



پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال چهارم: شماره دهم: بهار ۱۴۰۱

عنوان مقاله‌ها

الگوی مطلوب مداخله دولت در حوزه تأمین اجتماعی، سرمایه گذاری اجتماعی و اقتضائات عدالت.
محمد راسخ؛ مارال بردبار

راهکارهای غیر قضایی مقابله با سوءاستفاده از حق با تأکید بر شرکت‌های تجاری و دولتی.
مهدی محمدی؛ محمدرضا پاسبان

راهکار حقوقی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست
حسین شاه بیک؛ محمد جواد حیدری؛ محمد نوذری فردوسی

امکان سنجی بازگشت قضات به حقوق عام استخدامی پس از ۱۱۰ سال: تحلیل مبحث ورود به خدمت (۱۴۰۰-۱۳۹۰).
وحید آگاه؛ مهدی حسنوند

تجدید حق احداث و تجدید بنا در آیینة قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
احمد حسین پوری؛ آیت مولایی؛ محمد مظهري

سیاست‌های پیشگیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی. حمید برزگری دهج؛ محمدرضا الهی‌منش
تحلیلی بر تبدیل وضعیت ایثارگران از شرکتی به رسمی با تأکید بر آراء دیوان عدالت اداری.

مهدی گودرزی؛ حامد کرمی؛ تقی دشتی

اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان و ایران. عباس میرشکاری؛ جمشید زرگری

مطالعه‌ی تطبیقی ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی. رضا طجریلو؛ محمدصادق فراهانی؛ روح الله قلیخانی

چالش‌های حقوقی اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در حیطه عمل کمیسیون ماده ۹۹. فریبرز صارمی نوری؛ خدیجه شجاعیان؛
کوروش استور سنگری





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال چهارم / شماره دهم / بهار ۱۴۰۱

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی و صفحه آرا:

مهدی حسنونند

ویراستار ادبی فارسی:

صادق دهقان

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 (ب) محسوب می‌گردد. شایان ذکر است بر اساس آیین‌نامه جدید عناوین علمی پژوهشی و علمی ترویجی حذف شده و نشریات دارای مجوز از وزارت علوم همگی دارای عنوان علمی بوده که در فرآیند ارزیابی سالیانه حسب برخورداری از ویژگی‌های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه‌بندی می‌گردند.



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

نیش 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 ۹۰۰۰ 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 سازمان‌های بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

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

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

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

Donnelly, Jack (1980). «Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought», *The Western Political Quarterly*, vol. 33, pp. 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 بین‌الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵۱۰۱.
Scovazzi, Tullio (2006). «The Protection of Underwater Cultural Heritage: Article 303 and the UNESCO Convention», in: D. Freestone, R. Barnes and D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford University Press, pp. 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 عنوان‌هایی 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 تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه

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

نکته اول: از میان نویسندگان مقاله (در صورتی که مقاله بیش از یک نویسنده داشته باشد) حتماً باید یکی از نویسندگان (در هنگام ارسال مقاله) به عنوان «نویسنده مسئول» در سامانه تعیین شود. نویسنده مسئول، نویسنده‌ای است که مسئولیت تمامی مکاتبات و تماس‌ها در خصوص مقاله ارسالی را بر عهده خواهد داشت.

نکته دوم: ضرورت دارد نویسنده مسئول شماره تلفن همراه و آدرس ایمیل معتبر خود را در سامانه فصلنامه تعیین نماید. در صورت عدم رعایت موارد مذکور، مسئولیت عواقب احتمالی بر عهده وی خواهد بود و فصلنامه هیچ‌گونه مسئولیتی در خصوص تأخیر در فرآیند رسیدگی و داوری یا حتی رد مقاله ارسالی نخواهد داشت.

نکته سوم: با توجه به مشغله فراوان اساتید محترم و جهت احتراز از مشکلات احتمالی که ذکر شد، پیشنهاد می‌گردد، دانشجویانی که با اساتید محترم مقاله مشترک دارند، در

هنگام ارسال مقاله، خود را به‌عنوان 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 به‌هیچ‌وجه اضافی نمودن شخص یا اشخاص جدید به‌عنوان نویسنده/نویسندگان مقاله نیست.

نکات مهم پایانی

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



فهرست مطالب

الگوی مطلوب مداخله دولت در حوزه تأمین اجتماعی، سرمایه گذاری اجتماعی و اقتضانات عدالت. محمد راسخ؛ مارال بردبار	۱۱
راهکارهای غیر قضایی مقابله با سوءاستفاده از حق با تأکید بر شرکت‌های تجاری و دولتی. مهدی محمدی؛ محمدرضا پاسبان	۳۷
راهکار حقوقی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست. حسین شاه بیک؛ محمد جواد حیدری؛ محمد نوذری فردوسیه	۷۵
امکان سنجی بازگشت قضات به حقوق عام استخدامی پس از ۱۱۰ سال: تحلیل مبحث ورود به خدمت. وحید آگاه؛ مهدی حسنونند	۱۰۱
تحدید حق احداث و تجدید بنا در آیینہ قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری. احمد حسین پوری؛ آیت مولایی؛ محمد مظہری	۱۲۳
سیاست‌های پیشگیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی. حمید برزگری دهج؛ محمدرضا الهی منش	۱۴۹
تحلیلی بر تبدیل وضعیّت اینثارگران از شرکتی به رسمی با تأکید بر آراء دیوان عدالت اداری. مهدی گودرزی؛ حامد کرمی؛ تقی دشتی	۱۷۷
اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان و ایران. عباس میرشکاری؛ جمشید زرگری	۲۰۷
مطالعه‌ی تطبیقی ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی. رضا طجرلو؛ محمدصادق فراہانی؛ روحالہ قلیخانی	۲۳۵
چالش‌های حقوقی اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در حیطه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹. فریبرز صارمی نوری؛ خدیجه شجاعیان؛ کوروش استوارسنگری	۲۶۱

الگوی مطلوب مداخله‌ی دولت در حوزه‌ی تأمین اجتماعی، سرمایه‌گذاری اجتماعی و اقتضائات عدالت

محمد راسخ*

مارال بردبار**

چکیده

ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی، رویکردها به حدود و ماهیت مداخلات دولت رفاه به طور خاص در حوزه‌ی تأمین اجتماعی را متحول ساخته و مورد بازبینی قرار داده است. پیش‌تر نیز گرایش به خصوصی‌سازی و مقررات‌گذاری در چارچوب رویکردهای نئولیبرال به نظام تأمین اجتماعی دولت رفاه پیشرفته را به سمت کاستن از مداخلات، حمایت‌ها و مزایای تأمین اجتماعی هدایت کرده بود. به نظر می‌رسد جایگزینی تأمین اجتماعی با سرمایه‌گذاری اجتماعی، حمایتی کافی از تمامی شهروندان در مقابله با فقر عرضه نکند و دسترسی به حق بر تأمین اجتماعی را متأثر سازد. ارائه‌ی حمایتی فوری، کافی و جامع که دسترسی همگانی به حداقلی از منابع را تأمین کند مستلزم بازگشت به منطق توزیعی تأمین اجتماعی و در تداوم آن، تعیین حدود و نقش دولت در این حوزه است. در این پژوهش، با هدف دستیابی به الگوی مطلوب مداخلات دولت در حوزه‌ی تأمین اجتماعی با روشی توصیفی-تحلیلی، نگاهی به کاستی‌های نظریه‌ی دولت سرمایه‌گذار اجتماعی و تکیه بر اقتضائات عدالت در دو عنوان، «شغل به مثابه‌ی دارایی» و «تفاوت در استعدادهای درونی» مبنایی در بازگشت به منطق توزیعی تأمین اجتماعی شناسایی شده است. بر این اساس پژوهش حاضر، به ضرورت همراهی سرمایه‌گذاری اجتماعی با مداخلات جبرانی دولت رفاه سستی، در قالب مزایای نظام تأمین اجتماعی، دست‌یافته است.

کلیدواژه‌ها: استعدادهای درونی، دولت سرمایه‌گذار اجتماعی، سرمایه‌گذاری اجتماعی، شغل به مثابه‌ی دارایی، نظام تأمین اجتماعی.

*. استاد حقوق و فلسفه، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی،

m-rasekh@sbu.ac.ir

تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

maral.bordbar@gmail.com

مقدمه

تفاوت رویکردها به نظام تأمین اجتماعی و تحولات آن را، می‌توان در رویکرد گسترش مداخلات حمایتی و مزایای تأمین اجتماعی، رویکرد نئولیبرال، بعدتر رویکرد فعال‌سازی^۱ و در نهایت توسعه‌ی آن به رویکرد سرمایه‌گذاری اجتماعی^۲، دسته‌بندی کرد.^۳ در این مسیر منطق توزیعی نظام تأمین اجتماعی با کارویژه حمایت اجتماعی، جبران کاهش درآمد و ارائه تورایمنی تضعیف شد و مداخلات دولت در این حوزه به سرمایه‌گذاری پیش‌گیرانه و توانمندساز با چشم اندازی بلند مدت، منتقل شده است.^۴

گسترش حمایت‌های اجتماعی، نگرانی‌هایی از تضعیف انگیزه‌ی کار، وابستگی به مزایا و افزایش هزینه‌های عمومی ایجاد کرد.^۵ با ورود رویکردهای نئولیبرال که نظام مزایا را تضعیف‌کننده‌ی روحیه کار و تلاش، ترویج‌کننده‌ی وابستگی و در نهایت ایجادکننده‌ی فقر می‌دانستند،^۶ مداخلات دولت در این حوزه در دو سطح، دستخوش تغییر شد. مزایای مشروط

1-Activation.

2-Social Investment.

۳. برخی منابع فعال‌سازی را متفاوت از ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی دانسته و برخی آن را بخشی از مجموعه مفهومی سرمایه‌گذاری اجتماعی می‌دانند. ن.ک.به:

Morel, Nathalie, Bruno Palier and Joakim Palm. Beyond Welfare State as We Knew it?, in Toward A Social Investment Welfare State? Ideas Politics and Challenges. N. Morel, B. Palier and J. Palm (Eds.), First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012, pp. 1-30.; Hemerijck, A. *Two or Three Waves of Welfare State Transformation*, in Toward a Social Investment Welfare State? Ideas Politics and Challenges. N. Morel, B. Palier and J. Palme (Eds.), First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012, pp. 33-60

4-Taylor-Gooby, P. "Opportunity and Solidarity", *Journal of Social Policy*, Vol. 40, No. 3, 2011: 53.

۵. در مرحله‌ی گسترش، تأمین اجتماعی همگانی ابزار مناسب مقابله با فقر تلقی شد و در اشکال متنوع برنامه‌های انتقال درآمد، سلامت عمومی، مسکن عمومی و آموزش توسعه یافت. بیمه‌ی بیکاری، مزایای از کار افتادگی یا ناتوانی، مستمری‌های سالمندی، مزایای بازماندگان، کمک هزینه‌ی کودکان و مساعدت‌های اجتماعی (social assistance)، از انواع حمایت‌های اجتماعی توسعه یافته، در این مرحله هستند. ن.ک.به:

Hemerijck, A. 2012, Op. Cit, p. 41.

6-Diamond, P., Lodge, G. "Dynamic Social Security after the Crises: Toward a New Welfare State", *International Social Security Review*, Vol. 67, 2014: 40

«به اشتغال و جستجوی کار»، با هدف کاستن از وابستگی و افزایش اشتغال پیش‌بینی شدند^۱ و خصوصی‌سازی تأمین اجتماعی با هدف افزایش کیفیت خدمات، آزادی انتخاب، کاستن از مداخلات ناکارآمد دولت و هزینه‌های عمومی انجام شد.^۲ خصوصی سازی تأمین اجتماعی نه تنها در دستیابی به اهداف پیش گفته موفق نبود، افزایش هزینه‌ها، افزایش خطرات مالی، کاهش شفافیت و آسیب به زنان و اقلیت‌ها را در پی داشت.^۳ به علاوه خصوصی سازی تأمین اجتماعی با ظهور دولت تنظیم‌گر همراه بود که مداخلات دولت را به موارد شکست بازار و آثار بیرونی محدود کرد. در نتیجه‌ی این تحولات، نظام تأمین اجتماعی از توجه به موانع متنوع اشتغال و مشکلات ساختاری بازار کار بازماند.^۴ مزایای مشروط بعدتر در چارچوب مفهوم فعال‌سازی^۵ از صرف اشتغال و جستجوی کار به شرکت در دوره‌های کارآموزی، مشاوره

۱. شروط اشتغال در سطوحی متفاوت بر محور برداشتی سختگیرانه از «مسئولیت فردی» در مقابله با فقر و با ادعای تشویق خودتکایی و روحیه‌ی کار صورت بندی شدند. شروط اشتغال هم در بخش‌های غیر مشارکتی و هم بخش‌های مشارکتی (بیمه از کار افتادگی و بیکاری) استفاده شدند؛ اگر چه به طور خاص در آمریکا بر بخش غیر مشارکتی؛ یعنی مساعدت اجتماعی (social assistance) متمرکز بودند. ن.ک. به:

Gilbert, N. Transformation of Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility. First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 39-67

۲. کاستن از حمایت‌های اجتماعی و مداخلات رفاهی دولت در این دوره از جانب نهادهای بین المللی (بانک جهانی و سازمان همکاری و توسعه‌ی اقتصادی) نیز دنبال می‌شد. این نهادها، رقابت کشورها در بازار جهانی را مستلزم کاستن از هزینه‌های عمومی می‌دانستند. ک. به: Diamond, P., Lodge, G., Op. Cit.: 40

۳. آزاددوین، علی و جواد کاشانی، چالش‌های فراروی اجرای حق تأمین اجتماعی به عنوان یک حق بشری، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۷، شماره ۶۰، ص. ۲۰-۲۴. حبیب نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی سبینی، نسبت سنجی نظریه‌ی دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه‌ی فقرزدایی، فصلنامه‌ی علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۹۹، شماره ۵، صص. ۶۴-۶۵. بادینی، حسن و حسین پشت دار، نظام حقوقی تأمین اجتماعی؛ گذار از دولت رفاه به ایده‌ی حکمرانی خوب، تحقیقات حقوقی، بهار ۹۲، شماره ۶۱، صص ۳۱۵-۳۱۷.

4-Jenson, J. Redesigning Citizenship Regimes after Neoliberalism: Moving Toward Social Investment, in What Future for . Social Investment. N. Morel, B. Palier and J. Palm (Eds.), Stockholm: Digaloo, 2009, p. 33

۵. برخی، نظام مزایای مشروط به اشتغال را از انواع برنامه‌های فعال‌سازی می‌دانند و برخی دیگر آن را در چارچوب رویکرد نتولیرال بحث می‌کنند. با این حال این دو شیوه به طور خاص نقشی متفاوت برای بازار و دولت در هدایت افراد به اشتغال در نظر می‌گیرند. ابهام پیش گفته، بیش از همه به تنوع رویه‌ها در کشورهای مختلف باز می‌گردد. به طور کلی مواردی چون کارآموزی، خدمات کارپایی، پرداخت یارانه به کارفرمایان، اشتغال‌زایی در بخش عمومی، شروط اشتغال و محرومیت‌های مرتبط با آن از انواع شیوه‌های فعال‌سازی تلقی می‌شوند که در سطوح متفاوت به کار گرفته شده‌اند.

Bonoli, G. Active Labor Market Policy and Social Investment: a changing relationship, in Toward a Social Investment Welfare State? Ideas, Policies and Challenges. N. Morel, B. Palier, J. Palm (Eds.). First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012, pp.181-204

و فعالیت داوطلبانه در کار دارای دستمزد، تبدیل شدند و در قالب دو جریان «توسعه‌ی سرمایه انسانی»^۱ و «کارگستری»^۲ توسعه‌یافتند.^۳

اکنون ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی طرح شده است. در این رویکرد تأکید بر رفع فقر، از طریق اشتغال که ایده‌ی محوری در رویکرد نئولیبرال و هم‌چنین فعال‌سازی بود تداوم‌یافت و سرمایه‌گذاری با هدف پیشگیری از فقر از طریق افزایش رشد اقتصادی و اشتغال‌پذیری شهروندان مطرح شد. رشد اقتصادی و رفاه اجتماعی که سابقاً اهدافی ناسازگار تلقی می‌شدند در این رویکرد اهدافی سازگار هستند^۴ و دولت با پیش‌بینی ریسک‌های آینده، سرمایه‌گذاری بهینه را برای دستیابی به هر دو انجام می‌دهد.^۵ بر این اساس مداخله‌ی دولت سرمایه‌گذار در این حوزه را نوعی پیش‌توزیع، در مقایسه با شیوه‌های باز توزیعی دولت رفاه سنتی می‌دانند.^۶

1-Human Resource Development .

2-Workfare .

۳. برنامه‌های «کارگستری و اول کار»، در آمریکا اولویت دارند و برنامه‌های «توسعه‌ی سرمایه‌ی انسانی» در مدل‌های اسکندیناویایی متداول است. ن.ک.به:

Peck, J. Theodor, N. "Work First: Workfare and the Regulation of Contingent Labor market", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 24, No. 1, 2000: 119-138.; Barbier, J.C. National System of Social Protection in Europe: two contrasted paths to activation, and maybe a third, in *Regulation in Labor and Employment in Europe*. J. Lind, H. Knudsen and H. Jorgensen (Eds.). Brussel: Peter Lang, 2004, pp. 233-253

4-Hemerijck, A. 2012, Op. Cit., p. 46 .

5-Jenson, J., Op. Cit., p. 61. Hemerijck, A. 2012, Op. Cit. ,pp.46- 47 .

6-Choi, Y.J., Huber, E., Kim, W.S., Kwon, H.Y., Shi, S.J. "Social Investment on Knowledge-base Economy: New Politics and Policies", *Policy and Society*, Vol. 39, No. 2, 2020: 150

در توضیح معضلی که در این نوشتار به آن پرداخته می‌شود باید گفت، جایگزینی^۱ تأمین اجتماعی با سرمایه گذاری اجتماعی و نظریه‌ی دولت رفاه با نظریه‌ی دولت سرمایه گذار اجتماعی^۲ که امروزه مورد توجه قرار گرفته است دولت را در ارائه‌ی حمایتی کافی در دوره‌ی انتقال از دولت رفاه سنتی به دولت سرمایه گذار اجتماعی و به طور کلی ارائه‌ی حمایت به آن‌ها که علی‌رغم سرمایه گذاری‌ها موفق به فعالیت در بازار کار نخواهند بود،

۱. به طور کلی سرمایه گذاری اجتماعی به دو شکل طرح شده است. از یک سو، گیدنز در کتاب «راه سوم: بازسازی لیبرال دموکراسی» (The Third Way: The Renewal of Social Democracy) «سرمایه گذاری اجتماعی را جایگزین تأمین اجتماعی سنتی (social protection) می‌داند و در سوی دیگر اسپینگ اندرسون در کتاب «چرا به یک دولت رفاه جدید نیاز داریم» (Why We Need a New Welfare State)، تأمین اجتماعی سنتی به طور خاص تضمین درآمد را، عنصری ضروری برای کارآمدی سرمایه گذاری اجتماعی و مکمل آن می‌داند. بعدتر گیدنز در تکمیل ایده‌ی دولت سرمایه گذار نوعی تعدیل شده از آن را تحت عنوان دولت اطمینان بخش (insuring state)، مطرح کرد. ن. ک. به: Esping-Anderson, G. Toward a Good Society, Once Again?, in Why We Need A New Welfare State. G. Esping-Anderson, D. Gallie, A. Hemerijck, J. Myles (Eds.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 5. ; Hemerijck, A. Social Investment and Its Critics, in The Uses of Social Investment. A. Hemerijck (Edt.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 3-39.; Deeming, C., Smyth, P. "Social Investment after Neoliberalism: Policy Paradigms and Political Platform", Journal of Social Policy, Vol. 44, No.2, 2015: 299.; Lister, R. The Third Way Social Investment State, in Welfare State Change Towards a Third Way?. J. Lewis and R. Surender (Eds.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 157- 182.; Eransus, Begona, Activation Policies and Minimum Income Schemes, Available at (October 2021): https://www.researchgate.net/publication/237765259_Activation_Policies_and_Minimum_Income_Schemes

اگرچه مطالعات جایگزینی کامل تأمین اجتماعی سنتی با سرمایه گذاری اجتماعی در کشورهای اروپایی را نشان نمی‌دهند؛ با این حال می‌توان گفت کاهش منابع عمومی دولت‌ها را به این سمت هدایت کرده است. ن. ک. به: Kuitto, K. "From Social Security to Social Investment? compensating and social investment welfare policies in a life course perspective", Journal of Europe Social Policy, Vol. 25, No. 5, 2016: 459-460

باید گفت تجربه‌ی کشورهای نوردیک از استفاده‌ی همزمان از تأمین اجتماعی سنتی (تضمین درآمد) و سرمایه گذاری اجتماعی دستاوردهای مثبتی داشته است و یک موازنه‌ی میان بازار و عدالت اجتماعی از طریق یک دولت رفاه خدمات محور عرضه می‌کند. با این حال ایده‌ی سرمایه گذاری اجتماعی در بریتانیا در سال‌های ۱۹۹۷-۲۰۱۰، در چارچوب رویکرد جایگزینی به طور قابل توجهی از سطح هزینه‌های مرتبط با تأمین اجتماعی سنتی کاسته است. ن. ک. به: Deeming, C., Smyth, P., Op. Cit.: 299-300. ; Dimond, P., Lodge, G., Op. Cit.: 39.

۲. «دولت رفاه جدید»، «دولت رفاه توسعه‌ای» عناوین مختلف استفاده شده برای دولت در ایده‌ی سرمایه گذاری اجتماعی هستند.

ناتوان ساخته و آن‌ها را در فقر رها می‌کند^۱ و دسترسی به حق بر تأمین اجتماعی را محدود می‌کند.

بر این اساس هدف از مطالعه‌ی حاضر که با شیوه‌ای توصیفی-تحلیلی و مطالعه‌ی کتابخانه‌ای ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی را با رویکردی انتقادی و با تکیه بر اقتضائات عدالت در یک اقتصاد دانش بنیان مورد توجه قرار می‌دهد، دستیابی به الگوی مطلوب از مداخلات دولت در حوزه‌ی تأمین اجتماعی است.

این پژوهش کوشش دارد تا با رویکردی انتقادی به دولت سرمایه‌گذار اجتماعی به نحوی جزئی در رویه‌های مدیریت عمومی نوین، گسترده‌ی صلاحیت‌های اختیاری و ارائه‌ی مشروط خدمات و مزایای اجتماعی، به این پرسش اصلی پاسخ دهد که آیا جایگزینی تأمین اجتماعی با سرمایه‌گذاری اجتماعی شیوه‌ای مطلوب در مداخلات رفاهی دولت است یا خیر؟ و بر مبنای آن به این پرسش نیز بپردازد که عدالت چه اقتضائاتی بر حدود و ماهیت مداخلات دولت در این حوزه دارد؟

فرضیه‌ی ابتدایی در این نوشتار آن است که علی‌رغم ضرورت اصلاح و منطبق سازی دولت رفاه سنتی با ضروریات اقتصاد دانش بنیان جهانی شده، سرمایه‌گذاری اجتماعی به تنهایی الگویی مطلوب از مداخلات دولت در این حوزه عرضه نمی‌کند و یک ساز و کار عادلانه مداخله‌ای فراتر از سرمایه‌گذاری اجتماعی و همراه با شیوه‌های حمایتی تأمین اجتماعی دولت‌های رفاه سنتی را اقتضا می‌کند. بر این اساس دستیابی به نظام تأمین اجتماعی که علاوه بر تلاش برای رفع فقر از مسیر سرمایه‌گذاری در رشد اقتصادی و اشتغال‌پذیری، آن را در چشم‌اندازی کوتاه‌مدت با مداخلاتی فوری نیز دنبال کند مستلزم بازگشت به منطق توزیعی نظام تأمین اجتماعی است.

پرداختن به الگوی مطلوب مداخلات دولت در حوزه‌ی تأمین اجتماعی در چشم‌انداز اقتضائات عدالت و تحولات جدید، اهمیت و ضرورت خود را در این امر باز می‌یابد که با وجود انتقادهای گسترده بر مداخلات رفاهی دولت، توجه به عدالت توزیعی در حوزه‌ی

1-Morel, N., Palier, B., Palm, J., Op. Cit., p. 15. ; Choi, Y. J. Huber, E., Kim, W. S., Kwon, H. Y., Shi, S. J., Op. Cit.:152

از این رو بسیاری بر ضرورت بقای تأمین اجتماعی سنتی در دولت سرمایه‌گذار تأکید دارند و برخی کارآمدی ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی را وابسته به همراهی با تأمین اجتماعی سنتی می‌دانند.

تأمین اجتماعی مبنایی فراتر از نوع دوستی، خیرخواهی یا اصل همبستگی در توجیه مداخلات جبرانی دولت و نظام حقوقی تأمین اجتماعی فراهم می‌کند.^۱

این امر در پس زمینه انتقال از تأمین اجتماعی به سرمایه گذاری اجتماعی و کاستی‌های آن در حمایت از گروه‌های ضعیف تر اهمیت دو چندان می‌یابد. هم چنین تمرکز ایده‌ی سرمایه گذاری اجتماعی بر استفاده از شیوه‌های مدیریت عمومی نوین، تغییر در مفهوم سنتی حاکمیت، کمرنگ شدن مرزهای بخش عمومی و بخش خصوصی و خروج مفهوم نفع عمومی از انحصار دولت را در پی داشته است و بر صلاحیت دولت در این حوزه مؤثر بوده است.

بر این اساس در این مرحله، دولت به سمت استفاده از فرایندها و ساختارهای بخش خصوصی هدایت شده و علاوه بر تغییر در عناصر سازمان و روش (اقتدار)، امر اداری را در حوزه‌ی هدف نیز متحول ساخته و آن را از معیارهای کارآمدی و سودمندی متأثر ساخته است. این وضع بر حقوق اداری، تعریف قراردادهای اداری، حوزه‌ی صلاحیت قاضی اداری و ساز و کارهای عدالت اداری و حدود مسئولیت مدنی اداره، مؤثر است.^۲ بر این اساس پرداختن به الگوی مطلوب مداخله‌ی دولت در حوزه‌ی تأمین اجتماعی علاوه بر تبیین مبنای نظری، چارچوبی برای نظام حقوقی تأمین اجتماعی فراهم می‌کند.

در خصوص پیشینه‌ی بحث حاضر باید گفت؛ اگر چه در ادبیات حقوقی ما مطالعات متنوع و بسیاری در حوزه‌های تأمین اجتماعی و دولت رفاه انجام شده است با این حال پژوهشی حقوقی با رویکردی انتقادی و معطوف به نظریه‌ی عدالت که به طور خاص و جزئی ایده‌ی سرمایه گذاری اجتماعی و دولت سرمایه گذار اجتماعی را مورد مطالعه قرار دهد، یافت نشد و پژوهش حاضر از این جهت، مطالعه‌ای بدیع است.

در مطالعات انجام شده بر دولت سرمایه گذار اجتماعی می‌توان به مقاله‌های؛ چون «بحران مالی حوزه‌ی یورو و تأثیر آن بر دولت‌های رفاه اروپایی»^۳ و «دولت سرمایه گذار

۱. تکیه بر اقتضائات عدالت در مبنای نظام حقوقی تأمین اجتماعی کارکرد تأمین اجتماعی در تعدیل نتایج نابرابر بخت آزمایی طبیعی و اجتماعی را، تبیین می‌کند. برای آگاهی بیشتر از این کارکرد تأمین اجتماعی، ن. ک. به: رنائی، محسن، **تأمین اجتماعی و دموکراسی**، فصلنامه‌ی تأمین اجتماعی، ۱۳۸۲، شماره ۱۳، صص. ۳۳۳.

۲. واعظی، مجتبی، **مفهوم تحلیلی اداره و مدل‌های آن**، پژوهشنامه‌ی حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۹۹، دوره‌ی چهارم، شماره‌ی ۵، صص. ۳۲۴.

۳. نیکنامی، رکسانا، **بحران مالی حوزه‌ی یورو و تأثیر آن بر دولت‌های رفاه اروپایی**، فصلنامه‌ی دولت پژوهی، زمستان ۹۶، سال سوم، شماره ۱۲، صص. ۷۰-۳۷.

اجتماعی در ایران: مقایسه‌ی تطبیقی استراتژی لیسبون اتحادیه‌ی اروپا و سیاست‌های رفاهی دولت جمهوری اسلامی ایران^۱، اشاره کرد.

به موجب آن چه در ادامه گفته می‌شود، پس از معرفی ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی با ارجاع به کاستی‌های سرمایه‌گذاری اجتماعی و اقتضائات عدالت نسبت به نابرابری در اشتغال در دو عنوان «تفاوت در توانایی‌ها» و «شغل به مثابه‌ی دارایی^۲» به ضرورت همراهی تأمین اجتماعی با سرمایه‌گذاری اجتماعی در مقابل ایده‌ی جایگزینی دولت رفاه، با دولت سرمایه‌گذار اجتماعی خواهیم پرداخت.

گفتار اول: سرمایه‌گذاری اجتماعی

سرمایه‌گذاری اجتماعی مجموعه‌ای از ایده‌هایی است که از اواسط دهه‌ی ۱۹۹۰، در مباحث دولت رفاه طرح شده‌اند.^۳ سرمایه‌گذاری اجتماعی راه حلی برای ریسک‌های اجتماعی جدید مرتبط با اقتصاد دانش بنیان جهانی و تغییر در ساختار سنتی خانواده در نظر گرفته شده است.^۴ چنان که پیش تر نیز اشاره شد دولت سرمایه‌گذار بر مداخله‌ای فعال و پیشینی در قالب سرمایه‌گذاری بلند مدت^۵ متمرکز است. دولت با هدف توانمندسازی

۱. عموزاده مهدرجی، حنیف، دولت سرمایه‌گذار اجتماعی در ایران: مقایسه تطبیقی استراتژی لیسبون اتحادیه‌ی اروپا و سیاست‌های رفاهی دولت جمهوری اسلامی ایران، اولین کنفرانس بین المللی علوم اجتماعی و جامعه‌شناسی، زمستان ۹۴. دسترسی در:

<https://civilica.com/doc/550909>

2-Job as asset .

۳. برخی مباحث «سیاست اجتماعی مولد» در دهه‌ی ۱۹۳۰ در سوئد را نخستین ریشه‌های ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی می‌دانند. ن.ک.به:

Morel, N., Palier, B., Palm, J., Op. Cit., p. 1.

4-Jenson, Jane, Op. Cit., p. 61.; Choi, Y. J., Huber, E., Kim, W. S., Kwon, H. Y., Shi, S. J., Op. Cit.: 153 .

افزایش مشارکت زنان در بازار کار، کاهش امنیت شغلی، پیری جمعیت، افزایش هزینه‌های عمومی و هم چنین ریسک‌های مرتبط با اقتصاد دانش بنیان و خدماتی که تأثیراتی منفی بر رفاه کارگران کم مهارت، زنان، جوانان و کودکان داشته است، ریسک‌هایی هستند که تصور می‌شود سرمایه‌گذاری اجتماعی به جهت تمرکز بر توانمندسازی افراد در مقایسه با شیوه‌های سابق می‌تواند بهتر پاسخ دهد. ن.ک.به:

Deeming, C., Smyth, P., Op. Cit.: 299. Kuitto, K., Op. Cit.: 443-444. ; Eichhorst, Werner., Hemerjick, Anton and Scalise, Gemma, Welfare State, Labor Market, Social Investment and the Digital Transformation, IZA Institute of Labor Economic. Available at (October 2021): <https://ftp.iza.org/dp13391.pdf>

۵. نئولیبرال‌ها نیز در سیاست اجتماعی به آینده توجه داشتند. با این تفاوت که آن‌ها بر لزوم کاستن از هزینه‌های عمومی در راستای ایجاد نکردن بدهی برای نسل‌های بعد تأکید داشتند.

شهروندان^۱ نسبت به موانع اشتغال در حوزه‌هایی مرتبط به ارائه خدمات عمومی، اجتماعی می‌پردازد و از این طریق، هدف ایجاد فرصت‌هایی برابر را در بازار کار برای ناب‌خورداران دنبال می‌کند.

باید گفت دولت سرمایه‌گذار از دو جهت با دولت‌های پیش از خود متفاوت است. برخلاف رویکردهای نئولیبرال^۲ که بر اهمیت بازار و کاهش هر چه بیشتر مداخلات دولت به مقررات گذاری و خصوصی سازی تأمین اجتماعی نظر داشتند، سرمایه گذاری اجتماعی بر اهمیت نقش سرمایه‌گذارانه و پیشگیرانه دولت در مبارزه با فقر تأکید دارد.

هم چنین بر خلاف دولت‌های رفاه سنتی که نهادهای توزیع منابع با هدف ارتقای برابری بودند و مدخله‌ای سلسله‌مراتبی و متمرکز داشتند دولت سرمایه‌گذار با تأکید بر آموزش و افزایش ظرفیت اشتغال‌پذیری، عدالت اجتماعی را در توزیع فرصت‌ها و از طریق مشارکت با سایر بازیگران پی می‌گیرد؛^۳ در حالی که مداخلات دولت رفاه سنتی در تأمین اجتماعی ریسک‌هایی چون؛ بیماری، از کار افتادگی، بیکاری و سالمندی را پوشش می‌دهد و بیمه‌های اجتماعی، مساعدت اجتماعی و سایر شیوه‌های تضمین درآمد؛ چون کمک هزینه‌ی کودکان، ابزارهای مقابله با فقر، تلقی می‌شوند.^۴

1-Cantillon, B., VanLancker, W. "Three Shortcomings of the Social Investment Perspective", *Social Policy & Society*, Vol. 12, No. 4, 2013: 553

برای مثال دولت به جای پرداخت‌بارانه به اشتغال بر بازآموزی کارگران متمرکز می‌شود. در مقایسه با شیوه‌های کارگستری سرمایه‌گذاری اجتماعی تنها بازگرداندن فرد به بازار کار را دنبال نمی‌کند؛ بلکه سرمایه‌گذاری با افزایش اشتغال در آینده، پایداری اقتصادی دولت رفاه را تضمین می‌کند.

۲. در این مرحله برداشت سختگیرانه از مسئولیت فرد در مقابله با فقر که متأثر از برداشت کار محور از اصل عمل متقابل و ایده‌ی وابستگی رفاهی شکل گرفته بود، مسئولیت فردی در مقابله با فقر را به اشتغال یا جستجوی کار تعریف می‌کرد.

3-Esping-Anderson, G., Op. Cit., p. 2. ; Morel, N., Palier, B., Palm, J., Op. Cit., p. 15 .

به طور خاص در اروپا ظهور تأمین اجتماعی فرصت محور، در قالب سیاست‌های «راه سوم» که شکل‌گیدنزی، سرمایه‌گذاری اجتماعی است بر این مینا بنا شده است. ن.ک.به:

4-Bonvin, J.M., Farvaque, N. "Social Opportunities and Individual Responsibility: The Capability Approach and the Third Way", *Ethics and Economics*, Vol. 2, No. 2, 2004: 2

Bonvin, J.M., Otto, H.O., Wohlfarth, A., Ziegler, H. "The Rise of Welfare Service State: Conceptual challenge of an . ambiguous welfare settlement and the need for new policy research", *Social work & Society*, Vol. 16, No. 2, 2018: p. 3

دولت سرمایه‌گذار با درک ناکارآمدی شیوه‌های پیش گفته در مقابله با ریسک‌های جدید، مبارزه با فقر را از طریق افزایش ظرفیت اشتغال‌پذیری دنبال می‌کند.^۱ اگر بیمه‌ی بیکاری سابقاً افراد را تا اشتغال مجدد حمایت می‌کرد تغییر مستمر در مهارت‌های مورد نیاز در اقتصاد دانش بنیان از نقش این حمایت سنتی کاسته است. از این رو، سرمایه‌ی انسانی و اشتغال دو محور اصلی، برای موفقیت در تحصیل محورهای اصلی مداخله‌ی دولت سرمایه‌گذار هستند.^۲

دولت سرمایه‌گذار، توانمندسازی و افزایش ظرفیت اشتغال‌پذیری شهروندان را در حوزه‌های آموزش، خدمات مراقبت و سیاست‌های بازار کار فعال، پی می‌گیرد. ارائه‌ی خدمات آموزش زود هنگام به کودکان، در افزایش ظرفیت شناختی مؤثر بوده و کارگرانی خلاق و متخصص در آینده پرورش می‌دهد که در مواجهه با ریسک‌های جدید چون کاهش ثبات شغلی و پایداری دستمزدها، گسترش قراردادهای موقت و کاهش تقاضا برای نیروی کار کم مهارت و غیر متخصص می‌توانند هم چنان در بازار، فعال بمانند.

ایده‌ی اصلی آن است که شهروندان توانمند با شرایط متغیر بازار، سازگار می‌شوند یا بر مبنای خلاقیتشان مشاغل جدید تولید می‌کنند. علاوه بر آموزش ارائه‌ی خدمات مراقبت از کودکان یا سالمندان، ریسک‌های مرتبط با تغییر در ساختار سنتی خانواده با توجه به ضرورت اشتغال زنان برای مقابله با فقر، کودکان و خانواده را هدف قرار داده است.^۳ از این طریق زنانی که تعهد به مراقبت از کودکان یا سالمندان دارند و این امر مانع از اشتغال آنهاست می‌توانند در بازار کار فعال شوند.

سیاست‌های بازار کار فعال؛ چون ارائه‌ی خدمات کارآموزی، مشاوره‌ی کاربایی و تأکید بر نظام مزایایی‌گزينشی، دارای محدودیت زمانی و مشروط به اشتغال نیز، سومین حوزه‌ی مداخله‌ی دولت سرمایه‌گذار است. در این سیاست‌ها هدف دولت وارد کردن تمامی افراد دارای توانایی، به بازار کار است.^۴ باید گفت این سبک از مداخله‌ی دولت در مقابله با فقر با کاستی‌هایی نیز همراه است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

1-Lister, Ruth, Op. Cit., p. 158.

2-Deeming, C., Smyth, P., Op. Cit.: 298.

3-Morel, N., Palier, B., Palm, J., Op. Cit., p. 2 .

۴. وصالی، سعید و سید محمد بساطیان، بررسی جایگاه دولت فعال در ایران: در باب تطبیق تابع رفاه دولتی با تابع رفاه اجتماعی در ایران، فصلنامه‌ی برنامه ریزی رفاه و توسعه‌ی اجتماعی، تابستان ۹۱، دوره ۴، شماره ۱۱، ص. ۷.

بند اول: کاستی‌های سرمایه گذاری اجتماعی

سرمایه گذاری اجتماعی را به لحاظ مفهومی پدیده‌ای ناتمام می‌دانند که بر مبنای مشابه؛ اما با نظرگاه‌هایی متفاوت بنا شده و در نظام‌های رفاهی مختلف اشکالی متفاوت یافته است.^۱ از این رو بررسی چالش‌ها و کاستی‌های سرمایه گذاری اجتماعی تا حدی به نظام رفاهی که در آن طرح می‌شود، مرتبط است. به طور کلی می‌توان گفت دولت سرمایه گذار در تحقق اهداف فعال‌سازی بیکاران، پیشگیری از فقر و انتقال بین نسلی آن، از طریق آموزش و افزایش ظرفیت اشتغال پذیری، موفق نیست.^۲

در توضیح باید گفت تصوّر می‌شد خدمات آموزش زود هنگام به کودکان در چشم انداز بلند مدت، اهداف پیش گفته را تأمین کند و خدمات مراقبت و فعال‌سازی (کارآموزی، کاریابی و بعضاً مزایای مشروط) دسترسی کوتاه مدت به این اهداف را ممکن سازد. تحقق اهداف سرمایه گذاری اجتماعی از طریق آموزش و افزایش ظرفیت اشتغال پذیری افراد کم درآمد، بیکاران وابسته به مزایا و افراد دارای تحصیلات ناکافی، ممکن می‌شود.

در حالی که خدمات ارائه شده در دولت سرمایه گذار اجتماعی را طبقه‌ی متوسط و آن‌ها که اکنون نیز از ظرفیت اشتغال پذیری مناسبی برخوردارند بیشتر استفاده می‌کنند. این امر از یک سو به خدمات محور بودن سرمایه گذاری اجتماعی (مقابل مزایا محور بودن نظام تأمین اجتماعی)، باز می‌گردد و از سویی دیگر به اولویت منطق بازار و سرمایه گذاری بر منطق توزیعی که در نتیجه‌ی استفاده از ابزارها و شیوه‌های مدیریت عمومی نوین^۳ به موازات ایده‌ی سرمایه گذاری اجتماعی ایجاد شده است مرتبط است.

1-Hausermann, Silja, Bruno Palier. The Politics of Social Investment, in *The Uses of Social Investment*. A. Hemerijck (Edt.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 339-340

۲. باید گفت شرایط پیش گفته تحت عنوان «Matthew Effect» در نظام تأمین اجتماعی دولت رفاه سنتی نیز مشاهده و شناخته شده است با این حال در دولت سرمایه گذار، سرمایه گذاری بر بازار کار فعال و سرمایه‌ی انسانی می‌تواند نابرابری‌های از پیش موجود را تشدید کند و در بلند مدت، نابرابری اجتماعی شدیدتری حاصل کند؛ برای مثال افراد برای بهره‌مندی از خدمات کارآموزی باید از سطحی اولیه از مهارت برخوردار باشند. در نتیجه آن‌ها که از مهارتی برخوردار نیستند نمی‌توانند از این خدمات بهره‌مند شوند. ن.ک.به:

Bonoli, Giuliano, Bea Cantillon and Wim Val Lancker. Social Investment and Matthew Effect, in *The Uses of Social Investment*, A. Hemerijck (Edt.). First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 72- 73

3-New Public Management

هم چنین تداوم رویه‌های فعال‌سازی با شروط اشتغال در سرمایه‌گذاری اجتماعی، تأثیراتی منفی بر میزان تقاضای افراد نسبت به خدمات و مشارکت افراد در برنامه‌های دولت سرمایه‌گذار داشته است.

۱. مدیریت عمومی نوین

مدیریت عمومی نوین، به معنای باز طراحی عملکردهای بخش عمومی با الهام از فرایندهای مدیریتی بخش خصوصی، کاستن از مداخلات دولت، کاستن از ماهیت اقتداری و سلسله مراتبی مداخلات، افزایش انعطاف‌پذیری، مشتری‌گرایی، گسترش ارائه خدمات سرمایه‌گذاری اجتماعی از جانب بخش خصوصی و نهادهای محلی با افزایش تمرکز زدایی، قرارداد گرایی (قرارداد واگذاری) و تکیه بر شیوه‌ها و منطق بازار است.^۱

مدیریت عمومی نوین بر اهداف افزایش کارآمدی و اثرگذاری خدمات، افزایش سودمندی و پاسخگویی و کاستن از هزینه‌های عمومی متمرکز است. بر این اساس در ایده‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی، مداخلات دولت تنها در فرض کارآمدی و بازدهی واقعی موجه خواهند بود.^۲ از آن جا که مدیریت عمومی نوین در سایه‌ی ارزش‌های کارایی و صرفه جویی اقدام می‌کند، عدالت اجتماعی و نفع عمومی را چندان مورد توجه قرار نمی‌دهد.

هم چنین اهمیت یافتن نقش بخش خصوصی به طور خاص، تأمین مالی از جانب بخش خصوصی هزینه‌ها را افزایش داده و دسترسی متقاضیان کم درآمد به خدمات را محدود کرده است.^۳ منطق سرمایه‌گذاری و بازار در مدیریت عمومی نوین، بر خلاف دولت‌های رفاه سنتی که مزایای تأمین اجتماعی را بر گروه‌های کم درآمد متمرکز می‌کردند با تکیه بر کارآمدی، سرمایه‌ها را در مواردی با بیشترین بازدهی و دارای نتایج کمی قابل سنجش، سرمایه‌گذاری می‌کند.^۴

به این معنا که منابع را به آن‌ها که برای بازه‌ی زمانی بلندمدتی بیکار بوده و به مزایا وابسته‌اند آن‌ها که به دلیل محرومیت‌های قبلی از سطحی بسیار اندک از ظرفیت

1-Newman, J. Modernizing the State: A New Style of Governance, in *Welfare State Change: Toward a Third Way*. J. Lewis and R. Surender, First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 74

۲. واعظی، مجتبی، پیشین، ص. ۳۲۴.

3-Bonvin, J. M., Otto, H. O., Wohlfarth, A., Z., H., 2018, Op. Cit.: 10 .

4-Ibid., p. 9.

اشتغال پذیری برخوردارند تخصیص نمی‌دهد؛^۱ در حالی که دستیابی به اهداف سرمایه گذاری اجتماعی و مقابله با ریسک‌های اجتماعی جدید وابسته به افزایش ظرفیت اشتغال پذیری در این گروه‌ها است. در ادامه خواهیم دید که تمرکز سرمایه‌ها بر بخش‌های دارای سوددهی بیشتر در همراهی با صلاحیت‌های اختیاری مأموران، چطور وضع پیش گفته را تشدید می‌کند.

۲. سرمایه گذاری خدمات محور

پیاده سازی برنامه‌های سرمایه گذاری اجتماعی در حوزه‌های آموزش، مراقبت و اشتغال، مداخلات دولت را علاوه بر انتقال از جبران به سرمایه گذاری در سطحی دیگر، از پرداخت مزایا به ارائه خدمات عمومی اجتماعی منتقل کرده است.^۲ اعطای صلاحیت‌های اختیاری گسترده به مأموران دولتی محلی یا بخش خصوصی که با هدف ارائه خدمات منحصر به فرد به آن‌ها که با موانع اشتغال پیچیده و متعدد مواجهه‌اند انجام می‌شود، از اقتضائات پیاده سازی سیاست سرمایه گذاری خدمات محور تلقی شده است.^۳

از این رو افزایش تصمیمات خودسرانه، تبعیض آمیز و ناهمگون از دیگر دلایل ناکامی دولت سرمایه گذار اجتماعی در دستیابی به اهداف هستند.^۴ این وضع کاهش تعداد متقاضیان خدمات عمومی دولت سرمایه گذار اجتماعی در مقایسه با متقاضیان مزایای تأمین اجتماعی در دولت رفاه سنتی را در پی داشته است.

برنامه‌های منحصر به فرد، اگر چه می‌توانند ظرفیت اشتغال‌پذیری افراد با موانع اشتغال متنوع را افزایش دهند؛ اما این افراد برای خروج از وضعیت بیکاری و یافتن شغل در بازار به زمان و منابع بیشتری نیاز دارند. مأموران با صلاحیت اختیاری گسترده و با ذهنیتی متأثر از منطق بازار و سرمایه گذاری، نسبت به این گروه‌های دارای موانع اشتغال پیچیده و ظرفیت اشتغال‌پذیری کم، تبعیض آمیز عمل می‌کنند و آن‌ها را در اولویت قرار نمی‌دهند.

1-Bonoli, G., Cantillon, B., Val Lancker, W. Op. Cit., p. 66.

2-Bonvin, J. M., Otto, H. O., Wohlfarth, A., Ziegler, H., Op. Cit., pp. 4-5 .

3-Ibid., p. 9 .

۴. این سطح از صلاحیت اختیاری تنها در فرض بازنگری قضایی موجه است و فراتر از آن برخی شکل‌گیری نهادهای جمعی متقاضان مزایا برای پیشگیری از خودسری را نیز ضروری می‌دانند. ن.ک.به:

Rosanvallon, P. *The Society of Equals* (A. Goldhammer Trans.), Oxford: Harvard University Press, 2013, pp. 268-

علاوه بر گستردگی صلاحیت اختیاری، تکیه‌ی مدیریت عمومی نوین بر تمرکز زدایی، هم‌چنین به ناهمگونی و تشدید تبعیض در ارائه‌ی خدمات و حمایت‌ها می‌انجامد. در رویه‌های فعال‌سازی، نهادهای محلی نه تنها مکلف به ارائه‌ی خدمات عمومی اجتماعی می‌شوند؛ بلکه صلاحیت‌هایی از جهت وضع مقررات و تأمین منابع مالی نیز به آن‌ها داده می‌شود.^۱ تمرکززدایی چالش‌هایی خاص از جهت صلاحیت و جایگاه حقوقی نهادهای محلی، خصوصی با عمومی غیر دولتی و رابطه‌ی حقوقی آن‌ها با دولت ایجاد می‌کند و دسترسی شهروندان به حق بر تأمین اجتماعی و دادرسی در این حوزه را در عمل محدود، مبهم و ناهمگون می‌سازد.

۲. شروط اشتغال در برنامه‌های فعال‌سازی

سرمایه‌گذاری اجتماعی در حوزه‌ی اشتغال، رویه‌های فعال‌سازی را تداوم بخشیده است. کاستن از سطح و انواع مزایا، پیش‌بینی محدودیت زمانی برای دریافت مزایا با معیارهای شایستگی سخت گیرانه، ارائه‌ی خدمات مشاوره‌ی اشتغال و کاریابی در کنار مشروط شدن دریافت مزایا به اشتغال (اشتغال، جستجوی کار یا شرکت در دوره‌های کارآموزی)، از انواع رویه‌های فعال‌سازی هستند.

تحمیل شرط اشتغال در شرایط کمبود شغل، نه تنها رفع فقر از طریق اشتغال را حاصل نمی‌کند؛ بلکه افراد را به اشتغال در مشاغل کم دستمزد و بی‌آتیه با شرایط کاری نامناسب، الزام و آزادیشان را محدود می‌کند.^۲ اگر چه در برخی آرای قضایی معیارهایی چون عقلانی بودن شغل، واجد پذیرش اجتماعی بودن و در تعارض نبودن با اقتضائات وجدانی افراد استفاده شده‌اند؛^۳ با این حال کم دستمزد بودن، بی‌آتیه بودن یا صرف نامناسب

1-Minas, R., Wright, S., Van Berkel, Rik, Decentralization and Centralization: Governing the Activation of Social Assistance Recipients in Europe, *International Journal of Sociology and Social Policy*, Vol. 32, No. 5/6, 2012: 287

2-Deacon, A. *Perspective on Welfare: Ideas, Ideologies & Policy Debate*. First Ed. Buckingham: Open University Press, 2002, p. 55. ; Handler, J.F. "The Rise and Spread of Workfare, Activation, Devolution and Privatization and the Changing Status of Citizenship", *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 2008: 22-26

3. این معیارها در دعاوی مطرح در مراجع قضایی بین‌المللی از جهت تلقی رویه‌های فعال‌سازی به مصادیق کار اجباری یا مغایرت آن‌ها با حقوق بشر، طرح شده‌اند. ن. ک. به:

Dermin, E. "Activation Policies for the Unemployed and the International Human Right Case Law on the Prohibition of Forced Labour", *European Journal of Human Rights*, Vol. 5, No. 13, 2014: 746- 776

بودن شرایط کار، دلایلی موجه در خودداری از اشتغال تلقی نمی‌شوند و فرد برای دریافت مزایا هم چنان ملزم به اشتغال در این موارد خواهد بود.

به علاوه این رویه‌ها با افزایش عرضه‌ی نیروی کار به کاهش کلی سطح دستمزدها منجر شده و شرایط اقتصادی همه‌ی شاغلان را متأثر خواهد کرد.^۱ از این رو می‌توان گفت نظام مزایای مشروط بیش از آن که ساز و کاری در مبارزه با فقر از طریق اشتغال باشد، به ابزار اجرای سیاست‌های بازار کار بدل می‌شود و فقر را میان شاغلان گسترش می‌دهد. به علاوه مزایای مشروط، الزاماتی رفتاری (اشتغال) را پیش شرط دریافت مزایا قرار می‌دهد و از این طریق، درک از حق و وظایف در نظام حقوقی تأمین اجتماعی را صورت بندی می‌کند.^۲

این الزامات رفتاری، از معیارهای شایستگی در هر نظام مزایا بر می‌خیزند. بر مبنای این معیارها، نظام مزایای مشروط بر پیش فرض‌های تنبلی و بی‌مسئولیتی افراد تنظیم می‌شوند و به بدنامی دریافت کنندگان مزایا می‌انجامد. تأکید بر اشتغال پذیری در چارچوب سیاست‌های فعال‌سازی بر دو پیش فرض کلی، بنا شده است: اول این که تمامی افراد از ظرفیت اشتغال برخوردارند و دوم آن که مشاغل کافی در بازار موجود است.^۳

این ساده‌سازی دلایل بیکاری، شروطی یکسان بر همه‌ی بیکاران عرضه می‌کند که بر موانع متداول و رایج بیکاری در افراد با ظرفیت اشتغال پذیری معمول متمرکز می‌شوند و به نیازهای خاص افرادی که اشتغال‌پذیری اندکی دارند و فرصت‌هایی شدیداً نابرابر برای اشتغال در اختیار دارند بی‌توجه است. از این رو شروط اشتغال، کمترین فرصت‌ها را همراه با سخت‌ترین شرایط به گروه‌های با ظرفیت اشتغال‌پذیری کمتر، عرضه می‌کند.^۴ این

1-Henning, C. "Liberalism, Perfectionism and Workfare", *Analyse & Kritik*, Vol. 31, No. 1, 2009: 159.; Carney, Terry, **Welfare reform? following the "work-first" way**, Brotherhood of St Laurence social policy working paper, no. 7, p. 8. Available at (October 2021

https://library.bsl.org.au/jspui/bitstream/1/801/1/Carney_welfare_reform_work-first.pdf

2-Harris, N. "Conditional rights benefit reform and drug users: reducing dependency", *Journal of Law and Society*, Vol. 37, No. 2, 2010: 236

۳. از آن جا که همه‌ی بیکاران از توانایی در اشتغال برخوردارند دلایل بیکاری به تأثیرات انگیزه‌ای انحرافی محدود می‌شود. بر این اساس استفاده از شروط اشتغال و محرومیت‌های تنبلی از مزایا، همه‌ی بیکاران را به بازار کار هدایت خواهد کرد. ک. به:

Goodin, R.E. "Structures of Mutual Obligation", *Journal of Social Policy*, Vol. 31, No. 4, 2002: 591-592

4-White, S. "What's Wrong with Workfare?", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 21, No. 3, 2004: 271-284. ;

Carney, T., Op. Cit.: 10

مزایای مشروط به اشتغال از جهات دیگری نیز، از جانب برابری گرایان، مورد نقد قرار گرفته‌اند؛ از جمله می‌توان به کمال‌گرایانه بودن، آسیب به عزت نفس افراد، بی‌تفاوتی نسبت به تأمین نیازهای اولیه، نقض همبستگی اجتماعی، تحدید آزادی، ایجاد فقر شاغلان، نادیده گرفتن سهم افراد از میراث مشترک، اشاره کرد.

گروه از افراد با موانعی؛ چون تحصیلات محدود، اعتیاد، مشکلات سلامت ذهنی و جسمی، تعهدات مراقبت از اعضای خانواده و مشکلات رفت و آمد رو به رو هستند.

دگرتوان‌ها^۱، بیکاران با ظرفیت اشتغال‌پذیری پایین^۲ و خانواده‌های تک سرپرست از جمله این گروه‌ها هستند. اگر چه خدمات آموزش، کارآموزی و مراقبت در سرمایه‌گذاری اجتماعی بخشی از موانع پیش گفته را برطرف می‌سازند با این حال هم چنان برخی گروه‌ها که به واسطه‌ی ناتوانی‌های فردی یا محرومیت‌های ساختاری قادر به فعالیت در بازار کار نیستند از بهره‌مندی از خدمات سرمایه‌گذاری اجتماعی در راستای دستیابی به اشتغال محروم می‌شوند.

گفتار دوم: اقتضائات عدالت و سرمایه‌گذاری اجتماعی

بر مبنای کاستی‌های پیش گفته می‌توان گفت از آن جا که جایگزینی مزایای تأمین اجتماعی با خدمات دولت سرمایه‌گذار همواره بخشی از جامعه را از پوشش حمایتی محروم می‌سازد و در فقر رها می‌کند بقای نظام تأمین اجتماعی در دولت سرمایه‌گذار و همراهی آن با خدمات سرمایه‌گذاری اجتماعی ضروری است. مزایای تأمین اجتماعی حداقل‌های ضروری را برای فرد فراهم می‌کند و برخورداری گروه‌های کم درآمد و با ظرفیت اشتغال‌پذیری اندک را از خدمات دولت سرمایه‌گذار اجتماعی ممکن می‌سازد. در ادامه، این ضرورت را در پرتو اقتضائات عدالت در چارچوب نظری رفع فقر و تأمین رفاه از مسیر اشتغال مورد توجه قرار خواهیم داد.

۱. منظور از دگرتوان‌ها افراد دارای معلولیت است.

۲. منظور از افراد با ظرفیت اشتغال‌پذیری پایین، بیکاران بلند مدت است.

بند اول: شغل به مثابه‌ی دارایی

مفهوم شغل به مثابه‌ی دارایی^۱ بخشی از یک نظریه‌ی عدالت است که هدف دستیابی به آزادی واقعی را برای همه دنبال می‌کند. به موجب این نظریه‌یکی از عناصر ایجاد آزادی واقعی برای همه، اعطای بیشترین فرصت‌های ممکن به افراد با کمترین فرصت‌ها است. ایده‌ی شغل به مثابه‌ی دارایی مانند سرمایه گذاری اجتماعی به این نکته توجه دارد که در ساختار اقتصادی امروز برخورداری‌ها و دارایی‌های افراد در سطح قابل توجهی از مشاغل ناشی می‌شود.

بر این اساس در این نظریه نیز اهمیت فرصت‌های برابر برای اشتغال در مقایسه با توزیع منابع مورد توجه است.^۲ مفهوم شغل به مثابه‌ی دارایی بر مبنای این درک بنا شده

۱. فیلیپ ون پارچس از مدافعان حداقل درآمد است. او تلقی از مشاغل به دارایی را با هدف شناسایی منبع مالیاتی برای تأمین مالی حداقل درآمد علاوه بر مالیات بر تخصیص منابع طبیعی طرح کرده است و آن را اجاره‌ی اشتغال (employment rent)، نامیده است. ون پارچس نظریه‌اش را نوعی از نظریه‌ی عدالت آزادیخواه برابری گرا (liberal egalitarian) می‌داند. باید گفت پیشنهاد اخذ مالیات بر اشتغال تلقی از آن به دارایی‌های بیرونی و مشترک که همه باید سهمی مساوی در آن داشته باشند، باز می‌گردد. هم چنین این نوع مالیات، ابزاری در تضمین بی طرفی نسبت به برداشت‌ها از زندگی خوب تلقی شده است. به این نحو که عدم اخذ مالیات بر اشتغال موجب شده است این تخصیص منابع کمیاب در همراهی با سیاست‌های فعال‌سازی بازار کار به نحوی تبعیض آمیز، کسانی را که ترجیح قوی تری به اشتغال داشته اند، مقدم بدارد. بر این اساس مالیات بر اشتغال، ابزاری در راستای تضمین بی طرفی در برداشت از زندگی خوب است و عدم پرداخت آن به جانبداری از آن‌ها که اشتغال بخشی از برداشتشان از زندگی خوب است می‌انجامد. فیلیپ ون پارچس، بی طرفی در برداشت از زندگی خوب را بخشی از مفهوم آزادی واقعی برای همه (real freedom for all) می‌داند. این مفهوم به نوبه‌ی خود بخشی از نظریه‌ی عدالت او است. این نظریه، جامعه‌ای را صورت بندی می‌کند که آزادی رسمی افراد در قالب یک مجموعه از حق‌های مالکیت شناسایی شده باشد، مالکیت بر خود در آن تضمین شده باشد و فرصت‌ها به نحوی توزیع شوند که هر کس بیشترین فرصت ممکن را داشته باشد و بیشترین فرصت‌ها را به افرادی که کمترین فرصت‌ها را دارند بدهد. بر این اساس او تلاش می‌کندیک جامعه‌ی آزاد(عادلانه) را طراحی کند که افراد، آزادی زیستن به نحوی که انتخاب می‌کنند را داشته باشند. ن. ک. به:

Van Parijs, P. Real Freedom for All: what if anything can justify capitalism, First Ed. Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 89-130

2-Ibid, p. 90

است که حتی در فرض نامحتمل اشتغال کامل، کمیابی مشاغل مانع از آن است که افراد با مهارت‌ها و ظرفیت اشتغال‌پذیری یکسان، مشاغلی مشابه از جهت تکالیف و منافع (دستمزد، روابط اجتماعی و...) کسب کنند.^۱

بر این اساس در این دیدگاه نامحتمل بودن دستیابی به اشتغال کامل، کمیاب بودن مشاغل و تفاوت مشاغل از جهت تکالیف و منافع، مستلزم مداخله‌ای جبرانی و باز توزیعی است؛ چرا که در این شرایط همواره برخی افراد علی‌رغم تمایل به اشتغال و دارا بودن مهارت کافی موفق به اشتغال نخواهند بود و حتی بر فرض اشتغال کامل افراد با مهارت یکسان، مشاغلی مشابه از جهت تکالیف و منافع نخواهند داشت و این امر وضعی نابرابر در اشتغال ایجاد می‌کند که آزادی واقعی را محدود خواهد کرد.^۲

در این دیدگاه آن‌ها که مشاغلی با تکالیف و منافع بهتر کسب می‌کنند ملزم به پرداخت مالیات بر اشتغال در قالب اجاره استخدام^۳ هستند.

بند دوم: تفاوت در استعدادهای درونی

چنان که پیش‌تر نیز گفته شد در سرمایه‌گذاری اجتماعی، سطح رفاه افراد ربط مستقیمی با مشاغلی که در بازار کار کسب می‌کنند دارد. این امر در یک رویکرد برابری‌گرایانه با این نکته همراه است که مشاغلی که افراد کسب می‌کنند به توانایی‌هایشان وابسته است. سرمایه‌گذاری اجتماعی نیز از این جهت بر آموزش تأکید دارد.

با این حال از آن‌جا که بخشی از توانایی‌ها، نه به آموزش؛ بلکه به استعدادهای درونی که محصول تلاش یا انتخاب افراد نیستند مرتبط است، در این برداشت از عدالت، افرادی که به جهت تفاوت در استعدادهایی که از والدین دریافت کرده‌اند از توانایی تولید یا ظرفیت اشتغال کمتری برخوردارند، مستحق دریافت جبران خواهند بود. بر این اساس اطلاعات ژنتیکی بخشی از منابعی تلقی می‌شوند که موضوع توزیعی برابری‌گرایانه هستند.

1-Ibid, pp. 91- 92 .

2-Ibid, p. 113- 125 .

3-Employment Rent .

در این نظریه استعدادهای درونی افراد، نوعی از منابع طبیعی هستند که هیچ کس حقی مالکانه و پیشینی نسبت به آن‌ها ندارد. باید گفت در این رویکرد دستیابی به فرصت‌های برابر برای اشتغال، مستلزم توزیعی برابری گرایانه در این منابع تلقی شده است.^۱ سرمایه گذاری اجتماعی با تأکید بر خدمات آموزش زود هنگام، خدمات نگهداری و افزایش اشتغال پذیری، تلاش می‌کند برابری در فرصت‌های اشتغال را فراهم کند. با این حال به نقش استعدادهای درونی متفاوت افراد در سطح اشتغال پذیریشان بی توجه است و از منظر عدالت این امر، وضعی ناعادلانه نسبت به آن‌ها که استعدادهای درونی متفاوت و به لحاظ اقتصادی کم ارزش تر دارند ایجاد کرده و مقتضی مداخله‌ای جبرانی است.

۱. اطلاعات ژنتیکی سلول تخم (germ line genetic information)، یکی از منابع مالیات در نظریه‌ی عدالت آزادی‌گرایان چپ است. اطلاعات ژنتیکی سلول تخم در این نظریه بخشی از منابع طبیعی است که تخصیص آن مشمول قواعد جبران؛ یعنی پرداخت اجاره‌ی ارزش رقابتی تخصیص این منابع است. بر این اساس تخصیص عادلانه‌ی این منابع در قالب تولید مثل مشروط به آن است که والدین، مالیات بر اطلاعات ژنتیکی سلول تخم را پرداخت کنند. والدینی که فرزندان‌ی با اطلاعات ژنتیکی با ارزش (اقتصادی) بالاتری دارند نسبت به آن‌ها که اطلاعات ژنتیکی کم ارزش‌تری را تخصیص داده‌اند مبلغی بیشتر پرداخت خواهند کرد. ن. ک. به: Steiner, H. "Left Libertarianism and the Ownership of Natural Resources", Public Reason, Vol. 1, No. 1, 2009: 6-7.; Steiner, H. Three Just Taxes, in Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for Radical Reform. P. Van Parijs (Edt.), First Ed. London: Verso, 1996, pp. 88-89. ; Steiner, H. An Essay on Rights. First Ed. Oxford: Blackwell, 1994, pp. 274- 278

ایده‌ی مالیات بر اطلاعات ژنتیکی سلول تخم اولین بار توسط استاینر مطرح شد. او این نظریه را در میانه‌ی مباحث تعارض در مالکیت بر خود طرح کرد. تعارض در مالکیت بر خود به این سؤال باز می‌گردد که ما چطور مالک خودمان هستیم وقتی در عین حال محصول (artifact) کار دیگران (والدینمان) نیز هستیم. استاینر برای رفع این تعارض اطلاعات ژنتیکی سلول تخم را نوعی منبع طبیعی و یک فاکتور تولید تلقی کرد که والدین کار خود را با آن می‌آمیزند و تنها در فرض پرداخت مالیات آن، می‌توانند حقوقی عادلانه تا زمانی مشخص نسبت به فرزند خود داشته باشند. ن. ک. به: Steiner, H. "Debate: Universal Self-Ownership and the Fruits of One's Labor: A Reply to Curchin", The Journal of Political Philosophy, Vol. 16, No. 3, 2008: 350-255

توزیع برابری گرایانه توانایی‌های افراد معمولاً به برده‌سازی افراد با استعدادتر می‌انجامد. ساز و کارهای مالیاتی معطوف به این هدف افراد با توانایی‌های بیشتر و سودآورتر را به بیشتر کار کردن نسبت به سایرین سوق می‌دهد. بر این اساس، بسیاری بر این باورند که توانایی‌های افراد نباید در مجموعه‌ی منابع طبیعی که به نحوی برابری گرایانه توزیع می‌شوند قرار گیرند. باید گفت مالیات بر اطلاعات ژنتیکی سلول تخم، مالیات بر توانایی‌های افراد نیست؛ بلکه تنها بخشی از توانایی‌ها که محصول تلاش یا کار افراد نیستند و در دسته‌ی منابع طبیعی تلقی می‌شوند را موضوع توزیع برابری گرایانه می‌داند. به علاوه مالیات بر اطلاعات ژنتیکی سلول تخم را نه خود فرد، بلکه والدین او پرداخت می‌کنند که این نوع از منابع طبیعی را تخصیص داده‌اند.

نتیجه گیری

تأمین اجتماعی به معنای مدرن آن از یک سو همواره مفهومی مرتبط با نهاد دولت بوده است و از دیگر سو مفهومی برخاسته از عدالت اجتماعی. از این رو نظام حقوقی تأمین اجتماعی بستر پی گیری عدالت و فرایند پیاده سازی آن است و معیاری در ارزیابی عادلانه بودن جوامع عرضه می‌کند. بر این اساس، تغییر در دولت رفاه، علاوه بر آن که نظام حقوقی تأمین اجتماعی به مثابه‌ی یکی از اعمال حکمرانی دولت‌ها را دستخوش تغییر می‌کند، نسبت آن با اقتضائات عدالت را نیز متحول می‌سازد.

بازبینی در حدود و ماهیت مداخلات دولت در چشم انداز جهانی شدن، اقتصاد دانش بنیان، ورود بازیگران جدید ملی و فراملی به عرصه‌ی حکمرانی و ظهور ریسک‌های جدید اگر چه ضروری است؛ اما مستقل از اقتضائات عدالت نخواهد بود. این پژوهش، به هدف دستیابی به الگویی مطلوب از مداخلات دولت در میانه‌ی سرمایه‌گذاری اجتماعی و مداخلات سنتی دولت رفاه، در قالب نظام تأمین اجتماعی انجام شده است.

یافته‌های این پژوهش بر مداخلات ناکافی و نامناسب دولت سرمایه‌گذار اجتماعی؛ چون پیاده سازی تبعیض آمیز برنامه‌های فعال سازی نسبت به گروه‌های با ظرفیت اشتغال پذیری اندک، افزایش احتمال تصمیمات خودسرانه‌ی مرتبط با صلاحیت‌های اختیاری گسترده‌ی مأموران، کاهش توجه به نفع عمومی و عدالت اجتماعی در نتیجه‌ی اهمیت یافتن نتایج کمی قابل سنجش، متأثر از رویکرد مدیریت عمومی نوین، ناکافی و نامناسب بودن حدود و ماهیت مداخلات دولت سرمایه‌گذار اجتماعی دلالت دارد.

هم چنین تفاوت در توانایی‌ها و کمبود مشاغل مشابه از توزیع ناعادلانه‌ی فرصت‌های اشتغال حکایت دارد و مداخله‌ای فراتر از حتمی در چارچوب رویکردهای تأکید کننده بر اشتغال، اقتضا می‌کند. بر مبنای این یافته‌ها پژوهش حاضر، به ضرورت به کارگیری توأمان سرمایه‌گذاری اجتماعی و تضمینات حداقلی دولت رفاه سنتی در قالب نظام تأمین اجتماعی، دست یافته است.

بر این اساس در سطح مداخلات دولت، پیشنهاد می‌شود که علاوه بر مشارکت با بازیگران خصوصی و مداخله در قالب نظام حقوقی تأمین اجتماعی محدود، مشروط به اشتغال، متکی بر بیمه‌های خصوصی، گزینشی و همراه با معیارهای شایستگی سختگیرانه به ویژه

در بیمه‌های بیکاری و مساعدت اجتماعی که متأثر از ایده‌های فعال‌سازی گسترش‌یافته‌اند و از حمایت‌ها کاسته‌اند، دولت مسئولیت نهایی تضمین ثبات درآمد و ارائه‌ی حمایت‌های اجتماعی همگانی و غیر مشروط را بر عهده گیرد و از این طریق نتایج نابرابر سیاست گذاری‌های خود را جبران کند و کارآمدی اقتصادی را همراه با ارتقای برابری در فرصت‌ها تأمین کند.

یک دولت رفاه فعال و بخشنده با چشم انداز سرمایه گذاری اجتماعی، بیش از آن که باری مضاعف بر هزینه‌های عمومی باشد، شیوه‌ای کارآمد در استفاده از آن است. باید گفت همان طور که تأمین اجتماعی بدون سرمایه گذاری اجتماعی نمی‌توانست در مقابله با ریسک‌های جدید موفق باشد، سرمایه گذاری اجتماعی نیز بدون تضمین‌های حداقلی تأمین اجتماعی نه تنها در مقابله با ریسک‌های جدید موفق نخواهد بود؛ بلکه به ساز و کاری ناعادلانه نیز می‌انجامد.

به علاوه در سطحی جزئی‌تر، از آن جا که ارائه‌ی برنامه‌های منحصر به فرد برای فعال سازی وابستگان به نظام تأمین اجتماعی، وابسته به تعاملی مستقیم و نظارت مأموران بر متقاضیان است پیشنهاد می‌شود ضمن ارتقای شفافیت در تصمیمات مأموران اداری، محلی یا خصوصی و تسهیل دسترسی به بازنگری قضایی مرتبط با محرومیت از مزایا برای اجتناب از تبعیض آموزشی مستمر، از فرایندهای قانونی با هدف بهبود عملکرد مأموران در به کارگیری اختیاراتشان در راستای تضمین عدالت فردی شده و نفع عمومی به آن‌ها عرضه شود.

هم چنین از آن جا که سیاست‌های مرتبط با سرمایه گذاری اجتماعی در هر کشور تا حدّ بسیاری به نظام رفاهی شکل گرفته در آن وابسته است، مطالعه‌ی این سیاست‌ها در بستر حقوقی، فرهنگی و نظام ارزشی موجود در کشورمان در قالب پژوهش‌های آتی پیشنهاد می‌شود.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. مقاله‌ها

۱. آزاددوین، علی و جواد کاشانی، چالش‌های فراروی اجرای حق بر تأمین اجتماعی به عنوان یک حق بشری، پژوهش حقوق عمومی، پاییز ۹۷، شماره ۶۰، صص ۱۰-۳۴.
۲. بادینی، حسن و حسین پشت دار، نظام حقوقی تأمین اجتماعی؛ گذار از دولت رفاه به ایده‌ی حکمرانی خوب، تحقیقات حقوقی، بهار ۹۲، شماره ۶۱، صص ۲۹۵-۳۲۸.
۳. حبیب نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی سیبکی، نسبت سنجی نظریه‌ی دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه‌ی فقرزدایی، فصلنامه‌ی علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، زمستان ۹۹، شماره ۵، صص ۵۹-۹۳.
۴. رنانی، محسن، تأمین اجتماعی و دموکراسی، فصلنامه‌ی تأمین اجتماعی، ۱۳۸۲، شماره ۱۳، صص ۳۳۱-۳۴۲.
۵. عموزاده مهدیرجی، حنیف، دولت سرمایه گذار اجتماعی در ایران: مقایسه‌ی تطبیقی استراتژی لیسبون اتحادیه‌ی اروپا و سیاست‌های رفاهی دولت جمهوری اسلامی ایران، اولین کنفرانس بین‌المللی علوم اجتماعی و جامعه‌شناسی، زمستان ۹۴.
۶. نیکنامی، رکسانا، بحران مالی حوزه‌ی یورو و تأثیر آن بر دولت‌های رفاه اروپایی، فصلنامه‌ی دولت پژوهی، زمستان ۹۶، شماره ۱۲، صص ۳۷-۷۰.
۷. واعظی، مجتبی، مفهوم تحلیلی اداره و مدل‌های آن، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، بهار و تابستان ۹۹، شماره ۵، صص ۳۰۳-۳۳۰.
۸. وصالی، سعید و سید محمد بساطیان، بررسی جایگاه دولت فعال در ایران: در باب تطبیق تابع رفاه دولتی با تابع رفاه اجتماعی در ایران، فصلنامه‌ی برنامه ریزی رفاه و توسعه‌ی اجتماعی، تابستان ۹۱، دوره ۴، شماره ۱۱، صص ۱-۲۵.

منابع انگلیسی

Books

- 9-Barbier, J.C. National System of Social Protection in Europe: two contrasted paths to activation, and maybe a third, in Regulation in Labor and Employment in

- Europe. J. Lind, H. Knudsen and H. Jorgensen (Eds.). Brussel: Peter Lang, 2004
- 10-Bonoli, G. Active Labor Market Policy and Social Investment: a changing relationship, in *Toward a Social Investment Welfare State? Ideas, Policies and Challenges*. N. Morel, B. Palier, J. Palm (Eds.). First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012
- 11-Bonoli, Giuliano, Bea Cantillon and Wim Val Lancker. Social Investment and Matthew Effect, in *The Uses of Social Investment*, A. Hemerijck (Edt.). First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017
- 12-Deacon, A. *Perspective on Welfare: Ideas, Ideologies & Policy Debate*. First Ed. Buckingham: Open University Press, 2002
- 13-Esping-Anderson, G. *Toward a Good Society, Once Again?*, in *Why We Need A New Welfare State*. G. Esping-Anderson, D. Gallie, A. Hemerijck, J. Myles (Eds.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002
- 14-Gilbert, N. *Transformation of Welfare State: The Silent Surrender of Public Responsibility*. First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002
- 15-Hausermann, Silja and Bruno Palier. *The Politics of Social Investment*, in *The Uses of Social Investment*. A. Hemerijck (Edt.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017
- 16-Hemerijck, A. Two or Three Waves of Welfare State Transformation, in *Toward a Social Investment Welfare State? Ideas Politics and Challenges*. N. Morel, B. Palier and J. Palme (Eds.), First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012
- 17-Hemerijck, A. Social Investment and Its Critics, in *The Uses of Social Investment*. A. Hemerijck (Edt.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2017
- 18-Jenson, J. Redesigning Citizenship Regimes after Neoliberalism: Moving Toward Social Investment, in *What Future for Social Investment*. N. Morel, B. Palier and J. Palm (Eds.), Stockholm: Digaloo, 2009
- 19-Lister, R. The Third Way Social Investment State, in *Welfare State Change Towards a Third Way?*. J. Lewis and R. Surender (Eds.), First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004
- 20-Morel, Nathalie, Bruno Palier and Joakim Palm. Beyond Welfare State as We Knew it?, in *Toward A Social Investment Welfare State? Ideas Politics and Challeng-*

- es. N. Morel, B. Plalier and J. Palm (Eds.), First Ed. Bristol: The Policy Press, 2012
- 21-Newman, J. Modernizing the State: A New Style of Governance, in Welfare State Change: Toward a Third Way. J. Lewis and R. Surender, First Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004
- 22-Rosanvallon, P. The Society of Equals (A. Goldhammer Trans.), Oxford: Harvard University Press, 2013
- 23-Steiner, H. An Essay on Rights. First Ed. Oxford: Blackwell, 1994
- 24-Steiner, H. Three Just Taxes, in Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for Radical Reform. P. Van Parijs (Edt.), First Ed. London: Verso, 1996
- 25-Van Parijs, P. Real Freedom for All: what if anything can justify capitalism, First Ed. Oxford: Clarendon Press, 1997

Articles

- 26-Bonvin, J.M., Farvaque, N. "Social Opportunities and Individual Responsibility: The Capability Approach and the Third Way", Ethics and Economics, Vol. 2, No. 2, 2004
- 27-Bonvin, J.M., Otto, H.O., Wohlfarth, A., Ziegler, H. "The Rise of Welfare Service State: Conceptual challenge of an ambiguous welfare settlement and the need for new policy research", Social work & Society, Vol. 16, No. 2, 2018
- 28-Cantillon, B., VanLancker, W. "Three Shortcomings of the Social Investment Perspective", Social Policy & Society, Vol. 12, No. 4, 2013
- 29-Choi, Y.J., Huber, E., Kim, W.S., Kwon, H.Y., Shi, S.J. "Social Investment on Knowledge-base Economy: New Politics and Policies", Policy and Society, Vol. 39, No. 2, 2020
- 30-Diamond, P., Lodge, G. "Dynamic Social Security after the Crises: Toward a New Welfare State", International Social Security Review, Vol. 67, 2014
- 31-Deeming, C., Smyth, P. "Social Investment after Neoliberalism: Policy Paradigms and Political Platform", Journal of Social Policy, Vol. 44, No.2, 2015
- 32-Dermin, E. "Activation Policies for the Unemployed and the International Human Right Case Law on the Prohibition of Forced Labour", European Journal of

- .Human Rights, Vol. 5, No. 13, 2014
- 33-Goodin, R.E. "Structures of Mutual Obligation", Journal of Social Policy, Vol. 31, No. 4, 2002
- 34-Handler, J.F. "The Rise and Spread of Workfare, Activation, Devolution and Privatization and the Changing Status of Citizenship", Public Law & Legal Theory Research Paper Series, 2008
- 35-Harris, N. "Conditional rights benefit reform and drug users: reducing dependency", Journal of Law and Society, Vol. 37, No. 2, 2010
- 36-Henning, C. "Liberalism, Perfectionism and Workfare", Analyse & Kritik, Vol. 31, No. 1, 2009
- 37-Kuitto, K. "From Social Security to Social Investment? compensating and social investment welfare policies in a life course perspective", Journal of Europe Social Policy, Vol. 25, No. 5, 2016
- 38-Minas, R., Wright, S., Van Berkel, Rik, Decentralization and Centralization: Governing the Activation of Social Assistance Recipients in Europe, International Journal of Sociology and Social Policy, Vol. 32, No. 5/6, 2012
- 39-Peck, J. Theodor, N. "Work First: Workfare and the Regulation of Contingent Labor market", Cambridge Journal of Economics, Vol. 24, No. 1, 2000
- 40-Steiner, H. "Debate: Universal Self-Ownership and the Fruits of One's Labor: A Reply to Curchin", The Journal of Political Philosophy, Vol. 16, No. 3, 2008
- 41-Steiner, H. "Left Libertarianism and the Ownership of Natural Resources", Public Reason, Vol. 1, No. 1, 2009
- 42-Taylor-Gooby, P. "Opportunity and Solidarity", Journal of Social Policy, Vol. 40, No. 3, 2011
- 43-White, S. "What's Wrong with Workfare?", Journal of Applied Philosophy, Vol. 21, No. 3, 2004

منابع الکترونیک

- 44-Eichhorst, Werner., Hemerjick, Anton and Scalise, Gemma, Welfare State, Labor Market, Social Investment and the Digital Transformation, IZA Institute of

Labor Economic. Available at (October 2021): <https://ftp.iza.org/dp13391.pdf>
45-Eransus, Begona, Activation Policies and Minimum Income Schemes, Available at (October 2021): https://www.researchgate.net/publication/237765259_Activation_Policies_and_Minimum_Income_Schemes
46-Carney, Terry, Welfare reform? following the “work-first” way, Brotherhood : (of St Laurence social policy working paper, no. 7. Available at (October 2021) https://library.bsl.org.au/jspui/bitstream/1/801/1/Carney_welfare_reform_work-first.pdf

راهکارهای غیر قضایی مقابله با سوءاستفاده از حق با تأکید بر شرکت‌های تجاری و دولتی

مهدی محمدی*

محمد رضا پاسبان**

چکیده

یکی از مسائل مهم حقوق شرکت‌های تجاری، سوءاستفاده از حق از سوی شرکاء است. در این میان بر اساس قاعده‌ی اکثریت که قانون حاکم بر شرکت‌های تجاری است، اکثریت نقش محوری را در تصمیمات و اقدامات شرکت‌ها ایفاء می‌کنند که نتیجه‌ی آن می‌تواند سوءاستفاده از حق و اختیارات در راستای منافع خود و نادیده گرفتن منافع اقلیت باشد. به عبارت دیگر، اعمال قاعده‌ی اکثریت، با تمرکز قوای شرکت در دستان اکثریت سهامداران که می‌تواند از آن سوءاستفاده کنند، ملازمه دارد. سؤال پژوهش این است که از طریق چه راهکارهایی می‌توان محدودیت‌هایی بر قاعده‌ی اعمال حق توسط اکثریت پیش‌بینی کرد تا این قاعده مورد سوءاستفاده قرار نگیرد. در خصوص شرکت‌های دولتی نیز امکان سوءاستفاده از حق وجود دارد؛ اما با توجه به ساختار حاکم بر شرکت‌های دولتی و حاکمیت قواعد حقوق عمومی، امکان سوءاستفاده به حداقل می‌رسد. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که این راهکارها را می‌توان به راهکارهای قضایی و غیر قضایی تقسیم کرد. راهکارهای غیر قضایی اشاره به توافقات سهامداران در درون شرکت دارد که به موجب قرارداد صورت می‌گیرد. این قرارداد در شرکت‌های خصوصی و دولتی در قالب اساسنامه تصویب می‌گردد که به موجب این اساسنامه سهامداران با یکدیگر و با هیأت مدیره و مدیر عامل توافقاتی را منعقد می‌کنند. در مورد شرکت‌های دولتی نیز از طریق ساز و کارهایی؛ مانند پاسخگویی، حکمرانی شرکتی و ... می‌توان مانع فساد و سوءاستفاده شد. برای پاسخ به سؤال، ابتدا مفهوم سوءاستفاده از حق و قاعده‌ی اکثریت در شرکت‌های تجاری بررسی شده و سپس به راهکارهای غیر قضایی جلوگیری از سوءاستفاده از حق در شرکت‌های تجاری و خصوصی پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها: سوءاستفاده از حق، شرکت‌های تجاری، شرکت‌های دولتی، قاعده‌ی اکثریت، راهکارهای غیرقضایی.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

mohammadi_6116@yahoo.com

** . دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

mpasban@atu.ac.ir

مقدمه

قلمرو استفاده از حق، همیشه محل مناقشه بوده است و هر از گاهی، شاهد شکل‌گیری تصمیمات قانونی متفاوت در این حوزه‌ی مهم از مسئولیت مدّنی هستیم. گرچه نظریه‌ی سوءاستفاده از حق، آن گونه که در حقوق کشورهای چون فرانسه مطرح است در حقوق ایران مطرح نیست؛ ولی قاعده‌ی لاضرر که در حقوق ایران از جمله قانون اساسی تبلور یافته است، می‌تواند به خوبی همان کارکرد قاعده‌ی منع سوءاستفاده از حق را در شرکت‌های تجاری داشته باشد.

در منابع فقهی، نزدیک ترین قاعده به منع سوءاستفاده از حق، قاعده‌ی لاضرر است؛ اما به طور کلی مفهوم لاضرر عام‌تر از منع سوءاستفاده از حق است. مطابق «اصل ۴۰ قانون اساسی»، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله اضرار دیگری قرار دهد. اصل مذکور مبتنی بر نظریه‌ی سوء استفاده از حق می‌باشد. در قانون مدّنی، مبحث معینی به این موضوع اختصاص داده نشده است و به نظر می‌رسد، استفاده از این نظریه در محدوده‌ی ماده ۱۳۲ قانون مدّنی می‌باشد؛ ولی در سایر مصادیق نیز می‌توان این نظریه را استنباط کرد.

نظریه‌ی منع سوءاستفاده از حق در حقوق اسلامی نیز مطرح بوده است و قاعده‌ی لاضرر یکی از منابع این نظریه محسوب می‌شود؛ ولی این قاعده از سوءاستفاده از حق، وسیع‌تر می‌باشد. به موجب این نظریه، اصل آزادی اشخاص در استعمال حق در صورت استفاده‌ی نامتعارف و به قصد اضرار محدود می‌شود.^۱

این اصطلاح در حقوق اروپایی در کشورهای رومی ژرمنی تأسیس شده است. در کامن‌لا بر طبق نظری که هم اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق می‌تواند به هر صورت و با هر اندیشه‌ای تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را به کار برد.^۲ ضمانت قانونی منع از سوءاستفاده از حقوق عینی را به شکل الزام صاحب حق به جبران خسارات و یا محدودیت و یا منع از اجرای آن می‌توان ملاحظه کرد. پس به صورت خلاصه می‌توان بیان داشت، مسئولیت ناشی از سوءاستفاده از حق، بخشی از مباحث به مسئولیت‌ها را به خود اختصاص داده است.

۱. اکبرینه، پروین، **منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدّنی**، مجله‌ی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره‌ی ۳، ۱۳۹۱، ۲۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، **سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق**، مجله‌ی حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره‌ی ۲۱، شماره‌ی ۲۱، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳.

این بحث در قالب نظریه‌ها در نظام‌های حقوقی مختلف مورد توجه قرار گرفته است. این نوع مسئولیت در حقوق ایران نیز شناسایی شده است. در حقوق اسلام، قواعدی وجود دارد که مفاد آن با موضوع سوءاستفاده از حق قابل مقایسه است.

قاعده‌ی لاضرر، از جمله قواعدی است که در این زمینه طرح گردیده است. اگر چه در بحث سوءاستفاده از حق و منع اضرار به آیه‌های قرآن کمتر توجه شده است؛ اما به نظر می‌رسد، آیه‌های مختلف قرآن با مبانی گوناگونی مانند منع اضرار و اصل رعایت حسن نیت در اجرای حقوق و تعهدها، اصول شفافی را در موضوع سوءاستفاده از حق ارائه می‌کند.^۱

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر اساس اصل چهارم، «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» در مورد سوءاستفاده از حق در شرکت‌های دولتی، می‌توان به مسأله‌ی فساد مالی اشاره کرد. ممکن است انگیزه‌های فعالیت شرکت‌های دولتی متفاوت باشد با وجود این آن‌ها مانند هم‌تایان خود در بخش خصوصی سهام دارانی دارند که باید در مقابل آن‌ها پاسخگو باشند به این دلیل که در شرکت‌های دولتی حقوق مالکانه متعلق به عموم مردم است، ساختار سهام‌داری آن‌ها از شرکت‌های سهامی عام نیز گسترده‌تر است.

به دلیل حاکمیت قاعده‌ی اکثریت در تصمیم‌گیری‌های شرکت‌های تجاری، امکان سوءاستفاده از حق به نفع اکثریت در این شرکت‌ها وجود دارد. در خصوص شرکت‌های دولتی نیز این فرض وجود دارد؛ اما با توجه به ساز و کارهای پیش‌بینی شده در برخی قوانین، راه‌حل‌های غیر قضایی جهت رفع این موارد پیش‌بینی شده است. روش تحقیق در این پژوهش، از نوع توصیفی-تحلیلی است و در گردآوری داده‌ها از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مفهوم قاعده‌ی سوءاستفاده از حق

یکی از موضوعات بحث برانگیز در حقوق مسئولیت مدنی، قلمروی استفاده از حق است. به عبارت دیگر حق را تا چه میزان باید اجرا کرد؟ هرگاه اجرای حق شخص برای دیگران زیانبار باشد وظیفه‌ی دارنده‌ی حق چیست؟ نظریه‌ی سوءاستفاده از حق برای محدود کردن

۱. ره پیک، سیامک، منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۶۲، ۱۳۸۲، ص ۶۳.

اعمال حق و اجتناب از تجاوز دارندگان حق به منافع عمومی وضع شده است. نظریه‌ای مترقی که مورد نیاز تمام نظام‌های حقوقی است.

بر این اساس با وجود این که نظام‌های حقوقی از لحاظ تاریخی، حق را مطلق و غیر قابل سوءاستفاده تصوّر کرده‌اند، سرانجام این موضوع مورد پذیرش قرار گرفت که باید برای اعمال حق، محدودیت‌هایی را در نظر گرفت؛ اما در حقوق اسلام به ویژه فقه جعفری، وضع چنین نیست. حقوق اسلام از ابتدا حق را محدود دانسته و مرز این محدودیت را زیان افراد خصوصی و یا جامعه به حساب آورده است.

ضابطه‌ی اسلام برای محدودیت حق، یک ضابطه و معیار عینی است و محور آن را ضرر تشکیل می‌دهد؛ اما در مواردی که با وجود ضرر دیگران اعم از ورود خسارت به اشخاص ثالث و یا نادیده گرفتن منافع عمومی، تصرف صاحب حق را در حق خود مجاز دانسته این جواز، نه از این بابت است که دارنده‌ی حق در اعمال حق خود قصد اضرار به دیگران را نداشته و یا تقصیر نکرده است؛ بلکه از این جهت است که عدم اعمال حق، برای صاحب حق ضرر داشته و در تقابل میان ضرر دیگران با ضرر مالک، به مالک اجازه‌ی اعمال حق داده شده است.^۱

در حقوق ایران می‌توان مبنای دکترین سوءاستفاده از حق را در «اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی» جست و جو کرد. اصل ۴۰ قانون اساسی بدون ذکر عنوان سوءاستفاده از حق، این چنین مقرر می‌دارد که: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». این اصل، نظر به اعمال و تمتع از حق توسط مالک آن با نیت اضرار به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی دارد و در واقع مانعی برای سوءاستفاده دارندگان حق از حقوق خود در مقابل اشخاص ثالث و منافع اجتماع است.^۲

در حقوق اروپا مبنای شناسایی این دکترین را، دکترین دست‌های آلوده قرار داده‌اند؛ به این معنا که دارنده‌ی حق با رفتارهایی چون تخلفات ضد رقابتی، تدلیس و داشتن سوءنیت، از حق خود بر خلاف منافع عمومی استفاده می‌کند و از آن جایی که هدف محدود کردن گستره‌ی حقوق انحصاری است، دادگاه‌ها مبنای این دکترین را مورد پذیرش قرار داده‌اند.^۳

۱. بهرامی احمدی، حمید، سوءاستفاده از حق، نشر اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۷۷، ص ۴۳۲.

۲. شهیدی، سید مهدی، اندیشه‌های حقوقی مجموعه‌ی مقالات حقوقی، تهران: نشر مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۱، ص ۳۵.

۳. معینی، حامد و سعیده قاسمی‌پور، دکترین سوءاستفاده از حق در مالکیت ادبی و هنری، مجله حقوق پزشکی، شماره ۱، ۱۳۹۱، ص ۱۹۱.

در قانون مدنی نیز، نظریه‌ی سوءاستفاده از حقّ به عنوان یک نظریه‌ی عمومی مطرح نشده است و در دعاوی مطروحه توسط متضرّر به دلیل ورود ضرر ناشی از استعمال غیر متعارف حقوق عینی، مبنای صدور رأی قاعده‌ی لاضرر می‌باشد و استفاده از این نظریه در اجرای حقوق عینی بیشتر در محدوده‌ی «ماده ۱۳۲ قانون مدنی»، می‌باشد؛ ولی در سایر مصادیق نیز می‌توان این نظریه را استنباط کرد و یکی از این موارد، منع از سوءاستفاده از سایر حقوق عینی؛ مانند حقّ ارتفاق و حقّ انتفاع می‌باشد که در صورت سوءاستفاده منتفع و اضرار به مالک، ضامن زیان‌های مالک می‌باشد.

ضابطه‌ی قانون مدنی در شناخت قصد آزار و اذیت در این موارد، تعدّی از رفتار یک انسان متعارف می‌باشد، هر چند این نظریه با استقراء در مقررات قانون مدنی در نحوه‌ی اجرای حقوقی نظیر حقّ مالکیت و حقّ ارتفاق و انتفاع قابل استنباط می‌باشد؛ ولیکن ضروری است که این نظریه به عنوان یک نظریه‌ی مستقل در قانون مدنی مطرح شده و ضابطه‌ی تشخیص سوءاستفاده از حقّ معین گردد؛ چنان که تجاوز از رفتار یک انسان متعارف در استعمال حقّ، یکی از معیارهای احراز قصد اضرار می‌تواند تلقی شود.

