نمی‌تواند حالت صفر و صد یا سیاه و سفید داشته باشد. با استناد به اصول حقوقی صرفاً می‌توان یک تصمیم یا اقدام دولتی را تأیید یا رد کرد و بر این اساس، آن تصمیم یا اقدام را مغایر با قانون یا غیر مغایر با آن (قانون) اعلام کرد؛ فلذا با استناد به اصول حقوقی نمی‌توان میزان مجازات در «دعای کیفری»^۳ یا میزان خسارت در «دعای مسئولیت مدنی» تعیین نمود.»^۴ در

۱. توانزی زاده به نقل از: تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص ۳
۲. به نقل از کانال تلگرامی دکتر عبدالله خدابخشی آثار و اندیشه‌ها و تجارب قضایی آرای تازه در زمینه‌های مختلف حقوقی به آدرس: <https://www.t.me/khodabakhshi>
۳. در خصوص استناد به منابع تکمیلی حکم از جمله استناد به فقه و اصول حقوقی در دعای کیفری اختلاف نظر بسیاری وجود دارد برای دیدن این نظرات رک: نشست نقد و بررسی آرای قضایی با موضوع قلمرو اصل ۱۶۷ ق.ا. در پرونده‌های جنایی، انتشارات قوه قضاییه، چ اول، ۱۳۹۴؛ الهام غلامحسین، بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۸، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۴۷۳-۴۴۳.
۴. آقایی طوق به نقل از: تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص ۴۶

دادرسی‌های اداری در استناد به اصل حقوقی، علاوه بر مشروعیت قانونی و قضایی باید به ضابطه مصلحت عمومیدر چهارچوب نظام عدالت اداری توجه گردد. با این توضیح که دفاع از منافع شهروندان درمقابل خودسری‌ها و تعرض‌های دولت به حقوق آنها به این معنا نیست که همواره منافع شهروند معترض مدنظر دادگاه قرار گیرد. بلکه اصل مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که منافع جامعه بر منافع فردی تقدم داشته باشد و این امر خود مقتضای عدالت است.^۱ ضابطه دیگری که به نظر می‌تواند موجب آیین‌مند شدن استناد به اصول حقوقی گردد، رده‌بندی این اصول از حیث گستره شمول و کلیت آنان است. برخی از اصول حقوقی فرااصل هستند نظیر «برابری»، «آزادی»، «انصاف». این فرااصل‌ها با ورود به حوزه‌های مختلف حقوق، خود سبب ایجاد اصول جزئی‌تر شده‌اند. این رده‌بندی در عمل می‌تواند سبب ایجاد نوعی سلسله‌مراتب میان اصول گردد. همچنین با توجه به فراهم بودن زمینه مساعدبیشتر در استناد به اصول حقوقی در دادرسی‌های اداری، برخی تدوین اصول کلی حقوقی را در قالب قانون عام اداری پیشنهاد داده‌اند.^۲

گفتار چهارم. رویه قضایی دیوان عدالت اداری و استناد به اصول حقوقی

امروزه در نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته، قضات نقش ویژه‌ای در صورت‌بندی اصول حقوقی و رفع خلاءهای قانونی ایفا می‌کنند که رویه قضایی در هر نظام حقوقی بهترین بستر مطالعه، واکاوی و نقد این نقش را مهیا می‌کند. در همین راستا از منظر بینش قضایی قضات دیوان (رویکرد نظری) و نیز با مذاقه در رویه قضایی دیوان عدالت اداری (رویکرد عملی)، درصددیم چگونگی نظر و رویه قضات دیوان را در استناد به اصول حقوقی به‌خصوص اصول کلی حقوق اداری مورد واکاوی قرار دهیم.

بند اول. رویکرد نظری

در مصاحبه‌ای که روزنامه اعتماد با یکی از قضات محترم دیوان عدالت اداری تحت عنوان «ضرورت تدوین قانون جامع اداری» به‌عمل آورده است،^۳ ایشان در پاسخ به این پرسش

۱. پتفت، آرن و احمد مرکز مالگیری؛ مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری «امکان و چگونگی استناد به آن

در رسیدگی‌های قضایی»، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۸۷

۲. هداوند، مهدی، نظارت قضایی تحلیل مفهومی تحولات اساسی، مجله حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹۰

تابستان ۱۳۸۷، ص ۳۱

۳. روزنامه اعتماد، شماره ۲۴۰۷-۱۳۹۱/۰۳/۰۹ صفحه حقوق: گفتگوی اعتماد با آقای دکتر واحدی قاضی عالی رتبه

دیوان عدالت اداری برگرفته از سایت: www.magiran.com/newspapertoc

اساسی که آیا قاضی دیوان عدالت اداری می‌تواند در صدور حکم به قانون اساسی، اصول حقوقی یا معاهدات بین‌المللی استناد و بر اساس آن حکم صادر کند؟ اظهار داشته‌اند: «این سوال، سوال مبنایی و بنیادین است. به این معنا که ما برای پاسخ به این سوال باید به مبانی و منابع تصمیمات مراجع قضایی در نظام حقوقی توجه کنیم. حال اگر بخواهیم بر دیوان عدالت اداری متمرکز شویم، باز هم ناگزیریم قواعد صدور رأی را بررسی کنیم. از اصل ۱۶۷ ق.ا. شروع می‌کنیم. این اصل یکی از معیارهای مهم و شایسته توجه محاکم است... معیار بعدی ماده ۳ ق.آ.د.م. است. مفاد این ماده با اصل فوق تفاوت‌هایی دارد. معترض ابهام، نقص یا حتی عدم وجود قانون و تعارض قوانین شده است. مقنن در این ماده به امکان استناد اصول حقوقی تصریح کرده است؛ بنابراین شعب دیوان عدالت اداری باید به قانون حاکم بر موضوع مراجعه کنند و اجتهاد در مقابل نص قانون جایز نیست، اما در صورت اجمال یا خلأ قانونی می‌توانند به اصول حقوقی استناد کنند؛ اما علمای حقوق درباره این عبارت مصادیق، تفاسیر متعددی بیان کرده‌اند و درباره اینکه چه مواردی را می‌توان واجد اعتبار اصل دانست، بین حقوقدانان اختلاف نظر جدی وجود دارد. به هر حال این اختیاری که مقنن در ماده مزبور پیش‌بینی کرده، مطلوب و راه‌گشاست».

