





دو فصلنامه علمی جستارهای نوین حقوق اداری

سال اول / شماره ۲ / پاییز و زمستان ۱۴۰۰

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

سر دبیر:

دکتر ولی رستمی

مدیر مسئول:

دکتر محمد حسنونند

اعضای هیئت تحریریه

دکتر سید احمد حبیب نژاد، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی، دکتر سید محمد قاری
سید فاطمی، دکتر ابراهیم موسی زاده، دکتر محمد رضا ویژه، دکتر سید محمد هاشمی

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی و صفحه آرا:

مهدی حسنونند

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری بر اساس مجوز شماره ۸۷۶۳۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۶ معاونت مطبوعاتی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به موجب ماده ۱۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ منتشر می‌گردد. مستند به ماده ۶ آیین‌نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۹/۲ وزارت علوم تحقیقات و فناوری و مصوبه مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۱۸ هیئت مدیره انجمن ایرانی حقوق اداری واجد درجه علمی محسوب می‌گردد. شایان ذکر است بر اساس آیین‌نامه جدید عناوین علمی پژوهشی و علمی ترویجی حذف شده و نشریات دارای مجوز از وزارت علوم همگی دارای عنوان علمی بوده که در فرآیند ارزیابی سالیانه حسب برخورداری از ویژگی‌های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه‌بندی می‌گردند.



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

نبش کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.jplr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: jplr.journal@gmail.com

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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

- ۱- حجم مقاله (شامل همه صفحات اعم از عنوان، چکیده، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع) باید حداقل ۵۰۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ کلمه در قطع A4 باشد.
- ۲- حاشیه سمت راست و چپ صفحه ۴.۵ سانتیمتر و حاشیه بالا و پایین صفحه ۶ سانتیمتر باشد.
- ۳- برای بخش بندی محتوای بدنه مقاله از ترتیب گفتار، بند، ۱، الف، ب... الی آخر استفاده شود.
- ۴- چکیده فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۵۰ و حداکثر در ۲۵۰ کلمه باشد.
- ۵- واژگان کلیدی باید حداقل ۴ و حداکثر ۷ کلمه بوده و در متن فارسی به ترتیب حروف الفبا ذکر شوند.

ب. شیوه ارجاع دهی:

- ۱- ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- ۲- اگر دو نویسنده یا بیشتر باشد، نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها. مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.
- ۳- شیوه ارجاع به آراء قضایی و داوری نیز باید به صورت پاورقی (مرجع صادرکننده رأی، سال صدور رأی: پاراگراف مربوطه) باشد. به عنوان مثال: (ICJ Rep, 2010: para. 104)

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

- ۱- فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب: کتاب‌ها، مقاله‌ها، اسناد، آراء و... دسته بندی شده و با شماره گذاری مسلسل به صورت زیر آورده شوند:
- الف. کتاب‌ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ انتشار). عنوان کتاب با حروف ایتالیک، نام

مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، شماره جلد. مثال:
زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۳). حقوق سازمان‌های بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

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

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

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

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

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

ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵۱۰۱.
Scovazzi, Tullio (2006). «The Protection of Underwater Cultural Heritage: Article 303 and the UNESCO Convention», in: D. Freestone, R. Barnes and D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford University Press, pp. 136120.

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

الف، مقاله پژوهشی اعم از کاربردی، بنیادین، نظری و توسعه‌ای
ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

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

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

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

۵. مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی دو فصلنامه

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

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

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

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

هنگام ارسال مقاله، خود را به‌عنوان نویسنده مسئول در سامانه تعیین نمایند. بعد از اتمام فرآیند رسیدگی و داوری و در هنگام صدور گواهی پذیرش مقاله، امکان تغییر «نویسنده مسئول» وجود دارد. تأکید می‌گردد چنین امکانی به‌هیچ‌وجه معنای اضافه نمودن شخص یا اشخاص جدید به‌عنوان نویسنده/نویسندگان مقاله نیست.

نکات مهم پایانی

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

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۹

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

- امکان‌سنجی قانونی تصویب آیین‌نامه داخلی اختصاصی توسط شوراهای اسلامی شهر. سید محمد رضا متقی..... ۱۱
- آثار محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی در ایران. جواد محمودی؛ نادر اسدی اوجاق..... ۴۳
- آسیب‌شناسی قضایی قانون اساسی ج.ا.ا. سید سجاد خسروی..... ۷۷
- حقوق اداری تطبیقی و ساختار سیاسی «پل‌گریگ» میلاد شریفی مقدم؛ مسعود محمودوند؛ مهدی حسنوند..... ۹۳
- صلاحیت‌گذاری برای هیات‌های تخصصی دیوان عدالت اداری. محمد رضا رفیعی؛ یاسر شمس‌آبادی..... ۱۲۵
- بهره‌مندی ایثارگران از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر؛ بررسی رای صادره از دیوان عدالت اداری. حامد کرمی؛ زهرا خدایاری..... ۱۵۲
- چالش پیش روی سازمان بهزیستی: «لزوم سازماندهی نحوه واگذاری مراکز». زینب مصطفی ماهیدشتی..... ۱۷۶
- رابطه نظام دادرسی در حقوق کامن‌لا و رومی-ژرمنی با حقوق شهروندی. یعقوب علیزاده؛ نادیا آقارضایی؛ پژمان الهامیطالشمیکائیل..... ۱۹۰
- بررسی اصل ممنوعیت جمع مشاغل دولتی و شایسته‌سالاری در نظام حقوق اداری ایران. پژمان غفوری..... ۲۱۲
- آیین ادعا در نمونه قرارداد EPC فیدیک و مقایسه آن با نمونه اختصاصی صنعت نفت ایران آرزو اسداله نژاد رنجبر؛ سید امیرمحمد ارجمند؛ مهدی هداوند..... ۲۲۹

تحلیل حقوقی مجازات اخراج در قانون رسیدگی به تخلفات اداری. [فاطمه میراحمدی؛ ذبیح](#) <

[اله واحدی](#).....۲۵۷

مرجع صالح ریدگی به اعتراض اشخاص حقوق عمومی نسبت به آرا قطعی مراجع دادرسی <

کار. [نیما نجفی](#).....۲۷۹

امکان سنجی قانونی تصویب آیین نامه داخلی اختصاصی توسط شوراهای اسلامی شهر

سید محمدرضا متقی^۱

چکیده:

یکی از موارد مناقشه برانگیز در خصوص اختیارات شوراهای اسلامی شهر، امکان تدوین آیین نامه داخلی، با وجود آیین نامه مصوب شورای عالی استان ها است. اهمیت ماجرا از آن روست که این آیین نامه، بدون در نظر گرفتن جمعیت، مساحت، ویژگی های کالبدی، مناسبات محلی و... برای همه شهرها، متن و احکامی واحد را (در ۲۵ ماده) مصوب کرده است؛ در صورتی که الگوی عمل بر اساس هر یک از این متغیرها تفاوت هایی خواهد داشت که اگر مورد توجه قرار نگیرد، هم دور از فرض «حکیم بودن قانون گذار» است و هم موجب اختلال در حسن اجرای امور می شود. بر این اساس، متن موجود با روش توصیفی-تحلیلی و با توجه به قوانین و مقررات، آرای صادره از جانب محاکم صالحه، دکترین و رویه های جاری، به امکان سنجی قانونی تصویب آیین نامه داخلی اختصاصی توسط شوراهای اسلامی شهر می پردازد. بر اساس یافته های این پژوهش، در این باره قانون به صورت حصری و یا حتی مشخص وظیفه وضع آیین نامه داخلی را بر عهده نهادی قرار نداده است و نمی توان به موجب ورود شورای عالی استان ها این امکان را از شوراهای شهر سلب کرد. با توجه به این مهم، در انتهای پژوهش راهکارهای قانونی تصویب این سند توسط این شوراهای ذکر شده است.

کلیدواژه: شورای اسلامی شهر، آیین نامه داخلی شورای اسلامی شهر، شورای عالی استان ها،

آیین نامه، آیین نامه داخلی

۱. کارشناس حقوقی کمیته تنقیح شورای اسلامی شهر تهران و مدرس دانشگاه

Legal feasibility of approving special General standing order by the Islamic councils of the city

Abstract

One of the controversial issues regarding the powers of the Islamic councils of the city is the possibility of codifying internal regulations, despite the regulations approved by the Supreme Council of Provinces. The importance of the matter is that this by-law, regardless of population, area, physical features, local relations, etc., has adopted a single text and provisions (in 25 articles) for all cities; If action pattern based on each of these variables will be different and if not taken into account, it would be both far from the assumption of "legislator wisdom" and will disrupt the proper implementation of affairs. Accordingly, this investigation, with a descriptive-analytical method and according to the laws and regulations, the rulings issued by the competent courts, current doctrines, and procedures, deals with the legal feasibility of approving a special internal regulation by the Islamic councils of the city. According to the research findings, in this regard, the law has not assigned the task of codifying internal regulations in an exclusive or even specific manner, and this possibility cannot be deprived of the city councils due to the entry of the Supreme Council of Provinces. Due to this, at the end of the research, the legal solutions for the approval of this document by these councils are mentioned.

Key word: Islamic councils of the city ‘General standing order ‘special General standing order by the Islamic councils of the city

مقدمه:

تأسیس و رونق‌گیری نهادهای مردم‌سالار اداره محلی امور، یکی از دغدغه‌های جدی بنیان‌گذاران جمهوری اسلامی ایران بوده است و انعکاس آن را می‌توان در اصول مختلف قانون اساسی مشاهده کرد؛ دغدغه‌ای که منجر به تأسیس «شوراهای اسلامی شهر و روستا» شد.

از منظر بیرونی، بر اساس اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل‌های ششم^۱ و هفتم^۲، این شوراها نهادهایی مبتنی بر «عدم تمرکز محلی»^۳ شناسایی شده‌اند که جزء «ارکان تصمیم‌گیری» و

۱. اصل ششم: در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکاء آراء عمومی اداره شود از راه انتخابات: انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضاء شوراها و نظایر اینها، یا از راه همه‌پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد.

۲. اصل هفتم: طبق دستور قرآن کریم: "و امرهم شوری بینهم" و "شاوهم فی الامر" شوراها، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر اینها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند. موارد، طرز تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراها را این قانون و قوانین ناشی از آن معین می‌کند.

۳. در خصوص نسبت مرکز تصمیم‌گیری و اجرا در ساحت یک کشور، رویکردهای متفاوتی وجود دارد. به صورت کلی می‌توان این رویکردها را در پنج ساختار «تراکم و تمرکز»، «عدم تراکم»، «عدم تمرکز»، «فدراسیون» و «کنفدراسیون» تقسیم کرد. منظور از عدم تمرکز قواعد حاکم بر نهادهایی دارای شخصیت حقوقی مستقل است که ساختار مرکزی بر آن‌ها صرفاً نظارت قیمومیتی دارد و در پهنه یک کشور، به استثناء امور امنیتی، قضائی و سیاسی، در سایر امور دیگر حیطه شمول خود امکان تصمیم‌گیری و اجرا دارند. این نهادها یا به اعتبار تخصص از این حق برخوردار می‌شوند (مانند دانشگاه‌ها، سازمان‌های تخصصی مانند سازمان انرژی اتمی و...) که عنوان نهاد «عدم تمرکز فنی» به خود می‌پیرند و یا بر اساس اعتبار جغرافیایی (مانند شوراهای اسلامی شهر و روستا) که با عنوان «عدم تمرکز جغرافیایی» شناسایی می‌شود. (برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: عباسی، بیژن، ۱۳۹۵، حقوق اداری، تهران: نشر دادگستر: فصل سوم)

«اداره کشور» قلمداد شده، به استناد انتهای اصل دوازده؛^۱ حق وضع مقررات محلی داشته و طبق اصل یکصد و سوم این قانون «استانداران، فرمانداران، بخشداران و سایر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند در حدود اختیارات شوراها ملزم به رعایت تصمیمات آنها هستند».

افزون بر این، با توجه به اصول مذکور، روح حاکم بر فصل هفتم قانون اساسی (فصل اختصاصی شوراها) و بالاخص اصل یکصد و آیین سند بنیادین، می‌توان مدعی نوعی استقلال برای این نهاد شد؛ به صورتی که ساختار نظارت قوه مجریه بر این مؤسسات عمومی غیردولتی نیز، نه مبتنی بر الگوی «درونی و سلسله‌مراتبی»، بلکه از منظر الگوی «قیمومیتی»^۲ مورد شناسایی قرار می‌گیرد.

۱. بخش انتهایی اصل دوازدهم: ... در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب.

۲. اصل یکصد: برای پیشبرد سریع برنامه های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی از طریق همکاری مردم با توجه به مقتضیات محلی، اداره امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم همان محل انتخاب می‌کنند. شرایط انتخاب کنندگان و انتخاب شوندگان و حدود وظایف و اختیارات و نحوه انتخاب و نظارت شوراها مذکور و سلسله مراتب آنها را که باید با رعایت اصول وحدت ملی و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی و تابعیت حکومت مرکزی باشد قانون معین می‌کند.

۳. نظارت قیمومیتی به نظارتی اطلاق می‌شود که مقامات مرکزی نسبت به واحدهای غیرمتمرکز (جغرافیایی و فنی) اعمال می‌دارند. این نظارت مبتنی بر «نظام هماهنگی و همکاری» است؛ بر این اساس کارکنان یک واحد غیرمتمرکز به طور مستقیم از دستورات مقامات سازمان مرکزی تبعیت نمی‌کنند. در نظام قیمومیتی، از آنجا که شخصیت حقوقی نهاد نظارت کننده (سازمان مرکزی) و نهاد نظارت شونده (واحد غیرمتمرکز) متفاوت بوده، نظارت خفیف و روابط بین آنها عرضی یا افقی است. در نظام قیمومیتی، اصل بر آزادی عمل واحد غیرمتمرکز است و نظارت سازمان مرکزی تنها بر روی اعمال حقوقی واحد غیرمتمرکز صورت می‌گیرد و در صورت نظارت مرکز به صورت اصلاح، ابطال، تعلیق و... نهاد

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۵

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

از منظر درونی نیز این نهادهای محلی دارای تقسیماتی قانونی هستند که باید مورد توجه قرار داد. می‌توان شوراهای موضوع اصل یکصد قانون اساسی را در سه دسته: ۱- شوراهای پایه (شورای شهر و روستا؛ منتخب به واسطه رأی مستقیم شهروندان محل)، ۲- شوراهای منطقه‌ای (بخش، شهرستان و استان؛ منتخب شوراهای فرودست) و ۳- شورای ملی با عنوان «شورای عالی استان‌ها» (منتخب شوراهای استان‌ها) تقسیم کرد.^۱ قانون اساسی شرح وظایف این شوراهای را، فارغ از مواردی که به صورت صریح در متن خود ذکر کرده است (مانند اصول ۱۰۱ و ۱۰۲)، مبتنی بر قوانین عادی (بر اساس اصل ۱۰۰) می‌داند.

حال با همه این توضیحات (که تعیین موضع و پیش‌فرض‌های این پژوهش در قبال نهاد شوراهای نیز هستند) یکی از دغدغه‌های مهم شوراهای پایه، بالاخص شوراهای شهر، امکان یا عدم امکان تعیین روند اداره داخلی خویش بر اساس آیین‌نامه داخلی بومی و اختصاصی خود بوده؛ دغدغه‌ای که با کش و قوس‌های مختلف نهادهای اداری و قضایی ناظر، حداقل در ظاهر، وضعیت نامشخصی به خود گرفته است که اگر به شفاف‌سازی آن همتی گمارده نشود، موجب معضلات مختلفی در اداره شوراهای و در نتیجه اختلال در حسن اجرای امور در حیطه شهر و روستا خواهد شد. این در حالی است که قانون

غیرمتمركز حق اعتراض دارد. (برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: مغفوری فرسنگی، مصطفی، نظارت قیمومیتی بر نهادهای غیر متمركز، ۱۳۹۱، پایان‌نامه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مركز)

۱. الله‌ویردی‌زاده، رضا، علی‌ولی‌قلی‌زاده و مهدی صانعی، آسیب‌شناسی رابطه بین شورای شهر با نظام سیاسی در ایران (تبیین اصول تمرکززدایی اداری در دولت محلی)، فصلنامه جغرافیا و آمایش شهری - منطقه‌ای، سال پنجم بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۴، صص ۲۵-۴۶ (۲۶)

مربوطه (تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران)، به صورت صریح مسئولی برای این مهم تعیین نکرده است و بسیاری از شوراهای بالاخص شوراهای شهرهای بزرگ مدعی هستند که آیین‌نامه‌های موجود توانایی رفع نیازهای این شوراهای را در اداره امور داخلی خود ندارد. بر این اساس پژوهش موجود برای یافتن پاسخی درخور برای این دغدغه با روش توصیفی-تحلیلی ابتدا به تعریف مفهوم آیین‌نامه داخلی و شئون آن پرداخته، سپس بررسی و تفسیر قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌ها موجود را در دستور کار خود قرار داده، در مرحله بعد احکام قضایی و رویه‌های جاری (با تمرکز بر آیین‌نامه داخلی سه کلان شهر تهران، کرج و مشهد) را به بوته پژوهش گذارده و نهایتاً به امکان‌سنجی وضع آیین‌نامه بومی توسط شوراهای اسلامی شهر می‌پردازد.

گفتار یکم: آیین‌نامه داخلی و تعریف آن

برای تعریف آیین‌نامه داخلی در ساختار حقوقی ایران، ابتدا باید به بررسی معنای عام آیین‌نامه پرداخت تا از گذار آن تصویری روشن‌تر از هدف این جستار در دست داشت.

بند یکم: آیین‌نامه و اقسام آن

در قوانین کشور به صورت مشخص تعریفی از آیین‌نامه ارائه نشده است اما حقوقدانان مختلف در این خصوص به اعلام نظر و رهنامه (دکترین) پرداخته‌اند.

۱. اهمیت انتخاب این سه شهر برای بررسی، سرنوشت متفاوتی است که هر کدام آن‌ها دچار آن بوده که در ادامه به تفصیل بیان خواهد شد.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۷

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

دکتر محمدجعفر لنگرودی در تعریف آیین‌نامه بیان می‌کند: «آیین‌نامه یا Regulations یا نظامنامه عبارت است از مقررات کلی که توسط مراجع اجرایی قانون به منظور اجراء وظایف اجرایی و تحقق بخشیدن به آنها وضع شده باشد و شامل آیین‌نامه‌های مصوب پارلمان نمی‌باشد.» این استاد برجسته حقوق در شرح این تعریف می‌افزاید: «الف) مقرراتی که مقامات صلاحیتدار مانند وزیر یا شهردار و غیره وضع و در معرض اجراء می‌گذارند خواه هدف آن تسهیل اجراء و تشریح قانونی از قوانین موضوعه باشد خواه در مواردی باشد که اساساً قانونی وضع نشده است. در همین مورد، لفظ نظامنامه هم استعمال شده است. در حقوق اسلام اینگونه مقررات را حکم می‌گفتند و آن را در مقابل شرع به کار می‌بردند.

ب) آیین‌نامه به این معنی مفهوم عامی دارد که جز قانون (یعنی مصوبات پارلمان) و بخشنامه همه چیز را شامل است و مفهوم تصویب‌نامه از تحت آن خارج نیست و معنی درست آیین‌نامه همین است. اعتبار آیین‌نامه منوط است به اینکه اولاً مغایر قانون عادی نباشد؛ ثانیاً تکالیف جدیدی برای مردم ایجاد نکند.»^۱

دکتر امیرساعد وکیل نیز در تعریف آیین‌نامه می‌نویسد: «آیین‌نامه‌ها بدون آنکه برای همگان ایجاد حق و تکلیف کنند، حاوی دستورالعمل‌های یک‌نواختی جهت تسهیل اجرای قانون است.»^۲

۱. لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۰، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ص ۲۹

۲. وکیل، امیرساعد، پوریا عسکری، ۱۳۹۱، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، تهران: مجد، ص ۴۸۹

همچنین دکتر بیژن عباسی در تشریح اهمیت آیین‌نامه می‌نویسد: «قوه مجریه مجری قوانین است. این قوه برای اجرای قوانین و انجام وظایف اجرایی خود و به تناسب خدمات عمومی و ضروری، دارای ادارات و سازمان‌های دولتی گوناگون و کارکنان متعددی است و وظیفه هدایت آن‌ها را بر عهده دارد. هدایت ادارات مستلزم آزادی سازماندهی در خدمات عمومی و دولتی، شامل پی‌ریزی این خدمات و تشکیل ادارات لازم برای ارائه آن‌ها (وزارتخانه‌ها، مؤسسات عمومی و شرکت‌های دولتی) توسط قوه مجریه (اختیار تشکیلاتی) است.»^۱ این عضو هیأت علمی حقوق عمومی دانشگاه تهران می‌افزاید: «قوه مجریه باید قوانین را اجرا کند و بدین منظور دارای حق وضع مقررات دولتی است و از این راه، به تکمیل و تبیین قوانین می‌پردازد. این قوه به دلیل داشتن وزارتخانه‌ها و سازمان‌های مختلف فنی، محلی و تخصصی، دارا بودن افراد متخصص و با تجربه و ارتباط و تماس بیشتر با مردم و نیازها و مسائل روزمره آن‌ها، حق گذاشتن تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و... برای نحوه و کیفیت به اجرا درآمدن قوانین و تعیین جزئیات آن‌ها را دارد.»

وی در ادامه بیان می‌کند: «در قوه مجریه افزون بر هیأت وزیران و وزیران به موجب قانون برخی از سازمان‌های اداری همانند مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی مانند دانشگاه‌های دولتی، بانک مرکزی، بیمه مرکزی و... و شوراهای محلی مانند شوراهای شهر، بخش، شهرستان، استان و شورای عالی استان‌ها نیز حق وضع مقررات از جمله آیین‌نامه دارند.»^۲

۱. عباسی، بیژن، ۱۳۹۵، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ص: ۵۵

۲. عباسی، بیژن، ۱۳۹۵، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ص ۵۶

دکتر سید محمد هاشمی نیز با اشاره به تعاریف موجود در خصوص آیین‌نامه، در بیان تفاوت قانون و آیین‌نامه می‌نویسد: «قانون جنبه عمومی و نامحدود دارد و برای همه مشمولان خود ایجاد حق و تکلیف می‌کند؛ در حالی که آیین‌نامه جنبه داخلی داشته و حاوی دستورالعمل‌های یک‌نواختی است که اجرای قانون را تسهیل می‌کند.»

این استاد برجسته حقوق عمومی در تقسیم انواع آیین‌نامه‌ها به «دکترین لئون دوگی» (یکی از اساتید مطرح حقوق عمومی فرانسه) اشاره کرده و آیین‌نامه‌ها را بر اساس مرجع صدور و کارکرد آن‌ها به «آیین‌نامه‌های اجرائی»، «آیین‌نامه‌های مستقل» و «آیین‌نامه‌های تفویضی» تقسیم می‌کند؛ تقسیم‌بندی که به نظر می‌رسد می‌توان به موجب آن اصول ۸۵^۱ و ۱۳۸^۲ قانون اساسی را تفسیر کرد.^۳

۱. اصل ۸۵ در بخش پایانی خود می‌گوید: «...همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذیربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد.» این بخش می‌تواند منطبق با تعریف «آیین‌نامه تفویضی» باشد.

۲. اصل ۱۳۸ بیان می‌کند: «علاوه بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد...» دو نوع آیین‌نامه مذکور در این اصل را می‌توان منطبق با تعریف «آیین‌نامه اجرایی» و «آیین‌نامه مستقل» دانست.

۳. هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۹، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، ۳۲۲-۳۴۶

حال با توجه به مطالب ذکر شده و همچنین با بررسی رویه‌های جاری ادارات، مؤسسات و شرکت‌های مرتبط با دولت، می‌توان به صورت خلاصه گفت، «آیین‌نامه» به دستوراتی گفته می‌شود که مقامات صلاحیت‌دار (در قالب و نظم ظاهری همانند قانون) وضع و در معرض اجرا می‌گذارند؛ خواه هدف آن تسهیل اجرا و تشریح قانونی از قوانین موضوعه باشد و یا خواه در مواردی که اساساً قانونی وضع نشده است.

بند دوم: آیین‌نامه داخلی و تعریف آن

در میان قوانین و مقررات جامع‌الشمول، تعریفی دقیقی از «آیین‌نامه داخلی» (General standing order) ذکر نشده است و به نظر می‌رسد حتی بسیاری از نهادها بر اساس پیش‌فرض وجود این امکان و بر اساس رویه‌های پیشینی مفروض و نیازهای دستگاهی (نه بر اساس حکم قانون یا مقرر خاص)، به وضع آیین‌نامه داخلی خود بر اساس الگوهای عرفی پرداخته‌اند (از این میان می‌توان به نهادهای مانند «مجمع تشخیص مصلحت نظام»، «شورای عالی انقلاب فرهنگی» و «شورای عالی فضای مجازی» اشاره کرد).

بر این اساس و با توجه به نکات مذکور، برای ایجاد شناخت نسبت به آیین‌نامه داخلی، مجدداً مراجعه به دکترین، مورد نیاز این پژوهش خواهد بود.

۱. عادل، مرتضی، محمد راسخ، حسین‌قلی حسینی‌نژاد، ۱۳۸۷، فرهنگ حقوقی فارسی- انگلیسی/ انگلیسی- فارسی، تهران: انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ص ۲۱

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۲۱

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

با مذاقه نسبت به تقسیم‌بندی ارائه شده توسط پروفیسور دوگی، آیین‌نامه داخلی را می‌توان یکی از مصادیق «آیین‌نامه مستقل» (مراجعه شود به بخش ۱-۱) دانست. بر اساس این تقسیم‌بندی، خود آیین‌نامه‌های مستقل نیز به سه دسته تقسیم می‌شود: ۱- آیین‌نامه‌های انتظامی؛ ۲- آیین‌نامه‌های ضرورت و ۳- آیین‌نامه‌های سازمان‌دهنده خدمات عمومی.

آیین‌نامه‌های سازمان‌دهنده خدمات عمومی آن دسته از آیین‌نامه‌ها هستند که بر اساس آن قوای اجرایی موظف خواهند بود برای تحقق اهداف سازمانی و قانونی خود، به ایجاد تشکیلات و ساختار مناسب دست زنند. باید توجه داشت هر چند که ایجاد دستگاه‌های دولتی اصولاً به موجب قانون است، اما می‌توان ابتکار سازماندهی تشکیلات داخلی به واسطه دولت یا نهاد مربوطه باشد و آیین‌نامه داخلی را نیز یکی از وجوه این تعبیر دانست؛ یعنی سندی که مقامات صلاحیت‌دار (درون یک سازمان

۱. آیین‌نامه ضرورت: دولت و دستگاه‌های اجرایی، علاوه بر تأمین نیازمندی‌های همگانی، مأمور حفظ نظم و امنیت کشور در زمینه‌های مختلف هستند. بدیهی است که استقرار نظم بدون اتخاذ تدابیر انتظامی میسر نیست. از خصیصه‌های بارز آیین‌نامه انتظامی، محدودیت‌های موضوعی و یا جغرافیایی آن است. اما نظر به اینکه نظم و امنیت عمومیت داشته و سراسر کشور را شامل می‌شود، خطاب آیین‌نامه‌های انتظامی به همه سکنه کشور خواهد بود. (مانند آیین‌نامه‌های راهنمایی و رانندگی، بهداشت و سلامت و...) (هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۹، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان: ص ۳۲۴)

۲. آیین‌نامه ضرورت: در وضعیت جنگ و شرایط اضطراری، اولین اثر این اتفاقات برهم‌خوردن نظم است. این شرایط دولت را موظف می‌کند که به صورت مقطعی آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی برای مدیریت وضعیت صادر کند که با عنوان آیین‌نامه اضطراری شناسایی می‌شود (از جمله آیین‌نامه‌هایی مانند محدودیت‌ها برای سفر به کشوری خاص، ممنوعیت رفت و آمد شبانه خودرو و...) (هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۹، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: میزان: ص ۳۲۵)

یا مافوق آن) در چهارچوب قانون، وضع و در معرض اجرا می‌گذارند که هدف آن ایجاد نظم‌ی شکلی و ماهوی برای نیل به اهداف قانونی و سازمانی آن نهاد است و به ساختارها و روابط فی‌مابین آن نهاد با سایر نهادها از جانبی و ارکان و تقسیمات موجود در خود آن نهاد و مناسبات میان آن‌ها، از جانب دیگر، می‌پردازد.

گفتار دوم: آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر در آیین‌نامه قوانین

و مقررات

حال پس از یافتن تعریفی در خصوص آیین‌نامه داخلی، باید به سراغ مرکز اصلی بحث، یعنی شوراهای اسلامی شهر رفت. قانون مرتبط به ساختار شوراهای اسلامی، قانون «تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵» است که با اصلاحات بعدی آن مناط اعتبار بوده و سایر موارد مرتبط منبعت از آن است. پس برای امکان‌سنجی تصویب آیین‌نامه داخلی توسط هر یک از شوراهای، لاجرم باید به تفسیر موارد مرتبط در این قانون و همچنین مقررات، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و... تصویب شده به واسطه آن پرداخت.

بند یکم: رویکرد قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی

کشور و انتخاب شهرداران نسبت به آیین نامه داخلی

با وجود اینکه «قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری» مصوب ۱۳۶۱/۹/۰۱ به صورت صریح مرجع وضع آیین نامه داخلی را ذکر کرده بود، اما «قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵» (که در ادامه به اختصار قانون تشکیلات گفته می شود)، در این خصوص سکوت کرده است. البته بند ۹ ماده ۸۸ و ماده ۱۰۶ این قانون نکاتی را بیان کرده که هم منبع وضع برخی آیین نامه ها شده و هم بعضاً موجب ناشفافی در شناسایی موضع قانون گذار. برای رهایی از این ناشفافی لاجرم باید به فحص در این موارد پرداخت تا در خلال مطالب بیان شده مراد واضح آشکار شود.

در بند ۹ ماده ۸۸ قانون تشکلات که به وظایف «شورای عالی استان ها» می پردازد، بیان شده است: «آیین نامه سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراها و امور مالی دبیرخانه

۱. ماده ۱۰: آیین نامه داخلی کلیه شوراها به وسیله شورای عالی استان ها تنظیم و پس از تصویب وزیر کشور به اجراء درخواهد آمد.

تبصره: تا تصویب آیین نامه داخلی، هر شورا موظف است جهت اداره امور، آیین نامه موقت خود را وضع و با دو سوم آراء تصویب نماید.

ماده ۴۴: شورای عالی اسلامی استان ها مکلف است ظرف مدت سه ماه از تاریخ تشکیل، آیین نامه های داخلی شوراها را تهیه و پس از تصویب، جهت اجرا به کلیه شوراها ابلاغ نماید.

کلیه شوراهای و تعداد کارکنان آنها و هزینه‌های مربوط و هرگونه پرداختی به اعضای شوراهای توسط شورای عالی استان‌ها تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد. به کارگیری کارکنان و هرگونه پرداختی خارج از این آیین‌نامه ممنوع می‌باشد.» با دقت به این بند می‌توان به طور متیقن گفت، تصمیم‌گیری در خصوص به کارگیری کارکنان (به هر صورت) و همچنین پرداخت دستمزد (به هر نحو) خارج از مجاری آیین‌نامه‌های مربوطه تهیه شده توسط شورای عالی استان‌ها و مصوب هیأت وزیران غیرمعتبر خواهد بود.

اما با توجه به انحصاری کردن احکام مربوط به «بکارگیری و پرداخت» به آیین‌نامه شورای عالی استان‌ها، آیا می‌توان این حکم را به سایر آیین‌نامه‌های مذکور در این بند نیز تسری داد و آن‌ها را نیز انحصاری دانست؟ به نظر می‌رسد با توجه به ذکر دو مورد به صورت صریح و عدم اطلاق آن‌ها به سایر احکام مذکور در این بند، امکان تسری حصر به سایر موارد بیان شده در این بند محل بحث باشد؛ به عبارتی دیگر در مقام مقابل می‌توان مدعی بود بر اساس مفهوم موافق بند مذکور، در خصوص «آیین‌نامه سازمانی»، «آیین‌نامه تشکیلاتی» و «آیین‌نامه تعداد و نحوه تشکیل جلسات»، اگر تعارضی با احکام مندرج در اسناد بالادستی و همچنین آیین‌نامه‌های مرتبط به بکارگیری و پرداخت نداشته باشد، امکان وضع مصوبه توسط سایر مقامات صلاحیت‌دار، در چهارچوب احکام آیین‌نامه‌های صادره از آن مرجع، وجود دارد. از این رو باید توجه داشت، اینکه «وظیفه» تهیه این آیین‌نامه‌ها بر عهده شورای عالی استان قرار گرفته است و هر یکی از شوراهای پایین‌دست می‌توانند مستقیماً بدون هیچ مصوبه جدیدی، به این آیین‌نامه‌ها عمل کنند، بدین معنا نیست که در صورت اراده شوراهای فرودست (با توجه به ماهیت مستقل این نهادها که در مقدمه به آن‌ها پرداخته شد) برای انجام تنقیح، یا

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۲۵

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

منطبق کردن این آیین‌نامه‌ها با شرایط آن شورا و یا وضع احکام تکمیلی در این راستا (در چهارچوب قوانین و مقررات فرادستی، از جمله آیین‌های شورای عالی استان‌ها)، ممنوعیتی قابل کشف باشد (به جز در خصوص دو آیین‌نامه مذکور در انتهای بند ۹ و یا موارد اینچنینی که در متن قانون به صورت صریح احصاء شده است).

از جانب دیگر و مهم‌تر از همه، بند ۹ ماده ۸۸ به «آیین‌نامه سازمانی»، «آیین‌نامه تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراها» و «آیین‌نامه امور مالی دبیرخانه شوراها و تعداد کارکنان» اشاره کرده است، اما آیین‌نامه داخلی «اعم» از این موارد است؛ به عبارت دیگر، شورای عالی استان‌ها صرفاً مکلف به تصویب آیین‌نامه‌های مذکور بوده و تدوین آیین‌نامه داخلی سال ۱۳۸۴ بر اساس مقتضیات مدنظر این نهاد رخ داده است، نه به موجب وظایف قانونی. بدیهیست اگر قانون‌گذار قصد واگذاری کلیه شئون وضع آیین‌نامه داخلی را به شورای عالی استان‌ها داشت می‌توانست (مانند قانون سال ۶۱)، این وظیفه را به صورت صریح بر عهده این نهاد قرار دهد.

اما اینک با توجه به عدم وجود این تصریح می‌توان مدعی بود همان طور که شورای عالی استان‌ها الزامی برای تصویب آیین‌نامه داخلی شورای شهر نداشته، اما بر اساس صلاح‌دید و مقتضیات زمانه به آن همت گمارده است، شوراها و شهر نیز ممنوعیتی در این حیطة نداشته و در چهارچوب اسناد بالادستی (از جمله آیین‌نامه داخلی ۱۳۸۴)، می‌توانند در صورت صلاح‌دید به تصویب آیین‌نامه اختصاصی خود بپردازند.

بند دوم: «آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای

اسلامی شهرها» مصوب سال فروردین ۱۳۷۸ هیأت وزیران

قانون تشکیلات، تهیه و تصویب «آیین‌نامه اجرایی قانون» را بر عهده وزارت کشور (تدوین) و هیأت وزیران (بررسی و تصویب) گذارده است.^۱ (البته باید خاطرنشان کرد بر اساس متن مصوب سال ۱۳۷۵ قانون تشکیلات، حکم ذکر شده در بند ۹ ماده ۸۸ (توضیح داده شده در بخش پیش) پیش‌بینی نشده و در اصلاحات سال ۱۳۸۲ به این متن افزوده شده است.)

بر این اساس وزارت کشور آیین‌نامه اجرایی قانون (با ۲۷ ماده) را به شکلی تدوین کرده که عملاً شباهت‌هایی به احکام مرتبط به امور سازمانی، تشکیلات، جلسات و... نیز دارد و گویی به صورتی درصدد ایجاد ساختار پایه‌ای برای این موارد بوده که بعداً قانون، تدوین این آیین‌نامه‌ها را ذیل وظایف شورای عالی استان‌ها تعریف کرده است.

اما با توجه به این که نه قانون تشکیلات و نه آیین‌نامه اجرایی آن به آیین‌نامه داخلی (با توجه به همه شئون) اشارتی نکرده است و حتی اکنون مواردی که می‌توان آن را مرتبط با آیین‌نامه داخلی دانست، به شورای عالی استان‌ها سپرده شده، می‌توان نتیجه گرفت بر اساس قاعده «الجمع مهمما امکن»، با وجود همزمان ماده ۱۰۶ و بند ۹ ماده ۸۸، وظیفه وزارت کشور در تدوین آیین‌نامه، دیگر

۱. ماده ۱۰۶ (در متن مصوب سال ۷۵، ماده ۹۷): وزارت کشور مسئول اجرای این قانون است و موظف است ظرف دو ماه آیین‌نامه‌های اجرایی مورد نیاز را تهیه و هیأت وزیران موظف است ظرف مدت سه ماه پس از تصویب این قانون خارج از نوبت آیین‌نامه‌های مذکور را تصویب نماید.

صرفاً منحصر به امور اجرایی قانون تشکیلات بوده (با توجه به اینکه وزارت کشور مسئول برگزاری انتخابات شوراهای ناظر مصوبات شورا و... است) و اجازه تعیین تکلیف در خصوص امور داخلی شورا (فارغ از موارد مصرح) را ندارد و حتی می‌توان مدعی بود آیین‌نامه داخلی مصوب ۱۳۸۴ درصد «متروک» کردن این آیین‌نامه وضع شده است، نه مقابله با وضع آیین‌نامه توسط شوراهای اسلامی شهر.

از جانب دیگر ماده ۵ همین آیین‌نامه اجرایی به صورت صریح میان متن موجود و آیین‌نامه داخلی شوراهای قائل به تفاوت شده و بیان می‌کند: «اعضای شورا بر اساس مسئولیت خود متعهد و ملزم به حفظ حیثیات و شؤون شورا و رعایت نظم و اجرای مفاد این آیین‌نامه و آیین‌نامه داخلی می‌باشند.» نکته حائز اهمیت در این ماده، فارغ از نکات پیش گفته، پذیرش و اعتباردهی به آیین‌نامه داخلی است؛ در توضیح این نکته باید گفت، با توجه به این ماده آیین‌نامه‌گذار (وزارت کشور و هیأت دولت) و ناظر آن (مجلس شورای اسلامی) قائل به تفاوت میان آیین‌نامه اجرایی خود و آیین‌نامه داخلی بوده و با توجه به عدم ذکر نهاد مسئول برای این مهم منطقی است که استنتاج شود که فرض واضح نیز مبتنی بر امکان وضع آیین‌نامه داخلی توسط شوراهای شهر بوده است.

بند سوم: «آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر» تهیه شده توسط شورای

عالی استان‌ها و مصوب سال ۱۳۸۴ هیأت وزیران

در ابتدای این بخش باید مجدداً تأکید کرد با توجه به توضیحات مذکور برداشت می‌شود که قانون‌گذار در خصوص آیین‌نامه داخلی شورای‌های اسلامی شهر سکوت کرده و صرفاً در خصوص برخی تدوین آیین‌نامه برای امور اجرایی قانون و برخی از امور جاری شوراهای شهر، به ترتیب وزارت کشور و شورای عالی استان‌ها را به عنوان مسئول، تعیین کرده است. اما در سال ۱۳۸۴ شورای عالی استان‌ها متنی را تهیه و سپس به تصویب هیأت وزیران رساند که بر آن عنوان «آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر» نهاده شده است؛ عنوانی که نه تنها قانون وظیفه انحصاری را در این حیطه برای این نهاد در نظر نگرفته، بلکه حتی به صورت اولویت یا توصیه هم ذکری به آن نرفته است. اما به واسطه استقلال و حق تصمیم‌گیری و مصوبه‌گذاری شورای عالی استان‌ها، آیین‌نامه داخلی برای شوراهای اسلامی شهر تدوین شده که هم ناسخ بخش زیادی از مواد آیین‌نامه اجرایی وزارت کشور است و هم به واسطه محدود بودن تعداد مواد (۲۵ ماده) صرفاً چهارچوبی در خصوص آیین‌نامه داخلی بوده و چون قانون و سایر مصوبات به صورت مصرح مسئولی انحصاری برای تدوین آیین‌نامه داخلی تعیین نکرده، صرفاً از باب ضرورت انجام شده است و بدیهی است که قابلیت ایجاد حصر برای سایر شوراها را ندارد.

حال پس از بررسی و تحلیل مصوبات لازم‌الاجرای موجود، این پژوهش به بررسی سه آیین‌نامه داخلی شوراهای کلان شهرهای تهران، کرج و مشهد می‌پردازد که هر کدام وضعیت متفاوتی را شاهد بوده و هستند.

گفتار سوم: بررسی وضعیت حقوقی آیین‌نامه‌های داخلی

شوراهای اسلامی شهر تهران، کرج و مشهد از منظر اعتبار

آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر تهران، در تاریخ ۱۳۷۸/۰۲/۰۹، کرج در تاریخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۶ و مشهد در تاریخ ۱۳۹۹/۰۶/۳۱ به تصویب رسیده و پس از طی فرآیند قانونی لازم‌الاجرا شده است. اهمیت این آیین‌نامه‌ها از آن روست که آیین‌نامه داخلی شورای شهر تهران، به صورت کج‌دار و مریز، گاهی از جانب نهادهای نظارتی مورد تأیید و استناد قرار می‌گیرد و گاهی حتی توسط خود اعضای شورای شهر انکار می‌شود؛ آیین‌نامه داخلی شورای شهر کرج به موجب رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و به استناد «خروج از حدود صلاحیت‌های قانونی» در اردیبهشت ۱۳۹۸ ابطال شده است؛ و نهایتاً آیین‌نامه شورای شهر مشهد، پس از ابطال آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج، هم تصویب و هم لازم‌الاجرا شده است. در ادامه به بررسی این سه مورد پرداخته خواهد شد.

بند یکم: آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر تهران؛ با اصلاحاتی حتی

پس از آیین‌نامه ۸۴

آیین‌نامه داخلی، در اولین جلسه شورای اسلامی شهر تهران، در دستور نخست اجلاسیه قرار گرفت. این آیین‌نامه که در ۹۵ ماده و چهارده فصل^۱ تدوین شد، به اموری مانند اعتبار جلسات، انتخاب هیأت رئیسه و وظایف آن‌ها، شاکله و اهداف کمیسیون‌ها و ارکان شورا، ضوابط حضور شهردار و سایر مسئولین در شورا، طریقه و ترتیب رسیدگی به طرح‌ها و لوایح، اقسام آرا به مناسبت هر موضوع، شرایط معرفی و رأی اعتماد به شهردار، تعطیلات و مرخصی‌ها، نحوه استقرار خبرنگاران و سایر تماشاچیان، دبیرخانه و... پرداخته است.

نکته قابل توجه اینکه تا سالیان سال پس از تصویب، این آیین‌نامه توسط شورای شهر تهران اصلاح و منطبق با آیین‌نامه‌های بالادستی شده و با وجود آیین‌نامه سال ۸۴، فرمانداری یا هیأت تطبیق نسبت به آن اعتراضی نداشته و در عمل قائل به «خارج از شمول اختیارات» بودن این مصوبه، با احتساب وجود آیین‌نامه اجرایی ۷۸ و آیین‌نامه ۸۴ شورای عالی استان‌ها نیست. این پذیرش به صورتی بوده که در ابتدای ماده واحده مصوبه اصلاحی «افزایش تعداد کمیسیون‌های اصلی شورای اسلامی شهر تهران و اصلاح ماده بیست و سوم (۲۳) مصوبه آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر تهران» ابلاغی مهر ماه ۱۳۹۲ بیان شده است: «به استناد ماده چهاردهم (۱۴) آیین‌نامه اجرایی،

۱. در سند تصویب و ابلاغ، اشتباهاً از فصل چهارم به بعد یک رقم اضافه شده و فصلی با شماره پنجم در این آیین‌نامه موجود نیست و در نتیجه رقم فصل آخر که به بحث دبیرخانه می‌پردازد به جای چهارده، پانزده شماره‌گذاری شده است.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۳۱

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهر مصوب ۷۸/۱/۱۱ هیأت وزیران و ماده نهم (۹) آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر مصوب ۸۴/۱/۲۴ هیأت وزیران و تبصره ذیل آن و همچنین در اجرای تبصره ذیل ماده سوم دستورالعمل شرح وظایف، ترکیب، تعداد و چگونگی اداره کمیسیون‌های شوراهای اسلامی شهر، شهرستان، استان و عالی استان‌ها - تصویبی به تاریخ ۸۵/۱۲/۱۰ شورای عالی استان‌ها، ماده بیست و سوم (۲۳) مصوبه آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر تهران - تصویبی در اولین جلسه شورای اسلامی شهر تهران (دوره اول) به تاریخ ۷۸/۲/۹ به شرح ذیل اصلاح می‌شود...» همین مقدمه که مورد اعتراض مراجع نظارتی نیز قرار نگرفته و در مسیر انطباق آیین‌نامه داخلی با اسناد مصوب شورای عالی استان‌ها بوده و اکنون لازم‌الاجرا نیز است، نشان می‌دهد که ناظر، امکان وضع آیین‌نامه داخلی توسط شوراهای شهر را بلاشکال دانسته و وضع این آیین‌نامه را به منزله خروج از شمول وظایف قانونی شوراهای اسلامی شهر تلقی نکرده است.

بند دوم: آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج؛ ابطال شده به موجب

رای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۰۶ بوده که پس از گذشت چهار سال از لازم‌الاجرا شدن آن، در بهمن‌ماه سال ۹۶ مورد شکایت شخصی حقیقی قرار گرفت و پس از گذشت مراحل دادرسی، در اردیبهشت‌ماه ۱۳۹۸ توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شد.

پس از این رأی، پرسش در خصوص امکان قانونی تصویب آیین‌نامه داخلی توسط شوراهای اسلامی شهر مورد توجه بیشتر قرار گرفت. برای نیل به پاسخ این پرسش، با توجه به موارد پیش‌گفته، باید نگاهی به اهم مطالب ارائه شده در دادخواست و همچنین رأی صادره انداخت تا بتوان نگاهی دقیق‌تر نسبت به این موضوع داشت. دادخواست و رأی مذکور بدین شرح است:

...آقای آرش ارشد به موجب دادخواستی ابطال آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۶ را خواستار شده و در جهت تبیین خواسته اعلام کرده است که:

... در حال حاضر شورای اسلامی شهر کرج بر اساس آیین‌نامه‌ای اداره می‌شود که در تاریخ ۱۳۹۲/۶/۱۶ به تصویب همان شورا رسیده است که این امر با قوانین اساسی و عادی ذیل مغایرت دارد:

اول آن که طبق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قوانین باید بر اساس موازین اسلامی تنظیم گردند و در موازین اسلامی همواره مصرح و منجز بودن از ویژگی‌های اصلی قانون است که متأسفانه در مانحن‌فیه موارد مکرر و متعددی از عدم رعایت قواعد اساسی فقه شیعه رعایت نگردیده است؛ به عنوان مثال در ماده ۳۱ این آیین‌نامه اشاره شده، هرگاه حداقل هفت نفر از اعضای شورا؛ در حالی که در زمان شورای چهارم عده اعضاء ۲۱ نفر و در حال حاضر در شورای پنجم این عده ۱۳ نفر می‌باشد و قانون مصرح و منجز قانونی است که چنین مواردی را به صورتی کسری از عده کل اعضا اعلام نماید.

دوم آن که به واسطه قاعده فقهی «قبح عقاب بلا بیان» هیچ‌گاه نمی‌توان کسی را به واسطه عملی که قبلاً جرم‌انگاری نشده است عقوبت نمود. در حالی که طبق همین آیین‌نامه در ماده ۳۱ ذکر شده «هرگاه ۷ نفر از اعضاء به کیفیت اداره جلسات معترض باشند» در حالی که هیچ معیاری بر این کیفیت پیش‌بینی نشده است، توجه مقام قضایی را به این مهم جلب می‌نمایم که ممکن است هفت نفر عدم پذیرایی با چای را معیار کیفیت قلمداد کنند یا آن که هفت نفر توقع داشته باشند که در زمان اداره جلسه موزیک نواخته شود. لذا عدم صراحت انشاء و منجز نبودن آن این زمینه را فراهم می‌کند که اعضاء شورا در هر زمان با تشکیل یک گروه هفت نفره بتوانند هیأت رئیسه شورا و کیان آن را متزلزل نمایند. از جهت دیگر اصل ۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی تصریح می‌نماید که طرز تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراهای قانون اساسی و قوانین ناشی از آن تعیین می‌کند و در اصل ۱۰۱ قانون اساسی نیز تصریح می‌شود حدود وظایف و اختیارات و نحوه انتخاب و نظارت شوراهای مذکور و سلسله مراتب آنها را که باید با رعایت اصول وحدت ملی و تمامیت ارضی جمهوری اسلامی و تابعیت حکومت مرکزی باشد، قانون معین می‌نماید. لذا تا اینجا قانون اساسی جمهوری اسلامی هیچ صلاحیت ذاتی برای قانونگذاری در خصوص آیین‌نامه داخلی به شوراهای اسلامی شهر اعطاء نکرده است.

سوم: باید به ماده ۷۱ (ماده ۸۰ فعلی) قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران اشاره نمود که طی ۳۳ مورد وظایف شوراهای اسلامی شهر را احصاء نموده که در هیچ‌کدام آنها اشاره‌ای به تصویب آیین‌نامه داخلی نشده است.

چهارم آن که: آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۱ نیز برای شوراهای شهرها صلاحیتی به عنوان تصویب آیین‌نامه داخلی مستقل پیش‌بینی ننموده است و در نهایت به آیین‌نامه داخلی شورا مصوب ۱۳۸۴/۲/۳ هیأت وزیران... ابلاغ شده که طی بیست و پنج ماده بوده و در آن نیز صلاحیت بازنگری، محلی‌سازی یا اختصاصی‌سازی آن توسط شوراهای اسلامی شهرهای دیگر پیش‌بینی نشده است.

در پایان... تقاضا دارد....، بدواً نسبت به صدور دستور موقت توقف اجرای آیین‌نامه داخلی مورخ ۱۳۹۲/۶/۱۶ و صدور حکم بر ابطال آن و الزام شورای اسلامی شهر کرج به اجرای آیین‌نامه داخلی مصوب هیأت وزیران در تاریخ ۱۳۸۴/۲/۳ نمایند.

در قبال این دادخواست، در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ جلسه ۱۵۷ هیأت عمومی دیوان برگزار (بدون اجابت دعوت این هیأت توسط نماینده شورای شهر کرج برای پاسخگویی و دفاع) و در نتیجه این حکم صادر شد: «طبق بند ۹ ماده ۸۸ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب سال ۱۳۷۵ با اصلاحات و الحاقات بعدی، «آیین‌نامه سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراهای و امور مالی دبیرخانه کلیه شوراهای و تعداد کارکنان آنها و هزینه‌های مربوط و هرگونه پرداختی به اعضای شوراهای توسط شورای عالی استان‌ها تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد. به کارگیری کارکنان و هرگونه پرداختی خارج از این آیین‌نامه ممنوع می‌باشد.» بنابراین آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج در سال ۱۳۹۲ مصوب شورای اسلامی شهر کرج مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.»

۱- بررسی، تفسیر و نقد دادخواست

با توجه به دادخواست موجود، رأی مذکور و مطالب بیان شده در بخش‌های قبلی می‌توان نگاهی جامع‌تر نسبت به این رأی داشت.

نکته اول اینکه، درخواست کننده اهم دغدغه‌اش در خصوص احکام ذکر شده در خصوص «نحوه برگزاری جلسات» بوده که طبق بند ۹ ماده ۸۸، وضع مقرر در خصوص آن بر عهده شورای عالی استان‌ها گذارده شده، اما ماده ۳۱ آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی کرج، مغایر با آیین‌نامه شورای عالی استان‌ها در این حیطه بوده و دیوان عدالت اداری در ابطال آن مسیر صواب را طی کرده است.

اما در پاسخ به استدلال ذکر شده در بند سوم دادخواست که مدعیست چون وضع آیین‌نامه داخلی در ماده ۸۰ قانون تشکیلات ذکر نشده، پس شورای اسلامی شهر کرج امکان وضع آن را ندارد باید گفت، قانون (با توجه به توضیحات مذکور) هیچ نهادی را نه به صورت انحصاری و نه به صورت «ترجیحی» به عنوان واضع در خصوص آیین‌نامه داخلی شوراهای اسلامی شهر تعیین نکرده است و اگر عدم انتصاب صریح قانونی می‌تواند موجب ابطال آن شود، پس خود آیین‌نامه داخلی مصوب شورای عالی استان‌ها هم، چون تصریح قانونی برای واضع آن وجود ندارد، می‌تواند توسط دیوان عدالت اداری مورد ابطال قرار گیرد. (این در حالیست که بسیاری از نهادها (که پیش‌تر ذکر چند مورد آن‌ها رفت) حتی بدون ذکر صریح قانون، در راستای اهداف سازمانی و اجرای بهتر قانون به وضع آیین‌نامه داخلی پرداخته‌اند)

از زوایه دیگر با توجه به مطالب اخیرالذکر و همچنین نکات بیان شده در خصوص امکان وضع مصوبه توسط شوراها (به استناد قانون اساسی)، مبانی عدم تمرکز محلی و همچنین اصل استقلال در امور اجرایی مربوطه به نهادهای عدم تمرکز محلی از جمله شوراهای اسلامی شهر، با توجه به نبود متن قانونی یا مقرره‌ای مشخص، نه تنها نمی‌توان ممنوعیتی برای شوراهای شهر در این خصوص کشف کرد، حتی یک گام جلوتر آنکه، می‌توان مدعی وجود این حق برای این نهاد شد.

۲- بررسی، تفسیر و نقد رأی

با توجه به استناد رأی به بند ۹ ماده ۸۸ قانون تشکلات و عدم ذکر آیین‌نامه داخلی در این بند و همچنین با توجه به پیش‌فرض «حکیم دانستن حاکم» می‌توان تصور را در خصوص این رأی در نظر گرفت. اول آنکه یا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری معتقد است که آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج در خصوص موارد بیان شده در بند ۹ ماده ۸۸ به صدور احکام مغایر پرداخته است و بدون این احکام سایر مواد موجود این آیین‌نامه نیز از حیز انتفاع ساقط می‌شوند؛ پس با ابطال امور مغایر، کل آیین‌نامه را نیز ابطال کرده است؛ یا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراها، امور مالی دبیرخانه و... را مترادف با آیین‌نامه داخلی می‌داند (در صورتی که آیین‌نامه داخلی اعم از این موارد است). با آگاهی از حکیم بودن این نهاد، احتمال اول منطقی‌تر به نظر می‌رسد.

پس بر اساس پذیرش منطق اول، می‌توان نتیجه گرفت ابطال این مصوبه، بیشتر از آن که حکمی قابل تسری به همه شوراهای اسلامی شهر باشد، حکمی موردی در خصوص آیین‌نامه داخلی شورای

اسلامی شهر کرج بوده و الزاماً شکایت از سایر آیین‌نامه‌های داخلی شوراهای شهر منجر به این حکم نخواهد شد.

بند سوم: آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر مشهد؛ آیین‌نامه‌ای پس

صدور رأی جلسه ۱۵۷ دیوان عدالت

شورای اسلامی شهر مشهد در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۰۴ آیین‌نامه داخلی جدید خود را به تصویب رسانید. این آیین‌نامه ۸۶ ماده‌ای که در زمان صدور حکم دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال آیین‌نامه داخلی شورای شهر کرج در حال بررسی بوده، با مفروض دانستن موردی بودن ابطال آن آیین‌نامه، فارغ از تجمیع و تنقیح آیین‌نامه و دستورالعمل‌های موجود، احکام جدیدی را نیز در مسیر تکمیل، بومی‌سازی و استفاده از ظرفیت‌های قانونی شوراهای اسلامی شهر وضع کرده که مورد تأیید مراجع نظارت نیز قرار گرفته است؛ از جمله این مواد می‌توان به ماده ۲۱ و ۸۶ این آیین‌نامه اشاره کرد که به صورت مشهودی نزدیک به برداشت این پژوهش از قانون و مقررات مربوطه است.

-
۱. افزون بر کمیسیون‌های دائمی، سه کمیسیون ویژه تشکیل می‌شود: ۱- کمیسیون ویژه توسعه و بهسازی طوس ۲- کمیسیون ویژه مناطق پیرامونی و کم‌برخوردار ۳- کمیسیون ویژه ایثارگران
 ۲. به‌منظور تسهیل در نظارت بر امور جاری شهر مشهد مقدس و کنترل مدیریت شهرداری در مناطق مختلف، ارائه طرح‌ها و هماهنگ‌سازی سازمان‌های ذی‌ربط، پنج کمیته نظارتی بر مناطق تشکیل و در هر کدام ۳ نفر از اعضای شورا عضویت خواهند داشت. این کمیته‌ها می‌توانند برای بازرسی و بررسی محلات و مطالعه فعالیت مدیران مناطق و ادارات محلی و کنترل فعالیت‌های شهری در هر منطقه از کارشناسان، متخصصان و افراد محلی استفاده کنند. شرح وظایف، اختیارات و نحوه اداره جلسات کمیته‌های نظارتی برابر آیین‌نامه جداگانه مصوب شورا خواهد بود.

جمع‌بندی، نتیجه‌گیری و پیشنهادات

بر اساس مطالب ارائه شده در این پژوهش، شوراهای اسلامی شهر ذیل کلان‌مفهوم عدم تمرکز محلی جای می‌گیرند و به موجب مقتضیات این مفهوم، ویژگی‌هایی را شامل می‌شوند که استقلال نسبی در نهاد و تصمیم‌گیری نیز بخشی از این ویژگی‌های آن‌هاست. قانون اساسی نیز به واسطه اصول ۶، ۷، ۱۲ و فصل هفتم به صورتی بر آن صحنه گذارده و تعیین تکلیف جزئیات را به قوانین عادی سپرده است. اما قانون عادی در خصوص همه شئون شوراها به صورت تفصیلی به صدور حکم نپرداخته و یکی از این موارد، مرجع وضع آیین‌نامه داخلی شوراهای شهر است.

با وجود اینکه بند ۹ ماده ۸۸ «قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران» در خصوص برخی آیین‌نامه‌های جزئی مشابه، از جمله آیین‌نامه سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه تشکیل جلسات شوراها و امور مالی دبیرخانه و... مرجع تدوین را تعیین کرده (شورای عالی استان‌ها) و یا طبق ماده ۱۰۶ این قانون، وزارت کشور را مسئول تدوین آیین‌نامه اجرایی قانون در نظر گرفته، اما هیچ‌جا به صورت مشخص در خصوص آیین‌نامه داخلی شوراهای شهر که مفهومی اعم از بند ۹ ماده ۸۸ داشته و نسبت آن با آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۱۰۶ «عموم و خصوص من وجه» بوده به صدور حکم نپرداخته است.

از جانب دیگر خود آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۱۰۶، در ماده ۵ خود بر دوگانگی آیین‌نامه اجرایی و آیین‌نامه داخلی تأکید می‌کند و مصوبه شورای عالی استان‌ها که با ۲۵ ماده عنوان آیین‌نامه داخلی شورای شهر را بر خود نهاده نیز حصری در این مورد اظهار نمی‌کند.

توجه به تمامی موارد اشاره شده در این پژوهش، احتمال مفروض بودن امکان قانونی وضع آیین‌نامه داخلی توسط شوراهای اسلامی شهر را تقویت کرده و ابطال آیین‌نامه داخلی یکی از شوراهای اسلامی شهر (کرج) را بیشتر از آن که موجب استخراج یک حکم کلی بداند، صرفاً منحصر به مورد و ویژگی‌های آن آیین‌نامه قلمداد می‌کند؛ روندی که با سابقه نظارتی نهادهای ناظر نیز، چه پیش و چه پس از این حکم منطبق‌تر است.

حال با توجه به ادله و مستندات مذکور، برای شفاف‌تر شدن هر چه بیشتر روندها و همچنین رفع هر گونه شک و شبهه در این امور، موارد ذیل پیشنهاد می‌شود:

۱- مجلس شورای اسلامی با الحاق بندی به قانون تشکیلات، به تعیین تکلیف این امر به پردازد.

۲- برای سرعت در رفع مشکل، تا زمان الحاق بند مشخص، از مجلس شورای اسلامی در خصوص بند ۹ ماده ۸۸ و ماده ۱۰۶ قانون تشکیلات درخواست استفساریه شود.

۳- نهایتاً حتی در صورت عدم پذیرش استدلال‌های موجود، شورای‌های اسلامی شهرها می‌توانند متن مورد نظر خود در خصوص آیین‌نامه داخلی را (بر اساس نکات و دقایق ذکر شده) تدوین، در صحن شورا تصویب و پس از آن، متن مصوب را به شورای عالی استان‌ها ارجاع داده و تصویب نهایی آن را از آن نهاد درخواست کنند.

۴- اگر این روند نیز مورد اقبال واقع نشد (مورد ذکر شده در بند ۳)، می‌توان متن مصوب را به وزیر کشور اعطا کرد و در صورت تأیید از جانب وزیر، به لازم‌الاجرا شدن این مصوبه همت گمارند (مانند روندی که در خصوص اساسنامه‌ها طی می‌شود)

فهرست منابع

الف: قوانین، مقررات و آراء

- ۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۲- قانون تشکیلات، وظایف و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب سال ۱۳۷۵ و اصلاحات بعدی آن
- ۳- قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری مصوب ۱۳۶۱
- ۴- آیین‌نامه اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها مصوب سال ۱۳۷۸ هیأت وزیران
- ۵- آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر تهران مصوب ۱۳۷۸
- ۶- آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر کرج مصوب ۱۳۹۲
- ۷- آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر مشهد مقدس مصوب ۱۳۹۸
- ۸- آیین‌نامه داخلی شورای اسلامی شهر مصوب ۱۳۸۴ شورای عالی استان‌ها و هیأت دولت
- ۹- رأی شماره ۱۵۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صادره در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰

ب. کتاب‌ها:

۱- عادل، مرتضی، محمد راسخ، حسین‌قلی حسینی‌نژاد، ۱۳۸۷، فرهنگ حقوقی فارسی-

انگلیسی/ انگلیسی- فارسی، تهران: انتشارات معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و

مقررات

۲- عباسی، بیژن، ۱۳۹۵، حقوق اداری، تهران: دادگستر

۳- لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۰، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش

۴- وکیل، امیرساعد، پوریا عسکری، ۱۳۹۱، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، تهران: مجد

۵- هاشمی، سید محمد، ۱۳۸۹، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای

سیاسی، تهران: میزان

پ: مقالات

۱- الله‌ویردی‌زاده، رضا، علی ولی‌قلی‌زاده و مهدی صانعی، آسیب‌شناسی رابطه بین شورای شهر

با نظام سیاسی در ایران (تبیین اصول تمرکززدایی اداری در دولت محلی)، فصلنامه جغرافیا

و آمایش شهری - منطقه‌ای، سال پنجم بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۴، صص ۲۵-۴۶

ت: پایان‌نامه‌ها

۱- مغفوری فرسنگی، مصطفی، نظارت قیمومتی بر نهادهای غیر متمرکز، ۱۳۹۱، (پایان‌نامه)،

استاد راهنما: محمدجواد رضایی‌زاده، استاد مشاور: مهدی هداوند، تهران: دانشگاه آزاد

اسلامی واحد تهران مرک

آثار محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی در ایران

جواد محمودی*

نادر اسدی اوجاق**

چکیده

مجازات زندان، مبانی و آثار آن، موضوع پژوهش‌های کیفری است. با این حال، این مجازات می‌تواند بر حوزه حقوق استخدامی، تاثیراتی داشته باشد که چندان مورد اقبال پژوهش‌گران قرار نگرفته است. دو پرسش اصلی در این باره مطرح است: نخست آن که آیا پیشینه محکومیت یک شهروند به زندان، مانعی فراروی حق بر استخدام و نهایتاً ورود او به خدمت دولتی است یا خیر؟ و دیگر آن که آیا محکومیت به آن مجازات در حین رابطه استخدامی یک کارمند شاغل بر استمرار آن رابطه، موثر است یا خیر؟ از این رو، مجازات یاد شده، علاوه بر احتمال تاثیرگذاری بر اشخاص داوطلب ورود به خدمت دولتی، بسیاری از کارمندان بالفعل، حقوق و مزایای قانونی و نیز خانواده آنان را تحت تاثیر، قرار می‌دهد. در پژوهش پیش رو از رهگذر مطالعه کتابخانه‌ای و شیوه توصیفی-تحلیلی بین گرایش‌های حقوق کیفری و عمومی، مبانی محکومیت به مجازات زندان در متون کیفری و اداری، بررسی و سپس آثار آن بر حقوق استخدامی، شامل حقوق داوطلبان ورود به خدمت و نیز کارمندان شاغل، بررسی شده است. در این باره، معلوم شده که متون استخدامی عام مستقیماً به آثار محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی نپرداخته‌اند و در برابر، برخی متون استخدامی ویژه، مانند قوانین و مقررات نیروهای مسلح در این باره، صراحت بیشتری داشته‌اند. مدیران ارشد و ستادی، دادرسان دادگاه‌های کیفری، عموم شهروندان داوطلب ورود به خدمت و نیز کارمندان شاغل و خانواده‌های آنان می‌توانند از دست‌آوردهای پژوهش حاضر، بهره‌مند شوند.

کلید واژگان: زندان، حقوق استخدامی، ایران، کارمند

* استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران (نویسنده مسئول)
javad@Sku.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

The effects of imprisonment on the employment rights in Iran

Javad Mahmoudi*

Nader Asadi Ojagh**

Prison punishment, its principles and effects are the subject of criminal investigations. However, this punishment can have effects on the field of employment law that have not been well received by researchers. Is the right to employment and finally his entry into government service or not? And whether the punishment for that punishment during the employment relationship of an employee is effective in maintaining that relationship or not? Thus, in addition to the possibility of affecting those who volunteer for government service, the actual punishment affects many actual employees, their legal rights and benefits, and their families. In the present study, through the study of libraries and descriptive-analytical method between criminal and public law trends, the basics of imprisonment in criminal and administrative texts are examined and then its effects on employment law, including the rights of candidates to enter The service as well as the employed staff have been reviewed. In this regard, it has been found that general employment texts do not directly address the effects of imprisonment on employment rights, and in contrast, some specific employment texts, such as the laws and regulations of the armed forces, are more explicit. Senior managers and staff, judges of criminal courts, the general public volunteering for employment, as well as employees and their families can benefit from the findings of the present study.

Key Words: Imprisonment, Employment Rights, Iran, Employee

*Prof. Department of Public Law, Shahrekord University

javad@Sku.ac.ir (Corresponding author)

**M.A in Public Law

naderasadioojag@gmail.com

مقدمه

مجازات زندان از میانه سده هیجدهم میلادی به بعد، رسماً وارد نظام کیفری کشورها شده است.^۱ این ابزار جزایی، پاسخی به نفی کیفرهای شدید بدنی و تمهیدی برای تضمین حقوق فردی و کرامت انسانی^۲ در نتیجه تغییر نگرش‌ها و جایگزینی آن به جای کیفرهای شدید بدنی^۳ و از سوی دیگر بر خلاف حقوق فردی و آزادی‌های عمومی (آزادی تن) شمرده شده است.^۴ با این حال، در ماده ۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸، ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۶۶ و بند نخست ماده ۵ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مصوب ۱۹۵۰، آن مجازات صرفاً در برخی موارد معدود، مجاز شمرده شده‌اند.

ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۴۰۰ قوه قضائیه، «زندان» را این طور تعریف کرده که: «واحدی زیرمجموعه سازمان است که متهم یا محکوم به دستور مرجع قضایی یا قانونی صلاحیت‌دار، بازداشت و یا برای تحمل محکومیت حبس با هدف اصلاح و تربیت و بازسازی اجتماعی در آن جا نگهداری می‌شود.» هم‌چنین بر اساس بند ۳ ماده ۱ آن آیین‌نامه، بازداشت‌گاه: «محل نگهداری موقت متهم تحت قرار تأمین کیفری که با دستور کتبی

۱. حاجی‌تبار فیروزخانی، حسن، جایگاه جایگزین حبس در نظام عدالت کیفری ایران (حال و آینده)، شماره ۶۴ بهار ۱۳۸۷، ص ۶۸.

۲. اجتنابی، مریم، بررسی کیفری مجازات‌های جایگزین حبس، فصلنامه حقوقی قانون‌یار، شماره ۸، زمستان ۱۳۹۷، ص ۴۴۸.

۳. برگی، محمد مهدی و مهرا، نسرین، مفهوم سلب آزادی و غیرکیفری و انواع آن از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸، ص ۹.

۴. برگی، محمد مهدی، نظام حقوق حاکم بر سلب آزادی در آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹، ص ۲۶.

مقام قضایی یا قانونی صلاحیت‌دار به آن جا معرفی شده و تحت مدیریت یا نظارت سازمان است و شامل بازداشتگاه‌های عمومی، امنیتی، انتظامی یا نظامی می‌باشد». برخی نویسندگان، «بازداشت موقت» را تضمینی برای دسترس‌پذیر بودن متهم به ارتکاب جرم اداری یا غیراداری دانسته‌اند.^۱ «حبس با خدمت» نیز به عنوان مجازاتی ویژه در ماده ۱۱ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح برای کارکنان نیروهای مسلح پیش‌بینی شده و ترتیبات اجرایی آن برابر دستورالعمل مربوطه تعیین شده است.^۲

آثار زندان بر حقوق استخدامی شهروندان، اعم از داوطلبان ورود به خدمت یا کارمندان شاغل از حیث مادی و معنوی بر خانواده تحت تکفل آنان، موضوع پژوهش حاضر را کاربردی و مبتلابه می‌نماید؛ به طوری که آثار زیان‌بار این رویه نسبت به کارمندان دولت، برخی از صاحب‌نظران را بر این واداشته که این قبیل تمهیدات را «نوعی سیاست کیفری شکست خورده» بدانند.^۳

در برخی از پژوهش‌های خارجی، بازداشت یا محکومیت کارمند به زندان به «غیبت عمدی یا ترک ارادی کار»، تعبیر شده که کارفرما بایستی در صورت محکومیت کارمند خود به زندان، ماهیت جرم ارتكابی، مدت زمان محکومیت به زندان، ماهیت شغل کارمند محکوم‌علیه، تاثیر غیبت وی بر کار و خسارت‌های ناشی از عدم حضور و اشتغال او را لحاظ کند. اقدام به اخراج آن کارمند در صورتی موجه است که جرم ارتكابی با کار وی، مرتبط باشد یا موسسه محل اشتغال او از رهگذر محکومیت او، متحمل زیان شده باشد. در فرض محکومیت به زندان طویل‌المدت، اخراج وی، عادلانه و کارفرما مجاز

۱. موسوی فرد، محمدرضا، اسدی، راضیه و کرمی، عارف، بازداشت موقت در سیاست کیفری ایران، مجله نخبگان علوم و مهندسی، شماره ۳، ۱۳۹۶، ص ۴.

۲. طبق ماده ۱ دستورالعمل حبس با خدمت موضوع تبصره ماده ۱۱ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح: «شیوه‌ای از اجرای مجازات حبس است که به موجب آن، محکوم‌علیه به یگان مربوط یا مراکزی که نیروهای مسلح برای خدمت تعیین می‌کنند معرفی شده و پس از انجام خدمت مقرر در بازداشتگاه یگان یا مرکزی که تعیین شده، نگهداری می‌شود».

۳. حاجی‌تبار فیروزخانی، همان، صص ۶۸ - ۶۹.

به فسخ قرارداد استخدام است.^۱ برخی نیز، اقدام کارفرما به اعلام پایان قرارداد کار^۲ یا توسل به اقدامات انضباطی منجر به اخراج یا مجازاتی کمتر از آن علیه کارمند محکوم به مجازات زندان و یا تعقیب انضباطی وی با حفظ پست سازمانی تا زمان آزادی را به عنوان راه‌های پیش روی کارفرما دانسته‌اند.^۳ گفته شده که از نظر رویه قضایی، در صورت محکومیت قطعی کارمند به زندان و حتی برائت وی، کارفرما به آسانی، حق اخراج وی به استناد عدم حضور در محل کار را ندارد و بهترین راه، به کارگیری موقت کارمندی دیگر به جای کارمند محکوم به زندان است.^۴ در برخی آرای صادره از دادگاه‌های کانادا نیز به این موضوع پرداخته شده است.^۵ در کَبیک^۶ بر اساس منشور حقوق و آزادی‌های بشری^۷ مصوب ۲۰۱۶ در خصوص سلب ارشدیت^۸ یا کار بدون اخطار قبلی، اجازه یا دلایل منطقی، مقرر شده که: «هیچ کس نمی‌تواند کارمند خود را به دلیل ارتکاب یک جرم کیفری غیرمرتبط با کار وی یا کارمند معاف از مجازات را به هر نحو، اخراج کند یا از به کارگیری وی، خودداری ورزد.» البته این حمایت از کارمند، به نوعی محدود شده است؛ دادگاه عالی کانادا در دعوای ماکستیل^۹؛ خاطرنشان کرد که: «عدم حضور کارمند در محل کار خود به دلیل محکومیت به زندان، دلیل منطقی و موجهی

1. Can employer dismiss an employee because he/she is in prison? At: XpertHR: LexisNexis@Risk Solutions Group, ۲۰۲۱, p.۱

2. Termination of employment contract

3. Termination of employment due to custodial sentence, at: Davidsonmorris.com/termination of employment, 2021, p. 2

4. Employees in prison: when may the employer dismiss?, 2009, 1

5. At: <http://langlois.ca/incarceration-employees-overview-decisions-rendered-2016/>

6. Quebec

7. Charter of Human Rights and Freedom (CQLR,c.C-12)

8. Seniority

9. Maxteel case

برای غیبت او نیست و می‌تواند اخراج او را توجیه سازد؛ مشروط به آن که عدم دسترسی کارمند به محل کار خود، دلیل واقعی صدور تصمیم به اخراج او از سوی کارفرما باشد.^۱

در دعوایی دیگر، کارفرما پس از محکومیت کارمند به تحمل زندان به استناد عدم دسترسی به وی و مهم‌تر از همه، کشف سوابق کیفری مربوط به پیش از استخدام وی در اسناد سجل کیفری، به اخراج او، مبادرت کرد. مرجع حل اختلاف روابط استخدامی، اعلام کرد که: «از آن جا که ماده ۱۸-۲ منشور حقوق و آزادی‌های بشری کبک، اعمال تبعیض بر اساس سوابق کیفری را ممنوع کرده، شیوه اخراج آن کارمند، نادرست است و نهایتاً تصمیم مربوطه را نقض و به کارفرما دستور بازگشت به کار آن کارمند را صادر کرد.»^۲

در یک دعوا نیز، دادگاه عالی، رای مرجع حل اختلاف روابط استخدامی، مبنی بر به چالش کشانیدن حق کارفرما به اخراج یک کارمند به استناد عدم حضور در محل کار به مدت طولانی را تصدیق کرد.^۳

در پژوهش پیش رو با روش توصیفی - تحلیلی به این پرسش بنیادین، پاسخ داده می‌شود که محکومیت به مجازات زندان چه آثاری بر حق استخدام داوطلبان ورود به خدمت و نیز حقوق استخدامی کارمندان دولت دارد؟ پاسخ‌های قانون‌گذار و مقررات اجرایی در این باره چیست؟ یادآوری می‌شود که در این پژوهش، همه کارمندان عام و کارکنان مشمول قواعد استخدامی ویژه، مانند اعضای نیروهای مسلح، قضات، کارکنان وزارت اطلاعات و اعضای هیات علمی دانشگاه‌های دولتی در زمره مصادیق مفهوم «کارمند» به شمار می‌روند.

