

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دهم، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۳۳

به موجب نامه‌ی شماره ۱۳۹۳/۴/۱۵ مورخ ۳/۱۸/۶۳۷۳۱ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و  
اعتبار علمی به این فصلنامه اعطا شد. این اعتبار شامل شماره‌های ۱ تا ۴ فصلنامه‌ی  
بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

## فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دهم، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۳۳

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیرمسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک ره‌پیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک ره‌پیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- محمدحسن صادقی مقدم، استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

ویراستار انگلیسی: مصطفی منصوریان

ویراستار: فاطمه جهانگیری

صفحه آرایی: حمید مزینانی

چاپخانه: تهرانی

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده‌ی دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.  
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

---

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)،

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵ تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

آدرس سامانه فصلنامه: mag.shora-gc.ir E-mail: mag@shora-rc.ir

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه‌ی مکاتبات با دفتر فصلنامه  
صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۳۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی [mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir) نمایه می‌گردد.  
- کلیه حقوق مادی برای فصلنامه‌ی «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله‌ی منتشره‌ی خود در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت دفتر فصلنامه را اخذ نمایند.

- تمامی مقالات این فصلنامه در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

[www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام

[www.ensani.ir](http://www.ensani.ir)

پرتال جامع علوم انسانی

[www.magiran.com](http://www.magiran.com)

بانک اطلاعات نشریات کشور

[www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)

پایگاه مجلات تخصصی نور

[www.civilica.com](http://www.civilica.com)

سیویلیکا

### خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد. محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:  
- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران  
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه  
- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت  
- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن  
- مطالعه‌ی فقه حکومتی  
- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی  
- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

### راهنمای نگارش مقالات

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه ([mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir)) ارسال نمایند. صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:  
۱. نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:  
۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.  
۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور  
۳-۱. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.

۲. چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.
۳. مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
۴. نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.
۵. ارجاع به منابع و مأخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
- ۱-۵. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند ۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
- ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
- ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتربندی اصلی با ۱، ۲، ... - تیتربندی فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱ و... - تیتربندی فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۲-۱-۱ و... - و پس از آن با حروف ابجد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. استناد به مقاله مرتبط که در «فصلنامه دانش حقوق عمومی» منتشر شده اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
۱۶. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۷. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

## فهرست مطالب

- نقد و بررسی تبدیل وضعیت‌های خرید خدمت به پیمانی، پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی در پرتو آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.....۱
  - غلامرضا مولاییگی ، ولی‌الله حیدرنژاد
  
- آسیب‌شناسی نقش دیوان محاسبات کشور در تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون..۳۳
  - جواد فاضلی‌نژاد ، جعفر شفیعی سردشت
  
- حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات.....۵۷
  - محمد حسن باقری خوزانی ، فرامرز عطریان ، غلامحسین مسعود
  
- شیوه نوین نگارش و ساختار آرای شورای قانون اساسی فرانسه در زمینه سازگاری قوانین عادی و ساختاری با قانون اساسی.....۸۳
  - سعید شجاعی ارانی
  
- موانع احیای حقوق عامه در حقوق ایران و راهکارهای تحقق مطلوب آن.....۱۱۱
  - فاطمه افشاری ، آرین پتفت
  
- نابسامانی نظام مالیاتی در تحلیل و جمع مواد ۶۶ و ۷۲ ق.م.م و پیشنهادهایی برای اصلاح قانون.....۱۴۱
  - منصور عشق پور ، محمدرضا عباسی



## نقد و بررسی تبدیل وضعیت‌های خرید خدمت به پیمانی، پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی در پرتو آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

غلامرضا مولاییگی<sup>۱\*</sup>، ولی‌الله حیدرنژاد<sup>۲\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۹۹/۳/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.227

### چکیده

با توجه به حکم مواد ۱۰ و ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، از صلاحیت‌های مهم دیوان عدالت اداری رسیدگی به دعاوی استخدامی کارکنان دولت است. در همین زمینه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی به تعارض دادنامه‌های شعب دیوان، آرای متعددی را در خصوص تبدیل وضعیت‌های استخدامی صادر نکرده است که این آراء، علاوه بر شعب دیوان برای مراجع اداری نیز لازم‌الاتباع‌اند و در موارد ابطال مصوبات و آیین‌نامه‌ها نیز آرای هیأت عمومی برای دستگاه مشتکی عنه لازم‌الاجراست. از این رو آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، موجد حق و تکلیف برای مستخدمان دولت و دستگاه‌های اجرایی است و از منابع مهم حقوق استخدامی محسوب می‌شود. شکایات مرتبط با تبدیل وضعیت‌های استخدامی از خرید خدمت به پیمانی، پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی، از مهم‌ترین دعاوی مرتبط با تبدیل وضعیت در دیوان عدالت اداری است که با وجود صدور آرای متعدد هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد تبدیل وضعیت‌های مذکور، با مذاقه و تحلیل آرای این هیأت، مشخص می‌شود که هیأت عمومی در بعضی از آرای صادره، برداشت صحیحی از قوانین و مقررات نداشته و تفسیر قضایی صائبی ارائه نکرده است، حتی در مواردی، آرای هیأت عمومی در موضوعات مشابه، به صورت متعارض با یکدیگر صادر شده‌اند. از این رو با توجه به اهمیت و جایگاه آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در حقوق استخدامی ایران، تنقیح آرای هیأت مزبور در موضوعات مرتبط با تبدیل وضعیت استخدامی و بررسی مجدد آنها در راستای اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به منظور ارائه رویه‌ای یکسان و مطابق قوانین و مقررات ضروری به نظر می‌رسد.

**واژگان کلیدی:** دیوان عدالت اداری، تبدیل وضعیت استخدامی، استخدام پیمانی، خرید خدمت، رسمی قطعی.

دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

\* Email: Saleh.mowla@gmail.com

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

\*\* Email: Heidarnejad@isu.ac.ir



## مقدمه

در نظام حقوق اداری ایران، مطابق قوانین و مقررات استخدامی گونه‌های مختلف استخدام و انواع به‌کارگیری کارمندان پیش‌بینی شده است. ماده ۴ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵/۰۳/۳۱ تصریح کرده است که: «مستخدمین وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی مشمول این قانون از دو نوع خارج نخواهند بود رسمی و پیمانی». ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۰۷/۰۸ نیز به همین معنا اشاره دارد که از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش انجام می‌پذیرد: الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی، ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین. براساس ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز قبل از ورود به دوره خدمت رسمی یک دوره آزمایشی سه‌ساله در نظر گرفته شده است که در صورت احراز شرایط، تبدیل وضع به رسمی قطعی صورت می‌گیرد.

ضمن اینکه با مذاقه در قانون مدیریت خدمات کشوری از جمله ماده ۱۷ قانون مذکور به‌کارگیری نیروی شرکتی و از تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری به‌کارگیری نیروی ساعتی و کار معین مستفاد می‌گردد. کارمندان مشمول تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری بدون تعهد استخدامی، به‌طور موقت و به‌صورت ساعتی یا برای انجام کار معین، با رعایت شرایطی از جمله تأیید سازمان اداری و استخدامی کشور حداکثر تا ۱۰ درصد پست‌های سازمانی و در سقف اعتبارات مصوب، به‌کار گرفته می‌شوند و مستخدم دستگاه اجرایی به موجب ماده ۴۵ قانون مذکور محسوب نمی‌شوند، لذا از شمول مقررات فصل دهم قانون مدیریت خدمات کشوری که مربوط به ضوابط پرداخت حقوق و مزایای کارمندان استخدامی (رسمی و پیمانی) مبتنی بر ارزشیابی عوامل شغل و شاغل است، خارج بوده و پرداختی به آن‌ها براساس ماده ۷ قانون مذکور تابع قرارداد با دستگاه اجرایی است که بر این موضوع در رأی ۶۰۱ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز تأکید شده است. کارکنان شرکتی نیز در راستای حکم مقرر در ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری و به‌سبب برون‌سپاری کارهای حجمی دستگاه‌های اجرایی به‌کار گرفته می‌شوند و به‌عنوان نیروی شرکت‌های طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی به ارائه خدمت در دستگاه‌های اجرایی می‌پردازند. مطابق ماده ۱۸ قانون مذکور، نیروهای شرکتی، تحت پوشش کارفرمای غیردولتی قرار می‌گیرند و دستگاه‌های اجرایی هیچ‌گونه تعهد و مسئولیتی در قبال این کارکنان ندارند که آرای شماره ۲۱۶۳-۲۱۶۴ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۱ و ۵۳۷-۵۳۸ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز به همین معنا اشاره دارد. براساس ماده ۱۲۴ قانون کار نیز به‌کارگیری



نیروی انسانی در مشاغل کارگری، در سقف مجوزهای استخدامی مطابق قانون کار تجویز شده است که طبق تبصره ۴ ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مشمولین ماده ۱۲۴ از شمول قانون مدیریت مستثنا هستند. بند ۲ بخشنامه شماره ۲۰۰/۲۸۲۹۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۰۹ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور مشاغل یازده‌گانه کارگری دستگاه‌های اجرایی را مشخص کرده است که عبارت‌اند از: پیشخدمت، سرایدار، نظافتچی، آبدارچی، آشپز، نامه‌رسان، نگهبان، تلفنچی، متصدی تأسیسات و راننده (در صورت استفاده از وسیله نقلیه دولتی) و متصدی چاپ و تکثیر. همچنین در برخی مصوبات هیأت وزیران مانند دستورالعمل هماهنگی در استفاده از خدمات نیروی انسانی مورد نیاز دستگاه دولتی به صورت خرید خدمت به شماره ۱۷۵۹۸ مورخ ۱۳۶۲/۰۳/۲۲ نیز به کارگیری نیروی خرید خدمت تصویب شده بود. بنا به مراتب، در حال حاضر مطابق قانون مدیریت خدمات کشوری استخدام در دستگاه‌های اجرایی صرفاً در قالب استخدام رسمی و پیمانی صورت می‌پذیرد که تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی با استخدام رسمی انجام می‌گیرد و مطابق رأی شماره ۱۱۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، منحصر ساختن کلیه استخدام‌ها در بدو ورود به خدمت دولتی، در قالب استخدام پیمانی و حذف استخدام رسمی مغایر قانون است. در کنار استخدام رسمی و پیمانی، به کارگیری در قالب قرارداد کار معین، نیروهای شرکتی و مشاغل کارگری مشمول قانون کار هم پیش‌بینی شده است.

در حوزه حقوق استخدامی، امروزه اصل قانونی بودن استخدام عمومی به این دلیل پذیرفته شده است که با منافع و مقتضیات خدمات عمومی مطابقت دارد و به دولت حق می‌دهد، هر زمان که مقتضی بداند، قوانین و مقررات استخدامی را به طور یکجانبه تغییر دهد، بدون اینکه از این حیث با اشکالات حقوقی یا مخالفت‌های مستخدمان روبه‌رو شود. منافع عمومی و صلاح دولت در آن است که وضع همه یا لاقابل اکثریت کارمندان یکسان و یکنواخت باشد. به علاوه عدالت استخدامی و بی‌طرفی و عدم تبعیض، در این رویه بهتر تأمین می‌شود تا آنکه هر کارمندی دارای قرارداد علی‌حده و حقوق و تکالیف جداگانه باشد (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۱۲). لذا گفته شده است استخدام وضعیت خاص قانونی است که شرایط، احکام و آثار آن را قانون‌گذار مشخص می‌کند و اراده اشخاص در تعیین و تغییر آن‌ها تأثیر ندارد (امامی و استوارسنگری ۱۳۸۶: ۱۹۵). به خصوص اینکه قوانین و مقررات استخدامی آمره بوده و در ارتباط با نظم عمومی است و توافق برخلاف آن ممکن نیست (بابایی مهر، ۱۳۹۳: ۵۲).

در همین زمینه، با توجه به اصل قانونی بودن استخدام عمومی، تبدیل وضعیت استخدامی کارکنان دولت از مباحث مهم حقوق استخدامی به‌شمار می‌رود. امنیت شغلی و حقوق و

مزایای استخدام رسمی موجب شده است تا کارکنان دستگاه‌های اجرایی به دنبال تبدیل وضعیت استخدامی خود در راستای ارتقا و نیل به مرتبه استخدامی بالاتر باشند و همین موضوع موجب طرح دعاوی مختلف تبدیل وضعیت استخدامی در دیوان عدالت اداری شده است و دیوان عدالت اداری نیز مطابق بند ۳ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ در راستای صلاحیت قانونی رسیدگی به دعاوی استخدامی کارکنان دولت، به شکایات مرتبط با این دسته از دعاوی استخدامی رسیدگی کرده است.

کثرت و تعدد طرح دعاوی مرتبط با تبدیل وضعیت در دیوان عدالت اداری سبب شده است که آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به عنوان یکی از منابع مهم حقوق اداری مورد توجه قرار گیرد. به خصوص هنگامی که قضات شعب دیوان عدالت اداری در قالب هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی به شکایت از مصوبات و آیین‌نامه‌ها، صدور رأی وحدت رویه و ایجاد رویه اقدام می‌کنند، منابع پرارزش و فراوانی را در حقوق اداری، تحت عنوان رویه قضایی تولید می‌کنند (مدنی، ۱۳۸۹: ۳۲)؛ این رویه قضایی، تأثیر فراوانی در شکل‌گیری حقوق استخدامی داشته و حتی به اخذ استفساریه متعدد و اصلاح و تکمیل قوانین و مقررات استخدامی توسط مجلس شورای اسلامی منجر شده است. با وجود اهمیت و کثرت دعاوی مرتبط با سه نوع تبدیل وضعیت استخدامی قرارداد خرید خدمت به پیمانی، تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی، و صدور آرای متعدد در خصوص موضوع، در کتاب‌های حقوق اداری و مباحث مرتبط با حقوق استخدامی کمتر به شرح و تبیین آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این باره پرداخته شده است. بر همین اساس در پژوهش حاضر ضمن تحلیل و نقد آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، چارچوب و ضوابط قانونی حاکم بر تبدیل وضعیت‌های خرید خدمت به پیمانی، پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی در حوزه حقوق استخدامی مطالعه و تحلیل شده است.

### ۱. مفهوم تبدیل وضعیت استخدامی

اصطلاح تبدیل وضع استخدامی به صراحت در ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به کار رفته و موضوع تبدیل وضعیت با جمع شرایط قانونی شناسایی شده است. مع‌ذک در مجموعه قوانین و مقررات استخدامی، هیچ‌گونه تعریف مشخصی از تبدیل وضعیت استخدامی ارائه نشده است. در این خصوص باید گفت تبدیل وضعیت استخدامی عبارت است از تغییر نوع و وضعیت رابطه استخدامی مستخدم با دستگاه اجرایی که اغلب از وضعیت استخدامی با مزایای کمتر و امنیت شغلی پایین‌تر به نوع و وضعیت استخدام با مزایای بیشتر و ثبات و امنیت شغلی بالاتر، مطابق مجوزهای استخدامی و شرایط مقرر قانونی صورت می‌گیرد. البته شایان ذکر

است در مواردی تبدیل وضعیت استخدامی از وضعیت با امنیت شغلی بالاتر و مزایای بیشتر به رابطه استخدامی با وضعیت ناپایدار نیز پیش‌بینی شده است، مانند آنچه در تبصره ۱ ماده ۴۶ ماده‌قانون مدیریت خدمات کشوری در خصوص مستخدمان رسمی آزمایشی که شرایط تبدیل وضعیت به رسمی را پیدا نکنند، ذکر شده و ممکن است وضعیت استخدامی مستخدم رسمی آزمایشی به استخدام پیمانی تغییر پیدا کند، اما اغلب اصطلاح تبدیل وضعیت استخدامی در خصوص ارتقا از وضعیت استخدامی ناپایدار به وضعیت استخدامی با حقوق و مزایای بهتر و امنیت شغلی بالاتر به کار می‌رود.

در همین زمینه با توجه به اینکه کارکنان پیمانی و خرید خدمت از امنیت و ثبات شغلی لازم برخوردار نیستند، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند با خاتمه قرارداد به رابطه با آن‌ها پایان دهند و الزامی به به‌کارگیری مجدد این قبیل مستخدمین ندارند (امامی و استوارسنگری ۱۳۸۶: ۲۰۶). از این رو باید گفت عموم مستخدمان به‌منظور نیل به مزایا و امنیت شغلی بالاتر، به دنبال ارتقای وضعیت استخدامی خود تا رسیدن به وضعیت پایدار استخدامی، یعنی استخدام به‌صورت رسمی قطعی‌اند. نکته مهم و شایان توجه در تعریف تبدیل وضعیت استخدامی این است که به موجب مواد ۴۵ و ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، وضعیت‌های استخدامی پیش‌بینی شده در قانون صرفاً استخدام به‌صورت پیمانی و رسمی، اعم از آزمایشی و قطعی است و به خدمت گرفتن افراد به‌صورت قراردادی هرچند به‌کارگیری محسوب می‌شود، لیکن برای فرد وضعیت استخدامی ایجاد نمی‌کند، از این رو اصولاً تبدیل وضعیت استخدامی را باید منحصر به تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی و از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی دانست و با عنایت به اینکه به‌کارگیری به‌صورت قراردادی یا شرکتی اساساً وضعیت استخدامی محسوب نمی‌شود، استفاده از اصطلاح تبدیل وضعیت در خصوص سایر انواع به‌کارگیری‌ها را می‌بایست با تسامح دانست که این مفهوم از آرای وحدت رویه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱ و ۹۲ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز قابل برداشت است.

## ۲. تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت به پیمانی

با اینکه مطابق ماده ۴ قانون استخدام کشوری، استخدام‌های دولتی فقط به دو صورت رسمی و پیمانی تجویز شده است، اما به دلیل نیاز دستگاه‌های دولتی، از سال ۱۳۶۲ استفاده از کارکنان موقت پیش‌بینی شد.

در همین زمینه هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۱ بنا به پیشنهاد سازمان امور اداری و استخدامی کشور «دستورالعمل هماهنگی در استفاده از خدمات نیروی انسانی مورد نیاز دستگاه دولتی به‌صورت خرید خدمت» را تصویب کرد که تحت شماره ۱۷۵۹۸ مورخ ۱۳۶۲/۰۳/۲۲

ابلاغ شد. براساس مصوبه مذکور منظور از خرید خدمت عبارت است از: «استفاده از خدمات افراد در دستگاه دولتی برای انجام وظایف و مسئولیت‌های مشخص و مدت معین و در مواردی که امکان جذب افراد از طریق قوانین و مقررات و ضوابط استخدام رسمی یا پیمانی یا ثابت و مشابه آنها وجود نداشته باشد». استفاده از خدمات افراد باید برحسب قراردادی باشد که در چارچوب ضوابط مربوط بین دستگاه دولتی و افرادی که واجد شرایط لازم برای انعقاد قرارداد هستند، منعقد می‌شود. حقوق و اجرت قابل پرداخت به افراد خرید خدمت در قبال انجام کار نیز با توجه به مدرک تحصیلی تعیین می‌شود.

مطابق بند ۴ دستورالعمل، حداکثر مدت استفاده از خدمات افراد موضوع این دستورالعمل با رعایت مراتب قانونی مربوط یک سال تعیین شده که تمدید آن در صورت نیاز مجاز ذکر شده است. با وجود تصریح به موقت و یکساله بودن قرارداد خرید خدمت هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۷۸/۲/۲۲ بنا به پیشنهاد سازمان امور اداری و استخدامی کشور و به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوبه «چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمین خرید خدمت به پیمانی» را به تصویب رسانید که به شماره ۳۵۹۱/ت/۱۷۲۹۶ مورخ ۱۳۷۸/۰۳/۰۱ ابلاغ شده است. بنا به مراتب، مطابق مصوبه مورد اشاره تبدیل وضع استخدامی از قرارداد خرید خدمت به پیمانی، پیش‌بینی شد و از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این تصویب‌نامه هرگونه به‌کارگیری نیروی انسانی در قالب قرارداد استخدام خرید خدمت و عناوین مشابه ممنوع اعلام شد.

برابر مصوبه چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمان خرید خدمت به پیمانی مصوب ۱۳۷۸ دستگاه‌های دولتی موظف‌اند ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ تصویب مصوبه مذکور، وضعیت استخدامی نیروهای خرید خدمت واجد شرایط را به پیمانی یا عناوین مشابه دیگری که در قوانین و مقررات مربوط وجود دارد، تغییر دهند. شرایط تبدیل وضعیت به شرح ذیل است:

الف) نیروی خرید خدمت که براساس تصویب‌نامه شماره ۱۷۵۹۸ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲۳ و با رعایت ضوابط استفاده از خدمات کارکنان خرید خدمت به‌کار گرفته شده باشد و آن دسته از کارکنان خرید خدمت که بدون کسب مجوزهای قانونی اشتغال یافته‌اند، از موضوع تبدیل وضعیت مستثنا هستند. رأی شماره ۵۵۵ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز مقرر کرده است «دستگاه‌های اجرایی که براساس مصوبه ۱۷۵۹۸ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲۳ افرادی را به‌صورت خرید خدمت به‌کارگیری نموده‌اند و همکاری آنان با دستگاه در تاریخ ۱۳۷۸/۳/۷ با رعایت ضوابط از خدمات کارکنان خرید خدمت صورت گرفته و به خدمت ایشان نیاز دارند، مکلف‌اند ظرف شش ماه وضعیت خدمتی این قبیل کارکنان را به پیمانی یا عناوین

مشابه دیگری که در قوانین مربوط وجود دارد تغییر دهند»، از این رو افرادی که قرارداد خرید خدمتشان به هر نحو، بعد از تاریخ ۱۳۷۸/۳/۷ منعقد شده باشد، از شمول مصوبه تبدیل وضعیت خارج خواهند بود.

همچنین هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۴۶۰ - ۴۷۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۰ تبدیل وضعیت استخدامی از قرارداد خرید خدمت به استخدام پیمانی مصرح در مصوبه شماره ۳۵۹۱/ت/۱۷۲۹۶-هـ مورخ ۱۳۷۸/۳/۱ هیأت وزیران، را ناظر به کارکنانی اعلام کرده است که به صورت قرارداد خرید خدمت اشتغال به کار داشته‌اند، لذا افرادی که به صورت قرارداد انجام کار معین اشتغال داشته‌اند، مشمول مصوبه هیأت وزیران مبنی بر تبدیل وضعیت از خرید خدمت به پیمانی نخواهند بود.

ب) ادامه خدمت آن دسته از کارکنان خرید خدمت که در مشاغل کارگری موضوع بخشنامه شماره ۱۳۰۱/۹ مورخ ۱۳۶۶/۶/۶ و بند ۳ ضوابط اجرایی رسته خدمات موضوع بخشنامه شماره ۴۲/۳۰۳۰ مورخ ۱۳۷۱/۵/۱۰ سازمان امور اداری و استخدامی کشور اشتغال دارند، مطابق مقررات قانون کار خواهد بود و از شمول مصوبه تبدیل وضعیت خارج است. همچنین براساس رأی وحدت رویه شماره ۲۷۲۴ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۹ مشمولان قانون کار، تحت شمول مصوبه تبدیل وضعیت، قرار ندارند.

ج) افرادی که در قالب طرح‌های عمرانی، مطالعاتی و قراردادهای خدماتی، به صورت خرید خدمت با دستگاه‌ها همکاری می‌کنند، مشمول مقررات تصویب‌نامه تبدیل وضعیت نیستند و با رفع نیاز به آنان، در طول اجرای طرح یا پس از پایان طرح نسبت به خاتمه همکاری و فسخ قرارداد خرید خدمت آنان اقدام می‌شود. هرچند طبق مصوبه سال ۱۳۷۸ همکاری با دستگاه متبوع نباید در قالب طرح‌های عمرانی، مطالعاتی و خدماتی باشد، لکن باید توجه داشت که قراردادهای عمرانی، مطالعاتی و خدماتی با توجه به ماهیت پروژه‌های عمرانی و خدماتی نوعاً کوتاه‌مدت است، اما در مواردی مشاهده می‌شود، بعضی کارکنان که در تاریخ ۱۳۷۸/۳/۱ دارای قرارداد خرید خدمت بوده و شغل آنان نیز در عداد مشاغل سازمانی قرار داشته است، اما برای مدت طولانی ۲۰ ساله و بعضاً بیشتر در قالب طرح عمرانی به کار گرفته شده‌اند که در این موارد، می‌بایست قرارداد عمرانی را موضوعاً منتفی دانست. سابقه طولانی اشتغال این دسته از کارکنان خرید خدمت، هرچند در قالب قرارداد طرح به کار گرفته شده باشند، نشان می‌دهد که دستگاه مربوط برای شانه خالی کردن از تعهدات، نوع قرارداد را طرح‌های عمرانی ذکر کرده است، درحالی‌که ماهیت کار دائمی است. از این رو در صورتی که کارکنان خرید خدمت در قالب قرارداد طرح‌های عمرانی به کار گرفته شوند، اما مدت قرارداد طولانی و ماهیت کار نیز از

شمول قرارداد طرح‌های عمرانی خارج باشد، حق مکنتسب به منظور تبدیل وضعیت به پیمانی ایجاد شده است و این دسته از کارکنان را نیز می‌بایست تحت شمول مصوبه تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت به پیمانی قلمداد کرد.

در صورت احراز شرایط قانونی تبدیل وضعیت، سازمان امور اداری و استخدامی کشور مکلف بوده است با هماهنگی سازمان برنامه و بودجه و دستگاه ذی‌ربط، تسهیلات لازم را به منظور تبدیل یا ایجاد پست سازمانی موقت متناسب با حجم کارکنانی که از خرید خدمت به پیمانی تبدیل وضع شده‌اند، فراهم سازد. سازمان برنامه و بودجه نیز موظف بوده است همکاری لازم را به منظور اجرای این تصویب‌نامه با دستگاه‌های مشمول به عمل آورد.

در صورت ایجاد اختلاف میان کارکنان خرید خدمت و دستگاه متبوع، در خصوص موضوع تبدیل وضعیت به پیمانی، برابر دادنامه شماره ۷۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات مرتبط با تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی موضوع بند ۱ مصوبه شماره ۳۵۹۱/ت/۱۷۲۹۶ هـ - ۱۳۷۸/۳/۱ هیأت وزیران در صلاحیت اختصاصی دیوان عدالت اداری قرار دارد و از صلاحیت هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف اداره کار موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار مصوب سال ۱۳۶۹ خروج موضوعی دارد، از این رو طرح دعوی تبدیل وضعیت استخدامی خرید خدمت به پیمانی در صلاحیت ابتدایی دیوان عدالت اداری قرار دارد. بنا به مراتب تبدیل وضعیت خرید خدمت به پیمانی با تحقق و حصول شرایط لازم مندرج در مصوبه شماره ۳۵۹۱/ت/۱۷۲۹۶ مورخ ۱۳۷۸/۳/۱ هیأت وزیران صورت می‌گیرد. ضمن اینکه مستفاد از آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ضروری است متقاضیان تبدیل وضعیت تا قبل از تاریخ تصویب مصوبه «چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمین خرید خدمت به پیمانی» مورخ ۱۳۷۸/۳/۱ صرفاً دارای قرارداد خرید خدمت باشند و انواع دیگر قراردادها از جمله قرارداد انجام کار معین و قرارداد کارگری، از شمول تبدیل وضعیت، خروج موضوعی دارد.

با توجه به رویه سالیان اخیر دیوان عدالت اداری در عدم تأیید و غیرقانونی دانستن هرگونه تبدیل وضعیت استخدامی از قراردادی به پیمانی، صدور حکم الزام به تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت به پیمانی در رأی شماره ۵۵۵ مورخ ۸۷/۸/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری محل ابهام و انتقاد است. نقد و بررسی رأی شماره ۵۵۵ مورخ ۸۷/۸/۱۹ هیأت عمومی با تحلیل قوانین و مقررات حاکم بر زمان صدور تصویب‌نامه چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمان خرید خدمت به پیمانی مصوب سال ۱۳۷۸ هیأت وزیران امکان‌پذیر است.

ماده ۱۳ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ منحصراً استخدام رسمی را از طریق امتحان یا مسابقه ذکر کرد و تبصره ماده ۶ قانون استخدام کشوری، شرایط استخدام پیمانی را به موجب

آیین‌نامه استخدامی مصوب هیأت وزیران پیش‌بینی کرده است. در ماده ۳ اولین آیین‌نامه استخدام پیمانی موضوع تبصره ماده ۶ قانون استخدام کشوری، مصوب ۱۳۴۶ استخدام مستخدمان به‌صورت پیمانی برای تصدی پست‌های ثابت سازمانی بنا به پیشنهاد وزارتخانه یا مؤسسه دولتی متقاضی، و تصویب سازمان امور اداری و استخدامی کشور انجام می‌گرفت و استخدام برای تصدی پست‌هایی که جنبه مستمر ندارند، رأساً توسط وزارتخانه یا مؤسسه دولتی مربوط صورت می‌پذیرفت و هیچ‌گونه آزمونی برای استخدام پیمانی پیش‌بینی نشده بود. با تصویب آیین‌نامه استخدام پیمانی مصوب ۱۳۶۸ و جایگزین شدن مصوبه جدید، ماده ۸ آیین‌نامه پیمانی مصوب ۱۳۶۸ و اصلاحی ۱۳۸۱، استخدام به‌صورت پیمانی را از طریق امتحان یا مسابقه، طبق ضوابط و مقررات مورد عمل در خصوص استخدام رسمی تعیین کرد. از این‌رو در زمان تصویب‌نامه ۱۳۷۸ هیأت وزیران در خصوص تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی، در قانون استخدام کشوری، استخدام پیمانی از طریق آزمون پیش‌بینی نشده بود و صرفاً آیین‌نامه استخدامی پیمانی ۱۳۶۸ به لزوم به‌کارگیری پیمانی از طریق آزمون اشاره داشت. با توجه به اینکه الزام قانونی به‌منظور استخدام پیمانی به‌واسطه آزمون در قانون استخدام کشوری، پیش‌بینی نشده بود، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با تسامح و چشم‌پوشی از آیین‌نامه استخدام پیمانی مصوب ۱۳۶۸ به لزوم تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت به پیمانی بدون لزوم شرکت در آزمون حکم کرد، درحالی‌که این رأی، با رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر غیرقانونی دانستن تبدیل وضعیت استخدامی از قراردادی به پیمانی سازگار نیست و از این حیث رأی شماره ۵۵۵ سال ۱۳۸۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری محل انتقاد است، به‌خصوص اینکه قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶ و قبل از تصویب رأی شماره ۵۵۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، به‌صراحت، استخدام پیمانی را منحصراً از طریق آزمون عمومی پیش‌بینی کرده بود، از این‌رو رأی اخیرالذکر، مخالف رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌نظر می‌رسد. برای نمونه در رأی شماره ۱۳۸۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۳، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مستدل به اینکه مطابق ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، ورود به خدمت و استخدام در دستگاه‌های اجرایی به برابری فرصت‌ها موکول شده است و در ماده ۴۴ قانون مذکور، به‌کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی منوط به پذیرفته شدن در امتحان عمومی با نشر آگهی و مسابقه تخصصی اعلام شده است و اساساً در قانون مقوله‌ای به‌عنوان تبدیل وضعیت خدمتی از قراردادی به پیمانی یا رسمی پیش‌بینی نشده، صدور مجوز تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت و انجام کار معین به پیمانی، مغایر قانون دانسته شده است.

همچنین، مصوبه تبدیل وضعیت به پیمانی و تأیید آن توسط هیأت عمومی، با توجه به

برگزار نشدن آزمون عمومی و ایجاد امتیاز خاص برای کارکنان قراردادی، به دلیل تبعیض آمیز بودن، مغایر اصل ۲۸ و بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی به نظر می‌رسد. به خصوص اینکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۸۷ تا ۹۱ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۷ خود، در خصوص تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی شهرداری‌ها به پیمانی چنین استدلال نکرده است: «نحوه استخدام پیمانی در قانون استخدام کشوری به آیین‌نامه استخدام پیمانی موکول شده است که به موجب ماده ۸ آیین‌نامه استخدام پیمانی مصوب هیأت وزیران مقرر شده است استخدام پیمانی از طریق امتحان یا مسابقه و گزینش بر طبق ضوابط و مقررات مورد عمل در مورد استخدام صورت خواهد پذیرفت و در حال حاضر استخدام رسمی و پیمانی در دستگاه‌های اجرایی صرفاً از طریق انتشار آگهی عمومی و برابری فرصت‌ها امکان‌پذیر است و تبدیل وضعیت کارکنان قراردادی به پیمانی در قوانین حاکم پیش‌بینی نشده است و دادن امتیاز استخدامی به نیروهای قراردادی تبعیض آمیز و مغایر اصل ۲۸ و بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی محسوب می‌شود». در این رأی، ماده ۸ آیین‌نامه استخدام پیمانی و اصول قانون اساسی مبنی بر منع تبعیض ناروا، در حالی در نفی تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی مورد استناد هیأت عمومی قرار گرفته است که این مستندات در زمان تصویب مصوبه تبدیل وضعیت در سال ۱۳۷۸ و در زمان تصویب رأی شماره ۵۵۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۷ نیز قابلیت استناد داشته است و عدم اتخاذ رویه واحد توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و صحنه گذاشتن به تبدیل وضعیت از قرارداد خرید خدمت به پیمانی محل انتقاد است. مضاف بر اینکه پس از تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سنجش مغایرت مصوبات، با قانون اساسی در بند «ت» ماده ۸۰ این قانون مورد تصریح قرار گرفته است. ازاین‌رو دیوان عدالت اداری صلاحیت استناد به قانون اساسی و نظارت بر انطباق مقررات و تصمیمات اجرایی با قانون اساسی را داراست. البته قبل از تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲ نیز، در رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری استناد به قانون اساسی در منع تبعیض ناروا دیده می‌شود که می‌توان به آرای شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۰۱/۲۴ و ۹۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد. ازاین‌رو هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۷ هم می‌بایست طبق رویه موجود در زمان تصویب رأی ۵۵۵، با توجه به تبعیض آمیز بودن الزام به تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی، مستند به اصول قانون اساسی نسبت به عدم تأیید مصوبه اقدام می‌کرد، بنابراین، صدور حکم الزام به تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی توسط هیأت عمومی، مغایر قوانین و مقررات به نظر می‌رسد.



### ۳. تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی

هرچند مطابق ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری تمامی قوانین و مقررات عام و خاص مغایر با قانون مدیریت به‌جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۱۳۸۶/۶/۵ مجلس شورای اسلامی، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو شده است، لکن قانون مدیریت خدمات کشوری جز در بند «ب» ماده ۴۵ قانون، که استخدام پیمانی را مختص تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین اعلام کرده است، تعریف مشخصی از استخدام پیمانی ارائه نکرده است، از این‌رو ضروری است به‌منظور آشنایی با مفهوم استخدام پیمانی به قانون استخدام کشوری و آیین‌نامه استخدام پیمانی مراجعه کرد. مطابق تعریف ارائه‌شده در ماده ۶ قانون استخدام کشوری مستخدم پیمانی کسی است که به موجب قرارداد به‌طور موقت برای مدت معین و کار مشخص استخدام می‌شود. مطابق رأی شماره ۵۹۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۹ و اصلاحی مکرر ۱۳۸۴/۵/۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، با توجه به‌صراحت مواد ۶ و ۸ قانون استخدام کشوری به‌کارگیری مستخدمان پیمانی برای مدت نامحدود و به‌صورت ثابت مغایر قانون است.