قاضی دیگری از دیوان^۱، در نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی با طرح این پرسش که آیا اصول حقوقی به کار رفته در ماده ۳ ق.آ.د.م. با «اصول کلی حقوقی» ماهیتاً یکی هستند؟ بیان داشته‌اند: «به نظر می‌رسد اصول حقوقی با اصول کلی حقوقی که مبنای قواعد حقوقی هستند، مترادف نباشد. اصول حقوقی، قواعدی هستند که در قانون بیان نشده است. این را به قرینه مقارنه «قانون» در اصل ۱۶۶ ق.ا. می‌توان دریافت، اصول استنباط (احکام) قابلیت استناد در آراء قضایی را ندارند. راجع به اصول حقوقی، حکمی در قانون بیان نشده است؛ اعم از اینکه اصول مزبور در قانون اساسی بیان شده باشند یا خیر؛ یا در فتوای معتبر مورد اشاره قرار گرفته باشند یا خیر. در مورد اصول یادشده، عدم مغایرت با شرع شرط است. اصول مذکور منجزاً قابل استناد هستند. برای مثال اصل تناسب در اعمال اختیارات در قانون اساسی بیان نشده است ... اگر در خصوص قواعد مزبور با فقد حکم در قانون مواجه باشیم می‌توان به آنها (اصول حقوقی) استناد کرد ... از جمله مصادیق اصول می‌توان به اصل حق مکتسب، اصل انتظارات مشروع، اصل تناسب، اصل تساوی افراد در پرداخت هزینه عمومی و... اشاره کرد. اینها قواعدی است که قاضی باید به آنها استناد نماید نه اینکه خود اصل‌سازی یا قاعده‌سازی کند.^۲ همچنین از نظر ایشان استناد به اصول

۱. دکتر غلامرضا مولایی

۲. تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر

نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، صص ۵۶-۵۳

مدرن حقوق اداری در آرای هیأت عمومی دیوان امکان‌پذیر است.^۱ و نیز اعتقاد دارند این امر موجب ضابطه‌مندشدن تفاسیر قضات دیوان می‌گردد.^۲

در دیدگاه ایشان امکان استناد به اصول حقوقی در رسیدگی‌های دیوان وجود دارد اما محل استناد به اصول، جایی است که قانون نباشد. اما هنگامی که قاضی می‌تواند با تفسیر قانون را اجرا کند، باید قانون را اجرا کند؛ همچنین از دید این قاضی دیوان، دلیل اصلی و یا یکی از دلایل اصلی عدم استفاده قضات دیوان از اصول حقوقی به این ایراد برمی‌گردد که اگر دیوان در رأی وحدت رویه که مبتنی بر قانون نیست از اصول حقوقی استفاده کند و رأی وحدت رویه صادر کند با همان اشکالی مواجه می‌شود که به چه حقی رأی عام کلی صادر کرده که در حکم قانون است و خود را در جای قانونگذار گذاشته است.^۳

علی‌رغم وجود دیدگاه مشابه در بین قضات دیوان، اما به دلیل ابتدای نظام حقوقی ایران برنظم حقوق نوشته و تربیت قضات در سیستم حقوق بر پایه نظام اثبات‌گرایانه و یا بعضاً قضات تعلیم یافته بر پایه آموزه‌های فقهی، دیدگاه‌های مخالف جدی نیز وجود دارد. به عنوان نمونه در نشست علمی با موضوع «اصول حقوقی حاکم بر رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری» با حضور قضات دیوان که در تاریخ ۸۷/۱۱/۷ برگزار شده و حاصل آن توسط اداره کل پژوهش دیوان تدوین و انتشار یافته است، مدیرکل وقت آموزش دیوان که خود از قضات آن مجموعه بوده، پس از صحبت‌های سخنران اصلی نشست که بر ضرورت استفاده از اصولی چون اصل تناسب، اصل انتظارات مشروع، اصل احترام به حق مکتسب و... در رسیدگی‌های دیوان در مقام تفسیر قانون تأکید دارند؛ بیان می‌دارند: «همان‌گونه که استاد ارجمندمان بحث تفسیر قانون را توضیح دادند، خلاصه عرض کنم که در مباحث ما، بحث تفسیر قانون (نداریم) بحث، بحث تطبیق است. فقط در بحث منطقه‌الفراغ که آنهم تأسیس آیت‌الله صدر در اصول است، آنهم ضابطه دارد ... بین تأسیس اصل و تأسیس قاعده و رویه تفاوت است. تأسیس اصل یا قاعده در ردیف اصل خارج از حوزه این بحث است.»^۴

۱. موسوی زاده، سید شهاب الدین، گزارش نشست علمی ماهیت در رژیم حقوقی حاکم بر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری منتشره در گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی سال‌های ۹۴-۹۵، چاپ اول، ۱۳۹۶: ص ۱۴۳

۲. تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استنادموجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، همان، ص ۵۷

۳. موسوی زاده، سید شهاب الدین، گزارش نشست علمی ماهیت در رژیم حقوقی حاکم بر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، پیشین، ص ۱۳۴

۴. برای مطالعه بیشتر ن.ک: نشست علمی اصول حقوق عمومی حاکم بر رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری، انتشارات معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان، شماره اول، فروردین ۱۳۸۸.

بند دوم. رویکرد عملی

مطالعه رویه هیأت عمومی دیوان به عنوان مهم‌ترین رکن ساختاری دیوان و نیز برخی آراء اصداری توسط شعب نشان می‌دهند که قضات آن مجموعه، در محدود مواردی به صورت مستقیم به اصول حقوقی استناد جسته و در برخی دیگر از آراء به نحو غیرمستقیم به پاره‌ای از اصول حقوقی استناد نموده‌اند. البته در نظری گفته شده است که دیوان عدالت اداری صرفاً به یک اصل استناد کرده و آن «قانونی بودن» است. سایر مفاهیم مورد استناد به نحوی به اصل مزبور یعنی قانونی بودن باز می‌گردد.^۱ در ادامه به برخی از آراء صادره از دیوان که در آنها به اصول حقوقی به ویژه اصول حقوق اداری به صراحت یا ضمنی استناد شده است به عنوان نمونه و به جهت پرهیز از اطاله کلام اکتفا نموده و خوانندگان محترم را به سایر آثاری که در این زمینه به نگارش در آمده اند^۲، ارجاع می‌دهیم.

الف. اصل «استمرار خدمات عمومی»

۱. شاکی که از اساتید دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهرشتی بوده در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۶ با رتبه استادی به استناد تبصره ۲ ماده ۱۰۳ ق.م.خ.ک از طرف دانشگاه مزبور بازنشسته اعلام می‌گردد. شاکی با توجه به اینکه تا تاریخ مندرج در حکم بازنشستگی حدود ۶۳ ساله داشته‌اند و از طرفی به استناد ماده ۱۱۷ ق.م.خ.ک، اعضای هیئت علمی خارج از شمول ماده ۱۰۳ همین قانون بوده و می‌توانند تا ۷۰ سالگی به خدمت ادامه دهند؛ لذا تقاضای بطلان حکم بازنشستگی و اعاده کلیه حقوق تضییع شده خویش را داشته‌اند که شعبه پنجاهم دیوان پس از بررسی اظهارات نماینده طرف شکایت چنین رأی می‌دهد: «آنچه که از مفاد اظهارات نماینده طرف شکایت در صورت جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۹ برمی آید که البته با مفاد پرونده کارگزینی شاکی موجود در دانشکده حقوق نیز کاملاً هم‌خوانی دارد این است

۱. زارعی به نقل از تنگستانی، محمدقاسم، گزارش نشست علمی نحوه استنادموجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین، ص ۳۹

۲. برای مطالعه بیشتر رک: هداوند و مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، انتشارات خرسندی، چ ۱۳۹۳؛ آگاه، وحید، حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۶۸-۱۳۶۱)، انتشارات جنگل، چ اول، تهران، ۱۳۸۹؛ پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، پژوهشگاه قوه قضاییه، چ اول، تهران، ۱۳۹۵؛ قشقایی‌نژاد، مرجان، اصول حکمرانی خوب در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، انتشارات جنگل، چ اول، تهران، ۱۳۹۵؛ مجموعه‌های موضوعی آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری؛ دوفصلنامه رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری، انتشارات مرکز مطبوعات قوه قضاییه و فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی) و ...