فرضیه پژوهش، آن است که در برابر سکوت متون استخدامی عام درباره برخی از آثار زندان بر حقوق استخدامی کارمندان، متون استخدامی ویژه یا متون کیفری، صراحت بیشتری داشته‌اند و از این رو، استناد به متون اخیر می‌تواند راهگشا باشد. از حیث پیشینه‌ی پژوهش با وجود تمرکز به

1. Quebec Commission des droits de la parsonne et des driot de la Maaksteel Qebec. Inc., [2003] 3SCR, 228

2. Syndicate des cols bleus de Gatineau- CSN V. Ville de Gatineau, 2016, QCTA 32.

3. Syndicat Canadian de la fonction publique, section locate 1299 V. Me Pierre- Georges Roy et ville de Chateauguay, 2016, QCCS 714.

حقوق استخدامی در نوشته‌های حقوقی به موضوع پژوهش حاضر - به عنوان موضوعی بین گرایشی در حقوق عمومی و حقوق کیفری - چندان توجهی نشده است.

گفتار نخست. مبانی قانونی محکومیت به مجازات زندان

محکومیت به مجازات زندان در پرتو متون حقوقی مختلفی، صورت‌پذیر است:

بند نخست. متون کیفری

این مجازات در متون فقهی به دو دسته (حبس ابد و حبس موقت)، تقسیم شده^۱ و امروزه در قوانین کیفری بیشتر کشورها، دیده می‌شود و برخی از نویسندگان نیز پیشینه به کارگیری آن را به دو سده گذشته، نسبت داده^۲ و با وجود کاستی‌های بی‌شمار، آن را جایگزینی مناسب برای کیفرهای شدید بدنی دانسته‌اند.^۳ بر این اساس، ضمانت اجرایی مزبور برای اولین بار و به طور قاعده‌مند با تصویب «قانون جزای عرفی» در سال ۱۲۹۵ خورشیدی، وارد نظام حقوقی ایران شد و در مواد ۲ و ۴ آن قانون، مورد شناسایی، قرار گرفت.^۴

آن مجازات به مثابه ابزار تحدید یا سلب آزادی مجرم در بندهای ۲، ۳ و ۴ ماده ۹ «قانون مجازات عمومی» مصوب ۱۳۰۴ با ترتیباتی سه‌گانه «حبس مؤبد با اعمال شاقه»، «حبس موقت با اعمال

۱. جابری عربلو، محسن (۱۳۷۱)، تحقیقی در مبانی فقهی حبس، نشریه گروه تحقیقاتی، شماره ۵۳ و ۵۴، ص ۸۰.

۲. صوری‌پور، مهدی و خلیل‌زاده، ایرج، قانون جزای عرفی و نقش آن در شکل‌گیری حقوق کیفری ایران، نشریه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۴، ۱۳۹۷، ص ۲۴۲.

۳. بن‌سعید، رحمان و حیدری، مسعود و المیر، محمود، بررسی و تحلیل کیفرشناختی مجازات‌های جایگزین حبس، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۴۸، ۱۳۹۹، ص ۲۸۷.

۴. صوری‌پور، مهدی و خلیل‌زاده، ایرج، قانون جزای عرفی و نقش آن در شکل‌گیری حقوق کیفری ایران، نشریه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۴، ۱۳۹۷، ص ۲۴۴.

شاقه» و «حبس مجرد»، مورد توجه قانون‌گذار، قرار گرفته بود. در گامی دیگر، قانون‌گذار با طرح مجازات‌های جایگزین حبس در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ کوشیده که از حجم و گستره مجازات‌های سالب آزادی بکاهد.^۱ با این حال در این قانون نیز، زندان هم‌چنان بر تارک نظام قانونی ایرانی، خودنمایی می‌کند. اما قانون‌گذار در کاربرد مجازات «محرومیت اجتماعی» درباره مستخدمان دستگاه‌های حکومتی به عنوان کیفر اصلی یا مجازات‌های تکمیلی یا تبعی، ضمانت اجرایی «انفصال از خدمت» را به مثابه شیوه‌ای برای متنبه شدن آنان برگزیده است.^۳

اما در نیروهای مسلح، شیوه متفاوتی به کار گرفته شد؛ در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ تحمل زندان، مجازات اصلی مجرمان است و علاوه بر آن در متون استخدامی آن نیروها، «بازداشت»^۴ به عنوان یکی از حالات استخدامی، مورد توجه قرار گرفته است.

بند دوم. متون اداری

بر اساس اصول کیفری، اشخاص نباید در معرض مجازات‌های مضاعف^۵ قرار بگیرند. اما این برداشت در متون اداری و انضباطی، جایگاه چندانی ندارد؛ زیرا قصور یا تقصیر کارمند، می‌تواند از حیث جزایی و نیز اداری، قابل تعقیب و بازخواست باشد.^۶ بنابراین، یک تخلف صرف اداری، صبغه کیفری نیز می‌تواند داشته باشد. برای نمونه بر اساس ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری:

۱. فصل نهم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از ماده ۶۴ تا ماده ۸۷ به این امر، اختصاص یافته است.

۲. برای نمونه، ماده ۲۴ این قانون، مقرر می‌دارد: «چنانچه محکوم طی مدت اجرای مجازات تکمیلی، مفاد حکم را رعایت ننماید ... برای بار اول مدت مجازات تکمیلی مندرج در حکم را تا یک سوم افزایش می‌دهد و در صورت تکرار بقیه مدت محکومیت را به حبس ... تبدیل می‌کند».

۳. موضوع تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

۴. بند (ط) ماده ۸۸ قانون ارتش، بند «ز» ماده ۱۲۰ قانون استخدام نیروی انتظامی و بند «ط» ماده ۹۷ قانون سپاه به همین امر، اختصاص یافته است.

۵. Double punishment

۶. مومنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ایران، چاپ بیستم، ۱۳۹۵، ص ۲۲۳.

«هرگاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری، مکلف است مطابق این قانون به تخلف رسیدگی و رأی قانونی را صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح، ارسال دارد. هر گونه تصمیم مراجع قضایی، مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود ...».

علاوه بر آن، ماده ۲۳ قانون تشکیل هیأت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۵ نیز احتمال وجود ماهیت مجرمانه تخلفات انضباطی را نیز مد نظر قرار داده و هیئت‌های انضباطی صادر کننده رأی قطعی این تخلفات را مکلف کرده که پرونده را در صورت دارا بودن وصف مجرمانه برای رسیدگی به اصل جرم از طریق مبادی ذی ربط به مراجع قضایی صالحه، ارسال کنند.

هم‌چنین بر اساس ماده ۱۳ قانون مقررات انتظامی هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور مصوب ۱۳۶۴: «هرگاه تخلف عضو هیأت علمی، عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد، هیأت رسیدگی کننده به تخلفات انتظامی مکلف است پرونده امر را به مرجع قضایی، ارسال دارد. حکم مرجع قضایی از جهت ارتکاب جرم عمومی برای هیأت انتظامی، لازم‌الاتباع است ولی رسیدگی در مراجع قضایی، مانع رسیدگی انتظامی نخواهد بود. لیکن تا صدور رأی مرجع قضایی، آن را متوقف می‌سازد.» بر اساس تبصره ماده ۷ آن قانون نیز: «اثبات تخلفات و جرائم مذکور در بندهای ۱۰ و ۱۳ و ۱۴ و ۱۶ در مرجع صالح قضایی صورت می‌گیرد و عضو هیأت علمی در مدت رسیدگی در مرجع قضایی به حالت تعلیق در می‌آید.»^۱

یک کارمند در فرض تعقیب کیفری به تبع ارتکاب تخلف اداری می‌تواند به مجازات‌هایی از جمله زندان نیز محکوم شود.

۱. به ترتیب، شامل: از بین بردن و اخفای غیر مجاز اسناد و مدارک دانشگاه و حیف و میل اموال و وجوه دولتی، عضویت در یکی از فرق ضالّه و ساواک منحلّه و تشکیلات فراماسونری و مشابه آن و عضویت یا فعالیت یا تبلیغ به نفع احزاب و گروه‌های الحادی یا محارب یا احزاب و گروه‌های غیرقانونی.

گفتار دوم. آثار محکومیت به زندان بر حق داوطلبان بر استخدام

قانون اساسی، «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی»^۱ و «حق برخورداری از حقوق مساوی»^۲ را از حقوق ملت و تعهدات دولت دانسته است. لذا حق شهروندان در ورود به دستگاه‌های اجرایی یکی از آن مصادیق محسوب شده و در برابر، «نداشتن محکومیت کیفری»^۳ در زمره قیود و موانع قانونی آن حق است و این قید تقریباً در همه مقررات استخدامی دستگاه‌های دولتی، مورد توجه قرار گرفته است. البته به طور استثنایی در قانون شرایط انتخاب قضات مصوب ۱۳۶۰ چنین قیدی مقرر نشده که قابل تأمل است. بر این اساس، سلامت داوطلبان استخدام در دستگاه‌های دولتی از اهمیت برخوردار بوده و ورود به خدمت آنان، بدون طی مراحل گزینش و احراز صلاحیت، امکان‌پذیر نیست. از این رو، شرط «نداشتن سابقه محکومیت جزایی موثر»، مانند نداشتن پیشینه محکومیت به زندان، یکی از ارکان احراز صلاحیت داوطلب است و به شرح پیشگفته، این قید یکی از شرایط اصلی به خدمت پذیرفته شدن شهروندان دانسته شده است. از دیدگاه برخی نویسندگان، افزودن قید «موثر» به مباحث مربوط به این بخش را در قوانین عام و خاص کیفری و اداری را از جمله اقدامات مثبت قانون‌گذار است.^۴ اما قانون‌گذار در باره نحوه ورود داوطلبان عضویت در نیروهای مسلح، رویکرد کاملاً متفاوتی در پیش گرفته؛ به طوری که در هیچ یک

۱. بند نهم اصل سوم قانون اساسی

۲. اصل نوزدهم همان.

۳. این قید در ماده ۱۴ قانون استخدام کشوری، ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، موضوع بند (پ) ماده ۲ قانون استخدام کشوری، ماده ۶ مقررات استخدام شرکت های دولتی، ماده ۱۶ قانون استخدام نیروی انتظامی، ماده ۱۶ قانون سپاه، ماده ۸ قانون استخدام وزارت اطلاعات، ماده ۴ آیین‌نامه استخدامی اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی، پژوهشی و فناوری، ماده ۲ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش و بالاخره در بند ۷ ماده ۱۳ آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات، مقرر شده است.

۴. رستمی، ولی، نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری، پژوهش‌نامه

انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

از مقررات مربوط به شرایط استخدام، از قید «موثر» برای پیشینه کیفری داوطلبان، استفاده نشده است. به عنوان نمونه، در بند «ز» ماده ۱۶ قانون استخدام نیروی انتظامی - به مثابه روزآمدترین متن قانونی در این حوزه- قانون‌گذار بدون تصریح به قید «موثر»، نداشتن سوء پیشینه کیفری را شرط ورود داوطلبان خدمت در این سازمان، مفروض داشته است؛ به عبارتی، همین که وجود زندان یا بازداشت در پیشینه کیفری فرد داوطلب خدمت در این سازمان، معلوم شود، بدون توجه به موثر بودن یا نبودن آن، وی از استخدام در نیروی انتظامی، محروم می‌شود. در سپاه پاسداران هم تقریباً از همین رویه، پیروی شده است. به طوری که در بند «ی» ماده ۱۶ قانون مقررات استخدامی آن نیرو، بدون اشاره به قید و شرط «موثر»، «داشتن حُسن شهرت و عدم سوء سابقه» را ملاک عضویت در آن نهاد نظامی دانسته است. اما در قانون ارتش - که نسبت به هر دو قانون، پیشینه بیشتری دارد- در این باره با مسامحه بیشتری رفتار شده؛ به طوری که بدون این که صراحتی درباره ضرورت احراز سوء پیشینه داوطلبان عضویت، وجود داشته باشد، صرفاً به «عدم محکومیت به محرومیت از خدمات دولتی»^۱ اکتفا شده است.

بند اول. در پرتو قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر جزایی

بر اساس قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر در قوانین جزایی ۱۳۶۶/۷/۹: «مراد از محکومیت‌های مؤثر کیفری مذکور در قوانین جزایی مصوب مجلس شورای اسلامی، عبارت است از:

... ج - محکومیت لازم‌الاجرا به مجازات حبس از یک سال به بالا در جرائم عمدی ...»

در این باره باید خاطر نشان شود که:

۱. موضوع بند «ه» ماده ۲۹ قانون ارتش جمهوری اسلامی.

محکومیت به زندان برای مدت زمان کمتر از یک سال، مجازات موثر کیفری نیست و در نتیجه نمی‌تواند مانعی فراوری استخدام شخص ذی‌نفع به شمار آید. علاوه بر آن، قید قانونی «در جرایم عمدی»، این معنا را به عنوان مفهوم مخالف به ذهن، متبادر می‌سازد که حتی محکومیت بیش از یک سال در جرایم غیرعمدی، مبنایی برای احتساب به عنوان محکومیت موثر کیفری نیست. همچنین، تنها مجازات قطعی صادره از دادگاه کیفری، ملاک ممنوعیت شهروند از ورود به خدمت است؛ از این رو، مجازات‌های انضباطی، انتظامی، صنفی یا اداری، مصداق محکومیت کیفری موثر به شمار نمی‌رود مگر آن که در راستای تعقیب کیفری تخلف اداری یا صنفی مربوطه، دادگاه کیفری به شرح بالا مجازات زندان، مقرر کرده باشد.

بند دوم. در پرتو قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

آن قانون با اعلام نسخ صریح قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر جزایی^۱، سیاست نوینی در این باره، پیش گرفته که می‌تواند ناظر به محرومیت برخی از محکومان در زمان ورود به خدمت دولتی یا در زمان اشتغال آنان باشد. مطابق بند «چ» ماده ۲۶ آن قانون: «محکومیت قطعی کیفری در جرائم عمدی، ... محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی، محروم می‌کند:

الف- هفت سال در محکومیت به مجازات‌های سالب حیات و حبس ابد از تاریخ توقف اجرای حکم اصلی

ب- سه سال در محکومیت به قطع عضو، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی^۲ علیه باشد، نفی بلد و حبس تا درجه چهار

ج- دو سال در محکومیت به شلاق حدی، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنی^۲ علیه یا کمتر از آن باشد و حبس درجه پنج.»

۱. موضوع ماده ۷۲۸ همان قانون.

از این رو، کسانی که پیشنه کیفری مؤثر- مانند محکومیت به زندان- داشته باشند، از استخدام و اشتغال به کار در دستگاه‌های حکومتی، محروم شده و تا رفع آثار کیفری آن، امکان ورود آنان به دستگاه‌های اجرایی، امکان‌پذیر نیست. بر همین اساس از جمله مصادیق محکومیت‌های جزایی مؤثر در ماده ۲۵ قانون پیش‌گفته، مجازات‌هایی مانند حبس ابد، حبس درجه ۴ و حبس درجه ۵ می‌باشند. کسانی که به استناد ماده ۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به عنوان «مجازات تبعی» از حقوق اجتماعی، محروم می‌شوند، برابر بند «چ» ماده ۲۶ همان قانون از «استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه‌گانه و سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آن‌ها، صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران، نیروهای مسلح و سایر نهادهای تحت نظر رهبری، شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و دستگاه‌های مستلزم تصریح یا ذکر نام برای شمول قانون بر آن‌ها» طبق مدت‌های مقرر شده در قانون، محروم می‌شوند.

گفتار سوم: اثر محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی کارمندان

در زیر، آثار محکومیت به زندان را در متون حقوقی جاری برمی‌شماریم:

بند اول. آثار محکومیت در متون کیفری

قانون «تعریف محکومیت کیفری مؤثر»، علاوه بر آن که از سال ۱۳۶۶ صریحاً نسخ شده، به طور ویژه برای ساماندهی حوزه گزینش و جذب داوطلبان استخدام در دولت به تصویب رسیده بود و به تعبیری دیگر، یک متن پیش‌استخدامی و منصرف از ترتیبات حالت اشتغال کارمندان دولت بود. برای پاسخ به آثار محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی یک کارمند، با تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بایستی به قانون اخیر، استناد کرد. این قانون در بندهای پ و ت ماده ۲۳ خود، صدور مجازات‌های «منع از اشتغال به شغل، حرفه یا کار معین» و «انفصال از خدمات دولتی و عمومی» را به عنوان «مجازات‌های تکمیلی» در مورد اشخاص محکوم به «حد، قصاص یا مجازات تعزیری از

درجه شش تا درجه یک» در زمره اختیارات دادرسان دانسته است که مجازات‌های زندان، شامل مجازات‌های درجات ۱ «حبس بیش از بیست و پنج سال»، ۲ «حبس بیش از پانزده تا بیست و پنج سال»، ۳ «حبس بیش از ده تا پانزده سال»، ۴ «حبس بیش از پنج تا ده سال»، ۵ «حبس بیش از دو تا پنج سال»، ۶ «حبس بیش از شش ماه تا دو سال»، ۷ «حبس از نود و یک روز تا شش ماه» و ۸ «حبس تا سه ماه» می‌شود.^۱

علاوه بر آن بر اساس ماده ۲۵ آن قانون: «محکومیت قطعی کیفری در جرائم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی، محروم می‌کند:

الف- هفت سال در محکومیت به مجازات‌های سالب حیات و حبس ابد از تاریخ توقف اجرای حکم اصلی

ب- سه سال در محکومیت به قطع عضو، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده بیش از نصف دیه مجنی^۲ علیه باشد، نفی بلد و حبس تا درجه چهار.

پ- دو سال در محکومیت به شلاق حدی، قصاص عضو در صورتی که دیه جنایت وارد شده نصف دیه مجنی^۲ علیه یا کمتر از آن باشد و حبس درجه پنج».

حسب ماده ۲۶ همان قانون، یکی از مصادیق حقوق اجتماعی: «استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی و دولتی است. تبصره آن ماده، به طور ویژه به نحوه اجرای مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی کارمندان دولت می‌پردازد: «مستخدمان دستگاه‌های حکومتی در صورت محرومیت از حقوق اجتماعی، خواه به عنوان مجازات اصلی و خواه مجازات تکمیلی یا تبعی، حسب مورد در مدت مقرر در حکم یا قانون از خدمت، منفصل می‌شوند.» به تصریح تبصره ۲ آن ماده نیز، آثار محرومیت از حقوق اجتماعی- از جمله محرومیت‌های استخدامی دستگاه‌های حکومتی و دولتی به

۱. موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

جز در سه مورد ویژه که خارج از موضوع این پژوهش است^۱ پس از انقضای مواعد مقرر در ماده ۲۵ پیشگفته، زایل و به نوعی از کارمند مربوطه، اعاده حیثیت می‌شود

بند دوم. آثار محکومیت در متون استخدامی

باید دید که آثار آن محکومیت در متون استخدامی چیست؟

بر اساس ماده ۱۱۷ قانون م.خ.ک، آن قانون، ناظر به عموم کارمندان است. از این رو در حال حاضر، عام‌ترین متن استخدامی است و تنها در موارد سکوت بایستی به قانون عام پیشین- یعنی قانون استخدام کشوری- استناد کرد؛ مگر آن که حسب استثنائات مندرج در آن ماده، کارمند مربوطه، تابع مقررات استخدامی ویژه باشد.

۱-۲- آثار محکومیت در متون استخدامی عام

الف. آثار مربوط به ارزیابی عدم حضور در محل کار

متون استخدامی عام، تصریحاً به آثار مجازات زندان بر حقوق استخدامی کارمندان نپرداخته‌اند. در برابر، قانون‌گذار به استناد مفاهیم و عناوین ویژه‌ای به طور غیر مستقیم به موضوع پرداخته که از اطلاق آن‌ها برای بیان پاسخ به آثار محکومیت به زندان بر حقوق استخدامی کارمند می‌توان بهره جست؛ توضیح آن که حالت‌های استخدامی مانند «تعلیق، آمادگی به خدمت، انفصال از خدمت (موقت و دائم) و غیبت موجه در ماده ۱۲۴ قانون ا.ک، بیان شده بود. از سوی دیگر، ماده ۱۲۰ قانون م.خ.ک، آن حالات استخدامی (به جز غیبت موجه) را عیناً تکرار کرده که همه آن‌ها را باید در زمره پاسخ‌های غیرمستقیم و تلویحی قانون‌گذار به اثر مجازات زندان بر حقوق استخدامی کارمند دانست.

ب. آثار مربوط به آثار زندان بر ارتقای رتبه کارمند

۱. الف- داوطلب شدن در انتخابات ریاست جمهوری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی شهر و روستا ب- عضویت در شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام یا هیأت دولت و تصدی معاونت رئیس جمهور پ- تصدی ریاست قوه قضاییه، دادستانی کل کشور، ریاست دیوان عالی کشور و ریاست دیوان عدالت اداری

از سوی دیگر، برابر تبصره ۱ ماده ۶۵ قانون م.خ.ک، لازمه ارتقاء کارمند به رتبه‌های بالاتر بر اساس ارزیابی و احراز مواردی مانند «ابتکار و خلاقیت، میزان افزایش مهارت‌ها، انجام خدمات برجسته، طی دوره‌های آموزشی و میزان جلب رضایت ارباب رجوع»، امکان‌پذیر است که بدون تردید، تحقق این شرایط، منوط به حضور مستمر کارمند در محل خدمت است. از این رو، بدیهی است که کارمند در بازداشتی یا در حین تحمل مجازات زندان است، قاعدتاً قادر به انجام آن شرایط، حداقل در طول دوره محکومیت نیست. هم‌چنین، این احتمال وجود دارد که کارمند مربوطه به علت‌های مختلفی از جمله به استناد بند «ژ» ماده ۱۲۴ قانون استخدام ا.ک، خارج از حدود قدرت و اختیار خود، زندانی و یا بازداشت شده باشد و از این رو، از ارتقاء به موقع رتبه یا گروه خود، محروم شود. علاوه بر آن، به استناد بند ۲۹ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، چنان چه کارمند به طور غیر قانونی در اداره حضور پیدا نکند، احتمال محرومیت از ارتقاء رتبه یا گروه برای وی، متصور است. اما صرف‌نظر از آن فروض، در حوزه قوانین و مقررات استخدامی و اداری عام در این باره، صراحتی وجود ندارد.

ج- وضعیت دریافت حقوق در دوره محکومیت به زندان

باید دید در دوره زندانی بودن یک کارمند، سرنوشت حقوق و مزایای او چگونه است؟

۱- در فرض استمرار رابطه استخدامی

کارمند با صدور حکم استخدامی خود از حیث دریافت حقوق و مزایای مربوط به شغل مربوطه، استحقاق قانونی می‌یابد.^۱ در برابر، در صورتی که وی به خاطر محکومیت به زندان در محل خدمت، حاضر نشود، در صورت غیرموجه بودن مدت عدم حضور وی در اداره بر اساس بند ۲۹ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، غیبت وی، «غیرموجه»، محسوب شده و در این صورت از حقوق و مزایای معین شده برای آن مدت، محروم خواهد شد. علاوه بر آن، در صورت ارائه حکم قطعی براءت به استناد بند «ژ» ماده ۱۲۴ ق. ا.ک، مدت ایام زندان و بازداشت وی به حالت «غیبت موجه»، تبدیل شده و

۱. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد اول، چاپ بیست و چهارم،

از این رو، استحقاق دریافت همه حقوق و مزایای مکاتبه را خواهد داشت. البته، برابر نظر حقوقی شماره ۶۰/۱۲/۲-۷/۵۵۷۷ هیئت عالی نظارت؛^۱ «پرداخت حقوق به کارمند دولت در ازای انجام کار یا استفاده از مرخصی استحقاقی یا معذوریت یا مأموریت می‌باشد. بنابراین عدم حضور کارمندی که در بازداشت است و در محل خدمت حاضر نشده، غیبت محسوب می‌گردد و پرداخت تمام یا قسمتی از حقوق به وی، مجوز قانونی ندارد.» در این نظریه، هیئت نظارت به جنبه موجه غیبت، توجهی نداشته و با برداشتی مضیق از حالات استخدامی، صرفاً کارمند غایب در حالات استخدامی «مرخصی استحقاقی»، «معذوریت» و «مأموریت» را مستحق دریافت حقوق و مزایا دانسته است. از این رو، نظریه مزبور در راستای تضمین حقوق و منافع کارمند ذی‌نفع و جلوگیری از تضییع حقوق خانواده تحت تکفل وی، ارزیابی نمی‌شود.

در یک برداشت متفاوت، به استناد بخشنامه شماره ۱۶۰/۱۴۷۷۵-۸۷/۱۱/۲۷ دفتر هماهنگی هیأت‌ها؛^۲ افرادی که در وضعیت بازداشت، قرار می‌گیرند، سه حالت در خصوص غیبت آن‌ها تصور شده است:

«(۱) افرادی که پس از بازداشت، بدون رأی، آزاد، تبرئه یا در مورد آن‌ها قرار منع تعقیب، صادر شود که برابر بند «ژ» ماده ۱۲۴ ق.ا.ک، غیبت موجه، محسوب می‌شود و در این صورت، پرداخت حقوق و مزایای این ایام، بلاشکال و جزء سنوات خدمت، لحاظ می‌شود.

(۲) پس از بازداشت به علت گذشت شاکی خصوصی، قرار موقوفی تعقیب، صادر شود که تبرئه، تلقی نمی‌گردد؛ چون بازداشت متهم، مستند به فعل مجرمانه کارمند بوده، غیبت وی غیرموجه، تلقی و مستحق مجازات اداری است.

۱. موضوع ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری ۱۳۷۲

۲. موضوع تبصره ماده ۳۵ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری

۳) پس از بازداشت، محکوم به حبس گردیده که برابر بند «ذ» ماده ۱۲۴ قانون صدرالذکر نسبت به صدور حکم انفصال موقت، اقدام و نیاز به رسیدگی در هیأت نیست. البته نسبت به اصل اتهام وی در صورتی که از مصادیق تخلفات اداری باشد، هیأت می‌تواند رسیدگی کند. آن طور که پیداست، در بخشنامه اخیر، صرفاً حالات استخدامی مرخصی استحقاقی، معذوریت و مأموریت به عنوان مجوز پرداخت حقوق و مزایا به کارمند، محسوب نشده بلکه هر کارمند بازداشتی، در صورت صدور قرار منع تعقیب، تحت شرایطی، غیبت وی، موجه محسوب و آثار ایام غیبت موجه برای وضعیت استخدامی وی، حکم‌فرما خواهد شد. لذا رویکرد اتخاذ شده در بخشنامه مذکور را تا حدودی می‌توان در راستای حفظ و تضمین حقوق استخدامی کارمند و خانواده وی می‌توان به حساب آورد. اما با وجود این، خلاء قانونی و فقدان ترتیبات شفاف، حقوق مکسب کارمند و افراد تحت تکفل وی را در معرض تضییع قرار داده است. از این رو، پیش‌بینی الزامات قانونی شفاف در این حوزه، گامی اساسی برای حمایت از حقوق کارمندان است.

۲- در فرض بازخریدی

بازخریدی، شیوه پایان خدمت زود هنگام کارمندان دولت در دستگاه‌های اجرایی است. هرچند در برخی از قوانین استخدامی کشور (همچون ماده ۱۱۴ قانون ارتش)، بازخریدی به دو وجه ارادی و غیر ارادی نمایان شده است. لذا معیار قانون‌گذار در به کارگیری این راهکار برای پایان خدمت کارمند، ملاک عمل قرار دادن سوابق نه‌چندان مطلوب خدمتی وی در قانون مدیریت و سایر قوانین استخدامی است.^۱ با آن که ترتیب بازخریدی در متون استخدامی مختلف، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته، اما با این حال، پایان خدمت کارمند زندانی در قالب بازخریدی، مسکوت گذاشته شده است. بنابراین، چنانچه کارمند زندانی نتواند موجه بودن ایام عدم حضورش در دستگاه اجرایی ذریبط را به اثبات برساند، این احتمال دور از انتظار نخواهد بود که در صورت عدم اخراج او، بازخرید کردن وی در دستور کار، قرار گیرد؛ زیرا بازخریدی عموماً طریقی برای جریمه و تنبیه کارمندان است که در طول

۱. این رویه در قسمت دوم ماده ۴۸ قانون م.خ.ک و در بند «۹» قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مورد تاکید قانون‌گذار، قرار گرفته است.

خدمت از وضعیت مطلوب انضباطی برخوردار نبوده و در صورت عدم محکومیت به مجازات اداری «انفصال دائم» یا «اخراج» با همین تمهید قانونی به خدمت آنان در سازمان‌های دولتی پایان داده می‌شود.

۳- در فرض اخراج و انفصال دائم

اخراج و انفصال دائم، شیوه‌های دیگری از قطع رابطه استخدامی و شدیدترین مجازات اداری‌اند که می‌توان نسبت به مستخدمانی اعمال کرد که از کارنامه مطلوب خدمتی برخوردار نیستند. بر همین اساس، بندهای «ی» و «ک» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری به همین مجازات‌ها اختصاص یافته است. علاوه بر آن در ماده ۱۲۴ ق.ا.ک و ماده ۴۸ قانون م.خ.ک و متون خاص استخدامی^۱ نیز مفاهیم یاد شده، مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. در قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، قانون‌گذار نسبت به اعضای در حال تحمل مجازات حبس تقریباً شفاف عمل کرده است. بر همین اساس، مطابق بند نخست ماده ۱۲ آن قانون: «در صورتی که عضو ثابت نیروهای مسلح به حبس غیرتعلیقی بیش از ۵ سال زندان، محکوم شوند از خدمت، اخراج می‌شوند». متون استخدامی درباره به کارگیری این قبیل ابزارها نیز برای پایان دادن به خدمت مستخدمان دولت، مانند موارد مقرر در بندهای پیشین، ساکت است و ناگزیر در این حالات هم بایستی با رجوع به حالت غیبت موجه یا غیرموجه به خدمت کارمندان زندانی، پایان داد. البته، آن طور که اشاره شد، تصمیم به اخراج یا انفصال دائم از شدیدترین مجازات‌ها در بحث پایان خدمت مستخدمان دولت است و با توجه به فقدان قوانین صریح و شفاف در این حوزه‌ها، احتمال تضییع حقوق کارمند ذی‌نفع، بالا است.

۱. مجازات انفصال از خدمت در قوانین نیروهای مسلح صرفاً در قانون استخدامی نیروی انتظامی (در بند الف ماده ۱۱۶ این قانون)، پیش‌بینی شده است.

۴- در فرض بازنشستگی

بازنشستگی، شیوه‌ای برای پایان دادن به خدمت مستخدمانی دانسته شده که به خاطر کهولت سنی، دیگر توان لازم را برای اعمال وظایف و مسئولیت‌های محوله در پست سازمانی خود را ندارند.^۱ بر همین اساس، این احتمال وجود دارد که کارمند محکوم به زندان در طول اجرای آن مجازات به سن بازنشستگی برسد. در این وضعیت، پیش‌بینی حداقل‌های حمایتی از خانواده تحت تکفل وی، کمترین انتظاری است که از قانون‌گذار می‌رود اما در این باره، سکوت قانونی، وجود دارد. خاطرنشان می‌سازد که بازنشستگی در قانون م.خ.ک در وجوه متعددی به کار رفته^۲ اما بازنشستگی کارمندان زندانی، مورد غفلت واقع شده و دستگاه‌های اجرایی، ناگزیر از تعمیم قواعد عام بازنشستگی نسبت به این دسته از کارمندان هستند. برای نمونه، در آنجا قانون‌گذار صرفاً سن کارمند را ملاک بازنشستگی کارمند قرار داده است.^۳ در نتیجه، آن حکم قانونی از حیث نظری به کارمند زندانی، قابل تعمیم است.

د- حقوق خانواده تحت تکفل کارمند محکوم به زندان

هر چند حقوق و مزایای کارمند و خانواده او، جزو حقوق مکسبه محسوب شده و به حکم قانون، تعیین شده است، اما ارزش خدمات آن کارمند با معیار دستمزد سنجیده نمی‌شود و تنها هدف اصلی آن، تأمین نسبی استقلال مالی و رفع نیازهای مستخدم و اشخاص تحت تکفل وی در طول یک ماه آتی، اعلام شده^۴ اما گاهی مستخدم دولت در حالات و شرایط خاصی (تحمل زندان)، قرار

۱. مومنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: سمت، ایران، چاپ بیستم، ۱۳۹۵، ص ۱۹۰.

۲. انتظار، ابراهیم، *پایان‌نامه بررسی تطبیقی موارد پایان خدمت کارمندان، کارکنان ارتش و کارگران در حقوق*

ایران، مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه سمنان، ۱۳۹۴، ص ۳۲.

۳. موضوع ماده ۷۴ ق.ا.ک و بند «ب» ماده ۱۰۳ ق.م.خ.ک و تبصره‌های آن.

۴. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، *حقوق اداری*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد اول، چاپ بیست و

چهارم، ۱۳۹۸، ۲۴۱-۲۴۰.

می‌گیرد که حتی امکان پرداخت حداقل حقوق و مزایای تعیین شده به او و خانواده‌اش، قانوناً غیرممکن شده و زندگی روزمره خانواده تحت تکفل وی را به طور جدی، تحت‌الشعاع این وضعیت، قرار می‌دهد. لذا این رویکرد قانون‌گذار با اصل فردی بودن جرایم و مجازات‌ها ناسازگار است. با این حال در مورد کارمندانی که با حکم مراجع قضایی و یا با رأی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری به اخراج یا به انفصال دائم از خدمات دولتی، محکوم می‌شوند، تحت شرایط مقرر در ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری برای امرار معاش خانواده آنان، مقرری ماهانه در نظر گرفته شده است. بهتر آن است که قانون‌گذار، ترتیباتی را نیز برای خانواده تحت تکفل آن دسته از کارمندانی که به علت خروج از حالت اشتغال و قرار گرفتن در حالت زندان یا بازداشت از حقوق و مزایای حداقلی نیز، محروم می‌شوند، مقرری ماهیانه در نظر می‌گرفت. البته تبصره ۲ ماده ۴۳ آیین‌نامه هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، مقررات مربوط به برقراری حقوق وظیفه در مورد وراث مستخدم را در مورد افراد خانواده کارمند منفصل از خدمت نیز تسری داده است که این روند را بایستی جزو اقدامات مثبت در این آیین‌نامه و گامی موثر برای احقاق حقوق کارکنان در وضعیت زندان و تضمین حداقلی معیشت خانواده تحت تکفل وی دانست.

علاوه بر آن در صورت فوت کارمند زندانی، حکم خاصی از سوی قانون‌گذار، پیش‌بینی نشده و دستگاه‌های اجرایی در این مواقع نیز مجبورند با استفاده از فروض دیگر قانونی (مانند غیبت موجه یا غیرموجه)، وضعیت آنان را مشخص کنند. اما پیش‌بینی عبارات مندرج در بند نخست ماده ۱۰۵ قانون م.خ.ک که: «منظور از سابقه خدمت در این قانون برای بازنشستگی، آن مدت از سوابق خدمت کارمندان می‌باشد که در حالت اشتغال به صورت تمام وقت انجام شده ...» بر ابهامات این بحث می‌افزاید و این رویه قانونی بر خلاف تضمین حقوق حداقلی خانواده تحت تکفل کارمند متوفی در زندان است. بنابراین، چنانچه سازمان دولتی بخواهد آثار بازنشستگی را در این حالت نسبت به خانواده تحت تکفل کارمند، اعمال کند، بر اساس قانون صرفاً ایام اشتغال وی برای بهره‌مندی از حقوق

استخدامی وی، مناط اعتبار خواهد بود؛ زیرا کارمند زندانی از حالت اشتغال، خارج شده و ناگزیر دو حالت استخدامی «غیبت موجه» یا «غیبت غیر موجه»، مبنا قرار خواهد گرفت.

۲-۲- آثار محکومیت در متون استخدامی ویژه

از میان مستخدمان ویژه و مستثنی از شمول قانون مدیریت خدمات کشوری، تنها قوانین استخدامی نیروهای مسلح، ترتیبات خاصی درباره آثار محکومیت کارکنان به زندان دارد که در زیر، بیان می‌شوند:

الف. آثار مربوط به ارزیابی عدم حضور در محل کار

در متون استخدامی ویژه، مانند مقررات استخدامی نیروهای مسلح به روشنی به بیان مفاهیمی مانند «زندان» و «بازداشت» کارکنان آن نیروها و آثار اداری آن‌ها پرداخته‌اند؛ بر این اساس در قوانین استخدامی ارتش، سپاه و نیروی انتظامی، «بازداشت» به عنوان یکی از حالات خدمتی اعضای ثابت نیروهای مسلح، مورد توجه قرار گرفته^۱ مضاف بر آن، مجازات حبس نیز بعنوان یکی از مصادیق حالت خدمتی بدون کاری در این دست از قوانین نمود یافته است.^۲ با این وجود، حالت زندانی شدن کارمند در این دسته از قوانین استخدامی نیز، مورد غفلت واقع شده است. اما مفهوم «حبس با خدمت» در تبصره ۴ ماده ۱۱۵ قانون استخدامی نیروی انتظامی به عنوان یک مجازات انضباطی درون‌سازمانی در سازمان ذی‌ربط برای کارکنان زیرمجموعه آن نیرو، اعلام شده است. آن مجازات در قسمت «ز» ماده آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح مصوب ۱۳۶۹ با عبارت: «بازداشت غیرقابل تمدید در بازداشتگاه، حداکثر به مدت سی روز»^۳ بیان شده است. هم‌چنان که عیناً در ماده ۱۱ قانون مجازات

۱. بند (ط) ماده ۸۸ قانون ارتش، بند «ز» ماده ۱۲۰ قانون استخدام نیروی انتظامی و بند «ط» ماده ۹۷ قانون سپاه به همین مؤلفه اختصاص یافته است.

۲. موضوع بند «ب» ماده ۹۹ قانون ارتش، بند «ب» ماده ۱۱۵ قانون استخدام نیروی انتظامی و بند «الف» ماده ۱۰۸ قانون سپاه پاسداران.

۳. یک شهروند از آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح با این استدلال که: «... مغایر با اصول شناخته شده حقوقی، عدم تبعیض، مساوات، عدالت، رسیدگی بی‌طرفانه، منصفانه، حقوق مشروع اشخاص خصوصی و اصول بند ۱۴ از اصل سوم، ۲۲، ۳۲، ۴، ۲۳، ۸، ۲۸، ۳۳، ۳۴، ۳۵، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۴۰، ۳۹، ۶۱، ۱۳۸، ۱۵۶ قانون اساسی و اصل تفکیک قوا و

جرایم نیروهای مسلح نیز، مطرح شده است. صرف نظر از این که سازوکار تقریباً نوپای مزبور در مقوله مجازات تا چه اندازه کاربردی بوده و اجرایی شده، بایستی آن را گامی در راستای زندان زدایی دانست. البته بر اساس قانون، این شیوه، زمانی قابلیت اجرایی پیدا می کند که حداکثر محکومیت عضو سازمان مورد نظر، متجاوز از دو سال نبوده، خود محکوم علیه، این شیوه مجازات را درخواست نموده باشد و این شیوه از سوی فرمانده نیروی انتظامی، پیشنهاد شده باشد.

ب. آثار مربوط به ارتقای رتبه یا درجه

علاوه بر آن، آثار بازداشت و زندان بر فرآیند ارتقای درجه یا رتبه کارکنان نیروهای مسلح، در خور توجه است. ماده ۸۶ قانون ارتش در زمینه نیل کارکنان زیرمجموعه اش به درجه یا رتبه بالاتر، مقرر می دارد: «وضع ترفیع پرسنلی که تحت تعقیب قانونی قرار می گیرند به شرح زیر خواهد بود: «الف- در صورتی که در مراجع قضایی، تحت پیگرد قانونی قرار گیرند و با قرار صادره از مراجع ذی صلاح بازداشت شوند، از تاریخ بازداشت، ترفیع، معلق می گردد، مشروط بر این که تاریخ بازداشت قبل از تاریخ استحقاق ترفیع باشد. ب- در صورتی که پرونده، منتهی به صدور رأی قطعی برائت یا قرار منع پیگرد و یا موقوفی تعقیب گردد، ترفیع پرسنل از تاریخ استحقاق از این لحاظ، بلامانع است. ج- در صورت محکومیت، مدتی که بر اثر اجرای کیفر عملاً از خدمت منفک شده اند، به حداقل مدت توقف در درجه یا رتبه، اضافه خواهد شد. د- محکومیت ها به میزانی که مشمول عفو، آزادی مشروط،

وظایف قوه مجریه و موازین شرع و قانون عادی می باشد و با سوء استفاده های مکرر و متعدد فرماندهان از پرسنل تحت امر را فراهم کرده است و خارج از حیطه و مقررات آیین نامه نویسی است...»، به هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، شکایت کرد و آن مرجع، طی رای مورخ ۸۴/۳/۲۹ به شماره دادنامه ۱۴۰ در کلاس پرونده ۴۷/۸۴ مقرر داشت که: «نظر به این که آیین نامه انضباطی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران، مورد تایید و تنفیذ مقام معظم رهبری، قرار گرفته است، بنابراین آیین نامه مذکور از مصادیق مقررات دولتی مندرج در ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری، محسوب نمی شود و موردی برای طرح و رسیدگی و امعان نظر در خصوص اعتراض نسبت به آیین نامه فوق الذکر در هیأت عمومی دیوان وجود ندارد.»

تعليق مجازات، تأخير اجرای حکم و حبس با خدمت قرار گرفته‌اند، اثری در ترفیع ندارند.» لذا این تدبیر در ماده ۹۵ قانون استخدام نیروی انتظامی، عیناً تکرار شده است.

ج. آثار مربوط به وضعیت دریافت حقوق

قانون‌گذار در حوزه نیروهای مسلح، وضعیت دریافت حقوق در زمان بازداشت یا زندانی بودن کارکنان خود را به مراتب روشن‌تر کرده است؛ برای نمونه بر اساس ماده ۹۹ قانون ارتش: «در صورتی که هر یک از کارکنان عضو این مجموعه به موجب قرارهای صادره، بازداشت و یا برابر احکام صادره از دادگاه‌های صالح، زندانی یا به علت عدم پرداخت محکوم به یا بدهی، منجر به صدور اجرائیه علیه زندانی شده و یا مرتکب تخلفات انضباطی شوند، در وضعیت «بدون کار»، قرار خواهند گرفت»^۱ و در این صورت، طبق حکم مقرر در قسمت دوم ماده ۱۴۸ همین قانون، «... کارکنان بدون کار بر مبنای یک دوم حقوق درجه یا رتبه آن‌ها محاسبه و پرداخت می‌گردد.» علاوه بر آن، ترتیبات مشابهی نیز در نیروی انتظامی و سپاه، مقرر شده^۲ و به این ترتیب، ابهامات مربوط به حقوق استخدامی کارکنان در حال بازداشت یا گذراندن محکومیت زندان، نسبت به سایر دستگاه‌های اجرایی به مراتب، کمتر است.

د. حقوق خانواده تحت تکفل کارکنان محکوم به زندان

در قوانین و مقررات نیروهای مسلح نیز در این باره، شیوه مشخصی، پیش‌بینی نشده است. در این رابطه، برابر بند «الف» ماده ۱۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح: «چنان چه یکی از اعضای ثابت نیروهای مسلح در جرایم عمدی بموجب احکام قطعی دادگاه‌ها به مجازات حبس غیرتعليقی بیش از پنج سال محکوم شوند به حکم قانون از ادامه خدمت، اخراج می‌گردند.» علاوه بر آن، حسب تبصره ۳ همان ماده قانونی: «در صورتی که کارکنان پایور نیروهای مسلح به حبس از دو سال تا پنج سال محکوم شوند، اخراج از خدمت (انفصال، بازخریدی و یا بازنشستگی) با توجه به نوع جرم و با

۱. این رویه در بندهای «الف»، «ب»، «ج» و «د» همان ماده قانونی به طور مجزاً به چشم می‌خورد.

۲. این موارد در مواد ۱۱۵ و ۱۷۴ قانون مقررات استخدامی نیروی انتظامی و نیز مواد ۱۰۸ و ۱۶۸ قانون مقررات سپاه پاسداران، بیان شده‌اند.

رعایت مقررات استخدامی نیروهای مسلح با رأی کمیسیون‌های انضباطی نیروهای مسلح خواهد بود.^۱ اما با این حال، قانون‌گذار برای حمایت از خانواده تحت تکفل نیروی مربوطه در طول تحمل مجازات زندان صریحاً حکمی را پیش‌بینی نکرده است. از این رو، تعمیم حکم مقرر در ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری به کارکنان نیروهای مسلح - که به تبع مدت زندان از خدمت، اخراج می‌شوند- لازم و عادلانه است.

ه. پایان خدمت کارکنان محکوم به زندان

با وجود تصریح به بازنشستگی در متون استخدامی نیروهای مسلح به مثابه یکی از حالات خدمتی کارکنان، چگونگی بازنشستگی آنان، مسکوت مانده است. با این حال، قانون‌گذار در ماده ۱۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح و تبصره ۳^۲ همین ماده قانونی، مدت مجازات زندان را ملاک پایان خدمت کارکنان نیروهای مسلح دانسته است. از این رو با توجه به خلاءهای قانونی درباره این دسته از کارمندان، بدون تردید، صرف استناد به حالات غیبت موجه و غیرموجه به تضييع حقوق مکتسبه آن کارمند و خانواده وی می‌انجامد و قانون‌گذار بایستی از اجحاف نسبت به کارمندان زندانی، جلوگیری کند. بر اساس ماده ۱۲۶ قانون ارتش: «کارکنانی که در مدت ۴ سال توقف در درجه یا رتبه، صلاحیت نیل به ترفیع و هم‌چنین توانایی لازم برای انجام وظایف و تکالیف متناسب با رتبه یا درجه مربوط را نداشته باشند در صورتی که کمتر از ۲۰ سال سابقه خدمتی داشته باشند، بازخرید

۱. ماده ۱۲- «اعضای ثابت نیروهای مسلح که به موجب احکام قطعی دادگاه‌ها در جرایم عمدی به مجازات‌های زیر، محکوم می‌شوند، از زمان قطعیت حکم از خدمت، اخراج می‌گردند:» الف) محکومیت یا محکومیت‌های (در صورت تعدد) به حبس غیر تعلیقی زائد بر پنج سال...

۲. تبصره ۳ ماده ۱۲- «در صورتی که کارکنان نیروهای مسلح به حبس از دو تا پنج سال محکوم شوند، اخراج از خدمت (انفصال، بازخریدی و بازنشستگی) با توجه به نوع جرم و با رعایت مقررات استخدامی نیروهای مسلح با رأی کمیسیون انضباطی نیروهای مسلح خواهد بود.»

می‌گردند.» اما با دقت نظر در تبصره ۳ ماده ۱۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح، موضع متفاوتی از سوی قانون‌گذار در به کارگیری ابزار «بازخریدی» برای پایان دادن به خدمت کارکنان محکوم به زندان می‌توان یافت. به طوری که الزام قانونی یاد شده، علاوه بر احتمال انفصال و بازخریدی کارکنان محکوم به زندان از ۲ تا ۵ سال (با رأی کمیسیون‌های انضباطی نیروهای مسلح)، حتی بازنشستگی آنان را نیز، امکان‌پذیر کرده است.

نتیجه‌گیری

محکومیت به زندان می‌تواند بر حقوق استخدامی شهروندان از حیث ورود به خدمت آنان و تحقق یا عدم تحقق حق بر استخدام و نیز استمرار رابطه استخدامی جاری کارمندان، تاثیر گذارد. قوانین اداری و استخدامی غالباً درباره آثار این محکومیت، ساکت‌اند و به ناچار، وضعیت این قبیل از کارمندان با تمسک به مفاهیمی مانند «غیبت موجه» یا «غیرموجه»، حل و فصل یا با رجوع به آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های موجود در دستگاه‌های اجرایی به تعیین تکلیف حقوق استخدامی آنان پرداخته می‌شود. با این وجود در متون استخدامی ویژه، هم‌چون مجموعه قوانین نیروهای مسلح، رگه‌های از احکام و الزامات قانونی هر چند به طور ناقص در ارتباط با نحوه برخورد با این دسته از کارکنان این نیروها به چشم می‌خورد. بنابراین با توجه به خلاءهای قانون‌گذاری موجود با عملی کردن پیشنهادهای زیر تا حدودی می‌توان از تضییع حقوق استخدامی این دسته از کارکنان، جلوگیری کرد تا به تبع آن، حقوق خانواده تحت تکفل آنان، تضمین شود:

۱. پیش‌بینی حالات محکومیت به زندان به عنوان یکی از حالات استخدامی یا مرتبط با آن در قوانین استخدامی کشور.
۲. توجه قانون‌گذار به افراد تحت تکفل این قبیل از کارمندان از طریق تعمیم حکم مقرر در ماده ۱۱ قانون رسیدگی به تخلفات اداری به حالات خدمتی آنان.
۳. پیش‌بینی شیوه قانونی پایان خدمت نسبت به کارمندان زندانی در قوانین استخدامی کشوری و لشگری.
۴. شفاف‌سازی بیشتر نسبت به حالت محکومیت به زندان در مجموعه قوانین نیروهای مسلح به خاطر شیوع کاربرد این کیفر در آن نیروها.
۵. لحاظ اصل خودداری از اعمال مجازات مضاعف و اعاده کارمند به حالت اشتغال به خدمت پس از پایان محکومیت زندان به شرط داشتن محمل قانونی در این باره.



۶. نادیده گرفتن ایام تحمل زندان کارمند در صورت قرار گرفتن وی در حالت اشتغال، به ویژه در اعطای حقوق و مزایای استخدامی به شرط عدم تعارض با قوانین و مقررات.
۷. حمایت قضایی و حقوقی از کارمند محکوم به زندان با استفاده از ظرفیت‌های مقرر در «قانون حمایت قضایی از کارکنان»

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

کتاب‌ها

۱. امامی، محمد و استوار سنگری، کورش، حقوق اداری، تهران: بنیاد حقوقی میزان، جلد اول، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۸.

۲. موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ایران، چاپ بیستم، ۱۳۹۵، ص ۲۲۳.

مقالات

۳. اجتنایی، مریم، بررسی کیفری مجازات‌های جایگزین حبس، فصلنامه حقوقی قانون‌یار، شماره ۸، زمستان ۱۳۹۷.

۴. برگی، محمد مهدی و مهرا، نسرین، مفهوم سلب آزادی و غیرکیفری و انواع آن از منظر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸.

۵. برگی، محمد مهدی، نظام حقوق حاکم بر سلب آزادی در آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۹.

۶. بن‌سعید، رحمان و حیدری، مسعود و مالمیر، محمود، بررسی و تحلیل کیفرشناختی مجازات‌های جایگزین حبس، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۴۸، ۱۳۹۹.

۷. جابری عربلو، محسن، تحقیقی در مبانی فقهی حبس، نشریه گروه تحقیقاتی، شماره ۵۳ و ۵۴، ۱۳۷۱.

۸. حاجی تبار فیروزخانی، حسن، جایگاه جایگزین حبس در نظام عدالت کیفری ایران (حال و آینده)، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۴، پاییز ۱۳۸۷.

۹. رستمی، ولی، نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۱۰. صبورپور، مهدی و خلیل‌زاده، ایرج، قانون جزای عرفی و نقش آن در شکل‌گیری حقوق کیفری ایران، نشریه پژوهش حقوق کیفری، شماره ۲۴، ۱۳۹۷.
۱۱. موسوی‌فرد، محمدرضا و اسدی، راضیه و کرمی، عارف، بازداشت موقت در سیاست کیفری ایران، مجله نخبگان علوم و مهندسی، شماره ۳، ۱۳۹۶.

پایان‌نامه

۱۲. انتظار، ابراهیم، بررسی تطبیقی موارد پایان خدمت کارمندان، کارکنان ارتش و کارگران در حقوق ایران، دانشگاه سمنان، ۱۳۹۴.

ب) منابع انگلیسی

13. Can employer dismiss an employee because he/she is in prison? At: XpertHR: LexisNexis@Risk Solutions Group, 2021, p.1
14. Handling an employee's arrest or incarceration, Wolterskluwer.com/en/experts, 2021, p: ۱
15. Termination of employment due to custodial sentence, at: Davidsonmorris.com/termination of employment, 2021, p. 2

ج) قوانین

۱۶. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.
۱۷. قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵.
۱۸. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۱۹. قانون جزای عرفی مصوب ۱۲۹۵.
۲۰. قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴.
۲۱. قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲.
۲۲. قانون ارتش جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۶.
۲۳. قانون استخدام نیروی انتظامی مصوب ۱۳۸۲.

۲۴. قانون مقررات سپاه مصوب ۱۳۷۰.

۲۵. قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲.

۲۶. قانون مقررات انتظامی هیأت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور مصوب ۱۳۶۴.

۲۷. قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰.

۲۸. قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب ۱۳۷۴.

۲۹. قانون تشکیل هیأت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان نیروهای مسلح مصوب ۱۳۹۵.

د) مقررات

۳۰. آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح مصوب ۱۳۶۹.

۳۱. آیین‌نامه اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی کشور مصوب ۱۴۰۰.

۳۲. دستورالعمل حبس با خدمت موضوع تبصره ماده ۱۱ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲.

۳۳. قانون حمایت قضایی از کارکنان دولت و پرسنل نیروهای مسلح مصوب ۱۳۷۶.

Sources and references

A) Persian sources

Books

1. Emami, Mohammad and Ostvar Sangari, Kourosh, Administrative Law, Tehran: Mizan Legal Foundation, Volume One, Twenty-Fourth Edition, 1398.

2. Motameni, Manouchehr, Administrative Law, Tehran: Samat Publications, Iran, 20th edition, 2016, p. 223.

articles

3. Avoidance, Maryam, Criminal Investigation of Alternative Imprisonment Punishments, Legal Quarterly, No. 8, Winter 2016.
4. Barghi, Mohammad Mehdi and Mehra, Nasrin, The concept of deprivation of liberty and non-criminal and its types from the perspective of the European Convention on Human Rights, Journal of Criminal Law, No. 1, Spring and Summer 1398.
5. Barghi, Mohammad Mehdi, The system of rights governing deprivation of liberty in the rulings of the European Court of Human Rights, No. 1, Spring and Summer 2016.
6. Benosaeed, Rahman and Heidari, Massoud and Malmir, Mahmoud, Investigation and criminal analysis of alternatives to imprisonment, Scientific Quarterly of Free Legal Research, No. 48, 1399.
7. Hajiatabar Firoozkhani, Hassan, The Alternative Position of Imprisonment in the Iranian Criminal Justice System (Present and Future), Legal Journal of Justice, No. 64, Fall 2008.
8. Jaber Arabloo, Mohsen, A Research in the Jurisprudential Principles of Imprisonment, Journal of the Research Group, No. 53 and 54, 1992.
9. Mousavifard, Mohammad Reza and Asadi, Razieh and Karami, Aref, Temporary Detention in Iranian Criminal Policy, Journal of Science and Engineering Elites, No. 3, 2017.
10. Rostami, Vali, Legal Critique of Entry into Service and Employment in the Civil Service Management Law, Critical Research Journal of Humanities Texts and Programs, No. 2, 2010.
11. Sabooripour, Mehdi and Khalilzadeh, Iraj, Customary Criminal Law and Its Role in the Formation of Iranian Criminal Law, Journal of Criminal Law Research, No. 24, 1397.

Thesis

12. Entezar, Ebrahim, A Comparative Study of End-of-Service Cases of Employees, Army Staff and Workers in Iranian Law, Semnan University, 2015.

B) English sources

13. Handling an employee's arrest or incarceration, Wolterskluwer.com/en/experts, 2021, p: ۱

14. Can employer dismiss an employee because he/she is in prison? At: XpertHR: LexisNexis@Risk Solutions Group, 2021, p.1

15. Termination of employment due to custodial sentence, at: Davidsonmorris.com/termination of employment, 2021, p. 2

C) Laws

16. Administrative Violations Law approved in 1993.

17. Army Law of the Islamic Republic approved in 1987.

18. Civil Service Management Law approved in 2007.

19. Customary Penal Code approved 1295.

20. General Penal Code approved 1304

21. IRGC Regulations Law approved in 1991.

22. Islamic Penal Code approved in 1392.

23. Law on Employment of Law Enforcement, approved in 2003.

24. National Employment Law approved in 1345.

25. Law on Punishment of Crimes of the Armed Forces, approved in 2003.

26. Law on Disciplinary Regulations of the Faculty of Universities and Higher Education and Research Institutions of the country, approved in 1985.

27. Law on Supervision of Judges' Conduct, approved in 2011.

28. Law on Selection of Teachers and Education Staff approved in 1995.

29. Law on the Establishment of Disciplinary Boards to Investigate Complaints and Violations of Armed Forces Employees, approved in 2016.

D) Regulations

30. Disciplinary Regulations of the Armed Forces approved in 1990.



31. Executive Regulations of the Organization of Prisons and Security and Educational Measures of the Country, approved in 1400.

32. Instructions for imprisonment with service subject to the note of Article 11 of the Law on Punishment of Crimes of the Armed Forces approved in 2003.

33. Law on Judicial Protection of Government Employees and Armed Forces Personnel, approved in 1997.

آسیب شناسی قضائی قانون اساسی ج.۱.۱

سید سجاد خسروی^۱

چکیده

قانون اساسی در بسیاری از کشورها وجود دارد و هر کدام بر پایه اصول و ارزش هایی بنا شده اند، قانون اساسی کشور ما بر دو محور جمهوریت و اسلامیت وضع شده است. قوه قضائیه با توجه با وظایفی که از سوی قانون اساسی بر عهده آن گذاشته شده است مسؤول تحقق بخشیدن به عدالت، حل و فصل مشکلات قضائی و همچنین دفاع از حقوق عامه مردم در جامعه است، به نظر می رسد قوه قضائیه به تنهایی قادر به تحقق این مسئولیت ها نیست و اشکالاتی بر قانون اساسی در این حوزه وجود دارد. لذا برای توجه به اصلاح قانون اساسی و عملکرد بهتر قوه قضائیه ضروری است به آسیب شناسی قضائی قانون اساسی پرداخته شود. در این پژوهش که با تحلیل و تطبیق قانون اساسی با وضعیت موجود کشور نگارش یافته آسیب شناسی قوه قضائیه در دو قسم ساختاری و مفهومی بررسی شده است و برای ضعف های شناسایی شده راهکار هایی که به نظر نگارنده مفید بوده اند، ارائه گشته است و بیان شده که عدم توجه به دو بخش «نظارت» و «اجراء» منجر به عملکرد ضعیف کشور در برخی از امور شده است.

کلید واژه: قانون، قانون اساسی، آسیب شناسی، قوه قضائیه.

مقدمه

قانون به معنی وجود یک سلسله قواعد لازم الاجرا است که بر مجموعه ای از افراد بار می شود و حکم همه افراد از آن ضابطه استخراج می شود. قوانین عموماً در راستای تحقق عدالت وضع می شوند تا حقی از کسی ضایع نگردد زیرا در زندگی اجتماعی و در طول شبانه روز بسیاری از حقوق ها با هم تزاخم پیدا می کنند به گونه ای که انسان ها بدون قوانین نمی توانند زندگی اجتماعی خود را سامان بخشند لذا وجود قانون در زندگی بشری امری واجب و ضروری به نظر می رسد. قانون با دیدی وسیع تر به دو قسم قابل تقسیم است؛ قانون الهی و غیر بشری و قانون انسانی و بشری.

موضوع بحث در مقاله حاضر مربوط به قوانین الهی نیست بلکه ما در این نگارش راجع به قوانین بشری سخن خواهیم گفت. در همه اعصار و در همه ممالک همیشه قانون وجود داشته اما اینگونه نبوده که قوانین همیشه برای ایجاد عدالت باشد بلکه در بسیاری از کشورها در زمان های گذشته وضع قوانین وسیله ای برای سود و نفع بیشتر صاحبان قدرت بوده است اما در جهان کنونی اکثر کشور ها قوانین را در جهت تحقق عدالت و برای عموم مردم وضع می کنند که در این گونه قوانین همه مردم در برابر آن مساوی هستند. جمهوری اسلامی ایران هم از جمله این کشور هاست که برای تحقق عدالت اجتماعی قوانینی اساسی وضع کرده است لذا لازم است نگاهی اجمالی به قانون در ایران بیندازیم.

ایران یکی از کشورهای متمدن در طول تاریخ بشریت بوده و همواره از فرهنگ اجتماعی بهرمند بوده است به همین دلیل با قانون بیگانه نیست بلکه از قرن های گذشته زندگی خودشان را بر پایه ی قانون سپری کرده اند. پیشینه وضع قانون در ایران به بیش از دو هزار سال قبل بر می گردد که منشور حقوق بشر از سوی کوروش نگارش یافت. اما تاریخچه قانون اساسی کنونی به دوره مظفرالدین شاه بر می گردد که در سال ۱۲۸۵ با شکل گیری مجلس شورا در قالب ۵۱ اصل وضع شد و در یک سال بعد تصحیح شد و به ۱۰۷ اصل افزایش یافت این قانون تا قبل از پیروزی انقلاب ادامه داشت اما بعد از انقلاب اسلامی و تشکیل جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۸ با ۱۷۵ اصل، قانون اساسی بر اساس مبانی اسلامی از نو نوشته شد و به مدت ده سال در کشور اجرا شد اما در سال ۱۳۶۸ با اصلاح بعضی از اصل ها و اضافه کردن دو اصل دیگر در قانون اساسی بازنگری شد و در نهایت قانون اساسی کشور در قالب ۱۷۷ اصل به تصویب رسید این قانون تاکنون بدون تغییر مانده است.

در قانون اساسی کنونی چند سر فصل وجود دارد که عبارتند از :

۱. اصول کلی	۲. زبان، خط، تاریخ و پرچم رسمی کشور	۳. حقوق ملت	۴. اقتصاد و امور مالی
۵. حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن	۶. قوه ی مقننه	۷. شوراها	۸. رهبر یا شورای رهبری
۹. قوه مجریه	۱۰. سیاست خارجی	۱۱. قوه ی قضائیه	۱۲. صدا و سیما
۱۳. شورای عالی امنیت ملی	۱۴. بازنگری در قانون اساسی		

جدول شماره (۱)

ما در پژوهش حاضر از بین این سر فصل ها به آسیب شناسی فصل قوه ی قضائیه خواهیم پرداخت زیرا این قوه به عنوان یکی از مهم ترین ارکان اداره کشور نقش بسیار مهمی در وضع کنونی کشور دارد که با آسیب شناسی قوانین مربوط به این قوه میتوان به بهبود عملکرد آن کمک کرد. در حقیقت علت این که ما به آسیب شناسی در این بخش پرداخته ایم وجود مشکلات اجتماعی و تحقق پیدا نکردن عدالت اجتماعی در جامعه است که همواره یکی از اهداف جمهوری اسلامی بوده است.

مفهوم شناسی

برای فهم دقیق تر و روشن تر شدن مباحث پیش رو در این بخش به بررسی مفاهیم؛ آسیب شناسی، قانون (قانون اساسی) و قضاء می پردازیم.

الف) آسیب شناسی

آسیب شناسی^۱ در همه مسائل و علوم مختلف کار برد دارد هرچند معادل لاتین آن در جامعه علمی ما به معنی آسیب شناسی پزشکی بیشتر استعمال می شود لکن هدف اصلی این علم این است

که مشکلات موجود یا ممکن را با طی کردن مراحل سه گانه شناسائی، تشخیص، پیشگیری یا درمان به قصد تکمیل و ترقی آن موضوع، مورد بحث و بررسی قرار دهد.

مهمترین عمل در آسیب شناسی در تمامی زمینه ها شناسایی و کشف آسیب است و این کار در موضوعات مختلف متفاوت است. به عنوان نمونه کشف آسیب در بیماری های روانی یا پزشکی به مراتب آسان تر از کشف آسیب در معضلات اجتماعی و فرهنگی است لذا ابتدا باید با دقت و تتبع در این زمینه به وجود آسیب علم پیدا کرد سپس باید به دلایل وقوع و ایجاد آن پرداخت زیرا به صرف فهمیدن و کشف آسیب، نمی توان آن را درمان کرد بلکه باید به عوامل بروز آن نیز آگاهی پیدا کرد و در انتها باید به راهکارهای مناسب برای درمان یا پیشگیری آن معضل و مشکل پرداخت.

(ب) قضاء

قضاء در لغت به معنی حکم^۱ و بریده شدن یک شیئی و تمام شدن آن، آمده است؛ در اصطلاح فقهی آن دو دیدگاه وجود دارد؛ عده ای آن را حقیقت شریعه دانسته اند و برای آن تعاریف بخصوصی ذکر کرده اند اما برخی دیگر از فقها قضاء را حقیقت شرعی ندانسته اند و معنی آن را عرفی به حساب آورده اند یعنی حکم کردن در میان مردم و فصل خصومت بین طرفین دعوا.^۲

(ج) قانون

۱. فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۱۸۵ / ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۹۹

۲. ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۱۸۷

۳. برای نمونه رجوع شود به: شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، دفتر انتشارات اسلامی. قم، دوم، ۱۴۱۷ ه. ق. ج ۲. ص ۶۵؛ مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان. دفتر انتشارات اسلامی. قم، اول، ۱۴۰۳ ه. ق. ج ۱۲. ص ۵ و محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی، قم، اول، ۱۴۲۳ ه. ق. ج ۲. ص ۶۶۰.

۴. شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۶

۵. صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ج ۴۰، ص ۸

۶. شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۳۶ / گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۱

۷. خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱، ص ۵ / مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۶، ص ۶۰

فرهنگ لغت عمید، قانون را کلمه ای عربی دانسته اما تاج العروس آن را کلمه ای یونانی و معرب به شمار آورده است دهخدا هم در لغت نامه خود قانون را واژه ای غیر عربی دانسته اما می گوید که در بین اعراب مستعمل بوده است در زبان انگلیسی نیز Law به معنی قانون است و (Constitution قانون اساسی) این واژه در سده ۱۶ م به معنی اصول سلطنت به کار رفت اما در سده ۱۸ م به معنی امروزی خود یعنی اصول بیانگر شکل حکومت و قواعد بنیادین بکار رفت. قانون اساسی نظامی از قوانین و رویکرد هاست که علاوه بر ساخت شاکله یک کشور نحوه ارتباط ارگان ها با هم و شهروندان را تعریف می کند به بیان دیگر قانون اساسی گاه به معنای نهاد های یک کشور است و گاه سندی است که حقوق شهروندان را بیان می کند.^۲

گفتار اول؛ نقش قوه قضائیه در قانون اساسی

فصل یازدهم از قانون اساسی از اصل ۱۵۶ تا ۱۷۴ به طور کامل به قوه قضائیه مربوط است اما در بین فصل ها و اصل های دیگر اشارات فراوانی به موضوعات قضائی شده است؛ بعنوان نمونه محور اصلی مباحث در اصل های ۳۲-۳۸ قوه قضائیه است و در مجموع در ۵۱ اصل از ۱۷۷ اصل قانون اساسی در مورد قوه قضائیه بحث شده است که گاهی به صورت جزئی و گاهی به صراحت و به طور انحصار در مورد این قوه سخن به میان آمده است.

اصل ۱۵۶ قانون اساسی تعریف و شرح وظایف قوه قضائیه را بیان می کند:

- قوه قضائیه قوه ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده دار وظایف زیر است :

بند الف) رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می کند.

بند ب) احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع.

۱. طباطبائی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۴

۲. استیون، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹

بند ج) نظارت بر حسن اجرای قوانین.

بند چ) کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام

بند د) اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.

در اصل ۱۵۷ شیوه تعیین رئیس قوه قضائیه و مدت ریاست آن را بیان می کند که از سوی رهبری و به مدت ۵ سال تعیین می گردد.

در اصل ۱۵۸ نیز وظایف رئیس قوه قضائیه ذکر شده است؛ این وظایف به شرح زیر است :

بند الف) ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب مسؤولیت های اصل ۱۵۶

بند ب) تهیه ی لوایح قضائی متناسب با جمهوری اسلامی.

بند ج) استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آنها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آنان و مانند این ها از امور اداری، طبق قانون.

در اصل های ۱۶۰ ، ۱۶۱ ، ۱۶۲ در مورد وزیر دادگستری ، دیوان عالی کشور و رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل و وظایف آنان بحث می کند.

با مطالعه قانون اساسی در خصوص قوه قضائیه و شرح وظایف این قوه و با توجه به مشکلات موجود در تأمین عدالت اجتماعی، لازم است برای آسیب شناسی ابتدا به خلأ هایی که در قانون اساسی وجود دارد پردازیم و ضعف های موجود را مورد بررسی قرار دهیم تا بتوانیم مشکلاتی که در حوزه اجراء دیده می شود را مورد مذاقه قرار دهیم.

گفتار دوم؛ خلأ قانون در حوزه قضائی

یکی از ویژگی های اساسی و بنیادین قانون اساسی در کشور ما موضوع اسلامیت آن است و در تدوین آن سعی شده که قوانین موضوعه در چهارچوب اسلام وضع گردند به همین دلیل به نظر می رسد اولین کمبودی که در قانون اساسی به چشم می خورد و می توانست در اجرای عدالت نقش پر رنگی را ایفاء کند این است که قانون گذاران در زمان تدوین قانون اساسی به شرط اجتهاد برای قضاوت توجه نکرده اند هر چند در اصل ۱۶۳ بیان کرده است که صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله ی قانون معین می شود اما به شرط اجتهاد هیچ اشاره ای نشده است زیرا در اصل ۱۵۸ در بند ۳ یکی از وظایف رئیس قوه قضائیه را استخدام قضات عادل و شایسته ذکر کرده که شرط اجتهاد در آن دیده نشده است؛ تنها در اصل ۱۶۷ آمده است که : قاضی موظف است کوشش

کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. این اصل در آن قسمت که می گوید به منابع معتبر اسلامی رجوع کند می تواند به صورت غیر مستقیم به اجتهاد قاضی اشاره کند اما وقتی مجموع اصل را مورد دقت قرار دهیم روشن می شود که اجتهاد شرط نبوده بلکه فقط برای کسانی که مجتهد باشند قابل استناد است و برای غیر مجتهدین باید بر طبق قوانین مدونه یا فتوای معتبر حکم قضیه را صادر نمایند در حالی که اگر اجتهاد قاضی شرط بود وی می توانست در این موارد تنها با اجتهاد خود رای و حکم قضیه را اعلام کند.

به نظر می رسد عدم ذکر مجتهد به عنوان یکی از شرایط قاضی به خاطر نبودن بالفعل قضات مجتهد بوده است اما این دلیل نیز کافی نیست زیرا قانون گذار می توانست قوه قضائیه را مکلف کند تا در یک چشم انداز کوتاه و بلند مدت به تعداد قضات مجتهد بیافزاید به گونه ای که بعد از چند دهه تمام قضات بعد از رسیدن به اجتهاد به منصب قضاوت برسند و این کار اگر انجام می گرفت قطعاً هم به مطابقت با آموزه های اسلام در قضاوت نزدیک می شدیم و هم در جامعه می توانست تأثیر چشمگیری داشته باشد اما متأسفانه به این موضوع اهمیت چندانی داده نشده است.

یکی دیگر از مواردی که به نظر می رسد در قانون اساسی در بخش قضائی شایسته بود ذکر می شد و به پرداخته نشده است موضوع ناهنجاری های اجتماعی است؛ از آنجایی که بعضی از ناهنجاری ها مانند کودک آزاری یا کودک همسری در جامعه اثرات بسیار منفی دارد و متأسفانه احکام صادره از سوی قضات به دلیل مستند نبودن به قانون اساسی توسط برخی از وکلا دور زده می شود و موجب اجراء نشدن احکام می گردد لذا شایسته بود در قانون اساسی حکم این ناهنجاری ها به طور متعین و مخصوص بیان می شد.

نکته بسیار مهمی که از دیدگاه نگارنده در قانون اساسی به نظر می رسد شایسته بود به آن دقت بیشتری می شد جلوگیری از چاق شدن بیش از حد وظایف قوه قضائیه است که در نتیجه موجب شده کارایی این قوه اساسی نیز کمتر شود زیرا قوه قضائیه باید؛ از وقوع جرم پیشگیری کند و با آن برخورد کند همچنین باید عدالت قضائی برقرار کند، عدالت اجتماعی نیز بر عهده این قوه است زیرا مفهوم عدالت وسیع است و تمام اقسام آن را در بر می گیرد، از تمامی حقوق مردم دفاع کند، نظارت

بر حسن اجرای قوانین داشته باشد و اینکه رئیس این قوه در جاهای مختلف باید انجام وظیفه کند مانند عضویت در مجمع تشخیص مصلحت نظام، عضویت در شورای نگهبان، عضویت در شورای انقلاب فرهنگی، عضویت در شورای امنیت ملی، عضویت در نظارت بر صدا و سیما، عضویت در شورای بازنگری در قانون اساسی و عضویت در شورای موقت رهبری و... لذا پیشنهاد می شود که وظیفه قوه قضائیه را تنها در پرداختن به مباحث قضائی و ایجاد عدالت قضائی منحصر کنیم و برای سایر وظایف ارگان هایی دیگر و اشخاصی دیگر در نظر گرفته شود زیرا این کار موجب تقسیم قدرت در بین مسئولین می گردد و کارها با دقت بیشتری انجام خواهد یافت.

یک خلأ دیگر در محدوده اصول مربوط به قوه قضائیه از نظر نگارنده می تواند بحث از وکالت و وکیل باشد زیرا وکیل و وکالت یکی از ارکان اصلی قوه قضائیه است و نقش بسیار تاثیر گذاری را بر عهده دارد به همین خاطر به نظر می رسد جا داشت که یک یا دو اصل را به وکالت و شرایط آنان و دایره اختیارات آنان یا مجازات آنان در صورت اثبات تلاش برای دور زدن قانون بیان می گشت.

گفتار سوم؛ ضعف های قانون اساسی در حوزه قضاء

ضعف هایی که در این بخش در صدد هستیم که به آن بپردازیم در دو حوزه است؛ یکی اشکالات ساختاری و ویرایشی و دیگری اشکالات مفهومی و معنایی.

الف) ایراد های ساختاری و ویرایشی

به نظر می رسد در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مخصوصاً در میان اصل های ذکر شده در این تحقیق؛ علاوه بر ایراد هایی که به بعضی از اصل ها گرفته می شود و آنها را از نظر مفهومی دارای اشکال می بینیم، ایراداتی از جهت ساختار نوشتاری و ویرایشی نیز بر آن وارد است ایراد های ساختاری را اینگونه معنا می کنیم که قانون گذار در خیلی از اصل ها وقتی می خواهد در یک موضوع بحث کاملی داشته باشد تمام زوایا و احتمالات کلی، که ذکر آن را لازم دانسته است را بیان کرده است اما در موارد زیادی قانون گذار چند اصل را پشت سر هم که مرتبط با یک موضوع هستند را در قالب چند اصل جداگانه ذکر کرده است در حالی که شایسته این بود که از نوشتن اصل های اضافه خود داری می شد تا هنگامی که شخصی بخواهد به موضوعی بپردازد با استناد به یک اصل کار خود را پیگیری کند نه اینکه برای هر صحبتی نیاز به ذکر یک اصل داشته باشد چنانچه این شیوه در خیلی از اصل ها در قالب بندهای مختلف بیان شده و از ایجاد اصل های اضافه خود داری شده است

مانند اصل ۱۷۷ اما متأسفانه در بعضی از جاهای دیگر به این نکته توجه نکرده اند و پشت سرهم اصل ها را ردیف کرده اند مانند اصل ۲۲ و ۲۳ که می توانست در یک اصل بیان شود یا اصل ۱۴۳ و ۱۴۴ و ۱۴۵ که بهتر این بود در یک اصل بیان می شدند.

