





فصلنامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری

سال دوم / شماره دوم / بهار ۱۳۹۸

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷-۰۴۹۷

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 محمد رضا ویژه، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر کوروش استوار سنگری، دکتر جواد تقی زاده، دکتر محمد جلالی، دکتر سید احمد حبیب نژاد، دکتر ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده، دکتر محمد حسین زارعی، دکتر حامد گرمی، دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر مهدی هداوند

ویراستار ادبی فارسی:

نفیسه فتحعلی

کارشناس نشریه:

مهدی حسنونند

صفحه آرایی:

فاطمه استقلال

فصلنامه علمی پژوهش های 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 می گردد. و مستند به ماده ۶ آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۹/۲ وزارت علوم تحقیقات و فناوری و مصوبه مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۱۸ هیات مدیره انجمن ایرانی حقوق اداری واجد درجه علمی محسوب می گردد. شایان ذکر است بر اساس آیین نامه جدید عناوین علمی پژوهشی و علمی ترویجی حذف شده و نشریات دارای مجوز از وزارت علوم همگی دارای عنوان علمی بوده که در فرایند ارزیابی سالیانه حسب برخورداری از ویژگی های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه بندی می گردند.



آدرس: تهران، خیابان ولیعصر، خیابان توانیر، میدان شهید عباس پور، خیابان نظامی گنجوی،

نبش کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

نقل مطالب با ذکر مأخذ بدون مانع است
مقالات درج شده بیان دیدگاه های نشریه نمی باشد
مسئولیت صحت مطالب بر عهده نویسنده می باشد
فصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش های نوین حقوق اداری

از کلیه دانشجویان، اساتید و پژوهشگران محترم دعوت می شود 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، نتیجه گیری و منابع) باید حداقل ۵۰۰۰ و حداکثر ۸۰۰۰ کلمه در قطع A۴ باشد.
- ۲- حاشیه سمت راست و چپ صفحه ۴/۵ سانتیمتر و حاشیه بالا و پایین صفحه ۶ سانتیمتر باشد.
- ۴- برای بخش بندی محتوای بدنه مقاله صرفاً از اعداد به ترتیب ۱، ۱/۱، ۱/۱/۱، الی آخر استفاده شود و از هیچ واژه و حرفی استفاده نشود.
- ۵- چکیده فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۰۰ و حداکثر در ۲۵۰ کلمه باشد.
- ۶- 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 باید به صورت درون متنی بوده و بلافاصله پس از نقل مطلب، به این صورت داخل پرانتز ذکر شود: (نام خانوادگی صاحب اثر، سال انتشار: شماره صفحه). اگر ارجاع آخر جمله است، حتماً نقطه بعد از پرانتز گذارده شود. به عنوان مثال: (غیور، ۱۳۸۸: ۳).
- ۲- اگر نویسندگان دو نفر باشند، نام خانوادگی هر دو نویسنده نوشته می شود: (الوانی، مقیمی، ۱۳۸۰: ۲۵۰). حال اگر تعداد مؤلفان بیش از دو نفر باشند، تنها نام خانوادگی نویسنده اول نوشته شده و در خصوص نویسندگان دیگر از عبارت «و دیگران» استفاده شود: (الوانی و دیگران، ۱۳۹۰: ۲۱۰).
- ۳- شیوه ارجاع به آراء قضایی و داوری نیز باید به صورت درون متنی (مرجع صادرکننده رأی، سال صدور رأی: پاراگراف مربوطه) باشد. به عنوان مثال: (ICJ Rep، ۲۰۱۰: para. ۱۰۴).
- ۴- در ارجاعات درون متنی در صورت تکرار منبع، به جای استفاده از Ibid، op.cit همان یا پیشین، منبع دوباره عیناً ذکر شود.

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. کتاب ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ انتشار). عنوان کتاب با حروف ایتالیک،

نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، شماره جلد. مثال:
- زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۳). حقوق سازمان های بین المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.

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

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

- سادات اخوی، علی و عباس خدائشناس (۱۳۹۴). «شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و وضعیت حقوق بشر در عربستان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، شماره ۴، صص ۶۹۱-۷۱۳.

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

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

- ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵-۱۰۱.
- 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. 136-120.

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

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

۳- از بیان عنوان هایی نظیر مهندس، دکتر و... در ابتدای اسامی نویسندگان مقاله خودداری گردد.

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

ه. مسئول مکاتبات و تماس های تلفنی از سوی فصلنامه

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

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

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

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

هنگام ارسال مقاله، خود را به عنوان نویسنده مسئول در سامانه تعیین نمایند. بعد از اتمام فرایند رسیدگی و داوری و در هنگام صدور گواهی پذیرش مقاله، امکان تغییر «نویسنده مسئول» وجود دارد. تأکید می‌گردد چنین امکانی به هیچ وجه اضافی نمودن شخص یا اشخاص جدید به عنوان نویسنده/نویسندگان مقاله نیست.

نکات مهم پایانی

- ۱- مقاله ارسالی باید محصول مطالعات و تحقیقات نویسنده/نویسندگان بوده و دربردارنده دستاوردهای علمی جدید باشد.
- ۲- نگارش مقالات کاربردی و نیز استناد به مقالات مرتبط که در «فصلنامه پژوهش های نوین حقوق اداری» منتشر شده‌اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
- ۳- چکیده فارسی نباید به صورت مفهومی ترجمه گردد، بلکه ترجمه چکیده باید دقیق بوده و شامل ترجمه تمامی جملات متن فارسی باشد. عنوان، چکیده و واژگان کلیدی انگلیسی باید در صفحه آخر فایل اصل مقاله آورده شوند. در صورت تغییر و بازنگری چکیده فارسی، تغییرات در چکیده انگلیسی نیز اعمال گردد.
- ۴- مسئولیت صحت مطالب، منابع و نظرهای ابراز شده در مقاله و نیز رعایت حقوق مؤلفین و پژوهشگران بر عهده نویسنده/نویسندگان مقاله می باشد.
- ۵- نویسنده مسئول باید تعهدنامه ای از طریق سامانه ارسال نماید مبنی بر اینکه مقاله برای همایش یا مجله دیگری ارسال نشده یا در حال داوری یا چاپ نبوده و 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 می شود.
- ۸- مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش دو داور و تصویب نهایی هیأت تحریریه خواهد بود. مقاله در صورت تصویب، برای انتشار و چاپ ویرایش می‌شود.
- ۹- هیأت تحریریه نسبت به پذیرش، عدم پذیرش و هرگونه ویرایش یا تلخیص مقاله در زمان چاپ آزاد است.
۱۰. با توجه به غیردولتی بودن نشریه و به منظور تامین هزینه های اداره نشریه، داوری و چاپ مقاله مبلغ یک میلیون ریال بابت هزینه داوری اولیه مقاله و در صورت پذیرش نهایی مبلغ سه میلیون ریال بابت هزینه چاپ اخذ خواهد شد. فرآیند دریافت وجه از طریق سامانه صورت می گیرد



فهرست مطالب

قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری - مرتضی نجابت‌خواه - فرهنگ فقیه لاریجانی - سونا نظری زیارتگاه

۹

امکان‌سنجی حقوقی پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری - نادر میرزاده کوهشاهی - محمدجواد محمدپور

۲۷

حکم حکومتی و مصلحت عمومی
مهدی بالوی - مهناز بیات کمیتکی - مرجان زارع مهدبیه

۴۷

نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات (با تأکید بر رویکرد دیوان عدالت اداری) - علی بیاتی

۶۷

ارزیابی آثار تقنینی رویکرد شورای نگهبان به حدود صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری
محمد رضا رفیعی - محمد قاسم تنگستانی

۹۵

واکاوی مفهوم و جایگاه صلاحیت تفسیری قاضی در حقوق عمومی به مثابه صلاحیت مقام عمومی
محمد حسنونند - مرضیه سبینی سلمانی - مهدی حسنونند

۱۱۷

داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی
تقی دشتی - شهاب حائری اصفهانی

۱۳۵

The Approach of the Iranian Budgeting System to Non-Allocation Principle
Ali Mashhadi- Sedigheh Gharloghi

۱۸۱

قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری

مرتضی نجابت خواه*

فرهنگ فقیه لاریجانی**

سونا نظری زیارتگاه***

چکیده

در قانون کار مصوب ۱۳۶۹ مراجع حل اختلاف در دو سطح، هیئت تشخیص و هیئت حل اختلاف پیش‌بینی شده است. بر اساس ماده ۱۵۷ قانون کار، این هیئت‌ها مرجع رسیدگی به هرگونه اختلاف فردی بین کارگر و کارفرما یا کارآموز، ناشی از اجرای قانون کار و سایر مقررات کار، قرارداد کارآموزی، موافقت‌نامه‌های کارگاهی یا پیمان‌های دسته‌جمعی کار می‌باشند. به موجب بند (۲) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از آراء و تصمیمات قطعی مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما می‌توان در شعب دیوان عدالت اداری اعتراض نمود که آیین و ترتیبات رسیدگی به این آراء در ماده ۶۳ قانون مزبور مورد اشاره قرار گرفته است. برخی ابهامات و چالش‌ها، هم در خصوص صلاحیت و هم آیین رسیدگی دیوان عدالت اداری به آراء مراجع حل اختلاف کار وجود دارد که در رویه قضایی هیأت عمومی دیوان، پاسخ به این ابهامات را می‌توان یافت. بر این اساس، در این مقاله تلاش شده با توجه به رویه قضایی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، به روشی توصیفی - تحلیلی، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان در نظارت قضایی بر آراء مراجع حل اختلاف کار مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها: دیوان عدالت اداری، رویه قضایی، مراجع حل اختلاف کار، نظارت قضایی.

*. دانشیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه مازندران، عضو هیئت مدیره انجمن ایرانی حقوق اداری

m.nejabatkhah@gmail.com

farhanglaw@yahoo.com

soonanazari72@yahoo.com

** استادیار و عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه مازندران

*** کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه مازندران

مقدمه

از آنجاکه یکی از رسالت‌های مهم حقوق کار، جست‌وجوی راه‌حل‌های مسالمت‌آمیز و آشتی‌جویانه برای حل‌وفصل اختلاف‌های حقوقی بین کارگران و کارفرمایان و شکل‌دهی مراجعی به این منظور است (الهیان و منشی‌زاده، ۱۳۸۱: ۱۴)، در فصل نهم قانون کار مراجع دوگانه‌ای برای حل‌وفصل اختلافات کار پیش‌بینی شده است. این مراجع شامل هیئت تشخیص و هیئت حل اختلاف می‌باشند که طبق ماده ۱۵۷ قانون کار، به «هرگونه اختلاف فردی بین کارفرما و کارگر یا کارآموز که ناشی از اجرای این قانون [قانون کار] و سایر مقررات کار، قرارداد کارآموزی، موافقت‌نامه‌های کارگاهی یا پیمان‌های دسته‌جمعی کار باشد»، رسیدگی می‌نمایند. البته در ماده مذکور، قانونگذار مقرر داشته است که اختلافات مزبور، «در مرحله اول از طریق سازش مستقیم... و در صورت عدم سازش، از طریق هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف... رسیدگی و حل‌وفصل خواهد شد».

با توجه به ماده مزبور، اختلافات ناشی از قانون کار یا سایر مقررات و منابع حقوق کار موضوع صلاحیت مراجع حل اختلاف کار می‌باشند. به‌طور مثال، به‌موجب آراء وحدت رویه شماره ۴۷ مورخ ۱۳۶۵/۷/۲۱ و شماره ۸ مورخ ۱۳۶۸/۲/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، «رسیدگی به شکایات کارگران در مورد اخراج و یا بازخرید آنان، به هر تقدیر در صلاحیت مراجع پیش‌بینی‌شده در قانون کار است» و یا بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۱۰۵۱ مورخ ۱۳۹۸/۶/۵ این هیأت، «اختلاف کارگر با کارفرما در عدم پرداخت حق بیمه بر مبنای حق‌السعی کارگر مصرح در ماده ۳۴ قانون کار از جمله اختلاف موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار است» حال آنکه در مقابل، به‌طور مثال، طبق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۴۴۳ مورخ ۱۳۹۲/۹/۴ شعبه ۲۵ دیوان عالی کشور، «حق‌الوکاله و هزینه‌های دادرسی و ایاب و ذهاب که حسب ادعای خواهان در مراجع مذکور پرداخته و از باب تسبیب مورد مطالبه قرار گرفته از جمله اختلافات ناشی از اجرای قانون کار تلقی نمی‌شود که رسیدگی به آن در صلاحیت هیئت‌های مذکور باشد...». همچنین، اساساً دعاوی کیفری که به اعتبار عنوان کارگر و کارفرما در قانون کار مطرح می‌شود، اعم از دعاوی ناظر به تخلف کارفرما از قواعد جزایی قانون کار و دعاوی ناشی از حوادث حین انجام کار که منجر به مصدومیت و یا فوت کارگر می‌شود، «تابع احکام و قواعد دعاوی کیفری در ایران است» (استوار سنگری، ۱۳۹۶: ۲۱۰).

طبق ماده ۱۵۹ قانون کار، آراء هیئت‌های تشخیص ۱۵ روز پس از تاریخ ابلاغ آن لازم‌الاجرا می‌شوند و در صورتی که ظرف مدت مذکور از سوی یکی از طرفین نسبت به رأی مزبور اعتراضی صورت گیرد اعتراض آنها در هیئت حل اختلاف رسیدگی می‌شود و رأی این هیئت پس از صدور، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. اما این قطعیت بدان معنا نیست که آراء قطعی این مراجع

قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری نباشد، بلکه طبق دادنامه شماره ۱۹۲۸ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸ هیأت عمومی دیوان، «به دلالت حکم مقرر در بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ اتخاذ تصمیم و تعیین تکلیف راجع به آراء قطعی مراجع حل اختلاف کار از شئون شعب دیوان عدالت اداری است.»

همچنان‌که در دادنامه فوق اشاره شده، مبنای صلاحیت شعب دیوان برای نظارت بر آراء مراجع اختلاف کار، بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان است. همچنین ماده ۶۳ این قانون با تفصیل بیشتری به بیان آیین رسیدگی شعب دیوان به آراء مراجع حل اختلاف کار پرداخته است؛ لذا این سؤال به طور جدی مطرح است که آیا مقررات مذکور در رابطه با قلمرو و آیین نظارت دیوان بر آراء مذکور صراحت و دقت لازم را دارند و آیا چالش یا ابهام خاصی در این باره وجود ندارد؟ تأملی در آراء هیأت عمومی و شعب دیوان این فرضیه را تقویت می‌نماید که چالش‌ها و ابهاماتی جدی درخصوص مقررات مورد اشاره وجود دارند که هرچند در برخی آثار مرتبط با صلاحیت و آیین دادرسی دیوان اشاراتی به این موضوعات شده، لکن تاکنون بررسی دقیقی از رویه قضایی دیوان در این باره، خاصه پس از لازم‌الاجرا شدن قانون جدید دیوان صورت نگرفته و لذا این مقاله جنبه نوآورانه‌ای را در خود دارد.

با این توصیف، در این مقاله، در یک بررسی توصیفی - تحلیلی، ابتدا قلمرو و سپس آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان تحلیل شده و چالش‌ها و ابهامات فراروی هرکدام مورد اشاره می‌گیرد.

۱. قلمرو نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار

طبق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، «رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، هیئت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده (۱۰۰) قانون شهرداری‌ها منحصرأً از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها»، در صلاحیت شعب دیوان قرار دارد.

در بند مذکور به «قطعی» شدن آراء و تصمیمات مراجع اختصاصی اداری و ازجمله مراجع حل اختلاف کار به‌عنوان ملاکی برای امکان شکایت در دیوان اشاره شده است. بر این اساس، «متعلق نظارت دیوان فقط آراء قطعی می‌باشند. رأی قطعی، اعم از رأی ذاتاً قطعی، آراء بدوی قابل اعتراضی که در مهلت مقرر مورد اعتراض واقع نشده است و آراء قطعی صادره در مرحله تجدیدنظر می‌باشد» (رستمی و دیگران، ۱۳۸۸: ۶۹). با توجه به اینکه مراجع حل اختلاف کار در دو مرحله بدوی (هیئت تشخیص) و تجدیدنظر (هیئت حل اختلاف) شکل گرفته‌اند، آراء قطعی

هیئت‌های حل اختلاف و آراء غیرقطعی هیئت‌های تشخیص که در مهلت قانونی مقرر از سوی هریک از طرفین مورد اعتراض در هیئت حل اختلاف قرار نگیرند، می‌توانند موضوع شکایت در شعب دیوان قرار گیرند.

در بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، اشاره مستقیمی به اشخاصی که می‌توانند از آراء قطعی مراجع حل اختلاف کار در دیوان طرح شکایت کنند، نشده است؛ اما باید اشاره نمود که دیوان عدالت اداری با توجه به معنی لغوی و عرفی کلمه «مردم» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی قائل به این است که دیوان، مرجعی است که به شکایات، تظلمات و اعتراضات «مردم» رسیدگی می‌نماید و در نتیجه، اعتراض و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی قابل طرح در شعب دیوان بوده و شکایات و اعتراضات واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان نمی‌باشد (رأی وحدت رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰). هرچند دادنامه مذکور ناظر بر بند (۱) ماده ۱۰ قانون فعلی دیوان به نظر می‌رسد، لکن بنا به استدلال مزبور، هیأت عمومی دیوان در آراء وحدت رویه شماره ۷۹ مورخ ۱۳۷۴/۵/۱۴ و شماره ۶۷ مورخ ۱۳۸۵/۲/۱۷، تصریحاً دیوان را مرجع اختصاصی رسیدگی به شکایات مردم اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی خصوصی از آراء قطعی مراجع مندرج در قانون دانسته است.

بر این اساس، هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۸۰/۱/۲۶ با تأکید بر این استدلال که «کارخانه سیمان فارس با عنایت به میزان مالکیت واحدهای دولتی در سهام و سرمایه آن از نوع شرکتهای متعلق به دولت می‌باشد و از مصادیق اشخاص حقوقی حقوق خصوصی محسوب نمی‌شود»، اعتراض آن کارخانه نسبت به رأی هیأت حل اختلاف کار و امور اجتماعی را قابل رسیدگی و امعان‌نظر در دیوان عدالت اداری ندانسته و همچنین در رأی وحدت رویه شماره ۲۵۴ مورخ ۱۳۸۲/۷/۶ با این استدلال که «شرکت صنعتی آبگینه از جمله شرکتهای دولتی محسوب است»، اعتراض شرکت شاکی نسبت به رأی هیئت حل اختلاف اداره کار را غیرقابل رسیدگی در شعب دیوان دانسته است.

حال با توجه به اینکه در مواردی همچون دعاوی مورد اشاره در آراء اخیرالذکر، ممکن است واحدهای دولتی، کارفرما باشند که در این باره، دیوان خود را صالح به رسیدگی به شکایات آنها از آراء قطعی مراجع حل اختلاف کار نمی‌داند، این ابهام مطرح می‌شود که رسیدگی به اعتراضات واحدهای دولتی نسبت به آراء مزبور در صلاحیت چه مرجعی است؟

در این باره دو دیدگاه مطرح شده است: نخست آنکه آراء قطعی و لازم‌الاجرای مراجع اختصاصی اداری، جز در مواردی که قانون‌گذار آنها را توسط اشخاص حقوق خصوصی قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری یا دادگاه‌های عمومی دادگستری دانسته است، قابل نظارت قضایی نیستند. این

دیدگاه با منطق حقوقی سازگاری ندارد، چراکه به‌طور مثال، نمی‌توان پذیرفت که آراء مراجع حل اختلاف کار از سوی اشخاص حقوق خصوصی به‌عنوان کارفرما قابل اعتراض در دیوان باشد، ولی آراء این مراجع توسط واحد دولتی کارفرما که منافع عمومی جامعه را تعقیب می‌کند، در هیچ مرجع قضایی قابل اعتراض نباشد. با این حال این دیدگاه طرفداران خود را دارد و از آن جمله، رئیس شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران، که در دادنامه شماره ۹۱۰۱۴۵ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۶ چنین اعلام رأی نموده است:

«اگر قائل باشیم که حتی با دولتی‌بودن طرفین اختلاف و آراء کمیسیون و هیئت‌های مذکور، متضرر از آراء قطعی مراجع مزبور بتوانند در محاکم دادگستری طرح اعتراض نمایند. پس هدف از تشکیل هیئت‌های مذکور چه خواهد بود و این امر نقض غرض است و مراجعه مجدد به محاکم دادگستری باعث دور و تسلسل است و درواقع هیچ نص صریحی مبنی بر اینکه آراء هیئت‌های مختلف اداری قضایی غیردادگستری قابل اعتراض در محاکم عمومی دادگستری باشد وجود ندارد. آنچه می‌بایست در محاکم دادگستری طرح شود به‌موجب مقررات و موازین دادرسی معین و در حدود صلاحیت محاکم است و اصولاً محاکم عمومی حقوقی نمی‌بایست به رسیدگی مباحث اداری تخصصی که مراجع تخصصی برای رسیدگی بدانها تأسیس شده ورود نمایند.» (به نقل از: بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه)

اما دیدگاه دوم که مبتنی بر وحدت ملاک از رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور شکل گرفته^۱ قائل به این است که «از آنجاکه طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگستری مرجع عام تظلم‌خواهی است لذا آن دسته از آراء مراجع شبه‌قضایی که مورد اعتراض دستگاه‌های دولتی است قابل اعتراض در دادگاه‌های دادگستری است» (مولایی، ۱۳۹۵: ۲۳). به عبارتی دیگر، به‌موجب نظریه شماره ۷/۹۷/۱۰۲ مورخ ۱۳۹۷/۱/۲۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، «عدم تجویز رسیدگی به اعتراضات واحدهای دولتی در دیوان عدالت اداری، مسقط و نافی صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به دعاوی طرح‌شده از سوی واحدهای دولتی مبنی بر ابطال آراء قطعی مراجع حل اختلاف کار نمی‌باشد و رسیدگی به این دعاوی در

۱. البته برخلاف این نظر، اداره کل حقوقی قوه قضاییه طبق نظریه شماره ۷/۴۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۴ قائل به این است که «آراء هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف اداره کار قابل اعتراض در مراجع دادگستری نمی‌باشد. ضمناً رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۸۶/۳/۲۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز صرفاً ناظر بر اعتراض سازمان‌های دولتی به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری است و به آراء سایر مراجع اداری از جمله هیئت‌های حل اختلاف کار، تسری ندارد و با توجه به اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۸۵ در دیوان عدالت اداری فقط شکایات مردم (اشخاص حقوق خصوصی اعم از حقیقی و حقوقی) علیه دولت و مؤسسات عمومی غیردولتی مسموع است و طرح دعاوی سازمان‌ها و ادارات دولتی علیه اشخاص حقوقی یا علیه یکدیگر قابلیت استماع در دیوان عدالت اداری را ندارد.»

صلاحیت محاکم عمومی می‌باشد.^۱

بر همین اساس، در رویه شعب دیوان عالی کشور در موارد حل اختلاف در صلاحیت بین شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی، درخصوص مراجع حل اختلاف موضوع قانون کار شاهد آراء متعددی می‌باشیم که در آنها رأی به اعتبار صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری صادر شده است (نجابت‌خواه ۱۳۹۱: ۳۳-۲۵).

البته پرسش دیگری نیز در اینجا مطرح است و آن اینکه آیا شکایت و اعتراض نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و مؤسسات وابسته به آنها نسبت به آراء مراجع حل اختلاف کار قابل طرح در دیوان می‌باشد یا خیر؟ در این باره باید خاطرنشان نمود که در ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ به «شهرداری‌ها و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها» به‌عنوان واحدهای دولتی موضوع صلاحیت شعب دیوان اشاره شده بود و بر این اساس، شعب دیوان رسیدگی به شکایات این مراجع و مؤسسات وابسته به آنها را در صلاحیت دیوان نمی‌دانستند؛ همچنان که هیأت عمومی دیوان نیز در رأی وحدت رویه شماره ۱۲۰ مورخ ۱۳۷۴/۷/۱۵، با این استناد که طبق قانون دیوان، «نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن در عداد واحدهای دولتی تلقی گردیده است»، «شرکت پخش نو که شرکته متعلق به بنیاد مستضعفان و جانبازان به‌عنوان یک نهاد انقلابی در عداد واحدهای دولتی» بوده را دولتی تلقی کرده و شکایت مطروحه از ناحیه این شرکت علیه اداره کار را «شکایت دولت علیه دولت» قلمداد کرده و آن را قابل طرح در دیوان ندانسته است. اما علاوه بر این، در ۱۳۷۴/۷/۱۱ قانونی با عنوان «قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که مقرر می‌داشت: «با توجه به ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی به شکایات علیه نهادهای عمومی احصاء شده در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد». به‌موجب این قانون، دیگر شکایات نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مذکور در قانون فهرست نیز علیه واحدهای دولتی موضوع قانون دیوان قابل استماع و رسیدگی نبوده است.

پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، دیوان عدالت اداری همچنان بر اساس «قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» مصوب ۱۳۷۴ قائل به صلاحیت خود نسبت به مؤسسات و نهادهای

۱. همچنین به موجب نظریه حقوقی شماره ۱۳۵۲۸/۱۲۱۳۹ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۴ معاونت حقوقی ریاست جمهوری، «با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۰۲ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶ و رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور رسیدگی به اختلافات راجع به احکام قطعی هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگری که کارفرما دستگاه دولتی باشد در صلاحیت دادگاه‌های عمومی است.» (معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۳: ۱۸۹)

عمومی غیردولتی مذکور در قانون فهرست بوده و شکایات این مراجع علیه دیگر واحدهای دولتی را نمی‌پذیرفت؛ همچنان‌که هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۸۴۵ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۱ بدون ملاحظه مفاد تبصره ۱ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی^۱، مقرر داشت: «نظر به اینکه بنیاد مستضعفان به شرح قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ در زمره مؤسسات عمومی غیردولتی قرار گرفته و به حکم قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۴ رسیدگی به شکایت از تصمیمات و اقدامات بنیاد مزبور و شرکت‌های وابسته به بنیاد فوق‌الذکر از جمله شرکت سهامی خاص گروه پزشکی بر رویه در صلاحیت دیوان قرار گرفته است، بنابراین اعتراض شرکت مزبور که در عداد اشخاص حقوقی حقوق خصوصی قرار ندارد نسبت به رأی هیأت حل اختلاف اداره کار، قابل رسیدگی و استماع در دیوان عدالت اداری نیست».

اما با وضع و لازم‌الاجرا شدن قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲، دیگر دیوان صلاحیت شعب خود را محدود نموده است؛ همچنان‌که در رأی وحدت رویه شماره ۱۳۴۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۷ مقرر داشته، «... مطابق جزء الف بند ۱ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، رسیدگی به شکایات و تظلمات از مؤسسات عمومی غیردولتی در شایستگی دیوان عدالت اداری لحاظ نشده است و فقط رسیدگی به شکایات، تظلمات از شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی به عنوان دو مصداق از مؤسسات عمومی غیردولتی در شایستگی شعب دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده است.» البته، علاوه بر این، آن دسته از نهادهای انقلابی که جزء مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی قرار می‌گیرند، مانند بنیاد شهید و امور ایثارگران و بنیاد مستضعفان جزء دستگاه‌های موضوع صلاحیت شعب دیوان قرار دارند و شکایات آنها علیه آراء قطعی مراجع اختصاصی اداری و از جمله مراجع حل اختلاف کار قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان نیست. اما در کنار نهادهای مذکور، باید به نهادهایی اشاره داشت که در حقوق اداری، از آنها به «نهادهای صنفی و حرفه‌ای» یاد می‌شود. صرف‌نظر از این ابهام که آیا این نهادها را می‌توان نهادی عمومی به شمار آورد و یا آنکه نهادی خصوصی هستند، این قطعیت وجود دارد که آنها را نمی‌توان در عداد واحدهای دولتی در معنای مضیق آنکه در رویه دیوان ملاک عمل بوده، قلمداد نمود. بر همین اساس، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌طور نمونه در رأی وحدت رویه شماره ۳۲۲ مورخ ۱۳۹۰/۸/۲، شکایت از آراء یکی از این نهادها (شورای انتظامی سازمان مهندسی ساختمان) را قابل

۱. چراکه شرکت سهامی خاص بر رویه با توجه به تعریف مقرر در تبصره ماده واحده قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، از مصادیق مؤسسات وابسته به بنیاد مستضعفان نبوده و «چنانچه واحد وابسته به نهادهای انقلابی به‌صورت شرکت تأسیس و اداره شوند تحت شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار نمی‌گیرند.» (مولایی، ۱۳۹۵: ۳۵)

قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری

رسیدگی در دیوان ندانسته و با توجه به مفاد این رأی چنین به نظر می‌رسد که این‌گونه نهادها می‌توانند در دیوان عدالت اداری از آراء مراجع حل اختلاف کار علیه خود شکایت نمایند.

نکته دیگری که در رابطه با صلاحیت نظارتی دیوان نسبت به آراء مراجع حل اختلاف کار باید اشاره نمود اینکه نظارت مذکور هم شامل کارگران شاغل در بخش‌های خصوصی و تعاونی و هم کارگران شاغل در بخش دولتی می‌شود. توضیح اینکه طبق ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، «به‌کارگیری نیروی انسانی در برخی از مشاغل که سازمان [اداری و استخدامی کشور] اعلام می‌دارد در سقف پست‌های سازمانی مصوب و مجوزهای استخدامی بر اساس قانون کار امکان‌پذیر می‌باشد.» بر این اساس، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۳۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۰ اشعار داشته است: «... اشخاصی که مطابق ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ بر اساس قانون کار، به‌کارگیری می‌شوند در صورت بروز اختلاف با کارفرما مرجع صالح برای رسیدگی به شکایات، هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگری و کارفرمایی خواهد بود، از این‌رو قبل از رسیدگی به شکایت در هیئت‌های مذکور، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به شکایات را ندارد.» این در حالی است که در رابطه با افرادی که طبق تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، به‌صورت ساعتی یا کار معین به خدمت دستگاه اجرایی درمی‌آیند، در ذیل این دادنامه مقرر شده است: «در سایر موارد که اشخاص مطابق تبصره ذیل ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ به‌کارگیری شده‌اند، به لحاظ عدم شمول قانون کار بر روابط آنها با سازمان متبوع، هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کارگری و کارفرمایی صلاحیت رسیدگی به شکایات اشخاص را ندارند.»

در اینجا اشاره به سه نکته زیر ضروری است: نخست اینکه طبق تبصره (۱) ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، «در صورت واگذاری سهام شرکت‌های دولتی به‌نحوی که شرکت مذکور غیردولتی شود، قوانین و مقررات قانون کار بر کارمندان شرکت واگذار شده اعمال می‌گردد و این افراد، کارمندان کارفرمای جدید محسوب می‌شوند.» در نتیجه «ارتباط استخدامی آنان با دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط قطع و قوانین و مقررات قانون کار در مورد آنان اعمال می‌گردد.»^۱ و بدین ترتیب، شکایات و اعتراضات آنها به‌جای آنکه طبق بند (۳) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی در شعب دیوان باشد، طبق ماده ۱۵۷ قانون کار در صلاحیت مراجع حل اختلاف کار خواهد بود و از آراء این مراجع می‌توان در شعب دیوان طرح شکایت نمود.

در این‌باره شایسته است به ذیل رأی وحدت رویه شماره ۹۲۷ الی ۹۲۹ مورخ ۱۳۹۷/۴/۱۲ که مقرر داشته، «پس از واگذاری شرکت مخابرات در تاریخ ۱۸/۸/۱۳۸۸ در اجرای اصل ۴۴ قانون اساسی به بخش غیردولتی، مقررات قانون کار بر روابط آنها حاکم خواهد بود» و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۹۲۰ مورخ ۱۳۹۷/۳/۲۹ هیأت عمومی دیوان اشاره شود که مقرر می‌دارد: «با توجه به اینکه

۱. رأی وحدت رویه شماره ۱۰۶۲ الی ۱۰۶۴ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

شرکت مخابرات تا تاریخ ۱۳۸۸/۸/۱۸ دولتی بوده و مقررات قانون کار بر روابط کارکنان شرکت مخابرات و شرکت متبوع حاکم نبوده است، بنابراین پرداخت و جوه مرخصی استفاده‌نشده تا تاریخ مذکور در اجرای مقررات استخدامی شرکت‌های دولتی صورت پذیرفته و بعد از خصوصی شدن شرکت مخابرات در اجرای حکم ماده ۲۱ قانون مدیریت خدمات کشوری روابط کار بین شرکت مخابرات و کارکنان آن در اجرای مقررات قانون کار ایجاد می‌شود و حکم ماده ۷۱ قانون کار از ۱۳۸۸/۸/۱۸ مجری خواهد بود.»

دوم اینکه طبق ماده ۱۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، «کارمندان بخش‌های غیردولتی که بر اساس احکام پیش‌بینی‌شده در این قانون، تمام و یا قسمتی از وظایف و تصدی امور دولتی و سایر امور قابل واگذاری که حسب قوانین و مقررات مربوط معین خواهد شد را عهده‌دار می‌باشند، کارکنان تحت پوشش کارفرمای غیردولتی تلقی می‌گردند. دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه تعهد و یا مسئولیتی در قبال این کارمندان ندارند. کارفرمایان این کارمندان موظفانند با کارمندان تحت پوشش خود مطابق قانون کار و تأمین اجتماعی و سایر قوانین و مقررات مربوطه رفتار نمایند و پاسخگوی مقامات و یا مراجع ذی‌صلاح در این رابطه خواهند بود.» با این توضیح، شکایات این دسته از افراد موضوع صلاحیت دیوان عدالت اداری نبوده و در صلاحیت مراجع حل اختلاف کار می‌باشد؛ هرچند که از آراء مراجع حل اختلاف کار می‌توان بر اساس بند (۲) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، در دیوان طرح شکایت نمود.

سوم اینکه در رابطه با آن دسته از دستگاه‌هایی که طبق ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری از شمول این ماده خارج شده و تابع مقررات خاص استخدامی قرار گرفته‌اند، افرادی که با این دستگاه‌ها رابطه استخدامی داشته باشند و دستگاه متبوع آنها در شمول عنوان «واحدهای دولتی» موضوع بند (۱) ماده ۱۰ قانون دیوان قرار گیرد، در صورت تضییع حقوق استخدامی‌شان می‌توانند با توجه به بند (۳) ماده ۱۰ قانون مذکور در شعب دیوان طرح شکایت نمایند؛ اما اگر رابطه آنها با دستگاه متبوع‌شان، رابطه کار باشد، موضوع صلاحیت مراجع حل اختلاف کار قرار می‌گیرند و از آراء قطعی این مراجع می‌توانند در شعب دیوان طرح شکایت نمایند.

در رابطه با صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به آراء مراجع اختصاصی اداری و از جمله مراجع حل اختلاف کار باید به نکته ذیل بند (۲) ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان که اشاره به «از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آنها» دارد و ابهام‌برانگیز بوده، توجه داشت. بر این اساس، «صلاحیت دیوان در رسیدگی به تصمیمات موضوع این بند، منحصراً رسیدگی حکمی است نه موضوعی و ماهوی.» (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۲۸۹) به عبارتی دیگر، شعبه دیوان «توجهی به اساس مناقشه و اختلاف از حیث احراز صحت و سقم ادعای مطروحه ندارد، بلکه کار دیوان در این قبیل دعاوی این است که تشخیص دهد در ترتیب رسیدگی مدلول حکم قانون رعایت شده است یا نه؟» (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۲۹۸) البته برخلاف برخی نظرات مطرح‌شده که رسیدگی در دیوان عدالت اداری

را محدود به رسیدگی شکلی به معنای محدودبودن به تطبیق با مقررات شکلی دانسته‌اند، باید متذکر شد که «محدوده صلاحیت دیوان عدالت اداری صرفاً از جهت نقض قوانین و مقررات اعم از شکلی یا ماهوی» است (مولایی، ۱۳۹۵: ۶۶). بر این اساس، طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۷۴۹۶ مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۹ اداره کل حقوقی قوه قضائیه، «آراء و تصمیمات مراجع مذکور... باید شکلاً و ماهیتاً منطبق با قوانین و مقررات موضوعه و در حدود صلاحیت قانونی آنها باشد [و] در صورت عدم رعایت قوانین و عدم انطباق تصمیمات و آراء با مقررات موضوعه و یا خروج از حدود صلاحیت مراجع تصمیم گیرنده، قابلیت طرح و نقض در دیوان عدالت اداری را دارد».

۲. آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار

در این باره، باید اشاره نمود که طبق ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، «هرگاه شعبه رسیدگی کننده دیوان در مرحله رسیدگی به آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند (۲) ماده (۱۰) این قانون، اشتباه یا نقصی را ملاحظه نماید که به اساس رأی لطمه وارد نکند، آن را اصلاح و رأی را ابرام می‌نماید و چنانچه رأی واجد ایراد شکلی یا ماهوی مؤثر باشد، شعبه مکلف است با ذکر همه موارد و تعیین آنها، پرونده را به مرجع مربوط اعاده کند. مرجع مذکور موظف است مطابق دستور شعبه دیوان نسبت به رفع نقص یا ایرادهای اعلامی اقدام و سپس مبادرت به اتخاذ تصمیم یا صدور رأی نماید».

در صورتی که از تصمیم متخذه و یا رأی صادره مجدداً شکایت شود، پرونده به همان شعبه رسیدگی کننده ارجاع می‌شود. شعبه مذکور چنانچه تصمیم و یا رأی را مغایر قانون و مقررات تشخیص دهد، مستند به قانون و مقررات مربوط، آن را نقض و پس از اخذ نظر مشاورین موضوع ماده (۷) این قانون، مبادرت به صدور رأی ماهوی می‌نماید».

مقرر فوق در رابطه با مراجع حل اختلاف کار نیز مجری است و شعب دیوان بر اساس ماده ۶۳ قانون حاکم بر خود به اعمال صلاحیت نظارتی خود نسبت به آراء قطعی این مراجع می‌پردازند. در رابطه با ماده فوق، اشاره به دو رأی از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که با توجه به چالش‌های موجود در ماده ۶۳ صادر شده، خالی از فایده نیست.

نخست اینکه هیأت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۱۶۹۰ مورخ ۱۳۹۷/۸/۱ مقرر داشته است: «حکم ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مبنی بر اینکه هرگاه شعبه رسیدگی کننده دیوان آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۰ قانون را واجد ایراد شکلی یا ماهوی مؤثر تشخیص دهد، شعبه مکلف است با ذکر همه موارد و تعیین آنها پرونده را به مرجع مربوطه اعاده کند، مفید این معنی است که پرونده باید به همان مرجع رسیدگی کننده برای رفع نقص یا تبعیت ماهیتی اعاده شود و نه هیئت هم‌عرض» و دوم اینکه این هیأت در رأی

وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۳۹۶/۸/۲۳ اشعار داشته است: «با توجه به حکم مقرر در ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲... پس از نقض آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند ۲ ماده ۱۰ این قانون و رسیدگی مجدد در مراجع مربوط چنانچه از رأی و تصمیم مجدد این مراجع اعتراض شود و شعبه دیوان شکایت را وارد تشخیص دهد، پس از جلب نظر مشاورین موضوع ماده ۷ قانون یادشده ضمن نقض به صدور رأی ماهوی مبادرت می‌ورزد.» در رابطه با رأی اخیر، اشاره به این نظر نیز اهمیت دارد که در مواردی که شعبه تجدیدنظر دیوان برخلاف رأی شعبه بدوی، رأی قطعی مراجع حل اختلاف کار را نقض می‌کند، در صورت شکایت مجدد از رأی این مراجع، پرونده جهت رسیدگی به همان شعبه بدوی «رسیدگی کننده» ارجاع می‌شود، هرچند که این شعبه رأی مورد شکایت را نقض نکرده است؛ زیرا «ارجاع مستقیم به شعبه تجدیدنظر موجب از بین رفتن یک مرحله از رسیدگی می‌گردد» (مولایی، ۱۳۹۵: ۲۴۰). با این حال، این ایراد می‌تواند مطرح باشد که اولاً، شعبه بدوی چه‌بسا بر مبنای اجتهاد قبلی خود عمل کرده و این امر موجبات اطالۀ دادرسی را فراهم می‌آورد و ثانیاً، ممکن است که مرجع تجدیدنظر از رأی شعبه بدوی همان مرجع تجدیدنظر قبلی نباشد و یا قضات رسیدگی‌کننده در آن مرجع تغییر کرده باشند، در نتیجه، رأی نهایی برخلاف رأی قبلی شعبه تجدیدنظر باشد.

نکته دیگری که از حیث آیین نظارت بر آراء مراجع حل اختلاف کار باید به آن اشاره نمود، تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است که مقرر می‌دارد: «از زمان تصویب این قانون مهلت تقدیم دادخواست، راجع به موارد موضوع بند (۲) ماده (۱۰) این قانون، برای اشخاص داخل کشور سه ماه و برای افراد مقیم خارج از کشور، شش‌ماه از تاریخ ابلاغ رأی یا تصمیم قطعی مرجع مربوط مطابق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) است...». با وضع این تبصره، صرفاً آن دسته از شکایات از آراء مراجع حل اختلاف کار قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان است که در مهلت مقرر در این تبصره مطرح شده باشند؛ این در حالی است که تا پیش از وضع قانون جدید دیوان در سال ۱۳۹۲، شکایت از آراء مراجع حل اختلاف کار تابع مهلت معینی نبوده است. البته تعیین مهلت مشخصی برای طرح شکایت از آراء مراجع اختصاصی اداری و ازجمله مراجع حل اختلاف، با منطق حقوقی سازگار به نظر می‌رسد؛ چراکه مبتنی بر این باور است که با این ترتیب، «تصمیم‌های هیأت‌ها و کمیسیون‌ها تا ابد بلا تکلیف نمی‌مانند بلکه معترض به تصمیم زمان معینی برای اعتراض دارد» (ویژه، ۱۳۹۳).

در اینجا باید این چالش را مطرح نمود که آیا ظرف زمانی مقرر در تبصره ماده ۱۶ ناظر بر آراء صادره از مراجع حل اختلاف کار در پرونده‌هایی که از قبل مطرح شده بودند، هم می‌شود؟ در پاسخ باید به دادنامه شماره ۲۶۶۴ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره نمود که مقرر می‌دارد: «با توجه به اینکه حکم تبصره مذکور اطلاق دارد و همه آراء قطعی صادره از هیأت‌ها

و کمیسیون‌های شبه‌قضایی اعم از آرایسی که دارای مهلت اعتراض در دیوان عدالت اداری است... و یا آرایسی که فاقد مهلت اعتراض است... را در برمی‌گیرد و قرینه برای انصراف حکم قانون‌گذار به آراء گروه اول (آراء مهلت‌دار) وجود ندارد، مضافاً قواعد آیین دادرسی و قوانین شکلی از جمله مهلت اعتراض اثر فوری دارد و در رسیدگی به پرونده‌هایی که از قبل مطرح شده باشد، نیز قابلیت اعمال دارد مگر آنکه قانون‌گذار برخلاف آن حکمی مقرر کند؛ بنابراین در صورت وصول اعتراض از سوی شخص معترض خارج از مهلت‌های مقرر در تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان می‌بایست به استناد تبصره مذکور و بند «ت» ماده ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری «قرار رد شکایت» صادر کنند، مگر آنکه در قوانین سابق مهلت مقید بیشتری پیش‌بینی شده باشد که مطابق ذیل تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون مذکور، مهلت بیشتر ملاک عمل خواهد بود...».

نکته بعدی که درخصوص آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار می‌توان اشاره داشت این است که طبق ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رسیدگی در شعب بدوی دیوان، مستلزم تقدیم دادخواست است و به موجب ماده ۱۷ همین قانون، «شعب دیوان به شکایتی رسیدگی می‌کنند که شخص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی وی، رسیدگی به شکایت را برابر قانون، درخواست کرده باشد». لذا طرح شکایت از سوی افرادی خارج از این عناوین نسبت به آراء مراجع حل اختلاف کار قابل استماع و رسیدگی نخواهد بود؛ همچنان‌که در رأی وحدت رویه شماره ۷۰۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۰، هیأت عمومی دیوان، «با عنایت به اینکه آقای م.ر. فرزند ع. به‌عنوان شخص حقیقی و اصیل در پرونده مبادرت به طرح شکایت نموده و متذکر طرح دعوی با سمت مدیرعامل شرکت... یا دارنده حق امضاء و طرح دعوی در مراجع قضایی از سوی آن شرکت نشده و محتویات پرونده‌های مزبور مفید طرح شکایت از طرف شخص نامبرده است درحالی‌که رأی مراجع حل اختلاف کار به طرفیت شرکت... صادر گردیده است»، صدور قرار رد شکایت به لحاظ عدم طرح شکایت از طرف شرکت نامبرده را صحیح و موافق مقررات دانسته است.

ابهام دیگری که در رابطه با آیین نظارت دیوان نسبت به آراء مراجع حل اختلاف کار قابل اشاره است، این است که آیا صدور دستور موقت در رابطه با آراء مراجع حل اختلاف کار امکان‌پذیر است؟ طبق ماده ۱۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ و ماده ۳۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، امکان درخواست صدور دستور موقت در مواردی پیش‌بینی شده که «شاکای ضمن طرح شکایت خود یا پس از آن مدعی شود که اجرای اقدامات یا تصمیمات یا آراء قطعی یا خودداری از انجام وظیفه توسط اشخاص و مراجع مذکور در ماده (۱۰) این قانون، سبب ورود خسارتی می‌گردد که جبران آن غیرممکن یا متعسر است». در چنین مواردی طبق ماده ۳۵ قانون اخیرالذکر،

«شعبه رسیدگی‌کننده در صورت احراز ضرورت و فوریت موضوع، برحسب مورد، دستور موقت مبنی بر توقف اجرای اقدامات، تصمیمات و آراء مزبور یا انجام وظیفه، صادر می‌نماید.» در این باره هیأت عمومی دیوان نیز در رأی وحدت رویه شماره ۲۳ مورخ ۱۳۷۵/۲/۱۵ مقرر داشته است: «اتخاذ تصمیم در باب توقیف عملیات اجرایی آراء قطعی مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما به ادعای نقض قوانین مقررات و یا مخالفت با آنها در رسیدگی و صدور رأی مورد اعتراض به تبعیت اصل شکایت در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد.»^۱ طبق دادنامه شماره ۱۲۰۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۴ این هیأت، «دستور موقت صادره از شعبه بدوی تا قطعیت رأی به قوت خود باقی است و به لحاظ احتمال بروز خسارت و ضرر جبران‌ناپذیر در فاصله زمانی صدور رأی غیرقطعی شعبه دیوان بر رد شکایت تا صدور رأی قطعی در شعبه تجدیدنظر کماکان معتبر است.»

اما چالش مهمی که در رابطه با آیین نقض و ابطال آراء مراجع حل اختلاف کار در دیوان عدالت اداری می‌تواند مطرح باشد این است که در شکایت از آراء این مراجع، خود این مراجع باید طرف شکایت قرار گیرند و یا اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی ذی‌ربط. در این باره هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۲/۱۷ با این استدلال که: «با وجود اینکه اعضای هیئت‌ها و کمیسیون‌های موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مستقل از نهادها و دستگاه‌های اجرایی مربوطه می‌باشند و در اظهار نظر و اتخاذ تصمیم براساس مقررات حاکم بر موضوع برابر صلاحیت اعطایی مقنن رفتار می‌کنند و برای این‌گونه هیئت‌ها سازوکارهای لازم برای دفاع در مراجع قضایی در قوانین مربوطه پیش‌بینی نشده است و رأی شماره ۱۱۸-۱۳۷۲/۸/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در باب رسیدگی به تعارض آراء از شعب دیوان مؤید و مبین پذیرش دفاعیات اداره کار در پرونده‌های مربوط به شکایت از آراء هیئت‌های حل اختلاف اداره کار می‌باشد»، بنابراین طرح دعوا به طرفیت اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی به خواسته اعتراض به آراء هیئت‌های حل اختلاف اداره کار صحیح می‌باشد.

همچنین طبق دادنامه صادره از شعبه اول دیوان عدالت اداری، به کلاسه پرونده ۹۱۱۹۹/۱، «اعتراض به رأی هیئت حل اختلاف باید به طرفیت اداره کار و تعاون و رفاه اجتماعی هیئت حل

۱. به موجب مواد ۳۴ و ۳۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد درخواست صدور دستور موقت به جلوگیری از مفاد آراء قطعی صادره از کمیسیون‌ها و هیئت‌های مراجع دولتی که ممکن است از نتیجه اجرای آنها سبب ورود خسارت به ذی‌نفع گردد صرفاً در صلاحیت ذاتی و اختصاصی دیوان عدالت اداری است و محاکم دادگستری به غیر از اجابت تقاضای اجراء آراء موصوف، حق ورود و مداخله به این‌گونه آراء نداشته و ماده ۲۴ قانون اجرای احکام مدنی مختص دادگاه‌هاست و تسری به هیئت‌ها و کمیسیون‌های اداری ندارد.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۱۲۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه)

اختلاف مذکور صورت گیرد» و نه طرف مقابل در رسیدگی صورت گرفته در هیئت حل اختلاف. (مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری، مهر ۱۳۹۱: ۳۱)

چالش بعدی در خصوص نظارت دیوان بر آراء مراجع حل اختلاف کار از حیث آیین رسیدگی به آنها این است که طبق ماده ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، «کلیه آراء شعب بدوی دیوان به درخواست یکی از طرفین یا وکیل یا قائم مقام و یا نماینده قانونی آنها، قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر است. مهلت تجدیدنظرخواهی برای اشخاص مقیم ایران بیست روز و برای اشخاص مقیم خارج از ایران دو ماه از تاریخ ابلاغ است.» همچنین به موجب ماده ۶۶ همین قانون، «تجدیدنظرخواهی با تقدیم دادخواست به دفتر شعبه صادرکننده رأی یا دبیرخانه یا دفاتر اداری دیوان انجام می گیرد. دادخواست تجدیدنظر توسط رئیس دیوان به یکی از شعب تجدیدنظر ارجاع می شود.» با توجه به مواد فوق، «اصل بر صلاحیت شعب تجدیدنظر به رسیدگی تجدیدنظرخواهی از آراء شعب بدوی است» (مولاییگی، ۱۳۹۵: ۹۸) و این صلاحیت شامل آراء شعب بدوی در رابطه با آراء مراجع حل اختلاف کار نیز می شود. بر این اساس، چه در صورتی که شعبه بدوی در پی اعتراض شاکی نسبت به رأی صادره از مراجع حل اختلاف کار رأی به رد شکایت و تأیید و ابرام رأی معترض عنه صادر کند، چه در صورتی که شعبه بدوی مبادرت به صدور قرار رد شکایت یا قرار ابطال دادخواست یا قرار سقوط دعوا نماید و چه در صورتی که شعبه بدوی دیوان، رأی مرجع حل اختلاف کار را نقض نماید، آراء صادره از سوی هریک از طرفین یا وکیل یا قائم مقام و یا نماینده قانونی آنها، قابل تجدیدنظرخواهی است (مولاییگی، ۱۳۹۵: ۸۰).

تنها استثنایی که بر قابل تجدیدنظر بودن آراء شعب بدوی دیوان مبتنی بر رویه قضایی هیأت عمومی دیوان وجود دارد، قرار عدم صلاحیت است. هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۱۲۶ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵ مقرر داشته که حکم ماده ۴۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری «مفید این معناست که با صدور قرار عدم صلاحیت پرونده به مرجع صالح ارسال شود و قابلیت تجدیدنظر قرار عدم صلاحیت از آن مستفاد نمی شود، بنابراین موضوع منصرف از حکم مقرر در ماده ۶۵ قانون فوق الذکر در خصوص قابلیت تجدیدنظر کلیه آراء شعب بدوی دیوان عدالت اداری است.»

و اما چالش مهم و آخری که در رابطه با آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار با توجه به ذیل ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری این است که با توجه به اینکه در ماده ۱۰۷ قانون مذکور مقرر شده، «کلیه اشخاص و مراجع مذکور در ماده (۱۰) این قانون مکلفاند آراء دیوان را پس از ابلاغ به فوریت اجرا نمایند.» آیا صدور رأی ماهوی از سوی شعبه دیوان در مواردی که رأی صادره در رابطه با اشخاص حقوق خصوصی بوده و در آنها کارفرما، غیردولتی است، با اشکال از حیث اجرا مواجه نیست؟ آیا می توان برای کارفرمای غیردولتی

نیز الزام موضوع ماده ۱۰۷ قانون دیوان را در نظر گرفت؟

در این باره گفته شده است «واحد اجرای احکام دیوان به دلیل اینکه محکوم‌علیه دولتی نیست، نمی‌تواند پیگیر اجرای رأی باشد. از طرفی طبق ماده ۱۶۶ قانون کار، اجرای آرای هیئت تشخیص و حل اختلاف کارگری با دادگاه‌های دادگستری است و چون رأی صادره از دیوان رأی مراجع مذکور تلقی نمی‌شود دادگاه دادگستری هم از پذیرش اجرای احکام دیوان در این خصوص خودداری خواهد کرد و لذا اجرای آراء ماهوی دیوان بدون ضمانت‌اجرایی قانونی خواهد بود، زیرا ضمانت‌اجرایی عدم اجرای آراء دیوان صرفاً انفصال از خدمات دولتی است که ناظر به محکومیت‌های صادره علیه دستگاه‌های دولتی است. درحالی‌که در مانحن‌فیه محکوم‌علیه شخص غیردولتی و کارفرمای بخش خصوصی است و این نقص در قانون دیوان عدالت اداری وجود دارد که بعد از رسیدگی و صدور رأی ماهوی هیچ ضمانت‌اجرایی برای رأی صادره وجود ندارد که لازم است قانون دیوان اصلاح گردد» (مولایی، ۱۳۹۶: ۱۹). بر این اساس چنین پیشنهاد شده است که چنانچه اجرای این آراء مربوط به بخش غیردولتی بوده یا مستلزم انجام عملیات اجرایی در بخش غیردولتی باشد، از حیث تشریفات اجرای رأی، شرایط صدور اجرائیه، عملیات اجرایی و مرجع اجرای حکم تابع مقررات حاکم بر اجرای آرای هیئت‌ها و کمیسیون‌های مذکور باشد.

نتیجه

با توجه به بند (۲) ماده ۱۰ و ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، این مرجع بر آراء و تصمیمات قطعی مراجع حل اختلاف کار نظارت دارد. اما همچنان که انتظار می‌رفت مقررات ناظر بر این نظارت با چالش‌ها و ابهامات متعددی مواجه هستند که هیأت عمومی دیوان در رویه خود کوشیده تا آنها را مرتفع سازد. ازجمله اینکه خواهان در شکایات و تظلمات نسبت به آراء مراجع حل اختلاف کار با ابهاماتی مواجه است. بر این اساس، با توجه به رویه قضایی دیوان، درخصوص جایگاه خواهان باید اشاره داشت که اگرچه با وحدت ملاک از رأی وحدت رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، شعب دیوان چه در مورد تصمیمات و اقدامات مذکور در بند (۱) و چه درخصوص آراء موضوع بند (۲) ماده ۱۰ قانون، از صلاحیت رسیدگی به شکایات مردم، یعنی اشخاص حقوق خصوصی برخوردار می‌باشند، اما جدای از آن، آن دسته از اشخاص حقوق عمومی که موضوع صلاحیت شعب دیوان نیستند، می‌توانند در شعب دیوان اقامه دعوا نمایند. به عبارتی، هر دستگاه اجرایی که در بند (۱) ماده ۱۰ قانون به عنوان «واحد دولتی» مورد اشاره قرار گرفته، نمی‌تواند به عنوان خواهان در شعب دیوان قرار گیرد.

این در حالی است که در موارد متعددی ممکن است کارفرمای موضوع رابطه کاری که برای حل اختلاف راجع به آن، هریک از طرفین به مراجع حل اختلاف کار متوسل شده‌اند، واحدی دولتی

باشد که در این صورت برخلاف کارفرمای متناظر خود از بخش خصوصی نمی‌تواند از آراء مراجع حل اختلاف کار در دیوان طرح شکایت نماید. در این باره رویه قضایی دیوان عدالت اداری و همچنین رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور حاکی از این است که چنین اشخاصی می‌توانند بنا بر حکم عام اصل ۱۵۹ قانون اساسی، شکایت خود را در دادگاه‌های عمومی اقامه نمایند.

با توجه به مطالب فوق، درخصوص خواهان در این دسته از دعاوی ذکر این نکته هم ضروری است که جدای از کارگران بخش خصوصی، کارگران بخش دولتی و عمومی نیز می‌توانند از آراء قطعی مراجع حل اختلاف کار طرح شکایت نمایند؛ با این توضیح که طبق ماده ۱۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، در برخی از مشاغل که سازمان اداری و استخدامی کشور اعلام می‌دارد، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند افرادی را در چهارچوب قانون کار به خدمت بگیرند که شکایات این دسته از افراد قابل رسیدگی در مراجع حل اختلاف کار بوده و از آراء قطعی آنها می‌توان در شعب دیوان طرح شکایت نمود. اما در رابطه با افرادی که به‌صورت ساعتی و انجام کار معین و در قالب تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت به خدمت گرفته می‌شوند، رویه قضایی دیوان حاکی از آن است که شکایات آنها در رابطه با تضييع حقوق استخدامی‌شان در صلاحیت شعب دیوان قرار می‌گیرد؛ هرچند که در قانون مدیریت این صراحت در مقابل وجود دارد که اساساً این دسته از افراد رابطه‌ای استخدامی با دستگاه اجرایی ندارند. شکایات کارکنان آن دسته از دستگاه‌های اجرایی که از شمول قانون مدیریت، طبق ماده ۱۱۷ این قانون خارج شده‌اند و تابع مقررات خاص استخدامی می‌باشند، در صورتی که در شمول عنوان «واحد‌های دولتی» موضوع بند (۱) ماده ۱۰ قانون دیوان قرار گیرند و عنوان «مستخدم» بر آنها قابل اطلاق باشد، طبق بند (۳) همان ماده، قابل رسیدگی در شعب دیوان می‌باشند؛ وگرنه موضوع صلاحیت مراجع حل اختلاف کار قرار می‌گیرند و از آراء قطعی مراجع مذکور می‌توان در شعب دیوان طرح شکایت نمود. همچنین کارکنان بخش دولتی پس از واگذاری به بخش خصوصی و کارگرانی که به‌صورت شرکتی در پروژه‌های مربوط به دستگاه‌های دولتی کار می‌کنند و کارفرمای آنها پیمانکار دستگاه دولتی است، مشمول قانون کار بوده و شکایات آنها در صلاحیت مراجع حل اختلاف کار می‌باشد و از آراء قطعی آنها می‌توان در دیوان طرح شکایت نمود.

ابهام مهم دیگری که در رابطه با آیین نقض و ابطال آراء مراجع حل اختلاف کار در دیوان عدالت اداری می‌تواند مطرح باشد این است که در شکایت از آراء این مراجع، خود این مراجع باید طرف شکایت قرار گیرند و یا اداره تعاون، کار و رفاه اجتماعی ذی‌ربط. در این باره هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۱۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۲/۱۷ قائل به این شده که با وجود پذیرش استقلال این مراجع، شکایت باید به طرفیت اداره کار صورت گیرد.

با توجه به عبارت ذیل بند (۲) ماده ۱۰ و ماده ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان،

محدوده صلاحیت دیوان عدالت اداری، صرفاً از جهت نقض قوانین و مقررات اعم از شکلی یا ماهوی است. در صورتی که شعبه دیوان رأی قطعی مراجع حل اختلاف کار را واجد ایرادات شکلی یا ماهوی مؤثر بداند، موارد ایراد را ضمن اعاده پرونده به مرجع صادرکننده رأی، به وی متذکر می‌شود و مرجع مذکور موظف است از رأی شعبه دیوان تبعیت کند؛ با این حال، پیش‌بینی شده که در موارد اصرار مرجع حل اختلاف صادرکننده رأی بر نظر قبلی خود، شعبه رسیدگی کننده دیوان می‌تواند ضمن نقض رأی مورد شکایت، با جلب نظر کارشناس، مبادرت به صدور رأی در ماهیت نماید که البته منظور از «شعبه رسیدگی کننده» در این ماده به نظر می‌رسد که شعبه بدوی باشد تا در نتیجه، فرصت تجدیدنظر از این دادنامه سلب نشود؛ اگرچه این نظر خالی از ایراد نیست.

همچنین با توجه به تبصره (۲) ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان و دادنامه شماره ۲۶۶۴ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۷ هیأت عمومی دیوان، هرچند تا پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون مزبور، شکایت از آراء مراجع حل اختلاف کار تابع مهلت مشخصی نبوده، اما در حال حاضر تابع مهلت‌های مذکور در تبصره فوق است.

اما مهمترین چالش در رابطه با رسیدگی به آراء مراجع حل اختلاف کار در دیوان عدالت اداری آن است که با توجه به لازم‌الاجرا بودن آراء شعب دیوان برای واحدهای دولتی مذکور در ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، در صورت صدور رأی ماهوی بر اساس ذیل ماده ۶۳ قانون مذکور، آیا رأی شعبه دیوان می‌تواند برای کارفرمایان غیردولتی و اشخاص حقوق خصوصی لازم‌الاجرا باشد. چالشی جدی که شاید تنها راه حل آن، اصلاح قانون دیوان و واگذاری تشریفات اجرای رأی، شرایط صدور اجرائیه، عملیات اجرایی و مرجع اجرای حکم در این موارد، به اجرای احکام دادگستری است.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. الهیان، محمدجواد و منشی‌زاده، گشواد (۱۳۸۱)، پرسش و پاسخ در زمینه روابط کار، تهران: انتشارات موسسه کار و تأمین اجتماعی، چاپ دوم.
۲. استوار سنگری، کورش (۱۳۹۶)، مقدمه حقوق کار، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم.
۳. پژوهشگاه قوه قضاییه (اداره انتشار رویه قضایی کشور)، مجموعه آراء قضایی شعب دیوان عدالت اداری (مهر ۱۳۹۱)، چاپ اول.
۴. رستمی، ولی [و دیگران]، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول.
۵. صدرالحفاظی، سید نصرالله (۱۳۷۲)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: نشر شهریار، چاپ اول.
۶. معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۹۳)، مجموعه نظریات حقوقی معاونت حقوقی رئیس‌جمهور «سال ۱۳۹۰»، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چاپ اول.
۷. مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۵)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: انتشارات جنگل، چاپ سوم.
۸. نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۱)، صلاحیت دیوان عدالت اداری در آرای دیوان عالی کشور، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول.
- ب. مصاحبه‌ها
۹. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۳)، تغییر رویه‌ها در قانون جدید دیوان عدالت اداری، مصاحبه با روزنامه حمایت، ۱۳۹۳/۲/۳۰.
۱۰. مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۶)، چالش‌های رسیدگی ماهوی نسبت به اعتراض از آرای مراجع شبه قضایی در دیوان عدالت اداری، مصاحبه با ماهنامه داخلی دیوان عدالت اداری، پیش‌شماره (تیر ۱۳۹۶).
- ج. منابع الکترونیک
۱۱. بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه (<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Search.aspx>)

امکان سنجی حقوقی پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری

نادر میرزاده کوهشاهی*

محمد جواد محمدپور**

چکیده

رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری، با توجه به تخصصی بودن موضوع و مقتضیات خاص اداری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ لذا در بسیاری از کشورها، رسیدگی قضایی به این دسته از قراردادهای به مرجع قضایی ویژه‌ای سپرده شده است. در جمهوری اسلامی ایران، دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع قضایی رسیدگی کننده به امور راجع به اداره پیش‌بینی شده است؛ لیکن دیوان مزبور، در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری از خود نفی صلاحیت می‌کند. در پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی بعد از نقد رویه قضایی موجود، با تحلیل ادله موافقین و مخالفین صلاحیت دیوان و تحلیل عناصر و انواع دعاوی اداری و مدنی و کیفری، به این نتیجه دست یافتیم که نه تنها به لحاظ حقوقی امکان پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری وجود دارد، بلکه می‌توان ادعا کرد رویه قضایی موجود، با قوانین مربوطه مغایرت دارد.

کلیدواژه‌ها:

دادرسی اداری، دیوان عدالت اداری، صلاحیت عام رسیدگی، قراردادهای اداری.

*. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

mirzadeh@ut.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.j_mohammadpour@yahoo.com

مقدمه

قراردادهای اداری ازجمله اعمال اداری هستند که با هدف ارائه خدمات عمومی میان اشخاص خصوصی از یک طرف و اداره از طرف دیگر منعقد می‌شود. این قراردادها تفاوت‌های فاحشی با قراردادهای حقوق خصوصی دارند؛ ازجمله استفاده یک طرف قرارداد، یعنی اداره، از اقتدار عمومی و جاری نبودن اصل آزادی اراده‌ها به‌طور مطلق در این دسته از قراردادها. نظام حقوقی ویژه حاکم بر این قراردادها، نظام ویژه رسیدگی قضایی به دعاوی راجع به این قراردادها را نیز می‌طلبد.

در جمهوری اسلامی ایران، مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی، نهاد دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع رسیدگی به اعتراضات، تظلمات و شکایت‌های مردم از ادارات تعیین شده است؛ لیکن دیوان در موارد متعدد از رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری امتناع نموده و صلاحیت رسیدگی به این دسته از دعاوی را از خود نفی نموده و آن را در صلاحیت محاکم عمومی دانسته است.

حال آنکه در نظام حقوقی بسیاری از کشورها، مرجع رسیدگی قضایی به اعمال اداری از مراجع عمومی قضایی تفکیک شده است. پژوهشگران داخلی نیز به خوبی به این نقص پی برده‌اند و در نقد آن قلم‌ها فرسوده‌اند؛ و نظام حقوقی مطلوب برای رسیدگی به این دعاوی را نیز ترسیم نموده‌اند. اکنون که نامناسب بودن رژیم حقوقی حاضر در زمینه رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری مشخص شده است، تحقیق در این مورد که آیا می‌توان با سازوکارهای حقوقی موجود به نظام ویژه حقوقی مطلوب نزدیک شد یا خیر، ضروری می‌نماید.

گرچه درخصوص نقد رویه قضایی موجود در زمینه رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری و همچنین ارائه نظریه نظام مطلوب رسیدگی قضایی به این گونه دعاوی، تحقیقات متعدد و مفیدی انجام شده است؛ لیکن این تحقیقات صرفاً رویه موجود را به چالش کشیده‌اند و یا نظام مطلوب را معرفی کرده‌اند. نگارنده در تحقیق حاضر ضمن پذیرش نقدهای بیان‌شده در پیشینه پژوهش، در پی اثبات این ادعا است که با قوانین و سازوکار حقوقی موجود در نظام حقوقی ایران، می‌توان دیوان عدالت اداری را مرجع عام رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری دانست. نوآوری تحقیق حاضر نیز در این نکته نهفته است.

حال پرسش اصلی این است که آیا با قوانین و مقررات جاری، می‌توان دیوان عدالت اداری را مرجع عام رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری قلمداد نمود؟ مبانی حقوقی پذیرش صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری چیست؟ آیا رویه قضایی شکل گرفته، با قوانین و مقررات جاری کشور هم‌سویی دارد؟

برای پاسخ به پرسش‌های فوق با روش توصیفی - تحلیلی و گردآوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای، ابتدا باید تعریفی از قراردادهای اداری ارائه شود، سپس اجمالاً مرجع صالح به رسیدگی به این دعاوی در رویه کنونی تشریح گردد؛ سپس مبانی حقوقی تحدید صلاحیت دیوان تبیین و مورد

تحلیل قرار گیرد و پس از رد آن، ادله موافقین و مخالفین صلاحیت دیوان و عناصر و اقسام دعاوی اداری مدنی و کیفری مورد بررسی قرار گیرد.

در این تحقیق صرفاً صلاحیت عام دیوان عدالت اداری در موضوع قراردادهای اداری را مورد بررسی قرار داده و مبحث خواهان و خوانده در دیوان عدالت اداری را که هریک بحث مفصلی را می‌طلبند، به مجال دیگری وا می‌گذاریم. گرچه در این زمینه نیز تحقیقات مفیدی توسط پژوهشگران حقوق عمومی انجام شده است.^۱

۱. قراردادهای اداری و اقسام آن

۱.۱. مفهوم‌شناسی قراردادهای اداری

به لحاظ واژه‌شناسی قرارداد اداری از دو لفظ قرارداد و اداری تشکیل شده است. در آثار حقوقدانان از قرارداد اداری به قرارداد عمومی و قرارداد دولتی نیز یاد شده است.

هنگامی که واژه قرارداد به چشم می‌خورد بلافاصله کلمه عقد و اینکه رابطه عقد و قرارداد چیست از ذهن می‌گذرد. حقوقدانان و شارحان قانون مدنی از جمله دکتر ناصر کاتوزیان،^۲ دکتر سید حسن امامی^۳ و دکتر مهدی شهیدی^۴ در آثار خود واژگان عقد و قرارداد را مرادف هم پنداشته‌اند و معتقدند در حقوق ایران عقد و قرارداد می‌توانند به جای هم به کار گرفته شوند. برخی از حقوقدانان نیز قائل به تفصیل شده و رابطه آن دو را عام و خاص مطلق دانسته‌اند.

در حقوق اداری چنانچه که توضیح داده شد بین عقد و قرارداد از نظر مفهومی تفاوتی وجود ندارد و اصطلاح قراردادهای اداری یا دولتی مرسوم‌تر از عقود اداری یا دولتی است (شمعی، ۱۳۹۵: ۱۲).

واژه‌های دیگر، الفاظ اداری، عمومی و دولتی است که به واژه قرارداد اضافه می‌گردد. درمورد اول، لفظ اداری به قرارداد اضافه شده و نقش مضاف‌الیه دارد. به یک اعتبار، چنین دیدگاهی را می‌توان به نگاه واژه‌شناختی نیز تعبیر کرد که براساس آن، قرارداد اداری متناظر با عقود و معاملات منتسب

۱. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به: امامی، محمد، سلیمانی، مهستی (۱۳۹۳). «شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری»، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۱، صص ۳۰-۱. همچنین: واعظی، سید مجتبی، سلیمانی، مهستی (۱۳۹۵). «خواننده در دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳، صص ۴۲-۲۳.

۲. جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، صفحه ۲۹ به بعد.

۳. جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: امامی، سیدحسن (۱۳۹۴). حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، جلد اول، صفحه ۲۰۳ به بعد.

۴. جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، جلد اول، صفحه ۴۰ به بعد.

به اداره است (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۲۵). در مورد دوم و سوم نیز الفاظ عمومی و دولتی به واژه قرارداد اضافه شده‌اند. از منظر شکلی چنین اعمال حقوقی شامل عقود، تعهدات و معاملاتی است که طرف عمومی یا دولتی قرارداد اداری با اشخاص خصوصی منعقد می‌کند (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۲۷). که به نظر می‌رسد هریک از این الفاظ به این دلیل انتخاب شده‌اند که پس از گذار از چشم راحت‌تر مدلول را به ذهن متبادر سازند. الفاظ اداری دولتی و عمومی به این دلیل انتخاب شدند که در چنین قراردادهایی یک طرف قرارداد باید یک اداره یا ارگان دولتی یا در مفهوم اعم یکی از اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشد؛ لذا همه الفاظ برای یک معنا وضع شده‌اند.

۲.۱. تعریف قرارداد اداری

قرارداد اداری یکی از اعمال اداری است. حقوقدانان اعمال اداری را از یک حیث به دو بخش اعمال اداری یکجانبه (ایقاع) و اعمال اداری دوجانبه (عقد یا قرارداد) تقسیم‌بندی کرده‌اند. اعمال اداری یکجانبه که اساس روابط حقوقی دولت را تشکیل می‌دهند یا به صورت عام و غیرشخصی هستند همچون آیین‌نامه و تصویب‌نامه و بخشنامه و غیره و یا به صورت انفرادی و شخصی همچون صدور پروانه و گواهینامه و امثال آن.^۱

اعمال اداری دوجانبه یا همان قراردادهای اداری آن دسته از اعمالی هستند که برای ایجاد، علاوه بر اراده اداره، نیازمند اراده اشخاص خصوصی نیز می‌باشند. تعاریف متعددی برای قراردادهای اداری ارائه شده است که ذیلاً یک نمونه آن را بیان خواهیم کرد. قرارداد اداری یا دولتی، قراردادی است که حداقل یک طرف آن دولت، دستگاه اداری دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی نظیر شهرداری‌ها و نهادهای عمومی قرار دارد که با استفاده از قدرت عمومی به منظور ارائه خدمت عمومی منعقد می‌شود (شمعی، ۱۳۹۵: ۲۰).

۳.۱. اقسام قراردادهای اداری

در کتاب‌ها و مقاله‌ها حقوق اداری، حقوقدانان اقسام قراردادهای اداری را برشمرده‌اند؛ که ذیلاً تنها عناوین آن را ذکر می‌کنیم و از توضیحات تفصیلی آن صرف نظر می‌کنیم. موضوع برخی از قراردادهای اداری، استفاده از نیروی انسانی است، مانند قرارداد استخدامی، قرارداد نمایندگی در ارائه خدمات عمومی و... . قسم دیگری از قراردادهای اداری که مربوط به ایجاد تأسیسات و بناها و بهره‌برداری از ثروت‌های عمومی است مانند قرارداد امتیاز، بهره‌برداری از معادن، قراردادهای

۱. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص رجوع کنید به طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶). حقوق اداری، صفحه ۲۷۷ به بعد، همچنین رجوع کنید به شمع، محمد (۱۳۹۵). حقوق قراردادهای اداری، صفحه ۱۴ به بعد.

نفتی، قراردادهای پیمانکاری، عاملیت و... بعضی از قراردادهای دیگر نیز وجود دارند مانند قرارداد قرضه عمومی. قراردادهای بررسی مطالعه، تحقیق، تألیف، فیلم‌سازی (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۸۶: ۳۱۰) و قرارداد تحصیل و تملک اراضی توسط شهرداری‌ها (شمعی، ۱۳۹۵: ۴۲).
حال که با تعریف و اقسام قراردادهای اداری آشنا شدیم، در بحث بعدی مراجع صالح به رسیدگی دعاوی راجع به قراردادهای مزبور در رویه قضایی کنونی را از نظر می‌گذرانیم.

۲. مراجع صالح به رسیدگی دعاوی راجع به قراردادهای اداری در رویه قضایی کنونی

در رویه قضایی کنونی، مراجع قضایی به دو دسته مراجع عمومی دادگستری و مرجع اختصاصی دیوان عدالت اداری تقسیم شده‌اند که ذیلاً بدان می‌پردازیم.

۱.۲. مراجع عمومی دادگستری

در ایران به‌طور کلی رسیدگی به اختلافات مربوط به کلیه قراردادها در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است. ماده یک قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز ناظر به همین موضوع است. تنها استثنایی که وجود دارد رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد استخدامی است (استوار سنگری، امامی، ۱۳۹۶: ۱۲۸).

در رویه قضایی کنونی اصل بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری است و موارد استثنا باید مطابق قانون تصریح گردد؛ بنابراین در موارد شک در صلاحیت نیز باید دادگاه عمومی حقوقی (مدنی) را صالح به رسیدگی دانست.

۲.۲. مرجع اختصاصی دیوان عدالت اداری

در رویه قضایی کنونی، دیوان عدالت اداری یک مرجع اختصاصی بوده و صلاحیت آن در رسیدگی به دعاوی یک صلاحیت استثنایی شناخته می‌شود؛ بنابراین تنها در اموری صالح به رسیدگی است که به صراحت در قانون آمده باشد.

تنها قسم از قراردادهای اداری که صلاحیت دیوان در رسیدگی به آن در قانون تصریح شده، قراردادهای استخدامی است. مطابق بند ۳ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی در صلاحیت شعب دیوان پیش‌بینی شده است.

بنابراین در رویه قضایی کنونی صرفاً قراردادهای استخدامی در شعب دیوان رسیدگی می‌شود و در مواردی که خواسته دعاوی راجع به سایر قراردادهای اداری باشد دیوان از خود نفی صلاحیت می‌کند. در نتیجه دیوان عدالت صلاحیت رسیدگی در دعاوی ناشی از قراردادهای اداری به مفهوم خاص را

ندارد (استوارسنجری، امامی، ۱۳۹۶: ۱۲۸).

صلاحیت محدود دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری را از نظر گذراندیم، حال پرسشی که مطرح می‌شود این است که مبنای تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری در این امور چیست؟ در مبحث بعدی این مسئله را مورد واکاوی قرار خواهیم داد.

۳. مبنای تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری و نقد آن

محدود کردن صلاحیت دیوان عدالت اداری را می‌توان ناشی از دو مبنا دانست. اول مبنای نظری؛ به معنای نوع نگاه حقوقدانان و خصوصاً قضات، به جایگاه دیوان عدالت اداری در مقام نظر و اندیشه. دوم مبنای عملی؛ به معنای آن چیزی است که در عمل برای تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری الزام حقوقی ایجاد می‌کند که خود ناشی از مبنای اول است.

برای تشریح مبنای نظری باید در دکترین به جستجو پرداخت و برای تبیین مبنای عملی، باید رویه قضایی ایجاد شده در دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری را مورد بررسی قرار داد؛ لذا این موضوع را در دو بحث مبنای نظری و مبنای عملی تحدیدکننده صلاحیت دیوان پی خواهیم گرفت.

۱.۳. مبنای نظری

نظریه‌ای که در این خصوص در دکترین وجود دارد قائل به صلاحیت خاص دیوان عدالت اداری است. از دیدگاه قائلین به این نظریه، دیوان عدالت اداری، دارای صلاحیت خاص و استثنائی در برابر محاکم عمومی دادگستری است (امامی، سلیمانی، ۱۳۹۲: ۱۷).

این دیدگاه یک نگاه حداقلی به صلاحیت دیوان عدالت اداری دارد؛ با توجه به رویه قضایی موجود به نظر می‌رسد که دیدگاه غالب قضات و حقوقدانان همین نگاه حداقلی است؛ این نظر برآمده از نگاه به مسائل حقوق عمومی با عینک حقوق خصوصی است.

بنا به همین صلاحیت خاص، دیوان عدالت اداری، تنها در دعاوی‌ای که قانون‌گذار صراحتاً در صلاحیت این مرجع قرار داده باشد، دارای صلاحیت است. این محدودنگری به حوزه صلاحیت دیوان، موجب شده است که ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان، با تفسیر بسیار مضیقی از قانون ارائه شود (امامی، سلیمانی، ۱۳۹۲: ۱۸).

این دیدگاه حداقلی با تفسیری که از اصول قانون اساسی ارائه خواهد شد، کاملاً مغایر با برترین هنجار حقوقی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. اجمالاً اینکه مطابق اصل ۱۵۸ قانون اساسی، یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری برای تحقق اهداف مندرج در اصل ۱۵۶ است. به جهت اهمیت موضوع رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات نسبت

به اداره، قانونگذار اساسی، ایجاد تشکیلات دیوان عدالت اداری در دادگستری را به رئیس قوه قضاییه در اجرای وظیفه مندرج در بند یک اصل ۱۵۸ قانون اساسی تکلیف کرده است. رئیس قوه قضاییه نیز در اجرای همین وظیفه خود، در کنار دیوان عدالت اداری، دادگاه‌های عمومی کیفری و مدنی (حقوقی) و دیگر تشکیلات مرتبط را در دادگستری ایجاد کرده است.

پس، به اعتبار سه صنف اداری، مدنی و کیفری ما سه مرجع عمومی داریم: (۱) دادگاه‌های عمومی حقوقی در صنف دادگاه‌های مدنی؛ (۲) دادگاه‌های عمومی جزائی در صنف دادگاه‌های کیفری (۳) دیوان عدالت اداری در صنف دادگاه‌های اداری. هریک از این سه مرجع در حیطه صلاحیت خود، دارای مرجعیت عام هستند؛ یعنی حق رسیدگی به تمام دعاوی در حوزه خود (مدنی، کیفری و اداری) را دارند؛ مگر مواردی که طبق قانون استثنا شده و در صلاحیت مرجع دیگر قرار گرفته باشد (امامی، سلیمانی، ۱۳۹۲: ۱۷).^۱

۲.۳. مبنای عملی^۲

صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری از سوی دو مرجع دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری تحدید شده است. این تحدید صلاحیت را می‌توان ناشی از دیدگاه حداقلی قضات نسبت به جایگاه و صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست. ابتدا نمونه‌هایی از این آراء را ذکر نموده، در انتها به تحلیل و نقد آنها خواهیم پرداخت.

۱.۲.۳. تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری در رویه قضایی دیوان عالی کشور

دیوان عالی کشور در آراء متعددی که در مقام حل اختلاف میان صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی حقوقی صادر کرده از شعب دیوان عدالت اداری نفی صلاحیت نموده است. حال چند نمونه از آنها را ذکر می‌نماییم.

نخستین بار شعبه نهم دیوان عالی کشور در رسیدگی تجدید نظری خود درباره رأی صادره از یک دادگاه بدوی در مورد اختلاف در اجرای قرارداد منعقدۀ میان دولت و شخص حقیقی، با استناد به عموم اصل ۱۵۹ قانون اساسی و ماده نخست آیین دادرسی مدنی، دعاوی مطروحه ناشی از

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به شمس، عبدالله (۱۳۹۴). آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، تهران، دراک، جلد ۱، بند ۳۷۲ به بعد.

۲. در رابطه تحلیل رویه قضایی موجود راجع به تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری، از مطالب استاد گرامی آقای دکتر غلامرضا مولایی در کلاس درس تحلیل آراء قضایی، رشته کارشناسی ارشد پیوسته علوم قضایی گرایش حقوق عمومی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۹۹-۱۳۹۸ در دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران بهره بسیار بردم.

نحوه اجرای قرارداد بین اصحاب دعوا را در صلاحیت مراجع دادگستری دانست^۱ (شیرزاد، محمودیان اصفهانی، ۱۳۹۵: ۳۴).

مبتنی بر رأی شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۲۹۲ مورخ ۱۳۹۰/۸/۹ شعبه سوم دیوان عالی کشور که در مقام حل تعارض دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی صادر شده، اینگونه مقرر گردیده است که: «خواسته خواهان الزام به اجرای تعهد و درخواست خسارت است که از امور ترافعی و ماهوی است و رسیدگی به آن خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری به حسب ماده ۱۳ قانون تشکیل دیوان مزبور است...» (آیینہ‌نگینی، ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸: ۴۰-۳۹)

به موجب رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۰۱۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۶ دیوان عالی کشور در مقام حل تعارض در صلاحیت دادگاه عمومی و دیوان عدالت اداری صادر شده مقرر گردیده است: «درخصوص اختلاف صلاحیت ... راجع به خواسته خواهان به طرفیت خواندگان مبنی بر صدور حکم به ابطال صورت مجلس تفکیکی شماره ۱۸۹۹۰ - ۱۳۸۳/۳/۶ که هر دو مرجع ضمن نفی صلاحیت خود به صلاحیت مرجع متقابل اظهارنظر نمودند؛ نظر به اینکه قرار صادره از طرف دیوان عدالت اداری به استناد اینکه خواسته خواهان‌ها ترافعی تلقی می‌گردد و موضوع را خارج از مصادیق ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری و صلاحیت آن دانسته، وفق مقررات اصدار یافته... ضمن تأیید آن با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی حل اختلاف می‌گردد. این رأی قطعی است» (آیینہ‌نگینی، ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸: ۳۸-۳۹)

۲.۲.۳. تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری در رویه قضایی دیوان عدالت اداری

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی رأی وحدت رویه شماره ۵۹ مورخ ۱۳۷۱/۴/۳۰ مقرر داشته: «نظر به اینکه رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها که مسائل حقوقی می‌باشند و باید به صورت ترافعی در محاکم صالحه دادگستری مورد رسیدگی حقوقی قرار گیرند در مقررات دیوان عدالت اداری مقرر نشده و شکایات مطروحه که مستند به قرارداد اجاره مطرح گردیده از مصادیق دعاوی ناشی از قرارداد و خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری بوده است، لذا رأی شعبه ششم که مبین این معنی است وفق موازین قانونی تشخیص می‌گردد...»^۲

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۳۳ مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۹ اشعار داشته است: «نظر به اینکه رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها که مسائل حقوقی می‌باشد و باید به صورت ترافعی در محاکم قضایی صالح مورد رسیدگی قرار بگیرند، خارج از شمول ماده یازده (۱۱) قانون دیوان عدالت اداری بوده و قابل طرح در دیوان مذکور نمی‌باشد...»^۳

۱. دادنامه شماره ۱۰۶ مورخ ۱۳۶۳/۲/۲۹

۲. نقل از شماره ۱۴۲۷۵-۱۳۷۲/۱۲/۱۴ روزنامه رسمی.

۳. نقل از شماره ۱۵۰۲۴-۱۳۷۵/۷/۹ روزنامه رسمی.

هیأت عمومی دیوان، در مقام رفع اختلاف میان آراء دو شعبه خود، طی رأی وحدت رویه شماره ۱۹۷ مورخ ۱۳۷۹/۶/۲۰ اعلام داشت که: «نظر به اینکه اختلافات ناشی از عقود و معاملات و قراردادهای و ازجمله پیمان‌های ارزی از نوع دعاوی مدنی محسوب می‌شود که رسیدگی به آنها مستنداً به ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در صلاحیت محاکم دادگستری قرار دارد...».^۱

رأی وحدت رویه شماره ۱۳۰ مورخ ۱۳۷۷/۶/۲۱ نیز بیان می‌دارد: «نظر به اینکه اختلاف در کیفیت اجرای قراردادهای منعقد و شرایط آنها از مصادیق دعاوی حقوقی داخل در صلاحیت دادگاه عمومی دادگستری محسوب می‌شود؛ بنابراین دادنامه شماره ۱۵۹ الی ۳۶۴ مورخ ۱۳۷۶/۳/۲۸ شعبه دهم درحدی که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی شناخته می‌شود...».^۲

۱.۲.۲.۳. نقد رویه قضایی

در رویه قضایی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، استدلال‌هایی که برای نفی صلاحیت دیوان به کار برده شده است به ترتیب عبارتند از: ترافیعی بودن دعاوی راجع به قراردادهای، ماهوی بودن دعاوی راجع به قراردادهای، حقوقی بودن دعاوی راجع به قراردادهای که ذیلاً هریک از این استدلال‌ها را تحلیل می‌نماییم.

در آراء مختلف، دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، دعاوی راجع به قراردادهای را بدون تفکیک بین قرارداد اداری و مدنی از قسم امور ترافیعی دانسته‌اند و صلاحیت رسیدگی به امور ترافیعی را از دیوان نفی نموده‌اند.

امر ترافیعی در مقابل امر حسبی آورده شده است. گرچه برخی از نویسندگان بین امر ترافیعی و اصل تناظر خلط نموده‌اند^۳ و آن دو را به جای یکدیگر به کار برده‌اند؛ البته مشخص نیست که مقصود قضات دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری از به کار بردن امور ترافیعی کدام یک از معانی فوق است. در ادامه به بررسی هر دو معنی خواهیم پرداخت.

در صورتی که امر ترافیعی به معنای مقابل امور حسبی به کار رفته باشد، در این صورت آنچه از مفهوم آراء دیوان عالی و دیوان عدالت استفاده می‌شود این است که صلاحیت دیوان رسیدگی به امور حسبی^۴ است. به صادرکنندگان این آراء باید گفت که دیوان عدالت اداری، بدون اینکه اشخاص،

۱. نقل از شماره ۱۶۲۶۹-۱۱/۱۰/۱۳۷۹ روزنامه رسمی.

۲. نقل از شماره ۱۵۶۹۲-۱۶/۱۰/۱۳۷۷ روزنامه رسمی.

۳. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به شمس، عبدالله (۱۳۸۱). «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۶-۳۵، صص ۸۶-۵۹.

۴. ماده یک قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «امور حسبی اموری است که دادگاه‌ها مکلف‌اند نسبت به آن امور اقدام نموده و تصمیمی اتخاذ نمایند بدون اینکه رسیدگی به آنها متوقف بر وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آنها باشد».

حل اختلاف در دعوایی را از دیوان درخواست کنند، صلاحیت ورود به به هیچ دعوایی را ندارد. به دیگر سخن دیوان عدالت اداری در هیچ موردی نمی‌تواند رأساً و بدون اینکه رسیدگی به دعوایی از او خواسته شده باشد در دعوایی ورود کند. حال چگونه با استدلال توافقی بودن دعاوی راجع به قراردادهای از دیوان نفی صلاحیت می‌شود؟

اگر توافقی بودن را به معنای اصل تناظر بدانیم، مفهوم استدلال قضات دیوان عالی و دیوان عدالت اداری این است که در دادرسی اداری دیوان، اصل تناظر رعایت نمی‌گردد، که این مفهوم در تعارض آشکار با مواد مختلف قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است؛ ازجمله مواد ۲۰، ۲۳، ۳۰، ۵۴، ۵۵ و...^۱

در دسته‌ای از آراء دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، رسیدگی ماهوی در دعاوی راجع به قراردادهای را مبنایی برای نفی صلاحیت دیوان عدالت اداری قلمداد کرده‌اند. رسیدگی ماهوی در مقابل رسیدگی شکلی قرار دارد.

رسیدگی شکلی، رسیدگی از حیث تشخیص انطباق یا عدم انطباق موضوع مورد درخواست با مقررات قانونی است و رسیدگی از حیث وجود اصل حق، استیفا و اجرای آن می‌باشد. به عبارتی دیگر، قواعد شکلی مبین راه رسیدن و اجرای حقوق و قواعد ماهوی هستند. بر این اساس، با توجه به اینکه قراردادهای نیز همچون قوانین ماهوی مبین وجود حقوق و تعهدات اشخاص می‌باشند؛ ازجمله امور ماهوی محسوب می‌شوند (آیین‌نگینی، ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸: ۴۰).

با عنایت به اطلاق لفظ «احقاق حقوق آنها» در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، لفظ «اعاده حقوق تضییع شده» در ماده ۱۱ و... پر واضح است که دیوان عدالت اداری در برخی موارد ازجمله قراردادهای اداری مکلف به رسیدگی ماهوی است. گرچه رسیدگی شکلی نیز نیمی از موضوعات مورد درخواست از دیوان را تشکیل می‌دهد.

بنابراین، دیوان عدالت اداری در مواردی مکلف به رسیدگی شکلی و در برخی موارد مکلف به رسیدگی ماهوی است. با وجود این مطلب نمی‌توان ماهوی بودن رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری را مبنایی برای نفی صلاحیت دیوان قرارداد.

در قسمی دیگر از آراء، دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور، به علت اینکه قرارداد را ازجمله مسائل حقوقی قلمداد کرده‌اند، رسیدگی به آن را از صلاحیت دیوان خارج دانسته‌اند.

مشخص نیست که مقصود قضات دیوان از لفظ مسائل حقوقی چه چیزی بوده است، چه اینکه همه موضوعات مورد رسیدگی در همه مراجع قضایی از امور حقوقی است و مراجع قضایی اصولاً در امور غیرحقوقی ورود نمی‌کنند.

۱. جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید به: حیدری، سیروس (۱۳۹۶). «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۲، صص ۸۳-۱۱۶.

اگر مراد قضاات دیوان از مسائل حقوقی، امور مدنی در مقابل امور کیفری و اداری است، گرچه این استدلال درست است و ما نیز چنین ادعایی نداریم که رسیدگی به قراردادهای مدنی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، اما کاربرد لفظ حقوقی به جای لفظ مدنی در عالی‌ترین مراجع قضایی کشور ناپسند می‌نماید.

برای تشخیص قراردادهای اداری از قراردادهای مدنی، گرچه در متون قانونی جمهوری اسلامی ایران ضوابطی پیش‌بینی نشده است لیکن حقوقدانان ضابطه‌های زیر را ارائه داده‌اند:

- حداقل یکی از طرفین قرارداد دولت یا مؤسسات وابسته به دولت باشد؛

- اداره از امتیازات قدرت عمومی استفاده کند؛

- هدف از قرارداد ارائه خدمات عمومی باشد.^۱

در رأی مربوط به پیمان‌های ارزی، گرچه قضاات دیوان لفظ «دعای مدنی» را صحیح به کار برده‌اند، اما این بار در تشخیص موضوع به خطا رفته‌اند. پیمان‌های ارزی، ازجمله قراردادهایی است که همه ضوابط آن توسط قوانین و مقررات بانک مرکزی از پیش تعیین شده و اراده طرفین کمترین تأثیر را در آن دارد؛ بنابراین چگونه می‌توان چنین قراردادی که قوانین و مقررات بانک مرکزی به صورت کامل حاکم بر آن است و باید پروسه اداری از پیش تعیین شده خود را طی کند و هیچ جایی برای چانه‌زنی طرفین قرارداد وجود ندارد را از قراردادهای مدنی دانست؟

حال که به این شناخت رسیدیم رویه قضایی کنونی به لحاظ مبانی استدلال حقوقی و منطقی بسیار متزلزل است، نوبت به پاسخ پرسش اصلی می‌رسد که آیا می‌توان دیوان عدالت اداری را مرجع عام رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری دانست؟ برای پاسخ به این پرسش، ادله موافقین و مخالفین صلاحیت دیوان را بررسی خواهیم کرد.

۴. ادله مخالفین و موافقین صلاحیت دیوان عدالت اداری در دعاوی راجع به قراردادهای اداری

۱.۴. ادله مخالفین صلاحیت دیوان عدالت اداری در دعاوی راجع به قراردادهای اداری

این گروه بر این نظر هستند که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری را ندارد. رویه قضایی نیز از همین نظر پیروی کرده است. مخالفین صلاحیت دیوان در رسیدگی به قراردادهای اداری برای اثبات نظر خود استدلال‌هایی را به شرح ذیل بیان کرده‌اند:

۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: عراقی، حبیب‌زاده (۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در ایران؛ بررسی شاخص‌ها»، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۵، صص ۷۷-۱۰۴. همچنین: زارعی، محمدحسین، مولایی، آیت (۱۳۹۲). «آسیب‌شناسی ویژگی قراردادهای اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، صص ۱۶۷-۲۰۶. همچنین: شمعی، محمد (۱۳۹۵). حقوق قراردادهای اداری، تهران، جنگل، صفحه ۲۱ به بعد.

الف) دیوان عدالت اداری مرجعی اختصاصی است. این گروه دیوان عدالت اداری را با عنایت به اصل ۱۷۳ قانون اساسی یک مرجع اختصاصی در مقابل مراجع عام دادگستری می‌دانند و قائل به صلاحیت استثنایی برای دیوان عدالت اداری هستند؛ لذا معتقدند که دیوان صرفاً در موارد مصرح قانونی صالح به رسیدگی است؛ بنابراین دیدگاه در مواردی که میان صلاحیت و عدم صلاحیت دیوان شک وجود داشته باشد اصل بر صلاحیت محاکم عمومی دادگستری خواهد بود. مطابق این دیدگاه در واقع، قصد و نیت تدوین‌کنندگان قانون اساسی ایجاد مرجعی بوده است که بتواند به شکایات از اقدامات و تصمیمات اداری و اجرایی دولت و مامورین آن بپردازد (میرداماد نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۲).

ب) استدلال دیگر این است که هرگاه دولت در رفع نیازمندی‌های عمومی مانند بازرگانان و یا صاحبان مشاغل آزاد رفتار کند تفاوتی با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نخواهد داشت (میرداماد نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۲)؛ لذا در مواردی که اداره اقدام به انعقاد قرارداد نمایند به علت اینکه مانند سایر اشخاص حقوقی حقوق خصوصی رفتار کرده است، مرجع صالح به رسیدگی راجع به این قراردادها محاکم عمومی دادگستری خواهد بود. به دیگر سخن انعقاد قرارداد توسط اداره را از اعمال تصدی قلمداد کرده و رسیدگی به دعاوی راجع به اعمال تصدی دولت را در صلاحیت محاکم عمومی می‌دانند. در واقع این امر را یک امر مدنی و نه اداری محسوب کرد است.

پ) با توجه به استدلال فوق دعاوی راجع به قرارداد اداری یک دعاوی مدنی است. رسیدگی به دعاوی مدنی تابع تشریفات است که در آیین دادرسی مدنی آمده است (میرداماد نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۳). چون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از قانون خاص خود پیروی می‌کند و نه قانون آیین دادرسی مدنی، بنابراین مفروض آن است که آیین رسیدگی در دیوان عدالت با محاکم عمومی متفاوت بوده و تابع آن تشریفات خاص نیست؛ بنابراین دعاوی راجع به قراردادهای اداری باید در محاکم عمومی، مطابق آیین دادرسی مدنی رسیدگی شود. تشریفات پیش‌گفته ناظر بر ترافعی بودن و اصل تناظر است.

۲.۴. ادله موافقین صلاحیت دیوان عدالت اداری در دعاوی راجع به قراردادهای اداری

درمقابل، این گروه نیز وجود دارد که موافق صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری است. این گروه استدلال‌هایی را برای اثبات مدعای خود ارائه داده است: الف) این دسته دیوان عدالت اداری را یک مرجع عام رسیدگی، در کنار مراجع مدنی (حقوقی) و کیفری می‌دانند و معتقد اند که هدف تدوین‌کنندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ایجاد دیوان عدالت اداری ایجاد یک مرجع اداری اختصاصی نبوده است؛ بلکه دیوان را شعبه‌ای از شعب دادگستری که مرجع رسیدگی به کلیه شکایات علیه دولت باشد می‌دانستند (میرداماد نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۱). برای اثبات این مدعا باید اصول ۱۵۶، ۱۵۸، ۱۵۹ و ۱۷۳ قانون اساسی را در کنار هم

تفسیر نمود. در بند ۱ اصل ۱۵۸ قانون اساسی، یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسئولیت‌های اصل ۱۵۶ است. در بند ۱ اصل ۱۵۶ قانون اساسی رسیدگی و صدور حکم در مطلق تظلمات و تعدیات و شکایات و حل و فصل دعاوی و رفع خصومات پیش‌بینی شده است. مستفاد از این اصول، دادگستری نهادی عام و زیرمجموعه قوه قضاییه است که رئیس قوه قضاییه وظیفه دارد تشکیلات لازم را در آن با هدف تحقق بخشیدن به موارد مندرج در اصل ۱۵۶ ایجاد کند. حال مشاهده می‌گردد به علت اهمیت برخی از امور (همچون امور نظامی، اعمال اداری، اجرای صحیح قوانین)، قانونگذار اساسی در اصول بعدی، رئیس قوه قضاییه را مکلف به ایجاد تشکیلاتی خاص (مرتبط با امور مهم اجرای صحیح قوانین در محاکم اصل ۱۶۱، امور نظامی اصل ۱۷۲، امور اداری اصل ۱۷۳) تحت عنوان دیوان عدالت اداری در نهاد دادگستری نموده، تا هیچ‌گاه این امور معطل نمانند. هدف قانونگذار اساسی از آوردن این اصل این است که تشکیلات دیوان عدالت اداری به علت اهمیت زیاد اعمال اداری، به همین ترتیب ایجاد گردد و هیچ مقامی اختیار تغییر و اصلاح و ادغام و یا حذف آن را نداشته باشد؛ تا این امر به عاقبت نهاد دادسرا گرفتار نشود.

ب) در مقابل استدلال مخالفین، که دولت را در انعقاد قرارداد به عنوان یک شخص حقوقی حقوق خصوصی می‌دانست، این گروه معتقد است که در قراردادهای اداری دولت جایگاه برتری نسبت به طرف دیگر قرارداد دارد و از اقتدار عمومی خود استفاده می‌کند؛ قیاس قرارداد اداری با قرارداد حقوق خصوصی قیاسی مع الفارق است. بدین شرح که اولاً برخلاف قراردادهای خصوصی در قراردادهای اداری، آزادی اراده طرفین به معنای عام وجود ندارد و قانون، حاکم بر شرایط قرارداد است. ثانیاً اینکه در برخی موارد اداره می‌تواند از اقتدار عمومی به سود منفعت عمومی استفاده نموده و شرایط قرارداد را تغییر دهد و یا به صورت یک‌طرفه قرارداد را فسخ نماید. تمام اینها نشان‌دهنده این است که در قرارداد اداری دولت همچون شخص حقوقی حقوق خصوصی نیست.

پ) شرایط خاص قرارداد اداری، رژیم خاص حقوقی دادرسی در موارد اختلافات راجع به خود را نیز می‌طلبد؛ زیرا به رغم شباهت‌های عمده‌ای که این قرارداد با قراردادهای حقوق خصوصی دارد تفاوت‌های مهم و تأثیرگذاری نیز میان آنها وجود دارد. با همین وصف نیز در دیوان عدالت اداری تشریفات دادرسی از قبیل اصل تناظر توافعی بودن و... رعایت می‌شود؛ بنابراین استدلال مخالفان صلاحیت دیوان مبنی بر اینکه در دیوان عدالت اداری تشریفات رسیدگی رعایت نمی‌شود، نقض می‌گردد.

گرچه استدلالات گروه موافقین صلاحیت دیوان عدالت اداری در دعاوی راجع به قراردادهای اداری قوی‌تر به نظر می‌رسد؛ لیکن، قدر متیقن دو دیدگاه این است که با حضور محاکم عمومی دادگستری در امور مدنی، دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به دعاوی مدنی را ندارد و صرفاً صلاحیت رسیدگی به دعاوی اداری را دارد؛ لذا پرداختن به تعریف دعاوی اداری و تفاوت آن با دعاوی

مدنی و اینکه آیا دعاوی راجع به قرارداد اداری یک دعاوی اداری است یا خیر ضرورت می‌یابد.

۳/۴. دعاوی اداری، مدنی و کیفری

۱/۳/۴. دعاوی اداری

عبارت دعاوی اداری، از دو واژه دعاوی و اداری تشکیل شده است. که در آن واژه اداری به واژه دعاوی اضافه گشته است. دعاوی جمع واژه دعوی است، به صورت دعوا نیز خوانده می‌شود. فرهنگ دهخدا در لغت آن را به معنی خواسته‌شده و در اصطلاح شرع آن را گفتاری می‌داند که انسان به وسیله آن اثبات حقی را بر غیر طلب می‌کند. طلب‌کننده را مدعی و دیگری را مدعی‌علیه گویند. از دعوا تعاریف متعددی ارائه شده که ذیلاً فقط تعریف و تقسیم‌بندی دکتر عبدالله شمس از دعوا بیان می‌گردد:

دعوی در قوانین در سه مفهوم مختلف به کار می‌رود: «نخست - مفهوم اخص دعوا: در این مفهوم، دعوا توانایی قانونی مدعی حقّ تضییع یا انکار شده، در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوط است. برای طرف مقابل، دعوا توانایی مقابله با آن است. دوم - مفهوم اعم دعوا: در این مفهوم، دعوا در بعضی مقررات به مفهوم منازعه و اختلافی آمده است که در مرجع قضاوتی مطرح شده و تحت رسیدگی بوده یا می‌باشد؛ بنابراین دعوا بدین مفهوم زمانی ایجاد می‌شود که دعوا در معنای اول (دعوا به مفهوم اخص) به وجود آمده و دارنده حق، آن را اعمال کرده و در معرض رسیدگی مرجع قانونی قرار داده باشد. سوم - دعوا، در بعضی موارد، به معنای ادعا به کار می‌رود که البته منظور ادعایی است که در مرجع قضایی مطرح نشده و یا ادعایی است که در خلال رسیدگی به دعوا، به عنوان امری تبعی مطرح می‌گردد (شمس، ۱۳۹۴: ۱۰۳-۱۰۱).

واژه اداری نیز از لفظ «اداره» به علاوه «ی» نسبت تشکیل شده است. بدین ترتیب، اداری یعنی آنچه منسوب به اداره است. حقوقدانان اداره را از نقطه‌نظرهای مختلف تعریف کردند. مثلاً واژه اداره از نظر پروفیسور ژرژول دارای دو مفهوم است: الف) مفهوم کاربردی اداره؛ اداره به مفهوم کاربردی آن عبارت از فعالیت‌ها و خدماتی است که به وسیله سازمان‌های عمومی و یا زیر نظر آنها انجام و ارائه می‌شود. در مفهوم کاربردی اداره اهداف و مقاصد اداره موردنظر است. به عنوان مثال، مدرسه از لحاظ کاربردی به دنبال تعلیم و تربیت دانش‌آموزان است؛ به عبارت دیگر هدف از تشکیل مدارس، آموزش دانش‌آموزان است. در حقوق اداری دو هدف عمومی را برای اداره یا سازمان اداری در نظر گرفته‌اند: حفظ نظم عمومی و انجام خدمات عمومی. ب) مفهوم سازمانی اداره؛ اداره به مفهوم سازمانی اداره به کارگیری ابزارهای مادی و نیروی انسانی که در تحقق اهداف اداره مؤثرند مورد نظر است؛ پس اداره از نظر سازمانی عبارت است از مجموعه سازمان‌های اداری اعم از وزارتخانه‌ها،

سازمان‌های دولتی و مؤسسات عمومی که با تمام امکانات موجود شامل امکانات مادی و انسانی اهداف اداره را تحقق می‌بخشند (موسی‌زاده، ۱۳۹۲: ۳۶-۳۵).

بنابراین دعوای اداری را می‌توان مراجعه به مراجع صالح و مطالبه حقوق تضعیف‌شده که به واسطه اعمال اداری ایجاد شده است تعریف کرد. به‌طور کلی می‌توان چنین بیان نمود که دعوای اداری، عملی است که به منظور بررسی قانونی بودن عمل اداره صورت می‌گیرد (شاهرخی، ۱۳۸۶: ۵۷). در حقوق فرانسه ادوارد لافریر، معاون شورای دولتی فرانسه، در سال‌های ۱۸۸۶ تا ۱۸۹۸ یک تقسیم‌بندی از دعوای اداری ارائه داده است که علی‌رغم انتقادهایی که به آن وارد شده تاکنون جایگاه خود را حفظ کرده و از دیگر تقسیم‌بندی‌های ارائه شده، جامعیت بیشتری دارد. بر این اساس دعوای اداری عبارتند از دعوای ابطال، دعوای کامل، دعوای تفسیر و یا اعلام و درنهایت دعوای مربوط به مجازات تخلفات (آقایی‌طوق، ۱۳۹۷: ۲). در دعوای ابطال شاکی حسب مورد، خواستار لغو و ابطال تصمیم و یا اقدام خلاف قانون، نسخ مقررات اداری و الزام اداره دولتی به ایفای وظیفه می‌گردد (شاهرخی، ۱۳۸۶: ۶۰). علت نامگذاری این دسته از دعوای به دعوای کامل یا صلاحیت کامل آن است که دادگاه در رسیدگی به آنها و در مقایسه با دعوای ابطال، دارای بیشترین اختیارات است. مصادیق عمده و اصلی دعوای کامل، دعوای کامل شخصی است که در آن حقوق شخصی افراد، رسیدگی می‌شود که عبارتند از: دعوای قراردادهای اداری و نیز دعوای مسئولیت دولت (آقایی‌طوق، ۱۳۹۷: ۱۵). یکی از موارد دعوای تفسیر در جایی است که قاضی دادگاه عمومی به منظور حل و فصل دعوایی، می‌بایست معنی یک عمل اداری را روشن نماید، در صورتی که خود نتواند معنی و حدود آن را مشخص نماید، این امر را به دادگاه اداری محول نموده تا به تفسیر عمل اداری مربوط بپردازد (شاهرخی، ۱۳۸۶: ۷۶). از آنجاکه گروهی از اعمال هستند که به حوزه‌های عمومی آسیب وارد می‌نمایند، لذا قانون‌گذار، نوع خاصی از دعوا را پیش‌بینی نموده که بدین شیوه با اشخاصی که به این حوزه‌ها صدمه وارد می‌نمایند، برخورد شود. ضمانت‌اجرای این‌گونه مقررات نسبت به متخلفین، می‌تواند جریمه‌های مالی، جبران خسارت و یا دریافت هزینه‌های محاکمه باشد (شاهرخی، ۱۳۸۶: ۷۷-۷۶). دعوای اداری شناخته شده در حقوق ایران را می‌توان در تقسیم‌بندی فوق جای‌گذاری کرد، اما قطعاً دعوای اداری ایران به عمومیت دعوای اداری فرانسه نخواهد بود.

از طرفی دعوای اداری در کنار دو صنف دیگر دعوای، یعنی دعوای مدنی و کیفری قرار می‌گیرد. در صورت قرارگیری یک موضوع در هریک از این دعوای، آثاری بر آن مترتب می‌گردد؛ از جمله چگونگی اقامه دعوا و مرجع صالح برای رسیدگی.

۲.۳.۴. دعوای مدنی

دعوای مدنی، مراجعه به مراجع صالح قضایی و مطالبه حقوق تضییع‌شده‌ای است که به واسطه

فعل یا ترک فعلی ایجاد شده که قانون‌گذار آن را جرم‌انگاری نکرده است. دعاوی مدنی به دو دسته مالی و غیرمالی تقسیم می‌شوند. دعاوی مالی دعوایی است که اثر مستقیم آن ورود یا خروج مال از دارایی شخص است و دعاوی غیرمالی اثر مستقیم آن ورود و خروج مال از دارای شخص نیست، گرچه ممکن است به طور غیرمستقیم آثار مالی داشته باشد.

۳.۳.۴. دعاوی کیفری

دعای کیفری نیز مراجعه به مراجع صالح قضایی و مطالبه حقوق تضییع‌شده‌ای است، که به واسطه فعل یا ترک فعلی ایجاد شده که قانونگذار آن را جرم تلقی کرده است. دعاوی کیفری یا دعاوی ناشی از جرم به دو دسته دعاوی عمومی و خصوصی تقسیم می‌شود. دعاوی عمومی آن قسم از دعاوی کیفری و ناشی از ارتکاب جرم است، که ذی‌نفع آن کل جامعه است؛ و دادستان به عنوان نماینده جامعه اقدام به تعقیب مرتکب این جرم می‌نماید. در تعریف دعاوی خصوصی ناشی از جرم می‌توان گفت دعاوی خصوصی ناشی از جرم دعوایی است که به منظور جبران ضرر و زیان مادی، معنوی یا از بین رفتن منافع ممکن‌الحصول از سوی بزه‌دیده اقامه می‌شود (هرمزی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۸۷).

بنابراین وجه مشترک هر سه دعا آن است که حقوق یکی از اشخاص ضایع و اشخاص برای مطالبه حقوق تضییع‌شده خود به اقامه دعا اقدام می‌کنند. در صورتی که حقوق آنها به واسطه ارتکاب جرم تضییع شود دعا، کیفری و درحالی که حقوق اشخاص به واسطه اعمالی که جرم‌انگاری نشده تضییع شود، دعا مدنی خواهد بود؛ اما چنانچه تضییع حقوق به واسطه عمل اداره باشد، دعا اداری قلمداد می‌شود.

نتیجه

قرارداد اداری، یکی از اعمال اداری دوجانبه است که با هدف ارائه خدمات عمومی، میان اداره از یک طرف و شخص خصوصی از طرف دیگر منعقد می‌شود؛ که رژیم حقوقی ویژه‌ای بر انعقاد و اجرا و دعاوی ناشی آن حاکم است.

در رویه قضایی کنونی، مرجع صالح به رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری، علی‌الاصول محاکم عمومی دادگستری است، مگر در موارد استثنایی به تصریح قانونگذار، رسیدگی به دعاوی خاصی در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گیرد. که تاکنون صرفاً صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای استخدامی مورد تصریح قانونگذار واقع شده است.

دو مبنا برای تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری در زمینه رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری وجود دارد که عبارت‌اند از مبنای نظری و مبنای عملی؛ مبنای نظری، همان نگاه

حداقلی حقوق‌دانان به ویژه قضات دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری به جایگاه و صلاحیت دیوان عدالت اداری است که خود منشأ تفسیر مضیق در صلاحیت دیوان عدالت اداری از متون قانونی خواهد بود؛ با مدنظر قراردادن عموم و اطلاق اصل ۱۷۳ قانون اساسی و تفسیر آن در کنار اصول ۱۵۶ و ۱۵۸ و ۱۵۹ قانون اساسی و عطف توجه به فلسفه تشکیل نهاد دیوان عدالت اداری و نهاد دادرسی اداری، بطلان این نگاه حداقلی آشکار شد.

مبنای عملی نیز رویه قضایی الزام‌آوری است که توسط دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور ایجاد شده است و خود ناشی از همان مبنای نظری باطل و نگاه به مسائل حقوق عمومی با عینک حقوق خصوصی است. با تحلیل کلمات کلیدی استفاده شده در استدلالات موجود در رویه قضایی، ضعف منطقی و حقوقی آنها مشخص شد.

در نهایت با توسل به عموم و اطلاق اصل ۱۷۳ قانون اساسی و تفسیر آن در کنار اصول ۱۵۶ و ۱۵۸، مشخص شد که دیوان عدالت اداری یکی از تشکیلاتی است که رییس قوه قضاییه مکلف است، در جهت نیل به اهداف مندرج در اصل ۱۵۶ قانون اساسی، در نهاد دادگستری ایجاد نماید. بدین ترتیب سه صنف محاکم با مرجعیت عام رسیدگی در نهاد دادگستری جمهوری اسلامی ایران وجود دارد؛ محاکم مدنی (حقوقی)، جزایی و اداری.

با تحلیل ادله موافقین و مخالفین صلاحیت دیوان عدالت اداری، مشخص شد که دلایل موافقین صلاحیت دیوان در قرارداد اداری قوی تر است. با این حال قدر متیقن نظر دو گروه این بود که دیوان صرفاً صلاحیت رسیدگی به دعاوی اداری را دارد. لذا با بررسی عناصر و انواع دعاوی اداری، تمایز آن با دعاوی مدنی و کیفری مشخص شد.

بدین ترتیب، با توجه به اینکه دعاوی راجع به قراردادهای اداری یک دعاوی اداری است، نه تنها صلاحیت عام دیوان عدالت در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری، از قوانین و مقررات موجود قابل استفاده است، بلکه رویه قضایی موجود، مغایر با قوانین و مقررات جاری کشور تشخیص داده شد.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها:

۱. استوار سنگری، کورش، محمد امامی (۱۳۹۶). حقوق اداری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، جلد دوم.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۹۴). حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، جلد اول.
۳. شمس، عبدالله (۱۳۹۴). آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، تهران، دراک، جلد اول.
۴. شمعی، محمد (۱۳۹۵). حقوق قراردادهای اداری، تهران، جنگل.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، جلد اول.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶). حقوق اداری، تهران، سمت.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. موسی‌زاده، رضا (۱۳۹۲). حقوق اداری (۲-۱) کلیات و ایران، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۹. مولابیگی، غلامرضا (۱۳۹۸). صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران، جنگل.

ب. مقاله‌ها:

۱۰. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۷). «انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۸۳، صص ۲۶-۱.
۱۱. امامی، محمد، مهستی سلیمانی (۱۳۹۲). «ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۲، صص ۳۸-۹.
۱۲. امامی، محمد، مهستی سلیمانی (۱۳۹۳). «شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری»، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۱، صص ۳۰-۱.
۱۳. آیینہ نگینی، حسین، محمد امین ابریشمی راد (۱۳۹۸). «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۲۱، صص ۵۵-۳۳.
۱۴. حیدری، سیروس (۱۳۹۶). «اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری»، مجله مطالعات حقوقی، شماره ۲، صص ۱۱۶-۸۳.
۱۵. زارعی، محمدحسین، آیت مولایی (۱۳۹۲). «آسیب‌شناسی ویژگی قراردادهای اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۳، صص ۲۰۶-۱۶۷.
۱۶. شمس، عبدالله (۱۳۸۱). «اصل تناظر»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۶-۳۵، صص ۸۶-۵۹.
۱۷. شیرزاد، امید، کامران محمودیان اصفهانی (۱۳۹۵). «بررسی صلاحیت دیوان عدالت اداری در اختلافات ناشی از قراردادهای اداری»، فصلنامه اندیشمندان حقوق، شماره ۹، صص ۳۸-۲۵.
۱۸. صدرالحافظی، سیدنصرالله (۱۳۷۰). «دیوان عدالت اداری و فلسفه تأسیس آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲، صص ۴۲-۲۹.

۱۹. عراقی، عزت الله، محمدکاظم حبیب زاده (۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در ایران؛ بررسی شاخص‌ها»، مجله حقوق خصوصی، شماره ۱۵، صص ۷۷-۱۰۴.
۲۰. مولایی، آیت (۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۹، صص ۱۵۰-۱۲۳.
۲۱. میرداماد نجف آبادی، سید علی (۱۳۹۰). «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری»، معرفت حقوقی، شماره ۱، صص ۳۵-۶۶.
۲۲. نجابت‌خواه، مرتضی، فرهنگ فقیه لاریجانی (۱۳۹۵). «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲، صص ۲۴۵-۲۳۱.
۲۳. واعظی، سید مجتبی، مهستی سلیمانی (۱۳۹۵). «خواننده در دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳، صص ۲۳-۴۲.
۲۴. هرمزی، خیراله، حسنعلی موذن زادگان، سید حجت علوی (۱۳۹۷). «ماهیت و آثار طرح دعاوی مدنی در محاکم کیفری»، حقوق کیفری، شماره ۲۲، صص ۲۸۵-۳۲۰.
۲۵. هرمزی، خیرالله (۱۳۹۲). «تغییر عناصر دعوا؛ شرحی بر ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی»، حقوق خصوصی، شماره ۳، صص ۹-۳۳.
- ج. پایان‌نامه‌ها:
۲۶. شاه‌رخ، آناهیتا، «انواع دعاوی اداری در شورای دولتی فرانسه و دیوان عدالت اداری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.

د. اسناد:

۲۷. روزنامه رسمی شماره ۱۴۲۷۵-۱۴/۱۲/۱۳۷۲.
۲۸. روزنامه رسمی شماره ۱۵۰۲۴-۷/۹/۱۳۷۵.
۲۹. روزنامه رسمی شماره ۱۵۶۹۲-۱۶/۱۰/۱۳۷۷.
۳۰. روزنامه رسمی شماره ۱۶۲۶۹-۱۱/۱۰/۱۳۷۹.
۳۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸.
۳۲. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹.
۳۳. قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹.
۳۴. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲.

حکم حکومتی و مصلحت عمومی

مهدی بالوی*

مهناز بیات کمیتکی**

مرجان زارع مهدیه***

چکیده

یکی از مباحث مهم در حوزه حقوق عمومی و فقه سیاسی، تبیین گستره حکم حکومتی و مبنای موجهه ساز صدور آن است. بر اساس مطالعات صورت گرفته به نظر می رسد صدور حکم حکومتی به عنوان راهکاری اساسی برای حل معضلات و پدیده های نو ظهور سیاسی و اجتماعی در اختیار حاکم جامع الشرایط قرار داده شده تا در شرایط مختلف بر اساس مقتضیات جامعه و در راستای اداره امور کشور، تصمیم متناسب را اتخاذ نماید. این تصمیم البته به نوبه خود نیازمند توجیه است. مصلحت عمومی به عنوان منفعت مشترک تمام افراد به مثابه اعضای جامعه همان مبنایی است که صدور حکم حکومتی بر مدار آن صورت پذیرفته و توجیه می گردد. از این روست که نمی توان و نباید حکم حکومتی صادره بر مبنای مقتضیات روز جامعه و منافع واقعی یکایک اعضای آن را به حوزه مباحات محدود دانست.

کلیدواژه ها:

حکم حکومتی، مباحات، مصلحت حکومت، مصلحت عمومی، نظریه ولایت مطلقه فقیه.

مقدمه

بحث و بررسی درخصوص حکم حکومتی موضوعی است که از دیرباز میان فقهای اسلامی و حقوق دانان رواج داشته و هرگاه سخن از ولایت و سرپرستی یا اداره امور توسط حاکم جامعه به میان آمده، به موازات آن به مقوله مصلحت نیز اشاره شده است. با توجه به اینکه مصلحت اندیشی موجب حفظ اصل وجود جامعه و کیان جمعی و تأمین بقای نظام اجتماعی و تمشیت امور عمومی می گردد (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۸)، لذا پیش بینی نهادی که در مواقع لزوم بتواند مصالح و مفاسد جامعه را تشخیص داده و متناسب با زمان و مکان تصمیم مقتضی را اتخاذ نماید، ضروری به نظر می رسد.

افزون بر آن، احکام و موازین اسلامی تابع مصالح و منافع جوامع انسانی است. حکم حکومتی هم که در سایه مصالح عمومی صادر می گردد از این قاعده مستثناء نبوده و تابع مصالح و منافع جوامع انسانی می باشد؛ بنابراین ضرورت ابتدای احکام حکومتی بر مبنا و مدار مشخص بر کسی پوشیده نیست؛ چراکه حاکم اسلامی نمی تواند بدون تعیین قلمرو اختیارات خود و ملاک مشخص در اجرای قوانین و مقررات مداخله نموده یا تکلیف جدیدی بر مردم تحمیل نماید. از این رو مبنای صدور حکم حکومتی و روش کشف آن یکی از مسائل مناقشه آمیز تلقی گردیده و یافتن پاسخ شایسته در این زمینه به برخی از نیازهای امروز جامعه پاسخ درخور خواهد داد و نقش اساسی در برنامه ریزی ها و سیاست گذاری های نهادهای حکومتی ایفا خواهد کرد. از این رو، هدف اصلی پژوهش حاضر، ارائه تصویری دقیق یا دست کم روشن از مفهوم و ماهیت حکم حکومتی و تبیین نسبت آن با مصلحت عمومی است تا در نهایت متولیان امر با استفاده از ملاک های ارائه شده در این پژوهش بهترین تصمیم را در موارد مقتضی اتخاذ نمایند؛ بنابراین حوزه واکاوی این پژوهش، نسبت حکم حکومتی با مصلحت عمومی است. در این میان افزون بر ماهیت حکم حکومتی و مبنای موجه ساز آن یعنی مصلحت عمومی، گستره صدور حکم حکومتی نیز مسئله ای چالش برانگیز بوده و در میان اندیشمندان اسلامی نظر واحدی در این باره وجود ندارد. برخی از صاحب نظران، قائل به محدودیت حوزه صدور حکم حکومتی به مباحات یا به یک تعبیر منطقه الفراغ دین هستند و برخی دیگر از متفکران موضعی قابل دفاع تر اتخاذ نموده و به درستی بر این باورند که می توان فراتر از حوزه مباحات و حتی آنجا که نص صریحی در شرع وجود دارد، حکم حکومتی صادر نمود.

بر این مبنا در نوشتار پیش رو، ابتدا در بخش نخست تلاش گردیده تا تعریفی صحیح و جامع از مفهوم حکم حکومتی ارائه شود و در بخش دوم قلمرو و محدوده صدور حکم حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی تبیین گردد.

۱. حکم حکومتی؛ در جستجوی معنا

حکم حکومتی از جمله موضوعاتی است که هم در فقه شیعه و هم در فقه اهل سنت بدان پرداخته شده و آثار و منابع فقهی و آیات و روایات شیعی به‌طور ضمنی و پراکنده در ابواب مختلف بدان اشاره نموده‌اند. در کتب فقهی قدیمی از حکم حکومتی به عنوان حکم الحاکم و حکم الوالی و در کتب فقهی اهل سنت به عنوان احکام سلطانی یاد شده و تعبیری رایج و متداول در کلمات فقها نبوده است (مانند: محقق حلی، ۱۴۱۸، ص ۲۹۱).

هم‌چنین حکم حکومتی اصطلاح جدیدی است که در متون فقهی معاصر مورد استفاده قرار گرفته است. (مانند: فاضل لنکرانی، ۱۴۲۹ ق، ص ۳۶) باین‌وجود اکثر فقهای شیعه متقدم و متأخر بر این باورند که فقیه علاوه بر شأن فتوا، دارای شأنی به عنوان حاکم هستند که می‌توانند براساس آن حکم کنند. به عنوان نمونه شهید اول در اثر فقهی خویش سه نوع تصرف و شأن از جمله تبلیغ، امامت و قضاوت برای پیامبر (ص) قائل شده است (نور مفیدی، ۱۳۹۴، ص ۲۵۶) و با اشاره به وجود این شأن در مورد پیامبر (ص) می‌فرماید: «تصرف النبی (ص) تاره بالتبلیغ و هو الفتوی و تاره بالامامه کالجهد و التصرف فی بیت المال و تاره بالقضا کافصل الخصومه بین المتداعیین بالبینه او الیمین او الاقرار» (مکی عاملی، [بی تا]، صص ۲۱۴-۲۱۵)

گاهی نسبت به برخی از موارد این سؤال پیش می‌آید که آیا این مورد مربوط به شأن تبلیغ پیامبر است یا شأن قضاوت پیامبر است؟ به عنوان مثال برخی فرمایش پیامبر (ص) در خصوص احیاء اراضی موات را مربوط به شأن تبلیغ پیامبر می‌دانند (حلی، ۱۴۰۵، ص ۱۴۲). اما برخی دیگر آن را مربوط به شأن امامت و حکم کردن از موضع ریاست و امامت می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۰). تفاوت این دو دیدگاه درجایی ظاهری می‌شود که اگر آن را مربوط به شأن تبلیغ و بیان حکم شرعی بدانیم احیاء اراضی موات برای همه جایز است و هرکس زمین مواتی را احیا کند مالک آن می‌شود اما اگر آن را مربوط به شأن ریاست و امامت بدانیم قاعدتاً احیاء اراضی موات منوط به اذن پیامبر و امام است (نور مفیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۵۷).

همچنین محقق خویی، (محقق خویی، بی‌تا، ص ۳)، مرحوم شیخ (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، صص ۵۴۵-۵۵۱) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، صص ۶۲۹-۶۲۶) به این شأن اشاره دارند با این تفاوت که امام خمینی اختیارات گسترده‌ای برای حاکم قائل است. هم‌چنین امروزه در اکثر کشورها براساس قانون اساسی، قوه مقننه قوانین را وضع می‌کند و اجرای رأی در اختیار قوه مجریه قرار می‌دهد. اما در عین حال ممکن است مواردی پیش آید که قوه مقننه برای همیشه یا به‌طور موقت اختیاراتی را در طول جنگ و شرایط بحرانی و اضطراری به قوه مجریه تفویض کند (نمازی فر، ۱۳۷۹، ص ۴۸). تا اختیارات خود را فارغ از محدودیت‌های متعارف با رعایت احترام به تمام آزادی‌های افراد به کار گیرد که از آن به عنوان اختیارات ویژه تعبیر می‌شود. (بارنت، ۱۳۸۶، ص ۲۰۴).

کشورهایی چون آمریکا، هندوستان، فرانسه، یوگسلاوی و اتریش از این قبیل اند. به عنوان نمونه در اصل ۲۵ قانون اساسی هند آمده است: «رئیس‌جمهور می‌تواند در صورت لزوم فرامینی صادر کند که مانند قانون لازم و ضروری باشد...». یا در اصل ۱۷ قانون اساسی یوگسلاوی آمده است: «در غیاب مجلس و در مواقع ضروری مثل جنگ، رئیس‌جمهور می‌تواند فرامینی صادر کند که قدرت اجرایی قانون را خواهد داشت».

در آمریکا نیز اجازه صدور چنین احکامی را به هنگام ضرورت به رئیس‌جمهور داده‌اند (اصل دوم بخش سوم قانون اساسی آمریکا). اما آیا به راستی صدور حکم حکومتی توسط حاکم نیز می‌تواند مصداق اعمال اختیارات ویژه از سوی رئیس‌جمهور قلمداد شود؟ برای پاسخ به این سؤال بی‌گمان بایستی نمونه‌هایی از تلاش‌های نظری برای تبیین معنای حکم حکومتی را نشان داده و سپس از ذکر تعاریفی که از سوی اندیشمندان و فقها در باب این مفهوم ارائه‌شده، درنهایت تعریف قابل قبول حکم حکومتی را معرفی نماییم:

۱.۱. معانی نابسند

تعبیر مرحوم شهید اول از حکم حاکم بدین گونه است: «والحکم انشاء اطلاق او الزام فی مسائل اجتهدیه و غیر هاعم تقارب المدارک فیها مما یتنازع فیہ الخصمان لمصالح المعاش» (مکی عاملی، بی‌تا، ص ۳۲۰).

از نظر شهید اول دامنه انشای الزام با اطلاق هم شامل مسائل اجتهدی و هم مسائل غیر اجتهدی است. از ظاهر عبارت «مما یتنازع فیہ الخصمان» در ذیل کلام شهید می‌توان دو برداشت کرد: برداشت اول از قرینه «مما یتنازع فیہ الخصمان» می‌توان این‌گونه پنداشت که کلام ایشان حاکی از این امر است که حکم حاکم منحصر در حکم قضایی است به استناد دو شاهد و قید می‌توان گفت که در برداشت دوم شهید اول از حکم حاکم صرفاً حکم قضایی نیست و بر عمومیت حکم حاکم دلالت دارد. شاهد قید «لمصالح المعاش» است که این قید نشان می‌دهد مقصود ایشان صرفاً حکم قضایی نیست چراکه اگر مراد از حکم حاکم صرفاً رفع خصومت و قضاوت بود نیازی به بیان این قید نبود و ذکر این قید در تعریف فوق بیانگر هر انشاء الزام یا اطلاقی است که خارج از محدود عبارات و به مصلحت معاش بندگان می‌باشد و این محدوده تحت حکم حاکم قرار می‌گیرد و وسیع‌تر از امور قضایی است (نور مفیدی، ۱۳۹۴، ص ۴۶۳). شاهد دوم، تفاوتی است که شهید اول بین حکم و فتوا قائل شده است و در بیان فرق این دو می‌فرماید حکم و فتوا هر دو اخبار از حکم خداست و اعتقاد مکلف به هر دو لازم است ولی فتوا، صرف خبر دادن از حکم خداوند در یک قضیه است (مکی عاملی، [بی‌تا]، ص ۳۲۰).

در کنار تعریف شهید اول از حکم حکومتی، تعبیر صاحب جواهر نیز در این باب، قابل توجه به نظر می‌رسد. صاحب جواهر در مقام بیان تفاوت فتوا و حکم، حکم را به گونه‌ای تعریف می‌کند که شامل حکم حکومتی نیز می‌شود: «و اما لاحکم فهو انشا انفاذ من الحاکم الامنه تعالی لحکم الشرعی او وضعی او موضوعهما فی شی مخصوص: حکم عبارت است از فرمان حاکم به خدای متعال بر عمل کردن به حکم شرعی تکلیفی یا عمل به حکم وضعی یا عمل به موضوع آن دو در مورد خاص» (نجفی، [بی‌تا]، ص ۱۰۰).

تعریف علامه طباطبایی از حکم حکومتی، به مثابه حکم متغیر مصلحتی، از دیگر تعاریف موجود در این زمینه است. ایشان احکام حکومتی را چنین توصیف می‌کند: «در سایر قوانین شریعت و رعایت موافقت آنها ولی امر می‌تواند یک سلسله تصمیمات مقتضی به حسب مصلحت وقت گرفته، طبق آنها مقرراتی وضع نماید و به اجرا درآورد مقررات نامبرده لازم‌الاجرا و مانند شریعت دارای اعتبار است، با این تفاوت که قوانین آسمانی، ثابت و غیرقابل تفسیر بوده و مقررات وضعی، قابل تفسیر و در ثبات و بقا، تابع مصلحتی است که آنها را به وجود آورده است و چون زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تحول پیدا کرده و جای خود را به بهتر از خود خواهد داد» (به نقل از مکارم شیرازی، ۱۴۲۲، ص ۵۱۳). در همین راستا، مرحوم شهید مطهری حکم حکومتی را چنین تعبیر می‌کند: «حکومت اسلامی در شرایط جدید و نیازمندی‌های جدید می‌تواند با توجه به اصل و مبانی اساسی اسلامی یک سلسله مقررات وضع نماید که در گذشته موضوعاً منتفی بوده است» (مطهری، ۱۳۳۴، ص ۸۶). یکی از صاحب‌نظران در حقوق اسلامی در این باره چنین گفته است: «حکم حکومتی، حکمی است که ولی جامعه بر مبنای ضوابط پیش‌بینی شده، طبق مصالح عمومی برای حفظ سازمان‌ها با یکدیگر در مورد مسائل فرهنگی، تعلیماتی، مالیاتی، نظامی، جنگ و صلح، بهداشت و سایر مسائل مقرر نموده است» (گرچی، ۱۳۸۰، ص ۲۸۷).

۲.۱. معنای بسنده

با توجه به تعاریف مذکور و عناصر موجود در هریک از این تعاریف، به نظر می‌رسد بتوان تعریف ذیل را با توجه به جامع و مانع بودن، تعریفی قابل قبول به شمار آورده و دربرگیرنده تمام تحلیل‌های مفهومی رقیب در این باب دانست:

حکم حکومتی؛ به هر نوع حکمی اطلاق می‌شود که از سوی حاکم جامعه اسلامی در راستای اجرای قوانین شرعی و اداره امور کشور صادر می‌شود؛ لذا حکم حکومتی ممکن است به دو منظور، اجرای قوانین شرعی و اداره امور کشور صادر شود. حکمی که در مقام اول یعنی اجرای قوانین شرعی صادر می‌شود در صورتی حکم حکومتی است که مفاد آن عیناً مفاد احکام شرع نباشد در غیر

این صورت حکم ارشادی خواهد بود و حکمی که در مقام دوم یعنی اداره امور کشور صادر می‌شود ممکن است جنبه قانون‌گذاری یا جنبه اجرایی داشته باشد؛ به عبارت دیگر کلیه قوانین و مقررات که حاکم اسلامی به طور مستقیم یا غیرمستقیم وضع می‌کند (قانون‌گذار عرفی) و نیز کلیه احکام و قوانین و دستوراتی که از جانب وی در اجرای قوانین شرعی و عرفی صادر می‌شود، حکم حکومتی است (نعمت الهی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۲).

۲. ماهیت حکم حکومتی؛ در محاصره دیدگاه‌های رقیب

در مورد ماهیت و سنخ حکم حکومتی، دیدگاه‌های گوناگونی مطرح شده است. دیدگاه‌های مورد نظر در قالب سه تئوری یا نظریه با عناوین ذیل قابل شناسایی است.

۱.۲. حکم حکومتی به مثابه حکم اولیه

برخی از قائلین به این نظریه حکم حکومتی را قسمی از احکام اولیه قلمداد می‌کنند و بر این باورند که احکام اسلام به‌ویژه احکام سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حتی احکام عبادی از ابتدا مقید به نبودن حکمی از سوی حاکم اسلامی است. بر همین اساس تمام احکام حکومتی که ولی فقیه با تشخیص مصلحت آن را صادر می‌کند، از احکام اولیه است هرچند ممکن است در برخی از موارد بر احکام ثانویه نیز منطبق باشد (عارفی شیردانی، ۱۳۹۰، صص ۱۷۶-۱۷۷). در توضیح و توجیه دیدگاه خود به یکی از سخنان امام خمینی در حمایت از شورای نگهبان استناد می‌نماید: «ولایت فقیه و حکم حکومتی از احکام اولیه است. نهاد شورای نگهبان همیشه مورد تأیید اینجانب است و به هیچ وجه تضعیف نشده و نخواهد شد» (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۰).

در رابطه با دیدگاه مذکور ایراداتی چند قابل طرح به نظر می‌رسد. به‌طور کلی احکام اولیه مبتنی بر مصالح و مفاسد ذاتی بوده و به‌علاوه احکام کلی و دائمی می‌باشند؛ همچنین باید در نظر داشت که هرچند درست است که اگر ولی فقیه حکمی را صادر نماید که برخلاف حکم اولیه است باید به آن عمل نمود اما این مطلب نشانگر آن نیست که احکام اولیه مقید به عدم صدور حکم مخالف از سوی ولی فقیه است (کلاتری، ۱۳۸۸، ص ۲۵۶).

همچنین کلام امام را نمی‌توان دلیل قابل قبولی برای این رویکرد در نظر گرفت: چراکه ایشان درباره نسبت حکم حکومتی با حکم اولی و ثانوی تعبیر متفاوتی را به کار برده‌اند و ممکن است این تعبیر در مواردی متناقض به نظر برسند و از مجموع عبارات امام خمینی این برداشت حاصل می‌شود که ایشان اصل ولایت و حکومت را از احکام اولی می‌داند اما از منظر ایشان حکم حکومتی غیر از حکم اولی و ثانوی است (نورمفیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۰۸).

ایشان بر این باورند که خداوند در تشریع حکم به رسول اکرم (ص) اذن داده و اگر این اذن نبود

خود پیامبر هم حق انشای حکم را نداشت؛ زیرا اصل اولی آن است که جعل و انشای حکم مختص خداوند است و حتی پیامبر هم بدون اذن از جانب خداوند حق جعل و انشای حکم را ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۲، ص ۵۷۵). همچنین ایشان با توجه به آیات و روایات مختلف در این زمینه، اطاعت و عصیان مستقلی برای پیامبر قائل گردید و این اطاعت و نافرمانی را در کنار اطاعت و نافرمانی خداوند برای پیامبر (ص) در نظر گرفته و معتقد است که اگر دستورات پیامبر، همان احکام و دستورات الهی باشد در این صورت دستور به اطاعت مستقل و نهی از عصیان مستقل نسبت به پیامبر معنا نداشته و این یعنی دستورات پیامبر به دستورات و حکم الهی مبدل شده و در عرض احکام الهی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۶، ص ۱۹). همچنین مواردی که با لفظ «قضی»، «حکم» و «امر» به پیامبر نسبت داده شده تا بدین وسیله حکمی را صادر نمایند بیانگر حکم مولوی سلطانی است که از سوی پیامبر تشریع شده است (موسوی خمینی، [بی‌تا]، ص ۱۰۷). با استفاده از مطلب فوق می‌توان به این نتیجه رسید که «حکم حکومتی پیامبر غیر از حکم الهی است و اگر مانند امام قائل به این امر شویم و این شأن را برای همه فقها بدانیم، آنگاه ادعای تفاوت حکم حکومتی با حکم اولی و ثانوی ثابت خواهد گردید» (نور مفیدی، ۱۳۹۴، ص ۵۱۰).

۲.۲. حکم حکومتی به مثابه حکم ثانویه

بخشی دیگر از نظریه پردازان، حکم حکومتی را از احکام ثانویه قلمداد می‌کنند. یکی از قائلین به این نظریه، شهید صدر است وی پس از آنکه می‌گوید وجود قلمروی از آزادی (منطقه الفراغ) نقضی در اسلام به شمار نمی‌آید با اشاره به آیه مبارکه «یا ایها الذین آمنوا اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم» اعلام می‌دارد که محدوده منطقه الفراغ عبارت است از هر عملی که حرمت و وجوبش اعلام نشده و مباح است؛ لذا در این محدوده ولی امر مجاز است که به عنوان دستورات ثانوی، امری را ممنوع یا واجب اعلام کند. البته ولی فقیه در مواردی می‌تواند حکم به حرمت دهد که وجوب امر از طرف شارع اعلام شده باشد و بالعکس. لذا قلمرو حکم حکومتی محدود به اموری است که طبیعتاً مباح اعلام شده است (صدر، ۱۴۰۸، ص ۴۸۴). برخی از صاحب نظران دیگر از جمله علامه محمد تقی جعفری، حکم حکومتی را حکم ثانوی قلمداد کرده و چنین گفته است: «بخشی از معارف اسلامی، مقررات و قوانینی هستند که در گذرگاه زمان به جهت بروز و ظهور مصالح یا مفاسدی توسط ولی امر مسلمین وضع می‌گردند. این دسته از احکام که بدانها احکام ثانویه می‌گویند تاهنگامی که مصالح و موجبات و علل صدور آنها باقی و پابرجا باشد و یا مفاسد و موانع برطرف نگردد و ثابت و پابرجا بوده و هر موقع که اسباب آنها برطرف شوند برطرف می‌گردند» (جعفری، ۱۳۷۱، ص ۷۹). شاید بتوان از برخی از سخنان امام خمینی (ره)، ثانوی بودن حکم حکومتی را برداشت نمود. ایشان درباره حکم میرزای شیرازی چنین فرموده‌اند: «حکم مرحوم میرزای شیرازی

در تحریم تنباکو، چون حکم حکومتی بود، برای دیگران هم واجب‌الاتباع بود و همه علمای بزرگ ایران جز چند نفر از این حکم متابعت کردند، حکم قضاوت نبود روی مصالح مسلمین بر عنوان «ثانویه» این حکم را صادر فرمودند و تا عنوان وجود داشت این حکم نیز بود و با رفتن حکم نیز برداشته شد» (موسوی خمینی، ۱۳۷۱، ص ۱۱۳). از بنیادی‌ترین اشکالات وارد بر این نظریه می‌توان به مرتبط بودن احکام ثانوی با مصالح شخصی و فردی اشاره نمود. این در حالی است که احکام حکومتی بر مصالح و مفاسد نوعی و اجتماعی استوار است. همچنین احکام ثانویه از جهات متعلق ملاک و تشخیص ملاک اصل اسلام و بقای نظام اسلامی است. از حیث تشخیص ملاک نیز، تشخیص در حکم ثانویه مربوط به خداوند و در حکم حکومتی مربوط به ولی فقیه است (عارفی شیرداغی، ۱۳۹۰، صص ۱۸۳-۱۸۴).

درخصوص احکام اولیه و ثانویه این مسئله نیز باید موردتوجه قرار گیرد که «واقعیت این است که دو دسته احکام اولیه و ثانویه در مقابل یکدیگر قرار ندارند و درواقع، احکام ثانویه قسمتی از احکام اولیه‌اند. اصل این است که همه‌ی احکام شرعی، اولیه و دائمی هستند و احکام ثانویه، یک حالت استثنایی و موقتی‌اند، اما احکام حکومتی نمی‌توانند یک حالت استثنایی به شمار آیند»^۱ با این حال این نظر قابل ایراد است چراکه نقطه افتراق میان حکم حکومتی و احکام ثانویه در وجود وعدم وجود مصلحت دانسته شده است. به نظر می‌رسد این امر غیرقابل قبول باشد زیرا همان‌طور که حکم حکومتی براساس مصالح صادر می‌شوند، احکام ثانوی و احکام اولی نیز مبتنی بر مصلحت می‌باشند.

۳.۲. حکم حکومتی به مثابه نهادی مستقل؛ نظریه قابل دفاع

رویکرد سوم که این نوشتار به دفاع از آن برخاسته، نظریه حکم حکومتی به‌مثابه نهادی مستقل است که به موجب آن، حکم حکومتی نه تنها زیر مجموعه احکام اولیه و ثانویه نبوده بلکه به‌عنوان نهادی مستقل در عرض حکم اولی و ثانوی است.

درنتیجه احکام حکومتی مبتنی بر اصل ولایت و مشروعیت حاکم جامعه اسلامی به‌عنوان ولی فقیه، ورای احکام اولیه و ثانویه جای می‌گیرد. (کلانتری، ۱۳۸۸، ص ۳۴۰). «نگاهی به دلایل

۱. برخی از صاحب نظران معتقدند رابطه حکم حکومتی با احکام ثانویه از نوع رابطه عموم و خصوص من وجه می‌باشد. به این معنا که وجوه اشتراک و افتراقی میان حکم حکومتی و احکام ثانویه نیز قابل مشاهده است. درواقع ممکن است با مواردی مواجه شویم که هم مصداق احکام حکومتی و هم مصداق احکام ثانویه است. همچنین مواردی هم وجود دارد که از احکام ثانویه جدا می‌شود و هیچ مصلحتی در آن نیست، بلکه به خاطر رفع مسائل جرح و ضرر و زیان و نظایر اینها وضع شود و مواردی نیز وجود دارد که صرفاً در آن مصلحت است» (ر.ک: عمید زنجانی، ۱۳۷۴، ص ۲۲۰)

مشروعیت ولایت فقیه به‌خوبی روشن‌گر این نکته است که از باب مثال در روایت مقبوله عمر بن حنظله از امام صادق علیه السلام می‌خوانیم: هرکس از شما حدیث ما را روایت کند و نظر در حلال و حرام نماید و احکام ما را بشناسد به حکم بودن او راضی نشوید، زیرا من چنین شخصی را حاکم بر شما قرار دادم. سپس هرگاه به حکم ما حکم نمود ولی حکمش پذیرفته نشد و رد گردیده در حقیقت حکم الهی سبک شمرده شده و رد متوجه ما گردیده است و ردکننده ما، ردکننده خدا است و چنین کاری در حد شرک ورزیدن به خداست. در توقیع مبارک صاحب‌الزمان نیز آمده است؛ در پیش آمدهایی که رخ می‌دهد به روایت‌کنندگان حدیث، رجوع کنید زیرا اینان حجت من و من حجت خدا هستم» (همان، ص ۳۴۲).

با توجه به متن فوق در هیچ‌یک از دو روایت مذکور نامی از احکام اولیه و ثانویه ذکر نشده است و با توجه به اینکه احکام شرعی به یکی از دو قسم اولیه و ثانویه منحصر می‌باشند با انتفاء یکی از این دو، قسم دیگری ثبوت می‌یابد. درخصوص ادعای دوم باید توجه داشت که حکم حکومتی اصولاً از نوع احکام شرعی نمی‌باشد که در یکی از دو قسم اولیه و ثانویه ورود کند لذا چنین بحثی سالبه به انتفاء موضوع است. (همان، ص ۳۴۴).

زیرا تعریف حکم شرعی بنا به آنچه معروف است عبارت است از:

«الحکم خطاب الشرع المتعلق بافعال المکلفین...» حکم عبارت است از خطاب شرع که به افعال مکلفین تعلق گرفته است» (سیوری، ۱۳۷۷، ص ۹).

همچنین صاحب فصول در تعریف حکم شرعی گفته است: «الحکم الشرعی ما جعله الشارع فی الشریعه مما لیس یعمل» حکم شرعی عبارت است از آنچه شارع در امور مربوط به شریعت جعل نموده است از چیزهایی که عمل نیست» (حائری اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۳۳۶).

همچنین در توجیه و دفاع از نظریه فوق می‌توان به وجود افتراق گوناگون میان حکم حکومتی با حکم اولی و ثانوی اشاره نمود. به دیگر سخن حکم اولی و ثانوی یک حکم الهی و از ناحیه شارع انشاء شده و فقیه از آن خبر می‌دهد و از سوی سایر فقها قابل نقض است درحالی که حکم حکومتی توسط فقیه کشف می‌شود و قابل نقض نیست و تابع مصالح و مفاسدی است که متناسب با شرایط اوضاع و احوال براساس نظر حاکم صادر می‌گردد و نوعاً متغیر است درحالی که حکم اولی و ثانوی فاقد این شرایط و ویژگی‌هاست. (نور مفیدی، ۱۳۹۴، صص ۵۰۲-۵۰۳)

به‌طور کلی با عنایت به مطالب و توضیحات اشاره شده و ذکر وجوه افتراق میان حکم حکومتی با حکم اولی و ثانوی می‌توان چنین برداشت نمود که حکم حکومتی در عرض حکم اولی و ثانوی است و با آن دو متفاوت است و نظریه حکم حکومتی به عنوان نهادی مستقل قابل دفاع به نظر می‌رسد.

۳. مصلحت عمومی: مبنای صدور حکم حکومتی

با توجه به آثار فقه‌های اسلامی و بر مبنای تحلیل مفهوم حکم حکومتی، مصلحت عمومی^۱ را می‌توان ملاک اصلی و اساسی حکم حکومتی دانست. چنانکه در تعریف هم گفته شد، احکام حاکم اسلامی با توجه به مصالح جامعه در چارچوب احکام شریعت برای اداره‌ی جامعه اسلامی صادر می‌شوند. بدین ترتیب مصلحت‌اندیشی، موضوع جواز صدور حکم حکومتی است تا جامعه اسلامی در عرصه تغییر و تحولات و اداره‌ی جامعه دستخوش معضلات و دچار عقب‌افتادگی نشود؛ بنابراین مصلحت عمومی مدار، مبنای و معیار صدور حکم حکومتی است. بدین ترتیب حاکم اسلامی با توجه به مقتضیات گوناگون جامعه مبادرت به صدور حکم حکومتی می‌نماید. با این همه پذیرش و دفاع از مصلحت عمومی به عنوان معیار و مبنای صدور حکم حکومتی پیش از هر چیز منوط به فهمی روشن و صحیح از این مفهوم است. فقه‌های شیعه از دیرباز به مفهوم مصلحت عمومی توجه کرده‌اند و در بسیاری از برداشتها و فتاوای خود از آن بهره جسته‌اند. از این رو برای پاسخ به چستی و ماهیت مصلحت عمومی به عنوان مبنای و ملاک صدور حکم حکومتی، نمونه‌هایی از تلاش‌های نظری و تعاریفی که از سوی برخی از متفکران برجسته شیعی ارائه شده است را نشان می‌دهیم.

۱.۳. مصلحت حکومت

نظریه دولتی مصلحت، با رویکرد حکومت‌مدار در خصوص مصلحت، گاه بدین نحو مطرح می‌شود که مصلحت عبارت از آن چیزی است که در فرمان مقامات حکومتی آمده و در نتیجه محدود به طیف طرح‌های حکومتی است. (راسخ و بیات کمیتکی، ۱۳۹۱، ص ۹۸) به دیگر سخن بر اساس این نظریه، هیچ معیار و ملاکی برای تعیین مصادیق مصلحت عمومی خارج از تشخیص و نظر حاکم وجود ندارد و هر آنچه حاکم تعیین می‌کند، انعکاس اتوماتیکمان منفعت عمومی است. این دیدگاه، در میان فقه‌های شیعه نیز از اقبال قابل توجهی برخوردار است. به عنوان مثال لزوم رعایت مصلحت از دیدگاه شیخ مفید به عنوان مبنای و ضابطه تصمیمات و احکام رهبری جامعه اسلامی محدود به زمین‌های مفتوح‌عنوه (مفید، ۱۴۲۷ق، ص ۲۸۸) نمی‌شود و در موارد دیگری از قبیل احتکار (همان، ص ۲۶۷) نیز به صراحت بر این نکته یاد می‌شود. برپایه آنچه شیخ مفید درباره جزیه آورده است تعیین اندازه‌ی آن بر عهده حاکم است و ایشان با در نظر گرفتن مصلحت‌ها و اوضاع و احوال اقتصادی اهل

۱. براساس نظریات متعدد در خصوص مصلحت عمومی، مفهوم مذکور را می‌توان منفعت مشترک تمام افراد به‌عنوان اعضای جامعه و شامل موارد کلی و حداقلی دانست که نبود آن قطعاً اصل حیات جمعی را در معرض خطر قرار می‌دهد.

(ر. ک. Barry , 1997, p. 116.2 ، Barry , 1967, pp 195-196.1)

ذمه مقدار جزیه را مشخص می‌نماید (همان، ص ۲۷۴). شیخ طوسی نیز همانند شیخ مفید معیار و ملاک مصلحت را نظر و تشخیص حاکم و ولی‌امر می‌داند. به عنوان شاهد، وی مقدار جزیه و تعیین آن بر اراضی و یا بر افراد را از اختیارات حاکم می‌داند و با نظر استادش هم‌عقیده است و چنین اظهار می‌کند که: «حاکم باید احکام شرعی و وظایف دینی را همدوش و همسنگ مصلحت ما بسنجد و در نظر بگیرد» (طوسی، ۱۹۸۱م، ص ۲۵۱). به‌علاوه سخنان وی در باب‌هایی مانند وجوب عینی جهاد (طوسی، بی‌تا، ص ۵۲)، جزیه (همان، ص ۹۸)، عقد امان (همان، ص ۲۸۹)، غنایم جنگی (همان، صص ۵۰-۵۱) و... بیانگر این مطلب است که ایشان مصلحت را ضابطه و مبنای احکام حکومت می‌داند و قائل به نظریه مصلحت حکومت می‌باشد. از دیگر متفکران شیعی که همانند فقیهان پیش از خود، مصلحت را ملاک و مبنای صدور حکم حاکم می‌داند و نخستین کسی قلمداد می‌شود که طرح نسبتاً جامعی در زمینه مصلحت ارائه نموده و بسیاری از مسائل مربوط به مصلحت را در مرحله اول به عنوان قواعدی کلی در شمار قواعد فقه گنجانده و در مرحله استنباط احکام شرعی در آثار فقهی خود آورده و در مرتبه عمل نیز بر پایه مصلحت، تصمیم‌گیری‌های مهمی داشته است، شمس‌الدین محمد بن مکی عاملی معروف به شهید اول است (مکی عاملی، ۱۴۰۶ق، ص ۸۷). ایشان در ابواب مختلف فقه مانند جزیه (همان، ص ۴۸۳)، مهاندنه (همان، ص ۴۸۸) و... نظر حاکم را ملاک و مبنای تعیین مصلحت عمومی می‌داند.

۲.۳. مصلحت مردم

تئوری مصلحت حیات جمعی یا مصلحت مردم که مصلحت عمومی را منفعت همگانی و مشترک تمام اعضای جامعه می‌داند در میان متفکران شیعی نیز از اقبال ویژه‌ای برخوردار است. بر اساس این دیدگاه، حاکم بایستی منفعت مردم را معیار و ملاک تصمیم‌گیری قرار داده و بر مبنای مصلحت آنها عمل نماید. بر مبنای این دیدگاه، عمل و تصمیم حاکم تابع مصالح مردم و محدود به اقتضائات و الزامات مصلحت عمومی است؛ به عنوان نمونه صاحب جواهر از مصلحت چنین تعبیر می‌نماید: «از اخبار و سخنان فقیهان از ظاهر قرآن به دست می‌آید همه معاملات و غیر این‌ها برای منافع دنیوی و اخروی مردم یعنی آنچه عرفاً مصلحت و سود نامیده می‌شود، تشریع شده است» (نجفی، بی‌تا، ص ۵۸). همچنین امام خمینی (ره) با استفاده از تعبیر متفاوتی از جمله مصلحت کشور، مصلحت نظام، مصلحت اسلام و... لزوم توجه و تلاش برای تأمین مصالح عمومی را گوشزد می‌کند؛ بنابراین مصلحت عمومی در نظریه امام (ره) از جمله مفاهیم محوری به شمار می‌آید (شبان‌نیا و قربانی، ۱۳۹۲، ص ۴۳). ایشان در آثار و فرازهای متعددی از بیانات خود، ضمن تأکید بر مصلحت عمومی به تبیین جایگاه آن و تلاش برای تأمین این مهم پرداخته است. به عنوان مثال، در کتاب البیع عمل و نظر حاکم را تابع مصلحت عمومی دانسته است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۶۲۱). وی در جای دیگر ولایت فقیه

در امر حکومت و سیاست را عیناً مطابق ولایت ائمه قلمداد نموده و حوزه و گستره ولایت مطلقه را محدود و منحصر به مصلحت مردم می‌داند و در این باره می‌گوید: «پس فقیه عادل، تمامی اختیارات مربوط به حکومت و سیاست که برای پیامبر (ص) و ائمه (ع) ثابت است را دارا می‌باشد و در این زمینه، تفاوتی میان فقیه عادل و ائمه معصومین (ع) نیست. چراکه والی - هر شخصی که باشد- مجری احکام شریعت و اقامه‌کننده حدود الهی و گیرنده خراج و مالیات‌های دیگر است و به‌گونه‌ای که مصلحت مردم باشد در آنها تصرف می‌کند... و همان‌گونه که مصلحت اقتضا کند مردم را به اوامری که والی در آنها صلاحیت دارد امر می‌کند و بر مردم نیز واجب است تا اطاعت کنند» (همان، ص ۶۲۲). همچنین از منظر ایشان اگر حکمی مخالف مصالح کشور باشد، ولی فقیه موظف است در راستای تأمین مصلحت عمومی، موقتاً آن را تعطیل نماید. ایشان در این باره می‌گوید: «حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند» (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ص ۵۲).

۴. گستره صدور حکم حکومتی؛ مباحات یا فراتر از مباحات؟

میان متفکران اسلامی درباره قلمرو و محدوده صدور احکام حکومتی اختلاف نظر وجود دارد و در مورد اینکه آیا دایره اختیارات حکومت، حوزه مباحات و منطقه‌الفراغ است یا خارج از آن، نظر واحدی وجود ندارد؛ لذا در این مبحث ذیل دو سرفصل به برخی از دیدگاه‌های متفاوت فقهای شیعه پیرامون قلمرو مجاز صدور احکام حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی اشاره خواهیم کرد.

۱.۴. صدور حکم حکومتی در حوزه مباحات

نظریه منطقه‌الفراغ به دلیل نقش کلیدی آن در صدور حکم حکومتی و فقه سیاسی مورد توجه محققان و متفکران سیاسی است. منطقه‌الفراغ، حوزه‌ای از شریعت اسلامی است که احکام الزامی در آن مقرر نشده و حکم اباحه در آن جاری است، اما به سبب ماهیت متغیر احکام، موضوعات و عناوین توسط ولی امر قابلیت قانون‌گذاری دارد. بدین ترتیب حکم حکومتی به اختیارات حاکم اسلامی و منطقه‌الفراغ ناظر بر بخشی از حوزه‌ای است که حاکم اسلامی براساس مصلحت عمومی به قانون‌گذاری در آن می‌پردازد. (راعی، ۱۳۹۱، ص ۳۴).

در کنار احکام تکلیفی شرعی، احکام دیگری وجود دارد که ولایت و صلاحیت امر و نهی درباره آنها از سوی خداوند به حاکم شرع واگذار شده است. بدین سان او می‌تواند در حدودی که صلاح می‌داند، بر مردم امر و نهی و اعمال ولایت نماید. این مصداق امری است که به قول شهید صدر در منطقه‌الفراغ صورت می‌گیرد؛ بنابراین منطقه‌الفراغ جایی است که در آن هیچ حکم الزامی شرعی وجود ندارد و این اختیار از جانب شارع به حاکم اسلامی تفویض شده تا در برخی مسائل اجتماعی،

براساس نیازهای هر زمان و با در نظر گرفتن اصول و ضوابط، حکم و قانون متناسب با اهداف کلی شریعت وضع کند. (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ص ۳۳) و شامل افعالی می‌باشد که حکم شرعی اولیه آنها کراهت، استحباب یا اباحه است و حاکم شرع می‌تواند براساس اهداف و مصالح اسلام به وجوب یا حرمت یا اباحه به معنی اعم حکم نماید. (صدر، ۱۴۰۸، ص ۶۸۹) در همین راستا، شهید صدر احکام ثابت شریعت که از نظر فقهی کاملاً مسلم هستند تا آنجا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کند را بخش ثابت حقوق اساسی در نظر می‌گیرد و بر این باور است که هر جا شریعت، حکم الزام‌آور و قاطعی مبنی بر حرمت یا وجوب نداشته، قوه مقننه منتخب مردم، می‌تواند هر قانونی را که مصلحت می‌داند به شرط آنکه مغایر با قانون اساسی نباشد، وضع نماید. (صدر، ۱۴۱۰، صص ۶۱-۶۳). شایان ذکر است که بسیاری از علما و متفکران اسلامی، نظیر این دیدگاه را مطرح کرده‌اند. آیت‌الله محمدحسین نائینی درباره حوزه قانون‌گذاری به احکام منصوص و غیرمنصوص اشاره کرده است (نائینی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۰). افزون بر آن تصویب‌کنندگان قانون اساسی مشروطه، امور عرفی را از امور شرعی تفکیک کرده‌اند. شهید مدرس در تأیید قانون اساسی محاکمات، امور اداری را مشمول قوانین وضعی می‌داند (هدایتی، ۱۳۳۲، ص ۱۲).

علامه طباطبایی «احکام جزئی مربوط به حوادث جاری را که بر اثر تغییر زمان، به سرعت متغیر است ... به «مقاصد شریعت» و «راه وصول به مقاصد» اشاره کرده، اولی را ثابت و دومی را متغیر دانسته‌اند (سروش، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴). در این میان آنچه نظریه منطقه‌الفراغ» را از دیگر دیدگاه‌ها متمایز می‌کند، تبیین و تحدید منطقه‌ای معین است که به سبب تطور و تحول و عدم ثبات آن، حاکم و دولت اسلامی می‌تواند در آن براساس اصول، قواعد و اهداف، قوانین متناسب با اوضاع و احوال جامعه وضع نماید (حکمت‌نیا، ۱۳۸۱، ص ۴۵).

این نظریه دارای این ایرادات بنیادین است که آنچه درباره ضوابط قانون‌گذاری در منطقه‌الفراغ بیان شده، آن‌چنان که در سایر کشورها مرسوم است، ارائه شود و ثانیاً بتواند فرد محقق را از انطباق قانون‌گذاری حاکم شرع با اهداف شریعت و دین مطمئن سازد. درواقع نظریه منطقه‌الفراغ مرجع مشروع قانون‌گذاری را در قانون‌گذاری موضوعات متغیر و معرفی روش‌های مشروع برای ولایت بر امت را می‌توان تنها نقطه مثبت این نظریه دانست (حسن‌پور و برزویی، ۱۳۹۴، ص ۵۰).

همچنین منطقه‌الفراغ، محدود به دایره مباحات است. دلیل بسیاری که دست حاکم را در دایره مباحات باز می‌دانند، این است که در این محدوده حکم الزامی شرعی ندارد؛ بنابراین هرگونه حکم مشروط و ممنوع مطلق، مخالف حکم شرعی نخواهد بود (حسینی، ۱۳۸۱، ص ۹۶).

همچنین این نظر شواهد جدی از آیات قرآن کریم و روایات متواتر دارد. مانند «یا ایها الذین آمنوا لاتحرموا طيبات ما احل الله لكم...» (آیه ۸۷ سوره مائده) یا این روایت از امام صادق (ع) «لا حلال محمد حلال ابد الی یوم القیامه و حرامه حرام ابد الی یوم القیامه» به بیانی دیگر فقط

حساسیت به محدوده‌ای که خداوند آن را حلال قرار داده است باید مورد توجه و اهمیت قرار گیرد. (کلینی، ۱۳۶۳، ص ۵۹).

درمجموع بایستی چنین اذعان داشت که به رغم آنکه نظریه منطقه‌الفراغ، صدور حکم حکومتی را محدود به حوزه مباحات نموده و رعایت ارزش‌ها غایات شریعت را برای صدور احکام حکومتی در این حوزه ضروری تلقی می‌نماید، نظریات فراگیرتری از منطقه‌الفراغ ارائه گردیده‌اند که امکان صدور حکم حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی خارج از حوزه اشاره کرد که حوزه عمل و اختیارات ولی امر را حاکم بر جمیع احکام الهی دانسته (خمینی، ۱۳۷۱، ص ۱۷۰). و با طرح مفهوم مصلحت عمومی فقه شیعه را از ساحت قدسی به ساحت عرفی وارد می‌نماید که در ذیل به آن اشاره خواهیم کرد.

۲.۴. صدور حکم حکومتی فراتر از حوزه مباحات

ولایت مطلقه فقیه، بحث جدیدی نیست که تنها از سوی امام خمینی مطرح شده باشد. نخستین گام را در دوره غیبت در جهت اثبات نیابت فقیه از امام زمان (عج) شیخ مفید برداشته است. (مفید، ۱۲۷۴، صص ۸۱۰). و پس از وی، فقهای بزرگوار شیعه، قلمرو گسترده‌ای را برای ولی فقیه قائل شده‌اند. بسیاری از این بزرگان، اصل ولایت فقیه را مسلم دانسته و پس از شرح و بررسی دلیل‌های حدود اختیارهای ولی فقیه، به این باور دست یافتند که فقیه در دوره غیبت نیابت عامه، ولایت عامه و مطلقه دارد. به عنوان نمونه مرحوم محقق کرکی می‌نویسد «فقهای شیعه، اتفاق دارند که فقیه عادل امامی دارای همه شرایط فتوا، که از آن به مجتهد در احکام شرعی تعبیری شود، نایب از امامان معصوم (ع) است در همه اموری که نیابت در آن دخالت دارد...» (محقق کرکی، بی‌تا، ص ۱۴۲). بیش از این در اینجا مجال نیست که آراء فقیهان نامور را در باب نیابت عامه فقیه یادآور شویم. براین اساس، آنچه اکنون ضرورت می‌یابد، شناساندن درست و روشن محدوده صدور حکم حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی است. آیت‌الله خمینی در این ارتباط تأکید می‌کند اگر مصلحت مهم و اساسی در میان باشد می‌توان خارج از حوزه مباحات، حکم حکومتی صادر نمود و موقتاً مانع جریان امور عبادی و غیرعبادی شده (خمینی، ۱۳۷۱، صص ۳۲-۳۳).

از این رو، ولایت مطلقه فقیه حاکم بر تمام امور عمومی سیاسی و اجتماعی است و محدود به هیچ امری حتی احکام فرعی الهیه نمی‌گردد و احکام حکومتی حاکم اسلامی صرفاً مقید به مصلحت عامه و مردم است و حکومت به عنوان حکم اولی بر تمام احکام اولیه و ثانویه تقدم دارد؛ لذا ولایت فقیه نه تنها بر حوزه فتوا و مرجعیت فقهی، اجرای حدود و تعزیرات شرعی، نظارت بر حکومت و سایر امور عمومی منحصر و محدود نمی‌گردد و بر جمیع اموری که امام معصوم (ع) ولایت دارد فقیه نیز ولایت خواهد داشت، بلکه ولایت فقیه مقید به جامع شرایط احکام فرعی الهی نیز

نبوده و تنها قید احکام حکومتی حاکم اسلامی، «مصلحت عمومی مردم» است (خسروپناه، ۱۳۷۸، ص ۲۰۵). ایشان در این راستا تأکید می‌کند اگر امام معصوم می‌تواند همسر کسی را طلاق دهد یا مالش را بگیرد و یا بفروشد، اگر مصلحتی در کار نباشد، این امر در حیطه وظایف حاکم شرع نخواهد بود؛ چراکه تصرفات او تنها در قلمرو مصلحت مردم اعتبار دارد (خمینی، ۱۳۶۸، ص ۶۶). افزون‌برآن، بررسی حقوقی نظریه ولایت مطلقه فقیه در اندیشه امام خمینی، بیانگر آن است که دولت اسلامی علی‌الاطلاق حق دخالت و تصرف در همه موضوعات و امور حکومتی را داراست و این نهاد دارای کارکردی موضوعی بوده و فاقد جنبه شخصی است (هاشمی، ۱۳۸۲، ص ۶۶).

هم‌چنین ایشان در بحث ولایت مطلقه فقیه درحالی‌که از یک سو قابلیت و شانیت صدور حکم حکومتی را جوهره ولایت مطلقه تلقی نموده، بر این باور است که حکومت اسلامی در همه شئون خود از قانون الهی سرچشمه می‌گیرد و هیچ‌یک از کارگزاران حکومتی در اسلام، نمی‌توانند استبداد رأی داشت باشند و همه چیز در حکومت اسلامی حتی پیروی از کارگزاران حکومتی، باید برابر با قانون‌های الهی باشد. نظر و دیدگاه حاکم اسلامی در موضوعات مختلف همانند عمل او تابع مصالح اسلام و مسلمین است. چنین اختیاری نه تنها استبداد به رأی نیست بلکه عمل براساس مصالح جمعی است (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، صص ۲۰-۲۱).

بر همین اساس می‌توان چنین برداشت نمود که مقدم بودن حکم حکومتی بر حکم شرعی اولی، به معنای تعطیل کلی و یا نسخ آن نیست، بلکه دستور بر تعطیلی موقت اجرای آن به سبب تراحم با یک حکم شرعی اهم است. این صلاحیت را شرع و عقل به حاکم اسلامی داده و این کار، به معنای قربانی کردن شریعت به پای مصلحت نیست، بلکه نگاه‌داشت خیر و صلاح مردم است که در خود شریعت پیش‌بینی شده است. (رضوانی، ۱۳۹۲، ص ۱۵). به این ترتیب می‌توان چنین نتیجه گرفت که نظریه فقه‌المصلحه امام خمینی به‌مثابه نظریه‌ای فقهی درست از درون دستگاه فقاقت این ظرفیت را به فقه سیاسی شیعه ارزانی می‌دارد که اقتضائات زمانی و مقتضیات مکانی را تاب آورده و حضور پویا و فعال خود در ساحت حیات جمعی را تداوم بخشد.

نتیجه

از مجموع مباحث مطروحه و مطالعات صورت‌گرفته در پژوهش حاضر می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری نمود: حکم حکومتی، شامل هر نوع حکمی است که از جانب مقام صالح در مواقع ضرورت با تشخیص مصالح و مفاسد جامعه در راستای اجرای قوانین شرعی و اداره امور کشور صادر می‌شود. پرواضح است که حکم حکومتی می‌بایست از ناحیه حاکم اسلامی و مقام صالح با تشخیص مصالح و مفاسد از جانب وی در محدوده قلمرو جامعه اسلامی صادر گردد. به‌هرروی، آنچه از بررسی دیدگاه‌های فقهی شیعی در باب چیستی و ماهیت حکم حکومتی روشن می‌شود، آن است که مبنا، ملاک و معیار

صدور حکم حکومتی، مصلحت عمومی است.

با این همه پرسش مهمی که به رغم تعیین مبنای موجهه‌ساز حکم حکومتی همچنان به قوت خود باقی است، آن است که گستره صدور حکم حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی تا کجاست؟ در پاسخ بایستی اذعان داشت در خصوص قلمرو و محدوده صدور حکم حکومتی بر مبنای مصلحت عمومی اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای شیعه همچون شهید صدر و... مصلحت را دارای محتوای دینی خالص به شمار آورده و امکان تعیین مصالحی ناسازگار با احکام شریعت را منتفی دانسته‌اند و بر این مبنا نتیجه گرفته‌اند که محدوده صدور احکام حکومتی و مصلحت‌اندیشی حوزه مباحات بوده و حاکم شرع نمی‌تواند فراتر از حوزه مباحات به صدور احکام حکومتی برپایه مصلحت اقدام نماید. نتیجه عملی چنین رویکردی خالی نمودن مصلحت از معنای واقعی خود و مواجه ساختن آن با محدودیت‌های جدی است. به دیگر سخن، مطابقت با احکام و مقاصد شرع بر طبق اولویت‌بندی صورت گرفته میان آنها و آخرت‌گرایی در مصلحت‌سنجی موجب تغییر ماهیت مصلحت عمومی به‌طور کلی می‌گردد. این در حالی است که براساس مطالعات صورت گرفته در نوشتار حاضر، حکم حکومتی به عنوان یک نهاد مستقل بر مبنای مصلحت عمومی صادر گردیده و از آنجاکه مصلحت عمومی منفعت مشترک یکایک اعضای جامعه است، هویتی جمعی و لاجرم فراقلاقی داشته لذا گستره صدور حکم حکومتی نمی‌تواند محدود به حوزه مباحات گردد.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. بارت، اریک، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ج ۲، ترجمه عباس کدخدایی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
۲. سروش، عبدالکریم، اخلاق خدایان، تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
۳. امید زنجانی، عباسعلی، مصاحبه درباره احکام و منابع فقهی و تحولات زمانی و مکانی، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی، ج ۱۴، ۱۳۷۴، صص ۲۱۹-۲۴۵.
۴. کلانتری، علی‌اکبر، حکم ثانوی در تشریع اسلامی، قم: بوستان کتاب قم، ۱۳۸۸.
۵. مطهری، مرتضی، ختم نبوت، ج ۱، مشهد: انتشارات وحی، ۱۳۳۴.
۶. موسوی خمینی، سید روح الله، شئون و اختیارات ولی فقیه، تهران: سازمان انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
۷. صحیفه امام، ج ۲۰، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۷.
۸. صحیفه نور، ج ۲۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۱.
۹. ولایت فقیه، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۱۰. نایینی، محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، با توضیحات سید محمود طالقانی، تهران: شرکت‌های انتشار، ۱۳۷۸.
۱۱. نعمت الهی، اسماعیل، گستره حکم حکومتی، قیسات، ش ۱۶-۱۵، ۱۳۷۹، صص ۱۲۷-۱۴۴.
۱۲. نورمفیدی، سید مجتبی، حکم (حقیقت، اقسام، قلمرو)، ج ۲، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۹۴.
۱۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
۱۴. هدایتی، محمدعلی، آیین داور کیفری، تهران: چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۳۲.

ب. مقاله‌ها

۱۵. جعفری، محمدتقی، جایگاه تعقل و تعبد در معارف اسلامی، مجله حوزه، سال نهم، شماره اول، صص ۶۸-۹۵.
۱۶. جمعی از مؤلفان، [بی‌تا]، پرسش‌ها و پاسخ‌ها، مجله فقه اهل بیت، ج ۳، صص ۲۵-۴۰.
۱۷. حسن پور، محمدحسن و برزوئی، محمدرضا، واکاوی مزایا و محدودیت کاربرد نظریه منطقه الفراغ در سیاست‌گذاری فرهنگی، مجله دین و سیاست فرهنگی، شماره ۴، صص ۴۷-۷۰.
۱۸. حسینی، علی، بازشناسی، تحلیل و نقد نظریه منطقه الفراغ، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۷ و ۶، سال ۱۳۹۴، صص ۹۰-۹۷.
۱۹. حکمت‌نیا، محمود، تبیین نظریه منطقه الفراغ، مجله اقتصادی اسلامی، شماره ۸، سال ۱۳۸۱.

- صص ۱۰۷-۱۲۰.
۲۰. خسروپناه، عبدالحسین، جایگاه مصلحت در حکم ولایی، مجموعه آثار کنگره امام خمینی، ۱۳۷۸، صص ۲۰-۲۵.
۲۱. راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهنراز، مفهوم مصلحت عمومی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۳۶، ۱۳۹۰، صص ۹۳-۱۱۹.
۲۲. رضوانی، علی، شاخص‌های تقدیم هم بر هم در تراحم‌های اخلاقی، معرفت اخلاقی، سال چهارم، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص ۲۰-۴۰.
۲۳. شبان‌نیا، قاسم و قربانی، محمد، کارآمدی نظریه ولایت فقیه در تأمین مصلحت عمومی، حکومت اسلامی، سال هجدهم، شماره اول، ۱۳۹۲، صص ۲۳-۴۴.
۲۴. عارفی شیرداغی، محمود اسحاق، حقیقت و گستره حکم حکومتی، آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، ۱۳۹۰، صص ۱۶۳-۱۸۹.
۲۵. گرجی، ابوالقاسم، مجموعه مقالات حقوقی، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، صص ۲۸۲-۳۰۰.
۲۶. نمازی‌فر، حسین، احکام حکومتی از دیدگاه امام خمینی، مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۶۸، ۱۳۷۹، صص ۴۵-۶۴.

منابع عربی

ج. کتاب‌ها

۲۷. حائری اصفهانی، محمدحسن، الفصول الفرویه فی الاصول الفقهیه، ج ۱، قم: در احیاء العلوم الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۸. حلی محقق، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم: موسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۰ ق.
۲۹. حلی، یحیی بن سعید، الجامع الشرایع، ج ۱، قم: موسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۳۰. خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، قم: المطبعه العلمیه، [بی‌تا].
۳۱. سیوری، مقداد بن عبدالله، نضد القواعد الفقیه، ج ۱، قم: نشر المهدی، ۱۳۷۷.
۳۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، ج ۲، بیروت: المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۸ ق.
۳۳. الاسلام یقود الحیاه، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. طباطبائی، سید محمدحسین، تفسیر المیزان، ج ۴، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۷.
۳۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳، تهران: المکتب المرتضویه

- الاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ق.
۳۶. _____، شرایع الاسلام، [بی جا]، [بی تا].
۳۷. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه (العصب، احیای موات، المشتربات، للفظه)، ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۹ق.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب، فروع کافی، تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری، ج ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۳.
۳۹. محقق کرکی، علی بن حسین، الرسائل، ج ۱، قم: کتابخانه آیتاله مرعشی، [بی تا].
۴۰. مفید، محمد بن محمد، المقنعه، ج ۳، قم: مکتبه الداوری، ۱۳۳۴.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، قم: مدرسه الامام علی ابن طالب، ۱۴۲۴ق.
۴۲. مکی عاملی، محمد بن محمد، القواعد الفوائد، ج ۱، قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].
۴۳. _____، اللمعه دمشقیه، قم: دارالناصره، ج ۱، ۱۴۰۴ق، چاپ اول.
۴۴. الاجتهاد و التقليد، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۶ق.
۴۵. بدایع الدرر فی قاعده نفی ضرر، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، [بی تا].
۴۶. تهذیب الاصول، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ق.
۴۷. موسوی خمینی، سید روح الله، مکاسب المحرمه، ج ۲، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
۴۸. موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۲، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ق.
۴۹. نجفی، محمدحسین، جواهرالکلام، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، (بی تا).

د. قانون‌ها

۵۰. قانون اساسی آمریکا
۵۱. قانون اساسی هند
۵۲. قانون اساسی یوگسلاوی

منابع لاتین

53. barry , b. «the use and abuse of the public interest» , in the public interest, by c.j. friedrich, new York: at henton press, 1967: 190-270.
54. barry, b. «the public interest », political philosophy , (ed). A. quinton, London, 1997.

نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات (با تأکید بر رویکرد دیوان عدالت اداری)

علی بیاتی*

چکیده

سامان‌دهی رابطه میان نظم عمومی و آزادی اجتماعات از چالش‌برانگیزترین گفتمان‌های حقوق اداری است. چه آنکه پاسداشت بدون ضابطه نظم عمومی از سوی دولت، امکان سوءاستفاده و اعمال بی‌قیدوشرط آزادی اجتماعات و راهپیمایی‌ها از سوی شهروندان احتمال هرج‌ومرج را به دنبال دارد؛ لذا در این نوشتار کوشش شده است ضمن بیان نظام حقوقی حاکم بر موضوع، رویکرد دیوان عدالت اداری ایران مورد بررسی قرار گیرد. اینکه دولت و مقامات عمومی (پلیس اداری) چگونه می‌توانند ضمن پاسداشت نظم عمومی از مبدل‌شدن یک تجمع مسالمت‌آمیز و فاقد وصف مجرمانه به یک تظاهرات خشونت‌آمیز، شورش و حتی قیام علیه حکومت جلوگیری نمایند، مسئله اصلی مقاله است.

نتایج پژوهش بیانگر آن است که دیوان عدالت اداری در سامان‌دهی رابطه میان نظم عمومی و آزادی اجتماعات نه‌تنها رویکرد روشن و مشخصی ندارد، بلکه دچار رویه‌ای پارادوکسیکال و متناقض‌نما گشته است. برای نمونه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، اقدام دولت در تعیین مکان‌هایی مشخص برای برگزاری تجمع را تحدیدکننده آزادی تجمع تلقی، اما برعکس، لزوم اخذ مجوز برای راهپیمایی را به‌رغم اینکه در اصل ۲۷ قانون اساسی از جمله محدودیت‌های وارده بر آزادی تجمع ذکر نشده است، تحدیدکننده آزادی اجتماعات نمی‌داند.

کلیدواژه‌ها:

آزادی اجتماعات، پلیس اداری، دیوان عدالت اداری، مقامات عمومی، نظم عمومی.

مقدمه

دغدغه برقراری «نظم عمومی»^۱ از آغاز زندگی اجتماعی بشر وجود داشته و هدف اصلی تشکیل دولت نیز به شمار می‌رود، اما دغدغه دیگری که بعدها دارای اهمیت شد، شناسایی و تضمین «آزادی‌های شهروندان» در اجتماع بود. مرور سوابق تاریخی حکایت از آن دارد که در رابطه میان نظم عمومی و آزادی‌های شهروندان، هیچ‌گاه جانب اعتدال نگاه داشته نشده است؛ بدین معنا که گاه با دست‌آویز قرار دادن نظم عمومی، آزادی‌های شهروندان سرکوب و گاه با سوءاستفاده از آزادی‌ها، نظم عمومی دچار خدشه شده است. این در حالی است که سپردن وظیفه برقراری نظم عمومی به دولت به معنای نفی مسئولیت وی و تجویز بهره‌مندی شهروندان از آزادی‌ها با طغیان علیه نظم عمومی یکسان نیست؛ بلکه می‌بایست میان اقتضائات مربوط به نظم عمومی و آزادی‌های شهروندان تعادلی صحیح ایجاد نمود.

به تجربه ثابت شده است مطالبات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی گروه‌های زیادی از شهروندان از مجرای تجمعات، نافرمانی مدنی و مقاومت در برابر دولت به ثمر می‌نشیند. از سوی دیگر، دولت‌ها به منظور حفظ نظم عمومی ناگزیرند در مواجهه با چنین رخدادهایی، اقداماتی انجام دهند که ممکن است خشونت‌بار یا ناقض حقوق و آزادی‌های شهروندان تلقی شود. حال این پرسش مطرح می‌شود که در تزامن میان نظم عمومی و آزادی اجتماعات و گردهمایی‌ها کدام یک دارای تقدم رتبی است؟ در پاسخ می‌توان به سه نکته اشاره نمود؛ اول اینکه نظم عمومی به مثابه قاعده‌ای بنیادین، تأمین‌کننده مصلحت دولت و شهروندان (به صورت توأمان) است، اما آزادی‌های پیش‌بینی‌شده در قوانین تأمین‌کننده محض مصلحت شهروندان است و دوم اینکه استفاده از امتیازات قدرت عمومی از سوی دولت و مقامات عمومی مستلزم توجه به اصول و قواعد حقوقی است.^۲ با این نگرش حتی در نظام‌های مردم‌سالار دنیا نیز گاه دولت‌ها با توجیه ضرورت‌های نظم عمومی اقدام به تحدید و تعلیق آزادی‌های شهروندان به‌ویژه اجتماعات می‌نمایند (colline, 1992, 32). برای نمونه، پس از حادثه ۱۱ سپتامبر بسیاری از کشورها از جمله آمریکا و چین به بهانه برقراری نظم عمومی و مبارزه با تروریسم، اختیارات دولت (به‌ویژه نهاد پلیس) را با تصویب قوانینی افزایش دادند. (ROUGET, 2000, 72).

1. Public policy & Public order.

۲. این اصول و قواعد در سنت فلسفی و حقوقی غربی، تحت عنوان «اصول مشروعیت بخش اجبار» یاد می‌شود که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: حاکمیت قانون، اصل تناسب، اصل برابری، اصل ضرورت و اصل نظارت قضایی. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: بیانی، علی، رساله دکتری با عنوان «رابطه بین نظم عمومی و آزادی‌های عمومی در فعالیت‌های نهاد پلیس» دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، ص ۸۷-۹۴.

در این نوشتار سعی شده است با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای (اسنادی) نظیر کتب حقوقی، نشریه‌های علمی، رساله‌ها، پایان‌نامه‌ها، قوانین و مقررات و رویه‌ها ضمن بیان نظام حقوقی حاکم بر موضوع، رویکرد دادرس اداری ایران مورد بررسی قرار گیرد؛ لذا، نوشتار حاضر با انگیزه سامان‌دهی رابطه میان نظم عمومی و آزادی اجتماعات و تبیین پیوندها و گسست‌های پیدا و پنهان آن در فعالیت‌های مقامات عمومی (پلیس اداری) نگارش یافته و نگارنده کوشیده است، به منظور دستیابی به نظم عمومی پایدار و تضمین حداکثری آزادی اجتماعات، رویه دادرس اداری ایران مورد را واکاوی قرار دهد تا از رهگذر آن به‌مثابه رهیافتی مناسب برای قانونگذار در تصویب قوانین مناسب و پاسداشت مطلوب نظم عمومی از سوی مقامات عمومی بهره‌برداری لازم انجام پذیرد.

۱. نظم عمومی

«نظم عمومی» از نظر لغوی از ترکیب دو واژه «نظم» و «عمومی» تشکیل شده است. واژه نظم به معنای «آراستگی»، «انضباط»، «ترتیب»، «تنظیم»، «سازمان‌دهی»، «سامان»، «قانون» و «قاعده» به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۶۳، ۳۵۲). پسوند عمومی نیز نقطه مقابل خصوصی و در معنای فراگیری (غیراختصاصی بودن) مورد استفاده قرار می‌گیرد (احمدی و استانی، ۱۳۴۰، ۱۴۵). اما از نظر اصطلاحی در سامانه حقوقی کامن‌لا به مفهوم «وضعیت مسالمت‌آمیز و هم‌زیستی اعضا جامعه در غیاب هر نوع عوامل اختلال، تعرض، مزاحمت که مانع زندگی آرام باشد» (waker, 1980, 1015) و در سامانه حقوقی رومی - ژرمنی به معنای «نظمی که در جامعه بر اثر اجرای قوانین آمره ایجاد شده و هدف آن تأمین و حفظ افراد، به‌ویژه از حیث خانوادگی، سازمان سیاسی، اقتصادی و اجتماعی» آمده است (کاتبی، ۱۳۸۰، ۲۵۳). این مفهوم در ترمینولوژی حقوقی فارسی به «مجموعه قواعد مربوط به اداره کشور، سازمان‌های حقوقی و حفظ امنیت و اخلاق حسنه که تجاوز از آنها ممکن نیست» تعبیر شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ۷۱۷).

افزون بر این، نظم عمومی از حیث تاریخی از دست آورد های نظام حقوقی رومی - ژرمنی است که در یک قالب حداکثرگرا مفاهیم گوناگونی نظیر «منافع عمومی»، «مصالح عمومی»، «قواعد آمره» و حتی قواعد مربوط به «عفت عمومی» را در بر می‌گرفت، تاحدی که این فراخانگی قلمرو، موجب تداخل معنایی نظم عمومی با مفاهیم فوق می‌گردید. اما مفهوم معاصر و مستقل نظم عمومی حاصل تلاش‌های قانونگذار فرانسه در جریان تدوین قوانین مربوط به انقلاب فرانسه است و از آنجا در ساختار سایر نظام‌های حقوقی (از جمله ایران) سایه افکنده است (king, 2013, 89). از آغاز پیدایش مفهوم نظم عمومی و به‌رغم استناد مکرر دولتمردان بدان، برداشت‌های متفاوت و مبهمی از آن ارائه شده است (Rothstein, 2008, 165-190). برای نمونه نظم عمومی در اندیشه

فلاسفه و اندیشمندان ملل باستان به‌ویژه یونانی‌ها در معنای «نظم فضیلت‌گرا» متجلی شده و در اندیشه متفکران قرون وسطی از جمله «سنت آگوستین»^۱ و «سن توماداکن»^۲ قالبی الهی می‌یابد و هم‌زمان با نهضت دین‌پیرایی (رنسانس) در اندیشه اندیشمندانی نظیر توماس هابز و ماکیاول در معنای «نظم پلیسی» نمایان می‌گردد (فاستر، ۱۳۸۳، ۲۲۱). بدین ترتیب، نظم عمومی به تدریج حدود و ثغور روشن‌تری یافت تا جایی که برخی کشورها امروزه اقدام به تصویب قوانین خاص راجع به نظم عمومی نموده‌اند. افزون بر مراتب فوق، تعریف و تشخیص مؤلفه‌های نظم عمومی، جنبه بومی، محلی و دینی می‌یابد. به این اعتبار شاید سخن گفتن از نظم عمومی دینی (مانند ایران و دیگر جوامع مذهبی) یا نظم عمومی لائیک (در مورد فرانسه) بی‌راه نباشد (گرچی ازندیانی، ۱۳۸۸، ۳). برقراری نظم عمومی به عنوان بنیادین‌ترین هدف هر دولت موجد صلح درونی هر جامعه است (Celik Turk, 2016, 10-12). از این‌رو اخلال در آن می‌تواند نظم را که لازمه حسن جریان اداری، سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و حتی اخلاقی است را مختل کند (mike, 2004, 33 - 34). بر این اساس است که حکومت‌ها در پرتو قانون و با ابزار پلیس و دادگستری در نقش یک «تنظیم‌گر مقتدر اجتماعی» متجلی می‌گردند.

۱.۱. مؤلفه‌های نظم عمومی

نظم عمومی به‌مثابه قاعده‌ای بنیادین و برتر دارای عناصر چهارگانه‌ای تحت عنوان «امنیت عمومی»، «آسایش عمومی»، «سلامت عمومی» و «اخلاق عمومی» است.

۱.۱.۱. امنیت عمومی

«امنیت عمومی»^۳ به‌مثابه مهم‌ترین عنصر نظم عمومی، همواره دست‌آویزی پرکاربرد برای مشروعیت ورود دولت در منطقه آزاد رفتاری شهروندان و ایجاد محدودیت برای آزادی‌های آنان به شمار می‌رود (kaufman, 2009, ۶۱-۶۴). پیش از تبیین مفهوم امنیت عمومی، تشریح مفهوم «امنیت» ضرورت دارد.

«امنیت»^۴ از مهمترین نیازهای بشر به شمار می‌رود که همه ابعاد زندگی فردی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، بین‌المللی انسان را دربر می‌گیرد (اسلامی، ۱۳۸۸، ۳۵-۵۷). این مفهوم در لغت به معنای «آزادی، آرامش و فقدان ترس» (معین، ۱۳۶۳، ۳۵۲) و نیز «محافظت در مقابل خطر،

1. Saint Augustinus.

2. Tommaso d'Aquino.

3. Public security.

4 . Security.

احساس ایمنی و رهایی از تردید» (بوزان، ۱۳۸۷، ۵۲) آمده است؛ اما در اصطلاح «اطمینان‌خاطری است که افراد نسبت به جان، مال، حیثیت، مسکن و حقوق خود دارند و دیگران نیز حق تجاوز و تعدی بدان را ندارند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ۱۵۴) امنیت در دو معنای عام (عمومی) و خاص (خصوصی) امکان بروز و ظهور می‌یابد. امنیت عمومی حالت عاری از خطر و تهدید برای عموم شهروندان و حکومت است که به منظور صیانت از حقوق و منافع شهروندان، تمامیت سرزمینی و پیشگیری از جرائم و حوادث (اعم از توطئه علیه حکومت تا جرائم و حوادث طبیعی و غیرطبیعی) اتخاذ می‌گیرد؛ بنابراین نه تنها اقدام یا اقداماتی که آسیب آن مستقیماً متوجه عموم شهروندان باشد، جرم علیه امنیت عمومی تلقی می‌شود، بلکه هر اقدامی که با این هدف، علیه موجودیت حکومت واقع شود (اگرچه زیان دیده مستقیم آن حکومت نباشد) نیز جرم علیه امنیت عمومی محسوب می‌گردد. امنیت عمومی همچنین بدین معنا است که شهروندان هراسی از تهدیدهای آشکار و پنهان درون مرزی نداشته باشند (Bailey & Dammert, 2005, 23-63). ماهیت تهدیدهای فوق می‌تواند سیاسی (تجزیه‌طلبی و شورش)، نظامی (کودتا)، اقتصادی (بحران‌های مالی) و یا اجتماعی (آشوب‌های شهری) باشد

۲.۱.۱. آسایش عمومی

«آسایش عمومی»^۱ را می‌توان به معنای فقدان هرگونه آزار و ناراحتی در جامعه که خارج از حدود متعارف و عادی زندگی در جامعه باشد در نظر گرفت (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ۲۵۴). پیش از تبیین مفهوم آسایش عمومی، تشریح مفهوم آسایش ضرورتی انکارناپذیر است. «آسایش»^۲ در لغت به معنای آسودگی، آسودن، فراغت، صلح و آشتی و به معنای هرآنچه که راحتی را برای انسان فراهم سازد آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳، ۲۵۳). اگرچه واژه «آسایش» و «آرامش» معمولاً در کنار یکدیگر به کار می‌روند، اما باید در نظر داشت آرامش، مفهومی درونی و غیرمادی (در معنای رفاه نسبی) است که در سیطره کیفیت قرار دارد، درحالی که آسایش مفهومی مادی و فیزیکی (در معنای ابزارگرایی حداکثری) است که در سیطره کمیت قرار دارد (احمدوند، ۱۳۸۲، ۲۰۲). در متون حقوقی و به‌ویژه در قوانین و مقررات نیز همواره تأمین آسایش، بعد از تأمین امنیت مورد توجه قرار گرفته و شهروندان نیز در هر موقعیتی پس از امنیت به دنبال آسایش هستند (زاهدی‌مازندرانی، ۱۳۷۹، ۹۲۵). بر این اساس، می‌توان چنین دریافت که یک ملازمه عرفی و قابل قبول میان امنیت و آسایش برقرار است؛ پس از استقرار امنیت در جامعه، امکان تأمین آسایش (اعم از فردی و عمومی) میسر خواهد بود؛ لذا آسایش در کنار امنیت

1. Public comfort.

2. Comfort.

به عنوان به عنوان دومین مؤلفه اساسی نظم عمومی و از جمله عوامل مؤثر بر حضور شهروندان (ان) در جامعه، به‌ویژه فضاها و اماکن عمومی مطرح است. به این ترتیب، منظور از آسایش در اصطلاح این خواهد بود که شهروندان با وجود استقرار امنیت قادر باشند، حس آسایش را پروراند و به هر نوع فعالیت و تعامل مشروع اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی که بدان مایل هستند ترغیب و تشویق شوند (Francis, 2012, 215-223).

یکی از دغدغه‌ها و تکالیف مهم دولت، تدارک شرایطی است که در آن شهروندان بتوانند با آسایش خاطر زندگی کنند (cooper & moore, 2004, 1109-1118). در این راستا قانونگذار ضمن تصویب ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی^۱، وظایفی را برعهده برخی نهادهای حاکمیتی به‌ویژه نهاد پلیس قرار داده است. افزون‌براین، ماده ۳ و بند یک ماده ۴ قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۹/۴/۲۷ یکی از اهداف تشکیل نیروی انتظامی را تأمین آسایش فردی و عمومی قلمداد نموده است. پس، پلیس باید از اعمالی که ماهیتاً آسایش عمومی را برهم می‌زند مانند دعوها و نزاع‌ها، مزاحمت‌ها و سروصداها، زیاد در محیط همسایگی (به‌ویژه در شب‌هنگام)، محیط کار، خیابان و معابر عمومی (مانند دوره‌گردی همراه با تولید آلودگی صوتی) جلوگیری نماید. همچنین آسایش مطلوب مکان‌هایی که محل گردهمایی‌های عمومی است و شمار زیادی از افراد تجمع می‌نمایند (همانند بازارها، جشن‌های عمومی، نمایشگاه‌ها، اماکن تفریحی، تفرجگاه‌ها، کافه‌ها، کلیساها) را تأمین کند.

۳.۱.۱. سلامت عمومی

«سلامت عمومی»^۲ به معنای استقرار تندرستی فراگیر و بهبود کیفیت زندگی در سه بعد جسمی، روحی و اجتماعی انسان است (Gostin, 2001, 121-130). از آنجا که تشریح مفهوم سلامت عمومی، مستلزم تبیین مفهوم «سلامت»^۳ است بدان می‌پردازیم. «سلامت» در لغت به معنای «صحت، بهداشت، بهبود، تندرستی، شفا، عافیت، سالم، بی‌گزند، مصون، رستگاری، آرامش، صلح، رهایی یافتن و نجات یافتن» آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳، ۴۱۲). اما در اصطلاح، جامع‌ترین تعریف از سلامت را می‌توان در تعریفی که «سازمان بهداشت جهانی»^۴ ارائه داده است، یافت. از نظر این نهاد بین‌المللی

۱. ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی در این خصوص مقرر داشته: «هرکس با هیاو و جنجال یا حرکات غیرمتعارف یا تعرض به افراد موجب اخلال نظم و آسایش و آرامش عمومی گردد یا مردم را از کسب و کار بازدارد، به حبس از سه ماه تا یک سال و تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

2. Public health

3. Health

4. World Health Organization: (WHO)

سلامتی عبارت است از: «صحت کامل رفاه جسمی، روحی، اجتماعی و نه فقط عدم بیماری یا ناتوانی» (Gostin, 2001, 112)؛ اما سلامت عمومی به عنوان سومین عنصر نظم عمومی عبارت است از: «کوشش مشارکتی حاکمیت و شهروندان به منظور کنترل عوامل سالب سلامتی مانند آلودگی‌های زیست‌محیطی، بیماری‌ها، تولید محصولات تراریخته (با دستکاری ژنتیک) و بحران‌هایی که سلامت عمومی جامعه را در معرض خطر و نابودی قرار می‌دهند (اسلامی‌تبار، ۱۳۹۵، ۳۶۷). هدف نهایی سلامت عمومی درواقع تضمین سلامت فرد و جامعه و ارتقاء کیفیت زندگی آنهاست.^۱ در این راستا مفاد ماده ۶۸۸ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته شود، از قبیل... ممنوع می‌باشد و مرتکبین چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجازات شدیدتری نباشند به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد.» حکایت از لزوم پاسداشت سلامت عمومی از سوی قانونگذار دارد. مصادیق سالب سلامت عمومی فراوان است. برای نمونه نقشی که دولت در زمینه اجرای مقررات قرنطینه و طرح فاصله‌گذاری اجتماعی (هنگام شیوع بیماری کرونا) برعهده داشت را می‌توان بارزترین اقدام در پاسداشت سلامت عمومی در نظر گرفت.

۴.۱.۱. اخلاق عمومی

«اخلاق عمومی»^۲ به عنوان یکی از مؤلفه‌های غیرمادی نظم عمومی، مجموعه اصول و ارزش‌های اخلاقی را شامل می‌شود که مورد پذیرش اکثریت افراد یک جامعه بوده و ارتباط تنگاتنگی با اعتقادات و ایدئولوژی حاکم در یک نظام اجتماعی دارد. تشریح اخلاق عمومی همانند دیگر عناصر نظم عمومی مستلزم شناخت مفهوم «اخلاق»^۳ است. اخلاق در لغت به معنای «سرشت، سبیه و طبیعت» آمده است (عمید، ۱۳۷۷، ۶۳۴). در اصطلاح نیز عبارت است از: «مجموعه صفات ثابت و ریشه‌دار انسان است که رعایت آنها لازمه نیکوکاری و رسیدن به کمال است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۵۴۶). اخلاق عمومی یا اخلاق حسنه در مفهوم جامعه شناختی عبارت است از: «سلسله عقاید، هنجارها و ارزش‌های مشترک جمعی که اکثریت افراد جامعه آن را محترم شمرده و کم‌وبیش به اجرای آن پایبندند یا به‌نحوی تخلف و عدم رعایت آنها، وجدان اکثریت را آزرده ساخته و خواستار عکس‌العمل مناسب با آن باشند (Hart, 1388, 50-52). از این‌رو هرگونه تعرض و تهدید آن واکنش شهروندان و دولت را در پی دارد (خورسند، ۱۳۸۴، ۱۷۹). بر این اساس رفتارهای برهم‌زننده اخلاق عمومی،

۱. در اغلب متون داخلی به اشتباه به جای «سلامت عمومی» از اصطلاح «بهداشت عمومی» استفاده شده است. درحالی‌که بهداشت عمومی تنها بخش کوچکی از قلمرو گسترده سلامت عمومی است.

2. Public morality

3. Morale

رفتارهای را دربر می‌گیرد که ارزش‌های اخلاقی نهاده شده جامعه را به مخاطره می‌افکند. اگرچه اخلاق عمومی و «عفت عمومی» گاه در یک معنا در نظر گرفته می‌شود، اما باید توجه داشت، عفت عمومی دارای قلمرو محدودتری نسبت به اخلاق عمومی است و غالباً شامل موضوعات مربوط به مسائل جنسی و هتک ناموس می‌شود که وجدان عمومی را جریحه‌دار می‌کند، درحالی‌که اخلاق عمومی قلمروی بسیار وسیع‌تری دارد و موضوعاتی مانند اجرای تعهدات، عدالت، انصاف، پاکدامنی و... را نیز در برمی‌گیرد. مصادیق اعمال برهم‌زننده اخلاق عمومی بسیار است اما با توجه به اینکه بر اساس اصل قانونی بودم جرائم و مجازات‌ها، هر عملی تازمانی که از نظر قانونگذار جرم‌انگاری نگردیده فاقد وصف جزائی است، می‌توان به فصل هجدهم کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) از مواد ۶۳۷ تا ۶۴۱ اشاره نمود که به ترتیب جرائمی مانند «ارتکاب اعمال منافعی عفت»، «جریحه‌دار نمودن عفت عمومی»، «دائر کردن مرکز فساد و فحشا»، «تجارت، توزیع نمایش آناری که عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند» را به عنوان عمده‌ترین جرائم برهم‌زننده اخلاق عمومی مورد تأکید قرار می‌دهد.

۲.۱. نظم عمومی در حقوق اداری

نظم عمومی، مفهومی کلی است که در ادبیات حقوق عمومی (به‌ویژه حقوق اداری) با مفهوم پلیس در هم آمیخته و کارکرد آن در گذر زمان و به فراخور تحولات تاریخی، اجتماعی و سیاسی توسعه یافته است؛ لذا ابتدا به تبیین مفهوم پلیس و سپس انواع آن می‌پردازیم.

۱.۲.۱. نهاد پلیس

واژه «پلیس»^۱ برگرفته از ریشه یونانی «پولیتیا»^۲ می‌باشد که در قرن چهاردهم به «پلیسی»^۳ و در قرن پانزدهم میلادی به «پلیس» تغییر یافته است (Webster, 2009, 611). این واژه همچنین هم‌ریشه با واژه «پلیتیه»^۴ به معنای سیاست، شکلی از حکومت، مدنیت، شهرنشینی و نظارت می‌باشد. مفهوم پلیس از نظر لغوی به معنای «نظم بخشیدن»، «انتظامات» و «محدودیت» و از نظر اصطلاحی به معنای «سازمان و نظام کشوری» و «کشور انتظام‌یافته» نمایان می‌گردد. (Robert & Collins, 2007, 246) نظریه‌پردازان نیز تعاریف گوناگونی از نهاد پلیس ارائه نموده‌اند. برای نمونه، پلیس از نظر پروفیسور فارلیک «سازمانی است دولتی که مأموریتش حمایت از قانون، پیشگیری از تخطی، تأمین نظم عمومی و حفظ جان و اموال اشخاص می‌باشد». استاد آکادمی پلیس فرانسه هانری پوئیسون^۵ در

1. Police.
2. Politia.
3. Policey.
4. Politiyue.
5. Hanri poeison.

کتاب «تاریخ پلیس» بر این نظر است که: «پلیس مجموعه وظایف دولت است که بر اساس نظم و حکومت استقرار یافته و شامل مؤسسات و افراد وابسته به آن که در خدمت نظم عمومی هستند نیز می‌شود». (Walker, 1997, 249). پروفیسور لواسور نیز نهاد پلیس را «مجموعه سازمان‌ها و مقاماتی می‌داند که در راستای برقراری نظم عمومی و در چهارچوب قوانین و مقررات جاری کشور عهده‌دار مسئولیت‌ها و وظایفی هستند». (seker, 2009, 23). به‌طور کلی در حقوق اداری دو برداشت عام و خاص از پلیس وجود دارد. پلیس در معنای عام به نهادی اطلاق می‌گردد که: «به واسطه اشخاص و مأموران خویش در جهت تأمین و پاسداری از نظم عمومی فعالیت می‌کند» و پلیس در معنای خاص: «به مجموعه اعمال و اقداماتی که از سوی مقامات عمومی به منظور حفظ نظم عمومی انجام می‌پذیرد و آنان را قادر می‌سازد تا در چهارچوب قانون اراده خود را بر شهروندان تحمیل و آزادی‌های آنان را تحدید نمایند». اما در حقوق اداری تقسیم‌بندی مشهوری که همواره جلوه‌گری می‌کند، تقسیم‌بندی پلیس به «پلیس قضایی»^۱ و «پلیس اداری»^۲ است.

۱.۱.۲.۱. پلیس قضایی

هدف پلیس قضایی در تعیین نظم دادگاه‌ها، تعقیب و مجازات مجرمان ظاهر می‌شود. مقامات و مأموران پلیس قضایی (تحت عنوان ضابطان قضایی) وابسته به قوه قضاییه بوده و تحت هدایت و نظارت نهادها و مقامات قضایی فعالیت می‌کنند. فعالیت پلیس قضایی، جنبه تعقیبی دارد و زمانی آغاز می‌شود که وظیفه پلیس اداری (در پیشگیری از وقوع جرم) پایان یافته یا پلیس اداری در انجام وظایف خود موفق عمل نکرده و جرم و تخلف صورت گرفته باشد (Markesinis, 2000, 309-294). اجرای وظایف پلیس قضایی مطابق حقوق کیفری و مدنی برعهده ضابطین دادگستری (دادستان، بازپرس، دادیار، مأموران انتظامی و برخی مأموران دیگر) می‌باشد. این وظایف عبارت است از ابلاغ اوراق قضایی، گردآوری دلائل جرم، کشف جرم، تعقیب، تحقیق، دستگیری و توقیف متخلفان، مجرمان و مقابله با عوامل و افرادی است که نظم عمومی را بر هم می‌زنند. در نظام حقوقی ایران براساس لایحه قانونی تشکیل پلیس قضایی مصوب ۱۳۵۹/۴/۵ تاحدودی تفکیک میان پلیس قضایی و اداری ترسیم و مقرر گردید که پلیس قضایی وظایف پس از ارتکاب جرم را برعهده داشته باشد، اما به دلیل مخالفت‌هایی که با تأسیس این سازمان

1. Police judiciaire

2. Police administrative

صورت گرفت، پلیس قضایی در ایران عملاً تحقق نیافت.^۱ براین اساس از نظر برخی برخلاف تقسیم‌بندی سنتی پلیس به اداری و قضایی در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان، در نظام حقوقی ایران به‌ویژه پس از تشکیل نیروی انتظامی در سال ۱۳۶۹ مفهوم پلیس قضایی رسمیت ندارد و شایسته است به جای «پلیس قضایی» از اصطلاح «پلیس در مقام ضابط دادگستری» استفاده شود.

۲.۱.۲.۱. پلیس اداری

پلیس اداری به عنوان یکی از وظائف اصلی و سنتی دولت در حقوق اداری، قالبی مفهومی برای تأمین نظم عمومی است (جلالی و کامیاب، ۱۳۹۴: ۱۱). اساس و پایه «نظریه پلیس اداری»^۲ مبتنی بر این اندیشه است که فعالیت‌های افراد به‌خوبی قادر به تأمین نیازها و منافع عمومی است و دولت نباید در این امور مداخله نماید، مگر اینکه فعالیت شهروندان به تعدی و تجاوز به نظم عمومی یا حقوق دیگران منجر شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ۲۲۴). ازاین‌رو دولت در کار افراد دخالت مستقیم ندارد و در صورت لزوم نظامات و مقرراتی به صورت عام و عینی و یا به‌صورت انفرادی و موضوعی وضع می‌کند تا فعالیت‌های شهروندان در چهارچوب آن انجام پذیرد. به دیگر سخن دولت یا با مداخله مستقیم، فعالیتی را برعهده می‌گیرد که به این نوع از فعالیت‌های دولت، خدمات عمومی یا امور عمومی گفته می‌شود یا اینکه دولت با مداخله غیرمستقیم، تنها نظاماتی را وضع و بر آن نظارت می‌کند تا شهروندان در چهارچوب آن به فعالیت خود ادامه دهند. فعالیت پلیس اداری در پرتو یک ساختار دولتی یا محلی (وابسته به قوه مجریه و تحت هدایت و نظارت مقامات اداری و اجرایی) جنبه «پیشگیرانه»^۳ دارد که معمولاً پیش از وقوع جرم و تخلف و در قالب نظامات یا عملیات اداری متجلی می‌گردد (امامی، ۱۳۸۶، ۲۲). به‌طور کلی

۱. مخالفان طرح که بارزترین آنها نمایندگان مجلس شورای اسلامی بودند؛ دو دلیل عمده را برای مخالفت خود ارائه نموده‌اند: اول اینکه در حال حاضر و با توجه به قانون تشکیل نیروی انتظامی، پلیس جزئی از قوه مجریه است و مسئولیت هدایت آن طبق قانون اساسی و قانون فوق‌الذکر در اختیار مقام رهبری است. اما به دلیل اختیارات تفویضی مقام رهبری به قوه مجریه، وزیر کشور مسئول هدایت نیروی انتظامی در برخی زمینه‌ها است، لذا امکان اخذ پاسخ در فرآیندهای قانونی (سؤال، تذکر، استیضاح) فراهم می‌باشد. دوم اینکه اگرچه تشکیل پلیس قضایی (درمقابل پلیس اداری) که وابسته به قوه قضاییه باشد، می‌تواند موجبات اجرای بهتر و سریع‌تر اوامر و نواهی قضایی را فراهم آورد، اما درعمل تفویض قدرت به مرجعی مستقل است که درمقابل اختیارات و اقتدار مکتسبه، نظیر نهاد اجرایی و اداری پاسخگو و مسئول نیست. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک به: یاراحمدی، حسین، حدود اختیارات پلیس در فرآیند دادرسی کیفری، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۵۶-۵۴.

2. Théorie de la police administrative.

3. Préventif.

هرگونه اقدام در جهت پیشگیری از وقوع جرم از وظایف پلیس اداری به‌شمار می‌رود. در این راستا مقامات پلیس اداری، دارای اختیارات و صلاحیت‌های وسیعی همانند اعمال نظارت بر فعالیت‌های شهروندان و گروه‌ها، اعطاء انواع مجوزها، حفاظت و حراست از اماکن و شخصیت‌های مهم، انجام امور خدماتی دیگر نظیر صدور گواهی‌نامه، صدور گذرنامه و... هستند. از این منظر، پلیس اداری فعالیت امر و نهی و تنظیم مقررات را نشان می‌دهد و هدف آن هدایت سیاست عمومی دولت در جهت برقراری تعادل میان نظم عمومی و آزادی‌های شهروندان است (رضایی‌زاده، ۱۳۹۰، ۲۱۷). به بیان بهتر پلیس اداری در عین حالی که تجلی‌بخش اقتدار عمومی است، زمینه‌ساز اجرای حق‌ها و آزادی‌های شهروندان نیز می‌باشد. به‌طور کلی باتوجه‌به تقدم امر پیشگیری بر امر مقابله و درمان، نقش نخستین و اصلی وظائف دولت در پاسداشت نظم عمومی بر عهده پلیس اداری است که با اتخاذ تدابیر و اقدامات لازم در چهارچوب قوانین و مقررات تاحدامکان از وقوع بی‌نظمی جلوگیری کند، سپس پلیس قضایی با تعقیب و مجازات برهم‌زنندگان نظم عمومی، تکمیل این فرآیند را بر عهده دارد. پلیس اداری براساس تخصص و هدف به دو دسته «پلیس اداری عمومی» و «پلیس اداری اختصاصی» به ترتیب زیر قابل تقسیم است.

۱.۲.۱.۲.۱. پلیس اداری عمومی

پلیس اداری عمومی به مجموعه اعمال و اقدامات مقاماتی اطلاق می‌گردد که در جهت تأمین اهداف سنتی دولت در پاسداشت نظم عمومی (امنیت، آسایش، سلامت و اخلاق) در چهارچوب قوانین و مقررات وظائفی را بر عهده دارند. از این منظر مقامات پلیس اداری عام نیز به کلیه مقامات دولتی و محلی تحت سرپرستی قوه مجریه از کارمند ساده گرفته تا رئیس‌جمهور اطلاق می‌گردد که برای پاسداری از نظم عمومی فعالیت پلیسی انجام می‌دهند (انصاری، ۱۳۸۵، ۲۵-۲۴).

۲.۲.۱.۲.۱. پلیس اداری اختصاصی

پلیس اداری اختصاصی به مجموعه اعمال و اقدامات مقاماتی اطلاق می‌گردد که به موجب قوانین و مقررات خاص به‌منظور تأمین بخشی از اهداف سنتی دولت در پاسداشت نظم عمومی، عهده‌دار وظائفی هستند. به دیگر سخن پلیس اداری اختصاصی تأمین‌کننده نظم و ویژه و انحصاری است. مانند پلیس صید و شکار (وابسته به سازمان حفاظت از محیط زیست)، پلیس ساختمان (وابسته به شهرداری)، پلیس اماکن آلوده و غیربهداشتی (وابسته به وزارت کشور و وزارت بهداشت)، پلیس حفظ آثار باستانی (وابسته به وزارت کشور و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی)، پلیس گمرک (وابسته به وزارت اقتصاد و دارایی)، پلیس راه‌آهن، پلیس فردگاه، پلیس مبارزه با مواد مخدر، قاچاق کالا، پلیس راهنمایی و رانندگی هدف آن برقراری نظم در رفت‌وآمد وسائل نقلیه است.

۲.۱.۲. مقامات و ماموران پلیس اداری

وظایف پلیس اداری اصولاً برعهده نهادهای و مقامات دولتی (همانند استانداران، فرمانداران، بخشداران و دهیاران) و مقامات محلی (مانند شهرداری‌ها و شوراهای محلی) است. مقامات پلیس اداری به اشخاصی اطلاق می‌شود که صلاحیت وضع مقررات انتظامی و یا صدور دستورات لازم‌الاجرا را دارا هستند. دولت در رأس کلیه مقامات پلیس اداری قرار دارد که با برخورداری از اختیارات وسیع در زمینه برقراری نظم عمومی می‌تواند از صدور دستورات لازم‌الاجرا و وضع مقررات انتظامی تا اعلام «وضعیت اضطراری»^۱ اقدام نماید. اما مأموران پلیس اداری به اشخاصی اطلاق می‌شود که مجری مقررات و یا دستورات انتظامی‌ای هستند که از سوی مقامات پلیس اداری صادر گردیده است. برای نمونه در نظام حقوقی ایران مقام رهبری و ریاست جمهوری (به عنوان بلندپایه‌ترین مقامات پلیس اداری عمومی)، وزیر کشور، استانداران، فرمانداران و شهرداران (به عنوان مقامات عادی پلیس اداری) صلاحیت صدور دستورات انتظامی خطاب به مأموران تحت امر خویش، همچنین اختیار وضع مقررات انتظامی را دارا هستند. مقامات پلیس اداری به عنوان ابزار اعمال و تحقق نظم عمومی باید ضمن پیش‌بینی‌های لازم درخصوص اموری مانند تنظیم آمدوشد، مخاطرات عمومی، حوادث و آسیب‌های وارده به اشخاص و اموال و...، اختیارات و صلاحیت‌های تشخیصی لازم برای اتخاذ تدابیر و صدور انواع مجوزها، جوازها و انجام نظارت‌ها را برعهده دارند. صلاحیت پلیسی (امر و نهی) اداره دارای مراتب متفاوتی است، به این مفهوم که برخی از آنها خفیف و برخی شدید است. برای نمونه دستورات پلیس راهنمایی و رانندگی برای تنظیم امور حمل و نقل که براساس آیین‌نامه راهنمایی و رانندگی ضمانت‌اجراهای متفاوتی (از صدور برگ جریمه تا توقیف وسیله نقلیه و حتی بازداشت راننده متخلف) را در برمی‌گیرد. همچنین دستور شهردار و مقامات مجاز دیگر نسبت به قلع و قمع و تخریب بناهای غیرقانونی و در حال ویرانی براساس قوانین و مقررات مربوطه ممکن است منجر به صدور اخطار یا اقدام قضایی گردد.

۲. آزادی اجتماعات

پیش از تبیین مفهوم و قلمرو آزادی اجتماعات، اشاره کوتاهی به مفهوم آزادی خواهیم داشت. «آزادی» عبارت از قدرتی قانونی است که افزون بر اجرای خواسته‌های حکومت، اجرای خواسته‌های مشروع شهروندان را نیز امکان‌پذیر می‌سازد (Mill, 2017: 66). بر این اساس، آزادی (اعم از فردی و

۱. بر اساس اصل ۷۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «برقراری حکومت نظامی مطلقاً ممنوع است. در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی، موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید. ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی‌روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد، دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز نماید».

عمومی) همواره به عنوان یک قاعده کلی در نظام اجتماعی محترم است، اما چون ضرورت‌های زندگی جمعی مانع از این است که این آزادی به کمال اجرا شود وظیفه دولت است که شرایطی را فراهم آورد تا این آزادی‌ها با هم جمع شوند. در این راستا، بی‌گمان باید بخشی از آزادی‌ها از بین برود؛ زیرا آزادی هرکس محدود بر آزادی دیگران است، اما تا آنجا که ممکن است باید قانون کلی آزادی رعایت شود و آزادی شهروندان تاندازه‌ای محدود شود که برای حفظ نظم عمومی ضرورت دارد. چراکه، آزادی تنها در چهارچوب نظم قابل پذیرش است و هیچ‌گاه نمی‌توان به بهای برهم زدن آن مورد حمایت قرار گیرد. مظهر این نظم و نگهدارنده آن دولت است. از این‌رو دولت که نماینده شهروندان است تنها در حدود قانون (قرارداد اجتماعی) می‌تواند آزادی‌های شهروندان را محدود و حتی تعلیق کند. پس می‌توان گفت، مفهوم آزادی در آمیختگی ژرفی با مفهوم قانون دارد و تابع نظام ارزش‌هاست. به گونه‌ای که اگر درجه نسبی آزادی پذیرفته شود و شرایط زمان و مکان و باورهای عمومی، معیار انعطاف‌پذیر آن باشد، زمینه تعادل و سازگاری میان مفهوم آزادی و قدرت را فراهم می‌گردد. از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که اگر قانون با آزادی استخوان‌بندی شده باشد، یک ضمانت‌اجرای قوی برای دفاع از آزادی ایجاد شده است.

«آزادی اجتماعات و تظاهرات»^۱ (اعم از تجمع، اعتراض، اعتصاب، تحصن و راهپیمایی) به مثابه یکی از مصادیق آزادی بیان، نماد پویایی جامعه و شهروندان یک کشور عبارت است از: «حق گردهمایی آگاهانه، مسالمت‌آمیز، موقتی و هدفمند بیش از یک نفر در یک مکان عمومی که به منظور ابراز مخالفت یا موافقت، ترویج، تعقیب و دفاع از علایق مشترک صورت می‌پذیرد» (عباسی، ۱۳۹۰: ۱۲۹). اینکه چه تعداد افراد باید گرد هم آمده تا «اجتماع» شکل بگیرد دارای ابهام است. بر اساس آراء دیوان اروپایی حقوق بشر، گردهمایی حداقل دو نفر را می‌توان تجمع نامید، اما در حقوق انگلستان بر اساس قانون نظم عمومی (۱۹۸۶) تعداد افراد حاضر در اجتماعات باید ۱۲ نفر یا بیشتر باشند (European Court of Human Rights, 2012 para.29). آزادی مزبور خالق یک قدرت جدید در برابر قدرت حکومت و دارای ماهیتی «حق - قدرت»^۲ است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸، ۲-۳)؛ زیرا در اعمال آن دو عنصر «آزادی»^۳ به عنوان

۱. میان اجتماعات و تظاهرات تفاوت وجود دارد؛ اجتماعات (اعم از ساکن و متحرک) حالت عام دارد و ممکن است با هدف ایجابی (حمایت) یا سلبی (اعتراض) صورت پذیرد؛ اما تظاهرات غالباً متحرک بوده و با هدف اطلاع‌رسانی و جلب حمایت‌های هرچه بیشتر صورت می‌پذیرد. این تفکیک در حقوق انگلستان نیز وجود دارد؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Gabriele Ganz, (1989), understanding public law, (London, Fontana perss, p. 107

2. Power-right.

3. the freedom.

حق طبیعی افراد و «قدرت»^۱ به عنوان عامل استقرار نظم عمومی در مواقعی به ناچار در تزاخم قرار می‌گیرند. بر این مبنا آزادی اجتماعات در شمار آزادی‌های مجاز مشروط قرار می‌گیرد (Corbeau، 2010: 232). به این مفهوم که شهروندان برای اعمال این آزادی هر زمان که اراده کنند نمی‌توانند به فعالیت بپردازند، بلکه موظفند از قبل به مقامات صلاحیت‌دار اعلام یا از آنان کسب مجوز نمایند، اگرچه این امر در ظاهر مغایر با آزادی شهروندان است، اما به لحاظ تأثیری که بر نظم عمومی دارد قابل توجیه به نظر می‌رسد؛ بنابراین آزادی اجتماعات زمینه‌ساز مشارکت عملی و حضور مستقیم و گروهی مردم در عرصه اجتماع است که می‌توانند خواسته‌ها و تمایلات خود را بدون واسطه به گوش زمامداران برسانند.

۱.۲. انواع اجتماعات

اجتماعات در حالت کلی از منظر «زمان» به دو دسته اجتماعات دائم (اعم از احزاب، انجمن‌ها و اصناف) و اجتماعات موقت (اعم از تجمع، اعتراض، اعتصاب، تحصن و راهپیمایی) و از منظر «مکان» به دو دسته اجتماعات خصوصی و عمومی تقسیم می‌شوند که نظام حاکم بر هریک متمایز از دیگری است.^۲ «اجتماعات عمومی»^۳ در مقابل «اجتماعات خصوصی»^۴ قرار دارد و آن عبارت است از حضور افراد در معابر و اماکن عمومی و استفاده از یک فرصت نمایشی برای بیان خواسته‌های جمعی خویش که اصولاً ماهیت «مطالبه‌گرایانه» دارد (دوفار، ۱۳۹۱، ۲۹). در این تعریف معیار اصلی تمایز میان دو نوع اجتماع خصوصی و عمومی، امکان‌پذیر بودن شرکت همه اشخاص داوطلب در تجمعات عمومی است. خطرات احتمالی هرنوع تجمع در معابر عمومی موجب تمایز اجتماعات مسالمت‌آمیز از خشونت‌آمیز گردیده است. نظام حاکم بر اجتماعات نوع نخست مبتنی بر «آزادی» و نظام حاکم بر اجتماعات نوع دوم مبتنی بر «ممنوعیت» است (Nowak، 2009، 448).

۱.۱.۲. اجتماعات عمومی مسالمت‌آمیز

حق برگزاری «اجتماعات عمومی مسالمت‌آمیز» از جمله آزادی‌های گروهی است که نه تنها

1. Power

۲. «اجتماعات خصوصی» به مسئله استفاده آزادانه منزل توسط اشخاص خصوصی مرتبط می‌شود و در اماکن خصوصی بسته، مانند منزل یا در اماکن شبه خصوصی مانند سالن نمایش صورت می‌پذیرد. این اجتماع صرفاً اشخاص معینی را که به‌طور فردی و مشخص به محل دعوت‌شده‌اند را در برمی‌گیرد اگرچه تجمعات خصوصی در چارچوب زندگی خصوصی، آزادی مسکن و مالکیت قرار دارند و به‌صورت آزاد و بدون مجوز قبلی برگزار می‌گردد.

3. Public assembly.

4. Private assembly.

مقامات عمومی و پلیس نباید اقدام به تحدید آن نمایند، بلکه در صورت رعایت قوانین و مقررات مربوطه از سوی تجمع‌کنندگان، دولت مکلف به تأمین نظم و امنیت برگزاری آن نیز می‌باشد (oya، 2007: 64). صفت مسالمت‌آمیز بودن یک مفهوم نسبی است و باید آن را در پرتو اوضاع و احوال و شرایط حاکم تفسیر نمود (هاشمی، ۱۳۹۰: ۴۲۴). در این راستا کمیسیون اروپایی حقوق بشر تظاهراتی را که در آن از آلات موسیقی و سازهای کوبه‌ای بهره گرفته شده و همراه با جاروجنجال و هیاهو می‌باشد را تظاهرات غیرمسالمت‌آمیز قلمداد نموده است (Binder & Heupel، 2015: 245). از سویی شورای دولتی فرانسه برگزاری تظاهرات در معابر عمومی را به‌رغم استفاده تجمع‌کنندگان از آلات موسیقی، مسالمت‌آمیز اعلام، اما برگزاری آن را صرفاً مشروط به اعلام قبلی به مقامات صلاحیت‌دار انتظامی نموده است (Beinin، 2011: 121). مهمترین شاخصه‌های اجتماعات مسالمت‌آمیز را می‌توان در پرهیز از خشونت رفتاری مانند «غیرمسلحانه بودن»^۱، «تخریب»^۲ و خشونت کلامی مانند «عدم ترویج تنفر»^۳ از سوی تجمع‌کنندگان احصاء نمود (Kayz، 2014: 126). اجتماعات مسالمت‌آمیز به دو شکل قانونی و غیرقانونی برگزار می‌شود.

۱.۱.۱.۲. اجتماعات مسالمت‌آمیز قانونی

«اجتماعات مسالمت‌آمیز قانونی» تجمعاتی را دربرمی‌گیرد که علاوه‌بر پرهیز از خشونت‌های رفتاری و کلامی از سوی تجمع‌کنندگان، اعمال آن مستلزم اعلام یا کسب اجازه قبلی از دولت است. قانون‌گذار ایران برگزاری اجتماعات را در اصل ۲۷ قانون اساسی مشروط به عدم حمل سلاح و عدم اخلال به مبانی اسلام نموده است که با توجه به سیر تصویب مشروح مذاکرات بررسی نهایی مجلس خبرگان قانون اساسی، مقصود همان قانونی و مسالمت‌آمیز بودن تجمعات است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴). به‌همین دلیل اجتماعات مسالمت‌آمیز از اجتماعات خشونت‌آمیز (اغتشاش، شورش و قیام مسلحانه علیه حکومت) متمایز است. اگرچه در اغلب کشورها برگزاری تجمعات مسالمت‌آمیز با اطلاع یا کسب مجوز قبلی است، اما تجمعاتی که براساس عادات و رسوم محلی و مذهبی صورت می‌پذیرد از کسب مجوز و اعلام قبلی معافاند؛ لذا مقامات عمومی یا پلیس اداری نباید به این آیین‌ها و اجتماعات ناشی

1. Unarmed.

2. Destruction.

3. Failure to promote hatred.

از آن خدشه وارد نمایند، مگر اینکه مداخله آنها برای پاسداشت نظم عمومی واقعاً ضرورت داشته باشد.^۱ در این راستا برگزاری مراسم‌ها و آیین‌های مذهبی که از دیرباز در کشور ما مرسوم است را می‌توان از جمله اجتماعاتی در نظر گرفت که تکلیف اصلی دولت تأمین نظم و امنیت برگزاری آن است.

۲.۱.۱.۲. اجتماعات مسالمت‌آمیز غیرقانونی

«اجتماعات مسالمت‌آمیز غیرقانونی» جمعاتی را در بر می‌گیرد که بدون اخذ مجوز یا اعلام قبلی برگزار، اما اقدامات خشونت‌آمیز کلامی یا رفتاری از سوی اجتماع‌کنندگان سر نزده است (FENWICK, 1989: 899). با توجه به اینکه این‌گونه اجتماعات بدون هماهنگی با مقامات صلاحیت‌دار شکل می‌گیرد ممکن است نظم عمومی را مختل یا حیات سایر شهروندان را با تهدید مواجه سازد، از این‌رو پلیس در کنترل این‌گونه اجتماعات، باید با نهایت احتیاط و دوراندیشی اقدام نماید؛ زیرا ممکن است با سوءتدبیر، یک تجمع مسالمت‌آمیز و فاقد وصف مجرمانه به تظاهرات خشونت‌آمیز (اغتشاش، شورش و حتی قیام علیه حکومت) مبدل گردد (Waddington, 1994: 138).

۲.۱.۲. اجتماعات عمومی خشونت‌آمیز

«اجتماعات عمومی خشونت‌آمیز» اجتماعاتی را در بر می‌گیرد که در آن تجمع‌کنندگان به اقدامات خشونت‌آمیز بیرونی مانند اقدام مسلحانه، تخریب اموال عمومی، پرتاب اشیاء، ارعاب دیگران و درگیری با شهروندان یا پلیس متوسل می‌شوند (قاسمی، ۱۳۹۲: ۵۴). البته باید میان اجتماعاتی که با اعلام یا کسب مجوز قبلی آغاز اما در حین برگزاری بنا به دلایلی چون تحریک تجمع‌کنندگان از سوی عده‌ای خاص یا سوءتدبیر مقامات عمومی به خشونت گرایش یافته و اجتماعاتی که از همان ابتدا خشونت‌آمیز بوده و بدون مجوز قانونی آغاز گردیده، تفکیک قائل شد. در اجتماعات نوع نخست برخلاف اجتماعات نوع دوم از آنجاکه از نظر حاکمیت، تمامی اجتماع‌کنندگان دارای هویتی واحد تلقی می‌شوند، پلیس ابتدا باید اظهارهای لازم برای پراکنده‌سازی تجمع‌کنندگان صادر نماید، سپس در راستای حفظ نظم عمومی و در چارچوب قانون به‌زور متوسل گردد.^۲ استفاده از زور در کنترل این نوع اجتماعات

۱. مفهوم مقامات عمومی عام‌تر از مفهوم مقامات پلیس اداری است؛ زیرا فعالیت‌های پلیسی دولت به‌تمامی برعهده قوه مجریه نیست؛ بلکه آن بخش از اختیارات پلیسی ناشی از نظم عمومی دولت که ماهیت آن جنبه تأمینی و پیشگیرانه دارد برعهده مقامات قوه مجریه و بخش دیگر که ماهیت آن جنبه کشف جرایم و تعقیب مجرمین دارد، برعهده قوه قضاییه است؛ برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر. ک. به: طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴) حقوق اداری، انتشارات سمت، چاپ دهم، ص ۲۲۲.

۲. هدف از اخطار آن است که شهروندان خوب (Good citizens) از صحنه پراکنده و محل را ترک کنند تا از دیگران که عامدانه به اخلال در نظم و امنیت عمومی ادامه می‌دهند متمایز شوند.

اگرچه يك امر ضروری و در عین حال استثنایی تلقی می‌شود، اما باید دانست که کاربست آن بسیار پیچیده است، به‌گونه‌ای که به‌طور بالقوه می‌تواند موجب توسعه خشونت و انتساب اتهام نقض حقوق بشر به دولت گردد، تا جایی که «سولوموس»^۱ نظریه‌پرداز مطرح انگلیسی در باب توسل به‌زور در این قبیل ناآرامی‌ها از تعبیر «کبریت و جرقه»^۲ استفاده می‌کند (Doherty & paterson, 2003, 84). اجتماعات خشونت‌آمیز را در حالت کلی می‌توان به «اغتشاش» و «شورش» تقسیم نمود.

۱.۲.۱.۲. اغتشاش

«اغتشاش»^۳ مترادف با آشوب، غوغا و بلوا می‌باشد و آن عبارت است از تجمع یا تجمعاتی که در پاره‌ای از شرایط حساس، تجمع‌کنندگان (به‌صورت غیرمستمر) برای نیل به اهداف خود اقدام به تخریب، آتش‌کشیدن اماکن و اموال عمومی، هجوم به مأموران پلیس و سایر شهروندان می‌نمایند (الیاسی، مرادی، ۱۳۸۸: ۱۷۸). برای نمونه اغتشاشات سال ۱۹۹۸ محله رادنی‌کینگ^۴ ایالت لس‌آنجلس آمریکا که به‌دلیل ضرب و شتم شهروندان سیاه‌پوست توسط مأموران پلیس سفیدپوست و تبرئه گروهی از مأموران به‌وقوع پیوست و اغتشاشگران طی سه روز (به‌صورت غیرمستمر) اموال عمومی را تخریب نمودند، از مصادیق اغتشاش به‌شمار می‌رود که درنهایت با مداخله پلیس و مهار آن خاتمه یافت (Gli-j, 1996, 12). از مهمترین مصادیق آشوب‌های داخلی نیز می‌توان به ناآرامی‌های سال‌های ۱۳۷۵، ۱۳۸۸، ۱۳۹۶ و ۱۳۹۸ اشاره نمود که به ترتیب مربوط به تقسیمات کشوری (سبزوار، سمیرم، لامرد)، اعتراض‌های سیاسی انتخابات، نارضایتی‌های اقتصادی و اعتراضات ناشی از افزایش قیمت بنزین می‌شود.

۲.۲.۱.۲. شورش

«شورش»^۵ از نظر لغوی مترادف با عصیان، طغیان، کودتا، قیام و انقلاب آمده است (سنجایی، ۱۳۷۰، ۱۴). این مفهوم از نظر اصطلاحی تجمع یا تجمعاتی را دربرمی‌گیرد که غالباً مستمر و خشونت‌آمیز (مسلحانه) صورت می‌پذیرد. هدف از شورش ایجاد تغییر در موضوعی خاص یا برقراری وضعیتی مطلوب در جامعه است و از نظر میزان آسیب‌ها و صدمات وارده دارای سطحی وسیع‌تر از اغتشاش می‌باشد. شورش نتیجه فریاد کسانی است که حکومت اعتنایی به خواست مشروع آنها ننموده، لذا ممکن است حتی منجر به «قیام»، «تغییر نظام» و «انقلاب» نیز گردد (شریفی، ۱۳۸۸، ۴۵).

1. Solomos.
2. Matches and spark.
3. Turbulence, commotion, sedition.
4. Rodney King.
5. Insurgency , rebellion, revolt, riot, uprising, insurrection.

۳. نظام حقوقی حاکم بر موضوع

نظام‌های حقوقی به منظور پاسداشت «نظم عمومی» و تضمین آزادیهای شهروندی از جمله «آزادی اجتماعات» قواعدی تدارک دیده‌اند که در شرایط عادی و اضطراری کاملاً متفاوت از یکدیگر است.

۱.۱.۳. وضعیت عادی

«وضعیت عادی» به حالتی اطلاق می‌گردد که یک خطر یا حادثه طبیعی (مانند سیل و زلزله) یا واقعه غیرطبیعی (مانند اغتشاش، شورش، کودتا، جنگ و حملات تروریستی) نظم عمومی را تهدید نمی‌کند و اعمال آزادی‌های شهروندان نیز بدون هیچ نگرانی‌ای امکان‌پذیر است. باتوجه‌به اینکه در این حالت امکان پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی‌های شهروندان به صورت توأمان با ضمانت‌اجراها و تدابیر عادی قابل تحقق می‌باشد، معمولاً نیازی به مداخله قدرت عمومی احساس نمی‌گردد. اگرچه بهره‌مندی شهروندان از حقوق و آزادی‌های خویش، در وضعیت عادی امری معقول و منطقی به نظر می‌رسد. اما اعمال آزادی‌های مزبور حتی در این وضعیت نیز مطلقاً آزاد نیست، چه آنکه ممکن است به هرج‌ومرج و ناآرامی منجر گردد. بر این اساس کشورها، کنترل آزادی‌های شهروندان در این وضعیت را بر پایه دو الگوی «تعقیبی» و «پیشگیرانه» پیریزی می‌نمایند.

۱.۱.۳. نظام تعقیبی

«نظام تعقیبی» رویکرد جوامع سیاسی توسعه‌یافته است که جنبه کشف و تعقیب پسینی دارد و شهروندان در پرتو آن، فارغ از هرگونه فشار و محدودیتی و با علم به اینکه سوءاستفاده از حقوق آزادی‌ها موجب مسئولیت خواهد بود (بدون آنکه دولت را در جریان اعمال خود قرار دهند)، ابتکار عمل برخوردار از آزادی‌های شهروندی را دارند و تا زمانی که اعمال این آزادی فرآیند عادی خود را می‌گذرانند، نهاد پلیس مجاز به مداخله نیست. دخالت پلیس زمانی آغاز می‌شود که شهروندان، حدود قانونی تعیین‌شده برای پاسداشت نظم عمومی و دیگر ملاحظات اجتماعی (ازجمله عدم اضرار به حقوق دیگران) را رعایت نمایند. به بیان بهتر، در این الگو نهاد پلیس به منظور پاسداشت نظم عمومی با تسامح و مدارا رفتار می‌کند. نظام تعقیبی دارای امتیازات چندی است. نخست اینکه نهاد پلیس در آغاز فعالیت شهروندان مداخله پیشینی ندارد. دوم اینکه در پرتو این الگو، اعمال بی‌قیدوشرط آزادی شهروندان اصل و تحدید آن استثناء است. سوم این که شهروندان از پیش نسبت به حقوق و تکالیف خود آگاهی و ابتکار عمل دارند و چهارم اینکه در صورت ارتکاب تخلف یا جرم، شهروندان ضمن بهره‌مندی از تضمینات لازم (مانند حق دفاع، حق انتخاب وکیل و محاکمه عادلانه) دارای مسئولیت خواهند بود. اگرچه در الگوی تعقیبی «سرکوب محض» یا «اعمال قانون بدون ارفاق»

جایگاهی ندارد و مناسب‌ترین الگو برای اعمال آزادی شهروندان به شمار می‌رود؛ اما به لحاظ عدم انطباق کامل نظام مزبور با اقتضائات ناشی از نظم عمومی و چالش‌های احتمالی ناشی از آن، نهاد پلیس مقبولیت چندانی برای آن قائل نیست.

۲.۱.۳. نظام پیشگیرانه

نظام پیشگیرانه که به آن «نظام پلیسی»^۱ یا «نظام تأمینی» نیز گفته می‌شود، رویکرد متداول اغلب کشورها برای پاسداشت نظم عمومی در شرایط عادی است. در این نظام نهاد پلیس الزاماتی را برای جلوگیری از هر فعالیت غیرقانونی به شهروندان تحمیل می‌کند، بدین معنا که شهروندان، پیش از انجام تشریفات قبلی، نمی‌توانند از حقوق و آزادی‌های خویش برخوردار شوند؛ بنابراین، این کشورها، صرف‌نظر از تکلیفی که در پاسداشت حقوق و آزادی‌های شهروندان بر عهده دارند، با تکیه بر قاعده «تقدم امر پیشگیری بر مقابله» اولویت را به امر پیشگیری اختصاص می‌دهند. در نظام پیشگیرانه اصل بر تحدید و تعلیق آزادی‌های شهروندان و استثناء اعمال بی‌قیدوشرط آزادی‌های شهروندان است. از آنجاکه در این نظام اعمال آزادی‌های شهروندان همواره با تشخیص و صلاحدید مقامات عمومی صورت می‌پذیرد، مناسب‌ترین شیوه برای پاسداشت نظم عمومی به‌شمار می‌رود؛ لذا نظام پیشگیرانه، دارای مقبولیت بالایی نزد مقامات پلیس اداری است درحالی‌که دست یازیدن به نظام پیشگیرانه ممکن است ناخوشایندترین شیوه برای اعمال آزادی شهروندان به نظر برسد.

۲.۲. وضعیت اضطراری

پاسداشت نظم عمومی به‌مثابه وجه پایداری یک کشور، سرسختانه مورد حمایت دولت است، لذا آن را با هیچ‌چیز دیگری جایگزین نمی‌کند. براین‌اساس همه کشورها به استناد اصل «اضطرار» یا «ضرورت» در قوانین و مقررات خود «وضعیت اضطراری»^۲ یا «وضعیت فوق‌العاده»^۳ و حتی در برهه‌هایی اداره کشور توسط نظامیان «حکومت نظامی» را به رسمیت شناخته‌اند. وضعیت اضطراری، موقعیت‌ها و اوضاع و احوالی هستند که قانونگذار در آن شرایط برای دفع ضرر و خطر عمومی یا جلب منفعت مهم‌تر اقدام به ممنوعیت برخی امور می‌کند که در شرایط عادی مجاز بوده‌اند (صفری کاکرودی، ۱۳۹۵، ۶۱). اعلام وضعیت اضطراری از سوی دولت‌ها هنگامی است که یک خطر

1. Regime de police

2. state of exception.

3. state of emergency

عمومی یا استثنایی مانند ناآرامی‌های مسلحانه داخلی (شورش و کودتا) یا بین‌المللی (جنگ)، بحران‌ها و بلایای طبیعی (زلزله و سیل) و دیگر وضعیت اضطراری (اقدامات تروریستی و شیوع بیماری‌های همه‌گیر) حیات یک ملت را تهدید می‌کند. اعلام حالت اضطراری درواقع هشدار است به شهروندان برای تن نهادن به دستورهای سازمان‌های دولتی، در این حالت از یک سو دولت‌ها ناگزیر از کاربست نظامات ویژه (محدودیت‌ساز یا ممنوعیت‌ساز) برای برخی حقوق و آزادی‌های شهروندان است و از سوی دیگر، شهروندان نیز ناگزیر از پذیرش محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های ناشی از شرایط مزبور می‌باشند (هاشمی، ۱۳۹۰، ۹۰). از آنجاکه وضعیت اضطراری مداخله فوری دولت را فراهم ساخته و حتی ممکن است موجب اعطای اختیارات فراوانی به نهاد پلیس گردد که در شرایط عادی فاقد آن است؛ شناسایی وضعیت اضطراری باید مبتنی بر قواعد حقوقی باشد تا از این رهگذر آزادی‌های شهروندان تضمین و قانونمداری دولت مورد ارزیابی افکار عمومی قرار گیرد. از این‌رو مداخله قدرت عمومی برای پاسداشت نظم عمومی در شرایط اضطراری مستلزم وضع قوانین خاص می‌باشد. در این راستا، برخی کشورها با تصویب قوانین اختصاصی مربوط به حالت اضطراری، سعی در چهارچوب‌بندی اقدامات دولت مقامات عمومی نموده‌اند. برای نمونه در انگلستان قوانین «نظم عمومی»^۱ و «اسرار رسمی»^۲، در فرانسه قوانین «استراتژی توسعه دولت»^۳ و «وضعیت اضطراری و تروریسم»^۴ در ایالات متحده آمریکا «قانون ضد تروریستی و میهن‌پرستی آمریکا»^۵ درخصوص شرایط فوق‌العاده به تصویب رسیده است.

۴. رویکرد دیوان عدالت اداری

دولت با توسل به این معیار ظاهرالصلاح، همواره قادر خواهد بود در صورت اقتضای نظم عمومی، حقوق و آزادی‌های شهروندان را تحدید و حتی تعلیق نماید (Feinberg, 2014, 141)؛ بنابراین به‌منظور پیشگیری از تضییع بیش‌ازحد حقوق و آزادی‌های شهروندان، نظارت قضایی (به‌مثابه یک نهاد مستقل) بر اعمال مقامات عمومی ضرورت می‌یابد. برای نمونه شورای دولتی فرانسه از ابتدای قرن نوزدهم اختیار هرگونه اقدام به‌منظور نظم عمومی را منوط به در نظرگرفتن آزادی شهروندان نموده و علی‌رغم تجویز تحدید حق تجمع و اعتصاب، برای پیشگیری از استفاده نامشروع یا مغایر با مقتضیات نظم عمومی، گونه‌ای نظارت شدید و حداکثری از سوی دادگاه را مورد تأکید قرار می‌دهد

1. Public Order act.
2. Official Secrets act.
3. Maximize government.
4. Emergency powers and Terrorism act.
5. usa patriot act.

(Arnold & Martinez, 2017, 212). در این راستا و مطابق مفاد اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی^۱ تحلیل رویکرد دادرس اداری ایران در پاسداشت مطلوب از نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات ضرورت می‌یابد.

۱.۴. تحلیل رأی هیات عمومی دیوان عدالت اداری

به منظور شناخت رویکرد دادرس اداری ایران در این زمینه اگرچه نمی‌توان پرونده‌های متعددی را مورد مطرح نمود؛ اما رأی شماره ۱۳۱۲ الی ۱۳۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۶ با موضوع ابطال تصویب‌نامه شماره ۳۷۸۷۶/ت/۵۵۵۰۶۸ - ۱۳۹۷/۳/۲۹ هیئت وزیران از جهات مختلفی قابل تأمل به نظر می‌رسد.

۱.۱.۴. آبشخور تاریخی

پس از ناآرامی‌های دی‌ماه ۱۳۹۶ صرف‌نظر از علت شکل‌گیری ناآرامی‌های عمومی و ناکارآمدی سایر روش‌های انتقال اعتراض‌های مردمی به زمامداران (ازجمله رسانه‌ها و احزاب)، دولت و نهادهای مدنی خواستار تعیین مکان‌هایی مشخص برای برگزاری تجمع‌های مردمی شدند. سرانجام هیأت دولت در تاریخ ۱۳۹۷/۳/۲۰ اقدام به تصویب مصوبه‌ای درخصوص «تعیین مکان‌هایی مناسب برای اعتراض و تجمع» نمود. بر اساس این تصویب‌نامه، ورزشگاه‌های دستجردی، تختی، معتمدی، آزادی و شهید شیروودی و بوستان‌های گفت‌وگو، طالقانی، ولایت، پردیسان، هنرمندان، شهر و ضلع شمالی مجلس شورای اسلامی به عنوان محل‌های مناسب تجمع در شهر تهران تعیین گردید. در سایر شهرها، افزون بر عدم تعیین محل یا محل‌های خاص، برگزاری تجمعات را با محدودیت‌های فراوان دیگری نظیر (قابلیت دسترسی و داخل بودن در محیط شهری، تناسب وسعت محل اجتماع با جمعیت، امکان دیده‌شدن و شنیده‌شدن صدای تجمع‌کنندگان برای سایر شهروندان و رسانه‌ها، قابلیت حفاظت انتظامی و امنیتی محل، فراهم بودن امکان حضور فوری نیروهای امدادی در محل در صورت ضرورت، دور بودن از محل‌های دارای رده‌های حفاظتی، عدم ایجاد اختلال جدی در خدمات‌رسانی روزانه دولت و بخش عمومی به مردم، دور بودن از محل‌های دارای تردد زیاد و عدم ایجاد انسداد ترافیکی غیرقابل‌انتقال به سایر مسیرها، قرار گرفتن ناخواسته دیگران در تجمع یا

۱. اصل ۱۷۳ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد...». همچنین براساس مفاد اصل ۱۷۰ قانون اساسی قضات دادگاه‌ها... خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال اینگونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات (با تأکید بر رویکرد دیوان عدالت اداری)

تسهیل پیوستن افراد با انگیزه‌های دیگر به آن، حتی‌المقدور عدم ایجاد اخلال شدید در کسب و کار و فعالیت روزانه سایر شهروندان) مواجهه نموده بود.

۲.۱.۴. علت ابطال تصویب‌نامه هیئت دولت

این مصوبه در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۶ در پی شکایت سه نفر از شهروندان مبنی بر مغایرت مصوبه هیأت دولت با اصل نهم (امکان تحدید و سلب آزادی‌های ملت) و اصل ۲۷ قانون اساسی (محدود نمودن اعمال آزادی تجمع به مکان‌هایی مشخص و منوط کردن اجتماعات به اخذ مجوز و نظارت پیشینی دولت) مصوبه موصوف توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال گردید. دیوان در حالی اقدام به ابطال مصوبه فوق نمود که در نظام حقوقی کنونی ایران همان‌گونه که در رأی دیوان عدالت اداری نیز به آن تصریح شده است، کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب متصدی صدور مجوز برگزاری تجمع است، اما کمیسیون مذکور همواره به دلایل مختلفی مانند ایجاد سد معبر، مزاحمت ترافیکی، اخلال در نظم عمومی از صدور مجوز برگزاری تجمع امتناع و در مواردی نیز برخی از تجمع‌کنندگان به علت برگزاری تجمع در محل نامناسب یا حساس توسط پلیس بازداشت شده‌اند.

با تدقیق مفاد رأی صادره چنین می‌توان استنباط نمود که دیوان تصویب‌نامه موصوف را از نظر اعلام محل‌هایی خاص برای برگزاری تجمع حصری تلقی و معتقد است که قانون اساسی حق برگزاری تجمع و راهپیمایی را تنها با دو قید (غیرمسلحانه بودن و عدم اخلال به مبانی اسلام) آزاد اعلام نموده، اما در این خصوص باید به دو نکته توجه داشت. اول اینکه تصویب‌نامه مزبور نه برای تحدید آزادی تجمع‌ها و بلکه اقدامی به منظور تأمین امنیت اجتماعات و تسهیل برگزاری آنها در محل‌هایی مشخص به تصویب رسیده بود تا از این طریق عبور و مرور و کسب‌وکار سایر شهروندان دچار اختلال نگردد. در این راستا، چنانچه شرایط امنیتی و انتظامی ایجاب نمود، امکان افزایش مکان‌های دیگر برای برگزاری اجتماعات دور از ذهن نبود. چه آنکه چند ماه پس از ابطال این مصوبه از سوی دیوان عدالت اداری و با شروع ناآرامی‌های ناشی از گرانی بنزین در آبان ۱۳۹۸ بار دیگر شرایط به‌گونه‌ای پیش رفت که نیاز به تعیین مکان‌هایی برای اعتراض شنیده شد. دوم اینکه دیوان عدالت اداری این مصوبه را در چهارچوب ماده ۱۰ قانون احزاب نمی‌داند؛ در حالی که ماده ۱۰ قانون احزاب مختص احزاب است و بسیاری از تشکلهای مردم نهاد یا اصناف را دربر نمی‌گیرد.

۳.۱.۴. نامشخص بودن رویه دیوان عدالت اداری

با توجه به حاکمیت سایر قوانین و مقررات مربوط، ازجمله آیین‌نامه چگونگی تأمین امنیت اجتماعات و راهپیمایی‌های قانونی و با توجه به اینکه نظر دیوان عدالت اداری نیز همانند هیئت‌وزیران

تحدید آزادی اجتماعات نبوده و در رأی یادشده حتی بر آزادی محل اجتماعات تأکید شده است. چنین می‌توان نتیجه گرفت نمود که اصل ۲۷ قانون اساسی بیش از هر اصل دیگری با تفاسیر مضیق و متناقض‌نما مواجه است. به گونه‌ای که در نگرش دادرس اداری ایران، شرط اخذ مجوز از کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب «آزادی تجمع» را محدود نمی‌کند لیکن تصویب‌نامه هیئت وزیران در تعیین محل‌های مشخص برای برگزاری تجمعات این حق - آزادی را محدود می‌کند. البته باید ایراد اساسی در این زمینه را به شورای نگهبان وارد نمود تا دیوان عدالت اداری، چه آنکه شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی و کنترل عدم مغایرت قوانین مجلس با شرع و قانون اساسی در دو مقطع، قوانین مصوب مجلس در حوزه احزاب را در حالی منطبق با قانون اساسی قلمداد نموده که شرط اخذ مجوز برای تجمعات و راهپیمایی در آنها قید شده است. برای نمونه شورای مذکور در نظریه شماره ۲۹۹۰ تاریخ ۱۳۶۰/۰۴/۲۵ خود بر این عقیده بود که صرفاً با دو قید یادشده (غیر مسلحانه بودن تجمع و عدم اخلال به مبانی اسلام)، اساساً برگزاری تجمع و راهپیمایی آزاد بوده و وضع هرگونه قید و شرطی دیگر مغایر با اصل ۲۷ قانون اساسی است. بر این اساس مصوبه مجلس وقت در تاریخ مصوب ۱۳۶۰/۰۶/۷۷ تحت عنوان «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» را خلاف قانون اساسی اعلام نمود. در این راستا مجلس مجبور شد که دست‌کم به صورت صوری بین تجمعات و راهپیمایی‌ها تفکیک قایل شود؛ اما در قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی به تاریخ ۱۳۹۵/۰۸/۰۸ همین تفکیک نیز از میان رفت و عملاً بزرگ‌ترین محدودیت (لزوم کسب مجوز) اجرای اصل ۲۷ قانون اساسی را با چالش جدی مواجه ساخت؛ لذا با توجه به وضعیت موجود این انتظار از دیوان عدالت اداری وجود داشت تا لزوم کسب مجوز در زمینه برگزاری تجمعات که در صلاحیت کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب (با ماهیتی کاملاً حاکمیتی) قرار دارد را مدنظر قرار داده و مصوبه دولت را با اندکی تأمل و تعمق مورد بررسی قرار می‌داد.

نتیجه

لذا به عنوان نتیجه‌گیری کلی باید گفت؛ اولاً رابطه بین نظم عمومی و آزادی اجتماعات اگرچه به ظاهر متضاد و متباین به نظر می‌رسد، اما در باطن و ماهیت وابسته به یکدیگرند، چه آنکه «نظم عمومی» تأمین‌کننده توامان مصلحت حاکمیت و شهروندان و «آزادی اجتماعات» تأمین‌کننده محض مصلحت شهروندان است؛ بنابراین هرگاه نظم عمومی ایجاب نماید (به‌ویژه در شرایط اضطراری) هیچ حکومتی در وضع قواعد خلاف حق‌ها و آزادی‌های شهروندان تردید نخواهد نمود، زیرا تأمین نظم عمومی خود بزرگترین حق شهروندی برای مردم محسوب می‌گردد. در ثانی رویکرد دیوان عدالت اداری ایران در سامان‌دهی رابطه میان نظم عمومی و آزادی اجتماعات نه تنها رویکرد روشن

و مشخصی ندارد بلکه دچار رویه‌ای پارادوکسیکال و متناقض‌نما گشته است. بدین معنا که برای نمونه اقدام دولت در تعیین مکان‌هایی مشخص برای برگزاری تجمع را تحدیدکننده آزادی تجمع تلقی اما برعکس لزوم اخذ مجوز برای راهپیمایی را به رغم اینکه در اصل ۲۷ قانون اساسی از جمله محدودیت‌های وارده بر آزادی تجمع ذکر نشده است، تحدیدکننده آزادی اجتماعات نمی‌داند. همچنین می‌توان فواید حاصل از پژوهش را به اختصار به شرح زیر برشمرد:

۱- پاسداشت نظم عمومی تکلیف دولت و مقامات عمومی و بهره‌مندی از آزادی‌ها حق شهروندان است. در این راستا مسئولیت تعیین مصادیق و محدوده آزادی و چگونگی پاسداشت نظم عمومی بر عهده قانونگذار، اجرای آن بر عهده قوه مجریه و نظارت بر آن بر عهده قوه قضاییه و افکار عمومی است.

۲- واکاوی عملکرد دولت و تحلیل رویکرد دیوان عدالت اداری ایران در این خصوص ما را به این نتیجه رهنمون می‌سازد که تحدید آزادی‌های شهروندان در جهت مصالح عالی‌تر (پاسداشت نظم عمومی) همواره مورد اتفاق دولت است. اما رویکرد دادرس اداری می‌بایست، ایجاد تعادل و سازگاری میان آزادی‌های شهروندان و ضرورت نظم عمومی باشد.

۳- بدیهی است چنانچه فضای سالم، شفاف و ایمن برای بیان جمعی انتقاد و اعتراض فراهم گردد، زمینه برای فعالیت‌های مخرب (زیرزمینی) یا تبدیل اعتراض‌های به حق و مسالمت‌آمیز شهروندان به اغتشاش و ناآرامی از میان خواهد رفت یا به حداقل ممکن خواهد رسید. بدین خاطر، نظام تدبیر و حکمرانی (مدیریت سیاسی، اداری و قضایی کشور) نیز اگر در جست‌وجوی راهکارهای خردمندانه برای تضمین آزادی‌های شهروندان و افزایش مشروعیت و کارآمدی نظام اداری است، باید بسترهای عینی لازم را برای اعمال حقوق و آزادی‌های شهروندان فراهم آورد.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. احمدوند، محمدعلی (۱۳۸۲) «بهداشت روانی» تهران، انتشارات پیام نور، چاپ دوم.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). «مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، جلد اول، تهران.
۳. امامی، استوارسنگری (۱۳۸۶) «حقوق اداری» تهران، انتشارات میزان، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۴. بوزان، باری (۱۳۸۷) «مردم، دولت‌ها و هراس» ترجمه تهران، پژوهشکده مطالعات راهبردی، چاپ اول.
۵. جعفری‌لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷) «ترمینولوژی حقوق» تهران، انتشارات گنج دانش.
۶. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵) «ترمینولوژی حقوق» تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.
۷. خورسند، آرمان (۱۳۸۴) «جایگاه پلیس در حفظ امنیت اخلاقی» مجموعه مقالات کنکاشی بر جنبه‌های امنیت عمومی و پلیس، تهران، دانشگاه علوم انتظامی امین.
۸. دوفار، ژان، (۱۳۹۱) «آزادی‌های گروهی»، ترجمه علی‌اکبر گرجی ازندریانی، چاپ اول، انتشارات مجد.
۹. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۶۳) «فرهنگ فارسی» تهران، امیرکبیر، چاپ اول.
۱۰. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳) «لغت‌نامه دهخدا» زیر نظر محمد معین و جعفر شهیدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول، چاپ دوم.
۱۱. رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۹۰) «حقوق اداری» تهران، نشر میزان، جلد اول، چاپ دوم.
۱۲. سنجابی، علیرضا (۱۳۷۰) «توسعه پدافند داخلی»، تهران، دانشکده فرماندهی و ستاد آجا.
۱۳. صفری کاکرودی، عابدین (۱۳۹۵) «موانع مسئولیت کیفری مأموران پلیس» تهران، انتشارات میزان، چاپ اول.
۱۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷) «حقوق اداری»، تهران، انتشارات سمت.
۱۵. عمید، حسن (۱۳۷۷) «فرهنگ فارسی عمید» تهران، نشر امیر کبیر، جلد اول.
۱۶. فاستر، مایکل برسفورد (۱۳۸۳) «خداوندان اندیشه سیاسی» ترجمه جواد شیخ‌الاسلامی، تهران، انتشارات امیرکبیر، جلد اول، قسمت اول.
۱۷. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۷) «فلسفه حقوق» تهران، شرکت سهامی انتشار، جلد اول.
۱۸. گاستون استفانی، ژرژ لواسور و برناربولک (۱۳۷۷) «آیین دادرسی کیفری» ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، جلد اول.
۱۹. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸) «در تکاپوی حقوق اساسی»، چاپ دوم، نشر جنگل.

۲۰. معین، محمد (۱۳۶۳) «فرهنگ فارسی» تهران، امیر کبیر، چاپ اول.
۲۱. هارت، هربرت (۱۳۸۸) «آزادی، اخلاق، قانون» ترجمه محمد راسخ، تهران انتشارات طرح نو.
۲۲. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۰) «حقوق بشر و آزادی‌های اساسی» تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۲۳. یاراحمدی، حسین، (۱۳۹۳) «حدود اختیارات پلیس در فرآیند دادرسی کیفری»، انتشارات دانشگاه علوم انتظامی امین، چاپ اول.

ب. مقاله‌ها

۱. جلالی، محمد، میثا کامیاب، «پلیس اداری، قالبی مفهومی برای تأمین نظم عمومی» مطالعه مفهوم نظم عمومی در حقوق فرانسه، فصلنامه حقوق اداری، دوره ۳، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۹.
۲. شریفی، رضا (۱۳۸۸). «بررسی ابعاد روان‌شناختی خشونت‌گرایی جمعیت اغتشاش‌گر و روش‌های تأثیرگذاری بر آن»، فصلنامه مطالعات بسیج، شماره ۴۵.
۳. زاهدی مازندرانی، محمدجواد «ظهور و افول دولت رفاه» نشریه اقتصاد - تأمین اجتماعی، تابستان ۱۳۷۹، شماره ۶.
۴. اسلامی مجتبی، درجانی، حسین «امنیت در اسلام» فصلنامه نظم و امنیت انتظامی، تابستان ۱۳۸۸، دوره دوم، شماره دوم.
۵. احمدی واستانی، عبدالغنی (۱۳۴۰) «نظم عمومی در حقوق خصوصی» رساله دکتری، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی.
۶. بیانی، علی، (۱۳۹۷) «رابطه بین نظم عمومی و آزادی‌های عمومی در فعالیت‌های پلیس» رساله دکتری، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

BOOKS

1. Gilje, P.A. (1996) Rioting in America. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press.
2. Arnold, R., & Martínez-Estay, J. I. (Eds.). (2017). «Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power»: Some Reflections from National and International Law, Vol. 61., No 5.
3. Bailey, J., & Dammert, L. (Eds.). (2005). Public security and police reform in the Americas. University of Pittsburgh Pre.23.
4. Berlin, Isaiah. (1959). Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958. Clarendon.

5. Beinin, J. (2011). Civil Society, Social Movements, and the Arab Uprisings of 2011. *Review of International Affairs*, 9(4), 15.
6. Binder, M., & Heupel, M. (2015). The legitimacy of the UN Security Council: Evidence from recent General Assembly debates. *International Studies Quarterly*, 59(2), 238-250.
7. Corbeanu, Droits administratifs:(2010,) curs universitar, Ediția a II-a, revăzută și completată, Editura Lumina Lex, ucharest.
8. Celikturk, T. (2016). Efficiency Of Think-Tank's Policy Recommendations In Turkey: Case Of Kurdish Issue. *European Scientific Journal*, ESJ, 12(10).
9. Cooper, H., Moore, L., Gruskin, S., & Krieger, N. (2004). Characterizing -perceived police violence: implications for public health. *American Journal of Public Health*, 94(7), 1109-1118.
10. Doherty, B. Paterson, M., Plows, (2003), A. and Wall, D. »Explaining the Fuel protests«, *British Journal of Politics and international Relations*, Vol. 5, No, 1.
11. Feinberg, J. (2014). »Rights, justice, and the bounds of liberty«: Essays in social philosophy. Princeton University Press.
12. FENWICK, Helen and phillipsone,(1989), Gavin, sourcebook on public law, cvendish publishing limited.
13. -Francis,J.et al.(2012). Creating sense of community: The role of public space in a peripheral neighbourhood of Barcelona. *Cities*, 21 (3): 215-223.
14. FEINBERG, JOEL (1998). »Freedom and liberty«. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge.
15. Gabriele Ganz, (1989), »understanding public law«, (London, Fontana perss.
16. Gostin, L. O. (2001). »Public health, ethics, and human rights«: A tribute to the late Jonathan Mann. *The Journal of law, medicine & ethics*, 29(2), 121-130.
17. Kaufman, L. M. (2009). Data security in the world of cloud computing. *IEEE Security & Privacy*.
18. Katz, F. (Ed.). (2014). *Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico*. Princeton University Press.
19. King, P. (2013).» The ideology of order«: a comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes. Routledge.
20. L Colline (ed) Dicy & Morris (1992) »the conflict of laws stevees and sons« L.T.DLondon.

21. Markesinis, B. (2000). Judicial style and judicial reasoning in England and Germany. The Cambridge Law Journal, 59(2).
22. Merriam and Webster Dictionary: (2009). »police« means the department of government that keep public order and safely, enforce laws and detect and prosecute law breakers also, it means the members of this department.
23. Mike Feintuck, (2004). »The Public Interest in Regulation«. Oxford. Oxford.
24. Nowak, Manfred. (2009). UN covenant on civil and political rights: CCPR commentary. Strasbourg: Kehl: NP Engel.
25. Oya Ataman v. Turkey, (2007) Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly, Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Warsaw Poland, 00-251.
26. Robert and Collins Dictionary. (2007) »Faire la police« means to keep law and order.
27. Rothstein, B. O., & Teorell, J. A. (2008). What is quality of government? A theory of impartial government institutions. Governance, 21(2), 165-190.
28. ROUGET (D). (2000) Le Guide de La protection internationale des droits de l'homme, Paris, La pensée sauvage.
29. Şeker, G. (2009). Polislin kent güvenlik uygulaması ve yönetim modeli (Doctoral dissertation, DEÜ Sosyal Bilimleri Enstitüsü).
30. van Mill, D. (2017). Introduction. In Free Speech and the State. Palgrave Macmillan, Cham. Changer le contenu Et Valeur normative.
31. Waddington, P.A.J. (1994) Liberty and order: Public order policing in a capital city. London: UCL press.
32. Walker, S. (1977). A critical history of police reform. Lexington, MA: Lexington Books.
33. Waker David. M (1980), The Oxford Companion to Law.

ارزیابی آثار تقنینی رویکرد شورای نگهبان به حدود صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری

محمدرضا رفیعی*

محمدقاسم تنگستانی**

چکیده

پس از نظر تفسیری شورای نگهبان در مورد اصل ۱۷۰ قانون اساسی در سال ۱۳۸۳، به دلیل غلبه تفسیر لفظی در این شورا، حدود صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری به یکی از محورهای اختلاف مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان تبدیل شد. به علت اصرار مجلس بر برخی از مصوبات خود، پای مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز به این اختلاف باز شد که مجمع نیز تصمیمات بنیادینی را اتخاذ کرد. هدف این نوشتار، بررسی آثار رویکرد شورای نگهبان به حدود صلاحیت دیوان و گزینه‌های پیش‌روی مجلس و مجمع در مواجهه با رویکرد مذکور است. لازم به ذکر است که با وجود پژوهش‌هایی راجع به حدود صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری، درخصوص موضوع فوق پژوهش مستقلی انجام نشده است. این نوشتار، با روش توصیفی - تحلیلی، درصدد شناسایی و ارزیابی گزینه‌های فوق است. براساس یافته‌های این پژوهش، تعمیم صلاحیت دیوان عدالت اداری به تمامی دعاوی اداری، هرچند مطلوب است، اما مستلزم اصلاح قانون اساسی است و در وضعیت کنونی شاید به مصلحت نیز نباشد. در این صورت، با تصویب مجلس و تأیید مجمع، عدول از رویکرد شورای نگهبان و تعمیم صلاحیت دیوان عدالت اداری به موارد ضروری برشمردن شده در این نوشتار، گزینه موجه‌تری به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها:

دعای اداری، دادخواهی، قانون اساسی، قانونگذاری، مصلحت.

مقدمه

رویکرد شورای نگهبان (از این پس، شورا) در مورد حدود صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری (از این پس، دیوان)، به ویژه بر اساس نظر تفسیری این شورا راجع به اصل ۱۷۰ قانون اساسی که در ادامه به آن اشاره می‌شود و ایرادهای شورا در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (از این پس، مجلس) راجع به دیوان، دربردارنده محدودیت‌هایی بوده است و مجلس برخی از این محدودیت‌ها را پذیرفته است؛ اما در برخی موارد بر مصوبات خود اصرار ورزیده و حل اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام (از این پس، مجمع) واگذار شده است. مجمع نیز تصمیمات بینابینی را اتخاذ کرده است.

این نوشتار درصدد ارائه پاسخ به این پرسش اساسی است: با این فرض که شورا در مقام اظهارنظر راجع به مصوبه بعدی مجلس در مورد صلاحیت‌های دیوان (اعم از طرح یا لایحه و اصلاح قانون فعلی یا تصویب قانون جدید)، بر رویکرد پیشین خود پافشاری کند، مجلس و به تبع آن مجمع چه گزینه‌هایی پیش‌رو دارند؟ بدیهی است هرگونه قانونگذاری جدید درخصوص حدود صلاحیت‌های دیوان، مستلزم اطلاع دقیق از این گزینه‌ها و مزایا و معایب هر کدام از آنها است. ضمناً پاسخ این پرسش می‌تواند معیاری برای ارزیابی عملکرد پیشین این دو نهاد نیز به دست دهد.

هرچند مطلوب نویسندگان این مقاله، همچنان که بیان خواهد شد، تغییر رویکرد شورای نگهبان است، اما با مرور نظرات شورا، فرض پافشاری کلی شورا بر رویکرد پیشین خود، کاملاً محتمل بوده و درمقایسه با فرض تغییر رویکرد، محتمل‌تر به نظر می‌رسد. در زمینه پیشینه پژوهش، گرچه در نوشته‌هایی رویکرد شورا مورد انتقاد قرار گرفته و در موارد معدودی، راجع به عملکرد مجلس و مجمع مطالبی بیان شده است، اما تاکنون گزینه‌های پیش‌روی این دو نهاد شناسایی، دسته‌بندی و ارزیابی نشده است. این مقاله در پی تحقق این مهم است. شایان ذکر است برخی ایرادهای شورا نسبت به مصوبات مجلس راجع به قوانین دیوان، ناظر بر اموری غیر از صلاحیت‌های دیوان بوده که از قلمرو موضوعی این نوشتار، خارج است.

مقاله پیش‌رو با روش توصیفی - تحلیلی و در قالب چهار بند نگارش یافته است. ابتدا رویکرد شورا درخصوص حدود صلاحیت دیوان را در گذر زمان تبیین و ارزیابی می‌کنیم؛ سپس گزینه‌های پیش‌روی مجلس و بعد از آن، مجمع در برابر رویکرد مذکور بررسی خواهد شد و در انتها، چارچوب انتخاب گزینه(های) مرجح تبیین می‌گردد.

۱. تبیین رویکرد و ارزیابی آن

با توجه به هدفی که این نوشتار دنبال می‌کند، تبیین رویکرد شورا به حدود صلاحیت‌های دیوان و ارزیابی آن ضروری است. در ادامه به این مباحث می‌پردازیم.

۱.۱. محورهای رویکرد شورای نگهبان

شورای نگهبان به موجب اصل ۹۸ قانون اساسی اختیار تفسیر قانون اساسی را دارد و به موجب اصل ۹۴ تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی بر عهده این شورا است. با توجه به جایگاه نظرات تفسیری، این نظرات علاوه بر مجلس، برای شورای نگهبان نیز در مقام تطبیق مصوبات مجلس لازم‌الاتباع است و این شورا مکلف است از تأیید مصوبات مغایر نظرات تفسیری خودداری کند (راجی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۷: ۵۲۰). علاوه بر این، شورا در مقام تطبیق مصوبات می‌تواند براساس برداشت خود از اصول قانون اساسی، تطبیق را انجام دهد. این قسم نظرات برخلاف نظرات تفسیری لازم‌الاتباع نیست؛ گرچه قاعدتاً باید در موارد مشابه رعایت شود. با وجود مراتب فوق، باید اذعان داشت برداشت‌های نمایندگان مجلس و اعضای شورا از قانون اساسی در گذر زمان تغییر می‌کند؛ هر دو قاعدتاً باید سعی کنند که با توجه به مقتضیات زمان و با استفاده حداکثری از ظرفیت‌های قانون اساسی، برداشتی ارائه کنند که منطبق با شرایط روز باشد و البته مغایرت صریحی هم با قانون اساسی نداشته باشد.

با لحاظ مطلب پیش‌گفته و جمع‌بندی نظرات مختلف شورا، اعم از تأیید یا رد مصوبات مجلس، محورهای رویکرد شورا نسبت به صلاحیت دیوان در مورد شعب و هیأت عمومی، به تفکیک ذکر می‌شود:

۱.۱.۱. در مورد صلاحیت‌های شعب

با توجه به ارکان سه‌گانه دعاوی، رویکرد شورا به حدود صلاحیت شعب دیوان در ادامه تبیین می‌شود.

۱.۱.۱.۱. شاکی در دیوان

شورا نظر صریحی در خصوص شخصیت حقوقی شاکی در شعب دیوان ندارد. با این حال، نظر این شورا در مورد طرح اصلاح موادی از قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور،^۱ قابل توجه است. در بخشی از این نظریه چنین آمده است: «تبصره ماده ۴ در خصوص «شکایات»

۱. نظر شماره ۷۵/۲۱/۰۴۴۹ مورخ ۱۳۷۵/۰۲/۲۶

مغایر اصل ۱۷۳ قانون اساسی شناخته شد». در این تبصره چنین آمده بود: «گزارش‌های بازرسی... و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی که حاکی از تشخیص تخلف در موارد فوق‌الذکر باشد، جهت رسیدگی و صدور رأی به دیوان عدالت اداری ارسال می‌گردد...». لازم به ذکر است که برای رفع این ایراد، تبصره مذکور بدین نحو اصلاح شد: «... و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی غیردولتی که...». ایراد شورا در مصوبه فوق، به واژه «شکایات» نبوده است، بلکه امکان طرح شکایت توسط اشخاص حقوقی (به صورت مطلق، اعم از دولتی و غیردولتی) مغایر اصل ۱۷۳ دانسته شده است. با اضافه‌شدن قید «غیردولتی» به اصطلاح اشخاص حقوقی، از مصوبه مذکور رفع ایراد گردید.

در هر سه قانون دیوان،^۱ در ماده مربوط به تعیین صلاحیت شعب دیوان، از عبارت «اشخاص حقیقی یا حقوقی» استفاده شده است. به نظر می‌رسد بین مجلس و شورا و به تبع آن رویه قضایی^۲ توافق ضمنی وجود دارد مبنی بر اینکه اشخاص حقوقی مقید به اشخاص غیردولتی است. نظر پیش‌گفته شورا، با وجود ابهامش، می‌تواند مؤید این دیدگاه باشد.

۲.۱.۱.۱. طرف شکایت

شورا در مورد صلاحیت دیوان برای رسیدگی به شکایات علیه تصمیمات و اقدامات «وزارتخانه‌ها»، «مؤسسات دولتی» و «شرکت‌های دولتی» نظر مساعدی دارد؛ اما در مورد بقیه اشخاص حقوقی دارای کارکرد عمومی همچون مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی، نهادهای حرفه‌ای و صنفی و... نظر به عدم صلاحیت شعب دیوان دارد.

شورا قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ را بدون طرح ایراد خاصی در مورد صلاحیت دیوان تأیید کرده است.^۳ در ماده ۱۱ قانون فوق، علاوه بر «وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی» به صلاحیت دیوان برای رسیدگی به شکایات علیه تصمیمات و اقدامات «شهرداری‌ها و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آنها» و رسیدگی

۱. منظور، قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰، قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ و قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است که در سال ۱۳۹۰ به تصویب مجلس رسید و مجمع در سال ۱۳۹۲ نسبت به تعیین تکلیف موارد اختلافی اقدام نمود.

۲. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۳۷ تا ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، صرفاً مردم (اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی) می‌توانند در شعب دیوان به عنوان شاکی طرح دعوا کنند. هیأت عمومی بر مبنا و مطابق مفاد این رأی، آراء وحدت رویه متعددی صادر کرده است.

۳. نظرات شماره ۴۰۴۰ مورخ ۱۳۶۰/۹/۱۷ و شماره ۴۲۳۲ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۲.

به شکایات «... سایر مستخدمین واحدها و مؤسسات مذکور در بند ۱ و مستخدمین مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آنها محتاج ذکر نام است اعم از لشگری و کشوری از حیث تضییع حقوق استخدامی» نیز تصریح شده بود.

لازم به ذکر است که تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی از جمله نهادهایی که ذیل «وزارتخانه‌ها»، «سازمان‌ها و مؤسسات دولتی» و «شرکت‌های دولتی» قرار نمی‌گرفتند، «شهرداری‌ها» بودند (نک: نجابت‌خواه، ۱۳۹۰: ۷۹-۸۰). بعد از آن، «نهادهای انقلابی»^۱ نیز افزوده شدند. در قانون سال ۱۳۶۰، همچنان که گفته شد، به این دو دسته از نهادها نیز اشاره شده بود.

ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶^۲ تأسیس جدیدی را وارد نظام اداری و حقوقی ما نمود که «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» نامیده شد. تبصره این ماده، تعیین فهرست این نهادها را به تصویب قانون خاصی محول کرد. این قانون با عنوان «قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» در سال ۱۳۷۳ تصویب شد. پس از آن، این سؤال ایجاد شد که آیا دیوان در مورد دعاوی مطروحه علیه این نهادها نیز صلاحیت رسیدگی دارد یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال بود که طرح تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان ارائه شد.

شورا در مورد قانون تفسیر ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری در رابطه با قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، که به صراحت صلاحیت دیوان برای رسیدگی به شکایات علیه مؤسسات مذکور را به رسمیت شناخته است، ایرادی مطرح نمی‌کند. این در حالی است که صلاحیت دیوان نسبت به رسیدگی به شکایات علیه مؤسسات مذکور در قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵ و نیز ۱۳۹۰ مورد ایراد شورا قرار می‌گیرد. در مورد قانون مصوب ۱۳۸۵ با اصرار مجلس نسبت به شمول نظارت دیوان بر مؤسسات عمومی غیردولتی، مجمع با حذف مؤسسات عمومی غیردولتی و تصریح به صلاحیت دیوان نسبت به شهرداری‌ها و

۱. در ماده واحده لایحه قانونی عدم شمول مقررات قانون کار درباره کارکنان نهادهای انقلابی مصوب ۱۳۵۹/۴/۱۳، جهاد سازندگی، بنیاد شهید، نهضت سوادآموزی و بنیاد مسکن انقلاب اسلامی از مصادیق نهادهای انقلابی معرفی شده‌اند. به موجب تبصره ۲ آن: «نهادهای انقلابی به ارگان‌هایی اطلاق می‌گردد که بنا به نیاز دوران بعد از انقلاب اسلامی ایران (۲۲ بهمن سال ۱۳۵۷) به بعد با تصویب مراجع قانونگذاری بوجود آمده است».

۲. مفاد این ماده از این قرار است: «مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد، تشکیل شده و یا می‌شود».

نهادهای انقلابی، به قائله خاتمه داد.

در مصوبه سال ۱۳۹۰ مجلس راجع به قانون دیوان، توسعه صلاحیت دیوان نسبت به مؤسسات عمومی غیردولتی مغایر اصل ۱۷۳ تلقی می‌شود. مجلس با اصلاح عبارت وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی، به دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، سعی در رفع ایراد داشت؛ لکن با ایراد مجدد شورا و اصرار مجلس بر مصوبه خود، مجمع نظر به حذف عبارت «دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری» و ذکر عبارت وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و دو مصداق از نهادهای عمومی غیردولتی یعنی شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و نیز تصریح به عنوان نهادهای انقلابی می‌دهد.^۱ این تصمیم مجمع، با همان ایراد قانون قبلی مواجه شده است. (نک: مولاییگی، ۱۳۹۳: ۳۰ و همتی، ۱۳۹۵: ۱۲۲)

۳.۱.۱.۱. موضوع شکایت

در مورد دعاوی مسئولیت مدنی دولت، شورا به صلاحیت تام و تمام دیوان قائل نیست. در این خصوص مصوبه مجلس راجع به قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵، صلاحیت دیوان در رسیدگی و صدور حکم به جبران خسارات وارده توسط دستگاه‌های دولتی را به رسمیت شناخته بود که شورا به دلیل مغایرت با اصل ۱۷۳ قانون اساسی، نسبت به آن ایراد می‌کند. با حذف کل ماده مربوط به جبران خسارت، ایراد مذکور مرتفع می‌شود. مجمع با تصویب تبصره ۱ ماده ۱۱ صلاحیت دیوان را در خصوص «تصدیق خسارت» به رسمیت می‌شناسد، اما تعیین میزان خسارت را برعهده دادگاه عمومی می‌گذارد. در مصوبه سال ۱۳۹۰ مجلس راجع به قانون دیوان، مؤلفه «احراز وقوع تخلف» را جایگزین می‌سازد که مورد تأیید شورا نیز قرار می‌گیرد.^۲

در مورد سایر خواسته‌ها، شورای نگهبان، محدودیت مشخصی تجویز نکرده است. لازم به ذکر است که خروج دعاوی ناظر به قراردادهای اداری از حیطه صلاحیت‌های دیوان، به اتکاء آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان صورت گرفته است.^۳ با این حال، این پرسش

۱. هیأت عمومی دیوان در آراء وحدت رویه خود، صلاحیت دیوان را محدود به همین مصادیق دانسته است؛ ازجمله رأی شماره ۱۳۴۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۷.

۲. لازم به ذکر است که «تصدیق خسارت» و «احراز وقوع تخلف» ماهیت حقوقی متفاوتی دارند. نک: (جلالی و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۹).

۳. هیأت عمومی، آراء وحدت رویه متعددی صادر کرده که آراء شماره ۲۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۶ و شماره ۵۹ مورخ ۱۳۷۱/۴/۳۰ قابل ذکر است. برای ارزیابی انتقادی این رویه، نک: (مولاییگی، ۱۳۹۳: ۴۱-۳۸).

قابل طرح است که اگر مجلس این دعاوی را از صلاحیت دیوان خارج کند و یا برعکس، واکنش شورا چه خواهد بود؟

۲.۱.۱. در مورد صلاحیت هیأت عمومی در ابطال مصوبات

در مصوبه مجلس در مورد قانون مصوب ۱۳۶۰ تعبیر «آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها» آمده بود که از سوی شورا تأیید شد. پس از آن، نظر تفسیری شماره ۹۳۸۷/۳۰/۸۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱ ارائه می‌شود که به موجب آن، شورا «با توجه به قرینه «قوة مجریه» در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی مقصود از تعبیر «دولتی» در این اصل را قوه مجریه می‌داند.

شورا در مورد مصوبه سال ۱۳۸۵ مجلس راجع به قانون دیوان، توسعه صلاحیت دیوان نسبت به رسیدگی به شکایات علیه مصوبات مراجع غیر قوه مجریه را مغایر اصل ۱۷۳ قانون اساسی اعلام می‌کند.^۱ در بند ۱ ماده ۲۰ مصوبه اول مجلس راجع به قانون دیوان (مصوب ۱۳۸۵)، صلاحیت هیأت عمومی دیوان در زمینه ابطال مصوبات چنین مقرر شده بود: «رسیدگی به اعتراض اشخاص حقیقی یا حقوقی نسبت به تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و تصمیمات اداری و سایر مقررات و نظامنامه‌های صادره از قوای سه‌گانه، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی». شورا در نظر اول خود، این بند را «به جهت توسعه تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها به قوای دیگر غیر از قوه مجریه و نیز تسری آن به مؤسسات عمومی غیردولتی، مغایر اصل ۱۷۳ قانون اساسی» شناخت.

اصلاحات بعدی مجلس در مصوبه اولیه با تغییرات جزئی و البته تصریح به خروج رسیدگی به شکایات از تصمیمات نهادهای عالی سیاسی نظیر شورای نگهبان، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی و در عین حال حفظ عبارت «قوای سه‌گانه، نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی» همراه بود که در نهایت با ایراد مجدد شورا به مصوبه مذکور^۲ و اصرار مجلس بر مصوبه خود و ارسال مصوبه به مجمع، متن زیر به عنوان بند ۱ ماده ۲۰ قانون دیوان (مصوب ۱۳۸۵) به تصویب مجمع رسید: «رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از: آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون بودن آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و

۱. نظر شماره ۱۴۳۰۶/۸۴/۳۰ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۹.

۲. نظرات شماره ۸۵/۳۰/۱۴۹۲۸ مورخ ۱۳۸۵/۱/۲۴ و شماره ۸۵/۳۰/۱۵۸۸۴ مورخ ۱۳۸۵/۴/۱.

مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود». بدین ترتیب با اقدام مجمع و حذف عبارت قوای سه‌گانه و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی، قائله خاتمه یافت؛ اما مشخص نشد که چگونه می‌توان از مصوبات شهرداری‌ها که یکی از مصادیق مؤسسات عمومی غیردولتی هستند و به قوه مجریه هم وابستگی سازمانی ندارند، به هیأت عمومی دیوان شکایت کرد، اما امکان شکایت از مصوبات سایر مؤسسات عمومی غیردولتی و نیز مراجع غیر وابسته به قوه مجریه، به هیأت عمومی دیوان وجود ندارد! در بند ۱ ماده ۱۲ مصوبه سال ۱۳۹۰ مجلس راجع به قانون دیوان، «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها» در صلاحیت هیأت عمومی قرار گرفته بود. در تبصره ۲ این ماده چنین مقرر شده بود: «مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی در مواردی که خارج از حدود اختیارات و وظایف این شورا باشد، قابل شکایت و رسیدگی در هیئت عمومی دیوان است» و در تبصره ۳ چنین آمده بود: «مصوبات اداری قوه قضاییه و کلیه مصوبات سازمان‌های وابسته به آن قابل شکایت و رسیدگی در هیئت عمومی دیوان است». شورا تبصره ۲ را مغایر اصول ۵۷، ۱۷۰ و ۱۷۳ و تبصره ۳ را مغایر اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ اعلام کرد.^۱ درنهایت با حذف دو تبصره مذکور از سوی مجلس، ایرادهای یادشده مرتفع گردید.

شورا، در نظر پیشین، علاوه بر ایرادات پیش‌گفته، به کلیت ماده ۱۲ مصوبه چنین ایرادی وارد کرد: «نظر به اینکه صلاحیت و حدود و اختیارات دیوان به موجب مصوبه مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع محترم تشخیص مصلحت نظام به عنوان ماده (۱۳) و بند (۱) ماده (۲۰) به تصویب مرجع مرقوم رسیده است، کاهش یا افزایش صلاحیت دیوان بر موارد مذکور، مغایر اصل ۱۱۲ قانون اساسی می‌باشد». مجلس بر مصوبه خود اصرار کرد و درنتیجه حل اختلاف به مجمع محول شد. مجمع، متفاوت با مصوبه خود در مورد شعب، صلاحیت هیئت عمومی دیوان را برای رسیدگی به شکایات علیه مصوبات نهادهای عمومی غیردولتی تصویب کرد و درنتیجه صلاحیت هیئت عمومی در زمینه ابطال مصوبات، چنین شد: «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی».

۲.۱. ارزیابی رویکرد شورای نگهبان

با توجه به اهمیت رویکرد شورا به حدود صلاحیت شعب و هیأت عمومی دیوان، ارزیابی

۱. نظر شماره ۴۳۲۱۳/۳۰/۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۵/۲۵.

آن ضروری است. در ادامه و به اختصار، به محورهای مهم این بحث پرداخته می‌شود. لازم به ذکر است همچنان‌که خواهیم دید، برخی نویسندگان بین اصل ۱۷۰ و اصل ۱۷۳ قائل به تفکیک شده‌اند.

۱.۲.۱. نظرات موافق رویکرد شورای نگهبان

نظر تفسیری شورا در سال ۱۳۸۳، راجع به اصل ۱۷۰ قانون اساسی است. از نظر برخی نویسندگان، این عبارت که چنانچه آیین‌نامه‌های دولتی خارج از حدود اختیارات قوه مجریه باشد... حاکی از آن است که منظور از آیین‌نامه‌های دولتی، آیین‌نامه‌های قوه مجریه است و بر این اساس می‌توان گفت که منظور از دولت در این اصل، قوه مجریه است (استوارسنگری، ۱۳۹۸: ۲۸۹). افزون‌براین، موضوع ناظر به ابطال مقررات بوده و قانون اساسی به موجب اصل ۱۳۸ صلاحیت مقررات‌گذاری را صرفاً برای مقامات قوه مجریه تجویز کرده است. براساس این نظر، واگذاری صلاحیت تصویب مقررات به مقامات عالی قوه قضاییه یا قوه مقننه، خلاف منطق و هدف موردنظر واضعان قانون اساسی است (محمودی، ۱۳۸۴: ۳۹۹). هرچند نظر تفسیری شورا مربوط به اصل ۱۷۰ است و نه اصل ۱۷۳، اما الفاظ به‌کار رفته در اصل ۱۷۳ مشابه اصل ۱۷۰ مشابه بوده و بر این اساس، منظور از دولت در این اصل نیز قوه مجریه است. همچنین، در مقام تفسیر اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، باید این نکته را لحاظ کرد که با توجه به مفاد اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دیوان یک مرجع قضایی اختصاصی است و اصل بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری می‌باشد.

۲.۲.۱. نظرات مخالف رویکرد شورای نگهبان

در نقد رویکرد شورا نسبت به حدود صلاحیت دیوان گفته شده است که اصل ۱۷۰ در مقام بیان حدود صلاحیت دیوان نیست، بلکه تکلیف قضات را در مورد مقررات مخالف قانون بیان کرده است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶: ۱۶۶). همچنین تفسیر ادبی و منطقی این اصل، در صورتی قابل پذیرش هست که لوازم این امر از جمله انحصار تصویب آیین‌نامه به قوه مجریه نیز پذیرفته شود (محمودی، ۱۳۸۴: ۴۰۱). در عمل چنین نیست؛ به عبارتی، شورا در تفسیر خود اصل ۱۷۰ را به صورت مجرد و بدون توجه به سایر اصول قانون اساسی، به‌ویژه اصل ۱۷۳ که مبنای صلاحیت دیوان می‌باشد، در نظر داشته است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶: ۱۶۶).

رویکرد شورا موجه نیست چون هدف مقنن اساسی از ایجاد دیوان، صلاحیت‌بخشی به مرجعی جهت رسیدگی به دعاوی اشخاص از کلیه اشخاص برخوردار از اقتدار عمومی بوده

است. گرچه عمده دستگاه‌های اجرایی در قوه مجریه مستقر هستند، اما نمی‌توان قائل به حصر صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی علیه دستگاه‌های تابعه قوه مجریه شد.

در نهایت رویکرد شورا از این حیث دارای ایراد است که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دولت در مفهوم عام خود یعنی کل حاکمیت به کار رفته است؛ در این اصل هیچ قرینه و قیدی که مأمورین، واحدها و آیین‌نامه‌های مذکور را ناظر بر یکی از قوا دانسته باشد، وجود ندارد (استوارسنگری، ۱۳۹۸: ۲۸۰).

در مقام ارزیابی نهایی نظر تفسیری شورا راجع به اصل ۱۷۰ قانون اساسی، گفتنی است که هرچند مفاد این اصل، ارائه تفسیری غیر از تفسیر ابرازی شورا را دشوار نموده است، با این حال، این شورا می‌توانست با لحاظ دیگر اصول قانون اساسی، خود را از قید «قوه مجریه» برهاند.

۲. گزینه‌های پیش‌روی مجلس شورای اسلامی

برای بررسی گزینه‌های پیش‌روی مجلس، تفکیک بین دو مرحله بررسی اولیه طرح یا لایحه مربوط و بررسی ایرادهای شورا ضروری است. اگر مجلس ابتدا براساس رویکرد شورا اتخاذ تصمیم کند، نوبت به بررسی ایرادها نخواهد رسید. در این صورت، تنها گزینه مربوط، پذیرش و تعریف صلاحیت در چارچوب رویکرد شورا است؛ اما اگر چنین اتفاقی نیفتد و نوبت به بررسی ایرادها برسد، علاوه بر پذیرش، گزینه‌های دیگری نیز متصور است که در ادامه به آنها و نیز مزایا و ایرادهایشان اشاره می‌شود.

۱.۲. پذیرش رویکرد شورا

سراسر است‌ترین گزینه مجلس در قبال رویکرد شورا، پذیرش آن است که نتیجه آن، تعریف صلاحیت در چهارچوب این رویکرد است؛ همچنان که گفته شد این گزینه می‌تواند هم در مرحله بررسی اولیه محقق شود و هم در مرحله بررسی ایرادها.

یکی از مزایای این گزینه، وفاداری مجلس به قانون اساسی است. نمایندگان مجلس مکلف‌اند در چهارچوب قانون اساسی و با لحاظ محدودیت‌های تعریف‌شده در این قانون، اقدام به قانونگذاری نمایند. هرچند مجلس به موجب اصل ۱۱۲ قانون اساسی^۱ و به تبع آن

۱. در این اصل چنین آمده است: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و... تشکیل می‌شود».

ماده ۲۰۰ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی^۱، اجازه عدول از قانون اساسی را به‌دست آورده، اما این امر نافی وظیفه اساسی مجلس برای وفاداری به قانون اساسی نیست (اصول ۷۱ و ۷۲ قانون اساسی).^۲ نتیجه پذیرش رویکرد شورا، وفاداری به قانون اساسی است. چالش‌های ساختاری دیوان مثل تمرکز شعب در تهران، فقدان سازوکارهای قانونی لازم برای به‌کارگیری قضات آموزش‌دیده و مسلط در زمینه حقوق عمومی، رسیدگی‌های غیرحضوری، عدم توجه شایسته به مؤلفه‌های دادرسی اداری و نیز برخی از شاخصه‌های دادرسی عادلانه در قانون و چالش‌های کارکردی همانند غلبه رسیدگی‌های عجولانه، صدور آراء غیرمستدل، غیرمستند و متعارض باعث شده است که درمجموع رسیدگی دیوان به دعاوی اداری، دست‌کم، بر رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی ترجیح نداشته باشد. این امر تعریف صلاحیت‌های دیوان به میزان قدر متیقن و درنتیجه، گزینه پذیرش را موجه می‌سازد. ایراد مهم این گزینه، این است که درنتیجه آن، برخی اشخاص از حق دادخواهی محروم می‌شوند؛ با این توضیح که راجع به آن بخش از دعاوی اداری که در صلاحیت دیوان قرار ندارند، وضعیت دوگانه‌ای وجود دارد. راجع به شماری از آنها قانونگذار مرجع صالح برای رسیدگی را تعیین کرده است (به طور مشخص یا با تعابیری چون دادگاه صالح)، اما در مورد شماری دیگر، با سکوت قانون مواجه‌ایم. رویه قضایی برخورد دوگانه‌ای با این سکوت دارد. برخی از دادگاه‌های عمومی به اعتبار اصل ۱۵۹ قانون اساسی، خود را صالح به رسیدگی می‌دانند. ولی برخی دیگر، این سکوت را به فقدان امکان طرح دعوا تعبیر کرده‌اند. رأی وحدت رویه شماره ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور،^۳ مصداقی از رویکرد دوم است.

۱. در بخشی از ماده ۲۰۰ قانون مذکور چنین آمده است: «... در صورتی که مجلس با در نظر گرفتن حفظ مصلحت نظام همچنان بر رأی خود باقی باشد رئیس مجلس مصوبه مذکور را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌دارد...».

۲. در این زمینه گفته شده است که «صراحت اصول ۷۱ و ۷۲ قانون اساسی طرح و تصویب مصوباتی را که... با مصرات قانون اساسی مغایرت دارند، نفی کرده است... اصرار مجلس بر مصوبه خود و ارجاع آن به مجمع تنها زمانی ممکن است که مجلس براساس برداشت خود از قانون اساسی اقدام به تصویب مصوبه در چارچوب قانون اساسی کند...» نک: (راجی و ابریشمی‌راد: ۱۳۹۷: ۵۱۹).

۳. این رأی به استناد قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی و ماده ۲۴ قانون سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان مصوب ۱۳۷۴ رأی صادره از شورای انتظامی نظام مهندسی را قابل اعتراض در مرجع قضایی ندانسته است. صرف نظر از ایرادات بنیادی این رأی که مجال پرداختن به آن نیست، قابلیت تعمیم آن به موارد مشابه جای تأمل جدی دارد.

یکی دیگر از ایرادهای این گزینه این است که نتیجه آن، رسیدگی دادگاه‌های عمومی به بخشی از دعاوی اداری و دیوان به بخشی دیگر از این دعاوی است، این امر، با توجه به تفاوت مقررات آیین دادرسی و نیز قوانین ماهوی حاکم،^۱ باعث می‌شود که نظام قضایی در رسیدگی به دعاوی اداری دچار وضعیت متشتت و غیرمنسجمی شود. برای مثال، این فرض را در نظر بگیرید که کارگر دستگاه دولتی، در مرجع حل اختلاف کار طرح شکایت می‌کند. این مرجع به استناد یکی از آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری، کارگر را در بخشی از خواسته برحق می‌داند در این وضعیت، هر دو طرف دعوا (کارگر و کارفرما) به رأی مربوط معترض‌اند. مرجع رسیدگی به اعتراض کارگر، شعب بدوی دیوان عدالت اداری و مرجع رسیدگی به اعتراض کارفرمای دولتی، دادگاه‌های عمومی دادگستری است که الزام قانونی به تبعیت از رأی وحدت رویه مستند رأی مورداعتراض ندارد (با این فرض که سکوت قانون، مانع دادخواهی آنها نشود).

رسیدگی دادگاه‌های عمومی به بخشی از دعاوی اداری، صرف‌نظر از ایرادهای پیش‌گفته با چالش‌های دیگری نیز مواجه است. ازجمله اینکه این دادگاه‌ها، نوعاً تخصص و تجربه لازم برای رسیدگی به دعاوی نوعاً پیچیده اداری را ندارند.

۲.۲. عدول از رویکرد شورا

چنانچه مجلس گزینه پذیرش را موجه نداند، باید مسیر عدول را پیش گیرد. عدول می‌تواند به طرق مختلفی انجام شود. در ادامه به دو وضعیت شاخص آن می‌پردازیم.

۱.۲.۲. عدول ضروری

مجلس می‌تواند در مقام عدول، به قدر ضرورت اکتفا کند و تنها موارد ضروری را فراتر از رویکرد شورا، در صلاحیت دیوان قرار دهد. درخصوص موارد ضروری گزینه‌های مختلفی متصور است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

• دعاوی غیرقابل رسیدگی براساس مقررات آیین دادرسی مدنی؛ در حال حاضر رسیدگی‌های دیوان به برخی دعاوی اداری ازجمله دعاوی ابطال مصوبات، طبق قانون دیوان، بدون نیاز به طرح دعوا از سوی ذی‌نفع و توسط ارکان خاصی (هیأت‌های تخصصی و هیأت

۱. به طور خاص باید به این نکته اشاره شود که دادگاه‌های عمومی، الزامی به تبعیت از آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری ندارند، حال آنکه این آراء، بخش مهمی از نظام هنجاری حاکم بر دعاوی اداری را شکل می‌دهند.

عمومی) و به موجب ترتیباتی خاص (از جمله انتشار در روزنامه رسمی) انجام می‌شود. در رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی این سازوکارها نمی‌تواند رعایت شود؛

- دعاوی‌ای که با توجه به شخصیت شاکی، رسیدگی به آنها از صلاحیت دیوان خارج شده‌اند و در نتیجه، رسیدگی به این دعاوی در صلاحیت توأمان دیوان و دادگاه‌های عمومی قرار دارند^۱ (مثل دعاوی اعتراض اشخاص حقوقی حقوق عمومی به آراء مراجع شبه قضایی)؛
- اعتراض به آراء آن دسته از مراجع شبه قضایی که در صلاحیت دیوان قرار ندارند و قانونگذار مرجع دیگری را نیز تعیین نکرده است. مثل شورای انتظامی نظام مهندسی؛
- دعاوی‌ای که دیوان برای رسیدگی به آنها دارای تجربه و تخصص است (مثل دعاوی استخدامی)؛

• دعاوی علیه نهادهای عمومی غیردولتی؛ به جهت اینکه این نهادها از جمله دستگاه‌های اجرایی هستند؛

• دعاوی علیه شهرداری‌ها، سازمان تأمین اجتماعی و نهادهای انقلابی: تبعیت از سوابق تقنینی مربوط و نیز اهمیت این نهادها می‌تواند شمول صلاحیت دیوان به آنها را موجه سازد.

در باب مزیت این گزینه باید گفت که هرچند، همچنانکه گفته شد، مجلس اجازه عدول از قانون اساسی را دارد، اما باید به قدر متیقن اکتفا کند که این امر با این گزینه محقق می‌شود. همچنین، برخلاف دادگاه‌های عمومی که نوعاً تخصص و تجربه لازم برای رسیدگی به دعاوی نوعاً پیچیده اداری را ندارند، به موجب این گزینه، دیوان به صورت تخصصی و متمرکز به دعاوی مربوط رسیدگی می‌کند.

براساس مطالب پیش گفته، این گزینه، مغایر وظیفه اساسی مجلس دائر بر وفاداری به قانون اساسی است و اصولاً تبعیض بین دعاوی اداری قابل دفاع به نظر نمی‌رسد و اینکه بنا را بر ترجیح رسیدگی دیوان به موارد ضروری گذاشته که قابل مناقشه است. دو ایراد ایجاد خدشه در انسجام نظام قضایی و دشواری‌های رسیدگی دادگاه‌های عمومی به دعاوی مربوط که پیشتر به آنها اشاره شد نیز درخصوص این گزینه نیز مصداق دارد.

۱. البته در مورد بخشی از این دعاوی، همچنان که پیشتر گفته شد، صلاحیت دادگاه‌های عمومی برای رسیدگی به آنها محل تردید است.

۲.۲.۲. عدول کامل

مجلس می‌تواند در صورت عدم پذیرش رویکرد شورا، قاطعانه‌ترین اقدام متصور را انجام دهد و صلاحیت دیوان را به تمامی دعاوی اداری تعمیم دهد.^۱ اما منظور از تمامی دعاوی اداری چیست؟ گسترده‌ترین قرائت از این دعاوی، به اجمال، بدین نحو قابل صورت‌بندی است:

- ناظر به موضوع خواسته: دعاوی اداری ناظر به اعمال اداری^۲ (اعم از یک‌جانبه یا دوجانبه) است که این اعمال از اعمال تقنینی و قضایی متمایز است. همچنین دعاوی ناظر به آن دسته از اعمال اداره که براساس قواعد حقوق خصوصی انجام شده‌اند، از شمول دعاوی اداری خارج‌اند. افزون‌براین، باید حساب خواسته‌های غیراداری (کیفری، انتظامی و حقوقی) ناظر به اعمال اداری را از خواسته‌های اداری (ابطال، الزام، منع و...) جدا کرد.

- ناظر به شاکی: تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی (اعم از خصوصی و عمومی) می‌توانند اقدام به طرح دعاوی اداری کنند.

- ناظر به طرف شکایت: تمامی نهادهای برخورداری از اقتدار عمومی، از جمله دستگاه‌های اجرایی، نهادهای حرفه‌ای و صنفی و حتی نهادهای خصوصی متولی امور (کالاها و خدمات) عمومی^۳ می‌توانند طرف شکایت قرار گیرند.^۴ علاوه‌براینها دعاوی مربوط به دوره زمانی دولتی بودن واحدهای خصوصی شده نیز جزء دعاوی اداری قرار می‌گیرند.

۱. برای مطالعه استدلال‌های شایسته در باب قابلیت قانون اساسی جهت تعمیم صلاحیت دیوان عدالت اداری به تمامی دعاوی اداری، نک: (آقایی‌طوق و لطفی، ۱۳۹۸: ۳۰۵-۳۰۱).

۲. درخصوص خواسته‌های کیفری می‌توان به دعاوی فصل دهم قانون مجازات اسلامی (تقصیرات مقامات و مأمورین دولتی) اشاره کرد. خواسته‌های انتظامی، رسیدگی به تخلفات اداری یا انتظامی کارکنان نهادهای عمومی است. ازجمله خواسته‌های حقوقی (مدنی)، مطالبه خسارات دادرسی ناشی از طرح دعاوی اداری قابل اشاره است.

۳. درخصوص چپستی کالاها و خدمات عمومی و جایگاه آنها در نظام حقوقی ما، نک: (پروین و دیگران، ۱۳۹۸: ۵۹-۶۶).

۴. اگر یک دانشجوی دانشگاه دولتی، به استناد مصوبه وزارتی اخراج شود، مرجع صالح برای رسیدگی به اعتراض این دانشجو، دیوان عدالت اداری است. اگر یک دانشجوی دانشگاه خصوصی، به استناد همین مصوبه اخراج شود، آیا نباید مرجع صالح برای رسیدگی به اعتراض این دانشجو نیز دیوان عدالت اداری باشد؟

بررسی سوابق تقنینی موضوع حاکی از آن است که عملکرد مجلس در برخی دوره‌ها، به گزینه عدول کامل نزدیک بوده که البته به علت ایراد شورا نافرجام مانده است. ازجمله، بند ۶ ماده ۱۳ مصوبه اولیه مجلس در مورد قانون دیوان (مصوب ۱۳۸۵) یکی از صلاحیت‌های شعب دیوان را «رسیدگی به شکایات راجع به تصمیمات و مصوبات و آراء قطعی دانشگاه آزاد اسلامی و سایر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی غیرانتفاعی... و سازمان‌های اداری حرفه‌ای از قبیل سازمان نظام پزشکی و سازمان نظام مهندسی» اعلام کرده بود.^۱ پیشتر گفته شد که در حال حاضر، بخشی از دعاوی اداری که خارج از صلاحیت دیوان هستند، از سوی دادگاه‌های عمومی نیز استماع نمی‌شوند. گسترش صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری، این ایراد را رفع و حق دادخواهی اشخاص موضوع این دعاوی را تضمین می‌کند.

دیگر مزیت این گزینه این است که گسترش صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری، رسیدگی تخصصی و متمرکز دیوان به تمامی دعاوی اداری را موجب می‌شود. در نتیجه پذیرش این گزینه، دیوان به صورت تخصصی و متمرکز به تمامی دعاوی اداری رسیدگی خواهد کرد. این مهم فرصتی را فراهم می‌آورد تا شاهد ارتقای عدالت اداری در کشورمان باشیم. این امر به سردرگمی‌های موجود در خصوص صاحت دیوان نیز خاتمه خواهد داد.

از جمله ایرادهای این گزینه، این موضوع است که، صرف نظر از رویکرد شورا، نمی‌توان به برخی از نهادهایی که اعمال اداری را انجام می‌دهند و بنا به نظر فوق، دعاوی علیه آنها، دعاوی اداری تلقی می‌شود، عنوان «دولت» را اطلاق کرد.^۲ براین اساس، توسعه صلاحیت دیوان نسبت به دعاوی مذکور با ایراد مغایرت با قانون اساسی مواجه است. در وضعیت فعلی نیز با توجه محدودیت تعداد قضات و چالش‌های ساختاری دیوان، افزایش شمار دعاوی مطرح در دیوان، اطالۀ رسیدگی و مهم‌تر از آنها کاهش دقت و صحت آراء را به همراه خواهد آورد.

۱. حکم مذکور، در ماده ۲۰ مصوبه مجلس راجع به صلاحیت هیأت عمومی دیوان تکرار نشده است. با توجه به تصریح به عبارت «تصمیمات و مصوبات» در ابتدای بند ۶ ماده ۱۳ فوق، به نظر می‌رسد مجلس در نظر داشته شعب دیوان هم به شکایات علیه تصمیمات و نیز مصوبات نهادهای حرفه‌ای رسیدگی کنند؛ حکمی که البته قابل تأمل به نظر می‌رسید.

۲. یکی از نویسندگان، به درستی تحقق وضعیت مطلوب نظام عدالت اداری را مستلزم اصلاح اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی دانسته است. نک: (همتی، ۱۳۹۵: ۱۱۳).

ایراد دیگر وارد بر این گزینه این است که دعاوی اداری همچون دیگر مفاهیم، هسته سختی دارد که هرچه از آن فاصله بگیریم، شناسایی مصادیق دشوار می‌شود. به‌ویژه تفکیک اعمال اداری از سایر اعمال اداره که مشمول قواعد حقوق خصوصی هستند و همین‌طور، تفکیک خواسته‌های اداری از غیراداری همیشه آسان نیست. به علاوه، امور عمومی و امور غیرعمومی مرز قاطعی ندارند. ابتدای صلاحیت دیوان بر تعریفی کلی از دعاوی اداری، این ابهامات را در پی دارد.

۳. گزینه‌های پیش‌روی مجمع

در صورت پذیرش رویکرد شورا از سوی مجلس، نقش‌آفرینی مجمع منتفی خواهد بود؛ اما در غیر این صورت (عدم تأمین کامل نظرات شورا توسط مجلس و اصرار مجلس بر مصوبه خود)، مجمع باید مداخله کند. در ادامه به گزینه‌های متصور می‌پردازیم.

۱.۳. پذیرش رویکرد شورا

همانند مجلس، سراسر است‌ترین گزینه مجمع در قبال رویکرد شورا، پذیرش آن است که نتیجه آن، حل اختلاف در چهارچوب این رویکرد است.

هرچند مجمع به موجب اصل ۱۱۲ قانون اساسی اجازه عدول از قانون اساسی را به دست آورده است، اما، با توجه به جایگاه قانون اساسی، این امر نافی وظیفه اصولی مجمع برای وفاداری به قانون اساسی نیست. به دیگر سخن، تشخیص مصلحت نظام از سوی مجمع نباید به بهای بی‌توجهی این نهاد به قانون اساسی صورت گیرد.^۱ نتیجه پذیرش رویکرد شورا، وفاداری به قانون اساسی است. همچنین ممکن است گفته شود پذیرش رویکرد شورا می‌تواند علاوه بر وفاداری به قانون اساسی، اقدامی موافق مصلحت نیز تلقی شود. با این توضیح که براساس مطالب پیش‌گفته، رسیدگی دیوان به دعاوی اداری خارج از صلاحیت آن، اگر مضر نباشد، مزیت قابل‌توجهی نیز به همراه ندارد و رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی، اگر مفید نباشد، ضرر جدی هم ندارد.

اگر براساس مطالب پیش‌گفته، به ضرورت رسیدگی دیوان به دعاوی اداری خارج از صلاحیت آن و نیز دشواری‌های رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی، قائل باشیم، آنگاه پذیرش رویکرد شورا اقدامی خلاف مصلحت خواهد بود.

۱. گفته شده است که «هدف از تشکیل مجمع، ایجاد ابزاری برای نقض اصول قانون اساسی نبوده است» نک: (راجی و ابریشمی راد: ۱۳۹۷: ۵۲۱).

۲.۳. پذیرش عدول ضروری

از دیگر گزینه‌های پیش‌روی مجمع این است که چنانچه مجلس رویکرد عدول ضروری را محقق کرده است، مجمع آن را بپذیرد و در نتیجه مصوبه مجلس را عیناً تأیید کند. هرچند مجمع به موجب اصل ۱۱۲ اجازه عدول از قانون اساسی را به دست آورده، اما باید به قدر متیقن اکتفا کند و تا حد امکان به قانون اساسی وفادار بماند که این امر، با این گزینه محقق می‌شود. همچنین با توجه به ضرورت رسیدگی دیوان به موارد ضروری برشمرده شده و نیز دشواری‌های رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی، مصلحت نیز اقتضای پذیرش عدول ضروری و تأیید مصوبه مجلس را دارد. البته براساس مطالب پیش گفته، این گزینه مغایر وظیفه مجمع دائر بر وفاداری به قانون اساسی است.

۳.۳. پذیرش عدول کامل

یکی دیگر از گزینه‌های پیش‌روی مجمع این است که چنانچه مجلس رویکرد عدول کامل را محقق کرده است، مجمع آن را بپذیرد و نتیجه نیز این خواهد بود که مصوبه مجلس عیناً تأیید می‌شود. اگر به ضرورت تعمیم صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری قائل باشیم، این گزینه می‌تواند موافق مصلحت باشد؛ اما با توجه به مطالب پیش گفته، توسعه صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری، با ظاهر اصول ۱۷۳ و ۱۷۰ قانون اساسی انطباق کامل ندارد و لذا ایراد مغایرت با قانون اساسی را به همراه دارد. افزون‌براین، اگر عدول از رویکرد شورا، در حد دعاوی ضروری قابل دفاع باشد، این گزینه مخالف مصلحت خواهد بود.

۴.۳. پذیرش بخشی از عدول مجلس

یکی دیگر از گزینه‌های پیش‌روی مجمع این است که خواه عدول مجلس کامل باشد یا خیر، تعمیم صلاحیت دیوان را صرفاً در خصوص بخشی از موارد مصوب مجلس تأیید کند. با این توضیح که تعمیم صورت گرفته از سوی مجلس تماماً تأیید نشود و صرفاً بخشی از آن، موافق مصلحت دانسته شود.^۱

همچنان که گفته شد، هرچند مجمع به موجب اصل ۱۱۲ اجازه عدول از قانون اساسی

۱. عملکرد مجمع در مورد دو قانون اخیر دیوان، صرف‌نظر از ایرادات وارد بر آن، ذیل این گزینه قرار می‌گیرد.

را به دست آورده است، اما باید به قدر متیقن اکتفا کند و به صورت حداکثری به قانون اساسی وفادار بماند که با این گزینه محقق می‌شود. همچنین اگر عدول از رویکرد شورا، در حد دعاوی ضروری قابل دفاع باشد، این گزینه موافق مصلحت خواهد بود؛ اما اگر به ضرورت تعمیم صلاحیت دیوان به شرح مصوب مجلس قائل باشیم، این گزینه می‌تواند مخالف مصلحت باشد.

۴. چهارچوب نظری انتخاب گزینه (های) مرجع

۱.۴. تمایز دعاوی اداری از سایر دعاوی

هرچند تفکیک دقیق دعاوی اداری از سایر دعاوی دشوار است، اما به لحاظ وجود رابطه نابرابر بین طرفین دعوا که ناشی از اعمال اقتدارات عمومی است و نیز خواسته‌های مشخص اداری، باید حساب این قسم دعاوی را از سایر دعاوی جدا کرد.

لازم به ذکر است ضرورتی ندارد که یک طرف این رابطه نابرابر، اشخاص غیردولتی باشد. ممکن است بین دو شخص حقوقی حقوق عمومی هم دعوایی شکل گیرد که مبتنی بر رابطه نابرابری باشد؛ به‌طورمثال، یکی مؤدی مالیات (مثل شرکت‌های دولتی) و دیگری دریافت‌کننده مالیات باشد (سازمان امور مالیاتی کشور) یا یکی کارفرما و دیگری ناظر بر رابطه کار باشد. در این موارد دعاوی مربوط، اداری خواهند بود.

۲.۴. ضرورت رسیدگی افتراقی به دعاوی اداری

هرچند مقررات آیین دادرسی مدنی (قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، قانون اجرای احکام مدنی و...) برای دعاوی اداری، حکم «مقررات مادر» را دارند،^۱ اما رسیدگی به این دعاوی، بنا به ماهیت متمایز آنها، در مواردی اقتضای رسیدگی خاص را

۱. ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و تکرار بسیاری از مواد قانون آیین دادرسی مدنی در قانون مذکور، موید این ادعاست. لازم به ذکر است که جایگاه مادری و تکمیلی قانون آیین دادرسی مدنی در دیگر نظام‌های حقوقی نیز قابل مشاهده است. به‌طور مثال، در خصوص اسپانیا، نک: (غمامی و محسنی: ۱۳۹۶: ۱۹).

البته اشاره به این نکته ضروری است که برخی نویسندگان بر این باورند که به اقتضای استقلال حقوق اداری (استقلال در قواعد و رسیدگی‌ها)، در موارد سکوت «در وهله نخست و به صورت خودکار، قواعد حقوق خصوصی اعمال نمی‌شود بلکه پیش از [آن] ... سایر قواعد حاکم بر نظام اداری ... مدنظر قرار می‌گیرد...» نک: (آقای طوق و لطفی، ۱۳۹۸: ۳۳-۳۲).

دارد. ازجمله این موارد، می‌توان به دخالت عنصر منافع عمومی و تبعاً ضرورت ارائه برداشت متناسب از ذی‌نفع در طرح دعوا (نسبت به دعاوی حقوقی)، محدودیت‌های ارائه اسناد و مدارک مربوط به دعوا توسط شکات، تفاوت‌های ناظر به بار و ادله اثبات و برخی تفاوت‌ها در نظام اجرای احکام اشاره کرد.

۳/۴. دیوان عدالت اداری، تأسیس اساسی برای رسیدگی به دعاوی اداری

حتی اگر تأسیس دیوان، مبتنی بر درک مشخص و دقیقی از دعاوی اداری نبوده باشد، اما این واقعیت نیز قابل‌انکار نیست که هدف فی‌الجمله تأسیس دیوان، رسیدگی به دعاوی اداری بوده است.

۴/۴. ضرورت حقوقی رسیدگی دیوان به تمامی دعاوی اداری

بر مبنای سه گزاره قبلی، می‌توان بر این گزاره پای فشرد که با توجه به همسانی این دعاوی و ضرورت رسیدگی همسان به آنها، هرگونه تفکیک و تمایز بین دعاوی اداری، از حیث مرجع رسیدگی، ناموجه می‌باشد و از حیث حقوقی و فارغ از الزامات قانون اساسی، رسیدگی دیوان به تمامی دعاوی اداری ضرورت دارد؛ مگر اینکه دلایل موجهی برای مستثنا کردن بخشی از دعاوی اداری ارائه شود.

۵/۴. امکان دفاع از گزاره قبل، از موضع قانون اساسی

ظاهر اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ و برخی دیگر از اصول قانون اساسی (ازجمله اصل ۱۵۹) تعمیم صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری را دشوار می‌سازد. با این حال، تفسیر غایت‌گرا از این اصول راهی باز می‌کند تا تعمیم صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری را مغایر قانون اساسی ندانیم.

۶/۴. امکان دفاع از گزاره چهارم، از موضع مصلحت

اگر گزاره پنجم قابل دفاع نباشد، با تصریح به این موضوع که اصولاً نباید از سوی قانونگذار عادی تعرضی به قانون اساسی صورت گیرد، اما می‌توان بنا به تجویز اصل ۱۱۲ قانون اساسی، رسیدگی دیوان به تمامی دعاوی اداری را به لحاظ مزیت‌های مترتب بر آن و نیز دشواری‌های رسیدگی دادگاه‌های عمومی به این دعاوی، مطابق مصلحت دانست؛ البته ممکن است شمول صلاحیت دیوان فقط به بخشی از دعاوی اداری و نه تمامی آنها موافق مصلحت باشد. با این توضیح که ضرورتی برای شمول صلاحیت به آن دسته از دعاوی اداری

که دادگاه‌های عمومی بدون خدشه در انسجام نظام قضایی، به آنها رسیدگی می‌کنند وجود ندارد.^۱ در این صورت، موارد ضروری که باید در صلاحیت دیوان قرار گیرند، عبارت‌اند از: دعاوی علیه نهادهای عمومی غیردولتی (اعم از موردی و ابطال مصوبات)، دعاوی ابطال مصوبات نهادهای حرفه‌ای و صنفی و نهادهای متولی امور عمومی، دعاوی اعتراض اشخاص حقوقی حقوق عمومی به آراء مراجع شبه‌قضایی و دعاوی اعتراض به آراء مراجع شبه‌قضایی که درخصوص مرجع رسیدگی به آنها با سکوت قانون مواجه‌ایم.

۷.۴. تعریف مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی مسئولیت

دعاوی مسئولیت مدنی (مبتنی بر تقصیر) ناشی از اعمال اداری نیازمند تأمل ویژه است. اینکه آیا این دعاوی را باید اداری-حقوقی یا تماماً اداری دانست، پاسخ آسانی ندارد. اگر این دعاوی را تماماً اداری بدانیم، رسیدگی به سه مؤلفه این دعاوی (ورود ضرر، تقصیر و رابطه سببیت) در صلاحیت دیوان خواهد بود که البته در این صورت، به لحاظ تمرکز شعب دیوان در تهران، رسیدگی این شعب با دشواری‌های همراه خواهد بود. اما اگر این دعاوی را اداری-حقوقی تلقی کنیم، باید رسیدگی به مؤلفه تقصیر، به شعب دیوان و دو مؤلفه دیگر به دادگاه‌های عمومی واگذار شود.^۲

نتیجه

۱. وضعیت رسیدگی به دعاوی اداری در کشور ما، درمجموع قابل دفاع به نظر نمی‌رسد. از یک سو، بخشی از این دعاوی از حیطه صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج مانده‌اند که برخی از آنها توسط دادگاه‌های عمومی و براساس قوانین شکلی و ماهوی مورد عمل این دادگاه‌ها رسیدگی می‌شود و برخی دیگر، به علت سکوت قانون و آراء وحدت رویه‌ای چون شماره ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرند. از سوی دیگر، کارنامه دیوان عدالت اداری، به علت برخی چالش‌های ساختاری و کارکردی آن، به‌ویژه در حوزه شعب، با وضعیت مطلوب فاصله دارد. با این حال، تحقق برخی آرمان‌های قضایی مورد تأکید قانون اساسی، ازجمله «ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه» (بند ۱۴ اصل ۳)، مستلزم رسیدگی شایسته دیوان عدالت اداری به تمامی دعاوی اداری است.

۱. می‌توان دعاوی ناشی از قراردادهای اداری را از جمله مصادیق این دعاوی دانست.

۲. یکی از نویسندگان از ضرورت صلاحیت کامل دیوان در مورد این دعاوی دفاع کرده است: نک: (آقای طوق، ۱۳۹۸). لازم به ذکر است اگر به مرکب بودن این دعاوی قائل باشیم و آنها را بسیط بدانیم، آنگاه می‌توان دادرسی ناظر به احراز ورود ضرر و رابطه سببیت را حقوقی دانست.

۲. تغییر رویکرد شورای نگهبان نسبت به حدود صلاحیت دیوان براساس قانون اساسی حسب عوامل مختلفی از جمله تغییر ترکیب اعضاء شورا، آگاهی آنها از ایرادها و انتقادات وارد بر نظرات پیشین این شورا و یا تبعات آنها و نیز ارائه تفاسیر غایت‌گرا از اصول مربوط قانون اساسی ممکن است. البته شاید انتظار تغییر رویکرد شورا به‌نجوی که تمامی دعاوی اداری (به کیفیت پیش‌گفته) را در برگیرد، چندان واقع‌بینانه نباشد، با این حال، می‌توان انتظار داشت این شورا، دست‌کم، نهادهای عمومی غیردولتی را مشمول اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی بداند. در مقام دفاع از این ایده، می‌توان گفت آنچه باعث شده است این نهادها از حیطه صلاحیت دیوان خارج شوند، عمدتاً از نام‌گذاری آنها ناشی می‌شود. اگر قانونگذار از قید «غیردولتی» در عنوان آنها استفاده نمی‌کرد، احتمالاً آن نظر تفسیری از سوی شورا صادر نمی‌شد. ضمن اینکه ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، ناظر به ماده ۳ همان قانون، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی را در شمار دستگاه‌های اجرایی قلمداد کرده است.

۳. هرچند تعمیم صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری می‌تواند مطلوب‌ترین اقدام مجلس باشد، با این حال، به نظر می‌رسد این گزینه مستلزم اصلاح قانون اساسی است و در وضعیت کنونی شاید به مصلحت نیز نباشد. در این صورت، عدول مجلس از رویکرد شورای نگهبان در حد دعاوی ضروری برشمرده شده در این نوشتار، موجه به نظر می‌رسد.

۴. جایگاه مجمع براساس قانون اساسی، ظرفیتی را ایجاد کرده که بتوان تا حدودی به پذیرش رویکرد مجلس نسبت به صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعاوی ضروری فوق، امیدوار بود. سابقه تقنینی وضع قوانین مربوط به دیوان حاکی از آن است که مجمع در مواردی نظرات مجلس را موافق مصلحت تشخیص داده است؛ البته همچنان که گفته شد، عملکرد مجمع، در مجموع قابل دفاع نمی‌باشد.

۵. در هر حال، برای رسیدگی شایسته دیوان عدالت اداری تمهید الزامات حقوقی و مدیریتی مربوط (از جمله تدوین یک قانون مناسب برای دیوان، توسعه کمی و کیفی آموزش قضات در زمینه حقوق عمومی و ایجاد تدریجی شعب دیوان در استان‌ها) ضروری است.

۶. در صورت محقق نشدن گزینه تعمیم صلاحیت دیوان به تمامی دعاوی اداری، رسیدگی دادگاه‌های عمومی به تمامی دعاوی خارج از صلاحیت دیوان، با لحاظ حداکثری ترتیبات دادرسی مقرر برای دیوان ضروری است.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی (۱۳۹۸)، حقوق اداری (۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲. استوارسنگری، کورش (۱۳۹۸)، دولت حقوقی، تهران، نشر میزان.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، (۱۳۸۶)، حقوق اداری، تهران، نشر میزان، جلد اول.
۴. غمامی، مجید و حسن محسنی (۱۳۹۶)، آیین دادرسی فراملی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. مولایی، غلامرضا (۱۳۹۳)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل و جاودانه.
۶. نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۰)، قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران، جنگل و جاودانه.

ب. مقاله‌ها

۷. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «تحلیل تاریخی بر دوگانگی فرآیند رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۲۱، شماره ۶۲، صص ۲۴۳-۲۶۵.
۸. پروین، خیراله و دیگران (۱۳۹۸)، «حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری در دعاوی خصوصی‌سازی خدمات و کالاهای عمومی»، فصلنامه حقوق اداری، سال ۷، شماره ۲۱، صص ۸۰-۵۷.
۹. جلالی، محمد و دیگران (۱۳۹۶)، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۱، شماره ۹۹، صص ۱۱۲-۸۵.
۱۰. راجی، سیدمحمد هادی و محمدامین ابریشمی‌راد (۱۳۹۷)، «تأملی بر حدود صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در تأیید مصوبات مغایر با قانون اساسی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۳، صص ۵۲۳-۵۰۷.
۱۱. محمودی، جواد (۱۳۸۴)، «تأملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی، سال ۳، شماره ۵، صص ۴۰۵-۳۸۷.
۱۲. همتی، مجتبی (۱۳۹۵)، «حق دسترسی به دادگستری در دیوان عدالت اداری با نگاهی به نظرات شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۶، صص ۱۲۸-۱۰۳.

واکاوی مفهوم و جایگاه صلاحیت تفسیری قاضی در حقوق عمومی به مثابه صلاحیت مقام عمومی

محمد حسنونند *

مرضیه سبینی سلمانی **

مهدی حسنونند ***

چکیده

به هنگام صحبت از تفسیر قانون توسط دادرسان، به ضرورت تفسیر، مبانی و اشکال آن فراوان پرداخته شده است. هدف این نوشتار اما پرداختن به مفهوم صلاحیت تفسیری قاضی، به مثابه صلاحیت اعطاشده به یک مقام برخوردار از اختیارات حاکمیتی است؛ بنابراین مسئله اصلی نوشتار چپستی این صلاحیت و تعیین خاستگاه و جایگاه آن در بین اشکال صلاحیت مقامات عمومی به عنوان «صلاحیت» و «اختیار» یک کارگزار عمومی است. اینکه این صلاحیت در کدام یک از اشکال صلاحیت تقنینی یا اجرایی جای می گیرد، منشأ نظرات فراوانی بوده است که در این مقاله تلاش شده از رهگذر مطالعه این نظرات و نیز قوانین و آراء موجود پاسخی درخور به پرسش پژوهش داده شود. در میان دو شکل اصلی اعمال حاکمیت، تفسیر قضایی را نمی توان تقنین پسینی دانست؛ چه آنکه نسبی و محدود بودن آثار تفسیر قضایی به اصحاب دعوی وصف عام الشمولی را از قاعده قضایی سلب می کند و نیز قبح عقاب بلایان، نقض تفکیک قوا و سپردن تقنین به یک مقام انتصابی مانع از پذیرش چنین دیدگاهی می گردد. اگر کارویژه دادرسی را همان اعمال یا اجرای قوانین بدانیم تفسیر، جزء جدایی ناپذیر اجرای قانون است که زمینه اجرای واقعی آن را فراهم می کند.

کلیدواژه ها:

صلاحیت اجرایی، صلاحیت تخییری، صلاحیت تفسیری، صلاحیت تقنینی، قاضی.

*. دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، قاضی دیوان عدالت اداری، مدرس دانشگاه شاهد تهران

malr.journal@gmail.com

** دانش آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، مدرس دانشگاه علم و فرهنگ تهران

msalmanisiboni@ut.ac.ir

ma_hasanvand@yahoo.fr

***. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی

مقدمه

ماهیت در حال دگرگونی روابط اجتماعی که قانون اصولاً برای تنظیم آنها پا به عرصه وجود نهاده است؛ منجر به پیشی گرفتن آنها از متون قانونی می‌شود. در اینجا قانون نمی‌تواند نسبت به وضعیت‌های جدید به‌وجودآمده واکنش مناسب داشته باشد و به‌نوعی با ایراد فقدان جامعیت روبه‌رو می‌گردد. اینجاست که تفسیر می‌تواند گامی در جهت تطابق قانون با تحولات جدید و پاسخگویی مناسبی به آنها باشد. مسائل مستحدث با اتکای صرف به قانون حل نمی‌شوند و فن تفسیر، ماهیت مشکل‌زای این موارد را چاره‌اندیشی می‌کند. از سوی دیگر کارکرد نهایی قانون و به‌نوعی نمود بارز آن، حل تعارضات و تراحماتی است که در جامعه و میان افراد رخ می‌دهد. در مواردی که قانون دچار نقصان و کمبود یا ابهام و تعارض است اعمال کارکرد ویژه آن، مستلزم بهره‌گیری از تفسیر توسط قضات است. عامل توجیه‌کننده دیگر تفسیر، ضرورت صدور حکم است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۷) از کهن‌ترین دوران تاریخ، مفهوم قضاوت با عدالت پیوند داشته است تاحدی که، قضاوت را هنر دادگری دانسته‌اند. (Perelman, 1978:7) وظیفه قاضی برپاداشتن عدالت است و کوشش بر این است که، حق به حق‌دار برسد^۱؛ بنابراین، مقام والای دادرس باید از صلاحیت تفسیری برخوردار باشد. اگر صلاحیت را تعیین‌کننده حوزه اقدام و فعالیت مقام عمومی بدانیم صلاحیت، مجموعه اختیارات و وظایف اعطایی و تحمیلی به یک نهاد، اداره یا مأمور برای انجام مأموریت خود است. (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۱: ۹) پس تفسیر، صلاحیت اعطا شده به یک مقام عمومی است. آنچه ماهیت صلاحیت تفسیر قاضی را با دشواری روبه‌رو ساخته و انجام این تحقیق را موجه می‌سازد ماهیت متفاوت تفسیر قانون از اجرای صرف قانون است؛ در نگاه اول قاضی در فقدان قانون یا نبود تعیین قانونی شامل ابهام، اجمال و تعارض آن، اراده قاضی به جای اراده مقنن مبنای صدور حکم قرار می‌گیرد. چه آنکه در این حالت به‌ظاهر قانونی موجود نبوده است که قاضی به تفسیر دست زده است. در ظاهر امر این

۱. در دعاوی جزائی هدف فصل خصومت نیست، حتی گذشت شاکی در همه موارد قاطع دعوا نیست. در امور جزائی قاضی مجری قانون است. اگر در پرونده دلیلی بر وقوع بزه و انتساب آن به مشتکی‌عنه باشد، بایستی حکم به مجازات صادر کند، والا بایستی متهم را تبرئه کند. برای همین همان‌طور که به‌حق ذکر شده است در دعاوی جزائی سخن از حل و فصل نادرست است. برای همین با توجه به اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷ و نیز اصل ۱۶۶ و ۱۶۹ قاضی کیفری در موارد فقدان نص، سکوت، نقص، اجمال و تعارض نمی‌تواند متهم را به کیفری خارج از قانون محکوم نماید. (محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، ج ۳، نشر مرکز علوم اسلامی، تهران ۱۳۸۱، صص ۳۶ - ۳۸).

اعمال تفسیر همان خلق قاعده است که علی‌الاصول توسط قوه مقننه منتخب مردم اعمال می‌شود. در این وضعیت قاعده ناشی از تفسیر، شباهت فراوانی به قاعده تقنینی دارد؛ ازجمله آنکه حکم دعوی را معین و به فصل اختلاف می‌انجامد. پرسش از جایگاه صلاحیت تفسیر قاضی بدین معناست که در میان صلاحیت‌های مقامات عمومی که از کارکردهای ناشی از اعمال حاکمیت ناشی می‌شود، صلاحیت تفسیری قاضی در کدام گروه جای می‌گیرد؟ پاسخ به این پرسش ما را در درک بهتر ماهیت این پدیده و شناخت راه‌های کنترل، نظارت و اعتلاء آن یاری می‌بخشد. فرض ما این است که به تبع تفکیک کارویژه‌های ناشی از قدرت سیاسی صلاحیت را به دو صلاحیت تقنینی و اجرایی تقسیم نماییم. کارویژه قضاوت نیز همان اجرای قانون است که به جهت مصالح در اختیار قوه‌ای مستقل قرار گرفته است. بر همین اساس اصل ۵۸ قانون اساسی بیان می‌دارد اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحل که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضائیه ابلاغ می‌گردد. در نوشتار پیش‌رو، تلاش شده تا با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و تحلیلی و نیز قوانین و آراء موجود پاسخی درخور برای پرسش‌های مطرح شده یافت شود. برای نیل به این مهم، نخست اشکال صلاحیت‌های مأمورین و مقامات در حقوق عمومی تبیین شده و در ادامه ضمن بیان مبانی حقوقی صلاحیت تفسیری قاضی، به جایگاه صلاحیت تفسیری قضایی در نظام حقوق عمومی پرداخته خواهد شد.^۱

۱. تمایز صلاحیت تفسیر از صلاحیت وضع و اجرای قانون در حقوق عمومی

صلاحیت همچون بسیاری مفاهیم حقوقی دیگر مفهومی بی‌نیاز از ایضاح و تفسیر نیست. ماهیت در نوسان آن بین تکلیف و اختیار بر ضرورت تبیین آن افزوده است. در نگاه اول شاید اختیار مناسب‌ترین معادل برای واژه صلاحیت باشد. با این حال، اختیار در حقوق عمومی به‌ویژه در امر صلاحیت‌گزینشی، معادلی رسا و دقیق نمی‌باشد. به‌علاوه واژه حق نیز معادل مناسبی برای صلاحیت نیست؛ زیرا در صورتی که صلاحیت، حق یا اختیار تلقی شود، در تعارض با حاکمیت قانون قرار خواهد گرفت. اقتدار به معنای قدرت عمومی و دولتی که بر منشأ قانونی و مبنای حقوقی مبتنی باشد، تعریفی دیگر از صلاحیت است. به بیان دیگر،

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تفسیر و ماهیت آن مراجعه کنید به بابایی، مهرعلی، تفسیر؛ اصول و مبانی آن در حقوق عمومی، حقوق خصوصی، ۱۳۸۸ و جعفری‌تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

صلاحیت توانایی حقوقی است که مقام عمومی به واسطه آن به انجام وظیفه می‌پردازد. (گر جی ازندریانی، ۱۳۹۱: ۹۵) درواقع صلاحیت به‌عنوان یکی از جلوه‌های «اصل اقتدار» دارای ابعاد چندگانه‌ای است. صلاحیت از یک‌سو بیانگر الزام مقام عمومی به فعل یا ترک فعلی مشخص و ازسوی دیگر مبتن‌ آزادی عمل و حق انتخاب ایشان در انجام وظایف محوله است. نکته حائز اهمیت اینکه در حقوق عمومی، اصل بر «عدم صلاحیت» مقام عمومی است؛ مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطا شده باشد. اصل عدم صلاحیت مقامات عمومی از لوازم و توابع اصل عدم صلاحیت است. (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۶۸) براساس اصل مذکور، در حقوق عمومی هیچ‌کس صلاحیت، یعنی اختیار انجام امور عمومی را ندارد، مگر اینکه در حدود شرایط و تشریفات قانونی به استخدام دولت درآید و عنوان رسمی و مأموریت پیدا کند. در همین راستا، نظریه تفکیک قوا از سویی محصول و از سوی دیگر عامل اصل عدم صلاحیت است. کارویژه قوای سه‌گانه مشخص و منبعث از قانون بوده و هیچ‌یک نمی‌تواند وارد در حوزه صلاحیت‌های دیگری شود. ازهمین‌رو در رویکردهای کلاسیک به نظریه تفکیک قوا، آفرینش قانون کارویژه قوه مقننه، اجرای آن وظیفه قوه قضاییه و قوه مجریه است. با این تفاوت که قاضی در مقام اجرای قانون، دست به اعمال تفسیر می‌زند. مونتسکیو یکی از پیشگامان نظریه تفکیک قوا می‌نویسد: «ممکن است گاهی پیش آید که قانون در بعضی موارد زیاد سخت باشد؛ زیرا قانون در عین حالی که واضح است مبهم نیز هست. قضات نمی‌توانند شدت یا سختی قانون را تعدیل کنند. آنان فقط زبان قانون هستند. در چنین صورتی برای تعدیل قانون، مداخله هیأت تقنینیه لازم است؛ زیرا اختیار تفسیر قانون و یا تعدیل آن مختص قوه مقننه است و فقط او حق دارد قانون را به نفع قانون تعدیل کند و یا کمتر از آنچه قانون امر می‌کند مجازات دهد» (مونتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴). وی نقش قانون‌گذار و قاضی را به نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می‌انگارد. با این حال، این واقعیت بر همگان آشکار است که منبع خلق و ایجاد قواعد حقوقی فقط مصوبات پارلمان نیست. انواع قواعد حقوقی وجود دارد که نهادی غیر از پارلمان آنها را خلق می‌کنند، مانند قواعد ناشی از رویه قضایی و یا مقرراتی که از درون نهادهای قوه مجریه و نظایر آن ناشی می‌شود. (وکیلیان، ۱۳۹۷: ۵۸)

در قرن نوزدهم اروپا، شکل‌گیری دکترین تفکیک قوا به معنای این بود که نقش دادگاه‌ها فقط به حل‌وفصل دعاوی و نه ایجاد قوانین و مقررات محدود باشد. این برداشت مضیق و محدودکننده از تفکیک قوا به سبب بی‌اعتمادی گسترده نسبت به دادگاه‌هایی بود که قبل از انقلاب فرانسه از قدرت پادشاه سوءاستفاده می‌کردند. آرمان قطعیت و کامل بودن قوانین در برابر مقابله با چنین سوءاستفاده‌ای به وجود آمد و خواستار این

بود که مفاد قوانین مانند اصول ریاضی صورت‌بندی و تفسیر شوند تا هیچ‌جایی برای تصمیمات خودسرانه و دل‌خواهانه دادگاه‌ها باقی نماند؛ البته وضعیت بدین شکل باقی نماند و سودای قطعیت و کامل بودن حقوق مدون و کدبندی شده به تدریج رنگ باخت و خاطه سوءاستفاده دادگاه‌های رژیم‌های پیش از انقلاب از اختیارات‌شان نیز به فراموشی سپرده شد و به تدریج نوعی حقوق مبتنی بر رویه قضایی غیررسمی شکل گرفت که به شکل منبع الهام‌بخش و راهنمای قضات عمل کرده و به سازگاری و ثبات نظام حقوقی کمک می‌کرد. (امیراقدم، ۱۳۹۵: ۶۹) مهم‌ترین پشتوانه نظری وضع قانون یا قانون‌گذاری، مکتب اثبات‌گرایی حقوقی است که مشهورترین سخن‌گوی آن، جان آستین است. ارزش‌هایی نظیر آزادی، قطعیت، ثبات، امنیت و هماهنگی در اجرای قانون، بالاترین ارزش‌هایی هستند که باید به‌وسیله دولت براساس قواعد حقوقی تأمین شود. بر این اساس قانون به‌مثابه یک نظام بسته، سازگار و کامل از هنجارهای کلی و انتزاعی است که برای مثال از طریق پارلمان وضع می‌شود. در این نظام فکری، قاضی اختیار محدودی دارد و به قول رابلووسکی «نقش قانون‌گذاری قضات با استناد به این گفته مونتسکیو در حاشیه قرار می‌گیرد که می‌گفت: قضات فقط زبانی برای بیان قانون هستند» (Siltala, 2000: 3).

درمقابل نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا حاصل آراء قضایی است که در طول صدها سال ایجاد شده است. تاریخ کامن‌لا، تاریخ توسعه مداوم و تدریجی در خلال قرن‌هاست. کامن‌لا ممکن است بدون نیاز به قانون‌گذاری راه‌حل‌های جدیدی برای مسائل جدید ارائه کند. در این کشورها از منظر رویکردشان به قاعده‌گذاری قضایی دو گرایش دیده می‌شود. نخست در اروپای غربی و آمریکای لاتین و آسیا رویه قضایی در نظر به عنوان یکی از منابع حقوق به رسمیت شناخته نمی‌شد بلکه دادگاه‌ها نیز در عمل از این نظریه پیروی می‌کردند. (وکیلان، ۱۳۹۷: ۷۵)

معمولاً در مقام مقایسه دو نظام حقوقی یادشده گفته می‌شود که حقوق مدون مبتنی بر کدهای حقوقی است؛ درحالی‌که نظام حقوق کامن‌لا به وسیله رویه قضایی شکل گرفته است. این پاسخ اگرچه درست، اما گمراه‌کننده است؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد اکنون در همه نظام‌های حقوقی کامن‌لا انبوه قوانین موضوعه وجود دارد و قانون‌گذار در طول زمان به منظور تحکیم، تکمیل و تغییر حقوق کامن‌لا دخالت می‌کند. باراک خاطر نشان می‌کند «درست است که در حال حاضر در نظام‌های حقوقی کامن‌لا وضع قانون به وسیله قانون‌گذاری افزایش یافته است اما در عین حال، خلق قواعد به‌وسیله قضات کاهش نیافته است» (Barak, 2008: 156).

از سوی دیگر در نظام حقوق مدون، اجرای قانون به‌وسیله دادگاه‌ها چیزی فراتر از اجرای مکانیکی قانون است و «ماهیت شبه‌تقنینی آن همواره به رسمیت شناخته شده است. به

این معنا که قوانین موضوعه و کدها منوط به تفسیر قضایی و علمی برای اجرا هستند. چنین تفسیری، گاه مبنایی برای تغییرات در این قوانین موضوعه و کدها هستند. هرچند که به هر حال قدرت قانون گذاری قضات معادل با قوه مقننه و قانون گذاران نیست. البته دادگاه‌هایی وجود دارد که مستقیماً و صراحتاً و رسماً به آنها قدرت تقنینی اعطا شده است، هرچند که دارای ماهیت خاص هستند. مانند دادگاه‌های قانون اساسی که به طور فزاینده‌ای در اروپا و آمریکای لاتین و دیگر کشورها تأسیس شده است. چنین دادگاه‌هایی وقتی که مصوبه‌ای را به طور کلی به خاطر مغایرت با قانون اساسی بی اعتبار اعلام می کنند، به مثابه نوعی قانون گذاری سلبی عمل می کنند و در سایر موارد که چنین نمی کنند به قانون گذار دستورالعمل‌هایی برای تغییر آن اعلام می کنند». (امیرا قدم، ۱۳۹۵: ۸۶)

۲. مبانی حقوقی صلاحیت تفسیری قاضی

بنابر آنچه بیان شد، صلاحیت تفسیری عبارت از اختیار و وظیفه اعطایی به قاضی به منظور تحقق بخشیدن به کارویژه دادرسی در حالت فقدان، خلأ، ابهام و اجمال قانون است. درواقع صلاحیت تفسیری یکی از جلوه‌های «اقتدار قضایی» است که از یکسو بیانگر الزام دادرس به حل و فصل دعوی از طریق توسل به تفسیر و ازسوی دیگر مبتنی نوعی اختیار وی در اعمال تفسیر در مقام تمیز حق و در موارد ابهام و اجمال قوانین است.

همان گونه که بیان شد، اصل بر عدم صلاحیت است و صلاحیت مقام عمومی باید مستند به قانون باشد. صلاحیت قضات برای تفسیر نیز باید مستند به قانون باشد؛ به ویژه آنکه «تعیین حکم» کارویژه قوه مقننه است و بسیاری از حقوقدانان اعمال تفسیر را نقض حاکمیت پارلمان و مستلزم تداخل کارکرد قوا می دانند. یکی از آموزه‌های سنتی و مشهور حقوقی براساس نظریه تفکیک قوا این است که ایجاد قانون کارویژه قوه مقننه، تفسیر آن وظیفه قوه قضاییه و اجرای آن از تکالیف اصلی قوه مجریه است. مونتسکیو نقش قانونگذار و قاضی را به نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می انگارد. با این حال، این واقعیت بر همگان آشکار است که منبع خلق و ایجاد قواعد حقوقی فقط مصوبات پارلمان نیست. انواع قواعد حقوقی وجود دارد که نهادی غیر از پارلمان آنها را خلق می کنند؛ مانند قواعد ناشی از رویه قضایی یا مقرراتی که از درون نهادهای قوه مجریه و نظایر آن ناشی می شود. (مونتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴)

مهم ترین منشأ قانونی برای صلاحیت تفسیری قضات در حقوق ایران، اصل ۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی است. جمله تکمیلی اصل مذکور چنین بیان می دارد: «مفاد این

اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند، نیست». همچنین اصل ۱۶۷ مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»؛ از آنجاکه قاضی نمی‌تواند از صدور حکم امتناع کند، منطق قضیه چنین نشان می‌دهد که قاضی باید اقدام به توجیه، استدلال و استنباط کند که همگی از درون مایه‌های تفسیر هستند.

اصل ۷۳ به صراحت تفسیر را از لوازم تمیز حق دانسته و آن را در اختیار دادرسان قرار داده است؛ هرچند که اعتبار آن محدود به دعوایی خاص است و برای سایر دادرسان الزام‌آور نیست؛ اما اصل ۱۶۷ برای کار قضات نیز محدوده‌ای تعیین کرده و به قاضی حکم نموده است که ابتدا به قوانین مدونه رجوع کند. به کار بردن عبارت «کوشش کند» در اصل فوق به این معنی است که تا مرحله استفاده از «روح قانون» برای یافتن حکم قانون، قاضی باید تلاش کند. برداشت و نظر شخصی قضات از مفاد قانون، خود نوعی تفسیر است؛ زیرا در حقیقت تطبیق قانون بر مورد خاص یک نوع معنی کردن و تفسیر نمودن آن است. البته مشخص است که با چنین روندی تفسیرها متفاوت می‌شود و با نظرهای قضایی متعدد مواجه می‌شویم. تنها راه گریز از این معضل توسل به رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور است. برخی از حقوق‌دانان، مفاد اصل ۷۳ و ۱۶۷ را مخصوص قانون مدنی می‌دانند نه قانون کیفری؛ اما مورد اتفاق همگان است که فصل خصومت نشان‌دهنده توجه به حقوق انسان‌ها و برآوردن خواسته قانونگذار عالی است؛ بنابراین به بهانه اجمال و تناقض یا نبود نص صریح، از فصل دعاوی نمی‌توان امتناع کرد. مواد گوناگون آیین دادرسی مدنی و کیفری نیز چنین پدیده‌ای را نشان می‌دهد و قاضی را موظف می‌سازد که از نص صریح قانون، روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم بهره‌برد و حکم هر دعوا را تعیین کند و حق ندارد به طور عموم و قاعده کلی حکم دهد. قانونگذار عالی، خواسته است به طور قطع و یقین، فصل خصومت شود؛ ولی از سوی دیگر، اراده کرده است که احکام فیصله‌دهنده خصومت‌ها مبتنی بر منابع حقوق و استدلال مکفی باشند.

مستفاد از اصول ۷۳ و ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌توان گفت که این قاضی است که باید حکم فیصله‌دهنده خصومت را بدهد. او نمی‌تواند منتظر تفسیر قانون اساسی بماند و حتی اگر تفسیری از قانون اساسی وجود داشته باشد، مانع صلاحیت دادگاه و قاضی در تفسیر و اجرای آن قانون در دعاوی خاص نمی‌شود. اگر پذیرفته باشیم که قاضی «باید حکم کند»، باید بپذیریم که او باید از بین انواع منابع حقوقی به ترتیب اولویت،

استفاده و انشاء رأی کند. این عمل خود عبارت از «تفسیر» است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چنین صلاحیتی را شناخته و آن را از اختیارات قضات قرار داده است. (خلیلی، ۱۳۷۸: ۴) درواقع ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی، صلاحیت تفسیری قضات را متمایز از صلاحیت تفسیر قانونی مقنن به رسمیت شناخته و اعمال دومی را مانع از توسل قضات به صلاحیت تفسیر خویش ندانسته است. درخصوص قانون اساسی گرچه شورای نگهبان مرجع رسمی تفسیر آن است اما در صورت فقدان این تفسیر، قاضی در مقام دادرسی ناگزیر از عمل تفسیر است. اعمال این صلاحیت در ذات دادرسی و اجرای قانون نهفته است و دانسته یا نادانسته این تفسیر ذهن قاضی از متن قانون است که بدان روح بخشیده و قاعده را از متن نوشته خارج کرده و بر زندگی واقعی حاکم می‌نماید. این فرآیند آن‌چنان واضح و اجتناب‌ناپذیر است که عدم تصریح بدان در قانون اساسی خدشه‌ای بر واقعیت آن وارد نمی‌کند.

در حقوق آمریکا به‌عنوان یکی از اعضای خانواده کامن‌لا، حکم قانون را شاید بتوان بیشتر از حکم رویه قضایی منصوص دانست؛ از آن‌رو که به هر حال حکم قانون در جایی مضبوط است، ولی حکم رویه را هنوز باید از لابه‌لای آراء استخراج کرد. اگر این پرسش پدید آید که دادگاه‌های انگلیس بر چه معیاری حکم می‌دهند، پاسخ آن است که دادرسان باید مطابق پرونده‌های پیشین در دادگاه عالی و گاه دادگاه هم‌عرض حکم دهند؛ مگر آنکه دلیلی موجه برای ترک این کار داشته باشند. (داوید، ۱۳۸۹: ۴۸) این رویکرد در کامن‌لا که دادگاه‌ها باید از آراء پیشین تبعیت کنند، رویکردی است جدید که از قرن نوزدهم آغاز شده؛ یعنی از زمانی که سلسله‌مراتب دادگاه‌ها به‌دقت معلوم شدند و آراء به شکلی مضبوط منتشر گردیدند. به‌این ترتیب قاضی در مقام فصل خصومت و در جریان رسیدگی به یک دعوای خاص، نه تنها به آراء قبلی مشابه اتکا می‌کند، بلکه خود را ملزم به تبعیت از آنها نیز می‌داند.

مبنای اصلی و عقلانیت حاکم در استفاده از چنین روشی این است که با موارد مشابه باید به صورت مشابه برخورد شود. در این روش نقطه شروع، آگاهی از روش حل یک مسئله در دادگاه است. این موارد مشابه، دست‌کم راهنمای خوبی برای حل مسئله‌ای است که دادگاه در حال حاضر با آن روبه‌روست؛ از این رو قیاس، روش اصلی تسری راه‌حلی است که در یک دعوا اتخاذ می‌شود. «لازمه منطقی توسعه سابقه، توسعه کاربرد قیاس بود؛ زیرا هنگام استناد به سابقه، قضات تصمیم می‌گیرند که دعوای مطروحه را مطابق با سابقه‌های موجود حل و فصل نمایند. بر همین اساس شناسایی صلاحیت تفسیری قضات در حقوق آمریکا، بیش از آنکه ناشی از متن قانون باشد، ناشی از سنت تاریخی و سیر تطور نظام قضایی است. هرچند در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، قانون را مهم‌ترین منبع حقوق یا حتی یگانه منبع آن می‌شمارند و ارزش هر منبع دیگر را با آن می‌سنجند، و در کامن‌لا، حقوق در

رویه قضایی متجلی است، نه در قانون، اما پرسش بزرگ برای قاضیان در هر دو نظام آن است که پرونده را باید بر کدام قاعده کلی منطبق کنند؛ خواه این قاعده کلی برآمده از قانون باشد یا از رویه قضایی؟ شاید حتی کار قاضیان انگلیسی از هم‌مسلمانان فرانسوی‌شان دشوارتر باشد؛ از آن‌رو که قاعده کلی فرانسویان، سرانجام در متنی مشخص (قانون) موجود است و کافی است که دادرس آن را تفسیر کند. ولی قاعده کلی انگلیسی‌ها را نخست باید از میان آراء گذشته استخراج کرد و سپس در معرض تفسیر قرار داد. البته همیشه در هر دو نظام این بحث در گرفته است که قاضیان تا چه میزان اختیار دارند از آن حکم کلی پیشین، تفسیری جدید ارائه کنند». (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۹۵)

۳. جایگاه صلاحیت تفسیری قضات در نظام حقوق عمومی

همان‌گونه که بیان شد در تعیین جنس و جایگاه صلاحیت تفسیری قضات نظرات متفاوتی ارائه شده است. برخی همچون هارت از صلاحیت تفسیر قاضی به‌عنوان تقنین قضایی یاد کرده و آن را در زمره صلاحیت‌های تقنینی جای می‌دهند. هارت در کتاب مفهوم قانون این‌چنین بیان می‌دارد: «در هر نظام حقوقی همواره برخی موارد هستند که قانونی برای آنها وجود ندارد. در این موارد به نقطه‌ای می‌رسیم که هیچ‌گونه حکم قانونی وجود ندارد و از این‌رو نظام حقوقی در این حد، نامتعیّن یا ناقص است. اگر قرار باشد قاضی درخصوص موارد یادشده اقدام به صدور رأی کند و نگوید که صلاحیت رسیدگی ندارد - چنان‌که بن‌تام زمانی طرفدار این روش بود - یا موضوعاتی را که قانون موجود نسبت به آنها ساکت است، برای تصمیم‌گیری به قانونگذار ارجاع ندهد، وی، به‌جای اِعمال صرف قوانین مستقر از پیش موجود، باید صلاحیت اختیاری خود را به کار گیرد و درخصوص موضوع قانونگذاری کند. بدین ترتیب، در چنین مواردی که قانونی برای آنها موجود نیست یا اینکه با قوانین موجود قابل تنظیم نیستند، قاضی باید هم قانون وضع کند و هم قوانین مستقر را اِعمال کند؛ قوانینی که هم به او اختیار قانونگذاری می‌دهند و هم این اختیار را تنظیم می‌کنند» (هارت، ۱۳۹۰، ۳۹۹).

وی در دفاع از شناسایی صلاحیت تقنین برای قضات این‌گونه استدلال می‌نماید: «مهم است که اختیارات قانونگذاری که من به قضات نسبت می‌دهم تا به پرونده‌هایی رسیدگی کنند که به گونه‌ای قانون درباره آنها ساکت است، متفاوت با اختیارات قوه قانونگذارند. نه‌تنها اختیارات قاضی مقید به قیودی هستند که انتخاب او را محدود می‌کنند و قانونگذار ممکن است کاملاً از آنها آزاد باشد، بلکه از آنجا که اختیارات قاضی صرفاً برای حل و فصل پرونده‌های فوری به کار گرفته می‌شوند، وی نمی‌تواند از این اختیارات برای ایجاد اصلاحات وسیع یا وضع قوانین جدید استفاده کند. بدین ترتیب اختیارات قاضی هم درون‌سازمانی

هستند و هم مقید به بسیاری از قیود ماهوی. با این حال مواردی وجود دارند که درخصوص آنها، قوانین موجود هیچ تصمیمی را به منزله تصمیم صحیح اقتضا نمی‌کنند و قاضی برای تصمیم‌گیری در چنین مواردی ناگزیر از به‌کارگیری اختیارات قانونگذاری‌اش است؛ اما وی نباید این کار را به‌نحو دل‌خواهی انجام دهد، به این معنا که او باید همواره برخی دلایل کلی داشته باشد که تصمیمش را موجه می‌سازند و با تصمیم‌گیری براساس باورها و ارزش‌های خود، همانند قانونگذاری وظیفه‌شناس عمل کند. با این همه، اگر وی مطابق این شرایط عمل کند، مجاز است از معیارها یا دلایلی عملی پیروی کند که قانون حکمی درباره آنها ندارد و چه‌بسا متفاوت با معیارها و دلایلی باشند که قضات دیگر، که با دعاوی دشوار مواجه شده‌اند، از آنها پیروی می‌کنند» (هارت، 1390: 400).

هارت همچنین ایرادات نسبت به صلاحیت تفسیری مبنی بر نقض تفکیک قوا را این‌گونه رد می‌کند: «بی‌تردید زبان رایج در فرآیند قضایی، مشوق این نظر است که در یک نظام توسعه‌یافته حقوقی، هیچ پرونده‌ای بدون حکم رها نمی‌شود؛ اما این نظر را تا چه حد باید جدی گرفت؟ قطعاً یک سنت اروپایی دیرپا و آموزه‌ای در باب تفکیک قوا وجود دارند که در تفکیک میان قانونگذار و قاضی اغراق می‌کنند و اصرار می‌ورزند که قاضی صرفاً «سخنگوی» قانون است، نه واضع یا شکل‌دهنده آن، یعنی همان نسبتی را که وقتی قانون موجود واضح و آشکار است، دارد؛ اما لازم است میان زبان رسمی قضات و وکلا در تصمیم‌گیری پرونده‌ها در دادگاه و گزاره‌های عام متأملانه‌تر ایشان در باب فرآیند قضایی تفکیک قائل شویم. قضاتی در سطح الیور وندل هولمز^۱ و کاردوزو^۲ در ایالات متحده یا لرد مک‌میلان^۳ یا لرد رادکلیف^۴ یا لرد رید^۵ در انگلستان و شمار زیادی از دیگر حقوقدانان دانشگاهی یا وکیل، بر این ایده پای فشرده‌اند که پرونده‌هایی وجود دارند که قانون حکم کاملی در مورد آنها ندارد و در این موارد قاضی ناگزیر دارای وظیفه‌ای قانونگذارانه، هرچند «درون‌سازمانی» است و اگر از دید قانون‌بنگریم، تصمیم مشخصی در مورد بسیاری از پرونده‌ها نمی‌توان گرفت. نکته مهمی وجود دارد که به تبیین مقاومت در برابر این ادعا که قضات گاه، هم قانون می‌گذارند و هم آن را اعمال می‌کنند، کمک می‌کند و نیز ویژگی‌هایی اصلی را توضیح می‌دهد که تقنین قضایی را از تقنین قوه قانونگذار متمایز می‌سازد. این نکته همان اهمیت نوعی‌ای است که دادگاه‌ها، هنگام تصمیم‌گیری درباره پرونده‌های بدون حکم

1. Oliver Wendell Holmes.

2. Cardozo.

3. Lord Macmillan.

4. Lord Radcliffe.

5. Lord Reid.

قانونی، برای رسیدگی مبتنی بر قیاس^۱ قائل می‌شوند تا اطمینان دهند که قانون جدیدی که می‌گذارند، به‌رغم قانون جدید بودن آن، منطبق بر اصول یا دلایلی مبنایی است که پیشاپیش پذیرفته‌اند، جایی در قوانین دارند. درست است که هنگامی که قوانین یا رویه قضایی خاص نامتعین‌اند یا قوانین صریح ساکت‌اند، قضات صرفاً کتاب‌های قانون خود را کنار نمی‌زنند تا [سپس] بدون راهنمایی بیشتر قانونی، اقدام به وضع قانون کنند. ایشان، در رسیدگی به چنین پرونده‌هایی، غالباً برخی اصول عام یا پاره‌ای اهداف یا مقاصدی کلی را نقل می‌کنند که یکی از حوزه‌های مرتبط در قانون موجود مصداق یا پیش‌برنده آنها تلقی می‌شود؛ اصول و اهدافی که بر پاسخی متعین برای دعوای دشوار مورد نظر دلالت می‌کنند. (هارت، ۱۳۹۰، ۴۰۱)

درمقابل، دورکین این تصویر از نظام حقوقی (که تا حدی نامتعین یا ناقص است) و قضات را (که با به‌کارگیری اختیار محدود قانونگذاری خود خلأها را پر می‌کنند) به‌مثابه تحلیلی گمراه‌کننده از قانون و استدلال حقوقی، رد می‌کند. وی مدعی است درواقع نه قانون، بلکه تصویر فرد اثبات‌گرا از قانون ناقص است و این ادعا از تحلیل «تفسیری» او از قانون برمی‌خیزد که افزون بر قوانین مستقر و صریحی که با ارجاع به منابع اجتماعی‌شان قابل‌شناسایی‌اند، اصول قانونی ضمنی را نیز دربرمی‌گیرد؛ اصولی که هم با قوانین موجود به بهترین نحو منطبق یا سازگارند و هم بهترین توجیه اخلاقی را برای آنها فراهم می‌آورند. از این دیدگاه تفسیری، قانون هرگز ناقص یا نامتعین نیست؛ ازاین‌رو قاضی هرگز فرصت نمی‌یابد پا را از قانون بیرون بگذارد و اختیار وضع قانون را اعمال کند تا [درخصوص پرونده‌ای] به تصمیم برسد؛ بنابراین دادگاه‌ها در «دعوای دشوار»، که در آنها منابع اجتماعی قانون قادر به ارائه تصمیم براساس قوانین موجود نیستند، باید به چنین اصولی ضمنی و ابعاد اخلاقی آنها مراجعه کنند». (Hart, 1961: 395)

دورکین سه ایراد عمده به تحلیل هارت از دادگاه‌ها وارد می‌داند؛ یعنی این تحلیل که آنها چنین صلاحیت اختیاری محدودی را به کار می‌گیرند تا دعوای‌ای را حل‌وفصل کنند که قانون به‌طور کامل آنها را تنظیم نمی‌کند. نخستین ایراد اینکه این تحلیل، توصیفی غلط است از فرآیند قضایی و آنچه دادگاه‌ها در «دعوای دشوار» انجام می‌دهند. دورکین برای نشان دادن این نکته، به زبانی که قضات و وکلا در توصیف کار قضات به‌کار می‌برند و به پدیدارشناسی تصمیم‌گیری قضایی توسل می‌جوید. «گفته می‌شود قضات در صدور آراء قضایی و وکلا در آماده کردن لوائح دفاعیه به شکلی که به نفعشان رأی صادر شود، این‌گونه درباره قاضی صحبت نمی‌کنند که قانون «وضع می‌کند»؛ حتی در پرونده‌های

1. Proceeding by Analogy.

جدید. قاضی، حتی در دشوارترین پرونده از این پرونده‌ها، اغلب از یاد نمی‌برد که [باید به قانون مراجعه نماید]، چنان‌که اثبات‌گرایان القا می‌کنند، در فرآیند تصمیم‌گیری دو مرحله کاملاً متفاوت وجود دارند: یکی آنکه قاضی ابتدا کشف می‌کند قوانین موجود، هیچ حکمی را نتیجه نمی‌دهند و دیگری اینکه او از قوانین موجود فاصله می‌گیرد تا براساس برداشت خود از بهترین تصمیم، برای طرف‌های دعوا از نو^۱ و پس از وقوع^۲ (به شکل عطف به ماسبق یا پسینی) قانونگذاری کند. در عوض، و کلاً به گونه‌ای با قاضی سخن می‌گویند که گویی او همواره در پی کشف و اعمال قوانین موجود است و قاضی به گونه‌ای سخن می‌گوید که گویی نظام حقوقی نظامی بی‌خلاف از استحقاق‌هاست که در آن می‌توان برای هر پرونده‌ای راه‌حلی کشف، نه ابداع، کرد.» (راسخ، ۱۳۹۰: ۶۲)

بنابراین نظریه تقنین قضایی را دشوار می‌توان پذیرفت؛ زیرا اولاً تفسیر قضایی در تفسیر قانون غیرساکت نیز کارساز است و ای‌بسا دادگاه‌ها حکم صریح قانون را با تفسیری بدیع، به شیوه‌ای دیگر اجرا کنند و تفسیر صرفاً در حالت عدم تعیین محقق نمی‌گردد. ثانیاً انتساب تقنین قضایی به اراده قانونگذار، افزون بر دور بودنش امکان حقوقی نیز ندارد؛ چراکه قانونگذاری، قائم به شخص قانونگذار است و مجلس نمی‌تواند آن را به دیگری نیابت دهد (اصل ۸۵ قانون اساسی). ثالثاً تقنین قضایی ناعادلانه است و آن را به مثابه شکلی از تقنین معطوف به ماسبق یا پسینی، که عموماً آن را ناعادلانه می‌دانند، محکوم می‌کند. گروهی نیز چنین استدلال می‌کنند که وقتی قاعده‌ای را محاکم ایجاد کنند و قانونگذار در باب آن سکوت کند، معلوم می‌گردد که وی به آن راضی است؛ اما این نظریه هم که حجیت رویه قضایی را به دلیل سکوت قانونگذار می‌داند و چیزی شبیه اثر لطف در حجیت اجماع در مباحث اصول فقه است، از این غفلت ورزیده که مجلس قانونگذاری قدیس نیست و نمی‌تواند تک‌تک آراء قضایی را مرور کند و آنگاه با تقریر و سکوت خود، در باب آن به نظریه‌ای واحد برسد. (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵، ۶۱) بدین‌سان تفسیر قضایی هیچ‌کدام از دو ویژگی قاعده حقوقی، یعنی کلی بودن و داشتن ضمانت اجرا را ندارد. تفسیر قاضی در هر پرونده نسبی بوده و محدود به همان پرونده است؛ لذا قاعده‌گذاری به وقوع نپیوسته تا به تبع آن قائل به صلاحیت قاعده‌گذاری قضایی یا تقنین قضایی باشیم. تفسیر قانون جزء ناگسستنی اجرای قانون توسط قاضی است که اوصاف خاص قضا به آن ظاهری منحصر به فرد می‌بخشد. اجرای قانون توسط قضات با اجرای آن توسط مقامات اداری متفاوت است. دادرسان قانون را از آن گونه عمل نمی‌کنند که مجریان دولتی آن را اجرا می‌کنند. غالباً قوه مجریه

1. De novo.

2. Ex post facto.

از قانون اطاعت می‌کند، ولی حیثیت احقاق حق و فصل خصومت با اطاعت ناسازگار است و به همین دلیل نباید دادگاه را در اجرای قانون، قسیم مجلس و هیئت دولت قرار داد. مأمور مالیات نیز قانون را اجرا می‌کند و مطابق قانون از مؤدی مالیات می‌گیرد؛ ولی اجرای قانون از سوی قاضی با اجرای قانون از سوی مأمور مالیات بسیار متفاوت است. مقصود از عمل قضایی (قضاوت) آن بخش از رفتار دولت است که آن را حکم (حکم دادگاه) می‌نامند. پس می‌توان سؤال را این‌گونه بازنویسی کرد که فرق میان قضاوت با دیگر اعمال حاکمیت چیست؟ اگر مأمور دولت در مسئله یا اختلافی دخالت کند و با آشتی دادن دو طرف، صلح‌نامه‌ای را امضا کند، آیا تصمیم او بدان معنی است که حکم صادر کرده است؟ در پاسخ و برای تمییز بین این دو فعل دولت (حاکمیت) باید گفت عمل قضایی الزاماً پس از اختلاف (خصومت، تنازع) میان دو شخص رخ می‌نماید؛ (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۶۲) در صورتی که لازمه عمل اداری، وجود اختلاف نیست. تا زمانی که ادعای شهروندان با مخالفت شهروندی دیگر مواجه نشده، قضاوت معنی نمی‌یابد؛ بنابراین با تمام تفاوت‌های ظاهری این دو، نمی‌توان برای صلاحیت تفسیر ماهیتی متفاوت با اجرای قانون قائل شد.

در خصوص صلاحیت‌های اجرایی، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی بر مبنای محدودیت‌های حقوقی بر اداره مقامات عمومی وجود دارد. صلاحیت به دو دسته صلاحیت تکلیفی و صلاحیت تشخیصی تقسیم نمود.

صلاحیت وقتی تکلیفی است که در برابر اوضاع و احوال معینی، قانون قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور دولت باید اتخاذ کند، معین کرده باشد و او را در اختیار تصمیم و انتخاب راه‌حل (از بین چند تصمیم و راه‌حلی که ممکن است وجود داشته باشد) آزاد نگذارد. در چنین حالتی اداره باید بدون استفاده از هرگونه ابتکاری، عمل کند و فقط یک گزینه را برای اقدام در پیش داشته باشد. (بابازاده و یآوری، ۱۳۹۳: ۲۵)

در مقابل، صلاحیت تشخیصی صلاحیت مقام یا مأمور عمومی در انتخاب یکی از چند گزینه پیش‌رو و از قبل تعیین شده است. مقام عمومی به هنگام اعمال صلاح دید، مکلف است گزینه متناسب، معقول و منطقی را انتخاب نماید؛ همچنین این انتخاب باید براساس واقعیت‌ها و شواهد موجود، قابل توجیه باشد و مغایر با الزامات حکومت قانون نباشد. صلاحیت تشخیصی، اختیار تصمیم‌گیری با استفاده از عقل و تشخیص، به منظور انتخاب از میان گزینه‌های متعدد قانونی براساس معیارها و موازین غیر حقوقی است. صلاحیت گزینشی به معنای اختیار دل‌خواهانه و صرفاً سلیقه فردی نمی‌باشد.

اختیارات تشخیصی، هم به صورت مطلق و هم مقید قابل اعمال است. در صلاحیت تشخیصی مطلق مقام تصمیم‌گیرنده، هم در تشخیص موضوع و مقتضیات و هم در تصمیم‌سازی

حقوقی ابتکار عمل دارد. پس در نتیجه مقام عمومی دارای اختیارات تام است. البته اختیارات مطلق دو گونه است:

حالت اول

هنگامی است که تصمیم‌گیرنده بدون هیچ محدوده قانونی و مانعی تصمیم می‌گیرد و مقام دیگری حق اعتراض به وی را ندارد. در نتیجه غیرقابل نظارت هستند. به عقیده این گروه چون مجوز این نوع صلاحیت به آنها داده شده، عمل آنها هم قانونی است. البته این نوع از صلاحیت تشخیصی به نظر شر و آفت محسوب می‌شود؛ چراکه اختیارات مقام عمومی خیلی زیاد و غیرقابل کنترل و نظارت است. البته این نوع از صلاحیت تشخیصی کامل، به دلیل نبود کنترل قانونی در تعارض با آزادی‌های فردی است؛ مگر اینکه مقام عمومی خود در هنگام تصمیم‌گیری ارزش‌های حقوقی را لحاظ کند.

حالت دوم

گرچه مأمور اداری از اختیار مطلق برخوردار است، اما تصمیماتش قابل کنترل و نظارت است. قاضی باید اطمینان پیدا کند که اداره مرتکب اشتباه در استنباط قانون یا نسبت به حقایق پرونده نشده است و همچنین مرتکب سوءاستفاده از قانون نیز نشده باشد. (بابازاده و یآوری، ۱۳۹۳، ۲۶) صلاحیت تفسیری، اختیار اعطاشده به قاضی به منظور کشف منظور یا تکمیل متن قانون است که در واقع تمهیدی است برای مهیا نمودن مقدمات اجرای قانون؛ لذا در مقام قیاس با صلاحیت تفسیری، ماهیت این صلاحیت به نوع دوم نزدیک‌تر است؛ چراکه صلاحیت تفسیری، صلاحیت تشخیصی صلاحیت دادرس در اعمال تفسیر مناسب مبتنی بر مصلحت، منطوق و عدالت است. از آنجاکه مفاد تفسیر در مراجع عالی قضایی و مراجع انتظامی قضات، قابل شکایت بوده، لذا قابل نظارت و کنترل قضایی بوده و در نتیجه نامحدود و بدون ضابطه نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

نهاد «صلاحیت تفسیری» بنا به ماهیت ویژه‌اش با قوانین و معیارهای ازپیش تعیین‌شده قابل درک و ارزیابی نیست. قاعده محصول تفسیر قضایی را نمی‌توان قانون دانست؛ چراکه یک قاعده نسبی است و آثار آن محدود به دعوی مطروحه و اصحاب آن است و از سوی دیگر این امر بر عهده منتخبین مردم قرار دارد نه یک نهاد انتصابی. احترام به تفکیک قوا و نیز حاکمیت مردم ایجاب می‌نماید صلاحیت تقنین قضایی را برای قضات به رسمیت نشناسیم؛

گرچه منافع جامعه و نواقص قانون اصل اعطای صلاحیت تفسیری را اجتناب ناپذیر می‌نماید. با این حال قاضی مجری قانون است و همچون سایر مجریان قانون باید در قلمرو حاکمیت قانون اقدام نماید و آراء خود را مستند به قانون صادر نماید. گرچه در موارد توسل به تفسیر مانند فقدان، نقص، ابهام و اجمال قوانین این پایبندی دشوارتر می‌نماید، اما قاضی همچنان تحت حاکمیت قانون قرار داشته و اراده وی جایگزین اراده مقنن نمی‌گردد. راهکار این نوشتار برای ضابطه‌مندی و تحدید صلاحیت تفسیری، محدودیت تفسیر در چهارچوب روح قوانین و قواعد شرعی مانند حریم شرعی مالکیت و نفوس انسان‌ها، حقوق شهروندی مصرح در قانون اساسی، حقوق بشر، حقوق مکتسبه افراد، اصول کلی حقوقی مانند اصول برابری، تناسب، انتظار مشروع، قبح عقاب بلایان، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست. اصول حقوقی در اعمال صلاحیت تفسیری، چارچوب سازی می‌نماید؛ درست همان‌طور که در کنترل سایر صلاحیت‌های اختیاری، توصیه می‌کند. صلاحیت تفسیری اگر به‌درستی حلاجی نشود، ما را به سوء تفاهمی نومیدکننده دچار خواهد کرد. اگر قرار باشد با صلاحیت تفسیری به‌مثابه صلاحیت تقنینی مواجهه شود، در این صورت، اساساً با حکمت اعطای صلاحیت تفسیری به مقام قضایی در تعارض خواهد بود. هدف از اعطاء صلاحیت تفسیری، شناسایی ابتکار عمل و هنجارسازی و پویاسازی قوانین برای تأمین هرچه‌بیشتر عدالت و انصاف همگام با مقتضیات جامعه و یا موردی‌سازی عدالت است. در مقابل صلاحیت تفسیری قاضی نباید بی‌انتهای و بدون ضابطه باشد. اگر قرار باشد تا با اعطای صلاحیت تفسیری به مقام قضایی، به او اجازه دهیم تا موافق با تمنیات فردی‌اش عمل کند، حقوق و آزادی‌های شهروندان در معرض تضییع خواهد بود.^۱

بنابراین چه گفته شد، در مواردی که قانون متعین است، قاضی مکلف است حکم قانون را به اجرا گذارد؛ اما در مواردی که قانون نامتعین است، قاضی همچنان باید در راستای اصول فراقانونی و ارزش‌های مورد قبول جامعه پیش‌گفته منابع را تفسیر کند. علت اینکه قاضی باید تفسیری از قوانین به دست دهد که در راستای ارزش‌های جامعه باشد آن است که این ارزش‌های سیاسی هستند که قاضی را مکلف می‌کنند تا برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قوانین استناد کند؛ بنابراین قاضی نباید و نمی‌تواند از قوانین تفسیری بیان کند که با این ارزش‌ها مخالف باشد. اصول فراقانونی همچون حقوق بشر و حقوق شهروندی مصرح در قانون اساسی قاضی را ملزم می‌سازد تا بکوشد منسجم‌ترین تفسیر را بیان کند. در این راه قاضی باید تصمیمات قبلی و مرتبط قانون‌گذار را توجیه کند. این توجیه برحسب اصول

۱. اصل تناسب

حقوقی انجام می‌شود. قاضی باید از خود بپرسد چه اصلی احکام قبلی قانون‌گذار را توجیه می‌کند و در راستای اصلی که احکام قبلی را توجیه می‌کند، حکم موضوعی را که نزد او مطرح شده است، مشخص کند.

به عبارت روشن‌تر بدون کمترین خدشه و تردیدی در ماهیت حقوقی صلاحیت‌های تفسیری قاضی، باید بپذیریم که طبع خاص این نهاد حقوقی به‌گونه‌ای است که باید از دو جبهه، تحت کنترل قرار گیرند؛ یکی با توسل به روش‌ها و ابزارهای نظارتی معمول و دیگری، با ایجاد نظم شایسته و توجه به قواعد حقوق نرم. این دومی نسبت به اولی بنیادی‌تر و پیشینی‌تر است؛ چراکه علاوه‌بر معنابخشی به راهکارهای نظارتی توصیه‌شده، خود به بستری کلان و نامرئی برای مهار صلاحیت تفسیری قاضی تبدیل می‌شود. شناسایی ماهیت ویژه صلاحیت تفسیری قاضی و راهکارهای کنترل گاه متفاوت و غیرمعمول آن، در گرو درک صحیح از ماهیت، کارکرد و روش حقوق عمومی نوین به‌مثابه دانشی مستقل و غیرقابل قیاس با حقوق عمومی کلاسیک و حقوق خصوصی و کیفری است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، نشر میزان، ۱۳۹۱.
۲. بابایی، مهرعلی، تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی، حقوق خصوصی، ۱۳۸۸.
۳. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۴. جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، چ ۱، نشر حق گزاران، ۱۳۹۵.
۵. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۸۹.
۶. کاتوزیان، ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۷. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوق در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
۸. گرجی ازندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، نشر جنگل، ۱۳۹۱.
۹. منتسکیو، روح القوانين، ترجمه مهدی، نشر امیرکبیر، ۱۳۷۰.
۱۰. هارت، هربرت لیونل آدولفونس، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۱. یآوری، اسدالله و مهدی مرادی برلیان و پرهام مهرآرام، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۶.

ب. مقاله‌ها

۱. بابا زاده وحید و اسدالله یآوری، مفهوم صلاحیت گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه تحقیقات حقوق تطبیقی ایران، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۳.
۲. خلیلی، محسن، مقایسه مساله تفسیر در دو قانون اساسی مشروطیت و قانون اساسی جمهوری اسلامی، پژوهشنامه متین، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۳. وکیلان، حسن، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷.
- ج. پایان نامه
۱. امیراقدم، ربما، جایگاه رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و مصر، پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵.

۲. انگلیسی

1. Barak, Aharon, (2008), The Judge in a Democracy, Princeton, Princeton University, 2008
2. Perelman, Chaim, Logique Juridique, Nouvelle Rhethorique, Dalloz, 2nd.; Paris, 1978
3. Hart, H.L.A, The Concept of law, Oxford, First Published, 1961
4. Fix-Fierroo, Hector,, Courts, Justice and Efficiency, Oxford, Hart Publishing, 2003
5. Siltala, Raimo, , A Theory of Precedent, Oxford, Hart Publishin, 2000

داوری در دعاوی دولتی با نگاهی تحول گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی

تقی دشتی*

شهاب حائری اصفهانی**

چکیده

داوری یکی از بهترین روش‌های حل و فصل اختلافات می‌باشد چراکه دارای اثرگذاری به‌موقع بوده و هزینه‌های مربوط به دعاوی در دادگستری و اطاله دادرسی نیز در آن به چشم نمی‌خورد؛ اما تفاوتی بسیاری در خصوص ارجاع امر به داوری در دعاوی مربوط به دولت با دعاوی عادی به چشم می‌خورد. در دعاوی دولتی محدودیت‌هایی در قانون اساسی و قوانین عادی وجود دارد ولی این امر، منع مطلق در این خصوص نداشته مگر در مواردی که مراجع اختصاصی به موجب قانون برای رسیدگی به اختلافات تعیین شده باشند. در این تحقیق سعی بر آن بوده که به بررسی اصل ۱۳۹ از منظری جدید اقدام شود و برای رسیدن به این هدف از روش کتابخانه‌ای با رویکرد بررسی عملی و پژوهشی موضوع در رویه قضایی بهره گرفته شده است. با بررسی سایر مصادیق دعاوی دولتی و به‌ویژه کنکاش در تفاوت‌های موجود در واژگان، ضرورت حذف اصل ۱۳۹ قانون اساسی به جهت ایجاد مانع اساسی در قراردادهای و همچنین امکان پذیرش داوری در غیر از مواردی که مرجع اختصاصی در رسیدگی وجود دارد، حاصل شده است.

کلیدواژه‌ها:

اموال دولتی، اموال عمومی، داوری، شورای نگهبان، قانون اساسی، هیئت دولت.

مقدمه

نهاد داوری با عنایت به مشکلات روزافزون بهره‌گیری از دادگستری عمومی روزبه‌روز در حال گسترش است. به طور واضحی، در داوری فرصت بیان تخصصی موضوع بیشتر بوده و داوران به راحتی می‌توانند به بررسی همه‌جانبه مخاصمه بپردازند. درجایی که اشخاص خصوصی از فرصت داوری بهره می‌گیرند همه لوازم و ابزار قابل پیش‌بینی می‌باشد، چراکه اراده طرفینی یک اصل غیرقابل عدول بوده و حتی زمان و مکان و مدت داوری و از همه مهمتر خود داوران براین اساس انتخاب می‌شوند؛ اما زمانی که صحبت از اموال عمومی و دولتی می‌شود ماجرا شکل دیگری به خود می‌گیرد و نباید مبنا را بر آن قرار داد که همچنان اراده ملاک عمل باشد. بهره‌مندی از منافع عمومی ریشه تاریخی دارد. زندگی انسان‌های بدوی در طبیعت بدون مشکل از مواهب آن بهره‌مند بود، اما ایجاد و گسترش اجتماعات این منافع خصوصی را تحت الشعاع قرار داد و دیگر امکان سودمندی همه‌جانبه از آن میسر نبود و قواعد اجباری وضع گردید تا محدودیت‌های ناخواسته‌ای شکل بگیرد. در اینجا مفهوم اموال عمومی شکل می‌گیرد و ساختار حقوقی ویژه‌ای نیز به تبع ماهیت خاص آن بروز و ظهور می‌یابد. اصل ۱۳۹ قانون اساسی از همین منظر به موضوع نگریسته و در پی آن است که منافع حداکثری را تأمین کند و ظاهر نیز بر آن است که این حساسیت که رنگ و سوسا به خود می‌گیرد، فقط در راستای داوری و نهادهای مشابه آن وجود دارد. البته این حساسیت منجر به منع کلی نشده و منوط به تجویز نهادهای خاص آن گردیده است. دل نگرانی‌های فقهی و سیاسی در سرآغاز تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اموال بیت المال در تدوین این اصل نقش اساسی داشته است.

لذا سوالی که مبنای مقاله حاضر می‌باشد آن است که آیا گسترش روزبه‌روز مفهوم داوری و ارتقاء جایگاه آن، موجبی برای بازنگری و یا حتی حذف کلی اصل ۱۳۹ را فراهم می‌آورد و آیا داوری در سایر دعاوی دولتی امکان‌پذیر است یا خیر؟ با بررسی کتب و مقالات مرتبط در بدو امر این فرضیه حاصل می‌گردد که اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مقام عمل، انعقاد معاهدات و قراردادهای تجاری را محدود نموده و حذف آن کمک شایانی به ارتقای تجارت دولتی می‌نماید و از سوی دیگر، ترس مبنی‌بر ازدست‌دادن منافع عمومی نباید منجر به آن گردد که نهاد داوری با تمامی مزایای مربوط مورد خدشه و منع قرار گیرد. در این تحقیق برآنیم که ضمن بازتعریف موضوع و بررسی همه‌جانبه اصل مذکور اساساً داوری در اختلافات دولتی را بررسی نموده و گستره و امکان آن را برای طرح دوباره آن و ضرورت اصلاح اصل ۱۳۹ قانون اساسی تبیین نماییم.

وجه تمایز این تحقیق با پژوهش‌های صورت گرفته در مورد این اصل، این است که هیچ‌یک به داوری از منظر تلفیق حقوق خصوصی و عمومی با یکدیگر نگاهی نداشته و تنها با انتخاب یکی از دو جنبه مذکور نتیجه‌گیری نموده‌اند. به عنوان مثال، در مقاله‌هایی از قبیل «داوری‌پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی» نوشته استاد ارجمند، سرکار خانم دکتر جنیدی، به حیطة اصل ۱۳۹ قانون اساسی پرداخته شده است و یا آنکه در مقاله «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، جناب آقای هندی، تنها تسری یا عدم تسری این اصل در خصوص اموال دولتی، مورد مذاقه قرار گرفته است. در نگارش‌های حقوقی بعضاً نویسندگان تنها به ذکر مصادیق آن موضوع می‌پردازند حال سوال اساسی آن است که، اصل ۱۳۹ قانون اساسی همچنان از کارآیی قانونی خود، برخوردار است؟ یا آنکه می‌بایست اصلاح یا حتی حذف گردد؟ این اصل به انحاء مختلف در طول چهل‌و‌اندی سال از آغاز انقلاب اسلامی ایران، مورد کنکاش قرار گرفته است اما یک نکته از نظر دورمانده و آن مسئله مربوط به داوری‌پذیری ورای این اصل می‌باشد.

۱. مفهوم‌شناسی و مبانی نظری

۱.۱. مفهوم‌شناسی و اهمیت داوری

داوری، آیین حل اختلاف توسط یک یا چند شخص ثالث بی‌طرف تحت عنوان داور است که معمولاً توسط طرفین انتخاب می‌شوند (اسکندری، ۱۳۸۴: ۳۳)؛ بنابراین اساس داوری مبتنی بر رضایت و اراده می‌باشد، به عبارت دیگر، در داوری آن چیزی که مقام رسیدگی‌کننده، روش رسیدگی، اعلام رأی و امثالهم را مشخص می‌سازد خواست طرفین دعوی است. پس در داوری با حکمیتی سروکار داریم که ریشه در قالب دادگستری خصوصی دارد. این نهاد تعیین‌کننده حق و تکلیف طرفینی است و با اقتداری که طرفین مخاصمه به وی اعطا نموده‌اند، رأیی که خاتمه‌دهنده اختلاف است را صادر می‌نمایند. داوری در ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی تعریف شده است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفینی یا انتصابی». اما گذشته از مفهوم قانونی و لغوی داوری، اساساً داوری در مفهوم حقوقی روش حل و فصل اختلافات به صورت غیررسمی و دوستانه می‌باشد (بهرامی و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۰). نهاد داوری به روش‌های گوناگون خود را نشان می‌دهد. از جمله آنها شرط داوری در بخشی از قرارداد اصلی است اما اصولاً داوری مبتنی بر یک قرارداد می‌باشد؛ یعنی متن حقوقی

که پیش‌بینی حل و فصل اختلافات را در ماهیت یا اجرا و یا حتی تفسیر، به داوری ارجاع دهد (پیری، ۱۳۹۸: ۲).

باتوجه به اینکه داوری به عنوان یک روش و ابزار حل و فصل مناقشات و اختلافات داخلی و بین‌المللی است، لذا دارای جهات عدیده‌ای از مزایا است. از جمله آنکه مناسب‌ترین روش حل اختلافات است؛ چراکه حق استماع در این شیوه رسیدگی به نحو احسن پیاده‌سازی می‌شود و برخلاف رسیدگی در دستگاه قضاء که بعضاً گرفتار ارائه آمارهای ماهیانه و سالیانه می‌باشد و سرعت جایگزین بسیاری از اصول حقوقی است، در نهاد داوری دقت بیشتری وجود دارد. از سوی دیگر با خواسته‌های طرفینی مأنوس‌تر می‌باشد، توسط اهل فن انجام می‌گیرد که منتخب خود طرفین مخاصمه می‌باشند، زمان در این گونه رسیدگی‌ها کوتاه‌تر از رسیدگی در دادگاه‌ها می‌باشد (خورشیدی، ۱۳۹۵: ۳۲). این گونه مزایا موجب می‌شود تا تمایل افراد برای مراجعه به داوری به نحو فزاینده‌ای روبه‌گسترش باشد و در این راستا دولت نیز به عنوان بزرگترین طرف حق و تکلیف، به این سمت و سو تمایل بیشتری دارد؛ علی‌رغم این گونه مزایا، داوری در برخی از موارد دارای معایبی نیز می‌باشد، از جمله آشنا نبودن داور با حقوق موضوعه، قابلیت ابطال آراء داوری و اینکه ممکن است در شرایطی داور بی‌طرف نباشد، لذا ممکن است به همین دلایل تمایل ارجاع دعوی به داوری نیز کاهش یابد.

۲.۱. مفهوم‌شناسی دعاوی دولتی

اساساً هدف اولیه در تعاملات دولتی بر آن است که اقتدار دولت به عنوان یک نهاد بالادستی حفظ شود؛ هرچند از منظر بعضی نظریات حقوق عمومی، مانند دایسی حقوقدان انگلیسی، دولت چون شهروند عادی می‌باشد و نمی‌تواند به عنوان یک نهاد مقتدر به عنوان قدرت برتر عمل کند. او بدون اعتماد به دولت و قدرت حاکمیت، تلاش دارد تا جایی برای قدرت خودسرانه باقی نگذارد. (زارعی، فنازاد، ۱۳۹۱: ۸۳) ولی در سیستم حقوقی ایران برگرفته از حقوق فرانسه^۱ و فقه تشیع، دولت از حاکمیتی برخوردار است که اقتدار با آن هم‌شأن می‌شود به گونه‌ای که در فقه اسلامی اصل شریعت اختیار تام به حاکم اسلامی داده است و حاکم اسلامی در جامعه دینی در قلمرو مصالح کلی نظام به نوعی که با حقوق افراد و جامعه تزاخم نیابد به تمشیت و سازمان‌دهی و مدیریت جامعه می‌پردازد. (نوابی، ۱۳۷۸: ۶)؛ بنابراین نمی‌توان انتظار داشت که جایگاه قدرت دولتی به مثابه جایگاه اشخاص خصوصی باشد. هرچند اقتدار مذکور نباید در راستای اعمال زور بی‌جهت باشد که در نهایت

*. تئوری چراغ سبز

به استبداد بیانجامد، اما می‌تواند از این قدرت برای اعمال منفعت عمومی بهره بگیرد. این قدرت برتر کار را تاجایی پیش می‌برد که برای انجام امور خود حتی از قدرت عمومی بهره گرفته تا مزایای ویژه‌ای را برای اجتماع متبلور سازد. چیزی که اندیشمندانی چون بارتلمی و هوریو به عنوان رابطه نابرابر اداره و شهروندان یاد کرده‌اند. (مشهدی، ۱۳۹۸: ۳۳۱) زمانی که دیدگاه غالب، مبتنی بر اندیشه قدرت عمومی باشد، با مفهوم اقتدار سروکار خواهیم داشت و حتی دعاوی دولتی نیز تحت‌الشعاع این اقتدار قرار می‌گیرد. هرچند این اندیشه حتی در حقوق فرانسه نیز امروزه با تعدیل روبه‌رو شده است ولی به نظر می‌رسد در کشورهای پیگیر این نظام نیز رگه‌هایی از آن به چشم می‌خورد.

با این نگاه، دعوی دولتی در ساده‌ترین تعریف عبارت است از دعوایی به خواسته احقاق حق به شرطی که حداقل یک طرف آن دولت و یا نهادهای وابسته به دولت و برای حفظ منفعت عمومی است؛ لذا این دسته از دعاوی به نحوی با منفعت عمومی نیز سروکار دارند. به عبارت دیگر همان‌گونه که نفع خصوصی منجر به ایجاد یک دعاوی خصوصی می‌گردد، در این دعاوی ریشه اختلاف در برآوردن نفع عمومی خواهد بود. اقتضاء این دسته از دعاوی آن است که نهاد رسیدگی‌کننده، خود از بدنه حاکمیت (Sovereignty) می‌باشد، لذا حساسیت به نهاد رسیدگی‌کننده تقویت شده و شاید تمایل بخش خصوصی نیز به آن باشد که از نهاد داوری بهره‌جسته تا بتواند به راحتی به حقوق اولیه مرتبط با دادرسی، فارغ از جانبداری احتمالی دست یابد.

۲. تبیین و واکاوی اصل ۱۳۹ قانون اساسی

اصل ۱۳۹ قانون اساسی بیان می‌دارد: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری، در هر مورد موکول به تصویب هیئت‌وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

یکی از بدیهی‌ترین برداشت‌ها از این اصل آن است که دعاوی دولتی در آن مکتوم و پنهان می‌باشد. قرینه‌هایی که در آتیه به آن می‌پردازیم ظاهراً نشان‌دهنده سکوت عامدانه قانون‌نویسان اساسی در ابتدای انقلاب اسلامی می‌باشد.

در متن اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در قسمت اول آن از لفظ صلح استفاده شده است. اگر منظور از صلح، همان مفهوم (conciliation) یا به عبارتی سازش باشد مهمترین ویژگی آن حضور و نقش عمده ثالث در انجام مذاکرات بین طرفین اختلاف است تا از طریق دوستانه موضوع قابل حل و فصل باشد. (شیروی، ۱۳۹۱: ۶۷) با مراجعه به نظام حقوقی ایران مشاهده

می‌شود که صلح در قانون مدنی در ماده ۷۵۲ بیان شده است: صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود. به نظر می‌رسد اکثر حقوقدانان ماهیت صلح را نوعی تسالم دانسته و تقریباً صلح و سازش را مترادف یکدیگر دانسته‌اند؛ (عالی‌پناه، زیار، ۱۳۹۱، ۶۷) لذا شاید تبیین مفهوم صلح از منظر حل‌وفصل دعاوی، اتخاذ روشی باشد که در آن حل اختلاف از طریق مسالمت‌آمیز صورت بگیرد.

وجه دیگر صلح و سازش، این مطلب را به ذهن متبادر می‌سازد که با عنایت به اینکه موارد اخیر دارای ویژگی خاصی نمی‌باشند، بنابراین هریک از روش‌های حل اختلاف غیر از دادگستری را دربرگرفته و لاجرم مواردی از جمله میانجی‌گری، کدخدامنشی، کارشناسی و امثالهم را در دایره شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی قرار می‌دهند. از سوی دیگر، این نظر با این مخالفت روبه‌رو شده است که آنچه توافق می‌آورد مشمول اصل است و به نظریه کمیته بررسی و تفسیر عهدنامه الجزایر استناد کرده‌اند که صرف مذاکرات اصلاحی در قلمرو دعاوی موضوع بیانیه الجزایر به تحصیل مجوز نیاز ندارد (جنیدی، ۱۳۷۵: ۷۹). با عنایت به ظاهر اصل ۱۳۹ و مبتنی بر اصله‌الظهور و از سوی دیگر مذاقه در صورت مذاکرات تصویب این اصل، این نظر که معتقد است اتخاذ روشی که مبین حل‌وفصل قطعی اختلافات می‌باشد، مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی است، بنیه حقوقی قوی‌تری دارد؛ چراکه اتخاذ روش‌های کدخدامنشی و میانجی‌گری، یقیناً الزام حقوقی برای تبعیت ایجاد نمی‌کند و مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز حمایت از اموال عمومی و دولتی بوده و محل آن در جایی است که اتخاذ روش‌های غیر دادگستری به حل‌واختلاف قطعی منجر می‌گردد. مؤید این نظر، نظریه نائب‌رئیس مجلس وقت است که در زمان تصویب قانون اساسی بیان می‌دارد: «آنجایی که پای دادگاه در میان نیست، یعنی رأی دادگاه در بین نباشد...» (صورت‌مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۵۲) لذا به نظر می‌رسد اگر حتی پای داور در میان نباشد اما اقدامی ماهوی در خصوص تصمیم‌گیری موضوع متنازع‌فیه صورت پذیرد، مشمول این اصل خواهد بود.

همان‌گونه که در این اصل مشخص است، داوری در این خصوص منوط به تصویب هیئت‌وزیران و در موارد مهم منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی است. همان‌گونه که می‌دانیم اشخاص خصوصی از باب مالکیتی که بر اموال خود دارند، حق هرگونه تصرفات را داشته و می‌توانند تعیین تکلیف راجع به اموال خود را حتی به داوری نیز ارجاع دهند. حال سوال این است که آیا در این خصوص، با عنایت به اینکه دارایی دولت نسبت به اموال دولتی با توجه به مفاهیم فوق‌الذکر دارای وضعیت مختلفی است و ظاهر مشروح

مذاکرات مجلس در هنگام تصویب اصل ۱۱۴ سابق (۱۳۹۰ فعلی) نیز نشان از نگرانی درخصوص تضییع حقوق عامه دارد، چنین اختیاری را می‌توان به دولت داد؟ چون مطابق این اصل، نقش نهادهای مذکور جنبه غالب نسبت به حفاظت از حقوق مردم است؛ چراکه نائبرئیس مجلس خبرگان در این خصوص بیان داشته‌اند: آنجاکه تصمیم بگیرند اقامه دعوی کنند و محاکمه کنند، آنجا اجازه نمی‌خواهد نه از طرف هیئت وزیران و نه از مجلس احتیاج به اجازه ندارد، ولی اگر دولت خواست به‌عنوان نماینده ملت و طرف دعوی چه داخلی باشد و چه خارجی خواستند با هم صلح کنند یعنی اگر خواستند پای دادگاه در میان نباشد آنجایی را که دادگاه می‌کند هیچ تصویب مجلس نیاز ندارد ولی جایی که دادگاه دخالت نمی‌کند و صرفاً از در صلح وارد می‌شود می‌گوئیم نتیجه کار را از طریق نمایندگان ملت، به ملت می‌رساند... (صورت مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۵۲) این نظر مورد تأیید پژوهشگران نیز قرار گرفته و با سابقه تاریخی ایرانیان به‌ویژه در برخورد با دول خارجی استعمارگر به توجیه منطقی آن پرداخته‌اند. (علیدوستی، ۱۳۸۷، ۹۵) اساساً فلسفه و ماهیت وجودی اصل ۱۳۹ قانون اساسی خدشه‌دار کردن داوری نیست بلکه دل‌نگرانی‌های مصالح عمومی، موجهی برای اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده است. مؤید این نظریه، اصطلاح داوری‌ناپذیری نسبی است که بغضی از حقوقدانان آن را به‌کار برده‌اند. (جنیدی، غیاثوند قزوینی، ۱۳۹۴: ۲۸) این مسئله، ریشه در سوابق حقوقی ایران ندارد و برگرفته از نظامات حقوقی خارجی است. این حکم در پیش‌نویس قانون اساسی و برگرفته از نظام حقوقی فرانسه نگاشته شده است. (کرمی، محبی، ۱۳۹۷: ۱۰۲)

لذا صیانت از بیت‌المال درخصوص صلح دعاوی قابل‌توجه و توجیه‌پذیر است، اما درخصوص ارجاع امر به داوری یا چیزی که در فقه به عنوان قاضی تحکیم شناخته می‌شود و عدم اطمینان و شاید تفکر جانبداری وی، قدری تأمل‌برانگیز می‌باشد؛ چراکه یکی از پایه‌های داوری است. هرچند داوری به‌عنوان قضاوت خصوصی تلقی می‌گردد اما این امر مانع بی‌طرف‌بودن او نخواهد بود، در صورتی که این اصل رعایت نگردد می‌تواند منجر به طرح دعاوی ابطال گردد. (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۲۴۰)

با لحاظ موارد پیش‌گفته، تسری این اصل چندان محمل حقوقی ندارد و لذا باید در حدود همین مفهوم یعنی جلوگیری از تضییع بیت‌المال به تفسیر نیز پرداخت؛ اما متأسفانه در این راستا شورای نگهبان حیطه این اصل را تسری داده و حتی تصویب شرط داوری توسط مجلس قبل از بروز اختلاف را ممنوع اعلام کرده است. (کاوایی، ۱۳۸۰: ۱۳۵) نکته حائز اهمیت در اینجا آن است که موارد مهمی که در قانون اساسی در این اصل مورد اشاره قرار گرفته هنوز مورد تصویب مجلس شورای اسلامی قرار نگرفته است و این امر بر ابهام هرچه بیشتر اصل

فوق‌الذکر افزوده است. (پیری، ۱۳۹۶: ۱۹).

بنابراین در مقام عمل با تفاسیری از شورای نگهبان روبه‌رو هستیم که دایره این اصل را تحت‌الشعاع قرار داده است:

۱. اموال بنیاد شهید مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی لحاظ شده است (نظر شماره ۷۷/۲۱/۲۶۲۸ مورخ ۱۳۷۷/۲/۲)؛

۲. تعمیم اصل ۱۳۹ به روابط بین‌المللی و به عنوان مثال رد ماده ۱۲۹ مصوبات کنگره اتحادیه پستی در پکن ۱۳۷۸ که جواز ارجاع به داوری داده بوده است؛

۳. تعمیم اصل ۱۳۹ به روش‌های مسالمت‌آمیز حل اختلاف به موجب نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۱۵۴۱ مورخ ۱۳۸۴/۱/۳۱؛

۴. تعمیم اصل ۱۳۹ به موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ به موجب نظریه ۱۳۶۵/۲/۳ عطف به نامه ۱۰/۲ م-ن.

باعنایت به این موارد به نظر می‌رسد روش درپیش گرفته‌شده در شورای نگهبان اعمال سختگیرانه اصل ۱۳۹ بوده و از این طریق به طور حتم می‌توان نتیجه گرفت که درخصوص اموال دولتی و عمومی امکان ارجاع به داوری بسیار محدود و براساس اعمال روش‌های خاص خواهد بود. بر همین اساس ضمانت اجرای دعاوی که بدون اخذ مجوز به داوری ارجاع شده است به طور حتم بطلان خواهد بود. (علی‌دادی ده‌کهنه، جوهری، ۱۳۹۸: ۱۹۳)

البته به نظر می‌رسد رویه قضایی در مواردی، خارج از اصل ۱۳۹ داوری درخصوص بعضی موارد را پذیرفته است. ازجمله دادنامه شماره ۱۲۸۶/۸۳ و دادنامه ۱۳۷۶/۱۰/۱۴ شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مبنی بر پذیرش داوری درخصوصی که یک طرف دعوا و قرارداد ناحیه مقاومت بسیج بوده است. همچنین دادنامه‌های شماره ۱۷۳۱ و ۱۷۳۲ شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران موضوع پرونده شماره ۱۴۶۱/۸۴۸۴-۱۷۰۳ مبنی بر پذیرش داوری با اینکه یکی از طرفین قرارداد بنیاد مستضعفان و جانبازان بوده است. نمونه دیگر این امر دادنامه شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۷۵۳ موضوع پرونده ۱۷۵۳/۸۴ داوری در زمانی که یکی از آنها شرکت ملی گاز ایران بوده است؛ (عبداله خدابخشی، ۱۳۹۷: ۷۹) لذا درخصوص رویه قضایی، در مقام عمل با تخصیص ضمنی روبه‌رو می‌شویم که بعضاً حیطه اصل ۱۳۹ را مضیق نموده و ظاهر بر آن است که داوری‌پذیری در رویه قضایی بسیار چشم‌گیرتر از تفاسیر شورای نگهبان از اصل فوق‌الذکر می‌باشد. بر همین مبنا استدلال‌ات حقوقی نیز پیش می‌آید که در بخش آتی بررسی خواهد شد.

۳. بررسی حقوقی اموال عمومی و دولتی

مال چیزی است که به واسطه آن، چیزی به تملک دیگری می‌آید، بنابراین ویژگی اصلی آن تملک‌پذیری است. مال در تعریف حقوقی چیزی است که که اولاً مفید بوده و نیازی را برآورده سازد ثانیاً از نظر اقتصادی ارزش مبادله داشته باشد؛ (بهمن‌پوری و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۳۳) بنابراین آنچه که قانوناً یا طبیعتاً قابل مبادله نیستند، مال قلمداد نمی‌شوند. (منصور آبادی، ۱۳۸۲، ۱۰۶) اموال در یک تقسیم‌بندی مطابق نظر قانون مدنی در ماده ۱۱ بر دو قسم می‌باشند، اموال منقول و اموال غیرمنقول. این حیطه مالکانه در قالب بخش خصوصی به طور کامل و واضح قابل درک است اما اساس موضوع جایی است که آیا در قالب اموال دولتی نیز وصف تملک که در آتیه نسبت به آن بحث می‌نماییم، بروز و ظهور کافی و وافی دارد؟ یا خیر؟

در قانون مدنی ایران در مواد ۲۴ و ۲۵ به برخی اشارات قانونگذار برمی‌خوریم که نشان از ویژگی‌های اموال عمومی دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه‌هایی را که آخر آنها مسدود نیست تملک کند. هیچ‌کس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد، از قبیل پل‌ها و کاروان‌سراها و آب‌انبارهای عمومی و مدارس قدیمه و میدان‌گاه‌های عمومی تملک کند و همچنین است قنوات و چاه‌هایی که مورد استفاده عموم است». در ماده ۲۴ به شرح برخی از اموال عمومی از نوع راه‌ها پرداخته که قابلیت تملک را ندارد و از قضا با چیزی که به عنوان شرایط مال، پیش از این صحبت نمودیم در تعارض است، چراکه از ویژگی‌های مال می‌تواند تملک باشد و همچنین ماده ۲۵ به بیان این مطلب پرداخته که اموال عمومی بایستی مورد استفاده عموم قرار گیرند و قابلیت تملک خصوصی را ندارند.

در تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری‌ها آن نیز بیان شده است: «اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و خیابان‌ها و به‌طور کلی معابر و بستر رودخانه‌ها و نهرها و مجاری فاضلاب شهرها و باغ‌های عمومی و گورستان‌های عمومی و درخت‌های معابر عمومی واقع در محدوده هر شهر که مورد استفاده عموم است، ملک عمومی محسوب و در مالکیت شهرداری است». با ملاحظه این تبصره نیز مشخص می‌شود که در اینجا نیز مانند قانون مدنی از ضابطه استفاده عمومی صحبت شده و بیشترین ملاک برای تشخیص ملک عمومی مدیریت شهری می‌باشد. چیزی که از آن تحت قالب مالکیت اداری صحبت شده و جنبه نگهداری از آنها غالب است. (فتاحی، ۱۳۹۴: ۲۰) به عبارتی مالکیت اداری نوعی مدیریت حفظ و نگهداری بهینه از این گونه اموال شناخته می‌شود.

در باب اموال عمومی تفاوت نظر بسیار وجود دارد و آن هم در این مسئله است که اموال عمومی باید علاوه بر این موارد ویژگی مصلحت عمومی را نیز داشته باشند و براساس منافع عمومی به کار گرفته شوند. (عباسی، معصومی، ۱۳۹۸: ۱۴۸)

در این خصوص برای نشان دادن تفاوت اموال عمومی از دولتی، برخی قائل به معیارهایی چون اختصاص به خدمت عمومی، امکان یا عدم امکان توقیف، تفاوت در شیوه بهره‌برداری و اعمال مدیریت یا اعمال مالکیت شده‌اند، هرچند موردنقد نیز واقع شده است. (عبداللهی، ۱۳۹۸: ۶۸). برخی از حقوقدانان نیز در این رابطه با عنوان مشترکات عمومی و مباحات و انفال، تفاوت‌های فقهی نیز [از مال] ارائه داده‌اند که از موضوع مباحث حقوق عمومی خارج است. (حبیبی، نجارزاده هنجنی، ۱۳۸۸: ۷۴). به نظر می‌رسد ضابطه دقیقی از نظر مقنن میان این اموال به چشم نمی‌خورد و لذا با استعانت از برداشت‌های حقوقی به‌طور کلی اموال عمومی، اموالی هستند که در راستای تأمین منافع عمومی بوده و غلبه کلی بر اداره آنهاست نه معیاری که به عنوان نشانه مالکیت خصوصی در اموال مورد شناسایی قرار می‌گیرد؛ چراکه در این خصوص نوعی مالکیت مشاعی به چشم می‌خورد. به عبارت دیگر جنبه مدیریتی این اموال و اختیاری که نهادهای عمومی بر آنها دارند، به عنوان دلیل مالکانه شناخته نمی‌شوند (عباسی، معصومی، ۱۳۹۸: ۱۴۹) اما اموال دولتی اموالی هستند که در راستای خدمات عمومی به عنوان یک مال، تحت‌لوا دولت بوده و قابلیت تملک آن، نه از حیث مدیریتی بلکه از باب رفع نیاز عمومی است و بیشتر به مفهوم حقوق خصوصی مال نزدیک است. مؤید این نظر ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ می‌باشد که بیان می‌دارد: «اموال دولتی اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها مؤسسات یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند»؛ بنابراین وجه مالکانه این اموال از اموال عمومی قوی‌تر بوده و بیشتر به مالکیت خصوصی نزدیک می‌باشد. لازم به ذکر است وجه تملک در این ماده می‌تواند اعم از خرید، مزایده، صلح و هر نوع مملک قانونی دیگر باشد.

در یکی از دادنامه‌های صادره در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی آمده است: «منظور از اموال عمومی در اصل ۱۳۹ قانون اساسی اموالی است که برای حاکمیت در دست دولت است مثل اموال ارتش و به‌طورکلی اموالی که خارج از فعالیت‌های تجاری دولت باشد و الا اموالی که برای اعمال تصدی و تجارت است مانند اموال کشتیرانی جمهوری اسلامی ایران از مصادیق اصل ۱۳۹ قانون اساسی محسوب نمی‌شود و قابل ارجاع به داور است و در آخر باید توجه داشت که چنین قراردادهایی نیاز به تصویب هیئت مجلس ندارد.» (عبد یزدان، ۱۳۹۷: ۴۱)

البته تفکیک نظام حقوقی فرانسه در اینجا به نظر ملاک برتری برای تشخیص این اموال محسوب می‌شود. در نظام حقوقی فرانسه به مجموع اموال منقول و غیرمنقولی که در اختیار دولت قرار می‌گیرد، اموال در اختیار دولت گفته می‌شود. بخشی از این اموال که به اموال عمومی شهرت یافته، به استفاده عموم و یا خدمات عمومی اختصاص یافته است و از مقررات حقوق عمومی پیروی می‌کند و بخش دیگر که به آن اموال خصوصی دولت یا اموال دولتی گفته می‌شود، تا حدود زیادی تابع مقررات حقوق خصوصی است. (رضائی‌زاده، بابائی، ۱۳۹۷: ۲)

با عنایت به موارد فوق‌الذکر به نظر می‌رسد اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی به گونه‌ای است که کلیه دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی اعم از منقول و غیرمنقول را دربرمی‌گیرد. اما نکته‌ای که در اینجا حائز اهمیت است، این مطلب می‌باشد که بعضی از حقوقدانان مدعی هستند که صرف دعوی راجع به اموال عمومی را نمی‌توان واجد اصل ۱۳۹ قانون اساسی دانست مگر آنکه این اموال علاوه بر دولتی بودن مال، واجد وصف عمومی نیز باشد (علی‌دادی ده‌کهنه، جوهری، ۱۳۹۸، ۲۰۳). این نظر با این ایراد روبه‌رو است که فلسفه حفظ اموال عمومی که ظاهراً مبنای این اصل بوده است را نادیده گرفته و دایره شمولیت این امر را محدود نموده است، هرچند که رویه قضایی بعضاً با این اصل (۱۳۹ ق.ا.) داوری‌پذیری را پذیرفته است. البته برخی از حقوقدانان اموال عمومی و دولتی را مترادف یکدیگر قرار داده و برای آن وصف واحد در نظر گرفته‌اند. (کریمی، پرتو، ۱۳۹۱: ۱۸۲) که این نظر نیز با ایراد سابق روبه‌رو خواهد بود؛ بنابراین به نظر می‌رسد که وصف عمومی و دولتی دو عنوان مستقل از یکدیگر بوده و حتی اگر مالی به صورت اموال دولتی نباشد اما وصف عمومی بودن را اقتضاء داشته باشد، می‌تواند در شمولیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی قرار گیرد. هرچند تفسیر موسع این اصل چندان بر مذاق حقوقی خوش نمی‌آید ولی ناچار به پذیرش آن هستیم، چراکه مبین این نظریه، نظر ۷۰۰-۷/۱۴-۱۳۷۸/۴ اداره حقوقی دادگستری است: «الف - به صراحت اصل ۱۳۹ ق.ا. که صلح دعاوی و یا ارجاع آن به داوری در اموال عمومی را مثل اموال دولتی، موکول به تصویب هیئت‌وزیران و اطلاع مجلس می‌داند، صلح و یا ارجاع دعاوی به داوری در مورد اموال شهرداری هم موکول به تصویب هیئت‌وزیران و اطلاع مجلس است.

ب - چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ ق.ا. شرط داوری در قراردادهای منعقدۀ توسط شهرداری‌ها درج شود شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست».

ملاحظه می‌گردد این شمولیت گسترده در بسیاری از موارد دست نهادهای عمومی و دولتی را بسته نگه داشته و این واهمه برای بخش خصوصی طرف قرارداد ایجاد می‌شود، که به دلیل محدودیت‌ها و دشواری‌هایی که ممکن است در احقاق حق وجود داشته باشد،

عطای موضوع را به لقای آن بخشیده و از خیر و منفعت قرارداد بگذرد. این مسئله در جایی که طرف قرارداد، یک نهاد بین‌المللی است به نحو واضح‌تری عیان می‌گردد؛ چراکه داوری بین‌المللی در امر تجارت بین‌الملل یک سازوکار حل‌وفصل اختلاف، جدا از سیستم نهادهای دادگاهی کشورها بوده و اکنون داوری بین‌المللی یک روش مرسوم و متداول در دعاوی تجارت بین‌الملل می‌باشد؛ (نیک‌بخت، ۱۳۹۱: ۱۸) لذا هرگونه ایجاد محدودیت در این رابطه بر حجم تجارت یک کشور می‌تواند اثرگذار باشد.

لازم به ذکر است که گذشته از ابهامات قانونی در رابطه با حل‌وفصل اختلافات [به‌ویژه در رابطه با اصل ۱۳۹ قانون اساسی]، عدم عضویت در ایران در کنوانسیون بین‌المللی مثل (ICSID) نیز موجب عدم اعتماد خارجی‌ان نسبت به حل‌وفصل اختلافات شأن در ایران شده است. (زاکرواھی‌فرد، صادقی، ۱۳۹۹: ۲۴۵)

همچنین وضعیت بررسی و تفسیر این اصل در داوری‌های داخلی با داوری‌های بین‌المللی متفاوت است؛ زیرا در عرصه داوری تجاری بین‌المللی با استناد به قاعده استاپل^۱، طرف ایرانی نمی‌تواند پس از انعقاد موافقت‌نامه داوری و بروز اختلاف، به بهانه وجود برخی محدودیت‌ها در قوانین داخلی، مانع روند داوری شود و یا پس از صدور رأی به دنبال ابطال آن باشد؛ زیرا هنگام انعقاد قرارداد از وجود این شرایط قانونی آگاه بوده و می‌بایست از ابتدا با در نظر گرفتن آن، اقدام به اتخاذ مجوز لازم نماید. (صد خسروی، حبیب‌زاده، ۱۳۹۸: ۱۵۷)

۴. داوری در دعاوی دولتی خارج از حیطه اصل ۱۳۹ قانون اساسی

با دقت نظر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی مشخص است که ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی با شرایطی ویژه در آیین حقوق اساسی پذیرفته شده است و این سوال مطرح است که آیا درخصوص سایر دعاوی امکان ارجاع به داوری وجود دارد یا خیر؟ در مقام پاسخ، ابتدا این مطلب به ذهن خطور می‌کند که آیا اساساً امکان وقوع اختلاف در غیر از اموال عمومی و دولتی وجود دارد یا خیر؟ پاسخ مثبت است، چراکه برگرفته از سیستم حقوقی فرانسه دعاوی مرتبط با دولت در چهارچوب‌های ذیل قابل بررسی است:

الف - دعاوی ابطال

ب - دعاوی کامل

ج - دعاوی تفسیر

د - دعاوی بازدارنده (شاهرخی، ۱۳۸۶: ج)

1. Estoppel

هریک از این دعاوی در سیستم حقوقی ایران نیز کم‌وبیش به چشم می‌خورند. دعاوی ابطال در چهارچوب‌های مختلف می‌تواند به ابطال تصمیم و یا مصوبه اداری منجر شود که خلاف قانون باشد. (مشهدی، ۱۳۹۷: ۲۳۰) دعاوی کامل دربردارنده دعاوی هستند که حقوق اشخاص مورد رسیدگی قرار می‌گیرد مانند دعاوی قراردادهای اداری (آقای طوق، ۱۳۹۷: ۴). دعاوی تفسیر، یا به عبارتی دعاوی تشخیص اعتبار یا تفسیر احکام و تصمیمات اداری می‌باشند، که در راستای همین موضوع مطرح می‌شوند و قاضی فقط به بررسی آن پرداخته و تصمیم ماهوی خاصی صادر نمی‌شود و در دسته چهارم با دعاوی سروکار داریم که صدور احکام مجازاتی را شامل می‌شود.

در ایران علی‌رغم اینکه نزدیک به چهار دهه از عمر دیوان عدالت اداری می‌گذرد، دسته‌بندی جامعی درباره انواع دعاوی اداری ایران ارائه نشده است. با این حال، اگر بخواهیم نظریه ادوارد لافریر را که توانسته نزدیک به سیزده دهه جایگاه خود را در فضای حقوق اداری فرانسه حفظ کند مبنا قرار دهیم، در ایران نیز همان چهار دسته از دعاوی قابل‌شناسایی است. (آقای طوق، ۱۳۹۷: ۲۲)

به عنوان مثال در دعاوی ابطال، امکان ابطال یک مصوبه در دیوان عدالت اداری وجود دارد. درخصوص دعاوی کامل می‌توان اختلافات ناشی از پیمان را به عنوان نمونه بیان داشت که در این رابطه اصل بر آن است که در صلاحیت دادگاه‌های عمومی و انقلاب می‌باشد. اگر ملاک در رسیدگی به این مصادیق اصل ۱۳۹ قانون اساسی باشد، خواه ناخواه این مطلب به ذهن متبادر می‌شود که این موارد از مصادیق داوری خارج است. اگر اصل بر آن باشد که امکان رسیدگی خارج از چهارچوب اصل ۱۳۹ قانون اساسی درخصوص برخی از موارد امکان‌پذیر باشد پس در بحث داوری به طور حتم وجود دارد.

این سلسله دعاوی دارای ویژگی خاص یهنی حضور و ظهور قدرت دولت در سیستم حقوقی مبتنی بر رسیدگی می‌باشد. حال سوال این است که آیا دعاوی موردنظر قابل ارجاع به داوری می‌باشد یا خیر؟ قانون‌گذار اساسی در مقام بیان، تنها بخشی از دعاوی را محدود نموده است و درخصوص سایر موارد به سکوت روی آورده و بر همین اساس به نظر می‌رسد مقنن براساس اصل عدم، منعی را اعمال ننموده مگر در مواردی که مقنن مجدد به اجمال یا به صراحت به تعیین تکلیف پرداخته است. به جهت سهولت بررسی و اعلام نظر در این خصوص لاجرم به تقسیم‌بندی دعاوی مبتنی بر حاکمیت و تصدی پرداخته خواهد شد.

درخصوص دعاوی مبتنی بر اعمال حاکمیتی، ازجمله دعاوی بانکی (بانک‌های دولتی)،

مالیاتی، استخدای، شهرداری، شکایت از تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و تشکیلات و نهادهای انقلابی که جنبه عمومی و دولتی آن بر سایر جنبه‌ها برتری دارد برعهده دیوان عدالت اداری است. این نهاد براساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به موجب اصل ۱۷۳ ایجاد گردیده است و لذا صلاحیت انحصاری در رسیدگی به موضوعات فوق‌الذکر به چشم می‌خورد. حال سوال این است که آیا قانونگذار اساسی جواز ارجاع این دعاوی به داوری را صادر نموده است یا خیر؟ قانون‌گذار ایران درخصوص دعاوی که قابلیت داوری ندارند ازجمله دعاوی ورشکستگی، دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ، طلاق و نسب و دعاوی عمومی ممنوعیت‌هایی را وارد نموده است؛ بنابراین در نگاه اول به نظر می‌رسد ارجاع سایر دعاوی ازجمله دعاوی مربوط به صلاحیت دیوان عدالت اداری قابل ارجاع به داوری است، اما با عنایت به تصریح وظیفه برای دیوان عدالت اداری درخصوص این دعاوی، به نظر می‌رسد ارجاع امر به داوری دارای محمل حقوقی نخواهد بود؛ چراکه با تعیین یک صلاحیت ویژه برای دیوان عدالت اداری نهاد رسیدگی‌کننده به صورت دستوری و آمرانه و بنابر حساسیتی خاص مشخص شده است؛ بنابراین نمی‌توان خلاف نص مذکور به اجتهاد پرداخته و جوازی برای ارجاع این‌گونه دعاوی به داوری لحاظ نمود؛ هرچند در قانون نهی خاصی در این خصوص لحاظ نشده است، اما این مطلب به آن معنی نیز نیست که جوازی برای ارجاع به دعاوی از این سکوت نشأت گیرد.

درخصوص سایر دعاوی ازجمله دعاوی ناشی از عمل تصدی‌گری دولت، همانند مسئله فوق این سوال مطرح است که آیا این دسته از دعاوی نیز قابل ارجاع به داوری هستند یا خیر؟ به عنوان مثال آیا می‌توان دعاوی ناشی از پیمان‌کاری را به داوری ارجاع داد یا خیر؟ در مقام پاسخ به سوال، به نظر می‌رسد به قرینه ماده ۴۵۴ آیین دادرسی مدنی و با عنایت به اینکه صلاحیت رسیدگی به این موضوعات در دادگاه‌های عمومی می‌باشد، لذا منعی برای ارجاع امر به داوری نمی‌باشد. از سوی دیگر منعی قانونی، مثل ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص وجود ندارد، لذا پذیرش داوری در این خصوص با مانع قانونی روبه‌رو نمی‌باشد. کما اینکه در ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان به این مسئله به نحو واضحی اشاره شده است و شورای عالی فنی را با این عنوان برای فصل خصومت صالح می‌داند. (هادی، ۱۳۹۸: ۲۷)

در برخی از مواقع مشاهده شده است که مقنن به طور واضحی درخصوص صلاحیت داوری جانب جواز را گرفته و به‌ویژه درخصوص اختلافات ناشی از خصوصی‌سازی، موضوع را به هیئت‌داوری به شرح ذیل ارجاع داده است:

رسیدگی، اظهارنظر و اتخاذ تصمیم در مورد شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هریک از تصمیم‌ها در امر واگذاری در صلاحیت هیئت‌داوری است و این موضوع در قراردادهای تنظیمی واگذاری سهام قید می‌شود و به امضای طرفین قرارداد می‌رسد. (ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران)

با عنایت به ماده فوق به نظر می‌رسد، در مقام عمل، قانون‌گذار از اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز عدول نموده و از سوی دیگر با تبیین این نهاد داوری آن هم به صورت اجباری، اشخاص را از انتخاب بین نهاد داوری و دادگستری عمومی محروم ساخته است؛ لذا به نظر می‌رسد، نهاد مزبور برخلاف تصریح دو اصل ۱۳۹ و ۱۷۳ قانون اساسی نیز می‌باشد. (سوادکوهی، ۱۳۷۹: ۱۶) نکته حائز اهمیت در خصوص این استدلال آن است این اجبار به نظر از باب تخصص هیئت مذکور است و الزاماً نمی‌تواند مانعی در راستای تحقق عدالت باشد. یکی از استثنائات اصل مذکور، مصوبه به تاریخ ۱۳۷۳/۰۲/۱۸ در خصوص اجازه ارجاع به داوری در شرایط خاص می‌باشد که به شرح ذیل بیان می‌گردد:

اجازه ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، در مورد شرایط عمومی قراردادهای ساخت و قراردادهای خدمات مشاوره‌ای، در موارد غیرمهم، به کمیسیون امور زیربنایی و صنعت تفویض می‌شود. در مورد هر قرارداد تصمیم کمیسیون با رأی اکثریت وزیران عضو و پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجرا است. (مصوبه تفویض اجازه ارجاع دعاوی به اموال عمومی و دولتی به داوری به کمیسیون امور زیربنایی و صنعت و لغو تصویب‌نامه راجع به الحاق عبارتی به تصویب‌نامه تفویض دو مورد به کمیسیون اقتصاد هیئت‌وزیران)

نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت این است که در مقام عمل، علی‌رغم وجود صراحت در این اصل قانون اساسی، به دلایل بعضاً واهی، درخواست‌های تفسیری از این اصل صورت گرفته و به گسترش دایره این اصل محدودکننده افزوده شده است؛ لذا این عدم تفسیر جامع و مانع و کامل موجب شده است تا در خصوص عدول از این اصل تنها به قرائن حقوقی و یا شکلی نظر داشته باشیم و در اینجا می‌بایست مقنن به صراحت ورود پیدا کرده و زمینه لازم را برای تعیین مصادیق مهم مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی را فراهم کند. (مبارکی، عمادزاده، مسعود، ۱۳۹۶: ۱۵۷)

نتیجه

داوری نهادی است که با عنوان حکمیت خصوصی شناخته می‌شود و یک اصل غیرکتمان است که روزبه‌روز از آن بهره بیشتری در مراودات تجاری و حقوقی گرفته می‌شود، سهولت

دسترسی به داوران، کمتر بودن هزینه‌های زمانی و مالی، تخصصی‌بودن امور، همگی از مزایای داوری به شمار می‌رود و لذا نمی‌توان از آن چشم‌پوشی نموده و یا با ایجاد موانع آن را محدود نمود. گسترش این نهاد به حدی است که در دنیا سازمان‌ها و نهادهای داوری همچون ICC جایگاه ویژه‌ای یافته و به دنبال آن هستند که داوری را جانشین نهاد قضایی نمایند.

دعاوی دولتی نیز، در دسته دعاوی عمومی قرار می‌گیرد؛ چراکه یکی از طرفین مخاصمه دولت یک نهادهای وابسته به آن می‌باشند. این حیطه دعاوی از حیث شمولیت در کشورهایی که حاکمیت دولت گسترده‌تر بوده و لذا به جای بخش خصوصی، بیشترین حجم معاملات را انجام می‌دهند، به‌طورحتم گسترده‌تر بوده و از سوی دیگر در دولت‌های حداقلی این شمولیت کمتر خواهد بود. یکی از مواردی که معمولاً ریشه دعاوی دولتی می‌باشد بهره‌مندی دولت از اقتدار در دعاوی اخیر می‌باشد.

ویژگی اموال عمومی و دولتی و ضرورتی که در راستای حفظ بیت‌المال وجود دارد، مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده است. اصل ۱۳۹ با اعمال محدودیت‌هایی به این امر منجر شده است که دعاوی دولتی در خصوص اموال عمومی و دولتی از ویژگی خاصی برخوردار شده و ارجاع به داوری در عمل با مشکل روبه‌رو گردد. تفاسیر شورای نگهبان، در مقام عمل این حیطه را گسترده‌تر کرده است؛ لذا این اصل علی‌رغم دل‌نگرانی‌هایی که در راستای حفظ حقوق عامه فراهم آورده است، منجر به ایجاد یک مانع اساسی در مفهوم داوری به معنای تسهیل در شرایط داوری شده است.

با عنایت به مشکلاتی که در ارجاع به داوری و یا صلح دعاوی در این خصوص ایجاد شده است، حذف اصل ۱۳۹ قانون اساسی مشکل‌چندانی را در حمایت از بیت‌المال ایجاد نمی‌کند، مگر آنکه مقنن دغدغه دیگری غیر از دغدغه‌های حقوقی داشته باشد. به عبارت دیگر، به جای اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌توان با ارائه روش‌های دقیق نظارتی بر داوری نسبت به اموال عمومی و دولتی از منافع آن بهره بیشتری را برد؛ چراکه اقتضائات زمانی و گذر از بحران‌های اولیه در زمان انقلاب اسلامی و همچنین افزایش حجم بازرگانی بین‌المللی منجر به آن شده که اصل ۱۳۹ قانون اساسی نتواند جواب‌گوی این موارد باشد و در مقام عمل مانع و هراس‌بزرگی را برای دستیابی به توافق کلی را ایجاد می‌نماید. اساساً تفسیر موسع از اصل ۱۳۹ به هیچ عنوان با توجه به نحوه نگارش و تصویب آن درست نیست و به نظر می‌رسد بهره‌گیری از نهاد داوری در مواردی که خارج از اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده و همچنین نهادهای اختصاصی برای رسیدگی به اختلافات مشخص نشده است می‌تواند اعمال گردد.

فهرست منابع

الف. قوانین و مقررات

۱. قانون داورى تجارى بين‌المللى ۱۳۷۶/۶/۲۶
۲. قانون مدنى
۳. قانون اساسى
۴. قانون آيين دادرسى مدنى
۵. قانون شهردارى‌ها ۱۳۳۴/۴/۱۱
۶. قانون برنامه سوم توسعه اقتصادى، اجتماعى و فرهنگى جمهورى اسلامى ايران
۷. مصوبه تفويض اجازه ارجاع دعاوى به اموال عمومى و دولتى به داورى به كميسيون امور زيربنايى و صنعت و لغو تصويب‌نامه راجع به الحاق عبارتى به تصويب‌نامه تفويض دو مورد به كميسيون اقتصاد هيئت وزيران.
۸. مصوبه تفويض اجازه ارجاع دعاوى به اموال عمومى و دولتى به داورى به كميسيون امور زيربنايى و صنعت و لغو تصويب‌نامه راجع به الحاق عبارتى به تصويب‌نامه تفويض دو مورد به كميسيون اقتصاد هيئت وزيران مصوب ۱۳۷۳/۰۲/۱۸.

ب. كتاب‌ها

۹. بهرامى، بهرام، پرتوى‌زاده، رضا، بهرامى، محمدرضا ۱۳۹۸، بايسته‌هاى داورى در حقوق ايران، تهران، موسسه فرهنگى هنرى انتشاراتى نگاه بينه.
۱۰. پيرى، فرهاد، ۱۳۹۸، راهنماى نگارش رأى در داورى، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۱. جنيدى، لعياء، ۱۳۷۵، اصل ۱۳۹ قانون اساسى و سيستم حل‌وفصل اختلاف سازمان جهانى تجارت، تهران، مجموعه مقالات بررسى جنبه‌هاى حقوقى سازمان جهانى تجارت.
۱۲. خدابخشى، عبدالله، ۱۳۹۸، حقوق داورى و دعاوى مربوط به آن در رويه قضايى، تهران، شركت سهامى انتشار.
۱۳. شيروى، عبدالحسين، ۱۳۹۵، داورى تجارى بين‌المللى، تهران، سازمان مطالعه و تدوين كتب علوم انسانى دانشگاه‌ها.
۱۴. صورت مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران ۱۳۵۸
۱۵. على‌دادى ده‌كهنه، على، جوهرى، ابوذر، ۱۳۹۸، حقوق داورى کاربردى، تهران، مركز مطبوعات و انتشارات قوه قضاييه.
۱۶. محمدى خورشيدى، محمد، ۱۳۹۵، داورى در حقوق ايران، تهران، انتشارات بهنامى.

۱۷. مشهدی، علی، ۱۳۹۷، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۸. نیک بخت، حمیدرضا، ۱۳۸۸، داورى تجارى بینالملل، آیین داورى، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانى.

ج. مقاله‌ها

۱۹. اسکندری، امیر محمد، ۱۳۸۴، بررسی نقش تکمیلی روش‌های حل اختلاف جایگزین ADR در حل و فصل دعاوی مربوط به ضمان قهری و خسارت، تهران، مجله کانون وکلا، شماره ۱۹۱.
۲۰. آقای‌طوق، مسلم، ۱۳۹۷، انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه، تهران، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۳.
۲۱. بهمن‌پوری، عبدالله، شادمان‌فر، محمدرضا، پورغلامی‌فرآشبندی، مجتبی، ۱۳۹۳، بررسی فقهی مال بودن داده‌های رایانه‌ای، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، تهران، شماره ۲.
۲۲. پیری، فرهاد، ۱۳۹۸، تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی درس‌هایی از دعاوی گذشته، فصلنامه رأی، تهران، شماره ۱۹.
۲۳. جنیدی، لعیا، غیاثوند قزوینی، نسترن، ۱۳۹۴، داورى پذیرى در نظام حقوقى ایران با تأکید بر رویه قضایی، تهران، نشریه حقوق تطبیقی، شماره ۲، پیاپی ۱۰۸.
۲۴. حبیبی، محمدحسن، نجارزاده هنجنى، مجید، ۱۳۸۸، ملاک تمییز انفال و نسبت آن با سایر عناوین مالکیت عمومى، تهران، مجله حقوق خصوصى، شماره ۱۵.
۲۵. رضائی‌زاده، محمدجواد، بابائی، مهدى، ۱۳۹۷، نظریه مربوط به ماهیت حقوقى اموال عمومى، تهران، فصلنامه حقوق اداری، شماره ۱۶.
۲۶. زارعی، محمدحسین، فنازاد، رضا، ۱۳۹۱، ماهیت ویژه صلاحیت اختیاری و روش‌های نظارت بر آن در بستر حقوق عمومى مدرن، تهران، فصلنامه تحقیقات حقوقى، شماره ۱۱۷.
۲۷. زاكرخواهى فرد، یحیی، صادقى، محمد، ۱۳۹۹، تحلیل حقوقى-اقتصادى موانع سرمایه‌گذارى خارجى در مناطق آزاد ایران، تهران، شماره چهل و هفتم.
۲۸. سوادکوهى، سام، ۱۳۷۹، تولد داورى اجبارى یا مرحله‌ای از دادرسى، تهران، مجله دادرسى، شماره ۲۹.
۲۹. صدخسروى، معصومه، حبیب‌زاده، توکل، ۱۳۹۸، موانع اصل ۱۳۹ قانون اساسى در مسیر الحاق به موافقت‌نامه تریپس، فصلنامه تحقیقات حقوقى تطبیقى ایران و بین‌الملل، شماره چهل و پنجم.
۳۰. عالی‌پناه، علیرضا، زیار، محسن، ۱۳۹۶، بررسی تطبیقى نهاد سازش در حقوق ایران و حقوق تجارت بین‌الملل، تهران، آموزه‌های حقوقى گواه، سال سوم، شماره ۲.
۳۱. عباسى، بیژن، معصومى، مسعود، ۱۳۹۸، جایگاه اموال دولتى در نظام حقوقى ایران، تهران، فصلنامه



- حقوق اداری، شماره ۱۸.
۳۲. عبداللهی، حسین، ۱۳۹۸، بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران، تهران، مجله پژوهش حقوق عمومی، شماره ۶۳.
۳۳. عبدیزدان، مصطفی، ۱۳۹۷، تحلیل رویکرد دادگاه‌ها نسبت به داوری دعاوی اموال عمومی و دولتی، تهران، دو فصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، شماره ۹.
۳۴. علیدوستی، ناصر، ۱۳۸۷، ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۳۹.
۳۵. فتاحی، مهدی، ۱۳۹۴، داوری راجع به اموال عمومی و دولتی در رویه قضایی دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران، تهران، فصلنامه رأی، شماره ۱۱.
۳۶. کاویانی، کوروش، ۱۳۸۰، اصل ۱۳۹ و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، تهران، مجله پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵.
۳۷. کریمی، حامد، محبی، داود، ۱۳۹۷، تحلیل اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر ماهیت اموال عمومی، تهران، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲۲.
۳۸. مبارکی، مصطفی، عمادزاده، محمدکاظم، مسعود، غلامحسین، ۱۳۹۶، مراجع ذیصلاح داوری و دادرسی در قراردادهای اداری و نفتی ایران، تهران، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۲.
۳۹. منصورآبادی، عباس، ۱۳۸۲، موضوع جرم در باب جرائم علیه اموال، تهران، نشریه حقوق خصوصی، شماره ۴.
۴۰. نوایی، علی‌اکبر، ۱۳۷۸، اختیارات حاکم اسلامی، مجله پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، تهران، شماره ۱۸.
۴۱. هادی، سالار، ۱۳۹۸، بررسی نهاد داوری در قراردادهای پیمانکاری موضوع شرایط عمومی پیمان ماده ۵۳، فصلنامه الکترونیکی پژوهشی حقوقی قانون‌یار، شماره ۵.
- د. پایان‌نامه
۴۲. شاه‌رخ، آناهیتا، ۱۳۸۶، پایان‌نامه انواع دعاوی اداری در شورای دولتی فرانسه و دیوان عدالت اداری ایران، دانشگاه تهران.

ه. وبسایت

۴۳. <https://www.shora-gc.ir>

English Articles

References

- Abbasi, E. (2011). An Overview of the 2001 Entire National Budget and Its Comparison with the Third Economic and Social Development Plan Act, 51, 19-35.
- (2000). Modern Budgeting in Iran (Principles, Procedures, and Procedures) (2nd Ed.). Tehran: Samt Publications.
- Dadgar Karmajani, Y. (1999). Public Finance and Government Economy. Tehran: Publications of the Cultural and Artistic Institute of Bashir.
- Ebrahiminezhad, M., & Farajvand, E. (2010). Principles of Preparation, Regulation, and Control of the Budget (11th Ed). Tehran: Samt Publications.
- Emami, M. (2010). Public Finance (7th Ed). Tehran: Mizan Publication.
- Esmaili, M., & Tahan Nazif, H. (2008). An Analysis of the Nature of the General Policies of the Executive System in the I.R.I. Constitution, Islamic Law Reviews, 9(28), 93-127.
- Ghaderi, M. R. (2007). New Government Budgeting (2nd Ed). Tehran: Publications of Management and Planning Organization of Iran.
- Karbassian, A. (1996). Budgeting in Iran; Neither Inclusive and Comprehensive, Nor Complete and Balanced. Political Science Quarterly, 71(2), 75-83.
- Moradi, B. (2013). Budget Principles. Tehran: Franama Publishing.
- Review of the Principle 53 (2018). Guardian Council Research Institute.
- Rostami, V. (2014). Public Finance (3rd Ed). Tehran: Mizan Publication.
- Samiei, A. M. (1998). Government Accounting (1) (9th Ed). Tehran: Center for Public Administration Training.
- Zahabi, M. (2015). Sustainability Analysis of the External Sector of the Iranian Economy in the Framework of Resistive Economy, Ravand Quarterly, 22(71), 107-144.



termind of the nation's administration is stripped, resulting in the government's unaccountability. In this paper, we assessed the approach of the Iranian budgeting system to the Budget Non-Allocation Principle.

By studying the most important budgeting principles in the I.R.I. Constitution, it was revealed that the aforementioned principles emphasized the Budget Non-Allocation Principle. The beginning of Principle 53 of the Constitution explicitly endorses the Budget Non-Allocation Principle. In this study, we achieved significant results by analyzing and assessing budgetary rules and regulations. For example, in some general policies of the state, the Budget Non-Allocation Principle has been relatively observed. There were considerable violations of this principle in other budgetary laws and regulations.

Based on the results of this study, it is recommended that the budgetary rules and regulations are reformed in accordance with Principles 52 and 53 of the Constitution, and that these laws are reconciled with the Budget Non-Allocation Principle. In other words, the ordinary legislature does not have precision and diligence when drafting, compiling, and approving the laws of budgeting and the annual budget document so that they comply with Principle 53 of the Constitution. This undermines the government's exclusive authority to prepare and compile the entire national budget, which violates the Principle 52 in terms of Non-Allocation.

and, thus, only the remaining 30% is required to be deposited into the Treasury. The income of governmental bodies is a part of the government's revenues and, therefore, must be deposited into the Treasury General Accounts in accordance with Principle 53 of the Constitution.

paragraph (d) of Article 100 of the Sixth Five-Year Development Plan approved at 2017/03/04 has mandated the Ministry of Cultural Heritage, Tourism, and Handicrafts—that according to Article 5 of the Law on establishing the Ministry of Cultural Heritage, Tourism, and Handicrafts approved at 2003/12/24 are established and administered by a board of trustees—to deposit their entire dedicated income and public donations into the Treasury. Furthermore, 100% of the proceeds as well as the share of government donations dedicated to these places will be available to the Cultural Heritage, Handicrafts and Tourism Organization as annual budget to manage, develop, and repair these sites. By Article 100, the legislator dedicates all the dedicated income of the Cultural Heritage, Handicrafts and Tourism Organization from historic sites and museums in the form of annual budget to the same organization. In other words, by dedicating all the aforementioned income to the Cultural Heritage, Handicrafts and Tourism Organization, the legislator violates the Budget Non-Allocation Principle.

4. Conclusion

Violating the Budget Non-Allocation Principle means forecasting a specific source of revenue and consequently reducing or shrinking the government. The necessity and importance of this principle is due to the need for budgetary planning. One of the most important goals of public finance can be to match public revenues to public expenditures by means of a document known as budget. The entire national budget is the document in which all public expenditures and the revenues required are determined to meet public expenditures for a specific time period (one year). By disregarding the Budget Non-Allocation Principle, the power of government as the mas-

mention in the following.

Article 92 of the Fourth Development Law establishes a duty for the Ministry of Health and Medical Education to take immediate unconditional treatment of injured persons in traffic accidents. In order to provide the necessary resources for the services mentioned above, 10% of third-party, passenger, and surplus insurance premium are collected by commercial insurance corporations, and deposited into the dedicated income account of the Ministry of Health at Treasury. Finally, it indicates a specific cost location for these revenues. The allocation of a certain percentage of revenues received as dedicated income to certain expenses by insurance corporations is contrary to the Budget Non-Allocation Principle. The income sources of insurance corporations, according to Principle 44 of the Constitution, belong to the government. It's because of the fact that the beginning part of Principle 44 of the Constitution stipulates that the insurance is owned by the government. Thus, based on Principle 53 of the Constitution, the resources received must be centralized in the Treasury General Accounts, and that the payments must be allocated to the governmental bodies according to the approved funds.

According to Article 138 of the Fifth Development Plan, all organizations and companies subject to the Fifth Plan Law that obtain certification due to the reduction of pollutant emissions are permitted to surrender or sell the certification during the plan years. 70% of the proceeds will also be included in the internal revenues of the corporation, and the costs of obtaining the certificate will be payable from the same revenues. The remaining 30% is deposited into the Treasury General Accounts.

Article 138 clearly shows that the legislator violates Principle 53 of the Constitution by allocating 70% of the proceeds to the aforementioned bodies, without mentioning their centralization in the Treasury General Accounts

received by HEC to the Council, and this is in line with the Budget Non-Allocation Principle.

According to Article 18 of the abovementioned Law, “universities and licensed higher education institutions must apply for students’ admission and, after receiving their tuition, deposit it into the dedicated income of universities and higher education institutions.” In this article, the deposit of higher education universities and institutions to the account of the dedicated income of these bodies contradicts the Budget Non-Allocation Principle. It is necessary to deposit the entire government funds into the government accounts at the central treasury, and then make it available to the governmental bodies according to the approved credits.

4-3-3. The Laws of the Five-Year Development Plan

The economic, social, and cultural development plans of the I.R.I. are a series of five-year mid-term plans that are compiled by the interim government, and approved by the Islamic Consultative Assembly. According to Part 3 of Article 1 of the Planning and Budget law, the Five-Year Development Plan is a comprehensive plan that is approved by the Assembly for a five-year period, in which the goals and policies of economic and social development over the same period are specified. This plan includes all government financial resources as well as resources spent by government-owned enterprises and the private sector on the one hand, and the government current and development credits and the public works expenditures of government and private sector on the other, to meet these goals. Six laws have been approved and implemented so far. Each plan has its own goals and perspectives, depending on the economic, social, cultural, and political condition of the country.

In each of the five-year development plans adopted so far, there are some breaches of the Budget Non-Allocation Principle, some of which we will



In the above law (Articles 14, 15, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 35, 67), governmental bodies such as the Ministry of Education, the Ministry of Defense and Armed Forces Logistics, Iranian red crescent society, the Ministry of Health and Medical Education, and the other aforementioned bodies are permitted to deposit collections from their activities into dedicated revenue accounts and, then, they shall make available the equivalent of a deposit or a percentage of that which will be annually assigned in the annual budget law to the relevant governmental body for the expenditure concerned. By assigning dedicated revenues for various governmental bodies through a law independent of the annual budget, the legislature has restricted the government's ability to draft and compile the budget. By assigning certain consumptions for the income of the above-mentioned bodies, we see that the government has been restricted to allocate these revenues to the other bodies.

In recent years, following the rise of the country's governmental bodies and increasing their credit needs, one of the efforts of governmental managers is to increase their budget flexibility by approving dedicated revenues for themselves. Although dedicated revenues are also subject to Public Accounting Law, governmental bodies tend to have more dedicated budgets, and are less dependent on the Treasury's credit allocation mechanism. Because under the heading of dedicated revenues, governmental bodies can spend part of their income out of the General Accounting Law and, thus, have more freedom to use that income. For this reason, getting license to collect dedicated revenues is one of the efforts and goals of government managers (Abbasi, 2002: 23).

The law for 'incorporation of articles into the law of compiling some government financial regulations' contains 69 articles and 5 notes approved on 2005/10/07 by the Islamic Consultative Assembly. Article 3 of the above law corresponds to the Budget Non-Allocation Principle. Because the article does not have a word of assigning all or a percentage of the sums

certain expenditures is only permitted in the annual budget bill. As a matter of fact, despite the approval of the above article and abolishing certain consumptions for the governmental bodies, with regard to the approval of subsequent laws, including the law of adjusting part of the government's financial regulations, with subsequent amendments and additions approved by the Islamic Consultative Assembly (2001, 2005, 2014), and the laws of the Five-Year Development Plan, we see the law not being implemented.

3-3-3. Adjusting Part of the Government's Financial Regulations with Subsequent Amendments and Supplements

Adjusting part of the government's financial regulations with subsequent amendments and supplements is one of the fundamental laws of the country in relation to the determination of financial obligations, which was approved by the Islamic Consultative Assembly on 2002/02/16 to be implemented as a trial act for four years from 2002/03/21. According to this law, many laws and regulations on the government finance, including General Accounting Law, the law on the collection and consumption cases of government revenues, the law on planning and budgeting, the laws on Five-Year Development Plan and so on were modified or supplemented by some articles.

The aforementioned law was regulated according to Article 156 of the Fourth Development Plan approved on 2004/09/01 for the period of implementing the Fourth Plan (2004–2009), and then in accordance with “Part A, paragraph 9” of 2011 entire national budget approved on 2010/03/15 by the Islamic Consultative Assembly, was modified and supplemented in 2010 and finally, according to Article 224 of the Fifth Five-Year Development Plan (2011/01/05), the term of its implementation along with amendments and additions was approved. Some of the contents of the Sixth Development Plan also refer to some provisions of the law of adjusting part of the government's financial regulations that appear to be obligatory.



viding permanent laws and regulations for various governmental bodies' collection before the government prepares and compiles the budget. In fact, excluding the aforementioned governmental bodies, the legislature has created considerable restrictions on the government's use of the resources received from these governmental bodies and estimating various expenditures when preparing and compiling the budget bill.

2-3-3. Receiving Some of the Government's Revenues and Using It in Certain Cases

The law of receiving some of the government's revenues and using it in certain cases was approved on 1995/03/19 by the Islamic Consultative Assembly. The law was adopted under the terms of the last part of Article 14 of the General Accounting Law, considering the temporary appropriation of income, according to which "the government is required to eliminate the termination of the this article within a maximum of three years." While by approving the law and predicting various dedicated income and income-costing institutions for various governmental bodies, after 7 years of the approval of Article 14 of the General Accounting Law, not only did the legislator fulfill their promise to remove the article, but also at the ending of this law, approved Article 92 and, thus, took a major step towards violating the Budget Non-Allocation Principle.

Then, in 1997, another law called "abolition of the consumption cases of Receiving Some of the Government's Revenues and Using It in Certain Cases" was approved by the Islamic Consultative Assembly, according to which abolished all proceeds from the income by various articles of collection law approved on 1995/03/19 by the Islamic Consultative Assembly and its subsequent amendments that were assigned for certain consumption or for certain purposes in the entire national budget. In fact, it is deduced from the above article and its note that the allocation of dedicated income to

ment-owned enterprises shall submit their next year investment plan to the Planning and Budget Organization, when adjusting the entire national budget, in order to integrate and coordinate with other government public works operations.” In implementing the Budget Non-Allocation Principle, since the beginning of the Second Five-Year Plan, all government-owned enterprises, banks, and government-run for-profit entities have been mandated to include their budget in the government budget. The income of government-owned enterprises in their budget that is referred to as the revenue of government-owned enterprises is derived from the sale of goods or services (Ghaderi, 2007: 75).

According to the above mentioned explanation, it can be inferred that banks, insurers, and credit institutions are government-owned enterprises as long as more than 50% of their shares are government-owned, and their sources of income and collections, which according to Principles 44 and 53 of the Constitution are in the possession of the government, are required to be deposited into the Treasury General Accounts.

Given the legal documentation cited above, it is interpreted that it is not lawful to exclude such entities as banks, credit institutions, and insurance corporations from the inclusion of government-owned enterprises’ revenue into the Treasury General Accounts. The viewpoints of the constituents of the Islamic Consultative Assembly¹, when discussing the aforementioned article, reveal that there is not a clear documented reason for these exceptions. Excluding these items from depositing into the Treasury General Accounts, the legislator exempts a considerable portion of the income of these governmental bodies from centralizing in the Treasury General Accounts each year. Furthermore, the government is not permitted to assign the income sources of these bodies when preparing and compiling the budget bill. This is because the legislature has been tasked with pro-

1. See the detailed negotiations of the Islamic Consultative Assembly, second period (1987/04/20: 7963).

ernment owned, are governmental enterprises, and their income or receipts are required to be deposited into the Treasury General Accounts. Government-owned enterprises were defined in Article 4 of the General Accounting Law, and then they were redefined in Article 4 of the National Services Management Law approved on 2007/09/30 by the Islamic Consultative Assembly. Article 4 of the National Services Management Law refers to the government-owned enterprise as an entity created by law to undertake a part of government tasks, whose more than 50% of its share belongs to the government.

Article 2 of the General Policy Implementation Law of Principle 44 of the Constitution approved on 2008/01/28 by the Islamic Consultative Assembly has placed the Central Bank, Melli Bank, Sepah Bank, Bank of Industry and Mine, Export Development Bank, Agriculture Bank, Maskan Bank, and Tose'e Ta'avon Bank in the third category of economic activities, and according to Article 3, paragraph (c) of the same law, their investment, ownership, and management is exclusively at the disposal of the government. Article 1 of the bill of nationalization of insurance and credit corporations, approved on 1979/10/24 by the Council of the Islamic Revolution, in order to protect the rights of insurers, develop insurance industry across the country, and assign insurance at people service has nationalized all insurance institutions in the country, while accepting the principle of conditional legitimate ownership. This is also mentioned in Article 2 of the Law on Insurance Corporations Affairs approved on 1988/12/04 by the Islamic Consultative Assembly. Moreover, Article 2 of the General Policy Implementation Law (Article 44 of the Constitution) places the Central Insurance of I.R.I and the Iranian Insurance Company in the third group that, according to Article 3, paragraph (c) of the same law, their investment, ownership, and management are owned by the government.

According to Article 17 of the Planning and Budget Law, "govern-

knowing that the dedicated income contradicted the budgeting principles, has temporarily approved it for a period of three years. But despite the fact that the above-mentioned article forecasted that the dedicated income shall be appealed three years later, in 1994, with the approval of Article 92 of the law of collecting some of the government's revenues and using it in certain cases, the last part of the article was removed, and this temporary policy became permanent.

Another important fact that has led to the violation of the Budget Non-Allocation Principle is Article 39 of the Public Accounting Law. According to Article 39, "the funds raised from the proceeds and other sources of financing intended for the entire national budget, as well as the proceeds of government-owned enterprises, excluding banks, credit institutions, and insurance corporations, shall be deposited into the Treasury accounts at the I.R.I. Central Bank. The Treasury is required to provide a condition for government-owned enterprises to use their funds within the approved budget." Most public finance experts and economists who define the Budget Non-Allocation Principle in their works consider Article 39 to be a supporter of this principle (e.g. Rostami, 2014: 234; Ghaderi, 2007: 52). While in this article, the income of banks, credit institutions, and insurance corporations is excluded from being deposited into the Treasury, without any legal criteria. It is noteworthy that according to financial lawyers and economists, Article 39 does not only support the Budget Non-Allocation Principle, but also it violates this principle by excluding some entities. The legislator has not stated in Article 39 of the General Accounting Law their purpose of excluding the banks, credit institutions, and insurance corporations from depositing their income into the Treasury.

Article 10 of the General Accounting Law has introduced the shares of governmental enterprises as a part of a public income. Banks, insurers, and credit institutions, as long as more than 50% of their shares are gov-



Following the adjustment of laws and regulations to the I.R.I. Constitution and economic, social, cultural, and moral conditions after the Islamic Revolution on the one hand, and urgent appeals of the governmental bodies to repeal the Accounting Law of 1970 on the other hand, a new Accounting Law containing 120 articles and 67 notes was approved at 1987/08/23. The role, importance, and position of the Accounting Law are elaborated in several sections including: budget definitions, financial terms, the process of preparation and approval of budget, how to calculate revenues and expenditures, how to report to the Assembly and Supreme Audit Court, etc. According to Article 14 of the General Accounting Law, “dedicated income is the income that is allocated by law to specific consumption or expenditure in the entire national budget as dedicated income.” After 1970, when dedicated income was first defined in the General Accounting Law of the country, the most important thing happened was the approval of legal bill on dedicated income by the Council of the Islamic Revolution. As stated in the article approved on 1979/12/05, “all dedicated income of ministries and governmental institutions, except for the revenues excluded in note 28 of the budget law of 1979, must be transferred to public revenues. The dedicated revenues of government institutions, whose inclusion needs their names to be mentioned, are subject to this statement.”

It is further stated in Note 1 that “the dedicated income of ministries and governmental institutions that have been licensed to receive or use their income after the approval of the Budget Law of 1979 are also subject to this law.” Although some of the notes of the above-mentioned article were repealed by the budget law of 1980, they impacted on the definition of the dedicated income in the Accounting Law of 1987. So that as provided in the last part of Article 14, the dedicated income shall be eliminated within three years from the approval of this law. This indicates that the legislator,

paragraph, and depending on the circumstances, the term might be a little biased and different interpretations may arise. In other words, for various reasons, due to the above-mentioned part of paragraph 10, the adjustment mechanism may be applied even if there is no real need. Secondly, Principle 53 of the Constitution and the budgetary principles derived from it, such as the Budget Non-Allocation Principle, the Universality Principle, the Centralization Principle, and the rule of forbiddance of adjustment in public law, are all opposed to the use of adjustment in any circumstances. As noted at the outset, expressing the need for monitoring the implementation of the general policies of the state, the Supreme Leader has emphasized the need for non-contradiction of the annual planning and budget laws with the said policies. Yet, as explained in detail, there is a violation of the Budget Non-Allocation Principle in some of the policies.

3-3. Normal Laws and Regulations in Terms of the Non-Allocation Principle

In the budget laws and regulations, there are several institutions that violate the Budget Non-Allocation Principle, among which we will briefly review some instances.

1-3-3. General Public Accounting Law

In the Persian Constitution of 1906 and its supplement, one of the important financial laws was approved that directly dealt with public finance and budget affairs. The first General public Accounting Law of Iran was adopted in 141 articles in 1910. Until 1933, the General public Accounting Law of 1910 was implemented. In 1933, with approving the Accounting Law, the law of 1910 was repealed. The contents of this law changed and were reformed several times over the years, and finally on 1971/01/05, another Accounting Law was approved and implemented in 98 articles and 27 notes.

first reason is because of the financial aspect, that is the Treasury General Accounts requires revenues from government transactions, taxes, etc. and, by adjustment, cash is not available to the Treasury. The second reason is budgetary. In other words, the contradiction of adjustment forbiddance rule with gross budget is the logical result of implementing the Budget Non-Allocation Principle. According to this principle, all public revenues must be budgeted grossly at no cost, and all expenditures must be made exactly in accordance with the credits concerned. Therefore, no governmental body is permitted to adjust its own revenue and expenditure figures and insert its net in the budget (Rostami, 2014: 213). The third reason is the contradiction of adjustment with one of the most important fundamental principles of public law that is the forbiddance of exercising power against the government. Because only the government has the public power, and is considered to be the premier authority. Thus, the government as a premier power should be debtor to no governmental bodies.

According to what was mentioned, it is inferred that this paragraph violates Principle 53 of the resistive economics' general policies, which authorizes the use of adjustment mechanism to facilitate trade, if necessary. Because it actually ignores Principle 53 of the Constitution, which states that all government revenues must be deposited into the Treasury General Account. In other words, as explicitly stated, it is induced from the beginning of the above-mentioned paragraph that the purpose of this paragraph is a net positive valuation through the items it has named. Now that the foreign exchange is targeted, it is necessary to centralize resources on transfers, as the other government revenues, in the Treasury General Accounts, rather than using the adjustment mechanism to provide no funds to the Treasury. It should be borne in mind that the above-mentioned paragraph only permits the use of adjustment if necessary, and is not applied to all circumstances. To answer this, two arguments are put forward: First, there is no precise definition or criterion for the word "necessary" in the above-mentioned

country's economy have rendered academic knowledge and usual economic thought insufficient to describe the conditions and to provide effective solutions to control and guide the macroeconomic environment. In other words, well-known doctrines of economics are ineffective due to some bottlenecks considering the lack of access to usual financial and economic tools (Zahabi, 2015: 109). The Supreme Leader stated: "If Islamic Iran follows an indigenous scientific economic model that follows the Islamic revolutionary culture, which is the resistive economy, it will overcome all economic problems, and will defeat the enemy that has lined up against this great nation by imposing a full-scale economic war. By preserving the country's achievements in various fields, progress continuation, and fulfilling the ideals and principles of the Constitution and the document of twenty-year future perspective, it will also succeed in a world where the risks and uncertainties resulted by out-of-control evolutions, such as the financial, economic, and political crises, are increasing. It can thus realize a justice-oriented endogenous extroverted economy based on science and technology that is dynamic and forward-looking, and provide an inspiring model of Islam's economic system."

In paragraph 10 of the resistive economics' general policies, approved on 2014/02/18, one of the objectives is stated as follows: "a purposeful comprehensive support for the export of value-added net-positive export of goods and services by using the adjustment mechanism to facilitate trade if needed."

According to Article 264, Clause 5 of the Civil Code, adjustment is one of the ways to terminate obligations. In addition, based on Article 294 of the Civil Code, when two people are indebted to each other, their debts are adjusted. For this reason, adjustment in the specific sense of Article 295 is called automatic adjustment. But in public law, including financial and tax law, it is forbidden (Rostami, 2014: 213).

The forbiddance of adjustment in financial law has several reasons. The



leader's reforms at 2013 – “the rules and regulations, particularly the annual planning and budget, must be regulated within the framework of the general policies. Laws and regulations shall contradict no general policies of the state.” In addition, Article 7 of the same regulations mentions the task of the Expediency Discernment Council Commission to review the compliance of plans and bills with the state's general policies with respect to the development plan law, the budget act, and their future changes. This article examines the contents of the above-mentioned plans and bills with the general policies and reports them to the Expediency Discernment Council Commission if they contradict the general policies of the state. However, in some of the general policies of the state, there are cases of violation of the Budget Non-Allocation Principle that we will briefly review below.

According to paragraph(d) part 2 of “Law on Implementation of General Policies of Principle (44) of the constitution approved 2004/12/11 on the consumptions resulting from assignment, the sum of assigning the shares of government-owned enterprises shall be deposited into a certain account in the central treasury accounts. It then goes on to indicate a certain consumption for the deposited funds. In one of the cases, in relation to consumption resulting from assignment of government-owned enterprises' shares, part 2 states: “2-2 allocating 30% of the proceeds of assignment to pervasive national cooperatives for poverty alleviation.” In the form of an upstream document, this part of Principle 44 sets forth a certain percentage of government-owned enterprises' income, limiting the government's authority in planning all revenues in the annual budgets to 70% by mentioning “it is consumed in the form of approved plans and budgets as follows.” Hence, the remaining 30% is pre-assigned by this document, which contradicts the Budget Non-Allocation Principle.

The peculiar situation of Iran's political economy and the difficulties imposed by extensive comprehensive sanctions on the management of the

But the second interpretation, which seems to be more consistent with the basis for such a focus, is that the constitution, with the approval of this principle, is designed to collect all the country's revenues into one account, and given the integration of the country's affairs, Allocate qualifications and priorities to these revenues for legal purposes) Review of the Principle 53: 2018: 7).

Considering the most important budgetary principles in the I.R.I Constitution, it is induced that they support the Budget Non-Allocation Principle. Principle 52 implicitly and Principle 53 explicitly confirm the budget Non-Allocation Principle. Principle 53 does not deal with the exceptions to the Budget Non-Allocation Principle. In the present study, all laws and regulations are reviewed and assessed using this argument. In fact, in this paper, Principles 52 and 53 of the Constitution are the cornerstones of the analysis of the relevant laws and regulations.

2-3. The General Policies of the State in terms of Non-Allocation principle

Based on paragraph 1 of Principle 110 of the Constitution, "Delineation of the general policies of the Islamic Republic of Iran after consultation with the Expediency Discernment Council" is among the duties and powers given to the supreme leader. The general policies of the state set out the frameworks for adopting and implementing law by the state powers that are obligatory due to their contents. That is, according to the contents of these policies, powers and governmental entities are supposed to make them happen (Esmaili et al., 2008: 124). The supreme leader has determined the overall policies of the state in many subjects and issues. According to Article 2 of the provisional regulations on the implementation of the Administrative policies – approved 2005/06/11 with the supreme

the central treasury. This principle is approved to ensure that in the future, all revenues, whether taxes or revenues from industry or any investments by the government, will go to the central treasury accounts, and all payments will be made from there.”

According to the detailed discussion on Principle 53 of the Constitution, the philosophy of adopting this principle was to centralize all government collections to the central treasury accounts, which were not opposed by the constituents in the final constitutional review. The drafters of the Constitution adopted the Budget Non-Allocation Principle to centralize all the country's revenues in one account, and allocate it for legal purposes due to Iran's integrity affairs.

Fourthly, according to the Budget Non-Allocation Principle, 'denial of clearing' is approved in public law. According to the logic of the Budget Non-Allocation Principle 3, it is not possible to clear the government's debt before happening and revenue before being received. Because in this case, the demands are not deposited into the Treasury, and the debt is not paid out of the Treasury.

Principle 53 has been adopted in the final review of the Constitution. In fact, there is particular attention to the fact that when discussing Principle 53, all drafters were aware of the importance of its adoption. The majority of them did not contradict to the totality of the principle, and the only disagreement was over the details. It can be argued that one of the most important reasons for this principle is the explicit emphasis of the constitutionalists on oil revenues as the major source of income in the country. There are generally two interpretations of the principle 53 of the Constitution. First, this principle has sought to create financial order in the country's revenue and expenditure system and its sole purpose was to focus all government revenues on the country's treasury.

The effect of such a perception is that on different occasions, different accounts are created in the treasury with special conditions.

come-cost', 'collective-expenditure', etc., according to which certain consumption is assigned for certain income (separately and before the annual budget), violate Principle 52 of the Constitution.

Secondly, having the legal authority to prepare a budget bill, the government prepares and compiles the budget each year, taking into account the country's revenue sources and annual spending. Thus, the restrictions imposed by the adoption of different laws and regulations apart from the budget bill undermine the government's authority in the initiative when submitting the budget bill. Therefore, the Assembly is not permitted to violate the government's authority in forecasting revenues and costs through adopting rules and allocating revenues to certain expenditures.

The third impression is that, according to the statement "The 'total' annual budget of the country will be drawn up by the government in the manner specified by law ...", the budget is attributed to the government, and the government must submit the budget of all bodies to the Assembly. In other words, by determining a portion of the budget, prior to the fiscal year, based on laws and regulations outside the annual budget, it is induced that the government has not prepared and compiled the 'total' budget of the country. Because a part of the budget has been determined before the beginning of the fiscal year. Therefore, in this condition, the logic of annual and integrated budget have been violated.

On the other hand, according to Principle 53 of the Constitution:

"All sums collected by the government will be deposited into the government accounts at the central treasury, and all disbursements, within the limits of allocations approved, shall be made in accordance with law."

According to the details of Assembly's final review of the 1979 on the aforementioned principle, this principle does not catch any exceptions. As one parliamentarian (Beheshti) put it bluntly, "The reason for approving the Budget Non-Allocation Principle is that the oil revenue and some other economic revenues were not deposited into the government accounts at



3. Reflections of Non-Allocation Principle in Budgetary Laws and Regulations

Budgeting in its process, from preparation to implementation and supervision, is directly associated with budgetary rules and regulations. So, compliance of some of these rules is vital.

1-3. Non-Allocation Principle in the I.R.I. Constitution

The Constitution is the most significant body of law in a country, and specifies general principles and policies related to the country's various aspects, including social, political, economic and cultural. Given the position of Constitution as the top norm in a country, other laws and regulations must be in accordance with its principles. The Constitution of a country specifies its public finance system in terms of general principles and fundamental policies, and mandates the constituents of the country, including the legislature and other powers, to move within the framework of policies and principles.

The Constitution is the main source of financial rights in Iran so that chapter IV is entitled as "Economic and financial affairs". Principles 52 and 53 of the Constitution are among the most important principles dedicated to budgeting.

According to Principle 52 of the Constitution:

"The total annual budget of the country will be drawn up by the government in the manner specified by law and submitted to the Islamic Consultative Assembly for discussion and approval. Any change in the figures contained in the budget will be in accordance with the procedure prescribed by law."

Three implications can be induced from this statement in terms of Budget Non-Allocation Principle:

First, given the annual budgeting, which is one of the political principles of budgeting, the policies of budgeting are prepared for a fiscal year, and no specific spending can be assigned prior to the beginning of the fiscal year and apart from the annual budget. So forecasting 'dedicated income', 'in-

of the main results of the Budget Universality Principle. In fact, the Budget Non-Allocation Principle represents the second concept of the Budget Universality Principle. That is, the budget figures of governmental bodies must be grossly assigned, and the institutions responsible for preparing, compiling, and approving the budget are not permitted to adjust the resources and costs of governmental bodies. According to this principle, governmental bodies should not have a dedicated revenue and spend it on their own expenses (Abbasi, 2011: 58). So the Budget Non-Allocation Principle states that any governmental body who has an income needs to centralize it government accounts at the central treasury, and asks for any required budget to be approved.

Most economic and public finance resources introducing the Budget Non-Allocation Principle as one of the budgeting principles have provided the same definition of the Principle, its examples, and its violations (e.g. Moradi, 2013: 18). It is noteworthy that some of the most prominent public finance experts in their work, when dealing with budgeting, have not cited this principle as one of the principles of budget preparation and compilation (e.g. Emami, 2010).

From what was mentioned here, it can be concluded that most economic and public finance experts have a minimal idea of the Budget Non-Allocation Principle. In other words, in their point of view, violations of the Budget Non-Allocation Principle emerge only in the annual budgets. However, each time the legislator assigns a certain consumption for all or a percentage of the governmental bodies' receipts in laws and regulations outside the annual budget before the fiscal year begins, and makes the government insert it in the annual budget, they violate the Budget Non-Allocation Principle. It should be noted that in this paper, we use this notion to analyze and assess the Budget Non-Allocation Principle.



laws that contradict this principle. Finally, Section 4 is the conclusion and giving suggestions.

2. Concept Analysis of Non-Allocation Principle

In order to ensure that budget serves as an effective and applicable estimate of spending, a set of rules are adopted as “budget principles” (Dadgar Kermajani, 1999: 190). In fact, there are some fundamental principles through which the budgetary procedure, from drafting a budget bill by the government to its approval by parliamentarians, is carried out (Ebrahiminezhad et al., 2008: 33). These principles can be based on a country’s financial and accounting rules and regulations. In addition, financial policies and priorities of a government can affect the implementation of these principles (Abbasi, 2011: 33). These principles are provided for the basic soundness of regulations and formalities in organizing a useful and tangible regulatory budget to as well as identifying and controlling a government’s revenues and expenditures. Providing budget principles was first done by Leon Seh in 1885 (Rostami, 2014: 205).

The Budget Non-Allocation Principle is one of the most important economic and financial principles of the budgeting process. According to this principle, the budget law does not give way to allocating any revenues to a certain expenditure, and no expenses are financed from certain revenues, All sums collected by the government shall be deposited into the government accounts at the central treasury, and all government expenditures shall be financed from public revenues deposited into the treasury (Rostami, 2014: 220). In other words, any income from any kind of government institutions should be deposited into the government accounts at the central treasury, and all disbursements shall be made in accordance with law, under the supervision of the Plan and Budget Organization and the Ministry of Economic Affairs and Finance.

Principle 53 is discussed as a part of the Budget Universality Principle. In other words, the Budget Non-Allocation Principle in public finance is one

should not have a dedicated budget. Instead, they should shall deposit all sums collected by them on into the government accounts at the central treasury , and then claim their costs to the amount of their spending estimates as well as approved credits and under the law. On the other hand, according to Principle 52: “The total annual budget of the country will be drawn up by the government in the manner specified by law and submitted to the Islamic Consultative Assembly for discussion and approval. Any change in the figures contained in the budget will be in accordance with the procedure prescribed by law.” Thus, the authority of preparation of the budget bill has been left to the government. allocating the revenues of different bodies before the beginning of the fiscal year and apart from the annual budget document contradicts with the principle of budget Non-Allocation. Emphasizing the Budget Non-Allocation Principle in the I.R.I. Constitution indicates the importance of Principle 53 in budget preparation and compilation. Despite the special status given to Principle 53 amongst the other economic-financial principles of the Constitution as well as the Budget Non-Allocation Principle which can be inferred from Principle 53, this principle has been taken for granted by economic and public finance experts in the budgetary system so that this neglect has been a serious obstacle to providing more adequate and comprehensive research studies in public law and economics.

In general, no detailed studies have been made on the application of Budget Non-Allocation Principle in Iranian budgeting system; and financial lawyers and economic experts either briefly mentioned this principle or didn't addressed it at all. In this paper, we will have a deeper look at Budget Non-Allocation Principle, and hence we'll review the effects of this principle in budgetary laws and regulations.

The Remainder of this paper is organized as follows. Section 2 elaborates on the Budget Non-Allocation Principle. Section 3 defines Budget Non-Allocation Principle in budgetary rules and regulations, and reviews some



1. Introduction

The financial system and the financial budget are very important items in the public economy and finance. As the tools of economic and social policy, they play an important role in achieving both national and individuals' goals in society. Budget is the most important strategic management tool that a government can use to achieve its goals, improve efficiency, and control crisis. Budget is a plan to assign how scarce resources are allocated to a commercial unit or any other organizations. Considering that available resources are typically less than demand, it is necessary to systematically assess the project plans and budget proposals (Samiei, 1998: 195). On the other hand, budget is one of the most important financial documents in every country. The importance of a budget document is that it designs the government's work plan and its revenues and expenditures for the coming fiscal year. At the macroeconomic level, a document has a particular tendency, orientation, and justification (Karbassian, 1996: 75). From the time of preparation and compilation of a favorable budget bill until its approval, there are specific guidelines called budgeting principles. The importance of these principles is because they promote a successful budgeting process by improving the financial discipline among government bodies, efficiently using the country's resources, and increasing public welfare. These principles are used to provide rules and regulations for the feasibility and desirability of regulatory budget in identifying and controlling government revenues and expenditures.

Some of the above-mentioned principles are formulated in Principle 53 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, which is one of the most important principles of Chapter IV entitled as "Economy and Financial Affairs". Principle 53 holds: "All sums collected by the government will be deposited into the government accounts at the central treasury, and all disbursements, within the limits of allocations approved, shall be made in accordance with law." According to this principle, the governmental bodies

The Approach of the Iranian Budgeting System to Non-Allocation Principle

Ali Mashhadi*

Sedigheh Gharloghi**

Abstract:

The Non-Allocation Principle is one of the most important budgetary economic-financial principles, which states that government institutions should not forecast their budget. The Budget Non-Allocation Principle is Principle 53 of the Constitution. According to the Budget Non-Allocation Principle, no expenditures should be raised from certain revenues before the start of the fiscal year and out of annual budgets. This paper seeks to answer the important question of what is the approach of the Iranian budgeting system to the Budget Non-Allocation Principle. While Principle 53 of the Constitution emphasizes the need for all government revenues to be centralized in the Treasury General Accounts, the forbiddance of exceptions to this principle, and the forbiddance of certain expenditures on resources before the start of the fiscal year and outside the annual budget according to Principle 52 of the Constitution, in budgetary laws and regulations, the annual budgets, and some of the general policies of the state, there are significant instances of violating the Budget Non-Allocation Principle. Hence, all government entities must consider the Budget Non-Allocation Principle when drafting and approving budgetary laws and regulations, so that they conform Principle 53 of the Constitution.

Keywords:

Budgetary Rules and Regulations, Budgeting, Dedicated Income, Non-Allocation Principle, Principle 53 of the I.R.I. Constitution.

*. Associate Professor, Department of Public and International Law, Qom University (mashadiali@yahoo.com).

** . Phd student in public law of Qom University
(Corresponding Author:gharloghi.sedighe@gmail.com).

law, such as soft law and network supervision. In and of itself, this requires a clear understanding of the nature, function, and procedure of the modern public law, and its differentiation from the classical public law, private law, and criminal law.

Keywords:

Interpretive competence, judge, legislative competence, executive competence, discretionary competence.

Study of the concept of interpretive competence of a judge in the public law system as the competence of a public official

Mohammad hasanvand*

Marzieh salmani**

Mahdi hasanvand ***

Abstract

The interpretive competence of judges has always been a point of conflict. Its advocates regard it as an essential and efficient institution contributing to dynamism of laws, which can bring the laws closer to political and legal requirements in keeping with social change. Its critics, however, reject it claiming it can undermine the rule of law, increase the danger of abuse and corruption, and infringe upon basic rights. Regardless of these criticisms, interpretation of law is an inseparable part of legal resources, procedure, and adaption of laws to actual claims. Therefore, the concern and focus of legal discussions must be on how to supervise and control this legal institution, rather than reject it. In the first step, it must be ensured that principles of accountability and rule of law are observed, and then a balance must be struck between the interpretation made by judges and the spirit of law, legal principles, and human and citizenship rights. The realization of this aspiration is subject to a two-stage solution. Stage one: familiarity with the special, fluid nature of judicial affairs, and admission of its fundamental difference from execution of laws by law enforcement institutions. Stage two: recognition of interpretive competence as a special legal institution, and envision of control, priori, and posteriori mechanisms based on recently developed methods of supervision in administrative

*. PhD in public law at SBU

**.. PhD student in public law at Tehran University

***. mahdi hasanvand master of public law in ATU

malr.journal@gmail.com

msalmanisiboni@ut.ac.ir

mahasanvand@yahoo.fr

Evaluation of the Legislative Effects of the Guardian Council's Approach to the Jurisdictions of the Administrative Justice Court

Mohamad Reza Rafeei*

Mohammad Ghasem Tangestani**

Abstract

Following the interpretation of the Guardian Council on the principle of 170 of the Constitution in 1383, due to the overcoming of verbal interpretation in the Council, the jurisdiction of the Administrative Justice Court became one of the points of the Islamic Parliament and the Guardian Council. Due to Parliament's insistence on some of its approvals, the Expediency Council also engaged in this dispute that the Assembly also adopted the interstitial decisions. The purpose of this paper is to investigate the effects of the Guardian Council approach to the jurisdiction of the Court and the options of pre-assembly and assembly in the face of the mentioned approach. It should be noted that despite researches done about the limits of the jurisdictions of the Administrative Justice Court, no independent research has been done on this subject. This essay, with a descriptive-analytic method, seeks to identify and evaluate the above options. Based on the findings of this study, the generalization of the Administrative Justice Court to all administrative disputes, although desirable, but it requires constitutional amendment, and in the current situation it may not be expedient. In this situation, with the approval of the Parliament and the approval of the Assembly, deviating from the approach of the Guardian Council and generalizing the jurisdiction of the Administrative Justice Court to the necessary cases enumerated in this article, it seems a more justified option.

Key words:

Administrative Cases, litigation, constitution, legislation, expedient.

*. Judge- Administrative Justice Court

**.. Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Kharazmi, Tehran, Iran

The legal system that governs the protection of public order and guarantees the freedom of assembly

(Emphasizing the approach of the Court of Administrative Justice)

Ali bayati*

Abstract

Organizing the relationship between public order and freedom of association is one of the most challenging discourses on administrative law. Because the unconditional protection of public order by the government makes it possible for citizens to abuse and unconditionally exercise the freedom of assembly and march, there is a possibility of chaos. Therefore, in this article, an attempt has been made to examine the legal system governing the issue and to examine the approach of the Court of Administrative Justice of Iran. How the government and public officials (administrative police) can protect the public order by preventing a peaceful, non-criminal rally from violent demonstrations, riots and even uprisings against the government is a major issue. The results of the research show that the Court of Administrative Justice in organizing the relationship between public order and freedom of association not only does not have a clear and definite approach, but also has a paradoxical and contradictory approach. For example, the General Assembly of the Court of Administrative Justice considered the government's decision to designate places for rallies to restrict freedom of assembly, but on the contrary, the need to obtain a permit to march, despite the fact that Article 27 of the Constitution includes restrictions on Freedom of assembly is not mentioned, it does not limit the freedom of assembly.

Keywords:

Freedom of Assembly, Administrative Police, Administrative Justice Court, Public Officials, Public Order.

*. Ph.D. in Public law University of Tehran.

ali.bayati63@yahoo.com

Governmental Decreee and Public interest

mahdi balavi*

mahnaz Bayat Komeitiki**

marjan zare Mohazabie***

Abstract

One of the important issues in the field of public law and political jurisprudence is the clarification of the scope of the ruling of the government and the justification for its issuance. based on the studies, it seems that the issuance of the rulling of the government as a fundamental solution to solving emerging political and social problems and issues is in the hands of a comprehensive ruler of the conditions. in various circumstances, based on the requirements of society and in line with the administration of the country, a decision is appropriate to take. This decision, of course, needs to be justified. public interest as the common benefit of all individuals as members of society is the same as the basis for the issuance of a rulling of the government on its orbit and justified. Therefore, it is impossible or necessary to make a rulling of a government based on the requirements of the day of society and the real interest of each member to the limited scope

Key words:

government decree, public interest, the expediency of the government, -mobait, The absolute fagihs leadership theory.

*, Associate Professor, Department of International and Public Law, Farabi Campus, University of Tehran
mahdibalavi@ut.ac.ir

**, Associate Professor Department of International and Public Law. Farabi Campus. University of Tehran
m_bayat@sbu.ac.ir

***, Master of Public Law at SBU

Legal feasibility study of admission of general jurisdiction of the Court of Administrative Justice in handling Litigations regarding administrative contracts

Nader Mirzadeh Kouhshahi*

Mohammadjavad Mohammadpour**

Abstract

Handling litigations regarding administrative contracts is important, due to specialization and special administrative requirements. Therefore, in many countries, judicial review of these contracts has been entrusted to a special judicial authority. In the Islamic Republic of Iran, the Court of Administrative Justice is envisaged as the judicial authority in charge of administrative matters, but the Court has deny itself jurisdiction over litigation concerning administrative contracts. In the present study, with a descriptive-analytical method, after criticizing the existing judicial procedure, by Analyzing the arguments of the proponents and opponents of the jurisdiction of the court and analyzing the elements and types of administrative, civil and criminal litigations, we concluded that not only legally it is possible to accept the general jurisdiction of the Administrative Court of Justice in litigation regarding administrative contracts, but also It can be argued that the existing procedure inconsistent with the relevant laws.

Key words:

Administrative contracts, The Court of Administrative Justice, General jurisdiction, Administrative proceedings

*. Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political science, University of Tehran, Tehran, Iran.

mirzadeh@ut.ac.ir

** . MA. Student in Public law, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Judicial sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding author).

m.j_mohammadpour@yahoo.com

The scope and procedure of Judicial review of Administrative Justice Court on the Judgments of Labor's Dispute Settlement Authorities in the Light of Administrative Justice Court jurisprudence

Morteza Nejabatkhah*

Farhang Faghih Larijani**

Soona Nazari ziaratgah***

Abstract

Iran's Labor Law (1990) provides for Dispute Settlement bodies at two levels: the recognition Board and the Dispute Settlement Board. According to Article 157 of the Labor Code, these boards are competent to deal with any individual dispute between the worker and the employer or trainee arising out of the enforcement of labor law and other labor regulations, apprenticeship contracts, workplace agreements, or collective labor agreements. Subject to paragraph (2) of Article 10 of the Law on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court (AJC), certain decisions and judgments of the Labor's Dispute Settlement bodies may be appealed in the Branches of the AJC. The rules and procedures for dealing with these matters are set out in Article 63 of the said Act. There are some ambiguities and challenges to both the jurisdiction and the procedure of the AJC concerning judicial review of decisions of the Labor's Dispute Settlement Authorities, in which the answer to these ambiguities can be found in the Court's jurisprudence. Accordingly, in this descriptive-analytical method, this article attempts to study the jurisdiction and procedure of the AJC in judicial review of decisions of the Labor's Dispute Settlement Bodies concerning the jurisprudence of the AJC.

Keywords:

Administrative Justice Court, Judicial jurisprudence, Labor's Dispute Settlement Bodies, Judicial review.

*. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

** . Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

***. M.A. in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

Journal of Modern Research on Administrative Law

Second year / Second issue / spring 2020



ISSN : 2717-0497

Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad Allah Yavari

editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad
Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami Dr. Mohammad Rasekh Dr. Hossein Zarei
Matin Dr. Abbas Zaraat Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi Dr.
Ali Mashhadi Dr. Morteza Najabatkhah Dr. Mohammad Reza Special
Dr. Seyed Mohammad Hashemi



• Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami
Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St., Valiasr St., Tehran, Iran

• Postal Code: 1434863111

• Phone: 09168706756

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law



Second year / Second issue / Spring 2020