که شاکی بر اساس مفاد تبصره دوم از ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری بازنشسته شده است. این در حالی است که به استناد ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعضای هیئت علمی از شمول قانون مزبور خارج هستند. از طرفی رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۵۸۷-۹۰/۱۲/۲۲ به روشنی مقرر داشته که صدور حکم بازنشستگی اعضای هیئت علمی به استناد ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری فاقد وجهت قانونی می باشد. از جهتی دیگر بر اساس اصول حقوق عمومی، ارائه خدمت علمی به عنوان خدمت عمومی محسوب می شود که اصل بر استمرار آن می باشد مگر اینکه دلیل قانونی این استمرار را قطع نماید که در پرونده این دلیل و مستند قانونی ملاحظه نگردیده است. آنچه که از ظواهر نیز برمی آید این است که شاکی تقاضای بازنشستگی ننموده است. در هر صورت به نظر می رسد شکایت واجد جنبه قانونی بوده و شعبه به استناد رأی هیأت عمومی یاد شده و ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ورود شکایت را صادر و اعلام می نماید. رأی صادره در بازه زمانی ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ، قابل تجدیدنظر در شعب تجدیدنظر دیوان است»^۱

ب) در این رأی صراحتاً یکی از اصول حقوقی یا به عبارت صحیح تر اصول کلی حقوق اداری (اصل استمرار خدمات عمومی) مورد استناد قرار گرفته است. با این استدلال که چون تدریس در دانشگاه یک خدمت عمومی تلقی می شود، لذا استمرار و تداوم بر آن حاکم بوده و نمی توان بدون دلیلی موجه، خدمت عمومی را قطع یا وقفه ای در آن ایجاد کرد. استدلال قاضی در استناد به اصل استمرار می تواند موجب شناسایی و به رسمیت شناختن اصل مزبور در رویه قضایی دیوان عدالت اداری گردد و از آنجا که اصل تداوم و استمرار خدمات عمومی در هیچ یک از نصوص قانونی در حقوق ایران ذکر نگردیده، شناسایی این اصل توسط رویه قضایی دیوان به عنوان یکی از منابع قاعده ساز، نقش مهمی در تثبیت و تضمین این اصل در حقوق اداری ایران می تواند ایفا کند.

ب. اصل «برابری ورود به خدمات عمومی»

۱. شاکی پس از قبولی در آزمون استخدامی شهرداری ها و کسب رتبه اول آزمون با این اعلام از سوی شهرداری مواجه می شود که بر اساس مصوبه کمیته استخدام افراد غیربومی معاونت توسعه و مدیریت سرمایه انسانی ریاست جمهوری، شاکی حق شرکت در آزمون را نداشته است. با این اعلام و تضییع حق شاکی، ایشان از تصمیم اداره یاد شده نزد دیوان شکایت برده و

۱. حیدری، فروغ و محمد جلالی، تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آرای دیوان عدالت

اداری، فصلنامه رأی، مطالعات آرای قضایی، شماره ۱۶، ۱۳۹۵: ص ۳۰

شعبه ۳۳ دیوان در مقام رسیدگی این چنین حکم کرده است: «نظر به اینکه اولاً نام شاکی در فهرست اسامی قبول‌شدگان آزمون استخدامی شهرداری به عنوان نفر اول درج شده و در آگهی آزمون نیز قیدی مبنی بر اینکه آزمون صرفاً مختص افراد بومی بوده و افراد غیربومی حق شرکت در آزمون را ندارند، وجود ندارد؛ ثانیاً دولت ایران در سال ۱۳۴۳ به مقاله‌نامه شماره ۱۱۱ راجع به منع تبعیض در استخدام و اشتغال مصوب سازمان بین‌المللی کار پیوسته و مطابق بند ۱۴ اصل ۳ و اصل‌های ۱۹ و ۲۰ و ۲۸ قانون اساسی ج.ا.ا، اصل عدم تبعیض را پذیرفته و نظر معاونت توسعه و مدیریت سرمایه انسانی ج.ا.ا، به لحاظ تخالف و تغایر با مدلول، منطق و مفهوم این اصول برابر اصل ۱۷۰ قانون اساسی برای شعبه لازم‌الاتباع نبوده و وضع قاعده آمره سلب حق از افراد غیربومی مغایر احترام به حیثیت و کرامت انسانی است؛ ثالثاً برخورداری یکسان شهروندان از حقوق و تکالیف بدون توجه به زمینه‌های تبعیض‌آمیز جانبدارانه نظیر: نژاد، جنسیت، زبان، سن، قومیت، ملیت، سطح سواد، وضعیت مالی و اجتماعی، شغلی، حزبی، خانوادگی و مانند اینها به عنوان اصل برابری در حقوق اداری بوده و نمونه عینی این اصل، برابری در ورود به خدمت عمومی است و برابری در برابر قانون به مقام اداری اجازه نمی‌دهد تبعیض روا دارد و مقامات اداری در فرآیند اتخاذ تصمیمات لزوماً بایستی تصمیم یکسان برای اشخاصی که در وضعیت یکسان هستند اتخاذ نمایند؛ لذا بنا به جهات فوق خواسته شاکی مقرون به صحت تشخیص و حکم به الزام استانداری و شهرداری لرستان به استخدام شاکی همانند سایر قبول‌شدگان در آزمون استخدامی صادر اعلام می‌گردد.»^۱

۲. این رأی را نیز می‌توان از جمله آراء مهمی به حساب آورد که در آن قاضی دیوان، به صراحت به اصل برابری اعم از برابری در ورود به خدمت عمومی و برابری در مقابل قانون و منع تبعیض استناد کرده است. در این رأی قاضی با استدلال صریح، رفتار اداره را در خصوص جلوگیری از استخدام فرد غیربومی ناقض اصل برابری در ورود به خدمت عمومی دانسته است. در حقیقت قاضی ضمن شناسایی اصل برابری در ورود به خدمت عمومی به عنوان یکی از اصول کلی حقوق اداری و اصل برابری در مقابل قانون به عنوان یکی از اصول بنیادین حقوق عمومی نیز توجه کافی داشته و با استناد به آنها در صدد تضمین حقوق شهروندان در مقابل اداره نیز برآمده است. نکته جالب توجه دیگر در این رأی استناد به اسناد بین‌المللی از جمله مقاله‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار است که با توجه به جایگاه این اسناد به حکم ماده ۹ قانون مدنی در سلسله مراتب هنجاری در نظم حقوقی ایران نیز یک نوآوری محسوب می‌گردد. همچنین در ادامه این نوآوری‌ها و استناد موجه به اصول حقوقی در دیوان، رأی

۱. حیدری، فروغ و محمد جلالی، اصل برابری و ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری

فصلنامه رأی، مطالعات آرای قضایی، شماره ۳، ۱۳۹۳: ص ۵۱-۴۹

تحسین برانگیز واحدی و درخور توجه از قاضی دانش‌آموخته حقوق عمومی شعبه ۳۹ دیوان (دکتر م.ج.) مستند به اصل برابری و منع تبعیض و ضرورت پایبندی به لوازم و آثار اصل برابری و همچنین ضرورت شفافیت و تعیین مفاد و محتوای عمل اداری برای جلوگیری از اعمال سلیقه در به کارگیری صلاحیت‌های اختیاری صادر شده است که در نوع خود قابل تقدیر و تحسین می‌باشد.^۱

ج. لزوم رعایت اصول دادرسی عادلانه در رسیدگی هیئت‌های گزینش

۱. رأی شعبه ۹ بدوی دیوان: «در خصوص شکایت شاکی به طرفیت مشتکی‌عنه به‌خواسته اعتراض نسبت به رأی به شرح دادخواست تنظیمی و ضامائم ... الخ ... با عنایت به اینکه شاکی سابقه خدمت در اداره مشتکی‌عنه را داشته لیکن اخیراً موضوع پرونده وی جهت وضعیت استخدامی در هسته گزینش مطرح گردیده است با عنایت به اینکه تصمیم و اعلام‌نظر هسته گزینش مستلزم بررسی و تحقیق کافی در مورد سوابق افراد می‌باشد و رعایت ماده ۱۵ قانون گزینش از جمله قواعد آمره بوده و درمانحن‌فیه ملاحظه می‌شود که رأی صادره حاوی نکات و موارد مصرحه قانونی نبوده و دلیل و مدارک متقن و مستند محکمه‌پسندی که باعث عدم احراز شرایط شاکی در جهت ادامه فعالیت در اداره مذکور باشد مشاهده نمی‌گردد و از طرفی می‌بایست هیئت‌ها در حین رسیدگی و صدور رأی مبنی بر رد صلاحیت، اصل ضرورت به ارزش و اعتبار دلایل توجه کافی نمایند؛ حالیه با توجه به مراتب فوق جهت رعایت حقوق مکتسبه و ایجاد امنیت کاری به نظر می‌رسد که رأی معترض‌عنه با رعایت جمیع جوانب صادر نگردیده ... و از طرفی اصول دادرسی عادلانه و منصفانه رعایت نگردیده است و به اصل تناظر ادله و تساوی سلاح‌ها در دفاع توجه نشده ... لذا شکایت مطروحه وارد و موجه تشخیص بدین لحاظ مستند به اصول ۲۲ و ۳۷ قانون اساسی و مواد ۱۰ و ۱۱ و ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان حکم به ورود شکایت و نقض رأی معترض‌عنه و الزام مشتکی‌عنه به بررسی مجدد موضوع با رعایت مفاد این دادنامه و کلیه مقررات مربوطه صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره وفق ماده ۶۵ قانون ت.ا.د.ع.ا ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل اعتراض در شعب محترم تجدید نظر دیوان است.»^۲

۱. جهت مشاهده رأی ر. ک به : کانال تلگرامی اندیشکده مجازی حقوق اداری ایران (تاریخ انتشار آذرماه ۹۸) به آدرس

<http://t.me.ialagroup>

۲. برگرفته از دو فصلنامه رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری، انتشارات معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان

عدالت اداری، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۳۱-۳۰

۲. از نکات ارزشمند این رأی استناد به برخی اصول حقوقی از جمله اصول دادرسی منصفانه مانند اصل تناظر در رسیدگی‌های هیئت‌های گزینش، اصل ضرورت توجه به اعتبار دلایل توسط مقامات اداری می‌باشد. دیگر اصل حقوقی استنادی در این دادنامه «اصل امنیت شغلی افراد» بوده که در زمره حقوق بنیادین شهروندان قرار داشته و در اسناد مختلف حقوق بشری مورد تأکید قرار گرفته است. این گونه آراء اصداًری از شعب، ضمن تقویت واعتلاى جایگاه دیوان، در عمل نیز موجب حمایت و صیانت بهتر و بیشتر از حقوق شهروندان در مقابل اداره به خصوص در زمینه صلاحیت‌های گزینشی و اختیاری اداره می‌شود و تأکید رویه قضایی دیوان در شناسایی اصول دادرسی منصفانه^۱ ضمن تثبیت این اصول در مراجع اختصاصی اداری می‌توانند موجب به رسمیت شناختن آنها در رویه قضایی نیز گردد.

گفتار پنجم. رویه قضایی دیوان عدالت اداری و توسعه حقوق اداری در ایران

از آنجایی که حقوق اداری، حقوقی ذاتاً رویه‌ای بوده و حتی بیان شده که حقوق اداری در فرانسه زاییده رویه شورای دولتی فرانسه بوده که با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی از طریق توسعه مفهوم قانون توانسته بر زندگی مردم فرانسه تأثیر و نفوذ فراگیری داشته باشد.^۲ لذا برآنیم تا با نشان دادن نقش مشابه رویه قضایی دیوان عدالت در تحول و توسعه حقوق اداری به ارزیابی عملکرد این نقش بپردازیم. اهمیت رویه قضایی در هر نظام حقوقی هنگامی مشخص می‌شود که بدانیم قانون به دلیل بطی^۳ ذاتی آن به تنهایی قادر به مطابقت سریع با تحولات نیست و مداخله عوامل دیگری برای ایجاد این هماهنگی ضروری است. رویه قضایی به مفهوم «شکل کلی تصمیم‌های مکرر قضایی که در موارد مشابه به لحاظ الزام معنوی و یا الزام قانونی مبنای حکم مرجع قضایی قرار گیرد» به دلیل ارتباط مستقیم با واقعیت‌های جامعه و سهولت بیشتر در مطابقت با تحولات اجتماعی، نقش مهمی در این زمینه را ایفا می‌کند.^۴ از دیگر سو، تبیین رابطه قانونی و رویه قضایی به دلیل طرز تفکر حاکم در کشورهای خانواده حقوق نوشته مبنی بر نقش بی‌بدیل و انحصاری قانون نیز حائز اهمیت است. در گذشته نظام حقوقی نوشته، قوانین را به عنوان منبع اصلی و انحصاری