مشکل دیگری که به نظر می رسد جدی تر باشد این است که خیلی از اصل ها با اینکه موضوع واحدی دارند و تکمیل کننده یکدیگر هستند متأسفانه حتی در کنار هم ذکر نشده است به عنوان مثال در اصل ۱۶۷ یکی از وظایف قاضی را ذکر می کند و در اصل ۱۷۰ نیز وظیفه ای دیگر در حالی که بهتر بود در یک اصل به عنوان وظایف و اختیارات قاضی ذکر می شد. یا در اصل ۱۵۶ که وظایف قوه قضائیه را بیان می کند؛ در بند سوم نظارت بر حسن اجرای قوانین را طرح می کند اما در توضیح این بند، دو اصل دیگر (اصل ۱۶۱ و اصل ۱۷۴) که در کنار هم ذکر نشده را بیان می کند در حالی که شایسته و منسجم تر این بود که در ذیل این بند، بیان می کرد که برای عملی شدن این بند دو سازمان؛ دیوان عالی کشور (برای نظارت بر حسن اجرای قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه ی قضایی) و سازمان بازرسی کل کشور (برای نظارت بر حسن اجرای قوانین در دستگاه های اداری) تشکیل می گردد.

ایراد ویرایشی نیز در حوزه قضاء دیده می شود است مانند اصل ۱۷۲ که از الفاظی مانند (ژاندارمری و شهربانی) استفاده شده است، در حالی که زبینه است الفاظ و کلماتی که دیگر در بین جامعه مورد استفاده قرار نمی گیرد و نسل های کنونی با آن انس ندارند را با الفاظ جدید و مورد استفاده جایگزین کنند.

ب- اشکالات مفهومی و معنایی

این دسته از اشکالات ناظر به محتوی و معنای اصول موضوعه است بدین صورت که بعضی از اصل ها در معنی آن ها یا تناقض وجود دارد و یا اینکه در عمل وضع یک اصل موجب نا کار آمدی اصلی دیگر می شود و یا اینکه در اصلی وظایفی را به ارگانی داده که به نظر می رسد صلاحیت آن را نداشته باشد. که در ادامه برخی از این اشکالات را در قالب چند بند بیان می کنیم:

بند الف) در اصل ۱۴۲ می فرماید که دارایی رهبر، رئیس جمهور، معاون های او، وزیران و همسر و فرزندان آنان قبل و بعد از خدمت توسط رئیس قوه قضائیه رسیدگی می شود که بر خلاف حق افزایش نیافته باشد.

از نظر ما در این اصل ۳ اشکال متصور است:

۱. چگونه می شود کسی بر دارایی های رهبر رسیدگی کند که خودش از طرف رهبری منصوب شده است.
۲. چرا نظارت قوه قضائیه فقط به اموال این افراد است؟ آیا این اشخاص نمی توانند از راه های دیگر به عنوان مثال از طریق برادران محترم خود اموال بیت المال را غارت کنند!!
۳. چرا این نظارت باید قبل و بعد از سمت باشد چرا قوه قضائیه نمی تواند در حین خدمت این بزرگواران اموال شان را رسیدگی کند!

بند ب) در اصل ۹۰ آمده است که مرجع رسیدگی به شکایات علیه قوه قضائیه مجلس شورای اسلامی است. حال سؤال این است مگر اعضای مجلس همگی قاضی و حقوق دان هستند؟ به چه دلیلی نمایندگان باید وظیفه دادرسی را بر عهده داشته باشند در حالی که تخصص آن را ندارند بنابراین به نظر می رسد مجلس شورای اسلامی این صلاحیت را ندارد و پیشنهاد می شود در این موارد مجمع تشخیص مصلحت نظام با همکاری شورای نگهبان که دارای ۶ نفر حقوق دان هستند به این گونه موارد رسیدگی کنند.

بند ج) اصل ۵۴ قانون اساسی بیان می کند که دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس است اما سخن ما این است چگونه ممکن است که وظیفه قوه قضائیه را جلوگیری از وقوع جرم بدانیم اما دیوان محاسبات را که می تواند نقش اساسی در جلوگیری از جرم داشته باشد زیر نظر مستقیم مجلس باشد نه قوه قضائیه؟

بند د) در اصل ۵۷ و اصل ۱۵۶ بیان شده که قوه قضائیه مستقل است در حالی که در عمل چنین نیست و به نوعی نیمه مستقل است نه مستقل به عنوان مثال وزیر دادگستری که یکی از نقش های مهم در امور قضائی کشور را دارد زیر نظر دولت است و مجلس هم هر وقت بخواهد می تواند او را برکنار کند.

گفتار چهارم؛ اجرا قانون اساسی

قانون اساسی فارغ از ایراداتی جزئی که بر آن وارد است و باید اصلاح شود، می توان ادعا کرد در مجموع قانونی جامع و کامل است؛ البته این نتیجه بررسی اصل های مربوط به قوه قضائیه است و سایر مباحث و فصول قانون اساسی نیز نیاز به بررسی و تدقیق نظر دارد. به نظر می رسد حتی قوانین فعلی با وجود اشکالاتی که بیان شد اگر به نحو احسن اجراء گردند بسیاری از مشکلات کشور در

قسمت عدالت و قضاء حل خواهد شد اما متأسفانه بعد از گذشت بیش از چهل سال از عمر با برکت انقلاب اسلامی مردم بابت عدالت نظر مثبتی ندارند و قطعاً عملکرد قانون به ویژه قانون اساسی را در این حوزه ضعیف می‌شمارند زیرا مشکلاتی از قبیل تبعیض، حقوق‌های نجومی، عدم برخورد قاطع با افراد ذی نفوذ یا برخورد سطحی، ناتوانی در مبارزه با قاچاق و عدم برخورد مناسب با مجرمان و... موجب شده که نه تنها مردم بلکه خود مسئولین کشور نیز اعتراف کنند که ما در زمینه تحقق عدالت نتوانستیم موفق باشیم؛ رهبر معظم انقلاب فرمودند: در زمینه «عدالت» اقرار می‌کنیم که عقب مانده ایم/ باید از مردم و خدا عذرخواهی کنیم^۱ سؤال این است که اگر قانون اساسی، قانون نسبتاً کاملی است پس مشکلات موجود به چه دلیل در جامعه ما وجود دارد؟ ظاهراً جواب در دو کلمه خلاصه می‌گردد «اجراء» و «نظارت» این دو کلمه می‌توانند تضمینی باشند که قانون اساسی صرفاً بر روی کاغذ نماند بلکه قانون اساسی به نحو ملموسی در زندگی مردم جاری و ساری گردد زیرا قانون اساسی برای اجرائی شدن وضع شده است و اجرائی شدن آن هم در گرو نظارت بر حسن اجرای آن است. اصل ۱۵۶ قانون اساسی قوه قضاییه را موظف به نظارت بر حسن اجرای قوانین می‌کند و در اصل‌های ۱۶۱ و ۱۷۴ این نظارت را برعهده دیوان عالی کشور در حوزه نظارت قضائی و سازمان بررسی کل کشور در حوزه نظارت اداری قرار داده است لذا معلوم می‌شود که قانون اساسی به خوبی موضوع نظارت بر اجرای قوانین را تبیین کرده است. در بخش اجراء نیز قانون اساسی قوانین لازم را وضع کرده است؛ در اصل ۱۱۳ رئیس‌جمهور را مسؤول اجرای قانون اساسی معرفی کرده است مگر در مواردی که مستقیماً مربوط به رهبری باشد.

با مطالب فوق روشن شد که قانون اساسی در نگاهی کل نگر برای عملی شدن عدالت و قوانین کوتاهی نکرده است اما سؤالی که باز مطرح می‌شود اینست که با وجود اینکه قانون دو عنصر نظارت و اجراء را پیش‌بینی کرده است این مشکل‌ها به چه دلیل رخ می‌دهد؟ با اندک تأملی مشخص می‌شود که اشکال از دو قوه مجریه و قضائیه است زیرا اگر قوه مجریه قانون اساسی را درست اجرائی می‌کرد حتی بدون نظارت هم ما به اهداف مورد نظر قانون اساسی می‌رسیدیم و از طرفی اگر قوه قضائیه به نحو احسن و با دقت نظارت خود را عملی می‌کرد قوه مجریه نمی‌توانست قانون اساسی را اجرائی

۱. رهبر معظم انقلاب اسلامی، بیست و نهم بهمن ماه سال ۱۳۹۶ ق، دیدار با مردم آذربایجان شرقی.



نکند لذا می توان گفت اکثر مشکلات موجود ما از این دو عامل نشأت می گیرد هر چند در این بین نباید از نقش قوه مقننه چشم پوشی کرد زیرا قوه مجریه طبق اصل ۷۶ حق دارد در تمام امور کشور نظارت استطلاعی داشته باشد و در برخی موارد نظارت استصوابی دارد بنابراین می تواند مانع از انحراف قوه مجریه و قوه قضائیه گردد.

نتیجه‌گیری

۱. در نگاه کل نگر، قانون اساسی جامع و کامل است.
۲. در امور جزئی در مباحث مربوط به قوه قضائیه، اشکالاتی در قانون اساسی وجود دارد مانند اشکالات ساختاری و محتوایی.
۳. قانون اساسی با محول کردن وظایف بزرگ و سنگین به قوه قضائیه و دادن مسئولیت های فراوان به رئیس قوه قضائیه سبب کاهش عملکرد کیفی این قوه شده است.
۴. دلیل عمده مشکلات کنونی کشور ضعف عملکرد در دو حوزه «نظارت» و «اجراء» است که طبق قانون اساسی زیر نظر قوه قضائیه و قوه مجریه هستند.

منابع و مأخذ

- ابن فارس، احمد، ۱۴۰۴ هـ ق، معجم مقائیس اللغة، ج ۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴ هـ ق، لسان العرب، ج ۱۵، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، چاپ سوم.
- استیون، تانسی، ۱۳۸۶، مقدمات سیاست، ترجمه هرمز همایان پور، تهران، نشر نی. چاپ سوم.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی، ۱۴۲۲ هـ ق، موسوعة الامام الخویی (مبانی تکملة المنهاج)، ج ۴۱، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول.
- شهید اول، محمد بن مکی، ۱۴۱۷ هـ ق، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۲ هـ ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشى سلطان العلماء)، ج ۱، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ هـ ق، القضاء و الشهادات. قم، کنگره، چاپ اول.
- صاحب الجواهر، محمد حسن، ۱۴۰۴ هـ ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- طباطبایی، سید جواد ۱۳۸۶، مکتب تبریز، تبریز، انتشارات ستوده، چاپ دوم.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۱۰ هـ ق، ج ۵، کتاب العین، نشر هجرت، قم، چاپ دوم.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۲، صادقی، حسین، قم، پیام نور، چاپ ششم.
- گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۱۳ هـ ق، کتاب القضاء، ج ۱، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ۱۴۲۳ هـ ق، کفایة الأحکام، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ هـ ق، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۶، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۹۱

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ ه ق، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۱۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.

حقوق اداری تطبیقی و ساختار سیاسی «پل کریگ»

میلاد شریفی مقدم^۱

مسعود محمودوند^۲

مهدی حسنونند^۳

چکیده

حقوق اداری تطبیقی موضوع پیچیده‌ای است. یکی از این دو فرض را باید انتخاب کرد: این فرض که همه‌ی سیستم‌ها منحصربه‌فرد هستند و از ویژگی‌های متمایز بسیاری تشکیل شده‌اند که هرگز هیچ همتایی در جای دیگری ندارند، و این فرض به همان اندازه غایی که تفاوت‌ها فقط در سطح هستند، به طوری که اگر قیاس‌ها در سطحی به‌قدر کافی انتزاعی بیان شوند پس همه‌ی سیستم‌ها مشابه خواهند بود. اتصاف علت و معلول حین بررسی مبنای منطقی تفاوت‌ها به یک اندازه چالش‌آور است و تمرکز اصلی این مقاله‌ی تحقیقی است که نقاط قوت و ضعف توضیح ساختاری تفاوت بودن حقوق اداری در کشورهای مختلف را مد نظر قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: ساختار حکومت، نظارت قضایی، اداره‌ها، دادگاه‌ها.

miladsharifi750@yahoo.com

masoud.mahmoudvand1371@gmail.com

Ma_hasanvand@yahoo.fr

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی/قاضی دادگستری

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی/قاضی دادگستری

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

با مطالعه‌ی حقوق اداری تطبیقی، شباهت و تفاوت سیستم‌های تحت مطالعه آشکار می‌شوند. این امری بدیهی و میرهن است. امکان دارد که برآورد میزان شباهت‌ها و تفاوت‌های حاصله دشوار باشد، و توضیح آنها حتی دشوارتر است. این عقیده‌ی پیتر کین^۱ است که در کتاب جدید خود به نام کنترل قدرت اداری، مقایسه‌ای تاریخی، که کنترل قدرت اداری را در ایالات متحده، انگلیس و استرالیا بررسی می‌کند، به این موضوعات دشوار پرداخته است. این کتاب سرشار از دانش بر مبنای تحقیقات فراوان نوشته شده است و در باره‌ی موضوعات خاص حوزه‌ی حقوق اداری بینش وسیعی به ما می‌دهد. این علم، صرف‌نظر از این حقیقت که، به عقیده‌ی من، روش‌شناسی و کاربرد آن ضعف‌هایی دارد، شایسته‌ی احترام است. تز اصلی کین چالش‌آور است، و موضوعی است که اکنون بدان می‌پردازم.

تز اصلی

کین برای تفاوت‌های حقوق اداری در کشورهای انگلیس، ایالات متحده و استرالیا توضیحی ساختاری ارائه و آن را با توضیحاتی مقایسه می‌کند که به‌طور محسوس‌تری ارزش‌محور و هنجاری هستند. آبخش اصلی این رویکرد ساختاری آن است که نظام‌های حکومتی در بردارنده‌ی رژیم‌های کنترلی هستند که سه مؤلفه‌ی اصلی دارند: مجموعه نهادها، مجموعه هنجارها و مجموعه روش‌ها. نهادهای کنترل شامل پارلمان‌ها و دادگاه‌ها هستند؛ هنجارهای کنترل شامل حقوق سخت و نرم هستند؛ و روش‌های کنترل عبارت از روشی هستند که نهادها از طریق آن کارکردها و تعاملات کنترل‌کننده‌ی خود را صورت می‌دهند.

تز ساختاری کین بین دو الگوی توزیع قدرت، یعنی پراکندگی و تمرکز، تفاوت قائل می‌شود. پراکندگی «مستلزم تقسیم قدرت بین نهادهای مختلف از طریق اعطای سهمی از قدرت به هر نهاد

۱-Peter Cane

۲- کین، کنترل قدرت اداری، مقایسه‌ای تاریخی صفحات ۲-۱.

است»، که مثال آن سیستم تصویب قوانین در ایالات متحده است، طوری که در سیستم‌های پراکنده نهادهای ذی‌ربط قدرت را به صورت هماهنگ اعمال می‌کنند. برعکس، در سیستم‌های مبتنی بر تمرکز، یک قدرت حاکم وجود دارد که «همه نهادهای دیگر به نوعی تابع آن هستند»، که مثال آن حاکمیت پارلمان انگلیس است. کین رویکرد خود را با مقایسه‌ی بین پراکندگی، که مستلزم تقسیم و تسهیم قدرت است، و چندپارگی، که مستلزم تقسیم نیروی کار است، اصلاح می‌کند.^۳

تذکره کین آن است که الگوهای قبلی توزیع قدرت با روش‌های متمایز کنترل قدرت مرتبط‌اند. بنابراین، روش کنترل مختص پراکندگی نظارت و موازنه است، که مثال آن روش رژیم ایالات متحده برای تصویب قوانین است. در حالی که، روش کنترل مختص سیستم‌هایی که در آنها قدرت متمرکز است پاسخگویی است، که مثال آن مسئولیت دیوانی پارلمان است.^۴ گفته می‌شود که رابطه‌های نهادی در سیستم‌های پراکنده افقی هستند، یعنی هر نهاد در اعمال قدرت سهیم است، در حالی که در سیستم‌های متمرکز این رابطه عمودی است، که نشانگر مرکزیت قدرت حاکم است. کین سپس درصدد آزمایش فرضیه‌ی زیر بر می‌آید:^۵

امکان دارد که تفاوت‌های مهم بین رژیم‌های کنترل (مربوط به نهادها، هنجارها یا روش‌ها) تا حدی برحسب تفاوت‌های بین سیستم‌های حکومت قابل توضیح باشند، که از این بین مورد اول سیستم‌های جزء هستند، و، برعکس، شباهت‌های بین روش‌های کنترل ممکن است تا حدی با توجه به شباهت‌های بین سیستم‌های حکومتی قابل توضیح باشند که در آنها نهادینه شده‌اند. بایستی تأکید

۱- کین (پانویس ۱) صفحه ۴.

۲- کین (پانویس ۱) صفحه ۵.

۳- کین (پانویس ۱) صفحه ۷.

۴- کین (پانویس ۱) صفحات ۸-۹.

۵- کین (پانویس ۱) صفحه ۱۱.

کرد که این فرضیه در توضیح شباهت‌ها و تفاوت‌های بین روش‌های کنترل، ربط احتمالی سایر عوامل، مانند اولویت‌های هنجاری و ارزش‌های فرهنگی و عقیدتی، را نفی نمی‌کند. هدف این تحقیق کشف قدرت تبیین یک متغیر به‌خصوص، یعنی سیستم‌های حکومت، است. در حقیقت، انتظار می‌رود که بین ارزش‌های سازمانی و سیاسی و گرایش‌های فرهنگی و معنوی از یکسو، و ساختارهای حکومتی از سوی دیگر تعامل پیچیده و همزیستی وجود داشته باشد.

روش‌شناسی کین تاریخی است، اما، به تصدیق خود او، بی‌تناسب نیز هست زیرا کین به توسعه‌ی تاریخی سیستم‌های حکومت بسیار بیشتر از رژیم‌های کنترلی مانند حقوق اداری توجه می‌کند. کین همچنین سخت تلاش می‌کند تا تبیین‌های علیّی‌تر خود در باره تفاوت‌های نظریه‌های متضمن حقوق اداری را توصیف کند، با این اخطار که صرفاً تداعی‌های دلالت‌کننده‌ای در این خصوص ایجاد می‌کند.

بقیه‌ی کتاب به‌طور مفصل به تز قبلی می‌پردازد. در فصل‌هایی از کتاب، تحول الگوی حکومت در این سه سیستم تحت مطالعه مطرح شده است، و سپس در باره رژیم‌های کنترلی غالب در این سیستم‌ها صحبت می‌شود. در فصل‌های بعدی، با استفاده از تز ساختاری کتاب و فرق بین رژیم‌های پراکنده و متمرکز، تفاوت‌های موجود در نظریه‌های نظارت قضایی غالب در این سه سیستم و تفاوت‌های نحوه‌ی کارکرد سایر عناصر کنترل، مانند کنترل‌های حقوق خصوصی، آزادی اطلاعات و مدیریت عمومی جدید، توضیح داده می‌شوند.

گفتار اول. نظریه و روش‌شناسی

رویکرد ساختاری مطرح شده توسط پیتر کین جالب است، اما خالی از اشکال نیست. چند اشکال این مبحث در زیر مطرح شده است.

الف. فرق بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده

اولین اشکال آن است که فرق بین سیستم‌های مبتنی بر تمرکز قدرت و سیستم‌های مبتنی بر پراکندگی به راحتی قابل تشخیص نیست. این را کین نیز تأیید می‌کند، که قصد دارد با استفاده از تفاوت بین سیستم‌های متمرکز و، البته چندپاره، و سیستم‌های پراکنده به این موضوع بپردازد.^۱ با این حال، معنای دقیق، و نیز کاربرد آن، نامشخص است.

اینکه چرا سیستم‌های متمرکز ترکیب شده با چندپارگی در حقیقت متمرکزتر از سیستم‌های مبتنی بر پراکندگی رسمی هستند، هیچ دلیل غیرمستقیمی ندارد. بنابراین، ممکن است رژیمی باشد که قدرت در آن به‌طور رسمی متمرکز است، به طوری که تا یک قدرت حاکم، مانند پارلمان، قابل ردیابی است، اما درواقع قدرت تا حد زیادی چندپاره می‌شود و بنابراین اختیارات آن نهادی را که قدرت رسمی دارد به شدت محدود می‌کند. برعکس، ممکن است رژیم‌هایی باشند که قدرت در آنها رسماً پراکنده است، اما این پراکندگی رسمی، به هر شکلی که باشد، درواقع تحت‌الشعاع اقداماتی قرار گرفته که قدرتی بیشتر از آن چیزی اعطا می‌کنند که از تقسیم رسمی به یک نهاد، مانند ریاست «سلطنتی» مشهود است.

۱- کین (پانویس ۱) صفحات ۸-۵.

اهمیت این نکته را بریتانیا آشکار می‌کند. کین می‌گوید که سیستم حکومت بریتانیا به‌طور کلی متمرکز بوده است، اما، گرچه ممکن است این گفته در مورد بخشی از قرن بیستم مصداق داشته باشد، ولی در مورد سه کشور ذکر شده صدق نمی‌کند. درواقع، در این مدت پارلمان حاکم بوده، اما سه بخش تشکیل‌دهنده داشته که عبارت از ملکه، مجلس اعیان و مجلس عوام هستند. مضمون همیشگی آثار مؤلفانی مانند دی‌لوم^۱ و بلک‌استون^۲ آن بود که موازنه‌ی بین این بخش‌های تشکیل‌دهنده‌ی پارلمان حاکی از واقعیت قدرت در قرن هجدهم بوده است. هر دو مؤلف، رژیم را توصیف کرده‌اند که در آن نظارت و موازنه‌ی چندگانه‌ای در سیستم بریتانیا وجود داشت که مانع از قدرت مطلق هر یک از بخش‌های تشکیل‌دهنده‌ی پارلمان می‌شد. تمایز کین بین چندپارگی در سیستم‌های متمرکز، که در آنها تقسیم کار صورت می‌گیرد، و تقسیم/تسهیم قدرتی که مشخصه‌ی سیستم‌های پراکنده است به راحتی قابل انجام نیست. با وجود این، اگر این وجه تمایز باشد، پس بریتانیا در این مدت پراکندگی داشته است، زیرا سه بخش تشکیل‌دهنده‌ی پارلمان در قدرت سهیم بودند، نه فقط نیروی کار تقسیم شده.

مثالی دیگر از این دشواری‌های تمایز عضویت بریتانیا در اتحادیه‌ی اروپا است، که این کتاب چندان به آن نپرداخته است. عضویت بریتانیا در اتحادیه‌ی اروپا از اول ژانویه ۱۹۷۳ تا برگزیت تعریف بریتانیا را به صورت سیستمی متمرکز، که در آن پاسخگویی اداری به‌طور عمودی از طریق وزیر ذی‌ربط به پارلمان منتهی می‌شود، به چالش می‌کشد. البته، حقیقت آن است که پارلمان در خصوص ورود به بازار مشترک اروپا تصمیم گرفت و اجازه‌ی تصمیم‌گیری در باره آغاز روند خروج از اتحادیه‌ی اروپا را صادر کرد. آنچه گفتیم این حقیقت را عوض نمی‌کند که به خاطر این مداخله‌ی ۴۴ ساله صلاحیت انگلیس به موجب عهدنامه‌های اتحادیه‌ی اروپا محدود شد، اتحادیه‌ی اروپا از صلاحیت

۱- ژان لویی دی‌لوم، قانون اساسی انگلستان، یا شرح دولت انگلستان (ویراست ۴، انتشارات رابینسون و مورای، ۱۷۸۴).

۲- ویلیام بلک‌استون، تفسیرهایی در باره قانون انگلستان (ویراست شانزدهم، انتشارات کادل و باترورث ۱۸۲۵) جلد ۱، کتاب ۲ صفحات ۵۶-۱۴۶.

۳- کین (پانویس ۱) صفحه ۷.

نظارت بر حیطه‌های بسیاری برخوردار بود و تعهدات قانونی توسط قوانین این اتحادیه مستقیماً به انگلیس و حکومت آن تحمیل می‌شدند.

ب. رابطه‌ی بین تمرکز و پاسخگویی، و پراکندگی و نظارت و موازنه

رابطه‌ی بین رژیم‌ها و سیستم‌های کنترل بخش اصلی تز کین است. در صورتی که قدرت متمرکز باشد، کنترل برحسب پاسخگویی اعمال می‌شود. چنانچه رژیم پراکنده باشد، کنترل برحسب نظارت و موازنه اعمال می‌شود. این موضوع به دو دلیل قابل اعتراض است.

اولاً، این تز دو سطح مختلفی را نادیده می‌گیرد که در آنها تمرکز/پراکندگی اتفاق می‌افتد. می‌توان از آن برای توصیف عملکرد دولت مرکزی استفاده کرد. برای مثال، قوه‌ی مقننه در بریتانیا متمرکز است زیرا می‌توان رد آن را تا پارلمان حاکم در وست‌مینستر دنبال کرد. برعکس، سیستم ایالات متحده پراکنده است، یعنی قوه‌ی مقننه بین رئیس‌جمهور، مجلس سنا و مجلس نمایندگان تقسیم می‌شود. می‌توان از این تمایز برای توصیف ساختار بوروکراسی نیز استفاده کرد، که خود می‌تواند نسبتاً متمرکز یا پراکنده باشد. برای مثال، چنانچه نهادهای مختلف بسیاری انجام امور اداری را به عهده گیرند یا چنانچه بیش از یک نهاد به این امر بپردازد، بوروکراسی پراکنده است. با این حال، این دو سطح همبستگی ضروری با یکدیگر ندارند، بلکه بین آنها چهار مجموعه رابطه‌ی احتمالی وجود دارد: متمرکز/متمرکز؛ پراکنده/پراکنده؛ متمرکز/پراکنده؛ و پراکنده/متمرکز.

دوم آنکه، سیستم نظارت و موازنه جایگزین پاسخگویی به منزله‌ی روش کنترل در سیستم‌های پراکنده نمی‌شود؛ به‌طور لغوی پیش از آن بوده است. سیستم نظارت و موازنه‌ی موجود در رژیم‌های پراکنده اصولاً برای تخصیص قدرت به سازمان‌های مختلف دولت مرکزی در خصوص، برای مثال، تصویب قوانین عمل می‌کند و نیز ممکن است نشان دهد که شخص حاکم بر امور کیست، اگرچه

قانون اساسی ایالات متحده ما را در این خصوص چندان راهنمایی نمی‌کند.^۱ با این حال، نمی‌تواند جایگزین پاسخگویی به منزله‌ی روش کنترل در این رژیم‌ها شود: ممکن است نهادی را تشکیل دهد که حکومت باید به آن پاسخگو باشد، اما جایگزین این حقیقت نمی‌شود که پاسخگویی، به صورت لفظی که معمولاً استفاده می‌شود،^۲ همچنان برای اعمال کنترل در رژیم‌های پراکنده اهمیت دارد. نظارت و موازنه می‌تواند در تعیین جایگاه پاسخگویی در سیستم‌های پراکنده نقش داشته باشد؛ کنترل حکومت پس از آن به پاسخگویی به شیوه‌ای بستگی دارد که بسیار مشابه شیوه سیستم‌های متمرکز است.

این امر در مورد سیستم ایالات متحده مشهود است، که در آن لفظ پاسخگویی مکرراً در معنای کلاسیک برای تعیین مسئولیت شاخه‌ی به‌خصوصی از حکومت، یا شخص حاکم، نسبت به شخص یا نهادی که در قبال آن وظیفه دارد، و نحوه‌ی استفاده‌ی آن شاخه‌ی حکومت یا شخص از قدرت خود به کار می‌رود. این همان موضوعی است که برای ما حقوقدانان اداری اهمیت دارد، زیرا نمونه وضعیتی که حقوق اداری به آن می‌پردازد آن است که سازمان‌های دولت اداری، مانند اداره‌ها، صرف‌نظر از این مسئله که رژیم برای تصویب قوانین ابتدایی و نظیر آن پراکنده است یا متمرکز، چطور باید نسبت به اعمال خود پاسخگو باشند. بنابراین، روش استاندارد سازمان‌های ایالات متحده تهیه‌ی گزارش‌های مفصل از پاسخگویی و عملکرد است.^۳

درواقع، پیچیدگی زیاد رژیم بوروکراتیک پراکنده‌ی ایالات متحده^۴ پاسخگویی را به‌طور خاصی برای نهاد تصمیم‌گیرنده بااهمیت می‌کند و نظارت و موازنه، در آن مفهومی که معمولاً استفاده می‌شود، این مسئله را حل نمی‌کند. این حقیقت که قدرت پراکنده است، به طوری که کنگره و

۱- کین (پانویس ۱) صفحه ۲۶۱.

۲- ام بوونز، «تحلیل و ارزیابی پاسخگویی: چارچوبی مفهومی» (۲۰۰۷).

۳- برای مثال، ببینید اداره‌ی پاسخگویی ایالات متحده.

۴- کین (پانویس ۱) فصل ۳.

رئیس‌جمهور در انجام امور سازمان‌ها نقش دارند، می‌تواند در واقع تأثیر نظارت و موازنه را خنثی کند که نتیجه‌ی آن افزایش فضای مستقل برای مانور دادن سازمان‌ها و تأکید بر پاسخگویی است. نمونه‌ی آن اثری در ایالات متحده است که از لفظ فدرالیسم اجرایی برای نشان دادن وضعیتی استفاده می‌کند که در آن کنگره پولاریزه است، به طوری که از روش‌های کلاسیک حکومت بهره‌ی نسبتاً ناچیزی حاصل می‌شود و در نتیجه باید به روش‌های تعامل اجرایی بین مقامات فدرال و دولتی روی آورد.^۲ بنابراین، از آنجا که ناتوانی جمهوری‌خواهان و دموکرات‌ها در همکاری با یکدیگر در کنگره ثابت شده است، «این مانع فشار فراوان بر قوه‌ی مجریه‌ی فدرال را برای عمل کردن به تنهایی بیشتر می‌کند» و همزمان قطبی‌سازی باعث می‌شود که «همکاری ایالت‌ها در اداره‌ی کشور جذاب‌تر و عملی‌تر از عملکرد مستقل قوه‌ی مجریه‌ی فدرال باشد.»^۳ از این رو، همکاری موجب اتحاد فراوان بین قوه‌ی مجریه و ایالت‌ها می‌شود.

مرکزیت پیوسته‌ی پاسخگویی در سایر سیستم‌ها، مانند اتحادیه‌ی اروپا، نیز مشهود است. سیستم اتحادیه‌ی اروپا در هر دو سطح توصیف شده در ابتدای این بخش پراکنده است. با وجود این، آثار فراوانی در زمینه‌ی پاسخگویی دولت، از طریق ترکیبی از سازوکارهای قانونی، سیاسی و مالی، تألیف شده‌اند. بنابراین، اگرچه نظارت و موازنه در این سیستم پراکنده می‌تواند حاکی از تقسیم قدرت مربوط به، برای مثال، کمیته‌های کامیتولوژی یا سازمان‌های اتحادیه‌ی اروپا باشد، اما پس از آن این موضوع برحسب پاسخگویی مطرح می‌شود. گواه این امر آثار مربوط به پاسخگویی در اتحادیه‌ی اروپا هستند. بنابراین، در این سیستم پراکنده، اصولاً کنترل برحسب نظارت و موازنه اعمال نمی‌شود.

۱- کین (پانویس ۱) صفحات ۷۰-۱۶۷.

۲- جی بالمن - پوزن، «ورود فدرالیسم اجرایی به آمریکا»، (۲۰۱۶). همچنین، ببینید ام گریو.

۳- بالمن - پوزن (پانویس ۱۷) صفحه ۹۵۹.

نکته‌ی قبلی تحت تأثیر این حقیقت قرار ندارد که کین از مفهوم دقیق پاسخگویی سازمانی استفاده می‌کند، که مثال آن مسئولیت وزیران در مقابل پارلمان است؛ مفهومی که او از مفاهیم گسترده‌تر پاسخگویی هنجاری متمایز می‌کند که به‌طور ضمنی بر تأیید رفتار برحسب ارزش‌های بوروکراتیک یا سایر ارزش‌ها دلالت می‌کنند. واقعیت آن است که پاسخگویی سازمانی و هنجاری هم‌پوشانی دارند، و گواه آن این حقیقت است که انتظار می‌رود نهادی که از نظر سازمانی باید پاسخگو باشد، تصمیم‌هایی اتخاذ کرده باشد که با مفاهیم اصلی پاسخگویی هنجاری همبستگی دارند، یا سازوکارهایی ایجاد کرده باشد که از وقوع این امر مطمئن شود. همچنین، حقیقت آن است که تا جایی که تفکیک مفاهیم پاسخگویی سازمانی از هنجاری امکان‌پذیر باشد، اولی در سیستم‌های پراکنده به همان اندازه مهم تلقی می‌شود که در سیستم‌هایی که کین آنها را متمرکز محسوب می‌کند.

ج. رابطه‌ی بین سیستم‌های قدرت متمرکز و پراکنده و دولت اداری

جداسازی تمرکز از پراکندگی در /بین سازمان‌های اصلی دولت لزوماً ملاحظات برای قدرت‌های تحت اختیار دولت اداری ندارد. همچنین، نمی‌توان از تمایز بین تمرکز و پراکندگی چیز زیادی راجع به رابطه‌ی سازمان‌های دولت اداری با شاخه‌ی سیاسی دولت فهمید. بنابراین، این حقیقت که سیستمی مانند الگوی وست‌مینستر می‌تواند متمرکزتر باشد بدین معنا نیست که سازمان‌های اصلی دولت، در مقایسه با سیستم‌های پراکنده‌تر، کنترل بیشتری بر تصمیمات اتخاذ شده توسط اداره‌های بریتانیا دارند. همچنین، بر تصمیمات اتخاذ شده توسط بسیاری از نهادهای دیگری که دولت اداری را تشکیل می‌دهند، مانند مسئولین بهداشت، مقامات محلی و مدارس، سطح کنترل به‌خصوصی ندارند. اصولاً، حد نظارت بر چنین نهادهایی توسط قانون اختیاردهنده تعیین می‌شود و این حد الزاماً در انواع نهادهای اداری مختلف درون دولت، چه آن دولت متمرکز انگاشته شود یا پراکنده، متفاوت خواهد بود.

این حقیقت دارد که، در سیستم بریتانیا، پارلمان می‌تواند رسماً مسئول تمام تصمیم‌های کل بوروکراسی باشد، که بدان معنا نیست که پارلمان واقعاً بر تصمیم‌های اداری کنترل بالفعل دارد، و حتی به‌طور نظری فکر نمی‌کند که باید چنین کاری بکند. مبنای منطقی تأسیس تعداد زیادی اداره در بریتانیا دقیقاً آن است که تصمیمات نهادهای مربوطه، مانند شورای هنر، شورای تأمین مالی تحصیلات عالی‌های انگلستان و اداره‌ی نیروی هوایی غیرنظامی، حتماً مستقل از دولت اتخاذ شوند. همچنین، این حقیقت که دولت رسماً پاسخگوی کل بوروکراسی در معنای قبلی محسوب می‌شود بدین معنا، به‌طور بالفعل یا قانونی، نیست که هر اداره/هیئت/مقامی نیز برای کاری که انجام داده نباید پاسخگو باشد.

د. ابعاد علی و زمانی این تز

در سراسر کتاب کین این تنش حس می‌شود که تأثیر علی فرق بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده بر نظریه‌های اساسی تشکیل‌دهنده‌ی حقوق اداری تا چه حد است. این مسئله در مبحث بعدی مشهود خواهد بود، اما اکنون می‌توانیم ماهیت آن را طرح کنیم.

کین قصد دارد از بین بد و بدتر یکی را انتخاب کند. او می‌گوید که ساختار در معنای تعریف شده در بالا توضیح مهمی برای تفاوت‌های بین رژیم‌های حقوق اداری است و، از این نظر، تفاوت بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده اساسی است. ماجرایی این کتاب واقعاً همین است. با این حال، قصد او ادعای بیش از اندازه و رد کردن رابطه‌ی علی بین ساختار و نظریه‌ی حقوق اداری حاصله نیست، و در این خصوص که تفاوت‌ها می‌توانند از اولویت‌های هنجاری، ارزش‌های متمایز و نظایر آنها نیز ناشی شوند، احتیاط می‌کند. اگرچه این شیوه‌ی مباحثه قابل فهم است، اما از دو جنبه اشکال دارد.

اولاً، طبق این فرض پیش‌بینی می‌شود که ساختار درواقع رکن اساسی توضیح تفاوت‌های بین رژیم‌های حقوق اداری است، و تفاوت‌های بین ارزش‌های هنجاری و نظایر آن صرفاً ملاحظات مرتبه

دومی هستند که امکان دارد تأثیری بینابین داشته باشند. با این حال، برای این پیش‌بینی هیچ علت قیاسی وجود ندارد. این موضوع با این حقیقت روشن می‌شود که، همان‌طور که در زیر می‌بینید، در نظریه‌ی حقوق اداری تفاوت‌های مشخصی بین سیستم‌های متمرکز و سیستم‌های پراکنده وجود دارد. فرضیه‌ی بنیادی مبنی بر مهم بودن ساختار، و اینکه تفاوت‌ها با استفاده از ملاحظات هنجاری «ثانویه» قابل توضیح هستند، مسلم دانستن سوال موردنظر است.

دوم آنکه، دشواری تصمیم‌گیری در این باره که نظریه‌ی حقوق اداری ربط علی به ساختار دارد یا نه، ناشی از ضدونقیض بودن پنهان چیزی است که مفهوم ساختار بر آن دلالت می‌کند. بنابراین، اگرچه نقطه‌ی اتکای اصلی این بحث فرق بین رژیم‌های متمرکز و پراکنده است، اما بر مبنای تحلیل رژیم‌های کنترلی قرار دارد که گفته می‌شود سه عنصر کنترل آن نهادها، هنجارها و روش‌ها هستند. این به تنش بعدی منجر می‌شود.

چنانچه ساختار در مفهومی گسترده اینگونه تعبیر شود که شامل هر تغییری در هر یک از این سه متغیر است، پس تغییر نظریه‌ی حقوق اداری را همواره می‌توان بر این مبنا توضیح داد که به مرور زمان در یک یا چند متغیر تفاوت‌هایی ایجاد شده است. با این حال، این تفسیر گسترده از ساختار تقلیل‌گرایانه است، زیرا به این معناست که فقط می‌توان گفت که محتوای نظریه‌ی حقوق اداری به مرور زمان تحت تأثیر عوامل نهادی و اجتماعی گسترده‌ی زیادی قرار خواهد گرفت. بررسی مفصل دلایل پیچیده‌ی تغییر نظریه‌ای خاص در طول زمان اهمیت دارد، هرچند کاری نیست که کین همیشه در این اثر انجام می‌دهد. نکته‌ای که مطرح شد، صرفاً آن است که نظریه‌ی تغییر بر مبنای عقاید نظری در حقوق اداری به موجب گسترده‌ی وسیعی از عوامل نهادی و اجتماعی افشاگرانه نیست و امکان پیشگویی آن لزوماً محدود است. همچنین، اگر ساختار را در این مفهوم گسترده تعبیر کنیم، پس معلوم نیست که، برای مثال، چرا سه سیستم متمرکز همان قواعد مبنی بر عقاید نظری را دارند، زیرا امکان دارد که محتوای آنها تحت تأثیر بسیاری از ملاحظات خاص‌تر مربوط به هنجارها، نهادها، روش‌ها و ارزش‌هایی قرار بگیرد که تفاوت‌های حاصله را ایجاد می‌کنند. همین قضیه در مورد سیستم‌های پراکنده صدق می‌کند. به همین ترتیب، معلوم نیست که چرا سیستم‌های متمرکز و

پراکنده لزوماً باید قواعد نظری متفاوتی داشته باشند، زیرا امکان دارد که تأثیر مرکب هنجارها، نهادها و روش‌ها، صرف‌نظر از تفاوت‌های محتوای دقیق آنها، به نتیجه‌گیری یکسانی منجر شود. بنابراین، این حقیقت که یک سیستم به صورت متمرکز و دیگری به صورت پراکنده توصیف می‌شود، ممکن است تأثیر اندکی بر نتیجه‌ی نظری داشته یا هیچ تأثیری نداشته باشد.

اگر ساختار را در مفهوم محدودتری تعبیر کنیم، مشکل معکوس می‌شود. تعبیر محدودتر ساختار اصولاً بر تفاوت بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده تمرکز می‌کند. مشکل این تعبیر آن است که تغییر نظریه را در طول زمان در سیستمی توضیح می‌دهد که متمرکز یا پراکنده باقی می‌ماند. برای مثال، به نظر کین، بریتانیا به مدت سه قرن سیستم متمرکز داشته است. اگر قبول کنیم که چنین سیستمی در مدت مذکور واقعاً متمرکز بوده، با این حال قواعد نظری مربوط به مسائلی مانند اشتباه قانون، اشتباه موضوعی و بررسی صلاحیت در طول زمان به‌طور محسوسی تغییر یافته‌اند. پس، برای توضیحی ساختاری در مورد این تغییر باید به مفهوم گسترده‌تر ساختار و اشکالات پاراگراف قبلی رجوع کرد. توضیح عدم تغییر نظری در سیستم، صرف‌نظر از تغییر محسوس ساختار زیربنایی آن، اشکالات مشابهی دارد. بنابراین، اگرچه می‌توان بریتانیا را به صورت سیستمی متمرکز توصیف کرد، اما ماهیت آن پس از سال ۱۹۷۳، با عضویت بریتانیا در اتحادیه‌ی اروپا، به‌طور محسوسی تغییر کرد که این تغییر بر مرجع نظارتی دولت بریتانیا و مجموعه قوانینی که شامل حقوق اداری می‌شوند تأثیر گذاشت. با آنکه در نظریه‌ی حقوق اداری در این مدت تغییراتی ایجاد شد، اما این تغییرات با در نظر گرفتن همه موارد نسبتاً ناچیز بودند.

ه. ابعاد مقایسه‌ای و زمانی تز

عنوان کتاب پیتز کین با توجه به مقایسه‌ی تاریخی کنترل‌ها بر قدرت اداری انتخاب شده است. با این حال، او اذعان می‌کند که این روش تاریخی بی‌تناسب به کار رفته است. بنابراین، اگرچه تحلیلی

تاریخی از تغییر در سه رژیم حکومتی تحت مطالعه انجام شده، اما به تغییر حقوق اداری در طول زمان بسیار کمتر توجه شده است.^{۱۶} استدلال کین برای این عدم تناسب آن است که رژیم‌های حقوق اداری سابقه‌ی بسیار کمتری دارند تا رژیم‌های حکومتی که در آنها نهادینه شده‌اند. حقوق اداری به رشد در دولت نظارتی مربوط است، که گفته می‌شود در ۱۵۰ سال اخیر اتفاق افتاده است.^{۱۷} بخش اعظم تحلیل نظری کین درحقیقت بر حقوق مدرن تمرکز می‌کند. با این حال، این رویکرد تأسف‌آور و نیز پر از اشکال است.

این حقیقت که تمرکز نظریه تقریباً فقط بر حقوق اداری نوین است، بدین معناست که جنبه‌ای اصلی از تز کین هیچگاه آزموده نمی‌شود. چنانچه قواعد نظری مربوطه به مرور زمان در سیستم تغییر کنند، که مسلماً تغییر کرده‌اند، پس تمرکز مذکور عمدتاً ضرورت پرسش در باره مبنای منطقی این تغییر را منتفی می‌کند، و اینکه می‌توان آن را به روش‌هایی توضیح داد که به‌طور کلی با تز همخوانی دارند. بنابراین، تحقیق تاریخی بخش اصلی باورپذیری و معقول بودن تز کین است، که در زیر حین صحبت در باره کاربرد این تز برای قواعد نظری به‌خصوص خواهیم دید.

قضیه‌ای که برای توجیه عدم تناسب استفاده می‌شود، بدین قرار که حقوق اداری و دولت نظارتی درواقع فقط در ۱۵۰ سال اخیر ظهور یافته‌اند، قابل دفاع نیست. تحقیق راجع به نظارت و حقوق اداری در ایالات متحده قبل از تاریخی انجام شده که کین مشخص کرده است.^{۱۸} این قضیه در مورد بریتانیا حتی غیرقابل قبول‌تر است. حقیقت آن است که بریتانیا از اواسط قرن پانزدهم به بعد دولت بسیار قانون‌مندی بوده است. در ۴۰۰ سال بعدی، هزاران قانون نظارتی تصویب شده، نهادهای اداری

۱- کین (پانویس ۱) ۱۶.

۲- کین (پانویس ۱) ص ۱۶.

۳- جی ماشا، تدوین قانون اساسی اداری، یکصد سال حقوق اداری آمریکا (بیل، ۲۰۱۲)

۴- بنابراین، برای مثال، در سال‌های ۱۶۹۰ تا ۱۷۹۰، ۱۵,۰۰۰ لایحه به پارلمان ارائه شد که ۸۰٪ آنها به صورت قوانین مصوب منتشر شدند. جی اینز، سیاست درجه دوم، مشکلات اجتماعی و سیاست‌های اجتماعی در بریتانیای قرن هجدهم.

صفحات ۲۶-۷.

بسیاری وجود داشته‌اند که مسئولیت‌شان نظارت بر قوانین بوده، و قانون موضوعه‌ای که دادگاه‌ها بر طبق آن پایه‌های اصلی تفکری را خلق کرده‌اند که اکنون حقوق اداری نام گرفته است.

گفتار دوم. کاربرد و نظریه

پیتر کین این نظریه را برای حیطه‌های نظری مختلف به کار می‌برد، و هدفش توضیح تفاوت‌های نظری حقوق اداری از طریق رویکرد ساختاری مطرح شده در بالا است. چیزهای زیادی در این کتاب هست که جالب‌اند. به دلیل کمبود جا، اظهار نظر در باره همه‌ی حیطه‌هایی که تز کین برای‌شان به کار رفته غیرممکن است. بنابراین، تحلیل بعدی به چهار مثال این چینی محدود خواهد بود.^۱

الف. قانون‌گذاری و نظارت

ابتدا، قانون‌گذاری و نظارت را بررسی می‌کنیم. تز کین در این زمینه ما را راهنمایی می‌کند. او قانون مورد اجرای دولت را به روشنی توضیح می‌دهد و شالوده‌های هنجاری را ماهرانه آشکار می‌کند.

مؤلفه‌های اصلی رژیم حقوقی برای کنترل قانون‌گذاری در انگلیس عبارتند از اعلان عمومی و رایزنی پیش از قانون‌گذاری؛ بررسی دقیق توسط پارلمان؛ انتشار؛ و نظارت قضایی. اما، هیچ ماده قانون کلی وجود ندارد که رایزنی پیش از قانون‌گذاری را الزامی کند. اگرچه حقوق عرفی بر کنترل‌های قانونی در مورد قضاوت اصرار می‌کند، اما تمایز دقیقی بین تصمیم‌گیری اختصاصی و قانون‌گذاری قائل می‌شود. بنابراین، هیچ قاعده‌ای در حقوق عرفی نیست که رایزنی را حین تدوین حقوق اداری

۱- پی. کریگ، بریتانیا، اتحادیه اروپا و حقوق اداری جهانی، مبانی و چالش‌ها، فصل ۱.

لازم بدانند؛ مفاهیم عدالت طبیعت شامل تدوین حقوق اداری نمی‌شوند و اگرچه امکان دارد که در موارد تغییر قواعدی که گفته می‌شود ناقض انتظارات مشروع هستند مداخله‌ای قضایی صورت گیرد، اما این مداخله محدود است. رژیم کنترل در استرالیا به همین صورت است، تا جایی که این رژیم نیز بر انواع کنترل موجود در سیستم انگلیس مبتنی است، گرچه مسلماً روش‌های اعمال آنها با هم فرق دارند.

سازوکارهای اصلی کنترل در ایالات متحده متفاوت هستند. احکام باید منتشر شوند. قوه‌ی قضاییه، رئیس‌جمهور و کنگره تحت کنترل هستند. قانون روند اداری مصوب ۱۹۴۶ بخش اصلی نظارت بر قانون‌گذاری در ایالات متحده است، که تعهداتی در مورد روند افتراقی قانون‌گذاری رسمی و غیررسمی به پشتوانه‌ی نظارت قضایی تعیین می‌کند.

کین درست می‌گوید که نظارت قضایی بر تدوین حقوق اداری در سیستم ایالات متحده به مراتب بیشتر است تا در سیستم انگلیس یا استرالیا. دلیل این امر تا حدودی آن است که کنگره‌ی ایالات متحده، برخلاف پارلمان‌های انگلیس و استرالیا، حق ندارد در باره‌ی عدم تصویب مقررات اداری تصمیم بگیرد. همان‌طور که کین می‌گوید، در سیستم ایالات متحده، نظارت «بیرونی» بر قانون‌گذاری بسیار بیشتر است تا در انگلیس یا استرالیا. تحلیل کین خردمندانه و رویکرد ساختاری او بسیار مؤثر است، که به شناخت رویکردهای مختلف به قانون‌گذاری و بی‌توجهی به آنها در این سه سیستم کمک می‌کند.

ب. نظارت بر اشتباه قانون

نظارت بر اشتباه قانون بخش اصلی نظریه‌ی حقوق اداری و، بنابراین، بستر مناسبی برای آزمودن تز کین است. کین رژیم‌های انگلیس و ایالات متحده را با هم مقایسه می‌کند؛ اولی رژیم‌ی است که در آن همواره دادگاه‌ها در مورد اشتباه قانون قضاوت می‌کنند، برخلاف سیستم ایالات متحده که دادگاه‌های آن باید از طریق گستره‌ای از نظریه‌های قضایی از دولت اطاعت کنند. گفته می‌شود که مبنای منطقی این تفاوت ساختاری است، بحثی که در زیر به آن می‌پردازیم.

گفته می‌شود که انگلیس دارای «نظام قضایی وابسته» است، که در آن دادگاه‌ها عاملانی در حاشیه‌ی سیستم حکومت بوده‌اند.^۱ عملکرد اصلی آنها صرفاً اجرا و تفسیر قوانین مصوب بوده، و از زمان انقلاب شکوهمند^۲ به حاشیه رانده شده‌اند. اگرچه دادگاه‌های انگلیس عاملان اجرای قانون اساسی در عصر مدرن بوده‌اند، با این حال وظیفه‌ی آنها نظارت بیرونی بر دولت بوده است. بنابراین، این گفته که «تفسیر وظیفه‌ی مشخصاً قانونی است که دادگاه‌ها آن را به مثابه وزنه‌ی تعادل قدرت سیاسی دولت برای خود حفظ می‌کنند».^۴

برعکس، گفته می‌شود که ایالات متحده دارای «نظام قضایی هماهنگ» است، که بر مبنای تلفیقی از اندیشه‌های زیر قرار دارد. حاکمیت بین مردم مستقر است؛ هر یک از سه شاخه‌ی حکومت نماینده‌ی مردم با منبع حاکمیت مستقلی است؛ و آزادی از طریق ایجاد روابط رقابتی بین این شاخه‌ها، که آنها را وادار به همکاری با یکدیگر می‌کند، به بهترین نحو پشتیبانی می‌شود.^۵ در سیستمی منطبق با قانون اساسی که قدرت تقسیم شده است، مانند سیستم ایالات متحده، که در آن یکی از وظایف دادگاه‌ها برقراری موازنه بین سازمان‌های مختلف دولت است، «تعجبی ندارد که اختیار تفسیر بین دادگاه‌ها و مدیران تقسیم می‌شود».^۶

۱- کین (پانویس ۱) ۲۲۰.

۲- کین (پانویس ۱) ص ۲۲۰

۳- کین (پانویس ۱) ص ۲۲۵.

۴- کین (پانویس ۱) ص ۲۳۰.

۵- کین (پانویس ۱) ص ۲۲۴.

۶- کین (پانویس ۱) ص ۲۳۰.

کین، با ارائه‌ی تز جالبی تفاوت‌های مربوط به بررسی امور حکمی را توضیح می‌دهد. با این حال، این توضیح ساختاری برای رویکردهای مختلف به اشتباه قانون، و توصیف دادگاه‌ها به صورت، به ترتیب، وابسته و هماهنگ، خالی از اشکال نیست.

اولاً، توصیف دادگاه‌های بریتانیا به صورت وابسته و حاشیه‌ای از زمان انقلاب شکوهمند، بی‌هیچ اغراقی بسیار قابل اعتراض است. آنها از نظارت قانون اساسی برای ابطال قوانین مصوب اولیه استفاده نکردند، بلکه سیستمی ابداع کردند که شاید یکی از قدیمی‌ترین سیستم‌های حقوق اداری در دنیای امروز از طریق ابتکار حقوق عرفی بر مبنای حاکمیت قانون باشد.^۱ در این سیستم حکومت، آنها در حاشیه قرار نداشتند. برعکس، در وادار کردن قدرت اداری به پاسخگویی نقش داشتند، خصوصاً با توجه به تغییرات ناگهانی روش‌های سیاسی و بوروکراتیک پاسخگویی.

دوم آنکه، توصیف نظریه‌ی بریتانیا به صورت جایگزین همیشگی قضاوت در موضوعات قانون توسط دادگاه‌ها، که علت آن به زعم کین منطق رژیم‌های متمرکز است، شامل قانون مورد اجرای دولت نمی‌شود اگر از منظری تاریخی نگریسته شود. بررسی سیستماتیک اشتباه قانون، از بخش آخر قرن شانزدهم انجام می‌شده است. معیار قبل از سال ۱۹۶۹ آن بود که دادگاه‌ها در مورد اشتباه‌های قانون در خصوص صلاحیت قضایی قضاوت می‌کردند، اما اشتباه‌های نامرتب با صلاحیت قضایی را کنترل نمی‌کردند، مگر آنکه این اشتباه‌ها بر مبنای سوابق معلوم می‌شدند. معیار مذکور شامل این فرض هنجاری است که دادگاه‌ها بر دولت نظارت می‌کردند، اما نمی‌خواستند در مورد همه‌ی موضوعات قانون قضاوت کنند، زیرا تصور می‌کردند که بعضی از این موضوعات به‌حق به حکومت واگذار شده بودند. این تمایز مرتبط/نامرتب با صلاحیت قضایی وسیله‌ی انجام این کار قرار گرفت. این تمایز مبهم بود، زیرا توجیه منطقی تصمیم‌های افراد یا پیش‌بینی نتایج از قبل دشوار بود. با وجود این، دادگاه‌ها تلاش می‌کردند همان کاری را بکنند که شرکت شورون کرد.^۳ آنها به دولت آزادی

۱- کریگ (پانویس ۲۶)؛ اس. سدلی، شیرهای تحت حاکمیت، مقالاتی در باره تاریخ حقوق عمومی انگلیس.

۲- پرونده شرکت آنیسمینیک و کمیسون گرامت خارجی (۱۹۶۹).

۳- شورون ایالات متحده در مقابل ان‌آردی سی ۴۶۷ ایالات متحده ۸۳۷ (۱۹۸۴).

عمل، البته از طریق مسیر نظری متفاوتی، دادند. همچنین، معیار بریتانیا نه تنها به دولت آزادی عمل برای تفسیر، بلکه آزادی تفسیر داد، زیرا اشتباه‌های قانون در خصوص صلاحیت قضایی از نظارت در امان بودند، مگر آنکه این اشتباه‌ها از سوابق معلوم می‌شدند. واقعیت آن است که بریتانیا فقط چیزی نزدیک به معیاری عمومی برای قضاوت مابین سال‌های ۱۹۶۹ و ۲۰۱۱ داشت.^۱

سوم آنکه، نباید در مورد میزان تفاوت موجود بین سیستم‌ها اغراق کرد. دادگاه عالی بریتانیا، در پرونده‌ی کارت و جونز، حکم کرد که آزادی عمل برای تفسیر موضوعات حقوقی باید مطابق دیوان‌های داوری باشد، که از نظر کمی اهمیت دارد، زیرا آنها با اکثر داوری‌های اداری سروکار دارند. همچنین، قانون ایالات متحده در این باره که باید به موضوعات حقوقی تمکین کرد ابهام بیشتری دارد تا آنچه که از تحلیل کین مشهود است. موارد بسیاری در پرونده شورون مرحله یک تصمیم‌گیری شدند، که به موجب آن دادگاه‌ها، وقتی کنگره به معنای کلمه موردنظر اشاره کرد، به جای دولت قضاوت کردند.^۲ به علاوه، دادگاه‌ها شورون مرحله صفر را ساخته‌اند؛ مانعی که دولت باید رفع کند، قبل از آنکه دادگاه‌ها حتی به کاربرد معیار دوبخشی شورون فکر کنند.^۳ دادگاه عالی حکم کرد که تصمیمات سازمانی فقط در صورتی واجد شرایط تمکین شورون هستند که کنگره تدوین قوانین را به آن سازمان محول کرده باشد، که می‌توان آن را با اختیار مداخله در قضاوت رسمی، یا اخطار و اظهار نظر در باره قانون‌گذاری، یا با نشانه‌ی دیگری از قصد کنگره نشان داد.

۱- دوره بین آنیسمینیک (پانویس ۳۴) و آر (کارت) در مقابل دیوان عالی داوری (۲۰۱۱).

۲- کارت (پانویس ۳۶).

۳- آر (جونز) در مقابل دیوان عالی (۲۰۱۳).

۴- آثار بسیار زیادی در باره نظریه شورون تألیف شده است. برای مطالعه برخی از موارد اصلی، ببینید پ. کریگ، «نظارت قضایی موضوعات حقوقی: دیدگاهی تطبیقی» در پرونده رز-آکرمین و پ لیندست، حقوق اداری تطبیقی (ویراست دوم، ادوارد الگار ۲۰۱۷).

۵- پرونده ایالات متحده در مقابل شرکت مید ۵۳۳ ایالات متحده ۲۱۸ (۲۰۰۱).

چهارم، استدلال کین به این کنایه منجر می‌شود که «نظام قضایی وابسته»ی بریتانیا، در مقایسه با «نظام قضایی هماهنگ» ایالات متحده، کنترل بیشتری بر دولت در خصوص موضوعات حقوقی دارد. کین این را تشخیص داده و چنین پاسخ می‌دهد که با استقرار دادگاه‌ها در سیستم حکومتی بزرگتری که همه سازمان‌های آن دارای اختیارات دولتی هستند و با هم تعامل می‌کنند، این کنایه را رفع کرد: «به عبارت دیگر، این جنبه از رژیم‌های کنترل را می‌توان به بهترین وجه با توجه به سیستم‌های حکومتی فهمید که این رژیم‌ها سیستم فرعی‌شان هستند.^۱ با این حال، کنایه‌ی مذکور، یا مجموعه لغات مورد استفاده برای توصیف نظام‌های قضایی و نقش آنها در سیستم‌های مربوطه توضیح داده نمی‌شود، خصوصاً با توجه به نفوذ دادگاه‌های بریتانیا مابین قرن‌های هفدهم و بیستم.

اشکال آخر توضیح ساختاری برای تفاوت‌های نظریه در بررسی اشتباه قانون آن است که به سهولت به تجربه‌ای دیگر مربوط نمی‌شود. بنابراین، طبق تحلیل کین، اتحادیه‌ی اروپا سیستمی پراکنده قلمداد می‌شود، حتی اگر دیوان دادگستری اتحادیه‌ی اروپا همواره در مورد هر موضوعی قضاوت کند که از موضوعات حقوقی شمرده می‌شود؛ رژیم کانادا در سطح فدرال دارای رژیم پارلمانی است که شباهت‌هایی با بریتانیا دارد، اما، صرف‌نظر از این امر که رژیمی متمرکز محسوب می‌شود، در مورد همه‌ی موضوعات حقوقی قضاوت نمی‌کند و مایل است به دولت در تفسیر مسائل حقوقی آزادی عمل بدهد.^۲

ج. بررسی حقیقت و اختیار قضایی

اگر بررسی موضوعات حقوقی بخش اصلی حقوق اداری است، پس این در مورد بررسی حقیقت و اختیار قضایی نیز صدق می‌کند. کین قصد دارد تفاوت‌های رویکرد دادگاه‌های ایالات متحده و بریتانیا

۱- کین (پانویس ۱) ۲۳۰-۱.

۲- برای مثال، ببینید پرونده پوشپانانان در مقابل کانادا (وزیر امور شهروندی و مهاجرت) [۱۹۹۸]؛ پرونده دانسمیور در مقابل نیو برانزویک (۲۰۰۸)؛ دی مولان، «پرونده دانسمیور در مقابل نیو برانزویک، معیار نظارت و عدالت آیینی: بیابید دوباره تلاش کنیم» (۲۰۰۸) نشریه حقوق اداری کانادا ص ۱۱۷؛ پ دالی، «تقلا برای دفاع در کانادا» در ام الیوت و اچ ویلبرگ، حدود و میزان نظارت ماهوی (انتشارات هارت ۲۰۱۵) فصل ۱۲.

را با توجه به تفاوت رژیم‌های متمرکز و پراکنده توضیح دهد. تز اصلی آن است که دادگاه‌های ایالات متحده، در مقایسه با هم‌تایان انگلیسی خود، تصمیمات احتیاطی را از لحاظ معقول بودن با وسواس بسیار بیشتری بررسی می‌کنند. این موضوع با تأکید بیشتری بر سوابق، ارائه‌ی دلیل و بررسی عقلانیت دقیق‌تری در مقایسه با بریتانیا نشان داده می‌شود و با توجه به تفاوت سیستم‌های متمرکز و پراکنده قابل توضیح است.

توضیح ساختاری کین به شرح زیر است. بوروکراسی ایالات متحده چهارمین شاخه‌ی شبه‌مستقل دولت است که با هر سه شاخه‌ی دیگر در قدرت سهیم است. در سیستم انگلیس، رابطه‌ی بوروکراسی با قوه‌ی مجریه (و بنابراین با پارلمان و دادگاه‌ها) کاملاً فرق دارد. بوروکراسی ایالات متحده دو یا سه «ارباب» دارد، اما بوروکراسی انگلیس فقط یکی دارد که همان قوه‌ی مجریه است. بوروکراسی ایالات متحده مشترکاً توسط رئیس‌جمهور، کنگره و دادگاه‌ها کنترل می‌شود، اما در انگلیس این قوه‌ی مجریه است که کمابیش کنترل کامل بر خدمات دولتی دارد. بوروکراسی ایالات متحده معمولاً به عنوان ارائه‌کننده‌ی تخصص‌های علمی و فنی، اما بوروکراسی انگلیس به عنوان خادم وفادار رهبر سیاسی شناخته شده است. ادارات ایالات متحده سیاست‌گذاران شبه‌مستقل هستند. بوروکرات‌های انگلیسی، که در سیاست‌گذاری مداخله می‌کنند، وابسته و تابع اربابان سیاسی خود هستند. چنانچه بوروکرات‌های انگلیس تخصص ارائه کنند، این کار را برای کمک به دستور کار سیاسی دولت انجام می‌دهند نه، مانند هم‌تایان آمریکایی خود، برای تبعیت از دستور کار «اداری» مشخصی.

گفته می‌شود که این تفاوت‌های ساختاری بین سیستم‌های ایالات متحده و انگلیس توضیح می‌دهند که چرا عقلانیت، و بنابراین ارائه‌ی دلیل و سوابق، نقش کم‌اهمیت‌تری در قانون نظارت قضایی دارند تا در همتای آمریکایی خود. از این رو، کین می‌گوید که در ایالات متحده، عقلانیت

هدف- وسیله جوهره‌ی اصلی تخصص علمی و تکنوکرات است، به‌طوری که «عقلانیت ارزش اصلی و موردحمایت قضایی است و سوابق سازوکار ترویج این ارزش هستند.^۱ برعکس، در انگلیس، ارائه‌ی دلیل قضایی رسم کم‌اهمیتی است، پس گفته می‌شود که تعجبی ندارد اگر دادگاه‌های انگلیس در تعیین تعهدات ارائه‌ی دلیل برای قوه‌ی مجریه و بوروکراسی کندتر عمل کرده باشند.^۲ گفته می‌شود که از تصور ایالات متحده در مورد تکنوکرات و شبه‌مستقل بودن قدرت بوروکراسی می‌توان دریافت که چرا دادگاه‌ها حاضر شده‌اند تا به دلایل و نتیجه‌گیری‌های خود به دقت فکر کنند. و برعکس، چرا دادگاه‌های انگلیس رویکرد محتاطانه‌تری به حقیقت‌یابی و سیاست‌گذاری اداری دارند زیرا بوروکرات‌ها «خادمان داخلی سیاستمداران و برنامه‌های آنان شناخته می‌شوند، نه برنامه‌ریزان شبه‌مستقل و تکنوکراتی که در محیطی باز، مشارکتی و کثرت‌گرا عمل می‌کنند.^۳

این سه سیستم تحت مطالعه‌ی کین بدون شک تفاوت‌هایی در حکومت‌داری دارند، و تحلیل کین برای سهولت شناخت این موضوع ارزشمند است. اینکه این تفاوت‌ها تا چه حد به توضیح تفاوت‌های نظارت قضایی کمک می‌کنند و تا چه حد می‌توان آنها را با توجه به فرق بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده توضیح داد، به دلایل زیر قابل اعتراض هستند.

اولاً، تعریف رژیم‌های اداری مربوطه بیش از حد سرراست است. بوروکراسی بریتانیا اینگونه تصور می‌شود که سیاست‌های تعیین شده توسط دولت را وفادارانه اجرا می‌کند، با حیطه‌ی محدود برای انتخاب سیاست تکنوکرات از نوعی که در ایالات متحده است؛ همچنین، رژیمی عمودی تصور می‌شود که در آن وزیر دولت مسئول دولت اداری است و نیز آن را کنترل می‌کند. واقعیت پیچیده‌تر و ظریف‌تر است. که دلایل آن انتخاب قانون‌گذاری، سازمان اداری و تقسیم صلاحیت هستند.

قانون‌گذار در باره آزادی عمل اعطا شده به دولت در هر نظام سیاسی تصمیم خواهد گرفت. این تصمیم با روشی نشان داده می‌شود که طی آن که قانون اختیاردهنده تدوین و حدود اختیارات به

۱- کین (پانویس ۱) ص ۲۶۳.

۲- کین (پانویس ۱) ص ۲۶۶.

۳- کین (پانویس ۱) ص ۲۶۸.

دولت واگذار می‌شود. اینکه چرا چنین روشی باید در سیستم‌های متمرکز و پراکنده متفاوت باشد دلیل غیرمستقیمی ندارد، و شواهد تجربی موجود نیست که نشان دهند تفاوت‌های سیستمیکی در این زمینه بین این سه سیستم وجود دارد.

واقعیت سازمان اداری بریتانیا به توصیف فرضیات کین کمک می‌کند. تحول مراحل بعدی دهه‌ی ۱۹۸۰ بر مبنای تفاوت بین سیاست و اجرا صورت گرفت، که برای اجرا سازمان‌های اجرایی تأسیس شدند. با این حال، نتیجه‌ی کار تحکیم مفاهیم سنتی پاسخگویی اداری نبود. علت تا حدی آن بود که مرز بین سیاست و اجرا ظریف است؛ همچنین تا حدی به این دلیل که، طبق گفته‌ی دروری و بوچر، الگوهای سنتی مسئولیت اداری «مربوط به سازمان‌هایی که از مدیران‌شان انتظار می‌رود ابتکار عمل مدیریتی را دور از کنترل اداری به دست گیرند» چندان معقول نیستند.^۱ همچنین، بریتانیا ادارات مرکزی با تخصص فنی و عملی دارد و برای تعیین سیاست‌ها در محدوده‌ی تعیین شده از اختیارات قانونی فراوانی استفاده می‌کنند.^۲ این تصور که دولت بریتانیا تحت نظارت اداری عمودی قرار دارد وقتی ضعیف‌تر می‌شود که تعداد کثیری از نهادهای اداری رسیدگی‌کننده به مسائلی مانند سلامت و تحصیلات را در نظر بگیریم که حدود اختیارات آنها می‌تواند محلی یا منطقه‌ای باشد.

تقسیم صلاحیت نیز نشان می‌دهد که چرا تصویر کین از دولت بریتانیا تا حد زیادی قابل توجیه است. عضویت بریتانیا در اتحادیه‌ی اروپا بدان معنا بود که قدرت نظارت زیادی به بروکسل منتقل شد، که پیامدهای مهمی برای دولت ملی داشت. اگرچه بریتانیا همچنان عضو اتحادیه‌ی اروپا است، اما واقعیت حقوقی و سیاسی آن است که دولت بریتانیا دو «رباب» دارد، نه یکی. ادارات بریتانیا معمولاً مسئولیت‌هایی دارند که مستقیماً از قانون اتحادیه‌ی اروپا ناشی می‌شوند، و اغلب از آنها

۱- جی دروری و تی بوچر، خدمات اجتماعی امروز (ویراست دوم، انتشارات بلک‌ول ۱۹۹۱) ص ۲۲۸.

۲- پ کریگ، حقوق اداری (ویراست هشتم، انتشارات سویت اند مکسول ۲۰۱۶) فصل ۴.

خواسته می‌شود که انتخاب‌های مهم تکنوکرات و سیاست را طبق دستورالعمل‌ها یا مقررات اتحادیه‌ی اروپا صورت دهند.

دوم آنکه، توضیح ساختاری باید با چارچوب ساختاری مطابقت داشته باشد که بر آن مبتنی است. خصوصیات ساختاری قانون ایالات متحده، که کین با توجه به رابطه‌ی بین قانون اساسی و بوروکراسی توصیف می‌کند، بیش از ۱۰۰ سال و تا قبل از بررسی دقیق سیاست که دادگاه عالی در سال ۱۹۸۴ در پرونده استیت فارم مجاز کرد وجود داشته است.^۱ تا قبل از آن زمان، دادگاه‌ها معیار عمل خودسرانه و نامعقول را با دقت زیاد تفسیر می‌کردند، که باعث شد شاپیرو آن را به صورت معیار عقلانیت توصیف کند، زیرا مدعی باید نشان می‌داد که دولت در مورد شانس برنده شدن بسیار اغراق‌آمیز عمل کرده است. آقدرت بعضی از ادارات در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ میلادی افزایش یافت، که باعث شد دادگاه‌ها به نظارت‌های شدیدتری مبادرت کنند. با این حال، بدون رسیدن به معنای تقلیل‌گرایانه‌ی واژه‌ی «ساختاری» که در بالا ذکر شد، به سختی می‌توان این را توضیحی ساختاری قلمداد کرد. این توضیح فقط می‌گوید که دادگاه‌ها به چیزی واکنش نشان دادند که گمان می‌کردند تغییر قدرت دولت باشد. این تصور از جنبه‌های مختلف در همه‌ی سیستم‌ها درست است، و مسلماً به تغییرات قدرت ادارات در سیستم‌های پراکنده محدود نمی‌شود.

سوم آنکه، این بحث، چنانچه از منظر مقایسه‌ای تاریخی نگریسته شود، نیز مبهم است. کین سوال می‌کند که چرا کنترل بر حقیقت و اختیار قضایی در انگلیس کمتر از ایالات متحده است، و فرق بین رژیم‌های متمرکز و پراکنده را مبنای این توضیح قرار می‌دهد. واقعیت آن است که دادگاه‌های انگلیس، در مقایسه با هم‌تایان آمریکایی خود، از قرن هفدهم تا اوایل قرن بیستم کنترل شدیدتری بر صلاحیت اعمال می‌کردند. دادگاه‌های انگلیس بر مبنای هدف و ربط مداخله می‌کردند، نظارت بر عقلانیت را در رویه‌ی قضایی کنونی در سطح وسیع‌تری تفسیر می‌کردند و همچنین بر تناسب

۱- انجمن تولیدکنندگان وسایل نقلیه موتوری در مقابل بیمه اتومبیل استیت فارم ۴۳۶ ایالات متحده ۲۹ (۱۹۸۳).

۲- ام. شاپیرو، «تدوین حقوق اداری: ایالات متحده و اتحادیه» (۱۹۹۶).

نظارت داشتند.^۱ برعکس، دادگاه‌های ایالات متحده در بیشتر سال‌های قرن نوزدهم کنترل اندکی بر اختیار قضایی داشتند.^۲ از کین صراحتاً بر این فرض قرار دارد که انگلیس سیستمی متمرکز و ایالات متحده سیستمی پراکنده بود و، با استفاده از نتیجه‌گیری‌های حاصل از این فرض، تفاوت‌های کنونی نظارت قضایی را در این زمینه توضیح می‌دهد. با این حال، چنانچه تفاوت بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده قابل توضیح باشد، پس باید بتواند داده‌هایی را توضیح دهد که به جهت مستقیماً مخالفی اشاره می‌کنند، و این کار را بدون این نتیجه‌گیری تقلیل‌گرا انجام دهد که نظارت قضایی تحت تأثیر بسیاری از عامل‌ها و ارزش‌های اجتماعی قرار دارد.

چهارم آنکه، ما، همانند نظارت بر اشتباه قانون، ب-اید حین بررسی سیستم‌های مختلف در مورد میزان اختلاف در قانون مورد اجرای دولت احتیاط کنیم. در این نوشتار مجال بررسی مفصل نیست، و فقط به ذکر موارد زیر اکتفا می‌کنیم. سوابق معمولاً فقط در ایالات متحده گردآوری می‌شوند، که در آن قضاوت یا قانون‌گذاری به‌طور رسمی صورت می‌گیرد، و واقعیت آن است که آن چیزی متداول‌تر است که عملکرد رسمی ادارات نامیده می‌شود. هنگام بررسی معیارهای قانونی نظارت نیز باید احتیاط کنیم. معیار نظارت دقیق در پرونده استیت فارم نه تنها شامل نظارت بر عقلانیت و پدنزبری به تلقی دادگاه‌های انگلیس، بلکه شامل نظارت بر هدف و ربط است. بنابراین، مقایسه‌ی واقعی با جنبه‌های مختلف نظارتی انجام می‌شود که شامل استیت فارم و کلیت نظارت بر هدف، ربط و عقلانیت در انگلیس است، با توجه به این امر که دادگاه‌ها در مورد مسائل هدف و ربط قضاوت می‌کنند. اگر از این دیدگاه بنگریم، فاصله‌ی بین معیارهای قانونی تا حد زیادی از بین می‌رود. خصوصاً با این فرض که، حتی در دوران پس از استیت فارم، معیاری برای خودسرانه و نامعقول بودن وجود دارد که کمتر

۱- پ کریگ، «تناسب و نظارت قضایی: دیدگاه تاریخی بریتانیا» در پرونده اس و گنار و اس ویتربل، اصول کلی قانون، دیدگاه‌های اروپایی و تطبیقی (انتشارات هارت ۲۰۱۷) فصل ۹.

۲- ماشا (پانویس ۲۵) صفحات ۲۱-۲۱۰، ۵۰-۲۴۵.

مداخله‌گرا است، که مثال آن شرکت گاز بالتیمور^۱ است و برخی صاحب‌نظران گفته‌اند که این درواقع رویکرد قضایی غالب است.^۲

در آخر، بحث علمی در ایالات متحده راجع به اینکه معیار کنترل اختیارات چیست و چه باید باشد، شباهت بسیاری به چنین بحثی در انگلیس و استرالیا دارد. این بحث راجع به میزان مداخله‌ی دادگاه‌ها در تصمیمات اختیاری اتخاذ شده توسط ادارات ایالات متحده، با توجه به ماهیت سیاست/سیاسی این تصمیمات و تخصص قضایی محدود دادگاه‌ها است. این موضوعات همواره مورد بحث و جدل هستند. نکته‌ی بارز برای اهداف حاضر آن است که طرفداران این بحث عقیده ندارند که نظارت دقیق در پرونده استیت فارم از خصوصیات ساختاری بیان شده توسط کین نشأت می‌گیرد، بلکه آنها تفکیک قوا را مسئله‌ای می‌دانند که کین از آن به عنوان بخش اصلی مباحثه‌ی آکادمیک راجع به شدت نظارت بر اختیارات اجتناب می‌کند.^۳

د. مسئولیت خطاهای مدنی

احتمال اقامه‌ی دعاوی خسارت علیه دولت از جنبه‌های مهم حقوق اداری است، به این دلیل که اعمال غیرقانونی دولت می‌توانند به مردم زیان وارد کنند. بنابراین، جبران خسارت پولی از روش‌های تکمیلی مؤاخذه کردن دولت، همراه با نظارت قضایی و فساد است. معیارهایی که نظام‌های حقوقی حین تدوین مقررات مربوط به مسئولیت خطاهای مدنی دولت استفاده می‌کنند، بسیار متفاوت هستند و، در نتیجه، تفاوت فرضیات هنجاری را در خصوص شرایط تعیین چنین مسئولیتی نشان می‌دهند.

۱- پرونده شرکت گاز بالتیمور و ان‌آر‌دی‌سی ۴۶۲ ایالات متحده ۸۷ (۱۹۸۳).

۲- جی گیرسن و وی ورمول، «نظارت بر عقلانیت» (۲۰۱۶).

۳- کین (پانویس ۱) صفحات ۵-۶.

کین بر رویکرد متفاوت به مصونیت دولت در ایالات متحده، انگلیس و استرالیا تمرکز می‌کند و قصد دارد این رویکرد را با استفاده از تفاوت رژیم‌های متمرکز با رژیم‌های پراکنده توضیح دهد. این مبحثی پیچیده و چندجانبه است، و از این رو فقط می‌توانیم خلاصه ساده‌ای از آن را در این نوشتار ذکر کنیم. کین ابتدا بین الگوهای خصوصی و عمومی مسئولیت خطاهای مدنی تمایز ایجاد می‌کند. اولی بر مبنای این فرض قرار دارد که قواعد حقوق خصوصی معمولاً شامل دعاوی علیه دولت می‌شوند؛ دومی بر مبنای قواعد مشخصی قرار دارد که در این دو موقعیت قابل اجرا هستند. کین اذعان می‌کند که ممکن است نسخه‌های ترکیبی از این دو الگو وجود داشته باشند، و این عبارت را بدین صورت در سراسر تحلیل خود به کار می‌برد. او می‌گوید که ایالات متحده الگوی حقوق عمومی است و انگلیس و استرالیا را باید الگوهای حقوق خصوصی محسوب کرد، و این تفاوت با توجه به فرق بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده قابل توضیح است.^۲

بدین منظور، او تحول پیچیده‌ی قاعده‌ی مصونیت دولت را در سه سیستم تحت مطالعه دنبال و تفاوت‌های حاصله را اینگونه بیان می‌کند: در ایالات متحده، نقطه‌ی آغاز مصونیت دولت است، به‌طوری که نمی‌توان از ایالات متحده بدون موافقت آن شکایت کرد؛ برعکس، در استرالیا، نقطه‌ی آغاز برخلاف ایالات متحده است، به‌طوری که می‌توان از دولت گویی که شهروندی خصوصی است شکایت کرد، که این کار منوط به اصلاحاتی است که صورت می‌گیرند تا این حقیقت که خواننده شخصیتی حقیقی است لحاظ شود؛ گفته می‌شود که انگلیس، در نتیجه‌ی قانون دادرسی مصوب ۱۹۴۷، در میانه‌ی دو سیستم دیگر قرار می‌گیرد.^۳ کین تصدیق می‌کند که تشخیص دلایل منطقی این وضعیت‌ها سخت است، خصوصاً این تشخیص در مورد ایالات متحده بیش از همیشه دشوار

۱- کین (پانویس ۱) صفحات ۹-۳۶۸.

۲- کین (پانویس ۱) ص ۳۷۰.

۳- کین (پانویس ۱) صفحات ۸۰-۳۷۹.

می‌شود. او فرض می‌کند که ممکن است مجموعه عوامل پیچیده‌ای باشند که به توضیح وضعیت ایالات متحده و وضعیت انگلیس و استرالیا کمک کنند.^۱

کین می‌گوید که رد این عوامل را می‌توان تا رژیم‌های متمرکز و پراکنده دنبال کرد و تفاوت‌های بین این دو رژیم را نشان داد. بنابراین، استدلال می‌کند که «در سیستمی که قوهی مقننه، مجریه و بوروکراسی متمرکز هستند، حمایت از مردم در مقابل افراط و سواستفاده از قدرت مستلزم برقراری موازنه‌ای قدرتمند در نظام قضایی است»، که یکی از مؤلفه‌های مهم آن جوابگویی دولت در مقابل صلاحیت قضایی دادگاه‌ها در دعاوی خسارت است.^۲ در ایالات متحده، که قدرت مردم تقسیم و تسهیم می‌شود، قاعده‌ی مصونیت دولت (شبه) طبق قانون اساسی است تا بتوان بین قوهی مقننه، قوهی مجریه و دادگاه‌ها در تعیین موارد و محدوده‌ی مسئولیت دولت موازنه‌ی خاصی برقرار کرد.^۳

کین تحلیل غنی و ارزشمندی از این سیستم‌ها کرده است. اینکه تفاوت‌های بین این سیستم‌ها را تا چه حد می‌توان به دلیل تمایز بین رژیم‌های متمرکز و پراکنده توضیح داد، به دلایل زیر قابل اعتراض است.

اولاً، طبق تحلیل کین، به‌طور غیریقین می‌توان گفت عوامل فراوانی بر قواعد مربوط به مصونیت دولت در ایالات متحده، انگلیس و استرالیا تأثیر گذاشته‌اند. اینکه کدام عوامل در این مورد غالب بودند، موضوعی مورد حدس و گمان و منازعه است. این همان نکته‌ای است که قبلاً در تحقیق کین راجع به رابطه‌ی بین هنجارها، نهادها و روش‌ها از یکسو، و فرق بین رژیم‌های متمرکز و پراکنده از سوی دیگر گفتیم. واقعیت آن است که ملاحظات بسیاری قواعد مربوط به مصونیت دولت در سیستم‌های تحت مطالعه را شکل داده‌اند، که شامل ارزش‌ها و ایده‌آل‌های هنجاری هستند.

۱- کین (پانویس ۱) صفحات ۹۶-۳۸۰.

۲- کین (پانویس ۱) ص ۳۹۷.

۳- کین (پانویس ۱) ص ۳۹۷.

دوم آنکه، نکته‌ی بارز میزان ارتباط این ملاحظات با فرق بین سیستم‌های متمرکز و پراکنده است. با آنکه سیستم ایالات متحده بی‌تردید پراکنده‌تر از بریتانیا و استرالیا است، معلوم نیست که چرا این امر باید تعیین‌کننده‌ی موارد مصونیت دولت باشد. معلوم نیست که چرا دلیل منطقی کین، که در بالا گفتیم، در باره ضرورت حمایت از مردم مقابل افراط یا سؤاستفاده از قدرت در سیستم‌های متمرکز که نتیجه‌ی آن زیان مالی است، شامل سیستم‌های پراکنده نمی‌شود. سؤاستفاده از قدرت که به چنین ضررهایی منجر می‌شود، به علت پراکنده بودن سیستم از بین نمی‌رود؛ درواقع، ممکن است به دلیل پراکنده بودن سیستم بیشتر شود. همچنین، معلوم نیست که چه راهکارهای اصلاحی دیگری در سیستم‌های پراکنده هستند که بتوان تأثیر ضررهای وارده به مردم را از طریق آنها جبران کرد.

سوم آنکه، در ارزیابی مسئولیت خطاهای مدنی، همان‌طور که کین گفته، باید دید که در چه صورت می‌توان علیه مأمورین دولت، به جای خود دولت، ادعای خسارت کرد. این کار همه‌ی تفاوت‌های بین سیستم‌ها را منتفی نمی‌کند و، همان‌طور که کین به درستی می‌گوید، امکان دارد در برخی موارد نتوان محل مأمور دولتی را که در دعاوی خسارت مدعی علیه است پیدا کرد. این نیز حقیقت دارد که اکثر موارد ضرر مالی ناشی از سؤاستفاده از قدرت هستند، و هر سه سیستم از دعاوی شبه جرم علیه مأمورین حمایت می‌کنند.

چهارم، روش کلی اقامه‌ی اینگونه دعاوی آن است که از علل دعوی شبه جرمی استفاده کنیم که در حقوق خصوصی هستند، و توسط قانون یا از لحاظ قضایی اصلاح شده‌اند تا این حقیقت که مدعی علیه سازمانی دولتی است لحاظ شود. در انگلیس، علل دعوی ورود بدون اجازه، اعاده‌ی تصرف و نظایر آنها همواره از اواسط قرن پانزدهم علیه مأمورین دولت و به منظور جبران خسارات به کار می‌رفته‌اند. با در نظر گرفتن این امر، می‌توان در این خصوص هر سه سیستم را الگوهای خصوصی

مسئولیت خطاهای مدنی قلمداد کرد. وکلای مدنی هیچ‌یک از سیستم‌های تحت مطالعه را به این صورت که بر مبنای الگوهای عمومی مسئولیت شبه‌جرم هستند، دسته‌بندی نمی‌کنند.

نتیجه‌گیری

تشخیص علت و معلول در یک سیستم حقوقی می‌تواند دشوار و قابل اعتراض باشد. این حقیقتی مستدل‌تر در باره‌ی بحث حقوقی تطبیقی است، تا جایی که شخص درصدد بر می‌آید تا مبنای منطقی شباهت و تفاوت سیستم‌های حقوقی را تشخیص دهد. این دشواری‌ها خصوصاً در مورد حقوق اداری تطبیقی مشخص می‌شوند، با توجه به تأثیر نظریه‌ی حاصله بر ساختارهای حکومت و نیز با توجه به بسیاری از موضوعات خاص‌تری که این نظریه شامل‌شان می‌شود.

کتاب پیتر کین شخص را وادار می‌کند تا به رابطه‌ی ساختار سیاسی با نظریه‌ی حقوقی، و درس‌هایی که می‌توان در باره حقوق اداری تطبیقی فرا گرفت، خوب فکر کند. این موضوع مهمی است، خصوصاً به دلیل آنکه «این جنبه از قضیه» در مباحثات علمی نسبتاً نادیده گرفته شده است. او در این زمینه بسیار تحقیق کرده است، که باعث می‌شود بحث‌های بیشتری راجع به تز اصلی و نیز کارهای بیشتری در این زمینه صورت گیرند. از سخنان بالا معلوم است که من با روش‌شناسی و کاربرد آن مشکلاتی دارم. همچنین، شکی نیست که مطالعه‌ی این کتاب، و دانش مندرج در آن، برایم سودمند بوده، همین‌طور برای هر کسی که به حقوق اداری تطبیقی علاقه‌مند است.

صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری

محمدرضا رفیعی^۱

یاسر شمس آبادی^۲

چکیده

هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری در اواسط دهه ۱۳۸۰ (با عنوان کمیسیون‌های تخصصی) بنا به تدابیر مدیریتی ایجاد شدند و در ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری صلاحیت‌های مشخصی برای این هیأت‌ها تعریف شد. به موجب صدر این ماده «اموری که مطابق قانون در صلاحیت هیأت عمومی دیوان است، ابتداءً به هیأت‌های تخصصی ... ارجاع می‌شود». حسب بند ب این ماده «در صورتی که نظر سه چهارم اعضای هیأت تخصصی بر رد شکایت باشد، رأی به رد شکایت صادر می‌کند» و در سایر موارد نسبت به اعلام نظر جهت اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی اقدام می‌شود. اما پرسش مهم این است که آیا صلاحیت‌های تعریف شده برای هیأت‌های تخصصی موجه است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش مستلزم شناخت گزینه‌های متصور و مؤلفه‌های مؤثر بر صلاحیت‌گذاری برای این هیأت‌ها است که هدف این نوشتار است. به لحاظ برخی چالش‌های نظری و نیز عدم دسترسی به داده‌های لازم، ارائه پیشنهاد‌های دقیق دشوار است. با این حال، پیشنهاد‌های این نوشتار چنین است: صدور دستور موقت راجع به دعاوی ابطال مقررات، صدور قرار قطعی و حکم غیرقطعی راجع به تمامی این دعاوی و اعلام نظر مشورتی راجع به موارد صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه. البته تشکیل شعب ویژه به جای هیأت‌های تخصصی، با توجه به چالش‌های ساختاری و کارکردی این هیأت‌ها، مرجح به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها: دعاوی ابطال مقررات، صدور آرای وحدت رویه، قانون دیوان عدالت اداری، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

^۱ mrrafeei@gmail.com

yasershamsabady@gmail.com

^۱ . قاضی دیوان عدالت اداری

^۲ . دانشجو کارشناسی ارشد دادرسی اداری

هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری در اواسط دهه ۱۳۸۰ (با عنوان کمیسیون‌های تخصصی) بنا به تدابیر مدیریتی ایجاد شد. با توجه به فقدان جایگاه قانونی کارکردشان صرفاً مشورتی بود. به موجب بند «ل» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه، مصوب ۱۳۸۹، این هیأت‌ها، جایگاه قانونی به دست آوردند.^۱ با این حال، با توجه به مفاد این بند، همچنان نهاد مشورتی باقی ماند؛ تا اینکه در ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲، (از این پس، قانون دیوان) صلاحیت‌های مشخصی برای این هیأت‌ها تعریف شد.^۲ به موجب صدر این ماده «اموری که مطابق قانون در صلاحیت هیأت عمومی دیوان است، ابتداءً به هیأت‌های تخصصی ... ارجاع می‌شود». حسب بند ب این ماده «در صورتی که نظر سه‌چهارم اعضای هیأت تخصصی بر رد شکایت باشد، رأی به رد شکایت صادر می‌کند» و در سایر موارد نسبت به اعلام نظر جهت اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی اقدام می‌شود. اما پرسش مهم این است که آیا صلاحیت‌های تعریف شده برای هیأت‌های تخصصی موجه است یا خیر؟ پاسخ به این پرسش مستلزم شناخت گزینه‌های متصور و مؤلفه‌های مؤثر بر صلاحیت‌گذاری برای این هیأت‌ها است که هدف این نوشتار است.

آنچه ضرورت پرداختن به این موضوع را دوچندان می‌کند، این است که قانون دیوان در دست اصلاح می‌باشد و ماده ۸۴، همچنانکه در ادامه خواهیم گفت، نیز از جمله موادی است که قرار بر اصلاح آن است.^۳ تاکنون در خصوص موضوع این پژوهش، کار مشخصی انجام نشده است. این نوشتار

۱. در این بند چنین مقرر شده بود: «دیوان عدالت اداری مکلف است از طریق تقویت کمیسیون‌های تخصصی ... و اشراف به موضوعات تخصصی مورد شکایت، افزایش دقت و سرعت رسیدگی به پرونده‌ها و کاهش زمان دادرسی را فراهم نماید». ۲. گفته شده است که «قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ با ایجاد این هیأت‌ها تلاش کرد کیفیت رسیدگی در هیأت عمومی را ارتقا بخشیده و دقت آراء را افزایش دهد». نک: آقای طوق، مسلم و حسن لطفی (۱۳۹۸)، *حقوق اداری (۱)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳. مصوبه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی در خصوص طرح اصلاح قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (از این پس، اصلاحیه مصوب کمیسیون) در دستور کار هفتگی برای بررسی در صحن مجلس قرار دارد. متن آن در این پیوند قابل مشاهده است:

به روش توصیفی و تحلیلی نگارش شده و در دو گفتار سامان یافته است. در گفتار اول، گزینه‌های راجع به صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی تشریح می‌شوند و در گفتار دوم، به مؤلفه‌های مؤثر بر این امر پرداخته می‌شود.^۱

گفتار اول: گزینه‌های راجع به صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های

تخصصی

دو کارکرد اصلی هیأت عمومی و به تبع آن هیأت‌های تخصصی، دعاوی ابطال مقررات و صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه است. صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی در خصوص این مقوله‌ها می‌تواند به صورت‌های مختلفی انجام شود که در ادامه به آن می‌پردازیم. ضمناً در بند سوم، اعطای صلاحیت‌های دیگری به این هیأت‌ها را امکان‌سنجی می‌کنیم.

بند ۱. گزینه‌های راجع به دعاوی ابطال مقررات

به موجب بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان، رسیدگی به دعاوی ابطال مقررات در صلاحیت هیأت عمومی است. این دعاوی، حسب صدر ماده ۸۴ این قانون، ابتدا در هیأت‌های تخصصی طرح می‌شود. نحوه رسیدگی به این دعاوی در بندهای سه‌گانه ماده ۸۴ آمده است. اما پرسش این است که فارغ از آنچه در این ماده آمده است، هیأت‌های تخصصی راجع به مباحث مختلف شکلی و ماهوی این دعاوی، چه صلاحیت‌هایی می‌توانند داشته باشند؟ مطالب این بند پاسخ به این پرسش است.

۱. از آقای دکتر حسینی صدرآبادی به خاطر پیشنهاد موضوع هیأت‌های تخصصی سپاسگزاریم.

۱. مباحث شکلی و دستور موقت

دعای ابطال مباحث شکلی مختلفی دارند. همچنین امکان درخواست دستور موقت راجع به آنها نیز پیش‌بینی شده است. در ادامه به این پرسش می‌پردازیم که چه صلاحیت‌هایی برای هیأت‌های تخصصی راجع به این مباحث می‌توان تجویز کرد؟

الف. قرار رد دفتری

به موجب ماده ۸۱ قانون دیوان، مدیر دفتر هیأت عمومی در خصوص دعای ابطال مقررات، صلاحیت صدور قرار درخواست را دارد که این قرار قطعی است. هیأت‌های تخصصی راجع به این قرارها چه صلاحیتی می‌توانند داشته باشند؟ گزینه‌های متصور در ادامه ذکر می‌شود.

الف/۱. مرجع رسیدگی به اعتراض به آرا

هیأت‌های تخصصی می‌توانند مرجع رسیدگی به اعتراض به آرای باشند که از سوی مدیر دفتر هیأت عمومی صادر می‌شوند. در دفاع از این گزینه می‌توان به ضرورت قابل اعتراض بودن این قرارها و مناسب بودن هیأت‌های تخصصی برای رسیدگی به این اعتراض‌ها اشاره کرد. با این توضیح که قطعیت قرارهای صادر شده از سوی مدیر دفتر شعب، قطعی نبوده و قابل اعتراض در همان شعبه است، ضروری است قرارهای مدیر دفتر هیأت عمومی نیز قابل اعتراض باشد. مرجع اعتراض می‌تواند هیأت تخصصی مربوط باشد؛ یعنی هیأتی که درخواست، در فرض کامل بودن، به آن ارجاع می‌شد. ایرادهایی که این گزینه هم با آن مواجه است قابل مناقشه بودن دو ادعای پیش گفته است. یا توجه به رایگان بودن طرح درخواست و نبود محدودیت زمانی برای آنها، درخواست‌های ابطال مقررات با دادخواست‌های مطرح در شعب، تفاوت دارند و از این رو، قطعیت قرارهای رد دفتری ایرادی ندارد. دوم. با فرض ضرورت غیرقطعی بودن این قرارها، اعتراض به این قرارها از چنان اهمیتی برخوردار نیست که هیأت‌های تخصصی را درگیر رسیدگی به آنها کنیم و گزینه‌های بهتری، از جمله یکی از معاونان رییس دیوان، در دسترس است.

الف/۲. عدم صلاحیت

مشخص است که اگر قطعیت قرارهای رد دفتری موجه باشد و یا با فرض موجه نبودن قطعیت آنها، مرجع مناسب‌تری برای رسیدگی به اعتراض وجود داشته باشد، صلاحیت هیأت‌های تخصصی نسبت به قرارهای رد دفتری منتفی است.

ب. مصادیق مشمول ماده ۸۵ قانون دیوان و غیرقابل طرح در هیأت عمومی

به موجب ماده ۸۵ قانون دیوان «در مواردی که به تشخیص رئیس دیوان، رسیدگی به درخواست ابطال مصوبه موضوعاً منتفی باشد، مانند موارد استرداد درخواست از سوی متقاضی یا وجود رأی قبلی دیوان در مورد مصوبه، رئیس دیوان قرار رد درخواست را صادر می‌کند. این قرار قطعی است». همچنین هیأت عمومی به جهات مختلفی از جمله عدم صلاحیت هیأت عمومی، ابطالی نبودن دعوا، مقرر نبودن متن مصوب و یا آمره نبودن آن، عام‌الشمول نبودن مصوبه و دعاوی مربوط را غیرقابل طرح در این هیأت می‌داند. اما پرسش این است که برای هیأت‌های تخصصی در خصوص این موارد، چه صلاحیت‌هایی متصور است؟ در ادامه گزینه‌های متصور بیان می‌شود.

ب/۱. صدور رأی قطعی

اعطای صلاحیت صدور رأی قطعی به هیأت‌های تخصصی در خصوص موارد مقرر در ماده ۸۵ و نیز موارد غیرقابل طرح در هیأت عمومی، از جمله گزینه‌های قابل توجه است. در دفاع از آن چنین می‌توان گفت مسائل مربوط از چنان اهمیتی برخوردار نیستند که رسیدگی دومرحله‌ای را اقتضا داشته باشند و در این صورت اتخاذ تصمیم توسط هیأت‌های تخصصی، در قالب صدور رأی قطعی، در مقایسه با گزینه‌های دیگر از جمله رییس دیوان، مرجح است. ایراد این گزینه هم می‌تواند این باشد که هیأت‌های تخصصی مرجع مناسبی برای این کار نیستند و یا صدور رأی قطعی موجه نیست.

لازم به ذکر است که صلاحیت صدور رأی قطعی توسط هیأت‌های تخصصی می‌تواند توأمان با تعریف این صلاحیت برای رئیس دیوان یا مرجع دیگری باشد. اصلاحیه مصوب کمیسیون چنین وضعیتی را رقم زده است. در بند ۱ ماده ۸۴ اصلاحی چنین مقرر شده است: هیأت‌های تخصصی «در صورتی که موضوع شکایت را غیر قابل طرح یا خارج از صلاحیت‌های مقرر در ماده (۱۲) این قانون تشخیص دهد، قرار مقتضی صادر می‌نماید.» این در حالی است که به موجب ماده ۸۵ اصلاحی، رئیس دیوان نیز می‌تواند در این موارد قرار صادر کند.^۱

ب/۲. صدور رأی غیرقطعی

با فرض موجه بودن ایراد اخیرالذکر، می‌توان گزینه صدور رأی غیرقطعی را پیش نهاد. در دفاع از این گزینه ضرورت رسیدگی دومرحله‌ای به تمامی دعاوی، به جهت الزامات دادرسی عادلانه، قابل اشاره است. ایراد این گزینه هم می‌تواند این باشد که آرای مربوط از چنان اهمیتی برخوردار نیستند که قطعیت آنها قابل دفاع نباشد؛ به ویژه آنکه از سوی جمع قابل توجهی از قضات صادر شده‌اند. افزون بر این، مرجع رسیدگی به اعتراض کجا باشد؟ به نظر نمی‌رسد به غیر از هیأت عمومی، گزینه دیگری در دسترس باشد. اما اگر قرار بر ایفای نقش از سوی هیأت عمومی باشد، بهتر آن است که این هیأت خود رأی قطعی را صادر کند.

همانند آنچه در مبحث پیشین گفته شد، صلاحیت صدور رأی غیرقطعی توسط هیأت‌های تخصصی نیز می‌تواند توأمان با تعریف این صلاحیت برای رئیس دیوان یا مرجع دیگری باشد.

ب/۳. مرجع رسیدگی به اعتراض به آرا

۱. مفاد این ماده از این قرار است: «در مواردی که به تشخیص رئیس دیوان، رسیدگی به دادخواست ابطال مصوبه موضوعاً منتفی باشد، مانند موارد استرداد دادخواست از سوی متقاضی یا وجود رأی قبلی دیوان در مورد مصوبه مورد شکایت و یا در مواردی که موضوع مورد شکایت مشمول عنوان آیین‌نامه‌ها، نظامات و مقررات موضوع ماده (۱۲) این قانون نباشد از قبیل نظرات مشورتی، ابلاغیه مصوبات، تصمیمات موردی و یا شکایت از قانون، رئیس دیوان قرار ردّ دادخواست صادر می‌کند. این قرار قطعی است.»

گزینه دیگری می‌تواند مورد توجه قرار گیرد این است که هیأت‌های تخصصی مرجع رسیدگی به اعتراض به آرای باشند که از سوی رییس دیوان صادر می‌شوند. مفروض این گزینه آن است که صلاحیت موضوع ماده ۸۵ به موارد غیرقابل طرح در هیأت عمومی نیز تعمیم یابد. در دفاع از این گزینه گفتنی است که به موجب آن، رسیدگی دومرحله‌ای انجام می‌شود و وقت هیأت عمومی نیز صرف این مسائل کم‌اهمیت نمی‌شود. در مقام نقد این گزینه، می‌توان اعطای صلاحیت صدور رأی بدوی به رییس دیوان را با توجه به مسئولیت‌های متعدد وی، موجه ندانست. به علاوه، همچنانکه گفته شد، آرای مربوط از چنان اهمیتی برخوردار نیستند که قطعیت آنها قابل دفاع نباشد. از این رو، اگر قرار بر اعطای صلاحیت به هیأت‌های تخصصی باشد، صدور آرای قطعی موجه‌تر به نظر می‌رسد.

ب/۴. اعلام نظر مشورتی

گزینه دیگر وضعیت کنونی است که هیأت‌های تخصصی صرفاً نظرات مشورتی خود را اعلام می‌کنند. در دفاع از این گزینه همان مطلب پیش گفته دایر بر قابل دفاع بودن قطعیت آرای مربوط است. ضمن اینکه این کار می‌تواند از سوی رییس دیوان، به نحوی مطلوب، انجام شود. در این صورت اعلام نظر مشورتی از سوی هیأت‌های تخصصی موجه به نظر می‌رسد. ایراد این گزینه هم این است که اگر قرار بر صرف وقت و امعان نظر از سوی هیأت‌های تخصصی باشد، چرا این کار در قالب صدور رأی انجام نشود که در این صورت، آرای مربوط از اتقان بیشتری برخوردار خواهد بود و در فرض قطعی بودن این آرا، تسریع در رسیدگی نیز محقق می‌شود. ضمن اینکه اعطای صلاحیت صدور رأی قطعی به رییس دیوان، با توجه به پیچیدگی و ابهام برخی جهات مربوط، ممکن است به صدور آرای اشتباه بیانجامد که نقض آنها از طریق ماده ۹۱ قانون دیوان نیز ممکن نیست.

۱. در اصلاحیه مصوب کمیسیون که در پاورقی قبل آمده، این اتفاق افتاده است.

۲. مفاد این ماده از این قرار است: «طرح آراء قبلی هیأت عمومی برای رسیدگی مجدد در هیأت عمومی، در موارد ادعای اشتباه یا مغایرت با قانون یا تعارض با یکدیگر، مستلزم اعلام اشتباه از سوی رئیس قوه قضاییه یا رئیس دیوان یا تقاضای کتبی و مستدل بیست نفر از قضات دیوان است».

ب/۵. عدم صلاحیت

اگر هیچ کدام از گزینه‌های پیش گفته قابل دفاع نباشد، به نظر می‌رسد باید به عدم صلاحیت هیأت‌های تخصصی درباره جهات موضوع ماده ۸۵ قانون دیوان و غیرقابل طرح در هیأت عمومی قائل شد.

ج. درخواست دستور موقت

در ماده ۳۶ قانون دیوان چنین مقرر شده است که «... در مواردی که ضمن درخواست ابطال مصوبات از هیأت عمومی دیوان، تقاضای صدور دستور موقت شده باشد، ابتدای پرونده جهت رسیدگی به تقاضای مزبور به یکی از شعب ارجاع می‌شود...» هیأت‌های تخصصی راجع به این قسم تقاضاها از چه صلاحیتی می‌توانند برخوردار شوند؟ گزینه‌های متصور در ادامه اشاره می‌شود.

ج/۱. صدور دستور موقت

یکی از گزینه‌ها این است که به جای یکی از شعب، هیأت تخصصی مربوط عهده‌دار رسیدگی به دستور موقت و در صورت احراز شرایط مقرر، صدور دستور موقت شود. در دفاع از این گزینه می‌توان به اهمیت این تقاضاها و از این رو، ضرورت نقش‌آفرینی هیأت‌های تخصصی اشاره کرد. ایراد قابل طرح نیز این است که این گزینه ممکن است با فوریت رسیدگی به این تقاضاها منافات داشته باشد.

لازم به ذکر است که در اصلاحیه مصوب کمیسیون، ماده ۳۶ قانون اصلاح شده و اتخاذ تصمیم در خصوص تقاضای دستور موقت، برعهده رئیس و در غیاب وی نائب‌رئیس هیأت تخصصی مربوط گذاشته شده است که به نوعی پای هیأت‌های تخصصی به موضوع باز شده است.

ج/۲. عدم صلاحیت

اگر رسیدگی به درخواست‌های دستور موقت توسط شعب دیوان مرجح باشد و یا مراجع دیگری، مثل هیأت عمومی یا رئیس هیأت تخصصی ارجحیت داشته باشند، آنگاه در خصوص این درخواست‌ها باید قائل به عدم صلاحیت هیأت‌های تخصصی شد.

۲. رسیدگی ماهوی

نسبت هیأت‌های تخصصی با رسیدگی ماهوی به دعاوی ابطال مقررات می‌تواند به گونه‌های مختلفی باشد که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌کنیم.

الف. صدور رأی قطعی در تمامی دعاوی

قوی‌ترین گزینه، اعطای صلاحیت صدور رأی قطعی در خصوص تمامی دعاوی ابطال مقررات به هیأت‌های تخصصی است. مزیت‌هایی که برای این گزینه می‌توان برشمرد از این قرار است: تسریع در رسیدگی به دعاوی مربوط و رسیدگی تخصصی به آنها. همچنین در دفاع از این گزینه گفتنی است که مفاد ماده ۹۱ قانون دیوان برای بازنگری در آرای غیرصحیح کفایت می‌کند.^۱ از جمله معایب این گزینه امکان کاهش اتقان و اعتبار آرا به علت کنار گذاشته شدن هیأت عمومی است. ضمناً ماده ۹۱ نیز با توجه تعداد بسیار اندک اعمال آن، عملاً کارآمدی لازم را نداشته و بعید است در آینده نیز در این خصوص تحول قابل توجهی را شاهد باشیم.

ب. صدور رأی غیرقطعی در تمامی دعاوی

یکی دیگر از گزینه‌ها، اعطای صلاحیت صدور رأی غیرقطعی در خصوص تمامی دعاوی ابطال مقررات به هیأت‌های تخصصی است که این آرا نزد هیأت عمومی قابل اعتراض خواهد بود. مزیت‌هایی که برای این گزینه می‌توان برشمرد از این قرار است: رسیدگی دومرحله‌ای به دعاوی مربوط و افزایش اتقان آرا. از جمله معایب این گزینه اطاله رسیدگی و عدم ضرورت رسیدگی دومرحله‌ای به تمام یا برخی از دعاوی مربوط است.

۱. البته در ماده ۹۱ به آرای هیأت تخصصی اشاره نشده است. اما در اصلاحیه مصوب کمیسیون، آرای قطعی هیأت‌های تخصصی نیز افزوده شده است: «چنانچه رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان یا بیست نفر از اعضای هیأت عمومی، هر یک از آرای هیأت عمومی یا آرای قطعی هیأت‌های تخصصی را اشتباه یا مغایر قانون تشخیص دهند...».

اصلاحیه مصوب کمیسیون راجع به ماده ۸۴ قانون دیوان متضمن این گزینه است. در بند ۲ ماده اصلاحی چنین مقرر شده است که هیأت تخصصی «چنانچه مصوبه را ... قابل ابطال تشخیص دهد حکم به ابطال مصوبه و در غیر این صورت حکم به رد شکایت صادر می‌کند.» به موجب تبصره این ماده: «آرای صادره از سوی هیأت‌های تخصصی ظرف یک‌ماه از تاریخ صدور توسط رئیس دیوان یا توسط ده نفر از اعضای هیأت عمومی قابل اعتراض در هیأت عمومی است».

پ. صدور توأمان رأی قطعی و غیرقطعی

یکی دیگر از گزینه‌ها این است که هیأت‌های تخصصی در مواردی صلاحیت رأی قطعی و در مواردی دیگر صلاحیت صدور رأی غیرقطعی را داشته باشند. مفروض و مبنای این گزینه، امکان و ضرورت تفکیک بین موارد مختلف است که می‌تواند بر حسب نتیجه رأی مربوط (ابطال یا عدم ابطال)، تعداد موافقان (مثلاً تعریف نصاب اتفاق آرا، سه‌چهارم یا ...) و یا اهمیت مصوبات مورد اعتراض (بر حسب گستره شمول مصوبات، جایگاه مقامات و مراجع تصویب کننده و ...) و یا تلفیقی از این معیارها انجام گیرد.^۱

مزیت‌هایی که برای این گزینه، می‌توان برشمرد از این قرار است که رسیدگی دومرحله‌ای به دعاوی مهم و یا قابلیت رسیدگی تجدیدنظری به رأی مهم، افزایش اطمینان از صحت رأی مربوط را به همراه خواهد داشت و از سوی دیگر، رسیدگی سریع به دعاوی غیرمهم و یا قطعیت رأی غیرمهم و درگیر نشدن هیأت عمومی با آنها را شاهد خواهیم بود. از جمله معایب این گزینه دشواری‌های تفکیک قابل دفاع بین دعاوی و یا آرا و در نتیجه اعمال تبعیض ناموجه است.

ت. صدور توأمان رأی و اعلام نظر مشورتی

دیگر گزینه متصور این است که هیأت‌های تخصصی در مواردی صلاحیت رأی قطعی یا غیرقطعی را داشته باشند و در مواردی دیگر صرفاً صلاحیت اعلام نظر مشورتی داشته باشند. مفروض و مبنای

۱. به طور مثال، صرفاً رأی ابطال مصوبات، با توجه به آثار مترتب بر ابطال، غیرقطعی باشد و یا آرای (اعم از ابطال یا عدم ابطال) غیرقطعی باشد که نصاب سه‌چهارم محقق نشده و یا تمامی رأی راجع به مصوبات هیأت وزیران غیرقطعی باشد و یا تلفیقی (آرای ابطال مصوبات هیأت وزیران) غیرقطعی اعلام شود.

این گزینه، امکان و ضرورت تفکیک بین موارد است گزینه‌های ناظر به تفکیک نیز همان‌هایی است که پیشتر گفته شد

مزایا و معایب شق نخست این گزینه همان نکاتی است که پیشتر حسب مورد گفته شد. اما در دفاع از شق دوم (اعلام نظر مشورتی) چنین می‌توان گفت که اهمیت برخی مقررات (مثلاً مقررات هیأت وزیران) اقتضای آن را دارد که رسیدگی به آنها صرفاً در هیأت عمومی انجام شود. ایراد این شق نیز همان نکته‌ای است که پیشتر گفته شد: اعمال تبعیض ناموجه.

صلاحیت‌های کنونی هیأت‌های تخصصی از این سنخ است. به موجب ماده ۸۴ قانون دیوان، هیأت‌های تخصصی صلاحیت صدور حکم رد غیرقطعی را در صورت تحقق نصاب سه‌چهارم دارند و در سایر موارد صرفاً صلاحیت اعلام نظر مشورتی را دارند. همچنین آرای هیأت‌های تخصصی از سوی رئیس دیوان یا ده نفر از قضات دیوان قابل اعتراض است. گفتنی است هرچند تعریف نصاب مذکور قابل دفاع است، اما محدود کردن صلاحیت صدور رأی از سوی هیأت‌های تخصصی به حکم رد، موجه به نظر نمی‌رسد. ضمناً سازوکار تعریف شده برای اعتراض به آرا نیز کارآمد نبوده است.^۲

ث. اعلام نظر مشورتی

اگر هیچ کدام از گزینه‌های قبلی، قابل دفاع نباشد، می‌توان برای هیأت‌های تخصصی، همچون قبل از تصویب قانون دیوان، صرفاً صلاحیت اعلام نظر مشورتی تعریف کرد. در دفاع از این گزینه می‌توان به اثرگذاری مفید و مؤثر هیأت‌های تخصصی از طریق اعلام نظرات مشورتی، با حفظ عاملیت هیأت عمومی، اشاره کرد. ایراد جدی این گزینه هم آسیب‌های ناشی از نظرات مشورتی است: ممکن

۱. در دفاع از محدودیت مذکور می‌توان به عوارض خطیر ابطال نادرست مقررات تکیه کرد. در مقابل می‌توان بر اهمیت آرای عدم ابطال تأکید کرد که نادرستی این آرا باعث تثبیت مقررات خلاف قانون می‌شود.

۲. بر اساس داده‌های موجود در وبگاه دیوان عدالت اداری، هیأت‌های تخصصی تاکنون بیش از سه هزار رأی صادر کرده‌اند اما کمتر از دو درصد آنها مورد اعتراض قرار گرفته‌اند.

است اعضای هیأت‌های تخصصی به لحاظ مشورتی بودن نظرات خود، دقت لازم را به خرج ندهند و اعضای هیأت عمومی نیز به اتکای این نظرات، تأمل لازم را نداشته باشند و. اصولاً هزینه‌های ایجاد هیأت‌های تخصصی (تخصیص وقت قابل توجهی به آنها از سوی تمامی قضات دیوان، اطلاع رسیدگی‌ها و ...)، با منافع ارائه نظراتی صرفاً مشورتی (اتقان آرا و ...) همخوانی ندارد.

ج. عدم صلاحیت

اگر گزینه‌های مختلف اعطای صلاحیت صدور رأی (اعم از قطعی و یا غیرقطعی) و یا اعلام نظر مشورتی به هیأت‌های تخصصی قابل دفاع نباشد، گزینه باقی مانده کنار گذاشتن کامل این هیأت‌ها از رسیدگی به درخواست ابطال مصوبات است. در دفاع از این گزینه می‌توان مبتنی بر ایرادهای پیش گفته، ورود هیأت‌های تخصصی به دعاوی ابطال مصوبات را تجربه ناموفقی دانست که باید آن را به بایگانی سپرد. ایراد این گزینه هم این است که سابقه چندساله فعالیت هیأت‌های تخصصی نادیده گرفته شده است.^۱

بند ۲. گزینه‌های ناظر به صدور آرای وحدت و ایجاد رویه

هیأت عمومی صلاحیت صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه نیز دارد. در این بند به این مسأله می‌پردازیم که هیأت‌های تخصصی در مقام صدور این آرا چه نقش‌هایی می‌توانند ایفا کنند.

۱. صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه

قوی‌ترین گزینه متصور این است که صلاحیت صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه تماماً به هیأت‌های تخصصی واگذار شود. مشخص است که در این صورت، هیأت عمومی نقشی در صدور این آرا نخواهد داشت و بقای این هیأت منوط به دیگر صلاحیت‌های آن است. در دفاع از این گزینه

۱. چنین دیدگاه‌های مثبتی راجع به این هیأت‌ها بیان شده است: «پیش بینی تشکیل هیأت‌های تخصصی از اقدامات تحسین‌برانگیز است ... تقویت این هیأت‌ها در جهت کاهش آمار پرونده‌های هیأت عمومی و تخصصی‌تر شدن رسیدگی در هیأت عمومی تأثیر به سزایی خواهد داشت.» نک: مولایی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت

می‌توان به وجه تخصصی هیأت‌های تخصصی و به تبع متقن‌تر بودن آرای صادر شده، در مقایسه با هیأت عمومی، تکیه کرد. ضمناً از آنجا که تعداد آرای صادر شده از سوی هیأت عمومی تکافوی شمار فراوان تعارض آرای موجود در شعب را نمی‌دهد،^۱ تعدد هیأت‌های تخصصی می‌تواند صدور تعداد بیشتری از این آرا را در پی داشته باشد. ایراد این گزینه این است که به واسطه اهمیت آرای وحدت رویه و ایجاد رویه، ضروری است صدور آنها با مشارکت تمامی قضات دیوان صورت گیرد. همچنین پیشگیری از صدور آرای متعارض اقتضا دارد مرجع صادرکننده این آرا یکتا باشد.

۲. اعلام نظر مشورتی

اگر اعطای کامل صلاحیت صدور آرای وحدت و ایجاد رویه به هیأت‌های تخصصی موجه نباشد، دیگر گزینه متصور، همین وضعیت کنونی یعنی اعلام نظر مشورتی است. نقاط قوت و ضعف این گزینه، همان نکاتی است که در خصوص اعطای صلاحیت اعلام نظر مشورتی راجع به دعاوی ابطال مصوبات پیشتر گفته شد.

۳. عدم صلاحیت

نکاتی که ذیل عنوان قبلی عدم صلاحیت گفته شد، در خصوص عدم صلاحیت هیأت‌های تخصصی راجع به صدور آرای وحدت و ایجاد رویه نیز صدق می‌کند.

۱. نک: رفیعی، محمدرضا، چالش‌های نهاد آراء وحدت رویه، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱۱۴،

بند ۳. امکان سنجی اعطای صلاحیت‌های دیگر

تاکنون آنچه گفته شد، ناظر به صلاحیت‌هایی است که در حال حاضر برای هیأت عمومی و به تبع آن هیأت‌های تخصصی تعریف شده است. اکنون به این مسأله می‌پردازیم که آیا امکان اعطای صلاحیت‌های دیگری به هیأت‌های تخصصی وجود دارد یا خیر؟

۱. ابطال برخی از مصوبات موردی

در حال حاضر صلاحیت هیأت عمومی و به تبع آن هیأت‌های تخصصی ناظر به مصوبات عام-الشمول است و رسیدگی به خواسته ابطال مصوبات موردی در شعب انجام می‌شود. با این حال اهمیت برخی از مصوبات موردی کمتر از مصوبات عام‌الشمول نیست و از این رو، شایسته است رسیدگی به درخواست ابطال آنها، همانند این مصوبات باشد. از جمله می‌توان به مصوبات موردی نهادها و مقامات عالی، مصوبات موردی دارای ذی‌نفعان و یا مشمولان فراوان اشاره کرد.

۲. رسیدگی به دعاوی الزام عام‌الشمول

در حال حاضر دعاوی الزام به هیأت عمومی و به تبع آن هیأت‌های تخصصی راه ندارند. حال آنکه برخی از این دعاوی ماهیت عام‌الشمول دارند. صرف نظر از اینکه اهمیت این دعاوی، اقتضا دارد همانند دعاوی ابطال مصوبات عام‌الشمول به آنها رسیدگی شود، رسیدگی شعب به جهت ضرورت صدور رأی موردی (ماده ۶۰ قانون دیوان) با چالش مواجه می‌باشد.^۱

۳. ارائه نظر مشورتی به شعب

در حال حاضر سازوکار مشخصی برای پاسخ به ابهام‌ها و پرسش‌های شعب در قانون دیوان تعریف نشده است. با توجه به اهمیت این موضوع، برای هیأت‌های تخصصی می‌توان کارکرد اعلام نظر مشورتی به شعب را تعیین نمود. لازم به ذکر است که به موجب اصلاحیه مصوب کمیسیون تبصره‌ای

۱. نک: رفیعی، محمدرضا، *قالب‌های طرح دعوا و صدور حکم در شعب دیوان عدالت اداری*، تهران، مرکز مطبوعات

و انتشارات قوه قضاییه، ۱۴۰۰، صص ۵۸-۵۹

بدین شرح به ماده ۸۴ قانون دیوان افزوده شده است: «رئیس دیوان می تواند علاوه بر موارد فوق در ارتباط با موضوعات تخصصی مربوط نسبت به أخذ نظریه مشورتی از هیأت های تخصصی اقدام نماید.»

گفتار دوم. مؤلفه های مؤثر بر تعیین صلاحیت برای هیأت های

تخصصی

در مباحث پیشین گزینه های متصور برای صلاحیت گذاری هیأت های تخصصی معرفی شد. برای انتخاب از بین این گزینه ها مؤلفه های مختلفی باید لحاظ شود که در ادامه به برخی از آنها اشاره می شود.

بند ۱. فراوانی پرونده های مربوط

شمار پرونده هایی که باید توسط هیأت عمومی و به تبع آن هیأت های تخصصی مورد رسیدگی قرار گیرد، از جمله مؤلفه هایی است که در مقام تعیین صلاحیت برای هیأت های تخصصی باید مورد توجه قرار گیرد. به طور مشخص باید به این پرسش پاسخ داده شود که آیا شمار این پرونده ها در حد ظرفیت رسیدگی هیأت عمومی است یا خیر؟ بدیهی است اگر پاسخ خیر باشد، اعطای صلاحیت صدور رأی به هیأت های تخصصی می تواند گریزناپذیر باشد.

بند ۲. نسبت دعاوی ابطال مقررات با صدور آرای وحدت رویه و ایجاد رویه

در حال حاضر، صرف نظر از صلاحیت صدور رأی موضوع بند ب ماده ۸۴ قانون دیوان، رسیدگی به دعاوی ابطال و نیز صدور آرای وحدت و ایجاد رویه فرایند مشابهی دارد. اما پرسش این است که آیا این مشابهت قابل دفاع است. آیا هر کدام از دو مقوله، فرایند متفاوتی را اقتضا ندارند. به طور مشخص باید به این پرسش پرداخته شود که ماهیت تقنینی آرای وحدت و ایجاد رویه چه اقتضائاتی

دارد؟ از سوی دیگر، دعاوی ابطال مقررات چه نسبتی با دعاوی مطرح در شعب دیوان عدالت اداری دارند؟

بند ۳. رسیدگی یک مرحله‌ای یا دو مرحله‌ای به دعاوی ابطال مقررات

در حال حاضر، صرف نظر از صلاحیت صدور آرای موضوع بند ب ماده ۸۴ قانون دیوان، رسیدگی به دعاوی ابطال یک مرحله‌ای است. یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های مؤثر بر تعیین صلاحیت برای هیأت‌های تخصصی این مسأله است که رسیدگی به دعاوی ابطال مقررات باید یک مرحله‌ای باشد یا دو مرحله‌ای؟ مبتنی بر الزامات رسیدگی عادلانه می‌توان بر رسیدگی دو مرحله‌ای به این دعاوی پای فشرده. اما با تمسک به تفاوت‌های ماهوی این دعاوی با سایر دعاوی و یا تفاوت در نحوه رسیدگی به آنها، می‌توان رسیدگی یک مرحله‌ای به این دعاوی را قابل دفاع دانست. با این توضیح که چون در دعاوی ابطال مقررات امر موضوعی مداخلیتی ندارد، امکان اشتباه کمتر است. افزون بر این، با توجه به تعداد قضات مشارکت‌کننده در رسیدگی به این دعاوی، رسیدگی یک مرحله‌ای برای صدور آرای صحیح و متقن کفایت می‌کند. ضمن اینکه فرایند ماده ۹۱ قانون دیوان نیز وجود دارد.

اشاره به این نکته ضروری است که می‌توان قائل به تفکیک شد و بسته به مورد، رسیدگی یک-مرحله‌ای یا دو مرحله‌ای به دعاوی ابطال مقررات را تجویز کرد. به طور مشخص فرایند طولانی رسیدگی دو مرحله‌ای می‌تواند موجبی باشد تا در موارد دارای اهمیت یا فوریت، رسیدگی یک مرحله‌ای انجام شود. البته، چنانکه پیشتر گفته شد، انجام این گونه تفکیک‌ها و دفاع از آنها کار دشواری است.

لازم به ذکر است که در فرض دو مرحله‌ای بودن رسیدگی به تمام یا برخی از دعاوی ابطال مقررات، اینکه چه اشخاصی و تحت چه شرایطی می‌توانند حق اعتراض داشته باشند و چه مرجعی به این اعتراض رسیدگی کند، از جمله مباحث مهمی است که هر کدام می‌تواند گزینه‌هایی مختلفی داشته باشد. به طور مشخص باید به این پرسش پرداخته شود که آیا باید به طرفین حق اعتراض داده شود و یا این حق باید به اشخاص دیگری (مثلاً قضات دیوان، رییس دیوان و ...) اعطا شود؟

بند ۴. مؤلفه‌های ناظر به هیأت‌های تخصصی

بخش مهمی از مؤلفه‌های مؤثر بر تعیین صلاحیت برای هیأت‌های تخصصی، مؤلفه‌هایی است که ناظر به خود این هیأت‌ها است که در ادامه به شماری از آنها می‌پردازیم.

۱. مزایا و معایب کلی هیأت‌های تخصصی

ساختار تخصصی هیأت‌های تخصصی از مزیت‌های مهم آنهاست. هیأت‌های تخصصی بر حسب تفکیک موضوعی دعاوی تشکیل شده‌اند و غالباً متشکل از قضاتی هستند که در شعب مربوط حضور دارند. از این رو، با قوانین و مقررات حوزه مورد رسیدگی آشنایی نسبی دارند. این امر سبب می‌شود نظرات آنها از از صحت و دقت بیشتری، در مقایسه با هیأت عمومی، برخوردار باشد. مزیت دیگر هیأت‌های تخصصی تعدد آنهاست. این تعدد اجازه می‌دهد این هیأت‌ها به پرونده‌های بیشتری رسیدگی کنند و در نتیجه، خروجی بیشتری داشته باشند.

در نقطه مقابل، تعدد هیأت‌های تخصصی می‌تواند نقطه ضعف این هیأت‌ها نیز باشد. با این توضیح که این تعدد، به لحاظ همپوشانی‌های صلاحیتی، ممکن است موجب اتخاذ تصمیمات متعارضی از سوی این هیأت‌ها شود. ایراد کلی دیگری که به هیأت‌های تخصصی وارد است این است که برای بسیاری از قضات، حضور و فعالیت در این هیأت‌ها اهمیت فرعی دارد و اولویت اصلی آنها شعب تحت تصدی‌شان است.^۱ تعداد اعضای این هیأت‌ها و فرایندهای رسیدگی و اتخاذ تصمیم، زمینه این رویکرد متفاوت را فراهم آورده است.

۲. ارزیابی کارکرد هیأت‌های تخصصی

فارغ از مزیت‌ها و معایب کلی هیأت‌های تخصصی، مثبت یا منفی بودن کارکرد این هیأت‌ها نیز از جمله مؤلفه‌های مؤثر بر تعیین صلاحیت برای آنها می‌باشد. بدیهی است که کارکرد مثبت این

۱. نک: رحیمی مقدم، سیدحسین و دیگران، *سنجش قضاوت جمعی؛ نظریه انتخاب عمومی و اخلاق قضایی در ساختار و عملکرد دیوان عدالت اداری*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱، ص

هیأت‌ها، ادامه فعالیت آنها را قابل دفاع می‌سازد و در عوض کارنامه منفی آنها می‌تواند ادامه نقش-آفرینی آنها را با چالش مواجه سازد. ارزیابی کارکرد هیأت‌های تخصصی مستلزم بررسی مسائل مختلفی است که از جمله، اینها قابل ذکر است: برای هر تصمیم (اعم از رأی یا نظر) به طور متوسط، چند نفر/ساعت صرف شده است؟ کمیت و کیفیت مشارکت اعضا چگونه بوده است؟ چه تعداد از دعاوی ابطال به صدور رأی انجامیده است؟ چه تعداد از این آرا مورد اعتراض رییس دیوان و یا ده نفر از قضات دیوان قرار گرفته است؟ چه تعداد از این اعتراض‌ها از سوی هیأت عمومی پذیرفته شده است؟ چه تعداد از نظرات (اتفاقی یا اکثریتی) هیأت‌های تخصصی مورد پذیرش هیأت عمومی قرار گرفته است؟ چه تعداد از نظرات و آرای هر یک از هیأت‌های تخصصی با همدیگر و نیز با نظرات و آرای دیگر هیأت‌های تخصصی متعارض شده‌اند؟ کیفیت آرای هیأت‌های تخصصی، در مقایسه با آرای هیأت عمومی، چگونه بوده است؟ آیا بین نظرات و آرای این هیأت‌ها تفاوت کیفی محسوسی وجود داشته است؟

بدیهی است پاسخ به این پرسش‌ها و پرسش‌هایی از این دست، مستلزم دسترسی به داده‌های آماری دقیق و نیز تأمل در آرا و نظرات ابرازی هیأت‌های تخصصی است. البته تفاوت کارکرد هیأت‌ها و نیز تفاوت کارکرد هر هیأت تخصصی در بازه‌های زمانی مختلف، کار ارزیابی را با دشواری‌های جدی مواجه می‌سازد.

۳. اصلاحات مقتضی و ممکن

در مباحث پیشین به معایب کلی هیأت‌های تخصصی اشاره شد. حال باید به این پرسش مهم نیز پرداخت که رفع این ایرادات، چه اصلاحاتی، اعم از مدیریتی و قانونی، را اقتضا دارد و تا چه میزان امکان تحقق آنها وجود دارد؟ بدیهی است هرچه راه اصلاح هموارتر و دست‌یافتنی‌تر باشد، زمینه صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی فراهم‌تر می‌شود و برعکس.

آسیب شناسی مؤلفه‌های دخیل از جمله تعداد هیأت‌های تخصصی، تعداد اعضای آنها، شرایط اعضا از حیث سابقه قضایی، تعداد پرونده‌های ارجاعی، نحوه آماده‌سازی پرونده‌ها، نحوه استفاده از نظرات کارشناسی، نحوه مشارکت اعضا، نصاب اتخاذ تصمیمات، نحوه تدوین آرا و نظرات و ...، برای ارائه راهکارهای اصلاحی ضروری است.

۴. گزینه‌های بدیل برای هیأت‌های تخصصی

تعیین صلاحیت برای هیأت‌های تخصصی مستلزم پاسخ به این پرسش است که آیا برای این هیأت‌ها گزینه‌های بدیلی در دسترس است یا خیر؟ یکی از این گزینه‌ها ایجاد شعب ویژه است. مشخص است که این گزینه ناظر به مواردی است که این هیأت‌های صلاحیت صدور رأی راجع به دعاوی را دارند و یا صلاحیت صدور آری وحدت و ایجاد رویه هستند. این شعب ویژه می‌توانند در یک سطح یا دو سطح بدوی و تجدیدنظر و یا صرفاً بدوی تشکیل شوند مرجع تجدید نظر هیأت عمومی باشد. نقطه قوت تشکیل این شعب این است که به دلایلی چون اصلی بودن وظیفه تعریف شده برای این شعب، می‌توان خروجی بهتری (صدور آرای متقن‌تر) را انتظار داشت. ایراد گزینه است که خروجی شعب با اعضای کم، کیفیت لازم را نخواهد داشت و تشکیل شعب با عضویت تعداد قابل توجهی از قضات نیز به لحاظ محدودیت‌های حاکم، چالش‌برانگیز خواهد بود.

بند ۵. مؤلفه‌های ناظر به هیأت عمومی

هیأت‌های تخصصی می‌توانند مشاور، تسهیل‌گر، جانشین یا همکار هیأت عمومی باشند. اما اینکه در چه مواردی و چگونه هر یک این نقش‌ها را ایفا کنند، علاوه بر وضعیت این هیأت‌ها، به وضعیت هیأت عمومی نیز بستگی دارد.

۱. مزایا و معایب کلی هیأت عمومی

در خلال مطالبی که راجع به هیأت‌های تخصصی گفته شد، به برخی از مزایا و معایب کلی هیأت عمومی اشاره شد. عضویت همه قضات دیوان در هیأت عمومی بر ارج و قدر آرای این هیأت می‌افزاید و می‌تواند به اتقان آرای آن بیانجامد.^۱ هیأت عمومی سابقه و پشتوانه‌ای چهل ساله دارد. یکتایی

۱. در اصلاحیه مصوب کمیسیون، قضات شعب بدوی از عضویت در هیأت عمومی کنار گذاشته شده‌اند که این می‌تواند تضعیف‌کننده ویژگی‌های مثبتی باشد که ذکر شد.

هیأت عمومی امکان تعارض آرا را کاهش می‌دهد. در نقطه مقابل، این یکتایی می‌تواند تعداد پرونده‌های مورد رسیدگی را با محدودیت جدی مواجه سازد و در صورت کثرت پرونده‌های مطرح، یا اطاله رسیدگی را به همراه خواهد داشت و یا رسیدگی‌های شتابزده و صدور آرای غیرمتمن.^۱

غیرتخصصی بودن هیأت عمومی از دیگر معایب آن است. در حال حاضر تمامی قضات دیوان در این هیأت عضویت دارند و موظفند درباره قوانین و مقرراتی اتخاذ تصمیم کنند که آشنایی چندانی با بسیاری از آنها ندارند. همچنین عضویت همه قضات، به لحاظ فراهم نشدن امکان مشارکت مؤثر اعضا و گفتگوهای اقناعی می‌تواند نقطه ضعف هیأت عمومی باشد. همچنین برای بسیاری از قضات دیوان، حضور و فعالیت در هیأت عمومی، همچون هیأت‌های تخصصی و شاید بیش از آن، اهمیتی فرعی دارد و اولویت اصلی آنها شعب تحت تصدی‌شان است.

۲. ارزیابی کارکرد کلی هیأت عمومی

فارغ از مزایا و معایب برشمرده شده، مثبت یا منفی بودن کارکرد کلی هیأت عمومی از دیگر مؤلفه‌های مؤثر بر تعیین صلاحیت برای هیأت‌های تخصصی است. به نظر می‌رسد اگر در یک ارزیابی کلی، نمره هیأت عمومی قابل قبول نباشد، زمینه برای اعطای صلاحیت به هیأت‌های تخصصی بیشتر فراهم می‌شود و برعکس. ارزیابی کارکرد کلی هیأت عمومی مستلزم بررسی مسائل مختلفی است که از جمله اینها قابل ذکر است: عملکرد کلی هیأت عمومی قبل از ایجاد غیررسمی هیأت‌های تخصصی در مقایسه با بعد از آن و نیز قبل اجرایی شدن قانون دیوان در مقایسه با بعد از آن چگونه بوده است؟

۱. دیگر گزینه در دسترس، افزایش جلسات هیأت عمومی است که آسیب‌های خاص خود را دارد.

۲. با وجود اصلاحیه پیش گفته، وضعیت غیرتخصصی هیأت عمومی همچنان باقی خواهد ماند و صرفاً میزان تجربه قضایی (در دیوان) اعضا بیشتر خواهد شد که بعید است در کیفیت آرا تأثیر قابل توجهی داشته باشد، ضمن اینکه مضرات هم خواهد داشت. از جمله اشراف قضات غیرعضو بر آرای وحدت رویه و نیز ابطالی کمتر خواهد شد. البته اگر کاهش تعداد اعضای هیأت عمومی، زمینه مشارکت مؤثر اعضا و گفتگوهای اقناعی را فراهم آورد، می‌تواند به افزایش اتقان آرا بیانجامد.

و در خصوص بعد از اجرایی شدن قانون دیوان، میزان نفر/ ساعت صرف شده برای هر رأی به صورت متوسط چقدر بوده است؟ کمیت و کیفیت مشارکت اعضا چگونه بوده است؟ چه تعداد از آرای این هیأت، بر اساس ماده ۹۱ قانون دیوان مورد اعتراض قرار گرفته‌اند؟ چه تعداد از این اعتراض‌ها پذیرفته شده‌اند؟ کیفیت کلی آرا چگونه بوده است؟ آیا بین آرای ابطالی و وحدت رویه تفاوت کیفی محسوسی وجود داشته است؟

۳. اصلاحات مقتضی و ممکن

در مورد هیأت عمومی نیز همانند هیأت‌های تخصصی، اقدامات اصلاحی ممکن و مقتضی برای رفع ایرادات و اشکالات آن، بر موضوع صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی اثرگذار است. در اینجا نیز آسیب‌شناسی مؤلفه‌های دخیل برای ارائه راهکارهای اصلاحی ضروری است.^۱

بند ۶. مؤلفه‌های ناظر به شعب دیوان

در خصوص صلاحیت‌گذاری برای هیأت‌های تخصصی، علاوه بر این هیأت‌ها و نیز هیأت عمومی، شعب دیوان نیز عامل مهمی هستند که می‌توانند به دو گونه سلبی و ایجابی اثرگذار باشند. در ادامه به این مباحث می‌پردازیم.

۱. مزیت‌های شعب دیوان و پذیرش صلاحیت‌های هیأت‌های تخصصی

۱. نک: رحیمی مقدم، سیدحسین و دیگران، پیشین، صص ۴۴-۴۰ و پروین، خیرالله و محمد امین ابریشمی راد، نقدی بر ترکیب هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور نظارت بر مقررات دولتی و ارائه الگوی مطلوب، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۱۲۳-۱۰۳

اعطای صلاحیت‌هایی به هیأت‌های تخصصی می‌تواند با این پرسش مواجه شود که آیا بهتر نیست این صلاحیت‌ها به شعب دیوان واگذار شود؟ شعب دیوان مزیت‌های عدیده‌ای دارند که بر اساس آنها می‌توان به پرسش مذکور پاسخ مثبت داد: برای غالب قضات دیوان، فعالیت در شعب اولویت اصلی است؛ شعب دیوان در حال حاضر به دعاوی پیچیده بسیاری رسیدگی می‌کنند که اهمیت برخی از آنها، دست کمی از اهمیت دعاوی مورد رسیدگی در هیأت عمومی ندارد و شعب دیوان فرایندهای قانونی و رویه‌ای تثبیت شده و کارآمدی دارند. بر مبنای این مزیت‌های برشمرده شده، به طور مشخص شعب تجدیدنظر دیوان، به لحاظ حضور چند قاضی باسابقه، می‌توانند مرجع رسیدگی بدوی به دعاوی ابطال مقررات باشند.

۲. معایب شعب دیوان و اعطای بخشی از صلاحیت‌های آنها به هیأت‌های تخصصی

برای شعب دیوان می‌توان معایبی نیز برشمرد تا بر این اساس، اعطای بخشی از صلاحیت‌های آنها به هیأت‌های تخصصی را موجه ساخت. به طور مشخص، ضرورت صدور رأی موردی و تعداد زیاد دعاوی مطرح در شعب دیوان و امکان کم‌توجهی به دعاوی مهم، می‌تواند این نتیجه را در پی داشته باشد که بهتر است رسیدگی به برخی دعاوی به هیأت‌های تخصصی واگذار شود. همچنانکه در مطالب پیشین گفته شد، دعاوی ابطال برخی از مصوبات موردی مهم (مثل مصوبات موردی نهادها و مقامات عالی، مصوبات موردی دارای ذی‌نفعان و یا مشمولان فراوان) و دعاوی الزام عام‌الشمول از جمله دعاوی هستند که رسیدگی به آنها می‌تواند به هیأت‌های تخصصی واگذار شود.

نتیجه‌گیری

تغییر در صلاحیت‌های هیأت‌های تخصصی مستلزم تأملات دقیق و ارزیابی داده‌های مربوط است که به نظر نمی‌رسد تاکنون چنین اقداماتی انجام شده باشد. هدف این نوشتار تبیین گزینه‌ها و مؤلفه‌های مؤثر بود. از آنجا که بسیاری از مباحث مطرح شده جای کنکاش بیشتری دارد و داده‌های لازم نیز در دسترس نبود، ارائه پیشنهاد‌های دقیق کار دشواری است. با این حال چند گزاره زیر برای فراهم شدن زمینه تأملات جدی‌تر بیان می‌شود.

در خصوص مباحث شکلی موضوع ماده ۸۵ قانون دیوان و نیز موارد غیرقابل طرح در هیأت عمومی، اعطای صلاحیت صدور رأی قطعی به هیأت‌های تخصصی، بر صدور رأی قطعی توسط رئیس دیوان مرجح است. ضمناً اتخاذ تصمیم از سوی هیأت‌های تخصصی در خصوص درخواست‌های دستور موقت، با توجه به اهمیت این درخواست‌ها، نیز موجه به نظر می‌رسد و بر اعطای این صلاحیت به رئیس یا نائب رئیس هیأت‌های تخصصی، چنانکه در اصلاحیه مصوب کمیسیون آمده است، ارجحیت دارد.

در مورد دعاوی ابطال مقررات، تشکیل شعب ویژه (متشکل از ۵ قاضی باسابقه) برای رسیدگی بدوی به این دعاوی و رسیدگی تجدیدنظری در هیأت عمومی مرجح به نظر می‌رسد و البته با این قید که در موارد دارای اهمیت یا فوریت، هیأت عمومی بتواند رأساً به درخواست ابطال مقررات مربوط رسیدگی کند. با این حال، اگر بنا بر ادامه فعالیت هیأت‌های تخصصی باشد، گزینه صدور رأی غیرقطعی در مورد تمامی دعاوی ابطال مقررات، با قابلیت اعتراض این آرا نزد هیأت عمومی مرجح است (با لحاظ قید پیش گفته). با این توضیح که اگر اعلام نظر مشورتی هیأت‌های تخصصی جای خود را به صدور رأی غیرقطعی بدهد، زمان رسیدگی به دعاوی مربوط، در مقایسه با وضعیت کنونی، افزایش چندانی نخواهد داشت. از این حیث اصلاحیه مصوب کمیسیون موجه به نظر می‌رسد. اما باید به طرفین اجازه اعتراض به آرای هیأت‌های تخصصی اعطا شود و آنچه در اصلاحیه ماده ۸۴ آمده که تکرار قانون فعلی است، با توجه به ناکارآمدی آن، قابل دفاع به نظر نمی‌رسد. ضمناً در خصوص

پرونده‌های صدور آرای وحدت و ایجاد رویه، وضعیت فعلی مرجع است. اما در فرض تشکیل شعب ویژه برای رسیدگی به دعاوی ابطال مقررات، ارائه نظر مشورتی برای صدور آرای وحدت و ایجاد رویه را هم این شعب می‌توانند انجام دهند.

منابع

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، *حقوق اداری (۱)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸
۲. پروین، خیرالله و محمد امین ابریشمی راد، *نقدی بر ترکیب هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور نظارت بر مقررات دولتی و ارائه الگوی مطلوب*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۰، شماره ۱، صص ۱۲۳-۱۰۳
۳. رحیمی مقدم، سیدحسین و دیگران، *سنجش قضاوت جمعی؛ نظریه انتخاب عمومی و اخلاق قضایی در ساختار و عملکرد دیوان عدالت اداری*، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۱، شماره ۱، صص ۴۷-۲۵
۴. رفیعی، محمدرضا، *چالش‌های نهاد آراء وحدت رویه، مجله حقوقی دادگستری*، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۱۱۴، صص ۲۴۴-۲۲۳
۵. رفیعی، محمدرضا، *قالب‌های طرح دعوا و صدور حکم در شعب دیوان عدالت اداری*، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۴۰۰
۶. مولابیگی، غلامرضا، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران: جنگل، جاودانه، ۱۳۹۸.



Jurisdiction-making for Specialized Board of the Administrative Justice Court

The Specialized Boards of the Administrative Justice Court were established in the mid-۱۳۸۰s (as Specialized Commissions) according to managerial measures, and Article 84 of the Law on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court defined specific competencies for these c Boards. According to the beginning of this article, "matters that are within the competence of the General Board of the Court according to the law, are first referred to the Specialized Boards...." According to paragraph b of this article, "if three-fourths of the members of the specialized board are in favor of rejecting the complaint, it will issue a vote to reject the complaint" and in other cases, the opinion will be announced to make a decision in the General Board. But the important question is whether the competencies defined for the Specialized Boards are justified or not. The answer to this question requires recognizing the options and components affecting the qualification of these boards, which is the purpose of this article. Given some theoretical challenges as well as the lack of access to the necessary data, it is difficult to make accurate proposals. However, the recommendations of this paper are as follows: Issuance of an interim injunction on lawsuits for annulment of regulations, issuance of final and uncertain verdict regarding all these lawsuits, and announcement of advisory opinion on cases of issuance of unanimous votes and establishment of procedure. Of course, the formation of Special Branches instead of Specialized Boards seems preferable.

Keywords: Cases of annulment of regulations, issuance of consensus rulings, law of the Administrative Justice Court, General Board of the Administrative Justice Court

بهره مندی ایثارگران از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر؛ بررسی رای صادره از دیوان عدالت اداری

حامد کرمی^۱

زهرا خدایاری^۲

چکیده

دیوان عدالت اداری نهادی قضایی است که به حمایت از حقوق و آزادی‌های قانونی مردم در مقابل نهادها و دستگاه‌های اجرایی می‌پردازد. در راستای حمایت از ایثارگران، قانونگذار تسهیلات و امتیازاتی را در قوانین و مقررات پیش بینی نموده است که یکی از آنها در حوزه استخدامی، بهره‌مندی از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر می‌باشد که در راستای اعمال آن توسط دستگاه‌های اجرایی، دعاوی متعددی در دیوان مطرح گردیده است. مسئله‌ی مورد بحث دایره‌ی شمول ایثارگران در بهره‌مندی از این امتیاز می‌باشد؛ طبق نص صریح قوانین دستگاه‌ها مکلفند یک مقطع تحصیلی بالاتر را برای شهدا، جانبازان، آزادگان و فرزندان شاهد احتساب نمایند. به موجب تصویب قوانین توسعه ابهام در خصوص فرزندان جانبازان به وجود آمده است که آیا آنان نیز می‌توانند از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر استفاده کنند یا خیر؟ در راستای پاسخ به این سوال دادنامه صادره از شعبه بدوی دیوان عدالت اداری، مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

کلید واژه‌ها: ایثارگران، مقطع تحصیلی، حقوق استخدامی، دیوان عدالت اداری

H.karami@shahed.ac.ir

^۱ . حامد کرمی، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

^۲ . دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

Zahra.khodayari@gmail.com



Veterans benefit from the privilege of a higher education degree; Review of the verdict issued by the Court of Administrative Justice

Abstract

The Court of Administrative Justice is a judicial institution that protects the rights and legal freedoms of the people against the institutions and executive bodies. In order to protect the martyrs, the legislator has provided facilities and privileges in the laws and regulations. Enjoying the privilege of a higher education degree is one of the privileges in order to apply it by the executive bodies, several lawsuits have been filed in the court. The issue under discussion is the scope of the devotees' enjoyment of this privilege; According to the explicit text of the laws, the authorities are obliged to consider a higher level of education for martyrs, veterans, freedmen and children of martyrs. There is ambiguity about the children of veterans, whether they can also use the privileges of a higher education or not? In order to answer this question, the lawsuit issued by the primary branch of the court will be reviewed and analyzed.

Keywords: Veterans, Degree, Employment Law, Court of Administrative Justice

مقدمه

واژه‌ی ایثارگر یک مفهوم کلی با مصادیق متعدد می‌باشد. در چهار دهه‌ی اخیر قوانین مختلفی در راستای اعطای حقوق و مزایا به جامعه ایثارگران با مبنای تبعیض مثبت، وضع گردیده است. در ابتدا اعطای تسهیلات و امتیازات، محدود به ایثارگر به معنای شهید، جانباز و آزاده بود اما با گذر زمان و تصویب قوانین برنامه پنجم و ششم توسعه، بهره‌مندی از این امتیازات به گروه‌های دیگری از جمله فرزندان و همسران شهدا، رزمندگان و جانبازان با درصد جانبازی کمتر و خانواده‌ی آنان تسری پیدا کرد. اصل حمایت‌های قانونی از ایثارگران با موازین حقوقی منافاتی ندارد اما توجه به برخورداری از این حمایت‌ها با توجه به میزان آسیب‌دیدگی افراد تحت شمول ایثارگری قابل تأمل است به نحوی که موجب ایجاد تبعیض درون جامعه ایثارگری نشود. با توسیع حمایت‌ها و افراد مشمول آن توسط قوانین برنامه پنجم و ششم توسعه، ابهاماتی در اعمال این تسهیلات و امتیازات بوجود آمد که منجر به طرح دعاوی متعددی در دیوان عدالت اداری گردیده است.

مزایای مالی، استخدامی، اداری و آموزشی و سایر تسهیلات برای ایثارگران در قوانین پیش بینی شده است. احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر از جمله امتیازاتی است که قانونگذار در حمایت از این گروه در نظر گرفته که مسلماً حقوقی را برای ایثارگران به دنبال خواهد داشت. در تحلیل این امتیاز لازم است نوع امتیازات، آثار منتج از آن و ایثارگران مشمول آن مورد توجه و مذاقه قرار گیرد.

در دادنامه‌ی مورد بحث، شاکی با توجه به ایثارگری از نوع فرزند جانباز، درخواست برخورداری از مزایای یک مقطع تحصیلی بالاتر در دستگاه اجرایی که در آن مشغول به کار می باشد را دارد. از آنجا که بهره مندی از این امتیاز در صورتی که در حوزه حقوق استخدامی قرار گیرد، دارای امتیازاتی در استخدام، حقوق، مزایا و بازنشستگی برای فرد خواهد بود بنابراین ضروری است با در نظر گرفتن شرایط و ویژگی‌های مشمولین و مستندات قانونی آن به طور دقیق و همچنین با توجه به هدف قانونگذار، حکم متناسب با موضوع صادر گردد. طبق نص صریح قوانین، ایثارگرانی که از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر بهره‌مند می‌شوند شامل شهدا و مفقودین، جانبازان و آزادگان و فرزندان شهدا هستند. قانون برنامه ششم توسعه نیز در راستای حمایت از رزمندگان، برای جانبازان زیر ۲۵ درصد، آزادگان کمتر از ۶ ماه اسارت و فرزندان و همسران آنان تسهیلات رفاهی، معیشتی، بهداشتی، درمانی و فرهنگی پیش بینی نموده که باعث بروز اختلاف نظر در زمینه ایثارگران مشمول بهره‌مندی از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر شده است. در این نوشتار ضمن تحلیل رای صادره از شعبه ۴۳ بدوی دیوان عدالت اداری به تبیین دایره شمول ایثارگران در این زمینه می‌پردازیم.

۱- رای صادره از شعبه ۴۳ دیوان عدالت اداری

دعوی مطروحه در راستای اعمال یک مقطع تحصیلی بالاتر برای فرزند جانباز در شعبه بدوی ۴۳ دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار گرفته است. از آنجایی که آرای صادره از شعب دیوان عدالت اداری، زمانی قطعی می گردند که از مرجع تجدیدنظر اصدار یافته باشد یا مدت زمان تجدیدنظر

خواهی آن منقضی شده باشد و طرف شکایت نسبت به رای صادره از شعبه بدوی که به محکومیت اداره مشتکی عنه صادر شده است اعتراض و تجدیدنظرخواهی نکرده باشد^۱ و با در نظر گرفتن این مسئله که تجدیدنظرخواهی در خصوص این رای صورت نگرفته است، بنابراین رای صادره قطعی می‌باشد و نقد و بررسی آن در اصلاح رویه قضایی می‌تواند موثر واقع شود.

۱-۱- متن دادنامه

خواسته: الزام به بهره‌مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر

گردشکار: شاکی با تقدیم دادخواست و ضامنه مربوطه تقاضای رسیدگی به خواسته خود به شرح فوق را نموده است که پرونده با شماره ۹۸۰۸۱۱ و با گزارش مدیر دفتر به شعبه ارائه گردیده است. بصورت خلاصه مدعی است فرزند جانباز بوده و از کارکنان دستگاه اجرایی طرف شکایت می‌باشد. به حکم قانون می‌بایست از مزایای یک مقطع تحصیلی بالاتر بهره‌مند گردد که طرف شکایت از احقاق حق ایشان خودداری می‌نماید. الزام ایشان با استناد به مقررات قانونی به احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر و بهره‌مندسازی از امتیازات را خواستارم. طرف شکایت در مقام دفاع مبادرت به ارسال لایحه نموده است و مضبوط پرونده می‌باشد. پس از بررسی‌های لازمه به تاریخ مندرج به تصدی امضاء

۱. مولایی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۳، ص ۳۲۰.

کننده ذیل با اعلام ختم دادرسی و استعانت از ذات اقدس اله مبادرت به صدور رای به شرح آتی می نماید:

" رای دیوان "

با عنایت به اسناد و مدارک ابرازی ، مشتمل بر تاییدیه فرزند جانباز بودن ، حکم کارگزینی اشتغال شاکی در اداره طرف شکایت ؛ که جملگی مبین استحقاق وی در استفاده از مزایای تخصیصی برای فرزندان جانبازان میباشد ؛ صرفنظر از توجیهات معمول در لایحه دفاع طرف شکایت در عدم موافقت با درخواست شاکی ؛ با عنایت به حکم مقرر در صدر بند ث ماده ۸۸ از قانون برنامه ششم توسعه که صراحتاً کلیه دستگاههای اجرایی مشمول ، را مکلف به احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر از نظر امتیازات شغلی و سایر امتیازات مقرر در قوانین و مقررات برای فرزندان جانبازان نموده است ؛ ضمن احراز استحقاق قانونی شاکی در بهره مندی از حق مورد مطالبه ؛ با لحاظ آمره بودن مقررات استنادی شاکی و این قانون و عدم درج شرط خاص جهت اعمال حق منظور و عدم تاثیر اراده طرف شکایت در استقرار این حق و تکلیف ایشان ، به استناد مقررات مذکور و مواد ۱۰ و ۱۱ و ۵۸ و ۶۵ از قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری حکم بر ورود شکایت و محکومیت طرف شکایت بر اجابت خواسته صادر و اعلام میگردد. رای صادره طرف مهلت ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در شعب تجدیدنظر دیوان می باشد.

