

جایگاه قراردادهای پیمانکاری طرح‌های عمرانی در اقسام مختلف عقود

ایرج گلابتونچی^۱

کوروش جعفرپور^۲

چکیده

شناخت دقیق ماهیت حقوقی قراردادهای پیمانکاری طرح‌های عمرانی، بویژه قراردادهای مبنی بر شرایط عمومی پیمان‌های سه عاملی (نشریه ۴۳۱۱) به عنوان پرمصرف ترین انواع قراردادهای ساخت سازه‌ها و تاسیسات زیربنایی کشور بسیار مهم است. در این راستا بررسی جایگاه این قراردادها در اقسام مختلف عقود و آگاهی از این جایگاه می‌تواند به استفاده بهتر و کاربرد مناسب‌تر این نوع قراردادها بیانجامد.

این قراردادها اصولاً براساس ماده ۱۰ قانون مدنی ایران شکل می‌گیرند و از نظر تشکیل، مواد، شروط و چگونگی روال انجام تعهدات تصریح شده در آن قابلیت تطابق با عقود مختلف را دارند.

در این مقاله جایگاه این نوع قراردادها که در کشور به پیمان معروف هستند، در اقسام عقد از حیث تاریخی، دوام و استحکام، اثر، شرط، مورد، نحوه انشاء، تشریفات و قبض، مورد توجه و بررسی حقوقی قرار گرفته است.

۱. کارشناسی ارشد حقوقی مالی-اقتصادی دانشگاه آزاد واحد تهران جنوب. (نویسنده مسئول)

irajgolab@gmail.com

۲. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب.

koroushjafarpour@gmail.com

براساس بررسی انجام شده قراردادهای پیمانکاری موصوف بویژه پیمانهای سه عاملی داخلی قراردادهایی از نوع غیر معین، لازم از سوی پیمانکار جایز از سوی کارفرما، اذنی، مشروط، معوض، منجز، تشریفاتی و عینی می‌باشند.

واژگان کلیدی: قراردادهای پیمانکاری، پیمان، شرایط عمومی پیمان، اقسام مختلف عقود

مقدمه

همانطور که بیان شد قراردادهای پیمانکاری در ایران به «پیمان» معروف هستند^۱ و به طور کلی پیمان یکی از اعمال حقوقی است که با اراده کارفرما یا صاحب کار به تعبیر بهتر متعهدله و پیمانکار یا متعهد ایجاد می شود. به عبارتی معمولاً کارفرما اراده باطنی خود را در مورد اجرای یک طرح (ایجاب)، از طریق اعلان مناقصه اعلام می دارد. پیمانکار با قبول پیشنهاد یا ایجاب کارفرما جهت اجرای یک طرح، در هنگام شرکت در مناقصه قبولی خود را به کارفرما اعلام می نماید. نتیجه این ایجاب و قبول را در سندی به نام پیمان درج می نمایند.^۲

قراردادهای پیمانکاری عموماً شامل یک موافقت نامه، شرایط عمومی و خصوص پیمان، جداول احجام کار و سازوکار پرداخت، زمان بندی انجام کار و مشخصات فنی عمومی و خصوصی و نقشه ها و مدارک اجرایی پروژه است.

شناخت واقعی مبنا و ماهیت آثار حقوقی قراردادهای پیمانکاری یا به تعبیر درست تر پیمانکاری حوزه فعالیت های ساختمانی یا عمرانی به شناخت دقیق مفهوم و ماهیت این نوع قراردادها بستگی دارد.^۳ پیمانکار شخصی است حقیقی یا حقوقی که شغل او تعهد به انجام فعل مورد تعهد است و به ویژه پیمانکار حوزه احداث متعهد به ساختن یا انجام کارهای عمرانی و اجرایی در حوزه ساخت و ساز است. به عبارت دیگر، پیمانکار شخص حقوقی یا حقیقی است که یک طرف، امضاکننده پیمان است و اجرا و تامین و تدارک کالا و مصالح مورد نیاز و یا حتی طراحی و بهره برداری از موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک بر عهده گرفته است. در تعریف اصطلاحی کارفرما نیز، شخصی حقیقی یا حقوقی است که پیمانکار به دستور و به نفع او، تعهد به انجام فعل موضوع پیمان می کند. به بیانی دیگر،

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور ۱۳۸۳، ص ۲۶.

۲. صباغی، ۱۳۹۴، ص ۶.

۳. اردشیری، ۱۳۹۱، ص ۶.

یک‌سوی دیگر امضاکننده پیمان است و عملیات موضوع پیمان را بر اساس اسناد و مدارک پیمان واگذار کرده است.

بررسی شناخت دقیق جایگاه حقوقی مندرجات شرایط عمومی پیمان در اقسام مختلف عقود به عنوان اصلی ترین و مهمترین بخش قراردادهای پیمانکاری طرحهای عمرانی الزامی است و برای اجرا بهتر این قراردادها از سوی طرفین پیمان بسیار مهم است.

شرایط عمومی پیمان سندی است که با جزییات و توضیحات کامل روابط بین طرفین پیمان، الزامات و مسئولیت هریک از طرفین را در حالت عمومی مشخص می‌کند غیر قابل تغییر است و به صورت شکلی شرایط عمومی حاکم بر قرارداد را تعیین می‌کند.

مرسوم ترین شرایط عمومی پیمان مربوط به پیمانهای سه عاملی یا همان نشریه ۴۳۱۱ منتشر از سوی سازمان برنامه و بودجه کشور است.^۱

در این مقاله به بررسی جایگاه قراردادهای پیمانکاری در ایران به‌ویژه قراردادهای پیمانکاری سه عاملی که شایع‌ترین و مرسوم‌ترین آن هستند، در اقسام مختلف پرداخته می‌شود. اساساً قبل از ورود به این بحث لازم است اقسام عقد را به شرح زیر ذکر نمود:^۲

تقسیم از حیث تاریخی (معین و غیر معین)، تقسیم از حیث دوام و استحکام (لازم و جایز)، تقسیم از حیث اثر (تملیکی، عهده‌ی و اذنی)، تقسیم از نظر شرط (مطلق و مشروط)، تقسیم از نظر مورد (معوض و غیر معوض)، تقسیم از حیث نحوه انشاء (معلق و منجز)، تقسیم از حیث تشریفات (تشریفاتی و غیر تشریفاتی) و تقسیم از نظر قبض (عینی و رضایی)

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور، ۱۳۷۸.

۲. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۲۸.

موارد به تفصیل جایگاه این قراردادهای را در اقسام مختلف عقد که در بالا ذکر است، بررسی می‌گردد:

گفتار یکم- از حیث تاریخی

بند یکم: عقود معین و نامعین

عقود معین دسته‌ای از عقود هستند که شرایط و احکام و آثارشان و همچنین عناوین آنها را قانون مشخص نموده و دارای چارچوب و پیش ساخت قانونی است. افراد در این عقود حق انتخاب دارند ولی نمی‌توانند ساختار آن را عوض کنند. در قانونی مدنی باب مستقلی برای عقود معین آمده است. در کنار آن ماده ۱۰ قانون مدنی ناظر به عقود غیر معین است.

مطابق این ماده، اشخاص یا طرفین یک عقد یا قرارداد الزامی ندارند معاملات خود را به صورت معینی که در قوانین پیش‌بینی شده است، جاری و عملیاتی نمایند. بنابراین آنها می‌توانند قرارداد را به هر صورت که تمایل دارند منعقد کنند و آثار و نتایج و محتویات خاصی را به‌طور آزادانه برای آن تعیین نمایند. در حقیقت، آثار حقوقی تعهدات همان است که طرفین خواسته‌اند. به بیان دیگر، قرارداد تنها تابع تراضی طرفین است به شرط آنکه مخالف با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد.

بند دوم: مبانی حقوقی قراردادهای پیمانکاری

اساساً مبانی حقوقی قراردادهای پیمانکاری مفاد و محتویات این قراردادها بنا به نیاز طرفین آن به شکلی است که نمی‌توان در قالب یکی از عقود معین توجیه کردند. زیرا پیچیدگی روابط طرفین قرارداد مانع از آن است که بتوان آن را در قالب یکی از عقود مذکور توجیه نمود. اگرچه حین تنظیم قراردادهایی از این دست، می‌توان آنها را به قالب برخی عقود معین نزدیک کرد و از آثار و شرایط آن بهره جست. به نحوی که گاه به نظر می‌رسد طرفین خواسته‌اند روابطشان با یکی از این عقود منطبق باشد.

معمولاً چنین قراردادهایی در چارچوب عقود معین نمی‌گنجد اما در جهت تفسیر قرارداد و صرفاً در جهت تطابق بخشهای مختلف آن، می‌توان در قالب قرارداد، تعهدات پیمانکار مثلاً حفاظت از کارگاه و اموال موجود در آن را با عقد ودیعه و اختیارات کارفرما در وصول مطالبات خود از محل دارایی‌ها، اموال و ضمانت‌نامه‌های پیمانکار جهت پرداخت حقوق و مطالبات کارگران را با عقد وکالت تطبیق داد. به‌علاوه پیش‌پرداخت‌هایی که به پیمانکار داده می‌شود با عقد قرض، تضمین استرداد پیش‌پرداخت‌ها و حسن اجرای تعهدات را با عقد ضمان و تملک اموال پیمانکار جهت ادامه پروژه و واریز وجوه آن به حساب بستانکاری پیمانکار را بر عقد بیع می‌توان تشبیه کرد.

در عین حال، قرارداد پیمانکاری حاوی شرایط، ضوابط و آثاری است که تحت هیچ عنوانی با عقود معین قانون مدنی قابل جمع نیستند و هیچ تشابهی بین این شرایط و آثار عقود معین دیده نمی‌شود. از قبیل، لزوم اجرای پیمان طبق مشخصات فنی و تحت هدایت و نظارت دستگاه نظارت و مهندس ناظر، پرداخت اجرت پیمانکار بر مبنای صورت وضعیت‌های موقت ماهانه، تعلیق کار به مدت سه ماه، لزوم تحویل موقت و قطعی موضوع پیمان از سوی پیمانکار و تحویل گرفتن آن توسط پیمانکار، وجود دوره‌ای به نام «دوره تضمین» جهت کنترل حسن اجرای کارها، رفع نقایص و معایب موجود در کارها توسط کارفرما و به حساب پیمانکار، تعلق تعدیل آحاد بهاء موضوع پیمان به پیمانکار و غیره.^۱

شاید از این منظر قراردادهای پیمانکاری را بتوان یک قراردادهای با عقد مختلط^۲ نیز محسوب نمود که پیمانی است مخلوط از چند عقد معین که تمیز ماهیت عقد غالب و حاکم را دشوار می‌سازد. اما با توجه به اینکه قراردادهای پیمانکاری بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی بین اشخاص در موضوع حاضر بین اشخاص حقوقی یا حقیقی به‌عنوان کارفرما یا دستگاه اجرایی (عموماً دولت و بعضاً اشخاص) و

۱. قهرمانی، ۱۳۷۰، ص ۲۳.

پیمانکار (عموماً شخص حقوقی و بعضاً شخص حقیقی) شکل می‌گیرد لذا جز عقود نامعین هستند و باید براین اساس به تحلیل مسائل حقوقی آن اهتمام داشت.

گفتار دوم از حیث دوام و استحکام

بند یکم: جایز یا لازم بودن

قراردادهای پیمانکاری داخلی عموماً از ناحیه کارفرما جایز و از ناحیه پیمانکار لازم است. با توجه به محتوای ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی در کلیه قراردادها اصل بر لازم بودن قرارداد است.

اما در بحث قراردادهای پیمانکاری سه عاملی که بر مبنای شرایط عمومی پیمان‌ها تنظیم می‌شود در یک نگاه کلی با توجه به نوع قرارداد که از سوی کارفرما قابلیت فسخ دارد ولی چنین اختیاری مستقیماً به پیمانکار داده نشده است، می‌توان بیان نمود که قرارداد مذکور برای پیمانکار از نوع عقود لازم و برای کارفرما جایز است. در تطابق با مواد قانون مدنی مطابق ماده ۱۸۵ قانون مدنی عقد لازم، عقدی است که هیچ یک از دو طرف معامله حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معین. بنابراین از حیث وضعیت پیمانکار، پیمانکار از حق فسخ برخوردار نیست اما کارفرما تحت شرایطی که مندرج در مواد مختلف شرایط عمومی پیمان از جمله ماده ۴۶ و ۴۸ است می‌تواند عقد لازم منعقد را فسخ نماید. بنابراین در تطابق با مندرجات ماده ۱۸۶ قانون مدنی که عقد جایز را عقدی می‌داند که هر یک از طرفین هر وقتی بخواهند آن را فسخ می‌کنند، می‌توان در نگاه اول قرارداد را از سمت کارفرما عقد جایز دانست. اساساً فلسفه وجودی حق فسخ عموماً و اصولاً به علت وجود ضرر و زیانی است که به طور خواسته یا ناخواسته به ذوالخیر تحمیل می‌شود^۱ و کارفرما در این نوع قراردادهای ذوالخیر محسوب می‌شود. اما یک نکته مهم در ماده ۱۸۶ قانون مدنی وجود دارد که بر اساس آن تطابق عقد جایز از سمت کارفرما در قراردادهای پیمانکاری را با مندرجات این ماده از قانون مدنی دچار مشکل

می‌کند. در این ماده قید «هر وقتی بخواهد» باعث می‌شود در شرایط عقد جایز به مجرد اینکه اراده اعلام (ابلاغ) یکی از طرفین مبنی بر فسخ جاری گردد، قرارداد فسخ می‌شود در حالی که در قراردادهای پیمانکاری، کارفرما مطابق ماده ۴۶ از چنین شرایطی برخوردار نیست و برای تحقق فسخ مطابق این ماده باید شرایطی محقق گردد.

بنابراین هر وقت یا هرزمانی کارفرما نمی‌تواند فسخ را جاری کند بلکه زمانی می‌تواند به چنین عملی اقدام کند که شرایط منطبق بر یکی از مندرجات بند الف یا بند ب ماده ۴۶ باشد. از سوی دیگر حتی تایید تحقق شرایط مندرج در این ماده نیز به‌ویژه در خصوص بند الف آن تابع شرایط خاص دیگری مندرج در فراز پایانی بند الف ماده ۴۷ است. بنابراین به نظر می‌رسد اطلاق اینکه قراردادهای پیمانکاری موصوف از سوی کارفرما از نوع عقد جایز است در تطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی نبوده و درست به نظر نمی‌رسد.

اما با توجه به مندرجات ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان تحت عنوان خاتمه پیمان که اشعار می‌دارد: «هرگاه پیش از اتمام کارهای موضوع پیمان، کارفرما بدون آنکه تقصیری متوجه پیمان کار باشد، بنا به مصلحت خود یا علل دیگر، تصمیم به خاتمه دادن پیمان بگیرد، خاتمه پیمان را با تعیین تاریخ آماده کردن کارگاه برای تحویل، که نباید بیشتر از ۱۵ روز باشد به پیمان کار ابلاغ می‌کند. کارفرما کارهایی را که ناتمام ماندن آن‌ها موجب بروز خطر یا زیان مسلم است در این ابلاغ تعیین می‌کند و مهلت بیشتری به پیمان کار می‌دهد تا پیمان کار بتواند در آن مهلت، این‌گونه کارها را تکمیل کند و کارگاه را آماده تحویل نماید». بر این اساس عقد از ناحیه کارفرما جایز محسوب می‌گردد. بنابر توضیحات فوق در صورتی که مبنای سقوط و انفصال قرارداد بر مبنای ماده ۴۶ مدنظر باشد عقد از

ناحیه کارفرما عقد لازم خیاری است اما چنانچه مبنا مندرجات ماده ۴۸ باشد، عقد از ناحیه کارفرما جایز است.^۱

بند دوم: بحث تردید در لازم بودن قرارداد از سوی پیمانکار

اما ذکر یک نکته باقی است تا این بحث در این مقال به اجمال قابل جمع بندی گردد. این نکته که آیا در قراردادهای پیمانکاری مبتنی بر شرایط عمومی پیمان، پیمانکار از هیچ حق خاتمه و اتمام قراردادی هر چند اندک و محدود برخوردار نیست؟ آیا پیمانکار می تواند تحت شرایطی خاتمه پیمان را بر طرف دیگر (کارفرما) اعلام کند یا صرفاً حق فسخ و خاتمه در ید و اختیار و اجازه کارفرما است؟ پاسخ این است که پیمانکار نیز با توجه به برخی مواد شرایط عمومی پیمان از چنین حقی اگرچه محدود برخوردار است. مثلاً مطابق بخش دوم بند ج ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان ذیل عنوان تحویل کارگاه که بیان می دارد «اگر مدت تاخیر از ۳۰ درصد مدت پیمان یا ۶ ماه، هر کدام که کمتر است بیشتر شود، حقوقی به پیمانکار تعلق می گیرد بدین ترتیب که اگر مبلغ کارهای پیش بینی شده در محل های تحویل نشده تا ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، پیمانکار می تواند با اطلاع قبلی ۱۵ روزه آن قسمت از کار را از تعهدات خود حذف کند ولی اگر این مبلغ بیشتر از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان باشد، در صورت اعلام خاتمه پیمان از سوی پیمانکار، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ عمل می شود. هرگاه پیمانکار در محل هایی که در تحویل آن ها بیش از مدت پیش گفته تاخیر شده است، کار اجرایی را شروع نماید، حق حذف تعهدات در آن قسمت از کار را از خود سلب می نماید».

در ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان نیز در ذیل زیر بند ۲ از بند الف ماده ۲۹ شرایط عمومی پیمان بیان می دارد: «جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن ها نباید از ۲۵ درصد مبلغ اولیه پیمان بیشتر شود. اگر این مبلغ، از حد تعیین شده بیشتر شود و پیمانکار با اتمام کار با نرخ پیمان موافق

۱. سازمان برنامه و بودجه کشور، ۱۳۷۸، نشریه ۴۳۱۱ ماده ۴۸.

باشد، عملیات موضوع پیمان در چارچوب پیمان انجام می‌شود. ولی در صورتی که پیمانکار مایل به اتمام کار نباشد، پیمان طبق ماده ۴۸ خاتمه داده می‌شود».

از موارد فوق در نگاه اول اینطور استنباط می‌شود که پیمانکار از حق خاتمه یا ابطالی برخوردار است که بر این اساس لازم بودن کامل قرارداد از سوی پیمانکار را با تردید روبرو می‌کند و قرارداد را از ناحیه پیمانکار نیز به قرارداد با عقد لازم خیاری نزدیک می‌کند اما دو نکته مهم قابل توجه است.

نخست آنکه در ماده ۲۸ و ۲۹ اگرچه حق نسبی با محدوده عملکرد جزیی و خاص به پیمانکار داده است اما سازوکار اعمال آن را بازهم تابع ماده ۴۸ خاتمه پیمان منظور نمود. ماده ای که عملاً عملیاتی شدن آن طبق مندرجات ماده ۴۸ در ید و اختیار کارفرما است. اما چنانچه مراد تهیه‌کنندگان شرایط عمومی پیمان‌ها این باشد که اختیار خاتمه برای پیمانکار طبق ماده ۲۸ و ۲۹ وجود دارد، اما چگونگی اعمال و مراحل اجرایی شدن آن منطبق و مشابه روال درج شده در ماده ۴۸ است. لذا حق خاتمه برای قرارداد تحت مواد ۲۸ و ۲۹ نیز موجود می‌باشد.

اما نکته دوم در ماده ۲۸ اساساً حق پیمانکار در حالت عدم تحویل کارگاه برای اجرای قرارداد تصریح شده است. در این حالت اساساً نمی‌توان بدون تحویل محل کار (کارگاه) امکان اجرایی شدن قرارداد را داشت. به تعبیر بهتر زمانی پیمانکار می‌تواند به فعل یا تعهد قید شده در قرارداد که اثباتاً مبنای شکل‌گیری قرارداد یا پیمان بوده عمل کند که زمین موردنیاز برای کار تحویل گردد و لذا می‌توان بیان داشت که اختیار موجود در این ماده یک خیار تخلف شرط است که توافق طرفین به انجام کار را ناممکن می‌سازد و بنابراین به پیمانکار حق می‌دهد که پیمان را خاتمه داده و ابطال نماید.

بر اساس توضیحات فوق چنانچه لازم بودن عقد را از زمان امکان انجام تعهدات و شروع فعل تحویل زمین که مربوط به تعهد کارفرما است لحاظ نماییم، عقد و قرارداد پیمانکاری از ناحیه پیمانکار لازم می‌شود ولی به لحاظ امکان تحقق شرط فوق از ناحیه پیمانکار لازم خیاری است.

شایان ذکر است ۱۲ نوع خیار فسخ در قانون مدنی شماره شده که شرایط و احکام و آثار هر یک از آنها به تفکیک درج گردیده است. به این تعداد خیارات قانونی باید خسارات قراردادی که طرفین با استفاده از اصل آزادی بوده و با توجه به خیار شرط یا ماده ۱۰ قانون مدنی در عقود و قراردادها قید می کنند، افزوده می شود.^۱ خیار مندرج در قراردادهای پیمانکاری از این قاعده تبعیت می کند.

اما در خصوص خاتمه از سوی پیمانکار وفق ماده ۲۹ نیز می توان بیان داشت حق خاتمه اختصاص یافته به پیمانکار در شرایطی محقق می شود که بیش از ۲۵ درصد از تعهد پیمانکار طبق مبلغ اولیه پیمان حذف گردد و بنابراین دیگر تعهدی موجود نباشد که پیمانکار به انجام آن اقدام کند. بر این مبنا چون قراردادهای پیمانکاری یک قرارداد تجاری است که در عوض کار، پیمانکار به عنوان معوض ثمن به اضافه سود معقول پیش بینی شده خود را دریافت می کند، بنابراین با حذف بخشی از تعهدات قرارداد پیمانکار اختیار خاتمه و عدم امکان کار در بازه ۷۵ درصد باقیمانده یا بخش باقی مانده از ۷۵ درصد مبلغ اولیه را پیدا می کند. بر این اساس نیز قرارداد از ناحیه پیمانکار لازم خیر می باشد.

اما به نظر نویسندگان چون هم خیار تصریح شده در ماده ۲۸ و ۲۹ شرایط عمومی پیمان برای پیمانکار در صورت عدم امکان انجام کار یا فعل مورد تعهد قرارداد شکل می گیرد و از آنجایی که اساساً قرارداد پیمانکاری در حالتی محقق می شود که بتوان به انجام تعهد یا فعل اقدام کرد، لذا در شرایط انجام کار یا انجام فعل مورد تعهد در قرارداد، پیمانکار چنین حقی ندارد، لذا در جهت انجام قرارداد پیمانکار از خیار و حقی برای خاتمه پیمان برخوردار نیست؛ اما در همه حال پیمان از ناحیه پیمانکار لازم است اما برای کارفرما چون اختیار فسخ یا به طور مختصرتر اختیار خاتمه و سقوط قرارداد حتی در زمان جاری بودن و در حین انجام تعهدات قراردادی از سوی متعهد نیز امکان پذیر است و متعدها می تواند به خاتمه و ابطال قرارداد به اختیار خود عمل نماید بنابراین از ناحیه کارفرما با توجه به اینکه

کارفرما نیز باید امکان انجام تعهد برای متعهد یا پیمانکار را فراهم آورد، بر این اساس از ناحیه متعهدله یا کارفرما نیز لازم با وجود خیار بوده و بهتر است لازم خیار محسوب گردد.^۱ اما چنانچه مبنا را مندرجات ماده ۴۸ در نظر بگیریم و بر این اساس کارفرما را مجاز به خاتمه تحت هر شرایطی بدانیم لذا قرارداد از ناحیه کارفرما جایز خواهد بود و بنابراین قراردادهای پیمانکاری مبتنی بر نشریه ۴۳۱۱ به طور کلی در شرایط انجام تعهدات برای طرفین یا از حیث دوام و استحکام قرارداد برای پیمانکار لازم و برای کارفرما جایز محسوب می گردد. در قراردادهای بین المللی پیمانکاری تیپ فیدیک^۲ هر دو طرف از حق فسخ تحت شرایطی که در شرایط عمومی پیمان مربوط آمده است برخوردارند^۳ لذا این گونه قراردادها برای هر دو طرف جایز یا به تعبیر درست تر لازم خیار هستند.^۴

گفتار سوم - از حیث اثر

ابتدا لازم است تعریف اجمالی از عقود تملکی، عهده و اذنی ارائه گردد. عقد تملیکی قراردادی است که به موجب آن مالی از مالکیت شخص خارج و به ملکیت دیگری وارد می شود، بنابراین عقد تملیکی موجب انتقال مالکیت از یک طرف به طرف دیگر می گردد. طبق نظر کاتوزیان. ن (۱۳۸۳) عقد تملیکی موجب ایجاد و یا انتقال حق عینی می گردد.^۵ بنابراین از آنجایی که قراردادهای پیمانکاری برای احداث یا ایجاد یا انجام فعلی که نتیجه اثر آن نهایتاً متعلق و در مالکیت کارفرما خواهد بود و حق عینی را برای پیمانکار ایجاد نمی نماید (موجد حق عینی برای پیمانکار نمی شود) یا باعث انتقال حق عینی

۱. گلابتونچی، ۱۴۰۱، ص ۷۳.

2. FIDIC (Engineers Consulting of Federation International

۳. سازمان مرجع برای تهیه تیپ قراردادهای داخلی امور نظام فنی و اجرایی سازمان برنامه و بودجه و بین المللی فیدیک

۴. عقد لازمی را که در آن به دو طرف یا یکی از آنها یا به دیگری اختیار فسخ داده شده است، عقد خیار گویند

(کاتوزیان، ۱۳۹۷، ص ۳۶).

۵. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۰.

کارفرما نمی‌شود (یا ناقل حق عینی برای پیمانکار نیز نمی‌باشد) لذا قراردادهای پیمانکاری در زمره عقود تملیکی قرار نمی‌گیرند.

اما عقد عهدی، عقدی است که موجب ایجاد یا انتقال حق دینی می‌شود.^۱ به عبارت دیگر در عقد عهدی، تعهدی بر گردن یک طرف قرارداد و حق دینی برای طرف دیگر به وجود می‌آید. براین اساس در قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار طبق قرارداد تعهدی را برای اجرای پروژه مثلاً تعهد ساخت یک ساختمان یا یک راه را بر عهده می‌گیرد و این تعهد بر گردن او گذاشته می‌شود و کارفرما نیز دین به پرداخت هزینه‌ها و کارکردهای پیمانکار طبق قرارداد را دارد. بر این مبنا در عقد عهدی یک حق نسبی و موقت ایجاد می‌شود که صرفاً در مقابل متعهد، معتبر است و در چارچوب قراردادهای فی‌مابین اعتبار دارد.

اما عقد اذنی، عقدی است که اثر اصلی آن اذن در تصرف است و تعهدی برای عاقد ایجاد نمی‌کند. در واقع اذن و اختیار در تصرف به طرف مقابل داده می‌شود. بنابراین در عقد اذنی اراده اذن دهنده نوعی ایجاب است که تا مورد قبول طرف مقابل قرار نگیرد (اثر نهایی اذن) به وجود نمی‌آید. برخی از فقها گاه به جای عقد اذنی از عبارت عقد جایز استفاده کرده‌اند و شاید این امر به دلیل آن باشد که تمامی عقود اذنی جایز و قابل فسخ می‌باشند مانند عاریه و کالت.^۲

بنابراین مطالب فوق چون با انعقاد قرارداد پیمانکاری، پیمانکار به اذن و اختیار کارفرما حق تصرف قابل فسخ از سوی کارفرما برای در اختیار گرفتن کارگاه و اجرای پروژه و تصرف موقت آن بدون انتقال یا ایجاد حق عینی و مالکیت را دارا می‌باشد، پس قرارداد پیمانکاری را می‌توان عقد اذنی محسوب نمود. جایز بودن عقد اذنی و قابل فسخ بودن آن نیز منطبق بر وضعیت کارفرما به عنوان

۱. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۰.

۲. شمس و همکار، ۱۳۹۲، ص ۳۱.

متعهدله در قرارداد پیمانکاری است. لذا در جمع‌بندی کلی از حیث اثر، قراردادهای پیمانکاری جز عقود عهدی و اذنی هستند.

گفتار چهارم- از حیث شرط

عقد مشروط عقدی است که یکی از شروط (شرط نتیجه، فعل یا صفت) در آن قید شده باشد. عقد مطلق، عقدی است که هیچ قید و شرطی در آن نیست.

مشروط بودن یا مطلق بودن عقد بر اساس ماده ۳۴۱ و ۲۴۴ قانون مدنی قابل‌شناسایی و تقسیم‌بندی است. تقسیم‌بندی مذکور به لحاظ آثار حقوقی است که در قرارداد و پس‌از آن بروز می‌کند. در عقد مشروط طرفین در ضمن تعهد اصلی که دارند یکسری تعهدات ضمنی و فرعی را هم بر عهده می‌گیرند که این شرط یا شروط باید صریح و روشن بوده و مشروط علیه ملزم به انجام شرط است.

بنابراین در عقد مشروط طرفین معامله شروط و شرطی می‌گذارند که جز پیمان یا قرارداد فی‌مابین است. مثلاً در قرارداد ساخت یک ساختمان یا یک نیروگاه برق، علاوه بر تعهد اصلی که احداث ساختمان یا نیروگاه است، خرید تمامی تجهیزات لازم از سوی پیمانکار و پرداخت متناسب ثمن و کارکرد این بخش از سوی کارفرما به‌عنوان شرط یا فعل یا تعهد فرعی در قرارداد اصلی ذکر می‌گردد. یعنی یکی از شروط احداث ساختمان یا نیروگاه مذکور خرید تجهیزات توسط متعهد است.

اساساً در قراردادهای پیمانکاری شروط بخش مهمی از قرارداد است. مثلاً شرط می‌شود شروع قرارداد از سوی پیمانکار پس از تحویل زمین از سوی کارفرما یا پرداخت پیش‌پرداخت باشد. اگر چنین شرطی انجام نشود قرارداد اساساً فعال نشده و آغاز نمی‌شود یا مثلاً مطابق ماده ۲۸ شرایط عمومی شرط می‌شود کارفرما کارگاه را بدون عوض و بدون معارض تحویل پیمانکار کند. اگر معارض در حین کار پیدا شد کارفرما آن را رفع می‌کند و اگر نتوانست کارگاه را ظرف یک ماه تحویل دهند مطابق بند ج همین ماده چنانچه مدت تاخیر در تحویل کارگاه بیش از یک شود کارفرما به‌منظور جبران

خسارت در تاخیر در تحویل کارگاه هزینه‌های اضافی ایجادشده برای پیمانکار را طبق رابطه مندرج در ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان محاسبه و پرداخت کند.

یا مثلاً طبق ماده ۳۷ شرایط عمومی پیمان شرط شده که پیمانکار در آخر هرماه صورت وضعیت کارهای انجام‌شده از شروع کار تا آن تاریخ را که طبق نقشه‌های اجرایی دستور کارها و صورت مجلس‌ها انجام‌شده را اندازه‌گیری می‌نماید و مقدار مصالح و تجهیزات پای کار را تعیین و بر اساس فهرست‌بهای منضم به پیمان مبلغ صورت وضعیت را محاسبه کرده و آن را برای تایید و پرداخت به مهندس مشاور و کارفرما تحویل می‌دهد و کارفرما نیز شرط کرده پس از دریافت صورت وضعیت تایید شده از سوی ناظر و مهندس مشاور ظرف بیست روز مبلغ آن را پس از کسر کسورات قراردادی و قانونی به پیمانکار پرداخت نماید.

اساساً قراردادهای پیمانکاری به‌ویژه مفاد شرایط عمومی پیمان آن‌ها و متون موافقت‌نامه و دیگر بخشهای پیمان جابه‌جا شروط مختلف برای انجام تعهد اصلی و اجرای تعهدات فرعی درج شده است. بنابراین قراردادهای پیمانکاری قراردادهای مشروط هستند.

گفتار پنجم- از حیث مورد

عقودی که بر حسب طبیعت خود دارای دو مورد است و هریک از دو طرف، در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که به عهده می‌گیرد. مالی یا تعهد دیگری را برای خود تحصیل می‌کند، معوض می‌نامند. در عقد معوض همیشه دو تعهد متقابل وجود دارد و هریک از دو طرف در همان حال که از دیگری طلبکار است، مدیون او نیز هست.^۱

اما برعکس در عقد مجانی یا غیر معوض یک یا چند شخص در مقابل یک یا چند تن دیگر تعهد بر امری می‌کنند یا مالی را به‌رایگان می‌دهند. بدون اینکه برای آنان التزام ایجاد شود در عقد معوض باید دو تعهد یا تملیک در برابر هم قرار گیرند و دو قصد مشترک باهم مبادله شوند.^۱

با توجه به توضیحات فوق چون در قراردادهای پیمانکاری به‌صورت عام اساساً دو تعهد یعنی انجام کار توسط پیمانکار در مقابل پرداخت وجه از سوی کارفرما قرار می‌گیرد. در واقع قرارداد پیمانکاری یک عقد معوض است. اساساً عملکرد پیمانکار در راستای تعهد قرارداد فی‌مابین غیر رایگان بوده و اجرای تعهدات پیمانکار در مقابل تعهدات کارفرما به‌ویژه تعهد کارفرما به پرداخت وجه کارکردها و مبلغ کار انجام‌شده می‌باشد.

گفتار ششم - از حیث نحوه انشاء

بند یکم - وضعیت قراردادهای پیمانکاری پس از انشاء

ماده ۱۸۹ قانون مدنی عقد منجز را این‌گونه تعریف کرده است: عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق است. بنابراین عقد منجز عقدی است که به مجرد انعقاد آن، عقد قطعی و دارای اثر می‌باشد. در واقع در این عقد اثر عقد وابسته و موکول به اینکه اتفاق دیگری بیافتد یا کار دیگری انجام شود نیست و عقد، قطعی است. اما عقد معلق در مقابل عقد منجز در حقوق مدنی قرار گرفته است یعنی عقد معلق عبارت است از اینکه اثر عقد منوط به وقوع امر دیگری شود و زمانی قرارداد ایجاد و جاری می‌شود که آن رخ داده باشد.

منظور از آثار قرارداد نتایجی است که عقد پس از انشاء در عالم حقوق به وجود می‌آورد. این آثار عبارت از تعهد، یعنی وظیفه قانونی و قراردادی به انجام دادن یا خودداری از انجام دادن عملی و نیز مسئولیت متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد است. فعل مورد تعهد ممکن است فعل مادی باشد

مانند احداث یک ساختمان یا نصب ماشین آلات کارخانه یا فعل حقوقی باشد مانند فروش یا خرید ملک.^۱

با توجه به اینکه در قراردادهای پیمانکاری به مجرد انعقاد قرارداد، آثار آن بدون وقف بر امر دیگری جاری شده و قطعی می‌باشد و طرفین متعهد به انجام تعهدات قراردادی و قانونی خود هستند لذا این قراردادها در زمره قراردادهای با عقود منجز قرار دارند.

بند دوم- وضعیت ماده ۴ قراردادهای پیمانکاری (تاریخ نفوذ پیمان)

درخصوص این ماده دو نکته قابل ذکر مهم است: آیا مندرجات ماده ۴ قراردادهای پیمانکاری که بیانگر تاریخ تنفیذ، مدت و تاریخ شروع کار است دلالت بر معلق بودن عقد در این نوع قراردادها ندارد؟ برای بیان موضوع نگاهی به ماده مذکور می‌اندازیم. در این ماده موارد زیر بیان می‌گردد:^۲

الف) این پیمان از تاریخ مبادله آن (ابلاغ از سوی کارفرما) نافذ است.

ب) مدت پیمان... ماه است. این مدت تابع تغییرات موضوع ماده ۳۰ شرایط عمومی پیمان است.

ج) تاریخ شروع کار، تاریخ نخستین صورت‌مجلس تحویل کارگاه است که پس از مبادله پیمان، تنظیم می‌شود. پیمانکار متعهد است از تاریخ تعیین شده برای شروع کار، در مدت ... ماه نسبت به تجهیز کارگاه به‌منظور شروع عملیات موضوع پیمان، اقدام نماید.

اولاً مطابق بند الف نفوذ پیمان یا به تعبیر بهتر تکمیل مراحل انعقاد قرارداد منوط به مبادله (ابلاغ از سوی کارفرما) شده است. در اینجا این بحث قابل طرح است که آیا با این نکته عقد معلق نشده است

۱. شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۲۰.

۲. البته این موضوع به شرح فوق در قراردادهای سه‌عاملی (نشریه ۴۳۱۱) بحث شده ولی در مورد دیگر انواع قراردادهای پیمانکاری موضوع به همین منوال و مشابه است.

و در واقع آثار عقد معلق از تاریخ تحقق شرط مبادله پیمان و ابلاغ از سوی کارفرما به بار نمی‌نشیند؟ آیا عقد پیمانکاری بر اساس این ماده معلق نیست؟ یا عقد معلق با آثار منجز نمی‌باشد؟

اگرچه نوشتن چنین بندی بدون تاریخ یا محدوده زمانی مشخص برای تحقق و فرجام تحقق آن اساساً از نقاط ضعف قراردادهای پیمانکاری داخلی است و می‌تواند به تعبیری مبطل عقد اصلی محسوب گردد اما به نظر می‌رسد مبادله قرارداد در واقع تکمیل فرآیند انشاء و جاری شدن عقد است نه معلق بودن آن.

شایان ذکر است در قراردادهای پیمانکاری تیپ فیدیک یا قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی در صورت مشروط کردن نفوذ عقد به ابلاغ قرارداد الزاماً محدوده زمانی انجام این کار حتماً درج می‌گردد مثلاً ذکر می‌گردد نهایتاً ظرف دو هفته یا نهایتاً یک ماه. بنابراین در صورت عدم مبادله یا ابلاغ قرارداد از سوی کارفرما قرارداد خودبه‌خود فسخ و از درجه اعتبار ساقط می‌شود. در واقع عدم تحقق ابلاغ یا مبادله در محدوده زمانی تصریح شده به ابطال خودبه‌خودی قرارداد یا انفساخ منجر می‌گردد. بر این اساس مبادله یا ابلاغ پیمان از سوی کارفرما در اصل تکمیل فرآیند مراحل انعقاد قرارداد و جاری شدن عقد و نفوذ آن است. بنابراین شروع عقد و انجام تعهدات قراردادی از زمان تکمیل شدن فرآیند انعقاد پیمان بوده و عقد مربوط منجز است نه معلق.^۱

ثانیاً بر اساس بند الف به محض مبادله پیمان تعهدات طرفین جاری و قرارداد نافذ و اجرا می‌شود. به این ترتیب بدون وقف بر امری، عقد جاری و لازم‌الاجرا می‌شود. اما با توجه به مندرجات بند ج شروع کار پیمان معلق و مشروط به تحویل زمین از سوی کارفرما است. یعنی برای آنکه پیمانکار بتواند تعهدات خود را آغاز نماید و به انجام آن اهتمام نماید، باید تحویل زمین کارگاه از سوی کارفرما صورت پذیرد. پس قرارداد و شروع تعهدات پیمان مشروط به تحویل کارگاه است نه معلق به آن. در

واقع شرط شروع تعهد پیمانکار که مطابق ماده الف نافذ و جاری است مشروط به تحقق فعل کارفرما در تحویل زمین است. بنابراین قرارداد مشروط آن است نه معلق به آن.

اساساً عقد معلق زمانی اجرا می‌شود که امری که قرارداد به آن تعلیق شده انجام شود و تا زمانی که این موضوع محقق نشود قرارداد اجرایی نخواهد شد. اما در قرارداد مشروط، قرارداد به محض اینکه منعقد شد نافذ بوده و اعمال می‌شود و آثار آن جاری می‌گردد. تنها در ضمن عقد شروطی وجود دارد که باید ضمن اجرای قرارداد و انجام تعهدات در نظر گرفته شود.

نکته دیگر اینکه در عقد معلق، تشکیل عقد و آثار آن متوقف بر تحقق شرط است، در واقع در عقد معلق الزامی به وجود نمی‌آید مگر پس از تحقق عقد معلق علیه. درحالی که در عقد مشروط، عقد تشکیل شده و شرط یک تعهد فرعی است و متعاقدين خواسته اند از همان زمان توافق اراده انشاء عقد، آثار قانونی آن ایجاد گردد و علاوه بر آن حسب نوع شرط، مشروط علیه به تعهد دیگری نیز عمل کند. بنابراین تعهدات و آثار عقد مشروط منوط و معلق به هیچ امری نیست و متعاقدين از زمان انعقاد عقد ملزم به اجرای تعهدات اصلی و تعهدات فرعی (شرط) آن عقد می‌باشند. مانند تحویل زمین که فرع تعهد کارفرما برای ایجاد عقد اصلی است. بر این مبنا تحقق عقد یا حدوث آثار عقد مشروط، منوط به تحقق شرط نیست و عدم اجرای شرط در عقد مشروط لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌آورد و بر حسب مورد مشروط له می‌تواند مشروط علیه را ملزم به اجرای شرط کند و در صورت عدم امکان آن عقد را فسخ نماید.

مطابق مندرجات بند ج ماده ۲۸ شرایط عمومی پیمان سه عاملی اگر کارفرما نتواند زمین کارگاه را تحویل نماید تا تعهدات پیمانکار که ناشی از عقد اصلی انجام شود، پیمانکار از حق فسخ (خاتمه) برخوردار می‌شود. از سوی دیگر در عقد معلق در صورت عدم تحقق شرط، عقدی تشکیل نمی‌شود و بنابراین موجبی برای الزام طرف دیگر جهت اجرای شرط یا فسخ عقد نخواهد بود.

بنابراین بند الف ماده ۴ موافقتنامه پیمان دلالت بر این دارد که به مجرد مبادله پیمان عقد جاری شده و چنانچه کارفرما نتواند به تعهد تحویل زمین عمل کند مطابق ماده ۲۸ پس از گذشت ۶ ماه از عدم تحویل پیمانکار از حق فسخ (خاتمه) برخوردار است یعنی عقد نافذ و جاری و قطعی است و در صورت عدم انجام شرط مستتر در بند ج ماده ۴ حق فسخ نیز می‌تواند در صورت عدم تحقق شرط تحویل کارگاه جاری شود.

در یک جمع‌بندی کلی می‌توان بیان داشت بر اساس مندرجات ماده ۴ موافقتنامه‌های پیمان، مشخص می‌گردد که عقود پیمانکاری در زمره عقد منجز و مشروط است.

بند سوم - وضعیت ماده ۴۹ (تعلیق پیمان)

اما در این حالت تکلیف مندرجات ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان تحت عنوان تعلیق چیست؟ آیا این ماده نشان نمی‌دهد که عقد پیمانکاری معلق بوده یا می‌تواند معلق شود؟

در ماده ۴۹ آمده است کارفرما می‌تواند در مدت پیمان، اجرای کار را برای یک بازه حداکثر سه‌ماهه معلق کند. در این صورت مراتب را با تعیین تاریخ شروع تعلیق به پیمانکار اطلاع می‌دهد. در مدت تعلیق پیمانکار مکلف است که تمامی کارهای انجام‌شده، مصالح و تجهیزات پیمانکار، تاسیسات و ساختمان‌های موقت را بر اساس پیمان به‌طور شایسته، حفاظت و حراست کند.

در ماده ب نیز بیان شده است کارفرما هزینه بالاسری را در دوران تعلیق به میزان تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان به پیمانکار می‌پردازد.

در بند د نیز آمده است در صورتی که تعلیق بیش از سه ماه ضروری باشد، کارفرما می‌تواند با موافقت پیمانکار تعلیق را برای یک‌بار و حداکثر سه ماه افزایش دهد. در صورت عدم موافقت پیمانکار با تعلیق بیش از سه ماه، پیمان خاتمه یافته و طبق ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان عمل می‌شود.

و در بنده هـ آمده است هرگاه عوامل موجب تعلیق کار بر طرف شود، کارفرما با تعیین مهلتی برای پیمانکار به منظور آماده نمودن کارگاه، تاریخ شروع مجدد کار را به پیمانکار ابلاغ می‌کند.

اولاً تعلیق عنوان شده در این ماده تعلیق موقت در حین کار است نه تعلیق در عقد. ثانیاً تحقق عقد اصلی که از قبل انجام شده و عقد قطعی بوده و بر اساس آن تعهدات طرفین شکل گرفته، منوط به وقوع این تعلیق (رفع تعلیق) نیست.

مساله تعلیق موقت یا تعلیق در رفع عیب در عقود دیگر مانند عقد اجاره و عقد مزارعه قابل‌ردیابی و شناسایی است. مثلاً در عقد اجاره اگر در مال الاجاره عیبی به وجود آید که قابل رفع نباشد عقد از همان تاریخ کشف عیب قابل فسخ است. اما چنانچه امکان رفع عیب وجود داشته باشد قرارداد جاری است (ماده ۴۷۸ قانون مدنی).^۱ بنابراین تا زمان رفع عیب قرارداد فی‌مابین می‌تواند تعلیق شده و تعهد متعهد به حالت معلق درآید.

در عقد مزارعه نیز مطابق ماده ۵۲۷ قانون «مدنی هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می‌شود». بنابراین از این راه نیز می‌توان چنین استنباط کرد اگر رفع مانع ممکن باشد، عقد منفسخ نمی‌شود و در واقع تا رفع مانع قرارداد به حالت تعلیق درمی‌آید. بر مبنای توضیحات فوق می‌توان بیان نمود که در قانون مدنی ایران تعلیق در حین عقد مورد قبول می‌باشد.

مساله تعلیق در قراردادهای پیمانکاری به شرحی که در بالا بر اساس مندرجات ماده ۴۹ شرایط عمومی پیمان آمده است نشان می‌دهد این تعلیق قانونی بوده و می‌تواند در حین عقد منجز به اجرا

۱. ماده ۴۷۸، هرگاه معلوم شود عین مستاجره در حال اجاره معیوب بوده مستاجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجب رفع عیب کند به نحوی که به مستاجر ضرری نرسد مستاجر حق فسخ ندارد.

درآید و به اصل عقد و آثار قطعی که به مجرد انعقاد عقد جاری و نافذ شده است خدشه و اثر تعلیقی از حیث تبدیل عقد منجز به عقد معلق وارد نمی‌کند. در اصل، تعلیق موقت در حین عقد منجز، شناخته‌شده و وارد بوده و تعلیق قراردادهای پیمانکاری از این نوع تعلیق است. بنابراین تعلیق موجود در قراردادهای پیمانکاری را می‌توان یک الخيار در ید کارفرما دانست که تحت شرایطی می‌تواند آن را اجرا کند. هرچند در حین تعلیق تعهدات طرفین به‌ویژه متعهد متوقف می‌گردد. این توقف و تعلیق به این معنا نیست که از مسئولیت آن‌ها کاسته می‌شود یا مسئولیت آن‌ها در مقابل کار انجام‌شده یا تعهدات ناشی از قرارداد از بین می‌رود.

شایان‌ذکر است در این تعلیق نیز پیمانکار مسئولیت‌ها و تعهداتی دارد که فرع تعهد اصلی بوده و لازم‌الاجرا است. مانند حفظ و حراست از کارگاه و کارهای انجام‌شده، مصالح و تجهیزات وفق تعهد اصلی یا مطابق قرارداد که اگرچه این‌ها تعهدات فرعی هستند ولی باید پیمانکار به انجام آن‌ها اقدام نماید. از سوی دیگر کارفرما نیز در مقابل این مسئولیت، همچنان مسئولیت اصلی و تعهدات ذاتی خود در قرارداد را ادامه داده و همچنین مسئول پرداخت هزینه‌های دوران تعلیق به شرح مندرج در ماده مذکور در شرایط عمومی پیمان است.

بند چهارم - وضعیت ماده ۴۳ (حوادث قهری)

در خصوص تعلیق و توقف کار ناشی از بروز حوادث قهری ماده ۴۳ شرایط عمومی پیمان نیز موضوع به همان شرح بالاست. به ترتیبی که تعلیق و توقف کار بر اثر بروز حوادث قهری به بنیان عقد منجز اصلی قرارداد خدشهای وارد نمی‌کند وضعیت تعهدات و مسئولیت‌های طرفین قرارداد، در توقف و تعلیق تعهدات اصلی و اجرای مسئولیت‌ها و تعهدات فرعی ناشی از تعلیق بر اثر حوادث قهری، تابع مندرجات این ماده هستند.

بنابراین در یک جمع‌بندی کلی عقد و قراردادهای پیمانکاری داخلی مرسوم، مبتنی بر شرایط عمومی پیمان یک عقد منجّز بوده که در آن شروطی دیده شده است. همچنین در حین اجرای تعهدات ناشی از این عقد تعلیق در انجام تعهدات اصلی مجاز بوده و این تعلیق‌ها ایرادی به اصل عقد و تعهدات قراردادی وارد نمی‌کند لذا قرارداد منجّز و تعهدات لازم‌الاجرا به‌ویژه از ناحیه پیمانکار به‌عنوان متعهد می‌باشد.

گفتار هفتم - از حیث تشریفات

عقد تشریفاتی عقدی است که بنا به ملاحظات و علاوه بر شرایط اساسی صحت معامله برای تشکیل آن پاره‌ای از تشریفات نیز ضروری می‌باشد. عقد غیر تشریفاتی با توافق و رضای طرفین بدون تشریفات خاصی از قبیل لفظ خاص یا تنظیم سند بوجود می‌آید. بنابر توضیحات فوق از آنجایی که برای شکل گرفتن، رسمی شدن و جاری شدن عقد یا به تعبیر بهتر برای تحقق و انعقاد قرارداد پیمانکاری تشریفاتی خاص از جمله برگزاری مناقصه، استعلام کتبی و یا تنظیم قرارداد به‌عنوان سند معتبر، که تعهدات طرفین و چگونگی انجام این تعهدات در آن انشاء شده و به‌صورت مکتوب و مستند تحت تشریفات خاصی لازم است و این رعایت و عمل به تشریفات از اصول اساسی تشکیل این قراردادها است، لذا قراردادهای پیمانکاری جز عقود تشریفاتی محسوب می‌گردند.

گفتار هشتم - از نظر تاثیر قبض

عقد رضایی عقدی است که رضایت طرفین برای انعقادش کفایت می‌کند و اساساً نیاز به تشریفات خاصی برای انجام کار نخواهد داشت. پس یگانه عامل تکوین چنین عقدی تراضی است. اما در عقد عینی موضوع عقد مالی است و قبض و تحویل مال از شروط صحیح بودن عقد است.

گرچه برخی از حقوقدانان به جهت اینکه عنصر سازنده عقد را قصد انشاء می‌دانند و نه تراضی لذا این دسته عقود را عقد قصد، نام می‌نهند.^۱

برخی از حقوقدانان قبض را در عقود عینی شرط صحت عقد می‌دانند درحالی‌که برخی نیز عقیده دارند قبض هیچ‌گونه اثری در همان عقد ندارد.^۲

با توجه به مطالب فوق عقد عینی هم در واقع مصداقی از عقود تشریفاتی است و شاید دلیل جداسازی عقود عینی از سایر عقود تشریفاتی این باشد که در این دسته از عقود شرط ویژه‌ای به نام قبض مدنظر بوده که در موارد متعدد باعث تضارب آرای اندیشمندان شده است.^۳

بنابراین در یک جمع‌بندی کلی با توجه به اینکه در عقود پیمانکاری انجام تعهدات در قبال تسلیم مال (پرداخت کارکردهای پیمانکار) مطرح می‌باشد، لذا می‌توان این عقود را جز عقود عینی هم محسوب کرد.

نتیجه گیری

تردیدی نیست که گردش مالی بالا در قراردادهای پیمانکاری حوزه ساخت و ساز و اهمیت آن‌ها در اجرای طرحهای زیر بناهایی کشور، آثار جدی و عمیقی نه تنها بر طرفین آن بلکه بر کل جامعه و اقتصاد کشور دارد. لذا باید این قراردادها که در ایران به پیمان معروف هستند از منظر حقوقی به خوبی و تا آنجا که ممکن است به دقت بررسی و شناسایی شوند. در این راستا جایگاه این قراردادها بویژه از نظر اقسام مختلف عقود مورد بررسی قرار گرفت.

۱. داورزنی، ۱۳۸۸، ص ۲.

۲. علامه حلی، ۱۳۸۷، به نقل از داورزنی و همکار، ۱۳۸۸، ص ۳.

۳. داورزنی و همکار، ۱۳۸۸، ص ۳۱.

در این مقاله اقسام مختلف عقود از حیث تاریخی (معین و غیر معین)، دوام و استحکام (لازم و جایز) حیث اثر (تملیکی، عهده‌ی و اذنی)، شرط (مطلق و مشروط)، مورد (معوض و غیر معوض)، نحوه انشاء (معلق و منجز)، تشریفات (تشریفاتی و غیر تشریفاتی) و قبض (عینی و رضایی) مورد توجه قرار گرفته اند و جایگاه قراردادهای پیمانکاری بویژه قراردادهای مبتنی بر شرایط عمومی پیمانهای سه عاملی (نشریه ۴۳۱۱) در اقسام مختلف آنها بررسی شده اند.

قراردادهای پیمانکاری اساساً براساس ماده ۱۰ قانون مدنی که ناظر به عقود معین هستند شکل می گیرند. اگرچه می توان بخشهای مختلف آن را به صورت خاص با برخی عقود معین نیز مطابق داده تفسیر نمود اما در عین حال قراردادهای پیمانکاری حاوی شرایط، ضوابط و آثاری است که تحت هیچکدام از عقود معین قرار نمی گیرد.

وجود مواد ۴۶ و ۴۸ در شرایط عمومی این پیمانها نشان می دهد که این قراردادها از ناحیه کارفرما جز عقود جایز و از ناحیه پیمانکار جز عقود لازم است. اگرچه در این خصوص، می توان به تفسیرهایی که به لازم یا جایز بودن کامل آن با توجه به مندرجات این مواد و مواد ۲۸ و ۲۹ شرایط مذکور تردیدهایی وارد می سازد نیز اشاره نمود. در قراردادهای موصوف چون کارفرما با اذن و اختیار پیمانکار حق تصرف با قابلیت فسخ از سوی کارفرما برای انجام کار و در اختیار گرفتن کارگاه را دارد و تصرف موقت بدون انتقال یا ایجاد حق عینی و مالکیت را دارا می باشد پس در زمره عقود اذنی است. با وجود شروط مختلف در این قراردادها، قرار گرفتن تعهدات معوض پیمانکار در مقابل تعهدات کارفرما، رعایت تشریفات در انعقاد و انجام تعهدات قراردادی مذکور، می توان این نوع قراردادها را جز قراردادهای تشریفاتی، معوض، منجز و عینی محسوب نمود.

در یک جمع بندی کلی براساس بررسی انجام شده قراردادهای پیمانکاری حوزه ساخت به طور کلی قراردادهای غیرمعین، مشروط، معوض، منجز، تشریفاتی، عینی هستند و از ناحیه کارفرما جز عقود جایز و از ناحیه پیمانکار لازم می‌باشند.

شایان ذکر است شناخت ماهیت و آثار این قراردادها قطعاً می‌تواند منجر به کارکرد بهتر و استفاده دقیق تر آن‌ها شود. بر این مبنا می‌توان آن‌ها را به نحو مطلوبتری به سرانجام رسانید و تعهدات برآمده از این قراردادها را به خوبی به جا آورد و در پرتو چنین عملکردی به نتایجی دست یافت که در ورای آن توسعه زیرساخت‌ها و اجرای موفق طرحهای عمرانی در کشور برای استفاده ذینفعان و بهره برداران صورت پذیرد.