۱. در دادنامه مشابه ای شعبه سوم دیوان عدالت اداری در مورد ابطال تصمیم کمیسیون ماده ۲۰ داروخانه نیز بر رعایت

اصول دادرسی و نیز رعایت اصل صلاحیت تأکید داشته است. ر.ک: همان، ۶۹-۷۹

۲. هداوند، حقوق اداری تطبیقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۰، صص ۶۹۰-۶۸۹

۳. بطی: آهسته و سست و کند

۴. فاطمی، ثریا، پایان نامه «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی» تحت نظارت آقایان

دکتر محمد جلالی و ولی رستمی، دانشگاه تهران (پردیس قم)، بهمن ۱۳۹۱

حقوق می‌دانسته و نقشی برای تقنین قضایی به معنای الزام‌آور بودن رویه قضایی قائل نبودند. اما در خلال چند دهه گذشته، نظام‌های حقوقی از حیث منابع حقوقی به سمت نوعی هم‌گرایی و توازن میان قانون و رویه قضایی به‌عنوان منابع حقوقی پیش رفته‌اند.^۱

هرچند در نظام حقوقی ایران، رویه قضایی با وجود اهمیت بسیار، چندان مورد توجه قرار نگرفته اما این عدم توجه مانع از شناسایی نقش پراهمیت آن به‌ویژه در فضای حقوق عمومی و به طور اخص حقوق اداری نمی‌باشد. در همین راستا و با نگاهی منتقدانه به رویه قضایی دیوان عدالت اداری می‌توان گفت که قضات دیوان در عمل از حقوق عمومی و اصول آن چندان که بایسته و شایسته است استفاده نکرده و «بیشتر مبانی استدلالی صدور آراء خویش را بر انگاره‌های پوزیتیویستی استوار کرده و تمایلی به نوآوری در این خصوص نداشته‌اند، به نحوی که در طول چند دهه مشاهده شده است، آراء دیوان در چهارچوب اصول کلاسیک حقوق مثل اصل عطف به ماسبق نشدن اثر قانون یا تکرار اصول گفته‌شده در مواد ۱۰ و ۱۲ و ۸۰ قانون دیوان محصور و محدود شده است.»^۲ البته ضمن احترام به این نظر، باید برخی جسارت‌ها و نوآوری‌هایی صورت گرفته توسط قضات محترم دیوان را نیز نادیده نگرفت. به‌عنوان مثال می‌توان به آراء ذیل اشاره داشت:

- رأی شماره ۴۳۵-۱۳۸۲/۱۰/۲۸ در خصوص ابطال‌بندی از آیین‌نامه سازمان زندان‌ها در خصوص اعلام حبس انفرادی به عنوان نوعی مجازات؛
- رأی شماره ۲۹۷ الی ۳۰۰ به تاریخ ۱۳۷۸/۸/۹ در خصوص ابطال مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی؛
- رأی وحدت رویه هیأت عمومی به شماره ۲۱۵-۱۳۶۹/۹/۲۰ در خصوص مفهوم ذی‌نفع در اعتراض به آراء مراجع اختصاصی اداری؛
- رأی هیأت عمومی دیوان در خصوص ابطال بخشنامه فرمانده ناجا به دلیل ایجاد محدودیت در حق دادخواهی تحت شماره ۴۲۳ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۸؛
- آراء صادره در خصوص حمایت از حقوق مکتسبه افراد؛
- آراء اصداری با موضوع منع تبعیض ناروا (۸۰۱-۱۳۹۱/۱۱/۲ و ۵۱۲-۱۳۹۱/۷/۲۴ و ۹۲۹-۱۳۹۱/۱۲/۱۴)؛

۱. وکیلان، حسن، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکتترین حقوق، فصلنامه پژوهش حقوق

عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸، بهار ۹۷، صص ۶۵-۶۴

۲. مرادخانی، فردین و آیت مولایی. عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری.

نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی سال هشتم شماره ۱۵ زمستان ۹۶، ص ۱۵۴

- دادنامه های ۵۱-۱۳۹۱/۷/۲۴ و ۱۵۴-۱۳۹۱ و ۳۶۳-۸۱۳۸۶/۵/۲۳ هیأت عمومی دیوان با ردپای استناد به اصل تناسب
- رأی شماره ۶۸-۱۱۹ در ضرورت مستند و مستدل بودن آرای مراجع اختصاصی اداری
- رأی شماره ۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۱/۹ با ردپای ضمنی از مصداق سوءاستفاده از اختیارات به‌عنوان یکی از جهات نظارت قضایی
- رأی شماره ۸۱۱-۱۳۹۴/۹/۲۰ در خصوص دعاوی کامل و...

هرکدام از رأی‌ها با استفاده و تکیه بر حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی و بعضاً اصول کلی حقوق اداری، چشم‌انداز حرکتی هرچند کند اما جاری و پویا در ایجاد تحول و توسعه حقوق عمومی و به تبع حقوق اداری در ایران را نمایانگر هستند.

البته در این راه، وجود برخی کاستی‌ها در قانون دیوان، حصر صلاحیت‌ها و نظارت‌ناپذیری موجود در قانون این نهاد و نیز نبود سازوکار انتخاب قضات این دیوان، ضعف در آموزش‌های رسمی حقوق عمومی و فقدان برخی آموزه‌های مدرن حقوق اداری از جمله نبودن آیین‌های مدون دادرسی اداری و ... در اثرگذاری رویه قضایی دیوان عدالت اداری تأثیر منفی داشته است. تأکید پایانی بر نقش قضات دیوان عدالت اداری در همگام‌سازی نظام حقوقی با تحولات حقوقی است، چراکه «برخی اندیشمندان حقوقی بر این باورند که نگاه واقع‌بینانه به تصمیم‌گیری‌های قضایی نشان می‌دهند که در عمل، دادرس است که حکم می‌کند نه قانون و این دادرس است که با اختیارات وسیعی که دارد پویایی، شادابی و زندگی را به قوانین می‌بخشد»^۱ و در این راه است که پازنر حقوقدان و قاضی آمریکایی به‌عنوان یکی از برجسته‌ترین حقوقدانان زنده نظام کامن‌لا می‌نویسد: «قضات باید بین عالم عین و ذهن پل بزنند و هنگام فصل دعوی با سری افراشته و نگاهی حازم، حکم انشاء کنند نه با سری به جیب لفظ فرو رفته»^۲

البته پرواضح است که در یک نگاه تعاملی نباید از نقش تابعان نظام حقوقی در تحول حقوق غافل بود. امری که امروز در کشورهای پیشرفته و در حال پیشرفت تحت عنوان آموزش عمومی حقوق از آن تعبیر می‌شود. این آموزش عمومی حقوق می‌تواند ضمن درونی‌کردن نظام و فرهنگ حقوقی در افراد و گروه‌ها، آنان را شهروندان توانمندی گردانده و درواقع موجب

۱. انصاری، باقر، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، پیشین، ص ۱۵

۲. ریچارد پازنر، تأملاتی در باب قضاوت، انتشارات دانشگاه هاروارد ۲۰۱۳؛ ارائه و ترجمه‌شده در سایت ترجمان علوم

www.tarjomaan.com/barrsi_ketab/۶۳۶۵: انسانی به نشانی

شکل‌گیری یک انتظار عمومی مشروع و موجه در فرهنگ عمومی برای اجرای قوانین و سازوکارهای حمایتی از حقوق فردی و مصالح جمعی می‌شود و به طور خاص در این آموزش عمومی حقوق، آموزش دادرسی عادلانه ضمن ارتقاء موقعیت شهروندان به موقعیت «شخص بودگی» باعث تعامل بین شهروندان و اداره شده و به تقویت نظام نظارت قضایی نیز می‌انجامد.^۱

نتیجه

نظام حقوقی ایران، اگرچه در شکل امروزی خود تابع نظام حقوق نوشته است و ویژگی‌های این نظام را دارد؛ از جمله آنکه قانون به عنوان منبع نخست در ترتب قواعد ماهوی حاکم بر دعاوی به عنوان شاخصه اصلی این نظام در اصل ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م حفظ شده است؛ اما تحولات نظام قضایی ایران پس از انقلاب، نظر به این دارد که ضمن وفاداری به اصول نظام نوشته و در عین حفظ چهارچوب‌های کلی آن، با دادن اختیار به قاضی در خصوص رجوع به منابع تکمیلی چون فتاوی معتبر یا اصول حقوقی که مخالف موازین شرعی نباشد، درصدد بوده تا ازین رهگذر، ایستایی موجود در ذات قوانین موضوعه و بی‌تفاوتی دادرس در این نظام تاحدی جبران شود.

نحوه استناد به اصول حقوقی در آراء قضایی ج.ا. تابع این اصل است که دادگاه در مقام تشخیص اصول حقوقی قابل اعمال در هر پرونده با توسل به روش تفسیر حقوقی، به صورت مستدل و موجه در چهارچوب نظام حقوقی عمل کند. مقنن امکان استناد به اصولی را فراهم آورده که مغایر با شرع نباشند. ذکر این نکته ضرورت دارد که وارد کردن هر گونه محدودیت بر حقوق اشخاص صرفاً باید بر اساس قوانین باشد. در این گونه موارد استناد به اصول در صورتی جایز است که به نفع شخص باشد. استناد به اصول حقوقی در دادرسی‌های اداری نیز در چهارچوب اینکه تصمیم یا اقدام مقام اداری قابلیت تأیید یا رد دارد یا خیر و اینکه اقدام مزبور مغایر با قانون یا غیرمغایر با آن است، قابل اعمال هستند. در تکمیل این ضابطه می‌توان بیان داشت که در استناد به اصل حقوقی در دادرسی اداری، علاوه بر مشروعیت قانونی و قضایی باید به ضابطه مصلحت عمومی در چهارچوب نظام عدالت اداری نیز توجه گردد. ضابطه دیگری که می‌تواند موجب آیین‌مند شدن استناد به اصول حقوقی گردد، رده‌بندی این اصول از حیث گستره شمول و کلیت آنان است.

۱. راسخ، محمد، مطالعه تطبیقی آموزش عمومی حقوق، انتشارات مرکز مطبوعات قوه قضائیه، چ اول، تهران

هرچند دیوان عدالت اداری رویکرد مشخص، ثابت و منسجمی در رابطه با تفسیر قضایی در حقوق اداری ایران ندارد، اما از آنجایی که دیوان در حقیقت یک دادگاه حقوق عمومی است و قاضی آن باید در فضای حقوق عمومی تنفس کند و در راستای رفع کاستی‌های قوانین موضوعه، قضات دیوان می‌توانند با هدف حمایت از حقوق شهروندان در برابر اداره از یک سو و تضمین ساختارهای اداره خوب از سوی دیگر با در نظر گرفتن ضرورت‌های تفسیر اداری، به اصول حقوقی به طور عام و اصول کلی حقوق اداری به طور خاص استناد جوید. به دیگر سخن بارشد حقوق اداری در مسیر رسیدگی به دعاوی موردی، گونه‌های ویژه از اصل قانونیت مجال بروز پیدا می‌کنند و با حرکت از مفهوم صوری حاکمیت قانون به مفهوم ماهوی آن می‌توان شاهد اجرایی‌شدن آرمان‌های شهروندگرایانه یک نظام حقوقی - سیاسی بود.

مطالعه رویه دیوان عدالت نشان می‌دهند که قضات آن مجموعه، در پاره‌ای محدود از موارد به صورت مستقیم به اصول حقوقی استناد جسته و دربرخی دیگر از آراء به نحو غیرمستقیم استناد نموده‌اند. در این راه وجود برخی کاستی‌ها در اثرگذاری رویه قضایی دیوان عدالت اداری تأثیر منفی داشته و تأکید پایانی بر نقش قضات دیوان عدالت اداری در همگام‌سازی نظام حقوقی با تحولات حقوقی است.

فهرست منابع الف. کتاب‌ها

۱. آگاه، وحید (۱۳۸۹)، **حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری**، انتشارات جنگل، چاپ اول، تهران.
۲. انصاری، باقر (۱۳۹۲)، **نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، بنیاد حقوقی میزان**، چاپ تهران.
۳. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری (۱۳۹۵)، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری «امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی»**، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، تهران.
۴. تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۶)، **گزارش نشست علمی نحوه استنادموجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی زیر نظر پژوهشگاه قوه قضاییه**، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران.
۵. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳)، **مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار**، تهران.
۶. راسخ، محمد (۱۳۹۵)، **مطالعه تطبیقی آموزش عمومی حقوق**، انتشارات مرکز مطبوعات قوه قضاییه، چاپ اول، تهران.
۷. ریموند وکس، **فلسفه حقوق (مختصر و مفید)** ترجمه باقر انصاری و مسلم آقای طوق، ج ۲، انتشارات جاودانه، جنگل، تهران، ۱۳۹۲.
۸. رضایی زاده، محمدجواد (۱۳۹۰)، **حقوق اداری تطبیقی با تأکید بر دادرسی اداری در شورای دولتی فرانسه**، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران.
۹. فصلنامه رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری، انتشارات معاونت حقوقی، پیشگیری و پژوهش دیوان عدالت اداری، ش ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۶.
۱۰. غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۸۶)، **اصول آیین دادرسی فراملی**، چاپ اول، نشر میزان، تهران.
۱۱. صادقی، محسن (۱۳۹۲)، **اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه**، انتشارات میزان، چاپ دوم، تهران.
۱۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۳)، **اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری**، انتشارات خرسندی، چاپ ۳، تهران.
۱۳. هداوند، مهدی (۱۳۹۰)، **حقوق اداری تطبیقی**، انتشارات سمت، تهران.

۱۴. نشست علمی اصول حقوق عمومی حاکم بر رسیدگی‌های دیوان عدالت اداری (۱۳۸۸) انتشارات معاونت آموزشی و پژوهشی دیوان عدالت اداری، شماره اول، تهران.

ب. مقاله‌ها

۱۵. بولانژه، ژان، **اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه**، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۷۶.

۱۶. تنگستانی، محمدقاسم، **مطالعه تطبیقی جایگاه دادگاه‌های اداری در نظم قضایی**، گزارش پژوهشی منتشره در مجموعه گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، سال‌های (۹۵-۹۴)، انتشارات پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول.

۱۷. حیدری، فروغ و محمد جلالی، **تأملی بر اصل استمرار خدمات عمومی در پرتو قوانین و آراء دیوان عدالت اداری**، فصلنامه رأی، مطالعات آراء قضایی، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.

۱۸. حیدری، فروغ و محمد جلالی، **اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری**، فصلنامه رأی، مطالعات آراء قضایی، شماره ۳، ۱۳۹۳.

۱۹. زارعی، محمدحسین و آیتا محسن‌زاده، **نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری**، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۹۴.

۲۰. سیادت، حمیدرضا، **اهداف دادرسی مدنی**، فصلنامه قضاوت شماره ۸۱ بهار ۱۳۹۴.

۲۱. شهبابی، مهدی، **جایگاه قانون در تحقق عدالت اداری و تأثیر آن بر تفسیر قضایی: تأملی بر نسبت قانون و قاعده در نظام حقوقی ایران**، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره اول، سال پانزدهم، ۱۳۹۳.

۲۲. غمامی، مجید و حسن محسنی، **اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی**، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، زمستان ۱۳۸۵.

۲۳. مرادخانی، فردین و آیت مولایی، **عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چهارچوب قانون دیوان عدالت اداری**، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، زمستان ۱۳۹۶.

۲۴. موسوی‌زاده، سید شهاب‌الدین، نشست علمی «**نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت های اختیاری**» درج شده در مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تحت عنوان گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، انتشارات مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴.

۲۵. هداوند، مهدی، **نظارت قضایی تحلیل مفهومی تحولات اساسی و طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقاء نظارت قضایی**، مجله حقوق اساسی، سال هفتم، شماره نهم،

تابستان ۱۳۸۷.

۲۶. هداوند، مهدی، **مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری، حقوق اساسی، شماره**

هشتم، تابستان ۱۳۸۶.

۲۷. وکیلان، حسن، **جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکتترین**

حقوق، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷.

۲۸. فاطمی، ثریا، پایان نامه «**جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق**

عمومی» تحت نظارت آقایان دکتر جلالی و دکتر رستمی، دانشگاه تهران (پردیس فارابی

قم)، بهمن ۱۳۹۱.

29-Rousset Michel & Oliver Rousset,(2004),Droit Administratif, Presses Universi-
taires



A Scrutiny of Government Exemption from Civil Liability in Iran Legal System

Mohammad Emami*

Seyed mojtaba Vaezi**

Maryam Rostami***

Abstract:

The requisite of public administration and complexities of governance result in ad hoc privileges for governments in some particular conditions. Depiction of government place in a legal system and deliberation of its liability borders eventuate in responsibility extent recognizing proportional to administration power enhancement. Based on a bilateral relation among administration and civilians the more responsible government is, the more freedom will be guaranteed. Jurists ascribe adherence of government's civil liability rules from a specific system to balance making efforts for supporting public interest and protecting administration authorities simultaneously. However, in some cases which incurring a loss governments will not be known liable according to peculiar governance expediency. On the other hand, continuation of social life and importance of public order retaining need to government intercede on restitution. Whereas exemption zones are not numerous, we can talk about absolute exemption in some scopes of governance and limited ones in others.

Keywords: Government exemption, Government civil liability, Good governance.

*Public Law Prof. of Faculty of Law and Political Science. shiraz. Iran
dr_emami@yahoo.com

** Associate Prof. of Faculty of Law and Political Science Shiraz University
mojtaba_vaezi@yahoo.com

*** Master student, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran
(Corresponding Author)

rosemaari@yahoo.com



Defects of causation in judicial and administrative opinions

Abbas Zera,at*

Mohadeseh Zera,at**

Abstract:

Administrative proceeding is a sub-discipline of formal law which is, along with other proceedings, responsible for enforcing the substantive regulations related to administrative violations of government officials and public institutions. The relationship between trials has always been the subject of debate among legal thinkers leading to controversies. Are administrative proceedings independent of or a function of judicial proceedings? A consequence of this controversy is the choice involved when a single issue with a unique criminal nature and administrative violation is simultaneously raised in both administrative and judicial authorities: should the administrative authority stop the proceedings and wait for the outcome of the judicial proceedings to be known or does he have the right to handle the case independently and make a decision, regardless of the verdict issued by the judicial authority? This article seeks to examine the various dimensions of this issue and appropriately answer the above-mentioned two questions, the first of which is the main research question and the second the sub-question.

Differences in the nature, subject matter, and purpose of the two types of proceedings necessitate the independence of administrative proceedings from civil and criminal proceedings. As a result, if an issue is raised by the judicial authority and at the same time by the administrative authority, both can handle it and decide independently.

* Professor of Kashan University and a member of the faculty

zeraat@kashanu.ac.ir

**Master student of Allameh Tabatabai University (Corresponding Author)

zeraatmohaddesehhhhh91@gmail.com

However, the ambiguities surrounding the issue and the lack of clarity in legal procedures and doctrines call for independent and accurate research.

Keywords: Judicial independence, administrative and criminal proceedings, government officials, public institutions

Legal Principles Governing Participation agreements in Iranian Administrative Law

Pejman Mohammadi *

Gholam Hasan Mazarei**

Masood Araei ***

Abstract: Today, in providing public services to the people, various types of contracts play a key role, and due to the growing need for this type of services and the lack of financial resources of governments (public sector), the importance of public-private partnership contracts doubles. The principles governing partnership agreements require comprehensive knowledge of the general and specific rules and regulations of such contracts, which should be considered by the parties to the contract. The type of partnership, the life of the partnership projects, the financing of these projects, the political, social and especially economic developments of the society and finally the laws governing this type of contracts are among the factors that may create a special form of partnership contract. Therefore, the legal implications of these types of contracts and the incentive to participate are very important. Adherence to the rules and regulations of participation in projects will minimize the differences between the participants in the project and respect the rights of the parties to the contract. Carefully in the laws and regulations of the country, one can understand some patterns of public-private partnership. The present study seeks to review, analyze and finally formulate the principles governing partnership agreements in accordance with the existing laws and regulations of the country in order to facilitate and encourage private sector participation. The main purpose of this study is to provide principles that, while governing this type of contract, can make the conclusion of this type of contract attractive both for the government and other executive bodies and for the participants.

Keywords: Partnership agreements, Legal principles, Public-Private Partnership, Laws and Regulations.

*Professor, Department of Private Law and Intellectual Property, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran
mohamadi@modares.ac.ir

** . PhD in Private Law, Faculty Member of Shahid Chamran University of Ahvaz
mehryar1381@yahoo.com

*** . Graduate in Public Law, University Lecturer (Corresponding Author)
masood.arai84@gmail.com

Jurisprudential legal analysis of government civil liability for harmful acts of government against citizens

Ehsan Samani*

Seyed Hasan Vahdati Shobeyri**

Abstract: Governments, like other individuals, sometimes cause harm to citizens due to some excesses in their activities. In such cases, is the government obliged to compensate? According to the theory of “acts of tenure and sovereignty” proposed by French jurists, the government is solely liable for damages resulting from the exercise of its tenure. Article 11 of the Iranian Civil Liability act also does not require the government to compensate damages resulting from the exercise of sovereignty. In my opinion, this separation is not legally based on reality and is not commensurate with the truth of administrative actions; Because all the actions of the government - unlike private individuals - are in the direction of providing and providing public services. Of course, in some cases, due to Mohsen or other justified reasons, the government may be exempted from paying damages, which in these cases is not contrary to the previous statement (the principle of government responsibility).

Keywords: Civil Liability Law - Execution of Sovereignty - Civil Liability of Government - Government's Immunity.

*Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Sistan and Baluchestan University of Zahedan (Corresponding Author)
esamani63@lihu.usb.ac.ir

**Faculty member of Qom University Law Department and President of Razavi University of Islamic Sciences
vahdati110@gmail.com

Administrative oversight of government actions; Case study of monitoring the behavior of members of parliament

Ali Bayati*

Mahmoud Arvantan**

Abstract:

Supervising the actions of government agents, especially members of parliament, in addition to monitoring its approvals, is one of the basic components of achieving good governance and holding public officials accountable. In Iranian administrative law, the first step in this field took practical form with the passage of the Law on Supervision of the Conduct of Representatives. In this article, an attempt has been made to analyze the current system of monitoring the behavior of members of parliament and identify the challenges facing it in order to improve some of the problems related to the control of government agents. The results of the study show that in the Iranian administrative law system, despite the efforts made to strengthen and monitor the professional conduct of representatives, there are still many shortcomings such as insufficient powers and competencies of the supervisory body and lack of independence in adoption. The decision can be traced that the persistence of these problems, the accountability of the representatives of the nation and the realization of the rights and freedoms of the citizens will face difficulties. Therefore, it is necessary for the domestic legislator to take a comprehensive approach to the law on monitoring the conduct of deputies to address these barriers and shortcomings. These measures include increasing the competencies of the Board for Supervising the Conduct of Deputies, especially in the field of financial violations,

Keywords: Government, parliament, administrative oversight, efficiency

Assistant Professor of Law Department of Amin Police Science University

Corresponding Author)

ali.bayati63@yahoo.com)

Assistant Professor, Visiting Lecturer, Farhangian University

a.arvantan@yahoo.com

The Art of Self-Regulation in Public Law Reflecting on the Legislative System of the Islamic Republic

Mahmood Shaterian*

Javad Yahyazadeh**

Abstract:

The complex relationships of human beings with each other and the need to choose the most effective method in regulating those relationships through legal systems, have prompted efforts to change attitudes toward over-attachment to the use of legislative tools for legal regulation. However, the fundamental question is what is the most effective method in this regard? The present study is an attempt to analyze methods of legal regulation by the government in the present era. The main question of the article is what is the relationship between self-regulation and the legislation and also to what extent this doctrine has been considered in the legislative system of the Islamic Republic? In response to the question mentioned in this study with descriptive-analytical method and using of official legal texts and documents, it was concluded that first, self-regulation as an effective tool available to the government, especially in the current era. And in terms of legal regulation, it can and should be considered separately from the legislative tools and also superior to it. Also, a review of the legislative system of the Islamic Republic shows that the lack of attention to the various elements of law, the existence of multiple legislative authorities and the inflation of legal rules, has led to neglect of the Technique of self-regulation in the legal regulation of human relations to identify and analyze the causes of inefficiency of the legislative system of the Islamic Republic.

Keywords: Self-regulation, legislation, features of law, legislative system of the Islamic Republic.

*Assistant Professor of Law, the Faculty of Law, University of Kashan
mahmood.shaterian@gmail.com

** MA. In Public Law, the Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University (Corresponding Author) javad.yahyazadeh.atu@gmail.com



Refer to legal principles in Administrative Justice Court

Moslem Aghaei Togh*

Sajjad Mardani**

Abstract:

The legislator of the constitution, in Article 166 of the this law provides for the judiciary to issue reasoned and documentary judgments to legal and (statutory) material based on which the judgment was issued. The same legal assignment is mentioned in Article 3 of the Civil Procedure Code. The above principle has created a capacity in the Iranian judicial system, which greatly compensates for the lack of comprehensiveness of applicable laws in judicial proceedings. The reference to legal principles in judicial proceedings is practically carried out, although such citations are not considered to be justified in practice. On the other hand, the existence of conceptual ambiguity in the meaning (legal principles) and the basis of the legal system in Iran has also contributed to the principles of the written law in the non-citation or arbitrary citation of judges. Therefore, while designing the concepts and categorizing the principles of law and listing the features of these principles and differentiating them from other similar concepts, it has been tried to investigate the relationship between legal principles and other sources in the judicial system of Iran And by expressing the criteria for the systematic citation of these principles, the impact of the legal principles in general and the general legal principles in particular should be shown in the development of the administrative rights of the country. These studies indicate that the Justice of the Supreme Administrative Court has a significant impact on the identification of the principles of administrative law and the development of these rights in the country.

Keywords: Administrative Justice Court, Administrative Law Development, Citation, General Principles of Administrative Law, Legal Principles

*Assistant Prof, Department of Public Law and International Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran moslemtog@yahoo.com

** "M.A" in Administrative Procedure Law, University of Judicial Sciences & Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author) mardanisajjad1363@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Third year / Sixth issue / Spring 2021



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 Special
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



Third year / Sixth issue / Spring 2021



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Third year :: Sixth issue :: spring 2021

Title of Articles

- ▶ A Scrutiny of Government Exemption from Civil Liability in Iran Legal System
- ▶ Independence of administrative proceedings; simultaneous proceedings in judicial and administrative authorities
- ▶ Legal Principles Governing Participation agreements in Iranian Administrative Law
- ▶ Jurisprudential legal analysis of government civil liability for harm to the government
- ▶ Administrative oversight of government actions; Case study of monitoring the behavior of members of parliament
- ▶ The Art of Self-Regulation in Public Law; Reflecting on the Legislative System of the Islamic Republic
- ▶ Refer to legal principles in Administrative Justice Court