در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون استخدام کشوری، از استخدام پیمانی به‌عنوان یکی از انواع استخدام‌های دولتی نام برده شده، با وجود این، مقنن از استخدام پیمانی تعریفی ارائه نکرده است، اما از ویژگی‌های این نوع استخدام، استفاده می‌شود که استخدام پیمانی بر پایه قرارداد شکل می‌گیرد و به‌صورت موقت است و شرایط استخدام، نوع انجام وظیفه و محل آن و همچنین حقوق و مزایای متعلقه، مطابق قرارداد تعیین می‌شود (مولایی، ۱۳۹۴: ۲۶). ماده ۸ آیین‌نامه استخدام پیمانی موضوع تبصره ماده ۶ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۶۸/۶/۱ ورود به خدمت پیمانی را از طریق امتحان و گزینش ذکر کرده که زیر نظر هیأت مرکزی گزینش وزارتخانه یا دستگاه دولتی مربوط انجام می‌پذیرد. همچنین مستفاد از ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری استخدام پیمانی پست‌های سازمانی با پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به‌طور عمومی نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است. تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری بر تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمان پیمانی به رسمی دلالت دارد که با لحاظ سایر قوانین و مقررات مرتبط، تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی در قالب سه دسته قابل تقسیم‌بندی است:

#### ۳-۱. تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی موضوع تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تبدیل

مطابق تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تبدیل نیروی انسانی در دستگاه‌های دولتی مصوب ۱۳۶۶/۰۱/۲۷ تبدیل وضعیت مستخدمان پیمانی به رسمی منوط به داشتن حداقل ۸ سال سابقه خدمت به‌صورت پیمانی در همان دستگاه یا یک سال سابقه خدمت داوطلبانه در جبهه به‌علاوه

حداقل ۲ سال سابقه خدمت پیمانی در دستگاه است.

مطابق دادنامه شماره ۱۴۳ تا ۱۴۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۰۵، حکم مقرر در تبصره مذکور، مصرح در جواز تبدیل وضع مستخدمان پیمانی به رسمی با رعایت شرایط قانونی است و تسری آن به مستخدمان قراردادی مجوز قانونی ندارد، از این رو کارکنان قراردادی تخصصاً از شمول تبدیل وضع قانون نحوه تعدیل خارج هستند. ضمن اینکه برابر رأی شماره ۴۵۰ مورخ ۱۳۸۷/۶/۳۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری؛ در تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی دستگاه‌های دولتی، به تبدیل وضع مطلق مستخدمان پیمانی به رسمی (در صورت احراز شرایط قانونی) اشاره شده است و تبصره مذکور، به کارکنان پیمانی شاغل در مشاغل پشتیبانی (اداری و خدماتی) اختصاص ندارد.

### ۳-۱-۱. استناد به قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی با حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری

با توجه به ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری که تمامی قوانین و مقررات مغایر این قانون را لغو کرده است، به نظر می‌رسد با عنایت به حکم تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت و آیین‌نامه اجرایی آن که شرایط تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی را احصا و موضوع تبدیل وضعیت پیمانی را تعیین تکلیف کرده است، می‌بایست حکم مندرج در تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی را منسوخ دانست، مع‌ذک هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ حکم مقرر در تبصره مزبور که تبدیل وضع مستخدمان پیمانی به رسمی را منوط به داشتن ۸ سال سابقه خدمت به صورت پیمانی در همان دستگاه دانسته، با حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری ملغی و منسوخ اعلام نکرده و اجرای آن را کماکان مورد تصریح قرار داده است که دادنامه مزبور از این حیث که فاقد استدلال بوده و در آن، به علت عدم نسخ حکم مذکور در قانون تعدیل، اشاره نشده، محل نقد است. از طرف دیگر، با توجه به صراحت ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، استناد به قانون نحوه تعدیل در تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی موجه به نظر نمی‌رسد.

### ۳-۱-۲. نقد و تحلیل رأی وحدت رویه شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

رأی وحدت رویه شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مقرر می‌دارد: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، کلیه قوانین و مقررات عام و خاص مغایر این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن آن ملغی اعلام شده

است و قانون مذکور متضمن حکمی در خصوص تغییر وضعیت استخدامی مستخدمینی که قبل از اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری به استخدام پیمانی درآمده‌اند نیست، در نتیجه حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل نیروی انسانی مصوب ۱۳۶۶ که تبدیل وضع مستخدمین پیمانی به رسمی را منوط به داشتن ۸ سال سابقه خدمت به صورت پیمانی در همان دستگاه دانسته، با حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری لغو نگردیده و قابلیت اجرا و اعمال دارد. بنا به مراتب فوق حکم شعبه بیست و یکم دیوان به شماره دادنامه ۹۲۴ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ در حدی که متضمن این معنی باشد، صحیح تشخیص و موافق اصول و موازین قانونی اعلام می‌گردد».

صدر رأی فوق‌الاشعار تصریح کرده که «قانون مدیریت خدمات کشوری متضمن حکمی در خصوص تغییر وضعیت استخدامی مستخدمینی که قبل از اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری به استخدام پیمانی درآمده‌اند نمی‌باشد»، درحالی‌که این استدلال مخدوش به نظر می‌رسد، چراکه تبصره ۲ ماده ۶۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به صورت مطلق به تبدیل وضعیت کارکنان پیمانی اشاره کرده است، اعم از اینکه مستخدمان پیمانی طبق قانون مدیریت خدمات کشوری به کار گرفته شده باشند یا اینکه قبل از اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری مطابق ضوابط قانون استخدام کشوری و آیین‌نامه استخدام پیمانی به خدمت دولت درآمده باشند.

ذیل رأی هیأت عمومی نیز به صورت کلی مقرر داشته است: «حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل نیروی انسانی مصوب ۱۳۶۶ که تبدیل وضع مستخدمین پیمانی به رسمی را منوط به داشتن ۸ سال سابقه خدمت به صورت پیمانی در همان دستگاه دانسته، با حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری لغو نگردیده و قابلیت اجرا و اعمال دارد»، از این رو تصریح شده است که حتی با حاکمیت قانون مدیریت خدمات کشوری و در زمان حاکمیت این قانون هم، تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل نیروی انسانی لغو نشده و قابلیت اجرا دارد، درحالی‌که تبصره ۲ ماده ۶۶ قانون مدیریت خدمات کشوری به تبدیل وضعیت کارمندان پیمانی اشاره دارد و تبصره ۳ نیز تصویب آیین‌نامه اجرایی نحوه تبدیل وضعیت را بر عهده هیأت وزیران گذاشته است، بنابراین با لحاظ حکم مقرر در ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، لغو حکم تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل، امری بدیهی به نظر می‌رسد.

شایان ذکر است که هرچند ممکن است در برداشت اول از صدر رأی این مفهوم مستفاد شود که رأی هیأت در حکم به عدم نسخ تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل ناظر بر مستخدمان پیمانی است که شرایط مذکور در قانون تعدیل را قبل از اجرای قانون مدیریت جهت تبدیل

وضعیت استخدامی حائز باشند، مع ذلک با مراجعه به دادنامه شماره ۹۲۴ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ که در رأی شماره ۲۰۰، مورد تأیید هیأت عمومی قرار گرفته است، مشخص می‌شود شعبه ۲۱ دیوان عدالت اداری در رسیدگی به پرونده کلاسه ۸۷/۲۱/۴۷۹ مورخ ۱۳۸۷/۵/۲۰ مستدل به اینکه: «شاکی بیش از ۸ سال سابقه خدمت اداری دارد و برابر ماده ۲ قانون تعدیل نیروی انسانی، پس از ۸ سال سابقه خدمت تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی منع قانونی ندارد و ماده ۵ قانون استخدام کشوری تصریح می‌نماید که در پست‌های ثابت سازمانی استخدام به صورت پیمانی خلاف قانون می‌باشد، بنابراین با عنایت به مستندات مذکور و ابلاغ شماره ۲/۲۴/۱۴۷۵ مورخ ۱۳۷۹/۲/۲۷ و تاریخ شروع قرارداد ایشان که از تاریخ ۱۳۷۹/۱/۱ دارای بیش از ۸ سال سابقه می‌باشند و نیز دارای مدرک دیپلم می‌باشند و در لیست ثابت سازمانی مسئول خدمات اداری مشغول به خدمت می‌باشد»، حکم به ورود شکایت صادر کرده است. با توجه اینکه تاریخ انتشار قانون مدیریت خدمات کشوری در روزنامه رسمی مورخ ۱۳۸۶/۰۸/۲۹ بوده است و مطابق جزء «ب» بند ۱۱ ماده واحد قانون بودجه ۱۳۸۸ کشور، صرفاً فصل دهم قانون مدیریت از تاریخ ۱۳۸۸/۱/۱ اجرایی شده است، از این رو با مذاقه در رأی مشخص می‌شود در رأی مورد تأیید هیأت عمومی، شاکی از سال ۱۳۷۹ به استخدام پیمانی درآمده و با توجه به لزوم احراز ۸ سال سابقه، شاکی در سال ۱۳۸۷ شرایط قانون نحوه تعدیل را حائز بوده است و شعبه رسیدگی کننده در زمان اجرایی شدن قانون مدیریت، به تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل استناد کرده است، بنابراین استدلال به اینکه رأی شماره ۲۰۰ صرفاً ناظر بر حائزین شرایط ۸ سال سابقه، قبل از قانون مدیریت خدمات کشوری و سال ۱۳۸۶ است، موجه به نظر نمی‌رسد. مضاف بر اینکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۰۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۹ نیز مجدداً بر عدم لغو حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل پس از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری تأکید کرده و به صراحت شرط دارا بودن ۸ سال سابقه خدمت پیمانی تا تاریخ تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری را منتفی اعلام کرده است که بر اعتبار حکم قانون نحوه تعدیل، حتی پس از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری دلالت دارد.

به هر روی با توجه به رأی هیأت عمومی و عدم اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ در خصوص دادنامه شماره ۲۰۰ سال ۱۳۸۹، تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل در خصوص تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی تا زمان تصویب تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ مورد استناد قرار می‌گرفت و با اجرایی شدن قانون برنامه پنجم و حکم مذکور در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون مذکور مستند به

ماده ۲۲۶ این قانون احکام قوانین و مقررات در صورت مغایرت با احکام قانون مذکور، در طول برنامه موقوف‌الاجرا می‌گردد، از این رو در تبدیل وضعیت استخدامی به پیمانی در طول اجرای برنامه پنجم توسعه (۱۳۹۰/۱/۱ تا ۱۳۹۵/۱۲/۲۹) حکم مندرج در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم اعمال شده است.

با لحاظ دادنامه ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و موقت بودن حکم قانون برنامه پنجم توسعه و عدم پیش‌بینی آن در برنامه ششم توسعه، مستند به قاعده زوال مانع (اذا زال المانع عاد الممنوع) می‌بایست حکم تبصره ۲ ماده ۷ قانون نحوه تعدیل را در زمان اجرای برنامه ششم توسعه (۱۳۹۶-۱۴۰۰) مجدداً مُجرا دانست، لکن با عنایت به تبصره ۲ ماده ۴۶ و آیین‌نامه اجرایی جدید ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۹۶ که شرایط تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی را با جزئیات احصا کرده است و به‌خصوص با توجه به حکم ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، استناد مجدد به تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل محل تأمل است و شرایط مذکور در قانون نحوه تعدیل با حکم تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و آیین‌نامه اجرایی آن قابل جمع به‌نظر نمی‌رسد، لذا یگانه طریق رفع چالش‌های تبدیل وضع استخدامی پیمانی به رسمی آزمایشی را می‌بایست اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به دادنامه شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌دلیل مغایرت با مواد ۴۶ و ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری دانست. ضمن اینکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در آخرین رأی خود در خصوص تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی، طی دادنامه شماره ۸۱۴ مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵، نحوه و شرایط پذیرفته شدن کارکنان پیمانی به‌منظور ادامه استخدام را، تابع تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت و آیین‌نامه اجرایی آن اعلام کرده است که به‌صورت ضمنی، به نسخ حکم تبدیل وضعیت قانون نحوه تعدیل اشاره دارد، از این رو در صورتی که مطابق رأی اخیرالذکر هیأت عمومی، حکم قانون نحوه تعدیل نسخ شده باشد، با توجه به مفاد رأی سال ۱۳۸۹ هیأت عمومی مبنی بر عدم نسخ حکم قانون نحوه تعدیل، ارجاع موضوع به هیأت عمومی، در راستای ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به‌منظور رفع تعارض از آرای هیأت عمومی ضروری به‌نظر می‌رسد.

### ۲-۳. تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی مطابق تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه

مطابق تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، استخدام رسمی کارمندان پیمانی به شرکت در آزمون و سایر شرایط مصرح در ماده ۴۲ همان قانون موقوف

شده بود، لیکن مقنن در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ مقرر داشت: «تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی بدون نیاز به آزمون با رعایت سقف اعتبارات و مجوزهای استخدامی با تشخیص و تأیید معاونت (برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی) و معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور (سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور) مجاز است».

همان‌گونه که ذکر شد به موجب ماده ۲۲۶ قانون برنامه پنجم، احکام قوانین و مقرراتی که لغو یا اصلاح آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، در صورت مغایرت با احکام این قانون در طول برنامه موقوف‌الاجرا می‌گردد، بنابراین با حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه که در آن تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی بدون نیاز به آزمون تجویز شده، سایر قوانین و مقررات مغایر در طول مدت برنامه پنجم موقوف‌الاجرا شده است، لذا حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۵۷ صرفاً در زمان حاکمیت قانون برنامه پنجم قابلیت استناد دارد.

دستورالعمل تبدیل وضعیت کارکنان پیمانی به رسمی موضوع بخشنامه ۲۰۰/۹۱/۱۳۰۹ مورخ ۱۳۹۱/۱/۲۲ معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور که شرایط لازم به‌منظور تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی آزمایشی را احصا کرده بود، به موجب رأی شماره ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌علت مغایرت با قانون و خروج از حدود اختیارات ابطال شده است.

در اجرای تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه و تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی ریاست جمهوری در بند ۷ بخشنامه شماره ۲۰۰/۹۲/۱۳۵۹۸-۱۳۹۲/۸/۱-۱ تبدیل وضع مستخدمان پیمانی به رسمی آزمایشی را منوط به «دریافت مجوز استخدامی رسمی از شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی، تأیید معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور و این معاونت و قبول در آزمون» کرده بود که قید «قبولی در آزمون» به موجب رأی شماره ۱۶۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شده است.

همچنین مستفاد از رأی وحدت رویه شماره ۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۳۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «تبدیل وضعیت استخدامی کارمندان از پیمانی به رسمی، بدون نیاز به آزمون (موضوع تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹) تنها با تشخیص و تأیید ۱- معاون نظارت و راهبردی ریاست جمهوری و ۲- معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور مجاز شمرده است»، از این رو در زمان اجرای

قانون برنامه پنجم توسعه، کارکنان پیمانی می‌توانستند بدون نیاز به آزمون و صرفاً با مجوز و تأیید مراجع ذی‌ربط از وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی تغییر وضعیت استخدامی پیدا کنند.

### ۳-۳. تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی موضوع تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری

مطابق تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ استخدام رسمی کارمندان پیمانی در مشاغل حاکمیتی به شرکت در آزمون و احراز صلاحیت‌های مصرح در ماده ۴۲ همان قانون موکول شده است. لذا احراز شرایط عمومی استخدام در دستگاه‌های اجرایی که در ماده ۴۲ قانون مدیریت ذکر شده است، برای تبدیل وضع پیمانی به رسمی آزمایشی ضروری است، مع‌ذلک به‌نظر می‌رسد با توجه به قرینه بند «ج» ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، «تأیید گزینش» صرفاً در مرحله استخدام اولیه و تبدیل وضعیت از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی ضروری است و در خصوص تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی تأیید گزینش مورد نیاز نیست.

به استناد تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، دولت مجاز است کارمندان پیمانی شاغل در مشاغل حاکمیتی دستگاه‌های اجرایی را با رعایت شرایطی و از طریق آزمون به استخدام رسمی درآورد. از طرفی، در سال‌های اجرای قانون برنامه پنجم توسعه و مطابق با مفاد و سازوکار تبصره ۲ ماده ۵۷ آن قانون، برخی از نیروهای پیمانی دستگاه‌های اجرایی به استخدام رسمی درآمده‌اند.

با توجه به انقضای سازوکار در نظر گرفته‌شده در تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه برای تبدیل وضع استخدامی نیروهای پیمانی به رسمی از ابتدای سال ۱۳۹۶ و عدم پیش‌بینی سازوکار خاصی در این زمینه در برنامه ششم توسعه، لازم است تا راهکار در نظر گرفته‌شده در تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مبنای عمل قرار گیرد. لیکن با وجود تکلیف تعیین‌شده در تبصره ۳ ماده اخیرالذکر مبنی بر تهیه آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ و تصویب آن توسط هیأت وزیران، در آیین‌نامه اجرایی مذکور که در سال ۱۳۸۸ توسط «وزیران عضو کمیسیون امور اجتماعی و دولت الکترونیک» تصویب و ابلاغ شده، صرفاً اصل ماده و تبصره ۱ آن مدنظر قرار گرفته و توجهی به تبصره ۲ که مبنای رفتار با کارمندان پیمانی جهت استخدام رسمی آنهاست، نشده است.

لذا هیأت وزیران هیأت وزیران در جلسه ۱۳۹۶/۱۱/۱۸ به پیشنهاد سازمان اداری و استخدامی کشور و به استناد تبصره ۳ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ آیین‌نامه اجرایی ماده یادشده را به تصویب رسانید که با تصویب این آیین‌نامه،

تصویب‌نامه‌های شماره ۲۳۱۴۱۳/ت/۴۳۹۱۳ ک مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۱ و شماره ۲۶۲۷۷۰/ت/۴۳۹۱۳ ک مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۷ لغو شد و در حال حاضر ملاک تبدیل وضعیت، آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت مصوب ۱۳۹۶ هیأت وزیران است.

ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، استخدام رسمی کارمندان پیمانی در پست‌های سازمانی موضوع بند «الف» ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری را با رعایت سیاست‌های دولت و قوانین و مقررات مربوط، به پیشنهاد دستگاه اجرایی و تأیید و صدور مجوز استخدام رسمی از سوی سازمان اداری و استخدامی کشور و رعایت موارد مندرج در این آیین‌نامه امکان‌پذیر دانسته است. براساس ماده ۲ آیین‌نامه مزبور، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند طبق مجوزهای صادره از محل ماده ۱، کارمندان پیمانی خود را پس از آزمون و سنجش شایستگی‌های تخصصی و رفتاری متناسب با پست‌های سازمانی حاکمیتی و حصول اطمینان از دارا بودن شایستگی‌های موردنظر، به استخدام آزمایشی درآورند. مستفاد از رأی وحدت رویه شماره ۶۳۱ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، هرچند صدور حکم استخدامی و تبدیل وضع کارمندان، مستلزم صدور مجوز لازم از سوی سازمان اداری و استخدامی کشور است، اما پذیرش یا رد تبدیل وضعیت در زمره وظایف و اختیارات اختصاصی وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی قرار دارد، ازاین‌رو هرگونه تبدیل وضعیت استخدامی، مستلزم صدور مجوز استخدامی مطابق قانون است و در شکایات مرتبط با تبدیل وضعیت استخدامی، طرح شکایت به طرفیت دستگاه اجرایی صورت می‌گیرد و الزامی به طرف شکایت قرار دادن سازمان اداری و استخدامی وجود ندارد. علی‌رغم حکم رأی مذکور، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه شماره ۱۷۴۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۸ اعلام کرد: «با توجه به اینکه به‌کارگیری نیرو در دستگاه‌های اجرایی چه به‌صورت قراردادی (موضوع تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری) و یا چه به‌صورت پیمانی و رسمی (موضوع ماده ۴۴ قانون مذکور) مستلزم اخذ مجوز از سازمان اداری و استخدامی می‌باشد و هرگونه به‌کارگیری نیروی انسانی در دستگاه‌های اجرائی خارج از مجوز استخدامی خلاف قانون می‌باشد»، ازاین‌رو با عنایت به این مسئله در طرح دعوی تبدیل وضعیت استخدامی لازم است علاوه بر دستگاه اجرایی سازمان اداری و استخدامی کشور نیز طرف دعوا قرار گیرد.

مطابق تبصره ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری: «آن دسته از کارمندان پیمانی دستگاه‌های اجرایی که استخدام پیمانی آنان از طریق شرکت و قبولی در آزمون‌های استخدامی که با رعایت سازوکار ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری برگزار می‌گردد، نبوده است برای استخدام آزمایشی باید در آزمون‌های استخدامی موضوع ماده ۴۴ قانون مذکور که توسط



سازمان اداری و استخدامی کشور برگزار می‌گردد، شرکت کنند و حد نصاب آزمون را براساس دستورالعمل مربوط کسب نمایند»، لذا شرط آزمون در خصوص کارمندان پیمانی که با آزمون موضوع ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری به خدمت پیمانی درآمده‌اند متفی است، اما کارمندان پیمانی که بدون آزمون به استخدام پیمانی تبدیل وضعیت یافته‌اند، صرفاً با شرکت در آزمون عمومی، امکان تبدیل وضعیت به رسمی آزمایشی را پیدا می‌کنند که مهم‌ترین مصداق این دسته از مستخدمان، کارمندان قراردادی خرید خدمتی‌اند که به موجب مصوبه ۱۳۷۸ هیأت وزیران به استخدام پیمانی تبدیل وضعیت پیدا کرده‌اند که مفاد این حکم طی رأی شماره ۱۴۷۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۳ هیأت تخصصی استخدامی دیوان عدالت اداری مورد تأیید قرار گرفته است.

ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت، دستورالعمل اجرایی آیین‌نامه و همچنین شرح وظایف شورای راهبری توسعه مدیریت و سرمایه انسانی در خصوص ماده ۳ این آیین‌نامه را موکول به تصویب شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی ریاست جمهوری با پیشنهاد سازمان اداری و استخدامی کشور کرده است.

سازمان اداری و استخدامی کشور، «دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری» مصوب شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی را به شماره ۱۴۴۱۸۹ در تاریخ ۱۳۹۷/۰۳/۲۸ به تمامی دستگاه‌های اجرایی مشمول قانون مدیریت خدمات کشوری ابلاغ کرده است.

ماده ۲ دستورالعمل مزبور مقرر می‌دارد؛ در اجرای ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند برای پست‌های قابل تخصیص به مشاغل حاکمیتی درخواست صدور مجوز استخدام رسمی کارمندان پیمانی شاغل در دستگاه را به سازمان اداری و استخدامی کشور ارسال کنند. سازمان اداری و استخدامی کشور با رعایت قوانین و مقررات مربوط و سیاست‌های دولت، نسبت به صدور مجوز برای تمام یا بخشی از درخواست دستگاه اجرایی اقدام می‌کند.

ماده ۳ دستورالعمل مذکور که در راستای تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون تنظیم شده، تصریح نموده است که دستگاه‌های اجرایی می‌توانند کارمندان پیمانی واجد شرایط را پس از سنجش شایستگی‌های تخصصی و رفتاری و احراز صلاحیت‌های موضوع ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری از محل مجوزهای صادره ماده ۲ دستورالعمل در مشاغل حاکمیتی به استخدام رسمی آزمایشی درآورند، بنابراین مهم‌ترین شرط تبدیل وضع استخدامی از پیمانی به رسمی آزمایشی، صدور مجوز استخدامی از سوی سازمان اداری و استخدامی کشور است.

تصویب مشاغل حاکمیتی توسط معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور

براساس تصویب‌نامه شماره ۴۴۹۱۳/۱۶۳۴۶۷ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۲ هیأت وزیران صورت می‌پذیرد. ماده ۳ دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، شرایط تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی را بدین شرح احصا کرده است:

الف) حداقل ۵ سال از استخدام پیمانی کارمند سپری شده باشد و چنانچه کارمند پیمانی از دستگاه اجرایی دیگری به دستگاه منتقل شده باشد، با رعایت حداقل سنوات این بند، باید حداقل یک سال از زمان انتقال وی به دستگاه اجرایی مقصد گذشته باشد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۰ مستدل به اینکه در ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه وجود حداقل سابقه و یا رضایت مدیر واحد محل خدمت مستخدم پیش‌بینی نشده است و مطابق تبصره ۳ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری تصویب آیین‌نامه اجرایی این ماده به عهده هیأت وزیران محول شده است، تصویب بخشنامه را خارج از حدود اختیارات معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور تشخیص داده است. مضاف بر اینکه بندهای ۳ و ۴ بخشنامه ۱۳۰۹/۹۱/۲۰۰ - ۱۳۹۱/۱/۲۲ معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور را در خصوص پیش‌بینی داشتن حداقل سه سال خدمت پیمانی برای دارندگان مدرک دانشگاهی و حداقل ۵ سال سابقه خدمت پیمانی برای دارندگان مدرک تحصیلی دیپلم و رضایت مدیر واحد محل خدمت، جهت تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی آزمایشی را مغایر مقررات تشخیص داده و دو شرط مذکور را به علت مغایرت با قانون و خروج از حدود اختیارات ابطال کرده است، ازاین‌رو پیش‌بینی حداقل ۵ سال سابقه به‌منظور تبدیل وضعیت پیمانی، مذکور در دستورالعمل ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مغایر ماده ۴۶ قانون مدیریت و مفاد رأی شماره ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بوده و قابل ابطال به نظر می‌رسد.

ب) استخدام پیمانی کارمند از طریق قبولی در آزمون‌های استخدامی موضوع ماده ۴۴ قانون که به صورت عمومی برگزار شده یا می‌شود، صورت پذیرفته باشد. بنابراین در خصوص کارمندان پیمانی که با آزمون عمومی استخدام شده‌اند، شرکت مجدد در آزمون ضرورت ندارد و به نظر می‌رسد این پیش‌بینی مغایرتی با تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت ندارد، چراکه تبصره مذکور در خصوص تبدیل وضعیت کارمندان پیمانی به رسمی آزمایشی اشعار می‌دارد: «با کارمندان پیمانی در صورت شرکت در آزمون و احراز صلاحیت...». لذا شرط آزمون در خصوص کارمندان پیمانی که با آزمون ماده ۴۴ قانون مدیریت استخدام شده‌اند مفروضه بوده و لزومی به شرکت مجدد در آزمون نیست.

لکن مطابق دستورالعمل، استخدام رسمی آزمایشی کارمندانی که استخدام پیمانی آنان از طریق قبولی در آزمون‌هایی با نشر عمومی آگهی استخدامی براساس ماده ۴۴ قانون نبوده است، علاوه بر رعایت مفاد این دستورالعمل موکول به شرکت در امتحانات استخدامی عمومی که توسط سازمان اداری و استخدامی کشور برنامه‌ریزی می‌شود و کسب نصاب حداکثر در آزمون براساس «دستورالعمل امتحانات» در دوره پیمانی است که شرطی ضروری و مطابق با عدالت استخدامی است، بنابراین کارمندان پیمانی که از قرارداد خرید خدمت و طبق مصوبه چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمان خرید خدمت به پیمانی مصوب ۱۳۷۸ هیأت وزیران از وضعیت قراردادی به پیمانی تبدیل وضعیت پیدا کرده‌اند، برای تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی آزمایشی می‌بایست در آزمون استخدامی عمومی موضوع ماده ۴۴ قانون مدیریت پذیرفته شوند و مستفاد از آرای هیأت شماره ۶۵۸ تا ۶۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۴ و دادنامه شماره ۹۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، با توجه به حکم ماده ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، که به‌کارگیری افراد در دستگاه‌های اجرایی را منوط به پذیرفته شدن در آزمون، با نشر آگهی عمومی کرده است و در ماده ۵۷ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ نیز، جذب نیروی انسانی به‌صورت رسمی یا پیمانی به آزمون عمومی موکول شده است، دارا بودن شرط قبولی از طریق آزمون عمومی ضروری بوده و برگزاری آزمون‌های ادواری و داخلی میان کارمندان قراردادی دستگاه، نیز مغایر قانون است. (ج) متوسط امتیازات ارزشیابی سالانه سه سال آخر کارمند در دوره پیمانی از هشتاد درصد (۸۰ درصد) امتیازات ارزشیابی کمتر نباشد.

(د) عدم محکومیت کارمند به هر یک از مجازات‌های بندهای «ه»، «و» و «ز» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، در طول دوره پیمانی که مستفاد از رأی شماره ۳۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، هر نوع محکومیت ناشی از آراء هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری بصورت علی‌الاطلاق، مانع تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی نخواهد بود. بر همین اساس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۱۹۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۹ مستدل به اینکه؛ شرایط مقرر برای تبدیل وضعیت کارمندان پیمانی به رسمی آزمایشی در مواد ۴۲ و ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مشخص شده و اضافه کردن شرط عدم محکومیت کارمند به هر یک از مجازات‌های موضوع بندهای «ه»، «و» و «ز» ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری در طول دوره پیمانی، در حکم قانونگذاری بوده و خارج از حدود اختیارات شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی است، نسبت به ابطال بند (د) ماده ۳ دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری اقدام نموده است.

تبدیل وضع استخدامی کارمندان پیمانی به رسمی آزمایشی در دوره مأموریت، در دستگاه اجرایی مقصد امکان پذیر نیست. استخدام رسمی آزمایشی آنان در دستگاه مبدأ نیز مشروط بر این است که حداقل یک سال منتهی به تبدیل وضع در دستگاه اجرایی مبدأ اشتغال داشته و مفاد بندهای مذکور در مورد آنان رعایت شده باشد. همچنین در صورتی که تعداد شرکت کنندگان در سنجش شایستگی های موضوع این ماده بیشتر از تعداد مجوزهای استخدام رسمی آزمایشی باشد، پذیرش افراد براساس نمرات فضلی (از بالاترین نمره مکتسبه) آنان در هر شغل خواهد بود.

بنا به مراتب در حال حاضر تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی آزمایشی مطابق تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، آیین نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت کشوری مصوب ۱۳۹۶ هیأت وزیران پس از احراز شرایط قانونی، صدور مجوز استخدامی از سوی سازمان اداری و استخدامی و سنجش شایستگی های مذکور در دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۹۷ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی ریاست جمهوری توسط «شورای راهبری توسعه مدیریت» در هر دستگاه اجرایی صورت می پذیرد و در هر حال بدون مجوز تبدیل وضعیت از سوی سازمان اداری استخدامی حتی در صورت حصول سایر شرایط، الزامی به تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی وجود نخواهد داشت.

#### ۴. تبدیل وضعیت از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی

مستخدمان آزمایشی در حکم مستخدم رسمی محسوب می شوند و با این دسته از مستخدمان مانند مستخدم رسمی رفتار می شود، یعنی دارای حقوق و مزایایی اند که برابر حقوق و مزایای نخستین پایه و گروه مستخدم رسمی است که در آن گروه و پایه قرار می گیرد. مستخدم آزمایشی را می توان به صورت موقت به پست های سازمانی ثابت منصوب کرد. دستگاه مربوط می تواند طبق شرایط قانونی، حکم برکناری آنان را هنگام دوره آزمایشی تا پایان دوره آزمایشی و پیش از انتصاب به رسمی قطعی صادر کند. ولی پس از پایان دوره آزمایشی اداره حق ندارد و نمی تواند مستخدم را به عنوان مستخدم آزمایشی اخراج کند و مستخدم به خودی خود رسمی می شود. با پذیرفتن مستخدم آزمایشی رسمی به عنوان مستخدم رسمی قطعی، دوره آزمایشی رسمی از نظر بازنشستگی، جزو دوره خدمت رسمی مستخدم محسوب خواهد شد. میان مستخدم رسمی قطعی و آزمایشی مرزهای مشترک بسیاری هست و تنها تفاوت مهم میان این دو گروه مستخدمان، ثابت نبودن وضع مستخدمان آزمایشی رسمی نسبت به مستخدمان رسمی قطعی است (ابوالحمد، ۱۳۷۰: ۲۵-۲۶). ارتقای رتبه و طبقه شغلی و نیز

اعمال مدرک تحصیلی بالاتر کارمندان آزمایشی همانند کارمندان رسمی است و برابر رأی شماره ۶۴۹ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، موکول کردن ارتقای شغلی کارمندان رسمی آزمایشی به پایان دوره آزمایشی و تعیین وضعیت رسمی قطعی، مغایر قانون است. اما در هر صورت تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون استخدام کشوری مستخدم رسمی آزمایشی را به‌عنوان مستخدم رسمی تلقی نکرده، بلکه در «حکم مستخدم رسمی» دانسته است. از این رو مستخدم آزمایشی از شمول احکامی مانند حکم ماده ۱۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری اساساً خروج موضوعی دارد.

برابر ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، کسانی که شرایط ورود به استخدام رسمی را کسب می‌کنند، قبل از ورود به خدمت رسمی یک دوره آزمایشی را که مدت آن سه سال است، طی خواهند کرد و در صورت احراز شرایط ذیل از بدو خدمت جزو کارمندان رسمی منظور خواهند شد:

الف) حصول اطمینان از لیاقت (علمی، اعتقادی و اخلاقی)، کاردانی، علاقه به کار، خلاقیت، نوآوری، روحیه خدمت به مردم و رعایت نظم و انضباط اداری از طریق کسب امتیاز لازم با تشخیص کمیته تخصصی تعیین صلاحیت کارمندان رسمی، ب) طی دوره‌های آموزشی و کسب امتیاز لازم و ج) تأیید گزینش

همچنین مطابق تبصره ۱ ماده ۴۶ قانون، در صورتی که در ضمن یا پایان دوره آزمایشی کارمندان شرایط ادامه خدمت یا تبدیل به استخدام رسمی را کسب نکنند، با آنها به یکی از روش‌های ذیل رفتار خواهد شد:

الف) اعطای مهلت دوساله دیگر برای احراز شرایط لازم، ب) تبدیل وضع به استخدام پیمانی و ج) لغو حکم.

برابر ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۹۶/۱۱/۱۸ به‌منظور تشخیص صلاحیت موضوع بند «الف» ماده (۴۶) قانون مدیریت خدمات کشوری، وظایف کمیته تخصصی تعیین صلاحیت کارمندان رسمی، مورد نظر در بند مذکور، به شورای راهبری توسعه مدیریت دستگاه‌های اجرایی موضوع مصوبه شماره ۱۱۸۵۲/۲۰۶۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۹/۵ شورای عالی اداری واگذار شده است.

مطابق مواد ۴ و ۵ «دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری» مصوب ۱۳۹۷/۰۳/۰۷ شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی؛ «شورای راهبری توسعه مدیریت» هر دستگاه اجرایی، به‌عنوان کمیته تخصصی تشخیص صلاحیت موضوع بند «الف» ماده ۴۶ قانون برای کارمندان رسمی آزمایشی، وظیفه بررسی اطلاعات

اخذ شده در مورد کارمندانی که دوره رسمی آزمایشی سه ساله خود یا دو سال تمدید شده را طی کرده‌اند، بر عهده دارد و چنانچه کارمند به نتیجه ارزیابی خود معترض باشد، باید اعتراض خود را حداکثر ظرف مدت یک ماه از تاریخ ابلاغ نتیجه، به صورت مکتوب به دبیرخانه شورای راهبری توسعه مدیریت دستگاه اجرایی ارائه کند. شورا نیز حداکثر دو ماه مهلت دارد تا به اعتراض فرد رسیدگی کرده و صلاحیت فرد را مجدداً ارزیابی و نتیجه نهایی را اعلام کند. ماده ۶ دستورالعمل مزبور، تبدیل وضعیت استخدامی کارمندان، پس از طی دوره رسمی آزمایشی سه ساله به رسمی را مشروط به کسب شرایط ذیل عنوان کرده است: الف) کسب حداقل ۷۵ درصد از مجموع امتیازات «فرم تعیین صلاحیت»، ب) طی دوره‌های آموزشی و کسب امتیاز لازم و ج) تأیید گزینش

طبق ماده ۷ دستورالعمل، چنانچه کارمند حائز هر یک از شرایط موضوع ماده ۶ نباشد، اعمال هر یک از روش‌های عنوان شده در ذیل تبصره ۱ ماده ۴۶ قانون مطابق با بندهای زیر صورت می‌پذیرد:

الف) ویژگی‌های بند «الف» ماده ۴۶ قانون: در صورتی که کارمند حد نصاب لازم (۷۵ امتیاز) را از «فرم تعیین صلاحیت» کسب نکند، به شیوه‌های زیر عمل می‌شود:

۱- در صورتی که امتیاز مکتسبه فرد حداقل (۶۵) درصد و پایین‌تر از (۷۵) درصد امتیاز کل باشد، مهلت دوساله دیگر به وی اعطا می‌شود. این مهلت فقط یک بار اعطا گردیده و قابل تمدید نیست.

۲- در صورت کسب حداقل (۵۵) درصد و پایین‌تر از (۶۵) درصد امتیاز کل وضع استخدامی فرد به پیمانی تبدیل می‌شود.

۳- چنانچه امتیاز ارزیابی کارمند کمتر از (۵۵) درصد امتیاز کل باشد، حکم استخدامی وی لغو می‌شود.

مستفاد از آراء شماره ۸۳۷ و ۸۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۷ و ۴۴۰ مورخ ۱۳۸۷/۰۶/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری افرادی که در طی پایان دوره آزمایشی، مطابق ضوابط صالح برای ابقا در خدمت مورد نظر تشخیص داده نشوند، بدون هیچ‌گونه تعهد حکم برکناری آنان از طرف وزارتخانه یا مؤسسه استخدام‌کننده صادر می‌شود، البته صدور حکم برکناری مستخدم آزمایشی از خدمت بدون اتکا به مدارک و اسناد معتبر و تغییر وضعیت استخدامی به صورت پیمانی در پست ثابت سازمانی مستمر، موافق هدف و حکم مقنن نیست.

ب) افرادی که دوره‌های آموزشی شرایط تصدی را در دوره خدمت پیمانی طی کرده باشند، نیازی به طی مجدد این دوره‌ها نخواهند داشت. نصاب امتیاز لازم برای دوره‌های

آموزشی دوره رسمی آزمایشی ۷۰ درصد امتیاز هر دوره است. چنانچه کارمند حائز بندهای «الف» و «ج» ماده ۶ باشد، ولی کلیه دوره‌های آموزشی مورد اشاره در بند «ب» را با موفقیت طی نکرده باشد، حداکثر دو سال دیگر مهلت دارد تا دوره‌های آموزشی مذکور را طی کند. در طول این مدت به محض موفقیت در طی دوره‌های آموزشی، حکم استخدام رسمی کارمند صادر می‌شود و نیازی به اتمام مهلت دوساله نیست. دستگاه اجرایی مکلف است حداقل یک بار امکان شرکت در دوره‌های مزبور را برای کارمند در طول دوره رسمی آزمایشی فراهم کند. چنانچه پس از اتمام مهلت دو سال موضوع بند «الف» تبصره ۱ ماده ۶۶ قانون، دوره‌های آموزشی موردنظر توسط کارمند طی نشود یا حد نصاب لازم را کسب نکند، وضعیت استخدامی وی به پیمانی تبدیل می‌شود.

ج) تأیید گزینش دستگاه اجرایی، از شروط لازم برای تبدیل وضعیت کارمند از رسمی آزمایشی به رسمی است.

براساس ماده ۹ دستورالعمل، کارمندان رسمی آزمایشی که مهلت دوساله دیگر به آنان اعطا می‌شود، باید پس از اتمام مهلت دوساله، صلاحیت‌ها و امتیازات موردنظر در ماده ۶ این دستورالعمل را کسب کنند. در غیر این صورت، براساس ضوابط مندرج در ماده ۷ دستورالعمل (به استثنای ردیف یک بند «الف» ماده مذکور)، وضعیت استخدامی آنان به پیمانی تبدیل شده یا لغو حکم می‌شود.

بنا به مراتب مذکور، پس از حصول شرایط قانونی در خصوص کارکنان رسمی، تبدیل وضعیت از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی الزامی است. ماده ۱۰ دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز، واحدهای منابع انسانی دستگاه‌های اجرایی را مکلف کرده مشخصات کارمندان رسمی آزمایشی را سه ماه قبل از انقضای مهلت سه سال یا دو سال تمدیدشده (در صورت اعطای مهلت دوساله دیگر) به شورای راهبری توسعه مدیریت، هسته گزینش و واحد مسئول دستگاه اعلام کرده و نظر آن مراجع را در مورد کارمندان موردنظر کسب کنند. مراجع مزبور نیز موظفاند نظر خود را در مهلت تعیین شده (سه ماه)، به واحد منابع انسانی به‌منظور اعمال تصمیمات اداری و استخدامی اعلام کنند. از این رو چنانچه هریک از مراجع مربوط، نظر خود را در موعد مقرر به واحد منابع انسانی ارسال نکنند، به‌منزله نظر مثبت آن مرجع برای تبدیل وضعیت استخدامی کارمند از رسمی آزمایشی به رسمی تلقی می‌شود و این امر مبنای تصمیمات اداری قرار می‌گیرد.

## نتیجه‌گیری

با توجه به صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی استخدامی کارکنان دولت و کثرت دعاوی استخدامی مطروحه در این دیوان، در حال حاضر آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌عنوان رویه قضایی به‌عنوان یکی از منابع مهم حقوق استخدامی، به‌خصوص در تبدیل وضع استخدامی از قرارداد خرید خدمت به پیمانی، پیمانی به رسمی آزمایشی و رسمی آزمایشی به رسمی قطعی تلقی می‌شود، که از نظر عملی و کاربردی تحلیل و شناخت آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری برای مدیران دستگاه‌های اجرایی و تمامی مستخدمان دولت ضروری به‌نظر می‌رسد.

در مورد کارکنان خرید خدمت، مطابق تصویب‌نامه «چگونگی تبدیل وضعیت استخدامی مستخدمین خرید خدمت به پیمانی» مصوب ۱۳۷۸ هیأت وزیران، تبدیل وضع تمامی کارکنان قراردادی خرید خدمت که در تاریخ تصویب مصوبه اشتغال به خدمت داشتند، پیش‌بینی شد و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز طی رأی وحدت رویه شماره ۵۵ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۹ حکم به الزام تبدیل وضعیت کارکنان خرید خدمت از قراردادی به پیمانی صادر کرد که مصوبه هیأت وزیران و رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌دلیل ایجاد تبعیض ناروا و مغایرت با اصل ۲۸ و بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی و ماده ۸ آیین‌نامه استخدامی پیمانی مصوب ۱۳۶۸ مغایر قانون و مخالف رویه دیوان عدالت اداری در عدم تأیید و ابطال کلیه تبدیل وضع‌های قراردادی به پیمانی به‌نظر می‌رسد و از این حیث، صدور حکم به الزام تبدیل وضعیت از قراردادی به پیمانی محل انتقاد است.

در مورد تبدیل وضعیت استخدامی از پیمانی به رسمی آزمایشی، نیز با توجه به حکم ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، مبنی بر لغو تمامی قوانین و مقررات عام و خاص (به‌جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت مصوب ۱۳۸۶)، در حال حاضر تبدیل وضعیت از پیمانی به رسمی، طبق ضوابط مقرر در تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری و آیین‌نامه اجرایی نحوه تبدیل وضعیت استخدامی کارکنان پیمانی به رسمی مصوب ۱۳۹۶، مطابق شرایط قانونی مقرر صورت می‌پذیرد. از این رو مفاد رأی شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، از این حیث که حکم مقرر در تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل نیروی انسانی مصوب ۱۳۶۶ مبنی بر تبدیل وضعیت پیمانی به رسمی مطابق با قانون تعدیل را بعد از تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری نیز معتبر دانسته است، مغایر مفاد حکم ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری و رأی شماره ۸۱۴ مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵ ظر می‌رسد و به‌دلیل عدم امکان جمع حکم تبصره ۲ ماده ۷ قانون تعدیل و حکم تبصره ۲ ماده



۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در خصوص دادنامه شماره ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ضروری به نظر می‌رسد.

در نهایت در مورد تبدیل وضعیت از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی نیز برابر ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، مستخدمان رسمی آزمایشی پس از طی مدت سه سال در صورت اطمینان از لیاقت و کاردانی، کسب امتیاز لازم و تأیید گزینش از بدو خدمت جزو کارمندان رسمی منظور خواهند شد. ماده ۱۰ دستورالعمل موضوع ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز، واحدهای منابع انسانی دستگاه‌های اجرایی را مکلف کرده است مشخصات کارمندان رسمی آزمایشی را سه ماه قبل از انقضای مهلت سه سال یا دو سال تمدیدشده (در صورت اعطای مهلت دوساله دیگر) به شورای راهبری توسعه مدیریت، هسته گزینش و واحد مسئول دستگاه اعلام کرده و نظر آن مراجع را در مورد کارمندان موردنظر کسب کنند. مراجع مزبور نیز موظف‌اند نظر خود را در مهلت تعیین شده (سه ماه)، به واحد منابع انسانی به منظور اعمال تصمیمات اداری و استخدامی اعلام کنند. چنانچه هریک از مراجع مربوط، نظر خود را در موعد مقرر به واحد منابع انسانی ارسال نکنند، به منزله نظر مثبت آن مرجع برای تبدیل وضعیت استخدامی کارمند از رسمی آزمایشی به رسمی قطعی تلقی می‌شود و این امر مبنای تصمیمات اداری قرار می‌گیرد.

پس از شرح و تحلیل آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص تبدیل وضعیت‌های استخدامی موضوع پژوهش مشخص می‌شود با عنایت به اینکه آرای وحدت رویه این هیأت مطابق ماده ۸۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، علاوه بر شعب دیوان برای سایر مراجع اداری نیز در موارد مشابه لازم‌الاتباع است و آرای ابطالی هیأت عمومی نیز براساس مواد ۹۲، ۹۳ و ۱۰۹ قانون مزبور برای دستگاه مشتکی‌عنه لازم‌الاجراست، ازاین‌رو آرای مذکور برای کارکنان دولت و دستگاه‌های اجرایی موجد حق و تکلیف بوده و در نتیجه، ضروری است آرای هیأت عمومی، طبق قوانین و مقررات و در مقام ارائه تفسیر قضایی صحیح صادر شوند. درحالی‌که در خصوص تبدیل وضعیت‌های استخدامی، در مواردی مشاهده می‌شود هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، برداشت صحیح از قوانین و مقررات نداشته و حتی رویه واحدی در خصوص موضوعات مشابه اتخاذ نکرده است. لذا تفتیح آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در موضوعات مرتبط با تبدیل وضعیت استخدامی و بررسی مجدد در راستای اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، به منظور ارائه رویه‌ای یکسان و موافق قوانین و مقررات ضروری به نظر می‌رسد، تا تشتت موجود رفع

- شده و ضوابط قانونی حاکم بر تبدیل وضعیت‌های استخدامی به صورت مشخص تبیین شود.
- بهره‌گیری از قضات متخصص در هیأت‌های رسیدگی به تخلفات اداری؛
  - تعیین و تخصیص مجازات‌های معین در قبال تخلفات اداری؛
  - پیش‌بینی تضمیناتی به منظور کاهش تأثیر منفی مجازات‌های اداری بر خانواده کارمندان متخلف؛
  - رعایت تناسب میان شدت مجازات‌ها با شدت تخلفات افراد با توجه به مقتضیات اقتصادی و اجتماعی جامعه.

## منابع

## الف: فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۰)، حقوق اداری ایران، تهران: توس، چ چهارم.
۲. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کوروش (۱۳۸۶)، حقوق اداری، ج ۱، تهران: میزان: چ اول.
۳. بابایی مهر، علی (۱۳۹۳)، حقوق اداری ۲ (استخدام کشوری)، تهران: مجد، چ اول.
۴. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، حقوق اداری، تهران: سمت، چ پانزدهم.
۵. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۹)، حقوق اداری ایران، تهران: جنگل جاودانه، چ اول، ج ۲.
۶. مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۴)، «مسئولیت‌های دولت در قراردادهای استخدامی»، دوفصلنامه رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری، ضمیمه بهار و تابستان ۱۳۹۴، ص ۲۶ - ۳۴

## ب: آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. ۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۰۱/۲۴
۲. ۵۹۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۹ و اصلاحی مکرر ۱۳۸۴/۰۵/۲
۳. ۸۳۷ و ۸۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۷
۴. ۱۴۳ تا ۱۴۵ مورخ ۱۳۸۷/۰۳/۰۵
۵. ۴۴۰ مورخ ۱۳۸۷/۰۶/۲۴
۶. ۵۵۵ مورخ ۱۳۸۷/۸/۱۹
۷. ۲۰۰ مورخ ۱۳۸۹/۰۵/۲۵
۸. ۴۶۰ تا ۴۷۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۰
۹. ۹۲۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴
۱۰. ۷۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۶
۱۱. ۱۰۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۹
۱۲. ۱۳۸۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۳
۱۳. ۱۶۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۲۸
۱۴. ۱۱۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱
۱۵. ۱۲۶۴ و ۱۲۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۰
۱۶. ۵۳۷ تا ۵۳۸ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۸
۱۷. ۶۵۸ تا ۶۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۴
۱۸. ۹۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۲
۱۹. ۶۰۱ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸

۲۰. ۶۴۹ مورخ ۱۳۹۶/۷/۱۱
۲۱. ۳۱۴ مورخ ۱۳۹۷/۲/۱۸
۲۲. ۲۱۶۳ تا ۲۱۶۴ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۱
۲۳. ۲۷۲۴ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۹
۲۴. ۸۷ تا ۹۱ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۷
۲۵. ۹۲ مورخ ۱۳۹۸/۱/۲۷
۲۶. ۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۳۱
۲۷. ۶۶۹ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۱
۲۸. ۸۱۴ مورخ ۱۳۹۹/۶/۲۵
۲۹. ۱۷۴۵ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۸
۳۰. ۱۹۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۹
۳۱. رأی هیأت استخدامی تخصصی دیوان عدالت اداری
۳۲. ۱۴۷۳ تا ۱۴۷۷ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۱۳ هیأت تخصصی استخدامی

### resources

1. Abolhamad, Abdolhamid (1991), Administrative Law of Iran, Tehran: Toos Publications, Fourth Edition
2. Emami, Mohammad and Kouros Ostovarsangari (2007), Administrative Law, Tehran, Vol.1.
3. Babaei Mehr, Ali (2014), Administrative Law 2 (National Employment), Tehran: Majd, first edition
4. Tabatabai Motameni, Manouchehr (2008), Administrative Law, Tehran: Samat, 15th Edition
5. Madani, Jalaluddin (2010), Administrative Law of Iran, Tehran: Eternal Forest Publications, First Edition, Vol. 2.
6. Molabigi, Gholamreza (2015), "Government Responsibilities in Employment Contracts", Bi-Quarterly Journal of Judicial Procedure of Administrative Justice Court Branches, Spring and Summer 2015 Supplement, pp. 26-34

### decisions of General Board of Administrative Justice Court

1. 16 dated 13/04/2003
2. 597 dated 28/04/2004 and repeated amendments 24/07/2005
3. 837 and 838 dated 18/11/2007
4. 143 to 145 dated 25/05/2008
5. 440 dated 14/09/2008

6. 555dated 9/11/2008
7. 200dated 16/08/2010
8. 460to 476dated 10/01/2011
9. 929dated 04/03/2013
10. 705dated 6/01/2014
11. 1027dated 10/03/2014
12. 1380dated 24/11/2014
13. 163dated 18/05/2015
14. 1144dated 22/12/2015
15. 1264and 1265dated 9/02/2016
16. 537to 538dated 11/08/2016
17. 658to 659dated 26/09/2017
18. 93dated 2/05/2017
19. 601dated 19/09/2017
20. 649dated 3/10/2017
21. 314dated 8/05/2018
22. 2163to 2164dated 12/03/2019
23. 2724dated 10/12/2019
24. 87to 91dated 16/04/2019
25. 92dated 16/04/2019
26. 306dated 21/05/2019
27. 669dated 2/07/2019
28. 814dated 15/09/2020
29. 1745dated 6/02/2021
30. 1961dated 6/03/2021



## آسیب‌شناسی نقش دیوان محاسبات کشور در تحقق

### پاسخگویی و حاکمیت قانون

جواد فاضلی نژاد<sup>۱\*</sup>، جعفر شفیع سردهشت<sup>۲\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۹۹/۶/۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۹

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.228

#### چکیده

امروزه حکمرانی خوب را می‌توان معیار و سنجه‌ای به‌منظور ارزیابی نهادها و ساختارهای متعدد قدرت در نظام‌های مختلف سیاسی به‌شمار آورد. در نظام سیاسی ایران، دیوان محاسبات کشور با توجه به جایگاه قانونی و اهداف و رسالت خود به‌عنوان مؤسسه تخصصی و فنی ناظر بر چگونگی دخل و خرج دولت، می‌تواند نقش مؤثری در تحقق حکمرانی خوب، به‌ویژه حکمرانی مالی خوب ایفا کند. هدف اصلی این مقاله بررسی آسیب‌شناسانه این نهاد از منظر امکان تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون در دستگاه‌های اجرایی به‌عنوان دو مؤلفه اصلی حکمرانی خوب که در ارتباط نزدیکی با کارویژه‌های دیوان محاسبات کشورند، است. در این تحقیق از منابع متعدد برخط و کتابخانه‌ای در حوزه نظارت مالی و حکمرانی خوب استفاده شده است. نتیجه اجمالی به‌دست‌آمده مبین این است که در مسیر ایفای نقش سازنده دیوان محاسبات کشور در تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون خلأهای قانونی و فراقانونی متعددی وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** پاسخگویی، حاکمیت قانون، حکمرانی خوب، دیوان محاسبات کشور، نظارت مالی.

دانش آموخته مقطع دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

\* Email: javadfazeli2@gmail.com

استادیار حقوق عمومی دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران

\*\* Email: jshafiee@ferdowsi.um.ac.ir



## مقدمه

نظام بودجه‌ریزی صحیح که در آن معیارهای اصولی هر مرحله از فرایند بودجه‌ریزی (تدوین، تصویب، اجرا و نظارت) رعایت شده باشد، موجب تخصیص منابع عمومی کمیاب جهت کالاها و خدمات مورد نیاز شهروندان یک جامعه به گونه‌ای که به ارتقای کیفیت زندگی آنان منجر گردد، می‌شود. به عبارت دیگر، هدف غایی نظام بودجه‌ریزی ارتقا و بهبود مطلوبیت زندگی شهروندان جامعه است. از مسائل محوری در تدوین نظام بودجه‌ریزی، تعیین میزان و حدود دخالت دولت در اقتصاد است. در این خصوص پس از طی فراز و نشیب‌های مختلف در نهایت از اواخر قرن بیستم توجه نظام‌های سیاسی و اقتصادی دنیا به کیفیت و چگونگی دخالت دولت در اقتصاد بر پایه مفهوم «حکمرانی خوب» معطوف شد. حکمرانی خوب که ابتدا از طرف سازمان‌های جهانی همچون بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول به‌عنوان فرمولی برای رسیدن کشورهای جهان سوم به توسعه طراحی شده و الزامات و شاخصه‌های آن تبیین شده بود، امروزه به‌عنوان معیاری به‌منظور سنجش مطلوبیت یک حکومت در اغلب نظام‌های سیاسی پذیرفته شده است. ارزیابی نظام بودجه‌ای ایران براساس مؤلفه‌های حکمرانی خوب به معنای بی‌نقص بودن این مدل از حکمرانی نیست، اما می‌تواند تلاشی به‌منظور اصلاح برخی نقایص موجود باشد. تمام مراحل چهارگانه فرایند بودجه‌ریزی و نقش نهادهای متولی این مراحل بر پایه مدل حکمرانی خوب قابل ارزیابی و بررسی است. در این میان «نظارت بر بودجه» از مراحل اصلی و محوری فرایند بودجه‌ریزی است که امروزه در بیشینه نظام‌های مردم‌سالار بر عهده نمایندگان مردم در پارلمان است، اما از آنجا که از یک طرف نمایندگان منتخب مردم با تخصص‌ها و تجربه‌های مختلف در پارلمان گرد هم آمده‌اند و از طرف دیگر مسئله نظارت بر بودجه مسئله‌ای فنی و تکنیکی و مستلزم برخورداری از دانش و تجربه خاص است، قوانین اساسی به‌طور معمول در نظام‌های مردم‌سالار، این مسئولیت خطیر را بر عهده مؤسسات عالی حسابرسی قرار داده‌اند. پژوهش‌های انجام‌گرفته در خصوص دیوان محاسبات کشور اغلب با رویکرد حسابرسی بوده و از منظر حقوقی و به‌ویژه نقشی که این نهاد می‌تواند در تحقق حکمرانی خوب در سطح دولت-ملت ایفا کند، پژوهشی درخور انجام نگرفته است. از میان مؤلفه‌های مختلف حکمرانی خوب، دو مفهوم «حاکمیت قانون» و «پاسخگویی» بیشترین ارتباط را با کارویژه‌های مؤسسات عالی حسابرسی دارند. از این‌رو در این نوشتار ابتدا به تحلیل و تبیین این دو مؤلفه اساسی از حکمرانی خوب و نقش مؤسسات عالی حسابرسی در تحقق دو مؤلفه مذکور می‌پردازیم. در قسمت دوم نیز به آسیب‌شناسی دیوان محاسبات کشور ایران از حیث چگونگی تحقق معیارهای پاسخگویی و حاکمیت قانون در دستگاه‌های



اجرائی همت می‌گماریم و در این زمینه پیشنهادهایی را برای اصلاح رویکردهای نظارتی دیوان ارائه می‌کنیم. بدیهی است عملکرد دیوان محاسبات کشور در پرتو دو معیار حاکمیت قانون و پاسخگویی نیز می‌تواند به‌طور مجزا ارزیابی شود که خود مجال دیگری می‌طلبد.

### ۱. مؤسسات عالی حسابرسی و حکمرانی خوب

امروزه مؤسسات عالی حسابرسی در سراسر جهان بازوی قوی نظارتی بیرونی بر بودجه هستند. اگرچه عمده این مؤسسات زیر نظر قوه مقننه فعالیت می‌کنند، رسالت خطیر آنها ایجاب می‌کند از استقلال نهادی برخوردار بوده و به هیچ نهاد یا قوه‌ای وابسته نباشند. هدف و آرمان مشترک این مؤسسات به تشکیل سازمان‌های بین‌المللی مؤسسات عالی حسابرسی در دو سطح منطقه‌ای و جهانی منجر شده تا بتوانند با استفاده از تجربیات و دستاوردهای یکدیگر معیارها و استانداردهای مشترک را تدوین کنند. در این قسمت ضمن تبیین مفهوم حکمرانی خوب و معیارها و مؤلفه‌های آن، به نقش و تأثیر مؤسسات عالی حسابرسی در تحقق دو معیار اساسی حکمرانی خوب که همان پاسخگویی و حاکمیت قانون است، می‌پردازیم.

#### ۱-۱- مفهوم و شاخصه‌های حکمرانی خوب

حکمرانی مفهوم جدیدی نیست، بلکه به اندازه پیشینه تمدن بشری قدمت دارد، با این حال از ابتدای دهه ۱۹۸۰ با رویکرد جدیدی در قالب مفهوم «حکمرانی خوب»<sup>۱</sup> ارائه شد که در حوزه‌های مختلف اقتصاد، فرهنگ، علوم سیاسی و حقوق عمومی مورد اقبال قرار گرفت (هداوند، ۱۳۸۴: ۵۲). حکمرانی از منظر «کمیسیون اقتصادی، اجتماعی ملل متحد برای آسیا و اقیانوس» به‌عنوان فرایند تصمیم‌سازی و اجرای تصمیمات تعریف شده است که در زمینه‌های مختلفی همچون حکمرانی شرکتی، حکمرانی بین‌المللی، حکمرانی ملی و حکمرانی محلی کاربرد دارد (Unescap, 2004: 2). بنابراین بسته به اینکه در چه بستری در مورد حکمرانی سخن به میان آید، با نقش‌آفرینان متنوعی روبه‌رو می‌شویم که اغلب شامل حکومت، جامعه مدنی و بخش خصوصی است. در دسته‌بندی دیگر دو معنا از این مفهوم برداشت شده است؛ در معنای اول که به دولت و نهادهای وابسته به آن مربوط می‌شود، در خصوص اصطلاحاتی همچون پاسخگویی عمومی، شفافیت، مدیریت کارآمد بخش‌های عمومی و . . . بحث می‌شود. در معنای دوم به حکمرانی از منظری فراتر از دولت و مؤسسات وابسته نگریسته می‌شود. تعریف برنامه عمران ملل متحد از حکمرانی را که دربردارنده اعمال قدرت سیاسی، اقتصادی و اداری برای مدیریت امور کشور در تمامی سطوح است، می‌توان در این گروه طبقه‌بندی کرد (Egbide, Agbude & Godwys Ade, 2012: 54).

از منظر بانک جهانی حکمرانی خوب مستلزم مدیریت صحیح بخش عمومی (بهره‌وری،

اثربخشی و صرفه اقتصادی)، مسئولیت‌پذیری، تبادل و جریان آزاد اطلاعات (شفافیت) و چارچوب قانونی برای توسعه (عدالت، احترام به حقوق بشر و آزادی‌ها) است (Committee of Experts on Public Administration, 2006: 4). در مقایسه «حکمرانی بد» با عناوینی نظیر شخصی کردن قدرت، فقدان حقوق بشر، فساد نهادینه‌شده، دولت غیرپاسخگو و غیرمنتخب مترادف است. اداره توسعه بین‌المللی بریتانیا حکمرانی خوب را مبتنی بر چهار مؤلفه اساسی مشروعیت (حکومت باید رضایت حکومت‌شوندگان را داشته باشد)، پاسخگویی (تضمین شفافیت، جوابگو بودن در برابر فعالیت‌ها و آزادی رسانه‌ها)، صلاحیت (سیاستگذاری، اجرا و ارائه خدمات مؤثر) و احترام به قانون و حمایت از حقوق بشر می‌داند (Egbide & Agbude, 2012: 53). در برنامه توسعه سازمان ملل متحد، حکمرانی خوب کوششی است به منظور استقرار حاکمیت قانون، شفافیت، مسئولیت‌پذیری، مشارکت، برابری، کارایی، اثربخشی، پاسخگویی و دیدگاه راهبردی در اعمال اقتدار سیاسی، اقتصادی و اداری (دباغ و نفری، ۱۳۸۸: ۵). کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز طی قطعنامه ۲۰۰۰/۶۴ ویژگی‌های اساسی حکمرانی خوب را در شفافیت<sup>۱</sup>، مسئولیت<sup>۲</sup>، پاسخگویی<sup>۳</sup>، مشارکت<sup>۴</sup>، حاکمیت قانون<sup>۵</sup> و انعطاف‌پذیری<sup>۶</sup> خلاصه کرده است. کمیسیون مذکور در قطعنامه شماره ۲۰۰۰/۷۲ ضمن تأکید بر ویژگی‌های بیان‌شده، حکمرانی خوب را به معنای مشارکت بیشتر به همراه پاسخگویی افزون‌تر معرفی کرده است. از منظر بانک جهانی نیز حق اظهارنظر و پاسخگویی<sup>۷</sup>، ثبات سیاسی<sup>۸</sup> و عدم خشونت و تروریسم، اثربخشی حکومت<sup>۹</sup>، کیفیت مقررات‌گذاری<sup>۱۰</sup>، حاکمیت قانون و مبارزه فساد<sup>۱۱</sup>، مهم‌ترین شاخصه‌های حکمرانی خوب است (نقیبی مفرد، ۱۳۹۶: ۱۱۵).

## ۲-۱- نقش مؤسسات عالی حسابرسی در تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون

بودجه مهم‌ترین ابزار هر کشور در انجام اصلاحات اقتصادی است. تدوین و طراحی سیاست‌های صحیح بودجه‌ریزی، اصلاحات اقتصادی را در هر کشوری ممکن می‌سازد. اما تجربه دولت‌های مدرن ثابت کرده است هر اندازه که سیاست‌های بودجه‌ریزی درست و مبتنی بر معیارها و اصول اقتصاد سیاسی تنظیم شده باشد، در عمل بدون وجود سیستم نظارتی کارا و مؤثر راه به جایی نمی‌برد. امروزه مؤسسات عالی حسابرسی به‌عنوان متولیان اصلی نظارت بر اجرای صحیح بودجه دولت‌ها در همه نظام‌های حقوقی و سیاسی جایگاه تثبیت‌شده‌ای دارند که با به‌کارگیری مؤلفه‌های حکمرانی خوب همچون پاسخگویی و حاکمیت قانون در کارویژه‌های حسابرسی و نظارتی خود نقش مؤثری در تحقق حکمرانی خوب خواهند داشت.

### ۱-۲-۱- پاسخگویی

با در نظر گرفتن تفاوت‌های بنیادین نظام‌های سیاسی دموکراتیک نسبت به نظام‌های سیاسی غیردموکراتیک می‌توان گفت نقطه ثقل تغییر نظام‌های سیاسی از استبدادی به دموکراسی، پاسخگو کردن حاکمیت در قبال مردم است؛ در این معنا و به‌طور نمونه می‌توان مؤلفه‌های پاسخگویی را در تعریف آبراهام لینکلن از دموکراسی با عنوان «حکومت مردم، بر مردم و برای مردم» مشاهده کرد (عبدالرحمان عالم، ۱۳۸۹: ۱۰۱). پاسخگو کردن نظام سیاسی در قبال مردم مستلزم حقوقی‌سازی قدرت در قالب نظام حقوقی و تدوین سازوکارهای نظارتی است. از میان انواع مختلف سازوکارهای نظارتی، از مهم‌ترین آن‌ها نظارت مالی بر بودجه و منابع عمومی است که نظارت جامع بر بودجه اغلب مستلزم بررسی کلی نظام‌های حسابداری و گزارش‌گیری است (آذر و امیرخانی، ۱۳۹۱: ۳۵۳).

پاسخگویی بدون مسئولیت و مسئولیت بدون وجود اختیارات معنا پیدا نمی‌کند. در بیان تفاوت این دو مفهوم می‌توان گفت مسئولیت به معنای الزام به انجام عمل یا وظیفه مشخصی است و پاسخگویی الزام به توضیح و تشریح چگونگی انجام مسئولیت از طریق ارائه گزارش‌های لازم مبتنی بر دلایل منطقی و قابل اتکاست (باباجانی، ۱۳۹۲: ۶۸). در این معنا در حقیقت پاسخگویی تعهد به جواب دادن در مقابل مسئولیتی است که به شخص یا نهاد عمومی واگذار شده است (IFAC, 2001: 15) بنابراین الزام به بیان دلایل تصمیم و مستدل ساختن آن از عناصر اصلی مفهوم پاسخگویی است که موجب ارتقای کیفیت تصمیم‌گیری می‌شود و علاوه بر آن فرصت بررسی میزان درستی و عقلانیت تصمیم یا اقدام را فراهم می‌کند و در مقابل، عدم بیان دلایل یک تصمیم یا اقدام، به عدم پاسخگویی دولت به مردم یا سایر مراجع پاسخگویی می‌انجامد (زارعی، ۱۳۷۶: ۳۲).

امروزه در جوامع دموکراتیک در کنار اعمال پاسخگویی عمودی به‌طور مستقیم و از طریق انتخاب حاکمان توسط مردم، سازوکارهای پاسخگویی افقی که توسط نهادهای نظارتی و قضایی پیش‌بینی شده در قوانین اساسی از جمله کمیسیون‌های پارلمانی، آلودزمان‌ها، مؤسسات عالی حسابرسی و قوه قضاییه اعمال می‌شود، نقش مهمی در فرایند پاسخگو کردن حاکمان و دستگاه‌های اجرایی دارند (Asif Shahan, 2014: 4). پاسخگو ساختن دستگاه‌های اجرایی رسالت و هدف اصلی مؤسسات عالی حسابرسی است که اغلب در قوانین اساسی و قوانین مختلف مالی به تشریح انواع، ابزار، سطوح و چگونگی پاسخ‌خواهی این مؤسسات پرداخته شده است. این حق قانونی که در بیشتر نظام‌های حقوقی مدرن ناشی از صلاحیتی است که قوانین اساسی برای این مؤسسات شناسایی کرده‌اند، در واقع برگرفته از حق نظارت مردم و

نمایندگان آن‌ها در پارلمان بر عملکرد دولت است. به عبارت دیگر، مؤسسات عالی حسابرسی متولی امر نظارت مالی بر بودجه به نمایندگی از سوی نمایندگان مردم هستند.

مؤسسات عالی حسابرسی با پاسخ‌خواهی نقش بی‌بدیلی در کنترل اعمال قدرت در نظام‌های مردم‌سالار به‌ویژه کشورهای ایفا می‌کنند که درگیر نرخ بالای فساد مالی و ناکارایی در مدیریت منابع عمومی‌اند. تقویت دموکراسی در کشورهای در حال توسعه مستلزم پاسخگویی مناسب در خصوص منابع عمومی است. فساد و ناکارایی در استفاده از این منابع دغدغه اصلی شهروندان این کشورهاست، بنابراین مؤسسه عالی حسابرسی باید به‌نحوی فعالیت کند که نتایج فعالیت‌های آن برای شهروندان قابل مشاهده و ملموس باشد. البته نیل به این هدف با دشواری‌های فراوانی روبه‌روست، زیرا مسائل مورد بررسی این مؤسسات اغلب تخصصی و برای عموم شهروندان جامعه غیرقابل فهم است. بنابراین این مؤسسات در ابتدا باید با ابزارها و روش‌های تخصصی دستگاه‌های اجرایی را به پاسخگویی وادارند و سپس با ادبیاتی قابل فهم نتایج حاصل از اقدامات و فعالیت‌های خود را به مراجع ذی‌ربط از جمله پارلمان، قوه مجریه و عموم شهروندان عرضه کنند (بادامچی و رنجیری، ۱۳۹۳: ۱۲۷). از این منظر، فرایند پاسخگویی شامل دو موضوع حسابرسی و گزارشگری است.

### الف) حسابرسی

پاسخگویی مالی دولت به معنای تشریح چگونگی هزینه‌کرد بودجه و بیان عملکردها و نتایج حاصل از آن است (عباسی، ۱۳۸۹: ۱۶۴). بیش از ۸۰ درصد اطلاعات در خصوص پاسخگویی مالی از طریق حسابداری و حسابرسی ارائه می‌شود؛ بنابراین سیستم‌های حسابداری خوب برای مدیریت بودجه، پاسخگویی مالی و تصمیم‌سازی کارا ضروری هستند (Maher, 2015: 15). دولت به نهادهای درونی و بیرونی متعددی پاسخگویی مالی دارد. از اصلی‌ترین نهادهای مسئول در این خصوص، مؤسسات عالی حسابرسی‌اند. سازمان بین‌المللی مؤسسات عالی حسابرسی، «ایتوسای»<sup>۱۳</sup> همواره در اجلاس‌ها و بیانیه‌های خود توجه ویژه‌ای به مسئله پاسخگویی داشته است، به‌گونه‌ای که مطابق بند ۳ بخش هجدهم «بیانیه لیما»<sup>۱۴</sup>، تمامی عملیات مالی در بخش دولتی صرف‌نظر از اینکه به چه صورت در قانون بودجه ذکر شده باشد، باید توسط مؤسسات عالی حسابرسی رسیدگی شود. تفکیک بخش‌هایی از مدیریت مالی از بودجه کشور نباید سبب معافیت بخش‌های مذکور از حسابرسی مؤسسه عالی حسابرسی شود.

پاسخگویی مالی مراتبی دارد که شامل تأیید انطباق حساب‌های مالی با قانون و مقررات و اطمینان از کارایی، کارآمدی و صرفه اقتصادی در نحوه استفاده از منابع عمومی می‌شود (Lord

Sharman of Redlynch, 2001:10). در این زمینه به کارگیری روش‌های مختلف حسابرسی صورت‌های مالی، حسابرسی رعایت و حسابرسی عملکرد، مهم‌ترین ابزار اعمال این وظیفه قانونی است. نتایج حسابرسی‌های مذکور از عملیات مالی دولت بر پایه پنج نرم یا استاندارد شامل درستی، قانونیت، صرفه اقتصادی، کارایی و اثربخشی، ارزیابی می‌شود. در بیشتر موارد، حسابرسی صورت‌های مالی مرتبط با معیارهای درستی و قابل قبول بودن صورت‌های مالی به استناد موازین حسابداری و حسابرسی دولت است (حسینی عراقی، ۱۳۸۳: ۷)، درحالی‌که در حسابرسی رعایت ضوابط و موازین قانونی اساسی‌ترین رکن حسابرسی و هدف از آن بررسی انطباق اطلاعات با قوانین و مقررات است (Mayne, 2006: 13). از سوی دیگر حسابرسی عملکرد بر مبنای سه محور کارایی، اثربخشی و صرفه اقتصادی صورت می‌گیرد (Maher, 2015: 5).

امروزه سیستم‌های نظارت و کنترل سنتی که بر «ایجاد محدودیت» تأکید دارند، شرایط لازم برای تحقق اهداف و کسب نتایج برنامه‌ها و فعالیت‌های مصوب دولت را فراهم نمی‌کنند. به همین دلیل در دنیای امروز مفهوم کنترل از «عامل محدودیت» به مفهوم نوین «عامل هدایت» تغییر یافته است تا نه تنها با مفهوم اختیار و نوآوری و خلاقیت که بر کسب نتایج تأکید دارد، تناقض نداشته باشد، بلکه همچنین مکمل مفاهیم مذکور باشد (باباجانی، ۱۳۸۲: ۱۱۲). در میان انواع مختلف حسابرسی، حسابرسی عملکرد با توجه به تناسب بیشتر با اقتضائات مدیریت نوین دولتی از جمله نتیجه‌گرا بودن، بیشتر مورد توجه مؤسسات عالی حسابرسی قرار گرفته و سبب شده تا کشورهای مختلف از حسابرسی صورت‌های مالی مبتنی بر استانداردهای سنتی قانونیت و نظم، به حسابرسی عملکرد مبتنی بر معیارها کارایی، اثربخشی و صرفه اقتصادی تغییر مسیر دهند. حسابرسی عملکرد یعنی اول، حسابرسی اقتصادی بودن فعالیت‌های اداری منطبق با اصول و رویه‌های اداری و سیاست‌های مدیریتی صحیح؛ دوم، حسابرسی کارایی در استفاده از منابع انسانی، مالی و دیگر منابع که شامل بررسی سیستم‌های اطلاعاتی، معیارهای عملکردی و ترتیبات و رویه‌های کنترلی می‌شود که توسط دستگاه‌های حسابرسی شده برای اصلاح کاستی‌های شناسایی شده مورد متابعت قرار می‌گیرد؛ سوم، حسابرسی کارآمدی و اثربخشی عملکرد در ارتباط با دستیابی به اهداف مؤسسات حسابرسی شده و حسابرسی اثرگذاری واقعی فعالیت‌ها در مقایسه با برنامه‌ریزی‌های صورت گرفته است (Maher, 2015: 14).

### ب) گزارشگری

هدف از گزارشگری مالی فراهم کردن اطلاعات مالی سودمند به منظور تصمیم‌گیری‌های اقتصادی، سیاسی و اجتماعی و انجام وظایف پاسخگویی و ارزیابی عملکرد سازمانی و مدیریتی است. در بسیاری از کشورها هیأت‌ها و کمیته‌های استاندارد حسابداری و مجامع

حرفه‌ای به صورت فعال در تدوین اصول و استانداردهای حسابداری و گزارشگری بخش عمومی مشارکت دارند، برای نمونه «هیأت استانداردهای حسابداری دولتی» و «هیأت مشورتی استانداردهای حسابداری دولت فدرال» دو نمونه از این هیأت‌ها در نظام مالی آمریکا هستند که استانداردها و چارچوب‌های مهمی در زمینه مفهوم گزارشگری مالی بخش عمومی وضع کرده‌اند (باباجانی، ۱۳۸۳: ۱۵۹). ارائه یافته‌های حسابرسی به اشخاص و نهادهای ذی‌نفع جزء جدایی‌ناپذیر و مکمل حسابرسی است. شرایط لازم برای ارائه گزارش‌های حسابرسی اغلب در قوانین مربوط به تأسیس مؤسسات عالی حسابرسی تشریح می‌شود. این گزارش‌ها ممکن است به صورت جداگانه یا خلاصه گزارش در مقاطع زمانی ماهانه، فصلی یا سالانه ارائه شوند.

در بسیاری از کشورها، تمامی گزارش‌های حسابرسی مؤسسه عالی در دسترس عموم قرار می‌گیرد، مگر اینکه به دلایل امنیت ملی انتشار آن‌ها با محدودیت مواجه باشد. از طرف دیگر، از آنجا که به نظر نمی‌رسد عموم مردم به تفسیر نتایج حسابرسی علاقه‌مند باشند یا به طور مستقیم صلاحیت تفسیر آن‌ها را داشته باشند، نقش رسانه‌های عمومی و به ویژه رسانه‌های تخصصی در این خصوص اهمیت ویژه‌ای می‌یابد. حسابرسان باید نقش رسانه‌های جمعی را در آگاه‌سازی مردم از عملیات مالی دولت به رسمیت بشناسند و اقداماتی برای اطمینان از آگاهی نمایندگان رسانه‌ها از گزارش‌های مهم حسابرسی به عمل آورند (شیائو کامپو و ماری، ۱۳۸۹: ۴۰۸). نظام گزارشگری مالی دولت با برقراری جریانی صحیح و منصفانه از اطلاعات بین مردم یا نمایندگان قانونی ایشان و دولت، از یک سو با تولید و انتشار حقایق و اطلاعاتی که باید افشا شود، دولت را مورد حمایت قرار می‌دهد و از سوی دیگر با فراهم ساختن دسترسی شهروندان به اطلاعات لازم و کافی در مورد عملکرد و نتایج برنامه‌های اجرایی دولت، حقوق شهروندان را تأمین می‌کند، بنابراین توأمان به عنوان ابزاری برای تحقق مسئولیت پاسخگویی مقامات عمومی و همچنین ابزاری برای ارزیابی آن مسئولیت که در جوامع دموکراتیک از طریق شهروندان صورت می‌گیرد، عمل می‌کند (باباجانی، ۱۳۸۳: ۳۰).

به طور کلی گزارشگری باید مبتنی بر اصول و استانداردهای مشخص صورت بگیرد. استانداردهای گزارشگری به حدی اهمیت دارد که فقدان استانداردهای پذیرفته شده گزارشگری از اصلی‌ترین موانع دستیابی به پاسخگویی و شفافیت مالی دولت‌ها و نهادهای آن است (Sutcliffe, 2002: 15).

### ۱-۲-۲- حاکمیت قانون

فارغ از معانی لغوی و اصطلاحی متعدد واژه «قانون»، در بیان حقوقی دو معنای خاص و عام برای این واژه در نظر گرفته می‌شود. در معنای عام کلمه قانون به تمامی قواعد کلی

لازم‌الاجرا در یک نظام حقوقی اطلاق می‌شود، اعم از اینکه توسط پارلمان، قوه مجریه یا هر نهاد ذی‌صلاح دیگری وضع شده باشد. اما در معنای خاص قانون به قواعد عام، کلی و لازم‌الاجرای مصوب پارلمان گفته می‌شود (امیرارجمند، ۱۳۸۵: ۵۰). در اصطلاح حاکمیت قانون، کلمه قانون به معنای اعم آن استعمال شده است (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۸۴: ۴۰۳) و مقصود تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمان‌های صالح دولت وضع شده است، خواه قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. در تبیین درست حاکمیت قانون ضرورت دارد که بین «مفهوم» و «برداشت»‌های مختلف از این اصطلاح تفکیک قائل شویم. مفهوم حاکمیت قانون را که همان درک حداقلی و مشترک از این اصطلاح است، می‌توان در دو گزاره صورت‌بندی کرد؛ اول اینکه حکومت باید به شیوه‌ای عقلانی تصمیم بگیرد و عمل کند؛ بدین معنا که تصمیمات و اعمال آن باید بر مبنای «دلایل» باشد و دوم اینکه این دلایل باید «قانونی» باشد (مرکز مالگیری، ۱۳۹۴: ۳۲). در مقابل در سطح برداشت، نظریه‌های مختلف متأثر از آبخشورهای فکری متفاوت فلسفی، حقوقی و سیاسی وجود دارد که به تشتت آرا و برداشت‌های گوناگون از این اصطلاح منجر شده است.

توسل به مفهوم قانون به مثابه ابزاری به‌منظور کنترل حکومت، از عصر فیلسوفان یونان باستان مورد توجه بوده و در واقع سرکشی ارباب قدرت و تجاوز به حقوق بنیادین بشر نقشی بسزا در احراز جایگاه رفیع قانون داشته است. اما آنچه به‌عنوان قانون و حکومت قانون در نظام‌های حقوقی و سیاسی بیشتر کشورهای دموکراتیک و حتی غیردموکراتیک مطرح می‌شود، مفهومی مدرن است که از قرن هفدهم به بعد بر دو محور نظام‌مند ساختن ساختارهای قدرت در چارچوب قواعد کلی، عام و از پیش تعیین‌شده و شناسایی و دفاع از حقوق و آزادی‌های بنیادین بشر استوار شده است. در نظام‌های حقوقی مختلف این مفهوم با عبارات و تعابیر مختلف همچون Rule of Law، Due Process of Law، Rechtsstaat، Rule of Law یاد می‌شود که همگی متضمن تبعیت قدرت سیاسی از قواعد حقوقی و محدود ساختن آن است (امیرارجمند، ۱۳۸۱: ۷۵).

حاکمیت قانون اصلی‌ترین شاخصه ارزیابی عملکرد مالی دولت در نظام‌های حقوقی قانون‌مدار تلقی می‌شود. از این رو تطبیق هزینه‌کرد درآمدها و منابع عمومی براساس اصول و موازین قانونی، کارویژه اصلی مؤسسه عالی حسابرسی به‌عنوان بخش مهمی از سیستم نظارتی است. براساس بند ۱ بخش سوم بیانیه لیما، رسیدگی به قانونی بودن مدیریت مالی و حسابداری وظیفه سنتی مؤسسات عالی حسابرسی است. اگرچه مؤسسات عالی حسابرسی در پی اهدافی همچون پاسخگویی، شفافیت مالی و... هستند و در حسابرسی‌های خود به معیارهای جدیدی همچون کارایی، اثربخشی و صرفه اقتصادی توجه می‌کنند، معیار حاکمیت

قانون همچنان سنگ بنای فعالیت‌های این مؤسسات است و همه اهداف دیگر باید از این رهگذر تأمین شود.

## ۲. ارزیابی نقش دیوان محاسبات کشور در تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون در نظام حقوقی ایران

در قسمت اول این نوشتار با تبیین مهم‌ترین اصول حکمرانی مالی خوب، به چگونگی تحقق دو مؤلفه اساسی حکمرانی خوب یعنی حاکمیت قانون و پاسخگویی توسط مؤسسات عالی حسابرسی سطح یک نظام سیاسی پرداختیم و روشن شد که مؤسسات عالی حسابرسی می‌توانند در پیشبرد این دو مفهوم نقش بسزایی داشته باشند. در این قسمت به نقش دیوان محاسبات کشور در پیاده‌سازی این دو معیار حکمرانی خوب در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

### ۲-۱- پاسخگویی و دیوان محاسبات کشور

ایجاد سازوکار صحیح پاسخگویی مالی و تدوین معیارهای اصولی در ارزیابی مسئولیت پاسخگویی مسئولان دستگاه‌های اجرایی در چگونگی مدیریت وجوه عمومی می‌تواند نقطه عطفی در ارتقای نظام سیاسی ایران به سوی آرمان حکمرانی خوب باشد. دیوان محاسبات کشور در ایفای رسالت اصلی خود یعنی پاسخ‌خواهی مالی و محاسباتی از مسئولان دستگاه‌های اجرایی با چالش‌های اساسی مواجه است. اصلاح این چالش‌ها و رسیدن به نقطه مطلوب نیازمند تغییر نگرش‌ها، ظرفیت‌سازی و فرهنگ‌سازی است و از این رو صرف بهره‌گیری از ابزارهای حقوقی راهگشا نیست. مهم‌ترین آسیب‌های پیش روی دیوان محاسبات در این زمینه عبارت‌اند از:

### الف) نبود معیارهای صحیح ارزیابی مسئولیت پاسخگویی

معیارهای موجود در نظام حقوقی ایران در ارزیابی عملکرد مالی دستگاه‌ها و مسئولان اجرایی بیشتر معطوف به رعایت قوانین و مقررات شکلی است و این مسئله که رعایت این قوانین و مقررات چه نتایج مثبت یا منفی به بار خواهد آورد، جزء اولویت‌های مرجع نظارتی نبوده است. از بین انواع رویکردهای حسابرسی بخش دولتی از جمله حسابرسی رعایت، حسابرسی صورت‌های مالی و حسابرسی عملیاتی و عملکرد مدیریت، آنچه در عمل و در رویه حسابرسی و نظارتی دیوان محاسبات انجام می‌گیرد، حسابرسی رعایت قوانین و مقررات و حسابرسی بررسی صورت‌های مالی است و به دلایل مختلف حقوقی، مدیریتی و فنی، حسابرسی عملکرد اجرایی نشده است.

طبق اصل ۵۵ قانون اساسی «دیوان محاسبات به تمامی حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات،



شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به‌نحوی از انجا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد». بنابراین، از منظر قانون اساسی نظارت بر هزینه‌کرد وجوه دولتی در محل قانونی و به میزانی که قانون (بودجه) مشخص کرده (حسابرسی رعایت) کارویژه اصلی دیوان محاسبات کشور است و مفاد قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ نیز بر این نوع حسابرسی تأکید دارد. برای نمونه، ماده ۹۵ این قانون مقرر می‌کند دیوان بر صورت‌حساب‌های دریافت و پرداخت ماهانه و سالیانه وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی نظارت کند. ماده ۱۰۱ همان قانون به نظارت بر صورت‌حساب دریافت‌ها و پرداخت‌های ماهانه حساب‌های درآمد متمرکز در خزانه اشاره می‌کند و ماده ۱۰۴ تهیه گزارش تفریح بودجه را از طریق بررسی حساب‌ها و اسناد و مدارک و تطبیق با صورت‌حساب عملکرد سالانه بودجه کل کشور از وظایف دیوان می‌داند. در این میان صرفاً در ماده ۲ آیین‌نامه نحوه حسابرسی و رسیدگی دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۹۴ به موضوع انجام حسابرسی عملکرد اشاره شده است که با توجه به عدم تحقق کامل بودجه‌ریزی عملیاتی، نبود زیرساخت‌های مناسب و عدم درک درست از این مفهوم و الزامات آن در بخش‌های مختلف ساختار دیوان (به‌ویژه دادسرا و هیأت‌های مستشاری) تاکنون این نوع حسابرسی در رویه‌های دیوان به‌طور کامل اجرایی نشده است. اگرچه در تدوین الگوی مطلوب نظارت مالی، انجام حسابرسی رعایت و حسابرسی صورت‌های مالی شرط اولیه و لازم است، شرط کافی نیست. امروزه در نظام‌های مردم‌سالار شهروندان و نمایندگان آنها نیازمند سازوکارها و روش‌های مناسب برای آگاهی از عملکرد مسئولان از حیث صرفه اقتصادی (نسبت داده‌های برنامه‌ریزی شده و داده‌های واقعی با مقیاس)، کارایی (نسبت داده‌های واقعی به ستانده‌های واقعی) و اثربخشی (نسبت ستانده‌های واقعی به ستانده‌های برنامه‌ریزی شده) هستند که تنها با انجام حسابرسی عملکرد که دربردارنده سه مؤلفه مذکور است، می‌توان به این هدف نائل شد.

### ب) عدم رعایت موازین دادرسی منصفانه در دیوان محاسبات کشور

نقطه عطف پاسخگویی مالی مسئولان دستگاه‌های اجرایی به دیوان محاسبات کشور کامل بودن چرخه پاسخگویی است، بدین‌معنا که برخلاف نظر برخی اساتید حقوق که ماهیت صرف اداری برای این نهاد قائل‌اند (راسخ، ۱۳۹۰: ۶۸)، همه فرایندهای این مهم شامل حسابرسی، رسیدگی، صدور و اجرای آرای صادرشده در این نهاد انجام می‌گیرد. از این‌رو دیوان محاسبات از جمله مؤسسات حسابرسی است که دارای تشکیلات شبه‌قضایی و قضایی

تعقیب متخلفان و صدور رأی در خصوص تخلفات مالی است و اساساً یکی از ملاک‌هایی که براساس آن برخی از دیوان محاسبات کشور ایران به‌عنوان نهاد نظارتی مالی قدرتمند و مستقل یاد می‌کنند، همین وجود تشکیلات مستقل و کامل شبه قضایی است. بنابراین تحقق پاسخگویی دقیق، به‌موقع و روشن مسئولان دستگاه‌های اجرایی به این نهاد در درجه اول مستلزم وجود آیین رسیدگی و سازوکارهای قانونی مشخص و در نهایت منصفانه بودن این روندهاست. در این زمینه ماده ۲۳ قانون دیوان محاسبات کشور تخلفات مالی مورد رسیدگی هیأت‌های مستشاری دیوان محاسبات را احصا و در تبصره ۱ به انواع مجازات اداری از توبیخ کتبی تا انفصال دائم از خدمات دولتی اشاره می‌کند. اعمال مجازات اداری توسط هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر موضوع تبصره ۱ ماده ۲۸ قانون دیوان محاسبات کشور مستلزم رعایت موازین دادرسی منصفانه است، زیرا رعایت موازین دادرسی منصفانه که مبتنی بر قانون آیین دادرسی مدون و شفاف باشد، در ارتقای پاسخگویی دیوان نقش بسزایی دارد.

در فرایند رسیدگی شبه قضایی و قضایی دیوان محاسبات با اشکالات متعددی از این حیث مواجهیم؛ نخست، ماده ۱۶ قانون دیوان محاسبات کشور در بیان شرایط اعضای هیأت‌های مستشاری به امین، متدین، کاردان و حتی‌الامکان مستخدم دیوان محاسبات بودن آنان اکتفا کرده و از شرط قاضی بودن یا حداقل حقوقدان بودن که از الزامات اساسی منصب قضایی است، سخنی به میان نیاورده است. بنابراین اعضا ضرورتاً حقوقدان و قاضی نیستند که در جای خود ایرادی جدی بر ترکیب هیأت‌ها تلقی می‌شود؛ دوم، ماده ۳۰ قانون دیوان محاسبات کشور رسیدگی به پرونده‌ها در هیأت‌های مستشاری و محکمه تجدیدنظر را تابع تشریفات دادرسی نمی‌داند که این موضوع سبب شده است به‌جز چند ماده قانونی محدود در قانون دیوان محاسبات کشور که دربردارنده کلیات رسیدگی در آن مرجع است، عملاً هیچ‌گونه آیین و دستورالعمل رسیدگی مدون و لازم‌الاجرائی که مقامات و مسئولان پاسخگو در مقام دفاع بتوانند به آن استناد کنند، وجود نداشته باشد. از این‌رو، فرایندها، مواعد، چگونگی انجام تحقیقات توسط دادسرا و هیأت‌های مستشاری ابهام دارد و این مراجع در برخی موارد به استناد ماده ۳۰ مذکور حتی از پذیرش وکلای دادگستری به‌منظور دفاع از مسئولان خودداری می‌کنند که این امر ناقض حقوق شهروندی و برخلاف اطلاق اصل ۳۵ قانون اساسی است. شایان توضیح است شورای نگهبان قانون اساسی طی نظریه مشورتی شماره ۶۶۱۷ مورخ ۱۳۷۳/۴/۲۹ در پاسخ به درخواست تفسیر رئیس کمیسیون اصول نظارتی مجلس شورای اسلامی در خصوص دایره شمول اصل ۳۵ قانون اساسی اظهار می‌دارد: «به لحاظ اینکه اصل سی‌وپنجم قانون اساسی حق انتخاب وکیل را در غیر دادگاه‌ها نفی نمی‌کند از این‌رو اصل

مذکور نیاز به تفسیر ندارد و مرجع تفسیر قوانین عادی شورای نگهبان نمی‌باشد». بنابراین استثنا کردن دیوان محاسبات کشور از فرایند آیین دادرسی عمومی بدون آیین دادرسی ویژه مصوب مجلس شورای اسلامی هر دلیلی داشته باشد، نمی‌تواند موجه باشد، زیرا موجب تضییع حقوق افراد، اطاله در رسیدگی‌ها، نبود ابزارهای قضایی لازم در فرایند رسیدگی، نبود ضمانت اجراهای مؤثر قضایی به منظور اجرای آرا و . . . می‌شود. شایان یادآوری است که در خصوص رعایت تشریفات دادرسی منصفانه، اخیراً آیین دادرسی دیوان محاسبات در هیأت عمومی آن دیوان به تصویب رسیده است که با توجه به ابهام در جایگاه قانونی و الزام‌آور بودن آن، در رویه‌های جاری دیوان مورد استناد قرار نمی‌گیرد. این امر ضرورت تصویب آیین دادرسی دیوان در مجلس شورای اسلامی را روشن می‌سازد.

### ج) تفریغ بودجه مطلوب

هدف تفریغ بودجه به منزله مهم‌ترین مصداق گزارشگری مالی دیوان محاسبات کشور، نه صرف کشف تخلفات مالی مسئولان دستگاه‌های اجرایی، بلکه تأثیرگذاری آن در تهیه و تصویب بودجه سنوات آتی است. از این رو ارائه به موقع این گزارش به مجلس شورای اسلامی اولین شرط و ویژگی لازم گزارش تفریغ مطلوب است. اعتماد مجلس شورای اسلامی به کارشناسی دیوان محاسبات کشور به عنوان نهاد متولی تهیه گزارش تفریغ، در ترتیب اثر دادن به نتایج و پیشنهادهای ارائه شده در این گزارش تأثیر بسزایی دارد و از طرفی به لحاظ اینکه صورت حساب سالیانه ارائه شده توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی مبنای تهیه گزارش تفریغ بودجه است، همان‌طور که در ماده ۶ قانون دیوان محاسبات کشور بیان شده است، اطمینان دیوان محاسبات از وجود مرجع کنترل‌کننده داخلی و کفایت آن از دیگر شروط ضروری است. مضاف بر این، اراده پارلمان و کمیسیون‌های داخلی آن بر مبنای قرار دادن داده‌های موجود در این گزارش‌ها به منظور بررسی عملکرد دولت و تصویب بودجه سال مالی جدید نیز در اثربخش بودن گزارش تفریغ بودجه مؤثر است (OECD, 2002: 14).

به لحاظ ماهیتی گزارش تفریغ باید شامل شناسایی ضعف‌های سیستماتیک در یک نظام مالی و ارائه راهکارها و پیشنهادهایی مبنی بر چگونگی اصلاح این ضعف‌ها در بودجه‌های سنوات آتی باشد (دانشفرد و قزلباش، ۱۳۸۹: ۹۴). این گزارش همچنین باید فعالیت‌هایی را که قوه مجریه به منظور اصلاح تخلفات شناسایی شده و پیشنهادهای ارائه شده در گزارش قبلی انجام داده است، مورد توجه قرار دهد (OECD, 2002: 41).

امروزه در نظام حقوقی ایران، نمایندگان مجلس شورای اسلامی تمایل چندانی به مطالعه و مذاقه در گزارش تفریغ بودجه نشان نمی‌دهند و بالتبع این گزارش نقش چندانی در تهیه و

تصویب قوانین بودجه سنوات آتی ندارد. از طرف دیگر، گزارش تفریح بودجه که آینه تمام‌نمای اجرای بودجه سالانه نیز است، در زمان انتشار خود حساسیت چندانی را در رسانه‌های عمومی ایجاد نمی‌کند. دلایل مختلفی را می‌توان در خصوص ضعف نظام تفریح بودجه در ایران برشمرد:

نخست، همان‌طور که اشاره شد، در وضعیت فعلی در دیوان محاسبات با توجه به فقدان بدنه کارشناسی قوی و متناسب (متأثر از عدم اعمال کامل نظام شایسته‌سالاری در فرایند گزینش و جذب کارکنان)، گزارش تفریح بودجه هرچند به لحاظ کمی و زمانی به صورت مستمر و منظم تهیه می‌شود، اما به لحاظ کیفی بیشتر بر مبنای خوداظهاری دستگاه‌های اجرایی انجام می‌گیرد و کمتر خود دیوان محاسبات در این زمینه ابتکار عمل نشان می‌دهد که در جای خود اثربخشی این گزارش را کاهش داده است.

دوم، در نظام حقوقی فعلی، گزارش تفریح برخلاف قوانین قبل از انقلاب و ساختار تفریح کشورهای همچون فرانسه، به صورت لایحه به مجلس ارسال نمی‌شود. تصویب لوایح تفریح بودجه در پارلمان به معنای تأیید اجرای بودجه توسط قوه مجریه بوده و از اهمیت سیاسی فوق‌العاده‌ای برخوردار است، اما هم‌اکنون این گزارش صرفاً قرائت می‌شود و در معرض عموم قرار می‌گیرد. این مسئله در کنار بودجه‌ریزی براساس معیارهای سیاسی و غیرفنی موجب کاهش اثربخشی این گزارش شده است.

سوم، فضای عمومی جامعه نیز در خصوص اهمیت گزارش تفریح توجیه نیست و نه تنها عموم مردم، بلکه حتی متخصصان و رسانه‌های جمعی نیز به دلیل فقدان درک درست از اهمیت این گزارش چندان بدان نمی‌پردازند. در این خصوص هرچند به موجب اصل ۵۵ قانون اساسی گزارش تفریح بودجه می‌بایست در دسترسی عموم گذاشته شود، هر ساله فقط خلاصه‌ای از آن در صحن علنی مجلس قرائت و منتشر می‌شود و حتی در خلاصه گزارش تفریح بودجه ۱۳۹۸، گزارش تبصره ۱ این قانون به صورت محرمانه به مجلس ارائه شد و منتشر نشد، با وجود این هیچ‌گونه حساسیت و مطالبه‌گری نیز از سوی رسانه‌های عمومی مشاهده نشد.

## ۲-۲- حاکمیت قانون و دیوان محاسبات کشور

از نخستین قانون دیوان محاسبات کشور که به حکم اصول ۱۰۱ و ۱۰۲ متمم قانون اساسی مشروطیت در سال ۱۲۸۹ هجری شمسی در مجلس ملی ایران تصویب شد، بیش از یک قرن می‌گذرد و در این مدت این تأسیس حقوقی مرحله به مرحله جایگاه خود را به‌عنوان نهاد نظارتی مالی و محاسباتی تثبیت کرده است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به موجب اصل ۵۴ قانون اساسی دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی فعالیت

می‌کند و طبق اصل ۵۵ همان قانون، به تمامی حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به‌نحوی از انجا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، به‌ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد، رسیدگی یا حسابرسی می‌کند که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. مستفاد از اصول مزبور دیوان محاسبات پاسدار حاکمیت قانون در امور مالیه عمومی است که از طریق نظارت بر قانونمند بودن هزینه‌کرد اعتبارات توسط دستگاه‌های اجرایی به این مهم مشغول است. در قانون دیوان محاسبات کشور نیز در مواد متعددی به نقش این نهاد در نظارت بر رعایت قوانین و مقررات مالی توسط دستگاه‌های اجرایی پرداخته شده است، از جمله در ماده ۲ این قانون در بیان وظایف و اختیارات دیوان محاسبات به انطباق تمامی حساب‌های درآمد و هزینه با قوانین و مقررات مالی تصریح شده و در بند «ب» ماده ۲۳ قانون مذکور در بیان موارد و اختیارات هیأت‌های مستشاری «عدم رعایت قوانین و مقررات مالی» را از جمله مواردی دانسته است که هیأت‌ها باید رسیدگی کنند. با وجود این، دیوان محاسبات کشور در تحقق حاکمیت قانون در امور مالی با چالش‌های ذیل مواجه است.

### الف) ابهام در سلسله‌مراتب قوانین و مقررات

در برداشت شکلی از اصل حاکمیت قانون، رعایت سلسله‌مراتب قوانین در نظام حقوقی بدین‌معنا که قاعده عالی، شأن، چارچوب و مرجع وضع قاعده تالی را مشخص کند و در نهایت هر قاعده در هرم قواعد حقوقی دارای جایگاه مشخصی باشد، از اصول بنیادین محسوب می‌شود و از چنان اهمیتی برخوردار است که بدون رعایت آن اصولاً یک نظام حقوقی به‌طور کامل شکل نمی‌گیرد، به‌عبارت دیگر یک نظام در راه مانده است (امیرارجمند، ۱۳۸۵: ۲). ابهامات مسئله سلسله‌مراتب قوانین در نظام حقوقی ایران از جمله تعدد مراجع وضع قواعد الزام‌آور مالی و محاسباتی، روشن نبودن صلاحیت هر مرجع و نامشخص بودن رابطه هر قاعده با دیگر قواعد در سلسله‌مراتب قوانین و مقررات مالی امر نظارت مالی دیوان محاسبات کشور را به‌ویژه در حوزه رسیدگی و صدور رأی، تعیین مسئولیت مدیران دستگاه‌های اجرایی و محاسبه ضرر و زیان واردشده با چالش‌های فراوانی روبه‌رو کرده است. برای نمونه ذیل قانون اساسی که در رأس هرم قواعد حقوقی قرار دارد، جایگاه مصوبات مراجعی همچون مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی و به‌ویژه مصوبات هیأت امنای دانشگاه‌ها و نسبت آنها با قوانین عادی مصوب مجلس شورای اسلامی روشن نیست. در این میان قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه با واگذاری اختیارات قاعده‌گذاری گسترده به هیأت امنای دانشگاه‌ها، چگونگی نظارت مالی دیوان محاسبات بر امور مالی آنان را

با ابهام مواجه کرده است، چراکه در قوانین مذکور در خصوص جایگاه و چگونگی ارتباط مصوبات هیأت امنا با سایر قوانین و مقررات جاری کشور پیش‌بینی لازم به عمل نیامده است (بنایی اسکویی، ۱۳۹۴: ۴۵) و در فرض تعارض مصوبات هیأت امنا با مصوبات مجلس شورای اسلامی تکلیف و معیار نظارت و ارزیابی مالی دانشگاه‌ها شفاف نیست. از طرف دیگر، ذیل قوانین عادی، سلسله‌مراتب مصوبات مراجعی همچون وزرا، انواع شوراهای عالی، ستاد تدابیر ویژه مقابله با تحریم، ستاد ملی مبارزه با کرونا، مصوبات مجامع عمومی شرکت‌ها و سازمان‌های مختلف مانند هیأت عالی واگذاری سازمان خصوصی‌سازی، استانداردهای حسابرسی سازمان حسابرسی، بخشنامه‌های سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، سازمان اداری و استخدامی و . . . شأن حقوقی مصوبات مذکور نسبت به یکدیگر و تعیین مسئولیت اداری و مدنی هریک از مراجع مذکور در صورت نقض قوانین مصوب مجلس بر ابهامات معیاری نظارت مالی دیوان محاسبات کشور و مآلاً اصل حاکمیت قانون افزوده است. البته گاهی اوقات ابهام از این موضوع ناشی نمی‌شود که جایگاه هریک از هنجارهای پیش‌گفته در هرم قواعد حقوقی نامشخص است، بلکه از این‌جا شکل می‌گیرد که مقام مجری به حکم قانون، براساس مقرره‌ای که توسط نهاد صالح وضع شده، عمل کرده است، لکن چون آن مقرره خارج از حدود اختیارات آن مرجع یا خلاف قانون بوده، به حاکمیت قانون آسیب زده است.

### ب) نظارت مالی دیوان محاسبات کشور در شرایط استثنایی ۱۵

حاکمیت قانون ایجاب می‌کند تمامی تصمیمات و اعمال مقامات و دستگاه‌های اجرایی منطبق بر قوانین اساسی و عادی با در نظر داشتن سلسله‌مراتب میان آنها باشد، اما مجریان قانون هنگام اجرای این اصل ممکن است با موانع و محدودیت‌های پیش‌بینی‌ناپذیر و در عین حال ضروری مواجه شوند که استمرار و بقای حکومت قانون نه‌تنها گره‌ای از مشکلات نمی‌گشاید، بلکه امکان دارد به ساختار سیاسی و نظام حقوقی صدماتی جبران‌ناپذیر وارد شود (مشهدی، دارایی و قارلقی، ۱۳۹۹: ۴۳). با این حال در نظام حاکمیت قانون، وضعیت استثنایی نیز باید دارای مختصات، محدودیت‌ها و قواعد ذکرشده در قانون باشد، به عبارت دیگر در این شرایط نیز قانونمندی نباید ترک شود (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۹۱).

نظام دخل و خرج دولت و چگونگی نظارت بر آن نیز در شرایط اضطراری باید تابع نظام حقوقی متفاوتی باشد، چراکه از یک سو در شرایط اضطراری وصول درآمدها و انجام هزینه‌ها با رعایت قوانین و مقررات معمول امکان‌پذیر نیست و از سوی دیگر رعایت قوانین مذکور بعضاً امور جاری کشور را به بن‌بست می‌کشاند و از سوی دیگر رها کردن نظام مالیه عمومی از قید قوانین در آن شرایط به فساد گسترده مالی و اداری منجر می‌شود. اعمال تحریم‌های

مستمر اقتصادی علیه ایران که در سنوات اخیر بعضاً به ایجاد شرایط اضطراری منجر شده است، ایجاب می‌کند نظام حقوقی توجه ویژه‌ای به ایجاد سازوکارهای قانونی ویژه به‌منظور مواجهه نظام مالیه عمومی با این شرایط و چگونگی نظارت دیوان محاسبات کشور متناسب با آن داشته باشد. در این باره ماده ۷۸ قانون محاسبات عمومی مقرر می‌دارد: «در مورد مخارج مربوط به حوادث مهم و ناگهانی مملکتی از قبیل جنگ، آتش‌سوزی، زلزله، سیل، بیماری‌های همه‌گیر و بیماری‌های مربوط به حوادث فوق، حصر اقتصادی و همچنین موارد مشابه که به فرمان رهبر یا شورای رهبری به‌عنوان ضرورت‌های اسلامی و یا مملکتی اعلام گردد، رعایت مقررات این قانون الزامی نیست و تابع (قانون نحوه هزینه کردن اعتباراتی که به موجب قانون از شمول قانون محاسبات عمومی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنا هستند) می‌باشد. . .».

مع‌ذک در شرایط حصر اقتصادی سنوات اخیر در عمل ماده مذکور محجور مانده و براساس سازوکارهای تعیین‌شده توسط «ستاد تدابیر ویژه مقابله با تحریم» عمل می‌شود که این رویه با اشکالات حقوقی مواجه است؛ نخست، هرچند ستاد مذکور در سال ۱۳۸۹ براساس دستور رئیس‌جمهور وقت تشکیل شد، با وجود این تا سال ۱۳۹۲ که در ماده ۱۳۹ قانون بودجه آن سال و سپس در ماده ۵۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر پیش‌بینی شد، فاقد مبنای حقوقی بود؛ دوم، با توجه به اینکه مصوبات ستاد مذکور به موجب ماده ۵۸ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر نباید مغایر قانون باشد، علی‌الاصول آن ستاد نمی‌تواند فراتر از قوانین موجود و متناسب با شرایط اضطراری چاره‌اندیشی کند؛ سوم، مصوبات مذکور اغلب موردی است، درحالی‌که تحریم‌های اعمال‌شده با اختلال در نظام مالیه عمومی موجب ایجاد چالش کلی در انعقاد قراردادهای بین‌المللی، نظام وصول درآمدهای خارجی و انجام مخارج وفق قوانین و موافقت‌نامه‌های مربوط شده است.

بنابراین نظارت مالی دیوان محاسبات کشور در شرایط اضطراری با توجه به نبود نظام حقوقی منسجم و ویژه این شرایط، در میانه راه دوگانگی اعمال حاکمیت قانون از یک طرف و در نظر گرفتن اقتضائات ویژه این شرایط از سوی دیگر مانده است.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

هرچند نظارت مالی بر بودجه اصالتاً از کارکردهای اصلی متعلق به نمایندگان مردم در پارلمان است، اما امروزه با پیچیدگی مدیریت امور عمومی و بیش از پیش تخصصی شدن نظارت مالی به‌مثابه یک فن، و توجه به این نکته که «حسابرسی» مؤلفه اصلی نظارت مالی است، بار اصلی این کارکرد پارلمان به مؤسسات عالی حسابرسی واگذار شده است و این مؤسسات امروزه در تمامی نظام‌های حقوقی و بیشتر در سطح قانون اساسی از جایگاه مهم و

تثبیت شده‌ای برخوردارند. از طرفی در پرتو تلاش‌های بین‌المللی نهادهایی همچون بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول، اصول و معیارهای مشخصی با عنوان «حکمرانی خوب» به‌منظور روایی حکمرانی تعریف شده است و نظام‌های سیاسی مختلف جهان سعی در انطباق ماهیت، رویه‌ها و ساختارهای حکمرانی خود با این اصول و موازین هستند. سازمان بین‌المللی مؤسسات عالی حسابرسی (اینتوسای) که متشکل از مؤسسات عالی حسابرسی بیش از دویست کشور است، برای هدایت مؤسسات مذکور به سمت مؤلفه‌ها و اصول حکمرانی مالی خوب استانداردها و رهنمودهای مشخصی را به‌ویژه در بیانیه‌های لیما و مکزیک تدوین کرده است و مؤسسات مذکور نیز در تلاش به‌منظور بهبود کیفیت نظارت مالی خود بر چگونگی هزینه‌کرد منابع عمومی این رهنمودها را به‌کار می‌گیرند.

در این تحقیق با بررسی چالش‌های دیوان محاسبات کشور در خصوص پاسخگویی دستگاه‌های اجرایی که در بستر نظام حقوقی فعلی براساس سازوکارهای حسابرسی رعایت و حسابرسی صورت‌های مالی صورت می‌گیرد، هیچ انطباقی با اقتضائات مدیریت دولتی نوین و همچنین حکمرانی خوب مشاهده نشد و در این خصوص باید اصلاحات لازم در نظام حقوقی مربوط انجام گیرد تا بستر مناسب برای اجرای حسابرسی عملکرد بر پایه سه مؤلفه کارایی، اثربخشی و صرفه اقتصادی فراهم شود. از سوی دیگر، هرچند مؤسسات عالی حسابرسی از طریق نظارت بر عملکرد مالی دستگاه‌های اجرایی بر معیار قوانین و مقررات نقش اساسی در حاکمیت قانون به‌ویژه در حوزه قوانین مالی ایفا می‌کنند، این مهم در خصوص دیوان محاسبات کشور با موانعی روبه‌روست. دیوان محاسبات از طریق نظارت بر قانونیت فرایند دخل و خرج دستگاه‌های اجرایی اهتمام ویژه‌ای در تحقق این اصل در نظام مالی و بودجه‌ای ایران دارد، با وجود این مراجع متعدد واضح مقررات مالی و روشن نبودن سلسله‌مراتب قوانین و مقررات مالی و همچنین نبود نظام حقوقی ویژه شرایط اضطراری که چگونگی نظارت این نهاد را در آن شرایط مشخص سازد، مانع اساسی در تحقق این اصل ایجاد کرده است. از طرف دیگر، سرانجام اینکه بدون نظارت کارآمد بر دخل و خرج دولت تحقق حکمرانی خوب رؤیایی دست‌نیافتنی می‌نماید و در این زمینه باید با برطرف کردن چالش‌ها و موانع مختلف حقوقی و غیرحقوقی پیش روی دیوان محاسبات کشور از ظرفیت‌های این نهاد در تحقق اصول حکمرانی خوب از جمله پاسخگویی و حاکمیت قانون در دستگاه‌های اجرایی استفاده شود.



## یادداشت‌ها

- 1 . Good Governance.
- 2 . UNESCAP.
- 3 . Transparency.
- 4 . Responsibility.
- 5 . Accountability.
- 6 . Participation.
- 7 . Rule of law.
- 8 . Responsiveness.
- 9 . Voice and Accountability.
- 10 . Political Effectiveness.
- 11 . Government Effectiveness.
- 12 . Regularity Quality.
- 13 . Control of Corruption .
- 14 . International Organization of Supreme Audit Institutions.

۱۵. بیانیه لیما در نهمین کنگره ایتتوسای (سازمان بین‌المللی مؤسسات عالی حسابرسی) در سال ۱۹۹۷ در شهر لیما پایتخت پرو به تصویب رسید.

### 16 . Exceptional circumstances

۱۷. نظریه تفسیری شماره ۸۲/۳۰/۳۹۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۵ شورای نگهبان در پاسخ به رئیس وقت دانشگاه تهران و نظریه تفسیری شماره ۱۳۷۵/۲۱/۱۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ آن شورا در پاسخ به رئیس‌جمهور وقت.

## منابع

## الف: فارسی

۱. آذر، عادل؛ امیرخانی، طیبه (۱۳۹۱)، بودجه‌ریزی عمومی: نهادهای بودجه‌ریزی و بودجه محلی، تهران: سمت.
۲. امیرارجمند، اردشیر (۱۳۸۱)، «سیاست‌های کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت»، فصلنامه راهبرد، ش ۲۶. ص ۷۰-۹۰
۳. ----- (۱۳۸۵)، جزوه حقوق اداری ایران، کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی.
۴. باباجانی، جعفر (۱۳۸۳)، «ارزیابی ظرفیت مسئولیت پاسخگویی نظام حسابداری و گزارشگری مالی دولت جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات حسابداری، ش ۶. ص ۲۶-۵۴
۵. ----- (۱۳۸۳)، «گزارشگری مالی نوین در بخش عمومی»، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات همایش گزارشگری مالی، تحولات پیش روی، تهران: کیومرث.
۶. ----- (۱۳۸۲)، «تحلیل نظری پیرامون سیستم نظارت مالی کشور از منظر پاسخگویی»، مجله بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، دانشکده مدیریت دانشگاه تهران، ش ۳۱. ص ۷۷-۱۳۰
۷. ----- (۱۳۹۲)، حسابداری و کنترل‌های مالی دولت، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، چ دهم.
۸. بادامچی، علی؛ رنجبری، ابوالفضل (۱۳۹۳)، حقوق مالی و مالیه عمومی، تهران: مجد، چ دوازدهم.
۹. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۴)، «جایگاه و قلمرو مصوبات هیأت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی و پژوهشی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۴۷. ص ۳۶-۶۹
۱۰. حسینی عراقی، حسین (۱۳۸۳)، حسابرسی دولتی، دانشکده امور اقتصادی، چ دوم.

۱۱. دانشفرد، کرم‌الله؛ قزلباش، حسن (۱۳۸۹)، «بررسی نقش گزارش تفریغ بودجه در اعمال نظارت پارلمانی بر عملکرد دولت»، مجله حسابداری مدیریت، ش ۴، ص ۹۳-۱۰۳
۱۲. دباغ، سروش؛ نفری، ندا (۱۳۸۸)، «تبیین مفهوم خوبی در حکمرانی خوب»، نشریه مدیریت دولتی، دوره ۱، ش ۳، ص ۱۸-۳
۱۳. زارعی، محمدحسین (۱۳۷۶)، «تحلیلی از پیوند حقوق اداری و مدیریت دولتی بر پایه حاکمیت قانون»، فصلنامه مدیریت و توسعه، ش ۳۸، ص ۴۴-۲۷
۱۴. راسخ، محمد (۱۳۹۰)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چ دوم.
۱۵. شیائوکامپو، سالواتور؛ توماس، دانیل (۱۳۸۹)، مدیریت هزینه‌های عمومی، ترجمه گروه مترجمان دفتر مطالعات برنامه و بودجه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۶. عباسی، ابراهیم (۱۳۸۹)، رویکردهای پیشرفته در بودجه‌ریزی دولت، تهران: سمت.
۱۷. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵) حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۱۸. مشهدی، علی (۱۳۹۱)، صلاحیت تخییری: نظام حقوقی صلاحیت‌های تخییری در قوه مجریه، تهران: معاونت تحقیقات، آموزش و حقوق شهروندی معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول.
۱۹. مشهدی، علی؛ دارایی، علی؛ قارلقی، صدیقه (۱۳۹۹)، «شرایط استثنایی و استثناء حاکمیت قانون»، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، ش ۴، ص ۳۹-۵۶.
۲۰. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اداری، تهران: سمت.
۲۱. نقیبی مفرد، حسام (۱۳۹۶)، حکمرانی مطلوب در پرتو جهانی شدن حقوق بشر، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، چ دوم.
۲۲. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، چ اول، تهران: جنگل.

۲۳. هداوند، مهدی (۱۳۸۴)، «حکمرانی خوب، توسعه و حقوق بشر»، نشریه حقوق اساسی، سال سوم، ش ۴، ص ۸۶-۵۲

ب: لاتین

1. Committee of Experts on Public Administration (2006), **Definition of basic concepts and terminologies in governance and public administration**, The UN Economic and Social Council, New York.
2. Egbide, Ben- Caleb and Agbude, Godwyns Ade (2012), "Good Budgeting and Good Governance", **The Public Administration and Social Policies Review**, IV Year, No. 29.
3. IFAC (2001), **Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective**.
4. INTOSAI-P10 (2007), **Mexico Declaration On SAI Independence**.
5. Lord Sharman of Redlynch (2001), "Holding to Account", **the Review of Audit and Accountability for Central Government**, ([www. hm-treasury. gov. uk](http://www.hm-treasury.gov.uk))
6. Maher, Neva (2015), "How Supreme Audit Institution Should Perform and is to be Managed for External Audit", Available at: <https://fliphtml5.com/bjmv/vwfj/basic>.
7. Mayne, John (2006), "Audit and evaluation in public management: challenges, reforms, and different roles", **The Canadian Journal of Program Evaluation**, Vol. 21.
8. OECD (2002), **Best Practices for Budget Transparency**. Available at: [www. Oecd. Com](http://www.Oecd.Com).
9. Sutcliffe (2002), **Public Fund Digest**, International Federation of Accountants(IFAC), ([www. ifac. org](http://www.ifac.org)).
10. Unescap (2004), **What is good governance?**

#### Refrecese

- 1- Azar, Adel; Amirkhani, Tayebbeh (2012), **General Budgeting: Local Budgeting Institutions**, Tehran: Samt Publication.
- 2- Amir Arjmand Ardeshir(2002), "The general policies of the system in the light of the principle of the rule of law and the republic", **Rahbord Quarterly**, Vol 26, PP.70-99
- 3- Amir Arjmand Ardeshir(2005), **Iranian Administrative Law Booklet**, Master of Public Law, Shahid Beheshti University
- 4- Babajani, Jafar (2004), "Assessing the Accountability Capacity of Accountability and Financial Reporting System of the Government of the Islamic Republic of Iran", **Quarterly Journal of Accounting Studies**, Vol. 6. pp. 54-26
- 5- Babajani Jafar (2004), "New Financial Reporting in the Public Sector", a collection of lectures and articles of the Financial Reporting Conference, Developments, Tehran: Kiomars

- 6- Babajani Jafar (2003), "Theoretical Analysis of the country's Financial Supervision System from the Perspective of Accountability", Journal of Accounting and Auditing Studies, Faculty of Management, University of Tehran, Vol. 31, pp. 130-77
- 7- Babajani Jafar (2013), Accounting and Financial Controls of the Government, Tehran: Allameh Tabatabai University, 10th edition.
- 8- Badamchi, Ali; Ranjbari, Abolfazl (2014), Financial Law and Public Finance, Tehran: Majd, Twelfth Edition.
- 9- Banai Oskooi, Majid (2015), "Status and scope of approvals of boards of trustees of universities and educational and research institutions", Quarterly Journal of Public Law Research, Vol. 47, pp. 69-36
- 10- Hosseini Iraqi, Hossein (2004), Government Audit, Faculty of Economics, Second Edition
- 11- Daneshfard, Karmallah; Ghezelbash, Hassan (2010), "Study of the Role of Budget Appropriation Report in Parliamentary Oversight of Government Performance", Journal of Management Accounting, Vol. 4, pp. 103-93
- 12- Dabbagh, Soroush; Nafri, Neda (2009), "Explaining the Concept of Good in Good Governance", Journal of Public Management, Volume 1, Issue 3, pp. 3-18
- 13- Zarei, Mohammad Hossein (1997), "An Analysis of the Relationship between Administrative Law and Public Management Based on the Rule of Law", Quarterly Journal of Management and Development, Vol. 38, pp. 44-27
- 14- Rasekh, Mohammad (2011), Supervision and Balance in the Constitutional Law System, Tehran: Drak, Second Edition.
- 15- Xiaocampo, Salvatore; Thomas, Daniel (2010), Public Expenditure Management, Translation of the Translation Group of the Office of Program and Budget Studies of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
- 16- Abbasi, Ebrahim (2010), Advanced Approaches in Government Budgeting, Tehran: Samat.
- 17- Malmiri Markaz, Ahmad (2006) Rule of Law: Concepts, Principles and Perceptions, Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly, First Edition.
- 18- Mashhadi, Ali (2012), Discretionary Jurisdiction: The Legal System of Discretionary Jurisdiction in the Executive Branch, Tehran: Vice President for Research, Education and Citizenship Legal Vice President, First Edition
- 19- Mashhadi, Ali; Daraei, Ali; Gharleghi, Sedigheh (1399), "Exceptional Conditions and Exceptions to the Rule of Law", Scientific Quarterly of New Research in Administrative Law, Second Year, Vol. 4, pp. 56-39
- 20- Motameni Tabatabai, Manouchehr (2005), Administrative Law, Tehran: Samt Publication.
- 21- Naghibi Mofrad, Hesam (2017), Good Governance in the Light of Globalization of Human Rights, Tehran: Institute of Legal Studies and Research, Second Edition
- 22- Vjeh, Mohammad Reza (2011), Theoretical Foundations and Structure of the Rule of Law, First Edition, Tehran: Jangal Publication.
- 23- Hadavand, Mehdi (2005), "Good Governance, Development and Human Rights", Journal of Constitutional Law, Third Year, Vol. 4, pp. 86-52



## حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات

محمد حسن باقری خوزانی<sup>۱\*</sup>، فرامرز عطریان<sup>۲\*\*</sup>، غلامحسین مسعود<sup>۳\*\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۹۹/۱۲/۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.229

### چکیده

قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۱۵ قانون اساسی شرایط داوطلبان ریاست جمهوری را تعیین کرده است. به موجب این اصل «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حُسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». یکی از چالش‌هایی که همواره در خصوص این اصل وجود داشته، ابهام در حصری یا تمثیلی بودن شرایط مذکور در این اصل است که حسب مورد بر حدود صلاحیت مقنن عادی در تفصیل یا تبیین شرایط داوطلبان انتخابات ریاست جمهوری اثرگذار است. این مقاله در قالبی توصیفی - تحلیلی، ضمن بررسی حدود صلاحیت مجلس در این زمینه اثبات کرد که برخلاف دیدگاه غالب که قائل به حصری بودن شرایط مزبور و به تبع آن عدم صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل یا تبیین شرایط ریاست‌جمهوری است، تمثیلی قلمداد شدن شرایط مذکور و به تبع آن صالح دانستن مجلس به‌منظور شناسایی شرایط عمومی با سیاست‌های کلی انتخابات و برخی نظرهای شورای نگهبان همخوانی بیشتری دارد؛ ضمن اینکه با توجه به صلاحیت عام قانونگذاری مجلس در اصل ۷۱ قانون اساسی، امکان تبیین شرایط اختصاصی مصرح در اصل ۱۱۵ مفروض است.

**واژگان کلیدی:** اصل ۱۱۵ قانون اساسی، اصل ۷۱ قانون اساسی، انتخابات ریاست جمهوری، رجال مذهبی و سیاسی، سیاست‌های کلی انتخابات.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

\* **Email:** mohamadhasan92@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول)

\*\* **Email:** atrian.f.1001@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

\*\*\* **Email:** Dr.gh.masoud@gmail.com



### مقدمه

در حوزه حقوق یکی از انتخاباتی که در جمهوری اسلامی ایران هر چهار سال یک بار برگزار می‌شود، انتخابات ریاست جمهوری و یکی از مسائل مربوط به این انتخابات، شرایط انتخاب‌شوندگان است. مبتنی بر اصل ۱۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کسانی می‌توانند رئیس‌جمهور شوند که از میان رجال مذهبی و سیاسی کشور بوده و ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حُسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور باشند. از شرایط یادشده در این اصل تنها دو شرط ایرانی‌الاصل و تابع ایران بودن جنبه کمی و روشن دارد و شروط دیگر ماهیت کیفی و ساختی کلی دارند. سکوت قانونگذار اساسی در ارائه تعریف و معیار به‌منظور تشخیص شروط کیفی به نقاط ابهام این اصل افزوده و سبب شده است تا برداشت‌های متفاوتی از این اصل صورت پذیرد که در پی آن تفسیرهای گوناگونی به‌منظور احراز آن‌ها در داوطلبان ریاست جمهوری ارائه شود.

منشأ چنین استنباط‌های گوناگون ناظر بر حصری یا تمثیلی دانستن شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی است. برخی این شرایط را حصری دانسته و در نتیجه مجلس شورای اسلامی را به‌منظور اضافه کردن سایر شروط یا تبیین شرایط گفته‌شده در این اصل، صالح نمی‌دانند و برخی دیگر این شرایط را تمثیلی قلمداد کرده و معتقدند مجلس شورای اسلامی می‌تواند با استناد به اصل ۷۱ قانون اساسی و سیاست‌های کلی انتخابات مصوب ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ شرایط عمومی را تعیین و به‌منظور تبیین شرایط اختصاصی نیز قانونگذاری کند. با عنایت به نکات مذکور، در این مقاله در پی پاسخگویی به این پرسش هستیم که آیا مجلس می‌تواند شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ را تفصیل دهد یا در مقام تبیین این شرایط برآید یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش باید به پرسش‌های فرعی ذیل نیز پاسخ دهیم:

۱. آیا شرایط مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی حصری یا تمثیلی است؟
۲. آیا با ابلاغ سیاست‌های کلی انتخابات در سال ۱۳۹۵ در رویکرد نظام حقوقی ایران در تعیین شرایط رئیس‌جمهور تحولی رخ داده است یا خیر؟
۳. رویه و برداشت شورای نگهبان به‌عنوان نهاد دادرسی اساسی از اصل ۱۱۵ قانون اساسی چیست؟

فرضیه نویسندگان این است که با توجه به صلاحیت عام قانونگذاری مجلس شورای اسلامی، سیاست‌های کلی انتخابات و برخی نظرهای شورای نگهبان، تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی منطبق با منظومه قانون اساسی جمهوری اسلامی



ایران است. در خصوص موضوع نوشتار حاضر پژوهش‌هایی که تاکنون صورت گرفته اغلب ناظر بر تبیین صفات مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی و بیان شرایط انتخاب‌پذیری برای مقام ریاست جمهوری ایران بوده است و از این رو این پژوهش بدیع بوده و دارای نوآوری است. برای تحصیل مقصود در این پژوهش با شیوه توصیفی - تحلیلی ابتدا ضرورت و پیشینه تقنینی تعیین شرایط رئیس‌جمهور ارزیابی شده و در ادامه با توجه به متصور بودن فروض مختلف در خصوص صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تعیین شرایط رئیس‌جمهور، ادله مخالفان در بخش دوم تحلیل و بررسی و در بخش سوم ادله موافقان که منطبق با نظر مختار نویسندگان است، بیان شده است.

### ۱. ضرورت و پیشینه تقنینی تعیین شرایط رئیس‌جمهور

امروزه برگزاری انتخابات از جمله مشروع‌ترین ابزار رسیدن به قدرت و رایج‌ترین شیوه کاربست اراده عمومی در نظام‌های مردم‌سالار است که شهروندان از طریق آن در تعیین متصدیان اعمال اقتدارات عمومی مشارکت می‌کنند (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۶۷). این در حالی است که باید توجه داشت نظام مردم‌سالار کارآمد، توسط هر فرد یا گروهی با هر درجه‌ای از لیاقت و توانایی شکل نخواهد گرفت؛ بلکه عقل و منطق حکم می‌کند که تمثیت امور عمومی جامعه در دست افراد شایسته، توانا، متخصص و کارآمد باشد. بنابراین امروزه دولت‌ها معمولاً برای انتخاب‌شوندگان شرایط سخت‌تری را در مقایسه با انتخاب‌کنندگان در نظر می‌گیرند و این شرایط به تناسب اهمیت نمایندگی موضوع انتخاب، متغیر است (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۵۸). بر این اساس بدیهی است هر کسی شایستگی نامزدی انتخابات را نخواهد داشت و وضع شروطی به‌منظور تشخیص واجدین شرایط امری ضروری است، زیرا در صورتی که برای انتخاب‌شوندگان هیچ شرطی در کار نباشد، هر فردی اعم از نوزاد و پیر، عاقل یا سفیه و مجنون، تبعه یا غیرتبعه و... حق داوطلب شدن در انتخابات را دارد که این در هیچ نظام حقوقی‌ای پذیرفتنی نیست. قبول این اصل منطقی مستلزم تعیین شرطی برای انتخاب‌شوندگان در قوانین اساسی یا عادی است که این شرایط و معیارها نیز خود تابعی از مطالبات ارزشی و اخلاقی عموم جامعه است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷: ۳۰).

باید توجه داشت به‌طور کلی اینکه قانون اساسی قواعد انتخابات را با تفصیل زیاد بیان کند یا تصویب آن‌ها را بر عهده قانونگذاران عادی قرار دهد، تصمیم سیاسی است که مؤسسان قانون اساسی یک کشور آن را اتخاذ می‌کنند؛ چراکه در تهیه و تنظیم قانون اساسی، جز ملاک‌های نظری، ضوابط و معیارهای مشخصی وجود ندارد تا بتوان آنچه را که در متن گنجانده شده، معین و مشخص کرد و در نتیجه، هر کشور با توجه به اقتضای شرایط سیاسی خود، کم و

کیف موضوعات مندرج در قانون اساسی خود را تعیین می‌کند (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۰۸). برای مثال در برخی از قوانین اساسی کشورها علاوه بر ذکر موضوعات کلان انتخابات از جمله حق رأی، نوع نظام انتخاباتی، مرجع نظارت بر انتخابات و چگونگی تعیین حدود حوزه‌های انتخاباتی، برخی از شرایط انتخاب‌شوندگان از جمله سن نیز تعیین شده است (لوئیس ماسکیو و آندره بلز، ۱۳۹۰: ۵۲۳).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان رویکرد دوگانه‌ای را اتخاذ کرده و برخی از شرایط انتخاب‌شوندگان را در این قانون تصریح کرده و برخی دیگر را به قانون عادی احاله داده است. برای مثال مطابق اصل ۶۲ قانون اساسی<sup>۱</sup>، تعیین شرایط نمایندگان مجلس، به مجلس شورای اسلامی واگذار شده، ولی شرایط مقام رهبری، رئیس‌جمهور و رئیس قوه قضاییه وفق اصول ۱۰۹<sup>۲</sup>، ۱۱۵ و ۱۵۷<sup>۳</sup> در قانون اساسی مشخص شده است.

به موجب اصل ۱۱۵ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حُسن سابقه و امانت و تقوی، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». تعیین شرایط رئیس‌جمهور در اصل مذکور به برداشت‌ها و تفاسیر گوناگونی منجر شده است. به عبارت دیگر، بنابر یک فرض می‌توان شرایط مصرح در اصل مذکور را حصری قلمداد کرد که بر این اساس مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند شرایط جدیدی را به این اصل اضافه کند و براساس فرض دوم شرایط بیان‌شده در اصل ۱۱۵ تمثیلی است و مجلس شورای اسلامی می‌تواند با استناد به اصل ۷۱ قانون اساسی و سیاست‌های کلی انتخابات مصوب ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ شرایط عمومی را تعیین کرده و در جهت تبیین شرایط اختصاصی مصرح در اصل ۱۱۵ قانونگذاری کند.

با بررسی و تتبع در مصوبات مجلس شورای اسلامی درمی‌یابیم این نهاد در ادوار مختلف برحسب وظیفه ذاتی خود و به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی، بر آن بوده است تا برخی شرایط مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی را تعریف کرده و برای آن‌ها ضابطه و معیار ارائه دهد یا درصد تعیین برخی شرایط عمومی داوطلبان انتخابات ریاست جمهوری بوده است.<sup>۴</sup> برای مثال می‌توان به دو شرط «سن» و «محرومیت از حقوق اجتماعی» در «لایحه شماره ۸۹۳۴ مورخ ۱۳۶۰/۰۴/۱۰ دولت در خصوص انتخاب رئیس‌جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران»<sup>۵</sup>، شرایط «سلامت جسمی در حد برخوردار از نعمت بینایی و شنوایی و گویایی و توانایی در حد ایفای وظایف ریاست جمهوری» و «عدم محرومیت از حقوق اجتماعی» در «لایحه شماره

۹۵۵۵۸ مورخ ۱۳۶۳/۱۱/۲۴ دولت در خصوص انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران<sup>۶</sup> و شرط مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد در « طرح یک‌فوریتی اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی<sup>۷</sup>» اشاره کرد. این در حالی است که رویه‌ی شورای نگهبان نشان از این دارد که تا پیش از اظهارنظر در خصوص «طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱»، هرگونه قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در تعیین شرایط رئیس‌جمهور را مغایر با اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۱۵ و بند ۹ اصل ۱۱۰ اعلام کرده است.<sup>۸</sup>

در حال حاضر نیز آنچه در خصوص شرایط نامزدهای ریاست جمهوری در قوانین و مقررات انتخاباتی قابل مشاهده است، همان شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی است که در ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ مجلس شورای اسلامی، عیناً تکرار شده است.<sup>۹</sup>

## ۲. رویکرد مخالف صلاحیت مجلس

در مخالفت با تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی می‌توان به ادله زیر استناد کرد:

### ۲-۱. قرینه اصل ۶۲ قانون اساسی

به موجب اصل ۶۲ قانون اساسی، شرایط انتخاب‌شوندگان را «قانون» معین خواهد کرد.<sup>۱۰</sup> با توجه به اصل ۵۸ قانون اساسی<sup>۱۱</sup> و صلاحیت مجلس در اعمال قوه مقننه، معنای عرفی و تبادل ابتدایی از واژه «قانون» در این اصل، قانون مصوب مجلس شورای اسلامی است (آیین نگینی، ۱۳۹۸: ۱۴۱)، بنابراین اولاً شرایط نمایندگی مجلس شورای اسلامی باید براساس قانون مصوب این نهاد تعیین شود و این شرایط را نمی‌توان با سایر هنجارهای حقوقی از جمله آیین‌نامه، بخشنامه و دستورالعمل تعیین کرد؛ ثانیاً مجلس شورای اسلامی در این زمینه صلاحیت تکلیفی دارد و نمی‌تواند از این تکلیف قانونی سرباز زند.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به دلیل اهمیت و جایگاه منصب ریاست جمهوری، شرایط احراز آن در اصل ۱۱۵ مقرر شده (عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ۳۲۰) و ظاهر و نص عبارت اصل، دال بر حصر شرایط مذکور است. به عبارت دیگر در صورتی که قانونگذار اساسی اراده‌ای مبنی بر تعیین شرایط رئیس‌جمهور توسط قانون عادی را داشت، همچون اصل ۶۲ قانون اساسی در تجویز تعیین شرایط نمایندگی مجلس، تعیین شرایط رئیس‌جمهور را نیز به قانون عادی احاله می‌داد. به موجب این استدلال، مجلس حتی در مقام تعیین مصداق و تبیین شرایط

و جعل ضابطه نیز حق ورود به تبیین شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ را ندارد. تتبع و تدقیق در برخی از نظرهای شورای نگهبان نشان از این دارد که این شورا نیز به‌عنوان نهاد دادرسی اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، تضییق یا توسعه شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی را مغایر قانون اساسی اعلام کرده است. برای نمونه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۹۴۴۱ مورخ ۸۷/۹/۱۱ در خصوص «طرح اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن»<sup>۱۲</sup> شرایط مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی را حصری تلقی کرد و از آن‌جا که شرایط تعیین‌شده اصل ۱۱۵ قانون اساسی در مصوبه مجلس شورای اسلامی تضییق یا توسعه داده شده بود، خلاف اصل مذکور اعلام کرد.<sup>۱۳</sup>

### ۲-۲. بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی

با توجه به اینکه در قانون اساسی، از یک سو در اصل ۱۱۵ شرایطی برای احراز پست ریاست جمهوری بیان شده و از سوی دیگر، در بند ۹ اصل ۱۱۰ در مقام بیان نحوه و مرجع صالح برای احراز صلاحیت کاندیداهای ریاست جمهوری، به‌صراحت بیان شده است که احراز «شرایطی که در این قانون می‌آید» به عهده شورای نگهبان است، مشخص می‌شود که قانونگذار اساسی، شرایط نامزدی ریاست جمهوری را منحصر به قانون اساسی اعلام کرده است. از سوی دیگر، به موجب بند مذکور تأیید صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان است و مجلس حتی در مقام تعیین مصداق و تبیین شرایط و جعل ضابطه نیز حق ورود به تبیین این شرایط را ندارد؛ چه آنکه در این صورت، مجلس شورای اسلامی در جایگاهی که قانون اساسی به شورای نگهبان در مقام احراز صلاحیت کاندیداهای ریاست جمهوری اعطا کرده، قرار گرفته است.

### ۲-۳. قرینه اصل ۱۱۶ قانون اساسی

به موجب اصل ۱۱۶ قانون اساسی، نامزدهای ریاست جمهوری باید قبل از شروع انتخابات آمادگی خود را رسماً اعلام کنند. نحوه برگزاری انتخاب رئیس‌جمهوری را قانون معین می‌کند. با عنایت به عبارت ذیل این اصل که بیان می‌کند «نحوه برگزاری انتخاب رئیس‌جمهوری را قانون معین می‌کند»، قانونگذار اساسی صرفاً نحوه برگزاری انتخابات ریاست جمهوری را قابل تقنین توسط قانونگذار عادی اعلام کرده و هیچ اشاره‌ای به امکان قانونگذاری عادی در خصوص شرایط انتخاب‌شوندگان نکرده است که سکوت در مقام بیان تلقی می‌شود. به‌عبارت دیگر مطابق این نظر، عبارت «نحوه برگزاری» از تعیین شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی انصراف دارد و مجلس شورای اسلامی

می‌تواند کلیه امور مربوط به برگزاری انتخابات ریاست جمهوری از جمله تمامی مراحل رسیدگی به صلاحیت داوطلبان، تبلیغات نامزدهای انتخابات، جرائم و تخلفات، شکایات و نحوه رسیدگی و مانند این‌ها را مشخص کند و نمی‌تواند متعرض تعیین شرایط نامزدهای انتخابات شود.

#### ۲-۴. مشروح مذاکرات مربوط به تصویب اصل ۱۱۵ قانون اساسی

مباحث مطرح در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در زمان بررسی اصل ۱۱۵، قرینه دیگری مبنی بر حصر شرایط مندرج در اصل مزبور برای احراز پست ریاست جمهوری دارد؛ چه آنکه در ابتدای بررسی این اصل، شرایط بسیار کمتری برای ریاست جمهوری مقرر شده بود که نمایندگان با ناکافی دانستن این شرایط، مورد به مورد اقدام به اضافه کردن شرایط جدید کردند، بنابراین تمامی شرایط لازم برای رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۵ بیان شده است. توضیح آنکه در اصل ۷۶ پیش‌نویس قانون اساسی تنها دو شرط برای رئیس‌جمهور مقرر شده بود: «رئیس‌جمهوری باید مسلمان و ایرانی‌الاصل و تابع ایران باشد» (راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸: ۱۳). در جلسه شصت و چهارم مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بدون آنکه عبارت «رجال دینی و سیاسی» جزء شرایط رئیس‌جمهور بیان شده باشد، اصل بدین‌نحو تنظیم شده بود: «رئیس‌جمهور باید ایرانی‌الاصل تابع ایران، دارای مذهب رسمی کشور و مروج آن مؤمن به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مرد و دارای حسن سابقه و امانت و تقوی باشد» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۷۶۶) و پس از آنکه در این جلسه این اصل به تصویب نمایندگان نرسید، در نهایت در جلسه شصت و پنجم با اضافه کردن شرط «مدیر و مدبر» بودن برای رئیس‌جمهور، اصل ۱۱۵ به شکل فعلی به تصویب نهایی اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی رسید (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۷۹۷). بنابراین مراد مقنن اساسی در تعیین شرایط رئیس‌جمهور، در خود قانون اساسی تعیین تکلیف شده است.

#### ۲-۵. بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی

به موجب بند ۹ اصل ۳، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل ۲، در تمام زمینه‌های مادی و معنوی امکانات عادلانه را ایجاد کرده و تبعیضات ناروا را رفع کند. بر همین اساس اضافه کردن شرایطی علاوه بر موارد مصرح در اصل ۱۱۵

به‌منزله محدود کردن دایره افراد واجد صلاحیت برای کاندیداتوری پست ریاست جمهوری است و موجب تبعیض ناروا میان افراد ملت و محروم کردن بسیاری از افراد واجد صلاحیت می‌شود و به همین دلیل مغایر بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی است. برای مثال اضافه کردن شرط سن از آن‌جا که افراد زیادی را از حق انتخاب شدن محروم می‌کند، مغایر با بند مذکور است. شورای نگهبان نیز در برخی از نظرهای خود تعیین برخی از شرایط برای رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی را مغایر با بند مذکور اعلام کرده است. برای مثال در تبصره ۱ ماده ۱ «طرح یک‌فوریتی اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن» مقرر شده بود انتخاب‌شوندگان باید مدرک کارشناسی ارشد و بالاتر داشته باشند<sup>۱۴</sup> که شورای نگهبان تبصره مذکور را به‌دلیل تبعیض ناروا مغایر با بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی اعلام کرد.<sup>۱۵</sup>

### ۲-۶. بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات ۱۳۹۵/۰۷/۲۴

به موجب بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات، تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است. بنابراین به موجب تصریح این بند از سیاست‌ها، نهاد دیگری به‌جز شورای نگهبان نمی‌تواند معیارها و ضوابطی را برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری ارائه دهد. شورای نگهبان نیز در برخی از نظرهای خود این موضوع را مورد توجه قرار داده است. برای نمونه این شورا در نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۲۱۶۰۶ مورخ ۹۹/۱۱/۱۳ به‌دلیل آنکه مجلس شورای اسلامی در مصوبه خود معیارهای رجال مذهبی را تعیین کرده بود<sup>۱۶</sup>، آن را مغایر با بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات اعلام کرد.<sup>۱۷</sup>

### ۳. رویکرد موافق صلاحیت مجلس

در مقابل ادله ذکرشده و در موافقت با صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور می‌توان به ادله زیر استناد کرد:

### ۳-۱. کیفی بودن شرایط رئیس‌جمهور

یکی از ادله‌هایی که ارائه معیار و ضابطه به‌منظور کمی و عینی نمودن شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی را تقویت می‌کند، کیفی بودن شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی است (کواکبیان، ۱۳۹۶: ۵۱). شایان ذکر است ابتدای این رویکرد مبنی بر حذف شرایط کیفی نیست، چراکه نظام جمهوری اسلامی ایران نظامی است که بر پایه اعتقاد به اصول دین

اسلام و مذهب شیعه بنیانگذاری شده است و بدیهی است مدیران سیاسی نظام باید معتقد به این مبانی باشند تا بتوان به بقای نظام امیدوار بود (هاشمی، ۱۳۸۶: ۲۶۹).

در نظام حقوق اساسی برخی از کشورهای اسلامی دیگر نیز برای رئیس‌جمهور شروط اسلامی لحاظ شده است تا در حیطه دولت-کشور خود از اسلام صیانت کنند. برای مثال در کشورهای الجزایر، افغانستان و پاکستان نیز نامزد ریاست جمهوری باید مسلمان باشد (آجرلو و بهادری جهرمی، ۱۳۹۵: ۱۷۲)، اما باید پذیرفت مقام ریاست جمهوری مقامی صرفاً سیاسی نیست و عالی‌ترین مقام اداری نیز محسوب می‌شود که اداره خدمات عمومی را نیز بر عهده دارد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۶). برای مثال به موجب اصل ۱۲۶ قانون اساسی، رئیس‌جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد.<sup>۱۸</sup> بنابراین از آنجا که تصمیم‌های اداری برخلاف تصمیم‌های سیاسی بیشتر جنبه‌های فنی و تخصصی دارند (ابوالحمد، ۱۳۸۸: ۴۸)، لازم است شرایط رئیس‌جمهور به‌نحوی تعیین شود تا علاوه بر شرایط کیفی و اعتقادی از جمله «امانت»، «تقوا»، «ایمان» و «معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران»، متضمن صلاحیت‌های فنی و تخصصی نیز باشد.

از بهترین راه‌های تشخیص این امر ملاحظه عملکرد مدیریتی و تجربه کاری داوطلبان ریاست جمهوری است (مهرپور، ۱۳۹۱: ۲۹۱) که این امر جز با کمی کردن خصوصیت مذکور محقق نخواهد شد. بنابراین نهاد قانونگذاری کشور مسئولیت دارد به‌منظور اجرای هرچه مطلوب‌تر مفاد اصول قانون اساسی و از جمله اصل ۱۱۵ مبادرت به کمی کردن شرایط کیفی و شفاف کردن شرایط مذکور در چارچوب اصل ۱۱۵ کند تا اقتضائات عملی و اجرایی اصل مذکور فراهم شود (مشفق، ۱۳۹۶: ۸۵). به‌طور کلی در صورتی که شرایط انتخاب‌پذیری، عینی و قابل احراز نباشد، امنیت حقوقی شهروندان خدشه‌دار خواهد شد.

منحصر بودن شرایط نامزدهای ریاست جمهوری در شرایط کیفی این امکان را از نامزدهای انتخابات سلب خواهد کرد تا وضعیت خود را به لحاظ انتخاب‌پذیری ارزیابی کنند، زیرا همواره ممکن است نهاد ناظر، برداشتی مغایر با تلقی آن‌ها داشته باشد (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۷۹). اقدام مجلس شورای اسلامی و عدم ایراد شورای نگهبان به کمی کردن برخی از این شرایط دلیلی بر این ادعاست. برای مثال مجلس شورای اسلامی در تبصره ۳ ماده ۱ طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ به‌منظور ارزیابی شرط «حسن سابقه» مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی مقرر کرده بود: «داوطلبان ریاست جمهوری موظف‌اند به هنگام ثبت‌نام، سوابق قابل ارزیابی در خصوص تصدی مسئولیت‌ها و مدیریت‌های محوله را ارائه دهند» که شورای نگهبان نیز این الزام را مغایر با قانون اساسی اعلام نکرد.

### ۲-۳. تأمین حقوق داوطلبان ریاست جمهوری

امروزه از سویی دولت‌ها معمولاً برای انتخاب‌شوندگان شرایط سخت‌تری را در مقایسه با انتخاب‌کنندگان در نظر می‌گیرند و این شرایط به تناسب اهمیت نمایندگی موضوع انتخاب، متغیر است (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۵۸)؛ از سوی دیگر تعیین شرایط در یک نظام حقوقی، هنگامی کارآمد خواهد بود که شرایط تعیین‌شده با خصوصیات و ویژگی‌های هریک از داوطلبان انطباق داده شود و از ورود افراد فاقد صلاحیت‌های قانونی، به رقابت‌های انتخاباتی جلوگیری شود (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷: ۳۷۲)؛ اما تعیین شرایط باید مبتنی بر اصل برابری افراد در دسترسی به مناصب حکومتی و حق برابر افراد در تعیین سرنوشت اجتماعی و اصل عدم هرگونه تبعیض ناروا باشد (خسروی، ۱۳۸۷: ۲۴۳).

با توجه به پذیرش اوصاف و شرایط مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی، به نظر می‌رسد به هر میزان که این شرایط قابل سنجش و دارای معیارهای عینی و مشخص باشد، حقوق داوطلبان در مقام تأیید یا رد صلاحیت آن‌ها توسط نهاد ناظر یعنی شورای نگهبان<sup>۱۹</sup> بیشتر تأمین می‌شود و رد صلاحیت‌ها براساس قواعد و معیارهای مشخص و قابل ارزیابی صورت می‌گیرد (مشفق، ۱۳۹۶: ۸۷). به عبارت دیگر مادامی که نهاد ناظر تنها براساس معیارهای کیفی به تأیید یا رد صلاحیت نامزدهای انتخابات مبادرت ورزد، به لحاظ ماهیت شرایط کیفی، عدم اعمال سلیقه دور از ذهن نخواهد بود. ازاین‌رو اگر فردی از آحاد مردم که صلاحیت لازم را برای تصدی پست ریاست جمهوری دارد و فرصت انتخاب شدن از وی گرفته شود، این حق که به‌مثابه حق‌الناس است، تضییع شده است (رضایی‌زاده و داوری، ۱۳۹۵: ۱۲۲). رهبر معظم انقلاب نیز این امر را مورد توجه قرار داده‌اند: «یکی از حقوق مردم، رعایت حق این داوطلبی است که می‌آید و وارد این میدان می‌شود و نامزد انتخابات می‌شود که اگر آدم صالحی است، ما او را رد نکنیم، میدان بدهیم به اینکه او بیاید» (بیانات در دیدار ائمه جمعه سراسر کشور مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱۴). بندهای متعدد سیاست‌های کلی انتخابات نیز مؤید آن است که سازوکارهای بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات باید شفاف و اطمینان‌بخش باشد.<sup>۲۰</sup>

بر همین اساس یکی از مصادیق اصلی تعیین سازوکارهای شفاف در بررسی صلاحیت‌های نامزدهای ریاست جمهوری وجود شرایط کمی و عینی است تا شورای نگهبان به تکلیف خود در بررسی صلاحیت‌ها اقدام کند. به نظر می‌رسد هرچه این نهاد بتواند با ادله عینی و شفاف، دلایل رد یا عدم احراز صلاحیت نامزدهای انتخابات را به آن‌ها اعلام کند، رعایت کامل بی‌طرفی خود از نامزدها را که مورد تأکید سیاست‌های کلی انتخابات نیز است<sup>۲۱</sup>، به اثبات رسانده است، چراکه اعلام عدم احراز شرایط نامزدهای انتخابات باید در چارچوب قانون و



مستند به مدارک و اسناد معتبر باشد و بررسی این شروط و اعلام خلاف آن به صورت کلی و بدون مستندات معتبر یا دلایل مرتبط با موضوع صحیح نیست (حبیب‌نژاد، ۱۳۹۰: ۸). دلیل دیگر که می‌تواند در جهت تأمین حقوق داوطلبان از حیث کمی و عینی کردن شرایط مورد توجه قرار گیرد، آن است که رد صلاحیت داوطلبان در حقوق افراد، اثر بسزایی خواهد داشت (عطریان، ۱۳۹۶: ۱۴۴) و به‌کارگیری اصطلاحات مبهم و غیرقابل ارزیابی سبب می‌شود با تغییر نهاد ناظر همواره تغییر نتیجه رسیدگی به صلاحیت‌ها امکان‌پذیر شود (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۷۹).

### ۳-۳. بند ۱۰-۱ سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی ۱۳۹۵/۰۷/۲۴

در بند ۱۰-۱ سیاست‌های کلی انتخابات مقرر شده است: «تعیین دقیق معیارها و شاخص‌ها و شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان در چارچوب قانون اساسی با تأکید بر کارآمدی علمی، جسمی و شایستگی متناسب با مسؤولیت‌های مربوط و تعهد به اسلام، انقلاب و نظام اسلامی و قانون اساسی به‌ویژه التزام به ولایت‌فقیه و سلامت اخلاقی - اقتصادی». با توجه به ادله ذیل می‌توان از این بند از سیاست‌ها تعیین شرایط عمومی توسط مجلس شورای اسلامی را استنباط کرد. اولاً واژه «داوطلبان» در این بند از سیاست‌ها اطلاق داشته و اطلاق آن شامل همه انتخابات از جمله انتخابات ریاست جمهوری نیز می‌شود؛ ثانیاً ذکر «شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان» نشان از این دارد که داوطلبان هر انتخابات دارای یک سری شرایط عمومی و شرایط اختصاصی‌اند که باید در چارچوب قانون اساسی تعیین شوند. بنابراین به موجب این گزاره می‌توان گفت که شرایط مصرح در اصل ۱۱۵، شرایط اختصاصی (با توجه تصریح آن توسط مقنن اساسی) داوطلبان ریاست جمهوری است و از آن‌جا که همه قوا و نهادهای حکومتی در حدود صلاحیت و وظایفشان باید تلاش خود را در جهت تحقق این سیاست‌ها معطوف دارند (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶: ۴۲)، مجلس می‌تواند شرایط عمومی داوطلبان را تعیین کند.

ثالثاً در صدر این بند از سیاست‌ها تصریح شده است «تعیین دقیق معیارها و شاخص‌ها»؛ با بررسی اصل ۱۱۵ می‌توان دریافت که برخی از شروطی که در این اصل به‌کار رفته نیازمند ارائه دقیق معیار و شاخص است. برای مثال یکی از شرایط رئیس‌جمهور، «مدیر و مدبر بودن» است. حال سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود این است که با چه معیار و ضابطه‌ای می‌توان این صفت را در نامزدهای ریاست جمهوری احراز کرد؟ به نظر می‌رسد یکی از اقداماتی که به‌منظور اجرایی کردن این بند از سیاست‌ها می‌تواند انجام گیرد، ارائه ضابطه دقیق و عینی توسط مجلس شورای اسلامی، به‌منظور تشخیص و احراز آن در نامزدهای ریاست جمهوری است.

رابعاً مطابق این بند از سیاست‌ها، شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان باید به‌نحوی قاعده‌گذاری شود که با تأکید بر کارآمدی علمی، جسمی و شایستگی متناسب با مسؤولیت‌های مربوط باشد.

با تتبع و بررسی نظر اخیر شورای نگهبان در خصوص «طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ می‌توان گفت که این نهاد رویه سابق خود را تغییر داده و مجلس شورای اسلامی در این زمینه با محدودیتی مواجه نیست. برای مثال در لایحه انتخابات ریاست جمهوری در سال ۱۳۶۰ از جمله شرایط داوطلبان ریاست جمهوری داشتن حداقل ۳۰ سال سن مقرر شده بود<sup>۲۲</sup> که شورای نگهبان در نظر شماره ۲۰۹۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱۵ این شرط را مغایر با اصل ۱۱۵ قانون اساسی اعلام کرد<sup>۲۳</sup>؛ اما این نهاد تصریح شروط عمومی داوطلبان ریاست جمهوری از جمله داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد، حداقل سن چهل سال و حداکثر سن هفتاد سال، برخورداری از سلامت و توانایی جسمی و روانی کافی، جهت ایفای مسئولیت ریاست جمهوری، داشتن کارت پایان خدمت یا معافیت دائم قانونی و... در طرح مذکور را مغایر با قانون اساسی اعلام نکرد.<sup>۲۴</sup>

شایان ذکر است از جمله دلایل عدول شورای نگهبان از نظرهای سابق خود در خصوص صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تعیین شرایط ثبت نام داوطلبان ریاست جمهوری، می‌توان به ابلاغ سیاست‌های کلی انتخابات در تاریخ ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ توسط مقام معظم رهبری اشاره کرد (طحان نظیف، ۱۴۰۰: ۱)، البته با اینکه شورای نگهبان شرایط عمومی مذکور را مغایر با قانون اساسی اعلام نکرد، هیأت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام تعیین این شرایط توسط مجلس شورای اسلامی را در «طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ مغایر با سیاست‌های کلی انتخابات اعلام کرد.<sup>۲۵</sup>

### ۳-۴. ضرورت وجود شرایط جهت ثبت نام داوطلبان ریاست جمهوری

به موجب اصل ۱۱۳ قانون اساسی، پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد. بنابراین کسانی باید بتوانند در معرض انتخاب شدن قرار گیرند که شرایط حداقلی کسب این منصب را داشته باشند. سهولت ثبت نام نامزدهای انتخابات ریاست جمهوری می‌تواند مشکلات متعددی را برای نهاد مجری و ناظر بر انتخابات ایجاد کند و ممکن است موجب وهن جایگاه مهم ریاست جمهوری شود (رستمی و موسی‌پور، ۱۳۹۰: ۲۳۶).

عدم محدودیت در ثبت نام داوطلبان ریاست جمهوری در جریان برگزاری اولین دوره انتخابات ریاست جمهوری نیز وجود داشت؛ اما وزارت کشور برای جلوگیری از نابسامانی و هرج و مرج در جریان ثبت نام و به منظور ایجاد محدودیت در ثبت نام داوطلبان، پیشنهاد داده بود در متن لایحه قانونی انتخاب اولین رئیس‌جمهور کشور موادی گنجانده شود تا براساس آن هر داوطلب به‌عنوان

شرط مقدماتی ثبت نام امضای حداقل ۱۰۰ نفر از گروه‌هایی همانند استادان دانشگاه، قضات دادگستری، روحانیان مطرح و... را در تأیید صلاحیت خود جمع‌آوری کند؛ اما شورای انقلاب به دلیل شرایط خاص کشور و کمبود زمان از یک سو و سازوکار در نظر گرفته شده برای تأیید و رد صلاحیت‌ها در قانون اساسی از سوی دیگر، با این شرط مخالفت کرد. از این رو همه افراد بدون هیچ محدودیتی حق ثبت نام داشتند (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷: ۱۷۱)، هرچند شروطی همچون شرط سنی و عدم محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان شرط نامزدی انتخابات ریاست جمهوری به شروط مندرج در اصل ۱۱۵ قانون اساسی اضافه شده بود.<sup>۲۶</sup>

بررسی ادوار برگزاری انتخابات ریاست جمهوری در سال‌های اخیر نیز نشان از این دارد که به دلیل فقدان و خلأ معیارهای حداقلی برای ثبت نام نامزدها با انبوهی از ثبت نام‌کنندگان مواجه بوده‌ایم. برای مثال در دوره دهم ۴۷۵ نفر، دوره یازدهم ۶۸۶ نفر و در دوره دوازدهم ۱۶۳۶ نفر به عنوان داوطلب ثبت نام کردند (بهادری جهرمی و باقری خوزانی، ۱۳۹۷: ۵۳). در حال حاضر به موجب ماده ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران پس از انتشار دستور شروع انتخابات، داوطلبان ریاست جمهوری یا نمایندگان تام‌الاختیار آن‌ها می‌توانند ظرف پنج روز به وزارت کشور مراجعه کنند و تنها با ارائه چهار برگ تصویر کلیه صفحات شناسنامه و دوازده قطعه عکس ۶×۴ از آخرین عکس خود همان سال، در انتخابات ریاست جمهوری ثبت نام کنند.<sup>۲۷</sup>

با تدقیق در سیاست‌های کلی انتخابات می‌توان دریافت این خلأ در نظام حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. به موجب بند ۲-۱۰ این سیاست‌ها، باید توانایی و شایستگی داوطلبان به شیوه‌های مناسب قانونی و متناسب با هر انتخابات در مرحله ثبت نام شناسایی شود.<sup>۲۸</sup> بنابراین مستفاد از این بند از سیاست‌ها، اولاً قانونگذار عادی باید شرایطی را برای مرحله «ثبت نام» تعیین نماید تا توانایی و شایستگی داوطلبان را مورد سنجه قرار دهد. ثانیاً عبارت «هر انتخابات» عبارت کلی و عام است و شامل همه انتخاباتی که برگزار می‌شود، می‌گردد. ثالثاً تصریح و ظاهر عبارت «شیوه‌های مناسب قانونی» بیانگر تعیین ملاک و ضابطه جهت ثبت نام نامزدهای انتخابات است که این امر جز با ورود مقنن عادی محقق نخواهد شد.

نکته دیگری که باید مورد توجه قرار داد آن است که شورای نگهبان، بررسی و احراز صلاحیت نامزدهای انتخابات را پس از ثبت نام آن‌ها انجام می‌دهد؛ بنابراین تعیین شرایط ثبت نام نامزدهای ریاست جمهوری در تراحم یا تعارض صلاحیت این نهاد نیز نیست تا مورد اشکال قرار گیرد.

یکی دیگر از ادله‌ای که می‌توان به جواز تعیین شرایط ثبت نام اولیه توسط مجلس شورای اسلامی حکم داد، اصل ۱۱۶ قانون اساسی است. به موجب این اصل نامزدهای ریاست

جمهوری باید قبل از شروع انتخابات آمادگی خود را رسماً اعلام کنند. اعلام «رسمی آمادگی»، اقدام به ثبت نام در مهلت قانونی تعیین شده از سوی وزارت کشور است (مهریور، ۱۳۹۱: ۲۸۸). به عبارت دیگر در صورتی که اثری حقوقی بر اعلام رسمی نامزدی انتخابات متصور نباشیم، اصل مذکور عبث و خالی از فایده خواهد بود. بنابراین قدر متیقن آن است که مجلس شورای اسلامی بتواند شرایطی را برای اعلام رسمی نامزدهای انتخابات ریاست جمهوری تعیین نماید. مؤید این برداشت، آخرین تلقی و برداشت شورای نگهبان به عنوان نهاد دادرسی اساسی در مقام تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و قانون اساسی است؛ در تبصره ۳ ماده ۱ طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ مقرر شده بود داوطلبان ریاست جمهوری موظف‌اند «به هنگام ثبت نام»، سوابق قابل ارزیابی در خصوص تصدی مسئولیت‌ها و مدیریت‌های محوله را ارائه دهند که شورای نگهبان این شرط را مغایر با قانون اساسی اعلام نمود.

### ۳-۵. سکوت، اجمال و ابهام در برخی از تعاریف ارائه شده توسط شورای نگهبان

همان‌طور که اشاره شد، یکی از ادله مخالفان تعیین شرایط رئیس‌جمهور توسط مجلس شورای اسلامی، بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات است. به موجب این بند، تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است.<sup>۲۹</sup> به همین دلیل مخالفان، تعیین شرایط را به‌طور کلی از مجلس شورای اسلامی سلب می‌کنند. در مقام پاسخ به این اشکال باید بیان کرد: اولاً پیش‌بینی چنین تکلیفی برای شورای نگهبان در سیاست‌های کلی انتخابات نشان از این دارد که نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تا پیش از این در تعیین ضوابط و معیارهای لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن با شفافیت مواجه نبوده و در جهت رفع آن برآمده است.<sup>۳۰</sup> در زمان بررسی اصل ۱۱۵ نیز برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بر این عقیده بودند که شرایط مذکور در این اصل باید واضح و دقیق بیان شود. برای نمونه آقای فاتحی در جلسه شصت و چهارم بیان می‌کنند: «به نظر من این اصلی که به این صورت تنظیم شده باید یک مقداری روشن‌تر ذکر شود» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۷۷۰).

ثانیاً در این بند از سیاست‌ها، تعیین همه شروط لازم برای رئیس‌جمهور مقرر نشده و تنها معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است. بنابراین بنا به دلایل پیش‌گفته از جمله بندهای ۱-۱۰، ۲-۱۰ و مفهوم مخالف بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات، قدر متیقن آن است که مجلس شورای اسلامی می‌تواند نسبت به تعیین سایر شروطی که بر عهده شورای

نگهبان قرار نگرفته است، قانونگذاری کند.

ثالثاً ماهیت مصوبه شورای نگهبان در تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی مشخص نیست. به عبارت دیگر، با توجه به جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان که منبعث از قانون اساسی است<sup>۳۱</sup>، نمی‌توان برداشت درستی از این مصوبه داشت. مصوبه‌ای که در تاریخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ به تصویب شورای نگهبان رسیده است، نه آیین‌نامه داخلی این نهاد و نه نظر تفسیری است. بنابراین سؤالی که در مواجهه با این مصوبه به ذهن متبادر می‌شود، این است که میزان الزام آن برای سایر دستگاه‌ها و نهادها از جمله خود شورای نگهبان چیست؟ به نظر می‌رسد شورای نگهبان باید در این زمینه تعیین تکلیف کند. از سوی دیگر با تتبع و بررسی در مفاد این مصوبه به این نتیجه می‌رسیم که همچنان در تعریف برخی از واژه‌های مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی با سکوت یا اجمال مواجهیم. برای نمونه شورای نگهبان در مصوبه خود از اعلام نظر در خصوص معنای لفظ «رجل» خودداری کرده است. بنابراین مجدداً یا باید از شورای نگهبان درخواست استفسار کرد یا اینکه از مجلس شورای اسلامی خواست تا با تقنین خلأ موجود را پر کند (طحان نظیف و مطیعی، ۱۳۹۹: ۶۳).

مثال دیگری که در تأیید این برداشت می‌توان بیان کرد، ماده ۲ مصوبه شورای نگهبان است.<sup>۳۲</sup> در ماده ۲ مصوبه مذکور «سن متناسب با انجام مسئولیت‌های ریاست جمهوری» و «صلاحیت علمی لازم جهت ایفای وظایف ریاست جمهوری» یا نوع و مختصات برنامه یا مشاورانی که در همین ماده به آن اشاره شده است نیازمند تعیین جزئیات آن توسط قانون است. در تبصره ۲ همین ماده صراحتاً مقرر شده است: «موارد مذکور در ماده ۲، اماره‌ای مبنی بر شناسایی اولیه توانایی و شایستگی داوطلبان در مرحله ثبت‌نام بوده و اعتراض داوطلبان نسبت به عدم ثبت‌نام آنان، در شورای نگهبان مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت». چنین حکمی به معنای آن است که اولاً این شرایط باید هنگام ثبت‌نام قابل ارزیابی باشد و بدون تدقیق این شرایط چنین ارزیابی‌ای صورت نخواهد گرفت؛ ثانیاً این شرایط باید هنگام ثبت‌نام توسط وزارت کشور شناسایی شود و در نهایت اگر فردی اعتراض داشت، اعتراض وی در شورای نگهبان رسیدگی خواهد شد. بنابراین اگر این شرایط برای مثال «سن متناسب» یا «صلاحیت علمی لازم» به موجب قانون مشخص نشود، آیا می‌توان مطابق تبصره ۲ ماده ۲ اظهارنظر شورا توقع شناسایی این شرایط هنگام ثبت‌نام را داشت؟ به‌طور قطع این حکم در صورتی قابل تحقق است که مجلس حدود و ثغور معیارها و شاخص‌های اعلامی از سوی شورای نگهبان را پیش‌بینی کرده باشد (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۹: ۴).

### نتیجه‌گیری

در مقام جمع‌بندی و نتیجه‌گیری دستاوردهای پژوهش حاضر باید گفت مبتنی بر یک رویکرد، شرایط مذکور در اصل ۱۱۵ قانون اساسی حصری است و مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند در مقام توسعه و یا تضییق این شرایط قانونگذاری نماید. از جمله ادله‌ای که در اثبات این رویکرد می‌توان به آن‌ها اشاره کرد عبارت‌اند از: قرینه اصل ۶۲، بند ۹ اصل ۱۱۰، اصل ۱۱۶، بند ۹ اصل ۳، مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص اصل ۱۱۵ و بند ۵-۱ سیاست‌های کلی انتخابات؛ اما در مقابل با استناد به کیفی بودن شرایط مصرح در اصل ۱۱۵، تأمین حقوق داوطلبان ریاست جمهوری، بندهای متعدد سیاست‌های کلی انتخابات از جمله بندهای ۱۰، ۱-۱، ۲-۱، ۱-۱، ۱۱-۱ می‌توان گفت مجلس شورای اسلامی می‌تواند به استناد اصل ۷۱ قانون اساسی، علاوه بر تعیین شرایط عمومی رئیس‌جمهور، معیارها و شاخص‌های شرایط رئیس‌جمهور را در چارچوب اصل ۱۱۵ و سایر اصول این قانون به شکل دقیق تعیین کند. رویه شورای نگهبان به‌عنوان نهاد دادرسی اساسی در سال‌های قبل نشان از این دارد که این نهاد، شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی را حصری دانسته و در مقام تطبیق مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی، مصوباتی را که در جهت اضافه کردن برخی شرایط به اصل مذکور بوده است، مغایر با قانون اساسی اعلام کرده است؛ اما با مطالعه اظهارنظر شورای نگهبان در خصوص طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱، می‌توان استنباط کرد که پس از سال‌ها، حصری نبودن شرایط رئیس‌جمهور به موارد مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی با رعایت قیودی پذیرفته شده و با اختصاصی دانسته شدن شرایط مذکور در این اصل، مجلس در زمینه تعیین شرایط عمومی همچون حداقل و حداکثر سن، حداقل مدرک تحصیلی، نداشتن محکومیت کیفری مؤثر یا محکومیت در جرائم خاص (اقتصادی، انتخاباتی، امنیتی و...)، نداشتن سابقه استعمال یا اعتیاد به مواد مخدر و روان‌گردان، کارت پایان خدمت یا معافیت و نظایر آن صالح دانسته شده است.

## یادداشت‌ها

۱. اصل ۶۲ قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و با رأی مخفی انتخاب می‌شوند تشکیل می‌گردد. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد.»
۲. اصل ۱۰۹ قانون اساسی: «شرایط و صفات رهبر:
  - ۱- صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه.
  - ۲- عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام.
  - ۳- بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری.
 در صورت تعدد واجدین شرایط فوق، شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است.»
۳. اصل ۱۵۷ قانون اساسی: «به‌منظور انجام مسئولیت‌های قوه قضائیه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی، مقام رهبری یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج سال به‌عنوان رئیس قوه قضائیه تعیین می‌نماید که عالی‌ترین مقام قوه قضائیه است.»
۴. لایحه شماره ۸۹۳۴ مورخ ۱۳۶۰/۰۴/۱۰ دولت در خصوص انتخاب رئیس‌جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران، لایحه شماره ۹۵۵۵۸ مورخ ۱۳۶۳/۱۱/۲۴ دولت در خصوص انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران، طرح یک‌فوریتی اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۸۷/۸/۱۹ مجلس شورای اسلامی، طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱.
۵. ماده ۱۰- انتخاب‌شوندگان باید دارای شرایط زیر باشند:
  - ۱- ...
  - ۶- مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور.
  - ۷- دارای حداقل ۳۰ سال تمام سن، ملاک محاسبه سن داوطلب تاریخ اعلام داوطلبی می‌باشد.
  - ۸- عدم محرومیت از حقوق اجتماعی
 ۶. ماده ۳۵- انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند:
  - ۱- ...
  - ۸- سلامت جسمی در حد برخورداری از نعمت بینایی و شنوایی و گویایی و توانایی در حد ایفای وظایف ریاست جمهوری.
  - ۹- عدم محرومیت از حقوق اجتماعی
۷. ماده ۱- سه تبصره به شرح زیر به ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ الحاق می‌گردد:
  - تبصره ۱- انتخاب‌شوندگان علاوه بر شرایط فوق و دارا بودن مدرک کارشناسی ارشد و بالاتر و یا معادل حوزوی آن، باید موقع ثبت نام سابقه تصدی حداقل یکی از مناصب زیر را داشته باشند:
  ۸. نظرات شماره: ۲۰۹۷ مورخ ۱۳۶۰/۰۴/۱۵، ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۰۳/۲۵ و شماره: ۳۰/۲۹۴۴۱ مورخ ۸۷/ ۱۳۸۷/۹/۱۱
۹. ماده ۳۵- انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند:
  - ۱- از رجال مذهبی، سیاسی.
  - ۲- ایرانی‌الاصل.
  - ۳- تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران.

- ۴- مدیر و مدبر.
- ۵- دارای حسن سابقه و امانت و تقوی.
- ۶- مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور.
۱۰. اصل ۶۲ قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و با رأی مخفی انتخاب می‌شوند تشکیل می‌گردد. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد.»
۱۱. اصل ۵۸ قانون اساسی: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می‌گردد.»
۱۲. ماده ۱- سه تبصره به شرح زیر به ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ الحاق می‌گردد:
- تبصره ۱- انتخاب‌شوندگان علاوه بر شرایط فوق و دارا بودن مدرک کارشناسی ارشد و بالاتر و یا معادل حوزوی آن، باید موقع ثبت نام سابقه تصدی حداقل یکی از مناصب زیر را داشته باشند:
۱۳. با توجه به اینکه اصل ۱۱۵ قانون اساسی در مقام بیان شرایط رئیس‌جمهور آن را احصاء کرده و تبصره‌های ۱ و ۳ ماده ۱ شرایط مذکور را تزییق با توسعه داده است و بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز تأیید صلاحیت داوطلبان را از نظر دارا بودن شرایطی که در قانون اساسی آمده به عهده شورای نگهبان محول کرده است، بنابراین تبصره‌های مزبور مغایر اصول مذکور تشخیص داده شد.
۱۴. ماده ۱- سه تبصره به شرح زیر به ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ الحاق می‌گردد:
- تبصره ۱- انتخاب‌شوندگان علاوه بر شرایط فوق و دارا بودن مدرک کارشناسی ارشد و بالاتر و یا معادل حوزوی آن، باید موقع ثبت نام سابقه تصدی حداقل یکی از مناصب زیر را داشته باشند...
۱۵. نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۹۴۴۱ مورخ ۱۳۸۷/۹/۱۱ شورای نگهبان: «... علاوه بر این تبصره ۱ نسبت به کسانی که در حد اشخاص مذکور در مصوبه یا بالاتر از آنان در مواردی تبعیض ناروا و مغایر بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی است.»
۱۶. ماده ۲- یک ماده به شرح ذیل به‌عنوان ماده (۳۵ مکرر ۱) به قانون الحاق می‌شود: ماده ۳۵ مکرر ۱- احراز شروط جزء (۱) بند «الف» این قانون از طریق بررسی معیارهای زیر انجام می‌شود: الف) معیارهای رجال مذهبی: ۱- اعتقاد قلبی و اشتها به التزام عملی به ولایت مطلقه فقیه ۲- ثبات و استواری در اعتقاد و التزام به عقاید، احکام و اخلاق اسلامی از جمله انجام واجبات و تقید به ترک محرّمات و اشتها به آن ۳-...
۱۷. در ماده ۲، موضوع الحاق ماده (۳۵ مکرر ۱) به قانون، ۱-۲- بیان معیارهای مذکور، از این جهت که «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص» شروط مورد نظر، در بند ۵-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات بر عهده شورای نگهبان گذاشته شده است، خلاف بند مذکور سیاست‌ها و در نتیجه مغایر بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد.
۱۸. اصل ۱۲۶ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد و می‌تواند اداره آن‌ها را به عهده دیگری بگذارد.»
۱۹. بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی: «امضاء حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم- صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در این قانون می‌آید، باید قبل از انتخابات به تأیید شورای نگهبان و در دوره اول به تأیید رهبری برسد.» نظریه تفسیری شماره ۱۲۳۴ مورخ ۱۳۷۰/۳/۱ شورای نگهبان در



پاسخ به استفسار رئیس هیأت مرکزی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات نسبت به مدلول اصل ۹۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی: «نظارت مذکور در اصل ۹۹ قانون اساسی، استصوابی است و شامل تمام مراحل اجرایی انتخابات از جمله تأیید و رد صلاحیت کاندیداها می‌شود.»

۲۰. ۱۱-۱- تعیین سازوکارهای شفاف، زمان‌بندی شده و اطمینان‌بخش و فراهم کردن حضور داوطلبان یا نمایندگان آن‌ها در تمام مراحل.

۲۱. ۱۵- پاسداری از آزادی و سلامت انتخابات و حق انتخاب آزادانه افراد و صیانت از آرای مردم به‌عنوان حق الناس در قانونگذاری، نظارت و اجرا و نیز رعایت کامل بی‌طرفی از سوی مجریان و ناظران و برخورد مؤثر با خاطیان.

۲۲. ماده ۱۰ لایحه انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۰: «انتخاب‌شوندگان باید دارای شرایط زیر باشند: ...۱-

۷- دارای حداقل ۳۰ سال تمام سن، ملاک محاسبه سن داوطلب تاریخ اعلام داوطلبی می‌باشد...»

۲۳. بند ۷ ماده ۱۰ لایحه مزبور که از جمله شرایط داوطلبان ریاست جمهوری را داشتن حداقل ۳۰ سال سن قرار داده است با توجه به اینکه اصل ۱۱۵ قانون اساسی در مقام بیان شرایط رئیس‌جمهور شرایط را احصا کرده و نصاب سنی تعیین نشده است و بند ۴ اصل ۱۱۰ نیز تأیید صلاحیت داوطلبان را از نظر دارا بودن شرایطی که در قانون اساسی آمده به عهده شورای نگهبان گذاشته است به نظر اکثریت اعضای شورای نگهبان مغایر قانون اساسی می‌باشد.

۲۴. نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۲۱۶۰۶ مورخ ۹۹/۱۱/۱۳ شورای نگهبان.

۲۵. نظر شماره ۱۰۲/۲۴۷۶۵ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۲ شورای نگهبان و نظر شماره ۲۶۰۷-۹۹۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۲۶. ماده ۳ «لایحه قانونی انتخاب اولین رئیس‌جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران»: «رئیس‌جمهور باید از رجال مذهبی و سیاسی واجد شرایط زیر باشد:

۱- تابع ایران و ایرانی‌الاصل

۲- مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی و مذهب رسمی کشور

۳- سن بیش از سی سال تمام

۴- عدم محرومیت از حقوق اجتماعی.»

۲۷. ماده ۵۵ (اصلاحی ۱۳۷۲/۱/۱۷) - داوطلبان ریاست‌جمهوری یا نمایندگان تام‌الاختیار آن‌ها که کتباً معرفی شده باشند، باید ظرف پنج روز از تاریخ انتشار دستور شروع انتخابات، به وزارت‌کشور مراجعه نموده و پرسشنامه اعلام داوطلبی را پس از دریافت و تکمیل، همراه با چهار برگ تصویر کلیه صفحات شناسنامه و دوازده قطعه عکس ۶×۴ از آخرین عکس خود را که در همان سال گرفته باشند، به وزارت کشور تسلیم و رسید دریافت دارند.

۲۸. بند ۲-۱ سیاست‌های کلی انتخابات: «شناسایی اولیه توانایی و شایستگی داوطلبان در مرحله ثبت‌نام به شیوه‌های مناسب قانونی و متناسب با هر انتخابات.»

۲۹. ۱۰-۵- تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری توسط شورای نگهبان.

۳۰. تا پیش از ابلاغ این سیاست‌ها، شورای نگهبان به موجب آیین‌نامه داخلی خود شرایط مذکور را در نامزدهای ریاست‌جمهوری احراز می‌نموده است. (بهادری و باقری خوزانی، ۱۳۹۷: ۴۶).

۳۱. اصل ۹۴ قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی

مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است». اصل ۹۸ قانون اساسی: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود.»

۳۲. ماده ۲- «شرایط و معیارهای لازم جهت تشخیص رجل سیاسی مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری عبارت‌اند از:

- ۱- سوابق کافی و قابل ارزیابی در فعالیتهای مذهبی و سیاسی از قبیل مکتوبات، سخنرانی‌ها و اعلام مواضع
- ۲- سوابق کافی و قابل ارزیابی در تصدی برخی مسئولیت‌ها و مدیریت‌های کلان
- ۳- سلامت و توانایی لازم جهت ایفای مسئولیت‌های ریاست جمهوری
- ۴- سن متناسب با انجام مسئولیت‌های ریاست جمهوری
- ۵- صلاحیت علمی لازم جهت ایفای وظایف ریاست جمهوری
- ۶- ارائه برنامه‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی در چارچوب صلاحیت و اختیارات قوه مجریه مبتنی بر اسناد بالادستی از جمله قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام
- ۷- معرفی مشاوران جهت تشریح برنامه‌ها و توان مدیریتی و برنامه‌ها.»

## منابع

## الف: فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۸)، حقوق اداری ایران، تهران: توس، ج ۲.
۲. آجرلو، اسماعیل؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۵)، حقوق اساسی کشورهای اسلامی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.
۳. آیینہ نگینی، حسین (۱۳۹۸)، «قانون»، آشنایی با مفاهیم قانون اساسی (تحلیل برخی کلیدواژگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۴. بهادری علی؛ باقری خوزانی، محمدحسن (۱۳۹۷)، «نگاهی به عملکرد شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و صیانت از آرای مردم در دوازدهمین دوره انتخابات ریاست جمهوری»، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۵. پژوهشکده شورای نگهبان، اظهارنظر مجمع مشورتی حقوقی در خصوص «طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات ریاست جمهوری»، کد گزارش ۹۹۱۰۱۳۷، تاریخ انتشار ۱۳۹۹/۱۰/۲۳.
۶. تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۵)، «شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی»، مجله حقوق اساسی، ش ۶۷، صص ۵۷-۸۰.
۷. حبیب‌نژاد، احمد (۱۳۹۰)، شرایط انتخاب‌شوندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی تطبیقی، علوم سیاسی، ش ۵۵، صص ۱-۳۲.
۸. خسروی، حسن (۱۳۸۷)، حقوق انتخابات دموکراتیک، تهران: مجد.
۹. راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۸)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، اداره تبلیغات و انتشارات.
۱۰. رستمی، ولی؛ موسی‌پور، میثم (۱۳۹۰)، «تحلیل حقوقی اصل ۱۱۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص شرایط رئیس‌جمهور»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱، صص ۲۲۵-۲۴۰.
۱۱. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ داوری، محسن (۱۳۹۵)، «مبانی و اصول تشخیص

- صلاحیت نمایندگی مجلس شورای اسلامی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ش ۱۴، صص ۱۱۷-۱۴۲.
۱۲. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، جلسه اول تا سی و یکم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی، اداره تبلیغات و انتشارات، چ اول.
۱۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶)، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چ سیزدهم.
۱۴. طحان نظیف، هادی؛ درویشوند، ابوالفضل؛ فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۶)، زیر نظر عباسعلی کدخدایی، شرح قانون اساسی-فصل هشتم-رهبر، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱.
۱۵. طحان نظیف، هادی؛ مطیعی، محمدجواد (۱۳۹۹)، «واکاوی تعاریف مصوبه شورای نگهبان از رجل مذهبی سیاسی، مدیر و مدبر»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال نهم، ش ۲۷، صص ۴۹-۶۸.
۱۶. عطریان، فرامرز (۱۳۹۶)، *حقوق اداری تطبیقی: اداره خوب (مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا)*، تهران: میزان.
۱۷. عمید زنجانی، عباسعلی؛ موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، *دانشنامه فقه سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۸. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۱)، *فقه سیاسی*، تهران: امیرکبیر، چ ششم، ج ۱.
۱۹. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۷)، *شورای نگهبان: نظارت بر انتخابات*، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۰. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان، چ دوازدهم.
۲۱. کواکبیان، مصطفی (۱۳۹۶)، *روشنای انتخاب*، تهران: آشنایی.
۲۲. لوئیس، ماسکیو؛ آندره، بلز (۱۳۹۰)، *دائرة المعارف بین المللی انتخابات*، ویرایش ریچارد رز، ترجمه محمدتقی دلفروز، تهران: مرکز مطالعات تحقیقات و آموزش وزارت کشور با همکاری نشر میزان، چ اول.
۲۳. مشفق، محمدعلی (۱۳۹۶)، *کندوکاوی آسیب شناسانه در نظام انتخابات*، تهران: کویر، چ اول.

۲۴. مهرپور، حسین (۱۳۹۱)، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، چ سوم.

۲۵. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۶)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان، چ چهاردهم، ج ۲.

### ب) اسناد، قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴/۴/۱۶ هیأت وزیران با اصلاحات بعدی.

۲. سیاست‌های کلی انتخابات مصوب ۱۳۹۵/۷/۲۴ مقام معظم رهبری.

۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸.

### ج) پایگاه‌های اینترنتی

۱. طحان نظیف، هادی (۱۴۰۰)، «مصوبه شورای نگهبان برای دفاع از نامزدهای واقعی انتخابات است»، خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، کد خبر ۵۲۰۶۴۷۱، قابل دسترسی در آدرس:

<https://www.mehrnews.com/news/5206471>

## References

### A) Books and Articles

1. Abolhamad, Abdolhamid (2009), **Administrative Law of Iran**, Tehran: Toos publication, Vol. 2.
2. Ajourlou, Ismail; Bahadori Jahromi, Ali (2016), **Constitutional Law of Islamic Countries, Tehran**, Guardian Council Research Institute, First Edition.
3. Amid Zanjani, AbbasAli (2012), **Political Jurisprudence**, Tehran, Amirkabir, sixth edition, Vol.1.
4. Amid Zanjani, Abbas Ali; Musazadeh, Ebrahim (2010), **Encyclopedia of Political Jurisprudence**, Tehran: University of Tehran Press.
5. Atrian, Faramarz (2017), **Comparative Administrative Law: Good Administration (Comparative Study of the Legal System of Iran and the European Union)**, Tehran, Mizan Publishing.
6. Ayneh Negini, Hossein (2020), "Law", **Familiarity with the concepts of the Constitution (analysis of some keywords of the Constitution of the Islamic Republic of Iran)**, Tehran: Guardian Council Research Institute.
7. Bahadori, Ali; Bagheri Khozani, Mohammad Hassan (2019), **A look at the performance of the Guardian Council in monitoring the elections**

and protecting the votes of the people in the twelfth presidential election, Guardian Council Research Institute.

8. **Detailed minutes of the Negotiations of the Constitutional Revision Council of the Islamic Republic of Iran, first to thirty-first session**, Tehran: General Office of Cultural Affairs and Public Relations, Office of Propaganda and Publications, first edition, winter 1985.

9. Fattahi Zafarghandi, Ali (2019), **Guardian Council; Election Monitoring**, Tehran, Guardian Council Research Institute Publications.

10. General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations (1989), **Guide to Using the Detailed Minutes of Negotiations of the Constitutional Revision Council of the Islamic Republic of Iran**, Tehran, Office of Propaganda and Publications. (in Persian)

11. Ghazi, Abolfazl (2004), **Constitutional Law and Political Institutions**, Tehran: Mizan Publishing, Twelfth Edition.

12. Guardian Council Research Institute (2021), **Statement of the Legal Consultative Assembly on the "Plan to Amend Articles of the Presidential Election Law"**, Report Code 9910137.

13. Habibnejad, Ahmad (2011), "Candidacy Conditions in the Elections of the Islamic Consultative Assembly in the Iranian Constitutional Law System with a Comparative View", **Political Science (Baqer al-Uloom)**, Fall, No. 55, pp. 1-32

14. Hashemi, Seyed Mohammad (2007), **Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran: Sovereignty and Political Institutions**, Tehran: Mizan Legal Foundation.

15. Khosravi, Hassan (2008), **Democratic Election Law**, Tehran: Majd publication (in Persian)

16. Kvakbian, Mostafa (2018), **Election Lightning**, Tehran, Ashnaei Publication.

17. Mehrpour, Hossein (2012), **Summary of the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran**, Tehran: dadghostar Publication.

18. Mushfaq, Mohammad Ali (2018), **Pathological exploration in the electoral system**, Tehran, Kavir Publication.

19. Rezaeizadeh, Mohammad Javad; Davari, Mohsen (2016), "Principles and Principles of Recognizing the Qualification of Representation in the Islamic Consultative Assembly", **Quarterly Journal of Public Law Knowledge**, Fifth Year, No. 14, pp. 117-142. (in Persian)

20. Richard Rose (2011), **International Encyclopedia of Elections**, translated by Mohammad Taghi Delfruz, Tehran: Center for Research and Education Studies of the Ministry of Interior in collaboration with Mizan Publishing, first edition, fall 2011

21. Rostami, Vali; Musaipour, Meysam (2012); "Legal Analysis of Article 115 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran on the Conditions of the President", **Law Quarterly, Journal of the Faculty of Law and Political Science**, Vol. 41, No. 1, Spring, pp. 225-240. (in Persian)

22. Tabatabai Motameni, Manouchehr (2007), **Administrative Law**, Tehran: Samt Publication.

23. Taghizah, Javad (2006), "Special Conditions for Eligibility in Political Elections", **Journal of Constitutional Rights**, No. 7 and 6, pp. 80-57.
24. Tahan Nazif, Hadi; Darvishvand, Abolfazl; Fattahi Zafarghandi, Ali; under the supervision of AbbasAli Kadkhodai (2017), **The Constitution Explained - Chapter 8 – Leader**, Tehran: Guardian Council Research Institute, Vol. 1.
25. Tahan Nazif, Hadi; Matiei, Mohammad Javad (2020), "Analysis of the Guardian Council's Definitions of Political-Religious Personality, Manager and Resourceful, **Public Law Knowledge Quarterly**, Year 9, No. 27, pp. 49-68.(in Persian)

#### **B) Documents**

1. The executive regulations of the presidential elections approved by the Cabinet on 1985/7/7 with further amendments.
2. General Policies of the Election approved by the Supreme Leader on 2016/10/15
3. The Constitution of the Islamic Republic of Iran approved in 1979.  
The Law on the Presidential Elections of the Islamic Republic of Iran, approved by the Islamic Consultative Assembly on April 26, 1985, with subsequent amendments.





## شیوه نوین نگارش و ساختار آرای شورای قانون اساسی فرانسه در زمینه سازگاری قوانین عادی و

### ساختاری با قانون اساسی

سعید شجاعی ارانی<sup>\*۱</sup>

تاریخ دریافت: ۹۹/۱۰/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.230

#### چکیده

تا پیش از پیدایش شورای قانون اساسی، ساختار دادگاه‌های فرانسوی دوگانه بود؛ یعنی برخی از دعاوی در دادگاه‌های قضایی رسیدگی می‌شدند و برخی دیگر در دادگاه‌های اداری. بر پایه بخش هفتم قانون اساسی ۱۹۵۸ (ماده ۵۶ تا ۶۳) دادگاهی پایه‌گذاری شد که کارویژه‌های مهمی از دادرسی اساسی (سازگاری قانون عادی و ساختاری با قانون اساسی) تا دادرسی انتخاباتی (رسیدگی به دعاوی انتخاباتی) را انجام می‌داد، اما در دسته‌بندی دادگاه اداری یا قضایی جای نمی‌گرفت. با آنکه در آغاز شیوه نگارش و ساختار آرای شورا نزدیک به شورای دولتی بود، اندک اندک کوتاه‌نویسی کنار گذاشته شد و بر استدلال در آرا افزوده شد. با گذشت زمان، پافشاری بخشی از آموزه حقوقی از یک سو (به دلیل کارویژه این نهاد در حفظ نظم حقوقی-اساسی و پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین) و نظارت شهروندان بر عملکردش از سوی دیگر، سبب شد تا شورا در سال ۲۰۱۶ با هدف استدلال بیشتر و فهم‌پذیری بهتر، شیوه نگارش و ساختار آرای خود را بازبینی کند. در این پژوهش تحلیلی-انتقادی، با بررسی کارنامه شورا در زمینه سازگاری قوانین با قانون اساسی، خواهیم دید که با وجود کامیابی‌های بدست آمده هنوز چالش‌های پیش روی این نهاد در دست‌یابی به آن هدف‌ها پایان نیافته‌اند. از آنجا که نظرات شورای نگهبان جدای از کوتاه‌نویسی دارای کاستی‌های دیگری هم در شیوه نگارش، ساختار و استدلال حقوقی هستند، این نوشته می‌تواند به بازبینی و بهبود این وضعیت کمک کند. **واژگان کلیدی:** شورای قانون اساسی، دادرسی اساسی، نگارش و ساختار رای، مستند و مستدل بودن رای، جمهوری پنجم فرانسه.



## مقدمه

قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه بنیادهای سیستم سیاسی-حقوقی نوینی را پیریزی کرد که با نام جمهوری پنجم<sup>۱</sup> شناخته می‌شود. یکی از نوآوری‌های این قانون پایه‌گذاری دادگاه قانون اساسی بود که وابسته به ساختار دوگانه دادگاه‌های<sup>۲</sup> فرانسوی، یعنی دادگاه‌های قضایی<sup>۳</sup> و اداری<sup>۴</sup>، نبود.<sup>۵</sup> بر پایه بخش هفتم آن قانون (ماده ۵۶ تا ۶۳) شورای قانون اساسی<sup>۶</sup>، کارویژه-های مهمی از دادرسی اساسی (سازگاری قانون عادی و ساختاری با قانون اساسی) تا دادرسی انتخاباتی را انجام می‌دهد. شورا مانند دیگر دادگاه‌ها باید تصمیم‌های خود را برپایه دلایل و مستندات حقوقی بگیرد و آرای خود را به پشتوانه استدلال درست، روشن و دقیق صادر نماید. با آنکه این نهاد همواره چنین هدفی را دنبال کرده است، ارزیابی حقوقدانان از شیوه استدلال شورا همیشه رضایت‌بخش نبوده است. گروهی با نیم‌نگاهی به آرای دیگر دادگاه‌های اساسی، به‌ویژه دادگاه فدرال آلمان<sup>۷</sup>، کارنامه شورا را نسبتاً خوب می‌دانستند (Rousseau et al., 2016: 349) و گروهی دیگر بر این باور بودند که استدلال‌های بکاررفته در آرا ناکافی (Sabete, 2011: 885) یا شیوه کار شورا غیردقیق و پیش‌بینی ناپذیر هستند (De Paul Tetang, 2016: 1; Ginocchi, 2011: 1097). از آنجا که آرای شورا از اعتبار امر قضاوت‌شده برخوردارند<sup>۸</sup>، استدلال‌ها، شیوه کاربرد و نگارش آنها جایگاه بنیادی در هر رای خواهند داشت. از این رو، شورا باید همواره به بهتر کردن روش استدلال و شیوه نگارش آنها بپردازد (Belloubet, 2017: 8).

استدلال در آرای دادگاه‌های قانون اساسی به دلیل زیر اهمیت بسیاری دارد:

۱. در یک حکومت قانونمدار عملکرد دادگاه‌ها مانند هر نهاد قدرتمند دیگری از سوی شهروندان بررسی و ارزیابی می‌شود. دادرسی برپایه استدلال به دادگاه‌ها کمک می‌کند تا از آزمون نظارت دموکراتیک سربلند بیرون بیایند. از این دیدگاه، استدلال یکی از ابزارهای مشروعیت سیاسی خواهد بود.
۲. کارویژه دادگاه قانون اساسی در حفظ نظم حقوقی-اساسی و نیز پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین سبب شده است تا این نهاد همواره درستی عملکرد خود را به اثبات برساند. این پذیرش یا مشروعیت مدام (Fassassi, 2009: 142-149) از راه استدلال در آرا و توضیح، که بهترین شیوه ارتباط با شهروندان است، بدست می‌آید.

۳. استدلال به اجرای بهتر رای کمک می‌کند. برای پیاده‌سازی رای دادگاه دو قدرت باید وجود داشته باشند: یکی قدرت الزام‌کننده، که ریشه در اعتبار امر قضاوت‌شده و تا اندازه‌ای قدرت آمره<sup>۹</sup> دارد، و دیگری، قدرت اقتناع‌کننده که برای دادگاه قانون اساسی بسیار مهم است و خود را در استدلال نشان می‌دهد (Le Quinio, 2017: 34-35). به بیان بهتر، استدلال به دو خواسته پاسخ می‌دهد؛ یکی توجیه رای (با توجه به نقش دادگاه) و دیگری، توضیح رای (با توجه به دریافتی که از رویه دادگاه به وجود می‌آید).

در این پژوهش تحلیلی-انتقادی، نخست گذری کوتاه بر گستردگی و گوناگونی آرای شورای قانون اساسی می‌کنیم (۱). پس از آن، فرآیند و ساختار آرای این نهاد در زمینه سازگاری قوانین با قانون اساسی را بررسی خواهیم نمود (۲). از آنجا که پرداختن به همه صلاحیت‌های چنین نهادی فراتر از گنجایش یک مقاله است، آرای مربوط به دعاوی انتخاباتی<sup>۱۰</sup>، همه‌پرسی<sup>۱۱</sup> یا کارویژه مشورتی شورا<sup>۱۲</sup> را کنار می‌گذاریم زیرا هدف این نوشته ارزیابی بازبینی شیوه نگارش و ساختار آرای شورا در زمینه قانونگذاری است که از سال ۲۰۱۶ و با تصمیم اعضای شورا آغاز شد<sup>۱۳</sup> (۳، ۱) تا این آرا هم فهم‌پذیری و خوانایی بیشتری داشته باشند و بخش استدلالی آنها بیشتر و بهتر باشد. بررسی و گزارش کامیابی‌ها و چالش‌هایی که شورا در دستیابی به این هدف پیش روی خود دارد (۳)، می‌تواند برای سیستم کنونی دادرسی اساسی در ایران آموزنده باشد زیرا با گذشت چهار دهه از زمان آغاز به کار شورای نگهبان، نظرات این نهاد همچنان دچار کاستیهای کوتاه‌نویسی، کمبود استدلال حقوقی و چندپارگی هستند. برای گذار از فتوای فقهی به رای دادگاه باید نخست شیوه و ساختار رای را دگرگون نمود و پس از آن بخش استدلالی رای را افزایش داد.

### ۱. گستردگی و گوناگونی آرای شورای قانون اساسی

آرای شورای قانون اساسی را می‌توان به شیوه‌های گوناگون دسته‌بندی نمود. ما در این بخش دسته‌بندی خود را نه بر پایه پیامد یا برون‌داد رای (تایید یا رد ماهیت قانونی<sup>۱۴</sup>، ابطال قانون<sup>۱۵</sup>، رد ساده درخواست<sup>۱۶</sup> یا پذیرش سازگاری مشروط<sup>۱۷</sup>) که بر اساس متنی که سازگاری آن با قانون اساسی به چالش کشیده شده است، قرار می‌دهیم. از این رو، نخست کنترل پیشینی (۱، ۱) و پس از آن کنترل پسینی (۱، ۲) را بررسی می‌کنیم.

#### ۱، ۱. سازگاری قوانین با قانون اساسی (کنترل پیشینی) ۱۸

در سیستم حقوقی کشور فرانسه نظارت بر سازگاری قوانین با قانون اساسی دارای دو ویژگی بنیادی است. نخست آنکه، در این زمینه واژه قانون<sup>۱۹</sup> دربرگیرنده سه گروه از متن‌های قانونی است. دوم آنکه، در مقایسه با سیستم قانونگذاری ج.ا.ا. که شورای نگهبان باید ناسازگار

نبودن همه قوانین با قانون اساسی را تایید کند، در فرانسه همه قوانین پیش از امضای رییس کشور<sup>۲۰</sup> برای سازگاری با قانون اساسی ارزیابی نمی‌شوند.

### ۱،۱،۱. سازگاری قوانین ساختاری با قانون اساسی

در سیستم قانونگذاری فرانسه، سه گونه قانون وجود دارند. نخست، قانون اساسی که دربردارنده قواعد ویژه ساختار قدرت عمومی، ارزشها و آزادی‌های بنیادین است<sup>۲۱</sup>. پس از آن، قانون ساختاری<sup>۲۲</sup> قرار دارد که در زمینه‌های مهمی مانند انتخابات، بودجه‌بندی، برنامه‌ریزی و دیگر به تصویب می‌رسد. نیاز به تصویب چنین قوانینی در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. بر پایه ماده ۴۶ و ۶۱ قانون اساسی، شورای قانون اساسی به شیوه خودکار سازگاری قانون ساختاری با قانون اساسی را بررسی می‌کند.

### ۱،۱،۲. سازگاری قوانین عادی با قانون اساسی

پس از تصویب قانون عادی رییس کشور می‌تواند آن را امضا کند تا قانون قدرت اجرایی پیدا کند مگر آنکه یکی از کسانی که قانون اساسی پیش‌بینی کرده است، یعنی رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر، رئیس مجلس ملی، رئیس مجلس سنا، شصت تن از نمایندگان مجلس یا سناتورها، از شورای قانون اساسی درخواست کنند<sup>۲۳</sup> تا درباره سازگاری قانون عادی با قانون اساسی و دیگر نرم‌های پیش‌بینی شده نظر دهد<sup>۲۴</sup>. این نرم‌ها در پنج دسته از متن‌های حقوقی وجود دارند و شورا در آرای خود به آنها استناد می‌کند. نخست، قانون اساسی ۱۹۵۸ (جمهوری پنجم) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹<sup>۲۵</sup> که تا کنون بیشتر از هر متنی در دادرسی اساسی به آنها استناد شده است. سپس، اصول سیاسی، اقتصادی و اجتماعی نوشته شده در دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم)، اصول بنیادین که در قوانین دوره‌های جمهوری (اول، دوم و سوم) آمده‌اند<sup>۲۶</sup> و در پایان، منشور زیست‌بوم<sup>۲۷</sup> که در سال ۲۰۰۵ در قانون اساسی گنجانده شد (Favoreu et al., 2019: 137).

### ۱،۱،۳. سازگاری معاهده‌های بین‌المللی با قانون اساسی

معاهده‌های بین‌المللی مانند قوانین عادی می‌توانند از سوی شورای قانون اساسی بررسی شوند تا سازگاری آنها با نرم‌های پیش‌بینی شده ارزیابی شود. رییس‌جمهور، نخست‌وزیر، رییس مجلس ملی، رییس مجلس سنا، شصت تن از نمایندگان مجلس یا سناتورها کسانی هستند که حق دارند چنین درخواستی را به شورا بدهند. اگر شورا معاهده‌ای را ناسازگار با قانون اساسی و دیگر نرم‌های پیش‌بینی شده<sup>۲۸</sup> بداند، تنها راه پذیرش و پیوستن به آن معاهده بازبینی قانون اساسی خواهد بود مگر آنکه دولت از پیوستن به آن خودداری کند<sup>۲۹</sup>. در اینجا،

سنجه سازگاری همان نرم‌هایی هستند که در مورد قوانین عادی مورد استناد قرار می‌گیرند.

#### ۱,۱,۴. سازگاری آیین‌نامه‌های داخلی مجلس ملی<sup>۳۰</sup>، مجلس سنا<sup>۳۱</sup> یا

#### کنگره<sup>۳۲</sup> با قانون اساسی

آیین‌نامه داخلی<sup>۳۳</sup> مجلس نمایندگان دارای اهمیت زیادی است زیرا بر خلاف نامش نه در گروه مقررات<sup>۳۴</sup> که در دسته قوانین قرار می‌گیرد و چون سازوکار نهاد قانونگذاری را بیان می‌کند، از جایگاه قانون ساختاری برخوردار خواهد بود. از همین روست که تصویب یا بازبینی آیین‌نامه باید سازگار با قانون اساسی بوده و به شکل خودکار از سوی شورا تایید گردد.

#### ۱,۲. درخواست فوری بررسی سازگار بودن قانون عادی با قانون

#### اساسی<sup>۳۵</sup> (کنترل پسینی)

اگر در فرایند رسیدگی به یک دعوی یکی از طرفین ادعا کند که قانون عادی مورد استناد دادگاه (نخستین یا تجدیدنظر) حقوق و آزادی‌های بنیادین یا پیمان‌های جهانی را نقض می‌کند، دادگاه رسیدگی به این ادعا را در دعوی اداری به شورای دولتی<sup>۳۶</sup> و در دعوی قضایی به دیوان عالی<sup>۳۷</sup> کشور می‌سپارد<sup>۳۸</sup>. اگر این دو نهاد عالی‌رتبه ادعای ناسازگار بودن آن قانون با قانون اساسی را بپذیرند<sup>۳۹</sup>، از شورای قانون اساسی درخواست می‌کنند تا در این درباره رای صادر کند<sup>۴۰</sup>.

#### ۱,۳. رسیدگی به اختلاف میان دولت و پارلمان در زمینه قانونگذاری<sup>۴۱</sup>

در این زمینه دو دسته تصمیم وجود دارد. دسته نخست، به بازبینی قانون از راه مقررات مربوط می‌شود و دسته دوم به همکاری دولت و پارلمان در قانونگذاری. پیشتر گفتیم که در سیستم حقوقی فرانسه سه گونه قانون اساسی، ساختاری و عادی وجود دارند که هر یک به شیوه پیش‌بینی شده نرم‌های قانونی را در خود جای می‌دهند. پس از قانون، مقررات وجود دارد که برای تکمیل و پیاده‌سازی قانون از سوی دستگاه اجرایی تصویب می‌شود و دربرگیرنده آیین‌نامه، بخشنامه، تصویب‌نامه و دستورالعمل است. برای پیشگیری از آشفتگی سیاسی و حقوقی، اموری که گستره و چهارچوب آن باید از سوی قانونگذار و به شکل قانون معین شوند مانند مالیات، آموزش، دفاع ملی، بزه و کیفر و... در قانون اساسی نامبرده شده‌اند<sup>۴۲</sup>. امور دیگری که قانون اساسی درباره آنها ساکت است، باید در مقررات تعریف و مشخص شوند<sup>۴۳</sup>. این دسته‌بندی صلاحیت مثبت و منفی هنجار و هنجارگذار را به دنبال داشته است. از یک سو، قانون باید آنچه را که باید درباره موضوع ویژه گفته شود دربر داشته باشد (صلاحیت مثبت)<sup>۴۴</sup>. در کنار آن، قانون نباید دربردارنده قواعدی در آن موضوع باشد که از درجه اهمیت مقررات

است (صلاحیت منفی)<sup>۴۵</sup> زیرا در یک موضوع هم قاعده دارای اهمیت قانونی داریم و هم قاعده دارای اهمیت مقررات. همانند قانون، مقررات نیز دارای صلاحیت منفی و مثبت هستند. همین صلاحیت‌ها درباره هنجارگذار نیز وجود دارند. به بیان بهتر، قانونگذار نباید به تصویب قانونی بپردازد که قواعدی از جنس مقررات را در خود داشته باشد و دستگاه اجرایی نیز نباید قواعد با درجه اهمیت قانون را در مقررات بگنجانند.

با آنکه بازمینی قانون در صلاحیت پارلمان است، قانون اساسی ۱۹۵۸ راهکاری را پیش‌بینی کرده که بر اساس آن دولت می‌تواند یک قانون را به وسیله مقررات تغییر دهد<sup>۴۶</sup>. برای این کار دولت باید از شورای قانون اساسی بخواهد تا نظر دهد آیا قانون کنونی ماهیت مقررات دارد یا خیر<sup>۴۷</sup>. در اینجا، شورا به «کنترل ویژگی قانونی» متن مورد اختلاف می‌پردازد ( Favoreu, 1986: 612). فایده عملی این راهکار هنگام کدبندی در زمینه‌ای ویژه مانند مالیات، دادرسی اداری، ساخت و ساز، شهرسازی و... خود را نشان می‌دهد. برای گردآوری این کدها قوانین موجود کنار هم گذاشته می‌شوند و مواد نسخ‌شده یا لغوشده را از آن می‌زدایند تا پارلمان مجموعه کد را تصویب کند. از آنجا که این کدها دارای دو بخش قوانین و مقررات هستند، ممکن است دولت باور داشته باشد که متنی که بیشتر قانون به شمار می‌آمده اکنون ماهیت مقررات دارد و باید در بخش مقررات قرار گیرد.

در دو مورد اختلاف در کار قانونگذاری به تصمیم شورا خواهد انجامید: نخست، هنگامی که هیات رئیسه پارلمان، به دلیل ناسازگاری لایحه قانونی با قانون ساختاری از دریافت و قرار دادن آن در دستور کار خودداری کند، نخست وزیر می‌تواند از شورا بخواهد تا در این باره رای دهد<sup>۴۸</sup>. دوم، جایی که در فرایند قانونگذاری دولت یا رئیس پارلمان درباره قابل طرح بودن یک پیشنهاد یا اصلاحیه از سوی نمایندگان (ماهیت قانون نداشتن) دچار اختلاف شوند، شورا در این باره تصمیم خواهد گرفت<sup>۴۹</sup>.

#### ۱.۴. پاسداری از صلاحیت قانونگذاری سرزمین‌های فراسوی دریاها

برخی از این واحدهای سرزمینی (پُلّی‌نزی، سنت-بارتلمی، سنت-مارتین) دارای صلاحیت قانونگذاری در برخی زمینه‌ها هستند. اگر پارلمان فرانسه قانونی تصویب کند که در صلاحیت این واحدهای سرزمینی است، می‌توان از شورا درخواست بررسی و تصمیم‌گیری نمود<sup>۵۰</sup>. درباره سرزمین کالدونیای جدید، شورا صلاحیت دارد قوانینی را که مجلس شورای آن سرزمین تصویب می‌کند، پیش از امضا، بررسی کند<sup>۵۱</sup>.

#### ۲. فرآیند دادن رای و ساختار آرای شورای قانون اساسی

در اینجا نخست فرآیند تصمیم‌گیری (۲،۱) و سپس ساختار آرای شورا (۲،۲) را بررسی

می‌کنیم. چنانکه خواهیم دید، فرآیند تصمیم‌گیری از آن رو مهم است که بر استدلال‌های بیشتر و فهم پذیری بهتر آرا اثر مستقیم دارد.

### ۲,۱. فرآیند دادن رای

فرآیند دادن رای دربرگیرنده بازه‌های زمانی (۲,۱,۱) و نشست صدور رای (۲,۱,۲) است که به آن می‌پردازیم.

#### ۲,۱,۱. بازه‌های زمانی

در قانون اساسی بازه‌های زمانی گوناگونی برای رسیدگی شورا پیش‌بینی شده‌اند که از هشت روز تا یک ماه در نوسان است. در زمینه قانونگذاری این بازه یک ماه است اما اگر دولت درخواست رسیدگی فوری نماید - بازه زمانی تا هشت روز کاهش خواهد یافت<sup>۵۲</sup>. کوتاه بودن زمان رسیدگی دو پیامد دارد: کتبی بودن رسیدگی و نقش مهم دادرسی اساسی در رسیدگی. از آنجا که نه در قانون و نه در رویه شورا حضور وکیل در دادرسی پیش‌بینی نشده است، دادرسی کتبی است بدین معنا که شورا نخست لایحه<sup>۵۳</sup> خواهان (دربردارنده دلایل و مستندات درخواست) و سپس، لایحه دولت را (در پاسخ به دلایل خواهان) بررسی می‌کند. در نگاه نخست، این فرآیند توافقی به نظر نمی‌رسد اما در مورد کنترل پیشینی، کتبی بودن به معنای شنیده نشدن دلایل دو طرف نیست، زیرا موافقان و مخالفان یک لایحه یا طرح قانونی پیشتر در پارلمان یا رسانه‌ها دلایل خود را به گوش دیگران می‌رسانند. از سال ۱۹۷۴ که بازبینی قانون اساسی به نمایندگان پارلمان صلاحیت داد تا ذی‌نفع در دادرسی اساسی (سازگاری قانون عادی با قانون اساسی) باشند، نه تنها دلایل و استدلال‌های حقوقی بیان شده روز به روز بهتر و دقیقتر شده‌اند بلکه استناد به رویه شورای قانون اساسی نیز افزایش یافته است (Favoreu, 1986: 613).

در فرآیند دادرسی اساسی، دادرسی اختیارات گسترده‌ای در تشکیل پرونده و رسیدگی به آن دارد. این شیوه همانند شیوه دادرسی اداری در فرانسه است. رییس شورا یکی از اعضا را به عنوان گزارشگر<sup>۵۴</sup> برمی‌گزیند<sup>۵۵</sup>. او با کمک بخش حقوقی شورا درخواست و لایحه خواهان، مستندات و دلایل و پاسخ داده‌شده به آنها، گفت‌وگوهای پارلمانی، قوانین، آموزه‌های حقوقی، رویه شورا و گزارش‌های اداری را آماده می‌کند تا پرونده را تشکیل دهد. پس از آن گزارشگر نتیجه‌گیری و نظر خود را به شکل پیش‌نویس رای<sup>۵۶</sup> به نگارش در می‌آورد که پایه بحث و گفت‌وگو در نشست شورا خواهد بود.

#### ۲,۱,۲. نشست رای

برای رسمیت یافتن این نشست دست کم هفت عضو باید حاضر باشند مگر آنکه

فورس ماژور وجود داشته باشد<sup>۵۷</sup>. چون رسیدگی عمومی نیست، گزارشگر با خواندن گزارش خود و دفاع از آن نشست را آغاز می‌کند. پس از آن، اعضای شورا بحث را درباره جزئیات و به ویژه رای نهایی به پیش می‌برند. پس از آن، نگارش بخش‌های دیگر رای را یک به یک به بحث می‌گذارند. اگر اعضا بر سر متن پیشنهادی گزارشگر یک نظر نباشند، رای‌گیری می‌شود تا نظر اکثریت مطلق پذیرفته شود. در صورت برابری آرای موافق و مخالف، رای رییس شورا تعیین‌کننده خواهد بود (Rousseau et al. 2016: 330). به دلیل پاسداری از استقلال نهاد دادرسی، رای‌گیری مخفی است و نام موافقان و مخالفان در متن رای آورده نمی‌شود<sup>۵۸</sup>. بر همین اساس، ویژگی دیگر آرای شورا، در سنجش با دیوان اساسی فدرال آلمان یا دیوان عالی فدرال آمریکا، این است که رای اقلیت یا فردی اعضای شورا در رای نهایی آورده نمی‌شود<sup>۵۹</sup>.

## ۲.۲. ساختار آرای شورای قانون اساسی

آرای شورای قانون اساسی همیشه به یک شیوه نگاشته نشده‌اند. در سال‌های آغازین کار شورا و تا مدت‌ها پس از آن، چون ریاست و برخی سمت‌های شورا مانند مدیر کل به قضات شورای دولتی<sup>۶۰</sup> سپرده شده بود، شیوه نگارش رای نیز مانند دادگاه‌های اداری کوتاه و با توضیحات اندک بود. از این دیدگاه، آرای شورا با آرای دادگاه‌های اساسی آلمان، اتریش، اسپانیا و ایتالیا یا دادگاه فدرال آمریکا همسان نبودند. بازبینی قانون اساسی در سال ۱۹۷۴ و صلاحیت یافتن نمایندگان پارلمان برای درخواست کنترل پیشینی سبب شد تا هم شمار درخواست رسیدگی افزایش یابد و هم نمایندگان در لایحه و مستندات خود استدلال‌های حقوقی و قانونی بیشتری بیاورند. همزمان، شورا نیز به افزایش استدلال‌ها و توضیحات در آرای خود گرایش بیشتری نشان داد (Favoreu, 1986: 615). با افزایش بخش استدلالی و حقوقی و کنار گذاشتن سبک رای‌نویسی دادگاه‌های اداری، شورا سبک استدلالی-آموزشی را در پیش گرفت<sup>۶۱</sup>. البته، این شیوه نیز چندان حقوق‌دانان و متخصصین حقوق اساسی را خرسند نمی‌کرد. سه کاستی بزرگی که در این شیوه دیده می‌شد را می‌توان کوتاه برشمرد (Baranger, 2012: 3-4):

۱. گزیده‌گویی یا اندک بودن دلایل/استدلال<sup>۶۲</sup>؛

۲. یک‌نواختی دلایل/استدلال<sup>۶۳</sup>؛

۳. تضاد یا ناسازگاری دلایل/استدلال<sup>۶۴</sup>.

چنانکه خواهیم دید، این کاستی‌ها تا اندازه زیادی برطرف شده‌اند. آرای شورا در زمینه قانونگذاری ساختاری شش بخشی دارند که در زیر به آنها خواهیم پرداخت.



### ۲,۲,۱. درخواست رسیدگی<sup>۶۵</sup>

نخستین بند رای درباره درخواست رسیدگی است که در آن نام درخواست‌کنندگان، تاریخ و موضوع درخواست (سازگاری قوانین با قانون اساسی یا بررسی فوری سازگار بودن قانون عادی با قانون اساسی) آورده می‌شود.<sup>۶۶</sup> در مورد قوانین ساختاری و آیین‌نامه داخلی مجالس قانونگذاری به ترتیب نخست وزیر و رئیس آن مجلس متن قانون را برای کنترل به شورا می‌فرستد.<sup>۶۷</sup>

### ۲,۲,۲. بنیادهای قانونی یا مستندات<sup>۶۸</sup>

در این بخش، شورا نخست صلاحیت قانونی خود برای رسیدگی (قانون اساسی، قانون ساختاری درباره شورای قانون اساسی<sup>۶۹</sup>) را یادآوری می‌کند. پس از آن، مستندات قانونی که مورد اختلاف قرار گرفته است، بیان می‌شوند. سپس، آرای که شورا پیشتر درباره قانون مورد اختلاف داده است و نیز استدلال‌های شخص یا اشخاص درخواست‌کننده رسیدگی را می‌آورد. این بخش به خواننده کمک می‌کند تا با قوانین و رویه شورا درباره موضوع مورد اختلاف آشنا شود.

### ۲,۲,۳. موضوع شکایت<sup>۷۰</sup>

در کنترل پیشینی شورا نخست شکایت درخواست‌کنندگان برای بررسی سازگاری قانون با قانون اساسی را بیان می‌کند. البته، باید یادآوری نمود که براساس ماده ۶۱ قانون اساسی شورا تنها به بررسی مواد مورد شکایت در قانون نمی‌پردازد بلکه تمام آن قانون را بررسی خواهد نمود. از این رو، ممکن است شورا موادی از قانون را که مورد اعتراض نبوده بررسی و ناسازگار با قانون اساسی اعلام کند. در کنترل پسینی شورا نخست موادی از قانون را، که بررسی آن از سوی شورای دولتی یا دیوان عالی کشور درخواست شده، برمی‌شمارد. پس از آن، موضوع شکایت را یادآوری می‌کند. در این گونه از کنترل، تنها موادی بررسی می‌شوند که در درخواست آمده‌اند و شورا از بررسی موارد دیگر خودداری می‌کند، اما می‌تواند جدای از موضوع طرح‌شده در شکایت، خود موضوع دیگری<sup>۷۱</sup> را برای کنترل اعلام کند (Rousseau et al. 2016: 342-343).

### ۲,۲,۴. استدلال‌های رای<sup>۷۲</sup>

در این بخش از رای، شورا سازگاری مواد قانون با قانون اساسی را یک به یک بررسی می‌کند. در هر مورد، شورا استدلال‌های خواهان یا دلایلی که خود برای ناسازگاری با قانون اساسی پیدا کرده است را بیان می‌کند. در اینجا، شیوه استدلال چنین است:

- یادآوری مبنای حقوقی اصل قانون اساسی مورد نظر؛

- گسترش آن اصل حقوقی به ماده قانونی مورد شکایت. این بخش از رای ممکن است چند بند را در بر بگیرد؛  
- ارزیابی سازگاری یا ناسازگاری ماده قانونی با قانون اساسی.

### ۲,۲,۵. پیامدهای رای در کنترل پسینی

اگر در کنترل پسینی شورا رای به ناسازگاری قانون عادی با قانون اساسی بدهد، از زمان انتشار دیگر آن قانون نسخ شده است مگر آنکه شورا در رای خود تاریخ دیگری را برای نسخ معین کرده باشد. همچنین شورا می‌تواند تعیین کند از چه زمانی پیش از رای آثار ایجادشده توسط قانون به چالش کشیده می‌شوند.

### ۲,۲,۶. متن رای<sup>۷۳</sup>

متن رای دربردارنده چند بخش زیر است که به شکل ماده<sup>۷۴</sup> بیان می‌شوند: ماده نخست، درباره سازگاری یا ناسازگاری قانون با قانون اساسی است. در صورت ناسازگاری با قانون اساسی، ماده‌ای درباره پیامدهای ناسازگاری اختصاص داده می‌شود که می‌تواند ابطال تمام یا بخشی از قانون باشد. اگر به جای ناسازگار دانستن یک قانون تنها بخشی از آن را به شکل مشروط سازگار با قانون اساسی بداند، به یکی از روش‌های تفسیر<sup>۷۵</sup>، شیوه پیاده‌سازی آن را معین می‌کند. در اینجا، شورا از میان برداشت‌های گوناگون تنها برداشت درست از قانون برای اجرای آن را نشان می‌دهد. ماده پایانی رای انتشار و همگانی کردن آن را پیش‌بینی می‌کند. سبک نگارش یا ساختار رای را، که از دیدگاه منطقی برگرفته از شیوه قیاسی<sup>۷۶</sup> است، می‌توان چنین کوتاه کرد: شورا نخست متن قانونی مورد اختلاف را می‌آورد. پس از آن، موضع شکایت خواهان را به کوتاهی و بدون بیان دفاعیات دولت بیان می‌کند. پس از بیان این مقدمه (صغرای رای)<sup>۷۷</sup>، شورا اصل یا قاعده اساسی در این زمینه را به همراه تفسیر خود از آن می‌آورد (کبرای رای)<sup>۷۸</sup>. سپس، نتیجه گیری یا همان رای بیان می‌شود که یکی از چهار پیامد زیر را خواهد داشت:

- قانون مورد اختلاف ناسازگار یا مغایر با قانون اساسی است؛
- قانون مورد اختلاف هیچ یک از اصول اساسی را نادیده نگرفته است؛
- درخواست خواهان از دلایل کافی برخوردار نیست؛
- قانون مورد اختلاف، به شرط آنکه بر اساس تفسیر شورا اجرا شود، با هیچ یک از اصول اساسی در تعارض نیست (Viala, 1999: 22).

البته، شورای قانون اساسی به شیوه‌ای فرانسوی استدلال یعنی استدلال قیاسی<sup>۷۹</sup> باور داشت که برخی آن را سست یا کم‌توان<sup>۸۰</sup> می‌دانستند (Baranger, 2012: 10)، اما آرای شورا موجه بودند. این کاستی سبک، ریشه در واقعیت‌های زیر داشت:

۱. شورا برای رای خود دلایلی داشت اما همه آن را بیان نمی‌کرد. این کم‌گویی تا اندازه‌ای ریشه در سنت حقوق رومی دارد که کوتاه‌نویسی<sup>۸۱</sup> را هنر می‌داند. آرای دادگاه‌های قضایی و به‌ویژه رویه دادگاه‌های اداری، که در شکل‌گیری سنت نگارش آرای شورا نقش داشته‌اند، دارای چنین ویژگی هستند<sup>۸۲</sup>.

۲. کارنامه خوب شورا در جمهوری پنجم سبب شد تا برخی کاستی‌هایش نادیده گرفته شوند. آرای شورا به افزایش کیفیت قوانین و فرآیند قانونگذاری، برگزاری درست انتخابات، شناسایی ارزشها و اصول حقوقی ویژه فرانسه و چهارچوب بندی دادرسی اساسی انجامید. این کارنامه درخشان سبب شد تا شیوه برگزیدن اعضای شورا یا سستی برخی استدلال‌ها نادیده گرفته شوند.

۳. کارویژه یا سمت دادرسی اساسی<sup>۸۳</sup> برخی محدودیت‌ها را در پی دارد. نخست آنکه، دادرسی اساسی نمی‌خواهد با استدلال‌های بلند بالا ناخواسته به سود یا زیان یک گروه سیاسی جبهه‌گیری کرده باشد. دوم آنکه، نام این دادگاه شورا است اما مشورت نمی‌دهد یعنی با آرای خود به تفسیر قانون اساسی و دیگر سرچشمه‌های دادرسی اساسی می‌پردازد و بیرون از این دایره قانون را تفسیر نمی‌کند. اعضای شورا رای قضاوت می‌پوشند و خود را در جایگاه آموزگاران حقوق و مفسران رویه قضایی نمی‌بینند (Baranger, 2012: 10-13).

### ۳. بازبینی درونمایه آرای شورا و ارزیابی آن

تا پیش از بازبینی سال ۲۰۱۶، که شورا تصمیم گرفت شیوه و ساختار آرای خود را استدلالی‌تر و فهم‌پذیرتر کند، بخشی از آرای شورا تا اندازه‌ای کوتاه و گزیده بودند اما این ویژگی همیشگی، ساختاری و درونمایه‌ای نبود. نخست آنکه، با گذشت زمان شورا هر جا که نیاز بود و خواسته مهم به شمار می‌رفت، آرای بلندتری داده است. دیگر آنکه، جدای از افزایش بخش استدلالی هر رای، بخشی از استدلال‌ها نیز بیرون از متن رای آورده شده‌اند (۳،۱). با این همه، شورا به همه هدف خود نرسیده است زیرا افزایش استدلال همان اندازه که برای فهم‌پذیری و خوانایی آرا نیاز است، به سختی با بازه زمانی کوتاه و رسیدگی گروهی به دعاوی سازگار است (۳،۲).

#### ۳،۱. استدلال در آرای شورا

براساس قانون ارگانیک درباره شورای قانون اساسی<sup>۸۴</sup>، آرای این نهاد باید مستدل باشند.

این اصل یا بایسته هم درباره کنترل پیشینی قوانین<sup>۸۵</sup> و هم درباره کنترل پسینی قوانین<sup>۸۶</sup>، کنترل ویژگی قانونی قانون<sup>۸۷</sup>، کنترل ماده ۴۱ قانون اساسی (ادعای دولت یا رییس پارلمان درباره قابل طرح نبودن یک پیشنهاد یا اصلاحیه از سوی نمایندگان در فرایند قانونگذاری بدلیل نداشتن ماهیت قانون)<sup>۸۸</sup>، دعاوی انتخاباتی<sup>۸۹</sup> یا همه‌پرسی تقنینی<sup>۹۰</sup> باید رعایت شود. در مواد این قانون ساختاری هیچ ویژگی برای اندازه و شیوه استدلال آورده نشده است. از همین روست که شورا با گرت‌برداری یا پیروی از شیوه دادگاه‌های اداری<sup>۹۱</sup> و بر اساس دستور «کم‌گویی و گزیده‌گویی»<sup>۹۲</sup> آرای خود را با استدلال‌های اندک منتشر می‌کند<sup>۹۳</sup>. شورا در دو بخش از متن هر هر رای باید استدلال‌های خود را بیان کند: نخست، هنگام بررسی نرم‌ها یا اصول حقوقی مورد استناد و دوم، هنگام بررسی سازگاری قانون با قانون اساسی<sup>۹۴</sup>.

شورای قانون اساسی، مانند هر نهاد قضایی دیگر، استدلال را با دو هدف در آرای خود به کار می‌برد: نخست، توجیه راهکاری که برای پایان دادن به دعوی انتخاب شده است و دوم، فهمیده شدن رای توسط گروه بزرگی که دربرگیرنده ذی‌نفع‌ها، حقوقدان‌ها و شهروندان از یک سو و دادگاه‌ها (دیوان عالی کشور، شورای دولتی و دیگر دادگاه‌ها)، پارلمان و دولت از سوی دیگر است. از این رو، رای شورا باید جدای از ویژگی مستدل بودن، آموزنده نیز باشد. در زمینه کنترل پیشینی، شورا تا آنجا پیش می‌رود که برخی پیشنهادها برای جایگزینی ماده یا قانون ناسازگار با قانون اساسی را پیشنهاد می‌دهد (Guillaume, 2013: 50-51).

با گذشت زمان، پژوهش‌های هم‌سنجانه و ارزیابی بخشی از آموزه حقوقی نشان دادند که یکی از کاستی‌های مهم آرای دادگاه‌ها گزیده‌گویی است. به بیان بهتر، اصل استدلالی بودن آرا دربردارنده ویژگی‌هایی مانند «فراگیری»<sup>۹۵</sup>، قابل فهم بودن<sup>۹۶</sup>، خوانایی [نشانگر راه درست]<sup>۹۷</sup> و سادگی<sup>۹۸</sup> رای است (Charité, 2017: 3). این مساله نخست شورای دولتی و سپس شورای قانون اساسی را بر آن داشت تا از ماه می سال ۲۰۱۶ شیوه نوینی را در نگارش آرا به کار گیرند. نخستین رای از این دست درباره سازگاری قانون مالیاتی کالدونیای جدید با قانون اساسی (کنترل پسینی) بود<sup>۹۹</sup>. از بیانیه کوتاه رییس شورا<sup>۱۰۰</sup> (یک روز پس از صدور این رای) یا شرح شورا بر همان رای<sup>۱۰۱</sup> می‌توان دلایل و هدف‌های این نوآوری و برگزیدن شیوه پایدار نگارش آرا را به ترتیب «خوانش آسانتر و افزایش استدلال‌های آرا»<sup>۱۰۲</sup> و «افزایش قابلیت فهم و خوانایی آرا و استدلال‌های بیشتر و بهتر»<sup>۱۰۳</sup> دانست<sup>۱۰۴</sup>. آنچه این دگرگونی شیوه استدلال و نگارش را چشمگیرتر می‌کند، تفسیر نوین شورا از چگونگی انجام کارویژه خود است. در اینجا، شورا نه برپایه اصل «صلاحیت در تعیین صلاحیت»<sup>۱۰۵</sup> که بر اساس تفسیری کارآمدتر از ویژگی مستدل بودن رای<sup>۱۰۶</sup> دست به دگرگونی شیوه کار خود زد.

### ۳،۲. پیامدهای شیوه نوین نگارش آرای

اگرچه شیوه نوین نگارش به فهم‌پذیری بیشتر آرا انجامیده است (۳،۲،۱) اما افزایش استدلال در آرا چالش‌هایی هم در پی داشته است (۳،۲،۲).

#### ۳،۲،۱. کامیابی‌ها: فهم‌پذیری بیشتر

بازبینی شیوه نگارش آرای شورای قانون اساسی از دو جهت سودمند خواهد بود. نخست آنکه، پاسخی شایسته برای ایراد کوتاه‌گویی است. دوم آنکه، این راهکار دست‌یابی به دو هدف بهبود استدلال و افزایش فهم‌پذیری و خوانایی آرای شورا را آسان خواهد نمود.

#### ۳،۲،۱،۱. پایان کوتاه‌گویی

از جنبه محتوایی یا درونمایه، کوتاه‌گویی سبب سستی استدلال‌های بکار رفته در آرا نمی‌شود بلکه همه استدلال‌ها را در دو یا چند گزاره کوتاه بیان می‌کند. البته، با گذشت زمان شورای قانون اساسی آرای کوتاه کمتری صادر کرده است اما هنوز نتوانسته است مانند همتای آلمانی خود آرای بلندبالا بدهد (Hochmann, 2017: 23)<sup>۱۰۷</sup>. از جنبه ساختار یا فرم، کوتاه‌گویی نمایانگر گونه‌ای از سبک اقتدارگرایانه<sup>۱۰۸</sup> است که در آن قاضی گزاره‌های خدشه‌ناپذیر را اعلام می‌کند. این سبک نگارش با گزاره‌های کوتاه و کاربرد واژگان «بنابر، با در نظر گرفتن»<sup>۱۰۹</sup> یا «با توجه به اینکه»<sup>۱۱۰</sup> خود را نشان می‌دهد. این ویژگی سبب شده است تا شورای قانون اساسی در تارنمای رسمی خود<sup>۱۱۱</sup> یا در مجله خود<sup>۱۱۲</sup>، برای هر رای پرونده‌ای دربردارنده متن و چکیده رای، اعلامیه‌ها، اسناد، تاریخچه و «تفاسیر مجاز»<sup>۱۱۳</sup> از رای باز کند<sup>۱۱۴</sup>. این کار جدای از ویژگی آموزشی و علمی گاه رنگ و بوی «استدلال بیرونی و تکمیلی» به خود می‌گیرد (Baranger, 2012: 34). هرچند، در نبود نتیجه‌گیری، نظر اقلیت قضات یا گزارش‌های مربوط به پرونده، به سختی می‌توان این تفاسیر مجاز را بخشی از استدلال به شمار آورد (Mathieu, 2005: 923).

اگرچه کوتاه‌گویی می‌تواند به هنر نگارش زیبا، یگانگی سبک و درستی استدلال حقوقی یک رای بیانجامد اما چون امروزه دادگستری باید به نیازهای گسترده‌تری پاسخ دهد، فهم چنین آرای برای شهروندان ناآشنا با دانش حقوق<sup>۱۱۵</sup> بسیار سخت خواهد بود (Charité, 2017: 7).

#### ۳،۲،۱،۲. استدلال‌های بیشتر و فهم‌پذیری بهتر

گفتار و عملکرد شورای قانون اساسی از سال ۲۰۱۶ نشان می‌دهد که بازبینی شیوه نگارش آرا دو هدف استدلال‌های بیشتر و فهم‌پذیری بهتر را دنبال می‌کند. هرچند در نگاه نخست ممکن است گمان کنیم این دو هدف بر یکدیگر اثرگذار هستند، اما در عمل استدلال بیشتر

می‌تواند به فهم‌پذیری بهتر رای بیانجامد. البته، هر دو هدف به ساده‌سازی<sup>۱۱۶</sup> خوانش آرا خواهند انجامید. استدلال بیشتر بدین معناست که رای باید کامل<sup>۱۱۷</sup> باشد و ویژگی کامل بودن<sup>۱۱۸</sup> رای یعنی اینکه رای دربرگیرنده همه دلایل مهم یا سازنده‌ای<sup>۱۱۹</sup> باشد که قاضی به کمک و بر پایه آنها تصمیم خود را گرفته است. چنین برداشتی با مفهوم «استدلال بسنده»<sup>۱۲۰</sup> که یکی از الزامات دادگاه‌ها در اتحادیه اروپایی است<sup>۱۲۱</sup> و ریشه در حق بر دادرسی عادلانه<sup>۱۲۲</sup> دارد، پیوند دارد.

فهم‌پذیری و خوانایی بدین معناست که رای به اندازه کافی برای ذینفع یک دعوی<sup>۱۲۳</sup> (خواهان، خوانده، گواهان) قابل فهم باشد. البته، در اینجا ذینفع تنها به معنای طرفین دعوی نیست بلکه همه شهروندان را دربرمی‌گیرد. چنین برداشتی، ریشه در آن دارد که پیشتر شورای قانون اساسی<sup>۱۲۴</sup> فهم‌پذیری قانون<sup>۱۲۵</sup> را یک ارزش یا هنجار قانون اساسی<sup>۱۲۶</sup> شناخته است (Carcassonne, 2008: 140). به بیان بهتر، بدون قانون فهم‌پذیر برای همگان نمی‌توان رای با چنین ویژگی صادر نمود. اگر قرار است دولت قانونمدار<sup>۱۲۷</sup> درست کار کند نه تنها قانون بلکه «همه آنچه حقوق را می‌سازد یعنی قوانین [عادی و] اساسی، قراردادهای بین‌المللی، تصمیم‌های دادگاه‌ها، اعمال اداری، عمومی و خصوصی باید فهم‌پذیر باشند» (Malaurie, 2005: 131). پیامد چنین دیدگاهی آن است که شورای قانون اساسی باید بر ویژگی‌هایی مانند فهم‌پذیری قانون نیز نظارت کند.

برای فهم بهتر آرا، شورا برخی واژگان یا گزاره‌ها را که کاربرد حقوقی داشتند با واژگان یا گزاره‌های زبان عام جایگزین کرده است تا کار خواننده آسانتر باشد<sup>۱۲۸</sup>. این جایگزینی‌ها شاید بتواند به فهم‌پذیری آرا کمک کند، اما به دست‌یابی به هدف نخست یعنی استدلال بیشتر نمی‌انجامد (Charité, 2017: 9).

### ۳،۲،۲. چالش‌های افزایش استدلال در آرا

آرای شورای قانون اساسی از سال ۲۰۱۶ تا کنون نشان می‌دهند که شورا در دستیابی به دو هدف استدلال بیشتر و فهم‌پذیری بهتر آرا به یک اندازه کامیاب نبوده است. استدلال بیشتر همواره باید به اندازه و بسنده باشد یعنی دادگاه باید نقطه تعادل یا جایی میان کم‌گویی و زیاده‌گویی را در بکارگیری استدلال پیدا کند. چنین چیزی ممکن است در عمل با برخی کارویژه‌ها یا ماموریت‌های قاضی ناسازگار باشد.

#### ۳،۲،۲،۱. به اندازه و بسنده بودن استدلال‌ها

استدلالی که ویژگی به اندازه و بسنده را دارد نه بسیار کوتاه است و نه بسیار بلند، بلکه همه دلایل مهم یا سازنده رای را در بر دارد. جدای از این، قاضی باید از آوردن استدلال‌های

فرعی و ثانوی<sup>۱۲۹</sup> که ارتباطی به موضوع اصلی دعوی ندارند، خودداری کند<sup>۱۳۰</sup>. چون شورای قانون اساسی پیشتر از مفهوم دلایل سازنده و مهم در رای سخن گفته و برای آنها اعتباری برابر با خود رای را شناخته است<sup>۱۳۱</sup>، باید در هر رای این دسته از دلایل را بیاورد. رویه شورا نشان می‌دهد که در برخی آرا از راهکار ارجاع به رای پیشین<sup>۱۳۲</sup> بهره می‌برد تا همه استدلال‌ها را دوباره بیان نکرده باشد. با این کار، شورا هم به رویه پیشین خود اشاره می‌کند و بر نظر گذشته خود پای می‌فشارد و هم رای را کوتاه‌تر می‌کند بی آنکه استدلال‌ها را کمتر کرده باشد. اما آیا شورا باید رویه دادگاه‌های دیگر را نیز در استدلال خود بیاورد؟ از آنجا که در سیستم قضایی فرانسه رویه قضایی جایگاه و کاربردی مانند سیستم قضایی کامن‌لا ندارد، شورا چندان به رویه دیگر دادگاه‌ها اشاره‌ای نمی‌کند. با این همه، شورا نمی‌تواند رویه دادگاه‌های داخلی (شورای دولتی یا دیوان عالی کشور) یا اروپایی مانند دیگر دادگاه‌های قانون اساسی و به‌ویژه، دیوان اروپایی حقوق بشر را نادیده بگیرد. از این رو، شورا باید هم بیشتر به آرای پیشین خود و هم به آرای دیگر دادگاه‌های داخلی و اروپایی بازگشت دهد<sup>۱۳۳</sup> تا به بخشی از هدف استدلال بیشتر دست یابد.

### ۳،۲،۲،۲. امکان‌پذیری افزایش استدلال‌ها

چون استدلال بنمایه تصمیم قضایی و مهم‌ترین کارویژه قاضی<sup>۱۳۴</sup> به شمار می‌آید، افزایش آن باید با توجه به برخی ویژگی‌های فرآیند رسیدگی باشد. به بیان دیگر، قضات شورا به دلایل زیر کوتاه‌گویی را ابزار مناسب‌تری برای انجام کارویژه خود می‌دانند:

۱. خواننده اصلی دعوی قانون یا متنی خاموشی است. پس، قاضی به‌گونه‌ای رسیدگی انتزاعی<sup>۱۳۵</sup> می‌پردازد که جای کمتری برای استدلال می‌گذارد.
۲. قاضی سازگاری یا ناسازگاری یک متن قانونی را با قانون اساسی، که قانونی ملی است، بررسی می‌کند و از ارزیابی آن متن با حقوق اتحادیه اروپایی خودداری می‌کند زیرا گرایش چندانی به پذیرش اثرگذاری حقوق اروپایی بر حقوق داخلی ندارد.
۳. قاضی تلاش می‌کند تا مانند قانون بی‌طرف باشد و تفسیری از قانون کند که تنها برپایه دانش حقوق باشد، هر چند به این دلیل نتوانیم به باور نهایی او پی ببریم (Belloubet, 2017: 12).
۴. می‌دانیم که بازه زمانی کوتاه برای رسیدگی و تصمیم‌گیری گروهی دو ویژگی دادرسی اساسی هستند. براساس ماده ۶۱ قانون اساسی شورا باید در بازه زمانی یک ماه، که در صورت فوریت به هشت روز کاهش می‌یابد، رای خود را درباره سازگاری یا ناسازگای قانون عادی یا ساختاری با قانون اساسی صادر کند. از آنجا که بررسی موضوع و نگارش رای پدیده‌ای زمانبر است، افزایش استدلال می‌تواند شورا را در تنگنا قرار دهد.

۵. فرآیند شور و تصمیم‌گیری گروهی می‌تواند مانعی نیز برای افزایش استدلال باشد. چون در اصل، شور و تصمیم‌گیری گروهی هم درباره استدلال‌ها و هم درباره رای اعمال می‌شود، هر چه استدلال‌ها بیشتر شوند، توافق دیرتر و سخت‌تر به دست خواهد آمد به ویژه آنکه در آرای شورای قانون اساسی فرانسه نظر اقلیت یا مغایر آورده نمی‌شود<sup>۱۳۶</sup>. چنین پدیده‌ای ممکن است خود به آوردن استدلال‌های فرعی و ثانوی در رای و کاهش خوانایی و سادگی آن بیانجامد (Blacher, 2000: 911).

درباره آوردن نظر اقلیت نیز، جدای از موافقان (بخشی از حقوقدانان) و مخالفان (به ویژه قضات) بیشماری که دارد (Rousseau, 2000: 113; Vedel, 2000: 112)، چند چالش پیش رو خواهد بود. از یک سو، این کار می‌تواند به سری بودن شور و استقلال شورای قانون اساسی آسیب برساند (Charité, 2017: 6). از سوی دیگر، رای دادگاه تصمیم‌گیری است هرچند به اکثریت مطلق گرفته شده باشد. آوردن نظر اقلیت، چنانکه در بریتانیا بررسی شده است، می‌تواند تصمیم دادگاه را نه تصمیم چند فرد براساس شور و هم‌رایی بلکه چند تصمیم فردی نشان دهد. همین دریافت سبب شده است تا در آن کشور یکی از هدف‌های بازبینی دادرسی اساسی رفتن به سوی تصمیم‌گیری گروهی باشد (Duffy-Meunier, 2017: 52).

## نتیجه‌گیری

شورای قانون اساسی فرانسه در سال ۲۰۱۶ تصمیم گرفت تا با هدف افزایش استدلال و فهم‌پذیری بیشتر شیوه و ساختار نگارش آرای خود را بهبود بخشد. از آنجا که رویه قضایی شش دهه گذشته نشان‌دهنده کامیابی این نهاد در صدور آرای مستدل و موجه است، دستیابی به دو هدف پیش‌گفته چندان سخت نمی‌نمود و در عمل نیز، شورا تا اندازه زیادی توانست رویه قضایی خود را مستدل‌تر و فهم‌پذیرتر کند. با این همه، هنوز دلایلی وجود دارند که منتقدان عملکرد شورا نباید فراموش کنند. ساختار بندی آرای شورای قانون اساسی بر تفسیری خردگرایانه از حقوق بنا نهاده شده است که به خواننده کمک می‌کند تا به آسانی نُرم حقوقی و شیوه بکارگیری آن را بازشناسد. جایگزینی این شیوه که پاسخ به مساله را براساس متن قانونی می‌جوید با شیوه دیگری که چاره را به گونه‌ای دیگر (در رویه قضایی یا آموزه حقوقی) می‌بیند، کار آسانی نیست (Belloubet, 2017: 12). جدای از دلایلی که پیشتر درباره وابستگی شورا به کوتاه‌نویسی آرا گفتیم، باید جایگاه نهادی شورا در سیستم حقوقی فرانسه را نیز یادآور شد. شورا نهادی است که کارویژه خود را کنترل سازگاری قوانین و برخی اعمال با قانون اساسی می‌داند و همواره خود را دور از دو نهاد



دولت و پارلمان نگه داشته است. به گفته ژرژ وُدل<sup>۱۳۷</sup> چنین نهادی «حق دارد پاک‌کن به دست بگیرد و نه قلم»<sup>۱۳۸</sup>. با باور به این اصل، شورا، نه سیاست دولت را تبیین و توجیه می‌کند و نه خود را در جایگاه قانونگذار قرار می‌دهد<sup>۱۳۹</sup>. از همین روست که او به قانونگذار نمی‌آموزد چگونه باید بخش‌های ناسازگار یک متن با قانون اساسی را بازنویسی کند<sup>۱۴۰</sup>.

درباره هدف استدلال‌های بیشتر باید کمی هم به ساختار شورای قانون اساسی فرانسه پرداخت. در هم‌سنجی با دادگاه فدرال آلمان، شمار اعضای شورا ۹ نفر و اعضای دادگاه ۱۵ نفر است. بافت اعضای شورا را می‌توان سیاسی نامید زیرا کسانی هستند که به دلیل آشنایی با سه شخصیت سیاسی یعنی ریسان جمهور، مجلس ملی و مجلس سنا برگزیده می‌شوند و در میان آنان کمتر حقوقدان حرفه‌ای (استاد دانشگاه، قاضی یا وکیل) دیده می‌شود. حال آنکه در سال ۲۰۱۶، ۶۰٪ اعضای دادگاه استاد حقوق عمومی در دانشگاه بوده‌اند، بدین معنا دادگاه دارای بافتی حقوقی است. شاید از همین روست که دادگاه همواره در رد یا تایید استدلالی یک موضوع آموزه حقوقی را بکار می‌گیرد<sup>۱۴۱</sup>.

برای کارکرد بهتر شورای قانون اساسی فرانسه، افزایش شمار کارکنان و اعضا، آوردن نظر اقلیت در آراء، جایگزینی اعضای سیاست‌پیشه با حقوقدانان، افزایش بازه زمانی صدور رای و دیگر راهکارها همگی می‌توانند تا اندازه‌ای کمک‌کننده باشند تا آرای مستدل‌تر و فهم‌پذیرتری صادر شوند، اما به اندازه ذهنیت و فرهنگ حقوقی تعیین‌کننده و کارآ نخواهند بود (Le Quinio, 2017: 43). به بیان بهتر، دادرسی اساسی به تنهایی سرنوشت تغییر شیوه استدلال را رقم نمی‌زند. نمونه دادگاه عالی فدرال آمریکا، که یک بار شیوه نگارش رای (در سال‌های ۱۸۰۱-۱۸۰۴) و بار دیگر شیوه استدلال رای (در سال ۱۹۳۷) و پایبندی بی‌چون و چرا به رویه را تغییر داد، اما در هر دو مورد به شیوه پیشین بازگشت، نشان می‌دهد که استدلال بیش از هر چیز به سیستم حقوقی وابسته است. دادرسی اساسی یا باید براساس گذشته استدلال کند (کامن لا) یا برپایه متون قانونی (حقوق نوشته). از این دیدگاه، پیشرفت‌هایی که تا کنون در فرانسه رخ داده‌اند را نباید دستاورد اندکی دانست (Zoller, 2017: 67). مهم، دانستن این نکته است که بهبود استدلال هدفی است که باید در چهارچوب سیستم حقوقی دنبال شود و نه ابزاری برای دگرگونی بنیادین آن.

اگر چه این پژوهش به بررسی کارنامه شورای نگهبان جمهوری اسلامی نمی‌پردازد، اما گویای آن است که دادگاه‌های قانون اساسی به عنوان دادگاه باید آرای مستدل و مستند صادر کنند. استدلال و استناد به قوانین و آرای پیشین باید بی‌طرفانه و بی‌جانبداری سیاسی باشد تا

---

شهروندان عملکرد آن نهاد در پاسداری از قانون و حقوق اساسی را بپذیرند. پس از این، شورا می‌تواند به کارکرد استدلالی-آموزشی و فهم‌پذیری آرای خود برای حقوق‌دانان و شهروندان توجه کند. به دلایل گوناگون، که شایسته پژوهشی مستقل است، شورای نگهبان هنوز به این آمادگی دست نیافته است.

## یادداشت‌ها

۱ Cinquième République.

۲ Dualité juridictionnelle.

۳ Jurisdiction judiciaire.

۴ Jurisdiction administrative.

۵ شورا مانند شورای دولتی دارای دو دسته کارویژه قضایی (fonction juridictionnelle) و مشورتی (fonction consultative) است. از آنجا که این دو نهاد بیشتر از آنکه راهنمای نهادهای سیاسی باشند، به دعوی رسیدگی می‌کنند، به عنوان دادگاه (jurisdiction) شناخته می‌شوند هرچند برگردان فارسی نام آنها (conseil) شورا کمی گمراه‌کننده باشد. جدای از این، قوانین و مقررات حاکم بر کارکرد این نهادها نشان‌دهنده دادگاه بودن آنهاست.

۶ Conseil constitutionnel.

۷ Bundesgerichtshof.

۸ Autorité absolue de chose jugée.

۹ Pouvoir d'injonction.

۱۰ ماده ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی.

۱۱ ماده ۶۰ قانون اساسی. نک: (Fatin-Rouge Stefanini, 2019: 57-68)

۱۲ اگر رئیس جمهور، در زمان بحران و در نبود پارلمان بخواهد قانونگذاری کند (ماده ۱۶)، شورای قانون اساسی نظر مشورتی خود را به وی خواهد داد.

13 Communiqué du Président du 10 mai 2016.

14 Qualification ou déqualification.

15 Annulation totale ou partielle.

16 Rejet simple.

17 Conformité sous réserve.

18 Décisions de Contrôle de Constitutionnalité (DC).

19 Loi.

20 Promulgation.

۲۱ تصویب قانون اساسی با مجلس موسسان است اما برای بازبینی آن بر اساس ماده ۸۹ قانون اساسی فرآیند ویژه‌ای پیش‌بینی شده است. پیشنهاد بازبینی قانون اساسی از سوی رئیس جمهور، به درخواست نخست وزیر، (لایحه بازبینی) یا نمایندگان پارلمان (طرح بازبینی) به مجلس ملی فرستاده می‌شود تا آن را تصویب کند و به مجلس دیگر بفرستد. متن بازبینی شده باید به شکل یکسان از سوی هر دو مجلس تصویب شود. متن نهایی باید از راه همه‌پرسی به تایید شهروندان برسد مگر آنکه سه پنجم نمایندگان دو مجلس (کنگره) آن را تصویب کرده باشند. یکپارچگی سرزمینی و شیوه جمهوری برای اداره کشور را نمی‌توان بازبینی نمود.

۲۲ در سلسله مراتب قوانین پس از قانون اساسی قوانین ارگانیک یا ساختاری قرار دارند که قواعد ویژه مربوط به سازماندهی قدرت عمومی را بیان می‌کنند. این قوانین تکمیل‌کننده قانون اساسی هستند و بالاتر از قانون عادی قرار دارند. از همین روست که قانون عادی باید هم با قانون اساسی و هم با قانون ارگانیک سازگار باشد. تصویب و بازبینی قانون ساختاری با پارلمان است و در چهار مورد با قانون عادی متفاوت است: ۱. پس از واگذاری طرح



یا لایحه قانون ارگانیک به هیات ریسه مجلس ملی یا سنا، دست کم شش هفته باید بگذرد تا طرح یا لایحه در شور اول بررسی شود؛ ۲. برای تصویب چنین قانونی اکثریت مطلق آرای نمایندگان لازم است در حالی که برای قانون عادی اکثریت نسبی کافی است؛ ۳. اگر قانون ساختاری به مجلس سنا مربوط باشد، متن قانون باید در هر دو مجلس به یک شکل تصویب شده باشد؛ ۴. رئیس جمهور نمی‌تواند پیش از تایید سازگاری قانون ساختاری با قانون اساسی، آن را امضا کند.

۲۳ بند ۲ ماده ۶۱ قانون اساسی.

24 Bloc de constitutionnalité.

25 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

26 Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

27 Charte de l'environnement.

28 Bloc de conventionalité.

29 ماده ۵۴ قانون اساسی.

30 Assemblée nationale.

31 Sénat.

32 Congrès.

33 Règlement.

34 Règlement.

35 Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).

36 Conseil d'Etat.

37 Cour de cassation.

۳۸ Cf. HAULBERT, 2018.

۳۹ Cf. Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (