

پژوهش‌های نوین حقوقی

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال سوم: شماره هفتم: تابستان ۱۴۰۰



عنوان مقاله‌ها

- ▶ مطالعه تطبیقی روش‌های برگزاری مناقصات در «قانون برگزاری مناقصات» ایران و «قانون نمونه تدارکات دولتی ۲۰۱۴» آنسپیتال - داود حسین زاده عربی - بیژن عباسی - حسن خسروی
- ▶ نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب - میترا اسماعیلی - علی رادان جبلی - منوچهر توسلی نائینی
- ▶ مسئله اسب تروای حاکمیت قانون؛ تأملی بر کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری در انگلستان با نگاهی به حقوق ایران - علی مشهدی
- ▶ مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در رویه شعب دیوان عدالت اداری - حدیث کلوندی - حامد نیکو نهاد
- ▶ تحول ساختار دولت - کشور در ایران در پرتو پیدایش مناطق آزاد تجاری-صنعتی - محمدمامین ایریشمی‌راد - حسین آئینه‌نگینی
- ▶ ضابطه‌مندی صلاحیت تفسیری در پرتو اصول حقوقی با نگاهی تطبیقی به رویه‌ی مراجع نظارت قضایی بر اداره در ایران و امریکا - محمد حسنونند - سید وحید خلخالی - مهدی حسنونند
- ▶ حفاظت از میراث فرهنگی غیر منقول از منظر اصول و نهادهای موثر: مطالعه تطبیقی حقوق انگلیس و ایران
- ▶ فروغ حیدری شولی - محمد جلالی - ژانت الیزابت بلک
- ▶ آثار فراحقوقی صلاحیت‌های هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر هنرمندان و آثار فرهنگی هنری

وحید آگاه





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال سوم/شماره هفتم/تابستان ۱۴۰۰

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

دکتر محمد امامی، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی متین، دکتر عباس زراعت، دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر علی مشهدی، دکتر مرتضی 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 فرخزاد جهانی، دکتر ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده، دکتر محمد حسین زارعی، دکتر غلام رضا ملایگی، 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. بر اساس رتبه بندی نشریات در سال ۱۳۹۹ توسط وزارت علوم تحقیقات و فناوری فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری درجه علمی «ب» را دریافت کرده است.



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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

- ۱- حجم مقاله (شامل همه صفحات اعم از عنوان، چکیده، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع) باید حداقل 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. مقاله‌ها: نام خانوادگی، نویسنده (تاریخ انتشار). عنوان کامل مقاله در گیومه، نام مجله با حروف ایتالیک، شماره مجله، شماره صفحات ابتدایی و انتهایی مقاله، مثال:

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

Donnelly, Jack (1980). «Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought», *The Western Political Quarterly*, vol. 33, pp. 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 کتاب‌ها و مقالات باید به صورت توپر (Bold) باشد.

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

۲- مشخصات نویسندگان مقاله به ترتیب (به فارسی و انگلیسی) و به صورت زیر در پاورقی صفحه اول ذکر شود:

نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور.

۳- از بیان 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

مطالعه تطبیقی روش‌های برگزاری مناقصات در «قانون برگزاری مناقصات» ایران و «قانون نمونه تدارکات دولتی ۲۰۱۴» آنسیترا. داود حسین‌زاده؛ بیژن عباسی؛ حسن خسروی؛	۱۱
نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در پرتو حکمرانی مطلوب میترا اسماعیلی؛ علی رادان جبلی؛ منوچهر توسلی نائینی	۳۹
مسئله اسب تروای حاکمیت قانون؛ تأملی بر کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری در انگلستان با نگاهی به حقوق ایران. علی مشهدی	۵۹
مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در رویه شعب دیوان عدالت اداری حدیث کلوندی؛ حامد نیکونهاد	۸۳
تحول ساختار دولت - کشور در ایران در پرتو پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی محمدامین ابریشمی راد؛ حسین آئینه نگینی	۱۱۳
ضابطه‌مندی صلاحیت تفسیری در پرتو اصول حقوقی با نگاهی تطبیقی به رویه مراجع نظارت قضایی بر اداره در ایران و آمریکا. محمد حسنونند؛ سید وحید خلخالی؛ مهدی حسنونند	۱۳۷
حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول از منظر اصول و نهادهای موثر: مطالعه تطبیقی حقوق انگلیس و ایران. محمد جلالی، فروغ حیدری شولی؛ ژانت الیزابت بلک	۱۶۳
آثار فراحقوقی صلاحیت‌های هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر هنرمندان و آثار فرهنگی هنری. وحید آگاه	۱۹۱
چکیده‌های انگلیسی	۲۱۸

مطالعه تطبیقی روش‌های برگزاری مناقصات در «قانون برگزاری مناقصات» ایران و «قانون نمونه تدارکات دولتی ۲۰۱۱» آنسیترا

داود حسین زاده عربی*

بیژن عباسی**

حسن خسروی***

چکیده

قانون‌گذاران در راستای تحقق اهداف قوانین ناظر بر معاملات دولتی، تشریفات را برای انجام معاملات در حوزه مربوطه مقرر داشته و نهادهای بخش عمومی را ملتزم به رعایت از آن نموده‌اند. به همین منظور طراحی روش‌های متناسب با شرایط متنوع بازار از موضوعات اساسی حقوق مناقصات است. نتایج کسب‌شده از مطالعه قانون نمونه تدارکات عمومی آنسیترا ۲۰۱۱ و «مقایسه تطبیقی» آن با قانون برگزاری مناقصات ایران مؤید این نکته است که روش‌های برگزاری مناقصات بیان‌شده در نظام حقوقی ایران، علی‌رغم رعایت برخی از اصول کلی و اهداف حقوق مناقصات، فاقد پویایی، انسجام و سرعت عمل در اجرای فرآیند مناقصات است و به نظر می‌رسد یکی از دلایل اصلی این امر عدم تطابق سازوکار تعیین‌شده در اجرای روش‌های مذکور با تحولات دهه اخیر، به‌خصوص، در زمینه ارتباطات و فناوری‌های دیجیتال است. وجود این نقصان اهمیت لزوم بازنگری در روش‌های برگزاری مناقصات مندرج در قانون مزبور را دوچندان نموده است تا از این طریق، قابلیت و اثربخشی قانون افزایش یابد و از حیث کاربرد نیز، با نیازهای امروزه و شرایط حاکم بر تجارت بین‌المللی منطبق باشد.

کلیدواژه‌ها: معاملات دولتی، مناقصات، قانون برگزاری مناقصات ایران، قانون نمونه تدارکات دولتی آنسیترا.

*. دانشجوی دوره دکتری تخصصی حقوق عمومی، واحد تهران - شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران

hd001001hd@gmail.com

، ایران

**. دانشیار گروه حقوق عمومی، عضو هیئت‌علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران

babbasi@ut.ac.ir

(نویسنده مسئول)

***. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه پیام نور، تهران

hkh.be82@yahoo.com

مقدمه

هدف قوانین مناقصه از ارائه روش‌های متنوع در انجام مناقصات این است که قانون‌گذار علاوه بر روش انجام مناقصه عمومی که در اغلب قوانین مناقصات روش معمول و پذیرفتنی است، بتواند روش‌های دیگری از مناقصه را به تصویب برساند که در دستیابی به اهداف قوانین مناقصات مانند رقابت، شفافیت و کارآمدی موفق عمل کند. ابداع روش‌های دیگر مناقصه با هدف نظام‌مند ساختن تمامی فرآیند خریدهای بخش عمومی صورت گرفته است. این روش‌ها دربرگیرنده انواع معاملات نظیر انجام معاملات ساده و دارای قیمت کمتر، معاملات مربوط به شرایط اضطراری و نیاز فوری به کالا یا خدمات و معاملات بسیار پیچیده و عمده می‌باشد که برگزاری مناقصه عمومی ممکن است نتواند به‌عنوان مناسب‌ترین شیوه خرید در شرایط فوق تلقی گردد.

این تحقیق بر آن است تا با بررسی تطبیقی انواع روش‌های برگزاری مناقصه در قانون برگزاری مناقصات ایران و قانون نمونه تدارکات دولتی آنسیترا، به این پرسش پاسخ دهد که تفاوت‌های روش برگزاری مناقصات در دو سند مزبور چیست و در شرایط حاضر کدام‌یک از آنها در تأمین اهداف حقوق مناقصات موفق‌تر عمل می‌کند. لازم به توضیح است باتوجه به این نکته که از زمان تصویب قانون برگزاری مناقصات ایران، صاحب‌نظران به تفصیل در مورد ضعف‌ها و معایب روش‌های برگزاری مناقصات در قانون مزبور سخن گفته‌اند؛^۱ لذا تمرکز در بیان موضوع، بر تشریح قواعد و ضوابط به‌کارگیری‌شده در قانون نمونه آنسیترا قرار گرفته است. بدین ترتیب ابتدا درخصوص روش‌های برگزاری مناقصات که در قانون ایران از آنها یاد شده است به اختصار توضیح داده می‌شود و در ادامه موضوعات مرتبط بیان‌شده در قانون نمونه با دقت نظر و تأمل بیشتر مورد بررسی قرار می‌گیرد. روش تحقیق در این نوشتار «مقایسه تطبیقی» است و بر تحلیل روش‌های موجود در سند آنسیترا و اسناد اجرایی آن، تحت‌عنوان «راهنمای اجرایی» سند مزبور، تأکید دارد که به مقتضای بحث، ضعف‌های قانون برگزاری مناقصات ایران در این موضوع را نیز برشمرده است. لازم به ذکر است، ارجاع مواد قانونی در هر بخش، مربوط به همان قانونی است که درخصوص آن بررسی انجام می‌شود.

۱. در این خصوص به برخی از آثار در فهرست منابع فارسی اشاره شده است. همچنین برای اطلاع بیشتر رجوع شود به: «باقرزاده، حقوق مناقصات، ۱۳۹۲، جلد اول»، «عیدی‌زاده، شرحی بر قانون برگزاری مناقصات، ۱۳۸۶»، «حبیب‌زاده، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، ۱۳۹۵»، «رحمانیان، آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری دولتی، ۱۳۹۵» و مقاله‌هایی نظیر «احمدی، آسیب‌شناسی فرآیند مناقصه و مزایده و شناسایی فسادهای آن، ۱۳۹۵، نشریه دانش آرزایی» و «رحمانی و میرزاده، آسیب‌شناسی حقوقی برگزاری مناقصات در ایران، ۱۳۹۴، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۷».

گفتار اول. روش‌های برگزاری مناقصه^۱ در قانون برگزاری مناقصات ایران^۲

طبق بند (ج) ماده (۱۱) این قانون، انجام معاملات بزرگ به یکی از دو روش مناقصه «عمومی» و «محدود» انجام‌شدنی است و همه معاملات در نصاب بالاتر از نصاب معاملات متوسط در این دو عنوان کلی جای گرفته است. نحوه این تقسیم‌بندی در بند (ب) ماده (۴) از نظر روش دعوت مناقصه‌گران تعریف شده است که براساس آن اراده مناقصه‌گزار برای برگزاری مناقصه یا باید از طریق فراخوان عمومی، یا از طریق ارسال دعوت‌نامه مکتوب و رسمی به مناقصه‌گران واجد شرایط، به اطلاع آنها رسانده شود. در صورتی که اطلاع از برگزاری مناقصه از طریق فراخوان عمومی انجام شود «مناقصه عمومی» و چنانچه طی مکاتبه مستقیم با مناقصه‌گر و از طریق دعوت‌نامه صورت پذیرد «مناقصه محدود» نامیده می‌شود.

پس از آن قانونگذار در بند (الف) همان ماده، مناقصات را از لحاظ مراحل بررسی پیشنهادها مناقصه‌گران به دو گروه طبقه‌بندی کرده است که براساس آن پیشنهادها ارائه‌شده توسط مناقصه‌گران به‌منظور دستیابی به کیفیت مطلوب خدمات و کالاها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. بدین معنی که در مناقصات پیچیده‌تر مناقصه‌گزار با تشکیل کمیته فنی‌بازرگانی، پیش از بررسی موضوع قیمت، ابتدا به ارزیابی کیفیت کالا و خدمات پیشنهادشده توسط مناقصه‌گر می‌پردازد و در صورت واجد شرایط بودن نسبت به ارزیابی مالی پیشنهادها اقدام می‌نماید که قانون از آن با عنوان «مناقصه یک‌مرحله‌ای» و «مناقصه دومرحله‌ای» یاد می‌کند؛ بنابراین وجه تمایز بین مناقصه یک‌مرحله‌ای از دومرحله‌ای وجود «ارزیابی فنی‌بازرگانی» است. بدین ترتیب در نظام حقوقی ایران تمامی مناقصات به یکی از طرق زیر برگزار می‌شود:

۱. ماده ۱۱ قانون برگزاری مناقصات ایران مصوب ۱۳۸۳.

۲. طرح قانون برگزاری مناقصات در سال ۱۳۸۲ و با هدف تجمیع قوانین و آیین‌نامه‌ها در قانونی واحد به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. باتوجه به ایراد شورای نگهبان در حوزه محدوده کاربرد قانون، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. سرانجام مجمع در جلسه مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۰۳ با اصلاحاتی اندک و با استثناء کردن نیروهای مسلح، قانون برگزاری مناقصات را تصویب کرد. مطابق با ماده ۳۰ قانون برگزاری مناقصات، این قانون از تاریخ تصویب (۱۳۸۳/۱۱/۰۳) لازم‌الاجرا شده است. براساس این قانون، هفت سند دیگر نیز به‌انضمام قانون باید به تصویب مراجع مختلف می‌رسید و ابلاغ می‌شد که شامل یک قانون دیگر، پنج آیین‌نامه اجرایی و یک مصوبه سالانه برای ترمیم نصاب‌های معاملات می‌باشد.

- مناقصه عمومی یک مرحله‌ای
- مناقصه عمومی دو مرحله‌ای
- مناقصه محدود یک مرحله‌ای
- مناقصه محدود دو مرحله‌ای^۱

البته ذکر این نکته ضروری است که در ماده (۲۷) قانون برگزاری مناقصات ایران، تحت شرایطی خاص، به انجام معاملات مذاکره‌ای، بدون رعایت تشریفات معمول در مناقصات نیز توجه شده است که با عنوان «ترک تشریفات مناقصه» شناخته می‌شود. بدین وصف که چنانچه انجام مناقصه با استفاده از هر یک از روش‌های فوق‌الذکر میسر نباشد، موضوع معامله را می‌توان به طرق دیگری و بدون رعایت تشریفات موضوع ماده (۴) قانون، از طریق مذاکره تأمین کرد.

بند اول. مناقصات یک مرحله‌ای

همان‌گونه که بیان شد، مناقصه یک مرحله‌ای «مناقصه‌ای است که در آن نیازی به ارزیابی فنی‌بازرگانی پیشنهادها نباشد. در این مناقصه پکت‌های پیشنهاد مناقصه‌گران در یک جلسه گشوده و در همان جلسه برنده مناقصه تعیین می‌شود». بدین معنی که مناقصه‌گزار برای معاملات ساده نیازی به بررسی و ارزیابی فنی‌بازرگانی و یافتن مرغوبیت کالا و خدمات نمی‌بیند؛ به همین دلیل طولانی‌کردن فرآیند مناقصه توجیهی ندارد؛ لذا در یک مرحله از میان مناقصه‌گران، کالا یا خدمات مورد نیاز خود را تأمین می‌کند.

بند دوم. مناقصات دو مرحله‌ای

در مناقصات دو مرحله‌ای کمیته فنی‌بازرگانی، پیشنهادهای فنی مناقصه‌گران را ارزیابی می‌کند. طبق بند (ه) ماده (۲) کمیته مذکور نسبت به ارزیابی فنی‌بازرگانی پیشنهادها که در آن مشخصات، استانداردها، کارآیی، دوام و سایر ویژگی‌های فنی‌بازرگانی پیشنهادها مناقصه‌گران بررسی، ارزیابی و پیشنهادهای پذیرفتنی برگزیده می‌شوند، اقدام نماید.

نحوه این ارزیابی در ماده (۱۹) قانون بیان شده است. معیارها و روش‌های ارزیابی فنی‌بازرگانی در اسناد مشخص می‌شود و کمیته نمی‌تواند پیشنهادها مناقصه‌گران را خارج از آنچه در اسناد ذکر شده است، ارزیابی نماید.

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، حقوق صنعت احداث: شرح قانون برگزاری مناقصات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲، ص

در مناقصات دومرحله‌ای بازگشایی پاکت‌های مالی مناقصه‌گران تنها پس از انجام ارزیابی فنی‌بازرگانی مجاز است. در این روش مناقصه، برای اطمینان از دستیابی به قیمت متناسب (موضوع بند (الف) ماده (۲) قانون) با کیفیت تعیین شده در اسناد مناقصه، برنده مناقصه با لحاظ نمودن اثر کیفیت در قیمت تعیین می‌شود و برای انجام آن، تأثیرگذاری امتیاز فنی در قیمت پیشنهادی مورد محاسبه قرار می‌گیرد که اصطلاحاً به آن «قیمت ترازشده»^۱ می‌گویند. مناقصه‌گر پیشنهاددهنده قیمت ترازشده پایین‌تر، به‌عنوان برنده مناقصه شناخته می‌شود.

بند سوم. مناقصه عمومی

در مناقصه عمومی تقاضای انجام خدمت یا خرید کالای مورد نیاز از طریق اعلان بین عموم داوطلبان انجام می‌شود؛ بنابراین، مناقصه عمومی مناقصه‌ای است که در آن، فراخوان مناقصه از طریق آگهی عمومی به اطلاع مناقصه‌گران می‌رسد. در صورت تصمیم کمیسیون مناقصه به دعوت از مناقصه‌گران به روش عمومی، فراخوان عمومی از طریق روزنامه‌های کثیرالانتشار و رسانه‌ها به اطلاع همگان می‌رسد.

علاوه بر اطلاع‌رسانی عمومی و عدم تبعیض در حضور متقاضیان در مناقصه، مناقصه عمومی دارای ویژگی‌های دیگری نیز می‌باشد. یکی از بارزترین این ویژگی که از نام آن پیداست، بررسی پیشنهادهای مناقصه‌گران به شیوه یکسان و فارغ از ملیت آنهاست.^۲ در قانون برگزاری مناقصات ایران به این اصل توجه نشده و قانونگذار به صراحت بر وجود تبعیض بین مناقصه‌گران داخلی و خارجی، حتی در مناقصات عمومی، تأکید کرده است (بند (د) ماده (۲۰) قانون). البته ممکن است این تصمیم بر مبنای وجود قانون پیشین «حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها مصوب ۱۳۷۵» اخذ شده باشد؛ لذا به نظر می‌رسد قانونگذار در تلاش است تا با ایجاد نوعی تبعیض مثبت برای مناقصه‌گران ایرانی، هم‌زمان با استفاده از حداکثر توان داخلی، از تجربه و دانش فنی خارجی نیز، در جهت تقویت پیمانکاران داخلی، بهره‌مند گردد.

۱. جزء ۲۲ بندالف ماده ۲ «آیین‌نامه اجرایی نظام مستندسازی و اطلاع‌رسانی»، مصوب ۱۳۸۵ هیئت‌وزیران.

۲. اصل عدم تبعیض بین مناقصه‌گران و ارزیابی آنها فارغ از ملیت، ازجمله اصول برگرفته از موافقت‌نامه‌های WTO و به‌خصوص «توافق‌نامه تدارکات دولتی» (GPA) می‌باشد که ازجمله منابع مهم مورد استفاده در تدوین قانون نمونه تدارکات دولتی آنسیترال به‌شمار می‌رود. رجوع شود به:

Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, October 2014, P4, Para10 and P6, Para17

و همچنین بند ۲ ماده ۳۳ قانون نمونه تدارکات دولتی آنسیترال.

بند چهارم. مناقصه محدود

مناقصه محدود روشی است که انجام عمل یا خرید کالا یا ترکیبی از این دو به مسابقه عده معدود و محدودی از اشخاص حقیقی و حقوقی که مورد شناسایی سازمان های عمومی است، به اختیار این سازمان ها گذارده می شود.^۱ روش مذکور بر مبنای دلایلی نظیر محدود بودن مناقصه گران صلاحیت دار یا شرایط اضطراری و با ارائه گزارش توجیهی که مورد تأیید و تصویب بالاترین مقام دستگاه مناقصه گزار قرار گیرد، انجام می شود. در این روش، مناقصه گزار، بدون انتشار فراخوان عمومی اجازه دارد تا با مراجعه به فهرست مناقصه گران صلاحیت دار و توانمندی که پیشتر در مورد آنها «ارزیابی صلاحیت» انجام شده است، طرف قرارداد خود را با رعایت تشریفات معمول در مناقصات عمومی انتخاب نماید.

در مناقصه محدود، مناقصه گزار رقابت را بین عموم ترتیب نمی دهد، بلکه از بین فهرست مناقصه گران صلاحیت دار، اشخاصی را برای شرکت در مناقصه دعوت می کند. لیکن با توجه به اینکه هدف قوانین مناقصات، از جمله قانون برگزاری مناقصات ایران، تأکید بر ایجاد فضای رقابت عمومی و حضور حداکثری مناقصه گران از طریق انجام «مناقصه عمومی» است؛ لزوم برگزاری مناقصه محدود را منوط به تشخیص و مسئولیت بالاترین مقام دستگاه مناقصه گزار نموده است تا محدودیت برگزاری مناقصه عمومی با ذکر ادله تأیید شود. در قانون برگزاری مناقصات ایران، مصادیقی از شرایط محتمل که مناقصه گزار با استناد با آن بتواند دلایل مراجعه به این نوع مناقصه را اثبات نماید، بیان نشده است و به طور کلی مراجعه به این روش مناقصه در مواردی است که گزارش توجیهی ارائه شده به تأیید بالاترین مقام دستگاه برسد.

گفتار دوم. روش های برگزاری مناقصات در قانون نمونه آنسیترا^۲

قانون نمونه با در نظر گرفتن این واقعیت که در انجام معاملات حوزه عمومی، وقوع شرایط خاص و وضعیت های متفاوت تأمین کالا و خدمات بر حسب موقعیت های اقتصادی و جایگاه سازمانی مناقصه گزار اجتناب ناپذیر است؛ با فرض وجود زیرساخت های لازم به خصوص در زمینه فن آوری ارتباطات، روش های متنوعی را برای جهت برگزاری مناقصات ارائه داده است.

۱. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ ششم، تهران، نشر حقوقدان، دانش نگار، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲.
۲. در سال ۱۹۹۴ کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل قانونی جامع را با عنوان قانون نمونه آنسیترا در مورد «تهیه کالا و خدمات و ساخت و ساز» مصوب نمود. لیکن در ادامه و در سال ۲۰۰۴ کمیسیون مزبور به این نتیجه رسید که قانون ۱۹۹۴ باید به روزرسانی شود. به ویژه در مواردی که از ارتباطات الکترونیک در مناقصه عمومی استفاده می شود؛ تا اینکه در سال ۲۰۱۱ قانون نمونه آنسیترا را تحت عنوان «قانون نمونه تدارکات دولتی» تصویب کرد.

از لحاظ انتخاب روش، هدف هر مناقصه باید براساس انتخاب واجد شرایط‌ترین شخص طرف قرارداد، در بهترین زمان و مناسب‌ترین شرایط قرار گیرد تا بتوان به بهترین و مناسب‌ترین پیشنهاد ارائه‌شده از سوی وی یا پیشنهادی که براساس آن قرارداد منعقد می‌گردد، دست یافت.^۱ در این راستا قانون نمونه نسبت به ابداع روش‌های دیگر مناقصه با هدف نظام‌مند ساختن تمامی فرآیند خریدهای بخش عمومی اقدام نموده است.

بند اول. مناقصه عمومی^۲

بند (۱) ماده (۲۸) قانون نمونه از مناقصه عمومی به‌عنوان روش پیش‌فرض در تمامی مناقصات نام برده است. بدین معنی که در اقدام به انجام معاملات و انتخاب طرف قرارداد، اصل بر استفاده از روش مناقصه عمومی است و استفاده از سایر روش‌های مناقصه نیازمند اثبات دلیل و ارائه گزارش توجیهی است؛ لذا تنها زمانی می‌توان از سایر روش‌ها استفاده نمود که شرایط انجام آن محقق شود. به همین دلیل از روش مناقصه عمومی اغلب به‌عنوان روشی یاد می‌شود که تضمین‌کننده بروز کمترین احتمال فساد و تقلب در آن است، لذا تمامی موارد استثناء در انجام آن باید صرفاً بر مبنای الزامات فنی یا محدودیت‌های زمانی و امنیتی قرار گیرد.^۳

عدم محدودیت افراد شرکت‌کننده و امکان ارائه شرح جامعی از موضوع مناقصه در اسناد، از ویژگی‌های مهم مراجعه به مناقصه عمومی می‌باشد. مراحل و اصول انجام مناقصه عمومی از دیدگاه قانون نمونه به‌صورت خلاصه به‌شرح ذیل است:

- فراخوان باید به‌صورت عمومی و بین‌المللی منتشر شود (ماده ۳۶)؛
- شرایط هریک از شرکت‌کننده‌ها و روش ارزیابی باید در فراخوان اعلام شود (بندهای (ب) و (پ) ماده ۳۷)؛
- مناقصه عموماً یک مرحله‌ای به همراه مهلت زمانی ارائه پیشنهاد است (بند (خ) ماده ۳۷ و بند (س) ماده ۳۹)؛
- پیشنهادها همگی باید مکتوب، امضا شده و در پاکت‌های دربسته ارائه شوند. در

1-Hackett,M. Statham,G,eds(2016),The Aqua Group Guide to Procurement, Tendering and Contract Administration,2nd ed.Wiley Blackwell,Chichester,West Sussex,2016, P35

2-Open tendering

3-Woods,G. Mantzaris.E ,Anti-Corruption Reader,Anti-Corruption Centre for Education and Research of the University .of Stellenbosch,School of Public Leadership,University of Stellenbosch,2012,P131

صورت وجود امکان ارائه پیشنهاد به صورت الکترونیکی، پیشنهادها باید طبق شرایط اعلام شده از سوی مناقصه گزار انجام می شود (بندهای (۱) و (۲) ماده ۴۰)؛

- پیشنهادها در جلسه عمومی گشایش می شود (بند (۲) ماده ۴۲)؛
- قرارداد با ارائه دهنده مناسب ترین قیمت یا کمترین قیمت، برحسب آنچه در اسناد قید شده است (جزء (ب) بند (۳) ماده ۴۳) و بدون انجام هرگونه مذاکره (ماده ۴۴) یا اصلاح قرارداد نسبت به آنچه در اسناد ذکر شده بود (بند (۳) ماده ۴۳)، به جز در موارد وجود اشتباهات جزئی که تغییر اساسی در ماهیت موضوع مناقصه و قرارداد نداشته باشد (جزء (ب) بند (۱) ماده ۴۳)، منعقد می گردد.

تفاوت عمده این روش با روش برگزاری مناقصات عمومی در قانون برگزاری مناقصات ایران، علی رغم تشابه در نام، این است که تمامی اسناد مربوط به پیشنهادها فنی و مالی در شیوه بیان شده در قانون نمونه، در قالب یک پیشنهاد (یک عنوان پاکت) ارائه می گردد و به صورت تفکیک شده و در پاکت های جداگانه قراردادده نمی شوند. روش اعلام برنده مناقصه نیز طبق روش بیان شده در اسناد انجام می شود. بدین ترتیب چنانچه نحوه تعیین برنده براساس کمترین قیمت باشد، ارائه دهنده پایین ترین قیمت پیشنهادی به عنوان برنده مناقصه اعلام می گردد و در صورتی که مقرر باشد شخص پیشنهاددهنده مقرون به صرفه ترین قیمت (قیمت میانگین) که معیارهای تشخیص آن در اسناد اعلام شده و شامل اجزای دیگر تشکیل دهنده قیمت است، عنوان نفر اول را از آن خود کند، به همین ترتیب عمل خواهد شد (مواد ۴۲ و ۴۳).

بند دوم. مناقصه محدود^۱

دلیل عمده ای که موجب می شود مناقصه محدود در مقایسه با مناقصه عمومی در سطح پایین تری از شفافیت قرار گیرد، عدم انتشار فراخوان عمومی است. قانون نمونه، در خصوص حداقل تعداد، نحوه انتخاب مناقصه گران و مرجع اعلام نام مناقصه گران صلاحیت دار سکوت کرده است و تعیین آن را به نهادهای قانون گذاری هر کشور سپرده است. در این قانون استفاده از روش مناقصه محدود فقط در دو مورد مجاز شناخته شده است. بر این اساس بند (۱) ماده (۲۹) بیان داشته است، مناقصه گزار صرفاً می تواند بنا به دلایل ذیل از روش مناقصه محدود در تأمین خدمات و کالای مورد نیاز خود استفاده نماید:

1-Restricted tendering

- موضوع مناقصه به دلیل پیچیده بودن و ماهیت تخصصی آن تنها توسط تعداد معدودی از مناقصه‌گران قابل ارائه باشد؛
- زمان و هزینه مورد نیاز برای بررسی و ارزیابی تعداد زیادی از مناقصه‌گران متناسب با ارزش و مبلغ مناقصه نباشد.

بنابراین در راستای اجرای بند (۱) ماده (۲۸) که استفاده از روش‌های دیگر مناقصه غیر از مناقصه عمومی را نیازمند گزارش توجیهی و تأیید آن توسط مقام ذیصلاح دانسته است، برخلاف قانون برگزاری مناقصات ایران که در بند (۲) ماده (۴) قانون، صرفاً از بیان محدودیت برگزاری مناقصه با ذکر ادله در تهیه گزارش توجیهی صحبت به میان آورده است؛ از دیدگاه قانون نمونه، گزارش مزبور که اتخاذ تصمیم بر مبنای آن صورت می‌گیرد، باید بر یکی از دو دلیل عمده فوق استوار باشد. البته انتقادی که به دلیل اول مراجعه به مناقصه محدود وارد می‌شود این است که بدون انتشار فراخوان عمومی نمی‌توان به این نکته پی‌برد که چه تعداد مناقصه‌گر دارای توانایی اجرای موضوع مناقصه هستند.^۱ علاوه بر آن باتوجه به عدم حضور فراگیر شرکت‌کنندگان در فرآیند مناقصه محدود در اغلب موارد نمی‌توان به متناسب‌ترین قیمت دست‌یافت. این موضوع سبب می‌شود که بر هدف اقتصادی بودن مناقصه خدشه وارد شود.

اگرچه انتشار فراخوان عمومی برای شرکت مناقصه‌گران در مناقصات محدود موضوعیت ندارد، ولی این موضوع به معنی عدم اطلاع‌رسانی همگانی مبنی بر انجام مناقصه محدود توسط مناقصه‌گزار نیست. بر این اساس مناقصه‌گزار موظف است تا نسبت به انتشار اعلان عمومی مبنی بر اعلام قصد خود بر انجام معامله با ذکر موضوع مناقصه به شیوه مناقصه محدود در شبکه‌های اطلاع‌رسانی اقدام نماید (بند (۵) ماده (۳۴) و چنانچه پس از اعلان عمومی، اشخاص فعال در زمینه موضوع مناقصه که از آنها برای شرکت در مناقصه محدود دعوت نشده باشد، اعلام آمادگی نمایند؛ در این شرایط، مناقصه‌گزار مجاز به رد درخواست آنها نخواهد بود.^۲

1-Arrowsmith,S,Public Procurement:An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard,International and Comparative Law Quarterly,2004,p17

2-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement,United Nations, 2014,P178.

بند سوم. استعلام قیمت^۱

یکی از اصول پذیرفته شده در ارتباط با نظام‌مند کردن فرآیند خرید، مستثنی نمودن معاملات با ارزش مبادله‌ای کمتر از فرآیند پیچیده و دست‌وپاگیر مناقصات بزرگ، با هدف صرفه‌جویی در وقت و در نتیجه مقرون به صرفه کردن خرید است. بر همین اساس قانون نمونه نیز از روش‌های ساده‌تری در تأمین نیازمندی‌های مناقصه‌گزار در موارد خریده‌های ساده و دارای قیمت پایین استفاده نموده است که از آن تحت عنوان «استعلام قیمت» یاد می‌شود و برای اجرای آن معمولاً حدنصابی در قوانین و مقررات تعیین می‌گردد.

بند (۲) ماده (۲۹) قانون نمونه مراجعه به این روش را در مواردی که ارائه کالا یا خدمات به آسانی در دسترس می‌باشد و موضوع مناقصه از پیچیدگی کمتری برخوردار است مجاز دانسته است؛ همچنین این روش می‌تواند در خصوص معاملاتی که در قوانین و مقررات داخلی برای آنها حدنصاب در نظر گرفته شده است، برای معاملات دارای حد نصاب پایین‌تر مورد عمل قرار بگیرد.^۲ این روش مشابه روش خرید در معاملات متوسط موضوع بند (ب) ماده (۱۱) قانون برگزاری مناقصات ایران است.

بدین ترتیب براساس قانون نمونه، مناقصه‌گزار باید نسبت به اخذ حداقل ۳ فقره استعلام اقدام نماید (بند (۲) ماده ۳۴). در این روش هرگونه مذاکره بین طرفین ممنوع است و هر مناقصه‌گر مجاز به ارائه یک پیشنهاد است. قیمت پیشنهادی مناقصه‌گری که «کمترین» قیمت پیشنهادی را ارائه داده باشد به‌عنوان برنده انتخاب می‌شود (ماده ۴۶).

در مقایسه با ماده مشابه آن در قانون برگزاری مناقصات ایران، مشاهده می‌شود که وظایف مربوط به مناقصه‌گزار در معاملات متوسط بر عهده کارپرداز قرار گرفته است و چنانچه بهای به دست آمده، که لزوماً به منزله کمترین قیمت نیست، مورد تأیید مسئول واحد تدارکاتی قرار گیرد، معامله قابل انجام است (بندهای (الف) و (ب) ماده (۱۱) قانون برگزاری مناقصات ایران). از دیدگاه قانون نمونه در استفاده از این روش نیازی به انتشار فراخوان عمومی نیست و فرم‌های استعلام قیمت می‌تواند مستقیماً برای تعداد زیادی از تأمین‌کننده‌ها ارسال شود که در صورت عدم امکان ارسال برای تمامی تأمین‌کننده‌ها، تعداد آنها نباید از ۳ کمتر

1-Request for quotations

2-Arrowsmith.S, Public Procurement Regulation: An Introduction, University of Nottingham, 2010, P43.

باشد. نحوه انتخاب افرادی که فرم‌های استعلام برای آنها باید ارسال شود مشخص نیست و عدم امکان اخذ استعلام از حداقل ۳ شخص مانع از ادامه فرآیند روش مزبور نمی‌شود.^۱

قانون نمونه به منظور جلوگیری از زمینه بروز انحصار در تأمین کالا یا دریافت خدمات از اشخاص محدود در استفاده از این روش، به‌کارگیری از آن را نیازمند گزارش توجیهی و تأیید مقام ذی‌صلاح دانسته است؛ بنابراین برخلاف قانون برگزاری مناقصات ایران که در آن وقوع معامله در محدوده حدنصاب تعیین شده در قوانین، ضوابط انجام معاملات را بر آن حاکم می‌کند، براساس قانون نمونه علاوه بر آن، نیازمند ارائه گزارش توجیهی و تأیید مقام ذی‌صلاح می‌باشد که این امر موجب نظارت بیشتر بر نحوه انجام معاملات سطح متوسط توسط مقامات مناقصه‌گزار می‌شود.

برخلاف قانون برگزاری مناقصات ایران که انجام هر معامله در محدوده معاملات متوسط را اجباراً از طریق اخذ سه فقره استعلام قابل انجام می‌داند؛ از نظر قانون نمونه، استفاده از این روش در انجام معاملات حد نصاب پایین‌تر اختیاری است و مناقصه‌گزار می‌تواند از سایر روش‌های مناقصه استفاده نماید. همچنین انجام معاملات متوسط به شیوه بیان شده در قانون برگزاری مناقصات ایران می‌تواند خطر ایجاد انحصار در اشخاص تأمین‌کننده را به دلیل وجود خریدهای تکراری به‌وجود آورد؛ به همین منظور قانون نمونه توصیه نموده است که استفاده از روش استعلام قیمت روش مناسبی برای انجام خریدهای مشابه و در بازه زمانی مشخص نمی‌باشد و در چنین مواردی استفاده از روش چهارچوب توافق را پیشنهاد نموده است.^۲

بند چهارم. درخواست پیشنهاد، بدون انجام مذاکره^۳

این روش مناقصه در مواردی به کار می‌رود که مناقصه‌گزار به منظور عدم تداخل و تأثیرپذیری فرآیند فنی و کیفی در ارزیابی مالی، قصد دارد تا پس از اتمام فرآیندهای ارزیابی کیفی و فنی، ابعاد مالی پیشنهادها را به صورت جداگانه مورد بررسی قرار دهد. همان‌گونه که از نام آن پیداست مناقصه‌گزار در انجام این فرآیند، از ابتدا تا انتها، از مذاکره

1-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P173

2-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P171 .

3-Request for proposals without negotiation .

با مناقصه‌گران منع شده است.^۱ ضرورت برگزاری مناقصه به این روش در مواردی است که ماهیت کیفی و فنی مناقصه دارای استاندارد مشابهی در حالت‌های مختلف است و ارزیابی مالی پیشنهادها برای مناقصه‌گزار از اهمیت بیشتری برخوردار است؛ بنابراین هر قسمت از پیشنهاد مناقصه‌گران که دارای ماهیت مالی است، از جمله قیمت نهایی آن، باید به صورت جداگانه و پس از انجام کامل ارزیابی کیفی و فنی مورد ارزیابی قرار گیرد.

روش اجرای این شیوه نیز بدین‌گونه است که مناقصه‌گران باید پیشنهادهای فنی و مالی خود را به تفکیک ارائه نمایند و مناقصه‌گزار نیز به ترتیب، پس از ارزیابی پیشنهادهای کیفی و فنی، نسبت به بررسی پیشنهادهای مالی اقدام می‌نماید و مناقصه‌گرانی که نتوانند حداقل الزامات کیفی و فنی مورد نظر مناقصه‌گزار را برآورده نمایند، از فرآیند ارزیابی مالی حذف خواهند شد. در ارزیابی مالی نیز باید تمامی عناصر مالی پیشنهاد که شامل قیمت نهایی و عناصر تشکیل‌دهنده قیمت نهایی هستند مورد ارزیابی قرار گیرند (بند ۱۰) ماده ۴۷). بدین ترتیب مناقصه‌گری به‌عنوان برنده انتخاب می‌شود که اولاً حداقل الزامات فنی موضوع مناقصه را برآورده کرده باشد (بندهای ۷) و (۸) ماده ۴۷) و ثانیاً قیمت نهایی و عناصر تشکیل‌دهنده آن به‌عنوان متناسب‌ترین قیمت مورد تأیید مناقصه‌گزار قرار گرفته باشد (بند ۱۰ ماده ۴۷). مناقصاتی که تحت‌عنوان مناقصات عمومی در قانون برگزاری مناقصات ایران از آن یاد می‌شود، از لحاظ ارائه پیشنهادهای فنی و مالی مناقصه‌گران به تفکیک در پاکت‌های جداگانه و همچنین نحوه گشایش پاکت‌ها، برگرفته از روش مناقصه مذکور است.

بند پنجم. دومرحله‌ای^۲

استدلالی که در ورای انتخاب این روش وجود دارد، در دو موضوع خلاصه می‌شود. در آغاز فرآیند، استفاده از این روش به مناقصه‌گزار اجازه می‌دهد با بررسی جنبه‌های فنی پیشنهاد و بحث‌های هدفمند درباره آنها، شرایط فنی مناقصه را که خود به‌تنهایی قادر به توصیف آن نبوده نهایی کند و در شرح دقیق موضوع مناقصه از نتایج حاصله استفاده نماید. پس از آن مناقصه‌گزار برای اطمینان از حفظ رقابت و ارتقاء کارایی می‌تواند، مرحله دوم را طبق روش مناقصه عمومی به سرانجام برساند. این روش برای انجام پروژه‌های بزرگ که دارای ابعاد فنی و تخصصی پیچیده هستند کاربرد دارد؛^۳ بنابراین از دیدگاه قانون نمونه مناقصات

1-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P174

2-Two-stage tendering .

3-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P187

دومرحله‌ای روشی است که در آن بررسی تمام ابعاد و جزئیات مربوط به بخش فنی موضوع مناقصه امکان‌پذیر نباشد و تعیین مفاد نهایی اسنادپیشنهاد، مستلزم فرآیند جداگانه‌ای است. به عبارتی در خصوص مناقصاتی که به دلیل پیچیده بودن موضوع مناقصه و به دلیل عدم آگاهی و تسلط کافی و یا در اختیار نداشتن امکانات و نیروهای انسانی متخصص، مناقصه‌گزار قادر به بررسی همه جانبه ابعاد موضوع مناقصه نیست می‌تواند از این روش استفاده نماید و از کمک مناقصه‌گران فعال در حوزه موضوع مناقصه که دارای توانایی و تجربه بیشتری هستند، در تهیه اسناد نهایی مناقصه برخوردار گردد.^۱

در این روش مناقصه‌گزار می‌تواند پس از اتمام مرحله‌اول مناقصه و نتایج به‌دست‌آمده از مذاکرات صورت گرفته، نسبت به اصلاح یا حذف بخش‌هایی از الزامات پیش‌بینی‌شده در اسناد مناقصه که در مرحله‌اول تعیین شده بود، اقدام نماید. به‌عنوان مثال، ممکن است بعد از ارزیابی پیشنهادهای مناقصه‌گران در مرحله‌اول و انجام مذاکره درخصوص پیشنهادهای ارائه شده، مناقصه‌گزار به این نتیجه برسد که در برآورد الزامات فنی و مباحث استاندارد و کیفیت محصول مرتکب خطا شده‌است. قانون نمونه در مرحله دوم این اجازه را به مناقصه‌گزار می‌دهد که نسبت به رفع و بهبود شرایط فنی موضوع مناقصه اقدام نماید. هرگونه حذف یا اصلاح بخش‌هایی از اسناد که به تأیید مناقصه‌گزار رسیده‌است باید به اطلاع تمامی مناقصه‌گران برسد (جزء (پ) بند (۴) ماده ۴۸).

نحوه اجرای انجام مناقصه مذکور نیز بدین صورت است که در مرحله‌اول مناقصه‌گزار نسبت به ارائه اسناد مناقصه که می‌تواند دربردارنده بخشی از اطلاعات کلی موضوع مناقصه، شرایط و ضوابط شرکت در مناقصه و الزامات فنی مورد نظر وی باشد، به مناقصه‌گران طی فراخوان عمومی اقدام می‌نماید. پس از آن مناقصه‌گران بالقوه پیشنهادهای خود را براساس اسناد مناقصه مزبور، بدون ذکر قیمت پیشنهادی، در مهلت مقرر ارائه می‌دهند. پیشنهادهای اولیه مناقصه‌گران ممکن است شامل راهکارهای فنی موجود در زمینه موضوع مناقصه، پیشنهادهای اصلاح الزامات فنی، در جهت تطابق با واقعیت موجود و شرایط رقابت باشد. مناقصه‌گزار پس از مطالعه پیشنهادهای ارائه شده، با مناقصه‌گرانی که پیشنهادهایشان از نظر وی پذیرفتنی شناخته شود، به مذاکره و بحث می‌پردازد تا براساس نتایج به‌دست آمده بتواند به شرح جزئیات دقیقی از موضوع مناقصه دست یابد. در این مرحله مناقصه‌گزار می‌تواند پیشنهادهای کاملاً نامربوط را مردود تلقی کرده و مناقصه‌گر را از شرکت در ادامه فرآیند محروم نماید (بند (۳) ماده ۴۸).

1-Nicholas, Caroline (2010), UNCITRAL on Government Procurement: Purpose, Objectives and Complementarity with the WTO, Uncitral.Org, 2010, P14

در مرحله دوم، مناقصه‌گرانی که از فرآیند رقابت حذف نشده‌اند، می‌توانند پیشنهادهای نهایی خود را براساس آخرین اصلاحات انجام شده در اسناد مناقصه که توسط مناقصه‌گزار تهیه شده‌است، همراه با درج قیمت پیشنهادی به مناقصه‌گزار تحویل نمایند (جزء الف) بند (۴) ماده (۴۸).

از معایب این روش تحمیل شرایط و انعقاد قرارداد با برنده‌ای است که ممکن است در مذاکره با مناقصه‌گزار و اصلاح اسنادپیشنهاد، نقش پررنگی نداشته باشد ولی پیشنهاد اولیه وی در مرحله اول از سوی مناقصه‌گزار مردود هم تلقی نشده است. اگرچه طبق جزء (ت) بند (۴) ماده (۴۸) مناقصه‌گری که تمایل به ارائه پیشنهاد در مرحله دوم نداشته باشد، می‌تواند بدون خطر ضبط ضمانت‌نامه، انصراف خود را ارائه پیشنهاد در مرحله دوم به مناقصه‌گزار اعلام کند.

همچنین طبق بند (۳۰) قانون نمونه، مناقصه‌گزار می‌تواند تحت وقوع شرایط خاص دیگری نیز به این روش مراجعه نماید. در این صورت چنانچه برگزاری مناقصه عمومی بنا به دلایلی نظیر عدم مشارکت مناقصه‌گران و یا انصراف برنده اول از انعقاد قرارداد، با شکست مواجه شود، مناقصه‌گزار می‌تواند با تبدیل مناقصه عمومی به مناقصه دومرحله‌ای از عقیم ماندن فرآیند مناقصه جلوگیری نماید. بدین معنی که به تبع فراخوان قبلی و با تغییر و اصلاح مفاد آن بخشی از اسناد پیشنهاد که موجب عدم تمایل شرکت‌کنندگان در مناقصه شده‌است، از مناقصه‌گران بخواهد تا نسبت به ارائه پیشنهاد جدید براساس اسناد مناقصه اصلاح شده اقدام نمایند. با توجه به توضیحات فوق، همان گونه که ملاحظه می‌شود تعریفی که از مناقصات دومرحله‌ای در قانون نمونه شده‌است با آنچه در قانون برگزاری مناقصات ایران وجود دارد، کاملاً متفاوت است.^۱

۱. براساس سند آنسیترا احتمال تغییر در مفاد اسناد و شرایط مناقصه مرحله اول و دوم پیش‌بینی شده‌است. این موضوع درمورد مناقصات دومرحله‌ای قانون مناقصات ایران، پس از عبور از مرحله اول، عملاً امکان پذیر نیست. همچنین انتخاب روش مناقصه دومرحله‌ای توسط مناقصه‌گزار در قانون نمونه ممکن است ناشی از عدم اقبال شرکت‌کنندگان در «مناقصات عمومی» باشد که در این خصوص هدف از انتخاب روش مناقصه دومرحله‌ای در آنسیترا کاملاً متفاوت از قانون برگزاری مناقصات ایران خواهد شد. به‌طور کلی هدف مناقصه‌گزار از انتخاب روش دومرحله‌ای در قانون مناقصات ایران مبتنی بر اعمال کیفیت موردنظر و از پیش تعیین شده در قیمت‌ها، از طریق ارزیابی فنی بازرگانی پیشنهاد هاست؛ درحالی که هدف از انجام مناقصات دومرحله‌ای براساس قانون نمونه شناخت نیاز واقعی پروژه در زمینه‌های فنی و براساس شرایط کنونی بازار است.

بند ششم. درخواست پیشنهاد همراه با گفت‌وگو^۱

روش مناقصه فوق نیز برای مناقصات دارای ابعاد نسبتاً پیچیده طراحی شده است که در آن مناقصه‌گزار به دنبال راه‌های نوآورانه و ابتکاری برای انجام تعهدات موضوع مناقصه می‌باشد. در این گونه موارد ممکن است تنظیم و شرح جزئیات موضوع مناقصه برای مناقصه‌گزار امکان‌پذیر نباشد و مناقصه‌گزار به این نتیجه برسد که مذاکره با مناقصه‌گران برای دستیابی به قابل‌قبول‌ترین راه‌حل در تأمین خدمات یا کالا مورد نیاز است (جزء الف) بند (۲) ماده (۳۰). به‌عنوان نمونه در انجام آزمایش یا امور پژوهشی ممکن است، مناقصه‌گزار به دنبال راهی برای صرفه‌جویی در مصرف انرژی برای انجام تعهدات موضوع مناقصه باشد یا بخواهد ضایعات حین انجام پروژه را به صورت بهینه در اجرای پروژه به‌کارگیرد؛ بنابراین طراحی و تنظیم موضوع مناقصه در مواردی که نتیجه کار مشخص نباشد، می‌توان از این روش برای انجام مناقصه استفاده نمود.

این روش مشابه روش مناقصه دومرحله‌ای قانون نمونه است؛ لیکن ماهیت و روش انجام مذاکره در دو روش متفاوت است. در این روش مناقصه‌گزار در جلسات متقابل با تمامی مناقصه‌گران به گفت‌وگو می‌پردازد. هر جلسه گفتگو شامل مراحل است که می‌تواند در موضوعات مختلف فنی، کیفی و نحوه اجرای تعهدات قراردادی و امور مالی متمرکز باشد. در مناقصات دو مرحله‌ای تمامی موضوعات مناقصه با تمامی اشخاص بالقوه در فرآیند مذاکره صورت نمی‌گیرد؛ بلکه مناقصه‌گزار ممکن است ترجیح دهد در مورد بخشی از موضوع مناقصه با برخی از اشخاص حاضر در مناقصه به مذاکره بپردازد.^۲

روش انجام مناقصه بدین صورت است که ابتدائاً مناقصه‌گزار حداقل الزامات مورد نیاز فنی را با شرح مختصری از موضوع مناقصه، حداقل شرایط برای واجد صلاحیت شدن برای شرکت در مناقصه و الزاماتی را که برای شرکت‌کننده‌ها در نظر گرفته شده است، از طریق اعلان فراخوان به اطلاع عموم می‌رساند (بند (۳) ماده ۴۹).

در مرحله بعد مناقصه‌گزار از مناقصه‌گران واجد صلاحیت برای شرکت در مذاکره دعوت می‌نماید. مذاکره توسط نمایندگان مناقصه‌گزار با تمامی مناقصه‌گران در موضوعات یکسان و در چهارچوب تعیین‌شده صورت می‌پذیرد. پس از انجام مذاکره در صورت نیاز،

1-Request for proposals with dialogue

2-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P195

اسناد مناقصه اصلاح خواهند شد و مناقصه گران «مناسبترین پیشنهاد نهایی»^۱ خود را براساس آخرین نسخه اسناد در مکان و موعد مقرر به مناقصه گزار تحویل می دهند. در ارزیابی پیشنهاد نهایی مناقصه گران هیچ مذاکره ای صورت نمی گیرد و پیشنهاد برنده پیشنهادی خواهد بود که به بهترین وجه الزامات مورد نیاز مناقصه گزار را تأمین نماید که لزوماً دارای کمترین قیمت نیست. این نوع روش مناقصه برای موضوعاتی که ماهیت انجام آن ارائه خدمات و امور مشاوره ای است، می تواند مفید واقع گردد.^۲

بند هفتم. درخواست پیشنهاد همراه با انجام مذاکرات متوالی^۳

مناقصه گزار زمانی که ابعاد مالی موضوع مناقصه برای وی مبهم و ناشناخته باشد به استفاده از این روش مراجعه می کند. در این روش مناقصه ابعاد فنی موضوع مناقصه کاملاً برای مناقصه گزار شناخته شده است. این روش مناقصه برای مناقصاتی که دارای ابعاد مالی پیچیده تری هستند، به کار گرفته می شود، به گونه ای که مذاکره در مورد آن اجتناب ناپذیر باشد؛ چراکه به دلیل ابعاد مبهم مالی و نحوه محاسبه قیمت واقعی معامله مناقصه گزار چاره ای جز انجام مذاکره با مناقصه گران ندارد و در خلال مذاکره است که می توان به برآورد مشخصی از موضوع مناقصه رسید (بند (۳) ماده ۳۰).

روش انجام مناقصه بدین ترتیب انجام می شود که پس از انتشار فراخوان عمومی (بند (۱) ماده ۵۰)، مناقصه گزار حداقل امتیازی را برای پیشنهادها براساس ویژگی های فنی، کیفی و اجرایی موضوع مناقصه تعیین می کند. مناقصه گران پیشنهاد های خود را در پاکت های مجزا و مهر و موم شده که حاوی مدارک فنی و پیشنهاد قیمت می باشد، ارائه می دهند. پس از آن مناقصه گزار براساس مدارک و مستندات فنی ارائه شده توسط مناقصه گران، نسبت به امتیازدهی اقدام می نماید. سپس از اشخاصی که موفق به کسب حداقل امتیاز شده اند و براساس امتیازهای کسب شده به صورت نزولی، فهرستی تهیه می شود و از آنها برای مذاکره در مورد پیشنهاد مالی دعوت به عمل می آید (بند (۲) ماده ۵۰). بدیهی است مناقصه گرانی که موفق به کسب حداقل امتیاز نشوند از شرکت در ادامه فرآیند محروم خواهند شد.^۴ پس

1-Best And Final Offer (BAFO)

2-Comparison of the International Instruments on Public Procurement»,Review of the World Bank's Procurement . Policies and Procedures,March 2013,P24-25

3-Request for proposals with consecutive negotiations .

4-Delaharpe,S,Public Procurement Law:A Comparative Analysis, Submitted in accordance with the requirements for the degree Doctor of Laws at the University of South Africa, 2009,P129

از تهیه فهرست، مرحله بعدی فرآیند یعنی گشایش پیشنهاد قیمت هریک از مناقصه‌گران و مذاکره درخصوص قیمت پیشنهادی برای حصول قیمت نهایی معامله آغاز می‌گردد. مذاکره با مناقصه‌گران مندرج در فهرست، با هدف چانه‌زنی بر قیمت نهایی، از مناقصه‌گر حائز بالاترین امتیاز آغاز می‌شود که در صورت عدم توافق بر مبلغ قرارداد، مناقصه‌گزار به نفر بعدی مراجعه می‌نماید و این فرآیند تا دستیابی به نتیجه مطلوب طرفین و انعقاد قرارداد یا رد تمامی پیشنهادهای مناقصه‌گران موجود در فهرست ادامه خواهد داشت. در ارزیابی مالی پیشنهادها، مناقصه‌گزار ممکن است به امتیازها و خصیصه‌های فنی مناقصه‌گران نیز توجه نماید و برنده مناقصه لزوماً پیشنهاد دهنده کمترین قیمت نمی‌باشد (بندهای (۳) و (۴) ماده ۵۰).

در این فرآیند و با هدف عدم اثرگذاری پیشنهادهای مالی افشا شده بر فرآیند مذاکره، پاکت‌های پیشنهاد قیمت در حضور عموم بازگشایی نمی‌شود و مناقصه‌گزار نیز مجاز نیست به مناقصه‌گری که فرآیند مذاکره با وی به اتمام رسیده مجدداً رجوع نماید (بند (۶) ماده ۵۰). روش مزبور مشابه روش «انتخاب مشاور براساس کیفیت» در آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره^۱ قانون برگزاری مناقصات ایران است، با این تفاوت که طبق آن در شرایطی بازگشت به مشاوره اولویت اول مجاز است که پیشنهاد قیمت مشاور اولویت دوم، گران‌تر از قیمت پیشنهادی مشاور اولویت اول باشد. لیکن از دیدگاه قانون نمونه، انعقاد قرارداد با مناقصه‌گری که مذاکره با وی بدون نتیجه، پایان پذیرفته است، تحت هر شرایطی، ممنوع می‌باشد. به نظر می‌رسد قانون نمونه در این خصوص تجدید فرآیند مناقصه را بر احتمال به‌وجود آمدن مخاطرات ناشی از سوء استفاده و فساد ترجیح داده است.

بند هشتم. مذاکرات رقابتی^۲

روش مذاکرات رقابتی روشی است که منحصراً در اجزای احصاء شده در بند (۴) ماده (۳۰) قانون کاربرد می‌یابد. بر این اساس در صورت نیاز به تأمین فوری موضوع مناقصه و عدم امکان استفاده از سایر روش‌های رقابتی مناقصه به دلیل زمانبر بودن آنها، مشروط بر اینکه شرایط به‌وجود آورنده این ضرورت، نه توسط مناقصه‌گزار قابل پیش‌بینی بوده باشد و نه ناشی از قصور و تأخیر در اجرای مناقصه توسط وی باشد؛ مناقصه‌گزار می‌تواند از این روش استفاده نماید. همچنین استفاده از این روش در زمان بروز حوادث غیرمترقبه و نیاز فوری به

۱. جزء ۲ بند (الف) ماده (۱۶) آیین‌نامه خرید خدمات مشاوره مصوب ۱۳۸۸.

2-Competitive negotiations

تأمین کالا و خدمات به منظور ادامه خدمات رسانی عمومی و رفع آسیب‌های ناشی از حوادث مزبور مجاز است. در خریدهای مربوط به حوزه‌های امنیتی و دفاعی نیز ضوابط و شرایط این روش قابل به کارگیری است. عدم توصیه به بکارگیری وسیع این روش در معاملات به دلیل انعطاف بسیار بالای آن و اعطای اختیارات وسیع به مناقصه‌گزار، درمقایسه با سایر روش‌های مناقصه، عنوان شده است. روش مزبور نسبت به سایر روش‌های پیش‌گفته از ماهیت غیرنظام‌مندتری برخوردار است که در آن مناقصه‌گزار دارای اعمال اختیار بیشتری است. این روش با هدف دستیابی به مناسب‌ترین روش تأمین کالا و خدمات مورد نیاز در شرایط اضطراری و فوق‌العاده طراحی شده است.

نحوه ارائه پیشنهاد در این روش مناقصه همانند شرایط بیان شده برای مناقصات محدود است که در آن اسناد مناقصه برای تعداد محدودی از مناقصه‌گران صلاحیت‌دار ارسال شده و از آنها برای ارائه پیشنهادهای خود دعوت می‌شود (بند (۱) ماده ۵۱). پس از آن و متعاقب مذاکره با مناقصه‌گران که با توجه به ماهیت روش مناقصه مزبور در دوره زمانی کوتاه باید به اتمام برسد،^۱ مناقصه‌گزار از آنها می‌خواهد نسبت به ارائه مناسب‌ترین پیشنهاد نهایی خود اقدام نمایند. مناقصه‌گزار می‌تواند تا پایان فرآیند ارزیابی و با أخذ تضامین مناسب مناقصه‌گران را وادار به پایبندی به پیشنهادهای خود (ایجاب) بنماید (بند (۳) ماده ۵۱). در زمان ارزیابی پیشنهاد نهایی مناقصه‌گران هیچ مذاکره‌ای صورت نمی‌گیرد (بند (۴) ماده ۵۱) و برنده مناقصه ارائه‌دهنده پیشنهادی است که به بهترین نحو به نیازهای مناقصه‌گزار پاسخ دهد (بند (۵) ماده ۵۱) که لزوماً پیشنهاددهنده کمترین قیمت نیست.

از مزیت‌های استفاده از این روش تنظیم روش ارجاع کار، حذف و کاهش هزینه‌های برگزاری مناقصه عنوان شده است. همچنین از طریق این روش الزامات واقعی مناقصه‌گزار برای مناقصه‌گران بهتر مورد شناسایی قرار گرفته و در نتیجه منجر به ارائه راهکارهای ابتکاری و نوآورانه در قالب پیشنهاد خواهد شد. استفاده از این روش در مواردی که موانع اجرایی بر سر راه برگزاری مناقصه قرار دارد به نحوی که هزینه انجام آن را به طرز چشمگیری افزایش می‌دهد، پاسخگوی نیاز مناقصه‌گزار به حساب می‌آید. ولی زیاده‌روی در استفاده از این روش نباید برای مناقصه‌گزار به امری جایگزین سایر روش‌های مناقصه تبدیل شود، به گونه‌ای که برای هر خرید به این روش مراجعه نماید.^۲

1-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P218

2-Metzger, Robert S. and Kramer, Lauren B, The Importance of Competitive Negotiations to State Information Technology .

Procurement, Procurement Lawyer, Volume 48, 2013, P19

بند نهم. خرید انحصاری^۱

برگزاری مناقصه به روش خرید انحصاری تنها روش غیر رقابتی برای تأمین کالا و خدمات در قانون نمونه است؛ بنابراین در دیدگاه قانون نمونه رجوع به این روش مناقصه باید به‌عنوان آخرین راهکار موجود مورد تلقی قرار گیرد و تنها در صورتی که مناقصه‌گزار از هیچ روش مناقصه دیگری نتواند استفاده کند به ناچار به این روش متوسل می‌شود.^۲ به‌طور معمول طبق بند (۵) ماده (۳۰) قانون نمونه استفاده از این روش در چند مورد مجاز دانسته شده است:

- موضوع مناقصه صرفاً از یک مناقصه‌گر خاص قابل دریافت باشد،
- مناقصه‌گر در موضوع مناقصه از حق تولید انحصاری برخوردار باشد،
- به دلیل وقوع حوادث فاجعه بار نیاز فوری به تأمین موضوع مناقصه وجود دارد.

البته در تفاوت با سایر روش‌های مناقصه که در زمان وقوع حوادث غیرمترقبه یا بلایای طبیعی مورد استفاده قرار می‌گیرد، استفاده از این روش به‌استناد دلایل مزبور باید حد بالایی از فوریت (مانند تأمین آب آشامیدنی یا لوازم و تجهیزات پزشکی برای مناطق سیل‌زده) را شامل گردد تا مناقصه‌گزار بتواند تنها با یک مناقصه‌گر در این خصوص به مذاکره بپردازد.^۳ همچنین در خصوص توسعه کالا، خدمات و فناوری‌هایی که از استانداردهای خاصی پیروی می‌کنند و مناقصه‌گزار به ناچار باید از خدمات همان شرکت تأمین‌کننده قبلی در توسعه موارد مزبور برخوردار گردد، می‌تواند از مزایای این روش استفاده نماید.

روش مزبور، روشی غیررقابتی برای تأمین کالا و خدمات محسوب می‌گردد، به همین دلیل جلوگیری از افشای اطلاعات مربوط به مناقصه و مذاکرات صورت گرفته با سهولت بیشتری نسبت به سایر روش‌ها مناقصه انجام می‌پذیرد؛ لذا استفاده از این روش به تدریج مورد علاقه بخش‌های دفاعی و نظامی قرار گرفته است. ولی با هدف جلوگیری از افزایش هزینه‌های عمومی، این رویکرد مورد توجه قرار دارد که دولت را وادار سازند تا در حد ممکن در استفاده از این روش اجتناب کند؛ زیرا براساس این رویکرد، شاخصه‌های مناقصه عمومی، تضمین‌کننده مقرون به صرفه‌ترین خرید برای بخش عمومی است و وجود مطالعاتی

1-Single-source procurement

2-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P220 .

3-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, United Nations, 2014, P221

نشان می‌دهد که خریدهای دفاعی فاقد این خصیصه (مقرون به صرفه بودن) می‌باشند و اغلب با هزینه‌های بالا در اختیار خریدار قرار می‌گیرند.^۱

فرآیند برگزاری مناقصه به این روش در ماده (۵۲) به اختصار بیان شده است. دلیل اختصار بیان شده در این ماده عدم ایجاد قواعد دست‌وپاگیر و انعطاف‌پذیری مناقصه‌گزار در اجرای مناقصه و ماهیت مذاکره‌ای در فرآیند مناقصه و انعقاد قرارداد را نشان می‌دهد. برگزاری مناقصه در این روش بدین صورت است که باتوجه به ماهیت مناقصه، مناقصه‌گزار در ابتدا پس از درج اعلان عمومی که انجام آن از اختیارات اوست، نسبت به ارسال اسناد مناقصه یا خلاصه شرح خدمات مورد نیاز خود به مناقصه‌گر مورد نظر اقدام می‌نماید. ممکن است بعد از درج اعلان عمومی تعدادی از متقاضیان واجد شرایط جهت شرکت در مناقصه به مناقصه‌گزار مراجعه نمایند که چنانچه مناقصه‌گزار قصد ادامه فرآیند را به صورت رقابتی مد نظر قرار داده باشد، می‌تواند با استفاده از شیوه «مذاکرات رقابتی» که از شفافیت و رقابت‌پذیری بالاتری برخوردار است، از ارائه پیشنهاد توسط مناقصه‌گران دیگر نیز استقبال نماید و یا در غیر این صورت فرآیند مناقصه را با همان مناقصه‌گر مورد نظر و اجرای فرآیند «خرید انحصاری» ادامه دهد. پس از ارائه پیشنهاد توسط مناقصه‌گر، مناقصه‌گزار پس از ارزیابی پیشنهاد و اطمینان از عدم ارائه مدارک خلاف واقع توسط مناقصه‌گر (ماده ۲۱)، با مناقصه‌گری که پیشنهاد توسط وی ارائه شده است (ماده ۵۲) در مورد قیمت نهایی به مذاکره می‌پردازد.

لذا با توضیحی که در خصوص استفاده از این روش ارائه شده است می‌توان به این نتیجه رسید که روش مزبور دارای بیشترین شباهت با نحوه تأمین کالا و خدمات به صورت «ترک تشریفات مناقصه» و «عدم الزام به برگزاری مناقصه»، موضوع مواد (۲۸) و (۲۹) در قانون برگزاری مناقصات ایران است. با این تفاوت که در روش ترک تشریفات مناقصه قانون ایران، موارد کاربرد استفاده از این روش محدود به موضوعات خاصی از مناقصه نشده است. به عبارت دیگر مناقصه‌گزار مجاز است تا در تمامی موضوعات مناقصه (حتی مناقصات پیمانکاری ساخت و تأمین کالا)، حسب ضرورت که لازمه آن ممکن است شامل ابعاد پیچیده مناقصه نباشد، از روش ترک تشریفات کالا یا خدمات مورد نیاز خود را تأمین نماید. روش تعریف‌شده از معاملات تحت این عنوان در قانون برگزاری مناقصات ایران، با حداقل قواعد الزام‌آور همراه است و قانون اختیار عمل زیادی در انجام آن برای مناقصه‌گزار قائل شده است؛ به نحوی

1-Pyman .M, R Wallson & D Scott, The Extent Of Single-sourcing In Defence Procurement And Its Relevance As A Corruption Risk: A First Look, Defence and Peace Economics, Vol.20(3), 2009, P215-232

که از مفهوم مخالف بند (الف) ماده (۱۳) آیین‌نامه ارزیابی کیفی چنین برمی‌آید که حتی مناقصه‌گزار از انجام ساده‌ترین ارزیابی‌ها درخصوص صلاحیت و پیشنهاد مناقصه‌گر معاف گردیده و در انتخاب طرف قرارداد با کمترین مانع روبه‌روست. این موضوع درخصوص موارد «عدم الزام به برگزاری مناقصه» به وضعیت بغرنج‌تری دچار است. درمورد اخیر، به‌استثنای خرید خدمات مشاوره که از طریق تصویب آیین‌نامه سازوکاری برای آن پیش‌بینی شده است، تأمین کالا و خدمات مورد نیاز با سهولت و بدون رعایت هیچ تشریفات انجام می‌شود و به نظر می‌رسد انجام این نوع معاملات مقید به هیچ قید الزام‌آوری نیست. این امر می‌تواند به انحصار در طرف قرارداد در این نوع معاملات منجر شود و زمینه بروز فساد و رانت را به طرز چشمگیری افزایش دهد.

بند دهم. حراج معکوس^۱

با توسعه فناوری به خصوص در زمینه فناوری اطلاعات، استفاده از ابزارهای بالقوه موجود در این‌گونه فناوری‌ها برای تأمین ملزومات، مورد توجه دولت‌ها و فعالان اقتصادی قرار گرفته است تا با کمک آن به تسریع در انجام معاملات و شناسایی امکانات و اشخاص مرتبط با حوزه فعالیت مشخص دست یابند. ابداع روش «حراج معکوس» برای ایجاد فرصت‌های تجاری بیشتر، تلاشی جهت دستیابی به این هدف می‌باشد که این موضوع به همراه کاهش به‌طور میانگین ۱۸ درصدی هزینه معاملاتی که با این روش انجام می‌شود موجب توسعه زیرساخت‌ها مرتبط با حوزه فناوری اطلاعات برای به‌کارگیری این روش در انجام معاملات خود شده‌است.^۲

در این فرآیند جایگاه رقابتی فروشنده و خریدار در حراج به معنای متداول عوض می‌شود و پس از اعلام نیاز خریدار (مناقصه‌گزار) برای کالا یا خدمات، فروشندگان (مناقصه‌گران) پیشنهاد قیمت فروش خود را در قبال ارائه آن کالا یا خدمات، به خریدار اعلام می‌کنند و این قیمت برای به دست آوردن قرارداد معامله، به‌طور مداوم بهینه شده و کاهش می‌یابد. در پایان مدت مشخص‌شده، ارائه‌دهنده پایین‌ترین قیمت، برنده خواهد بود. تمامی مراحل فرآیند به صورت الکترونیکی و آنلاین بوده و ارزیابی پیشنهادها به صورت خودکار و بدون دخالت مؤثر نیروی انسانی انجام می‌شود.

1-Electronic reverse auction

2-Ming,yan.Yurong Yuan,A Multi-attribute Reverse Auction Decision Making Model Based on Linear Programming, Systems Engineering Procedia 4,2012,P372

از این روش مناقصه می‌توان به‌عنوان اجرای کل فرآیند مناقصه یا برگزاری بخشی از فرآیند مناقصه استفاده کرد، لذا این روش با در نظر گرفتن مجموع شرایط به‌کارگیری در مراحل مختلف مناقصه طراحی شده است. با توجه به اینکه در انجام این فرآیند مذاکره‌ای صورت نمی‌گیرد و ارزیابی‌ها توسط سیستم و به‌صورت خودکار انجام می‌پذیرد؛ بنابراین مناقصه‌گزار باید به شرح جزئیات دقیق موضوع مناقصه واقف باشد و از سوی دیگر ایجاد رقابت تنگاتنگ با مشارکت بالای مناقصه‌گران در موضوع مناقصه موردانتظار باشد.

فرآیند مناقصه با انتشار فراخوان عمومی، بدون محدودیت و در سطح بین‌المللی، آغاز می‌شود و مناقصه‌گزار موظف است در فراخوان اطلاعات بیشتری را نسبت به فراخوان مناقصات عمومی برای شرکت‌کننده‌ها در مناقصه را ذکر نماید. در صورتی که ارزیابی صلاحیت پیش از انتشار فراخوان عمومی انجام شود، میزان امتیاز مکتسبه هر شخص به همراه دعوت نامه شرکت در حراج معکوس به اطلاع مناقصه‌گر صلاحیت‌دار می‌رسد (جزء (پ) بند (۴) ماده ۵۳) و اطلاعات و نام مناقصه‌گرانی که مجاز به شرکت در فرآیند حراج معکوس هستند، نزد مناقصه‌گزار محرمانه باقی می‌ماند (بند (۳) ماده ۵۶).

یکی از اهداف به‌کارگیری این روش در انجام مناقصه، ایجاد مشارکت حداکثری شرکت‌کننده‌ها در زمینه موضوع مناقصه می‌باشد. به همین دلیل مناقصه‌گزار به منظور تحقق این امر مقدار حداقلی برای تعداد شرکت‌کننده‌ها در نظر می‌گیرد که در صورت به حدنصاب نرسیدن تعداد مزبور فرآیند مناقصه لغو می‌گردد و ممکن است مناقصه به روش دیگری برگزار شود. تعداد حداقل در نظر گرفته شده تا حدامکان برحسب شرایط بازار و تعداد تقریبی فعالان موضوع مناقصه باید در سطح بالایی در نظر گرفته شود.

ارزیابی مالی پیشنهادها و تعیین برنده در این روش مناقصه براساس ارائه کمترین قیمت طراحی شده است؛ اگرچه مناقصه‌گزار می‌تواند معیارهای دیگری را برای تأثیر در قیمت نهایی مد نظر قرار دهد یا محدوده قیمت متعارف برای آن تعریف نماید. البته انجام معاملات در بستر اینترنت موجب بروز اختلاف نظر در بین صاحب‌نظران شده است. اگرچه برخی از انجام معاملات با این روش، به دلیل جلب اعتماد بیشتر به روش خرید، کاهش هزینه‌های خرید و ارتقاء مشارکت استقبال می‌نمایند^۱ ولی از سوی دیگر، برخی به دلیل بازخورد

1-Smart,A. Harrison, A(2002),Reverse Auctions as a Support Mechanism in Flexible Supply Chains, International Journal .of Logistics:Research & Applications, 5(3),2002,P275-285

منفی نهفته در کاهش ارتباط متقابل بین خریدار و فروشنده که به طبع موجب کاهش تدریجی مشارکت فروشنده‌ها می‌شود، درخصوص این موضوع هشدار داده‌اند.^۱

بند یازدهم. چهارچوب توافق^۲

روش چهارچوب توافق روشی است که در موارد نیاز مستمر مناقصه‌گزار به کالا و خدمات، در دوره زمانی مشخص و در مواردی که مناقصه‌گزار در آینده‌ای نه چندان دور ناگزیر به تأمین کالا و خدمات مشخصی باشد، ولی کمیت و ماهیت دقیق کالا یا خدمات برای وی نامشخص است، به کار گرفته می‌شود. اساساً چهارچوب توافق روشی است که طبق آن شرایط و ضوابط خرید کالا و خدمات در زمان آینده تنظیم می‌گردد. توافق‌نامه مذکور چهارچوب و سازوکار تعیین می‌کند که شرایط و موضوع قرارداد آتی بر مبنای آن قابل شکل‌گیری است. این موضوعات شامل مواردی چون مقدار کالایی که باید در زمان معین ارسال شود یا کاری که باید در آن زمان انجام گیرد، می‌باشد.^۳

روش چهارچوب توافق در قانون نمونه به‌عنوان روشی توصیف شده‌است که فرآیند آن در دو مرحله صورت می‌گیرد.^۴ براین اساس دومرحله مزبور ابتدا شامل انتخاب مناقصه‌گر/گران به‌عنوان طرفین توافق و پس از آن انعقاد قرارداد مناقصه تحت ضوابط توافق‌نامه، تنها با یکی از مناقصه‌گران (بند (۲) ماده ۶۲) طرف توافق‌نامه می‌باشد. مراحل انجام مناقصه و روش ارزیابی طرفین توافق‌نامه به‌طور خلاصه به‌شرح ذیل است:

- الف- فراخوانی مبنی بر اخذ پیشنهاد و مدارک استعلام صلاحیت منتشر می‌شود.
- ب- ارزیابی صلاحیت مناقصه‌گران و بررسی و ارزیابی پیشنهادهای ارائه‌شده توسط آنها براساس شرایط و ضوابط از پیش اعلام شده صورت می‌گیرد.
- پ- مناقصه‌گر/گران تأیید صلاحیت شده چهارچوب توافق‌نامه‌ای را تنظیم و به امضا می‌رسانند که در آن شرایط و ضوابط خرید در آینده و در محدوده بازه زمانی مشخص را بیان می‌کند. این قسمت مرحله‌اول فرآیند را شکل می‌دهد.

1-Emiliani,M.L.&Stec,D.J,Realizing savings from online reverse auctions, Supply Chain Management,7(1),2002,P12

2-Framework agreement

3-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement,United Nations, 2014,P253 .

4-Nicholas,Caroline(2010),UNCITRAL on Government Procurement:Purpose, Objectives and Complementarity with .the WTO,Uncitral.Org,2010,P22

ت- متعاقب آن و در صورت اعلام نیازمندی‌های مشخص از سوی مناقصه‌گزار و یا در زمانی که براساس برنامه‌زمانی تعیین شده موعد انعقاد قرارداد فرا برسد، قراردادی با مناقصه‌گزار/گران طرف توافق‌نامه، در چهارچوب شرایط و ضوابط بیان شده در توافق‌نامه منعقد خواهد شد (بند (ث) ماده ۲) که این مرحله به‌عنوان مرحله دوم شناخته می‌شود.

از لحاظ اشخاص طرفین توافق‌نامه، برای روش مزبور دو نوع تقسیم‌بندی قائل شده‌اند. قسم اول به «چهارچوب توافق باز» معروف است که براساس آن اشخاص دیگری (مناقصه‌گزار/گزاران یا مناقصه‌گر/گران) علاوه بر طرف‌های اولیه توافق‌نامه، بعدها بتوانند به‌عنوان طرف توافق‌نامه در فرآیند مناقصه تحت همان شرایط مشارکت نمایند. در این صورت مناقصه‌گزار موظف به انتشار فراخوان جدید، حداقل در دوره یک ساله، به منظور به‌روزرسانی فهرست باز و دعوت به عضویت اشخاص جدید، به‌عنوان طرفین توافق‌نامه، در فهرست می‌باشد (بند (۲) ماده ۶۱). در بخش دوم که «چهارچوب توافق بسته» نامیده می‌شود، برخلاف دسته‌اول، هیچ شخص دیگری (مناقصه‌گزار/گزاران یا مناقصه‌گر/گران) که جزء طرف‌های اولیه توافق‌نامه نبوده‌است، نمی‌تواند بعدها به طرف‌های توافق ملحق گردد.

از جمله موارد دیگری که باید برای استفاده از روش چهارچوب توافق مد نظر قرار گیرد تعیین حداکثر مدت زمانی است که توافق‌نامه تا آن مدت دارای اعتبار است. این مدت زمان معمولاً توسط قانونگذاران داخلی تعیین می‌شود. به‌عنوان نمونه این مدت زمان در نظام حقوقی انگلستان حداکثر ۴ سال ذکر شده است.^۱ ایجاد محدودیت زمانی با این هدف صورت می‌گیرد که از انحصار ارائه خدمات توسط یک مناقصه‌گر برای مدت زمان طولانی جلوگیری شود.^۲

نتیجه

از زمان تصویب قانون برگزاری مناقصات ایران حدود ۲۴ سال می‌گذرد و باتوجه به عدم به‌روزرسانی آن تا به این تاریخ و پیشرفت سریع فناوری اطلاعات در این دوره، طبعاً از عدم کارآمدی بیشتری رنج می‌برد که همین امر موجب افزایش هزینه‌های برگزاری مناقصه و طولانی شدن مدت زمان برگزاری شده است.

1-The Public Contracts Regulations,PUBLIC PROCUREMENT (www.legislation.gov.uk), 2015,Article 33(3)

2-Explanatory Note on framework Agreements",CC/2005/03_rev1EN, European Comission, Directorate General Internal Market and Services,Public Procurement Policy,Brussels, 2005,P6-7

روش‌های بیان‌شده در قانون برگزاری مناقصات ایران در مقایسه با قانون نمونه از تنوع بسیار کمتری برخوردار است و تمام انواع معاملاتی که در آنها مناقصه‌گزار موظف به رعایت تشریفات مقرر می‌باشد، تنها در دو عنوان کلی «مناقصه عمومی» و «مناقصه محدود» خلاصه شده است. عدم وجود تنوع روش‌های برگزاری مناقصات در قانون ایران سبب شده است تا گستره معاملاتی کمتری در قالب روش‌های نظام‌مند انجام گردد. راه کارهای متنوع قانون نمونه در نحوه ارزیابی مالی پیشنهادها موجب شده تا برنده مناقصات لزوماً ارائه‌دهنده کمترین قیمت پیشنهادی نباشد. قانون مذکور تمام تلاش خود را به کار گرفته است تا مناقصه‌گزار بتواند نیازهای واقعی فنی مناقصه را مورد شناسایی قرار دهد. نتیجه این اقدام، درک مناسب مناقصه‌گزار از شرایط فعلی بازار و اثربخشی آن در ارزیابی‌های فنی و مالی است که لاجرم مناقصه‌گزار را به تعیین برنده با «متناسب‌ترین قیمت» سوق می‌دهد. کلی‌گویی قانون برگزاری مناقصات ایران در انجام بخشی از معاملات و عدم ذکر مصادیق آن در روش‌های «مناقصه-محدود» و «ترک تشریفات» موجب شده است تا بسیاری از نهادهای مشمول قانون با ارائه گزارش‌های تکراری و غیرواقعی، از انجام تشریفات ضروری مناقصه سر باز زنند. این در حالی است که قانون نمونه، روش‌های متعددی را در برگزاری انواع مناقصات در شرایط محتمل مختلف ابداع نموده است تا در حد امکان از موارد استثناء و خریدهای خارج از تشریفات کاسته شود. به همین دلیل انجام معاملات به طرق غیررقابتی در ایران در برخی موارد روش‌های رقابتی پیشی گرفته است. قانون برگزاری مناقصات ایران در برخی موارد و با اعطای اختیارات غیرضرور، فرآیند خرید را بی هیچ ضابطه‌ای صرفاً منوط به «رعایت صرفه و صلاح» کرده است. اعطای اختیارات بیش از اندازه به مناقصه‌گزار موجب شده است، به ناچار و به منظور عدم سوءاستفاده از اختیارات اعطا شده، نظارت‌های سخت‌گیرانه‌ای از سوی نهادهای نظارتی اعمال شود تا جایی که به دخالت مستقیم در امور اجرایی توسط آنها منتهی شده است. این موضوع نمونه بارزی از تداخل مرزهای نظارت و اجرا تلقی می‌گردد. با وجود توسعه فناوری اطلاعات و وسایل ارتباطی پیشرفته، دستگاه‌های مناقصه‌گزار برای دوری از گزند اتهام تبانی و افشای اطلاعات محرمانه مناقصه و همچنین به دلیل عدم وجود زیرساخت‌های جلوگیری از نفوذ در شبکه‌های ارتباطی، ترجیح می‌دهند تا از روش‌های سنتی در انتشار فراخوان و تحویل و دریافت پیشنهاد اقدام نمایند که این امر موجب افزایش هزینه‌های برگزاری مناقصات و طولانی شدن فرآیند مناقصه می‌شود؛ لذا به نظر می‌رسد بازنگری در قانون برگزاری مناقصات ایران، به‌خصوص تعیین روش‌های جدید برگزاری مناقصات و متناسب‌سازی آن با شرایط و تحولات اخیر بین‌المللی گامی ضروری در جهت ارائه مطلوب خدمات عمومی توسط دستگاه‌های مشمول قانون باشد. وجود

تنوع در روش‌های برگزاری مناقصات موجب عدم رجوع به روش‌هایی از مناقصه می‌شود که در آن مناقصه‌گزار از اختیار و آزادی عمل بیش از اندازه برخوردار است. تحقق این امر نقش به‌سزایی در پیشگیری از فساد معاملات دولتی را در پی خواهد داشت.

فهرست منابع الف. منابع فارسی

- ۱- اسماعیلی‌هریسی، ابراهیم، حقوق صنعت احداث: شرح قانون برگزاری مناقصات، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
- ۲- انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ ششم، تهران، نشر حقوقدان: دانش نگار، ۱۳۹۰.

ب. منابع انگلیسی

۱. کتاب

- 1-Arrowsmith.S(2004),Public Procurement:An Appraisal of the Uncitral Model Law as a Global Standard,International and Comparative Law Quarterly
- 2-Arrowsmith.S(2010),Public Procurement Regulation:An Introduction, University of Nottingham
- 3-Hackett,M. Statham,G,eds(2016),The Aqua Group Guide to Procurement, Tendering and Contract Administration,2nd ed.Wiley Blackwell,Chichester,West Sussex
- 4-Delaharpe,S(2009),Public Procurement Law:A Comparative Analysis, Submitted in accordance with the requirements for the degree Doctor of Laws at the University of South Africa
- 5-Emiliani,M.L&Stec,D.J(2002),Realizing savings from online reverse auctions, Supply Chain Management,7(1)
- 6-Metzger,RobertS. and Kramer.Lauren B(2013),The Importance of Competitive Negotiations to State Information Technology Procurement,Procurement Lawyer, Volume 48
- 7-Ming,yan.Yurong Yuan(2012),A Multi-attribute Reverse Auction Decision Making Model Based on Linear Programming,Systems Engineering Procedia4
- 8-Nicholas,Caroline(2010),UNCITRAL on Government Procurement:Purpose, Objectives and Complementarity with the WTO,Uncitral.Org

9-Pyman .M, R Wallson & D Scott(2009),The Extent Of Single-sourcing In Defence Procurement And Its Relevance As A Corruption Risk:A First Look, Defence and Peace .(Economics,Vol.20(3

10-Smart,A. Harrison, A(2002),Reverse Auctions as a Support Mechanism in Flexible .(Supply Chains, International Journal of Logistics:Research & Applications, 5(3

11-Woods,G. Mantzaris,E(2012),Anti-Corruption Reader,Anti-Corruption Centre for Education and Research of the University of Stellenbosch,School of Public Leadership,University of Stellenbosch

۲. مقاله

1-Comparison of the International Instruments on Public Procurement»,Review of the» .World Bank's Procurement Policies and Procedures,March 2013

2-Explanatory Note on framework Agreements»,CC/2005/03_rev1EN, European» Comission,Directorate General Internal Market and Services,Public Procurement Policy,Brussels,p6-7,2005

ج. قوانین:

۱- قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳.

۳- آیین‌نامه اجرایی نظام مستند سازی و اطلاع رسانی مناقصات، مصوب ۱۳۸۵ هیئت وزیران.

۴- آیین‌نامه اجرایی خرید خدمات مشاوره، مصوب ۱۳۸۸ وزیرای عضو کمیسیون اقتصاد.

5-UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2014

6-Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement,United Nations,October 2014

7-The Public Contracts Regulations, PUBLIC PROCUREMENT, 102 (www.legislation.gov.uk), 2015

نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی در ایران در پرتو اصول حکمرانی مطلوب

میترا اسماعیلی*

منوچهر توسلی نائینی**

علی رادان جبلی***

چکیده

ارتقاء نظام حقوقی حاکم بر قرارداد پیمانکاری دولتی از حیث کیفی، در پرتو توجه به برخی از اصول امکان‌پذیر است. این اصول با آنچه که در ادبیات سیاسی، حقوقی و مدیریتی دهه هشتاد میلادی به عنوان «حکمرانی مطلوب» شناخته شده قرابت مفهومی و مرزهای مشترک و درهم تنیده‌شده‌ای دارد. شفافیت، مشارکت‌جویی، حاکمیت قانون، پاسخگویی، کارآمدی و اثر بخشی در زمره مهم‌ترین این اصول‌اند. در این مقاله نگارنده‌ها پس از تشریح مختصر نظریه حکمرانی مطلوب و تبیین معرفه‌های آن، به نقد نظام حاکم بر قراردادهای پیمانکاری دولتی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب پرداخته‌اند. در برخی موارد نقدهای وارد شده به قانون و در پاره‌ای از موارد به رویه‌ها، تصمیم‌گیری‌ها و تعیین خط‌مشی و سیاست‌گذاری در این‌باره بازمی‌گردد. در پایان پیشنهادهایی در جهت اصلاح قانون و تغییر در شیوه تعیین روش‌ها و تصمیم‌سازی ارائه شده است. در مجموع استفاده از مدل حکمرانی مطلوب در قراردادهای اداری الگوی مناسبی در جهت بهبود، ارتقاء، کارآمدی و اثربخشی نظام حقوقی حاکم بر پیمانکاری دولتی به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها: پیمانکاری دولتی، حاکمیت قانون، حکمرانی مطلوب، قرارداد اداری، کارآمدی و اثر بخشی.

*. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان (نویسنده مسئول)

ahmadilida68@yahoo.com

tavassoli@ase.ui.ac.ir

dr.aliradan@gmail.com

**. دانشیار دانشگاه اصفهان

***. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان

مقدمه

تاریخ شکل‌گیری عقاید کلاسیک راجع به اقتصاد سیاسی با قراردادهای اداری پیوند ناگسستنی دارد. از مهم‌ترین متفکرانی که اندیشه‌های او بر تحولات اقتصادی عصر حاضر مؤثر بوده می‌توان به آدام اسمیت اشاره کرد. وی گرایش به ارائه استدلال و مواظبی در خصوص بی‌بندوباری بازار داشت. در اندیشه او نقش دولت تنها به برعهده گرفتن کارکردهای سنتی محدود شده بود. اسمیت هرگز از عبارت اقتصاد آزاد استفاده نکرد ولی توصیه او به دولت آن بود که بگذارد بازار تنها بماند. دولت باید تسلط بر بازار داشته باشد اما بدون غفلت از برقراری صلح داخلی و نظم. در واقع دولت باید به وسیله ایجاد یک محیط صلح‌آمیز بدون مداخله مستقیم به بازار انسجام بخشد. به این منظور این نهاد باید اقدام به تشکیل نهادهایی نظیر پلیس، دادگاه‌ها و مجالس قانونگذاری کند. او معتقد بود که رکود بزرگ^۱ این واقعیت را نشان داده که بازار نمی‌تواند تنها به وسیله نیروهای خودش اداره شود و دولت باید به تنظیم آن بپردازد.

اما نسل بعدی اقتصاددانان سیاسی به ابداع دولت رفاه^۲ پرداختند که علاوه بر تنظیم بازار و ارائه خدمات عمومی نظیر آموزش و پرورش به موضوع سلامت، حمل و نقل، آب، روشنایی، بهسازی، بازسازی و ... نیز نظر دارد.^۳ نظریه دولت رفاه در کشورهای لیبرال در راستای جبران کاستی‌های عدم ورود دولت در عرصه‌های اقتصادی مطرح شد.^۴ دولت رفاه به معنی وجود استانداردهای سنجیده و هوشمندانه‌ای در زمینه تأسیس حداقل استاندارد زندگی برای تمام شهروندان و ارتقاء برابری در فرصت‌های زندگی است و در آن به هیچ وجه تردیدی در زمینه ضرورت تمرکز کلیه نهادهای رسمی بر تأمین خدمات همگانی وجود ندارد. در ادبیات موجود بر دو اصل اساسی تأمین خدمات رفاهی به منظور تضمین بقاء در شرایط اقتصاد آزاد و وجود دولت دموکراتیک تأکید شده است؛^۵ بنابراین به غیر از کارکردهای سنتی، دولت به ارائه خدمات عمومی ذکرشده نیز می‌پرداخت. در این بین اساساً دولت از وجه رسمی‌اش

1-Great Depression

2-welfare state .

3-Wondwossen wakene, the law of administrative contract, prepared under the sponsorship of the justice and legal. system research institute, 2009, p2

۴. حبیب نژاد، سید احمد، سلمانی سیبکی، مرضیه، نسبت سنجی نظریه دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه فقر زدایی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره پنجم، زمستان ۱۳۹۹، ص ۵۹-۸۸، ص ۶۱.

۵. زاهدی مازندرانی، محمد جواد، افول و ظهور دولت رفاه، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال دوم، شماره سوم، پاییز ۱۳۷۹، شماره ۶، صص ۱۲۹-۱۶۴، ص ۱۳۳.

به وسیله نیروی اجبار برای حفاظت از کارکردهای خود بهره می‌برد؛ اما با توسعه گونه‌ها و ماهیت کارکردهای دولت و به دلیل دستیابی به اهدافش، ورود این نهاد به حیطه قراردادهای آغاز شد. به هر دو دلیل قدرت و صلاحیت دولت در استفاده از نیروی اجبار یا حق او در وارد شدن به قراردادهای دولت تلاش می‌کند که کارکردهای رشدیافته خود را به سرانجام مقصود رساند. بدین منظور برای استفاده از ظرفیت‌های قراردادی، دولت به گونه خاصی از قراردادهای به نام «قرارداد اداری» توسل جسته است.^۱ امروزه قراردادهای پیمانکاری دولتی یکی از خطوط اصلی شریان حیات اقتصادی کشور محسوب می‌شوند. به دلیل طرح نظریاتی پیرامون شکل‌گیری دولت حداقلی در اقتصاد از یک سو و الزاماتی که از طرف دیگر در دموکراسی‌های مدرن برای دولت‌ها وجود دارد، قرارداد اداری نیز شاهد تغییراتی در بنیان و ماهیت خود بوده است که این تغییرات، به تحولات حقوق اداری در عصر حاضر باز می‌گردد.

توازن میان حقوق پیمانکار و واگذارکننده پیمان یعنی دولت، یکی از چالش‌های نوظهور در زمینه قراردادهای اداری است؛ زیرا دولت تصمیم‌گیرنده مطلق، انحصارطلب و دیوان‌سالار نمی‌تواند مدیریت مطلوبی بر منابع مالی و انسانی داشته باشد. در حکمرانی مطلوب انحصار تصمیم‌گیری در مورد پدیده‌های عمومی از دست دولت خارج می‌شود و با مشارکت شهروندان، گروه‌های ذی‌نفع و بنگاه‌های خصوصی صلاحیت‌دار، امور عمومی جامعه اداره و اجراء می‌شود. دولت به هنگام تفویض اختیار اداره امور عمومی به اشخاص حقوق خصوصی نیاز به انعقاد قرارداد، تحت الزامات و محدودیت‌های حقوق اداری دارد. این محدودیت‌ها و الزامات که در قوانین و مقررات عام و خاص حقوق اداری توسط قانونگذار پیش‌بینی شده‌اند در ذات و ماهیت خود از اصولی نشأت می‌گیرند که امروزه برای داشتن یک «اداره خوب» تبعیت از آن ضروری است. رعایت این اصول و مؤلفه‌ها که تحت عنوان حکمرانی خوب شناخته می‌شوند در مرحله انعقاد، اجراء و اداره قراردادهای پیمانکاری دولتی می‌تواند تضمین‌کننده اثربخشی و کارآمدی آن باشد. در این مقاله نگارندگان پس از طرح مفهومی قرارداد اداری و پیمانکاری دولتی، به شرح اصول حکمرانی مطلوب و درنهایت نقدهای وارده بر پیمانکاری دولتی در پرتو این اصول خواهند پرداخت.

1-Wondwossen wakene, the law of administrative contract, prepared under the sponsorship of the justice and legal system research institute, 2009, p2

گفتار اول. مفهوم پیمانکاری دولتی

هدف اولیه در تعاملات دولتی حفظ اقتدار دولت است؛ مفهومی که در وجه فرانسوی آن در ایران رواج یافته و با مقوله شریعت نیز گره خورده است. پیمانکاری دولتی نیز از این مفهوم مستثنی نیست زیرا یک طرف این رابطه همواره دولت است.^۱ قراردادهای منعقدشده میان دولت و دستگاه‌های دولتی با اشخاص حقوق خصوصی در نظام حقوقی فرانسه با عنوان «قراردادهای اداری»^۲، و در نظام حقوقی آمریکا با نام «قراردادهای دولتی»^۳ و در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی نظیر استرالیا، هند و کشورهای شبه‌جزیره اسکانندیناوی به عنوان «قراردادهای عمومی»^۴ به رسمیت شناخته می‌شوند.^۵ اما در آثار و نوشته‌های حقوقدانان ایرانی هر سه مورد به کار رفته است.^۶ این نوع از قرارداد در نظام‌های حقوقی نوشته یا فرانسوی ماهیتی متفاوت از قراردادهای خصوصی دارد و این خود به تفکیک بین حقوق عمومی و خصوصی در نظام‌های رومی ژرمنی مربوط است. رنه دیوید حقوق‌دان مشهور فرانسوی در این باره می‌گوید:

«به عنوان یک محقق حقوقی فرانسوی فکر می‌کنم این مناسب است که در طبقه‌بندی ما از حقوق، حقوق عمومی باید از حقوق خصوصی تمیز داده شود. این مسئله به ویژه در جدایی حقوق مدنی از حقوق اداری اهمیت دارد... قراردادهایی که به وسیله نهادهای عمومی منعقد شده ما را مجاز می‌سازد که آنها را قرارداد اداری بنامیم».^۷

پیمانکاری قراردادی است که در آن پیمانکار، طی موافقتنامه پیمان، برای دوره زمانی مشخص انجام یا تکمیل کار را بر عهده می‌گیرد. دولت بسیاری از کارهای حقوقی خود را از طریق مقاطعه‌کاری به دیگران واگذار می‌کند. در مقاطعه‌کاری برای شخصیت پیمانکار هیچ

۱. دشتی، تقی، حائری اصفهانی، شهاب، داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۹، صص ۱۳۵-۱۵۳، ص ۱۳۸.

2-Administrative Contract

3-Government Contract

4-Public Contract

۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۹۰، ص ۳۶.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۵، ص ۳۱۱.

7-Wondwossen wakene, the law of administrative contract, prepared under the sponsorship of the justice and legal system research institute, 2009, p5

امتیاز خاصی در نظر گرفته نمی‌شود و آنان صرفاً از طریق رقابت و شرکت در مزایده و مناقصه طرف معامله دولت قرار می‌گیرند. قرارداد پیمانکاری دولتی مجال بحث و گفت‌وگوی زیادی برای طرف قرارداد یعنی پیمانکار باقی نمی‌گذارد، به این معنی که شرایط اجرای قرارداد را اداره قبلاً در مدارکی تعیین نموده و فقط راجع به تعیین قیمت که باید به پیمانکار پرداخت شود آن هم به طریق خاص بحث و گفتگو به عمل می‌آید.^۱

درواقع ماهیت نابرابر حقوق عمومی که ناشی از روابط نابرابر این حقوق است، بر نظام حقوقی حاکم بر پیمان‌های دولتی نیز تأثیر گذاشته است. این اصول و قواعد که مبین قدرت سیاسی و اداری دولت است بر روابط پیمانکاران با اشخاص حقوق خصوصی نیز مؤثر بوده است.^۲ با وجود آنکه اعمال اقتدار یک‌طرفه دولت بر قراردادهای پیمانکاری موضوعی مبرهن است اما دلیل اینکه ارائه خدمات عمومی در راستای اصل استمرار خدمات عمومی نیز از کارکردهای اداره است، می‌توان نرمش از سوی دولت اقدام به مشارکت و همکاری را برای انجام پیمانکاری انتظار داشت. ظهور و رسمیت «تئوری عدم پیش‌بینی» در حقوق اداری فرانسه در رأی مورخ ۳۰ مارس ۱۹۱۶ در پرونده «شرکت گاز بردو» از وقایع مرتبط با این موضوع است.

شورای دولتی فرانسه در رأی مورخ ۳۰ مارس ۱۹۱۶ در پرونده معروف به «شرکت گاز بردو» از رویه محاکم عمومی عدول کرد و امور پیش‌بینی‌ناپذیر را یکی از علل و اسباب تجدیدنظر در قرارداد اداری دانست^۳ و مطالبه خسارت در صورت عدم تجدیدنظر در قرارداد را به وسیله زیان‌دیده پذیرفت؛ چراکه اگر رأی شورای دولتی به سود شورای شهر صادر می‌شد، خدمات عمومی و اجتماعی برای تأمین انرژی گاز شهر می‌بایست بر مبنای مبالغ مورد توافق زمان انعقاد قرارداد صورت می‌گرفت. خلاصه موضوع این پرونده از این قرار است که در سال ۱۹۰۴ قراردادی بین مسئولین شهر بردو و یک شرکت خصوصی جهت تأمین انرژی گاز این شهر به صورت مقاطعه و به مدت سی سال منعقد گردید. با شروع جنگ جهانی اول و به دنبال اشغال قسمت‌های مهمی از محل‌های استخراج زغال‌سنگ در اروپای مرکزی از سوی طرف‌های دیگر، تهیه و استخراج زغال فوق‌العاده مشکل شده بود. به‌علاوه، با شروع جنگ دریایی، حمل کالاهای از طریق دریا بسیار خطرناک و گران شد.

۱. شیدفر، زین العابدین، **حقوق عمومی و اداری**، چاپ دوم، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۴۲، ص ۱۰۰.

۲. دو میشل، آندره و لالومی یر، پی یر، **حقوق عمومی**، ترجمه ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، چاپ اول، نشر دادگستر،

۱۳۷۶، ص ۱۴.

بالارفتن قیمت زغال‌سنگ که ماده اولیه تولید الکتریسیته و گاز بود، سبب افزایش هزینه‌های این دو نیرو گردید و در نتیجه تعادل اقتصادی در قرارداد تنظیمی شدیداً دگرگون شد. شرکت مقاطعه‌کار، مراتب را به مسئولان شهر اطلاع داد و تقاضای افزایش قیمت‌ها را نمود که با مخالفت شورای شهر روبه‌رو شد. شرکت گاز بورโด که خود را در معرض ورشکستگی و توقف و تعطیل کار می‌دید، در شورای دولتی فرانسه شکایتی طرح نمود. در نهایت شورای دولتی پذیرفت که شهرداری را نمی‌توان به افزایش نرخ گاز مجبور کرد؛ چراکه تعیین شرایط انجام این خدمت عمومی با مقام مسئول شهر است، ولی به شرکت بورโด حق می‌دهد که از شهرداری در صورت خودداری از تجدیدنظر، بر این مبنا که افزایش ناگهانی و پیش‌بینی نشده نرخ زغال‌سنگ، تکلیفی خارج از قرارداد بر شرکت تحمیل می‌کند، خسارت بگیرد.

گفتار دوم. چیستی حکمرانی مطلوب

حکمرانی مطلوب واژه‌ای است چالش‌برانگیز و پیچیده. شرح این مهم را ابتدا با توضیحی در مورد حکومت و حکمرانی آغاز خواهیم کرد؛ چراکه حکمرانی^۱ با حکومت^۲ مترادف نیست. پرسش این است که حکمرانی از چه موضوعی بحث می‌کند؟ حکمرانی در خصوص تعامل میان دولت‌ها و سایر نهادها و سازمان‌های اجتماعی و همچنین چگونگی ارتباط آنها با شهروندان و سیاست‌گذاری در خصوص اتخاذ تصمیم صحبت می‌کند. به همین جهت حکمرانی فرآیندی است که به موجب آن جوامع یا سازمان‌ها می‌توانند تصمیم‌های مهم‌شان را گرفته و معلوم نمایند که چه کسانی در فرآیند مربوط شرکت جویند. دولت، بخش خصوصی و جامعه مدنی را می‌توان بازیگران و تصمیم‌گیرهای عرصه حکمرانی، قلمداد کرد.^۳ صفت خوبی یا مطلوبیت^۴ متصل به حکمرانی که نشان‌دهنده توجه به کیفیت ارائه خدمات است به شکل ترکیب اضافی حکمرانی مطلوب یا حکمرانی خوب^۵ پس از دهه هشتاد میلادی در ادبیات سیاسی و حقوقی نمود پیدا کرد. نهادهای بین‌المللی تعریف‌های متفاوتی را از این اصطلاح ارائه کرده‌اند، به عنوان مثال برنامه توسعه سازمان ملل،^۶ حکمرانی مطلوب

1-governance

2-government

3-John bullivant, burgess.R. Corbett-nolan.A. and godfrey,K. good governance handbook, healthcare quality improvement partnership and good governance institute.2000.p38

4-good

5-Good governance

6-UNDP

را شامل سازوکارها و فرآیندهایی می‌داند که به واسطه آنها، شهروندان، گروه‌ها و نهادهای مدنی منافع خود را دنبال، حقوق قانونی خود را اجرا نموده و تعهداتشان را برآورده و در نهایت تفاوتشان را تعدیل می‌نمایند.^۱ اتحادیه اروپا، حکمرانی خوب را مدیریت شفاف و پاسخگویی منافع در یک کشور با هدف تضمین نمودن توسعه اقتصادی و اجتماعی پایدار و عادلانه تعریف کرده است.^۲ بانک جهانی طی گزارشی که در سال ۱۹۹۲ با نام «حکمرانی و توسعه» ارائه نمود، حکمرانی خوب را به عنوان روشی که به مدیریت منابع اقتصادی و اجتماعی کشورها در جهت توسعه اختصاص داده می‌شود، تعریف نموده است. در کل می‌توان گفت این مفهوم به طور گسترده بر موارد زیر تمرکز دارد:

۱. هدف سازمان‌دهی شده و نتایج آن برای شهروندان و استفاده‌کنندگان از خدمات؛
۲. اجرای مؤثر و هدفمند برای نقش‌ها و کارکردهای تعریف‌شده معین؛
۳. بهبود ارزش‌ها برای کلیه سازمان‌ها و نشان دادن ارزش‌های حکمرانی خوب از طریق رفتار سازمانی؛
۴. دستیابی به اطلاعات، تصمیم‌گیری واضح و شفاف و مدیریت ریسک؛
۵. توسعه ظرفیت و قابلیت نهادهای حکمرانی مؤثر؛
۶. تعامل با سهام‌داران و ایجاد نمودن پاسخ‌گویی واقعی.^۳

بند اول. شاخصه‌های حکمرانی مطلوب

ضمن تعیین و تبیین (بعد سیاسی حکمرانی مطلوب) و اعمال خط‌مشی (بعد اداری حکمرانی مطلوب) مشخص و نیز امکان تحقق آن در سازمان می‌توان شاخصه‌هایی را برای تعریف حکمرانی مطلوب بیان کرد. شفافیت^۴، مشارکت‌جویی^۵، حاکمیت قانون^۶، پاسخگویی^۷ و کارآمدی و اثربخشی^۸ از مهم‌ترین این شاخصه‌هاست.^۹

۱. شریف‌زاده، فتاح، قلی‌پور، رحمت‌الله، **حکمرانی خوب و نقش دولت**، نشریه فرهنگ مدیریت، سال اول، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، صص ۹۳-۱۰۹، ص ۹۷.

۲. نقیبی‌مفرد، **حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی‌شدن حقوق بشر**، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲.

3-John bullivant, burgess.R. Corbett-nolan.A. and godfrey,K. good governance handbook, healthcare quality improvement partnership and good governance institute.2000.p24

4-Transparency .

5-Participation.

6-rule of law.

7-accountability.

8-efficiency and effectiveness.

۹. هداوند، مهدی، **حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر**، نشریه حقوق اساسی، سال سوم، شماره چهارم، تابستان

۱۳۸۴، صص ۵۱-۸۶، ص ۸۱.

به عنوان یک هنجار، «شفافیت» بخشی از نظام ارزشی لیبرال دموکراسی و حقوق بنیادین بشر است که بدون آن گفتمانی بین شهروندان و دولت وجود نخواهد داشت، همچنین فساد و سوءاستفاده از قدرت به راحتی اشاعه می‌یابد.^۱ شفافیت بدان معناست که تصمیم‌گیری و اجرای آن به شیوه‌ای انجام شود که تابع قواعد و مقررات باشد. هم‌چنین اطلاعات برای کسانی که این تصمیمات و اجرای آن‌ها بر آنان تأثیر می‌گذارد، آزادانه در دسترس و مستقیماً قابل دستیابی باشد.^۲ همچنین اطلاعات باید به میزان کافی ارائه و تأمین شده و به اشکال گوناگون و قابل فهم از طریق رسانه‌های همگانی عرضه شود.^۳ ساده و شفاف بودن قوانین و رویه‌ها، تعیین واضح نقش‌ها و مسئولیت‌ها، قابلیت اطلاع‌یافتن از قوانین و مقررات، دسترسی به اطلاعات و اسناد و دولتی و قابلیت دستیابی به اطلاعات مالی مرتبط با مبادلات، مؤلفه‌هایی می‌باشد که باید برای تحقق شفافیت بدان توجه نمود.^۴ شفافیت باعث کاهش یافتن فساد مالی در بخش‌های گوناگون، جلب اعتماد عمومی در راستای سرمایه‌گذاری، افزایش مشارکت مردم در سرمایه‌گذاری و در نتیجه موجب توسعه نظام اقتصادی کشور می‌شود.

مشارکت‌جویی و توانمندسازی بخش خصوصی به عنوان سنگ بنای یک دولت آزادمنش، ارتباط تنگاتنگی با حکمرانی مطلوب دارد. اگرچه مفهوم مشارکت‌جویی در ارتباط با حکمرانی مطلوب بیشتر از زاویه دید انتخابات مورد توجه قرار گرفته^۵، اما می‌توان وجوه دیگری از مشارکت، مثل دخیل شدن مردم در ارائه خدمات عمومی، کمک به توسعه بخش خصوصی و افزایش تصدی‌گری را از طریق مشارکت عمومی مردم در انجام خدمات عمومی را انتظار داشت. مشارکت امکان ورود افراد و گروه‌های مختلف را در اخذ خدمات عمومی ممکن می‌سازد، از این رو تساوی و برابری در استفاده از خدمات عمومی که یکی از اصول کلی حاکم بر ارائه خدمات مزبور است میسر می‌شود.

۱. یزدانی زنور، هرمز، **نقش شفافیت در تحقق حکمرانی مطلوب**، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، صص ۴۹-۷۰، ص ۵۳.

2-Rachel M.Gisselquist, good governance as a concept, and why this matters for development policy, UNU-WIDER, world institute for development economics research, working paper. NO 2012/30.p24

۳. هداوند، مهدی، **حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر، نشریه حقوق اساسی**، سال سوم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۴، صص ۵۱-۸۶، ص ۸۰.

۴. یزدانی زنور، هرمز، **نقش شفافیت در تحقق حکمرانی مطلوب**، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، صص ۴۹-۷۰، ص ۵۶.

۵. نقیعی مفرد، **حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر**، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۹، ص ۱۲۹.

حاکمیت قانون ارزش و اصل دیگری است که کل یک نظام حقوقی برای دستیابی به حکمرانی خوب نیازمند آن است. به موجب حاکمیت قانون همه افراد، اشخاص حقوق عمومی و حقوق خصوصی و نهادها زیر لوای قانونی با خصوصیات عمومیت، شفافیت، ثبات، عقلایی بودن و نظام حقوقی پاسخگو قرار دارند. تبعیت نهادها و سازمان‌های عمومی از قانون، نتیجه ترقی اندیشه لیبرالیسم است که وفق آن افراد باید در برابر دولت تأمین داشته باشند و مقامات و مأموران عمومی نتوانند حقوق مردم را تضییع نمایند.^۱

اصل دیگر پاسخگویی است. سازمان یا مؤسسه باید به افراد تحت تأثیر تصمیمات و اقدامات خود پاسخگو باشد. در اقتصادهای لیبرال بخش خصوصی بیشترین حجم فعالیت مربوط به ارائه خدمت عمومی را در دست دارد، نه تنها نهادهای حکومتی، بلکه حتی بخش خصوصی و نهادهای جامعه مدنی نیز باید به مردم و ذی‌نفع‌های خود پاسخگو باشند.^۲ در یک دولت مدرن، ابزارهای لازم برای پاسخگو کردن نهادهایی که الزام به این امر برای آنان وجود دارد نظیر رادیو و تلویزیون، روزنامه و سایت اینترنتی مستقل و بدون سانسور از ضروریات است. پاسخ‌گویی سبب تغییر شکل چهره مبهم، مرموز و غیرمسئول دولت به چهرهای شفاف و مسئول می‌شود. بین پاسخگویی و اعتماد عمومی نیز رابطه‌ای دوسویه وجود دارد، به گونه‌ای که نبود حساسیت و پاسخگویی، اعتماد عمومی را نسبت به خدمات عمومی مخدوش می‌کند. پاره‌ای از صاحب‌نظرها، پاسخگو نبودن را عامل اصلی بی‌اعتمادی عمومی مردم نسبت به دولت می‌دانند و نظر به اینکه اعتماد عمومی نسبت به دولت کاهش یافته، از افزایش پاسخگویی در بخش عمومی سخن رانده‌اند.^۳

اما درنهایت، کارآمدی و اثر بخشی متضمن آن است که تلاش‌های حکومت از حیث نتیجه و خروجی آثار ثمربخشی را در پی داشته باشد. برای مثال سرویس‌های ارائه‌شده به شهروندان از حیث کیفیت و ارزش باید با برآورد اولیه و خواست کارشناسان در طرح مقدماتی همخوانی داشته باشد؛^۴ بنابراین باید به بهترین شکل امکان بهره‌برداری از منابع میسر شود و فرآیندها منجر به نتایجی شوند که نیازهای جامعه را تأمین کنند. در ذیل به نقد قوانین و رویه‌های حاکم بر نظام حقوقی ایران در رابطه با پیمانکاری دولتی که در تعارض با اصول حکمرانی قرار دارند خواهیم پرداخت.

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، چاپ سوم، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، ص ۲۱۴.

۲. هداوند، مهدی، حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر، نشریه حقوق اساسی، سال سوم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۴، صص ۵۱-۸۶، ص ۸۲.

۳. دانایی‌فرد، حسن، چالش‌های مدیریتی در ایران، چاپ اول، نشر سمت، ۱۳۸۲، ص ۵۸.

4-John bullivant, burgess.R. Corbett-nolan.A. and godfrey,K. good governance handbook, healthcare quality improvement partnership and good governance institute.2000.p24

گفتار سوم. نقد پیمانکاری دولتی در پرتو اصول حکمرانی مطلوب

در ایران قوانین و مقررات گوناگونی نظیر قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، شرایط عمومی پیمان ۱۳۷۸ و اصلاحات آن، قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۸ و... حاکم بر روند انعقاد، اجراء و اتمام پیمانکاری‌های دولتی هستند. در بحث نقد قانون همواره جهات مثبت و منفی باید مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد؛ بر این اساس نگارندگان علاوه بر طرح جهات مثبت به نقاط ضعف پرداخته و در پایان پیشنهادهایی برای اصلاح قانون و رویه‌های نادرست ارائه کرده‌اند. چنانچه اشاره شد شفافیت، مشارکت‌جویی، حاکمیت قانون، پاسخ‌گویی، اثربخشی و کارآمدی مهم‌ترین اصول مرتبط با حکمرانی مطلوب می‌باشند. در این بخش از مقاله به ارتباط مفهومی این اصول با قراردادهای پیمانکاری اشاره خواهیم کرد؛ زیرا ممکن است سازوکارهای قانونی لازم برای تحقق این اصول در قانون یا رویه پیش‌بینی نشده یا با نواقصی همراه باشد.

بند اول. شفافیت

شفافیت را می‌توان از جهات مختلف مورد بررسی کرد که یا ممکن است به شیوه نگارش قانون موضوعه یک کشور یا به رویه‌های قضایی مربوط باشد. مقصود از شفافیت در ارتباط با متون قانونی این است که در ضمن نگارش آکادمیک و علمی و استفاده از واژگان حقوقی خاص، متن قانون صریح و واضح به رشته تحریر درآید. در نگارش متن قانون باید از مغلق‌نویسی (پیچیده‌نویسی) پرهیز کرد، زیرا مغلق‌نویسی موجب اجمال قانون شده و اجمال قانون، مقدمه ضررهای بزرگی چون بی‌اعتمادی مردم به آن، کاستن از نفوذ اجتماعی قانون و اختلاف در صدور آراء و باعث بروز رویه‌های قضایی متشتت می‌شود.^۱ نبود شفافیت چه به لحاظ مبهم بودن قوانین و چه از جهت پیچیدگی رویه‌ها و فقدان یا ضعف اطلاع‌رسانی، زمینه‌ساز ظهور رانت‌های قدرت و اطلاعات خواهد شد.

در مرحله انعقاد پیمان‌های دولتی که از طریق مناقصه «مستندسازی ارزیابی کیفی مناقصه‌گران»^۲ گویای توجه به اصل بنیادین شفافیت است. از طرف دیگر فراخوان مناقصه

۱. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، **بایسته‌های تقنین**، چاپ دوم، نشر پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۷۵.

۲. بند ۶ ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات.

عمومی^۱ باید به تشخیص مناقصه‌گذار از دو تا سه مرتبه لااقل در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار کشوری یا استانی مربوط منتشر شود. علاوه بر این انتشار فراخوان مناقصه یا مزایده در رسانه‌های ارتباط جمعی یا شبکه‌های اطلاع‌رسانی نیز سازوکار دیگری است که قانونگذار در راستای شفاف‌سازی پیشنهاد کرده است.^۲ شاید بتوان گفت مهم‌ترین ماده قانونی در قانون برگزاری مناقصات در رابطه با اصل شفافیت، ماده ۲۳ قانون مذکور باشد که پیرو آن دولت موظف شده است بانک اطلاعات و پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات را ایجاد کرده و پاره‌ای از اطلاعات و اسناد را در آنجا ثبت کرده و نگهداری کند. درخواست توضیح از دستگاه مناقصه‌گذار، در صورتی که شرکت‌کننده در اسناد ایراد یا ابهامی بیابد^۳ و همچنین گشایش پاکت پیشنهاد مناقصه در زمان و مکان مقرر^۴ از دیگر تضمین‌های موجود در راستای شفاف‌سازی در قانون برگزاری مناقصات به شمار می‌رود.

اولین انتقاد در قانون برگزاری مناقصات که در رابطه با اصل شفافیت چالش برانگیز است این است که قانونگذار با قید کردن واژه «باید» در قالب یک قانون امری، الزام به انتشار فراخوان را در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار کشوری یا استان مربوط، به تشخیص مناقصه‌گذار از دو تا سه نوبت مقرر نموده است. پیش‌فرض مطلع‌شدن از متن فراخوان در روزنامه کثیرالانتشار، بیش از واقعیت، مبتنی بر مصلحت است. البته چنین به نظر می‌رسد که تعیین پایگاه یا پایگاه‌های خاص اطلاع‌رسانی در قالب روزنامه کاغذی یا الکترونیک، مناسب‌تر از اطلاع‌رسانی در هر روزنامه کثیرالانتشاری باشد. پذیرش انتشار فراخوان در روزنامه کثیرالانتشار استانی نیز در بسیاری از موارد به معنای محروم کردن افراد ساکن و مایل به شرکت در مناقصه در مناطق دیگر استانی است؛ چراکه روزنامه‌های کثیرالانتشار استانی (به‌جز روزنامه‌های کثیرالانتشار در تهران) کمتر به سایر شهرها فرستاده می‌شوند. از این جهت بهتر بود قانونگذار، علاوه بر الزام به درج فراخوان در روزنامه یا روزنامه‌های کثیرالانتشار معین، ثبت هر فراخوان را در پایگاه ملی اطلاع‌رسانی مناقصات به‌موجب قانون موضوعه الزامی می‌کرد.^۵

۱. بند ب ماده ۱۳ قانون برگزاری مناقصات.

۲. بند ج ماده ۱۳ قانون برگزاری مناقصات.

۳. بند الف ماده ۱۷ قانون برگزاری مناقصات.

۴. ماده ۱۸ قانون برگزاری مناقصات.

۵. شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۹۳، ص ۲۳۴.

اگرچه در ایران اکثر قوانین اداری مرتبط با موضوع قرارداد اداری، در راستای تحقق نظام مطلوب اداری به رشته تحریر درآمده‌اند، لیکن این قوانین عمدتاً نتوانسته‌اند حاکمیت واقعی پیدا کنند. با این حال به نظر می‌رسد با وجود آنکه ضعف‌هایی در قوانین مربوط به پیمانکاری وجود دارد و باید به‌وسیله قانونگذار اصلاح گردد، اما این تمام مشکل نیست. مشکل اصلی محقق‌نشدن حاکمیت قانون را در حوزه پیمانکاری دولتی می‌توان در اقتصاد متمرکز دولتی، انحصار قراردادهای اداری در دست دولت و عده خاصی از پیمانکاران، برگزاری صوری مناقصه‌های دولتی و عدم شفافیت منطقی دانست. از این رو می‌توان با اصلاح پاره‌ای از قوانین و رویه‌های نادرست، تمرکززدایی از اقتصاد انحصاری دولتی، توسعه بخش خصوصی، نظارت و سامان‌دهی برگزاری مناقصه‌های دولتی به‌وسیله سازوکارهای شفاف‌سازی، تأکید بر دولت حداقلی در پرتو اندیشه حکمرانی مطلوب، بهبود نظام کارآمد و اثربخش اداری را در حوزه قراردادهای اداری انتظار داشت.

بند دوم. مشارکت جویی و توانمندسازی بخش خصوصی

اصل دیگری که می‌توان به شیوه انتقادی از آن بحث کرد نبود مشارکت بخش خصوصی در انجام پروژه‌های عمرانی است که با وجود مستند قانونی هنوز شکل اجرایی و واقعی به خود نگرفته است.^۱ برای تحقق مشارکت، توانمندسازی بخش خصوصی وفق اصل ۴۴ قانون اساسی ضروری است. در این راستا هرگونه تبعیض، رابطه‌بازی، تبانی و تبعیض باید خنثی شود تا منابع عمومی بین مردم تقسیم شود، البته نباید منابع عمومی از دست دولت خارج شود و در دست عده‌ای خاص قرار گیرد، زیرا خصوصی‌سازی به معنای حضور فعال بخش خصوصی در اقتصاد است.^۲

خصوصی‌سازی زمینه بیشتر مشارکت مردمی در فعالیتهای اقتصادی را فراهم ساخته و بدون شک این مشارکت می‌تواند در یک جامعه، پایه‌های دموکراسی را تحکیم بخشیده و نظارت مردم بر عملکرد دولت به‌ویژه عملکرد اقتصادی آن را بیشتر نماید.^۳ دولت در ایران به دلیل گرایش به اقتصاد اسلامی و پیروی نامحسوس از اقتصاد کمونیستی، سعی در حفظ

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد، **حقوق اداری** ۱، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۴۱.

۲. نورزاد، مجتبی، **مطالعه تطبیقی سیاست جنایی ایران و سازمان ملل متحد در مبارزه با جرائم اقتصادی**، رساله دکتری در حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص ۳۰۳.

۳. اسلامی، رضا، فرومند، لادن، **تأثیر خصوصی‌سازی بر حکمرانی مطلوب**، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۵، سال هشتم، تابستان ۱۳۹۰، صص ۱-۳۸، ص ۴.

قدرت و سلطه خویش بر اقتصاد داشته که خود عامل مهمی در تجمع ثروت و گسترش فساد و رانت در سال‌های اخیر بوده است. در بخش قراردادهای پیمانکاری، به خصوص در طرح‌های بزرگ عمرانی، در عمل دو طرف قرارداد خود دولت بوده و کمتر خصوصی‌سازی واقعی صورت گرفته است، در چنین شرایطی دولت تصدی امور اقتصادی را در دست می‌گیرد و به دلیل عدم مشارکت بخش خصوصی، خود را نیازمند پاسخگویی و شفاف‌سازی نمی‌داند.

بند سوم. حاکمیت قانون

حاکمیت قانون اصل مهم و مورد نزاع است که برخی از نظریه‌پردازان علاوه بر قرائت‌های شکلی، برداشتی بیشتر ماهوی را از آن ترجیح داده که مستلزم پابندی به سازوکارهای دموکراتیک و حمایت از برخی حقوق فردی است.^۱ از جهت شکلی شاید بتوان مغلق‌نویسی و پیچیدگی را اصلی‌ترین مانع تحقق حاکمیت قانون در پیمان‌های دولتی دانست. مثلاً در بحث استثنائات مربوط به مناقصه و مزایده تكثر قوانین ناسخ و منسوخ، باعث سردرگمی و ابهام برای بسیاری از دستگاه‌های دولتی شده و علاوه بر آنکه امکان اعمال واقعی حاکمیت قانون را به امری دشوار تبدیل نموده، بیم تبانی و فساد را نیز افزایش می‌دهد.^۲ از جانب دیگر تفسیر قوانین و مقررات به نفع دولت را از بحث حاکمیت واقعی قانون در زمان، با چالشی جدی روبه‌رو نموده است. در شرایطی که تقریباً تمام مواد شرایط عمومی پیمان و مقررات دولتی به شیوه‌ای نگارش یافته که تمام منافع مکتسبه از آن دولت است و بیشتر حقوق پیمانکار در انحصار دولت قرار گرفته نمی‌توان حاکمیت همین قانون را به دست تفسیرهایی سپرد که به منافع پیمانکار بی‌توجه است. در چنین شرایطی ممکن است کارفرما در مواردی، حتی با علم به حقانیت پیمانکار و داشتن تمایل به تصمیم‌گیری به اجرای عدالت در مورد وی، قادر به تأمین حقوق حقه پیمانکار نباشد. علت این موضوع یک‌طرفه بودن مطلق مواد شرایط عمومی پیمان به نفع کارفرماست. تضعیف بیش از حد یک طرف قرارداد، نتیجه‌ای به غیر از ضعف عمومی اجرایی و مالی او در بر نداشته و موجب آسیب به کل بدنه اجرایی نظام در طرح‌های عمرانی می‌شود.^۳

۱. بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، چاپ اول، نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۶.

۲. شمعی، محمد، تحلیل ماهیت و آثار قرارداد اداری در حقوق ایران، چاپ اول، نشر دستان، ۱۳۸۸، ص ۱۳۳.

۳. بنی احمد، مرتضی، شرایط نابرابر حقوقی در قراردادهای پیمانکاری و تبعات زیان‌بار آن، نشریه مجلس و پژوهش،

سال ۱۰، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۳۹، صص ۱۰۴-۱۱۸، ص ۱۱۵.

بند چهارم. پاسخگویی

پاسخگویی موجب گسترش حق اظهارنظر و بیان عقاید شهروندان می‌شود. این مفهوم به صورت تنگاتنگی با شفافیت و آزادی اطلاعات در هم تنیده شده است. ویژگی شفافیت و پاسخگویی در این است که نه فقط شاخه اجرایی حکومت بلکه همه ارکان و ابعاد حکومت و مقامات عالی سیاسی و قضایی نسبت به یکدیگر و مراجع مستقل و جوامع مدنی و مردم باید پاسخگو باشند. یک حکمرانی شفاف روشن می‌سازد که آنچه انجام می‌شود چگونه و چرا انجام می‌شود و شامل چه کسانی است و بر اساس چه استانداردهایی تصمیم‌گیری شده است. پس در درجه اول حق دسترسی آزاد به اطلاعات باید به رسمیت شناخته شود و هیچ قانون و آیین‌نامه محرمانه‌ای وجود نداشته باشد. این حق قانونی در قوانین و مقررات داخلی به طور صریح به موجب قانون «انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات» مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۶ مجلس به رسمیت شناخته شده است. این قانون با در نظر گرفتن نهادی به نام «کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات» در ماده ۱۸ سبب شده که به این وسیله ارباب رجوع با سهولت بیشتر بتواند به اطلاعات ضروری دسترسی پیدا کند و در زمینه شکایات خود بتواند حقوق قانونی خود را زنده نگه دارد. در نتیجه از اتلاف زمان و هزینه‌هایی که برای مراجعه آنها به مراجع قضایی و دادگاه‌ها لازم است پرهیز می‌شود. اما این قانون نواقصی نیز دارد؛ برای مثال در مورد مؤسسات مشمول این قانون هیچ‌گونه تعریف روشن و مشخصی وجود ندارد و به علاوه شمول و جامعیت مؤسسات تحت پوشش عمومی غیردولتی و خصوصی را که مربوط به منافع عمومی جامعه می‌شود، در برگیرد. در پیمان‌های دولتی نیز مراحل مختلف از انعقاد، تا خاتمه و دادرسی می‌بایست به گونه‌ای طراحی شوند، که متضمن بیشترین حد از آزادی اطلاعات باشند. تحلیل قرارداد براساس دیدگاه‌های امنیتی آن را از آزادی معقول و منطقی برای داشتن اطلاعات، شفافیت و در نتیجه پاسخگویی دور خواهد کرد.

بند پنجم. کارآمدی و اثربخشی

آخرین شاخص مرتبط با حکمرانی مطلوب کارآمدی و اثربخشی است که به قراردادهای پیمانکاری دولتی مربوط می‌شود. چنانچه بیان شد خروجی تصمیم‌سازی‌ها با اجراء آن بایستی منطبق بر یک واقعیت منطقی و درخور پذیرش باشد. این شاخص هم به شیوه تصمیم‌گیری و تعیین خط‌مشی توسط دستگاه‌های دولتی و هم به اعمال و اقدامات پیمانکار در اجرای پروژه عمرانی مربوط می‌شود.

موارد زیر همگی نشانه‌ای بر پیش‌بینی و مهم تلقی‌شدن شاخص کارآمدی و اثربخشی در قراردادهای پیمانکاری از سوی قانونگذار است که می‌تواند در سایه تصمیم‌گیری‌های معقول و منطقی موجه تلقی شود:

توجه کافی و لازم به کیفیت معامله موردنظر در قانون برگزاری مناقصات^۱ ارزیابی کیفی مناقصه‌گران؛^۲ ارزیابی فنی‌بازرگانی پیشنهادها؛^۳ پیش‌بینی شیوه رسیدگی به شکایات در فرآیند برگزاری مناقصه؛^۴ الزام پیمانکار به استفاده نمودن از نیروی متخصص؛^۵ استفاده‌نمودن از شاغلین در دیگر ادارات و سازمان‌ها؛^۶ مسئولیت کامل پیمانکار در راستای حسن اجرای کارهای موضوع پیمان؛^۷ الزام به تجهیز نمودن کارگاه توسط پیمانکار بعد از تحویل آن؛^۸ ممنوعیت پیمانکار در واگذار کردن پیمان به دیگران؛^۹ انجام عملیات پیمان با اطلاع و تحت نظر مهندس مشاور.^{۱۰} بی‌توجهی به هریک از این موارد یا رعایت نکردن و اتخاذ تصمیم برخلاف آن، می‌تواند تصمیم‌گیری مناسب را با چالش مواجه نماید.

درواقع با بررسی مشکلات پیمانکاران و دولت می‌توان گفت اجرا و نتایج پیمانکاری‌ها در ایران کارآمد و مؤثر نبوده است. تأخیرهای طولانی در پرداخت‌ها از جانب دولت، نبود مکانیسم تعدیل قرارداد برای پیمانکار به علت تورم و رشد صعودی قیمت‌ها، واگذاری پیمان به اشخاص غیرمتخصص، طولانی شدن روند اجرای پیمان و... تنها بخشی از مشکلات قراردادهای عمرانی است.

۱. بند «الف» ماده ۲ قانون برگزاری مناقصات

۲. ماده ۱۲ قانون برگزاری مناقصات

۳. ماده ۱۹ قانون برگزاری مناقصات

۴. ماده ۲۵ قانون برگزاری مناقصات

۵. ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان

۶. بند «د» ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان

۷. بند «الف» ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان

۸. ماده ۲۰ شرایط عمومی پیمان

۹. بند «الف» ماده ۲۴ شرایط عمومی پیمان

۱۰. ماده ۳۲ شرایط عمومی پیمان

نتیجه

رسوب دیدگاه‌های سنتی در ذهن حقوقدانان حقوق خصوصی یکی از موانع توسعه نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری در ایران است. این طرز تفکر نادرست که می‌توان معضلات حاکم بر قراردادهای اداری را با ذهنیت و داشته‌های علمی مرتبط با قراردادهای خصوصی رفع کرد در مسیر درستی قرار ندارد؛ زیرا ماهیت و آثار این دو نوع قرارداد به دلیل تفاوت بنیادین در نظام حقوق عمومی و حقوق خصوصی با یکدیگر متفاوتند. مفهوم قرارداد در حقوق خصوصی همچنان در گذر تاریخ از اصول کلاسیک، ثابت و کمتر تحول یافته تبعیت می‌کند، حال آنکه قرارداد در گستره حقوق عمومی با ظهور اندیشه‌های سیاسی و اقتصادی که بر شکل و جوهره دولت اثر گذاشته‌اند، پویا بوده و متحول شده است. چنانچه توضیح داده شد برای شناخت ارتباط مفهومی بین حقوق قراردادهای اداری و اصول حکمرانی مطلوب، به آشنایی با علوم بین‌رشته‌ای از جمله مدیریت، سیاست، اقتصاد و حقوق عمومی نیاز است و با اعمال و اجرای این اصول است که می‌توان تغییر و تحول در قراردادهای پیمانکاری دولتی را شاهد بود. حکمرانی مطلوب برای داشتن اداره خوب به گفتمان غالب در اندیشه مدرن حقوق اداری بدل شده است؛ بالتبع حقوق قراردادهای اداری نیز نمی‌تواند خود را بی‌نیاز از این مقوله بداند.

در ایران با وجود آنکه بیشتر قوانین اداری مرتبط با موضوع پیمانکاری دولتی در راستای تحقق نظام شایسته اداری به رشته تحریر درآمده‌اند، با این وجود نهایتاً، این دست از قوانین نتوانسته‌اند حاکمیت واقعی پیدا کنند. به نظر می‌رسد اگرچه نقطه‌ضعف‌هایی در قوانین مربوط به پیمانکاری دولتی وجود دارد و لازم است به وسیله قانونگذار اصلاح شوند، اما همه مشکل این نیست. مشکل اصلی و بنیادین عدم تحقق حاکمیت قانون در حوزه پیمانکاری دولتی را می‌توان در تمرکز اقتصاد در بخش دولتی، انحصار قراردادهای اداری در دست دولت و عده‌ای خاص از پیمانکاران، برگزاری نمادین یا به بیان بهتر صوری، مناقصه‌های دولتی و نبود شفافیت منطقی و واقعی دانست؛ بنابراین می‌توان با اصلاح برخی از قوانین و رویه‌های نادرست، تمرکززدایی از اقتصاد دولتی و توسعه خصوصی‌سازی، سامان‌دهی و نظارت بر برگزاری مناقصه‌های دولتی به‌وسیله سازوکارهای شفاف‌سازی در پرتو اندیشه حکمرانی مطلوب، بهبود نظام کارآمد و اثر بخش اداری را در حوزه قراردادهای پیمانکاری دولتی انتظار داشت.

فهرست منابع ۱. منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، چاپ دوم، نشر حقوقدان، ۱۳۸۸.
۲. بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، چاپ اول، نشر نی، ۱۳۸۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۵.
۴. حاجی ده آبادی، احمد، بایسته‌های تقنین، چاپ دوم، نشر پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
۵. حبیب زاده، محمد جعفر، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۹۰.
۶. دانایی فرد، حسن، چالش‌های مدیریتی در ایران، چاپ اول، نشر سمت، ۱۳۸۲.
۷. دو میشل، آندره و لالومی یر، پی یر، حقوق عمومی، ترجمه ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۸. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری ۱، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۹. شمعی، محمد، تحلیل ماهیت و آثار قرارداد اداری در حقوق ایران، چاپ اول، نشر دستان، ۱۳۸۸.
۱۰. شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، چاپ اول، نشر جنگل، ۱۳۹۳.
۱۱. شیدفر، زین العابدین، حقوق عمومی و اداری، چاپ دوم، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۴۲.
۱۲. طباطبایی موتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، چاپ سوم، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۱۳. نقیبی مفرد، حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی‌شدن حقوق بشر، چاپ اول، نشر شهر دانش، ۱۳۸۹.

ب. مقاله‌ها

۱۴. اسلامی، رضا، فرومند، لادن، تأثیر خصوصی‌سازی بر حکمرانی مطلوب، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۵، سال هشتم، تابستان ۱۳۹۰، صص ۱-۳۸.
۱۵. بنی احمد، مرتضی، شرایط نابرابر حقوقی در قراردادهای پیمانکاری و تبعات

- زیان‌بار آن، نشریه مجلس و پژوهش، سال ۱۰، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۳۹، صص ۱۰۴-۱۱۸.
۱۶. حبیب نژاد، سید احمد، سلمانی سیب‌نی، مرضیه، نسبت سنجی نظریه دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه فقر زدایی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره پنجم، زمستان ۱۳۹۹، صص ۵۹-۸۸.
۱۷. حسین آبادی، امیر، تعادل اقتصادی قراردادهای، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، زمستان ۱۳۷۷، صص ۱۲۱-۱۵۱.
۱۸. دشتی، تقی، حائری اصفهانی، شهاب، داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره دوم، بهار ۱۳۹۹، صص ۱۳۵-۱۵۳.
۱۹. شریف زاده، فتاح، قلی‌پور، رحمت‌الله، حکمرانی خوب و نقش دولت، نشریه فرهنگ مدیریت، سال اول، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، صص ۹۳-۱۰۹.
۲۰. زارعی، محمد حسین، حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، صص ۱۵۵-۲۰۲.
۲۱. زاهدی مازندرانی، محمد جواد، افول و ظهور دولت رفاه، فصلنامه تأمین اجتماعی، سال دوم، شماره سوم، پاییز ۱۳۷۹، شماره ۶، صص ۱۲۹-۱۶۴.
۲۲. هداوند، مهدی، حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر، نشریه حقوق اساسی، سال سوم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۸۴، صص ۵۱-۸۶.
۲۳. یزدانی زنوز، هرمز، نقش شفافیت در تحقق حکمرانی مطلوب، نشریه حقوق اساسی، سال ششم، شماره ۱۱، تابستان ۱۳۸۸، صص ۴۹-۷۰.

ج. پایان‌نامه‌ها

۲۴. نورزاد، مجتبی، مطالعه تطبیقی سیاست جنایی ایران و سازمان ملل متحد در مبارزه با جرائم اقتصادی، رساله دکتری در حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸.

۲. منابع انگلیسی

- 25-International fund for agricultural development, executive board-sixty-seventh session, Rome, 8-9 september 1999
- 26-John bullivant, burgess.R. Corbett-nolan.A. and godfrey,K. good governance handbook, healthcare quality improvement partnership and good governance institute.2000



27-Rachel M.Gisselquist,good governance as a concept,and why this matters for development policy,UNU-WIDER,world institute for development economics research,working paper.NO 2012/30

28-Wondwossen wakene,the law of administrative contract,prepared under the sponsorship of the justice and legal system research institute,2009

مسئله اسبِ تروای حاکمیت قانون؛ کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری در انگلستان با نگاهی به حقوق ایران

علی مشهدی*

چکیده

کنترل‌پذیری صلاحیت‌های اختیاری یکی از مسائل مهم حقوق اداری است. در حقوق اداری انگلستان، این مسئله از خلال آراء و رویه‌های قضایی توسعه‌های فراوانی را به خود دیده است. علی‌رغم رویکرد سنتی مبتنی بر بدبینی بر این نهاد، این نظریه امروزه ابزار مهمی برای حصول تصمیمات صحیح و منطقی در اداره به شمار می‌رود. در این مقاله کوشیده‌ایم تا ضمن معرفی جایگاه و گستره مفهومی صلاحیت اختیاری، وضعیت کنترل‌پذیری قضایی این نهاد، در کامن‌لا را ارزیابی نماییم. مسئله اساسی این پژوهش این است که کنترل قضایی بر صلاحیت‌های اختیاری در حقوق انگلستان را بررسی نماییم و در طی بررسی، نیم نگاهی به حقوق ایران داشته باشیم. فرضیه اساسی این مقاله بر این مبنا استوار است که برخلاف رویکرد سنتی مبتنی بر برداشت دایسی (پدر حقوق عمومی انگلستان) از حاکمیت قانون، امروزه در حقوق این کشور، صلاحدید معادل خودکامگی نیست، بلکه با شروع صلاحدید و اجرای مناسب آن ممکن است عدالت و با اجرای نامناسب آن خودکامگی آغاز شود.

کلیدواژه‌ها: بازنگری قضایی، حقوق اداری انگلستان، حسن تصمیم، حقوق ایران، سوء استفاده از صلاحیت، صلاحیت اختیاری.

*. دانشیار گروه حقوق عمومی و بین الملل دانشکده حقوق دانشگاه قم

مقدمه

در حقوق اداری انگلوساکسونی^۱، صلاحیت‌های اختیاری را اسب تروای حاکمیت قانون^۲ معرفی نموده‌اند،^۳ چراکه عرصه‌ای را برای اداره در نظر می‌گیرد که از دسترس اصل قانونی بودن و کنترل حداکثری دادگاه‌ها به دور است. مقامات اداری سوار بر اسب تروا به صورت پنهانی «قلعه حاکمیت قانون» را فتح می‌نمایند و همان‌گونه که گفته شده است این به معنای «رهاسازی اسبی وحشی» است.^۴ به همین دلیل است که در حقوق ایران نیز سال‌ها پیش، کسانی چون متین دفتری اهمیت این مسئله را یادآور شده‌اند. از دیدگاه وی «تکلیف این قسمت باید در قانون ما مثل قانون بعضی کشورها روشن شود و الا شورای دولتی متزلزل می‌شود و در نظر هر دو طرف هم مردم و هم دولت بدنام و موهوم خواهد شد».^۵

اما این یک روی سکه است. از سویی دیگر در فرآیند اتخاذ تصمیمات اداری، مفهوم «صلاحید»^۶ ابزار مهمی برای حصول تصمیمات صحیح و منطقی در اداره است.^۷ بنابراین طبیعی است که «صلاحید» درجه‌ای از «انعطاف»^۸ را به مقامات اداری اعطا می‌نماید. بنیان صلاحیت‌های اختیاری بر این مبنا استوار است که امکان انتخاب تصمیم و اتخاذ آن را از

۱. در تقسیم‌بندی سنتی نظام‌های حقوقی اداری، دو الگو یا دو مدل شایع حقوق اداری وجود دارد که تقسیم‌بندی‌های مدرن به نوعی متأثر از این دو الگو هستند. نخست الگوی تعدد حقوق یا الگوی فرانسوی و دیگری الگوی وحدت حقوق یا الگوی انگلوساکسونی است. در الگوی انگلوساکسونی، برخلاف الگوی نخست، حقوق اداری به معنای امتیاز رد شده است و فرض بر این است که دولت (اداره) با فرد برابر است، تفکیک حقوق عمومی از حقوق خصوصی دشوار و افراد و دولت (اداره) تابع یک حقوق بوده و دعاوی آنها در یک دادگاه و نظم قضایی که همان کامن‌لا است رسیدگی می‌شود. برای بررسی بیشتر در این خصوص ر.ک: آقایای طوق، مسلم، **حقوق اداری**، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چ اول، ۱۳۹۸، صص ۲۸۰-۲۷۶.

2-The administrative discretion is the Trojan Horse in administrative law. See: Cane, Peter. «Merits Review . and Judicial Review, The Aat as Trojan Horse.» Federal Law Review 28.2 (2000): 213-244

3-Silveria. Luis. «Administrative Discretion and Problems of Accountability», Proceedings, 25th Colloquy . on European Law, Oxford (United Kingdom). 1995.p47

۴. فنازاد، رضا، صلاحیت اختیاری در بستر حقوق عمومی مدرن، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۹۴، صص ۱۰۱.

۵. متین دفتری، احمد؛ آیین دادرسی مدنی، چ اول، انتشارات مجد، چ سوم، ۱۳۸۸، صص ۲۰۷.

6-Discretion .

7-Bell, J. (1992). Discretionary decision-making: A jurisprudential view. The Uses of Discretion, Clarendon. Press, Oxford, 1992, p82

8-Flexibility

میان گزینه‌های مختلف به کارمند می‌دهد و این امر، مسئله بسیار مهم و پیچیده‌ای در حقوق عمومی و نظارت بر اعمال حکومت محسوب می‌شود.

در حقیقت صلاحیت‌های اختیاری در این برداشت در برابر محدودیت امکان «انتخاب» قرار می‌گیرد که مبین ماهیت صلاحیت‌های تکلیفی است.^۱ صلاحیت‌های اختیاری به مقام اداری، امکان ارزیابی و قضاوت را در وضعیت‌های پیش‌بینی ناپذیر نیز می‌دهد. در این مفهوم کارمند، مطیع چشم‌پسته و کورکورانه قانون نیست، بلکه می‌تواند با اختیار تفویض‌شده، قدرت ارزیابی تصمیم را داشته باشد. البته در یک برداشت منفی نیز گفته شده که در صلاحیت‌های اختیاری برای اداره امکان «قضاوت شخصی»^۲ نیز فراهم می‌شود.

در حقوق اداری انگلستان، نگاه‌ها به نهاد صلاحیت‌های اختیاری دو دوره مختلف را تجربه کرده است. در دوره نخست نگاه سنتی و محدودی به نهاد صلاحیت‌های اختیاری وجود داشت و معمولاً آنرا مخالف اصل حاکمیت قانون و معادل خودسری می‌دانستند. در دوره دوم اندکی رویکرد کسانی چون دایسی تعدیل گردید. امروزه در حقوق اداری انگلستان پذیرفته‌اند که نهاد صلاحیت‌های اختیاری می‌تواند در عین خطرات دستاوردهایی را نیز برای حقوق اداری به ارمغان آورده و در عین حال در فرض سوءاستفاده از صلاحیت تشخیصی از چشمان تیز بین نهاد کنترل قضایی دور نمانند.

در حقوق ایران نیز به نظر می‌رسد قبل از تصویب قانون سال ۱۳۹۲ و قبل از پیش‌بینی ماده ۶۴، رویه قضایی شعب، سابق بر این، این گونه بود که به شکایت از صلاحیت‌های اختیاری از جمله مواردی که قانونگذار تشخیص امور فنی و تخصصی را در صلاحیت شورای اداری قرار داده بود رسیدگی نمی‌نمودند.^۳ در حالی که امکان اجحاف در این قبیل موارد بیشتر احساس می‌شد، لیکن با تصویب قانون جدید این ماده زمینه قانونی کافی برای امکان نظارت بر صلاحیت‌های تشخیصی را فراهم نمود.^۴

1-Follick .E. D, The Element of Discreiion Inherent in Administrative Adjudication, Thesis, Blackstone School of Law. 1967. P5

2-Personal judgments .

۳. مشهدی، علی، «تأملی بر نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت‌های تشخیصی در پرتو ماد ۶۴ قانون دیوان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴، تابستان ۱۳۹۵، ص ۱۹۸.

۴. مشهدی، علی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خرسندی، چ اول، ۱۳۹۵، ص ۳۵۶.

مسئله اصلی این پژوهش تحلیل این امر است که چرا و چگونه موضوع «صلاحیت اختیاری» در حقوق انگلستان و ایران میل به گریز از نظارت‌پذیری قضایی دارد؟ از آنجا که تفصیل این موضوع در حقوق ایران توسط نویسندگان پیش از این بررسی شده، جهت اجتناب از تکرار تنها به برخی مسائل مرتبط با ایران اشاره شده است؛ لذا از لحاظ پیشینه بحث در زمینه صلاحیت اختیاری در حقوق ایران، مقاله‌ها و کتاب‌های متعددی نوشته شده است که ازجمله آنها می‌توان به آثار مهدی هداوند و علی مشهدی اشاره نمود.

لیکن در مورد کنترل قضایی این صلاحیت‌ها در کامن‌لا به زبان فارسی مقاله مستقلی وجود ندارد. تنها مهدی هداوند به صورت پراکنده در کتاب حقوق اداری تطبیقی و اصول حقوق اداری و علی مشهدی در کتاب صلاحیت تخییری به اختصار به آن اشاره و بحث نموده‌اند. درحالی‌که در این اثر سعی شده است ضمن تحلیل مفهوم و شناسایی نظریه صلاحیت‌های اختیاری در حقوق اداری کشور انگلستان به‌عنوان شاخص‌ترین الگوی این مدل پرداخته و آن‌گاه مسائل مربوط به کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری با نیم نگاهی به حقوق ایران مورد مطالعه و ارزیابی قرار دهیم.

روش تحقیق این مقاله تحلیلی - توصیفی با استفاده از منابع و مطالعات کتابخانه‌ای و سایر منابع در دسترس است.

گفتار اول. تحلیل مفهومی و شناسایی صلاحیت اختیاری در انگلستان

در حقوق انگلستان و تاحدودی در حقوق ایران، «صلاحیت اختیاری» به این معنی است که قانون به مقام اداری اجازه می‌دهد که از میان گزینه‌های متعدد قانونی، دست به انتخاب و تشخیص بزند.^۱ این انتخاب متضمن برقراری توازن میان منافع عمومی و خصوصی با استفاده از ارزش‌های فراققوقی در جهت تعیین یک «منفعت عام» است که به‌وسیله قوانین موضوعه تعیین نشده است.^۲ موضوعی که همیشه دایسی و حقوق‌دانانی نظیر وی از آن واهمه داشتند پوشاندن ردای «استبداد» و «خودسری» به قامت نهاد صلاحیت‌های اختیاری توسط اداره بود.

۱. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۴.

۲. Ponce Juli, Good Administration and Administrative Procedure, Global Legal Studies, 2005. 552.

بند اول. مفهوم صلاحیت اختیاری

لرد دیپلاک^۱ با یک عبارت مختصر، صلاحیت‌های اختیاری را اینگونه تعریف نموده است: «مفهوم درست صلاحیت اختیاری اداره، عبارت از حق انتخاب میان بیش از یک گزینه برای اقدام است».^۲ در تعریف دیگری با تأکید بر ضرورت «انعطاف» گفته شده که «صلاحیت‌های اختیاری به آن میزان آزادی عمل یا انعطافی گفته می‌شود که توسط مقامات اداری عمومی، هنگام اتخاذ تصمیمات یا اقدامات اداری وجود دارد».^۳

لرد هالزبوری^۴ در قضیه «Sharp v. Wakefield» دقیقاً به مشخصه‌ها و فاکتورهای تشخیص صلاحیت‌های اختیاری از مفهوم رقیب خود (یعنی اعمال و اقدامات خودسرانه) اشاره نموده است. در نظر وی صلاحیت‌های اختیاری به این معنا است که وقتی اقدامی در چهارچوب صلاحیت‌های مقامات اداری انجام می‌شود، باید براساس قواعد عاقلانه و منطقی بوده و نه اینکه از نظرات شخصی تبعیت نماید؛ تصمیم باید مطابق با قانون بوده و نه اینکه مبتنی بر احساسات و عواطف، خودسرانه، متلوانانه، بی‌مبنا، جانبدارانه، نامتناسب، مبهم و خیال‌پردازانه باشد.^۵

دیویس از نویسندگان مشهور نظریه صلاحیت‌های اختیاری با بررسی این نهاد به دنبال تعیین چهارچوب مشخص حقوقی برای اعمال صلاحیت‌های اختیاری است.^۶ صلاحیت‌ها از نظر دیویس این‌گونه تعریف می‌شود: «مقام عمومی زمانی دارای صلاحیت است که محدودیت‌های اجرایی وارد بر اختیاراتش به وی اجازه انتخاب یا عدم انتخاب روش انجام عمل اداری را بدهد».^۷ برای این اساس صلاحیت‌های اختیاری باید در یک چهارچوب مشخص حقوقی اعمال گردد.

از نظر وی مقام اداری هنگامی واجد صلاحیت‌های اختیاری است که محدودیت‌های مؤثر وارده بر اختیاراتش به وی امکان انتخاب آزاد در فرآیند اقدام و عدم اقدام را بدهد. در غیر این

1-William John Kenneth Diplock(1907-1985)

۲. مشهدی، علی، همان، ص ۳۲.

3-Keneth.F Warren, Administrative discretion, in Encyclopedia of public administration and public policy, Marcel . Dekkar Inc, Vol 1. 2003, p 35

4-Lord Halsbury

5-Pollard, David, et al, Constitutinal and administrative law, Oxford University Press.2007.p 467 .

6-Davis, KC, Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois: Chicago UP. 1969.p4 .

۷. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰. ص ۳۳

صورت واضح است که اعمال صلاحیت‌های اختیاری تفاوت چندانی با خودسری و تصمیمات دلبخواهانه نخواهد داشت. دغدغه اصلی نیز همین است که صلاحیت‌های اختیاری با این معیار به خودسری مشتبه نشود.

از نظر اتکینسون، صلاحیت‌های اختیاری، اختیاری است که به موجب قانون اعطاء شده و اجازه اتخاذ تصمیمات ممکنه را فراهم می‌آورد^۱ فروند^۲ معتقد است، هنگامی که از صلاحیت‌های اختیاری در اداره صحبت می‌شود، منظور این است که روش انتخابی توسط کارمند را نمی‌توان به طور کامل اثبات یا رد نمود. یعنی اختیار تعیین روش اتخاذ تصمیم «قانوناً» به مقام اداری واگذار گردیده است.^۳

لرد کک تعبیر جالبی در خصوص صلاحیت‌های اختیاری دارد. از نظر وی صلاحیت اختیاری، علم فهم و تشخیص بین درست و نادرست، حقیقت و ناصواب، عمق و سطح، انصاف و ادعاهای بی‌منا است که هرگز مبتنی بر اراده یا میل یا تحت تأثیر منافع خصوصی نبوده و کارمند آن را تشخیص می‌دهد.^۴

در خصوص صلاحیت‌های اختیاری مقامات قضایی نیز صلاحیت‌های اختیاری این‌گونه تعریف شده است که «منظور اختیاری است که قانون به مقام قضایی یا دادگاه اعطاء می‌نماید که از میان یک یا چند بدیلیکی از آنها را که قانونی نیز محسوب می‌شوند، انتخاب نماید.»^۵ که این امر در خصوص مقامات اداری نیز صادق است. یعنی صلاحیت‌های اختیاری براین اساس اختیار انتخاب میان دو یا چند روش قانونی است که به مقام اداری اعطاء گردیده است.^۶

1-Atkinson William J , «La discrétion administrative et la mise en oeuvre d'une politique», Les Cahiers de droit, 1978. vol. 19, n° 1.p 189

2-Freund .

3-Freund, Ernest. Administrative powers over persons and property: A comparative survey. University of Chicago Press, . Chicago, 1928.p22

4-Rooks case, 1959 Barnett :2004,738,andkeighley s case(1609)

5-Barak, A., Judicial Discretion ,Yale University Press. 1987.p8 .

۶. جهت ملاحظه سایر تعاریف تفصیلی ر.ک: مشهدی، علی، صلاحیت تخیری، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰. صص ۳۷-۳۱.

بند دوم. شناسایی صلاحیت اختیاری

در حقوق انگلستان و البته در ایران، صلاحیت‌های اختیاری به صورت مجزا در قالب یک مفهوم مشخص و قانونی نیامده است. با این وجود در خلال قوانین و مقررات و نیز نهاد امتیازات پادشاهی در انگلستان و به صورت غیرمستقیم در ایران و در قالب برخی قوانین و رویه‌ها^۱ صلاحیت اختیاری شناسایی شده است.

الف. قوانین

در انگلستان، ردپای صلاحیت اختیاری را می‌توان در آندسته از قوانین و مقرراتی یافت که امکان اعمال صلاحیت اداری را به مقامات اداری از سوی پارلمان می‌دهد.

این صلاحیت را می‌توان در قوانین و مقررات متعدد مربوط به رفاه اجتماعی، شهرسازی، مهاجرت و آموزش عمومی یافت. معمولاً در این قوانین و مقررات، صلاحیت‌های اختیاری و امکان اعمال آن از سوی اداره با عبارتی چون «اگر وزیر براساس یک مبنای معقول معتقد باشد که...»، «اگر وزیر بر این نظر باشد» و «اگر تشخیص دهد» بیان می‌گردد. عبارات به کار رفته در متن قوانین نیز به صورتی مبهم و دوپهل و دارای برد معنایی تفسیری هستند. این عبارات می‌توانند نظیر «اگر منفعت عمومی ایجاب نماید» یا «مبتنی بر اخلاق عمومی و ایمنی شهروندان باشد» و نظایر آن در قانون ذکر گردند. در متون قانونی فارسی نیز می‌توان رد پای صلاحیت‌های اختیاری را در عباراتی چون «اداره می‌تواند»، «به تشخیص هیئت»، «به تشخیص بالاترین مقام دستگاه اجرایی»، «سازمان حق خواهد داشت»، «اداره مخیر است» و نظایر آن یافت.

گاهی نیز امکان استنباط صلاحیت‌های اختیاری از صلاحیت‌های قانونی مقامات اداری وجود دارد. در حقوق انگلیس این قسم را ذیل عنوان «صلاحیت‌های اختیاری ضمنی»^۲ آورده‌اند.^۳ این قبیل صلاحیت را می‌توان در قالب مفاهیمی نظیر «منفعت عمومی» یافت. این

۱. از جمله می‌توان به ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، بند ۲۵ و ۳۰ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی اشاره نمود.

2-Implied discretionary power

3-Künnecke, M. Judicial review of discretionary powers. Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison, Springer, 2007. 47

مفاهیم باز و قابل تفسیر، این امکان را به اداره می‌دهد تا برداشتی که خود از این مفهوم دارد را ارائه و اجرا نماید.^۱ از این قبیل عبارات دوپهلوی، مبهم، تفسیرپذیر و گنگ در متون قانونی و آن دسته از اسنادی که صلاحیت را به کارمند اعطا می‌نمایند کم نیستند. وجود این قبیل مفاهیم امکان اعمال صلاحیت‌های اختیاری را از طریق ارائه نوعی تفسیر اداری فراهم می‌نماید.

ب. اختیارات یا امتیازات پادشاهی

در حقوق اساسی انگلستان هنگامی که صحبت از «امتیازات پادشاهی»^۲ می‌شود، هیچ متن قانونی مدونی آنها را به‌دقت مشخص ننموده است. بدین طریق هنگامی که دولت بر اختیارات مبتنی بر کامن‌لا استناد می‌کند، می‌توان ردپای امتیازات سلطنتی را نیز در آنها یافت.^۳ هرچند علی‌القاعده، اجرای اختیارات پادشاهی نیز معاف از کنترل قضایی نبوده، ولی با این حال اجرای برخی از این اختیارات هنوز معاف از کنترل قضایی محسوب می‌شوند.^۴ برای نمونه برخی از این موارد در پرونده GCHQ ذکر گردیده‌اند که شامل موضوعات مربوط به روابط خارجی و مسائل مربوط به صلح و جنگ و موضوعات مربوط به انتصاب و عزل وزرا، انحلال پارلمان و نظایر آن می‌شود.^۵

علاوه بر موارد ذکر شده، قسم دیگری از صلاحیت اختیاری در انگلیس وجود دارد که تحت عنوان «صلاحیت اختیاری ناشی از کامن‌لا»^۶ دسته‌بندی می‌گردد.^۷ علی‌رغم اینکه این قبیل صلاحیت‌ها مجزای از امتیازات سلطنتی هستند ولی جایگاه آنها در حقوق انگلیس و مشروعیت اعمال آنها در سطح دکترین و رویه نظارت قضایی بر اعمال اداری بسیار جای بحث دارد.

1-Scodro, M. A. »Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power«. Duke Law Journal, 2005, pp547-607. Davis, M. S. Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Decisionmaking. J. App. Prac. & Process, 2, 2000, p 47

2-Royalprerogative .

3-Poole, T. »United Kingdom: the royal prerogative«. International Journal of Constitutional law, 8(1), 2010, pp 146- 155

4-See: Moules, R. »Judicial review of prerogative Orders in Council: Recognising the constitutional reality of executive . legislation«. The Cambridge Law Journal, 67(01), 2008. 12-15

5-Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374

6-Common law discretionary powers

7-Mbatha, L., Grobler, B., & Looock, C. »Delegation of authority by school principals—an Education Law perspective«. Education as change, 10(1), 2006, p 3

گفتار دوم. کنترل‌پذیری قضایی صلاحیت‌های اختیاری

دغدغه‌هایی که در حقوق انگلیس در مورد صلاحیت‌های اختیاری و امکان تبدیل آن به خودسری و بی‌عدالتی و انحراف از اصل قانونی‌بودن وجود دارد،^۱ بیش‌ازپیش ضرورت کنترل قضایی این قبیل صلاحیت‌ها را نسبت به سایر سیستم‌های حقوقی نمایان نموده است. امروزه مسئله اصلی در حقیقت این است که چگونه باید صلاحیت‌های اختیاری اداره را کنترل نمود. در ادامه ضمن اشاره به دشواری‌های کنترل قلمرو و محدوده آن را در کامن‌لا واکاویده‌ایم.

بند اول. دشواری‌های کنترل قضایی

دادگاه‌ها در کامن‌لا عموماً جهت کنترل شایستگی‌ها در فرآیند اجرای صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری محدودیت‌هایی دارند. دادگاه‌ها به کرات تأیید نموده‌اند که آنها صلاحیت ورود به بررسی «حسن تصمیم» یا مزیت‌های^۲ آن دسته از مقامات اداری که صلاحیت تشخیصی به آنها داده شده را ندارند. این رویکرد دادگاه‌های انگلیس، نشان می‌دهد که بازنگری قضایی در اینجا نیز حداقلی است. علی‌رغم این مسئله به قول اسمیت «این اصل که باید صلاحیت‌های اختیاری نیز براساس قانون اتخاذ گردد عمیقاً در کامن‌لا مورد پذیرش قرار گرفته و تثبیت شده است».^۳

تأکید بر قانونی‌بودن در اینجا، به این معنا است که صلاحیت‌های اختیاری به خودسری مشتبّه نشود و از طرف دیگر صلاحیت‌های اختیاری گسترده نفی گردد. در کامن‌لا دیگر دغدغه محوری، اصل وجود صلاحیت‌های اختیاری نیست، بلکه وجود «اختیارات اختیاری گسترده» محوری‌ترین ایده‌ای است که باید تحت کنترل قضایی قرار گیرد.

۱. فنازاد، رضا، **صلاحیت اختیاری و حاکمیت قانون**، رساله دوره دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱. ص ۱۲.

2-Merits .

3-De Smith, S.A, *Judicial Review of Administrative Action*. 3rd ed. London: Stevens. 1995, 297.& see: de Smith, S. A. «Judicial Review and Administrative Discretionary Powers.» *The Modern Law Review* 35.4 (1972): 415-418

در حقوق ایران و در رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری نیز رویکرد حداقلی عدم کنترل در صلاحیت تشخیصی مقامات اداری پذیرفته شده است. مبنای این رویکرد نیز بر این گزاره استوار است که قانون‌گذار چنین صلاحیتی را به مقامات اداری واگذار نموده است؛ لذا ورود مقامات قضایی در چنین قلمرو قانونی بلاوجه دانسته شده است. برای نمونه در برخی از آراء دیوان از جمله رأی شعبه ۲۳ (قضیه فوق‌العاده جذب) که قانون حمایت قضایی از کارکنان دولت و آیین‌نامه آن مصوب ۱۳۸۲/۱/۲۰ چنین اجازه‌ای را می‌داد،^۱ می‌توان چنین رویکردی را دید.^۲

موضوع دیگر در حقوق انگلستان، ناشی از فلسفه متمایز کنترل قضایی اعمال دولت است.^۳ توجیه‌پذیری کنترل قضایی اعمال اداری در کامن‌لا مبتنی بر این مشخصه کلی است که کنترل قضایی به دنبال حمایت از قوانینی است که پارلمان وضع نموده و دولت مکلف به تبعیت و اجرای آن است.

اما از آنجاکه در انگلستان برخلاف الگوهای نظیر ایران یا فرانسه که دادگاه‌های ویژه‌ای شکل نگرفته است، دادگاه‌های عادی نقش کمتری در اعمال کنترل تمام‌عیار تصمیمات اداری دارند. این موقعیت متفاوت انگلستان در الگوی کنترل قضایی، ریشه در تاریخ حقوق اساسی و روابط میان پارلمان و دادگاه‌ها و موضوع حاکمیت قانون در این کشور دارد.

این وضعیت را می‌توان به‌ویژه در دوره بسیار مهم تئودوز و استیورات در قرون شانزده و هفده در تعارضاتی که میان پارلمان و پادشاه به وجود آمد مشاهده نمود. در این دوره بود که دادگاه‌های عالی مدنی و جنایی شکل گرفت که به جرائم سیاسی مهمی رسیدگی می‌نمود. این دادگاه کنترل مطلق را بر سازمان‌های دولتی اعمال می‌نمود؛ اما پس از انحلال این دادگاه، به سبب تجربه ذهنی که در نظام حقوقی برجای گذاشت، جدایی‌ناپذیر بودن حقوق عمومی از حقوق خصوصی در انگلستان را تقویت نمود.^۴

۱. برای بررسی بیشتر ر.ک: رضایی‌زاده، محمدجواد و ابوالفضل درویشوند، «تأملی بر برخی بایسته‌های تصمیم‌گیری

اداری شخصی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ش ۸، ۱۳۹۲. صص ۱۲۳-۱۲۲.

۲. رأی شعبه ۲۳، ش. د: ۱۵۱۹/۱۵۱۹۰۹۹۷۰۹۱۰- مجموعه آراء اعضای شعب دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۳، ۳۳۵.

۳. مشهدی، علی، «توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه»، فصلنامه اطلاع رسانی حقوقی،

معاونت حقوقی ریاست جمهوری، سال ششم شماره ۲۱ و ۲۲، ۱۳۸۹. صص ۷۴-۶۹.

۴. مشهدی، علی، صلاحیت تخییری، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰. صص ۱۴۰.

حقوق مربوط به کنترل صلاحیت‌های اختیاری، نمایان‌گر توسعه روزبه‌روز این نهاد در انگلستان بوده است اما، اجرای مطلوب صلاحیت‌های اختیاری همواره مواجه با برخی مشکلات و موانع است. هرچند در حقوق انگلستان برخلاف حقوق آلمان و فرانسه، منبع اصلی صلاحیت‌های اختیاری را باید در پرونده‌های مطروحه (و نه قانون) یافت. در انگلیس رویه قضایی منبع منحصربه‌فردی است که رویکرد کلی نظام حقوقی این کشور را نسبت به صلاحیت‌های اختیاری نشان می‌دهد.

به طور کلی در نظارت قضایی بر نحوه اجرای صلاحیت‌های اختیاری در انگلیس، دادگاه‌ها با دو مسئله ذیل مواجه هستند:

- ۱- قصور و ناتوانی در نگهداری و حفظ میزان آزادی عمل و اختیار نامحدود.
- ۲- اجرای اختیار به گونه‌ای که آنرا در معرض سوء استفاده از صلاحیت‌ها قرار دهد. پرفسور کریگ، دسته‌بندی مشابهی را انجام داده است که شامل قصور در اجرای صلاحیت اختیاری^۱ و سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری^۲ می‌شود.^۳ در مورد نخست، یعنی قصور در اجرای اختیارات گزینشی، پنج دسته از پرونده‌ها را می‌توان از یکدیگر تفکیک نمود:
 ۱. قواعد خودساخته که صلاحیت اختیاری را ایجاد می‌نماید؛
 ۲. تفویض اختیار غیر مجاز؛
 ۳. اقدام آمرانه؛
 ۴. محدود نمودن صلاحیت‌های اختیاری از طریق قرارداد یا روش‌های مشابه؛
 ۵. مقید نمودن صلاحیت‌های اختیاری از طریق قاعده استاپل و اشتباه حکمی.

در بحث سوءاستفاده از صلاحیت‌های اختیاری، دادگاه این امر را بررسی می‌نماید که آیا اختیارات در راستای اهداف مناسب به کاربرد شده‌اند، آیا ملاحظات غیرمرتبط در تصمیم مداخله داشته است و آیا اجرای اختیارات غیرمعقول و غیرمنطقی بوده است یا خیر.

مفهوم ونزبری^۴ در انگلیس و توجه به مفهوم غیرمعقول بودن^۵ در این پرونده مهم‌ترین معیاری است که می‌تواند نشان دهد که آیا مقام اداری از اختیارات خویش سوءاستفاده

1-Failure to exercise discretion

2-Abuse of discretionary power .

3-Craig, P. Administrative Law, Oxford University Press, 1994, p384 .

4-Wednesbury .

5-Unreasonableness .

نموده است یا خیر. اعمال معیار معقول بودن، سوالات بسیاری را نیز مطرح نموده است. مسئله اساسی این است که دادگاه‌ها چگونه باید از طریق بازنگری ماهوی^۱ تصمیمات اداری را ارزیابی نمایند. در زیر به بررسی اقسام این قبیل بازنگری و جهات آن خواهیم پرداخت.

بند دوم. محدود نمودن صلاحیت اختیاری از طریق اعلامیه خط مشی

این محدودیت‌ها ممکن است در چارچوب خط‌مشی‌ها و اهداف خاص در اداره تعریف شوند. در چنین مواردی چون بیم آن می‌رود که اداره در اجرای اختیارات خویش قصور ورزد.^۲ درحقیقت با این روش ممکن است اعمال صلاحیت مقامات اداری به مواردی خاص فروکاسته شود. درحالی‌که اساساً صلاحیت باید این امکان را برای مقامات عمومی فراهم نماید که بتوانند از میان گزینه‌های متعدد، دست به انتخاب بزنند. با این وجود، به قول پرفسور دیویس ممکن است این قواعد و سیاست‌ها انعطاف‌ناپذیر بوده و امکان صلاحیت و در نتیجه انعطاف و فردی‌سازی تصمیم را از مقام اداری سلب نمایند.

در یک پرونده قدیمی و معروف در انگلستان، مقامات بندری لندن صلاحیت اختیاری اعطای مجوز ساخت اسکله خصوصی را داشتند. تقاضای خواهان به این دلیل رد گردید که خط‌مشی‌هایی وجود دارد که به موجب آن مقامات عمومی نیز قصد ساختن اسکله در همانجا را در آتیه دارند و لذا ساخت اسکله خصوصی امکان‌پذیر نیست. دادگاه تجدیدنظر از این نظر مقامات عمومی حمایت و آن را تأیید نمود. بر این اساس مقام اداری ممکن است که خط‌مشی عمومی را دنبال نماید و این خط‌مشی را تنها با ملاحظه مسائل مربوط به «حسن تصمیم» در هر موقعیت اعمال کند.^۳

از طرفی ممکن است اجرای جدی و سخت خط‌مشی‌ها نیز در تضاد با اجرای صلاحیت‌های اختیاری باشد. در یک مورد^۴، تقاضای مجوز خواهان جهت استخراج شن و ماسه از رودخانه رد گردید. خواهان جهت بازنگری به وزارت مسکن رجوع نمود. تقاضای وی

1-Substantive review

2-Molot, Henry L."The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion." McGill LJ 18: 1972,p 310

3-R.v. Port of London Authority, ex p Kynoch Ltd .

4-Lavender v MHLG. [1970] IWLRL 1231 .

به این دلیل که وی باید مجوزش را از وزارت کشاورزی اخذ نماید مورد قبول واقع نشد. درواقع این تصمیم مبتنی بر یک خط‌مشی وزارتخانه‌ای بود که به موجب آن «... اراضی تحت حفاظت نباید موضوع فعالیت‌های معدنی قرار گیرند مگر اینکه وزارت کشاورزی، صید و تغذیه با آن مخالفتی نداشته باشند...»

تصمیم اتخاذی باطل اعلام گردید؛ زیرا وزارت مسکن در حقیقت صلاحیت‌های اختیاری خود را برای اعطای مجوز اعمال نکرده، بلکه آن را به وزارتخانه دیگری تفویض نموده بود. به همین سبب به قول پرفسور گالیکن می‌توان گفت که صلاحیت‌های اختیاری در اینجا به گونه‌ای غیرمناسب تفویض گردیده و اجرای خط‌مشی سخت‌گیرانه بوده است.^۱

در پرونده بریتیش اکسیژن، خواهان تقاضای یک امتیاز سرمایه‌گذاری براساس قانون توسعه صنعت ۱۹۶۶ نموده بود. وزارت بازرگانی درخصوص اعطای چنین امتیازی صلاحیت‌های اختیاری داشت. در این راستا اداره مزبور خط‌مشی‌ای را تعیین نموده بود که به موجب آن، آن دسته از تقاضاهایی که هزینه‌های موردنیاز هر بخش آن کمتر از ۲۵ دلار باشد، منجر به صدور امتیاز نخواهد شد. شرکت متقاضی بالغ بر چهار میلیون دلار برای سیلندرهای گاز اکسیژن هزینه نمود که براساس فرمول، برای هر بخش مبلغ هزینه ۲۰ دلار می‌شد؛ لذا براساس همین مبنا و باتوجه به خط‌مشی مقرر توسط وزارت بازرگانی تقاضای خواهان رد گردید. مجلس لردان نیز تصمیم اداره را تأیید نمود.^۲ لرد راید در این خصوص بیان داشت که «قاعده کلی این است که هر شخصی که صلاحیت‌های اختیاری را اعمال می‌نماید گوش‌هایش را نسبت به درخواست‌ها ببندد... وقتی وزیر فکر می‌کند خط‌مشی یا الزامات اداره خوب^۳ نیازمند اعمال برخی قواعد است، به نظر من هیچ امری نمی‌تواند مانع این تشخیص گردد.»

بند سوم. تفویض غیرمجاز صلاحیت اختیاری و اجرای ناقص آن

علت ارتباط این بحث با صلاحیت‌های اختیاری، تلقی آن به عنوان یکی از مصادیق قصور در اجرای این قبیل صلاحیت‌هاست. مطابق یک قاعده کلی در حقوق اداری، «تفویض شده

1-Galligan, D. J. Discretionary powers: A legal study of official discretion. Oxford University Press, USA. 1990. P338

2-British Oxygen v Board of Trade[1971] AC 610 .

3-Good administration .

قابل تفویض نیست»^۱؛ بنابراین صلاحیت‌های اختیاری تنها توسط آندسته از مقامات اداری که صلاحیت به‌صراحت به آنها واگذار گردیده است، اعمال‌شدنی خواهند بود. به‌منظور حمایت و تضمین چنین اصلی در حقوق اداری، محدودیت‌های قضایی و قانونی متعددی مقرر گردیده است که مشهورترین آن را می‌توان در قضیه کارلتونا^۲ یافت و بعداً در حقوق انگلیس به اصل یا دکترین کارلتونا مشهور گردید. دکترین کارلتونا^۳ در قضیه مشهور دیگری که به موجب آن وزیر اختیارات خودش را جهت اخراج اتباع به ادارات مهاجرت واگذار کرده بود تکرار گردید.^۴

اجرای ناقص صلاحیت اختیاری، مورد دیگری است که در رویه قضایی مورد بررسی و کنترل قرار می‌گیرد. در قضیه پیش‌گفته لاوند، خواهان درخواستی را برای اخذ مجوز استخراج ماسه و سایر مواد از اراضی دارای کیفیت مرغوب کشاورزی به وزارت مسکن ارائه داد اما تقاضای وی رد گردید. خواهان استدلال نمود که وزارت مسکن و کشور صلاحیت‌های اختیاری خویش را با رد تقاضای وی محدود نموده و به صورت ناقص اجرا نموده است، دادگاه در این خصوص تصمیم وزارت مسکن و کشور را نقض نمود، با این استدلال که اتخاذ تصمیم نهایی را منوط به تصمیم وزارت کشاورزی نموده است.^۵

بند چهارم. اجرای مناسب و منصفانه صلاحیت‌های اختیاری

اعطای صلاحیت تخییری به مقامات عمومی همواره آن را در معرض سوءاستفاده قرار می‌دهد؛ بنابراین هر قدر صلاحیت مأموران محدود باشد، خودسری و استبداد آنها کمتر است» به همین سبب دایسی با نفی این نظریه یه دنبال حکومت مطلوب خویش بود، هرچند که انتقاداتی بر آن وارد شده است.^۶ وی با همین دغدغه صلاحیت‌های اختیاری را با مفهوم «خودسری» یکی می‌گیرد.^۷ پیشگیری از سوءاستفاده از صلاحیت، هدف اساسی حقوق

1-Delegates non potest delegare

2-Carltona v Commissioner of Works [1943] 2 All ER 560 .

3-Carltona doctrine/ Carltona principle .

4-Rv Secretary of State for the Home Department, exp Oladehinde. [1991] 1 AC 254 .

5-Lavender and Son Ltd V Minister of Housing and Local Government. [1970] 1 WLR1231 .

۶. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، انتشارات خرسندی، چ اول. ۱۳۸۹، ص ۳۵.

7-A.V.Dicey, The Law of the Constitution. London. 1961. P181 .

اداری در ارتباط با صلاحیت تخییری است^۱ شاید امروزه دلیل اصلی مداخله دادگاه‌ها در نظارت بر این صلاحیت‌ها تضمین «معقول بودن»، «مبتنی بر حسن نیت»^۲ و «تناسب» تصمیم است.^۳ سوءاستفاده می‌تواند اشکال متعددی به خود بگیرد، استفاده از اختیار در جهت اهداف نامناسب،^۴ غیرمعقول^۵ و غیرمتناسب^۶ از مهم‌ترین مصادیق آن است.^۷

دیویس با تقسیم صلاحیت‌های اختیاری به گسترده و محدود معتقد است که «در صلاحیت‌های اختیاری گسترده ممکن است اعمال عدالت فردی منجر به خودسری یا نقض اصل برابری گردد اما به عکس در صلاحیت‌های اختیاری محدود، امکان اعمال دقیق و مناسب عدالت فردی شده فراهم می‌گردد».^۸ مقام عمومی باید توجه داشته باشد که صلاحیت‌های اختیاری هرگز نباید به تصمیمات خودسرانه، مبهم، خیالی و غیرواقعی و عجیب و غریب منجر گردد.

در کامن‌لا این نظر در قضیه «sharp v. wakefield»^۹ از سوی لرد هالزبوری ابراز گردید.^{۱۰} در نظر وی «صوابدید به این معنا است که وقتی موضوعی در حوزه صلاحیت‌های اختیاری مقام عمومی قرار گرفت این اختیار باید بر دلایل و قواعد مبتنی بر انصاف و عدالت باشد نه براساس نظرات شخصی. ... باید براساس قانون باشد نه هوسبازانه. ... تصمیم نباید خودسرانه، مبهم و خیالی باشد بلکه باید حقوقی و قاعده‌مند باشد. این قدرت باید به طریقی در چهارچوب‌ها اعمال گردد که یک انسان متعارف آن را از مقام اداری انتظار دارد».^{۱۱}

1-H.W.Arthurs, Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business,O.H.L.J. 1979. P45 .

2-BoanFida .

۳. مشهدی، علی، **صلاحیت تخییری**، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰. ص ۱۲.

4-Improper purpose .

5-Unreasonable .

6-Improportional .

7-See: Parchomiuk, Jerzy. "Abuse of Discretionary Powers in Administrative Law. Evolution of the Judicial Review-Models: from "Administrative Morality" to the Principle of Proportionality." Časopis pro právněvědu a praxi . 26.3 (2018): 453-478

8-Davis, KC, Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois:Chicago UP. 1969. P52.

9-Lord Halsbury l.c in sharp r. wakefield (1891)A.C

10-Sharp -v- Wakefield[1891] AC 173 .

بر همین اساس در رویه قضایی کامن‌لا معیارهای متعددی در طول زمان برای نظارت قضایی بر چنین صلاحیت‌هایی شکل گرفته است.^۱

در حقوق ایران^۲ نیز در قضیه «ابطال آزمون دستیاری پزشکی» در سال ۸۷ اداره در توزیع سهمیه‌های متفاوت به صلاحیت تشخیصی خود به استناد قانون تشکیلات وزارت بهداشت و همچنین ماده ۴ قانون خدمت پزشکان استناد می‌نمود. در این قضیه اداره مدعی بود که به موجب قانون، اختیار بررسی نیازهای تخصصی مناطق محروم و توزیع سهمیه‌ها را براساس نیازسنجی بر عهده دارد. با این حال دیوان در مقام کنترل قضایی اظهار نمود که تصمیم اداره به معنای اعمال تبعیض در میان داوطلبان شرکت در آزمون بوده و آن را ابطال نمود.^۳

دسته دیگر از مواردی که مرتبط با محدودیت‌های صلاحیت‌های اختیاری می‌شود، مربوط به محدودیت صلاحیت‌های از طریق انعقاد قرارداد یا سایر تعهدات الزام آور مشابه است. مسئله از آنجا آغاز می‌گردد که در حقوق اداری مدرن، دولت‌ها بعضاً ناچارند به‌مثابه یک شخص خصوصی با اشخاص حقوقی رابطه قراردادی برقرار نمایند.

در چنین مواردی مقامات عمومی مایلند صلاحیت‌های اختیاری اداری را اعمال نموده و به نوعی از مرزهای حقوق عمومی و حقوق خصوصی پاسداری نمایند. تعارضات میان این دو قلمرو همواره موضوع آراء قضایی متعددی بوده است. برای مثال در یک مورد وضعیت مزبور این‌گونه توصیف گردید:

«هنگامی که به یک شخص یا مقام عمومی توسط قانونگذار صلاحیت‌های و تکالیف خاصی به صورت صریح یا ضمنی در راستای اهداف عمومی واگذار می‌گردد، این اشخاص یا مقامات نمی‌توانند به این قبیل صلاحیت‌ها توجهی ننمایند. آنها نمی‌توانند قراردادی را منعقد نمایند یا اقدامی را انجام دهند که در تضاد با این تکالیف و صلاحیت‌ها باشد... اما باید دانست که این یک قاعده قطعی نیست.»

1-Davis, M. S. Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Decisionmaking. J. App.Prac. & Process, 2, 2000, p.47

۲. مشهدی، علی، آیت‌الله جلیلی مراد، «معیارهای نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری در حقوق ایران»، فرانسه و آلمان، فصلنامه حقوق اداری، ش ۱۸، بهار ۱۳۹۸، ص ۲۲۶.

۳. رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۸۷/۱۱/۱۳ کلاسه ۷۶۲/۸۷ در زمینه ابطال آزمون دستیاری پزشکی

اسمیت در این قبیل موارد سه راه‌حل کلی را پیشنهاد می‌نماید. نخست اینکه مقام عمومی نمی‌تواند خود را از طریق قرارداد یا سایر روش‌های الزام‌آور، محدود نماید و دیگر اینکه خود را متعهد به اجرای صلاحیت‌های قانونی از طریق غیر از روش‌ها و آیین خاصی که مقرر شده است بنماید و سوم اینکه در قراردادهای انعقادی با خاندان سلطنتی نمی‌توان اجرای صلاحیت‌های اختیاری را با این توجیه که موضوع «ثروت عمومی»^۱ در میان است، مستثنی نمود.^۲

پرونده «استپاس علیه شورای شهر درباشایر» در این زمینه مثال خوبی است. شورای شهر مالک پارکی بود که در آن پیشنهاد ساخت و توسعه یک مرکز تفریحی با امکانات رفاهی گردید. قراردادی میان شورای شهر و شرکت سازنده منعقد گردید که به موجب آن، شرکت تعهد به مشاوره و توسعه ساخت و ساز مرکز مزبور نمود.^۳

قرارداد مقرر می‌داشت که شورا اقدامات معقولی را جهت اجرای طرح، اخذ مجوز و سایر گواهی‌ها برای اجرای پروژه برعهده خواهد گرفت. همچنین در صورتی که شورا در اجرای این تعهد قصور ورزد، باید به شرکت مجری ۱۱۶۸۷۵ دلار خسارت بپردازد. خواهان درخصوص نقض اصول عدالت طبیعی^۴ علیه شورا اقامه دعوا نمود مبنی بر اینکه شورا در مورد پرداخت مالیات‌ها و سایر تعهدات در اجرای طرح قصور ورزیده است. دادگاه مقرر داشت که باید دید تاجه‌اندازه صلاحدید مقام عمومی مقید شده است. هر چیزی که این اهداف را مقید نماید باید با ملاحظه اقدامات یک فرد معقول و میزان تأثیر آن بر نتایج تصمیم، مورد ارزیابی قرار گیرد.

بنابراین همان‌گونه که مقام عمومی نمی‌تواند صلاحیت‌های اختیاری خود را با قواعد خودساخته محدود نماید به همین طریق مقیدنمودن صلاحیت‌های اختیاری از طریق قرار داد، نفی می‌شود. در پرونده آمپاتریتی^۵ مقرر گردید که مقام عمومی می‌تواند با انعقاد قرارداد، صلاحیت اجرایی خود را برای آینده^۶ مقید نماید.

1-Public wealth

2-De Smith, S.A., Judicial Review of Administrative Action.3rd ed. London: Stevens.1995, p15 .

3-Steeple v Derbyshire County Council [1985] IWL 256 .

4-Rules of natural justice

5-Amphitrite .

6-Future executive power .

در نظر دیویس، عدالت تخییری در تصمیمات موردی زمینه را برای اتخاذ تصمیم مناسب فراهم می‌آورد.^۱ از سویی دیگر اعطای این قبیل اختیارات همراه با نوعی اعتماد به مقام اداری است اما این اعتماد هرگز مطلق نیست. بدین معنا که اجرای صلاحیت تخییری تنها زمانی معتبر است که در راستای هدف صحیح و مطابق با قصد پارلمان از اعطای این صلاحیت باشد.

در انگلیس مشهورترین تصمیم در این زمینه مربوط به قضیه «پدفیلد علیه وزارت کشاورزی، ماهیگیری و غذا» است.^۲ قانون بازار کشاورزی ۱۹۵۸ برای کمیته تحقیق مقرر در این قانون شروع رسیدگی را منوط به ارجاع وزیر نموده بود. تولیدکننده‌های محصولات کشاورزی در جنوب انگلستان شکایتی مبنی بر اینکه عوامل متفاوت و ناکافی در قیمت‌گذاری توسط «هیئت تعیین قیمت شیر» تعیین شده بود، مطرح کردند. در چنین مواردی وزیر طبق قانون، صلاحیت تخییری مبنی بر ارجاع چنین شکایتی به کمیته تحقیق داشت، اما این شکایت را به این دلیل که برای تحقیق نامناسب و ناکافی است ارجاع نداد؛ اما در قضیه پدفیلد وزیر استدلال مناسبی را برای اجرای صلاحیت خود به کار نبرد و برخلاف هدف مقرر در قانون دلیل آورد. دادگاه مقرر داشت هنگامی که شکایت مرتبط با موضوع مطرح باشد، وزیر «مکلف» است که اختیار خود را به نحو صحیح و مناسب به کار برد. درواقع وزیر با امتناع از ارجاع، تولیدکننده‌ها را از جبران‌هایی که پارلمان برای آنها مقرر نموده است محروم می‌نماید و این به معنای کوتاهی در تفسیر مناسب قانون است.

نتیجه

از یک‌سو صلاحیت‌های اختیاری میل به گریز از نظارت قضایی دارند و از سوی دیگر همان‌گونه که در متن مقاله گذاشت. چگونگی و نحوه نظارت‌پذیری قضایی آنها همواره مورد مناقشه قضایی بوده است. در حقوق ایران قبل از تصویب ماده ۶۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تردیدهای در مورد نظارت‌پذیری صلاحیت‌های اختیاری وجود داشت. لیکن امروزه این امکان به‌ویژه در قالب ماده ۶۴ فراهم شده است. باید توجه نمود که صلاحیت‌های اختیاری مفهوم و نهادی است در حقوق اداری که به چاقوی دو دم می‌ماند. یعنی هم می‌تواند ابزاری برای خودسری و گریز از اصل قانون‌مداری و هم حمایت و ارتقاء آن به کار رود. در مدل حقوق اداری انگلوساکسون نیز به خاطر ارزش و اهمیت حقوق فردی

1-Davis, KC, Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illinois.Chicago UP. 1969. P71

2-Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968] AC 997 .

همواره به نهاد صلاحیت‌های اختیاری با بدبینی نگریسته شده است. فرض سنتی در چنین مدلی مبتنی بر این است که افزایش و گسترش چنین صلاحیت‌هایی زمینه‌ای را فراهم می‌آورد تا ساختار حقوق اداری به سمت خودسری و اتخاذ تصمیمات دلبخواهانه حرکت نماید؛ اما همان‌گونه که در مباحث فوق بحث نمودیم، امروزه برخلاف حقوق اداری کلاسیک انگلستان، صلاحیت‌های اختیاری هرگز در برابر صلاحیت خودسرانه به کار نمی‌رود، بلکه در برابر صلاحیت تکلیفی قرار می‌گیرد؛ علاوه بر این دادگاه‌ها می‌توانند با اعمال نظارت قضایی بر این قبیل صلاحیت‌ها، از خودسری مقامات اداری در اعمال صلاحیت انحراف آن جلوگیری نماید؛ بنابراین، می‌توان به اختصار نتیجه گرفت که در مدل حقوق اداری انگلوساکسونی اولاً، صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری محدودند ثانیاً، معیارهای حقوقی مشخصی برای نحوه اعمال آنها وجود دارد و ثالثاً، مورد بازنگری قضایی دادگاه‌های کامن‌لا قرار می‌گیرند. بدیهی است فقدان این سه ویژگی و ساختار در اعمال صلاحیت‌های اختیاری به معنای سیر آنها به سمت «خودسری» خواهد بود.

فهرست منابع الف. فارسی کتاب

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، (۱۳۹۸)، حقوق اداری، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چ اول.
۲. فنازاد، رضا، (۱۳۹۱)، صلاحیت اختیاری و حاکمیت قانون، رساله دوره دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۳. فنازاد، رضا، (۱۳۹۴)، صلاحیت اختیاری در بستر حقوق عمومی مدرن، انتشارات خرسندی، چ اول.
۴. متین دفتری، احمد (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی، ج اول، انتشارات مجد، چ سوم.
۵. مشهدی، علی، (۱۳۹۰)، صلاحیت تخییری، انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول، ۱۳۹۰.
۶. مشهدی، علی، (۱۳۹۵)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خرسندی، چ اول.
۷. هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۸۹)، اصول حقوق اداری، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، انتشارات خرسندی، چ اول.
مقالات
۸. رضایی‌زاده، محمد جواد و بوالفضل درویشوند، (۱۳۹۲)، «تأملی بر برخی بایسته‌های تصمیم‌گیری اداری شخصی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ش ۸، صص ۱۲۳-۱۲۲.
۹. مشهدی، علی، (۱۳۸۹)، «توجیه و نقد کنترل‌پذیری صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه»، فصلنامه اطلاع رسانی حقوقی، معاونت حقوقی ریاست جمهوری، سال ششم شماره ۲۱ و ۲۲.
۱۰. مشهدی، علی، آیت الله جلیلی مراد، (۱۳۹۸)، «معیارهای نظارت قضایی بر صلاحیت‌های اختیاری مقامات اداری در حقوق ایران، فرانسه و آلمان»، فصلنامه حقوق اداری، ش ۱۸، بهار ۱۳۹۸.
۱۱. مشهدی، علی، (۱۳۹۵)، «تأملی بر نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر صلاحیت‌های تشخیصی در پرتو ماد ۶۴ قانون دیوان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۷۴.

ب. انگلیسی

- 1-Atkinson, William J.,(1978) «La Discretion Administrative et la mise en oeuvre .d'une politique», Les Cahiers de droit, vol. 19, n° 1
- 2-Barak, A.,(1987), Judicial Discretion ,Yale University Press
- 3-Barnett, Hilaire, (2004), Constitutional & administrative law, p738,14ed
- 4-Bell, J. (1992). Discretionary decision-making: A jurisprudential view. The Uses of .Discretion, Clarendon Press, Oxford, 89-111
- 5-Cane, P. (2000). «Merits Review and Judicial ReviewTheAat as Trojan Horse». .Federal Law Review, 28(2), 213-244
- 6-Craig, P. Administrative Law, Oxford University Press, 1994
- 7-Dicey. A.V. (1961), The Law of the Constitution. London
- 8-David Pollard, et al,(2007), Constitutional and administrative law, Oxford Univer- .sity Press
- 9-Davis, KC,(1969), Discretionary Justice; a Preliminary Inquiry, Chicago, Illi- .nois:Chicago UP
- 10-Davis, M. S. (2000). Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Deci- .sionmaking. J. App. Prac. & Process, 2, 47
- 11-De Smith, S.A.(1995), Judicial Review of Administrative Action.3rd ed. London: .Stevens
- 12-de Smith, S. A.(1972). «Judicial Review and Administrative Discretionary Pow- .ers.» The Modern Law Review 35, no. 4: 415-418
- 13-Follick .E. D,(1967), The Element of Discretion Inherent in Administrative Adju- .dication, Thesis, Blackstone School of Law
- 14-Freund, E. (1928). Administrative powers over persons and property: A compara- .tive survey. University of Chicago Press, Chicago
- 15-Galligan, D. J. (1990). Discretionary powers: A legal study of official discretion. .Oxford University Press, USA
- 16-H.W.Arthurs,(1979) Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Busi- .ness,O.H.L.J
- 17-Hadavand, M., & Mashhadi, A. (2013). Principles of Administrative Law. NewYo- .rk: Khorsandi, 85

- 18-Hadavand, M., & Mashhadi, A. (2009), Principles of Administrative Law in the light of the judgments of the Administrative Justice Tribunal (comparative study of French, German, Swiss, Egyptian, Lebanese, British, Korsandy &Judiciary Publication
- 19-Keneth.FWarren,(2003) Administrative discretion, in Encyclopedia of public administration and public policy, Marcel Dekkar Inc, Springer, Vol 1
- 20-Künnecke, M. (2007). Judicial review of discretionary powers. Tradition and
- 21-Linderfalk, U. (2016). »Good Faith and the Exercise of Treaty-Based Discretionary Powers«. Available at SSRN 2783644
- 22-Luis,Silveria,(1995) »Administrative Discretion and Problems of Accountability, (Proceedings«, 25th Colloquy on European Law, Oxford (United Kingdom
- 23-Mashhadi, Ali,(2012), Discretionary Powers, Directorate General for Research and Information of the Presidency
- 24-Mashhadi, Ali.(2016), Procedure of the Administrative Justice Court of Iran in the order legal system, Korsandy Publication
- 25-Mashhadi, Ali(2015), Reflection on the Judicial Review on Discretionary Power in Iranian Administrative Tribunal Court in the Framework Article 64 of Iranian Administrative Tribunal Act, Shahid Beheshti University Legal Research
- 26-Mashhadi, Ali, (2010), »Justification and Criticism of Controllability of discretionary Powers of the Executive«, Quarterly Journal of Legal Information, Legal Vice President, Sixth Year, No. 21 and 22
- 27-Mbatha, L., Grobler, B., &Loock, C. (2006).» Delegation of authority by school principals—an Education Law perspective«. Education as change, 10(1), 3-15
- 28-Molot, Henry L.(1972), »The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion.« McGill LJ 18
- 29-Moules, R. (2008). »Judicial review of prerogative Orders in Council: Recognizing the constitutional reality of executive legislation«. The Cambridge Law Journal, 67(01), 12-15
- 30-Parchomiuk, Jerzy.(2108). »Abuse of Discretionary Powers in Administrative Law. Evolution of the Judicial Review Models: from "Administrative Morality" to the Principle of Proportionality.« Časopis pro právní vědu a praxi 26, no. 3: 453-478



31-Poole, T. (2010). »United Kingdom: the royal prerogative.«International journal of constitutional law, 8(1), 146-155

32-Rezaeizadeh, Mohammad Javad and Boalfazl Darvishvand, (2013), «Reflections on some requirements of personal administrative decision-making in the light of the opinions of the Court of Administrative Justice», Public Law Knowledge Quarterly, Vol. Pp. 123-122

33-Scodro, M. A. (2005).» Deterrence and Implied Limits on Arbitral Power«. Duke Law Journal, 547-607

تأملی بر مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در رویه شعب دیوان عدالت اداری

حامد نیکونهاد *

حدیث کلوندی **

چکیده

نظارت قضایی یکی از مؤثرترین شیوه‌های جلوگیری از تضییع حقوق و آزادی‌های افراد در مقابل حاکمیت می‌باشد، چراکه افراد از موضع برابری در مقابل حاکمیت و در معنای اخص آن یعنی اداره برخورداری نمی‌باشند، و همواره بیم سوءاستفاده اداره به جهت دارا بودن موقعیت برتر می‌رود. سوءاستفاده از مقام و موقعیت از جهات نظارت قضایی می‌باشد. در متون حقوقی سوءاستفاده از مقام و موقعیت، به معنای به‌کارگیری اختیارات اداری توسط متصدی اداری که واجد آن اختیارات می‌باشد، در جهتی خارج از اهداف اداری تعریف شده است؛ اما سوالی که در ذهن متبادر می‌گردد این است که چه مفهوم و مصادیقی از سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در رویه شعب دیوان عدالت اداری ارائه گردیده است؟ برای یافتن پاسخ این پرسش به رویه شعب دیوان عدالت اداری مراجعه شده است. با وجود اینکه در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، سوءاستفاده از مقام و موقعیت به عنوان یکی از جهات نظارت قضایی احصاء گردیده است، لکن در دادرسی دعاوی دیوان عدالت اداری مهجور مانده است و به‌ندرت می‌توان مواردی را یافت که با استناد مستقیم به سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری صدور حکم صورت گرفته باشد. احراز سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری برای مقام قضایی دشوار می‌باشد چراکه مقام اداری، در ظاهر قوانین و مقررات را نقض ننموده است و عمل وی در چهارچوب صلاحیت اعطا شده به وی می‌باشد؛ اما در رویه دیوان آرای می‌توان وجود می‌باشد که، قضات دیوان عدالت اداری باتوجه به مصادیق سوءاستفاده از مقام موقعیت صدور حکم نموده‌اند.

کلیدواژه‌ها: خروج از صلاحیت، دیوان عدالت اداری، سوءاستفاده از اختیارات، سوءاستفاده از مقام و موقعیت، قانونی بودن.

مقدمه

ادارات دولتی به منظور ارائه هرچه بهتر خدمات به شهروندان، نیازمند در اختیار داشتن صلاحیت‌هایی می‌باشند. در جوامع امروزی با افزایش سطح وظایف دولت، میزان صلاحیت‌های اعطایی به کارمندان دولت نیز به منظور انجام این وظایف افزایش یافته است. همواره در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت می‌باشد بنابراین مقام اداری تنها زمانی می‌تواند اقدام به اتخاذ تصمیم یا عمل اداری نماید که مجوز آن از سوی قانون به وی اعطا گردیده باشد. البته پیچیدگی امور مانع از آن است که بتوان تمامی این صلاحیت‌ها را برشمرد. از این رو قانون‌گذار تاحدودی آزادی عمل به مقام اداری اعطاء نموده است. این آزادی در حقوق عمومی تحت عنوان صلاحیت اختیاری نامیده می‌شود. با این آزادی عمل، کارمند اداری می‌تواند همواره از میان چندین تصمیم، بهترین آن را در جهت ارائه خدمات به مردم اتخاذ نماید؛ اما گاهی همین صلاحیت و اختیارات گسترده موجبات سوءاستفاده مقام اداری را فراهم می‌نماید. اینجاست که اهمیت کنترل و نظارت بر عمل مقام اداری نمود پیدا می‌کند؛ اما چه سازوکاری برای رسیدگی به سوءاستفاده احتمالی مقام اداری از اختیاراتی که به موجب قانون به وی اعطا شده پیش‌بینی شده است. مطابق اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند».

سوءاستفاده از اختیارات در بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به عنوان یکی از جهات ابطال مصوبات مورد شناسایی قرار گرفته است. بر این اساس، این نهاد می‌تواند بر صورت شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی و عمومی اقدامات لازم را به عمل آورد؛ بنابراین یکی از جهات رسیدگی قضایی در دیوان عدالت اداری «سوءاستفاده از اختیارات» است. در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷، مصادیق تخلفات اداری به تفکیک بیان شده است. به موجب بند ۳۰ این ماده، «سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری» به عنوان یکی از انواع تخلفات اداری احصاء شده است که این تخلف، هرگونه سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری کارمند که موجبات تضییع حقوق مادی یا معنوی دولت یا سایر اشخاص را فراهم نماید را شامل می‌شود. باتوجه به قوانینی که بیان گردید، سوءاستفاده از مقام و موقعیت در قوانین شناخته شده است. سوالی که در راستای این پژوهش

در ذهن متبادر می‌گردد این است که چه مفهوم و مصادیقی از سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در رویه دیوان عدالت اداری قابل استخراج است؟ به نظر می‌رسد که در رویه دیوان عدالت اداری تعریفی به نحو مفهومی و مصادقی برای سوءاستفاده از مقام و موقعیت مطرح نشده است؛ اما در میان آراء استناد به مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری مانند اهداف نامناسب و مغایر با هدف قانون‌گذار به چشم می‌خورد که با استناد مستقیم یا غیرمستقیم آن، حکم صادر شده است. مفهوم سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری، از مفاهیمی است که جایگاه خود را در دیوان عدالت اداری به‌درستی نیافته است، البته در ارتباط با این مفهوم در قوانین و کتب حقوق اداری به صورت جزئی و پراکنده بحث شده است و نیز تألیفات پیشین به بررسی سوءاستفاده از اختیارات در آراء هیات عمومی دیوان عدالت اداری و یا بررسی تطبیقی سوءاستفاده در نظام حقوقی ایران و انگلستان پرداخته‌اند؛ بنابراین وجه تمایز پژوهش پیش رو و آثار پیشین، در این است که پیش از این مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت تنها در رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری بررسی شده است لکن در این پژوهش با بررسی و تحلیل آراء شعب دیوان عدالت اداری درصدد ارائه مفهوم و مصادیقی از سوءاستفاده از مقام و موقعیت هستیم که بر رویه شعب دیوان عدالت اداری حاکم است. اهمیت و ضرورت این پژوهش در این است که مقام اداری به موجب قانون، دارای صلاحیت‌های گسترده‌ای می‌باشد و ممکن است در مسیر اعمال این صلاحیت‌ها دچار انحراف گردیده و مرتکب سوءاستفاده از مقام و موقعیت و یا خروج از صلاحیت گردد. به نظر می‌رسد این دو مفهوم با یکدیگر خلط شده‌اند و در اکثر موارد در یک معنا به کار برده می‌شوند. در این پژوهش این دو مفهوم به منظور درک وجوه تمایز آنها بررسی می‌گردد. به این منظور مقاله زیر در سه گفتار، ابتدا به بررسی مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت در متون حقوقی و قوانین و مقررات ایران و سپس به بررسی مفهوم خروج از صلاحیت و وجه تمایز آن با سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری و در گفتار سوم، مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت در رویه شعب دیوان عدالت اداری می‌پردازد.

گفتار اول. مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت در حقوق اداری

هر عملی که جایگاه اداری کارمندان را خدشه‌دار نماید و مآلاً موجبات نقض حقوق افراد را فراهم آورد تخلف اداری محسوب می‌گردد. تخلفات اداری ممکن است درمقایسه با سایر جرائم که در بستر جامعه در حال وقوع هستند، مانند قتل، سرقت و...، رعب‌انگیز نباشد اما سهم

به‌سزایی در تخریب و انحراف عمومی جامعه دارد؛ چراکه این تخلفات زمینه‌ساز بروز فساد اداری هستند و فساد در سطح کارکنان دولت آثار مخرب‌تری نسبت به بخش خصوصی در تمامی ابعاد جامعه در بر دارد. لذا برخورد مناسب و منطقی با تخلفات اداری نقش به‌سزایی در کاهش آن ایفا می‌نماید؛ بنابراین نخستین گام در کاهش تخلفات اداری، شناسایی مفاهیم و برشمردن مصادیق آن می‌باشد. در این گفتار به بررسی مفهوم سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری به عنوان یکی از مصادیق تخلفات اداری که در قوانین احصاء گردیده و بیان مصادیق آن در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

بند اول. مفهوم سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در حقوق اداری

هدف از اعمال و تصمیمات اداری تأمین منفعت عمومی است که تخطی و تخلف از آن اصطلاحاً «سوءاستفاده از مقام و موقعیت»^۱ نامیده می‌شود. در بند ۳۰ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، سوءاستفاده از مقام و موقعیت به عنوان یکی از تخلفات اداری احصاء شده است؛ اما ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از آن تحت عنوان «سوءاستفاده از اختیارات» نام برده است. در حقوق اداری ایران مفهوم مستقلی برای سوءاستفاده از مقام و موقعیت تعریف نگردیده و این دو در یک مفهوم استعمال می‌شوند.^۲ به این معنا که مقام اداری تصمیمی اتخاذ نماید یا عملی را انجام دهد که کاملاً در حیطه صلاحیتش می‌باشد اما از انجام آن هدفی مغایر با هدف قانون‌گذار را تعقیب می‌نماید. در سوءاستفاده از مقام و موقعیت، مقام اداری ظاهراً قوانین را نقض نمی‌نماید بلکه در چهارچوب قوانین از مقام و موقعیت خویش در جهت اغراض شخصی یا خانوادگی و حزبی بهره می‌برد. سوءاستفاده از مقام و موقعیت به عنوان یک معیار نظارت قضایی می‌تواند مؤثر در عدم تخطی و سوءاستفاده مقام اداری از صلاحیت‌های خود باشد و زمانی محقق می‌شود که مقام اداری اختیاراتی را که به او سپرده شده است با هدفی نامشروع به کار گیرد یا در به‌کارگیری اختیارات خود به اقدامی لغو و بی‌فایده دست بزند، یا در اعمال اختیارات، روشی افراطی در پیش گیرد. ممکن است عمل یا تصمیم مقام اداری متأثر از کینه‌توزی یا حتی حب و در جهت منافع خویش یا گروهی دیگر و یا حتی کمک خیرخواهانه به افراد باشد؛ اما مثبت یا منفی بودن انگیزه و نیت مقام اداری در ارتکاب و یا عدم ارتکاب سوءاستفاده از مقام و موقعیت تأثیرگذار نمی‌باشد.^۳ از سوی دیگر، اگر انجام وظیفه از راه دیگری، که زیانی وارد نیآورد، مقدور

1- Abuse of Power

۲. مولایی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۴، ص ۱۲۱.

۳. کیم جوزانی، مریم، مفهوم صلاحیت تشخیصی و چگونگی کنترل آن در حقوق اداری، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۰، ص ۱۳۲.

بوده و متصدی عمداً راهی را که موجب زیان شده است را برگزیده باشد، مرتکب سوءاستفاده از مقام و موقعیت شده است. هدف از اعمال و تصمیمات اداری، تأمین منفعت عمومی است که هرگونه تخلف از آن سوءاستفاده از مقام و موقعیت نامیده می‌شود.

اما در دیگر متون حقوقی سوءاستفاده از مقام و موقعیت، هم‌معنا با سوءاستفاده از صلاحیت به کار برده شده است. سوءاستفاده از صلاحیت یعنی مقام اداری از صلاحیتی که قانون به وی اعطاء نموده، سوءاستفاده نماید. به عنوان مثال، مقام اداری در اتخاذ تصمیمات هدفی مغایر با هدف قانون را دنبال نماید یا از صلاحیت اعطایی خویش در جهت اغراض شخصی بهره‌برداری نماید. این دیدگاه معیار تشخیص و تمیز سوءاستفاده از صلاحیت را عدم اعتنا به هدف یا اهدافی که قانون‌گذار از اعطاء صلاحیت به مقام اداری در نظر دارد، تعریف می‌نماید؛ لذا هرگاه مقام اداری از مسیر و هدف قانون منحرف گردد زمینه سوءاستفاده از صلاحیت فراهم شده است.^۱ درواقع می‌توان گفت که مفهوم ارائه شده، همان مفهومی است که برای سوءاستفاده از اختیارات بیان گردیده است.

بند دوم. مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در حقوق اداری

درحقوق اداری ایران تاکنون مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت ارائه نگردیده است و همواره به منظور بررسی و بیان مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت به منابع حقوق کامن‌لا مراجعه گردیده است. در انگلستان دو دسته‌بندی برای نظارت قضایی وجود دارد که در قوانین موضوعه به آن اشاره نشده و این تقسیم‌بندی را قضاات اعمال نموده‌اند؛ اما در این میان، تقسیم‌بندی دکتر دیپلاک بیشتر مورد توجه حقوقدانان قرار دارد.

اول. دسته‌بندی لرد دیپلاک: وی به خروج از صلاحیت در مفهوم مضیق و موسع اشاره دارد. لرد دیپلاک خروج از صلاحیت در مفهوم موسع را شامل عامل اهداف مغایر یا متفاوت از هدف قانون‌گذار (حتی اگر مقام اداری مطابق نص قانون عمل نماید ممکن است در پی اهداف نامطلوب باشد) یا توجه به عوامل غیرمرتبط و توجه نکردن به عوامل مرتبط در اتخاذ تصمیم و خروج از صلاحیت در مفهوم مضیق را شامل اصل قانونی‌بودن می‌داند.

۱. مشهدی، علی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۳۷.

برخی دیگر، به کارگیری صلاحیت معین به جای صلاحیتی دیگر را از مصادیق سوءاستفاده می‌دانند و گروهی دیگر نیز غیرعقلانی و برخی دیگر غیرمعقول بودن را در مصادیق سوءاستفاده بیان می‌کنند. بدین ترتیب ایشان سوءاستفاده را موجبی می‌دانند که مقام اداری را به دخالت در امور غیرمرتبط وامی‌دارد. غیرقانونی بودن عمل اداری بر مبنای صلاحیت تشخیصی، صرف نظر از اینکه به علت قصور در استفاده از صلاحیت تشخیصی باشد یا سوءاستفاده از آن، در هر صورت خروج از صلاحیت تشخیصی در مفهوم موسع خود محسوب می‌شود.^۱

دوم. دسته‌بندی کلاسیک: سوءاستفاده از مقام و موقعیت در این دسته شامل تجاوز از اختیارات ماهوی (خروج از صلاحیت) و تجاوز از اختیارات شکلی (سوءاستفاده از اختیارات) بیان می‌دارند.

گفتار دوم. مفهوم خروج از صلاحیت و ارتباط آن با سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری

در برخی منابع حقوق اداری ایران خروج از صلاحیت به عنوان مفهوم مشابه با سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری به کار برده شده است. خروج از صلاحیت از مفاهیم بااهمیت در حقوق اداری می‌باشد. به این دلیل که صلاحیت اداری و اجرای آن همواره از دغدغه‌های اصلی اندیشمندان حقوق اداری است، چراکه همواره در حقوق اداری اصل بر عدم صلاحیت است. عدم صلاحیت با جلوگیری از تداخل صلاحیت‌ها، باعث ایجاد نوعی نظم و انضباط اداری می‌گردد.

بند اول. مفهوم خروج از صلاحیت

صلاحیت مجموعه اختیاراتی است که به موجب قانون به مستخدم دولتی اعطاء شده است که اعمال معینی را انجام دهد.^۲ مأمور دولت مکلف است صلاحیت خود را در حدودی که قانون مقرر نموده است، اجرا نماید. تخلف از صلاحیت علاوه بر آنکه سبب ایجاد مسئولیت

۱. موسوی زاده، سیدشهاب‌الدین؛ تنگستانی، محمد قاسم؛ توازنی زاده، عباس، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری مجموعه گزارش‌ها و نشست‌های پژوهشگاه قوه قضاییه تا پایان سال ۱۳۹۳، تهران، مرکز مطبوعات انتشارات قوه قضائیه، ۱۳۹۴، ص ۲۲۰.

۲. مظہری، محمد، بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال هفتم، شماره اول، ۱۳۹۷، ص ۶۹.

برای مأمور متخلف خواهد شد، تصمیمات و اعمال وی را نیز ابطال می‌نماید؛ بنابراین فقدان یا تجاوز از حدود صلاحیت اعطاء شده به مقام اداری در معنای خروج از صلاحیت به کار برده می‌شود و مخصوص واقعی است که مقام اداری اختیارات خویش را در خلاف جهتی که منظور قانون است به کار گیرد و یا برای منظوری به کار بندد درحالی که ظاهراً صحیح و قانونی است اما، اساساً مبنی بر یک محرک نامشروع باشد.^۱ خروج از صلاحیت، یعنی اینکه کارمند عملی را انجام دهد که مربوط به وی نمی‌شود، بلکه در صلاحیت مقام اداری دیگر باشد یا در زمان و یا مکانی انجام دهد که قانوناً در آن زمان و مکان مجاز به انجام آن نیست.^۲

مأمور دولتی ممکن است به یکی از شیوه‌های ذیل مرتکب خروج از صلاحیت گردد:

۱- تجاوز از صلاحیت به سبب عدم رعایت مدت و قلمرو مأموریت؛ صلاحیت هر مأمور اداری برای زمان معینی تعریف شده است و تصمیمات وی خارج از ناحیه و موعد معین شده بی‌اثر خواهد بود. مانند اینکه اداره‌ای حکم استخدام فردی را پیش از قطعیت نتیجه مسابقه ورودی اعلام نماید یا اینکه مأموری پس از بازنشستگی اتخاذ تصمیم نماید.

۲- مداخله مأمور اداری در امر قانون‌گذاری و قضایی؛ بر اساس اصل انفصال قوا، عملکرد قوه مجریه از قوای مقننه و قضاییه منفصل می‌باشد و هرگز نباید در امور آنان دخالت نماید. اگر مأمور تصمیمی بگیرد که داخل در صلاحیت سایر قوا باشد، تصمیم وی باطل می‌باشد. به عنوان مثال، مقام اداری مالیات وضع نماید یا در امور مردم قضاوت نموده و رأی صادر نماید.

۳- مداخله مأمور اداری در حوزه فعالیت مأمور دیگر؛ این نوع از خروج از صلاحیت به نسبت بیشتر به چشم می‌خورد. به عنوان مثال، برخی امور بین دو یا چند وزارتخانه یا مقام اداری مشترک است و صلاحیت هریک از آنها نسبت به آن مشخص نیست. در این موارد «هیئت‌وزیران» حل اختلاف می‌نمایند.

استتکاف از انجام وظیفه نیز به نوعی عدم صلاحیت می‌باشد که از آن تحت عنوان صلاحیت منفی یاد می‌شود. به عنوان مثال مقام اداری به عنوان اینکه امری در صلاحیت وی نیست از انجام آن خودداری نماید.^۳

۱. کاشانی، محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۲، ص ۲۲۶

۲. مشتاق، زرگوش، مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۲، ص ۵۵.

۳. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، صص ۴۶۵-۴۶۶.

بند دوم. ارتباط خروج از صلاحیت و سوءاستفاده از مقام و موقعیت

حقوقدانان انگلیسی و فرانسوی برای صلاحیت یک بُعد یا مرز درونی و یک بعد بیرونی را تعریف نموده‌اند. خروج از صلاحیت در مفهوم مضیق آن به معنای نقض بُعد بیرونی صلاحیت است و سوءاستفاده از مقام و موقعیت به معنای نقض مرزهای درونی صلاحیت می‌باشد؛ بنابراین سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری در معنای موسع می‌تواند به نوعی یکی از انواع خروج از صلاحیت باشد (درواقع با نقض و خروج از مرزهای درونی مرتکب سوءاستفاده شده و به ظاهر قانون خللی وارد نگردیده است) اما در مفهوم مضیق شامل خروج از صلاحیت نمی‌باشد.

سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری ممکن است گاهی ناشی از سوءاستفاده از صلاحیت تشخیصی باشد. درواقع صلاحیت هنگامی تشخیصی یا تخییری است که مقام اداری در انتخاب روش قانونی آزاد باشد. این امر می‌تواند منجر به افزایش بهره‌وری و کارآمدی اداره و تأمین هرچه بهتر منفعت عمومی شود، اما ممکن است وجود این اختیار برای مقام اداری تهدیدی برای منفعت عمومی باشد از این جهت که اعمال نامناسب اختیار ممکن است منجر به فساد اداری شود. ارتباط میان صلاحیت تخییری و فساد اداری را از دو جهت می‌توان بررسی کرد:

اولاً، گسترش صلاحیت‌های تخییری ثانیاً، سوءاستفاده از صلاحیت‌های تخییری. ارتباط میان صلاحیت تخییری و گسترش آن را با استفاده از تعریف مشهور بانک جهانی از فساد «سوءاستفاده از اختیارات دولتی برای کسب منافع شخصی و حتی منافع گروهی»، می‌توان تبیین کرد؛ بنابراین در این تعریف فرض بر این است که در سوءاستفاده از اختیارات به دلیل اعطاء صلاحیت تخییری به کارمند قدرتی به وی اعطاء میشود که زمینه سوءاستفاده را در کارمند اداری افزایش می‌دهد.^۱ بدیهی است تفاوت‌هایی بین خروج از صلاحیت و سوءاستفاده از مقام و موقعیت وجود دارد. در خروج از صلاحیت مقام اداری، بحث عدم صلاحیت مطرح می‌باشد؛ اما در سوءاستفاده، مقام اداری دارای صلاحیت و اختیارات می‌باشد اما از آن در جهتی خلاف هدف قانون‌گذار استفاده نموده است. سوءاستفاده از اختیارات و خروج از صلاحیت در بحث مصادیق نیز با یکدیگر تفاوت دارند. عدم رعایت اصل تناسب در تصویب آیین‌نامه‌هایی که در حوزه اختیارات مقام اداری است از مصادیق بارز سوءاستفاده از اختیارات می‌باشد و عدم

۱. مشهدی، علی؛ جلیلی مراد، آیت‌الله، **دکترین تخییری در حقوق ایران و فرانسه**، اندیشه‌های حقوق

اداری: مقالات اهدایی به استاد دکتر موتمنی طباطبایی، مجد، ۱۳۹۳، ص ۲۸۳-۲۸۶.

رعایت سلسله‌مراتب اداری و عدم توجه به مفاد آیین‌نامه‌ها از مصادیق خروج از صلاحیت می‌باشد.^۱

گفتار سوم. مفهوم و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت در رویه شعب دیوان عدالت اداری

سوءاستفاده از مقام و موقعیت در متون حقوقی و قوانین حقوق اداری ایران پذیرفته شده است، مواد ۱ و ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری مخالفت با قانون یا شرع یا خروج از حدود اختیارات را جداگانه بیان نموده است. این امر بیانگر این است که خروج از حدود اختیارات را به عنوان یک جهت مستقل شناسایی میتوان تلقی کرد. اما آنچه که حائز اهمیت می‌باشد، این است که سوءاستفاده از مقام و موقعیت در رویه شعب دیوان عدالت اداری چه نمودی دارد.

بند اول. مفهوم سوءاستفاده از مقام و موقعیت در آراء شعب دیوان عدالت اداری

به نظر می‌رسد، رویه قضات دیوان عدالت اداری در برخورد با پرونده‌های مرتبط با سوءاستفاده از مقام و موقعیت را می‌توان در سه دسته کلی طبقه‌بندی نمود:

الف. صدور رأی به سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری

در رویه شعب دیوان عدالت اداری به ندرت می‌توان رأیی به استناد مستقیم به سوءاستفاده از مقام و موقعیت یافت. علت این امر در ماهیت سوءاستفاده از اختیار است؛ چراکه در سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری، مقام اداری از مرزهای بیرونی قانون عبور نمی‌کند بلکه در محدوده درونی صلاحیت اختیاری خویش، با استفاده از ظرفیت‌های ظاهری قانون و بدون آسیب به ظاهر آن، اقدام به اعمال برداشت سلیقه‌ای خویش از قانون می‌نماید. درواقع همین عدم نقض مرزهای خارجی صلاحیت و ظاهر قانونی عمل مقام اداری، تشخیص سوءاستفاده از مقام و موقعیت را برای مقام قضایی با دشواری مواجه ساخته است؛ بنابراین به نظر می‌رسد که مقام قضایی، به این علت از احراز سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری و صدور حکم مبتنی بر آن اکراه دارد. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۹۰۰۴۰۰۳۲۵ از شعبه ۴۴ بدوی مورخ ۱۳۹۶/۳/۱۳ ناظر بر

۱. مولایی، پیشین، ص ۱۲۱.

شکایت شاکی به طرفیت «دانشگاه محل خدمت وی» مبنی بر «امتناع از تمدید قرارداد پیمانی شاکی»، با این استدلال که در بخش ریاضی دانشگاه نیازی به خدمت شاکی نیست. باتوجه به مستندات که در پرونده توسط شاکی ارائه شده، دروسی که سابقاً توسط شاکی تدریس شده، در سال تحصیلی ۹۵-۹۶ نیز همچنان ارائه شده و اساتید دیگر امر تدریس این دروس را برعهده داشته‌اند. این امر بیانگر نیاز دانشگاه به خدمت شاکی است؛ بنابراین استدلال دانشگاه مبنی بر عدم نیاز به خدمت شاکی رد می‌شود؛ اما از سوی دیگر با توجه بر قراردادی بودن استخدام شاکی، طرف شکایت الزامی در تمدید این قرارداد ندارد چراکه مدت قرارداد یک سال بوده و پایان یافته است. با این حال برای استفاده از اختیار به منظور امتناع از تمدید قرارداد نیز باید مقررات و قوانین حاکم را رعایت می‌نمود.^۱

در این پرونده با توجه به بند ۱ ماده ۲ «دستورالعمل ارزیابی عملکرد کارمندان و ضوابط تمدید قرارداد کارمندان غیررسمی» مورخ ۱۳/۱۱/۱۳۹۳، دانشگاه طرف شکایت می‌بایست در صورت نیاز به ادامه خدمت مستخدم و همچنین وجود اعتبارات لازم قرارداد شاکی را تمدید نماید، مستندات شاکی حاکی از این است که پست استمرار داشته و فرد دیگری در این پست مشغول خدمت شده است. باتوجه به این امر که قرارداد شاکی با این استدلال که به همکاری شاکی در شغل مورد تصدی وی در بخش ریاضی دانشگاه دیگر نیازی نیست، تمدید نگردیده است. باتوجه به مدارک و مستندات ارائه شده توسط شاکی قاضی مبادرت به صدور رأی در رابطه با سوءاستفاده از اختیار ناشی از مقام و موقعیت مقام اداری دانشگاه نموده است؛ چراکه به کارگیری نیروی جدید در دانشگاه و عدم تمدید قرارداد شاکی با وجود اینکه به آن نیرو برای تدریس در دانشگاه نیاز بوده است و از آنجاکه اداره ادله‌ای دال بر ناکارآمدی مستخدم مذکور در پرونده ارائه ننموده است می‌توان نتیجه گرفت که اداره مربوط موجب تضییع حقوق مستخدم مبنی بر عدم تمدید قرارداد وی با وجود نیاز به نیروی خدمت شده است.^۲

ب. صدور رأی به صلاحیت محاکم عمومی

قضات دیوان عدالت اداری بدون ورود به ماهیت پرونده اقدام به صدور قرار رد صلاحیت نموده‌اند. این در حالی است که براساس ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، سوءاستفاده از مقام و موقعیت، یکی از جهات کنترل قضایی می‌باشد و آن را

۱. رفیعی، محمدرضا، قالب‌های طرح دعوی و صدور حکم در شعب دیوان عدالت اداری، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸، ص ۸۶.

۲. همان، ص ۸۷.

از مصادیق تضییع حقوق اشخاص برمی‌شمارد و از سوی دیگر وفق بند ۳۰ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، از جمله تخلفات اداری شناخته می‌شود. ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰ به طور اعم رسیدگی به شکایات و تظلمات را بیان نموده است، از آن رو که در این ماده به شکل عام بیان شده است سبب طرح شکایت هر امری می‌تواند باشد. به صراحت این ماده و همان‌طور ماده ۱۱ که بیان می‌دارد: «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضییع حقوق اشخاص شد باشد...» و ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رسیدگی به دعاوی با موضوع سوءاستفاده از مقام و موقعیت از مواردی است که در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است و با توجه به تعریف سوءاستفاده از اختیارات مبنی بر تضییع حقوق افراد می‌توان گفت شعب دیوان نیز صلاحیت رسیدگی را دارند؛ بنابراین هر دو دادگاه جزایی و اداری به موجب قوانین و مقررات صالح در رسیدگی به دعوی سوءاستفاده از مقام و موقعیت هستند و رسیدگی یکی از آنها مانع از رسیدگی مرجع دیگر نخواهد بود. البته قاضی می‌تواند با استدلال به اینکه پرونده بدو باید در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری رسیدگی شود رأی به عدم صلاحیت خویش و ضرورت رسیدگی ابتدایی در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری دهد اما جایز نیست تنها با این استدلال که دعوی سوءاستفاده از مقام و موقعیت وصف کیفری دارد از رسیدگی امتناع ورزد، هر چند در آرای دیوان چنین استنادی مشاهده نمی‌گردد. البته این گونه نیز می‌توان تحلیل نمود که اگر چه ارسال پرونده برای رسیدگی به جنبه عمومی آن به دادگاه‌های عمومی در ابتدای امر ممکن است موجب کوتاه شدن مسیر دادرسی شود. این آسیب را به همراه دارد که مقام قضایی به جهت مقام عمومی بودن مشتکی‌عنه، خسارت وارده به اشخاص را قابل مطالبه نداند؛ چراکه اصولاً اقدامات اداری در جهت منافع اکثریت است و گاهی ممکن است در راستای این منافع، آسیب‌هایی به اقلیت افراد وارد آید.

پرونده به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۲۸۰۰۸۴۱ شعبه ۲۸ بدوی مورخ ۱۳۹۲/۴/۱ که پیش از این به طرفیت «شهرداری منطقه ۱۳ تهران در دادرسی عمومی و انقلاب تهران به همراه مستندات مطرح شده بود، پس از بررسی دادرسی به دلیل اخفا و معدوم نمودن اسناد توسط مقامات شهرداری با استناد به بند پ ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ و احراز جرم سوءاستفاده از مقام و موقعیت مقام اداری قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار دیوان عدالت اداری صادر می‌نماید. پرونده برای رسیدگی ماهیت دعوی به دیوان عدالت اداری

فرستاده می شود، قاضی شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری در رأی خود بیان می دارد که معدوم ساختن اسناد و مدارک ساختمان عنوان مجرمانه دارد و در قانون مجازات اسلامی نیز برای آن کیفر در نظر گرفته شده و هرکس مرتکب چنین جرائمی شود باید طبق قانون مجازات اسلامی مجازات گردد بنابراین، با توجه به عناوین مندرج در پرونده قابل رسیدگی در دیوان نبوده و تنها قابل رسیدگی در مراجع کیفری می باشد. بدین ترتیب شعبه قرار عدم صلاحیت صادر می نماید.»

این پرونده، تحت عنوان تخریب و سرقت به دادسرای عمومی و انقلاب تقدیم گردید و پس از رسیدگی قاضی به این علت که اختفا و معدوم نمودن اسناد توسط مقامات اداری از موارد سوءاستفاده از اختیارات و خودداری از انجام وظایف است رأی به عدم صلاحیت به اعتبار دیوان عدالت اداری صادر نموده و پرونده به دیوان ارجاع شده است. دیوان عدالت اداری با استناد به قانون مجازات اسلامی مبنی بر جرم بودن عناوین سرقت، تخریب و معدوم کردن اسناد دادگاه کیفری را مجاز به رسیدگی می داند و بدون ورود به جنبه اداری آن مبنی بر تخلف مقام اداری و سوءاستفاده از اختیارات خویش در از بین بردن مدارک دولتی رأی به عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری به اعتبار محاکم عمومی دادگستری صادر می نماید.

ج. صدور رأی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

در بررسی رویه دیوان در موضوع سوءاستفاده مقامات اداری از مقام و موقعیت خویش، در پرونده هایی که پیش تر بدان پرداخته شد، قضات دیوان در رسیدگی به پرونده ها اقدام به صدور رأی به عدم صلاحیت دیوان به نفع محاکم کیفری می نمودند؛ اما در بررسی سایر آراء، یافته ها حاکی از آن است که گاهی قضات شعب رأی به عدم صلاحیت شعبه دیوان به اعتبار صلاحیت هیأت عمومی دیوان صادر نموده اند. درست است که طبق ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به سوءاستفاده مقام اداری از مقام و موقعیت خویش در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می باشد؛ اما قضات دیوان بدون ورود به ماهیت دعوی رأی به عدم صلاحیت شعب دیوان به نفع هیأت عمومی صادر می نماید.

پرونده شماره ۹۲۰۹۸۶/۸ شعبه ۸ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ دیوان عدالت اداری، مبنی بر شکایت شاکی به شرح: «صدور حکم مبنی بر ابطال بند ۲-۵-۱ دستورالعمل نحوه صدور مجوز بسته بندی آب جهت مصارف شرب، صادره از سوی وزیر نیرو ابطال اقدامات مصوب

هیئت‌مدیره در خصوص تعیین تعرفه آب بسته‌بندی و استرداد وجوه دریافتی»، قاضی دیوان چنین اظهارنظر می‌نماید: «نظر به اینکه به موجب ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص، در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد»، با این حال این شعبه خود را صالح به رسیدگی ندانسته و قرار عدم صلاحیت به شایستگی هیأت محترم عمومی دیوان عدالت اداری صادر و اعلام می‌گردد.»

در این پرونده با توجه به ماده مذکور سوءاستفاده از اختیارات به عنوان معیار نظارت قضایی شناخته شده است و هیأت عمومی صالح به رسیدگی شناخته شده است؛ اما قاضی، استدلالی در جهت وجود یا عدم وجود سوءاستفاده ارائه نمی‌نماید و به ماهیت دعوی وارد نمی‌شود و تنها به صدور قرار عدم صلاحیت اکتفا می‌نماید. البته از بررسی آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز این نتیجه حاصل شد که قضات دیوان عدالت بیشتر ترجیح می‌دهند که به مفهوم سوءاستفاده وارد نشوند و آراء را با توجه به معیارهای نظارت قضایی سنتی صادر نمایند.^۱

نمونه دیگر پرونده به شماره دادنامه ۸۸۶ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۸ هیأت عمومی مبنی بر درخواست «ابطال مصوبه سیصد و هفتاد و یکمین جلسه کمیسیون تخصصی آب وزارت نیرو، در خصوص تخصیص آب غیرمتعارف جهت صنعت در کفه طاقستان» می‌باشد؛ طبق این مصوبه مجوز برداشت از رودخانه زاینده‌رود برای مصارف صنعتی صادر شده بود. بنابر قانون توزیع عادلانه آب، مدیریت منابع آب از اختیارات وزارت نیرو است. وزارت نیرو از این اختیار خود در جهت حفر چاه و احداث پمپ در حریم و بستر زاینده‌رود به منظور تأمین آب مصارف صنعتی سوءاستفاده نموده است و به حقابه زمین‌های زراعی ضرر وارد آورده است. در این پرونده نیز قاضی رأی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صادر می‌نماید.

۱. حیدری، نازنین، نظارت قضایی بر سوء استفاده از اختیارات مقامات اداری با نگرش تطبیقی بر حقوق انگلستان، تهران، دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۹۴، ص ۷۸.

این گونه به نظر می‌رسد که رویه دیوان و در اغلب پرونده‌هایی که در شعب دیوان عدالت اداری مطرح گردیده است اگر حاوی شکایت از مقام اداری به جهت سوءاستفاده از مقام و موقعیت باشند، قاضی رأی را به عدم صلاحیت به نفع محاکم عمومی صادر نموده است و در پرونده‌هایی که مربوط به ابطال مصوبات به استناد سوءاستفاده از مقام و موقعیت می‌باشد، قاضی رأی به عدم صلاحیت شعبه دیوان به نفع هیأت عمومی صادر نموده است. وجه اشتراک در این پرونده‌ها در این است که قضات شعب دیوان بدون ورود در ماهیت دعوی رأی به عدم صلاحیت صادر می‌نمایند. بررسی آراء هیأت عمومی به جهت آنکه عنوان این پژوهش ذکر رویه شعب دیوان عدالت اداری می‌باشد، از موضوع این بحث خارج است اما، پژوهش‌های پیشین مؤید این است که هیأت عمومی در هیچ رأیی به طور صریح به عبارت سوءاستفاده از مقام و موقعیت اشاره نمی‌کند. این در حالی است که در بند ۱ ماده ۱۹ قانون سابق دیوان عدالت اداری و بند ۱ ماده ۱۲ قانون فعلی، «سوءاستفاده از اختیارات» به عنوان یکی از جهات کنترل قضایی توسط دیوان عدالت اداری، تصریح شده است.

د. صدور رأی به خروج از صلاحیت

در رویه شعب دیوان عدالت اداری مواردی یافت می‌گردد که سوءاستفاده از مقام و موقعیت کارمند اداری محرز است لیکن قضات دیوان از صدور رأی بر مبنای سوءاستفاده از مقام و موقعیت امتناع می‌ورزند و اولویت را صدور رأی به خروج از صلاحیت قرار داده‌اند. آراء مربوط به خروج صلاحیت مقام اداری حائز اکثریت هستند و قاضی دیوان عدالت اداری پس از رسیدگی و با توجه به مستندات پرونده رأی را به استناد خروج از صلاحیت مقام اداری صادر نموده است. بنابراین سوءاستفاده از مقام و موقعیت به عنوان معیاری محجور و مغفول در دیوان عدالت اداری باقی مانده است. به نظر می‌رسد که، عدم تمایل قضات به صدور رأی صراحتاً به استناد سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری ماهیت سوءاستفاده از مقام و موقعیت است. علی‌الاصول مقام اداری در چهارچوب قانون و صلاحیت اختیاری خود مرتکب این عمل می‌شود، به طوری که هیچ خدشه‌ای به ظاهر قانون وارد نمی‌آید و مقام اداری از صلاحیت و اختیاری که به موجب مقام و موقعیت خویش قانونگذار به وی اعطاء نموده است، در جهت منافع شخصی خود یا بالعکس در جهت تضییع حقوق اشخاص بهره می‌گیرد. ممکن است، همین عدم وجود ادله واضح و آشکار مبنی بر نقض قوانین تشخیص را برای مقام قضایی دشوار نموده باشد؛ چراکه مقام اداری در خروج از صلاحیت از حیطه صلاحیت‌های واگذار شده به وی پا را فراتر گذاشته است؛ بنابراین اثبات خروج از صلاحیت سهل‌تر از اثبات سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری می‌باشد، چراکه در سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری، برخلاف خروج

از صلاحیت مقام اداری مرزهای صلاحیت خویش را آشکارا نقض نمی‌نماید. به همین جهت عدم استناد مستقیم به سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری برای قضات دیوان عدالت اداری ارجح است.

البته عدم استناد به سوءاستفاده از مقام و موقعیت را این‌گونه هم می‌توان تفسیر و تحلیل کرد، به جهت اینکه عمل و تصمیم مقام اداری در جهت منفعت اکثریت اشخاص است ممکن است در راستای انجام این مهم تصمیمی اتخاذ شود که به منافع شخص خصوصی خدشه‌ای وارد آید، از آنجاکه اصل پذیرفته شده در تصمیمات مقام اداری بر منافع عمومی است و مقام قضایی هم براساس همین اصل، به نظر می‌رسد ترجیح دارد که حتی‌الامکان بنا بر ادله دیگر پرونده مبادرت به صدور حکم نماید؛ چراکه عمل مقام اداری را بنا بر مصلحت و منفعت اکثریت جامعه می‌داند که گاهی اقتضای آن چشم‌پوشی از اقلیت در برابر اکثریت است. هرچند این استدلال ممکن است کاملاً صحیح نباشد، چراکه درست است که هدف مقام عمومی منفعت اکثریت است اما اقلیت نیز از حقوقی برخوردارند که نمی‌توان به نفع اکثریت مورد اغماض قرار گیرد.

دادنامه شماره ۱۳۹۲/۱۲/۲۱ مورخ ۲ شعبه ۹۲۰۹۹۷۰۹۵۵۱۰۰۰۱۲ «اتهام ارتباط نامشروع تنها در صلاحیت دادگاه صالح بوده و اخراج مستخدم به استناد این اتهام، خارج از صلاحیت هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری است.» این پرونده مبنی بر شکایت از سلب صلاحیت پاسداری شاکی توسط هیأت‌های رسیدگی به تخلف اداری به اتهام رابطه نامشروع می‌باشد. دیوان عدالت اداری عنوان یادشده را جرمی می‌داند که رسیدگی به آن در صلاحیت محاکم صالح کیفری است؛ علاوه‌براین هیچ مدرکی هم دال بر ارتکاب این جرم در پرونده وجود ندارد، لذا قاضی شعبه ۶ دیوان عدالت اداری رأی به خروج از صلاحیت مقام اداری در اخراج و سلب صلاحیت پاسداری شاکی صادر می‌نماید. در این دادنامه مقام اداری حکم به اخراج شاکی و سلب عنوان پاسداری از وی نموده است به اتهام رابطه نامشروع، اول اینکه اثبات وجود رابطه نامشروع بر عهده محاکم صالح است و نه دیوان عدالت اداری، دوم اینکه حتی ادله کافی برای اثبات وجود رابطه نامشروع در پرونده وجود نداشته است. استدلال در این پرونده این است که رسیدگی به وجود رابطه نامشروع و صدور حکم اخراج بر مبنای آن حتی وقتی که ادله کافی برای اثبات آن وجود ندارد ازجمله اختیارات مقام اداری نیست؛ بنابراین مقام اداری از صلاحیتی که به وی در جهت صدور حکم اخراج کارمندان خاطی و متخلف اعطا شده در جهت نادرستی استفاده نموده و درواقع مرتکب سوءاستفاده از اختیارات خویش شده

است. در حالی که مدارک کافی و مستدل دال بر وقوع تخلف در پرونده وی وجود نداشته است هرچند که وجود ادله کافی نیز مؤید وجود صلاحیت مقام اداری نیست؛ چرا که تشخیص وقوع رابطه نامشروع در حیطه اختیارات مقام اداری نیست و در صلاحیت محاکم عمومی است.

در پرونده دیگر به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۸۰۷ شعبه ۲۲، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ «شاکی از هسته گزینش اداری برای رد صلاحیت وی به استناد به سوءاستفاده از مقام و موقعیت به منظور اخذ وام از بانک شکایت نموده است، قاضی با بررسی محتوای پرونده و رد صلاحیت شاکی توسط هسته گزینشی به استناد ماده ۲ قانون گزینش در خصوص شرایط عمومی اشتغال و همچنین در چهارچوب تبصره ۲ همان ماده قانونی در مورد انتخاب اصلح نمی‌گنجد و هرگاه شاکی فاقد یکی از شرایط گزینشی باشد باید در پرونده گزینش درج شود، همچنین هنگام مصاحبه بیشترین سوالات در مورد تخلفی انتسابی شاکی مطرح شده که از نظر قاضی دیوان عدالت اداری هسته گزینش را در جایگاه بازپرس یا اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات اداری قرار گرفته است که این خود، خروج از صلاحیت اداری است.»

در این پرونده شاکی از هسته گزینش اداری شکایت نموده است، با این تفسیر که مقامات اداری مذکور در روند انجام گزینش و مصاحبه تنها به تخلفی که در گذشته و سمت پیشین شاکی واقع گردیده، برای رد صلاحیت وی استناد نموده‌اند. این در حالی است که هیئت گزینش اداری موظف است در چارچوب قانون و ضوابط اداری اقدام به تحقیقات و بررسی شرایط تصدی سمت مورد نظر نماید؛ بنابراین قاضی شعبه ۲۲ دیوان عدالت اداری رأی هیئت گزینش مورد شکایت را نقض نموده و بیان می‌دارد که رسیدگی به بزه منتسب به شاکی براساس تبصره ۳ ماده ۱۴ قانون گزینش کشور مصوب ۱۳۷۴ برعهده هیئت رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد بنابراین رأی به خروج از صلاحیت قانونی متصدی مصاحبه صادر نموده است. گویی مصاحبه کننده در جایگاه مستنطق و یا اعضای هیئت رسیدگی به تخلفات اداری قرار گرفته است. در واقع مقام اداری، صلاحیت گزینش از فرد داوطلب استخدام را دارد اما از این صلاحیت در جهتی مغایر آنچه که قانون گزینش کشور بیان می‌دارد استفاده نموده و مرتکب سوءاستفاده از اختیارات گردیده است.

بند دوم. مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت در رویه شعب دیوان عدالت اداری

در رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری به‌ندرت می‌توان پرونده‌ای را یافت که با استناد مستقیم به سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری رسیدگی و حکم صادر شده باشد؛ اما با توجه به مصادیقی که پیشتر بیان گردید، به بررسی این موارد در رویه شعب دیوان عدالت اداری می‌پردازیم:

الف. اهداف نامطلوب یا مغایر هدف قانون‌گذار

اصولاً قانون‌گذار در وضع قوانین به دنبال هدف خاصی است و قوانین پایه و اساس حقوقی دارند. از سوی دیگر اعمال اقتدار عمومی به وسیله ارائه خدمات از سوی مقامات حکومت به منظور تأمین نفع عمومی واجد ارزش است. بدین جهت مقامات اداری در اعمال صلاحیت و اقتدارات خویش باید تنها به نفع عامه و احقاق حقوق افراد بیاورند؛ چرا که این اقتدارات صرفاً به منظور تحقق منفعت عمومی به ایشان اعطاء شده است و نباید آن را وسیله‌ای برای رسیدن به امیال و اغراض شخصی خود قرار دهند. از دیگر سو صلاحیت باید تنها در جهت هدف مورد نظر قانون‌گذار باشد و اعمال آن برای هدفی غیر از این هدف و به منظور دستیابی به برخی اهداف دیگر، نامعتبر خواهد بود. با این توصیف این‌گونه به نظر می‌رسد که مقام اداری برخلاف هدفی که قانون‌گذار در هنگام واگذاری صلاحیتی به وی داشته است این صلاحیت را با هدف و غرض منفعت شخصی یا اضرار به شخص دیگر یا برای نیل به اهداف اخلاقی، سیاسی و حزبی خاصی به کار ببندد و یا آنکه با انگیزه منفعت برای دستگاه اداری خود یا تأمین منفعتی که حاصل آن به افراد در جامعه خواهد رسید، اعمال کند.^۱ در اهداف نامطلوب، مستخدم اداری تصمیماتی می‌گیرد یا عملی را انجام می‌دهد که ظاهراً قانونی است اما در حقیقت، هدفی خلاف آنچه قانون‌گذار تعیین کرده است را دنبال می‌نماید. هرچند که ممکن است ایراد خاصی بر آن هدف نیز وارد نباشد و هدف در جهت منفعت و اغراض شخصی مستخدم هم نباشد.^۲ همچنین در برخی موارد ممکن است تصمیم اتخاذ شده علی‌رغم اینکه ظاهراً در چهارچوب اختیارات قانونی بوده اما با هدف

1-Treves G.E., 'Administrative Discretion and Judicial Control', in: Blackwell Publishing, The Modern Law Review, Vol. 10, No. 3, Jul. 1947, p. 287), 6 Ian, op.cit, p. 57

۲. نجابت‌خواه، مرتضی، مفهوم سوءاستفاده از اختیارات در نظام حقوقی کامن‌لا، حقوق و مصلحت، سال

دوم شماره ۵، ۱۳۸۸، صص ۹۱-۹۳.

غایی قانون‌گذار در تضاد بوده و به جهت منفعت دستگاه متبوع، به نوعی سوءاستفاده از اختیار تلقی گردد و در این صورت حتی اگر مقام اداری بهترین نیت و انگیزه را هم از اتخاذ تصمیم یا عمل داشته باشد، باز هم اینگونه اعمال، مصداق بارزی از سوءاستفاده مقام اداری از اختیاراتی است که از سوی پارلمان به وی واگذار شده است و محل ایراد هست. به نظر می‌رسد دو معیار برای نظارت مقام اداری مطرح است. معیار نخست آن است که قاضی به انگیزه و محرک مقام اداری توجه می‌کند تا دریابد انگیزه مقام اداری از اعمال این اختیار چه بوده یا چه عملی محرک وی بوده است. محرک به معنایی متناظر با مفهوم داعی در حقوق خصوصی است؛ معیار دوم نامناسب یا «نامطلوب بودن اهداف یا هدایت هدف به جهتی خلاف هدف مقنن» است. سوءاستفاده از اختیار به معنای استفاده از اختیار قانونی به وسیله مقام عمومی واجد آن اختیار، بدون تجاوز و خروج از حدود و قلمرو بیرونی اختیار و بدون نقض اصل قانونی بودن عمل اداری در مفهوم مضیق آن، در راستای هدفی به جز هدف مورد نظر مقنن از اعطای آن اختیار است، اعم از اینکه آن هدف قانونی یا غیرقانونی باشد؛ بنابراین سوءاستفاده از اختیار را فقط به موارد سوءنیت مقام اداری نباید محدود نمود بلکه حتی اگر سوءاستفاده آشکار یا پنهان باشد، در جهت منافع شخصی یا اهداف غیرقانونی باشد.

شرط وقوع سوءاستفاده تحقق هدف نیست و همین که مقام اداری بتواند منجر به اضرار به افراد و اشخاص خصوصی یا تجاوز به منافع عمومی شود، اعم از اینکه قصد و انگیزه اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی وجود داشته یا نداشته باشد و اعم از اینکه اضراری به اشخاص یا منافع عمومی وارد شده یا نشده باشد.^۱

یک نمونه از این امر دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۳۷۰۵ شعبه ۳۳ بدوی مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ «در این پرونده شهرداری از صدور پروانه ساختمانی به استناد اینکه ملک به صورت غیرقانونی تفکیک شده است، امتناع ورزیده است. قاضی شعبه ۳۲ با استناد به ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری، صدور پروانه ساختمانی را از وظایف مقام اداری می‌داند و امر تفکیک را موضوعی جدا از صدور پروانه اعلام می‌دارد، به استناد بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها و ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری، حکم به ورود شکایت و صدور پروانه ساختمانی صادر و اعلام می‌دارد.»

در این پرونده قاضی دیوان عدالت بیان می‌دارد که صدور پروانه ساختمانی از وظایف شهرداری‌ها می‌باشد و تفکیک غیر قانونی ملک مانع از صدور پروانه نیست و امر جداگانه‌ای

۱. زارعی، محمدحسین، *جزوه حقوق اداری تطبیقی*، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکز، ۱۳۷۸، ص ۹۴.

محسوب می‌گردد. البته شهرداری اختیار عدم صدور پروانه را در موارد وجود منع قانونی را دارد. درواقع، عمل شهرداری در امتناع از صدور پروانه ساختمانی بدون وجود مجوز قانونی مغایر با قانون شهرداری‌ها و قانون تعیین تکلیف اراضی می‌باشد. هدف قانون‌گذار از اعطاء اختیارات به مقام اداری در صدور پروانه، تحقق منفعت عمومی می‌باشد اما مقام اداری با امتناع از صدور پروانه، درواقع هدفی مغایر با هدف قانون‌گذار را در جهت تضییع حقوق افراد را دنبال می‌نماید. مقام اداری از اختیارات و صلاحیت خویش در جهت صدور و یا عدم صدور پروانه (در صورت وجود موانع قانونی) بدون ورود مجوز قانونی، سوءاستفاده نموده و اقدام به امتناع از صدور پروانه نموده است.

دادنامه دیگر از همان شعبه به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۲۰۳۱۸۹ شعبه ۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۳۰ مشابهت‌هایی با نمونه پیشین دارد، با این تفاوت که در این پرونده علت امتناع شهرداری از صدور پروانه قرار گرفتن ملک در حریم رودخانه است که قاضی دیوان بیان می‌دارد: «با توجه به بند ۲ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری قرار گرفتن در حریم رودخانه و صدور پروانه دو امر جدا از هم هستند» در این دادنامه هم قاضی با استناد به ماده قانونی عمل شهرداری را خلاف نص قانون می‌داند؛ بنابراین رأی به صدور پروانه پایان کار ساختمان مذکور می‌دهد. در این پرونده نیز همانند نمونه پیشین قاضی دیوان این امر را تصریح می‌نماید که صدور و یا عدم صدور پایان کار از اختیارات شهرداری می‌باشد اما از این اختیارات در جهتی مغایر هدف قانون‌گذار بهره برده است؛ بنابراین اقدام مقام اداری مغایر با نص قانون مذکور و بنابر آنچه که پیش‌تر بیان گردید، از مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت می‌باشد.

ب. توجه به عوامل نامرتب و عدم توجه به عوامل مرتبط

یکی دیگر از فاکتورها در شناخت مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت اداری این است که مقامات اداری باید تصمیمات نامربوط با موضوع را در تصمیم‌گیری‌های خود دخالت ندهند. مفهوم مخالف این نظر این است که مقام اداری باید برای اتخاذ تصمیم به عوامل اصل و مرتبط رجوع نماید و نسبت به عوامل مرتبط بی‌توجه نباشد. عدم توجه به ملاحظات که مرتبط با تصمیم است به معنای اتخاذ تصمیم توسط مقام اداری بدون وجود ادله کافی می‌باشد. البته توجه به عوامل نامرتب و عدم توجه به عوامل مرتبط زمانی اهمیت پیدا می‌کنند که تصمیم مقام اداری فقط در حیطه امور اداره نباشد و موجب اضرار افراد شود و ایشان تعقیب مقام اداری را خواستار شوند و اینکه تصمیم اداری به واسطه عدم توجه به عوامل مرتبط یا توجه به عوامل نامرتب تحت‌الشعاع قرار گیرد.^۱

۱. شیرزاد، امید، تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص ۹۱.

۱. نحوه تشخیص ملاحظات مورد نظر قانون گذار

در برخی موارد عوامل و ملاحظات مرتبط و غیر مرتبط در قانون به طور صریح مشخص شده اند، یا اینکه به صورت ضمنی براساس قلمرو، هدف و موضوع قانون تعیین شده اند. در صورت عدم تصریح نظارت قضایی به لحاظ رعایت اصول تناسب، معقول و منصفانه بودن دارای اهمیت می باشد. البته به نظر می رسد آنچه که عنوان «مرتبط» یا «غیرمرتبط» را در تصمیمگیری مقام اداری دارد ممکن است با تغییر هنجارها و ارزش های اجتماعی تغییر کند و صورت دیگری به خود بگیرد.

۲. نحوه تفکیک ملاحظات مرتبط و غیرمرتبط

در برخی موارد مقام اداری به منظور اتخاذ تصمیم چندین مورد را به عنوان عامل مؤثر و مرتبط در تصمیم گیری مد نظر قرار می دهد؛ لذا توجه به یک عامل و چشم پوشی از عوامل دیگر، ممکن است قانون مندی تصمیم اداری را در معرض مخاطره قرار دهد.

البته ملاحظاتی هم وجود دارد که مقام اداری بنابر صلاحدید خود می تواند در اتخاذ تصمیم بدان توجه نماید. مانند مواردی که قانون گذار تأکید می نماید که در تصمیم گیری ها مورد توجه قرار گیرد. هرچند وجود این ملاحظات به معنای عدم توجه به سایر ملاحظات نیست اما به نظر می رسد که این عوامل به نظر قانون گذار نزدیک تر است.

پرونده به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۵۰۰۹۰۳ شعبه ۱ تشخیص مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۹ که «شهرداری دستور قلع بنا را به دلیل سایه اندازی و مزاحمت برای همسایگان صادر نموده است.» بنا بر تبصره یک ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها ضرورت قلع بنا و تأسیسات ساختمانی باید در آراء کمیسیون ماده صد ذکر شود. این در حالی است که هیچ دلیل و علت قانونی دال بر ضرورت قلع در پلاک ثبتی متنازع فیه ذکر نگردیده، طبق نظر کارشناس رسمی دادگستری و نظریه ناظر و محاسب ساختمان که از ناحیه شاکیان ارائه شده، اجرای تخریب در بناهای اضافی در سازه که بتن آرمه می باشد، موجب ترک های سازه ای و غیرسازه ای در ساختمان و احتمالاً ساختمان های مجاور می شود. هیچ دفاعی از جانب طرف شکایت ارائه نشده همچنین هیچ شکایتی از همسایگان مبنی بر مزاحمت ارائه نگردیده است.»

بنابراین شعبه یک تشخیص حکم به ورود شکایت صادر می نماید. در این دادنامه نیز شهرداری در صدور حکم تخریب اضافه ساخت بنا به نظر کارشناس رسمی دادگستری و

همچنین نظر ناظر و محاسب ساختمان توجه ننموده است و همچنین به این امر نیز که تخریب بنا منجر به وارد آمدن خسارت به املاک مجاور می‌شود، به عنوان عوامل مرتبط با پرونده توجه نشده است؛ علاوه بر این هیچ شکایتی مبنی بر وقوع مزاحمت از سوی ملک مذکور وجود ندارد؛ بنابراین مقام اداری اختیار قلع بنا در صورت وجود ادله قانونی را دارد اما در این پرونده، از اختیارات خویش در جهت تخریب ملک بدون وجود جهات قانونی و همچنین در جهت اضرار به شاکی سوءاستفاده نموده است. یکی از فاکتورهای شکل دهنده سوءاستفاده از مقام و موقعیت (اختیارات) عدم توجه به ملاحظات مرتبط است. مقام اداری ملزم به توجه به عوامل و ملاحظات مرتبط با تصمیم می‌باشد. قصور در توجه به عوامل مرتبط، می‌تواند به این معنا باشد که مقام اداری بدون ادله کافی اقدام به اتخاذ تصمیم نموده است.^۱

ج. مقید نمودن صلاحیت اداری

مقام اداری باید صلاحیت‌ها و اختیارات خود را بر مبنای قانون و بر اساس منفعت مصلحت عمومی جامعه اعمال نماید و تنها مرجع برای اعطاء، سلب یا محدود نمودن این صلاحیت و اختیارات قانونگذار است اما گاه، مقام اداری به تنهایی و از جانب خویش صلاحیت اعطایی را مقید و محدود می‌نماید، که در حقوق انگلستان، ذیل مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت (اختیار اداری) مورد نظارت قضایی واقع می‌شود. عوامل گوناگونی می‌تواند موجب مقید نمودن صلاحیت مقام اداری شود: از مهم‌ترین موارد مقید نمودن صلاحیت آن است که مقام عمومی، صلاحیت تشخیصی خود را به صلاحیت تکلیفی تبدیل کند؛ بدین معنا که با وجود اعطاء صلاحیت از جانب قانونگذار به مقام عمومی بسیار سطحی عمل نموده و «عدالت انتزاعی را تبدیل به عدالت شخصی نمی‌کند». درواقع، مورد به مورد قضایا را مورد بررسی قرار نمی‌دهد. که به آن مقید کردن صلاحیت تشخیصی می‌گویند.

به کارگرفتن و اجرای صلاحیت قانونی معین توسط مقام اداری به جای صلاحیت قانونی دیگر را نیز می‌توان به عنوان مصداق دیگری از مقید نمودن صلاحیت اداری دانست. آنچه در این میان اهمیت می‌یابد این است که باتوجه به اینکه هر صلاحیتی به هدف خاصی اختصاص دارد، مقام و مرجع اداری نمی‌تواند از صلاحیت دیگری به جای صلاحیت اصلی مورد نظر که قانونگذار به جهت اتخاذ و اجرای تصمیمات اداری به وی ارجاع شده است، استفاده نماید وگرنه مصداقی از استفاده ناصحیح از صلاحیت ارجاع شده از سوی قانونگذار به وی می‌باشد. البته در مواردی که قانونگذار به مقام اداری صلاحیت انتخاب یکی از اعمالی

۱. هداوند، مهدی؛ مشهدی، علی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)، تهران، معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات قضایی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۴.

را که می‌تواند انجام دهد واگذار کند، مقام اداری می‌تواند یکی از روش‌های مختلفی را که در اختیار دارد انتخاب نماید؛ اما در مواردی که صلاحیت‌های مختلف به مقام اداری اعطاء می‌شود ولی مشخص شده است که کدام‌یک را انتخاب نماید، استفاده از یک صلاحیت و کنار گذاشتن باقی صلاحیت‌ها غیرقانونی می‌باشد، خصوصاً اگر حقوق شخصی را تحت تأثیر قرار دهد. با این وجود، قانون‌گذار می‌تواند تعیین نماید که مقام اداری یک صلاحیت را به جای صلاحیت دیگر در صورت همزمانی حتی در صورت تحت‌الشعاع قرار دادن حقوق افراد به کار گیرد.^۱

در آرایه‌ای از شعب دیوان عدالت اداری که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفت، باتوجه به الگوی تقسیم‌بندی کامن‌لایی که بیان گردید، ممنوع بودن توسیع و تعمیم قانون و همچنین مقید، محدود نمودن و تخصیص قانون و انجام صلاحیتی غیر از صلاحیتی که به موجب قانون به مقام اداری اعطاء شده است به چشم می‌خورد.

پیش‌تر بیان گردید انجام صلاحیتی به غیر از صلاحیت اعطایی از جانب قانون‌گذار یا به اصطلاح خروج از صلاحیت، در متون حقوقی و همچنین رویه قضایی انگلستان از مصادیق سوءاستفاده از اختیارات می‌باشد. درحالی‌که براساس قوانین و مقرراتی که مورد بررسی قرار دادیم و همچنین ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدم صلاحیت و سوءاستفاده از اختیار به عنوان دو مفهوم جداگانه جهت رسیدگی دعاوی در دیوان احصاء گردیده‌اند، پس نمی‌توان خروج یا عدم صلاحیت مقام اداری را از مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت (اختیارات) در رویه قضایی دیوان عدالت اداری بیان کرد؛ بنابراین دو مصداق دیگر از مقید کردن صلاحیت که بیان گردید را در ذیل مورد بررسی قرار خواهیم داد:

۱. تفسیر، توسیع و تعمیم دایره شمول قانون

در آراء دیوان، تفسیر، توسیع و تعمیم دایره شمول قانون ممنوع اعلام شده است، به عنوان مثال دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۵۴۰۰۰۷۲ شعبه ۳۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۳۰ در خصوص شکایت شاکی به طرفیت وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مبنی «بر الزام شاکی به پرداخت هزینه جابه‌جایی صندوق بازنشستگی کشوری به صندوق تأمین اجتماعی»، در این دادنامه شاکی از شرکت مخابرات به جهت اخذ هزینه جابه‌جایی صندوق بازنشستگی به تأمین اجتماعی شکایت

۱. افشاری، فاطمه، الگوی مطلوب نظارت قضایی بر اشتباه مقام اداری در حقوق ایران با رویکردی تطبیقی به حقوق انگلستان و فرانسه، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی علامه طباطبائی، ۱۳۹۶،

نموده است درحالی‌که بنابر اصل ۴۴ قانون اساسی شرکت مخابرات به بخش خصوصی منتقل گردیده است و طبق بند (د) ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری کارمندانی که در جهت اصل ۴۴ تغییر وضعیت استخدامی دهند، هزینه نقل و انتقال حق بیمه ایام اشتغال باید توسط وزارتخانه متبوع کارمند پرداخت گردد. درحالی‌که این وجه از خود کارمند اخذ گردیده است.

باتوجه به بند (د) ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب سال ۱۳۸۶، پس از انتقال تمام یا بخشی از وظایف دستگاه اجرایی به بخش خصوصی در صورت تمایل کارمندان به تغییر صندوق بازنشستگی، هزینه جابجایی و تغییر صندوق ذی ربط با حفظ سوابق، توسط دولت تامین می‌گردد؛ بنابراین اخذ وجه از شاکی مخالف با قوانین می‌باشد. به نظر می‌رسد در این پرونده مقام اداری از مقام و موقعیت خویش سوءاستفاده نموده و پرداخت وجه که به موجب قوانین از وظایف وزارتخانه بوده را با توسعه و تفسیر قانون، پرداخت را به مستخدم هم تعمیم داده است.

دادنامه دیگر به شماره کلاسه ۵۵۳/۹۱/۵ شعبه ۵ مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۳ «مبنی بر شکایت به طرفیت اداره اماکن و موضوع امتناع اداره مذکور از صدور پروانه کسب» اگر چه حسب بند ۱۱ ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی تبصره یک ماده ۱۲ نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ کشور موافقت اداره اماکن از شروط اخذ پروانه است، اما این اختیار برای اداره اماکن مطلق نبوده بلکه محدود و مقید به حدود مقررات قانونی است، از طرف دیگر، طرف شکایت مدرک و اسناد و ادله‌ای که دلالت بر عدم صلاحیت فعالیت کسبی شاکی باشد ارائه ننموده است. قاضی دیوان با استناد به اصل بیست و دوم قانون اساسی و بیان اینکه شغل اشخاص از تعرض مصون است و همین‌طور اصل بیست و هشتم ق.ا که هر کس حق دارد شغلی که به آن مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست را برگزیند، حکم به ورود شکایت شاکی و الزام طرف شکایت به اعلام موافقت کسبی شاکی صادر می‌نماید.

محور اصلی این دادنامه مقید نمودن صلاحیت اداره اماکن می‌باشد، چرا که در رأی صادر شده بیان گردیده، صلاحیت اداره اماکن در صدور پروانه کسب مطلق نیست و دارای قیود قانونی می‌باشد؛ (مانند اصول ۲۲ و ۲۸ ق.ا) بنابراین عمل مقام اداری در امتناع از صدور مجوز به علت مخالفت با حرفه مورد نظر شاکی، در صلاحیت عمل اداره اماکن نبوده و مقام اداری با توسیع قانون به نفع خویش، دایره اختیارات خود را توسعه داده که به نحوی سوءاستفاده از اختیاراتی است که به موجب مقام و موقعیت به وی اعطا شده است.

۲. محدود و مقید نمودن قانون

پرونده به شماره دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۱۱۰۶ شعبه ۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۴/۱۵ مبنی بر شکایت آقای (ع.ع) به طرفیت شهرداری به شرح زیر می‌باشد:

«در صدور پروانه برای پلاک‌های افزازی، نیازی به اذن همسایه مجاور نیست، زیرا تصمیم راجع به یک پلاک به پلاک دیگر تسری ندارد.» در این پرونده آقای (ع.ع) مدعی شده است که شهرداری ۲۰ سال پیش بدون اذن وی اجازه ساخت به ملک همجوار با دیوار مشترک را داده است؛ اما اکنون که وی قصد ساخت و ساز دارد صدور مجوز را منوط به اذن مالک ملک همسایه نموده است.

در این پرونده مقام اداری اختیار و صلاحیت صدور مجوز ساخت بنا را با توجه به ضوابط و قوانین دارا می‌باشد، اما از این اختیارات در جهت مقید نمودن قانون بهره‌برده است. به این صورت که مقام اداری شهرداری صدور مجوز ساخت ملکی که ۲۰ سال پیش به دو ملک مجاور افزاز و تفکیک گشته را مقید و مشروط به رضایت ملک همسایه نموده است. درواقع، برابر اصل قانونی بودن، مقام اداری نمی‌تواند دایره شمول قانون را حتی در صلاحیت‌های اختیاری خویش «تضییق»، «تقیید» یا «مشروط» نماید. اما در این پرونده وی از صلاحیت‌های اختیاری خویش در جهت تقیید و مشروط نموده قانون سوءاستفاده نموده است؛ چراکه در پلاک‌های افزازشده و جدا نیازی به اذن همسایه برای اخذ مجوز ساخت نیست و قید اذن همسایه مجاور، ناشی از تصمیم مقام اداری است.

نتیجه

سوءاستفاده از مقام و موقعیت در حقوق عمومی، زمانی محقق می‌گردد که متصدی مقام اداری اختیاراتی را که به او سپرده شده است با هدفی نامشروع به کار گیرد و یا در به‌کارگیری اختیارات خود به اقدامی لغو و بی‌فایده دست بزند یا در اعمال اختیارات، روشی افراطی در پیش گیرد. اگر انجام وظیفه از راه دیگری که زبانی بر کسی وارد نیلارد، مقدور بوده و متصدی عمداً راهی را که موجب زیان شده است را برگزیده باشد، مرتکب سوءاستفاده از مقام و موقعیت شده است. هدف از اعمال و تصمیمات اداری، تأمین منفعت عمومی است که هرگونه تخلف از آن سوءاستفاده از مقام و موقعیت نامیده می‌شود؛ به گونه‌ای که عمل یا تصمیم مقام اداری صحیح و در صلاحیت وی می‌باشد اما از انجام آن هدفی را دنبال می‌کند که مغایر قانون است. در بند ۳۰ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، سوءاستفاده از مقام

و موقعیت به عنوان یکی از تخلفات اداری احصاء شده است؛ اما ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از آن تحت عنوان سوءاستفاده از اختیارات نام برده شده است. در حقوق اداری ایران، این دو در یک مفهوم استعمال می‌شوند و عبارت است از استفاده از اختیار قانونی توسط مقام اداری بدون تجاوز و خروج از قلمروی بیرونی صلاحیت و نقض قانونی بودن عمل اداری. محور این پژوهش بحث تطبیقی نبوده و غرض از بیان مصادیق سوءاستفاده در نظام کامن‌لا این است که این نظام به تعبیری خاستگاه مفهوم سوءاستفاده از مقام و موقعیت است و هر آنچه که در قوانین ما بیان شده به نحوی الهام‌گرفته از این نظام است و مصادیقی را نیز برای سوءاستفاده از مقام و موقعیت تعریف نموده‌اند و رویه‌ای مستدل و مستحکم در این زمینه دارند؛ اما برای روشن‌تر شدن رویه شعب دیوان باید به آراء شعب مراجعه نمود و بررسی نمود که قضات بر چه اساس و معیاری صدور حکم می‌کنند. با بررسی و تحلیل آراء شعب مصادیقی که در رسیدگی به پرونده‌های سوءاستفاده بدان اشاره شده است مشخص شد و همین‌طور نحوه تعیین تکلیف پرونده‌های مربوط به سوءاستفاده از مقام و موقعیت رویکرد قضات در صدور رأی بر اساس سوءاستفاده که در قانون دیوان، تحت عنوان یکی از معیار-های نظارت قضایی بدان اشاره شده است. این معیارها از متون و دکرین حقوقی نظام کامن‌لا استخراج شده و تعدادی از آنها در رویه دیوان کاربرد دارند. رویه دیوان عدالت اداری ایران حاکی از این است که در حال حاضر سوءاستفاده از اختیارات به عنوان یکی از جهات نظارت قضایی فقط در متن قوانین شناسایی شده ولی عملاً شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی مواضع گوناگونی مانند رد صلاحیت از خود بدون ورود به ماهیت دعوا و ارجاع امر به هیأت عمومی دیوان یا ارجاع به محاکم عمومی اکتفا نموده‌اند؛ علاوه‌براین با توجه به برخی مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت که در متون حقوقی به آنها اشاره شده است، مانند اهداف نامناسب و عدم توجه به عوامل مرتبط در آراء به صورت صریح یا ضمنی صدور رأی صورت گرفته است. برخی غیرمعقول بودن را از مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت می‌دانند، چراکه غیرمعقول بودن را توأم با خروج از صلاحیت و سوءاستفاده از اختیارات می‌دانند. برخی دیگر غیرمعقول بودن را هم‌معنا با توجه به عوامل غیر مرتبط و عدم توجه به عوامل مرتبط می‌دانند. علت عدم استناد مستقیم قضات به سوءاستفاده از مقام و موقعیت ممکن است ماهیت آن باشد، چراکه علی‌الاصول مقام اداری در چهارچوب قانون و صلاحیت اختیاری خود مرتکب این عمل می‌شود، به‌نحوی که هیچ خدشه‌ای به ظاهر قانون و حتی صلاحیت مقام اداری وارد نمی‌آید. در خروج از صلاحیت، مقام اداری مرزهای بیرونی صلاحیت را نقض می‌نماید اما در سوءاستفاده مرزهای درونی صلاحیت نقض می‌شود، به این جهت تشخیص آن برای قضات دیوان عدالت اداری که آشنایی کمی با

این معیار دارند و همچنین در برخی موارد سواد کافی در جهت شناسایی معیارها و مصادیق سوءاستفاده از مقام و موقعیت را ندارند، سهل الوصول نیست. البته محدود و مقید بودن به متن قانون و عدم ابتکار در تفسیر قانون توسط قضات نیز از آسیب‌های دیوان عدالت اداری در زمینه صدور رأی به استناد به مقام و موقعیت است.

فهرست منابع منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

- ۱- پژوهشکده حقوق عمومی و بین الملل- گروه حقوق اداری، نظارت قضایی بر سوءاستفاده از اختیارات توسط مقام اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۸۰.
- ۲- حسوند، محمد، یادداشت‌هایی بر گزیده آراء قضایی دیوان عدالت اداری، تهران: فصلنامه مطالعات آراء قضایی.
- ۳- رفیعی، محمدرضا، قالب‌های طرح دعوی و صدور حکم در شعب دیوان عدالت اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸.
- ۴- فلاح زاده، علی محمد، رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: نشر مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۴.
- ۵- کردنائیج، کوروش، تخلفات اداری کارکنان دولت و نحوه رسیدگی آنها، تهران: انتشارات آرون، ۱۳۹۱.
- ۶- گزارش نشست علمی نظارت قضایی بر اعمال صلاحیت‌های اختیاری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳.
- ۷- مشتاق، زرگوش، مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
- ۸- کاشانی، محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، تهران: دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۲.
- ۹- مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: نشر مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۳.
- ۱۰- مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: پژوهشکده قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، ۱۳۹۱.
- ۱۱- مرکز استخراج و مطالعات رویه قضایی کشور، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، ۱۳۹۲.
- ۱۲- مشهدی، علی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
- ۱۳- مشهدی، علی؛ هداوند، مهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت

اداری)، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه مرکز مطالعات قضایی، ۱۳۹۱.
۱۴- موتمنی طباطبایی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
۱۵- مولابیگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۴.

ب. مقاله‌ها

۱۶- مظهري، محمد، بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی، دو فصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال هفتم، شماره اول، ۱۳۹۷.
۱۷- موتمنی طباطبایی منوچهر و دیگران، سوءاستفاده از صلاحیت‌های اختیاری در رویه قضایی انگلستان و ایران و مقایسه آن با فقه و حقوق خصوصی، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۳، تهران، ۱۳۹۴.
۱۸- نجابت‌خواه، مرتضی، مفهوم سوءاستفاده از اختیارات در نظام حقوقی کامن‌لا، حقوق و مصلحت، سال دوم، شماره ۵، تهران، ۱۳۸۸.

ج. پایان‌نامه‌ها

۱۹- افشاری فاطمه (۱۳۹۶)، الگوی مطلوب نظارت قضایی بر اشتباه مقام اداری در حقوق ایران با رویکردی تطبیقی به حقوق انگلستان و فرانسه، رساله جهت اخذ مدرک دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی علامه طباطبایی
۲۰- شیرزاد امید، (۱۳۹۲)، تحلیل و بررسی جهات ابطال مصوبات دولتی در پرتو آراء دیوان عدالت اداری، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی
۲۱- نازنین حیدری (۱۳۹۴)، نظارت قضایی بر سوءاستفاده از اختیارات مقامات اداری با نگرش تطبیقی بر حقوق انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی

د. قوانین

۲۲- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸.
۲۳- قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲.
۲۴- قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵.

۲۵- قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲.

۲۶- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

۲۷- قانون مجازات اسلامی- کتاب پنجم تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده ۱۳۷۵.

منابع انگلیسی

28-Craig, P. and de Burca, G., The Evolution Of EU Law, Oxford University Press, 1999.

29-Treves G.E., 'Administrative Discretion and Judicial Control', in: Blackwell Publishing, The Modern Law Review, Vol. 10, No. 3, Jul. 1947, p. 287), 6 Ian, op.cit

30-Yu Lingyun , Judicial review on abuse of power by administrative Preferences and issues of the court hearings in cases

تحول ساختار دولت - کشور در ایران در پرتو پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی

حسین آئینه نگینی*

محمدامین ابریشمی راد**

چکیده

پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی در سال ۱۳۷۲ در نظام قانونی جمهوری اسلامی ایران موجبات بروز تحول در ساختار دولت - کشور در ایران را فراهم کرد. مهم‌ترین اثر ظهور این مناطق در ساختار دولت - کشور ایران، خدشه به «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» به عنوان دو اصل پذیرفته‌شده در نظام سیاسی و اداری ایران بود. این پژوهش در قالب مطالعاتی توصیفی - تحلیلی، ضمن تبیین اجمالی تحولات ساختار دولت - کشور در ایران، پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی در نظام قانونی ج.ا.ا. را موجب بروز تحول در ساختار دولت - کشور ایران دانسته است؛ به گونه‌ای که در اثر این تحول، ساختار دولت - کشور در ایران به سمت الگویی متفاوت از «وحدت انضمامی» و «منطقه‌گرایی» سوق پیدا کرده که از آن به عنوان «وحدت انتزاعی» یاد شد. این در حالی است که مبتنی بر بررسی‌های صورت گرفته در این تحقیق، به‌کارگیری این الگو در نظام حقوقی ایران، با «اصول تبیین‌کننده ساختار نظام اداری ایران»، «اصول مربوط به وحدت و تمامیت ارضی کشور» و «اصل عدم تفویض قانونگذاری» مغایر است.

کلیدواژه‌ها: ساختار دولت - کشور ایران، مناطق آزاد تجاری - صنعتی، منطقه‌گرایی، وحدت انتزاعی، وحدت انضمامی، وحدت قانون، وحدت مقنن.

*.دکترای تخصصی، دانش‌آموخته حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
hosseinayene69@gmail.com

abrishamirad@semnan.ac.ir

**.استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول)

مقدمه

به در ادبیات حقوق عمومی بین «شکل حکومت» که از آن تحت عنوان «رژیم سیاسی» یاد می‌شود و «شکل دولت» تمایز وجود دارد. در بحث از شکل حکومت، سخن از چگونگی جریان، انتقال و تقسیم قدرت سیاسی است. بر مبنای این معیار، رژیم‌های سیاسی به ریاستی، پارلمانی و مختلط تقسیم می‌شوند. در مقابل، شکل دولت به نحوه سازماندهی و شیوه اداره امور می‌پردازد. شکل دولت از منظر حقوقی (شکلی - ساختاری)، متأثر از مقتضیات جغرافیایی، فرهنگی، قومی، مذهبی، سیاسی و عواملی از این دست، معمولاً به دو گروه دولت - کشورهای تک‌پارچه (تک‌ساخت) و چندپارچه (مرکب) تقسیم می‌شوند.^۱

در تقسیم‌بندی ذکرشده، دولت‌های تک‌ساخت به دولی اطلاق می‌شود که قدرت سیاسی موجود در آنها از یک مرکز واحد، که شخصیت حقوقی دولت نام دارد، سرچشمه گرفته و در سرزمینی واحد بر جمعیتی واحد اعمال می‌شود. در مقابل، معمولاً در دولت - کشورهای چندپارچه اقتدار سیاسی از مراکز مختلفی نشأت می‌گیرد.^۲

با بررسی مشخصات و ویژگی‌های ساختار حقوقی دولت‌های مختلف، این مطلب به دست می‌آید که هریک از کشورهای تک‌بافت و چندپارچه، در نحوه اعمال حکومت و تنظیم امور سیاسی و اداری خود از روش‌های خاص اداره‌ی امور استفاده می‌کنند. در یک تقسیم‌بندی کلی و مبتنی بر شیوه اداره امور، کشورهای دارای نظام حقوقی تک‌بافت را می‌توان در طیفی از کشورهای دارای نظام متمرکز، عدم‌تراکم، عدم‌تمرکز، وحدت انضمامی و منطقه‌گرا شناسایی کرد. مبتنی بر این معیار، مهم‌ترین اقسام کشورهای دارای نظام حقوقی چندپارچه نیز طیفی از کشورهای دارای نظام کنفدراسیون و فدراسیون را تشکیل می‌دهند.

بررسی ساخت حقوقی دولت - کشور ایران در طول سالیان متمادی گویای وجود فراز و فرودهای مختلف در این زمینه است. اغلب صاحب‌نظران در مقام شناسایی شکل حقوقی دولت ایران، آن را در زمره دولت - کشورهای تک‌بافت می‌دانند که در ادوار مختلف و در حوزه‌های

۱. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۳، چاپ یازدهم، ص ۲۲۴؛

پروین، خیرالله، الزامات و آموزه‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۱۱.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم، ص ۴۱؛ موسی‌زاده، رضا،

حقوق اداری (۱-۲)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، چاپ دوازدهم، ص ۸۳؛ سنجابی، کریم، **حقوق اداری**، تهران: مهرآیین،

۱۳۶۱، چاپ ششم، ص ۶۷.

مختلف از روش‌های تمرکز، عدم‌تراکم و عدم‌تمرکز اداری تبعیت کرده است.^۱ با این حال، مبتنی بر سیر تحولات حقوقی دولت - کشور در ایران و پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی در قانون عادی، این‌گونه به نظر می‌رسد که دیگر نمی‌توان شکل دولت ایران را منحصر در سه الگوی ذکر شده دانست. مبتنی بر این مقدمه، این پژوهش در نظر دارد تا با بررسی تحولات ساختار دولت - کشور در ایران به این سؤال اصلی پاسخ دهد که آیا با پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی توسط قانون عادی، ساختار دولت - کشور در ایران متحول شده است یا خیر؟ و اینکه، در صورت اثبات تحول در ساختار دولت - کشور در ایران، آیا این تحول منطبق با قانون اساسی است؟

به منظور پاسخ به سؤالات فوق، نویسندگان این تحقیق سعی دارند تا در قالبی توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد قانونی، به بررسی سیر تحولات دولت - کشور در ایران بپردازند و تحولات اخیر در این زمینه را از حیث مغایرت یا عدم مغایرت با قانون اساسی ارزیابی کنند. در این راستا، فرضیه نویسندگان این پژوهش آن است که مبتنی بر اصول قانون اساسی، ساختار دولت - کشور در ایران تکبافت و مبتنی بر سه روش تمرکز، عدم‌تراکم و عدم‌تمرکز طراحی شده است؛ لذا حرکت به سمت شکل خاصی از دولت - کشور که به واسطه پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایجاد شده، مغایر با قانون اساسی است.

بر مبنای مطالب ذکر شده و به‌منظور پاسخ به سؤالات این تحقیق، اختصاراً به بررسی تحولات ساختار دولت - کشور در ایران پرداخته می‌شود (گفتار نخست)؛ در ادامه، ویژگی‌های ساختار دولت - کشور در ایران پس از پیدایش مناطق آزاد تبیین می‌شود (گفتار دوم)؛ در نهایت، میزان انطباق ساختار دولت - کشور ایران پس از ظهور مناطق آزاد با قانون اساسی ایران مورد ارزیابی قرار می‌گیرد (گفتار سوم).

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، **حقوق اداری**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، چاپ هفدهم، صص ۶۴ و ۱۰۷؛ طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم، ص ۹۹. ابوالحمد، عبد الحمید، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات دانشگاه، ۱۳۵۴، ۲، ۴۱۰.

گفتار نخست. نگاهی اجمالی به ساختار دولت - کشور در ایران

پیش از بررسی تأثیر پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی ج.ا. بر ساختار دولت - کشور در ایران، لازم است تا به صورت اجمالی ساختار دولت - کشور در ایران و تحولات آن مورد شناسایی قرار گیرد. بدین منظور، در ادامه این موضوع در دو برهه قبل از تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸ و بعد از آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند اول. قبل از تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸

نگاه مختصری به تحولات ساختار دولت - کشور در ایران، حاکی از آن است که سیر تحولات نظام اداری در دوره‌های مختلف از تمرکز به سمت عدم‌تمرکز بوده است. در این زمینه، بررسی ویژگی‌های دولت - کشورهای متمرکز گویای آن است که در این دسته از دولت - کشورها نه‌تنها قدرت سیاسی به‌صورت واحد و از یک مرکز سرچشمه می‌گیرد، بلکه امور اداری و مدیریتی نیز در کنار امور سیاسی در صلاحیت دولت مرکزی قرار دارند.^۱ تطبیق این ویژگی با ساختار دولت - کشور ایران تا قبل از انقلاب مشروطه، مؤید آن است که باتوجه به محوریت بی‌بدیل پادشاه یا خلیفه در نظام سیاسی و اداری کشور، نظام معمول اداره امور بر مبنای تمرکز قدرت سیاسی و اداری بوده است. به عبارتی، بر طبق رویکرد غالب در دوره تاریخی مورد اشاره، نه‌تنها قدرت سیاسی از مرجع و منشأ واحدی سرچشمه گرفته، بلکه نظام اداری کشور نیز تابع نظامی واحد بوده و از سوی مقامات مرکزی اعمال شده است.^۲

تأکید بر این نکته لازم است که الگوی ذکرشده، الگوی غالب ساختار دولت - کشور ایران بوده هرچند که در برخی دوره‌ها استثنائاتی نیز داشته است. به عنوان نمونه، در دوره حکومت اشکانیان کشور به مناطق مختلف تقسیم می‌شده و هر منطقه «پادشاه» مخصوص خود را داشته که در امور داخلی قلمرو خود مستقل از حکومت مرکزی عمل می‌کرد و صرفاً در برخی امور مثل جنگ با دولت مرکزی همکاری داشته است؛^۳ لذا، این دوره مشابهت‌های

۱. نوین، پرویز، اصول حقوق عمومی «حقوق اداری و دادرسی اداری تطبیقی ایران، فرانسه، انگلستان»، تهران: جنگل، ۱۳۹۰، ص ۱۲۹.

۲. سنجابی، کریم، حقوق اداری، تهران: مهرآیین، ۱۳۶۱، چاپ ششم، ص ۷۱.

۳. صفی‌زاده، فاروق، تاریخ حقوق در ایران باستان، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۱، ص ۲۵.

زیادی با دولت - کشورهای چندپارچه (فدراسیون) داشته است. همچنین، در دوره‌هایی جهت کاهش حجم صلاحیت‌ها و مسئولیت‌هایی که برعهده دولت مرکزی قرار داشته یا تسریع در روند جریان امور، بخشی از امور اداری و مدیریتی به نمایندگانی در مناطق مختلف واگذار شده است که ساختار دولت را به عدم تراکم شبیه ساخته است. ازجمله این حکومت‌ها در تاریخ ایران، می‌توان به حکومت داریوش هخامنشی، سلسله قاجاریه و افشاریه اشاره کرد.^۱ در این زمینه، به روایت تاریخ داریوش هخامنشی قلمرو خود را به «ساتراپی» تقسیم کرده بود که به‌وسیله یک مأمور کشوری به نام «ساتراپ» اداره می‌شد^۲ و این ساتراپ‌ها در برابر پادشاه مسئولیت مستقیم داشتند.^۳

نظام متمرکز اداری که در بسیاری ادوار تاریخی ساختار معمول دولت - کشور ایران را تشکیل می‌داد، با ظهور انقلاب مشروطیت (۱۲۸۵) و در پی آن تصویب قانون اساسی مشروطه (۱۲۸۵ ه.ش) و متمم آن (۱۲۸۶ ه.ش)، حداقل در قالب قوانین و مکتوبات تا حدودی تعدیل شد. اصول ۲۹، ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳ و متمم قانون اساسی مشروطه، در کنار ساختار دولت مرکزی، تشکیل انجمن‌های ایالتی و ولایتی را به منظور پیشبرد سریع امور و هماهنگ‌سازی موضوعات اداری با مقتضیات محلی پیش‌بینی کرد. پیش‌بینی تشکیل انجمن‌های ایالتی و ولایتی در قانون اساسی سبب شد تا این موضوع در قوانین و مقررات عادی نیز ظهور و بروز پیدا کند. ازجمله قوانینی که در این دوره تاریخی، مبین تحولات ساختار دولت - کشور در ایران است می‌توان به قانون «انجمن‌های ایالتی و ولایتی» مصوب ۱۲۸۶، قانون «بلدیه» مصوب ۱۲۸۶ و قانون «تشکیل ایالات و ولایات و دستورالعمل حکام» مصوب ۱۲۸۶ اشاره کرد.

۱. درستی، احمد، **دگرگونی ساخت دولت در ایران پیش مدرن**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، صص ۲۲۵ و ۲۸۸.

۲. امین، حسن، **تاریخ حقوق ایران**، تهران: **دایره‌المعارف ایران‌شناسی**، ۱۳۹۱، چاپ سوم، ص ۸۴.

۳. علوی، علی، **تاریخ تحولات سیاسی و اداری در ایران**، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، جلد اول، ص ۳۰.

۴. اصل ۲۹- منافع مخصوصه هر ایالت و ولایت و بلوک به تصویب انجمن‌های ایالتی و ولایتی به موجب قوانین مخصوصه آن مرتب و تسویه می‌شود.

۵. اصل ۹۰- در تمام ممالک محروسه انجمن‌های ایالتی و ولایتی به موجب نظامنامه مخصوص مرتب می‌شود و قوانین اساسیه آن انجمن‌ها از این قرار است.

۶. اصل ۹۱- اعضای انجمن‌های ایالتی و ولایتی بلاواسطه از طرف اهالی انتخاب می‌شوند مطابق نظامنامه انجمن‌های ایالتی و ولایتی.

۷. اصل ۹۲- انجمن‌های ایالتی و ولایتی اختیار نظارت‌نامه در اصلاحات راجعه به منافع عامه دارند با رعایت حدود قوانین مقرر.

۸. اصل ۹۳- صورت خرج و دخل ایالات از هر قبیل بتوسط انجمن‌های ایالتی و ولایتی طبع و نشر می‌شود.

بر این اساس، مستند به متن متمم قانون اساسی مشروطه و قوانین موضوعه، با ایجاد انجمن‌های ایالتی و ولایتی به‌مثابه شوراهای محلی فعلی^۱، در ترسیم ساختار دولت - کشور ایران، در کنار نظام تمرکز اداری، از نظام مبتنی بر عدم تمرکز اداری نیز سخن به میان آمد. هرچند این شیوه اداره کشور نیز بنا به علل مختلفی چون دخالت خارجی‌ان و درنهایت کودتای سوم اسفند ۱۲۹۹، پس از سال ۱۳۰۴ تا مدت‌ها از نظام اداری کشور حذف شده بود.^۲ در نظام عدم تمرکز محلی، حسن جریان امور اداری در گرو تفکیک امور محلی از امور ملی دانسته شد. در این نظام، امور اداری محلی اعم از تصمیم‌گیری، اجرا و امور مدیریتی به مقامات محلی واگذار شدند و واحدهای محلی از شخصیت حقوقی مستقل و متمایز از دولت مرکزی برخوردار شدند.^۳ بر این اساس، برخی امور اداری به صورت استقلالی به برخی نهادها و واحدهای محلی سپرده شد که در ابعاد مالی، سازمانی و ساختاری مستقل از دولت مرکزی هستند.^۴ البته قائل شدن شخصیت حقوقی برای این نهادها، به معنای عدم نظارت دولت مرکزی بر این واحدها نیست. بلکه، در این روش نیز دولت مرکزی بر واحدهای محلی نظارتی خفیف دارد که از آن به عنوان نظارت قیمومتی یاد می‌شود.^۵

بررسی برخی از ویژگی‌ها و مشخصات قانونی انجمن‌های ایالتی و ولایتی مؤید آن است که در برهه زمانی مورد اشاره، از نظر قانونی تحولات درخور ملاحظه‌ای در ساختار دولت - کشور ایران ایجاد شد که اجمالاً به آنها اشاره خواهد شد:

الف. انتخاب نمایندگان انجمن‌ها توسط مردم: مستند به فصل اول قانون انجمن‌های ایالتی و ولایتی مصوب ۱۲۸۶، در بُعد سازمانی و تشکیلاتی، اعضای انجمن‌های ایالتی و ولایتی نه مبعوثین و نمایندگان دولت مرکزی، بلکه منتخب مردم بودند.

ب. استقلال انجمن‌ها از دولت مرکزی: مستند به فصل دوم قانون یادشده در بُعد صلاحیتی، انجمن‌ها دارای صلاحیت‌هایی مستقل از دولت مرکزی بودند. البته، با وجود پیش‌بینی این ساختار در متمم قانون اساسی مشروطه و قانون عادی،

۱. عمید زنجانی، عباسعلی، **حقوق اساسی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۶۳.

۲. هریسی‌نژاد، کمال‌الدین، **سیر تحول اداره شهرها توسط انجمن‌ها و شوراهای شهر**، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۹، شماره ۲۸، ص ۴۰۹.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم، ص ۸۰.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم، ص ۸۰.

۵. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲)**، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، چاپ دوازدهم، ص ۹۶.

انجمن‌های ایالتی تنها در مناطق محدودی تشکیل شدند و از منظر صلاحیت و کارآیی نیز اثر اجرایی چندانی بر روند جریان امور اداری جامعه و ساختار تمرکز اداری دولت - کشور نداشتند^۱ و همچنان نظام متمرکز اداری الگوی غالب اداره کشور ایران در این بازه زمانی بوده است.^۲ هرچند که صرف ظهور این انجمن‌ها در آن برهه زمانی، زمینه‌ساز دوری از ساختار متمرکز و سوق به سمت سیستم عدم تمرکز اداری شد.

بند دوم. پس از تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸

در قانون اساسی ج.ا.ا. مصوب ۱۳۵۸، در کنار تبیین شکل حکومت و رژیم سیاسی (اصل ۱)، اصول مختلفی به تبیین ساختار دولت - کشور از منظر حقوقی و تثبیت ساختار عدم تراکم و عدم تمرکز اداری اختصاص داده شد. در این زمینه، مستند به اصل ۶۰ قانون اساسی، در نظم حقوقی ایران اعمال قوه مجریه در صلاحیت رهبری، رئیس‌جمهور و وزیران (مقامات دولتی در مرکز) قرار گرفته است. علاوه بر مفاد این اصل که به منزله شناسایی مقامات نظام تمرکز اداری در ایران است، شناسایی مقاماتی همچون استاندار، فرماندار و بخشدار به عنوان منصوبین دولت مرکزی در اصل ۱۰۳ قانون اساسی، مؤید پذیرش و شناسایی نظام عدم تراکم اداری در نظم حقوقی ایران می‌باشد.

از سوی دیگر، علاوه بر این اصل ۷ قانون اساسی شوراهای محلی از جمله شورای استان، شهرستان، شهر و روستا را در عداد ارکان تصمیم‌گیری و اداره‌کننده کشور معرفی کرده است. شناسایی شوراهای محلی به عنوان رکن تصمیم‌گیری و اداره کشور به منزله شناسایی نظام عدم تمرکز اداری در ایران است. اهمیت نظام عدم تمرکز اداری در اندیشه قانونگذار اساسی تا درجه‌ای بوده که علاوه بر اصول پراکنده‌ای در قانون اساسی که به موضوع شوراهای پرداخته، اصول فصل هفتم قانون اساسی نیز به این موضوع اختصاص یافته است. بر این اساس، اگرچه مبدأ پیدایش نظام عدم تمرکز اداری در ایران را باید متمم قانون اساسی مشروطه دانست اما استقرار حقوقی این نظام را باید پس از انقلاب اسلامی و به واسطه قانون اساسی ج.ا.ا. دانست. البته، با وجود شناسایی شوراهای محلی در قانون اساسی ج.ا.ا. و به تبع آن شناسایی این موضوع در قوانین مختلف همچون لایحه قانونی شوراهای محلی مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشور مصوب ۱۳۶۱ و قانون

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم، ص ۹۲.

۲. لشگری تفرشی، احسان، تکوین حکمرانی متمرکز در ایران از منظر جغرافیای سیاسی در سده معاصر، فصلنامه دولت‌پژوهی، شماره شانزدهم، ۱۳۹۷، صص ۳۹-۷۲، ص ۴۱.

تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵، عملاً تشکیل این شوراها تا سال ۱۳۷۷ مسکوت ماند. پس از این دوره بود که به صورت مرتب با برگزاری انتخاباتهای محلی شوراهای اسلامی تشکیل و اداره امور محلی را در حدود صلاحیت مقرر برعهده گرفته‌اند؛ بنابراین باوجود انتقادات متعددی که بر شیوه پیش‌بینی شوراها و سیستم عدم تمرکز اداری در ج.ا.ا. وارد است^۱، دوره زمانی پس از سال ۱۳۷۷ را می‌توان دوره استقرار عملی نظام عدم تمرکز اداری در ایران شناخت.

با مشخص شدن اجمالی ساختار دولت - کشور در ایران قبل و بعد از تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ و شناسایی اجمالی تحولات آن، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که هرچند قانون اساسی ج.ا.ا. تنها دو نظام عدم تراکم و عدم تمرکز اداری را جهت اداره بهتر امور شناسایی کرده و از این جهت ممکن است به واسطه مفاد قانون اساسی، ساختار دولت - کشور ایران تک‌بافت و مبتنی بر روش‌های عدم تراکم و عدم تمرکز شناخته شود اما با پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی در ایران، می‌توان ادعا کرد که ساختار دولت - کشور در ایران متحول شد. با این مقدمه، در بند بعد تلاش خواهد شد تا ویژگی‌های این مناطق و اثر آنها در ساختار دولت - کشور در ایران مورد بررسی قرار گیرد.

گفتار دوم. ویژگی‌های ساختار دولت - کشور در ایران پس از پیدایش مناطق آزاد

از منظر تاریخی اندیشه ایجاد مناطق آزاد در نظم حقوقی ایران به سال‌های آغازین دهه سوم از سده حاضر باز می‌گردد.^۲ البته، سررشته اصلی ظهور این پدیده حقوقی را باید تبصره «۱۹» ماده واحده قانون برنامه اول توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا. مصوب

۱. به منظور مطالعه انتقادات وارد بر شیوه پیش‌بینی شوراهای اسلامی در جمهوری اسلامی ایران رجوع کنید به: ابوالحسنی، عبدالحسین، ابراهیم‌آبادی، غلامرضا، شوراهای اسلامی شهر و روستا و تمرکززدایی در جمهوری اسلامی ایران، پژوهشنامه علوم سیاسی، ۱۳۹۷، سال سیزدهم، ش ۴، صص ۷-۳۴؛ هریسی‌نژاد، کمال‌الدین، سیر تحول اداره شهرها توسط انجمن‌ها و شوراهای شهر، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۹، شماره ۲۸، صص ۴۰۳-۴۲۵.

۲. امینی، الف، مروری بر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی (منطق آزاد در ایران از اندیشه تا عمل)، نشریه مجلس و راهبرد، ۱۳۷۲، شماره ۶، صص ۲۰۵-۲۱۸، ۲۰۶.

ازجمله قوانینی که در آن بازه زمانی موید اندیشه ایجاد مناطق آزاد تجاری و صنعتی در ایران است می‌توان به قانون «معافیت از حقوق و عوارض گمرکی کالاهایی که به منظور استفاده و مصرف و فروش وارد بعضی از جزایر خلیج فارس می‌شود» مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۲۳ مجلسین اشاره کرد. به موجب این ماده واحده مقرر شده بود که «به دولت اجازه داده می‌شود در هریک از جزایر خلیج فارس که مقتضی تشخیص دهد کلیه کالاهایی که به منظور مصرف و استفاده و فروش در فروشگاه‌ها وارد جزایر مذکور می‌شود از پرداخت حقوق و عوارض گمرکی و سود بازرگانی و حق انحصار و عوارض مختلف و حق ثبت سفارش (به استثناء هزینه خدمات بندری و باربری) معاف نماید...».

۱۳۶۸ دانست. این تبصره اجازه تأسیس سه منطقه آزاد تجاری - صنعتی، در نقاط مرزی را به دولت داده بود. با پیش‌بینی این موضوع در قانون برنامه اول توسعه، در سال ۱۳۷۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی ج.ا.ا. به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید. این قانون که می‌توان آن را مهم‌ترین قانون در ترسیم نظام حقوقی حاکم بر مناطق آزاد شناخت، ضمن بیان اهداف و ترسیم نظام حقوقی حاکم بر این مناطق، در ماده (۱) سه حوزه جغرافیایی قشم، کیش و چابهار را به عنوان مناطق آزاد تجاری - صنعتی معرفی کرد. تبصره «۳» این ماده نیز ایجاد مناطق آزاد جدید را منوط به پیشنهاد هیئت‌وزیران و تصویب مجلس دانست.^۲ بر این اساس، روبه‌روز بر تعداد مناطق آزاد در ایران افزوده شد و مناطقی همچون منطقه آزاد آبادان، خرمشهر، جلفا و بندرانزلی^۳ و منطقه ماکو^۴ به‌عنوان مناطق آزاد تجاری - صنعتی شناخته شدند.

همانند سایر کشورهای جهان، مبنای اصلی پیدایش مناطق آزاد در ایران ایجاد مناطقی به منظور بهبود و توسعه شاخص‌های اقتصادی کشور ازجمله ایجاد فضایی برای توسعه صادرات غیرنفتی^۵، ایجاد فرصت‌های اشتغال، توسعه این مناطق و در درازمدت انتقال تکنولوژی به کشور و ارتقاء شیوه‌های مدیریتی و اقتصادی در کشور بوده است؛ حال آنکه با گذشت چند دهه از تشکیل این مناطق، بخش قابل‌توجهی از اهداف مذکور عملاً محقق نشده‌اند.^۶

فارغ از عدم تحقق بخشی از اهداف تشکیل مناطق مناطق آزاد در ایران و آثار فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظایر آن که به‌واسطه پیدایش این مناطق بروز کرد، ظهور این مناطق اثر ویژه‌ای بر تحول ساختار دولت - کشور در ایران داشته است. به منظور تبیین آثار پیدایش مناطق آزاد بر ساختار کشور ایران، در ادامه، ابتدا به تبیین اهم ویژگی‌های نظام

۱. تبصره ۱۹- به دولت اجازه داده می‌شود که حداکثر در سه نقطه از نقاط مرزی کشور، مناطق آزاد تجاری - صنعتی تأسیس نماید.

۲. ضرورت تأسیس مناطق آزاد تجاری - صنعتی با تصویب مجلس شورای اسلامی، در ماده ۲۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵ نیز ذکر شده است.

۳. مناطق مذکور به استناد قانون ایجاد مناطق آزاد تجاری - صنعتی آبادان و خرمشهر، جلفا و بندرانزلی مصوب ۱۳۸۲ ایجاد شده‌اند.

۴. این منطقه به استناد قانون ایجاد یک منطقه آزاد تجاری - صنعتی و بیست و سه منطقه ویژه اقتصادی مصوب ۱۳۸۹ ایجاد شده است.

۵. فضلی، عزیزالله و هداوند، مهدی، ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران، حقوق اداری، ۱۳۹۶، شماره ۱۳، ص ۱.

۶. رهنورد، فرج‌الله، عوامل مؤثر بر عملکرد مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران، فرایند مدیریت و توسعه، ۱۳۸۹، شماره ۷۴، ص ۴۷.

حقوقی مناطق آزاد تجاری - صنعتی پرداخته خواهد شد؛ سپس، ویژگی‌های ذکرشده با دو الگوی وحدت انضمامی و منطقه‌گرایی به‌عنوان ساختارهای نزدیک به شیوه اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی تطبیق داده خواهد شد تا ساختار دولت - کشور ایران با ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی کشف شود.

بند اول. نظام حقوقی حاکم بر مناطق آزاد

مبتنی بر قوانین و مقررات حاکم بر مناطق آزاد تجاری - صنعتی، نظم حقوقی حاکم بر این مناطق را می‌توان در محورهای زیر ترسیم کرد:

الف. سازمان اداری مناطق آزاد

ماده (۵) قانون چگونگی اداره‌ی مناطق آزاد^۱، اداره‌ی این مناطق را در صلاحیت سازمانی قرار داده که به صورت شرکت ایجاد می‌شود و سرمایه‌ی آن متعلق به دولت است. ماده (۶) قانون مزبور^۲ در تشریح شیوه‌ی اداره این سازمان، هیئتی مرکب از سه تا پنج عضو منتخب هیئت‌وزیران را به عنوان هیئت‌مدیره این سازمان معرفی کرده است. بخش اخیر این ماده نیز ریاست هیئت‌مدیره را در صلاحیت مدیرعاملی قرار داده است که به حکم رئیس‌جمهور منصوب می‌شود؛ علاوه‌براین، عزل مدیرعامل و اعضای هیئت‌مدیره این سازمان در صلاحیت مراجع و مقامات انتخاب‌کننده قرار داده شده است.

مبتنی بر مواد مورد اشاره، تردیدی نیست که مدیریت عالی مناطق آزاد تجاری - صنعتی برعهده مدیرعامل سازمان هر منطقه قرار دارد که همانند مقامات عدم تراکم منصوب دولت

۱. ماده ۵- هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می‌گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است اداره می‌شود. این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنی بوده و منحصرأ بر اساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود.

۲. ماده ۶- سازمان توسط هیئت‌مدیره متشکل از سه یا پنج نفر اداره خواهد شد. اعضاء هیئت‌مدیره توسط هیئت‌وزیران انتخاب خواهند شد. مدیرعامل سازمان که ریاست هیئت‌مدیره را به عهده خواهد داشت، به موجب حکم ریاست جمهوری و از میان اعضاء هیئت‌مدیره منصوب و بالاترین مقام اجرایی در زمینه‌های اقتصادی و زیربنایی منطقه می‌باشد. انتخاب مدیرعامل و اعضای هیئت‌مدیره برای مدت سه سال بوده و انتخاب مجدد آنان بلامانع است. عزل مدیرعامل و اعضاء هیئت‌مدیره با همان مراجع انتخاب‌کننده می‌باشد. هیئت‌وزیران مسوولیت و اختیار مجامع عمومی سازمان هر منطقه را به عهده دارد.

مرکزی می‌باشد. در این زمینه، اشاره به این نکته مفید خواهد بود که در برهه‌هایی همچون در دوره اجرای «قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا.»^۱ مصوب ۱۳۸۹ در برخی از حوزه‌ها، اقتدارات این مقامات حتی از مقامات دولت مرکزی در واحدهای تقسیمات کشوری نیز بیشتر بوده است. در این زمینه، در بند «الف» ماده (۱۱۲) «قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ج.ا.ا.» مصوب ۱۳۸۹ مقرر شده بود که مدیران سازمان‌های مناطق آزاد به‌عنوان نماینده دولت، بالاترین مقام منطقه محسوب می‌شوند و مستقیماً تمام وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی مستقر در این مناطق، به استثنای نهادهای دفاعی و امنیتی^۲ را برعهده دارند. این در حالی است که مسئولیت اصلی مقامات عدم تراکم همچون استانداران و فرمانداران در حوزه مأموریتشان، منحصر در امور نظارتی و هماهنگی واحدها است.

بنابر آنچه گفته شد، از نظر سازمانی، اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی همانند الگوی عدم تراکم اداری و البته از جهاتی شدیدتر از این الگو می‌باشد.

ب. ضوابط حاکم بر عملکرد مناطق آزاد

بررسی نظام قانونی حاکم بر مناطق آزاد تجاری - صنعتی گویای آن است که این مناطق در بسیاری از ابعاد و حوزه‌ها، استثنایی بر «اصل وحدت قوانین» در نظام حقوقی ج.ا.ا. هستند^۱ که تا پیش از ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی امری پذیرفته شده بود. به عبارتی، تا پیش از پیدایش مناطق آزاد، قوانین مصوب مجلس بر همه مناطق کشور حتی حوزه صلاحیت مراجع ناشی از عدم تمرکز محلی، حاکم بوده و هیچ منطقه‌ای از شمول قوانین

۱. الف- مدیران سازمان‌های مناطق آزاد به نمایندگی از طرف دولت، بالاترین مقام منطقه محسوب می‌شوند و کلیه وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی مستقر در این مناطق به استثناء نهادهای دفاعی و امنیتی به عهده آنها است. سازمانهای مناطق آزاد منحصرأ براساس قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی و اصلاحات بعدی آن و قانون کار اداره می‌شوند.

تبصره ۱- واگذاری وظایف، اختیارات و مسؤولیتهای دستگاه‌های تحت نظر مقام معظم رهبری، با موافقت ایشان صورت می‌پذیرد.

تبصره ۲- اختیارات فرماندار در مورد مصوبات شوراهای اسلامی شهر و روستا در مناطق آزاد به مدیر سازمان منطقه آزاد واگذار می‌شود.

۲. مستند به تبصره ۱ ماده ۱۱۲ قانون مذکور «واگذاری وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های تحت نظر مقام معظم رهبری با موافقت ایشان صورت می‌گیرد».

مستثنی نبوده است. این در حالی است که با پیدایش مناطق آزاد، این مناطق صراحتاً از شمول برخی از قوانین عمومی کشور مستثنی شده‌اند و تابع ضوابطی دانسته شده‌اند که توسط هیئت وزیران تعیین می‌شوند. از جمله مهم‌ترین حوزه‌هایی که امور مناطق آزاد از شمول قوانین حاکم بر سایر نقاط کشور مستثنی شده‌اند می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. **شیوه اداره سازمان مناطق آزاد:** ماده (۵) قانون چگونگی اداره این مناطق، سازمان مناطق آزاد (که به صورت شرکت تأسیس می‌شوند) را نه تنها از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی خارج دانسته، بلکه این سازمان را از شمول سایر مقررات عمومی نیز مستثنی کرده است.

۲. **امور مالی و برنامه‌های مناطق آزاد:** مستند به ماده (۲) و بند «ج» ماده (۴) قانون چگونگی اداره مناطق آزاد^۲، بودجه سالانه مناطق آزاد به تصویب هیئت وزیران می‌رسد و در سند بودجه سالانه کل کشور (موضوع اصل ۵۲)^۳ پیش‌بینی نمی‌شود. علاوه بر این، بند «ج» ماده (۴) این قانون، تصویب برنامه‌های عمرانی - فرهنگی این مناطق را نیز در صلاحیت هیئت وزیران تعریف کرده و از این جهت این مناطق مستقل از قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه هستند.

۱. یگانگی سیاسی و اداری حاکم بر کشور از جمله مهم‌ترین ویژگی‌های دولت‌های بسیط متمرکز است (پروین، خیرالله، الزامات و آموزه‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۱۳). با عنایت به ویژگی ذکر شده، اصول «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» نتیجه طبیعی چنین دولت‌هایی است. البته، در دولت - کشورهای تک‌باقتی که از دو روش «وحدت انضمامی» یا «منطقه‌گرایی» استفاده می‌شود، این اصول به شکل چشم‌گیری تضعیف می‌شوند که در ادامه مطالب تفصیل آن بیان خواهد شد.

۲. ماده ۲- درآمد سازمان‌های مناطق آزاد صرفاً بایستی در چهارچوب بودجه سالیانه که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد هزینه گردد. کمک‌های سازمان جهت عمران و آبادانی سایر نواحی (با اولویت نواحی همجوار) صرفاً با تصویب هیئت دولت امکان‌پذیر بوده و هرگونه کمک دیگری تصرف غیرقانونی در اموال عمومی محسوب خواهد شد.

ماده ۴- هیئت وزیران مسئولیت: الف- ... ج- تصویب برنامه‌های عمرانی، فرهنگی، بودجه سالانه و عملکرد صورت‌های مالی سازمان‌های مناطق.

۳. اصل ۵۲- بودجه سالانه کل کشور به ترتیبی که در قانون مقرر می‌شود از طرف دولت تهیه و برای رسیدگی و تصویب به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌گردد. هرگونه تغییر در ارقام بودجه نیز تابع مراتب مقرر در قانون خواهد بود.

۳. امور امنیتی و انتظامی مناطق آزاد: مستند به بند «د» ماده (۴) قانون یادشده، «تصویب مقررات امنیتی و انتظامی مناطق با تأیید فرماندهی کل قوا» در صلاحیت هیئت‌وزیران قرار گرفته است.

۴. امور بازرگانی مناطق آزاد: ماده (۱۴) قانون اشاره‌شده^۱، مبادلات بازرگانی مناطق آزاد با خارج از کشور را پس از ثبت گمرکی، از شمول مقررات صادرات و واردات مستثنی دانسته است.

۵. امور مرتبط با اشتغال در مناطق آزاد: ماده (۱۲) قانون چگونگی اداره مناطق آزاد^۲، مقررات مربوط به اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی و صدور روادید برای اتباع خارجی در مناطق را برعهده‌ی هیئت‌وزیران گذاشته است.

علاوه بر موارد ذکر شده، مستند به مواد مختلف قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، وضع قواعد و مقررات مربوط به اموری چون «حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی» (ماده ۲۰)، «امور ثبتی» (ماده ۲۲)، «مقررات حاکم بر نحوه استفاده از اراضی» (ماده ۲۴) در این مناطق، به هیئت‌وزیران واگذار شده است.

میتنی بر آنچه در این قسمت گفته شد، مناطق آزاد تجاری - صنعتی چه از منظر سازمان اداری و چه از نظر قوانین و مقررات حاکم بر آنها، واجد استقلال و تمایز با مناطق دیگر کشور هستند؛ به گونه‌ای که تا پیش از تشکیل این مناطق، ساختار سیاسی و اداری دولت - کشور ایران این سطح از استقلال و تمایز را تجربه نکرده بود؛ لذا، این امر گویای بروز تحولاتی در ساختار دولت - کشور ایران است که در قسمت بعدی تلاش خواهد شد ماهیت آن تبیین و تحلیل شود.

۱. ماده ۱۴ - مبادلات بازرگانی مناطق با خارج از کشور پس از ثبت گمرکی از شمول مقررات صادرات و واردات مستثنی هستند و مقررات صدور و ورود کالا و تشریفات گمرکی در محدوده هر منطقه به تصویب هیئت‌وزیران خواهد رسید. مبادلات بازرگانی مناطق با سایر نقاط کشور اعم از مسافری و تجاری تابع مقررات عمومی صادرات و واردات کشور می‌باشد.

۲. ماده ۱۲ - مقررات مربوط به اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی و صدور روادید برای اتباع خارجی به موجب آئین‌نامه‌هایی خواهد بود که به تصویب هیئت‌وزیران خواهد رسید.

بند دوم. ظهور الگوی وحدت انتزاعی با پیدایش مناطق آزاد

همچنان که پیش‌تر اشاره شد، در بهره‌مندی ساختار دولت - کشور ایران از دو الگوی عدم‌تراکم و عدم‌تمرکز اداری (اعم از عدم تمرکز فنی و محلی) تردیدی وجود ندارد. نکته شایان توجه درخصوص الگوهای ذکرشده آن است که در هیچ‌یک از این دو الگو اصل «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» نادیده گرفته نشده و قوانین واحدی که توسط قوه مقننه مرکزی وضع شده‌اند بر تمام مناطق کشور حاکم است.^۱ به بیان دیگر، در کشورهای دارای نظام عدم تراکم و عدم تمرکز اداری، قوانین مصوب قانون‌گذار مرکزی به‌صورت یک‌پارچه در سراسر نقاط کشور اجرایی می‌شوند و اعمال و اقدامات همه نهادها (اعم از نهادهای مستقل محلی و محلی وابسته به دولت مرکزی) در چهارچوب قوانین حاکم بر کل کشور معتبر خواهند بود. در نظام حقوقی ایران نیز اگرچه تا زمان پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی، اصل وحدت قانون حاکم بود، منتها با پیدایش این مناطق، بخشی از سزمین ایران (مناطق آزاد) از شمول بخش قابل توجهی از قوانین و مقررات عمومی کشور مستثنی شدند و تابع قوانین و مقررات خاصی که توسط هیئت‌وزیران تعیین می‌شوند قرار گرفتند؛ بنابراین، اختصاراً می‌توان نتیجه گرفت که با ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی، هر دو مشخصه «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» در ساختار دولت - کشور ایران به‌طور ویژه‌ای نقض شد و به جای آن نظام تعدد و تکثر «قانون» و «مقنن» جایگزین آن شد. مبتنی بر این تحول، برخی از مناطق کشور اگرچه در درون دولت - کشور ایران قرار دارند اما، قوانین و مقررات ویژه‌ای بر آنها حاکم است که توسط مرجعی غیر از مجلس شورای اسلامی وضع شده‌اند.

۱. در خصوص شمول قوانین مجلس ذکر این نکته لازم است که مستند به ماده ۱ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ دانشگاه‌ها، مراکز و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی و فرهنگستان‌ها و پارک‌های علم و فناوری که دارای مجوز از شورای گسترش آموزش عالی وزارتخانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و سایر مراجع قانونی ذی‌ربط می‌باشند، بدون رعایت قوانین و مقررات عمومی حاکم بر دستگاه‌های دولتی و در چهارچوب مصوبات و آیین‌نامه‌های مالی، معاملاتی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی مصوب هیئت‌امنا که حسب مورد به تأیید وزیران علوم، تحقیقات و فناوری و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و در مورد فرهنگستان‌ها به تأیید رئیس‌جمهور و در مورد دانشگاه‌ها و مراکز آموزش عالی و تحقیقاتی وابسته به نیروهای مسلح به تأیید رئیس ستاد کل نیروهای مسلح می‌رسد، عمل می‌کنند. اگرچه این موضوع نیز در جای خود نیازمند بررسی و تبیین حقوقی است، اما بررسی آن در این مقاله خروج موضوعی دارد.

با اثبات این مطلب که شکل دولت - کشور ایران با پیدایش مناطق آزاد تجاری-صنعتی متحول شده، تعیین الگوی مورد استفاده توسط نظام اداری ایران از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. با این مقدمه، در ادامه تلاش خواهد شد تا ویژگی‌های ساختار جدید دولت - کشور ایران با دو روش «وحدت انضمامی» و «منطقه‌گرایی» به عنوان ساختارهای نزدیک به شیوه اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی تطبیق داده شود تا نسبت آنها با ساختار جدید اداره دولت - کشور ایران تبیین گردد؛ چراکه در دو الگوی مورد اشاره نیز، حسب مورد اصول «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» به شکل چشم‌گیری تضعیف می‌شوند.

در خصوص الگوی «وحدت انضمامی» باید توجه نمود که این الگو محصول انضمام سرزمین‌های مختلف به سرزمین اصلی یک کشور است.^۱ انتخاب عنوان «وحدت انضمامی» برای این قبیل دولت - کشورها نیز ناشی از همین وضعیت آنها است.^۲ مهم‌ترین ویژگی این قبیل دولت - کشورها آن است که در این دسته از دولت - کشورها «با وجود آنکه کشور دارای قوه قانون‌گذاری واحدی است، قوانین در همه مناطق کشور یکسان و مشابه نیستند».^۳ تعبیر دیگر در این خصوص آن است که در دولت - کشور متأثر از الگوی وحدت انضمامی، «قانونگذاری متنوع ولی قانونگذار یکی است».^۴

با تطبیق ویژگی‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژگی‌های دولت - کشورهای تابع الگوی وحدت انضمامی، تردیدی نیست که نقض اصل «وحدت قانون» در هر دو الگو مشهود است و این موضوع را باید وجه تشابه این دو الگو دانست. توضیح آنکه، در الگوی مناطق آزاد، این مناطق همانند مناطق منضم به سرزمین اصلی در الگوی وحدت انضمامی، از بسیاری از قوانین و مقررات سرزمین اصلی مستثنی بوده و تابع ضوابط ویژه هستند. با این حال، به جهات ذیل، مناطق آزاد تجاری - صنعتی را نمی‌توان تابعی از روش وحدت انضمامی دانست:

الف. برخلاف الگوی وحدت انضمامی که به اصل «وحدت مقنن» ملتزم است، در الگوی مناطق آزاد تجاری - صنعتی، بخش درخور توجهی از قوانین و مقررات حاکم بر این مناطق

۱. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، چاپ سی‌وپنجم، ص ۸۴.

۲. خسروی، حسن، **حقوق اساسی**، ۱، تهران: دانشگاه پیام‌نور، ۱۳۹۲، چاپ دهم، ص ۸۴.

۳. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰، چاپ دوم، ص ۷۸.

۴. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، چاپ سی‌وپنجم، ص ۸۴.

توسط مجلس شورای اسلامی وضع نمی‌شود و صلاحیت آن برعهده هیئت وزیران قرار دارد؛ لذا، در الگوی مناطق آزاد اصل وحدت مقنن رعایت نشده است.

ب. در مقابل سیر تکوین الگوی وحدت انضمامی که از تکرر و گسستگی مناطق مختلف به سمت وحدت و پیوستگی است، در الگوی مناطق آزاد، ساختار اداری کشور از وحدت و پیوستگی به سمت تکرر و انتزاع بخش‌هایی از سرزمین اصلی حرکت کرده است. به عبارتی، در الگوی مناطق آزاد، ابتدائاً دولت - کشور ایران دارای وحدت ساختاری بوده اما، در سیر تحولات تاریخی و حقوقی، بخش‌هایی از کشور از سرزمین اصلی منتزع شده و نظم حقوقی جدیدی برای اداره آنها تعبیه و طراحی شده است. این ویژگی موجب شده که نویسندگان این مقاله از الگوی مناطق آزاد تحت عنوان الگوی «وحدت انتزاعی» یاد کنند و آن را به منزله‌ی نوعی از ساختار اداره دولتش کشور بدانند که مناطقی از کشور از سرزمین اصلی منتزع شده باشند و تابع نظام حقوقی متفاوتی از سایر بخش‌های کشور باشند.

با اثبات تمایز الگوی مناطق آزاد (وحدت انتزاعی) با الگوی «وحدت انضمامی»، لازم است تا ویژگی‌های مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژگی‌های دولت - کشورهای تابع الگوی «منطقه‌گرایی» مقایسه شوند. در این زمینه، ابتدا باید اشاره کرد که از الگوی «منطقه‌گرایی» تحت عنوان «عدم تمرکز افراطی»^۱ یا «خودگردانی»^۲ یاد می‌شود. در این الگو، مناطق مختلف کشور که از جهت خصوصیات «طبیعی، تاریخی، جغرافیایی، اقتصادی و فرهنگی» همسان هستند یک منطقه را شکل می‌دهند و تا حدود زیادی خودمختاری آنها تأمین می‌شود.^۳ جلوگیری از جدایی طلبی و تضمین استقلال سیاسی یکی از مبانی مهمی است که حقوقدانان در مقام توجیه الگوی منطقه‌گرایی بر آن تأکید دارند.^۴ ازجمله مهم‌ترین ویژگی‌های دولت - کشوهای که از این الگو استفاده می‌کنند آن است که در این‌گونه کشورها «کشور به مناطقی خودگردان تقسیم‌شده و به موجب قوانین ویژه مصوب دولت مرکزی، هریک از آنها دارای اساسنامه خودمختاری، مجالس محلی منتخب مردم و کارگزاران اجرایی ویژه یا یک هیئت دولت و در رأس آن یک رئیس می‌باشند»؛^۵ لذا، بخش قابل

۱. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، چاپ سی و پنجم، ص ۸۴.

۲. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰، چاپ دوم، ص ۷۹.

۳. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، چاپ سی و پنجم، ص ۸۵.

۴. پروین، خیرالله، **الزامات و آموزه‌های حقوق اساسی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۱۶.

۵. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰، چاپ دوم، ص ۷۹.

توجهی از قوانین و مقررات حاکم بر این مناطق توسط مراجع مستقر در خود این مناطق و برای همان منطقه وضع می‌شوند. به عنوان نمونه، مبتنی بر ماده ۱۲۳ قانون اساسی ایتالیا که یکی از کشورهای تابع این الگو می‌باشد، امکان وضع قوانین و مقررات منطقه‌ای توسط شوراهای مناطق پیش‌بینی شده است.^۱

مبتنی بر ویژگی‌های ذکرشده، تردیدی نیست که در این روش همانند الگوی مناطق آزاد (وحدت انتزاعی)، اصول «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» نقض می‌شوند و از این جهت این دو الگو مشابه یکدیگر هستند. با این حال، به جهت تمایزات ذیل نمی‌توان این دو الگو را یکسان انگاشت:

الف. هرچند هر دو الگوی منطقه‌گرایی و مناطق آزاد از جهت نقض اصل «وحدت قانون» مشابه هستند، ولیکن مبنای موجد این وضعیت در این دو الگو متفاوت است. توضیح آنکه، در الگوی منطقه‌گرایی مبنای اصلی و اولیه جهت پیش‌بینی مناطق و فراهم‌شدن امکان قانونگذاری برای آنها، جلوگیری از جدایی‌طلبی و تأمین اغراض سیاسی است. این در حالی است که در الگوی مناطق آزاد، مبنای اصلی و اولیه جهت پیش‌بینی این مناطق اهداف اقتصادی و توسعه‌ای است که مستلزم تمهید ضوابط خاص قانونی برای آن مناطق است.

ب. هرچند دو الگوی منطقه‌گرایی و مناطق آزاد از جهت نقض اصل «وحدت مقنن» مشابه هستند، ولیکن برخلاف روش منطقه‌گرایی که بخش زیادی از قوانین و مقررات منطقه‌ای توسط مراجع مستقر در هر منطقه وضع می‌شود، در الگوی مناطق آزاد اغلب قوانین و مقررات حاکم بر این مناطق توسط هیئت‌وزیران به عنوان نهادی وابسته به دولت مرکزی و البته غیر از قانون‌گذار مرکزی تهیه و ابلاغ می‌شود. با مشخص‌شدن مهم‌ترین ویژگی‌های الگوی مناطق آزاد تجاری - صنعتی در ایران و اثبات این مطلب که این الگو با الگوهای وحدت انضمامی و منطقه‌گرایی متفاوت است، می‌توان ادعا نمود که پس از ظهور مناطق آزاد در ایران، ساختار دولت - کشور ایران از نوع خاصی از نظام اداره کشور بهره برده که در این تحقیق از آن به عنوان «وحدت انتزاعی» یاد شد. در الگوی وحدت انتزاعی دو اصل «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» نقض شده است. توضیح آنکه، قانونگذار مرکزی این مناطق را از بخش بسیاری از قوانین و مقررات کشور مستثنی کرده است (نقض وحدت قانون) و تعیین ضوابط مربوط به این حوزه‌ها را برعهده ارکان دولت مرکزی به غیر از قانون‌گذار

۱. جهت مشاهده قانون اساسی ایتالیا رک:

https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=en

مرکزی (هیئت وزیران) قرار داده است (نقض وحدت مقنن)؛ بنابراین، در این روش، قانونگذار مرکزی در حالی که صلاحیت قانونگذاری برای کل قلمرو کشور را دارد، با انتزاع بخش‌هایی از کشور از سایر مناطق، این مناطق را از شمول صلاحیت قانونگذاری خودش در حوزه‌های مختلفی منتزع کرده است و امکان تعیین قوانین و مقررات برای آن مناطق را به مرجع دیگری در ذیل قوه مجریه واگذار کرده است. نکته مهم در خصوص این الگو آن است که با توجه به اینکه این الگو در قانون اساسی کشور تضمین نشده، علی‌الاصول قانون‌گذار هرگاه تصمیم بگیرد، می‌تواند رأساً در خصوص این مناطق مجدداً تصمیم‌گیری کند و حتی آن مناطق را مشمول وحدت قوانین کشور قرار دهد.

گفتار سوم. میزان انطباق الگوی وحدت انتزاعی با قانون اساسی ایران

باتوجه‌به ویژگی‌های ذکرشده برای الگوی وحدت انتزاعی و وضعیت مناطق آزاد تجاری - صنعتی در ایران، ممکن است بهره‌گیری از این الگو مغایر با برخی از اصول قانون اساسی تلقی شود. با این مقدمه، در ادامه به بررسی میزان انطباق این الگو با قانون اساسی پرداخته می‌شود.

بند اول. نسبت الگوی وحدت انتزاعی با اصول تبیین‌کننده ساختار نظام اداری ایران

ممکن است ادعا شود که منطوق قانون اساسی ج.ا.ا. راجع به پذیرش وضعیت حقوقی مناطق آزاد تجاری - صنعتی، نفیاً یا اثباتاً فاقد حکم است. بر این اساس، باتوجه‌به عدم شناسایی صریح ساختار دولت - کشور ایران در قانون اساسی، پیدایش این مناطق در قالب قوانین عادی مغایرتی با قانون اساسی ندارد. این در حالی است که تدوین‌کننده‌های قانون اساسی در اصول مختلف قانون اساسی همچون اصول ۷، ۱۰۰، ۱۰۳ و نظایر آن به تبیین الگوهای اداره کشور پرداخته و در این زمینه الگوهای عدم‌تراکم و عدم‌تمرکز اداری را مشخصاً شناسایی کرده است؛ لذا، باتوجه‌به شناسایی دو الگوی ذکرشده، ادعای سکوت قانون اساسی در خصوص این موضوع صحیح نیست. در تأیید این استدلال باید گفت که در این‌گونه موارد که قانون اساسی در خصوص موضوعی سکوت مطلق ندارد، به عنوان فرض اولیه باید قانون اساسی را در مقام بیان دانست و اتفاقاً امکان استفاده از سایر الگوها خلاف اصل و نیازمند

اثبات هستند. به طور نمونه، وقتی قانون اساسی در اصل ۶۱ اعمال قوه قضاییه را از طریق دادگاه‌های دادگستری مجاز دانسته، بدان معناست که اصل بر آن است که هیچ مرجع دیگری نمی‌تواند اقدام به حل و فصل دعاوی نماید؛ مگر آنکه به قرینه دیگری خلاف آن اثبات شود. در موضوع حاضر، نه تنها دلیل خاصی مبنی بر امکان استفاده از الگوی وحدت انتزاعی در ساختار دولت - کشور ایران وجود ندارد، استفاده از این الگو مغایر با اصول متعدد قانون اساسی است که در ادامه بدان‌ها اشاره می‌شود؛ بنابراین، نه تنها تدوین‌کنندگان قانون اساسی در زمینه امکان استفاده از سایر روش‌های اداره کشور ساکت نبوده، بلکه با شناسایی دو روش عدم تمرکز و عدم تراکم، روش اداره امور در ج.ا.ا. را صراحتاً مشخص کرده و از این جهت نمی‌شود از الگوهای دیگری همچون وحدت انتزاعی استفاده کرد.

با این مقدمه، می‌توان نتیجه گرفت که با شناسایی دو روش عدم تمرکز و عدم تراکم اداری در قانون اساسی، علی‌الاصول به کارگیری هرگونه روش دیگری که مؤید ظهور ساختاری نو در شیوه اداره کشور ایران است مورد تأیید و پذیرش قانون اساسی نبوده است و اثبات خلاف این ادعا نیازمند بیان دلیل حقوقی است. در مقابل، اگر تدوین‌کننده‌های قانون اساسی به هیچ وجه در مقام بیان یا اشاره به روش‌های اداره کشور در قانون اساسی نبودند، این امکان وجود داشت که با در نظر گرفتن سایر محذورات مقرر در اصول مختلف قانون اساسی استفاده از روش وحدت انتزاعی توسط قانونگذار عادی مورد عمل قرار گیرد.

بند دوم. نسبت الگوی وحدت انتزاعی با اصول وحدت و تمامیت ارضی کشور

از جمله مهم‌ترین مفاهیمی که تدوین‌کننده‌های قانون اساسی در اصول مختلف قانون اساسی به آن توجه داشته‌اند، مفاهیم «وحدت» و «تمامیت ارضی کشور» است. در این زمینه، اصل ۹ قانون اساسی در ج.ا.ا. «آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور» را از یکدیگر تفکیک‌ناپذیر دانسته و حفظ آن را وظیفه دولت و احاد ملت معرفی کرده است. علاوه بر این، در اصول مختلف قانون اساسی همچون بند «۱۱» اصل ۳ و اصول ۲۶ و ۱۵۲ چه در عرصه سیاست خارجی و چه در عرصه داخلی به مفاهیم مذکور توجه و تصریح شده است. شاید بتوان یکی از مهم‌ترین دلایل تأکید اصول مختلف قانون اساسی به مفاهیم مذکور را این مطلب دانست که وحدت و تمامیت ارضی کشور ایران در قرن‌های متعادی به شدت لطمه دیده و آخرین آسیب به آن نیز مربوط به دوره حکومت پهلوی و استقلال بحرین

بوده است؛^۱ لذا، طبیعی است که قانون اساسی و نظام قانونگذاری کشور بایستی نسبت به هر پدیده‌ای که زمینه تجزیه‌طلبی و نقض وحدت و تمامیت ارضی کشور را فراهم می‌کند حساس باشد و از آن اجتناب کند.

درخصوص مفاهیم مذکور، به‌ویژه مفهوم «وحدت» توجه به این نکته لازم است که اطلاق و عموم این اصطلاح شامل تمام مصادیق وحدت اعم از وحدت سیاسی، اقتصادی، حقوقی، سرزمینی و نظایر آن می‌شود. بر این اساس، طراحی و به‌کارگیری هر روشی که مصادیق مختلف وحدت یا تمامیت ارضی را مخدوش سازد یا زمینه آن را فراهم کند مغایر اصول متعدد قانون اساسی خواهد بود.

در مقام اثبات این مطلب که ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی در ایران موجب خدشه به وحدت و تمامیت ارضی کشور بوده، می‌توان به صراحت ادبیات قوانین مصوب مجلس استناد نمود که در برابر «مناطق آزاد تجاری - صنعتی» از اصطلاح «سرزمین اصلی» استفاده می‌شود.^۲ در قوانین مزبور، گویا مناطق آزاد تجاری - صنعتی مستقل از سرزمین ایران قلمداد شده‌اند؛ علاوه‌براین، تردیدی نیست که با پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی و اعمال نظامات حقوقی خاص بر آنها، وحدت حقوقی مورد نظر تدوین‌کننده‌های قانون اساسی مخدوش شده و در مواردی این امر موجبات بروز تبعیض‌هایی «ناروا» بین ساکنان سرزمین اصلی و ساکنان مناطق آزاد تجاری - صنعتی از جهت برخورداری از امکانات و مزایای مادی و معنوی را فراهم کرده است؛ لذا، علاوه‌بر اینکه ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی را می‌توان موجب خدشه به وحدت و تمامیت ارضی کشور دانست، از این جهت که این مناطق موجب تبعیضاتی ناروا هستند، ظهور آنها را باید مغایر با بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی که «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی» را وظیفه دولت ج.ا.ا. دانسته قلمداد کرد.

۱. جهت مطالعه در این زمینه رک: (بهمنی‌قاجار، محمدعلی، تمامیت ارضی ایران در دوران پهلوی؛ بحرین، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۹۷، جلد سوم).

۲. از جمله این قوانین می‌توان به ماده (۵۶) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقاء نظام مالی کشور* مصوب ۱۳۹۴/۲/۱ و تبصره «۳» ماده (۱۱۹) قانون امور گمرکی** مصوب ۱۳۹۰/۸/۲۲ اشاره کرد.

[* ماده ۵۶- واحدهای تولیدی کالا و خدمات آلاینده مستقر در مناطق آزاد تجاری - صنعتی و ویژه اقتصادی شبیه به واحدهای آلاینده مستقر در سرزمین اصلی با رعایت ترتیبات مشخص شده در قانون مالیات بر ارزش‌افزوده و اصلاحات بعدی آن مشمول عوارض آلاینده می‌شوند.

** تبصره ۳- اشخاصی که با رعایت مقررات مربوطه از مناطق آزاد به سرزمین اصلی وارد می‌گردند نیز مشمول تسهیلات این بند می‌شوند.]

بند سوم. نسبت وحدت انتزاعی با اصل عدم تفویض قانون‌گذاری

همان‌طور که پیش‌تر توضیح داده شد، در حال حاضر نظام اداری ایران از الگوی خاصی از دولت - کشور استفاده می‌کند که در این تحقیق از آن به عنوان وحدت انتزاعی یاد شد. مهم‌ترین ویژگی این الگو آن است که قانون‌گذار مرکزی با تصریح به نقض اصل وحدت قانون در کشور و استثناء نمودن برخی مناطق از آن، قانونگذاری در خصوص آن مناطق را به بخشی از دولت مرکزی و به صورت خاص هیئت‌وزیران تفویض کرده است.

در خصوص این ویژگی مناطق آزاد تجاری - صنعتی باید توجه نمود که به استناد اصل ۵۸ قانون اساسی، اعمال قوه مقننه در ج.ا.ا. با مجلس شورای اسلامی است و به استناد اصل ۵۹، تنها در مسائل بسیار مهم ممکن است اعمال قوه مقننه از طریق همه‌پرسی صورت بگیرد. از سوی دیگر، به صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی قانونگذاری توسط مجلس شورای اسلامی قائم به شخص و غیرقابل واگذاری و تفویض دانسته شده است. تنها استثناهای اصل مزبور نیز در خود اصل ۸۵ تعیین شده‌اند و تنها امکان تصویب برخی قوانین به صورت آزمایشی، توسط کمیسیون‌های داخلی مجلس و نیز تفویض تصویب اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت به کمیسیون‌های داخلی مجلس یا به دولت پیش‌بینی شده است؛ لذا، به غیر از موارد مذکور، هرگونه تفویض قانون‌گذاری به غیر مجلس مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی بوده و از این جهت نیز «وحدت انتزاعی» با ویژگی‌های بیان شده برای آن، مغایر با قانون اساسی است.

نتیجه

پیدایش مناطق آزاد تجاری - صنعتی ج.ا.ا. در سال ۱۳۷۲ را می‌توان یکی از مهم‌ترین تحولات در زمینه ساختار دولت - کشور در ایران دانست. ظهور این مناطق موجب از بین رفتن وحدت قوانین در سطح کشور شد و از سوی دیگر، مرجع تعیین بخش شایان‌توجهی از قوانین و مقررات مربوط به این مناطق نیز هیئت‌وزیران به عنوان بخشی از دولت مرکزی در نظر گرفته شد. این ویژگی‌ها موجب شد تا دو مشخصه «وحدت قانون» و «وحدت مقنن» در نظام سیاسی و اداری ایران از بین برود. از طرفی، ویژگی‌های این مناطق با هیچ‌یک از دولت-کشورهای تابع الگوهای «وحدت انضمامی» یا «منطقه‌گرایی» هم‌خوانی ندارد. بر این اساس، باتوجه به اینکه مجلس شورای اسلامی در عمل این مناطق را از حوزه قوانین مصوب خود منتزع کرده و در عین حال صلاحیت وضع قوانین و مقررات حاکم بر بسیاری از

حوزه‌های عملکرد آنها را برعهده هیئت‌وزیران گذاشته، می‌توان چنین نتیجه گرفت که با پیدایش مناطق آزاد در ایران، سیر تحول ساختار این دولت - کشور از نظام وحدت حقوقی به سمت گسستگی و انتزاع حقوقی پیش رفته است مبتنی بر این ویژگی‌ها و اقتضائات در این تحقیق، از این الگوی ساختار دولت - کشور ایران به عنوان الگویی بدیع تحت عنوان «وحدت انتزاعی» یاد شد؛ بنابراین، با ظهور مناطق آزاد تجاری - صنعتی می‌توان ادعا نمود که در ساختار دولت - کشور ایران در عرض استفاده از دو الگوی عدم تمرکز و عدم تراکم، از الگوی «وحدت انتزاعی» نیز بهره برده شده است.

در مقام سنجش میزان انطباق الگوی «وحدت انتزاعی» با قانون اساسی ج.ا.ا، این نتیجه به دست آمد که به‌کارگیری این الگو به جهات مختلف مغایر با قانون اساسی می‌باشد. اولاً، تدوین‌کننده‌های قانون اساسی با شناسایی دو روش عدم تمرکز و عدم تراکم، درواقع استفاده از سایر روش‌های اداره کشور را نفی کرده‌اند. ثانیاً، تشکیل مناطق آزاد تجاری - صنعتی مغایر با اصول وحدت و تمامیت ارضی کشور می‌باشد و موجبات بروز تبعیضات ناروا بین ساکنان سرزمین اصلی و ساکنان مناطق آزاد تجاری - صنعتی از جهت برخورداری از امکانات و مزایای مادی و معنوی را فراهم کرده است. ثالثاً، با توجه به اینکه در الگوی وحدت انتزاعی، صلاحیت وضع بخش زیادی از قوانین و مقررات مربوط به مناطق آزاد تجاری - صنعتی به هیئت‌وزیران تفویض شده، این تفویض مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی که بر منع تفویض قانون‌گذاری به غیر از موارد مصرح در اصل مزبور تصریح دارد می‌باشد.

لذا، با عنایت به بررسی‌های انجام شده، پیشنهاد می‌گردد که مجلس شورای اسلامی به‌جای توسعه روزافزون این قبیل مناطق، با اصلاح رویکرد قانون‌گذاری خود و نسخ قوانین مربوط به این مناطق، اقدام به انحلال مناطق آزاد نماید. از سوی دیگر، لازم است تا شورای نگهبان در مقام تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی (موضوع اصل ۹۴ قانون اساسی) بر مغایرت تشکیل این قبیل مناطق با قانون اساسی عنایت داشته باشد و این قبیل مصوبات را به جهات ذکر شده در این تحقیق مغایر با قانون اساسی اعلام کند.

فهرست منابع

کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنجری. **حقوق اداری**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، چاپ هفدهم.
۲. امین، حسن. **تاریخ حقوق ایران**، تهران: دایره المعارف ایران‌شناسی، ۱۳۹۱، چاپ سوم.
۳. بهمنی قاجار، محمدعلی. **تمامیت ارضی ایران در دوران پهلوی؛ بحرین**، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۹۷، جلد سوم.
۴. پروین، خیرالله. **الزامات و آموزه‌های حقوق اساسی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲.
۵. درستی، احمد. **دگرگونی ساخت دولت در ایران پیش مدرن**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۶. سنجابی، کریم. **حقوق اداری**، تهران: مهرآیین، ۱۳۶۱، چاپ ششم.
۷. صفی‌زاده، فاروق. **تاریخ حقوق در ایران باستان**، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۱.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر. **حقوق اداری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷، چاپ پانزدهم.
۹. عمید زنجانی، عباسعلی. **حقوق اساسی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۱۰. عباسی، بیژن. **حقوق اداری**، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۰، چاپ دوم.
۱۱. علوی، علی. **تاریخ تحولات سیاسی و اداری در ایران**، تهران: دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، جلد اول.
۱۲. قاضی‌شریعت‌پناهی، ابوالفضل. **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، چاپ سی و پنجم.
۱۳. قاضی‌شریعت‌پناهی، ابوالفضل. **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۳، چاپ یازدهم.
۱۴. خسروی، حسن. **حقوق اساسی ۱**، تهران: دانشگاه پیام‌نور، ۱۳۹۲، چاپ دهم.
۱۵. محمدی، عبدالعلی. **درآمدی بر ساختار اداری حکومت اسلامی**، قم: مرکز جهانی علوم اسلامی، ۱۳۸۵.
۱۶. موسی‌زاده، رضا. **حقوق اداری (۱-۲)**، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹، چاپ دوازدهم.
۱۷. نثاری حقیقی‌فرد، محمود. **روابط کار، قراردادهای کار و مقررات تأمین اجتماعی**، مناطق آزاد تجاری و صنعتی، مناطق ویژه اقتصادی و پارک‌های علم و فناوری،

تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۹.

۱۸. نوین، پرویز. اصول حقوق عمومی «حقوق اداری و دادرسی اداری تطبیقی ایران - فرانسه - انگلستان»، تهران: جنگل، ۱۳۹۰.

ب. مقاله‌ها

۱۹. ابوالحسنی، عبدالرحیم و غلامرضا ابراهیم‌آبادی. شوراهای اسلامی شهر و روستا تمرکززدایی در جمهوری اسلامی ایران، پژوهشنامه علوم سیاسی، ۱۳۹۷، شماره ۴، صص ۳۴-۷.

۲۰. امینی، الف. مروری بر قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی (منطق آزاد در ایران از اندیشه تا عمل)، نشریه مجلس و راهبرد، ۱۳۷۲، شماره ۶، صص ۲۱۸-۲۰۵.

۲۱. دل‌شاد، آمنه. ویژگی‌ها و عملکرد مناطق آزاد صنعتی - تجاری ایران، مجله مطالعات بازرگانی، ۱۳۸۶، شماره ۲۳، صص ۲۷-۱۶.

۲۲. رهنورد، فرج‌الله. عوامل مؤثر بر عملکرد مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران، فرایند مدیریت و توسعه، ۱۳۸۹، شماره ۷۴، صص ۴۶-۵۹.

۲۳. لشگری تفرشی، احسان. تکوین حکمرانی متمرکز در ایران از منظر جغرافیای سیاسی در سده معاصر، فصلنامه دولت پژوهی، ۱۳۹۷، شماره شانزدهم، صص ۳۹-۷۲.

۲۴. فضلی، عزیزالله و هداوند، مهدی. ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری - صنعتی ایران، حقوق اداری، ۱۳۹۶، شماره ۱۳، صص ۹-۳۲.

۲۵. هریسی‌نژاد، کمال‌الدین. سیر تحول اداره شهرها توسط انجمن‌ها و شوراهای شهر، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، ۱۳۸۹، شماره ۲۸، صص ۴۰۳-۴۲۵.

ضابطه‌مندی صلاحیت تفسیری در پرتو اصول حقوقی با نگاهی تطبیقی به رویه مراجع نظارت قضایی بر اداره در ایران و امریکا

محمد حسنونند*

سید وحید خلخالی**

مهدی حسنونند**

چکیده

بی‌شک با وجود خلأ، نقص، اجمال و تعارض قوانین، تفسیر قضایی امری اجتناب‌ناپذیر و پذیرفته‌شده در همه نظام‌های حقوقی است. صلاحیت تفسیری قاضی باید ضابطه‌مند باشد تا در تطبیق حکم با موضوع، شاهد رویه‌های متعددی نباشیم. از طرفی اصول حقوقی به عنوان چتر گسترده و بستر موجد و پیونددهنده عناصر نظم حقوقی شناخته می‌شود که یک سر در مبانی و سردیگری در احکام دارد. نسبت اصول حقوقی و تفسیر رویه‌ساز قضایی از این رو اهمیت می‌یابد تا در فقدان اسلوب تفسیری به دام اعمال سلیقه و شخصی‌سازی حقوق توسط قضات نیفتیم. چگونگی استانداردسازی تفسیر قضایی و ارائه ضابطه‌های اعمال‌پذیر بر اساس اصول حقوقی هدف این پژوهش است که به روش کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی-تحلیلی با مروری بر رویه دیوان عدالت اداری و دیوان عالی فدرال امریکا سعی در بازنمایی تجربه موجود علاوه بر راهکارهای پیشنهادی در قالب اصول متعدد و شناخته‌شده حقوقی به طور عام و اصول حقوق عمومی به طور خاص و نیز اصول حاکم بر حقوق اداری به صورت اخص دارد. آنچه مسلم است بهترین راه ضابطه‌سازی برای تفسیر قضایی، ارائه گزاره‌ها و معیارهای روشنی است تا تفسیری اصول‌مدارانه به دست دهد و از این رهگذر بتوان علاوه بر بهره‌گیری از انعطاف و فواید موجود در تفسیر قضایی، عملکرد دادرسان را پیش‌بینی‌پذیر نمود.

کلیدواژه‌ها: اصول حقوقی، تفسیر قضایی، رویه قضایی دیوان عالی فدرال امریکا، رویه قضایی دیوان عدالت اداری.

md.hasanvand@gmail.com

sv.khalkhali@gmail.com

ma_hasanvand@yahoo.fr

*. دکترای تخصصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهیدبهبشتی (ره)

** کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی (ره) (نویسنده مسئول)

** کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی (ره)

مقدمه

بدون تردید قوانین در هر نظام حقوقی لاجرم دچار نقص، ابهام و اجمال خواهند بود و این امر لزوم تفسیر قضایی را به همراه دارد. تفسیر قضایی عبارت است از برداشت قاضی از قوانین در مقام تطبیق حکم با موضوع هنگامی که مقصود قانون پشت ظاهر الفاظ یا در تاریکی نقص و اجمال و تعارض قوانین پنهان می‌ماند. در حقوق عمومی نیز قضات مراجع نظارت قضایی بر اداره چه در نظام‌های مبتنی بر حقوق نوشته و چه در نظام‌های حقوقی مبتنی بر رویه قضایی، لاجرم با نیاز به تفسیر قوانین و مقررات مواجه می‌شوند. قضات در اینگونه موارد علاوه بر قوانین و مقررات نیاز به منابعی دارند که حکم قضیه را از آن استنباط کنند که اصول حقوقی یکی از این منابع است.

اصول حقوقی حلقه واسطه سلسله مبانی حقوق تا احکام حقوقی و قوانین است. این اصول از یکسو ریشه در مبانی دارد و از سوی دیگر پایه قوانین است. اصول حقوقی به مثابه بستر یا چتر قوانین، راهنمای وضع، تفسیر و اجرای قوانین است. جوهر این اصول درحقیقت قاعده است اما قاعده‌ای کلی که در مواردی در قالب مواد قوانین موضوعه هم تضمین شده و هم مصداق یافته‌اند.

علاوه بر مواردی که این اصول جامعه قانون به تن نکرده‌اند، در برخی موارد نیز بعضی زوایای جزئی این قواعد کلی از نگاه قانونگذار مغفول واقع شده یا به عمد به آن پرداخته نشده است. این عدم تضمین قانونی یا انصراف از محصل کردن تمام زوایای این اصول و هر خلا قانونی به هر علت، موجب فقدان نص و موجد وضعیت‌های حقوقی بی حکم می‌شود. عدم امکان استناد به نص، به هر دلیل و ناشی از هر منشأ که باشد، در مقام تطبیق حکم با موضوع، زمینه تفسیر قضایی را فراهم می‌کند.

استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری، نقش اصول حقوقی در تفسیر و رفع تعارض قوانین، مطالعه موردی قوانین کیفری و مدنی ایران، تفسیر قضایی در حقوق عمومی، عناوین پژوهش‌هایی است که در این حوزه به ابعادی از موضوع تفسیر قضایی و در مواردی ارتباط آن با اصول حقوقی پرداخته‌اند لکن پژوهش حاضر علاوه بر منحصربه‌فرد بودن آن به لحاظ نگاه تطبیقی، سعی در ارائه ضابطه و سنجه‌های استانداردسازی تفسیر قضایی مبتنی بر اصول حقوقی دارد.

از همین رو در این پژوهش سؤال اساسی این است که کیفیت برداشت منجر به حکم قاضی بر اساس معیارهایی سنجش‌پذیر است یا به تعداد قضات راه برای رسیدن به حکم وجود دارد؟ ضابطه‌مندی تفسیر قضایی با کدام ابزار حقوقی قابل تحقق است؟ نقش اصول حقوقی در این استانداردسازی تفسیر قضایی چیست و چگونه قابل تحقق است؟ رویهٔ مراجع نظارت قضایی بر اداره در ایران و آمریکا در این خصوص چه سنجه‌هایی را به دست می‌دهد؟

اهمیت این روشنگری به شفافیت رویه‌ها و نیز عدالت و انصاف رویه‌ای است و از همه مهم‌تر اینکه روشی با ثبات و قابل بررسی حقوقی نسبت احکام صادره در این وضعیت به دست دهد. این مهم درست در موضعی ضرورت می‌یابد که قاضی از قید قوانین موضوعه رها شده است و ممکن است به پرتگاه سوءاستفاده از اختیار، اعمال سلیقه یا فهم و حکم غلط نسبت به موضوع درغلتد.

فقدان ضابطه در تفسیر قضایی بر اساس معیارهای حقوقی مقبول که از مبانی نظام حقوقی تغذیه می‌شود عدالت و انصاف را محذوف خواهد کرد و اینجاست که اصول حقوقی به‌مثابهٔ ضابطه‌های مقبول و مستقر و معیارهای سنجش درستی حکم در فقدان یا نقصان یا اجمال و تعارض قوانین، نسبتی سازنده با تفسیر قضایی می‌یابند که در حوزهٔ حقوق عمومی و آراء صادره مراجع نظارت قضایی بر اداره چه در نظام‌های کامن‌لو و چه در نظام‌های رمی - ژرمنی قابل رصد و پی‌جویی است. بررسی مصادیق بارز این پیوند مبارک، در رویهٔ دیوان عدالت اداری و دیوان عالی فدرال آمریکا راه‌گشای قضات و حقوق‌پژوهان خواهد بود و تلاش برای توسعهٔ رویه‌ای حقوق عمومی بر مبنای تفسیر اصول‌مدارانه از حقوق، به مدد چنین پژوهش‌هایی به هدف می‌نشیند.

این پژوهش در دو بخش سازمان‌دهی شده است. بخش اول تحت عنوان جایگاه و نقش اصول حقوقی در تفسیر قضایی از این واقعیت پرده‌برداری می‌کند که اصول حقوقی ابزار مناسب ضابطه‌مند شدن تفسیر قضایی هستند و در بخش دوم علاوه بر معرفی و ارائهٔ مصادیق پیشنهادی و تلاش برای توسعهٔ آن، به نمونه‌های عملی و بهره‌برداری‌های رویه‌ای در دیوان عدالت اداری و دیوان عالی فدرال آمریکا از این اصول پرداخته است.

گفتار اول. جایگاه اصول حقوقی در تفسیر قضایی

تفسیر قضایی علاوه بر آنکه «لازم» است، باید در چهارچوب روش خاص انجام پذیرد تا به عدالت و انصاف منتهی شود؛ چراکه عدالت، روح حقوق است. قانونگذار هر اندازه هم که خوب قانونگذاری کند، آنگاه که با تفسیر نادرست دادرسان روبرو می‌گردد، از رسیدن به هدف والای حقوق و تحقق عدالت و انصاف باز می‌ماند. درواقع می‌توان گفت تفسیر صحیح قضایی می‌تواند عدالت را در جامعه محقق نماید. هرگاه قانونگذار فقط مصداقی از یک اصل کلی حقوقی را بیان کرده است، دادرس آن را تفسیر موسّع کند و آنگاه که با خلأ قاعده حقوقی روبرو می‌گردد، از اصول یاری گرفته و بهترین راه‌حل را برگزیند. تفسیری که دادرس ارائه می‌دهد، شاید مربوط به یک قاعده باشد اما باید اجزای تفسیر چنان به هم مرتبط باشند که یک کل معنادار و بی‌تناقض را به وجود آورد و به بخشی سازگار با پیکره نظام حقوقی حاکم بر یک جامعه تبدیل شود. اینجاست که اصول حقوقی به‌عنوان رشته پیوند دهنده قواعد حقوقی، راهگشای دادرس هستند؛ بنابراین تفسیری که از سوی محاکم مبتنی بر اصول حقوقی صورت گرفته، تفسیر مطلوب قضایی است.

بند اول. اصول حقوقی به‌مثابه راهنمای قاضی

از آنجاکه اصول کلی با عادات، رسوم، اخلاق و مذهب جامعه همبستگی دارد، قضات در صدور رأی می‌کوشند با در نظر گرفتن این اصول یا استناد بدان‌ها، رأی خود را با خواست و اندیشه حاکم بر اجتماع هماهنگ سازند. آراء قضایی باید در راستای اصول حقوقی باشد و تصمیماتی که دادرس اتخاذ می‌کند، وقتی می‌تواند به رویه تبدیل شود که مبتنی بر اصول حقوقی باشد. ازاین‌روست که اصول حقوقی را می‌توان راهنمای رأی قضایی و پایه رویه قضایی دانست.

استناد به اصول حقوقی در فراسوی قوانین و مقررات وسیع و پراکنده، از یک سو گویای گرایش مراجع قضایی است تا دادرس در حل مسائل تازه درنماید و به این ترتیب انعطاف لازم را که مقتضای توأم کردن عدالت و انصاف است به رأی قاضی هدیه کند. از دیگر سو استناد به اصول، از بی‌بندوباری دادرسان در تفسیر می‌کاهد و وسیله‌ای مفید برای حفظ حیثیت قانون است نه اینکه اصول مزبور وسیله فرار از اجرای احکام قرار گیرد.

بهره‌برداری از اصول حقوقی در نظام‌های مبتنی بر رژیم حقوقی کامن‌لو یک سنت بنیادین حقوقی است. برای مثال در ایالات متحده آمریکا حقوق، محصول تفسیری است که قضات آن کشور در سایه اصول قانون اساسی و بنای عقلا با احترام به سنت‌ها و رعایت نیازهای کنونی ارائه کرده‌اند. در آراء کنونی تمایل محاکم برای استناد به قوانین مصوب افزایش یافته است؛ اما قضات می‌کوشند روح نظام حقوقی را با توجه به کشف اصول کلی حقوق آمریکا احراز کرده و بر همین اساس است که رویه قضایی در این کشور، جلودار نظم حقوقی و بیانگر ارزش‌های اخلاقی جامعه است.^۱

اصول حقوقی نه تنها قضات را در تفسیر قانون یاری می‌رسانند، بلکه آنها را در تفسیر قراردادهای نیز کمک می‌کنند و به همین دلیل است که دادرس، آنجا که در صحت این ادعا که بیان اراده با قصد باطنی تعارض دارد یا عقد جهت نامشروع داشته و موضوع آن قابل انتقال نبوده است، دچار تردید می‌گردد، به اصل نفوذ قراردادهای استناد کرده و قرارداد را به گونه‌ای تفسیر می‌کند که در عالم حقوق، دارای نفوذ باشد. از این‌روست که دیوان عالی کشور ما در تعارض دو رأی از دو دادگاه مختلف، رأیی را برمی‌گزیند که در تفسیر قرارداد، حکم به صحت آن داده شده است.^۲

استناد به اصول بدیهی و مسلّمات حقوقی و استدلال رأی بر پایه آن، دارای این مزیت است که مداخله قاضی در تفسیر قانون را هنجارمند می‌سازد. به عنوان نمونه در پرونده ریگز علیه پالمر در ۱۸۸۹ در ایالت نیویورک، برای قاضی این سؤال مطرح شد که آیا موصی‌له که به قصد رسیدن به موصی به، وصیت‌کننده را کشته است، می‌تواند حقی داشته باشد یا خیر؟ او که در قوانین نوشته، راهکاری عادلانه نیافت، سرانجام با استناد به این اصل حقوقی که «هیچ‌کس نمی‌تواند از خطای خود بهره‌برد» علیه موصی‌له رأی داد. این رأی بعدها از سوی دیگر قضات مورد تبعیت قرار گرفت.^۳

۱. صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، ویرایش دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.

ص ۱۴۷.

۲. رأی شماره ۱۴۶۵-۱۳۱۷/۶/۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۳. صادقی، پیشین، ص ۱۴۷.

۴. همان، ص ۱۴۸.

بند دوم. اصول حقوقی به مثابه ابزار ارتقای تفسیر قانون توسط قضات

اصول کلی حقوقی می‌توانند یاری‌گر قضات اداری در امر تفسیر باشند. به قول لا فاریر^۱ هنگامی که متن قانونی نارسا باشد، همواره در حقوق عمومی و اداری ما اصولی وجود دارند (نوشته یا نانوشته) که راهگشا هستند.^۲ این اصول می‌توانند مسئله پیش‌روی قاضی را «تعدیل» نموده یا «تکمیل» کرده یا حتی در برخی نظام‌های حقوقی به «مخالفت» با وضع موجود برخیزند. در فرض نخست قاضی اداری به انصافی دست می‌یازد که «ذاتی» آن قاعده بوده، لیکن آن را معتدل می‌نماید (انصاف معتدل‌کننده).^۳ درواقع در اینجا قاضی از خشونت و زبری قاعده می‌کاهد. در فرض دوم قاضی با کمک اصول، کمبودها را جبران نموده و خلأ ناشی از نبود قانون را پر می‌کند. در اینجا انصاف تکمیل‌کننده است (انصاف متمم قاعده).^۴ درنهایت در فرض سوم ممکن است خود قانون به نتایج غیرعادلانه ختم شود؛ بنابراین ممکن است انصاف مغایر با متن باشد (انصاف مغایر قانون).^۵

بسیاری از قوانین موجود نه در یک فضای خنثی، بلکه در پرتو اصول حقوقی و توسط قضات تفسیر می‌گردند. حتی در برخی موارد قضات توانسته‌اند تفسیری ارائه دهند که چندان با حقوق موضوعه سازگار نیست.^۶ به‌ویژه هنگامی که یک متن قانونی مستعد تفسیرهای متعدد و مختلف باشد، قاضی تفسیری را باید ارائه دهد که به اصول حقوقی احترام گذارده و در راستای این اصول باشد.^۸ درواقع این «تطابق تفسیرها با اصول» نوعی تفسیر منطقی و طبیعی را تجویز نموده و قاضی را در انتخاب گزینه‌های پیش‌رو یاری می‌نماید.

1- Édouard Laferrière.

2- Jeanneau, B. «Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative» Revue Internationale de droit compare 8. 1956: 172.

3-Infra Legem.

4-Praeter Legem.

5-Contra Legem.

۶. امیر ارجمند، دکتر اردشیر، *تقریرات درست تحقیق در متون و اسناد حقوق عمومی و تحلیل محتوای آراء*.

دیوان عدالت اداری، دوره دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷

7-V. CE, ass., 11 janv. 1963, Synd. national des administrateurs de la France d'outre-mer, Rec. CE, p. 16, AJDA 1963: 289.

8-grande que les textes, par leurs silences sur les notions de base du droit administrative, lui ont laisseune grande latitude», Repertoire Cont. Adm. Dalloz, V Principes generaux du droit, oct., 2004:31

بند سوم. اصول حقوقی به مثابه معیاری جهت ارزیابی حقوق موضوعه

اصول کلی حقوقی به عنوان «معیاری جهت ارزیابی قانون موضوعه» نیز تلقی می‌شوند. به این صورت که قاضی می‌تواند با تمسک به این اصول تفسیر خاصی از قوانین ارائه دهد که مخالف یا موافق با انصاف و تضمین حقوق شهروندان باشد و این نقشی کلیدی است.^۱ اهمیت این اصول در فرآیند دادرسی به گونه‌ای است که برای مثال در حقوق ایالات متحده امریکا قضات در برابر کنگره و حکومت فدرال قدرتی برهم زده‌اند و قدرتی در برابر قوای دیگر محسوب شده تا آنجا که برخی قدرت قضات را به «حکومت قضات»^۲ تعبیر می‌کنند. قضات امریکایی توانسته‌اند در طول زمان نظر خود را در تحولات اجتماعی به قانونگذار فدرال و قانونگذاران ایالتی بقبولانند.^۳ از جمله اصولی که دیوان عدالت عالی ایالات متحده با استناد به آنها رأی داده است، عبارتند از: اصل رعایت تشریفات قانونی، معقول بودن اعمال دولت، رعایت آزادی‌های فردی و تساوی شهروندان در برابر قانون.^۴ اما این موضوع علی‌رغم مزایا ممکن است خطرناک باشد؛ چنان‌که برخی نویسندگان فرانسوی یادآور گردیده‌اند، حکومت قضات نمی‌تواند کاملاً تأمین‌کننده و تضمین‌گر حقوق شهروندان باشد.^۵

گفتار دوم. ضابطه مندسازی تفسیر قضایی با اصول حقوقی

ایجاد استانداردهای رویه‌ای در نظام‌های مبتنی بر حقوق کامن‌لو و رمی‌ژرمنی اگرچه متفاوت‌اند و قضات در این دو نظام حقوقی به یک اندازه از وسعت حوزه صلاحیت و اختیار در تفسیر قضایی بهره ندارند، اما قاعده‌مندسازی تفسیر قضایی از اهداف سیاست‌گذاری قضایی آنهاست.

در این میان اصول حقوقی که چتر گسترده و ستون و چسب نظام حقوقی است و منابع دیگر از جمله قوانین را شاکله و چارچوب می‌بخشد، نسبت به تفسیر قضایی هم که نهایتاً منجر به رویه‌قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق است، موقعیتی مشابه دارد.

۱. هداوند، مهدی، **تقریرات درس حقوق اداری**، دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال اول سال تحصیلی ۸۴-۸۵

2-Gouvernement des juges.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۵، ص ۱۵۰.
۴. ر.ک: همان.

۵. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، ۱۳۸۹، ص ۳۲-۳۳

از این رو احصاء اصول حقوقی حاکم بر تفسیر قضایی در قالب یک تقسیم‌بندی سه‌گانه مشتمل بر اصول کلی حقوقی، اصول حقوق عمومی. اصول حقوق اداری در این بخش، علاوه بر امکان توسعه قاعده‌مندی، اگر همراه با اشاره به مصادیق عینی و تجربه شده استفاده از اصول حقوقی در تفسیر قضایی باشد، راه‌گشا تر خواهد بود؛ لذا تجربه قضات دیوان عدالت اداری و دیوان عالی فدرال آمریکا در لابلای اصول حقوقی پیشنهادی مورد کاوش قرار گرفته است.

بند اول. اصول کلی حقوقی

۱. اصل حسن نیت

حسن نیت ذاتاً امری اخلاقی است که اصول حقوقی را به مفاهیم بنیادین عدالت مرتبط می‌کند. برخی ایفای درست و منصفانه اعمال حقوقی، به‌نجوی که در عرف مقبول باشد را به حسن نیت تعبیر کرده‌اند. گروهی معتقدند این اصل برای نزدیک ساختن ضوابط خشک حقوقی با موازین عدالت و انصاف پا به عرصه حقوق نهاده است.^۱ به‌طور عمده در یک تقسیم‌بندی دو تعریف را می‌توان برای حسن نیت قائل شد که حقوقدان‌ها از آن به‌عنوان تعریف مثبت از حسن نیت و تعریف منفی از حسن نیت یاد می‌کنند.^۲

در نظام حقوقی ایران حسن نیت به‌عنوان یک اصل تکلیفی مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ از این رو برخی معتقدند که سوءنیت یا حسن نیت اشخاص، اثر تعیین‌کننده‌ای بر اعتبار و آثار عمل حقوقی ندارد. اصل ۴۰ قانون اساسی، یکی از جلوه‌های اعمال حسن نیت در اعمال حق است. در قانون مدنی ایران به جز در برخی از خيارات مثل خيار مجلس، حيوان و شرط، دیگر خيارات را می‌توان مرتبط و همسو با حسن نیت در قرارداد دانست. با آنکه حسن نیت بیشتر در مباحث راجع به قراردادهای بحث شده اما، التزام به این اصل در اعمال کارگزاران دولتی، به‌خصوص قضات ضروری است. بند ۱ ماده ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات گزارش مغرضانه را از مصادیق تخلفات انتظامی مستلزم مجازات انتظامی درجه هشت تا سیزده دانسته است.

۱. باریکلو، علیرضا و سیدعلی خزایی، اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قراردادی؛ با مطالعه تطبیقی در

حقوق انگلیس و فرانسه، تهران: مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، ص ۵۵

۲. عباسی، اسماعیل، معنا و مفهوم حسن نیت در قراردادهای، مجله دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران .

مرکز، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، ص ۵۵

در همین راستا اصل حسن نیت در موارد سکوت قانون بارها مورد استناد محاکم قضایی قرار گرفته است. برای نمونه در دعوایی که در دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح شده است، شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دعوی شرکت نفت خلیج فارس به طرفیت شرکت مهندسین مشاور بینا و شرکت فنی و ساختمانی تهران جنوب به خواسته ابطال رأی داور، ضمن دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۶۰۱۰۰۶۳۳ به تاریخ ۹۳/۸/۲۸ برخلاف بسیاری از آراء دادگاه‌های داخلی که به نحو مطلق بر لزوم رعایت اصل ۱۳۹ ق.ا به‌عنوان نظم داخلی تأکید کرده‌اند، قضات دادگاه استدلال‌های جالب و قابل توجهی بر رعایت اجرای موافقت‌نامه داوری و لزوم رعایت اصل حسن نیت در روابط قراردادی بیان داشته‌اند که این امر در رأی دادگاه تجدیدنظر نیز تکرار شده است.^۱

۲. اصل تسلیط

مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی، «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». این حکم قانونی، مبنای اصل تسلیط است. این اصل در اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی منعکس شده که مطابق آن، «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است...» و «هرکس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است...». این اصل در آرای متعددی مستند و مستدل حکم قضات قرار گرفته است. چنانچه در پرونده با موضوع اخیرالذکر ملاحظه می‌شود، قاضی به اصل تسلیط نیز استناد نموده، یا به‌عنوان نمونه‌ای دیگر، در پرونده‌ای با موضوع اقدام دولت در منع انتقال ملک،^۲ قاضی دیوان چنین حکم داده که در صورت احراز مالکیت شاکی، جلوگیری از انتقال آن به غیر، از سوی اداره ثبت اسناد و املاک، فاقد وجاهت قانونی بوده و برخلاف اصل تسلیط است.^۳

ازجمله تبعات اصل تسلیط، عدم تعرض به حقوق مالکانه منتج از آن و منع ایجاد هرگونه مشکلات و هزینه ناعادلانه در انتفاع از ملک است. این امر در پرونده با موضوع «ابطال مصوبه بیست و چهارمین جلسه شورای اسلامی شهر تهران»^۴ به‌خوبی منعکس شده است. شکات پرونده ادعا می‌نمایند که وقتی عوارض مذکور در قالب میزان تراکم مشخص گردیده، بنابراین اخذ عوارض دیگری به‌عنوان عوارض تغییر کاربری با ضریب یک فاقد توجیه

۱. کرمی، حامد، **حقوق اداری اموال**، ویرایش اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۱۸۶

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۳۴۶، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲.

۳. پتفت، آرین و احمد مرکز المیری و محمدرضا ویژه، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری**، ویرایش اول، تهران:

۴. پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶، ص ۲۴۹

قانونی می‌باشد و به نظر می‌رسد شورای شهر قصد دارد از یک ملک به دو حالت عوارض اخذ نماید. به‌ویژه بند ۲ مصوبه که در مورد ملکی است که مسکونی باشد و در طرح قرار گرفته باشد.

درواقع شاکی به دو مسئله مهم اشاره می‌کند: اول اینکه تعیین عوارض مربوطه از سوی شورای شهر، موجب تحمل عوارض مضاعفی از سوی مالکین می‌شود که با مقتضای کلی اصل لاضرر و نیز هدف مقنن در تعارض است. دوم اینکه ایجاد این‌گونه صعوبت در تصرف بر ملک شخصی و نیز عدم تسهیل مراتب انتفاع ملک برای مالک، مغایر با ضوابط کلی اصل تسلیط و حقوق مالکانه فردی است؛ لذا مصوبه شورا در مغایرت با این اصول حقوقی قرار دارد و موجب تعرض به حقوق شهروندی شده است.

متعاقب شکایت فوق، در رأی اصرداری هیأت عمومی دیوان مقرر می‌شود که «قانونگذار به منظور رفع بلا تکلیفی مالکین اراضی و املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی و تأکید بر اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و اصل تسلیط به شرح قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، واحدهای دولتی و شهرداری‌ها را مکلف به خرید و تملک و اجرای طرح‌های عمومی یا عمرانی مصوب در مهلت‌های مقرر در قانون می‌نماید...». با این وصف و ملهم از اندیشه قضایی دیوان، اصل تسلیط ایجاب می‌کند که مقام قضایی علاوه بر احترام به حقوق مالکانه، باید اقداماتی را به عمل آورد که امکان استیفای این حق‌ها را تسهیل نماید.

۳. اصل منع اشتباه

این اصل حقوقی تحت دو ضابطه کلی «منع اشتباه حکمی» و «منع اشتباه موضوعی» به طور خاص در نظام حقوقی کامن‌لا مرسوم است.

اصل منع اشتباه، شباهت بسیار زیادی به اصل منع خروج از صلاحیت دارد؛ چراکه در مفهوم اشتباه مقام قضایی نیز به گونه‌ای خروج از صلاحیت وجود دارد؛ اما نقطه تمایز این دو اصل در این است که اشتباه مقام اداری اگر با تسامح به نوعی نقض اصل عدم صلاحیت تعبیر شود، نوعی خروج از صلاحیت از حیث ماهوی است و از حیث شکلی (متن و صورت حکم قانون) مقام عمومی از حدود اختیارات خود تجاوز نکرده است. به عبارت روشن‌تر، وی در قلمرو دستور قانون عمل کرده، اما ماهیتاً دچار اشتباه شده است.

مقام قضایی ذی‌صلاح اگر تلقی نادرستی از صلاحیت خود داشته باشد، مراتب نقض اصل منع اشتباه حکمی را پدید می‌آورد. اشتباه حکمی به معنای خطا در تفسیر قانون نسبت به صلاحیت قاضی است. نمونه این فصل حقوقی در قضیه سامرست منعکس شده است. در این قضیه یک دادستان محلی تصمیم می‌گیرد که طی وضع مقرره‌ای هر نوع شکار توسط متهم خاص را در محدوده قضایی خود ممنوع نماید. به تبع شکایت یکی از شکارچیان در دادگاه، شورای مزبور در توجیه قانونی تصمیم خویش بیان می‌دارد که به موجب قانون، این شورا نسبت به حفاظت از محیط‌زیست و زیست‌بوم صلاحیت یافته است و شکار گوزن صدمه جدی به این امر وارد می‌آورد. دادگاه بیان می‌دارد که مقام محلی مزبور در پنداشت از صلاحیت قانونی خویش دچار اشتباه شده است و نباید در تبیین صلاحیت قانونی خویش با تفسیر موسع از حکم قانون، حدود اختیارات خویش را به نحو قابل توجهی گسترش دهد. درواقع همواره لازم است که «... مقام ذی‌صلاح تصمیم‌گیر قانون را به درستی درک کند و... [با تفسیر صحیح از قانون] اختیار خود را تنظیم نماید و بدان ترتیب اثر دهد...». نکته مهمی که در رأی این دادگاه وجود دارد، این است که مقام عمومی نباید تفسیر موسع از صلاحیت‌های اعطایی خود داشته باشد. این امر، خود از تبعات اصل عدم صلاحیت (ماهوی) است که در مفهوم اصل منع اشتباه حکمی گره خورده است.

در موارد اشتباه موضوعی، برداشت قاضی از قانون صحیح بوده، اما در تعیین مصداق عینی اعمال صلاحیت خویش در ایفای تکالیف قانونی مربوط، خطا کرده است. در رویه قضایی ایالات متحده برای جلوگیری از هرگونه اشتباه مقام قضایی، بر توجه آنان به مسائل و وقایع مشابه پیشین در موارد مشابه با موضوع تصمیم خود تأکید شده است که البته این امر بیشتر، اشتباه موضوعی را کاهش می‌دهد.

۴. اصل لاضرر

مطابق ماده ۱۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰، «در صورتی که تصمیمات و اقدامات موضوع شکایت، موجب تضییع حقوق اشخاص شده باشد، شعبه رسیدگی کننده، حکم بر نقض رأی یا لغو اثر از تصمیم و اقدام مورد شکایت یا الزام طرف شکایت به اعاده حقوق تضییع شده صادر می‌نماید». همچنین شمول کلی اصل ۴۰ قانون اساسی به «منع اضرار به غیر» حکم می‌نماید و نیز مطابق آنچه پیش‌تر بیان شد، بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی، دولت را موظف می‌داند تا همه امکانات خود را برای تأمین حقوق همه‌جانبه افراد به کار بگیرد و پاسداری از آن مطابق حکم اصل ۱۷۳ با دیوان عدالت

اداری است. لذا اصل لاضرر از اصول مقرر در قانون و شرع اسلام است که در رویه قضایی دیوان به رسمیت شناخته شده است. بر پایه این اصل، مقام دولتی صرفاً باید براساس منافع عمومی عمل کرده و خدمتگزار باشد، نه اینکه موجب ضرر به حقوق افراد شود؛ مگر مصلحت عمومی و منافع جمعی در کار باشد؛ بنابراین اساساً اصل بر این است که اقدام مقام دولتی به شهروندان ضرر نرساند و موجب تضییع حقوق افراد نشود.^۱

اصل لاضرر در غالب آرای دیوان به‌طور ضمنی یا صریح، مستند و مستدل حکم قاضی قرار گرفته است. برای نمونه، در پرونده‌ای با موضوع عدم صدور پروانه ساختمانی توسط شهرداری،^۲ قاضی بیان می‌کند اگر شهرداری ظرف پنج سال اقدامی جهت تملک اراضی واقع در طرح ننماید، ملزم به صدور پروانه ساخت می‌باشد و بالتکلیف گذاشتن ملک مالک، با اصل لاضرر منافات داشته و معلق نمودن موضوع با اصل تسلیط مایبنت دارد. علاوه بر اینها، برخلاف قانون اصلاح تبصره ۱ ماده واحد قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۶۷ و آراء وحدت رویه شماره ۴۷ مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۵، شماره ۳۹۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۱ و شماره ۱۶۸ مورخ ۱۳۸۱/۵/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری می‌باشد.

در موردی دیگر بر مبنای اصل لاضرر است که لزوم جبران خسارت در رویه قضایی دیوان، مرسوم می‌باشد. بر پایه این اصل، اگر مسئولیت مدنی دولت اثبات شده و خسارت وارده به شهروند ناشی از عمل متخلفانه دولتی احراز گردد، اصل بر این است که دولت ملزم به جبران خسارت وارده به شهروند است. برای مثال، رأی دیوان به لزوم پرداخت خسارت ناشی از عبور کانال برق و لوله گاز از اراضی زراعی در این ارتباط صادر شده است.^۳

همان‌طور که به‌خوبی از آرای دیوان مشخص می‌شود، اصل لاضرر به‌عنوان یک هنجار حقوقی مستقل می‌تواند مبنای حکم قاضی را تشکیل دهد و صرفاً ابزار استدلال یا قوام‌دهنده حکم دادگاه نیست. در حوزه دعاوی خصوصی، آنچه مطرح می‌شود عدم ضرر به منافع فردی طرفین دعوی است؛ اما در میان آراء دیوان به‌خوبی روشن است که اصل لاضرر در دادرسی اداری علاوه بر حمایت از حقوق فردی، به‌طور مؤکد و جدی‌تری حقوق جمعی را مورد حمایت قضایی قرار می‌دهد.

۱. پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری، پیشین، ص ۲۴۵

۲. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۰۳۲۹۴، مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸

۳. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۰۲۳۴۷، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲ و ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۷۰۲۳۵۱، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲

۵. ممنوعیت تفسیر، تعمیم و توسیع دایره شمول قانون

تفسیر قضایی از منابع موجد قاعده حقوقی به حساب می‌آید؛ اما این صلاحیت مجوزی برای توسعه قلمرو قانون توسط قاضی نمی‌باشد؛ بنابراین اگر در حین تفسیر قضات دایره شمول قوانین را گسترش دهند یا آن را تحدید و تضییق نمایند، قاضی در مقام تفسیر علی‌الأصول و بنابر قواعد، نمی‌تواند واضح قاعده آمره باشند.

ممنوعیت تفسیر خودسرانه و توسیع دایره قانون یا تشدید آن را می‌توان در دادنامه شماره ۲۷۱-۲۷۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری^۱ مشاهده کرد. در دادنامه این چنین بیان شده: «هرچند به موجب ماده ۳۵ قانون تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ و از تاریخ تصویب این قانون، حکم مقرر در ماده ۱۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷ در اخذ صرفاً جریمه نقدی برای تخلفات رانندگی لغو شده است، لیکن نظر به اینکه در زمان حاکمیت قانون اخیرالذکر، هیئت وزیران و پلیس راهور نیروی انتظامی به موجب تصویب‌نامه شماره ۲۰۲۶۰۰/ت/۴۰۰۹۶ و دستورالعمل مورخ ۱۳۸۸/۲/۳۰، در تخلفات رانندگی علاوه بر جریمه نقدی، مجازات توقیف خودرو را نیز پیش‌بینی کرده‌اند؛ بنابراین مصوبات شکایت، مغایر حکم قانونگذار و خارج از حدود اختیارات مراجع وضع تشخیص داده می‌شود».

پیرو شکایت دیگری هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با عنایت به نظرات و مستندات خواهان، اطلاق ماده ۱۲ و بندهای یک الی شش ماده ۳۲ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۵۶/۲/۱۰ را به دنبال استعلام از فقهای شورای نگهبان، خلاف موازین شرع اعلام کرده و ابطال نمود.^۲ براساس اطلاق ماده ۱۲ و بندهای مزبور، سازمان اوقاف مجاز بود علاوه بر موقوفه‌های نوع سوم، در اداره سایر موقوفه‌ها نیز مداخله نماید.

برای مشاهده نمونه‌های دیگری از این دست آرا می‌توان به دادنامه‌های شماره ۱۶۵ و ۱۶۴ و ۱۶۳، مورخ ۸۰/۵/۲۱، کلاسه پرونده ۲۰۵/۷۹-۱۶۳/۷۹-۲۱۱/۷۸؛ دادنامه ۳۷۸، مورخ ۸۰/۱۱/۲۸، کلاسه پرونده ۲۶۸/۷۹؛ دادنامه ۱۴۶، مورخ ۸۲/۴/۱۵، کلاسه پرونده ۱۷/۸۱؛ دادنامه ۳۸۶، مورخ ۸۱/۱۰/۲۹، کلاسه پرونده ۴۳۳/۸۰؛ دادنامه ۴۸۶، مورخ ۸۷/۷/۲۸، کلاسه پرونده ۴۸۴/۸۷ مراجعه نمایید.

۱. دادنامه شماره ۲۷۱-۲۷۲، مورخ ۱۳۹۰/۷/۴، کلاسه پرونده ۵۲۲/۸۹-۲۷۱/۸۸؛ نقل از: روزنامه رسمی ۱۹۴۰۰-۹۰/۷/۱۸

۲. دادنامه شماره ۲۴۹-۲۵۰، مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱، کلاسه پرونده ۵۱۲/۸۷ و ۵۱۱؛ نقل از: روزنامه رسمی ۱۹۳۹۱-۱۳۹۰/۷/۷

بند دوم. اصول حقوق عمومی

۱. اصل قانونی بودن

این اصل متضمن پایبندی مراجع و مقامات قضایی به قوانین و مقررات ماهوی می‌باشد. قدیمی‌ترین و شناخته‌شده‌ترین اصل کلی حقوقی که مدنظر قانونگذاران، مجریان، قضات و مردم بوده، همین اصل «قانونی بودن» است که با عناوین دیگری همچون اصل تفوق قانون، اصل حاکمیت قانون و اصل مشروعیت نیز یاد می‌شود. اصل قانونی بودن، دارای دو وجه است: نخست «وجه ایجابی» که براساس آن کلیه اعمال اداری باید مطابق قانون باشد و دیگری «وجه سلبی» که مقامات اداری نباید خارج از چهارچوب قانون اقدام نمایند.^۱

اصل قانونی بودن ناظر به انطباق عمل اداره با قوانین ماهوی همچون قانون اساسی، قوانین عادی و حتی مقررات دولتی می‌باشد. البته التزام اداره به قوانین شکلی و رویه‌ای نیز نتیجه طبیعی همین اصل است که در تقسیم‌بندی‌های بسیار ریز و دقیق، التزام به این قسم قوانین را در قالب «اصل رعایت قوانین شکلی و تشریفات آیینی» به‌طور مستقل ذکر می‌کنند. گذشته از قوانین و مقررات، عمل اداره باید منطبق با آراء قضایی به‌ویژه آرای وحدت رویه قضایی باشد. همچنین تقید اداره به ضوابط خودانگیخته مانند بخشنامه و شیوه‌نامه را طلب می‌کند. به‌عنوان نمونه در قضیه Yabbiacom Vs. Kim در فرانسه، یک مؤسسه دولتی تصمیم گرفته بود که معیارهای سلیقه‌ای خود را صرفاً پس از مشورت با یک کمیته به‌کار گیرد. مرجع رسیدگی‌کننده، یکی از تصمیمات آن مؤسسه را به دلیل عدم رعایت الزامات خودساخته نهاد مزبور، باطل اعلام کرد.

با مرور در آراء دیوان در ارزیابی قضایا و صدور احکام، همانا «اصل قانونی بودن و خروج از اختیارات قانونی و نامشروع بودن» می‌باشد که در اکثریت آراء مورد توجه قرار گرفته است. در دیگر نظام‌های حقوقی نیز هنوز طرفداران سرسختی در توجه به این اصل وجود دارند. به‌عنوان نمونه برخی حقوقدانان انگلیسی براساس اصل حاکمیت پارلمانی و برتری پارلمان، محک درستی یا نادرستی کلیه اعمال قضایی را در گروی قانونیت آن می‌پندارند و در برابر سایر اصول و سنجه‌ها همچون اصل تناسب، اصل انعطاف‌پذیری و معقول بودن، انعطاف کمتری نشان می‌دهند و آنها را زمینه‌ای برای دست‌اندازی مقامات غیرانتخابی در

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، پیشین، ص ۸۹

مصوبات نهاد منتخب مردم می‌دانند.^۱ در یک اثر پژوهشی ارزشمند،^۲ برای اصل قانونی بودن جلوه‌های متعددی ترسیم شده است که عبارتند از: لزوم رعایت کلیه آثار مترتب بر قانون، رعایت تشریفات قانونی، مخالفت با هدف و حکم مقنن، رعایت زمان مقرر برای اجرای قانون، ممنوعیت تقیید و تضییق و تخصیص دایره شمول قانون، ممنوعیت تفسیر، تعمیم و توسیع دایره شمول قانون.^۳

۲. اصل برابری و منع تبعیض

رفتار برابر و بدون تبعیض بر این فرض استوار است که مقامات قضایی در فرآیند صدور رأی باید احکامی یکسان برای اشخاصی که در وضعیت یکسان هستند، صادر نمایند.^۴ یکی از مصادیق برابری را می‌توان در بی طرفی قاضی که از اصول دادرسی منصفانه است جستجو کرد. بند ۵ ماده ۱۷ قانون نظارت بر رفتار قضات، خروج از بی طرفی را از مصادیق تخلفات انتظامی مستلزم مجازات انتظامی درجه هشت تا سیزده دانسته است. جلوه‌های اصل برابری را می‌توان به ترتیب ذیل احصا نمود:

الف. اصل برابری در پیشگاه قانون

اصل بیستم قانون اساسی بیان می‌دارد: «همه افراد اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند...». طبق قسمت اخیر اصل ۱۰۷ قانون اساسی نیز «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است». همچنین بند ۱۴ اصل سوم قانون اساسی، تصریح به «تساوی عموم در برابر قانون» دارد.

ب. اصل برابری در ورود به خدمت عمومی

مهم‌ترین موارد این اصل که در رویه قضایی ایران بر آن تأکید گردیده است، عبارتند از: اصل برابری در ورود به استخدام دولتی، برابری میان نامزدهای اخذ رتبه‌های دانشگاهی، اصل برابری میان داوطلبان کنکور و برابری جنسیتی. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با استناد به احکام مقرر در بند ۳ اصل سوم و اصل بیستم و سی‌ام قانون اساسی در باب ضرورت تعمیم آموزش و پرورش و تربیت بدنی رایگان برای همه در تمام سطوح و تسهیل

1-Elliot, M. The Constitutional Foundations of Judicial Review. 1st Ed. Oxford- Portland: Hart Publishing, 2001:440

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، پیشین.

۳. پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری، پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۷، صص ۲۰۹-.

و تعمیم آموزش عالی و تکلیف دولت درخصوص گسترش وسایل تحصیلات عالی تا سرحد خودکفایی و تأکید بر تساوی اشخاص در استفاده از کلیه حقوق انسانی، اقدام به ابطال بند ۴/۴ ماده ۴ مصوبه چهل و نهمین نشست شورای آموزش پزشکی و تخصصی کشور مورخ ۱۳۷۷/۴/۲۸ نمود که با ایجاد محدودیت سنی، اشخاص متجاوز از ۴۰ سال را از ورود به دوره دستیاری و ارتقای سطح علمی و تجربی خود محروم کرده بود.^۱

ج. اصل برابری در مقابل تحمیلات ناشی از امر عمومی

بر این اساس، هزینه‌ها و تحمیلات ناشی از امر عمومی باید به گونه‌ای برابر، شهروندان را تحت تأثیر قرار دهد. مصداق بارز این اصل «اصل برابری در مالیات و عوارض» می‌باشد. این اصل یکی از مفاهیم مهم در حوزه مسئولیت مدنی دولت است که به موجب آن خسارات ناشی از اعمال حاکمیتی و عام المنفعه دولت باید جبران شود.

در حقوق ایران در خلأ ناشی از ضعف مقررات مسئولیت مدنی، استناد برخی دادگاه‌ها در آرای خود به این اصل، موجب پذیرش مسئولیت مدنی بدون تقصیر شده است. به عنوان مثال دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷ مورخ ۹۱/۳/۳۱ شعبه اول دادگاه حقوقی شهرستان شیروان چرداول راجع به دعوی خواهان به طرفیت شرکت توزیع برق استان ایلام به خواسته مطالبه خسارت آتش‌سوزی مزرعه گندم ناشی از جرقه دکل برق این گونه استدلال می‌نماید: «... علی‌رغم اینکه مطابق نظریه کارشناسان که مطابق با واقع و اوضاع و احوال بوده و اعتراضی نسبت به آن صورت نگرفته است، اهمال و قصور اداره برق در نگهداری از خطوط توزیع محرز نبوده و میان عنصر تقصیر و خسارت وارده رابطه سببیت مستقیم برقرار نمی‌باشد، مسئولیت خوانده به جبران خسارت وارده به استناد قاعده لاضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) محرز و مسجل است، و به اعتبار اصل برابری شهروندان در برابر هزینه‌های عمومی، ادارات موظف به جبران خسارت ناشی از اعمال خود در برابر دیگران می‌باشند. لذا دادگاه دعوی خواهان را مقرون به صحت تشخیص داده و با استناد به مواد ۱ الی ۳ از قانون مسئولیت مدنی و مواد ۳۳۱، ۱۲۵۸، ۱۳۲۴ از قانون مدنی و مواد ۲۵۹ و ۵۱۵ و ۵۱۹ از قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت مبلغ ۱۶،۱۷۰،۰۰۰ ریال بابت اصل خواسته و ایضاً محکومیت خوانده به پرداخت خسارت دادرسی به جهت ضمان ناشی از تسبیب در طرح دعوی (توسط اجرای احکام محاسبه خواهند شد) در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد...».

۱. دادنامه شماره ۲۰۱، مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۸، کلاس پرونده ۳۷۴/۸۱؛ نقل از: مجموعه قوانین و مقررات سال ۱۳۸۳، ص ۷۱

۳. اصل ثبات و پیش‌بینی‌پذیری

یکی از ویژگی‌های نظام حقوقی کامن‌لا، قابلیت پیش‌بینی آراء قضایی است و این امر دقیقاً مبتنی بر این واقعیت است که حقوق کامن‌لا مبتنی بر رویه‌سازی است؛ بنابراین چون در هر دعوایی، از قبل رأیی مشابه صادر شده است، احتمال اینکه در دعوای بعدی نیز همان رأی صادر گردد، بسیار زیاد است. این ویژگی در حقوق رومی-ژرمنی وجود ندارد و دلیل آن کلیت قواعد حقوقی در این خانواده است.^۱

در نظام حقوقی امریکا ریشه چنین مسئله‌ای به بیانیه معروف رئیس دیوان عالی فدرال امریکا یعنی مارشال در دعوای معروف ماربری-مادیسون بازمی‌گردد که نشان می‌دهد وظیفه قوه قضائیه بیان این امر است که قانون دقیقاً چیست؟^۲ برای بیان این امر، قضات ابزارهای تفسیری متفاوتی دارند. متن قانون، تاریخ و پیش‌زمینه‌های تصویب قانون، هدف قانون، ساختار و نیز نتایج تصمیمات آنها، علی‌رغم اعتماد مردم به قوه قضائیه، تعداد زیادی از حقوقدانان از محدودیت‌های آزادی روش‌شناختی قضات فدرال در تفسیر قانون اساسی و قوانین موضوعه حمایت می‌کنند.^۳

یکنواختی تفسیر و پیش‌بینی منافع‌مانند اصل حاکمیت قانون را به همراه دارد؛ اما قانون اساسی، موانع ساختاری را برای دستیابی به این قابلیت پیش‌بینی فراهم می‌کند. قضات می‌توانند فراتر از تفسیر بحث کنند؛ اما به نظر می‌رسد که در دیوان عالی فدرال تغییر بسیار کمی صورت می‌گیرد. پروفیسور سیدنی فاستر، استدلال می‌کند که این نتیجه را می‌توان با استفاده از یک نسخه فوق‌العاده قوی از دقت نظر در آموزه‌های تفسیری که توسط دادگاه به تصویب رسیده است، درک کرد. استدلال وی مبتنی بر روش‌های تفسیر بر مبنای انتخاب قواعد حقوقی است. برخی دادگاه‌های فدرال چنین رأی صادر کردند که هنگام تفسیر مقررات دولتی در دعوای *Erie Railroad Co. v. Tompkins*، این دادگاه‌ها باید از روش‌های تفسیری ایالت‌ها استفاده کنند.

هنگامی که دادگاه‌های دولتی تفسیر خود را از قوانین فدرال بدون نفوذ تصمیمات دادگاه فدرال توسعه می‌دهند، هدف ثبات در قانون فدرال مختل می‌شود. داشتن تفاسیر

۱. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تطبیقی**، ویرایش یازدهم، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۴۳.

2-Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 1803:137

3-R. Gluck, A. «The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism», The Yale Law Journal 119. 2010. 1750-1862.

متفاوت توسط ایالت‌های مختلف نیز، یکپارچگی و یکنواختی تفسیر را در قانون فدرال ترویج نمی‌کند. دلیل این امر نیز ناسازگاری میان ایالت‌های مستقل و دادگاه‌های فدرال است. عدم تقارن میان دادگاه‌های ایالتی و فدرال سبب می‌شود دیوان عالی فدرال خود در راستای یکنواخت‌سازی گام بردارد.^۱ از لحاظ نظری، دیوان عالی کشور، به‌عنوان عالی‌ترین مرجع می‌تواند تفاسیر متناقض را در نهایت به سمت ثبات تفسیر کند.

بند سوم. اصول حقوق اداری

۱. اصل انطباق

قانون اساسی در همه نظام‌های سیاسی منشور حکومتی و دربردارنده قواعد و مقررات بنیادی در زمینه ساختار سیاسی انتقال و اجرای قدرت و نیز تنظیم روابط حکومت با شهروندان محسوب می‌شود که نظام تقنینی، اجرایی و قضایی و ساختارهای مربوط بر مبنای آن پایه‌ریزی می‌شوند و شکل می‌گیرند. به همین دلیل، به منظور مصون داشتن آن از هیجانات و تغییرات زودگذر سیاسی، بازنگری در قانون اساسی تابع شیوه خاص و تشریفات پیچیده‌ای است. اغلب قوانین اساسی از نظر بازنگری انعطاف‌ناپذیرند. این در حالی است که نظام‌های سیاسی در مواجهه با بحران‌های سیاسی و اجتماعی باید بتوانند به راه‌حل‌های مقتضی مبتنی بر اصول قانون اساسی دست یابند.

به عنوان مثال بازنگری در قانون اساسی آمریکا بسیار دشوار است؛ زیرا الزامات ماده ۷ آن (تصویب اصلاحیه قانون اساسی از سوی سه‌چهارم مجالس ایالتی) به آسانی تحقق نمی‌پذیرد و به همین دلیل قانون اساسی مزبور از سال ۱۷۸۷ تاکنون فقط ۲۷ بار و در بیشتر موارد به صورت جزئی بازنگری شده است. ضمن اینکه ده اصلاحیه اول آن مربوط به حقوق و آزادی‌های فردی موسوم به منشور حقوق بشر در سال ۱۷۹۱ است که به صورت متمم به قانون اساسی اضافه شده است و درواقع بخشی از متن اصلی محسوب می‌شوند. سازوکار نظارت قضایی ضمن تضمین صیانت از قانون اساسی، از آنجاکه عملاً با تفسیر اصول آن همراه است، موجب سازگاری و انطباق آن با تحولات سیاسی و اجتماعی می‌شود. دیوان عالی با ارائه تفسیرهای پویا از قانون اساسی، تغییراتی در چارچوب ساختارهای موجود در نظام سیاسی امریکا ایجاد کرده است؛ به‌گونه‌ای که نیروهای رقیب نیز منافع و دیدگاه‌های خود را در همین چارچوب تعقیب می‌کنند.^۲

1- Andrew A and Matthews, Jr. The State Courts and the Federal Common Law, university of Pennsylvania, 1963.

۲. حبیب‌زاده، توکل، نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال امریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتوی تحولات سیاسی و اجتماعی، تهران: فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۲۵

در نظام حقوقی ایران دیوان عدالت اداری با افزایش تعداد هنجارهای مرجع و نیز تفسیر گسترده آنها می‌کوشد محدوده حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان را به‌ویژه در رابطه نابرابر میان طرفین دعاوی اداری، افزایش دهد و با تفسیر پویای هنجارهای مربوط به قانون اساسی، گامی در حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین بردارد. تفسیر قضایی نقص ناشی از عدم انعطاف قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را در بر می‌گیرد و به نوعی مورد اشاره قانون اساسی واقع نشده است، جبران می‌کند.

۲. اصل انصاف رویه‌ای یا آیین‌مندی تصمیم‌گیری

همان‌گونه که در اصل ممنوعیت تفسیر، تعمیم و توسیع دایره شمول قانون بیان شد، تفسیر قضایی نمی‌تواند موجد قاعده آمره باشد. لذا تغییر تشریفات قانونی در حین تفسیر ممکن نیست؛ بدین شرح که قانونگذار برای امور مختلف، تشریفات را مد نظر دارد که وسیله قوه قضائیه تغییرپذیر نیستند. مثلاً قاضی نمی‌تواند عمل ثبت دادخواست را منوط به تأیید مقامی خاص یا سازمانی ویژه کند.^۱ آنچه باعث شد انصاف رویه‌ای یا آیین‌مند نمودن تصمیمات به‌عنوان یک ناجی وارد ادبیات حقوقی معاصر شود، پاسخگویی به نیازهای جدید حقوق است.^۲ در این میان ظهور رویکرد جدیدی موسوم به «حکمرانی شایسته» روی هم ضرورت آیین‌مندسازی تصمیم‌گیری را بیش از پیش آشکار می‌کند.

۳. اصل تناسب^۳

اصل تناسب^۴ در طول دهه‌های اخیر به‌عنوان ابزاری برای تضمین تمام و کمال حقوق و آزادی‌های بشر شناخته می‌شد. عصاره اصل تناسب آن است که مقام تصمیم‌گیرنده یا قاضی باید میزان فواید و مضرات یک تصمیم را اندازه‌گیری کند و چنانچه کفه ترازو به طرف فواید سنگینی نماید، آن وقت می‌توان مدعی شد که یک تصمیم منطقی اتخاذ شده است. در حقوق فرانسه از عبارت «توازن میان منافع و هزینه‌ها» برای تبیین مفهوم اصل تناسب استفاده می‌شود. در حقوق اسپانیا گفته می‌شود که یک تصمیم زمانی متناسب^۵ می‌باشد که منافع و دستاوردهای عمومی آن بیش از هزینه‌ها و زیان‌های وارده بر ارزش‌های رقیب باشد.^۶

1-Zarei, Mohammad Hossein, "The Applicability of The Principles of Judicial Review to The Delegated Legislative Powers of Ministers". PhD diss, Univesity of Manctester , 1998.

۲. هداوند، مهدی و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، ویرایش اول، تهران: نشر خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۲۱.

3-Proportionality.

4-The Principle of Proportionality.

5-Stricto Sensu.

6-Cianciardo. J. "The Principle Of Proportionality: Its Dimensions And Limits", National Research Council Of Argentina (conicet), 2009:3

اصل تناسب خود دارای سه زیرشاخه می‌باشد: ۱. اصل کفایت،^۱ یعنی تصمیم اتخاذ شده و ابزارهای به کار گرفته شده باید با هدف قانونگذار همخوانی داشته باشد. به قول یکی از نویسندگان از پتک برای شکستن گردو یا از تفنگ برای کشتن پشه استفاده نشود.^۲ ۲. اصل ضرورت،^۳ یعنی مقام تصمیم‌گیرنده باید از میان گزینه‌های پیش‌رو، تصمیمی را اتخاذ نماید که کمترین هزینه و زیان را متوجه حقوق فرد کند. به عبارت دیگر مضرات ناشی از تصمیم نباید از حد ضرورت تجاوز کند. ۳. اصل تعادل که براساس آن باید میزان سود و ضرر آثار تصمیم مقام عمومی، از لحاظ آثار شخصی و اجتماعی مورد ارزیابی قرار گیرد.^۴

در چهارچوب نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، براساس حکم ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، «محرومیت از بعض یا همه حقوق اجتماعی... باید متناسب با جرم و خصوصیات مجرم در مدت معین باشد...». بر مبنای این حکم و شمول کلی اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی به تحقق عدالت قضایی، اصل تناسب در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با محتوای لزوم «تناسب میان تخلف و مجازات» که از اصول مستخرج از قوانین جزایی و مدنی و بر پایه عدالت کیفری و مدنی نظام حقوقی ایران است، به طور صریح به رسمیت شناخته شده است. بنابر نظر دیوان، «... به دلالت اصول کلی حقوقی با استناد به اصل ۱۷۶ قانون اساسی،... علی‌الوصول، تشدید مجازات بدون دلیل... فاقد وجهت قانونی است...»^۵ و همچنین، «... اعمال تناسب مجازات... از تکالیف قانونی بوده...»^۶ و عدم تناسب میان تخلف و مجازات، «... مغایر با اصول حقوقی است...»^۷.

اصل تناسب در آرای متعدد دیوان، مستند و مستدل رأی قضات قرار گرفته است؛ از جمله نقض رأی هیئت تخلفات اداری کارکنان بانک ملی ایران به دلیل عدم لحاظ وضعیت متهم،^۸ نقض رأی هیئت تخلفات اداری به دلیل عدم توجه به نبود سوءنیت متهم،^۹ و نقض رأی

1-Adequacy.

۲. هداوند، مهدی و علی مشهدی، پیشین، ص ۲۸.

3-Necessity.

۴. پتفت، آراین و احمد مرکز المیری، پیشین، ص ۲۵۸.

۵. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۰۲۹۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۳.

۶. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۹۱۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶.

۷. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۵۰۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶.

۸. کلاس پرونده: ۳۴۱۸/۹۰/۲۱.

۹. کلاس پرونده: ۳۲۷۶/۹۰/۲۲.

کمیسیون ماده ۲۰ داروخانه‌ها به دلیل عدم تناسب تخلفات انتسابی با مجازات تعیین شده.^۱ همچنین قضایایی وجود دارند که در صورت شناسایی اصل تناسب در نظام حقوق ایران، امکان استناد به این اصل توسط قضات دیوان وجود داشته است.^۲ به عنوان نمونه دیوان عدالت اداری در پرونده شماره ۱۸/۳۴/۲۱۹۰ شعبه ۲۱ دیوان رأی هیئت رسیدگی به تخلفات اداری را نقض نموده است:

«درخصوص دعوای (م. الف.) به طرفیت هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان بانک ملی ایران به خواسته‌ی فوق‌الذکر نظر به اینکه اولاً نظارت بر عملکرد رئیس شعبه از وظایف معاون شعبه نبوده است و اتهام انتسابی به وی درواقع زیر نظر رئیس با همکاری کارمند مربوط صورت می‌گرفته است. ثانیاً شاکی نامبرده تاکنون مرتکب هیچ‌گونه تخلفی نشده است و وفق ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی بفرض صحت انتساب تخلف می‌بایست وضعیت وی و تناسب تخلف و مجازات آن نیز مورد لحاظ قرار می‌گرفت که این امر در تعیین مجازات اتفاق نیفتاده است. لذا مستنداً به ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری حکم به ورود دعوای مطروحه و ارجاع پرونده جهت رسیدگی مجدد به هیئت هم‌عرض با رعایت تبصره ماده ۱۴ قانون دیوان عدالت اداری صادر و اعلام می‌گردد. این رأی قطعی است.»

اصل تناسب در فقدان درجه‌بندی مجازات‌ها و رعایت تناسب با تخلفات در قانون رسیدگی به تخلفات اداری نقش مهمی در صیانت از حقوق کارکنان دولت دارد. آنچه از ظاهر الفاظ و روح ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری متبادر به ذهن می‌شود این است که قانونگذار مجازات اداری را به ترتیب از مجازات کمترین تا شدیدترین مجازات بیان نموده است. ایرادی که بر این ماده وارد است، عدم رعایت اصل تناسب مجازات با تخلف ارتكابی است. توضیح اینکه نگارش نادرست این ماده سبب شده مرجع رسیدگی‌کننده بتواند برای کوچک‌ترین تخلفات اداری شدیدترین مجازات را اعمال نماید. برای مثال مرجع رسیدگی‌کننده می‌تواند کارمندی را که صرفاً غیبت ناموجه داشته است، به اخراج از دستگاه متبوع محکوم نماید.

بی‌تردید یکی از اصول حاکم در تعیین مجازات، اصل «تناسب بین جرم و مجازات» است؛^۳ به‌طوری‌که نادیده گرفتن این اصل مفاسدی را به همراه داشت.^۴ آنچه در رأی

۱. شماره دادنامه: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲۵۱۲

۲. مرادی برلیان، مهدی، اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپا، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲، ص ۳

۳. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، کرامت انسانی در حقوق کیفری، ویرایش اول، تهران: میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۹-۱۳۸

۴. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۵۴.

فوق حائز اهمیت است، توجه به اصول فوق و اعمال «اصل تناسب» و «اصل قانونی بودن» به‌عنوان اصولی فراقانونی بر رأی صادرشده از هیئت رسیدگی به تخلفات است؛ که به‌نوبه خود می‌تواند گام مهمی در جبران خلأهای موجود در قانون مذکور باشد. همچنین توجه به وضعیت خاص متهم بر مبنای اصل فردی بودن مجازات از نوآوری‌های این رأی درخصوص رسیدگی به تخلفات اداری است.

نتیجه

قوانین و مقررات حاصل تدبیر قانونگذار و اراده ایجابی اوست، اما خالی از نقص، اجمال و تعارض نیست. در نظام‌های حقوقی نوشته که تسلب قواعد در چهارچوب منحصر قوانین مدون را ایجاد می‌کند، تنها راهکار انعطاف‌پذیر ساختن حقوق، تفسیر قضایی است. اگرچه تفسیر قضایی موجب تطبیق دقیق‌تر حکم با موضوع و جبران نقص، اجمال، تعارض و سکوت قانونگذار و عامل پویایی حقوق است اما، می‌تواند آسیبی جدی بر حاکمیت قانون قلمداد شود. این خدشه به نظم حقوقی در صورتی رخ می‌دهد که بی‌ضابطه بودن تفسیر قضایی دست قضاات را برای قانونگذاری قضایی و اعمال سلیقه و شخصی‌سازی حقوق باز بگذارد.

جلوگیری از آسیب‌های تفسیر قضایی با معیار و سنجه اصول حقوقی که خود نه‌تنها از منابع حقوق که چتر و بستر شکل‌گیری حقوق و حلقه واسط مابانی و منابع حقوق هستند، میسر است.

اصول حقوقی چه به صورت کلی و چه در حقوق عمومی و به طور خاص در حقوق اداری، قابل احصاء است که در متن پژوهش حاضر بررسی شد. استناد به اصول حقوقی در مقام تفسیر یا عدم امکان استناد به قوانین، استناد‌دسازی رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق را به همراه دارد.

ضابطه‌مندی تفسیر قضایی در آراء دیوان عدالت اداری در بستر اصول حقوقی چه در شعب و چه در هیأت عمومی می‌تواند هم در بررسی انطباق تصمیمات اداره با قانون مورد بهره‌برداری قضاات قرار گیرد و هم در فقدان مقررات و پوشش کاستی‌های قوانین.



در رویه دیوان عدالت اداری استناد مستقیم به اصول حقوقی به صورت محدود وجود دارد و اشارات غیر مستقیم نیز بخشی از آرای دیوان را در مقام تفسیر قضایی اصولمدارانه یاری داده است. استناد به این اصول به تدریج و در مقام یک سبک دادرسی رو به تزاید است و درنهایت سبب توسعه حقوق عمومی خواهد شد.

فهرست منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری و محمدرضا ویژه، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری**، ویرایش اول، تهران: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۶
۲. رحیمی‌نژاد، اسماعیل، **کرامت انسانی در حقوق کیفری**، ویرایش اول، تهران: میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۳۹-۱۳۸.
۳. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تطبیقی**، ویرایش یازدهم، تهران، نشر سمت، ۱۳۹۱.
۴. صادقی، محسن، **اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه**، ویرایش دوم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۵، ص ۱۵۰.
۶. کرمی، حامد، **حقوق اداری اموال**، ویرایش اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۷. گلدوزیان، ایرج، **حقوق جزای عمومی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۸. مرادی برلیان، مهدی، **اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه اروپا**، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲.

ب. مقاله

۹. امیر ارجمند، دکتر اردشیر، **تقریرات درست تحقیق در متون و اسناد حقوق عمومی و تحلیل محتوای آراء دیوان عدالت اداری**، دوره دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۷.
۱۰. باریکلو، علیرضا و سیدعلی خزایی، **اصل حسن نیت و پیامدهای آن در دوره پیش قراردادی؛ با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و فرانسه**، تهران: مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۶، زمستان ۱۳۹۰، ص ۵۳-۸۷.
۱۱. حبیب‌زاده، توکل، **نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال امریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتوی تحولات سیاسی و اجتماعی**، تهران: فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۱۱۳-۱۳۷.
۱۲. عباسی، اسماعیل، **معنا و مفهوم حسن نیت در قراردادها**، مجله دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، ص ۷۱-۹۷.

۱۳. عبدالله زاده شهربابکی، آزاده، قانونگذاری خوب در رویه قضایی: نگاهی به آرای دیوان عالی امریکا، شورای قانون اساسی فرانسه و دادگاه‌های اروپایی، فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۸۸، ۱۳۹۵، ص ۱۷۵-۱۹۶.
۱۴. هداوند، مهدی، تقریرات درس حقوق اداری، دوره کارشناسی ارشد حقوق محیط زیست، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال اول سال تحصیلی ۸۵-۸۴.
۱۵. هداوند، مهدی و دیگران، آیین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری (مطالعه تطبیقی)، ویرایش اول، تهران: نشر خرسندی، ۱۳۸۹.
۱۶. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضائیه، ۱۳۸۹.

ج. پرونده و دادنامه

۱۷. دادنامه شماره: ۴۳۸/۴۳۷/۸۶، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۸۶/۶/۲۵.
۱۸. دادنامه شماره ۲۰۱، مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۸، کلاس پرونده ۳۷۴/۸۱؛ نقل از: مجموعه قوانین و مقررات سال ۱۳۸۳، ص ۷۱.
۱۹. دادنامه شماره ۲۴۹-۲۵۰، مورخ ۱۳۹۰/۶/۲۱، کلاس پرونده ۵۱۲/۸۷ و ۵۱۱؛ نقل از: روزنامه رسمی ۱۳۹۰/۷/۷-۱۳۹۱.
۲۰. دادنامه شماره ۲۷۱-۲۷۲، مورخ ۱۳۹۰/۷/۴، کلاس پرونده ۵۲۲/۸۹-۲۷۱/۸۸؛ نقل از: روزنامه رسمی ۹۰/۷/۱۸-۱۹۴۰۰.
۲۱. رأی شماره ۱۴۶۵-۱۳۱۷/۶/۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.
۲۲. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۲۹۰۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۳.
۲۳. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۲۵۱۲ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲.
۲۴. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۳۴۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲.
۲۵. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۳۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲ و ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۷۰۲۳۵۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۲.
۲۶. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۹۰۵۹۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۶.
۲۷. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۲۰۲۹۱۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶.
۲۸. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۹۰۵۰۹۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۶.
۲۹. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۳۲۹۴ مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۸.
۳۰. دادنامه شماره: ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۱۰۰۶۴۴ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۸.

انگلیسی و فرانسه: کتاب

- 31-Andrew A and Matthews, Jr. The State Courts and the Federal Common Law, university of Pennsylvania, 1963
32-Elliot, M. The Constitutional Foundations of Judicial Review. 1st Ed. Oxford- Portland: Hart Publishing, 2001

مقاله

- 33-Cianciardo. J. «The Principle Of Proportionality: Its Dimensions And Limits», National Research Council Of Argentina (conicet), 2009
34-Elliot, M. The Constitutional Foundations of Judicial Review. 1st Ed. Oxford- Portland: Hart Publishing, 2001
35-Jeanneau, B. «Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative» Revue Internationale de droit compare 8. 1956: 172
36-Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137(1803
37-R. Gluck, A. «The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism», The Yale Law Journal 119. 2010: pp. 1750-1862
38-V. CE, ass., 11 janv. 1963, Synd. national des administrateurs de la France d'outre-mer, Rec. CE, p. 16, AJDA 1963

رساله دکتری

- 39-Zarei, Mohammad Hossein, *“The Applicability of The Principles of Judicial Review to The Delegated Legislative Powers of Ministers”*. PhD diss, Univesity of Manctester , 1998

حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول از منظر اصول و نهادهای مؤثر؛ مطالعه تطبیقی حقوق انگلیس و ایران

فروغ حیدری شولی*

محمد جلالی**

ژانت الیزابت بلک***

چکیده

این نوشتار تلاش می‌کند از حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول به عنوان یکی از حق‌های بشری سخن بگوید. حقی که در ساحت زندگی جمعی مورد مطالعه قرار می‌گیرد. مطالعه تطبیقی حقوق حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول در انگلیس و ایران مشخص می‌نماید که اگرچه در انگلیس مسئولیت اصلی تصمیم‌گیری در حفاظت از میراث انگلیسی با نهادهای دولتی است، اما بخش عمومی، با به رسمیت شناختن نهادهای غیردولتی متعدد و جوامع محلی، صلاحیتی گسترده به آنان اعطا نموده است. شناسایی صلاحیتی گسترده برای نهادهای مردمی تبلور اصول عمومی بودن و مشارکت مردمی به عنوان دو اصل بنیادین حاکم بر نظام حفاظت از میراث فرهنگی انگلیس است که در نهایت یک نظام مؤثر و کارآمد را برای این کشور به ارمغان آورده است. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران از آنجاکه حفاظت از میراث فرهنگی جز امور حاکمیتی بوده است، لذا وزارت میراث فرهنگی و ادارات تابع آن به عنوان متولی اصلی میراث فرهنگی به‌طور متمرکز به مسئله حفاظت پرداخته و درمقایسه با کشور انگلیس نقش به مراتب کمتری را برای جوامع محلی و سازمان‌های مردم‌نهاد قائل شده‌اند که این موضوع در نهایت نظام حفاظت مؤثر از میراث فرهنگی ایران را با خلأ عدم تنوع نهادی و در نتیجه فقدان تخصص‌گرایی و فقدان مشارکت مردمی مواجه می‌سازد. نگارندگان با روشی توصیفی تحلیلی ضمن معرفی اصول انگلیسی حاکم بر حفاظت از میراث انگلیسی و مطابقت‌سنجی آن اصول در نظام حقوقی ایران، به تبیین نهادهای حافظ میراث فرهنگی غیرمنقول و حدود صلاحیت آنها در دو کشور انگلیس و ایران پرداخته‌اند.

کلیدواژه‌ها: اثر تاریخی، اثر فرهنگی، حفاظت از میراث فرهنگی، حقوق انگلستان، میراث فرهنگی غیرمنقول.

*. دانشجوی دکترای حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و

forough2007@yahoo.com

تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

** استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) mdjalali@gmail.com

j_blake@sbu.ac.ir

*** دانشیار گروه حقوق بشر و محیط زیست، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

مقدمه

حقوق میراث فرهنگی از مصادیق حقوق فرهنگی بوده و در گفتمان حقوق بشر یکی از حق‌های پرچالش و در عین حال مورد حمایت نظام حقوق بشر است. مهم‌ترین هدف حقوق میراث فرهنگی تضمین حفاظت از میراث فرهنگی به منظور حق دسترسی بشر به این میراث است؛^۱ بنابراین می‌توان گفت حق بر میراث فرهنگی بر حفظ و بقای میراث فرهنگی استوار است. حفاظت از میراث فرهنگی برای متعادل ساختن حیات انسان‌ها و دستیابی به توسعه پایدار و سازمان‌یافته که روند تکامل تمدن بشری را در پی خواهد داشت از چنان اهمیتی برخوردار است که یک پویش عمومی، جهانی و دولتی را می‌طلبد. حفاظت از میراث فرهنگی در طول قرن نوزدهم به دغدغه سیاسی، فرهنگی و اجتماعی تعداد زیادی از کشورهای جهان تبدیل شد. در این راستا به دلیل غنا و قدمت آثار تاریخی ساخته‌شده مستقر در اروپا، کشورهای اروپایی از جمله فرانسه، ایتالیا و انگلیس از نخستین کشورهایی بودند که هر کدام به روش خاص خود به حفاظت از بناهای باستانی علاقه نشان داده و در جنبش حفاظت پیشگام بوده‌اند. کشور انگلیس به این دلیل مورد پژوهش حاضر قرار گرفته است که این کشور اروپایی با دارا بودن بافت‌های تاریخی منحصر به فرد، کشوری پیشتاز و موفق در عرصه صیانت از میراث فرهنگی بوده و با داشتن اصول و رویه‌های به‌روز و کارآمد و با فعال بودن جنبش‌های عمومی حفاظت می‌تواند الگوی مناسبی برای مطالعه تطبیقی برای نظام حقوق میراث فرهنگی کشور ایران باشد. بین سال‌های ۱۹۰۰ تا ۱۹۵۰ میلادی، دولت انگلستان یک نظام حفاظتی را تأسیس کرد که به موجب این اقدامات می‌توان گفت یک کشور مدرن را با ریشه‌های عمیق تاریخی و روستایی تأسیس کرده است.^۲

آنچه مورد مطالعه پژوهش حاضر است بررسی نظام حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول است. منظور از میراث فرهنگی غیرمنقول در مقابل آثار فرهنگی منقول، آثاری است که یا ذاتاً قابل نقل و انتقال از محلی به محل دیگر نیستند یا به واسطه عمل انسان به صورت غیرمنقول در می‌آید به نحوی که نقل و انتقال آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن است»^۳

1-Hodder, I. Cultural heritage rights: From ownership and descent to justice and well-being. *Anthropological Quarterly*, 2010, 83(4), pp.861-882

2-Miele, C. "Men from the Ministry. How Britain Saved Its Heritage", 2014, pp.294 .

3-Room, I. X. "Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage", 1972, pp.10

بنابراین ذکر این نکته برجسته می‌نماید که حمایت از میراث فرهنگی منقول نظیر اشیای عتیقه و موزه‌ها و یا میراث فرهنگی ناملموس یا معنوی نظیر آثار فولکلوریک و سنت‌ها از دامنه شمول پژوهش حاضر خارج بوده و خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل باشد.

منظور از حفاظت از میراث فرهنگی در این مطالعه، فرآیندی است که از گذر آن آثار تاریخی فرهنگی شناسایی شده، ثبت شده، نگهداری شده و در صورت لزوم مرمت می‌شود. در این راستا پرسش‌های متعددی مطرح می‌شود. میراث فرهنگی غیرمنقول در نظام حقوقی کشور انگلیس و ایران چه طیفی را شامل می‌شود و چه آثار بر دسته بندی آثار غیرمنقول مترتب است؟ اصول انگلیسی حفاظت چیست و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران به چه نحو است؟ چه نهادهایی در کشور انگلیس و ایران در جنبه‌های متعدد حفاظت مداخله داشته و در هر دو کشور غلبه با فعالیت کدام یک از انواع نهادهای درگیر است؟

این نوشتار در قالب مطالعه تطبیقی تلاش کرده است به سوالات فوق پاسخ می‌دهد. مقاله در سه گفتار تنظیم شده است که بخش اول به بررسی انواع میراث فرهنگی غیرمنقول و بخش دوم به جایگاه اصول حاکم بر حفاظت و بخش سوم به واکاوی نقش نهادهای مؤثر در حفاظت در دو نظام حقوقی انگلیس و ایران پرداخته است.

گفتار اول. انواع میراث فرهنگی غیرمنقول در انگلستان و ایران

در یک تفسیر موسع، آثار فرهنگی غیرمنقول بر تمامی محوطه‌های تاریخی اعم از مسایط و مناطق باستان شناختی، شهرها و روستاهای تاریخی، ساختمان‌ها و بناهای تاریخی، باغ‌ها و پارک‌های تاریخی، آرامستان‌های تاریخی، اماکن مذهبی تاریخی، میادین جنگی تاریخی، حمام‌های تاریخی و هر گونه بنای یادمانی که یا ارزش تاریخی داشته یا به‌خاطر تاریخ هنر و معماری جزء میراث فرهنگی به شمار می‌رود، صدق می‌کند. تعریف، تعیین و شناسایی معیارها و مصادیق میراث فرهنگی غیرمنقول در هر کشوری جهت برخورداری از نظام حفاظت با توجه به مقررره گذاری آن کشور صورت می‌گیرد.

بند اول . میراث انگلیسی و معیارها

یکی از نکات برجسته در نظام انگلیس، شناسایی طیف گسترده‌ای از انواع میراث فرهنگی غیرمنقول است. در این کشور میراث فرهنگی غیرمنقول جهت ثبت در فهرست آثار ملی انگلیس^۱ به پنج دسته تقسیم می‌شوند: بناهای تاریخی^۲، یادگارهای تاریخی^۳، میدان‌های نبرد^۴، پارک‌ها و باغ‌های تاریخی^۵، کشتی‌های شکسته^۶. این تقسیم‌بندی از آن جهت مهم است که شناسایی و ضوابط ثبت هر یک از آثار و همچنین نهادهای درگیر با حفاظت را از یکدیگر متمایز می‌نماید.

۱. بناهای تاریخی

در حقوق میراث فرهنگی بریتانیا بناهایی می‌توانند ثبت و فهرست شوند که یا دارای ارزش تاریخی بوده یا از معماری ویژه‌ای برخوردار باشند. پس از فهرست شدن، سامانه برنامه‌ریزی ویژه‌ای بر آنها اعمال می‌شود تا برای نسل‌های آینده باقی بمانند. هرچه بنا قدیمی‌تر باشد و نمونه‌های آن کمتر، بنا ارزش ثبتی بیشتری پیدا می‌کند. به عنوان قاعده‌ای کلی، آثاری که قدمشان به پیش از ۱۷۰۰ میلادی می‌رسد قابلیت ثبت شدن دارند. بیشتر آثار ایجاد شده بین ۱۷۰۰ تا ۱۸۵۰ میلادی نیز دارای همین ویژگی هستند. گزینش بناهایی که پس از ۱۹۴۵ میلادی هستند باید با احتیاط صورت گیرد و اغلب آثاری که کمتر از ۳۰ سال عمر دارند، به طور معمول ثبت نمی‌شوند تا گذر زمان اهمیت بیشتر آنها را نشان دهد.^۷

لازم به ذکر است که ثبت بناهای تاریخی به معنای آن نیست که آن آثار به هیچ‌وجه قابل دگرگونی نیست؛ بلکه به این معنی است که پس از ثبت، هرگونه دگرگونی در آن نیازمند «مجوز و پروانه بناهای تاریخی»^۸ ثبت شده از سوی مراجع دولتی صالح است. در واقع مالک بنا می‌تواند از آنها بهره‌برد و آنها را دگرگون و حتی تخریب کند، اما باید از نهادهای ذی‌ربط و ناظر مجوز مربوط را بگیرد.

1-the National Heritage List for England

2-Listed Building .

3-Scheduled Monuments .

4-Registered Battlefields .

5-Registered Parks & Gardens .

6-Protected Wreck Sites .

7-<https://historicengland.org.uk/listing/the-list/about-the-list> .

8-listed building consent

۲. یادگارهای تاریخی

یادگارهای تاریخی از سنگ‌های ایستاده ماقبل تاریخ و گوردخمه‌ها گرفته تا انواع مختلف سایت‌های قرون وسطایی، قلعه‌ها، صومعه‌ها، مزارع متروکه و روستاها را در بر می‌گیرد.

فهرست‌کردن یادگارهای تاریخی^۱ قدیمی‌ترین شکل پاسداری از میراث فرهنگی در انگلستان بوده است. این فرآیند در انگلستان از سال ۱۹۱۳ میلادی آغاز شد و البته حمایت از این آثار با تصویب «قانون حفاظت از یادگارهای باستانی»^۲ مصوب ۱۸۸۲ شروع شده بوده است.^۳ در حال حاضر مبنای قانونی فهرست‌کردن یادگارهای تاریخی، قانون یادگارهای باستانی و مناطق باستان‌شناسی^۴ مصوب ۱۹۷۹ میلادی است.

هر شخصی می‌تواند ثبت یک یادگار تاریخی را به دپارتمان دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش پیشنهاد دهد، هرچند خود این نهاد، ابتدا به ساکن نیز می‌تواند این فرآیند را آغاز کند. در این فرآیند سایت‌های باستان‌شناسی که دارای ارزش بسیار هستند و نیازمند مدیریت دقیق‌تر هستند شناسایی و ثبت می‌شوند. اصل بر این است که این بناها به همان شکلی که در حال حاضر وجود دارند، به نسل‌های بعدی نیز منتقل شوند و دگرگونی در آنها بسیار به‌ندرت باید روی دهد. ملاک شناسایی ارزش یادگارهای تاریخی برای قرار گرفتن در فهرست آثار ملی عبارت از دوره زمانی، نادر بودن، ارزش‌های جمعی، شرایط و باقی‌ماندن آن، آسیب‌پذیری، ظرفیت و یافته‌ها و مدارک^۵ است.

۳. پارک‌ها و باغ‌های تاریخی

این نوع آثار عبارت از باغ‌ها، زمین‌ها و فضاهای باز شهری است. بیشتر این مکان‌ها به بخش خصوصی تعلق دارند اما در عین حال گورستان‌های عمومی و باغ‌های عمومی نیز دسته‌بزرگی را تشکیل می‌دهند. حتی باغ بیمارستان‌ها نیز این قابلیت را دارند که ثبت شوند. عمل ثبت این مکان‌ها از طرف دولت برعهده «کمیسیون بناها و یادگارهای تاریخی انگلستان» است. هدف از ثبت فراهم کردن امکانات کافی برای پاسداری و محافظت از این

1-Scheduled Monuments

2-Ancient Monuments Protection Act .

3-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/scheduled-monuments> .

4-Ancient Monuments and Archaeological Areas Act of 1979 .

5-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/scheduled-monuments>

بناها است. ثبت این دسته از آثار باعث می‌شود که ارزش این بناها شناخته شود و مالکان نیز از اهمیت آنها آگاه شده و به نحو بهتری از آنها مراقبت کنند.^۱

۴. میدان‌های نبرد

مهم‌ترین عامل برای شناسایی و ثبت یک میدان نبرد، اهمیت تاریخی نبرد خواهد بود. میادین جنگ به طور مکرر زمینه‌ساز نقاط عطف مهمی در تاریخ انگلیس بوده است. به عنوان مثال، نبرد هاستینگز در سال ۱۰۶۶ منجر به فتح نورمن شد، درحالی‌که جنگ‌های داخلی در اواسط قرن هفدهم نقش سلطنت و پارلمان را تغییر داد و دلیل ثبت میادین مربوط به این دو جنگ، اهمیتی است که این دو جنگ در تاریخ سیاسی این کشور داشته‌اند.

مهم‌ترین نکته برای ثبت بنا آن است که نبرد روی داده در آن مکان، دارای اهمیت بسیاری بوده و نقطه عطفی در تاریخ انگلستان به شمار بیاید، مانند جنگ‌های مدنی و نبرد هاستینگز.^۲ این مناطق نیز الزاماً در معرض دید عموم قرار ندارند و اگر مالک خصوصی وجود داشته باشد، باید با او برخی هماهنگی‌ها انجام شود.^۳

۵. کشتی‌های شکسته حفاظت‌شده

قانون حفاظت از کشتی‌های شکسته^۴ این امکان را به وزیر داده است که محدوده اطراف کشتی‌ها را به عنوان میراث تاریخی شناسایی کرده تا از دخالت در آنها جلوگیری شود. گمان می‌رود این منطقه حفاظت‌شده، دارای بقایای کشتی و محتویات ارزشمند تاریخی آن باشد. کمیسیون بناها و یادگارهای تاریخی انگلستان عملیات‌های غواصی بسیاری را به منظور گردآوری داده‌های بیشتر در مورد این مکان‌ها و آثار تاریخی انجام داده است. این عملیات‌های غواصی دارای این خاصیت است که می‌تواند از کاوش‌های غیرقانونی جلوگیری کرده و برای منطقه عواید اقتصادی داشته باشد.^۵

1-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/registered-parks-and-gardens>

2-Battle of Hastings .

3-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/registered-battlefields> .

4-The Protection of Wrecks Act 1973

5-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/protected-wreck-sites> .

بند دوم. میراث ایرانی و معیارها

در نظام حقوق میراث فرهنگی ایران آثار غیرمنقول به دسته‌های خاصی تقسیم نشده است. بلکه طبق قانون راجع به حفظ آثار ملی، کلیه ابنیه و اماکنی که تا اختتام دوره زندیه در مملکت ایران احداث شده باشد را می‌توان از آثار ملی ایران محسوب و تحت حفاظت و نظارت دولت قرار داد.^۱ از سویی ماده واحده قانون ثبت آثار ملی ۱۳۵۲ صراحتاً بیان می‌کند که «اموال غیرمنقولی را که از نظر تاریخی یا شئون ملی واجد اهمیت است صرف نظر از تاریخ ایجاد یا پیدایش آن می‌توان در عداد آثار ملی به ثبت رساند».

علاوه بر آن، دستورالعمل وزارت میراث فرهنگی مبنی بر «ثبت اثر واجد ارزش تاریخی فرهنگی» مصوب ۱۳۹۸/۹/۴ به معرفی برخی از مصادیق آثار غیرمنقول واجد ارزش تاریخی فرهنگی جهت ثبت در فهرست ذی‌ربط آثار ملی پرداخته است. طبق این دستورالعمل اثر واجد ارزش فرهنگی و تاریخی، اثری است که برخوردار از ارزش‌های محلی و منطقه‌ای به لحاظ فرهنگی یا تاریخی باشد. این آثار می‌تواند شامل تک بنا، محدوده یا مجموعه چند بنا، گذر، معبر، خیابان، بافت کالبدی، مکان رخداد یا یک منظر طبیعی و فرهنگی باشد.

گفتار دوم. جایگاه اصول حاکم بر حفاظت از میراث فرهنگی

در نظام حقوقی حفاظت از میراث فرهنگی انگلستان نهاد «انگلیس تاریخی»^۲ که یک نهاد عمومی غیردولتی است، اسنادی را با عنوان «اصول حفاظت، سیاست‌ها و اسناد راهنما» منتشر می‌نماید که این اصول باید توسط تمام نهادهای مقررگذار و تصمیم‌گیرنده در حوزه حفاظت از محیط تاریخی و همچنین توسط تمام اشخاص ذی‌ربط و ذی‌نفع در حوزه میراث فرهنگی رعایت شوند و به عبارتی تمامی دستورالعمل‌ها و سیاست‌های مرتبط با حوزه میراث فرهنگی باید منطبق با این اصول باشند.

اگرچه در نظام حفاظت از میراث فرهنگی ایران تا کنون اصولی تحت عنوان اصول حفاظت توسط نهادهای ذی‌صلاح تدوین نشده است؛ اما با مطالعه در قوانین و مقررات موجود می‌توان هنجارهایی را استخراج نمود که پابندی بدان بر همه افراد اعم از تصمیم

۱. قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۱۹، ماده ۱

گیرندگان، مردم و ذی‌نفعان الزامی است. در قسمت بعدی سه اصل مهم ناظر بر نظام حفاظت از میراث فرهنگی انگلیس را در پرتو سند اصول حفاظت مصوب سال ۲۰۰۸ بیان کرده و سپس به فراخور هر اصل به بازشناسی آن در نظام حقوقی ایران پرداخته خواهد شد.

بند اول. عمومی بودن^۱

این اصل در حقوق انگلستان متضمن این مفهوم است که محیط‌های فرهنگی واکنشی است که نسل‌های گذشته نسبت به دنیای اطراف خود نشان داده‌اند و مهارت‌ها و آمال آنها را شکل می‌بخشد. به همین دلیل اندوخته‌ای برای نسل‌های بعدی به شمار می‌آید.^۲ طبق این اصل میراث فرهنگی باورها، سنت‌ها و دانش جوامع مختلف بشری را بازتاب می‌دهند و این امر به محیطی که مردم در آن زندگی می‌کنند، ارزش بیشتری می‌دهد و برای انسان حس تداوم و امتداد و هویت را فراهم می‌کند، به عبارت دیگر میراث فرهنگی، ذخیره‌ای اقتصادی و اجتماعی برای عموم مردم است؛ بنابراین هر نسلی باید به گونه‌ای از آن بهره‌برد که نسل‌های دیگر نیز بتوانند از آن میراث استفاده کنند. این میراث فارغ از نوع مالکیت، به منفعت عمومی مرتبط است؛ در نتیجه حتی مالکین خصوصی میراث و دارایی‌های فرهنگی نیز باید از پشتیبانی و رایزنی بخش عمومی بهره‌مند شوند^۳؛ چراکه هر آنچه عنوان میراث فرهنگی بر آن صدق کند صرف‌نظر از نوع مالکیت آن، منبعی عمومی است و حتی مالکیت خصوصی نیز نمی‌تواند حق بهره‌مندی عموم مردم از میراث فرهنگی را خدشه‌دار نماید.

با بررسی نظام حقوقی ایران می‌توان مفهوم عمومی بودن میراث فرهنگی را استنتاج نمود. طبق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ ایران حفظ محیط زیست و حفاظت

1-Historic England. Conservation Principles, Policies and Guidance for the Sustainable Management of the Historic Environment, England Heritage, 2015, p. 19

Downloaded at: HistoricEngland.org.uk/advice

همچنین ن. ک:

Blake, Janet. Cultural Heritage Law and Policy, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 275

2-Ziegler, K. S. [Cultural heritage and human rights.] Alberico Gentili: La Salvaguardia Del Beni Culturli Nel .

Diritto Internazionale, Giuffrè Milano, ed. 2007 , pp.1

3-Drury, P. McPherson, A., & Heritage, E. "Conservation principles: policies and guidance for the sustainable management of the historic environment".2008 pp.2

از منابع طبیعی و میراث فرهنگی جزء امور حاکمیتی محسوب می‌شود. طبق این ماده: «امور حاکمیتی آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود»، نص این ماده بیان‌گر این است که میراث فرهنگی منبعی عمومی به شمار می‌آید که از یک سو همه مردم باید از آن بهره‌مند شوند و بدان دسترسی داشته باشند و از دیگر سو، حفاظت از آن نیز نه تنها وظیفه دولت است بلکه عمومی بودن آن موجب می‌شود که مردم را نیز در حفاظت شریک بدانیم.

بند دوم. مشارکت مردمی^۱

یکی از مصادیق حقوق فرهنگی مشارکت مردم در زندگی فرهنگی است. در این راستا اسناد بین‌المللی حقوق بشر از جمله ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶، حق مشارکت در زندگی فرهنگی را برای هر فرد به رسمیت می‌شناسد. در خصوص مشارکت در حقوق میراث فرهنگی مصداق بارز آن مشارکت شهروندان در صیانت از میراث فرهنگی است. سازمان یونسکو این رویکرد را که می‌کوشد تا حد ممکن افراد جامعه را در سطوح مختلف در فرآیند پاسداری از میراث فرهنگی درگیر کند، «رویکرد جمعی» می‌نامد.^۲ در نظام حقوقی انگلستان مشارکت مردمی در حفاظت از میراث فرهنگی به عنوان یک اصل در ابعاد گوناگون حفاظت حاکم است.

به عبارتی بخش داوطلبانه و مردمی نقش مهم و حیاتی در حفاظت از میراث فرهنگی انگلستان ایفا می‌نماید. هرساله صدها هزار نفر از مردم، برای حفاظت از میراث فرهنگی داوطلب می‌شوند. دولت انگلستان مدت زمانی طولانی است که سهم بزرگ و جایگزین‌نشدنی را برای سازمان‌های داوطلبانه در حفاظت از میراث، به رسمیت می‌شناسند. زمینهٔ بریتانیایی حمایت از میراث فرهنگی، مبتنی بر مشارکت عمومی فعال به خصوص از طریق جنبشی موسوم به جنبش جوامع ملی امید است.^۳ هدف این رویکرد که بر مشارکت مردم در حمایت از میراث فرهنگی از طریق حفظ، احیا، نگهداری، تکیه دارد، ارتقاء کیفیت زندگی فرهنگی مردم می‌باشد و در حقیقت تبلور اصل عمومی بودن میراث فرهنگی است.

1-Ibid., p. 20

2-Camuffo, D. "Microclimate for Cultural Heritage: Measurement, Risk Assessment, Conservation, Restoration, and Maintenance of Indoor and Outdoor Monuments". Elsevier.2009. pp.13

۳. چراغچی، سوسن، استانداردها، اصول و منشورهای بین‌المللی حفاظت، قوانین و فنون حمایت و حفاظت از آثار باستانی، نشریه اثر، تابستان و پاییز ۱۳۷۷، شماره ۳۱ و ۳۲. ص ۱۳۴.

در انگلستان از آنجا که میراث فرهنگی منبعی عمومی تلقی می‌شود؛ بنابراین تمام مردم باید بتوانند از دانش خود برای پاسداری از میراث فرهنگی استفاده کنند و در تصمیم‌گیری درباره حفاظت و صیانت از میراث فرهنگی از طریق ابزارهای قانونی که در دسترس و فراگیر هستند، مشارکت داده شوند. اصل مشارکت مردم در پاسداری از میراث فرهنگی خود دارای اصولی است. درواقع از یک‌سو باید به تمام افراد، فرصت برابر، جهت مشارکت در صیانت از میراث فرهنگی داده و از سوی دیگر بسترهای مشارکت فعال و شفاف مردم در انواع زمینه‌های حمایتی از میراث فرهنگی از سوی دولت فراهم شود؛ به عبارتی این مشارکت باید همراه با قدرت‌دهی به افراد جامعه باشد. مهم‌ترین جلوه این اصل مشارکت مردم در فرایند شناسایی و نامزد کردن میراث واجد شرایط ثبت در فهرست آثار ملی انگلستان است. جلوه دیگر این اصل در خصوص مشارکت مالکین خصوصی بناهای تاریخی فرهنگی ثبت شده در فرایند دگرگونی آثار توسط مالکین است. پس از ثبت، هرگونه دگرگونی در بناهای تاریخی نیازمند «مجوز و پروانه بناهای تاریخی»^۱ ثبت شده است. مالک بنا می‌تواند از آنها بهره‌برد و آنها را دگرگون و حتی تخریب کند، اما باید از نهادهای ذی‌ربط و ناظر مجوز مربوط را بگیرد.^۲

در نظام حقوق ایران طبق بند ۲۰ قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی، تشویق مردم به مشارکت در فعالیتهای مربوط به شناسایی، حفظ و احیاء میراث فرهنگی و نظارت بر آن از وظایف وزارت میراث فرهنگی کشور است؛ علاوه بر آن، فرایند حفاظت و احیاء محدوده‌های تاریخی فرهنگی، به‌عنوان موضوعی چندوجهی و فرابخشی، نیازمند مشارکت و حضور تمامی دستگاه‌ها و کنش‌گران مرتبط و مؤثر، متشکل از دستگاه‌ها و نهادهای ذی‌ربط، نمایندگان سازمان‌های مردم‌نهاد و دانشگاهیان است.^۳

همچنین حق مشارکت در زندگی فرهنگی که یکی از مصادیق آن شرکت در حقوق میراث فرهنگی است در ماده ۹۹ منشور حقوق شهروندی ۱۳۹۴ ریاست جمهوری ایران به رسمیت شناخته شده است. «شهروندان حق دارند از امکانات لازم برای مشارکت در حیات فرهنگی خود و همراهی با دیگر شهروندان از جمله در تأسیس تشکلهای، انجمن‌ها، برپایی آیین‌های دینی و قومی و آداب و رسوم فرهنگی با رعایت قوانین برخوردار باشند»

1-listed building consent

2-Spiridon, P., & Sandu, I. "Conservation of cultural heritage: from participation to collaboration." ENCATC Journal . of Cultural Management and Policy, 5(1), 43-52 2009, pp.46

۳. سند واحد حفاظت از بافت‌های تاریخی - فرهنگی و رویکردهای کلی حفاظت و احیای محدوده‌های تاریخی، مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، ۱۳۹۶/۳/۱۰، بند ۱۰.

علی‌رغم شناسایی حق مشارکت مردم در پاسداری از میراث فرهنگی در اسناد ملی گوناگون، نظام حاکم بر میراث فرهنگی ایران شاهد مشارکت مردمی فعال در صیانت از میراث فرهنگی نبوده و می‌توان گفت قاطبه مردم در این بعد از زندگی فرهنگی مشارکت ندارند. موانع زیادی برای مشارکت مردم در صیانت از میراث فرهنگی در کشور ما وجود دارد. از یک سو عدم نقش بخشیدن در عمل به مردم توسط دستگاه‌های اجرایی و از سوی دیگر واقف نبودن مردم به گفتمان میراث فرهنگی و اهمیت آن در ابعاد گوناگون زندگی اجتماعی و ارتقای هویت ملی و غنای فرهنگی کشور عامل عدم مشارکت مردم در نظام حمایت از میراث فرهنگی ایرانی است. همچنین عدم توجه حکمرانان کشور به اهمیت اقتصادی میراث فرهنگی، مشارکت مردمی را در صیانت کمرنگ‌تر نموده است. درحالی‌که میراث فرهنگی در انگلستان، ستون اقتصاد است و بخش بزرگی از تولید ناخالص داخلی آن کشور را دربرمی‌گیرد. به عبارتی انگلیسی‌ها مدیریت و نگهداری میراث را صرفاً به یک نهاد ملی منتقل نکرده‌اند، بلکه مدل انگلیسی حمایت از میراث فرهنگی، افراد جامعه را از نزدیک درگیر نموده و به جوامع محلی اختیارات گسترده‌ای را در این خصوص اعطا می‌کند.^۱

بند سوم. حفاظت مؤثر و کارآمد^۲

این اصل خود بر چهار مولفه حفظ هر چه بیشتر میراث فرهنگی، عقلایی بودن تصمیمات اداری، رعایت اصل تناسب و شفافیت در فرایند دگرگونی در محیط‌های تاریخی فرهنگی استوار است.

رویکرد بریتانیایی حفاظت از میراث فرهنگی بر حفظ اهمیت هرچه بیشتر محیط‌های تاریخی فرهنگی تکیه دارد. همواره و در تمام محیط‌های تاریخی دگرگونی در مکان‌های تاریخی امری اجتناب‌ناپذیر است. دگرگونی و تغییر گاه می‌تواند ناشی از فعل طبیعت، استفاده از آنها و دگرگونی‌های اجتماعی و اقتصادی باشد. آنچه این اصل بر آن دلالت دارد این است که دگرگونی در محیط‌های تاریخی اعم از مرمت و احیا باید به گونه‌ای مدیریت شوند که نخست، بنا یا چشم‌انداز تاریخی و فرهنگی بتواند ارزش‌های خود را حفظ کند. این امر یکی از استلزامات توسعه پایدار به شمار می‌آید.^۲ بنابراین هر آنچه در فهم اهمیت

1-Jureniene, V., & Radzevicius, M. "MODELS OF CULTURAL HERITAGE", 2014, pp.250

2-Ibid., p. 22 .

3-United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Managing Cultural World Heritage Paris, 2013, .

P. 19

محیط فرهنگی، شهروندان را یاری دهد باید در مدیریت و حفاظت از محیط‌های میراثی مد نظر قرار گیرد.^۱ این رویکرد هرگونه اقدامی در راستای تغییر مکان‌های تاریخی تنها در حالتی مجاز است که فهم مردم را از میراث گذشتگان بهتر کند یا ارزش‌های مکان را تقویت کند یا برای حفظ ارزش‌های این مکان برای نسل حاضر یا آینده ضروری باشد و ضررهای احتمالی کمتر از منافع آن باشند. در واقع احترام به بافت بنا و یکپارچگی و اصالت آن یکی از مهم‌ترین اصول حفاظت مؤثر و کارآمد است. به همین دلیل تصمیم‌گیری دربارهٔ دگرگون کردن محیط‌های فرهنگی نیازمند به کارگیری تجربه، تناسب و مهارت در فرایندی منسجم و شفاف از سوی سیاست‌گذاران عمومی است.

برای نمونه در خصوص مرمت و تغییر در ابنیه کلیساهای تاریخی نهاد تصمیم‌گیرنده، هنگام بررسی کارهای پیشنهاد شده، باید به‌طور خاص وظیفه داشته باشد که همراه با سایر عوامل، مطلوبیت حفظ ابنیه کلیسایی فهرست شده، اهمیت حفاظت از ویژگی‌های خاص تاریخی، باستان‌شناسی، معماری یا منافع هنری و هرگونه تأثیرات احتمالی مضر ناشی از کارهای مزبور به محیط کلیسا را در نظر بگیرد.^۲

اصل عقلایی‌بودن تصمیمات مقامات اداری در حقوق انگلستان ایجاب می‌نماید که ابعاد و دامنهٔ ارزیابی مسئله باید به قدری قوی باشد که تصمیم مقام اداری جهت دگرگونی در محیط تاریخی را توجیه کند؛ علاوه‌بر آن تعارض‌های ممکن بین حفظ این آثار و سایر منافع عمومی باید از طریق یافتن ابزاری که صدمه رساندن به این اهداف را به حداقل برساند، تاحدممکن کم شوند. اگر تعارض اجتناب‌ناپذیر باشد، ارزشی که به میراث فرهنگی در تصمیم‌گیری داده می‌شود باید با اهمیت مکان و تأثیر دگرگونی بر این اهمیت در تناسب باشد.^۳

در نظام حقوقی ایران در راستای اصل حفاظت مؤثر و سازنده از میراث فرهنگی می‌توان جلوه‌های این اصل را در اصل ۸۳ قانون اساسی ایران مشاهده نمود. این اصل بیان می‌کند: «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی است قابل انتقال به غیر نیست مگر

1-Historic England, Conservation Principles, Policies and Guidance for the Sustainable Management of the Historic Environment, England Heritage, Op. Cit, p. 22

2-Doe, N, Law and Religious Cultural Heritage in Europe: springer international publishing Switzerland, 2014, . pp.168

3-Ibid, p. 23 .

با تصویب مجلس شورای اسلامی آن هم در صورتی که منحصر به فرد نباشد». هرچند قانون اساسی ملاک و معیاری جهت معرفی «نفایس ملی» و «منحصر به فرد» ارائه نداده است اما با مراجعه به سخنان نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در جریان تصویب این اصل، می‌توان برخورداری یک اثر از ارزش فرهنگی، را ملاک نفیس بودن اموال و بناهای مذکور در اصل فوق دانست.^۱ چنین ارزشی می‌تواند ناشی از ارزشی تاریخی باشد یا غیرتاریخی. به عبارتی ملاک و معیاری که می‌توان به عنوان نفیس بودن یک اثر ذکر نمود ارزشی است که آن اثر را از سایر آثار متمایز می‌نماید. در خصوص عبارت منحصر به فرد بودن نیز با توجه به سخنان شهید بهشتی نایب رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، روشن می‌گردد که منظور از نفایس منحصر به فرد، نفایسی هستند که تنها یک مصداق و نمونه از آنها وجود داشته باشد. همچنین در راستای حفاظت فیزیکی نظیر مرمت و بازسازی محدوده‌های تاریخی - فرهنگی کشور، لزوم حفظ اصالت و یکپارچگی اثر از اهمیت وافری برخوردار است. در خصوص اصل حفاظت یکپارچه باید گفت که اصالت و یکپارچگی در همه ابعاد فرایند حفاظت و احیاء محدوده‌ها و بافت‌های تاریخی ضروری است.^۲ در این راستا تعمیر، مرمت و تجدید بنا یا تزیینات اثر تاریخی از سوی مالک آن نیازمند اخذ مجوز از وزارت میراث فرهنگی است و این نهاد اجازه انجام عملیاتی را که سبب تزلزل بنیان بنا یا تغییر ظاهر آن شود را نخواهد داد و از سوی دیگر مالک اثر حق جلوگیری از اقدامات حفاظتی دولت نسبت به اثر را ندارد.^۳ جلوه‌های دیگر در راستای حفاظت سازنده در نظام حقوقی ایران را می‌توان در تعیین نوع کاربری مناسب بناهای تاریخی دانست. تعیین نوع کاربری و بهره‌برداری متناسب با شأن بناهای تاریخی با وزارت میراث فرهنگی است.^۴ در این خصوص نه تنها دولت موظف به حفظ کاربری بناهای تحت مالکیت و تولید است بلکه مالکین خصوصی آثار تاریخی، نظیر خانه‌های تاریخی نیز تنها در حدود کاربری‌های مجاز

۱. تقی زاده، احمد، بررسی اصل هشتاد و سوم موضوع جلسات ۳۳ و ۳۴، سلسه جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ص ۲۹-۳۲

۲. سند واحد حفاظت از بافت‌های تاریخی - فرهنگی و رویکردهای کلی حفاظت و احیای محدوده‌های تاریخی، (مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، ۱۳۹۶/۳/۱۰ بند ۵)

۳. عباسی، بیژن، **حقوق و تکالیف مالکان خصوصی آثار ثبت شده در فهرست آثار ملی**، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۹۹، ص ۳۰

۴. بند (چ) از ماده ۱ قانون حمایت از مرمت و احیاء بافت‌های تاریخی فرهنگی ۱۳۹۸ مقرر می‌دارد که کاربری متناسب به معنی «حفظ و ارتقاء هویت و ارزش‌های اثر با بهره‌گیری از ظرفیت‌ها و مزیت‌های تاریخی، فرهنگی و طبیعی و همچنین اجتماعی - اقتصادی آن برای پاسخ‌گویی به نیازهای معاصر وفق ضوابط و مقررات و قوانین ناظر به موضوع است».

تعیینی از سوی وزارت میراث فرهنگی می‌توانند از اثر تاریخی استفاده نمایند. در این راستا هرگونه تغییر در نحوه استفاده از اثر بدون گرفتن مجوز از وزارتخانه یاد شده به عنوان تغییر غیرمجاز کاربری در قانون تعزیرات جرم‌انگاری شده است.^۵

گفتار سوم. نهادهای مسئول و حدود صلاحیت آنها در حمایت از میراث فرهنگی غیرمنقول در انگلستان و ایران

در نظام انگلیسی حمایت از میراث فرهنگی، نوعی تمرکززدایی در امر حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول قابل مشاهده است؛ به این معناکه دولت مرکزی متشکل از «وزارت دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش» و «وزارت مسکن و جوامع محلی» به عنوان دو نهاد دولتی کلیدی، نقش مقرررگذاری را در این حوزه به عهده داشته و همچنین طیف گسترده‌ای از نهادهای غیردولتی و جوامع مدنی در فرآیند حمایت نقشی مؤثر ایفا می‌نمایند در نظام حقوقی ایران از آنجاکه حفاظت از میراث فرهنگی جزء امور حاکمیتی بوده، بنابراین وزارت میراث فرهنگی و ادارات تابع آن به صورت متمرکز حفاظت از میراث فرهنگی را به عهده داشته و نهادهای غیردولتی یا سازمان‌های مردم‌نهاد با طیف گسترده کارکردهای انگلیسی در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. در این گفتار به تبیین انواع نهادهای مؤثر در حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول و کارکردهای آن پرداخته خواهد شد.

بند اول. ساختارهای مؤثر در انگلستان

در انگلستان صدها نهاد و هزاران فرد وجود دارند که از میراث فرهنگی پاسداری می‌کنند. این نهادها طیف گسترده‌ای را شامل می‌شوند. برخی در سطح ملی و نهادهای دولتی تلقی می‌شوند. برخی دیگر نهادهای غیردولتی هستند که ماهیت مستقل از دولت داشته ولی توسط دولت حمایت مالی می‌شوند یا تحت نظارت دولت هستند و برخی نهادها نیز کاملاً مستقل از دولت بوده و جنبه داوطلبانه و رفاهی دارند.

۱. عباسی، بیژن، حقوق و تکالیف مالکان خصوصی آثار ثبت شده در فهرست آثار ملی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره چهارم، پاییز ۱۳۹۹، ص ۳۱.

۱. نهادهای دولتی

در سطح ملی سه نهاد دولتی بسیار مهم وجود دارند که در فرآیند پاسداری از میراث بریتانیایی مسئولیت دارند:^۱ دپارتمان دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش^۲؛ وزارت مسکن، جوامع و دولت محلی^۳؛ وزارت محیط زیست، خوراک و امور روستایی^۴.

الف. دپارتمان دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش

این نهاد مسئول اصلی سیاست‌گذاری درباره‌ی شناسایی، ضبط، پاسداری، نگهداری و ارتقاء میراث فرهنگی در انگلستان است. این نهاد مرکزی مسئول سیاست‌گذاری در زمینه هنر، رسانه، ورزش و محیط زیست تاریخی در انگلستان است؛ همچنین این نهاد منابع مالی دولت را برای حمایت از میراث فرهنگی فراهم کرده و مسئول شناسایی، حفاظت و تقویت محیط زیست تاریخی است.

تصمیم‌گیری درباره‌ی ثبت بناها و یادگارهای تاریخی،^۵ صادر کردن رضایتنامه‌ی یادگارهای تاریخی ثبت‌شده،^۶ کمک مالی به نهادهایی همچون کمیسیون بناها و یادگارهای تاریخی انگلستان و صندوق یادبود میراث ملی،^۷ تأمین مالی «هیئت امنای محافظت از کلیساهای تاریخی»، استفاده از صلاحیت انحصاری برای تصمیم‌گیری درباره‌ی مالکیت اجباری برخی از اموال تاریخی، انجام اقدامات اضطراری برای پاسداری از اثر تاریخی مبتنی بر قانون برنامه‌ریزی (بناهای فهرست شده و مناطق تحت حفاظت) ۱۹۹۰ و تعیین حریم حفاظتی^۸ مهم‌ترین مسئولیت‌های این نهاد مرکزی است.

ب. وزارت مسکن، جوامع و دولت محلی

این وزارتخانه وظیفه‌ی مهم فراهم کردن چهارچوب سیاست‌گذاری ملی^۹ در حوزه‌ی میراث فرهنگی را به عهده دارد. در این راستا جدیدترین سیاست‌گذاری این وزارتخانه در حوزه

1-<https://historicengland.org.uk/advice/hpg/publicandheritagebodies/nationalgovernment>

2-Department for Digital, Culture, Media and Sport (DCMS) .

3-Ministry of Housing, Communities & Local Government .

4-Department for Environment, Food and Rural Affairs .

5-monument .

6-scheduled monument consent .

7-National Heritage Memorial Fund .

8-conservation areas: s69(1)(a) Planning (Listed Building and Conservation Areas) Act 1990

9-National Planning Policy Framework (NPPF).

حفاظت مؤثر و سازنده مبتنی بر مشارکت مردم و توسعه پایدار مربوط به فوریه سال ۲۰۱۹ است. سیاست‌گذاری اخیر بر حفظ و ارتقاء دارایی‌های تاریخی از طریق رعایت اصول حفاظت سازنده از سوی مقامات دولتی، مقامات برنامه‌ریز محلی و تمامی مردم تأکید دارد.

همچنین بررسی امکان استفاده از صلاحیت انحصاری در صادر کردن اخطاریه اجرائی^۱ و اخطاریه اجرائی بناهای فهرست‌شده^۲، تأیید یا رد اخطاریه فروش اجباری^۳، تصمیم‌گیری درباره درخواست‌های رضایت توسعه^۴ برای پروژه‌های زیرساختی مهم ملی^۵ از کارکردهای مهم این نهاد دولتی در امر حفاظت است.

ج. دپارتمان محیط زیست، خوراک و امور روستایی

از آنجاکه بسیاری از محیط‌های کشاورزی در بریتانیا محوطه تاریخی بوده یا حریم محوطه‌های فوق می‌باشند، این نهاد مسئول برنامه‌ریزی برای محیط‌های کشاورزی تاریخی - فرهنگی است که در این خصوص حمایت از محوطه‌های فوق از طریق قرارداد بستن با کشاورزان و مالکان زمین‌ها جهت حفظ آن میراث از وظایف اصلی این نهاد دولتی است.

۲. نهادهای عمومی غیردولتی

در انگلیس بیشتر وظایف اجرایی در حمایت از میراث فرهنگی به‌عهده نهادهای غیردولتی با ماهیت عمومی است. این نهادها طیف گسترده‌ای داشته و تنوع نهادی را در نظام حمایتی این کشور به ارمغان آورده است.^۶

الف. نهاد انگلیس تاریخی^۷

نهاد انگلیس تاریخی (میراث انگلیسی^۸ سابق) یک نهاد غیردولتی عمومی است که توسط دپارتمان دیجیتال فرهنگ رسانه و ورزش، حمایت می‌شود و مشاور قانونی دولت در محیط

1-enforcement notice

2-a listed building enforcement notice .

3-compulsory purchase notices .

4-development consent applications .

۵. منظور از nationally significant infrastructure projects پروژه‌هایی هستند که برحسب قانون برنامه‌ریزی ۲۰۰۸ (Planning Act ۲۰۰۸) با به دست آوردن «رضایت توسعه» از وزارت وزارت مسکن، جوامع و دولت محلی می‌توانند بدون مجوزهای دیگر مرتبط با میراث فرهنگی مانند رضایتنامه یادگارهای تاریخی ثبت‌شده در آثار تاریخی دخل و تصرف کنند.

6-Ibid

7-Historic England

8-English Heritage

تاریخی است. مسئولیت‌های این نهاد در قانون میراث ملی (۱۹۸۳، ۲۰۰۲ اصلاح شده)^۱ تنظیم شده است. نهاد انگلیس تاریخی مسئولیت فهرست کردن و ثبت میراث فرهنگی انگلستان در فهرست آثار ملی را به عهده دارد که این وظیفه مهم از سوی دپارتمان دیجیتال فرهنگ، رسانه و ورزش به این نهاد اعطا شده است.

این سازمان به ادارات مهم دولتی در امور میراث و چگونگی تأثیر آن بر سیاست و قوانین مشاوره می‌دهد. نهاد انگلیس تاریخی همچنین اسناد راهنما اصول حفاظت را برای بخش عمومی و و مالکین خصوصی و تمامی ذی‌نفعان در زمینه حمایت از میراث فرهنگی به طور گسترده‌ای منتشر می‌نماید.

ب. تراست ملی برای مکان‌های دارای ارزش تاریخی یا زیبایی طبیعی^۲

تراست ملی، نهادی خیریه و مستقل از دولت است که اختیارات آن برحسب قانون تراست ملی^۳ ۱۹۰۷ مشخص شده است. شناسایی تهدیدات میراث فرهنگی غیرمنقول و همچنین سرمایه‌گذاری در میراث فرهنگی ملی از مهم‌ترین صلاحیت‌های این نهاد غیردولتی در پاسداری از میراث فرهنگی مربوط به ملت انگلستان است.^۴ در این راستا این نهاد مالکیت و مدیریت ۲۵۰ هزار هکتار از اراضی که دارای زیبایی ویژه و اهمیت تاریخی هستند و بیش از ۳۰۰ باغ و خانه تاریخی، یادگارهای باستانی و پارک‌های طبیعی را به عهده دارد. از آنجاکه عمده‌ترین میراث فرهنگی انگلیس متعلق به این نهاد است، این اموال به‌آسانی انتقال‌پذیر به نهادها یا افراد نیست و اگر نیاز به فروش بخش‌هایی از اموال این نهاد پیش بیاید باید با تصویب پارلمان همراه باشد.^۵

ج. کمسیون بناها و یادگارهای تاریخی انگلستان

این نهاد، یک نهاد عمومی غیردولتی^۶ است که بودجه آن را دپارتمان دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش فراهم می‌کند. بخشی از بودجه آن نیز توسط خدماتی که ارائه می‌دهد، به دست می‌آید. نهادهای عمومی غیردولتی در انگلستان نهادهایی هستند که جزء کابینه

1-National Heritage Act 1997

2-The National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty

3-National Trust Acts 1907 .

4-<https://historicengland.org.uk/advice/hpg/publicandheritagebodies/nt> .

5-Ibid .

6-non-departmental public body (NDPB) .

به شمار نمی‌آیند و وزیر مربوطه کمترین نظارت را بر آنها دارد؛ اما در عین حال در برابر اقدامات آنها به پارلمان نیز پاسخگو است. مسئولیت‌های این نهاد برحسب قانون میراث ملی ۱۹۸۳^۱ مشخص شده است. این نهاد گزارش‌های خود را از طریق دپارتمان دیجیتال، فرهنگ، رسانه و ورزش به پارلمان می‌فرستد. ۶۰ کمیسر دولتی بر اقدامات این نهاد نظارت دارند.^۲ این نهاد دارای لیستی از یادمان‌ها و بناهای تاریخی است که در دسترس همگان قرار دارد. بزرگترین آرشیو اطلاعات تاریخی به این نهاد تعلق دارد که نزدیک به ۱۰ میلیون سند را دربرمی‌گیرد. این نهاد همچنین فهرست کردن و ثبت ملی باغ‌ها و پارک‌ها و میدان‌های جنگ تاریخی را بر عهده دارد.^۳

د. جوامع کلیسای محلی و جوامع مرتبط

یکی از مهم‌ترین انواع بناهای تاریخی در انگلستان، سازه‌های مذهبی نظیر کلیساهای تاریخی است. به‌ویژه در رابطه با «کلیساهای جامع قرون وسطایی» انگلستان، که در برخی از مهم‌ترین مکان‌های باستان‌شناسی کشور قرار دارند و علاوه بر اهمیت باستانی و مذهبی خود، به دلیل اینکه اغلب در مکان‌هایی واقع شده‌اند که از ماقبل تاریخ نیز شاهد فعالیت‌های انسانی بوده‌اند، از اهمیت بالایی در میان انواع میراث فرهنگی غیرمنقول این کشور برخوردار می‌باشند.^۴

در انگلستان، کلیساهای جامع و ملحقات آنها مستقل از دولت هستند و از محل عواید موقوفات اداره می‌شوند. مسئولیت نگهداری میراث ابنیه کلیساها با جامعه کلیسایی محلی مربوطه است. با این حال مجموعه‌ای از طرح‌های بودجه‌ای وجود دارند که به‌طور درخور توجهی توسط نهادهای عمومی دولتی و غیردولتی حمایت می‌شوند؛ به عنوان مثال می‌توان از «هیئت امنای محافظت از کلیساها» که توسط اداره رسانه، فرهنگ و ورزش و شورای عمومی کلیسای انگلستان، تأمین مالی می‌شود و همچنین از «کمک هزینه‌های تعمیراتی» اعطایی توسط تراس است کلیساهای ملی، یا طرح «کمک‌های مالی برای کلیساهای جامع» میراث انگلستان و «طرح‌های اعطای کمک‌های مالی به اماکن فهرست‌شده عبادی» نام برد. همچنین مرمت و سایر امور مربوط به ابنیه متعلق به کلیسای انگلستان توسط «نظام

1-National Heritage Act 1983

2-<https://historicengland.org.uk/advice/hpg/publicandheritagebodies/eh> .

3-Ibid

4-Doe, N. Law and Religious Cultural Heritage in Europe : springer international publishing Switzerland, 2014, . pp.168

حوزه صدور احکام و مجوزهای کلیسا» اداره می‌شود^۱ درحالی‌که انجام تغییرات در کلیساهای جامع تحت مقررات جاری «تدابیر و اقدامات مراقبتی کلیساهای جامع» مصوب سال ۲۰۱۱ مدیریت می‌شود.^۲

۳. نهادهای داوطلبانه و انجمن‌های رفاهی

رویکرد مشارکتی حاکم بر نظام حمایت از میراث فرهنگی تاریخی انگلیسی ایجاب می‌نماید که در این کشور شاهد مشارکت هزاران سازمان مردم‌نهاد باشیم. بخش داوطلبانه نقش مهمی و حیاتی در حفاظت از میراث فرهنگی انگلستان ایفا می‌نماید. هر ساله صدها هزار نفر از مردم، برای حفاظت از میراث فرهنگی داوطلب می‌شوند. دولت انگلستان مدت بسیاری است که سهم بزرگ و جایگزین‌ناپذیری را که سازمان‌های داوطلبانه در حفاظت از میراث، از جمله از طریق سیستم برنامه‌ریزی، به رسمیت می‌شناسند. زمینه بریتانیایی حمایت از میراث فرهنگی مبتنی بر مشارکت عمومی فعال به خصوص از طریق جنبشی موسوم به جنبش‌ها یا جوامع ملی امید است.^۳ این رویکرد که بر مشارکت مردم در حمایت از میراث فرهنگی از طریق حفظ، احیاء، نگهداری، تکیه دارد هدفش درنهایت ارتقاء کیفیت زندگی فرهنگی مردم می‌باشد. مجمع یادگارهای باستانی،^۴ شورای باستانی شناسی انگلیسی،^۵ مجمع پاسداری از آثار تاریخی،^۶ گروه موسوم به گروه جرجی^۷، مجمع ویکتوریایی،^۸ مجمع سده بیستم و جوامع رفاهی ملی، اهم نهادهای مردم‌نهاد در پاسداری از میراث بریتانیایی محسوب می‌شوند که هریک وظیفه حمایت از دسته‌ای میراث فرهنگی خاص را به‌عهده دارند. در سال ۱۹۵۷ میلادی نیز نهاد تراست مدنی^۹ ایجاد شده تا بین این نهادها هماهنگی ایجاد کند.^{۱۰} بر طبق «توافق‌نامه»^{۱۱} رتق‌و‌فتق درخواست‌های میراثی ۲۰۱۵^{۱۲} نهادهای برنامه‌ریز

1-Mynors, C. Listed buildings, Conservation areas and monument. London: Sweet & Maxwell, 2006, pp.567

2-Hill, M, Ecclesiastical Law. Oxford: Oxford University, 2007, pp.220 .

3-The Ancient Monuments Society

4-The Council for British Archaeology .

5-The Society for the Protection of Ancient Buildings .

6-The Georgian Group .

7-The Victorian Society .

8-The Twentieth Century Society .

9-The National Amenity Societies .

10-The Civic Trust

11-<https://historicengland.org.uk/advice/hpg/publicandheritagebodies/amenitysocieties> .

12-Arrangements for handling heritage applications Direction 2015 .

محلی موظف هستند که برای تصمیم‌گیری در مورد تمامی درخواست‌هایی که مبتنی بر تخریب بخشی یا همه آثار ثبت شده هستند با نهادهای داوطلبانه و مردم‌نهاد مذکور مشورت کنند. شناسایی چنین حقی برای نهادهای مردم‌نهاد خود تبلور اصل مشارکت مردمی در نظام حمایت از میراث انگلستان است.

بند دوم. ساختار نهادهای مؤثر در ایران

۱. نهادهای دولتی

این بخش را وزارت میراث فرهنگی و حدود صلاحیت آن در حفاظت آغاز می‌نماییم.

الف. وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی

وزارتخانه میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی جدیدترین وزارتخانه ای است که در نظام حقوقی ایران به موجب قانون تشکیل وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی مصوب ۱۳۹۸/۵/۲۶ تأسیس شده است. هرچند قبل از این تاریخ نهاد متولی امر میراث فرهنگی سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری به‌عنوان یکی از نهادهای تحت نظارت معاونت ریاست‌جمهوری بوده اما با تصویب قانون فوق‌الذکر نهاد وزارتخانه متولی میراث فرهنگی و جنبه‌های گوناگون آن شده است. شناسایی، پژوهش و مستندسازی، معرفی، آموزش و ترویج حفاظت، احیاء و بهره‌برداری خردمندان از میراث فرهنگی (ملموس و غیرملموس)، اهتمام ملی و تقویت حس مسئولیت عمومی و جلب مشارکت همگانی در حمایت و صیانت، حفاظت، احیاء و بهره‌برداری خردمندان از میراث فرهنگی، طبیعی، تنوع فرهنگی، تنوع منظر و زیستی کشور از مهم‌ترین اهداف این نهاد در راستای حمایت از میراث فرهنگی است. در این راستا مهم‌ترین و مقدماتی‌ترین وظیفه حمایتی وزارتخانه شناسایی و ثبت آثار فرهنگی واجد شرایط در فهرست آثار ملی و فهرست‌های ذی‌ربط آثار ملی است.^۱ فرآیند ثبت آثار، نهادهایی را درگیر می‌می‌نماید که همگی از ارکان وزارت میراث فرهنگی هستند. این ارکان عبارت‌اند از شورای ملی آثار تاریخی و فرهنگی غیرمنقول، کمیته ثبت آثار تاریخی و فرهنگی غیرمنقول استان و کمیته بررسی اعتراض مالک به ثبت اثر؛ به عبارتی می‌توان گفت برخلاف کشور انگلیس که نهادهای متعدد غیردولتی، آثار را به فهرست آثار ملی وارد می‌کنند، در نظام حقوقی ایران صرفاً نهادهای دولتی این رسالت را به عهده دارند. به طوری که می‌توان گفت نظام حقوقی ثبت در کشور انگلیس با درگیر کردن نهادهای متعدد

۱. بند ۶ ماده ۳ قانون اساسنامه این سازمان مصوب ۱۳۶۷/۲/۱ مجلس شورای اسلامی.

غیردولتی ضمن تخصصی کردن عمل ثبت از طریق تعدد نهادهای در نهایت حمایت کارآمدتر و مؤثرتری را از میراث فرهنگی غیرمنقول در آن کشور به عمل می‌آورد.

ب. انجمن‌های میراث فرهنگی

انجمن‌های میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری نهادهای است دولتی، ملی - فرهنگی و غیرانتفاعی، وابسته به وزارت میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری که در مراکز استان‌ها، شهرستان‌ها، بخش‌ها و روستاها یا برای موزه‌ها و آثار تاریخی تشکیل می‌شود^۱ و هدف آن جلب حمایت مادی و معنوی مردم در راستای حمایت از میراث فرهنگی و مشارکت عموم مردم در زمینه حفظ احیاء و معرفی میراث فرهنگی کشور است. با سیری در وظایف و اختیارات انجمن‌های میراث فرهنگی مبتنی بر اساسنامه انجمن‌های میراث فرهنگی مصوب ۱۳۷۳/۷/۳ می‌توان مهم‌ترین وظایف این نهاد را ترغیب و تشویق مردم به حفظ و احیای میراث فرهنگی دانست که بی‌تردید شناسایی وظایفی حداقلی برای این نهاد وابسته به وزارت میراث فرهنگی یک ساختار اداری زائد و بدون ثمر را در حمایت از میراث فرهنگی ایرانی به ارمغان آورده است.

ج. سازمان اوقاف و امور خیریه

بخش شایان توجهی از میراث فرهنگی غیرمنقول ایران، میراث وقف است که گاه عمرشان به هزار سال نیز می‌رسد و نسبت به سایر آثار تاریخی کمتر در معرض نابودی و تخریب قرار گرفته‌اند.^۲ سازمان اوقاف و امور خیریه از آنجاکه نهادهای وابسته به وزارت ارشاد اسلامی است و سرپرست آن نه‌تنها منصوب وزیر ارشاد است بلکه برای تصدی برخی امور مازون از مقام ولایت فقیه است لذا نهادهای نزدیک و وابسته به دولت به شمار می‌رود. این نهاد از سویی شبیه نهاد «تراست ملی» در حقوق کشور انگلستان است؛ زیرا که تولید بناهای مذهبی تاریخی - فرهنگی به عهده این نهاد است. در این راستا از وظایف مهم این نهاد حفظ موقوفه تاریخی است. تعمیر و مرمت بقاع متبرکه تاریخی با اطلاع قبلی و نظارت وزارت میراث فرهنگی کشور و توسط سازمان اوقاف و امور خیریه انجام خواهد شد. طرح نگهداری و مراقبت از بقاع و اماکن متبرکه تاریخی از نظر تجهیزاتی و پرسنلی با هماهنگی وزارت میراث فرهنگ، توسط سازمان اوقاف و امور خیریه تهیه و به مورد اجرا گذاشته می‌شود؛^۳

۱. ماده ۱، اساسنامه انجمن‌های میراث فرهنگی مصوب ۱۳۷۳/۷/۳

۲. نظری، فرهاد و صالحی کاخکی، احمد، **سازو کار تاریخی حفظ موقوفات در ایران**، پژوهش‌های باستان‌شناسی ایران،

شماره ۱۵، دوره هفتم، زمستان ۱۳۹۶، ص ۲۵۲

۳. ماده ۱۵ و ۱۷ آیین‌نامه حفاظت از میراث فرهنگی مصوب شورای امنیت کشور.

همچنین هرنوع تعمیر و مرمت در اماکن مذهبی باستانی در راستای حفاظت از میراث فرهنگی با اطلاع قبلی و نظارت وزارت میراث فرهنگی توسط هیئت امنایی که به حکم سازمان اوقاف، حج و امور خیریه منصوب شده‌اند و اداره و نگهداری بنا را به عهده دارند، صورت می‌گیرد. همان‌طور که گفته شد در کشور انگلیس سازه‌های مذهبی تاریخی تحت نظام خاصی هدایت می‌شود که بی‌شبهت به نظام موقوفه در حقوق ایران نیست؛ اما، تفاوت در این است که نهادهای مذهبی نظیر کلیسا کاملاً مستقل از دولت هستند و توسط نظام خاص خود اداره می‌شوند.

۲. سازمان‌های مردم‌نهاد و حدود صلاحیت آنها

سازمان‌های مردم‌نهاد، نهادی قدیمی با مفهومی جدید است که ریشه در تاریخ گذشته بشر دارد و در زمان‌های گذشته با مطرح شدن مدیریت اجتماعات بشری پا به عرصه هستی نهاده است.^۱ سازمان‌های مردم‌نهادی که در امور چون محیط زیست، میراث فرهنگی و بهداشت فعالیت می‌کند معمولاً سمن‌های همکار دولت محسوب می‌شوند. سمن همکار اگرچه نهادی غیردولتی و داوطلبانه بوده اما در کنار دولت قرار داشته و رابط بین مردم و دولت می‌باشد.^۲ رویکرد توسعه حمایت از میراث فرهنگی با بهره‌گیری از ظرفیت سازمان‌های مردم‌نهاد میراث فرهنگی رویکردی کم‌هزینه و فراگیر است که می‌تواند بستری مناسب برای حفاظت از میراث فرهنگی کشور قلمداد شود. هدف از ایجاد چنین تشکلهایی در حوزه میراث فرهنگی آموزش همگانی در راستای ترویج اخلاق حمایت از میراث فرهنگی و طبیعی و آگاهی‌بخشیدن به عموم مردم در زمینه پیامدهای فعالیت‌های مخرب انسانی نسبت به محیط فرهنگی و در راستای حفظ و حراست از میراث فرهنگی باشد.^۳

در حوزه حمایت از میراث فرهنگی نیز در سرتاسر کشور ما سازمان‌های مردم‌نهاد تحت عناوینی نظیر انجمن دوستداران میراث فرهنگی، خانه‌های میراث فرهنگی ایجاد شده که در راستای حفظ میراث فرهنگی به موجب اساسنامه خویش اقداماتی را انجام می‌دهند. سمن‌های میراث فرهنگی را دفتر امور مجامع و تشکلهای مردم‌نهاد وزارت میراث فرهنگی

۱. مقیمی، محمد، میرزایی اهرنجانی، حسن، ارائه الگوی مطلوب سازمانی برای سازمان‌های غیردولتی ایران با استفاده از رویکرد کارآفرینی، فصلنامه دانش مدیریت، ۱۳۸۲، شماره ۶۲، ص ۱۰۲.

۲. رضانی قوام‌آبادی، محمد حسین، حضور سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۱، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۹۹، ص ۱۵۴.

3-Scherrer, Y. M. "Environmental conservation NGOs and the concept of sustainable development". Journal of Business Ethics, 2009, 85, pp. 555

شناسایی و سامان‌دهی می‌کند و با برگزاری دوره‌های آموزشی توانمندسازی سمن‌های میراث فرهنگی به حمایت از سمن‌های این حوزه می‌پردازد. سمن‌های میراث فرهنگی با معرفی میراث فرهنگی منطقه خود و آموزش و پژوهش در راستای حمایت از میراث فرهنگی و جلب مشارکت‌های مردمی در راستای حفاظت از میراث نقش مؤثری را می‌تواند اعمال نماید. همچنین، سمن‌های میراث فرهنگی با مجوز دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط بهره‌برداری و اداره بنا و اماکن تاریخی - فرهنگی ثبت شده در فهرست آثار ملی به استثناء نفایس ملی را می‌توانند در چهارچوب ضوابط و مقررات مشخص در اختیار داشته و اداره نمایند که اداره این امر شامل اقدامات نگهداری از آثار اعم از اقدامات پیشگیرانه احیا و مرمت می‌باشد.^۱ علاوه بر موارد مذکور یکی از صلاحیت‌های نوظهور برای سمن‌های میراث فرهنگی را می‌توان در ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۴ مشاهده کرد. طبق مفاد ماده مذکور، سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها درباره حمایت از میراث فرهنگی است می‌توانند نسبت به جرائم ارتكابی علیه میراث فرهنگی اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی مشارکت نمایند. شناسایی این رسالت برای سازمان‌های مردم‌نهاد، نقش آنان را در کاهش جرائمی نظیر حفاری غیرمجاز، ورود آسیب و تخریب‌های غیرقانونی و در نتیجه حفاظت کارآمد مؤثرتر می‌نماید.

نتیجه

با حاکم بودن سه اصل بنیادین عمومی بودن، مشارکت مردمی و حفاظت مؤثر و کارآمد بر نظام حفاظت از میراث فرهنگی انگلیس می‌توان به این نتیجه رسید که دولت انگلیس با سیاست‌گذاری‌های مدرن و مشارکت دادن طیف گسترده نهادها و کمسیون‌ها در بخش عمومی و خصوصی و شناسایی حقوق و تکالیف تخصصی برای آنها توانسته است میان موضوع حفاظت به عنوان وظیفه‌ای دولتی از یک سو و حق دسترسی شهروندان به میراث فرهنگی تعادل برقرار نماید. دولت مرکزی انگلیس، مقررہ‌گذاری و سیاست‌گذاری در حوزه حفاظت را به‌عهده داشته و ابعاد اجرایی حفاظت را به طیف گسترده‌ای از نهادهای عمومی غیردولتی و سایر جوامع محلی و سازمان‌های مردم‌نهاد اعطا نموده است. اعطای اختیارات مهمی نظیر ثبت آثار غیرمنقول و مدیریت و نگهداری آن به نهادهای یادشده، موجب سلب مسئولیت از نهادهای دولتی نمی‌شود؛ بلکه در هر موردی که اصول حفاظت از سوی دست‌اندرکاران غیردولتی رعایت نشود، مسئولیت نهادهای دولتی و مسئولیت پارلمانی کماکان پابرجاست و نظارت بر نهادهای غیردولتی همچنان با دولت مرکزی است. این در حالی است که در نظام

۱. ماده ۷۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور

حقوقی ایران وزارت میراث فرهنگی و در کنار آن، نهادهای نزدیک به دولت نظیر سازمان اوقاف و امور خیریه مالکیت و تولید بیشتر میراث فرهنگی غیرمنقول را به عهده دارند و در این میان نقش سازمان‌های خصوصی یا تشکلهای مردم‌نهاد در امر حفاظت کم‌رنگ است. هرچند با تصویب قانون حمایت از مرمت و احیای بافت‌های تاریخی فرهنگی و توانمندسازی مالکان و بهره‌برداران بناهای تاریخی فرهنگی بسترهای مشارکت مردمی در حفظ و احیاء میراث فرهنگی بیش از گذشته فراهم شده اما می‌توان گفت نظام حقوقی حفاظت از میراث فرهنگی غیرمنقول در ایران تا رسیدن به نظامی با رویکرد مشارکتی فعال فاصله دارد و نیاز است که ارکان صالح با مقررہ‌گذاری از یک‌سو و با آموزش شهروندان از سوی دیگر، ضمن فراهم کردن بسترهای مشارکت مردمی ، مردم را به عنوان صاحبان اصلی میراث فرهنگی با فرهنگ حفاظت آشتی دهند.

فهرست منابع ۱. منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. توحیدی، فائق، آشنایی با میراث فرهنگی (آموزش عمومی ۳)، چاپ اول، تهران، مدیریت آموزش، ۱۳۸۱.
۲. شادنوش، امیرحسن، دادرسی اداری در حوزه میراث فرهنگی، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۵.
۳. صمدی، یونس، میراث فرهنگی در حقوق داخلی و بین‌المللی، جلد اول، چاپ اول، تهران، سازمان میراث فرهنگی، ۱۳۸۲.
۴. غنمی، امید، مجموعه قوانین و مقررات میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری، چاپ اول، تهران، قلمرو فرهنگ، ۱۳۸۸.

ب. مقاله‌ها

۵. یوکیلتو، یوکا. استانداردها، اصول و منشورهای بین‌المللی حفاظت، قوانین و فنون حمایت و حفاظت از آثار باستانی، ترجمه سوسن چراغچی، نشریه اثر، تابستان و پاییز ۱۳۷۷، شماره ۳۱ و ۳۲.
۶. مقیمی، محمد، میرزایی اهرنجانی، حسن، ارائه الگوی مطلوب سازمانی برای سازمان‌های غیردولتی ایران با استفاده از رویکرد کارآفرینی، فصلنامه دانش مدیریت، دوره ۱۶، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۵۶۳.
۷. عباسی، بیژن، حقوق و تکالیف مالکان خصوصی آثار ثبت شده در فهرست آثار ملی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری سال دوم، پاییز ۱۳۹۹، شماره چهارم، ص ۳۰.
۸. تقی زاده، احمد، بررسی اصل هشتاد و سوم موضوع جلسات سی و سوم و سی و چهارم، سلسه جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ص ۲۹-۳۲.
۹. رضانی قوام آبادی، محمد حسین، حضور سازمان‌های مردم‌نهاد در فرایند کیفری در پرتو قانون آیین دادرسی کیفری، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۱، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۹۹، ص ۱۵۴.
۱۰. نظری، فرهاد و صالحی کاخکی، احمد، سازو کار تاریخی حفظ موقوفات در

ایران، پژوهش‌های باستان‌شناسی ایران، دوره هفتم، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۵، ص ۲۵۲.

ج. قوانین

۱۱. سند واحد حفاظت از بافت‌های تاریخی - فرهنگی و رویکردهای کلی حفاظت و احیای محدوده‌های تاریخی، مصوب شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، ۱۳۹۶/۳/۱۰.
۱۲. قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی کشور، مصوب ۱۳۶۷/۲/۱ مجلس شورای اسلامی.
۱۳. قانون ثبت آثار ملی مصوب ۱۳۵۲.
۱۴. قانون حمایت از مرمت و احیاء بافت‌های فرهنگی و تاریخی مصوب ۱۳۹۸/۴/۲.
۱۵. قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹.
۱۶. نظام‌نامه اجرایی قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۱۱.

د. پایان‌نامه

۱۳. غمناک، محمدرضا، جرائم علیه میراث فرهنگی در کنوانسیون‌های بین‌المللی، حقوق ایران و انگلیس، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۸۷، ص آغازین.

منابع انگلیسی

الف. کتاب‌ها و مقاله‌ها

- 1-Blake, J. International cultural heritage law, OUP Oxford, 2015
- 2-Camuffo, D. Microclimate for Cultural Heritage: Measurement, Risk Assessment, Conservation, Restoration, and Maintenance of Indoor and Outdoor Monuments, 2019, Elsevier
- 3-Drury, P. McPherson, A., & Heritage, E., Conservation principles: policies and guidance for the sustainable management of the historic environment, 2008
- 4-Hodder, I. Cultural heritage rights: From ownership and descent to justice and well-being. Anthropological Quarterly, 2010, 83(4), 861-882
- 5-Jurenienė, V., & Radzevičius, M. MODELS OF CULTURAL HERITAGE MAN-

- .(AGEMENT. Transformations in Business & Economics, 2014, 13(2
- 6-Miele, C. Men from the Ministry. How Britain Saved Its Heritage, 2014
- 7-Room, I. X. Convention concerning the protection of the world cultural and natural heritage, 1972
- 8-Spiridon, P., & Sandu, I. Conservation of cultural heritage: from participation to collaboration. ENCATC Journal of Cultural Management and Policy, 2015, 5(1), 43-52
- 9-Ziegler, K. S. Cultural heritage and human rights. Alberico Gentili: La Salvaguardia Del Beni Culturli Nel Diritto Internazionale, Giuffrè Milano, ed, 2007
- 10-Hill, M. Ecclesiastical Law. Oxford: Oxford University, 2007
- 11-Mynors, C. Listed buildings.Conservation areas and monument. London: Sweet & Maxwell, 2006
- 12-Doe, N. Law and Relegious Cultural Heritage in Europe: springer international publishing Switzerland, 2014

ب. قوانین و مقررات

- 13-Ancient Monuments and Archaeological Areas Act of 1979
- 14-The Protection of Wrecks Act 1973
- 15-Historic England, Conservation Principles, Policies and Guidance for the Sustainable Management of the Historic Environment, England Heritage, Op. Cit

ج. منابع الکترونیکی

- 16-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/registered-parks-and-gar-dens>
- 17-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/scheduled-monuments>
- 18-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/scheduled-monuments>
- 19-<https://historicengland.org.uk/listing/the-list/about-the-list>
- 20-<https://historicengland.org.uk/listing/the-list/about-the-list>
- 21-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/protected-wreck-sites>
- 22-<https://historicengland.org.uk/listing/what-is-designation/registered-battlefields>

آثار فراحقوقی صلاحیت‌های هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر هنرمندان و آثار فرهنگی هنری

وحید آگاه*

چکیده

مداخله دولت در حوزه فرهنگ در بزرگترین بعد سازمانی حقوق اداری در شمایل وجود وزارتی برای فرهنگ و هنر بروز می‌کند. امری که در ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز وجود دارد. این پژوهش با هدف مشخص نمودن مواجهه دولت با فرهنگ و هنر، با بررسی رفتار و عملکرد کلی مسئولان وزارت فرهنگ، در پی آثار وجود این وزارت در ایران است که تاکنون از منظر حقوقی در پرتو رویکرد دولت و صلاحیت‌های وزارت بررسی نشده است. نتیجه حکایت از این دارد که «قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی» مصوب ۱۳۶۵، نقشه راه این مداخله را مشخص نموده و با عنایت به صلاحیت‌های تعیین شده قانونی، این وزارت، بی‌طرف و برای صرف حمایت از فرهنگ و هنر نبوده و اتفاقاً با جانبداری در دولتی ایدئولوژیک، رسالت اصلی خود را هدایت و ارشاد نمایانده است. وزارت فرهنگ در کنار آثار مثبتش که پژوهش مستقلی نیاز دارد، در ورطه عمل، آثار نامطلوب عملی بر آثار هنری و هنرمندان برجای گذاشته که می‌توان آنها را در قامتی کلی، ذیل این عناوین جای داد: دوقطبی کردن فضای هنری، تأثیر منفی بر ذوق و خلاقیت هنری، تبعیض میان هنرمندان، پررنگ شدن مسئولان به جای هنرمندان، بزرگ نمودن دولت و افزایش بوروکراسی منفی، ایجاد تبعیض در اخذ تسهیلات و نیل مسئولان وزارت به رئالیسم و پراگماتیسم حقوقی.

کلیدواژه‌ها: آثار فرهنگی - هنری، حقوق اداری فرهنگ، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، هنر ایدئولوژیک.

مقدمه

قانونگذار دولت، موجودی انتزاعی مرکب از سه عنصر سرزمین، جمعیت و حکومت است. حکومت نیز، تجلی قدرت سیاسی حاکم است که از طریق سازمان و تشکیلات و در یک معنا، بوروکراسی، بر مردم اعمال حاکمیت می‌نماید. دولت‌ها و به بیان صحیح و دقیق‌تر حکومت‌ها، بنا به وظایف و کارکردهایی که برای خود تعریف و تبیین کرده‌اند، اقسامی دارند که در دو گروه عمده مداخله‌گر و بی‌طرف جای می‌گیرند. حکومت‌های مداخله‌گر در تمامی شئون و ابعاد زندگی شهروندان، سرک می‌کشند. ورودی در قالب‌های فریبنده و پرطمطراقی چون «دخالیت» و «هدایت» که جدا از تفاوت‌هایشان، حریم خصوصی شهروندان را نقض و در بُعدی کلان‌تر، از حجم مردم در دولت می‌کاهند. امری که در حکومت‌های بی‌طرف، صادق نیست. این حکومت‌ها سعی در افزایش دامن‌ها مردم در دولت و بالطبع کاهش حجم خود دارند که وظایف حکومت را در حداقل‌ها مثل دفاع از مرزها، حفظ نظم در داخل و حل‌وفصل اختلافات، دیده و «به جای دولت حاکم به دنبال دولت مسئولند».^۱ با این حال، حکومت دولت با هر رویکرد و الگویی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است که تقریباً همه ابعاد زندگیمان را در بر گرفته و حرکت به سمت کاهش حجم و سایه‌اش بر زندگی شهروندان، معیار درستی می‌باشد.

در نوشته حاضر، مواجهه حکومت با امور فرهنگ و هنر، مطمح‌نظر است. از یک طرف، حکومت در اعمال حاکمیت، ناگزیر از ارتباط با امور مختلف جامعه از جمله امور فرهنگی هنری است و از طرف دیگر، هنر نیز غالباً در جامعه، امکان بروز و تعالی دارد و زیست و ارتباط با جامعه یعنی مواجهه با اموری مثل سیاست، لذا تردیدی در اصل رابطه حکومت و هنر نبوده و مهم، نوع این رابطه است که ظهور اصلی آن در هیئت وجود وزارتی برای فرهنگ و هنر ارزیابی می‌شود. چه، وزارتخانه بزرگترین تشکیلات موجود در حقوق اداری است که برای تنظیم و سامان‌دهی امور مدنظر دولت‌ها ایجاد می‌شود.

وزارت فرهنگ در ایران، از دیرباز در سازمان حکومت برقرار بوده است. چنان‌که در زمان ناصرالدین‌شاه قاجار و ۱۲۵۷ هـ.ش، ۶ وزارتخانه بود که «وظایف و علوم» با عهده‌داری امور فرهنگی از جمله آنها بود. وزارتی که در رژیم سیاسی گذشته، فرهنگ و هنر نام داشت و

۱. کاتوزیان، ناصر، دولت خدمتگزار و مسئول به جای دولت حاکم در: گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، تهران:

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، جلد ۱، صص ۴۰

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، ابتدا با ادغام وزارتین «فرهنگ و هنر» و «علوم و آموزش عالی»، وزارت «فرهنگ و آموزش عالی» نام گرفت و بعداً در تجمیع با وزارت «ارشاد ملی»، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ایجاد شد^۱ و با «قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی» مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۲ - زین پس، قانون وزارت - رسمیت یافت؛ اما وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی - زین پس، وزارت - به‌تنهایی متولی فرهنگ و هنر نبوده و مراجع ذی‌صلاح متعددی در قاعده‌گذاری برای فرهنگ و هنر از جمله مجلس شورای اسلامی، هیئت‌وزیران و شورای عالی انقلاب فرهنگی دخیل‌اند که پرداختن به آنها خارج از دامنه این مقاله است؛ اما وزارت، هم در نام و هم در ساختار، رویکرد مذهبی و ارشادی داشته است. چنان‌که طی نمودار سازمانی وزارت در گذر زمان، عناوین «مرکز سرود و آهنگ‌های انقلابی» و «مرکز اسلامی آموزش فیلم‌سازی» مشاهده می‌شود؛ اما جایگاه وزارت در مواجهه با فرهنگ و هنر از منظر حقوقی تاکنون مغفول مانده و در این نوشته با تمرکز بر اقدامات و عملکرد مسئولان وزارت، پس از تبیین رویکرد حکومت‌ها به مقوله فرهنگ و کارویژه‌های وزارت، آثار عملی وجود وزارت نقد شده است. بدین جهت سوال مقاله، آثار عملی وجود وزارت فرهنگ در بستر صلاحیت‌های هدایتی و ارشادی است و فرضیه، وجود نتایج عملی نامطلوب فراحقوقی از این رهگذر است.

گفتار نخست. مفهوم اختصاص وزارت‌ی برای هنر: بی‌طرفی یا طرفداری؟

مواجهه دولت‌ها^۲ و وزارت فرهنگ آنها با هنر طی سه بند دولت‌های ایدئولوژیک و بی‌طرف و امکان وجود وزارت فرهنگ بی‌طرف تحلیل شده است.

بند اول. هنر در دولت ایدئولوژیک

ایدئولوژی، نظامی از ایده‌ها و اعتقادات است که به نحوی نسبت به گروه، مردم یا برهه‌ای خاص، محدود و مرزبندی شده است.^۳ مفهومی نسبی و قابل تغییر که به محصولات

۱. رک: بنیادی نایینی، علی و دیگران، تاریخچه و سیر تحول تشکیلاتی و ساختاری وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در یکصد سال اخیر، تهران: پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، ۱۳۸۹، جلد ۱.

۲. به‌رغم تفاوت دولت و حکومت، باتوجه‌به استفاده از لفظ دولت در ادبیات حقوقی و علمی به جای حکومت، برای اجتناب از اشتباه مفهومی، در مقاله از کلمه دولت استفاده شده است.

۳. پلامناتس، جان، ایدئولوژی، ترجمه عزت الله فولادوند، تهران: علمی و فرهنگی، ۱۳۷۳، ص ۱۸.

آدمی از جمله دولت نیز قابل اتصاف می‌باشد. در دولت ایدئولوژیک، قدرتِ حاکم، خود را نماینده دستگاه اخلاقی و سیاسی معین و نظم مربوط به آن دانسته و آن را با وسایل قهری نگاه می‌دارد.^۱ در این وضعیت، ایدئولوژی به حقوق رسوخ کرده و نظام حقوقی ارزشی با دسته‌ای از ارزش‌های ثابت، دائمی و تغییرناپذیر ایجاد می‌نماید. در حالی که تغییرناپذیری، ویژگی دنیای متافیزیک است.^۲ در این دولت با عبور از آزادی منفی، آزادی مثبت اعمال می‌شود که طی آن، موضوع و محتوای آزادی نیز اهمیت دارد و ارج آزادی به دلیل هدف والای آن است. آزادی در اینجا، نه ارزش بلکه روشی است برای تحصیل حق جویی و خادم ارزش «حقیقت»؛ لذا حق انتخاب صرفاً معطوف به یک گزینه می‌شود که به مثابه اجبار است، نه آزادی.^۳

آزادی مثبت برخلاف آزادی منفی که «آزادی از» است، «آزادی در» محسوب شده و طی آن، «زندگی به یک شکل و سبک»، مجاز دانسته می‌شود. توجیه نیز این است که دولت، نیاز واقعی اشخاص را بهتر از خودشان، تشخیص می‌دهد.^۴ در این رویکرد، کمال‌گرایی و تحقق زندگی مطلوب به عنوان مقوله‌ای اجتماعی از وظایف دولت محسوب می‌شود.^۵

حال آنکه در حوزه عدالت با «اراده» و در نتیجه با «امر درست»،^۶ یعنی امر برآمده از اراده آزاد و اختیار سروکار داریم که می‌تواند خوب یا بد باشد؛ اما در حوزه اخلاق با «اراده و نیت» و در نتیجه با «امر خوب»^۷ مواجهیم و این یعنی اتکا بر اراده آزاد و اخلاقی. بدین لحاظ، وظیفه دولت براساس حوزه عدالت، تعریف و ارزیابی می‌گردد، نه حوزه اخلاق. به بیان دیگر، امر درست در دامنه قلمرو دولت و اقتدار سیاسی است ولی امر خوب، منحصر در دامنه جوامع مدنی یعنی بخش خصوصی است؛^۸ اما دولت ایدئولوژیک به دنبال برقراری امر

۱. آشوری، داریوش، ایدئولوژی، اخلاقیات و فرهنگ (۱)، کلک، ۱۳۷۱، شماره ۳۳-۳۲، ص ۴۹.

۲. شهابی، مهدی و نیکویی، مرضیه، حقوق متافیزیکی: تأملی بر نقش ارزش در فرآیند ایجاد قاعده حقوقی، مطالعات حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۱، ص ۱۲۶.

۳. راسخ، محمد، آزادی، حقیقت و عدالت در: راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران: طرح نو، جلد ۲، ۱۳۸۷، صص ۵۴۹-۵۴۷.

۴. برلین، آیزیا، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، تهران: خوارزمی، ۱۳۶۸، صص ۲۵۳-۲۴۹.

۵. راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا، نسبت حکومت با زندگی مطلوب: نگرشی به رویکرد کمال‌گرایی، حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، شماره ۳۰، صص ۷۳-۷۲.

6-The Right

7-The Good

۸. راولز، جان، عدالت به مثابه انصاف، ترجمه عرفان ثابتی، تهران: ققنوس، ۱۳۹۲، صص ۲۹۴-۲۹۳.

خوب است و با نگاه تلقینی به فرهنگ، هنر را وسیله‌ای برای نیل به مطلق‌گرایی و نفی فردگرایی می‌خواهد و با تقسیم آن به هنر رسمی و غیر آن، موجودیت هنر غیررسمی را مورد تردید قرار می‌دهد؛ بنابراین با حمایت ویژه تمامی شاخه‌های دولت از هنر رسمی، عرصه بر بیان هنری غیر دولتی، تنگ شده^۱ و مسیر خلاقه؛ سنگلاخ می‌گردد. از همه مهم‌تر، با اعمال تبعیض، بلامرّج هنری بر هنر دیگری، اولویت داده می‌شود. درواقع، رویکرد به هنر از «وجه اخباری» یعنی تفسیر و روایت آن گونه که هست، به «وجه انشایی» یعنی طوری که «باید» باشد،^۲ تغییر می‌یابد.

علی‌هذا هنر در این دولت، منسوب، معطوف، در راستا و مسیر ایدئولوژی حاکم «رسمی، مورد حمایت و مقبول» است و هنر آزاد و مستقل، شاید تحمل شود. پس هنر از یک سو، خادم و حامی «سیاست و دولت» و «اعتبار و مشروعیت‌دهنده» آن است و از سوی دیگر، سیاست، هنر را به خدمت گرفته و کارفرمای آن می‌شود. در این نظام است که گروهی با عدم پذیرش هنر دولتی، جریان هنر معترض را به راه می‌اندازند^۳ و تقسیم‌بندی و ادبیات «هنر رسمی و معترض» و «هنر رسمی و مستقل یا آزاد» مشاهده می‌شود.^۴

بند دوم. هنر در دولت بی‌طرف

دولت بی‌طرف^۵ برخلاف دولت مقید به اخلاق یا حاکم بر آن در کنار اخلاق قرار می‌گیرد و با شعار جدایی اخلاق، دین یا مذهب از دولت، به آنها چهره شخصی و خصوصی داده و با تفکیک امر خوب از درست یا همان «خیر» و «حق»، از مداخله در مواردی مثل دین و اخلاق که از امّهات منابع صدور معنا برای افراد است، دوری می‌گزیند؛ اما وضعیت دولت بی‌طرف از دو حال، خارج نیست: یکی، اعتقاد به برتری ذاتی یک نظام اخلاقی که اثباتش، بسیار صعب است و دیگری، پیوند دادن ترجیح دولت به نظر اکثریت جامعه،

۱. باریه، موریس، *مدرنیته سیاسی*، ترجمه عبدالوهاب احمدی، تهران: آگه، ۱۳۸۶، ص ۲۷۵.

۲. قیومی بیدهندی، مهرداد، *حمایت و هنرپروری و زوایای پنهان در تاریخ هنر ایران*، گلستان هنر، ۱۳۸۷، شماره ۱۳، ص ۵.

۳. قزلسفلی، محمدتقی، *هنر و سیاست*، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، ۱۳۸۲، شماره ۱۰ - ۹، صص ۲۱۳ و ۲۳۱-۲۳۰.

۴. ستاری، جلال، *در بی دولتی فرهنگ: نگاهی به برخی فعالیت‌های فرهنگی و هنری در بازپسین سال‌های نظام پیشین*، تهران: مرکز، ۱۳۷۹، ص ۸۹.

5-Secular

۶. کاتوزیان، ناصر، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۵۹.

که تبعیض و ظلم اکثریت بر اقلیت را در پی دارد؛ لذا دولت مطلقاً و در همه سطوح اعم از قوانین و مقررات باید بی‌طرف باشد.^۱

بی‌طرفی یعنی حاکمان، له و علیه، موضع‌گیری نکرده و در مقام شخص ثالث، صرفاً فضا و بستر را برای بروز و گفت‌وگوی همه عقاید فراهم می‌آورد؛ بنابراین دولت، نه مثل دولت لائیک، ضد اخلاق یا اخلاق‌گریز^۲ است و نه مثل دولت ایدئولوژیک، اخلاقی^۳ بلکه غیراخلاقی^۴ است. این دولت، مقید به کثرت‌گرایی یا پلورالیسم^۵ است. دولت پلورال با تعریف کارکرد خود به ایجاد سازش میان علایق گوناگون، صرفاً بستر مشارکت همه گروه‌های موجود را فراهم و تا سرحد امکان از تسلط و حکمرانی بر گروه‌ها دوری می‌گزیند. قدرتی پراکنده و متکثر که برتر، مسلط و مرکزی نبوده^۶ و در نظام حقوقی، تکثرگرایی حقوقی را به دنبال دارد. جریانی که با اعمال قواعد و ساختارهای حقوقی مختلف^۷ بر مقوله فرهنگ و هنر، پلورالیسم فرهنگی را مستقر می‌کند. در این وضعیت، الگو، اصول و ارزش‌هایی که همگان باید بپذیرند و تصویری والا و آسمانی از فرهنگ که همه رفتارها و هنجارها را مهندسی کند، وجود نداشته و همه فرهنگ‌ها و خرده‌فرهنگ‌ها، در کنار و عرض یکدیگر، شناسایی شده و امکانی مساوی برای بقا، رشد و تبلیغ دارند.^۸

در دولت بی‌طرف، نشانی از جهت‌دهی به هنر و الزام محتوایی خاص به آن مشاهده نمی‌شود، زیرا این اشراف وجود دارد که هنر حاوی ارزش‌هایی نازل شده از آسمان نبوده،^۹ در جامعه و در کنش و واکنش افراد با یکدیگر و سایر موجودات کائنات ایجاد شده و تغییر

۱. راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا، نسبت حکومت با زندگی مطلوب، نگرشی به رویکرد بی‌طرفی، فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۸۹، شماره ۱، صص ۱۲۰-۱۱۰.

2-Immoral.

3-Moral

4-Amoral

5-Pluralism

۶. وینسنت، اندرو، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۳.

۷. میرمحمد صادقی، حسین، پلورالیسم حقوقی، آموزه‌های حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۱۲ (پیاپی ۳۲)، صص ۴-۵.

۸. صالحی امیری، سیدرضا و عظیمی دولت‌آبادی، امیر، مبانی سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی فرهنگی، تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۸۷، صص ۹۵ و ۹۷.

۹. مور، برینگتن، ریشه‌های اجتماعی دیکتاتوری و دموکراسی (نقش ارباب و دهقان در پیدایش جهان نو)، ترجمه حسین بشیریه، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵، ص ۳۴۸.

می‌یابد؛ لذا کلاً به خواست حاکمان پدید نیامده که به اراده آنها یا اخلاشان تغییر کند.^۱ در این موقعیت، فرهنگ و هنر، متولی دولتی خاصی ندارد که به‌عنوان مثال در آمریکا اعمال گردیده است.

هم‌چنین باید توجه داشت ایجاد و ارائه تسهیلات و مهیا نمودن زیرساخت‌ها برای هنر و امکان استفاده برابر تمامی گرایش‌ها و سبک‌های هنری، بدون هرگونه ارزش‌گذاری از جانب دولت، از نظر برخی با وصف بی‌طرفی تناقض دارد؛ اما به نظر می‌رسد هرگونه حمایت دولت از هنر از جمله در حوزه‌های مالیات و بیمه، به نحو برابر و بدون تبعیض مشکل‌چندانی ندارد. هرچند که این مهم در دولت‌های ایدئولوژیک، ناممکن بوده و در دول بی‌طرف نیز، با امکان انحراف و نقض مواجه است.

بند سوم. امکان یا امتناع وزارت فرهنگ بی‌طرف

جامعه مدنی، وظیفه «پاسداری غنای هنر» فی‌المثل از مناظر اخلاقی و واقع‌نمایی را داراست. دولت نیز مکلف به «پاسداری از حق» بوده^۲ و می‌بایست فروتن، تکرگرا، حامی خلاقیت، تعامل و ملامت‌کننده تقابل فرهنگی و هنری باشد.^۳ در این فضا وزارت صرفاً می‌بایست با رویکرد تنوع و تکثر فرهنگی، از تمام جریان‌های هنری حمایت نموده و فرقی میان هنر تجاری و گیشه‌ای، هنر آوانگارد و تجربی قائل نشود؛ اما در واقعیت، وجود وزارت فرهنگ در ساختار اداری یک کشور، مداخله در مقوله فرهنگ و هنر را نشان می‌دهد.

وزارت یعنی امر فرهنگ، نیازمند متولی است و متولی هم یعنی مداخله، سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و اقدامات سلبی و ایجابی. نگرشی که ناگزیر به مداخله‌های جانبدارانه می‌انجامد. پیش‌بینی یک دستگاه اداری در حد وزارت که سقف اندازه دستگاه‌های دولتی است، یعنی در کنار امور اساسی چون آموزش، بهداشت، دادگستری، برقراری نظم در داخل و حمایت از مرزها، دولت نسبت به هنر هم، بی‌نظر نیست. در دیدی کلان، اختصاص وزارت به فرهنگ

۱. سلیمی، حسین، **سیاست‌پذیری فرهنگ در: سیاست‌گذاری و فرهنگ در ایران امروز (مجموعه مقالات)**، تهران: مرکز بازشناسی اسلام و ایران پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، ۱۳۸۲، ص ۷۰.
۲. راسخ، محمد، **مطبوعات و دموکراسی: آزاد، اما اخلاقی** در: مرکز مطالعات حقوق بشر و انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه تهران، **مجموعه مقالات همایش حقوق مطبوعات**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۶۵.

۳. وحید، مجید، **مقدمه: از فرهنگ سیاست‌گذاری تا سیاست‌گذاری فرهنگی در: سیاست‌گذاری و فرهنگ در ایران امروز (مجموعه مقالات)**، تهران: مرکز بازشناسی اسلام و ایران پژوهشگاه فرهنگ، هنر و

و هنر یعنی یک نهاد رسمی، قرار است برای هنر و هنرمند، تدبیر و برنامه‌ریزی کند و بودجه اختصاص دهد. گرایشی که به‌ناچار برای هنر به تعیین وزیر، معاون وزیر، مدیرکل، معاون مدیرکل، کارشناس، کارشناس مسئول، تربیت مدیر فرهنگی و مانند آن، منتهی شده و بدیهی است که در هریک از این مراحل و عناوین، «حق‌های هنری»^۱ تحت تأثیر قرار می‌گیرد؛ درمقابل وقتی چنین وزارتی وجود ندارد، یعنی اولاً فرهنگ وسیع‌تر از آن است که کارش با یک وزارتخانه سامان یابد و همه دستگاه‌ها مسئول کمک و خدمت به آن هستند.^۲ ثانیاً فرهنگ و هنر بیش از همه به آزادی احتیاج دارد و تأسیس وزارت برای هنر، یعنی ایجاد ممنوعیت و محدودیت برای آن.

علی‌ای حال وجود وزارت یعنی فرهنگ نیز جزئی از دولت است، هنر بخشی از حقوق اداری را به خود اختصاص داده و دست کم، فرصتی را برای نقض حقوق فرهنگی شهروندان فراهم می‌کند. وزارت فرهنگ با چنین صلاحیت‌هایی پر حجم که ناشی از صرف وجودش است و بس، به معنای صلاحیت اداره و مقررات‌گذاری بوده و هر قدر هم الگوی به‌کار گرفته شده در اداره دموکراتیک باشد، باز هم نفس وجود اداره و فعل اداره کردن، مستلزم برش‌هایی هر چند ریز در حقوق شهروندان از جمله حقوق هنری آنهاست. بدین لحاظ، هر اندازه هم که گفته شود در دولت مدرن، به جای «فرمان و کنترل»، «مذاکره و اقناع» حاکم است^۳ و در همه مراحل تدبیر امور هنر از مشورت و نظرات اجزای جامعه مدنی استفاده می‌شود؛ تنها باید به کاستن آثار منفی عملی نظر داشت و در پی راهکارهایی چون مقررات‌زدایی یا تغییر «مداخله مستقیم در آثار هنری» به «مداخله غیرمستقیم و حمایت برای تجلی آزادی بیان هنری» بود. مواجهه‌ای بس سخت و حتی غیرممکن؛ زیرا این مهم، توقع نتیجه‌ای غیرمنطقی از منطق سازمان «وزارت فرهنگ» و خلاف فلسفه وضع آن است.^۴ هر چند برخی به رغم پذیرش ایرادات جدی رویکرد ایدئولوژیک، با تقسیم‌بندی آن به افراطی و معتدل،

۱. آگاه، وحید، هنرمندانه یا بی هنر؟ تحلیل حق‌های هنری در منشور حقوق شهروندی و ارائه مانیفست، اخلاق زیستی، ۱۳۹۸، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، صص ۳۸۲-۳۶۸.

۲. مولانا، سید حمید، شناخت، ممیزی و کاهش تناقض‌ها در فرهنگ خودی، ماهنامه صدای جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۰، شماره ۵۴، صص ۴۸-۴۷.

۳. هداوند، مهدی، معیارهای اداره مطلوب و تحولات حقوق اداری: تحلیل مفهومی، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، ویژه‌نامه شماره ۱، صص ۸۹-۸۸.

۴. وحید، مجید، نگرشی بر سازمان و منطق حاکم بر آن؛ سه سال با وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (بخش پژوهش)، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۳، شماره ۶۵، صص ۲۲۷-۲۱۵.

در نهایت سطحی از رویکرد ایدئولوژیک را پذیرفته و از آن با عنوان راه میانه یاد کرده‌اند.^۱ نظری که نویسنده با آن موافق نبوده و ورود دولت به هنر از این منظر در سنوات پس از پیروزی انقلاب اسلامی، نتیجه فعلی هنر ایرانی را رقم زده که قابل اغماض نیست.

گفتار دوم. هنر در محاصره کارویژه‌های وزارت فرهنگ

در این بند سوای نظارت و حمایت وزارت از جامعه هنری که پژوهش مستقلى مى طلبد، طى دو بند، صلاحیت‌های هدایت و مقررات گذاری در قانون وزارت واکاوی شده است.

بند اول. هدایت و ارشاد وزارت فرهنگ

در ایران به دلیل استقرار نظام سیاسی «جمهوری اسلامی» وفق اصل یک قانون اساسی - زین پس، ق.ا. - و سایر مفاد ق.ا.، وزارت با ایدئولوژی هم‌نشین گردیده است. چنان که وفق ماده یک قانون وزارت، منظور از تشکیل بدین قرار است: «۱- رشد فضایل اخلاقی براساس ایمان و تقوی؛ ۲- استقلال فرهنگی و مصونیت جامعه از نفوذ فرهنگ اجانب...؛ ۴- رواج فرهنگ و هنر اسلامی؛ ۵- آگاهی جهانیان نسبت به مبانی و مظاهر و اهداف انقلاب اسلامی؛ ۶- گسترش مناسبات فرهنگی با ملل و اقوام مختلف به‌خصوص مسلمانان و مستضعفان جهان؛ ۷- فراهم آمدن زمینه‌های وحدت میان مسلمین». همان‌طور که مشاهده می‌شود، اولاً جز بند ۴، اثری از واژه هنر در ماده یک نیست. ثانیاً نوع نگاه و موضع این ماده (اهداف وزارت)، بیشتر شبیه وزارت امور خارجه است تا وزارت فرهنگ. ثالثاً در تحقق اهداف بر استفاده از عنصر تبلیغ تأکید شده است. رابعاً در بند ۶ بر گسترش روابط فرهنگی با دو گروه تأکید شده: «مسلمانان و مستضعفان جهان» که به نظر می‌رسد در راستای فصل دهم ق.ا. یعنی سیاست خارجی تنظیم شده است؛ بنابراین وزارت در قامت یک دستگاه تبلیغی تمام‌عیار نمایان شده و هنر صرفاً ابزاری برای عالم سیاست و به بیان بهتر، فرا فرهنگ و هنر تلقی می‌شود.

ماده ۲ هم راهگشاست که صدر آن با ذکر مسئولیت وزارت در «اجرای سیاست‌های رسمی نظام... در زمینه فرهنگ عمومی»، رسماً اعلام نموده سیاست‌های فرهنگی رسمی وجود دارد و وزارت فرهنگ هم مقید و مسئول اجرای آن است؛ لذا تعارف یا تلویحی در قانون

۱. راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا، نسبت حکومت با زندگی مطلوب: ارزیابی رویکردهای بی‌طرفی و کمال‌گرا، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۲، شماره ۶۱، صص ۹۹-۶۱.

نیست و علناً اتحاد ایدئولوژی و فرهنگ بیان شده است. ماده ۲ در ادامه طی بندهای ۱ تا ۴، ۸، ۱۲، ۲۵، ۲۷ و ۲۸ مواردی را از «وظایف اساسی» وزارت ذکر نموده که لب آن چنین است:

- ۱- شناساندن مبانی، مظاهر، اهداف انقلاب اسلامی به جهانیان با بهره‌گیری از امکانات هنری، سمعی و بصری در داخل و خارج کشور با همکاری وزارت امور خارجه؛
- ۲- تحقیق در زمینه تبلیغات رسانه‌های جهانی و کشف روش‌های آنها و اتخاذ شیوه‌های مناسب مقابله با آن؛
- ۳- گردآوری و طبقه‌بندی و نشر کلیه مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی از قبیل فیلم و کتاب؛
- ۴- تمرکز و بررسی اخبار و اطلاعات مربوط به پیشرفت برنامه‌ها و فعالیت‌های دستگاه‌های دولتی و نهادهای انقلاب اسلامی و انتشار آنها؛
- ۵- همکاری‌های فرهنگی و ارشادی با مراکز اسلامی و فرهنگی سایر کشورها به‌منظور اشاعه فرهنگ اسلامی؛
- ۶- بزرگداشت علما، عرفا و شخصیت‌های فرهنگی جهان اسلام و تولید و نشر آثار آنها؛
- ۷- تحقیق درباره اثرات وسایل ارتباط جمعی و سنجش میزان تأثیر برنامه‌ها در افکار عمومی؛
- ۸- برنامه‌ریزی فرهنگی و تبلیغی برای همکاری بیشتر مردم با دولت و ارائه آن به هیئت‌وزیران؛
- ۹- ایجاد زمینه‌های گسترش فرهنگ انقلاب اسلامی در کشورها با همکاری وزارت امور خارجه.

بررسی این مفاد نشان می‌دهد: اولاً تمرکز وظایف وزارت، نه بر تدبیر فرهنگ و هنر که حمایت فرهنگی از نظام سیاسی و تبلیغ آن است. ثانیاً مراقبت و مهندسی فرهنگ عمومی و رصد افکار عمومی نیز از کارویژه‌های مهم وزارت است که از طریق آثار هنری نیز پی‌گیری می‌شود. ثالثاً حمایت از فرهنگ اسلامی در داخل و خارج کشور، مطمح‌نظر قرار گرفته و اشاعه این فرهنگ از طریق همکاری با مراکز اسلامی و ارشادی خارجی تأکید شده است. رابعاً وجه فرهنگی و هنری انقلاب اسلامی به طور جداگانه در زمره وظایف وزارت قرار گرفته که تصویر کردن انقلاب، آرشیو آثار هنری انقلابی و خبری کردن پیشرفت‌ها و دستاوردهای انقلاب از جمله آنها هستند. اموری که برای آنها نهادهای متعدد دیگری چون سازمان تبلیغات اسلامی و مرکز اسناد انقلاب اسلامی وجود دارد.

در مجموع، مفاد مذکور قانون وزارت، ترجیح بُعد هدایتی، ارشادی و تبلیغی و فی الواقع، عدم بی‌طرفی وزارت را ترسیم نموده که طبعاً بر همه ابعاد ورود وزارت به عالم هنر سیطره دارد و تبلیغ و ارشاد در آثار هنری متصور است.

بند دوم. سیاست‌گذاری و مقررات‌گذاری وزارت فرهنگ

در قانون وزارت، مقنن درخصوص سیاست‌گذاری و وضع مقررات، دو شیوه متفاوت را در پیش گرفته: در مورد سیاست‌گذاری صرفاً در بند ۲۹ ماده ۲، صلاحیت تنظیم سیاست‌های کلی فرهنگی، هنری، سینمایی کشور و ارائه آنها به مجلس جهت تصویب با رعایت اصل ۷۴ ق.ا. را به وزارت اعطا نموده و در این زمینه، نه صلاحیت تصویب، که تنها شایستگی پیشنهاد قانون را به وزارت داده است؛ لذا در قانون وزارت که مصوب سال ۶۵ است و آن زمان هنوز وضع سیاست‌های کلی نظام تعبیه نشده بود هم، سیاست‌گذاری رسمی فرهنگ و هنر به وزارت محول نشده و از اختیارات مجلس بوده است. پس از آن با اصلاحات سال ۶۸ ق.ا.، این مهم از مجلس هم گرفته شد و مطابق بند یک اصل ۱۱۰ جدید، در صلاحیت مقام معظم رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفت. النهایه اینکه وزارت از ابتدا تاکنون، صلاحیت سیاست‌گذاری در بعد کلی را نداشته و ندارد؛ اما در حوزه مقررات، چنین نیست و صلاحیت وضع مقررات وزارت طی دو منبع حقوقی صورت می‌گیرد:

۱- قانون وزارت طی ۳ بند از ماده ۲: ۱- بند ۱۳ مشعر بر تعیین ضوابط اعطای جوایز در زمینه‌های فرهنگی و هنری؛ ۲- بند ۱۷ مبنی بر تصویب آیین‌نامه‌های مربوط به صدور اجازه تأسیس، توسعه یا انحلال مؤسسات آزاد آموزش‌های هنری و انجمن‌های فرهنگی و هنری؛ ۳- بند ۲۱ مشعر بر تهیه و تدوین آیین‌نامه‌ها و ضوابط ناظر بر تشکیل جشنواره‌ها و نمایشگاه‌ها و مسابقات فرهنگی، هنری در داخل و خارج کشور.

در این خصوص باید توجه داشت بندهای ۱۳ و ۲۱ صرفاً ناظر بر وضع ضوابط در زمینه نمایشگاه‌ها و جشنواره‌ها و بند ۱۷ مربوط به مؤسسات آموزشی و تشکلهای هنری هستند و خلق و ارائه آثار هنری را شامل نمی‌شوند؛ لذا صلاحیت وضع مقررات در قانون وزارت، با اهداف مذکور در این قانون، همخوانی ندارد و وافی به مقصود در نظر گرفته شده برای وزارت نیست.

۲- مطابق اصل ۱۳۸ ق.ا. علاوه بر صلاحیت وضع آیین‌نامه‌های اجرایی که در قوانین عادی مختلف تصریح شده، امکان تصویب مقررات در مقام «انجام وظایف اداری»، «اجرای قوانین» و «تنظیم سازمان‌های اداری» به وزرا، هیئت‌وزیران و کمیسیون‌هایی متشکل از چند وزیر، اعطا شده که مشمول وزارت فرهنگ نیز بوده و صلاحیت فراخ وضع مقررات را می‌رساند.

علاوه بر مفاد فوق‌الذکر باید در نظر داشت شأن اجرایی وزارت فرهنگ به عنوان زیرمجموعه قوه مجریه صرفاً در وضع مقررات خلاصه نمی‌شود. کما اینکه در ق.ا. بند ۲ اصل ۸۹، موضوعات استیضاح رئیس‌جمهور را «مدیریت قوه مجریه» و «اداره امور اجرایی کشور» عنوان نموده و اصل ۱۷۴ هم در بیان وظایف سازمان بازرسی کل کشور، در کنار نظارت بر «اجرای صحیح قوانین»، «حسن جریان امور» را ذکر نموده که نشان می‌دهد مدیریت، چیزی جز اجرا و اداره را هم شامل است که مواردی چون خطمشی‌گذاری، سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی می‌باشد.^۱ همچنین اگر مقررات را بستر تدبیر امور شامل مسیر هدف‌گذاری و تعیین راهبردها و برنامه‌های اجرایی بدانیم، اختیارات مزبور بیشتر جلوه می‌کند. چه اینکه وقتی صلاحیتی چنین فراخ در وضع مقررات پیش‌بینی شده، دیگر تردیدی در صلاحیت ماقبل آن یعنی خطمشی و سیاست‌گذاری باقی نمی‌ماند.

علی‌هذا وزارت از یک طرف نسبت به هنر و آثار هنری بی‌طرف نبوده و با ارزش‌گذاری، مطلق هنر را در نظر نداشته و از طرف دیگر، کارویژه‌های هدایت و قاعده‌گذاری را هم در صلاحیت خود دارد. مجموع اینها، بستر را کاملاً برای سیاست و قاعده‌گذاری غیربی‌طرفانه آماده نموده و فرهنگ و هنر را در محدوده قواعد و عملکردی با ظرفیت جانبداری و نقض برابری حقوقی قرار داده است.

گفتار سوم. آثار نامطلوب عملی وزارت فرهنگ بر آثار هنری و هنرمندان

صرف وجود وزارتخانه‌ای برای فرهنگ و هنر با صلاحیت‌های هدایتی و تقنینی پیش‌گفته در کنار آثار مثبت و مطلوبی که دارد و تحقیق جداگانه‌ای می‌خواهد، در ورطه عمل، آثار نامطلوبی در پی داشته که می‌توان آنها را در شش مورد جای داد:

۱. فلاح‌زاده، علی محمد، تفکیک تقنین و اجرا: تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱، ص ۱۴۵.

بند اول. تأثیر منفی بر ذوق و خلاقیت هنری

اولین و مهم‌ترین اثر نامطلوب عملی وزارت و هنر رسمی برآمده از آن، مخدوش کردن استعداد هنری است. در این موقعیت به جای جامعه مدنی یعنی مردم، منتقدان، مطبوعات و تشکلهای خصوصی هنری، این وزارت است که تعیین می‌کند کدام زیباست و کدام فاقد ارزش هنری. هنر رسمی با نقض ویژگی دستورناپذیری هنر و خلاقیت هنری با تحمیل سلیقه و ذوق به هنرمند، باب خلاقیت را مسدود می‌کند. هنری که به جای تربیت مدیر در خدمت هنر، هنر را در خدمت مدیر قرار داده و دیگر جایی برای جسارت و خلاقیت باقی نمی‌گذارد، زیرا هنرمند در این وضعیت، «استقلال هنری» خود را از دست داده و در قامت یک کارمند، همواره به دنبال رضایتمندی وزارت است، نه مردم. امری مغایر با بند ۳ ماده ۱ و بند ۱۲ ماده ۲ قانون وزارت که «شکوفایی استعدادها و روحیه... ابتکار در جامعه» و «تقویت روح... ابتکار در تمام زمینه‌های فرهنگی و هنر اسلامی و ایرانی» را جزء اهداف و وظایف وزارت دانسته است. طرفه آنکه این اثر نامطلوب از جانب دولتمردان در طیفی متنوع از زبان معاون اول اسبق و نامزد انتخابات ریاست جمهوری^۱ تا رئیس‌جمهور منتخب^۲ و مسئولان وزارت^۳ نیز بیان شده! در صورتی که این اشخاص، نه مخاطب بلکه مسئولند و هنگامی که به این نتیجه منفی واقفند، می‌بایست در پی تغییر آن برآیند. چنان‌که اولین وزیر فرهنگ پس از پیروزی انقلاب اسلامی به دستور نخست خود مبنی بر انحلال اداره نگارش که وظیفه‌اش، بررسی و صدور مجوز کتاب بود، می‌بالد و رسالت وزارت را فراهم ساختن بستری برای هرچه پویاتر نمودن فعالیت‌های فرهنگی و هنری و تأمین امکانات می‌داند تا اینکه قالب‌های خاصی را ایجاد کند و بخواهد مردم براساس آن الگوها آثار فرهنگی خلق کنند.^۴

بند دوم. دوقطبی کردن فضای هنری

الف. تقسیم‌بندی ارزشی در هنر

از آثار مهم منفی وجود وزارت، ایجاد نوعی هنرِ باب میل مدیران است که می‌توان به آن هنر رسمی، سفارشی یا گلخانه‌ای گفت. هنر رسمی با تقسیم‌بندی هنر به «مفید و

۱. مناظره فرهنگی نامزدهای ریاست جمهوری، عارف: هنرمندان، کارمندان دولت نیستند، بهار، ۹۲/۳/۱۶، ص ۹.

۲. سخنرانی حسن روحانی در جمع هنرمندان: دولت آبادی، محمود، اگر دیر نشده باشد!، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۷۱، ۹۲/۱۰/۲۲، ص ۱۶.

۳. معاون امور فرهنگی وزارت فرهنگ: ادبیات، سفارش بردار نیست، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۹۸۲، ۹۳/۳/۲۲، ص ۱۶.

سازنده» و غیر آن، ارزش‌گذاری نموده و با نادیده گرفتن حالت شهودی و تک ضرب خلق اثر هنری،^۱ آن را تصنعی و چندمرحله‌ای می‌کند. حال آنکه ساخت این مفاهیم و دسته‌بندی‌ها، نه کار دولت، که از کارکردهای جامعه مدنی است.^۲

هنر رسمی با دوقطبی کردن فضا و قراردادن نوع خاصی از هنر مقابل سایرین، هر قسم سفارش را مذموم و درواقع، مطلق هنر سفارشی را بدنام نموده است. امری که موجب شده اثر هنری حتی به سفارش بخش خصوصی هم، بازتابی منفی یافته و مثال‌های درخشان در این خصوص فراموش شود. چنانکه فیلم «خانه سیاه است» (۱۳۴۰) اثر فروغ فرخزاد، فیلمی به سفارش انجمن کمک به جذامیان بود^۳ یا عمده آثار بزرگ دنیای موسیقی، سفارشی بوده و به همین دلیل، بزرگان موسیقی ایران نسبت به موسیقی سفارشی، نظر منفی ندارند.^۴

هنر رسمی، مروج سلسله‌مراتب ارزشی در هنر است که امروزه بسیار مشکوک و مردود بوده^۵ و آزادی بیان هنری و استقلال هنری و هنرمند را نادیده می‌گیرد. درحالی‌که وقتی در ایران، بیش از هر چیز بر استقلال سیاسی تأکید می‌شود، بدیهی است که هنر، هنرمندان و نهادهای فرهنگی مملکت نیز باید مستقل باشند.^۶ هنر سفارشی از هرگونه هنر، یک دوقطبی می‌سازد. فی‌المثل به جای دمیدن در شعله حکومت شعر، شعر حکومتی را تبلیغ می‌کند^۷ یا در موسیقی به جای محترم شمردن همه سبک‌ها و عدم ورود به مباحث کارشناسی و زیباشناسی، مداخله نموده و مثلاً به جای حمایت از سنت موسیقایی، موسیقی سنتی و

۱. حبیبی، حسن، یادداشت‌هایی درباره هنر، فصلنامه هنر، ۱۳۶۲، شماره ۳، ص ۳۹.

۲. نوشین، عبدالحسین، هنر تئاتر، تهران: بی‌نا، ۱۳۳۱، صص ۷۵-۷۳.

۳. ساری، فرشته، فروغ فرخزاد، دفتر چهارم از چهره‌های قرن بیستمی ایران، تهران: قصه، ۱۳۸۰، صص ۸۰-۷۵.

۴. چنان‌که در نظرخواهی از سه بزرگ موسیقی ایران، علی رهبری، لوریس چکناواریان (رهبران ارکستر) و شاهین فرهت (آهنگساز)؛ موسیقی سفارشی، مطلوب و دست کم، «نه خوب، نه بد» ارزیابی شده است: هنر سفارشی، آری یا نه، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۹۸۲، ۹۳/۳/۲۲، ص ۱۶.

۵. لوسی اسمیت، ادوارد، جهانی شدن و هنر جدید: مفاهیم و رویکردها در آخرین جنبش‌های قرن بیستم، ترجمه علیرضا سمیع‌آذر، تهران: نظر، ۱۳۸۷، ص ۱۳.

۶. مهندس پور، فرهاد، چرا استقلال، مسئله تئاتر ایران نیست! مجموعه مقالات سمینار تئاتر خصوصی در ایران، تهران: نمایش، ۱۳۸۸، ص ۱۰۰.

۷. امیری اسفندقه، مرتضی، ایران، سرزمین حکومت شعر است، نه شعر حکومتی (گفت‌وگو با دبیر علمی

کلاسیک را بر سبک‌های دیگر ترجیح می‌دهد. در همین فضا است که مثلاً معاون امور هنری اسبق وزیر فرهنگ، با واکنش به شایعه لغو مجوز کنسرت‌های پاپ، آن را تکذیب می‌کند،^۱ زیرا اگر وزارت نسبت به همه انواع موسیقی، نگاه یکسان و بی‌تبعیضی داشته باشد، این شایعات و تکذیب‌ها بی‌معناست. در سینما هم، حمایت وزارت از تقسیم‌بندی‌هایی چون سینمای ارزشی و غیر آن، از گذشته تاکنون عیان است. چنان‌که به اعتراف مسئولان سال‌های دور بنیاد فارابی: «اجازه نمی‌دادیم کسانی که کارشان ضعیف است به مقدسات و ارزش‌های جامعه نزدیک شوند. نه اینکه بگوییم کار نکنند، ولی یک سری ارزش‌ها مثل جنگ و مسائل اعتقادی را تشخیص می‌دادیم که کار هرکسی نیست».^۲ در زمان حاضر نیز، صحبت‌های رئیس اسبق سازمان سینمایی دولت فعلی، گویای این مطلب است: «سینمای ایران از اساس، سینمای مقاومت است، چراکه سینمای آمریکا، دنیا را تسخیر کرده و در برابر این سینما، تمام کشورها به‌خصوص، کشورهای اروپایی به زانو درآمدند؛ ولی سینمای ارزشمند و اخلاق‌گرای ایران در برابر سینمای آمریکا ایستاده و مقاومت می‌کند».^۳

ب. تبعیض میان هنرمندان

هنر رسمی، هنرمندان را به سه دسته تقسیم می‌کند: «با ما»، «خنثی» و «بر ما». موافقان کاملاً در مسیر هنر مدیران حرکت نموده و هنر مدنظر وزارتخانه را تبلیغ، تولید و عرضه می‌دارند. کسانی که کاملاً دیده و تشویق شده، جایزه گرفته و در نهادهای انتصابی هنری، حضوری پررنگ دارند. امکانات و تسهیلات هم در اختیارشان است. هنرمندان خنثی نیز، به دلیل عدم مخالفت با هنر رسمی، در حاشیه امنی قرار دارند. این هنرمندان، تقریباً در دایره نزدیکان هنر رسمی هستند. در اعطای تسهیلات به آنها، سخت‌گیری نمی‌شود و هر از گاهی هم جایزه می‌گیرند اما اقبالشان رو به افول است؛ زیرا نه حرف وزارتخانه را می‌زنند و نه قادرند حرف مردم را بیان کنند، لذا همچون خود، هنرشان نیز خنثی و بی‌اثر است، ولی هستند. دسته سوم اما مدارا می‌شوند و تحمل به‌سختی از فیلترهای نظارتی عبور نموده یا اساساً رد نمی‌شوند. تقریباً از تسهیلات و جوایز هم محرومند. ولی نکته اینجاست که در چنین فضایی، این هنرمندان که اساساً با نظام سیاسی زاویه‌ای ندارند و تنها می‌خواهند استقلال هنریشان حفظ شود، در جایگاه مخالف قرار می‌گیرند.

۱. واکنش شاه‌آبادی «معاون هنری وزیر فرهنگ» به شایعه لغو مجوز کنسرت‌های پاپ: موسیقی پاپ، تعطیل نشده است، تماشا، شماره ۴۶۳، ۹۱/۹/۲۸، ص ۲۱.

۲. سلطانی، کاظم، سینمای ایران در جست‌وجوی ارزش‌ها (گفت‌وگو با چند نفر از اعضای بخش فرهنگی بنیاد سینمایی فارابی)، هنر و معماری، ۱۳۷۲، شماره ۲۳، ص ۱۲۸.

۳. ایوبی: سینمای ایران از اساس، سینمای مقاومت است، اعتماد، سال دوازدهم، شماره ۳۰۸۱، ۹۳/۷/۲۰، ص ۸.

طرفه آنکه به‌رغم طبیعی بودن نتیجه «هنرمند مخالف و موافق» از نظام هنر رسمی وزارت، به دلیل فضای ایجادشده در عمل، هر دو طرف وزارتخانه و هنرمند، سعی در تکذیب این مهم داشته و فی‌المثل هنرمند یا سینمای اصلاح‌طلب و اصولگرا^۱ و مانند آن، پنهان می‌شود؛ لذا از این فضای هنری آمیخته با سیاست، طبیعی است که روزنامه با حیرت تیت‌ر بزند: «از منتهی‌الیه راست تا چپ در جشنواره فجر»^۲ یا اینکه بعد از نامه عزت‌الله انتظامی در خصوص استفاده سیاسی از او در ثبت‌نام انتخاباتی، فرزند خواننده مشهور سنتی با او همدردی نماید: «پدر من هم، فریب این بازی‌ها را خورد و ندانسته در مراسمی شرکت کرد که از پیش طراحی شده بود»^۳.

جالب‌تر آنکه هردوی موافقان و مخالفان هنر رسمی به خود افتخار می‌کنند! چنانکه معصومه سیحون - نقاش - این را «افتخار» می‌داند که «در هیچ حکومتی، مورد تأیید نبوده است»^۴ یا محسن مخملباف که در سال‌های ابتدایی کارش می‌گوید: «طاغوتی‌ها می‌دانند حاضر نیستم... با آنها در یک صحنه کار کنم. من جاروکردن زیر پای ضعیف‌ترین مسلمان کارگردان یا بازیگر را به همکاری با گردن کلفت‌ترین هنرمند غیرمسلمان عوض نمی‌کنم»^۵؛ اما وی بعدها در چرخشی کامل، با تمایل به سینمای روشنفکری و تغییر جهت از سینمای ایدئولوژیک داخلی، مهاجرت کرد و شدت این تحول طوری بود که وقتی اصغر فرهادی در جشن خانه سینما، آرزو کرد برخی همکارانش ازجمله او بتوانند باز هم در ایران فیلم بسازند، پروانه فیلم در حال ساخت او لغو شد! امری که نشان می‌دهد در این فضا، بیشتر از میانه‌روی، رادیکالیسم بروز می‌یابد و حد وسطی وجود ندارد.

۱. به عنوان مثال رک: ۱- نامه تشکر از عارف: بیانیه ۲۸۰ شخصیت فرهنگی و هنری در تشکر از عارف، بهار، شناسی سیاسی سینمای ایران (بایدها و نبایدهای ۹۲/۳/۲۳، ص ۱۲. ۲- راودراد، اعظم و اسدزاده، مصطفی، جامعه های ۱۳۷۰ و ۱۳۸۰)، نامه پژوهش فرهنگی، ۱۳۸۹، شماره ۹، صص ۸۸ گذاران سینمای ایران در دهه سیاست ۵۷-

۲. اسامی فیلم‌های بخش مستند جشنواره فجر دوره ۳۲، از منتهی‌الیه راستا تا چپ در جشنواره فجر، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۶۶، ۱۳۹۲/۱۰/۱۶، ص ۱۲

۳. نامه دختر دختر علیرضا افتخاری به عزت‌الله انتظامی، پدرم هم، فریب این بازی‌ها را خورد، شرق، سال دهم، شماره ۱۳۷۳، ۱۳۹۲/۰۲/۳۰، صص ۱۱ و ۱

۵. حیدری، غلام، معرفی و نقد فیلم‌های محسن مخملباف، تهران، نگاه، ۱۳۷۶، ص ۲۶.

بند سوم. پر رنگ شدن مدیران وزارت فرهنگ به جای هنرمندان

از دیگر آثار هنر رسمی منتج از وزارت، محوریت یافتن مسئولان فرهنگی اعم از وزیر و هریک از معاونان مربوط به حوزه‌های موسیقی، تئاتر و سینما یعنی معاون امور هنری و رئیس سازمان سینمایی است. مصاحبه‌ها، تصمیمات و اقدامات مسئولان، بسیار مهم‌تر و خبرسازتر از هنرمندان است و جامعه مدنی و فعالان عالم هنر، بیشتر از دنبال نمودن خط‌مشی هنرمندان، در پی کشف این مهم در دولت‌مردان هستند. به بیان بهتر، بخش عمده‌ای از سرنوشت هنر و هنرمند، به جای اراده هنرمندان و خرد جمعی آنها، بستگی به اراده و افکار مسئولان ذی‌ربط دارد. امری که فی‌المثل در حوزه تئاتر، یکی از مدیران اسبق، آن را چنین روایت می‌کند: «رئیس مرکز هنرهای نمایشی، امپراطور تئاتر است. باید به سمتی برویم که تئاتر امپراطور نداشته باشد».^۱ دقیقاً به همین خاطر، وزیر همیشه نه به عنوان مسئولی بی‌طرف و صرفاً حامی، بلکه به‌مثابه مسئول فرهنگ و هنر رسمی باید پاسخگو باشد. چنانکه وزیر اسبق در افتتاحیه سی‌ویکمین جشنواره فیلم فجر بیان می‌دارد: «امسال فیلم‌های قابل دفاع و قابل قبولی داریم»^۲ یا وزیر بعدی که در پاسخ به سیاه‌نمایی فیلم‌های جشنواره اظهار داشت: «فیلم‌هایی که امسال نمایش داده می‌شود، بیش از دو سال از ساخت آنها می‌گذرد و هرچه هست، فیلم‌هایی است که از گذشته بوده»^۳ یا در پاسخ به ارزشی بودن محتواها می‌گویند: «در بین ۹۰ فیلمی که سالانه تولید می‌شود، حداکثر ۲۰ فیلم، صددرصد قابل قبول است».^۴ مثال‌هایی که نشان می‌دهند مسئولیت خوب و بد بودن فیلم‌ها با وزیر است و او به جای دفاع از همه افکار و سلیقه‌ها، از فیلم‌ها فرار می‌کند و می‌گوید من برای اینها پروانه صادر نکرده یا آنها را قبول ندارم. بماند که اساساً صدور مجوز فیلم‌ها، تئاترها و کنسرت‌ها با شوراهای عریض و طویل بوده و در اختیار وزیر نیست. همچنین است استیضاح وزیر سال‌های دور که در دفاع از عملکرد خود در جلسه استیضاح گفت: آژانس شیشه‌ای ۹ سیم‌رغ دریافت کرد و جشنواره با فیلم دفاع مقدس شروع شد، این جهت‌گیری ماست. فیلم دفاع مقدس ملاقلی‌پور، جایزه بهترین کارگردانی را گرفت. جایزه

۱. سلیمی، حسین، تنها راه نهادینه ساختن تئاتر در ایران!، صحنه، ۱۳۸۶، شماره ۴۲، ص ۱۲

۲. وزیر ارشاد (سیدمحمد حسینی)، امسال فیلم‌های قابل دفاعی داریم، آرمان روابط عمومی، شماره ۲۱۱۵

۳. ۹۱/۱۱/۱۲، ص ۸

۴. علی جنتی: این فیلم‌ها در دوره ما ساخته نشده است، شماره ۲۸۹۰، ۹۲/۱۱/۱۵، ص ۱۶

۴. علی جنتی در گفت و گو ویژه خبری شبکه دو: وزیر فرهنگ و ارشاد به روایت صدا و سیما، شماره ۳۰۵۰،

۹۳/۶/۱۳، ص ۲۰

بخش بین‌المللی به رنگ خدا تعلق گرفت که با موضوع و جهت‌گیری مذهبی است. ما جهت‌گیری مان را با جوییزی که داده شده تبیین کردیم.^۱

محوریت یافتن مدیران در حوزه موسیقی، غلیظ‌تر است، زیرا آثار موسیقایی برخلاف تئاتر و سینما، برای عرضه کلاً با محدودیت‌های رسانه‌ای مواجه می‌باشد. خلایی که مسئولان این حوزه را «حیاتی»، «تعیین‌کننده» و «سرنوشت‌ساز» می‌نماید. در چنین جغرافیایی است که همیشه در هنگامه تعیین وزیر، تکاپوی نظرسنجی تعیین وزیر یا شاخصه‌های وزیر شایسته، از جانب جریان‌های مختلف هنری به راه می‌افتد یا اینکه فی‌المثل در سینما، همواره با حسرت از دوران «سیف‌الله داد» بر معاونت سینمایی یاد می‌شود^۲ که نفس این داورها، فارغ از صحت و سقم آن، مرهون مرکزیت و محوریت مدیران فرهنگی هنری است.

بند چهارم. بزرگ نمودن دولت و افزایش بوروکراسی منفی

از دیگر آثار منفی وزارت، حجیم نمودن دولت است که نسبت به مردم، باید بسیار کوچک‌تر باشد. وجود وزارت از سهم مردم در وادی هنر می‌کاهد و با ایجاد هزار توی بوروکراسی منفی اعم از تشکیلات و فرایندها و مجوزها، مسیر تولید و عرضه آثار هنری را مطول، زمان‌بر و پرهزینه می‌کند. بوروکراسی در اینجا همه انرژی و توانی که می‌بایست خرج خلق و نمایش هنر شود را تلف و اگر هنرمند نیز، به سلامت از این هفت‌خوان عبور نماید، دیگر رمقی برای آفرینش یا بروز اثرش را ندارد. حال آنکه منع بوروکراسی منفی و بزرگ شدن دولت در بند ۱۰ اصل ۳ ق.ا. به لسان «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور» از اهداف دولت دانسته شده اما در عمل با وجود وزارت و مفاد مارالذکر در قانون وزارت، این بخش از ق.ا. نقض شده است.

بند پنجم. ایجاد تبعیض در اخذ تسهیلات

وزارت و هنر مدنظر آن در تخصیص تسهیلات اعم از وام‌ها، یارانه‌ها، امکانات و ابزار تولید و عرضه آثار فرهنگی هنری، تبعیض قائل شده و غالباً آنها را به موافقان خود اعطا می‌کند. تبعیضی مغایر اصل برابری که به هیچ‌وجه، مثبت نبوده و کاملاً منفی است. در اینجا وزارت

۱. اعتمادی، فربرز، دکتر مهاجرانی، از رأی اعتماد تا استیضاح، تهران: علم، ۱۳۷۸، صص ۷۶۰-۷۵۸.

۲. الله داد: روزهای بی «داد» سینما: اعتماد، سال دهم، شماره ۲۴۵۳، ۹۱/۵/۵، ص ۲۱۱. با یاد سیف

به مبانی خود رجوع نموده و سیل امکانات را به هم‌سوها یعنی آنها که سیاست‌ها و حرف وزارت را تبلیغ می‌کنند، گسیل می‌دارد. به عنوان مثال، وام‌هایی که به برخی خواص داده می‌شود یا داستان فیلم فاخر که با تعریف آن به پروژه‌های بزرگ با جنبه‌های تکنیکی و تجهیزاتی عظیم و طبعاً بودجه‌های میلیاردری، فیلم‌هایی ساخته شد که فارغ از ارزش هنری، حتی درصد کمی از هزینه ساخت را برنگرداند.^۱ با این حال، فیلم‌های موصوف در کارنامه عملکرد دولت به‌عنوان دستاورد تبلیغ می‌شود. چنانکه در دولت قبل «حمایت از تولیدات فاخر، ارزشی و آرمانی و اهتمام به راه‌اندازی پروژه تولید فیلم‌های فاخر و عظیم» از سیاست‌ها و دستاوردهای وزارت بود؛^۲ لذا حیرت‌انگیز نیست که پیرو نامه ۶۱ کارگردان به رئیس اسبق سازمان سینمایی با موضوع نگرانی از ویژه‌خواری و رانت‌خواری، پاسخ داده می‌شود «اجازه نمی‌دهیم ویژه‌خواران به سینما بازگردند».^۳

بند ششم. نیل مدیران وزارت به رئالیسم و پراگماتیسم حقوقی

رویکرد مورد بحث، شمایی از وزارت ساخته که غالب مدیران آن را به وادی رئالیسم حقوقی^۴ کشانده که طی آن، به دلیل هماهنگی واقعیت حقوقی با واقعیت فرهنگی و تأثیر فرهنگ بر حقوق،^۵ با دوری از آرمان‌گرایی، تصمیم‌های حقوقی، ملغمه‌ای از تلقیات شخصی و شهودی از قانون و برخی ارجاعات تصنعی به آن است.^۶ بدین‌لحاظ، قانون آن است که مسئول اداری تصمیم می‌گیرد، نه آنکه قواعد اقتضا می‌کند.^۷ عادلانه‌ترین برداشت از قانون نیز به علت واقعیات تجربی، تنها براساس قواعد و اصول حقوقی، اتخاذ نمی‌شود^۸ و نهایتاً با مدنظر داشتن واقعیات‌های عینی، ملموس و قابل درک صورت می‌گیرد. سلوکی غالباً منتج به پراگماتیسم^۹ یا عمل‌گرایی که طی آن، با اعمال شاخصه‌های واقع‌گرایی حقوق

۱. بخشی، مسعود، وقتی می‌گوییم «ف.ف.»، از چه حرف می‌زنیم؟ بهار ۱۳۹۲، ص ۱۲

۲. محمدزاده، محمدجعفر و دیگران، نیم‌نگاهی به کارنامه عملکرد دولت نهم (از مرداد ۱۳۸۴ تا اردیبهشت ۱۳۸۸)، تهران:

معاونت ارتباطات و اطلاع‌رسانی دفتر رئیس‌جمهور، ۱۳۸۸، ص ۸۷

3-Legal Realism.

۴. حجت‌الله ایوبی، اجازه بازگشت به ویژه‌خواران نمی‌دهیم، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۱۶، ۲۸۶، ۹۲/۱۰

ص ۱۲،

۵. لوی برول، هانری، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۹۳

۶. پیرعطایی، علی، نظریه اداره قرارداد، تهران: ققنوس، ۱۳۸۸، صص ۸۱-۸۰.

۷. موحد، محمدعلی، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه، ۱۳۸۴.

ص ۲۶۳

در عمل، مقام مسئول فایده عملی را ملاک گرفته، ایده‌آلیسم^۱ قانون را به کناری می‌نهد^۲ و به وادی تشخیص مصلحت، قدم می‌گذارد که اقتضایی بوده و ثابت نیست؛ لذا مدیر ذی‌ربط ابتدا گزینه‌اش را انتخاب، سپس در پی توجیه برمی‌آید.^۳ مسیری موجب تصمیم‌گرایی یا اصالت پیدا کردن اراده اجرایی که تیغی است دو دم و ظرفیت توأمان استفاده مطلوب و سوءاستفاده و خودکامگی در وزارت را دارد. به گونه‌ای که جهت‌گیری، سیاست و تفسیر گفتمان اصول‌گرایی در این وزارت، متفاوت با گفتمان اصلاح‌طلبی بوده است.^۴ حال آنکه هر دو گفتمان، تفسیرهای متفاوت نسبت به مجموعه‌ای ثابت و یکسان از قوانین و مقررات است.

علی‌هذا انتزاعی بودن قوانین و مقررات فرهنگی و هنری موجب شده در همه این سال‌ها و با تغییر گفتمان حاکم بر قوه مجریه، از قوانین و مقررات یکسان، برداشت‌های متفاوتی صورت گیرد و بیشتر، واقعیت‌محور باشد تا قاعده‌محور.^۵ چنانکه وقتی در سال ۶۴ از وزیر وقت پرسیده می‌شود: «جهت گسترش و نفوذ فرهنگ اسلامی در شئون جامعه و تقویت انقلاب فرهنگی، چه برنامه‌هایی دارید؟»، پاسخ می‌دهد وزارت به‌رغم نقش نظارتی و هدایتی، «یک دستگاه تبلیغی به معنی خاص و رایج کلمه نیست»^۶

نتیجه

اختصاص وزارت برای هنر به معنای عدم بی‌طرفی دولت در مقوله فرهنگ و هنر است. این طرفداری می‌تواند با عنایت به نسبت دولت با ایدئولوژی، آثار متفاوتی داشته باشد. چنان‌که در دول بی‌طرف نیز وجود این وزارت، به حمایت‌های دولت از هنرمندان و آثار هنری می‌انجامد که با رعایت سیاست‌های تکرگرایانه و منع تبعیض خنثی می‌شود؛ اما با توجه به امکان همیشگی انحراف در اقدامات و اعمال دولت، نهایتاً نقض بی‌طرفی محتمل است که از آن به امتناع یا عدم امکان هم‌نشینی وزارت فرهنگ و بی‌طرفی یاد می‌شود. در ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز با توجه به غلظت ایدئولوژی در دولت، کارویژه‌های

1-Idealism.

۲. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی)، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۸۶، صص ۲۵۱-۲۵۰

۳. پوراستاد، مجید، نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۱۹۳

۴. دهقان پیشه، الهه و اسماعیلی، رضا، ارزیابی مصوبات دولت درباره سینما، تحقیقات فرهنگی، ۱۳۹۱، شماره ۱، صص ۱۱۵-۱۳۲

۵. گرای (رنالیسم حقوقی) در: بر منهج عدل، مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان، کیوانفر، شهرام، واقع. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۹۴

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در هیئت «هدایت» و «تصویب مقررات» در قانون وزارت متجلی شده و خصلت ارشادی وزارت، زمینه مداخله حداکثری دولت در همه شئون عالم هنر را فراهم نموده است. این عملکرد هدایتی ارشادی وزارت، آثار نامطلوب عملی در پی داشته که در نابرابری حقوقی میان اقسام هنر، آثار فرهنگی هنری و مآلاً هنرمندان تلخیص‌شدنی است.

وزارت فرهنگ بر این منوال، نقش پلیس اداری را در دنیای هنر بازی می‌کند که در نتیجه آن، هنر و هنرمندان به دو دسته «مجاز و ممنوع» تقسیم می‌شوند: امور مجاز، خوب و شایسته تشویقند و امور غیرمجاز، مستوجب مجازات. موضوعی که وزارت را با خطر کم‌رنگ شدن افکار عمومی و حبس هنر در یک سلیقه خاص، مواجه می‌نماید. اینکه «خیر» بر «حق» ترجیح داده شده و به جای قائل شدن حق برای افراد (حق داشتن و نه حق بودن) و اعطای حق انتخاب به آنها، الگویی خاص عرضه می‌شود. بدین لحاظ، وزارت دچار سلیقه‌گرایی شده و به جای نمایندگی از همه سلايق در عرصه فرهنگ ایرانی، به عرضه فضیلت رسمی و موردنظر خود می‌پردازد؛ لذا فاصله میان نظر مردم و دولت در بحث هنر، بیشتر عینیت می‌یابد.

در چنین شرایطی، فرهنگ و هنر نیز دولتی و حاکمیتی می‌شود. مسیر هدایت و ارشاد هم مشخص است: سیاست فرهنگی، مدیریت فرهنگی، برنامه‌ریزی و اقدام. در این فضا سخن گفتن از تنوع فرهنگی و شکیبایی و کثرت‌گرایی، جای خود را به «کنترل فرهنگی» می‌دهد؛ اما از آنجاکه فرهنگ و هنر، تحمیل‌بردار نیست و مطالبه غیرممکن از سیاست‌ها، قوانین و مقررات، غیرممکن است؛ پروژه کنترل فرهنگی با عدم توفیق مواجه شده و بالاجبار واقعیت‌های فرهنگی هنری در قامت حقیقت‌های مدنظر متجسد می‌گردد. امری که همواره در معرض قضاوت فراهنری از آثار هنری است، زیرا وزارت دارای دو وجه «اداری» و «سیاسی» است و به‌سختی می‌توان همیشه حوزه اداری را از سیاست، تفکیک نمود.

نهایت اینکه وزارت از صرف یک نهاد رسمی کنترل‌کننده فرهنگی با شأن اداری، به سازمانی متعلق به سیاست برای مراقبت از اخلاق و الزام قانونی آن در امور فرهنگی و هنری تبدیل می‌شود.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. اعتمادی، فربرز (۱۳۷۸). دکتر مهاجرانی از رأی اعتماد تا استیضاح، تهران، علم.
۲. باریبه، موریس (۱۳۸۶). مدرنیته سیاسی، ترجمه عبدالوهاب احمدی، تهران، آگه.
۳. برلین، آیزیا (۱۳۶۸). چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، تهران، خوارزمی.
۴. بشیریه، حسین (۱۳۸۶). آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری و تأسیسی)، تهران، نگاه معاصر.
۵. بنیادی نایینی، علی و دیگران (۱۳۸۹). تاریخچه و سیر تحول تشکیلاتی و ساختاری وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در یکصد سال اخیر، تهران، پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات، جلد ۱.
۶. پوراستاد، مجید (۱۳۹۱). نقش دادرسی مدنی در تحصیل دلیل و کشف حقیقت، تهران، شهر دانش.
۷. پلامناتس، جان (۱۳۷۳). ایدئولوژی، ترجمه عزت‌الله فولادوند، تهران، علمی و فرهنگی.
۸. پیرعطایی، علی (۱۳۸۸). نظریه اداره قرارداد، تهران، ققنوس.
۹. حریری، ناصر (۱۳۸۱). درباره هنر و ادبیات: گفت‌ووشنودی با معصومه سیحون، بابل، آویشن.
۱۰. حیدری، غلام (۱۳۷۶). معرفی و نقد فیلم‌های محسن مخملباف، تهران، نگاه.
۱۱. راسخ، محمد (۱۳۸۷). «آزادی، حقیقت و عدالت»، راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، تهران، طرح نو جلد ۲.
۱۲. راسخ، محمد (۱۳۸۹). «مطبوعات و دموکراسی: آزاد، اما اخلاقی»، مرکز مطالعات حقوق بشر و انجمن علمی دانشجویی حقوق دانشگاه تهران، مجموعه مقالات همایش حقوق مطبوعات، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۱۳. راولز، جان (۱۳۹۲). عدالت به مثابه انصاف، ترجمه عرفان ثابتی، تهران، ققنوس.
۱۴. ریدی، دیویدای (۱۳۹۲). فلسفه حقوق، ترجمه حسن خسروی، تهران، مجد.
۱۵. ساری، فرشته (۱۳۸۰). فروغ فرخزاد، دفتر چهارم از چهره‌های قرن بیستمی ایران، تهران، قصه.
۱۶. ستاری، جلال (۱۳۷۹). در بی‌دولتی فرهنگ: نگاهی به برخی فعالیت‌های فرهنگی و هنری در بازپسین سال‌های نظام پیشین، تهران، مرکز.

۱۷. سلیمی، حسین (۱۳۸۲). «سیاست‌پذیری فرهنگ»، سیاست‌گذاری و فرهنگ در ایران امروز (مجموعه مقالات)، تهران، مرکز بازشناسی اسلام و ایران پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات.
۱۸. صالحی امیری، سیدرضا و عظیمی دولت‌آبادی، امیر (۱۳۸۷). مبانی سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی فرهنگی، تهران، پژوهشکده تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۱۹. فلاح‌زاده، علی محمد (۱۳۹۱). تفکیک تقنین و اجرا؛ تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۲۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). «دولت خدمت‌گزار و مسئول به جای دولت حاکم»، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، جلد ۱.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). مبانی حقوق عمومی، تهران، میزان.
۲۲. کیوانفر، شهرام (۱۳۸۸). «واقع‌گرایی (رئالیسم حقوقی)»، بر منهج عدل، مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان، تهران، دانشگاه تهران.
۲۳. لوسی اسمیت، ادوارد (۱۳۸۷). جهانی شدن و هنر جدید: مفاهیم و رویکردها در آخرین جنبش‌های قرن بیستم، ترجمه علیرضا سمیع‌آذر، تهران، نظر.
۲۴. لوی برول، هانری. (۱۳۸۶). جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه سید ابوالفضل قاضی، تهران، میزان.
۲۵. محمدزاده، محمد جعفر و دیگران (۱۳۹۲). نیم‌نگاهی به کارنامه عملکرد دولت نهم (از مرداد ۱۳۸۴ تا اردیبهشت ۱۳۸۸)، تهران، معاونت ارتباطات و اطلاع‌رسانی دفتر رئیس‌جمهور.
۲۶. موحد، محمدعلی (۱۳۸۴). در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران، کارنامه.
۲۷. مور، برینگتن (۱۳۷۵). ریشه‌های اجتماعی دیکتاتوری و دموکراسی (نقش ارباب و دهقان در پیدایش جهان نو)، ترجمه حسین بشیریه، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۲۸. مهندس پور، فرهاد (۱۳۸۸). «چرا استقلال، مسئله تئاتر ایران نیست!»، مجموعه مقالات سمینار تئاتر خصوصی در ایران، تهران، نمایش.
۲۹. نوشین، عبدالحسین (۱۳۳۱). هنر تئاتر، تهران، بی‌نا.
۳۰. وحید، مجید (۱۳۸۲). «مقدمه: از فرهنگ سیاست‌گذاری تا سیاست‌گذاری

فرهنگی»، سیاست‌گذاری و فرهنگ در ایران امروز (مجموعه مقالات)، تهران، مرکز بازشناسی اسلام و ایران پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات.
۳۱. وینسنت، اندرو (۱۳۸۷). **نظریه‌های دولت**، ترجمه حسین بشیریه، تهران، نی.

ب. مقاله‌ها

- ۳۲- آشوری، داریوش (۱۳۷۱). «ایدئولوژی، اخلاقیات و فرهنگ (۱)»، **کلک**، شماره ۳۳-۳۲، صص ۴۲-۵۸.
- ۳۳- آگاه، وحید (۱۳۹۸). «هنرمندانه یا بی‌هنر؟ تحلیل حق‌های هنری در منشور حقوق شهروندی و ارائه مانیفست»، **اخلاق زیستی**، ویژه‌نامه حقوق بشر و حقوق شهروندی، صص ۳۸۲-۳۶۸.
- ۳۴- امیری اسفندقه، مرتضی (۱۳۸۸). «ایران، سرزمین حکومت شعر است، نه شعر حکومتی» (گفت‌وگو با دبیر علمی جشنواره شعر فجر)، **پنجره**، شماره ۲۷، صص ۷۲-۷۳.
- ۳۵- بخشی، مسعود (۱۳۹۲). «وقتی می‌گوییم «ف.ف» از چه حرف می‌زنیم؟»، **بهار**، ص ۱۲.
- ۳۶- حبیبی، حسن (۱۳۶۲). «یادداشت‌هایی درباره هنر»، **فصلنامه هنر**، شماره ۳، صص ۳۸-۴۱.
- ۳۷- راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا (۱۳۸۹). **نسبت حکومت با زندگی مطلوب**، **نگرشی به رویکرد بی‌طرفی**، فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱، صص ۱۳۱-۱۰۹.
- ۳۸- راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۰). **نسبت حکومت با زندگی مطلوب: نگرشی به رویکرد کمال‌گرایی**، حقوق اسلامی، شماره ۳۰، صص ۷۶-۵۹.
- ۳۹- راسخ، محمد و رفیعی، محمدرضا (۱۳۹۲). **نسبت حکومت با زندگی مطلوب: ارزیابی رویکردهای بی‌طرفی و کمال‌گرا**، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱، صص ۹۹-۶۱.
- ۴۰- راودراد، اعظم و اسدزاده، مصطفی (۱۳۸۹). «جامعه‌شناسی سیاسی سینمای ایران (بایدها و نبایدهای سیاست‌گذاران سینمای ایران در دهه‌های ۱۳۷۰ و ۱۳۸۰)»، **نامه پژوهش فرهنگی**، شماره ۹، صص ۵۷-۸۸.
- ۴۱- سلطانی، کاظم (۱۳۷۲). «سینمای ایران در جست‌وجوی ارزش‌ها» (گفت‌وگو با چند نفر از اعضای بخش فرهنگی بنیاد سینمایی فارابی)، **هنر و معماری**، شماره ۲۳، صص ۱۲۵-۱۵۲.

- ۴۲- سلیمی، حسین (۱۳۸۶). «تنها راه نهادینه ساختن ثبات در ایران!»، صحنه، شماره ۴۲، صص ۸-۱۴.
- ۴۳- شهابی، مهدی و نیکویی، مرضیه (۱۳۹۱). «حقوق متفاوتی یکی: تأملی بر نقش ارزش در فرآیند ایجاد قاعده حقوقی»، مطالعات حقوقی، شماره ۱، صص ۱۳۴-۱۰۳.
- ۴۴- قزلسفلی، محمدتقی (۱۳۸۲). «هنر و سیاست»، پژوهشنامه علوم انسانی و اجتماعی، شماره ۱۰ - ۹، صص ۲۳۴-۲۱۳.
- ۴۵- قیومی بیدهندی، مهرداد (۱۳۸۷). «حمایت و هنرپروری و زوایای پنهان در تاریخ هنر ایران»، گلستان هنر، شماره ۱۳، صص ۵-۷.
- ۴۶- مولانا، سید حمید (۱۳۹۰). «شناخت، ممیزی و کاهش تناقض‌ها در فرهنگ خودی»، ماهنامه صدای جمهوری اسلامی ایران، شماره ۵۴، صص ۴۸ - ۴۷.
- ۴۷- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۸). «پلورالیسم حقوقی»، آموزه‌های حقوقی، شماره ۱۲ (پیاپی ۳۲)، صص ۱۳-۳.
- ۴۸- وحید، مجید (۱۳۸۳). «نگرشی بر سازمان و منطق حاکم بر آن؛ سه سال با وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (بخش پژوهش)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۵، صص ۲۲۷-۲۱۵.
- ۴۹- ورجاوند، پرویز (۱۳۷۶). «وزارت ارشاد و ممیزی کتاب؛ بسته‌اندیشی یا خلاقیت و نقد؟»، گزارش، شماره ۸۱، صص ۳۰-۲۸.
- ۵۰- هداوند، مهدی (۱۳۸۸). «معیارهای اداره مطلوب و تحولات حقوق اداری: تحلیل مفهومی»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۱، صص ۱۲۰-۶۳.

پ. جراید

- ۵۱- «اسامی فیلم‌های بخش مستند جشنواره فجر [دوره ۳۲] اعلام شد: از منتهی‌الیه راست تا چپ در جشنواره فجر»، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۶۶، ۱۶/۱۰/۹۲، ص ۱۲.
- ۵۲- «[علی جنتی]: این فیلم‌ها در دوره ما ساخته نشده است»، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۹۰، ۱۵/۱۱/۹۲، ص ۱۶.
- ۵۳- «ایوبی: سینمای ایران از اساس، سینمای مقاومت است»، اعتماد، سال دوازدهم، شماره ۳۰۸۱، ۲۰/۷/۹۳، ص ۸.
- ۵۴- «با یاد سیف‌الله داد: روزهای بی «داد» سینما»، اعتماد، سال دهم، شماره ۲۴۵۳، ۵/۵/۹۱، ص ۱۱.

- ۵۵ - «حجت‌الله ایوبی: اجازه بازگشت به ویژه‌خواران نمی‌دهیم»، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۶۶، ۹۲/۱۰/۱۶، ص ۱۲.
- ۵۶ - سخنرانی حسن روحانی در جمع هنرمندان: دولت‌آبادی، محمود، «اگر دیر نشده باشد»، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۸۷۱، ۹۲/۱۰/۲۲، ص ۱۶.
- ۵۷ - «علی جنتی در گفت‌وگوی ویژه خبری شبکه دو: وزیر فرهنگ و ارشاد به روایت صدا و سیما»، اعتماد، سال دوازدهم، شماره ۳۰۵۰، ۹۳/۶/۱۳، ص ۲۰.
- ۵۸ - «مصاحبه آقای سیدمحمد خاتمی»، نگرشی بر شورای عالی انقلاب فرهنگی، شماره ۱، ۱۳۶۴، صص ۸۵ و ۹۱.
- ۵۹ - «معاون امور فرهنگی وزارت فرهنگ: ادبیات، سفارش بردار نیست»، اعتماد، سال یازدهم، شماره ۲۹۸۲، ۹۳/۳/۲۲، ص ۱۶.
- ۶۰ - «مناظره فرهنگی نامزدهای ریاست جمهوری، عارف: هنرمندان، کارمندان دولت نیستند»، بهار، ۹۲/۳/۱۶، ص ۹.
- ۶۱ - «نامه تشکر از عارف: بیانیه ۲۸۰ شخصیت فرهنگی و هنری در تشکر از عارف»، بهار، ۹۲/۳/۲۳، ص ۱۲.



Comparative Study of Tendering Procedures in “Iran’s Tender Law” and “UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011”

Davod Hoseyin zadeh arabi*

Bizan Abbasi**

Hasan Khosravi***

Abstract:

In order to achieve the objectives of procurement regulations, legislative bodies, design procedures for conducting public sectors procurement and have obliged public sector entities to comply with them. For this reason, the design of methods appropriate to the various market conditions and its requirements is an essential issue of Tenders Laws. The results of the “comparative study” of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011 and Iran’s Tender Law 2005 confirm that there is a lack of dynamism, coherence and agile in the implementation of the bidding process in the methods of holding tenders expressed in the Iranian legal system, despite observing some general principles and objectives of tender rights, and it seems that, one of the main reasons for this is the inconsistency of the mechanism in the implementation of these methods with developments in the last decade, especially in the field of communications and digital technologies. The existence of this shortcoming has doubled

*PhD Student in Public Law, Department of Public Law, Faculty of Humanities, Tehran-North Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran
hd001001hd@gmail.com

** Associate Professor of Public Law, Faculty Member of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran (Corresponding Author) babbasi@ut.ac.ir

***Associate professor,, payame noor university, tehran hkh.be82@yahoo.com



the importance of the needs to review the procedures for holding tenders contained in the Iran's law, in order to increase the capability and effectiveness of the law and in terms of application, to meet today's needs and requirements of international trade.

Keywords:Public Procurement, Tenders, Iran's Tender Law, UNCITRAL Model Law on Public Procurement.

The legal system governing government treaties in the light of good governance

Mitra esmaeili*

Ali Rada Jabali**

Manochehr Tavassoli Naeini***

Abstract:

It is possible to improve the legal system governing the government contracting contract in terms of quality, in the light of paying attention to some principles. These principles are conceptually related to what is known in the political, legal, and managerial literature of the 1980s as “good governance,” and have common and intertwined boundaries. Transparency, participation, rule of law, accountability, efficiency and effectiveness are among the most important of these principles. In this article, after briefly explaining the theory of good governance and explaining its definitions, the authors have criticized the system governing government contracting contracts in the light of the principles of good governance. In some cases, criticisms of the law and in some cases refer to procedures, decisions, and policy-making in this regard. At the end, suggestions are made to amend the law and change the method of determining methods and decision-making. In general, the use of good governance model in administrative contracts seems to be a good model for improving, promoting, efficiency and effectiveness of the legal system governing government contracting.

Keywords: administrative contract, efficiency and effectiveness, good governance Government contracting, rule of law.

*PhD Student in Private Law, Islamic Azad University of Isfahan (Corresponding Author)
.ahmadilida68@yahoo.com

** . Assistant Professor of Islamic Azad University of Isfahan. dr.aliradan@gmail.com

*** . Associate Professor, University of Isfahan. tavassoli@ase.ui.ac.ir

Problem of TrojanHorse of Rule of Law: Judicial Review of Discretionary Power in England with look at Iranian Law

Ali Mashhadi*

Abstract:

The discretionary power theory in England administrative law through judicial decisions and precedents has been developed. Despite the traditional and pessimistic approach to this institution, the discretionary power theory is one of important tool for ensuring the correct and logical decisions. Traditionally based on the Dicey approach discretionary power, means as administrative tyranny. Nowadays the discretionary power can be interpreted as justice or as arbitrariness. In this paper we endeavor to introduce the position and conceptual extent of discretionary power theory in the England public Law. So at first the concept and scope of discretionary power has been studied and then present types of discretion, judiciary control aspects, and the development of judiciary policies in England. The principal hypothesis of this study based on the reproduction new concept of discretionary powers. In conclusion we can say that in modern administrative law the discretionary powers not good or bad per se.

Keywords: Judicial review, UK Administrative law, Discretion, Iranian Law, Abuse of power, Discretionary Power.

*. Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University
droitenviro@gmail.com (Corresponding Author)

A Reflection on the concept and examples of Abuse of Administrative Position in the Procedure of the Court of Administrative Justice

Hamed Nikonahad *

Hadis Kalvandi**

Abstract:

Judicial oversight is one of the most effective ways to prevent the violation of the rights and freedoms of individuals against the government, because individuals do not have an equal power before the government and in its specific meaning, the administration, and always fear the abuse of the administration to have The position goes superior. Abuse of position is aspects of judicial oversight in the Court of Administrative Justice. In legal texts, abuse of position means being exercised by an administrative authority who has those powers in a direction outside of administrative purposes. But the question that comes to mind is what concept and examples of abuse of position in the procedure of the branches of the Court of Administrative Justice? To find the answer, refer to the procedure of the branches of the Administrative Court of Justice. Although in the Law on the Organization and Procedure of the Court of Administrative Justice, abuse of position is considered as one of the aspects of judicial supervision, but in the proceedings of the Court of Administrative Justice, it has been neglected and rarely can cases be found that refer directly to Abuse of official position has been issued. It is difficult for a judicial official to abuse her administrative position, because the administrative official has not apparently violated the laws and regulations.. However, it is in the court procedure that the judges of the Administrative Court of Justice have issued a verdict according to the cases of abuse of power.

Keywords: Ultra Vires, Court of Administrative Justice, abuse of authority, Abuse of position, legality

*. Associate Prof. Department of Public and International Law University of Qom
hamednikoonahad@gmail.com

** . MA. In Public Law. University of Qom (Corresponding Author)
hadiskalvandi1993@gmail.com

Transformation of the State Structure in Iran in the Light of the Emergence of Free Trade-Industrial Zones

Hosein Ayene Negini*

Mohammad Amin Abrishami Rad **

Abstract:

The emergence of free trade-industrial zones in 1993 in the legal system of the Islamic Republic of Iran caused a change in the structure of government-country in Iran. The most important effect of the emergence of these regions in the structure of the Iranian state was the damage to “unity of law” and “legislative unity” as two principles accepted in the political and administrative system of Iran. This study in the form of descriptive-analytical studies, while briefly explaining the changes in the structure of government-country in Iran, the emergence of free trade-industrial zones in the legal system of the Islamic Republic of Iran has caused changes in the structure of government-country in Iran; As a result of this change, the state-country structure in Iran has shifted to a different model of “concrete unity” and “regionalism”, which was referred to as “abstract unity”. However, based on the studies conducted in this study, the application of this model in the Iranian legal system is contrary to the “principles explaining the structure of the Iranian administrative system”, “principles related to the territorial integrity and territorial integrity of the country” and “principle of non-delegation”.

Keywords: State structure of Iran, Free trade-Industrial Zones, Regionalism, Abstract Unity, Concrete Unity, Unity of Law, Legislative Unity.

*. Phd in Public Law, Tehran University. (Corresponding Author)

hosseinayene69@gmail.com

** .Assistant Professor, Department of Law, Semnan University. Abrishamirad@semnan.ac.ir

Formularization of the commentary competence in light of principle of law with comparative view to precedent of judicial review authorities in Iran and US

Mohammad Hasanvand*

Sayyed Vahid khalkhali **

Mahdi Hasanvand***

Abstract: Undoubtedly in the absence of acts, deficiency, synopsis and conflict of law, Judicial Interpretation is compulsory and admitted to the all of Legal system. Competence in Judicial Interpretation should be standardized if distinct procedures not to be seen in adjust the cases to dictum. Recognizing as a wide spreading umbrella and context of creating and splicer ingredients of law order, Principles of law has root in foundations and head in acts. The relation between principles of law and Judicial Interpretation that makes precedent is of importance when in lack of commentating method it is possible for judges to be entrapped by misconstruction and personalization of law which occurs via subjective interpretation. How to normalize the judicial commentary and to present some applicable norms basis on law principles is why this research should have been done. The method of doing is desk research by descriptive-analytical approach and by reviewing precedent of administrative court of justice and supreme court of us, tending to represent existing experience. moreover, the proposed way to normalize judicial commentary in form of a variety of recognized principles of law generally and principles of public law partic

*Mohammad Hasanvand. Ph.D in (public law). Faculty of Law and Political Science. Tehran, Iran. Shahid Beheshti University. md.hasanvand@gmail.com

**Sayyed Vahid Khalkhali. MA. in (public law). Faculty of Law and Political Science. Allameh Tabatabaei University. Tehran, Iran. sv.khalkhali@gmail.com (Corresponding Author)

***Mahdi Hasanvand. MA. in (public law). Faculty of Law and Political Science. Allameh Tabatabaei University. Tehran, Iran. ma_hasanvand@yahoo.fr



ularly and principles of administrative law specially is given. Certainly the best way to formularization of judicial commentary is to give propositions and obvious rules by which principle-based interpretation might be done and in favor of enjoying the flexibility and efficiency of judicial commentary the function of judges would be predictable.

Key Words: Principles of Law- Judicial Commentary- Precedent of Administrative Court of Justice-Precedent of Supreme Court of US

The protection of immoveable cultural heritages in light of effective principles and institutes: the comparative study of Iran and United Kingdom

Foroogh heydari shooli*

Mohammad Jalali**

Blake, Janet Elizabet***

Abstract:

The focus of this research is protection of immovable moveable cultural heritages as an example of collective right. The comparative study of this research illuminates that United Kingdom has conferred a huge discretion to local states and non-governmental institutes in order to protect above-mentioned right, although the central government plays still a pivotal role in making essential decisions. The reason is that in United Kingdom the publicity of cultural heritage and the public participation are accepted as two main principles, governing on the protection of cultural heritages. The result is an effective system of protection. On the other side, In Iran, since the protection of immoveable cultural heritages is tied to sovereignty, ministry of cultural heritage tourism and handicrafts is regarded as an only authorized institute. Therefore, non-governmental and local institutes play a very small role in the process of the protection. It means that Iranian system of protection suffers lack of public participation and Specialization as a result of this restriction. In this research, beside of introducing British principles of protection of non-moveable cultural heritages and its comparison with Iranians one, the author tries to introduce extend of discretion of different institutes which protect these heritages in both countries.

Keywords: Keywords: Historic heritage, Cultural heritage, Conservation of Cultural heritage, British Law, Immoveable cultural heritage

Ph.D. Student in Public Law at Islamic Azad University Science and Research Branch, Tehran, Iran (Corresponding Author) . Foroogh2007@yahoo.com

Assistant Professor of Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

mdjalali@gmail.com.

Associate Professor, Faculty of Law. Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

j_blake@sbu.ac.ir

The Illegal Results of Ideological Competences of the Ministry of Culture and Islamic Guidance for Artists and Cultural-Artistic Works

Vahid Agah*

Abstract:

In non- secular governments, access to all aspects of citizens' life style is a principle that takes place in topics such as interference and guidance. What is happening in the field of culture, and in fact, the relationship between government and art, in the form of the existence of the ministry, for culture and art, which also exists in Iran, after the victory of the Islamic Revolution. This study was conducted with the aim of determining the government's approach to culture and art, and examining the behavior and performance of officials of the Ministry. Following the effects of the existence of this ministry in Iran, which has not been investigated from a legal point of view, in the light of the government's approach and the ministry's competences, it was concluded that the objectives and duties of the Ministry of Culture act, determined the way of this intervention, and considering the legal competences, this ministry has not been neutral, and support ideological culture and art it has the mission of this ministry. The Ministry, in addition to the positive effects that it has, in the field of performance, has left its own undesirable and practical effects, on works of art and artists, which can be placed in These topics: polarization of the artistic space, negative impact on artistic taste and creativity, discrimination among artists, highlighting officials instead of artists, enlarging the government, increasing negative bureaucracy, discriminating in obtaining facilities and ministry officials , To legal realism and pragmatism.

Keywords: Ministry of Culture and Islamic Guidance, Ideological Art, Administrative law of Culture, Cultural-Artistic Works.

*Assistant Professor of Public law at Allameh Tabataba'i University: dragah@atu.ac

Journal of Modern Research on Administrative Law

Third year / 7th issue / Summer 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 / 7th issue / Summer 2021



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law
Third year :: 7th issue :: Summer 2021

Title of Articles

- ▶ Comparative Study of Tendering Procedures in "Iran's Tender Law" and "UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2014"
- ▶ The legal system governing government treaties in the light of good governance
- ▶ Problem of Trojan Horse of Rule of Law: a Reflection on Judicial Review of Discretionary Power in England with look at Iranian Law
- ▶ concept and examples of Abuse of Administrative Position in the Porcedure of the Court of Administrative Justice
- ▶ Transformation of the State Structure in Iran in the Light of the Emergence of Free Trade-Industrial Zones
- ▶ Formularization of the commentary competence in light of principle of law with comparative view to precedent of judicial review authorities in Iran and US
- ▶ The protection of immoveable cultural heritages in light of effective principles and institutes: the comparative study of Iran and United Kingdom
- ▶ The Illegal Results of Ideological Competences of the Ministry of Culture and Islamic Guidance for Artists and Cultural-Artistic Works