۲-۱- محتوای دادنامه

خواهان در این شکایت به استناد اینکه فرزند جانباز و کارمند دستگاه اجرایی می‌باشد تقاضای اعمال یک مقطع تحصیلی بالاتر را دارد. او مدعی است که با وجود پیش بینی بهره مندی از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر در قانون، دستگاه طرف شکایت از اعمال آن خودداری نموده است. در متن دادنامه به محتوای استدلال های طرف شکایت اشاره ای ندارد. قاضی پرونده بر اساس اسناد و مدارکی که موید فرزند جانباز بودن و حکم کارگزینی او در دستگاه اجرایی است و با استناد به بند ث ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، خواهان را محق به بهره مندی از این امتیاز می داند و از آنجا که اعمال این حق در قانون پیش بینی شده و جز قواعد امره محسوب می گردد که اراده طرف شکایت در آن موثر نیست بنابراین دستگاه طرف شکایت ملزم به اعمال یک مقطع تحصیلی بالاتر از نظر امتیازات شغلی و سایر امتیازات مقرر در قوانین و مقررات برای خواهان است و در نهایت در دعوی مطروحه حکم بر ورود شکایت صادر می گردد. استناد قاضی به بند ث ماده ۸۸ قانون برنامه ششم صحیح است اما به قرائن موجود در ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه دال بر تعیین دایره شمول ایثارگران توجه نشده است.

۲- ارزیابی رای

از منظر نقدشناسی، نقد از زمره روش‌های مؤثر برای سنجش کیفیت متن و مشخص کردن نقاط قوت و ضعف اثر است. در واقع نقد ابزاری برای اصلاح و تهذیب متن محسوب می‌گردد. در نقد علمی، دو محور عمده مورد توجه قرار می‌گیرد: ۱- عوامل مهم و تأثیرگذار در

ساختار نگارش و سطوح مربوط به آن؛ ۲- عناصر مهم در تبیین محتوا و مفاهیم تخصصی متن. هر یک از این دو مورد، از اهمیت خاص خود برخوردارند و نمی‌توان هیچیک را فدای دیگری کرد. در واقع ساختار مفهومی در سایه ساختار شکلی انسجام می‌یابد.^۱ از این رو متن رای صادره از شعبه دیوان عدالت اداری از دو جهت شکلی (ساختاری) و ماهوی (محتوایی) می‌توان مورد ارزیابی، سنجش و نقد قرار گیرد.

۲-۱- ابرادات شکلی

۲-۱-۱- یکی از مواردی که در شیوه نگارش آرای دادگاه‌ها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، شرح ادعاها و دفاعیات و دلایل طرفین دعوا در مقدمه رای می‌باشد. شرح دقیق ادعای خواهان و خوانده از ضروریات صدور رای متقن است. همانطور که دادگاه وظیفه دارد دادرسی را به عرصه ترافع و تناظر طرفین دعوا تبدیل کند و فرصت بیان ادعاها، ادله و دفاعیات را به هر دو طرف بدهد، می‌بایست در صدور رای نیز این خصیصه رعایت شود و به ادعاها و دفاعیات پرداخته شود.^۲ ماده ۵۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نیز تصریح می‌کند که گردشکار دادنامه باید متضمن خلاصه شکایت و دفاع طرف شکایت باشد. در دادنامه مذکور تا حدی به دلایل و مستندات خواهان اشاره شده است اما در بیان دلایل و دفاعیات خوانده تنها به ارسال لایحه از سوی طرف شکایت اشاره

۱. درودی، فریبرز، درآمدی بر انواع نقد و کارکردهای آن، فصلنامه نقد کتاب اطلاع رسانی و ارتباطات، ۱۳۹۳، دوره ۱، شماره ۳ و ۴، صص ۲۲۳-۲۲۲.

۲. محمدی، محمدرضا، نقدی بر شیوه استدلال دادگاهها در آراء حقوقی، فصلنامه رای، پاییز ۱۳۹۳.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۵۹

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

دارد و از مفاد لایحه سخنی به میان نیامده است. همچنین در متن رای به جمله‌ی «توجیهات معمول در لایحه دفاع طرف شکایت» اکتفا کرده و به ذکر هیچ یک از دلایل خوانده نمی‌پردازد.

۲-۱-۲- از جمله نکات مهم دیگری که باید در یک دادنامه رعایت شود؛ ذکر مرجع رسیدگی و نام و نام خانوادگی رئیس یا دادرس شعبه می‌باشد که در بند ب ماده ۵۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به آن اشاره شده است. در متن دادنامه مذکور مرجع رسیدگی و نام دادرس شعبه ذکر نشده است.

۲-۱-۳- حکم دادگاه در محکومیت خوانده باید صریح و روشن باشد به گونه ای که مشخص باشد خوانده دقیقاً به چه چیزی محکوم شده است. شیوه مرسوم در رای نویسی خصوصاً در شعب دیوان عدالت اداری به این شکل است که در نهایت از عنوان ورود شکایت یا رد شکایت استفاده می‌شود. به نظر می‌رسد شرح دقیق محکومیت خوانده در حق خواهان، شیوه ای پسندیده در نگارش رای باشد. توجه به این نکته می‌تواند موجب صدور رای با شفافیت و دقت بالایی شود و از ابهام و تردید در اجرای آن جلوگیری کند.

۲-۱-۴- دارا بودن نثر روان و قابل فهم بودن برای مخاطب و رعایت کردن اصول نگارش فارسی یکی دیگر از ویژگی‌های آرای دادگاه‌ها می‌باشد. رعایت نشانه‌گذاری به معنای به کاربردن علائم و نشانه‌هایی است که موجب تسهیل خواندن و رفع ابهام‌های نوشته شده و در نتیجه درک و فهم آسان مطالب می‌شود. در تمامی متن رای، جملات و عبارات پشت سر هم آمده و از علائم نگارشی به نحو

صحیحی استفاده نشده و جملات تنها از طریق «» به هم وصل شده‌اند. همین امر باعث طولانی شدن جملات و حذف برخی از افعال در جمله می‌گردد. در کل متن رای تنها در انتها از علامت نگارشی «» استفاده شده و این امر باعث ایجاد نوعی سردرگمی و ابهام در آن می‌شود. این در حالی است که اگر جملات کوتاه‌تر باشند و در نگارش فعل متناسب استفاده گردد، هم مقصود بهتر منتقل می‌شود و هم از لحاظ زیبایی شناختی، متن زیباتر خواهد بود.

۲-۱-۵- در خصوص نحوه استفاده از اصول نگارشی و علائم نگارشی از باب نمونه به چند مورد اشاره می‌کنیم: رعایت جدا نویسی به عنوان یکی از اصول نگارش در متون به ویژه متون حقوقی و قضایی ضروری است. در رای فوق این اصل در برخی کلمات نظیر «میباشد»، «دستگاههای» و «میگردد» رعایت نشده است و بهتر است به شکل «می‌باشد»، «دستگاه‌های» و «می‌گردد» تصحیح گردد. جهت رعایت پیوسته‌نویسی، در متن دادنامه ترکیب عربی «صرفنظر» باید به صورت «صرف‌نظر» نوشته شود. در عبارت «حکم کارگزینی اشتغال شاکی در اداره طرف شکایت؛ که جملگی مبین استحقاق وی در استفاده از مزایای تخصیصی برای فرزندان جانبازان میباشد» استفاده «» به جای «؛» صحیح است. بهره‌گیری از علائم نگارشی از جمله حرف ربط «و» در فهم صحیح جملات موثر است نظیر عبارت «صرفنظر از توجیهات معمول در لایحه دفاع طرف شکایت در عدم موافقت با درخواست شاکی» که شکل صحیح آن «صرفنظر از توجیهات معمول در لایحه و دفاع طرف شکایت در عدم موافقت با درخواست شاکی» می‌باشد. در عبارت «با عنایت به حکم مقرر در صدر بند ث ماده ۸۸ از قانون برنامه ششم توسعه که صراحتاً کلیه دستگاههای اجرایی مشمول، را مکلف به احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر از نظر امتیازات شغلی و سایر امتیازات مقرر در قوانین و مقررات برای

فرزندان جانبازان نموده است» حذف «» پیشنهاد می‌گردد. در این بخش از دادنامه «با لحاظ آمره بودن مقررات استنادی شاکی و این قانون و عدم درج شرط خاص جهت اعمال حق منظور و عدم تاثیر اراده طرف شکایت در استقرار این حق و تکلیف ایشان» چند جمله با حرف ربط «و» به هم متصل شده اند که از یک سو به جای آنها می‌توان از «» استفاده کرد و تنها در آخرین جمله از حرف ربط «و» استفاده شود و از سوی دیگر این امر باعث درازة نویسی و ابهام در فهم مطلب می‌گردد.

۲-۱-۶- ایراد شکلی دیگری که نیاز به اصلاح آن می‌باشد، رعایت قواعد و قوانین تایپ فارسی است. در متن باید فاصله علائم با کلمات به نحو صحیحی تایپ شود. قاعده کلی در استفاده از این علائم، در تایپ فارسی، به این صورت است که بین هر علامت و کلمه قبلی، هیچ فاصله‌ای نباید زده شود، اما بین هر علامت و کلمه بعدی، حتماً یک فاصله نیاز است. در همه‌ی موارد علائم نگارشی به کاربرده شده در متن، این قاعده رعایت نشده است و علامت نگارشی با کلمه قبلی فاصله دارد. با توجه به حجم بالای پرونده‌های دیوان و پیش بینی راهکاری در جهت رفع اشکالات نگارشی با حفظ سرعت در انشاء رای، طراحی و تولید نرم افزاری ویژه نگارش با توانایی شناسایی و رفع خطاهای نگارشی، ویرایشی و دستوری پیشنهاد می‌گردد که می‌تواند راهی برای کمک به قاضی در انشای رای و سرعت و سامان بخشیدن به تنظیم دادنامه باشد.

۲-۲- تحلیل ماهوی

قانونگذار در متون قانونی مختلف امکان بهره‌مندی از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر را برای ایثارگران پیش‌بینی نموده است. با تصویب قانون برنامه ششم توسعه تردیدهایی در خصوص ایثارگران مشمول این تسهیلات بوجود آمده است. متن دادنامه به استناد بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه به صدور حکم پرداخته و این در حالی است که به نظر می‌رسد در تحلیل و برداشت حکم از قانون مذکور باید قوانین دیگر که به این موضوع اشاره دارد مورد توجه قرار گیرد. با توجه به مستندات قانونی به بررسی و تحلیل ماهوی دادنامه مذکور می‌پردازیم:

۲-۲-۱- واژه ایثارگر در ماده ۱ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران تعریف شده که شامل شهید، مفقودالثر، جانباز، اسیر، آزاده و رزمنده می‌شود.^۱ قانونگذار مزایای اجتماعی، مالی و استخدامی متعددی برای ایثارگران، فرزندان و همسرانشان در نظر گرفته است. یکی از این امتیازات مقرر در قوانین، احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر می‌باشد. احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر برای جانبازان و آزادگان در قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان و قانون حمایت از آزادگان پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۱۸ قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب

۱. ماده ۱- تعاریف: الف - ایثارگر در این قانون به کسی اطلاق می‌گردد که برای استقرار و حفظ دستاوردهای انقلاب اسلامی و دفاع از کیان نظام جمهوری اسلامی ایران و استقلال و تمامیت ارضی کشور، مقابله با تهدیدات و تجاوزات دشمنان داخلی و خارجی انجام وظیفه نموده و شهید، مفقودالثر، جانباز، اسیر، آزاده و رزمنده شناخته شود.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۶۳

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۱۳۷۴، «کلیه دستگاه‌های مشمول این قانون مکلفند نسبت به احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر از نظر امتیازات شغلی و سایر امتیازات مقرر در قوانین و مقررات مربوط برای جانبازان اقدام و حقوق و مزایای آنان را مطابقت نمایند» و همچنین طبق تبصره ماده ۲۱ قانون حمایت از آزادگان مصوب ۱۳۶۸، «مدرک تحصیلی آزادگان از نظر استخدامی معادل یک مقطع تحصیلی بالاتر تلقی می‌شود». در خصوص شهدا و مفقودین نیز ماده ۲۸ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران مصوب ۱۳۹۱ مقرر می‌دارد: «کلیه دستگاه‌های مشمول این قانون مکلفند نسبت به اعطای امتیازات دیپلم به شهدا و مفقودان زیر دیپلم و احتساب مزایای یک مقطع تحصیلی بالاتر به کلیه شهدا و مفقودان دارای مدرک دیپلم و بالاتر همانند جانبازان و آزادگان اقدام و حقوق و مزایای آنان را مطابقت دهند». همانگونه که پیداست قانون مذکور به عنوان قانون جامع در حوزه ایثارگران در صدد گسترش بهره‌مندی همه ایثارگران از این امتیاز نبوده و صرفاً به مواردی که قبلاً بیان شده اشاره نموده است. از سوی دیگر ملاحظه می‌شود که در قوانین حمایتی از ایثارگران، مزایایی هم برای فرزندان شهدا پیش بینی شده است؛ طبق بند ۸۸ ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵، «فرزندان شهدا از کلیه امتیازات و مزایای مقرر در قوانین و مقررات مختلف برای شخص جانباز پنجاه درصد (۵۰٪) و بالاتر به استثنای تسهیلات خودرو، حق پرستاری، کاهش ساعت کاری و حالت اشتغال برخوردارند. امتیازات ناشی از این بند شامل وابستگان فرزند شهید نمی‌شود». بنابراین فرزندان شاهد نیز مانند جانبازان از تسهیلات استخدامی در خصوص یک مقطع تحصیلی بالاتر برخوردار می‌شوند.

۲-۲-۲- نکته مهمی که در اینجا باید مورد توجه و بررسی قرار گیرد در خصوص بند ۶ جزء «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵ است که مقرر می‌دارد: «دولت مکلف است طبق بودجه سنواتی به منظور حمایت و تجلیل از رشادت‌های رزمندگان هشت سال دفاع مقدس که حداقل شش ماه سابقه حضور در جبهه دارند و جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) جانبازی و آزادگان با کمتر از شش ماه سابقه اسارت و همسران و فرزندان آنان تسهیلات رفاهی، معیشتی، بهداشتی، درمانی و فرهنگی به شرح زیر ارائه نماید: بهره‌مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر مطابق قوانین مربوطه و برای رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس در حقوق و مزایای اجتماعی». مطابق قانون تفسیر جزء (۶) بند «ث» ماده (۸۸) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۸/۰۱/۲۸، منظور از مزایای اجتماعی مذکور در جزء (۶) بند «ث» ماده (۸۸) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مزایای مالی و استخدامی هم می‌باشد.^۱

لازم به یادآوری است با توجه به زمانمند بودن قانون برنامه ششم توسعه (۱۳۹۶-۱۴۰۰) تسهیلات استفاده از یک مقطع تحصیلی بالاتر برای فرزندان شهداء و رزمندگان با حداقل شش ماه سابقه حضور در جبهه صرفاً در این بازه زمانی مجراست و ادامه آن منوط به اظهارنظر بعدی مقنن خواهد بود.

۱. قانون تفسیر جزء (۶) بند «ث» ماده (۸۸) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه مصوب ۲۱/۱۲/۱۳۹۷ مجلس شورای اسلامی: آیا منظور از مزایای اجتماعی مذکور در جزء (۶) بند «ث» ماده (۸۸) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مزایای مالی و استخدامی هم می‌باشد؟ پاسخ: بلی

۲-۲-۳- تردید ایجاد شده نسبت به مشمولان این تسهیل قانونی ناشی از صدر بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۳۹۵ می‌باشد که بیان می‌کند: «دولت مکلف است طبق بودجه سنواتی به منظور حمایت و تجلیل از رشادتهای رزمندگان هشت سال دفاع مقدس که حداقل شش ماه سابقه حضور در جبهه دارند و جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) جانبازی و آزادگان با کمتر از شش ماه سابقه اسارت و همسران و فرزندان آنان تسهیلات رفاهی، معیشتی، بهداشتی، درمانی و فرهنگی به شرح زیر ارائه نماید» که در جزءهای ۱ تا ۶ این تسهیلات را بر می‌شمرد. نکته قابل توجه اینکه در بین تسهیلات مذکور از تسهیلات استخدامی ذکری به میان نیامده است و تقریباً تمامی موارد ششگانه مذکور در بند «ث» غیراستخدامی هستند.

در تحلیل لازم است به این مسئله توجه شود که امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر ذاتاً یک تسهیل استخدامی و غیراستخدامی است؛ به همین دلیل در صدر بند «ث» اشاره‌ای به تسهیلات استخدامی نشده است چرا که حالت غالب تسهیلات ذکر شده، غیر استخدامی می‌باشد. لازم به توضیح است که برای استفاده از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر دو کارکرد متصور است: اول در حوزه حقوق اساسی و دوم در حوزه حقوق استخدامی. در حوزه حقوق اساسی به عنوان مثال برای نامزدی در انتخابات نمایندگی شوراهای شهر و روستا و نیز مجلس شورای اسلامی ویژگی شرط مدرک تحصیلی تعیین شده است که در این فرض ایشارگران می‌توانند از این امتیاز استفاده کرده و با مقطع تحصیلی پایین

تر نیز ثبت نام نمایند. به عنوان مثال براساس ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی^۱ شرط نامزد شدن دارا بودن مدرک کارشناسی ارشد است که ایثارگران می‌توانند با مدرک کارشناسی و امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر در این انتخابات ثبت نام نمایند که در واقع مدرک معادل محسوب خواهد شد. با این فرض، عبارت «مطابق قوانین مربوطه» در ابتدای جزء ۶ به این قوانین یعنی قوانین انتخاباتی اشاره دارد. در حالی که در حوزه حقوق استخدامی در زمینه ی استخدام، حقوق، مزایا و بازنشستگی ایثارگران تاثیر خواهد داشت. بنابراین در یک تحلیل، بهره‌مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر برای ایثارگران مصرح در صدر بند «ث» ماده ۸۸ در حوزه غیراستخدامی است و برای رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس علاوه بر آن در حوزه تسهیلات استخدامی نیز قابل بهره‌مندی است. استفاده از واژه مزایای اجتماعی که برابر تفسیر مجلس مزایای استخدامی را شامل می‌شود، صرفاً مختص رزمندگان با سابقه حداقل شش ماه خواهد بود و سایر ایثارگرانی که در بقیه قوانین تصریح نشده اند را در بر نمی‌گیرد. در متن جزء ۶ نیز در خصوص

۱. ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۹/۷ مجلس شورای اسلامی: «انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند: ۱- اعتقاد و التزام عملی به اسلام. ۲- التزام عملی به نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران. ۳- تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران. ۴- ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل مرفقی ولایت مطلقه فقیه. ۵- داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد یا معادل آن. ۶- نداشتن سوء شهرت در حوزه انتخابیه. ۷- سلامت جسمی در حد برخورداری از نعمت بینایی، شنوایی و گویایی. ۸- حداقل سن سی سال تمام و حداکثر هفتادوپنج سال تمام.

۲. قانون تفسیر ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۱۲ مجلس شورای اسلامی: آیا مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد و کارشناسی و معادل آن شامل آن دسته از مدارکی می‌باشد که توسط وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و حوزه علمیه و دیگر مراجع قانونی ذیصلاح صادر شده است؟ (آنچه در ثبت‌نام داوطلبان دوره هشتم اعمال شد). نظر مجلس- مدرک معادل در هر مقطع تحصیلی مدرکی است که واجد ارزش استخدامی می‌باشد.

رزمندگان با شش ماه سابقه در عبارتی مجزا با استفاده از واو استثنا از سایر ایثارگران تعیین تکلیف شده که به وضوح تمایز این دو دسته افراد را در حکم مربوط می‌رساند.

۲-۴- در تحلیل دوم و با فرض معنای واحد برای امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر یعنی معنای استخدامی آن، افراد مذکور در صدر بند «ث» ماده ۸۸ مشمول اعمال امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر نمی‌باشند. اگر منظور از مشمولین امتیاز یک مقطع بالاتر تمامی افراد مذکور در صدر بند «ث» باشد پس تکرار رزمندگان با حداقل شش ماه در جزء ۶ زائد و تکرار عبث خواهد بود. چرا که در صدر بند «ث» یکبار به رزمندگان با حداقل شش ماه سابقه تصریح شده بود و نیازی به تکرار آن در جزء شش نبود. بنابراین تکرار آن از باب بیان حکم مجزای این افراد بوده است و عبارت «مطابق قوانین مربوطه» اشاره به ایثارگرانی دارد که قبل از برنامه ششم طبق قوانین صدرالذکر از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر برخوردار شده اند. از این رو اراده مقنن افزودن افراد جدیدی غیر از رزمندگان با شش ماه سابقه که بدان تصریح نموده، نبوده است.^۱

۱. این نکته در رای وحدت رویه شماره ۱۸۴۴ تا ۱۸۵۹ مورخ ۲۸/۱۱/۱۳۹۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز ذکر شده است: «الف- تعارض در آراء محرز است. ب- با توجه به اینکه اولاً: بر اساس نظریه شورای نگهبان در تفسیر اصل ۷۳ قانون اساسی که طی شماره ۱۰/۲۱/۵۸۳-۱۳۷۶/۳/۷۶ اعلام شده: «۱- مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است بنابراین تضييق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر، تلقی نمی شود. ۲- تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم الاجرا است. بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجریان برداشت دیگری از قانون داشته اند و آن را به مرحله اجراء گذاشته اند تفسیر قانون به موارد مکتومه مذکور، تسری نمی یابد.» و ثانیاً: بر اساس قانون تفسیر جزء ۶ بند (ث) ماده ۸۸ قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

۲-۲-۵- تسهیلات مذکور در بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه تسهیلات عمدتا

غیراستخدامی و متنوع است که در جزء های ششگانه ذکر شده است:

«۱- تأمین و پرداخت یا معافیت هزینه شهریه تحصیل در دانشگاه. ۲- بهره‌مندی رایگان از

خدمات مراکز فرهنگی عمومی و ناوگان حمل و نقل شهری. ۳- معافیت از پرداخت سی درصد (۳۰٪)

جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۷/۱۲/۲۱ (که در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۲ لازم الاجرا شده) اعلام شده است منظور از مزایای اجتماعی مذکور در جزء ۶ بند (ث) ماده ۸۸ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مزایای مالی و استخدامی هم می باشد. ثالثاً: تا پیش از استفساریه مذکور دستگاه های اجرایی بر اساس برداشت از بند (ث) ماده ۸۸ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ که مقرر شده بود: «دولت مکلف است طبق بودجه سنواتی به منظور حمایت و تجلیل از رشادت های رزمندگان ۸ سال دفاع مقدس که حداقل شش ماه سابقه حضور در جبهه دارند و جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) جانبازی و آزادگان با کمتر از شش ماه سابقه اسارت و همسران و فرزندان آنان تسهیلات رفاهی، معیشتی، بهداشتی، درمانی و فرهنگی به شرح زیر ارائه نماید: ۶ - بهره مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر مطابق قوانین مربوطه و برای رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس در حقوق و مزایای اجتماعی.» و همچنین مکاتبات سازمان اداری و استخدامی کشور که در این ارتباط اعلام کرده بود حقوق و مزایای اجتماعی منصرف از مزایای استخدامی است و بر اساس آن دستگاه های اجرایی از اعمال یک مقطع تحصیلی بالاتر در مورد رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس در امور استخدامی خودداری کرده بودند و این برداشت از قانون نیز به موجب دادنامه شماره ۲۵-۱۳۹۷/۷/۲۲۱ دیوان عدالت اداری مغایر با قانون تشخیص داده نشده بود و این امر به لحاظ اداری، امری مختومه در دستگاه های اجرایی محسوب شده است، بنابراین از آنجا که مراد مقنن مبنی بر اینکه منظور از مزایای اجتماعی مذکور در جزء ۶ بند (ث) ماده (۸۸) قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مزایای مالی و استخدامی را هم در برمی گیرد با استفساریه مذکور بیان شده است، لذا از زمان لازم الاجرا شدن قانون استفساریه در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۲ قابلیت اجرا دارد و رای شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۵۴۷- هیأت ۱۳۹۸/۸/۲۹ هیأت تخصصی استخدامی دیوان عدالت اداری و رای وحدت رویه شماره ۷۷۳ تا ۲۸-۱۳۹۹/۵/۷۸۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مؤید این امر است و از این حیث آراء صادر شده مبنی بر رد شکایت صحیح و موافق مقررات است. این رای به استناد بند ۲ ماده ۱۲ و ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ برای شعب دیوان عدالت اداری و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

هزینه از طریق هر یک از شرکتهای دولتی و خصوصی هواپیمایی، ریلی و دریایی در سفرهای داخلی و عتبات عالیات برای یکبار در سال. ۴- تسهیلات در خصوص دفن اموات ایثارگر(شامل: والدین، همسران و فرزندان شهدا و آزادگان و همسران و فرزندان آنان، جانبازان و همسران و فرزندان جانبازان بیست و پنج درصد (۲۵٪) و بالاتر و رزمندگان با سابقه حضور شش ماه و بالاتر). ۵ - بهره‌مندی از انشعاب رایگان آب، فاضلاب، برق و گاز برای یک بار در یک واحد مسکونی. ۶ - بهره‌مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر مطابق قوانین مربوطه و برای رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس در حقوق و مزایای اجتماعی.»

در مواردی مانند جزء ۴ برخی ایثارگران مذکور در صدر بند «ث» بیان نشده مانند جانبازان زیر بیست و پنج درصد و مواردی را نیز افزوده که در صدر بند «ث» سابقا مطرح نشده است مانند والدین شهداء. بنابراین تکیه صرف به افراد ذکر شده در صدر بند «ث» مطابق با منطوق و نص ماده در این بند نیست.

نکته قابل توجه آنکه در صورت پذیرش شمول حکم بند ۶ به افراد مذکور در صدر جزء «ث» ماده ۸۸ دچار تالی فاسدی خواهیم شد که براساس آن به عنوان نمونه همسر جانباز زیر ۲۵ درصد از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر برخوردار می‌شود حال آنکه همسر شهید یا همسر جانباز بالای ۲۵ درصد مشمول این امتیاز نخواهد بود.

۲-۲-۶- در نهایت توجه به این نکته حائز اهمیت است که هرچند ایراد اصلی در تبیین و تفسیر بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه پنجساله ششم توسعه ناشی از عدم منقح بودن متن آن و کوتاهی مقنن در بیان نظام مند و شفاف قانون است اما بر اساس متن موجود شایسته است با تفسیری حکیمانه و با توجه به استثنائی و عارضی بودن این حکم قانونی به نحو مضیق آن را تبیین نمود و به قدر متیقن اکتفاء کرد. لذا در حال حاضر استفاده از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر برای شهدا، جانبازان، آزادگان، فرزندان شهدا و رزمندگان با سابقه شش ماه حضور در جبهه و جاهت قانونی دارد و بقیه ایثارگران از جمله فرزندان جانبازان را در بر نمی گیرد.

نتیجه گیری

با مطالعه و بررسی دادنامه می توان به اهمیت تفسیر قانون و توجه به هدف قانونگذار در صدور رای توسط قضات پی برد. در صورتی که قانونگذار در تدوین و تصویب قانون دقت نظر لازم را نداشته باشد و متن مبهمی را تصویب کند، مطمئناً با ابهامات و اشکالاتی در اعمال و اجرای آن روبرو خواهیم شد. آنچه در اینجا اهمیت دو چندان پیدا می کند، نقش قاضی و رویه قضایی است که می تواند ما را در دستیابی به هدف قانونگذار و تحقق عدالت کمک کند. در رای مذکور قاضی با استناد به جز ۶ بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۸، شاکی که فرزند جانباز بود را مستحق استفاده از یک مقطع تحصیلی بالاتر می داند و همچنین به بهره مندی از امتیازات شغلی آن نیز تصریح دارد. استناد قاضی به قانون مذکور صحیح می باشد اما نکته قابل تأمل عدم توجه به نوع امتیازات و آثار آن نسبت به افراد ذکر شده در ماده و عدم تفکیک آنها با توجه به اهمیت موضوع است. از آنجا که احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر در حقوق استخدامی دارای آثار و امتیازات قابل توجهی در استخدام، حقوق و بازنشستگی ایثارگران می باشد، بنابراین اعمال این امتیاز نیازمند نص صریح قانونگذار است. در مورد فرزندان جانبازان که موضوع مورد بحث می باشد؛ در صدر بند «ث» ماده ۸۸ تسهیلات رفاهی، معیشتی، بهداشتی، درمانی و فرهنگی پیش بینی شده است که اشاره ای به حقوق استخدامی ندارد. این تسهیلات در ۶ بند ذکر شده است که جز ۶ به بهره مندی از امتیازات یک مقطع تحصیلی بالاتر مطابق قوانین مربوطه و برای

رزمندگان با حداقل شش ماه حضور داوطلبانه در دفاع مقدس در حقوق و مزایای اجتماعی اشاره دارد. به نظر می‌رسد ذکر مجدد رزمندگان در جز ۶ خالی از لطف نبوده است چرا که استفاده از امتیاز مذکور در حقوق استخدامی را تنها شامل رزمندگان می‌داند و خانواده جانبازان مشمول این قاعده نمی‌شوند. همچنین در صورتی که فرزند جانباز زیر ۲۵٪ را مستحق برخورداری از این امتیاز بدانیم، در حالی که طبق قوانین فرزند جانباز بالای ۲۵٪ از آن محروم است، موجب تبعیض ناروا و ترجیح بلا مرجح در جامعه ایثارگری شده‌ایم. بنابراین با توجه به تفسیر و تبیین بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه می‌توان ادعا کرد که استفاده از امتیاز یک مقطع تحصیلی بالاتر برای جانبازان زیر بیست و پنج درصد (۲۵٪) جانبازی و آزادگان با کمتر از شش ماه سابقه اسارت و همسران و فرزندان آنان قانونی نیست و اعمال آن نیازمند نص صریح قانونگذار می‌باشد.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۱۷۳

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

منابع

کتاب

۱- مولابیگی، غلامرضا، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، انتشارات جنگل، چاپ اول ۱۳۹۳.

مقالات

۱- بساک، حسن، مریم سعادت زاده، نقد و بررسی نگارشی، ویرایشی و دستوری آرای دادگاههای عمومی جزایی مشهد و شناسایی ضعفها و عوامل اثر گذار بر آنها، فصلنامه نقد رای، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.

۲- درودی، فریبرز، درآمدی بر انواع نقد و کارکردهای آن، فصلنامه نقد کتاب اطلاع رسانی و ارتباطات، ۱۳۹۳، دوره ۱، شماره ۳ و ۴.

۳- محمدی، محمدرضا، نقدی بر شیوه استدلال دادگاهها در آراء حقوقی، فصلنامه رای، پاییز ۱۳۹۳.

قوانین

۱- قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸.

۲- قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۶-۱۴۰۰).

۳- قانون تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۴ مجلس شورای اسلامی.

۴- قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی.

۵- قانون تفسیر جزء (۶) بند «ث» ماده (۸۸) قانون برنامه پنجساله ششم توسعه مصوب ۲۱/۱۲/۱۳۹۷ مجلس شورای اسلامی.

۶- قانون تفسیر ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۹۰/۰۵/۱۲ مجلس شورای اسلامی.

۷- قانون جامع خدمات رسانی به ایتارگران مصوب ۱۳۹۱ مجلس شورای اسلامی.

۸- قانون حمایت از آزادگان (اسرای آزاد شده) بعد از ورود به کشور مصوب ۱۳۶۸ مجلس شورای اسلامی.

چالش پیش روی سازمان بهزیستی: «لزوم ساماندهی نحوه واگذاری مراکز»

زینب مصطفی ماهیدشتی

چکیده

در سال ۱۳۸۰، مجلس شورای اسلامی ایران «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» را تصویب نمود و در ماده ۲۸ این قانون، به سازمان بهزیستی اجازه داد تا «واحدهای تحت پوشش خود را در فرصتهایی که از آن‌ها استفاده نمی‌کند، برای ارائه خدمت و یا از طریق انعقاد قرارداد و یا اجاره مراکز و فضاهای فوق با دریافت هزینه‌های مربوط از متقاضیان، واگذار نماید.» در سال ۱۳۸۸ نیز دولت «در جلسه مورخ ۱۳ / ۱۰ / ۱۳۸۸ بنا به پیشنهاد معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور و به استناد تبصره (۲) ماده (۲۴) قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ و با رعایت بند (ی) تصویب‌نامه شماره ۱۵۸۷۸۵ / ت / ۳۸۸۵۶ هـ مورخ ۱ / ۱۰ / ۱۳۸۶ آیین‌نامه اجرایی ماده یادشده» را تصویب نمود و متعاقب آن هم در سال ۱۳۹۰ دستورالعمل اجرایی این آیین‌نامه ابلاغ گردید. ماده یک آیین‌نامه اخیر، دستگاه‌های اجرایی را موظف نمود که «تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی، خدماتی و زیربنایی» خود را احصاء نموده و نسبت به واگذاری «موارد قابل واگذاری با رعایت قانون مدیریت خدمات کشوری پس از هماهنگی با معاونت‌های توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور و برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور مطابق تفاهم‌نامه فی‌مابین اقدام نمایند.» اکنون با توجه به تفاوت ماهیت این دو نحوه واگذاری و آثار مالی و حقوقی متفاوتی که به دنبال دارند، و همچنین با عنایت به وظایف اصلی سازمان بهزیستی، این پرسش مطرح می‌شود که جهت واگذاری مراکز سازمان بهزیستی مطابق هر یک از مواد قانونی پیش‌گفته، کدام ویژگی‌ها می‌بایست ملاک تشخیص قرار گیرند؟

کلیدواژگان: سازمان بهزیستی، قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، قانون مدیریت خدمات کشوری، قرارداد اداری



Challenge facing the Welfare Organization: "The need to organize how to cession centers"

Abstract

In 2001, the Islamic Consultative Assembly of Iran approved the "regulating part of the government's financial regulations Act." and in Article 28 of this law, allowed the Welfare Organization "Assign its covered units in opportunities that it does not use, to provide services or by concluding a contract or renting the above centers and spaces at the expense of the applicants." In 2009, the government "in the meeting dated 10/13/1388 according to the proposal of the Vice President for Management and Human Capital Development and based on Note (2) of Article (24) of the Civil Service Management Law approved in 2007 and in accordance the executive regulations of the said article » Approved and subsequently in 1390, the executive instructions of this regulation were announced. Article 1 of a recent regulation mandates executive bodies to enumerate their "social, cultural, service and infrastructure enterprises." and Regarding the transfer, "the transferable cases shall act in accordance with the Civil Service Management Law, in coordination with the Vice Presidents for Management Development and Human Capital Development, and the President's Strategic Planning and Supervision, in accordance with the Memorandum of Understanding." Now, given the differences in the nature of the two divestitures and the different financial and legal implications that follow, and Also, considering the main duties of the Welfare Organization, the question arises that in order to transfer the centers of the Welfare Organization in accordance with each of the aforementioned legal materials, which characteristics should be the criteria for recognition?

Keywords: Welfare Organization, Law regulating part of government financial regulations, Civil Service Management Act, Administrative contract

مقدمه

«از زمانی که دولت به تدریج وظایف جدید پیدا کرد و وظایف آن از حاکمیت به تصدی، بلکه خدمات عمومی گسترش یافت، چون به تنهایی قادر به ارائه این وظایف نبوده، تأمین بعضی خدمات و نیازهای عمومی را طبق قرارداد با نظارت خود به دیگران واگذار میکند یا تدارک مواد و خدمات موردنیاز، اداره یا بهره‌برداری بعضی خدمات عمومی را طبق قرارداد و با حفظ حق هدایت و نظارت خود به اشخاص صلاحیت‌دار حقیقی یا حقوقی می‌سپارد»^۱.

از این تعریف به روشنی می‌توان دریافت که «اغلب حقوق‌دانان حقوق عمومی موضوع قراردادهای اداری را امور عمومی و به‌صورت خاص هدف از انعقاد قرارداد عمومی را ارائه و مدیریت خدمات عمومی می‌دانند»^۲. بنابراین اولین ملاک تشخیص قراردادهای اداری، واگذاری وظیفه خدمت عمومی از سوی دولت به بخش خصوصی می‌باشد.

اما از آنجا که «خدمت عمومی فعالیتی است که متضمن رفع نیازها و تأمین منافع عمومی است»^۳، و دولت‌ها ضامن تأمین این منافع هستند، لذا «قرارداد اداری... بر طبق احکام خاصه (نوعاً ترجیحی یا امتیازی و بعضاً حمایتی)»^۴ منعقد می‌شود.

۱- زارعی، محمدحسین و مولائی، آیت (پاییز ۱۳۹۲)، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ص ۸۲.

۲- نجارزاده هنجنی، مجید (بهار و تابستان ۱۳۹۹)، «تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری»، حقوق قراردادهای فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، ص ۱۱۹.

۳- طباطبائی موتمنی، منوچهر (۱۳۹۱)، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، چاپ هجدهم، ص ۲۶۵.

۴- انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷)، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: نشر حقوقدان، ص ۳۲-۳۳.

بنابراین «یکی دیگر از شاخصه‌های موکد حقوق‌دانان حقوق عمومی برای تشخیص قراردادهای اداری وجود برخی امتیازات ترجیحی و حاکمیتی برای طرف عمومی است که با اصطلاحات دیگری مثل شروط استثنائی یا فوق‌العاده نیز معرفی شده‌اند»^۱.

«در سنت حقوقی ایران نیز، عبارات «قرارداد اداری»، «قرارداد عمومی» و «قرارداد یا معاملات دولتی» از بعد از انقلاب مشروطه مطرح بوده است»^۲ و پس از انقلاب اسلامی نیز ادامه پیدا کرده و به شکل قوانین نمود یافته‌اند. به عنوان نمونه «در قانون مدیریت خدمات کشوری به امکان مشارکت بخش خصوصی در امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی ... و با نظارت و حمایت دولت... تصریح شده است»^۳. اکنون جهت شناسایی قراردادهای واگذاری مراکز دولتی وفق «قانون مدیریت خدمات کشوری»، این قانون و به ویژه ماده ۲۴ آن با دقت نظر بیشتری مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

-
- ۱- نجارزاده هنجانی، مجید (بهار و تابستان ۱۳۹۹)، «تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری»، حقوق قراردادهای و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، ص ۱۲۳.
- ۲- مولائی، آیت (بهار ۱۳۹۴)، «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۸۹، ص ۱۲۷.
- ۳- زارعی، محمدحسین و مولائی، آیت (پاییز ۱۳۹۲)، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۸، شماره ۶۳، ص ۱۷۴.

گفتار اول. ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری

در سال ۱۳۸۶ و در فضایی که خصوصی سازی رواج پیدا کرده بود، «قانون مدیریت خدمات کشوری» با هدف کوچک کردن بدنه دولت و واگذاری خدمات عمومی به بخش خصوصی، تصویب شد. هدف از تصویب این قانون به روشنی در ماده ۱۳ و همچنین به طور ضمنی در مواد دیگر آن دیده می شود.

ماده ۱۳ این قانون، تصریح دارد که: «امور تصدی های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی با رعایت اصول بیست و نهم (۲۹) و سی ام (۳۰) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از طریق توسعه بخش تعاونی و خصوصی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی تعیین صلاحیت شده و با نظارت و حمایت دولت» و با استفاده از شیوه هایی از قبیل اعمال حمایت، خرید خدمات، مشارکت (از طریق اجاره، واگذاری امکانات و تجهیزات و منابع فیزیکی)، واگذاری مدیریت (با پرداخت هزینه سرانه خدمات)، و ایجاد و اداره واحدهایی در دستگاه های اجرایی به همین منظور، انجام پذیرد.

به روشنی از متن ماده ۱۳ «قانون مدیریت خدمات کشوری» می توان دریافت که هدف اصلی از تدوین و تصویب این قانون، واگذاری تصدی ها و خدمات دولتی به بخش غیردولتی بوده است و همین ویژگی، زمینه شکل گیری قراردادهای اداری را فراهم آورده است.

ماده ۲۴ «قانون مدیریت خدمات کشوری»، کلیه دستگاه های اجرایی را موظف کرده است که در راستای اجرای اهداف این قانون، نسبت به احصای آن دسته از وظایف قابل واگذاری خود به بخش غیردولتی اقدام نموده و تاکید شده است که این واگذاری ها باید به نحوی باشند که طی هر برنامه (توسعه)، ۲۰٪ از میزان تصدی های قابل واگذاری دولت، و نیز سالانه ۲٪ از میزان استخدام کارمندان دولتی (در وظایف غیرحاکمیتی) کاهش پیدا کند.

تبصره ۲ ماده ۲۴، سازمان مدیریت و برنامه ریزی کشور را موظف نمود که آیین نامه اجرایی ماده ۲۴ را که شامل وظایف قابل واگذاری، حمایت های دولت از بخش غیردولتی، نحوه خرید خدمات و

تعیین تکلیف کارمندان واحدهای واگذار شده، و سایر موارد مرتبط با این موضع می‌باشد را پیشنهاد و به تصویب هیات وزیران برساند.

آیین نامه مذکور در سال ۱۳۸۸ تهیه و به تصویب هیات وزیران رسید. ماده ۱ این آیین نامه نیز مجدداً دستگاه‌های اجرایی را موظف نمود که تصدی‌های قابل واگذاری خود را احصاء کرده و پس از هماهنگی با معاونت‌های توسعه مدیریت و سرمایه انسانی و همچنین برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رییس جمهور، نسبت به واگذاری آن‌ها اقدام نمایند و در صورتی که امکان واگذاری آن‌ها میسر نبود، به تشخیص شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، تا برطرف شدن موانع واگذاری، انجام خدمات را برعهده گیرند (ماده ۲ آیین نامه). تاکید اخیر در راستای اصل تداوم خدمات عمومی ارزیابی می‌شود.

ماده ۱۲ نیز به همین مطلب اشاره کرده و اعلام می‌نماید که «تغییر کاربری مراکز و واحدهای واگذار شده ممنوع می‌باشد و در موارد استثنا با ذکر دلایل موجه و پس از تصویب در کارگروه موضوع ماده (۴) و دریافت مابه‌التفاوت ارزش افزوده ناشی از تغییر کاربری به نفع دولت با پیشنهاد بالاترین مقام دستگاه اجرایی ذیربط و طی مراحل تصویب در هیئت وزیران بلامانع خواهد بود.»

در سال ۱۳۹۰، «برنامه اجرایی نحوه واگذاری تصدی‌های موضوع آیین نامه ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری» تصویب و به سازمان بهزیستی ابلاغ گردید.

ماده یک این برنامه، اهداف واگذاری مراکز ارائه خدمات بهزیستی را کاهش تصدی‌های دولت، کاهش تدریجی اعتبارات هزینه‌ای دولت، بهبود ارائه خدمات به گروه هدف، افزایش مشارکت بخش غیردولتی در فعالیتهای تخصصی سازمان بهزیستی، و ایجاد و توسعه اشتغال و کارآفرینی در بخش غیر دولتی عنوان نموده است.

ماده ۱۲ این برنامه، پس از آنکه کارشناسان سازمان را موظف به نظارت بر عملکرد مراکز واگذار شده می‌نماید (بند سوم)، به این موضوع اشاره می‌کند که اگر «طرف قرارداد مانع از نظارت‌های کارشناسان سازمان شود، سازمان مجاز خواهد بود قرارداد را یکطرفه فسخ نماید» (تبصره ششم). با توجه به اینکه نظارت مورد اشاره، مربوط به حسن عملکرد مراکز و در راستای وظایف تصدی‌گری سازمان بهزیستی است، می‌توان چنین نتیجه گرفت که سازمان بهزیستی در راستای تامین منافع

عمومی، امکان استفاده از امتیازات حاکمیتی را پیدا کرده است و بنابراین ویژگی دوم قراردادهای اداری هم در قراردادهای واگذاری مراکز بهداشتی به روشنی مشاهده می‌شود.

گفتار دوم. ماده ۲۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت

ماده ۱_ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» که در سال ۱۳۸۰ تصویب گردید، از این قانون «به عنوان یک تبصره به ماده (۲۴) قانون محاسبات عمومی کشور» نام برده است. و در ماده ۲۸ این قانون عنوان شده است که:

«به سازمان بهداشتی کشور اجازه داده می‌شود، واحدهای تحت پوشش خود را در فرصتهایی که از آنها استفاده نمی‌کند، برای ارائه خدمت و یا از طریق انعقاد قرارداد و یا اجاره مراکز و فضاهای فوق با دریافت هزینه‌های مربوط از متقاضیان، واگذار نماید. وجوه دریافتی از این بابت را به حساب درآمد اختصاصی واریز کند.

معادل درآمدهای اختصاصی مذکور هر ساله در قانون بودجه سالانه منظور و در اختیار سازمان بهداشتی کشور قرار خواهد گرفت تا برای تأمین بخشی از هزینه‌های مراکز تحت پوشش آن سازمان هزینه نماید.»

از مواد مذکور می‌توان به این نتیجه رسید که این قانون با هدف تقویت مالی و کمک به درآمدهای اختصاصی دولت، تصویب گردیده است. در «شیوه‌نامه واگذاری واحدهای تحت پوشش سازمان بهداشتی کشور» نیز که در سال ۱۳۹۶ و در راستای اجرای مفاد ماده ۲۸ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» تنظیم و به تصویب شورای معاونین سازمان بهداشتی رسیده است نیز می‌توان همین رویکرد را مشاهده نمود.

ماده ۲ این شیوه‌نامه، اهداف آن را افزایش درآمد اختصاصی سازمان بهداشتی جهت توسعه خدمات تخصصی به جامعه هدف، تأمین بخشی از هزینه‌های مراکز تحت پوشش به منظور هزینه

کرد در راستای خدمات مطلوب‌تر، و بهره‌وری و استفاده بهینه از واحدهای تحت پوشش سازمان در فرصت‌های بلا استفاده اعلام نموده است.

البته اهداف دیگری مانند بهره‌مندی از مشارکت مردم و بخش غیردولتی و همچنین ارتقاء کیفیت و کمیت خدمات به جامعه هدف هم در این ماده مورد اشاره قرار گرفته است و همچنین در تعریف واگذاری (بند ۴ ماده اول) یکی از اهداف انعقاد قرارداد، ارائه خدمت عنوان شده است ولی بلافاصله به موضوع «اجاره مراکز و فضای واحدهای تحت پوشش با دریافت هزینه‌های مربوطه از متقاضی» اشاره گردیده که موضوع ارائه خدمات عمومی را منتفی می‌کند و قرارداد واگذاری را به سمت یک قرارداد خصوصی میان موجر و مستاجر متمایل می‌سازد.

این ادبیات (موجر، مستاجر، اجاره بهاء و ...) در سراسر شیوه‌نامه، به ویژه در ماده ۸ که در مورد روند اجرا است، به روشنی مشاهده می‌شود و بندهای ۹ و ۱۱ ماده ۸ که به موارد فسخ یک‌طرفه اشاره می‌کند، نمی‌توانند شاخص مناسبی برای اطلاق عنوان قرارداد اداری به قراردادهای واگذاری ماده ۲۸ باشند. البته اینکه یک سازمان دولتی با کدام مجوز قانونی برای خود حق فسخ یک‌طرفه قایل شده است، مورد بحث این مقاله نیست.

نکته دیگر این است که شیوه‌نامه مورد بحث، دامنه شمول خود را بسیار وسیع دیده است. به عنوان نمونه در قسمت تعاریف (ماده یک) واحدهای تحت پوشش را «تمام یا بخشی از فضای ساختمان‌های مربوط به مراکز سازمان» (بند اول)، و فرصت‌های بلا استفاده را «فرصت‌ها و ساعات اداری و غیراداری که سازمان بنا بر دلایلی امکان استفاده از واحدهای خود را کلاً یا جزئاً ندارد» (بند دوم) معرفی کرده است. همین وسیع دیدن دایره شمول و همچنین ابهاماتی که در تفسیر ماده ۲۴ «قانون مدیریت خدمات کشوری» وجود دارد، موجب سردرگمی در واگذاری مراکز سازمان بهزیستی شده است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

پیش از ورود به بحث واگذاری مراکز، می‌بایست این نکته هم ذکر گردد که ماده ۸۸ قانون تنظیم و آیین‌نامه اجرایی و اصلاحات بعدی آن نیز موضوع مجوز (اختیاری) واگذاری مراکز دولتی به بخش غیردولتی را مورد توجه قرار داده است که به دلیل مشابهت با موارد مطرح شده در ماده ۲۴ قانون مدیریت و آیین‌نامه و برنامه اجرایی مرتبط با آن، به نظر می‌رسد که نیازی به طرح مجدد آن نباشد.

گفتار سوم. واگذاری مراکز سازمان بهزیستی

بند ۴ ماده ۲ «برنامه اجرایی نحوه واگذاری مراکز سازمان بهزیستی»، واگذاری را فرآیندی تعریف کرده است که طی آن سازمان بهزیستی مراکز قابل واگذاری خود را صرفاً از طریق روش «واگذاری مدیریت» به بخش غیردولتی واگذار می‌نماید و این قید با آنچه که در ماده ۱۳ «قانون مدیریت خدمات کشوری» ذکر شده است، تفاوت دارد و این برنامه درمورد سایر روش‌های واگذاری مانند مشارکت سکوت کرده است.

در بند ۵ همین ماده نیز واگذاری مدیریت، فرآیندی تعریف شده است که طی آن مدیریت مراکز دولتی سازمان به صورت تمام وقت و با تمام امکانات موجود به متقاضیان واگذار می‌شود.

بند ۱۳ از ماده ۸ شیوه‌نامه، تاکید نموده است که «سازمان بهزیستی به هیچ وجه حق واگذاری واحدها و مراکز دارای چارت تشکیلات مصوب سازمانی که دارای نیروی انسانی یا مددجو که مشمول ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری می‌شوند را در چارچوب ماده ۲۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت ندارد.»

از مفاد این بند این گونه برداشت می‌شود که شرایط واگذاری مراکز بهزیستی وفق ماده ۲۴ عبارتند از: وجود چارت تشکیلات مصوب سازمانی و حضور نیروی انسانی یا مددجو در آن مرکز. و مراکزی که دارای چنین شرایطی نباشند، وفق ماده ۲۸ واگذار خواهند شد.

همان گونه که پیشتر ذکر گردید، چنین شرایطی در ماده ۲۴ «قانون مدیریت خدمات کشوری» و یا آیین نامه و برنامه اجرایی مربوط به آن، ذکر نشده و در ماده ۲۴ صرفاً به این موضوع اشاره شده که دستگاه‌های اجرایی می‌بایست یک سری از وظایف غیرحاکمیتی خود را احصاء و به بخش غیردولتی واگذار نمایند و آیین نامه اجرایی هم این وظایف را در گروه تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی، خدماتی و زیربنایی قرار داده است. همچنین تاکید کرده است که اگر امکان واگذاری این تصدی‌ها

میسر نبود، دستگاه اجرایی باید همچنان به انجام خدمت ادامه دهد. در ماده ۷ برنامه اجرایی هم مصادیق تصدی‌های قابل واگذاری مشخص شده‌اند.

ولیکن با توجه به موارد پیش‌گفته، دستگاه‌های اجرای خود را مخیر می‌دانند که قراردادهای مشارکت را وفق ماده ۲۸ «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» منعقد نمایند.

جمع‌بندی

همان‌گونه که به روشنی مشاهده گردید، قوانین «مدیریت خدمات کشوری» و «تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت»، رویکردهای کاملاً متفاوتی دارند و اهداف مختلفی را دنبال میکنند.

«قانون مدیریت خدمات کشوری» با هدف واگذاری خدمات عمومی به بخش غیردولتی در قالب عقد قراردادهای اداری، تدوین و تصویب شده است و به همین جهت است که به کرات در این قانون تاکید شده است که تغییر کاربری مراکز واگذار شده ممنوع می‌باشد (به عنوان نمونه می‌توان به ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرایی اشاره نمود). این موارد نشان از تاکید قانون‌گذار بر استمرار خدمات عمومی دارد.

در سوی دیگر «قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت» قرار دارد و همان‌گونه که از نام این قانون مشخص است، در راستای تقویت مالی ارگان‌های دولتی تصویب گردیده است. به همین منظور است که این قانون، به سازمان بهزیستی مجوز داده که واحدهای تحت پوشش خود را فقط در فرصتهایی که مورد استفاده قرار ندارند، واگذار نماید.

آنچه از تفسیر این قوانین دریافت می‌شود این است که اصل بر واگذاری وفق ماده ۲۴ است و سازمان بهزیستی در موارد استثنایی اجازه واگذاری مراکز وفق ماده ۲۸ را دارد. اما متأسفانه عدم شفافیت قوانین و استفاده از واژه‌هایی همچون چارت سازمانی، نیروی انسانی، اموال منقول و غیرمنقول، و... موجب شده است که با فاصله گرفتن از زمان تصویب این قوانین و همچنین تغییرات مداوم مدیران سازمان بهزیستی، تفسیرهای متفاوتی از روح قوانین و اهداف قانون‌گذار صورت پذیرد و شاهد باشیم که بسیاری از مراکز، با دلایل مختلفی مانند تعمیرات، بازسازی و... تخلیه گردیده و اموال، نیروهای انسانی و مددجویان به مراکز دیگر منتقل شده و پس از مدتی نیز به‌عنوان مرکز خالی و بلااستفاده و با قرارداد اجاره به بخش خصوصی واگذار می‌گردند و اجاره بهای آن مراکز هم به حساب درآمدهای اختصاصی سازمان واریز میشود. به تدریج نیز کاربری این مراکز تغییر یافته و از اهداف سازمان بهزیستی فاصله می‌گیرند.

به نظر می‌رسد که شایسته است مسئولین سازمان بهزیستی در این مورد شفاف‌سازی نمایند و با تدوین دستورالعمل، ملاک تشخیص نوع واگذاری مراکز را تعیین نمایند و رویه جاری را تغییر دهند تا موجبات تفسیر مضیق ماده ۲۸ فراهم گردیده و از فراگیر شدن این استثناء جلوگیری شود.

بنابراین باید مشخص گردد که اگر مرکزی، مثلاً به دلیل عدم وجود متقاضی واگذاری یا تعمیرات یا ...، در فرصتی محدود مورد استفاده در راستای اهداف سازمان بهزیستی قرار نگرفت، سازمان اجازه دارد آن مرکز را وفق ماده ۲۸ و به طور موقت واگذار نماید و در اولین فرصت می‌بایست نوع واگذاری تغییر کرده و در راستای اهداف اصلی سازمان قرار گیرد.

فهرست منابع

کتاب‌ها

۱. انصاری، ولی‌الله، *کلیات حقوق قراردادهای اداری*، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۲. طباطبائی موتمنی، منوچهر، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، چاپ هجدهم، ۱۳۹۱.

مقاله‌ها

۳. زارعی، محمدحسین و مولائی، آیت (پاییز ۱۳۹۲)، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۸، شماره ۶۳، صص ۱۶۷ - ۲۰۶.
۴. عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (پاییز و زمستان ۱۳۸۸)، «قراردادهای دولتی در حقوق ایران؛ بررسی شاخص‌ها»، حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۱۵، صص ۷۷ - ۱۰۴.
۵. مولائی، آیت (بهار ۱۳۹۴)، «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۹، شماره ۸۹، صص ۱۲۳ - ۱۵۰.
۶. نجارزاده هنجنی، مجید (بهار و تابستان ۱۳۹۹)، «تأثیر دکترین کارکرد عمومی بر قراردادهای اداری»، حقوق قراردادهای و فناوری‌های نوین، دوره اول، شماره ۱، صص ۱۰۵-۱۳۴.

قوانین و مقررات

۷. آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۴ قانون مدیریت خدمات کشوری
۸. شیوه‌نامه واگذاری واحدهای تحت پوشش سازمان بهزیستی کشور موضوع ماده ۲۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت
۹. قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت
۱۰. قانون مدیریت خدمات کشوری

رابطه نظام دادرسی در حقوق کامن لا و رومی - ژرمنی با حقوق شهروندی

یعقوب علیزاده^۱

نادیا آقارضایی^۲

پژمان الهامی طالشمیکائیل^۳

چکیده

تمامی سیستم های پیشرفته، اقتدار دستگاه قضائی در احقاق حقوق اشخاص را نشان حق محوری آن نظام می دانند. نظام دادرسی یک حکومت اگر به تشکیلات مستحکم دست یابد به نحوی که در رسیدگی به هر نوع دعوی ساز و کار مناسب داشته، موافق اقتضائات هر یک ساختار دادرسی متناسبی مستقر نماید، شهروند محور است. نظام دادرسی غیر جامع وسطی مشوق زورمندان و ابزار توجیه عمل متخلفان و مأمین صاحب منصبان قانون گریز شناخته می شود. تحقیق حاضر بر این نکته تأکید دارد که نظام دادرسی شهروند محور به گونه ای شکل می گیرد که برای رسیدگی به هر سنخ از دعاوی شهروندان و احیای حقوق مردم ساز و کار های مورد نیاز را به کار گرفته باشد. به بیان دیگر هیچ دعوایی نشنیده و معلق باقی نمانده و به طریق صواب اعلام رأی گردد. در جمهوری اسلامی ایران، بند اول اصل ۱۵۸ قانون اساسی تکلیف رئیس قوه قضائیه را ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری

law357687@gmail.com

۱. گروه فقه ومبانی حقوق اسلامی، استادیار دانشگاه پیام نور، ایران

rezaei_nad@yahoo.com

۲. عضو هیات علمی گروه علوم سیاسی، دانشگاه پیام نور، ایران

۳. کارشناسی ارشد گروه حقوق: دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل، مدرس دانشگاه (نویسنده مسول)

pejhmanelhami@gmail.com

به تناسب مسوولیت های اصل ۱۵۶ مقرر نموده است. چنین تکلیفی به معنای ایجاد حق برای عموم مردم ایران در برخورداری از نظام دادرسی مناسب جهت احقاق حقوقشان است. به همان اندازه که احقاق حقوق افراد به تشکیلات دادگستری وابسته باشد برای متصدی قوه قضائیه باید تکلیف قائل شد. حال آیا طراحی سیستم دادرسی امری مبهم و به تبع، تکلیف هم مبهم است و شهروند حق معینی ندارد؟ یا ایجاد تشکیلات مناسب تابع اصول و استانداردهای مشخص و قابل طراحی و اجراست و برای شهروند حق مطالبه موجود است؟ در این راستا آیا حق شهروندان اصلاح و انتظام تشکیلات دادرسی درون قوه قضائیه است یا نظام کلان دادرسی کشور موضوع حق آحاد مردم است؟

کلید واژگان: حقوق بشر، حقوق شهروندی، حقوق اساسی، قوه قضائیه، دادرسی.

مقدمه

منتسکیو در کتاب روح القوانين (Esprit des lois) نکته ای را در مورد قوه قضاییه بیان کرده که ب نگاهی متفاوت نتیجه ای مناسب تر میتوان گرفت. او می گوید: (اگر قدرت قضا از قانونگذاری و اجرایی جدا نباشد، باز هم از آزادی نشانی نخواهد بود یعنی، اگر قوه قضایی به قانونگذاری منضم باشد، نیروی خود سرانه ای بر زندگی و آزادی شهروندان مسلط خواهد شد، چرا که قاضی قانونگذار هم هست. در صورتی که این قدرت با قوه اجرایی جمع آید، قاضی دارای نیروی یک ستمگر خواهد بود).^۱

نگاه اصلی منتسکیو در طرح مطلب، جدایی وظایف قوا و اعمال وظیفه هر قوه ی درون حکومتی بر مبنای قانون، و بازدارندگی مجریان، قانونگذاران، و قضات از تعدی است. لذا او می خواهد مرز قضا هم از سایر اعمال حکومتی جدا شود. این تفکر ساده و صحیح است. علم حقوق همانند علوم دیگر، دانش و بینش خاص خود را دارد و کسانی که در مقام قضا هستند در صورت جمع بین قضا و دیگر وظایف نه تنها نتیجه مطلوب نخواهند گرفت بلکه غالباً سبب ظلم مضاعف هم خواهند شد و سوء استفاده از قدرت غیر قضائی در امر قضاء استبداد و استکابر مسلم در اعمال حق به دنبال خواهد داشت.

جدا از جنبه های مثبت دیدگاه موافقین تفکیک قوا، باید اذعان داشت که قضا یا دادرسی در معنای عام آن محدوده قابل احصائی که در فکر متفکرین قرن هفده و هجده می گنجید ندارد. در حال حاضر، با عنایت به تنوع سیستم های دادرسی در کشورها و ترتیبات دادرسی استاندارد در مسائل مرتبط با حق انسانها، نگاه متفاوت از آنچه در نظریه منتسکیو آمده است افاده می شود، به این معنی که عمل دادرسی، جایگاه و تکالیف خاص آن، در عین منفک بودن از وظایف سایر قوا در فضائی

۱. منتسکیو، شارل دو، روح القوانين، ترجمه علی اکبر مهندي، ۱۳۴۹، کتاب یازدهم، فصل ششم نقل از سید ابوالفضل قاضی، بایسته های حقوق اساسی، نشر میزان، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.

جدای از هر قوه حکومتی یا نهاد اجتماعی دانسته نمی شود، بلکه قضاء امری کلی و فراگیر است که محدوده ی خاصی نداشته و درهر کجا نیاز به آن باشد در امر دادرسی باید رعایت گردد. به همین اعتبار، لازم است جهت تأمین حقوق حقه افراد نهادهای دادرسی ای را که در مجموعه یک کشور تدارک دید که هر کس در مقام دعوی یا مرافعه واقع شد و در امری از امور خصوصی و یا عمومی بین اشخاص اختلاف حاصل شد محلی برای رسیدگی به ادعای حقانیت وجود داشته باشد، مرجعی که پس از رسیدگی حکم کند ادعا صحیح و یا محکوم به رد می باشد.

مهم این است که ادعای خواهان در محلی متناسب با موضوع دعوی مطروحه و طبق اصول دادرسی منصفانه و پذیرفته شده در جوامع متمدن، مورد رسیدگی قرار گیرد .

توضیح : اهتمام به حقوق شهروندی در این مقام، یافتن و برقراری سیستم دادرسی جامع و بی طرف است به نحوی که دعوی ، معقول و منطقی و منطبق برمعارف وانصاف به انجام برسدادارسی تنها در مسائل مدنی و کیفری خلاصه نمی شود بلکه افراد حق دارند هر امری را که مخالف حقوق و منافع خود تشخیص می دهند در مرجع صالح به داوری بکشانند و انتظار تشکیلات عدلیه ای داشته باشند که به دعوی بیگانه نباشد. سیستم های حکومتی ناقص برداشت جامع از اختلافات قابل رسیدگی در مرجع دادرسی ندارند .

منتسکیو و نظریه پردازان موافق او رسیدگی به اختلافات راجع به اموال ، زندگی و شرافت شهروندان را ظاهراً در صلاحیت قوه قضائیه دیده اند به همین علت، سیستم هائی با معادله ایکه آنها طرح کرده اند تلاش در تمرکز امر قضا در قوه قضائیه داشته اند .همین امر ، باور نظام دادرسی دوگانه را در کشورهای تابع نظریه تفکیک قوا، بوجود آورده به نحوی که در فرانسه دادرسی قضائی از دادرسی اداری جدا و در آلمان در دادرسی غیر قانون اساسی پنج نظام دادرسی شکل گرفته است.

حقیقت آن است که در این دیدگاه امر داوری در اختلافاتی که به علل گوناگون از جمله سیاسی ،اجتماعی ، فرهنگی و اقتصادی دارای ویژگی های فرا قوه ای بوده است از توان و تحمل دادرسان قوه قضائیه خارج شناخته شده است و چاره جوئی برای جبران خلاء دادرسی در برخی کشورها راه حل های متفاوت و بعضاً تافته ای جدا بافته را موجب گردیده است با این باور که برخی دادرسی های اگر به قوه قضائیه تحمیل شود نتیجه عکس داده آنچه مورد صدمه قرار می گیرد همانا حقوق

انسانها به لحاظ عدم کارآیی، اقتدار در جلب به رسیدگی طرف دعوی، داوری عادلانه، صدور رأی به حق و نهایتاً نفوذ و اجرای آن است.

با اشکالی که در نظریه منتسکیو بروز می نماید کمی گرایش به نظرات فیلسوف و متفکر انگلیسی قرن هفدهم یعنی جان لاک در کتابش به نام رسانه ای در باب حکومت مدنی (essay on civil government) ما را به مقصود نزدیک ترمی نماید. زیرا قوه قضائیه ای مستقل از سایر قوا نمی باشد و سه قوه ای که او معرفی می کند عبارتند از قوه مقننه، قوه مجریه، قوه متحد (فدراتیو)^۱.

۱- دادرسی در سیستم های خارجی

دادرسی یک زمان در مقامی به نام قاضی برای رسیدگی به اختلافات فی مابین افراد در دعاوی مدنی و کیفری خلاصه می شد. اگر مرجعی قدرتمند و مقامی آگاه تصدی قضاوت را به عهده می داشت عدل و صلح در آن منطقه برقرار بود و الا حقوق مردم با ظلم و ستم صاحبان زر و زور و تزویر در محاکم فرمایشی تضییع می گردید^۲. به تدریج امر قضاء به عنوان محور مهم عدالت اجتماعی در جوامع مطرح و موضوع توسعه و تحول واقع شد و قضا مجموعه ی از مراجع را در بر گرفت که وظیفه دادرسی را به صورت تشکیلاتی به انجام می رسانند. دستگاه دادرسی امروزه مانند دیگر نهادهای اجتماعی از پیچیدگی و گستردگی برخوردار است. نظامهای حکومتی غربی به موازات پیشرفت صنعت و فناوری های علمی و تلاش در تأمین حقوق بشر در ابعاد گوناگون زندگی حال او، به تنظیم نظام دادرسی مناسب برای جوابگو بودن به ادعاهای فرد اهتمام ورزیده اند. دیدگاه های مختلفی در

۱. قاضی، همان، ص ۱۶۲. سید ابوالفضل قاضی، بایسته های حقوق اساسی، نشر میزان، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.

ساخته شدن دستگاه دادرسی در کشورهای غربی موثر بوده است. نظر به اهمیت دعاوی قانون اساسی و تشکیلات دادرسی آن، مطالعه را بر محور آن استوار نموده ایم.

ادعایی که بنیادین بوده و برای رسیدگی به آن نظام دادرسی خاص در کشورهای حق محور شکل گرفته همانا ادعای مخالفت مقررات عادی با قانون اساسی است. قطع نظر از تقدسی که کتاب های الهی نزد پیروان آن دارند و تلاشی که در جهت محوریت کتاب مقدس و حاکمیت آن بر سایر مقررات صورت گرفته، با انقلابات آزادی بخش قرن هجده و بعد آن و تدوین قانون اساسی مسئله تقدس قانون اساسی و حفظ حریم آن و محور قرار دادن قواعد آن موضوع مباحثات متفکرین واقع شد. اصول قانون اساسی به عنوان حق انسانی مطرح و پذیرفته شد. نظر به اینکه برخی کشورها هنوز مرجعی برای رسیدگی به ادعاهای مخالفت مقررات عادی با قانون اساسی شناسایی ننموده اند می توان کشورها را به دو دسته تقسیم نمود. دسته اول کشورهای قانون اساسی محور و دسته دوم کشورهای غیر آن.

منظور از دسته اول کشورهایی است که پس از تدوین قانون عادی و طی تشریفات آن و ابلاغ و انتشار، مردم حق داشته باشند در صورتیکه آن قانون را با حقوق اساسی خود در تضاد بدانند بتوانند ادعا را به مرجعی برای بررسی صحت و سقم ادعا طرح کنند.

۲. کشورهای با نظام دادرسی قانون اساسی

۱. آلمان

قوه قضائیه در آلمان توسط قضات مستقل اداره شده (ماده ۹۷ قانون اساسی) و تابع قانون و حقوق است (ماده ۲۰ قانون اساسی). قضات به صورت رسمی استخدام می شوند و مراحل رشد رتبه قضایی خود را در طول خدمت کسب می نمایند. علاوه بر وظایف عادی و پیشین دادگستری (حل و فصل دعاوی مدنی و قضاوت در امور کیفری)، محاکم آلمان وظیفه بنیادین دیگری را نیز عهده دار شده اند و آن اینکه موظفند از فرد در مقابل هر قدرت عمومی اعم از مرجع قانونگذاری و مرجع اداری حفاظت کنند. این وظیفه از ماده ۱۹ قانون اساسی آلمان ناشی

می شود و مطابق آن : (هر کس نسبت به حقوق خود از ناحیه قدرت عمومی زیان ببیند حق دارد به قاضی رجوع کند)^۱ به اعتبار چنین اصلی نظام دادرسی آلمان به دو قسمت تقسیم شده است : دادرسی قانون اساسی و دادرسی غیر قانون اساسی.

در دادرسی قانون اساسی، که محل بحث است، دیوان قانون اساسی فدرال (Bundesverfassungsgericht) از رعایت قانون اساسی فدرال و دادگاههای قانون اساسی ایالات (lander) از رعایت قانون اساسی ایالتی حفاظت می کنند. برغم فقدان سلسله مراتب میان مراجع مزبور، دیوان قانون اساسی فدرال نقش مهمی را به دلیل ارجحیت حقوق فدرال نسبت به حقوق ایالتی، ایفاء می نماید . دیوان قانون اساسی فدرال از ۱۶ قاضی تشکیل می شود و انتصاب قضات آن به عهده دو مجلس فدرال است که شش نفر آنان را از میان قضات دیوان فدرال و ده نفر آنان را از میان حقوقدانان انتخاب می کنند . این قضات وجهه قضائی صرف ندارند . در واقع نوع دعوی اقتضا می کند عمل قضائی تابع تشریفات خاص خود بوده و نحوه دادرسی متفاوت با دادرسی عادی باشد و صلاحیت دیوان قانون اساسی فدرال مورد نظر است که مهمترین آن در سه گروه عبارتند از دعاوی مربوط به عملکرد قوای عمومی، تقاضاهای کنترل قانون عادی بر مبنای قانون اساسی و در آخر درخواستهای افراد در مورد تعدی به حقوق اساسی آنان. اصولاً هر شخصی که بر این باور است که از طریق تصویب یک قانون ، عمل اداری و یا یک رأی قضائی، به حقی از حقوق اساسی اش تعدی شده است میتواند ابطال آنرا از دیوان قانون اساسی درخواست کند . غیر قانون اساسی بودن یک رای ممکن است از تعدی مستقیم از یک اصل قانون اساسی، تفسیر ناصحیح و یا غیر اصولی قاضی از قانون ، و همچنین مخالف قانون اساسی بودن قانون استنادی قاضی، ناشی شود.

۱. متن فرانسه ماده ۱۹ قانون آلمان حاکمیت:

Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique peut saisir le juge.

۲. آمریکا

در آمریکا رسیدگی به ادعای مخالفت قانون عادی با قانون اساسی تابع نظام خاصی است. مانند هر سیستم فدرال، که با وجود دو سلسله مراتب قضایی (ایالتی و فدرال) توصیف می شود در آمریکا نیز مراجع قضایی فدرال از مراجع قضایی ایالتی مجزا عمل می کنند. با وجود جدایی مراجع مزبور از یکدیگر در موارد عدیده مرز صلاحیت ها برداشته شده و غالباً دیوان عالی ایالات متحده، در مقام کنترل تصمیمات مراجع قضایی ایالتی وارد عمل می شود. دیوان عالی ایالات متحده از نه (۹) قاضی، که پس از معرفی نمایندگان سنا به وسیله رئیس جمهور به صورت مادام العمر منصوب می گردند، تشکیل می شود. دیوان عالی فدرال اختیار تام دارد که دعوایی را پذیرفته و یا دعوایی را به علت اهمیت کم حقوقی رد کند. با این توضیح که دیوان عالی فدرال در خصوص تجدید نظر خواهی نسبت به آرای دیوان عالی ایالات یا مراجع قضایی فدرال موظف به رسیدگی است ولی این وظیفه در خصوص تجدید نظر خواهی از رأیی که ادعای نقض حقوق فدرال در مورد آن شده وجود ندارد. دیوان عالی ایالات متحده، در مورد کنترل موافقت قوانین و آراء با قانون اساسی فدرال نقش قاضی قانون اساسی را به عهده دارد و نقش دیگر آن نیز ایجاد وحدت رویه در تفسیر قوانین مهم فدرال است.

۳. کشورهای فاقد نظام دادرسی قانون اساسی

۱. انگلیس

انگلیس وضعیت خاصی به نسبت سایر سیستم های حقوقی دارد. لذا در رسیدگی به ادعای نقض حقوق اساسی، یعنی آنچه با عقل و انصاف و حقوق مسلم انسانی در تضاد است شیوه رسیدگی متفاوتی دیده می شود. تشکیلات قضایی انگلیس به لحاظ وحدت پرسنل قضایی (قضات و کارکنان دادگستری Solicitors, Barristers) و جدائی مراجع قضایی مادون از مراجع قضایی عالی از سایر سیستم ها متمایز است، اگر قضات نیمه وقت (به تعداد هزار نفر) و قضات صلح که به طور افتخاری انجام وظیفه می کنند (به تعداد سی هزار نفر) را به شمار نیاوریم، تعداد قضات در انگلیس اندک و حدود دو هزار نفر می باشند. علت اندک بودن تعداد قضات اینست که جز در مرحله تجدید نظر، قضاوت غیر جمعی

است و اینکه قضات درامر دادرسی توسط معاضدین قضایی (solicitors, barristers, masters, district judges) یاری می شوند. علت دیگر اینکه هزینه دادرسی سنگین بوده موجب می شود در نود درصد دعاوی طرف دعوی از ادامه خودداری نموده و یا در جریان تحقیقات و قبل از خاتمه دادرسی یک یا هر دو طرف از ادامه دعوی دست بکشند.

قضات انگلیس، طبق سنت دیرینه، و تا قانون سال ۱۹۹۰ میلادی که بطور محدود سلسله مراتب را تجویز نمود، فاقد نظام ارتقاء خدمت قضایی هستند. علت این امر روشن است زیرا اصولاً، قضاوت به معنای واقعی کلمه یک مرحله ی و توسط قضات عالی که واجد شرایط لازم در امر قضا و دارای صلاحیت عام دادرسی (مدنی و اداری، کیفری) هستند انجام می پذیرد. این مطلب یادآور شکل خاصی از دادرسی اسلامی است که مطابق آن فقط قاضی مجتهد جامع الشرایط صلاحیت عام رسیدگی به اختلافات را داشته و حکم او در دعوی قطعی و لازم الاجرا است. در انگلیس علاوه بر دادگاههای عالی، دادگاههای مادون را نیز اجرایی کرده اما برخلاف سایر سیستمها صلاحیت عام نداشته و فقط در چارچوب صلاحیت های تعیینی حق رسیدگی دارند.

قضات تحت مدیریت وزیر دادگستری که عضو دولت بوده و وظایف مختلفی به عهده دارد انجام وظیفه می کنند. در رأس نظام قضایی انگلیس، برخلاف سایر سیستمها که دارای دیوان یا دادگاه عالی هستند، مجلس لردها قرار دارد که کمیته قضایی تجدید نظر آن، از وزیر دادگستری، قاضی لردها و اعضای مجلس لردها که سابقه خدمات عالی قضایی داشته اند تشکیل می شود^۱.

مجلس لردها حدود شصت (۶۰) رای در سال صادر می کند. از سال ۱۹۶۶ مجلس لردها امکان یافته است رویه قضایی ساخته شده توسط خود وسایر مراجع قضایی را تغییر دهد.

1 Le comite des appels (appel committee) est compose du chancelier, des lords judiciaries et des members de la chamber des lords qui ont occupe de hanutes fonctions judiciaries (michel fromont, precite, p67).

۲. فرانسه

نظام دادرسی فرانسه به دو قسم می شود یکی دادرسی اداری و دیگری دادرسی قضائی . دادرسی اداری در بطن قوه مجریه تعبیه شده است . در این مختصر راجع به دادرسی قضائی صحبت خواهیم داشت. مطابق اصل ۶۴ قانون اساسی فرانسه : (رئیس جمهور استقلال قوه قضائیه را تضمین می نماید . شورای عالی قضایی در این امر وی را یاری می کند . تشکیلات قضائی به موجب قانون تشکیلات (loi organique) تعیین می شود. قضات تعیین شده غیر قابل عزل و تغییر می باشند). در فرانسه مشکل گرینش قضات از جمله مشکلات اساسی است که با وجود تلاش های بسیار مدرسه ملی قضات (E.N.M. Ecol. national de la magistrature) برای رفع آن و یافتن راه حلی منطقی، تا کنون موفقیت نسبی حاصل نشده است^۱.

قوه قضائیه از این رو، در معنای واقعی کلمه ، خالی از استقلال و اقتدار است . ارتقاء قضات در غالب موارد متکی به تصمیم قوه مجریه است و اقتدار تصمیمات قضائی بر علیه سایر ارگانهای دولتی غالبا از ضعف برخوردار است^۲.

نظارت بر انطباق قوانین عادی با قانون اساسی در فرانسه کافی نیست و تنها در مهلت کوتاهی نسبت به قوانینی که تازه از تصویب پارلمان گذشته توسط شورای مراقبت از قانون اساسی (conseil constitutionnel) اعمال می گردد

۱. ژان لارگیه ، آئین دادرسی کیفری فرانسه ، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل زاده ، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۷.

2 Le pouvoir judiciaire, au sens proper du mot, manqué d'indépendance et force. l'avancement des juges depend trop souvent du pouvoir executive et les pouvoirs de decisions a l'encontre des autres autorites de l'Etat sont souvent trop faibles (Michel fromont, precite, p 140).

۷.۷. نظام دادرسی در جمهوری اسلامی ایران

دستگاه قضایی کشور، اگر چه قسمتی از راه را پیمود و برخی انتقادات را مرتفع نموده است^۱. درانتظار تحولات پایداری بسر می برد تا به مرحله قابل قبول خود برای به جا آوردن تکالیف مقرر در نظام اسلامی و قانون اساسی و همین طور خدمت رسانی به شهروندان مطابق آنچه حقوق آنان اقتضاء می نماید. نائل گردد.

دادرسی جمهوری اسلامی ایران ناگزیر به محور قرار دادن اصول دادرسی اسلامی است^۲. اگر چه استناد به اصول حاکم بر نظام حقوقی اسلامی و خاصه قضای اسلامی بضاعت و مجال مکفی می طلبد با این وجود، در قالب ده اصل قواعد دادرسی اسلامی را، که هر یک اعتباری مرتبط با حقوق شهروندی است، یادآور می شویم.

۱.۷.۷. اصول حاکم بر دادرسی اسلامی

اصل اول - کارآمد یا موثر بودن امر قضاء

در اسلام برای دادرسی، به این اعتبار که باید بر طرف کننده اختلاف وریشه نزاع بر مبنای مقتضیات موضوع باشد و به گونه ای حکم شود که برای طرفین سختی نداشته باشد، جایگاه رفیعی فرض شده است تا جایی که ایمان انسانها، به تحقق آن و موثر و گره گشا بودن قضاوت منوط شده

۳. رک. کاشانی، سید محمود، استانداردهای جهانی دادگستری، نقد و بررسی قانون دادگاه های عمومی و انقلاب، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۳، برآیند کلی، صص ۲۲۲ الی ۲۲۸. همچنین رک. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری (اندیشه ها)، انتشارات اشراق، (دانشگاه قم)، جلد چهارم، چاپ دوم، ۱۳۸۱.

۲. رک. ساکت، محمد حسین، دادرسی در اسلام، سرشت و سرگذشت نهاد دادرسی و سازمانهای وابسته از آغاز تا سده سیزدهم هجری، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، کتاب نامه، صص ۶۶۳ الی ۶۷۸.

است آیه شریفه ۶۵ از سوره نساء دلالت به ضرورت کارآمد بودن امر قضاء داشته می فرماید : (فلا ربک لا یومنون و...)

اصول دوم و سوم - عالم بودن قاضی و حق (قرآن) محوری دادرسی

قضاوت و داوری در اسلام بر مبنای حق و قانون است . یعنی صرف داوری ، رفع خصومت و یا حل و فصل دعوی مبنا نیست . اصول و قواعد در اسلام معین و تعدی از آنها ممنوع اعلام شده است . از این روقاضی می بایست واجد شرایط قضاء بوده و عالم به احکام اسلامی باشد . آشنایی قاضی به احکام سبب حراست از حقوق مردم می شود.

قاضی موظف است برموافقت آرای خود با احکام الهی مراقبت داشته باشد. به عبارت دیگر آنچه در سیستمهای قانون اساسی محور پذیرفته شده است، خاصه ایالات متحده امریکا که به قضات اختیار عدم اجرای قوانین عادی مخالف قانون اساسی داده است، در نظام حکومتی اسلام سابقه و پیشینه دارد و قاضی موظف است از اجرای قواعد بر مخالف قانون الهی امتناع ورزد. آیات ذیل بر این امور دلالت دارد .

(یا داوود انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق و لا تتبع الهوی فیضلک عن سبیل الله) (آیه ۲۶ سوره صاد)، (و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الظالمون) (آیات ۴۴ و ۴۵ سوره مائده)، (و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون)، (آیه ۴۷ سوره مائده)، و من یتعد حدود الله فاولئک هم الظالمون) (آیه ۲۲۹ سوره بقره).

اصول چهارم ، پنجم و ششم - در دسترس بودن مرجع قضاء ، تساوی عموم در برابر قانون، تدافعی بودن دادرسی .

از آیه شریفه قرآن استفاده می شود دسترسی به قاضی درهر امری اصل است زیرا مردم حق دارند اختلاف آنان شنیده شده ولو قاضی در مقام عبادت باشد (اصل ۴).

اصل دیگر اینکه همه در برابر قانون مساویند و نمی توان برای افراد امتیازات خاص قائل شد مانند اینکه بر ای فقیر و طبقه ثروتمند در دادرسی حقی ویژه منظور کرد (اصل ۵).

سوم اینکه قبل از شنیدن دفاعیات طرف دعوی نباید نظر یا حکم داد و اینکه مینا در داوری شنیدن دفاع مدعی علیه (طرف دعوی) قبل از صدور رای یا اتخاذ تصمیم است (اصل ۶). از آیات شریفه ۲۱ الی ۲۴ سوره صاد اصول یاد شده استفاده می شود. (و هل اتیک نبوء الخصم اذ تسوروا المحراب. اذ دخلوا علی داوود ففزع منهم، قالوا لا تخف، خصمان بغی بعضنا علی بعض، فاحکم بیننا بالحق و لا تشطط و اهدانا الی سواء الصراط . ان هذا اخی له تسع و تسعون نعجه ولی نعجه واحده فقال اکفلنیها و عزنی فی الخطاب. قال قد ظلمک بسؤال نعجتک الی نعاجه و ان کثیرا من الخطاء لیبغی بعضهم علی بعض الا الذین آمنوا و عملوا الصالحات و قلیل ما هم، وظن داوود انما فتناه فاستغفر ربه و خر راکعا و اناب).

اصول هفتم و هشتم – قسط و عدل محوری دادرسی، و تحول حقوق بر مبنای آن .

اصل عدالت محوری از آیه ۱۵ از سوره شوری قابل اخذ است (و قل امتن بما انزل الله من الکتاب و امرت لا عدل بینکم) و بر این امر آیات دیگر از جمله آیه ۲۹ از سوره اعراف (قل امر ربی بالقسط) و آیه ۵۸ از سوره نساء و (اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل) و آیه ۴۲ از سوره مائده و (وان حکمت فاحکم بینهم بالقسط) نیز دلالت دارند.

لذا دادرسی در اسلام بر محور کتاب مقدس شکل می گیرد . در نظام دادرسی اسلامی قاضی باید از اجرای قوانین و قواعد مخالف کتاب اجتناب کند (اصل ۷) . به یک اعتبار می توان گفت نظام دادرسی ایالات متحده امریکا با وجود چنین سلطه ای برای قضات در نظام دادرسی اسلامی، شباهت به دادرسی اسلامی دارد و قضات آمریکا حق یافته اند تا قوانین عادی مخالف قانون اساسی را اجرا ننموده ابطال کنند . مضافا در قضاوت اصل در انتخاب بهترین راه حل ها، در تمامی دعاوی است (اصل

۸) . در موضوعات حقوقی و فهم قاعده مناسب تر یا کاربردی تر در حق طرفین دعوی آیات ۷۸ و ۷۹ از سوره انبیاء (وداود و سلیمان اذ یحکمان فی الحرث اذ نفشت فیه غنم القوم و کنا لحکمهم شاهدین. ففهمناها سلیمان وکلا اتینا حکما و علما) قابل استنادند.

در داوری راجع به اعمال سوء نیز از آیه شریفه ۹۶ سوره مومنون استفاده می شود که باید در حکم کیفری به بهترین وجه دفع سوء نمود (اذفع بالتی هی احسن السیئه) .

اصول نهم و دهم – نظارت بر آراء و ایجاد وحدت رویه قضائی .

نظارت بر آراء و وجود وحدت رویه، در نظام اسلامی امری است که بطور مستقیم با حقوق مردم در ارتباط است . در واقع در مجموعه یک نظام حکومتی عدل و انصاف و از سویی حق و قانون باید دارای مفهوم واحدی باشند تا تساوی عموم تضمین گردیده و قواعد دادرسی یکسان اجرا شود. از این حیث ایجاد مرجع نظارتی عالی که بتواند پاسداری از اصول نموده و ایجاد کننده وحدت رویه قضایی باشد امری غیر قابل اجتناب است.

نتیجه

قواعد دادرسی اسلامی و مجموعه مقررات فعلی موجود در ایران که با تطبیق سایر نظام های بزرگ حقوق معاصر که شرح قسمتی از آن گذشت، می توان به اختصار راجع به چند نکته ی دادرسی نتیجه گیری کرد.

۱- قضات ایران، در دیوان عالی کشور، بیش از نیم قرن است که قانوناً می توانند قاعده جدید خلق و آنرا لازم الاتباع نمایند! اما از اینکه رویه قضایی سابق خود را با نیازهای روز و انصاف و ضرورت اجتماعی سازگار کنند طبق ماده ۲۷۱ آیین دادرسی کیفری ممنوع شده اند.^۲

۲- قضات ایران، گرچه ملزم به عمل به قانون ولو قانون عادی می باشند، با تکیه به بخش سوم اصل ۱۶۷ قانون اساسی در صورت نبود قانون در میان فتاوی معتبر می توانند به برخی قدرت قانونی ببخشند. باین وجود در مقایسه برخی سیستمهای حقوقی، که قضات نظارت و کنترل قانون اساسی را به عهده دارند از منقصت برخوردار است. خاصه اینکه در اجرای تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد. این امر بر خلاف اقتدار و رویه ای است که در سیستم امریکا برای قاضی در حمایت از قانون اساسی فرض شده است.

۳- طبق اصل ۱۶۱ قانون اساسی وظیفه نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم به عهده دیوان عالی کشور است. در حالیکه در قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق

۱. قاضی، ابوالفضل، بررسی تطبیقی مشروعیت قاضی در سیستم حقوقی جمهوری اسلامی ایران و سایر سیستمها در مجموعه مقالات علوم انسانی. دفتر هفتم، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، معاونت پژوهشی و برنامه ریزی، تابستان ۱۳۸۲، صص ۱۱۹ الی ۱۳۳.

۲. طبق ماده ۱۲۷ آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸، (آرای هیات عمومی و دیوانعالی کشور قابل تجدید نظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می شود).

شهروندی و مقررات تبعی آن به نقش دیوان عالی کشور پرداخته نشده است. نبود این امر ممکن است به تقویت نظارت‌های غیر اصولی و تضعیف کننده قضات محاکم ختم شده و اجرای عدالت و امنیت قضایی را برای قضات و مردم به مشکل دچار نماید.

۴- با عنایت به بندهای پیش گفته، شایسته است با توجه به اینکه ضروری است اموری که دارای ماهیت قضایی است در قوه قضائیه تمرکز یابد، از مراحل دادرسی کاسته شده و آیین دادرسی یکسانی در نظام قضایی کشور حاکم گردد، نقش دیوان عالی کشور و همچنین دیوان عدالت اداری در این خصوص با محوریت اصول مدون قانونی و مذکور در برنامه های کلان کشور توأماً بازبینی و بررسی شده و از این جایگاه جریان اصلاحات مقررات دادرسی و تنقیح قوانین آغاز گردد.

۵- به لحاظ اهمیت نقش دادگاه قانون اساسی در نظام های آزادیخواه و حق محور و همچنین دادگاه عالی حافظ شریعت در نظام اسلامی، مناسب است در جهت حمایت و حفظ حقوق شهروندی و دادن امکان دادخواهی اشخاص در چنین مراجعی، در وضع مقررات توجه کافی شود تا قوه قضائیه در انجام وظیفه ای که در جلوگیری از انحراف مقطعی امت به عهده دارد کارآمدی و تاثیر لازم را به منصفه ظهور برساند.

۶- با توجه به حق دادخواهی مردم در رجوع به دستگاه قضائی در موضوعاتی که انحرافات موضعی در درون امت اسلامی (مقدمه قانون اساسی، قضاء در قانون اساسی) شناخته می شود نیز و حق همه افراد ملت در دسترسی به دادگاه های صالح مذکور در اصل ۳۴ قانون اساسی، (دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاههای صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچکس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد)، مناسب است برای دادرسی های خاص تشکیلات لازم تدارک دیده شود.

۷- قانون اساسی کشورمان به شیوه خاص خود سه دیوان عالی دادرسی، که از میان آن دو مورد تابع قوه قضائیه (دیوانعالی کشور و دیوان عدالت اداری) (یک مورد تابع مجلس شورای اسلامی (دیوان محاسبات)^۱ است پیش بینی نموده است. یک مرجع دادرسی فرا قوه ای

۱. قانون جدید دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۵۸/۳/۹ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۲. قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۲۶.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۲۰۵

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

نیز در بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تقریر شده است. در واقع از نگاه تدوین کنندگان قانون اساسی تقسیم دعاوی یا شکایات بین دستگاههای حکومتی یاد شده تامین کننده استقلال مقام داور، اقتدار لازم در امر داور، و تاثیر رای داور خواهد بود. اگر چه در سطح کلان دادرسی پژوهش در سیستم ما به میزان کافی انجام پذیرفته است و موضوع داور در منازعات خصوصی و عمومی مورد تدقیق کافی قرار نگرفته است، در عین حال می توان با محور دانستن حقوق شهروندان در رسیدگی به هر نوع دعاوی آنها، برداشت نوینی از نظام کلان دادرسی فعلی ارائه نمود. و با کمی امعان نظر در مقررات نتیجه گرفت که برای رسیدگی به دعاوی خاص شهروندان مانند ادعای مخالفت قانون عادی با قانون اساسی یا شرع، مناسب است از ظرفیت های مراجع موجود تا استقرار مراجع خاص بهره گرفت.

۸- سه دیوان دادرسی هر کدام دارای تشکیلات برای انجام وظیفه خود می باشند که نمودار کلان آن معین لیکن امر صلاحیت ها، حدود اختیارات و آیین دادرسی پیچیده است. این سه دیوان مهمترین دعاوی شهروندان را پوشش می دهند و امور مدنی، کیفری، اداری و محاسباتی در ای مراجع نهایتا حل و فصل می شود. لازم است در امر دادرسی، سیستم کلان، توصیف شهروند محور از حیث سهولت دسترسی و حدود صلاحیت ها شود. زیرا نوع دادرسی در درون هر یک از نظامهای دادرسی اداری و قضایی منطبق با شیوه یکسانی نیست.

۹- قانون اساسی، علاوه بر دیوان محاسبات کشور که زیر نظر مجلس است. دو نوع رسیدگی را برای مجلس شناسایی نموده است. اول رسیدگی به شکایات مردم از طرز کار سه قوه (مجلس، مجریه، قضائیه) با تقدیم کتبی شکایات به مجلس شورای اسلامی میسر است. این تکلیف در اصل ۹۰ قانون اساسی آمده و مجلس پس از رسیدگی موظف شده است نتیجه را اعلام و در موردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند. ثانیاً رئیس مجلس شورای اسلامی موظف شده در اجرای تکلیف مقرر در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون

۱. در صورت تعارض رای دیوان عدالت اداری با رای رئیس مجلس شورای اسلامی به موجب قانون استفساریه ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی رای دیوان عدالت اداری لازم الاجراء است.

اساسی مصوبات دولت را بررسی و در صورت مغایرت آنها با قوانین رای به ضرورت بازنگری بدهد.^۱

۱۰- امر قضاء در نظام دادرسی ایران به موارد فوق محدود نمی شود. اولاً طبق بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی ۱۳۶۸ حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه گانه از وظایف و اختیارات رهبر است که به موجب قسمت اخیر این اصل قابل تفویض به شخص دیگر می باشد. ثانیاً مجمع تشخیص مصلحت نظام که جدای از مجلس شورای اسلامی و زیر نظر رهبری است کلاً وظیفه حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست (بند ۸ اصل ۱۱۰) را به عهده دارد. مثال بارز حل اختلاف که از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام در اصل ۱۱۲ قانون اساسی دیده می شود. یعنی تشخیص حکم و حل اختلاف فی مابین نمایندگان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان. * اینکه دادرسی فراقوه ای صلاحیت رسیدگی به ادعای اشخاص درمورد مخالفت قانون عادی با قانون اساسی یا شرع را دارد یا خیر محل تامل است. مثلاً اگر کسی ادعا کند آزادیهای مشروع او به نام استقلال و تمامیت اراضی کشور و مانند آن سلب شده است و اعمال اصل ۹ قانون اساسی را بخواهد سوال این است که ادعای خود را به کدام مرجع داوری برای رسیدگی تسلیم نماید. دادگاههای دادگستری (قوه قضائیه) به لحاظ اینکه ملزم به اجرای قانون می باشند توان مخالفت با مصوبه مجلس را ندارند و دیوانعالی کشور هم نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم دارد، نه بیشتر. خود مجلس هم صالح به رسیدگی این امر نیست بلکه مدافع آنست که در اجرای اصول ۴، ۹۴، ۷۲، ۹۶ قانون اساسی عمل کرده است. در این مقام است که دخالت مرجعی فرا قوه ای نمود می یابد. شاید پیشنهاد ما خالی از اشکال نباشد اما تلقی چنین دعاوی به عنوان معضل نظام که از طرق عادی قابل حل نیست گشودن راهی است برای رسیدگی به اموری که در هر حال باید نسبت به پاسخگوئی آن و حق شهروندی در شنیده شدن دعوا چاره اندیشی کرد. به نظرما در اجرای بند ۸ و قسمت اخیر اصل ۱۱۰ قانون اساسی رهبری خود یا با تفویض وظیفه

۱. رک، مقاله نگارنده، بررسی تطبیقی دو مرجع قانونی صالح برای نقض مصوبات دولت (قوه مقننه مرجع رسیدگی سیاسی و قوه قضائیه مرجع رسیدگی قضائی)، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۶، سال پنجم، خرداد و تیرماه ۱۳۸۰، صص ۶ الی ۱۲.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۲۰۷

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

به شخص دیگر از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام مرجع دادرسی در این قبیل از دعاوی است.

۱۱- در ایجاد تشکیلات دادرسی محاسباتی رئیس قوه قضایه فاقد اختیار است و ایجاد پیوند میان ارکان دادرسی کشور امری فراقوه ای و نیازمند توصیف مرجعی فرا قوه ای است.

منابع و مآخذ

۱. افشار، حسن ، کلیات حقوق تطبیقی ، مجموعه حقوق تطبیقی ، شماره ۱، ۱۳۴۶، ص ۲۳۷
۲. ژان لارگیه ، آئین دادرسی کیفری فرانسه ، ترجمه حسن کاشفی اسماعیل زاده ، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۱۷.
۳. منتسکیو ، شارل دو، روح القوانين ، ترجمه علی اکبر مهندی، ۱۳۴۹، کتاب یازدهم ، فصل ششم نقل از سید ابوالفضل قاضی ، بایسته های حقوق اساسی ، نشر میزان، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.
۴. قاضی ، ابوالفضل، بایسته های حقوق اساسی ، نشر میزان، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.
۵. خدایاری ، حسن ، سمنون موسس قوه قضائیه و کارآمد درقرن ۳ هجری ، ماهنامه دادگستر، شماره ۳، آبان واذر ۱۳۷۹.
۶. کاشانی، ، سید محمود ، استانداردهای جهانی دادگستری ، نقد و بررسی قانون دادگاه های عمومی و انقلاب، نشر میزان، چاپ اول ، ۱۳۸۳، برآیند کلی، صص ۲۲۲ الی ۲۲۸ .
۷. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری (اندیشه ها)، انتشارات اشراق ، (دانشگاه قم)، جلد چهارم، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۸. ساکت ، محمد حسین، دادرسی دراسلام ،سرشت و سرگذشت نهاد دادرسی و سازمانهای وابسته از آغاز تا سده سیزدهم هجری، نشر میزان ، چاپ اول، ۱۳۸۲، کتاب نامه ، صص ۶۶۳الی ۶۷۸.
۹. محمودی ، مرتضی ، بررسی تطبیقی مشروعیت قاضی در سیستم حقوقی جمهوری اسلامی ایران و سایر سیستمها در مجموعه مقالات علوم انسانی . دفتر هفتم، دانشگاه آزاداسلامی واحد تهران جنوب، معاونت پژوهشی و برنامه ریزی ، تابستان ۱۳۸۲، صص ۱۱۹الی ۱۳۳.
۱۰. قانون جدید دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۵۸/۳/۹ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام .
۱۱. قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۲۶.

۱۲. در صورت تعارض رای دیوان عدالت اداری با رای رئیس مجلس شورای اسلامی به موجب قانون استفساریه ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی رای دیوان عدالت اداری لازم الاجراء است.

۱۳. موسوی، حسین، بررسی تطبیقی دو مرجع قانونی صالح برای نقض مصوبات دولت (قوه مقننه مرجع رسیدگی سیاسی و قوه قضائیه مرجع رسیدگی قضائی)، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۶، سال پنجم، خرداد و تیرماه ۱۳۸۰، صص ۶ الی ۱۲.

14. Lorsqu'elle est assuree par le control du juge, la preponderance de la constitution tend a freiner la mobilite de le legislation et redonner au juge qui en est l'interprete une influence considerable sur l'evolution du droit (Michel Fromont, Grands systemes de droit etrangers, Dalloz, 3eme edi, 1998, p5).

15. Quiconque est lese dans ses droits par la puissance publique peut saisir le juge.

14. A cet egard, Le syseteme allemande est plus proche du systeme American que du system francaris (Michel Fromont, precite, p 19).

15. Michel fromont, precite, pp96et .97.

16. Le comite des appels (appeal committee) jest compose du chancelier, des lords judiciaries et des members de la chamber des lords qui ont occupe de hanutes fonctions judiciaries (michel fromont, precite, p67).

17. On en donne cette explication que les juges arriaient recu pouvoir du legilateur, non seulement d'appliquer la loi et de l'interpreter, mais aussi de la completer, de poser de nouvelles regles juridiques, et qu'en de pit d la doctrine de separation des pouvoirs les juges disposeraient eux aussi du pouvoir de creer des norms generales (philosophie de droit, II-les moyens du droit, Michel villey, 1979, p175).

18. Depuis 1966, elle ne s'estime plus liee par ses propres decisions et peut donc renverser non seulement la jurisprudence de toutes les jurisdictions qui sont subordonnees, mais encore sa proper

jurisprudence. Elle a donc la possibilité de faire évoluer le common law et l'equity. (Michel Fromont, précité, p. 69).

19. Le pouvoir judiciaire, au sens propre du mot, manqué d'indépendance et de force. L'avancement des juges dépend trop souvent du pouvoir exécutif et les pouvoirs de décisions à l'encontre des autres autorités de l'État sont souvent trop faibles (Michel Fromont, précité, p. 140).
20. Le contrôle de constitutionnalité est insuffisant : il ne peut s'exercer que pendant un bref délai sur les lois qui viennent d'être adoptées par le parlement. En d'autres termes, ni les lois antérieures (souvent vieilles) ni les actes d'application des lois (jugements et actes de l'administration) ne sont soumis à un contrôle de constitutionnalité (Michel Fromont, précité, p. 140).

بررسی اصل ممنوعیت جمع مشاغل دولتی و شایسته سالاری در نظام حقوق اداری ایران

پژمان غفوری^۱

چکیده

منع جمع مشاغل یکی از موضوعات مهم و اساسی در حقوق عمومی به شمار می‌رود این موضوع در نظم حقوقی ایران، قاعده‌های جدید و ایجادشده به وسیله‌ی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیست، بلکه این قاعده، از جمله قواعدی است که قانون اساسی بر آن صحه گذاشته و ضمن تأیید این موضوع، نسبت به قوانین سابق، از جمله متمم قانون اساسی مشروطه م صوب ۱۲۸۶، ابعاد جدیدی نیز به آن بخشیده است. ممنوعیت جمع بین مشاغل دولتی، فارغ از حدود و قلمرو مصداقی آن، از دغدغه‌های نظام اداری و سیاسی کشور بوده است. بر همین اساس، سر رشته‌ی تقنین راجع به این موضوع، ریشه در تاریخ نظام حقوقی ایران دارد. لذا در این پژوهش سعی بر آن شد تا ضمن بیان مبانی اصلی ممنوعیت مشاغل دولتی به شرح در باره دلایل توجیهی استثنای که در ممنوعیت جمع مشاغل از سوی دولت اعمال شده پرداخته شود. در نهایت می‌توان به این نتیجه رسید که با توجه به مواد قانونی در حال حاضر اعضای هیات علمی از شمول قانون منع مداخله کارکنان دولت مستثنی می‌باشند. غیر از سمت‌های آموزشی، افرادی که توسط مقام معظم رهبری نیز در منصب‌های شغلی مدنظر منصوب می‌شوند از حکم این قاعده مستثنا شده‌اند. در این خصوص می‌توان گفت قانونگذار عادی حدود ترسیم شده در ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی قاعده‌ی قانون اساسی را رعایت نکرده و روزه روز بر شمار این استثنائات افزوده است. همچنین در خصوص جایگاه ممنوعیت جمع مشاغل در شایسته سالاری باید گفت از آنجایی که پرورش مدیران آینده و آن هم در کلاس جهانی نیازمند به شناسایی افراد با شایستگی‌های ویژه است و مستلزم برنامه ریزی اصولی در جهت توانمند نمودن آنهاست ممنوعیت تعدد مشاغل می‌تواند ابزاری قدرتمند برای شناسایی شایستگان و تحقق شایسته سالاری باشد.

کلید واژه: شغل، تعدد مشاغل، شایسته سالاری، مستثنا جمع مشاغل، اصل ۱۴۱ قانون اساسی

Investigating the principle of prohibition of collecting government jobs and meritocracy in the Iranian administrative law system

Prohibition of gathering of jobs is one of the most important and fundamental issues in public law. This issue is not a new rule in the Iranian legal order created by the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Rather, this rule is one of the rules approved by the constitution and while confirming this issue, it has given new dimensions to the previous laws, including the constitutional amendment approved in 1286. Prohibition of collective bargaining between government jobs, regardless of its scope and scope, has been a concern of the country's administrative and political system. Accordingly, the nature of legislation on this issue is rooted in the history of the Iranian legal system. Therefore, in this study, while stating the main principles of the ban on government jobs, an attempt was made to explain the reasons for the exceptions that have been applied by the government to the ban on the collection of jobs. Finally, it can be concluded that according to the legal provisions, faculty members are currently excluded from the law prohibiting government employees from interfering. Apart from educational positions, persons who are also appointed by the Supreme Leader to job positions are exempt from this rule. In this regard, it can be said that the ordinary legislator has not complied with the constitutional rule in the limits drawn in the prohibition of holding more than one government job, and the number of these exceptions has increased day by day. Regarding the position of banning the collection of jobs in meritocracy, it should be said that since educating future managers in the world class requires the identification of people with special competencies and requires principled planning to empower them, banning multiple jobs can be a powerful tool to identify Be worthy and realize meritocracy.

Keywords: Jobs, Multiple Occupations, Meritocracy, Excluding Total Jobs, Article 141 of the Constitution.

مقدمه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۴۱، ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل را در سال ۵۸ مطرح و ضمانت اجرایی این ممنوعیت را مقرر نکرده بود. این اصل پس از ۱۵ سال، در سال ۱۳۷۳ بموجب پیدا نمود. مخاطب این اصل قانون اساسی، کارمندان دولت و عبارتی کارکنان دستگاههای دولتی هستند که بنا به مصالح اجتماعی و جلوگیری از قدرت انحصاری تصدی بیش از یک شغل دولتی و حتی به مراتب سختگیرانه عضویت در انواع شرکت‌های خصوصی نیز منع گردیده‌اند.

مستند به ماده ۳۰ آئین نامه استخدام اعضای هیات علمی، منصرف از اینکه استخدام در دانشگاه مقدم یا مؤخر از اشتغال در خارج از آن باشد، مبین عدم اشتغال بکار اعضای هیات علمی (تمام وقت) در خارج از دانشگاه بوده است که با ظهور اصل ۱۴۱ قانون اساسی و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل مواجه با تخصیص و محدودیت شده است. در تبصره (۲) ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل و سمت، قانونا اشتغال همزمان کارمند دستگاه دولتی در دانشگاهها و موسسات آموزش عالی، بعنوان عضو هیات علمی به اعتبار حکم مصرحه اصل قانون اساسی و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، بلامانع، بلااشکال و بلامعارض است.

بند ۵ تبصره ۳ لایحه قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولتی و... مصوب ۱۳۳۷، انعقاد قرارداد مطالعات و مشاورات فنی و مالی و حقوقی با کلیه کارکنان دولت از جمله (اعضای هیات علمی دانشگاهها) ممنوع و مستلزم مجازات مقرر در قانون مذکور دانسته شده است. لیکن در لایحه منع مداخله جدید در انتهای همین بند اعضای هیات علمی دانشگاهها از شمول این ممنوعیت مستثنی شده‌اند که در صورت تصویب نهایی در مجلس گام مهمی در راستای استفاده از ظرفیت کامل آموزشی و علمی کشور برداشته شده است. البته در بند ۱۰۹ قانون بودجه سال ۱۳۹۰ کل کشور اعضای هیات علمی آموزشی و پژوهشی شاغل در دانشگاهها با اطلاع مدیریت دانشگاه برای عضویت در هیات مدیره شرکت‌های پژوهشی و مهندسی مشاور، مشمول قانون راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری مصوب ۱۳۳۷ نیستند. این عدم ممنوعیت یکساله بوده و صرفاً برای سال ۱۳۹۰ اعتبار خواهد داشت اما در سنوات گذشته بندهای ماده ۱۵۴ قانون برنامه سوم توسعه (که به موجب ماده ۵۱ قانون برنامه چهارم

تو سعه تنفیذ گردیده است) قانونگذار بطور خاص صاجزه انعقاد قرارداد توسط دستگاههای اجرایی با اعضای هیات علمی یا شرکتهایی که اعضای هیات علمی در آن سهام دارند را داده است. لذا با توجه به مواد قانونی فوق الذکر در حال حاضر اعضای هیات علمی از شمول قانون منع مداخله کارکنان دولت مستثنی می‌باشند.

گفتاریکم - مفهوم و مصادیق مشاغل دولتی

ماده ۷ قانون استخدامی کشوری، شغل را به قرار زیر تعریف می‌کند:

شغل عبارت است از مجموع وظایف و مسئولیت‌های مرتبط و مستمر و مشخص است که از طرف سازمان امور اداری و استخدامی کشور به عنوان کار واحد شناخته می‌شود. برطبق دستور این ماده گونه‌های شغل را سازمان امور اداری و استخدامی کشور باید تعیین کند. آگاهی از انواع شغل‌ها مستلزم داشتن آمار دقیق از شغل‌های سازمان‌های کشور از یک سو و پیدا کردن ضابطه‌های روشن برای تعیین وظایف و مسئولیت‌های مستمر آن شغل‌ها از سوی دیگر است.^۱

لازم به یادآوری است که سازمان امور اداری و استخدامی کشوری در سال ۱۳۷۸ در پی ادغام با سازمان برنامه و بودجه، به سازمان مدیریت و برنامه ریزی تغییر نام داد. در سال‌های اخیر نیز این سازمان ضمن تغییر از صورت سازمان به معاونت، با عنوان معاونت برنامه ریزی و نظارت راهبردی رییس جمهور از زمره انواع معاونت‌های ریاست جمهوری در آمده است. هر شغل می‌تواند دارای چند پست سازمانی باشد که به تعداد پست‌های سازمانی موجود افرادی به کار گمارده می‌شوند. ماده ۸ قانون استخدام کشوری پست ثابت سازمانی را به شرح زیر تعریف می‌کند:

پست سازمانی عبارت از محلی است که در سازمان وزارت خانه‌ها و مؤسسات دولتی به طور مستمر برای یک شغل و ارجاع آن به یک مستخدم در نظر گرفته شده، اعم از آنکه دارای متصدی باشد یا خیر.^۲

۱. عبدالحمید، ابوالحمید، (۱۳۷۹)، حقوق اداری، چاپ ششم، انتشارات توس، صفحه ۱۳۹.

۲. موسی زاده، رضا، (۱۳۸۴)، حقوق اداری؛ کلیات و ایران، چاپ هفتم، صفحه ۱۹۶.

لازمه وجود پست سازمانی، بودن اعتبار مربوط به آن پست است، به این ترتیب هر اداره دارای شماره پست ثابت سازمانی است؛ که اعتبار آنها در بودجه کشور تأمین شده است.

وجود چند شغل ثابت سازمانی در یک سازمان که از نظر وظایف و مسئولیت‌ها و دشواری کار مشابه یکدیگر و شرایط احراز آنها یکی است، به گونه‌ای که بتوان نام واحدی بر آنها اطلاق کرد، یک طبقه شغلی نامیده می‌شوند، یک یا چند طبقه شغلی یک رشته شغلی را تشکیل می‌دهند و همچنین چند رشته شغلی که از لحاظ نوع کار و رشته تحصیلی و تجربی وابستگی نزدیکی با یکدیگر داشته باشند، در مجموع یک رشته شغلی را به وجود می‌آورند.^۱

قانون مدیریت خدمات کشوری که جایگزین قانون استخدامی کشور گردیده است در ماده ۶ پست سازمانی را بدین گونه تعریف می‌نماید.

پست سازمانی عبارت است از جایگاهی که در ساختار دستگاه‌های اجرایی برای انجام وظایف و مسئولیت‌های مشخص پیش بینی و برای تصدی یک کارمند در نظر گرفته می‌شود. پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی که جنبه استمرار دارد ایجاد خواهد شد.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد تعریف پست در این قانون با تعریف قانون استخدامی کشوری مشابهت‌های زیادی داشته و هر دو یک مفهوم را بیان می‌دارند؛ و تفاوت تنها در نوع الفاظ و کلمات به کار رفته در این دو تعریف می‌باشد. در موردی دیگر قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل در تبصره دوم خود شغل را به این صورت تعریف می‌نماید.

منظور از شغل عبارت است از وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی یا شغل و پستی که به طور تمام وقت انجام می‌شود.

به این ترتیب برابر یک نظر سنجی مستخدمین پیمانی از شمول قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل خارج می‌گردند؛ زیرا ثابت، استمرار و تمام وقت بودن از ویژگی‌های یک پست سازمانی محسوب می‌گردند و برابر ماده ۸ قانون استخدامی کشوری پست‌هایی که ثابت و مستمر نیستند، پست‌های موقت بوده، استخدام افراد، به طور رسمی برای تصدی آنها ممنوع است. مفهوم این ماده چنین است که برای پست‌های ثابت سازمانی استخدام افراد به طور پیمانی ممنوع است و نتیجتاً

۱. طباطبائی مومنی، منوچهر، (۱۳۹۴)، حقوق اداری ایران، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات سمت، صفحه ۱۵۷.

با این برداشت این افراد مشمول قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل نمی‌گردند. هر چند که در مباحث بالا به برداشت متفاوت دیگری اشاره کردیم که به موجب آن مستخدمین پیمانی نیز در دوره اشتغال خود مشمول ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل می‌باشند این برداشت بر این امر تکیه دارد که عدم استخدام مستخدمین پیمانی در پست‌های رسمی، به معنای عدم شمول ضوابط استخدامی و از جمله ممنوعیت تصدی مشاغل متعدد بر آنها نیست و مستخدمین پیمانی چونان هر مستخدم دیگری موظف به رعایت مقررات و ضوابط اداری و استخدامی می‌باشند. توجه به این امر نیز ضروری است که دو ویژگی استمرار و تمام وقت بودن اشتغال از جمله وظایف و مسئولیت‌های مستخدمین عمومی به شمار می‌آیند. منظور از تکلیف اشتغال به طور تمام وقت آن است که مستخدم در تمام اوقات اداری در اختیار اداره بوده و به کار و خدمت خویش مشغول باشد، بنابراین مستخدم حق ندارد:

اولاً به مشاغل خصوصی که خارج از شغل اداری او یا منافی آن است اشتغال داشته باشد و این امر در تمام اوقات اداری، برای تمام مستخدمین ممنوع است، زیرا مستخدم عمومی، این اوقات را به اداره متبوع خود فروخته است، به علاوه اشتغال به این امور در اوقات اداری مخالف انضباط و مصالح اداری نیز می‌باشد.

ثانیاً: مستخدم عمومی حق اشتغال به دو شغل دولتی را ندارد، مصالح اداری ایجاب می‌کند که به یک مستخدم بیش از یک شغل ارجاع نشود و در صورت ارجاع دو شغل، شغل دوم مانع اجرای وظایف شغل اصلی نباشد و مستخدم فقط از حقوق یکی از مشاغل خود استفاده نماید.

منظور از شغل مستمر این است که مستخدم عمومی مکلف است به طور مستمر به انجام وظایف قانونی خود بپردازد و از انجام هر گونه عملی که موجب تعطیل و اخلال اداره شود، خودداری ورزد؛ این تکلیف ناشی از اصل ثبات و مداومت امور عمومی است که حکم می‌کند در کار سازمان‌های اداری وقفه و تاخیری رخ ندهد.^۱ این ممنوعیت‌ها عبارت است از ممنوعیت جمع دو شغل دولتی، ممنوعیت دارا بودن شغل دیگر در مؤسسات دولتی و عمومی، ممنوعیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی، وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و نیز ممنوعیت ریاست و مدیریت عامل و یا عضو در هیات مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی (جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات)

۱. طباطبائی مومنی، منوچهر، (۱۳۹۴)، حقوق اداری ایران، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات سمت، صفحه ۱۷۰.

۲. رستمی، ثریا، (۱۳۸۸)، منع جمع مشاغل و نظام حقوقی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، صفحه

گفتار دوم - مبانی اصل ممنوعیت جمع مشاغل

فلاسفه سیاسی و علمای حقوق دلایل گوناگونی برای منع تعدد مشاغل ذکر کرده اند که این دلایل ناظر به مشاغل سیاسی و اداری می باشد. «نظم و اعمال اداری هر کشوری (اعم از سیاسی و جزایی)، به هر ترتیبی که باشد، ارتباط همه جانبه ای با تمام امور و شئون جامعه دارد. دموکراسی و حقوق ملت، حقوق بیت المال، جلوه حکومت، زندگی روزانه مردم و نظایر اینها و کلاً ارزشهای حاکم بر جامعه نمونه هایی هستند که اعمال اداری همواره در برخورد و تماس با عرض و طول آنها است».^۱

در نظام حقوقی کشورهای جهان به منظور بالا بردن بازدهی کار و افزایش بهره وری، انجام مطلوب وظایف محوله و جلوگیری از تشدید بیکاری و نیز پیشگیری از هر گونه اعمال نفوذ، تداخل امور، لوٹ شدن مسئولیتها، جلوگیری از تبعیض و تضییع حقوق عامه و فساد اداری و نظایر آن ممنوعیت تعدد مشاغل پیش بینی گردیده است که این موارد به تفکیک بیان می شود.

بندیکم - تحقق اصل شایسته سالاری

در بندهای ۱۷، ۱۰ و ۲۲ سیاستهای کلی برنامه چهارم توسعه جمهوری اسلامی ایران نیز به نوعی بر کارآمد کردن و افزایش تحرک و کارایی مدیران و قضات لایق و امین تأکید شده و اصلاح نظام اداری و آموزشی کشور در مسیر شایسته سالاری یک گام مهم تلقی شد ممنوعیت تعدد مشاغل باعث استفاده از دانش و توانایی افراد مختلف در یک جامعه و جلوگیری از افت توانایی افراد شایسته در آن جامعه می گردد.^۲

بند دوم رعایت اصل استخدامی

در هنجارهای اساسی و عادی هر جامعه ای بر برابری افراد در قانون و در مقابل قانون تأکید گردیده است و اجرای صحیح عدالت از آرمانهای هر جامعه ای است. عدالت استخدامی و اشتغال یکی از محوری ترین شاخه های عدالت می باشد. چنین ضرورتی ایجاب می نماید که به منظور ایجاد

۱. هاشمی، سید محمد، (۱۳۹۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دهم، تهران، نشر دادگستر، صفحه ۷۸.

۲. موسی زاده، ابراهیم، (۱۳۹۳)، حقوق اداری، چاپ سوم، تهران، انتشارات دادگستر، صفحه ۴۵.

فرصت‌ها و موقعیتهای شغلی یکسان و مساوی برای همه کردم، کارکنان دولتی از تمرکز مشاغل در انحصار خود، خودداری نمایند تا از این طریق ضمن انجام مطلوب وظایف محوله، زمینه استقرار عدالت فراهم گردد. تعدد مشاغل عمومی باعث تمرکز و تراکم این مشاغل، در افراد معین می‌گردد و این امر اصل برابری افراد را نقض می‌کند و منجر به نادیده انگاشتن عدالت استخدامی می‌گردد.^۱

بند سوم برخورداری عادلانه از خدمات عمومی و اقتصادی

از جمله موارد دیگری که اصل برابری افراد ایجاد می‌کند، برابری در برخورداری از خدمات عمومی می‌باشد، اگر ایجاد فرصت شغلی توسط دولت را به مثابه ارائه یک خدمت عمومی به شهروندان بدانیم، اشتغال مضاعف در مشاغل عمومی در واقع تبعیض در استفاده از مشاغل عمومی و در نتیجه نقض اصل برابری می‌باشد. عدالت اقتصادی از جمله شاخه‌های مهم عدالت می‌باشد که ناشی از اصل برابری می‌باشد این اصل ایجاد می‌کند اشخاصی که دارای شرایط یکسان می‌باشند از لحاظ وضعیت مالی با یکدیگر اختلاف معناداری نداشته باشند و همه افراد جامعه از حداقل معیشتی برخوردار باشند.^۲

بند چهارم تخصص گرایی

تقسیم عادلانه مشاغل بر مبنای تخصص زمینه را برای یکپارچگی اجتماع و تضمین وحدت آن جامعه فراهم می‌کند و به حفظ تعادل و توازن در آن جامعه کمک می‌کند^۳ آسکره‌تان^۴ می‌گوید:

کامل شدن، آموختن نقش خویش است، آماده شدن برای ایفای وظایف خویش است... معیار کمال دیگر آن نیست که... از اینکه در همه چیز دستی داریم لبخند رضایت بر لب داشته باشیم، بلکه در این است که چه خدمتی انجام داده‌ایم و تا چه قدر قادریم انجام دهیم. مسلماً هر قدر در

۱. شادمان، علی، (۱۳۸۸) ممنوعیت تعدد مشاغل عمومی ایران، ژاپن و فرانسه، پایان نامه دوره کارشناسی اشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، صفحه ۶۳.

۲. مهرپور، حسین (۱۳۹۲)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ چهارم، تهران، نشر دادگستر، صفحه ۸۷.

۳. توحیدی، احمد رضا، (۱۳۸۵)، تاملی در اصول کلی نظام، حقوق آزادی‌های مردم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم، نشر معارف، صفحه ۱۲۵.

جامعه‌ای تخصص گرایي بیشتر باشد آن جامعه پیشرفته می‌گردد و تخصص گرایی به تقسیم بیشتر کارها و نتیجتاً ایجاد مشاغل بیشتر منجر می‌شود زیرا شغل نتیجه تقسیم کار است.^۱

بند پنجم - حفظ استقلال صاحبان مشاغل عمومی

یکی از دلایل ممنوعیت تعدد مشاغل عمومی (کشوری)، استقلال مقامات عمومی در انجام وظایف و اعمال اختیاراتشان می‌باشد. استاد لافریر دلیل اصلی ممنوعیت تعدد مشاغل را نگرانی بر استقلال صاحبان مشاغل و مقامات عمومی می‌داند. ممنوعیت تعدد مشاغل باعث می‌شود مقامات عمومی بالاخص نمایندگان مجلس از اهرم‌ها و ابزارهای فشاری که قوه مجریه در اختیار دارد، در امان بمانند.^۲

بند ششم ایجاد زمینه برای استعدادها

این مسئله مهمترین دلیل وجود پدیده تعدد مشاغل در کشورهای توسعه یافته و پیشرفته می‌باشد، در این جوامع برای استفاده از خدمات اینگونه افراد به آنان اجازه داده می‌شود که مشاغل دیگری نیز داشته باشند. (شادمان، ۱۳۸۸: ۸۳) تشخیص و استفاده از استعدادهای فردی افراد یکی از سازنده‌ترین کارها در یک جامعه است، این امر منجر به افزایش کارایی و بهره‌وری هر جامع‌های می‌شود.^۳

بند هفتم - جلوگیری از حذف اجتماعی

فقدان فرصت‌های شغلی موجب بحرانهای عمده در زندگی خانواده‌ها نیز می‌شود و آنها را در معرض آسیب‌های فراوان دیگری مانند اعتیاد و... قرار می‌دهد. در واقع فقدان کار منظم و درآمد

۱. میراب مرتضوی، سید هاشم، (۱۳۹۰)، بررسی مسئولیت کیفری تعدد مشاغل در حقوق ایران، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه پیام نور (مرکز تهران جنوب)، صفحه ۷۴.

۲. فخر، حسین، (۱۳۹۰)، بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی، مجله پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم، صفحه ۱۳۸.

۳. آقازاده، احمد، آرمند، محمد، (۱۳۹۲)، اشتغال در ایران، چاپ دوم تهران، انتشارات سمت، صفحه ۱۳۸.

ثابت، ساز و کار اصلی حذف اجتماعی در هر جامعه ای می باشد. این فرایند باعث می شود که افراد حذف شده چون هیچ راهی برای ادامه زندگی متعارف و رضایت بخش نداشته باشند به سمت فعالیتهای درآمد زای دیگر بروند که این فعالیتها از لحاظ هنجارهای اجتماعی جرم محسوب و منجر به پیگیری می شود، این امر نهایتاً به افزایش جرم و جنایت و افزایش تعداد زندانیانی می شود که تحقیقات نشان داده است، بدلیل نیاز به شغل، مجازات آنان تأثیر اندکی بر وقوع اینگونه جرائم دارد. لذا در هر جامعهای که تعداد حذف شدگان اجتماعی (محروم از شغل) زیاد باشد باید انتظار وقوع بحرانهای عمده اجتماعی را در آن جوامع داشت.^۱

بند هشتم - مبانی قانونی ممنوعیت تعدد شغل

اولین قانون در ارتباط با ممنوعیت تعدد شغل را می توان در اصل ۶۸ قانون اساسی مشروطیت جستجو نمود که مقرر می دارد «وزراء موظفاً نمی توانند خدمت دیگر غیر از شغل خودشان بر عهده گیرند». آن اصل فقط وزراء را شامل می شد، اما بعدها ماده ۴۳ قانون استخدام کشوری آن را به همه مستخدمین رسمی تسری داد و مقرر داشت که «مستخدم رسمی نمی تواند تصدی بیش از یک پست سازمانی را داشته باشد...» بعد از این دو قانون اصل ۱۴۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر منع جمع مشاغل دولتی تصریح کرده و صرفاً داشتن سمتهای آموزشی در دانشگاهها و مؤسسات تحقیقاتی را از شمول آن استثنا کرده است. منع جمع مشاغل دولتی در قوانین عادی هم مورد تأکید قرار گرفته و ضمانت اجرای اداری و کیفری برای دارندگان مشاغل متعدد دولتی تعیین شده است. توزیع فرصت های شغلی بین تمام افراد جامعه و کاهش بیکاری، ایجاد نظام اداری سالم، جلوگیری از اعمال نفوذ ناروا، جلوگیری از تمرکز قدرت و حفظ اصل بنیادین استقلال قوا از اهداف منظور در این زمینه است. به همین منظور شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی همواره تفسیری جامع و شامل از آن اصل به عمل آورده است لیکن وجود نمونه های متعدد از اشخاص چند شغله در سطوح عالی قوای سه گانه، از جمله خود شورای نگهبان، در گذشته و حال و طرح برخی توجیهات برای بقاء در مناصب گوناگون حاکی از بی توجهی به حکم صریح اصل ۱۴۱ قانون اساسی است. تصدی مناصب و ایرادات مکرر مطبوعات و صاحب نظران نمایندگان مجلس شورای اسلامی را واداشت که نخست با استفسار و سپس با

۱. کاستلز، مانوئل، (۱۳۸۴) عصر ارتباطات، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات طرح نو، صفحه ۹۴-۹۱.

تصویب طرحی، مانع از ادامه حضور همزمان بعضی از اعضای شورای نگهبان در چند منصب مهم حکومتی شوند اما آن شورا به مخالفت با مصوبه مجلس پرداخت تا اینکه با اصرار مجلس بر طرح مصوب خود و تأیید مصوبه مجلس توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام حقوقدانان شورای نگهبان از داشتن چند شغل دولتی منع شدند^۱ اگر قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل را به نوعی مفسر اصل ۱۴۱ قانون اساسی باید بگوییم از نظر قانون گذار اصل این است که هیچ کس نمی تواند بیش از یک شغل دولتی داشته باشد مگر آن که مشمول استثنایی باشد که قانون مقرر کرده است.

گفتار سوم - دلایل توجیهی استثنای ممنوعیت جمع مشاغل

ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی فقط دو استثناء در این مورد ذکر شده است که یکی عضویت در هیأت مدیره یا مدیریت عامل شرکت های تعاونی ادارات و مؤسسات است؛ با توجه به محدودیت توان اقتصادی کارکنان دولت و لزوم تأمین نیازهای متعارف آنها و نقش تعاون جمعی در این امر تأسیس، عضویت و اداره شرکت های تعاونی مسکن و مصرف یا اعتبار بین کارکنان دولت امری معمول تلقی می شود. این شرکت ها فاقد جنبه تجاری است و سود اندک آنها بین اعضا تقسیم می شود. به علاوه، شرکت های تعاونی ادارات یک مجموعه غیردولتی است که سرمایه آن تماماً از آورده کارکنان دولت به عنوان یک شخص حقیقی تأمین می شود. لذا احتمال سوءاستفاده از اموال و وجوهای دولتی، اعمال نفوذ و... در مورد اعضای آنها اصولاً منتفی است. از طرف دیگر انتخاب اعضای هیأت مدیره تعاونی های کارکنان اداری و سازمان های دولتی خارج از کارکنان و شاغلین همان اداره یا سازمان ممکن نیست، به همین دلیل عضویت در هیأت مدیره تعاونی ادارات و مؤسسات از شمول اصل ۱۴۱ استثناء شده است.

استثناء دیگر سمت های آموزشی در دانشگاه ها و مؤسسات تحقیقاتی است. ضرورت ارتباط بین مراکز علمی و سایر دستگاه های دولتی یا عمومی برای انتقال متقابل یافته های علمی از دانشگاه ها

۱. فخر، حسین، (۱۳۹۰)، بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی، مجله پوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم، صفحه ۴۶.

و مؤسسات تحقیقاتی به عرصه عمل و اجرا و تجارب مراکز اجرایی، تولیدی و صنعتی به دانشگاه‌ها چنین استثنایی را توجیه می‌کند. ناگفته نماند که این استثناء فقط ناظر به سمت‌های آموزشی است و سمت‌های اداری، اجرایی و مدیریتی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی را شامل نمی‌شود. نظریات تفسیری شورای نگهبان مؤید این معناست که بعداً ذکر خواهد شد.

سه استثناء دیگر بر اصل ۱۴۱ در قوانین عادی وارد شده است که به یقین هر سه مورد خلاف اصل مذکورند. نخست، تبصره ۸ قانون منع تصدی بیش از یک شغل مقرر می‌دارد: «افرادی که مستقیماً از سوی مقام معظم رهبری به سمت‌هایی در دستگاه‌های مختلف منصوب می‌گردند از شمول مفاد این قانون مستثنی خواهند بود». استثنای مذکور که به معنای فرا قانونی بودن اختیارات رهبری و مستثنی انگاشتن وی از حاکمیت قانون اساسی تلقی می‌شود، علاوه بر مغایرت با اصل ۱۴۱، نافی عبارت ذیل اصل یکصد و هفتم قانون اساسی است که مقرر می‌دارد: «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است». بدون تردید استثناء کردن مقام رهبری از شمول قانون اساسی و تلقی اختیارات فرا قانونی برای وی، نه تنها به تقویت جایگاه رهبری نمی‌انجامد بلکه به دلیل شائبه تبعیض به تضعیف جایگاه معنوی و روحانی رهبری در اذهان عمومی منجر می‌شود. افزون بر این، صرف نظر از مباحث نظری رایج درباره جایگاه و قلمرو اختیارات ولی فقیه، چون از لحاظ عینی و حقوقی صلاحیت‌ها و اختیارات رهبر متکی بر قانون اساسی است، بنابراین توسعه فرا قانونی اختیارات وی متضمن یک تناقض آشکار قانونی و عقلی است که نتیجه آن متزلزل گردیدن جایگاه بلند قانون اساسی و تنزل مقام رفیع رهبری است.

در ماده ۹۴ قانون مدیریت خدمات کشوری استثناء دیگری بر منع جمع مشاغل اضافه شده است. طبق این ماده «تصدی بیش از یک پست سازمانی برای کلیه کارمندان دولت ممنوع می‌باشد. در موارد ضروری با تشخیص مقام مسئول مافوق تصدی پست سازمانی مدیریتی یا حساس به صورت سرپرستی، بدون دریافت حقوق و مزایا برای حداکثر چهار ماه مجاز می‌باشد». در این مورد به اختصار می‌توان گفت که اولاً عدم دریافت حقوق و مزایا جمع دو شغل را ولو به طور موقت، توجیه نمی‌کند؛ زیرا شغل فقط با دریافت حقوق و مزایا تعریف نمی‌شود و فلسفه اصل منع جمع مشاغل نیز فقط عدم دریافت دو حقوق نیست. ثانیاً اجتماع دو شغل در یک فرد، حتی به صورت موقتی، با اطلاق اصل ۱۴۱ مغایرت دارد. ثالثاً در مقام عمل مدت چهار ماه مذکور ممکن است به کرات تمدید شود و راه برای نقض بیشتر اصل ۱۴۱ هموار گردد. رابعاً موارد ضرورت و مقام مافوق پست سازمانی مدیریتی یا حساس در آن ماده، بسیار قابل تفسیر است. بنا به جهات مذکور جمله

دوم ماده ۹۴ قانون مدیریت خدمات کشوری با اصل ۱۴۱ مغایرت دارد و انتظار می‌رفت که شورای نگهبان به علت مغایرت با قانون اساسی، آن را تأیید نکند و جهت حذف این استثناء آن را به مجلس بازگرداند.^۱

گفتار چهارم - تأثیر ممنوعیت جمع مشاغل بر شایسته سالاری و کاهش فساد اداری

سامانه شایستگی به منزله موضوعی بدیع و مجموعه‌ای پیچیده از سازو کارهایی است که می‌بایست طی فرایندی بلند مدت، علمی و سنجیده در ادارات و سازمانها استقرار یابد. لازمه شایسته سالاری فراهم آوردن زیر بناهای مربوطه از نظر ساختاری، نگرشی، قانونی و سازمانی است. استقرار شایسته سالاری در یک سازمان با شایسته دوستی شروع، با شایسته‌گزینی و شایسته‌پروری تکامل و با شایسته داری تداوم می‌یابد. در واقع اجرای شایسته سالاری به کوششی دراز مدت، پیگیر و مستمر برای دگرگونی اجتماعی و فرهنگی نیاز دارد. برای دگرگونی هم می‌بایست زمینه‌های مختلف به طور همزمان به کار گرفته شوند.

در ماده ۱۴۱ قانون برنامه چهارم توسعه دولت موظف شده است به منظور استقرار نظام شایسته‌گرایی و ایجاد ثبات در خدمات مدیران، لایحه‌ای را تهیه و به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید. در این لایحه باید مشاغل مدیریتی در دو بخش سیاسی و حرفه‌ای، تعریف و طبقه‌بندی گردد و نیز در انتخاب و انتصاب افراد، به پست‌های حرفه‌ای، شرایط تخصصی لازم معین شده باشد تا افراد از مسیر ارتقای شغلی به مرتبه‌های بالاتر ارتقا یابند و در مواردی که از این طریق امکان انتخاب وجود نداشته باشد، با انجام ارزیابی‌های مدیریتی و تخصصی لازم، انتخاب صورت پذیرد.

مدیران توانمند و شایسته، بزرگ‌ترین سرمایه‌های یک کشور و محور توسعه و پیشرفت آن محسوب می‌شوند. تربیت مدیر به مراتب مشکل‌تر و طولانی‌تر از تربیت افراد در هر حرفه دیگری است. برای مدیر شدن، بیشترین یادگیری در محل کار و با انجام وظایف شغلی یا تجربه صورت

۱. فخر، حسین، (۱۳۹۰)، بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی، مجله پوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره سوم، صفحه ۱۵۸.

می‌گیرد. پرورش مدیران آینده و آن هم در کلاس جهانی نیازمند به شناسایی افراد با شایستگی‌های ویژه است و مستلزم برنامه ریزی اصولی در جهت توانمند نمودن آنهاست. ضرورت ایران امروز برای حضور در عرصه‌های جهانی و تحقق برنامه‌های توسعه و سند چشم انداز توسعه کشور که ایران را کشوری دست یافته به جایگاه اول اقتصادی، علمی و فناوری در مقیاس منطقه‌ای، توسعه یافته همراه با رشد شتاب علمی، کاهش نرخ بیکاری و ارتقاء سطح و کیفیت زندگی مردم تصویر کرده است، با داشتن منابع غنی و مردمانی خلاق، فقط و فقط شایسته سالاری و شایسته محوری است. در پس شایسته سالاری است که مدیران توانمند و شایسته سکان اداره امور کشور را به دست گرفته و با تلاش خویش و اعتماد و حمایت مردم راه ترقی ایران اسلامی را طی می‌کنند. باید در راستای تحقق عدالت محوری، از همه کسانی که مستعد هستند و می‌توانند به صورت بالقوه نیازهای آتی کشور را برطرف کنند دعوت شود، آن‌ها وارد مراکز فرایند ارزیابی و آزمون شوند، شایستگان انتخاب و به کار گمارده شوند. کانون‌های ارزیابی که به جهت ماهیت و کارایی، برخی متخصصان از آن به عنوان کانون‌های توسعه نام می‌برند ابزاری قدرتمند برای شناسایی شایستگان و تحقق شایسته سالاری است. ممنوعیت تعدد مشاغل باعث استفاده از دانش و توانایی افراد مختلف در یک جامعه و جلوگیری کردن از افت توانایی افراد شایسته در آن جامعه می‌گردد.^۱ همچنین می‌توان گفت جلوگیری از فساد اداری مهمترین دغدغه قانونگذار در وضع قوانینی همچون منع تصدی بیش از یک شغل است، فساد اداری به رفتارانی دسته از کارکنان بخش عمومی اطلاق می‌شود که برای منافع خصوصی خود، ضوابط پذیرفته شده را زیر پا می‌گذارند. یکی دیگر از صاحب‌نظران معتقد است که فساد اداری به رفتاری اطلاق می‌شود که ضمن آن، فرد برای تحقق منافع خصوصی خود و دستیابی به رفاه بیشتر یا موقعیت بهتر، خارج از چهار چوب رسمی وظایف، یک نقش دولتی عمل می‌کند. تجربه نشان داده که مشاغل گوناگون و متعدد، قدرت بیشتری را به دنبال دارد. به همین جهت قانون‌گذار اساسی با حساسیت ویژه‌ای اصل ممنوعیت جمع مشاغل سیاسی و اداری را در حقوق اساسی و عادی کشور، مورد توجه قرار داده است که فلسفه تصویب اصل ۱۴۱ بنا بر مذاکرات هنگام وضع قانون و به گفته مرحوم شهید بهشتی، جلوگیری از تمرکز مشاغل در افراد معین، مبارزه با انحصارطلبی قدرت و نوعی مبارزه با اعمال نفوذ بوده است.^۲

۱. امینی زازرانی، علی، (۱۳۹۰) فرهنگ مصادیق: شایسته سالاری در سازمانها، لزوم پیاده سازی نظام شایسته

۲. فرزادی نژاد، محسن، (۱۳۸۰)، فساد اداری و روشهای کنترل آن، فصلنامه علمی پژوهشی مدرس، دوره پنجم، صفحه

نتیجه گیری

قانون اساسی در اصل، ۱۴۱ غیرمجاز بودن تصدی بیشتر از یک شغل را در سال ۱۳۵۸ تصویت نمود اما ضمانت اجرای این قانون را تعیین نکرده بود؛ اما در سال ۱۳۷۳ با تصویب «قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل» ضمانت اجرای نسبتاً مناسبی برای آن در نظر گرفته شد. شمول این اصل ۱۴۱ قانون اساسی، کارمندان دولت و به نوعی کارکنان دستگاه‌های دولتی هستند که به علت ایجاد عدالت اجتماعی و جلوگیری از انحصار طلبی و جلوگیری از فساد اداری پذیرش بیش از یک شغل دستگاه‌های دولتی و بیش از این حتی عضو شدن در هیئت مدیره شرکت‌های وابستگی دولتی دارند (غیر از شرکت‌های تعاونی) و نیز عضویت در شرکت‌های خصوصی نیز از مصادیق ممنوعیت این قانون می‌باشد. تعریف شغل در تبصره ۲ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل و سمت که مشتمل بر شغل و مقام رسمی است، قانوناً اشتغال هم زمان کارمند ادارات دولتی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، به عنوان عضو هیات علمی به اعتبار حکم مصرحه اصل قانون اساسی و قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل بدون اشکال و ایراد است. همچنین در تبصره ۳ ماده ۵ قانونی راجع به منع مداخله وزراء و نمایندگان مجلسین و کارمندان دولت مصوب ۱۳۳۷، بستن قرارداد مطالعات و مشاورات فنی و مالی و حقوقی با کلیه کارکنان دولت از (اعضای هیات علمی دانشگاه‌ها) ممنوع و مستلزم مجازات مقرر شده در قانون مذکور دانسته شده است. علی‌ایحال با تحولات قانونی در این زمینه لذا با توجه به مواد قانونی فوق‌الذکر در حال حاضر اعضای هیات علمی از شمول قانون منع مداخله کارکنان دولت مستثنی می‌باشند. غیر از سمت‌های آموزشی، افرادی که توسط مقام معظم رهبری نیز در منصب‌های شغلی مدنظر منصوب می‌شوند از حکم این قاعده مستثنا شده‌اند. در این خصوص می‌توان گفت قانونگذار عادی حدود ترسیم شده در ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی قاعده‌ی قانون اساسی را رعایت نکرده و روزه روز بر شمار این استثنائات افزوده است. این موضوع نه تنها عملکرد مجلس شورای اسلامی، بلکه عملکرد نهاد تأییدکننده‌ی این مصوبات و دادرسی‌های جمهوری اسلامی ایران را نیز در این موضوع با سؤال مواجه می‌کند. با وجود ایراد عملکرد قانونگذار عادی در این زمینه، آنچه به عنوان پیشنهاد صلاحی در زمینه‌ی این موضوع قابل طرح است، آن است که نه تنها قوه‌ی قانونگذار در عملکرد

خود به استثنائات مندرج در ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی پایبند باشد، بلکه تصدی مشاغل دیگر از سوی دارندگان سمتهای آموزشی در دانشگاهها و مؤسسات تحقیقاتی را نیز ضابطه مند کند.

در خصوص جایگاه ممنوعیت جمع مشاغل در شایسته سالاری باید گفت از آنجایی که پرورش مدیران آینده و آن هم در کلاس جهانی نیازمند به شناسایی افراد با شایستگیهای ویژه است و مستلزم برنامه ریزی اصولی در جهت توانمند نمودن آنهاست، باید در راستای تحقق عدالت محوری، از همه کسانی که مستعد هستند و می توانند به صورت بالقوه نیازهای آتی کشور را برطرف کنند دعوت شود، آنها وارد مراکز فرایند ارزیابی و آزمون شوند، شایستگان انتخاب و به کار گمارده شوند که می توان به این نتیجه رسید که ممنوعیت تعدد مشاغل ابزاری قدرتمند برای شناسایی شایستگان و تحقق شایسته سالاری است.

منابع

۱. عبدالحمید ا. حقوق اداری. توس. ۱۳۹۷؛ ششم.
۲. موسی زاده ر. حقوق اداری؛ کلیات و ایران ۱۳۸۴؛ چاپ هفتم.
۳. طباطبایی م. حقوق اداری ایران. سمت. ۱۳۹۴؛ چاپ هجدهم.
۴. رستمی ث. منع جمع مشاغل و نظام حقوقی ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز. ۹: ۱۳۸۸-۱۰.
۵. هاشمی م. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران تهران، نشر گستر. ۱۳۹۴؛ چاپ دهم.
۶. موسی زاده ا. حقوق اداری؛ کلیات و ایران. چاپ هفتم. ۴۵: ۱۳۹۳.
۷. شادمان ع. ممنوعیت تعدد مشاغل عمومی ایران، ژاپن و فرانسه. پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی. ۶۳: ۱۳۸۸.
۸. مهرپور ح. مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ چهارم. ۱۳۹۲؛ تهران، نشر دادگستر: ۸۷.
۹. توحیدی. تاملی در اصول کلی نظام، حقوق آزادی‌های مردم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. قم، نشر معارف. ۱۲۵: ۱۳۸۵.
۱۰. میراب مرتضوی سه. بررسی مسئولیت کیفری تعدد مشاغل در حقوق ایران. پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه پیام نور (مرکز تهران جنوب). ۱۳۹۰.
۱۱. فخر ح. بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی، مجله پژوهشی فقه و حقوق اسلامی. سال دوم، شماره سوم. ۱۳۹۰.
۱۲. آقازاده، آرمند. اشتغال در ایران. چاپ دوم تهران، انتشارات سمت. ۱۳۸: ۱۳۹۲.
۱۳. کاستلز. عصر ارتباطات، جلد سوم، چاپ چهارم. تهران، انتشارات طرح نو. ۹۱: ۱۳۸۴-۴.
۱۴. امینی زازرانی. فرهنگ مصادیق: شایسته سالاری در سازمانها، لزوم پیاده سازی نظام شایسته. ۱۳۹۰.
۱۵. فرهادی نژاد. فساد اداری و روشهای کنترل آن. فصلنامه علمی پژوهشی مدرس، دوره پنجم. ۱۳۸۰.

آیین ادعا در نمونه قرارداد EPC فیدیک و مقایسه آن با نمونه اختصاصی صنعت نفت ایران

آرزو اسداله‌نژاد رنجبر^۱

سید امیرمحمد ارجمند^۲

مهدی هداوند^۳

چکیده:

جدیدترین سندی که وزارت نفت برای انعقاد قراردادهای پیمانکاری منتشر نموده، سند موافقت‌نامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌های مهندسی، تامین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت است. این اسناد برای کلیه پروژه‌های EPC که محل تامین مالی آن بودجه عمرانی است لازم‌الاجرا هستند. بدین ترتیب دولت در نحوه تنظیم قراردادهای این حوزه اعمال محدودیت کرده است. بنابراین انتظار می‌رود در این اسناد تمامی جوانب برای کارآمد بودن قرارداد، مورد ملاحظه واقع شده باشد. لیکن با ملاحظه شرایط عمومی این اسناد، به نظر می‌رسد پرداختن به جنبه مدیریت ادعا در قرارداد، یعنی تعیین سازوکاری برای پیشگیری از بروز اختلاف،

۱. دانشجوی دکتری (حقوق نفت و گاز)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران - (نویسنده مسئول)

Arezu.ranjbar@yahoo.com

۲. دانشجوی ارشد (حقوق نفت و گاز)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

arjamirmohammad@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

mehdihadavandd@gmail.com

رسیدگی به اختلافات و حل آن‌ها، نسبت به نمونه قراردادهایی که در سطح بین‌المللی سال‌ها مورد استفاده و اقبال واقع شده‌اند تا حدود زیادی مغفول مانده است. بنابراین به نظر لازم رسید که با بررسی آیین ادعا در یکی از کامل‌ترین نمونه‌های جهانی قرارداد EPC و مقایسه آن با نمونه تدوین شده توسط وزارت نفت، نقاط ضعف نمونه اخیر را شناسایی کرده و راه‌حل‌هایی ارائه شود. در مقاله حاضر یکی از شناخته‌شده‌ترین نمونه قراردادهای این حوزه، یعنی نمونه قرارداد فدراسیون بین‌المللی مهندسين مشاور (فیدیک) به تفصیل بررسی و با نشریه EPC اختصاصی صنعت نفت مقایسه شده است.

کلمات کلیدی: قرارداد EPC، قرارداد پیمانکاری، مدیریت ادعا، FIDIC

مقدمه

منبع مطالعه و مقایسه در مقاله، جدیدترین نسخه نمونه قراردادهای کلید در دست (کتاب نقره‌ای) فدراسیون بین المللی مهندسین مشاور (از این پس، فیدیک) است. در تمامی نمونه قراردادهای فیدیک شاهد به کارگیری سازوکاری جامع در راستای مدیریت ادعاهای طرفین هنگام اجرای قرارداد هستیم. این سازوکار شامل ارائه تقسیم بندی کاملی از ادعاهای قابل طرح، پیش بینی آئین طرح ادعا، آیین رسیدگی به ادعا و پس از آن رسیدگی به اختلاف در دو سطح هیئت حل/پیشگیری از اختلاف و داوری است. همچنین با تعیین خصوصیات خطاریه، محتوا و مهلت ارسال آن ابزاری دیگر جهت مدیریت مستندات ادعا فراهم آمده است. در مقابل، ملاحظه می‌شود مدیریت ادعا به عنوان یکی از اصلی‌ترین ارکان مدیریت قرارداد و عوامل موفقیت پروژه، در نمونه مشابه داخلی یعنی نشریه EPC^۲ اختصاصی صنعت نفت، مورد توجه واقع نشده است.

پس از انتشار نشریه ۵۴۹۰ (ضوابط اجرای روش طرح و ساخت در پروژه‌های صنعتی) مصوبه هیئت وزیران به پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور در سال ۱۳۸۱، با توجه به خاص بودن مسئله نفت در ایران و اهمیت تنظیم قراردادهای نفتی مهندسی، طراحی و ساخت (EPC)؛ وزارت نفت برای قراردادهای پیمانکاری نفت، در سال ۱۳۹۱ نمونه قرارداد الزامی جداگانه‌ای تنظیم کرد که تفاوت‌های جزئی با نسخه ۵۴۹۰ دارد. نسخه مذکور در سال ۱۳۹۵ به همان صورت تمدید شد. در هیچ‌یک از این نسخ جنبه مدیریت ادعای قرارداد قوتی ندارد و مواد جداگانه‌ای در خصوص نحوه طرح و رسیدگی به ادعا بیان نشده است. بنابراین به ادعاها و اختلافات طرفین شرایط عمومی پیمان اختصاصی صنعت نفت طبق قواعد عمومی قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی می‌شود. قانون مذکور

1 Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils, (the international federation of consulting engineers) FIDIC

2 Engineering, Procurement, Construction

اما به نسبت نمونه قراردادهای پیمانکاری شاخص^۱ مناسب رسیدگی به ادعاهای قراردادهای پیمانکاری نیست. بنابراین قراردادهای پیمانکاری نفتی موضوع نشریه مذکور به عنوان یکی از قراردادهای اداری که یک طرف آن دولتی است و طرف دیگر آن اشخاص حقوق خصوصی، به لحاظ مدیریت ادعا به میزان غیر قابل اغماضی ناقص است.^۲

این نقطه ضعف در حالتی که فرم قراردادی یکجانبه و نامتوازن باشد، تاثیر منفی بیشتری خواهد گذاشت. چرا که ساختار حقوقی و نحوه توزیع ریسک می تواند احتمال بروز اختلاف را افزایش دهد.^۳ به عنوان مثال در شرایط عمومی نشریه اختصاصی صنعت نفت، از آن جا که تدوین کننده این نشریه دولت بوده است، ریسک ها و مسئولیت های بیشتری به پیمانکار واگذار شده و نتیجتاً شرایط ناعادلانه ای در قرارداد دیده می شود. بنابراین احتمال بروز دعاوی قراردادی بیشتر خواهد بود.^۴ از طرفی ذات پروژه های پیمانکاری این حوزه (یعنی نفت و گاز)، به حفاری و کار زیر آب و سایر مسائلی که منجر به وقوع اتفاقات غیرقابل پیش بینی می شوند گره خورده است و محتاج حساسیت بیشتری است.

ضمناً توضیحات مذکور علاوه بر این که در مورد نشریه اختصاصی صنعت نفت صادق است، به سایر شرایط عمومی منتشر شده توسط سازمان برنامه بودجه، در خصوص آیین ادعا قابل تعمیم است. چرا که آن ها نیز بحث مدیریت ادعا تقریباً به طور کامل مغفول مانده است.

از این رو به نظر لازم است، ابتدا با توجه به کمبود ادبیات حقوقی در حوزه مدیریت ادعا، به ترتیب به تعریف ادعا و مدیریت ادعا، سپس ضرورت آیین ادعا در قراردادهای پیمانکاری پرداخته

۱. مانند نمونه قراردادهای فدراسیون بین المللی مهندسان مشاور، NEC، JCT

۲. منصوری، علی. بررسی تطبیقی حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری و قرارداد فیدیک، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۱، ۱۲.

۳. ربیعی، فرانک. حقوق قراردادها. ویرایش اول. تهران: ۱۳۸۱، ۶۱.

۴. رضایی زاده، محمدجواد، بررسی ریسک های قراردادی در شرایط عمومی قراردادهای EPC وزارت نفت و نمونه بین المللی FIDIC، فصلنامه حقوق اداری، ۲۲، ۹۹، ۱۲۵.

شود. سپس مشروح جزئیات آیین طرح ادعا و رسیدگی به آن در نمونه قرارداد کتاب نقره‌ای فیدیک در مقایسه با وضعیت نمونه اختصاصی صنعت نفت بیان گردد.

گفتار اول - شناسایی مفاهیم

ذیل این گفتار مفهوم ادعا (بند اول) مدیریت ادعا (گفتار دوم) و ضرورت آیین ادعا (گفتار سوم) جهت ورود به بحث طرح ادعا و بازشناسی مفاهیم مذکور بیان می‌شود.

بند اول - مفهوم ادعا

«ادعا» در معنای لغوی به معنی مطالبه، اختلاف و دعوا نزد محکمه است. در متون حقوقی این واژه به معنی اقدامی برای اثبات ذی‌حق بودن یا برای اعمال حق خود است.^۱ در قراردادهای نمونه فیدیک اما اصطلاحی خاص است که در تمامی این نمونه‌ها از جمله کتاب نقره‌ای بدین ترتیب تعریف شده است: "اعلام مستحق دانستن خود برای جبران خسارت (اعم از مالی یا زمانی) یا دریافت چیزی از طرف یا اطراف قرارداد که مبنای آن نص شروط عمومی، یا به علتی در ارتباط با قرارداد یا برخاسته از آن می‌باشد."^۲ و منظور از چیزی در اینجا افزایش مهلت یا افزایش مبلغ قرارداد است. بنابراین «ادعا» در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و در نمونه قراردادهای فیدیک، فراتر معنای عام کلمه و آنچه که در حقوق داخلی و در ادبیات رایج از کلمه ادعا استنباط می‌شود، دارای معنی خاصی است. در قراردادهای فیدیک این واژه با حرف C بزرگ، از ادعا در معنای عام متمایز می‌شود. ادعا در معنای مورد نظر فیدیک پیش از اختلاف پدید می‌آید. در فرضی که یک طرف نسبت به طرف دیگر، مطابق آیینی که در قرارداد پیش‌بینی شده ادعای حقی نماید و پس از ارجاع امر به نماینده کارفرما،

1 Project Management Institute Staff. *Construction Extension to the PMBOK Guide 3rd edition*. Pennsylvania: Project Management Inst, 2007, 28.

2 International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2nd Ed. Geneva: FIDIC Publication, 2017, 1.

3 Dispute

تصمیمی که گرفته می‌شود برای یکی از طرفین قابل قبول نباشد و به ترتیبی که در قرارداد آمده، نسبت به آن اعتراض صورت گیرد، ادعا در این نقطه اصطلاحاً به اختلاف تبدیل می‌شود. بعد از ارجاع به هیئت حل اختلاف، این ادعا اگر چه تحت عنوان دعوی شناخته می‌شود؛ اما آئینی که برای طرح و رسیدگی به آن به کار گرفته می‌شود همچنان در معنای عام آئین ادعا می‌گنجد و موضوع مقاله پیش روست.

در مجموع با بررسی قرارداد نمونه فیدیک، چهار مفهوم مختلف از ادعا دریافت می‌شود. ادعا در معنای اعم، در معنای عام، معنای خاص و معنای اخص.

۱- **اعم:** ادعا در معنای اعم تمام ادعاهایی که دو طرف نسبت به هم دارند از جمله ادعای مدت و مبلغ اضافه، ادعاهای مربوط به فسخ اعم از فسخ به علت تقصیر یا بدون قصور را شامل می‌شود. این معنا که عبارت claim با حرف C در قرارداد نمونه آمده، اعم از هر ادعایی دیگری که بر اساس قرارداد یا با توجه به قانون حاکم طرفین می‌توانند نسبت به یکدیگر داشته باشند نیز هست.

۲- **عام:** مطابق معیارهای مدیریتی، در سازمان پیمانکار و کارفرما دفتری جهت مدیریت ادعا تاسیس می‌شود که به مسائل مرتبط ادعا در معنای عام رسیدگی می‌کند. در این معنا فقط ادعاهای زمانی و هزینه‌ای مد نظر قرار می‌گیرند. چرا که ادعاهای هزینه‌ای بر روند مدیریت پروژه (به لحاظ مدیریت هزینه) تأثیرگذار است و ادعاهای زمانی بر تاخیرات مجاز (مدیریت زمان) و نتایج هزینه‌های پروژه دارند تأثیر می‌گذارند. بنابراین سه نوع ادعا زیر مجموعه ادعا در معنای عام قرار می‌گیرند.

الف) **تعدیل**^۴ به دو شکل تعدیل ناشی از تغییر در مخارج، اعم از کاهش و افزایش در فرضی که فهرست‌بها ضمیمه شروط اختصاصی شده است و تعدیل ناشی از تغییر قانون. این میحث ذیل بندهای ۱۳،۶ و ۱۳،۷ نمونه قرارداد بررسی شده است. آیین ادعا برای کاهش یا افزایش مبلغ ناشی از تغییر

1 Dispute

۲. ادعا

3 Cost Management

4 Adjustment

در قانون، مطابق آیین ادعا در معنای خاص (موضوع گفتار بعد) است. اما در صورتی که تغییر در قوانین لازم‌الاجرا منجر به لزوم تغییر در اجرای کار شود باید مطابق بند تغییرات عمل کرد. یعنی کارفرما راساً یا به درخواست پیمانکار دستور تغییر کار صادر کند. در خصوص تغییر قیمت ناشی از تغییر هزینه‌های نیروی کار، کالاها و سایر ورودی‌های پروژه نیز در شروط اختصاصی فرمول‌های تعدیل قرارداد می‌شود و بر اساس آن‌ها مبلغ قرارداد تعدیل می‌گردد.

ب) تغییر^۱عامل دیگری است که زمان و هزینه پروژه را تحت تاثیر قرار می‌دهد. بر اساس بند اول ماده ۱۳، کارفرما می‌تواند هر زمانی پیش از تحویل موقت، با صدور دستور^۲ تغییر اعمال کند. برای پیمانکار به صورت استثنائی و مبتنی بر دلایل پنجگانه احصا شده در شروط عمومی، این حق وجود دارد که نسبت به تغییرات اعتراض نماید. این اعتراض باید الزاماً از طریق دادن اخطاریه انجام شود. در نهایت کارفرما مجدداً باید در مورد دستوری که صادر کرده بود تصمیمی مبنی بر صرف نظر، تایید یا تغییر دستور اتخاذ نماید. بدین ترتیب در خصوص مواردی که در اخطاریه اعتراض توسط پیمانکار اعلام شده بود، در فرضی که دستور با همان کیفیت مورد تایید قرار گیرد، ریسک پیشامدهای اعلام شده به کارفرما منتقل می‌شود.

همچنین ممکن است پیمانکار، با لحاظ کردن مهندسی ارزش پیشنهادی به کارفرما برای صدور دستور تغییر کار بدهد یا کارفرما از پیمانکار با دادن اخطاریه، تقاضای ارائه پیشنهاد نماید. فارغ از مراحل پیش از صدور دستور، در ادامه، فرآیند تغییر طبق آیین خاصی که در بند سوم ماده ۱۳ تعیین شده است باید پی گرفته شود. بدین ترتیب ابتدا کارفرما اخطاریه‌ای که در آن موارد تغییر و هر سندی که برای ثبت و ضبط هزینه‌ها لازم است را برای پیمانکار ابلاغ می‌کند. این اخطاریه باید ویژگی‌های اخطار (موضوع بند ۳،۴) را داشته باشد. سپس پیمانکار ظرف مهلتی که در اخطاریه تعیین شده یا در صورت سکوت، در ۲۸ روز از زمان دریافت اخطاریه، باید جزئیاتی شامل: برنامه و زمان‌بندی اصلاح

¹Variation

²Instruction

شده، توصیف کارهایی که باید انجام شود، پیشنهاد برای تغییر قیمت قرارداد با ذکر تمامی جزئیات دلایل این پیشنهاد را به نماینده ارسال کند. نکته بسیار مهم اینکه نماینده کارفرما در مقام انجام تصمیم‌گیری یا کمک به دستیابی طرفین به توافق، باید بی‌طرف عمل کند. یعنی نباید به عنوان نماینده کارفرما ضامن مصالح وی باشد و از جانب او عمل کند. در ادامه ممکن است نماینده کارفرما ذکر دلایل و موارد دیگری را نیز لازم بداند که پیمانکار موظف است آن‌ها را نیز ارائه دهد. سپس نماینده کارفرما در خصوص افزایش زمان و هزینه و جداول پرداخت مطابق بند ۵،۳ ماده ۳ تصمیم‌گیری می‌کند.

در نشریه اختصاصی صنعت نفت نیز زمینه‌هایی برای افزایش و کاهش مبلغ قرارداد یا افزایش و کاهش زمان انجام قرارداد در شرایط عمومی این قراردادها پیش‌بینی شده است؛ اما از آن‌جا که سازوکار ادعا در قرارداد وجود ندارد و شیوه خاصی و مراحل ویژه‌ای برای طرح و رسیدگی به ادعاهای تعدیل و تغییر پیش‌بینی نشده است؛ نمی‌توان با اتکا به این زمینه‌ها ادعا کرد که سازوکاری در قرارداد برای مدیریت ادعا مطرح شده است و منشاهای بروز اختلاف به معنی‌ای که در فیدیک ملاحظه شد، در اینجا وجود دارد. این زمینه‌ها صرفاً موجد حقوقی برای یکی از طرفین قرارداد هستند که باید توسط طرف دیگر به رسمیت شناخته شود. اگر این حقوق ایفا نشوند نیز باید مطابق قواعد عمومی قراردادها برای الزام به ایفا، مطالبه وجه برای ایفا توسط ثالث یا دریافت خسارت تاخیر یا عدم انجام به دادگاه یا داوری (حسب مورد) مراجعه کرد. به عنوان مثال صدور دستور تغییر کار یکی از دلایل افزایش یا کاهش زمان و هزینه است، اما برای نحوه مطالبه آن، شرایط به خصوصی تعیین نشده است که عدم رعایت آن‌ها ضمانت اجرایی داشته باشد.

ج) ادعا در معنای خاص در شماره بعدی توضیح داده می‌شود.

۳- خاص: در این معنا ادعا تمامی ادعاهای زمانی و هزینه‌ای به جز موارد تعدیل و تغییر را شامل می‌شود. چرا که در قرارداد برای تعدیل و تغییر سازوکار متفاوتی برای اصلاح زمان و مبلغ قرارداد

۱. ماده ۳۶ شرایط عمومی قراردادهای طرح و ساخت اختصاصی صنعت نفت (ماده تغییرات در مبلغ پیمان) و ماده ۴۳ شرایط عمومی قراردادهای طرح و ساخت اختصاصی صنعت نفت (ماده تغییرات در مدت پیمان)

تعبیه شده است. ادعا در معنای خاص در نمونه قرارداد فیدیک سازوکار جامع و دقیقی دارد که ذیل بحث آیین ادعا در ادامه به آن خواهیم پرداخت. در اینجا تنها به ذکر این نکته بسنده می‌شود که ادعا در معنای خاص می‌تواند ناشی از یکی از سه منشا زیر باشد:

الف- ادعا طبق شروط قراردادی: در قرارداد نمونه فیدیک در ماده‌هایی از جمله ماده رخدادهای ناگهانی (ماده ۱۸)، ماده یافته‌های دارای ارزش زمین‌شناسی و باستان‌شناسی (ماده ۴،۲۳) خسارت قراردادی با نرخ بهره مشخص تعیین شده است. همچنین در این ماده‌ها صراحتاً آمده که کدام یک از زمان اضافی، هزینه اضافی یا هر دو آن‌ها در فرض پیشامد شرایط ماده قابل مطالبه است.

ب- ادعای مرتبط با قرارداد^۱: برای این دست ادعاها در قرارداد ماده به خصوصی برای افزایش زمان یا مبلغ وجود ندارد، اما در قانون حاکم و در مبحث مربوط به حقوق قراردادهای موجود است که بر اساس آن یکی از طرفین می‌تواند ادعای زمانی یا هزینه‌ای داشته باشد. به عنوان مثال بتوان خسارت واقعی ناشی از عدم انجام تعهد را در فرضی که سقف مسئولیت تعیین نشده باشد، بر اساس قانون حاکم دریافت کرد.

پ- ادعای خارج از قرارداد^۲: مسئولیت خارج از قرارداد مصداق این ادعا است. مثل مراقبت کردن از پروژه، از باب احسان. در واقع اداره فضولی که در قرارداد وظیفه نبوده و طبق قانون حاکم نیز الزامی به این مراقبت نبوده است.

۴- اخص: همان ادعای طبق شروط قراردادی است. آیینی که در مقاله پیش‌رو می‌آید، آیینی است که برای طرح این ادعاها ضروری است و عدم مطابقت با این آن، منجر به سقوط حق ذی‌نفع، بر دریافت زمان و هزینه می‌شود. بدین معنی در صورتی که تکالیف و مسیر تعیین شده در قرارداد

۱Claim under the contract

۲Claim in connection with the contract

۳Claim out of the contract

پی گرفته نشود، راهی برای طرح دعوا در خصوص مورد مد نظر در هیئت حل اختلاف، دیوان داوری یا دادگاه وجود نخواهد داشت.

بند دوم - مدیریت ادعا:

مدیریت ادعا در قراردادهای پیمانکاری را می‌توان به فرایندی مرتبط با ملاحظات حین اجرای پروژه و کنترل کردن تغییراتی که هر یک از طرفین در آن نقش داشته یا از آن متضرر می‌شوند تعبیر کرد.^۱ در واقع مدیریت ادعا سازوکاری است برای کنترل و ارزیابی ریسک‌های ناشی از تغییرات و تاثیر اقتصادی آن‌ها، با هدف آماده‌سازی، طرح و به نتیجه رساندن یک ادعا برای جبران تاثیرات اقتصادی (اعم از زمانی و هزینه‌ای) ناشی از اوضاع و احوال یا رخدادی خاص.^۲ این مسئله از چنان تاثیر اقتصادی برخوردار است که در بسیاری قراردادهای طرفین پیشاپیش ادعاهای احتمالی قابل طرح در جریان کار را به عنوان یکی از منابع مالی بالقوه در محاسبات و برآوردهای خود لحاظ می‌کنند.^۳

هفت مرحله اصلی که نویسندگان به نحوی مشابه برای مدیریت ادعاهای معین کرده‌اند بدین ترتیب است: شناسایی و یافتن تغییر، خطاریه تغییر، جمع‌آوری دقیق و نظام‌مند اسناد تغییر، تحلیل آثار زمانی و هزینه‌ای تغییر، قیمت‌گذاری تغییر، مذاکره کردن در خصوص ادعا، حل اختلاف.^۴ مشابه این مراحل در نوشته سایر متخصصان این حوزه^۵ و استاندارد PMBOK^۶ نیز برای مدیریت دعاوی

^۱Cox, R. "Managing Change Orders and Claims", *Management in Engineering* 2 (1997): 26. (26-29)

^۲Klee, L. "Management of Contractor's Claims in Construction Projects", *Charles University in Prague* 6 (2013): 4.

^۳ طاهری خرم‌آبادی، داود، بررسی مقایسه‌ای مدیریت دعاوی در قراردادهای فیدیک، چهارمین کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه، ۱، ۵.

^۴Levin, P. *Construction Contract Claims, Changes & Dispute Resolution*. 2nd Ed. Boston: ASCE Press, 1998, 67.

^۵Zaneldin, E. "Construction claims in the United Arab Emirates: types, causes, and frequency", *International Journal of Project Management* 24 (2006): 243.

^۶Project Management Body of Knowledge

شناسایی شده است. در این استاندارد مراحل مذکور در چهار مورد شناسایی دعوی، کمی سازی دعوی، پیشگیری از دعوی و حل و فصل دعوی خلاصه شده‌اند.^۱

استاندارد مدیریت ادعا و شروط عمومی پیمان در قراردادهای فیدیک در مواجهه با دعاوی و مدیریت آن سازگار و هماهنگند. هر دو مورد به دنبال نظام‌مند ساختن و قابل پیش‌بینی نمودن دعاوی هستند. به همین دلیل قرارداد را کلام آخر تعیین‌کننده سرنوشت یک دعوی می‌دانند.^۲ بنابراین یکی از مهمترین دستاوردهای فیدیک، در راستای افزایش قوام قرارداد و برای پشتیبانی از نیازهای کارفرما و پیمانکار؛ کنترل سه عنصر مدیریتی (زمان، موضوع، هزینه) از طریق پیش‌بینی سازوکار پیشرفته و تکامل‌یافته‌ای برای مدیریت ادعاهایی است که در اثر تغییر در این سه عنصر قابل طرحند. بدین ترتیب با هر تغییری در عناصر سه‌گانه مذکور، طرفین تعهداتی برای کنترل تاثیر این تغییرات بر اجرای پروژه و بازگرداندن تعادل اقتصادی به قرارداد دارند. برای تعهدات طرفین در این سازوکار فیدیک ضمانت‌اجرا نیز پیش‌بینی شده است. بنابراین طرفین می‌کوشند برای باز یافت خسارت مالی یا افزایش زمان انجام تعهدات، در مسیری که از پیش برای هر دو طرف، معین شده گام بردارند. در نتیجه شفافیت و قابل پیش‌بینی بودن قرارداد و نحوه اجرای آن تا حد اکثر ممکن حفظ می‌شود.

بند سوم - ضرورت آیین ادعا

در این بند بناست صرفاً بر اثر ادعاهای پیمانکاری بر موفقیت پروژه و اهمیت وجود یک سازوکار مدیریت ادعا در ساختار سازمانی طرفین تاکید ورزیم.^۳ چرا که متأسفانه این نهاد در اسنادی که

^۱Project Management Institute Staff. *Construction Extension to PMBOK, A Guide to the Project Management Body of Knowledge*. 1st Ed. Pennsylvania: Project Management Inst, 2000, 41.

^۲Kangari, R. "Construction Claim Documentation in Arbitration", *ASCE Journal of Construction Engineering and Management* 41 (1995): 201-208.

^۳Tochaiwat, K. "Contractors' Construction Claims and Claim Management Process", *Chulalongkorn University* 25 (2014): 104.

هیئت وزیران تصویب نموده تا کنون جدی گرفته نشده است. همچنین به لحاظ عملی به وجود چنین نهادی نیاز است.

یکی از اهداف تنظیم سازوکار «ادعا» ریشه در این مسئله دارد که در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، به عنوان یکی از قراردادهای طولانی مدت، حفظ انعطاف قرارداد برای حصول نتیجه و اجرای کامل تعهدات لازم است. یعنی ارکان اصلی پروژه (زمان، هزینه و موضوع)، در راستای حفظ تعادل اقتصادی و رسیدن پروژه به محصول مورد نظر قابل تغییر باشند. زیرا علاوه بر اینکه ممکن است در اثر تغییر اوضاع و احوال یا وقوع حادثه‌ای، شرایط اجرای قرارداد دچار مشکل شود؛ در چنین پروژه‌هایی ممکن است با کشف اطلاعات جدید حین اجرای پروژه یا تغییر نظر کارفرما در خصوص مشخصات محصول نهایی یا روش‌های دستیابی به آن، نیاز به تغییراتی در نحوه انجام کار یا تغییر در محصول نهایی وجود داشته باشد.^۱ این در حالی است که ارکان پروژه در ارتباط با یکدیگرند و بنابراین تغییر در نحوه انجام کار یا تغییر در محصول نهایی با تغییر هزینه، زمان یا هر دو همراه خواهد بود. نتیجتاً در صورت عدم اصلاح سایر ارکان، احتمال بروز اختلاف و شکست پروژه افزایش می‌یابد.^۲ بنابراین نویسندگان نمونه قراردادهای این حوزه، باید با تنظیم سازوکار ادعا، در صدد حفظ انعطاف قرارداد، حفظ تعادل اقتصادی و ساختار مهندسی مالی پروژه باشند تا نتیجتاً، قرارداد به هدف خود برسد و منافع طرفین تا حداکثر ممکن لحاظ شود.

هدف دیگر جلوگیری از بروز اختلاف و تلاش حداکثری در راستای حل اختلاف و به حداقل رساندن ارجاع به سایر سازوکارهای حل و فصل اختلاف یعنی داوری یا رسیدگی قضایی است. پیش‌بینی مهلت حل و فصل دوستانه اختلاف و ایجاد نهاد هیئت حل اختلاف و اجباری بودن مراجعه به آن، پیش از رجوع به داوری، حکایت از صحت این برداشت دارد. به عنوان مثال سازوکاری که در کتاب نقره‌ای پیش‌بینی شده شامل این موارد است: شرایط شکلی ویژه در خصوص مهلت طرح ادعا، زمان آغاز مکاتبات (از زمان اطلاع نوعی یا شخصی از ایجاد زمینه‌های از پیش تعیین شده برای ادعا

^۱Arditi, D. "Selecting a Delay Analysis Method in Resolving Construction Claims". *International Journal of Project Management* 24 (2005): 145-155.

^۲Chovichien, V. "Information System for Managing Employer's Construction Claims". *Technology and Innovation for Sustainable Development Conference* (2006): 7.

و ذی حق دانستن خود)، محتوای خطاری که باید ارسال شود، مهلتی که ظرف آن باید طرف مقابل پاسخ دهد و نحوه تصمیم‌گیری و اعلام آن توسط کارفرما. بنابراین مشاهده می‌شود که با استفاده از این ابزار قراردادی، نحوه مکاتبه و اعلام ذی حق دانستن خود، از پیش تعیین شده و بدین ترتیب وضعیت قرارداد به لحاظ قابل فسخ بودن یا قابل اعتراض یا تعدیل بودن، همچنین میزان نهایی تعهدات برای طرفین در طول دوره اجرای تعهدات تا حد اکثر ممکن قابل پیش‌بینی شده است و کمتر دلیلی برای بروز اختلاف باقی می‌ماند.

از آنجا که در قراردادهای کلید در دست، مسئولیت طراحی تفصیلی^۱ با پیمانکار بوده، در حالی که طراحی پایه توسط کارفرما در سند الزامات کارفرما انجام و گنجانده شده و این امر ممکن است منجر به بروز ناهماهنگی و اعوجاج در طراحی‌ها شود؛ بنابراین در این قراردادها باید حساسیت بسیار بیشتری در خصوص شرایط اعلام و طرح ادعا وجود داشته باشد و شرایط شکلی سخت‌گیرانه‌تری پیش‌بینی شود تا در این قرارداد که خود به علت سرجمع بودن قیمت و تمرکز بیشتر ریسک بر دوش پیمانکار، پتانسیل بیشتری برای رسیدن به بن‌بست و شکست دارد، از طریق شفاف‌سازی پروسه طرح ادعا و ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط طرح آن، از اختلافات احتمالی حین اجرای آن جلوگیری شود. بنابراین به علت تاثیر به سزایی که مدیریت ادعا به لحاظ مالی و زمانی بر پروژه‌ها و امکان حصول موفقیت در اجرایی ساختن یک قرارداد دارد، ضروری است طرفین قرارداد پیمانکاری در سازمان خود نهادی برای مدیریت ادعا داشته باشند.^۳

گفتار دوم – آیین ادعا در فیدیک و نشریه اختصاصی صنعت نفت

1 Detailed design

2 Employers requirement

3 Bakhari, N. "Critical Review on Improving the Claim Management Process in Malaysia", *Education and Vocational Research* 7 (2013): 216.

فیدیک در تنظیم کلیه کتب خود آیینی برای طرح و رسیدگی به ادعا پیش‌بینی کرده است. در این گفتار به ترتیب تمام بخش‌های این فرایند ذیل دو بند کلی شیوه طرح و شیوه رسیدگی به ادعا مورد بررسی قرار خواهد گرفت. آنچه در این گفتار به عنوان آیین ادعا مطرح می‌شود، اساساً موضوع ماده ۲۰ شروط عمومی نمونه قرارداد EPC فیدیک یعنی ادعاهای کارفرما و پیمانکار است. اگرچه به فراخور بحث، به ارجاعات موجود در این ماده از جمله بندهای ۱،۳ (اخطار) و ۳،۵ (توافق و تصمیم‌گیری) نیز خواهیم پرداخت. همچنین در خلال مباحث آیین ادعا در فیدیک با وضعیت نشریه اختصاصی صنعت نفت مقایسه خواهد شد.

بند اول - شیوه طرح ادعا

ذیل این بند منشاهای بروز اختلاف، طریق ارسال اخطاریه، مستندات لازم و نحوه تکمیل ادعا به عنوان مقدمات آغاز فرایند رسیدگی به ادعا (موضوع بند بعد) بیان خواهند شد.

۱- منشاهای بروز اختلاف: فیدیک با اتکا به سال‌ها تجربه و با داشتن مهندسان و متخصصان مطرح در سطح بین‌المللی توانسته در نمونه قرارداد خود، مواردی که عموماً در پروژه‌ها به عنوان منشأ بروز اختلاف حادث می‌شوند را شناسایی کرده و با پیش‌بینی نتیجه رخ دادن آن‌ها در زمان اجرای قرارداد، وضعیت را تا حدود بسیار زیادی قابل پیش‌بینی کند. در جای جای قرارداد می‌توان منشاهای بروز اختلاف را ملاحظه کرد. وجود اشکال و نواقص در طراحی‌ها، نقص در کارهای انجام شده، رخ دادن وقایع ناگهانی و غیرقابل پیش‌بینی، عدم دریافت مجوزها توسط کارفرما، عدم ارائه طریق دسترسی به سایت، پیدا شدن اشیاء دارای جنبه جغرافیایی و یا باستان‌شناسی در سایت، عدم انجام مسئولیت‌ها در خصوص انجام تست‌ها، وارد شدن صدمه به کار از جانب کارفرما یا کارکنان وی، تعلیق کار به خواسته کارفرما، منع از انجام تست‌های تحویل، تغییر در قوانین به نحوی که منجر به تغییر هزینه‌ها شود و فسخ قرارداد؛ منشاهای بروز اختلافی هستند که در قرارداد پیش‌بینی شده‌اند و به نظر می‌رسد تقریباً تمام اختلافات قابل بروز در یک پروژه پیمانکاری EPC را پوشش می‌دهند.

باید افزود موارد متعددی از منشاهاى بروز اختلاف که در نشریات فیدیک موجب محق شدن پیمانکار جهت مطالبه مبلغ اضافی یا دریافت زمان بیشتر برای انجام تکالیف است، در این نشریه اختصاصی صنعت نفت پیش‌بینی نشده است. به عنوان مثال نقض وظیفه همکاری، تاخیر در دریافت مجوزها، فراهم کردن دسترسی به سایت توسط کارفرما، جلوگیری از پیشرفت کارها که در قسمت مطالبات پیمانکار شرح داده شد، به عنوان زمینه جداگانه‌ای برای مطالبه زمان یا مبلغ شناسایی نشده‌اند. یکی از دلایل احتمالی عدم پیش‌بینی چنین مواردی، منتفی ساختن امکان طرح ادعا و تغییر در هزینه و زمان توسط پیمانکار بوده است. لیکن به هر دلیل که این حذف صورت گرفته باشد، نتیجه آن عدم شفافیت وضعیت آتی قرارداد حتی به ضرر کارفرما است. یعنی کارفرما همواره در معرض ادعا بر اساس قواعد عمومی قراردادها، ضمان قهری، مسئولیت مدنی و مباحث خسارت تاخیر تادیه است و تا زمانی که صلحنامه قطعی و نهایی تنظیم نشده باشد، هنوز امکان طرح ادعا برای تمامی مسائلی که حین اجرای پروژه حادث شده است وجود دارد. در این صورت ممکن است پس از گذشت زمان طولانی از بروز منشا اختلاف و ادعا، مطالبه صورت گیرد و بدین ترتیب احتمالاً کارفرما هیچ مستند و اطلاعاتی برای دفاع از خود در دسترس نخواهد داشت. به عنوان مثال اگرچه جلوگیری از پیشرفت کار توسط کارفرما به عنوان منشا مطالبه در مواد قرارداد مورد تصریح واقع نشده اما پیمانکار طبق قواعد عام مسئولیت می‌تواند از باب تسبیب خسارت خود را مطالبه کند. همچنین نقض وظایفی که به نحو قراردادی (اعم شرط صریح یا ضمنی) یا عرفی به عهده کارفرماست می‌تواند منجر شود که کارفرما نسبت به خسارت تاخیر تحویل کار محق نباشد. چرا که وی در وقوع این تاخیر نقش داشته است.

۲- ارسال اخطاریه^۱: در نسخه جدید فیدیک بند و تعریف جداگانه‌ای به اخطاریه اختصاص داده شده است. بدین ترتیب در هر قسمت از قرارداد کلمه Notice^۲ با حرف اول بزرگ نوشته شده

^۱Notice

۲. اخطاریه

باشد، اخطار باید از ساختار و تعریف موجود در بند ۱،۳ پیروی کند. اخطاریه در قراردادهای پیمانکاری مشتمل بر هشدار دادن به طرف مقابل در خصوص مشکلات بالقوه احتمالی که زمان و هزینه را تحت تاثیر قرار می دهد است. اخطارها باید دقیق، شفاف، ساده و دارای جنبه مشورتی و با ابراز همکاری همراه باشند.^۱ الزاماتی باید در خصوص زمان ارسال و محتوای اخطاریه رعایت شود که بسیار حائز اهمیتند. به عنوان مثال در قسمت موضوع مکاتبه تعیین شود که آن مکاتبه اخطاریه است و برای سایر مکاتبات نیز باید در عنوان مشخص شود که در ارتباط با کدام ماده قرارداد نامه نگاری انجام شده است. همچنین برای اجتناب از بروز شائبه تعیین شده است که اخطاریه از زمان دریافت شدن در آدرس مخاطب موثر خواهد بود و در فرض ارسال الکترونیکی، روز بعد از روز دریافت، مبدا زمان تاثیر اخطار در نظر گرفته می شود. همچنین برای صدور اخطاریه ادعا (در ماده ۲۰) مهلت تعیین شده است. با این وجود در مواردی که مهلت خاصی در قرارداد اعلام نشده است نباید در صدور اخطاریه تاخیر غیرمعقولی وجود داشته باشد. همچنین تمام اخطاریه ها باید طی یک نسخه اصلی به طرف مقابل و یک نسخه کپی به نماینده کارفرما ارسال شوند.

طرف مدعی باید اخطاریه ای مشتمل بر اتفاق یا اوضاع و احوالی که منجر به هزینه، خسارت، تاخیر یا لزوم افزایش دوره رفع نقص^۲ و نتیجتاً ادعا شده است را در اولین فرصت ممکن یا نهایتاً ظرف ۲۸ روز برای طرف دیگر ارسال کند. مبدا این زمان هنگامی است که مدعی از اوضاع و احوال یا اتفاق منشا بروز ادعا، آگاه شده یا نوعاً می بایست آگاه می شده است. اگر ظرف این مهلت اخطاریه ارسال نشود، طرف مدعی، دیگر حقی بر زمان یا مبلغ بیشتر نخواهد داشت و طرف مقابل از کلیه مسئولیت ها در مورد آن منشا خاص مبرا می شود. نکته مهم اینکه اگر مخاطب ادعا معتقد باشد اخطاریه خارج از مهلت ارائه شده است، باید حتماً ظرف ۱۴ روز از زمان دریافت اخطاریه، اخطاری مبنی بر تاخیر در ارسال اخطاریه مذکور ارسال نماید. در غیر این صورت فرض می شود که اخطاریه مدعی، در مهلت ارائه شده است. در پاسخ به "اخطاریه تاخیر در ارسال اخطار"، طرف مطرح کننده ادعا می تواند اوضاع و احوالی که بر اساس آن معتقد است که تاخیر وی در ارسال اخطاریه دارای

^۱Kululanga, G. "Construction Contractors' Claim Process Framework". ASCE Journal of Construction Engineering and Management, 127 (2001) 22.

^۲Defect Notification Period

توجیه است یا اینکه در مهلت اخطار را صادر کرده است می‌تواند در ادعای تکمیل شده ارائه کند. ملاحظه می‌شود بر خلاف آیین دادرسی مدنی ایران به ریزترین جزئیات و احتمالات حین انجام مکاتبات و ارسال اخطاریه توجه شده است و طرفین حقوق و تکالیف خود را روشن و بدون ابهام خواهند شناخت. در نشریه عمومی پیمان نیز هیچ‌یک از این جزئیات شرط نشده‌اند. بنابراین لازم است به طور ویژه‌ای به این بخش از آیین و ارائه اخطاریه توجه شود.

۳- ارائه مستندات: مطابق فیدیک جمع‌آوری مستندات در زمان وقوع رخداد یا حصول اوضاع و احوال منجر به طرح ادعا یا بلافاصله پس از وقوع آن‌ها برای توجیه و اثبات مدعی لازم است. کارفرما این مستندات را مورد ملاحظه قرار می‌دهند و در صورت لزوم از پیمانکار می‌خواهد که آن‌ها را کامل کند. این ملاحظه کردن البته مطابق سطر آخر این بند، به معنی تایید کامل بودن یا دقیق بودن مستندات ارائه شده نیست. بنابراین استراتژی مستندسازی ادعا یکی از اساسی‌ترین ارکان فرآیند مدیریت ادعاست. در بسیاری پروژه‌ها، ناکارآمدی سازمان کارفرما یا پیمانکار و ناآگاه بودن کارکنان در مورد اهمیت مستندسازی منجر می‌شود خسارتی که در عمل وارد شده، بدون جبران باقی بماند.^۲

۴- ادعای تکمیل شده: بعد ارسال اخطار اولیه، مدعی باید ظرف مدت معین، ادعا را با جزئیاتی که در قرارداد تعیین شده است، تکمیل کند. بدین ترتیب باید سند مشتمل بر توصیف جزئیات رخداد یا اوضاع و احوال منشا ادعا، مبنای قراردادی و یا قانونی ادعا، تمام مستنداتی که ادعا بر پایه آن‌ها شکل گرفته و جزئیات و دلایلی که بر اساس آن‌ها زمان بیشتر یا مبلغ بیشتری مطالبه شده است را به نماینده کارفرما ارائه کند. این سند باید ظرف ۸۴ روز از زمان آگاهی نوعی یا شخصی از وقوع رخداد یا حصول اوضاع و احوال منشا ادعا ارسال گردد. هرچند که ممکن است توافق دیگری در

^۴Fully detailed claim

^۲Nobari, N. "Knowledge-Oriented in the Claim Management (Providing a documentation process model for clam management)", *Business and Management Invention* 5 (2015): 2^۹.

^۳Surawongsin, Panya. The Implementation of Construction Claims Management in the Thai Construction Industry, Asian Institute of Technology[AIT], 2002.

خصوص کاهش یا افزایش مهلت ۸۴ روزه نیز صورت پذیرد. اگر این سند ظرف مهلت ارائه نشود، خطاریه صادره ملغی می‌شود و گویی خطاریه‌ای صادر نشده بود. نماینده کارفرما موظف است ظرف ۱۴ روز از گذشت این مهلت، برای مدعی، "خطاریه اتمام مهلت" ارسال نماید. در غیر این صورت خطاریه صحیح فرض می‌شود. مگر طرف متضرر از این تصمیم به نماینده کارفرما خطاریه‌ای همراه با جزئیات مخالفت خود را ارسال نماید. در خصوص ادعاهایی که ناشی از منشاهایی با آثار ادامه‌دار هستند، سندی که ظرف ۸۴ روز طبق گفته‌ها بالا ارائه می‌شود به عنوان یک ادعای موقت در نظر گرفته می‌شود. سپس به صورت ماهانه با همین کیفیت پیش گفته سایر ادعاهای موقت دیگر ارسال می‌شود تا نهایتاً ظرف ۲۸ روز از خاتمه آثار ناشی از رخداد یا اوضاع و احوال منشا ادعای تکمیل شده نهایی، مشتمل بر مجموع مبلغ و زمان مورد ادعا توسط مدعی ارائه شود.

بنابراین فیدیک برای مدعی در برابر تکلیف ارائه ادعای کاملاً مستند و موجه، حق داشتن فرصت کافی برای تکمیل ادعا را شناسایی می‌کند. در حالی که در نشریه اختصاصی صنعت نفت این تکالیف پیش‌بینی نشده است و در تعیین مهلت برای انجام تکالیف نواقص جدی ملاحظه می‌شود. به عنوان مثال در قرارداد برای بررسی طراحی‌ها توسط کارفرما مهلت ۱۴ روزه تعیین شده است. در حالی که برای این مهلت هیچ ضمانت اجرای قراردادی پیش‌بینی نشده است. برخلاف نمونه فیدیک که با گذشت مهلت ۲۱ روزه، در صورتی که کارفرما در این ۲۱ روز اخطار مبنی بر عدم مطابقت طراحی‌ها با الزامات کارفرما یا طراحی پایه به پیمانکار ارسال نکند دیگر نمی‌تواند ادعایی در این خصوص داشته باشد.^۱ باید توجه داشت که عدم پیش‌بینی این موارد تا چه حد از قوت قرارداد می‌کاهد. در پایان باید خاطر نشان کرد که آیینی که در این بند ذکر شد، جزو عمومات ادعا است و شامل تمام انواع ادعاهای قراردادی می‌شود.

بند دوم - شیوه رسیدگی به ادعا

پس از اینکه نماینده کارفرما ادعای تکمیل شده (اعم از موقت و نهایی) را مطابق شرایط مذکور دریافت کرد، موظف است در خصوص زمان یا هزینه اضافی طبق فرایندی که در بند ۳،۵ (توافق و

¹Singh, P. *A Comprehensive Guide to Writing a Research Proposal*. 1st Ed. Batu Caves: Venton Professional, 2006: 185.

تصمیم‌گیری) آمده، تعیین تکلیف کند. برای این کار، وی باید در صورتی که دریافت جزئیات و مستندات بیشتری را لازم می‌داند، فوراً به مدعی اخطاریه صادر کند. در این اخطاریه باید علاوه بر توصیف مستندات و جزئیاتی که لازم می‌داند، دلیل احتیاج به این موارد را نیز ذکر کند. همچنین وی باید ظرف ۴۲ روز نظر خود در مورد مبانی قراردادی و قانونی ادعا را نیز طی اخطاریه‌ای برای مدعی ارسال کند. بنابراین رسیدگی نماینده کارفرما شامل دو مرحله توافق و تصمیم‌گیری است. در این بند، این دو مرحله، آثار هر یک از این دو و اعتراض به آن‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- توافق: اولین مرحله‌ای که در راستای حل اختلاف در نمونه قرارداد فیدیک سعی شده از شیوه‌های جایگزین حل اختلاف استفاده شود، در بند ۵ ماده ۳ مشهود است. بدین ترتیب که نماینده کارفرما پیش از تصمیم‌گیری در خصوص ادعا، ابتدا باید با برگزاری جلسه با طرفین و مشورت با آن‌ها هم به صورت جداگانه و هم با حضور هر دو طرف، برای دستیابی طرفین به توافق در یک مهلت ۴۲ روزه تلاش کند. وی باید برای جلوگیری از فوت وقت انجام این وظیفه را سریعاً آغاز کند. این مشورت‌ها باید ثبت و ضبط شود مگر نماینده کارفرما با طرفین، خلاف این را توافق کنند. در فرض حصول توافق باید ظرف این مهلت ۴۲ روزه "اخطاریه حصول توافق طرفین" را برای هر دو طرف ابلاغ کند؛ تا طرفین برای امضای توافق اقدام نمایند. این اخطاریه باید حاوی نسخه‌ای از توافق باشد. مهلت‌های مذکور از زمان دریافت ادعای تکمیل شده (موقت یا نهایی) و در فرضی که درخواست ارائه مستندات بیشتر از جانب نماینده کارفرما صورت گرفته باشد، پس از وصول این مستندات آغاز می‌شود. همچنین ممکن است دو طرف اعلام دارند که توافقی قابل حصول نیست و بدین ترتیب وظیفه نماینده کارفرما برای شور منتفی شود.

۲- تصمیم‌گیری: نماینده کارفرما باید ظرف ۴۲ روز از پایان مهلت توافق، باید در خصوص ادعا به نحو منصفانه و مطابق با شروط قرارداد تصمیم‌گیری نموده و تصمیم خود را در قالب "اخطاریه تصمیم نماینده کارفرما" برای دو طرف ارسال نماید. در این تصمیم‌گیری وی باید تمام اوضاع و احوال مرتبط را مد نظر قرار دهد. نظری وی باید همراه با جزئیات این اوضاع و احوال و دلایل تصمیم

او باشد. در راستای مدیریت ادعا و تعیین تکلیف در فرضی که نماینده به وظایف خود عمل نکرده است، فیدیک در بند ۳,۴,۳ پیش‌بینی کرده است که عدم ارائه نظر در مهلت، معادل رد ادعا فرض می‌شود.

۳- اثر تصمیم یا توافق: توافق یا تصمیمی که نماینده کارفرما طی اخطاریه اعلام می‌کند، برای طرفین تا زمانی که این تصمیم یا توافق مطابق ماده ۲۱ یعنی حل اختلاف و داوری تصحیح نشده است لازم‌الاجراست. بدین معنی که هر تصمیمی که اتخاذ شده باشد، باید اجرا شود و صرف اعتراض به آن، اثر تعلیقی ندارد. بنابراین در صورتی که هر کدام از طرف به مفاد تصمیم یا توافق عمل نکند، طرف دیگر می‌تواند مستقیماً برای الزام وی به اجرای تصمیم یا توافق به داوری مراجعه کند. نکته بسیار جالبی که گواه دقت تنظیم‌کنندگان این قرارداد است، امکان اصلاح رای توسط نماینده کارفرما در مهلت معین (نهایتاً ۲۱ روز) از زمان صدور تصمیم یا توافق است. بدین ترتیب که اگر در تصمیم یا توافق اشتباه محاسباتی، چاپی یا تایپی صورت گرفته بود، نماینده کارفرما راساً یا هر کدام از طرفین ظرف ۱۴ روز "اخطار پیدا شدن اشکال در رای" را ارسال می‌کنند. سپس در فرض وجود اشتباه به نظر نماینده کارفرما، ظرف ۷ روز تصمیم یا توافق اصلاحی مجدداً برای طرفین اخطار می‌شود. در صورتی که نماینده کارفرما معتقد باشد اشتباهی وجود ندارد، باید فوراً پس از دریافت اخطار از هر کدام از طرفین، نظر خود را بیان دارد. همانطور که ملاحظه می‌شود برای تبیین آئین ادعا تلاش شده تا حد ممکن آئین دادرسی مدنی خاص قرارداد تنظیم شود. این تلاش برای تکمیل قانون حاکم به جهت خصوصیات قراردادهای طولانی مدت پیمانکاری و انجام بخش عمده رسیدگی خارج از چارچوب دادگاه‌ها به نظر اقدامی قابل ستایش است.

۴- اعتراض به تصمیم: در صورتی که هر یک از طرفین با تصمیم نماینده کارفرما مخالف باشد، باید "اخطاریه مخالفت با تصمیم" را به طرف مقابل و یک نسخه کپی از آن را برای نماینده کارفرما ارسال کند. معترض باید در مهلت ۲۸ روزه همراه با دلایل، اعلام کند که با تمام یا بخشی از تصمیم نماینده کارفرما مخالف است. این مهلت از زمان دریافت اخطاریه تصمیم، اخطاریه اصلاح تصمیم یا از زمانی که طبق بند ۳,۵,۳ (مهلت تصمیم‌گیری) باید تصمیم ارائه می‌شد آغاز می‌شود. اگر مهلت

1Notice of Dissatisfaction (NOD)

مذکور به پایان برسد و اخطاریه‌ای ارسال نشود، طبق قرارداد فرض می‌شود که طرفین تصمیم را پذیرفته‌اند. بنابراین علاوه بر لازم‌الاجرا بودن، چنین تصمیمی نهایی نیز هست و به هیچ عنوان قابل اعتراض در داوری یا هیئت حل اختلاف نخواهد بود.

بند سوم- هیئت حل اختلاف

از سال ۱۹۹۹ فیدیک، تشکیل هیئت تخصصی حل اختلاف را در قرارداد پیش‌بینی کرد و کارفرمایان و پیمانکاران را ملزم به رعایت مقرره‌های مربوط به این کمیته در قرارداد نمود. این مسئله یکی از بزرگترین نوآوری‌های فدراسیون به حساب می‌آید. چرا که این هیئت شبیه به داوری، اما دارای مزایای بیشتری نسبت به آن است.^۱ در بین سایر روش‌های جایگزین حل اختلاف (ADR) این روش بسیار مورد استفاده قرار گرفته است. خصوصاً به عنوان مقدمه و پیش‌شرطی بر داوری. این سازوکار در نمونه قراردادهای فیدیک مانند دو همتای دیگر این نمونه یعنی NEC^۲ و JCT^۳ به کار گرفته شده است.^۴ بدین معنی که طرفین جز در موارد خاص، بدون ارجاع اختلاف به این هیئت و طی روال پیش‌بینی شده نمی‌توانند اختلاف را به داوری ارجاع دهند. تنها استثنا موجود در فیدیک در این خصوص، بحث عدم اجرای تصمیم یا توافق نماینده کارفرماست؛ که پیش از این توضیح داده شد.

۱. انیسی، الهام. حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی با تاکید بر شرایط قراردادهای ساخت فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹، ۵.

2Alternative Dispute Resolution

3the New Engineering Contract

4the Joint Contracts Tribunal

5Abdul-Malak, M. "Operational Mechanisms and Effectiveness of Adjudication as a Key Step in Construction Dispute Resolution", *Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 12 (2019): 1.

پس از امضای قرارداد و ظرف مهلت ۲۸ روزه، طرفین موظفند عضو یا اعضا هیئت حل اختلاف را با توافق مشخص کنند. نهایتاً با امضای توافق‌نامه بین طرفین و اعضا، هیئت تشکیل می‌شود. بنابراین تشکیل این هیئت منوط به رسیدن طرفین به اختلاف نیست. همچنین عملاً تا پایان تمامی اختلافات احتمالی طرفین هیئت مذکور منحل نخواهد شد. همین مسئله وجود چنین هیئتی را از نهاد داوری کاملاً متمایز می‌کند. چرا که بر خلاف داوری، تشکیل و انحلال هیئت به وجود اختلاف یا حل آن وابسته نیست؛ بلکه در تمام طول اجرای قرارداد این هیئت وجود دارد و با تشکیل جلسات، دریافت نامه از طرفین و امکان دسترسی مداوم به سایت، به طور کامل در جریان نحوه اجرای کار است و می‌تواند از بروز اختلاف تا حداکثر ممکن جلوگیری کند. همچنین به علت حضور از ابتدا تا انتهای انجام پروژه، به نسبت داوران اطلاع بیشتری از اوضاع و احوال خاص پروژه دارند و می‌توانند دقیق‌تر و سریع‌تر به اختلافات رسیدگی کنند. با این حال برای تکمیل نقاط ضعف رسیدگی توسط این هیئت و حصول رای جامع‌تر، سازوکار داوری نیز پیش‌بینی شده است. چرا که خصوصاً برای اجرای رای، قطعاً با توجه به وجود کنوانسیون مقبول نیویورک به رای داور نیاز است و هیئت حل اختلاف و پیشگیری از آن قدرت اجرایی کافی را ندارد.

ذیل بندهای ۲۱،۱ تا ۲۱،۴ مسئله چگونگی انتخاب اعضا، دستمزد آن‌ها، راه‌حل‌هایی برای فروشی که طرفین در انتخاب اعضا به توافق نمی‌رسند، کارکرد پیشگیرانه این هیئت از بروز اختلاف و نقش میانجی‌گری آن و همچنین موضوع نحوه تصمیم‌گیری هیئت بیان شده است که به نوبه خود می‌تواند موضوع مقاله جداگانه‌ای باشد. به طور خلاصه می‌توان گفت هیئت موظف است ظرف ۸۴ روز از ارجاع امر، در خصوص اختلاف تصمیم‌گیری نماید. لیکن تا زمانی که دستمزد هیئت پرداخت نشده است، هیئت موظف به ارائه رای نیست. رای هیئت برای هر دو طرف لازم‌الاجرا خواهد بود و اعتراض به این رای نمی‌تواند تأثیری در قابلیت اجرای آن داشته باشد. هرچند ممکن است به فراخور اوضاع و احوال و به درخواست محکوم برای پرداخت وجهی که در رای آمده از دریافت‌کننده ضمانت‌نامه گرفت. اعتراض به این رای با ارسال "اخطاریه مخالفت با نظر هیئت حل اختلاف" (اعم از مخالفت کلی یا جزئی) به طرف مقابل و به هیئت، ظرف مهلت ۲۸ روز از دریافت رای (یا پایان مهلت ۸۴ روزه مذکور در فرضی که رای صادر نشود) انجام می‌شود. متأسفانه این نهاد با وجود کارکرد بسیار مفید و مقبولیت

در سطح بین‌المللی در نشریه اختصاصی صنعت نفت و در هیچ‌یک از شرایط عمومی پیمان‌های مصوب در ایران پیش‌بینی نشده است.

بند چهارم - حل اختلاف دوستانه^۱

مرحله‌ای اختیاری پس از صدور اخطاریه مخالفت با رای هیئت حل اختلاف و پیش از ارجاع امر به داوری در بند ۲۱،۵ پیش‌بینی شده که به نوبه خود راهکاری مفید جهت پیش‌گیری از پیچیده‌تر شدن اختلاف و اطاله رسیدگی است. بدین ترتیب که ۲۸ روز از زمان ارسال اخطاریه مخالفت، مهلت حل اختلاف به صورت دوستانه پیش‌بینی شده است. از آنجا که هدف، کاهش سطح اختلافات و کاهش زمان رسیدگی به اختلاف است، این امکان پیش‌بینی شده است که طرفین توأماً اعلام نمایند که قصد توافق ندارند و از این فرصت ۲۸ روزه چشم‌پوشی کنند. در نگاه اول با وجود پیش‌بینی فرصت حل اختلاف به طور دوستانه و با مذاکره، خصوصاً در زمان تصمیم‌گیری و توافق توسط نماینده کارفرما، این فرایند ممکن است زائد به نظر برسد؛ اما با توجه به فلسفه فیدیک، اعطای این فرصت دوباره در حالی که به علت طی فرایند طولانی پیشین طرفین شناخت و آگاهی بیشتری نسبت به اختلاف و دیدگاه‌های یکدیگر پیدا کرده‌اند، حقیقتاً مفید و کاربردی است. این نهاد نیز در نشریه اختصاصی صنعت نفت پیش‌بینی نشده است و بنابراین تا به این مرحله که از فیدیک گفته شد هیچ سازوکار مشابهی جهت رسیدگی به ادعا یا حل اختلاف در نشریه اختصاصی صنعت نفت پیش‌بینی نشده است.

بند پنجم - داوری

در بند نسبتاً کوتاهی که در خصوص داوری وجود دارد (بند ۲۱،۶) اینگونه تبیین شده که در فرض عدم پیش‌بینی خلاف این بند در شروط اختصاصی، پس از طی مراحل که پیش از این گفته

¹Amicable settlement

شد، اختلاف مطابق قواعد اتاق داوری بین‌المللی ICC با داوری یک یا سه نفره مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت. همچنین تاکید شده که طرفین در ارائه دلیل محدود به آنچه که پیش از این نزد نماینده کارفرما یا هیئت حل اختلاف ارائه کرده‌اند نخواهند بود. در خصوص اجرا نیز از آنجا که داوری آخرین مرحله است و رای آن نهایی است؛ برای دریافت وجه نیازی به مکاتبه و اخطاریه نیست و محکوم باید فوراً وجه مذکور را پرداخت نماید. این کوتاه بودن بند داوری در قرارداد به این علت است که در به یکی از جامع‌ترین نمونه‌های قواعد داوری ارجاع شده است و بنابراین لزومی به ارائه توضیح مفصل‌تری نیست. در خصوص نشریه اختصاصی صنعت نفت باید گفت وزارت نفت با ارائه شیوه‌نامه حل اختلافات قراردادی، هیئت‌های حل اختلاف نفتی را به عنوان مرجع حل اختلاف پس از بروز اختلاف معرفی نمود. بنابراین بر خلاف نظر برخی نویسندگان^۴ این نهاد قابل مقایسه با هیئت حل اختلاف قراردادهای فیدیک نیست. هیئت حل اختلاف نفتی تنها نهادی است که در نشریه اختصاصی نفت پیش‌بینی شده است و به روشنی در حوزه نحوه رسیدگی به ادعا نیز نسبت به قرارداد فیدیک، کمبودهایی ملاحظه می‌شود که برای دستیابی به یک قرارداد مناسب حوزه پیمانکاری باید مرتفع گردند.

International Chamber of Commerce

۲. عبدی، صادق، مقایسه هیئت‌های حل و فصل اختلافات قراردادی وزارت نفت و نمونه قراردادهای بین‌المللی فیدیک، مطالعات حقوق انرژی، ۴، ص ۵۰۵

نتیجه‌گیری

در شرایط عمومی موافقتنامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌های مهندسی، تامین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت، نسبت به نسخه کتاب نقره‌ای، تقریباً تمامی آیین‌های مدیریت ادعا حذف شده و برای آنچه باقی‌مانده نیز عموماً ضمانت‌اجرائی پیش‌بینی نشده است. امید است در نسخه‌های جدیدتر تنظیم‌کنندگان این نمونه قراردادهای، مباحث مدیریت ادعا را با کیفیتی که سالیان سال در کشورهای دیگر ملاحظه شده است و چنانکه در مقاله بیان شد مد نظر قرار دهند. چرا که ضعف قرارداد در بحث سازوکار ادعا منجر به عدم امکان مدیریت قرارداد و مشوش شدن وضعیت اجرا می‌شود. در قراردادهای بین شرکت‌های خصوصی و سایر مواردی که الزامی به استفاده از نشریه اختصاصی صنعت نفت وجود ندارد می‌توان از نمونه قرارداد کامل‌تری استفاده کرد. همانطور که شرح داده شد قرارداد فیدیک جایگزین بسیار مناسبی به لحاظ تکامل یافتگی آیین ادعا است. علاوه بر استفاده از این آیین در قراردادهای خصوصی، در قراردادهای دولتی توصیه می‌شود تا زمان اصلاح نشریه اختصاصی صنعت نفت، با توجه به اینکه در خصوص مدیریت ادعا منعی بر توافق طرفین وجود ندارد، در شرایط خصوصی در مورد نحوه طرح ادعا و رسیدگی به آن با الگوبرداری از شیوه‌ای که در نمونه قراردادهای فیدیک به کار برده شده و در مقاله تشریح گردید، پروتکل ادعا تنظیم شود و به شرایط عمومی منضم گردد.

منابع

۱- فارسی

الف) کتاب‌ها

ربیعی، فرانک. حقوق قراردادهای. ویرایش اول. تهران: ۱۳۸۱.

ب) مقالات

اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مدیریت ادعا در قراردادهای ساخت، توسعه و تجهیزات، ۱۳۹۴، ۴۶، ۳۲-۲۸.

بهادری، شیرکو، آسیب‌شناسی قراردادهای EPC و EPCF در صنعت نفت ایران، ماهنامه علمی اکتشاف و تولید نفت و گاز، ۱۳۹۷، ۱۶۵، ۹-۱۴.

پرچمی، جلال، نقد و بررسی شرایط عمومی پیمان طرح و ساخت و کلید گردان فیدیک و بررسی استفاده آن‌ها در پروژه‌های مختلف، مجله بنا، شماره ۱۳۸۷، ۲۷، ۴۷-۳۲.

رضایی‌زاده، محمدجواد، بررسی ریسک‌های قراردادی در شرایط عمومی قراردادهای EPC وزارت نفت و نمونه بین‌المللی FIDIC، فصلنامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، ۲۲، ۱۲۵-۱۴۵.

طاهری خرم‌آبادی، داود، بررسی مقایسه‌ای مدیریت دعاوی در قراردادهای فیدیک، چهارمین کنفرانس بین‌المللی مدیریت پروژه، ۱۳۸۷، ۱۲-۱.

عبدی، صادق، مقایسه هیئت‌های حل و فصل اختلافات قراردادی وزارت نفت و نمونه قراردادهای بین‌المللی فیدیک، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۷، ۴۹۳-۵۱۶.

ج) پایان‌نامه‌ها

انیسی، الهام. حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی با تاکید بر شرایط قراردادهای ساخت فدراسیون بین‌المللی مهندسان مشاور (فیدیک)، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.

منصوری، علی. بررسی تطبیقی حل و فصل اختلافات در قراردادهای پیمانکاری و قرارداد فیدیک، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۱.

۲- انگلیسی

A) BOOKS

International Federation of Consulting Engineers. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. 2nd Ed. Geneva: FIDIC Publication, 2017, 1.

Levin, P. *Construction Contract Claims, Changes & Dispute Resolution*. 2nd Ed. Boston: ASCE Press, 1998.

Project Management Institute Staff. *Construction Extension to PMBOK, A Guide to the Project Management Body of Knowledge*. 1st Ed. Pennsylvania: Project Management Inst, 2000.

Project Management Institute Staff. *Construction Extension to the PMBOK Guide 3rd edition*. Pennsylvania: Project Management Inst, 2007.

Singh, P. *A Comprehensive Guide to Writing a Research Proposal*. 1st Ed. Batu Caves: Venton Professional, 2006.

B) ARTICLES

Abdul-Malak, M. "Operational Mechanisms and Effectiveness of Adjudication as a Key Step in Construction Dispute Resolution", *Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 12 (2019).

Arditi, D. "Selecting a Delay Analysis Method in Resolving Construction Claims", *International Journal of Project Management* 24 (2005).

Bakhari, N. "Critical Review on Improving the Claim Management Process in Malaysia", *Education and Vocational Research* 7 (2013).

Chovichien, V. "Information System for Managing Employer's Construction Claims", *Technology and Innovation for Sustainable Development Conference* (2006).

Cox, R. "Managing Change Orders and Claims", *Management in Engineering* 2 (1997).

Kangari, R. "Construction Claim Documentation in Arbitration", *ASCE Journal of Construction Engineering and Management* 41 (1995).

Klee, L. "Management of Contractor's Claims in Construction Projects", *Charles University in Prague* 6 (2013).

Kululanga, G. "Construction Contractors' Claim Process Framework", *ASCE Journal of Construction Engineering and Management* 127 (2001).

Nobari, N. "Knowledge-Oriented in the Claim Management (Providing documentation process model for claim management)", *Business and Management Invention* 5 (2015).

Tochaiwat, K. "Contractors' Construction Claims and Claim Management Process", *Chulalongkorn University* 25 (2014).

Zaneldin, E. "Construction claims in the United Arab Emirates: types, causes, and frequency", *International Journal of Project Management* 24 (2006).

C) Thesis

Surawongsin, Panya. The Implementation of Construction Claims Management in the Thai Construction Industry, Asian Institute of Technology[AIT], 2002.

تاریخ ارسال: ۱۴۰۰/۵/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۶/۱۸

تحلیل حقوقی مجازات اخراج در قانون رسیدگی به تخلفات اداری

فاطمه میراحمدی^۱

ذبیح‌الله واحدی^۲

چکیده

بندهای (ی) و (ک) ذیل ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ مجازات اخراج از دستگاه متبوع و انفصال دائم از خدمات دولتی را به عنوان شدیدترین مجازات‌های اداری پیش‌بینی نموده است اما شرایط اعمال این دو مجازات در قانون مشخص نیست. ابهامی که در این خصوص وجود دارد این است که آیا هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری ابتدا به ساکن می‌توانند مجازات اخراج کارمند متخلف را اعمال نمایند یا صرفاً در صورت عدم وجود شرایط مقرر در بندهای (ح) و (ط) ذیل ماده ۹ قانون مذکور مبنی بر بازخریدی و بازنشستگی در صورت دارا بودن سابقه خدمت مورد نظر، اخراج را به عنوان آخرین راهکار برای تنبیه متخلف اعمال می‌نمایند. به نظر می‌رسد با توجه به آثار بسیار منفی اخراج در حیات کارمند و افراد تحت تکفل وی و با توجه به مبانی و اهداف حاکم بر اعمال مجازات و رعایت اصول دادرسی عادلانه اعمال مجازات بازخریدی یا بازنشستگی در صورت وجود سابقه خدمت به جای مجازات اخراج با اصول و منطق حقوقی و اهداف مجازات سازگارتر است.

کلیدواژگان: اخراج، بازنشستگی، دادرسی عادلانه، قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مجازات.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، کارشناس حقوقی دیوان عدالت اداری (نویسنده مسئول).

mirahmadi.fatemeh67@gmail.com

۲. قاضی شعبه ۲۸ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری.

مقدمه

چگونگی پیشگیری و برخورد با تخلفات اداری کارمندان دولت به عنوان یک پدیده، به دلیل آثار سوء آن از حیث اخلال در سلامت نظام اداری و سلب اعتماد عمومی آحاد جامعه، یکی از موضوعات مهم و اساسی در نظام اداری کشور به شمار می‌رود و در بند ۲۴ سیاست‌های کلی نظام اداری، ابلاغی از طرف مقام معظم رهبری در سال ۱۳۸۹، به کارگیری نظام مؤثر پیشگیری و برخورد با تخلفات اداری، به عنوان یکی از راه‌های ارتقای سلامت نظام اداری در کنار دیگر عوامل مورد توجه قرار گرفته است.

در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷، انواع تخلفات اداری و در ماده ۹ قانون مذکور، انواع مجازات‌های اداری قابل اعمال احصاء شده است. در ذیل ماده ۹ در بندهای (ح) و (ط) مجازات بازخرید خدمت در صورت داشتن کمتر از ۲۰ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمین زن و کمتر از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی در مورد مستخدمین مرد با پرداخت ۳۰ تا ۴۵ روز حقوق مبنای مربوط در قبال هر سال خدمت به تشخیص هیئت صادرکننده رأی و بازنشستگی در صورت داشتن بیش از بیست سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین زن و بیش از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین مرد بر اساس سنوات خدمت دولتی با تقلیل یک یا دو گروه پیش‌بینی شده است.

با بررسی دو بند مذکور در فوق و مواد ۷۴ قانون استخدام کشوری و ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری ملاحظه می‌گردد که در اعمال هر دو مجازات بازخرید خدمت و بازنشستگی شرط «حداقل سابقه» تعیین شده است؛ بدین نحو که در صورت داشتن بیش از ۲۰ سال سابقه خدمت امکان بازخریدی و در صورت داشتن بیش از ۲۵ سال سابقه خدمت امکان بازنشستگی علاوه بر سایر شرایط مقرر گردیده است.

حال پرسش اصلی این است که آیا با وجود پیش‌بینی شرط سابقه خدمت جهت اعمال بازخریدی و بازنشستگی در قوانین مذکور، بندهای (ی) و (ک) ذیل ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مبنی بر صدور حکم اخراج از محل خدمت و انفصال دائم از خدمات دولتی، با توجه به بندهای (ح)

و (ط) ماده مذکور ناظر به مواردی است که برای افراد امکان بازخریدی و بازنشستگی وجود نداشته باشد یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا با وجود شرط حداقل سابقه خدمت جهت بازخریدی و بازنشستگی که در قانون رسیدگی به تخلفات اداری و قوانین دیگر پیش‌بینی شده، اخراج و انفصال دائم از خدمات دولتی مطابق هدف قانون‌گذار از پیش‌بینی مجازات است یا خیر؟

در این مقاله با بررسی مبانی و فلسفه اعمال مجازات به صورت کلی و مجازات‌های اداری به صورت خاص و همچنین مطالعه آرای صادره از دیوان عدالت اداری پاسخ به این پرسش مورد بحث قرار خواهد گرفت.

گفتار یکم. مبانی اعمال مجازات

کیفر در برابر جرم است و هر رفتاری حسب مورد برای حمایت از مصالح بزه‌دیده، بزهکار یا جامعه جرم‌انگاری شده است؛ بنابراین، هر کیفر وقتی مطلوب و کارآمد است که در راستای تأمین هدف، جرم‌انگاری مقرر شده باشد. به این ترتیب، صرف کیفرگذاری و به کیفر رساندن بزهکاران کافی نیست، بلکه چگونگی کیفر از حیث نوع و میزان بیش از اصل کیفر اهمیت دارد؛ چراکه کم نیستند افرادی که به واسطه مجازات بزهکارتر شده‌اند. هر فرد دارای مسئولیت کیفری که مرتکب بزه می‌شود حق دارد به گونه‌ای منطقی، منصفانه و با قاعده کیفر ببینند. این امر حق سلبی بزهکار مبنی بر کیفر ندیدن بی‌اندازه و بی‌قاعده را هم در خود گنجانده است. همچنین، جامعه حق دارد دولت را بابت هزینه‌هایی که در راستای پیشگیری از جرم و مجازات مجرمین صرف می‌کند، بازخواست کند و اثرات مطلوب آن را به گونه‌ای ملموس احساس کند. در کنار این موارد یکی از حقوق مسلم بزه‌دیده که از جرم ناشی می‌شود، التیام آلام بزه‌دیده با کیفردهی بزهکار است. تحقق این حقوق سه‌گانه که تعارض و تزاخم بالایی با هم دارند، مقتضی یک راهبرد کیفری هدفمند است. کیفرگذاری هدفمند به معنای سیاست‌گذاری در زمینه مجازات، اعم از نوع و میزان، مبتنی بر یک منطق قابل پیش‌بینی و قاعده‌مند

است که آموزه‌های علمی کیفرشناختی و جرم‌شناختی در آن نقشی پررنگ دارند و اصول مسلم حقوق کیفری مانند اصل تناسب، اصل کاربرد کمینه حقوق جزا، اصل اعتدال و ... بر آن حاکم هستند و در عین حال به مصالح هر سه طرف بزه یعنی بزه‌کار، بزه‌دیده و جامعه توجه دارد. این اصول که امروزه در قلمرو جهانی حداقل در نظر مورد احترام همگان هستند، ثمره مشقت‌های سالیانی دراز است که بر افراد بشر تحمیل شده است. از این رو، رعایت این اصول ضروری است؛ چراکه عدم تمکین به این اصول، گرچه به جهت جریان یک مصلحت باشد، بیم حکومتِ روش‌های ظلم‌آلود قهقرایی را به همراه دارد؛ بنابراین، اگر فرآیند کیفرگذاری یا یک کیفر خاص با این اصول همساز نباشد، باید عطایش را به لقایش بخشید.^۱

اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری بیانگر آن است که در رویارویی با نابهنجاری اجتماعی، جرم-انگاری آخرین راه‌حل است. به موجب اصل کاربرد کمینه کیفر، مجازات شری است که تنها در آخرین مرتبه باید آن را چاره کار دانست. عنصر اعتدال الهام‌بخش آن است که با هر گونه رفتار ناشایست نباید شدید برخورد کرد. اصل اعتدال در مجازات پیشنهاد می‌دهد در مقام تعیین مجازات از میان بدیل‌های گوناگون، ملایم‌ترین جانشینی که هدف مورد نظر را برآورده می‌سازد، برگزیده شود. وقتی صحبت از کیفر و مثلاً حبس می‌شود، باید در ذهن مردم شدیدترین جرائم و تجاوز به اساسی‌ترین ارزش‌ها تداعی شوند، نه اینکه برای هر رفتار کم‌اهمیت، جزئی و مربوط به حریم خصوصی و حق زیستن مردم بر اساس سبک‌های مختلف زندگی، به کیفر حبس متوسل شویم. شدت و خشونت قوانین کیفری می‌توانند به خشونت بیشتر در جامعه بینجامند و قوانین کیفری خشن اگر با خشونت

۱. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی، احسان سلیمی، مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند،

فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره بیست‌ونهم، زمستان ۱۳۹۸، صص ۱۰۹-۱۱۰.

۲. نوبهار، رحیم، اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۰، ص ۴۳.

بالفعل افراد درهم آمیزند، خود پایه‌گذار توسل به جرائم خشونت‌بار جهت حصول به افعال مجرمانه خواهند بود.^۱

تناسب کیفر و بزه که ناظر به گذشته است، به تناسب میان ارزش کیفری رفتار و شدت مجازات نظر دارد. نظریه تناسب جرم و مجازات تحت تأثیر آموزه‌های مکاتب مختلف کیفری و جرم‌شناختی از جمله مکتب کلاسیک، نئوکلاسیک، تحقیقی و دفاع اجتماعی همواره در حال تحول و تکامل بوده است. منظور از تناسب جرم و مجازات تنها تناسب در درجه شدت کیفر نیست، بلکه تناسب میان جرم و مجازات هم در انتخاب نوع مجازات و هم در تعیین مقدار مجازات باید رعایت شود.^۲ برای اجرایی کردن کیفرگذاری هدفمند باید در دو مرحله اقدام کرد؛ در نخستین گام باید نوع کیفر را تعیین کرد. در راستای تعیین نوع کیفر، مهم‌ترین امر تعیین هدف اجرای کیفر در مورد یک بزه یا بزهکار خاص است؛ به این معنا که در مرحله نخست قانون‌گذار باید دقیقاً مشخص کند چرا مرتکب یک جرم خاص را مجازات می‌کند؟ آیا هدف از اجرای کیفر، اصلاح آن بزهکار است یا بازداشتن جامعه از جرم مشابه و یا ناتوان ساختن بزهکار از ارتکاب جرائم بیشتر؟ و یا با اجرای یک کیفر درصدد سزا دادن بزهکار و التیام آلام بزه‌دیده برمی‌آید؟ به این ترتیب، اگر جرم‌انگاری یک رفتار در راستای حمایت از جامعه باشد، یعنی هدف ناتوان‌سازی مدنظر باشد، کیفر حبس یا اعدام حسب مورد و با در نظر داشتن اصول بنیادین حقوق بشری، کیفرهایی مناسب و کارا تشخیص داده می‌شوند. اما اگر

۱. غلامی، حسین، مینا افزلیان، رویکردی کیفرشناختی به مبانی و کیفیت توزیع مجازات‌ها در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره شانزدهم، پاییز ۱۳۸۹، ص ۳۰۰.
۲. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)، شماره ۴۸، تابستان ۱۳۸۹، ص ۳۴.

هدف از جرم‌انگاری حمایت از بزه‌دیده باشد، نباید چاره را در کلیشه حبس و جزای نقدی سراغ گرفت، بلکه چاره نهایی در سزادهی است.^۱

گفتار دوم. مبانی اعمال مجازات‌های اداری

مجازات‌های اداری واکنش و عکس‌العمل نظام اداری در قالب قوانین و مقررات خاص اداری به تخلف یا تخلفات کارگزاران و مأموران دولتی می‌باشد. همان‌طور که از تعریف مذکور برمی‌آید، ضمانت اجراهای اداری همچون سایر ضمانت‌های اجراهای کیفری، حقوقی و ... نوعی واکنش و پیامد عملی اعمال انجام‌شده می‌باشد.^۲ هرچند طبق نظارت‌های صورت‌گرفته و شناسایی زمینه‌های بروز تخلفات در ادارات و پیشگیری از آن‌ها، سلامت نظام اداری و اهتمام نظام اداری در راستای عدم وقوع تخلفات در ادارات است، لیکن با توجه به نیروی انسانی و احتمال خطاهای انسانی، ارتکاب درصدی از تخلفات گریزناپذیر است؛ بنابراین نباید از نظر دور داشت که برای ارتقای نظام اداری، ابتدا باید به امور اداری نظم بخشید و دولت مجبور است که برای برقراری این نظم، اهرم‌های آماده‌ای داشته باشد که یکی از این اهرم‌ها، قانون رسیدگی به تخلفات اداری و رسیدگی به تخلفات کارکنان است.^۳

در قانون رسیدگی به تخلفات اداری در ماده ۸ و ۹ ابتدا تخلفات اداری در ۳۸ بند و سپس مجازات به تفصیل بیان شده، لیکن هیچ طبقه‌بندی بین مجازات و تخلفات و اینکه چه مجازاتی برای کدام تخلف اعمال شود، روشن نشده است و به عبارتی اصل تناسب بین مجازات و تخلف در نظر گرفته نشده است. رعایت تناسب بین تخلف و مجازات توسط هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در

۱. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی، احسان سلیمی، مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره بیست‌ونهم، زمستان ۱۳۹۸، صص ۱۲۸-۱۱۳.

۲. هداوند، مهدی و محمد احمدی، نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات مهندسين ساختمانى، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۶۷.

۳. کریم‌زاده، سیف‌اله، شرح قانون رسیدگی به تخلفات اداری، چاپ اول، قم: انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۹، صص ۱۶-۷.

تعیین میزان مجازات کارمندان متخلف، به تبعیت از اصل تناسب جرم و مجازات، به عنوان یکی از اصول حاکم بر تعیین مجازات در حقوق کیفری، امری قطعی است و به استناد این اصل، باید گفت که میزان مجازات اداری کارمندان متخلف به شدید و خفیف بودن تخلف ارتكابی آنان بستگی دارد و با هر تخلفی باید متناسب با شرایط آن برخورد شود. بر این اساس، رعایت تناسب بین تخلف و مجازات در آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، الزامی است و عدم رعایت تناسب، یکی از دلایل اصلی نقض آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در دیوان عدالت اداری و هیئت عالی نظارت به شمار می‌رود.^۱

در دادرسی‌های اداری یک طرف اختلاف دولت یا مقامات عمومی و طرف دیگر کارمندان هستند که در سطح نابرابری قرار دارند و هر آن احتمال سوءاستفاده از قدرت می‌رود. پاره‌ای از تخلفات محصور در قانون مزبور (ماده ۸ قانون هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری) واجد جنبه جزایی یا کیفری بوده، یعنی علاوه بر تخلف، جرم هم محسوب می‌شوند؛ مثل «ایراد تهمت، افترا و هتک حیثیت»، «اخاذی»، «اختلاس»، «جعل یا مخدوش کردن و دست بردن در اسناد و اوراق رسمی یا دولتی» و ... علاوه بر این، پاره‌ای مجازات‌های صادره توسط این هیئت‌ها (اخراج، انفصال دائم از خدمات دولتی) نیز اگر اهمیتی بیش از مجازات‌های کیفری نداشته باشند، کمتر از آن نیست؛ بنابراین لازم است به منظور ایجاد نظام اداری مطلوب و رسیدگی عادلانه، کارمند متخلف نیز، همانند دیگر محاکم عمومی، توسط هیئت‌هایی واجد صلاحیت و بر اساس معیارهای دادرسی منصفانه مقرر در اسناد بین‌المللی مورد محاکمه قرار گیرد.^۲ رابطه میان حکومت و افراد عضو جامعه باید به

۱. نکوئی، محمد، اصل تناسب جرم و مجازات در قلمرو تخلفات اداری، نشریه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۵۸.

۲. خسروی، احمد، سیدسجاد کاظمی سرکانه و مجتبی نقدی‌نژاد، حقوق دفاع متهم در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۸، دوره ۹، پاییز ۱۳۸۹، ص ۳۰.

شیوه‌ای تنظیم و مقررات‌گذاری شود که حقوق و آزادی‌های افراد آسیب نبینند.^۱ در این راستا باید خاطرنشان ساخت یکی از حقوق کارمندان و حتی اصول حقوق اداری، بحث امنیت شغلی کارمندان است؛ کارمند باید این اطمینان را داشته باشد تا موقعی که مرتکب تخلف نشده، تنبیه یا مجازات نخواهد شد و اگر هم فرضاً، مرتکب تخلفی شود این اطمینان و اعتماد را داشته باشد که توسط هیئت و به نحوی مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت که تناسب بین تخلف و مجازات وجود خواهد داشت، به خاطر یک اشتباه کوچک حکم اخراج وی صادر یا به دلایل مغرضانه بدون هیچ تخلفی اخراج یا منتقل نخواهد شد.^۲

متأسفانه نظام حقوقی ایران با حجم انبوهی از دیوان‌های اداری دست‌به‌گریبان شده که مشکلاتی ازجمله فقدان مبانی نظری، نبود انسجام و وحدت، عدم استقلال و بی‌طرفی، فقدان آیین دادرسی روشن و عدم اعمال اصول دادرسی منصفانه را به دنبال داشته است.^۳ در راستای مطلوبیت رسیدگی در هیئت‌ها و تحقق حاکمیت قانون اقداماتی لازم است؛ اصل قانونی بودن جرائم و مجازات، اصل برائت، تناسب بین جرائم و مجازات، منع اعمال دو بار رسیدگی و مجازات همگی اقداماتی است که برای تحقق اصل حاکمیت قانون در این هیئت‌ها، بایستی اعمال گردد. تأسیس، تشکیل، انتخاب و عزل اعضا، مراحل رسیدگی، اعمال مجازات و احراز تخلف همگی باید در چارچوب اصول قانونی روشن و شفاف باشد.^۴

۱. هداوند، مهدی، **مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری**، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۶، ص ۲۷۹.

۲. خسروی، احمد، سیدسجاد کاظمی سرکانه و مجتبی نقدی‌نژاد، **حقوق دفاع متهم در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۸، دوره ۹، پاییز ۱۳۸۹، ص ۴۰.

۳. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیبی فخر، **نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران**، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۸، ص ۹۰.

۴. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، چاپ ششم، تهران: انتشارات توس، ۱۳۷۹، ص ۴۵۰.

گفتار سوم. آثار اخراج کارمند

با اعمال مجازات اخراج رابطه استخدامی محکوم علیه با دستگاه متبوع قطع می شود و استخدام مجدد او در آن دستگاه امکان پذیر نیست. تبصره ۲ ماده ۴۸ قانون مدیریت خدمات کشوری در این خصوص مقرر داشته است: کارمندانی که از دستگاه اجرائی اخراج می گردند، اجازه استخدام و یا هر گونه اشتغال مجدد در همان دستگاه اجرائی را نخواهد داشت. تبصره ۱ نیز مقرر می دارد: کارمندانی که به موجب احکام مراجع قانونی از خدمت منفصل می گردند، در مدت انفصال اجازه استخدام و یا هر گونه اشتغال در دستگاه های اجرائی را نخواهند داشت.

فرق اخراج با انفصال دائم این است که اخراج تنها از دستگاه متبوع کارمند است و فرد اخراج شده می تواند در دستگاه دیگری استخدام شود. اما انفصال دائم، ضمن اینکه سبب قطع رابطه استخدامی فرد با دستگاه متبوع وی می شود، محرومیت از استخدام مجدد در سایر دستگاه های دولتی و دستگاه های مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری را هم به دنبال دارد.^۱ بنابراین مجازات اخراج و انفصال دائم از شدیدترین مجازات های اداری است که تبعات و آثار منفی بسیاری را در پی دارد و موجب محرومیت کارمند از حقوق و مزایای دوران استخدام می گردد و با توجه به این تبعات و آثار منفی، هیئت های رسیدگی به تخلفات اداری باید در استفاده از این مجازات نهایت دقت را به عمل آورند و در واقع بایستی با احتیاط و در شرایطی که تنها راه جلوگیری از بروز مفسده، اخراج می باشد آن را اعمال نمایند.

۱. صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده کوهشاهی، آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۶، ص ۱۴۸.

۲. صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده کوهشاهی، آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۶، ص ۱۴۸.

با توجه به این که در قانون مدنی حق نفقه زوجه و افراد تحت تکفل بر عهده شوهر است، مهم‌ترین اثر منفی اخراج را می‌توان تزلزل بنیان خانواده برشمرد. مشکلات اقتصادی پس از اخراج ضربات جبران‌ناپذیری را به روابط خانوادگی وارد می‌سازد و می‌تواند منجر به فروپاشی خانواده گردد، امری که در قانون اساسی تأکید بسیار زیادی بر آن شده است و از چنان اهمیتی برخوردار بوده است که هم در مقدمه و هم در اصول قانون اساسی مورد توجه قرار گرفته است. مطابق مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه‌ساز اصلی حرکت تکاملی و رشدیابنده انسان است اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظایف حکومت اسلامی است. همچنین مطابق اصل دهم قانون اساسی از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد. این اصل به عنوان یک اصل بنیادی از اصول کلی قانون اساسی و تعبیر به این که پاسداری از قداست و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی که در پایان اصل آمده، نشان‌دهنده این است که نگرش مکتب اسلام نسبت به خانواده تا چه اندازه عمیق و همه‌جانبه است. همچنین در اصول بیستم و بیست‌ویکم قانون اساسی نیز تکریم و تثبیت بنیان خانواده مورد توجه قرار گرفته است.

علاوه بر قانون اساسی که قانون مادر محسوب می‌گردد، تحکیم بنیان خانواده در اسناد و قوانین عادی نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ از جمله این که در تدوین سند چشم‌انداز نظام جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ مصوب ۱۳/۸/۱۳۸۲ در مسیر تحقق آرمان‌ها و اصول قانون اساسی «نهاد مستحکم خانواده به دور از فقر، فساد، تبعیض و بهره‌مند از محیط زیست مطلوب» مطرح شده است. همچنین در ابلاغیه سیاست‌های کلی برنامه چهارم توسعه (اولین فاز تدوین سیاست‌های کلی چهارمین برنامه پنج‌ساله آینده) نیز به تقویت نهاد خانواده و توجه ویژه به جایگاه زن در آن متذکر

۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۴۳۳.

شده است. در سیاست‌های کلی نظام اداری در ۲۶ بند از جانب مقام معظم رهبری در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۱۴ به مسئولان ارشد نظام «توجه به استحکام نهاد خانواده و ایجاد تعادل بین کار و زندگی افراد در نظام اداری» تأکید شده است. علاوه بر این‌ها که جزو اسناد بالادستی محسوب می‌گردند، در قانون جامع حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ با اصلاحیه‌های بعدی و آخرین اصلاحیه مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱، قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون منع تبعیض علیه کودکان و زنان، قانون تأمین زنان و کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۷۱/۰۸/۲۴، قانون ترویج تغذیه با شیر مادر و حمایت از مادران در دوران شیردهی مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۲۲ با اصلاحیه‌های بعدی، مواد ۷۵، ۷۶ و ۹۸ قانون کار، حمایت از نهاد خانواده مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. اهمی این موارد بیانگر این است که در اعمال مجازات اخراج باید اصل اساسی «استحکام نهاد خانواده» مورد توجه هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری قرار گیرد و با احتیاط اعمال گردد.

گفتار چهارم. ضرورت ایجاد الگوی مطلوب در اعمال مجازات اخراج

با توجه به تبعات و آثار منفی مجازات اخراج برای کارمند و خانواده تحت تکفل وی، ایجاد الگوی مطلوب امری ضروری است؛ دلایلی که این ضرورت را توجیه می‌نماید به شرح ذیل است:

بند یکم. حق برخورداری از تأمین اجتماعی

اصول نوزدهم و بیستم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و به ویژه اصل بیست‌ویکم برخورداری از تأمین اجتماعی را حقی همگانی اعلام کرده است. حقوق تأمین اجتماعی مقرراتی است که جامعه و دولت را موظف می‌کند به هنگام پریشانی و تنگناهای اقتصادی و اجتماعی شهروندان را مورد

۱. محمدزاده اصل، محمد، تحکیم نهاد خانواده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همایش ملی تبیین حقوق شهروندی، جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۵.

حمایت قرار دهند.^۱ در اصل ۲۹ آمده: «برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، ازکارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح، نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیره حقی است همگانی.» برنامه‌های راجع به دوران بازنشستگی از جمله مستمری بازنشستگی هسته نظام تأمین اجتماعی را تشکیل می‌دهد. آذر واقع با عنایت به اصل ۲۹ قانون اساسی، قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی مصوب ۱۳۸۳ و بند (ب) ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری باید تأمین اجتماعی را از جمله وظایف حاکمیتی دولت و داخل در قلمرو حقوق عمومی دانست.^۲

تأمین اجتماعی در معنای خاص حمایتی است که جامعه از بیمه‌پردازان و افراد تحت تکفل آنان در برابر خطرهایی چون پیری، ازکارافتادگی، بیماری و مرگ در قبال یک نظام منسجم و قاعده‌مند به عمل می‌آورد.^۳ به نظر می‌رسد با توجه به همگانی بودن نظام تأمین اجتماعی که در قانون اساسی بر آن تأکید شده است، می‌توان اخراج را نیز نوعی خطر برای بیمه‌پردازان و افراد تحت تکفل آنان دانست و در صورت دارا بودن شرایط بازنشستگی به جای اخراج کارمند مجازات بازنشستگی را برگزید. از دیدگاه حقوق تأمین اجتماعی بازنشستگی به بیمه‌شده‌ای گفته می‌شود که برای وی حکم بازنشستگی صادر شده است و از مستمری بازنشستگی بهره‌مند می‌شود. صدور این حکم حسب مورد فرع بر رسیدن به سنی خاص یا داشتن سنوات بیمه‌پردازی به میزان مقرر یا هر دو آن‌هاست. داشتن سنوات بیمه‌پردازی به میزان مقرر یکی از صورت‌های بازنشستگی است که در قوانین بازنشستگی پیش از موعد نیز پیش‌بینی شده است. مطابق ماده واحده قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۱۳۸۶ به دولت اجازه داده می‌شود از تاریخ تصویب این قانون ظرف مدت سه سال

۱. استوار سنگری، کورش، **حقوق تأمین اجتماعی**، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۱.

۲. نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو، **حقوق تأمین اجتماعی با تأکید بر حوزه بیمه‌ای**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶، ص ۱۹۵.

۳. نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو، **حقوق تأمین اجتماعی با تأکید بر حوزه بیمه‌ای**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶، ص ۶۱.

۴. عراقی، عزت‌الله و همکاران، **درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی**، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶، ص ۳.

کارکنان رسمی، پیمانی و قراردادی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی را که حداقل بیست‌وپنج سال سابقه خدمت قابل قبول داشته باشند، با حداکثر پنج سال سنوات ارفاقی بدون شرط سنی در صورت تقاضای کارکنان و موافقت دستگاه متبوع خود بازنشسته نماید. در بازنشستگی پیش از موعد شرط سنی حذف شده است و هر مستخدمی با داشتن بیست‌وپنج سال سابقه بیمه‌پردازی می‌تواند از مزایای این قانون استفاده نماید. البته بانوان با داشتن بیست سال سابقه نیز می‌توانند از این امتیاز استفاده کنند. ملاحظه قوانین بازنشستگی پیش از موعد مؤید آن است که دارا بودن بیش از بیست سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین زن و بیش از ۲۵ سال سابقه خدمت دولتی برای مستخدمین مرد در بند (ط) قانون رسیدگی به تخلفات اداری جهت اعمال مجازات بازنشستگی با توجه به روش‌های اعمال بازنشستگی پیش از موعد، نوعی بازنشستگی پیش از موعد به شمار می‌آید و در مواردی که کارمند حداقل سابقه خدمت دولتی جهت بازنشستگی را داشته باشد، می‌توان به جای مجازات اخراج بازنشستگی را اعمال نمود.

بند دوم. توجه به تئوری بازدارندگی مجازات

در نگاه تئوری بازدارندگی، هدف کیفر تحمیلی بر بزهکار صرفاً برقراری تعادل از دست‌رفته اجتماعی، وارد آوردن درد و رنج بر مجرم و ارضای افکار عمومی نیست؛ بلکه علاوه بر آن لازم است هر مجازات به گونه‌ای انتخاب و اجرا شود که برای خود مرتکب فعلی و مرتکبان بالقوه درس عبرتی باشد. لذا از این منظر، مجازات در این جهت اعمال می‌شود که مجرم در آینده مجدداً مرتکب جرم نشود و مجازات برای او درس عبرت باشد و نیز سایر افراد جامعه که قابلیت ارتکاب جرم را دارند، از اعمال کیفر بر مجرم درس عبرت گیرند و مرتکب جرم نگردند؛ بنابراین در این رویکرد آن دسته از افراد جامعه که گرایش‌های بزهکارانه دارند نه از روی تمایل حقیقی و نه به دلیل

عوامل درونی، بلکه به واسطه‌ی وجود عاملی بیرونی (یعنی کیفر هراس‌انگیز) از بزهکاری انصراف می‌دهند.

از نظر «سزار بکاریا» هدف از مجازات صرفاً اعمال انتقام از جانب جامعه نبوده، بلکه تضمین بیشترین خوشی برای بیشترین تعداد افراد جامعه است. بدین معنا که در نگاه وی مجازات نه با هدف پست انتقام بلکه با هدف بازداشتن فرد مجرم و دیگران از ارتکاب جرم وضع و اجرا می‌شود. یک نظام کیفری بازدارنده باید مقدار متناسب مجازات را برای اعمال برنامه بازدارنده خود تنظیم و تعیین کند؛ بنابراین این‌گونه نیست که هر چه مجازات شدیدتر باشد، بازدارنده‌تر هم باشد. گاهی شدت مجازات نه تنها بازدارندگی بیشتری ندارد بلکه برعکس اثر معکوس بر جا می‌گذارد؛ زیرا وقتی مجازات بسیار شدید و سخت باشد مقامات قضایی حاضر به اعمال آن نیستند که اثر نهایی آن به دلیل پایین آوردن احتمال مجازات تضعیف آن است؛^۱ برای مثال، بیشتر قوانین رانندگی و شرب خمر سال‌های ۱۹۳۶، ۱۹۴۱ و ۱۹۴۱ سوئد، مجازات حبس را منظور می‌کردند اما در سال ۱۹۷۵ این نتیجه حاصل شد که رویه مذکور هیچ تأثیری بر درصد وقوع تصادفات مرگبار نداشته است. همه شواهد تجربی نشان می‌دهد برنامه‌هایی که اجرایشان منسجم و قاطعانه است و در یک دوره طولانی امکان دوام دارند، مؤثرترند.^۲

با توجه به فواید تئوری بازدارندگی مجازات در حقوق کیفری، بایستی این نظریه را در راستای عادلانه‌تر کردن و مفید بودن اعمال مجازات به حقوق اداری نیز تعمیم داد. در واقع در زمان صدور حکم اخراج بایستی هدف از اعمال مجازات را مدنظر قرار داد. واضح است که منظور و هدف اصلی از اعمال مجازات اخراج کارمند، دور نگه داشتن و کنار گذاشتن وی از اداره و محل وقوع تخلف است

۱. محمودی جانکی، فیروز، سارا آقایی، بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، ص ۳۴۶.

۲. یزدیان جعفری، جعفر، فرآیند بازدارندگی مجازات (موانع و محدودیت‌ها)، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۲۱۹.

۳. فریدمن، لارنس، بازدارندگی، ترجمه عسگر قهرمان پوربناب، روح‌الله طالبی آرانی، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶، ص ۱۱۸.

که این هدف با کنار نهادن کارمند از اداره از طریق بازنشستگی یا بازخریدی در صورت داشتن سابقه خدمت نیز حاصل می‌گردد و نیز موجب بازداشتن مجرم و دیگران از ارتکاب جرم در آینده می‌گردد. البته نکته‌ای که باید مدنظر قرار گیرد این است که اعمال مجازات بازنشستگی به جای بازخریدی یا اخراج دستاویزی برای نیل به اهداف کارمندانی که از سوابق خدمت مورد نظر جهت بازنشستگی برخوردارند و با وقوع تخلف قصد خروج از اداره را جهت اشتغال به مشاغل دیگر دارند، نگردد.

بند سوم. رعایت اصل تناسب در اعمال مجازات

برخی از تنبیهات مقرر در ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری ایجاب می‌نماید تا بزه تحت رسیدگی در مراجع فوق مشمول «قلمرو کیفری» قرار گیرند و اصول حاکم بر دادرسی منصفانه بر آن‌ها نیز تسری یابد. مجازات اخراج از دستگاه متبوع و انفصال دائم از خدمات دولتی و دستگاه‌های مشمول این قانون به اندازه‌ای از شدت لازم برخوردار می‌باشند تا آن‌ها را واجد وصف جزایی قلمداد کرد. در اعمال مجازات اخراج احتمال مخدوش نمودن اصل تناسب که از جمله اصول مهم دادرسی عادلانه است وجود دارد. تناسب، هماهنگی و همسوئی میان مجازات و جرم از لوازم یک نظام کیفری متعادل است. مبنایی منطقی برای مجازات از اصول اولیه و بنیادین نظام عدالت کیفری و عامل مشروعیت آن است. در نظام کیفری ایران تاکنون لااقل مبانی کلی و فراگیر برای تناسب مجازات با جرم ارتكابی مکتوب نشده است. عدم وجود اصول بنیادی در تعیین کیفر در مرحله تقنین و اجرا از عمده ایرادات یا شاید عمده‌ترین ایراد نظام کیفری ایران است.^۲ در حقوق اداری، اصل تناسب به دنبال ایجاد رابطه منطقی میان تصمیم متخذه و اهدافی است که مقام عمومی بر اساس آن تصمیم می‌گیرد. لذا باید رابطه معقولی بین نتایج حاصله و ابزار مورد استفاده و تصمیم اتخاذی وجود داشته

۱. وروایی، اکبر و مهدی حریری، دادرسی عادلانه و منصفانه، تهران: انتشارات آریاداد، ۱۳۹۵، ص ۲۳۵.

۲. سبزواری‌نژاد، حجت، جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۱۳۴.

باشد. بر این اساس اتخاذ هر قسم تصمیم یا اقدامی که خارج از هدف مورد نظر بوده و یا هر اقدام سخت‌گیرانه و خارج از حد ضرورت ممنوع است.^۱ اصل تناسب را می‌توان به صورت ضمنی در آرای متعددی از دیوان عدالت اداری مشاهده کرد.^۲ در موضوع الزام به صدور حکم بازنشستگی کارمندان نیز این اصل در آرای شعب بدوی و تجدیدنظر دیوان مورد استناد قرار گرفته است که دو نمونه از این آراء به شرح ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد.

در پرونده‌ای شاکی با تقدیم دادخواستی به دیوان عدالت اداری درخواست نقض و ابطال رأی صادره از هیئت تجدیدنظر رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان سازمان پزشکی قانونی را مبنی بر بازخریدی و الزام به صدور حکم بازنشستگی و برقراری حقوق بازنشستگی نموده است. شعبه ۳۰ بدوی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۵۳۲ خود مقرر نموده است: «نظر به این‌که هیئت صادرکننده رأی معترض‌عنه در زمان صدور آن رعایت بندهایی از ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری همانند سوابق کاری و موقعیت کارمند و فقدان سوءسابقه و شخصیت ایشان و این‌که تاکنون مرتکب جرائم غیراخلاقی نگردیده است و با توجه به اوضاع‌و‌احوال قضیه و مشکلات و موانعی که برای ایشان پیش آمده است، لذا هیئت محترم صادرکننده رأی رعایت ایشان را در اعمال مجازات ننموده است؛ بنابراین از این جهت رأی صادره مخدوش و شکایت شاکی وارد است». متعاقباً شعبه ۲۸ تجدیدنظر دیوان با استناد به این‌که سابقه تجدیدنظر خوانده و عدم تناسب مجازات و با عنایت به رأی شماره ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴ مبنی بر این‌که در صورتی که مستخدم دولت بیش از بیست سال سابقه خدمت داشته باشد، دستگاه می‌تواند وی را بازنشسته کند و امکان بازخرید وی ولو به درخواست مستخدم وجود ندارد با رد تقاضای تجدیدنظرخواهی رأی معترض‌عنه از شعبه ۳۰ بدوی را تأیید نموده است.

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۱۸۳.

۲. دادنامه شماره ۱۶۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۵، شماره ۶۶۷ مورخ ۱۳۸۸/۹/۱۶، شماره ۲۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲۹، شماره ۶۰۴ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸، شماره ۵۶۷ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۱، شماره ۵۱۵ و ۵۱۶ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۴، شماره ۱۲۱۷ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹، شماره ۱۲۱۸ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۹، شماره ۵۵۹ مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۵ و شماره ۱۲۳۳ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۸.

در پرونده دیگری شاکی دادخواستی را به طرفیت قوه قضائیه، وزارت دادگستری و سازمان بازنشستگی کشوری در دیوان عدالت اداری مبنی بر صدور حکم ابطال بازخریدی و الزام به صدور حکم بازنشستگی طرح نموده است و شعبه ۲۳ بدوی دیوان عدالت اداری مطابق دادنامه شماره ۱۴۷۲ مورخ ۱۳۹۴/۷/۲۰ حکم به ورود شکایت صادر نموده است. نسبت به دادنامه مذکور ادعای خلاف بین شده و پرونده در اجرای ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی مجدد به شعبه ۲۸ تجدیدنظر ارجاع و شعبه مذکور به موجب دادنامه شماره ۳۴۶۵ مورخ ۱۳۹۶/۹/۱۴ با رد درخواست اعمال ماده ۷۹ نتیجتاً دادنامه معترض عنه را تأیید نموده است. مطابق رأی مذکور: «نظر به این که مطابق تبصره ۱ الحاقی به ماده ۷۴ قانون استخدام کشوری در صورتی که مستخدم بیش از ۲۰ سال سابقه سنوات خدمت داشته باشد، دستگاه می تواند وی را بازنشسته نماید و امکان بازخرید وی ولو به درخواست مستخدم وجود ندارد و اداره متبوع مستخدم نمی توانسته با درخواست بازخریدی شاکی مبادرت به بازخریدی وی نماید که مستند مذکور و رأی وحدت رویه شماره ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مؤید موضوع است و آرای اصداری مطابق موازین قانونی صادر گردیده است، لذا بنا به مراتب و این که شاکی دارای سابقه سنوات خدمت بیش از ۲۴ سال بوده اشتباه بین قانونی که موجبات فسخ دادنامه مذکور را اقتضاء نماید مشهود و ملحوظ نیست»؛ بنابراین با توجه به مفاد آرای شعب باید گفت چنانچه به اخراج کارمند بدون توجه به سابقه خدمت حکم شود، تناسبی میان جرم و مجازات وجود ندارد و از موارد نقض اصول دادرسی عادلانه محسوب می گردد.

نتیجه گیری

از منظر حقوق کیفری هدف از اعمال مجازات تنها به کیفر رساندن مجرم نیست؛ بلکه نحوه اعمال مجازات و هدف از اعمال مجازات از اهمیت والایی برخوردار است و در همین راستا تناسب میان جرم و مجازات هم در انتخاب نوع مجازات و هم در تعیین مقدار مجازات بایستی رعایت گردد. با توجه به حاکمیت اصول دادرسی بر رسیدگی‌های اداری، اصل تناسب میان جرم و مجازات و اعمال مجازات هدفمند در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری نیز باید رعایت گردد. در مواد ۸ و ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری صرفاً تخلفات اداری در ۳۸ بند و سپس مجازات بیان شده، اما طبقه‌بندی بین مجازات و تخلفات و اینکه چه مجازاتی برای کدام تخلف اعمال شود، پیش‌بینی نشده است و همین امر موجب مخدوش شدن اصل تناسب در اعمال مجازات می‌گردد که در مورد مجازات اخراج که از شدیدترین مجازات‌های اداری محسوب می‌گردد، اثرات جبران‌ناپذیری را بر جای می‌گذارد. لذا با توجه به آثار بسیار منفی اخراج بر زندگی فرد و افراد تحت تکفل وی و جلوگیری از تزلزل نهاد خانواده که هم در قانون اساسی و اسناد بالادستی و هم در قوانین عادی مورد تأکید فراوان قرار گرفته است، ایجاد الگوی مطلوب در اعمال مجازات اخراج ضروری است. مؤلفه‌های اصلی که این ضرورت را توجیه می‌نماید، حق برخورداری از تأمین اجتماعی، توجه به تئوری بازدارندگی مجازات و رعایت اصل تناسب در اعمال مجازات می‌باشد. منظور از الگوی مطلوب در اعمال مجازات اخراج این است که هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در اعمال مجازات اخراج، شرایط متهم را لحاظ نموده و در صورت داشتن سابقه خدمت مورد نظر جهت اعمال مجازات بازخریدی و بازنشستگی مطابق بندهای (ح) و (ط) ذیل ماده ۹ قانون مذکور متهم را به جای اخراج، بازخرید یا بازنشسته نمایند. البته نکته بسیار مهمی که هیئت‌ها باید در نظر داشته باشند، این است که این امر تالی فاسد نداشته باشد. بدین نحو که کارمندان دارای سابقه خدمت مورد نظر جهت بازخریدی یا بازنشستگی که قصد ورود به مشاغل دیگر را دارند، با ارتکاب تخلف زمینه بازخرید یا بازنشستگی خود را به جای اخراج فراهم نیاورند لذا توجه به قصد و انگیزه اصلی متهم ضروری است.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، *حقوق اداری ایران*، چاپ ششم، تهران: انتشارات توس، ۱۳۷۹.
۲. استوار سنگری، کورش، *حقوق تأمین اجتماعی*، چاپ پنجم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۵.
۳. بولک، برنار، *کیفرشناسی*، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ ششم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۵.
۴. صادقی مقدم، محمدحسن و نادر میرزاده کوهشاهی، *آیین رسیدگی به تخلفات اداری کارکنان دولت*، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۶.
۵. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی*، جلد ۱، چاپ اول، تهران: انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۶. عراقی، عزت‌الله و همکاران، *درآمدی بر حقوق تأمین اجتماعی*، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۸۶.
۷. فریدمن، لارنس، *بازدارندگی*، ترجمه عسگر قهرمان پوریناب، روح‌الله طالبی آرانی، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده مطالعات راهبردی، ۱۳۸۶.
۸. کریمزاده، سیف‌الله، *شرح قانون رسیدگی به تخلفات اداری*، چاپ اول، قم: انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۹.
۹. نعیمی، عمران و حمیدرضا پرتو، *حقوق تأمین اجتماعی با تأکید بر حوزه بیمه‌ای*، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.

۱۰. هداوند، مهدی و محمد احمدی، *نظام حقوقی رسیدگی به تخلفات مهندسیین ساختمانی*، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۱۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، *اصول حقوق اداری در پرتو آراء دیوان عدالت اداری*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.
۱۲. وروایی، اکبر و مهدی حریری، *دادرسی عادلانه و منصفانه*، تهران: انتشارات آریاداد، ۱۳۹۵.

ب. مقاله‌ها

۱۳. حاجی‌ده‌آبادی، احمد، *مقررات کیفری لایحه حمایت از خانواده در بوته نقد*، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان سابق)، شماره ۴۸، تابستان ۱۳۸۹، صص ۵۲-۷.
۱۴. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی، احسان سلیمی، مبانی، اصول و سازوکارهای اجرایی مدل کیفرگذاری هدفمند، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره ۲۹، زمستان ۱۳۹۸، صص ۱۳۴-۱۰۱.
۱۵. خسروی، احمد، سیدسجاد کاظمی سرکانه و مجتبی نقدی‌نژاد، *حقوق دفاع متهم در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری*، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۸، دوره ۹، پاییز ۱۳۸۹، صص ۴۲-۲۹.
۱۶. سبزواری‌نژاد، حجت، *جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان*، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷۷ و ۷۸، بهار و تابستان ۱۳۹۶، صص ۱۶۴-۱۳۳.
۱۷. غلامی، حسین، مینا افیلیان، رویکردی کیفرشناختی به مبانی و کیفیت توزیع مجازات‌ها در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، فصلنامه مطالعات پیشگیری از جرم، شماره شانزدهم، پاییز ۱۳۸۹، صص ۱۴۱-۱۷۲.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۲۷۷

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۱۸. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیپی فخر، نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۸، صص ۷۳-۹۴.

۱۹. محمدزاده اصل، محمد، تحکیم نهاد خانواده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همایش ملی تبیین حقوق شهروندی، جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۵.

۲۰. محمودی جانکی، فیروز، سارا آقایی، بررسی نظریه بازدارندگی مجازات، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷، صص ۳۶۲-۳۳۹.

۲۱. نکوئی، محمد، اصل تناسب جرم و مجازات در قلمرو تخلفات اداری، نشریه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، صص ۲۷۳-۲۵۵.

۲۲. نوبهار، رحیم، اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص ۱۱۴-۹۱.

۲۳. هداوند، مهدی، مهار قدرت و تحول آن در حقوق اداری، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۸، تابستان ۱۳۸۶، صص ۳۱۸-۲۷۷.

۲۴. یزدیان جعفری، جعفر، فرآیند بازدارندگی مجازات (موانع و محدودیت‌ها)، فصلنامه دانش انتظامی، سال یازدهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۸، صص ۲۲۹-۲۰۷.

تاریخ ارسال: ۱۴۰۰/۵/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۶/۲۸

مرجع صالح رسیدگی به اعتراض اشخاص حقوق عمومی

نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار

نیما نجفی^۱

چکیده

قانون‌گذار ایران برای رسیدگی به هرگونه اختلاف فردی بین کارفرما و کارگر یا کارآموز که ناشی از اجرای این قانون و سایر مقررات کار، قراردادهای کارآموزی، موافقت‌نامه‌های کارگاهی یا پیمان‌های دسته‌جمعی کار باشد، ابتدا روند حل اختلاف سازشی را پیش‌بینی نموده است و در صورت عدم حصول نتیجه، رسیدگی به این اختلافات را در صلاحیت هیئت‌های موضوعه قانون کار قرار داده است. مرجع قضاوتی بدوی برای رسیدگی به این اختلافات هیئت تشخیص و مرجع تجدیدنظر آن نیز هیئت حل اختلاف است. آراء هیئت‌های مذکور با کیفیتی که در ماده ۱۵۹ قانون کار ذکر شده قطعی و لازم‌الاجرا هستند و رسیدگی فرجامی به آن‌ها نیز با استناد به بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. بعد از صدور آراء وحدت رویه ۶۰۲ و ۶۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور چالشی با این مضمون به وجود آمد که کدامین مرجع، صلاحیت رسیدگی به اعتراض اشخاص حقوق عمومی را نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار دارد. با توجه به اینکه پاسخ نامناسب به چالش مذکور می‌تواند آسیب‌های جدی به مراجع قضاوتی اداری و سیستم قضائی دادگستری وارد کند، در همین راستا این نوشتار قصد دارد با مذاقه در اصول کلی حقوقی، قوانین، آراء وحدت رویه، نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه و آراء دادگاه‌های عمومی دادگستری پاسخی علمی و مناسب به این پرسش ارائه دهد. استنتاج مقاله حاضر از دیدگاه نویسنده چنین است که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی مطلق به دعاوی

۱. عضو باشگاه پژوهشگران جوان و نخبگان دانشگاه آزاد اسلامی واحد ابهر.

موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را دارد؛ به بیان دیگر، در فرض اعتراض اشخاص حقوق عمومی نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار، رسیدگی به این موضوع نیز در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد.

کلیدواژگان: اشخاص حقوق عمومی، دیوان عدالت اداری، قانون کار، مراجع دادرسی.

مقدمه

یکی از مراجع رسیدگی کننده به اختلافات و دعاوی تخصصی در کشور ایران، مراجع شبه قضایی (شامل مراجع اداری و انتظامی) هستند. نیاز جامعه با توجه به پیشرفت تدریجی جوامع ساده و اولیه، رسیدگی تخصصی در مراجع شبه قضایی، رسیدگی سریع و قضازدایی را می توان از جمله دلایل تأسیس و تشکیل این مراجع دانست.^۱ مراجع شبه قضایی هم در قوانین و هم در نزد اساتید حقوق عمومی و اداری با عناوین مختلفی همچون مراجع استثنایی، دادگاه های اداری، مراجع قضاوتی اداری، مراجع غیرقضایی (قضایی به مفهوم خاص)، مراجع غیر دادگستری و ... نام گرفته اند. شایسته ذکر است که مراجع شبه قضائی شامل مراجع صنف اداری و انتظامی می باشد.

گفتار اول. لزوم وجود مراجع قضاوتی تخصصی برای رسیدگی به دعاوی ماده ۱۵۷ قانون کار

اختلافات ذکر شده در ماده ۱۵۷ قانون کار پیچیدگی های فنی خاص خود را دارند و مرجعی که به این دعاوی رسیدگی می کند، باید آشنایی کامل با مسائل فنی مربوطه داشته باشد. اشراف دقیق بر این موضوعات مستلزم آگاهی دقیق از قوانین، آیین نامه ها، بخشنامه ها، مصوبات مربوطه و آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری می باشد و عدم وجود یک مرجع قضاوتی اختصاصی باعث افزایش تراکم پرونده های ورودی به دادگاه های عمومی دادگستری خواهد شد و طبیعتاً مدت رسیدگی دادگاه ها به موضوعات این چنینی نیز بسیار طولانی تر خواهد بود. مضافاً اینکه رسیدگی به یک دعوی تخصصی در یک مرجع عمومی باعث افزایش ضریب خطای رسیدگی به این گونه دعاوی خواهد بود

۱. مدعوی محمدی، سید ایمان، «ماهیت مراجع شبه قضائی حقوقی و نسبت آن با مراجع قضائی»، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۵، ص ۱.

فلذا وجود یک مرجع قضاوتی تخصصی که بتواند با اشراف بر مباحث فنی این رشته در مدت زمان کوتاه‌تر و با دقت بالاتری به این دعاوی رسیدگی کند، کاملاً لازم و ضروری می‌باشد.

گفتار دوم. فرآیند رسیدگی به اختلافات مطروحه در ماده ۱۵۷ قانون

کار

به اختلافات میان کارفرما و کارگر یا کارآموز (اختلافات موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار) با ترتیبی که در ماده ۱۵۷ مقرر شده رسیدگی خواهد شد که قانون‌گذار ابتدا مراحل را جهت سازش در نظر گرفته و در صورت عدم حصول نتیجه، این دعاوی به صورت دو مرحله که مطابق با اصول دادرسی منصفانه نیز می‌باشد، در هیئت‌های موضوعه این قانون حل و فصل خواهند شد؛ بدین صورت که دعوی ابتدا در هیئت تشخیص مطرح شده و سپس در صورت تجدیدنظرخواهی هر یک از طرفین، هیئت حل اختلاف در مقام تجدیدنظر به دعوی رسیدگی خواهد نمود. رأی هیئت تشخیص بعد از ۱۵ روز از تاریخ ابلاغ آن لازم‌الاجرا می‌گردد و در صورتی که در مدت مذکور یکی از طرفین اعتراض داشته باشند، باید اعتراض خود را کتباً به هیئت حل اختلاف تقدیم نمایند و رأی هیئت حل اختلاف پس از صدور، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. شایان ذکر است که ترکیب اعضای هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف قانون کار به ترتیب در مواد ۱۵۸ و ۱۶۰ این قانون ذکر شده است.

گفتار سوم. صلاحیت ذاتی هیئت‌های موضوع قانون کار

صلاحیت ذاتی، اختیار رسیدگی به موضوعاتی خاص است که قانون مرجعی تعیین کرده است. قواعد صلاحیت ذاتی دعاوی را بین دادگاه‌ها از نظر صنف، نوع و درجه تقسیم می‌نماید. استاد شمس صلاحیت ذاتی را بر اساس ضوابط آن، حق و تکلیف مرجع حقوقی با توجه به صنف، نوع و درجه‌ی

آن‌ها در رسیدگی به دعاوی و صدور رأی تعریف کرده است. اقواعد صلاحیت ذاتی جزء قواعد آمره محسوب می‌شوند^۲ و باید توجه داشت که ماده ۱۰ آیین دادرسی مدنی صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری را هنگامی که قانون، مرجع دیگری برای رسیدگی به دعوی تعیین کرده باشد، تخصیص زده است؛ به بیانی دیگر: «صلاحیت ذاتی مراجع اختصاصی اداری موجب می‌گردد که در حیطه صلاحیت هر یک از این مراجع، هیچ یک از مراجع قضائی یا اداری دیگر نمی‌توانند اعمال صلاحیت نمایند.»^۳ در مورد مراجع قضاوتی قانون کار وحدت رویه ۵۰۷ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۵ و نظریه مشورتی ۷/۸۶/۳۹۵۷ مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۴ اداره حقوقی قوه قضائیه نیز مؤید این نظر هستند و وحدت رویه مذکور به طور صریح عدم صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری در مورد اختلافات ماده ۱۵۷ قانون کار را اعلام کرده و رسیدگی به آن را در صلاحیت مراجع قضاوتی قانون کار قرار داده است. هر چند که متأسفانه در خصوص سایر مراجع اداری رویه واحدی در دیوان عالی کشور وجود ندارد. (رجوع شود به وحدت رویه ۵۵۱ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۲۱، وحدت رویه ۶۴۶ مورخ ۱۳۷۸/۹/۳۰ و وحدت رویه ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور).

-
۱. حافظی، الهام، آیین دادرسی بر صلاحیت نسبی و ذاتی مراجع قضائی در حقوق موضوعه ایران، فصلنامه مطالعات حقوق، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۱، ص ۱۴۱.
 ۲. منصوری، سعید، تأثیر تراضی بر انحراف از صلاحیت ذاتی و اثر رأی قطعی شده از مراجع غیر صالح ذاتی، ماهنامه قضاوت، پاییز ۱۳۹۱، شماره ۷۸، ص ۵۰.
 ۳. نجابت‌خواه مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده، آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضائی، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۷۷ و ۷۸، ص ۲۰۳.

گفتار چهارم. اعتبار امر مختومه آراء قطعی مراجع شبه قضائی

اعتبار امر مختومه که در بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ۱۳۷۹ به آن اشاره شده، زمانی تحقق می‌یابد که دعوایی با وحدت موضوع و وحدت سبب بین اشخاص یکسان یا قائم‌مقام آن‌ها، در مراجع قضائی رسیدگی شده و اگر حکم قطعی صادر شده باشد، دیگر برای بار دوم نمی‌توان عیناً به همان دعوا رسیدگی کرد.

اگرچه نص واحد و مشخصی برای اعتبار امر مختوم مراجع قضاوتی اداری وجود ندارد اما قانون‌گذار با قطعی اعلام کردن آراء صادره از سوی این مراجع اعتبار امر مختومه را برای آراء آن‌ها مفروض دانسته است (به طور مثال ماده ۱۵۹ قانون کار) که در وحدت رویه ۷۸۶-۱۳۹۸/۱۰/۲۴، وحدت رویه ۲۰-۱۳۶۵/۰۹/۳۵، وحدت رویه ۲۱۱۱-۱۳۶۵/۱۰/۱۰ و رأی اصراری ۳۴۷۵ مورخ ۱۳۳۸/۷/۵ به رسمیت شناخته شده و ماده ۲۷۰ قانون مالیات‌های مستقیم نیز این موضوع را به طور ضمنی مورد پذیرش قرار داده است. این مسئله در بین نظریات دکترین نیز مورد اختلاف واقع شده است اما طبق نظر استاد کاتوزیان «همان‌گونه که آراء دادگاه‌های عمومی از اعتبار امر قضاوت‌شده بهره‌مند است، آراء مراجع استثنایی و خارج دادگستری نیز از این امتیاز استفاده می‌کند؛ برای مثال تصمیمی که هیئت حل اختلاف شهرداری یا مالیاتی در باب استحقاق دولت می‌گیرد قاطع است، هیچ دادگاهی نمی‌تواند به آن دوباره رسیدگی کند».^۱

گفتار پنجم. فرجام‌خواهی از آراء قطعی مراجع دادرسی کار

فرجام‌خواهی از آراء قطعی مراجع دادرسی کار مستند به بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ آن هم منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها در صلاحیت انحصاری دیوان عدالت اداری است و انحصاری بودن این صلاحیت به این دلیل است که به موجب

۱. کاتوزیان، امیرناصر، *اعتبار امر قضاوت‌شده*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۱۰.

ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی اصل بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است؛ جز در مواردی که قانون‌گذار مرجع دیگری را برای رسیدگی به دعوی مشخص نموده باشد که در نحن ما فیه به دلیل آنکه به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رسیدگی به موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار گرفته است، فلذا دادگاه‌های عمومی دادگستری هیچ‌گونه صلاحیتی در باب ابطال یا تأیید آراء قطعی مراجع دادرسی قانون کار ندارند. از سوی دیگر طبق قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است و با توجه قسمت اخیر اصل ۳۴ قانون اساسی نیز هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد؛ بنابراین صلاحیت اعتراض به یک حکم قطعی می‌بایستی به موجب قانون اعطا گردد که در این خصوص هیچ‌گونه نص صریح قانونی مبنی بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری وجود ندارد. نتیجتاً رسیدگی مجدد دادگاه‌ها نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی دادگاه قانون کار به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی جایگاه قانونی ندارد؛ نشست قضایی برگزارشده در شهر سمنان در مورخ ۱۳۹۷/۲/۴ نیز به صراحت مؤید همین مطلب می‌باشد.

گفتار ششم. حدود و صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظارت قضائی بر آراء مراجع اداری

بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها با آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند.

از اصل مذکور این گونه استنباط می گردد که دیوان عدالت اداری مرجع تظلم خواهی مردم نسبت به دولت می باشد؛ بنابراین با عنایت به اصل فوق این پرسش به ذهن متبادر می گردد که آیا با توجه به مفهوم لغوی مردم در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جایگاه خواهان در خصوص دعاوی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری صرفاً به اشخاص حقوق خصوصی تعلق دارد یا اینکه اشخاص حقوقی عمومی نیز می توانند در این خصوص اقدام به طرح دعوا در دیوان عدالت اداری نمایند که در این مسئله سه دیدگاه مطرح است.

- دیدگاه نخست این که برخی عقیده دارند اگر شاکی در این گونه دعاوی از اشخاص حقوق عمومی باشد، شعب دیوان صلاحیت رسیدگی به اعتراض آن ها را ندارند؛ بنابراین باید به موجب اصل ۱۵۹ قانون اساسی که بیانگر صلاحیت عام محاکم دادگستری می باشد و با استناد به وحدت رویه ۶۹۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور شکایت خود را در دادگاه های دادگستری مطرح نمایند.^۱ نظریات مشورتی صادره از اداره کل حقوقی قوه قضائیه از سال ۱۳۹۳ تا ۱۳۹۹ نیز مؤید همین دیدگاه می باشند. (برای نمونه نظریه مشورتی ۷/۹۹/۹۱۴ مورخ ۱۳۹۹/۸/۱۸) لکن از سویی دیگر دیدگاه مذکور چنین نقد شده است: «گاهی ملاحظه می گردد چون به دلیل محدودیت اشاره شده واحدهای دولتی و مؤسسات عمومی غیردولتی و مؤسسات وابسته به آن ها نمی توانند نسبت به آراء قطعی مراجع حل اختلاف در دیوان طرح دعوی نموده و اعتراض نمایند، با این استدلال که صلاحیت محاکم عمومی دادگستری عام می باشد، اعتراض و ادعای خود را نسبت به آراء مراجع حل اختلاف در دادگاه های دادگستری مطرح می نمایند و برخی محاکم بدون توجه به صلاحیت ذاتی رسیدگی به چنین موضوعی در مراجع خاص و عدم صلاحیت خود، اقدام به رسیدگی می نمایند، در صورتی که مجاز به رسیدگی و صدور حکم در این موارد نیستند و اقدام آنان خلاف مقررات است».^۲

- دیدگاه دوم شکایت شخصیت های حقوق عمومی را قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری و دادگاه های عمومی دادگستری نمی داند و اصل را بر قطعیت و غیرقابل اعتراض بودن این آراء برای

۱. مطلبی فشارکی، فهیمه و فرامرز عطریان، **حدود و صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظارت بر آراء دادگاه های**

اداری، نشریه مطالعات حقوق، بهار ۱۳۹۷، شماره ۲۰، ص ۴۷.

۲. موحیدیان، غلامرضا، **حقوق کار (علمی-کاربردی)**، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۹، ص ۱۹۷.

شخصیت‌های حقوقی عمومی می‌داند که در نقد این دیدگاه چنین آورده‌اند: «این دیدگاه با منطق حقوقی سازگاری ندارد؛ چراکه به طور مثال نمی‌توان پذیرفت که آراء مراجع حل اختلاف کار از سوی اشخاص حقوقی خصوصی به عنوان کارفرما قابل اعتراض در دیوان باشد ولی آراء این مراجع توسط واحد دولتی که منافع عمومی جامعه را تعقیب می‌کند در هیچ مرجعی قابل اعتراض نباشد.»^۱

- دیدگاه سوم بر این مبنا استوار است که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به مطلق به دعاوی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را دارد؛ آن‌چنان که طرفداران این نظریه آورده‌اند: «نکته مهمی که نباید از آن غافل بود این است که شخصیت خواهان نمی‌تواند معیار و ضابطه تشخیص دعوای اداری باشد؛ بدین معنا که شخصیت خصوصی یا عمومی بودن خواهان تأثیری در اداری تلقی شدن دعوا ندارد.»^۲ مطلب مذکور از دیدگاهی دیگر نیز چنین بیان شده است: «هدف قانون‌گذار از وضع این بند جلوگیری از نقض قانون به وسیله مراجع اداری اختصاصی بوده و برای نیل به این مقصود خصوصیات شاکی مطرح نیست.»^۳ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی تاکستان نیز در تأیید دیدگاه مذکور به موجب دادنامه‌ای فاخر به شماره ۱۴۰۰۲۳۳۹۰۰۰۰۶۸۵۴۴ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۱ بیان نموده است: «... ۱- تأکید بر منظوری خاص از تشکیل دیوان عدالت اداری در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، حدود صلاحیت آن مرجع را منحصر نمی‌سازد (اثبات شیئی نفی ماعدا نمی‌کند). وانگهی مطابق قسمت اخیر همان اصل حدود اختیارات و نحوه عمل دیوان عدالت اداری را قانون تعیین می‌نماید. ۲- ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان

۱. نجابت‌خواه مرتضی، فقیه لاریجانی، فرهنگ و سونا نظری زیارتگاه، قلمرو آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضائی دیوان عدالت اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۱۳.

۲. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری، مجله مطالعات حقوقی، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱، ص ۱۱.

۳. صدرالحافظی، سید نصرالله، نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: انتشارات شهریار، ۱۳۷۲، ص ۱۱۱.

عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، رسیدگی به اعتراضات و شکایات از تصمیمات مراجع دولتی، مأمورین آن‌ها و نیز آراء و تصمیمات قطعی مراجع اداری شبه‌قضائی را مطلقاً و منصرف از شخصیت شاکی در صلاحیت دیوان مزبور اعلام نموده است...».

به هر تقدیر نگارنده نیز اعتقاد دارد صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی موضوع بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی اداری (نظارت بر آراء دادگاه‌های اختصاصی اداری) مطلق است و در این خصوص تفاوتی میان شاکی حقوق خصوصی و شاکی حقوق عمومی وجود ندارد که آراء وحدت رویه ۷۹۲ و ۸۰۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز مؤید همین دیدگاه می‌باشد. در مقام انتقاد به این دیدگاه ممکن است این‌گونه مطرح گردد که با عنایت به اصل ۱۷۳ قانون اساسی و معنی لغوی کلمه مردم در اصل مذکور آیا رسیدگی دیوان عدالت اداری به شکایات اشخاص حقوقی عمومی توجیه قانونی دارد؟

در پاسخ به سؤال مطروحه می‌توان بیان داشت که نخست به موجب قسمت اخیر اصل ۱۷۳ قانون اساسی حدود و صلاحیت دیوان عدالت اداری به قوانین عادی واگذار شده است، دوم آنکه فلسفه وجودی یک نهاد یا ارگان ممکن است متعدد باشد و یا در طی گذشت زمان با تغییر اوضاع و احوال تغییر کند. از این گذشته، این فلسفه وجودی تناقضی با امکان دادخواهی اشخاص حقوقی عمومی در دیوان ندارد و همچنین می‌تواند با فلسفه وجودی دیگر دیوان که لزوم رسیدگی تخصصی به مسائل نوین حقوق اداری است توجیه گردد؛ به بیان دیگر دیوان عدالت اداری می‌تواند به شکایات دولت علیه مردم رسیدگی نکند؛ زیرا فلسفه وجودی بنیادی آن در قانون اساسی چنین اجازه‌ای به او نمی‌دهد اما رسیدگی به شکایت دولت علیه دولت نیز منافاتی با این فلسفه وجودی ندارد.^۱ همچنین به نظر می‌رسد افزودن اختیارات در صورتی خلاف قانون اساسی است که نخست اختیار و صلاحیت افزوده شده در قانون اساسی بر عهده نهاد دیگری گذاشته شده باشد و بخواهیم آن را از نهاد مزبور

۱. گرجی، علی‌اکبر، حاکمیت قانون و محدودیت‌های دادخواهی در دیوان عدالت اداری، نشریه حقوق اساسی، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۹، ص ۱۷۶.

گرفته و به نهاد دیگری واگذار نماییم، دوم آنکه نتوان [بتوان] از قانون اساسی حصر را برداشت نمود.^۲

گفتار هفتم. امکان سنجی پذیرش اعتراض اشخاص حقوق عمومی نسبت به آراء مراجع اداری در دیوان عدالت اداری در پرتو آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در وحدت رویه شماره ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ بیان داشته که با توجه به اصل ۱۷۳ قانون اساسی و معنی عرفی و لغوی مردم، شکایت و اعتراض واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در دیوان عدالت اداری نیست. وحدت رویه مذکور از نظر نویسنده محل اشکال می باشد؛ زیرا همان طور که پیش تر بیان شد هر دعوی که مؤلفه های یک دعوی اداری (۱- اداری بودن عمل مورد شکایت، ۲- ادعای نقض قواعد حقوق عمومی و ۳- عمومی بودن شخصیت طرف مورد شکایت)^۳ را داشته باشد، دیوان عدالت اداری مرجع صالح رسیدگی به آن خواهد بود، مگر اینکه موضوع به موجب نص قانون در صلاحیت مرجع دیگری قرار گیرد. البته شایسته ذکر است که با عنایت به وحدت رویه های ۱۵۵ مورخ ۱۳۷۱/۷/۲۵ و ۲۱۱ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۹ هیئت

۱. به نظر می رسد در نگارش این کلمه در مرجع اصلی سهو قلم رخ داده باشد، لکن به دلیل رعایت امانت داری کلمه مذکور عیناً ذکر گردیده است.

۲. انصاری، علی و سید محمد هادی راجی، نقد و بررسی رأی شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات شرکتهای وابسته به بنیاد جانبازان و مستضعفان، نشریه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، پاییز ۱۳۸۷ و تابستان ۱۳۸۸، پیش شماره ۴، صص ۵۱-۶۹.

۳. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، ص ۳۱.

عمومی دیوان عدالت اداری دعوای ای که در آن‌ها دولت در مقام اعمال حاکمیت اقدام به طرح دعوا می‌کند، قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیستند؛ لکن در صورتی که دولت در شأن و مقام اصلی خود نباشد (مانند شکایت از آراء قطعی مراجع دادرسی کار) و صرفاً در مقام یکی از طرفین دعوا اقدام به طرح شکایت کند باید شکایت وی قابل طرح و استماع در دیوان عدالت اداری باشد که متأسفانه با وجود دو وحدت رویه مذکور که در این خصوص صادر شده‌اند، این رویکرد مورد بی‌توجهی قرار گرفته و از ظرفیت‌های قانونی آن استفاده نشده است.

در هر صورت پذیرش شکایت ادارات دولتی به خواسته ابطال قطعی آراء مراجع دادرسی کار در دادگاه عمومی وجاهت قانونی ندارد؛ زیرا که نخست این کار عدول قواعد آمره صلاحیت ذاتی می‌باشد، دوم آنکه همان‌طور که گفته شد به موجب قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی تشکیل و صلاحیت دادگاه‌ها منوط به حکم قانون است و شکایت از آراء قطعی مراجع دادرسی کار به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در صلاحیت آن دیوان قرار دارد و سوم آنکه رجوع به دادگاه‌های دادگستری در این مورد نقض غرض مقنن است و رجوع به دادگستری باعث ایجاد دور و تسلسل خواهد شد که رأی ۱۰۱۲۳۵/۲۷۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران مؤید این نظر می‌باشند.

اصولاً بر اساس رویه موجود، ادارات دولتی می‌توانند از یکدیگر در دادگاه‌های عمومی شکایت کنند. ولی باید توجه داشت که هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف اداره کار شخصیتی جداگانه از اداره‌ای که در آن تشکیل جلسه می‌دهند، دارند و نهادهایی قضautی با سازوکارهای مختص به خود هستند که رأی شماره ۱۵۰۵۶۹۵۰۲۶۹۷۰۹۲۰ مورخ ۱۳۹۹/۴/۳۰ شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز به صراحت بیانگر این موضوع است؛ فلذا شکایت از آراء این مراجع باید طبق اصول و ضوابط حاکم بر آیین دادرسی مدنی صورت گیرد و در همین راستا به صراحت می‌توان ادعا کرد رسیدگی به شکایت از آراء قطعی مراجع دادرسی کار در دادگاه‌های عمومی دادگستری نقض صریح ماده ۸ آیین دادرسی مدنی است؛ زیرا کلمه‌ی دادگاه در این ماده اطلاق دارد و شامل محاکم اداری و دادگستری می‌باشد.

شایان ذکر است به این دلیل که مراجع دادرسی کار فاقد سازوکار دفاعی برای دفاع از رأی خود در دیوان عدالت اداری هستند، فلذا دفاعیات اداره کار از این آراء به موجب رأی وحدت رویه ۱۹۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۷ دیوان عدالت اداری مسموع است.

گفتار هشتم. بررسی موضوع از دیدگاه آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور و نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه

بند اول. بررسی و تفسیر وحدت رویه ۶۰۲ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

در مورد رأی وحدت رویه ۶۰۲ که خلاصه آن بدین شرح است که یک شعبه دیوان شکایت بانک ملی از رأی هیئت حل اختلاف را در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌دانسته و شعبه دیگر آن را در صلاحیت محاکم عمومی دادگستری می‌دانسته است، اولین نکته‌ای که در رأی مذکور وجود دارد این است که اختلاف اصلی در بین شعب در این رأی بر سر دولتی بودن یا نبودن بانک ملی است و دومین نکته مهمی که در رأی مذکور وجود دارد این است که رأی هیئت عمومی دیوان عالی هیچ‌گونه تصریحی مبنی بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی در این امر ندارد و نکته سومی که وجود دارد این است که در متن رأی هیئت عمومی چنین آمده است: «... بانک ملی شرکتی دولتی محسوب و واجد شخصیت حقوقی مستقل است و با این وصف شکایت آن نسبت به آراء صادره از هیئت‌های حل اختلاف مستقر در وزارت کار و امور اجتماعی موضوع ماده ۱۵۹ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست. بنا به مراتب رأی شعبه اول دیوان عالی کشور در حدی که با این نظر مطابقت دارد صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می‌شود».

با عنایت به مراتب فوق‌الذکر چنین استنباط می‌شود که نظر شعبه اول به طور کامل مورد تأیید قرار نگرفته است و در حدی که بانک ملی را دولتی دانسته و رسیدگی به شکایات آن را قابل طرح

در دیوان عدالت اداری ندانسته، تأیید شده است که نظریه مشورتی ۷/۴۵۰۹ مورخ ۱۳۷۸/۶/۲۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز به صراحت مؤید همین موضوع می‌باشد. نظریه مشورتی مذکور به شرح زیر است:

«رأی شماره ۱۹/۷۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (وحدت رویه ۶۰۲ مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۶) و آراء وحدت رویه شماره‌های ۳۷ - ۳۸ - ۳۹ سال ۱۳۶۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مشعر به این است که شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی حق اعتراض به آراء صادره از کمیسیون حل اختلاف قانون کار را ندارند و منحصراً معترضین غیردولتی در یک مرجع آن هم دیوان عدالت اداری حق اعتراض دارند و لا غیر، به این ترتیب مراجع قضائی مجوزی برای رسیدگی مجدد به آراء صادره در خصوص مسائل مورد استعلام را که قانوناً قطعی و لازم‌الاجرا و غیرقابل اعتراض است، ندارند».

نظریه مشورتی ۷/۴۸۴۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز که حدود یک سال و نیم پس از وحدت رویه ۶۰۲ صادر شده است، نیز مؤید همین مطلب می‌باشد.

بند دوم. بررسی و تفسیر رأی وحدت رویه ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

در تاریخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ وحدت رویه ۶۹۹ در مورد کمیسیون ۷۷ شهرداری به شرح ذیل صادر شده است که به علت اهمیت فراوان نکات مطرح‌شده در این رأی وحدت رویه لازم است متن آن به شرح زیر مورد بررسی قرار گیرد.

وحدت رویه هیئت عمومی:

«قانون‌گذار برای آراء صادره از مراجع غیر دادگستری نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است، در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح

نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آراء کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آن‌ها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است مراجعه نمایند و به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد، صحیح تشخیص می‌گردد...».

نکاتی که در وحدت رویه مذکور دارای اهمیت بسیار فراوانی است به شرح زیر می‌باشند:

۱- این وحدت رویه با توجه به جمله آغازین آن صرفاً در خصوص کمیسیون‌هایی که فاقد تجدیدنظر هستند (رسیدگی در آن‌ها تک‌مرحله‌ای است) قابل استناد است و باید توجه داشت که در برابر مراجع دادرسی کار به هیچ عنوان قابل استناد نیستند؛ زیرا که قانون‌گذار هیئت حل اختلاف را به عنوان مرجع تجدیدنظر در آراء هیئت تشخیص تعیین کرده است که در واقع رسیدگی به صورت دو مرحله‌ای می‌باشد. رأی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۵۷۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲ و رأی ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۲۳۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز به این موضوع به طور ضمنی اشاره کرده‌اند که وحدت رویه ۶۹۹ صرفاً در مورد کمیسیون‌هایی که تجدیدنظر ندارند، قابل استناد است که نظریه مشورتی ۷/۴۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۳/۴ نیز در همین راستا بیان داشته است: «آراء هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف اداره کار قابل اعتراض در مراجع دادگستری نمی‌باشد. ضمناً رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز صرفاً ناظر بر اعتراض سازمان‌های دولتی به آراء کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری است و به آراء قطعی سایر مراجع اداری از جمله مراجع دادرسی 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». نظریه مشورتی ۷/۷۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۷ نیز مؤید همین مطلب می‌باشد.

۲- اگر حتی بر خلاف اصول حقوقی و مباحثی که در مورد وحدت رویه قبل (وحدت رویه ۶۰۲ دیوان عالی کشور) مطرح شد، اعتقاد بر دلالت وحدت رویه مذکور بر صلاحیت دادگاه‌های عمومی در این‌گونه دعاوی داشته باشیم، وحدت رویه ۶۰۲ به موجب ملاک وحدت رویه ۶۹۹ دیوان عالی کشور نسخ ضمنی شده است. (به اعتقاد نگارنده وحدت رویه ۶۹۹ نیز خود به موجب وحدت رویه ۷۹۲ نسخ ضمنی شده است که این موضوع در ادامه بررسی خواهد شد).

۳- باید توجه داشت که وحدت رویه مذکور با عنایت به قطعیت آراء کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری و قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی خالی از اشکال نیست؛ زیرا که در ابتدای وحدت رویه بیان شده که قانون‌گذار مرجعی را برای اعتراض به آراء کمیسیون ۷۷ شهرداری پیش‌بینی ننموده است که با عنایت به این مطلب سؤالی با این مضمون به ذهن متبادر می‌گردد که آیا این خلأ قانونی را می‌توان با صدور رأی وحدت رویه پر کرد؟ به نظر می‌رسد پاسخ مثبت نیست؛ زیرا هدف از صدور رأی وحدت رویه به نحوی که در اصل ۱۶۱ قانون اساسی و ماده ۴۷۱ آیین دادرسی کیفری پیش‌بینی شده است، ایجاد هماهنگی و جلوگیری از تضاد و تعارض میان آراء است، آن هم هنگامی که در موارد مشابه با استنباط متفاوت از قوانین آراء مختلفی صادر می‌شود تا آراء بعدی در راستای قانون اصدار یابد، نه اینکه دیوان مذکور اقدام به قانون‌گذاری نموده و وظیفه مقنن را انجام دهد که در این صورت به اصل تفکیک قوا خدشه وارد خواهد گردید.

بند سوم. بررسی و تفسیر وحدت رویه ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ هیئت عمومی

دیوان عالی کشور

با عنایت به ملاک وحدت رویه ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ حق اعتراض به یک رأی قطعی می‌بایستی به موجب قانون اعطا گردد و به صرف اینکه دادگاه‌های عمومی دادگستری مراجع عام تظلم‌خواهی هستند، نمی‌توان آراء مراجع شبه‌قضائی را بدون وجود هیچ‌گونه نص صریح قانونی قابل اعتراض در دادگاه‌های عمومی دادگستری دانست. ملاک وحدت رویه ۷۸۶ برای کلیه مراجع قضائیتی اداری و انتظامی قابل استناد است و این رأی وحدت رویه کاملاً مطابق با یافته‌ها و مطالب بیان‌شده در این پژوهش است؛ زیرا که نخست آراء صادره از مراجع دادرسی کار با کیفیت مرقوم در

ماده ۱۵۹ قانون کار قطعی هستند و مستند به بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رسیدگی به اعتراض اشخاص نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار مطلقاً در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد (زیرا به استناد قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی تشکیل و صلاحیت دادگاه‌ها منوط به حکم قانون است). نظریه مشورتی ۷/۸۸/۷۱۰۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز که حدوداً ده سال پیش از وحدت رویه ۷۸۶ صادر شده است، مؤید همین دیدگاه است. نظریه مشورتی مذکور بیان داشته است: «نحوه رسیدگی به اعتراض نسبت به تصمیمات مراجع اختصاصی به همان ترتیبی است که در قانون مربوطه تعیین شده است و محاکم عمومی با وصف وجود قانون و پیش‌بینی طرق شکایت از آراء مذکور، مجاز به ورود نسبت به موضوعات یادشده نیستند. اصل ۱۵۹ قانون اساسی نیز ضمن آنکه محاکم عمومی را مرجع رسیدگی به تظلمات دانسته، تعیین صلاحیت آن را منوط به حکم قانون نموده است. در نتیجه رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ مذکور در استعلام تنها در خصوص موضوع همان رأی نافذ بوده و قابل تسری به سایر موارد نیست». شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ابهر نیز در دعوی اقامه‌شده از سوی یک اداره دولتی به خواسته ابطال رأی هیئت حل اختلاف کار چنین رأی داده است: «... با توجه به اینکه مطابق قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی «تشکیل دادگاه‌ها و صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است» و بر اساس ماده ۱۵۹ قانون کار رأی هیئت حل اختلاف قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود و قطعیت مورد نظر در ماده مذکور اطلاق دارد و بنابراین رأی صادره از هیئت حل اختلاف اداره کار اساساً قابل اعتراض و رسیدگی مجدد در مراجع قضایی نبوده که ملاک رأی وحدت رویه شماره ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ و نظریه مشورتی ۷/۴۸۴۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۴ مؤید همین مطلب می‌باشد لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد و قابل استماع ندانسته و مستنداً به مقررات یادشده و ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌دارد...».

بند چهارم. بررسی و تفسیر وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور

در تاریخ ۱۳۹۹/۴/۲۴ دیوان عالی کشور اقدام به صدور وحدت رویه شماره ۷۹۲ نمود که بر اساس آن شعب دیوان عدالت اداری می‌بایستی به شکایت شرکت سهامی آب منطقه‌ای به عنوان یک شرکت دولتی علیه رأی کمیسیون آب‌های زیرزمینی رسیدگی نمایند و اصلی‌ترین مستند این رأی وحدت رویه اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می‌باشد؛ بدین معنا که چون در بند مذکور هیچ‌گونه قیدی راجع به نوع شخصیت شاکی وجود ندارد، بنا بر اصل فقهی اصله‌الاطلاق باید بند مذکور چنین تفسیر گردد که دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به مطلق دعاوی موضوع بند مذکور را داراست، چه آنکه شاکی از اشخاص حقوق خصوصی باشد چه از اشخاص حقوق عمومی.

به نظر نگارنده با صدور وحدت رویه ۷۹۲، دو رأی وحدت رویه ۶۹۹ و ۶۰۲ دیوان عالی کشور با اجازه حاصله از ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری نسخ ضمنی شده‌اند و شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس در تأیید این دیدگاه در پرونده شکایت یک شرکت دولتی علیه رأی کمیسیون ۷۷ شهرداری چنین رأی داده است:

«با توجه به اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی و حقوقی از آراء و تصمیمات قطعی کمیسیون‌ها و مراجع شبه قضائی را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانسته و نهادهای عمومی غیردولتی از جمله شهرداری‌ها و دستگاه‌های دولتی نیز از این قاعده مستثنا نمی‌باشند و با وحدت ملاک از رأی وحدت رویه اخیرالتصویب هیئت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۴ دادنامه تجدیدنظر خواسته را نقض و با استناد به ماده ۳۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دیوان عدالت اداری صادر و اعلام می‌گردد، مقرر می‌دارد دفتر پرونده به مرجع صالح ارسال می‌گردد».

بند پنجم. بررسی و تفسیر وحدت رویه ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۸ هیئت عمومی

دیوان عالی کشور

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۸۰۳ چنین استدلال نموده است که آراء کمیسیون ۱۰۰ شهرداری در صورت قطعیت به موجب نص قانون قابل اعتراض در دیوان عدالت اداری است و از آنجایی که برابر ماده ۱۰ آیین دادرسی مدنی رسیدگی به دعاوی در صلاحیت دادگاههای عمومی است مگر آنکه قانون مرجع دیگری را تعیین کرده باشد، بنابراین شکایات اشخاص حقوق عمومی نسبت به آراء قطعی کمیسیون ۱۰۰ شهرداری قابل طرح در دادگاه عمومی نیست.

همانگونه که ملاحظه می‌گردد هیئت عمومی دیوان عالی کشور با استدلالی کاملاً صحیح، قانونی و اصولی به اختلافات دیرینه در این زمینه پایان داده است و پس از صدور این وحدت رویه ورود دادگاههای دادگستری در اینگونه دعاوی به هیچ عنوان توجیه قانونی ندارد.

با عنایت به جمع وحدت رویه ۷۹۲ و ۸۰۳ دیوان عالی کشور ممکن است این سؤال مطرح گردد که چرا هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صدور وحدت رویه ۸۰۳ از استدلال انجام شده در وحدت رویه ۷۹۲ مبنی بر اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری استفاده ننموده است؟

پاسخ به این سؤال از نظر نویسنده بدین صورت است که وحدت رویه ۷۹۲ در مقام تأکید بر صلاحیت دیوان عدالت اداری صادر شده است و اگرچه وحدت رویه ۸۰۳ نیز به صلاحیت دیوان در این خصوص اشاره دارد، لکن در مقام نفی صلاحیت از دادگاه عمومی صادر شده است و دو وحدت رویه مذکور نه تنها منافاتی با یکدیگر ندارند بلکه مؤید و مکمل یکدیگر نیز می‌باشند.

نکته‌ی دیگری که راجع به وحدت رویه ۸۰۳ وجود دارد، آن است که در ابتدای رأی هیئت عمومی به دومرحله‌ای بودن رسیدگی در ماده ۱۰۰ قانون شهرداری اشاره دارد و به نظر این اشاره از آن جهت است که موضوع را منصرف از وحدت رویه ۶۹۹ نماید تا اگر هیئت عمومی دیوان عدالت

اداری در وحدت رویه صادره خود، وحدت رویه ۷۹۲ را ناسخ وحدت رویه ۶۹۹ ندانست اشخاص حقوق عمومی از شکایت نسبت به آراء قطعی کمیسیون‌های تک‌مرحله‌ای (مانند کمیسیون ۷۷ شهرداری) محروم نگردند.

گفتار نهم. مشکلات و آسیب‌های پذیرش اعتراض به آراء قطعی مراجع دادرسی کار در دادگاه عمومی

نخست باید توجه داشت که با پذیرش اعتراض به آراء قطعی مراجع دادرسی کار در دادگاه‌های عمومی دادگستری صراحتاً قواعد مربوط به صلاحیت ذاتی که جزو قواعد آمره آیین دادرسی مدنی هستند، نقض خواهند شد که این خود زمینه‌ساز آسیب‌های جدی در این زمینه خواهد بود. دوم آنکه مراجع دادرسی کار مراجعی تخصصی برای رسیدگی به دعاوی مربوطه هستند و اعتراض به آراء آن‌ها در یک مرجع عمومی که شاید تخصص کافی در زمینه مربوطه را نداشته باشد، زمینه‌ساز تضییع حقوق افراد خواهد شد. سوم آنکه این موضوع باعث از دست رفتن روحیه و کارآمدی سیستم قضائیتی اداری خواهد شد. چهارم آنکه اعتراض مردم در دیوان عدالت اداری و اعتراض اشخاص حقوق عمومی در دادگاه‌های عمومی باعث تشتت و تناقض آراء خواهد شد. پنجم آنکه بغرنج‌ترین مشکل آنجایی به وجود می‌آید که اگر اشخاص حقوق عمومی بخواهند نسبت به این‌گونه آراء در دادگاه عمومی اعتراض کنند، هیچ مانعی به لحاظ مرور زمان بر سر راه آن‌ها نخواهد بود؛ به طور مثال فرض کنید که اداره‌ای دولتی محکوم به پرداخت حق بیمه ایام کارکرد کارگر خود شده است و بعد از ده سال از قطعیت حکم و اینکه کارگر موصوف چند سال پیش بازنشسته شده، اداره‌ی مذکور شکایتی با خواسته ابطال رأی هیئت حل اختلاف در دادگاه عمومی مطرح کند. پرواضح است که اگر دادگاه در این مورد وارد ماهیت شده و رأی هیئت حل اختلاف را باطل کند، تبعات سوء قضائی، اجتماعی و ... بی‌شماری خواهد داشت و حتی باعث ورود لطمه به نظم عمومی که یکی از مباحث درهم‌تنیده با صلاحیت ذاتی است، خواهد شد. فلذا ضروری است به این نکته توجه گردد که اهمیت و احترام به صنف مراجع قضائیتی از قواعد مهم آمره است و نادیده گرفتن آن‌ها می‌تواند تبعات سوء بسیاری داشته باشد. شعبه

دوم دادگاه عمومی شهرستان تاکستان نیز در دادنامه سابق‌الذکر خود در مقام تبیین مشکلات و آسیب‌های مذکور چنین بیان نموده است: «... معقول و موجه نیست که دعاوی تخصصی اداری صرفاً به اعتبار سنخ متفاوت خواهان آن‌ها (دولت یا اشخاص حقوق خصوصی) در دو مرجع متفاوت یعنی محاکم دادگستری عمومی و شعب دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار گیرد. این مسئله علاوه بر آنکه مصداق بارز نقض غرض قانون‌گذار اساسی از پذیرش نهاد دادرسی تخصصی و افتراقی اداری است، در عرصه عمل و خاصه در بزنگاه حدوث اختلاف رویه میان مراجع دوگانه رسیدگی‌کننده به موضوعات مشابه، توالی فاسده‌ای غیرقابل مسامحه را در پی خواهد داشت. به عنوان نمونه و در فرض قبول صلاحیت محاکم دادگستری در رسیدگی به اعتراضات مراکز دولتی نسبت به تصمیمات موضوع گفتگو (به عبارت دیگر نفی صلاحیت از دیوان عدالت اداری) پاسخ به این سؤال که «چه مرجعی عهده‌دار وظیفه حل اختلافات و ایجاد وحدت رویه قضایی میان دادگاه‌های دادگستری و دیوان عدالت اداری خواهد بود؟» به صورت جدی محل تأمل می‌باشد. البته ممکن است در مقام رفع محذور به صلاحیت هیئت عمومی دیوان عالی کشور اظهار عقیده گردد و لکن تردیدی نیست که چنین وضعیتی معارض با روح حاکم بر مقررات قانون اساسی، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و مبانی موجه افتراق و تخصص در دادرسی اداری می‌باشد...».

نتیجه گیری

با عنایت به اینکه مطابق قسمت اخیر اصل ۱۵۹ قانون اساسی «تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آن‌ها منوط به حکم قانون است» بنابراین نسبت به آراء قطعی نمی‌توان اعتراض نمود؛ مگر قانون حق اعتراض به آن را پیش‌بینی کرده باشد و اعتراض نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ در صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌باشد و بند ۲ ماده ۱۰ قانون مذکور اطلاق دارد؛ بدین معنا که رسیدگی به شکایت از آراء قطعی مراجع دادرسی کار مطلقاً در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد، چه آنکه شاکی از اشخاص حقوق خصوصی باشد چه از اشخاص حقوق عمومی؛ بنابراین استماع دعوی ابطال آراء قطعی مراجع دادرسی کار در دادگاه‌های عمومی دادگستری با توجه به ماده ۱۰ آیین دادرسی مدنی وجاهت قانونی ندارد و دادگاه‌های عمومی دادگستری هیچ‌گونه صلاحیتی در خصوص رسیدگی مجدد به این‌گونه از آراء قطعی را ندارند. وحدت رویه ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۸، وحدت رویه ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/۴/۲۴ و ملاک وحدت رویه ۷۸۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۴ نیز بیانگر همین مطلب می‌باشند.

وحدت رویه‌های ۶۰۲ و ۶۹۹ دیوان عالی کشور به موجب وحدت رویه‌های ۷۹۲ و ۸۰۳ دیوان عالی کشور نسخ ضمنی شده‌اند و اشخاص حقوق عمومی نیز باید برای شکایت از آراء قطعی هیئت‌های مذکور در بند ۲ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری اقدام به طرح دعوی در شعب دیوان عدالت اداری نمایند. مضافاً اینکه نیل به یک دادرسی منصفانه ایجاب می‌کند که به اعتراض طرفین در مرجع واحد که همان دیوان عدالت اداری است، رسیدگی شود.

با عنایت به اطلاق واژه‌ی «دادگاه» در ماده ۸ آیین دادرسی مدنی، رسیدگی به اعتراض اشخاص حقوق عمومی به آراء قطعی هیئت‌های قانون کار در دادگاه عمومی نقض صریح ماده مذکور است. با توجه به تخصصی بودن مسائل اداری اعتراض به آن در یک مرجع عمومی زمینه‌ساز تضییع حقوق افراد خواهد شد.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۳۰۱

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

اعتراض مردم در دیوان عدالت اداری و اعتراض اشخاص حقوق عمومی در دادگاه عمومی نسبت به آراء قطعی مراجع دادرسی کار باعث تشدید و تناقض آراء صادرشده، تضعیف مراجع قضاوتی اداری و افزایش ورودی پرونده به محاکم عمومی دادگستری خواهد شد.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. صدرالحافظی، سید نصرالله، *نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، تهران: انتشارات شهریار، ۱۳۷۲.
۲. کاتوزیان، امیرناصر، *اعتبار امر قضاوت شده*، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۳. موحدیان، غلامرضا، *حقوق کار (علمی-کاربردی)*، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۹.

ب. مقاله‌ها

۴. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، *شخصیت خواهان در دیوان عدالت اداری*، مجله مطالعات حقوقی، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱، صص ۳۰-۲.
۵. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، *ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری*، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، صص ۳۷-۹.
۶. انصاری، علی و سید محمدهادی راجی، *نقد و بررسی رأی شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹* هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات شرکت‌های وابسته به بنیاد جانبازان و مستضعفان، نشریه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، پاییز ۱۳۸۷ و تابستان ۱۳۸۸، پیش‌شماره ۴، صص ۵۱-۶۹.
۷. حافظی، الهام، *آیین دادرسی بر صلاحیت نسبی و ذاتی مراجع قضائی در حقوق موضوعه ایران*، فصلنامه مطالعات حقوق، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۱، صص ۱۵۵-۱۴۰.

دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ● ۳۰۳

سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۸. گرجی، علی اکبر، حاکمیت قانون و محدودیت‌های دادخواهی در دیوان عدالت اداری،

نشریه حقوق اساسی، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۹، صص ۱۴۹-۱۹۰.

۹. مطلبی فشارکی، فهیمه و فرامرز عطریان، حدود و صلاحیت دیوان عدالت اداری در

نظارت بر آراء دادگاه‌های اداری، نشریه مطالعات حقوق، بهار ۱۳۹۷، شماره ۲۰، صص

۴۵-۵۶.

۱۰. منصوری، سعید، تأثیر تراضی بر انحراف از صلاحیت ذاتی و اثر رأی قطعی شده از

مراجع غیر صالح ذاتی، ماهنامه قضاوت، پاییز ۱۳۹۱، شماره ۷۸، صص ۵۳-۴۸.

۱۱. نجابت‌خواه مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده، آسیب‌شناسی ساختار

و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران، دوفصلنامه دیدگاه‌های

حقوق قضائی، بهار و تابستان ۱۳۹۶، شماره ۷۷ و ۷۸، صص ۲۲۴-۱۹۹.

۱۲. نجابت‌خواه مرتضی، فقیه لاریجانی، فرهنگ و سونا نظری زیارتگاه، قلمرو آیین نظارت

دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضائی دیوان

عدالت اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، بهار ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۲۵-

۹.

پ. پایان‌نامه

مدعوی محمدی، سید ایمان، «ماهیت مراجع شبه قضائی حقوقی و نسبت آن با مراجع

قضائی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۵.

Journal of Modern Essay on Administrative Law

First year / 2 issue /fall winter 2022



Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

**Dr. Mohammad
Hasanvand**

Editor

Dr. Vali Rostami

Editorial board members

Dr. Seyed Ahmed Habibnejad, Dr. Mohammad Rasakh, Dr. Hossein Zareid, Dr. Seyed Mohammad Qari, Seyed Fatemi, Dr. Ibrahim Mouszadeh, Dr. Mohammad Reza Vijeh, Dr. Seyed Mohammad Hashemi



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

• **Postal Code:** 1434863111

•• **Phone:** 09214930838

www.Jplr.ir

Jplr.journal@gmail.com