منابع و مأخذ:

۱. ادیبی، محمدرضا (۱۳۹۴)، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، چاپ اول، ویرایش دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۳۲۷ صفحه
۲. اردشیری شعبان (۱۳۹۱)، آثار ناشی از فسخ قرارداد پیمانکاری، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دامغان، دانشکده حقوق، ۱۴۹ صفحه.
۳. داورزنی حسین و مومنی خسرو (۱۳۹۸)، عقد قرض، عقد عینی یا رضایی با رویکرد به آرای حضرت امام خمینی (س)، پژوهشنامه متین شماره ۴۵، صفحات ۶۵-۷۸.
۴. سازمان برنامه و بودجه کشور (۱۳۷۸)، موافقتنامه شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان»، نشریه شماره ۴۳۱۱، انتشارات سازمان برنامه و بودجه کشور.
۵. سازمان برنامه و بودجه کشور (۱۳۸۳)، فرهنگ واژگان نظام فنی و اجرایی کشور، شماره ۸۳/۰۰ تابستان ۱۳۸۳، انتشارات سازمان برنامه و بودجه کشور
۶. شمس، احمد و منصوری، سعید (۱۳۹۲) حقوق مدنی جداول عقود و معین، چاپ اول انتشارات دادگر، ۲۵۶ صفحه.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، حقوق مدنی (سقوط تعهدات)، تهران، انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۴۳ صفحه.
۸. صباغی روح الله (۱۳۹۳)، اختلاف قراردادهای ساخت و ساز دستگاههای دولتی، رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ۱۴۸ صفحه.
۹. قانون مدنی
۱۰. قهرمانی، نادر (۱۳۷۰)، پیمانهای دولتی و فسخ یک جانبه آنها، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، صفحات ۳۳-۳۴.
۱۱. کاتوزیان ناصر (۱۳۶۹)، حقوق مدنی، دوره عقود معین (معاملات معوض و عقود تملیکی)، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، ۱۶۶ صفحه.
۱۲. کاتوزیان ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، دوره عقود معین (عطایا). جلد سوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۲۲۳ صفحه.
۱۳. کاتوزیان ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای (آثار قرارداد در رابطه دو طرف و نسبت به اشخاص ثالث)، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، ۱۹۷ صفحه.

۱۴. کاتوزیان ناصر (۱۳۸۳)، عقود معین، جلد اول، چاپ ششم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۴۹ صفحه.

۱۵. کاتوزیان ناصر (۱۳۹۳)، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع چاپ نوزدهم (۱۳۹۷) انتشارات گنج دانش ۵۰۹ صفحه

۱۶. گلابتونچی، ایرج (۱۴۰۱)، تحلیل حقوقی آثار مالی-اقتصادی خاتمه و فسخ پیمان در قراردادهای پیمانکاری، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، ۲۰۱ صفحه.

۱۷. نهرینی، فریدون (۱۴۰۰)، فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۳۸۰ صفحه

18-The FIDIC Forms of Contract, 3rd Ed, ISBN 13: 978-14051-2031-9.

19-FIDIC Contracts Guide to the Construction, Plant and Design-Build and EPC/Turnkey Contracts (1st Edition, 2000). ISBN: 2-48432-029-6.

دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ■ ۲۹

سال دوم؛ شماره سوم؛ بهار و تابستان ۱۴۰۱

شرکت‌های چند ملیتی و ارتقا تکنولوژی در صنعت نفت ایران

سید امیر محمد ارجمند^۱

چکیده

دغدغه تکنولوژی یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های صنعت نفت در سه دهه اخیر است. به خصوص اینکه با افزایش تحریم‌ها نیاز به خود کفایی بیش از پیش احساس شد. حقوقدانان این صنعت نیز در راستای بررسی و حل مشکل تاکنون پژوهش‌های بسیاری به رشته تحریر درآورده‌اند. لیکن ملاحظات حقوقی در کنار ملاحظات فنی و با توجه کامل بدان‌ها باید صورت پذیرد. در این خصوص، دو راهکار برای توسعه و ارتقاء تکنولوژی صنعت نفت به ذهن متبادر می‌شود. اول حضور شرکت‌های چندملیتی در صنعت و انعقاد قراردادهای تجارت تکنولوژی با این شرکت‌ها و دوم عضویت شرکت‌های ایرانی در شرکت‌های چندملیتی. این در حالی است که هر یک از این راهکارها به لحاظ عملی با موانعی مواجه است و میزان کارایی هر یک از این دو راهکار نیز می‌بایست مورد تحلیل و بررسی واقع شود. در پژوهش حاضر با رویکردی میان رشته‌ای تلاش گردیده تا ضمن مرور پژوهش‌های سابق، این دو راهکار مورد تشریح قرار گرفته تا در نهایت بتوان دیدی جامع و نگاهی واقع‌بینانه نسبت به ظرفیت شرکت‌های چندملیتی در کمک به ارتقاء تکنولوژی صنعت نفت پیدا کرد.

کلمات کلیدی: تکنولوژی، دانش فنی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، شرکت‌های چندملیتی، صنعت نفت.

۱- فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز از دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

Multinational corporations and development of technology in the Oil industry of Iran

Abstract

The advancement of technology has been one of the most critical concerns of the oil industry in the last three decades, and the need for self-sufficiency in the oil industry was felt more than ever with the further addition of sanctions. Legal specialists have also published many pieces of research in order to deliver solutions regarding the issue. However, legal concerns must be considered along with technical considerations. In this regard, two solutions come to mind concerning the development and advancement of technology in the oil industry. First, the presence of multinational companies in the industry and the conclusion of technology trade agreements with them; second, the membership of Iranian companies in multinational corporations. This being noted, each of these solutions may face practical obstacles, and the effectiveness of these two solutions must be subject to further analyses. In the present study, with an interdisciplinary approach, an attempt has been made to review these cases while reviewing previous studies so that finally, a comprehensive and realistic view of the capacity of multinational corporations (to help the .advancement of the technology) could be realized

Keywords: Technology, Know-how, Foreign Direct Investment, Multinational Corporations, Oil Industry.

مقدمه

تکنولوژی و دسترسی به آن یکی از معیارهای اصلی رشد و توسعه اقتصادی است.^۱ به همین دلیل موضوع تکنولوژی و دسترسی کشورهای در حال توسعه به آن در دهه‌های گذشته بسیار مورد توجه بوده است. تاثیر تکنولوژی بر رشد و توسعه کشورها آنچنان است که تکنولوژی به عنوان یکی از شاخه‌های تقسیم‌بندی کشورها به توسعه یافته یا در حال توسعه شناخته می‌شود.^۲ به همین دلیل تجارت تکنولوژی یکی از موضوعات بسیار حائز اهمیت در تجارت بین‌الملل است. در کشور ما به دلیل نقش تعیین‌کننده‌ای که استخراج و تولید نفت در کسب درآمد و نتیجتاً عمران و آبادی کشور دارد، همواره دستیابی به تکنولوژی‌های لازم برای کاهش هزینه‌های تولید و استخراج و در نتیجه افزایش درآمد نفتی مورد توجه بوده است.

تکنولوژی در علوم مختلف، به اعتبار تقسیم‌بندی‌های تکنولوژی، تعاریف، فرایند شکل‌گیری، شیوه‌های استفاده و انتقال و از منظر مالکیت و انحصار مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. از دیدگاه حقوقی نیز حمایت از تکنولوژی و شناسایی روش‌هایی برای معامله تکنولوژی موضوعی کلیدی است. از طرفی برای حمایت حقوقی از تکنولوژی و روش‌های معامله و انعقاد قرارداد در این حوزه لازم است موضوع قرارداد از تمامی زوایا شناخته شود. بنابراین انتخاب شیوه‌های تجارت تکنولوژی و شناخت تاثیر شرکت‌های چند ملیتی و سرمایه‌گذاری خارجی بدون توجه به تعاریف، تقسیم‌بندی‌ها و فرایندها غیر ممکن می‌نماید. بنابراین لازم است که در مقاله ابتدا مفهوم تکنولوژی و شیوه‌های تجارت آن شناخته شود.

1-Ive De Loo, Luc Soete, The Impact of Technology on Economic Growth: Some New Ideas and Empirical Considerations, Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology, April 1999, p.1.

2-Ulrich Schmoch, Concept of Technology Classification for Country Comparisons, Fraunhofer Institute for Systems and Innovation Research, Final Report to the World Intellectual Property Organisation (WIPO), June 2008, p.7.

با توجه به اینکه کشور ما نیازمند جذب و استفاده از تکنولوژی است و تکنولوژی در دست کشورهای توسعه یافته است؛ لازم است از طریق سرمایه گذاری خارجی و شرکت های چندملیتی به تکنولوژی دست یافت. بنابراین نمی توان نقش شرکت های چندملیتی در دستیابی به تکنولوژی را نادیده گرفت. اما باید این نکته را در نظر داشت که تنها دغدغه این سرمایه گذاران و شرکت ها کسب حداکثر سود است.^۱ بنابراین در مقابل انگیزه کشور میزبان که شامل دغدغه استخراج و کسب درآمد نفتی و دغدغه جذب تکنولوژی و خودکفایی است؛ شرکت صاحب تکنولوژی دغدغه کسب حداکثر سود را دارد و کسب سود در گرو انحصار تکنولوژی و وابسته ماندن دولت های میزبان به آن است. این تقابل منافع یکی از دلایلی است که در عمل با وجود صرف هزینه های هنگفت برای جذب تکنولوژی این انتقال صورت نپذیرد.

در بخش اول مقاله تلاش می شود پس از ارائه تعریفی از شرکت های چندملیتی و سرمایه گذاران خارجی، تکنولوژی و شیوه های تجارت آن شناخته شود تا زمینه ای برای تشخیص مصلحت صنعت نفت ایران فراهم گردد. در بخش دوم با بررسی تاریخچه حضور سرمایه گذاران خارجی و شرکت های چندملیتی در صنعت نفت ایران، از وضعیت انتقال تکنولوژی در قراردادهای سابق کسب تجربه شود (قسمت اول). همچنین با بررسی وضعیت کنونی صنعت نفت، نیاز حال حاضر به استفاده یا انتقال تکنولوژی روشن گردد (قسمت دوم) تا در نهایت بتوانیم با اتکا به مطالب ارائه شده به چند سوال مهم پاسخ دهیم. ۱- حضور شرکت های چندملیتی چه تاثیری بر رشد تکنولوژی صنعت نفت دارد؟ ۲- چه شیوه ای از تجارت تکنولوژی برای صنعت نفت ایران ارجح است؟ ۳- چگونه می توان بستری برای توسعه تکنولوژی در صنعت نفت فراهم آورد؟

1- Paul Bloom and Philip Kotler, Strategies for High Market-Share Companies, Harvard Business Review. Available at <https://hbr.org/1975/11/strategies-for-high-market-share-companies>. See also Perspectives on Experience, The Boston Consulting Group, Inc., 1968.

۱- شناسایی مفاهیم و صنعت

جهت شناسایی تاثیر حضور شرکت‌های چند ملیتی در صنعت نفت ایران، لازم است ابتدا با مفاهیمی مانند شرکت‌های چند ملیتی و انتقال تکنولوژی (موضوعات قسمت اول) آشنایی نسبی پیدا کنیم، سپس با بررسی وضعیت صنعت نفت ایران به لحاظ نیاز به انتقال تکنولوژی و تجربیات ناشی از حضور شرکت‌های چند ملیتی (موضوعات قسمت دوم) مبانی لازم جهت ورود به بحث بعد را فراهم آوریم.

۱-۱- شناسایی مفاهیم

دو مفهوم شرکت چند ملیتی و انتقال تکنولوژی از مفاهیمی هستند که به شیوه‌های مختلف در ادبیات حقوقی سراسر جهان تعریف و شناسایی شده‌اند. در این قسمت به طور اجمالی تعریفی از هر یک از این دو به دست می‌آید و از مفاهیم مشابه تمیز داده می‌شوند.

۱-۱-۱ شرکت‌های چند ملیتی

از اواسط قرن بیستم پدیده‌ای در عالم حقوق و تجارت بین‌الملل تحت عنوان شرکت‌های چند ملیتی^۱ ظاهر شده است. در معنای لغوی آن، این پدیده را نوعی از شرکت‌ها دانسته‌اند که بین دو یا چند کشور به امور تجاری می‌پردازند و دامنه فعالیت آن‌ها نیز محدود به مرزهای یک کشور نیست. همانطور که ملاحظه می‌شود، در این تعریف، یک شرکت زمانی می‌تواند چندملیتی تلقی شود که به جز کشور متبوع در یک یا چند کشور خارجی نیز فعال باشد. از حیث فعالیت این نوع شرکت‌ها اما آنچه که اتفاق می‌افتد عبارت است از حضور این شرکت‌ها در یک کشور به عنوان اقامتگاه اصلی و کنترل فعالیت‌های تولیدی و یا خدماتی شرکت در خارج از آن کشور. با این حال، تعاریف دیگری نیز وجود دارند که این شرکت‌ها را از نگاه مالی تعریف نموده‌اند. بدین ترتیب برخی، شرکت چندملیتی را یک شرکت عظیم و با سرمایه متمرکز می‌دانند که صرفاً فعالیتش در کشورهای مختلف پراکنده

شده است. با این حال در دو فرض به این نوع از شرکت‌ها صفت چند ملیتی قابل انتساب است. در حالت اول، زمانی که شرکت مادر با سرمایه خود شروع به فعالیت در کشورهای متعدد از طریق تشکیل شعبات با ایجاد شرکت‌های وابسته نموده و شعبات مذکور نیز علیرغم برخورداری از استقلال نسبی از سوی شرکت مادر هدایت می‌شوند. در حالت دوم اما، شرکت مادر برای فعالیت در کشوری که جهت فعالیت مورد نظر است، از سرمایه‌های داخلی آن کشور بهره‌مند می‌شود. به این ترتیب، ظاهراً سرمایه شرکت‌های دارای ملیت‌های مختلف در کنار هم به وسیله شرکت مادر به کار گرفته می‌شود.^۱ برخی از صاحب‌نظران این حوزه نظیر سوزان استرنج، شرکت‌های چندملیتی را به عنوان قدرتهای مسلط بر تکنولوژی، دارای دسترسی به سرمایه در گردش، عنوان تجاری و شبکه توزیع جهانی می‌دانند که این شرکت‌ها از اوایل دهه ۱۹۸۰ مورد توجه بسیاری از دولت‌ها اعم از توسعه یافته و در حال توسعه قرار گرفته‌اند.^۲

در واقع زمانی که صحبت از توجه دولت‌هاست، باید سرعت بسیار زیاد روند جهانی را نیز مد نظر داشت که همواره یکی از بارزترین ویژگی‌های آن، ظهور شرکت‌های عظیم و غول پیکر است که در اقتصاد ملی کشورهای سراسر جهان فعالیت دارند و بر این اقتصادها تأثیر می‌گذارند.^۳

أساساً شرکت‌های چند ملیتی در راستای گسترش فعالیت‌های خود در سراسر جهان، سرمایه‌گذاری در قطب‌های صنعتی کشورهای در حال توسعه و رو به رشد و استفاده از امکانات آن‌ها در کشورهای مختلف اقدام به تأسیس یک شرکت فرعی می‌کنند. این شرکت‌ها مطابق با قانون تجارت یک کشور خاص تأسیس می‌شوند (شرکت مادر). هدف نهایی شرکت‌های چندملیتی توسعه روزافزون و کسب سود بیشتر در هر گوشه از جهان است و از همین رو نیز بدیهی است که شرکت چندملیتی کسب

۱. کاظمی، بابک. نقدی بر شرکت‌های چندملیتی، اقتصاد انرژی ۷۹-۸۰ (۱۳۸۴): ص ۲۰۰.

۲. استرنج، سوزان. جهانی شدن، فرسایش اقتدار کشور و تحول اقتصاد جهانی. ترجمه احمد صادقی، فصلنامه سیاست

خارجی، ۲ (۱۳۷۹): ص ۲۱۵.

۳-Strange, S. Political Economy and the changing global order, in John Baylis and Steve Smith, Oxford: 1994. P 104.

سود برای شرکت مادر را در اولویت قرار داده و سودآوری شرکت‌های تابعه را در اولویت‌های بعدی قرار دهد.^۱

۲-۱-۲- تکنولوژی^۲

تکنولوژی و دسترسی به آن یکی از معیارهای اصلی رشد و توسعه اقتصادی است. اقتصاددانان در این رابطه اثبات کرده‌اند که یک سوم تا نیمی از رشد اقتصادی هر کشور مرهون رشد تکنولوژی آن کشور است.^۳ به همین دلیل نیز بوده است که موضوع تکنولوژی و دسترسی کشورهای در حال توسعه به تکنولوژی در دهه‌های گذشته بسیار مورد توجه بوده است. سوال قابل طرح این که: زمانی که صحبت از تکنولوژی می‌شود منظور چیست؟ در تعریفی که سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO) از تکنولوژی ارائه نموده است، تکنولوژی به معنی دانش و تجربه‌ای است که در ساخت کالا، فرایند تولید و یا عرضه خدمات به کار می‌رود. بصورت خاص محل می‌توان محل ظهور و تجلی آن در اختراعات، طرح‌های صنعتی و مدل‌های مصرفی یا در اطلاعات و مهارت‌های فنی، خدمات کارشناسان برای طراحی، تاسیس، بهره‌برداری و نگهداری از یک کارخانه صنعتی و یا مدیریت و سازمان‌دهی آن اطلاعات و مهارت‌ها و خدمات است. بنابر این تعریف، دو جنبه از تکنولوژی را می‌توان تصور کرد. اول جنبه‌ای که در کالاهای سرمایه‌ای یا خصوصیات و فرمول‌ها و نقشه‌ها ظاهر می‌شود. دوم جنبه‌ای که همان دانش فنی است که مهارت و ظرفیت انجام اموری مانند بهره‌برداری، اصلاح و نگهداری است. کشورهای در حال توسعه از هر دو جنبه بسیار کم بهره‌اند. نکته قابل توجه اینکه ممکن است از طریق قرارداد لایسانس^۴ فرمول‌های فنی و اوراق اختراع را خرید اما اگر دانش فنی و مهارت به کارگیری وجود نداشته باشد، بهره بردن از آن تکنولوژی نیز عملی نخواهد شد.^۵ بنابراین در صورتی که دانش

۱. کلیمبس، تیودور. بازیگران جدید ندر نظام بین‌الملل، ترجمه سید اکبر احمدی، مجله راهبرد، ۲۴ (۱۳۸۱): ۳۰-۳۱.

2. Technology

3. Ralph Landau. Technology, Economics and Public Policy. Ralph and Dale W. Jorgenson. Ballinger Publishing Company, Cambridge, Massachusetts: (1986) P2.

۴. Licensing agreement

۵. Contractor, Farok J. International Technology Licensing: Compensation, Costs and Negotiation. Lexington, MA: D. C. Heath & Co. (1981): P14.

فنی به کارگیری یک تکنولوژی را نداشته باشیم؛ باید هم تکنولوژی و هم دانش فنی را خریداری کنیم که هزینه آن مبلغی گزاف خواهد بود. در حالی که می‌توان با تاسیس و استقرار نهادهای تحقیق و توسعه و واحدهای آموزش فنی و ایجاد هماهنگی و ارتباط میان صنعت و دانشگاه‌ها، زمینه و زیربنای ارتقاء دانش فنی کشور را در دراز مدت ایجاد کرد و زمینه استقلال را دست کم در حوزه دانش فنی فراهم آورد. البته که دانش فنی، پیش‌نیاز جذب تکنولوژی نیز هست و این اهمیت ایجاد زمینه رشد دانش فنی کشور را دو چندان می‌کند.

یکی از عوامل موثر در تصمیم‌گیری در خصوص شیوه منتخب تجارت تکنولوژی، در نظر گرفتن تمایز میان اقسام تکنولوژی به اعتبار نسبت آن‌ها با تولید است. بدین ترتیب این گروه، تکنولوژی را به دو دسته تقسیم می‌کنند.

الف- تکنولوژی تولید شده^۱ عبارت است از ماشین‌الات و ابزار تولیدی که برای استفاده در صنعت خاصی ساخته شده‌اند.

ب- تکنولوژی تولید کننده^۲ همان تکنولوژی فوق که برای ساخت تکنولوژی تولید کننده به کار گرفته می‌شود.

اشاره می‌گردد که زمانی که تکنولوژی از نوع تولیدکننده باشد، منطقی است که مالک آن بخواهد برای رقابت در بازار، آن را تا حد ممکن منحصر به خود نگه‌دارد. بنابراین اصولاً از طریق سرمایه‌گذاری خارجی و شیوه‌هایی که کنترل مالک تکنولوژی بر تکنولوژی مورد استفاده جهت انجام یک پروژه تا حداکثر ممکن حفظ شود، از این تکنولوژی‌ها استفاده می‌شود. اما در مقابل، در جایی که تکنولوژی تولید شده فاقد حساسیت بالا می‌باشد، این تکنولوژی از طریق قراردادهای لیسانس یا تشکیل شرکت‌های مشترک به طرف دیگر منتقل می‌شود.

1. End-Product Technology

2. Process or Generating Technology

۱-۳- تجارت تکنولوژی

پس از شناخت اقسام تکنولوژی نوبت به شناخت انواع شیوه‌های تجارت آن می‌رسد.^۱ اصولاً دسترسی به تکنولوژی از سه طریق اصلی ممکن است که در ذیل به اختصار به هر یک از موارد آن خواهیم پرداخت.

الف- استفاده: میزان بهره‌مندی یک شرکت نفتی از تکنولوژی یکی از مهم‌ترین عوامل انتخاب آن شرکت توسط سایر نهادها و شرکت‌ها جهت محول ساختن انجام یک پروژه می‌باشد. این شرکت‌ها تکنولوژی را از طریق شرکت‌های زیرمجموعه خود یا از طریق خریداری آن از سایر شرکت‌ها تحصیل می‌نمایند.^۲ منطقی است که این شرکت‌ها تمام تلاش خود را به کار بگیرند تا آن تکنولوژی رقابتی که عامل تعیین‌کننده طرف قرارداد و مبلغ قرارداد است در انحصار آن‌ها باقی بماند تا پس از بازگشت هزینه‌هایی که صرف تحصیل این تکنولوژی شده به همراه سود کافی، آن را منتقل نمایند. در این حالت کشور میزبان صرفاً حق استفاده از تکنولوژی را برای مدتی معین به دست می‌آورد. اما به صورت خاص در این بحث، چند دلیل برای مطلوبیت قرارداد استفاده از تکنولوژی به نسبت قرارداد انتقال آن برای شرکت‌های چندملیتی وجود دارد. اول اینکه در فرضی که شرکت مالک تکنولوژی، خودش مجری عملیات نفتی (طرف قرارداد نفتی) باشد و صرفاً تعهد کند که طی انجام پروژه از تکنولوژی‌های موضوع قرارداد استفاده کند، شرکت صاحب تکنولوژی بیشترین میزان کنترل را برای کاهش احتمال افشای تکنولوژی دارد. این مورد خصوصاً به علت نبود یا ضعف قوانین حامی تکنولوژی در کشور میزبان برای شرکت‌های مذکور حائز اهمیت است. دوم اینکه شرکت صاحب تکنولوژی با اجرای عملیات نفتی در حین انجام تعهدات، تکنولوژی خود را در معرض ارزیابی قرار می‌دهد و با کمک

1 Daniel F. Spulber, Innovation and international trade in technology, Journal of Economic Theory, 2007, 2.

۲. درخشان، مسعود، تکلیف، عاطفه، انتقال و توسعه فناوری در بخش بالادستی صنعت نفت ایران: ملاحظات در مفاهیم، الزامات، چالش‌ها و راهکارها، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، شماره ۱۴، ۵۱.

۳. ابراهیمی، سید نصر الله، خوش چهره، فاطمه، استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران، نشریه حقوق پزشکی، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۴ (ویژه نامه)، ۱۰.

تجربیات حاصل از این قرارداد، آن تکنولوژی را ارتقا می‌بخشد. سوم اینکه برای انتقال تکنولوژی، مالک تکنولوژی می‌بایست هزینه‌هایی برای حمل و نقل کالا و پرداخت تعرفه و مالیات گمرکی متحمل شود. در حالی که اگر تکنولوژی از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم صرفاً مورد استفاده قرار گیرد، در این هزینه‌ها نیز صرفه‌جویی می‌شود.

اما در بحث استفاده از و یا انتقال تکنولوژی، خاطر نشان می‌گردد که دست کم به سه دلیل مهم ممکن است برای قرارداد یا پروژه خاصی استفاده از تکنولوژی به جای انتقال آن ترجیح داشته باشد. نخست در حالتی که انعقاد قرارداد انتقال تکنولوژی به علت نبود زیرساخت‌های جذب تکنولوژی میسر نیست یا با مشکل مواجه است و طرف دریافت کننده نمی‌تواند آن تکنولوژی را با نیازها و توانایی‌های خود منطبق سازد.^۱ دوم در حالتی که کشور میزبان به علت ثروت کلان ناشی از استخراج نفت قصد داشته باشد که به مرور زمان با پیشرفت تکنولوژی از جدیدترین تکنولوژی‌های حاضر استفاده ببرد و در واقع سیاست استقلال و عدم وابستگی در حوزه تکنولوژی وجود نداشته باشد. سوم اینکه دست کم به علت تقابل منافع که گفته شد، مشاهدات و تحقیقات نشان می‌دهد که اصولاً شرکت‌های مالک تکنولوژی تحت هیچ شرایطی حاضر به واگذاری و یا انتقال تکنولوژی خویش نمی‌شوند مگر اینکه کالای موصوف کهنه و پیش پا افتاده باشد.^۲ مضافاً در این خصوص می‌توان به دلیل دیگری نیز اشاره برد که عبارت است از عدم توانایی کشور میزبان در ارزیابی بهای تکنولوژی مورد معامله. بنابراین به نظر می‌رسد در مجموع انتقال تکنولوژی در مواردی که تکنولوژی نو و ارزشمند باشد عملاً امکان پذیر نخواهد بود.

ب- انتقال: زمانی که صحبت از انتقال تکنولوژی می‌شود، منظور فرایندی است که از طریق آن تکنولوژی به منظور تولید فرآورده‌ها، عرضه خدمات، بهینه شدن روش‌ها، کسب مهارت و تجارب پایه‌ای برای خلق تکنولوژی جدید از شخصی به شخص دیگر انتقال می‌یابد.^۳ نکته مهمی که در اینجا

1-Teece.D.J "The Multinational enterprise: market failure and market power considerations". Sloan Management Review, (1981): PP3-17.

۲.عامری، فیصل. سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و نقش آن در انتقال تکنولوژی. پژوهش حقوق و سیاست ۵ (۱۳۸۰): ۳۹.

۳.ابراهیمی، سید نصراله. استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران. فصلنامه حقوق پزشکی

می‌بایست مد نظر داشته باشیم این است که اگر چه انتقال تکنولوژی نوعی داد و ستد بین انتقال گیرنده و انتقال دهنده است اما در عمل، انتقال دهنده با انعقاد قرارداد، مالکیت و حق کنترل و نظارت خود را به طور کامل از دست نمی‌دهد. بنابراین از حیث عملی انتقال تکنولوژی عبارت است از مسلط کردن انتقال گیرنده بر تکنولوژی، به نحوی که او نیز بتواند همانند انتقال دهنده از تکنولوژی موضوع قرارداد استفاده کند.^۱

ج- توسعه: توسعه تکنولوژی به معنی ارتقای کمی و کیفی سطح تکنولوژی از طریق ایجاد تکنولوژی‌های جدید یا اصلاح و بهبود تکنولوژی‌های موجود است. با تأسی از اقسام تکنولوژی، توسعه نیز دو جنبه می‌تواند داشته باشد: ایجاد تولیداتی با کارایی و کیفیت برتر (توسعه تکنولوژی تولید شده) یا ایجاد روش‌هایی با بازدهی بیشتر (توسعه تکنولوژی تولید کننده).^۲

۱-۲- صنعت نفت ایران

در پاسخ به پرسش اصلی مقاله یعنی تأثیری که حضور شرکت‌های چندملیتی می‌تواند بر پیشرفت تکنولوژی صنعت نفت ایران داشته باشد، ضروری است ابتدا نیاز یا عدم نیاز به انتقال تکنولوژی (گفتار اول) بررسی شود. سپس با نگاهی به تاریخچه حضور شرکت‌های چند ملیتی در صنعت (گفتار دوم) نفت و گاز، در راستای استفاده از تجربیات برای پاسخ به سوال اصلی مذکور تلاش شود.

۱-۲-۱- نیاز به توسعه تکنولوژی

در صنعت نفت و گاز این امر که به کارگیری تکنولوژی منجر به کاهش ریسک اکتشاف و کاهش مدت زمان لازم برای حفاری چاه می‌شود، امری پذیرفته شده است. امروزه شرکت‌های خدماتی عامل اصلی توسعه تکنولوژی در صنعت نفت و گاز محسوب می‌شوند و در ۱۵ سال اخیر به طور چشم‌گیری

۱) ابراهیمی، سید نصر الله، خوش چهره، فاطمه، استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران، نشریه حقوق پزشکی، زمستان ۱۳۹۴، شماره ۴ (ویژه نامه)، ۷۴.

۲) حاج فتحعلی‌ها، عباس. توسعه تکنولوژی. تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۲: ۱۵-۱۸.

رشد پیدا کرده‌اند. این شرکت‌ها معمولاً شرکت‌های تازه تاسیس و کوچکی را که در مرحله آغازین به کارگیری کالا یا خدماتی نوین‌اند را خریداری می‌نمایند و بدین وسیله نوآوری‌های آنان را تصاحب می‌کنند.

یکی از جلوه‌های نیاز به تکنولوژی، نیاز به رعایت موازین تولید صیانتی است. شرط رعایت موازین تولید صیانتی در قانون نفت و آیین‌نامه انعقاد قراردادهای بالادستی مورد تاکید واقع شده است. همچنین کم و بیش در تمام قراردادهای نفتی که در ادامه قرارداد کنسرسیوم و یا بعد از آن منعقد شدند مورد تاکید قرار گرفت. اما این تاکیدها با رشد دانش فنی و توسعه تکنولوژی همراه نبود. شرط لازم برای رعایت موازین تولید صیانتی وجود ظرفیت فنی و علمی برای جذب، بومی سازی (انطباق) و توسعه فناوری به همراه وجود مهارت فنی کارشناسان و متخصصان داخلی برای استفاده از این‌ها در مدیریت بهینه مخازن نفتی است. بنابراین برای افزایش درآمد نفتی و حداکثر سازی ارزش اقتصادی مخازن باید زمینه‌های لازم برای انتقال، توسعه و جذب تکنولوژی را فراهم آورد. لازم است در نظر داشته باشیم که شرط انتقال تکنولوژی ذاتاً منجر به انتقال و توسعه تکنولوژی نمی‌شود، بلکه صرفاً بستر حقوقی لازم برای انتقال را فراهم می‌آورد.

برای اینکه کشوری بتواند تکنولوژی خود را توسعه دهد و توانایی و قابلیت‌های فناوری خود را ارتقا بخشد باید نیروی انسانی آزموده و ماهر را برای اجرا، تعمیر، نگهداری و بهسازی لوازم، ابزار، ماشین‌آلات و نرم‌افزار را که در صنعت نفت به کار می‌روند تربیت کند.^۱ در حقیقت برای جذب تکنولوژی وجود مهارت‌های فنی اولیه لازم است. بنابراین شرط لازم برای جذب تکنولوژی ظرفیت سازی است. اولین گام نیز برای توانمند ساختن نیروهای داخلی تعلیمات فنی – حرفه‌ای است تا بتوانند تکنولوژی جدید را درک کنند و ابزارهای فنی پیشرفته را استفاده نمایند.

حال باید دید تا کنون حضور شرکت‌های چندملیتی در راستای ارتقاء تکنولوژی صنعت نفت چه نقشی ایفا کرده است.

۱. عامری، فیصل. قراردادهای نفت و نقش آن‌ها در انتقال تکنولوژی. نشریه حقوق عمومی ۳ (۱۳۸۶): ۸.

۲-۲-۱- تاریخچه حضور شرکت‌های چند ملیتی

بر اساس سوابق تاریخی، انتقال و توسعه تکنولوژی به خصوص در بخش بالادستی صنعت نفت بسیار مورد توجه بوده است. اما متأسفانه همچنان توفیق قابل ملاحظه‌ای در این حوزه حاصل نشده و هنوز یکی از دغدغه‌ها و چالش‌های اصلی بخش بالادستی، بحث انتقال تکنولوژی است.^۱ برخی بر این باورند که مقوله انتقال و توسعه تکنولوژی هدف اصلی مدیریت بخش بالادستی نفت نیست. در این بخش، هدف تولید صیانتی از مخازن نفتی و حداکثر سازی ارزش اقتصادی ذخایر از طریق افزایش ضریب بازیافت است. بنابراین برای تحقق این هدف باید به جای برنامه ریزی برای ساخت تجهیزات نفت در داخل کشور، بهترین و مناسب‌ترین فناوری‌های موجود را از بازارهای بین‌المللی خریداری کرد.^۲ علاوه بر این باید تکنولوژی ساخت وسایل و ماشین‌آلات و ابزارآلات مذکور را فراگرفت. بدین معنی باید هم تکنولوژی اکتشاف و بهره‌برداری نفت (تکنولوژی تولیدکننده) و هم تکنولوژی تولیدکننده آن را به دست آورد.

مشابه این نتیجه را می‌توان در تحقیقی که توسط الطیب محمد علی القبی (در خصوص انتقال و توسعه تکنولوژی) در لیبی انجام شده است ملاحظه کرد.^۳ بر اساس این تحقیق که در سال ۲۰۰۸ منتشر شد؛ در چارچوب قراردادهای نفتی که با شرکت‌های خارجی منعقد شده بود، هیچگونه ظرفیت‌سازی برای کسب دانش فنی و مهارت‌های لازم جهت انتقال و توسعه تکنولوژی در صنعت نفت لیبی صورت نپذیرفته بود و در آن قراردادها انتقال تکنولوژی صرفاً محدود به واردات تجهیزات پیشرفته فنی بوده است.

۱. درخشان، مسعود. ویژگی‌های مطلوب قراردادهای نفتی: رویکرد اقتصادی-تاریخی به عملکرد قراردادهای نفتی در ایران. فصلنامه اقتصاد انرژی ۹ (۱۳۹۲): ۴۵.

۲. درخشان، مسعود. انتقال و توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت نفت ایران. پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران ۱۴ (۱۳۹۴): ۳۴.

3- Elgobbi, Eltayeb Mohammad ali. Methodology and Knowledge Transfer: A Case Study of the Libyan Oil and Gas Industry. Ph.D. Dissertation, University of Durham, 2008.

در گذشته، شرکت‌های نفتی بین‌المللی^۱ تمام مراحل خدمات فنی و توسعه تکنولوژی مربوط به فعالیت‌های بالادستی را در انحصار داشتند و بنابراین قدرت چانه‌زنی آن‌ها برای انتقال تکنولوژی به کشورهای صاحب نفت بالا بود. به مرور با تخصصی شدن صنعت نفت، بازیگران دیگری از جمله پیمانکاران نفتی، شرکت‌های سازنده قطعات و تجهیزات فنی، شرکت‌های مشاوره، مهندسی و ساخت و... با وظایف تخصصی ظاهر شدند. شناخت این تغییر جایگاه و نقش شرکت‌های بین‌المللی نفتی در بحث انتقال و توسعه تکنولوژی بسیار اهمیت دارد. با افزایش شدید رقابت در بازار جهانی نفت، از اوایل دهه ۱۹۸۰ شرکت‌های بزرگ نفتی فعالیت و سرمایه‌گذاری در تحقیق و توسعه^۲ را کاهش دادند و به جای آن خرید فناوری‌های پیشرفته را ترجیح دادند. بنابراین شرکت‌های خدماتی نفتی^۳ این نقش جدید را قبول کردند که ابتدا نیازهای شرکت‌های نفتی بین‌المللی به لحاظ تکنولوژی را شناسایی کنند، سپس آن‌ها را به شرکت‌های دانش‌بنیان منتقل کنند و در نهایت تکنولوژی حاصل را به شرکت‌های نفتی بین‌المللی عرضه نمایند. با این حال همچنان شرکت‌های نفتی بین‌المللی به عنوان تنها نهاد توانمند برای تامین مالی پروژه‌های بزرگ نفتی در بخش بالادستی نقش خود را حفظ کرده‌اند. چرا که هزینه‌های سرمایه‌گذاری در این بخش بسیار زیاد است و کشورهای در حال توسعه راه دستیابی به تکنولوژی را دعوت از این شرکت‌ها برای انجام فعالیتی‌های بالادستی می‌دانند. با این امیدواری که حضور این شرکت‌ها زمینه‌ای برای همکاری کارشناسان داخلی و خارجی فراهم کند تا در نهایت دانش و مهارت فنی و انتقال تکنولوژی صورت پذیرد. در حالی که ثمربخشی همکاری با این شرکت‌ها در گرو وجود ظرفیت‌های جذب تکنولوژی در داخل است؛ همچنین این شرکت‌های بین‌المللی نفتی دیگر آن نقش پررنگ در توسعه تکنولوژی را ندارند و صرفاً واسطه‌ای هستند میان تولیدکنندگان تکنولوژی و کشورهای در حال توسعه نفتی. بنابراین باید ضمن فراهم آوردن زیرساخت‌ها برای جذب تکنولوژی، اولویت همکاری گسترده با شرکت‌های پیمانکاری نفتی، سازندگان

1- International Oil Companies (IOCs)

2- Research and Development (R & D)

3. Oil Service Companies

تجهیزات نفتی و شرکت‌های مشاوره‌ای باشد. همچنین باید در نظر داشت هزینه همکاری با این شرکت‌ها از همکاری با شرکت‌های بین‌المللی نفتی نیز پایین‌تر است.

همانطور که گفته شد برای جذب تکنولوژی لازم است ظرفیت‌سازی صورت پذیرد. از نظر تاریخی تا چند دهه پس از آغاز عملیات نفتی تلاشی برای ظرفیت‌سازی و افزایش مهارت‌های فنی انجام نشد. چهل سال پس از شروع عملیات نفتی مطابق امتیازنامه داری در سال ۱۳۲۷ کارشناسان انگلیسی مدرسه فنی آبادان را تاسیس نمودند. متأسفانه عمده آموزش‌های فنی - حرفه‌ای که در این مدرسه ارائه می‌گردید، در حوزه پالایش و صنایع مرتبط با آن بود. نکته جالب توجه اینکه به لحاظ عملی قرارداد امتیازی مذکور به نظر بیشتر از سایر مدل‌های قراردادی (خصوصاً قراردادهای خدماتی مانند پیمانکاری و بیع متقابل) منجر به انتقال تکنولوژی می‌شود. در این قراردادها اولاً به علت بلند مدت بودن قرارداد، ثانیاً به علت تأمین منافع شرکت صاحب امتیاز در بلند مدت و اینکه با کاهش هزینه‌های تولید، سود شرکت صاحب امتیاز افزایش می‌یابد؛ منطقی است که منافع شرکت صاحب امتیاز ایجاب می‌کند تا با هزینه کمتری تولید نفت صورت پذیرد. به همین دلیل به صرفه است که نیروی کار نیمه ماهر آموزش داده شود و تا حد امکان نیروهای داخلی که هزینه بسیار کمتری برای اشتغال آن‌ها صرف می‌شود در پروژه حاضر باشند. به همین دلیل است که در کتاب برخی از متخصصین نظیر دکتر محمدعلی موحد این واقعیت درج شده که پس از بازگشت مهندسان انگلیسی به پالایشگاه آبادان، علیرغم تصور آن‌ها، نیروهای ایرانی که حین اجرای قرارداد امتیازی به مرور تعلیم دیده بودند، توانسته بودند در غیاب نیروهای متخصص انگلیسی تعمیرات دوره‌ای و سایر تعمیرات لازم برای فعالیت پالایشگاه را انجام داده و وضعیت را نزدیک به وضع سابق نگه دارند.^۱

در خصوص رشد دانش بنیادین در تکنولوژی‌های نفتی در بخش بالادستی نیز مشاهدات تاریخی نشان می‌دهد که اقدام قابل ملاحظه‌ای از طریق تاسیس مراکز علمی انجام نشده است. در سال ۱۳۸۰

وزیر نفت وقت چنین گفته‌اند که در تمام صنعت نفت کشور ۱۵۰ نفر مهندس نفت وجود ندارد و کل استادان بالادستی صنعت نفت کشور کمتر از ۷ نفر هستند.^۱

به لحاظ قانونی اما در تمامی قراردادهای نفتی ایران از زمان قرارداد داری و در تمام قوانین نفتی از زمان قانون نفت ۱۳۵۳ شروط مربوط به انتقال تکنولوژی ملاحظه می‌شود. در این قوانین و قراردادهای استفاده از نیروی انسانی ذی‌صلاح ایرانی و تعلیم آن‌ها، نظارت بر عملیات و روش‌های تولید، تایید تمام برنامه‌های فنی قبل از اجرا، بازرسی از محل انجام عملیات نفتی، انتقال مدارک و مستندات از جمله گزارش‌ها، نقشه‌ها و یافته‌های مربوط به عملیات درج شده است. در قراردادهای بیع متقابل موسوم به نسل اول و دوم با تاکید بر اولویت استخدام و استفاده از نیروی داخلی متخصص حمایت از انتقال تکنولوژی در نظر گرفته شده است. در قراردادهای بیع متقابل موسوم به نسل سوم نیز ضمیمه انتقال تکنولوژی و ضمیمه استفاده از حداکثر توان داخلی پیش‌بینی شده است. لیکن به علت عدم اجرای کامل شروط قراردادهای و همچنین ناکافی بودن ظرفیت جذب تکنولوژی در عمل نتیجه قابل ملاحظه‌ای از درج این شروط عاید نشده است.

لازم به تاکید است که تاریخ نفت ایران نشان می‌دهد به دلیل اهمیت منابع مالی صنعت نفت و تاثیر مستقیم آن بر اقتصاد کشور همواره اولویت با بخش بهره برداری بوده است. در حالی که بخش اکتشاف و توسعه نیازمند توجه بیشتری بوده و می‌باشد.^۲

۱. درخشان، مسعود. انتقال و توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت نفت ایران. پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران ۱۴ (۱۳۹۴): ص ۵۷.

۲. محمدی، سیده مریم. تحلیل فرایند انتقال تکنولوژی در قراردادهای نفتی ایران، مطالعه موردی تحلیل مدل جدید I. PC. فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی ۵۴ (۱۳۹۶): ۱۶۴.

۲- تاثیر شرکت‌های چند ملیتی بر انتقال تکنولوژی

نوبت آن است که با اتکا به مفاهیم بیان شده و وضعیتی که از صنعت نفت ایران شناسایی شد، بدین سوال پاسخ دهیم که چه راهکارهایی برای ارتقا تکنولوژی به واسطه شرکت‌های چندملیتی وجود دارد؟ آیا حضور شرکت‌های چندملیتی بر پیشرفت تکنولوژی صنعت و انتقال آن موثر است یا خیر؟ عضویت شرکت‌های ایرانی در شرکت‌های چندملیتی چگونه می‌تواند منجر به توسعه و ارتقاء تکنولوژی شود؟ در این فصل فواید و مضرات هر یک از این روش‌ها در کنار موانع اجرایی آن بیان می‌شود.

۲-۱- عضویت در شرکت‌های چندملیتی

در این قسمت توضیحی درباره نحوه به اشتراک‌گذاری تکنولوژی توسط اعضای شرکت‌های چند ملیتی بیان می‌گردد. در ادامه در این خصوص که چگونه از طریق عضویت در شرکت‌های چندملیتی می‌توان تکنولوژی صنعت نفت را ارتقا داد مختصراً مطالبی ارائه می‌شود و در نهایت موانع پیش رو نیز به صورت اجمالی بیان خواهد شد.

۲-۱-۱- روش‌های انتقال تکنولوژی میان اعضای شرکت چندملیتی

همواره برای تنظیم قراردادهای تجارت تکنولوژی این بحث مطرح می‌شود که متن قرارداد هر قدر روشن باشد، باز هم نقاط مبهمی وجود دارد که می‌تواند فرصتی برای اجتناب از ایفای تعهدات به وجود آورد. در شرکت‌های چند ملیتی نقل و انتقالات تکنولوژی بین شرکت مادر و شرکت تابعه بدون انعقاد قرارداد اتفاق می‌افتد و از این منظر مشکلات نحوه انعقاد قرارداد و تنظیم شروط انتقال یا استفاده از تکنولوژی موضوعاً منتفی می‌گردد.

بدون تردید شرکت‌های چندملیتی در انتقال تکنولوژی در سطح بین‌المللی نقش بسیار زیادی داشته‌اند. اگرچه طرق تجارت تکنولوژی، همکاری‌های مشترک در تحقیق و توسعه نیز تا حدودی منجر به انتقال تکنولوژی می‌شوند، لیکن محدودیت‌های سطح همکاری، وجود موانع سیاسی و تعارض

منافع شرکت‌ها باعث می‌شود که انتقال تکنولوژی مانند و به درجه‌ای که میان اعضای یک شرکت چندملیتی صورت می‌پذیرد، در سایر شیوه‌های انتقال تکنولوژی انجام نشود. این شرکت‌ها با دارا بودن قدرت بازاریابی، دسترسی به بازارهای جهانی، در دست داشتن مراکز تحقیقاتی در مناطق مختلف جهان و داشتن سیستم تصمیم‌گیری متمرکز می‌توانند توانایی‌های تکنولوژیک موجود در یک منطقه جغرافیایی را برای حل مشکل و یا استفاده در یک موقعیت ایجاد شده در منطقه دیگری به کار گیرند.^۱

شرکت‌های چندملیتی بستری برای تبادل تکنولوژی بین کشورهای مختلفی که در آن‌ها حضور دارند هستند و این عمل را به چندین روش انجام می‌دهند که اجمالاً بیان خواهد شد.

الف- روش‌های مستقیم: تکنولوژی میان اعضای شرکت‌های چندملیتی به طرق مختلفی صورت می‌گیرد. اولین آن‌ها فروش محصولات به سایر اعضا است. دوم همکاری‌های آموزشی میان اعضا است. نیروهای باتجربه دانش خود را به نیروهای جدید و نیروهای سایر اعضا شرکت منتقل می‌کنند. همچنین می‌توان نیروهای کارآزموده عضو را در پروژه‌های مشترک به کار برد. عامل مهم دیگر امکان سرمایه‌گذاری مستقیم توسط شرکت مادر یا سایر اعضا برای انجام پروژه توسط عضو دیگر است. مزیت تشکیل شرکت چندملیتی در این مورد تسهیل جریان سرمایه بین این کشورهاست. بدین ترتیب حضور ایران در این زنجیره موجب دسترسی به منابع مالی سایر اعضا می‌شود. مورد دیگر اینکه شرکت چندملیتی که عهده‌دار عملیات نفتی است می‌تواند خرید تجهیزات و مواد را از شرکت‌های زیر مجموعه خودش که از تولیدکنندگان تجهیزات نفت هستند انجام دهد. بدین ترتیب بازار و فرصت کافی برای آن عضو نیز فراهم می‌شود. به عنوان آخرین شیوه انتقال تکنولوژی میان اعضای شرکت چندملیتی می‌توان از فرایند تحقیق و توسعه و مهندسی یاد کرد. با استفاده از ظرفیت‌های تحقیق و توسعه موجود در شرکت‌های دیگر و در اختیار گرفتن پتانسیل برخی شرکت‌ها برای تحقیق و توسعه برای شرکت دیگری مبتنی بر نیازهای واقعی زیرمجموعه‌ای دیگر از یک شرکت چند ملیتی می‌توان بعد تحقیق و توسعه را نیز بهبود بخشید. همانطور که گفته شد مهمترین مانع

1. Brian Quinn, J. "Technology Transfer by multinational companies" Harvard Business Review, (1969): 151.

رشد توان مهندسی پایه در کشور عدم وجود ساختاری نظام‌یافته برای ایجاد ارتباط موثر بین مراکز تحقیقاتی و پیمانکاران پروژه‌های نفتی است.

ب- روش‌های غیرمستقیم: روشی که شرکت‌های چندملیتی با به کار گیری آن موفق به انتقال تکنولوژی می‌شوند مشاهده و الگوبرداری است. بدین ترتیب که شرکت‌های عضو به سادگی می‌توانند نظام مدیریتی، نحوه استفاده از تجهیزات و... را از شرکت مادر و از یک‌دیگر الگوبرداری کنند.

حال که محاسن عضویت در یک شرکت چندملیتی بیان شد باید گفت صنعت نفت و گاز ایران به علت وسعت فعالیت‌ها و عظمت سرمایه‌گذاری‌های مورد نیاز، در حال حاضر بیشترین پتانسیل برای حضور شرکت‌های چندملیتی را دارد. بدین ترتیب اگر شرکت ایرانی عضو یک شرکت چندملیتی نفتی باشد از تمام مزایای بیان شده در این قسمت بهره‌مند می‌شود. اما موانع بسیاری در راه تحقق این امر وجود دارد. موانع سیاسی و کاستی‌هایی که در تعاملات بین‌المللی در ایران وجود دارد در کنار تعارضی که استراتژی این شرکت‌ها با استراتژی‌های ملی دارد از مهم‌ترین موانع محسوب می‌شوند. اولین برداشتی که از رشد شرکت‌های خارجی در کشور می‌شود تاراج سرمایه‌های ملی به دست بیگانگان است. وجود این دیدگاه و عدم زیر ساخت‌های مورد نیاز به علاوه موانع قانونی که در صنعت نفت برای حضور شرکت‌های چند ملیتی وجود دارد، تحقق امر حضور در شرکت‌های چندملیتی را بیش از پیش نامحتمل می‌سازد. با این وجود باید توجه داشت، دارا بودن نیروی کار ارزان، دسترسی به مواد اولیه، موقعیت استراتژیک جغرافیایی و در اختیار داشتن ذخایر غنی در کشور مزایایی است که به محض بر طرف شدن موانع مذکور هر شرکتی را راغب به حضور و پذیرش شرکت ایرانی می‌نماید.

۲-۲- تجارت تکنولوژی با شرکت‌های چندملیتی

همانطور که بیان شد تکنولوژی به عنوان یکی از عوامل اساسی تولید کالا و عرضه خدمات نقش مهمی در رشد و توسعه اقتصادی کشور دارد. بنابراین تمایل روز افزون کشورهای در حال توسعه به

خرید تکنولوژی از کشورهای توسعه یافته به نظر منطقی است. در سال ۱۹۸۸ آنکتاد گزارشی در خصوص هزینه هایی که کشورهای در حال توسعه برای خرید تکنولوژی صرف کرده بودند منتشر کرد. طبق این گزارش کشورها با تحمل ۶,۸ میلیارد دلار آمریکا توانسته بودند نرخ تولید ناخالص کشور را ۵ برابر نمایند. در نتیجه در آمد سرانه ملی این کشورها به ۵۰۰ تا ۱۵۰۰ دلار آمریکا افزایش پیدا کرد. با این وجود کشورهای در حال توسعه به طور فاحشی از کشورهای توسعه یافته در حوزه تکنولوژی عقب هستند و بدان ها وابسته اند. اسفبار بودن این وضعیت زمانی آشکار می شود که بدانیم کشورهای توسعه یافته با اینکه تنها ۳۰ درصد جمعیت جهان را تشکیل می دهند، بیش از ۸۰ درصد محصولات صنعتی را تولید می کنند.

همانطور که پیش تر بیان شد انتقال تکنولوژی زمانی به طور عملی و واقعی صورت می پذیرد که انتقال گیرنده دانش فنی و مهارت های لازم برای استفاده و پیاده سازی تکنولوژی را داشته باشد. به همین دلیل انتقال دهنده ناچار است برای تعلیم کادر محلی کشور میزبان برنامه های آموزشی تدارک ببیند که برای وی هزینه دارند. اگر این هزینه ها چنان باشند که انتقال دهنده تکنولوژی نتواند سود مد نظر از فروش تکنولوژی را به دست بیاورد ترجیح می دهد از طریق سرمایه گذاری مستقیم در کشور میزبان خود را از این هزینه ها رها سازد.

باید در نظر داشت اگر تکنولوژی را به سه دسته تکنولوژی سازمان دهی^۲، تکنولوژی تولیدی کهنه (غیرملکی)^۴ و تکنولوژی تولیدی نو (ملکی)^۵ تقسیم کنیم؛ انتقال تکنولوژی سازمان دهی تن ها در رده های پایین (یعنی وظایف نظارتی، نه وظایف مدیریتی) این بخش از تکنولوژی انجام می شود. تکنولوژی کهنه به دلیل کهنه بودن و عدم نیاز به زیرساخت های اساسی از طریق برنامه های آموزشی منتقل می شود و در بخش تکنولوژی نو هیچ گونه انتقالی صورت نمی گیرد.^۶ طبق تحقیقات

1-United Nations Conference on Trade and Development توسعه و تجارت ملل در سازمان ملل

2. TD/B/C.6/145. Recent Trends in International Technology Flows and Their Implications for Development, Report by the UNCTAD secretariat. (1998): P2.

۳.Organizational Technology

4.Non- Proprietary Product technology

5. Proprietary Product technology

6. UNCTC, op-cit 37 (1987). UNCTC, Transnational Corporations in the World Development: an overview, UN doc. ST/STS/89 (1988): P180.

UNCTC^۱ تقریباً تمام برنامه‌های آموزشی و استخدامی به مهارت‌های استفاده از تکنولوژی پیش پا افتاده محدود است. در اکثر حرفه‌های تخصصی و علمی مانند مدیریت‌های سطح بالا و یا خدمات مهندسی، به دلیل نبود کادر متخصص میان محلیان کشور میزبان و اکراه شرکت‌های چندملیتی از به کار بردن کادر محلی، انتقال تکنولوژی صورت نپذیرفته است. در این شرکت‌ها عمده فعالیت‌های تحقیق و توسعه در کشور متبوع شرکت مادر انجام می‌شود^۲ و کار پژوهشی در کشور میزبان به ندرت و در حد امور جانبی صورت می‌گیرد تا بدین ترتیب کنترل در آن صنعت و تکنولوژی خاص نزد شرکت چندملیتی باقی بماند.

بنابراین می‌توان گفت انتقال تکنولوژی در فرضی که عملاً صورت پذیرد، انتقالی ناقص و محدود به مهارت‌های سطح پایین علمی و فنی است؛ در حالی که هزینه‌های سنگینی را به کشور میزبان تحمیل می‌کند. در نتیجه به نظر می‌رسد تکیه بر سرمایه‌گذاری‌های خارجی شرکت‌های چندملیتی در چارچوب قراردادهای نفتی با این شرکت‌های نفتی بین‌المللی، راهکاری مناسب برای توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت نفت ایران نیست. مگر اینکه رشد دانش بنیادین و دانش عملیاتی مرتبط با صنعت نفت کشور زمینه‌های مناسبی برای جذب فناوری و توسعه آن فراهم کرده باشد و ثانیاً حضور فعال نهادهای تنظیم‌گر با اهداف نظارت، مدیریت و بهبود کارایی در بازار فناوری توانسته باشد زمینه‌های مناسب برای جذب موثر تکنولوژی را فراهم آورد.^۳

1. UN Center on Transnational Corporations

2-UNCTC, op-cit, (1987): 81.

۳ درخشان، مسعود. انتقال و توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت نفت ایران. پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران

نتیجه‌گیری

متأسفانه عدم آگاهی کافی نسبت به تغییر و تحول جایگاه بازیگران اصلی تکنولوژی نفت باعث شده است که سیاست‌گذاران تکنولوژی بر این باور باشند که اتکا بر شرکت‌های نفتی بین‌المللی و تأکید بر پیوسته‌های انتقال تکنولوژی در قراردادهای بالادستی نفتی موثرترین راهکار برای انتقال و توسعه تکنولوژی است. حال آنکه تا ظرفیت فنی برای جذب دانش عملیاتی وجود نداشته باشد، قرارداد نفتی نیز نمی‌تواند چاره‌ساز باشد.^۱ همانطور که بیان شد برای اینکه انتقال تکنولوژی در هر سطحی صورت پذیرد باید ظرفیت لازم ایجاد شده باشد. بنابراین باید نیروی انسانی ماهر برای اجرا، تعمیر، نگهداری و بهسازی لوازم و تجهیزات و نرم‌افزارهای صنعت نفت تربیت کرد.

علاوه بر آنچه بیان شد باید دانست انتقال و توسعه تکنولوژی هدف فرعی و ابزاری برای تحقق اهداف اصلی صنعت نفت است. به همین دلیل سیاست‌های انتقال و توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت باید با سیاست‌های تولید صیانتی سازگار باشد. بنابراین لازم است به لحاظ اقتصادی تأثیر حضور شرکت‌های چند ملیتی بررسی شود. نقش این شرکت‌ها در انجام عملیات نفتی قابل انکار نیست و این مقاله به هیچ عنوان درصدد نفی محاسن عدیده حضور شرکت‌های چندملیتی در صنعت نفت نیست. لیکن در خصوص تأثیری که حضور این شرکت‌ها یا عضویت در آن‌ها برای ارتقا تکنولوژی صنعت نفت دارد، باید تمام جوانب را در نظر گرفت. از جمله آمارهای نشان‌دهنده میزان انتقال تکنولوژی در عمل و میزان هزینه‌ای که برای درج شروط انتقال و استفاده باید صرف شود. علاوه بر این دو باید دید هدف اصلی از انعقاد قراردادهای نفتی چیست و جایگاه انتقال تکنولوژی را با توجه به ملاحظات بیان شده باز تعریف نمود. به نظر نگارنده با توجه به امارها انتقال تکنولوژی با وجود صرف هزینه‌های هنگفت در عمل منحصر به تکنولوژی‌های قدیمی است. از طرفی هدف از قرارداد نفتی تولید صیانتی است نه استقلال کامل در حوزه تکنولوژی. بنابراین انتقال تکنولوژی از چنان

۱. انوروزی، محمد. بررسی چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تأکید بر قراردادهای بیع متقابل ایران.

فصلنامه پژوهش‌های سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی انرژی (۱۳۹۴): ۵۱.

ضرورتی که در نگاه اول می‌نماید، برخوردار نیست و صرف استفاده از تکنولوژی برای نیل به اهداف اصلی کفایت می‌کند.

منابع

۱- منابع فارسی

۱-۱- کتب

- امانی، مسعود، حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۳.
- امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران. مجموعه قوانین و مقررات نفت، گاز و پتروشیمی- پیش از مشروطیت تاکنون، تهران: جلد اول، ۱۳۸۱.
- موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری نفت، جلد اول، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۴.
- احسنی افروز، محمد، قرارداد انتقال تکنولوژی، ماهیت، شرایط تشکیل و آثار. چاپ اول. تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۰.
- حاج فتحعلی‌ها، عباس، توسعه تکنولوژی. تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۲.

۱-۲- مقالات

- ابراهیمی، سید نصراله، گیومه استفاده، انتقال و توسعه تکنولوژی در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران. فصلنامه حقوق پزشکی ۴ (۱۳۹۴): ۶۵-۱۰۲.
- استرنج، سوزان، جهانی شدن، فرسایش اقتدار کشور. تحول اقتصاد جهانی. ترجمه احمد صادقی، فصلنامه سیاست خارجی، ۲ (۱۳۷۹): ۴۰۷-۴۲۰.
- اخلاقی، بهروز، انتقال فناوری و جایگاه آن در سرمایه‌گذاری خارجی. فصلنامه علمی و پژوهشی مدرس ۴ (۱۳۷۹): ۱۷-۴۴.

- درخشان، مسعود، انتقال و توسعه تکنولوژی در بخش بالادستی صنعت نفت ایران. پژوهش‌نامه اقتصاد انرژی ایران ۱۴ (۱۳۹۴): ۳۳-۸۸.
- درخشان، مسعود، ویژگی‌های مطلوب قراردادهای نفتی: رویکرد اقتصادی-تاریخی به عملکرد قراردادهای نفتی در ایران. فصلنامه اقتصاد انرژی ۹ (۱۳۹۲): ۵۳-۱۱۳.
- شه‌میرزادی، حامد، نقش شرکت‌های چند ملیتی در ارتقاء تکنولوژی صنعت نفت (مقاله ارائه شده در کنفرانس ملی توسعه فناوری در صنعت نفت، تهران)، ۱۳۸۳.
- صادقی، محمود، تعهدات و الزامات طرفین در قرارداد انتقال فناوری و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران، کامن‌لا و چند نظام حقوقی دیگر. فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی ۱۵ (۱۳۹۰): ۹۳-۱۱۲.
- طلایی، محسن، سازمان تجارت جهانی و پیامدهای سیاسی جهانی شدن اقتصاد، فصلنامه سیاست خارجی، ۲ (۱۳۷۹): ۱-۳۰.
- عامری، فیصل، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و نقش آن در انتقال تکنولوژی. پژوهش حقوق و سیاست ۵ (۱۳۸۰): ۳۹-۶۵.
- عامری، فیصل، قراردادهای نفت و نقش آن‌ها در انتقال تکنولوژی. نشریه حقوق عمومی ۳ (۱۳۸۶): ۴۰-۴۶.
- کاظمی، بابک، نقدی بر شرکت‌های چندملیتی، اقتصاد انرژی ۷۹-۸۰ (۱۳۸۴): ۱۹-۲۳.
- کلیمبس، تئودور، بازیگران جدید ندر نظام بین‌الملل، ترجمه سید اکبر احمدی، مجله راهبرد، ۲۴ (۱۳۸۱): ۲۵۱-۲۷۰.
- ماندگار، مصطفی، جستاری در جهانی شدن و تحول در قراردادهای انتقال تکنولوژی. فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی ۴۱ (۱۳۹۰): ۲۹۷-۳۱۴.
- محمدی، سیده مریم، تحلیل فرایند انتقال تکنولوژی در قراردادهای نفتی ایران، مطالعه موردی تحلیل مدل جدید IPC. فصلنامه مطالعات اقتصاد انرژی ۵۴ (۱۳۹۶): ۱۳۵-۱۷۲.

- نوروژی، محمد، بررسی چالش انتقال فناوری در قراردادهای بالادستی نفت با تاکید بر قراردادهای بیع متقابل ایران. فصلنامه پژوهش‌های سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی انرژی (۱۳۹۴): ۷۴-۳۹.

۳-۱- سایر

- قرارداد امتیازی داری ۱۹۰۱، اسناد نفت، اداره کل انتشارات و تبلیغات، تهران، ۱۳۳۰/۰۸/۲۰، ص ۵-۹.
- شجاع، فرزانه، کارآمدی قراردادهای بیع متقابل از نظر تامین نیازهای تکنولوژی بخش بالادستی صنعت نفت ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، مدیریت تکنولوژی، دانشگاه علامه طباطبایی.

۲- منابع لاتین

- Brian Quinn, J. "Technology Transfer by multinational companies" Harvard Business Review, 1969.
- Contractor, Farok J. International Technology Licensing: Compensation, Costs and Negotiation. Lexington, MA: D. C. Heath & Co, 1981.
- Mutchlinski, Peter. Multinational Enterprises and the Law. ۲nd Ed. London: Oxford, 2007.
- Ralph Landau. Technology, Economics and Public Policy. Ralph and Dale W. Jorgenson. Ballinger Publishing Company, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- Strange, S. Political Economy and the changing global order, in John Baylis and Steve Smith, Oxford, 1994.
- TD/B/C.6/145. Recent Trends in International Technology Flows and Their Implications for Development, Report by the UNCTAD secretariat. 1998.
- Teece.D.J "The Multinational enterprise: market failure and market power considerations". Sloan Management Review, ۱۹۸۱.
- UNCTC, op-cit 37 (1987). UNCTC, Transnational Corporations in the World Development: an overview, UN doc. ST/STS/89, 1988.

آسیب شناسی احیای حقوق عامه از سوی دیوان عدالت اداری با تاکید بر مفهوم ذی نفع

فاطمه اصحابی^۱

خیراله پروین^۲

چکیده

دیوان عدالت اداری مرجع نظارت قضایی بر اعمال دولت به معنای عام است. چنین نظارتی زمینه تظلم خواهی را در نظام حقوقی هر کشور برای مردم نسبت به ماموران و سازمانهای دولتی ایجاد مینماید تا از اعمال اقتدار غیر قانونی در هرم اجتماعی قدرت و در زندگی شهروندان جلوگیری شود. این مرجع مطابق دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه یکی از نهادهای متولی صیانت و احیای حقوق عامه نیز می باشد. با توجه به چنین رسالتی آیین دادرسی دیوان جهت تحقق مأموریت های این نهاد از جایگاه ویژه برخوردار است. این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی با مذاقه در رویه قضایی دیوان به مطالعه مفهوم ذینفع در اعمال حق دادخواهی به عنوان مقدمه صیانت و احیای مطلوب حقوق عامه پرداخته تا به این پرسش پاسخ دهد که دیوان چه رویکردی را در دعای مطروحه متضمن نفع عمومی در جهت صیانت و احیای حقوق عامه اتخاذ کرده است. در برخی نظام های حقوقی، با طرح دعوای منافع عمومی دسترسی به عدالت را تسهیل کردند به این صورت که با ایجاد قاعده نفع کافی به شخص ثالث مداخله در روند قضایی به نمایندگی از مردم را اعطا میکنند در نظام حقوقی ایران شناسایی این دکترین به ویژه در دعوای در صلاحیت دیوان میتواند راهکاری جهت احیای مطلوب حقوق عامه باشد امانع مورد نظر قانونگذار در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان همچنین در رویه قضایی این نهاد در برخورداری از حق دادخواهی نفع شخصی مستقیم است. لازم

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

fatemehashabi1371@gmail.com

۲. استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

khparvin@ut.ac.ir

است جهت نیل به تحقق مطلوب عدالت این ظرفیت از سوی قانونگذار یا در رویه قضایی مورد توجه قرار گیرد.

کلیدواژه: دیوان عدالت اداری، ذینفع، حقوق عامه، نفع شخصی

Pathology of the revival of public rights by the Court of Administrative Justice with an emphasis on the concept of beneficiary

Abstract

The Court of Administrative Justice is the authority for judicial supervision of the government's actions in the general sense. Such supervision creates the background of oppression in the legal system of any country for the people towards government officials and organizations in order to prevent the exercise of illegal authority in the social pyramid of power and in the lives of citizens. According to the guidelines for monitoring and following up public rights, this authority is one of the institutions in charge of protecting and revitalizing public rights. Due to such a mission, the court's procedure has a special position in order to fulfill the missions of this institution. This research has studied the concept of the beneficiary in the exercise of the right to petition as a prelude to the protection and restoration of the public rights in order to answer the question of what the court's approach is in the cases presented involving the public interest in the direction of protection. It has adopted public law revelations. In some legal systems, they facilitated access to justice by filing public interest lawsuits in such a way that by establishing the rule of sufficient interest, they grant the third party intervention in the judicial process on behalf of the people. In the Iranian legal system, the recognition of this doctrine, especially in lawsuits Jurisdiction of the court can be a solution for the desired restoration of public rights, but the interest intended by the legislator in the law of organization and the procedure of the court, as well as in the judicial procedure of this institution, in having the right to sue, is a direct personal interest. In order to achieve the desired realization of justice, this capacity must be taken into consideration by the legislator or in the judicial procedure.

Keywords: Court of Administrative Justice, beneficiary, public law, personal interest

مطابق بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» از وظایف قوه قضاییه است. تعریف مشخص و دقیقی از سوی قانونگذار درباره حقوق عامه وجود ندارد. اما می‌توان گفت حقوق عامه همچون ظرفی است که مظروف آن هر حقی است که به زیست جمعی انسان مرتبط است. احیای حقوق عامه مربوط به وضعیتی است که به رغم پیش‌بینی وظایف و مسئولیت‌هایی برای سازمان‌ها و نهادهای عمومی اقدام کافی و مناسب در زمان مقتضی انجام نشده است اما از آنجا که قوه قضاییه به موجب اصل ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی، پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی است، مکلف به اجرای عدالت و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت است. عدالت اداری به معنای برقراری عدالت در روابط فرمانروایان و فرمانبران در حوزه اداره عمومی از طریق انقیاد اداره به حقوق و با کمک نظارت قضایی است که در نظام‌های دموکراتیک از طریق قوه قضاییه اعمال می‌شود و دستاوردهای آن در ابطال اقدامات، تصمیمات و مقررات تجلی می‌یابد. بر اساس اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دیوان عدالت اداری به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها تأسیس شده است که با احقاق حقوق مردم و حاکمیت قانون در روابط بین مردم با اداره سبب ایجاد عدالت اداری می‌شود. در این راستا این نهاد به موجب ماده (۱۰) و (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی، از دو ملاک شخصی و موضوعی در اعمال صلاحیت‌هایش استفاده می‌کند؛ در ملاک شخصی مطابق ماده ۱۷، تن‌ها افرادی با نفع شخصی مستقیم، از حق طرح دعوا نسبت به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی در شعب دیوان برخوردار هستند. اما در ملاک موضوعی طبق ماده ۱۲ دیوان هرکسی حتی بدون نفع شخصی مستقیم می‌تواند در جایگاه شاکی قرار بگیرد. بر اساس رویه قضایی، به موجب رأی شماره ۲۳۴ مورخ ۱۳۷۵/۱/۱۳ شعبه دیوان عالی کشور، در دادرسی مدنی ذینفع کسی است که به طریقی از نتیجه دعوا در صورت محکومیت خوانده به طور شخصی، مستقیم و قانونی منتفع شود. ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ مقرر می‌دارد: «هیچ دادگاهی نمیتواند به دعوایی رسیدگی کند؛ مگر اینکه شخصی یا اشخاص ذینفع، یا وکیل، یا قائم مقام یا نماینده آنان رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست کرده باشد». در قانون دیوان در مورد ذینفع بودن تعریف و معیاری ارائه نشده است، تن‌ها در ماده ۱۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به لزوم ذینفع بودن شاکی برای شکایت در شعب دیوان اشاره شده است. می‌توان ذینفع بودن را در دعوای مطرح در دیوان عدالت اداری این گونه تعبیر نمود؛ کسی که در صورت

حکم به نقض یا بطلان تصمیم اداری از سوی شعبه دیوان، برایش نفع و سودی متصور است. در حالی که همه تصمیمات و اقداماتی که در شعب مورد شکایت قرار گرفته اند از عناصر نفع عمومی برخوردارند و اگرچه به طور مستقیم موجب تضرر به حقوق افراد نشود، اما موجب تضییع حاکمیت قانون می‌گردد این مقاله، بر آن است تا با مذاقه در رویه هیأت عمومی و شعب دیوان، به این پرسش پاسخ دهد که در دعاوی مطروحه در شعب و هیئت عمومی، چه رویکردی جهت تشخیص ذی نفع مورد توجه بوده است؟

اهمیت و ضرورت تبیین این مسئله از این منظر قابل توجه است که شناسایی نفع کافی به جای نفع شخصی مستقیم در دعاوی مطروحه دیوان، موجبات صیانت و احیای مطلوب حقوق عامه را فراهم می‌کند. از این رو این مقاله در تلاش است پس از بررسی صلاحیت دیوان و مفهوم ذینفع، رویه قضایی دیوان نسبت به مفهوم ذینفع در دعاوی مطروحه در صلاحیت شعب و هیئت عمومی مورد بررسی قرار دهد.

گفتار اول- نقش دیوان عدالت اداری در صیانت و احیای حقوق عامه

امروزه نظارت قضایی بر اعمال سایر شاخه‌های حکومت به عنوان یکی از اجزای ضروری نظریه قانون اساسی مدرن شناخته می‌شود. این اختیار را به کم خطرترین قوه می‌سپارد^۱ و دادگاه‌ها در راستای حاکمیت قانون این نظارت را اعمال خواهند کرد. با توجه به حضور هر چه مداخله جویانه تر دولت‌ها در تنظیم و تمشیت پدیده‌های اجتماعی و اقتصادی، در طول چند دهه اخیر و امکانات جدیدی که فناوری، در اختیار دولت‌ها قرار داده است، کمتر زاویه ای را میتوان نشان داد که دولت‌ها در آن، دخالت نکرده یا آن را به حال خود رها کرده باشند. حق بر دادرسی اداری جلوه ای از حق دادخواهی است که دامنه ی شمول آن تمامی ارکان یک حکومت را در برمیگیرد و به شهروندان این حق را میدهد که علیه دولت (به معنای عام) به سبب رفتار خلاف قانون و یا عدم انجام وظایف قانونی به مراجع رسمی پیش بینی شده در قانون، تظلم خواهی نمایند. حکومت قانون، هم به مثابه ارزشی

1. Bobek, M., Marbury v. madison: the birth of judicial review in the usa. Common Law Review, 2(1), 2001,p22

۲. خسروی حسن و حسینی محمد جواد، « حق بر دادرسی اداری و سازوکارهای اجرایی آن در ایران و اتحادیه‌ی اروپا»، دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری، دوره اول، شماره اول، ۱۴۰۰، ص ۱۸۰

3The rule of law

مستقل و خود بنیاد که متضمن ارزش هایی هم چون حقوق بشر، اخلاق، عدالت و دموکراسی است (برداشت ماهوی) و هم به عنوان یک ابزار یا تکنیک کار آمد و خالی از هر گونه محتوای اخلاقی خاص (برداشت شکلی)، ایده ای محوری و فراگیر، در جهت حمایت از شهروندان و حقوق آنها و کنترل قدرت عمومی به حساب می آید. نظارت قضایی می تواند ابزار مستمری را فراهم کند که از طریق آن یک دولت بتواند اقتدار خود را مشروعیت بخشد و اعتماد به آن حفظ شود.^۱ حاکمیت قانون و اجتناب از قدرت خودسرانه اصول زیربنایی هستند و در خدمت تقویت اعتماد عمومی به یک سیستم قضایی عینی و شفاف، یکی از پایه های یک جامعه دموکراتیک است و همانند سدی است در مقابل تجاوز حکمرانان به حقوق و منافع مردم، به گونه ای که سرنوشت مردم بازیچه هوس ها و منافع شخصی مقامات عمومی و یا حتی اندیشه هایی که به زعم حکمرانان، خیرخواهانه یا مصلحت طلبانه است، نگردد. در مورد بهبود مفهوم حاکمیت قانون باید همواره با در نظر گرفتن این نکته باشد که هیچ کشوری وجود ندارد که در آن حاکمیت قانون به طور قطع، یک بار و برای همیشه برقرار شود یا هرگز به هیچ وجه در خطر نباشد.^۲ دیوان عدالت اداری با احقاق حقوق مردم و حاکمیت قانون در روابط بین مردم با اداره سبب ایجاد عدالت اداری می شود. در واقع دیوان عدالت اداری عالی ترین مرجع قضایی اسیت که صلاحیت رسیدگی به دعاوی علیه دولت و همچنین اعتراضات نسبت به آرای مراجع شبه قضایی را دارد و از این نظر، هم عرض دیوان عالی کشور است و البته با این تفاوت که دیوان عالی کشور عالی ترین مرجع قضایی در نظام دادگستری ایران است که به عموم دعاوی و تظلمات افراد در نظام طبقه بندی دادگاه های عمومی ایران رسیدگی می کند و لذا صلاحیت آن عام است، اما دیوان عدالت اداری به دعاوی خاص (مردم علیه دولت) رسیدگی می کند و در نظام حقوقی ایران، فرجام خواهی از آرای مراجع اداری تالی، در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارد؛ بنابراین دیوان عدالت اداری در عین اینکه مرجع عمومی اداری است، عالی ترین مرجع اداری کشور نیز محسوب می شود. با تحقق نظام تفکیک قوا در جوامع، دادگاه ها ضامن اصلی حاکمیت قانون در آن جوامع به حساب می آیند و تن ها در صورتی که نظارت توسط یک مرجع قضایی اعمال شود، می توان آن را به مثابه ضمانت اجرایی با صلابت برای تضمین حاکمیت قانون و قانون مندی اعمال اداری تلقی کرد و بنابراین با پذیرش حاکمیت قانون، نظارت قضایی سازکار اصلی تحدید قدرت حکومت به شمار می آید. اهمیت نظارت قضایی در نظام های مردم سالار، ثمره ی این اندیشه است که دادگاه ها

1 Langford, M. , Why judicial review. Oslo Law Review, 2(1), 2015, p65.

2 Langford, op.cit, 59.

3 Faupel, R. , The rule of law. Strani Pravni Zivot (Foreign Legal Life), 2009(2), 7-26, 2009, p15.

را نگهبانان اصلی حاکمیت قانون می‌داند و یکی دیگر از وجوه برتری نظارت قضایی دیوان بر سایر نظارت‌ها توجه به این نکته است که نظارت قضایی به عنوان یک نظام کنترلی محدود که در آن صلاحیت قضایی، هدف و استانداردهای آن به دقت تعریف و مشخص شده است و از این طریق بدون تأثیرپذیری از شرایط و اقتضائات پیرامونی می‌تواند به صیانت از منافع شهروندان بپردازد و همه این عوامل سبب پیش بینی حقی با عنوان حق دادخواهی در قوانین اساسی کشورها و اسناد حقوق بشری شده است که بروز آن در قانون اساسی ایران را باید در اصل ۳۴ قانون اساسی یافت و توجه داشته که به هیچ وجه نباید از طریق تصویب قانون، مسیر دادخواهی مردم به مراجع قضایی محدود شود تا به اطلاق و عموم این نظارت خدشه وارد نشود.^۱ با فرض آنکه اصطلاح «حقوق عامه» ناظر بر مخاطب حقوق باشد و تن‌ها موضوعاتی را شامل شود که نسبت به عموم مردم یا حداقل بخش قابل توجهی از مردم تأثیرگذار باشد، با توجه به اینکه بخش قابل توجهی از تزییع این قبیل حقوق توسط دستگاه‌های اجرایی از طریق اعمال اداری در قالب اقدامات و تصمیمات صورت می‌گیرد و به استناد اصل ۱۷۳ قانون اساسی شکایت از این نوع تصمیمات و اقدامات در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، دیوان عدالت اداری در زمینه احیا و صیانت از حقوق عامه نقشی ویژه و تأثیری انکارناپذیر دارد. این نقش از آن جهت که دیوان عدالت اداری یکی از مراجع ذیل قوه قضائیه محسوب می‌شود و به استناد بند ۲ ماده ۱۵۶ قانون اساسی احیای حقوق عامه از جمله وظایف قوه قضائیه جمهوری اسلامی ایران دانسته شده اهمیت مضاعف پیدا می‌کند. با وجود نقش ویژه ی دیوان عدالت اداری در زمینه احیا و صیانت از حقوق عامه، وجود برخی چالش‌ها در اعمال صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری گویای آن است که قانونگذار و رویه ی قضایی به نقش دیوان نسبت به احیا و صیانت از حقوق عامه توجه و التزام کافی را نداشته است و این امر موجب شده تا موانعی در مسیر طرح دعوا و رسیدگی به موضوعات مرتبط با حقوق عامه در دیوان عدالت اداری ایجاد شود. حال آنکه این موانع در واقع مانع احیا و صیانت از حقوق عامه هستند. لذا، لازم است تا با واکاوی و حسب مورد اصلاح قوانین حاکم بر دیوان عدالت اداری و رویه‌های قضایی جاری در آن، احیا و صیانت مطلوب تر از حقوق عامه مدنظر نظام حقوقی و قضایی کشور قرار گیرد و سازکارهای اعمال صلاحیت‌های دیوان متناسب با این هدف و وظیفه بازطراحی شوند.

۱. صادق قنوتی (۱۴۰۱، تیرماه)، بررسی جایگاه دادرسی کار در دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی، مقاله ارائه شده در همایش کارآمدی دیوان عدالت اداری، انجمن حقوق اساسی اصفهان.

گفتار دوم- جایگاه ذی نفع در دعاوی در صلاحیت دیوان عدالت اداری

به صراحت اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری مرجع رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات «مردم» علیه «دولت» به شمار می‌آید با عنایت به نقش و صلاحیت‌هایی که در قانون اساسی و قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، برای دیوان عدالت اداری شناسایی شده است، در جهت تبیین صلاحیت‌های این نهاد از دو ملاک شخصی و موضوعی استفاده شده است. در ملاک شخصی بایستی به طرفین دعوا در دیوان عدالت اداری عنایت داشت. همچنان که مطابق ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از: الف - تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها ب - تصمیمات و اقدامات مأموران واحدهای مذکور در بند «الف» در امور راجع به وظایف آن‌ها ۲ - رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آراء و تصمیمات قطعی هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری و کمیسیون‌هایی مانند کمیسیون‌های مالیاتی، هیأت حل اختلاف کارگر و کارفرما، کمیسیون موضوع ماده (۱۰۰) قانون شهرداری‌ها منحصرأ از حیث نقض قوانین و مقررات یا مخالفت با آن‌ها ۳- رسیدگی به شکایات قضات و مشمولان قانون مدیریت خدمات کشوری و سایر مستخدمان واحدها و مؤسسات مذکور در بند (۱) و مستخدمان مؤسساتی که شمول این قانون نسبت به آن‌ها محتاج ذکر نام است اعم از لشکری و کشوری از حیث تضييع حقوق استخدامی را بر عهده دارد. به موجب ملاک شخصی هرگونه دعوایی بین مردم و حاکمیت قابلیت طرح در دیوان عدالت اداری را ندارد و بایستی نوع خاصی از دعاوی را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست. در این زمینه، بنا به قراینی بویژه قرینه ذکر شده در عنوان دیوان عدالت اداری که تشکیل این نهاد را به منظور دادرسی در موضوعات «اداری» دانسته باید دیوان را مرجعی جهت رسیدگی به دعاوی اداری و نه مطلق دعاوی مردم علیه دستگاه‌های دولتی دانست. بنابراین دیوان عدالت اداری تن‌ها به آن دسته از دعاوی مردم علیه حاکمیت رسیدگی می‌کند که موضوع آن دعوا اداری باشد و اگر دعاوی مردم علیه حاکمیت جنبه خصوصی یا کیفری داشت، اساساً چنین دعوایی قابلیت طرح در دیوان عدالت اداری را ندارد. با توجه به اختصاصی بودن این مرجع اگر در

صلاحیت‌های دیوان نسبت به دعاوی تردید کنیم بایستی به سراغ صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی رفت.

اما در ملاک دوم که ملاک موضوعی است، ناظر بر موضوع دعواست. در ملاک موضوعی مطابق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، حدود صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان به شرح زیر است: «۱- رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود با شرکت حداقل دو سوم قضات دیوان به ریاست رئیس دیوان و یا معاون قضائی وی تشکیل میشود(ماده ۸ قانون تشکیلات).

مبتنی بر صلاحیت‌های برشمرده شده هیئت عمومی و شعب دیوان عدالت اداری همچنین عمومات دادرسی باید بیان داشت اعمال دادخواهی در دیوان نیز مستلزم وجود نفع است. اما ملاک ذینفع بودن در هیئت عمومی و شعب دیوان متفاوت است و در قالب دو بند به تشریح بیشتر این مطلب خواهیم پرداخت.

بند اول- ذینفع در دعاوی هیات عمومی دیوان

رسیدگی به آن شکایتی که موضوع آن عام الشمول و کلی باشد و مشخصاً مربوط به عموم مردم باشد در صلاحیت هیئت عمومی دیوان و به تبع آن هیأت‌های تخصصی دیوان است. در این موارد، به جهت اهمیت موضوع و به استناد تصریح ذیل اصل ۱۷۰ قانون اساسی «هرکس می‌تواند تقاضای ابطال این موارد را در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح کند» و داشتن نفع مستقیم در دعاوی در صلاحیت هیئت عمومی موضوعیت ندارد. در واقع شکایت علیه غیر قانونی بودن یا خلاف شرع بودن مصوبات دولتی در دیوان با تقدیم درخواست انجام می‌گیرد و نیازی به وجود ذینفع و پرداخت هزینه دادرسی نیست و به جای آن تصریح به حکم شرعی و مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده است ضروری است. زیرا منشاء اصلی قانون و حاکمیت آن اراده ملت است و اهمیت پاسداری از آن به درجه است که عموم افراد مردم در آن سهیم و شریک هستند و وظیفه اجتماعی آنان حکم

می‌کند که از آن غافل نشوند.^۱ حاکمیت قانون مبتنی بر اصل قانونی است که بر اساس آن قوانین اداری باید بر اساس و مطابق با قانون اساسی و قوانین مصوب قوه مقننه و همچنین سایر قوانین هنجاری صادر شوند. این اصل اساسی هم از منظر دفاع از حقوق و آزادی‌های شهروندان در برابر سوء استفاده‌های احتمالی دولت و هم از منظر عملکرد خوب و دائمی خدمات عمومی، صرف نظر از منافع عمومی یا محلی آنها، حصول اطمینان از اجرای قوانین، تصویب مقررات اداری به منظور اجرای قوانین، اجرای قراردادهای اداری و حفظ نظم عمومی معنای خود را دارد.^۲

وصف مقنن در تبصره ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، شرط ذینفع بودن درخواست کننده از هیئت عمومی را کنار نهاده و به پاسداری از حقوق عمومی و با ترجیح منفعت عمومی بر نفع شخصی و خصوصی و فایده دفع آرای متعارض و ایجاد تعادل در رویه قضایی این دیوان به هر شخص اجازه داده تا از آن هیئت یکی از موضوعات سه‌گانه داخل در صلاحیت آن را که در ماده ۱۴ قانون مرقوم آمده است بخواهد. در این فرض، اشخاص دارای نفع غیرشخصی در تعقیب هستند و الا بی‌تردید همه در اجرای صحیح قانون و ایجاد وحدت رویه نفع عمومی دارند.^۳

در خصوص این دسته از موضوعات، وجهه ی عمومی دعوا بر وجهه ی خصوصی آن غلبه دارد و در مواردی که موضوعات در صلاحیت هیئت عمومی باشد، مشخصاً هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و در ذیل آن هیئت‌های تخصصی مرجع نظارت کننده محسوب می‌شوند. به موجب ماده ۱۲ قانون تشکیلات، هیئت عمومی صرفاً صلاحیت رسیدگی به مقررات و نظامات دولتی را دارد، و از ویژگی

۱. بالایی، حمید و محبوب سعید «مفهوم ذی نفع در آرای دیوان عدالت اداری» نشریه رویه قضایی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳، ص ۳۳

1. Ladaru, op.cit, p144

۲. ماده ۱۲- حدود صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان به شرح زیر است:

۱- رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می شود.

۲- صدور رأی وحدت رویه در موارد مشابه که آراء متعارض از شعب دیوان صادر شده باشد.

۳- صدور رأی ایجاد رویه که در موضوع واحد، آراء مشابه متعدد از شعب دیوان صادر شده باشد.

محسنی، محسنی حسن (۱۳۹۸)، «نفع در دادخواهی‌ها بررسی دکتترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره اول ص ۳۶۰

مقررات نیز جنبه کلی و عمومیت داشتن است، سایر مصوبات از این تعریف خارج می‌ماند. در حالی که در زمان حاکمیت قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵ به موجب ماده ۱۹ هیئت عمومی صلاحیت رسیدگی به تصمیمات یا مصوبات با آثار کلی و نوعی را داشت، از این رو به موجب رای وحدت رویه شماره ۲۶۱ مورخ ۲۱/۱۱/۱۳۹۱ انتصاب آقای مرتضوی به عنوان مدیرعامل سازمان تأمین اجتماعی از سوی هیئت عمومی ابطال شد. اما مفاد بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، دیگر چنین برداشتی را منتفی ساخته است. آنچه که از تعریف مقررات و نظامات اداری قابل برداشت است و در رویه دیوان نیز مشهود است مقررات اداری، کلی و عمومی است؛ منظور از کلی بودن و عمومیت داشتن قاعده حقوقی این است که «هنگام وضع مقید به فرد یا اشخاص معین نباشد و مفاد آن با یک بار انجام شدن از بین نرود» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۷). یعنی دارای خصلت غیرشخصی و غیرفردی است و جنبه چندگانه و عام دارد. در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز این نظر پذیرفته شده و در مواردی که مصوبات یا ابلاغیه‌های اداری، «مقررات عام الشمول» به شمار نیایند، مقررات اداری محسوب نشده و از صلاحیت هیأت عمومی خارج تشخیص داده می‌شوند. همچنین یکی از اساسی‌ترین ویژگی‌های مقررات اداری، جنبه الزامی بودن آن است. در رویه هیأت عمومی، در صورتی که مصوبات متضمن پیشنهاد باشد، یا جنبه مشورتی یا ارشادی داشته باشد یا شامل اعلام نظر کارشناسی یا متضمن ابلاغ مصوبه دیگری باشد، فاقد جنبه قلمداد آورالزام شده و خارج از صلاحیت هیأت عمومی تشخیص داده می‌شود.^۱

به عنوان نمونه دادنامه شماره ۶۱ مورخ ۹۷/۱/۲۸ به خواسته ابطال مصوبه شماره ۱۱ - ۲۱/۲/۱۳۹۸ اداره کل مسکن و شهرسازی استان هرمزگان که در آن، هیأت با این توضیح که «در این مصوبه نسبت به واگذاری زمین به شرکت خانه سبز عمران اتخاذ تصمیم شده»، دادنامه شماره ۶۱۶ ی آن، ۲۸/۶/۱۳۹۶ که طی آن هیأت عمومی دیوان، با این استدلال «... نظر به اینکه بند الف یکصد و شصت و یکمین جلسه کمیسیون انجمن‌های علمی گروه پزشکی مورخ ۹۴/۹/۸ متضمن تایید مصوبه مورخ ۹۳/۹/۱۱۳ مجمع عمومی عادی به طور فوق العاده در خصوص عزل بازرسان انجمن علمی دندانپزشکی ایران» بوده و دادنامه شماره ۸۸ مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۲ که هیأت با این توضیح «که نامه‌های مورد اعتراض در خصوص محاسبه حقوق بازنشستگی افراد خاصی صادر شده است»، آن‌ها

۱. نجابت خواه مرتضی و فقیه لاریجانی فرهنگ، بازشناسی مفهوم «مقررات و نظامات اداری» با تأکید بر رویه قضایی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال نهم، بهار ۱۳۹۹، صفحات ۸۹-۱۰۸.

را خارج از عنوان قاعده عام الشمول و در نتیجه، خارج از عنوان مقررات و نظامات اداری موضوع صلاحیت خود دانسته است.

همچنین هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۸۳/۴۴۶ مورخ ۱۳۸۳/۰۹/۱۵ از سوی انجمن مالکان مجتمع مسکونی خانه کرج، به طرفیت کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری شهرداری کرج بخواسته ابطال بند ۲۳ صورتجلسه مورخ ۸۲/۱۲/۲۰ در خصوص موافقت با تمدید پروانه ساختمانی در پلاک ثبتی ۱۰۲۴۸/۱۶۲ (قطعه ۲۶۸) واقع در شهرک خانه، مفاد بند مذکور را متضمن وضع قاعده آمره عام و کلی و در نتیجه از مصادیق مقررات دولتی ندانست.

اما رای شماره ۲۴۷ مورخ ۰۹/۰۵/۱۴۰۰ نامه شماره ۴۰۱۰/۹۵/۸۹۹۰ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۶ مدیر کل درمان مستقیم سازمان تأمین اجتماعی با موضوع: مأموریت آموزشی بلندمدت تمام وقت را بجهت عام الشمول بودن احکام مندرج در نامه مورد شکایت، که رعایت حداقل ۵ سال و حداکثر ۲۰ سال سابقه خدمتی در سازمان را برای ارسال درخواست مأموریت آموزشی بلندمدت تمام وقت پزشکان و سایر کارکنان متقاضی، الزامی و فعالیت کاری همزمان در سازمان تأمین اجتماعی در مدت مأموریت تحصیلی را منع نموده کرده بود، مشمول مقررات و نظامات مندرج در ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) و قابل طرح و رسیدگی در هیأت تخصصی دانست.

در دادنامه شماره ۴۱۳ مورخ ۱۳۹۵/۶/۶ مصوبه مورخ ۱۳۹۴/۹/۱۰ شورای اسلامی شهر بهارستان در خصوص موافقت با استعفای دو نفر از اعضای شورای مذکور در بند «ب» دادنامه شماره ۳۵۱ مورخ ۱۳۹۴/۳/۲۵، نامه شماره ۸۹/ص/۱۸۵۸-۱۱/۲/۱۳۹۸ مدیریت شعب منطقه بانک ملت در ۳ ارتباط با اعلام بدهی معوق شرکت لوله و پروفیل تجهیزات سدید جهت اطلاع بانکهای مذکور در صدر نامه به جهت اینکه ناظر بر شخص یا مورد خاصی بوده و متضمن یک قاعده کلی و عام الشمول نیست، از مصادیق مقررات و نظامات موضوع صلاحیت خود به موجب بند ۱ ماده قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان خارج دانسته و قابل رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی ندانسته است.

در رویه دیوان عدالت اداری این موارد به عنوان مصوبات موردی مورد شناسایی قرار گرفته اند. مهمترین اثر این تفکیک آن است که وقتی هیئت عمومی دیوان مصوبه ای را موردی دانست، آن موضوع در صلاحیت شعب دیوان قرار می گیرد و یکی از مهم ترین آثار آن این است که تنها ذینفع مستقیم به استناد ماده ۱۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری می تواند از آن مصوبه در شعب دیوان شکایت کنند.

بند دوم- ذی نفع در دعاوی در صلاحیت شعب دیوان

در رویه دیوان عدالت اداری، تعقیب دعاوی در صلاحیت شعب، علی الاصول از قواعد عمومی تبعیت می‌کند که مورد تاکید ماده ۱۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ با به کار بردن واژه ذینفع قرار گرفته است. مطابق ماده ۵۳ قانون مذکور، چنانچه شاکی در شکایت مطروحه ذی نفع نباشد، شعب دیوان حتی قبل از ارسال دادخواست و ضامناً به طرف شکایت، قرار رد شکایت صادر می‌کند. مواد ۵۶، ۸۹^۳ و ۹۳^۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نیز در ارتباط با داشتن نفع شخصی مستقیم قابل توجه است. همچنین مطابق رای شماره ۴۴۳ هیئت عمومی، مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۱۱، چون مصوبات موردی شورای شهر متضمن وضع قاعده آمره عام‌الشمول نیست و از مصادیق مقررات موضوع بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری محسوب نمی‌شوند، رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت شعب قرار می‌گیرد. به این ترتیب بسیاری از افرادی که از یک مصوبه متأثر خواهند شد، به جهت عدم صدق عنوان ذینفع مستقیم بر آنها، امکان طرح شکایت در دیوان را نداشته باشند. این وضعیت در مصادیق مختلف می‌تواند بر احقاق حقوق عامه تأثیرگذار باشد. به عنوان نمونه، کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری که صلاحیت بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات غیر اساسی آن‌ها در هر یک از شهرهای استان را بر عهده دارد، و بر حقوق شهروندان به طور غیر مستقیم موثر

۱. ماده ۱۷- شعب دیوان به شکایتی رسیدگی می‌کنند که شخص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی وی،

رسیدگی به شکایت را برابر قانون، درخواست کرده باشد

۲ ماده ۵۷- «آراء شعب دیوان که بدون دخالت فرد ثالث ذی نفع در مرحله دادرسی، صادر شده در صورتی که به حقوق شخص ثالث، خلل وارد نموده باشد، ظرف دو ماه از تاریخ اطلاع از حکم، قابل اعتراض است...»

۳ ماده ۸۹- «...لکن در مورد احکامی که در هیأت عمومی مطرح و غیرصحیح تشخیص داده شده شخص ذی نفع ظرف یک ماه از تاریخ درج رأی در روزنامه رسمی حق تجدیدنظرخواهی را دارد. در این صورت پرونده به شعبه تجدیدنظری که قبلاً در پرونده دخالت نداشته ارجاع می‌شود و شعبه مذکور موظف به رسیدگی و صدور رأی بر طبق رأی مزبور است.»

۴ ماده ۹۳- افرادی که در اجرای آراء هیأت عمومی، خود را ذی نفع می‌دانند، در صورت عدم اجرای آن از سوی مسؤولان ذی ربط، می‌توانند رسیدگی به استنکاف مسؤول مربوط را از دیوان، درخواست نمایند. این درخواست از سوی رئیس دیوان، به یکی از شعب تجدیدنظر ارجاع می‌شود. شعبه مذکور در صورت احراز ذی نفع بودن درخواست کننده و استنکاف مسؤول مربوط، به موجب ماده (۱۰۹) این قانون اتخاذ تصمیم می‌نماید.

است با توجه به رویه دیوان عدالت اداری این مصوبات موردی دانسته می‌شوند و از صلاحیت هیئت عمومی خارج است و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت شعب قرار می‌گیرد. شهروندان به جهت آنکه ذینفع مستقیم نیستند عملاً نمی‌توانند از این مصوبه در شعب دیوان شکایت کنند. دادنامه شماره ۸۳/۲۶ مورخ ۱۳۸۳/۱/۳۰ که یکی از شهروندان علیه اقدام شهرداری در خصوص تغییر کاربری پلاک‌های ثبتی فضای عمومی به مسکونی در قالب صورتجلسه، طرح دعوا کرده بود، از سوی دیوان موردی و خارج از صلاحیت هیئت عمومی تشخیص داده شد.

نمونه دیگر رای شماره ۲۱۹۰ مورخ ۲۷/۰۷/۱۴۰۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع شکایت ابطال ۱- مصوبه شماره ۹۶/۱۲۷۹/ص - ۱۳۹۶/۳/۳۰ شورای اسلامی شهر شیراز ۲- بند ۳- ۶ توافقنامه منعقد فی مابین شهرداری شهر شیراز و دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی و درمانی استان فارس در خصوص واگذاری ۳۰ هکتار از اراضی برف فروشان (سهم شهرداری) به دانشگاه علوم پزشکی شیراز به شماره ۹۶/۲۲۸۳۳۶ - ۱۳۹۶/۵/۹ است که سازمان بازرسی کل کشور در مقام شاکی قرار داشت و از طرفی موضوع تفاهم نامه و مصوبه مربوط به احداث بیمارستان ۱۲۰۰ تخت خوابی؛ موضوعی که از مصادیق حقوق عامه بوده، با این استدلال که از مصادیق مقررات موضوع بند ۱ ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ محسوب نمی‌شود و بر اساس حکم مقرر در رای وحدت رویه شماره ۹۷۲ - ۱۳۹۹/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر عدم قابلیت طرح و رسیدگی به تقاضای ابطال مصوبات موردی شوراهای اسلامی شهر در شعب دیوان عدالت اداری، قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری تشخیص داده نشد.

لذا، در حال حاضر این چالش وجود دارد که به جهت مقید بودن امکان طرح شکایت در شعب دیوان به ذینفع مستقیم و از سوی دیگر، تفسیر مضیقی که از ذینفع در دیوان مد نظر است، بخشی از موضوعاتی که به حقوق عامه مرتبط هستند قابلیت طرح شکایت در دیوان را ندارند. از این جهت رویه قضایی مانع از احیای حقوق عامه شده است. همچنین، چنین رویه‌هایی در زمینه صیانت از بیت المال یا صیانت از منافع و مصالح و نظم عمومی مانع جدی ایجاد کرده‌اند؛ در خصوص دعاوی مطروحه در شعب دیوان نمی‌توانیم ادعا کنیم که به واسطه موردی بودن موضوع دعوا و حضور ذینفع خاص، این قبیل دعاوی بی ارتباط به حقوق عامه است؛ بلکه حداقل بخش قابل توجهی از موضوعاتی که در صلاحیت شعب دیوان عدالت اداری قرار دارند، به صورت غیرمستقیم بر حقوق عامه تاثیرگذار

هستند. تصمیمات خلاف قانون و موردی که در خصوص نحوه هزینه کرد بیت المال صورت می‌گیرد، مشخصاً با منافع عمومی ارتباط مستقیم دارد و به نوعی موجب تضییع حقوق عامه می‌شوند. پس اگر شعبه دیوان عدالت اداری در رسیدگی قضایی خود آن عمل اداری را خلاف تشخیص دهد، در واقع از حقوق عامه صیانت کرده است. مثلاً در دعاوی مالیاتی جهت‌گیری کلی و سیاست دولت به سمت کسب درآمد از محل مالیات باشد که این سیاست ماهیت نفع عمومی دارد و از طرف دیگر فشار آوردن به بنگاه‌های خصوصی برای دریافت مالیات می‌تواند به اقتصاد ملی ضربه بزند که آن هم واجد خصلت عمومی است و ممکن است در قالب یک دعاوی مالیاتی در شعبه مطرح شود. بنابراین در دعاوی اداری اعم از آنکه دعاوی ابطال باشد یا دعاوی موردی در شعب ممکن است شاهد یک نفع عمومی باشیم

گاهی در دیوان عدالت اداری با دعاوی علیه دستگاه‌های اجرایی و دولتی مواجه می‌شویم که با سکوت یا تبانی مقامات دستگاه‌های اجرایی یا عدم اجرای احکام قضایی توسط مدیر وقت یا نهادهای حقوقی یا معاونت‌های حقوقی مجموعه به طور گسترده تضییع حقوق عمومی صورت می‌گیرد یا در محاکم آرای متعارض با منفعت عمومی صادر می‌شود و ما با خلا نظارت بر احکام صادره علیه منافع عمومی مواجه می‌شویم. برای مثال مواد قانونی مثل بند ج ماده ۲۴ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۹۴ وجود دارد که برای دولت مهلت‌هایی را در پرداخت دیون تعیین کرده است. لذا در موارد متعدد دستگاه دولتی با وجود منابع مالی دیون خود را نمی‌پردازد تا مثلاً شرکتی که دعوی مطرح کرده است بتواند از خسارت تأخیر تادیه بهره‌مند شود به دلیل اینکه مسئولان دستگاه اجرایی در آن شرکت خصوصی نیز سهامدار است و به این وسیله خود نیز از تأخیر در تادیه منتفع می‌شود این در حالی است که به جهت اینکه سازکار قانونی لازم جهت طرح شکایت عموم از این موارد در دیوان عدالت اداری وجود ندارد، باید قائل باشیم که دیوان عدالت اداری در این زمینه سازکار لازم جهت صیانت از حقوق عامه را ندارد. فارغ از استدلال ذکر شده، با توجه به اینکه حاکمیت قانون یکی از مهم‌ترین اصول حاکم بر نظام حقوقی هر کشور محسوب می‌شود و صیانت از آن در واقع منجر به صیانت از حقوق عامه می‌شود، لذا نقشی که هریک از شعب و هیئت عمومی دیوان در مقام تضمین قانون‌مداری در دستگاه‌های دولتی ایفا می‌کنند، به صورت غیرمستقیم بر صیانت و احیای حقوق عامه تأثیرگذار است. به عبارت دیگر اینکه عامه مردم در یک نظم حقوقی زندگی کنند و این نظم حقوقی مخدوش نشود، به خودی خود بخشی از حقوق عامه محسوب می‌شود و عملکرد دیوان در مقام تضمین این اصل، در واقع حرکت در مسیر صیانت از حقوق

عامه است. این در حالی است که بنا بر قوانین و رویه‌های قضایی فعلی، رسیدگی به برخی از موضوعات از جمله رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری علی‌رغم اینکه با منافع عمومی در ارتباط است با استدلال‌هایی نظیر اینکه این دسته از قوانین ترافیعی هستند، از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج دانسته شده‌اند، این در حالی است که دو دسته از اشکال فعالیت از سوی مقامات اداری قابل شناسایی است؛ فعالیت‌هایی که مقام اداری قدرت را اعمال می‌کند (مقررات اداری، قرارداد اداری، اقدامات اداری) و اشکالی که قدرت در مورد آن‌ها اعمال نمی‌شود (اعمال حقوقی مبتنی بر ظرفیت مدنی توسط مقامات اداری دولتی، عملیات فنی-اداری و عملیات مستقیم تولیدی).^۱ لذا، این مواردی که رسیدگی به موضوعات اداری از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج دانسته شده است، احتمال تضییع حقوق عامه بسیار افزایش می‌یابد و بایستی نظام قضایی به سمت تمرکز دعاوی اداری در دیوان عدالت اداری حرکت کند قضات دادگاه‌های عمومی دادگستری که مسئولیت رسیدگی به این قبیل دعاوی را دارند به صورت کامل با اقتضائات نظام اداری و حقوق عمومی آشنا نیستند و این امر می‌تواند موجب تغییر در نتیجه دعا و تضییع حقوق و منافع عمومی شود.

با وجود این، هیئت عمومی دیوان در رای وحدت رویه شماره ۱۱۵ مورخ بیست و سوم اردیبهشت ۱۳۹۲ همسایه مجاور ملک موضوع رای کمیسیون بازنگری ماده ۱۰۰ قانون شهرداری را ذینفع دانسته و به تبع آن نفع، به وی حق شکایت برای طرح دعاوی ابطال رای کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری داده است. در تعقیب برای همسایه که طرف آرای کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری نیست از منظر نفع شخصی نیز قابل بررسی است، گرچه همسایه به علت صدور مجوز کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری در ساخت و ساز ذینفع نیست ولی در آثار حقوقی و مادی این ساخت و ساز هم نفع شخصی دارد و هم به لحاظ منافع اجرای صحیح اصول ساختمان در شهر برای همسایه خود دارای نفع غیر شخصی است.

در موردی مشابه دادنامه ۸۱۲ کلاسه پرونده ۱۰۸۲/۹۶ مورخ ۲۳/۸/۱۳۹۶ با موضوع رسیدگی به اعتراض همسایه مجاور متضرر از پروانه صادره از شهرداری، شعبه دیوان خود را نسبت به رسیدگی صالح دانست و حکم مقتضی صادر نمود.

در پرونده ای^۱ در یکی از ایالات آمریکا، فردی شکایت کرد تا یک شهر را مجبور به تهیه گزارش اثرات زیست محیطی^۲ قبل از اجازه توسعه تجاری یک عمارت قدیمی واقع در یک منطقه مسکونی کند. زیرا در نگرانی‌های زیست محیطی و قانون گزارش اثرات زیست محیطی^۳ عناصر حقوق عمومی بسیار مهم وجود داشت. از نظر دادگاه اجرای سیاست قانونی نظارت دقیق در مسائل مربوط به اثرات زیست محیطی، منافع قابل توجهی برای عموم به همراه دارد. دادگاه تا آنجا پیش رفت که نشان داد که این دعوا ممکن است درک مقامات شهری را از تعهدات خود بر اساس قانون روشن کند. با این حال، هر دعوی، خواه متضمن منافع عمومی باشد یا نباشد، به این معناست که شاکی به دنبال هدفی خاص است. وجود منفعت خصوصی مانع از وجود منفعت عمومی نیست. منافع عمومی ممکن است خود را به سه طریق نشان دهد. اولاً، طبقه ای از مردم ممکن است مستقیماً از حل و فصل ادعای شاکی منتفع شوند. به عنوان مثال، در این پرونده، همسایگان پروژه از در نظر گرفتن اثرات احتمالی نوسازی سود خواهند برد. دوم، طبقه ای از مردم ممکن است منتفع شوند زیرا حل پرونده ممکن است در موقعیت‌های واقعی آینده اعمال شود. سوم آنکه، عموم مردم ممکن است صرفاً به این دلیل که یک سیاست قانونی یا قانون اساسی اجرا شده است، منتفع شوند، حتی اگر فقط شاکی به طور مشخص از این دعوا سود می‌برد و حتی اگر تصمیم هرگز به عنوان سابقه استفاده نشود.^۴

در واقع در ارتباط با دعاوی ای که عناصر نفع عمومی در آن‌ها وجود دارد، برخی کشورها با به رسمیت شناختن دعاوی منفعت عمومی، به دنبال ایجاد توازن مجدد در توزیع منابع قانونی، افزایش دسترسی به عدالت برای محرومان به منظور تأمین عدالت اجتماعی و معنادار ساختن حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای آن‌ها بودند. دعاوی منفعت عمومی در هند به عنوان قوی ترین و موثرترین ابزار برای اجرای عدالت از طریق فعالیت‌های قضایی برای اقرار آسیب دیده اجتماعی، اقتصادی و سیاسی جامعه ظهور و توسعه یافت.^۵ باگواتی اظهار داشت تا زمانی که شخص با حسن نیت به منظور اثبات عدالت عمل می‌کند، آن شخص می‌تواند طرف دعوا برای رسیدگی قضایی به خطای قانونی ارتكابی

1 Rich v. City of Benicia

2 Environmental impact report (EIR)

3 California Environmental Quality Act (CAL. PUB. RES. CODE §§ 21000-21176 (West 1977 & Supp. 1981).

4 Graybeal, L. The private attorney general and the public advocate: Facilitating public interest litigation. Rutgers Law Review, 34(2), 350-377, 1982, p361

5 Hari Bansh Tripathi, "Public Interest Litigation in Comparative Perspective," NJA Law Journal 1. 2007

3.J. Olika Onyango, Human Rights And Public Interest Litigation In East Africa: A Birds Eye View, *The Geo. Wash. Int IL. Rev*2015.p 812

شاکی که یک فعال سیاسی بود، رد کرد. زیرا به موجب ماده ۱۷ قانون دیوان، ذی نفع مستقیم تن‌ها صلاحیت طرح دعوا در شعب دیوان را دارد. در حالیکه امور سیاسی و انتصابات اداری امور عمومی است و همه شهروندان ذینفع محسوب می‌شوند. هر کس که برای اجرای قانون فراخوانده می‌شود باید در تفسیر معنای کلماتی که قانون در آن‌ها آمده است تصمیم بگیرد. برای انجام این کار هوشمندانه، او باید مقصود قانون را درک کند.^۱

برخی از صاحب‌نظران حقوق، تصمیماتی که مدلول آن در ارتباط با انتصاب اداری است در زمره تصمیمات فردی یا همان تصمیمات شخصی و موردی دانسته‌اند با این استدلال هستند که ناظر به شخص یا افراد معینی است. در حقیقت این گونه تصمیمات را موجد وضعیت های حقوقی ای به شمار آوردند که مختص به حالت های فردی است که به شخص خاص یا افرادی معین مربوط می‌شود و این افراد به مجرد این که یک بار آن تصمیم بر آن‌ها اعمال گردید از موضوع آن منتفع خواهند شد و مقام اداری نمی‌تواند به این گونه تصمیمات اثر نوعی و عام بدهد. در حالی که تصمیمات مربوط به انتصاب تأثیرات کلی بر حقوق و منافع عمومی، سیاست‌های عمومی و اداره امور خواهد داشت. این صاحب‌نظران ملاک موردی یا نوعی بودن تصمیمات اتخاذ شده در انتصاب را در اثر حقوقی آن جست و جو می‌کنند و نه تأثیرات دیگر تصمیم بر افراد جامعه. در حالی که انتصاب ابزار ایجاد کننده اختیارات است.^۲ اگرچه انتصاب های اداری از مصادیق آئین نامه، مقررات و نظامات دولتی نیستند و به موجب آرای نظیر رای شماره ۴۴۳ هیئت عمومی دیوان رسیدگی به تصمیمات موردی شورای شهر را در صلاحیت شعب بدانیم بایستی با توجه به اثرات گسترده این تصمیم قائل به تفسیر گسترده از ذی نفع در رویه قضایی دیوان بود. در این موارد موضوع مورد بررسی از ماهیت تصمیم سازمان به جستجوی مقاصد قانونی تغییر می‌کند. از زمان تصمیم‌گیری در این موارد، سؤالات مورد بررسی به این صورت است که: قانونگذار به چه میزان مسئولیت را به سازمان تفویض کرده است، آیا تصمیم سازمان در حیطه اختیارات است و در صورت وجود، آیا دستگاه به درستی از

1 Morrell, C. C. , Administrative decisions. Food, Drug, Cosmetic Law Journal, 12(9), 577-584, 1957. p577

۲. فلاح زاده علی محمد و نجابت خواه مرتضی، « نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر انتصاب های اداری»، فصلنامه ی دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۶، تابستان ۱۳۹۳، صفحات ۱۲۵ تا ۱۴۴، ص ۱۳۷

3 Grbich, Y. Fraud on power: judicial control of appointments by discretionary trustees. Monash University Law Review, 3(3), 210-242, 1977p212

مسئولیتی که قانونگذار به آن محول کرده است، استفاده کرده است. تشخیص مقصود قانونگذار همیشه کار آسانی نیست، بلکه کار مناسبی است زیرا دادگاه‌ها را از فعالیت سیاست گذاری حذف می‌کند و تحلیل قضایی را به منابع قانونی اختیار سازمان برمی گرداند. اگر قانونگذار مسئولیت تفسیر این اصطلاح را به سازمان تفویض کرده بود، در این صورت تن‌ها سؤال دادگاه این بود که آیا تفسیر سازمان در حیطه تفویض قانونی آن است یا خیر. دادگاه با این سؤال که قانونگذار مسئولیت تعریف این اصطلاح را به چه کسی واگذار کرده است، هم به تفویض مسئولیت سیاستگذاری قانونگذار احترام می‌گذارد و هم از جایگزینی خط مشی خود به جای سیاست سازمان اجتناب می‌کند.

در هر حال انتصاب های اداری در قالب تصمیم‌های اداری اتخاذ می‌گردد اگرچه دربردارنده قواعد عام و کلی نبوده و رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت شعب است اما آثار این انتصاب بر بخش قابل توجهی از شهروندان تاثیرگذار است و شهروندان به عنوان ذی نفعان دارای نفع کافی هستند تا آن‌ها را مورد شکایت قرار دهند. انتصابات غیرقانونی به دلیل مغایرت با قواعد قانون یا سیاست عمومی باطل است. انتصاب در صورتی که برای هدفی صورت گرفته باشد که صریحاً یا ضمناً توسط سند ایجاد کننده اختیار مجاز نشده است یا دادگاه بتواند آن را سو استفاده از اختیار تفسیر کند، باطل است و حتی با توسعه پتانسیل آشکار این دکترین به عنوان ابزاری برای دستیابی به اهداف سیاست عمومی گسترده تر توسط دادگاه‌ها این تصمیم را ابطال کند. اعمال قدرت انتصاب منفعتی را نصیب شخصی می‌کند که موضوع انتصاب نیست، یا به عبارتی مغایر با هدف یا اهداف انتصاب و به نفع منصوبی که مقصود قدرت است اما غرض نهانی است.^۱ دیوان بایستی با تفسیر گسترده از نفع تا حدودی انعطاف‌پذیری در سیاست‌ها را حفظ کرده و در نتیجه انتصابات را کنترل کنند، بدون اینکه موجب تضعیف مقبولیت آن‌ها شوند.

در مواردی که تصمیمی اصلاح نظام حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد یا منافع تعداد زیادی از مردم در خطر است، حمایت از مصرف کننده، حقوق آموزشی، مسکن و نگرانی‌های زیست محیطی نمونه ای از این موضوعات مربوط به منافع عمومی است. مهمترین ویژگی مشترک دعاوی مربوط به

1 Kistler, R., Focusing on Legislative Intent: Judicial Review of Administrative Law Decisions. Oregon Law Review, 70(4), 895-906. 1991, p902

2Ladaru, op.cit, p144

3ultra vires

4Grbich, op.cit, p222

این موضوعات، حضور طرفی است که طبق قوانین و اصول و تشریفات قانونی معمول، ذینفع نیست یا فاقد منابع برای پرداخت هزینه است. اعمال قوانین سنتی داشتن نفع مستقیم شخصی از منافع گسترده جلوگیری کرده و بدین ترتیب حقوق و منافع بزرگ ممکن است بدون حفاظت باقی بماند.^۱

دولتی که بر پایه حاکمیت قانون بنا شده است، نهاد دعوای اداری نمایانگر شکل دموکراتیک جبران نقض قوانین مرتکب شده توسط نهادها و مقامات اداری، محدود کردن قدرت خودسرانه آنها، تضمین حقوق فردی ادارات است.^۲ حاکمیت قانون خود را در برابر اعمال خودسرانه قدرت عمومی قرار می‌دهد.^۳

حتی در برخی نظام‌های حقوقی مزایایی برای افرادی که بر مبنای صیانت از قانون حق دادخواهی را اعمال می‌کنند، در نظر گرفته شده است؛ در پرونده ای^۴ علیه اداره توسعه اشتغال کالیفرنیا، دادگاه به اتحادیه‌هایی که با موفقیت به دنبال اثبات قانونی بودن رویه‌های خاص در خاتمه مزایای بیکاری بودند، هزینه‌ها را اعطا کرد. دادگاه اعلام کرد که اثبات حق پرداخت به موقع طبق قانون تأمین اجتماعی، هم برای کارگران بیکار و هم برای عموم مردم یک مزیت قابل توجه است. لذا دادگاه در این پرونده که مربوط به واجد شرایط بودن مزایای بیمه بیکاری بود، اعلام کرد دعوای حقوقی شاکی در راستای اجرای حقوق مهم قانون اساسی و در نتیجه مزایای غیرمالی قابل توجهی را به طبقه بزرگی اعطا کرده است.^۵

عدم ایجاد یک رویه مؤثر در نظارت قضایی ممکن است در نهایت منجر به از بین رفتن روش پذیرفته شده برای حفظ تعادل مناسب بین اعمال و تصمیمات اداری از سوی مأموران اداری از یک سو و حفظ منافع شخصی و جمعی در برابر اقدامات خودسرانه از سوی دیگر شود.^۶ دعوای حقوق

1 Graybeal, L. The private attorney general and the public advocate: Facilitating public interest litigation. Rutgers Law Review, 34(2), 350-377, 1982, P 351

2 Ladaru, op.cit, p146

3 Audrey Macklin (2018), "Citizenship, Non-Citizenship and the Rule of Law," University of New Brunswick Law Journal 69: 19-56, p45

4 In AFL-CIO v California Employment Development Department, 88 Cal. App. 3d 811, 152 Cal. Rptr. 193 (1979).

5 Grbich, Y. Fraud on power: judicial control of appointments by discretionary trustees. Monash University Law Review, 3(3), 210-242, 1977, p362

6 Cooper, F. E. Judicial review of administrative decisions. University of Detroit Law Journal, 3(2), 53-79, 1940, p55

عمومی، به دلیل ماهیت متفاوت آن از دادرسی مدنی تفسیر موسع مفهوم ذینفع ضرورت دارد صرف عدم رعایت حاکمیت قانون معیار کافی برای هر فردی در جهت طرح دعواست. دادرسی فقط یک خدمتکار عدالت است و هرگز نباید اجازه داد که عدالت توسط هیچ گونه جنبه شکلی آیین رسیدگی از جمله داشتن نفع شخصی مستقیم خنثی شود.

نتیجه گیری

دیوان عدالت اداری مرجع رسیدگی به شکایات مردم نسبت به تصمیمات، اقدامات اداری همچنین آیین نامه‌ها و مقررات و نظامات اداری است. رسیدگی به اعمال اداری در صلاحیت شعب و درخواست ابطال آیین نامه‌ها و مقررات و نظامات اداری در صلاحیت هیأت عمومی دیوان قرار دارد. غیر از آیین نامه‌ها، درخواست ابطال مقررات و نظامات دولتی همچنین مصوباتی که جنبه کلی و عام الشمول دارد از سوی هر شخص حقیقی یا حقوقی پذیرفته می‌شود، اما برای اقامه دعوا در صلاحیت شعب، نسبت به تصمیمات و اقدامات اداری، خواهان بایستی علاوه بر شرایط خاص این مرجع در طرح دعوا، دارای نفع شخصی مستقیم از اقامه دعوا و نتیجه آن باشد. این در حالی است که حتی دعاوی که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت شعب قرار دارد، عناصری از نفع عمومی در آن قرار داشته و با حقوق عامه در ارتباط است؛ از جمله این موارد، انتصاب‌ها و مصوبات موردی شورای شهر است. بهتر است برای تشخیص ذینفع بودن در دادرسی اداری به جای معیار نفع مستقیم و شخصی، از معیار نفع کافی استفاده کرد تا با تلقی مسئولیت مشترک برای همه مردم جامعه، ضمن صیانت از آزادی عمل اداره، باصیانت از حاکمیت قانون، حقوق عامه نیز به نحو مطلوب از سوی دیوان عدالت اداری صیانت و احیا گردد.

منابع

فارسی

۱. انصاری علی، (۱۳۹۸)، احیای حقوق عامه در پرتو دکترین و تصمیمات قضایی با تاکید بر وظایف و اختیارات دادستانی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

۲. بالایی، حمید و محبوب سعید « مفهوم ذی نفع در آرای دیوان عدالت اداری » نشریه رویه قضایی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳، صفحات ۲۶-۳۶

۳. بنایی اسکویی مجید و آگاه وحید، « کنکاشی در رأی شماره ۲۶۱ مورخ ۱۳۹۱/۵/۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری»، مجله پژوهشهای حقوقی (علمی - ترویجی)، شماره ۲۲، نیمسال دوم ۱۳۹۱

۴. خسروی حسن و حسینی محمد جواد، « حق بر دادرسی اداری و سازوکارهای اجرایی آن در ایران و اتحادیه‌ی اروپا»، دو فصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری، دوره اول، شماره اول، ۱۴۰۰

۵. فلاح زاده علی محمد و نجابت خواه مرتضی، « نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر انتصاب های اداری»، فصلنامه ی دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۶، تابستان ۱۳۹۳، صفحات ۱۲۵ تا ۱۴۴

۶. قنواتی صادق، (۱۴۰۱)، تیرماه، «بررسی جایگاه دادرسی کار در دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های عمومی»، مقاله ارائه شده در همایش کارآمدی دیوان عدالت اداری، انجمن حقوق اساسی اصفهان.

۷. محسنی. محسنی حسن (۱۳۹۸)، «نفع در دادخواهی‌ها بررسی دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران و فرانسه»، مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره اول

۸. منصوریان، ناصر علی و شیبانی عادل (۱۳۹۵)، « مفهوم منفعت عمومی و جایگاه آن در قانونگذاری»، دوفصلنامه ی دیدگاههای حقوق قضایی، شماره ی ۷۵ و

۹. نجابت خواه مرتضی و فقیه لاریجانی فرهنگ (۱۳۹۹)، بازشناسی مفهوم «مقررات و نظامات اداری» با تأکید بر رویه قضایی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال نهم، بهار ۱۳۹۹، صفحات ۸۹-۱۰۸

ب. انگلیسی

10. Earl H. DeLong; Newman F. Baker, (1934) , "Powers and Duties of the Prosecuting Attorney: Quasi-Criminal and Civil," Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology 25, no. 1. p42

11. Bobek, M. (2001). Marbury v. madison: the birth of judicial review in the usa. Common Law Review, 2(1), 20-24. p22

12. Morrell, C. C. (1957). Administrative decisions. Food, Drug, Cosmetic Law Journal, 12(9), 577-584..

13. Grbich, Y. (1977). Fraud on power: judicial control of appointments by discretionary trustees. Monash University Law Review, 3(3), 210-242

14. Kistler, R. (1991). Focusing on Legislative Intent: Judicial Review of Administrative Law Decisions. Oregon Law Review, 70(4), 895-906.

15. Cooper, F. E. (1940). Judicial review of administrative decisions. University of Detroit Law Journal, 3(2), 53-79

16. Ladaru, I. (2015). Means of exercising judicial review on administrative acts. Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu, Letters and Social Sciences Series, 2015(Supplement 1), 141-147

17. Graybeal, L. (1982). The private attorney general and the public advocate: Facilitating public interest litigation. Rutgers Law Review, 34(2), 350-377

18. Audrey Macklin(2018), "Citizenship, Non-Citizenship and the Rule of Law," University of New Brunswick Law Journal 69: 19-56
19. Langford, M. (2015). Why judicial review. Oslo Law Review, 2(1), 36-85.p65
- 20.Cowdery, N. (1999). The rule of law. International Legal Practitioner, 24(2), 56-56
- 21.Faupel, R. (2009). The rule of law. Strani Pravni Zivot (Foreign Legal Life), 2009(2), 7-26,
- 22.Hari Bansh Tripathi(2007) , "Public Interest Litigation in Comparative Perspective," NJA Law Journal 1.
- 23.Meera Massy v SR Malhotra (1998) AIR SC 1153.
- 24.Christine M. Forster; Vedna Jivan, 3 (2008) "Public Interest Litigation and Human Rights Implementation: The Indian and Australian Experience," Asian Journal of Comparative Law,p15
25. J. Olika Onyango(2015), Human Rights And Public Interest Litigation In East Africa: A Birds Eye View, The Geo. Wash. Int IL. Rev.p 812
27. Kistler, R. (1991). Focusing on Legislative Intent: Judicial Review of Administrative Law Decisions. Oregon Law Review, 70(4), 895-906
- 27.Audrey Macklin(2018), "Citizenship, Non-Citizenship and the Rule of Law," University of New Brunswick Law Journal 69: 19-56, p45

دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ■ ۸۰

سال دوم؛ شماره سوم؛ بهار و تابستان ۱۴۰۱

بررسی تطبیقی قواعد حقوق کار در "قلمرو سرزمینی" با "مناطق ویژه اقتصادی ایران..."

عباس کیامرثی^۱

دارا افتخاری ملکی^۲

پژمان غفوری^۳

چکیده

"مناطق ویژه اقتصادی"، از جمله **تبعیض‌های مثبت** مقنن در سال ۱۳۸۴ در قالب قانون "قانون تشکیل و اداره ی مناطق ویژه ی اقتصادی" و به منظور پشتیبانی و حمایت فوق العاده و خاص از فعالیت‌های اقتصادی، تجاری، صادرات، جلب و تشویق سرمایه گذاری و... می‌باشد؛ بدین توضیح که در این نواحی که خارج از قلمرو گمرکی کشور (ماده ۲۰ آن قانون) می‌باشند، در راستای رشد تصاعدی و رونق اقتصادی، نظام و ضوابط حقوقی تعدیل یافته تری از جمله در رابطه با حقوق کار نیروی انسانی، حاکم است؛ (تخصیصی بر قانون عام حقوق کار مصوب ۱۳۶۹ می‌باشد). از جمله این که به موازات حمایت از حقوق کارگر، معافیت‌های استثنایی را در خصوص تکالیف مرسوم کارفرمایان نیز مقرر کرده و یا به تفاوت با مناطق سرزمینی در مقوله ی فرآیند دادرسی کار را میتوان اشاره نمود. در این پژوهش، که از نوع توصیفی- تحلیلی و با روش مطالعه ی کتابخانه ای و اسنادی صورت پذیرفته؛ درصددیم تا ضمن مطالعه ای تطبیقی، نظام حقوقی مناطق ویژه اقتصادی در باب حقوق کار با توجه به ماده ۱۶ قانون فوق الاشعار (سال ۸۴)؛ ماده ۱۷ آئین نامه ی سال ۸۵ و تصویب نامه ی شماره ۳۳۴۳۳/ت۲۵ ک مورخ ۱۶/۳/۷۳ مورد مذاقه و تدقیق قرار داده تا شمای کلی از تصویر حقوق شغلی کارگران در این منطقه در قیاس با قلمرو سرزمینی به تصویر کشیده شود.

واژگان کلیدی: مناطق ویژه اقتصادی، قلمرو سرزمینی، حقوق کار، کارفرما، کارگر

۱. مدرس دانشگاه های آزاد اسلامی بندرعباس و هرمز و علمی کاربردی جهاد دانشگاهی و نیروی انتظامی هرمزگان

۲. کارشناسی ارشد دانشگاه تبریز. تبریز، ایران. (نویسنده مسئول) daraeftekarimlk@gmail.com

۳. دانشجو دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران.

Labor Rights of Human Resources in the Special Economic Zone; Specific Analysis of Labor Insurance

Abstract

Special economic zones are areas outside the customs territory of the country that are governed by a special legal system. For example, there are special legal rules regarding the employment of human resources. One of the most important issues regarding manpower employment is the obligations that employers have towards workers' rights. Services, welfare, job security and other workers' rights are among the most important rules of law for workers. These cases are among their job rights. It should be noted that the set of legal rules guaranteeing these rights in some cases, due to unilateral protection of workers and cumbersome for employers, reduce the desire of capitalists for economic activities. And this is contrary to the goal of creating special economic zones. Therefore, in the special economic zone, which has been created in line with the growth of economic prosperity, a special labor law system prevails, which, in addition to supporting the worker, has also established exemptions for the usual duties of employers. In this study, the legal system of special economic zones is examined with an approach to the general rules of labor law, in order to depict the general outline of workers' labor rights in this region.

Keywords: Manpower, Workers' Insurance, Employers, Citizenship Rights, Economics.

مقدمه

منطقه ویژه اقتصادی، منطقه‌ای است که با هدف افزایش تراز تجاری، اشتغال، سرمایه‌گذاری، ایجاد بسترهای مناسب شغلی، مدیریت مؤثر ایجاد فضای کسب و کار و تبادل تجاری تشکیل شده^۱ و دارای نظام حقوقی خاصی است. مناطق ویژه اقتصادی در خارج از قلمرو گمرکی کشور قرار دارند و در هر کشوری، به منظور تشویق برپایی کسب و کارها در این مناطق، سیاست‌های مالی خاصی تعریف می‌شود. این سیاست‌ها معمولاً شامل حمایت دولتی از سرمایه‌گذاری، تخفیف‌های مالیاتی، امتیازات ویژه‌ی تجاری، سهمیه‌بندی، مقررات تعدیل‌یافته و بهینه‌شده‌ی کاری و گمرکی است. علاوه بر این، شرکت‌های فعال در این مناطق ممکن است از معافیت‌های مالیاتی به صورت دوره‌ای بهره‌مند شوند.^۲

تجربه‌ی مدیریتی در این مناطق نشان می‌دهد که شروع صنعتی کردن از بعضی روستاها آغاز شده است و سرانجام با طی کردن مسیر خودگردانی تجاری به بلوغ مدیریتی رسیده و به مناطق مستقل خودفرمان تبدیل می‌شوند.^۳ این مناطق امروزه نقش بسزایی را در تجارت و اقتصاد چه در حوزه ملی و چه در حوزه فراملی دارند و در واقع در مسیر شکوفایی اقتصاد در عرصه بین‌المللی تأثیر شگرفی دارند. طبیعتاً هر منطقه اقتصادی و تجاری دارای پروژه‌های گسترده عمرانی، تجاری، صنعتی و فرهنگی است که در هر یک از آنها کارفرمایان مجری پروژه و کارگران ایفای نقش می‌کنند. در این پروژه‌ها، روابط حقوقی کارگری و کارفرمایی با وضعیت حقوقی خاص حاکم می‌شود. از این رو، پژوهش حاضر در صدد است تا ماهیت و نظام حقوقی حاکم بر این روابط کاری را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد.

در این میان لازم است به قوانین و مقررات زیر توجه گردد:

قانون تشکیل و اداره‌ی مناطق ویژه‌ی اقتصادی مصوب ۱۳۸۴/۰۹/۰۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام به خصوص ماده‌ی ۱۶ آن که اشعار می‌دارد: " امور مربوط به اشتغال نیروی انسانی و روابط کار، بیمه و تامین اجتماعی در منطقه بر اساس مقررات مصوب و جاری در مناطق آزاد تجاری-

۱ Tewodros Makonnen Gebrewolde, Special Economic Zones Evidence and prerequisites for success, International Growth Centre (2019), at 4.

۲ Douglas Zhihua Zeng, Special Economic Zones: Lessons from the Global Experience, PEDL (2021), at 4-5.

۳ Möhle, Saskia, Special economic zones: An effective instrument for growth in Africa? PEGNet (2019) at 3.

صنعتی خواهد بود؛^۱ همچنین ماده ۱۷ آئین نامه ی اجرایی آن قانون (مصوب) که ابراز می‌دارد: " امور مربوط به اشتغال نیروی انسانی و روابط کار و تأمین اجتماعی، قرارداد کار، شرایط کار و مراجع حل اختلاف آن‌ها براساس مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تأمین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی، موضوع تصویب‌نامه شماره ۳۳۴۳۳/ت۲۵ک مورخ ۱۳۷۳/۳/۱۶ و اصلاحات بعدی آن می‌باشد." و همچنین تصویب نامه ی مورخ ۱۳۷۳/۰۲/۱۹ هیات وزیران که در ۵۱ ماده، مقررات خاصی را در باب "حقوق کار شاغلین مناطق ویژه ی اقتصادی" مقرر داشته است.

بنابراین، این پژوهش در تلاش است تا به این سوال اصلی پاسخ دهد که چه احکامی بر ماهیت قرارداد کار مناطق ویژه اقتصادی حاکم است و وجوه تمایز آن با ضوابط کلی حقوق کار نسبت به قراردادهای کار حوزه گمرکی کشور چیست؟ آنچه که به عنوان فرضیه در ذهن تجلی می‌شود تفاوت اساسی اینگونه قراردادهای کار در وضعیت تکالیف کارفرما - همچون الزامات مربوط به بیمه کارگر - برای تشویق به سرمایه‌گذاری است. برای پاسخ به سوال مذکور و ارزیابی فرضیه از رهگذر بررسی تحلیلی نقش و اهمیت مناطق ویژه اقتصادی (گفتار نخست) و تبیین مبانی حقوق کار در این مناطق (گفتار دوم)، ماهیت احکام قراردادهای کار این مناطق و حل اختلافات مربوطه مورد مذاقه نظر قرار گرفته (گفتار سوم) و سپس وضعیت بیمه کارگران در آن‌ها بررسی می‌شود تا در نهایت به چارچوب مشخصی از نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای کار منطقه ویژه اقتصادی نائل شویم.

گفتار نخست - درآمدی بر نقش و اهمیت مناطق ویژه اقتصادی

مطابق تحولات عرصه جهانی شدن و اقتصاد فراملی مناطق ویژه اقتصادی عمدتاً برای آماده سازی اقتصاد ملی جهت پیوستن به اقتصاد جهانی تشکیل شده‌اند.^۲ نمونه‌های موفق همچون مناطق ویژه اقتصادی در چین، کره جنوبی، سنگاپور و تایوان در اقتصاد ملی خود اثر زیادی به جا گذاشته‌اند و دراین راستا اصلی ترین هدف فعالیت خود را جذب سرمایه گذاران تعیین کرده‌اند.^۳ به عنوان مثال با توجه به قوانین خاصی که بر هنگ کنگ حاکم است، این منطقه ویژه اقتصادی امکان جذب و رشد

1 Dube, Cornelius; Matsika, Wellington; Chiwunze, Gamuchirai, Special economic zones in Southern Africa: Is success influenced by design attributes? WIDER Working Paper (2020) at1.

2 Arjya, Majumdar B, Special Economic Zones: Policy and Procedure, CCH India: Wolters Kluwer(2009), at 3-4.

را برای سرمایه‌گذاری خارجی از سراسر جهان فراهم آورده و موجب رونق و توسعه اقتصادی محل و کشور چین در سطح کلان شده است. برخی از این قوانین شامل معافیت از عوارض معمول داخل کشور صدور مجوز تمامی فعالیت‌ها در این مناطق مستثنی بودن مبادلات بازرگانی با خارج از کشور از مقررات صادرات و واردات و محاسبه ارزش افزوده کالاهای تولید شده در مناطق برای ورود به سایر نقاط کشور می‌شوند که از جمله مشخصه‌های اصلی حقوقی فعالیت در این مناطق هستند. لذا مناطق ویژه اقتصادی بیش از پیش در کشورهای پیشرفته و در حال توسعه در عرصه اقتصاد همچون چین اهمیت یافته است.^۱

در اغلب کشورهای فعال در عرصه مناطق ویژه اقتصادی مانند سریلانکا و هند مطالعات به خوبی نشان می‌دهد که منطقه دارای مزیت برتر و فوق العاده‌ای است و اغلب قوانین ریز و دست و پاگیر که باعث عدم جذب سرمایه‌گذاران می‌شود از درجه اعتبار ساقط شده یا بعضاً در برخی از کشورها همانند فیلیپین با وضع مقررات خاص جایگزین گشته‌اند.^۳ هر منطقه ویژه اقتصادی دارای قابلیت‌هایی مانند قابلیت‌های صنعتی و نفت و انرژی و گردشگری است که مورد توجه کشورها قرار گرفته است و بر مبنای مقتضیات حاکم بر آن منطقه تصمیم‌گیری و مقررات گذاری می‌شود^۴ مهم‌ترین ویژگی منطقه تسهیل گردش عملیات تجاری و حذف فرآیندها و تشریفات قانونی دست و پا گیر در ارتباط با فعالیت‌ها در منطقه است^۵ امروزه با گسترش مبادلات تجاری عرصه جهانی شدن و پیدا شدن بازیگران فراملی اقتصادی، این مناطق اهمیت دو چندانی یافته‌اند^۶

1 Mariya Brussevich, The Socio-Economic Impact of Special Economic Zones, International Monetary Fund, (2020), at 4.

2 Shah S, A Comparative Analysis of Bangladesh, Sri Lanka, and India, Harvard University, Special Economic Zone in South Asia: (2008), at 1-27.

3 IBP: Philippines Business Law Handbook: Strategic Information and Laws, USA. International Business Publications, (2014), at 202.

4-Reddy AR (2012). "Special Economic Zones: A Step for Quality Industrialization", in *Development of Special Economic Zones in India: Policies and Issues*, by Mookkiah Soundarapandian. : 6.

5 Jordana J (2011), "the Global Diffusion of Regulatory Agencies Channels of Transfer and tive political studies journal, Stages of Diffusoin", *Compara*). Vol. 44. No. 1.: 278.

6Jordana, 2011: 1345.(

گفتار دوم- تبیین مبانی حقوق کار در منطقه ویژه اقتصادی

حقوق کار سبقه طولانی در تاریخ ایران داشته که حتی می‌توان آن را به دوران صدرات هخامنشیان نیز منتسب نمود.^۱ به طور کلی، از نظر فقه اسلام، روابط بین کارگر و کارفرما تحت دو عنوان اجاره و جعاله شکل می‌گرفت و در این چارچوب مقررات حقوق کار وضع می‌شد.^۲ حقوق کار در یک تعریف کلی، به حوزه‌ای از نظام حقوقی اطلاق می‌شود که بر کلیه روابط حقوقی که از انجام کار برای دیگری ناشی شده و در هر مورد که اجرای کار با تبعیت نسبت به کارفرما همراه باشد، حاکم است.^۳ از این رو، حقوق کار منطقه ویژه اقتصادی نیز مجموعه قواعد حقوقی حاکم بر روابط کاری (رابطه حقوقی میان کارگر و کارفرما) در منطقه تلقی می‌شود. به طور کلی، حقوق کار بیشتر جنبه حمایتی - از کارگر - دارد و فلسفه آن هم، حمایت از قشر ضعیف و در عین حال تلاش‌گر جامعه می‌باشد؛ لذا به رغم اینکه قرارداد کار (قرار داد میان کارفرما و کارگر) تحت شمول قواعد حقوقی حقوق خصوصی قرار می‌گیرد، مبتنی بر احکام «آمره» و «حمایتی» حقوق کار می‌باشد.^۴ از این رو، قرارداد کار تابع نظام حقوقی حقوق عمومی نیز می‌باشد.^۵ به هر ترتیب، قرارداد کار در غیر از موارد احکام آمره، جنبه توافقی دارد. لذا قرارداد کار در زمره عقود معوض جای می‌گیرد که متعاقب آن کارفرما در برابر مالی که می‌دهد (حق السعی کارگر)، تعهد کارگر به انجام کار را برای خود تضمین می‌سازد.^۶

مطابق حکم ماده ۱۶ قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴، «امور مربوط به اشتغال نیروی انسانی و روابط کار، بیمه و تامین اجتماعی در منطقه براساس

۱. مهر، فرهنگ (۱۳۵۰). حقوق کار، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، ص ۲۹.

۲. همدانی، علی‌اله (۱۳۸۰). کلیات حقوق کار، تهران، انتشارات موسسه کار و تامین اجتماعی، ص ۱۲.

۳. عراقی، عزت‌الله (۱۳۹۰). حقوق کار، تهران، نشر دانشگاه بهشتی، جلد ۱، ص ۵۹.

۴. هاشمی، سید محمد (۱۳۷۰). «نگرشی بر قانون جدید کار جمهوری اسلامی ایران»، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۹، ص ۱۳ و عراقی، عزت‌الله (۱۳۸۲). «بررسی تطبیقی پیرامون قرارداد کار موقت»، (۱۳۸۲). کار و جامعه، شماره ۱۲۸، ص ۲۵.

۵. موحدیان، غلامرضا (۱۳۹۰). حقوق کار، تهران، انتشارات فکرسازان، ص ۴۹.

۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ص ۳۸.

مقررات مصوب و جاری در مناطق آزاد تجاری - صنعتی خواهد بود.» قاعده حقوقی مذکور حائز دو اثر مهم است: اول اینکه نظام حقوق کار در منطقه دارای احکام خاصی بوده و از شمول احکام قانون کار خارج است؛ «با این حال در موارد اجمال و ابهام و سکوت مقررات منطقه‌ای، قانون عام و سرزمینی و آمره بر موضوع حاکمیت دارد»؛^۱ دوم اینکه احکام اشتغال نیروی انسانی، تابع مقررات حقوق کار مناطق آزاد تجاری - صنعتی است. از این رو امور مربوط به اشتغال نیروی انسانی و روابط کار و تامین اجتماعی، قرارداد کار، شرایط کار و مراجع حل اختلاف آن‌ها بر اساس مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تامین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی (م.ا.ن.ا)، موضوع تصویب نامه شماره ۳۳۴۳۳/ت۲۵ک مورخ ۱۳۷۳/۳/۱۶ شورای عالی مناطق آزاد و ویژه اقتصادی (شورا) و اصلاحات بعدی آن می‌باشد.^۲ بنابراین کلیه قواعد حقوق کار مناطق آزاد تجاری - صنعتی بر منطقه حاکم است و قانون‌گذار از قاعده تسری تام حکم قانونی استفاده نموده است.^۳

علاوه بر مقرر فوق‌الذکر، احکام کلی نسبت به روابط کار وجود دارد که رعایت آن‌ها الزام‌آور می‌باشند. از جمله مهمترین آن‌ها، موادی از قانون مدنی (مواد ۱۰، ۱۹۰، ۲۲۶، ۲۳۰، ۵۱۲ الی ۵۱۵)،^۴ قوانین و مقررات پراکنده (مانند قانون اجرای طرح طبقه‌بندی مشاغل در کارگاه‌ها مصوب ۱۳۵۲ و قواعدی از قانون اجرای احکام مدنی در زمینه اجرای احکام صادره در دادرسی کار و امثالهم) و مقاوله‌نامه‌ها و توصیه‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار.^۵ بنابراین این اسناد حقوقی روح قواعد آمره حقوق کار در منطقه را تشکیل می‌دهند. فارغ از قواعد کلی حاکم بر این اسناد، با توجه به اینکه

۱. دادنامه شماره ۳۶۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۹۷/۳/۸.

۲. ماده ۱۷ آیین نامه اجرایی قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۵.

۳. تبصره ماده ۱۷ همان: عبارت «مناطق آزاد تجاری - صنعتی» در تصویب نامه مذکور برای اجرا در مناطق ویژه اقتصادی با عبارت «مناطق ویژه اقتصادی» جایگزین می‌شود.

۴. باید دانست که از کارگر در قانون مدنی به عنوان «اجیر» یاد شده است. در قانون مدنی مبحثی به اجاره اشخاص اختصاص داده شده است که مقصود از اجاره اشخاص: «عقدی است معوض که بموجب آن شخصی در برابر اجرت معین، ملزم می‌شود کاری را انجام دهد.» و «در اجاره اشخاص، کسی که اجاره می‌کند مستاجر و کسی که مورد اجاره واقع می‌شود اجیر و مال الاجاره اجرت نامیده می‌شود.» (ماده ۵۱۲ ق.م.ر.ک: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، ج اول، انتشارات گنج دانش، چ سوم (۱۳۸۰)، ص ۲۴۱.

۵. ماده ۵۱ مقررات اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تامین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری - صنعتی، موضوع تصویب نامه شماره ۳۳۴۳۳/ت۲۵ک مورخ ۱۳۷۳/۳/۱۶ شورای عالی مناطق آزاد و ویژه اقتصادی (م.ا.ن.ا) ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، ج اول، انتشارات گنج دانش، چ سوم (۱۳۸۰)، ص ۲۴۱.

قانون‌گذار در ماده ۱۶ قانون تشکیل و اداره مناطق ویژه اقتصادی (ق.ت.ا.م) و ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی آن، تعیین تکلیف وضعیت حقوقی اشتغال نیروی انسانی در منطقه را بر عهده هیأت وزیران گذارده است، لذا نظام حقوق کار در منطقه با نوع مشابه آن در قلمرو سرزمینی تفاوت‌های اساسی دارد: اولاً نظام حقوق کار منطقه بر اساس مقرر دولتی (تصویب‌نامه شورا) و در قلمرو سرزمینی بر اساس قانون (قانون کار) است؛ ثانیاً نظام حقوق کار در منطقه علاوه بر جنبه حمایتی از کارگر، توجه ویژه‌ای نیز به تسهیل بازرگانی و حمایت از سرمایه‌داران دارد - که در واقع ناظر بر کارفرمایان است - و این در حالیست که حقوق کار در قلمرو سرزمینی، علی‌الاصول تن‌ها به جنبه حمایتی از کارگر تأکید دارد. علت تفاوت اخیرالذکر، به فلسفه وجودی منطقه در رونق اقتصادی و جذب سرمایه‌گذاری بازمی‌گردد که پیش‌تر مفصلاً بیان شد.

بند اول: دامنه شمول حقوق کار منطقه

نظام حقوق کار خاص حاکم بر منطقه، فقط ناظر بر «روابط کار» در منطقه است و لذا کلیه کارگران، کارفرمایان و کارگاه‌های واقع در منطقه مشمول احکام آن هستند. (ماده ۲ م.ا.ن.۱) از این رو، تعاریف دقیق طرفین این رابطه و نوع و ماهیت آن در تبیین دقیق دامنه شمول قواعد حقوق کار بر روابط منطقه امری حائز اهمیت است. در تعریف کارگر، کارفرما و کارگاه مقرر شده است: «...کارگر، کسی که به هر عنوان در مقابل دریافت مزد یا حقوق به درخواست کارفرما کار کند. کارفرما، شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او در مقابل دریافت مزد یا حقوق کار می‌کند. کارگاه، محلی است که کارگر به درخواست کارفرما یا نماینده او در آنجا کار می‌کند...» (ماده ۱ م.ا.ن.۱)

نکته مهم در این تعریف قانونی فوق‌الذکر مؤلفه «مزد یا حقوق» است. لذا انجام کار در ازای مقرری ثابت ماهیانه (حقوق) و یا غیر آن (مزد اعم از وجوه پرداختی ثابت یا غیر آن به تبع کار انجام شده) بر اساس قرارداد، موجب تاسیس رابطه کار میان طرفین (کارگر و کارفرما) معامله (قرارداد کار) می‌شود. با قید «کارگر» در این تعریف، اشخاص مشمول قانون استخدام کشوری یا سایر قوانین و مقررات خاص استخدامی و با تصریح «کارگاه» به قرینه «درخواست کارفرما»، نیز کارگران کارگاه‌های خانوادگی که انجام کار آن‌ها منحصرأ توسط صاحب کار و همسر و خویشاوندان نسبی درجه یک از طبقه اول وی انجام می‌شود (تبصره ماده ۲ م.ا.ن.۱)، از شمول نظام حقوق کار منطقه خارج می‌باشند.

امر اساسی دیگر در تحقق رابطه کار، «قرارداد کار» است. به موجب مقررات، «قرارداد کار عبارت است از قرارداد کتبی که به موجب آن کارگر در قبال دریافت مزد معین، کاری را برای مدت معین یا نامعین برای کارفرما انجام می‌دهد.» (ماده ۷ م.ا.ن.^۱) بنابراین برای قرار گرفتن رابطه کاری طرفین در قالب حقوق کار منطقه، باید «قرارداد کتبی» میان کارگر و کارفرما وجود داشته باشد که می‌تواند برای مدت موقت یا دائم باشد. لذا سندیت تسری تعهدات قرارداد کار منطقه به طرفین آن، کتبی بودن آنست از جمیع مؤلفه‌های مشروح فوق می‌توان دریافت که کلیه روابط کاری - و نه استخدامی یا کارگاه‌های خانوادگی - که مطابق آن، کارگر بنا به درخواست کارفرما و به موجب قرارداد کتبی کار در قبال دریافت مزد یا حقوق معین در منطقه شکل می‌گیرد، تحت شمول حقوق کار منطقه است.

بند دوم: قرارداد کار و مرجع حل اختلاف

قانون‌گذار با پذیرش اصل صحت در قراردادهای کار به طور صریح (تبصره ماده ۹ م.ا.ن.^۱)، شروط اساسی صحت قرارداد را - در کنار شروط ماهوی آن (ماده ۱۰ م.ا.ن.^۱) - به شرح ذیل بیان نموده است:^۲ «الف - مشروعیت مورد قرارداد؛ ب - معین بودن موضوع قرارداد؛ پ - عدم ممنوعیت قانونی و شرعی طرفین در تصرف اموال یا انجام کار مورد نظر.» (ماده ۹ م.ا.ن.^۱) در زمینه اهلیت طرفین نیز قواعد کلی حقوق مدنی حاکم است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۷). خاتمه قرارداد کار در غیر از موارد بازنشستگی، از کارافتادگی، اتمام کار و امثالهم (موارد مذکور در ماده ۱۲ م.ا.ن.^۱)، عموماً در موارد فسخ یکجانبه موجب بروز اختلاف میان طرفین قرارداد می‌شود که متعاقب عدم تحقق سازش در حل موضوع، این امر ظرف ۱۰ روز از سوی هر یک از طرفین به «هیأت رسیدگی به اختلاف کارگر و کارفرما» ارجاع می‌شود (ماده ۲۹ م.ا.ن.^۱). فرآیند این امر مشابه با حل اختلاف کارگر-کارفرما در قلمرو سرزمینی است؛ با این تفاوت که به موجب قانون کار (ماده ۱۵۷ قانون کار (ق.ک.))، رسیدگی

۱. در حقوق کار قلمرو سرزمینی هم، قرارداد کار موقت پذیرفته شده است؛ اما لزوم کتبی بودن قرارداد کار منطقه امری متفاوت از قرارداد کار قلمرو سرزمینی است که می‌تواند شفاهی یا کتبی باشد. رک به: الهیان محمد جواد، پرسش و پاسخ در زمینه روابط کار، موسسه کار و تامین اجتماعی، چ اول، تهران (۱۳۸۴)، ص ۴۸؛ محبوب علیرضا، قرارداد موقت کار در ایران، انتشارات واژه، چ اول، تهران (۱۳۸۱)، ص ۷۹.

۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۱). ادله اثبات دعوی، تهران: انتشارات پایدار، چاپ ششم، ص ۹۱.

۳. رسایی‌نیا، ناصر (۱۳۷۹). حقوق کار، تهران، انتشارات آوای نور، چاپ اول، ص ۱۲۵.

۴. گفته می‌شود که این شرط بدلیل پاسداری از نظم اجتماعی و معنوی مقرر شده است. رک به: شهیدی مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجمع علمی فرهنگی مجد، چ سوم، تهران (۱۳۸۲)، ص ۳۳۵.

به اختلافات کارگر و کارفرما در صورتی که در مجامع کارگری (مثل شورای اسلامی کار) به سازش نرسند، در هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف می‌باشد.

بنابراین، دادرسی کار در حقوق کار منطقه و قلمرو سرزمینی دو تفاوت اساسی دارد: الف) فرآیند دادرسی کار منطقه یک مرحله‌ای است (طرح شکایت در هیأت حل موضوع ماده ۲۹) اما نوع مشابه آن در قلمرو سرزمینی می‌تواند دو مرحله‌ای می‌باشد (طرح شکایت در هیأت تشخیص و متعاقب آن، شکایت از رای هیأت مذکور نزد هیأت حل اختلاف) از این حیث، تجدید نظر از رای هیأت رسیدگی به اختلاف کار در دادرسی کار منطقه با توجه به ظاهر احکام موجود^۱ موضوعیت ندارد که البته بر اساس اصول دادرسی منصفانه محل تامل است؛ ب) سازش در حقوق کار منطقه بطور غیر رسمی و مبتنی بر مذاکره طرفین است (در تصویب‌نامه شورا، مرجع خاصی معین نشده است)؛ اما سازش در حقوق کار قلمرو سرزمینی، در مراجع رسمی یعنی مجامع کارگری صورت می‌گیرد که این مجامع همانطور که از نامش نیز پیداست، بیشتر نهادهای حامی و طرفدار حقوق کارگر می‌باشند و نمونه بارز آن‌را می‌توان شوراهای اسلامی کار دانست که غالباً تا حد امکان تضمین‌کننده امنیت شغلی و حقوق کارگران هستند.

تفاوت اول نشان‌دهنده اینست که حقوق کار قلمرو سرزمینی با اطلاع دادرسی کار و پیش‌بینی چند مرحله امکان رسیدگی به اختلاف کارگر و کارفرما، تا حد امکان تلاش نموده است که کارفرما را از اخراج کارگر یا نقض حقوق وی بازدارد. چراکه عملاً وی را درگیر فرآیند دادرسی طولانی کار خواهد کرد که به نوبه خود امری بازدارنده تلقی می‌شود. این در حالیست که فرآیند دادرسی حقوق کار منطقه جنبه حداقلی دارد و به نوعی به کارفرما این امکان را داده است که با سهولت بیشتری در امر اخراج کارگر یا تصمیم‌گیری نسبت به وضعیت وی مواجه باشد، زیرا دادرسی دست و پاگیری در پی نخواهد داشت. امر اخیر به نوعی کفه ترازو را به نفع کارفرما سنگین می‌سازد و با جنبه حمایتی بودن حقوق کار و دادرسی منصفانه چندان همسو نیست؛ اما از طرفی با حذف تشریفات طولانی و مقررات زدایی، امعان توجه ویژه‌ای به امر حمایت از کارفرمایان برای ترغیب به سرمایه‌گذاری داشته است. افزون بر این‌ها، تفاوت دوم نیز نشان‌دهنده حذف تشریفات غیر ضرور و اهمیت بسزای تسهیل فعالیت و تصمیم‌گیری سرمایه‌گذار نسبت به نیروی انسانی خود در منطقه می‌باشد.

۱. ماده ۳۱ م.ا.ن.ا: تصمیمات هیأت رسیدگی ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ به طرفین، قطعی و لازم الاجرا بوده و به وسیله دایره اجرای احکام دادگستری اجرا می‌شود.

نکته دیگری که در مورد مرجع حل اختلاف کارگر و کارفرما نیز باید اشاره کرد اینست که این مرجع در قیاس با سایر مراجع شبه قضایی (مثل کمیسیون‌های ماده ۱۰۰ و ۷۷ شهرداری، مراجع حل اختلاف مالیاتی و امثالهم) که متکفل رسیدگی به اختلاف دستگاه مربوطه و مردم یا مؤدیان می‌باشند، به اختلاف میان کارگر و کارفرما می‌پردازد و عملاً در دعوی مستقل و بی‌طرف است؛ لذا این مراجع را می‌توان به مثابه داور بی‌طرف در دعوی کار منطقه پنداشت.

گفتار سوم - شرایط کار: تکالیف و حقوق طرفین قرارداد کار منطقه و حل اختلافات آن

در این قسمت تلاش می‌شود تا شمای کلی از شرایط حاکم بر قرارداد کار منطقه تبیین شود. هدف این امر استخراج کلیاتی از وضعیت حقوقی کارفرما و کارگر در نظام حقوقی خاص منطقه و تفاوت‌های اصلی آن با قلمرو سرزمینی می‌باشد. علی‌القاعده، حقوق کارگر را تکالیف کارفرما و تکالیف وی را حقوق کارفرما تشکیل می‌دهد.

بند اول: حقوق و تکالیف کارگر

تکالیف کارگر را عموماً تبعیت از اوامر کارفرما و ضوابط کارگاه، اجرای شخصی کار و رعایت دقت، امانت و صداقت در کار، تشکیل می‌دهد. این تکالیف از اصول قانون‌مداری، شخصی بودن وظایف و مسئولیت‌پذیری نشأت می‌گیرند^۱ علی‌الاصول کارگر نمی‌تواند وظیفه محوله را به دیگری واگذار کند، مگر در موارد استثنا (مثل مرخصی یا بیماری) که به تایید کارفرما رسیده باشد. در این مورد تفاوتی میان حقوق کار منطقه و قلمرو سرزمینی وجود ندارد و از قواعد حقوقی کلی محسوب می‌شود. حقوق کارگر بیشتر مشتمل بر مزد یا حقوق ماهیانه، مزایا و مرخصی می‌باشد. در ارتباط با حقوق مالی یا همان مزد کارگر در حقوق کار منطقه مقرر شده است که حداقل مزد پرداختی در منطقه، کمتر از حداقل مزد قانونی کشور نخواهد بود (م ۲۶ م.ا.ن.ا). این امر از قواعد حمایتی از کارگر است که مطابق آن، درآمد کارگر مشغول به کار در منطقه نمی‌تواند از نوع مشابه آن در قلمرو سرزمینی کمتر باشد. همچنین در حقوق کار منطقه، قاعده آمره اصل برابری در بهره‌مندی کارگر از حقوق و مزایا - که خود از حکم کلی اصل برابری اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی منتج می‌شود - حاکم است

1. Susanne- Susanne A (2021), *Special Economic Zones and Sourcing Linkages with the Local Economy: Reality or Pipedream?* The European Journal of Development Research 374.

که مطابق آن: «برای انجام کار مساوی که در شرایط مساوی در یک کارگاه انجام می‌گیرد باید به زن و مرد مزد مساوی پرداخت شود. تبعیض در تعیین میزان مزد بر اساس سن، جنس، نژاد و قومیت و اعتقادات سیاسی و مذهبی ممنوع است.» (م ۲۷ م.ا.ن.ا) «در مواردی که با توافق طرفین قسمتی از مزد به صورت غیرنقدی پرداخت می‌شود، باید ارزش نقدی تعیین شده برای این گونه پرداخت‌ها منصفانه و معقول باشد.» (م ۲۸ م.ا.ن.ا)

همچنین مقررات منطقه، ضوابط خاصی برای مرخصی کارگران تعیین کرده است. به موجب ماده ۲۴ م.ا.ن.ا، مرخصی استحقاقی سالانه کارگران با احتساب روزهای جمعه جمعاً بیست روز است و سایر روزهای تعطیل جزو ایام مرخصی محسوب نخواهد شد. این امر بطور مشابه در ماده ۶۴ ق.ک مقرر شده است؛ با این تفاوت که اولاً مرخصی را با احتساب روز جمعه جمعاً ۲۶ روز اعلام نموده و ثانیاً قانون‌گذار در قانون کار، میان میزان مرخصی استحقاقی سالانه کارگران عادی و کارهای سخت و زیان آور قابل به تفکیک شده است (م ۶۵ ق.ک). بموجب ماده ۲۲ م.ا.ن.ا علاوه بر تعطیلات رسمی کشور، روز جهانی کارگر (۱۱ اردیبهشت) نیز جزو تعطیلات رسمی کارگران به حساب می‌آید؛ این امر بطور مشابه در ماده ۶۳ ق.ک نیز منعکس شده است. در منطقه، استفاده از تعطیلی هفتگی، مرخصی استحقاقی سالانه و تعطیلات رسمی بر اساس توافق دو طرف صورت می‌گیرد و هرگاه با موافقت کارگر این مرخصی‌ها به روز دیگری منتقل شود و یا استفاده نشود، مزایای پرداختی بر اساس توافق طرفین که قبلاً اتخاذ شده باشد، خواهد بود. (م ۲۱ م.ا.ن.ا).

بنابراین، استفاده از مرخصی استحقاقی توسط کارگر با توجه به ضوابط حقوق کار منطقه و قلمرو سرزمینی، اختیاری است و کارگر می‌تواند در ازای عدم استفاده از آن، مزایا دریافت کند؛ اما بر خلاف حقوق کار منطقه که استفاده از تعطیلات (جمعه و رسمی) را امر توافقی و مبتنی بر اختیار مقرر نموده، حقوق کار در قلمرو سرزمینی، استفاده از این حق را الزامی و از تکالیف کارفرما دانسته است (م ۶۲ ق.ک).^۱ این تفاوت از جمله مواردی است که موجب ترغیب سرمایه‌گذاری در منطقه می‌شود؛ چراکه عملاً کارفرما را تشویق می‌کند که با توجه به امکان استمرار کاری در حتی روزهای تعطیل، به فعالیت اقتصادی در منطقه بپردازد. هرچند این امر چندان با اصول حقوق کار همخوانی ندارد، اما

۱. مطابق قانون کار، چنانچه ضرورت اقتضا کند کارگر در روز جمعه اشتغال داشته باشد، باید برای وی روز دیگری از هفته بعنوان تعطیل و با استفاده از مزد تعیین گردد؛ ضمن اینکه چنین کارگرانی به واسطه انجام کار در روز جمعه ۴۰٪ اضافه بر مزد دریافت می‌کنند لذا بهره‌مندی کارگر از یکروز تعطیل اجباری است و توافق بر خلاف آن معتبر نیست. ر.ک: غلامرضا موحدیان حقوق کار، تهران، انتشارات فکرسازان (۱۳۹۰)، ص ۱۲۸.

ما به ازای تسهیل و جذب سرمایه‌گذاری در منطقه است. بنابراین استفاده از تعطیلات در حقوق کار قلمرو سرزمینی یک قاعده آمره و در حقوق کار منطقه یک امر مبتنی بر توافق است.

بند دوم: حقوق و تکالیف کارفرما

عمده وظایف کارفرما در قانون کار را پرداخت مزد، اعطای مرخصی و مزایا، بیمه و حفظ امنیت و بهداشت کارگاه تشکیل می‌دهد؛ اما تصویب‌نامه شورا نسبت به موارد اخیر مسکوت است و مطابق آنچه پیش‌تر نیز مورد اشاره قرار گرفت، قواعد کلی حقوق کار حاکم می‌شود. لذا به نظر می‌رسد با عنایت به تأکید مقنن بر تسهیل فعالیت سرمایه‌گذاران و حذف مقررات پراکنده نسبت به فعالیت‌های اقتصادی در منطقه، به غیر تعهدات کلی منتج از قواعد کلی حقوق کار (مانند عدم تصرف عدوانی بر دستمزد کارگر، حفظ بهداشت محیط کار و مانند آن) و حقوق مدنی (مانند مسئولیت مدنی نسبت به ضرر وارده یا لزوم برخورد قانونی با کارگر و امثالهم)، امر دیگری بطور خاص به عنوان تکلیف بر عهده کارفرما نمی‌باشد. بنابراین، با توجه به اینکه تعداد قواعد آمره حاکم بر قراردادهای کار منطقه در قیاس با قلمرو سرزمینی کمتر است، به نظر می‌رسد قراردادهای کار منطقه نسبت به نوع مشابه آن در قلمرو سرزمینی، بیشتر به قراردادهای حقوق خصوصی نزدیک باشد؛ به غیر از پاره‌ای معدود از قواعد آمره که برای طرفین قرارداد کار منطقه لازم‌الاتباع است، در بیشتر موارد، توافق میان کارگر و کارفرما تعهدات آنان را رقم می‌زند.

افزون بر این، جنبه حمایتی حقوق کار منطقه در قیاس با قلمرو سرزمینی به دلیل جذب سرمایه‌گذاری و رونق اقتصادی کمرنگ‌تر است. مثلاً میزان فوق‌العاده اضافه‌کاری در حقوق کار منطقه توافقی است،^۱ اما در قانون کار، حداقل ۴۰٪ مازاد بر مزد تعیین شده است. با این حال مشابهت در تکالیف کارفرمای قلمرو سرزمینی و منطقه هم مشهود است. برای نمونه، در حقوق کار منطقه، «مدت کار روزانه کارگر براساس توافق دو طرف و به موجب قرارداد کار تعیین خواهد شد؛ ولی در هر حال از ۱۷۶ ساعت در چهار هفته متوالی تجاوز نخواهد کرد.» از طرفی، قانون کار حداکثر ۸ ساعت کار روزانه و ۴۴ ساعت کار در هفته برای کارگران پیش‌بینی نموده است (ماده ۵۱ ق.ک و تبصره). اگر بخواهیم ساعت کار منطقه را با معیار قانون کار مورد سنجش قرار دهیم متوجه می‌شویم که میزان کاری هفتگی معادل با ۴۴ ساعت مقرر شده است.

۱. ماده ۲۵ م.ا.ن. مقرر می‌دارد: «هر گونه اضافه کار در چهار هفته که بیش از ۱۷۶ ساعت مذکور در ماده ۱۶ این تصویب‌نامه انجام یابد مستلزم پرداخت مزایایی است که قبلاً در قرارداد کار پیش‌بینی شده است.»

اینگونه توجه قانون‌گذار به کارفرما و تسهیل فعالیت سرمایه‌داران موجب شده است که عده‌ای ضوابط حقوق کار منطقه را خلاف مقتضای عدالت پنداشته و آنرا حامی کارفرمایان و حتی موجب استثمار قشر کارگر پندارند؛ اما چنین پنداشتی چندان صحیح نیست. نباید فراموش کرد که هدف از ایجاد مناطق ویژه اقتصادی جذب و تسهیل سرمایه‌گذاری است و یکی از عوامل این امر مقررات‌زدایی و حذف تشریفات بازاریابنده قانونی به منظور تشویق کارفرمایان است. برای نمونه می‌توان به پرونده مهم شکایت از مواد ۲۴ و ۳۴ تصویب‌نامه شورا نزد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره نمود.^۱ در این پرونده شاکی که نسبت به مواد ۲۴ (مرخصی استحقاقی) و ۳۴ (اخراج غیر موجه) ذی نفع بود، بطور خاص از این احکام تصویب‌نامه شورا نزد دیوان طرح شکایت نموده بود؛ اساس استدلال وی را تضییع حقوق کارگر و حمایت غیر عادلانه از کارفرما در احکام مقرر در تصویب‌نامه شورا تشکیل می‌داد. شاکی در این پرونده، حقوق کار منطقه را تبعیض‌آمیز و مغایر با اصول حمایتی از کارگر می‌داند. وی در جهت اثبات ادعای خود بیان می‌دارد: «مواد ۲۴ و ۳۴ مقررات نیروی انسانی، بیمه و تامین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری و صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۳/۲/۱۹ شورای عالی مناطق آزاد تجاری صنعتی، صرف نظر از این که پس از گذشت پانزده سال کلیات آن نارسا و ناقص است، با مواد ۶۴ و ۲۵ و سایر مواد قانون کار جمهوری اسلامی ایران که مدت مرخصی استحقاقی کارگران را ۳۰ روز (بدون احتساب جمعه) اعلام کرده است و فسخ یک طرفه قرارداد را مجاز نمی‌شمارد، به طور کامل مغایرت دارد؛ زیرا میزان مرخصی استحقاقی را به ۲۰ روز تقلیل داده و فسخ یک طرفه قرارداد کار را مجاز شمرده است...» مشاور و مدیرکل دفتر امور حقوقی دولت به موجب لایحه دفاعیه در پاسخ به این شکایت توضیح داده است که:

«صرف نظر از این که در محدوده‌های مشمول قانون کار (محدوده‌های خارج از مناطق آزاد) بر اساس بندهای «ب و ج» ماده ۸ قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی (مصوب ۱۳۸۷) امکان فسخ قراردادهای مشمول قانون کار پیش‌بینی شده است، اساساً با عنایت به ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد (مصوب ۱۳۱۲) هر یک از سازمان‌های مناطق آزاد توسط شرکتهای دولتی اداره می‌شوند که منحصراً بر اساس قانون یاد شده و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهند شد و بر همین مبنا قانونگذار در ماده ۱۲ قانون مذکور اختیار وضع مقررات خاص در زمینه «اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تامین اجتماعی» را به هیأت وزیران داده است... بنابراین با عنایت به عدم شمول قانون کار بر روابط مربوط به حوزه مناطق آزاد و اختیار قانونی هیأت وزیران، موضوع مغایر بودن

۱. دادنامه شماره ۲۷۸ مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.

مصوبه با قانون یاد شده به طور اساسی قابل طرح نبوده و منتفی است.» از این رو، مشتکی عنه معتقد است که نباید میان آنچه مقتضای حقوق کار منطقه است و آنچه در قلمرو سزمینی جاری است شباهتی پنداشت. اساساً اختیار وضع مصوبه خاص برای تعیین وضعیت حقوق کار منطقه از سوی هیات وزیران به دلیل ایجاد نظام حقوقی خاص روابط کارگر و کارفرما در منطقه است. که هم از حیث فلسفه وجودی این مناطق، هم از جهت خارج بودن آن از قلمرو گمرکی کشور و هم بدلیل مقتضای این نواحی برای تسهیل امر سرمایه گذاری، حذف تشریفات قانونی و ایجاد تمایل به فعالیت بازیگران اقتصادی در آن، با هم متفاوتند و نمی توان آن دو را تحت نظام واحد حقوق کار قرار داد.

هیات عمومی دیوان عدالت اداری با تایید استدلال مدیرکل دفتر امور حقوقی دولت اعلام می دارد: « ماده ۱۲ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲/۶/۷ مقرر داشته است که مقررات مربوط به اشتغال نیروی انسانی، بیمه و تامین اجتماعی و صدور روادید برای اتباع خارجی به موجب آیین نامه هایی خواهد بود که به تصویب هیأت وزیران می رسد. نظر به این که هیأت وزیران برابر مصوبه شماره ۱۶۶۳۲/ت ۳۰ هـ مورخ ۱۳۷۳/۲/۱۳ اختیار حاصله به موجب قانون مذکور را به وزرای عضو شورای عالی مناطق آزاد تجاری - صنعتی تفویض کرده است و این شورا در راستای قانون صدرالذکر مقررات اشتغال نیروی انسانی و بیمه و تامین اجتماعی در مناطق آزاد تجاری صنعتی را تصویب کرده است. بنابراین مواد ۲۴ و ۳۴ از آیین نامه مورد اعتراض در حدود اختیارات مرجع وضع کننده صادر شده است و به لحاظ این که با قانون مغایرتی ندارد قابل ابطال تشخیص نمی شود.»

بند سوم: دادرسی کار منطقه

به ترتیب مذکور در گفتار پیشین، مرجع رسیدگی کننده به اختلاف کاری در منطقه، «هیات رسیدگی به اختلاف کارگر و کارفرما» موضوع ماده ۲۹ تصویب نامه شورا می باشد. مطابق تصویب نامه مذکور، ترکیب این هیات عبارت است از: «...الف) کارفرمای ذی ربط یا نماینده تام الاختیار وی ب) کارگر ذی ربط یا نماینده تام الاختیار وی ج) نماینده سازمان منطقه.» (ماده ۳۰ م.ا.ن.ا) با دقت بر ترکیب مذکور درمیابیم که عضو سوم به عنوان ثالث بی طرف ایفای نقش می کند چراکه سازمان منطقه اساساً نه به عنوان نهادی در پشتیبانی از کارگران و نه حامی سرمایه داران است. این سازمان بمنظور اداره منطقه تاسیس می شود. لذا عملاً حضور کارفرما و کارگر در هیات، نشانگر برابری آنها

در استیفای حق بر داوری است و با توجه به اینکه اتخاذ تصمیم در هیات مبتنی بر رای اکثریت است، در عمل، نظر نماینده سازمان تعیین کننده خواهد بود.

نکته‌ای که در این موضوع مشاهده می‌شود تفاوت اعضای این هیات با مرجع مشابه آن در قانون کار است. همانطور که بیان شد، مراجع حل اختلاف در قانون کار، «هیات‌های تشخیص و حل اختلاف» می‌باشند. هیات‌های تشخیص متشکل از نمایندگان وزارت کار، کارگران و کارفرمایان هستند (م ۱۵۸ ق.ک) که تفاوت آن از حیث شکلی با هیات رسیدگی به اختلاف کارگر و کارفرما در منطقه، ترکیب اعضا و عدم حضور و اصدار رای توسط کارگر و کارفرما روشن است. و از حیث ماهوی نیز نمی‌توان نقش وزارت کار در هیات تشخیص را با سازمان منطقه در هیات رسیدگی یکسان پنداشت. چون به سبب اصول حمایتی قانون کار از کارگران، عملاً کفه ترازو به سمت کارگران سنگینی می‌نماید و وزارت کار اغلب تمایل به حمایت از کارگر دارد؛ اما سازمان منطقه با توجه به وظیفه خود در اداره منطقه، تسهیل و ترویج امر سرمایه‌گذاری در منطقه، بعضاً حمایت کارفرما را مرجع می‌پندارند. لذا از حیث ماهوی می‌توان تسامحاً هیات تشخیص را بیشتر حامی کارگر و هیات رسیدگی را حامی کارفرما دانست. همچنین در هیات حل اختلاف نمایندگان دولت، کارگران و نیز کارفرمایان (هر کدام سه نماینده) حضور دارند (ماده ۱۶۰ ق.ک) که با توجه به حضور مدیر کل کار و امور اجتماعی در میان اعضا (از نمایندگان دولت) وضعیتی مشابه با هیات تشخیص در حمایت از کارگر پیدا می‌کند. لذا به طور کلی مراجع حل اختلافی کار در قانون کار، تفاوت شکلی و ماهوی با هیات رسیدگی کننده به اختلافات کار منطقه دارند.

متعاقب بروز اختلاف میان طرفین قرارداد کار منطقه و یا به دلایل دیگری، ممکن است کارفرما تصمیم به تعدیل نیرو گرفته و کارگر را اخراج کند. در این مورد حقوق کار منطقه اساساً با عنایت بر حمایت از حقوق کارگر و امنیت شغلی وی، امکان شکایت از کارفرما مبنی بر اخراج وی را پیش‌بینی نموده است. در این مورد تصویب‌نامه شورا مقرر نموده است که: «هرگاه اخراج کارگر از سوی هیأت رسیدگی موجه تشخیص داده شود، هیأت، اخراج وی را تأیید نموده و کارفرما را ملزم خواهد ساخت که در قبال هر سال خدمت، حقوق ۱۵ روز کارگر را به وی بپردازد.» (ماده ۳۳ م.ا.ن.^۱) لذا چنانچه اخراج کارگر موجه پنداشته شود، در راستای تضمین امرار معاش و پرداخت مبلغی به ازای ارائه خدمات وی، کارفرما ملزم به پرداخت وجه مقرر است. امری که در این حکم قانونی حائز اهمیت است، اخراج کارگر به صرف تصمیم کارفرماست. این در حالیست که در قانون کار، اخراج کارگر در موارد قصور در انجام وظایف وی و یا موارد انضباطی از این قبیل، توسط کارفرما با اعلام نظر مثبت

شورای اسلامی کار امکان‌پذیر است؛ و چنانچه اخراج شود مستحق دریافت حق سنوات به نسبت هر سال سابقه کار معادل یک ماه آخرین حقوق وی می‌باشد. (ماده ۲۷ ق.ک) لذا تمایزات اساسی میان اخراج موجه کارگر در حقوق کار منطقه و قلمرو سرزمینی این است که اولاً امر اخراج در نظام حقوق کار قلمرو سرزمینی مستلزم طی تشریفات قانونی، اما در نظام حقوق کار منطقه تن‌ها مبتنی بر تصمیم کارفرماست؛ ثانیاً میزان حق و سنوات پرداختی کارگر اخراج شده در حقوق کار منطقه نصف میزان مشابه آن در حقوق کار قلمرو سرزمینی است.

قانون کار، اخراج کارگر بدون دلیل موجه قانونی را فاقد اعتبار دانسته لذا با پیش‌بینی بازوهای حل اختلافی کار (هیأت تشخیص و حل اختلاف) امکان بازگرداندن و اعاده وضعیت کارگر به کار را فراهم نموده است. اما در نظام حقوق کار منطقه، اخراج کارگر حتی بدون دلایل موجه قانونی هم میسر است. «هرگاه اخراج کارگر از سوی هیأت رسیدگی موجه شناخته نشود، کارفرما را مخیر خواهد کرد تا کارگر را به کار برگردانده و حقوق ایام بلاتکلیفی وی را بپردازد و یا آنکه در قبال هر سال خدمت حقوق ۴۵ روز وی را به عنوان خسارت اخراج بپردازد.» با قید «مخیر» مشخص می‌شود که کارفرما می‌تواند با پرداخت حق سنوات مقرر در این ماده یا اعطای حقوق بیکاری، کارگر را حتی بدون دلیل موجه قانونی اخراج نماید. این مسئله عملاً موجب تضعیف امنیت شغلی کارگر می‌شود اما بعد مثبت آن ترغیب سرمایه‌داران به فعالیت اقتصادی در منطقه است. چراکه چنانچه کارفرما خود را با تشریفات و فرآیندهای قانونی بازدارنده نسبت به اخراج کارگر مواجه ببیند، ممکن است نسبت به سرمایه‌گذاری و شروع فعالیت اقتصادی بهراسد و تمایلی از خود نشان ندهد.

نتیجه‌گیری

احکام اشتغال نیروی انسانی منطقه ویژه اقتصادی، تابع مقررات حقوق کار مناطق آزاد تجاری-صنعتی است که تصویب‌نامه شورای عالی مناطق آزاد و ویژه اقتصادی آن را ترسیم نموده است. لذا احکام حقوق کار منطقه عمدتاً به موجب ضوابط این مقرر دولتی تعیین شده‌اند. کلیه روابط کاری که مطابق آن، کارگر بنا به درخواست کارفرما و بموجب قرارداد کتبی کار در قبال دریافت مزد یا حقوق معین در منطقه شکل می‌گیرد، تحت شمول حقوق کار منطقه است. نظام حقوق کار در منطقه علاوه بر جنبه حمایتی از کارگر، توجه ویژه‌ای نیز به تسهیل بازرگانی و حمایت از سرمایه‌دار دارد. با عنایت به فلسفه وجودی منطقه قانون‌گذار نسبت به حقوق کار منطقه، در جهت حذف تشریفات زائد و بعضاً دست و پا گیر قانونی و تعیین معافیت‌های استثنایی برای فعالیت سرمایه‌گذاران گام برداشته است تا شرایط را برای ترغیب سرمایه‌گذاری و رقابت اقتصادی جهت تحقق اهداف و رونق اقتصاد منطقه فراهم آورد. بدین‌سان جنبه حمایتی حقوق کار منطقه در قیاس با قلمرو سرزمینی کم‌رنگ‌تر است.

فرآیند دادرسی کار منطقه بر خلاف قلمرو سرزمینی، یک مرحله‌ای است (طرح شکایت در هیات حل اختلاف) و سازش به طور غیر رسمی و مبتنی بر مذاکره طرفین صورت می‌گیرد. از طرفی، مراجع حل اختلافی کار در قانون کار، تفاوت شکلی و ماهوی با هیات رسیدگی کننده به اختلافات کار منطقه دارند. افزون بر این‌ها، بر اساس حقوق کار منطقه، کارفرما می‌تواند بدون عذر موجه کارگر را اخراج کند. تمامی این موارد نشان می‌دهند که فرآیند دادرسی حقوق کار منطقه جنبه حداقلی دارد و ضوابط حمایتی امنیت شغلی کارگران در ازای جذب سرمایه‌گذاری تعدیل شده‌اند.

منابع

منابع فارسی

الف - کتاب‌ها

- اباذری، منصور (۱۳۸۱). حقوق کار، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ ۱ و ۲.
- رسایی‌نیا، ناصر (۱۳۷۹). حقوق کار، تهران، انتشارات آوای نور، چاپ اول.
- عراقی، عزت‌الله (۱۳۹۰). حقوق کار، تهران، نشر دانشگاه بهشتی، جلد ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ ۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم.
- کاتوزیان ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۱). ادله اثبات دعوی، تهران: انتشارات پایدار، چاپ ششم.
- موحدیان، غلامرضا (۱۳۹۰). حقوق کار، تهران، انتشارات فکرسازان، چاپ اول.
- مهر، فرهنگ (۱۳۵۰). حقوق کار، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، چاپ چهارم.
- همدانی، علی‌اله (۱۳۸۰). کلیات حقوق کار، تهران، انتشارات موسسه کار و تامین اجتماعی، چاپ اول.

ب-مقاله‌ها

- عراقی، عزت‌الله (۱۳۸۲). «بررسی تطبیقی پیرامون قرارداد کار موقت»، (۱۳۸۲). کار و جامعه، شماره ۱۲۸.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۷۰). «نگرشی بر قانون جدید کار جمهوری اسلامی ایران»، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۹.

پ- منابع انگلیسی

Books

- Douglas Z (2021), *Special Economic Zones: Lessons from the Global Experience*, PEDL .

- Dolli SV, Jeyaraaj T (2012), *"Role of Government on Special Economic Zone" in Development of Special Economic Zone in India: Policies and issues*, by Mookkiah Soundarapandian.
- Dube Cornelius, Matsika Wellington, Chiwunze Gamuchirai (2020), *Special economic zones in Southern Africa: Is success influenced by design attributes?* WIDER Working Paper.
- IBP: *Philippines Business Law Handbook: Strategic Information and Laws*, USA. International Business Publications, (2014).
- Jordana J (2011), *"the Global Diffusion of Regulatory Agencies Channels of Transfer and tive political studies journal, Stages of Diffusoin"*, *Compara*). Vol. 44. No. 1.
- Majumdar B (2009), *Special Economic Zones: Policy and Procedure*, CCH India: Wolters Kluwer.
- Brussevich M (2020), *The Socio-Economic Impact of Special Economic Zones*, International Monetary Fund.
- Saskia M (2019), *Special economic zones: An effective instrument for growth in Africa?* PEGNet.
- Reddy AR (2012). *"Special Economic Zones: A Step for Quality Industrialization"*, in *Development of Special Economic Zones in India: Policies and Issues*, by Mookkiah Soundarapandian.
- Shah S (2008), *A Comparative Analysis of Bangladesh, Sri Lanka, and India*, Harvard University, *Special Economic Zone in South Asia*: .
- Susanne A (2021), *Special Economic Zones and Sourcing Linkages with the Local Economy: Reality or Pipedream?* The European Journal of Development Research .
- Tewodros M (2019), *Special Economic Zones Evidence and prerequisites for success*, International Growth Centre .
- Trebilcock, M (2014), *The Regulation of International Trade*, 4th Edition, Routledge.

خلاءهای ماندگار نظام ثبت ملک در ایران

نوربخش ریاحی^۱

چکیده

امروزه مفهوم مالکیت لازمه حقوق و آزادی‌های مدنی اشخاص شمرده می‌شود و حمایت از مالکیت افراد از اهداف مهم دولت‌ها به شمار می‌رود ولی قوانین نامطمئن ثبت املاک از عوامل ایجاد فقر و بی عدالتی در جامعه محسوب می‌شود. سازمان ثبت اسناد و املاک متولی چنین مسئولیتی است. اما سؤال اساسی این است که آیا قوانین پایه نظام ثبت ملک ایران با مسئولیت ذاتی سازمان مذکور هم آواست؟ قوانین نامطمئن ثبت ملک، وابستگی‌های غیر ضرور این سازمان به نهادهای جزیره ای، تشکیل دو جبهه نظام ثبتی متعارض یعنی ثبت عمومی و اجباری از یک طرف و ثبت عادی و اختیاری از طرف دیگر، مسئولیت ذاتی سازمان مذکور و حقوق مالکیت افراد را مخدوش نموده است و ضعف در ارائه خدمات ثبتی و ایجاد فقر و بی عدالتی در جامعه را دامن می‌زند و این محتاج به تغییر اساسی در ساختار قوانین ثبت ملک در ایران می‌باشد.

واژگان کلیدی

حوزه ابتدایی، تصرفات مالکانه، مجهول المالک، وابستگی، دوگانگی.

۱. دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه آزاد شیراز/دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

مقدمه

امروزه مفهوم مالکیت لازمه حقوق و آزادی های مدنی اشخاص شمرده می شود و حمایت از مالکیت از اهداف مهم دولت ها به شمار می رود.^۱ آنچه می توان به عنوان ویژگی ذاتی مالکیت از قوانین مترقی در دنیا برداشت نمود تسلط و دارندگی است. به همین جهت در هر جامعه ای نهادی با ساز و کار مشخص مأموریت صیانت از املاک مردم را بر عهده می گیرد. در کشور ما سازمان ثبت اسناد و املاک متولی این مسئولیت است. ولی سؤال اساسی اینجاست که آیا قوانین پایه نظام ثبت املاک در ایران با مسئولیت ذاتی سازمان مذکور و حقوق مالکیت مردم هم آوا است؟.

بر اساس ماده اول قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۰۲ ثبت املاک به منظور تعیین مالکیت رسمی مالکان و تثبیت حقوق افراد ذی حق است. به همین منظور موادی از قانون ثبت اسناد و املاک فعلی (۱۳۱۰) چاره تضمین حقوق صاحبان املاک را در اجباری نمودن ثبت عموم املاک و اموال غیر منقول دیده است اما این فرضیه مطرح است که نظام ثبت املاک ایران، علی رغم قدمت صد ساله، واجد قوانین مقطعی، ناکارآمد، جزئی و متعارض است. نظامی که از یک سو مبتنی بر «نهاد جدیدی است که همگام با فرهنگ اروپایی وارد سرزمین ما شده و با الهام از مقررات ثبت کشور آلمان و سوئیس تصویب شده است»^۳ و از سوی دیگر تحت سلطه قوانین مدنی، آموزه های فقهی و سنت ها و باورهای دیرین اجتماع است. در نتیجه مفهوم خلاءهای ماندگار ناظر بر همین کاستی های جداناپذیر و همیشگی نظام ثبت ملک در ایران است. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی به دنبال این هدف است که نظام ثبت املاک در ایران محتاج به یک خانه تکانی اساسی در ساختار و قوانین ثبت ملک می باشد.

۱ - میرمحمدصادقی، حسین- جرائم علیه اموال و مالکیت- نشر میزان - تهران-۱۳۸۸-ص ۱۹

۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر- حقوق ثبت، جلد ۱- سال ۱۳۵۶-ص ۱

۳- غریبه، علی و عباس زاده، علی، ثبت ارضی کشاورزی در ایران، روش ثبتی خاص یا تکمیل کننده مقررات ثبت عمومی؟. کانون وکلای دادگستری، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۲۳ و ۲۴، ص ۱۴

گفتار اول : قوانین نامطمئن ثبت ملک

کشورهای توسعه یافته جهان دارای نظام های مطمئن در زمینه ثبت ملک و امنیت مالکیت هستند ولی قوانین نامطمئن ثبت املاک و عدم توانایی لازم در ارائه خدمات ثبتی از عوامل ایجاد فقر در جامعه محسوب می شود.^۱ گفتار حاضر به این موضوع اختصاص می یابد.

مبحث اول: تصرفات مالکانه

دعای تصرف اقسامی دارد اما تصرف به عنوان مالکیت موضوع این بحث است. ماده ۱۱ قانون ثبت می نویسد متصرفین به عنوان مالکیت باید به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت ملک نمایند. برابر ماده ۱۰۹ این قانون هر کس نسبت به ملکی که در تصرف دیگری بوده خود را متصرف قلمداد کرده و تقاضای ثبت کند کلاهبردار محسوب می شود. بنابراین در نظام ثبت املاک ایران تصرف حجت بر مالکیت بلکه برتر از مالکیت است بطوری که در نمره (بخشنامه) ۸۹۴۴ - ۱۳۰۸/۷/۲۸ آمده است اگر تقاضاکننده مدرک تصرف داشته باشد می توان نقل و انتقال ملک او را پذیرفت. متصدیان امور ثبت ملک باید به درستی بدانند که اولاً چه مرجعی صالح به تشخیص اصالت مدارک عادی احراز تصرف مالکانه است و چگونه؟ دادگستری، ادارات ثبت یا هیأت های حل اختلاف؟. قوانین و مقامات ثبتی در برابر این پرسش عاجزمانده اند. ثانیاً آنها باید بدانند چه اسناد و مدارکی را برای احراز تصرف مالکانه می توان پذیرفت. چرا که قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان های فاقد سند رسمی ۱۳۹۰^۲ و آیین نامه اجرایی آن می نویسد منشأ تصرفات متصرفان بایستی قانونی بوده و نیز احراز گردد.

منشأ تصرف مالکانه برای ثبت ملک چیست؟. آیا بنچاق و نسق، قبض مالیات، قبالة، سنگ چینی، پرچینی، دیوار کشی، میله کشی، نرده کشی، درخت کاری، کشت و کار، خاک برداری، خاک ریزی، پلاک کوبی، استشهادیه محلی، سابقه تصرف، قولنامه بنگاهی، مباحه نامه عادی (دستی)، دست نوشته

۱ - خداوردی داریان، احمد - نقش ثبت املاک و مدیریت زمین در فقر زدایی - مجموعه مقالات نخستین همایش علمی

کاربردی به سوی ثبت نوین - نشر نقش گستران بهار - تهران - ۱۳۸۶ - صص ۹۳ و ۹۴

۲ - در این مقاله بطور اختصار قانون تعیین تکلیف بکار می رود.

های افراد (نظیر دستخط خوانین)، برگ واگذاری، امتیازات آب و برق و گاز، شهادت شهود، آثار تصرف، آلاچیق، نی چیت، چادر، اعیانی، ساختمان، بنا، کپر، آلونک، کانکس، آغول، انبار و غیره را می توان حجت بر تصرف مالکانه دانست؟.

اهمیت سؤال به این است که به موجب حکم شماره ۱۸۹۵ - ۱۳۲۱/۶/۳۱ شعبه چهار دیوان عالی کشور قبول درخواست ثبت بر فرض که حاکی از تصرف درخواست کننده باشد دلیل مالکیت نیست زیرا تصرف غیر مالکانه هم ممکن است مدرک قبول درخواست ثبت واقع شود. یا گفته می شود «صرف تصرف ملک دلیل بر مالکیت نیست بلکه باید مدارکی ارائه گردد مبنی بر اینکه ملک مذکور به یکی از وجوه ناقله از قبیل صلح یا بیع یا هبه و یا از طریق ارث به آنها انتقال یافته و یا در مرحله ثبت عمومی نام آنها به عنوان مالک یا قائم مقام قانونی در دفتر توزیع اظهارنامه به ثبت رسیده باشد». ماده ۲۳ آیین نامه قانون ثبت می نویسد دهنده اظهارنامه باید اسناد و قبالات و بنچاق و مدارک راجعه به مالکیت و تصرف خود را به اداره ثبت ارائه دهد و اگر دلیل مالکیت منحصر به تصرف است ادله تصرف فعلی خود را کتباً به اداره ثبت تسلیم نماید. این ماده بدون درجه بندی بین اسناد آنها را هم بعنوان مدارک مالکیت و هم مدارک تصرف تلقی می کند. در حالی که شورای عالی ثبت می گوید تصرف فعلی بر بنچاق ارجح است.

در حالی که ماده ۱۱ قانون ثبت مبنایش بر تصرفی است که منشأ آن معلوم نیست ماده ۲۲ قانون ثبت بدنبال ارائه یک دلیل محکم وقاطع است به نحوی که حتی به سلطه شرعی بر ملک اعتنائی ندارد. پس معلوم می گردد قانون ثبت هم در تمایز مدارک مالکیت و تصرف به عنوان مالکیت و هم از ذکر اینکه ادارات ثبت چه مدارک و اسنادی را باید از متصرفین به عنوان مالکیت قبول نمایند بی پاسخ است. لذا برخی گویند «تصرف وقتی دلیل مالکیت است که منشأ آن معلوم نباشد».^۱

بدیهی است تصرفی که منشأ آن معلوم نباشد موجب تضییع حقوق افراد می شود و لذا به نظر نگارنده تصرفی دلیل بر مالکیت است که هیچ دلیلی بر رد آن نباشد. یعنی به صرف آنکه ملک در تصرف کسی باشد و هیچ کس نتواند مدارکی بر رد این تصرف ارائه دهد تصرف مالکانه تلقی می شود. به عنوان

۱- نجفی، ایرج- منبع پیشین- ص ۱۴

۲ - شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، نشرجهاد دانشگاهی، چاپ بیستم، ۱۳۸۶. ص ۴۱

نمونه مردم روستا بنا به دلایلی ناچار می شوند از مکان قبلی (ده قدیم) به مکانی جدید اسکان یابند. اما ده کهنه همچنان ملک قابل استفاده آنان می باشد. آنها از یک طرف مدرکی دال بر تصرف به عنوان مالکیت برای امکان ثبت ملک ده کهنه ندارند، از طرف دیگر نه دولت و نه هیچ شخص حقیقی یا حقوقی ادعایی بر ملک ندارد. همچنین بسیاری از مالکان بر اراضی خود تصرف بر مالکیت دارند ولی به دلیل نبود نسق زراعی قادر به ثبت ملک نمی باشند. همه این کاستی ها بدین خاطر است که منشأ تصرفات مالکانه در نظام ثبت ملک ما نامعلوم است و بخشنامه های ۱/۴۱/۱۷۰۹۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۲۶ و ۱/۴۱/۶۶۵۳ مورخ ۱۳۷۹/۵/۱۵ و ۱/۴۱/۶۶۵۱ مورخ ۱۳۷۹/۳/۱۱ و ۱/۴۱/۳۵۸۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۱۳ حکایت از آراء و سلیقه های متفاوت ازسوی هیأت های حل اختلاف دارد. همچنین پس از صد سال قدمت قانونگذاری تاکنون روش تقاضای ثبت و چگونگی حل اختلاف اراضی کشاورزی که مالک فوت نموده و باید به وراثت منتقل گردد و نیز آن دسته از اراضی دارای سابقه ثبتی در محدوده شهری و همچنین املاک زراعی تغییر کاربری شده که خارج از حوزه شهر و روستا واقع شده اند (بطور مثال مغازه ای در کنار پلیس راه) روشن نگردیده است. بعلاوه شرط عدم دسترسی به مالک رسمی برای استفاده از قانون تعیین تکلیف عملاً مجوزی برای سوء استفاده یا دور زدن قوانین شده است.

مأموریت اصلی قانون تعیین تکلیف اعتبار بخشی به تصرفات قانونی متصرفان است ولی گاه اعیانی هائی از مالکان به طور قانونی بر اراضی احداث گردیده که عدم سابقه ثبت زمین، مانع صدور سند رسمی برای ساختمان می گردد. گاهی خود زمین سابقه ثبتی دارد و منشأ تصرفات قانونی است اما امکان صدور سند رسمی افزای (شش دانگ) ممکن نیست. همچنین این قانون صدور سند رسمی برای اراضی کشاورزی و باغ ها را مشروط به این کرده است که باغ یا زمین کشاورزی اولاً دارای سابقه ثبتی (گفته می شود دارای پلاک اصلی و فرعی) باشد ثانیاً مالک یا یکی از وراثت وی فوت کرده یا در دسترس نباشد و معلوم است که این شرایط بسیار نادر و استثنائی است. عبارت «فوت مالک» در قانون تعیین تکلیف نشان می دهد منظور از مالک، اشخاص حقیقی است زیرا مالکان یا اشخاص حقوقی نمی میرند و همواره در دسترس هستند. لذا اشخاصی که از اراضی تحت تصرف یا مالکیت نهادهایی مثل بنیاد مستضعفان و تعاونی های سپاه، ملکی خریداری نموده اند به لحاظ ظاهر این قانون قادر به ثبت ملک نخواهند بود. اراضی نسقی دارای پلاک اصلی می باشند و تا سال ۱۳۹۹ عملاً از مجرای قانون تعیین

تکلیف ثبت نمی گردیدند به این دلیل که سابقه ثبت ندارند اما سازمان ثبت متوجه گردید بخش عمده ای از اراضی از شمول این قانون خارج می گردد لذا سازمان مجبور گردید با صدور یک بخشنامه اینطور استدلال کند که داشتن پلاک اصلی به منزله دارا بودن سابقه ثبتی است غافل از اینکه اولاً متولی ثبت ملک ادارات ثبت املاک است نه دفاتر اسناد رسمی ثانیاً اگر صرف دارا بودن پلاک اصلی سابقه ثبتی محسوب می گردد، پس چرا برخی املاک نه تنها دارای پلاک اصلی بلکه واجد پلاک فرعی مجهول المالك تلقی می شوند؟.

سوال دیگری که مطرح است این است که چرا نتوان برای زمینی که محصور است (مثل پارکینگ های درون شهری) و نیز برای باغ یا زمینی که مالک دارد و مالک آن نیز زنده است و منشأ تصرفات آن هم قانونی است سند مالکیت رسمی صادر نمود؟. بنابراین قانون تعیین تکلیف که در شرایط کنونی یک قانون عام به نظر می رسد نه تنها باری از مشکلات صد ساله ثبت املاک بر نداشته است مشکلاتی بر آن افزوده است. به طور مثال نه این قانون و نه قوانین دیگر ثبتی اصولاً در باره مفهوم رأی، رأی اصلاحی و رأی منفی و رابطه آن ها با یکدیگر مطلبی ندارد که البته هدف مقاله نقد این قانون نمی باشد.

مبحث دوم: اعتراض و اطلاع از ثبت ملک

انتشار قانون دلیل بر علم به قانون است. در غالب کشورها قبل از وضع قانون شهروندان در جریان قانون قرار گرفته و اصولاً تصویب قانون منوط به تأیید آنهاست. اما واقعیت عمومی جامعه ما مؤید این مطلب است که غالب افراد از وضع قانون بی اطلاعند. اغلب قضات و وکلا نسبت به مقررات ثبتی اشراف ندارند تا چه رسد به عوام. به استناد کد ۶۳۹ و کد ۵۸۳ مجموعه بخشنامه ثبتی تعدادی از دفاتر اسناد رسمی به دلیل اظهار بی اطلاعی از تصویب یک مصوبه به مدت سه سال مفاد آن را به اجرا نمی گزاردند تا اینکه مجدداً به آنها ابلاغ گردید. بنابراین «مادام که اهمیت وسایل انتشار قانون دست کم گرفته شود سخن گفتن از لازم الاجرا شدن قانون بیهوده است».^۱

۱. قاضی، ابوالفضل (مترجم) - جامعه شناسی حقوق - تألیف (هانری لوی برول) - نشر میزان - چاپ هشتم - سال ۱۳۸۶ - ص ۷۵.

هدف از انتشار آگهی های ثبتی اطلاع دادن به ذینفع است تا اگر نسبت به اصل یا حدود یا منافع یا حقوق ملک حقی داشته باشد به موقع مطلع شوند. ولی کیفیت و نحوه انتشار آنها به گونه ای است که امکان ثبت ملک توسط غیر بسادگی فراهم شده است. « امروزه آگهی الصاقی درمحل املاک مورد تقاضای ثبت و نیز شناسایی مجاورین و افراد ذی حق صورت نمی پذیرد و بسیاری از جریان ثبتی و مآلادفاع از حقوق خود غافل می مانند». حتی ممکن است شهروندان از آگهی های بعدی آگاهی پیدا نکنند. آگهی ها هر سه ماه یک بار منتشر می شوند و از زمان درخواست ثبت ملک تا تسلیم سند مالکیت ۸ الی ۹ ماه طول می کشد. این در حالی است که می توان از یک طرف مدت زمان آگهی ها را کوتاه و منطقی ساخت و از طرف دیگر با استفاده از وسائل اطلاع رسانی روز نظیر تلویزیون، موبایل یا تابلوهای شهری بر این قبیل مشکلات فائق آمد. شاید « در سال ۱۳۱۰ بهترین رسانه و مقدرترین راه حل چاپ آگهی های ثبتی در روزنامه بود که صد البته عده قلیلی امکان خرید و حتی امکان خواندن آن را داشتند اما اکنون شرایط بکلی تغییر کرده است». در حقیقت از صد سال پیش تاکنون به موجب رای شماره ۱ - ۳۰-۵-۱۳۴۵ شورای عالی ثبت صرف بلامعارض سپری شدن زمان های مقرر در آگهی های یاد شده دلیلی بر آگاهی صاحبان املاک از روند ثبت ملک تلقی شده است و در نتیجه به تصریح ماده ۲۴ قانون ثبت، نه دادگاه می تواند به بهانه عدم اطلاع شهروندان از آگهی های ثبتی به ابطال اسناد مالکیت حکم دهد و نه مدعیان تضییع حقوق می توانند درخواست ابطال اینگونه اسناد را از دادگاه بخواهند. این در حالی است که غالب کارکنان ادارات ثبت املاک از زمان انتشار روزنامه های مربوط بی اطلاع اند تا چه رسد بقیه مردم. حسب مقررات ثبتی، بایستی یک نسخه از آگهی های الصاقی نوبتی و تحدیدی به ادارات مختلف ارسال گردد. معلوم است در خصوص این آگهی ها قانونگذاران ثبتی آنقدر که در ابلاغ انتشار آنها به مدیران ادارات دولتی ملزم شده اند برای اطلاع رسانی به عامه مردم خود را مسئول نشناخته اند.

۱- نجفی، ایرج- پیشین- ص ۱۲.

۲- شفیع زاده رضا- مجموعه مقالات نخستین همایش علمی کاربردی به سوی ثبت نوین - نشر نقش گستران بهار- چاپ اول - سال ۱۳۸۵- ص ۵۱.

اعتراض، اقدام قانونی دیگری است که زیان دیده علیه تصمیم اداره ثبت املاک به دلیل ثبت ملک به درخواست مستدعی ثبت انجام می دهد. لذا اعتراض از حق های زیربنایی است. برابر مواد ۸۶ و ۸۷ آیین نامه قانون ثبت مبدأ اعتراض به اصل ملک، تاریخ انتشار روزنامه ای است که اولین آگهی نوبتی در آن درج شده است. دادگاهها قبل و بعد از انتشار آگهی نوبتی دادخواست اعتراض یا گواهی نامه جریان دعوا بین معترض و مستدعی ثبت را نمی پذیرند. ماده ۲۴ قانون ثبت می نویسد پس از انقضای مدت اعتراض دعوی این که در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر خواه حقوقی باشد خواه جزایی. به موجب بخشنامه ۱۳۱۰/۵/۲۱/۸۹۲۱ پس از طی مواعد مقرر حق قانونی معترض اسقاط شده است. با توجه به مواد ۲۲ و ۲۴ قانون ثبت و آرای ۱۸۸ - ۱۳۲۶/۲/۳ و ۱۶۵۳ - ۱۳۴۰/۵/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور و نظریه ۷/۶۶۹۶ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۷ و نظریه ۷/۱۰۹۱۴ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۰ اداره حقوقی وزارت دادگستری طرح دعوی اعتراض به ثبت و ابطال ثبت ملک مورد اعتراض جهت عدم اطلاع از مقررات ثبت یا عدم آگاهی از انتشار آگهی های نوبتی مزبور قابل استماع نیست و چنانکه کسی مدعی مالکیت برملکی باشد که به استناد مبیاعه نامه آن را تصاحب کرده است می بایست در مهلت مقرر در ماده ۱۶ قانون ثبت اعتراض دهد وگرنه طبق ماده ۲۴ قانون ثبت دعوی او به هیچ عنوان پذیرفته نمی شود. بعلاوه «در پاسخ به این سؤال که در مواردی که معترض ثبت خارج از موعد قانونی اقدام به تقدیم دادخواست اعتراض به ثبت نماید، تکلیف دادگاه در این خصوص چیست، آمده است که مستفاد از ماده ۱۶ قانون ثبت و بند ۱۱ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی در امور مدنی، قرار رد دعوی باید صادر گردد». طبق بخشنامه ۸۹۲۱ مورخ ۱۳۱۰/۵/۲۱ هم اگر کسی در موقع اعتراض و مهلت مقرر اعتراض نکند حتی در صورتی ثابت شود حق قانونی او بوده است، حق قانونی او ساقط شده تلقی می شود.

از طرفی بنا بر برخی مقررات ثبتی دیگر نظیر بند ۶ ماده ۱۴۷ قانون ثبت صدور سند مالکیت مانع مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد بود. برخی قضات به استناد قوانین دسته اول و برخی قضات به استناد قوانین دسته دوم احکام متناقضی را در باره حق اعتراض صادر می کنند.

چالش ماندگار دیگر در این زمینه، اعتراض با رنگ و لعاب اخاذی است. برابر ماده ۱۸ قانون ثبت، معترض پس از تقدیم عرض حال اعتراض، مدت شصت روز فرصت دارد دعوای خود را تعقیب نکند. اداره ثبت هم مجاز به ادامه عملیات نخواهد بود. همچنین معترض یک ماه از تاریخ تسلیم اعتراض به اداره ثبت وقت دارد به مرجع ذیصلاح قضایی درخواست اعتراض نماید. بنابراین معترضی که اعتراض بی اساس اقامه می کند می تواند حداقل سه ماه دیگر جریان صدور سند مالکیت را به تأخیر اندازد و متقاضی ثبت را در تنگنا قرار دهد که ضرورت پیش بینی برخورد با اعتراض بی اساس در قانون ثبت را می طلبد. مالکان اصلی که ملک را با سند عادی به متصرفان می فروشند در واقع می توانند از آنها اخاذی کنند. برخی متصرفان هم با سوء استفاده از ضعف نظام قولنامه ای ملک را به نام خود ثبت می کنند.

مبحث سوم: فقدان شفافیت

قوانین ثبت ملک در ایران انسان را شگفت زده می کند که چطور صد سال از عمر آن گذشته و قانونگذار ثبت با این همه مفاهیم خرد آزار و گیج کننده به سر کرده است. حتی پی بردن به نیت قانونگذار ثبت هم یکی از معضلات این رشته است. در مقاله « اصول نظام حقوقی اسناد رسمی و موانع پیش رو » در اصل دروازه به برخی از این مفاهیم اشاره شده و ما از ورود به آن بحث خودداری می کنیم ولی خوب است ذهن خواننده را تنها به یکی از این مفاهیم ثبتی یعنی املاک مجهول المالك درگیر سازیم. معمولاً ادارات ثبت املاک رویه های سلیقه ای و بعضاً متعارض در ثبت املاک مردم به کار می بندند. برخی اقدام به ثبت املاک زراعی از مسیر مواد ۱۰ و ۱۱ به عنوان املاک مجهول المالك می کنند. برخی مواد ۱۰ و ۱۱ را قاعده عمومی ثبت همه املاک از قبیل زراعی، ارضی، باغی و اعیانی می دانند. برخی هرگونه پذیرش ثبت از این طریق را غیرممکن و برخی مواد ۹ تا ۱۲ را فاقد کاربرد می دانند.

مطابق ماده ۹ از تاریخ اجرای این قانون (۱۳۱۰) حوزه هر اداره ثبت را به چند ناحیه تقسیم و به ثبت کلیه اموال غیرمنقول واقع در آن اقدام می شود. ماده ۱۰ می گوید قبل از اقدام به ثبت عمومی حدود ناحیه و این که املاک واقعه در آن ناحیه باید به ثبت برسد به وسیله اعلان در جراید به اطلاع عموم خواهد رسید. ماده ۱۱ می نویسد از تاریخ انتشار اولین آگهی مذکور در ماده ۱۰ تا شصت روز باید متصرفین به عنوان مالکیت و اشخاص مذکور در مواد ۲۷ و ۳۲ (دولت و ادارات اوقاف) نسبت به املاک

واقع در آن ناحیه به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت نمایند. ماده ۱۲ در صدر خود آورده است نسبت به املاکی که مجهول المالك اعلان شده اشخاصی که حق تقاضای ثبت دارند می توانند در ظرف دو سال از تاریخ اجرای این قانون تقاضای ثبت نمایند.

پس ماده ۹ جز اینکه هر ناحیه یا بخش یا قطعه در هر شهرستان باید پلاک کوبی شود و به هر کوی و محله آن یک پلاک اصلی تخصیص یابد منظور دیگری نمی تواند داشته باشد. بطور مثال آن زمان پلاک ۲۲ اصلی را به کوی کارکنان گچساران اختصاص دادند. ماده ۱۰ هم غیر از اینکه در سال ۱۳۱۰ به مردم اعلان گردید املاک آنها باید به ثبت برسد مفهوم دیگری ندارد. ماده ۱۱ می گوید پس از آنکه هر محله ای پلاک کوبی گردید و خبر به اطلاع مردم آنجا رسید دولت، ادارات اوقاف و مردمی که متصرف املاک واقع در آن محلات هستند تا شصت روز فرصت دارند از طریق تکمیل اظهارنامه املاک خود را ثبت نمایند و پس از آن تاریخ دیگر حقی برای مراجعه ندارند. از همین جا معلوم است عمر این مواد به سر آمده است. چرا که دیگر نه قرار است در آن نواحی پلاکی کوبیده شود، نه اعلان جدیدی صورت گیرد و نه وقت دیگری داده شود.

در بررسی مواد گذشته تا اینجا دریافت نکرده ایم که مجهول المالك چیست ولی از ماده ۱۲ می فهمیم ثبت ملک مجهول المالك موکول به وجود شرط زمانی دو ساله بوده است که اکنون آن محدوده زمانی هم به سر آمده است. بنابراین عمر ماده ۱۲ نیز منطقاً منقضی است. اما نگاهی بیندازیم به مواد دیگری از قوانین ثبت که از مجهول المالك سخن گفته اند.

ماده ۱۳۹ قانون ثبت می نویسد املاکی که اظهارنامه های مربوط به آنها عودت داده نشده و املاکی که نسبت به آنها تقاضانامه داده نشده مجهول المالك و تابع مقررات مذکور در ماده ۱۲ خواهد بود. طبق قانون ثبت اسناد (۱۳۲۹ قمری) املاک مجهول المالك یکی از انواع چهار نوع ملک است. ماده ۳۸ قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۰۲ می گوید املاکی که مالک خاص ندارد تقاضای ثبت پذیرفته نمی شود. یعنی از املاک فاقد مالک در پلاک مجهول المالك درخواست ثبت پذیرفته نمی شود. ولی مواد ۱۸ و ۱۹ قانون ثبت اسناد و املاک (۱۱ مهر ۱۳۰۸) می نویسد اشخاصی که در حوزه ثبت مقیم بوده و اظهارنامه نداده اند ملک به اسم آنها ثبت می گردد. ماده ۲۰ همین قانون می نویسد اگر مالک متصرف ملکی به هیچ وجه معلوم نباشد ملک مزبور با نظارت مدعی العموم محل به ثبت خواهد رسید و هرگاه تا

۲۰ سال پس از ثبت مالک آن معین نشد سند مالکیت به اسم دولت صادر خواهد گردید تا مطابق قانون مدنی به مصارف خیریه برسد. به موجب قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی و قانون مدنی مجهول المالك به هر مال بلاصاحبی اطلاق می شود که در اختیار حکومت اسلامی است. اینجاست که لفظ مشترك مجهول المالك برای قضات ایجاد اشکال کرده است. براساس ماده ۱۴۲ قانون ثبت نسبت به املاک مجهول المالك و نیز املاکی که در اجرای قانون اصلاحات ارضی به زارعین واگذار شده یا بشود ثبت محل مکلف است بر طبق انتقالات (احتمالاً اعم از انتقال با قولنامه یا انتقال با نسق) و اعم از این که ملک مشاع یا مفروز باشد بدون انتشار آگهی به صدور سند مالکیت اقدام نماید. به عبارتی ماده ۱۴۲ اختصاصاً به منظور ثبت املاک نسقی وضع گردیده است و نمی توان املاک نسقی را از طریق مواد ۹ تا ۱۲ ثبت نمود.

برخی از ذیل ماده ۱۲ استدلال می کنند ما می دانیم پلاکی به نام پلاک مجهول المالك وجود دارد لذا هرکس در آن ملک تصرفاتی بلامعارض ارائه دهد تقاضای ثبت بعنوان مجهول المالك از او پذیرفته می شود. اما ما می دانیم اولاً ذیل ماده ۱۲ از تقاضای ثبت در دفتر اسناد رسمی سخن می گوید و ما می دانیم که مرجع ثبت ملک، اداره ثبت املاک است نه دفتر اسناد رسمی. ثانیاً صدر و ذیل یک ماده نمی تواند واجد دو مفهوم متعارض باشد. ثالثاً اگر از مجرای مواد ۹ تا ۱۲ بتوان مبادرت به ثبت همه املاک نمود، پس چه نیازی به وضع قوانین بعدی نظیر مواد ۱۴۷ و ۱۴۸، قانون تعیین تکلیف، قانون برنامه های توسعه جهت ثبت املاک روستایی و غیره بوده است؟.

می دانیم نام کسانی اظهارنامه را تحویل گرفته ولی عودت نداده اند در دفتر توزیع اظهارنامه ثبت است. می دانیم هر پلاک اصلی به نام یک محله ثبت است. می دانیم زارع صاحب نسق، مالک مجهول نمی باشد. می دانیم برخی از شهروندان بواسطه تصرفات قانونی داخل در محلاتی که بنام مجهول المالك پلاک کوبی شده اند اقدام به خرید زمین و سپس ساخت و ساز املاکی از قبیل خانه و غیره نموده اند ولی به صرف عنوان مجهول المالك قادر به استفاده از شرایط ماده یک قانون تعیین تکلیف و دیگر قوانین ثبتی نمی باشند. جالب آنکه برخی املاک در عین حال که دارای پلاک اصلی و هم پلاک فرعی هستند باز مجهول المالك تلقی می شوند. نظیر برخی پلاک های فرعی از پلاک ۲۱ اصلی شهرستان گچساران.

در واقع می دانیم محله پلاک ثبتی دارد، ملک معین است، مالک هم مشخص است اما قادر به ثبت املاک و استفاده از مزایای سند رسمی نمی باشند. پس واقعاً مجهول المالك به چه معناست؟.

مبحث چهارم: تعارض و دوگانگی

ثبت عمومی و اجباری از یک طرف، ثبت عادی و اختیاری از طرف دیگر دو جبهه نظام ثبتی متعارض را رو در روی هم قرار داده است. حتی بدون بحث و مشاجره و صرف دقت در مفهوم عمومی و عادی (غیرهمگانی) می توان این تعارض و دوگانگی را تشخیص داد. هنوز برسر این دو یا چندگانگی شاهد یک جنگ تمام عیار بین قوانین مملکتی و بین حقوقدانان می باشیم.

مشکلات پرشمار اسناد عادی از جمله طریقه اثبات، امکان تقلب، تضییع حقوق افراد، کلاهبرداری و غیره همواره برای شهروندان، دولت و جامعه هزینه بر و درد سرساز بوده است. لذا در یک اردوگاه از نظام ثبت املاک شاهد حضور قوانین ثبت عمومی و اجباری می باشیم. مواد ۹ تا ۲۲ قانون کنونی ثبت املاک جای هیچگونه شبهه ای راجع به اجباری و عمومی ساختن ثبت املاک باقی نمی گذارد. برابر بخشنامه ۵۹۸۲ مورخ ۱۳۰۷/۹/۶ اداره ثبت کل حتی از سال ۱۳۰۶ ثبت املاک اجباری بوده و کلیه صاحبان املاک مکلف بودند ظرف دو سال بعد از تشکیل حوزه ثبتی تقاضای ثبت ملک خود را بنمایند. تبصره ۹ ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت ۱۳۸۰ و آیین نامه های مربوط به آن مقرر می دارد سازمان ثبت اسناد و املاک و دولت باید به منظور صدور سند رسمی مالکیت به نام دولت، برای آن دسته از اموال غیرمنقول در اختیار خود که فاقد سند رسمی می باشند، اقدام لازم به عمل آورده و چنانچه دولت در اراضی فاقد سند یا سابقه ثبتی احداث بنا نموده باشد از طریق مقررات ثبتی، درخواست صدور سند مالکیت به نام دولت صورت گیرد. بخشنامه های ثبتی نیز مؤید این موضوع است که برای ثبت املاک دولتی لازم است تقاضای ثبت از طرف سازمانهای دولتی به عمل آید.

در اردوگاهی دیگر شاهد حضور قوانین مربوط به اسناد عادی هستیم. مطابق تبصره ۴ ماده واحده قانون نحوه تقدیم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری عدم ثبت ملک در دفتر املاک و مآلاً عدم صدور سند مالکیت دلیلی بر محرومیت مالک از ملک خود نمی باشد. دیوان عالی کشور در رأی ۶۸۱- ۱۳۸۴/۷/۲۶ می گوید ماده ۲۲ قانون ثبت در مقامی نیست که ثبت مالکیت های قانونی دولت را اجباری

نماید. طبق ماده ۱۰۱ قانون اجراء احکام مدنی و ماده ۹۵ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی توقیف مال غیرمنقول که سابقه ثبتی ندارد مجاز است. برابر رأی ۳۰۸ - ۱۴ - ۴۳ شورای عالی ثبت شخصی که مدعی بی اعتباری سند رسمی است باید به دادگاه مراجعه نماید و دادگاه می تواند سند رسمی را ابطال کند. در حالی که مواد ۹ و ۱۱ قانون ثبت اسناد و املاک، دولت را الزام به ثبت رسمی املاک دولتی می کند ماده ۲ قانون قانون تعیین تکلیف ثبت این اسناد را غیرقانونی اعلام نموده است.

در میان حقوقدانان و نویسندگان برخی مقررات ناظر بر اسناد عادی از قبیل مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت، ماده ۷ قانون زمین شهری ۱۳۶۶، مواد ۱۳۳ و ۱۴۰ قانون برنامه های توسعه، مواد مربوط به قوانین ساماندهی املاک روستایی، قانون تعیین تکلیف را نسخ مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت می دانند. برخی اعتبار اسناد عادی مثل مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ قانون ثبت را به اسناد رسمی نسبت می دهند. برخی می گویند مواد ۲۲ و ۴۸ و ۷۲ و ۹۳ و ۱۰۶ و ۱۱۷ و ۴۱ و ۴۳ قانون ثبت و اصل ۱۵۹ قانون اساسی که دادگستری را مرجع عام رسیدگی می داند بدان معناست که عدم ثبت ملک مبطل معاملات عادی نیست. برخی بر عکس اینها می گویند صلاحیت عام دادگستری مانع صلاحیت خاص سازمان ثبت و قانون عام (قانون مدنی) نسخ قانون خاص (قانون ثبت) نیست. برخی گویند ماده ۴۸ قانون ثبت به این مفهوم است که اسناد عادی در محاکم و ادارات قابل پذیرش نیست ولی پس از اثبات اصالت آن توسط دادگاه قابل پذیرش است. برخی می گویند قانون مدنی با تقسیم بندی اسناد به عادی و رسمی هر دو نظام را پذیرفته و هیچکدام نسخ و منسوخ دیگری نیست. برخی می گویند قانون مدنی نسخ قانون ثبت است.

باید دانست مشکل اینجاست که در ایران قوانین ثبت املاک را به حقوق عمومی، حقوق خصوصی و مشکلات عرف جامعه گره زده اند. این در حالی است که « سند رسمی سازه جدیدی است که در دولت مدرن نقش اساسی دارد و صیانت از آن نماد حکمرانی مطلوب شده است. سند در این مفهوم از مرزهای حقوق خصوصی عبور کرده و با هنجارهای حقوق عمومی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد»^۱. امروزه نقش سازمان ثبت املاک از مرز حقوق خصوصی گذشته و به کارکردهای عمومی از قبیل ایجاد عدالت اجتماعی، حفاظت از نظم عمومی، اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، امنیت روانی، جرم زدائی،

قضازدائی، جلوگیری از نابرابری زمین خواری، عدالت مالیاتی، منافع و منابع ملی، مشارکت ملی از ابعاد سند مالکیت رسمی می پردازد.

گفتار دوم : وابستگی های غیر ضرور

تضعیف نظام ثبتی ایران معلول وابستگی های عمیق و غیر ضرور این نظام به نهادهای جزیره ای می باشد که ذیلاً بررسی می شوند.

مبحث اول : وابستگی به قوه قضائیه

سازمان ثبت املاک به صراحت هیچ یک از قوانین ثبتی و دیگر مقررات جاری مملکت متعلق به قوه قضائیه نمی باشد اما در عمل این سازمان یکی از وابسته های قوه قضائیه است. این وابستگی نتیجه ماندگاری برداشت نادرست از مفهوم وزارت عدلیه و تفاوت ماهوی آن با وزارت دادگستری سابق و نیز قوه قضائیه کنونی است. یک مقاله به سستی رابطه حقوقی این سازمان با قوه مذکور پرداخته است و ما از تکرار آن خودداری می کنیم.^۱ وابستگی از یک سو و انحراف از اصول و مبانی مالکیت رسمی از سوی دیگر نظام ثبت املاک را از اهداف، فلسفه، رسالت، اعتبار و مأموریت ذاتی خود دور نموده است ولی باید دانست بدون پیاده سازی اصول و مبانی مخصوص رفته رفته نقش سازمان به یک نهاد پیش خوان فرو خواهد کاست. (یک مقاله نیز به این موضوع نیز اختصاص یافته است).^۲

بند اول : تأسیس واحد های ثبت املاک

ماده یک قانون فعلی ثبت (۱۳۱۰) می نویسد در هر حوزه ابتدایی به اقتضای اهمیت محل یک اداره ثبت اسناد و املاک تأسیس می شود. این ماده یادگار صد سال پیش قانون ثبت است (ماده ۴ قانون ۱۳۰۲) که مقرر می داشت در هر حوزه محکمه ابتدایی یک دایره ثبت اسناد و املاک تأسیس می گردد. زمانی که هم ثبت املاک بی اهمیت و اختیاری بود و هم ثبت املاک در حقیقت شعبه ای از دادگاه به

۱- سازمان ثبت اسناد و املاک و رابطه آن با استقلال قوه قضائیه، فصلنامه دانشنامه های حقوقی، شماره ۹، زمستان ۱۳۹۹

۲- بنگرید به : اصول نظام حقوقی اسناد رسمی و موانع پیش رو، مطالعات فقه اقتصادی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۹

شمار می رفت و تفکیک قوای دولتی مطرح نبود. بنابراین به صراحت ماده یک قانون ثبت ۱۳۱۰، تأسیس واحدهای ثبتی موکول به دو شرط است. یکی وجود حوزه ابتدایی، دیگری اقتضای محل. هردو مورد تأسیس واحدهای ثبت املاک را با چالش مواجه ساخته است.

به نظر برخی حوزه ابتدایی حوزه قضایی دادگاه شهرستان است.^۱ برخی حوزه ابتدایی را به معانی محکمه بدایت و دادگاه شهرستان دانسته اند.^۲ عده ای حوزه ابتدایی را حوزه قضایی معرفی کرده اند.^۳ در ماده ۶ قانون ثبت، این عبارت با عنوان حوزه قضایی آمده است. بنابراین حوزه ابتدایی به معنای دادگاه شهرستان خواهد بود. لذا با توجه به ماده ۹ قانون ثبت، اقدام به ثبت املاک در یک شهرستان منوط است به تأسیس اداره ثبت املاک و تأسیس اداره ثبت املاک در گروه تأسیس دادگاه خواهد بود. این درحالی است که اولاً به بیان ماده ۸۱ قانون ثبت، تأسیس دفاتر اسناد رسمی مستقل از تأسیس دادگاه می باشد. ثانیاً مشروط ساختن تشکیل واحدهای ثبت املاک به تأسیس دادگاه و جاهت منطقی و حقوقی ندارد. چرا که به صراحت قانون ثبت ۱۳۰۲، اداره کل ثبت املاک برای این مقصود تشکیل شده بود که مالکیت مالکین و حقوق آنها رسماً تعیین گردد. لیکن می دانیم مطابق اصل ۱۵۹ قانون اساسی، دادگاه مرجع رسمی تظلمات است. این مواد نشان از تفریق وظایف ذاتی حوزه ابتدایی (دادگاه) و اداره ثبت املاک دارد. لذا مشروط نمودن تأسیس واحدهای ثبت املاک به استقرار دادگاه در یک شهرستان خلاف فلسفه نظام ثبت املاک خواهد بود.

در ماده ۱۵۲ قانون ثبت آمده است ثبت کل می تواند در شهرستانی که مقتضی بدانند برای انجام امورات ثبتی واحد یا واحد های ثبتی مرکب از یک یا چند بخش تشکیل دهد. ماده اخیر متناقض با ماده یک قانون ثبت به نظر می رسد زیرا تشکیل واحد های ثبت املاک از منظر ماده یک منوط به حصول دو شرطی بود که پیش تر بیان کردیم لیکن ماده ۱۵۲ نسبت به حوزه ابتدایی سخنی نمی گوید. افزون بر آن ماده ۱ جنبه الزام آور دارد اما ماده اخیر تشکیل واحد های ثبت املاک را اختیاری و وابسته به اقتضائات سیاسی و سلاقی شخصی کرده است نه ضوابط قانونی. این درحالی است که اصل ۱۵۹ تشکیل

۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق ۱۳۸۷، ص ۲۵۳.

۲- معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات بهزاد، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۶۲.

۳- نجفی، ایرج، حقوق ثبت (ثبت املاک)، ۱۳۸۶، ص ۱۱.

دادگاه را منوط به تصریح حکم مقنن کرده است. در نتیجه تشکیل واحد های ثبت املاک امری اختیاری و بدون ضابطه به نظر می رسد این در حالی است که به بیان ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی تشکیل دفاتر اسناد رسمی بسته به جمعیت و مقتضیات محل است.

اشکال دیگری که بر ماده یک قانون ثبت وارد است نسخ ضمنی است. به اعتقاد برخی با تصویب ماده واحده ای در سال ۱۳۵۲ که مقرر می دارد وزارت دادگستری (قوه قضاییه) تشکیلات و پست های سازمانی ثبت اسناد و املاک را برای تأیید به سازمان استخدام کشوری پیشنهاد خواهد کرد، ماده یک منسوخ تلقی می گردد. بنابراین منوط ساختن تشکیل واحدهای ثبت املاک به تأسیس دادگاه شهروندان نقاطی از کشور مثل بخش، دهستان، شهرستان را از خدمات ثبتی عقب می اندازد.

بند دوم : مدیریت سازمان

در سال ۱۳۷۸ سازمان امور اداری و استخدامی کشور در گزارشی با عنوان « بررسی و شناخت نظام اداری » اعلام نمود از جمله موانع اصلی عدم توفیق برنامه تحول اداری عدم نیروی دلبسته و وفادار، فقدان تخصص و تجربیات لازم، عدم اصلاح قوانین و مقررات پایه، ضعف در موازین علمی مدیریت و نبود نظام های حرفه ای است. بر این اساس در سال ۱۳۸۶ قانونگذار با تصویب مواد ۵۱ و ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری سعی نمود با تعریف و تفریق مدیریت سیاسی از مدیریت حرفه ای نوعی شایسته سالاری و تخصص گرایی را در نظام اداری کشور پیاده سازی کند. حرفه ای و تخصصی بودن مدیریت سازمان ثبت املاک بر کسی پوشیده نیست. اما در کشور ما ضوابط حاکم بر انتخاب مدیران بویژه مدیران ارشد سازمان ها عمدتاً صبغه سیاسی، غیر حرفه ای و غیر تخصصی دارد. نسبت مدیران به آثار و مقالات معتبر علمی آنان تا حدودی گویای این حقیقت است. یکی از رؤسای قوه قضائیه می گوید: « در رابطه با لزوم بازنگری قوانین ثبتی باید کارشناسانی بکارگرفته شوند که به دانش حقوقی مطلع و مسائل روز علمی دنیا در امور ثبتی خبردار باشند ». بر پایه این اظهارات عوامل سیاسی بایستی کمترین دخالت را در تعیین مدیران و رؤسای سازمان ثبت املاک داشته باشد. سازمان ثبت اسناد و املاک بازوی قضائی قوه

۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود- گزارش خبری - سازمان ثبت اسناد و املاک کشور- ماهنامه تخصصی، علمی و آموزشی- سال اول- شماره ۲- اسفند ۱۳۸۳- ص ۴.

قضائیه نمی باشد لیکن بنا بر برخی ملاحظات سیاسی معمولاً رؤسای این سازمان از میان قضات برگزیده می شوند که علاوه بر ضعف دلبستگی و وفاداری آنان به سازمان ثبت، اشکالات دیگری وجود دارد که در مبحث بعدی برخی از آنها بیان شده است.

بند سوم: هیأت نظارت

حقوق ثبت پیچیده، تخصصی و بسته به معلومات درون سازمانی و تجربه طولانی و مستمرکاری است. متأسفانه قضات نه در دانشگاهها و نه در ادارات ثبت املاک هیچگاه به عنوان یک شاغل محقق فرصت آشنائی با قوانین ثبت را پیدا نمی کنند. نمونه هایی از عدم تسلط قضات بر مقررات ثبتی این است که مثلاً سند ازدواج یا طلاق برای اینکه رسمی محسوب شود لازم است دست کم شش امضاء داشته باشد. برخی قضات به تصور اینکه سند در دفتر ازدواج یا طلاق ثبت شده، لابد رسمی است توجهی به تعداد امضاء ندارند. حسب برداشتی که برخی قضات از واژه مجهول المالک در حقوق مدنی دارند، سند مالکیت اینگونه از املاک شهروندان را بنام دولت صادر می کنند. قاضی عضو ترکیب هیأت حل اختلاف ثبت ملک غالباً تشریفاتی و در حکم یک ماشین امضاء می باشد. این در حالی است که اگر عضو علی البدل هیأت نظارت نیز از میان قضات انتخاب شود تمامی اعضای این هیأت قاضی خواهد بود. هیأت نظارت هر استان در هر هفته دو جلسه دارد. حضور عضو قاضی دو بار در هفته او را از مسائل مهم قضائی باز می دارد. بخشنامه ۱۴۶۸۵/۸۴/۱-۱۳۸۴/۱۰/۲۸ می گوید بازرسی از واحدهای ثبتی حاکی است بعضی از اعضای قضایی هیأت های رسیدگی به اسناد عادی در جلسات رسیدگی به پرونده های هیأت شرکت نمی کنند یا امضای ذیل آراء را به بردن پرونده نزد آنان موکول می نمایند که موجب بی اطلاعی قضات عضو هیأتها از محتوی پرونده و عوارض سوء دیگر گردیده صدور اسناد را با مشکل مواجه می سازد.

بند چهارم: شورای عالی ثبت

شورای عالی ثبت علاوه بر اشکال مطرح در باره ترکیب اعضای هیأت نظارت (از میان سه نفر عضو شورا، دو نفر قضات دیوان عالی کشور می باشند) در ارتباط با تظلم خواهی قابل ایراد است. از یک

طرف برابر ماده ۲۵ مکرر قانون ثبت، آراء شورای عالی ثبت برای ادارات تابعه ثبت اسناد و املاک به منزله قانون لازم الاتباع بوده و در هیچ مرجعی دیگر قابل تجدیدنظر نخواهد بود. از طرف دیگر آرای این شورا ماهیتاً از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است چراکه تبصره بند ۳ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری ۱۳۹۲ رسیدگی به تصمیمات قضائی قوه قضائیه را از شمول صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج نموده است. در نتیجه حضور حداکثری قضات در شورای مذکور عملاً مبین ماهیت و صبغه قضایی است هر چند که به لحاظ تئوری آرای این شورا در دیوان قابل تجدید نظر باشد.

بند پنجم: دادگاه ها

دادگاههای ایران دخالت وسیعی در نظام ثبت املاک دارند. برابر ماده ۷۱ قانون دفاتر اسناد رسمی ۱۳۵۴ دادگاه ها اسناد رسمی مالکیت را ابطال می کنند. کلیه اعتراضات به ثبت ملک موکول به تعیین تکلیف از سوی دادگاه ها است. به موجب رأی وحدت رویه ۵۶۸ مورخ ۱۳۷۰/۹/۱۹ رسیدگی به اختلافات مربوط به نسق های زراعتی و ابطال آنها در صلاحیت دادگستری است. درحالی که بطور کلی وظیفه قانونگذار «ایجاد حق»، وظیفه مأمور رسمی «تثبیت حق»، وظیفه دولت (مجریه) «اجرای حق» است. وظیفه قاضی ولی هیچکدام از اینها نیست بلکه مطابق بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی مسئولیت او «احیای حق» (معالجه) است. حال بطورمثال سند مالکیت رسمی زمین مسبوق به سابقه زراعی، به نام اداره منابع طبیعی ثبت و صادر گردیده ولی بعداً به دستور دادگاه، این ملک از منابع طبیعی کسر می گردد. دادگاه، ثبت عملیات ملک را باطل کرده و ملکی که خود دارای سند رسمی بوده است به حالت بی دفاع و عادی بر می گردد و مالک به دلیل نبود نسق زراعی نمی تواند ملک را به ثبت برساند بویژه آنکه اصولاً فاقد شرط دارا بودن سابقه ثبتی در ماده یک قانون تعیین تکلیف می گردد. مالکیت عادی را نمی توان مانند اسناد رسمی در مسیر رشد و توسعه قرارداد. براساس اصل ۴۴ قانون اساسی، مالکیت بایستی موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردیده و مایه زیان افراد نگردد. لازمه این توسعه و عدم زیان آن است که اصل ابطال ناپذیری سند رسمی از سوی دادگاه ها مورد تعرض قرار نگیرد.

مبحث دوم : وابستگی به قوه مجریه

سازمان های دولتی به مثابه جزایر پراکنده ای اهداف خاص و متعارض خود را دنبال نموده و مانع جامعیت نظام ثبت املاک می شوند. بطور مثال « یک دستگاه دولتی زمینی را موات اعلام کرده و افراد نیز با مشکل فراوان اقدام به خرید زمین کرده اند و پس از مدتی دستگاه دولتی دیگری با باطل اعلام کردن زمین از سازمان ثبت خواسته اسناد مالکیت افراد را لغو کند». تعدد و تعارض قوانین حاکم بر اراضی مثل قانون زمین شهری ۱۳۶۶، قانون واگذاری زمین های بایر و دایر ۱۳۶۵، قانون اراضی موات ۱۳۶۵، قانون ملی شدن جنگلها ۱۳۴۱، قانون حفظ کاربری اراضی ۱۳۷۴، قانون افراز و ثبت اراضی سازمان مسکن ۱۳۵۰، قانون اراضی کشت موقت ۱۳۷۲، قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور ۱۳۷۱، قانون خالصجات، قانون اصلاحات ارضی، قانون گسترش کشاورزی در قطبهای کشاورزی ثبت مالکیت را سردرگم کرده است. بیش از یک صد قانون و آئین نامه نظام ثبت املاک را تهدید و محدود می کند. اعضای کمیسیون هایی که در مورد مالکیت شهرندان تصمیم گیری می کند همگی دولتی بوده از طرف مالک نماینده ای وجود ندارد. بنا به قانون اراضی شهری، سازمانهای زمین شهری و مسکن و شهرسازی تکلیفی برای واگذاری زمین معوض در مقابل اراضی ملی شده ندارند و مالکیت شاکیان نسبت به اراضی مذکور منتفی و پرداخت بهای معوض اراضی جواز قانونی ندارد. در زیر به تعدادی از این سازمان ها و معضلات اشاره می شود.

بند اول : منابع طبیعی

بر اساس ماده یک قانون ملی شدن جنگل ها و مراتع ۱۳۴۱ از تاریخ تصویب این قانون عرصه و اعیانی کلیه جنگل ها و مراتع و بیشه های طبیعی و اراضی جنگلی کشور جزو اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است ولو اینکه قبل از این تاریخ افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشد. تشخیص زمین موات از مرتع نیز به عهده ادارات منابع طبیعی است. امکان اعتراض به اسناد مالکیت اراضی ملی از سوی مالکان یا متصرفان نیز منتفی است. بنابراین مالکان در برابر تشخیص ادارات منابع

۱- هاشمی شاهرودی، سید محمود- گزارش جلسه شورای تأمین استان اصفهان - نشریه سند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور- سال دوم- شماره ۱۹- آبان ۱۳۸۵- ص ۳.

طبیعی کاملاً مستأصل و بی دفاع می باشند. در واقع برگ تشخیص ادارات منابع طبیعی به منزله حاکمیت بلامنازع بر حقوق املاک مردم است. البته برخی می نویسند «مالکان در صورت اثبات اینکه تصرفاتشان سابق بر تاریخ تصویب قانون ملی شدن جنگل های کشور مصوب ۱۳۴۱/۱۰/۲۷ بوده است می توانند از امتیاز مستثنی شدن برخوردار گردند»^۱. ولی این نظر مغایر نص صریح قانون ملی شدن جنگل ها و رأی وحدت رویه ۶۸۱ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور است.

بی طرف بودن دو گونه است. بی طرفی قبل از اختلاف و بی طرفی بعد از اختلاف. اگر مالک نتواند پیش از اختلاف، حقوق مالکانه خود را از طریق قاضی صلح (اداره ثبت املاک) مطالبه کند آنگاه باید با دولت (منابع طبیعی) بجنگد و نزد قاضی جنگ (دادگستری) برود. مأمور رسمی (اداره ثبت املاک) نسبت به مالک و اداره منابع طبیعی بی طرف است. اما اداره منابع طبیعی در مقابل مالک از منافع دولت حمایت می کند. مأمور منابع طبیعی می گوید تنها و تنها به تشخیص من، این ملک متعلق به دولت است و لذا نمی تواند مأموری بی طرف و یا مدافع حقوق مالکان باشد.

بند دوم: راه و مسکن و شهرسازی

طبق ماده ۱۲ قانون زمین شهری، تشخیص زمین بایر از موات در محدوده قانونی و حریم استحفاظی شهرها به عهده وزارت مسکن و شهرسازی است. مطابق بند ۲ ماده ۹ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری هرگاه زمینی به تشخیص وزارت مسکن و شهرسازی موات اعلام گردد اعم از اینکه سند به نام اشخاص حقیقی یا حقوقی صادر شده باشد یا نه، ادارات ثبت مکلف هستند سند مالکیت را لغو و بنام وزارت مذکور انتشار و آگهی نوبتی و تحدیدی صادر نمایند. به موجب آیین نامه قانون زمین شهری دفاتر اسناد رسمی مکلفند قبل از انجام هرگونه معامله نسبت به زمین های موضوع این قانون مراتب را از وزارت مسکن و شهرسازی استعلام و بر اساس نظریه آن وزارتخانه اقدام نمایند. اما دیوان عدالت اداری به موجب رأی وحدت رویه ۴۸۲/۸۲-۴۸۳/۴/۱۴ اعلام نمود آیین نامه مذکور خلاف قانون بوده و باطل می باشد. با این حال بر طبق نظریه ۳۷/۵۱۰۵۹-و- ر مورخ ۸۳/۱۲/۱۹ کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین

۱- لطفی، حسن و غلامی، یاسر، تحلیل حقوقی ارکان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۲، شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۹۷، ص ۱۶۳.

شهری که پس از رأی وحدت رویه دیوان صادر شده است دفاتر اسناد رسمی کماکان موظفند قبل از انجام معامله از کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری استعلام کنند. طبق ماده ۱۰ قانون زمین شهری ۱۳۶۶ منابع ملی که به محدوده قانونی شهر وارد می شود به مالکیت سازمان مسکن و شهرسازی در می آید. در حقیقت گسترش جمعیت شهر اقتضا دارد اراضی حومه شهر که غالباً پناهگاه سکونت طبقات بی بضاعت جامعه است با تغییر کاربری منصفانه به مالکیت آنها در آید ولی هم اکنون (بهمن ۱۴۰۰) دولت به ادارات مسکن و شهرسازی ابلاغ نموده است منازل تحت تصرف اشخاص را که بالای ۱۰۰ متر مربع می باشد به مزایده گزارند که در این اثنا به افراد بی بضاعت ظلم مضاعف روا می گردد. جالب آنکه بواسطه اختیارات و مالکیت مستقل ادارات راه و مسکن و شهرسازی در برخی از نقاط کشور، نابرابری در توزیع خدمات ثبتی حاکم است. بطور مثال در همان شهرستان گچساران در دو قطعه زمین در مجاور یکدیگر دو نفر مالک می باشند. مالکی که ملک او در محدوده پلاک اداره راه و مسکن و شهرسازی واقع شده است می تواند با مراجعه به اداره مذکور سند مالکیت رسمی صادر کند ولی مالک همجوار دیگر که ملک او خارج از محدوده پلاک اداره مذکور واقع شده است به دلیل فقدان شرایط ماده یک قانون تعیین تکلیف (عدم سابقه ثبتی) قادر به تهیه سند رسمی نمی باشد.

امور اراضی بند سوم :

به موجب قانون مرجع تشخیص اراضی موات و ابطال اسناد آن مصوب ۱۳۶۵ تشخیص زمین بایر از موات در خارج از حریم قانونی شهرها برعهده وزارت جهاد کشاورزی است و اگر دادگاه رأی به موات بودن زمین مورد تصرف مالک دهد سند مالکیت مالک ابطال می شود. طبق آیین نامه اجرایی صدور اسناد مالکیت اراضی کشاورزی ۱۳۸۶ تشخیص اراضی کشاورزی برعهده مدیریت جهاد کشاورزی می باشد. از طرفی ماده ۱۴۲ قانون ثبت مقرر می دارد ثبت محل مکلف به صدور سند مالکیت مفروز برای اراضی کشاورزی است. ماده ۱۸ قانون برنامه چهارم توسعه ۱۳۸۴ و ماده ۱۴۳ قانون برنامه پنجم ۱۳۸۹ سازمان ثبت اسناد و املاک را مکلف کرده بود تا پایان برنامه های مذکور برای کلیه اراضی کشاورزی سند افزای صادر نماید. قانون ارث نیز منطقاً حکم به صدور سند افزای می دهد ولی اولاً چون تحدید حدود سهم اختصاصی هر زارع منوط به نقشه برداری کل پلاک اصلی می باشد صدور سند مفروزی

ممکن نیست. ثانیاً طبق ماده ۲ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی و اقتصادی ۱۳۸۵ تفکیک و افراز اراضی کشاورزی به قطعات کمتر از نصاب تعیین شده ممنوع بوده و ارائه هرگونه خدمات ثبتی از جمله صدور سند مالکیت افزای مجاز نخواهد بود. کشاورزان خودکار که در زمان حکومت قانون اصلاحات ارضی موفق به اخذ نسق زراعی خود نگردیدند اکنون چنانچه به امور اراضی درخواست طرح سند دهند این ادارات به کمتر از قیمت روز حاضر به صدور نسق نمی شوند. مبلغ مورد درخواست امور اراضی به قدری است که زارع ناچار است از ثبت رسمی ملک خود منصرف گردد. اراضی برخی روستاها هم که اصولاً آن زمان مشمول اصلاحات ارضی واقع نشده است کلیه کشاورزان آنجا قادر به ثبت اراضی کشاورزی خود نمی باشند.

در سال ۱۳۹۹ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و سازمان امور اراضی کشور برای فرار از قوانین و مشکلات موجود اقدام به تنظیم یک تفاهم نامه نمودند که به موجب آن و بر خلاف قوانین موجود، برخی شرکت های خصوصی، ثبت اراضی کشاورزی را عهده دار گردیدند و در سال ۱۴۰۱ بدون الزام ثبت نام متقاضیان در سامانه قانون تعیین تکلیف پرونده های ثبتی اراضی مذکور به شکل انبوه تحویل ادارات ثبت املاک گردید. از آن سوی دیگر، عده ای از متقاضیان ثبت اراضی کشاورزی از طریق ثبت نام در سامانه قانون تعیین تکلیف اقدام به درخواست ثبت ملک برای اراضی خود می کنند. به عبارتی دو کشاورز همجوار یکی از طریق قانون تعیین تکلیف و دیگری فارغ از این قانون و حتی دیگر قوانین ثبتی، دو مسیر متفاوت و متشت را برای ثبت اراضی کشاورزی دنبال می کنند. بطور مثال خوب است بدانیم ادارات امور اراضی به موجب این تفاهم نامه حتی برای اراضی کشاورزی کمتر از بیست متر مربع سند مالکیت رسمی شش دانگ صادر می نمایند ولی همین ادارات امور اراضی برای آن دسته از کشاورزانی که خارج از تفاهم نامه و از درگاه قانون تعیین تکلیف درخواست ثبت ملک دارند با استناد به قوانین موجود از جمله قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی رأی منفی می دهند. به عبارتی کشاورزی که از طریق تفاهم نامه و نادیده گرفتن قوانین ثبتی اقدام به تقاضای ثبت ملک می کند موفق به اخذ سند مالکیت می شود ولی کشاورز هم جوار او که از طریق قانون تعیین تکلیف یا سایر قوانین ثبتی اقدام به تقاضای ثبت ملک می نماید به نتیجه نمی رسد. در حقیقت، تفاهم نامه بین سازمان ثبت اسناد و املاک و سازمان امور اراضی نه تنها مبنای قانونی ندارد بلکه خلاف قوانین ثبتی نیز می باشد.

بند چهارم: بنیاد مسکن

حسب ماده ۹ قانون ثبت فقط در نقاطی که ادارات ثبت موجود باشد یا بوجود می‌آید اقدام به ثبت عمومی صورت می‌گیرد ولی روستاها چون فاقد ادارات ثبت و عدم شمول اعلان ثبت عمومی بودند اموال غیرمنقول آنان ثبت نمی‌گردید. لذا مطابق قوانین برنامه‌های توسعه صدور سند مالکیت روستاها به سازمان ثبت اسناد و املاک واگذار گردید. لیکن عدم هماهنگی ادارات ثبت املاک و بنیاد مسکن و تداخل وظایف آنان، مغایرت نقشه‌های منابع طبیعی با حدود ثبتی، مشخص نبودن اراضی ملی، مغایرت حوزه‌های استحقاقی شهرها با عملکرد سازمان مسکن و شهرسازی، تغییر دیر هنگام طرح هادی از مشکلاتی است که صدور سند مالکیت روستاها با آن دست به گریبان هستند. فعالیت بنیاد مسکن در روستاها منوط به حد نصاب خانوار است و لذا ثبت رسمی برخی املاک روستائی از طریق بنیاد مذکور ممکن نیست. برخی املاک واقع در روستا هم نه زراعی اند، نه مشمول طرح هادی و نه دارای شرایط قانون تعیین تکلیف.

بند پنجم: بنیاد مستضعفان

در بیشتر قوانین اساسی کشورها سلب مالکیت فقط برای منافع عمومی به تنهایی آمده است چرا که هم قاعده را بیان می‌کند هم استثنای منحصر آن را. با این بیان اصل ممنوعیت مصادره بیان شده است. با این وجود قانون اساسی کشورها اصل ممنوعیت مصادره را مستقلاً ذکر کرده اند ولی در ایران به اتکا مصوبات شورای انقلاب یا مجمع تشخیص مصلحت نظام یا رویه دادگاه‌های انقلاب و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ متأسفانه مصادره کل اموال را به عنوان یکی از مجازات‌ها قرار داده که موجب اعتراض بسیاری از حقوقدانان قرار گرفته است. در برخی نقاط پلاک اصلی برخی اراضی که سابقاً بنام خوانین یا مالکان بزرگ ثبت شده بود پس از انقلاب مصادره گردیدند و بنیاد مستضعفان مالک آنها گردید. اشخاصی که در آن اراضی احداث بنا کرده اند اکنون برای ثبت املاک خود با بوروکراسی شدید

اداری، مشکل ارائه قولنامه خرید، موافقت بنیاد مستضعفان و انتقال مالکیت مواجه می باشند. لازم به یاد آوری است شرکت های خصوصی وابسته به برخی نهادهای انقلابی نیز با ورود به بازار خرید و فروش املاک مشکاتی را برای متقاضیان ثبت املاک فراهم می نمایند. در برخی نقاط بنیاد مستضعفان مستقل از ادارات ثبت اسناد و املاک اقدام به تشکیل پرونده متقاضیان می کنند که هم برای متقاضیان و هم برای هیأت های قانون تعیین تکلیف مشکلاتی فراهم نموده است. علاوه بر امکان ایجاد اسناد مالکیت معارض، متقاضیان سردرگم هستند که مسیر قانونی آنها کدام است؟ آیا از طریق هیأت قانون تعیین تکلیف بایستی اقدام به ثبت ملک نمایند یا با مراجعه به مقررات خودسامان بنیاد مستضعفان؟.

بند ششم : شهرداری

لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹ و مواد ۱۰۰ و ۱۰۱ قانون شهرداری تاکنون مشکلات عدیده ای راجع به مالکیت شهروندان ایجاد کرده است. شوراهای اسلامی شهر با تفسیر اشتباه از ضوابط مربوط به چگونگی اجرای این قانون مبادرت به وضع مصوباتی می کنند که متضمن جواز تعیین مرجع تشخیص باغ در محدوده شهرها و حریم استحفاظی آنان است و این مرجع را شوراهای اسلامی تلقی می کنند. معمولاً دیوان عدالت اداری اقدام به ابطال چنین مصوباتی می کند ولی این قبیل مصوبات ادامه دارد. نقشه تفکیک که توسط خود مالک تهیه و مطابق با ابعاد موجود در سند مالکیت به تأیید نماینده و نقشه بردار ثبت می رسد، از این حیث که افرادی غیر از مأمورین ثبت (مالک و سازمان نظام مهندسی کشور) در تنظیم این سند دخالت دارند سندرسمی محسوب نمی شود. از منظر قوانین ثبتی متصرفین با قولنامه های عادی مجوز تفکیک آپارتمان ندارند زیرا تفکیک آپارتمان به موجب قانون تملک آپارتمانها است. معمولاً صورت مجلس تفکیکی با پایان کارهای شهرداری اختلاف دارند.» شهرداری نسبت به قانون تملک آپارتمان ها بی اطلاع و خود قانون تملک آپارتمان ها هم به علت قدمت زیاد کارایی ندارد و با نیازهای روز شهروندان تطبیق نمی کند. به طور مثال نحوه استفاده از پارکینگ و انبارها برای مالکین مشکلاتی فراهم می کند.» ادارات ثبت املاک و شهرداری ها در تعریف پارکینگ،

۱- فرامرزیور، قادر- ضرورت تجدید نظر در قانون تملک آپارتمان ها و آیین نامه اجرائی آن- نشریه سند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور- سال اول- شماره هفتم- شهریور ۱۳۸۴- ص ۲۳.

راه پله مشاعی، انباری، درز انقطاع، طبقه زیر زمین اختلاف دارند که منجر به تولید اختلاف متراژ، مساحت ها و هزینه ها می شود. شهرداری ها چهل درصد از اراضی و املاک مردم را به بهانه موافقت با طرح تفکیک و صدور سند رسمی مالک می شوند و این اقدام باجگیر گونه یکی از موانع اصلی ثبت رسمی اسناد می باشد.

نتیجه گیری

امروزه حمایت از ثبت رسمی املاک از اهداف مهم دولت ها به شمار می رود. کشورهای توسعه یافته دارای نظام های مطمئن در زمینه ثبت املاک و امنیت مالکیت هستند ولی قوانین نامطمئن ثبت املاک از عوامل ایجاد فقر در جامعه محسوب می شود. ویژگی ذاتی مالکیت تسلط و دارندگی است. به همین جهت در هر جامعه ای نهادی با ساز و کار مشخص مأموریت صیانت از املاک مردم را بر عهده می گیرد. در کشور ما سازمان ثبت اسناد و املاک متولی این مسئولیت است. در این تحقیق ما بدنبال این بودیم که آیا قوانین پایه نظام ثبت املاک در ایران با مسئولیت ذاتی سازمان ثبت املاک هم آوا است. تأسیس واحد های ثبت املاک موکول به دو شرط وجود دادگاه و اقتضای محل است که هردو مورد تأسیس واحدهای ثبت املاک را با چالش مواجه ساخته است. مطابق قوانین ثبتی منشأ تصرفات متصرفان بایستی قانونی باشد ولی پس معلوم می گردد قانون ثبت از ذکر اینکه ادارات ثبت چه مدارک و اسنادی را باید از متصرفین به عنوان مالکیت قبول نمایند عاجز است. روند اطلاع رسانی ثبت ملک و اعتراض بر آن مطابق با نیازهای روز نمی باشد و بسیاری از مفاهیم ثبتی مبهم و غیر شفاف است. تضعیف نظام ثبتی ایران اغلب معلول وابستگی های غیرضرور این نظام به نهادهای جزیره ای و قوانین متهافت است. وابستگی نظام ثبت املاک به قوه قضائیه و برخی از ادارات دولتی نیز عامل اصلی این تضعیف می باشد. علاوه بر اینها قوانین دوگانه حاکم بر ثبت املاک راه ترقی و پیشرفت نظام ثبت ملک را بسته است. در نتیجه نظام ثبت املاک در ایران محتاج به یک خانه تکانی اساسی در ساختار و قوانین ثبت املاک می باشد.

منابع

کتاب

- باختر، سید احمد، قانون ثبت اسناد و املاک در رویه قضایی، نشر نوای عدالت، تهران، ۱۳۸۵
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق ثبت، جلد، ۱۳۵۶
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۷
- شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، نشر جهاد دانشگاهی، چاپ بیستم، ۱۳۸۶.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات بهزاد، چاپ اول، ۱۳۸۵
- میر محمدصادقی، حسین، جرائم علیه اموال و مالکیت، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۸
- نجفی، ایرج، حقوق ثبت (ثبت املاک)، نشر نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۸۶
- هانری لوی برول، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، نشر میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶

مقالات

- امینی، منصور و کاشانی، سید صادق، احترام به حق مالکیت در حقوق اساسی، تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۹۶، شماره ۷۹، ص ۱۷۹-۱۸۹.
- خداوردی داریان، احمد، نقش ثبت املاک و مدیریت زمین در فقر زدایی، مجموعه مقالات نخستین همایش علمی کاربردی به سوی ثبت نوین، نشر نقش گستران بهار، تهران، ۱۳۸۶
- سیر تاریخی و تحولات حقوقی ثبت اسناد و املاک در ایران، نشریه ملل، اردیبهشت ۱۴۰۰، شماره ۳۴، ص ۹۲۳-۹۴۶
- شفیع زاده، رضا، مجموعه مقالات نخستین همایش علمی کاربردی به سوی ثبت نوین، نشر نقش گستران بهار، چاپ اول، سال ۱۳۸۵
- غریبه، علی و عباس زاده، علی، ثبت ارضی کشاورزی در ایران، روش ثبتی خاص یا تکمیل کننده مقررات ثبت عمومی؟. کانون وکلای دادگستری، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۲۳ و ۲۴، ص ۱۳-۴۱

- فرامرزپور، قادر، ضرورت تجدید نظر در قانون تملک آپارتمان ها و آیین نامه اجرائی آن، نشریه سند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سال اول، شماره هفتم، شهریور ۱۳۸۴
- لطفی، حسن و غلامی، یاسر، تحلیل حقوقی ارکان دعوی اعتراض به تشخیص اراضی ملی، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۲، شماره ۱۰۱، بهار ۱۳۹۷
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، گزارش خبری، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، ماهنامه تخصصی، علمی و آموزشی، سال اول، شماره ۲، اسفند ۱۳۸۳
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، گزارش جلسه شورای تأمین استان اصفهان، نشریه سند سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، سال دوم، شماره ۱۹، آبان ۱۳۸۵

Abstract

Today, the concept of ownership is considered a necessity for the

rights and civil liberties of individuals, and protecting the ownership of individuals is one of the important goals of governments, but the uncertain laws of property registration are considered to be one of the causes of poverty and injustice in society. The Real Estate Registry Organization is the trustee of such responsibility. But the basic question is whether the basic laws of Iran's property registration system are compatible with the inherent responsibility of the aforementioned organization. The uncertain laws of property registration, the unnecessary affiliations of this organization with insular institutions, the formation of two sides of the conflicting registration system, i.e. public and mandatory registration on the one hand and normal and voluntary registration on the other hand, have distorted the inherent responsibility of the said organization and the property rights of individuals. and the weakness in providing registration services and fueling poverty and injustice in the society, and this requires a fundamental change in the structure of property registration laws in Iran.

دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ■ ۱۳۰
سال دوم؛ شماره سوم؛ بهار و تابستان ۱۴۰۱

ریشه یابی زمینه‌های وقوع فساد اداری در مقررات گذاری در حوزه جنگل‌ها (مطالعه تطبیقی ایران و برزیل)

نرگس نخجوانی^۱

چکیده

امروزه و در نظام حکمرانی، اداره امور عمومی غالباً از طریق مقررات‌گذاری صورت می‌گیرد. علی‌رغم اینکه مقررات‌گذاری قاعداً در خدمت کارآیی و اقدام قانونی حکمرانان است، با این حال، به نظر می‌رسد که می‌تواند هم‌زمان زمینه‌ای برای وقوع فساد اداری نیز باشد. بدین توضیح که چنانچه مقررات‌گذاری در چارچوب اصول حکمرانی مطلوب و نیز مقررات‌گذاری مطلوب نباشد، قابلیت تولید و یا تشدید فساد اداری را در جریان اجرای مقررات از سوی ماموران عمومی یا مردم دارد. این مقوله در موضوع مهمی چنان محیط زیست می‌تواند تبعات درازمدت و جبران‌ناپذیری برای منافع عمومی به دنبال داشته باشد. پژوهش حاضر بر آن است تا به اختصار امکان و زمینه‌های وقوع فساد اداری بر اثر مقررات‌گذاری نامطلوب را در خصوص جنگل‌ها به عنوان یکی از فسادخیزترین و حساس‌ترین عناصر محیط زیست بررسی نماید. در این راستا مقررات ایران و نیز کشور برزیل در حوزه محیط زیست و مشخصاً جنگل به طور تطبیقی مورد مطالعه قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: فساد اداری، حکمرانی مطلوب، مقررات‌گذاری مطلوب، محیط زیست، جنگل

مقدمه

حکمرانی عبارتی کلی است که نه تنها دولت بلکه به طور گسترده هنجارها، قواعد و نهادهای مختلف را در بر می گیرد. سازمان ملل حکمرانی خوب را مشارکتی، اجماع محور، پاسخگو، شفاف، کارآ و مناسب، منصف و جامع تعریف می کند که تابع حاکمیت قانون است.^۱ همانگونه که حکمرانی خوب غالباً با رفاه اجتماعی و اقتصادی بالا همراه است، فساد یکی از عواملی است که حکمرانی را نامطلوب می کند.^۲ وقتی از حکمرانی مطلوب سخن می گوئیم، مشی ای مطلوب را ترسیم کرده ایم که در آن به مانند آرمان شهر، همه چیز در جای خود قرار دارد و همه راه ها به مقصد می رسند. پاسخگویی، شفافیت، کارآیی، انصاف و تبعیت از قوانین همگی ویژگی هایی هستند که به راحتی با وجود آفتی به نام فساد اداری به واژه هایی خالی از معنا و مصداق تبدیل می شوند و به جای جاری بودن در روندهای حاکمیتی و اداری به میان سطور کتابها بازمی گردند. فساد اداری دقیقاً نقطه مقابل تمام تلاش هایی است که با هدف پیشبرد نظام حکمرانی به سمت کارآیی و مطلوبیت انجام می گیرند. از این رو برای تعریف و مبارزه با این پدیده تلاش های زیادی صورت گرفته است. بسیاری سعی کرده اند تا به عنوان قدم اول آن را تعریف کنند. بارها در مورد عوامل و اسباب ایجاد آن سخن رفته و برای مبارزه با آن قوانین و برنامه های گوناگونی تدوین شده است. اینکه این قوانین و برنامه ها چه نتایجی در پی داشته اند موضوع بررسی پژوهش حاضر نیست.

دگرگونی های سیاسی دو قرن اخیر در کشورهای غربی و سایر نقاط جهان دولت ها را در پاسخگویی به مردم نسبت به اقدامات و عملکرد خود، مجبور کرده است. در نتیجه این تحولات، فساد اداری از حساسیت سیاسی بسیار بالایی برخوردار شده است و دولت ها به خاطر حفظ مشروعیت سیاسی هم که شده، ناچار هستند به این مسئله توجه کنند.^۳

فساد اداری به علت نقش و تأثیرات منفی زیادی که بر کارآیی و اثربخشی نظام مدیریت اداری کشورها دارد، همواره مورد توجه دولت ها و نهادهای بین المللی، مانند برنامه عمران ملل متحد، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی و برنامه شفافیت و پاسخگویی بوده است. تلقی عمومی کشورها

1UNDP(2010), characteristics of good governance present,at:www.imf.org/euternalipub/ft/exvpgoven /govindex.html

2Corruption & The Environment, A project for: Transparency International, Environmental Science and Policy Workshop Columbia University, School of International & Public Affairs, April 2006, p. 11

۳-حبیبی نادر، فساد اداری (عوامل و روش های مبارزه)، انتشارات وثقی، ۱۳۷۵، ص ۱۲

از مفهوم فساد اداری، سوء استفاده از امکانات دولتی به نفع اهداف شخصی است. تخلفات مربوط به رشوه و سوء استفاده از موقعیت اداری از مصادیق بارز فساد هستند. برخورد مناسب و مؤثر با فساد در هر کشور مستلزم وجود تعریف دقیقی از فساد در قوانین و شناخت درستی از آن در نزد مردم و مسئولان دولتی است. بررسی‌های به عمل آمده درباره فساد اداری در سطح جهان نشان می‌دهد که این پدیده روز به روز پیچیده تر می‌شود و همین امر از اهمیت اتخاذ راه‌حل‌های جامع برای مبارزه با آن حکایت می‌کند.

درجه شیوع فساد در میان جوامع مختلف متفاوت است و از درجه کم و استثنایی تا درجه بسیار رایج و قاعده‌مند تغییر می‌کند. اگر فساد کم باشد به آسانی قابل کشف و مجازات و نابودی است، اما وقتی فساد در جامعه بسیار رایج شود و به شکل قاعده‌مند درآید، احتمال کشف فساد و مجازات مجرمان، کاهش و انگیزه‌های دست یازیدن به فساد افزایش می‌یابد. زیرا بر خلاف حالت اتفاقی، طرفین تمایلی به گزارش کردن خلاف به مراجع ذیصلاح ندارند. هر جا فساد قاعده‌مند شده باشد، نهادها، قوانین و ضوابط رفتاری با الگوی ناصواب دیوان‌سالاری و کارگزاران دولتی مفسد تطابق می‌یابد. در این حالت، رشوه نیز می‌تواند باعث کند شدن رسیدگی به پرونده‌ها شود. یکی از متفکران به نام «هربرت وrlین» فساد اتفاقی را به انجام خطا در بازی فوتبال تشبیه کرده است که داور با نشان دادن کارتی بازیکن را جریمه می‌کند؛ در حالی که فساد نظام‌مند (حاد) مانند تشویق خشونت در بازی فوتبال است؛ به طوری که بازی تغییر ماهیت می‌دهد و به عامل درگیری تبدیل می‌شود. این شکل از فساد توسعه اقتصادی بسیاری از کشورهای در حال توسعه را تهدید می‌کند.^۱

پژوهش حاضر بر آن است تا در راستای شناسایی عوامل درون حاکمیتی که می‌توان برای فساد اداری برشمرد و شناسایی نمود، به بررسی نقش مقررات‌گذاری در ایجاد این پدیده بپردازد. فرضیه پژوهش حاضر این است که شیوه مقررات‌گذاری به عنوان زمینه‌ای برای دخالت دولت در عرصه‌های مختلف اجتماعی، می‌تواند بنا به ویژگی‌هایی که در مصادیق آن نمود می‌یابد عاملی برای بروز فساد اداری در میان ماموران عمومی و دولتی باشد.

از آنجا که مقررات‌گذاری دولت حوزه وسیعی است که نمی‌توان به راحتی به بررسی تک تک مصادیق آن پرداخت، این تحقیق ارزیابی فرضیه خود را به حوزه محیط زیست و شاخه جنگل‌ها محدود نموده است. در اهمیت این حوزه این توضیح به نظر کافی می‌رسد که پلیس بین‌المللی فساد

۱- افضلی عبدالرحمن، فساد اداری و تاثیر آن بر توسعه، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۵، ۱۳۹۰، ص ۲۴۲

جنگلبانان را تهدیدی برای جنگل‌های جهان دانسته و از گردش مالی ۲۹ میلیارد دلاری قاچاق چوب در بخش جنگلبانی جهان خبر داده‌است. بر اساس اطلاعات این نهاد بین‌المللی، گروه‌های تبهکار با کمک کارکنان بخش دولتی، مسیرهای قاچاق چوب را برای خود هموار می‌کنند.^۱ در ایران نیز بر اساس آمارهای سازمان جنگل‌ها، سالانه به طور میانگین ۶۶ هزار اصله درخت از جنگل‌های ایران قاچاق می‌شود و به تبع سرانه کم جنگل در کشور، به جای کارتل‌های بزرگ قاچاق چوب، کلونی‌های کوچکی در سطوح محلی به قاچاق گونه‌های ارزشمند جنگل‌ها مشغول هستند

بر اساس اعلام پلیس بین‌الملل، رشوه، رایج‌ترین شکل فساد در حوزه قاچاق چوب است و کلاهبرداری، سوء استفاده از مقام و اخاذی در رتبه‌های بعدی تخلفات بخش جنگلبانی قرار می‌گیرند. در گزارش اینترپل که مطالعات آن در ۱۳ کشور انجام شده، در فاصله سال‌های ۲۰۰۹ تا ۲۰۱۴ به طور میانگین ۲۵۰ مورد فساد در حوزه جنگلبانی کشورهای مورد مطالعه رخ داده است. حوزه جنگل به ویژه در مناطق استوایی به دلیل آنکه تحت مدیریت دولت‌های ضعیف و رژیم‌هایی با قوانین نظارتی ناکافی است، بسیار آسیب‌پذیر است.^۲

از طرف دیگر، به گفته معاون فنی یگان حفاظت سازمان جنگل‌ها طی پنج سال منتهی به سال ۱۳۹۴، ۳۲۹ هزار و ۴۹۹ اصله درخت در جنگل‌های کشور به صورت قاچاق قطع و توسط مأموران یگان حفاظت کشف شده است. به این ترتیب سالانه به طور متوسط ۶۵ هزار و ۹۰۰ اصله درخت توسط قاچاقچیان قطع شده‌اند. وی حجم چوب قاچاق شده در این پنج سال را ۱۶ هزار و ۴۷۰ متر مکعب و میانگین سالانه حجم چوب‌های قاچاق را ۳ هزار و ۲۹۴ متر مکعب اعلام می‌کند. بازار هیزم قاچاق در جنگل‌های کشور هم داغ است. بر اساس اعلام معاون فنی یگان حفاظت سازمان جنگل‌ها، طی پنج سال منتهی به سال ۱۳۹۴، حجم کل هیزم حاصل از درختان جنگلی ۴۹ هزار و ۷۴۷ استر بوده‌است و به طور میانگین سالانه ۹ هزار و ۹۴۹ استر هیزم از جنگل توسط قاچاقچیان خارج شده‌است. در این مدت ۷۳۶ هزار و ۱۱۳ کیلوگرم ذغال از قاچاقچیان کشف شده یعنی به طور میانگین سالانه ۱۴۷ هزار و ۲۲۳ کیلوگرم ذغال با سوزاندن چوب درختان جنگلی، توسط قاچاقچیان تولید شده که نیروهای یگان حفاظت سازمان جنگل‌ها آن را کشف و ضبط کرده‌اند. فقط درختان

1 Report of 11th INTERPOL Global Programme on Anti-Corruption, Financial Crimes and Asset Recovery: Anti-Corruption in the Forestry Sector; Available at: <https://www.interpol.int/content/download/5151/file/Training%20on%20AntiCorruption,%20Financial%20Crimes%20and%20Asset%20Recovery%20in%20the%20Forestry%20Sector.pdf>

2 Ibid

جنگلی در ایران در معرض قاچاق نیستند. بوته‌های تاغ، گز و گون نیز از تیررس قاچاقچیان در امان نیستند.^۱

در همین راستا پژوهش حاضر ضمن ارائه توضیحی درباره مقررات گذاری و فساد اداری و چگونگی ارتباط این دو، به بررسی دو نمونه ایران و برزیل به صورت تطبیقی در این موضوع پرداخته است. این انتخاب از آن رو بوده است که این هر دو کشور، هیچ یک تا کنون به عنوان کشورهای توسعه یافته تلقی نشده‌اند و علی‌رغم نظام حقوقی متفاوتی که دارند، نظام مقررات گذاری دولتی در آن‌ها بسیار شبیه است. علاوه بر این، برزیل کشوری است که شصت درصد جنگل‌های آمازون در آن قرار دارد و در خصوص وقوع فساد در حوزه مقررات محیط زیستی مرتبط با جنگل‌ها می‌تواند «اصلی‌ترین نمونه و هم‌چنین چالشی‌ترین نمونه»^۲ محسوب گردد. ایران نیز به لحاظ برخورداری از خطه‌ی طویل جنگل‌های شمال تا حد زیادی در قوانین و مقررات محیط زیستی خود با دغدغه‌ها و مشکلات مشابهی روبرو است.

محیط زیست عرصه‌ای است که در بیشتر کشورهای دنیا از حوزه حقوق خصوصی خارج شده و حفظ آن به عنوان منفعتی ملی شناسایی گردیده است. این علاوه بر آن است که با شروع فعالیت‌های محیط زیستی از دهه ۱۹۶۰ میلادی و انعقاد معاهدات مختلف در این حوزه، به عنوان یکی از حقوق جمعی بشر نیز به رسمیت شناخته شده است.

با این حال باید گفت محیط زیست جدا از اعمال و فعالیت‌ها، جاه‌طلبی‌ها و نیازهای انسانی وجود ندارد. بلکه محیط زیست زمینه فعالیت‌های انسان است و به طور فزاینده‌ای این زمینه توسط انسان‌ها حکومت می‌شود. حکمرانی محیط زیستی وصف آن دسته از قوانین، نهادها، موسسات و رسومی است که با صلاحیت مقام محیط زیستی برای اتخاذ تصمیمات و اقدامات محیط‌زیستی مرتبط است.^۳ با این ملاحظات باید گفت محیط زیست یکی از عرصه‌هایی که دولت‌ها ناگزیر از مقررات گذاری در آن هستند و از همین رو با ورود دولت به آن وقوع فساد اداری نیز در آن محتمل است.

1 <https://www.isna.ir/news/1400022517064/%D8%A2%D9%85%D8%A7%D8%B1-%DA%A9%D8%B4%D9%81-%D9%82%D8%A7%DA%86%D8%A7%D9%82-%DA%86%D9%88%D8%A8-%D9%86%DA%AF%D8%B1%D8%A7%D9%86-%DA%A9%D9%86%D9%86%D8%AF%D9%87-%D8%A7%D8%B3%D8%AA>

۲-مقتبس از دکتر وکیلان، حسن، تقریرات کلاسی درس مطالعه تطبیقی نهادهای سیاسی و اداری، دوره دکتری تخصصی حقوق عمومی، نیمسال تحصیلی اول ۹۶-۱۳۹۵

3 Ibid, p. 12

با این توضیحات به تعریف مفاهیم و ارتباط آن‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول: فساد اداری

در جوامع گوناگون بر حسب نگرش‌ها، تعاریف گوناگونی از فساد مطرح شده است. آنچه که شکسته یا نقض می‌شود می‌تواند یک «شیوه رفتار اخلاقی یا اجتماعی و یا مقررات اداری» باشد. در زبان فارسی برای فساد، معانی مختلفی مانند «گزند»، «مال کسی را گرفتن»، «ستم»، «تباهی»، «بدکاری» و «شرارت»؛ «ظلم و ستم»، «زیان» ذکر شده است. فساد در معنای سنتی آن بر ناپاکی اخلاقی دلالت دارد. با تغییرات زبانی و فرهنگی این کلمه امروز بر هر عملی اطلاق می‌شود که انحراف از قاعده باشد و در عین حال نامناسب تلقی شود.^۱

گونارد میدال عقیده دارد که فساد اداری به موارد گوناگون از انحراف یا اعمال قدرت شخصی و استفاده نامشروع از مقام و وضعیت شغلی قابل اطلاق است. جی اس نای فساد اداری را رفتاری می‌داند که به دلیل جاه‌طلبی‌های شخصی، معرف انحراف از شیوه عای انجام وظیفه باشد و به صورت تخلف از قوانین و مقررات و انجام دادن اعمالی از قبیل ارتشا، پارتی‌بازی و اختلاس تجلی می‌یابد.^۲ مک مولن نیز معتقد است فساد زمانی رخ می‌دهد که یک مامور دولت به ازای انجام دادن کاری که از آن نهی شده است، رشوه‌ای نقدی یا جنسی قبول کند.^۳ در نهایت، سازمان شفافیت بین‌الملل فساد اداری را به عنوان سوءاستفاده از قدرت سپرده شده با انگیزه نفع شخصی تعریف می‌کند.^۴

تعریف قانونی فساد اداری عبارت است از استفاده غیرقانونی از اختیارات اداری یا دولتی برای نفع شخصی. در این تعریف به طور ضمنی فرض شده است که مجموعه‌ای از قوانین و ضوابط مدون اداری وجود دارد که چهارچوب فعالیت‌های مجاز اداری را تعیین می‌کنند، آنگاه هرگونه رفتار اداری که مغایر با این قوانین بوده و انگیزه ارتکاب آن انتفاع شخصی باشد، فساد اداری تلقی می‌شود. چنین

^۱ Holmes Leslie, A very Short introduction to corruption, Oxford University Press, 2015, p.22

^۲ -افضلی عبدالرحمن، همان، ص ۲۳۸

^۳ -قرنی محمد و همکاران، بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثرپذیری آن از فرهنگ سازمانی، مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری ایران، انتشارات زمان نو، ۱۳۸۹، ص ۳۳۳

^۴ Ibid, p. 10

تعریفی از فساد هنگامی جامعیت می‌یابد که قوانین اداری کامل، واضح، عادلانه و فراگیر باشند و برای کلیه فعالیت‌های اداری و دولتی ضوابط دقیقی را معرفی کنند.^۱

علی‌رغم تمام تعاریف ذکرشده، مشکل اصلی مبارزه با فساد اداری تعریف آن است که اجماعی بر آن وجود ندارد. حتی کنوانسیون بین‌المللی مبارزه با فساد (UNCAC) نیز تعریفی از این مفهوم به دست نمی‌دهد. چراکه نویسندگان این معاهده در خصوص چنین تعریفی به توافق دست نیافتند. سازمان غیر دولتی بین‌المللی شفافیت بین‌الملل (TI) خود در تعریف فساد دچار دوگانگی است، تعریفی که این سازمان برای نمایه سالانه خود (CPI) از فساد تا سال ۲۰۱۲ استفاده می‌نمود، همچنان پرکاربردترین تعریف این مفهوم است: «سوءاستفاده از جایگاه عمومی برای کسب منفعت شخصی». این تعریف را سازمان‌های دیگری نظیر بانک جهانی نیز به کار می‌برند. اما در تمامی متون دیگر، اما سازمان شفافیت بین‌الملل از این تعریف استفاده نموده است: «سوءاستفاده از قدرت تفویض‌شده جهت کسب منفعت شخصی». تعریف اول مبتنی بر دست داشتن ماموری عمومی است اما تعریف دوم موسع‌تر است و حتی بخش خصوصی را نیز در بر می‌گیرد.^۲

حتی آن تعریف مضیق سازمان شفافیت نیز محل مناقشه است. منظور از سوء استفاده از جایگاه عمومی محدود به تخلفات مالی نظیر اختلاس یا ارتشا اشاره دارد یا آنچه «تخلف اجتماعی» خوانده می‌شود یا فساد اداری سنتی مانند استخدام اقوام یا دوستان و همکاران یک فرد در یک جایگاه عمومی بدون شایستگی لازم را نیز دربرمی‌گیرد؟ این ابهام در مورد مقام عمومی نیز وجود دارد. آیا این عمومی بودن خدماتی را که انجام از سوی دولت به نهادهای خصوصی واگذار شده است را نیز شامل می‌شود؟ هم‌چنین منفعت خصوصی نیز از وضوح به دور است.^۳

این عدم توافق بر تعریف می‌تواند دلایل گوناگونی داشته باشد. چرا که دیدگاه‌های فرهنگی مختلفی به این مفهوم وجود دارد. تاثیر فرهنگ را می‌توان آنجا دید که امروزه آنچه پیشتر فساد اقتصادی یا مدرن خوانده می‌شد، فساد غربی نام گرفته همانطور که فساد اجتماعی یا سنتی به فساد آسیایی معروف شده است.^۴

۱- حبیبی نادر، همان، ص ۱۳

2 Ibid, p. 23

3 Ibid, p. 24

۴ - همان، ص ۱۴

در کنوانسیون مبارزه با فساد مقامات جوامع اروپایی یا مقامات دولت‌های عضو اتحادیه اروپا (۱۹۹۷)، که در واقع اولین سند جامع اروپایی برای مقابله با فساد محسوب می‌شود، فساد به دو دسته «فساد فعال» و «فساد غیرفعال» تقسیم شده است. در واقع منظور از فساد غیرفعال همان است که در بند الف ماده ۶ کنوانسیون امریکایی درج شده است. به عبارت دیگر، هرگونه درخواست امتیاز یا سود یا شیء مادی از سوی کارمند یا مامور دولت یا دارنده هر منصب دولتی یا عمومی، به طور مستقیم یا غیرمستقیم، در ازای انجام یا خودداری از انجام عمل که در محدوده وظایف رسمی وی است، فساد غیرفعال محسوب می‌شود. در واقع صرف چنین تقاضایی فارغ از اینکه آیا محقق شده یا خیر جرم تلقی می‌شود. فساد فعال روی دیگر این سکه است. منظور از فساد فعال هرگونه پیشنهاد اعطا یا وعده دادن امتیازهای مادی به یک مقام دولتی در ازای تعهد وی به انجام یا خودداری از انجام وظایف رسمی به وی می‌باشد. به عبارت ساده‌تر در فساد غیر فعال کارمند یا مامور دولت یا فرد دارنده منصب دولتی یا شاغل در بخش عمومی نقش اصلی را دارد. اگرچه این به معنای مبرا دانستن طرف دیگر (ارباب رجوع یا مشتری) نیست؛ اما در فساد فعال ارباب رجوع آغازکننده جرم است. کنوانسیون سازمان ملل برای مبارزه با فساد نیز مجموعه گسترده‌ای از تدابیر مندرج در کنوانسیون مبارزه با جرایم سازمان‌یافته فراملی را مورد توجه قرار داده و جرم‌انگاری و اعطای اختیارات تحقیق و تعقیب به دست‌اندرکاران مبارزه با فساد را الزامی می‌کند.

علاوه بر رشوه‌دهی فعال و غیرفعال به مقامات رسمی داخلی و خارجی، که در تمامی اسناد منطقه ای پیشین و نیز کنوانسیون پالرمو به عنوان مصداق فساد معرفی شده است، اعمال زیر نیز در این کنوانسیون به عنوان مصادیق فساد در نظر گرفته شده‌اند:

«استفاده از نادرست یا تضییع اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی توسط دارندگان مناصب عمومی، سوءاستفاده (یا تجارت) نفوذ از سوی دارندگان مناصب عمومی و دولتی، اختفای عواید حاصل از ارتکاب فساد، سوءاستفاده از مسئولیت با هدف انتفاع شخصی، ثروت‌اندوزی غیرقانونی به وسیله سوءاستفاده از مقام رسمی، استفاده از اطلاعات طبقه‌بندی‌شده یا محرمانه با هدف انتفاع شخصی، تغییر کاربری و بهره‌برداری نادرست از اموال عمومی، کسب سودهای غیرمشروع، فساد(ارتشا و رشا) در بخش خصوصی، پولشویی و تطهیر عواید حاصل از فساد، جرایم مربوط به حسابرسی، دلالی نفوذ توسط افراد متخصص».

به رغم پیچیدگی و گستردگی تعاریف از فساد، مفاهیم ذیل را می توان به عنوان نقاط اشتراک تعاریف مختلف ذکر کرد: «داشتن اختیار در درون دولت»، «استفاده برای منفعت شخصی از امکانات و اختیارات ناشی از حضور جایگاه‌های دولتی».

در حال حاضر در کنار شاخص بانک جهانی در اندازه‌گیری فساد مالی-اداری، گزارش‌های سازمان شفافیت بین‌الملل به عنوان یکی از مراجع قابل اعتنا در تعیین میزان سلامت اداری کشورهای جهان، ملاک معتبری جهت ارزیابی به شمار می‌آید.

متأسفانه نمودهای فساد اداری در کشور ما نیز قابل ردیابی است. براساس گزارش سال ۲۰۰۳ سازمان شفافیت بین‌الملل، ایران در بررسی ۱۳۳ کشور، رتبه ۷۸ و در سال ۲۰۰۴ در بین ۱۴۷ کشور رتبه ۸۷ و در سال ۲۰۰۵ در بین ۱۵۹ کشور جهان رتبه ۸۸ را کسب کرد. در سال ۲۰۰۹ رتبه کشورمان در بین ۱۸۰ کشور به رقم ۱۶۸ رسید.

بدیهی است این شاخص برای کشور، شاخص مناسبی برای دستیابی به توسعه که مد نظر دولت در سند چشم‌انداز بیست‌ساله نظام است، نبوده است و شاید بتوان آن را مانع اساسی در رشد و توسعه اقتصادی کشور تلقی نمود. البته نکته قابل تأمل آن است که محاسبات سازمان شفافیت بین‌الملل خالی از اشکال نیست و به این ترتیب، رتبه‌های اعلامی از طرف این مرجع را نمی‌توان به طور قاطع مبنا قرار داد. زیرا مفهوم فساد امری نسبی است و ممکن است عملی در یک کشور فساد محسوب شود ولی در کشور دیگر چنین تلقی‌ای از آن نباشد. از طرفی، میزان و حجم فساد به شرایط سیاسی، فرهنگی و اقتصادی هر کشور بستگی دارد و بدون در نظر گرفتن شرایط خاص هر کشور، مقایسه و رتبه‌بندی آن‌ها براساس یک شاخص واحد و یکسان، معقول نیست. علاوه بر این سازمان شفافیت بین‌الملل تن‌ها شاخص «پرداخت و دریافت رشوه» را در ارزیابی‌های خود ملاک قرار می‌دهد در حالی که ممکن است کشوری، میزان دریافت و پرداخت رشوه بالایی داشته باشد و در رتبه بندی، رتبه پایین‌تری را کسب کند، اما از جهات دیگر (مثلاً پولشویی و غیره) وضعیت بهتری داشته باشد و بالعکس.

گفتار دوم: مقررات گذاری

برای شناساندن دولت مدرن از واژه‌ها و اصطلاحات متعددی استفاده شده است: دولت به عنوان مالک، دولت به مثابه تولیدکننده، دولت به منزله کارفرما، دولت به عنوان توزیع کننده و دولت به عنوان سیاستگذار. با این حال اغلب ادعا شده که عصر حاضر، عصر دولت مقررات گذار است.^۱ از یک دیدگاه اصطلاح دولت مقررات گذار به این معناست که تاکید دولت‌های مدرن بیشتر بر استفاده از اقتدار، مقررات و استانداردهاست که جایگزین تاکید اولیه بر مالکیت عمومی، یارانه‌های عمومی و ارائه مستقیم خدمات شده است. این دیدگاه معتقد است که بخش در حال توسعه دولت مدرن مقررات گذاری است در واقع به مرور از نقش دولت به عنوان مالک، تولیدکننده و کارفرما کاسته شده و بر نقش آن به عنوان مقررات گذار، توزیع کننده و سیاستگذار تاکید بیشتری شده است.^۲ به طور کلی مقررات گذاری می‌تواند به عنوان تمام روش‌هایی تعریف شود که توسط آن‌ها دولت و نهادهای مقررات گذار، از طریق ابزارهای اداری یا قانونگذاری و حتی قضایی در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی مداخله می‌کنند تا رفتار بازیگران این حوزه‌ها را کنترل و تنظیم کنند.^۳ تنظیم مقررات به چند حوزه در علوم اجتماعی و فراتر از آن مرتبط می‌شود. تعاریف مختلف تنظیم مقررات، منعکس کننده دغدغه‌های هر حوزه است. بالدوین تنظیم را با سه مفهوم توصیف کرده است:

- ۱- به عنوان مجموعه‌ای از احکام و فرمان‌های الزام‌آور
- ۲- به عنوان مداخله تعمدی حاکمیت چه با احکام و فرمان‌ها و چه با بسترسازی و تسهیل‌گری
- ۳- به عنوان هرگونه مداخله اقتصادی و اجتماعی به این معنا که همه سازوکارهایی را که بر رفتارها اثرگذارند شامل می‌شود.

1 Jacint Jordana and David Levi Faur (eds.), The Politic of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance, Edwars Elgar, P. 8

۲- باغستانی میبیدی مسعود و دیگران، لزوم دخالت دولت در مقررات گذاری و نظارت بر بازارهای مالی، مجله اقتصادی،

شماره ۷ و ۸، مهر و آبان ۱۳۹۴، ص ۴۹

3 Wymeersch, Eddy (2010), the Structure of Financial Supervision in Europe about Single, Twin Peak and Multiple Financial Supervisor, <http://www.ecb.int>

4 Baldwin R, et al, Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press, 2012, p. 3

با توجه به این مسئله، از منظر قائلین به نظارت و مقررات گذاری، دو رویکرد کلی دیدگاه منافع عمومی و دیدگاه منافع خصوصی درباره نحوه مقررات گذاری و نظارت بر بازارهای مالی وجود دارد که در مقابل یکدیگر هستند و یکی به نقش فعال دولت اعتقاد دارد و دیگری در مقابل آن قرار دارد. با این تعاریف می توان گفت که تنظیم مقررات همیشه در مفهوم بازدارندگی، سلب و ممنوعیت عبور از خط قرمزها کاربرد ندارد، بلکه به عنوان مداخله و به منظور بسترسازی و تسهیل گری نیز به کار می رود.

بند اول: مقررات گذاری مطلوب^۱

مبنای توجیهی مقررات گذاری هر چه باشد، باید چارچوبی برای حالت مطلوب آن تعریف شود تا عملکرد آن در راستای تحقق اهدافی باشد که بر اساس آن به آن عمل می شود. در این راستا برخی از آثار به بررسی معیارهایی پرداخته اند که بیشتر عینی و قابل ارزیابی اند و صورتی از آن ها برشمرده اند تا مبنای ارزیابی مقررات مختلف قرار گیرند.

مراحل ارزیابی آثار مقررات گذاری مطلوب از سوی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه به این ترتیب برشمرده شده است:

- ۱- آیا مسئله به دقت تعریف شده است؟
- ۲- آیا اقدام دولت در این زمینه قابل توجیه است؟
- ۳- آیا مقررات گذاری در این خصوص از بهترین نوع اقدامات دولت است؟
- ۴- آیا برای اقدام به مقررات گذاری مبنای حقوقی وجود دارد؟
- ۵- مداخله کدام یک از نهادهای دولتی برای انجام این اقدام مناسب است؟
- ۶- آیا منافع مقررات هزینه های آن را توجیه می کند؟
- ۷- آیا آثار مقررات به طور شفاف در میان همه بخش های جامعه توزیع خواهد شد؟
- ۸- آیا این مقررات واضح، منسجم، جامع و در دسترس است؟
- ۹- آیا به تمام اشخاص ذی نفع فرصت داده شده تا دیدگاه های خود را بیان کنند؟
- ۱۰- رعایت مقررات چگونه تنظیم خواهد شد؟

1 Good Regulation

۲-انصاری باقر و دیگران، ارزیابی آثار مقررات گذاری؛ به سوی مقررات گذاری بهتر، (مجمعه مقالات)، انتشارات خرسندی،

بالدوین نیز معیارهای مقررات مطلوب را اینگونه مورد اشاره قرار داده است:

- ۱- آیا اقدام یا روش مبتنی بر صلاحیتی قانونی است؟ (مشروعیت اقدام تقنینی از هر نوع در جامعه دموکرات از ابتدای آن بر صلاحیت پارلمانی برخاسته از اراده عمومی ایجاد می‌شود).
- ۲- آیا ترتیبی برای پاسخگویی وجود دارد؟
- ۳- آیا فرآیندها و تشریفات قانونی منصفانه، قابل دسترس عموم و علنی هستند؟ علاوه بر شفافیت و برابری، اینکه تا چه دست‌اندرکاران به عموم مردم و به ویژه کسانی که از موضوع متأثر می‌شوند یا در آن ذینفع هستند اجازه اظهار نظر داده است باید مورد توجه واقع شود.
- ۴- آیا مقررات‌گذار از تخصص کافی برخوردار است؟
- ۵- آیا اقدام یا روش کارآیی دارد؟

گفتار سوم: بررسی تاثیر مقررات‌گذاری در زمینه‌سازی فساد

اداری

بسیاری از نویسندگان به کیفیت نامناسب مقررات‌گذاری به عنوان علت اصلی فساد اداری اشاره کرده‌اند. سیاست‌های تعیین‌شده انگیزه‌های فساد را برای سیاست‌گذاران، بوروکرات‌ها و در کل برای عموم ایجاد می‌کنند. از چنین منظری این اندازه دولت نیست که مسئله است. بلکه جزییات برنامه‌ها و شیوه اداره مشکل‌ساز است. اصلاحات باید از وضع مقررات پیچیده و آن‌هایی که عمل اداره کردن را مشکل می‌کنند بپرهیزد. همچنین باید انگیزه‌هایی فردی بر ارتقای تصمیم‌سازی صادقانه بسازد. مقررات‌گذاری خوب می‌تواند به این روند کمک کند. از سوی دیگر، مقررات‌گذاری بد و مداخله نابجای دولت ممکن است به ایجاد عرصه‌هایی بینجامد که وقوع فساد در آن‌ها محتمل است.

مقررات‌گذاری بد و فساد دو روی یک سکه‌اند. وقتی که نهادهای داخلی از معاملات ترجیحی در مناقصات عمومی/دولتی برخوردار هستند، هم می‌تواند به فساد منتج شود و هم ممکن است نتیجه منافع خصوصی قدرتمندی باشد که سرمایه‌های عمومی را تسخیر می‌کنند. در این موارد این فساد است که به مقررات‌گذاری بد می‌انجامد نه برعکس.

مطالعات زیادی در خصوص رابطه نزدیک انواع خاصی از مقررات گذاری بد و فساد صورت گرفته است. «برادمن و رکاناتینی (۱۹۹۹) نشان داده‌اند که برای نمونه‌ای از اقتصادهای در حال گذار در اروپا و آسیای مرکز هر چه موانع بازار بیشتر بوده‌اند فساد بیشتری روی داده است. اسونسون میان فساد اداری و تعداد روزهای کسب و کار مورد نیاز برای دستیابی به وضعیت حقوقی خاص، همبستگی مثبت یافته است. تریزمن دریافته است که مداخله دولت فساد را افزایش می‌دهد. گرینگ و تاگر میان کیفیت مقررات گذاری و فساد اداری همبستگی مثبت یافته‌اند. آدی و دیتلا نتیجه گرفته‌اند که مداخله سیاست‌گذارانه فساد را افزایش می‌دهد. لمبزدورف و کورنلیوس (۲۰۰۰) ارتباط متقابل ساده‌ای میان گروه نمونه ۲۶ کشور افریقایی تعریف کرده‌اند. آن‌ها نشان داده‌اند که فساد با درجه‌ای که مقررات دولتی مبهم و سست هستند به طور مثبت همبستگی دارد».^۱

یکی از واقعیت‌های نظام اداری کنونی این است که واحدهای اداری معمولاً با تعداد زیادی از قوانین و مقررات غیرواقعی و یا غیرضروری مواجه هستند و ابهامات موجود در رویه‌های اداری و استانداردهای جاری کار، امکان هرگونه تصمیم و اقدامات خودسرانه را به کارگزاران آن‌ها می‌دهد. به علاوه، فرآیندهای پیچیده و چندلایه امور اداری نیز عامل تشویق مراجعان به پیشنهاد رشوه برای تسریع کار هستند. از طرفی، کمی حقوق کارکنان بخش خدمات اجتماعی هم دلیل کاهش تدریجی مقاومت و عادت بعدی آنان به قبول این پیشنهادهاست.^۲

به طور کلی می‌توان گفت فقدان هر یک از معیارهایی که برای مقررات گذاری مطلوب نام برده شد به ویژه شفافیت، پاسخگویی، تعریف دقیق مسئله، برآوردن فرصت برای بازگو شدن نظرات گروه‌های ذینفع، کارآیی و پیش‌بینی سازوکار نظارت و ضمانت اجرا می‌تواند عاملی برای وقوع فساد اداری یا حداقل ایجاد فرصت وقوع آن باشد:

بند اول: وجود مبنای قانونی

ابتنای مقررات اداری بر قوانین عام و صلاحیت‌های مندرج در آن می‌تواند عامل مهمی در پیشگیری از وقوع فساد اداری و زمینه‌های آن باشد. اگر مقرره‌ای به طرز نامعقولی (که با روح قوانین

1 Rose-Ackerman Susan, International Handbook on the Economics of Corruption, Edward Elgar, 2006, pp. 6-7

مخالف است یا صریحا با قوانین مغایرت دارد) صلاحیت مقام اداری را گسترش دهد، در نهایت عمل آن مقام در تعارض با صلاحیت قانونی خواهد بود. گسترش صلاحیت‌های قانونی در مقررات بدون توجه به فلسفه تحدید چنین صلاحیت‌هایی، در ایجاد زمینه بی‌توجهی مقام اداری به وظایف خود در راستای منافع عمومی و اولویت بخشیدن به منافع شخصی بسیار موثر است.

بند دوم: پاسخگویی

مقررات‌گذاری مطلوب باید با پاسخگویی همراه باشد. فقدان این ویژگی عملا می‌تواند فلسفه وجود مقررات زیر سوال ببرد. عدم پیش‌بینی سازوکارهای پاسخگویی مقامات اداری، می‌تواند میزان اطمینان از اجرای آن را به صفر متمایل کند.

بند سوم: شفافیت

عدم شفافیت در روندهای اداری و مقرراتی که صلاحیت‌ها و وظایف ماموران و مقامات اداری را مشخص می‌کند، مقدمه‌ای ضروری برای پاسخگویی است. بدون شفافیت، اطلاعاتی نسبت به اقدامات و وظایف حاصل نشده است تا بر مبنای آن از مقام اداری سوال شود.

بند چهارم: وضوح

ارائه تعاریف دقیق و پرهیز از ابهام مرز میان صلاحیت و عدم صلاحیت‌های اداری است. با وجود ابهام در تعریف هر یک از موضوعات مقررات یا صلاحیت‌ها و وظایف مرتبط مقام اداری، مقام اداری فرصت دارد تا به بهانه ابهام یا تفسیر متفاوت با مبانی قانونی، منافع شخصی خود را بر منافع عمومی ترجیح دهد و از قدرت و صلاحیت خود سوء استفاده نماید.

بند پنجم: بیان نظرات گروه‌های ذینفع و کارآیی

اینکه پیش از مقررات‌گذاری در یک حوزه (مانند محیط زیست) از گروه‌های ذینفع آن حوزه نظرخواهی شود فواید زیادی دارد. اما آن قسمتی که می‌تواند مربوط به فساد اداری باشد اینجاست که اصولا نفس مشارکت در وضع قوانین و مقررات‌گذاری با اعمال نظرات مطروحه تا حد ممکن، در میان گروه‌های ذینفع این بینش را ایجاد می‌کند که مقررات بیشترین انطباق «ممکن» را با منافع آن‌ها دارد. این بدان معناست که در مورد قسمت‌هایی نیز که حداقل در ظاهر با منافع آن‌ها انطباق ندارد، می‌توانند به دولت یا قانونگذار اعتماد کنند. در نتیجه قانون و مقررات مربوطه را مجموعا به

نفع خود ارزیابی می‌کنند و برای نقض آن تلاش نمی‌کنند. به این ترتیب موقعیت فساد اداری غیر فعال که در آن ارباب رجوع به مقام پیشنهاد رشوه می‌دهد پیش نخواهد آمد یا به حداقل می‌رسد.

کارآیی مقررات نیز کارکرد مشابهی دارد. عدم کارآیی قوانین و مقررات حداقل در نظر مخاطبین آن یا گروه‌های ذینفع می‌تواند عاملی بر نادیده گرفتن این مقررات و تلاش برای نقض آن‌ها باشد.

بند ششم: پیش‌بینی سازوکار نظارت

پیش‌بینی سازوکار نظارت عاملی اساسی در تحقق اهداف مقررات محسوب می‌شود. فقدان این سازوکار به معنای رها کردن مقام اداری در فضایی دور از چشمان پرستشگری است که از او انجام دقیق وظایفش را مطالبه می‌کنند. در این تاریکی مقام اداری می‌تواند بدون هیچ‌گونه عواقب بعدی کاملاً از انجام وظایف خویش و منافع عمومی چشم‌پوشی کند و از صلاحیت‌های خود برای تامین منفعتی شخصی سوء استفاده کند.

گفتار چهارم: مقررات گذاری و فساد در حوزه محیط زیست

(جنگل‌ها)

گزارش سازمان شفافیت بین‌الملل در مورد فساد و محیط‌زیست از ضعف سیستم تقنینی در حوزه قوانین و مقررات به عنوان یکی از عوامل فساد محیط زیستی نام برده است: در بسیاری از دولت‌ها، قانونگذاری و مقررات گذاری وجودشان بیشتر در خدمت فساد است تا محافظت از محیط زیست یا موجوداتی که در آن زندگی می‌کنند. بنابراین گاهی قوانین رفتار فساد آمیز را تسهیل می‌کنند به جای آنکه آن را متوقف کنند. برای مثال مقررات مربوط به نوعی ماهی در روسیه از سوی مقامات به عنوان حربه‌ای برای دریافت رشوه مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

بزرگترین موضوع بلندمدتی که در معرض مداخلات انسانی است، محیط زیست است. متأسفانه فساد اداری به طور کلی مشکلات موجود را در این حوزه تشدید می‌کند. با توجه به گزارش اداره مواد مخدر و جرایم سازمان یافته سازمان ملل (UNODC)، فساد مرتبط با محیط زیست دربردارنده اختلاس در طول اجرای طرح‌های محیط زیستی، فساد گسترده در منابع صدور مجوزها و

گواهینامه‌های مرتبط و رشوه به ماموران دولتی است. از دید این اداره، بخش‌هایی که بیشتر در معرض خطر هستند شامل جنگل‌ها، بهره برداری منابع زیرزمینی، قاچاق گونه‌های در معرض انقراض و مدیریت زباله‌های خطرناک است.^۱

تمام گواهینامه‌های مربوط به طرح‌های جنگل مدعی شفافیت به عنوان یک امتیاز و ارزش هستند. با این حال، این شفافیت در عمل دچار محدودیت می‌شود، به ویژه در خصوص برنامه‌های صنعتی. به طور کلی، این برنامه بیش از آنکه بر نظارت و رسیدگی و سایر اشکال تصمیم‌سازی اداری تاکید کنند، مبتنی بر قاعده‌سازی صرف هستند.^۲

در کشورهای گوناگون برای اداره امور مربوط به جنگل‌ها تاییدیه‌های مختلف و زیادی مورد نیاز است. هر بار که از یک مقام اداری درخواست می‌شود تا مجوز یا گواهینامه‌ای صادر کند، موقعیتی برای اقدام آمیخته با فساد فراهم می‌گردد. به طور کلی، قوانین پیچیده نیز فرصت‌های بیشتری برای فساد اداری فراهم می‌کنند و ممکن است شرکت‌ها، به جای اینکه با سیستم طاقت‌فرسای قوانین سروکله بزنند، تشویق شوند تا «میانبر» بیابند. در همین ارتباط، در برخی کشورها قوانین مربوط به جنگل نامناسب و قدیمی است. این موضوع نیز می‌تواند به فساد اداری و اعمال غیرقانونی بینجامد.^۳

گفتار پنجم: مطالعه تطبیقی مقررات جنگل‌ها در ایران و برزیل

بند اول: ایران

برای بررسی مقررات مربوط به جنگل‌ها در ایران و زمینه‌های حقوقی و قانونی مقررات، لازم است ابتدا مقدمه‌ای اجمالی در خصوص این قوانین و کلیتی از نظام موجود ارائه شود.

اداره امور جنگل‌ها در ایران بر اساس قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱ و قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع مصوب ۱۳۴۶ مجلس شورای ملی صورت می‌گیرد. قوانینی که از سال ۱۳۴۱ به تصویب رسید از جمله قانون اراضی مستحده و ساحلی مصوب مرداد ۱۳۴۶، قانون تشکیل شرکت‌های سهامی زراعی، قانون تقسیم و فروش املاک مورد اجاره به زارعین مستأجر،

1 Holmes Leslie, Ibid, p. 43

2 Ibid

3 Callister J. Debra, CORRUPT AND ILLEGAL ACTIVITIES IN THE FOREST SECTOR, Background Paper for the 2002 Forest Strategy, 1999, p. 14

قانون بیمه‌های اجتماعی روستائیان و سایر قوانینی که از قبل به تصویب رسیده و مجری کلیه آن‌ها وزارت کشاورزی بود، در سال ۱۳۴۶ حجم کاری زیادی را در وزارت کشاورزی ایجاد نمود که منجر به تشکیل چهار وزارتخانه گردید و یکی از این وزارتخانه‌ها وزارت منابع طبیعی بود. پس از تصویب قانون تأسیس وزارت منابع طبیعی در سال ۱۳۴۶، تشکیلات وزارت مزبور در اردیبهشت ماه ۱۳۴۷ به تصویب رسید. وظایف اساسی این وزارتخانه عبارت بودند از:

- ۱- حفظ و حراست و بهره‌برداری صحیح از جنگل‌ها و مراتع و توسعه
 - ۲- حفظ و حمایت و تکثیر و توسعه بهره‌برداری صحیح از ماهی و سایر آبزیان موجود در خلیج فارس و بحر عمان و دریای مازندران و آب‌های داخلی
 - ۳- فراهم کردن موجبات پرورش و تکثیر و بهره‌برداری از ماهی آب‌های داخلی
 - ۴- حفظ و حمایت و تکثیر حیوانات وحشی و پرندگان شکاری
 - ۵- ایجاد مراتع و جنگل‌های مصنوعی و تعلیم و تربیت کادر لازم برای انجام وظایف محوله
 - ۶- اجرای قوانین مربوط به جنگل‌ها و مراتع، آبزیان و حیوانات وحشی و پرندگان شکاری و فرسایش و حفاظت خاک و آبخیزها و تثبیت شن‌های روان.
- در حال حاضر، بر اساس ماده واحده قانون تفکیک وظایف وزارتخانه‌های کشاورزی و جهاد سازندگی مصوب ۶۹/۶/۱۱ کلیه امور مربوط به حفظ، احیاء، گسترش و بهره‌برداری از منابع طبیعی (جنگل، مرتع و شیلات، آبخیزداری)، کلیه امور دام و طیور و عمران روستایی، بهسازی، صنایع روستائی و آبرسانی روستاها بر عهده جهاد سازندگی قرار گرفته و سازمان جنگل‌ها و مراتع کشور، به عنوان معاونت وزیر جهاد کشاورزی، عهده‌دار امور مربوط به جنگل‌هاست^۱.
- با این مقدمه به سراغ بررسی مصادیقی در قوانین و مقررات مربوط به جنگل‌ها می‌رویم که به نظر می‌رسد می‌توانند زمینه‌ساز بروز فساد اداری در میان مقامات اداری مربوطه در این حوزه باشند.
- اولین مسئله‌ای که در خصوص زمینه‌سازی فساد در مورد مقررات این حوزه به نظر می‌رسد این است که اساساً سازوکار نظارتی کلی نسبت به اقدامات سازمان «جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور»

تعیین و تعریف نشده است. بنا به مقدمات توجیهی که در خصوص ورود دولت مقررات گذار در عرصه محیط زیست بیان می شود، حفظ منابع محیط زیستی و مقررات گذاری در این زمینه نه تنها با منافع عمومی جامعه کنونی بلکه با منافع نسل های بعدی جامعه نیز ارتباط مستحکمی دارد. به عبارت دیگر ذینفع حفظ محیط زیست مستقیماً عموم مردم هستند. در جایی که دیگری (در اینجا دولت) متولی حفظ منافع فرد یا گروهی می شود، اولین ضرورت آن پاسخگویی در برابر ذینفع است. با این حال، در هیچ یک از مقررات مربوط به جنگل ها امکانی برای مردم یا حداقل سازمان های مردم نهاد جهت پیگیری این امور و اجرای مقررات محیط زیستی و پرسش از معطل ماندن آن ها پیش بینی نشده است. این موضوع در بسیاری از مواردی که در ذیل صلاحیت تشخیصی مقام اداری گنجانده شده است، می تواند زمینه ساز بروز فساد اداری باشد. برای مثال می توان به بند ۳ و ۴ ماده ۴ قانون قانون حفاظت و بهره برداری از جنگل ها و مراتع کشور اشاره نمود که اشعار می دارد:

«۳- در مواردی که تأمین مصارف روستائی در طرح های جنگلداری حوزه مربوط پیش بینی نشده و یا به تشخیص سازمان جنگلبانی کافی نباشد در این صورت سازمان جنگلبانی می تواند به روستائیان دهکده های مجاور جنگل و جنگل نشینان بدون دریافت عوارض و بهره مالکانه منحصرأً برای مصارف روستائی محلی به میزان احتیاج اجازه بهره برداری بدهد.

۴ - قطع درختانی که برای احداث جاده ها یا تعریض آن ها و یا تأمین مسیر و حفاظت شبکه های مخابراتی و برق یا ایجاد مجاری آبیاری و مخازن و سدها و تأسیسات نظامی و بهره برداری از معادن در مناطق جنگلی ضرورت داشته باشد.»

این موارد قطع درختان جهت استفاده های مختلف را بنا به تشخیص مقام اداری مجاز می شمردند. با این حال، سازوکاری برای سنجش و نظارت بر چنین تصمیماتی در این قانون یا آیین نامه های مربوط به آن پیش بینی نشده است. چنین خلایک زمینه ساز موارد متعددی از فساد در صدور مجوز برای اعمال مصادیق آن است.

در تبصره یک ماده ۵۴ این قانون در مورد مامورین جنگلبانی که مسئولیت کشف و تعقیب جرایم مذکور در این قانون را بر عهده دارند، آمده است «در صورتی که مأموران مذکور بر خلاف واقع به منظور نفع شخصی و یا اعمال غرض گزارش خلاف واقع بدهند به کیفر جرمی که موضوع گزارش بوده محکوم خواهند شد.» اما معلوم نیست با توجه به اینکه در صدر ماده این مامورین در حکم ضابطین دادگستری محسوب شده اند، احراز خلاف واقع بودن گزارش آن ها چطور انجام می گیرد. این

موضوع به راحتی این مامورین را با انگیزه کسب منافع شخصی در معرض نادیده گرفتن وظایف خود در راستای کشف و تعقیب جرایم مربوطه قرار می‌دهد.

در آیین‌نامه اجرایی ماده ۳۳ همین قانون نیز که مرتبط با طرح‌های مشاورزی و غیر مشاورزی در اراضی موضوع قانون است، هیئتی پنج نفره به منظور نظارت بر طرح‌های مذکور پیش‌بینی شده است که شامل رئیس سازمان جهاد کشاورزی، مدیر کل منابع طبیعی، مدیر امور اراضی استان، رئیس مرجع صادرکننده موافقت اصولی و پروانه بهره‌برداری یا نماینده تام‌الاختیار وی (حسب مورد) و یک نفر کارشناس در رشته مرتبط با حکم وزیر جهاد و سازندگی هستند. همانطور که مشاهده می‌شود این هیئت نظارت نیز در موضوع خود تامین‌کننده پاسخگویی و نظارت مردم‌نهاد نیست چرا که تمامی اعضای آن از میان مقامات اداری انتخاب شده‌اند.

مورد دیگری که در آن سازوکار نظارتی دولتی یا عمومی پیش‌بینی نشده است، ماده ۶ «برنامه بهینه‌سازی پایش، حفظ، بهره‌برداری و مدیریت جنگل‌های کشور است که اعلام می‌دارد:

«سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور موظف است اجرای طرح‌های جنگلداری در شمال کشور را به نحوی برنامه‌ریزی و مدیریت نماید که چوب حاصل از بهره‌برداری جنگل، صرفاً از درختان آسیب دیده (شکسته، افتاده، ریشه کن، آفت‌زده) و عملیات پرورشی تأمین گردد.»

قاعدتا موضوع این ماده از طرف سازمان جنگل‌ها به مامورین جنگلبانی واگذار شده است که همانطور که پیشتر مشاهده شد، نظارت دقیقی بر اعمال آن‌ها و نحوه تعامل آن‌ها با متخلفین پیش‌بینی نشده است. این همان فضای تاریکی است که مامور را قادر می‌سازد از منافع عمومی و وظایف خویش در راستای منفعت شخصی چشم‌پوشی نماید.

این موضوع در مورد ماده ۵ قانون حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی‌رویه درختان نیز صادق است: «از بین بردن درختان واقع در معابر - پارکهای عمومی - میداین داخل شهرها و همچنین در شاهراه‌ها و راه‌های عمومی خارج شهر به هر قطر ممنوع است، مگر طبق آیین‌نامه این قانون.»

عدم پیش‌بینی نظارت‌های مردم‌نهاد به ویژه در جایی خود را نشان می‌دهد که تصویب آیین‌نامه اجرایی به همان سازمانی سپرده شده است که متولی اجرای قانون است. نحوه مقررات‌گذاری اداره در این زمینه جز با نظارت عمومی نمی‌تواند مطلوبیت آن و به تبع جلوگیری از فساد اداری را تامین

نماید. برای مثال، می‌توان به تبصره ۱ ماده ۱ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی اشاره کرد که اشعار می‌دارد:

«از تاریخ تصویب این قانون گونه‌های درختانی از قبیل شمشاد، زربین، سرخدار، سروخمره‌ای، سفیدپلت، حرا و چنل، ارس، فندق، زیتون طبیعی، بنه (پسته وحشی)، گون، ششم، گردو (جنگلی) و بادام وحشی (بادامک) در سراسر کشور جزء ذخائر جنگلی محسوب و قطع آن‌ها ممنوع می‌باشد. تبصره ۱ - وزارت جهاد سازندگی موظف است مناطق استقرار گونه‌های یادشده را مشخص و حفاظت نموده و متخلفین را به مراجع قضایی معرفی کند.»

در تمام موارد مذکور علاوه بر جای خالی سازوکار نظارتی عمومی و مردم‌نهاد و حتی نظارت دولتی، فقدان پاسخگویی و شفافیت به عنوان پایه‌های مقررات‌گذاری مطلوب و راه‌های پیشگیری از فساد اداری به چشم می‌خورد. همانطور که پیشتر نیز ذکر شد، صرف خلا پاسخگویی و شفافیت موجد زمینه فساد اداری است، فارغ از اینکه مقررات سایر ویژگی‌های مقررات مطلوب را دارا باشد یا نه. فقدان هر یک ویژگی‌هایی که در بخش‌های قبلی توضیح داده شد، مأمور اداری و عمومی را قادر می‌سازد تا بدون نگرانی از تبعات احتمالی، به راحتی منافع شخصی خویش را بر منافع عمومی موضوع مقررات اداری ترجیح دهد.

همین عدم شفافیت در مقررات و نیز خلا بعد نظارت عمومی است که کار بدانجا رسانده است که «مدیرکل دفتر مرکزی حراست سازمان جنگل‌ها، مراتع و ابخیزداری کشور از زمین‌خواری به عنوان حادثترین مصداق فساد نام برد که سازمان جنگل‌ها با آن روبه‌روست». بدان معنا که در نبود اطلاعات جامع از زمین‌ها، زمین‌های موضوع قوانین محافظت از اراضی به راحتی مورد تملک خصوصی واقع می‌شوند. نه نهاد عمومی خود را ملزم به تبیین مقررات اجرایی می‌سازد و نه سازمان مردم‌نهادی وجود دارد تا با پیگیری موضوع سازمان عمومی را وادار به پیگیری وظایف خود کند.

اینکه مدام خبرهایی از قاچاق چوب جنگل‌های شمال منتشر می‌شود نمی‌تواند تن‌ها به دلیل کمبود نیروی جنگلبان باشد. به دام افتادن جنگلبانان در فساد و اسیر شدن در طعمه‌های قاچاقچیان، می‌تواند از عوامل مؤثر این اتفاق در نظر گرفته شود. به گفته مسئولین مربوطه «می‌توان تخمین

زد که ۳۰ تا ۳۵ درصد حجم قاچاق به دلایل گوناگون توسط نیروهای حفاظتی سازمان جنگل‌ها کشف نمی‌شوند.^۱

از طرف دیگر می‌توان به حقوق ناکافی مأمورین عمومی به عنوان عامل ناکارایی قوانین و مقررات این حوزه نیز اشاره نمود. همانطور که معاون فنی یگان حفاظت سازمان جنگل‌ها اشاره می‌کند، «تا وقتی استانداردهای شغلی جنگلبانان رعایت نشود و پرداخت حقوق نیروهای حفاظتی که حداقل حقوق را دریافت می‌کنند، ۱۰ ماه با تأخیر انجام شود، با رعایت تمام تدابیر، باز هم امکان لغزش وجود خواهد داشت».

بند دوم: برزیل

برای فهم ابزارهای حقوقی که در مناطق جنگلی آمازون اعمال می‌شوند، باید نگاهی اجمالی به نظام حقوقی برزیل داشت. بر اساس قانون اساسی مصوب ۱۹۸۸، برزیل دارای یک نظام ریاست‌جمهوری فدرال، دموکراسی دارای نمایندگان و نظام جمهوری است، که در آن ریاست‌جمهوری برزیل هم‌زمان ریاست دولت و ریاست حکومت را در اختیار دارد. ساختار اداری حکومت فدراسیون است؛ گرچه، در برزیل شهرداری‌ها واحدهای سیاسی مستقلی هستند که از این طریق نظام فدراسیون سه ضلعی می‌شود: این نظام متشکل از اتحادیه، ایالات، و شهرداری‌هاست. نظام حقوقی برزیل بر مبنای حقوق رومی است.

در این کشور، قدرت قانون‌گذاری در اختیار کنگره ملی برزیل قرار دارد که از مجلس نمایندگان و مجلس سنا تشکیل شده‌است. بر اساس روند معمول حقوقی قوه مجریه باید در قانونگذاری دخیل باشد، قوه مجریه می‌تواند قانون جدید را وتو کند، و از حق انحصاری ابتکار قانونگذاری در مسائلی خاص نیز برخوردار است.

همچنین باید اشاره کرد که در این ساختار، فرمان قانونی (lawdecree) قاعده‌ای است که توسط قوه مجریه با قدرتی معادل قانون فدرال تصویب می‌شود. این قواعد در زمان‌های اضطراری یا

مواردی که از اهمیت ملی برخوردارند وضع و صادر می‌شوند. در اصلاحات ۱۹۸۸ این فرمان‌ها جایی خود را به «اقدام موقت» (provisi onal Measure) دادند.

بسیاری از مواد قانونی که به خودی خود قابل اجرا نیستند، به مقررات خاصی نیاز دارند. دستورالعمل (decree) مصوبه‌ای است که از سوی قوه مجریه برای اجرای چنین قوانین اعلام می‌شود.

امور مربوط به جنگل‌ها ذیل «قانون جنگل‌داری» اداره می‌شوند. در این خصوص دستورالعمل‌ها و مقررات اداری زیادی نیز وجود دارد. موسسه محیط زیست و منابع طبیعی تجدیدپذیر برزیل (IBAMA) نیز به صدور مقرراتی نظیر احکام اداری، دستورالعمل‌های هنجاری، دستورات خدماتی و مصوبات دیگری می‌پردازد که خلاهای قوانین را پر می‌کنند. قانون جنگل‌داری از نظامی پایه‌ای پیروی می‌کند که در آن قواعد کلی توسط قوه مقننه وضع می‌شوند، به وسیله دستورالعمل‌ها مقررات‌گذاری صورت می‌پذیرد و با مقررات و آیین‌نامه‌های اداری اجرا می‌شود.^۱

مشکل ذاتی این قوانین و مقررات آن است که اکثر مقررات مرتبط با جنگل‌ها و جنگل‌داری مبتنی بر مقررات اداری هستند که فاقد ثبات‌اند چراکه در نبود تایید کنگره به راحتی با مقررات دیگری جایگزین می‌شوند یا در نهادهای قضایی بی‌اعتبار شناخته می‌شوند.

قوانین اصلی مربوط به جنگل‌ها در برزیل شامل قانون جنگل‌داری (۱۹۶۵) که سیاست‌های کلی جنگل را در بر دارد، قانون سیاست‌های کلی محیط زیست ملی (۱۹۸۱) که اصول بنیادی اقدامات دولت برای حفظ تعادل زیست‌بومی، برنامه‌ریزی و اجرای مقررات جهت بهره‌برداری معقول از منابع طبیعی را بیان نموده و قانون جرایم محیط زیستی (۱۹۹۸) است که مجازات‌های کیفری و اداری رفتارهای مضر برای محیط زیست را بیان نموده است که شامل جریمه‌های مالی بین ۱ تا ۳۱ میلیون دلار است. پیش از تصویب این قانون، تمامی جریمه‌ها مبتنی بر مقررات اداری بودند که در دادگاه‌ها لغو می‌شدند.

قانون جنگل‌داری ۱۹۶۵ چهار الگو برای استفاده از زمین معرفی کرده است: الف) استفاده تناوبی/نوبتی از زمین؛ ب) مدیریت جنگل ملی؛ ج) ذخایر قانونی؛ و د) احیای جنگل‌ها.

1 R. Hirakuri Sofia, Can Law save the Forest? Lessons from Finland and Brazil, Center for International Forestry Research, 2003, p. 13

قانون ۱۹۶۵ معین می‌کند که جنگل‌های ملی تن‌ها به وسیله برنامه‌های فنی مدیریت جنگل قابل بهره‌برداری هستند، اما دولت برزیل ۲۹ سال بعد شروع به اعمال این مقرر کرد. در این مدت امور جنگل با مقررات اداری فاقد ضمانت اجرا اداره می‌شدند.

تا اواسط دهه ۸۰ قرن بیست، بهره‌برداری بی‌رویه از جنگل‌ها ادامه داشت تا جایی که جنگل‌های جنوب برزیل تقریباً تمام شدند. بنابراین، از نیمه دوم این دهه مقرراتی در خصوص بهره‌برداری از جنگل‌ها و ابزارهایی برای مقابله با تخلفات وضع شد.

در سال ۱۹۹۶ دولت تغییر بزرگی در قوانین جنگل ایجاد کرد. تا پیش از این، مالکین زمین می‌توانستند تا ۵۰٪ زمین‌های خود را از درخت تخلیه کنند، اما «اقدام موقت» در این سال این مقدار را به ۲۰٪ کاهش داد.

اولین مقررات اجرایی قانون جنگلداری تازه در سال ۱۹۹۴ به تصویب رسید.^۱

طبق بررسی‌های انجام شده، علی‌رغم تمامی مقرراتی که سیر شکل‌گیری آن‌ها به اختصار ذکر شد، با توجه به دارا بودن یکی از انبوه‌ترین جنگل‌های جهان، جزء مراکز اصلی قاچاق چوب به شمار می‌رود که حجم بیشتر آن از طریق فساد ماموران جنگلبانی صورت می‌گیرد. در طی پنجاه سال گذشته حدود هفتاد طرح برای جنگل‌های آمازون واقع در برزیل به تصویب رسیده است که ۵۱ طرح آن عملاً به دلیل تخلیه کامل محوطه موضع طرح از درختان، منتفی شده است.^۲

علاوه بر موارد ذکور در بالا، که علت عمده ناکام ماندن حفاظت از جنگل‌ها در برزیل را ناکارآمدی مقررات مربوطه از حیث قدرت اجرایی دانسته است، به نظر می‌رسد همانند مواردی که در مورد ایران نیز ذکر شد، فقدان نهادهای نظارتی دولتی و نیز مردم‌نهاد و فقدان ظرفیت شفافیت و پاسخگویی در مقررات مربوطه عامل اصلی فساد میان ماموران عمومی و دولتی است که حفاظت از جنگل‌ها را بر عهده دارند و عملاً به جای مامورین دولتی به مامورین قاچاق تبدیل شده‌اند. علی‌رغم وجود مبانی قانونی برای حفاظت از جنگل‌ها، فقدان وفاق ملی برای این موضوع، مانع از شکل‌گیری خواست عمومی شده تا پاسخگویی مقامات دولتی برزیل و به تبع آن مامورین اداری را فراهم آورد. در مقررات اداری برزیل و تمامی آیین‌نامه و دستورالعمل‌هایی که در خصوص قوانین مربوط به جنگل‌ها وضع و صادر شده‌اند، جای خالی پیش‌بینی نهادهای نظارتی به چشم می‌خورد. علاوه بر این، حقوق ناکافی مامورین جنگلبانی مزید بر علت همکاری این مامورین با قاچاقچیان چوب شده است. از طرف دیگر،

¹Ibid, pp. 14-17

²Ibid, p. 36

بر خلاف ایران، در برزیل اراضی جنگلی ملی نشده‌اند بلکه هم‌چنان در بسیاری از مناطق در تملک مالکین خصوصی هستند. با وجود قوانینی که نحوه و میزان تصرف این مالکین را محدود می‌نماید، عملاً نقش بسیاری از قوانین در محدوده همین املاک شخصی صورت می‌پذیرد. این بدان معناست که نحوه مقررات‌گذاری در حوزه جنگل‌ها از کارآیی لازم برخوردار نیست. ضمن اینکه منافع گروه‌های دینفع در این مقررات‌گذاری تامین نشده است. این موضوع نیز خود یکی از عوامل اصلی بی‌توجهی به قوانین دولتی و مقررات و دان زدن به فساد در این حوزه است.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

بی‌توجهی به فلسفه و اهداف مقررات‌گذاری در حوزه‌ها مختلف مرتبط با منافع ملی و عمومی از جمله حوزه محیط زیست و به دنبال آن نادیده گرفتن معیارهای مقررات‌گذاری مطلوب به خودی خود می‌تواند عاملی برای زمینه‌سازی فساد اداری باشد. تدوین مقررات به گونه‌ای که مخاطبان یا مامورین عمومی و اداری را در شرایط نقض آن‌ها قرار دهد، زمینه‌سازی فساد اداری است.

در حوزه محیط زیست فساد سیاسی می‌تواند محدوده دخالت دولت برای حل مشکلات محیط زیستی را محدود کند و فساد اداری به محدودیت اجرای سیاست‌های محیط زیستی می‌انجامد. هر اقدام جمعی برای پیشرفت در حوزه امور اجتماعی با وجود فساد با شکست مواجه خواهد شد. علت اصلی فساد اداری سوءاستفاده از قدرت است و مقابله با آن باید بستن راه این سوءاستفاده متمرکز باشد.^۱

به دلایلی که در پژوهش حاضر توضیح داده شد، فقدان هر یک از معیارهای مقررات‌گذاری مطلوب و یا تدوین آن به شیوه‌ای که منجر به خروج مقام اداری از نظارت شود یا صلاحیت‌های وی را برخلاف مبانی قانونی گسترش دهد، مامور یا مقام اداری را در شرایطی قرار می‌دهد که قادر است منافع شخصی خود را بر منافع عمومی و ملی ترجیح دهد و وظایف قانونی خویش را نادیده بگیرد.

اساساً نه در مقررات مربوط به محیط زیست و جنگل‌ها و نه در سایر رویه‌های مقررات‌گذاری در ایران اصول کلی‌ای که شامل معیارهای مقررات‌گذاری مطلوب نیز باشند معرفی و شناسایی نشده‌اند.

1 Pellegrini Lorenzo, Corruption, Development and the Environment, Springer, 2011, pp. 5-7

در هیچ نهاد اداری مقررات‌گذاری بر اساس چنین اصولی انجام نمی‌گیرد. در نتیجه شیوه مقررات‌گذاری در نظام حقوقی و اداری ایران را می‌توان به خودی خود از این نظر مولد فساد دانست.

برزیل در شیوه مقررات‌گذاری خویش دچار آفت مشابهی است که البته بنا به گسترده‌تر بودن وسعت جنگل‌ها در این کشورها، تبعاً حجم وقوع فساد اداری در این حوزه نیز در این کشور بیشتر است.

در مورد ویژگی‌های مقررات‌گذاری مطلوب مبنی بر کارهای گسترده و متعددی که به ویژه در سال‌های اخیر نگاشته شده‌اند، توضیحات فراوانی ذکر شده و جزییات این عناوین مورد بحث و بررسی نویسندگان مختلف قرار گرفته است. لازم است دولت‌ها به ویژه دولت‌های در حال توسعه که هم‌چنان در حال دست و پنجه نرم کردن با این اصول و برقرار نظام‌های اداری مطلوب‌تر هستند به این معیارها در تدوین قوانین و مقررات اداری توجه نمایند. علاوه بر این، شکل‌گیری وفاق ملی در برابر پدیده فساد اداری در حوزه‌های مختلف از جمله محیط زیست، به تقویت بعد پاسخگویی دولت به ویژه در زمینه اجرایی شدن قوانین و مقررات و در معرض سوال قرار گرفتن مقامات سیاسی و اداری کمک بزرگی خواهد نمود.

تقویت سازوکارهای نظارتی، حمایت از سازمان‌های مردم‌نهاد و تعهد به پاسخگویی و شفافیت در تدوین، تصویب و نیز اجرای مقررات و التزام به باقی ماندن در چارچوب صلاحیت‌های قانونی همگی عواملی است که زمینه وقوع فساد اداری را از میان می‌برد و در نتیجه به توسعه نظام اداری کمک می‌نماید.

Abstract

Today and in the governance system, the management of public affairs is often done through regulations. Despite the fact that regulation usually serves the efficiency and legal action of the rulers, however, it seems that it can also be a ground for the occurrence of administrative corruption. This is to explain that if the regulation is not in the framework of the principles of good governance and also the regulation is not good, it has the ability to generate or intensify administrative corruption during the implementation of regulations by public officials or people. This category in such an important issue of the environment can have long-term and irreparable consequences for public interests. The present study aims to briefly examine the possibility and grounds of administrative corruption due to unfavorable regulations regarding forests as one of the most corruptible and sensitive elements of the environment. In this regard, the regulations of Iran and Brazil in the field of environment and especially the forest have been comparatively studied.

Keywords: administrative corruption, good governance, good regulation, environment, forest

منابع

۱. افضلی، عبدالرحمن؛ فساد اداری و تاثیر آن بر توسعه: علل، پیامدها و راهکارهای برون رفت، مجله حقوقی بین‌المللی، پاییز و زمستان ۱۳۹۰، شماره ۴۵، صص ۲۳۵ تا ۲۶۴
۲. انصاری باقر و دیگران، ارزیابی آثار مقررات‌گذاری؛ به سوی مقررات‌گذاری بهتر، (مجمعه مقالات)، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲
۳. باغستانی میبدی مسعود و دیگران، لزوم دخالت دولت در مقررات‌گذاری و نظارت بر بازارهای مالی، مجله اقتصادی، شماره ۷ و ۸، مهر و آبان ۱۳۹۴
۴. حبیبی نادر، فساد اداری (عوامل و روش‌های مبارزه)، انتشارات وثقی، ۱۳۷۵
۵. خبرگزاری تسنیم: <https://www.tasnimnews.com/fa>
۶. درویش، حسن؛ عظیمی زاجکانی، فاطمه؛ بررسی تاثیر شفافیت سازمانی بر کاهش فساد اداری با میانجیگری اعتماد سازمانی، بهار ۱۳۹۵، صص ۱۵۳ تا ۱۶۶
۷. دکتر وکیلان، حسن، تقریرات کلاسی درس مطالعه تطبیقی نهادهای سیاسی و اداری، دوره دکتری تخصصی حقوق عمومی، نیمسال تحصیلی اول ۹۶-۱۳۹۵
۸. ربیعی، علی؛ آصف، هاجر؛ نقش فرهنگ سازمانی در پیشگیری از بروز فساد اداری، تابستان ۱۳۹۱، شماره ۱۰، صص ۴۵ تا ۵۸
۹. زاهدی، شمس‌السادات؛ محمدنبی، سینا؛ شهبازی، مهدی؛ بررسی عوامل موثر بر کاهش فساد اداری، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۲۰، صص ۲۹ تا ۵۶
۱۰. شفیع‌زاده حمید، ارتقای فرهنگ و آموزش عمومی برای مقابله با فساد، فصلنامه علمی-تخصصی دانش ارزیابی، شمره ۳، بهار ۱۳۸۹
۱۱. فرهادی نژاد، محسن؛ لگزیان، محمد، پیمایشی طولی در زمینه ی علل فساد اداری و روش‌های کنترل آن (۱۳۸۸ - ۱۳۷۸)، چشم‌انداز مدیریت دولتی، شماره ۸، صص ۴۵-۶۹
۱۲. قرنی محمد و همکاران، بررسی و تحلیل رابطه فساد با اصول حکمرانی خوب و اثرپذیری آن از فرهنگ سازمانی، مجموعه مقالات همایش ارتقای سلامت اداری ایران، انتشارات زمان نو، ۱۳۸۹

۱۳. هاشمی، سید حامد؛ پور امین زاد، سعیده؛ فساد اداری و راهبردهای مبارزه با آن، بررسی‌های

بازرگانی، شماره ۵۰، آذر ۱۳۹۰، صص ۷۱-۵۲

۱۴. وبسایت رسمی سازمان جنگل‌ها، مراتع و آبخیزداری کشور: <http://www.frw.org.ir>

15. Baldwin R, et al, Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice, Oxford University Press, 2012
16. Callister J. Debra, CORRUPT AND ILLEGAL ACTIVITIES IN THE FOREST SECTOR, Background Paper for the 2002 Forest Strategy, 1999
17. Corruption & The Environment, A project for: Transparency International, Environmental Science and Policy Workshop Columbia University, School of International & Public Affairs, April 2006
18. He Gie et al, Corruption, Inequality, and Environmental Regulation, Grédi (Groupe de Recherche en Économie et Développement International), Université De Sherbrooke, 2007
19. Holmes Leslie, A very short introduction to corruption, Oxford University Press, 2015
20. Jacint Jordana and David Levi Faur (eds.), The Politic of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance, Edwards Elgar, 2004
21. Morgan, B & Yeung, K. An Introduction to Law and Regulation, Cambridge University Press, 2007
22. Pellegrini Lorenzo, Corruption, Development and the Environment, Springer, 2011
23. R. Hirakuri Sofia, Can Law save the Forest? Lessons from Finland and Brazil, Center for International Forestry Research, 2003
24. Report of 11th INTERPOL Global Programme on Anti-Corruption, Financial Crimes and Asset Recovery: Anti-Corruption in the Forestry Sector; Available at: <https://www.interpol.int/content/download/5151/file/Training%20on%20AntiCorruption,%20Financial%20Crimes%20and%20Asset%20Recovery%20in%20the%20Forestry%20Sector.pdf>
25. Rose-Ackerman Susan, International Handbook on the Economics of Corruption, Edward Elgar, 2006

26. UNDP(2010), characteristics of good governance present,at:www.imf.org/external/pub/ft/exvpgoven/govindex.html
27. World Bank. Helping Countries Combat Corruption, the Role of the World Bank, Washington DC, 1994
28. Wymeersch, Eddy, the Structure of Financial Supervision in Europe about Single, Twin Peak and Multiple Financial Supervisor,2010, <http://www.ecb.int>

دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ■ ۱۶۰
سال دوم؛ شماره سوم؛ بهار و تابستان ۱۴۰۱

فضای سبز شهری در پرتو آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری^۱

یاور شعبانی^۲

چکیده

گسترش فضای سبز شهری به مثابه یکی از نمودهای حمایت از حق بر محیط زیست سالم از یک سو و لزوم احترام به حقوق مالکانه اشخاص بر مبنای اصل تسلیط از سوی دیگر شاید مهمترین چالش هیات عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص پرونده‌های مرتبط با فضای سبز شهری می‌باشد. این که دیوان به کدام سو متمایل شده است مهم‌ترین پرسش در این حوزه است؛ توسعه دسترسی به فضای سبز به عنوان یکی از محورهای عدالت زیست محیطی را مرجح دانسته یا حامی حقوق مالکانه اشخاص بوده است، یا اصولاً توانسته است در آشتی این دو توفیقی بدست آورد. در این نوشتار کوشش می‌گردد بدین پرسش و پرسش‌های مشابه با عنایت به رویه هیات عمومی دیوان عدالت اداری پاسخی درخور و مفید فایده داده شود. در کنار این مسئله که ورود دیوان به مسائل ماهوی را ایجاب می‌کند، دسته دیگر آراء مسائل شکلی را مد نظر قرار داده و از این منظر به دادرسی اداری پرداخته‌اند که بررسی و تحلیل این دست آراء نیز در این مقال مورد توجه می‌باشد.

واژگان کلیدی: فضای سبز شهری، شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، تغییر کاربری فضای

سبز، هیات عمومی دیوان عدالت اداری، اصل تسلیط

۱ - ایده اصلی این مقاله نخستین بار در همایش حقوق شهری در آرای دیوان عدالت اداری که در سال ۱۳۹۵ در شیراز برگزار گردید شکل گرفت بدینوسیله از دست‌اندرکاران آن همایش خصوصاً دبیر علمی همایش جناب آقای دکتر کورش استوارسنجری صمیمانه سپاسگزاری می‌شود.

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مرودشت.

Urban green space in the light of the unity of opinion of the Court of Administrative Justice

Abstract

The expansion of urban green space as a manifestation of the protection of the right to a healthy environment on the one hand and the need to respect the property rights of individuals based on the principle of domination on the other hand is perhaps the most important challenge of the General Assembly of the Court of Administrative Justice. . The most important question in this area is which way the Court has leaned; The development of access to green space as one of the pillars of environmental justice has been preferred or advocated for the property rights of individuals, or in principle has been able to achieve reconciliation between the two. In this article, an attempt is made to give a suitable and useful answer to these and similar questions by considering the procedure of the General Assembly of the Court of Administrative Justice. In addition to the fact that the court requires the entry of substantive issues, other categories of opinions have considered formal issues and from this perspective have conducted administrative proceedings, the study and analysis of such opinions is also considered in this article.

Keywords: Urban Green Space, Supreme Council of Urban Planning and Architecture of Iran, Change of Use of Green Space, General Board of the Court of Administrative Justice, Principle of Dominance

مقدمه

علیرغم گره خوردن موضوع محیط زیست با تاریخ بشریت، حقوق محیط زیست رشته‌ای به نسبت جوان قلمداد می‌گردد و بشر تا سالیان دراز فقط گمان می‌کرد که در کره خاکی باید از مواهب خدادادی و طبیعی استفاده کند و مسئولیتی در قبال آن‌ها ندارد. اما رفته رفته بشر به این فکر فرو رفت که این منابع ابدی نیستند و احتمالاً روزی از بین می‌روند، به همین خاطر حفاظت از این محیط زیست برای استفاده بهتر خود و نیز نسل آینده موضوعی فراگیر و البته بسیار مهم گردید که در علم حقوق باعث پدیداری گرایشی به نام حقوق محیط زیست شد. رشد آگاهی بشر از یک سو و گسترش صنایع بشری که در بسیاری از جهات از نظر محیط زیستی زیان زننده هستند از سوی دیگر، توجه بشر را به محیط زیست معطوف ساخت تا آنجا که قرن بیست و یکم میلادی را قرن حق، محیط زیست و اطلاعات نامیده‌اند.^۱

اصولاً حق بر محیط زیست ایمن^۲ از حقوق نسل سوم بشری موسوم به حقوق همبستگی است که در اسناد و اعلامیه‌های بین‌المللی مرتبط با حقوق محیط زیست بر آن‌ها تاکید شده است. در این خصوص می‌توان به ماده یک اعلامیه استکهلم^۳ اشاره نمود که می‌گوید: «... محیط زیست انسان خواه طبیعی یا مصنوعی، برای رفاه انسان و برخورداری او از حقوق بنیادین بشر و حق بر حیات حائز

۱- راسخ، محمد (۱۳۹۴) درس گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی، چاپ اول، تهران: نشر خانه اندیشمندان علوم انسانی، ص. ۹.

2- The right to safe environment

۳- این کنوانسیون (Stockhol mConference of ۱۹۷۲) به ابتکار سازمان ملل متحد در شهر استکهلم سوئد تشکیل شد که ۱۱۳ کشور در آن شرکت نمودند. این اجلاس تا به حال بزرگترین کنفرانس بین‌المللی در خصوص محیط زیست بوده است. هدف این گردهمایی توجه به مسائل محیط زیست جهانی و حقوق بشر در این زمینه و گوشزد نمودن آثار زیانبار فعالیت‌های بشر نسبت به محیط زیست بود. بیانیه‌ای که این کنفرانس صادر نمود ۲۶ اصل داشت (کاشف، ۱۳۹۲: ۹). اعلامیه‌ای که از این کنوانسیون حاصل گردید اگرچه متنی غیر الزام‌آور بود، اما بدون شک یکی از اساسی‌ترین پایه‌های رشد حقوق بین‌الملل محیط زیست در سطح جهانی قلمداد می‌گردد. روز افتتاح این کنفرانس ۵ ژوئن به عنوان روز جهانی محیط زیست تعیین گردیده است.

اهمیت است». همچنین از حق بر محیط زیست سالم^۱ به عنوان یکی از مولفه‌های نظام حقوق همبستگی و زمینه‌ساز توسعه پایدار بسیار سخن گفته شده است^۲ و حتی به نظر برخی حقوقدانان، هم اکنون یک حقوق بشر بین‌المللی نسبت به محیط زیست پاک وجود دارد و لزوم جهانی‌سازی حقوق محیط زیست همواره مورد تاکید قرار گرفته و این عقیده وجود دارد که در اسناد بین‌المللی ارجاع خاص به حق بر محیط زیست سالم به عنوان یک حق بشری با قلت و ابهام صورت گرفته است.^۳

با عنایت به اینکه بخش عمده‌ای از مردم در محیط‌های شهری زندگی می‌کنند^۴ توجه ویژه به محیط زیست شهری اهمیت بسیار دارد؛ فضای سبز شهری اصلی‌ترین بخش محیط زیست شهری را تشکیل می‌دهد فلذا عنایت ویژه‌ای را می‌طلبد. دیوان عدالت اداری در ایران می‌تواند به مثابه نهاد حافظ حقوق شهروندان آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های مغایر قانون را ابطال کند. در حوزه محیط زیست، استفاده از ظرفیت‌های قانون اساسی به ویژه اصل ۵۰ می‌تواند سلاح قدرتمند دیوان در نظارت قضایی بر اعمال اداری ناقض حق بر محیط زیست سالم و تحقق حاکمیت قانون قلمداد شود.^۵ در این نوشتار پس از نگاه مختصری به تعاریف و مفاهیم مورد نیاز در حوزه فضای سبز، سیر تحول تاریخی قانونگذار ایرانی را در این خصوص به نظاره می‌نشینیم و در نهایت به طبقه‌بندی و تحلیل آراء هیات عمومی دیوان عدالت اداری در پرونده‌های مرتبط به فضای سبز شهری خواهیم پرداخت.

1- The right to a clean environment

۲ - وکیل، امیر ساعد و پوریا عسکری (۱۳۸۷) **قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی**، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، صص. ۱۷۵-۱۷۴.

۳ - شاو، مالکوم ناتان (۱۳۹۳) **حقوق بین‌الملل محیط زیست**، ترجمه و تحقیق علی مشهدی و حسن خسروشاهی، چاپ دوم، تهران: خرسندی، صص. ۲۱-۲۰.

۴ - برای مثال بر اساس آمار بانک جهانی تقریباً ۷۵ درصد مردم اروپا در نواحی شهری زندگی می‌کنند
Bertram, Christine and Katrin Rehdanz (2015) **The role of urban green space for human well-being**, Ecological Economics, 120, p. 139.

۵ - رحمت‌اللهی، حسین و امید شیرزاد (۱۳۹۳) **حق بر محیط زیست سالم در رویه قضایی دیوان عدالت اداری**، دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، ش. ۶، ص. ۹۷.

گفتار نخست: محیط زیست و فضای سبز شهری

در گفتار نخست ابتدا محیط زیست شهری تعریف می‌گردد و سپس ضمن تعریف فضای سبز شهری به دلایل ضرورت گسترش آن و پیشرفت‌های ادبیات عدالت محیط زیستی در این خصوص پرداخته می‌شود.

بند نخست: محیط زیست شهری

یکی از شاخه‌های اصلی حقوق محیط زیست، محیط زیست درون شهرها موسوم به محیط زیست شهری^۱ است؛ که معمولاً محیط زیستی انسانی یا انسان ساخت است و به آن بخش از محیط زیست اطلاق می‌گردد که به دست بشر ساخته شده و زاییده تفکر اوست.^۲ محیط زیست طبیعی در مقابل محیط زیست انسانی به محیطی اطلاق می‌شود که ساخته دست آدمی نیست و با وجود اینکه مورد دستکاری او واقع شده ولی همچنان ماهیت خویش را حفظ نموده است مانند دریاها، جنگل‌ها، کوه‌ها و ...^۳ بنابراین زمانی که از محیط زیست در حوزه شهری سخن می‌گوییم بیشتر محیط زیست انسان ساخت را در نظر داریم؛ که فضای سبز شهری تشکیل دهنده بخش قابل توجهی از این محیط زیست انسانی می‌باشد.

بند دوم: فضای سبز شهری

در تعریف فضای سبز شهری آمده است: فضای سبز شهری بخشی از فضاهای زیستی شهر بصورت عرصه‌های طبیعی یا مصنوعی است که گیاهان عناصر اصلی و بارز آن محسوب می‌شوند و این فضاها تحت نظارت و مدیریت انسان طبق ضوابط و قوانین خاص و با بهره‌گیری از تخصص‌های مرتبط با

1- Urban environment

۲ - علم‌خانی، اعظم (۱۳۹۵) مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست محیطی، چاپ دوم، تهران: خرسندی، ص. ۴۰.

۳ - یوسفی، زینب و سیامک زندی (۱۳۹۴) تعهدات زیست محیطی (موانع و چالش‌ها)، چاپ اول، تهران: خرسندی، ص. ۲۴.

آن با هدف بهبود شرایط زیستی و رفاهی شهروندان ایجاد و نگهداری می‌شوند.^۱ فضای سبز عمومی شامل پارک‌ها، زمین‌های بازی، حریم رودخانه‌ها مانند نهرها و کنار رودها، راه‌ها و مسیرهای سبز، باغ‌های عمومی، درختان خیابانی، مناطق حفاظت منابع طبیعی حتی دیوارهای سبز، کوچه‌های سبز، گورستان‌ها و نیز فضاهای سبز شخصی مانند حیاط منازل شخصی، زمین‌های اشتراکی آپارتمان‌ها و فضاهای باز اشتراکی می‌شود.^۲

دلایل بسیاری وجود دارد که ضرورت گسترش فضای سبز در محیط‌های شهری را جلوه‌گر می‌کند، از جمله اینکه فضای سبز هوا را تصفیه می‌کند، آلودگی را از بین می‌برد، سر و صدا را ضعیف می‌کند، هوا را خنک می‌کند، بخار آب را زیاد می‌کند، آب‌های زیر زمینی را از نو ذخیره می‌کند و حتی غذا تولید می‌کند.^۳ دیگر اینکه فضای سبز شهری طیفی گسترده از خدمات اکوسیستمی را فراهم می‌آورد که می‌توانند با بسیاری از امراض شهری^۴ مبارزه کنند و به زندگی ساکنین شهر خصوصاً سلامتی آنان بهبود بخشند.^۵ این امراض شهری منحصر به بیماری‌ها و نارسایی‌های جسمانی نیست و مشکلات روحی- روانی را نیز شامل می‌شود؛ برای مثال نتیجه مطالعاتی در هلند نشان می‌دهد که درختان و مناظر جنگلی پارک مانند سبب کاهش استرس، لذت از منظر، کاهش عصبانیت و تنش و افزایش تمرکز می‌شود.^۶

۱ - حبیبی، معصومه و همکاران (۱۳۹۵) توسعه فضای سبز شهری رهیافتی در پایداری زیست محیطی شهرها، دومین کنفرانس برنامه‌ریزی و مدیریت محیط زیست، ص. ۳.

2- Wolch, Jennifer R. et al. (2014) **Urban green space, public health, and environmental justice: The challenge of making cities just green enough**, Landscape and Urban Planning, Volume 125, p. 234.

3- Escobedo, Francisco, et al. (2011) **Urban forests and pollution mitigation: Analyzing ecosystem services and disservices**. Environmental Pollution, 159(8), pp. 2078- 2087.

4 - Urban ills

5- Wolch et al., op. cit.: 234

6- Van den berg, Agnes E., et al (2003) Environmental preference and restoration: (How) are they related?, Journal of Environmental Psychology, 23, pp. 135- 146.

ادبیات عدالت محیط زیستی^۱ پیشرفت‌هایی هر چند در ابعاد محدود در جهت ایجاد اهمیت دسترسی منصفانه همگانی به طیف گسترده‌ای از منابع^۲ داشته است.^۳ برخی معتقدند که این دسترسی منصفانه شامل درختان شهری نیز می‌گردد^۴ و صحبت از دوباره سبز سازی شهر^۵ یا ایجاد جنگل شهری^۶ به میان می‌آورند.^۷ بنابراین برخی با این پیش‌فرض به مسائل محیط زیست شهری خاصه فضای سبز شهری ورود می‌کنند که نابرابری‌هایی در این حوزه وجود دارد که باید درصدد رفع آنان برآمد.^۸ معتقدند که شواهد بسیاری در بی‌عدالتی در توزیع فضای سبز شهری وجود دارد و این بدان دلیل است که دسترسی به فضای سبز^۹ به طور فزاینده‌ای به عنوان یکی از محورهای عدالت زیست محیطی شناسایی شده است.^{۱۰}

گفتار دوم: قوانین و مقررات در خصوص فضای سبز شهری

در ابتدا باید از اصل پنجاهم قانون اساسی سخن گفت که در آن حفاظت از محیط زیست را نه به عنوان وظیفه دولت که به عنوان وظیفه‌ای عمومی یاد کرده است.^{۱۱} اصل مزبور مقرر می‌دارد: «در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسلهای بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیتهای اقتصادی و غیر آن که با

1- Environmental justice

2- Fair access for all to the full range of resources

3- Di Chiro, G. (1996) **Nature as community: The convergence of environment and social justice. In Uncommon ground: Rethinking the human place in nature**, edited by W. Cronon, New York: W. W. Norton, pp. 307- 309.

4- Heynen, Nick, et al. (2006) **The Political Ecology of Uneven Urban Green Space, The Impact of Political Economy on Race and Ethnicity in Producing Environmental Inequality in Milwaukee**, Urban Affairs Review, Volume 42 Number 1, p. 19.

5- Regreening the City

6- Urban forest

7- Ibid: 19-21

۸- مهم‌ترین دلیل اهمیت دسترسی به فضای سبز شهری اهمیت این قضیه در سلامت افراد است و باید نابرابری‌های موجود را که به سبب عواملی چون سطح درآمد، خصایص قومی- نژادی، سن، جنسیت، توانایی و ... به وجود آمده را مرتفع نمود و حق همگانی برای شهروندان در این خصوص قائل شد و سیستمی عدالت محور طراحی نمود Wolch (et al., 2014: 235-236).

9- Access to green space

10- Wolch et al., op. cit.: 236.

۱۱ - مهرپور، حسین (۱۳۸۷) **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ اول، تهران: دادگستر، ص. ۸۶.

آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر قابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». این اصل بدون هیچ گونه رای مخالف یا ممتنع و با رای موافق ۶۴ عضو حاضر در جلسه ۵۴ مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به تصویب رسید.^۱ اصل چهل و پنجم نیز دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی و مراتعی که حریم نیست را در اختیار حکومت اسلامی می‌داند تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. اصل چهل و هشتم نیز منع تبعیض استان‌ها در بهره‌برداری از منابع طبیعی را مور تأکید قرار می‌دهد و اصل یکصد و پنجاه و سوم هرگونه قرارداد که موجب تسلط بیگانه بر منابع طبیعی گردد را ممنوع اعلام می‌نماید. آنچه در این اصول مورد شناسایی قرار گرفته، بدون اشاره صریح بر حق محیط زیست، ضرورت محافظت از محیط زیست و منابع طبیعی است.^۲

در مورد قوانین عادی در ابتدا باید به ماده ۱۷ قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان‌های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۱۲ مجلس شورای ملی اشاره نمود که بر اساس بند ۸ این ماده یکی از وظایف وزارت کشاورزی، بهسازی محیط زیست از نظر ایجاد فضای سبز تعیین گردیده است. پس از انقلاب و با عنایت به اصل پنجاهم قانون اساسی که شرح آن آمد، لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۳ به عنوان مهم‌ترین قانون در این خصوص به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. ماده یک این لایحه قطع هر نوع درخت در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، باغات و محل‌هایی که به صورت باغ شناخته شوند در محدوده قانونی و حریم شهرها را بدون اجازه شهرداری ممنوع اعلام کرده است.^۳ ضمانت

۱ - صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۱) چاپ اول، تهران: انتشارات اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ص. ۱۲۱۱.

۲ - مشهدی، علی (۱۳۹۳) اساسی سازی ماهوی حق بر محیط زیست در حقوق ایران و فرانسه، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ش. ۲، ص. ۵۶۲.

۳- شایان توجه است که در حال حاضر این ماده بر اساس قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۳ مجلس شورای اسلامی و در ماده یک بدین شکل اصلاح گردیده است: «به منظور حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان، قطع هر نوع درخت و یا نابودکردن آن به هر طریق در معابر، میادین، بزرگراه‌ها، پارک‌ها، بوستان‌ها، باغات و نیز محل‌هایی که به تشخیص شورای اسلامی شهر، باغ شناخته شوند در محدوده و حریم شهرها بدون اجازه شهرداری و رعایت ضوابط مربوطه ممنوع است. ضوابط و

اجرای موجود در تبصره ۳ ماده ۴ این قانون^۱ که متضمن الزام مالکین باغات و محل‌هایی که به صورت باغ شناخته می‌شوند به غرس درخت‌ها به تعداد دو برابر در محل‌های مشخص است نیز مفید به نظر میرسد و در آخر می‌توان از ضمانت اجراهای کیفری حبس و جزای نقدی در ماده ۶ به عنوان قواعد حمایتی حفظ فضای سبز شهری نام برد. از دیگر قوانین مرتبط با بحث حاضر می‌توان به این‌ها اشاره نمود: ماده ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱، بند ۲۳ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخابات شهرداران مصوب ۱۳۷۵/۳/۱، ماده ۶۹۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲.^۳

همچنین می‌توان از مواد ۷ و ۸ و ۹ آیین نامه اجرایی بندهای ب، ج و د ماده ۴۵ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۵/۹/۱۴ هیات وزیران یاد کرد.^۴ ماده ۵ آیین نامه اجرایی قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی مصوب ۱۳۸۳/۳/۱۰، هر گونه واگذاری اراضی در داخل مناطق چهارگانه تحت مدیریت سازمان حفاظت محیط زیست را ممنوع اعلام می‌دارد.

چگونگی اجراء این ماده در چارچوب آیین نامه مربوط با رعایت شرایط متنوع مناطق مختلف کشور توسط وزارت کشور با هماهنگی وزارت مسکن و شهرسازی، سازمان حفاظت محیط زیست، وزارت جهاد کشاورزی و شهرداری تهران تهیه و به تصویب شورای عالی استان‌ها می‌رسد».

۱- این تبصره با ماده ۳ قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها جایگزین شده است: «مالکین باغات و محل‌هایی که به صورت باغ شناخته می‌شوند مکلفند به ازاء درخت‌هایی که اجازه قطع آنها از سوی شهرداری صادر می‌شود به تعداد معادل دو برابر محیط بن درختان قطع شده در همان محل و یا هر محلی که شهرداری تعیین خواهد کرد درخت با محیط بن حداقل ۱۰ سانتی متر بر طبق ضوابط و دستورالعمل‌های موجود در فصل مناسب غرس نمایند».

۲- در حال حاضر ماده ۴ قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها در این خصوص مجری است: «هرکس درختان موضوع ماده (۱) قانون گسترش فضای سبز را عالماً و عامداً و برخلاف قانون مذکور قطع یا موجبات از بین رفتن آنها را فراهم آورد، علاوه بر جبران خسارت وارده حسب مورد به جزای نقدی از یک میلیون (۱,۰۰۰,۰۰۰) ریال تا ده میلیون (۱۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال برای قطع هر درخت و در صورتی که قطع درخت بیش از سی اصله باشد به حبس تعزیری از شش ماه تا سه سال محکوم خواهد شد».

۳ - برای مشاهده این قوانین و دیگر قوانین مورد استناد در این خصوص بنگرید به: شکری، ۱۳۸۹: ۱۶۵-۲۳.

۴ - همان: ۲۰۱-۱۹۹.

از مصوبات شورای اسلامی شهر تهران نیز مصوبه چگونگی صدور مجوز انتقال و قطع درختان در شهر تهران مصوب ۱۳۸۴/۷/۲۶^۱ و مصوبه تعیین بهای خدمات تشویقی و شاخص‌های اقتصادی جلب مشارکت شهروندان در ایجاد و توسعه فضای سبز بر بدنه و فضاهای بلا استفاده ساختمان‌ها در شهر تهران مصوب ۱۳۸۷/۴/۴^۲ مفید منظور می‌باشند.

گفتار سوم: دیوان عدالت اداری و فضای سبز شهری

حق بر محیط زیست و لزوم حفاظت از محیط زیست و منابع طبیعی در محتوای آراء دیوان عدالت اداری جریانی متناقض نما را پیموده است. به نظر میرسد دیوان در برخی از آراء به این مسئله توجه و در برخی از آراء به صورت ضمنی و حاشیه‌ای به آن پرداخته و در برخی از آراء نیز صرفاً غرق در مسائل فنی دادرسی بوده و به اهمیت و هدف و فلسفه وضع قواعد زیست محیطی توجه ننموده است. این جریان نیازمند ایجاد رویکرد سبز^۳ در قضات دیوان در رسیدگی به پرونده‌هایی است که به نوعی مرتبط با مسائل محیط زیست و منابع طبیعی هستند. رای شماره ۴۰۹ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ هیات عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صیانت از منابع آبی و رای شماره ۶۱ و ۶۲ مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ مربوط به پاکسازی و حفاظت از هوا را می‌توان به نوعی در راستای حمایت از حق بر محیط زیست سالم قلمداد نمود. رویه دیوان در این دو رای حاکی از آن است که توجه این نهاد بیشتر به ضوابط عینی مندرج در قانون و چگونگی عنایت به آن‌ها در تصمیم اداری متخذه است و شناسایی و صحه گذاشتن بر حق بر محیط زیست سالم، امری حاشیه‌ای و فرعی در آرای هیات عمومی دیوان به شمار می‌رود.^۴ آنچه در این مقال به طور خاص در حوزه محیط زیست مورد تاکید

۱ - همان: ۳۱۰-۳۰۹

۲ - همان: ۳۶۸-۳۶۴

۳- رویکرد سبز Green Approach یا رویکرد چراغ سبز، رویکردی ابزاری در حقوق اداری است که در آن هدف حقوق اداری توانمند کردن اداره برای تامین هر چه بهتر نیازهای مردم است. رویکرد کنترلی یا چراغ قرمز و رویکرد بینابین یا چراغ زرد از دیگر رویکردها در این حوزه می‌باشند (هداوند و آقایی طوق، ۱۳۹۴: ۱۴-۱۱).

۴ - هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۳) اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، چاپ سوم، تهران: خرسندی، ص. ۱۶۰.

۵ - رحمت‌اللهی و شیرزاد، پیشین، ص. ۱۰۵.

است حفاظت از فضاهای سبز در آراء دیوان عدالت اداری است که این مورد اخیر نیز در جهت پاسداشت حق بر محیط زیست ایمن و سالم قرار دارد. در بادی امر باید به آرای اشاره نمود که هیات عمومی علی الاصول رسیدگی به آن‌ها را در صلاحیت خود نمی‌بیند. مطابق بند یک ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری هیات عمومی دیوان صلاحیت رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی^۱ از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و موسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به علت مغایرت با شرع یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود را داراست. بر همین اساس هیات عمومی در مواردی که شکایت جنبه شخصی و موردی داشته خود را صالح به رسیدگی ندانسته و پرونده را به شعبه ارجاع نموده است. در خصوص پرونده‌های مرتبط به فضای سبز نیز همین رویه کلی حاکم بوده است؛ دادنامه شماره ۶ مورخ ۱۳۸۴/۱/۱۴ در این راستا صادر گردیده است. در تاریخ ۱۳۸۴/۷/۲۴ نیز شکایتی در جهت ابطال طرح محدوده فضای سبز حریم کمربندی فریدونکنار به هیات عمومی ارجاع می‌گردد و اینگونه استدلال می‌شود که نظر به اینکه اعتراض و خواسته شکات در خصوص مورد و حقوق ادعائی نامبرده می‌باشد و متضمن اعتراض به مقررات عام و کلی از حیث موارد مندرج در ماده فوق‌الذکر نیست و واجد شرایط ماده یاد شده نمی‌باشد بنابراین اعتراض به کیفیت مطروحه قابل رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیات عمومی دیوان به نظر نمی‌رسد و پرونده جهت رسیدگی به شکایت مطروحه در خصوص تضییع حقوق مورد ادعای شکات به شعبه چهاردهم بدوی اعاده می‌شود. یا در رای دیگری هیات عمومی در دادنامه شماره ۱۶۶ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۰ اینگونه به انشاء رای پرداخته است:

" طبق قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات دولتی از جهات مقرر در

۱- اصل یکصد و هفتادم: قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.

قانون قابل اعتراض و رسیدگی و امعان نظر در هیأت عمومی دیوان است. نظر به اینکه بند ۳ مصوبه شماره ۳۸۱/ش/الف مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۰ شورای اسلامی شهر بوکان در خصوص موافقت با پیشنهاد شهرداری مبنی بر مزایده و فروش یک قطعه زمین متضمن وضع قواعد آمره عام و کلی نیست و در خصوص مورد انشاء شده است، بنابراین از مصادیق مقررات دولتی مورد نظر مقنن محسوب نمی‌شود و موردی برای رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت به آن در قلمرو ماده ۴۳ قانون مذکور وجود ندارد."

رای دیگری در این خصوص وجود دارد که در تاریخ ۱۳۹۰/۸/۳۰ هیأت عمومی با این استدلال که شکات به موجب دادخواست تقدیمی، ابطال طرح کمربندی سبز حفاظتی و حاشیه آن در املاک خود واقع در پلاک ثبتی ۳۹ اصلی بخش ۱۸ اصفهان را خواستار شده‌اند، بنابراین به لحاظ خارج بودن قضیه از شمول مصادیق مذکور، موضوع قابل رسیدگی و امعان نظر در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیست، پرونده را به شعبه ارجاع داده است.

پس از نگاهی مختصر به آرای دیوان در خصوص محیط زیست به طور کلی و حدود صلاحیت هیأت عمومی در پرونده‌های فضای سبز به شکل خاص، دیگر آراء دیوان در باب فضای سبز شهری را در یک تقسیم بندی کلی به آرای که ناظر بر مسائل شکلی هستند و آراء ناظر بر مسائل ماهوی تقسیم می‌کنیم.

بند نخست: آراء ناظر بر مسائل شکلی

در خصوص فضای سبز شهری بخش عمده‌ای از آراء دیوان ناظر به مسائل شکلی هستند؛ در این خصوص عمده‌تاً ایرادات صلاحیتی مطرح می‌گردند. در ابتدا آراء دیوان که در باب تشخیص مرجع صالح تشخیص باغ و مرجع صالح تامین فضای سبز هستند را بررسی و سپس حدود صلاحیت شورای عالی شهرسازی و معماری ایران را از منظر آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به نظاره خواهیم نشست.

۱- مرجع صالح در تشخیص باغات

یکی از مباحث مناقشه انگیز در خصوص صلاحیت‌ها در حوزه فضای سبز مسئله مرجع صالح در تشخیص باغات است. در این خصوص معاون امور سیاسی قضایی سازمان بازرسی کل کشور طی نامه

شماره ۳/۷/۱۸۸۸۰۹ مورخ ۷۸/۹/۲۰ اعلام داشته اند، به استناد قسمت اخیر ماده یک لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۵۹/۳/۳ که تصویب «ضوابط مربوط به چگونگی اجرای این ماده» را به عهده شورای شهر گذاشته است. وزیر کشور بعنوان قائم مقام شورای اسلامی شهر، آیین نامه‌هایی را تصویب کرده است که در آن‌ها ضوابط و معیارهای «تشخیص باغ» به تفصیل مقرر گردیده است. وزارت مسکن و شهرسازی نیز به استناد ماده ۱۴ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ که «تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات» را با رعایت ضوابط و مقررات وزارت مسکن و شهرسازی و مواد قانون زمین شهری بلا اشکال دانسته است، مبادرت به صدور دستورالعمل‌هایی نموده است که «ضوابط تفکیک باغات» را معین ساخته‌اند. هیات عمومی دیوان عدالت اداری در جهت رفع مناقشه رای شماره ۳۱ را در تاریخ ۱۳۸۳/۲/۶ صادر می‌کند:

" حکم مقرر در ماده یک لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۵۹/۳/۳ متضمن لزوم حفظ و گسترش فضای سبز و جلوگیری از قطع بی رویه درختان فارغ از محل عرس آن‌ها و کسب اجازه از شهرداری در صورت ضرورت قطع درخت و تهیه و تصویب ضوابط اجرایی امور مصرح در ماده مذکور توسط شهرداری و شورای شهر است و مفید تفویض اختیار تعیین مرجع بدوی و تجدیدنظر تشخیص باغ و صدور رأی قطعی و لازم الاجراء توسط مراجع مزبور نیست. مضافاً اینکه قانونگذار به صراحت ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع زمین دایر و تمیز بایر از موات را به عهده وزارت مسکن و شهرسازی قرار داده و رسیدگی به اعتراض نسبت به تشخیص مزبور را به دادگاه صلاحیتدار محول کرده و در ماده ۱۴ این قانون نیز اختیار تعیین ضوابط مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افراز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش واقع در محدوده قانونی شهرها را به وزارت مسکن و شهرسازی واگذار نموده است. بنا به مراتب فوق‌الذکر وضع قواعد آمره مبنی بر ایجاد کمیسیون بدوی جهت تشخیص باغ و مرجع تجدیدنظر به منظور رسیدگی به اعتراض اشخاص ذینفع به تصمیمات کمیسیون بدوی و نهایتاً صدور رأی قطعی و لازم الاجراء بشرح مذکور در ماده ۷ و تبصره آن از ضوابط اجرایی لایحه قانونی فوق‌الاشعار مصوب ۶۵/۱۱/۱۱ و اصلاحات بعدی آن ضوابط بشرح مواد ۱۵ و ۱۶ مصوب ۷۲/۱۱/۹ و مواد ۱۴ و ۱۵ مصوب ۷۳/۶/۲۹ خارج از حدود اختیارات مقرر در ماده یک لایحه قانونی

مذکور تشخیص داده می شود و مقررات مزبور مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می گردد.^۱

رای فوق در تاریخ ۱۳۸۷/۲/۲۲ در دادنامه شماره ۱۰۴ مجدداً مورد تایید دیوان قرار می گیرد. در رای دیگری هیات عمومی در تاریخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ اقدام به ابطال مصوبه شورای اسلامی شهر تهران به دلیل صالح نبودن این مرجع در تعیین مرجع تشخیص باغ و صدور رای در این باب و نحوه اعتراض به تشخیص کمیسیون مربوط و مرجع رسیدگی به اعتراض مذکور می نماید چرا که همانطور که در دادنامه شماره ۳۱ مورخ ۱۳۸۳/۲/۶ هیأت عمومی دیوان اداری نیز تصریح شده است حکم مقرر در ماده یک لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹/۳/۳ متضمن جواز تعیین مرجع تشخیص باغ در محدوده شهرها و حریم استحفاظی آنان نیست. مضافاً اینکه به صراحت ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ تشخیص عمران و احیاء و تأسیسات متناسب و تعیین نوع مطلق زمین دایر از جمله باغ و تمیز بایر از موات به عهده وزارت مسکن و شهرسازی محول شده و رسیدگی به اعتراض نسبت به تشخیص آن وزارتخانه در این زمینه، در صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک قرار گرفته است و به شرح ماده ۱۴ قانون مذکور نیز اختیار تعیین ضوابط مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افزاز و تقسیم و تفکیک باغات و اراضی کشاورزی و یا آیش واقع در محدوده قانونی شهرها را به وزارت مسکن و شهرسازی واگذار شده است. هیات عمومی با همین استدلالها در تاریخ ۱۳۸۳/۹/۲۹ در رای شماره ۴۷۴ بقاء کمیسیونهای بدوی و تجدیدنظر تشخیص باغ مستقر در سازمان پارکها و فضای سبز را غیر قانونی و منتفی و تصمیمات آنها را باطل و فاقد اعتبار اعلام می نماید.

بنابراین از نظر هیات عمومی دیوان عدالت اداری، مرجع صالح تشخیص باغات در محدوده قانونی شهرها کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ می باشد و اعتراض نسبت به تشخیص این کمیسیون در صلاحیت دادگاه صلاحیتدار است. از طرفی دیوان اختیار تعیین ضوابط مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افزاز، تقسیم و تفکیک باغات واقع در محدوده قانونی شهرها را بر عهده وزارت مسکن و شهرسازی می داند. صدور این آرا منجر به طرح شکایات مالکین باغهای واقع

در محدوده شهر تهران و حریم آن، خصوصاً باغ‌های شمال شهر، در شعب دیوان عدالت اداری، به منظور اجبار شهرداری تهران به صدور پروانه ساخت با رعایت کاربری مسکونی در باغ‌های یاد شده با رشد فزاینده مواجه شد. نتیجه نهایی این اقدامات، تخریب باغ‌های موجود و کاهش سریع سرانه فضای سبز در شهرهای کشور می‌باشد. با توجه به نتایج مورد بحث، حمایت از منافع عمومی و حفظ فضای سبز موجود در محدوده و حریم شهرها ضروری گردید و بر همین اساس زمینه اصلاح قانون فراهم شد (قاسمی حامد، ۱۳۸۸: ۱۴۹-۱۴۸). در حال حاضر همانگونه که پیشتر آمد بر اساس ماده یک قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۳، مرجع تشخیص باغ در محدوده و حریم شهرها، شورای اسلامی شهر می‌باشد.

۲- مرجع صالح در خصوص تامین فضای سبز

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۷۰/۶/۲۶ در این خصوص یک رای صادر کرده است و از آنجا که مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران از حدود مقرر در قانون مربوط به این شورا خارج گردیده و برخلاف حق موجود در این قانون که منحصر به اظهار نظر نسبت به پیشنهادها و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح‌های جامع شهری بوده است اقدام به قانونگذاری نموده و دیوان بدرستی آن را خارج از حدود اختیارات شورا و قوه مجریه تشخیص داده و اقدام به ابطال مصوبه نموده است.

"مصوبه مورخ ۶۹/۲/۱۷ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران، مبنی بر تأمین فضای سبز کنار اتوبان‌ها به این عبارت: "در داخل محدوده شهرها بخصوص در شهرهای بزرگ و پرتراکم در طرفین کلیه اتوبان‌ها و بزرگراههای داخل محدوده قانونی در کلیه شهرهای کشور بعمق حداقل ده متر و حداکثر ۳۰ متر به کاربری فضای سبز عمومی شهری، اختصاص خواهد یافت و ...". پس از دو جلسه بحث و بررسی در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، مغایر با اختیارات مصرحه در قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۲۲ اسفند ۱۳۵۱ با اصلاحیه‌های بعدی و قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی مصوب ۱۶ تیرماه ۱۳۵۳ و اصلاحیه‌های

بعدی آن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه تشخیص و باستناد ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب بهمن ماه ۱۳۶۰ به اکثریت آراء حکم بابطال مصوبه مذکور صادر و اعلام می‌نماید.^۱

شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مطابق بند ۲ ماده ۲ قانون تشکیل شورای عالی شهرسازی و معماری ایران صرفاً حق اظهار نظر نسبت به پیشنهادهای و لوایح شهرسازی و مقررات مربوط به طرح‌های جامع شهرداری را دارد و نمی‌تواند مصوبه‌ای در خصوص ایجاد فضای سبز یا تعیین محدوده آن داشته باشد، چرا که موارد اخیر اظهار نظر نبوده و عملاً تصویب و وضع مقررات هستند که در صلاحیت شورا نمی‌باشد؛ به طور کلی این مورد قانونگذاری محسوب و در اختیار قوه مقننه است و قوه مجریه صالح به وضع قانون نیست. این رای در دادنامه ۱۷۰ مورخ ۱۳۷۰/۱۲/۲۷ نیز مجدداً مورد تایید قرار گرفته است.

۳- حدود صلاحیت شورای عالی شهرسازی و معماری ایران

نخستین رای در این خصوص با استدلال‌هایی مبنی بر ارجحیت اصل تسلیط صادر گردیده که در بند دوم بدان خواهیم پرداخت و در اینجا صرفاً از جنبه شکلی رای هیات عمومی در تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ به شماره ۲۷۰ و ۲۷۱ را بررسی خواهیم نمود.

"تحدید دایره اعمال حقوق مالکانه اشخاص و کاهش قلمرو آن بدون تمسک به حکم قانونگذار جواز قانونی ندارد، بنابراین مصوبه مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۶ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران که استفاده از حقوق مالکانه اشخاص را در اجرای قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۹/۲۹ مقید و محدود به ۱۵۰ متر مربع کرده است خلاف قانون و خارج از حدود صلاحیت شورای عالی مذکور تشخیص می‌گردد و مصوبه مزبور مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد."

مطابق ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ بررسی و تصویب طرح‌های تفصیلی شهری و تغییرات آن‌ها مشتمل بر نحوه استفاده از زمین‌های شهری در

سطح محلات مختلف شهر با توجه به نقشه جامع شهر و ضوابط و معیارهای قانونی از وظایف و مسئولیت‌های خاص کمیسیون مذکور در ماده ۵ قانون فوق‌الاشعار است. این مسئله در رای هیات عمومی دیوان در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۶^۱ مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین به حکم صریح ماده ۷ همان قانون شهرداری مکلف به اجرای مصوبات شورای عالی مذکور است و نظر به جهات فوق‌الذکر و اینکه تکلیف تخلفات ساختمانی در محدوده شهرها نیز به شرح ماده ۱۰۰ قانون شهرداری تعیین شده و طبق ماده ۵۵ قانون شهرداری و سایر مقررات آن قانون اجازه وضع مقررات آمره به شهرداری تفویض نگردیده است هیات عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه ۳۳۸۰۳۳۹۰۳۴۰/۸۵ مورخ ۱۳۸۵/۵/۲۹ مفاد دستورالعمل‌های شماره ۲۱/۲۷۹۲۹ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۲ و ۲۱/۲۰۳۹۸ مورخ ۱۳۸۳/۶/۱۲ و ۲۱/۳۳۱۱۳ مورخ ۱۳۸۳/۹/۸ شهرداری مشهد که متضمن وضع قواعد عام و آمره و مداخله در قلمرو صلاحیت مراجع ذیصلاح قانونی می‌باشد را خارج از حدود اختیارات شهردار مشهد تشخیص داده و ابطال نموده است.

در جایی دیگر دادخواستی بدین گونه مطرح می‌گردد: اینجانبان از صاحبان زمین‌های کنار گذر بابل به سواد کوه قائم‌شهر مبنی بر این‌که در سال ۱۳۶۰ اداره کل راه و ترابری مازندران زمین‌های ما را بدون هیچ‌گونه وجهی گرفته و اقدام به احداث جاده کمربندی نموده و به تدریج بعد از حریم ۴۵ متری اقدام به احداث بنا و تأسیسات نمودیم حالیه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران اعلام داشته، ضلع مشرف به محدوده شهری به میزان ۲۰ متر و ضلع مشرف به خارج از محدوده شهری به میزان ۵۰ متر به‌عنوان فضای سبز تخصیص داده شده تقاضا داریم با توجه به این‌که اجرای تصمیم شورای عالی شهرسازی و معماری ایران موجب سلب مالکیت صاحبان املاک مجاور کمربندی مورد اشاره خواهد شد که این تصمیم ارتباط با حقوق افراد مالک دارد و حقوق افراد طبق اصل ۲۲ قانون اساسی از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند و با در نظر گرفتن این‌که شورای عالی شهرسازی حق قانونگذاری ندارد و مضافاً این‌که تصمیم مذکور با اصول ۴ و ۲۲ و ۴۷ و ۵۸ قانون

۱- این دادنامه مجدداً در رای مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ و ۱۳۸۳/۷/۱۹ مورد تأیید هیات عمومی دیوان عدالت اداری قرار گرفته است.

اساسی مغایر و با مواد ۳ و ۳۷ و ۳۸ قانون مدنی نیز در تعارض است، مصوبه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران لغو گردد.

رئیس سازمان مسکن و شهرسازی مازنداران در پاسخ به شکایت مذکور اعلام داشته‌اند مقطع عرضی کمربندی غربی قائم‌شهر (بابل - شیرگاه) مطابق طرح جامع مصوبه مورخ ۱۳۶۸/۳/۱۱ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران ۴۵ متر در ضلع شرقی و غربی آن فضای سبز به ترتیب به عرض ۲۵ متر و ۵۰ متر می‌باشد که این کاربری در طرح تفصیلی کمیسیون موضوع ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران متشکله در استان مازندران مورخ ۱۳۷۵/۶/۱۹ نیز تثبیت گردیده است و این تصمیمات دقیقاً منطبق با قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ با اصلاحات، خصوصاً بند ۳ ماده ۲ و ماده ۵ آن می‌باشد. لازم به ذکر است بند ۲ و ۳ مصوبه مورخ ۱۳۶۸/۳/۱ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران با اصلاحات مورخ ۱۳۶۹/۲/۳ در ارتباط با ضوابط و حفظ حریم و اراضی مجاور راه‌ها در محدوده استحفاظی و حریم شهرها، ساخت و ساز در حریم جاده‌های کمربندی را نیز ممنوع کرده است. با توجه به مراتب فوق رد شکایت شکات مورد استدعا است.

دبیر محترم شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن مصوبه مورد شکایت طی نامه شماره ۷۹/۲۱/۵۲۷ مورخ ۱۳۷۹/۳/۲۲ اعلام داشته‌اند، در صورتی که از نظر قانونی، شورای عالی شهرسازی حق تغییر حریم و فضای سبز جاده مزبور را داشته باشد، تصرف شهرداری و یا دولت در بناء و تأسیساتی که قبل از این تغییر مصوبه در این فضای سبز افزوده شده تأسیس شده است بدون پرداخت قیمت عادله روز این ساختمان‌ها و بناها به صاحبان آن‌ها خلاف موازین شرع می‌باشد.

نهایتاً رای هیات عمومی با شماره دادنامه ۷۸ مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۳ از این قرار است:

" نظر به وظایف و مسئولیت‌های شورای عالی شهرسازی و معماری ایران به شرح مقرر در ماده ۲ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۲۲ و بند ۲ ماده یک قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی و اصلاحات قوانین مذکور در زمینه تنظیم و تصویب نقشه جامع شهرها و اختیار تعیین نحوه استفاده از اراضی و ضوابط و مقررات مربوط به آن در قالب طرح‌های جامع شهری و تعیین حریم جاده‌های کمربندی واقع در محدوده شهرها و

حوزه استحفاظی آن‌ها و تأمین فضای سبز طرفین بزرگراه‌ها، مصوبه مورد اعتراض در خصوص تعیین حریم جاده کمربندی قائم‌شهر (بابل - شیرگاه) که دلالتی بر نفی حقوق قانونی مالکین اراضی واقع در طرفین کمربندی مذکور ندارد لذا با حفظ حقوق قانونی مالکین طرفین کمربندی مصوبه مذکور مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات شورای عالی شهرسازی تشخیص نگردید".

بند دوم: آراء ناظر بر مسائل ماهوی

آرای که در خصوص فضای سبز ناظر بر مسائل ماهوی هستند بر پیش‌فرض «عدم پذیرش تبدیل مالکیت خصوصی به فضای سبز بدون دلیل موجه» استوار هستند که در دو بخش کلی مورد مطالعه قرار می‌گیرند؛ در ابتدا آراء مربوط به تبدیل کاربری فضای سبز را بررسی و در ادامه به بحث تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر خواهیم پرداخت و رویه دیوان در این خصوص را شناسایی خواهیم نمود.

۱- تغییر کاربری فضای سبز

در این باره رای در تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹ ابطال دستورالعمل شماره ۶۱/۲۹۵۳۱ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۱ استانداری همدان و بند یک مصوبه ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری استان همدان در دستور کار هیات عمومی قرار می‌گیرد و این دستورالعمل که کل فضاهای سبز موجود در شهر را به عنوان فضاهای سبز حفاظت شده قلمداد کرده و تغییر کاربری آن‌ها را حتی در صورت تحقق و اجتماع شرایط لازم ممنوع اعلام داشته و مطلق تغییر کاربری را منحصرأ به نظر و تشخیص آن کمیسیون محول نموده است، مغایر قانون و حدود و صلاحیت و اختیارات آن کمیسیون تشخیص داده می‌شود. همچنین دستورالعمل شماره ۶۱/۲۹۵۳۱ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۱ استاندار همدان و قائم‌مقام شورای شهر مزبور که متضمن وضع قاعده خاص در خصوص ضرورت واگذاری و انتقال ۷۰٪ زمین کشاورزی و یا باغ به طور رایگان به شهرداری می‌باشد مغایر حکم مقنن در باب اعتبار اصل تسلیط و حاکمیت مشروع اشخاص در اراضی کشاورزی و باغ است، بنابراین بند یک مصوبه و دستورالعمل مورد اعتراض مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود.

رای ابطالی دیگری در سال ۱۳۸۸ صادر گردیده و ابطال بند یک مصوبه مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۰ کمیسیون ماده ۵ (طرح تفصیلی) قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری (شهرکرد) است که در تاریخ ۱۳۸۸/۷/۲۷ بدین شرح صادر می‌گردد:

"طبق ماده ۵ قانون تاسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱ حدود وظایف و اختیارات کمیسیون ماده ۵ قانون مزبور مشتمل بر بررسی و تصویب طرحهای تفصیلی شهری و تغییرات آنها و سایر امور مربوط تعیین و احصاء شده است. بنابراین تغییر کاربری قسمتی از ملکی که کلاً دارای کاربری فضای سبز بوده و تبدیل آن به ۷۰ درصد فضای سبز و ۳۰ درصد با کاربری مسکونی و خدماتی بدون تبیین علل و جهات قانونی این تغییر که موجب زمینه تصور الزام مالکین به واگذاری ۷۰ درصد ملک خود به شهرداری بطور رایگان و قابلیت استفاده از ۳۰ درصد بقیه ملک اشخاص با توجه به مساحت آن است، مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات کمیسیون مزبور تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ بند یک مصوبه مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۰ کمیسیون ماده ۵ شهرکرد ابطال می‌گردد."

۲- تعارض اصل تسلیط با قاعده لاضرر

هیات عمومی دیوان عدالت اداری در مقام انتخاب بین اصل تسلیط^۱ (احترام به حقوق مالکانه اشخاص) و قاعده لاضرر (ضرر ناشی از تخریب فضای سبز و از بین رفتن محیط زیست) بر اصل تسلیط صحه گذارده است.^۲ از این جمله آراء می‌توان به رای هیات عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۴ اشاره نمود:

۱- مطابق این اصل که برگرفته از قاعده مشهور فقهی «الناس مسلطون علی اموالهم» است، هر مالکی حق همه گونه تصرف نسبت به مایملک خود دارد. اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی و مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی دربردارنده محتوی این قاعده هستند.

۲ - هداوند و مشهدی، پیشین: ۱۶۳.

" با عنایت به وظایف و مسئولیتهای کمیسیون ماده ۵ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در زمینه بررسی و تصویب طرحهای تفصیلی شهری و تغییرات آنها و توجه به تعریف طرح تفصیلی به شرح مذکور در بند ۳ ماده یک قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی، وضع قاعده خاص مبنی بر الزام مالک اراضی بایر و مزروعی به واگذاری قسمتی از ملک خود به شهرداری به طور رایگان در زمان تفکیک و به لحاظ استفاده از خدمات عمومی شهری و همچنین اختصاص ۶۰٪ از اراضی به دولت به واسطه تفکیک و تبدیل کاربری آنها خلاف اصل تسلیط و مالکیت مشروع اشخاص و خارج از حدود اختیارات قانونی کمیسیون مذکور است. بنابراین بند ۷-۴ و تبصره ذیل بند ۷-۳-۴ طرح تفصیلی شهرستان ارومیه مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود."^۱

همچنین می‌توان به رای شماره ۲۷۰ و ۲۷۱ هیات عمومی مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۷ اشاره نمود که دیوان با این استدلال که تحدید دایره اعمال حقوق مالکانه اشخاص و کاهش قلمرو آن بدون تمسک به حکم قانونگذار جواز قانونی ندارد، اقدام به ابطال مصوبه مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۶ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران می‌کند که این مصوبه از آنجا که استفاده از حقوق مالکانه اشخاص را در اجرای قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری مصوب ۱۳۶۷/۹/۲۹ مقید و محدود به ۱۵۰ متر مربع کرده است خلاف قانون و خارج از حدود صلاحیت شورای عالی مذکور تشخیص می‌گردد.

در رای دیگری هیات عمومی دیوان در تاریخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ به استناد اعتبار اصل تسلیط و مالکیت مشروع مصوبه مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۲۵ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران موضوع طرح جامع شهر کرج در قسمتی که مشعر بر الزام اشخاص به واگذاری زمین به‌طور رایگان یا پرداخت بهاء معادل آن به هنگام تفکیک است مغایر قانون و خارج از حدود اختیارات شورای عالی مذکور تشخیص داده و اقدام به ابطال آن نموده است.

دیوان رای قابل توجهی در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۱۷ صادر نموده و استدلال کرده است که با عنایت به تبصره یک ماده واحده قانون تعیین وضعیت اراضی و املاک واقع در طرحهای دولتی و شهرداری‌ها

مصوب ۱۳۶۷ مبنی بر استحقاق مالک به اعمال انحاء حقوق مالکانه در صورت عدم اجرای طرح در مهلت مقرر در قانون وقوع اشتباه در دادنامه شماره ۱۳۷۷ مورخ ۱۳۸۴/۸/۳۰ شعبه هفتم تجدیدنظر دیوان مشعر بر تایید دادنامه بدوی و رد شکایت شاکی به خواسته الزام شهرداری به صدور پروانه احداث بنا محرز است، بنابراین دادنامه مذکور را نقض می‌کند.

نتیجه‌گیری

بررسی نگرش هیات عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به فضای سبز شهری به عنوان یکی از شاخه‌های اساسی در حوزه محیط زیست درون شهرها موضوع نوشتار حاضر بود؛ ابتدا به مفهوم‌شناسی فضای سبز شهری و مفاهیم مرتبط و ضرورت قانونگذاری‌های موثر در این حوزه پرداخته شد و سپس سیر تاریخی قانونگذاری‌های مرتبط با فضای سبز شهری مورد تدقیق و تحلیل قرار گرفت.

در گام بعدی رویه دیوان در برخورد با پرونده‌های مذکور بررسی شد و در بادی امر آرایي که هیات عمومی خود را صالح به رسیدگی نمی‌داند از نظر گذرانیده شد که در این قبیل آراء هیات عمومی بنا بر صلاحیت‌های خود بر اساس ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری آرایي را که در حوزه فضای سبز شهری شکایت جنبه شخصی و موردی داشته در صلاحیت خود ندانسته و پرونده را به شعبه ارجاع داده است. بر این اساس هیات عمومی هر گاه مصوبه‌ای را که متضمن وضع قواعد آمره و کلی نباشد و در خصوص مورد انشاء گردیده باشد به لحاظ خارج بودن قضیه از شمول مصادیق مذکور، موضوع را قابل رسیدگی و امعان نظر در هیات عمومی دیوان عدالت اداری ندانسته است.

در مورد دیگر آراء دیوان در این حوزه یک تقسیم‌بندی کلی صورت گرفت که بر اساس آن آراء ناظر بر مسائل شکلی از آراء ناظر بر مسائل ماهوی تفکیک شدند. در خصوص دسته اول عمدتاً مسئله مرجع صالح مطرح بوده است؛ در این باره مرجع صالح تشخیص باغ در آراء مختلف دیوان، کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲ می‌باشد و اختیار تعیین ضوابط مربوط به تبدیل و تغییر کاربری، افزاز، تقسیم و تفکیک باغات واقع در محدوده قانونی شهرها را بر عهده وزارت مسکن و شهرسازی است که البته با عنایت به مشکلاتی که حادث گردید در حال حاضر قانونگذار شورای اسلامی شهر را مرجع صالح تشخیص باغ در محدوده و حریم شهرها قرار داده است. در مورد مرجع

صالح در تامین فضای سبز نیز هیات عمومی دیوان مصوبات شورای عالی شهرسازی و معماری ایران را که بر اساس قانون صرفاً حق اظهار نظر در خصوص ایجاد یا تعیین محدوده فضای سبز دارد را به سبب این که موارد اخیرالذکر عملاً تصویب و وضع مقررات هستند خارج از صلاحیت شورا اعلام داشته است. آراء دیگری نیز در خصوص شورای عالی شهرسازی وجود دارند که ترسیم کننده نگاه هیات عمومی دیوان نسبت به محدوده صلاحیت این شورا می باشند که مورد بررسی قرار گرفتند.

دسته دوم آراء که ناظر بر مسائل ماهوی در خصوص فضای سبز شهری بودند عمدتاً اصل تسلیط و احترام به حقوق مالکانه اشخاص را بر گسترش فضای سبز ترجیح داده اند و در مورد تغییر کاربری فضای سبز حکم به حاکمیت مشروع اشخاص داده و مصوبات مبنی بر ضرورت واگذاری زمین به شهرداری را باطل اعلام نموده اند. بر این اساس هیات عمومی معتقد است برای تحدید دایره اعمال حقوق مالکانه اشخاص و کاهش قلمرو آن نیاز به حکم و جواز قانونی قانونگذار می باشد.

فهرست منابع

۱- فارسی

الف- کتاب‌ها

- ۱- دیوان عدالت اداری، معاونت آموزش و پژوهش (۱۳۹۱) **مجموعه آرای هیات عمومی دیوان عدالت اداری**، چاپ دوم، تهران: جنگل، جاودانه.
- ۲- راسخ، محمد (۱۳۹۴) **درس گفتارهای فلسفه حق و فلسفه حقوق عمومی**، چاپ اول، تهران: نشر خانه اندیشمندان علوم انسانی.
- ۳- شاو، مالکوم ناتان (۱۳۹۳) **حقوق بین‌الملل محیط زیست**، ترجمه و تحقیق علی مشهدی و حسن خسروشاهی، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
- ۴- شکری، نادر (۱۳۸۹) **مجموعه قوانین و مقررات مورد عمل شهرداری- محیط زیست شهری**، چاپ اول، تهران: سازمان فرهنگی هنری شهرداری تهران، موسسه نشر شهر.
- ۵- **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۱)** چاپ اول، تهران: انتشارات اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی.
- ۶- علم‌خانی، اعظم (۱۳۹۵) **مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست محیطی**، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
- ۷- کاشف، شهرزاد (۱۳۹۲) **ایران و حقوق بین‌الملل محیط زیست**، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- ۸- مهرپور، حسین (۱۳۸۷) **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، چاپ اول، تهران: دادگستر.

دوفصلنامه جستارهای نوین حقوق اداری ■ ۱۸۵

سال دوم؛ شماره سوم؛ بهار و تابستان ۱۴۰۱

۹- وکیل، امیر ساعد و پوریا عسکری (۱۳۸۷) قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، چاپ دوم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

۱۰- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (۱۳۹۴) دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، چاپ دوم، تهران: خرسندی.

۱۱- هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۳) اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، چاپ سوم، تهران: خرسندی.

۱۲- یوسفی، زینب و سیامک زندی (۱۳۹۴) تعهدات زیست محیطی (موانع و چالش‌ها)، چاپ اول، تهران: خرسندی.

ب- مقالات

۱۳- حبیبی، معصومه و همکاران (۱۳۹۵) توسعه فضای سبز شهری رهیافتی در پایداری زیست محیطی شهرها، دومین کنفرانس برنامه‌ریزی و مدیریت محیط زیست.

۱۴- رحمت‌اللهی، حسین و امید شیرزاد (۱۳۹۳) حق بر محیط زیست سالم در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، دوفصلنامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال سوم، ش. ۶.

۱۵- قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۸) جایگاه قانونی شورای اسلامی شهر برای شناسایی باغ در محدوده و حریم شهر، مجله تحقیقات حقوقی، ش. ۵۰.

۱۶- مشهدی، علی (۱۳۹۳) اساسی سازی ماهوی حق بر محیط زیست در حقوق ایران و فرانسه، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، ش. ۲.

ج- قوانین

۱۷- قانون اساسی.

۱۸- قانون اصلاح لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها مصوب ۱۳۵۹ شورای انقلاب مصوب ۱۳۸۸/۵/۱۳.

۱۹- قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران مصوب ۱۳۵۱/۱۱/۲۲.

۲۰- قانون تجدید تشکیلات و تعیین وظایف سازمان‌های وزارت کشاورزی و منابع طبیعی و انحلال وزارت منابع طبیعی مصوب ۱۳۵۰/۱۱/۱۲.

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

۲۲- قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخابات شهرداران مصوب ۱۳۷۵/۳/۱.

۲۳- قانون تعیین تکلیف اموال واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۹/۲۹.

۲۴- قانون تغییر نام وزارت آبادانی و مسکن به وزارت مسکن و شهرسازی مصوب ۱۳۵۳/۴/۱۶ و اصلاحیه‌های بعدی آن.

۲۵- قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱.

۲۶- قانون زمین شهری مصوب ۱۳۶۶/۶/۲۲.

۲۷- لایحه قانونی حفظ و گسترش فضای سبز در شهرها در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۳ شورای انقلاب.

۲۸- قانون مجازات اسلامی.

د- مقررات

۲۹- آیین نامه اجرایی بندهای ب، ج و د ماده ۴۵ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۵/۹/۱۴ هیأت وزیران.

۳۰- آیین نامه اجرایی قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی مصوب ۱۳۸۳/۳/۱۰.

۳۱- مصوبه تعیین بهای خدمات تشویقی و شاخص‌های اقتصادی جلب مشارکت شهروندان در ایجاد و توسعه فضای سبز بر بدنه و فضاهای بلا استفاده ساختمان‌ها در شهر تهران مصوب ۱۳۸۷/۴/۴.

۳۲- مصوبه چگونگی صدور مجوز انتقال و قطع درختان در شهر تهران مصوب ۱۳۸۴/۷/۲۶.

ه- آراء

۳۳- دادنامه شماره ۲۷۰ و ۲۷۱ مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۴- دادنامه شماره ۵۶ مورخ ۱۳۸۰/۲/۳۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۵- دادنامه شماره ۷۸ مورخ ۱۳۸۰/۳/۱۳ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۶- دادنامه شماره ۳۸۶ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۹ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۷- دادنامه شماره ۳۱ مورخ ۱۳۸۳/۲/۶ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۸- دادنامه شماره ۶۹۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۱۷ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۳۹- دادنامه شماره ۱۶۶ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۴۰- دادنامه شماره ۳۴۱ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۴۱- دادنامه شماره ۱۸۶ و ۱۸۷ مورخ ۱۳۸۸/۷/۲۷ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۴۲- دادنامه شماره ۳۶۸ مورخ ۱۳۹۰/۸/۳۰ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.

۴۳- روزنامه رسمی، شماره ۱۳۶۳۰، ۱۳۷۰/۹/۳۰.

۴۴- روزنامه رسمی، شماره ۱۶۱۴۱، ۱۳۷۹/۵/۵.

۴۵- روزنامه رسمی، شماره ۱۷۲۵۵، ۱۳۸۳/۳/۹.

و- پایگاه‌های اینترنتی

46- www.divan-edalat.ir

47- www.shora-gc.ir

2_ English

A_ Books

48- Di Chiro, G. (1996) **Nature as community: The convergence of environment and social justice. In Uncommon ground: Rethinking the human place in nature**, edited by W. Cronon, New York: W. W. Norton.

B_ Articles

49- Bertram, Christine and Katrin Rehdanz (2015) **The role of urban green space for human well-being**, Ecological Economics, 120.

50- Escobedo, Francisco, et al. (2011) **Urban forests and pollution mitigation: Analyzing ecosystem services and disservices**. Environmental Pollution, 159(8).

51- Heynen, Nick, et al. (2006) **The Political Ecology of Uneven Urban Green Space, The Impact of Political Economy on Race and Ethnicity in Producing Environmental Inequality in Milwaukee**, Urban Affairs Review, Volume 42 Number 1.

52- Van den berg, Agnes E., et al (2003) **Environmental preference and restoration: (How) are they related?**, Journal of Environmental Psychology, 23.

53- Wolch, Jennifer R. et al. (2014) **Urban green space, public health, and environmental justice: The challenge of making cities just green enough**, Landscape and Urban Planning, Volume 125.