نظر به این که معیار سوءاستفاده از حقّ در قانون مدنی معین نشده و از هیچ‌یک از مواد یاد شده نیز این معیار به دست نمی‌آید، ضروری است مبحث مستقلی به سوءاستفاده از حقّ تخصیص داده شده و محدودیت‌های اجرای حقّ در صورت وجود قصد اضرار مشخص شود.^۱ با عنایت به تکامل اجتماعی و پیچیده شدن روابط خصوصی، تعرض صاحب حقّ به حقوق دیگران به دلیل مشخص نبودن معیارهای تشخیص سوءاستفاده افزایش یافته است و مقررات فعلی در قانون مدنی نمی‌تواند مانع از استعمال حقّ به قصد اضرار به غیر در زمینه‌ی اجرای حقوق عینی شود.

قانونگذار با در نظر گرفتن محدوده‌ی عرفی و مبانی ایجاد حقّ، بایستی معیارهای سوءاستفاده را بیان نماید تا از برخورد سلیقه‌ای در تشخیص مصادیق سوءاستفاده از حقّ ممانعت شود. مشخص شدن معیارهای عرفی و قانونی تشخیص سوءاستفاده از حقّ به نفع صاحب حقّ نیز خواهد بود؛ در نتیجه هیچ‌کس نمی‌تواند بدون دلیل و با تمسک به سوءاستفاده از حقّ، موجب سلب آزادی اشخاص در استفاده از حقوق قانونی شود.^۲

۱. مقصودی، رضا، سوءاستفاده از حقّ در حقوق بین الملل خصوصی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره دوازدهم، ۱۳۹۴، صص ۱۲۹ - ۱۰۹.

۲. اکبرینه، پروین، منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدنی، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۳، ۱۳۹۱، ص ۲۴.

با توجه به این که این نظریه از قوانین کشورهای خارجی ناشی می‌شود، بومی‌سازی مقررات مذکور می‌تواند در تضمین حقوق صاحبان حق و مصونیت سایر اشخاص از آسیب‌های ناشی از سوءاستفاده از حق مؤثر واقع شود.

بند ۱. تطبیق مفهوم قاعده‌ی سوءاستفاده از حق با قاعده‌ی لاضرر

بر خلاف قاعده‌ی لاضرر که مفهوم آن از سوی فقها بسیار مورد بحث قرار گرفته و اختلاف نظر نیز پیرامون آن زیاد است، مفهوم قاعده‌ی سوءاستفاده از حق چندان پیچیده نیست. در واقع پس از این که نظریه‌ی مطلق بودن حق و جواز اعمال حق بدون هیچ گونه محدودیت کنار گذاشته شد و تئوری سوءاستفاده از حق مورد پذیرش قرار گرفت، تنها تردید جدی که نسبت به آن وجود داشت، تعارض درونی موجود در آن بود. پلانیول معتقد بود هنگامی که سوءاستفاده آغاز می‌شود، حق متوقف می‌گردد.

به عبارت دیگر عمل واحد نمی‌تواند هم موافق حق باشد، هم مغایر آن. وقتی شخصی از حق خود سوءاستفاده می‌کند، دیگر حقی ندارد تا سوءاستفاده از حق صدق کند؛ چراکه با سوءاستفاده از حق، عمل غیر قانونی تلقی می‌شود؛ اما این ایراد به وسیله ژوسران رد شد. وی معتقد بود می‌توان تصوّر کرد که حقی مانند حق مالکیت وجود داشته و وجود آن فی نفسه محرّز باشد؛ ولی شیوه‌ی اجرای آن نامشروع باشد و به صورت درست مورد استفاده قرار نگیرد؛ بنابراین همیشه چنین شیوه‌ی اجرایی باید ممنوع گردد، بدون این که این ضمانت اجرا بخواهد وجود خود حق مالکیت را انکار کند.

ضمانت اجرای مبارزه با سوءاستفاده از حق تنها با شیوه‌ی اعمال حق برخورد می‌کند و به صورت مشخص، تنها برخی و نه همه امتیازات ناشی از آن حق را تقلیل می‌دهد؛ بنابراین نظریه سوءاستفاده از حق اساساً وسیله‌ای برای تعیین مرزهای یک حق است. برخی از حقوقدانان معاصر فرانسه، برای تبیین مفهوم سوءاستفاده از حق، محدودیت‌های ناظر بر حق را به داخلی و خارجی تقسیم نموده اند. کسی که ساختمان می‌سازد، نمی‌تواند به زمین همسایه تجاوز کند یا منتفع نمی‌تواند محل انتفاع را تخریب کند؛ این‌ها محدودیت‌های خارجی حق هستند.

حقّ دارای حدود داخلی نیز هست که به وسیله اصول کلی و روح نظام حقوقی معین می‌شود که از آن به سوءاستفاده از حقّ تعبیر می‌شود. به نظر عدّه‌ی دیگر، سوءاستفاده از حقّ ناظر به موردی است که امکان اضرار به غیر در طبیعت حقّ موجود باشد؛ مانند ساختن بنا یا حقّ اعتصاب؛ ولی در جایی که اجرای حقّ به طور متعارف مستلزم زیان دیگری نیست، کسی که با عمل ناشایست خود به دیگری ضرر می‌زند، حقّی در این باره ندارد که از آن سوءاستفاده کند.

به طور خلاصه، ضرری که شخصی به دیگری می‌زند ممکن است در مقام اعمال حقّ و یا بدون داشتن حقّی باشد. تنها در فرض نخست است که سوءاستفاده از حقّ قابل طرح خواهد بود. با توجه به آن چه در خصوص مفهوم قاعده‌ی لاضرر و قاعده‌ی سوءاستفاده از حقّ گفته شد، معلوم می‌شود که رابطه‌ی آن دو تساوی است و هر دو حکمی را که سبب ضرر می‌شود، نفی می‌کند.

در حقیقت به موجب قاعده‌ی لاضرر هر حکمی که باعث ضرر غیر شود، برداشته می‌شود؛ گویا شارع چنین حکمی ندارد؛ خواه حکم مزبور تکلیفی باشد یا وضعی؛ خواه ضرر یاد شده مادی باشد یا معنوی و خواه عامل زیان در مقام اعمال حقوق خود باشد یا نه؛ در قاعده‌ی سوءاستفاده از حقّ نیز حکم اباحه انجام عملی که سبب ضرر غیر در اعمال حقّ می‌شود، برداشته می‌شود؛ به این معنا که انجام فعلی که اصولاً مباح بوده است در اثر سوءاستفاده حکم، جواز خود را از دست می‌دهد و دیگر طرف نمی‌تواند آن عمل را انجام دهد؛ بنابراین هر دو قاعده، از نفی حکم جواز اضرار به غیر سخن می‌گویند. با این تفاوت که قاعده‌ی لاضرر اختصاص به نفی حکم ضرری در مقام اعمال حقّ ندارد و در حوزه‌های دیگر نظام حقوقی نیز به کار می‌آید.^۱

گفتار دوم. روش‌های غیر قضایی جلوگیری از سوءاستفاده از حقّ در شرکت‌های تجاری

راهکارهای غیر قضایی اشاره به توافقات سهامداران، در درون شرکت دارد که به موجب قرارداد صورت می‌گیرد. این قرارداد در شرکت‌های خصوصی و دولتی در قالب اساسنامه تصویب می‌گردد که به موجب این اساسنامه سهامداران با یکدیگر و با هیأت مدیره و مدیر

۱. کریمی، عباس و مهران لطفی فروشانی، **مقابله با سوءاستفاده از حقّ در شرکت‌های تجاری در پرتو قاعده‌ی لاضرر**، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره دوم، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹.

عامل توافقاتی را منعقد می‌کنند. این توافقات ممکن است در جهت حمایت از حقوق اقلیت و توسط اقلیت باشد. در واقع یکی از ابزارهای اقلیت برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق توسط امتیازاتی که اکثریت دارند، اعمال موضوعات مورد نظرشان در اساسنامه شرکت می‌باشد.

بند ۱. قرارداد شرکت در قالب اساسنامه یا شرکت‌نامه

رابطه سهامداران اکثریت و اقلیت به طور عمده توسط قرارداد شرکت تنظیم می‌شود. اعضای شرکت از طریق قرارداد موضوع شرکت را تعیین، ضوابطی را برای مدیران و مأمورین شرکت راجع به کارهایی که باید انجام یا ترک کنند مشخص، ساز و کارهایی برای کنترل اعمال مدیران تعبیه و حقوقی کسب می‌کنند که در نتیجه‌ی آن‌ها صلاحیت مراجع و ارگان‌های داخلی شرکت محدود می‌گردد.

بنابراین، قواعد قراردادی را می‌توان به عنوان نوعی خود انتظامی توصیف کرد؛ یعنی ضوابطی که توسط طرفین قرارداد شرکت به منظور تأسیس و فعالیت مفید و منطبق با بهره‌وری شرکت وضع شده است. واژه‌ی قرارداد شرکت را می‌توان منصرف به اساسنامه‌ی شرکت نامه دانست همان گونه که در حقوق ایران چنین است و نیز می‌توان آن را همانند حقوق انگلستان ناظر بر دو سند اساسنامه و شرکت نامه تلقی کرد. برخی موارد همان طور که قبلاً نیز اشاره شد قواعد آمره است و خلاف آن غیر قابل تصویب است؛ اما برخی دیگر قاعده‌ی تکمیلی است و قانونگذار مجوز توافق خلاف آن را توسط طرفین صادر نموده است.

در ذیل به مواردی اشاره می‌گردد که قانونگذار به موجب متن صریح مواد قانونی مجوز توافق بر خلاف آن‌ها را به موجب اساسنامه اعطاء نموده است.^۱ برای تشکیل جلسات هیأت مدیره، حضور بیش از نصف اعضاء هیأت مدیره لازم است. تصمیمات باید با اکثریت آرای حاضرین اتخاذ گردد مگر آن که در اساسنامه اکثریت بیشتری مقرر شده باشد.^۲

هر شرکت تجاری می‌تواند در اساسنامه‌ی خود قید کند که سرمایه اولیه خود را به وسیله تأدیه اقساط بعدی از طرف شرکاء یا قبول شریک جدید زیاد کرده و یا به واسطه‌ی برداشت از سرمایه، آن را تقلیل دهد. در اساسنامه حداقلی که تا آن میزان می‌توان سرمایه اولیه را تقلیل داد صراحتاً معین می‌شود. کمتر از عشر سرمایه اولیه شرکت را حداقل قرار دادن ممنوع است.^۳

۱. ماده ۹۴، لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت. از این پس در این پژوهش برای جلوگیری از اطاله کلام این عنوان تحت علائم اختصاری ل. ا. ق. ت ذکر می‌گردد.

۲. ماده، ۱۲۱ ل. ا. ق. ت.

۳. ماده، ل. ا. ق. ت.

الف. مشارکت سهامداران اقلیت و رأی‌گیری ادغامی

در مجمع عمومی عادی تصمیمات همواره با اکثریت نصف به علاوه یک آراء حاضر در جلسه‌ی رسمی معتبر خواهد بود؛ مگر در مورد انتخاب مدیران و بازرسان که اکثریت نسبی کافی خواهد بود. در مورد انتخاب مدیران، تعداد آراء هر رأی‌دهنده برابر با حاصل ضرب مذکور خواهد بود. رأی‌دهنده می‌تواند آراء خود را به یک نفر بدهد یا آن را بین چند نفری که مایل باشد تقسیم کند. اساسنامه شرکت نمی‌تواند خلاف این ترتیب را مقرر دارد. گرچه روش مذکور به عنوان ساز و کاری برای حمایت از سهامداران اقلیت محسوب نمی‌شود؛ اما سهامداران اقلیت می‌توانند از این طریق جهت حفظ منافع خود اقدام نمایند.

بدین ترتیب سهامداران اقلیت می‌توانند با هماهنگی، آراء خود را روی یک یا چند کاندیدا متمرکز کرده و بدین ترتیب با انتخاب مدیر دلخواه در هیأت مدیره نفوذ کرده و در کنترل شرکت دخالت داشته باشند.^۱ هر چند قانون تجارت رأی‌گیری ادغامی را به عنوان راهکاری جهت مشارکت سهامداران اقلیت در کنترل شرکت در نظر گرفته است؛ اما تأثیر آن تنها در صورت ارتباط و مشارکت سهامداران اقلیت امکان‌پذیر است، امری که پراکندگی سهام در شرکت‌های بزرگ آن را غیر ممکن می‌سازد.^۲

بند ۲. وضع محدودیت بر ارکان شرکت

محدودیت برای هر یک از ارکان شرکت؛ یعنی مجامع و هیأت مدیره از جمله راهکارهای غیر قضایی محسوب می‌شود.

الف. وضع محدودیت بر مجامع عمومی

مجامع عمومی در شرکت‌های سهامی به طور کلی به سه گروه تقسیم می‌شوند: اول مجمع عمومی مؤسس می‌باشد که در ابتدای تأسیس شرکت سهامی به وجود می‌آید و همان طور که از نامش پیداست وظیفه‌ی آن تأسیس شرکت و رسیدگی به امور تسلیم و تقویم دارایی‌ها و سهام شرکت، احراز پذیره نویسی کلیه سهام شرکت، تصویب طرح اساسنامه شرکت و در صورت لزوم اصلاح آن، انتخاب اولین مدیران و بازرسان شرکت و در نهایت تعیین روزنامه‌ی کثیرالانتشار جهت آگهی‌های شرکت می‌باشد. مجمع عمومی عادی مجمعی است که سالانه تشکیل شده و به امور جاری شرکت

۱. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۱، ص ۱۰۵.

۲. مشکی، سیروس، «سازمان حقوقی مدیریت در شرکت‌های سهامی»، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۵۸، ص ۵۰.

رسیدگی می‌کند و کنترل تراز سود و زیان و حساب‌های مالی شرکت و سایر امور جاری که در اختیار مجمع عمومی مؤسس و فوق‌العاده نمی‌باشد را داراست. مجمع عمومی فوق‌العاده نیز در موارد اضطراری و خاص از قبیل تغییر در مواد اساسنامه، افزایش یا کاهش در سرمایه شرکت، انحلال شرکت پیش یا پس از موعد و سایر موارد تشکیل می‌شود.

هر گاه یک یا چند نفر از مؤسسين آورده‌ی غیر نقد داشته باشند، مؤسسين باید قبل از اقدام به دعوت مجمع عمومی مؤسس، نظر کتبی کارشناس رسمی وزارت دادگستری را در مورد ارزیابی آورده‌های غیر نقد جلب و آن را جزء گزارش اقدامات خود، در اختیار مجمع عمومی مؤسس بگذارند. در صورتی که مؤسسين برای خود مزایایی مطالبه کرده باشند باید توجیه آن به ضمیمه‌ی گزارش مزبور به مجمع مؤسس، تقدیم شود.^۱

گزارش مربوط به ارزیابی آورده‌های غیر نقد و علل و موجبات مزایای مطالبه شده باید در مجمع عمومی مؤسس، مطرح گردد. دارندگان آورده‌ی غیر نقد و کسانی که مزایای خاصی برای خود مطالبه کرده‌اند در موقعی که تقویم آورده‌ی غیر نقدی که تعهد کرده‌اند با مزایای آن‌ها موضوع رأی است، حق رأی ندارند و آن قسمت از سرمایه غیر نقد که موضوع مذاکره و رأی است از حیث حد نصاب، جزء سرمایه شرکت منظور نخواهد شد.^۲

در شرکت‌های سهامی خاص، تشکیل مجمع عمومی مؤسس الزامی نیست؛ لیکن جلب نظر کارشناس به ترتیبی که بیان شد، ضروری است و نمی‌توان آورده‌های غیر نقد را به مبلغی بیش از ارزیابی کارشناس قبول نمود. طبق این ماده رعایت تشریفات تأسیس در شرکت سهامی خاص الزامی نیست؛ اما توانایی تصویب به مقداری بیش از نظر کارشناس متصور نیست.

ب. وضع محدودیت بر مدیران

اعضاء هیأت مدیره و مدیر عامل شرکت و هم چنین مؤسسات و شرکت‌هایی که اعضای هیأت مدیره و یا مدیر عامل شرکت، شریک یا عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل آن‌ها باشند؛ نمی‌توانند بدون اجازه‌ی هیأت مدیره در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت انجام می‌شود به طور مستقیم یا غیر مستقیم طرف معامله واقع و یا سهمی شوند و در صورت اجازه نیز هیأت مدیره مکلف است بازرس شرکت را از معامله‌ای که اجازه‌ی آن داده شده بلافاصله مطلع نماید و گزارش آن را به اولین مجمع عمومی عادی صاحبان سهام بدهد.

۱. ماده ۷۶، ل.ا.ق.ت.

۲. ماده ۷۷، ل.ا.ق.ت.

بازرس نیز مکلف است ضمن گزارش خاصی، حاوی جزئیات معامله نظر خود را درباره‌ی چنین معامله‌ای به همان مجمع تقدیم کند. عضو هیأت مدیره یا مدیر عامل ذی‌نفع در معامله، در جلسه‌ی هیأت مدیره و نیز در مجمع عمومی عادی هنگام اخذ تصمیم نسبت به معامله‌ی مذکور حق رأی نخواهد داشت.

ج. وضع محدودیت بر بازرسان

مسئولیت بازرسان طبق قانون تجارت بخش شرکت‌های سهامی بدین ترتیب است که بازرس یا بازرسان در مقابل شرکت و اشخاص ثالث نسبت به تخلفاتی که در انجام وظایف خود مرتکب می‌شوند، طبق قواعد عمومی مربوط به مسئولیت مدنی مسئول جبران خسارت وارده خواهند بود. بازرس نمی‌تواند در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت انجام می‌گیرد به طور مستقیم یا غیر مستقیم ذی‌نفع شود.^۱

علت محدودیتی که برای بازرس وضع شده به سبب مسئولیتی است که او در شرکت دارد؛ چرا که فردی که به عنوان بازرس و در مقام بازرس در صدد کنترل حساب‌های مالی و سود و زیان‌های شرکت می‌باشد، توانایی ورود به معاملات شرکت به صورت قائم به شخص را ندارد؛ چرا که ناگزیر در این صورت به دنبال کسب سود شخصی خود خواهد بود و تأمین منافع شرکت و سهامداران اقلیت به عنوان اولویت بعدی قرار می‌گیرد که امری نامطلوب است.

حال مسأله‌ای که مطرح می‌شود در خصوص آثار و ضمانت اجرای معاملاتی است که توسط بازپرس به وقوع پیوسته است؛ قانون تجارت صراحتاً اشاره‌ای به بطلان یا عدم نفوذ و یا صحت این معاملات ندارد؛ اما به نظر می‌رسد با توجه به وحدت ملاکی که می‌توان از معاملات مدیرانی که از طرف شرکت وارد معامله شده‌اند و ضمانت اجرای آن گرفت، به این نتیجه رسید که معاملاتی که بازرس یا بازرسان خلاف قواعد و مقررات انجام می‌دهند باطل نیست و می‌تواند با تأیید و تصویب مجمع عمومی به عنوان نماینده‌ی منافع شرکت به مرحله‌ی لازم‌الاجرا برسد و محکوم به بطلان نباشد.

بنابراین تصمیم با مجمع عمومی شرکت است و اصل بر قابلیت ابطال معاملات واقع شده توسط بازرس است نه بر قابلیت بطلان؛ اما در هر حال بازرس فی‌نفسه و به صورت قائم به شخص، مسئول کلیه‌ی خسارات وارده در نتیجه‌ی وقوع این معاملات بر شرکت و اشخاص ثالث می‌باشد.

۱. ماده ۱۵۶، ل.ا.ق.ت.

بند ۳. حمایت از نقل و انتقال سهام توسط اقلیت

در ابتدا، به طور خلاصه به بیان نقل و انتقال سهام پرداخته خواهد شد. در این زمینه باید بین سهام با نام و سهام بی نام، قائل به تفصیل شد:

- نقل و انتقال سهام با نام: در این خصوص نکات ذیل حائز اهمیت است: مستند به نص صریح ماده ۴۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت انتقال سهام با نام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال دهنده یا نماینده او، باید آن دفتر را امضاء کنند. اگر تمام مبلغ اسمی سهام تأدیه نشده باشد، نشانی کامل منتقل الیه نیز در دفتر ثبت سهام شرکت، درج می‌شود و به امضای منتقل الیه یا نماینده او می‌رسد.

هر گونه تغییر اقامتگاه بعدی نیز باید به همین ترتیب به اطلاع شرکت برسد. از این پس منتقل الیه، سهامدار فرض می‌شود و تعهدات ناشی از سهم متوجهی او می‌شود. اگر انتقالی بدون رعایت این شرایط صورت گیرد، در برابر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار و به عبارت روشن تر، باطل نسبی است. البته این انتقال در رابطه با متعاملین (انتقال دهنده و منتقل الیه) واجد تمام آثار خود می‌باشد.

در این رابطه باید به نظریه مشورتی اداره‌ی کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۶۴۸۲ مورخ ۱۳۸۶/۹/۲۸ اشاره کرد که در تأیید این امر بیان می‌دارد: برای انتقال سهم یا سهم الشرکه شرکت‌های تجاری سهامی عام یا خاص مقررات مربوط از قبیل ماده ۴۰ اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، باید رعایت شود. در غیر این صورت همان طور که در قسمت اخیر ماده ۴۰ قانون مذکور تصریح شده است، انتقال سهام با نام شرکت‌های سهامی عام یا خاص با سند عادی بین طرفین فی نفسه صحیح به نظر می‌رسد. در نهایت مادامی که در دفتر ثبت، انتقال سهام به ثبت نرسیده از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است.

- نقل و انتقال سهام بی نام: این سهام به صورت سند در وجه حامل است. نقل و انتقال آن به صرف قبض و اقباض صورت می‌گیرد و نیاز به تشریفات خاصی ندارد.^۱

۱. ماده ۲۹، ل. ا. ق. ق. ت.

بند ۴. اعمال راهکار غیر قضایی تنظیم قرارداد

قراردادی که قلمرو قدرت اکثریت را محدود می‌کند را می‌توان در چهار گروه ذیل اعمال و محدوده‌ی عمل آن را دسته بندی کرد: قواعد راجع به تقسیم و تفکیک قوای داخلی، قواعد راجع به تعیین موضوع شرکت، قواعد راجع به شرط اکثریت خاص و قواعد راجع به حقوق شخصی سهامداران.

الف. تقسیم داخلی قدرت

در شرکت‌های امروزی، قوای شرکت غالباً بین مدیران و سهامداران تقسیم می‌گردد. تقسیم قوا در شکل غالب خود متضمن واگذاری اداره‌ی روزانه‌ی امور و تجارت شرکت به مدیران که از طریق هیأت مدیره تصمیم‌گیری می‌کنند و حفظ وظیفه‌ی نظارت برای سهامداران که توسط مجامع عمومی که آن را اعمال می‌کنند صورت می‌پذیرد.

در این شکل، سهامداران اختیارات خود را به طور گسترده به مدیران واگذار میکنند تا آن‌ها شرکت را اداره و برای آن تصمیمات تجاری بگیرند. دلایل حرفه‌ای و عملی چنین تقسیم قدرتی را در شرکت‌ها توجیه می‌کند. از نقطه نظر عملی، در غیاب چنین تقسیمی اداره‌ی روزانه‌ی تجارت شرکت توسط سهامداران پراکنده خصوصاً در شرکت‌های بزرگ می‌تواند تقریباً غیر ممکن باشد. علت این امر آن است که آن‌ها یا فرصت اداره‌ی روزانه‌ی تجارت شرکت را ندارند یا در صورت داشتن فرصت، باید به طور جمعی اقدام کنند که مشکل و زمان بر است.

از نقطه نظر حرفه‌ای، سهامداران غالباً تجربه و اطلاعات لازم در ارتباط با تجارت شرکت را ندارند و حتی وقتی که با تجربه و آگاه هستند فاقد انگیزه‌ی کافی برای به عهده گرفتن اداره شرکت می‌باشند. صرف نظر از دلایل مذکور، تقسیم قدرت بین سهامداران و مدیران می‌تواند به مهار قاعده‌ی اکثریت در رابطه‌ی سهامداران اکثریت و اقلیت نیز یاری رساند. تقسیم قوا قسمتی از قدرت سهامداران اکثریت را در اختیار مدیرانی قرار می‌دهد که به لحاظ بی طرفی قادرند آن را در جهت منافع شرکت و سهامداران اعمال کنند.

در فرض اخیر، احتمال طرح دعوای مسئولیت علیه مدیر خطاکار از سوی شرکت زیان دیده نیز بسیار بعید می‌باشد. طرح دعوای شرکت جزء اختیارات مدیران به شمار می‌رود

و در مواردی که خطا کار همان مدیر شرکت است دعوایی، اقامه نخواهد شد. در موارد استثنایی، مدیران ممکن است برای جبران خسارت وارد به شرکت علیه همکاران متخلف خود طرح دعوی کنند. در یکی از مواردی که این امر محقق می‌گردد جایی است که کنترل شرکت به دست اشخاص دیگری نظیر مدیر تصفیه و یا هیأت مدیره‌ی جدید واگذار شود؛ بنابراین، احتیاط اقتضا می‌کند که تقسیم قدرت در شرکت بتواند نظارت سهامداران بر مدیران را نیز میسر سازد.

حقوق شرکت‌های انگلستان دو رکن داخلی برای شرکت‌های سهامی پیش‌بینی کرده است. این دو رکن عبارتند از: مجامع عمومی سهامداران و هیأت مدیره. قانون شرکت‌ها مصوب ۱۹۸۵ حاوی مقررات کلی راجع به چگونگی توزیع قوای این دو رکن است. به موجب این مقررات، شرکت‌های تجاری باید هر سال مجمع عمومی سالیانه بر پا کنند. علاوه بر مجمع عمومی سالیانه، شرکت‌ها ممکن است بر حسب نیاز مجامع عمومی دیگری که به عنوان مجمع عمومی فوق‌العاده شناخته می‌شوند، برگزار کنند. نسبت به برخی موضوعات مهم سهامداران، تنها در مجمع عمومی فوق‌العاده می‌توانند تصمیم‌گیری کنند.^۱

از طریق مجامع عمومی سهامداران همین‌طور عملیات مدیران را کنترل و به ویژه حق انتصاب و عزل ایشان را دارند. همین‌طور بر اساس قانون شرکت‌ها مصوب ۱۹۸۵، هر شرکتی باید دارای یک یا چند مدیر باشد. وظیفه‌ی مدیر، اداره‌ی تجارت شرکت است و اعمالش حتی در صورت مخالفت سهامداران شرکت را ملزم می‌کند. گذشته از مقررات کلی قانون شرکت‌ها آگاهانه از فهرست کردن نوع و جزئیات اختیاراتی که هر یک از رکان داخلی خواهند داشت و نیز از بیان این که به طور دقیق اداره‌ی امور شرکت چگونه باید باشد خودداری ورزیده است.

در حقیقت این مسائل به سهامداران واگذار شده تا از طریق اساسنامه، که یکی از دو سند تشکیل‌دهنده‌ی قرارداد شرکت است آن‌ها را مطلع کنند. با وجود این اساسنامه هیچ‌گاه کامل نیست و در پیش‌بینی و وضع قاعده برای کلیه‌ی احتمالات قاصر است. رفع این اشکالات به رویه‌ی قضایی واگذار شده است تا به تدریج ضمن رسیدگی به پرونده‌های مطروحه، قواعد مناسب راجع به وضعیت‌هایی که غیر قابل پیش‌بینی، جدید و یا غفلت شده‌اند وضع کند.

۱. مانند تغییر موضوع شرکت، تغییر اساس نامه، تغییر نام شرکت، تنفیذ اعمال خلاف موضوع مدیران، تجویز مدیران به انتشار سهام.

مستفاد از رویه‌ی قضایی این است که مدیران نماینده‌ی سهامداران اکثریت یا حتی تمامی سهامداران نیستند و اعضای شرکت نمی‌توانند به مدیران در خصوص چگونگی اعمال قدرتشان دستور دهند. اداره‌ی تجارت شرکت یک وظیفه‌ی مدیریتی است و سهامداران از طریق مجامع عمومی تنها اختیار نظارت بر عملکرد مدیران را دارند. آن‌ها نمی‌توانند در اجرای اختیارات مدیریتی که علاوه بر امور صرفاً تجاری شامل مقدمات و لوازم مربوط به امور تجاری می‌شود دخالت کنند. در مقابل، رویه‌ی قضایی مدیران را نیز از دخالت در اعمال اختیارات سهامداران بر حذر می‌دارد.

در مقایسه‌ی تطبیقی، از این سو حقوق شرکت‌های ایران وجود سه رکن داخلی برای شرکت‌های سهامی را ضروری دانسته است. این سه رکن عبارتند از: هیأت مدیره، بازرسان و مجامع عمومی سهامداران. هیأت مدیره که اعضای آن از بین و توسط سهامداران انتخاب می‌شوند.^۱ اداره‌ی تجارت و امور شرکت را بر عهده داشته^۲ و شرکت را در روابط خارجی، نمایندگی می‌کنند.^۳ مدیران نماینده سهامداران نیستند؛ بلکه به نمایندگی از شرکت عمل می‌کنند و تعهداتشان به شرکت و نه سهامداران است.

به استثنای برخی امور مشخص که به مجامع عمومی سهامداران واگذار شده، مدیران برای انجام هر امر ضروری برای اداره‌ی امور و تجارت شرکت اختیارات گسترده دارند، مشروط به این که اعمال و تصمیماتشان داخل در موضوع شرکت باشد.^۴ اختیار مدیران در ارتباط با اشخاص ثالث یک فرض قانونی است؛ به ویژه وقتی که مقررات اساسنامه یا تصمیمات مجامع عمومی به حدود اختیارات مدیران اشاره‌ای ندارند یا حتی جایی که به موجب آن‌ها اختیارات مدیران محدود شده و نیز وقتی که مدیران مصلحت شرکت را نادیده گرفته‌اند.^۵

دومین رکن داخلی شرکت بازرسان هستند. وظیفه‌ی بازرسان همان گونه که از نامشان بر می‌آید، بازرسی شرکت از جانب سهامداران است. وظیفه‌ی بازرسی شامل هر اقدامی که برای اعمال حق نظارت سهامداران بر مدیران ضروری باشد، خواهد بود. بازرسان باید

۱. ماده ۱۰۷، ق.ا.ق.ق.ت.

۲. ماده ۱۰۸، ق.ا.ق.ق.ت.

۳. به جز موضوعات خاص در صلاحیت مجمع عمومی، مدیران شرکت اختیارات لازم را برای اداره امور شرکت دارند.

۴. ماده ۱۱۸، ق.ا.ق.ق.ت.

۵. ماده ۱۵۴، ق.ا.ق.ق.ت.

وظیفه‌ی خود را بدون دخالت در اختیارات مدیران به اداره‌ی شرکت انجام دهند. تعهد بازرسان به انجام وظایف بازرسی تعهدی است قانونی که باید در جهت حفظ مصلحت و منافع شرکت ایفاء گردد و به هیچ وجه، حتی با رأی اکثریت سهامداران وقفه پذیر نیست.

سومین رکن داخلی که قسمتی از قوای شرکت را در اختیار دارد مجامع عمومی سهامداران است حقوق شرکت‌های ایران سه نوع مجمع عمومی برای شرکت‌های سهامی مقرر داشته است. مجمع عمومی مؤسس که اولین مجمع عمومی شرکت است. قبل از آن که شرکت قانون تأسیس شده باشد تشکیل می‌گردد. در شرکت‌های خاص تشکیل مجمع عمومی مؤسس ضروری نیست. همه‌ی مؤسسين و پذیره نویسان حق شرکت در این مجمع را داشته و هر سهم دارای یک رأی خواهد بود.

وظیفه‌ی این مجمع به طور کلی بررسی اقداماتی که مؤسسين به منظور تأسیس شرکت انجام داده‌اند با هدف اطمینان از رعایت شرایط قانونی است. با حصول اطمینان از رعایت قانون و فراهم بودن کلیه‌ی مقدمات، حاضرین در مجمع، اساسنامه‌ی اولیه را امضاء و اولین مدیران و بازرسان را انتخاب و با این کار شرکت سهامی عام تشکیل و وظیفه‌ی مجمع عمومی مؤسس خاتمه می‌پذیرد.

مجمع عمومی فوق‌العاده دومین مجمع عمومی سهامداران است. این مجمع به دعوت مدیران هر زمان که نیاز به انجام تغییرات اساسی در شرکت باشد، تشکیل خواهد شد. قانون شرکت‌های سهامی مصوب ۱۳۴۷ تغییرات اساسی را شامل هر گونه تغییر در اساسنامه، تغییر در سرمایه و انحلال قبل از موعد شرکت دانسته و اخذ تصمیم نسبت به آن‌ها را در صلاحیت مجمع عمومی فوق‌العاده قرار می‌دهد. در مجمع عمومی فوق‌العاده دارندگان بیش از نصف سهامی که حق رأی دارند باید حاضر باشند و در صورت رسمیت جلسه، تصمیمات با رأی اکثریت دو سوم آرای حاضرین اتخاذ خواهد شد.

صرف نظر از مجمع عمومی مؤسس که یک بار با موضوع واحد و مجمع عمومی فوق‌العاده که به طور استثنایی تشکیل می‌شوند، سومین مجمع سهامداران مجمع عمومی عادی است که به دعوت مدیران به طور منظم در موعد مقرر در اساسنامه بر مبنای دست کم، سالی یک بار تشکیل می‌گردد. مدیران و بازرسان همین طور می‌توانند این مجمع را به طور فوق‌العاده دعوت نمایند. اختیارات مجمع عمومی عادی وسیع است و اختیار تصمیم

گیری در مورد هر موضوع مرتبط با امور شرکت به استثنای آن چه که در حوزه صلاحیت مجامع عمومی مؤسس و فوق‌العاده قرار دارد را شامل می‌شود.^۱

در مجمع عمومی عادی حضور دارندگان حداقل بیش از نصف سهامی که حق رأی دارند ضروری است. اگر در اولین دعوت، حد نصاب مذکور حاصل نشد مجمع برای بار دوم دعوت خواهد شد و این بار با حضور هر عده از صاحبان سهامی که حق رأی دارند رسمیت یافته و اخذ تصمیم می‌کند. در مجمع عمومی عادی، تصمیمات همواره با اکثریت مطلق نصف به علاوه یک آرای حاضر در جلسه رسمی، معتبر خواهد بود.^۲

ب. موضوع شرکت

آلتراوایرس،^۳ که سابقاً در حقوق شرکت‌های انگلستان پذیرفته شده بود، نظریه‌ای است که به موجب آن اهلیت یک شرکت تجاری محدود به موضوع مشخص شده در شرکت نامه‌ی آن می‌باشد. این نظریه که به شکل قاعده‌ای حقوقی در آمده بود شرکت‌های تجاری را ملزم می‌کرد تا مطابق موضوعشان عمل کنند. معامله‌ای که خارج از موضوع شرکت توسط مدیر به نمایندگی از شرکت منعقد می‌شد باطل و فاقد آثار حقوقی تلقی شده و بنابراین شخص ثالث طرف معامله قادر به مطالبه‌ی اجرای آن نبود. چنین معامله‌ای حتی با رأی اتفاقی سهامداران نیز قابل تنفیذ نبود. با وجود این، متعاقب تصویب قانون شرکت‌ها مصوب ۱۹۸۵، این ارتباط سنتی بین اهلیت و موضوع شرکت لغو شد.^۴

در حال حاضر یک شرکت تجاری، اهلیت انجام هر عمل مجاز و قانونی حتی چنان چه خارج از موضوع آن باشد را دارد و به همین ترتیب سهامداران اکثریت می‌توانند این گونه اعمال را تنفیذ و با این کار شرکت و کلیه‌ی اعضای آن را پایبند سازند. با این وصف قانون گذار با ملاحظه‌ی حقوق سهامداران اقلیت احتیاط کرده و برای تنفیذ اعمال خارج از موضوع اکثریتی بالاتر از اکثریت مطلق؛ یعنی سه چهارم آرای سهامداران دارای حق رأی را لازم دانسته است.

۱. ماده ۸۷، ق.ا.ق.ق.ت.

۲. ماده ۸۸، ق.ا.ق.ق.ت.

3-Ultra Vires .

۴. در صورتی که در حق ق ایران ثالث با حسن نیت در هر صورت می‌تواند به معامله خود استناد کند و نباید متحمل ضرر و زیانی ناشی از مناسبات درون شرکت شود.

با این اوصاف، نظریه‌ی آلتروایرس هنوز در مورد اعمال آینده‌ی خارج از موضوع؛ یعنی اعمالی که در شرف وقوع هستند، کاربرد دارد. هر سهامداری حق دارد تا با طرح دعوا شرکت را از انجام و یا ادامه‌ی انجام عملی که خارج از موضوع شرکت است منع کند. جز درباره‌ی موضوعاتی که به موجب مقررات این قانون اخذ تصمیم و اقدام درباره‌ی آن‌ها در صلاحیت عام مجامع عمومی است مدیران شرکت دارای کلیه‌ی اختیارات لازم برای اداره‌ی امور شرکت می‌باشند مشروط بر آن که تصمیمات و اقدامات آن‌ها در حدود موضوع شرکت باشد. (ماده ۱۱۸ قانون تجارت)

علاوه بر محدودیت راجع به موضوع، اهلیت شرکت همین طور مواجهه با محدودیت‌های طبیعی است که شرکت‌ها را از اشخاص حقیقی متمایز می‌کند. (ماده ۸۸ قانون تجارت) این حق اثری بر اعمالی که سابقاً انجام یافته‌اند ندارد و نمی‌تواند به اجرای تعهدات ناشی از اعمال گذشته خللی وارد سازد. هم چنین، نظریه‌ی آلتروایرس در انجام اعمالی که مقدمه‌ی اجرای اختیارات تصریح شده‌ی شرکت است مانعی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا این گونه اعمال اصولاً خارج از موضوع تلقی نمی‌شوند.

بازاریابی و فروش، حقوقی و پشتیبانی به کار گمارده می‌شوند، به طور موظف در قبال دریافت دستمزد مشخص و طی قرارداد به استخدام شرکت در می‌آیند. مدیران غیر اجرایی با ایجاب، تصویب مجمع عمومی سهامداران و قبول مدیران منتخب و در قبال تعهد به اداره‌ی امور و تجارت شرکت بر اساس اختیارات محوله و در حدود مقررات اساسنامه و قانون به طور غیر موظف به استخدام شرکت در آمده و عضو هیأت مدیره می‌شوند.^۱

علاوه بر این، در ارتباط با اعمالی که داخل در اهلیت شرکت بوده؛ اما خارج از اختیارات مدیر است، به منظور حمایت از اشخاصی که با حسن نیت با شرکت معامله می‌کنند، اختیارات هیأت مدیره در پایبند ساختن شرکت یا در مجاز نمودن دیگران به انجام چنین کاری فارغ از هر گونه محدودیت ناشی از قرارداد شرکت (شامل شرکت نامه و اساسنامه) فرض خواهد شد. هر سهامداری می‌تواند به منظور بازداشتن مدیر از انجام چنین اعمالی طرح دعوی نماید.

۱. ر. ک. مواد ۱۷، ۲۰، ۷۴، ۸۰، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۸، ۱۲۲، ۱۲۵.

۲. مومنی طباطبایی، منوچهر، «شخصیت حقوقی»، تحولات حقوق خصوصی، زیر نظر ناصر کاتوزیان، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۴۳.

در این جا نیز حق سهامدار تأثیری بر اعمال گذشته یا بر اجرای تعهدات ناشی از اعمال گذشته مدیران ندارد. هر چند اعمال خارج از موضوع از حیث حقوق اشخاص ثالث صحیح فرض می‌شوند با این حال این فرض مدیران متخلف را از تحمل مسئولیت مدنی شخصی در مقابل شرکت زیان دیده معاف نمی‌کند. قانون شرکت‌های انگلیس مقرر داشته است که هر گونه قطعنامه‌ی مجمع عمومی که با اکثریت خاص، اعمال خارج از موضوع شرکت را تنفیذ می‌کند اثری بر مسئولیت شخصی مدیر نخواهد داشت؛ مگر آن که قطعنامه‌ی مشابه دیگری دایر بر رهایی مدیر از مسئولیت از سوی مجمع عمومی صادر شده باشد.

اما تفاوت حقوق ایران با حقوق انگلستان در این است که حقوق ایران هم چنان به نظریه‌ی آلترایورس پایبند است. اشخاص حقوقی تنها به اجرای وظایف، مطابق با موضوعی که برای تحقق آن تأسیس شده‌اند قادرند. علاوه بر محدودیت راجع به موضوع، اهلیت شرکت همین طور مواجهه با محدودیت‌های طبیعی است که شرکت‌ها را از اشخاص حقیقی متمایز می‌کند.^۱ مبنای این محدودیت بازداشتن اشخاص حقوقی از اشتغال به فعالیت‌های غیر مرتبط، جلوگیری از اتلاف منابع آن‌ها و به کارگیری مفید و مؤثر و توأم با بهره‌وری آن منابع است؛ برای مثال انجمن حمایت از حیوانات صلاحیت دفاع از حقوق بشر را ندارد. از نقطه نظر اجتماعی نیز این محدودیت می‌تواند به ایجاد حوزه‌های حرفه‌ای و تقسیم کار بیانجامد.

شرکت‌های تجاری نیز به عنوان نمونه‌های بارز اشخاص حقوقی از این قاعده مستثنی نیستند و باید اعمال خود را با موضوع معین شده در اساسنامه هماهنگ سازند. اعمال خارج از موضوع اساساً باطل و فاقد هر گونه آثار حقوقی هستند. وقتی شرکت نتواند عملی را به لحاظ خروج موضوعی انجام دهد، به طریق اولی ارکان داخلی (مجمع عمومی سهامداران و هیأت مدیره) هم توانایی انجام این امر را ندارند. اشخاص ثالث نیز نمی‌توانند به معاملات خارج از موضوع استناد و یا اجرای قرارداد را از شخص مدیرانی که با اظهار نمایندگی از شرکت با وی معامله کرده‌اند مطالبه کنند.

با وجود این، در صورت جمع بودن شرایط، شخص ثالث می‌تواند با استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی مدیر متخلف را تعقیب و جبران خسارت وارده به خود را با استناد به «ماده ۱۴۲ ق.ا.ق.ت و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹»، از وی مطالبه کند. روشن است چنان چه از تخلف مدیر، خسارتی به شرکت وارد شده باشد، شرکت زیان دیده نیز خواهد توانست با طرح دعوای مسئولیت، شخص مدیر را تحت تعقیب قرار دهد.

۱. ماده ۵۸۸، ق.ا.ق.ت.

تخلّف از موضوع شرکت توسط مدیر بی تردید تقصیر است؛ اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که تقصیر مورد بحث، قراردادی است یا قانونی؟ برخی نویسندگان آن را از مصادیق تقصیر قانونی دانسته و به اعمال قواعد عام مسئولیت مدّنی نظر داده اند. این نظر را باید کنار گذاشت؛ چرا که رابطه‌ی شرکت و مدیر اساساً رابطه‌ای قراردادی است. هر مدیری به موجب قرارداد استخدامش تعهد می‌کند که موضوع شرکت را که در اساسنامه معین می‌شود رعایت کند. عدم رعایت تعهد مذکور، همان تقصیر است و در نتیجه شرکت زیان دیده، نیازی به اثبات تقصیر دیگری از سوی مدیر ندارد.

این که آیا علاوه بر شرکت زیان دیده، سهامداران آن نیز مجاز به طرح دعوی مسئولیت علیه مدیر متخلّف می‌باشند یا خیر؟ در قوانین ایران حکم صریحی وجود ندارد. این سؤال به ویژه در جایی اهمیت می‌یابد که شرکت زیان دیده خود تمایلی به طرح دعوا علیه مدیر متخلّف ندارد. روشن است هر گاه تخلّف مدیر، سبب ورود زیان به هر یک از سهامداران شده باشد، شخص سهامدار می‌تواند با استفاده از قواعد عام مسئولیت مدّنی خسارات وارده به خود را به طرفیت مدیر متخلّف مطالبه کند.^۱

این دعوا شخصی است و خسارات موضوع آن نیز جنبه‌ی شخصی دارد. در جایی که خسارات مستقیماً به شرکت و نه سهامدار وارد شده است برابر قواعد حقوق شرکت‌ها، تنها شرکت زیان دیده به عنوان خواهان ذی‌نفع حقّ طرح دعوی خواهد داشت و هر گونه اقدام سهامدار ناگزیر باید از سوی شرکت و به نمایندگی از آن باشد. قبول دعوای سهامداری که خسارات شرکتی را مطالبه کرده است مستلزم نادیده گرفتن اصل شخصیت حقوقی مستقل شرکت، قاعده‌ی اکثریت و اصل ذی‌نفعی خواهان است.

ظاهر مواد ۱۴۲ و ۲۷۶ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت، حکایت از درستی این عقیده دارد. به موجب ماده ۱۴۲ مسئولیت مدیر، ناشی از نادیده گرفتن اساسنامه در مقابل شرکت است و ماده ۲۷۶ در شرایط استثنایی به دارندگان یک پنجم مجموع سهام شرکت اجازه داده است تا به نام و از طرف شرکت، جبران کلیه‌ی خسارات وارده به شرکت را علیه مدیر یا مدیران متخلّف مطالبه نمایند.

حقوق شرکت‌ها درباره‌ی اعمال خارج از موضوعی که در شرف وقوع هستند، حکمی ندارد. با این وصف می‌توان همانند حقوق شرکت‌های انگلستان قائل به حق هر یک از

۱. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد دوم، انتشارات دهخدا، ۱۳۷۵، ص ۱۴۹.

سهامداران در این زمینه شد و اجازه داد تا برابر مقررات راجع به دادرسی فوری مذکور در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، منع مدیر از انجام و با تداوم عمل خارج از موضوع شرکت به طور موقت از دادگاه صالح درخواست و متعاقباً دعوای اصلی دایر به ابطال مصوبه‌ی هیأت مدیره راجع به تجویز انجام عمل خارج از موضوع شرکت، ظرف مهلت قانونی به موجب مواد ۳۱۰ الی ۳۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی طرح گردد.

ج. اکثریت خاص

اساسنامه شرکت‌های سهامی غالباً برای اعتبار تصمیم‌گیری سهامداران در خصوص برخی موضوعات مهم که کم و بیش با جوهر قرارداد سهامداران با یکدیگر و با شرکت مرتبط است رأی اکثریتی بالاتر از اکثریت مطلق را ضروری می‌دانند. برقراری شرط اکثریت خاص در چنین مواردی هدف حمایت از حقوق سهامداران اقلیت را به ویژه در جایی دنبال می‌کند که کنترل کنندگان شرکت با فرصت طلبی و استفاده از ساز و کار اصلاح اساسنامه درصدد تغییر مواد اساسنامه‌ی اولیه‌ی شرکت بر می‌آیند.

البته هر تغییر در اساسنامه‌ای را نمی‌توان فرصت طلبانه دانست. تغییر مقررات اساسنامه ممکن است با تغییر شرایط و اوضاع و احوال ضرورت یابد. در نبود شرط اکثریت خاص، کنترل کنندگان شرکت می‌توانند اساسنامه را حتی در صورت عدم تغییر شرایط و اوضاع و احوال تغییر دهند. بنابراین برقراری توازن بین قابلیت تغییر اساسنامه از یک سو و حمایت از حقوق سهامداران اقلیت در مقابل فرصت طلبی سهامداران اکثریت در تغییر مواد اساسنامه از سوی دیگر ضروری است.

شرط اکثریت خاص می‌تواند حمایت لازم را به نفع سهامداران اقلیت برقرار و در عین حال تغییر مواد اساسنامه را در موارد ضروری میسر سازد. در صورت تغییر اساسنامه بدون رعایت این شرط هر سهامدار ناراضی می‌تواند ابطال تغییر را از دادگاه درخواست کند. آرای قضات حاکی از تأیید حق اقامه‌ی دعوای سهامدار اقلیت در چنین مواردی است.

میزان آرای لازم برای تحقق اکثریت خاص در غالب موارد به توافق سهامداران در اساسنامه بستگی دارد؛ گرچه به نظر می‌رسد اکثریت سه چهارم آراء، میزانی است که بیشترین اوقات مورد استفاده قرار می‌گیرد. شرط اکثریت خاص علاوه بر میزان بالاتر آراء مستلزم

رعایت تشریفات و مراحل است که به موجب اساسنامه برای تحصیل رأی اکثریت خاص ضروری شناخته شده است؛ برای مثال، وقتی عزل مدیر مستلزم تغییر اساسنامه است، صدور قطعنامه‌ی عزل مدیر با رأی اکثریت خاص در مجمع عمومی سهامداران بدون آن که ابتدا اساسنامه در این زمینه اصلاح شده باشد، نادرست خواهد بود.

شرط اکثریت خاص که قاعده‌ی اکثریت را در موارد مشخصی به نفع سهامداران اقلیت محدود می‌کند در حقوق شرکت‌های ایران هم پیش‌بینی شده است. به ویژه، اموری که تصمیم‌گیری نسبت بدان‌ها در صلاحیت مجامع عمومی فوق‌العاده و مؤسس قرار می‌گیرد نمونه‌های روشنی از این شرط در حقوق شرکت‌های ایران محسوب می‌شوند. مورد دیگر وقتی است که تغییر حقوق گروه خاصی از سهامداران موضوع تصمیم‌گیری مجمع عمومی است^۱ و در چنین موردی رأی اکثریت خاص ضروری شناخته شده است.

د. حقوق شخصی

منظور از حقوق شخصی حقوقی است که متعلق به فرد فرد سهامداران بوده، مزایای ناشی از آن مستقیماً به جیب هر یک از آنان واریز می‌گردد. از لحاظ نظری، هر سهامداری بدون نیاز به همراهی دیگران قادر است چنین حقوقی را استیفاء نماید. حقوق شخصی در صورتی که به طور گسترده برای سهامدار شناخته شوند محدودیت مهمی بر قلمرو قاعده‌ی اکثریت خواهند بود؛ چراکه، آن‌ها به طور کلی هر یک از سهامداران را محق می‌سازند تا پایبندی به قرارداد و اجرای قرارداد شرکت را از طریق طرح دعوا علیه کنترل‌کنندگان مطالبه کنند.

با وجود این، اثر محدود کننده‌ی حقوق شخصی بر قاعده‌ی اکثریت در عمل در حقوق شرکت‌های انگلستان چندان چشم‌گیر نیست؛ علت این است که از طرفی همه‌ی حقوق شخصی قابل استیفاء فردی نیست و از طرف دیگر استیفاء برخی از حقوق شخصی می‌تواند مشروط به اعمال قاعده‌ی اکثریت گردد. قرارداد شرکت سهامداران را تنها به استیفاء حقوق ناشی از عضویت مجاز می‌سازد.

هر حق دیگری که شخص در ظرفیتی غیر از عضو به موجب قرارداد شرکت تحصیل کرده باشد به عنوان حقوق خارجی غیر قابل الزام خواهد بود؛ بنابراین به موجب قرارداد،

۱. ماده ۹۳، ق.ا.ق.ت.

شرکت حق دارد تا از نقض قرارداد شرکت توسط اعضای خود جلوگیری کند و نیز سهامداران در مقابل شرکت می‌توانند مانع نقض مقررات شرکت گردند و همین طور سهامداران می‌توانند قرارداد موجود بین خود به عنوان اعضای شرکت را به طرفیت یکدیگر الزام کنند.

برای بهره‌مندی از ظرفیت عضو، شخص باید به عنوان طرف وارد قرارداد با شرکت و اعضای آن گردد. به موجب چنین قراردادی، وی می‌پذیرد تا در مقابل بهره‌مندی از حقوق شخصی ناشی از عضویت، اجرای حقوق شرکتی خود را به شرکت واگذار کند؛ بنابراین، سهامدار به عنوان عضو از دو دسته حقوق ناشی از قرارداد شرکت بهره‌مند می‌گردد. این دو دسته حقوق به ترتیب حقوق شرکتی و شخصی هستند.

اولی ناظر به حقوقی است که به شرکت به عنوان مجموعه‌های واحد از سهامداران تعلق دارد و انتساب آن به سهامداران صرفاً به این خاطر است که ایشان قدرت اعمال نظارت، خواه به صورت مستقیم و خواه به صورت غیر مستقیم، بر اجرای چنین حقوقی دارند و نیز به خاطر این که نتایج اجرای حقوق شرکتی، خواه مثبت (سود سالانه سهام و افزایش قیمت واقعی سهام) و خواه منفی (زیان‌های متحمل‌ه توسط شرکت در شکل کاهش ارزش سهام و محرومیت از منافع مورد انتظار)، بر سهامداران به عنوان دارنده‌ی باقیمانده زیان‌بار می‌گردد.

ارکان داخلی شرکت، هیأت مدیران و مجامع عمومی سهامداران بر حسب مورد شرکت را در اجرای چنین حقوقی یاری خواهند کرد.^۱ حق انجام معامله، حق طرح دعوی، حق اتخاذ تصمیمات جمعی و صدور قطعنامه در مجامع عمومی، حق تغییر و حق تنفیذ معاملات غیر صحیح و حق گذشت از تقصیرات مدیران از نمونه‌های روشن حقوق شرکتی به شمار می‌آیند. در مقایسه، حقوق شخصی به هر یک از سهامداران به طور انفرادی تعلق داشته و از دایره‌ی شمول قاعده‌ی اکثریت خارج می‌مانند.

اکثر این حقوق از قرارداد شرکت نشأت می‌گیرند و به همین سبب با توسل و از طریق ساز و کارهای مقرر در همان قرارداد قابل تغییر می‌باشند. حقوق شخصی را به سختی می‌توان احصاء کرد؛ اما برخی مثال‌های آشنای آن عبارتند از: حق کسب اطلاع، حق شرکت در مجامع عمومی و دادن رأی، حق اولویت در خرید سهام جدید، حق نقل و انتقال سهام، حق شرکت در سود، حق بردن سهم از محل تقسیم‌داری شرکت در صورت انحلال.

1-Christopher Hale, «What's Right with the Rule in Foss v. Harbottle? Company Financial and Insolvency Law Review, Oxford, Mansfield Press, 1997, p. 224

حقوق شخصی دارای ماهیتی نسبی هستند. نسبت حقوق بدان معناست که سهامدار قادر به استیفای کلیه حقوق شخصی که تحت قرارداد شرکت تحصیل می‌نماید، نیست. برخی از این حقوق قابل استیفای شخصی هستند؛ در حالی که بیشتر آن‌ها چنین قابلیت را ندارند؛ چرا که با تصمیم یک اکثریت مناسب تغییر می‌یابند. تغییر حقوق ممکن است به منظور انطباق با تغییرات و شرایط جدید محیطی ضروری گردد. در این موارد منافع جمعی سهامداران اقتضای تغییر حقوق شخصی را دارد؛ اگر چه چنین تغییری ممکن است خوشایند برخی از سهامداران نباشد.

بنابراین، حقوق شخصی را تنها می‌توان در پرتو و در ارتباط با حقوق سایر اعضای شرکت و نه به طور مجزا و مستقل درک کرد. این امر به سهامداران اجازه می‌دهد تا در موارد مقتضی (نظیر تنفیذ تصمیمات مدیران، چشم پوشی از تخلفات جزئی نسبت به قرارداد شرکت و تغییر اساسنامه با رأی اکثریت خاص) حقوق شخصی را نادیده بگیرند. هر چند هر سهامداری نسبت به همه‌ی مقررات اساسنامه ذی حق محسوب می‌شود؛ اما استیفای آن‌ها تنها در صورتی امکان پذیر است که حقوق موازی سایر اعضای شرکت رعایت شده باشد.

موضوع حقوق شخصی سهامداران و این که به طور کلی سهامداران از چه نوع حقوقی برخوردارند و منشأ و اوصاف و آثار این حقوق چیست را می‌توان یکی از مسایل پیچیده‌ی حقوق شرکت‌های ایران به شمار آورد که تاکنون پاسخ صریح و در خوری بدان داده نشده است. هیچ یک از مواد قانون سال ۱۳۴۷، حقوق سهامداران را احصاء، تفکیک و تعریف نکرده است؛ هر چند به طور ضمنی و پراکنده برخی از این حقوق بدون تعیین نوع (شخصی یا شرکتی) و منشأ (قرارداد یا قانون) مورد اشاره قرار گرفته‌اند.

در حقوق مدنی، حقوق شخصی بدون آن که در تقابل با حقوقی جمعی قرار گیرند، به معنای سلطه و اختیاری که در چارچوب خود دارند را به هر گونه تصرف و انتفاع مجاز می‌سازد تعریف شده‌اند. اعمال آزادانه‌ی این حقوق رکن اساسی آن‌ها به شمار می‌رود.^۱ حقوق شخصی بر حسب موضوع خود به مالی و غیر مالی تقسیم می‌شوند و هدف از آن‌ها به ترتیب اعطای سلطه نسبت به مال، خواه عین معین (حقوق عینی) و خواه کلی (حقوق دینی) و حمایت از شخصیت انسان است.

۱. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸، ص ۲۲.

این حقوق ممکن است مطلق باشد و آن وقتی است که نظیر حقوق عینی در مقابل همه قابل استناد است^۱ یا ممکن است نسبی باشد؛ بدان معنی که تنها در رابطه با اشخاص معینی قابل الزام است.^۲ این حقوق فردی هستند؛ حتی اگر دارنده‌ی آن‌ها گروهی از افراد باشد؛ خواه با شخصیت حقوقی مستقل یا بدون شخصیت حقوقی مستقل. رویه‌ی قضایی ایران نیز تاکنون به ندرت مجال روشنگری در این زمینه را یافته است.

در غیاب قوانین و رویه‌ی قضایی که روشنگر این موضوع باشد، برخی نویسندگان حقوقی سعی کرده‌اند تا این کمبود را از طریق مطالعه‌ی حقوق سهامداران تحت عنوان، حقوق ناشی از مالکیت سهام جبران کنند. محور برخی از این مطالعات تحلیل، توضیح و طبقه بندی حقوق سهامدار، به حقوق مالی و غیر مالی و عینی و دینی بوده است. برخی دیگر ضمن مطالعه‌ی حقوق سهامداران تحت عنوان حقوق ناشی از مالکیت سهام از این حقوق به حقوق شخصی، انفرادی یا اصلی سهامدار در مقابل حقوق جمعی ایشان تعبیر کرده‌اند.^۳

البته این تقسیم بندی‌ها از حیث حقوق شرکت‌ها و یا ناشی از قرارداد شرکت نمی‌باشد و یک تقسیم بندی کلی در قالب حقوق مدنی می‌باشد. برخی دیگر از حقوق دانان ضمن مطالعه‌ی حقوق سهامداران تحت عنوان حقوق ناشی از مالکیت سهام، از این حقوق به حقوق شخصی، انفرادی یا اصلی سهامدار در مقابل حقوق جمعی ایشان تعبیر کرده‌اند.

بر اساس این نظر حق جمعی، حقی است قابل تغییر که با رأی اکثریت سهامداران اعمال می‌شود؛ در حالی که حق شخصی به لحاظ ارتباط با جوهر عقد شرکت مطلق و غیر قابل تغییر است. در مورد حقوق اخیر نه تنها شرکت ملزم به رعایت است بلکه خود سهامداران حتی به اتفاق آراء قادر به چشم پوشی از آن‌ها نیستند. هر چند در این نظریه تعیین دقیق این که چه حقوقی انفرادی و کدام یک جمعی هستند به قانون گذار محول شده است.

با این وصف، می‌توان از آن نتیجه گرفت که حقوق سهامداران در بیشتر موارد ماهیتی جمعی دارد؛ چرا که تنها حقوق انگشت شماری نظیر اصل حق مشارکت در سود و سرمایه و

۱. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه‌ی علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱، چاپ بیست و پنجم، ص ۲۸۱.

۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، تهران: انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۶۳، ص ۵.

۳. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: سمت، ۱۳۹۸، چاپ شانزدهم، ص ۵۶.

یا اصل حق عضویت در شرکت را می‌توان با استفاده از معیار ارتباط با جوهر عقد شرکت، انفرادی دانست.^۱ این تحلیل را می‌توان ناشی از تلفیقی دانست که نویسندگان اخیر بین نگاه سنتی و مدرن به شرکت‌های سهامی برقرار ساخته‌اند.

در نظر این گروه، شرکت سهامی تلفیقی است از عقد شرکت مدنی با برخی ویژگی‌های قانونی که به ایجاد یک سازمان با تأسیس حقوقی ویژه منتهی شده است.^۲ از این رو، حقوق انفرادی سهامدار بر مبنای قرارداد شرکت و با بهره‌گیری از معیار شرط خلاف مقتضای ذات عقد که به طور سنتی نسبت به کلیه قراردادهای موضوع حقوق خصوصی اعمال می‌شود تشخیص می‌گردد، در حالی که حقوق جمعی سهامدار با تکیه بر اراده‌ی قانونگذار تحلیل و تعریف می‌شوند.

با همه‌ی این‌ها، نظریات فوق تنها بخشی از حقیقت راجع به حقوق سهامداران و نه همه‌ی آن را منعکس ساخته‌اند. واقعیت این است که در حقوق ایران نیز همانند حقوق شرکت‌های انگلستان، حقوق سهامداران را می‌توان به دو دسته‌ی شخصی و شرکتی تقسیم کرد. حقوق شخصی حقوقی هستند که آثار و منافع ناشی از اجرای آن‌ها به طور مستقیم در حق هر سهامداری حاصل می‌گردد. منشأ این حقوق یا اساسنامه به منزله‌ی قرارداد شرکت و یا قوانین است؛ هر چند که در غالب موارد حقوق سهامدار ناشی از اساسنامه است.

هر سهامداری قادر است بدون همراهی دیگر سهامداران این حقوق را استیفاء نموده و در صورتی که مورد تجاوز و انکار واقع شده باشند، علیه متجاوز در دادگاه صالح طرح دعوای شخصی کند. با این وصف، لازم است میان حقوق شخصی مطلق و نسبی سهامداران تفاوت قائل شد. اکثر حقوق شخصی سهامداران نسبی هستند؛ بدین معنی که در چارچوب ساز و کارهای پیش‌بینی شده در اساسنامه قابل تغییرند؛ گرچه تا زمانی که به طریق صحیح تغییر نیافته باشند قابل استیفاء و الزام آورند.

به جز حقوقی که با ذات شرکت در ارتباطند و نیز برخی حقوق قانونی که از قواعد آمره به شمار می‌روند سایر حقوق شخصی ناشی از تعقیب حقوقی تقصیرات مدیران صرف نظر کنند، به همین ترتیب از اختیارات هیأت مدیره است که مجامع عمومی سهامداران را برای

۱. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری: کلیات، شرکت‌های اشخاص، و شرکت با مسئولیت محدود، تهران: سمت، ۱۳۷۸، ص ۸۲.

۲. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، جلد دوم، انتشارات دهخدا، ۱۳۷۵، صص ۱۱۴-۱۱۵.

تشکیل مجمع دعوت کند، با انتقال سهم سهامدار در شرکت‌های سهامی خاص در موارد مقتضی مخالفت کند و پرداخت مبالغ تعهد شده سهام را از سهامداران به ترتیب و در مواعیدی که در اساسنامه مقرر شده مطالبه کند.

وقتی حقی به عنوان شرکتی تشخیص گردد، هیچ یک از سهامداران نخواهد توانست آن را بنا به صلاحدید خود استیفاء نمایند و حقوق سهامداران به نفع صلاحیت ارکان داخلی شرکت مشروط و محدود می‌گردد. این سخن به معنای عدم ذی‌نفعی سهامداران نسبت به حقوق شرکتی نیست. هر سهامداری به طور غیر مستقیم در استیفاء این حقوق نفع شخصی دارد؛ اما این نفع شخصی غیر مستقیم را باید مشروط به رعایت منافع دیگر سهامداران دانست که با رأی اکثریت از طریق مجامع عمومی (محلی که سهامداران باید در آن به طور گروهی و با رعایت اساسنامه و حقوق شرکت‌ها اتخاذ تصمیم کنند) تحصیل و استیفاء می‌گردد.

با وجود تمام این موارد ذکر شده، در برخی موارد استثنایی حقوق شرکت‌ها به سهامداران قدرت الزام و استیفاء حقوق شرکتی از سوی و به نام شرکت را می‌دهد. دو نمونه‌ی بارز از چنین مواردی عبارتند از: حق سهامداران به دعوت مجمع عمومی مشروط به قصور مدیران و بازرسین، و حق سهامداران به طرح دعوای مسئولیت علیه مدیران مقصر برای جبران خسارت وارده به شرکت.

با این وصف، در مقایسه با حقوق شرکت‌های انگلستان، در حقوق شرکت‌های ایران باید حقوق شخصی را از دو جهت متضمن حمایت قوی‌تر به نفع هر یک از سهامداران تلقی کرد. اول، در حالی که کلیه حقوق شخصی ناشی از اساسنامه در حقوق انگلستان نسبی و قابل تغییر با رأی اکثریت هستند، در حقوق شرکت‌های ایران برخی از این حقوق به لحاظ ارتباط با جوهر قرارداد شرکت مطلق و مصون از تعرض اکثریت تلقی شده‌اند. دوم، به خلاف حقوق شرکت‌های انگلستان، در حقوق ایران تخلف از اساسنامه به سبک (قابل تنفید توسط اکثریت) و سنگین (غیر قابل تنفید توسط اکثریت) تقسیم نشده است. اما کلیه تخلفات اساسنامه‌ای قابل تعقیب توسط هر یک از سهامداران خواهد بود.

گفتار سوم: سوءاستفاده از حق در شرکت‌های دولتی

شرکت‌های دولتی، نوع خاصی از شرکت‌ها هستند که به دلیل دولتی بودن، قواعد و احکام خاصی بر آن‌ها اجرا می‌شود و طبیعتاً راهکارهای جلوگیری سوء استفاده از حق در آن‌ها متفاوت از قواعد حاکم بر شرکت‌های خصوصی است.

بند ۱. تعریف شرکت‌های دولتی

الف. تعاریف قانونی

شرکت دولتی، نوع دیگری از سازمان‌های اداری است که به طور معمول با اهداف تجاری و صنعتی ایجاد می‌شوند. درباره‌ی شرکت دولتی دو تعریف قانونی وجود دارد: از نظر ماده ۴ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه‌ی قانون به صورت شرکت ایجاد می‌شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه‌ی آن متعلق به دولت باشد.

هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی ایجاد شود مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن متعلق به شرکت‌های دولتی است، شرکت دولتی تلقی می‌شود. ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ با حفظ شالوده‌ی اصلی تعریفی که در قانون محاسبات عمومی ذکر شده، عناصر دیگری را نیز به تعریف شرکت افزوده است. از نظر این قانون، شرکت دولتی بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام بخشی از تصدی‌های دولت که به موجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از ۵۰ درصد سهام آن متعلق به دولت است.

هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مجتمعاً ایجاد شده است؛ مادام که بیش از ۵۰ درصد سهام آن منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد، شرکت دولتی است.^۱

۱. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، حقوق اداری (۱)، ۱۳۹۸، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ص ۲۶۴.

ب. مبنای تشکیل

مبنای اصلی ایجاد شرکت دولتی، حکم قانون‌گذار است. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی و ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مبنای ایجاد شرکت دولتی را قانون دانسته است. در مقایسه با تشکیل مؤسسات دولتی، هر دو قانون مزبور انعطاف بیشتری درباره‌ی مبنای تشکیل شرکت‌های دولتی به خرج داده و علاوه بر قانون، به مبنای دیگری نیز برای تشکیل شرکت‌های دولتی اشاره کرده‌اند. علاوه بر قانون، وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی نیز می‌توانند دست به ایجاد شرکت بزنند. هم چنین، دادگاه‌ها می‌توانند از طریق مصادره شرکت‌های خصوصی را به شرکت‌های دولتی تبدیل کنند.

ج. نظام حقوقی حاکم بر شرکت‌های دولتی

در مورد شرکت‌های دولتی می‌توان گفت چون فلسفه‌ی وجودی این شرکت‌ها کسب سود و درآمد است و مانند تاجر عمل می‌کنند؛ بنابراین این شرکت‌ها بایستی تابع قواعد حقوق تجارت باشند. شرکت‌های دولتی از نظر ساختار، حداقل در ظاهر تابع نهادهای پیش‌بینی شده در قانون تجارت هستند و دارای نهادهای تصمیم‌گیرنده هستند؛ اما در حقوق ایران از این رو شرکت‌های دولتی را مؤسسه‌ی عمومی محسوب می‌کنیم چون این گونه شرکت‌ها از امتیازات حاکمیت برخوردارند؛ به عنوان مثال شرکتی مانند شرکت مخابرات یا نفت می‌تواند مانند دستگاه دولتی اقدام به تملک اراضی خصوصی کند که این مصداق بارز اعمال حاکمیت است؛ بنابراین در حقوق اداری ایران، شرکت‌های دولتی مشمول قواعد حقوق اداری هستند.^۲

بند ۲. راهکارهای جلوگیری از سوءاستفاده از حق در شرکت‌های دولتی

به دلیل حاکمیت قواعد حقوق عمومی، ساز و کارهای جلوگیری از سوء استفاده از حق در شرکت‌های دولتی متفاوت با قواعد حاکم بر شرکت‌های تجاری است.

الف. پاسخگویی

وجود فساد یا سایر شیوه‌های نامنظم که در شرکت‌های دولتی و اطراف آن رخ می‌دهد، مانع عمده‌ای برای مدیریت خوب شرکت‌ها می‌باشد. این مسائل، نه تنها می‌توانند باعث آسیب رساندن به نام تجاری و شهرت شوند و بر عملکرد شرکت‌های دولتی تأثیر بگذارند؛

۱. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، ج ۱، نشر میزان، ۱۳۹۸، ص ۱۵۰.

بلکه می‌توانند به فرسایش اعتماد عمومی و تأثیر مستقیم در ارائه‌ی خدمات عمومی به شهروندان نیز منجر شوند.^۱ تحقق مسئولیت پاسخگویی به دلیل ماهیت و تنوع فعالیت‌های دولت در شرکت‌های دولتی ساده نیست. برخی فعالیت‌های دولت جنبه‌ی مالی دارند از این رو فراهم آوردن اطلاعاتی برای ایفای مسئولیت پاسخگویی به این نوع فعالیت‌ها از طریق گزارشگری مالی امکان‌پذیر خواهد بود. این در حالی است که تأمین اطلاعات کافی برای ادای مسئولیت پاسخگویی برخی دیگر از فعالیت‌های دولت از طریق گزارش‌های مالی امکان‌پذیر نیست. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که مسئولیت پاسخگویی شامل دو جنبه‌ی مسئولیت پاسخگویی مالی و پاسخگویی عملیاتی است.^۲

مسئولیت پاسخگویی عملکرد شرکت‌های دولتی شامل زنجیره‌ای پیچیده از کارگزاران (مدیریت، هیأت مدیره، اشخاص و سازمان‌های عهده‌دار مالکیت، وزارتخانه‌ها، دولت و قوه‌ی مقننه)، است که البته به راحتی و به روشنی قابل شناسایی نیستند و مدیران و هر یک از کارگزاران نامبرده احتمالاً دارای منافع متضاد هستند. از این رو، می‌توانند بر اساس معیارهایی غیر از حداکثر منافع بنگاه و عموم مردم سهام‌داران اصلی آن شرکت‌ها تصمیم‌هایی گرفته و اجرا شود. ساخت این شبکه‌ی پیچیده از پاسخگویی‌ها به منظور حصول اطمینان از تصمیم‌گیری‌های کارآمد و حکمرانی خوب شرکت‌ها یک دغدغه است.^۳

به دلیل ضعف نظام پاسخگویی و نبود امکان اخذ پاسخ مستقیم توسط ذی‌نفعان اصلی، مدیریت شرکت‌های دولتی به طور عمده به افشای اطلاعات علاقه‌ای ندارند. برخی ضوابط و چهارچوب‌های اداری در سیستم دولتی نیز این وضعیت را تقویت می‌کنند. گردش اطلاعات مهم‌ترین بستر برای تحقق پاسخگویی و اعمال نظارت عمومی است. شرکت‌های دولتی منابع متعلق به عموم جامعه را اداره می‌کنند و به طور معمول انتظار می‌رود که فعالیت‌های آن‌ها در راستای انتفاع عموم باشد؛ بنابراین افشای اطلاعات به عنوان یکی از ارکان نظام پاسخگویی به ارزیابی ذی‌نفعان از عملکرد شرکت به تحقق اهداف کمک می‌کند.

1-OECD (2019). OECD Anti-Corruption and Integrity Guidelines for State-Owned Enterprises Draft for Public Consultation, p25

۲. نرگسیان، عباس و قاسمعلی جمالی، مسعودهراتی، مطالعه و پاسخگویی مالی دولت در چهار دوره ریاست جمهوری پس از انقلاب اسلامی با استفاده از تحلیل گفتمان انتقادی، مجله مدیریت دولتی، ۱۳۹۷ دوره دوم، شماره ۹، ص ۲۱۰.

۳. زرگر، یعقوب، شفافیت در بخش عمومی، مجله حسابرس، ۱۳۹۷ شماره ۵۹، ص ۳۶.

بودجه، نیز در پاسخگویی مالی و حسابرسی شرکت‌های دولتی نقش اساسی را ایفاء می‌کند. ضوابط و مقررات بودجه‌ای علاوه بر نقش پیش‌بینی مالی و عملیاتی به عنوان بخشی از قوانین و مقررات جاری کشور الزام‌هایی را تکلیف می‌کند. هم‌چنین، گزارشگری‌های هیأت مدیره در بهبود پاسخگویی شرکت نقش دارد. تشریح تغییرهای مهم در شرکت و دلایل آن برای ارزیابی عملکرد هیأت مدیره لازم است.

گزارش‌های پیشنهادی نیز مواردی هستند که اطلاعات عملکرد شرکت و هیأت مدیره در خصوص راهبری فعالیت‌ها، نظارت بر امور اجرایی و مهم‌ترین اطلاعات عملکرد مالی و غیر مالی را شامل می‌شوند. این بخش به دنبال تأکید بر این موضوع است که هیأت مدیره باید با ارائه گزارش‌های پیش‌بینی شده در مقابل ذی‌نفعان پاسخگو باشد.^۱

ب. تحقق حکمرانی شرکتی

گسترده‌گی مفهوم حکمرانی شرکتی و استفاده بیش از حد آن در حوزه‌ها و ادبیات مختلف باعث شده در حال حاضر تعریف دقیق و مشخصی که نشان دهد مفهوم حکمرانی شرکتی دقیقاً به چه چیزی اطلاق می‌شود و مورد قبول عموم پژوهشگران باشد، وجود نداشته باشد. اما به صورت کلی، حکمرانی شرکتی به مکانیزم‌ها، فرآیندها و روابطی اطلاق می‌شود که از طریق آن‌ها بنگاه‌ها، قانونگذاری‌ها، هدایت و مدیریت می‌شوند. ساختارها و استانداردهای حکمرانی، توزیع جامع حقوق و مسئولیت‌های بین عوامل مختلف را در یک بنگاه نشان می‌دهند که شامل سهامداران، هیأت مدیره، مدیران اجرایی، ذی‌نفعان، ممیزین حسابداری و قانونگذاران می‌شود.^۲

در حال حاضر در خصوص وضعیت حکمرانی شرکتی در ایران باید گفت، متخصصان و آموزش‌دهندگان حکمرانی شرکتی در کشور، مباحث مطرح شده و آموزش اصول حکمرانی شرکتی به صورت کلی روی یک زوایه‌ی خاص مثل زوایای حقوقی یا حسابداری تمرکز دارند که نتیجه‌ی آن آموزش‌هایی است برای حوزه و دانشگاه مطلوب؛ اما برای قریب به اتفاق مدیران ارشد سازمان‌ها و قانونگذاران کاربردی ملموس نخواهد داشت.

۱. ابراهیمی، علی و محمد مرادی، همت جعفری، چهارچوب بهبود پاسخگویی شرکت‌های دولتی ایران، مجله مدیریت دولتی، دوره ۱۲، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۱۲۰.

2-Daily, C. M., Dalton, D. R., & Cannella Jr, A. A. (2003). Corporate governance: Decades of dialogue and data. Academy of Management Review, 28(3), 371-382, p25

در این خصوص، عدم انسجام مناسب میان متخصصین و آموزش‌دهندگان منجر به ارائه‌ی مطالبی شده که روی کاغذ جالب به نظر می‌رسد؛ اما در عمل برای مدیران و سیاست‌گذاران و حتی ذی‌نفعان شرکت‌های دولتی شاید حیاتی به نظر نرسد. در سطح سازمان‌ها در نبود حکمرانی شرکتی مناسب و به روز به منظور نظارت بر اعمال انجام گرفته توسط مدیران در مسیر نیل به استراتژی تبیین شده سازمان، استراتژی سازمانی به جای سیستم محور بودن در دوران مختلف بیشتر شخص محور، بوده است.

نتیجه این که با تغییر دولت‌ها در سطح کلان و یا مدیران سازمان‌ها در سطوح پایین‌تر و با انتصاب تیم جدید مدیریتی، استراتژی شرکت‌های دولتی دچار تزلزل و بعضاً تغییرات گسترده شده که با رویکرد و تخصص تیم جدید سازگاری دارد از سوی دیگر، در غیاب مکانیزم‌های مناسب ارزیابی عملکرد و توجه مناسب و کافی به تخصص‌گرایی، مدیران دولتی هیچ‌گاه احساس نیاز جدی برای به روز کردن خود از نظر علمی و حرفه‌ای نکرده‌اند.^۱

ج. بازرسی توسط سازمان حسابرسی یا حسابداران رسمی

انجام وظایف بازرسی قانونی در شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی با سازمان حسابرسی یا حسابداران رسمی است. در صورتی که در اساس‌نامه‌ی این گونه شرکت‌ها موافقت بیش از اکثریت نسبی یا اکثریت مطلق صاحبان سهام یا سهام‌الشرکه برای تعیین بازرسی مقرر شده باشد برای تعیین بازرسی طبق اساس‌نامه عمل خواهد شد. در این صورت، سازمان حسابرسی ممکن است توسط عضو یا اعضای دولتی یا عمومی نامزد شود و در صورت کسب آرای کافی به سمت بازرسی منصوب خواهد شد.

در این مورد گفته شده است، نکته‌ی قابل تأمل در این رابطه خروج از چهارچوب آیین‌نامه نویسی در آیین‌نامه‌ی مورد بحث است؛ چرا که هدف ماده واحده، جبران کمبود حسابرسان برای شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی بود، نکته‌ای که از مقررات آن قانون می‌توان دریافت. در حالی که آیین‌نامه بدون توجه به هدف مزبور و احتمالاً با ملاحظه‌ی نیازهای روز شرکت‌های تجاری به گونه‌ای نگاشته شده است تا شرکت‌های غیر دولتی را نیز در بر گیرد.^۲

۱. مهاجرانی، امیر علی و علینقی مشایخی، مسعود طالبیان، حکمرانی شرکتی در ایران: پژوهش موردی شرکت‌های دولتی، فصلنامه علوم مدیریت ایران، ۱۳۹۸، سال چهاردهم، شماره ۵۳، ص ۱۵.

۲. پاسبان، محمدرضا، معرفی بخش شرکت‌های تجاری از لایحه تجارت، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، معرفی لایحه تجارت و نوآوری‌های آن، انتشارات وزارت بازرگانی، ۱۳۸۵، ص ۲۵.

د. مراجع نظارتی بر شرکت‌های دولتی و عمومی

برخی از مراجع نظارتی بر فعالیت شرکت‌های دولتی نظارت می‌کنند که از آن جمله می‌توان از سازمان بازرسی کل کشور، دیوان محاسبات کشور و وزارت امور اقتصادی و دارایی نام برد. حوزه‌ی شمول سازمان بازرسی بیشتر از حوزه‌ی شمول دیوان محاسبات و وزارت امور اقتصادی و دارایی است؛ زیرا در این زمینه سازمان بازرسی علاوه بر نظارت بر فعالیت شرکت‌های دولتی بر فعالیت نهادهای انقلابی، شهرداری‌ها و مؤسسات عام‌المنفعه نیز نظارت می‌کند؛ ولی وزارت اقتصاد و دیوان محاسبات شامل موارد دیگری که برشمرده شد، نمی‌شود. این سازمان علاوه بر وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی به فعالیت شرکت‌های دولتی نیز نظارت می‌کند. مطابق قانون، شرکت‌های دولتی به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف. شرکت‌هایی که به موجب قانون به عنوان شرکت دولتی تأسیس شده‌اند و بیش از ۵۰ درصد سهام آن‌ها متعلق به دولت است. ب. شرکت‌هایی که به موجب قانون یا به حکم دادگاه بیش از ۵۰ درصد سهام آن‌ها ملّی یا مصادره شده باشد و به عنوان شرکت دولتی شناخته شوند. ج. هر شرکتی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به شرکت‌های دولتی باشد. بر خلاف آن چه در مورد شرکت‌های تجاری خصوصی اصولاً معمول است لازم نیست که شرکت‌های دولتی حتماً به امور تجاری اشتغال داشته باشند؛ ولی لازم است که به عنوان شرکت، دارای شخصیت حقوقی باشند و فعالیت نمایند.^۱

۱. قلی زاده، احد، تحلیل مسائل حقوقی نظام بازرسی شرکت‌های سهامی، دولتی و عمومی، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ۱۳۹۰ شماره ۵۸، ص ۲۷۰.

نتیجه‌گیری

از منظر قانون مدنی کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی بکند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد. در این جا تراحم میان قاعده‌ی تسلیط و لاضرر آشکارا به چشم می‌خورد. اما این تراحم با قید دو شرط یک (به قدر متعارف و دو) برای رفع حاجت و دفع ضرر نه اضرار برطرف شده است.

هر کس باید حق خود را به شیوه‌ی متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسانی متعارف و معقول تقصیر محسوب می‌شود و ضمان آور است. به بیان دیگر، در مقام اجرای حق نیز شخص ممکن است مرتکب تقصیر شود. یا موارد دیگری در قانون مدنی آمده است؛ مانند اجبار مالک به خراب کردن دیوار در حال فرو ریختن، تصرف متعارف در سقف و کف مشترک به نحوی که مزاحمتی برای دیگری به وجود نیاید یا بطلان معامله صوری و به قصد فرار از دین که نوعی سوءاستفاده و اضرار به غیر است و صحت عقد وقف که منوط به اجازه‌ی دیان است در صورتی که به قصد اضرار دیان باشد.

تمام این موارد نمونه‌های توجّه قانون‌گذار به عدم جواز سوءاستفاده از حق است؛ اما به طور خاص در قانون تجارت و به ویژه در بحث شرکت‌های سهامی نیز این امر به خوبی مشاهده می‌شود که قانونگذار با این که در بسیاری از موارد تعیین و تصویب امور شرکت را به دست اکثریت داده است؛ اما برای سهامداران اقلیت حقوقی را پیش‌بینی نموده است که در صورت سوءاستفاده اکثریت و یا اداره‌ی نامناسب امور اقلیت بتوانند از حقوق حقه خود و ارزش سهامشان دفاع نمایند.

از جمله این موارد حق طرح دعاوی مسئولیت حقوقی و کیفری توسط ذی‌نفعان یا سهامداران شرکت در موارد مشاهده تخلف یا قصور مجمع عمومی، مدیران، هیأت مدیره و بازرسان می‌باشد. در موارد مختلفی در حقوق تجارت، بر اساس قاعده‌ی لاضرر راهکارهایی برای مقابله با سوءاستفاده اکثریت از اقلیت، قابل استنباط است. بر خلاف شرکت‌های تجاری، شرکت‌های دولتی گرچه از لحاظ شکلی اعمال تصدّی و بازرگانی انجام می‌دهند؛ اما به دلیل حاکمیت قواعد حقوق عمومی ساز و کارهای نظارتی برای آن‌ها پیش‌بینی شده است تا بتوان از سوءاستفاده و فساد در آن‌ها پیشگیری کرد.

فهرست منابع منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری: کلیات، شرکت‌های اشخاص و شرکت با مسئولیت محدود**، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
۲. امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، جلد چهارم، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.
۳. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، **حقوق اداری**، جلد ۱، نشر میزان، ۱۳۹۸.
۴. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، **حقوق تعهدات**، جلد اول، تهران: انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۵. آقایی طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (۱)**، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۶. بهرامی احمدی، حمید، **سوءاستفاده از حق**، تهران: نشر اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۷۷.
۷. پاسبان، محمدرضا، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: سمت، چاپ شانزدهم، ۱۳۹۸.
۸. پاسبان، محمدرضا، **معرفی بخش شرکت‌های تجاری از لایحه‌ی تجارت**، معاونت برنامه‌ریزی و امور اقتصادی وزارت بازرگانی، معرفی لایحه‌ی تجارت و نوآوری‌های آن، انتشارات وزارت بازرگانی، ۱۳۸۵.
۹. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، جلد دوم، تهران: انتشارات دهخدا، ۱۳۷۵.
۱۰. شهیدی، سید مهدی، **اندیشه‌های حقوقی**، مجموعه‌ی مقالات حقوقی، تهران: نشر مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
۱۱. عرفانی، محمود، **حقوق تجارت**، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۱.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۷۱.
۱۳. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر، **شخصیت حقوقی، تحولات حقوق خصوصی**، زیر نظر ناصر کاتوزیان، چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.

ب. مقاله‌ها

۱. ابراهیمی، علی و محمد مرادی، **همت جعفری، چهارچوب بهبود پاسخگویی شرکت‌های دولتی ایران**، مجله‌ی مدیریت دولتی، دوره‌ی ۱۲، شماره‌ی ۱، ۱۳۹۹.
۲. اکبرینه، پروین، **منع از سوءاستفاده از حقوق عینی در قانون مدنی**، مجله‌ی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره‌ی ۳، ۱۳۹۱، ۲۴.

۳. ره پیک، سیامک، منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی، فصلنامه‌ی مطالعات اسلامی، شماره‌ی ۶۲، ۱۳۸۲.
۴. زرگر، یعقوب، شفافیت در بخش عمومی، مجله‌ی حسابرس، شماره‌ی ۵۹، ۱۳۹۱.
۵. قلی زاده، احد، تحلیل مسائل حقوقی نظام بازرسی شرکت‌های سهامی، دولتی و عمومی، فصلنامه‌ی پژوهشنامه‌ی بازرگانی، شماره‌ی ۵۸، ۱۳۹۰.
۶. کاتوزیان، ناصر، سوءاستفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق، مجله‌ی حقوق دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره‌ی ۲۱، شماره‌ی ۲۱، ۱۳۸۵.
۷. کریمی، عباس و مهران لطفی فروشانی، مقابله با سوءاستفاده از حق در شرکت‌های تجاری در پرتو قاعده‌ی لاضرر، پژوهش نامه‌ی حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره‌ی دوم، ۱۳۹۷.
۸. لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، ۱۲، ۲۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی، قابل دسترسی در: <http://qavanin.ir/Law/TreeText/83829>
۹. معینی، حامد و سعیده قاسمی‌پور، دکترین سوءاستفاده از حق در مالکیت ادبی و هنری، مجله‌ی حقوق پزشکی، شماره‌ی ۱، ۱۳۹۱.
۱۰. مقصودی، رضا، سوءاستفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی، فصلنامه‌ی پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره‌ی دوازدهم، ۱۳۹۴.
۱۱. مهاجرانی، امیرعلی و علینقی مشایخی، مسعود طالبیان، حکمرانی شرکتی در ایران: پژوهش موردی شرکت‌های دولتی، فصلنامه‌ی علوم مدیریت ایران، سال چهاردهم، شماره‌ی ۵۳، ۱۳۹۸.
۱۲. نرگسیان، عباس و قاسمعلی جمالی، مسعود هراتی، مطالعه و پاسخگویی مالی دولت در چهار دوره‌ی ریاست جمهوری پس از انقلاب اسلامی با استفاده از تحلیل گفتمان انتقادی، مجله‌ی مدیریت دولتی، دوره‌ی دوم، شماره‌ی ۹، ۱۳۹۷.

رساله

۱. مشکی، سیروس، سازمان حقوقی مدیریت در شرکت‌های سهامی، رساله‌ی دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۵۸.

منابع انگلیسی

- 1-Christopher Hale, What's Right with the Rule in Foss v. Harbottle? Company Financial and Insolvency Law Review, Oxford, Mansfield Press, 1997
- 2-Non-judicial solutions to combat abuse of power: with emphasis on state-owned com-



panies

3-OECD (2019). OECD Anti-Corruption and Integrity Guidelines for State-Owned Enterprises Draft for Public Consultation

4-Daily, C. M., Dalton, D. R., & Cannella Jr, A. A. (2003). Corporate governance: Decades of dialogue and data. *Academy of Management Review*, 28(3), 371-382

راهکار حقوقی رفع تعارض منافع در اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط زیست

حسین شاه بیک*

محمد جواد حیدری**

محمد نوذری فردوسیہ***

چکیده

در کشورمان بحران زیست محیطی واقعیت انکار ناپذیری است که نه تنها بهداشت جسمی، روحی و روانی آحاد ملت بلکه امنیت سیاسی و اجتماعی و اقتصادی کشور را نیز تحت شعاع خود قرار داده است. بخشی از بحران، به سوءمدیریت و قانون گریزی برخی از دستگاه‌های دولتی بدلیل تعارض منافع بین منافع وزارتی و منافع و مصالح ملی و بخشی دیگر به ناکارآمدی برخی از قوانین ساختاری و شکلی قانون حفاظت محیط زیست که زمینه تعارض منافع را فراهم نموده بر می‌گردد. بنابراین برای عبور از بحران و چالش‌های زیست محیطی موجود در کشور که تهدیدی فاجعه بار است و برای نیل به توسعه پایدار زیست محیطی، رفع تعارض منافع طرف‌های ذینفع، از طریق اصلاح برخی از قوانین شکلی قانون حفاظت محیط زیست، از قبیل ماده ۲، مناسبترین، کم هزینه ترین و زود بازده ترین راهکار تاثیر گذار، در ترمیم محیط زیست کشور محسوب می‌شود. در این پژوهش با استناد به مبانی حقوقی و نظرات کارشناسان و حقوقدانان حوزه محیط زیست و با ارائه ادله متقن و راهکارهای قانونی، بستر و زمینه اصلاح و بازنگری ماده ۲ قانون حفاظت محیط زیست، با هدف تبدیل شورای عالی محیط زیست از شورای اداری درون قوه‌ای و بین وزارتی به شورای حاکمیتی فرا قوه‌ای (بین قوا سه گانه) برای شکستن انحصار قوه مجریه و کم رنگ کردن تسلط دولت بر سازمان حفاظت محیط زیست که زمینه ساز تعارض منافع و بخشی از بحران موجود است، فراهم می‌شود.

کلیدواژه‌ها: تعارض منافع، حقوقی، راهکار، قوانین، محیط زیست.

*. دانشجوی دکترای رشته فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)
Shahine1342@yahoo.com

** استادیار رشته فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات دانشگاه قم، قم، ایران.
dr.mjheydari@gmail.com

*** استادیار رشته فقه و مبانی حقوق دانشکده الهیات دانشگاه قم، قم، ایران.
abasaleh.s@gmail.com

مقدمه

با اینکه که ضرورت سلامت محیط زیست برای بهداشت جسمی، روحی و روانی انسان‌ها بلکه همه موجودات زنده، امری ضروری است و نیازی به اقامه دلیل ندارد، اما این موضوع حیاتی و بنیادی در کشورمان با وجود بسترهای مناسب فقهی و حقوقی نه تنها در حد انتظار مورد توجه و دقت نظر قرار نگرفته، بلکه در مواردی مورد غفلت قانونگذار نیز واقع شده است و این غفلت خسارت و زیان‌های جبران ناپذیری را بر ملت و مملکت وارد کرده است.

بنابراین برای اصلاح روند کنونی مدیریت و شئون زیست محیطی حاکم بر کشور، با هدف رفع بحران موجود در محیط زیست، که بخش قابل توجهی از آن ناشی از تعارض منافع طرف‌های ذینفع و از طریق نقض قوانین و مقررات محیط زیست صورت می‌گیرد، نیازمند بازنگری در مولفه‌های تاثیر گذار در حفاظت از محیط زیست با هدف ترمیم و رفع موانع رشد شاخص‌های زیست محیطی در کشور است. از جمله این مولفه‌ها، بر طرف کردن تعارض منافع در اجرای قوانین محیط زیست است که در تعارض آشکار با مصالح و منافع بلند مدت کشور است و در طول سالهای گذشته خسارات جبران ناپذیری بر کشور تحمیل نموده است. این در حالی است که رخداد تعارض منافع در حوزه محیط زیست در سایه تخلفات فاحش و نقض قوانین و مقررات محیط زیست شکل گرفته است. بررسی‌های صورت گرفته نشان می‌دهد علل مختلفی در شکل گیری تعارض منافع در حوزه محیط زیست دخالت دارد از جمله، عوامل ساختاری که زمینه تعارض میان منافع دستگاه‌های دولتی و وظایف سازمان حفاظت محیط زیست را فراهم می‌آورد، اتحاد ناظر و نظارت شونده است. در تعارض منافع ساختاری، مصالح و منافع عمومی با منافع فرد یا دستگاه دولتی، به علت شرایط ساختاری حاکم بر آن، تعارض می‌کند. لذا این پدیده در قالب تعارض وظایف همراه با نفع، از طریق بهره‌مندی غیرمستقیم از نتیجه تصمیمات مأخوذه رخ می‌دهد. نظیر اجرای برنامه‌های توسعه‌ای کلان ساخت مسکن مصوب وزارت راه و شهرسازی، علیرغم عدم همخوانی آن با پروتکل‌های زیست محیطی.

از آنجا که اثبات وجود تعارض منافع در یک تشکیلات، مهمترین عنصر مبارزه با آن است، زیرا با فقدان ادله وجود تعارض منافع، نمی‌توان با آن مقابله نموده و طرف‌های ذینفع را به چالش کشاند، طبعاً اثبات تعارض منافع در اجرای قوانین حفاظت محیط زیست در دستگاه‌های ذینفع قدرتمند، مستلزم وجود دستگاه ناظر قوی و حاکمیتی است.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، برنامه‌های توسعه اقتصادی کشور، دولت‌های ادوار مختلف را بسمت و سوئی کشاند که با هدف توسعه و پیشرفت اقتصادی کشور در کوتاه مدت و یا میان مدت، بسیاری از خطوط قرمز پروتکل‌های زیست محیطی را نادیده گرفته و رشد اقتصادی کشور را و لو با چالش کشیدن بایسته‌های زیست محیطی، در سرلوحه اهداف خود قرار دادند، غافل از آنکه در دراز مدت با تخریب مواهب طبیعی کشور و بروز بحران‌های زیست محیطی ناشی از تخریب محیط‌زیست، نه تنها توسعه و پیشرفت اقتصادی پایدار حاصل نخواهد شد بلکه خسارات مهلکی بر کشور وارد می‌شود.

بر اساس پژوهش‌های انجام شده، از علل اصلی بروز بحران زیست محیطی در کشور، تعارض منافع ناشی از ضعف و نقص و عدم بازدارندگی برخی از قوانین قانون حفاظت محیط‌زیست در برخورد با تخلفات زیست محیطی است. کارشناسان حوزه محیط‌زیست، برای حل این مشکل، راهکارهای مختلفی را ارائه کرده‌اند که غالباً با اشکالات جدی مواجه هستند. این پژوهش در صدد ارائه راهکاری است که بستر لازم برای رفع تعارض منافع در اجرای قوانین محیط‌زیست را به عنوان پیشنیاز رفع بحران زیست محیطی، فراهم نماید. این در حالی است که تعارض منافع در سا لهای اخیر یکی از مباحث برجسته در نهادهای عمومی و دولتی بوده است که از آن به عنوان حوزه خاکستری و فرصتی برای ارتکاب فساد یاد می‌شود. ولذا فساد یکی از مشکلات نظام اداری کشور است که باید از طریق اصاح هنجارها و ساختارها به مقابله با آن پرداخت.^۱

برخی از صاحب‌نظران و کارشناسان محیط‌زیست معتقدند، عدم اجرای صحیح قوانین حفاظت از محیط‌زیست از مهمترین علل بحران زیست محیطی در ایران است و تجدید نظر در ماده ۱ قانون حفاظت محیط‌زیست و خروج این سازمان از تحت اشراف قوه مجریه را بهترین راه حل می‌دانند.^۲ نظریه دیگر راه چاره را در تبدیل سازمان به وزارتخانه جستجو می‌کند و معتقد است با افزایش قدرت تشکیلاتی حفاظت محیط‌زیست در درون دولت می‌توان تا حد زیادی از وضعیت بحرانی موجود فاصله گرفت.^۳ برخی نظریه‌پردازان حوزه

۱. افشاری، فاطمه و درخشان، داور، مدیریت تعارض منافع بورس اوراق بهادار در آیین هنجارهای تقنینی، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم/ص ۱۶۶، شماره پنجم/زمستان ۱۳۹۹.

۲. مرادحاصل و همکاران، ارزیابی نقش دولت در چالش‌های زیست محیطی ایران، مجله علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، دوره دهم، شماره ۴، سال ۱۳۸۷.

۳. عبداللهی، محسن و فریادی، مسعود، چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط‌زیست ایران، تهران، فصلنامه علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۳.

محیط زیست، تغییر و تجدید نظر در قوانین ماهوی قوانین حفاظت محیط زیست را برای رفع موانع و چالش های زیست محیطی پیشنهاد می کنند و عدم بروز بودن قوانین فعلی را اصلی ترین علت بحران زیست محیطی موجود می دانند.^۱

پژوهش حاضر، از نوع توصیفی- تحلیلی است که با مطالعه اسناد و پژوهش های علمی و شواهد و مدارک مستند و دیدگاه صاحب نظران، برخی از آسیب ها و چالش های فراروی محیط زیست کشور شناسایی کرده و با تکیه بر مستندات حقوقی، بازنگری در مفاد برخی از قوانین شکلی قانون حفاظت محیط زیست، از جمله ماده ۲ را، مناسب ترین و عملی ترین راهکار برای آسیب زدائی و بر طرف نمودن برخی از چالش های موجود در حوزه محیط زیست، تلقی می کند.

گفتار اول. تبیین جایگاه کنونی ماده ۲ قانون حفاظت محیط زیست

بررسی ماده ۲ قانون حفاظت محیط زیست^۱ ایجاب می کند نخست ساختار و جایگاه کنونی این ماده از نظر حقوقی و قانونی بررسی شود و سپس مورد نقد و بررسی قرار گیرد.

مبحث نخست: ساختار حقوقی شورای عالی محیط زیست:

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران و تشکیل نظام جمهوری اسلامی، در بخش هایی از حقوق و قوانین کشور، تغییرات بنیادین و زیر بنائی صورت پذیرفت. اما در بخش های دیگر، تغییرات صرفاً بصورت انطباق قوانین موجود با نظام جدید سیاسی کشور شکل گرفت. که می توان برخی از قوانین شکلی قانون حفاظت محیط زیست را در زمره این بخش نام برد. برای بررسی جایگاه ساختاری شورای عالی محیط زیست، نخست باید به اسناد و قوانین بالا دستی و سپس به قوانین عادی مراجعه کرد.

۱. کریمی، داریوش، مدیرکل حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست، خبر گزاری پارسنا. ۹ اسفند ۱۳۹۵. کد خبر ۸۲۴۴۵۸۳۴

۲. ماده ۲: ریاست شورای عالی حفاظت محیط زیست با رئیس جمهور است و اعضای آن عبارتند از: وزیر جهاد کشاورزی، کشور، صنایع، مسکن و شهرسازی، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، رئیس سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور، رئیس سازمان حفاظت محیط زیست و چهار نفر از اشخاص یا مقامات ذیصلاح که بنا به پیشنهاد رئیس سازمان حفاظت محیط زیست و تصویب رئیس جمهور برای مدت سه سال منصوب می شوند

الف. ساختار حقوقی شورای عالی محیط زیست در قوانین موضوعه ایران

نخستین گام مهم برای ایجاد ساختاری حقوقی در حفاظت از محیط زیست، به دهه ۳۰ برمی گردد که در ۴ اسفند ماه سال ۱۳۳۵ در قالب مجموعه قوانین «قانون شکار» که مشتمل بر ۷ ماده و ۱۰ تبصره و ۲ بند بود، با هدف حفظ نسل شکار و نظارت بر اجرای مقررات مربوطه، به تصویب رسید. در ماده ۲ این قانون، نخستین ساختار حقوقی نهاد حفاظت محیط زیست با عنوان «کانون شکار» شکل گرفت که دارای وظایف بسیار محدود در حوزه شکار بود.

در تحولی قابل توجه در ۱۶ خرداد سال ۱۳۴۶ در پی تصویب «قانون شکار و صید» که مشتمل بر ۳۱ ماده بود، طبق ماده ۱ قانون مذکور، علاوه بر آنکه جایگاه حقوقی نهاد محیط زیستی از «کانون» به سازمان شکاربانی و نظارت بر صید ارتقاء یافت، برای نخستین بار نهادی با عنوان شورای عالی شکاربانی و نظارت بر صید ایجاد شد.^۱ طبق ماده ۲ این قانون، اعضاء این شوری بر اساس ساختار جدید تعیین گردیدند.

در تاریخ ۱۲ بهمن ماه سال ۱۳۵۰، «قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمانهای وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی» مشتمل بر ۱۸ ماده و ۱۷ تبصره و ۳۰ بند به تصویب مجلس شورای ملی رسید. در ساختار جدید، بر اساس ماده ۴ این قانون نام «سازمان شکاربانی و نظارت بر صید» به «سازمان حفاظت محیط زیست» و نام «شورای عالی شکاربانی و نظارت بر صید» به «شورای عالی حفاظت محیط زیست» تغییر یافت^۲ و موضوع پیشگیری از اقدامات زیان بار برای تعادل و تناسب محیط زیست نیز به اختیارات قبلی آن افزوده شد.

در ۱۸ خرداد سال ۱۳۵۳ با تصویب «قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست» در ۲۱ ماده، ضمن دگرگونی ساختار تشکیلاتی سازمان، اختیارات وسیعی در زمینه مقابله با تخریب محیط زیست به شورای عالی محیط زیست افزوده شد و تا حدودی از ابعاد و کیفیت سازگار با ضرورت های برنامه های رشد و توسعه برخوردار گردید همچنین آئین نامه قانون مزبور نیز در سال ۱۳۵۴ به تصویب هیئت وزیران رسید. بطوریکه در ماده ۱ این قانون، جایگاه حقوقی سازمان محیط زیست^۳ و در ماده ۲ ترکیب اعضا شورای عالی حفاظت محیط زیست تعیین شده بود.

۱. مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، قانون شکار و صید، مصوب ۱۳۴۶، دوره ۲۳، جلد ۱.

۲. مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی، سال ۱۳۵۰.

۳. مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی، سال ۱۳۵۳.

با پیروزی انقلاب اسلامی و تشکیل نظام جمهوری اسلامی و همزمان با شروع برنامه‌های توسعه کشور، جایگاه محیط‌زیست در نظام برنامه‌ریزی کشور ارتقاء یافت و در تحولی چشمگیر برای نخستین بار موضوع حفاظت محیط‌زیست در قانون اساسی ایران جای گرفت. بلحاظ اهمیت حفاظت محیط‌زیست، در جلسه بررسی این موضوع در مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی با موافقت اعضا حاضر در جلسه و باتفاق آراء و بدون رای ممتنع، در قالب اصل ۵۰ قانون اساسی به تصویب رسید.

در این راستا نخستین اصلاحیه قانون حفاظت محیط‌زیست پس از پیروزی انقلاب اسلامی، مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۱/۸/۲۴، قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست مصوب سال ۱۳۵۳ را با اصلاحاتی به تصویب رساند که تا کنون مفاد مواد آن از جمله ماده ۲ بقوت خود باقی است.

در تاریخ ۱۳۸۶/۴/۱۸ شورای عالی اداری کشور، در یکصد و سی و سومین جلسه خود، در مصوبه شماره ۱۹۰۱/۵۶۰۶۱، ۲۸ شورای عالی موجود در کشور، از جمله شورای عالی محیط‌زیست را منحل و در قالب دو شورای عالی و دو کمیسیون ادغام نمود. این در حالی بود که پس از پیروزی انقلاب اسلامی تعداد شوراهای عالی با تصریح قید عالی به ۱۰۵ مورد می‌رسید.^۱ ما در قبال انحلال شورای عالی محیط‌زیست، مجلس شورای اسلامی در برابر انحلال این شورای عالی، با غیرقانونی خواندن این اقدام، خواستار بازگشت شورای عالی محیط‌زیست و برخی از سایر شوراهای عالی شد و در نهایت ماده واحده با یک تبصره در تاریخ ۱۳۸۷/۱/۲۰، به تصویب رسید.^۲ اما با وجود این قانون، عملاً شورای عالی محیط‌زیست به صحنه تصمیم‌گیری باز نگشت و کماکان کمیسیون زیربنایی وظایف این شورای عالی محیط‌زیست را انجام می‌داد و شورای عالی محیط‌زیست هیچ جلسه‌ای را در خصوص عمل به وظایف خود تشکیل نداد تا پس از هفت سال وقفه در دولت دهم، اولین جلسه شورای عالی حفاظت محیط‌زیست در تاریخ ۱۳۹۲/۸/۱۳ تشکیل شد.

۱. مشهدی، علی و همکاران، حقوق شوراهای اداری، بررسی حقوقی جایگاه و وضعیت نهادهای شورائی در ساختار قوه مجریه ایران، ناشر معاونت تدوین و تمقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری،

سال ۱۳۸۹، ص ۵۳

۲. همان ص ۷۳

۳. قانون تعیین وضعیت شوراهای عالی مصوب ۱۳۸۷/۱/۲۰ مجلس شورای اسلامی

ب. ساختار حقوقی شورای عالی محیط زیست

بحث از ساختار حقوقی شورای عالی محیط زیست، در واقع بحث از ماهیت حقوقی آن است. در ماده ۱ قانون حفاظت محیط زیست،^۱ شورای عالی محیط زیست به عنوان بالاترین نهاد حقوقی در امور زیست محیطی معرفی شده است و سازمان حفاظت محیط زیست نیز که بازوی اجرایی این شورا است به عنوان متولی و مسئول اصلی حفاظت محیط زیست، تحت اشراف این شوری انجام وظیفه می‌کند. با بررسی مواد ۲ و ۳ این قانون کاملاً روشن است ساختار حقوقی این شورا، ساختاری درون قوه قوه‌ای و بین وزارتی است و از مصادیق شورای اداری محسوب می‌شود. و در نتیجه شخصیت حقوقی این شوری که از مصادیق نهادهای تصمیم گیر جمعی است به شخصیت دولت پیوند خورده و سازمان وابسته به آن نیز، کاملاً در اختیار قوه مجریه است.

از طرفی با وجود اینکه شوراهای عالی از نقش آفرینان مهم در عرصه حکمرانی و نظام تصمیم گیری کشور محسوب شده و تصمیمات و سیاست‌های آنها بر اساس فرآیند گروهی صورت می‌گیرد و برخی از آنها ماهیت تقنینی، نظارتی و هماهنگی دارند، اما متأسفانه در ایران در موضوع نظام‌های شورایی به صورت عام و شوراهای عالی به صورت خاص، بلحاظ فقدان زیرساخت حقوقی کامل و جامع، تبعات حقوقی زیادی را در پی داشته است. کما اینکه در حقوق ایران هیچ تمایز خاص و دقیقی میان مفهوم شورای عالی و شورای عادی وجود ندارد و آنچه که به ذهن متبادر می‌شود آن است که شورای عالی در راس مجموعه‌ای از شوراهای قرار دارد.^۲ همچنین از جمله مشکلات ساختار حقوقی این شوراهای، مشخص نبودن نقش و جایگاه شوراهای عالی در نظام تصمیم گیری و همچنین جایگاه مصوبات آن در میان اسناد قانونی و مقررات کشور است.^۳

۱. قانون حفاظت محیط زیست، ماده ۱ «... سازمان حفاظت محیط زیست که در این قانون سازمان نامیده می‌شود وابسته به ریاست جمهوری و دارای شخصیت حقوقی و استقلال مالی است وزیر نظر شورای عالی حفاظت محیط زیست انجام وظیفه می‌کند».

۲. مشهدی، علی و همکاران، حقوق شوراهای اداری، بررسی حقوقی جایگاه و وضعیت نهادهای شورایی در ساختار قوه مجریه ایران، ناشر معاونت تدوین و تمقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، سال ۱۳۸۹، ص ۷۳.

۳. همتی، مجتبی، شورای عالی اداری در نظام حقوقی ایران در پرتو دولت قانون مدار صوری، مجله حقوقی داور، سال اول، شماره اول، سال ۱۳۸۴، ص ۷ به بعد.

بند اول. جایگاه قانونی شورایعالی محیط زیست و عملکرد آن

برخی از قوانین حفاظت محیط زیست دارای ماهیت ماهوی و برخی دیگر دارای ماهیت شکلی هستند. ماهیت قانونی شورایعالی محیط زیست که در ماده ۲۱ این قانون، مطرح شده است از نوع قوانین شکلی است. از مشخصات قوانین شکلی آن است که وسیله اجرای قوانین ماهوی بوده و این قوانین هم از حیث اهداف و هم از حیث ویژگی‌ها و همچنین از حیث کارکردها از قواعد ماهوی متفاوت‌اند. در واقع این قوانین ابزار اعمال حاکمیت قانونند. در همین راستا در اصل هفتم قانون اساسی بنحو کلی و بطور مشخص در مواد ۳، ۵، ۱۹، ۲۰ و ۲۱ قانون حفاظت محیط زیست، جایگاه و ماهیت قانونی و وظایف و اختیارات قانونی این شورا ذکر شده است. سوالی که مطرح است اینکه بحسب قوانین موجود، آیا شورایعالی محیط زیست، دارای جایگاه قانون گذاری است و مصوبات این شورا از چه اعتباری برخوردارند؟

الف. ماهیت قانونی شورایعالی محیط زیست در قوانین جمهوری اسلامی ایران

می دانیم یکی از پایه‌های اصلی مباحث حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران در اصل ۵۷ قانون اساسی کشورمان، با عنوان تفکیک قوای سه گانه است و در اصل ۵۸ نیز با عنوان تفکیک وظیفه و صلاحیت قوه مقننه در قانونگذاری ذکر شده است. از آثار مهم این تفکیک، انحصار وظیفه قانونگذاری، در مجلس شورای اسلامی است.

این در حالی است که، اصل عدم تفویض قانون گذاری یکی از اصول سنتی حقوق اساسی است که کم و بیش در حقوق اساسی کشورهای مختلف مورد توجه واقع شده است.^۱ برخی مبنای این اصل را «قاعده عدم جواز توکیل وکیل»، برخی دیگر «اصل تفکیک قوا» و برخی دیگر «اصل دموکراسی نماینده سالار» دانسته اند. مبنای این اصل هر چه باشد، طبق مفاد آن قانونگذاری در انحصار قوه مقننه است و مجلس نمی‌تواند اختیار وضع قانون یا آثار و اوصاف قانون را به یک نهاد دیگر واگذار کند. اما با وجود این، در جمهوری اسلامی ایران به مقتضای برخی مصالح و اهداف متفاوتی که بچشم می‌خورد، نهادهای متعدد قانون گذاری را می‌توان مشاهده کرد که دارای حق قانون گذاری در حدود متفاوت قانونی هستند، از قبیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، و برخی از شوراهای عالی مانند شورایعالی امنیت ملی و شورایعالی انقلاب فرهنگی و

۱. کد خدائی، عباسعلی و آقایی، مسلم، تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانون گذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۴، شماره ۳۸، سال ۱۳۹۱، ص ۷۷.

شورایعالی محیط‌زیست. اما مع الوصف به نظر می‌رسد وظیفه ذاتی و اصلی و اولیه قانون‌گذاری در اکثر موارد، بر عهده مجلس شورای اسلامی است اما برخی نهادهای دیگر هم برای رفع برخی نیازها از اختیار قانونی قاعده‌گذاری و مصوبات شبه قانونی برخوردار شده‌اند. تفاوت عمده این نهادها با قوه مقننه در کار ویژه اصلی قوه مقننه در قانون‌گذاری است، به این معنا که کار ویژه اولیه و اصلی سایر نهادها مسأله قانون‌گذاری نیست، بلکه وظایف دیگری را برعهده دارند و در کنار آن بحسب مورد و نیاز، ممکن است با مصوبات خود به وضع شبه قانون اقدام نمایند. در این راستا این حق محدود قانون‌گذاری، در قانون حفاظت محیط‌زیست، در قالب تصویب آئین نامه‌های اجرایی، به شورایعالی محیط‌زیست اعطا شده است.^۱ بنابراین اعطای صلاحیت تخییری به دولت، در چارچوب قوانین مجلس، این اصل را خدشه دار نمی‌کند زیرا مصوباتی که در اجرای قوانین مزبور به تصویب می‌رسند، فاقد ویژگی‌هایی است که یک قانون از آن برخوردار است و لذا به خاطر جایگاهی که قانون در هرم قواعد حقوقی کشور دارد، دارای برخی ویژگی‌ها و آثار است که مصوبات و آئین نامه‌های دولتی فاقد تمامی این ویژگی‌ها هستند.

ب. چارچوب قانونی اختیارات و عملکرد شورایعالی محیط‌زیست

بررسی چارچوب، اختیارات و عملکرد شورایعالی محیط‌زیست، مبتنی بر شناخت اهداف و علل تشکیل این شورا است. بطوریکه با نگاه به وظایف و اختیارات شورایعالی محیط‌زیست می‌توان دریافت که این شورا علاوه بر جنبه نظارتی در امور محیط‌زیست واجد شرایط سیاستگذاری نیز می‌باشد. زیرا اتخاذ هر تصمیم در این شورا طیف عظیمی از مسائل سیاسی و اقتصادی و اجتماعی را تحت تاثیر خود قرار می‌دهد و لذا اجرای تصمیمی که به امر عمومی مرتبط است، علاوه بر بر جنبه نظارتی ارتباط تنگاتنگی با جنبه سیاستگذاری نهاد مسئول را نیز دارد. بنابراین هدف از تاسیس شورایعالی محیط‌زیست که مصداقی از شوراهای اداری محسوب می‌شود، اعطا توأمان و ترکیبی مسئولیت نظارتی و سیاستگذاری در امور زیست محیطی است. کما اینکه نمونه مسئولیت ترکیبی و تکمیلی را می‌توان در برخی از شوراهای عالی دیگر مشاهده نمود بطوریکه علاوه بر وظایف نظارتی و کنترلی، وظایف هماهنگی و سیاستگذاری نیز دارند برای مثال شورای ملی ایمنی زیستی علاوه بر وظیفه سیاستگذاری کلان در عرصه ایمنی زیستی، دارای نقش نظارتی و کنترلی بود.^۲ البته در نظام‌های اداری سایر کشورها نیز

۱. قانون حفاظت محیط‌زیست، ماده ۲۱ «آیین‌نامه اجرایی این قانون به استثنای آیین‌نامه‌های مذکور در ماده ۱۰ پس از تأیید شورایعالی حفاظت محیط‌زیست به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

۲. کدخدائی، عباسعلی و آقایی، مسلم، تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانون‌گذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۴، شماره ۳۸، سال ۱۳۹۱، ص ۷۷.

۳. مشهدی، علی و همکاران، حقوق شوراهای اداری، بررسی حقوقی جایگاه و وضعیت نهادهای شورائی در ساختار قوه مجریه ایران، ناشر معاونت تدوین و تمقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، سال ۱۳۸۹، ص ۱۱۴.

تشکیل نهادهای بین وزارتی در حقیقت در راستای ایجاد هماهنگی بین آن دسته از نهادهایی است که در یک امر مشترک اقدام می کنند انجام وظیفه دارند. بنابراین تشکیل شوراهای نظارتی و سیاست گذار به منظور اتخاذ یک رویه واحد و مشخص صورت می گیرد و هماهنگی سیاست ها از اهداف اصلی تشکیل این قبیل شوراهاست.^۱

۱. شاخص های عملکرد

شاخص عملکرد شورای عالی محیط زیست را باید بر اساس وظیفه و صلاحیت ذاتی آن، در کمیت و محتوای مصوبات و گستره و دامنه نظارتی این نهاد جستجو کرد. تاریخ پر فراز و نشیب این شورا از مرحله شکل گیری در ۱۲ بهمن ۱۳۵۰ و انحلال آن در هیجدهم تیر ماه ۱۳۸۶ و احیای مجدد آن پس از هفت سال وقفه در دولت دهم، با برگزاری اولین جلسه شورای عالی حفاظت از محیط زیست در تاریخ ۱۳/۸/۱۳۹۲ در دولت یازدهم تا کنون، قابل تأمل است.

بررسی کمیت و کیفیت مصوبات شورای عالی محیط زیست و قدرت و گستره نظارتی این شورا بعنوان دو شاخص عمده عملکرد شورای عالی محیط زیست محسوب می شوند. با توجه به اینکه کارائی مصوبات و اختیارات این شورا در چارچوب ضوابط و وظایف و اختیارات شوراهای اداری درون قوه ای است. بر این اساس مصوبات این شورا نمی تواند فراتر از اختیارات شوراهای اداری درون قوه مجریه باشد و به تبع آن، قدرت و گستره نظارتی این شورا نیز در همین چارچوب قابل ارزیابی است. بنابراین در شرایط کنونی، جایگاه و ساختار حقوقی این شورا، در رتبه پائین تر از شوراهائی همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی که جنبه حاکمیتی و بین قوای دارند، می باشد زیرا مصوبات این گونه شوراها هم شان مصوبات مجلس است.^۲ در حالیکه مصوبات شوراهای اداری درون قوه ای از قبیل شورای عالی محیط زیست در رتبه پائین تر بوده و در مقام تعارض مصوبات، هیچگاه قدرت برابری با مصوبات شوراهای حاکمیتی و بین قوه ای ندارد.

۲. ارزیابی عملکرد:

ارزیابی عملکرد شورای عالی محیط زیست به عنوان عالی ترین مرجع سیاست گذاری و نظارت بر امور محیط زیست، بر اساس شاخص های عملکرد صورت می گیرد تا مشخص گردد در مواجهه با تعارض منافع اطراف ذینفع در امور محیط زیست تا چه اندازه قابل قبول می باشد. کافی است برای ارزیابی و قضاوت در عملکرد شورای عالی محیط زیست در سال های اخیر، به

۱. همان، ص ۱۰۶.

۲. همان، ص ۱۳۹.

کمیت و کیفیت و کارائی مصوبات این شورا توجه نمود. بطوریکه حتی در دوره احیاء مجدد این شورا در دولت یازدهم، کمترین تاثیر گذاری مصوبات این شورا در مقابله با بحران‌های زیست محیطی را می‌توان مشاهده نمود. دلیل این مدعا وضعیت اسفبار محیط‌زیست در کشور در عرصه‌های گوناگون زیست محیطی است که به حسب آمار منابع دولتی که غالباً بخشی از آمار واقعی ارائه می‌گردد، بسیار نگران کننده است. این در حالی است که صدها قانون در قالب مجموعه قوانین و همچنین ده‌ها مجموعه آئین‌نامه‌های اجرائی در خصوص موضوعات و مسائل زیست محیطی از طرف مقامات ذی صلاح وضع گردیده است. اما با این حال کمترین تاثیر گذاری را در کنترل بحران زیست محیطی در کشور بجا گذشته است. زیرا در ساختار کنونی، عواملی همچون: ضعف نهادهای نظارتی مانند سازمان حفاظت محیط‌زیست، قدرت زیاد سازمانهای متصدی توسعه نظیر وزارت نفت و صنایع، فساد اداری، ساختار اقتصاد رانتی، انحصارات دولتی، نقش مسلط دولت در اقتصاد، عدم شفافیت، ضعف انگیزه‌ها، ضعف قوانین و مقررات و زمینه ساز وضع موجودند.^۱ ریشه یابی این عوامل در واقع به ساختار حقوقی شورایی محیط‌زیست و به تبع آن سازمان حفاظت محیط‌زیست بعنوان بازوی اجرائی این شورا بر می‌گردد که مبتنی بر رویکرد دولت محوری است. از آنجا که امر حفاظت از محیط‌زیست دارای جنبه‌های عمومی است، نقش نهادها و سازمانهای اجرایی نیز در این زمینه قابل توجه است و نحوه اجرای سیاست‌های عمومی در این زمینه که معمولاً به عنوان تکلیف شهروندان و دولت از آنها یاد می‌گردد، ارتباط مستقیمی با تلقی دولت‌ها و شهروندان از این تکلیف عمومی دارد.^۲ بنابراین به دلیل دولتی بودن حفاظت محیط‌زیست، کارآمدی یا ناکارآمدی دستگاه دیوانی دولت و توانایی آن در مدیریت مشکلات و بحران‌ها مستقیماً بر وضعیت محیط‌زیست تأثیر می‌گذارد و لذا مشارکت همه نهادهای مرتبط با امر حفاظت محیط‌زیست، مستلزم تمرکز زدایی محیط‌زیستی است.^۳

گفتار دوم. نقد و بررسی ماده ۲ قانون حفاظت محیط‌زیست با موازین حقوقی

تردید نیست محیط‌زیست در منابع حقوقی و اسناد بالادستی جمهوری اسلامی ایران در زمره حقوق اساسی و یکی از مصادیق حقوق عامه است و لذا در چند اصل قانون اساسی

۱. سنگانچین فرزامپور، اصغر، بررسی عملکرد سازمان حفاظت محیط‌زیست بعد از انقلاب اسلامی و

برنامه ریزی جهت برنامه‌های آتی، دانشکده محیط‌زیست دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۷.

۲. مشهدی، علی، حق بر محیط‌زیست سالم الگوی ایرانی فرانسوی، نشر میزان، سال ۱۳۹۵، ص ۶۱.

۳. فریادی، مسعود، «آسیب شناسی همکاری میان سازمانی در حفاظت محیط‌زیست در حقوق اداری

ایران»، فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)، دوره ششم، شماره ۱۶، سال ۱۳۹۷، ص ۱۱۷.

بطور مستقیم و غیر مستقیم به آن اشاره شده است. از جمله در اصل پنجاهم قانون اساسی اشاره مستقیم و صریح به محیط‌زیست شده است.

بند اول. چالش‌های حقوقی فراروی اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست

متأسفانه در مقام تدوین قانونگذاری برخی از قوانین شکلی مربوط به محیط‌زیست امعان نظر و توجه صائبی صورت نگرفته است و مشکلات زیادی را خصوصاً در اجرای قوانین در پی داشته است. از جمله مشکلات، رخداد تعارض منافع و به تبع آن عدم اجرای قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست است. لذا ضروری است خلاءهای قانونی شناسائی و از طریق بازنگری در رفع این مشکل اقدام مقتضی صورت گیرد. با وجود ابلاغ سیاست‌های کلی حوزه زیست محیطی از جانب مقام معظم رهبری که بسیار جامع و کامل است اما به‌لحاظ فقدان سیستم قانونی قدرتمند آن طور که شایسته است، بروز و ظهور در مقام اجرا پیدا نکرده است.

علت کاستی‌های موجود را می‌توان در سه قسمت دسته‌بندی کرد: خلاءهای قانونی مربوط به جایگاه و وظایف سازمان، خلاءهای قانونی در خصوص روابط میان سازمانی این سازمان و دیگر دستگاه‌های مرتبط با محیط‌زیست و سرانجام مشکلات برون سازمانی و فقدان برنامه‌های جامع توسعه پایدار کشور و عدم نظارت فراگیر قوه قضائیه و مجلس بر امور محیط‌زیست، زمینه ساز عدم مدیریت جامع، یکپارچه و کارآمد محیط‌زیست در کشور شده است.^۱

الف. نظرات و دیدگاه‌های حقوقی

۱. برخی از حقوقدانان و کارشناسان محیط‌زیست معتقدند از مهمترین علل اصلی بحران و چالش‌های فراروی زیست محیطی در کشور، عدم اجرای صحیح قوانین و مقررات حفاظت محیط‌زیست است و تجربه نشان داده است که دولت‌ها یکی از ناقضان اصلی قوانین و مقررات محیط‌زیستند^۲ که با هدف استیفاء منافع کوتاه مدت دولتی به تعارض منافع دامن

۱. عبداللهی، محسن و فریادی، مسعود، «چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط‌زیست ایران»، تهران، فصلنامه علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۳.

۲. غلامپور، علی، «تأثیرات جهانی شدن اقتصاد بر نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط‌زیست در کشورهای در حال توسعه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، فصلنامه سیاست، دوره ۳۷، سال ۱۳۸۶، ص ۳۷.

می‌زنند و با کارشکنی در اجرای صحیح قوانین و مقررات محیط‌زیست، عامل موثر در ایجاد بحران زیست محیطی محسوب می‌شوند. این در حالی است که شورای عالی محیط‌زیست و سازمان حفاظت محیط‌زیست که مهمترین متولی حفاظت محیط‌زیست است، نیز تحت سیطره دولت است. بنابراین برای رفع بحران و چالش‌های فرا روی حفاظت از محیط‌زیست، باید در ماده ۱ قانون حفاظت محیط‌زیست بازنگری شده و سازمان محیط‌زیست از تحت اشراف قوه مجریه که خود بزرگترین ناقض قوانین حفاظت محیط‌زیست است خارج گردد.

نقد نظریه:

این دیدگاه، مدیریت و کنترل بحران زیست محیطی کشور را، بازنگری در ماده ۱ پیشنهاد می‌کند، تا سازمان حفاظت محیط‌زیست که متولی نظارت بر اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست است از تحت اشراف دولت و مشخصاً نهاد ریاست جمهوری خارج گردد.^۱

نکاتی در مورد این نظریه قابل ملاحظه است:

۱- علت یابی بروز بحران زیست محیطی در کشور در این نظریه کاملاً منطقی و مطابق با واقع است اما راه حل ارائه شده تبعات منفی دیگری را در پی خواهد داشت از جمله:

۱-۱- خش عمده‌ای از اجرای سیاست‌های کلیدی محیط‌زیست بر عهده دولت‌ها است و تکلیف قوه مجریه، حفظ محیط‌زیست و جلوگیری از تخریب آن است، این بدان معناست که افراد (و گروه‌ها) به تنهایی نمی‌توانند امور مربوط به محیط‌زیست سالم را سازماندهی و یا تهدیدات را پیش‌بینی کنند.^۲ علاوه بر آنکه به دلیل ماهیت نظام حقوقی ناشی از شناسایی حق بر محیط‌زیست، اجرای بسیاری از سیاست‌ها و قوانین و مقررات مربوط به تضمین این حق در ید انحصاری دولت (قوه مجریه) است.^۳

۱-۲- اغلب مولفه‌های زیست محیطی و بسترهای آن تحت اشراف دستگاه‌های دولتی است و مهمترین آثار مسئولیت دولت در حفاظت از محیط‌زیست را باید در نظام حقوقی ساختار سازمانی و نهادی حفاظت از محیط‌زیست جستجو کرد و کمتر وزارتخانه یا سازمان دولتی را می‌توان یافت که تعهدات و تکالیفی در این زمینه نداشته باشد خصوصاً وزارت خانه‌های صنعت و معدن و تجارت، راه و شهرسازی، نفت و نیرو، که بودجه و امکانات و ابزارهای مادی و معنوی و نیروی انسانی گسترده و تاثیر گذار بر محیط‌زیست را در اختیار

۱. مرادحاصل و همکاران، مجله علوم و تکنولوژی محیط‌زیست، مقاله «ارزیابی نقش دولت در چالش‌های

زیست محیطی ایران»، دوره دهم، سال ۱۳۸۷، شماره ۴.

۲. مشهدی، علی، حق بر محیط‌زیست سالم الگوی ایرانی فرانسوی، نشر میزان، سال ۱۳۹۵، ص ۸۵.

۳. همان، ص ۲۳۷.

دارند که خروج این سازمان از مجموعه دولت، عملاً موجب از دست دادن سرمایه‌های عظیم و پشتوانه‌های بستر ساز در ساز و کار بهسازی محیط زیست خواهد شد و هیچ نهاد جایگزین دیگری اعم از سایر قوا (قوه قضائیه و مقننه) و یا نهاد مستقل دیگر دارای چنین پتانسیلی نخواهد بود.

۱-۳- همکاری نیم بند دستگاه‌های دولتی در حفاظت از محیط زیست و مساعدت در اجرای برخی قوانین و مقررات مرهون ساختار کنونی است که با خروج سازمان حفاظت محیط زیست از مجموعه قوه مجریه، خطر دور زدن قوانین و مقررات زیست محیطی مضاعف می‌شود.

۱-۴- در ساختار کنونی، دولت پاسخگوی وضعیت بحران‌های زیست محیطی است و اهرم‌هایی نیز برای وادار کردن دولت به پاسخگویی از قبیل کمیسیون اصل ۹۰، بازرسی کل کشور و تریبون نمایندگان مجلس وجود دارد اما با خروج سازمان از زیر مجموعه‌های قوه مجریه، عملاً مسئولیت پاسخگویی دولت بعنوان متولی نظارت و اجرای قوانین زیست محیطی سلب می‌شود.

۱-۵- در این دیدگاه صرفاً به تغییر بنیادین در ساختار سازمانی سازمان حفاظت محیط زیست پرداخته شده است و هیچ راه کار متقن حقوقی و علمی برای مشخصات و ویژه گی‌های نهاد جایگزین ارائه نشده است.

۱-۶- این دیدگاه جنبه آرمانی داشته و بلحاظ مخالفت شدید دولت و ملاحظات مذکور در بند ۱، عملاً تحقق آن فوق‌العاده دور از دسترس است و مطمئناً طرح آن در پیچ و خم فرایند قانونگذاری، مدت‌ها معطل خواهد ماند.

۱-۷- تردیدی نیست جایگاه اصلی سازمان حفاظت محیط زیست نظارتی است ولی واقعیت آن است که امور اجرایی مربوط به محیط زیست نقش عمده و گسترده در اجرا و رعایت قوانین و مقررات محیط زیست را ایفا می‌کند که تماماً در حیطه دولت است از قبیل دستورالعمل‌های شیوه استقرار واحدهای تولیدی، صنعتی و معدنی، بررسی وضعیت اضطراری آلودگی هوا، مدیریت پسماند مواد شیمیایی، چگونگی پایش طرح‌های زیست محیطی، حمل و نقل جاده ای مواد خطرناک، معاینات فنی کارخانجات و خودروها و..... که با مراجعه به آئین نامه‌ها و دستورالعمل‌های این سازمان بخوبی می‌توان به اهمیت آن واقف شد.^۱ بنابراین تغییر بنیادی در ساختار این سازمان لطمه غیر قابل جبران به مسئولیت پذیری بخش امور اجرایی و عملیاتی محیط زیست وارد خواهد کرد.

۱. سازمان حفاظت محیط زیست، آئین نامه‌ها و دستورالعمل‌های قوانین و مقررات محیط زیست.

۲. دیدگاه دیگر بحران موجود را ناشی از ضعف سازمانی و محدودیت اختیارات و عملکرد و منابع سازمان حفاظت محیط‌زیست دانسته و راه چاره را در تبدیل سازمان به وزارتخانه جستجو می‌کند. بر اساس این دیدگاه، با افزایش قدرت تشکیلاتی حفاظت محیط‌زیست در درون دولت می‌توان بحران و مشکلات موجود را برطرف کرد.^۱

نقد نظریه:

اگر چه ایده تبدیل سازمان حفاظت محیط‌زیست به وزارتخانه، صرفاً یک ایده در حد کارشناسی نبوده است بلکه بصورت جدی و در قالب طرحی قانونی از طرف ۵۷ نماینده مجلس شورای اسلامی برای بررسی به کمیسیون اجتماعی مجلس شورای اسلامی تقدیم شد. اما به لحاظ اشکالات عدیده مسکوت ماند. در اینجا به برخی از اشکالات این نظریه و طرح اشاره می‌کنیم:

۱- در حال حاضر سازمان حفاظت محیط‌زیست زیر مجموعه نهاد ریاست جمهوری است و رئیس آن نیز، معاون رئیس جمهوری محسوب می‌شود. از این رو، معاون رئیس جمهوری دارای سمتی فراگیرتر از وزیر است. در شرایط حاضر سازمان حفاظت محیط‌زیست به دلیل رتبه برتر می‌تواند به همه وزارتخانه‌ها دستوراتی ابلاغ و آنها را بدلیل عدم هماهنگی با سازمان در اجرای قوانین و مقررات محیط‌زیست بازخواست کند اما با تبدیل به وزارتخانه، با سایر وزارتخانه‌ها همسطح خواهد بود و از قدرت نیم بند نظارتی کنونی نیز کاسته خواهد شد

۲- تشکیل وزارتخانه محیط‌زیست و منابع طبیعی قدرت نظارتی سازمان محیط‌زیست را مختل می‌سازد زیرا سازمان حفاظت محیط‌زیست یک نهاد نظارتی و وزارت خانه یک نهاد اجرایی است. واقعیت آن است تجربه نشان داده است، ایجاد تغییرات ساختاری بنیادین و افزایش تعداد وزارت خانه‌ها علیرغم هزینه‌های سنگین، ثمرات ملموسی را در پی نداشته است

۳- سازمان حفاظت محیط‌زیست بر اساس قانون ایجاد شده و تغییر آن به وزارتخانه علاوه بر آنکه مغایر با ماده ۳۵ قانون برنامه پنجم توسعه بود، مغایر با ماده قانون برنامه ششم توسعه نیز هست. بنابراین، سازمان با ساختار فعلی مذکور در ماده ۱ قانون حفاظت محیط‌زیست و با لحاظ تغییر در مواد شکلی و ساختاری این قانون به مراتب تاثیرگذارتر خواهد بود.

۱. عبداللّهی، محسن و فریادی، مسعود، «چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط‌زیست ایران»، تهران، فصلنامه علوم

محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۳.

۴- نکته قابل توجه اینکه بحث تبدیل سازمان محیط زیست به وزارتخانه در برنامه سوم و پنجم توسعه نیز مطرح شده بود. این در حالی است که در موارد مشابه تجربه موفق را شاهد نیستیم بطوریکه در چند سال اخیر همواره در کشور شاهد تغییر در ساختار دستگاه های مختلف دولتی بودیم بدون آنکه تاثیر ملموسی در رفع مشکلات و چالش های موجود داشته باشد. ولذا تا زمانی که جایگاه واقعی سازمان محیط زیست که جایگاهی حاکمیتی است ترسیم نگردد قطعا فربه کرده آن در قالب وزارتخانه نتیجه بخش نخواهد بود.

۳. برخی از صاحب نظران و کارشناسان محیط زیست، معتقدند برخی از قوانین ماهوی قانون حفاظت محیط زیست بلحاظ کهنه بودن، دارای کارایی لازم نبوده و زمینه را برای ظهور تعارض منافع فراهم نموده است و لذا تجدید نظر در قوانین ماهوی قوانین حفاظت محیط زیست برای رفع موانع و چالش های زیست محیطی ضروری است.^۱

نقد نظریه :

واقعیت آن است که تغییر و تحول قوانین و مقررات ماهوی مورد عمل سازمان حفاظت محیط زیست نشانگر روند رشد و توسعه کشور و ارتقاء نیازهای محیط زیستی است و تحولات روز افزون و رو به رشد توسعه صنعتی و توسعه اقتصادی در کشور نیاز به بازنگری و تغییر و تحول برخی از قوانین محیط زیست امری بدیهی و اجتناب ناپذیر است و لذا ناکارآمدی برخی از ضوابط و قوانین قدیمی ایجاب می نماید تا با تنقیح قوانین نسبت به بازنگری یا اصلاح آنها و تدوین قوانین و مقررات جدید اقدامات موثری صورت گیرد. اما واقعیت دیگری نیز در میان است و آن اینکه آیا دلیل اصلی وضعیت بحرانی و نابسامان امور زیست محیطی در کشور، فقدان و یا کمبود قوانین و مقررات ماهوی زیست محیطی است و یا عدم اجرای قوانین موجود؟ در پاسخ به این پرسش باید اذعان نمود اگر چه قوانین و مقررات موجود محیط زیست دارای نواقص و کاستی هایی است اما قطعا بحران فزاینده کنونی زیست محیطی ناشی از آن نیست زیرا با تنوع و گستردگی قوانین موجود خلاء قابل توجهی از نظر فقدان قوانین به چشم نمی خورد و لذا اگر قوانین و مقررات موجود به خوبی اجرا می شد کشور در وضعیت اسفبار کنونی قرار نمی گرفت و لذا مهم ترین مشکل حفاظت از محیط زیست عدم اجرای صحیح قانون است.

۱. کریمی، داریوش، مدیرکل حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست، خبرگزاری ایرنا، ۹ اسفند ۱۳۹۵. کد خبر ۸۲۴۴۵۸۳۴

۴. برخی از صاحب نظران، ضعف دانش زیست محیطی در کشور و بروز نبودن قوانین موجود و فقدان آموزش‌های نوین را از علل اصلی چالش‌های زیست محیطی قلمداد می‌کنند و معتقدند تدوین قوانین نوین آموزشی و ارتقا دانش زیست محیطی منطبق با استانداردهای بین‌المللی و همراه با ارائه آموزش‌های کاربردی، بهترین راه حل معضل زیست محیطی در کشور است. کما اینکه با ایجاد و تداوم یک نهضت آموزشی با هدف تغییر رفتار و اصلاح بینش عمومی نسبت به محیط‌زیست، به عنوان مقدمه عمل برای دستیابی به توسعه پایدار می‌توان به این امر مهم دست یافت. زیرا در شرایط کنونی کشور، با وجود تلاش‌های صورت گرفته، دستاوردها محدود و ناچیزی حاصل شده است. بنابراین ما باید درک کنیم مشکل اساسی محیط‌زیست ایران، انقراض یوزپلنگ نیست، بلکه انقراض متخصص محیط‌زیست و بخصوص اکولوژیست است.^۱

نقد نظریه:

نقش آموزش در ارتقاء کیفی مولفه‌های زیست محیطی امری مسلم و غیر قابل انکار است زیرا آموزش مربوط به امور محیط‌زیست یک فرآیند هدفمند است که هدف آن آگاه نمودن مردم نسبت به مسئولیت‌های خود در قبال مسائل محیط‌زیست است چون این آموزش‌ها انگیزه، مشارکت، تعهد و مهارت‌های فردی و جمعی در حل مشکلات محیط‌زیست را افزایش می‌دهد. اما نکاتی را باید مد نظر قرار داد.

علت اساسی نقض قوانین و مقررات محیط‌زیست که کشور از آن رنج می‌برد به ضعف آموزش عمومی و ضعف آگاهی‌ها و عدم فرهنگ سازی مردم نسبت به رعایت شئون زیست محیطی بر نمی‌گردد چرا که ناقضان اصلی حریم محیط‌زیست کسانی هستند که کاملاً آگاه به دانش محیط‌زیست بوده و اساساً خود را متولی حفاظت از محیط‌زیست معرفی می‌کنند. کافی است برای اثبات این مدعا به آمار نقض قوانین و مقررات از جانب دستگاه‌های دولتی توجه نمود. اگر مسئله تخریب در محیط‌زیست کشور را بررسی کنیم، بخش قابل توجهی از این تخریب توسط دستگاه‌های اجرایی و نهادهای دولتی صورت می‌گیرد. یعنی تصمیماتی که اتخاذ می‌شود، کمتر با مصالح محیط‌زیست کشور سازگار است.

۱. شبیری، سید محمد و همکاران، مجله پژوهش‌های محیط زیست، مقاله «تدوین مدل مفهومی توسعه آموزش محیط

زیست با ارزیابی عوامل راهبردی» سال ۷، شماره ۱۴

ب. آسیب شناسی ساختار حقوقی شورای عالی محیط زیست و سازمان وابسته

علیرغم آنکه جایگاه اداری سازمان حفاظت محیط زیست به عنوان معاونت رییس جمهوری، جایگاهی مطلوب در سلسله مراتب نظام اداری کشورمان محسوب می شود اما در عین حال این جایگاه، متناسب با اهمیت امور محیط زیست نیست. زیرا ساختار کنونی تشکیلات سازمانی محیط زیست که شورای عالی محیط زیست در راس آن قرار دارد از نوع شورای اداری درون قوه ای است و عملاً وزارتخانه ها قسمت اعظم امور عمومی محیط زیست را در دست گرفته اند و اغلب تصمیم های مهم زیست محیطی متناسب با منافع آنان اتخاذ می گردد. بدین منظور وزارتخانه ها غالباً اختیارات گسترده ای در حوزه صلاحیت خود دارند و در واقع نظام اداری مرتبط با محیط زیست، یک نظام وزارتخانه محور بوده و از کارایی لازم برخوردار نیست تا جائیکه سازمان حفاظت محیط زیست از سوی برخی دستگاه های دولتی که طرفدار توسعه اقتصادی کشور هستند به عنوان یک نهاد مزاحم توسعه نگاه می شود و لذا به جهت ضعف جایگاه حقوقی نتوانسته است با وجود اهمیت یافتن مسایل محیط زیستی در ایران و جهان، به وظایف قانونی خود عمل کند. بلکه صرفاً حق ارسال پیشنهادهای قانونی به هیأت دولت را دارد که اگر با منافع وزارت خانه های ذینفع در تضاد باشد به بایگانی سپرده می شود.

بنابراین با توجه به اینکه در اکثر موارد دولت ها و هیئت وزیران، اولویت هدف گذاری در تصمیمات اقتصادی و اجتماعی خود را در راستای برآورده نمودن توقعات کوتاه مدت مردم یعنی رفاه اجتماعی و اقتصادی ترسیم می کنند و توجه کافی به بررسی لوایح پیشنهادی سازمان که به نوعی در برابر توسعه اقتصادی کوتاه مدت دولت قرار می گیرد، نمی شود لذا در صورتی که لوایح پیشنهادی سازمان محیط زیست با دیدگاهها و سیاست های وزارتخانه های قدرتمند مانند نیرو، نفت، صمت، کشاورزی تعارض داشته باشد با توجه به رویه تصمیم گیری هیأت وزیران، در عمل این احتمال وجود دارد دیدگاه های سازمان در سایه اقتدار این وزارتخانه ها کمرنگ باقی مانده و قدرت ابتکار سازمان هم محدود به اراده هیأت وزیران می شود. به عنوان نمونه دولت با موافقت ایجاد طرح های بزرگ عمرانی از قبیل احداث بزرگراه و شهرک سازی در داخل مناطق حفاظت شده و... بیشترین تخریب و آلودگی توسط دستگاه های دولتی را رقم می زند و از حیث کمی نقض های این قوه نسبت به دو قوه مقننه و قضائیه خیلی بیشتر است.^۱ به همین دلیل با توجه به نقش تخریبی برخی از دستگاه های دولتی در محیط زیست برخی از کارشناسان حوزه محیط زیست در مورد حدود

۱. مهرپور، حسین، وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی، چاپ اول، تهران، انتشارات نشر ثالث، سال ۱۳۸۴.

تصدی دولت در امر محیط‌زیست و نسبت تکالیف دولت و حفظ محیط‌زیست در آموزه‌های حقوق عمومی دیدگاهی بد بینانه اتخاذ کرده‌اند و با رویکردی تند از ضرورت عدم حضور دولت یا حضور حداقلی آن در امر حفاظت دفاع می‌نمایند (رویکرد بدون دولت) در این رویکرد دولتها نه تنها حافظان خوبی نیستند، بلکه حضور و نقشی به دولتها در این زمینه به معنای تخریب و نابودی محیط‌زیست خواهد بود. در این رویکرد از دولتها خواسته میشود که در امر حفاظت از محیط‌زیست مداخله‌ای ننمایند و آن را به سایر بازیگران واگذار نماید. بر اساس این رویکرد، مهمترین دلایل ناتوانی و ضعف دولت در حفظ محیط‌زیست را می‌توان در دلایلی از جمله: ضعف نهادهای نظارتی مانند سازمان حفاظت محیط‌زیست، قدرت زیاد سازمانهای متصدی توسعه نظیر وزارت نفت و صنایع، فساد اداری، ساختار اقتصاد رانتی، انحصارات دولتی، نقش مسلط دولت در اقتصاد، تحدید رقابت عدم کارایی نیروی انسانی حافظ محیط‌زیست، عدم شفافیت، ضعف انگیزه‌ها، ضعف قوانین و مقررات دانست.^۱

نکته قابل توجه اینکه با وجود عضویت رییس سازمان محیط‌زیست در این شوراها اما این حضور چندان موثر نیست چرا که ریاست اغلب این شوراها با وزیر است و رییس سازمان به عنوان عضو غیر موثر که نهایتاً رأی مساوی با دیگر اعضا خواهد داشت، شرکت می‌کند. در حالیکه که این سازمان باید نقشی فعال و گسترده در حمایت از مواضع حقوقی سازمان و نیز تهیه مبانی حقوقی لازم برای حفاظت از محیط‌زیست ایفا کند که لازمه آن برخورداری از جایگاه سازمانی شایسته است.^۲

بند دوم. بررسی نقص جایگاه قانونی شورای عالی و سازمان حفاظت محیط‌زیست

از چالش‌های مهم فراروی دستگاه مسئول حفاظت محیط‌زیست، صلاحیت‌های قانونی و موازی سایر نهادهای دولتی در این خصوص است.

الف. نقص قانونی مسئولیت سازمان، با دیگر دستگاه‌های مرتبط با محیط‌زیست

با تعدد و تنوع مراجع تصمیم‌گیری حوزه محیط‌زیست و در سایه عدم اقتدار سازمان و انفعال شورای عالی سیاستگذاری، برخی از صلاحیت‌ها در انحصار دیگر نهادها است و برخی

۱. مشهدی، علی، حق بر محیط زیست سالم الگوی ایرانی فرانسوی، نشر میزان، سال ۱۳۹۵، ص ۵۹.

۲. عبداللهی، محسن و فریادی، مسعود، «چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط زیست ایران»، تهران، فصلنامه علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۳.

دیگر نیز به صورت مشترک در اختیار سازمان حفاظت محیط زیست و دیگر نهادها قرار گرفته و نمی توان سازمان حفاظت محیط زیست را تنها نهاد قانونی رسیدگی به مسایل محیط زیستی دانست. بر اساس آمار موجود، حدود ۳۸ نهاد و دستگاه که هر کدام با سیاست های خود محورانه و گاهی فعالیت های کاملاً موازی، خود را متولی و متصدی امور زیست محیطی قلمداد می کنند.

ب. عدم تناسب مفاد ماده ۲ با اسناد بالا دستی:

بر اساس مطالعات و پژوهش های انجام شده سهم قابل توجهی از بحران کنونی در محیط زیست کشورمان، نتیجه عدم تناسب برخی از قوانین شکلی قانون حفاظت محیط زیست از جمله ماده ۲ این قانون با قوانین و اسناد بالا دستی از قبیل اصل پنجاهم قانون اساسی، قانون برنامه ششم توسعه کشور مصوب ۹۵/۱۲/۲۱ و همچنین سند سیاست های کلی محیط زیست ابلاغی از جانب مقام معظم رهبری در تاریخ ۱۳۹۴/۸/۲۶، است

۱- طبق بند ۹ ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه در بخش ۹ این قانون که اختصاص به محیط زیست و منابع طبیعی دارد، دولت جمهوری اسلامی موظف است اقدامات موثری را جهت حفاظت از محیط زیست به عمل آورد. از جمله «نظارت بر ارزیابی راهبردی محیط زیست (SEA) در سیاست ها و برنامه های توسعه ای و ارزیابی اثرات زیست محیطی (EIA) طرح های بزرگ کلیه دستگاه های اجرایی و بخش های خصوصی و تعاونی، نهادهای عمومی غیردولتی در پهنه سرزمینی از جمله مناطق آزاد تجاری و صنعتی براساس شاخص ها، ضوابط و معیارهای پایداری محیط زیست». با مستنداتی که در مورد آثار و تبعات انحصار دولت در سیاست گذاری امور محیط زیست، در قالب شورای عالی سیاست گذاری محیط زیست، در مباحث گذشته ذکر شد، تحقق این بند از ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه بشدت دور از انتظار است زیرا برخی از دستگاه های دولتی با پشت گرمی ترکیب این شورا و در راستای سیاست منافع اقتصادی دولت، قوانین آمره زیست محیطی را دور می زنند.

۲- طبق سند ابلاغی سیاست های کلی محیط زیست از جانب مقام معظم رهبری به روسای قوای سه گانه خصوصاً بندهای ۱، ۲، ۳، ۴ این سند، نکات زیر قابل توجه است:

۲-۱- مخاطب بودن سران قوای سه گانه در این سند دلیل بر جایگاه حاکمیتی قوانین و مقررات محیط زیست آنها در قالب حاکمیت فراگیر و بعنوان رسالت نظام و حکومت در تحقق و اجرائی شدن سند مذکور است.

- ۲-۲- طبق این سند، مسئولیت سران قوا در قبال این سند بنحو مشارکتی فعال است که تحقق مشارکت فعال با حضور پررنگ در شورایعالی سیاستگذاری ممکن خواهد بود.
- ۲-۳- بر اساس بند ۱ این سند، مدیریت جامع، هماهنگ و نظام مند منابع حیاتی از پایه‌های اصلی محیط‌زیست قلمداد شده است که واکاوی در هر یک از این عناوین (جامع، هماهنگ، نظام مند) نشانگر لزوم نقش مدیریت قوای سه گانه در تحقق مفاد بند ۱ است.
- ۲-۴- در این بند، بستر مدیریت جامع، هماهنگ و نظام مند، افزایش توانمندی‌های حقوقی و ساختاری بیان شده است که به روشنی ناظر بر لزوم بازنگری در توانمندی حقوقی و ساختاری کنونی سازمان می‌باشد که بر اساس مباحث گذشته بهترین و مناسب‌ترین راهکار در بستر سازی، بازنگری ساختاری در ماده ۲ این قانون است.
- ۲-۵- در بند ۲ این سند، ایجاد نظام یکپارچه ملی محیط‌زیست مورد تاکید قرار گرفته است، که قطعاً تحقق آن با انحصار قوه مجریه در تصمیم گیری‌های مهم در قالب شورایعالی سیاستگذاری در حوزه محیط‌زیست، همخوانی ندارد و نیازمند مشارکت مستقیم همه ارکان نظام در تصمیمات مربوط به امور زیست محیطی در این شوری است.
- ۲-۶- در بند ۳، با وجود بحران کنونی در حوزه محیط‌زیست، اصلاح شرایط زیستی به منظور برخورداری ساختن جامعه از محیط‌زیست سالم و رعایت عدالت و حقوق بین نسلی مورد توجه قرار گرفته است، با توجه به عملکرد برخی دستگاه‌های دولتی در نقض فاحش قوانین و مقررات محیط‌زیست، اصلاح شرایط، با انحصار شکنی اختیارات دولت در تصمیم گیری‌های درون گروهی، امکان پذیر خواهد بود.
- ۲-۷- در بند ۴، پیشگیری و ممانعت از انتشار انواع آلودگی‌های غیرمجاز و جرم‌انگاری تخریب محیط‌زیست و مجازات مؤثر و بازدارنده آلوده کنندگان و تخریب کنندگان محیط‌زیست و الزام آنان به جبران خسارت، از بندهای الزام آور این سند است ولی برخی دستگاه‌های دولتی در سایه مفاد ماده ۲ عملاً معاف از رعایت این الزامات و مجازات‌ها هستند.

نتیجه :

بحران زیست محیطی در کشور متأثر از عوامل مختلفی است. بررسی‌ها نشان می‌دهد تعارض منافع در حوزه محیط‌زیست به عنوان مهمترین عامل تاثیرگذار در ایجاد بحران و چالش‌های کنونی زیست محیطی کشور است و زمینه ساز نقض قوانین و مقررات محیط‌زیست می‌باشد. مطابق نتایج این پژوهش، اهمال در مقابله با تخلفات برخی از دستگاه‌های دولتی، در سایه انحصار و سیطره قوه مجریه بر مهمترین نهاد نظارتی زیست محیطی کشور و با تکیه بر مفاد ماده ۲ قانون حفاظت محیط‌زیست، و همچنین تبعیض و فقدان ضمانت کافی قانونی در مقابله با متخلفان و ناقضان قوانین حفاظت محیط‌زیست در سایه ضعف قوانین شکلی آئین دادرسی جرائم زیست محیطی، با وجود بستر مناسب فقهی و حقوقی، خسارت و زیان‌های جبران ناپذیری را بر ملت و مملکت وارد کرده است. از عوامل اصلی و تاثیر گذار در ایجاد بحران و چالش‌های کنونی زیست محیطی کشور می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- ۱- در وضعیت کنونی، کارائی مطلوب قوانین ماهوی قانون حفاظت محیط‌زیست با وجود مستندات قوی قانونی و اسناد بالادستی از قبیل اصل پنجاهم قانون اساسی، بند الف ماده ۳۸ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی کشور و بندهای ۱۰، ۴، ۱، سند ابلاغی سیاست‌های کلی محیط‌زیست از جانب مقام رهبری بشدت زیر سوال است. با بازنگری در ماده ۲، بستر لازم برای مدیریت و کنترل بحران و چالش‌های فراروی زیست محیطی کشور، فراهم می‌گردد
- ۲- با تبدیل شورای عالی حفاظت محیط‌زیست از شورای اداری درون قوه ای (قوه مجریه) به شورای فرا قوه ای (عضویت ثابت قوای قضائیه و مقننه در این شورا) و نهاد حاکمیتی، پدیده زیانبار تعارض منافع در حوزه محیط‌زیست مرتفع، و موانع و چالش‌های فراروی اجرای قوانین حفاظت محیط‌زیست کشور برطرف می‌گردد .
- ۳- زمینه اجرای قوانین محیط‌زیست بر پایه منافع و مصالح بلند مدت کشور و به دور از تبعیض و ویژه گرایی فراهم می‌گردد .
- ۴- قدرت بازدارندگی و پیشگیری از تخلفات بزرگ برخی از دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی با رفع تعارض منافع طرف‌های ذینفع، افزایش می‌یابد .
- ۵- دستگاه‌ها و شرکت‌های دولتی ملزم به ترسیم سیاست‌های اقتصادی خود در چهارچوب رعایت قوانین حفاظت از منابع طبیعی و محیط‌زیست خواهند شد.
- ۶- پیگرد قضائی تخریب کنندگان بزرگ محیط‌زیست با تثبیت جایگاه حاکمیتی سازمان محیط‌زیست با هدف تأمین منافع و مصالح عمومی کشور، با تکیه بر قاعده لاضرر و بر اساس نظریه حقوقی مسئولیت محض در قبال تخلفات زیست محیطی، امکان پذیر خواهد شد.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

- ۱- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران جلد سوم، سال ۱۳۶۴.
- ۲- سند ابلاغ سیاست‌های کلی محیط‌زیست رهبر انقلاب اسلامی مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۶.
- ۳- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۴- قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۵- قانون اداری جمهوری اسلامی ایران، نشر مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۶- قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، روزنامه رسمی کشور، شماره ۲۰۹۹۵ سال ۱۳۹۵.
- ۷- قانون مدیریت خدمات کشوری، ماده ۸ بندط، نشر مرکز پژوهش مجلس شورای اسلامی.
- ۸- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مصوبات مجلس شورای ملی، دوره ۱۹، چاپ ۱، جلد ۲.
- ۹- مشهدی، علی، **حق بر محیط‌زیست سالم الگوی ایرانی فرانسوی**، نشر میزان، سال ۱۳۹۵، ص ۸۵.
- ۱۰- مهرپور، حسین، **وظیفه دشوار نظارت بر اجرای قانون اساسی**، چاپ اول، تهران، انتشارات نشر ثالث، سال ۱۳۸۴.

ب. مقاله‌ها

- ۱- سنگانچین فرزامپور، اصغر، **بررسی عملکرد سازمان حفاظت محیط‌زیست بعد از انقلاب اسلامی و برنامه ریزی جهت برنامه‌های آتی**، دانشکده محیط‌زیست دانشگاه تهران، سال ۱۳۷۷.
- ۲- عبداللهی، محسن و فریادی، مسعود، **چالش‌های حقوقی سازمان حفاظت محیط‌زیست ایران**، تهران، فصلنامه علوم محیطی، سال هفتم، شماره چهارم، سال ۱۳۸۹، ص ۱۴۳.
- ۳- غلامپور، علی، **تأثیرات جهانی شدن اقتصاد بر نقش دولت در اقتصاد سیاسی محیط‌زیست در کشورهای در حال توسعه: مورد ایران**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، فصلنامه سیاست، دوره ۳۷، ص ۳۷، سال ۱۳۸۶.

- ۴- فریادی، مسعود، آسیب شناسی همکاری میان سازمانی در حفاظت محیط زیست در حقوق اداری ایران، فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)، دوره ششم، شماره ۱۶، سال ۱۳۹۷.
- ۵- قائم، پونه و شبیری، سید محمد و همکاران، تدوین مدل مفهومی توسعه آموزش محیط زیست با ارزیابی عوامل راهبردی، مجله پژوهش های محیط زیست سال ۷، شماره ۱۴۴۷، سال ۱۳۹۵.
- ۶- کد خدائی، عباسعلی و آقایی، مسلم، تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانون گذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۴، شماره ۳۸، سال ۱۳۹۱، ص ۷۷.
- ۷- کد خدائی، عباسعلی و آقایی، مسلم، تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانون گذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۴، شماره ۳۸، سال ۱۳۹۱، ص ۷۷.
- ۸- محمد جانی، اسماعیل، تحلیل وضعیت بحران آب در کشور و الزامات مدیریت آن، فصلنامه روند «سال ۲۱، شماره ۶۵، سال ۱۳۹۳، ص ۱۲۶.
- ۹- مرادحاصل و همکاران، ارزیابی نقش دولت در چالش های زیست محیطی ایران، مجله علوم و تکنولوژی محیط زیست، دوره دهم، شماره ۴، سال ۱۳۸۷.
- ۱۰- مشهدی، علی و همکاران، حقوق شوراهای اداری، بررسی حقوقی جایگاه و وضعیت نهادهای شورائی در ساختار قوه مجریه ایران، ناشر معاونت تدوین و تمقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ص ۵۳، سال ۱۳۸۹.
- ۱۱- مشهدی، علی، دولت و محیط زیست: از رویکردهای بدون دولت تا رویکردهای مشارکت، فصلنامه دولت پژوهی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲، شماره ۸، سال ۱۳۸۹.
- ۱۲- همتی، مجتبی، شورای عالی اداری در نظام حقوقی ایران در پرتو دولت قانون مدار صوری، مجله حقوقی داور، سال اول، شماره اول، سال ۱۳۸۴.

سایت ها

۱- پایگاه خبرگزاری ایرنا

<https://www.irna.ir/news/83582078>

۲- پایگاه خبرگزاری ایسنا

www.isna.ir/news/98100100187



۳- سایت سازمان حفاظت محیط‌زیست

<https://www.doe.ir/portal/home>

امکان سنجی بازگشت قضات به حقوق عام استخدامی پس از ۱۱۰ سال: تحلیل مبحث ورود به خدمت (۱۴۰۰-۱۲۹۰)

وحید آگاه *

مهدی حسنوند **

چکیده

قضات از زمان قانون اصول تشکیلات عدلیه مصوب ۱۲۹۰ تاکنون، به هر دلیل از جمله جایگاه استقلال قضایی، ضوابط استخدامی خاص داشته و از شمول قوانین و مقررات عام استخدامی خارج بوده اند. وفق قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵، قضات از شمول این قانون، خارج بوده و تنها در صورت نبود قواعد ویژه، مشمول آن هستند. امری که در ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری هم، تثبیت شد. اما این قاعده گذاری خاص در ۱۱۰ سال گذشته تا چه حد با قوانین عام استخدامی تفاوت داشته و این تمایز، چقدر بوده که خاص انگاری بیش از یک قرن را توجیه کند؟ پژوهش با هدف واکاوی قوانین و مقررات خاص استخدامی قضات در مبحث ورود به خدمت و تطبیق آن با قوانین استخدامی عام، انجام و موضوعات شیوه ورود به خدمت، انواع استخدام و شرایط عمومی آن، تحلیل و تطبیق داده شد. نتیجه آنکه قضات در عدم پیش بینی استخدام پیمانی، امکان معافیت از خدمت سربازی، حداکثر زمان خدمت آزمایشی، لزوم تابعیت ذاتی و طهارت مولد، حداقل مدرک تحصیلی، ممنوعیت عضویت در احزاب و فعالیت سیاسی و ضرورت مسلمانی، با کارمندان تفاوت دارند. اما نظر به یکسانی سایر ضوابط و تفاوت غیر چشمگیر تمایزات موجود، در مجموع، تفاوت چندانی میان ورود به خدمت قضات و کارمندان نیست و پیشنهاد می شود با حذف تفاوت های بی مبنا مانند امکان معافیت از سربازی قضات و در اصلاح تورم قوانین، با اضافه کردن فصلی به قانون مدیریت و اختصاص چند ماده، به خاص انگاری قضات در آستانه قرن جدید، پایان داده شود.

کلیدواژه ها: قضات، حقوق استخدامی، قانون استخدام کشوری، استخدام قضات، قانون مدیریت خدمات کشوری.

*. عضو هیات علمی گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی.

dragah@atu.ac.ir

** کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Ma_hasanvand@yahoo.fr

مقدمه

قضات از ابتدای قانون گذاری در نظام مشروطه، قانون خاص داشته اند. چنانکه در مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ «قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلیحه» مصوب ۱۲۹۰/۴/۲۶، شرایط و موانع استخدام مشاغل قضایی ذکر شده و به همین دلیل در «قانون استخدام کشوری» مصوب ۱۳۰۱/۹/۲۲ ردی از قضات نیست. با فاصله کمی، قوانین «موقت امتحان حکام و صاحبان مناصب و اجزاء و مستخدمین عدلیه» در ۱۳۰۱/۴/۲۱ و «استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب منصبان پارکه» در ۱۳۰۲/۱/۲۵ تصویب شد. این مهم با «قانون استخدام قضات و صاحب منصبان پارکه و مباشرین ثبت اسناد» مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۸،^۱ «تصویب نامه قانونی راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی» مصوب ۱۳۴۲/۵/۵ در دوران فترت، «قانون راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی» مصوب ۱۳۴۳/۲/۱۹ - زین پس، قانون استخدام قضات- و اصلاحات قوانین یادشده تداوم داشت تا اینکه قانون استخدام کشوری- قانون استخدام- در ۱۳۴۵/۳/۳۱ مصوب گردید که طبق ماده ۲ آن: «امور استخدامی وزارتخانه ها و مؤسسات دولتی، مشمول مقررات این قانون خواهد بود، مگر در موارد زیر: ... ج - دارندگان رتبه های قضایی و ... به موجب تبصره بند چ این ماده هم: «مستخدمین مشمول بند ج ... در هر مورد که قانونی برای تعیین تکلیف آنان وجود نداشته باشد یا طبق قوانین مربوط، تابع احکام عمومی قوانین استخدام کشوری شده باشند، مشمول مقررات این قانون خواهند بود». امری که بعد از پیروزی انقلاب، استمرار یافت تا زمانی که مقنن عزم تصویب قانون عام دیگری کرد: «قانون مدیریت خدمات کشوری» مصوب ۱۳۸۶/۷/۸، زین پس، قانون مدیریت. اما سنت گذشته تغییر نکرد و ماده ۱۱۷ این قانون، قضات را در فهرست استثناسدگان از آن قرار داد. براین اساس، با خروج قضات از قانون مدیریت و لحاظ ماده ۲ قانون استخدام، اصل بر قوانین و مقررات خاص استخدامی قضات است و در موارد سکوت، باید قانون استخدام را ملاک داشت.

حقوق خاص استخدامی قضات از ۱۲۹۰ تاکنون، ۱۱۰ سال عمر دارد و صعوبت قواعد استخدامی قضات، این است که هر مورد باید در انبوه قوانین و مقررات خاص، جستجو شود و در صورت نبود ضوابط ویژه، به قانون استخدام مراجعه نمود. در حالی که غالب مفاد قانون استخدام، به صراحت ماده ۱۲۷ قانون مدیریت که کلیه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر

۱. این قانون، واجد عنوان «اولین قانون استخدام قضات» دانسته شده (امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، چاپ دوم، جلد اول، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۲)، اما با وجود قانون اصول تشکیلات عدلیه و مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ آن، اولین مفاد استخدامی قضات، قانون ۱۳۰۶ نیست. ضمن آنکه «قانون استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب منصبان پارکه» در ۱۳۰۲ تصویب شده است.

با آن را لغو کرده، نسخ شده و تنها اولاً^۱ در موارد سکوت قانون مدیریت یا عدم مغایرت با آن. ثانیاً- موارد استثناسده از قانون مدیریت، اجرا می‌شود. در این میان، ظاهراً نظر به سنت دیرینه خروج قضات از قواعد عام استخدامی، تفاوت میان حقوق استخدامی ایشان با سایر کارمندان یا مستخدمان^۲ بررسی نشده و مشخص نیست این ضوابط واقعاً تا چه حد با هم متفاوتند؟ اینکه با عنایت به مطالعه تطبیقی نظام استخدامی قضات و سایر کارمندان، این تمایز چقدر توجیه‌پذیر است و دَوران آن از یک سو میان قوانین و مقررات خاص با قانون استخدام و از سوی دیگر، میان قانون استخدام و قانون مدیریت، به قدری چشمگیر هست که قانع کننده باشد؛ یا چنین نبوده و می‌شود آنها هم مانند سایر مستخدمان دولت، مشمول قانون عام استخدامی فعلی یعنی قانون مدیریت باشند.

گفتنی است اولاً- هرچند قضات، کارمند هستند، اما منظور از کارمند در این نوشته، غیرقضات یعنی سایر کارمندان مشمول قانون مدیریت هستند که از قضا، کارمندان غیرقاضی قوه قضاییه را هم دربرمی‌گیرد، زیرا پرسنل غیرقاضی قوه، در زمره استثنای ماده ۱۱۷ نبوده و مآلاً تحت شمول قانون مدیریت هستند. ثانیاً- وضع قوانین و مقررات استخدامی خاص برای قضات، «به منظور رعایت اصل تفکیک قوا و استقلال قوه قضاییه در برابر قوای دیگر»^۳ و «تامین استقلال قضایی»^۴ و قاضی، توجیه می‌شود که مقاله قصد پرداختن به آن را ندارد و تنها در پی این است که ضوابط خاص با هر دلیل که وضع شده‌اند، تا چه حد با قواعد عمومی استخدامی فرق دارند. ثالثاً- با توجه به گستردگی مطالب، تنها حقوق «ورود به خدمت قضات» با دیگر کارمندان مطابقت داده می‌شود و مباحث «ترفیعی و ارتقای قضات» که متفاوت از سلسله مراتب کارمندان می‌باشد و «خروج از خدمت ایشان» مانند استعفا و اخراج، از قلمرو پژوهش خارج است. رابعاً- شرایط عمومی استخدام، مواردی حداقلی و گزینش، سازوکاری برای احراز شرایط استخدام و انتخاب بهترین‌ها بوده که به جهت قوانین و مقررات مجزا و مفصل، گزینش در حیطه این مقاله نیست. خامساً- به دلیل قاعده‌گذاری خاص برای ایثارگران و خانواده‌های آنان در حقوق موضوعه و ایجاد یک نظم حقوقی بخصوص در همه ابعاد برای ایشان، این مهم نیازمند تحقیق مستقلی بوده و در این مقاله بررسی نگردیده است.

۱. قانون استخدام کشوری، از واژه «مستخدم» و قانون مدیریت خدمات کشوری از کلمه «کارمند» استفاده کرده است: رضایی زاده، محمد جواد و پرکاله، منصور، بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰، ص ۷۹.

۲. طباطبایی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ پانزدهم، تهران، سمت، ۱۳۸۷، ص ۱۷۵.

۳. موسی زاده، رضا، حقوق اداری (۲-۱: کلیات و ایران)، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۸۵.

در این پژوهش، طی سه بند به انطباق شیوه ورود به خدمت، نوع استخدام و شرایط متقاضی استخدام با سایر کارمندان پرداخته می‌شود.

گفتار اول. شیوه ورود به خدمت: مخرج مشترک آزمون و مصاحبه علمی

فصل ششم قانون مدیریت، «ورود به خدمت» نام دارد. وفق ماده ۴۴ این قانون: «به کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی، پس از پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی، نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکانپذیر است. دستورالعمل مربوط به نحوه برگزاری امتحان عمومی و تخصصی به تصویب شورای توسعه مدیریت می‌رسد». در این ماده که به شایستگی، ورود را برای همه از طریق آزمون در نظر گرفته، جزییات به دستورالعمل واگذار شده که در حال حاضر، «دستورالعمل برگزاری آزمون استخدامی دستگاه‌های اجرایی (تنقیح شده و ابلاغی ۱۴۰۰)»، موضوع بخشنامه شماره ۲۴۵۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۰ سازمان اداری و استخدامی کشور لازم الاجراست.

در ماده ۱ این مقرر، آگهی استخدامی، «آگهی مربوط به تمام یا بخشی از مجوزهای استخدامی دستگاه‌های اجرایی برای اطلاع‌رسانی جهت ثبت نام داوطلبان واجد شرایط است که با رعایت قوانین و مقررات مربوط ... تنظیم می‌شود». وفق ماده ۲۹ در آگهی‌های استخدامی باید موارد مرتبط با وظایف و آگاهی داوطلبان از جمله شرایط و فرایندهای مختلف استخدام، لحاظ گردد. امتحان دو حیطه عمومی و تخصصی دارد که باید هر دو به صورت کتبی برگزار شود. حیطه عمومی، «سنجش توانمندی‌ها و معلومات عمومی داوطلبان استخدام، شامل دانش عمومی، هوش و استعداد یادگیری، توانمندی ذهنی و روانشناختی و اطلاعات و معلومات پایه» و حیطه تخصصی امتحان، سنجش دانش و معلومات تخصصی داوطلبان برای تصدی شغل مورد نظر است. استخدام مصاحبه نیز دارد: «سنجش حضوری شایستگی داوطلبان استخدام از نظر مهارت شغلی و ویژگی‌های شخصیتی» که در شیوه نامه خاص مقرر شده است (ماده ۱). لذا برای کارمندان، آزمون عمومی و تخصصی و مصاحبه، طریقه جذب است.

زمینه استثنا در این خصوص، تبصره ۱ ماده ۶۵ قانون مدیریت است که پس از ذکر رتبه‌ها بیان می‌دارد: «نخبگانی که طبق ضوابط مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی تعیین می‌شوند و افرادی که علاوه بر شرایط عمومی در بدو استخدام، از تجربه و مهارت لازم

برخوردار هستند، طبق آیین‌نامه مصوب هیأت وزیران، از طی برخی از رتبه‌ها معاف و در یکی از رتبه‌های دیگر قرار می‌گیرند.

پیرو مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و تجویز تبصره معنونه، «آیین‌نامه جذب و نگهداری سرمایه انسانی استعداد برتر و نخبه در دستگاه‌های اجرایی» مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۷ هیأت وزیران، آخرین مقرر است که طبق ماده ۷ آن، استخدام نخبگان و استعدادهای برتر نیازمند آزمون عمومی و اختصاصی است و ماده ۸ نیز تصریح دارد: «متقاضیان جذب و استخدام وفق این آیین‌نامه چنانچه بتوانند با موفقیت آزمون عمومی، اختصاصی ... را طی کنند، دستگاه‌های اجرایی موظفند تمهیدات لازم برای تصدی پست ثابت در مشاغل حاکمیتی و رسمی شدن برای آنها را فراهم کنند». لذا در اصل آزمون با حیطه عمومی و تخصصی، استثنایی مقرر نشده است.

در مورد قضات، مطابق تبصره ۱ ماده ۱ قانون استخدام قضات با اصلاحات بعدی، «وزارت دادگستری- در حال حاضر، قوه قضاییه- مجاز است همه ساله ... از پذیرفته‌شدگان در مسابقات ورودی یا از دانشجویان واجد شرایط رشته قضایی ... انتخاب و برای ورود به دوره کارآموزی قضایی استخدام کند». لذا سوای شیوه آزمون، انتخاب از میان دانشجویان حقوق هم پیش‌بینی شده که نظر به زمان تصویب قانون، با توجه به قلت این دانشجویان بوده که با شرایط فعلی و فور دانش آموخته حقوق، سازگاری ندارد. همانطور که پیداست، دوره کارآموزی برای قضات وجود دارد که تقریباً معادل آموزش بدو خدمت کارمندان با شرایط ویژه و صعوبت بیشتر بوده و در مواد ۲ و ۴ قانون مذکور، شرایط، شیوه کارآموزی و موارد معافیت از آن، مقرر شده است. «قانون تشخیص لزوم کارآموزی برای متقاضیان امر قضا» مصوب ۱۳۶۶/۴/۹، اصل کارآموزی و مدت آن را برعهده شورای عالی قضایی گذاشته بود که پس از بازنگری ق.ا. در سال ۱۳۶۸ و تصویب قانون ماده واحده «اختیارات و وظایف رئیس قوه قضاییه» مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹ به ریاست قوه واگذار گردیده است. مطابق بند ۱۱۳ ماده ۱۳ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ نیز، جذب قضات «از طریق آزمون استخدامی و در فضای رقابتی از میان استعدادهای برتر و نخبگان دانشگاهی و حوزوی» پیش‌بینی شده است.

پیرو قوانین یادشده که ضمن شناسایی شیوه آزمون و غیرآن، دوره کارآموزی مهیا شده، مقرر این مهم، «آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و

استخدام قضات»- زین پس، آیین‌نامه جذب قضات- مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶ با اصلاحات بعدی است که وفق آن، جذب داوطلبان به دو شیوه عمومی و اختصاصی صورت می‌پذیرد (ماده ۱). جذب عمومی، از طریق آزمون ورودی کتبی و مصاحبه علمی از میان دانش آموختگان مقطع کارشناسی دانشگاه‌ها در رشته‌های حقوق، فقه و حقوق، علوم قضایی و سطح دو حوزه‌های علمیه و بالاتر صورت می‌پذیرد (مواد ۳ و ۴). جذب اختصاصی هم از طریق مصاحبه علمی (ماده ۶) است که با گروه بندی دانشگاه‌ها و حسب معدل ۱۶ یا ۱۷ فارغ التحصیلان آنها، وکلای با ۵ سال سابقه متوالی و موثر و رتبه‌های برتر کانون‌های وکلا (ماده ۷) انجام می‌شود. نیز مصاحبه تشخیصی برای دارندگان مدرک دکتری و سطح سه یا چهار حوزه علمیه با بررسی سوابق علمی و تجربی و داشتن قابلیت‌های دانشی است (ماده ۸). بخش سوم این آیین‌نامه هم، طی مواد ۲۷ تا ۴۵ به طور مفصل، ضوابط کارآموزی را مقرر نموده است.

علیهذا تفاوت معنا داری در شیوه استخدام قضات و کارمندان وجود ندارد. در هردو، اصل بر آزمون عمومی و تخصصی و مصاحبه است و به طور استثنایی، شیوه جذب نخبگان وجود دارد و تنها در کارمندان، آزمون خاص پیش‌بینی شده و در قضات، مصاحبه علمی و تشخیص خاص تعبیه گردیده. ضمن اینکه برای قضات، آموزش بدو خدمت با عنوان «کارآموزی» ارائه می‌شود که برای کارمندان وجود ندارد و حجم و مدت آموزش بدو خدمت کارمندان، بسیار متفاوت از دوره کارآموزی قضات بوده و برخلاف قضات، یک حالت استخدامی نیست. با این حال، تفاوت در دوره کارآموزی و عدم وجود این مرحله برای کارمندان، تفاوت بنیادینی محسوب نمی‌شود و می‌توان این دوره را برای قضات به طور خاص در قانون مدیریت درج نمود. کما اینکه مطابق بند ۳ ماده ۱ آیین‌نامه جذب و نگهداری سرمایه انسانی که شرح آن رفت، قوای سه گانه مشمول آیین‌نامه هستند و در صورت تصمیم مقنن درشمول قوانین عام استخدامی به قضات، هماهنگی این مرحله، پیچیده نیست.

گفتار دوم. نوع استخدام: تفاوت در خدمت پیمانی و مدت دوره آزمایشی

بند اول. عدم خدمت پیمانی قضات

در ماده ۴۵ قانون مدیریت، دو روش استخدام پیش‌بینی شده: رسمی و پیمانی. رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی، و پیمانی برای پست‌های سازمانی در مدت معین. مطابق ماده ۶ پست سازمانی، جایگاهی در ساختار سازمانی دستگاه اجرایی برای

انجام وظایف و مسؤولیت‌های مشخص ثابت و موقت و تصدی یک کارمند: پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی با جنبه استمرار ایجاد می‌شود. رابطه کارمند پیمانی با اداره بر پایه قرارداد است. ولی حیطه این قرارداد، حقوق خصوصی نبوده و قرارداد حقوق عمومی می‌باشد، زیرا قدرت عمومی، همه مفاد آن را معین نموده^۱ و نوعی قرارداد الحاقی محسوب می‌شود. وفق ماده ۳ آیین‌نامه استخدام پیمانی مصوب ۱۳۶۸/۶/۱ هیات دولت، مدت آن، یک سال است و تمدید قرارداد پیمانی به موجب ماده ۴۹ قانون مدیریت، منوط به تحقق شرایط است: «استمرار پست سازمانی، کسب نتایج مطلوب از ارزیابی عملکرد و رضایت از خدمات، جلب رضایت مردم و ارباب رجوع، ارتقای سطح علمی و تخصصی در زمینه شغل مورد تصدی».

درخصوص قضات، گفته شد که از شمول قانون مدیریت مستثنی هستند و طبق قانون استخدام، در صورت عدم وجود قانون خاص، باید به این قانون مراجعه نمود و از آنجا که برای نوع استخدام قضات در قوانین خاص، اشاره‌ای وجود ندارد، ضوابط قانون استخدام حاکم است. مطابق ماده ۵ و تبصره آن از این قانون، مستخدم رسمی به موجب حکم رسمی برای تصدی یکی از پست‌های سازمانی استخدام می‌شود و واگذاری پست‌های سازمانی به اشخاص غیر از مستخدمین رسمی، ممنوع است. به موجب ماده ۸ و تبصره ۱ آن، پست ثابت سازمانی عبارت از محلی است که در سازمان ... به طور مستمر برای یک شغل و ارجاع آن، یک مستخدم در نظر گرفته شده و پست‌هایی که جنبه استمرار ندارد، به عنوان پست موقت شناخته شده و استخدام افراد به طور رسمی برای تصدی این پست‌ها ممنوع است. این مفاد در کنار ماده ۶ که مستخدم پیمانی را کسی می‌داند که به موجب قرارداد به طور موقت برای مدت معین و کار مشخص استخدام می‌شود، مجموعاً حکایت از این دارد که استخدام پیمانی برای قضات، ممکن نمی‌باشد و استخدام قضات از حالت رسمی شروع می‌شود. کما اینکه در ماده ۸ قانون مدیریت، امور حاکمیتی تعریف شده: «اموری 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». مطابق بند ب این ماده نیز، برقراری عدالت از مصادیق امور حاکمیتی است. لذا قضاوت در زمره شیوه استخدام رسمی قرار می‌گیرد. به همین دلیل، عنوان فصل ۴ آیین‌نامه جذب قضات، «تقسیم کارآموزان و صدور ابلاغ قضایی آزمایشی» است و ماده ۴۵ آن بیان می‌دارد: «اداره کل کارگزینی قضات مکلف است حداکثر ظرف یک هفته پس از تقسیم کارآموزان، پیش‌نویس ابلاغ انتصاب قضات آزمایشی را تهیه و جهت امضاء برای رییس قوه قضاییه ارسال کند».

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، چاپ هفتم، تهران، توس، ۱۳۸۳، ص ۵۶.

علیهذا اشتراک کارمندان و قضات در حالت استخدام رسمی و تفاوت آنها در نبود وضعیت پیمانی قضات می‌باشد که اولاً- تفاوت چشمگیری نیست. ثانیاً- با توجه به حاکمیتی و مستمر بودن قضاوت و عدم امکان استخدام پیمانی برای قضات، می‌توان این تفاوت را طی ماده ای در قانون مدیریت جای داد.

بند دوم. تفاوت‌های خدمت رسمی آزمایشی کارمندان و قضات

وفق ماده ۴۶ قانون مدیریت، کارمندان بعد از طی دوره پیمانی، ابتدا به دوره رسمی آزمایشی وارد می‌شوند. دوره ای سه ساله که در صورت احراز شرایط سه گانه «حصول اطمینان از لیاقت، طی دوره‌های آموزشی و تایید گزینش»، تبدیل وضعیت به رسمی قطعی، نتیجه آن است. مستند به تبصره ۱ ماده ۴۶، کارمند در صورتی که در ضمن یا پایان دوره آزمایشی، شرایط ادامه خدمت یا تبدیل به استخدام رسمی را کسب ننماید، سه گزینه قابل تصور است: «مهلت دوساله دیگر برای احراز شرایط، تبدیل وضع به استخدام پیمانی و لغو حکم».

برای دوره رسمی آزمایشی قضات با توجه به عدم مفادی در قوانین و مقررات خاص، باید به قانون استخدام رجوع نمود. ماده ۱۲۴ این قانون، وضع استخدامی مستخدمین رسمی را احصا نموده و تاکید دارد که «نمی‌توان مستخدم را در حال استخدامی دیگری قرار داد» و بند چ آن، حال خدمت آزمایشی را وضع مستخدمی می‌داند که امتحانات ورودی به استخدام کشوری را گذرانیده و در حال طی دوره آزمایشی ماده ۱۷ است: «کسانی که در امتحان یا مسابقه ورودی استخدام رسمی قبول شده‌اند، قبل از ورود به خدمت رسمی، يك دوره آزمایشی را طی خواهند کرد». ماده ۱۸، مدت خدمت آزمایش کارمندان را حداقل ۶ ماه و حداکثر ۲ سال تعیین کرده و در این محدوده، مدت را در صلاحیت اداره دانسته است. مواد ۱۹ و ۲۲، احراز «لیاقت، کاردانی و علاقه به کار» و «امتیازات حاصله از امتحانات و نحوه کار در دوره آزمایشی» را از شرایط رسمی قطعی شدن اعلام نموده و مطابق ماده ۲۰، افرادی که طی یا در پایان دوره آزمایشی، صالح برای ابقاء در خدمت تشخیص داده نشوند، بدون هیچ گونه تعهدی، حکم برکناری آنان صادر می‌شود.

ماده ۴۹ اصلاحی ۱۳۹۵/۱۲/۱۵ آیین‌نامه جذب قضات، فرآیند خدمت آزمایشی را تشریح نموده: «معاونت منابع انسانی مکلف است در طول دوره آزمایشی، عملکرد قضات آزمایشی را

مورد ارزیابی قرار دهد و عنداللزوم برنامه‌های آموزشی ویژه دوره آزمایشی را اجرا نماید ... در صورت رضایت بخش بودن عملکرد آنان ... معاونت نسبت به تمهید مقدمات صدور ابلاغ قطعی قضایی اقدام می‌نماید. در غیر این صورت، نتیجه ارزیابی‌های به عمل آمده ... را جهت تصمیم‌گیری به کمیسیون نقل و انتقال قضات ارسال می‌نماید تا اقدام مقتضی به عمل آید ... بدیهی است تردید در صلاحیت باید در چارچوب ماده ۴۴ قانون نظارت بر رفتار قضات صورت پذیرد». تبصره اصلاحی نیز، دوره آزمایشی را صرفاً برای دو دوره یک ساله به تشخیص کمیسیون نقل و انتقالات، قابل تمدید می‌داند.

بنابراین تفاوت مهم رسمی آزمایشی کارمندان و قضات در مدت آن است: ۳ سال برای کارمندان و ۲ سال برای قضات. موارد دیگر شامل ارزیابی در طول دوره، تبدیل وضعیت به رسمی قطعی در صورت مثبت بودن عملکرد، و امکان تمدید دوره آزمایشی برای دو سال دیگر، از شباهت‌هاست. ضمن اینکه برای کارمندان بعد از این دو سال مازاد، ظرفیت بازگشت به وضعیت پیمانی وجود دارد. ولی برای قضات، چون این وضعیت اساساً ممکن نیست، بازگشت به آن هم منتفی می‌باشد. لذا از این منظر هم، تفاوت خاصی میان کارمندان و قضات نیست که برای وجود مفاد خاص قانونی قضات، قانع کننده باشد.

گفتار سوم. تفاوت‌ها در شرایط عمومی استخدام

شرایط عمومی استخدام کارمندان در ماده ۴۲ قانون مدیریت فهرست شده است. برای قضات اما، از ق.ا. شروع می‌شود: بند ۳ اصل ۱۵۸ که «صفات عادل و شایسته» را برای استخدام قضات به کار برده و اصل ۱۶۳ ق.ا. که جزییات یعنی تعیین «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی» را به قانون واگذار نموده است. البته این جدا از مقامات قضایی بوده و برای رییس قوه قضاییه، رییس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور، «مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی» (اصول ۱۵۷ و ۱۶۲) ضرورت دارد. دلیل انطباق شرایط قاضی با موازین فقهی، سوای نوع حکومت که پسوند اسلامی دارد (اصل ۱) و رسمیت دین اسلام در اصل ۱۲، شناسایی «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» در اصل ۱۶۷ به عنوان منبع حقوق پس از «قوانین مدونه» است. شرایط عمومی قضات در قوانین و مقررات متعدد درج شده که به تفکیک با شرایط کارمندان، مطابقت و تحلیل می‌شود.

بند اول. سن استخدام: عدم تفاوت با توجه به مدرک دانشگاهی

در بند الف ماده ۴۲ قانون مدیریت، حداقل ۲۰ سال تمام و حداکثر ۴۰ سال و برای متخصصان با مدرک تحصیلی دکتری، ۴۵ سال سن تعیین شده است. درخصوص قضات به موجب تبصره ۹ قانون ماده واحده شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۱۴- زمین پس، قانون شرایط انتخاب قضات- حداکثر سن استخدامی مذکور در بند الف ماده ۱۴ قانون استخدام و تبصره‌های آن (حداکثر ۴۰ سال تمام) شامل قضات نمی‌شود. در قوانین دیگر نیز حداکثر سن وجود ندارد. اما بند ۱۰ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات، حداقل ۲۲ و حداکثر ۳۶ سال تمام در روز ثبت نام را مقرر نموده و تبصره همین ماده، برای داوطلبان کارشناسی ارشد یا سطح سه حوزه، ۲ سال و دکتری تخصصی یا سطح چهار، ۴ سال به حداکثر سن افزوده است.

لذا شرط سن برای قضات در حداقل، ۲ سال بیشتر و در حداکثر، ۴ سال کمتر است که چون حداقل مدرک تحصیلی در قانون مدیریت، فوق دیپلم و در قضاوت، کارشناسی است، ۲۲ سال شدن ۲۰ سال قانون مدیریت، منطقی است.

بند دوم. تابعیت ایرانی: تفاوت در تابعیت اکتسابی

بند ب ماده ۴۲ قانون مدیریت، «داشتن تابعیت ایران» را از شرایط استخدام عنوان کرده است. در مورد قضات، بند ۱ ماده ۱ قانون استخدام قضات، تابعیت اصلی ایران را شرط کرده و بند ۳ ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات، صرفاً تابعیت ایران را مقرر نموده است. بند ۱ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات نیز، تابعیت اصلی ایران را درج نموده است.

علیهذا تابعیت برای کارمندان و قضات شرط است و تفاوت در نوع آن می‌باشد. برخلاف اینکه تابعیت اکتسابی، مانع کارمند شدن نیست، قاضی حتماً باید تابعیت ایرانی ذاتی داشته باشد، زیرا مستند به ماده ۹۸۲ قانون مدنی، اشخاصی که تحصیل تابعیت ایرانی نموده یا بنمایند، از کلیه حقوقی که برای ایرانیان مقرر است بهره‌مند می‌شوند، لیکن نمی‌توانند به بعضی مقامات نائل گردند که قضاوت از جمله آنهاست.

بند سوم. خدمت وظیفه عمومی: امکان معافیت قضات

بند ج ماده ۴۱ قانون مدیریت، «انجام خدمت دوره ضرورت یا معافیت قانونی برای مردان را شرط کرده. برای قضات نیز، قسمت اخیر بند ۳ قانون شرایط انتخاب قضات، این شرط را مقرر کرده است. بند ۶ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات هم، «داشتن کارت پایان خدمت وظیفه یا معافیت از خدمت با لحاظ مقررات ماده واحده قانون گذراندن مدت خدمت نظام وظیفه فارغ التحصیلان دانشکده علوم قضایی در محاکم قضایی کشور» تصریح شده است. وفق قانون اخیرالذکر مصوب ۱۳۷۳/۱۱/۹ با اصلاحات بعدی، «فارغ التحصیلان دانشکده علوم قضایی وابسته به دادگستری ... که خدمت سربازی خود را انجام نداده‌اند، با پیشنهاد قوه قضائیه و موافقت ستاد کل نیروهای مسلح در صورت تعهد حداقل ده سال خدمت در قوه قضائیه ... و طی دوره آموزش مقدماتی نظامی و پس از ایفای تعهد، از انجام خدمت دوره ضرورت در زمان صلح معاف می‌باشند». تبصره ۲ هم اشعار می‌دارد: «قوه قضائیه مکلف است چنانچه مشمولان این قانون از انجام خدمت مورد تعهد امتناع نمایند و یا طی مدت تعهد به عللی از خدمت در دادگستری برکنار شوند، آنان را بلافاصله جهت رسیدگی به وضع مشمولیت به اداره وظیفه عمومی معرفی نماید». لذا تفاوت کارمندان و قضات، این است که اگر قضات در دانشکده علوم قضایی - که دانشگاه شده - تحصیل کرده باشند و تعهد ده ساله بدهند، از خدمت سربازی معافند. حال آنکه این ظرفیت برای کارمندان وجود ندارد.

بند چهارم. عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر

بند د ماده ۴۲ قانون مدیریت، «عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر» را در فهرست شرایط عمومی استخدام قرار داده است. برای قضات، قسمت اخیر بند ۴ قانون شرایط انتخاب قضات، صرفاً اعتیاد به مواد مخدر را از موانع استخدام معین کرده. اما در بند ۹ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات، «عدم اعتیاد به دخانیات، مواد مخدر و روان گردان» بیان و در ماده ۱۸، احراز آن با استعلام از سازمان پزشکی قانونی صورت می‌گیرد. لذا برای کارمندان و قضات، احراز اعتیاد از موانع استخدام است.

بند پنجم. عدم محکومیت جزایی مؤثر: یکسانی ضوابط

عدم محکومیت جزایی مؤثر، یکی دیگر از شرایط ورود به خدمت در بند (ه) ماده ۴۲ قانون مدیریت است. باید توجه داشت که صرف محکومیت کیفری، مانع استخدام به عنوان کارمند و قاضی نیست و محکومیت مؤثر مهم است. محکومیت مؤثر در تبصره ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱: «محکوم را به تبع اجرای حکم، بر اساس ماده ۲۵ این قانون، از حقوق اجتماعی محروم می‌کند». ماده ۲۵، محکومیت قطعی کیفری در جرایم عمدی را پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، به عنوان مجازات تبعی، از موجبات محرومیت از حقوق اجتماعی لحاظ نموده و برای محکومیت به مجازات‌های مقرر در ماده، مدت زمان‌های ۲، ۳ و ۷ سال را در نظر گرفته که طبق تبصره ۱ ماده، در غیر موارد فوق، مراتب محکومیت در گواهی‌های صادره منعکس نمی‌گردد. در ماده ۲۶، حقوق اجتماعی که محکومیت کیفری مؤثر، سالب آنهاست، فهرست شده و بند چ، «استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه گانه» را از مصادیق حقوق اجتماعی تلقی نموده است. لذا در صورت محکومیت کیفری مؤثر وفق ماده ۲۵، فرد امکان ورود به خدمت دولتی اعم از قاضی و غیر آن را ندارد. البته مطابق تبصره ۲ ماده ۲۶، برای استخدام دولتی، پس از مدت زمان‌های مقرر در ماده ۲۵، فرد محکوم، اعاده حیثیت شده و آثار تبعی محکومیت وی زائل می‌گردد. لذا سوای ذکر این مهم در قانون مدیریت، قانون مجازات، مانع استخدام افراد در مدت‌های یادشده است. بر این اساس، نداشتن سابقه محکومیت کیفری مؤثر در بند ۷ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات وجود دارد.

گفتنی است، شروطی چون «معروفیت به حسن اخلاق و دیانت و امانت» در بند ۳ ماده ۱ قانون استخدام قضات و «حسن شهرت، اخلاق و امانتداری» در بند ۸ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات و «عدالت» در بند ۱ ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات و بند ۲ آیین‌نامه مزبور ذکر شده که احراز آن، طبق ضوابط گزینش و خارج از دامنه این تحقیق است.

بند ششم. مدرک تحصیلی: تفاوت در حداقل مدرک و مدارک حوزوی

به موجب بند «و» ماده ۴۲ قانون مدیریت، «دارا بودن مدرک تحصیلی دانشگاهی و یا مدرک همتراز (برای مشاغلی که مدارک همتراز در شرایط احراز آنها پیش‌بینی شده است)» از شرایط استخدام می‌باشد. مدرک دانشگاهی از فوق دیپلم آغاز می‌شود. لذا برای استخدام

در دولت، مدرک دیپلم، کفایت نمی‌کند. بند ۲ ماده ۱ قانون استخدام قضات، داشتن دانش‌نامه لیسانس حقوق را برشمرده است. بند ۵ و تبصره ۲ قانون شرایط انتخاب قضات نیز، کارشناسی حقوق یا مدرک حوزوی معادل را عنوان نموده. ماده ۳ آیین‌نامه جذب قضات نیز، کارشناسی حقوق یا فقه و حقوق و مدرک حوزوی سطح دو را حداقل مدرک برای ورود به قضاوت معین نموده است.

بنابراین نظر به اینکه مدرک هم‌تراز در قانون مدیریت به طور استثنایی، امکان پذیرش دارد و در قضاوت نیز، مدارک حوزوی به عنوان معادل پذیرفته می‌شود، تفاوت در دو مورد است: اولاً- برخلاف کارمندان که دست کم با مدرک فوق دیپلم امکان استخدام دارند، برای قضاوت حداقل مدرک، کارشناسی است. البته در دهه اخیر، فوق دیپلم حقوق که قبلاً وجود نداشت، در مراکز علمی کاربردی برقرار شده، ولی مقنن تا این لحظه، برای قضاوت، کمتر از کارشناسی را قبول نکرده که صحیح است. ثانیاً- مدرک کارمندان، حسب نیاز اداره، می‌تواند در همه رشته‌ها باشد. اما برای قضات، تنها رشته حقوق یا فقه و حقوق مقبول است.

بند هفتم. سلامت متقاضی: توانایی در انجام کار مورد استخدام

بر اساس بند ۲ ماده ۴۲ قانون مدیریت، «داشتن سلامت جسمانی و روانی و توانایی برای انجام کاری که استخدام می‌شوند» بر اساس آیین‌نامه مصوب هیأت وزیران، ملاک می‌باشد. برای قضات، بند ۴ قانون شرایط انتخاب قضات، «صحت مزاج و توانایی انجام کار» و بند ۵ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات، «داشتن سلامت جسمی و روانی و توانایی برای انجام کار قضایی به موجب شیوه نامه مصوب رئیس قوه قضاییه» را مقرر داشته‌اند. در این خصوص، اولاً- در قوانین خاص برای ایثارگران و افراد دارای معلولیت، سهمیه‌های ویژه تعیین شده که در مقدمه گفته شد، حدیث مفصل مستقلاً می‌طلبد. ثانیاً- به موجب ماده واحده و تبصره «قانون عدم ممنوعیت استخدام دارندگان معافیت پزشکی» مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۳: «استخدام افراد دارای معافیت پزشکی در صورتی که واجد شرایط مورد احتیاج دستگاه مربوطه باشند، بلامانع است» و همه ادارات موظفند موارد مانع استخدام را از قبل اعلام نمایند. کما اینکه در بند مربوط به خدمت نظام وظیفه، «معافیت قانونی» ذکر شده که مطلق است.

لذا سلامت جسمی کامل شرط نبوده و معیار، سلامتی مورد نیاز برای شغل مورد نظر است و در بحث قضاوت باید مقرر رییس قوه را ملاحظه نمود که یافت نشد و فعلاً باید به

ماده ۱۸ آیین‌نامه جذب قضات بسنده نمود: «احراز ... سلامت جسمی و توانایی برای انجام کار قضایی، از طریق استعمال از سازمان پزشکی قانونی صورت می‌پذیرد».

بند هشتم. ممکن بودن کارمند زرتشتی، مسیحی و کلیمی و ناممکن بودن قضاوت ایشان

بند ح ماده ۴۲ قانون مدیریت، اعتقاد به دین اسلام یا یکی از ادیان شناخته شده در ق.ا. (اصل ۱۳: مسیحیان، زرتشتیان و یهودیان) را از شرایط عمومی استخدام بیان نموده است. برای قضات، بند ۳ ماده ۱ قانون استخدام قضات، «داشتن مذهب اسلام»؛ بند ۱ قانون شرایط انتخاب قضات، «ایمان و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی» و بند ۲ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات، «اعتقاد و التزام عملی به دین اسلام و ایمان» را مقرر کرده است. سوای محل نقد بودن تشت در استفاده از واژه‌ها و ورود به قلمرو اصول ۲۳ و ۲۵ ق.ا. مبنی بر ممنوعیت تفتیش عقیده و تجسس، دو تفاوت در حقوق حاکم بر کارمندان و قضات مشاهده می‌شود: ۱- بسندگی قانون مدیریت به صرف اعتقاد و در مقابل، تصریح به التزام عملی برای قضات، که نهایتاً اختلافی ندارند، زیرا در بحث گزینش، التزام عملی رصد شده و در صورت عدم احراز، متقاضی استخدام به صرف اعتقاد تایید نمی‌شود. ۲- امکان ورود اقلیت‌های دینی به خدمت دولتی و مسدود بودن این مهم برای متقاضیان قضاوت. چه اینکه حتی در دعاوی احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث، وصیت) به رغم رعایت احکام دینی اقلیت‌های اصل ۱۳ ق.ا.، قاضی مسلمان به دعوی رسیدگی می‌نماید و برای اطلاع از احکام ماهوی، از مراجع صالح اقلیت‌ها استعمال می‌کند.^۱ گفتنی است اولاً با عنایت به اصل ۱۲ ق.ا. مشعر بر رعایت حقوق اقلیت‌های مذهبی و عدم ممنوعیت قوانین، استخدام مسلمانان اهل سنت، فاقد هرگونه ممنوعیت و محدودیت است. ثانیاً به رغم عدم ممنوعیت یا محدودیت قانونی در استخدام اقلیت‌های دینی، رعایت این مهم در عمل، محل تامل بوده و «بخشنامه‌های مکرر در این زمینه»^۲ مویید مشکلات عملی می‌باشد.

۱. تبصره ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱: «به دعاوی اشخاص موضوع اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی، حسب مورد طبق قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۴/۳۱ و قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی مصوب ۱۳۷۲/۴/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، رسیدگی می‌شود. تصمیمات مراجع عالی اقلیت‌های دینی مذکور در امور حسبی و احوال شخصیه آنان از جمله نکاح و طلاق، معتبر و توسط محاکم قضایی بدون رعایت تشریفات، تنفیذ و اجرا می‌گردد».

۲. موسی زاده، ابراهیم، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱، صص ۳۹۹-۳۹۸.

بند نهم. مرد بودن

قانون مدیریت، تساوی فرصت استخدامی برای زن و مرد را رعایت و تبعیضی قایل نشده است. لذا ماده ۴۲ مردانه نیست. در قضاوت اما، برخلاف قوانین قبل از پیروزی انقلاب، صدر قانون شرایط انتخاب قضات مصوب ۱۳۶۱ با عنوان اینکه «قضات از میان مردان واجد شرایط زیر انتخاب می‌شوند»، قبل از ورود به شرایط عمومی، زنان را از این شغل حساس محروم نمود. اما به فاصله اندکی، با تصویب «قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» در ۱۳۶۳/۱۱/۱۸، وفق تبصره ۵ الحاقی مقرر شد: «بانوان دارندگان پایه قضایی واجد شرایط می‌توانند در دادگاه‌های مدنی خاص و اداره سرپرستی صغار به عنوان مشاور خدمت نمایند و پایه قضایی خود را داشته باشند». در ۱۳۷۴/۱/۲۹ با «قانون اصلاح تبصره ۵ قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۳»، این تبصره اصلاح گردید: «رییس قوه قضاییه می‌تواند بانوانی را هم که واجد شرایط می‌باشند، با پایه قضایی جهت تصدی پست‌های مشاورت دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های مدنی خاص، قاضی تحقیق و دفاتر مطالعات حقوقی و تدوین قوانین دادگستری و اداره سرپرستی صغار و مستشاری اداره حقوقی و سایر اداراتی که دارای پست قضایی هستند، استخدام نماید». لذا با حذف مرد بودن از شرایط عمومی قضاوت، تفاوت به سمت‌های قضایی و محاکم خدمت منتقل شده است. هرچند که رصد عملی جذب قضات زن مشخص می‌نماید که این اصلاح قانونی که عمر حدود ۴۰ ساله ای را تجربه می‌کند، تا چه حد اجرا شده است.

علیهذا تفاوت استخدام کارمند و قاضی در محدودیت استخدام زنان در قضاوت به دلیل محدودیت زیاد سمت‌های قضایی ممکن در قوه قضاییه برای زنان است.

بند دهم. شرط طهارت مولد برای قضات

قانون مدیریت درخصوص والدین متقاضی استخدام سکوت نموده و این مهم را واگذارده است. اما این شرط که اساساً در بحث قضاوت اسلامی مطرح شده، در بند ۲ قانون شرایط انتخاب قضات، جای گرفت و در بند ۴ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات تکرار گردید. طهارت مولد در حقوق ایران در بحث شرایط شاهد هم مطرح است: ماده ۱۳۱۳ قانون مدنی و بند ۱۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱. طهارت مولد که به تولد فرد از رابطه

شرعی زن و مرد در رابطه نکاح اشاره دارد، به حلال زادگی نیز خوانده می‌شود و در قانون مدنی از آن بحث شده است. اما سوای این تفاوت میان کارمندان و قضات در استخدام، احراز این شرط، مساله است. ماده ۱۷ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ در این خصوص اشعار می‌دارد: «هرگاه ابویین طفل معلوم نباشند، سند یا نام خانوادگی آزاد و نام‌های فرضی در محل اسامی ابویین تنظیم می‌گردد ... موضوع فرضی بودن اسامی پدر و مادر در شناسنامه منعکس نخواهد شد». به نظر می‌رسد با توجه به درج فرضی بودن در اسناد سجلی و صرف عدم درج آن در شناسنامه، این شرط بدین طریق امکان استعلام دارد که البته با عنایت به محرمانگی این مهم و عدم امکان عملی حفظ حریم خصوصی در ادارات کارگزینی، بحث استعلام از ثبت احوال منتفی بوده و در صورت عدم وجود مدرک دارای حجیت، اصل بر طهارت مولد است و از مهم ترین این مدارک، رای قطعی دعوای نفی ولد موضوع ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی می‌باشد. لذا بدون مدارک قطعی، همانطور که جرح شاهد در محکمه به دلیل فقد طهارت مولد، ممکن نیست، رد متقاضی استخدام به این دلیل نیز منتفی است.

بند یازدهم. التزام به قانون اساسی و نظام: تفاوت ظاهری، شباهت عملی

بند ط ماده ۴۲ قانون مدیریت، «التزام به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» را از شرایط عمومی استخدام بیان کرده. برای قضات، در بند ۱ قانون شرایط انتخاب قضات، «وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران» تصریح دارد و بند ۳ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات، «التزام عملی به ق.ا. و اصل ولایت مطلقه فقیه» را شرط نموده است. بنابراین در ظاهر، سختگیری برای قضات بیشتر بوده. با این حال، از آنجا که ولایت فقیه، جزیی از قانون اساسی می‌باشد، عبارت قانون مدیریت، التزام به ولایت فقیه را نیز در بر می‌گیرد. اما در مورد قضات، بیشتر از وفاداری مدنظر بوده و استفاده از واژه «التزام عملی» می‌رساند، التزام نظری هم هست که می‌تواند به معنای باور و اعتماد درونی باشد.^۱ در التزام عملی به ق.ا. از جمله ولایت فقیه، از عرصه نظر به ورطه عمل ورود شده و باب نقض ق.ا. از جمله اصول ۲۳ و ۲۵ را می‌گشاید که جایز نیست. چه، رصد این مورد در گزینش، بسیار فراخ تر از صرف اعلام متقاضی و نبود مدارک قطعی اثبات شده در دادرسی منصفانه است.

۱. قهوه چیان، حمید، نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران، فصلنامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، تابستان

بند دوازدهم. عدم امکان عضویت قضات در احزاب و گروه‌های سیاسی

تشکیل احزاب و سازمان‌های سیاسی و عضویت در آنها، از حقوق سیاسی شهروندان است که کارمندان اصولاً از آن بهره‌مند هستند،^۱ مگر استثنای قانونی وجود داشته باشد. اما در خصوص قضات، شرایط متفاوت است. قضات از ابتدا حق عضویت در سازمان‌های سیاسی و فعالیت‌های سیاسی نداشتند. وفق ماده ۵ «قانون استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب‌منصبان پارک» مصوب ۱۳۰۲: «اعمال نظریات سیاسی در امور قضایی و تبلیغات بر ضد مذهب رسمی مملکت و یا بر علیه حکومت ملی به کلی ممنوع و موجب انفصال خواهد بود». حکمی که در ماده ۵ قانون استخدام قضات و صاحب‌منصبان پارک مصوب ۱۳۰۶ تکرار شد و همواره مورد تاکید بود. چنانچه مطابق «بخشنامه وزارت دادگستری راجع به دخالت در احزاب» مصوب ۱۳۲۵: «از قرار اطلاعی که رسیده، اغلبی از کارمندان قضایی و اداری دادگستری در امور احزاب، مداخله و در عمل اداری از دسته‌ای طرفداری می‌نمایند. چون متصدیان دادگستری ... وظیفه‌دار حل اختلاف و حافظ حقوق عامه می‌باشند و در امور اداری و وظایف مرجوعه، بایستی بی‌طرفی مطلق را در نظر بگیرند تا مورد اطمینان کامل افراد کشور واقع گردند ... تاکیداً ابلاغ می‌شود که از دخالت دادن اغراض سیاسی در امور دادگستری و وظایف اداری خودداری نمایند». ماده ۵۲ لایحه «اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات مصوب ۱۳۳۳/۱۲/۱۴ نیز بیان می‌داشت: «به منظور حفظ بی‌طرفی کامل در انجام وظیفه و رعایت احترام شئون قضایی، عضویت متصدیان مشاغل قضایی در احزاب سیاسی و جمعیت‌های وابسته به آنها و هرگونه تبلیغات حزبی و انتشار روزنامه‌ها یا مجله سیاسی و حزبی ممنوع است». ولی یک استثنا وجود داشت و مطابق «قانون اجازه عضویت دارندگان پایه قضایی در حزب رستاخیز ملت ایران» مصوب ۱۳۵۴/۲/۳۱، تبصره ای به ماده ۵۲ یادشده اضافه شد و عضویت در حزب رستاخیز از شمول ماده مستثنی گردید. تبصره ای خلاف اصل استقلال قضایی و غیرقابل قبول در راستای ایجاد حزبی دولتی و فعالیت‌های غیرقانونی شاه.

وفق بند چ ماده ۵ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۴/۱۱/۴، قضات از افرادی هستند که از حق تأسیس حزب یا عضویت در آن محرومند که در بند ۳ ماده ۱۳ آیین‌نامه جذب قضات نیز تکرار شده و «عدم وابستگی تشکیلاتی به احزاب،

۱. سنجایی، کریم، حقوق اداری ایران، تهران، زهره، ۱۳۴۲، صص ۱۶۰-۱۵۹.

سازمان‌ها و گروه‌های غیرقانونی یا هواداری از آنها، مگر در صورت احراز توبه» از شرایط عمومی قضات است. احراز این مهم باید با حکم قطعی دادگاه ذی صلاح باشد. لذا قضات حق عضویت و وابستگی تشکیلاتی به هیچ یک از گروه‌ها و احزاب سیاسی را ندارند. حکمی که برای کارمندان وجود نداشته و سکوت قانون مدیریت نیز بر همین منوال است. اما باید در نظر داشت برای کارمندان به رغم آزادی فعالیت سیاسی، این مهم نباید موجب نقض بی طرفی اداره و کارمند و «ایجاد تبعیض در تامین خدمت عمومی شود»^۱ که به «اصل بی طرفی در مقابل خدمت عمومی»^۲ خوانده می‌شود و نقطه مقابل کمال گرایی و مداخله در سبک زندگی شهروندان است.^۳

۱. رضایی زاده، محمدجواد، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۳۷.

۲. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۷۷.

۳. پتفت، آرین و مرکز مالمیری، احمد، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی**، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، صص ۱۴۴-۱۴۳.

نتیجه گیری

قضات ۱۱۰ سال است که قواعد خاص استخدامی دارند. از ۱۲۹۰ تاکنون، به دلیل شان منصب قضا، استقلال قوه قضاییه و ضرورت استقلال قاضی، ضوابط ویژه استخدامی قضات توجیه شده است. اینکه قوانین و مقررات عام استخدامی شامل قوانین استخدام کشوری مصوب ۱۳۰۱ و ۱۳۴۵ با اصلاحات بعدی و قانون مدیریت خدمات کشوری و مقررات آنها، انطباقی با امر قضاوت ندارد و این شغل، قواعد خاصی را می‌طلبد. بر این اساس، قوانین و مقررات متعددی به طور خاص برای قضات وضع شده که به دلیل گستردگی مباحث، در این تحقیق، قسمت نخست این مهم یعنی مفاد مربوط به ورود به خدمت در چارچوب حقوق موضوعه با قوانین عام استخدامی تطبیق و تحلیل شد. پرسش این بود که شباهت‌ها و تمایزات نظام خاص استخدامی قضات با نظام عام استخدامی در زمینه ورود به خدمت، چقدر بوده و تا چه حد، توجیه کننده خروج قضات از شمول قوانین عام استخدامی است. چه اینکه سوای حضور قضات در ماده ۱۱۷ قانون مدیریت، وفق ماده ۲ قانون استخدام، در صورت فقدان قوانین خاص برای قضات، قانون استخدام در خصوص ایشان لازم الاجراست.

نتیجه مذاقه در سه سرفصل مورد مطالعه، این شد که در شیوه ورود به خدمت، همچون کارمندان، برگزاری آزمون ضرورت دارد. اما جذب اختصاصی (بدون آزمون و با مصاحبه) نیز وجود دارد که در خصوص کارمندان، جذب نخبگان هم نیازمند آزمون است. در مورد نوع استخدام، قضات برخلاف کارمندان، استخدام پیمانی ندارند. اما مانند آنها، دوره رسمی آزمایشی به مدت ۲ سال دارند که از حداکثر کارمندان، یک سال کمتر است. در شرایط عمومی استخدام نیز، موارد «عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر، عدم محکومیت جزایی موثر، التزام به قانون اساسی، و سلامت داوطلب (توانایی در انجام کار مورد استخدام)»، تفاوتی مشاهده نمی‌شود. اما تفاوت‌هایی هم هست: ۱- شرط طهارت مولد برای قضات که فقدانش در کارمندان، مانع استخدام نیست. ۲- ضرورت مسلمانی برای قضات که در کارمندان نبوده و کارمند غیرقاضی می‌تواند زرتشتی، مسیحی یا کلیمی باشد. ۳- عدم امکان عضویت قاضی در احزاب و گروه‌های سیاسی و ممکن بودن آن برای سایر کارمندان. ۴- عدم معافیت از خدمت وظیفه عمومی با کارمند شدن و در مقابل، امکان قانونی معافیت فرد با انتخاب شغل قضاوت. ۵- لزوم تابعیت ذاتی ایرانی برای قاضی و امکان تابعیت اکتسابی در دیگر کارمندان. ۶- لزوم مدرک دانشگاهی فوق دیپلم برای کارمندان و حداقل مدرک کارشناسی در حقوق و فقه و حقوق برای قضات. ۷- تفاوت حداقل سن استخدام برای قضات با توجه به

لزوم مدرک دانشگاهی کارشناسی و تفاوت در حداکثر سن. ۸- محدودیت زنان در قضاوت و سمت‌های قضایی و عدم این مهم در کارمندان. ۹- وجود دوره کارآموزی برای قضات.

علیهذا تفاوت حقوق ورود به خدمت قضات در موارد فوق الذکر، به قدری نیست که نیازمند این حجم از قوانین و مقررات پراکنده و متعدد باشد و اساساً نیازی به استثنا نمودن کامل قضات از قانون مدیریت نیست. لذا پیشنهاد می‌گردد محتوای قوانین و مقررات مربوط به ورود به خدمت تجمیع و صرفاً موارد ضروری در فصلی جدا با تعداد محدودی ماده در قانون مدیریت جای گیرد. مثلاً معافیت قضات از خدمت سربازی، توجیهی نداشته و این امر ملی باید برای همگان یکسان باشد. چه اینکه استقلال قضات بیشتر از آنکه به حقوق استخدامی آنها ارتباط داشته باشد، می‌بایست از طریق بی طرفی و استقلال دادگاه و قاضی، عدم مداخله همه ارکان حکومت در امر قضاوت و اعمال کامل قواعد دادرسی منصفانه تامین شود.

شرایط ورود به خدمت	کارمندان	قضات
سن	۲۰ تا ۴۰ سال و دارندگان مدرک دکتری، ۴۵	۲۲ تا ۴۰ سال و دارندگان مدرک کارشناسی ارشد، ۳۸ و دکتری، ۴۰
تابعیت	تابعیت ذاتی و اکتسابی	تابعیت ذاتی
خدمت نظام وظیفه	بله	بله با امکان معافیت
عدم اعتیاد به دخانیات و مواد مخدر	بله	(بله) بدون تغییر
عدم محکومیت جزایی موثر	بله	(بله) بدون تغییر
مدرک تحصیلی	حداقل فوق دیپلم (هر رشته) حسب نیاز	حداقل کارشناسی (فقط حقوق، فقه و حقوق و الهیات) و معادل حوزوی
سلامت جسمی و روانی	بله	بله
دین	اسلام و ادیان شناخته شده در قانون اساسی	اسلام
جنسیت	مرد و زن	محدودیت در استخدام زنان
نوع خدمت	پیمانی و رسمی	رسمی
خدمت رسمی آزمایشی	۲ تا ۳ سال	۲ سال
التزام به قانون اساسی و نظام	بله	بله / التزام عملی
تشکیل و عضویت در احزاب و فعالیت سیاسی	بله	ممنوعیت
شیوه ورود به خدمت	آزمون و مصاحبه/ نخبگان با آزمون	آزمون و مصاحبه/ نخبگان بدون آزمون
طهارت مولد	خیر	بله

فهرست منابع

منابع فارسی

کتاب‌ها

- ۱- ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، چاپ هفتم، تهران، توس، ۱۳۸۳.
- ۲- امامی، محمد و استوار سنگری، کوروش، **حقوق اداری**، چاپ دوم، جلد اول، تهران، میزان، ۱۳۸۷.
- ۳- پتفت، آرین و مرکز مالمیری، احمد، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی**، چاپ دوم، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
- ۴- رضایی زاده، محمدجواد، **حقوق اداری ۱**، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
- ۵- سنجایی، کریم، **حقوق اداری ایران**، تهران، زهره، ۱۳۴۲.
- ۶- عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
- ۷- طباطبایی موتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ پانزدهم، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
- ۸- موسی زاده، ابراهیم، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱.
- ۹- موسی زاده، رضا، **حقوق اداری (۱-۲: کلیات و ایران)**، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۸.

مقاله‌ها

- ۱- رضایی زاده، محمد جواد و پرکاله، منصور، **بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا**، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰، صص ۷۵-۹۳.
- ۲- قهوه چیان، حمید، **نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران**، فصلنامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، تابستان ۱۳۹۳، صص ۱۶۲-۱۳۵.

قوانین و مقررات

- ۱- آیین‌نامه استخدام پیمانی مصوب ۱۳۶۸/۶/۱ هیات وزیران.
- ۲- آیین‌نامه جذب و نگهداری سرمایه انسانی استعداد برتر و نخبه در دستگاه‌های اجرایی مصوب ۱۴۰۰/۱۱/۱۷ هیات وزیران.

- ۳- آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲/۲/۲۶.
- ۴- تصویب نامه قانونی راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی مصوب ۱۳۴۲/۵/۵.
- ۵- دستورالعمل برگزاری آزمون استخدامی دستگاه‌های اجرایی (تنقیح شده و ابلاغی ۱۴۰۰)، موضوع بخشنامه شماره ۲۴۵۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۰ سازمان اداری و استخدامی کشور.
- ۶- قانون اجازه عضویت دارندگان پایه قضایی در حزب رستاخیز ملت ایران مصوب ۱۳۵۴/۲/۳۱.
- ۷- قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۹.
- ۸- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- ۹- قانون استخدام حکام محاکم عدلیه و صاحب‌منصبان پارکه مصوب ۱۳۰۲/۱/۲۵.
- ۱۰- قانون استخدام قضات و صاحب‌منصبان پارکه و مباشرین ثبت اسناد مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۸.
- ۱۱- قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۰۱/۹/۲۲.
- ۱۲- قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱.
- ۱۳- قانون اصلاح تبصره ۵ قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۳ مصوب ۱۳۷۴/۱/۲۹.
- ۱۴- قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلیحیه مصوب ۱۲۹۰/۴/۲۶.
- ۱۵- قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۳/۱۱/۱۸.
- ۱۶- قانون تشخیص لزوم کارآموزی برای متقاضیان امر قضا مصوب ۱۳۶۶/۴/۹.
- ۱۷- قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶.
- ۱۸- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱.
- ۱۹- قانون راجع به استخدام قضات و شرایط کارآموزی مصوب ۱۳۴۳/۲/۱۹.
- ۲۰- قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۴.
- ۲۱- قانون عدم ممنوعیت استخدام دارندگان معافیت پزشکی مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۳.
- ۲۲- قانون گذراندن مدت خدمت وظیفه فارغ‌التحصیلان دانشکده علوم قضایی در محاکم قضایی کشور مصوب ۱۳۷۳/۱۱/۹.
- ۲۳- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.
- ۲۴- قانون مدنی.
- ۲۵- قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸.

- ۲۶- قانون موقت امتحان حکام و صاحبان مناصب و اجزاء و مستخدمین عدلیه مصوب ۱۳۰۱ / ۴ / ۲۱.
- ۲۷- قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۴ / ۱۱ / ۴.
- ۲۸- لایحه اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات مصوب ۱۳۳۳ / ۱۲ / ۱۴.

تجدید حق احداث و تجدید بنا در آیینہ قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

احمد حسین پوری *

آیت مولایی **

محمد مظہری ***

چکیده

درج اصل حاکمیت قانون در فعالیت نهادهای اداری در قواعد حقوقی برای تأمین منفعت عمومی و رعایت حق مالکیت خصوصی است. با این حال، گاهی شهرداری‌ها به بهانه وجود طرح‌های عمومی، از تکلیف قانونی خود در صدور مجوز احداث یا تجدید بنا خودداری می‌ورزند و با نقض حق اعمال مالکیت سبب محروم شدن اشخاص از اعمال حقوق مالکانه و آثار مترتب بر آن می‌شوند. به استناد قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، اگر شهرداری‌ها و دستگاه‌های دولتی به تکلیف قانونی خود در خرید و تملک اراضی واقع در طرح عمومی و اجرای طرح به شرح مقرر در قوانین عمل نکنند، مالکان آن اراضی حق دارند همه حقوق مالکانه خود مثل احداث بنای مجاز را اعمال کنند. این مطالعه برای بررسی تجدید حق مالکیت در احداث و تجدید بنا به وسیله شهرداری‌ها که در قوانین و آرای دیوان عدالت اداری آمده است، می‌کوشد به این پرسش پاسخ دهد که با توجه به قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تجدید حق احداث یا تجدید بنا به وسیله شهرداری‌ها معلول چه عواملی است؟ آن‌گاه با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی به تجزیه و تحلیل مقررات و شایع‌ترین آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می‌پردازد. نقص قوانین و تصمیم‌های خارج از اختیار برخی مراجع، مهم‌ترین دلیلی است که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به استناد آن، به ابطال تصمیم یا پروانه حکم داده است که ضمن تأکید بر حرمت حق مالکانه اشخاص، آموزش و نظارت بر عملکرد شهرداری‌ها را نیز یادآور می‌شود.

کلیدواژه‌ها: احداث یا تجدید بنا، تجدید حق مالکیت، دیوان عدالت اداری، شهرداری‌ها.

*. دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز،

ahmad.hoseinpoori@gmail.com

تبریز، ایران

**. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران - (نویسنده

مسئول) amulaee@tabrizu.ac.ir

***. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

m.mazhari@tabrizu.ac.ir

مقدمه

به جرئت می‌توان گفت حق مالکیت یکی از حقوق مسلم انسان‌هاست. در ترمینولوژی حقوق و فرهنگ‌های لغت هم واژه «مالکیت» در معنی «حق»^۱ آمده است. بنابراین، رعایت حرمت حق مالکیت ضروری است و هر گونه تحدید آن باید به موجب قانون باشد. از منظر فلسفه حقوق، تلاش برای تحقق این اوضاع در مفهوم «عدالت» ریشه دارد. «بنابراین، از یک سو، بر قانون‌گذاران و سیاست‌گذاران است که با وضع قواعدی مناسب، تعادل و توازن شایسته میان الزامات اداره عمومی و حقوق شهروندان برقرار کرده و ابزارها و سازوکارهای ضروری را برای جبران خسارت احتمالی پیش‌بینی نمایند و از سوی دیگر، بر مجریان است که در تفسیر و اجرای قوانین و مقررات مربوطه به گونه‌ای عمل کنند که علاوه بر تلاش در جهت اجرای بهینه برنامه‌ها و سیاست‌ها، موارد سلب و محدودیت حقوق شهروندان را به حداقل برسانند»^۲ از این رو، در فقه اسلام، نظام حقوقی ایران و قوانین داخلی، اصول حقوقی و اسناد بین‌المللی بر اهمیت حق مالکیت تأکید فراوان شده است که «مهم‌ترین و گسترده‌ترین حقوق عینی است و حقوق دیگر از این حق ناشی می‌شوند»^۳.

اندیشمندان بزرگ، مالکیت فردی و شخصی را از ضروریات مستقل بودن انسان و از حقوق اولیه و ذاتی وی دانسته‌اند و آن را نشانه فعالیت فرد برای پویایی اجتماع بسیار مهم تلقی می‌کنند. «اسلام، مالکیت را جزء فطرت و غریزه انسان می‌داند و با آن با واقع‌بینی برخورد می‌کند»^۴ در فقه اسلام و بنا بر قاعده «تسلیط»، مالکیت دارای آثار متفاوت منفی و مثبت است که ماده‌های ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی ایران در خصوص حق هر گونه تصرف و انتفاع از مایملک توسط مالک جز در موارد استثنایی در قانون و عدم امکان خروج مال از تصرف صاحبش به آن‌ها اشاره کرده‌اند. جنبه مثبت آن، حق هر گونه تصرف و انتفاع از ملک توسط مالک و جنبه منفی هم امکان نداشتن خروج مال از تصرف مالک به وسیله دیگران است. تعریفی از مالکیت یا حق مالکیت در قوانین ایران به چشم نمی‌خورد، اما با توجه به تعریفی که حقوق‌دانان از آن ارائه داده‌اند و با در نظر گرفتن عناصری مانند انحصاری و دایمی بودن حق مالکیت، به طور خلاصه می‌توان گفت: «مالکیت، حقی است دایمی که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند»^۵.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۵۹۹.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق برنامه‌ریزی شهری، تهران: مجد، ۱۳۹۱، ص ۹۱.

۳. شکر، نادر، نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها، تهران: راه‌دان، ۱۳۹۰، ص ۱۱.

۴. محمدی، امید، تحدید حقوق مالکانه در طرح‌های عمومی و عمرانی، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۶، ص ۶.

۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۰.

مالکیت و حق ناشی از آن در اسناد بین‌المللی نیز جایگاهی خاص دارد. جامعه جهانی با رویکرد تأکید بر اساسی و بنیادی‌ترین حق‌های بشری، ماده ۱۷ اعلامیه حقوق بشر را در سال ۱۹۴۸ تصویب کرده است که در آن به حق مالکیت اشاره شده و مهم‌ترین فرازهای آن، به رسمیت شناختن مالکیت فردی و شراکتی و مجاز نبودن سلب یا تحدید مالکیت اشخاص بر خلاف قانون است. قوانین داخلی هم که منبعث از فقه اسلامی است، در مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی و اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی به این موضوع پرداخته است. در مجموع می‌توان گفت: «اصل احترام به مالکیت خصوصی افراد در تمام نظام‌های حقوقی دنیا مورد پذیرش قرار گرفته است»^۱.

بر همین اساس و طبق قوانین و مقررات حاکم در حوزه شهرسازی در کشور مانند «بند ۲۴ ماده ۵۵ و ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ و اصلاحات بعدی آن»، «تبصره ۱ قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ و اصلاحی ۱۳۸۰» و «ماده ۵۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱۳۹۴»، صدور پروانه برای همه ساختمان‌هایی که در شهر واقع شده‌اند، از جمله تکالیف و وظایف شهرداری‌هاست. این قوانین به دلایل مختلف از جمله قدیمی و مجمل بودن و منطبق نبودن با ضروریات و نیازهای روز جامعه، جامع، شفاف، هنجارمند و کارآمد نیستند. افزون بر آن، در برخی موارد، شهرداری‌ها با تفسیری جانب‌دارانه از قوانین موجود یا با استناد به تصمیم برخی مراجع مانند شوراهای شهر یا کمیسیون‌های ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری، با خروج از حیطه اختیارات مصرّح در قانون، با امتناع از صدور پروانه ساختمانی برای اراضی واقع در طرح‌های عمومی که مهلت قانونی اجرای طرح منقضی شده است، سبب تحدید حق مالکیت افراد در احداث یا تجدید بنا می‌شوند. این در حالی است که انتظار می‌رود شهرداری‌ها، در چارچوب اصل حکومت قانون و در راستای تأمین احتیاجات و خدمات عمومی، حرمت حقوق مالکانه کسانی را رعایت کنند که در سایه ناتوانی دستگاه‌های اجرایی در تملک قانونی اراضی و املاک مورد نیاز یا به دلایل دیگر، اراضی و املاکشان سال‌هاست برچسب طرح عمومی خورده است و در عمل، از مالیت ساقط می‌شود یا سبب تخلف در احداث می‌گردد تا به این ترتیب، به وظایف قانونی خود عمل کرده باشند.

۱. اردلان، رحیم، «مبانی حقوقی حاکم بر تملک اموال غیر منقول توسط دستگاه‌های دولتی»، پایان‌نامه دوره

کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.

هدف از مطالعه حاضر، بررسی مقررات و مواضع هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تجدید حق مالکیت به وسیله شهرداری‌ها در احداث و تجدید بنا در کاربری‌های عمومی شهری است. سؤال اصلی این گونه طرح می‌شود: با توجه به قوانین و آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تجدید حق احداث یا تجدید بنا به وسیله شهرداری‌ها، معلول چه عواملی است؟ سؤال فرعی نیز این است: شهرداری‌ها، شوراهای شهر و کمیسیون‌های ماده ۵ در وضع قاعده برای تجدید حق احداث یا تجدید بنا چه جایگاهی دارند؟ در پاسخ به سؤالات، بر مبنای فرضیه اصلی، بخشی از آسیب‌های تجدید حق احداث و تجدید بنا به نقص و ابهام و نحوه اجرای قوانین مربوط است و بر مبنای فرضیه فرعی، بخش عمده‌ای به خروج شهرداری‌ها و شوراهای شهر و کمیسیون ماده ۵ از حدود اختیارات قانونی خود در این حوزه ربط دارد. این تحقیق با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی، به تجزیه و تحلیل مقررات و شایع‌ترین آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پرداخته است.

اهمیت و ضرورت این نوشتار، تأکید بر قاعده حرمت حق مالکیت افراد در کنار رفع نیازها و احتیاجات عمومی با توسل به ابزار قانونی تجدید حق مالکیت در صدور پروانه ساختمانی از جانب شهرداری‌هاست. طبق بررسی‌های انجام‌گرفته، کتاب، مقاله و پایان‌نامه‌ای تدوین نشده است که به صورت اختصاصی به این موضوع بپردازد. تنها برخی منابع به صورت کلی به اهمیت حقوق مالکانه در باب احداث یا تجدید بنا پرداخته‌اند. تحقیق حاضر به منظور بررسی چالش ایجادشده در تجدید حق مالکانه احداث یا تجدید بنا از جانب شهرداری‌ها می‌کوشد به سؤال تحقیق، پاسخی شایسته دهد.

گفتار اول. رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درباره مجوز احداث یا تجدید بنا

اعمال حاکمیت و تجدید حقوق اشخاص از جمله موضوعاتی است که سابقه‌ای به درازای تشکیل اولین دولت‌ها دارد؛ زیرا حکومت بدون حاکمیت معنی ندارد.^۱ از طرف دیگر، «اجرای اصل حاکمیت قانون در دستگاه‌ها و سازمان‌های اداری، یکی از مظاهر اصلی کلی است که در حقوق عمومی پذیرفته شده است.»^۲ با این حال، باید پذیرفت که اعمال حاکمیت تحت عنوان اصل حاکمیت قانون همواره موجب تجدید حقوق اشخاص شده و حاصل آن، ایجاد

۱. تکلو، علی، «بررسی فقهی و حقوقی مبانی مشروعیت اقتدار دولت در تجدید مالکیت خصوصی اشخاص»، پایان‌نامه دوره

کارشناسی ارشد، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۴۳۹.

تعارض بین حقوق عمومی و خصوصی است. در کشور ما، دیوان عدالت اداری، مرجع قانونی حل این تعارض است که سازوکار حکمیت آن، رجوع به قوانین و شرع است.

برابر بررسی و تحقیق انجام‌شده، در اثبات ادعای کاستی قوانین همین بس که با گذشت بیش از یک قرن از تأسیس بلدیه و شهرداری در ایران و تصویب و اجرای قوانین مرتبط، وضعیت حقوق مالکانه اشخاص نسبت به اراضی و املاک خود در کاربری‌های تعیین‌شده و طرح‌های عمومی مصوب مدت‌ها بلا تکلیف بود و به نوعی، برتری اقتدار عمومی بر حرمت حقوق مالکانه اشخاص اثر گذاشته بود. سرانجام در سایه توجه به دغدغه‌های شهروندان و نظارت تقنینی بر اعمال نهادهای اجرایی، مجلس شورای اسلامی، «قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها» را در سال ۱۳۶۷ تصویب کرد، هر چند نقص و ابهام فراوان داشت که در جای خود قابل بحث است.

همان گونه که از عنوان این قانون به ذهن می‌رسد، قبل از تصویب این قانون، وضعیت چنین املاکی از نظر اعمال حقوق مالکانه بلا تکلیف بود. بر اساس تبصره ۱ همین قانون و اصلاحی ۱۳۸۰: «در صورتی که اجرای طرح و تملک املاک واقع در آن به موجب برنامه زمان‌بندی مصوب به حداقل ۵ سال بعد موکول شده باشد، مالکین املاک واقع در طرح از کلیه حقوق مالکانه مانند احداث یا تجدید بنا یا افزایش بنا و تعمیر و فروش و اجاره و رهن و غیره برخوردارند و در صورتی که کم‌تر از ۵ سال باشد، مالک هنگام اخذ پروانه تعهد می‌نماید هرگاه زمان اجرای طرح قبل از ۵ سال شروع شود، حق مطالبه هزینه احداث و تجدید بنا را ندارد».

به دنبال تصویب این قانون به ویژه مفاد تبصره یک، مردم در صدد تظلم‌خواهی و شکایت از امتناع شهرداری‌ها از صدور پروانه ساختمانی برای اراضی واقع در طرح‌های عمومی برآمدند که مهلت قانونی اجرای طرح در آن‌ها منقضی شده بود. اولین آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در لغو تصمیم‌های خلاف مقررات شهرداری‌ها در این باب و الزام آن‌ها به صدور مجوز احداث یا تجدید بنا در راستای بهره‌مندی از حق مالکیت در زمین‌های واقع در کاربری‌های عمومی در پی تصویب قانون یادشده در سال ۱۳۶۷ صادر شد. بنابراین، مهم‌ترین آرای صادرشده صرفاً از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص موضوع مورد تحقیق که به عنوان نمونه بررسی می‌شوند، مربوط به بازه زمانی سال ۱۳۷۸ تا اواخر ۱۳۹۵ است که به دلیل اهمیت، در جدیدترین آرای صادرشده از شعبه‌های دیوان در چند ماه اخیر نیز به آن‌ها استناد شده است.

تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های عمومی در ایران در مقایسه با سابقه تأسیس شهرداری‌ها و تهیه و تصویب و اجرای طرح‌های جامع و تفصیلی شهری، موضوعی بسیار جوان است که در سلسله اقدامات پراکنده قانون‌گذار، صدر ماده ۵۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب ۱۳۹۴) نیز صدور و تحویل پروانه ساختمانی به متقاضی را تکلیف شهرداری دانسته است. در فراز پایانی این ماده آمده است که «شهرداری‌ها مکلفند در صورت عدم اجرای طرح با کاربری مورد نیاز دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری تا پایان مهلت قانونی، بدون نیاز به موافقت دستگاه اجرایی ذی‌ربط با تقاضای مالک خصوصی یا تعاونی با پرداخت عوارض و بهای خدمات قانونی طبق قوانین و مقررات مربوطه پروانه صادر کنند.» این ماده ضمن تأکید بر مفاد قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، بخشی از ابهام‌ها و نواقص این قانون را در مورد ضرورت نداشتن موافقت دستگاه اجرایی مربوط در صدور پروانه ساختمانی برای مالک خصوصی یا تعاونی در صورت اجرا نشدن طرح در مهلت قانونی رفع کرده است.

با وجود تعیین تکلیف نه چندان دقیق و شفاف چگونگی صدور مجوز احداث یا تجدید بنا برای املاک مورد نظر در قوانین مورد اشاره که نیازمند تکمیل است، در حد داشته‌ها هم تعدادی از مراجع اداری و شهرداری‌ها علاوه بر امتناع از عمل به وظیفه قانونی، تصمیم‌هایی گرفته و کارهایی انجام داده‌اند که با مفهوم و منطق قوانین مخالف است و سبب محدود شدن اشخاص از حق مالکیت و استفاده از مزایای صدور مجوز احداث یا تجدید بنا شده است. نتیجه این امر، باز ماندن مالک از بهره‌مندی از حقوق خود به مدت نامحدود و نامعلوم و گاهی نیز احداث ساختمان‌های بی‌مجوز و بدون رعایت مقررات و اصول فنی و در مواردی، اقدام به دادخواهی در مراجع قضایی و قانونی از جمله دیوان عدالت اداری است. در ادامه، به عنوان نمونه، تعدادی از آرای مهم هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بررسی می‌شود که به ابطال تصمیم‌ها و اقدامات شهرداری‌ها و یا مراجع دیگر در این زمینه انجامیده و شهرداری را ملزم به صدور پروانه ساختمانی کرده است.

بند اول. اعتبار مالکیت اشخاص و تکلیف شهرداری به صدور پروانه ساختمانی

شکایتی در دیوان عدالت اداری ثبت می‌شود و با کلاسه پرونده ۲۷۷/۷۷ برای رسیدگی در دستور کار هیئت عمومی دیوان قرار می‌گیرد. موضوع شکایت، اعلام متعارض بودن دادنامه‌های صاداری از شعبه ۸ و ۱۹ دیوان عدالت اداری است. شعبه ۱۹ دیوان در رسیدگی

به شکایت مطرح‌شده در کلاس پرونده ۲۸۵/۷۰ به طرفیت شهرداری منطقه ۵ تهران، پس از دریافت پاسخ اداره حقوقی شهرداری تهران که صدور پروانه ساختمانی را برای این ملک مقدور نمی‌داند، شکایت را با این استدلال وارد می‌داند که شاکی برای محل مورد نظر، سند مالکیت رسمی دارد و در سند یادشده، اسمی از مسیل برده نشده است و هر مالکی طبق قانون، حق استفاده و بهره‌برداری و تصرف در مایملک خود را دارد و شهرداری منطقه ۵ تهران را ملزم به صدور پروانه ساختمانی می‌کند.

شکایت دیگری در کلاس پرونده ۳۰۴/۷۰ در شعبه ۸ دیوان عدالت اداری به طرفیت شهرداری تهران و شهرداری شمیران مطرح می‌شود که خواسته شاکی، رفع اثر از طرح اجرایی است که صدور پروانه ساختمانی برای ملک مورد شکایت را ناممکن می‌سازد. شعبه رسیدگی‌کننده با استناد به تبصره ذیل ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری و مصوبه‌ای که این شورا درباره اراضی مورد درخواست داشته است، شکایت را رد می‌کند. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بررسی موضوع، با تأیید دادنامه صادرشده از شعبه ۱۹ در الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی، رأی صادر می‌کند.^۱

این رأی شاید یکی از اولین آرای صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در باب الزام شهرداری‌ها به صدور پروانه ساختمانی در اجرای قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به ویژه تبصره یک آن باشد. در تحلیل و بررسی این رأی می‌توان گفت:

۱. بر اساس ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، دولت، کسانی را به عنوان مالک املاک می‌شناسد که مطابق قانون، املاک به نام آن‌ها ثبت گردیده یا طبق مقررات به آن‌ها منتقل شده و در دفتر املاک نیز به ثبت رسیده است. همین ماده، مستند هیئت عمومی دیوان در صدور رأی قرار گرفته و به نوعی بر اعتبار اسناد رسمی ولو در اماکنی صحه گذاشته است که نهادهای اجرایی، ادعای عمومی بودن آن‌ها را دارند.

۲. قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به ویژه تبصره یک آن مقرر می‌دارد: «در صورتی که اجرای طرح و تملک املاک واقع در آن به موجب برنامه زمان‌بندی مصوب به حداقل پنج سال بعد موکول شده باشد، مالکین املاک واقع در طرح از کلیه حقوق مالکانه مانند احداث یا تجدید بنا یا افزایش بنا و تعمیر و فروش و اجاره و

۱. دادنامه شماره ۴۷ - ۱۳۷۸/۲/۲۵، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

رهن و غیره برخوردارند و در صورتی که کمتر از ۵ سال باشد، مالک هنگام اخذ پروانه تعهد می‌نماید هر گاه زمان اجرای طرح قبل از ۵ سال شروع شود، حق مطالبه هزینه احداث و تجدید بنا را ندارد.» این قانون و تبصره یک آن، مستند صدور رأی قرار گرفته و استدلال شعبه نوزدهم دیوان تأیید گردیده و برعکس، استناد شعبه هشتم به مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری به دلیل انطباق نداشتن با این قانون رد شده است.

۳. هیئت عمومی دیوان در مکلف بودن شهرداری به دادن جواز احداث بنا، تحقق و اجتماع شرایط مندرج در قانون مورد اشاره را شرط اساسی اعلام کرده است که منظور از شرایط مندرج در قانون، همان اوصاف یادشده در تبصره یک قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ و اصلاحی ۱۳۸۰ است که با بیان شرایط، وضعیت املاک واقع در طرح‌های عمومی را از نظر اعمال حقوق مالکانه از جمله صدور مجوز احداث یا تجدید بنا تعیین تکلیف کرده است. از این رو، شهرداری‌ها مکلف به اجرای قانون و خدمات‌رسانی در این مورد به مالکان و شهروندان هستند. مسلم است که اقدامات شهرداری‌ها به نام حقوق عمومی نباید حقوق مالکانه اشخاص را سلب یا بر خلاف قوانین، وظایف و تکالیفی برای آن‌ها تحمیل کند، بلکه هر گونه تصمیم‌گیری باید مطابق با طرح‌های توسعه شهری باشد و از حدود وظایف تعیین‌شده در قوانین مربوط خارج نشود و به مالکیت اشخاص و اصل تسلیط احترام بگذارد که «تسلط جامع و محدود (محدود به حدود شرعی) مالک را برای تصرف در ملک خود ابراز می‌کند».^۱

بند دوم. شکایت از صادر نشدن پروانه ساختمانی مسکونی

امتناع شهرداری منطقه ۹ تهران از صدور پروانه ساختمانی برای بخشی از اراضی واقع در محدوده آن شهرداری موجب طرح شکایت از طرف مالکان اراضی یادشده در دیوان عدالت اداری می‌شود که شعبه‌های ۳، ۱۶ و ۲۰ دیوان، تصمیم‌های متعارض می‌گیرند. شعبه بیستم در رسیدگی به شکایت مطرح در پرونده کلاسه ۱۰۶۹/۷۳ به طرفیت شهرداری منطقه ۹ تهران، ایراد و اشکالی را بر اقدام شهرداری منطقه ۹ در امتناع از صدور پروانه ساختمانی برای ملک مورد شکایت احراز نکرد و حکم رد شکایت را صادر کرد. هم‌چنین شعبه سوم دیوان عدالت اداری در شکایت دیگری با کلاسه پرونده ۲۱۲/۷۸ در همین خصوص به طرفیت شهرداری منطقه ۹ تهران، صادر نشدن پروانه از طرف شهرداری را امر مختومه اعلام کرد.

۱. ناری قمی، مسعود، «سلب مالکیت از زمین‌های شخصی در طرح‌های شهری: مبانی اسلامی و فرضیه استثمار»، نشریه فیروزه

اسلام (پژوهه معماری و شهرسازی اسلامی)، ۱۳۹۵، شماره ۲، ص ۸۰.

به شکایت دیگری نیز در همین زمینه در شعبه شانزدهم دیوان عدالت اداری با کلاس پرونده ۸۴۲/۷۵ به طرفیت شهرداری منطقه ۹ تهران رسیدگی شد. این شعبه با استناد به ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ و در نظر گرفتن این امر که ظرف مهلت قانونی تعیین شده یعنی ۱۸ ماه، اراضی مورد نظر تعیین تکلیف نشده است، به وارد بودن شکایت و ضرورت صدور پروانه ساختمانی حکم صادر کرد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بعد از دریافت شکایت مبنی بر وجود تعارض در آرای شعبه‌های یادشده، رسیدگی به موضوع را در کلاس پرونده ۳۸۳/۷۹ دستور کار خود قرار داد و دادنامه و رأی وحدت رویه صادر کرد.^۱ سپس بر اساس همین موردها، ضمن تأیید دادنامه صادرشده از شعبه شانزدهم اعلام کرد که مدت ممنوعیت شهرداری از صدور پروانه احداث ساختمان در اراضی غرب مسیل کن طبق مصوبه کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران به پایان رسیده است. با عنایت به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری، قانون، شهرداری را مکلف به صدور پروانه ساختمانی در مورد اراضی واقع در محدوده شهر می‌کند. همچنین با توجه به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ که متضمن تأیید اصل تسلیط و اعمال حقوق مالکانه است، تأخیر در تهیه و تصویب نقشه تفصیلی نمی‌تواند دلیل جلوگیری و منع مالکان در استفاده از ملک خود به مدت زیاد و نامشخص شود و رافع مسئولیت شهرداری در صدور پروانه احداث بنا و استفاده قانونی از این حق باشد.

نکات بسیار مهمی را در بررسی و تحلیل این رأی باید در نظر داشت که عبارتند از:

۱. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مصوبه کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری را با توجه به اختیارات این کمیسیون صرفاً برای مدت محدودی که ۵ سال بوده است، قابل استناد می‌داند و مدت بیش‌تر از آن را نمی‌پذیرد.
۲. به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری استناد می‌کند که شهرداری را به اعطای جواز ساختمانی در مورد اراضی واقع در محدوده شهر به عنوان یک وظیفه اداری ملزم کرده است. بر اساس بند ۲۴ ماده ۵۵ و ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴، شهرداری‌ها مکلفند برای همه ساختمان‌های شهر، پروانه ساختمانی صادر کنند. با این حال، این قوانین در مورد وجود طرح‌های عمومی و چگونگی صدور پروانه ساختمانی در صورت انقضای مهلت قانونی اجرای طرح ساکنند و تعیین تکلیف نکرده‌اند.

۱. دادنامه شماره ۱۶۰ - ۱۳۸۰/۵/۱۴، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۳. تکالیف مقرر در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷ را یادآور می‌شود که طبق تبصره ۱ این قانون، در صورت نخریدن یا تملک نکردن املاک واقع در طرح‌های عمومی در مهلت مقرر در قانون که ۱۸ ماه است، مالکان از همه حقوق مندرج در قانون برخوردارند. یکی از این حقوق نیز صدور مجوز احداث یا تجدید بنا از جانب شهرداری‌هاست که نشان می‌دهد شهرداری مجاز نیست به بهانه تأمین حقوق عمومی، محروم کردن اشخاص از اعمال حقوق مالکانه را برای مدت طولانی و نامحدود در دستور کار خود قرار دهد و حقوق فردی اشخاص را تحدید کند. در مجموع، می‌توان گفت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به عنوان دادگاه عمومی در رأی صادرشده ضمن توجه به تأمین منفعت و مصلحت عمومی جامعه، حرمت حقوق مالکانه اشخاص را نیز در نظر داشته است. افزون بر آن، چون «حقیقت مالکیت، قدرت و سلطنت و احاطه اعتباری است»^۱، بر استفاده مالک از این حقوق به شرح مقرر در قانون نیز تأکید می‌کند.

بند سوم. اجرا نشدن طرح دولتی، موجب بهره‌مندی از حق مالکیت است

شکوائیه‌ای مبنی بر وجود تعارض در دادنامه‌های صادرشده از شعبه هفدهم بدوی و چهارم تجدید نظر دیوان عدالت اداری درباره تکلیف شهرداری برای صدور پروانه ساختمانی نسبت به اراضی دارای کاربری عمومی که مهلت قانونی اجرای طرح در آن‌ها سپری شده است، در دیوان عدالت اداری ثبت گردیده و با کلاسه پرونده ۶۲/۸۴ در هیئت عمومی دیوان به آن رسیدگی شده است. شعبه هفدهم بدوی در رسیدگی به شکایت یادشده، به وارد بودن شکایت و الزام شهرداری رباط کریم به صدور پروانه ساختمانی حکم کرد. در دیگر شکایت مشابه، شعبه هجدهم بدوی دیوان عدالت اداری نیز رأیی متناظر صادر کرد که به دلیل اعتراض شهرداری گلستان (رباط کریم ساوه)، شعبه چهارم تجدید نظر دیوان عدالت اداری در رسیدگی به رأی معترض عنه با این استدلال که زمان‌بندی مقرر در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، کاربری آموزشی مورد نظر را شامل نمی‌شود، ضمن فسخ دادنامه صادرشده از شعبه بدوی، قرار رد شکایت صادر کرد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ضمن رسیدگی به شکایت اعلام تعارض یادشده، دادنامه صادرشده از شعبه هفدهم بدوی دیوان در کلاسه پرونده ذکرشده را تأیید کرد که

۱. نصرتی، حسن‌علی، «مالکیت زمین در اسلام»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی قم، ۱۳۸۶.

اجرا نشدن طرح در مهلت قانونی را سبب استفاده از حق مالکیت دانسته و بر الزام شهرداری رباط کریم به صدور پروانه ساختمانی در ملک موضوع شکایت حکم داده بود.^۱

توجه به اصل تسلیط و حرمت مالکیت مشروع اشخاص، اعلام غیر قانونی بودن محروم‌سازی اشخاص به مدت نامحدود از اعمال حقوق مالکانه، بی‌اثر بودن اجرا نشدن طرح در مهلت مقرر در قانون بر حق مالکیت مالکان، غیر قانونی بودن ایجاد تحدید در اراده آزاد اشخاص برای استفاده از زمین خود مطابق شرایط طرح‌های مصوب و تکلیف دستگاه‌های اجرایی به اجرای طرح تملک و خرید در مهلت مقرر در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و نپذیرفتن تعلل و تأخیر آن‌ها در صورت تملک نکردن در مهلت قانونی، از نکات بسیار مهم آموزشی، کاربردی و قضایی در تدوین و صدور رأی مورد نظر از طرف هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور حفظ حرمت حقوق مالکانه اشخاص در مقابل بهانه‌جویی برای تأمین حقوق عامه است.

با دقت در این رأی چنین استنباط می‌شود که هیئت عمومی، اقدامات طرف شکایت را با آموزه‌های شرع مقدس اسلام و قاعده تسلیط، مغایر شمرده و اجرا نشدن طرح عمومی را در مهلت قانونی، طبق قانون، دلیل بر بهره‌مندی از حق مالکیت پنداشته است. بنابراین، هیچ مرجعی را خارج از اختیارات خود برای وضع قواعد دربردارنده نقض حقوق فردی مالکان در برابر منافع عمومی مُحَق نمی‌داند.

گفتار دوم. مواضع هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد تصمیم‌های شوراهای شهر و کمیسیون ماده ۵

از جمله مشخصه‌های دولت حقوقی، عمل در چارچوب قانون است به صورتی که در نگاه نخست، مجالی برای عدول از صلاحیت و نقض قانون وجود ندارد و در صورت رخ دادن چنین وضعیتی، ضمانت اجرای قانونی شایسته‌ای مانند اصل بازنگری قضایی و اصل جبران خسارت ناروا وجود دارد. از جمله معضلاتی که دیوان عدالت اداری در جایگاه بازبینی قضایی با آن روبه‌روست، محدودیت رویه‌ای و عملی دیوان به اصول کلاسیک کنترل قضایی است و بی‌تردید، تمسک جستن به اصول پیشرفته حقوق اداری در مقام چنین کنترلی می‌تواند از جمله راهکارهای پیشنهادی برای خروج از وضعیت بحران بازنگری قضایی در ایران به شمار آید.^۲

۱. دادنامه شماره ۱۹۷ - ۱۳۸۶/۰۴/۰۳، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

۲. مولایی، آیت، جزوه «حقوق اداری ایران»، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، همدان: دانشگاه بوعلی سینا، ۱۳۹۸، ص ۱۸.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با در نظر گرفتن برخی اصول و توسل به قوانین موجود، به شکایت‌های وارد شده از مصوبات شوراهای شهر و کمیسیون‌های ماده ۵، رسیدگی و مصوبات غیر قانونی و غیر شرعی را ابطال می‌کند. مهم‌ترین اصول یاد شده عبارتند از این‌که: «بارزترین و بیش‌ترین حقی که علی‌الاصول در راه اجرای طرح‌های عمومی قرار دارد، حق مالکیت است»^۱ و «اداره نمی‌تواند دست به انجام عملی بزند که مغایر با قانون باشد و هر گونه عمل حقوقی اداره که مغایر با قانون باشد، غیر قانونی و باطل تلقی می‌شود»^۲ و «بر خلاف حقوق خصوصی، در عرصه حقوق عمومی، قواعد حقوقی باید الزاماً توسط اشخاص دارای صلاحیت قانونی وضع شوند و صلاحیت نیز ذاتی مقامات عمومی نیست»^۳. اکنون برای نمونه، تعدادی از مهم‌ترین آرای صادر شده صرفاً از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در این باب بررسی می‌شوند که به بازه زمانی سال ۱۳۸۱ تا اواخر ۱۳۹۵ مربوط است و شعبه‌های دیوان در جدیدترین آرای‌ای که در چند ماه اخیر صادر کرده‌اند، به آن‌ها استناد جست‌ه‌اند.

بند اول. شکایت از مصوبه کمیسیون ماده ۵ به دلیل استناد شهرداری به آن و امتناع از صدور پروانه ساختمانی

بر اساس شکایت تقدیمی به دیوان عدالت اداری به طرفیت شهرداری تهران، شاکیان اعلام کردند که مالک یک قطعه زمین در شهر تهران هستند که شهرداری با تمسک به بند ۱ مصوبه شماره ۱۴۵ مورخ ۱۳۶۹/۰۳/۰۶ صادر شده از کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران از صدور پروانه ساختمانی امتناع می‌کند. مالکان خواستار ابطال صورت جلسه کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری بودند. مدیر کل حقوقی شهرداری تهران در پاسخ به این شکایت اعلام کرد چون مشخصات کاربری این زمین در طرح تفصیلی آموزشی است، صدور پروانه ساختمانی مسکونی امکان پذیر نیست.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از وصول پاسخ شهرداری تهران و بحث درباره آن، دادنامه شماره ۱۶۹-۱۳۸۱/۰۵/۲۷ را صادر^۴ و اعلام کرد که تکلیف واحدهای دولتی و شهرداری‌ها در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب

۱. ایرج، محسن، «صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان»، پایان‌نامه

دوره کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۲. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، تهران: میزان، ۱۳۹۴، ص ۴۶.

۳. گرجی ازندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۷۶.

۴. ابادری فومشی، منصور، مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷، ص ۴۵۶.

سال ۱۳۶۷ و اصلاحیه‌های بعدی آن در مورد نحوه اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی معلوم است. این مراجع موظفند در مهلت قانونی تعیین شده با خرید و تملک اراضی و املاک واقع در طرح‌های یادشده، طرح خود را اجرا کنند. در غیر این صورت، رعایت حرمت و اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و آثار مترتب بر آن ضروری است و مالک حق دارد از همه حقوق مالکانه از جمله احداث یا تجدید بنا استفاده کند.

نتیجه تحلیل رأی نشان می‌دهد که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، اجرا نشدن طرح مصوب را در مهلت قانونی باعث محروم شدن مالک از حقوق مالکانه دانسته و آن را بی‌اثر اعلام کرده است. هم‌چنین هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری استناد می‌کند که به صورت کلی و بدون پرداختن به جزئیات، شهرداری را به اعطای جواز احداث ساختمان مسکونی و تجاری و اداری برای تحقق قاعده سلطنت و استفاده از حق مالکیت ملزم می‌کند. از این رو، مفاد مورد نظر مصوبه کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری را که مانع صدور پروانه ساختمانی برای شاکی شده و شهرداری به استناد آن، از اعمال حقوق مالکانه در محدوده کاربری‌های خدماتی حتی پس از اتمام مهلت قانونی اجرای طرح جلوگیری کرده است، خلاف قانون و خارج از حیطه اختیارات کمیسیون مورد نظر دانسته و به ابطال آن حکم داده و شهرداری را به صدور پروانه ساختمانی مطابق مقررات برای ملک مورد شکایت ملزم کرده است.

علاوه بر مشهود بودن توجه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری که بر الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی برای همه ساختمان‌های شهر تصریح می‌کند، هیئت عمومی، زمان اجرای طرح‌های عمومی را نیز در نظر داشته و با توسل به قانون، در مواجهه با تراحم و تقابل منافع عمومی با نفع شخصی تعادل ایجاد کرده است. به همین دلیل، استفاده از حقوق ناشی از مالکیت از جمله احداث یا تجدید بنا را در صورت اجرا نشدن طرح در زمان‌بندی مشخص شده، مجاز و طرح مصوب اجرا نشده را از نظر حقوق مالکانه و تأثیر بر آن برای جلوگیری از بهره‌مندی مالک از حق قانونی خود بی‌اثر اعلام می‌کند. به عبارت ساده‌تر، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تأمین مصلحت و منفعت عمومی را تا حدی امکان‌پذیر می‌داند که موجب تعرض غیر قانونی به حقوق خصوصی افراد نگردد و بهره‌مندی آن‌ها را از حقوق خود محدود نکند. مفهوم دیگر این رأی، ورود دیوان عدالت اداری به عنوان دستگاه داور میان حاکمیت و مردم برای تضمین حقوق خصوصی شهروندان

در برابر اقتدار عمومی است که به صراحت، وضع قاعده آمره برای تجدید یا سلب مالکیت مشروع و قانونی اشخاص را به وجود حکم صریح قانونی مشروط می‌داند و به حرمت مالکیت اشخاص و اصل تسلیط اشاره می‌کند و وضع مصوبه مورد شکایت را خارج از حدود اختیارات کمیسیون ماده ۵ تشخیص می‌دهد. اشاره هیئت به اصل تسلیط، به طور غیر مستقیم، مغایر بودن مصوبه را با موازین شرعی در کنار مخالفت صریح آن با قانون در ذهن تداعی می‌کند.

بنابراین، دلایل ابطال این مصوبه و الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی به صورت هم‌زمان، مغایرت با اصل تسلیط و موازین شرعی و مخالفت با قانون و خروج از حیطه اختیارات ذکر شده است که بر اساس احکام بیع در قانون مدنی و رساله امام خمینی (ره)، برخورداری از اختیار و آزادی در بهره‌مندی از ملک ضروری است و تجدید غیر مجاز حقوق اشخاص برای تأمین منفعت عمومی پذیرفته نیست.

بند دوم. شکایت از مصوبه شورای اسلامی شهر کرج به دلیل ممانعت از صدور پروانه ساختمانی برای اراضی واقع در طرح‌های همگانی

در یکی از پرونده‌های تحت رسیدگی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، از بندهای ۳، ۴ و ۵ مصوبه شماره ۲۳۴۲/۸۲/۵ مورخ ۱۳۸۲/۰۴/۲۳ شورای اسلامی شهر کرج شکایت شده است که شهروندان را مکلف به واگذاری بخشی از اراضی خود به صورت رایگان به شهرداری کرده بود. شاکیان در شکایت خود ضمن استناد به ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، ابطال مصوبه مورد نظر و فراهم شدن مقدمات صدور پروانه ساختمانی از طرف شهرداری را از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخواست کردند. شورای اسلامی شهر کرج نیز در پاسخ به این شکایت ضمن اشاره به قانون منع فروش و واگذاری اراضی با کاربری غیر مسکونی مصوب سال ۱۳۸۱ و آیین‌نامه‌های اجرایی آن در خصوص مغایرت این قانون با قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها تشکیک کرد و تفسیر موضوع را بر عهده مجلس شورای اسلامی دانست و کوشید مصوبه خود را قانونی جلوه دهد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری پس از وصول این پاسخ ضمن بررسی و انجام اقدامات لازم، مصوبه‌ای را که از آن شکایت شده بود، ابطال کرد.^۱ در فراز ابتدایی رأی صادرشده، مطابق انتظار، بر بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و وظیفه شهرداری برای صدور پروانه احداث بنای مجاز در اراضی واقع در محدوده شهرها با ذکر نوع استفاده از ساختمان و با رعایت مقررات مربوط تأکید شد و تعیین هر نوع شرط برای ایجاد مانع بر خلاف اصل تسلیط و اعتبار و حرمت مالکیت مشروع اشخاص برای خدمات‌رسانی خلاف مقررات اعلام گردید. این هیئت با استناد به تبصره ۱ اصلاحیه ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، هر گونه تأخیر در برنامه زمان‌بندی اجرای طرح مصوب را دلیل بر محرومیت و ممنوعیت برخورداری مالکان از حقوق مالکانه خود مانند احداث یا تجدید بنا ندانست. همچنین طرح‌های مصوب دولتی و شهرداری‌ها را که مطابق زمان‌بندی قانون اجرا نمی‌شوند، برای ایجاد مانع در انتفاع مالکان از حق قانونی خود، بی‌اثر اعلام کرد. به همین دلیل، مالکان این گونه اراضی را مستحق دریافت پروانه ساختمانی یا اداری و تجاری شمرد و واپسته کردن صدور پروانه احداث ساختمان مسکونی یا تجاری و اداری را به تغییر کاربری این اراضی در کمیسیون ماده ۵ و وصول اعلام عدم نیاز کتبی از بالاترین مقام سازمان مربوط یعنی متولی خرید یا تملک زمین دارای کاربری طرح عمومی و ذکر نوع کاربری خدماتی را در پروانه ساختمانی و گواهی پایان کار با قوانین و مقررات جاری کشور مغایر خواند. در واقع، صدور پروانه ساختمانی برای چنین املاکی را با رعایت ضوابط و مقررات از وظایف و تکالیف شهرداری اعلام کرد.

با دقت در این رأی، این نکات مهم را می‌توان دریافت:

۱. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی صادرشده، به بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و تبصره ۱ ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها به عنوان منابع قانونی در باب تکلیف شهرداری به صدور پروانه ساختمانی استناد می‌کند.
۲. تعلل و تأخیر دستگاه اجرایی و متولی کاربری طرح عمومی در تملک و خرید اراضی مربوط را دلیل بر تحمیل ضرر و زیان و تحدید حقوق مالکانه اشخاص نمی‌داند و طرح عمومی را در چنین مواردی، در مقام اعمال حقوق مالکانه، منتفی و بی‌اثر می‌شمارد. پس مالک را مستحق دریافت پروانه ساختمانی مطابق ضوابط و مقررات برای بهره‌مندی از حقوق مالکانه می‌داند.

۱. دادنامه شماره ۵۶۱ - ۱۳۸۴/۱۰/۱۱، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

به این صورت، احترام به حقوق فردی و مالکیتی شهروندان را به حاکمیت یادآوری می‌کند و ملزم می‌سازد حق قانونی ایجادشده را به رسمیت بشناسد و در راستای تکالیف اداری تعیین‌شده خدمات‌رسانی کند، هر چند اجرای چنین وظیفه‌ای به ظاهر با تأمین منافع عمومی در تعارض باشد. با توجه به این که دلیل ابطال این مصوبه، خروج از حیطه اختیارات و وضع ضابطه خارج از اهداف قانون‌گذار ذکر شده است، می‌توان نتیجه گرفت که از نظر هیئت عمومی دیوان، اصل حکومت قانون در مصوبه‌ای که از آن شکایت شده، رعایت نشده است.

در پرتو این اصل، وظایف حکومت‌کنندگان و حکومت‌شوندگان در چارچوب قانون اساسی به عنوان سند رسمی حاکمیت مشخص شده است تا جایی که همه مقام‌ها و مراجع سیاسی و اداری باید از قواعد حقوقی بنیادین پیروی کنند که ممنوعیت تحدید حقوق مالکانه اشخاص خارج از حدود مقررات یکی از آن‌هاست. هم‌چنین در وضع قواعد در عرصه حقوق عمومی برای تحدید حق خصوصی صرفاً باید مراجع دارای صلاحیت وارد شوند و دیگر مقام‌ها در تصمیم‌گیری‌های خود نباید از محدوده مربوط خارج شوند.

بند سوم. لغو مصوبه شورای اسلامی شهر تهران به دلیل وضع ضوابط برای صدور پروانه احداث بنای مسکونی برای اراضی واقع در طرح‌های عمومی

تعدادی از مالکان اراضی دارای کاربری غیر مسکونی در شهر تهران که طرح‌های عمومی با وجود انقضای مهلت قانونی در آن‌ها اجرا نشده است، از شهرداری تهران درخواست صدور مجوز احداث بنا کردند. شهرداری، پرداخت عوارض تغییر کاربری اراضی مورد نظر از عمومی و خدماتی به مسکونی و اجرای مفاد مصوبه بیست و چهارمین جلسه مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۹ شورای اسلامی شهر تهران را شرط اقدام در این خصوص اعلام کرد. مالکان املاک مورد نظر از مصوبه شورای اسلامی شهر تهران در دیوان عدالت اداری شکایت کردند. شورای اسلامی شهر تهران در پاسخ به این شکایت با استناد به اختیار وضع عوارض توسط شوراهای اسلامی از مصوبه خود دفاع کرد و آن را قانونی دانست. هیئت عمومی دیوان پس از وصول پاسخ شهرداری ضمن بحث و بررسی پرونده، مصوبه شهرداری را ابطال و به صورت تلویحی، صدور پروانه احداث مسکونی را در این خصوص از وظایف شهرداری اعلام کرد.^۱

۱. دادنامه شماره ۵۶۱ - ۱۳۸۴/۱۰/۱۱، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

مرجع صادرکننده رأی در انجام رسالتی که قانون‌گذار برایش تعیین و فلسفه تأسیس دیوان را تظلم‌خواهی مردم از اقدامات و تصمیم‌گیری‌های واحدهای دولتی و عمومی و مأموران آن‌ها اعلام کرده است، نکات بسیار مهم و ضروری را در رأی خود بیان کرد. برای مثال، هدف از تصویب قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها را رفع بلاتکلیفی مالکان اراضی واقع در محدوده چنین طرح‌هایی دانست و آن را تأکید بر اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و اصل تسلیط اعلام کرد. هم‌چنین اجرا نشدن طرح‌های عمومی و عمرانی را در مهلت مقرر تعیین‌شده در قانون باعث محروم شدن اشخاص از حقوق مالکانه خود ندانست، بلکه آن‌ها را در اعمال حقوق مالکانه بر اساس قانون مُحَقَّق شمرد. در فراز دیگری از رأی صادرشده، مالکان املاک مورد نظر را موظف به انجام تکالیف واحدهای دولتی و شهرداری‌ها به منظور اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی روی این اراضی ندانست، بلکه در راستای استیفای حق، آن‌ها را مستحق بهره‌مندی از املاک خود همانند املاک مشابه و مجاور فاقد طرح اعلام کرد و صدور چنین مصوبه‌ای را از طرف شورای اسلامی شهر تهران، مغایر با هدف و حکم قانون‌گذار و خارج از حدود اختیارات قانونی شورا شمرد. بنابراین، در این دادنامه نیز هیئت صادرکننده رأی با کمال انصاف، عدالت و ظرافت، در مصاف نابرابر نهاد عمومی دارای اقتدار در تأمین منفعت عمومی و رعایت اعتبار و حرمت مالکیت مشروع و خصوصی اشخاص داوری کرد و با بلاغت، فصاحت و استدلال و ذکر مستندات از حقوق افراد پشتیبانی کرد.

از منظری دیگر، پیام ابطال این مصوبه و هموار کردن مسیر برای صدور پروانه ساختمانی، تأکید بر حرمت اصل تسلیط است که به عنوان یکی از مشهورترین قواعد فقهی، کاربرد گسترده اقتصادی و اجتماعی در دین اسلام دارد که همواره ارکان مالکیت را تثبیت و بر اهمیت آن در دین اسلام و هم‌چنین انتظام‌بخشی به حوزه‌های اجتماعی و اقتصادی جامعه تأکید دارد. بر اساس همین اصل، مالک، اختیار هر نوع تصرفی را در اموال خود دارد و هیچ مرجعی بر خلاف قانون، اجازه تحدید سلطنت او بر مایملک خود را ندارد.

گفتار سوم. الزام نداشتن شهرداری به اعطای پروانه با حداکثر تراکم در کاربری‌های عمومی

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در یکی از آرای اخیر خود درباره تعیین میزان تراکم در الزام شهرداری‌ها به صدور پروانه ساختمانی در اراضی واقع در طرح‌های عمومی که مهلت

اجرای طرح طبق قانون سپری شده است، ضمن تأکید بر اصل صدور پروانه ساختمانی، در مورد میزان تراکم چنین املاکی تصمیمی جدید گرفت. به نظر می‌رسد این رویکرد جدید برای تفسیر قوانین مربوط و اصلاحیه‌ای بر دادنامه شماره ۴۳۷ - ۴۳۸ مورخ ۱۳۸۵/۰۶/۲۵ در ابطال مصوبه شورای اسلامی شهر تهران است که در بند سوم گفتار دوم بررسی شد.

موضوع از این قرار است که در دادنامه‌های صادرشده از شعبه ۳۱ دیوان عدالت اداری در کلاس پرونده‌های ۱۷۴۰/۸۷/۳۱ و ۱۲۲۲/۸۷/۳۱ که در هر دو پرونده، الزام شهرداری منطقه ۲ تهران به صدور پروانه ساختمانی به دلیل انقضای مهلت اجرای طرح در کاربری عمومی، موضوع شکایت بود، در پرونده اول، ضمن صدور حکم برای الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی، نحوه استفاده از ملک و اعمال حقوق مالکانه همانند املاک مشابه و مجاور تعیین شد. به عبارت ساده‌تر، در مورد میزان تراکم یعنی تعداد طبقات و مساحت آن‌ها مطابق تعداد طبقات و مساحت طبقات املاک مجاور، حکم صادر شد. در پرونده دوم، در قسمت اول رأی، به تکلیف شهرداری در اعطای مجوز احداث بنا به استناد بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری در املاکی که مهلت اجرای طرح در آن‌ها سپری شده است، تصریح شد. در قسمت دوم رأی، درخواست صدور پروانه ساختمانی در چهار طبقه مسکونی با این استدلال که تعیین میزان و مجوز اعطای طبقات ساختمانی از اختیارات شورای شهر و کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری است و ممکن است در مقاطع زمانی مختلف، متفاوت باشد، به رد این خواسته حکم داد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز متعارض بودن دادنامه‌ها را محرز دانست و در تأیید دادنامه صادرشده در پرونده اخیر، رأی داد^۱ و با تأکید بر استحقاق مالکان املاک واقع در طرح‌های عمومی در بهره‌مندی از تمام حقوق مالکانه، الزام شهرداری را به صدور پروانه ساختمانی با حداکثر تراکم بدون مبنای قانونی دانست و دادنامه صادرشده در پرونده ۱۲۲۲/۸۷/۳۱ از شعبه ۳۱ دیوان را که متضمن این موضوع است، تأیید کرد.

چند نکته مهم و جدید در تحلیل این دادنامه قابل توجه است:

۱. مفاد رأی صادرشده نشانه اصلاح تلویحی دادنامه شماره ۴۳۷ - ۴۳۸ مورخ ۱۳۸۵/۰۶/۲۵ صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص میزان تراکم ساختمانی و مرجع تعیین آن و صحه گذاشتن بر مصوبه جلسه مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۹ (جلسه بیست و چهارم) شورای اسلامی شهر تهران درباره تعیین تراکم متفاوت برای اراضی دارای کاربری عمومی در دادنامه پیش‌گفته است.

۱. دادنامه شماره ۸۱۷ - ۱۳۹۵/۱۰/۱۴، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.



۲. تفسیری جدید از قانون، ارائه و شیوه‌ای جدید برای شهرداری‌ها در تعیین میزان تراکم در صدور پروانه برای املاک واقع در طرح‌های عمومی تعریف شده است.

۳. تحدید و تبعیض در چگونگی اعمال حقوق مالکانه در املاک واقع در طرح‌های عمومی نسبت به املاک مجاور دارای کاربری مسکونی به عمل می‌آید که با مفاد تبصره یک ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها که با هدف تأمین حق مالکیت شخصی در برابر منافع عمومی وضع شده، در تضاد است.

آرای شماره ۲۳۸ مورخ ۱۳۸۷/۰۴/۲۳ و شماره ۶۷۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۶ صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز از دادنامه‌های مهم مرتبط با موضوع تحقیق و قابل بررسی هستند که امکان پرداختن به آن‌ها در این مجال اندک مقدور نشد. از این رو، به ذکر مشخصات آرا برای مراجعه بسنده می‌شود.

نتیجہ گیری

قوانین و آرای بررسی شده، مؤید آن است کہ تلاش و اصرار برای تأمین منفعت عمومی نمی تواند بہ بہای تحدید و تضییع غیر قانونی حقوق خصوصی اشخاص باشد و توسل بہ ہر توجیہی در این راہ، حتی اصالت جامعہ، حقوق عمومی و حفظ منافع و مصالح اجتماع، مردود و محکوم است. متأسفانہ برخی دستگاه های دولتی مستظہر بہ پشتیبانی قدرت عمومی در خدمات رسانی برای اراضی واقع در طرح های عمومی شہری کہ مہلت قانونی اجرای طرح منقضی شدہ است، با نقض غرض، حق مالکیت شہروندان را سلب یا تحدید می کنند. از مصادیق تحدید حق در اراضی شہری، تصمیم برخی نهادہا و اقدامات یا انجام ندادن وظایف از جانب شہرداری ہاست کہ در عمل، باعث محروم و محدود شدن انتفاع مالکان از حقوق خود برای احداث و تجدید بنا و صدور پروانہ ساختمانی بہ بہانہ تأمین احتیاجات عمومی می شوند.

باید دانست کہ ایجاد محدودیت در استفادہ مالکان از حقوق قانونی خود و بی توجہی بہ اصل تسلیط باید بہ استناد اصل حکومت قانون باشد. در غیر این صورت، مراجع نظارت قضایی ناظر بر اعمال حکومت، مانع خروج از حیطہ اختیارات قانونی خواهند شد. با وجود این، در بعضی اقدامات و تصمیم گیری ہا مانند صدور پروانہ ساختمانی، قاعدہ تسلیط و حرمت اراضی و املاک اشخاص در نظر گرفتہ شدہ است کہ زمینہ ساز سلب، تضییع و محدود شدن امکان استفادہ حداکثری شہروندان از املاکشان می شود. اگر در این بین، وجود حداقل قوانین و تظلم خواهی شہروندان و ظرفیت حقوقی ایجاد شدہ در اصل ۱۷۳ قانون اساسی در پیش بینی دیوان عدالت اداری و تعیین حدود اختیارات و نحوہ عمل دیوان از جملہ پیش بینی ساختاری بہ عنوان ہیئت عمومی دیوان عدالت اداری توسط مقنن عادی و اعمال نظارت قضایی بر اعمال حکومت و تصمیم گیری های مہم و ارزشمند این ہیئت نبود، چہ بسا دایرہ تحدید حقوق اشخاص ہر روز تنگ تر و محرومیت از حق بیش تر می شد.

بہ نظر می رسد قوانین فعلی ناظر بر صدور پروانہ ساختمانی بہ دلایلی کہ در قسمت مقدمہ اشارہ شد، کافی، جامع، شفاف، ہنجارمند و کارآمد نیستند و در عمل نتوانستہ اند مانع تحدید حقوق مالکانہ اشخاص از جانب اقتدار عمومی شوند و ضامن تمام عیار حفاظت از حق آن ہا باشند. بنابراین، برای صدور مجوز احداث ساختمان در املاکی کہ مہلت قانونی اجرای طرح عمومی در آن ہا پایان یافتہ است، پیشنهاد می شود:

۱. از یک سو با اصلاح قوانین و مقررات متضمن تحدید حقوق مالکانه در احداث و تجدید بنا در کاربری‌های عمومی مثل ماده ۱۰۰ و بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و تبصره یک ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها و تدوین ضوابط جامع صدور مجوز احداث بنا در موضوع مورد بحث، با نظرخواهی از نهادهای اجرایی ضمن رفع ابهام‌ها و اشکال‌های موجود و تسهیل و تصریح در مورد جزئیات صدور مجوز احداث برای اراضی مورد نظر، با ضابطه‌گذاری و تعیین چارچوب‌ها و معیارهای کاملاً شفاف و تغییرناپذیر، گذرگاه‌های مداخله و اعمال سلیقه و تفسیر مختلف از قانون از جانب اشخاص حقیقی و حقوقی، مسدود و نظارت درون‌سازمانی و برون‌سازمانی و آموزش مستمر مجریان تقویت شود.

۲. از سوی دیگر، دیوان عدالت اداری با استناد به قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۰ که در حال حاضر، قانونی جامع، روزآمد و مفید به نظر می‌رسد، به عنوان مرجع تظلم‌خواهی علیه حاکمیت در فضای حقوق عمومی، با حمایت از حقوق شهروندان، ساختارهای اداری بی‌توجه به قانون را از طریق صدور آرای قضایی اصلاح کند.

امید است نتیجه این وضعیت، دربردارنده الزامات عمومی قابل قبول در اجرای مقررات به منظور فراهم کردن سازوکارهای لازم برای ایجاد توازن و تعادل در پاسداشت حرمت حقوق خصوصی در کنار تأمین احتیاجات عمومی در پرتو اجرای دقیق و صحیح عدالت باشد.

فهرست منابع منابع فارسی

الف) کتاب

۱. ابادری فومشی، منصور، **مجموع آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
۲. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، **حقوق اداری**، تهران: میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ هفتم، ۱۳۸۷.
۴. رضایی زاده، محمدجواد، **حقوق برنامه ریزی شهری**، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۵. شکری، نادر، **نظام حقوقی نحوه تملک املاک در شهرداری‌ها**، تهران: راه‌دان، ۱۳۹۰.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۴.
۷. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (اموال و مالکیت)**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۸. گرجی اندرزیانی، علی اکبر، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۳.
۹. محمدی، امید، **تحدید حقوق مالکانه در طرح‌های عمومی و عمرانی**، تهران: جنگل جاودانه، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. مولایی، آیت، **جزوه «حقوق اداری ایران»**، دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، همدان: دانشگاه بوعلی سینا، ۱۳۹۸.
۲. ناری قمی، مسعود، **«سلب مالکیت از زمین‌های شخصی در طرح‌های شهری: مبانی اسلامی و فرضیه استثمار»**، نشریه فیروزه اسلام (پژوهه معماری و شهرسازی اسلامی)، ۱۳۹۵، شماره ۲، صص ۸۶ - ۶۹.

ج) پایان‌نامه

۱. اردلان، رحیم، **«مبانی حقوقی حاکم بر تملک اموال غیر منقول توسط دستگاه‌های دولتی»**، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشکده

حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.

۲. ایرج، محسن، «**صیانت از حقوق مالکانه اشخاص در پرتو آرای دیوان عدالت اداری و نظرات شورای نگهبان**»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۳. تکلو، علی، «**بررسی فقهی و حقوقی مبانی مشروعیت اقتدار دولت در تحدید مالکیت خصوصی اشخاص**»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته فقه و حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.

۴. نصرتی، حسن علی، «**مالکیت زمین در اسلام**»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته فقه و معارف اسلامی مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی قم، ۱۳۸۶.

د) آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. دادنامه شماره ۴۷ - ۱۳۷۸/۲/۲۵.

۲. دادنامه شماره ۱۶۹ - ۱۳۸۱/۰۵/۲۷.

۳. دادنامه شماره ۵۶۱ - ۱۳۸۴/۱۰/۱۱.

۴. دادنامه شماره ۱۹۷ - ۱۳۸۶/۰۴/۰۳.

۵. دادنامه شماره ۴۳۷ - ۴۳۸ - ۱۳۸۶/۶/۲۵.

۶. دادنامه شماره ۸۱۷ - ۱۳۹۵/۱۰/۱۴.

ه) قوانین و مقررات

۱. قانون اساسی، مصوب ۱۳۶۸.

۲. قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۶۷.

۳. قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و تعیین وظایف آن، مصوب ۱۳۵۳.

۴. قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، مصوب ۱۳۵۱.

۵. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲.

۶. قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، ۱۳۹۴.

۷. قانون زمین شهری، مصوب ۱۳۶۶.

۸. قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی.

۹. لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و

- عمران و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸ در شورای انقلاب.
۱۰. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحیه‌های بعدی.
۱۱. قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۷۰.

سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در قلمرو معاملات دولتی

حمید برزگری دهج*

محمدرضا الهی‌منش**

چکیده

این تحقیق درصدد آسیب‌شناسی راهکارهای پیش‌گیرانه وضعی در قلمرو معاملات دولتی در نظام حقوقی ایران است. پیش‌گیری وضعی به دنبال فهم مکان، زمان و چگونگی ارتکاب جرم است. در پیش‌گیری وضعی به دنبال تغییر محیط‌هایی هستیم که میزبان رفتارهای مجرمانه است تا این محیط‌ها برای مرتکبان جرم مطلوبیت کم‌تری داشته باشند. با توجه به این‌که بیش‌ترین حجم فساد از نظر کمیت و قیمت در معاملات دولتی رخ می‌دهد، بررسی شیوه اعمال و میزان کارآمدی سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در حوزه معاملات دولتی اهمیت می‌یابد. روش انجام تحقیق، توصیفی - تحلیلی و ابزار آن نیز جمع‌آوری اطلاعات کتابخانه‌ای است. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد که راهکار پیش‌گیری وضعی بر مبنای سه نظریه انتخاب عقلانی، فعالیت روزمره و الگوی جرم، به دلیل بزه‌دیده‌محوری و تمرکز بر سالم‌سازی محیط در مبارزه با فساد در معاملات دولتی بسیار راه‌گشاست. به تازگی، قانون‌گذار در ایران، استفاده از سیاست پیش‌گیری وضعی را با جدیت بیش‌تری دنبال می‌کند. با این حال، بخش مهمی از قوانین مرتبط با مبارزه با فساد در معاملات دولتی در حوزه پیش‌گیری وضعی بسیار قدیمی و نیازمند بازنگری است. برخی حوزه‌های پیش‌گیری وضعی از جمله شفافیت و سلامت معاملات دولتی در ایران نیز کاستی‌های اساسی دارد.

کلیدواژه‌ها: پیش‌گیری وضعی، معاملات دولتی، فساد، اسناد بین‌المللی، نظام معاملات دولتی ایران.

*. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد واحد تهران شمال، تهران، ایران.
elahimanesh@chmail.ir

** . استادیار گروه حقوق فقه و حقوق جزا، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

مقدمه

تحلیل این تحقیق درصدد تحلیل استفاده از راهکارهای پیش‌گیرانه وضعی در زمینه مبارزه با فساد در قلمرو معاملات دولتی است. به عبارت دیگر، با توجه به کارآمدی اعمال سیاست‌های پیش‌گیری وضعی در کاهش جرم، این تحقق به بررسی شیوه اعمال این سیاست‌ها در حوزه معاملات دولتی در راستای کاهش یا ریشه‌کنی فساد می‌پردازد. استفاده از راهکارهای پیش‌گیری وضعی در کاهش فساد در حوزه معاملات دولتی بسیار راه‌گشاست؛ زیرا پیش‌گیری وضعی با تمرکز بر آماج جرم تلاش دارد خطر ارتکاب فساد در معاملات دولتی را افزایش دهد و به این ترتیب، تمایل به ارتکاب فساد کاهش می‌یابد. با وجود اثبات کارآمدی و اثرگذاری این سیاست‌ها تاکنون تحقیقی همه‌جانبه درباره شیوه اعمال و میزان کارایی پیش‌گیری وضعی در حوزه معاملات دولتی انجام نشده است. به این ترتیب، انجام تحقیقی جامع با این موضوع اهمیت می‌یابد.

همه ساله بخش عمده‌ای از بودجه دولت‌ها از طریق معاملات دولتی صرف خرید و تهیه اقلام مورد نیاز اداره کشورها و نیز تأمین زیرساخت‌های کلانی مانند حمل و نقل، انرژی، امنیت، بهداشت و درمان می‌شود. می‌توان گفت دولت‌ها یکی از بزرگ‌ترین مصرف‌کنندگان و خریداران در اقتصاد هر کشوری هستند و معاملات دولتی در قالب مناقصه از بزرگ‌ترین فعالیت‌های اقتصادی دولت محسوب می‌شود.^۱ مصداق‌های متعددی از فساد در معاملات دولتی وجود دارد که از آن جمله به اختلاس، اعمال نفوذ ناروا در مرحله نیازسنجی، رشوه‌دهی به مقام‌های دولتی در جریان اعطای قرارداد و تقلب در ارزیابی معاملات دولتی، صورت‌حساب‌ها یا تعهدات قراردادی صوری می‌توان اشاره کرد. در بسیاری از کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی،^۲ خطرهای عمده فساد از تعارض منافع در تصمیم‌گیری ناشی می‌شود که ممکن است اختصاص منابع را در تمام مراحل مختلف معاملات دولتی منحرف سازد.^۳

«جرم‌شناسی سنتی بر ویژگی کیفری‌دهی مجازات به عنوان ابزاری برای کاهش جرم متمرکز است، در حالی که در پیش‌گیری وضعی سعی شده است محیط‌هایی را که میزبان

۱. طجرلو، رضا و زهرا بابایی، «بررسی اصول ارتقای سلامت در قانون برگزاری مناقصات ایران و

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD)»، مجله مطالعات حقوق انرژی، دوره سوم، ۱۳۹۶، شماره ۱،

2-Organisation for corporation and Development (OECD).

3-European Commission, Report from the Commission to the Council and the European, 2014A, at: <https://www.>

[eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwdeg3tdz6/v=s7z/f=com\(2014\)38_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwdeg3tdz6/v=s7z/f=com(2014)38_en.pdf)

رفتارهای جنایی هستند، تغییر دهد تا از این طریق برای جرم، کم‌تر مناسب باشند»^۱ به این ترتیب، پیش‌گیری وضعی به دنبال کاهش فرصت‌ها برای دسته‌های خاصی از تبه‌کاران از طریق افزایش خطرهای و پی‌آمدهای ارتکاب جرم و کاهش میزان برخورداری مرتکبان از منافع ناشی از جرم است. بنابراین، مهم‌ترین ابزار پیش‌گیری وضعی، استفاده از فنون کاهش فرصت‌های ارتکاب جرم است. پیش‌گیری وضعی، دلیل ارتکاب جرم را وجود فرصت‌های جذاب و عملی (برای مثال، باز گذاشتن در ماشین یا باز کردن پنجره) برای ارتکاب جرم می‌داند. با توجه به اثبات موفقیت‌آمیز بودن سیاست‌های پیش‌گیری وضعی در کاهش جرم، قانون‌گذاری در زمینه معاملات دولتی، جز در موارد پراکنده، از این تجربه‌های موفقیت‌آمیز استفاده نکرده است.

پرسش این تحقیق آن است که تأثیر استفاده از راهکارهای پیش‌گیری وضعی در قلمرو معاملات دولتی بر پیش‌گیری از فساد چیست؟ فرضیه این تحقیق آن است که اعمال سیاست‌های پیش‌گیری وضعی در کاهش میزان فساد در معاملات دولتی اثرگذار است. بررسی ادبیات تحقیق نشان می‌دهد تاکنون تحقیقی با عنوان اعمال سیاست‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در معاملات دولتی انجام نگرفته است. این مقاله می‌کوشد ابتدا سیاست‌های پیش‌گیری وضعی را تعریف و مبانی نظری آن را در قالب سه نظریه انتخاب عقلانی، فعالیت روزمره و الگوی جرم بررسی کند.

در ادامه، راهکارهای پیش‌گیرانه وضعی از فساد در معاملات دولتی بر مبنای اسناد بین‌المللی و رهنمودهای برخی سازمان‌های بین‌المللی و به طور خاص، اسناد سازمان همکاری و توسعه (OECD) در زمینه مبارزه با فساد در معاملات دولتی مطرح و در هر مورد، آسیب‌های پیش‌گیری وضعی از فساد در معاملات دولتی در ایران بررسی می‌شود.

گفتار نخست: مفهوم و مبانی نظری پیش‌گیری وضعی

پیش از ورود به بحث پیش‌گیری وضعی از فساد در معاملات دولتی لازم است نخست، مفهوم پیش‌گیری وضعی و سپس مبانی نظری آن به اختصار تبیین شود.

۱-Shariati, Auzeen & Rob Guerette, Preventing Crime and Violence, Situational Crime Prevention (2017) accessed . December 2019(:https://www.researchgate.net/publication/311251189_Situational_Crime_Prevention

بند اول - مفهوم پیش‌گیری وضعی از جرم

برخلاف استراتژی‌های سنتی پیش‌گیری از جرم که هدف آن‌ها کاهش جرم و خشونت با تغییر تمایلات جنایی است، رویکرد پیش‌گیری وضعی از جرم بر فرصت‌هایی متمرکز است که بیش‌تر مستعد ارتکاب جرم است. پیش‌گیری وضعی از جرم به دنبال کاهش آسیب‌های ناشی از جرم از طریق تغییر عوامل وضعی یا اثرگذارتر بر محیط‌هایی است که جرم به طور منظم در آن روی می‌دهد. این حالات ارتکاب جرم، نزدیک‌ترین فاصله زمانی را نسبت به اعمال مجرمانه دارد و بنابراین، در مقایسه با دیگر عوامل، استعداد دست‌کاری بیش‌تری دارد.^۱

خصوصیات پیش‌گیری وضعی از جرم عبارتند از:

۱. این اقدامات به جرایم خاصی مربوط است. برای مثال، در جرایم غیر عمد، پیش‌گیری وضعی معنا ندارد.
۲. هدف اقدامات وضعی، تحت تأثیر قرار دادن پیرامون جرم است.
۳. در پیش‌گیری وضعی به دنبال خطر ساز کردن یا پرهزینه کردن اقدامات مجرمانه هستیم، مانند نصب دزدگیر، استقرار پلیس و نصب نرده حفاظ.
۴. پیش‌گیری وضعی باعث شفافیت جرم و تبیین پی‌آمدهای آن می‌شود. بنابراین، با ایجاد محدودیت و موانع در سر راه بزه‌کار، وقوع جرم برای او پرهزینه می‌شود.^۲

پیش‌گیری وضعی تنها درباره آن دسته از جرایمی قابل اعمال است که مرتکب، پی‌آمدهای جرم را درک کند. بنابراین، قابلیت اعمال بر صغار و مجانین را ندارد و تنها در جرایم عمد اعمال می‌شود. به طور کلی، در مورد هر دسته از بزه‌کاران که قدرت انتخاب دارند، سیاست‌های پیش‌گیری وضعی را می‌توان اعمال کرد. در نتیجه، شامل بزه‌کاران اتفاقی و بزه‌کاران به عادت نیز می‌شود.

1-Shariati, Auzeen & Rob Guerette, Preventing Crime and Violence, Situational Crime Prevention (2017) accessed December 2019(: https://www.researchgate.net/publication/311251189_Situational_Crime_Prevention

۲. نک: صفاری، علی، «انتقادات وارده بر پیش‌گیری وضعی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره هشتم، شماره ۴، ۱۳۹۱، ص

بند دوم - مبانی نظری پیش‌گیری وضعی از فساد

سه مبنای اصلی نظری پیش‌گیری وضعی شامل رویکرد «انتخاب منطقی»^۱، رویکرد «فعالیت روزمره»^۲ و نظریه «الگوی جرم»^۳ است.

الف) رویکرد انتخاب عقلانی

در نظریه انتخاب عقلانی، فرض بر این است که عمل انتخابی بزه‌کار در حوزه فساد، ابزاری برای رسیدن به اهداف مشخص است. به همین دلیل، این گروه، عقلانی عمل می‌کنند و برای دستیابی به هدف، خود را با موقعیت‌ها منطبق می‌سازند. در نتیجه، تغییر در موقعیت‌های پیش‌جنایی، آنان را ناگزیر می‌کند این واقعیت را بپذیرند که منافع دست‌نزدن به بزه بر ارتکاب بزه فزونی دارد. بدین ترتیب، به جای سرمایه‌گذاری در پیش‌آمدگی فردی، با مداخله در موقعیت‌ها می‌توان تصمیم بزه‌کاران بالقوه را تحت‌الشعاع قرار داد.^۴

بر مبنای رویکرد نظریه عقلانی، جرم، رفتاری هدفمند است و بزه‌کاران بالقوه تصمیم‌گیرنده منطقی هستند. بزه‌کاران هنگام تصمیم‌گیری به ارتکاب جرم، هزینه‌ها و مزایای عمل معین را ارزیابی می‌کنند. اگر خطر و زحمت ارتکاب جرم از منافع ناشی از آن بیش‌تر باشد، احتمال وقوع جرم کم‌تر است. نتیجه این دیدگاه آن است که هر گاه بزه‌کاران بر اساس برداشت خود از مناسب بودن اقدامات جنایی تصمیم بگیرند، می‌توان محیط را به گونه‌ای دست‌کاری کرد که مطلوبیت مجرمانه تغییر یابد. چارچوب انتخاب عقلانی به درک این موضوع می‌انجامد که چرا در برخی مکان‌ها نسبت به مکان‌های دیگری، جرایم بیش‌تری روی می‌دهد و چرا برخی آماج‌ها در مقایسه با دیگر، بیش‌تر قربانی می‌شوند.

هم‌چنین این نظریه به درک و شناسایی تاکتیک‌های پیش‌گیرانه مناسب کمک می‌کند؛ زیرا معیاری برای ارزیابی مشقت ارتکاب جرم و عواید ناشی از آن است. در نتیجه، با به کارگیری این نظریه می‌توان احتمال وقوع جرم را کاهش داد. بسیاری از تکنیک‌های پیش‌گیری وضعی از جرم از توجیه‌های نظریه انتخاب عقلانی در ارتکاب با اعمال مجرمانه ناشی می‌شود.

1-Rational Choice

2-Routine Activity .

3-Crime Pattern Theory .

۴. ابراهیمی، شهرام و حامد صفایی آتشگاه، «رویکرد قانون‌گذار به پیش‌گیری از جرم در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۱۳.

ب) نظریه فعالیت روزمره

رویکرد دوم در پیش‌گیری وضعی که کوهن و فلسون پیشنهاد دادند، نظریه فعالیت روزمره است. از این دیدگاه، رویدادهای مجرمانه زمانی روی می‌دهند که سه وضعیت - مجرم با انگیزه، آماج مناسب و نبود نگهبان توان‌مند - با هم گرد آیند.^۱ در توضیح بیش‌تر مثلث مجرمانه می‌توان گفت:

۱. بزه‌کار با انگیزه، شخصی است که در صورت فراهم بودن همه شرایط ارتکاب جرم از جمله آماج مناسب و نبود نگهبان توان‌مند، به ارتکاب جرم تمایل دارد.

۲. آماج مناسب می‌تواند شامل اشخاص، اشیا یا مکان باشد. برخی معیارهای آماج مناسب شامل ارزش، قابلیت دید، دسترسی، مخفی بودن، قابل جداسازی، موجود بودن و لذت‌بخش بودن است.

۳. نگهبان توان‌مند هم نگهبان رسمی مانند افسر پلیس و هم نگهبان غیر رسمی مانند همسایه‌ها را شامل می‌شود. هم‌چنین ممکن است نگهبان در صحنه جرم وجود داشته باشد، اما توان‌مند نباشد. برای مثال، اگر دوربین مداربسته در مکان اشتباهی نصب شود یا به درستی کار نکند، نمی‌تواند نگهبانی کارآمد باشد.

در بیش‌تر دیدگاه‌های جرم‌شناسی، تنها به عوامل فردی و دلایل تمایل بیش‌تر به انحراف در برخی افراد و گرایش کم‌تر برخی به رفتارهای انحرافی توجه شده است. در مقابل، از تأثیر محیط در رفتار یعنی ویژگی‌های مهم محیطی غفلت می‌شود که فرد را به سوی ارتکاب جرم سوق می‌دهد.^۲

نظریه فعالیت روزمره به جای تمرکز بر شخصیت فردی مجرم به بررسی زمینه محیطی می‌پردازد که جرایم در آن‌ها روی می‌دهد. بنابراین، عواملی غیر از شخصیت فردی مجرم از جمله مکانی که عبور و مرور در آن صورت می‌گیرد و فعالیت‌های روزمره که افراد در آن مشارکت دارند، از عوامل اثرگذار بر ارتکاب جرم است. بنابراین، «کسی بدون فراهم کردن لوازم و اسباب محیطی بزه‌کاری نمی‌تواند مرتکب جرم شود، حتی اگر تمایل ارتکاب بزه در او وجود داشته باشد. از این رو، «فرصت»، شرط ضروری عامل بروز جرایم است».^۳

1-Felson, M. Linking criminal choices, routine activities, informal control, and criminal outcomes. In D. B. Cornish & R. V. Clarke (Ed.), *The reasoning criminal: Rational choice perspectives on offending* (pp. 119-128). New Brunswick, NJ: Rutledge, 2017, p. 119

۲. فلسون، مارکوس و رونالد کلارک، *فرصت بزه‌کاری: نگرشی کاربردی بر پیش‌گیری از بزه‌کاری*، ترجمه: م. کلانتری و س. قزلباش، زنجان: دانش زنجان، ۱۳۸۸، ص ۴.

۳. همان.

ج) نظریه الگوی جرم

پاتریشیا و پاول برنتینگهام، نظریه الگوی جرم را مطرح کردند که به عنوان هسته اصلی جرم‌شناسی محیطی به این موضوع می‌پردازد که مردم و اشیاء چگونه در زمان و مکان در چرخه جرم قرار می‌گیرند.

نظریه الگوی جرم بر پیش‌گیری وضعی اثر می‌گذارد، به این شکل که ترتیب و قاعده رفتارهای مجرمانه را در فضای محیطی توضیح می‌دهد. این نظریه به طور خاص به فهم میزان ارتکاب جرم به ویژه در زمان و مکان کمک می‌کند. این نظریه در بین مکان‌های ویژه مستعد جرم، دو نوع کلی را شناسایی می‌کند. نخست، مکان‌های جرم‌زا، برای مثال، ایستگاه‌های اتوبوس، مکان‌هایی هستند که بسیاری از قربانیان و مجرمان بالقوه را برای اهداف غیر کیفری به محل جذب می‌کنند. از این رو، موجب تسهیل وقوع جرم می‌شوند؛ زیرا این تجمعات فرصت ارتکاب جرم را فراهم می‌کنند. دیگر محرک‌های جرم به محل‌هایی اشاره دارد که برای مجرمان به عنوان مکان‌هایی شناخته شده است که جرم به طور منظم در آن ارتکاب می‌یابد. مجرمان برای ارتکاب جرم به این مکان‌ها جذب می‌شوند. این نظریه، رویکردی خردآمیز است؛ زیرا سیاست‌گذاران و متخصصان پیش‌گیری از جرم با استفاده از آن می‌توانند مکان‌هایی را شناسایی کنند که به مداخلات پیش‌گیرانه نیاز دارند تا روش‌های پیش‌گیرانه متناسب با هر منطقه را بیابند.^۱

مفاهیم اصلی این نظریه عبارتند از:

۱. گره‌ها یعنی مکان‌هایی که بزه‌کاران در آن، زندگی، کار و فعالیت می‌کنند؛
۲. مسیرها که راه‌های بین گره‌ها هستند و برای جابه‌جایی میان گره‌ها از آن‌ها استفاده می‌شود؛
۳. لبه‌ها که به مرزهای محدوده‌هایی که مردم، زندگی، کار، خرید و تفریح می‌کند، اشاره دارد.^۲

نظریه الگوی جرم به طور خاص در توسعه فهم از ارتباط بین جرم و مکان اهمیت دارد. نظریه الگوی مجرمانه، تعامل بین مجرمان با محیط اجتماعی و فیزیکی خود را بررسی می‌کند که بر انتخاب آماج جرم از سوی مجرمان اثر می‌گذارد.

1-Brantingham, P.L. & P.J. Brantingham, «Situational Crime Prevention As A Key Component In Embedded Crime Prevention». *Canadian Journal of Criminology And Criminal Justice*, 2005, P. 271

۲. فلسون و کلارک، پیشین، ص ۶.

گفتار دوم: تکنیک‌های پیش‌گیرانه وضعی فساد در معاملات دولتی

در حوزه معاملات دولتی، تکنیک‌های منع دسترسی به آماج جرم، منحرف کردن بزه‌کاران از آماج جرم (ایجاد فاصله بین کنشگران)، کنترل وسایل تسهیل‌کننده جرم، غربال خروجی‌ها، اصلاح نظام بانکی و مبارزه با پول‌شویی بر مبنای نظریه پیش‌گیری وضعی قابل اعمال است.^۱ همه این تکنیک‌ها بر محیط مجرمانه اثر می‌گذارد و در نتیجه، موجب کاهش جرم می‌شود. تکنیک‌های دیگری مانند اصل شفافیت و رقابت نیز در ذیل پیش‌گیری وضعی از فساد در معاملات دولتی جای می‌گیرند.

بند اول - روش‌های پیش‌گیری وضعی بر مبنای نظریه انتخاب عقلانی

برای اعمال نظریه انتخاب عقلانی در معاملات دولتی باید با به کار بردن راهکارهای محاسبات عقلانی، بزه‌کاران را به سمت پرهیز از ارتکاب جرم سوق داد. در این راستا، دو راهکار منع مداخله کارمندان دولت در معاملات دولتی و محرومیت اشخاص فاسد از شرکت در معاملات دولتی پیشنهاد می‌شود.

الف) منع مداخله مقام‌های دولتی در معاملات دولتی

یکی از بهترین راهکارهای پیش‌گیرانه وضعی، گرفتن فرصت ارتکاب جرم از بزه‌کار است. در این رویکرد سعی می‌شود مجرمان بالقوه در زمان یا مکان معینی تحت مراقبت قرار گیرند یا از وضعیت جرم‌زا یا مستعد وقوع جرم خارج شوند. انتقال یا انفصال کارمندان متخلف از جمله اقداماتی است که در چارچوب این راهکار مطرح می‌شود.^۲

منع مداخله کارکنان دولتی در معاملات دولتی نیز از جمله این اقدامات است. این ممنوعیت به این معنی است که کارکنان دولتی (در معنای عام) و بستگان نزدیک آن‌ها (پدر و مادر، همسر و فرزندان) از مشارکت در معاملات دولتی محروم هستند. «در نظر گرفتن

۱. محترم قلاتی، ایمان، «آسیب‌شناسی سیاست جنایی تقنینی ایران در مبارزه با فساد در حوزه معاملات دولتی در پرتو اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای»، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، ۱۳۹۷، ص ۳۳.

۲. لطفی، نسرین و محمدعلی حاجی ده‌آبادی، «بررسی نقش مذهب در پیش‌گیری از وقوع جرایم از دیدگاه افراد عادی و مجرم»، دانش انتظامی، سال پانزدهم، ۱۳۹۲، شماره ۴، ص ۱۷۷.

چنین منع و استثنایی بدان جهت است که قانون‌گذار خواسته با اعمال این استثنائات، محدودیت‌هایی را تحمیل کند تا افراد مزبور برای پیش‌گیری از سوء استفاده‌های احتمالی وارد فرآیند معاملات یا واگذاری‌ها نشوند یا اطلاعاتی را که تحصیل کرده‌اند، محرمانه نگاه داشته و افشا نکرده و یا به نفع خود از آن‌ها بهره‌برداری نکنند.^۱

در اسناد بین‌المللی مرتبط با مبارزه با فساد، این ممنوعیت با عنوان «ممانعت از تنازع منافع»^۲ ذکر شده است. در تعریف سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، «تنازع منافع» شامل «تضاد بین وظیفه عمومی و منافع خصوصی یک مقام دولتی است که در آن، مقام دولتی می‌تواند منافع خصوصی داشته باشد که بر عملکرد وظایف و مسئولیت‌های رسمی وی به طور نامناسب تأثیر بگذارد».^۳

بند ۴ ماده ۷ کنوانسیون مریدا به دولت‌های عضو توصیه می‌کند طبق اصول اساسی قوانین داخلی خود بکوشند نظام‌هایی را انتخاب کنند که شفافیت را ارتقا می‌دهد و از تعارض منافع جلوگیری می‌کند.^۴ به علاوه چندین سازمان بین‌المللی دیگر، استانداردهایی را برای مدیریت تعارض منافع و کاهش خطرهای ناشی از آن مصوب کرده‌اند. مثال‌های شاخص در این زمینه شامل شورای اروپا، «توصیه‌نامه سازمان همکاری اقتصادی و توسعه برای مدیریت تعارض منافع در بخش خدمات عمومی»^۵ و «مقررات اتحادیه اروپا در زمینه تنازع منافع در معاملات دولتی»^۶ است.

در ایران، مهم‌ترین قانون در این زمینه، «لایحه قانون راجع به منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلس و کارمندان دولت در معاملات دولتی و کشور مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲» است. با وجود ممنوعیت مطلق این قانون، استثنائاتی هم دارد. بنابراین، جز در موارد مصرّح قانونی،

۱. فضلی، مهدی و ابوالفتح خالقی، «کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ششم، ۱۳۹۷، شماره ۲۳، ص ۱۷۵.

2-Preventing Conflict of Interest.

3-the Council of Europe, the 2003 OECD Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the . Public Service, p. 24

۴. حسینی، سید حسین و محمدمسعود ملازمیان، «بررسی تطبیقی پیش‌گیری وضعی از جرم ارتشا در حقوق ایران و کنوانسیون مریدا»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۱، ص ۷۱.

5-OECD, 2003, op.cit, p. 25.

6-The European Union regulation on conflicts of interest in procurement in the Directive 2014/24/EU3 .

کارکنان دولتی، حق انعقاد قرارداد با دولت را ندارند. مطابق ماده ۱ این قانون، این ممنوعیت شامل: نخست وزیر و وزیران و معاونان آن‌ها (پست نخست وزیری در اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ حذف شد)؛ نمایندگان مجلس، سفیران، استانداران و فرمانداران؛ شهردارها و اعضای انجمن شهر (در حال حاضر، شورای اسلامی شهر) و کارمندان و صاحب‌منصبان کشوری و لشکری و شهرداری‌ها می‌شود.

مطابق با ماده ۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، کارمند، فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط به موجب حکم یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار در یک دستگاه اجرایی به خدمت پذیرفته می‌شود. مطابق ماده ۴۵ همین قانون، کارمندان دولت شامل کارمندان رسمی و پیمانی است. نوع دیگری از استخدام مطابق قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام قراردادی (ساعتی یا کار معین) است. (تبصره ماده ۳۲) این ممنوعیت مطلق است و شامل این دسته از کارکنان دولتی نیز می‌شود.^۱ سرانجام این که دایره این ممنوعیت به بستگان نسبی درجه اول کارمندان دولتی و بستگان سببی شامل شوهر یا همسر نیز سرایت می‌یابد.

مهم‌ترین ایرادهای این قانون عبارتند از:

۱. این قانون شامل برخی مناصب جدیدی نمی‌شود که بعد از انقلاب ایجاد شده است، از جمله ریاست قوه قضاییه، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام.^۲
۲. این قانون شامل کارمندان بازنشسته و بازنشسته نمی‌گردد. (بند ۵ ماده ۱) «لازم است این قانون، کارکنان مزبور را که معمولاً به لحاظ قدمت خدمت، از آشنایان بیش‌تری برای نفوذ در دستگاه‌های دولتی برخوردار هستند، دربرگیرد».^۳
۳. همان‌طور که گفته شد، برخی مناصب دولتی که در این قانون ذکر شده است، در حال حاضر وجود ندارند.

صرف نظر از برخی ایرادها، اعمال دقیق این قانون می‌تواند تنازع منافع در معاملات دولتی را به حداقل ممکن کاهش دهد. دایره شمول این قانون بسیار گسترده تعریف شده است، به گونه‌ای که راه هر گونه سوء استفاده را محدود می‌کند.

۱. اطلاق کلمه «کارمند» در بند ۳ ماده ۱ قانون منع مداخله بر شمول قانون بر دو گونه کارمند رسمی و موقت دلالت دارد. نظریه شماره ۷/۶۳۵۸ مورخ ۱۳۸۳/۸/۲۵ اداره کل حقوقی قوه قضاییه. (شهری، غلام‌رضا و همکاران، مجموعه تنقیح‌شده قوانین و مقررات کیفری، به اهتمام: معاونت حقوقی و توسعه قوه قضاییه، تهران: روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۶، ص ۱۱۷۹.

۲. این ایراد را با استناد به بند ۵ ماده ۱ این قانون به این شکل می‌توان برطرف کرد که در این بند به طور مطلق، هر شخصی را که حقوق یا مقرری، پاداش یا حق‌الزحمه دریافت می‌کند، باید مشمول این ممنوعیت قرار داد.

۳. خالقی و فضلی، پیشین، ص ۱۸۶.

ب) محروم‌سازی شرکت‌های فاسد یا دیگر اشخاص مستعد فساد از مشارکت در معاملات دولتی

محروم‌سازی یا قرار دادن اشخاص یا پیمان‌کاران فاسد یا بی‌صلاحیت در فهرست سیاه یکی از ابزارهای کارآمد برای مبارزه با فساد است. دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی، اشکال محروم‌سازی را توسعه داده‌اند تا پیمان‌کارانی که مرتکب برخی اعمال خلاف از جمله رشوه‌دهی یا تقلب شوند یا عملکردی قابل قبول نداشته‌اند یا اعتبارشان به دلیل اعمال بد یا نقض نظام کنترل داخلی خدشه‌دار شده است، از شرکت در معاملات دولتی محروم شوند.^۱

کارآمدی تعلیق یا محروم‌سازی از پیمان‌کاری‌های دولتی به عنوان ابزاری علیه فساد به اثبات رسیده است. محروم‌سازی شرکت‌های خصوصی از فرصت معامله با دولت یکی از نیرومندترین ابزارهای بازدارنده علیه متخلفان در آینده است و تضمینی برای این امر است که دولت با پیمان‌کارانی که نظام کنترل داخلی اثرگذار ندارند، قرارداد منعقد نکند.^۲

به محروم‌سازی اشخاص حقیقی و حقوقی فاسد از مشارکت در معاملات دولتی در اسناد بین‌المللی به عنوان راهکاری پیش‌گیرانه توجه شده است. ماده ۲۱ قانون «نمونه آنسیترال برای معاملات دولتی»^۳، مصوب کمیته سازمان ملل متحد در زمینه تجارت بین‌الملل تأکید دارد که مقاطعه‌کار یا پیمان‌کار در این موارد باید از فرآیند معاملات دولتی محروم شود: «الف) هر مقاطعه‌کار یا پیمان‌کاری که به طور مستقیم یا غیر مستقیم، به هر یک از کارکنان یا مستخدمین دولتی فعلی و پیشین دستگاه مناقصه‌گزار یا دیگر مقام‌های دولتی، پیشنهاد دریافت رشوه را به هر شکل بدهد یا به دادن رشوه توافق کنند یا رشوه بدهد و استخدام یا هر نوع خدمات با ارزش دیگری را پیشنهاد دهد، به این منظور که بر اقدام یا تصمیم‌گیری یا فرآیندهای بعدی معاملات دولتی اثر بگذارد که از سوی دستگاه مناقصه‌گزار در ارتباط با فرآیند معاملات دولتی انجام می‌گیرد».

در «سند تفسیری کنوانسیون مقابله با رشوه‌دهی به مقام‌های عمومی خارجی در معاملات تجاری بین‌المللی مصوب ۱۹۹۷»^۴، کنفرانس مشورتی کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه

1-Yukins, R. Christopher, Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis, the Geo. Wash. U. Int'l L. Rev, 2013, p. 45.

UNODC, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances, United .

2-Nations, 2003, p. 25

3-UNCITRAL Model Law on Public Procurement .

4-Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997

اقتصادی در بند ۲۴ از پاراگراف ۴ ماده ۳ در بیان ضمانت اجرای رشوه‌دهی به مقام‌های عمومی خارجی در معاملات تجاری بین‌الملل، «محروم‌سازی موقت یا دایم از مشارکت در معاملات دولتی یا انجام دادن دیگر فعالیت‌های تجاری» را مقرر داشته است. محروم‌سازی اشخاص فاسد از مشارکت در معاملات دولتی مطابق این ماده می‌تواند موقتی یا دایمی باشد.

در «کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد»، به طور خاص به محروم‌سازی اشخاص رشوه‌دهنده به عنوان راهکار پیش‌گیرانه از فساد اشاره نشده است. با این حال، «راهنمای قانون‌گذاری برای اجرایی کردن کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد»^۱ یادآوری می‌کند که دولت‌های عضو باید اقدامات مناسبی مانند محروم‌سازی را برای تشویق به رعایت الزامات کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان ملل متحد به کار بندند.

جلوه‌هایی متعدد از این گونه محروم‌سازی را در نظام حقوقی ایران می‌توان مشاهده کرد. در ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ ضمن ممنوعیت رشوه‌ستانی در تبصره ۳ و ۴، ضمانت اجرای محروم‌سازی را در خصوص اشخاص رشوه‌دهنده مقرر داشته است. هم دستگاه اجرایی و هم سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظفند اسامی افراد حقیقی و حقوقی رشوه‌دهنده را به همه دستگاه‌های اجرایی اعلام کنند تا با آن‌ها قرارداد نبندند.

مقرر قانونی مهم دیگر، ماده ۵ «قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد» مصوب ۱۳۹۰ است. در بند الف این ماده در بیان محروم‌سازی اشخاص حقیقی و حقوقی فاسد مقرر داشته است که از «شرکت در مناقصه‌ها و مزایده‌ها یا انجام معامله یا انعقاد قرارداد با دستگاه‌های موضوع بندهای الف، ب و ج ماده ۲ این قانون با نصاب معاملات بزرگ مذکور در قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳/۱/۲۵» محروم می‌شوند. روش اجرایی کردن این محروم‌سازی‌ها در تبصره ۶ ماده ۶ این قانون به این صورت مقرر شده است که دبیرخانه و بانک اطلاعاتی مرتبط با فهرست محروم‌سازی در محل سازمان بازرسی کل کشور تشکیل می‌شود. به این ترتیب، اطلاعات مربوط به پیمان‌کاران مرتکب فساد در اختیار دیگر دستگاه‌های اجرایی قرار می‌گیرد. طبق اظهارات مقام‌های سازمان بازرسی کل کشور، این بانک اطلاعاتی مشتمل است بر مشخصات متهمان (اشخاص حقیقی و حقوقی)، آرای دادگاه‌های کیفری، نوع و وضعیت اجرای محروم‌سازی‌ها، نظر‌ها و گزارش‌های هیئت‌های تشخیص، آرای هیئت‌های سه نفره قضات و موارد دیگر.^۱

1-Legislative Guide for the Implementation of the United Nations Convention against Corruption, UNODC, 2006, p. 338

۲. دهقانی، فریبا، «رویکرد حقوق کیفری ایران به حفظ و ارتقای سلامت نظام اداری»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، ۱۳۹۳، ص ۱۶۲.

در قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳، موارد محروم‌سازی از شرکت در مناقصه‌های دولتی تصریح نشده و صرفاً در بند الف ماده ۲۶ به تهیه فهرست مناقصه‌گران در مناقصه محدود از سوی مقام‌های دولتی صلاحیت‌دار اشاره شده است، بدون آن که معیاری در انتخاب یا محروم‌سازی مناقصه‌گران بیان شود. در آیین‌نامه اجرایی این ماده با عنوان «آیین‌نامه اجرایی بند الف ماده ۲۶ قانون برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۵» نیز به موارد محروم‌سازی از قرارگیری در فهرست مناقصه‌گران محدود اشاره نشده است.

ارزیابی نظام حقوقی ایران در ارتباط با محروم‌سازی پیمان‌کاران فاسد از شرکت در معاملات دولتی در مقایسه با اسناد بین‌المللی نشان می‌دهد که نظام موجود در ایران کارآمد نیست؛ زیرا جز در دو قانون، به این ضمانت اجرای مهم اشاره صریح نشده است. شایسته بود در قانون برگزاری مناقصات، این محروم‌سازی به طور صریح، مقرر و سازوکار اجرایی آن تعیین می‌شد. در مورد تهیه فهرست پیمان‌کاران فاسد نیز شیوه و مدت محروم‌سازی چندان جامع نیست. هر چند در قانون ارتقای سلامت اداری و مبارزه با فساد، تهیه بانک اطلاعاتی از اشخاص محروم در سازمان بازرسی کل کشور مقرر شده، اما در قانون برگزاری مناقصات، برای استعلام دستگاه مناقصه‌گزار از این نهاد، الزامی پیش‌بینی نشده است. به طور کلی، سازوکار اجرایی کردن این محروم‌سازی‌ها چندان روش نیست.

بند دوم - تکنیک‌های پیش‌گیرانه وضعی بر مبنای نظریه فعالیت روزمره در معاملات دولتی

نظریه فعالیت روزمره به عنوان یک روش پیش‌گیری بر عناصر اساسی تشکیل‌دهنده جرم متمرکز است که عبارتند از: آماج مجرمانه مناسب، نبود نگهدارنده برای مداخله و وجود انگیزه در مجرم. در معاملات دولتی نیز می‌توان با حذف یکی از عناصر مثلث جرم یا حذف همه، فساد در معاملات دولتی را کاهش داد.

الف) استفاده از سیستم معاملات الکترونیکی

سیستم‌های الکترونیکی را در فرآیند معاملات دولتی و در راستای اعمال نظریه فعالیت روزمره می‌توان با حذف یکی از سه ضلع جرم یعنی «فقدان نگهدارنده توانمند» و همچنین «آماج مجرمانه مناسب» به کار برد. سیستم‌های الکترونیکی می‌توانند در مقام نگهدارنده

توان‌مند عمل کنند؛ زیرا همه فرآیندهای معاملات دولتی به طور الکترونیکی ضبط و ثبت می‌شود و در نتیجه، کشف فساد را امکان‌پذیر می‌سازد. همچنین سیستم‌های معاملات الکترونیکی باعث می‌شود جذابیت معاملات دولتی به عنوان یک هدف مجرمانه کاهش یابد؛ زیرا فرصت تماس مستقیم بین مناقصه‌گران و دستگاه مناقصه‌گزار را کاهش می‌دهد.

ابزارهای کارپردازی الکترونیکی شامل انتشار الکترونیکی فرصت‌های انعقاد قرارداد، توزیع الکترونیکی اسناد مناقصه و ارائه پیشنهاد به صورت الکترونیکی است. استفاده از ابزارهای کارپردازی الکترونیکی (مانند ارتباط الکترونیکی، ارسال الکترونیکی و مناقصه الکترونیکی) سبب می‌شود ارتباطات مستقیم بین مناقصه‌گران و کارکنان دستگاه مناقصه‌گزار کاهش یابد. این ارتباطات حضوری، یکی از عوامل اصلی رفتارهای فسادآمیز در معاملات دولتی است.^۱

در اسناد بین‌الملل مرتبط با فساد در معاملات دولتی نیز استفاده از سیستم کارپردازی الکترونیکی به عنوان راهکار پیش‌گیرانه از فساد ارائه شده است. در «توصیه‌نامه شورای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برای معاملات دولتی»، استفاده از فن‌آوری‌های دیجیتالی برای حمایت از نوآوری‌های مناسب کارپردازی الکترونیکی، در کل فرآیند معاملات دولتی تشویق شده است.^۲ همچنین در اتحادیه اروپا، کارپردازی الکترونیکی در بخش عمومی برای نخستین بار به موجب «دستورالعمل EC/17/2004» و «EC/18/2004» در ۳۱ مارس ۲۰۰۴ ارائه و این دستورالعمل‌ها در سال ۲۰۱۴ بازنگری شد.

کشورهای عضو کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد در قطع‌نامه شماره ۳/۲^۳ که برای اقدامات پیش‌گیرانه تصویب کردند، از دولت‌های عضو می‌خواهند به «استفاده از سیستم‌های رایانه‌ای برای مدیریت معاملات دولتی» توجه کنند. استفاده از کارپردازی‌های الکترونیکی در معاملات دولتی یکی از راهکارهای اجرای نظام معاملات دولتی کارآمد بر مبنای اصول بنیادین شفافیت، رقابت و تصمیم‌سازی عینی است که در ماده ۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد مقرر شده است.

در نظام حقوقی ایران، ماده ۳۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ به عنوان یک قاعده کلی اطلاع‌رسانی، ارائه فرم و خدمات به شکل الکترونیکی از سوی دولت و حذف

1-UNODC, op.cit, p. 27).

2-OECD Recommendation of the Council on Public Procurement, 2015b accessed online on June 8th at: http://www.oecd.org/gov/public_procurement/recommendation/OECDRecommendation-on-Public-Procurement.pdf

3-Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Resolution 3/2.

مراجعه حضوری به دستگاه‌های اجرایی را مقرر داشته است. این الزام شامل معاملات دولتی نیز می‌شود. در ماده ۲۰ قانون ارتقای سلامت اداری، تکلیفی مشابه برای مکانیزه‌سازی امور مالی و مکاتبات اداری مقرر شده است. در قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ به برگزاری مناقصات به شکل الکترونیکی اشاره نشده است. همچنین در دیگر قوانین مرتبط با معاملات دولتی از جمله قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶، آیین‌نامه معاملات دولتی ۱۳۴۹، آیین‌نامه مالی شهرداری ۱۳۴۶ و آیین‌نامه مالی شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵، انجام معاملات دولتی به شکل الکترونیکی مقرر نشده است. در آیین‌نامه سامانه تدارکات دولتی ۱۳۹۰/۸/۲۱، برگزاری معاملات دولتی به شکل الکترونیکی پیش‌بینی شده است. در ماده ۱ این آیین‌نامه مقرر شده است که همه مراحل برگزاری مناقصه و مزایده باید به شکل الکترونیکی برگزار گردد. در ماده ۶ این آیین‌نامه تنها معاملات استثناسده از شمول کارپردازی الکترونیکی، معاملات محرمانه است.

ب) ارتقای شفافیت در معاملات دولتی

«شفافیت موجب می‌گردد که راهکارهای تقلب و تبانی در معاملات دولتی، اختلاس، ارتشا، رانت‌جویی، هدر رفتن منابع مالی دولتی و نظایر آن تا حد زیادی مسدود گردد»^۱ شفافیت را می‌توان راهکاری پیش‌گیرانه بر مبنای نظریه فعالیت روزمره تلقی کرد؛ زیرا شفافیت به عنوان نگهبانی توان‌مند در برابر فساد عمل می‌کند.

شفافیت شامل این موارد می‌شود:

- «الف) اعلان عمومی برگزاری معاملات دولتی و افشای قواعد که رعایت آن لازم است؛
 - ب) برگزاری جریان معاملات دولتی به صورت علنی و آشکار، طبق قوانین و رویه‌های تعیین‌شده که اختیار مسئولان را محدود می‌کند؛
 - ج) پیش‌بینی سیستم برای نظارت و اجرایی کردن قواعد قابل اعمال»^۲.
- برای تحقق شفافیت، اطلاعات مربوط به معاملات دولتی باید در دسترس عموم قرار گیرد، جز در مواردی که اطلاعات آن محرمانه است.

یکی دیگر از راهکارهای ارتقای شفافیت، رقابتی کردن معاملات دولتی است. بر مبنای اصل رقابت، برگزاری معاملات دولتی باید به شکل عمومی و ایجاد رقابت بین مناقصه‌گران باشد تا شفافیت و سلامت معاملات دولتی ارتقا یابد. برای مثال، «توصیه‌نامه شورای سازمان

۱. ابوبیه، فخرالدین، جواد کاشنی و امیر هوشنگ فتحی، «اصل شفافیت در معاملات دولتی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی،

سال یازدهم، ۱۳۹۸، شماره ۲۰، ص ۳۹.

2-UNODC, op.cit, p. 8.

همکاری و توسعه در خصوص معاملات دولتی^۱، دولت‌ها را تشویق کرده است که امکان دسترسی به فرصت‌های حضور در معاملات دولتی را برای رقابت‌کنندگان بالقوه در همه اشکال (خواه شرکت‌های بزرگ، متوسط و کوچک) تسهیل کند.

در ماده ۹ کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد به طور صریح به ارتقای شفافیت در معاملات دولتی به عنوان راهکار اشاره شده است. مطابق بند ۲ این ماده، الزامات دولت در راستای شفافیت در معاملات دولتی شامل این موردهاست:

- الف) تشریفات تصویب بودجه داخلی؛
- ب) گزارش به موقع درآمدها و هزینه‌ها؛
- پ) نظام حسابداری و ممیزی استاندارد و نظارت مربوط؛
- ت) نظام‌های مؤثر و کارآیی مدیریت خطر و کنترل داخلی؛
- ث) اقدامات اصلاحی در هنگامی که این الزامات رعایت نگردد.

مطابق بند ۳ این ماده، یک پارچگی حساب‌رسی و حسابداری معاملات دولتی نیز از ابزارهای شفافیت در معاملات دولتی است. در اسناد سازمان همکاری و توسعه به ویژه سند «سلامت معاملات دولتی»، ارتقای شفافیت به عنوان یکی از راهکارهای تضمین سلامت معاملات دولتی بیان شده است.^۲ در این سند، رهنمودهای مناسبی برای تعیین سطح شفافیت در مراحل مختلف مناقصه‌ها و استثنائات اصل رقابت و چگونگی تضمین سلامت معاملات دولتی ارائه شده است. در قانون نمونه آنسیترا برای معاملات دولتی نیز برگزاری معاملات دولتی به شکل شفاف مقرر شده است.

با بررسی نظام حاکم بر معاملات و خریدهای دولتی در ایران (قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶) مشخص می‌شود که انجام معاملات دولتی همواره در قالب چند ماده و تبصره در متن قوانین محاسبات عمومی ذکر می‌گردد. وجود آیین‌نامه معاملاتی متعدد، نبود تعریف دقیق قانونی از عبارت‌ها و اصطلاحات مربوط به معاملات دولتی به ویژه تعریف مناقصه و در نتیجه، برداشت‌ها و تفسیرهای گوناگون و مبهم، نبود شفافیت در انجام مناقصه‌ها، نبود بانک اطلاعاتی منسجم در مورد سوابق و اطلاعات مناقصه‌های برگزار شده همگی باعث شده است شفافیت در معاملات دولتی کاهش یابد.^۳

1-The OECD Recommendation of the Council on Public Procurement.

2-OECD, A-Z, op.cit, pp. 29_44 .

۳. ابویه، کاشنی و فتحی، پیشین، ص ۴۰.

قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ تلاش کرد رویه‌ای عمومی و شفاف درباره معاملات همه دستگاه‌های دولتی در نظر بگیرد. در بند ب از ماده ۱ این قانون، دایره شمول آن بسیار گسترده تعریف شده است و تقریباً همه دستگاه‌های حاکمیتی را دربرمی‌گیرد. مواردی از نبود شفافیت در قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳ وجود دارد که از آن جمله به این موارد می‌توان اشاره کرد:

۱. برای ارزیابی فنی و بازرگانی پیشنهادها در ماده ۱۹ این قانون، معیاری تعیین نشده است؛
۲. در بند الف ماده ۱۹ این قانون به معیار «مناسب‌ترین قیمت» اشاره شده، اما مبنا و نحوه تعیین آن مشخص نشده است؛
۳. مطابق بند ج ماده ۱۲ این قانون، مناقصه‌گران داخلی بر مناقصه‌گران خارجی اولویت دارند؛
۴. در مناقصه محدود و مناقصه عمومی، با شرایط فعلی هم‌چنان امکان تبانی وجود دارد.

ج) نظارت بر فرآیند معاملات دولتی

بر مبنای نظریه فعالیت روزمره، نظارت بر معاملات دولتی به عنوان نگهبانی توانمند در برابر فساد در معاملات دولتی عمل می‌کند. نظارت هم شامل وجود دستگاه‌های نظارتی و هم شامل رسیدگی به شکایت مناقصه‌گران است.

نظارت بر معاملات دولتی، طیفی گسترده از اقدامات را شامل می‌شود که هر یک می‌تواند نقشی پیش‌گیرانه از فساد در معاملات دولتی داشته باشد. در سند مهم رهنمود سازمان همکاری و توسعه اقتصادی با عنوان «سلامت معاملات دولتی A-Z»، اقدامات نظارتی در طیفی گسترده‌ای تعریف شده است که شامل این موارد می‌شود:

- «الف) کنترل داخلی: ابزارهای مدیریتی برای بهبود؛
- «ب) حسابرسی خارجی: بررسی مستقل؛
- «ج) امکان اعتراض به تصمیم‌های مربوط به معاملات دولتی: سازوکار شکایت و جبران و تضمین نظارت عمومی»^۱.

بخش پایانی قانون نمونه آنسیتال برای معاملات دولتی با عنوان «فرآیند چالش» به بحث شیوه نظارت بر فرآیند معاملات دولتی پرداخته است. راهکارهای نظارتی به موجب این سند عبارتند از: حق بر شکایت و تجدید نظرخواهی (ماده ۶۴)؛ آثار شکایت (ماده ۶۵)؛ درخواست رسیدگی به شکایت از خود دستگاه مناقصه‌گزار (ماده ۶۶)؛ درخواست رسیدگی از سوی یک نهاد مستقل (ماده ۶۷).

1-OECD, A-Z, op.cit, pp. 89-114.

کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد نیز در ماده ۹، بحث نظارت بر معاملات دولتی را به عنوان راهکاری پیش‌گیرانه مطرح کرده است. مطابق بند ۱ پاراگراف ت از این سند، نظام مؤثر بررسی داخلی شامل نظام استیناف برای اطمینان‌یابی از وجود راه‌چاره‌های قانونی در صورت رعایت نشدن تشریفات و قواعد معاملات دولتی ضرورت دارد.

به طور خلاصه، راهکارهای نظارتی به موجب این اسناد شامل این موردهاست: نظارت داخلی (از سوی دستگاه مناقصه‌گزار)، نظارت خارج از دستگاه مناقصه‌گزار، شکایت از تصمیم‌گیری دستگاه مناقصه‌گزار به خود دستگاه یا طرح شکایت در یک مرجع مستقل. شیوه‌های نظارت بر معاملات دولتی در ایران نیز شامل این موردها می‌شود:

الف) نظارت از خارج از دستگاه مناقصه‌گزار: نظارت از طریق سازمان بازرسی کل کشور (بند الف و ج ماده ۲ قانون سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳۶۰ و اصلاحات بعدی)؛ نظارت از طریق دیوان محاسبات کل کشور (ماده ۱ و ماده ۲ قانون دیوان محاسبات کل کشور مصوب ۱۳۶۱) و نظارت از طریق وزارت امور اقتصاد و دارایی از طریق انتصاب ذی‌حساب در دستگاه‌های اجرایی محلی و حساب‌رسان؛ نظارت مالی (ماده ۳۱ قانون محاسبات عمومی ۱۳۶۶).

ب) کنترل‌های داخلی: شکایت به بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار و الزام به رسیدگی ظرف مدت ۱۵ روز (بند الف و ب قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳).

ج) شکایت در یک مرجع مستقل: یکی از اقدامات مثبت قانون برگزاری مناقصات ۱۳۸۳، پیش‌بینی نهادی به عنوان هیئت رسیدگی به شکایات است. مطابق بند ج ماده ۲۵ قانون برگزاری مناقصات، شاکی در صورت نپذیرفتن نتیجه شکایت به بالاترین مقام دستگاه مناقصه‌گزار می‌تواند به هیئت رسیدگی به شکایات موضوع این قانون مراجعه کند.

بند سوم - تکنیک‌های پیش‌گیری وضعی بر مبنای نظریه الگوی جرم

نظریه الگوی جرم همان طور که استدلال شده، شیوه‌ای برای توضیح چرایی ارتکاب جرم در برخی مکان‌هاست. از دیدگاه این نظریه، جرم زمانی ارتکاب می‌یابد که حوزه فعالیت قربانی و یا آماج جرم با حوزه فعالیت مجرمان تقارن داشته باشد. در معاملات دولتی نیز می‌توان از نظریه الگوی جرم برای انحراف مجرمان از آماج جرم استفاده کرد.

الف) جابه‌جایی دوره‌ای مقام‌های مسئول برگزاری معاملات دولتی

یکی از راهکارهای مهم پیش‌گیرانه وضعی بر مبنای نظریه الگوی جرم، جابه‌جایی دوره‌ای کارمندان مسئول برگزاری معاملات دولتی است. «استقرار طولانی‌مدت یک کارمند در یک سمت به او فرصت بیش‌تری می‌دهد - تا در صورت گرایش به فساد - مشتریان خود را به خوبی شناسایی کرده و با آن‌ها وارد معامله و تبانی شود.»^۱ جابه‌جایی کارکنان مسئول برگزاری معاملات دولتی در انحراف مجرمان از آماج جرم در معاملات دولتی نقش مهمی دارد؛ زیرا این امر، فرصت‌های آشنایی بین کارکنان دستگاه مناقصه‌گزار و در نتیجه، ایجاد ارتباطات ناسالم را از بین می‌برد.

جابه‌جایی کارکنان دولتی هم شامل جابه‌جایی مکان جغرافیایی خدمت و هم شامل جابه‌جایی پست سازمانی کارمند است. جابه‌جایی محل خدمت کارمندان در مقایسه با جابه‌جایی کارمندان در پست سازمان، عملی‌تر و آسان‌تر است؛ زیرا این شکل از جابه‌جایی، معایب تغییر پست سازمانی کارمند را ندارد که ممکن است با تخصص و حقوق مکاتبه کارمند در تضاد باشد. جابه‌جایی پست سازمانی بیش‌تر در سطح مدیران دستگاه‌های اجرایی ضرورت دارد.

با توجه به مفاد تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، تغییر محل جغرافیایی خدمت کارمندان رسمی در واحدهای تشکیلاتی دستگاه‌های اجرایی در سطح کشور، با توجه به مصالح اداری و نیاز دستگاه یادشده، از اختیارات آن دستگاه است. همچنین بر اساس تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی کارمندان پیمانی در پیمان‌نامه مشخص می‌شود و در مورد کارمندان رسمی به عهده دستگاه اجرایی مربوط است. بنابراین، دستگاه اجرایی در تغییر محل جغرافیایی خدمت از اختیاراتی وسیع برخوردار است. انتقال محل جغرافیایی خدمت کارمندان دولتی به موجب تبصره ۲ ماده ۲۱ و ماده ۱۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری در قالب مأموریت اداری نیز امکان‌پذیر است.^۲

ب) اصلاح نظام بانک‌داری

اصلاح نظام بانک‌داری از آن جهت می‌تواند در دسته‌بندی راهکارهای پیش‌گیرانه مبتنی بر الگوی جرم قرار گیرد که بانک‌داری سالم در انحراف مجرمان از آماج جرم نقش مهمی دارد؛ زیرا تأمین مالی معاملات دولتی از طریق نظام بانکی انجام می‌گیرد.

۱. دادخواهی، لیلا، فساد اداری و سیاست جنایی مقابله با آن، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۵۴.

۲. نک: آیین‌نامه اجرایی نحوه انتقال و مأموریت کارمندان دستگاه‌های اجرایی، مصوب ۱۳۸۲.

در اسناد بین‌المللی مرتبط با مبارزه با فساد در معاملات دولتی به اصلاح نظام بانکداری اشاره نشده است، اما در کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، الزامات مالی کلی مقرر شده است که مستلزم اصلاح عملکرد بانک‌ها در حوزه معاملات دولتی است. برای مثال، بند ۲ از پاراگراف الف ماده ۹ این سند بر شفافیت و مسئولیت‌پذیری در مدیریت منابع مالی دولتی تأکید می‌کند.

«کد عملکرد مناسب صندوق بین‌المللی پول در زمینه شفافیت مالی»^۱ بر چهار اصل اساسی مبتنی است: شفافیت در نقش‌ها و مسئولیت‌ها، فرآیند شفاف بودجه‌ریزی، تضمین سلامت و دسترسی عموم به اطلاعات. صندوق بین‌المللی پول، هر سال در گزارش خود در زمینه رعایت استانداردها و کدها، کشورها را بر مبنای این کد و سنجش چهار اصل اساسی پیش‌گفته ارزیابی می‌کند. بانک جهانی در همکاری با صندوق بین‌المللی پول، «استانداردها و شیوه‌های حسابداری و حساب‌رسی عمومی»^۲ یک کشور را با استانداردهای بین‌المللی گزارشگری مالی و «استانداردهای بین‌المللی حساب‌رسی»^۳ اندازه‌گیری کرده است.^۴

مطابق بند الف ماده ۱۰ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، بانک مرکزی ایران، مسئول تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری است. بنابراین، یکی از وظایف مهم بانک مرکزی، نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری برای رعایت قوانین پولی و بانکی کشور است. حوزه صلاحیت بانک مرکزی در حوزه قوانین پولی و بانکی کشور مطابق قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۳۹ در بسیاری از موارد به نظارت و تأیید شورای پول و اعتبار مشروط است. مطابق بند ب ماده ۲ این قانون، شورای پول و اعتبار، وظیفه «هدایت فعالیت بانک‌ها و نظارت در امور بانکداری» را بر عهده دارد. «در اجرای این وظیفه، شورا می‌تواند هر گونه اطلاع از سایر بانک‌ها اعم از بانک‌هایی که اساس‌نامه آن‌ها به تصویب مجلسین رسیده است و یا طبق قانون بانکداری تأسیس شده باشند، خواسته و یا دستوراتی برای اجرا بدهد و عموم بانک‌ها موظف و مکلف به اجرای آن خواهند بود». وظایف نظارتی بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار بر بانک‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی دارند، اما شورای پول و اعتبار، عالی‌ترین نهاد سیاست‌گذاری بانک مرکزی است. در حال حاضر، فعالیت‌های بانکی در کشور بر مبنای «قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲» انجام می‌گیرد.

1-International Monetary Fund (IMF)'s Code of Good Practices on Fiscal Transparency.

2-International Financial Reporting Standards .

3-International Auditing Standards .

4-UNODC, op.cit, p. 30 .

حجم قابل توجهی از بودجه و هزینه‌های مربوط به انجام معاملات دولتی از طریق سیستم‌های پولی و بانکی کشور به جریان می‌افتد. توجه به عملکرد نظام بانکی و نظارت بر آن با اعمال سازوکارهایی مانند تعیین هویت مشتری و جلوگیری از افتتاح حساب با هویت جعلی، حفظ و نگهداری مدارک و اسناد مالی مربوط به معاملات، نظارت بر مبادلات مالی و گزارش موارد و مبادلات مشکوک به فساد و پول‌شویی، در مبارزه با فساد در معاملات دولتی نقشی بی‌بدیل ایفا می‌کند.^۱

پس نتیجه می‌گیریم که سلامت معاملات دولتی با سلامت نظام بانکی ارتباطی متقابل دارد. در این میان، قوانین ایران در این زمینه بسیار قدیمی و مبهم است. برای مثال، با وجود تصریح بر نظارت بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار بر عملیات بانکی، نوع نظارت و محدوده آن مشخص نیست.

ب) مبارزه با پول‌شویی

مبارزه با پول‌شویی را از آن جهت می‌توان به عنوان راهکار پیش‌گیرانه مبتنی بر نظریه الگوی جرم توجیه کرد که مبارزه با پول‌شویی با شفاف‌سازی و ممانعت از ورود پول‌های غیر قانونی به سیستم بانکی موجب انحراف مجرمان از آماج جرم می‌شود.

فساد در معاملات کلان دولتی بدون توسل به پول‌شویی بسیار دشوار است و در صورت ناکارآمدی نظام بانکی، قضایی و اداری در مقابله با پول‌شویی، مفسدان اقتصادی به راحتی خواهند توانست پول‌های کثیف حاصل از فساد در معاملات را تظهير کنند و دوباره آن را به چرخه‌های اقتصادی مورد نظرشان بازگردانند.^۲ اصطلاح «پول‌شویی» برای اولین بار در سال ۱۹۷۳ در جریان رسوایی واترگیت به کار رفت. بنابراین، هیچ تعریف حقوقی اولیه ندارد، بلکه عبارتی عامیانه است که روند تبدیل دارایی‌های غیر قانونی به دارایی‌های قانونی را توصیف می‌کند.^۳ در قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۸۶ و اصلاح بعدی نیز جرم پول‌شویی تعریف نشده و تنها به مصادق‌های این جرم در ماده ۲ اشاره شده است.

۱. شمس ناتری، محمدابراهیم و توران توسلی‌زاده، «پیش‌گیری وضعی از جرایم اقتصادی»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهل و یکم، ۱۳۹۰، شماره ۴، ص ۲۰۲.

۲. حشمتی مولایی، حسین، «آسیب‌شناسی بروز فساد در بخش پولی و بانکی»، در: مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری، تهران: زمان نو، ۱۳۸۹، چاپ اول، ص ۱۱۷.

3-Schneider, F. and J. Kepler, «money Laundering: some facts», European Journal of Law and Economics, . 2008, vol. 13, p. 7

در واکنش به نگرانی از پول‌شویی، در اجلاس‌یه گروه ۷ در پاریس در سال ۱۹۸۹، «گروه ویژه اقدام مالی»^۱ با هدف توسعه واکنش بین‌المللی هماهنگ نسبت به پول‌شویی تشکیل شد. یکی از اولین وظایف FATF، تدوین ۴۰ مورد توصیه بود که اقدامات دولت‌های ملی را برای اجرای برنامه‌های مؤثر مبارزه با پول‌شویی بیان می‌کرد. از مهم‌ترین اسناد مرتبط با مبارزه با پول‌شویی به «کنوانسیون سازمان ملل متحد علیه قاچاق غیر قانونی مواد مخدر و روان‌گردان (کنوانسیون وین) مصوب ۱۹۹۰»^۲ و «کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی مصوب ۲۰۰۳»^۳ (کنوانسیون پالرمو) سازمان ملل متحد می‌توان اشاره کرد.

نخستین قانون در زمینه مبارزه با پول‌شویی در ایران با عنوان «قانون مبارزه با پول‌شویی» در سال ۱۳۸۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. با تصویب «قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی» در سال ۱۳۹۷، برخی مواد قانون قبلی بازنگری شد. این قانون به منظور پیوستن ایران به گروه ویژه اقدام مالی، به دنبال اختلاف شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. در ماده ۴ این قانون، «شورای عالی مقابله و پیش‌گیری از جرایم پول‌شویی و تأمین مالی تروریسم» پیش‌بینی شده است. با توجه به بند ۳ ماده ۴ این قانون، این شورا، وظیفه هماهنگ کردن دستگاه‌های زیرمجموعه دولت در امر جمع‌آوری، پردازش و تحلیل اخبار و اسناد، مدارک و اطلاعات و گزارش‌های واصله و تهیه سامانه‌های هوشمند و شناسایی معاملات مشکوک و گزارش به مراجع مربوط را دارد. مطابق ماده ۶ این قانون نیز همه دستگاه‌های یادشده در ماده ۵ این قانون ملزم هستند که اطلاعات لازم را در اختیار شورا قرار دهند. در ماده ۷ مکرر این قانون، تشکیل «مرکز اطلاعات مالی» به عنوان بازوی اجرایی شورای پیش‌بینی شده است.

در تحلیل این قانون باید گفت که در نظام معاملات دولتی نیز راهکارهایی شناسایی موارد پول‌شویی که در این قانون آمده، قابل اعمال است. بنابراین، اجرایی کردن این قانون می‌تواند ابزار مهمی برای مقابله با پول‌شویی در حوزه معاملات دولتی و کاهش فاسد باشد. با این حال، سابقه ایجاد شوراهای دولتی نشان داده است که این شوراهای کارآیی کافی را ندارند؛ زیرا اعضای این شوراهای از وزیران، معاونان و اعضای دیگر قوا هستند که به دلیل مشغله کاری و عضویت در شوراهای دولتی دیگر، فرصت کافی برای فعالیت و نظارت ندارند. تجربه نشان داده است که در بیش‌تر موارد، عملکرد این شورها در حد تشکیل جلسات باقی می‌ماند.

1-the Financial Action Task Force on money laundering (FATF).

2-United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and psychotropic substances (Vienna Convention).

3-The International convention Against Transnational Organized Crime .

۴. محترم قلاتی، پیشین، ص ۷۸.

نتیجه‌گیری

جرم‌شناسان و کارشناسان پیش‌گیری از جرم، بیش از پیش به اهمیت مکان‌های مجرمانه آگاه‌تر می‌شوند. تمرکز بیش‌تر پیش‌گیری وضعی بر مکان جرم در مقایسه با شخصیت مجرمان نوعی تأکید بر رویداد مجرمانه است. در نظریه پیش‌گیری وضعی سه نظریه، اهمیت درک مکان مجرمانه را نشان می‌دهد: نظریه انتخاب عقلانی، نظریه فعالیت روزمره و نظریه الگوی جرم. با وجود شباهت مبنایی این سه نظریه، نظریه فعالیت‌های روزمره و نظریه الگوی جرم، توجیه‌هایی متفاوت برای وقوع جرم در مکان‌های مختلف ارائه می‌دهند. در نظریه انتخاب عقلانی، اهمیت مکان در مقایسه با نظریه فعالیت روزمره و الگوی جرم کاهش می‌یابد و بر برهم زدن محاسبات عقلانی مجرمان از طریق دست‌کاری محیط مجرمانه تأکید دارد.

یکی از ایرادهای اساسی نظریه پیش‌گیری وضعی این است که تلاش برای پیش‌گیری از جرم در مکان‌های خاص باعث انتقال جرم به مکان‌های دیگر یا «جابه‌جایی جرم» می‌شود. جابه‌جایی جرم این خطر را دارد که جرم به مکان‌هایی انتقال یابد که از حمایت بی‌بهره است.

معاملات دولتی نیز مانند دیگر جرایم، مکان‌محور است. از این رو، با اعمال سیاست پیش‌گیری وضعی و کنترل مکان مجرمانه می‌توان آن را به شکل مؤثری کاهش داد. برای مثال، دور نگاه داشتن کارکنان دولت از جریان معاملات دولتی در کاهش محاسبات عقلانی مجرمانه مرتکب نقشی مهم دارد یا نظارت بر مراحل مختلف معاملات دولتی و ارتقای شفافیت باعث می‌شود کنترل بیش‌تری بر مکان مجرمانه اعمال گردد. الکترونیکی کردن جریان برگزاری معاملات دولتی، مثالی است برای تأکید بر اهمیت سیاست پیش‌گیری وضعی در کنترل محیط مجرمانه در معاملات دولتی که این رویه باعث کاهش تماس مستقیم دستگاه مناقصه‌گذار با مناقصه‌گران و در نتیجه، سالم‌سازی محیط اداری می‌شود.

اسناد بین‌المللی و توصیه‌نامه‌های سازمان‌های بین‌المللی درگیر در مبارزه با فساد در معاملات دولتی، از جمله توصیه‌نامه سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) و ضوابط بانک جهانی برای اعطای منابع مالی به دولت، راهکارهای پیشنهادی یا ضوابط خود را بر سیاست‌های پیش‌گیری وضعی یعنی کنترل مکان مجرمانه متکی کرده‌اند. برای مثال، در همه اسناد بین‌المللی در راستای سالم‌سازی فضای معاملات دولتی، کارپردازی الکترونیکی، نظارت و شفافیت به عنوان راهکارهای بنیادین ارائه شده‌اند.

با وجود این که در ایران، قوانین متعددی در زمینه ارتقای سلامت اداری و مبارزه با فساد تصویب شده است، اما هم‌چنان برخی از این قوانین اساسی قدیمی‌اند و حتی با وضعیت کنونی نظام سیاسی ایران هم‌خوانی ندارند. برای مثال، قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی (به عنوان راهکار اساسی)، در حال حاضر با ساختارهای سیاسی کنونی ایران منطبق نیست. بنابراین، روزآمدسازی قوانین یکی از ضرورت‌های اعمال سیاست پیش‌گیری مؤثر وضعی در فساد در معاملات دولتی است. امکان زد و بند یا تبانی بین دستگاه مناقصه‌گزار و مناقصه‌گران از دیگر دلایل مهم افزایش فساد در معاملات دولتی است. اختیارات گسترده دستگاه مناقصه‌گزار در برگزاری مناقصه خارج از تشریفات برگزاری معاملات دولتی در بسیاری از موارد باعث از بین رفتن شفافیت در واگذاری قراردادهای دولتی شده است.

هم‌چنین نظام بانکی در ایران یکی از عوامل دامن زدن به فساد در معاملات دولتی است؛ زیرا پرداخت‌های معاملات دولتی عمده‌تاً از طریق سیستم بانکی صورت می‌گیرد که بانک مرکزی و شورای اقتصاد به عنوان دو نهاد ناظر بر سیستم بانکی، کارآیی لازم را در سالم‌سازی نظام بانکی ندارند. ضعف قوانین پول‌شویی نیز باعث شده است اشخاص مفسد بتوانند پول‌های حاصل از تبانی و زد و بند در معاملات دولتی را به راحتی وارد سیستم بانکی کنند.

فهرست منابع الف) منابع فارسی

یک - کتاب

۱. دادخواهی، لیلا، فساد اداری و سیاست جنایی مقابله با آن (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۲. شهری، غلامرضا و همکاران، مجموعه تنقیح‌شده قوانین و مقررات کیفری، به اهتمام: معاونت حقوقی و توسعه قوه قضاییه، تهران: روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. فلسون، مارکوس و رونالد کلارک، فرصت بزه‌کاری: نگرشی کاربردی بر پیش‌گیری از بزه‌کاری، ترجمه: م. کلانتری و س. قزلباش، زنجان: دانش زنجان، ۱۳۸۸.

دو - پایان‌نامه

۱. دهقانی، فریبا، «رویکرد حقوق کیفری ایران به حفظ و ارتقای سلامت نظام اداری»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، ۱۳۹۳.
۲. محترم قلاتی، ایمان، «آسیب‌شناسی سیاست جنایی تقنینی ایران در مبارزه با فساد در حوزه معاملات دولتی در پرتو اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای»، رساله دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه قم، ۱۳۹۷.

سه - مقاله

۱. ابراهیم گل، علی‌رضا و حشمت‌الله خالقی، «اقدامات دولت جمهوری اسلامی ایران در مبارزه با پول‌شویی: راه‌طی‌شده، مسیر پیش‌رو»، در: مجموعه مقالات همایش کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد (۲۰۰۳): دستاوردها و چالش‌ها، برگزارشده در آذر ۱۳۹۳، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۲. حشمتی مولایی، حسین، «آسیب‌شناسی بروز فساد در بخش پولی و بانکی»، در: مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری، تهران: زمان نو، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳. ابراهیمی، شهرام و حامد صفایی آتشگاه، «رویکرد قانونگذار به پیش‌گیری از جرم در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مبارزه با فساد»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۴. ابوییه، فخرالدین، جواد کاشانی و امیرھوشنگ فتحی، «اصل شفافیت در معاملات دولتی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال یازدهم، ۱۳۹۸، شماره ۲۰.

۵. حسینی، سید حسین و محمدمسعود ملازمیان، «بررسی تطبیقی پیش‌گیری وضعی از جرم ارتشا در حقوق ایران و کنوانسیون مریدا»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال ششم، ۱۳۹۴، شماره ۱.
۶. شمس ناتری، محمدابراهیم و توران توسلی‌زاده، «پیش‌گیری وضعی از جرایم اقتصادی»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره چهل و یکم، ۱۳۹۰، شماره ۴.
۷. فضلی، مهدی و ابوالفتح خالقی، «کاستی‌های تقنینی در کاهش فساد در معاملات دولتی در پرتو رهنمودهای OECD»، فصل‌نامه پژوهش حقوق کیفری، دوره ششم، ۱۳۹۷، شماره ۲۳.
۸. لطفی، نسرين و محمدعلی حاجی‌ده‌آبادی، «بررسی نقش مذهب در پیش‌گیری از وقوع جرایم از دیدگاه افراد عادی و مجرم»، دانش انتظامی، سال پانزدهم، ۱۳۹۲، شماره ۴، صص.

ب) منابع انگلیسی

یک - کتاب و گزارش

- 1-Brantingham P.J. and Brantingham P.L., Crime pattern theory. In: Environmental Criminology and Crime Analysis, Wortley R., Mazerolle L. and Rombouts S. (eds), Cullompton, Devon: Willan, 2008, pp. 78-93
- 2-European Commission, Report from the Commission to the Council and the European, 2014 a, at: [https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwedg3tdz6/v=s7z/f=/com\(2014\)38_en.pdf](https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvke1fm2yd1u0_j9vvik7m1c3gyxp/vkcwedg3tdz6/v=s7z/f=/com(2014)38_en.pdf)
- 3-Felson, M., Linking criminal choices, routine activities, informal control, and criminal outcomes, In: D. B. Cornish & R. V. Clarke (Ed.), The reasoning criminal: Rational choice perspectives on offending, New Brunswick, NJ: Rutledge, ?, pp. 119-128
- 4-OECD, Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997
- 5-OECD, Integrity in Public Procurement GOOD PRACTICE FROM A TO Z 2007, at <https://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>
- 6-OECD, OECD Recommendation of the Council on Public Procurement, 2015 b, ac-

cessed online on: June 8th, at: http://www.oecd.org/gov/public_procurement/recommendation/OECDRecommendation-on-Public-Procurement.pdf

7-OECD, Recommendation of the Council on OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, OECD/LEGAL/0316, 2003

8-Shariati, Auzeen & Guerette, Rob. Preventing Crime and Violence, Situational Crime Prevention, 2017 [accessed December 2019] https://www.researchgate.net/publication/311251189_Situational_Crime_Prevention

9-Smith, M.J., & Clarke, R.V., Situational crime prevention: Classifying techniques using good enough theory. In Welsh, B. C., & Farrington, D. P. (Eds.). The Oxford handbook of crime prevention, Oxford University Press, 2012, pp. 291-315

10-UNODC, Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, Resolution 3/2, 2009, at: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session3/V0988538e.pdf>

11-UNODC, Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances, United Nations, 2013, at: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_ant Corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf

دو - مقاله

1-Brantingham, P.L. & Brantingham, P.J., «Situational Crime Prevention As A Key Component In Embedded Crime Prevention». Canadian Journal of Criminology And Criminal Justice, 2005

2-Schneider, F. and Kepler, J., «money Laundering: some facts», European Journal of Law and Economics, vol. 13, 2008

3-Yukins, R Christopher, Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis, the Geo. Wash. U. Int'l L. Rev, 2013

تحلیلی بر تبدیل وضعیت ایثارگران از شرکتی به رسمی با تأکید بر آراء دیوان عدالت اداری

مهدی گودرزی*

حامد کرمی**

تقی دشتی***

چکیده

حق بر اشتغال، از مهم ترین حقوق بشری نسل دوم است که در ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز مورد تأکید واقع و قانونگذار ایرانی نیز آن را به عنوان یکی از حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به گواه اصل ۲۰ قانون اساسی، محترم شمرده است. اصل ۲۸ قانون اساسی نیز به صراحت از شرایط مساوی برای احراز مشاغل نام برده که از اجلی مصادیق آن، مبحث عدم تنوع بی دلیل قراردادهای کار افراد است. از این رو تبدیل وضعیت از مهم ترین مباحث حقوق استخدامی و در راستای نیل به ایجاد امنیت شغلی و حق بر اشتغال به شمار می رود. یکی از انواع به کارگیری در دستگاه های اجرایی جذب افراد به صورت شرکتی است. این پژوهش که به روش تحلیلی- توصیفی انجام شده است، قصد دارد شرایط به کارگیری کارکنان شرکتی و به صورت خاص، ایثارگران به کارگیری شده به صورت شرکتی و نحوه تبدیل وضعیت آنها به رسمی، قطعی را تشریح و به این پرسش پاسخ دهد که کدام یک از افراد فوق می توانند تبدیل وضعیت به رسمی، قطعی را تقاضا نمایند. مطابق با یافته های پژوهش، دولت موظف است کارکنان ایثارگر شرکتی مشمول ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران را که در زمان حاکمیت قانون برنامه ی پنج ساله ی پنجم توسعه ی جمهوری اسلامی ایران به کارگیری شده اند، بر اساس شرایط مندرج در بند (و) ماده ۴۴ قانون مذکور به صورت رسمی یا قطعی به استخدام در آورد که این اقدام در بند (ذ) ماده ۸۷، پنج ساله ی ششم توسعه ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز مورد تکرار و تأیید واقع گردیده است.

کلیدواژه ها: کارکنان شرکتی، استخدام رسمی، تبدیل وضعیت، به کارگیری، دیوان عدالت

*. دانشجوی دکتری گروه حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

mahdigoodarzi1483@gmail.com

hamed.karami@shahed.ac.ir

t_d_dashty@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

*** استادیار دانشگاه باقرالعلوم، تهران، ایران.

مقدمه

حقوق استخدامی مستخدمین دولت، که در این جا مراد اعم از قوه‌ی مجریه خواهد بود، متضمن مسائل، ابهامات و تعارض‌های بسیاری است؛ چرا که حقوق استخدامی کارکنان دولت دارای ابعاد مختلف و متفاوتی بوده و هم‌چنین به علت فراوانی قوانین و مقررات، فهم آن با دشواری همراه شده است. مسائل حقوق استخدامی، هر کدام جزئیات مفصلی را در بردارد؛ لکن آن چه که در تحقیق پیش رو مورد بررسی قرار خواهد گرفت، صرفاً یکی از حالات ورود به خدمت، تحت عنوان شرکتی و نحوه‌ی تبدیل وضعیت آن به رسمی و به صورت خاص در مورد ایثارگران، موضوع قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران است.

نحوه‌ی به کارگیری افراد در دستگاه‌های دولتی از اهمیت بسیار مهمی برای کارکنان و دولت برخوردار است. امروزه افرادی به صورت شرکتی، قراردادی (کارمعی، خریدخدمت و طرحی و ...)، پیمانی و نیز رسمی، در دستگاه‌های اجرایی به کارگیری می‌شوند. هر کدام از این قالب‌ها از نظر ورود به خدمت، طول دوره‌ی خدمت، هم‌چنین پایان خدمت و حقوق، مزایا و فوق‌العاده‌ها متفاوت می‌باشند؛ بنابراین کارکنان دولت سعی دارند نوعی از به کارگیری را انتخاب نمایند که بیشترین حقوق و مزایا و بالاترین امنیت شغلی را به آن‌ها اعطاء کند.

گاهی شرایط برای به کارگیری، به صورت رسمی و پیمانی و قراردادی مهیا نیست. به همین دلیل افراد مجبور به انعقاد قرارداد با شرکت‌های واسطه می‌گردند و در طول دوره‌ی خدمت به دنبال این هستند تا بتوانند وضعیت خود را از شرکتی به قراردادی، پیمانی یا رسمی تغییر دهند و از حقوق و مزایای بیشتری بهره‌مند گردند به همین دلیل است که این افراد با طرح شکایت در دیوان عدالت اداری به دنبال تبدیل وضعیت خود هستند.

یکی از این دعاوی پر تکرار که در دیوان عدالت اداری مطرح می‌گردد، تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی است. جهت تنویر ذهن و تنبیه به اهمیت بررسی این موضوع، شایان توجه است که در ده سال گذشته، بالغ بر بیست هزار دادخواست با موضوع تبدیل وضعیت شرکتی به رسمی، قطعی در دیوان عدالت اداری مطرح گردیده است. به همین دلیل این پژوهش در پی تبیین شرایط و ضوابط تبدیل وضعیت این دسته از کارکنان به رسمی می‌باشد. پژوهش حاضر، به روشی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال است که مبتنی بر قوانین و مقررات و آراء دیوان عدالت اداری، برای تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی به رسمی، به چه شرایطی نیاز است؟

فرضیه‌ی نویسندگان این تحقیق این است که مبتنی بر قوانین و مقررات و آراء دیوان عدالت اداری، امکان تبدیل وضعیت فقط برای کارکنان شرکتی مشمول ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران وجود دارد که در زمان حاکمیت قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران، به کارگیری شده‌اند و دارای شرایط مندرج در بند (و) ماده ۴۴ قانون مذکور و اصلاحات بعدی آن هستند و به صورت رسمی به استخدام پذیرفته می‌شوند.

چنین امکانی در بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز پیش بینی شده است. هم چنین در همین راستا لازم به ذکر است که در بند (د)، تبصره‌ی ۲۰ قانون بودجه‌ی سال ۱۴۰۰ کشور، نیز امکان تبدیل وضعیت کارکنان شرکتی به رسمی بر اساس بند (ذ)، ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران پیش بینی شده است.

در خصوص پیشنهادی این تحقیق باید تصریح نمود که کتب حقوق اداری فقط به تعریف مختصری درباره‌ی کارکنان شرکتی پرداخته و در هیچ منبع مدّونی اعم از کتب و یا مقالات، اشاره‌ای در خصوص تبدیل وضعیت این کارکنان به حالت رسمی، قطعی نمی‌توان یافت که از این حیث، منابع حقوق استخدامی در این زمینه و پاسخگویی بدان بسیار فقیر به نظر می‌رسد. عامل دیگری که ضرورت توجّه به این امر را آشکار می‌سازد، این است که بخش قابل توجهی از دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری را دعاوی با این موضوع خواسته، به خود اختصاص داده است که این امر نیز در خصوص ضرورت پرداخت به این مسأله، مزید بر علت است.

مبتنی بر مقدّمات ذکر شده در فوق، در این مقاله ابتدا در گفتار نخست، به مفهوم تبدیل وضعیت پرداخته می‌شود و در ادامه در گفتار بعدی ماهیت تبدیل وضعیت توضیح داده خواهد شد، سپس در ادامه به ارائه‌ی تعریف از کارکنان شرکتی اقدام نموده و امکان سنجی تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی مورد تحلیل قرار داده خواهد شد و در نهایت این مورد از تبدیل وضعیت، آسیب‌شناسی می‌گردد.

مطابق با نظر مختاری که در باب «مفهوم تبدیل وضعیت»، ارائه می‌شود و با گذر از تعاریف عامی که در باب این مفهوم داده شده، به صورت خاص این مفهوم عبارت است از تغییر وضعیت استخدامی کارکنان دولت در صورت اطمینان از لیاقت ایشان و با تأیید گزینش و ضوابط و مقررات لازم. در ادامه نیز با دقت پیرامون ماهیت حقوقی تبدیل وضعیت شرکتی

به رسمی، قطعی، این امر یک شبهه واقعی حقوقی دانسته می‌شود که متضمن تبدیل شدن وضعیت به کارگیری فرد از حالت شرکتی به رسمی، قطعی بدون نیاز به توافق یا خواست شخص شاغل و مقام و دستگاه به کارگیرنده‌ی اوست.

در همین راستا با استفاده از این دو مفهوم محوری که به صورت مختصر در دو گفتار نخست بدان پرداخته شده، تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی بر اساس سه قانون برنامه‌ی پنجم و ششم توسعه و قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان، به تفصیل شرح داده می‌شود و کلام پایانی نیز در باب آسیب شناسی فرایند تبدیل وضعیت مزبور است که نگارنده در گفتار انتهایی، به این مهم پرداخته است.

گفتار ۱: تعریف و ماهیت حقوقی تبدیل وضعیت

تبدیل وضعیت استخدامی دارای مفهومی پیچیده و مبهم است و شاید به همین دلیل باشد که اساتید حقوق اداری در این خصوص تعریف جامع و مانعی ارائه نداده‌اند. تبدیل وضعیت استخدامی یا تغییر وضعیت استخدامی، می‌تواند دارای مفاهیم متعددی باشد؛ به طور مثال در مصوبه‌ی شورای عالی انقلاب فرهنگی تحت عنوان «نحوه‌ی استخدام اعضای هیأت علمی جدید گروه پزشکی و تبدیل وضعیت کادر»، مصوب تاریخ ۱۳۶۵/۶/۱۱، تبدیل وضعیت کادر درمانی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی به کادر آموزشی را پیش بینی نموده و یا در بند (الف)، ماده ۵ قانون، تعاریف و ضوابط تأسیس مراکز تحقیقاتی مصوب ۱۳۶۹/۱/۲۱،^۱ امکان تبدیل وضعیت هیأت علمی آموزشی به هیأت علمی پژوهشی، پیش بینی شده است.

۱. استخدام کادر به عنوان عضو هیأت علمی پژوهشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، نظیر استخدام کادر به عنوان عضو هیأت علمی آموزشی به هیأت علمی پژوهشی، به پیشنهاد دانشگاه‌ها و تصویب هیأت‌های ممیزه صورت می‌گیرد.

در تبصره‌ی ۴ ماده ۷۷،^۱ ماده ۲۰۶^۲ و ۲۱۲^۳ قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱ نیز، مقوله‌ی تبدیل وضعیت مورد پیش‌بینی واقع گردیده است. از جمله دیگر مستندات حقوقی که در آن از مقوله‌ی تبدیل وضعیت نام برده شده است، تبصره‌ی ۲ ماده ۲۰^۴ و تبصره‌ی ماده ۴۷^۵ قانون استخدام نیروی انتظامی و در مورد تبدیل وضعیت از انتظامی به کارمندی پیش‌بینی شده است. در تبصره‌ی ۲ ماده ۴ قانون رسیدگی به صلاحیت قضات، نیز بیان نموده است؛ چنان چه عدم صلاحیت قاضی ناشی از عدم توانایی در انجام وظایف محوله باشد به وضعیت اداری تبدیل خواهد شد.

در مثال‌های بیان شده، تبدیل وضعیت صورت گرفته است؛ اما باید توجه داشت که پژوهش حاضر در پی تحلیل همه‌ی اشکال تبدیل وضعیت استخدامی نبوده و در واقع در این تحقیق، صرفاً شرایط و ضوابط تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی، قطعی مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

متأسفانه در خصوص مفهوم تبدیل وضعیت استخدامی، تقریباً تعریفی قانونی وجود ندارد و تمامی توجهات به شرایط، ضوابط و نحوه‌ی تبدیل وضعیت استخدامی بوده است. برخی اساتید حقوق اداری، تبدیل وضعیت استخدامی را این گونه تعریف نموده اند: «تبدیل وضعیت

-
۱. سپاه پاسداران می‌تواند در صورت درخواست پرسنل موضوع تبصره‌ی ۳ این ماده و نیاز سپاه به آن‌ها، آنان را به صور کارمندی موضوع بند (ب) ماده ۱۹ این قانون، تغییر وضعیت دهد.
 ۲. سپاه پاسداران: تبدیل وضعیت پرسنل کادر ثابت موجود، به نظامی یا کارمندی برابر نیاز سپاه، وضعیت پرسنل، سوابق و مهارت‌های شغلی، رسته‌ی خدمتی و تمایل افراد می‌باشد.
 ۳. وضعیت پرسنلی که دارای مدرک تحصیلی پائین‌تر از سوّم راهنمایی یا سیکل نظام قدیم هستند و قادر به اخذ مدرک سیکل نظامی نمی‌گردند به کارمندان موضوع بند (ب)، ماده ۱۹ این قانون تبدیل می‌شوند. اولین رتبه‌ی این قبیل کارمندان بر اساس مقررات این فصل در صورتی که از رتبه‌های تعیین شده در جدول موضوع ماده ۸۵ این قانون بالاتر باشد، ملاک عمل محاسبه قرار خواهد گرفت و در غیر این صورت رتبه‌های جدول یاد شده، ملاک محاسبه خواهد بود.
 ۴. کلیه‌ی کارکنان زن که در اجرای ماده ۱۹۶ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۶/۷/۷، از وضعیت انتظامی به کارمند معادل خود تبدیل شده‌اند؛ در صورت تمایل می‌توانند به وضعیت سابق اعاده شوند و برابر مقررات این قانون به درجات متناسب، نائل گردند.
 ۵. کلیه‌ی کارکنان پیمانی که برابر قوانین و مقررات تغییر وضعیت خدمتی داده و به عنوان کارکنان پایور بدون تغییر رسته به کار گرفته می‌شوند در صورت داشتن حداقل ۳ سال تجربه‌ی خدمتی و موفقیت در آزمون که از طریق مراکز آموزش ذی ربط برگزار می‌گردد، از طی آموزش‌های عمومی انتظامی و تخصصی معاف می‌باشند. این گونه کارکنان در صورت به‌کارگیری در رسته‌ی جدید موظف به طی دوره‌ی تخصصی قبل از به‌کارگیری می‌باشند.

به تغيير وضعیت استخدامي کارکنان دولت گویند که می‌تواند با توجه به موقعیت، شرایط و ضوابط، شامل تبدیل وضعیت شرکتي به قراردادي، قراردادي به پیماني، پیماني به رسمي، آزمایشي و از رسمي، آزمایشي به رسمي، قطعی شود.^۱

در آثار برخی اساتید دیگر، با یکسان پنداري به کارگیری و استخدام، نتایج نادرستی در مقام تعریف از تبدیل وضعیت شرکتي به رسمي ارائه گردیده است و حال آن که این دو واژه دارای مفاهیم و تعاریفی جداگانه می‌باشند؛^۲ چرا که طبق مقررات عمومی کشور اولاً «وضعیت استخدامی»، منحصر در استخدام رسمي و پیماني بوده و امکان استخدام به صورت شرکتي و قراردادي (قرارداد خرید خدمت، قرارداد انجام کارمعین) وجود ندارد و در واقع این دو مقوله نوعی به کارگیری بوده اند و نه استخدام.

ثانیاً تبدیل وضعیت افراد از شرکتي یا قراردادي به پیماني و یا رسمي، در واقع نوعی استخدام جدید است و تبدیل وضعیت استخدامی محسوب نمی‌گردد؛ زیرا در تبدیل وضعیت استخدامی ابتدا باید استخدامی صورت گرفته باشد و بعد از یک حالت استخدامی به حالت دیگر تبدیل وضعیت صورت گیرد؛ اما در این جا چون به کارگیری افراد به صورت شرکتي، استخدام محسوب نمی‌گردد؛ لذا تبدیل وضعیت استخدامی هم معنا و مفهومی پیدا نمی‌کند.

با در نظر گرفتن نکات فوق، تعریفی که می‌توان از تبدیل وضعیت ارائه داد بدین گونه است: «تغییر وضعیت استخدامی کارکنان دولت را گویند که در صورت اطمینان از لیاقت (علمی، اعتقادی، اخلاقی)، کاردانی، علاقه به کار، خلاقیت، نوآوری، روحیه‌ی خدمت به مردم و رعایت نظم و انضباط اداري، طی دوره‌های آموزشی و کسب امتیاز لازم، تأیید گزینش و ضوابط و مقررات لازم؛ مانند وجود مجوز قانونی،^۳ وجود پست سازمانی،^۴ برگزاری آزمون و برابری فرصت‌ها، صورت پذیرفته که شامل تبدیل وضعیت از پیماني به رسمي آزمایشي و از رسمي آزمایشي به رسمي قطعی و یا از پیماني به رسمي، قطعی می‌گردد.»^۵

۱. مشهدی، علی، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداري، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۱۵۸.

۲. سهرابلو، علی و حسن لطفی، تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق ایران، ماهیت و اصول حاکم: فصلنامه‌ی علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۹۴، ص ۷۹.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداري، تهران: سمت، ۱۳۹۵، ص ۱۶۶.

۴. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداري ایران، تهران، توس، ۱۳۸۸.

۵. کرمی، حامد و مهدی گودرزی، تحلیل حقوقی قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاه‌های اجرایی با تأکید بر آراء ديوان عدالت اداري: فصلنامه‌ی پژوهش‌های نوین حقوق اداري، پائیز ۹۹، شماره ۴، ص ۸۶.

بنابراین در خصوص کارکنان شرکتی، تبدیل وضعیت استخدامی امکان‌پذیر نمی‌باشد، هر چند تبدیل وضعیت صورت می‌گیرد. این تبدیل وضعیت ممکن است شامل تبدیل وضعیت این کارکنان از شرکتی به قراردادی، پیمانی و رسمی گردد که در تحقیق حاضر فقط تبدیل وضعیت ایثارگران مستقیماً از حالت شرکتی به رسمی مورد تحلیل قرار گرفته است.

ماهیت حقوقی تبدیل وضعیت بسته به این که از چه وضعیتی به وضعیت دیگر باشد، می‌تواند متفاوت باشد؛ به طور مثال ماده ۶ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون نحوه‌ی تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی، تبدیل وضعیت استخدامی کارکنان پیمانی به رسمی را منوط به درخواست کتبی مستخدم نموده است که چنان چه از طرف دستگاه مورد قبول واقع گردد، قرارداد منعقد می‌گردد؛ لذا می‌توان ماهیت این نوع از تبدیل وضعیت را قرارداد دانست.

نکته مهمی که باید به آن توجه نمود این است که چنان چه تبدیل وضعیت صورت گیرد رابطه‌ی کارمند و دستگاه بر اساس حکم، تنظیم می‌شود؛ اما این جا مرحله‌ی قبل از استقرار این وضعیت است. در واقع باید قراردادی منعقد گردد تا برای شخص حکم صادر شود. این قرارداد شامل درخواست کارمند و قبول دستگاه است و پس از آن برای شخص، حکم صادر می‌گردد که از این پس، رابطه بر اساس حکم تنظیم می‌شود.

اما در برخی موارد نیز قانونی بودن تبدیل وضعیت مطرح می‌گردد؛ به طور مثال در تبدیل وضعیت از خرید خدمت به استخدام پیمانی و یا تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی، مطابق آیین‌نامه‌ی اجرایی ماده ۴۶ ق.م.خ.ک، درخواست کتبی را شرط نموده است و دستگاه به صورت یک جانبه و بدون درخواست کارمند، تبدیل وضعیت را انجام می‌دهد.

هر چند در وهله‌ی اول و از نگاه حقوق خصوصی شبیه به ایقاع می‌باشد؛ ولی تفاوتی که با ایقاع دارد این است که در ایقاع عمل حقوقی با اراده‌ی یک نفر انجام می‌شد؛ اما در این جا این تبدیل وضعیت بدون اراده‌ی طرفین محقق می‌گردد و در صورتی که شخص شرایط لازم را جهت تبدیل وضعیت داشته باشد، دستگاه مکلف به تبدیل وضعیت می‌باشد و اختیاری در این که او را در حالت سابق نگه دارد، نداشته و اگر مرتکب چنین تخلفی گردد، فرد می‌تواند شکایت خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نماید؛ لذا در این جا، یک شبهه واقع حقوقی است که متضمن تبدیل شدن وضعیت به کارگیری فرد از حالت شرکتی به رسمی، قطعی است و تراضی و اراده‌ی طرفین در تحقق آن نقشی نداشته و به اراده‌ی قانونگذار، اثر آن بدون توافق طرفین یا رضایت مقام اداری محقق می‌شود.

گفتار ۲: به کارگیری نیروی انسانی به صورت شرکتی

هم زمان با اوج گیری گفتمان خصوصی سازی در اوایل دهه ی ۸۰ و مطرح شدن نظریه های؛ مانند مدیریت نوین دولتی، نیروهای جدیدی تحت عنوان «نیروهای شرکتی» و به منظور کاهش تعهدات دولت در رابطه با نیروی انسانی شاغل در دستگاه های اجرایی، در بدنه ی این دستگاه ها به منصفی ظهور رسید. پس از تصویب ق.م.خ.ک، در سال ۱۳۸۶ و مطابق ماده ۴۵ این قانون، استخدام در دستگاه های اجرایی صرفاً به دو روش رسمی و پیمانی محدود شد.

اما علاوه بر این، به دستگاه های اجرایی اجازه داده شد با رعایت شرایط خاص بخشی از نیروهای مورد نیاز خود را از طریق عقد قرارداد مستقیم با افراد واجد شرایط (تبصره ی ماده ۳۲ ق.م.خ.ک^۱ و ماده ۱۲۴ ق.م.خ.ک^۲) و غیر مستقیم از طریق عقد قرارداد با شرکت واسطه به صورت شرکتی به کار گیرند. مطابق ماده ۱۷ ق.م.خ.ک، به دستگاه های اجرایی اجازه داده شد از طریق مناقصه و با عقد قرارداد با شرکت ها و مؤسسات غیر دولتی بر اساس فعالیت مشخص، حجم کار معین، قیمت هر واحد کار و قیمت کل به طور شفاف و مشخص بخشی از خدمات مورد نیاز خود را تأمین نمایند.

مطابق بند (د) ماده ۱ آیین نامه ی اجرایی ماده ۲۲ ق.م.خ.ک، قرارداد حجمی قراردادی است که بر اساس فعالیت مشخص، حجم کار معین، قیمت هر واحد کار و قیمت کل، به طور شفاف و مشخص منعقد می شود؛ لذا دستگاه های اجرایی می توانند بخشی از خدمات خود را از طریق شرکت ها و مؤسسات غیر دولتی تأمین نمایند. نکات مهمی که در این زمینه لازم به ذکر است آن است که اولاً؛ فقط خدمات مورد نیاز دستگاه، قابل خریداری است و امور غیر خدماتی قابل واگذاری نیست. ثانیاً؛ این خدمات می تواند فعالیت مشخص، کاری با حجم معین و یا قیمت هر واحد کار و قیمت کل باشد که این امر در مقررات مختلف و آراء دیوان عدالت اداری^۳، به قرارداد حجمی مشهور است.

۱. دستگاه های اجرایی می توانند در شرایط خاص با تأیید سازمان تا ده درصد پست های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب افرادی را به صورت ساعتی یا کار معین برای حداکثر یک سال به کار گیرند.
۲. به کارگیری نیروی انسانی در برخی مشاغل که سازمان اعلام می دارد در سقف پست های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی، بر اساس قانون کار امکان پذیر می باشد.

۳. رأی وحدت رویه شماره ی ۲۱۶۳-۲۱۶۴، مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۱، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

مصادیق کارهای حجمی عبارت از طبخ و توزیع غذا، امور حمل و نقل، خدمات فضای سبز، تعمیر و نگهداری ساختمان، تأسیسات و سایر خدمات عمومی می‌باشد.^۱ در حالت به کارگیری شرکتی، حقوق این قبیل نیروها به شرکت‌های موضوع ماده ۱۷ ق.م.خ.ک، پرداخت شده و بخشی از آن توسط شرکت به عنوان سود برداشت و بخشی دیگر به نیروهای خدماتی پرداخت می‌گردد. به همین دلیل دولت‌های متفاوت دیدگاه‌ها و رویکردهای متفاوتی نسبت به این قبیل نیروها دارند و برخی در صدد این هستند تا با حذف شرکت‌ها، تمام حقوق این نیروها را مستقیماً به خود آن‌ها پرداخت کنند و معتقدند این افراد از اقشار آسیب پذیر می‌باشند و با این کار امنیت شغلی و حقوق بالاتری نصیب آن‌ها می‌گردد.

هم چنین در این حالت از به کارگیری، روابط شرکت با کارگر بر اساس قانون کار، تنظیم می‌شود. چه شرایط به کارگیری این افراد، بر اساس قانون کار تنظیم می‌شود. با توجه به این که این کارکنان مشمول قانون کار هستند؛ چنان چه نسبت به حقوق و مزایای خود ادعایی داشته باشند می‌توانند از طریق هیأت‌های پیش بینی شده در ماده ۱۵۷ قانون کار (هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف)، اقدام نمایند.

لذا دعاوی این کارکنان نسبت به حقوق و مزایای خود ابتدا قابل طرح و رسیدگی در دیوان عدالت اداری نیست و ابتدا باید در هیأت‌های مذکور رأی صادر گردد و از رأی آن‌ها در دیوان عدالت تجدیدنظر خواهی نمود؛ اما چنان چه تقاضای تبدیل وضعیت به قرارداد کارمین، پیمانی و رسمی را داشته باشند، این امر قابل طرح و رسیدگی در دیوان عدالت اداری می‌باشد؛ چرا که بر اساس ماده ۱۵۷ قانون کار، صرفاً هر گونه اختلاف فردی بین کارفرما و کارگر یا کارآموز که ناشی از اجرای این قانون و سایر مقررات کار باشد، از طریق هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف رسیدگی و حل و فصل خواهد شد و از آن جا که درخواست تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی، قطعی خواسته ایی مبتنی بر ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران بوده و مبتنی بر قانون کار و مقررات کار نیست؛ لذا از طریق مراجع حل اختلاف کار قابل رسیدگی نبوده و مراتب در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی است.

۱. بند ۳ تصویب نامه‌ی هیأت وزیران، به شماره ی ۸۴۵۱۵/ت ۳۴۶۱۳ هـ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۵.

گفتار ۳: تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی

در این گفتار تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی به رسمی مورد تحلیل و تبیین قرار گرفته و به نقد و بررسی و هم چنین آسیب‌شناسی آراء شعب و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، پرداخته می‌شود.

بند ۱. تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی مطابق قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان

ماده ۱۰ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب، ۱۳۶۸/۶/۲۶ مقرر کرده است که، دستگاه‌ها مکلفند نسبت به تبدیل وضعیت استخدامی جانبازان غیر رسمی خود حسب درخواست آنان و پس از احراز شرایط گزینش به استخدام رسمی، ثابت یا عناوین مشابه اقدام نمایند. اگر منظور از استخدام را، استخدام به معنای واقعی کلمه و در معنای صحیح در نظر بگیریم؛ بنابراین استخدام مطابق قانون استخدام کشوری، فقط شامل استخدام رسمی و پیمانی بوده و برداشتی که از این ماده می‌توان داشت این خواهد بود که امکان تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی مطابق این قانون امکان پذیر بوده است و اگر استخدام را در معنای مطلق به کارگیری در نظر بگیریم امکان تبدیل وضعیت استخدامی از شرکتی، قراردادی و پیمانی به رسمی وجود دارد.

به نظر می‌رسد با توجه به اهدافی که این قانون در پی تحقق آن‌ها بوده است و با توجه به قرائنی که حاکی از این امر است که در آن برهه‌ی زمانی از واژه‌ی به کارگیری تحت عنوان «استخدام» نام می‌بردند؛ لذا تبدیل وضعیت جانبازان از شرکتی به رسمی مطابق با ظاهر این ماده امکان پذیر بوده است. ماده ۸ قانون مذکور، دستگاه‌های مشمول این قانون ۱ را مکلف نموده است، حداکثر ظرف مدت سه ماه پس از ابلاغ قانون، نسبت به

۱. ماده ۳ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱: کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات دولتی، دستگاه‌های قضایی، مجلس شورای اسلامی، نهاد ریاست جمهوری، سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران، سازمان‌ها و واحدهای تابعه، نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران اعم از نیروی نظامی و انتظامی، نهادهای انقلاب اسلامی و شرکت‌های تحت پوشش و وابسته و یا تابعه کلیه مؤسسات و شرکت‌های مستقل دولتی یا ملی شده و یا صادره شده و یا دارای مدیریت دولتی که به نحوی تحت پوشش یکی از وزارتخانه‌ها و یا سازمان‌های دولتی اداره می‌شوند، بانک‌ها، شرکت‌های بیمه، جمعیت هلال احمر، شهرداری‌ها، شرکت‌های تحت پوشش آنان و نیز کلیه سازمان‌ها و شرکت‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه عمومی دولت استفاده می‌کنند و یا قسمتی از بودجه آنان توسط دولت تأمین می‌گردد و هم چنین مؤسسات و شرکت‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است (از قبیل شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی گاز ایران، شرکت ملی صنایع پتروشیمی، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان صنایع ملی ایران، مشمول این قانون هستند.

تبدیل وضعیت استخدامی جانبازان غیر رسمی خود حسب درخواست آنان و پس از احراز شرایط گزینش به استخدام رسمی، ثابت یا عناوین مشابه اقدام نمایند.

سازمان امور اداری و استخدامی کشور نیز مطابق قانون موظف شد حسب درخواست دستگاه‌های یاد شده، در صورت فقدان پست سازمانی متناسب با شرایط عمومی جانبازان، نسبت به ایجاد پست مورد نظر از محل حذف پست‌های بلامتصدی و در صورت فقدان پست سازمانی بلامتصدی، نسبت به ایجاد پست سازمانی جدید اقدام نماید.

باید توجه داشت که دایره‌ی شمول این قانون نسبت به قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران محدودتر است و این قانون منحصر به جانبازان است و سایر ایثارگران نمی‌توانند با توسل به این قانون تقاضای تبدیل وضعیت به رسمی را نمایند؛ لذا چنان چه جانبازانی تقاضای تبدیل وضعیت به رسمی را طبق این قانون، نموده باشند؛ اما تبدیل وضعیت صورت نگرفته باشد می‌توانند ابتدا در کمیسیون رسیدگی به شکایت جانبازان موسوم به کمیسیون ماده ۱۶ شکایت نمایند و سپس از رأی این کمیسیون در دیوان عدالت اداری شکایت نمایند.

در قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان آمده است: بنیاد مجاز است با موافقت ولی فقیه یا نماینده‌ی وی کمیسیونی را به نام کمیسیون رسیدگی به شکایات جانبازان با ترکیب تعیین شده تشکیل و نسبت به رسیدگی به شکایات جانبازان، از عدم اجرای این قانون در دستگاه‌ها اقدام نماید. تصمیمات کمیسیون قطعی و لازم الاجرا بوده و عدم اجرای به موقع آن خلاف قانون محسوب شده و قابل تعقیب در مراجع ذی صلاح می‌باشد.^۱

مطابق دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۱۲ و ۷۱۳ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، رسیدگی دیوان عدالت اداری پیش از رسیدگی به موضوع شکایت و خواسته‌ی جانبازان، ناشی از عدم اجرای قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۴، در کمیسیون موضوع ماده ۱۶ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی، وجاهت قانونی ندارد.

لازم به ذکر است که با تصویب بند (الف)، ماده ۴۴ قانون برنامه‌ی پنجم توسعه‌ی کشور، فرزندان شهدا نیز از تسهیلات این کمیسیون بهره مند شده اند و در صورت عدم

۱. آقاشاهی، احسان الله، تضمین حقوق ایثارگران در رویه‌ی قضایی دیوان عدالت اداری، تهران، دادبخش، ۱۳۹۸، ص ۱۳۳.

تمکین دستگاه به قوانین و تسهیلات موجد حق، آنان می‌توانند مانند جانبازان به شکایت از این دستگاه‌ها اقدام نمایند.^۱

بند ۲. تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی مطابق بند (و) ماده ۴۴ قانون برنامه پنج ساله پنجم

مطابق بند (و)، ماده ۴۴ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، کلیه‌ی دستگاه‌ها مکلفند در چهارچوب سهمیه‌ی استخدامی و جایگزینی نیروهای خروجی خود، حداقل بیست و پنج درصد (۲۵٪) نیازهای استخدامی خود را از جانبازان و آزادگان فاقد شغل و فرزندان و همسران شاهد و جانبازان بیست و پنج درصد (۲۵٪) و بالاتر و فرزندان و همسران آزادگان یک سال و بالای یک سال اسارت، معرفی شده از سوی بنیاد شهید و امور ایثارگران با رعایت سقف مقرر در این بند، تأمین و به استخدام آنان از محل مجوزهای مربوط و پست‌های بدون متصدی اقدام نمایند و پنج درصد (۵٪) سهمیه‌ی استخدامی را نیز به رزمندگان با سابقه‌ی حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه‌ها و همسر و فرزندان آنان و فرزندان جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) و آزادگان کمتر از یک سال اسارت و خواهران و برادران شهداء اختصاص دهند. در مواردی که نیاز به تخصص است، رعایت شرایط علمی الزامی است.

بنیاد شهید و امور ایثارگران موظف است فرزندان شاهد و جانباز و آزاده را با اولویت فرزندان شاهد و سپس فرزندان جانبازان بر اساس درصد جانبازی و فرزندان آزادگان را بر اساس مدت اسارت مذکور در این بند معرفی نماید. رزمندگان با حداقل شش ماه حضور در جبهه، جانبازان، آزادگان و همسران شهدا و جانبازان و آزادگان، فرزندان شاهد و جانباز و آزاده از شرط جنسیت برای استفاده از سهمیه‌ی استخدامی معاف و دستگاه‌های مشمول این قانون موظفند بدون الزام به رعایت شرط سنی، تحصیلی، معدل و آزمون و با احراز شرایط عمومی گزینش، با هماهنگی بنیاد شهید و امور ایثارگران و از ابتداء آنان را به صورت رسمی، قطعی استخدام نمایند.

کلیه‌ی مسئولین دستگاه‌ها پس از تعیین تکلیف سهمیه‌ی مذکور در این قانون، می‌توانند اقدام به جذب نیروی انسانی مورد نیاز دستگاه خود نمایند. در صورت عدم اجرای این قانون ضمانت اجرا نیز پیش‌بینی شده است. باید توجه داشت که دایره‌ی شمول این

۱. آقاشاهی، احسان الله، تضمین حقوق ایثارگران در رویه‌ی قضایی دیوان عدالت اداری، تهران، دادبخش،

قانون نسبت به قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان وسیع‌تر شده و افراد بیشتری مشمول این قانون می‌گردند. با توجه به این که نسبت به مسائل استخدامی و نحوه به کارگیری جانبازان در این قانون اظهار نظر شده است؛ لذا در این زمینه می‌توان، آن را ناسخ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان دانست.

این قانون هم چنین، به خاطر وجود ابهامات، در اجرا مشکلاتی را به وجود آورده بود. از ابهامات موجود این بود که آیا دولت موظف است مشمولین ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران را که در زمان حاکمیت قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم توسعه، به صورت غیر رسمی به کارگیری نموده است را به صورت رسمی به استخدام درآورد؟ با وجود ابهامات موجود و در اجرای اصل یکصد و بیست و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، استفساریه بند فوق در جلسه‌ی علنی روز یکشنبه مورخ ۱۳۹۹/۷/۲۷، مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۹۹/۸/۷، به تأیید شورای نگهبان رسید و طی نامه‌ی شماره‌ی ۵۸۵۸۸/۳۷، مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۲، به مجلس شورای اسلامی واصل گردید و جهت اجرا به رئیس جمهور ابلاغ گردید.

موضوع این استفساریه این بود که آیا دولت موظف است افراد مشمول ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، مصوب ۱۳۸۶/۴/۳ و اصلاحات و الحاقات بعدی آن که در زمان حاکمیت ق.ب.پ.ت، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۵، به صورتی غیر از استخدام رسمی به کارگیری شده‌اند را بر اساس شرایط مندرج در بند و ماده ۴۴ قانون مذکور (قانون برنامه پنج ساله پنجم) و اصلاحات بعدی آن به صورت رسمی به استخدام درآورد؟ نمایندگان مجلس به این سؤال پاسخ مثبت دادند.

ابهامی که در این استفساریه وجود دارد این است که آیا کارکنان شرکتی نیز مشمول این استفساریه هستند یا خیر؟ دیوان عدالت اداری تفسیری متفاوت از این استفساریه دارد. مطابق نظر دیوان عدالت اداری،^۱ ایثارگران مشمول این استفساریه کسانی می‌باشند که به صورتی غیر از وضعیت استخدام رسمی، توسط دستگاه‌های اجرایی به کارگیری شده‌اند که با توجه به ق.م.خ.ک، صرفاً شامل مستخدمین پیمانی موضوع بند (ب)، ماده ۴۵ ق.م.خ.ک، کارمندان قراردادی موضوع تبصره‌ی ماده ۳۲ و نیروهای کارگری ماده ۱۲۴ قانون مورد اشاره و کارکنان دارای وضعیت مشابه در سایر دستگاه‌های اجرایی خارج از شمول ق.م.خ.ک، می‌گردد و با توجه به تبصره‌ی ماده ۵۱ و ماده ۵۲ قانون مذکور در ممنوعیت به کارگیری هر گونه نیرو خارج

۱. نامه شماره ۲۰۰/۶۹۳۲/۳۳۰/۹۰۰۰، مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۶، دیوان عدالت اداری در پاسخ به رئیس سازمان اداری و استخدامی کشور.

از موارد فوق؛ بنابراین استفساریه شامل نیروهایی که به واسطه‌ی شرکت‌های خصوصی اقدام به ارائه‌ی خدمت در دستگاه‌های اجرایی می‌نمایند (نیروهای شرکتی)، نمی‌شود و به صراحت ماده ۱۸ ق.م.خ.ک، این افراد، کارکنان تحت پوشش کارفرمای غیر دولتی تلقی می‌گردند و دستگاه‌های اجرایی هیچ گونه تعهد و یا مسئولیتی در قبال این کارمندان ندارند.

متأسفانه نکته‌ای که مغفول مانده این است که قانون استفساریه بند (و)، ماده ۴۴ ق.ب.پ.ت، در خصوص استخدام وضع شده و لذا چنان چه اشخاصی شرایط موجود در بند (و)، ماده ۴۴ ق.ب.پ.ت، را داشته باشند باید به استخدام دولت در آیند. مطابق ماده فوق این کارکنان باید از ابتدا به صورت رسمی، قطعی به کارگیری می‌شدند؛ اما با اغماض می‌توان گفت وضعیت این افراد به استخدام رسمی، قطعی تبدیل می‌گردد.

نکاتی که برای این تبدیل وضعیت وجود دارد عبارت است از این که: ۱. این نوع از تبدیل وضعیت، تبدیل وضعیت استخدامی نیست؛ زیرا مطابق ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام منحصر در رسمی و پیمانی می‌باشد. ۲. این کارکنان باید در بازه‌ی زمانی قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم، به کارگیری شده باشند. ۳. امکان تبدیل وضعیت فقط برای ایثارگرانی فراهم است که مطابق ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران به کارگیری شده باشند. ۴. از میان انواع تبدیل وضعیت، فقط امکان تبدیل وضعیت این کارکنان به رسمی، قطعی وجود دارد و حالات دیگر تبدیل وضعیت، در خصوص این کارکنان امکان‌پذیر نمی‌باشد. ۵. طی مراحل گزینش ضروری است و چنان چه موفق نشوند، امکان به کارگیری آن‌ها وجود ندارد.

بند ۳. تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی، مطابق بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله ششم

بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم، ماده ۲۱، قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران را در بخش‌هایی نسخ نمود؛ لذا منطبق ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، به این نحو اصلاح و مقرر گردید که: «کلیه‌ی دستگاه‌های موضوع ماده ۲ این قانون، مکلفند حداقل ۲۵٪ درصد از نیازهای استخدامی و تأمین نیروهای مورد نیاز خود را اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی و شرکتی که وفق ضوابط و مجوزهای مربوط و جایگزینی نیروهای خروجی خود اخذ می‌نمایند به خانواده‌های شاهد، جانبازان و آزادگان، همسر و فرزندان شهدا و جانبازان ۲۵٪ و بالاتر و... باقی است.»

از تفاوت‌های این قانون با قوانین قبلی که در خصوص ایثارگران به تصویب رسیده بود، این بود که اعطای سهمیه‌ی استخدامی به ایثارگران در چارچوب ضوابط و مجوزهای مربوط، مورد تأکید قانونگذار قرار گرفت. با تصویب ق.ب.پ.ش.ت، در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۵ که بند (ذ) ماده ۸۷ آن به اصلاح ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، اختصاص دارد بر لزوم تبدیل وضعیت استخدامی مشمولین ماده فوق ظرف حداکثر سه ماه، تأکید نمود.

تعدد قوانین مصوّب در این حوزه و متعارض و مبهم بودن مفاد برخی از مواد آن‌ها از سوی دیگر، موجب سردرگمی دستگاه‌های مشمول در استخدام و تبدیل وضعیت ایثارگران و بالطبع، منجر به طرح شکایات متعددی از سوی ایثارگران دیوان عدالت اداری شد. شعب دیوان نیز در مواجهه با پرونده‌های مطروحه رویه‌ی متشتت و بعضاً متعارضی در پیش گرفتند که همین امر سبب طرح موضوع، در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری گردید. هیأت عمومی در تاریخ ۱۳۹۸/۱/۲۷، رأی شماره‌ی ۹۲ را صادر نمود. اهمّ استدلال‌ات هیأت عمومی دیوان عدالت اداری عبارت بودند از:

۱. بند (ذ) ماده ۸۷ ق.ب.پ.ش.ت، مصوّب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ و تبصره‌ی آن در چارچوب مفاد ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران مصوّب ۱۳۹۱/۱۰/۲، قابلیت تفسیر و اجراء دارد و به موجب این ماده، استخدام و تأمین نیروهای مورد نیاز در چارچوب سهمیه‌ی استخدامی ایثارگران باید وفق ضوابط و مجوزهای مربوط صورت پذیرد. بنابراین به غیر از برخی معافیت‌های قانونی مصرّح، سایر مقررات عمومی استخدام و به کارگیری نیرو در مورد ایثارگران لازم‌الرعایه است. این امر در رأی شماره‌ی ۱۸۴۹ الی ۱۸۵۱، مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورد اشاره قرار گرفته و بر رعایت شرایط عمومی جهت استخدام ایثارگران در دستگاه‌های اجرایی، وجود پست بلا متصدی، داشتن مجوّز و سهمیه‌ی استخدامی، شرکت و قبولی در آزمون عمومی و رقابت در سهمیه‌ی استخدامی، رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت‌ها با لحاظ برخی معافیت‌ها، تأکید شده است.

۲. مطابق ماده ۱۸ ق.م.خ.ک، مصوّب ۱۳۸۶/۷/۸، کارمندان بخش‌های غیر دولتی که تمام و یا قسمتی از وظایف مورد تصدّی امور دولتی و سایر امور قابل واگذاری را بر عهده دارند، کارکنان تحت پوشش کارفرمای غیر دولتی تلقی شده و دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه تعهد و یا مسئولیتی در قبال این کارمندان ندارند. مضافاً این که تکلیف مقرر در ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، مختص دستگاه‌های دولتی نبوده؛ بلکه با توجّه به عبارت عام صدر ماده مذکور (کلیه‌ی دستگاه‌های موضوع ماده ۲ قانون)، شامل مؤسّسات و شرکت‌های غیر دولتی؛ از جمله شرکت پیمانکار و کارفرمای غیر دولتی طرف قرارداد با دستگاه اجرایی نیز می‌شود؛

بنابراین رعایت سهمیه‌ی استخدامی یا تبدیل وضعیت نیروهای ایثارگر شرکت‌های غیر دولتی، ارتباطی به دستگاه‌های دولتی ندارد.

۳. ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، هم برای نیازهای استخدامی دستگاه‌های مشمول و هم برای تأمین نیروهای مورد نیاز آن‌ها سهمیه اختصاص داده است و از آن جایی که دستگاه‌های اجرایی به موجب مواد ۱۸ و ۴۷ ق.م.خ.ک، هیچ‌گونه تعهدات استخدامی در قبال نیروهای شرکتی ندارند و با توجه به ماده ۴۵ ق.م.خ.ک، که وضعیت استخدامی را صرفاً شامل نیروهای پیمانی و رسمی می‌داند؛ بنابراین حکم تبصره ۱ بند (ذ) ماده ۸۷ ق.ب.پ.ش.ت، ناظر بر ایثارگرانی است که دارای وضعیت استخدامی هستند و لذا شامل نیروهای شرکتی نمی‌شود.

۴. الزام به استخدام رسمی ایثارگران شاغل در شرکت‌های خصوصی در دستگاه‌های دولتی بدون رعایت مقررات و مجوز استخدامی که در ماده ۲۱ قانون مذکور به آن اشاره شده است، نادیده گرفتن حکم قانونی ماده مذکور و بسیاری از اصول و مقررات حاکم بر استخدام دولتی و آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است و عملاً موجبات تبعیض ناروا حتی بین ایثارگران و سوءاستفاده‌ی شرکت‌های خصوصی را فراهم خواهد کرد.

پس از صدور این رأی هیأت عمومی باز هم شعب دیوان با استنباط‌های مختلف، آراء متفاوتی را صادر نمودند که منجر به رأی هیأت عمومی شماره‌ی ۶۶۹، مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۱، گردید.

اهم نکاتی که در این رأی بیان شد عبارت بودند از:

۱. با توجه به این که بند(ذ)، ماده ۸۷ ق.ب.پ.ش.ت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴، عبارت اعم از رسمی، پیمانی، قراردادی و شرکتی را بعد از عبارت تأمین نیروهای مورد نیاز خود را به ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲، اضافه کرده است؛ بنابراین تفسیر و اجرای آن باید با توجه به قیود و شرایط ماده مذکور صورت پذیرد. مخاطب ماده ۲۱ به موجب صدر این ماده، کلیه‌ی دستگاه‌های موضوع ماده ۲ قانون مذکور، اعم از دستگاه‌های اجرایی دولتی و عمومی و ...، شرکت‌ها و مراکز تولیدی و توزیعی و خدماتی تحت پوشش قانون کار هستند.

۲. مطابق این ماده در اعمال سهمیه‌ی اختصاصی ایثارگران لازم است، وفق ضوابط و مجوزهای مربوط اقدام شود. ماده مذکور هم در برگیرنده‌ی استخدام و هم در برگیرنده‌ی به کارگیری نیرو در دستگاه‌ها و شرکت‌های مشمول می‌باشد. بر اساس ضوابط و مقررات استخدامی (از جمله مواد ۳۲ و تبصره‌های آن، ۴۷، ۵۲، ۹۵، ۱۲۴ ق.م.خ.ک)، به کارگیری نیرو مفهومی داشته و شامل کلیه‌ی مواردی می‌شود که دستگاه، فردی را مستقیماً جهت انجام وظایف و مأموریت‌های خود به خدمت گرفته باشند؛ لیکن استخدام به موجب مواد ۴۵ و ۴۶ ق.م.خ.ک، صرفاً شامل به کارگیری نیرو به صورت پیمانی و رسمی اعم از آزمایشی و قطعی می‌باشد.

به خدمت گرفتن افراد به صورت قراردادی به کارگیری محسوب می‌شود؛ اما برای فرد وضعیت استخدامی ایجاد نمی‌کند. در توضیح این بند باید بیان داشت که، قضات دیوان عدالت اداری در این جا استخدام را به معنای خاص آن به کار گرفته‌اند؛ لذا زمانی که بیان می‌دارد وضعیت استخدامی مشمولان این ماده حداکثر پس از ۳ ماه، رسمی، قطعی می‌گردند منظور کارکنان پیمانی و رسمی، آزمایشی باشد و سایر حالات به کارگیری را شامل نمی‌شود. هر چند این رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، در خصوص تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی صادر شده است؛ لکن با وحدت ملاک از این رأی و به طریق اولی می‌توان بیان داشت، امکان تبدیل وضعیت کارکنان شرکتی به رسمی نیز وجود ندارد.

رأی شماره‌ی ۱۸۴۹ تا ۱۸۵۱ مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که با لحاظ مفاد ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا و هم چنین با لحاظ بند (ذ)، ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران صادر شده است، مقرر نموده است: «جهت استخدام ایثارگران در دستگاه‌های اجرایی رعایت مقررات عمومی؛ از جمله (وجود پست سازمانی بلا تصدی) داشتن مجوز و سهمیه‌ی استخدامی، شرکت و قبولی در آزمون عمومی و رقابت در سهمیه‌ی استخدامی، رعایت مراتب شایستگی و برابری فرصت‌ها با لحاظ برخی معافیت‌های مصرح لازم است»

۳. الزام به استخدام نیروهای قراردادی شاغل در دستگاه‌های دولتی بدون رعایت مقررات و مجوز استخدامی که در ماده ۲۱ ق.ج.خ.ا، موکول شده است؛ از جمله عدم شرکت در آزمون و عدم رقابت با سایر ایثارگران متقاضی استخدام، به منزله‌ی نادیده گرفتن حکم ماده قانونی مذکور و بسیاری از اصول و مقررات حاکم بر استخدام دولتی و آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است و عملاً موجب تقلب نسبت به قانون و ایجاد تبعیض استخدامی در بین ایثارگران و زمینه‌ی سوء استفاده در دستگاه‌های اجرایی را فراهم می‌کند. پس از آن در تاریخ ۱۳۹۸/۱۰/۳، ۲۴ نفر از نمایندگان مجلس طرح استفساریه تبصره‌ی ۱ بند(ذ)، ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران را به ریاست مجلس شورای اسلامی تقدیم نمودند.

استفساریه این گونه مطرح شد که آیا منظور از تبدیل وضعیت استخدامی شرکتی (پیمانکاری) به رسمی، قطعی و قراردادی به رسمی، قطعی و قرارداد معین به رسمی، قطعی و پیمانی به رسمی، قطعی و رسمی به رسمی، قطعی مقرر در تبصره‌ی ۱، بند(ذ)،

ماده ۸۷ ق.ب.پ.ش.ت، تبدیل وضعیت استخدامی مشمولان حداکثر پس از سه ماه توسط دستگاه محل خدمت به رسمی، قطعی، دائم، ثابت و سایر عناوین مشابه می‌باشد که قبل و بعد از تصویب قانون برنامه‌ی ششم خارج از سهمیه‌ی استخدامی بدون آزمون جذب دستگاه‌های مشمول ماده ۲ ق.ج.خ.ا، شده یا می‌شوند، نیز شامل تمامی مشمولان ماده ۲۱ قانون ایثارگران (اعم از خانواده شهدا، خواهر و برادر شهید، جانبازان، آزادگان و همسر و فرزندان آزادگان یک سال اسارت و بالای یک سال اسارت، همسر و فرزندان جانبازان ۲۵٪ به بالا و فرزندان جانبازان زیر ۲۵٪ و رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه و همسر و فرزندان آنان) می‌گردد؟

مجلس به صورت مختصر پاسخ مثبت داد. نکته‌ای که وجود دارد این است تا زمانی که این استفساریه به تأیید شورای نگهبان نرسد قابل استناد نیست. در واقع استفساریه، ماهیت قانون دارد و باید به تصویب شورای نگهبان برسد. در نهایت شورای نگهبان در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۸ این طرح استفساریه را، مورد بحث و بررسی قرار داد و بیان داشت از آن جا که طرح مذکور تفسیر نیست و قانونگذاری جدید محسوب می‌شود؛ لذا مغایر اصل ۷۳ قانون اساسی و نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳، مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ شورای نگهبان، از این اصل شناخته شد.

البته چنین امکانی در بند (د)، تبصره‌ی ۲۰ قانون بودجه‌ی سال ۱۴۰۰،^۱ پیش بینی شد و امکان تبدیل وضعیت این کارکنان نیز مهیا گشت. طی مراحل گزینش، برای کارکنانی که دستگاه قصد تبدیل وضعیت آن‌ها را دارد ضروری است. از این مقررّه نکاتی قابل برداشت است. این که دستگاه الزام به تبدیل وضعیت این کارکنان را دارد و نیازی به درخواست

۱. در راستای اجرای بند (د)، ماده (۸۷) قانون برنامه‌ی ششم توسعه، دستگاه‌های مشمول ماده (۲)، قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران، مکلفند نسبت به استخدام و نیز تبدیل وضعیت استخدامی کلیه‌ی مشمولان ماده (۲۱) قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران که با عناوین مختلف در دستگاه‌های موضوع قانون مذکور شاغل هستند و رابطه‌ی شغلی آن‌ها به صورت پیمانی، قرارداد انجام کار معین یا شرکتی می‌باشد و یا از محل اعتبارات جاری و تبصره‌ی ماده (۳۲) و ماده (۱۷) قانون مدیریت خدمات کشوری و اعتبارات طرح‌های عمرانی و یا سایر عناوین؛ از جمله حاکمیتی و تصدی‌گری موضوع بندهای (الف) و (ب) ماده (۴۵) قانون مدیریت خدمات کشوری، خدمت نموده و یا می‌نمایند با طی مراحل گزینش با رعایت تبصره‌ی (۲) بند (و) ماده (۴۴) قانون برنامه‌ی پنج ساله پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵، به صورت استخدام رسمی اقدام نمایند. اعتبار مورد نیاز این حکم از محل ردیف ۸۸ - ۵۵۰۰۰۰، به مبلغ پنج هزار میلیارد (۵۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰) ریال در اختیار دستگاه‌های اجرائی ذی‌ربط قرار می‌گیرد

تبدیل وضعیت از سوی کارکنان نیست و هم چنین پر واضح است که چنان چه کارکنان در آزمون گزینشی مردود شوند امکان تبدیل وضعیت آن‌ها وجود ندارد. رعایت تبصره ۲، بند و ماده ۴۴،^۱ برای تبدیل وضعیت این کارکنان الزامی است.

گفتار ۴: آسیب شناسی تبدیل وضعیت ایثارگران شرکتي به رسمي قطعي

تبدیل وضعیت کارکنان شرکتي به رسمي، دارای معایب بسیاری است که در خور توجه می‌باشد؛ اما متأسفانه قانونگذار نسبت به آن‌ها بی‌توجه بوده است.

بند ۱. بزرگ شدن دولت

سند چشم‌انداز ۲۰ ساله، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و تمام برنامه‌های توسعه‌ای کشور، همگی بر کوچک کردن دولت تأکید می‌ورزند. این تأکید در برنامه‌ی ششم به اوج رسیده است، به گونه‌ای که اصلی‌ترین اولویت در این برنامه، کوچک سازی دولت است. مطابق بند ۱ ماده ۱۰ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم توسعه، باید تا پایان این برنامه، حجم دولت ۱۵ درصد کوچک‌تر شود؛ اما متأسفانه نمایندگان مجلس شورای اسلامی بدون توجه به چنین امری قوانین و مقرراتی را به تصویب می‌رسانند که نتیجه‌ای جز بزرگ شدن دولت ندارد.

بند ۲. تبعیض در تبدیل وضعیت

عدالت استخدامی در اسناد بین المللی؛ مانند بند ۲، ماده ۲۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند (ج)، ماده ۷ میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، اعلامیه فیلادلفیا و غیره پیش بینی شد. در حقوق داخلی نیز بند ۹، اصل ۳ و اصل ۲۸ قانون اساسی، بند ۲، سیاست‌های کلی نظام اداری و ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری و بسیاری از آراء وحدت رویه‌ی دیوان عدالت اداری، به اصل عدالت استخدامی پرداخته‌اند.

۱. رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در جبهه، جانبازان، آزادگان و همسران شهدا، جانبازان و آزادگان فرزندان شاهد و جانباز و آزاده از شرط جنسیت برای استفاده از سهمیه‌ی استخدامی معاف و دستگاه‌های مشمول این قانون موظفند بدون الزام به رعایت شرط سنی، تحصیلی، معدل و آزمون و با احراز شرایط عمومی گزینش با هماهنگی بنیاد شهید و امور ایثارگران و از ابتدا، آنان را به صورت رسمی قطعی استخدام نمایند.

مقتضای عدالت استخدامی این است که شرایط مساوی برای متقاضیان واجد شرایط فراهم گردد.^۱ به نظر می‌رسد تصویب چنین قوانینی برای قشر خاصی، خلاف اسناد بالادستی است. البته برخی آن را تبعیض مثبت می‌دانند و معتقدند نابرابری‌های نامشروع نیاز دارد تا چنین تبعیضی اعمال گردد تا در نهایت توزیع عادلانه به دست آید.^۲ باید توجه داشت که اصل بر عدم تبعیض در ورود به استخدام و تبدیل وضعیت است و هر امری که بخواهد این اصل را تخصیص بزند نیاز به دلیل دارد.

فارغ از این که چنین قانونی باعث تبعیض است و حس ناامیدی را در افراد غیر ایثارگر به وجود می‌آورد، باعث اعمال تبعیض بین خود ایثارگران نیز است؛ به گونه‌ایی که کلیه‌ی ایثارگرانی که به صورت شرکتی به کارگیری شده‌اند مشمول مقررات تبدیل وضعیت به رسمی، قطعی نمی‌باشند و فقط گروهی از آن‌ها امکان چنین تبدیل وضعیتی را پیدا می‌کنند.

مبنای این که چرا برای سایر ایثارگران چنین امکانی پیش‌بینی نشده است، مشخص نیست. جالب‌تر این که اگر بخواهیم بر اساس مستقالات عقلی و بنای عقلاء، قانونگذاری کنیم بسیاری از غیر مشمولین مستحق‌تر از مشمولین هستند و ممکن است سابقه‌ی بیشتری، کارایی بالاتری نسبت به مشمولین، داشته باشند.

بند ۳. فساد موجود در این نوع از تبدیل وضعیت

فساد در به کارگیری این کارکنان نیز از معایب دیگر این مدل از تبدیل وضعیت است. در این صورت فقط کافی است اشخاصی با حداقل سمت‌های اداری از حیث چارت سازمانی؛ از جمله نظافتچی و آبدارچی با شرکت طرف قرارداد با دستگاه، قرارداد منعقد نمایند تا دستگاه موظف گردد، ظرف سه ماه این کارکنان را به رسمی، قطعی تبدیل وضعیت نماید.

می‌توان تصوّر نمود چنین امری چگونه می‌تواند باعث فساد در نظام استخدامی گردد و این که شخصی برای این که در این شرکت‌ها مشغول به خدمت گردد حاضر است چه امتیازی به شرکت بدهد. در واقع این شخص با انعقاد قرارداد با شرکت پس از سه ماه، می‌تواند خود را یک کارمند رسمی تصوّر کند. علاوه بر این نیروهایی شرکتی، غالباً در

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنگری، حقوق اداری، تهران، میزان، ۱۳۸۹، ص ۱۹۳.

۲. فکوهی، ناصر، ساز و کار تبعیض مثبت، به مثابه‌ی ابزار محرومیت زدایی: پژوهش زنان، پائیز ۱۳۸۴، شماره ۳، ص ۱۱۷.

قالب نیروهای خدماتی به کارگیری می‌شوند و اگر قوانینی از این دست به تصویب برسد و این کارکنان به رسمی، قطعی تبدیل وضعیت یابند، باید در مشاغل حاکمیتی به طور دائم مشغول به خدمت گردند. بسیاری از این کارکنان از تخصص کافی نیز در زمینه‌ی آن پست سازمانی برخوردار نیستند.

به نظر می‌رسد چنین ظرفیتی در ماده ۳۲ و ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری وجود دارد که قانونگذار بی توجه به آن در حال تصویب مقرراتی است که گره استخدای کشور را کورت‌تر از سابق می‌کند.

بند ۴. عدم تخصص کافی در صورت تبدیل وضعیت

کارکنان شرکتی مطابق ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری در مشاغل حجمی مشغول به خدمت می‌باشند؛ لذا چنین مشاغلی نیاز به تخصص خاصی که مجبور به طی تحصیلات آکادمیک باشد، ندارد. از طرفی با تبدیل وضعیت این کارکنان به رسمی، قطعی باید مطابق ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، به این کارکنان پست ثابت در مشاغل حاکمیتی اعطا گردد؛ لذا این امر دلالت به این دارد که این کارکنان چنان چه در پست‌های حاکمیتی منصوب گردند از تخصص کافی برای آن مشاغل بی بهره هستند.

هر چند ممکن است برخی دارای تخصص باشند؛ ولی غالباً این افراد کسانی هستند که توانایی قبول شدن در آزمون را نداشته‌اند. البته تعداد این افراد نیز بسیار کم است و بیشتر آن‌ها، تحصیلات آکادمیک را طی ننموده‌اند و یا تحصیلات غیر مرتبط دارند. کارایی این کارکنان پیشاپیش قابل تصور است. با چنین وضعیتی نمی‌توان انتظار داشت که دستگاه‌های اجرایی به خوبی بتوانند از عهده‌ی وظایف خود بر آیند.

بند ۵. هدر رفت منابع مالی

باید میان مصوباتی که بار مالی دفعی و مستمر دارند، تمایز قائل شد؛ چنان چه اثر مالی، دفعی داشته باشند با یک یا چند بار پرداخت، حکم قانون اجرا می‌شود و بحث خاصی در مورد نحوه‌ی جبران هزینه‌های آن مطرح نمی‌شود؛ ولی چنان چه دارای بار مالی مداوم باشند، به نحوی که در سال‌های آتی نیز باید محل تأمین هزینه‌های آن در نظر

گرفته شود مسأله قابل تأمل به نظر می‌رسد. بسیار واضح است که موضع بحث ما در خصوص مصوبه‌ایی است که بار مالی مداوم دارد.^۱

الزام موجود در تبدیل وضعیت نیروهای شرکتی به رسمی، موجب ایجاد الزام برای دولت به منظور تضمین پرداخت حقوق و مزایا تا زمان بازنشستگی افراد خواهد بود و این تضمین بالطبع باعث خواهد شد که افراد داخل در عائله‌ی دولت محسوب شده و دولت همواره مجبور به پرداخت حقوق به آن‌ها خواهد بود که این مهم، تحمیل بار مالی بلند مدت، به دولت قلمداد می‌گردد.

بند ۶. تغییرات ساختاری غیر بهینه در سازمان اداری کشور

هر چند در آرای متعدد دیوان عدالت اداری، الزام به تبدیل وضعیت اشخاص در حالات مختلف استخدامی، مستلزم احراز شرایط قانونی؛ از جمله وجود پست اداری بدون متصدی و ردیف سهمیه‌ی استخدامی گردیده است؛ لکن الزام قانونی در قوانین مختلف و سیاست کلی قانون گذار به منظور تبدیل وضعیت نیروها، بیم آن را ایجاد می‌نماید که با تغییرات نگاه در قوه‌ی مقننه، از لزوم وجود این شروط نیز کم کم کاسته شده و با تحمیل الزام به تبدیل وضعیت نیروها، این شروط نیز به تدریج، رنگ باخته و ردیف سهمیه‌ی استخدامی محذوف یا ردیف سهمیه‌ی استخدامی، ایجاد گردد که در هر دو حالت، سازمان بهینه‌ی اداری کشور متورم شده و از حالت بهینگی خارج و بهره وری کاهش و نارضایتی در عامه‌ی مردم افزایش خواهد یافت.

۱. جلالی، محمد و محمدقاسم تنگستانی، نگاهی به اصل ۷۵ قانون اساسی با تأکید بر آراء و نظرهای شورای نگهبان (در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی تا دوره‌ی هشتم). فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۱۰، ص ۸۰.

نتیجه‌گیری

تبدیل وضعیت، دارای مفهومی پیچیده و مبهم می‌باشد و شاید به همین دلیل است که اساتید حقوق اداری در این خصوص تعریف جامع و مانعی ارائه نداده‌اند. تبدیل وضعیت یا تغییر وضعیت، می‌تواند دارای مفاهیم متعددی باشد. اما تعریف جامعی که می‌توان از تبدیل وضعیت ارائه داد، عبارت است از: «تغییر وضعیت استخدامی کارکنان دولت را گویند که در صورت اطمینان از لیاقت (علمی، اعتقادی، اخلاقی)، کاردانی، علاقه به کار، خلاقیت، نوآوری، روحیه‌ی خدمت به مردم و رعایت نظم و انضباط اداری، طی دوره‌های آموزشی و کسب امتیاز لازم، تأیید گزینش و ضوابط و مقررات لازم؛ مانند وجود مجوز قانونی، بعضاً وجود پست سازمانی، برگزاری آزمون و بر اساس برابری فرصت‌ها صورت می‌پذیرد که شامل تبدیل وضعیت از شرکتی به قراردادی، پیمانی، رسمی و از قراردادی، به پیمانی و رسمی، از پیمانی به رسمی، و از رسمی، آزمایشی به رسمی، قطعی می‌گردد.

ماهیت حقوقی تبدیل وضعیت، بسته به این که از چه وضعیتی به وضعیت دیگر باشد، می‌تواند متفاوت باشد. گاهی می‌توان ماهیت این نوع از تبدیل وضعیت را قرارداد دانست که متفاوت از قرارداد حقوق خصوصی می‌باشد. نکته مهمی که باید به آن توجه کرد، این است که چنان چه تبدیل وضعیت صورت گیرد رابطه‌ی کارمند و دستگاه بر اساس حکم تنظیم می‌شود؛ اما این جا مرحله‌ی قبل از استقرار این وضعیت است. گاهی نیز تبدیل وضعیت بر اساس قانون صورت می‌گیرد و دستگاه به صورت یک جانبه و بدون درخواست کارمند تبدیل وضعیت را انجام می‌دهد.

دستگاه‌های اجرایی نیروهای خود را به صورت مستقیم و از طریق نیروهای رسمی، پیمانی و قراردادی و غیر مستقیم از طریق نیروهای شرکتی به کارگیری می‌نمایند. کارکنان شرکتی تحت پوشش کارفرمای غیر دولتی تلقی می‌گردند و دستگاه‌های اجرایی هیچ گونه تعهد و مسئولیتی در قبال این کارمندان ندارند.

مستند به مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری و ماده ۱۵۷ قانون کار، مرجع صالح برای طرح دعاوی استخدامی و بالأخص تبدیل وضعیت از شرکتی به قراردادی، پیمانی و رسمی، دیوان عدالت اداری است و نه مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما.

هر چند در برهه‌های زمانی متفاوت، امکان تبدیل وضعیت کارکنان ایثارگر وجود داشت؛ اما در حال حاضر امکان تبدیل وضعیت فقط برای کارکنان شرکتی مشمول ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران وجود دارد که در زمان حاکمیت قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران، به کارگیری شده‌اند و دارای شرایط مندرج در بند (و)، ماده ۴۴ قانون مذکور و اصلاحات بعدی آن هستند و چنین امکانی در بند (ذ) ماده ۸۷ قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم نیز، پیش بینی شده است.

نکاتی که در خصوص این تبدیل وضعیت وجود دارد این است که: ۱. این نوع از تبدیل وضعیت، تبدیل وضعیت استخدامی نیست؛ زیرا مطابق ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام منحصر در رسمی و پیمانی می‌باشد. ۲. این کارکنان باید در بازه‌ی زمانی قانون برنامه پنج ساله‌ی پنجم به کارگیری شده باشند. ۳. امکان تبدیل وضعیت فقط برای ایثارگران فراهم می‌باشد. ۴. از میان انواع تبدیل وضعیت فقط امکان تبدیل وضعیت این کارکنان به رسمی، قطعی وجود دارد و حالات دیگر تبدیل وضعیت نظیر تبدیل وضعیت به حالت استخدامی، پیمانی در خصوص این کارکنان امکان‌پذیر نمی‌باشد.

کارکنانی نیز که در طول برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم و بر اساس ماده ۲۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران به کارگیری شده‌اند نیز می‌توانند تقاضای تبدیل وضعیت به رسمی قطعی را نمایند. در تأیید این مقررّه بند (د)، تبصره‌ی ۲۰ قانون بودجه ۱۴۰۰، به تصویب رسید که پایدانی بر ابهامات تبدیل وضعیت این کارکنان بود. تبدیل وضعیت و استخدام کارکنان شرکتی زمینه‌ی افزایش تعداد کارکنان دولت و بزرگ تر شدن اندازه‌ی دولت را فراهم می‌کند.

هم چنین به کارگیری این کارکنان در پست‌های سازمانی دارای ایرادات جدّی می‌باشد؛ زیرا اغلب این کارکنان از سطح سواد و تخصص کافی بی‌بهره هستند؛ لذا در این راستا و در مقام اصلاح قوانین و مقررات یا تدوین آن‌ها پیشنهاد می‌شود که:

۱. هر گونه اعطای امتیازات استخدامی به ایثارگران، منتفی و در صورت امکان، امتیازات به صورت دیگری نظیر معافیت‌های مالیاتی یا معافیت از پرداخت حق بیمه‌ی سهم کارمند، در نظر گرفته شود تا عدالت استخدامی و اصل رعایت شایستگی‌ها و برابری فرصت‌ها مخدوش نگردد و نظام اداری نیز از حضور افراد بر اساس شایستگی بهره‌مند شود.

۲. در صورت اصرار به وجود تبعیض و توجیه آن به تبعیض مثبت، ارکان ایجاد این امتیاز با دقت بیشتری تدوین شود و به طور مثال، صرف اشتغال سه ماهه در سمت اداری، مجوزی برای رسمی شدن فرد نبوده و این امر منوط به احراز ملاک‌ها و شایستگی‌ها شده و فرد ایثارگر یا منتسب به ایثارگر در راستای جذب و به کارگیری، دارای اولویت استخدامی گردد و نه امتیاز محفوظ و غیر قابل خدشه‌ی استخدامی.

۳. در حالتی که قانونگذار قصد بر آن دارد تا ایثارگران را مشمول تبدیل وضعیت به رسمی قطعی نماید، به طور هماهنگ و یک دست، یک حکم کلی در نظر نگرفته و در این باب، با توجه جدی به انواع قراردادهای استخدامی و انواع خاص دستگاه‌ها و قوانین خاص ایشان، از تعبیر رسمی، قطعی و مشابه آن، استفاده نماید تا مشمولین قانون کار، چه در دستگاه دولتی و چه بخش خصوصی و یا مشمولین قانون خاص نیز، امکان طفره رفتن از اجرای مفاد قانون را نداشته باشند.

۴. در مورد ایثارگرانی که در زمان حیات قانونی برنامه‌های پنج ساله، از حیث قانونی شایستگی تبدیل وضعیت بوده اند، این امکان قانونی فراهم شود تا پس از پایان برنامه‌های پنج ساله نیز با استناد به قانون حاکم در زمان اشتغال خود، امکان تبدیل وضعیت را داشته باشند و صرف عدم اقدام ایشان یا عدم قبول دستگاه اجرایی، موجب تضییع حق ایشان نشود و این مقرر می‌تواند به عنوان حکمی عام در قوانین پنج ساله‌ی بعدی یا به عنوان یک ساختار الحاقی در قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور به عنوان سند احکام ضروری و دائمی برنامه‌های توسعه، مندرج گردد.

۵. به عنوان یک راهکار اساسی و به منظور اجرایی شدن آرائی که ایثارگران در راستای الزام دستگاه متبوع خود به منظور تبدیل وضعیت از شرکتی به رسمی دریافت می‌نمایند، مرجع اجرای مشخص و واحد دارای اختیارات قانونی تعیین شده و آرای کمیسیون‌های ماده ۱۶ از این بابت ضمانت اجرا یابند؛ زیرا هر چند به موجب بخشنامه‌ی شماره‌ی ۹۰۰۰/۲/۲۲۶۵/۱۰۰۰ مورخ ۱۳۹۷/۷/۲۸، معاون اول قوه قضائیه مقرر شده است تا به منظور اجراء به موقع تصمیمات کمیسیون ماده ۱۶، در مرکز استان شعبه‌ای از اجرای احکام کیفری جهت اجرای آرای قطعی این کمیسیون تعیین گردد؛ اما در مواردی که طرف شکایت، دستگاه و بخش خصوصی است، اجرای رأی کمیسیون ماده ۱۶ به استناد ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی، امکان پذیر نبوده و این ماده در مورد بخش خصوصی مصداقی ندارد و شعب اجرای احکام کیفری، در این حالت نامتضمن از اجرای رأی بوده و مسأله به صورت حل نشده باقی خواهد ماند و ضمانت اجرای خاصی به منظور الزام مسئولین بخش خصوصی برای اجرای رأی کمیسیون ماده ۱۶ متصور نیست.

لذا پیشنهاد می‌شود تا در مقام اجرای رأی کمیسیون ماده ۱۶ همانند سایر کمیسیون‌ها و هیأت‌ها نظیر مراجع حل اختلاف کار، شعب اجرای احکام مدنی صالح برای اجرای رأی، خوانده شوند تا حسب مورد با استفاده از ابزارهای موجود در قانون اجرای احکام مدنی نسبت به اجرای رأی اقدام شده و یا عنداللزوم ساختار نوین یا ساختار موجود مؤثری به منظور اجرای آرای این کمیسیون مورد پیش بینی قانونگذار، قرار گیرد.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها و مقالات فارسی

۱. آقاشاهی، احسان الله، تضمین حقوق ایثارگران در رویه‌ی قضایی دیوان عدالت اداری، تهران، دادبخش، ۱۳۹۸.
۲. ابوالحمّد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران، توس، ۱۳۸۸.
۳. امامی، محمّد و کورش استوار سنگری، حقوق اداری، تهران، میزان، ۱۳۸۹.
۴. سهرابلو، علی و حسن لطفی، تبدیل وضعیت استخدامی در حقوق ایران، ماهیت و اصول حاکم، فصلنامه‌ی علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۹۴، صفحات ۷۳ تا ۹۳.
۵. جلالی، محمّد و محمّدقاسم تنگستانی، نگاهی به اصل ۷۵ قانون اساسی با تأکید بر آراء و نظرهای شورای نگهبان (در مورد مصوّبات مجلس شورای اسلامی تا دوره‌ی هشتم)، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۱۰، ص ۶۹ تا ۹۰.
۶. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۷. فکوهی، ناصر، ساز و کار تبعیض مثبت، به مثابه‌ی ابزار محرومیت زدایی، پژوهش زنان، پائیز ۱۳۸۴، شماره ۳، ص ۱۱۵ تا ۱۴۱.
۸. قافی، حسین، ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی، مجله‌ی حقوق اسلامی، پائیز ۱۳۸۳، شماره‌ی ۴۲، ص ۶۱ تا ۸۸.
۹. کرمی، حامد و مهدی گودرزی، تحلیل حقوقی قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاه‌های اجرایی با تأکید بر آراء دیوان عدالت اداری، فصلنامه‌ی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، پاییز ۹۹، شماره‌ی ۴، ص ۷۹ تا ۱۰۶.
۱۰. مشهدی، علی، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.

ب. قوانین

۱. اعلامیه جهانی حقوق بشر.
۲. میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی.
۳. اعلامیه فیلادلفیا.
۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۵. سند چشم انداز جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۴۰۴.
۶. سیاست‌های کلی استخدام، مورخ ۱۳۸۹/۲/۱.
۷. قانون تعاریف و ضوابط تأسیس مراکز تحقیقاتی، مصوب ۱۳۶۹/۱/۲۱.
۸. قانون استخدام کشوری، مصوب ۱۳۴۵/۳/۳۱.
۹. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶/۷/۸.
۱۰. قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱.
۱۱. قانون استخدام نیروی انتظامی.
۱۲. قانون رسیدگی به صلاحیت قضات.
۱۳. قانون برنامه‌ی پنج ساله چهارم توسعه جمهوری اسلامی ایران.
۱۴. قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران.
۱۵. قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران.
۱۶. قانون الحاق مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۴.
۱۷. اساسنامه دانشگاه فرهنگیان.
۱۸. قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب، ۱۳۶۸/۶/۲۶.
۱۹. قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران.
۲۰. قانون بودجه سال ۱۴۰۰.
۲۱. قانون کار.

ج. مقررات

۱. مصوبه شورای عالی انقلاب فرهنگی تحت عنوان نحوه استخدام اعضای هیأت علمی جدید گروه پزشکی و تبدیل وضعیت کادر، مصوب تاریخ ۱۳۶۵/۶/۱۱.
۲. آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی.
۳. آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۲ قانون مدیریت خدمات کشوری.
۴. تصویب نامه شماره ۸۴۵۱۵/ت/۳۴۶۱۳ هیأت وزیران، مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱۵.
۵. دستورالعمل تعیین تکلیف و نحوه به کارگیری مستقیم نیروهای شاغل در شرکت‌ها.
۶. تصویب نامه شماره ۷۷۹۶۱/ت/۴۰۰۰۶ هیأت وزیران، مورخ ۱۳۸۷/۵/۱۷.
۷. بخشنامه شماره ۱۳۵۹۳۸/۱۰۰، مورخ ۱۳۸۵/۸/۱۷، سازمان مدیریت و برنامه ریزی.
۸. بخشنامه شماره ۶۰/۸۵۹۰۵ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور، مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۲.
۹. مصوبه هیأت وزیران، به شماره ۴۳۳۱۰/ت/۴۲۴۵۰، مورخ ۱۳۸۸/۲/۱۳.

۱۰. بخشنامه شماره ۲۰۰/۲۸۲۹۸، معاونت توسعه و سرمایه انسانی رئیس جمهوری، مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۹.
۱۱. تصویب نامه شماره ۲۱۳۴۷۱/ت/۴۷۶۴۳هـ، هیأت وزیران، مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۱.
۱۲. تصویب نامه شماره ۱۰۷۴۴۱/ت/۴۴۴۴۴ک، هیأت وزیران، مورخ ۱۳۹۱/۵/۲۸.
۱۳. مصوبه شماره ۱۷۶۴۴۱/ت/۴۸۷۰۲هـ، هیأت وزیران، مورخ ۱۳۹۱/۹/۲۱، (طرح مهرآفرین).
- ۱۴- بخشنامه شماره ۸۳۰۰۳، مورخ ۱۳۹۴/۷/۲۱، سرپرست معاونت توسعه مدیریت و صنایع شرکت فرودگاه‌های کشور.

د. طرح‌ها و نظریه‌ها

۱. نامه شماره ۲۰۰/۶۹۳۲/۳۳۰/۹۰۰، مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۶، دیوان عدالت اداری.
۲. نظر تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳، مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ شورای نگهبان.
۳. طرح استفساریه، تبصره ۱ بند (ذ)، ماده ۸۷ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۳.
۴. نامه رئیس مجلس به شماره ۶۷۷۹۴هـ/ب، مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹.
۵. نظریه شماره ۱۵۰۷۴هـ/ب، رئیس مجلس، مورخ ۱۳۹۱/۳/۳۱.
۶. نامه رئیس مجلس به شماره ۱۰۸۷۴/۱۱۱هـ، مورخ ۱۳۸۸/۳/۲.

ز. آراء وحدت رویه

۱. دادنامه شماره ۸۴۹-۸۷۴، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۴.
۲. دادنامه شماره ۴۶۶، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۶/۵/۱۷.
۳. دادنامه شماره ۵۱ و ۱۵، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۱.
۴. دادنامه شماره ۲۱۶۴-۲۱۶۳، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۱.
۵. دادنامه شماره ۱۸۴۹-۱۸۵۱، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۷/۹/۲۰.
۶. دادنامه شماره ۶۶۹، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۹۸/۴/۱۱.

اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان و ایران

عباس میرشکاری *

جمشید زرگری **

چکیده

در فرضی که بر اثر اطلاعات ثبتی نادرست به اشخاصی که بر مبنای این اطلاعات اقدام کرده‌اند خسارتی وارد شود به موجب قواعد عمومی، زیان دیده می‌باید طرح دعوا کرده و با اثبات ارکان مسئولیت مدنی، جبران زیان وارده به خویش را مطالبه کند. با توجه به دشواری اثبات این ارکان و نیز با توجه به احتمال عدم توانایی مالی عامل زیان، هیچ تضمینی وجود نخواهد داشت که خسارت زیان دیده به طور کامل جبران شود. این امر، در نهایت به زیان اشخاصی خواهد بود که به نظام ثبتی اعتماد کرده و بر اساس آن اقدام کرده‌اند. به همین دلیل، در نظام حقوقی استرالیا و سپس انگلستان، ساز و کاری به نام «اصل تضمین» پیش‌بینی شد. اصل مزبور، با تضمین ارزش مالی دارایی از دست رفته در نتیجه‌ی اطلاعات ثبتی نادرست توسط دولت، از سلب اعتماد عمومی نسبت به نظام ثبتی و تضرر اشخاص جلوگیری می‌نماید. پژوهش حاضر، به روش توصیفی - تحلیلی، تاریخی با بهره‌گیری از منابع معتبر کتابخانه‌ای و الکترونیکی صورت گرفته است و در آن بررسی می‌شود که اصل تضمین با چه سرگذشتی در نظام ثبتی استرالیا و انگلستان رسوخ کرده و بنا بر چه شرایطی امنیت اقتصادی دارایی‌های غیرمنقول ثبت شده، تضمین می‌شود. تأسیس آن بر چه مبنای استوار است و تحقق آن چه آثاری در پی خواهد داشت. پس از آن با تتبع در نظام حقوقی ایران، مشاهده می‌شود که اصل تضمین در نظام ثبتی ایران تحقق نیافته است و به همین خاطر به به مقنن پیشنهاد می‌گردد برای جلب اعتماد عمومی به نظام ثبت از اصل یاد شده، استفاده کند.

کلیدواژه‌ها: اصل تضمین، امنیت اقتصادی، مسئولیت مدنی دولت، نظام ثبتی انگلستان، نظام ثبتی ایران.

*. استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده

mirshekariabbas1@ut.ac.ir

مسئول)

**. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق سردفتری اسناد رسمی، دانشکده حقوق ثبت و مدیریت قضایی،

jamshidzargari94@gmail.com

دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

مقدمه

از نظام ثبتی همواره در پی آن بوده است که اطلاعاتی در دفتر ثبت منعکس شود که مطابق با حقیقت است؛ با این حال در فرضی که مشخص شود اطلاعات یاد شده به نادرستی در دفاتر ثبتی منعکس شده، اشخاصی که بر مبنای این اطلاعات معاملاتی را انشاء کرده‌اند، متضرر خواهند شد.^۱ در این حالت اشخاص زیان دیده، باید به شخصی که سبب ثبت اطلاعات نادرست در دفاتر ثبتی شده، رجوع کرده و جبران خسارت خویش را مطالبه کنند. بدیهی است این مراجعه تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی خواهد بود و در نتیجه، باید ارکان مسئولیت مدنی عامل زیان اثبات شود.

بر این اساس، برای مسئول دانستن شخص می‌بایستی ضرر، تقصیر و رابطه‌ی سببیت بین ضرر و تقصیر اثبات شود؛ برای مثال، فرض کنید پس از تنظیم سند رسمی بیع یک ملک ثبت شده و وضع ید چندین خریدار مشخص می‌شود که کارمند اداره‌ی ثبت با سهل انگاری در پاسخ به استعلام سر دفتر نسبت به وضعیت بازداشت (ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵)، ملکی که در بازداشت بوده را طلق اعلام نموده است.

در این مثال، مستند به «ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶»، اساساً معاملات متعاقب بازداشت، باطل بوده و اطلاعات ثبتی مربوطه، فاقد اثر قانونی می‌باشد. این اتفاق، سبب خواهد شد تا اشخاصی که با حسن نیت و بر مبنای اطلاعات یاد شده معامله کرده‌اند، متضرر گردند.

علی‌القاعده در این فرض اشخاص زیان دیده، بنا بر عمومات مسئولیت مدنی، برای جبران خسارت خویش باید تقصیر کارمند را اثبات کنند. در این باره باید توجه نمود که اولاً مفهوم و مصادیق تقصیر کارمندان دولت به لحاظ آشنایی با فعالیت‌های حرفه‌ای خود، متفاوت از مفهوم و مصادیق تقصیر نسبت به اشخاص عادی است.^۲

ثانیاً به دلیل رسوخ نظریات ریشه‌دار در حوزه‌ی مسئولیت مدنی دولت که خسارت ناشی از اعمال حاکمیتی را غیر قابل مطالبه دانسته^۳ و ثالثاً با توجه به این مسأله که

۱. طباطبایی حساری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۶۰.

۲. توسلی، علی، کیفرهای حمایتی از حقوق ثبت، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۵۶.

۳. زرگوش، مشتاق، مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت، حقوق عمومی، ۱۳۸۸، شماره‌ی ۵، ص ۷۶.

تفکیک تقصیر اداری دولت از تقصیر شخصی کارمند دولت به لحاظ پیوند تنگاتنگ اعمال آن‌ها دشوار است،^۱ اثبات رکن تقصیر همواره توأم با صعوبت خواهد بود.

به علاوه، به فرض هم که شخص بتواند رکن تقصیر و سایر شرایط مسئولیت مدنی کارمند را اثبات کند، چه تضمینی برای مالک زمین وجود دارد که با توجه به ارزش زیاد دارایی‌های غیر منقول، بتواند خسارت هنگفت خود را از دارایی غالباً اندک کارمندان دولت مطالبه کند؟ پس دشواری اثبات شرایط مسئولیت مدنی و سپس فقدان تضمین جبران زیان وارده، نشان می‌دهد که قواعد عمومی مسئولیت مدنی، نمی‌تواند راهکار مناسبی برای حمایت از اشخاصی باشد که به دلیل اطلاعات ثبتی نادرست متضرر شده‌اند.

هم چنین فرض کنید بر اثر اشتباه کارمند اداره‌ی ثبت، معامله با شخصی غیر از مالک واقعی صورت گرفته باشد. در این فرض، با رد مالک واقعی، سرانجام معامله چیزی جز بطلان نخواهد بود. (ماده ۲۴۷ قانون مدنی) با توجه به این وضعیت، قاعده‌تاً مال به مالک واقعی آن باز خواهد گشت و خریدار نیز می‌تواند بابت خساراتی که دیده به فصول مراجعه کند. با این حال، بطلان معامله وضعیتی نیست که با نظم عمومی سازگار باشد؛ چراکه اعتبار معاملات را دچار خدشه کرده و مردم را نسبت به صحت معاملاتشان مردد می‌کند. به ویژه اگر بر مبنای معامله‌ی نخست، معاملات دیگری نیز صورت گرفته باشد دامنه‌ی تزلزل و خدشه به نظم عمومی بیشتر خواهد شد.

به علاوه هر چند با توجه به دو رأی وحدت رویه که به تازگی از سوی دیوان عالی صادر شده (به شماره‌ی ۷۳۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۱۵ و به شماره‌ی ۸۱۱ به تاریخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱)، تلاش شده است تا حقوق خریدار جاهل بیشتر حفظ شود و حتی الامکان، خسارات وی به نحو کامل‌تری جبران شود؛ برای مثال در فرضی که فروشنده فصول توانایی لازم برای جبران زیان را نداشته باشد، حقوق خریدار در معرض خطر خواهد بود؛ بنابراین بهتر این است که اعتبار معامله حفظ شده و در عین حال، به مالک واقعی اجازه داد برای جبران خساراتی که دیده، به دولت رجوع کند.

در این راستا نظام‌های ثبتی مختلف، در تلاش برای یافتن راهی بوده‌اند که جبران خسارت اشخاص یاد شده، آسان‌تر و تضمین شود تا با ترمیم خسارت از سلب اعتماد عمومی به نظام ثبتی جلوگیری گردد. نتیجه‌ی تکاپوی گفته شده، تأسیس ساز و کاری

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۴۳۶.

شد که در نظام ثبتی استرالیا، «صندوق تضمین»^۱ و در نظام انگلستان نیز با عنوان «اصل تضمین»^۲ یا «طرح جبران خسارت»^۳، از آن یاد می‌شود.

در نظام ثبتی ایران نیز گرچه تلاش‌های بسیاری در خصوص انعکاس صحیح اطلاعات ثبتی شده است؛ با این حال احتمال نادرستی اطلاعات مزبور مستندا به موادی؛ از جمله «۲۵ و ۴۵ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰»، از نظر مقنن دور نیفتاده است.

اکنون پرسش این است که آیا در نظام ثبتی ما، ساز و کاری همانند اصل تضمین برای ترمیم خسارات ناشی از اطلاعات ثبتی نادرست پیش‌بینی شده است یا خیر؟ در صورتی که پیش‌بینی شده این ساز و کار با چه کیفیتی تحقق یافته است و اگر پیش‌بینی نشده، آیا تأسیس آن در نظام حقوقی ما، می‌تواند مفید باشد یا خیر؟

با وجود آن که در نظام حقوقی انگلستان، ادبیات پخته‌ایی درباره‌ی اصل تضمین شکل گرفته^۴؛ اما در ادبیات حقوقی ایران، پژوهش‌های اندکی در این خصوص وجود دارد.^۵ بر این اساس، در مطالعه‌ی پیش‌رو تلاش می‌شود به روش کتابخانه‌ایی، اطلاعات ناظر بر اصل تضمین در نظام ثبتی انگلستان جمع‌آوری و سپس، تحلیل شود. بعد از بررسی موقعیت این اصل، در این نظام ثبتی، تلاش می‌شود رویکرد نظام ثبتی ایران در خصوص ترمیم خسارات وارده بر اثر نادرستی اطلاعات ثبتی بررسی شود.

گفتار اول: تعریف اصل تضمین

نظام ثبت زمین، مهم‌ترین اسلوب برای تأمین امنیت دارایی‌های غیر منقول بوده که باعث شده است تا دارایی ثبت شده‌ی اشخاص، مورد حمایت قانون قرار گیرد. در نظام

1-Insurance Fund .

2-Insurance Principle, Guarantee principle .

3-Indemnity Scheme .

4-Goymour, A, and Stephen Watterson, Martin Dixon, New Perspectives on Land Registration: Contemporary .

Problems and Solutions. 1 pub. UK: Hart, 2018, P 207.; Sparkes, P, A New Land Law. 2ed. UK: Hart, 2003, P 198

۵. طباطبایی حساری، سرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۵۹.

ثبتي كشورهایی كه مبتني بر فرايند ثبت دارايي‌هاي غير منقول^۱ است؛ مانند انگلستان، امنيت در خصوص دارايي‌هاي مزبور بر دو قسم قانوني و اقتصادي است.

امنيت قانوني نتيجه‌ي اصول آينه^۲ و پرده^۳ مي‌باشد. اين اصول به ترتيب اشاره مي‌دارند نظام ثبتي اولاً بايد به سان يك آينه تمام نما، اطلاعات حقيقي زمين را منعكس کرده و ثانياً مانند پرده‌اي از جنس اعتماد بوده و مانع از اين شود كه اطلاعات ثبت نشده زمين در برابر اطلاعات ثبتي آن، قابل استناد باشند.^۴

امنيت قانوني موجب الغاء ناپذيري اطلاعات ثبتي بوده تا اصولاً نتوان در برابر اطلاعات مزبور در آينده مناقشه نمود؛ لکن همواره محتمل است كه ضمن احراز نادرستي اطلاعات ثبتي، امنيت قانوني نسبت به دارايي‌هاي غير منقول زایل شود.^۵ در اين مقام نوبت به امنيت اقتصادي مي‌رسد كه در طول امنيت قانوني در نظام ثبت زمين مي‌باشد؛ يعني در صورتي كه امنيت قانوني نسبت به دارايي ثبت شده الغاء و از اين گذر خسارتي به شخصي وارد شود با استفاده از امنيت اقتصادي، خسارت وارده جبران خواهد شد.^۶

1-Title Registration System .

اصولاً فرايندهاي ثبت املاك به دو شيوه‌ي ثبت دارايي‌هاي غير منقول و ضبط اسناد دارايي‌هاي غير منقول، تقسيم مي‌شود. در شيوه‌ي نخست آن چه ثبت مي‌شود حقوق موجود در زمين بوده و واجد خاصي است؛ از جمله لزوم ثبت كليته‌ي حقوق عيني و فصل الخطاب بودن اطلاعات ثبتي به علت بررسي دقيق داده‌هايي كه تقاضاي ثبت آن‌ها در هنگام ثبت شده به همين جهت صحت اطلاعات ثبتي در آن از كيفيت مطلوبي برخوردار است. در طرف ديگر، فرايند ضبط اسناد دارايي‌هاي غير منقول (Deeds Registration System) قرار دارد كه در آن به جاي ثبت حقوق مزبور، اسناد مثبت برخورداري از آن‌ها ثبت مي‌شود و در اين فرايند به جهت عدم لزوم در ضبط كليته‌ي اسناد و فصل الخطاب نبودن اطلاعات ثبتي بلكه صرفاً اثر آن تفوق اسناد ضبط شده بر اسناد ضبط نشده است، صحت اطلاعات ثبتي از كيفيت مطلوبي برخوردار نبوده است. زرگري، جمشيد، تحقق اصل تضمين در نظام ثبتي ايران، تهران: دانشگاه علوم قضايي و خدمات اداري، ۱۴۰۰، صص ۳۴-۴۱.

2-Mirror Principle.

3-Curtain Principle .

۴. سليمي، رضا، نقش ثبت در معامله‌ي اموال غير منقول در رويه‌ي ايران و انگليس، تهران: انتشارات قانون و قلم، ۱۳۹۷، صص ۹۲ و ۱۰۲.

۵. طباطبائي حساري، نسرین، وصف تجریدی نظام ثبت املاك بر مبنای تئوری اعتماد عمومی، مطالعات حقوق تطبيقي، دوره‌ي ۵، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۴۸۴.

6-Adawiyah, s, and B. Zakaria, and K. Hussin, "Recognition of the Economic Security in the Form of Assurance . Fund as a Protection to Landowners and the Economic Stimulator in Malaysia". China-USA Business Review. Vol. 12. No. 8. 2013, P 771

جهت تأمین امنیت اقتصادی در نظام ثبتی ساز و کارهای ابراز شده، که مهم ترین آن‌ها اصل تضمین است. اگر بخواهیم تعبیری از اصل تضمین بر اساس حقوق ثبت^۱ انگلستان ارائه نماییم، می‌توان گفت که: «اصل تضمین ساز و کاری است مبتنی بر قانون که به موجب آن اگر در اثر نادرستی اطلاعات ثبتی به اشخاص دارای حسن نیت زیان وارد شود، دولت متعهد به جبران کلیه خسارات زیان دیده خواهد بود».

تأکید بر ابتنای اصل یاد شده بر قانون، به طبع نظام کامن‌لا باز می‌گردد؛ زیرا در آن، منابع اثرگذاری، مانند رویه‌ی قضایی، عرف و دکتترین حقوقی نیز وجود دارد که بر خلاف قانون، ناتوان از وضع تکلیف برای دولت می‌باشند.^۲

در خصوص مسئولیت دولت نیز گفتنی است که در نظام ثبت زمین انگلستان، اداره‌ی ثبت زمین یک نهاد اداری وابسته به وزارت دادگستری دولت انگلستان می‌باشد، به همین جهت «بند ۱ پاراگراف ۱ فهرست ۸ قانون ثبت زمین»، اشاره می‌دارد شخص متضرر مستحق جبران خسارت از طریق رئیس اداره‌ی ثبت است. ...»

مسئولیت رؤسای ادارات ثبت حسب مقرره‌ی فوق، مسئولیتی شخصی نبوده؛ بلکه اشاره به آن‌ها به علت صلاحیت در دسترسی به منابع مالی تخصیص یافته به ادارات ثبت است و الا رؤسای ادارات ثبت، از جانب دولت مسئولیت پرداخت خسارات وارده به متضررین از اطلاعات ثبتی نادرست را بر عهده دارند.^۴

باید به یاد داشت که مسئولیت دولت در این مقام؛ چنان که در «پاراگراف ۱۰ فهرست ۸ قانون ثبت زمین» دیده می‌شود مسئولیت نهایی نیست؛ بلکه دولت پس از جبران خسارت زیان دیده، می‌تواند به شخصی که عامل زیان بوده است؛ اعم از کارمند اداره‌ی ثبت، سر دفتر، قضات یا هر شخص دیگری که به موجب قواعد عمومی مسئولیت مدنی ورود زیان به وی منتسب است، برای استرداد مبلغ پرداختی رجوع نماید.

1-Cooke, e, the new law of land registration, 1 pub. UK: hart publishing, 2003. P 9.; Abdulai, r, and eg ochieng, "land registration and landownership security: an examination of the underpinning principles of registration", property management, no.35-1, 2017, p 35

2-Zevenbergen, jaap, systems of land registration – aspects and effects, phd thesis. Netherlands: delft university of technology, 2002, p 43

۳. واژه «فهرست» این پژوهش، معادل واژه Schedule در لسان قانون نویسی کشور انگلستان است.

4-Manthorpe, J, Comparative Analysis of The Cadastral Systems in The European Union, 1 pub. UK: HM Land Registry, 2004, P 21

گفتار دوم: تاریخچه‌ی پیدایش اصل تضمین

آن چه امروز تحت عنوان اصل تضمین شناخته می‌شود ثمره‌ی تلاش حقوقدانان در استرالیا و انگلستان می‌باشد. به عبارتی دیگر، کشور استرالیا سنگ بنای ساز و کار تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول ثبت شده توسط دولت را برای نخستین بار به شکل امروزی ایجاد نمود. سپس حقوقدانان انگلیسی با قاعده‌مند کردن ساز و کار یاد شده، آن را به عنوان اصلی تحت نام «اصل تضمین» معرفی کردند.

بند اول: استرالیا

در سال ۱۸۵۸، رابرت تورنس (1884-1814) با هدف احراز مالکیت افراد بر زمین‌ها نشان و ثبت معاملات املاک، به نحو مطمئن و متناسب با نیازهای جامعه فرایند ثبت تورنس^۱ را در جنوب استرالیا طراحی نمود.^۲ در فرایند تورنس که در لایحه‌ی اموال غیر منقول ۱۸۵۸ ترسیم شده بود، برای نخستین بار «صندوق تضمین»^۳ تعبیه گردید که ساز و کاری همانند اصل تضمین در انگلستان داشت.^۴

در خصوص علل ایجاد صندوق تضمین در فرایند تورنس باید اشاره نمود که چون در فرایند تورنس، نیاز به بررسی ریشه‌ی حقوق غیر منقول^۵ در زمان نقل و انتقالات ملک نبود، ذی حقان بیم داشتند که در نتیجه‌ی این بدعت، راه برای افراد بداندیش و تضییع حقوق آن‌ها باز شود. رابرت تورنس به جهت جلب اعتماد عمومی، صندوق تضمین را تأسیس نمود که به واسطه‌ی آن به دارنده‌ی حق غیر منقول ثبت شده، تضمینی از طرف دولت اعطاء می‌شود تا در صورتی که بر اثر نادرستی اطلاعات ثبتی به وی خسارتی وارد گردد، وی بیم تضییع حق خویش از جهت ارزش اقتصادی را نداشته باشد.^۶

1-Torrens System.

2-Abbott, D, Encyclopaedia of real estate terms. 2ed. London: Delta Alpha, 2005, Torrens.; Ruoff, T, "An Englishman Looks at the Torrens System Part I: The Mirror Principle", Australian Law Journal, No 3. 1952, P 118

3-Indemnity Fund, Compensation Fund, Assurance Fund .

4-Korven, Kim. The emperor's new clothes: the myth of indefeasibility of title in Saskatchewan. Thesis Masters, USA: University of Georgia, 2012, P 33

5-Root of Title .

6-Korven, Kim. The emperor's new clothes: the myth of indefeasibility of title in Saskatchewan. Thesis Masters, . USA: University of Georgia, 2012, P 34

با این حال ایجاد صندوق تضمین در لایحه‌ی اموال غیر منقول با مخالفت دولت وقت، رو به رو شد؛ زیرا منابع صندوق مزبور کاملاً، به بودجه‌ی عمومی متکی بود. به همین جهت سرانجام جهت اخذ موافقت دولت، مقرر شد که محل صندوق تضمین، علاوه بر بودجه‌ی عمومی، هم چنین باید از مبالغی تأمین شود که در هنگام عملیات ثبتی از اشخاص به عنوان حق صندوق تضمین دریافت می‌گردید.^۱ با این اصلاح، نظر دولت در خصوص صیانت از بودجه‌ی عمومی تأمین گردید و سرانجام لایحه‌ی یاد شده در ۱۸۵۸/۰۱/۲۷ به تصویب پارلمان استرالیا جنوبی رسید.

بند دوم: انگلستان

در حقیقت پدید آمدن ساز و کار اصل تضمین، تحت عنوان یکی از سه اصل بنیادین نظام ثبت^۲، به اواسط سده‌ی ۲۰ میلادی در کشور انگلستان باز می‌گردد. پس از گذشت یک سده از ایجاد فرایند ثبت تورنس و تأثیر آن بر تغییر فرایند ثبت املاک در انگلستان، تئودور رئوف^۳ کتاب «یک مرد انگلیسی به فرایند تورنس نگاه می‌کند»^۴ را منتشر نمود.

وی در آن به این نکته اشاره داشت که برای رسیدن به اهداف فرایند ثبت دارایی‌های غیر منقول، باید این فرایند را بر اساس سه اصل آینده، پرده و تضمین بررسی نمود.^۵ هم چنین مدّعی شد که کارآمدی یک نظام ثبت زمین، به مطابقت قوانین با اصول مزبور بستگی دارد.^۶

درباره‌ی اصل تضمین، رئوف عقیده داشت اصل یاد شده از ضروریات هر نظام ثبتی است؛ زیرا امکان رجوع افراد متضرّر به عامل زیان یا به اداره‌ی ثبت جهت مطالبه خسارت خود بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدّنی برای ایجاد امنیت اقتصادی دارایی‌های ثبت شده، کفایت نمی‌کند.^۷

1-Ruoff, T. An Englishman Looks at the Torrens System, 1 pub. Australasia: Law Book Co. of Australasia, 1957, P 12

۲. طباطبایی حصاری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۴۸.

3-Theodore Ruoff .

4-An Englishman Looks at the Torrens System .

5-Carruthers, Penelope. The Australian Torrens system principle of immediate indefeasibility: Is it 'fit for purpose' for the 21st century?, Australia: The University of Western, 2018, P 33

6-Zevenbergen, Jaap, Systems of Land Registration - Aspects and Effects, PhD Thesis. Netherlands: Delft University of Technology, 2002, P 43

به ویژه آن که تحقق اصل یاد شده در اذهان عمومی، تداعی‌کننده‌ی این نکته است که نظام ثبت زمین در پی حمایت بی‌تردید از اشخاص بی‌گناهی بوده که دارایی خویش را در اثر اطلاعات ثبتی نادرست از دست می‌دهند؛ زیرا ثبت زمین، در حیطه‌ی اعمال حاکمیت دولت بوده و هر گونه اعمال حاکمیتی افراد را بلاشک در معرض خطر نیز قرار می‌دهند.^۱

در خصوص منبع قانونی اصل تضمین در نظام ثبت زمین انگلستان باید اشاره نمود که تا پیش از سال ۱۸۶۲ در انگلستان، فرایند ضبط اسناد پذیرفته شده بود و البته اثری از اصل تضمین در این نظام ثبتی دیده نمی‌شد. پس از این سال با تصویب اولین قانون ثبت زمین، رسماً ثبت زمین بر مبنای فرایند ثبت دارایی‌های غیر منقول و به شکلی متأثر از فرایند تورنس، آغاز شد.^۲

با این حال در قانون یاد شده، نصی نسبت به تعهد دولت برای جبران خسارت ناشی از نادرستی اطلاعات ثبتی دیده نمی‌شد تا این که با تصویب قانون انتقال زمین در سال ۱۸۹۷ برای نخستین بار، «طرح جبران خسارت»^۳ پی‌ریزی و در ضمن آن، صندوق «جبران خسارت» ایجاد گردید.^۴ به وسیله‌ی این طرح افرادی که در اثر خطا یا حذف اطلاعات ثبتی از دفتر ثبت متضرر شده بودند، می‌توانستند خسارت خود را از محل صندوق مزبور مطالبه نمایند.

همان طور که برخی از آگاهان بیان کردند که صندوق جبران خسارت گرچه عنوانی متفاوت از صندوق تضمین استرالیایی داشت؛ اما از منظر کارایی مشابه یکدیگر بوده‌اند.^۵ به هر حال، با وضع قانون ثبت زمین ۱۹۲۵ میلادی، قواعد حاکم بر «طرح جبران خسارت» نیز به طور کامل در نظام ثبت زمین انگلستان تثبیت شد.

1-Stewart, Wallace, and John Stewart. Introduction to the Principles of Land Registration, UK: Stevens & Sons, 1937, P 44. ; Brennan, Gabriel.. An exploration of the impact of electronic conveyancing (eConveyancing) upon management of risk in conveyancing transactions. PhD, UK: Nottingham Trent University, 2012, P 181

2-McCormack, J, Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer Age, William Mitchell Law Review: Vol. 18 : Iss. 1 , Article 4. 1992, P 71

3-Indemnity Scheme .

4-Gray, K, and Susan Francis Gray, Land Law, 7ed, USA: Oxford, 2011, P 105 .

5-Ruoff, T. An Englishman Looks at the Torrens System, 1 pub. Australasia: Law Book Co. of Australasia, 1957,

از سال ۱۹۲۵ به بعد، در خصوص روش تأمین محل پرداخت خسارت، نحوه‌ی مراجعه‌ی اشخاص به دادگاه برای جبران خسارت، میزان غرامت و خروج برخی از مصادیق خسارت از شمول چتر حمایتی «طرح جبران خسارت» در سال‌های ۱۹۶۶، ۱۹۷۱، ۱۹۸۶، ۱۹۹۱، ۱۹۹۵، ۱۹۹۷ و ۱۹۹۸، اصلاحاتی صورت پذیرفت.

در حال حاضر نیز با تصویب قانون ثبت زمین مصوّب ۲۰۰۲، احکام مفصل‌تری در خصوص طرح جبران خسارت نسبت به قوانین ۱۸۹۷، ۱۹۲۵ و اصلاحات مذکور، بیان شده که بر پذیرش بی چون و چرای اصل تضمین در طرح جبران خسارت دلالت دارد.^۱

گفتار سوّم: مبنای نظری اصل تضمین

یکی از ویژگی‌های مهم در نظام ثبت زمین، قاعده‌ی الغاءناپذیری^۲ است.^۳ به موجب این ویژگی، اصولاً صحت اطلاعات ثبتی غیر قابل خدشه می‌باشد. جلب اعتماد عمومی نسبت به نظام ثبت زمین از مهم‌ترین نتایج تحقق قاعده‌ی مزبور است.

در واقع، وقتی نظام ثبت زمین بتواند این فرض را در اذهان عمومی ایجاد نماید که کلیه‌ی اطلاعات ثبتی موجود در بانک اطلاعاتی نظام ثبت زمین مطابق با حقیقت است، اعتماد عمومی را نسبت به خود جلب خواهد نمود.^۴ با این حال اگر اثبات شود که اطلاعات ثبتی به علل متفاوتی؛ مانند کلاهبرداری^۵ یا جعل متقاضی ثبت، ضعف نیروی انسانی و ... مطابق با حقیقت نیست، قاعده‌ی الغاءناپذیری، تاب مقاومت در برابر حقیقت را نداشته و کنار خواهد رفت.

هنگامی که نظام ثبت زمین مدّعی صحت اطلاعات ثبتی بوده و مردم بدون آگاهی از وضعیّت حقیقی زمین، به ظاهر ادعای نظام مزبور اعتماد نمایند و پس از خرید با کشف وضعیّت حقیقی زمین متضرّر گردند، به مرور آسیب شدیدی به اعتماد ایشان وارد خواهد شد.^۶ بدین ترتیب، مبنای اصل تضمین را می‌توان «جلب اعتماد عمومی» نسبت به نظام ثبت زمین

1-Dixon, M, Principles of Land Law, 4ed, UK: Cavendish Pub Ltd, 2002, P 32 .

2-Indefeasibility .

3-Sparkes, P, A New Land Law. 2ed. UK: Hart, 2003, P 198 .

۴. طباطبایی حصارى، نسرین، **مبانی و آثار نظام ثبت املاک**، تهران، سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۴۹.

5-Re Beane [1978] 1 WLR; Peffer v. Rigg [1977] 1 WLR 285; DJ Hayton [1977] CLJ 227 .

6-Collins, E. Land Titles in Saskatchewan –a guide to registrars and their staffs; Land Titles. 2ed. Canada: Regina,. 1966, P 6

دانست؛ زیرا با ابتناء بر ساز و کار اصل مزبور، می‌توان خسارت وارده به اشخاص ناشی از اطلاعات ثبتی نادرست را با پرداخت غرامت توسط دولت جبران کرد و از سلب اعتماد عمومی جلوگیری نمود.^۱

علاوه بر بُعد ترمیمی، اصل تضمین به جهت آن که سبب می‌شود زیان‌دیده از افتادن به ورطه‌ی رسیدگی‌های صعب و طولانی قضایی جهت مطالبه‌ی خسارات بر طبق عمومات مسئولیت مدنی خود خلاصی یافته^۲ و از طرفی این تلقی در اذهان ایجاد می‌شود که دولت به صحت اعمال حاکمیتی ثبت زمین توسط بازوان اجرایی خود اطمینان داشته و درستی اطلاعات ثبتی را تضمین نموده، اعتماد عمومی را می‌تواند جلب نماید.

در نظام ثبت زمین انگلستان، «پاراگراف ۱ ماده ۵۸ قانون ثبت زمین»^۳ معادل قانونی قاعده‌ی الغاء ناپذیری است. با این توصیف، با توجه به آن که حدوث اطلاعات ثبتی نادرست حسب عملکرد نظام ثبتی اجتناب ناپذیر بوده است^۴، اگر در نظام ثبت مزبور، اصل تضمین در ساز و کار «طرح جبران خسارت» در فهرست ۸ قانون ثبت زمین ایجاد نمی‌گردید، همین مقررّه سبب می‌شد تا اعتماد عمومی در مواجهه با اطلاعات ثبتی نادرست، سلب شود.

گفتار چهارم: شرایط اجرای اصل تضمین

اصل تضمین تحت شرایطی ایفای نقش می‌نماید. با این توصیف پیش از بیان شرایط اجرای اصل تضمین، شایسته است که اشاره شود از لحاظ مبانی مسئولیت مدنی، اصل یاد شده مبتنی بر نظریه‌ی خطر است.^۵

یکی از جنبه‌های مثبت پذیرش نظریه‌ی خطر به جای نظریه‌ی تقصیر، بر طرف نمودن دشواری اثبات ارکان مسئولیت مدنی در حوزه‌ی اعمال حاکمیتی، با حذف رکن تقصیر

۱. طباطبایی حصارى، نسرین، وصف تجربى نظام ثبت املاك بر مبنای تئورى اعتماد عمومى، مطالعات حقوق تطبیقى، دوره ۵، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۴۹۷.

2-Goymour, A, and Stephen Watterson , Martin Dixon, New Perspectives on Land Registration: Contemporary Problems and Solutions. 1 pub. UK: Hart, 2018, P 211

۳. ماده ۵۸، پاراگراف ۱، با ثبت نام شخصی به عنوان دارنده‌ی حق مالکیت در دفتر ثبت، در صورتی که ملک نمی‌بایستی به وی واگذار می‌شد، بایستی فرض شود که ملک در اثر ثبت به او واگذار شده است.

4-Dixon, M, Modern Land Law, 11 ed, UK: Routledge. 2018, 37 .

5-Goymour, A, and Stephen Watterson , Martin Dixon, New Perspectives on Land Registration: Contemporary Problems and Solutions. 1 pub. UK: Hart, 2018, P 208

است.^۱ در واقع، در حوزه‌ی مزبور، به علت رسوخ نظریات قدیمی^۲ اثبات ارکان مسئولیت مدنی مخصوصاً رکن تقصیر، بسیار دشوار است. به هر حال، حسب تتبع در حقوق انگلستان جهت اجرای اصل تضمین سه شرط به شرح ذیل را می‌توان بر شمرد.

بند اول: تحقق اطلاعات ثبتی نادرست

تا پیش از آن که نادرستی اطلاعات ثبتی در نتیجه‌ی خلاف واقع بودن، ناقص بودن یا ... احراز شود، اساساً محتملی برای اجرای اصل تضمین وجود نخواهد داشت.^۳ در هر نظام ثبت زمینی، ممکن است اطلاعات ثبتی نادرست در سه مرحله تجلی یابد: گاهی نادرستی اطلاعات یاد شده ناشی از عمل حقوقی پایه بوده؛ یعنی اعمال حقوقی که زمینه‌ساز اطلاعات ثبتی است؛ به عنوان مثال بیع ملک رسمی که بایستی در دفتر ثبت منعکس شود، حامل اطلاعات خلاف واقع باشد؛ از جمله وکالت‌نامه‌ی وکیل یکی از طرفین معامله‌ی مزبور جعلی باشد.^۴

هم چنین، گاهی نادرستی اطلاعات ثبتی ناشی از عملیات ثبتی است؛ یعنی خللی در جریان تشریفات قانونی ثبت اموال حادث شده است؛ مانند عمل نکردن به تکلیف قانونی احراز قابل ثبت بودن موضوع معامله توسط سر دفتر و تنظیم سند رسمی برای آن موضوع (ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و قانون سر دفتران و دفتر یاران مصوب ۱۳۵۴).

سرانجام گاهی، اطلاعات ثبتی نادرست زاده‌ی وقایع پس از ثبت؛ یعنی در دوران نگهداری اطلاعات ثبتی در دفاتر ثبت است؛ مانند آن که در زمان نگهداری از اطلاعات ثبتی، در اثر آسیب سخت افزاری یا حملات سایبری، اطلاعات ثبتی نادرست در حسب مورد دیتابیس یا دیتاسنتر دفتر ثبت الکترونیکی محقق و در نتیجه به ورود خسارت به مخاطبین اطلاعات مزبور منجر می‌شود.

۱. زرگری، جمشید، **تحقق اصل تضمین در نظام ثبتی ایران**، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶.

۲. زرگوش، مشتاق، **مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت**، حقوق عمومی، ۱۳۸۸، شماره ۵، ص ۷۶.
3-Goymour, A, and Stephen Watterson, Martin Dixon, *New Perspectives on Land Registration: Contemporary Problems and Solutions*. 1 pub. UK: Hart, 2018, P 207

4-Updating the Land Registration Act 2002, Law Commission - Consultation Paper No 227. para 14.5 <https://www.lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/#land-registration> =visited2021/04/13

در انگلستان، براساس «بند ۱ پاراگراف ۱ فهرست ۸ قانون ثبت زمین» در دو فرض با ابتناء بر اصل تضمین، خسارت وارده جبران خواهد شد:
۱. اشتباهی که سبب اصلاح دفتر ثبت شده باشد.

۲. اشتباهی که تصحیح آن مستلزم اصلاح دفتر ثبت است بدون آن که در عمل، اصلاحی صورت بگیرد؛ یعنی چنان چه شخص الف، مالک رسمی زمینی باشد و شخص ب، زمین وی را با کلاهبرداری به شخص ج، که دارای حسن نیت است به طور رسمی منتقل نماید و پس از مدتی شخص الف، با کشف معاملیه‌ی مزبور در مقام احقاق حق خویش بر آید، ضرورت تفکیک دوگانه فوق مشخص خواهد شد:

۱. در صورتی که شخص الف، بتواند مالکیت خویش را بر زمین اعاده کند و تبع دفتر ثبت تصحیح شود؛ بنا بر مورد یکم، شخص ب، که در اثر اطلاعات ثبتی نادرست و تصحیح آن متضرر شده می‌تواند خسارت خویش را از اداره‌ی ثبت مطالبه نماید.^۱

۲. در صورتی که درخواست شخص الف، بر اعاده‌ی مالکیت خود بنا به هر دلیلی رد شود و به دلیل عدم تصحیح اطلاعات ثبتی نادرست، مالکیت زمین یاد شده برای شخص ب، باقی بماند شخص الف، می‌تواند بنا بر مورد دوم، خسارت مالکیت از دست رفته خویش را از اداره‌ی ثبت مطالبه نماید.

بند دوم: ورود ضرر به شخص دارای حسن نیت

بر اساس اطلاعات ثبتی نادرست، باید از دارایی شخصی کاسته شود تا بتوان به اصل تضمین جهت ترمیم خسارت وارده، استناد نمود. هم چنین شخص، زمانی می‌تواند از رهگذر ساز و کار اصل تضمین، تقاضای غرامت نماید که دارای حسن نیت باشد. در پیوند با اصل تضمین می‌توان حسن نیت را در دو مفهوم متجلی دانست:

۱. شخص متضرر نباید عمداً یا سهواً سبب تحقق اطلاعات ثبتی نادرست شده باشد.

۲. شخص متضرر نباید از نادرستی اطلاعات ثبتی آگاه باشد؛ یعنی شخصی که با وجود علم به نادرستی اطلاعات ثبتی، خود را در موقعیتی قرار داده باشد که در نتیجه‌ی آن‌ها به وی خسارت وارد شده، نمی‌تواند به اصل تضمین استناد و از دولت مطالبه‌ی غرامت کند.^۲

در نظام ثبت زمین انگلستان بنا بر بند ۱ پاراگراف ۵ فهرست ۸ قانون ثبت زمین، «هیچ گونه غرامتی به علت خسارت وارده به مدعی بر اساس این فهرست پرداخت نمی‌شود اگر

1-Sparkes, P, A New Land Law. 2ed. UK: Hart, 2003, P 198 .

2-Hounslow LBC v. Hare (1992) 24 HLR 9, 24-25, Knox J.2 .

خسارت: الف). کلاً یا جزئاً نتیجه‌ی تقلّب مدعی باشد. ب). کلاً نتیجه‌ی سهل انگاری از جانب مدّعی باشد.^۱ اما آیا عدم استعمال قید «جزئاً» در قسمت ب، حامل مفهومی مخالف است که می‌گوید در صورتی که خسارت جزئاً در نتیجه‌ی اقدامات سهل انگارانه‌ی مدّعی خسارت وارد شود، غرامت به وی پرداخت خواهد شد؟ «بند ۲ پاراگراف ۵ فهرست ۸» همان قانون، به تلقی مفهوم مخالف قسمت ب، پاسخ مثبت داده و اشاره می‌دارد که چنان چه خسارت وارده به شخص جزئاً، در نتیجه‌ی اقدامات سهل انگارانه‌ی وی باشد، ایشان می‌تواند از دولت مطالبه‌ی خسارت نماید، منتها در این فرض سهل انگاری وی در وقوع خسارت در کاهش میزان غرامت، تاثیرگذار خواهد بود.

بند سوم: رابطه‌ی سببیت بین اطلاعات ثبتی نادرست و خسارت

برای استناد به اصل تضمین، می‌بایست بین اطلاعات ثبتی نادرست و خسارت وارده به دارایی اشخاص، رابطه‌ی سببیت برقرار باشد. یکی از اموری که سبب شده است تا مسئولیت ناشی از اصل تضمین، یک گونه‌ی خاص از مسئولیت مدّنی باشد تفاوت آن با عموماًت مسئولیت مدّنی در ماهیت شرط رابطه‌ی سببیت است.

بر خلاف آن چه در حقوق مسئولیت مدّنی تحت عنوان عوامل قاطع رابطه‌ی سببیت شناخته می‌شوند در پیوند با اصل تضمین بسیاری از آن موارد، نمی‌توانند رابطه یاد شده را قطع نمایند؛ برای نمونه، اگر چه ورود شخص ثالث سبب قطع رابطه‌ی سببیت شده و متضرّر برای جبران خسارت خود تنها می‌تواند به ثالث رجوع نماید، در رابطه با اصل تضمین این گونه نیست؛ زیرا حتی بر فرض دخالت شخص ثالث، شخص متضرّر هم چنان می‌تواند خسارت خود را از دولت مطالبه کند.^۲ (مفهوم موافق پاراگراف ۱۰ فهرست ۸ قانون ثبت زمین).

البته در نظام ثبت زمین انگلستان برای پاسخ به این گونه تعدّیات اشخاص و هم چنین جلوگیری از تکرار آن‌ها، پاراگراف ۱۰ فهرست ۸ قانون ثبت زمین اشاره می‌دارد که دولت پس از جبران خسارت، به قائم مقامی از زیان دیده، حق خواهد داشت تا به عامل زیان، رجوع و آن چه که پرداخت نموده را از ایشان مطالبه نماید.^۳

1-Claridge v. Tingey [1967] 1 WLR 134; Racoon v. Turnbull [1997] AC 158, PC. ; Prestige Properties v. Scottish Provident Institution [2002] EWHC 330

2-Updating the Land Registration Act 2002. Law Commission, No 380. para 14.5 to next. <https://www.lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/#land-registration> =visited 2021/04/13

3-Sparkes, P, A New Land Law. 2ed. UK: Hart, 2003, P 200 .

گفتار پنجم: آثار اصل تضمین

آثار اصل تضمین، در یک بخش پیرامون جبران خسارات اصلی بوده که اشاره به پرداخت غرامت ناشی از سلب دارایی غیر منقول اشخاص در اثر اطلاعات ثبتی نادرست دارد و بخش دیگر معطوف به جبران خسارات فرعی یا همان هزینه‌هایی می‌باشد که شخص متضرر از اطلاعات ثبتی، جهت مطالبه خسارات اصلی متحمل شده و اصل تضمین در مقام جبران آن بر آمده است.

بند اول: جبران خسارت اصلی

هنگامی که در اثر نادرستی اطلاعات ثبتی، شخصی که علی‌القاعده استحقاق مالکیت نسبت به یک زمین را دارا بوده، مالکیت خود را از دست می‌دهد یا از حدود مالکیتش کاسته می‌شود، حق دارد تا غرامتی متناسب با آن چه از دست داده، دریافت کند؛ چنان که بتوان گفت از ابتدا خسارتی به شخص متضرر وارد نشده است.^۱

بدین ترتیب، به زیان‌دیده معادل حقی که از وی از دست رفته، وجه نقد پرداخت خواهد شد. مبلغی که برخی از آن تحت عنوان «بدل مناسب»^۲ یاد کرده‌اند.^۳ گفتنی است که بر طبق عموماً مسئولیت مدنی، همواره نمی‌توان به بدل یاد شده، دست یافت؛ زیرا در آن بر خلاف اصل تضمین، اصولاً جبران خسارت افراد تضمین نشده است.

با این تفاسیر، می‌دانیم که دارایی‌های غیر منقول از ارزش مالی بالایی نسبت به سایر دارایی‌ها برخوردار می‌باشد و با توجه به این نکته که میزان جبران خسارت تابعی از میزان خسارت است، بدیهی است که متولیان ثبت زمین مانند کارمندان ادارات ثبت، غالباً تمکن مالی برای جبران خسارت‌های هنگفت ناشی از تضییع دارایی‌های یاد شده را نداشته باشند. با این وجود، موضع اصل تضمین دایره بر این مدار بوده که با ایجاد مسئولیت مدنی برای دولت و به پشتمانی توانایی مالی آن، خسارت ناشی از اطلاعات ثبتی نادرست همواره به شخص زیان‌دیده، پرداخت شود.

1-Cooke, E, *The New Law of Land Registration*, 1 pub. UK: Hart Publishing, 2003. P 9

2-Perfect Substitute .

3-Miceli, T, and C.F Sirmans, "The economics of land transfer and title insurance", *Journal of Real Estate Finance and Economics*, No 10. 1995, P 84

در نظام ثبت زمین انگلستان، با درخواست جبران خسارت توسط شخص زیان دیده از رئیس اداره‌ی ثبت و احراز شرایط بیان شده، «پاراگراف ۶ فهرست ۸ قانون ثبت زمین» بیان می‌دارد که میزان غرامت قابل پرداخت نسبت به اشتباهی که سبب اصلاح دفتر ثبت شده باش (شق یک، بند ۱ پاراگراف ۱، فهرست ۸ قانون ثبت زمین)، برابر است با ارزش اقتصادی دارایی تضییع شده در زمان اصلاح نادرستی اطلاعات ثبتی؛ یعنی ارزش روز دارایی. هم چنین نسبت به اشتباهی که تصحیح آن مستلزم اصلاح دفتر ثبت است بدون آن که در عمل اصلاحی صورت بگیرد (شق دو، بند ۱ پاراگراف ۱، فهرست ۸ قانون ثبت زمین)، میزان غرامت قابل پرداخت برابر است با ارزش مالی زمین در زمانی که اشتباه در دفتر ثبت تحقق یافته است؛ یعنی ارزش دارایی مزبور در زمان گذشته.

به عنوان مثال اگر ملک رسمی شخص الف، در ماه سوّم سال به شخص ج حسب کلاهبرداری شخص ب، به طور رسمی فروخته شود و شخص الف، در ماه هشتم سال در مقام اعاده‌ی مالکیت رسمی خویش درخواستی به مراجع ذی‌ربط تسلیم نماید، اگر تلاش شخص الف، در اعاده‌ی مالکیت خویش به هر دلیل نافرجام باشد و مالکیت زمین فوق برای شخص ب باقی بماند، غرامتی که به شخص الف، تعلق خواهد گرفت برابر با ارزش ملک در ماه سوّم سال خواهد بود.

گفتنی است که در مورد اخیر قدری خسارت پرداختی از ارزش روز دارایی تضییع شده، کمتر است.^۱ به همین دلیل مقنن انگلیسی از خطر عدم جبران کامل خسارات متضرّر که در نهایت منجر به بیاعتمادی وی به نظام ثبتی می‌شود به خوبی آگاه بوده است و بدین خاطر در «بند ۱ پاراگراف ۷ فهرست ۸ قانون ثبت زمین» اشاره می‌دارد، در صورتی که متضرّر میزان خسارت قابل پرداخت در اثر اصل تضمین را خلاف واقع و آن را کمتر از میزان خسارت واقعی خود بداند می‌تواند با طرح دعوی از دادگاه، اصلاح میزان خسارت تعیین شده را بخواهد.

بند دوّم: جبران خسارت فرعی

علاوه بر جبران خسارت اصلی، با ابتناء بر اصل تضمین، دولت بایستی کلیه‌ی مخارجی که در مقدمات مطالبه‌ی جبران خسارت وارده بر دارایی‌های غیر منقول دخیل بوده را به متضرّر از اطلاعات ثبتی نادرست، پرداخت نماید. برخی از این هزینه‌ها عبارت است از

1-Clarke, Sandra. and Sarah Greer, Land Law Directions. 6ed. London: OUP Oxford. 2018, P 120.; Pinto v. Lim (2005)

هزینه‌ی طرح دعوی در مراجع قضایی، حق الوکاله و کلاهی مدعی ورود خسارت، حق کارشناسی و... که حسب مورد ممکن است توسط مدعی خسارت پرداخت گردد.^۱

در نظام ثبت انگلستان، بر اساس «بند ۱ پاراگراف ۳ فهرست ۸ قانون ثبت زمین»، هزینه‌های منطقی پرداخت شده توسط مدعی خسارت در صورت اخذ موافقت رئیس اداره ثبت در پرداخت آن‌ها، به عنوان غرامت قابل مطالبه است. بنا بر مفهوم مخالف نص یاد شده، در صورتی که مدعی خسارت، موافقت رئیس اداره ثبت را جهت پرداخت هزینه‌ها اخذ ننماید ولو هزینه‌ی انجام شده منطقی باشد؛ بنا بر طرح جبران خسارت و امتیازات موجود در آن قابل مطالبه نیست، گرچه با لحاظ قواعد عمومی مسئولیت مدنی، می‌تواند از طریق طرح دعوی قضایی از عامل زیان، هزینه‌های مزبور را مطالبه نماید.

اما این مفهوم دارای استثنائاتی در «بندهای ۲ و ۳» همین پاراگراف است که اشاره می‌دارد در دو مورد اخذ موافقت پیش از پرداخت هزینه‌های مزبور لازم نمی‌باشد:

۱. فوریت در پرداخت هزینه‌ها؛ چنان که اخذ موافقت رئیس اداره ثبت پیش از پرداخت عملاً ممکن نباشد.
۲. تجویز پرداخت هزینه‌های یاد شده توسط رئیس اداره ثبت پس از تحمیل آن‌ها بر شخص مدعی خسارت.

هم چنین، به موجب «بند ۲ پاراگراف ۷ فهرست ۸ قانون ثبت زمین»، منطقی بودن و اخذ موافقت رئیس اداره ثبت در خصوص هزینه‌های طرح دعوی در دادگاه؛ مانند هزینه‌ی دادخواست، توسط اشخاص زیان دیده ضرورت ندارد و به هر تقدیر این هزینه‌ها، با لحاظ سایر شرایط بایستی پرداخت گردد.

گفتار ششم: رویکرد نظام ثبتی ایران

نظام ثبتی ایران، بر اساس شیوه‌ی ثبت املاک، شباهت بسیاری به نظام ثبتی کشور انگلستان دارد. بدین شرح که از زمان تصویب نخستین قانون ثبت املاک در سال ۱۳۰۲ ه.ش. تاکنون، نظام ثبتی ایران به مانند نظام ثبتی انگلستان، مبتنی بر فرایند ثبت دارایی‌های غیر منقول است.

1-Adawiyah, s, and B. Zakaria, and K. Hussin, «Recognition of the Economic Security in the Form of Assurance Fund as a Protection to Landowners and the Economic Stimulator in Malaysia». China-USA Business Review. Vol. 12. No. 8. 2013, P 772

بالتبع وجود این فرایند در نظام ثبتی ایران، اصول آینه(مواد ۲۶، ۴۶، ۴۷ قانون ثبت، مواد ۲۲ و ۱۰۳ آیین‌نامه‌ی قانون ثبت و مواد ۳، ۵، ۶ و ۷ قانون جامع حدنگار دال بر آن است.) و پرده (۲۲ و ۲۴ قانون ثبت دال بر آن است.) نیز وجود داشته که مکمل اصل تضمین بوده و سبب شده است تا امنیت قانونی دارایی‌های غیر منقول یا همان قاعده‌ی الغاء‌ناپذیری اطلاعات ثبتی در فرایند یاد شده، از کیفیت مطلوبی برخوردار باشد.^۱

در نظام ثبتی ایران امنیت قانونی دارایی‌های ثبت شده تلویحاً در «ماده ۲۲» و صراحتاً در «ماده ۲۴ قانون ثبت» مورد اشاره واقع شده است؛ چنان که می‌توان گفت که علی‌الاصول پس از ثبت، از طرفی دولت صرفاً کسی را به عنوان مالک قانونی یک ملک می‌شناسد که نام وی به عنوان مالک در دفتر املاک ثبت شده باشد(ماده ۲۲ قانون ثبت) و اثر سلبی و تلویحی این مقررّه این است که ثبت ملک به نام یک نفر، سلب مالکیت از اغیار می‌کند.

هم چنین از طرفی دیگر دعوی این که در ضمن جریان ثبت، تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد نه به عنوان عین، نه به عنوان قیمت، نه به هیچ عنوان دیگر؛ خواه حقوقی باشد، خواه جزائی.(ماده ۲۴ قانون ثبت). با این حال، به علت وجود متغیرهای بسیاری که اطلاعات ثبتی را متأثر می‌سازد، هیچ نظام ثبتی نمی‌تواند صحت صد در صدی اطلاعات ثبتی را ادعا کند و نظام ثبتی ایران، نیز از این حکم مستثنی نمی‌باشد. همین امر سبب شده تا در فرضی که نادرستی اطلاعات ثبتی احراز شود، قاعده‌ی الغاء‌ناپذیری اطلاعات مزبور کنار رفته و آن چه در واقعیت رخ داده، ملاک قرار گیرد.(ملاک ماده ۴۵ قانون ثبت)

به ویژه آن که در سالیان اخیر بنا بر تلقی سنتی که لزوم کتابت معاملات را موجب عسر و حرج متعاملین^۲ و اعتبار سند رسمی را ارمغان حقوق غرب می‌داند،^۳ با اظهار نظر فقهای شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۲۶۶۴/۱۰۲/۹۵ در مورخ ۴/۸/۱۳۹۵ و متعاقب آن تصویب مقرراتی؛ مانند ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ی کشور مصوب ۱۳۹۶ روند الغاء پذیری اطلاعات ثبتی تسهیل گردیده است.

۱. زرگری، جمشید، تحقیق اصل تضمین در نظام ثبتی ایران، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰، صص ۴۱-۴۶.

۲. آقامیری، سید حسن، بررسی حجیت سند در فقه امامیه، کانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۹۰، شماره ۱۱۸. ص ۱۲۶.

۳. خلعتبری، ارسلان، تعارض سند رسمی با دفتر تجاری، کانون وکلا، ۱۳۲۷، شماره ۸، ص ۴۰.

در واقع، با پذیرش اعتبار و قابلیت معارضه اسناد عادی با اطلاعات ثبتی، همواره این احتمال وجود دارد که حسب تشخیص محاکم سند عادی دارای اعتبار شرعی بوده و بتواند اطلاعات ثبتی را دستخوش تغییر سازد که این امر علاوه بر تخدیش نظام حاکم بر امنیت و لزوم معاملات مردم، موجب الغاءپذیری اطلاعات ثبتی نیز خواهد شد.

بدین ترتیب با پذیرش امکان الغای اطلاعات ثبتی، اعتماد عمومی به نظام ثبتی و نیز تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول دچار خلل خواهد شد؛ زیرا نظام ثبتی ایران، علاوه بر این که نتوانسته است از پس اصلیت‌ترین وظیفه‌ی خویش که همان تأمین امنیت دارایی‌های غیر منقول یا الغاءناپذیری اطلاعات ثبتی است، بر آید هم چنین با تتبع در مقررات ثبتی در خواهیم یافت که تمایلی به ترمیم نقصان عملکرد خود در قبال این امور و جبران خسارت اشخاص نیز ندارد.

گفتنی است که تنها در دو مورد قانونگذار به فکر چاره جویی برای جلب اعتماد عمومی و تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول در فرض الغای اطلاعات ثبتی افتاده، یک مورد آن در خصوص سردفتران و دفترباران بوده که «ماده ۱۷ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران» به اخذ وجه الضمان، از سردفتران و دفترباران پیش از اشتغال به کار مزبور پرداخته است.

با این حال، نکته در این است که این حکم تنها ویژه‌ی سردفتران و دفترباران می‌باشد و قابل تسری به کارمندان ادارات ثبت، قضات و حتی اشخاص عادی نیست. به علاوه، یک ضمانت نامحدود نبوده؛ بلکه مسقف به میزانی است که آیین‌نامه‌ی مربوطه تعیین می‌کند و بر طبق ماده ۱۵ آیین‌نامه‌ی قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران مصوب ۱۴۰۰/۰۱/۱۰ در خصوص خسارت وارده به دارایی‌های غیر منقول، مبلغی بسیار ناچیز است و عملاً در این دسته از خسارات، ساز و کار یاد شده مناسب نمی‌باشد.

مورد دوم، «اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی» بوده که به تضمین دولت نسبت به خسارت ناشی از صدور رأی اشتباه، توسط قضات پرداخته و بر فرض آن که در نتیجه‌ی رأی صادره اطلاعات نادرست ثبت شود، دولت را مکلف به جبران خسارت دانسته است. با این وجود، باید دانست که این مقرره نیز جامعیت نداشته و خسارات اطلاعات ثبتی نادرست که توسط کارمندان ادارات ثبت، سردفتران و هم چنین اشخاص عادی پی ریزی شده را پوشش نخواهد داد.

علی القاعده زیان دیده در این موارد، تنها خواهد توانست بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدّنی، به شخصی که سبب نادرستی اطلاعات ثبتی شده است، رجوع کند. این امر در نهایت به زیان کسی خواهد شد که به اطلاعات ثبتی اعتماد و بر اساس آن معامله کرده است.

در واقع، با توجّه به آن که مبنای عمومات مسئولیت مدّنی در ایران نظریه‌ی تقصیر می‌باشد، دشواری اثبات ارکان مسئولیت مدّنی متولیان ثبت زمین و به طور ویژه تقصیر اینان مانع مهمّی برای زیان دیده است؛ زیرا جز اشخاص عادی، باقی افراد فوق الذکر از جانب دولت به انجام امور حاکمیتی ثبت دارایی‌های غیر منقول می‌پردازند و چنان که آورده شد به علّت رابطه‌ی تنگاتنگ تقصیر شخصی افراد مزبور و تقصیر اداری دولت، اثبات رکن تقصیر با دشواری مواجهه است.

به خصوص آن که در نظام حقوقی ما علاوه بر تنگ نظری‌های صورت گرفته نسبت به مسئولیت مدّنی دولت بنا بر رسوخ نظریات قدیمی در این حوزه از حقوق مسئولیت مدّنی، «بند آخر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدّنی ۱۳۳۹» با دو قید حسب ضرورت و برای تأمین منافع اجتماعی که همواره در انجام اعمال حاکمیتی ثبت زمین نیز مستتر بوده، دولت را از مسئولیت مدّنی در قبال اعمال حاکمیتی معاف کرده است.

این معافیت در پرتو اصل برائت، سبب می‌شود تا با در نظر گرفتن رابطه‌ی تنگاتنگ بین تقصیر شخصی متولیان ثبت و تقصیر اداری دولت بر دشواری دریافت خسارت زیان دیده در نتیجه‌ی نادرستی اطلاعات ثبتی، افزوده شود و عامل زیان، بتواند در پس معافیت دولت از مسئولیت شانه خالی کند.

هم چنین با نادیده انگاری معضلات مزبور، بر فرض اثبات تقصیر و احراز مسئولیت مدّنی برای اشخاص یاد شده نیز، هیچ تضمینی در خصوص جبران خسارت و اعادّه‌ی وضعیت فرد به پیش از تحقّق خسارت وجود ندارد. در حقیقت ممکن است که دارایی اشخاص کلاً یا جزئاً کفاف جبران خسارات هنگفت ناشی از تضییع دارایی‌های غیر منقول را ندهد و زیان دیده در فرجام دعوی خویش بر علیه اشخاص مزبور، به علّت فقدان پشوانه‌ی مالی مناسب، نتواند خسارت خود را به طور کامل مطالبه نماید.

به تازگی نیز در تاریخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱، هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۸۱۱ را صادر نموده که به موجب آن در فرض تحقق ضمان درک، تلاش شده با گسترش دامنه‌ی خسارات قابل مطالبه، حقوق خریدار جاهل، حفظ شود. این رأی بر فرضی که بر اثر اشتباه کارمند اداره‌ی ثبت؛ مانند معامله با شخصی غیر از مالک واقعی صورت گرفته باشد نیز، قابل اعمال است. با این حال، با توجه به این که علی‌القاعده شخصی که با اشتباه خود سبب ورود زیان شده، مکلف به جبران خسارت وارده است به واسطه‌ی ترجیح مسئولیت شخصی بر مسئولیت دولت، ممکن است با ایراد عدم پشتوانه‌ی مالی مناسب مواجهه شده و خسارت فرد زیان دیده در اثر اعتماد بر نادرستی اطلاعات ثبتی جبران نشود.

ایرادات بیان شده، جملگی دالّ بر این است که در تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول ثبت شده و ایضاً جلب اعتماد عمومی نسبت به اطلاعات ثبتی نادرست در نظام ثبتی ایران، با ساز و کارهای نا کارآمد رو به رو هستیم.

بر این اساس تحقق اصل تضمین در نظام ثبتی ایران ضرورت دارد؛ زیرا این اصل، با مسئول دانستن دولت و اتکای مالی آن به بودجه‌ی عمومی، بیم آن که در پایان رسیدگی قضایی برای مطالبه‌ی خسارت زیان دیده با سدّ فقدان پشتوانه‌ی مالی مناسب رو به رو شود را از بین برده و به لحاظ شرایط گفته شده دریافت کامل خسارت، امری حتمی خواهد بود.

افزون بر این اصل تضمین با حذف رکن تقصیر از ارکان تحقق مسئولیت مدّنی، راه جبران خسارت اشخاص متضرّر از اطلاعات ثبتی نادرست را هموار نموده است؛ چرا که اولاً دشواری تفکیک بین تقصیر شخصی عامل زیان از تقصیر اداری دولت برای جلوگیری از اعمال معافیت ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدّنی، دیگر محلی از اعراب ندارد و ثانیاً به صرف اثبات ورود ضرر، احراز اطلاعات ثبتی نادرست و رابطه‌ی سببیت بین ضرر و اطلاعات ثبتی نادرست، مسئولیت مدّنی دولت برقرار می‌شود.

بنابراین، جهت برطرف نمودن ایرادات یاد شده، لازم است نظام قانون‌گذاری ایران حکمی در خصوص اصل تضمین پیش‌بینی نماید. پس به مقنن، پیشنهاد می‌شود متن زیر را در قالب ماده‌ای به تصویب رساند:

«دولت مکلف است در فرضی که در نتیجه‌ی اطلاعات ثبتی نادرست به اشخاص دارای حسن نیت، خسارتی وارد شود متناسب با زیان وارده غرامت، پرداخت نماید. پس از پرداخت

گرامت، در صورتی که تحقق اطلاعات ثبتی نادرست در نتیجه‌ی رفتار شخصی باشد دولت به قائم مقامی از زیان دیده، می‌تواند به مسبب اصلی برای مطالبه‌ی آن چه که پرداخته است، رجوع نماید. دولت موظف است جهت تأمین محل پرداخت خسارات مزبور، ردیفی از عایدی ناشی از عملیات ثبتی را هر سال در بودجه، به این امر اختصاص دهد.»

نتیجه‌گیری

یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که قانونگذار انگلستان، بیش از یک قرن است که به اهمیت تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول ثبت شده برای جلب اعتماد عمومی به نظام ثبتی، در فرض نادرستی اطلاعات ثبتی و به تبع زوال امنیت قانونی دارایی‌های مزبور پی برده و به دنبال ساز و کاری سوای عمومات مسئولیت مدّنی، جهت تأمین امنیت اقتصادی به ساز و کاری تحت عنوان «اصل تضمین» رسیده است که با تسهیل اثبات ارکان مسئولیت مدّنی به وسیله‌ی حذف رکن تقصیر در خصوص خسارت ناشی از اطلاعات ثبتی نادرست و هم‌چنین تضمین جبران آن، از تلقی ناکارآمدی نظام ثبتی جلوگیری کرده و اعتماد عمومی را نسبت به نظام ثبتی، جلب کرده است.

اگر چه در قوانین ثبت زمین انگلستان، هرگز از ماهیت اصل تضمین تعریفی صورت نگرفته است؛ اما با تجمیع داده‌های ابرازی از ماهیت اصل مزبور، شرایط اجرایی و آثار آن اصل تضمین را می‌توان ساز و کاری مبتنی بر قانون دانست که به موجب آن، اگر در اثر نادرستی اطلاعات ثبتی به اشخاص دارای حُسن نیت، زیان وارد شود دولت متعهد به جبران کلیه‌ی خسارات زیان دیده، خواهد بود.

هم‌چنین در انگلستان با احراز شرایط یاد شده، حسب اصل تضمین با مطالبه‌ی جبران خسارت توسط زیان‌دیده نزد رئیس ادارات ثبت، به عنوان عالی‌ترین مقام قضایی در حوزه‌ی ثبت زمین، ایشان به عنوان نماینده‌ی دولت مکلف به جبران کامل خسارت ناشی از سلب دارایی‌های غیر منقول است.

اگر چه نظام ثبتی ایران همانند نظام ثبتی انگلستان در شیوه‌ی ثبت املاک مبتنی بر فرایند ثبت دارایی‌های غیر منقول است و این مهم سبب شده تا از منظر امنیت قانونی، دارایی‌های مزبور نظام ایران از کیفیت خوبی برخوردار باشند؛ با این حال، مقنن به دلالت برخی از نصوص قانونی از امکان زوال امنیت قانونی به علت نادرستی اطلاعات ثبتی مطلع بوده؛ امّا اراده‌ای بر پذیرش اصل تضمین در نظام ثبتی ایران نداشته است و اساساً می‌توان گفت که مقوله‌ی امنیت اقتصادی و راه تأمین آن در نظام ثبتی ایران از مقولات مهجور می‌باشد.

تلاش‌های صورت گرفته در نظام حقوقی ایران، در جهت معمول ساختن مقوله‌ی مزبور با ساز و کارهای دیگری؛ مانند اخذ وجه الضمان از سردفتران و دفتریاران، تضمین دولت

برای جبران خسارت‌های ناشی از صدور آرای اشتباهی قضات و رأی وحدت رویه‌ی ۸۱۱ دیوان عالی کشور نیز با ایرادات جدی مواجهه شده است و ناتوان از تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های غیر منقول ثبت شده، می‌باشند.

در نتیجه کماکان زیان‌دیده، چاره‌ای جز استناد به قواعد عمومی مسئولیت مدنی نخواهد داشت. طبیعتاً، این قواعد با توجه به دشواری در اثبات ارکان مسئولیت مدنی و فقدان پشتوانه‌ی مالی مناسب، جبران خسارت زیان‌دیده را صعب می‌کند و سبب شده است تا اعتماد عمومی به نظام ثبتی و کارآمدی آن سلب شود.

به ویژه آن که در سالیان اخیر با ناهمدلی‌های صورت گرفته توسط شورای نگهبان بر میزان تردید در اعتبار سند رسمی و به تبع آن تحقق نادرست در اطلاعات ثبتی افزوده شده، که بیش از پیش تحقق ساز و کاری مناسب برای تأمین امنیت اقتصادی دارایی‌های مزبور را توجیه می‌کند. بر همین اساس در این مقاله، پیشنهاد شده است مفاد اصل تضمین، در قالب یک نصّ قانونی در طول پذیرش امنیت قانونی، در نظام حقوقی ایران پذیرفته شود.

فهرست منابع منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. توسلی، علی، کیفرهای حمایتی از حقوق ثبت، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹.
۲. سلیمی، رضا، نقش ثبت در معامله‌ی اموال غیر منقول در رویه‌ی ایران و انگلیس، تهران: انتشارات قانون و قلم، ۱۳۹۷.
۳. طباطبایی حساری، نسرین، مبانی و آثار نظام ثبت املاک، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۷.

ب. مقاله‌ها

۵. آقامیری، سید حسن، بررسی حجیت سند در فقه امامیه، کانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۹۰، شماره ۱۱۸، صص ۱۲۰-۱۳۳.
۶. خلعتبری، ارسلان، تعارض سند رسمی با دفتر تجاری، کانون وکلا، ۱۳۲۷، شماره ۸، صص ۳۵-۴۵.
۷. زرگوش، مشتاق، مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت، حقوق عمومی، ۱۳۸۸، شماره ۵، صص ۷۱-۹۰.
۸. طباطبایی حساری، نسرین، وصف تجریدی نظام ثبت املاک بر مبنای تئوری اعتماد عمومی، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ۱۳۹۳، شماره ۲، صص ۴۸۳-۵۰۸.

ج. پایان نامه

۹. زرگری، جمشید، تحقق اصل تضمین در نظام ثبتی ایران، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۴۰۰.

د. قوانین

۱۰. آیین‌نامه‌ی قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، مصوب ۱۴۰۰.
۱۱. قانون اجرای احکام مدنی، مصوب ۱۳۵۶.
۱۲. قانون اساسی ۱۳۵۸.
۱۳. قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۱۰.
۱۴. قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی، مصوب ۱۳۸۵.
۱۵. قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، مصوب ۱۳۵۴.

منابع انگلیسی

A-Book

- 16-Abbott, D, Encyclopaedia of real estate terms. 2ed. London: Delta Alpha, 2005
- Clarke, Sandra. and Sarah Greer, Land Law Directions. 6ed. London: OUP Oxford..17
2018
- Collins, E. Land Titles in Saskatchewan –a guide to registrars and their staffs; Land.18
Titles. 2ed. Canada: Regina, 1966
- Cooke, E, The New Law of Land Registration, 1 pub. UK: Hart Publishing, 2003.19
- Dixon, M, Modern Land Law, 11ed, UK: Routledge. 2018.20
- Dixon, M, Principles of Land Law, 4ed, UK: Cavendish Pub Ltd, 2002.21
- Goymour, A, and Stephen Watterson , Martin Dixon, New Perspectives on Land Reg-.22
istration: Contemporary Problems and Solutions. 1 pub. UK: Hart, 2018
- Gray, K, and Susan Francis Gray, Land Law, 7ed, USA: Oxford, 2011.23
- Manthorpe, J, Comparative Analysis of The Cadastral Systems in The European Un-.24
ion, 1 pub. UK: HM Land Registry,2004
- Ruoff, T. An Englishman Looks at the Torrens System, 1 pub. Australasia: Law Book.25
Co,1957
- Sparkes, P, A New Land Law. 2ed. UK: Hart,2003.26
- Stewart, Wallace, and John Stewart. Introduction to the Principles of Land Registra-.27
tion, UK: Stevens & Sons,1937

B-Article

- 27-Abdulai, R, and EG Ochieng,»Land Registration and Landownership Security: An
28-Examination of the Underpinning Principles of Registration», Property Management,
No.35-1,2017
- 29-Adawiyah, s, and B. Zakaria, and K. Hussin, «Recognition of the Economic Security
in the Form of Assurance Fund as a Protection to Landowners and the Economic Stimulator
in Malaysia». China-USA Business Review. Vol. 12. No. 8. 2013
- 30-McCormack, John L.Torrens and Recording: Land Title Assurance in the Computer
Age, William Mitchell Law Review: Vol. 18:1, Article 4.1992



31-Miceli, T, and C.F Sirmans, «The economics of land transfer and title insurance», Journal of Real Estate Finance and Economics, No 10.1995

32-Ruoff, T, «An Englishman Looks at the Torrens System Part I: The Mirror Principle», Australian Law Journal, No 3.1952

C-Thesis

33-Brennan, Gabriel. An exploration of the impact of electronic conveyancing upon management of risk in conveyancing transactions. PhD, UK: Nottingham University,2012

34-Carruthers, Penelope. The Australian Torrens system principle of immediate indefeasibility: Is it 'fit for purpose' for the 21st century?, Australia: The University of Western,2018

35-Korven, Kim. The emperor's new clothes: the myth of indefeasibility of title in Saskatchewan. Thesis Masters, USA: University of Georgia,2012

36-Zevenbergen, Jaap, Systems of Land Registration – Aspects and Effects, PhD Thesis. Netherlands: Delft University,2002

D- Website

37-Updating the Land Registration Act 2002, Law Commission - Consultation Paper No 227. Publication date-24 July 2018: <https://www.lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/#land-registration=visited2021/04/13>

38-Updating the Land Registration Act 2002, Law Commission No 380. Publication date-31 March 2016: [https://www.lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/#land-registration\(visited2021/04/13\)](https://www.lawcom.gov.uk/project/updating-the-land-registration-act-2002/#land-registration(visited2021/04/13)).

D- Regulations

39-Land Registration Act 1925

40-Land Registration Act 2002

41-Land Registry Act 1862

42-Land Transfer Act 1897

43-Real Property Act 1858

F- Cases Law

44-Re Beaney [1978] 1 WLR 770

45-Peffer v. Rigg [1977] 1 WLR 285

46-DJ Hayton [1977] CLJ 227

47-Claridge v. Tingey [1967] 1 WLR 134

48-Racoon v. Turnbull [1997] AC 158

49-Prestige Properties v. Scottish Provident Institution [2002] .

50-Hounslow LBC v. Hare [1992] 24 HLR 9

51-Pinto v. Lim [2005] .

مطالعه‌ی تطبیقی ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی

رضا طجریلو*

محمدصادق فراهانی**

روح‌الله قلیخانی***

چکیده

شرکت‌های دولتی که به منظور تسهیل ارائه‌ی مطلوب خدمات عمومی از سوی دولت‌ها ایجاد شده‌اند، به واسطه‌ی نبود نظام حقوقی منسجم و دقیق که جوانب فعالیت آن‌ها را ساماندهی کند، به یکی از نقاط مبهم هندسه‌ی حقوق عمومی کشور بدل شده‌اند. یکی از مهم‌ترین نقایص نظام حقوق عمومی داخلی در این خصوص، نبود روش نظارت مؤثر بر عملکرد این شرکت‌ها است که زمینه‌ی بروز فساد را در آن‌ها افزایش داده است. «ایجاد شفافیت»، به عنوان راهکاری جهت جلوگیری از بروز فساد و در عین حال توسعه و تقویت میزان پاسخگویی و نظارت پذیری آن‌ها، از اساسی‌ترین راهکارهای حل این معضل به شمار می‌رود که نوشتار حاضر در صدد یافتن ساز و کار مناسب به منظور تضمین آن است. پژوهش پیش رو در مقام پاسخ به این پرسش که ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی چیست؟ ضمن احصای اصول حاکم بر تحقق شفافیت اداری و مالی این شرکت‌ها؛ از جمله «استقرار مناسب‌ترین شیوه‌های پاسخگویی»، «اعمال شفافیت سازمانی»، «مشارکت با ذی نفعان در برنامه‌های مبارزه با فساد» و «تأمین شفافیت در ارتباط با مالکیت شرکت‌ها»، تحقق عملی آن را در کشورهای جهان، ذیل چهار الگوی ارائه‌ی گزارش جامع سالانه، ایجاد فرایند حسابرسی داخلی، انتشار اطلاعات و درج بودجه‌ی شرکت‌های دولتی در قانون بودجه مورد بررسی قرار داده و خلأهای نظام حقوقی داخلی را در این باره، نمایان ساخته است. روش پژوهش حاضر تحلیلی-توصیفی با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی و روش جمع‌آوری اطلاعات آن نیز مطالعه اسناد و متون و تحلیل محتوا است.

کلیدواژه‌ها: افشای اطلاعات، شرکت‌های دولتی، شفافیت، فسادزدایی، نظارت پذیری.

*. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. rtajarlou@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول). msfarahani72@ut.ac.ir

*** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. rogholikhani@gmail.com

مقدمه

شرکت‌های دولتی در کنار وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی، شوراهای اداری مشورتی و شوراهای اسلامی محلی، قسمی از اشخاص حقوقی حقوق عمومی، به شمار می‌آیند. حجم گسترده‌ی وجوه و منابع مالی در اختیار این شرکت‌ها^۱ و تأثیر قابل توجه آن‌ها بر زندگی عموم مردم در عرصه‌های گوناگون زیر ساختی، منابع طبیعی، خدمات بانکی و مالی، امنیت غذایی، سلامت و... نشان از اهمیت برجسته‌ی این شرکت‌ها در میان نهادهای عمومی دارد.

شرکت‌هایی که ابتدا با هدف ارتقای ثروت و کیفیت زندگی مردم، تحریک توسعه‌ی اقتصادی، جذب سرمایه‌گذاری‌ها و... به وجود آمدند و در ادامه برای بهبود کارایی عملیاتی‌شان تا اندازه‌ای خصوصی‌سازی شدند و امروزه فعالیت‌های خود را به صورت فزاینده‌ای به عرصه‌ی بین‌المللی سوق داده‌اند. با این حال، همواره به دلایلی چون ضعف در مدیریت و اداره، روابط نزدیک دولت و سیاستمداران با هیأت مدیره‌ها و مدیریت ارشد آن‌ها، کنترل ضعیف تعارض منافع و عدم پاسخگویی از طریق شفافیت و گزارش‌دهی عمومی در معرض فساد قرار داشته‌اند و کارایی عملکردشان از این جهت تهدید می‌شود.

تهدیداتی که بدون پیش‌بینی ساز و کارهای کنترل و مقابله نسبت به آن‌ها می‌توانند آسیب‌هایی چون فساد و ارتشاء در قراردادهای سوءاستفاده از شرکت‌ها برای تأمین منابع مالی احزاب و اشخاص سیاسی، رفتارهای ضد رقابتی و... را در پی داشته باشند. بررسی تجربه‌ی نظام‌های حقوقی پیشرو در زمینه‌ی مقابله با فساد در شرکت‌های دولتی نشان می‌دهد که مؤثرترین راهکار تحقق نظارت مطلوب بر نحوه‌ی عملکرد این شرکت‌ها و جلوگیری از فساد

۱. به عنوان مثال حدود ۱۵۷۱ هزار میلیارد از ۲۸۸۲ هزار میلیارد تومان بودجه‌ی کل کشور در سال ۱۴۰۰ به شرکت‌های دولتی اختصاص یافته است. رقمی بیش از ۵۴ درصد کل بودجه‌ی سالانه‌ی کشور. (بند ب، ماده‌ی واحده قانون بودجه‌ی سال ۱۴۰۰ کل کشور مصوب ۱۳۹۹/۱۲/۲۶).

مالی و اداری در آن‌ها، «تأمین شفافیت امور مالی و اداری» آن‌ها است.^۱

نوشتار حاضر، با بهره‌گیری از مطالعات تطبیقی و در مقام پاسخ به این پرسش که ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی چه می‌باشند و با هدف ارائه‌ی الگوی تضمین شفافیت امور مالی و اداری شرکت‌های دولتی، پس از مفهوم‌شناسی شرکت‌های دولتی و نقدی بر تعریف شرکت‌های دولتی در ایران (گفتار نخست)، ابتدا اصول کلی تحقق شفافیت در امور اداری و مالی آن‌ها را مورد اشاره قرار می‌دهد (گفتار دوم)، سپس تحقق عملی آن در کشورهای دنیا را ذیل چهار الگوی مرسوم و شناخته شده نشان خواهد داد (گفتار سوم).

علی‌رغم اهمیت موضوع و نیاز مبرم نظام حقوقی داخلی به ارائه‌ی ساز و کارهای مقابله با فساد در شرکت‌های دولتی به خصوص تضمین شفافیت عملکرد آن‌ها، تاکنون اثر مستقّلی در این باره به نگارش در نیامده و این امر از نگاه تیزبین دغدغه‌مندان این حوزه مورد غفلت مانده است.

گفتار نخست: مفهوم‌شناسی شرکت‌های دولتی

با بررسی ساختار حقوقی کشورهای مختلف دنیا می‌توان در تعریفی جامع، شرکت دولتی را این گونه معنا کرد:^۱ شرکت دولتی، عبارت است از هر نهادی که اولاً از جانب حقوق داخلی کشورها به عنوان شرکت، شناخته شود و ثانیاً دولت در آن به اعمال مالکیت بپردازد. از این رو،

۱. سایر ساز و کارهای مقابله با فساد در شرکت‌های دولتی را می‌توان در موارد نه‌گانه‌ی زیر خلاصه کرد:

(الف) به کار بردن بالاترین سطح از استانداردهای اخلاقی و سلامت.

(ب) تضمین مدیریت تجارب موفق و نظارت بر برنامه‌های مبارزه با فساد.

(پ) تضمین حمایت سیاست‌های منابع انسانی و رویه‌ها از برنامه‌های مبارزه با فساد.

(ت) طراحی برنامه‌های مبارزه فساد مبتنی بر ارزیابی تمام ریسک‌ها.

(ث) اعمال رویه‌ها و سیاست‌های تفصیلی برای مبارزه و مقابله با ریسک‌های کلیدی فساد.

(ج) مدیریت ارتباطات با اشخاص ثالث برای تضمین کارکرد آن‌ها برای استانداردهای مبارزه با فساد معادل آن چه در شرکت‌های دولتی است.

(چ) استفاده از ارتباطات و آموزش‌ها به منظور گفتمان‌سازی برنامه‌های مبارزه فساد.

(ح) مهیا نمودن مشورت‌های امن و قابل دسترس و کانال‌های اطلاع‌رسانی فساد.

(خ) نظارت، ارزیابی و بهبود مستمر رویه‌های مبتنی بر برنامه‌های مبارزه با فساد.

(Wilkinson, Peter, 10 Anti-Corruption Principles for State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2017, P. 5)

2-OECD, Disclosure and Transparency in the State-Owned Enterprise Sector in Asia: Stocktaking of National Practices, OECD Publishing, Paris, 2017, p. 16

شرکت دولتی می‌تواند در قالب و ساختاری شبیه شرکت‌های سهامی عام، شرکت‌های سهامی خاص، شرکت‌های با مسئولیت محدود و ... ظهور یابد هر چند تمایل دولت‌ها به استفاده از قالب شرکت‌های سهامی در خصوص شرکت‌های دولتی بیشتر به چشم می‌خورد.

به‌علاوه شرکت‌های قانونی^۱ که شخصیت حقوقی آن‌ها به موجب قانونگذاری خاص ایجاد شده است نیز به عنوان شرکت دولتی در نظر گرفته می‌شوند؛ مشروط به این که هدف و تمام یا بخشی از اقدامات آن‌ها، به طور عمده ماهیت اقتصادی داشته باشد. از سوی دیگر، شرکتی دولتی به حساب می‌آید که به نوعی تحت کنترل دولت باشد؛ چه از این طریق که دولت مالکیت اکثریت سهام واجد حق رأی در آن را دارا باشد، چه سایر روش‌هایی که چنین درجه‌ای از کنترل را برای دولت فراهم می‌کند.

به عنوان مثال می‌توان از مواردی نام برد که تصریحات قانونی، کنترل مستمر دولت بر یک شرکت یا هیأت مدیره‌ی آن را تضمین می‌کند در حالی که دولت، اکثریت سهام آن شرکت را در اختیار نداشته و واجد سهامی حداقلی است.^۲ البته باید توجه داشت که آن قسمت از تأثیر دولت بر تصمیمات شرکت‌ها که از طریق وضع قوانین و مقررات اعمال می‌شود، به عنوان کنترل به حساب نمی‌آید. هم چنین نهادهایی که سهام دولت در آن‌ها به قدری ناچیز است که موجب تحقق کنترل نمی‌شود، شرکت دولتی در نظر گرفته نمی‌شوند؛ چرا که سهامدار بودن دولت در آن‌ها لزوماً به معنی تأمین منافع بلند مدت برای دولت در شرکت نیست.

از سوی دیگر، شرکت‌هایی که برای مدت زمانی محدود، بنا به دلایلی چون نجات از ورشکستگی، انحلال، تصفیه و ... تحت مالکیت یا کنترل دولت در می‌آیند، معمولاً به عنوان شرکت دولتی در نظر گرفته نمی‌شوند.^۳ در حقیقت آن چه باعث دولتی شناخته شدن یک شرکت می‌شود کنترل واقعی دولت بر آن است.

در مقابل، اما نظام حقوقی ایران مفهومی بسیار مضیق‌تر از معنای فوق را برای شرکت دولتی پذیرفته است. «ماده ۴» قانون مدیریت خدمات کشوری، در مقام تعریف شرکت دولتی بدون اشاره به ملاک کنترل، صرفاً ملاک اکثریت سهام و سرمایه را برای دولتی دانستن یک

1-Statutory Corporation.

2-Ibid, p. 17 .

3-OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris, 2015, p.14

شرکت به رسمیت شناخته است.^۱ بر اساس این تعریف، اولاً تمامی شرکت‌هایی که سهم دولت از سهام آن‌ها کمتر از پنجاه درصد است از تعریف شرکت دولتی خارج می‌شوند، خواه کنترل واقعی آن‌ها در اختیار دولت باشد یا نباشد؛ ثانیاً کلیه شرکت‌هایی که علی‌رغم اکثریت سهام دولتی کنترلشان در اختیار شخصی غیر دولتی است، شرکت دولتی به حساب می‌آیند.

چنان که ملاحظه می‌شود ملاک اکثریت سهام، ملاکی ظاهری و کمی است که ممکن است در موارد متعددی با واقعیت (ملاک کنترل) همسو نباشد. علاوه بر این‌ها، اثر دیگر اتخاذ این ملاک در نظام حقوقی ایران این است که این ملاک سبب شده است که بودجه‌ی شرکت‌های واجد سهام دولتی کمتر از پنجاه درصد، با توجه به این که مشمول تعریف شرکت دولتی و به تبع آن الزام مندرج در «بند ۲، ماده ۱» قانون محاسبات عمومی^۲ نمی‌شوند، در قانون بودجه‌ی سالانه ذکر نشوند و از نظارت دیوان محاسبات مصون بمانند.

در حالی که درآمدها و هزینه‌های این شرکت‌ها به آن میزان که مربوط به سهم دولت است، اصالتاً جزئی از بودجه‌ی عمومی دولت محسوب می‌شود و تبعاً لازم است تا در قانون بودجه منعکس گردد. صرف نظر از لزوم توجه به ابعاد مختلف این موضوع در نظام حقوق داخلی که می‌تواند موضوع تحقیق مستقلی باشد، به منظور پرداختن به سؤال اصلی مقاله مبنی بر یافتن ساز و کارهای تضمین شفافیت در عملکرد شرکت‌های دولتی، به بررسی اصول کلی تحقق شفافیت در شرکت‌های دولتی می‌پردازیم تا پس از آن تحقق عینی این اصول در نظام‌های حقوقی کشورها را مورد بررسی قرار دهیم.

گفتار دوم: اصول حاکم بر تحقق شفافیت در شرکت‌های دولتی

بررسی تجارب کشورهای پیشرو در زمینه‌ی مبارزه با فساد در شرکت‌های دولتی، بر اساس نتایج تحقیقات و به تبع آن دستورالعمل‌های سازمان شفافیت بین‌الملل^۳ و سازمان همکاری

۱. «ماده ۴» قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸: «شرکت دولتی: بنگاه اقتصاد است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت ... ایجاد و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه‌گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن‌ها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است».

۲. بند (۲) ماده (۱) قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶/۶/۱: «بودجه کل کشور ... از سه قسمت به شرح زیر تشکیل می‌شود: ... ۲. بودجه شرکت‌های دولتی ...».

3-Transparency International (TI) .

4-Wickberg, Sofia, Transparency of State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2013 .

و توسعه‌ی اقتصادی^۱ به عنوان برجسته‌ترین نهادهای بین‌المللی متوالی این حوزه، نشان می‌دهد آن چه که باید برای جلوگیری از فساد در شرکت‌های دولتی به صورت شفاف ارائه شود را می‌توان در چهار محور «استقرار و مشاهده مناسب ترین شیوه‌های پاسخگویی»، «اعمال شفافیت سازمانی»، «مشارکت با ذی نفعان در برنامه‌های مبارزه با فساد» و «تأمین شفافیت در ارتباط با مالکیت شرکت»، خلاصه کرد. در ادامه به بررسی هر یک از محورها می‌پردازیم.

بند اول: استقرار مناسب ترین شیوه‌های پاسخگویی

شفافیت عملیات، گزارش‌دهی عمومی و تعامل و مشارکت با ذی نفعان را می‌توان مهم ترین ابزارهای پاسخگویی به مردم، سرمایه‌گذاران و سایر ذی نفعان شرکت‌های دولتی برای مقابله با فساد به شمار آورد. در توضیح هر یک باید گفت: شفافیت عملیات، عبارت است از اجازه‌ی دسترسی عموم به اطلاعات مربوط به عملکرد، روش‌ها و فعالیت‌های شرکت‌های دولتی، با رعایت الزامات محرمانگی امور تجاری و رقابتی، امنیتی و قواعد حفظ حریم خصوصی و گزارش‌دهی عمومی به معنای برقراری ارتباط رسمی میان شرکت‌های دولتی و ذی نفعان آن‌ها در خصوص موضوعات مورد علاقه و منافع ایشان است.

تعامل و مشارکت با ذی نفعان، نیز عبارت است از فرایندی که در آن رویکردهای مربوط به فعالیت‌های شرکت و موضوعات مربوط به منافع مادی با ذی نفعان تبادل می‌شود و دستاوردهای تعاملات قبلی نیز گزارش داده می‌شود.^۲

در حال حاضر بسیاری از شرکت‌های دولتی، شرکت‌های تجاری، وزارتخانه‌های دولتی، سازمان‌های داوطلبانه و دیگر نهادها، رویکردی جامع را برای شفافیت عملیات و گزارشگری؛ از جمله گزارش تعهدات خود در رابطه با تضمین سلامت و اجرای برنامه‌های مبارزه با فساد اتخاذ نموده‌اند.

به نظر می‌رسد مناسب ترین راه جهت راستی‌آزمایی و اطمینان از اثربخشی این اقدام در شرکت‌های دولتی، الزام آن‌ها به گزارش‌دهی بر اساس استانداردهای بین‌المللی شناخته شده؛ از قبیل «استانداردهای گزارش‌دهی مبتکرانه‌ی جهانی»^۴ (GRI) است. هم چنین برای

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

2-OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris, 2015.

3-. Wilkinson, Peter, 10 Anti-Corruption Principles for State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2017, p. 12.

4- Global Reporting Initiative.

افزایش اعتبار گزارش، چنین گزارش‌هایی می‌تواند به وسیله‌ی یک بازبین و تجدیدنظر کننده‌ی مستقل تأیید شود.

از سوی دیگر لازم است تا شرکت‌های دولتی از طریق سامانه‌های ارتباطی خود، هم زمان با شفاف‌سازی و گزارش دهی عمومی، معنی اطلاعات و اصطلاحات تخصصی به کار رفته در گزارش‌ها را به صورت عامه فهم، تبیین نموده و در دسترس عموم قرار دهند. چنین شفافیت و گزارش‌دهی عمومی می‌تواند تا حدّ بسیاری به عنوان ابزار کنترل فساد سیاستمداران و مقامات دولتی مرتبط با شرکت‌های دولتی عمل کند. گزارش‌های عمومی به ذی نفعان اجازه می‌دهد تا دریابند که شرکت‌های دولتی چگونه اداره می‌شوند و تا چه حدّ از مداخله‌های نا به جای دولت آزاد هستند و این که فعالیت‌های آن‌ها تا چه حدّ منافع عمومی را دنبال می‌کند.^۱

در قوانین موضوعه‌ی ایران نیز برخی احکام در خصوص ضرورت گزارش‌دهی به چشم می‌خورد؛ از آن جمله می‌توان به «ماده ۲۸ قانون ارتقای سلامت اداری و مبارزه با فساد، مصوّب ۱۳۹۰» اشاره نمود که یکی از وظایف شورای دستگاه‌های نظارتی را بررسی اقدامات دستگاه‌های مشمول قانون از راه تهیه‌ی گزارش درباره‌ی عملکرد و اجرای برنامه‌های پیشگیرانه و مقابله با فساد، اعلام قوّت‌ها و ضعف‌ها و ارائه‌ی پیشنهاد به دستگاه‌های مسئول، عنوان نموده است. حسب «ماده ۸» قانون مذکور، نیز تدوین سیاست‌ها و راهکارهای شفاف‌سازی اطلاعات و استقرار و تقویت نظام‌های اطلاعاتی و استانداردسازی امور و مستند نمودن فعالیت‌های دستگاه‌های اجرائی برای ثبت و ضبط شفاف و جامع کلیه‌ی عملیات‌ها، اطلاع‌رسانی لازم به عموم مردم و هم چنین تأمین نیازهای اطلاعاتی دستگاه‌های نظارتی و اطلاعاتی کشور بر عهده‌ی سازمان برنامه و بودجه نهاده شده است.

هم چنین حسب برنامه‌ی هشتم نقشه راه اصلاح نظام اداری مصوّب یکصد و شصت و دومین جلسه شورای عالی اداری (مصوّبه‌ی شماره‌ی ۲۰۶/۹۳/۵۶۰ مورّخ ۱۳۹۳/۱/۲۰)، موضوع ایجاد ساز و کارهای دریافت، بررسی و بازخورد گزارش‌های برگرفته از نظارت مردم و تشکّل‌ها بر دولت، نظارت و ارزیابی عملکرد دستگاه‌های اجرایی و تدوین گزارش‌های سالانه از نتایج عملکرد، نظارت و ارزیابی موضوعات محوری نظام اداری؛ نظیر بهره‌وری و کیفیت، شفافیت، پاسخگویی و مشارکت مردم، نظارت و ارزیابی عملکرد دستگاه‌های اجرایی و تدوین گزارش‌های سالانه از نتایج عملکرد و رتبه‌بندی دستگاه‌های اجرایی، اطلاع‌رسانی و انتشار نتایج سنجش‌ها برای عموم مردم در زمره‌ی راهبردهای اصلی شمرده شده است. علی‌رغم

1-Ibid, p.13.

وجود مستندات و الزامات قانونی فوق، به نظر می‌رسد که موضوع بازخورد گزارش‌های عمومی که نقش به‌سزایی در ارتقای اعتماد عمومی و افزایش رضایت‌مندی جامعه ایفاء می‌کند، در وادی عمل ملموس نبوده است.

بند دوم: اعمال شفافیت سازمانی

شرکت‌های دولتی بایستی شفافیت سازمانی خود را با افشای عمومی دارایی‌های شرکت اصلی، شرکت‌های تابعه و سایر نهادهای مرتبط، هم‌چنین منسوبین به سیاستمداران و مقامات دولتی که ممکن است به نحوی بر اداره یا فعالیت شرکت اثرگذار باشند مهیا نمایند.

افشای چنین اطلاعاتی در کنار افشای اطلاعات مالی و عملیاتی سرمایه‌گذاری‌های مستقل و مشترک آن‌ها با سایر نهادها سبب می‌شود از یک سو پاسخگویی آن‌ها نسبت به شهروندان و ذی‌نفعان افزایش یابد و از سوی دیگر، سرمایه‌گذاران و وام‌دهندگان به شرکت را برای ارزیابی عملکرد تجاری آن و بررسی شرایط و خطرات موجود؛ از جمله مقررات مالیاتی و بانکی، ثبات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی و عوامل محیطی و اجتماعی کمک کند.^۱

هم‌چنین معرفی شخصی که شرکت دولتی را کنترل می‌کند و در حقیقت صاحب اصلی آن به حساب می‌آید و نیز معرفی دیگر نهادها و بخش‌های تحت مالکیت و کنترل شرکت‌های دولتی، می‌تواند نقش به‌سزایی در جلوگیری از تقلب و فساد داخلی و اطمینان از پاسخگویی به شهروندان، اربابان رجوع و مشتریان داشته باشد.^۲

انتشار فعالانه‌ی اطلاعات، به عنوان معیار و محک اصلی تحقق شفافیت اطلاعاتی در نظر گرفته می‌شود که اغلب شامل اطلاعات مربوط به ساختار سازمانی، حقوق و جزئیات مربوط به شغل، بودجه، هزینه‌ها و قراردادها است. البته باید به این نکته توجه داشت که هیچ اجماع و توافق عامی در مورد این که چه اطلاعاتی باید به صورت فعالانه منتشر شود وجود ندارد. با این حال، بر اساس بررسی‌های قوانین دسترسی به اطلاعات، طبقه‌بندی زیر برای انتشار اطلاعات شرکت‌ها توصیه می‌شود:

1-Wickberg, Sofia, Transparency of State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2013, p. 22.

2-OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 39.

۱. اطلاعات نهادی و مقررات داخلی.
۲. اطلاعات سازمانی، شامل: اطلاعات پرسنلی، نام و اطلاعات تماس مقامات عمومی.
۳. اطلاعات عملیاتی، شامل: برنامه‌های راهبردی، فعالیت‌ها، گزارش‌ها و ارزیابی‌ها.
۴. تصمیمات و اقدامات، شامل: اسناد و اطلاعات مورد استفاده برای تصمیم‌گیری به خصوص مواردی که بر عامه‌ی مردم تأثیر می‌گذارد.
۵. اطلاعات خدمات عمومی.
۶. اطلاعات بودجه، شامل: درآمدها، هزینه‌ها (شامل اطلاعات حقوق و دستمزد)
۷. اطلاعات مربوط به «نشست‌های آزاد»^۱ و این که شهروندان چگونه می‌توانند در این نشست‌ها شرکت کنند.
۸. اطلاعات مربوط به تصمیم‌گیری و روش‌های مشارکت عمومی.
۹. اطلاعات کمک‌های مالی و یارانه‌ایی شامل: بهره‌مندان از کمک‌ها، اهداف آن‌ها، مقادیر و نحوه‌ی اجرای آن‌ها.
۱۰. اطلاعات مربوط به قراردادهای اداری شامل: معیارها و ملاک‌های معاملات، نتایج مناقصه، نسخه‌ایی از قرارداد و گزارش‌هایی در مورد نحوه‌ی اجرای آن.
۱۱. اطلاعات مربوط به تمامی داده‌ها و اطلاعاتی که توسط مقامات عمومی نگهداری می‌شود.
۱۲. اطلاعات مربوط به تمامی نشریات چاپ شده.
۱۳. اطلاعات مربوط به حق دسترسی به اطلاعات، مهلت دریافت اطلاعات و جزئیات تماس شخص مسئول.^۲

در نظام حقوقی ایران نیز هر چند، چنین الزاماتی مشاهده نمی‌شود؛ اما اصل شفافیت در مقررات متعددی مورد اشاره قرار گرفته است. «بندهای ۱۳ و ۱۸» سیاست‌های کلی نظام اداری، عدالت‌محوری، شفافیت و روز آمدی در تنظیم و تنقیح قوانین و مقررات اداری و شفاف‌سازی و آگاهی بخشی نسبت به حقوق و تکالیف متقابل مردم و نظام اداری با تأکید بر دسترسی آسان و ضابطه‌مند مردم به اطلاعات صحیح را مورد اشاره قرار داده است.

هم چنین در نقشه راه اصلاح نظام اداری مصوب یکصد و شصت و دومین جلسه‌ی شورای عالی اداری (مصوبه‌ی شماره‌ی ۲۰۶/۹۳/۵۶۰ مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۰) موضوع شفافیت در برنامه‌ی هشتم تحت عنوان «نظارت و ارزیابی» از اصول راهبردی نظام اداری قلمداد شده است. البته در «ماده ۲۹

1-open meeting

2-. Martini, Maira, Proactive Disclosure of Information and State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2014, pp. 2-3.

قانون برنامه‌ی ششم،^۱ نیز یکی از مصادیق شفافیت؛ یعنی درج حقوق و مزایای مدیران و مشمولین در سامانه در زمره‌ی تکالیف دولت مطرح شده است که تاکنون عملیاتی نشده است.

بند سوم: مشارکت با ذی نفعان در برنامه‌های مبارزه با فساد

شرکت‌های دولتی بایستی ذی نفعان کلیدی خود را شناسایی کنند و با آن‌ها به طور منظم در طراحی و اجرای برنامه‌های مبارزه با فساد مشارکت نمایند. مشارکت ذی نفعان تنها زمانی کارآمد خواهد بود که ارتباط واقعی بین شرکت دولتی و ذی نفعان آن؛ از جمله کارکنان، مردم، جامعه‌ی مدنی، سیاستمداران، مقامات رسمی، سرمایه‌گذاران و اشخاص ثالث برقرار باشد. چنین مشارکتی می‌تواند از طریق اطلاع‌رسانی به ذی نفعان، تبادل دیدگاه‌ها و ارائه‌ی بازخورد از نتایج تبادلات قبلی، شرایط را برای طراحی یک برنامه‌ی مبارزه با فساد مهیا سازد.^۲

در این راستا لازم است که اصناف و اتحادیه‌های کارگری، مورد مشورت قرار گیرند؛ چرا که می‌توانند پیشنهادهای بسیاری را در رابطه با برنامه‌های مبارزه با فساد مرتبط با زیر مجموعه‌های خود ارائه دهند. مشارکت آن‌ها به دلیل برخورداری از تخصص، دانش، ارتباطات و حمایت از برنامه‌های مبارزه با فساد منجر به تقویت برنامه‌ی مبارزه با فساد خواهد شد. از آن جا که ممکن است دولت به عنوان یک سهامدار غالب، تصمیم‌گیری شرکت را کنترل کند و در موقعیتی قرار گیرد که با اتخاذ تصمیماتی به حقوق سهامداران ضرر برساند و ریسک فساد را افزایش دهد، ضرورت دارد تا ذی نفعان خاص و دارای حقوق ویژه‌ای؛ مانند نمایندگان کارمندان، نمایندگان سهامداران اقلیت یا نمایندگان مصرف‌کنندگان در طراحی برنامه‌ی مبارزه با فساد و اجرای آن مشارکت داشته و مورد مشورت قرار گیرند.^۳

مشارکت این دسته از ذی نفعان می‌تواند اهرم فشاری برای بهبود برنامه‌ی مبارزه با فساد شرکت دولتی و مقاومت در برابر مداخلات نامناسب سیاستمداران و مقامات دولتی در عملیات آن باشد. در تکمیل این فرایند لازم است تا هیأت مدیره به طور منظم به سهامداران در خصوص تعهد خود به اخلاق و سلامتی و نظارت بر برنامه‌ی مبارزه با فساد گزارش دهند.

1-Wickberg, Sofia, Transparency of State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2013, p. 25.

2-OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 39.

بند چهارم: تأمین شفافیت در ارتباط با مالکیت شرکت

مداخله‌ی سیاستمداران و دیگر مقامات دولتی در اداره، مدیریت و فعالیت شرکت‌های دولتی، یکی از حوزه‌های پر خطر فساد در این شرکت‌ها است. توانایی شرکت دولتی برای اجرای مناسب‌ترین شیوه‌ی اداره‌ی شرکت بستگی به چارچوب مدیریتی تنظیم شده از سوی نهاد مالکیت آن دارد. داشتن شفافیت در خصوص ساختار مدیریتی، سهامداران و سایر ذی‌نفعان را قادر می‌سازد تا قضاوت کنند که اولاً آیا ساختار تنظیم شده مطابق با استانداردهای بین‌المللی قوأم یافته است؟ و ثانیاً آیا این موضوع توسط نهاد مالکیت شرکت دولتی ترویج داده شده یا در تنگنا قرار گرفته است؟

هم چنین لازم است که شرکت دولتی در مورد هر گونه حمایت دولتی، کمک‌های مالی، قراردادهای و سایر مواردی که می‌تواند مزایایی را نسبت به سایر رقبای تجاری در بر داشته باشد شفاف باشد. تأمین شفافیت در این حوزه می‌تواند به عنوان یک عامل بازدارنده نسبت به فساد که ممکن است در یک شرکت دولتی به دلیل ارتباط با سیاستمداران و مقامات دولتی به وجود آید، عمل کند و موجب بهبود در ترتیبات مدیریتی و اجرایی شرکت از طریق استفاده از فشارهای ذی‌نفعان شود. شفافیت و گزارش‌دهی عمومی در خصوص مجوزهای اختصاص داده شده، تغییرات در مالکیت، مجوزها و ساختار مدیریتی شرکت، نمونه‌هایی برای تأمین این مهم به شمار می‌روند.

بر همین اساس نیز ضرورت دارد که تفکیک واضحی بین نقش دولت به عنوان نهاد تنظیم‌کننده‌ی بازار و نقش آن به عنوان مالک شرکت وجود داشته باشد. این موضوع به جهت در اختیار قرار دادن تعریفی واضح از رابطه‌ی بین دولت و شرکت‌های دولتی به منظور جلوگیری از تعارض منافع و تحریف بازار از اهمیت به سزایی برخوردار است.^۱

۲. به عنوان مثال، دولت فنلاند به منظور تحقق این هدف در سال ۲۰۰۷ قانون مدیریت سهام و مالکیت دولتی را تصویب کرد که در آن نهادهای تنظیم‌کننده‌ای از دولت را جدای از دولت به عنوان مالک شرکت‌های دولتی مستقر کرد یا قانون مدیریت مؤسسات عمومی کروی جنوبی مصوب ۲۰۰۷ از طریق ایجاد «سازمان سیاست‌گذاری نهادهای عمومی» به عنوان زیرمجموعه‌ی وزارت امور راهبردی و مالی، تفکیک واضحی را بین نقش دولت به عنوان مالک شرکت‌های دولتی و نقش آن به عنوان تنظیم‌کننده‌ی بازار برقرار کرد.

OECD, State-Owned Enterprise Governance Reform: An Inventory of Recent Change, OECD Publishing, Paris, 2011, pp.

حال پس از آشنایی با اصول کلی شفافیت در شرکت‌های دولتی نوبت به بررسی الگوهای نشأت یافته از آن در کشورهای دنیا می‌رسد.

گفتار سوم: الگوی‌های تأمین شفافیت شرکت‌های دولتی در جهان

در این بخش به بررسی اقدامات موردی سایر کشورها، در خصوص افزایش شفافیت در شرکت‌های دولتی می‌پردازیم. در یک دسته‌بندی کلی می‌توان اقدامات انجام شده را در قالب چهار الگو پردازش کرد؛ هر چند که برخی از کشورها تلفیقی از دو یا سه الگو را برگزیده‌اند.

بند اول: الگوی ارائه‌ی گزارش جامع سالانه

کشورهایی چون آلمان، سوئیس، هند و ترکیه شرکت‌های دولتی را مکلف کرده‌اند تا گزارشی از اقدامات مالی و اداری خود را در دوره‌های زمانی مشخص، جهت پاسخگویی به نهادهای حاکمیتی ارائه دهند.

تغییراتی که در سال ۲۰۰۹ در قانون بودجه‌ی فدرال آلمان به تصویب رسید مقرر می‌دارد که علاوه بر گزارش سالانه در مورد دارایی‌های دولت فدرال، نه تنها اعضای اداره‌ی دارایی فدرال؛ بلکه اعضای هیأت مدیره‌ی شرکت‌های دولتی نیز بایستی جهت پاسخگویی به سؤالات مربوط به بودجه‌ی شرکت‌های دولتی، سهام آن‌ها، سرمایه‌گذاری‌ها و... در کمیته‌ی پارلمانی خاصی حاضر شوند.

در کشور سوئیس از سال ۲۰۱۱ به بعد، گزارش‌های جامعی در مورد تمامی شرکت‌های دولتی به پارلمان تقدیم می‌شود و پس از آن برای اطلاع عموم انتشار می‌یابد. هم چنین قانون شرکت‌های هندوستان مصوب ۲۰۱۳ مقرر می‌دارد که گزارش‌های سالانه‌ی شرکت‌ها بایستی شامل یک بخش مجزا در رابطه با «حاکمیت شرکتی»^۱ و انطباق فعالیت‌های

1- corporate governance

آینده‌ی «حاکمیت شرکتی» که در دهه‌ی پایانی قرن ۲۰ مطرح شد، به دنبال شناخت راهکارهای کاهش فرصت طلبی‌های مدیران و سهامداران عمده است. محور این ایده، توزیع وظایف و اختیارات و گردش اطلاعات میان ارکان شرکت است، به گونه‌ای که ضمن تفویض اختیارات به مدیران اجرایی، احتمال فرصت طلبی آن‌ها را به حداقل ممکن کاهش دهد. جمع میان تفویض اختیار و اعمال نظارت، راهبرد اساسی برای بهبود حاکمیت شرکتی است. بدون تفویض اختیار، مدیران نمی‌توانند تصمیمات لازم را در زمان مناسب اتخاذ کنند و از سوی دیگر، تفویض اختیار بدون طراحی نظام نظارتی کارآمد زمینه را برای سوءاستفاده و فرصت طلبی فراهم می‌سازد.

شرکت‌های دولتی با مؤلفه‌های آن باشد. بر اساس این قانون، شرکت‌های دولتی موظف هستند گزارش‌های انطباق خود را به صورت سه ماهه به وزارتخانه‌ی مربوطه ارسال کنند. هم چنین کلیه‌ی شرکت‌های مرکزی بخش عمومی^۱ برای اخذ گواهی از حساب‌رسان مکلف به ارائه‌ی این گزارش‌ها هستند.

و در نهایت در ترکیه با فرمان هیأت وزیران در سال‌های ۲۰۰۷ و ۲۰۰۹ نقش وزارت خزانهداری در رابطه با جمع‌آوری اطلاعات از شرکت‌های دولتی و تهیه‌ی یک گزارش سالانه از این شرکت‌ها، تقویت شده است. دامنه‌ی شمول این گزارش‌ها، کلیه‌ی شرکت‌های عمومی را در بر می‌گیرد؛ اعم از این که مالکیت شرکت متعلق به دولت مرکزی باشد یا متعلق به سایر نهادهای عمومی؛ مانند دولت‌های محلی (شهرداری‌ها) یا شرکت‌های زیر مجموعه‌ی این شرکت‌ها که توسط آن‌ها ایجاد و راه‌اندازی شده‌اند.

این گزارش‌ها در قالب «گزارش‌های شرکت‌های عمومی»^۲ جمع‌آوری و منتشر می‌شوند. پیش از تصویب فرمان‌های مذکور، تنها شرکت‌هایی که سهم دولت از سرمایه‌ی آن‌ها بیش از ۵۰ درصد بود مشمول نظارت قرار می‌گرفتند که این فرمان‌ها امکان نظارت بر شرکت‌های تحت مالکیت دولت‌های محلی، شرکت‌های قانونی تحت مالکیت سایر نهادهای عمومی و بانک‌های دولتی را نیز فراهم کرده است.^۳

بند دوم: الگوی ایجاد فرایند حسابرسی داخلی

در این الگو، یا عضوی از هیأت مدیره‌ی شرکت دولتی به عنوان نهاد حسابرسی شرکت، جهت رسیدگی به فرایندهای حسابرسی و بررسی صورتهای مالی آن انتخاب می‌شود و موظف است گزارش حسابرسی خود را به هیأت مدیره یا کمیته‌ی حسابرسی آن ارائه دهد یا دولت، نماینده‌ی خود (معمولاً عضوی از وزارت اقتصاد) را به عنوان یک نهاد حسابرسی در هر یک از شرکت‌های دولتی به کار گمارد تا همه ساله گزارش حسابرسی خود را به دولت ارائه دهد. در نهایت نیز این گزارش‌ها برای دسترسی عمومی مردم در وب سایت وزارت مربوطه منتشر می‌شوند؛ از جمله کشورهای شاخص این الگو می‌توان به ایتالیا و یونان اشاره کرد.

1-Central Public Sector Enterprises (CPSEs).

2-Public Enterprise Reports.

3-OECD, State-Owned Enterprise Governance Reform An Inventory of Recent Change, OECD Publishing, Paris, 2005,

در ایتالیا، ابتدا با تصویب قانونی در سال ۲۰۰۵، الزام مربوط به تعیین یک مقام ارشد حسابرسی، جهت رسیدگی به فرایندهای حسابرسی و بررسی صورتهای مالی که قبلاً در خصوص شرکت‌های غیر دولتی وجود داشت، به شرکت‌های دولتی نیز تسری پیدا کرد. این مقام ارشد معمولاً از میان اعضای هیأت مدیره‌ی خود شرکت دولتی تعیین می‌شود. نهاد حسابرسی داخلی این شرکت‌ها موظف است گزارش حسابرسی را به هیأت مدیره‌ی شرکت یا کمیته‌ی حسابرسی آن ارائه دهد.

در مرحله‌ی دوم با تصویب قانونی در سال ۲۰۰۸ مقرر شد که شرکت‌هایی که ۱۰۰ درصد سهام آن‌ها متعلق به دولت است یا تصمیم‌گیر اصلی در آن‌ها دولت به حساب می‌آید، موظف هستند به هنگام استخدام کارکنان یا خرید مشاوره‌ی خارجی از رویه‌های بی‌طرفانه، عمومی و شفاف مشخصی، پیروی کنند.

در یونان، نیز دولت که سهام‌دار اصلی شرکت‌های دولتی به حساب می‌آید از سال ۲۰۰۵ به بعد، نماینده‌ایی از وزارت مالیه‌ی خود را به عنوان نهاد حسابرسی داخلی در این شرکت‌ها به کار گمارده است تا همه ساله گزارش حسابرسی خود را به دولت ارائه دهد. گزارش‌های نهاد حسابرسی داخلی هر شرکت برای دسترسی عموم مردم، در وب سایت وزارت مالیه‌ی این کشور منتشر می‌شود.^۱

در ایران نیز، هر چند از سویی وظیفه‌ی رسمی حسابرسی بر شرکت‌های دولتی وفق «بند الف، ماده ۷ اساسنامه‌ی سازمان حسابرسی» و «بند ۱، تبصره‌ی ۲ ماده واحده قانون تشکیل سازمان حسابرسی»، بر عهده‌ی سازمان حسابرسی است و از سوی دیگر نیز منبعث از آیین‌نامه‌های مالی شرکت‌های دولتی (به عنوان مثال ماده ۸ آیین‌نامه مالی شرکت مادر تخصصی فرودگاه‌های کشور)^۲ در ساختار داخلی شرکت‌های دولتی واحد و اداره کلی تحت عنوان حسابرسی داخلی، مسئول حسابرسی داخلی و ارائه‌ی گزارش به هیأت مدیره‌ی شرکت می‌باشند؛ لکن با مراجعه به تارنماهای شرکت‌های مذکور و هم چنین سامانه‌ی انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مشاهده می‌شود که این حکم قانونی در بسیاری از موارد به صورت کامل اجرا نشده است.

1-OECD, State-Owned Enterprise Governance Reform An Inventory of Recent Change, OECD Publishing, Paris, 2005, p. 24

۲. «ماده ۸» شرکت دارای یک واحد حسابرسی داخلی خواهد بود که وظایف محوله را تحت نظر هیأت مدیره انجام خواهد داد.

از سوی دیگر باید یادآور شد با عنایت به انتصاب مدیر کل حسابرسی داخلی شرکت‌های دولتی از سوی مدیر عامل شرکت و توانایی مطلق وی در عزل مسئول حسابرسی داخلی، عمده‌تاً استقلال نظر این اداره کل، تحت‌الشعاع قرار گرفته و عملاً از کارایی لازم برخوردار نیست.

از سوی دیگر هر چند وفق «ماده ۱۳۲ قانون محاسبات عمومی ترازنامه و حساب سود و زیان» (شامل عملیات جاری و طرح‌های عمرانی)، در صورتی قابل طرح و تصویب در مجمع عمومی خواهد بود که از طرف حسابرسی منتخب وزارت امور اقتصادی و دارایی مورد رسیدگی قرار گرفته و گزارش حسابرسی را همراه داشته باشد؛ لکن در وادی عمل پس از تصویب صورت‌های مالی شرکت در مجمع عمومی وفق «ماده ۱۱۶»، لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، تصویب ترازنامه و حساب سود و زیان هر دوره‌ی مالی شرکت، به منزله‌ی مفصلاً حساب مدیران برای همان دوره مالی می‌باشد که این امر می‌تواند با عنایت به ترکیب اعضای مجمع شرکت‌های دولتی (وزیر امور اقتصادی و دارایی، رئیس سازمان برنامه و بودجه و وزیری که شرکت دولتی زیر مجموعه‌ی آن وزارتخانه است) محملی برای نادیده انگاشتن تخلفات مدیران شرکت‌های دولتی قرار گیرد.

بند سوّم: الگوی انتشار اطلاعات

کشورهایی چون سوئد، آرژانتین، برزیل، مکزیک، نیوزلند و کره‌ی جنوبی هر یک سطوح مختلفی از انتشار اطلاعات را به اجرا درآورده‌اند و دولت یا شرکت‌های دولتی را مکلف به انجام اقدامات مربوط به شفاف سازی اطلاعات نموده‌اند.

در نیوزلند، با تصمیم وزاری سهامدار شرکت‌های دولتی از سال ۲۰۱۰ «رژیم دائمی انتشار اطلاعات»، در مورد هفت شرکت بزرگ دولتی این کشور برقرار شد که هدف آن عبارت است از این که عموم مردم را به طور مداوم نسبت به موضوعات مختلفی که ممکن است بر هر یک از این هفت شرکت دولتی اثر بگذارد، آگاه سازد.

دولت سوئد نیز در سال ۲۰۰۷ دستورالعمل‌هایی را به تصویب رساند که بر اساس آن، هر یک از شرکت‌های دولتی موظف به ارائه‌ی گزارش‌هایی تحت عنوان: گزارش‌های سالانه، گزارش‌های دوره‌ای، گزارش نظارت و کنترل داخلی و گزارش مطابقت اقدامات و فعالیت‌های شرکت با مؤلفه‌های توسعه‌ی پایدار هستند. این دستورالعمل‌ها مبتنی بر اصل «مطابقت

یا توضیح»^۱، تنظیم شده‌اند. به این صورت که بر اساس آن‌ها، مندرجات گزارش شرکت یا بایستی حاوی اعلام مطابقت اقدامات و فعالیت‌های آن با دستورالعمل‌های مذکور باشد یا توضیح دهد که به چه دلایلی دستورالعمل‌ها رعایت نشده‌اند.

هیأت مدیره‌ی شرکت نیز بایستی در گزارش سالانه‌ی خود از یک سو، شیوه‌های اعمال دستورالعمل‌ها در سال مالی گذشته را توضیح دهد و از سوی دیگر نسبت به هر گونه انحراف از آن‌ها پاسخگو باشد. موارد مذکور بایستی در وب سایت رسمی شرکت‌ها منتشر شود.

در آرژانتین بر اساس فرمان شماره‌ی ۱۱۷۲ لازم است که تمامی شرکت‌های دولتی اطلاعات مالی خود را به منظور دسترسی عموم مردم منتشر کنند. با این حال در عمل تنها برخی از شرکت‌های دولتی موظف به رعایت استانداردهای گزارش دهی مالی جهانی (IFRS)^۲ و انتشار اطلاعات مالی هم چون بودجه‌ها و اهداف مالی خود شده‌اند.

در برزیل و بر اساس قانون دسترسی به اطلاعات مصوب ۲۰۱۱ و فرمان شماره‌ی ۷۷۲۴ این کشور، کلیه‌ی نهادهای عمومی از جمله شرکت‌های دولتی بایستی به صورت فعالانه فهرستی از اطلاعات؛ هم چون اطلاعات مربوط به سلسله مراتب و ساختار داخلی شرکت، فرایند معاملات دولتی، برنامه‌ی فعالیت‌های مقامات و بسیاری از موارد دیگر را منتشر کنند. هم چنین شرکت‌های دولتی و سایر نهادهای عمومی بایستی شبکه‌های ارتباطی را به منظور تسهیل دسترسی مردم به اطلاعات مالی و غیر مالی خود فراهم سازند.

هم چنین در ایتالیا، در سال ۲۰۰۹ قانونی به تصویب رسید که بر اساس آن دولت موظف است لیست کلیه‌ی شرکت‌های دولتی و شرکت‌هایی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم زیر مجموعه‌ی آن‌ها قرار دارند را منتشر کند.

از سوی دیگر قانون شفافیت عمومی و دسترسی به اطلاعات عمومی مکزیکی، که در حقیقت جلوه‌ایی از «ماده ۶» قانون اساسی آن در رابطه با شفافیت و دسترسی به اطلاعات به حساب می‌آید با هدف استقرار اصول، قواعد و رویه‌هایی برای تضمین حق دسترسی به اطلاعات در اختیار کلیه‌ی نهادهای و شرکت‌های عمومی که به نحوی از منابع عمومی استفاده می‌کنند یا به اعمال اقتدار می‌پردازند به تصویب رسیده است.

1-comply or explain.

2-International Financial Reporting Standards.

قانون فدرال شفافیت و دسترسی به اطلاعات نهادهای عمومی دولتی، نیز به منظور تضمین دسترسی عمومی به اطلاعات نهادهای فدرال در این کشور به تصویب رسیده است. از سوی دیگر بزرگ‌ترین شرکت‌های دولتی مکزیک^۱ موظفند گزارش‌های مربوط به امور تجاری، مالی، اداری، عملکردی، قانونی، اطلاعات اقتصادی، اطلاعات مدیریت خطر، اطلاعات مربوط به بورس اوراق بهادار، گزارش‌هایی که موظفند به مجلس ارائه دهند، نسخه‌ی عمومی طرح‌های تجاری، اطلاعات مربوط به تصمیمات هیأت مدیره و گزارش‌های کمیته‌ی حسابرسی را منتشر کرده و در معرض انظار عمومی قرار دهند.

در ترکیه، نیز مطابق با فرمان خاص هیأت وزیران، از سال ۲۰۰۶ به بعد، کلیه‌ی شرکت‌های دولتی مکلفند گزارش‌های سالانه‌ی خود را در وب سایت‌های رسمی و به روز خود منتشر کنند. هم‌چنین بر اساس قانون حسابرسی لیتوانی، شرکت‌های اصلی (مادر) فهرست شده توسط قانون و هم‌چنین شرکت‌های دولتی بایستی صورت‌های مالی یکپارچه‌ی خود را مطابق با «استانداردهای حسابرسی بین‌المللی»^۲ یا «استانداردهای حسابرسی ملی»، تهیه کنند.

بر اساس این قانون، حساب‌های سالانه‌ی شرکت‌های دولتی در دسترس عموم قرار می‌گیرند و در سامانه‌ی ثبت ملی شرکت‌های حقوقی منتشر می‌شوند. بر اساس دستورالعمل‌های شفافیت لیتوانی که بر پایه‌ی اصل انطباق یا توضیح تنظیم شده‌اند، اطلاعات شرکت‌ها بایستی برای تهیه‌ی گزارش‌های جامع، جمع‌آوری شده و منتشر گردد. اعلامیه‌ها و گزارش‌های مالی این شرکت‌ها در وب سایت هر یک از آن‌ها در دسترس عموم قرار می‌گیرد.

در نهایت شاید بتوان کره‌ی جنوبی را برجسته‌ترین کشور در تأمین شفافیت مالی و اداری شرکت‌های دولتی به شمار آورد. بر اساس قانون انتشار اطلاعات اداری این کشور مصوب ۱۹۹۸، لازم است که اطلاعات مربوط به عملکرد کلیه‌ی نهادهای دولتی، شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی انتشار داده شوند. در راستای همین الزام قانونی، دولت این کشور وب سایتی^۳ را راه‌اندازی کرده است که در آن، تمامی شرکت‌های دولتی موظفند هر دو قسم اطلاعات مالی و اطلاعات غیر مالی خود را بر اساس طبقه‌بندی‌های مشخصی منتشر کنند و به وسیله‌ی آن هر شهروند قادر می‌شود که دید واضحی از عملکرد کلی و ارزیابی‌های شرکت‌های دولتی به دست آورد.^۴

1-Petróleos Mexicanos (PEMEX) and Comisión Federal de Electricidad (CFE).

2- International Accounting Standards (IFRs).

3- www.alio.go.kr.

4-OECD, Disclosure and Transparency in the State-Owned Enterprise Sector in Asia: Stocktaking of National Practices, OECD Publishing, Paris, 2017

شمای کلی موضوعاتی که به انتشار عمومی می‌رسد، به شرح ذیل است:^۱

طبقه‌بندی‌های اطلاعاتی	موضوعات
عملکرد شرکت	تعداد مستخدمین
	وضعیت مدیران
	استخدام جدید
	حقوق سالانه مدیران
	میانگین حقوق ماهانه مستخدمین
	هزینه‌های کسب و کار شرکت که به وسیله‌ی رئیس انجام شده
	هزینه‌های رفاهی
	جزئیات سفرهای کاری خارج از کشور
	وضعیت مربوط به اتحادیه‌های کارگری شرکت
	قوانین و مقررات استخدامی
عملکرد مدیریتی	ترازنامه شرکت
	صورتحساب درآمد
	درآمدها و هزینه‌ها
	پروژه‌های اصلی
	سرمایه‌گذاری‌های و مشارکت‌ها
	جزئیات اجرای سرمایه‌گذاری‌ها
	سرمایه و سهامداران

1-Act on the Management of of Public Institutions of 2007 available at : yon.ir/Owc61

	قرض‌های کوتاه مدت و بلند مدت
	کمک‌های سالانه و کمک‌های مالی
	مدیریت هزینه‌های اضافی
ارزیابی درونی و بیرونی	گزارش‌های مجلس
	گزارش هیأت‌های بازرسی و حسابرسی
	گزارش وزارتخانه‌های مسئول
	نتایج ارزیابی عملکرد مدیریتی
	گزارش ارزیابی عملکرد مدیریتی
	نتایج نظرسنجی رضایت مشتریان
	نتایج ارزیابی عملکرد کار حسابرسان
	تعداد دقیق جلسات مدیران و نتایج حسابرسی داخلی
	نمونه‌هایی از نوآوری‌های مدیریتی
اطلاعاتیها	اطلاعات استخدامی
	اطلاعات مناقصات
	گزارش‌های تحقیقات
	سایر اطلاعات

در این کشور علاوه بر موارد فوق که انتشار آن از سوی دولت انجام می‌شود، هر یک از شرکت‌های دولتی نیز خود رأساً به انتشار گزارش‌های منظم، به موقع و حاوی اطلاعات مفید می‌پردازند و آن‌ها را در وب سایت‌های رسمی خود منتشر می‌کنند.

این شرکت‌ها هم چنین میزان پرداخت‌هایشان به دولت؛ مانند مالیات‌ها و حق‌الامتیازها و هم چنین میزان حمایت‌های مالی که از دولت دریافت کرده‌اند؛ مانند تضمین‌های وام‌ها را به صورت گزارش، منتشر می‌کنند. هزینه‌ی تعهدات غیرتجاری که بر شرکت‌های دولتی نیز تحمیل می‌شود، در گزارش‌های سالانه منتشر می‌شود و در بودجه‌ی اختصاصی این شرکت‌ها منظور می‌گردد.^۱

1-Lee, Whonhee, Transparency of State-Owned Enterprises in South Korea, International Budget Partnership, Seoul, 2014, p. 9.

با وجود این که قوانین دسترسی به اطلاعات از کشوری به کشور دیگر متفاوت است، روند کلی این است که اطلاعات به طور مناسبی فعالانه منتشر شوند و حتی این موضوع به صورت یک تعهد تضمین شده نسبت به بسیاری از مؤسسات نظارتی تعهد داده می‌شود. کشورهایی هم چون برزیل^۱، استونی^۲ و اسپانیا^۳ نیز در حال حاضر، شرکت‌های دولتی را موظف به انتشار فعالانه‌ی اطلاعات کرده‌اند. در ایران نیز با تصویب قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، این الگو مورد استفاده قرار گرفت. این قانون، مقرر می‌دارد:

«هر يك از مؤسسات عمومی^۴ باید جز در مواردی که اطلاعات دارای طبقه‌بندی می‌باشد، در راستای نفع عمومی و حقوق شهروندی دست کم به طور سالانه اطلاعات عمومی شامل عملکرد و ترازنامه (بیلان) خود را با استفاده از امکانات رایانه‌ای و حتی‌الامکان در يك کتاب راهنما که از جمله می‌تواند شامل موارد زیر باشد منتشر سازد و در صورت درخواست شهروند با اخذ هزینه تحویل دهد:

الف. اهداف، وظایف، سیاست‌ها و خطی‌مشی‌ها و ساختار.

ب. روش‌ها و مراحل اتمام خدماتی که مستقیماً به اعضاء جامعه ارائه می‌دهد.

ج. ساز و کارهای شکایت شهروندان از تصمیمات یا اقدامات آن مؤسسه.

د. انواع و اشکال اطلاعاتی که در آن مؤسسه نگهداری می‌شود و آیین دسترسی به آن‌ها.

و. اختیارات و وظایف مأموران ارشد خود.

ه. تمام ساز و کارها یا آیین‌هایی که به وسیله آن‌ها اشخاص حقیقی و حقوقی و سازمان‌های غیر دولتی می‌تواند در اجراء اختیارات آن واحد مشارکت داشته یا به نحو دیگری مؤثر واقع شوند.

با این حال، تفاوت به کارگیری این الگو در نظام حقوقی ایران با بسیاری دیگر از کشورها، عدم الزام شرکت‌های دولتی به انتشار «فعال و علی‌الرأس» این اطلاعات است به نحوی که تحقق تمامی این موارد منوط به درخواست موردی شهروندان شده است.

1- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm.

2- <https://www.rti-rating.org/files/pdf/Estonia.pdf>.

3- <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>.

۴. نظر به این که «بند د، ماده ۱»، قانون مذکور «مؤسسه عمومی» را سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به معنای عام کلمه شامل تمام ارکان و اجزاء آن که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده است معرفی می‌کند، شرکت‌های دولتی قسمی از مؤسسات عمومی و مشمول الزامات مندرج در این قانون خواهند بود

ذکر این نکته ضروری است که با توجه به تأثیرات قابل توجه اقتصادی و اجتماعی شرکت‌های دولتی بر مردمان یک کشور، استانداردهای بالای شفافیت و انتشار فعالانه‌ی اطلاعات، ارتباط مستقیمی با اعتماد عمومی مردم نسبت به آن‌ها دارد. هم‌چنین تجارب بین‌المللی نشان می‌دهد که بی‌پردگی و شفافیت در اطلاعات، مناسب‌ترین روش برای پیشگیری از خطرات مرتبط با اداره‌ی شرکت‌های دولتی است.

بند چهارم: الگوی درج بودجه‌ی شرکت‌های دولتی در قانون بودجه

هر چند درج بودجه‌ی تفصیلی شرکت‌های دولتی در قانون بودجه‌ی سالانه‌ی کل کشور می‌تواند از یک سو، نقش مهمی در تأمین شفافیت مالی این شرکت‌ها ایفاء کند و از سوی دیگر، زمینه‌ی اعمال نظارت نهادهای حسابرسی و ممیزی را بر عملکرد این شرکت‌ها فراهم سازد؛ اما نظر به تمایز ماهوی بودجه‌ی شرکت‌های دولتی از بودجه‌ی عمومی کشور، بسیاری از کشورها ترجیح داده‌اند، بودجه‌ی این شرکت‌ها را از درج در قوانین بودجه‌ای خود مستثنی نمایند و تأمین شفافیت و جلوگیری از فساد در آن‌ها را، از سایر طرق پیش گفته دنبال کنند.

از جمله این کشورها می‌توان به نیوزلند^۱، کره‌ی جنوبی و آلمان اشاره کرد. مطابق با «ماده ۱۴ قانون بودجه و حسابداری کره‌ی جنوبی مصوب ۱۹۶۱»، نهادهایی که تحت پوشش بودجه‌ی ملی قرار دارند؛ شامل دفتر ریاست جمهوری، مجلس شورای ملی، قوه‌ی قضاییه، تمامی وزارتخانه‌های مرکزی، سازمان‌ها و کمیسیون‌ها و شرکت‌های دولتی از بودجه‌ی ملی مستثنی هستند.^۲

هم‌چنین بر اساس قانون «نحوه‌ی تصویب بودجه فدراسیون و ایالات» آلمان مصوب ۱۹۶۹ از آن جا که بودجه‌ی دولت تنها، نهادهایی که از اصول حسابداری دولتی پیروی می‌کنند را در بر می‌گیرد، شرکت‌های دولتی که به لحاظ قانونی مستقل بوده و از اصول حسابداری تجاری استفاده می‌کنند را شامل نمی‌شود.

با این حال مطابق با «بند ۱، ماده ۱۸» این قانون، در صورتی که اجرای مندرجات قانون بودجه برای شرکت‌های دولتی امکان‌پذیر نباشد، لازم است تا بودجه‌ی عملیاتی خود یا خلاصه‌ای از آن را به عنوان ضمیمه یا متن توضیحی (تفسیری) به قانون بودجه پیوست کنند. شایان ذکر است که بر اساس ماده ۴۲ قانون مذکور، اختیار دادگاه حسابرسی این

1- Lienert, Ian, The Legal Framework for Budget System (An International Comparison), OECD Journal on Budgeting (Special Issue), Vol. 4, 2004, p. 240.

2- Ibid, p. 162.

کشور در حسابرسی از شرکت‌های دولتی، محدود به شرکت‌هایی که بودجه عملیاتشان به قانون بودجه الحاق می‌گردد نشده و کلیه‌ی شرکت‌های دولتی را در بر می‌گیرد.^۱

در ایران از سویی بودجه‌ی شرکت‌های دولتی می‌بایست به تصویب هیأت مدیره و متعاقباً مجمع عمومی شرکت برسد و متعاقباً حسب دستورالعمل تهیه و تنظیم بودجه‌ی شرکت‌های دولتی و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت جهت اجرای تشریفات قانونی و نهایتاً درج کلیات آن در بودجه عمومی کشور به سازمان برنامه و بودجه ارسال شود. البته درج بودجه شرکت‌های دولتی در قانون بودجه موجب خواهد شد که نظارت دوگانه مجمع عمومی شرکت از یک سو و نهادهای نظارتی از قبیل دیوان محاسبات کشور، سازمان بازرسی کل کشور، وزارت امور اقتصادی و دارایی و سازمان برنامه و بودجه را در پی داشته باشد. با عنایت به ساختار شرکت‌های دولتی، چنین نظارت‌هایی البته ضروری و لازم جلوه می‌نماید.

1- Ibid, p. 112.

نتیجه‌گیری

گسترش دامنه‌ی موضوعی فعالیت شرکت‌های دولتی و نیز سهم قابل توجه آن‌ها از درآمدها و دارایی‌های دولت‌ها سبب شده است تا مبارزه با فساد و تنظیم ساز و کارها و ضوابط حاکم بر آن در شرکت‌های دولتی به یکی اصلی‌ترین دغدغه‌های حکمرانی در جهان مبدل شود. از همین رو، نهادهای بین‌المللی و تخصصی ممحض در این حوزه مدتهاست که توجه خود را به این مهم معطوف داشته و در مسیر دستیابی به ضوابط حاکم بر مبارزه با فساد در این شرکت‌ها گام برداشته‌اند.

به اذعان نهادهای مذکور، مؤثرترین راهکار تحقق نظارت مطلوب بر نحوه‌ی عملکرد شرکت‌های دولتی و جلوگیری از فساد مالی و اداری در آن‌ها، «تأمین شفافیت امور مالی و اداری» است. از همین رو چهار اصل را به عنوان اصول حاکم بر تحقق شفافیت در شرکت‌های دولتی احصاء نموده‌اند که عبارت‌اند از:

۱. استقرار مناسب ترین شیوه‌های پاسخگویی شامل دسترسی عموم به اطلاعات مربوط به عملکرد، روش‌ها و فعالیت‌های شرکت‌های دولتی و نیز گزارش‌دهی عمومی از طریق ارتباط رسمی با ذی نفعان شرکت ۲. اعمال شفافیت سازمانی از طریق افشای عمومی دارایی‌های شرکت اصلی، شرکت‌های تابعه، منسوبین به سیاستمداران و مقامات دولتی، معرفی شخصی که شرکت دولتی را کنترل می‌کند و در حقیقت صاحب اصلی آن به حساب می‌آید و نیز معرفی دیگر نهادها و بخش‌های تحت مالکیت و کنترل شرکت‌های دولتی به صورت فعالانه ۳. مشارکت با ذی نفعان در طراحی و اجرای برنامه‌های مبارزه با فساد ۴. تأمین شفافیت در ارتباط با مالکیت شرکت، ساختار مدیریتی و کمک‌ها و مزایای مالی دریافتی آن.

چنان که اشاره شد قوانین و مقررات داخلی ایران، تا حدی تنها به دو اصل نخست از چهار اصل یاد شده جامه عمل پوشانده‌اند. بررسی قوانین و مقررات کشورهای دنیا در خصوص پیش‌بینی ساز و کارهای تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی نشان می‌دهد که امروزه اصول چهارگانه‌ی فوق در قالب چهار الگوی ارائه‌ی گزارش جامع سالانه، ایجاد فرایند حسابرسی داخلی، انتشار اطلاعات و درج بودجه شرکت‌های دولتی در قانون بودجه، (البته بعضاً به صورت تلفیقی) در قوانین و مقررات کشورها به منصفی ظهور رسیده است.

در جمهوری اسلامی ایران نیز الگوی نخست در هر دو عرصه تقنین و اجراء مغفول مانده و الگوهای دوم، سوم و چهارم نیز علی‌رغم پیش‌بینی الزام قانونی، هر یک به دلیلی فاقد

کارآمدی کافی هستند. بر اساس یافته‌های پژوهش حاضر و در مقام ارائه راهکارهایی جهت اصلاح وضعیت موجود و نیز ارتقای کارآمدی ساز و کارهای مبارزه با فساد در شرکت‌های دولتی ایران باید گفت، ضروری است تغییرات و بازنگری‌هایی در هر دو ساحت نظر و عمل، نسبت به ساز و کارهای تضمین شفافیت در این شرکت‌ها صورت پذیرد.

از بُعد نظری لازم است که در کنار اصول ناظر به تأمین شفافیت در شرکت‌های دولتی که هم اکنون در ساختار حقوقی کشور به رسمیت شناخته شده و تا حدی پیاده‌سازی شده‌اند، دو اصل کاملاً مغفول؛ مشارکت با ذی‌نفعان در طراحی و اجرای برنامه‌های مبارزه با فساد و تأمین شفافیت در ارتباط با مالکیت شرکت، ساختار مدیریتی و کمک‌ها و مزایای مالی دریافتی آن، مطمح نظر قرار گرفته و تشریح شوند تا زمینه برای اجرایی‌سازی آن‌ها در نظام حقوقی فراهم گردد. در بُعد عملی نیز لازم است از یک سو، نواقص اصول پیاده‌سازی شده مرتفع گردد و از سوی دیگر ساز و کارهایی جهت تضمین اصول تاکنون اجرایی نشده، در نظر گرفته شود. از اصلی‌ترین راهکارها جهت رفع نواقص اصول پیاده‌سازی شده، (استقرار شیوه‌های پاسخگویی و اعمال شفافیت سازمانی) می‌توان به الزام شرکت‌ها به افشای فعالانه اطلاعات خود به جای رویکرد منفعل کنونی، گسترش مؤلفه‌های لازم افشاء در گزارش‌های شرکت‌ها، تنظیم استانداردهایی جهت راستی آزمایی و اطمینان از اثر بخشی اقدامات شرکت‌ها در این رابطه، ساده‌سازی گزارش‌ها جهت عامه فهم ساختن آن‌ها و از همه مهم‌تر، اجرایی‌سازی الزامات متروک قوانین و مقررات در رابطه با مؤلفه‌های تضمین شفافیت در شرکت‌های دولتی، اشاره کرد.

هم چنین به نظر می‌رسد از مهم‌ترین، ساز و کارهای مورد نیاز جهت تضمین اصول اجرایی نشده حاکم بر تحقق شفافیت در شرکت‌های دولتی (مشارکت با ذی‌نفعان و شفافیت مالکیت شرکت) می‌توان به طراحی سامانه‌ی مشارکت عمومی جهت مبارزه با فساد در شرکت‌های دولتی جهت مشارکت و تبادل نظر کارکنان، مردم، سرمایه‌گذاران و سایر ذی‌نفعان و نیز ارائه‌ی بازخورد تبادلات قبلی، شفاف‌سازی ساختار مدیریتی، سهامداران و ذی‌نفعان شرکت و تغییرات آن و شفاف‌سازی حمایت‌های دولتی به خصوص حمایت‌های مالی و مؤثر بر رقابت تجاری این شرکت‌ها اشاره کرد تا بتوان زمینه را برای مبارزه هر چه مؤثرتر با فساد در این شرکت‌ها فراهم ساخت.

فهرست منابع

کتاب‌ها و مقالات

- 1-Martini, Maíra, Proactive Disclosure of Information and State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2014
- 2-OECD, State-Owned Enterprises and Corruption: What Are the Risks and What Can Be Done?, OECD Publishing, Paris, 2018
- 3-OECD, Disclosure and Transparency in the State-Owned Enterprise Sector in Asia: Stocktaking of National Practices, OECD Publishing, Paris, 2017
- 4-OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris, 2015
- 5-OECD, State-Owned Enterprise Governance Reform: An Inventory of Recent Change, OECD Publishing, Paris, 2011
- 6-OECD, Accountability and Transparency A GUIDE FOR STATE OWNERSHIP, OECD Publishing, Paris, 2010
- 7-OECD, Towards Better Regulation in Corporate Governance, Experience in Implementing Regulatory Impact Assessment, OECD Publishing, Paris, 2008
- 8-OECD, State-Owned Enterprise Governance Reform An Inventory of Recent Change, OECD Publishing, Paris, 2005
- 9-Lienert, Ian, The Legal Framework for Budget System (An International Comparison), OECD Journal on Budgeting (Special Issue), Vol. 4, 2004
- 10-Lee, Whonhee, Transparency of State-Owned Enterprises in South Korea, International Budget Partnership, Seoul, 2014
- 11-Park, Chung-a, Enhancing The Transparency and Accountability of State-Owned Enterprises, Asian Development Bank Institute, Tokyo, 2020
- 12-Penfold, Michael, Transparency in the Corporate Governance of State-Owned Enterprises in Latin America, Transparency International, Berlin, 2015
- 13-Ulrich F.W. Ernst, «Methods for Resolving Problems of Responsibility and Transparency in the Activities of SOEs in Market Economies», Corporate Ownership & Control , Volume 1, 2004

14-Wickberg, Sofia, Transparency of State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2013

15-Wilkinson, Peter, 10 Anti-Corruption Principles for State-Owned Enterprises, Transparency International, Berlin, 2017

قوانین و مقررات

۱. برنامه‌ی هشتم نقشه‌ی راه اصلاح نظام اداری، مصوب یکصد و شصت و دومین، جلسه‌ی شورای عالی اداری، مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۰.
۲. قانون ارتقای سلامت اداری و مبارزه با فساد، مصوب ۱۳۹۰/۹/۱۹.
۳. قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸/۱۱/۴.
۴. قانون برنامه‌ی پنج ساله‌ی ششم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۶/۱/۱۶.
۵. قانون تشکیل سازمان حسابرسی، مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۵.
۶. لایحه‌ی قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴.
۷. قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶/۶/۱.
۸. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶/۷/۸.

چالش‌های حقوقی اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در حیطه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹

فریبرز صارمی نوری*

خدیجه شجاعیان**

کوروش استوار سنگری***

چکیده

کمیسیون تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، مرجع رسیدگی کننده به تخلفات ساختمانی در حوزه‌ی صلاحیت مراجع صدور پروانه ساختمانی دهیاری (در محدوده‌ی روستاها) و بخشداری (خارج از محدوده و حریم شهر) است. ضرورت رعایت حقوق شهروندی در مراجعات مطروحه در این نهاد شبه قضایی ایجاب می‌نماید که فرایند دادرسی، نحوه‌ی محاسبه و اخذ جرایم تخلفات ساختمانی، مستند به موازین قانونی مصوّب و تصمیم مراجع ذی صلاح و از شفافیت لازم برخوردار باشد. در این تحقیق مشخص شده است که چنان چه آرای این کمیسیون بر اخذ جریمه تعلق گیرد به دلیل خلاء قانونی (قانون مصوّب مجلس، آیین‌نامه‌ی اجرایی و آیین‌نامه‌ی مستقل) در هنگام محاسبه‌ی میزان آن در اجراء، با ابهامات و ایرادات حقوقی فراوانی همراه است؛ از جمله واگذاری امر تعیین قیمت اعیانی املاک به عهده‌ی کمیسیون مزبور امری خلاف اصل و صلاحیت نهادهای شبه قضایی است. دستورالعمل و بخشنامه‌ی صادره از سوی وزارت کشور در همین زمینه نیز نتواسته است اخذ جرایم تخلف ساختمانی را به طور بهینه ساماندهی نماید. در این تحقیق سعی شده است که با توصیف و تحلیل موضوع مورد اشاره از منظر حقوقی، زوایای پنهان و تنگناهای اجرای آرای فوق الذکر مورد بررسی و مذاقه قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: کمیسیون ماده ۹۹، تخلفات ساختمانی، جریمه‌ی تخلفات ساختمانی، عوارض ساختمانی.

*. فریبرز صارمی نوری، دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول).
sarm19007@gmail.com

** خدیجه شجاعیان، استاد یار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
khadijeh.shojaeian@gmail.com

*** کوروش استوار سنگری، استاد یار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.
kourosh_ostovar_s@yahoo.com

مقدمه

نظارت و کنترل بر ساخت و سازها امری ضروری و مستلزم در اختیار داشتن ابزار حقوقی مناسب در پیشگیری و توقّف عملیات ساختمانی غیر مجاز و هم چنین اعلان پیامی است که انگیزه‌های تخطی از مقررات ساخت و سازها را به پایین ترین حد کاهش دهد. خلاء قانونی در امر ساخت و سازهای خارج از محدوده و حریم شهرها، (در حیطه‌ی صلاحیت‌های دهیاری، بخشداری و کمیسیون ماده ۹۹) سبب گردیده است که مالکین و ذی مدخلان در امر ساخت و سازها به خوبی به تکالیف و اختیارات قانونی خود آشنا نباشند و به همین واسطه بسیاری از تخلفات ساختمانی در عرصه‌ی خارج از محدوده و حریم شهرها و هم چنین روستاها به وقوع پیوندند.

این تحقیق در صدد تبیین، توصیف و تحلیل حقوقی موازین موجود و بیان نقایص مبتلا به امر دادرسی و اجرای آرای کمیسیون شبه قضایی ماده ۹۹، در امر رسیدگی به تخلفات ساختمانی و نیز بررسی زوایای پنهان ضوابط موجود در راستای تأمین حقوق شهروندی و اصلاح رویه‌ها می‌باشد.

در پاسخ به این سؤال که آیا اخذ جرایم تخلفات ساختمانی ناشی از صدور آرای کمیسیون ۹۹ بر مبنای حقوقی پایداری استوار است؟ باید گفت ملاک محاسبه‌ی جریمه‌ی تخلفات ساختمانی مستند به تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری قیمت اعیانی املاک است که این مهم (تعیین بهای اعیانی) در اختیار همین کمیسیون قرار گرفته است که امری خلاف اصل و عملاً امور اجرایی به نهاد شبه قضایی سپرده شده و فرایندی برای نظارت و اعتراض به تصمیمات متخذه در این زمینه پیش بینی نشده است.

از سوی دیگر بخشداری به عنوان یک دستگاه حاکمیتی، با ضوابط موجود نمی تواند دارای حساب بانکی به منظور اخذ عوارض و جرایم تخلفات ساختمانی باشد. قانونگذار این مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی را مکلف نموده است ترتیبی اتخاذ نماید تا وجوه مزبور به حساب خزانه معین استان، واریز گردد. بخشداری هیچ اختیاری در هزینه کرد وجوه مورد اشاره ندارد. پر واضح است که ضوابط و فرایند موجود در امر اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در حوزه‌ی عملکرد دهیاری و بخشداری دارای ایراد اساسی در روند محاسبه‌ی جریمه به واسطه‌ی واگذاری تعیین قیمت اعیانی املاک به کمیسیون مزبور و هم چنین فقدان اختیار قانونی بخشداری (مرجع صدور پروانه ساختمانی در خارج از محدوده و حریم شهرها) در اخذ عوارض و جرایم تخلفات ساختمانی می‌باشد.

در حال حاضر درآمدهای ناشی از اخذ عوارض و جرایم تخلفات ساختمانی در خارج از محدوده و حریم شهرها در بودجه‌ی سالانه‌ی کل کشور به روستاهای فاقد دهیاری و مناطق عشایری اختصاص می‌یابد. دستورالعمل نحوه‌ی برخورد با تخلفات ساختمانی در روستاها و اراضی خارج از حریم شهرها و بخشنامه‌ی شماره‌ی ۲۲۳۷۲/۱/۳ مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۴ وزارت کشور نیز نتوانسته است به طور جامع، خلاء قانونی موجود را مرتفع نماید. به دلیل عدم توجه به حوزه‌ی ساخت و سازها در روستاها و در خارج از محدوده و حریم شهرها از سوی قانونگذار و فعالان حقوقی، متأسفانه در حوزه‌ی صلاحیت کمیسیون ماده ۹۹ فقره ادبیات حقوقی به وضوح مشهود است؛ لذا در این تحقیق تلاش شده است تا از مهم‌ترین منابع موجود بهره برده شود.

گفتار اول. تخلفات ساختمانی

تخلف ساختمانی به عنوان نقض مقررات و ضوابط شهرسازی، معماری، فنی و بهداشتی در ساخت و سازها، عدم رعایت اصول یا قواعد فنی در طراحی، محاسبه، اجرا، ایمنی و ضوابط حاکم بر طرح‌های جامع و تفصیلی شهر، طرح‌های روستایی و سایر طرح‌های توسعه ایی، اصول شهرسازی و عدم دریافت مجوز احداث بناء و یا احداث بناء خلاف مفاد پروانه‌ی ساختمانی و عدم توجه به مقررات ملی ساختمان (شامل مجموعه ایی از اصول و قواعد فنی) است.

ضوابط مربوط به ساخت و سازها بی تردید نقش مؤثری در نیل به اهداف عالی برنامه ریزی شهری، تأمین تندرستی، رفاه، زیبایی، آرامش، ایمنی و امنیت دارد و رعایت آن ضمن تأمین اهداف مذکور موجب ارتقاء کیفیت و افزایش عمر مفید ساختمان‌ها می‌گردد.^۱ رعایت نکردن قوانین و مقررات و ضوابط شهرسازی، فنی، ایمنی، بهداشتی و منظر ساختمان به هر دلیل از سوی سازنده یا سازندگان شهری تخلف شهری محسوب می‌شود.^۲ نوع و شدت تخلفات ساختمانی در هر جامعه و نظام شهری به خصوصیات حقوقی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و مدیریت شهرداری آن وابسته است.^۳

۱. صالحی میلانی، ساسان، مریم محمدی، «تدوین ضوابط و مقررات ساخت و ساز در مناطق کوهپایه ای (مطالعه موردی: محله باغ شاطر تهران)»، فصلنامه دانشگاه هنر، ۱۳۸۹، ۳، صص ۹۷-۱۱۶.
۲. معصوم، جلال، «تخلفات ساختمانی»، ماهنامه شهرداری، سازمان شهرداری‌های کشور، ۳، ۱۳۸۰، ۳۳، ۴۹-۵۱.

۳. افضل‌ی، رسول و همکاران، بررسی و ارزیابی تخلفات ساختمانی در حوزه‌های پیرامونی مادر شهرها (مطالعه موردی شهر سردرود)، اندیشه جغرافیایی، ۸، ۱۳۹۵، ۱۵ ص ۲۹.

تخلفات ساختمانی ماهیّت حقوقی ویژه‌ای دارند که اصولاً خصایص انحصاری مجازات‌ها نسبت به آن‌ها اعمال نمی‌شوند؛ ولی استثنائاً ضوابطی هم چون محاسبه‌ی جریمه بر اساس تاریخ وقوع تخلف در مورد آن‌ها جاری است.^۱ تخلف ساختمانی همواره یکی از معضلات فرا روی زندگی شهری و روستایی و در زمره‌ی عواملی است که زیست بوم این نقاط مسکونی را از جنبه‌های مختلف به مخاطره می‌اندازد.

گفتار دوم. نظارت بر ساخت و سازها در حیطه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹ (بر اساس بخشنامه‌ی وزیر کشور، در داخل و خارج از محدوده‌ی روستاها و خارج از محدوده و حریم شهرها)

نظارت در مفهوم حقوقی عبارت از بازرسی و سنجش و ارزیابی اقدامات مجریان است و ناظر کسی است که به منظور انجام چنین بازرسی و ارزیابی و سنجش تعیین می‌شود.^۲ وزیر کشور به منظور انتظام بخشی به فرایند رسیدگی به تخلفات ساختمانی در حیطه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹، (در درون محدوده‌ی روستاها و خارج از محدوده و حریم شهرها) دستورالعملی تحت عنوان «نحوه‌ی برخورد با تخلفات ساختمانی در روستاها و اراضی خارج از حریم شهرها به شماره ی، ۱۲۰۹۶ مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۵» به استانداران سراسر کشور در راستای اجرای تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، بند ۱۱ ماده ۶۹ (سابق، ۷۸ فعلی)، «قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵/۳/۱ با اصلاحات بعدی»، ماده ۳ «آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون تعریف محدوده و حریم شهر و روستا و شهرک و نحوه‌ی تعیین آن‌ها مصوب ۱۳۸۴»، «آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها، مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۰ هیأت وزیران» و «قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲» ابلاغ نموده است.

بر طبق بند یک این دستورالعمل، مراجع صدور پروانه ساختمانی در روستاها (دهیاری‌ها) و اراضی خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها (بخشداری‌ها) مکلف شده‌اند موارد تخلف ساختمانی از قبیل ساخت و ساز بدون پروانه‌ی احداث ساختمان و ساخت و ساز مخالف مجوز احداث بناء را طی اخطاریه‌ای به ذی نفع یا نماینده‌ی قانونی او ابلاغ نمایند و عملیات احداث بناء را متوقف نموده و مراتب را بلافاصله به همراه صورت مجلس و مستندات (عکس یا فیلم)، جهت اتخاذ تصمیم توسط کمیسیون ماده ۹۹ به دبیرخانه‌ی آن نهاد منعکس نمایند.

۱. کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۴۹.

۲. عمید زنجانی، عباسعلی، ابراهیم موسی زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: موسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۸، ص ۱۵.

هم چنین به استناد بند ۳ دستورالعمل مزبور، مهندسین ناظر ساختمانی مکلف شده اند در صورت مشاهده هر گونه تخلف ساختمانی در ساختمان‌هایی که با مسئولیت آنان احداث می‌شود مراتب را بلافاصله به مرجع صدور پروانه احداث بناء، اعلام نمایند. در عین حال قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان و مقررات ملی ساختمان، تکالیف مراجع صدور پروانه ساختمانی و ناظران را در امر نظارت بر ساخت و سازها به تفصیل تعیین نموده است.

۳. کمیسیون تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری‌ها (کمیسیون ماده ۹۹)

خلاء و نقصان ناشی از عدم وجود مرجع قانونی برخورد کننده و رسیدگی و تصمیم گیرنده در زمینه‌ی تخلفات ساختمانی به وقوع پیوسته در درون محدوده روستاها و خارج از حریم شهرها سبب گردید به موجب قانون الحاق یک بند و سه تبصره به عنوان بند سه به ماده ۹۹ قانون شهرداری مصوب ۱۳۷۲/۱۲/۱، کمیسیونی مرکب از نمایندگان وزارت کشور، قوه قضاییه و وزارت مسکن شهرسازی (به استناد تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری موسوم به کمیسیون ماده ۹۹)، مأمور رسیدگی و تصمیم گیری در زمینه‌ی ساخت و سازهای غیر مجاز و تخلفات ساختمانی شود.

تشکیل کمیسیون با حضور سه عضو معتبر می‌باشد و آرای صادره طبق همان تبصره با اکثریت آراء خواهد بود^۱ تا قبل از آن رسیدگی به تخلفات ساختمانی در حوزه‌ی فوق الذکر مستند به بند ۱ ماده ۸ آیین‌نامه‌ی مربوط به «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها، مصوب ۱۳۵۵/۲/۲۷ هیأت وزیران» به عهده‌ی هیأتی مرکب از نمایندگان استانداری، انجمن استان، اداره‌ی کل مسکن و شهرسازی، اداره‌ی کل کشاورزی و منابع طبیعی و اداره‌ی کل صنایع و معادن گذاشته شده بود.

علاوه بر آن مسئولیت مراقبت و اعمال نظارت در رعایت ضوابط و مقرّر در آیین‌نامه مزبور و جلوگیری از تخلفات ساختمانی در هر استان یا فرمانداری کل به عهده‌ی استاندار و یا فرماندار کل با استفاده از سازمان‌های دولتی بود. از سوی دیگر بند ۵، «دستورالعمل صدور پروانه و نظارت ساختمانی در خارج از محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها مصوب ۱۳۵۵» اختصاص به نظارت و جلوگیری از تخلفات ساختمانی داشت؛ بدین صورت که در نقاطی که

۱. محمدی، امید، آیین دادرسی ماده ۹۹ قانون شهرداری تخلفات ساختمانی خارج از محدوده و حریم شهر، تهران: جنگل، ۱۳۹۷، ص ۹۶.

به استناد «بند ۱» دستورالعمل مزبور مشمول صدور پروانه ساختمانی می‌گردید، تعقیب متخلفان به عهده‌ی مراجع صدور پروانه بود. ناظران ساختمانی نیز از بین مستخدمین واجد شرایط دولت، توسط استاندار تعیین می‌گردید.

با تشکیل کمیسیون ماده ۹۹، هیأت موضوع ماده ۸ آیین‌نامه‌ی مربوط به «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها، مصوب ۱۳۵۵/۲/۲۷ هیأت وزیران»، از روند رسیدگی به تخلفات ساختمانی در خارج از محدوده و حریم شهرها خارج گردید. البته با تصویب آیین‌نامه‌ی «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها، مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ هیأت وزیران»، آیین‌نامه‌ی قبلی الغاء و با توجه به وجود کمیسیون ۹۹ مرجع دیگری در آیین‌نامه‌ی جدید جهت رسیدگی به تخلفات ساختمانی تعیین نگردیده است و کماکان همین کمیسیون، به عنوان مرجع شبه قضایی مسئولیت رسیدگی به تخلفات ساختمانی در خارج از محدوده و حریم شهرها و در درون محدوده‌ی روستاها را به عهده دارد.

گفتار چهارم. حیطه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹

الف: صلاحیت محلی کمیسیون

اصولاً موضوع صلاحیت در علم حقوق، در واقع بحث تقسیم کار و تبیین وظیفه است. در حقوق اداری گفته می‌شود صلاحیت، شایستگی و اجازه قانونی است که از طرف قانون به مقام اداری برای مدیریت مطلوب اداره، اعطاء می‌گردد. در حقوق عمومی و اداری اصل بر عدم صلاحیت مقام عمومی و اداری است مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطاء گردیده است.^۱ به استناد تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، هدف از ایجاد کمیسیون موضوع حکم این قانون جلوگیری از ساخت و سازهای غیر مجاز و رسیدگی به تخلفات ساختمانی در خارج از حریم شهرها است؛ بنابراین ساخت و سازهای واقع در حوزه‌ی عمل دو مرجع در صلاحیت این کمیسیون قرار می‌گیرد:

یکی دهیاری‌ها (تخلفات ساختمانی صورت پذیرفته در محدوده‌ی روستاها) و دیگری مرجعی که به استناد ماده ۱۰، «آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و روستاها مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۰ هیأت وزیران»، توسط معاون امور عمرانی

۱. هداوند، مهدی، علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۱.

استاندارداری تعیین می‌گردد. (با تأکیدات وزارت کشور به استانداری‌ها معمولاً بخش‌داری‌ها به عنوان مرجع صدور پروانه احداث بناء در خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها در سطح استان‌ها تعیین شده‌اند.)

ب: صلاحیت ذاتی کمیسیون

در آیین دادرسی مدنی، صلاحیت اختیار یا اقتدار قانونی برای رسیدگی به دعاوی و حلّ و فصل آن مراجع قضایی است. صلاحیت ذاتی، اختیار قانونی و انحصاری یکی از مراجع رسمی کشور اعم از مراجع دادگستری و غیر دادگستری برای رسیدگی به دعاوی یا اموری است با سلب حق رسیدگی از مراجع دیگر. قواعد صلاحیت ذاتی از قواعد آمره است و مراجع رسیدگی و اصحاب دعوا حق عدول از آن را ندارند.^۱

اتخاذ تصمیم کمیسیون بر دو محور است: ۱. رأی بر قلع بناء، ۲. رأی بر اخذ جریمه.^۲ قانونگذار در تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، وظیفه‌ی کمیسیون موضوع این قانون را رسیدگی و صدور رأی در جهت تخریب یا اخذ جریمه معادل پنجاه درصد تا هفتاد درصد قیمت اعیانی تکمیل شده حسب مورد با رعایت طرح جامع (چنان چه طرح جامع به تصویب نرسیده باشد با رعایت ماده ۴ آیین‌نامه‌ی احداث بناء در خارج از محدوده و حریم شهرها مصوّب ۱۳۵۵)، دانسته است.

با تصویب آیین‌نامه‌ی «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها مصوّب ۱۳۹۱/۲/۱۰»، آیین‌نامه‌ی مربوط به «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها مصوّب ۱۳۵۵/۲/۲۷ هیأت وزیران» الغاء گردیده است؛ بنابراین وزارت کشور با علم به این موضوع در بند ۷ دستورالعمل یاد شده، عدم رعایت آیین‌نامه‌ی جدید را از موارد تخلف ساختمانی در خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها بیان داشته است و مضاف بر آن عدم رعایت کاربری اراضی، ضوابط و مقررات شهرسازی، طرح‌های تفصیلی و آماده سازی، مقررات ملی ساختمانی، اصول شهرسازی، فنی و بهداشتی و عدم احراز مالکیت از مصادیقی است که کمیسیون را مکلف به صدور رأی قلع بناء نموده است.

۱. بهشتی، جواد، نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۴۸-۲۴۹.

۲. میرزایی، علیرضا، کمیسیون‌های شهرداری، تهران: بهنامی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۶.

گفتار پنجم. فرایند رسیدگی به تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹

تبصره‌ی ۲ بند ۳ الحاقی به ماده ۹۹ قانون شهرداری، جزییات فرایند رسیدگی به تخلفات ساختمانی موضوع این ماده قانونی را اعلام نداشته است. همان گونه که بیان شد وزیر کشور به منظور انتظام بخشیدن به روند رسیدگی به تخلفات ساختمانی در حوزه‌ی صلاحیت کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری طی دستورالعملی روند رسیدگی به تخلفات ساختمانی را (به شماره‌ی ۱۱۲۰۹۶ مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۵) به استانداران سراسر کشور ابلاغ نموده است.

علاوه بر مرجع صدور پروانه‌های ساختمانی که وظیفه دارند تخلفات ساختمانی را به دبیرخانه‌ی کمیسیون ماده ۹۹ منعکس نمایند، ناظران ساختمانی دستگاه‌های اجرایی نظیر وزارت راه و شهرسازی و بنیاد مسکن نیز مکلفند در صورت مشاهده و برخورد با هر گونه تخلف ساختمانی، مورد را به مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی اعلام نمایند تا مرجع مذکور مراتب را با رعایت سایر ضوابط تکلیفی به کمیسیون مذکور، ارائه نماید.

مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی موظف است بلافاصله پس از مشاهده‌ی تخلف طی خطاریه‌ای به ذی نفع یا نماینده‌ی قانونی او، توقف عملیات ساختمانی را ابلاغ نماید و مراتب تخلف ساختمانی را بلافاصله به همراه صورت مجلس و مستندات مربوطه (از جمله عکس یا فیلم) به دبیرخانه‌ی کمیسیون جهت اخذ تصمیم نهایی منعکس نماید. دبیرخانه‌ی کمیسیون پس از وصول گزارش و پرونده‌ی تخلف ساختمانی به ذی نفع یا نماینده‌ی قانونی وی، اعلام می‌دارد که ظرف مدت ده روز توضیحات خود را در خصوص گزارش تخلف ساختمانی مرجع صدور پروانه ساختمانی، به منظور طی روند قانونی رسیدگی به کمیسیون تحویل نماید.

پس از طرح مورد یا موارد تخلف ساختمانی، کمیسیون در صورت نیاز و یا لزوم می‌تواند از نظرات گروه تحقیق (که البته مشورتی است) استفاده نماید. دستورالعمل یاد شده، چگونگی تشکیل گروه تحقیق را توضیح نمی‌دهد؛ لذا ترکیب این گروه با نظر و سلیقه‌ی اعضای کمیسیون و استانداری تعیین می‌گردد. ماده ۹۹ قانون شهرداری چگونگی تشکیل جلسات کمیسیون را از لحاظ حضور تعداد اعضا، بیان نداشته است؛ لیکن دستورالعمل مزبور حضور کلیه اعضا را در جلسات به منظور رسمیت یافتن آن الزامی دانسته است و علاوه بر آن اعلام داشته که رأی اکثریت ملاک اعتبار رأی آن نهاد خواهد بود و هم چنین نظرات اعضا باید در صورت مجلس قید گردد.

گفتار ششم. جرمه‌های تخلفات ساختمانی در حیطه‌ی عملکرد کمیسیون ماده ۹۹

جریمه، وجهی است که متخلف ساختمانی به دلیل عدم رعایت مقررات حاکم بر ساخت و سازها بر اساس تصمیم مراجع ذی صلاح؛ از جمله کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری به مراجع صدور پروانه‌ی ساختمانی مذکور پرداخت می‌نماید. جریمه‌ای که توسط کمیسیون ماده صد تعیین می‌شود جزای نقدی مذکور در قانون مجازات اسلامی نیست؛ بلکه وجهی است که ذی نفع ساختمان به لحاظ تخلف ساختمانی محکوم به پرداخت آن می‌شود و این وجه به حساب شهرداری واریز می‌گردد.^۱

نحوه‌ی محاسبه‌ی جریمه‌ی تخلفات ساختمانی از سوی قانونگذار تعیین می‌گردد. کمیسیون‌های فوق‌الذکر هنگامی مبادرت به صدور آرای جریمه‌ی تخلف ساختمانی می‌نمایند که بنای مستحده ضرورت قلع نداشته باشد در غیر این صورت و عدم رعایت اصول فنی، بهداشتی و شهرسازی و عدم استحکام بناء، قاعدتاً باید رأی قلع مستحده صادر گردد. در شهرها به استناد تبصره‌های ذیل ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، روش‌های مختلفی به منظور تعلق جریمه به تخلفات ساختمانی توسط کمیسیون ماده ۱۰۰، ارائه گردیده است. تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری نحوه‌ی تعیین جریمه‌ی تخلف ساختمانی را به یک شیوه بیان داشته است؛ بدین نحو که معادل پنجاه درصد تا هفتاد درصد قیمت روز اعیانی مستحده به عنوان جریمه از سوی کمیسیون ماده ۹۹ تعیین می‌گردد.

به استناد همین تبصره‌ی قانونی (تبصره ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری)، کمیسیون ماده ۹۹، هنگام صدور رأی مرتبط با تخلف ساختمانی ملزم به رعایت ماده ۴ آیین‌نامه‌ی مربوط به «استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از محدوده‌ی قانونی و حریم شهرها مصوب ۱۳۵۵/۲/۲۷ هیأت وزیران»، می‌باشد. این ماده از آیین‌نامه در برگیرنده الزاماتی است که مرجع صدور پروانه احداث بناء را ملزم می‌نماید در هنگام صدور پروانه ساختمانی آن‌ها را رعایت نماید. رعایت احاریم، طرح‌های توسعه‌ای و مقررات مربوطه آن‌ها از جمله مواردی است که در هنگام صدور پروانه‌ی احداث بناء ضرورتاً باید رعایت شود.

۱. همان، ص ۳۲۶.

لیکن با تصویب آیین‌نامه‌ی «استفاده از اراضی، احداث بنا و تأسیسات در خارج شهرها و محدوده‌ی روستاها مصوّب ۱۳۹۱/۲/۱۰ هیأت وزیران» و الغای آیین‌نامه‌ی سال ۱۳۵۵، به ناچار تنها موازینی که می‌تواند معیار و الزامی در هنگام صدور پروانه‌ی احداث بنا در خارج از محدوده و حریم شهرها تلقی گردد ماده ۴ آیین‌نامه‌ی مصوّب ۱۳۹۱/۲/۱۰ می‌باشد، این ماده از آیین‌نامه‌ی مزبور نیز همانند سلف خود الزامات و ضوابط نحوه‌ی صدور پروانه احداث بنا در خارج از محدوده‌ی شهرها را بیان می‌دارد؛ لذا در حال حاضر در هنگام تصمیم‌گیری و رسیدگی کمیسیون ماده ۹۹ به تخلّف ساختمانی ضرورتاً باید به این آیین‌نامه، (مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۰) رجوع نمود.

از سوی دیگر، تصمیم کمیسیون در خصوص تعیین جریمه‌ی تخلّف ساختمانی یا قلع بنای مستحدثه، منوط به توجه به طرح جامع می‌باشد. به نظر می‌رسد طرح توسعه‌ای مورد نظر هم اکنون طرح جامع شهرستان و دیگر طرح‌های بالا دستی از جمله طرح مجموعه شهری می‌باشند.

گفتار هفتم. روش تعیین قیمت اعیانی (ملاک عمل محاسبه جرایم تخلّفات ساختمانی)

در شهرها طبق تبصره‌ی ۱۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، در هنگام محاسبه‌ی جریمه‌ی تخلّف ساختمانی ارزش معاملاتی ساختمان ملاک قرار می‌گیرد. روش تعیین ارزش معاملاتی بدین ترتیب است که شهرداری آیین‌نامه‌ی ارزش معاملاتی ساختمان را تهیه و به شورای اسلامی شهر جهت تصویب، ارائه می‌نماید. پس از تصویب آیین‌نامه توسط شورای اسلامی و اعمال ماده ۹۰، قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران (اعمال نظر هیأت تطبیق مصوّبات شوراهای اسلامی شهر در صورت عدم اعتراض)، آیین‌نامه‌ی تصویبی معیار سنجش در هنگام محاسبه جرایم تخلّفات ساختمانی، تلقی می‌گردد.

در این آیین‌نامه جهت تعیین ارزش معاملاتی ساختمان‌ها، معمولاً بهای اراضی و هم بهای مصالح ساختمانی استفاده شده در احداث مستحدثات، مبنای تعیین ارزش معاملاتی ساختمان‌ها در نواحی گوناگون شهر قرار می‌گیرد؛ بنابراین باین شیوه ممکن است دو ساختمان هم شکل و مشابه در ساخت و استفاده از مصالح ساختمانی یکسان در دو نقطه متفاوت شهر، دارای ارزش معاملاتی مختلفی باشند. لازم به ذکر است در شهرها بین ارزش معاملاتی املاک با ارزش معاملاتی ساختمان تفاوت وجود دارد، مبنای اولی ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم مصوّب

۱۳۶۶/۲/۳ و مبنای دومی تبصره‌ی ۱۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری است.^۱ قانونگذار در ماده ۹۹ قانون شهرداری به منظور تعیین مبنای محاسبه جرایم تخلفات ساختمانی، به جای استفاده از عبارت ارزش معاملاتی ساختمان، عبارت قیمت روز اعیانی را به کار برده است. این تغییر رویکرد به علاوه‌ی ایجاد خلاء قانونی در نحوه‌ی تعیین قیمت روز اعیانی که به واسطه‌ی تخلف ساختمانی ایجاد شده است، باعث آن گردیده است، تا وزارت کشور در دستورالعمل مورد اشاره ماده ۹، وظیفه‌ی تعیین قیمت روز اعیانی را به عهده‌ی کمیسیون ماده ۹۹ گذارد.

بدین نحو که هیأتی مرکب از سه نفر از کارشناسان رسمی دادگستری، قیمت روز اعیانی را به تفکیک دهستان و بخش در هر شهرستان به کمیسیون پیشنهاد نموده و پس از تأیید نظر آن‌ها توسط کمیسیون، قیمت گذاری اعیانی مبنای محاسبه‌ی جریمه‌ی تخلفات ساختمانی گردد. همان گونه که مشخص است قیمت گذاری مستحذات در حوزه‌ی عمل کمیسیون‌های ۱۰۰ و ۹۹ متفاوت است، به گونه‌ای که ارزش معاملاتی ساختمان در شهرها مشتمل بر محاسبه‌ی قیمت اعیانی و عرصه می‌باشد؛ لیکن در حوزه‌ی عمل کمیسیون ماده ۹۹ فقط قیمت روز اعیانی، ملاک محاسبه‌ی جریمه قرار گرفته است.

ملاک محاسبه‌ی جریمه، ارزش معاملاتی سال وقوع تخلف است.^۱ از سوی دیگر کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری هیچ گونه نقشی در تعیین ارزش معاملات ساختمان‌ها ندارد. بر خلاف آن کمیسیون ماده ۹۹، تعیین کننده‌ی قیمت روز اعیانی می‌باشد. کمیسیون ماده ۹۹، کمیسیون شبه قضایی است که رأی آن قطعی و لازم‌الاجراست (رسیدگی یک مرحله‌ای) و تنها از طریق آرای شعب دیوان عدالت اداری است که می‌توان تصمیم این کمیسیون را نقض نمود.

در این دستورالعمل (ماده ۹)، مستند قانونی جهت واگذاری صلاحیت یا وظیفه‌ی تعیین قیمت اعیانی به این کمیسیون اعلام نشده است. پر واضح است که این تصمیم وزارت کشور، خلاف اصل تفکیک وظایف و اختیارات نهادهای مختلف می‌باشد. بدیهی است که بهترین روش در تعیین قیمت روز اعیانی استفاده از وحدت ملاک موجود در تعیین ارزش معاملاتی ساختمان در شهرداری می‌باشد؛ بدین ترتیب که دهیار قیمت اعیانی ساختمان‌ها را در روستا پیشنهاد و پس از تصویب شورای اسلامی روستا و عندالزوم تصویب شورای اسلامی بخش، به عنوان آیین‌نامه‌ای که امکان اعمال سلیقه در آن کمتر باشد ملاک محاسبه‌ی جریمه‌ی تخلفات ساختمانی قرار می‌دهد.

۱. کامیار، غلامرضا، حقوق شهری و شهرسازی، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۳۲۷.

گفتار هشتم. نحوه‌ی اخذ جرایم ناشی از تخلّفات ساختمانی

مرجع اخذ جرایم تخلّفات ساختمانی در روستا دهیاری می‌باشد؛ لیکن در خصوص نحوه‌ی اخذ جرایم تخلّف ساختمانی توسط بخشداری در خارج از محدوده و حریم شهرها و چگونگی هزینه کرد آن به دلیل تعارض، نقص و خلاء قانونی اختلاف دیدگاه‌ها مشهود است.^۱

عملکرد فعلی و ایرادات وارده به آن:

وزارت کشور طی بخشنامه‌ی شماره‌ی ۲۲۳۷۲/۱/۳ س مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۴، چگونگی اخذ این‌گونه جرایم را تعیین و به شرح زیر به استانداری‌ها ابلاغ نموده است:

بند اول: دراین بند از بخشنامه در خصوص تخلّفات ساختمانی به وقوع پیوسته در محدوده‌ی روستاهای دارای دهیاری آمده است که: «درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی طبق تبصره‌ی ۴ ماده ۳ قانون تعریف محدوده و حریم شهر و روستا، به عنوان درآمد ناشی از ساخت و ساز به حساب دهیاری روستا جهت توسعه و عمران واریز گردد. مرجع تصویب عوارض متعلقه شورای اسلامی شورای بخش بوده و وصول و دریافت آن بر عهده‌ی دهیاری است.»^۲ با توجه به مرجعیت دهیاری در امر صدور پروانه‌ی احداث بناء در روستا و نظر به آرای اخیر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که طی آن‌ها اخذ عوارض علاوه بر جریمه‌ی تخلّفات ساختمانی را غیر قانونی ندانسته، این بند منطبق با مقررات است.

بند دوم: بند دوم در خصوص روستاهایی که در حریم شهر واقع شده اند اعلام می‌دارد که: «روستاهایی که در حریم شهرها واقع شده و دارای طرح‌های یا ضوابط توسعه کالبدی و شورای اسلامی روستا بوده و فاقد دهیاری می‌باشند، طبق تبصره‌ی ۱ ماده ۳ قانون تعریف محدوده و حریم شهر و روستا و نحوه‌ی تعیین آن‌ها و آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج محدوده و حریم شهرها، مرجع صدور پروانه و نظارت بر ساخت و ساز، نهاد تعیین شده توسط استانداری (معاون امور عمرانی) می‌باشد.

۱. صارمی نوری، فربرز، **حقوق ساخت و سازها (در حیطه‌ی عمل دهیاری، شورای اسلامی روستا و بخشداری)**، شیراز: نوید شیراز، ۱۳۹۴، ص ۹۵.

۲. تبصره ۴ ماده ۳ قانون تعاریف محدوده و حریم شهر و روستا و نحوه‌ی تعیین آن‌ها: «درآمد ناشی از ساخت و سازها و عوارض روستاهایی که در حریم شهر قرار می‌گیرند اعم از روستاهای دارای طرح هادی و فاقد طرح هادی به حساب دهیاری های روستاها جهت توسعه و عمران واریز می گردد.»

تخلّفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری، رسیدگی و عوارض متعلّقه که توسط شورای اسلامی بخش وضع می‌گردد و درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی به حساب شورای اسلامی روستا واریز می‌گردد و صد در صد آن باید بر طبق دستورالعملی که توسط سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور ابلاغ می‌شود، جهت توسعه و عمران روستا زیر نظر بخشدار هزینه گردد.»

این بند از بخشنامه دارای ایرادات فراوان قانونی به شرح زیر است:
اولاً: طبق بند «م»، ماده ۷۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوّب ۱۳۷۵/۳/۱ با اصلاحات بعدی، شورای اسلامی روستا صلاحیت تکلیفی و وظیفه‌ی الزامی دارد که در هنگام آغاز فعالیت خود، فردی را به عنوان دهیار برای مدت چهار سال انتخاب کند. در این بخشنامه فرض بر این است که روستا فاقد دهیاری می‌باشد در صورتی که از بدیهی ترین وظیفه‌ی تکلیفی شورای اسلامی روستا، تعیین دهیار است.

اگر منظور از فاقد دهیاری بودن روستا این است که وزارت کشور مجوز تأسیس دهیاری را نداده است این امر خود جای تأمل دارد؛ زیرا که قانونگذار جهت روستاها مدیر اجرایی در نظر گرفته در نتیجه وزارتخانه مزبور نمی‌تواند این نهاد مهم اجرایی در امر توسعه روستا را از صحنه خارج نماید؛ اما اگر مقصود این است که شورای اسلامی روستا، دهیار را انتخاب ننموده باشد این امر از مصادیق تخلف شورا بوده و ضرورتاً باید مراتب در هیأت حل اختلاف و رسیدگی به شکایات شوراهای اسلامی استان به منظور رهایی از بلا تکلیفی مطرح گردد.

بنابراین پذیرفته نیست با وجود بند «م» ماده ۷۶ قانون شوراها، روستایی فاقد دهیار و دهیاری باشد. از سوی دیگر در صورتی که روستایی فاقد شورای اسلامی بود، شورای اسلامی بخش به استناد ماده ۸۵ (سابق، ۹۹ فعلی) قانون شوراها جانشین شورای اسلامی روستا بوده و موظف است نسبت به انتخاب فردی به عنوان دهیار اقدام نماید.

ثانیاً: در این بند از بخشنامه آمده است که: مرجع صدور پروانه در روستاهای واقع در حریم شهر که فاقد دهیاری می‌باشند، مرجعی است که توسط معاون امور عمرانی استانداری تعیین می‌گردد. این در حالی است که طبق ماده ۱۰ آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها، معاون امور عمرانی استانداری، مرجع صدور پروانه را در خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها تعیین می‌کند.

بدین صورت بدیهی است که مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی در محدوده‌ی روستا، دهیاری می‌باشد و به فرض هم اگر روستایی فاقد دهیار باشد، چگونه و با کدام مجوز و مستند قانونی مرجع تعیین شده از سوی معاون امور عمرانی استانداری صلاحیت ورود به عرصه‌ی ایی را دارد که در صلاحیت ذاتی دهیاری است؟ بنابراین این بخش از بخشنامه نیز چون در تعارضی آشکار با قانون بند ۱۱ ماده ۷۸ قانون شوراهای است، نمی‌تواند قابلیت اجرا داشته باشد.

ثالثاً: در بخشی از این بند آمده است که: «...تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری رسیدگی و عوارض متعلقه که توسط شورای اسلامی بخش وضع می‌گردد و درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی به حساب شورای اسلامی روستا واریز می‌گردد. ...» بخشنامه تأکید دارد که درآمدهای ناشی از عوارض و جریمه‌های وصولی به حساب شورای اسلامی روستا واریز گردد؛ این در صورتی است که شورای اسلامی روستا نهاد نظارتی است نه نهاد اجرایی و حساب بانکی نهاد مزبور صرفاً به منظور تأمین هزینه‌های داخلی شورا مورد استفاده قرار می‌گیرد و نه در امور اجرایی و عمرانی روستا. (این امر در تضاد با وظایف و اختیارات شورای اسلامی روستا مندرج در ماده ۷۶ قانون شوراهای می‌باشد).

بند سوم: در این بند آمده است که: «در روستاهایی که در حریم شهرها واقع شده و دارای طرح‌های یا ضوابط توسعه‌ی کالبدی بوده و فاقد شورای اسلامی روستا و دهیاری می‌باشند، طبق تبصره‌ی ۱ ماده ۳ قانون تعریف و حریم شهر و روستا و نحوه‌ی تعیین آن‌ها، مرجع صدور پروانه وفق آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج محدوده و حریم شهرها، مرجع تعیین شده توسط استانداری (معاون امور عمرانی) می‌باشد.

تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری رسیدگی می‌شود، عوارض متعلقه که توسط شورای اسلامی بخش وضع می‌گردد و درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی توسط مرجع صدور پروانه در روستاهایی که وفق ماده ۸۵ (سابق، ۹۹ فعلی) قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران و اصلاحات بعدی، شورای اسلامی منحل یا انتخاب آن متوقف شده باشد به حساب‌های جداگانه ایی که به همین منظور توسط استانداری به عنوان جانشین افتتاح می‌شود، واریز و صرف عمران و توسعه‌ی روستا می‌شود در سایر مواردی که موضوع این بند را به بخشداران به عنوان قائم مقام جانشین شورای اسلامی روستا تفویض نمایند.»

ایرادات قانونی فراوانی به این بند از بخشنامه وارد است:

اولاً: همان ایرادی که به بند دوم در خصوص مرجع صدور پروانه طبق ماده ۱۰ آیین‌نامه استفاده از اراضی، احداث‌بنا و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها وارد است به این بند نیز تسری دارد؛ زیرا که معاون امور عمرانی استانداری فقط در خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها مجاز به تعیین مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی می‌باشند نه در حریم شهرها؛ بنابراین این بخش از این بند نیز در تعارض با مقررات می‌باشد.

در بخش دیگری از این بند آمده است که: «عوارض متعلقه و درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی توسط مرجع صدور پروانه در روستاها وفق ماده ۸۵ (سابق، ۹۹ فعلی) قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران با اصلاحات بعدی شورای اسلامی روستا منحل یا انتخاب آن متوقف شده باشد به حساب‌های جداگانه ایی که به همین منظور توسط استانداری به عنوان جانشین افتتاح می‌شود واریز و ...»

در حالی که به صدر ماده ۸۵ (سابق، ۹۹ فعلی) قانون مذکور استناد شده؛ لیکن تبصره‌ی دو ذیل ماده مذکور اعلام می‌دارد که: جانشین شورای روستا، شورای بخش می‌باشد و هم چنین بند ۷ ماده ۷۰ قانون مزبور که طبق آن یکی از وظایف شورای بخش، ایفای وظایف شورای روستا در مزارع مستقل، مکان‌ها و آبادی‌ها و روستاهایی که به هر دلیل فاقد شورای روستا می‌باشد، مورد توجه قرار نگرفته است؛ بنابراین استاندار نمی‌تواند جانشین شورای روستا (آن هم در هنگام وجود شورای بخش) باشد. این جانشینی متعلق و در صلاحیت شورای اسلامی بخش، است.

هم چنین وفق بند ۶ ماده ۷۹ قانون شوراهای، شورای اسلامی بخش، مسئول ایفای وظایف شورای روستا در مزارع مستقل، مکان و آبادی‌ها و روستاهایی که به هر دلیل فاقد شورای روستا می‌باشند و مستند به مواد ۳۰ و ۳۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شورای اسلامی بخش (مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۱ هیأت وزیران با اصلاحات بعدی) می‌تواند با افتتاح حساب بانکی کمک‌های بلاعوض مردم، عوارض دریافتی از اهالی، کمک‌های دولتی (در صورت تخصیص) برای اجرای برنامه‌های عمرانی و سایر ردیف‌های دریافتی را طبق برنامه‌هایی که قبلاً به صورت بودجه سالانه و در قالب طرح‌های عمرانی و یا مصارف جاری به تصویب شورا رسیده است را با رعایت قوانین و مقررات مربوطه به مصرف عمران و آبادی روستاهای بخش برساند؛ بدین صورت آیین‌نامه‌ی مذکور یک نقش

اجرائی برای شورای بخش قائل است؛ لذا با این تفاسیل و اختیارتی که شورای بخش دارد به نظر می‌رسد این شورای بخش است که صلاحیت دریافت و هزینه کرد درآمدهای ناشی از اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در روستاهای فاقد شورای اسلامی و دهیاری را دارد.

از سوی دیگر با توجه به مواد استنادی فوق، شورای اسلامی بخش در روستاهایی که فاقد شورای اسلامی روستا باشند (در حریم شهرها و در خارج از حریم شهرها)، موظف به انتخاب دهیار برای این گونه روستاها می‌باشد؛ بنابراین هیچ یک از روستاها نمی‌توانند فاقد دهیار باشند چه دارای شورای اسلامی و یا فاقد آن نهاد باشند. لذا بخشداران نمی‌توانند با تفویض اختیار (آن هم با وجود شورای اسلامی بخش) توسط استاندار، جانشین شورای اسلامی روستا گردند.

بند چهارم: در این بند آمده است که: «در روستاهای خارج از حریم شهرها که دارای طرح‌هادی یا ضوابط توسعه‌ی کالبدی، شورای اسلامی روستا و دهیاری می‌باشند، مستند به قسمت اخیر ماده ۳ قانون تعریف محدوده و حریم شهر و روستا و نحوه‌ی تعیین آن‌ها طبق ساز و کار مقرر در بند ۱۱ الحاقی ماده ۶۹ (سابق، ۷۸ فعلی) قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی و نظارت بر ساخت و ساز، دهیاری مربوطه بوده و تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری با ترکیب مقرر رسیدگی می‌شود.

درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی طبق تبصره‌ی ۴ ماده ۳ قانون تعریف محدوده و حریم شهر و روستا و نحوه‌ی تعیین آن‌ها به عنوان درآمد ناشی از ساخت و ساز به حساب دهیاری روستا جهت توسعه و عمران واریز می‌گردد. مرجع تصویب عوارض متعلقه شورای اسلامی بخش بوده و وصول و دریافت آن بر عهده‌ی دهیاری است.» این بند منطبق با قانون است. همان‌طور که قبلاً ذکر شد با توجه به آرای اخیر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اخذ هم زمان عوارض و جریمه تخلفات ساختمانی با منع قانونی رو به رو نیست.

بند پنجم: در این بند آمده است که: «در روستاهای خارج از حریم شهرها که دارای طرح‌هادی یا ضوابط توسعه کالبدی و شورای اسلامی روستا بوده و فاقد دهیاری می‌باشد، مرجع صدور پروانه و نظارت بر ساخت و ساز بر اساس ضوابط یاد شده مستند به آیین‌نامه‌ی استفاده از اراضی، احداث بناء و تأسیسات در خارج محدوده و حریم شهرها، مرجعی است

که استانداری (معاون امور عمرانی)، تعیین می‌نماید. تخلفات ساختمانی در کمیسیون ماده ۹۹ قانون شهرداری رسیدگی و عوارض متعلقه که توسط شورای اسلامی بخش وضع می‌گردد و درآمد ناشی از جریمه‌های وصولی به حساب شورای اسلامی روستا جهت توسعه و عمران واریز می‌گردد.»

این بند نیز دچار تناقضات و نقایص قانونی است که قبلاً در خصوص بندهای دیگر عنوان شد؛ از جمله این که: ^۱ مرجع صدور پروانه در روستاهای خارج از حریم شهرها، دهیاری‌ها می‌باشند، خواه روستا دارای شورای اسلامی و یا این که فاقد آن نهاد باشد. شورای اسلامی روستا، الزاماً باید به استناد بند «م» ماده ۶۸ (سابق، ۷۷ فعلی)، قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران کشور، نسبت به انتخاب دهیار اقدام نماید. دیگر این که معاون امور عمرانی استاندار نمی‌تواند جهت هیچ یک از روستاها، مرجع صدور پروانه ساختمانی غیر از دهیاری تعیین کند؛ زیرا که قانونگذار دهیاری‌ها را مرجع صدور مجوز احداث بناء اعلام داشته و تغییری در حکم قانون نمی‌توان داد.

بند ششم: در بند ششم آمده است که: «در روستاهای خارج از حریم شهرها که دارای طرح هادی یا ضوابط توسعه کالبدی بوده و فاقد شورای اسلامی روستا و دهیاری می‌باشند، بر اساس بند ۳ عمل خواهد شد.» ایرادات وارده به بند سوم بخشنامه به این بند نیز به همین منوال وارد است.

بند هفتم: در بند هفتم آمده است: «به منظور اتخاذ رویه‌ی واحد در استان‌های کشور، معاون امور عمرانی استانداری موظف است بخشداری‌ها را به عنوان مرجع صدور پروانه و نظارت بر ساخت و سازها موضوع بندهای ۲، ۳، ۵ و ۶ این بخشنامه تعیین نماید.»

معاونین امور عمرانی‌های استانداری‌ها فقط در خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده روستاها می‌توانند مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی را تعیین نمایند و جهت روستاها چه دارای دهیاری و یا فاقد نهاد مذکور باشند نمی‌توانند مرجع دیگری غیر از دهیاری را جهت صدور پروانه ساختمانی برگزینند. با توجه به تفصیل فوق الذکر، این بخشنامه نمی‌تواند مشکلات مربوط به نحوه‌ی اخذ جرایم ساختمانی را پوشش دهد.

در سال‌های اخیر قانون بودجه‌ی سالانه کل کشور در بر گیرنده‌ی الزاماتی در جهت واریز درآمدهای حاصل از اخذ عوارض و جرایم تخلفات ساختمانی در خارج از محدوده و

۱. ماده ۹۹ قانون شهرداری‌ها.

حریم شهرها و خارج از محدوده‌ی روستاها به حساب درآمد عمومی نزد خزانه داری کل کشور (خزانه معین استان) و هزینه کرد آن توسط وزارت کشور (فرمانداری زیر مجموعه آن وزارتخانه) بوده است؛ به طور مثال بند ح تبصره‌ی ۶ قانون بودجه سال ۱۳۹۶ کشور، وزارت کشور را مکلف نموده است تا عوارض ساخت و ساز و جرائم ساختمانی خارج از محدوده و حریم شهرها و خارج از محدوده روستاها، موضوع ماده ۹۹ قانون شهرداری، تا سقف چهار هزار میلیارد ریال را اخذ و به حساب درآمد عمومی نزد خزانه داری کل کشور واریز نماید.

بخشی از این درآمد به نسبت سهم واریزی هر شهرستان در اختیار کمیته‌ی برنامه ریزی شهرستان مربوطه قرار می‌گیرد تا پس از تصویب دستگاه‌های اجرایی ذی ربط صرف بهسازی روستاها گردد.

گفتار نهم. اخذ عوارض ساختمانی علاوه بر دریافت جریمه‌ی تخلف ساختمانی

وصول مالیات باید با اجازه قانونگذار باشد و این اجازه در هر سال هنگام تصویب قانون بودجه به دولت، داده می‌شود. بر اساس اصل قانونی بودن مالیات، قوه مجریه نمی‌تواند از طریق تصویب نامه و آیین‌نامه، مالیات وصول نماید در غیر این صورت از اختیارات خود تجاوز نموده است.^۱ به همین سبک و سیاق وضع و اخذ عوارض نیز باید منطبق با قانون باشد.

در حال حاضر، این فرایند در روستاها مستند به ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده صورت می‌پذیرد؛ اما روند مزبور در حوزه‌ی عمل بخشداری‌ها از نظم حقوقی متناسبی پیروی نمی‌کند گر چه طی چند سال گذشته نحوه‌ی وصول عوارض ساختمانی در این حوزه مشخص شده است؛ (واریز عوارض دریافتی به حساب درآمدهای عمومی نزد خزانه‌ی معین استان) اما وضع عوارض ساختمانی در این زمینه فاقد مبنای قانونی، (مصوبه مجلس) می‌باشد به گونه‌ای که استانداری‌ها ضوابطی (تعرفه‌هایی) در این خصوص تعیین و جهت اجراء، (محاسبه‌ی عوارض و وصول آن) به بخشداری‌ها ابلاغ می‌نمایند.

مطالبه‌ی هم زمان جریمه و عوارض یکی از مناقشات حقوق مالیه شهر به شمار می‌آید.^۲ پرداخت هم زمان جریمه تخلفات ساختمانی از سوی مالک یا ذی نفع همواره مورد اعتراض

۱. امامی، محمد، حقوق مالیه عمومی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، ص ۲۴.

۲. کامیار، غلامرضا، شهر در پرتو رویه قضایی، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۲۵۰.

مالکین و ذی نفعان قرار گرفته و اجرای فرایند مورد نظر شهرداری‌ها در این زمینه با چالش رو به رو بوده است. در سال‌های اخیر مراجع صدور پروانه‌ی احداث بنا، بر این عقیده بوده اند که متخلفین ساختمانی هم باید عوارض و هم جریمه‌ی تخلف ساختمانی را پرداخت نمایند. این امر به طور مکرر در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح و منجر به صدور آرای متعددی گردیده است. در زیر به چند نمونه از آرای مربوطه اشاره می‌شود:

الف: آرای که اخذ هم زمان عوارض و جریمه‌ی تخلف ساختمانی را قانونی و مجاز

نمی‌داند:

۱. دادنامه‌ی شماره‌های ۳۵۴ الی ۳۵۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که طی آن بخشنامه شماره‌ی ۱۳۸۳۱ مورخ ۱۳۷۹/۷/۲۵ معاون شهرسازی و معماری شهرداری تهران را که طی آن اخذ عوارض (زیر بنا، پذیره، اضافه تراکم و تغییر کاربری حسب مورد) از مستحدثات خلاف ساز را الزامی دانسته است با این استدلال ابطال نموده است: «وضع قاعده آمره در باب اخذ هر گونه وجه؛ از جمله عوارض شهرداری و جرایم تخلفات ساختمانی به قوه‌ی مقننه اختصاص دارد و قانونگذار در زمینه‌ی مرجع تعیین عوارض مذکور و کیفیت احتساب جرایم تخلفات ساختمانی و وصول آن‌ها تعیین تکلیف کرده است. ...»

۲. دادنامه‌ی شماره‌ی ۲۴۲ مورخ ۱۳۹۵/۴/۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، با لحاظ دادنامه‌ی شماره‌های ۳۵۴ الی ۳۵۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ و در مقام اعمال ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، وضع عوارض علاوه بر جرایم کمیسیون ماده صد قانون شهرداری را مغایر با قانون تشخیص داده است.

ب: آرای که اخذ هم زمان عوارض و جریمه‌ی تخلف ساختمانی را مجاز

می‌داند:

۱. دادنامه‌ی شماره‌ی ۵۸۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۱/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: شاکی خواستار ابطال بخشنامه‌های شماره‌ی ۳/۲۴۱۵ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۳۰ و شماره‌ی ۳۴/۱/۱۰۷۴۰ مورخ ۱۳۷۱/۶/۴ وزارت کشور که طی آن‌ها اخذ هم زمان عوارض ساختمانی و جریمه‌ی تخلف ساختمانی تجویز گردیده است. طی رأی موضوع این دادنامه، اخذ عوارض علاوه بر جرایم کمیسیون ماده ۱۰۰ مغایر قانون تشخیص داده نشده است.

۲. دادنامه‌ی شماره‌ی ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۶/۸/۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: طی این رأی اعلام شده است که چون ماهیت جرایم کمیسیون ماده ۱۰۰ و عوارض تصویب شده با یکدیگر متفاوت است، مصوبه‌ی جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۸ شورای اسلامی شهر کرج

در وضع عوارض قانونی علاوه بر جرایم کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری قابل ابطال تشخیص نمی‌گردد. در حال حاضر با توجه به آخرین اراده‌ی قانونگذار و آرای اخیر هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، اخذ عوارض ساخت و ساز علاوه بر جریمه‌ی تخلف ساختمانی، رویه‌ی جاری و مورد عمل مراجع صدور پروانه‌ی احداث بناء می‌باشد.

گفتار دهم. اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۹۹

فلسفه‌ی وجودی برخی از مراجع شبه قضایی، رسیدگی به اختلافات میان اداره یا کارمندان آن با ارباب رجوع است؛ بنابراین مراجع شبه قضایی نهادهایی هستند که به ادعای افراد علیه اداره، مبنی بر این که عمل و یا تصمیم اداره بر خلاف قانون است رسیدگی می‌نمایند و کنترل خود را از این طریق بر اداره اعمال می‌کنند.^۱ به استناد تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، رسیدگی به تخلفات ساختمانی در این کمیسیون، یک مرحله‌ای و رأی آن نهاد، قطعی و لازم‌الاجراست و امکان تجدید نظر در آن وجود ندارد؛ لیکن همانند آرای کمیسیون‌ها یا هیأت‌های شبه قضایی مستقر در دستگاه‌های اجرایی و اداری، امکان شکایت از آرای کمیسیون ماده ۹۹ در شعب دیوان عدالت اداری فراهم است.

مستند به بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که بخشی از صلاحیت دیوان عدالت اداری را بیان داشته است، رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌هایی؛ مانند کمیسیون‌های مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها و... منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها را از اختیارات آن دیوان دانسته است. به دلیل تمثیلی بودن کمیسیون‌هایی که نامشان در متن این ماده قانونی آمده است به شکایت یا اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۹۹ نیز در شعب دیوان، رسیدگی می‌گردد.

جهت رسیدگی به تصمیمات و آرای هیأت‌ها و کمیسیون‌های فنی و تخصصی هم از حیث عدم رعایت مقررات قانونی اعم از شکلی و ماهوی و هم از جهت تشخیص موضوع قابل رسیدگی و اعتراض در دیوان عدالت اداری خواهد بود. مهلت اعتراض به آرای مراجع شبه قضایی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون مذکور برای اشخاص مقیم داخل کشور سه ماه از

۱. امامی، محمد، کوروش استوار سنگری، حقوق اداری ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱، ص ۳۶.



تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوطه طبق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و برای اشخاص مقیم خارج از کشور، شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی تصمیم قطعی اعلام شده است.^۱

۱. مولا بیگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل: جاودانه، ۱۳۹۳، ص ۶۹.

نتیجه‌گیری

کمیسیون ماده ۹۹ مرجع رسیدگی کننده به تخلفات ساختمانی به وقوع پیوسته در حوزه‌ی عملکرد دهیاری (محدوده‌ی روستا) و بخشداری (خارج از محدوده و حریم شهر و خارج از محدوده‌ی روستا) است. آرای این نهاد شبه قضایی، حسب مورد قلع بناء یا اخذ جریمه را در بر می‌گیرد.

تعیین قیمت اعیانی (که عنصر اساسی محاسبه جریمه تخلفات ساختمانی می‌باشد) با توجه به دستورالعمل نحوه‌ی برخورد با تخلفات ساختمانی در روستاها و اراضی خارج از حریم شهرها (شماره‌ی ۱۱۲۰۹۶ مورخ ۹۴/۸/۲۵) صادره از سوی وزارت کشور به عهده‌ی کمیسیون فوق الذکر گذاشته شده که امری بر خلاف اصل است؛ زیرا که با توجه به وحدت ملاک موجود در خصوص تعیین ارزش معاملاتی املاک در شهرها، (تبصره‌ی ۱۱ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری) این امر (تعیین ارزش اعیانی) که از جنس امور اجرایی بوده باید با پیشنهاد دهیاری و تصویب شورای اسلامی روستا و عندالزوم شورای اسلامی بخش تعیین گردد نه توسط کمیسیون مزبور که مرجع شبه قضایی است.

فرایند وضع و اخذ عوارض در دهیاری‌ها، مستند به ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده صورت می‌پذیرد؛ لیکن وضع عوارض در خصوص ساخت و سازها در حیطه‌ی عملکرد بخشداری فاقد جایگاه و محمل قانونی است و از نظم حقوقی کارآمدی تبعیت نمی‌کند. مرجع اخذ و هزینه کرد درآمد ناشی از اخذ جرایم تخلفات ساختمانی در محدوده‌ی روستا به استناد بند ۱۱ ماده ۷۸ قانون شوراها، به عهده‌ی دهیاری‌ها است؛ اما بخشداری علی‌رغم این که مرجع صدور پروانه‌ی ساختمانی می‌باشد صلاحیت و اختیار اخذ عوارض و جرایم تخلفات ساختمانی و واریز به حساب بانکی خود و هزینه کرد آن را ندارد؛ بلکه برابر قوانین بودجه در سال‌های اخیر این وجوه به حساب درآمد عمومی نزد خزانه داری کل کشور واریز می‌گردد.

اختصاص فقط تبصره‌ی ۲ بند ۳ ماده ۹۹ قانون شهرداری، به امر رسیدگی به تخلفات ساختمانی در حوزه‌ی گسترده خارج از محدوده و حریم شهرها و در درون محدوده‌ی روستاها و عدم تعیین تکلیف بسیاری از موارد مربوط به طی یک فرایند عادلانه دادرسی در کمیسیون شبه قضایی ماده ۹۹ از مصادیق نقص و خلاء قانونی بوده و سبب گردیده است، برخورد با تخلفات ساختمانی در حیطه‌ی عمل کمیسیون یاد شده ناکارآمد و غیر مؤثر باشد. لزوم قانونگذاری در این حوزه به شیوه‌ی موجود در قانون شهرداری از اساسی‌ترین ضروریات، جهت ساماندهی ساخت و سازها می‌باشد.

فهرست منابع

کتاب‌ها

۱. امامی، محمد، **حقوق مالیه عمومی**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد، **کورش استوار سنگری، حقوق اداری**، ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱.
۳. باستیه، ژان، **برنارد دزر، شهر**، ترجمه‌ی علی اشرفی، تهران: دانشگاه هنر، ۱۳۷۷.
۴. بهشتی، جواد، **نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی**، ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
۵. رسول زاده، مهدی و همکاران، **اعتراض به عوارض شهرداری‌ها (کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری)**، تهران: جاودانه، جنگل، ۱۳۹۶.
۶. صارمی نوری، فریبرز، **حقوق ساخت و سازها (در حیطه‌ی عمل دهیاری، شورای اسلامی روستا و بخش‌داری)**، شیراز: نوید شیراز، ۱۳۹۴.
۷. کامیار، غلامرضا، **حقوق شهری و شهرسازی**، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۸. کامیار، غلامرضا، **شهر در پرتو رویه قضایی**، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۹. امیدزنجانی، عباسعلی، **ابراهیم موسی زاده، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری**، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۸.
۱۰. محمدی، امید، **آیین دادرسی ماده ۹۹ قانون شهرداری تخلفات ساختمانی خارج از محدوده و حریم شهر**، تهران: جنگل، ۱۳۹۷.
۱۱. موسوی، سید عارف، **حقوق و قوانین روستایی**، ج ۲، چاپ اول، تهران: ستایش حقیقت: سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور، ۱۳۹۲.
۱۲. موسوی، سید عارف، **قوانین و مقررات اراضی روستایی**، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.
۱۳. موسوی، سید عارف، **قوانین و مقررات ساخت و سازها در روستا**، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.
۱۴. موسوی، سید عارف، **قوانین و مقررات منابع طبیعی و محیط زیست روستایی**، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.
۱۵. موسوی، سید عارف، **قوانین و مقررات طرح‌ها و پروژه‌های عمران روستایی**، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.
۱۶. موسوی، سید عارف، **حقوق و قوانین روستایی در ایران**، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.

۱۷. موسوی، سید عارف، قوانین تکمیلی مرتبط با امور روستایی، چاپ اول، تهران: اشتیاق نور، ۱۳۹۳.
۱۸. مولا بیگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل: جاودانه، ۱۳۹۳.
۱۹. هاشمی، فضل الله، حقوق شهری و قوانین شهرسازی، تهران: مرکز مطالعات و تحقیقات شهرسازی و معماری ایران، ۱۳۷۱.
۲۰. هداوند، مهدی، علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.

مقاله‌ها

۱. افضلی، رسول و همکاران، بررسی و ارزیابی تخلفات ساختمانی در حوزه‌های پیرامونی مادر شهرها (مطالعه موردی شهر سردرود)، اندیشه جغرافیایی، ۸، ۱۳۹۵، ۱۵، صص ۲۵-۵۱.
۲. صالحی میلانی، ساسان، مریم محمدی، «تدوین ضوابط و مقررات ساخت و ساز در مناطق کوهپایه ایی (مطالعه موردی: محله باغ شاطر تهران)»، فصلنامه‌ی دانشگاه هنر، ۱۳۸۹، ۳، صص ۹۷-۱۱۶.
۳. معصوم، جلال، «تخلفات ساختمانی»، ماهنامه‌ی شهرداری، سازمان شهرداری‌های کشور، ۳، ۱۳۸۰، ۳۳، ۴۹-۵۱.

قوانین و آیین‌نامه‌ها

۱. آیین‌نامه استفاده از اراضی و تأسیسات در خارج از حریم شهرها و محدوده‌ی روستاها (مصوب ۱۳۹۱/۲/۱۰).
۲. بخشنامه‌ی شماره ۲۲۳۷۲/۱/۳/س مورخ ۹۱/۲/۲۴ وزیر کشور.
- قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و نحوه‌ی انتخاب شهرداران (مصوب ۱۳۷۵/۳/۱ با اصلاحات بعدی).
۳. قانون تعریف محدوده و حریم شهر، روستا و شهرک و نحوه‌ی تعیین آن‌ها (مصوب ۱۳۸۴/۱۰/۱۴).
۴. قانون شهرداری.

Book

- Amid Zanjani, Abbas Ali and Musazadeh, Ibrahim: “supervision on the enforcement of governance and administrative justice”. Tehran, Tehran University Press, 2010 -
- Baštie, Jean and Dezer, Bernard: “city”. tr. Ashrafi, Ali. Tehran, Art University, 1999 -
- Beheshti, Javad and Moradi, Nader: “civil trial procedures”. v.2, Tehran, Mizan, 2007 -
- Emami, M: “general financial laws”. Tehran, Mizan, 2012 -
- Emami, Muhammad and Ostowar Sangari Kurosh: “administrative law”. v.2, Tehran, Mizan, 2014 -
- Hodawand, Mahdi and Mashhadi: “principles of administrative laws (in the light of the sentences by the administrative justice court)”. Tehran, Khorsandi, 2012 -
- Kamiyar, Gholam Reza: “urban rights and urban engineering”. Tehran, Majd, 2018 -
- Kamiyar, Gholam Reza: “city in the light of judicial procedures”. Tehran, Majd, 2017 -
- Rasulzadeh, Mahdi et al: “objection to the municipalities’ fines (article 77 commission of municipality (Shahrdari)”. Tehran, Javdaneh and Jungle, 2018 -
- Saremi Noori, Fa: “laws of constructions (in the action area of the rural municipality (Dehyari), Islamic village council and sectorial governorship)”. Shiraz, Navid-e-Shiraz, 2016 -
- Mohammadi, O: “trial procedure of article 99 of municipality (Shahrdari) law for the investigation of the building violations outside the limits and frontages of the cities”. Tehran, Jungle, 2019 -
- Mowlabeigi, Gh: “jurisdiction and trial procedures of the administrative justice court”. Tehran, Jangal-e-Javdaneh, 2012 -
- Musavi, S: “rural laws and regulations”. v.2, 1st ed., Tehran, Setayesh-e-Haghighat, Iran’s organization of rural and urban municipalities, 2014 -
- Musavi, S, A: “rules and regulations of the constructions in the village”. 1st ed., Tehran, Eshtiyagh-e-Noor, 2015 -
- Musavi, S, A: “rules and regulations of the natural resources and environment in the villages”, 1st ed.. Tehran, Eshtiyagh-e-Noor, 2015 -
- Musavi, S, A. (2015), “rules and regulations of the rural reconstruction plans and projects”. 1st ed., Tehran, Eshtiyagh-e-Noor, 2015 -

- Musavi, S, A: “rural laws and regulations in Iran”, 1st ed.. Tehran, Eshtiyagh-e-Noor, 2015 -
- Musavi, S, A: “supplementary regulations related to the rural affairs” 1st ed.. Tehran, Eshtiyagh-e-Noor, 2015 -
- Hashemi, F: “urban laws and urban engineering regulations”. Tehran, Iran’s center .of urban engineering and architectural designing researches and studies, 1993 -

Article

- Afzali, R et al. “investigation and evaluation of the building violations in the peripheral domains of the metropolises (case study: the city of Sardorud)”, geographical thought, 8(15) 2016: 25-51 -
- Ma’asum, J. (2001), “building violations”, monthly journal of municipality, Iran’s Organization of Municipalities, 3(33) 2001: 49-51 -
- Salehi, Milani, Sasan and Mohammadi, Maryam. (2010), “codification of the criteria and regulations of constructions in the foothill regions (case study: Bagh Shater Neighborhood in Tehran)”, seasonal journal of art university, (3) 2010: 97-116 -

Regulations and Procedures

- Circular no.s/22372/1/3 passed on 13th of May, 2012, by interior minister -
- Municipality (Shahrdari) Law -
- Procedure of land use and installations outside the frontages of cities and villages’ limits (passed on 29th of April, 2012 -
- The law on the definitions of the cities and villages’ frontages and limits and method (of their determination (passed on 4th of January, 2006 -
- The law on the formations, duties and elections of the country’s Islamic councils (and mayors’ elections (passed on 21st of May, 1996 with its later amendments -



The Desirable Model of State Intervention in the field of Social Security, Social Investment and the Requirements of Justice

Mohammad Rasekh*

Maral Bordbar**

Abstract:

The idea of social investment has transformed and revised approaches to the scope and nature of welfare state interventions, particularly in the field of social security. In the past, the tendency towards privatization and regulation within the framework of neoliberal approaches to the social security system has led the advanced welfare state to reduce social security interventions, protections and benefits. The idea of replacing social security with social investment does not seem to provide all citizens with sufficient protection in the face of poverty and affects access to the right to social security. Providing immediate, sufficient, and comprehensive support that provides universal access to a minimum of resources requires a return to the distributive logic of social security and in continuation the determination of the limits and role of state in this area. In this study, with the aim of achieving the desired model of state interventions in the field of social security by a descriptive-analytical method, looking at the shortcomings of the theory of social investment state and relying on the requirements of justice in two titles “job as an asset” and “difference in internal endowments” the basis for a return to the distributive logic of social security has been identified. Accordingly, present study has concluded the necessity of accompanying social investment with compensatory interventions of the traditional welfare state in the form of benefits of the social security system.

Keywords: internal endowments, social investment state, social investment, job as asset, social security system

*.professor of law and philosophy, department of public law and economic law, faculty of law, shahid beheshti university (Corresponding Author). m-rasekh@sbu.ac.ir

** Ph.D Student in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

Maral.bordbar@gmail.com

The Desirable Model of State Intervention in the field of Social Security, Social Investment and the Requirements of Justice

Mahdi Mohammadi*

Mohammadreza Pasban**

Abstract:

One of the most important issues in corporate law is the abuse of rights by partners. Meanwhile, according to the rule of majority, which is the law governing commercial companies, the majority play a pivotal role in the decisions and actions of companies, the result of which can be the abuse of rights and powers in the interests of the minority. In other words, the application of the majority rule involves concentrating the company's forces in the hands of the majority of shareholders, which it can abuse. The research question is through what solutions restrictions can be imposed on the rule of law exercise by the majority so that this rule is not abused. The results of the research show that these solutions can be divided into judicial and non-judicial solutions and in this research only non-judicial solutions to combat abuse of rights in commercial companies have been examined. Non-judicial solutions refer to the agreements of the shareholders within the company, which are made according to the contract. This contract is approved in the form of articles of association in private and public companies, according to which the shareholders conclude agreements with each other and with the board of directors and the managing director. To answer the question, first the concept of abuse of rights and the rule of majority in commercial companies is examined and then non-judicial solutions to prevent abuse of rights are discussed.

Keywords: abuse of rights, commercial companies, majority rule, non-judicial solutions

*.Ph.D. Student, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

mohammadi_6116@yahoo.com

*Associate Professor, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

mpasban@atu.ac.ir

A legal Solution to Resolve the Conflicts of Interest in Implementation of Environmental Laws and Regulations

Meisam Nasehi *

Ali Faghih Habibi **

Keyvan Sedaghati ***

Abstract:

Our country is dealing with an undeniable environmental crisis which has overshadowed both the physical and mental health of people and the political, social, and economical security. Part of this crisis is caused by the mismanagement and unlawfulness of some of the government agencies due to conflicts of interest between ministerial interests and national interests, and the other part is the inefficiencies in some of the structural and formal laws concerning the Environmental Protection Act which in itself provides the ground for different conflicts of interest. Therefore, in order to overcome this crisis and environmental challenge in the country, which is a catastrophic threat, to achieve sustainable environmental development, and to a beneficial solution for all the involved parties, the modification of some formal articles in the Environmental Protection Law is imperative. Article 2, is the most effective and low-cost solution with the quickest feedback. In this study, through the application of jurisprudential and legal principles, the opinions of jurists in the field of environment, and solid evidences, the necessary basis for revising Article 2 is provided by valid legal solutions. These solutions are presented with the aim of transforming the Supreme Environmental Council from a governmental administration to an inter-ministerial council between the three forces, in order to diminish the governmental monopoly over the Environmental Protection Agency which in itself has the basis for conflicts of interest and a part of environmental crisis.

Keywords: solution, legal, Conflict of interest, the rules, the environments.

*.PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Law Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran(Corresponding Author) Shahine1342@yahoo.com

**..Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, Iran dr.mjheydari@gmail.com

***.: Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Theology, Qom University, Qom, abasaleh.s@gmail.com

Feasibility Study of Judges Returning to Public Employment Rights after 110 Years: An Analysis of the Entry into Service (1911-2021)

Vahid Agah*

Mahdi Hasanvand**

Abstract:

Since the Judiciary Principles Act of 1911, judges have had special employment rules for any reason, including the status of judicial independence, and have been excluded from general employment laws and regulations. According to the National Employment Law approved in 1966, judges are excluded from the scope of this law and are subject to it only in the absence of special rules. This was also stipulated in Article 117 of the Civil Service Management Law. But to what extent has this particular regulation differed from the general employment law in the last 110 years, and to what extent has this distinction justified justification for more than a century? The aim of the study was to analyze the specific employment rules and regulations of judges in the field of entry into service and its compliance with general employment laws, and the topics of entry into service, types of employment and its general conditions were analyzed and applied. The result is that judges differ from staff in not anticipating contract employment, the possibility of exemption from military service, the maximum length of probation, the need for inherent citizenship and productive purity.

Keywords: : Judges, Employment law, Civil Service Management Act, Employment of Judges, Civil Employment Act.

*. Faculty member of the Department of Public and International Law / Faculty of Law and Political Science / Allameh Tabatabai University / Iran / Iran v_agah@yahoo.com

** . M.Sc., Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran (Corresponding Author) ma_hasanvand@yahoo.fr

Imposing restrictions on the right to build and renovate a building in view of laws and votes of General Assembly of the Court of Administrative Justice

Ahmad Hosein poori*

Ayat Mawlawi**

Mohammad Mazhari ***

Abstract:

The inclusion of the principle of the rule of law in the activities of administrative institutions is in the legal rules to ensure the public interest and respect the right of private property. However, sometimes municipalities, under the pretext of having public plans, waive their legal obligation to issue a construction or reconstruction permit, and by violating the right to exercise property, deprive individuals of the exercise of property rights and the resulting effects. According to the laws and rulings of the General Assembly of the Court of Administrative Justice, if municipalities and government agencies do not fulfill their legal obligation to purchase and own land in the public plan and implement the plan as stipulated in the law, the owners of those lands have the right to all property rights. Apply the construction of a permitted building. This study examines the restriction of property rights in construction and renovation by municipalities as stated in the laws and rulings of the Administrative Court of Justice, and answers the question that according to the laws and rulings of

Keywords: construction or reconstruction, restriction of property rights, Court of Administrative Justice, municipalities

* PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, Tabriz Branch, Tabriz Iran. ahmad.hoseinpoori@gmail.com

** . Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Iran. (corresponding Author) amulace@tabrizu.ac.ir

***. Assistant Professor of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. m.mazhari@tabrizu.ac.ir.

the General Assembly of the Administrative Court of Justice, the restriction of construction or renewal rights According to the municipalities, what are the disabilities? It then uses a descriptive and analytical method to analyze the rules and the most common rulings of the General Assembly of the Administrative Court of Justice. The lack of laws and decisions beyond the authority of some authorities is the most important reason on the basis of which the General Assembly of the Court of Administrative Justice has ruled to annul the decision or grant a license, emphasizing respect for the property rights of individuals and It becomes.

Situational prevention in context of public procurement

Hamid barzegri dahj*

Mohmad reza elahimanesh **

Abstract:

This study seeks to examine the pathology of preventive strategies in the field of public procurement in the Iranian legal system. Situational prevention seeks to understand the place, time, and manner of committing a crime. In situation prevention, we seek to change environments that host criminal behaviors so that these environments are less desirable for criminals. Given that public procurement still have the highest level of corruption, both in terms of quantity and price, it is important to examine how they are implemented and the effectiveness of anti-corruption policies in the area of public procurement. Descriptive-analytical research methods and tools are library information collection. The results of the research show that the situation prevention strategy based on the three theories of rational choice, daily activity and crime pattern, is very helpful due to victim-centeredness and focus on improving the environment in the fight against corruption in government transactions. In Iran, the use of situational prevention policy has recently been pursued more seriously by the legislature. However, an important part of the anti-corruption laws in government transactions in the field of prevention is a very old situation and needs to be revised. Some areas of situational prevention, such as transparency and soundness of government transactions in Iran, have major shortcomings.

Key Words: Situational prevention, public procurement, corruption, international instrument, legal system of public procurement of Iran.

*.Ph.D. Student in (Criminal law and criminology), Faculty of Humanities. Islamic Azad University, Tehran North Branch

**. Assistant Professor, Department of Jurisprudence Law and Criminal Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran(Corresponding Author).maqab@gmail.com

The analysis of changing the employment type of war veterans from corporate employees to officially hired employees with emphasis on the administrative justice court decision.

Mahdi Goodarzi*

Hamed Karami**

Taghi Dashti***

Abstract: Right to work (employment) is one of the most important right, classified in the second generation of human right, has been emphasized in article 23 of the universal declaration of human right and has been recognized as one of the economic, social and cultural right in article 20 of Islamic republic of Iran constitution. The necessity of equal terms in employment also has been mentioned in article 28 of Islamic republic of Iran constitution. Therefore lack of unreasonable diversity of employment contract is one of the issues discussed in hiring systems. Due to this matter, employment form change is one of the most important issues in employment law and a prerequisite for job safety and right to employment. This research, which has been conducted through an analytical-descriptive approach, aims to analyze the regulations of employing corporate employees and changing their type to officially employed. It also answers the question of whether all corporate employees are entitled to petition to have their type changed to officially employed. The answer is that the government is required to officially employ those cor

Key Words: Corporate employees, Formal employment, Status change, Employment, Court of Administrative Justice.

*. Ph.D. Student, Department of Public Law, Islamic Azad University, Qom (Corresponding Author) mahdigoodarzi1483@gmail.com

** .Department of Law, Shahed University

hamed.karami@shahed.ac.ir

***. law faculty bagheralolom

t_d_dashty@yahoo.com

porate employees who are liable to clause 21 of the general law of serving war veterans and have been hired during the period when the fifth five-years-long development plan was in practice, according to the stipulated terms in the article and clause 44 of the aforementioned law and the subsequent revisions. This possibility has been predicted in article of cluse 87 of the law of the sixth five-years-long development plan.

Insurance Principle on the Land Registration System of England and Iran

Abbas MirShekari *

Jamshid Zargari**

Abstract:

As a result of incorrect registration information, if persons who acted on the basis of this information are damaged, according to the general rules, the injured party must claim compensation for that damage by filing a lawsuit then proving the elements of civil liability. Given the difficulty of proving these elements, as well as the possibility of injurious' financial inability, will not guarantee that the injured party will be fully compensated. This result will ultimately be to the detriment of persons who have trusted and acted on the registration system. Therefore, in the legal system of Australia and then, the United Kingdom, a mechanism called Insurance Principle was created. This principle, by guaranteeing the financial value of Title lost as a result of incorrect registration information by the government, prevents the loss of public trust in the registration system and the damage to persons. This research has been written in descriptive, analytical and historical methods, also using authoritative library and electronic sources and it is examined the history of Insurance Principle in Australia and the United Kingdom, under what conditions the economic security of registered land title is guaranteed in the registration system, on what basis was it established and what will be the consequences of its realization. Also, by examining the Iranian legal system, it is observed that the Insurance Principle has not been realized in the Iranian registration system, therefore, it is proposed to the legislature to use this principle to achieve public trust in the registration system.

Keywords: Insurance Principle, Economic security, Government civil liability, United Kingdom Registration system, Iran registration system.

1-Assistant Professor of Private Law Department, University of Tehran, Tehran Iran (Corresponding Author).
mirshekariabbas1@ut.ac.ir

MA. In Notary Law, Faculty of Registration and Judicial Management, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
Jamshidzargari94@gmail.com

A comparative study of transparency assurance mechanisms in state-owned enterprises

Reza Tajarlou *

Rouhollah Gholikhani**

Mohammad Sadegh Farahani***

Abstract:

State-owned enterprises established to facilitate the proper provision of public services by governments have become one of the ambiguities in the geometry of public law in the country due to the lack of a coherent and precise legal system that regulates their activities. One of the most important shortcomings of the domestic public law system in this regard is the lack of effective monitoring of the performance of these companies, which has increased the incidence of corruption in them. "Creating transparency" as a way to prevent corruption while developing and strengthening their accountability and oversight is one of the most basic solutions to this problem that the present article seeks to find a suitable mechanism to ensure it. The forthcoming research in response to the question of what are the mechanisms to ensure transparency in state-owned companies, while enumerating the principles governing the realization of administrative and financial transparency of these companies, including "establishing the most appropriate accountability methods", "applying organizational transparency", "partnership with stakeholders" Anti-corruption programs "and" Ensuring transparency in corporate ownership " , its practical realization in countries around the world under the four models of" providing a comprehensive annual report " , " creating an internal audit process " , " disseminating information "and" inserting the budget of state-owned companies " In the Budget Law "and has highlighted the gaps in the domestic legal system in this regard. The method of the present research is analytical-descriptive using comparative studies and the method of data collection is the study of documents and texts and content analysis.

Keywords:Information Disclosure, State-Owned Enterprises, Transparency, Anti-Corruption,supervision.

1-Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. rtajarlou@ut.ac.ir

2-Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. rogholikhani@gmail.com

3-Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. msfarahani72@ut.ac.ir

Legal Challenges of Obtaining Construction Violations Fines in the Domain of the Article 99 Commission

Fariborz Saremi Nouri *

Khadijeh Shojaeian**

Kourosh Ostovar,s***

Abstract:

Note 2, paragraph 3, Article 99 of the Municipal Law is the authority to investigate construction violations in the area of competence of the authorities issuing construction permits in sub-district (rural areas) and district (outside the city limits). The necessity of observing citizenship rights in the lawsuits raised in this quasi-judicial institution requires that the trial process, calculating and obtaining construction violations fines be documented by the approved legal standards and the decision of the competent authorities and have the necessary transparency. In this research, we have determined that if the votes of this commission belong to the imposition of a fine, they will be accompanied with many legal ambiguities and objections in implementation and during calculating its amount, due to the legal vacuum (law approved by the parliament, executive by-law and independent by-law). For example, assigning the task of determining the property buildings price to the commission is contrary to the principle and powers of quasi-judicial institutions. Instructions and circulars issued by the Ministry of the Interior in this regard have not been able to organize optimally the taking of construction violations. In this research, by describing and analyzing the subject from a legal perspective, we try to examine the hidden angles and bottlenecks of the implementation of the above-mentioned votes.

Keywords: Article 99 Commission, Construction Violations, Construction Violations Fine, Construction Tolls.

1-Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. (Corresponding Author) sarm19007@gmail.com

Assistant Prof. Department of Public Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. khadijeh.shojaeian@gmail.com

3-Assistant Prof. Department of Public Law, Faculty of Law and Humanities, Islamic Azad University, Shiraz, Iran. kourosh_ostovar_s@yahoo.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Forth year / 10th issue / Spring 2022



ISSN : 27170497

Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad Allah Yavari

Editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad
Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami Dr. Mohammad Rasekh Dr. Hossein Zarei
Matin Dr. Abbas Zaraat Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi Dr.
Ali Mashhadi Dr. Morteza Najabatkhah Dr. Mohammad Reza Vijeh
Dr. Seyed Mohammad Hashemi



• Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami
Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St., Valiasr St., Tehran, Iran

• Postal Code: 1434863111

• Phone: 09214930838

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law



Fourth year / 10th issue / Spring 2022



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Fourth year :: 10th issue :: Spring 2022



Title of Articles

- ▶ The Desirable Model of State Intervention in the field of Social Security, Social Investment and the Requirements of Justice.
- ▶ Non-judicial solutions to combat abuse of rights; With an emphasis on commercial and state-owned companies.
- ▶ A legal Solution to Resolve the Conflicts of Interest in Implentation of Enviromental Laws and Regulations.
- ▶ Feasibility Study of Judges Returning to Public Employment Rights after 110 Years: An Analysis of the Entry into Service (1911-2021).
- ▶ Imposing restrictions on the right to build and renovate a building in view of laws and votes of Gener-
al Assembly of the Court of Administrative Justice.
- ▶ Situational prevention in context of public procurement.
- ▶ The analysis of changing the employment type of war veterans from corporate employees to official-
ly hired employees with emphasis on the administrative justice court decision.
- ▶ Insurance Principle on the Land Registration System of England and Iran.
- ▶ A comparative study of transparency assurance mechanisms in state-owned enterprises.
- ▶ Legal Challenges to the Punishment of the Building Violations in the Area of the Article 99 Commis-
sion's Action.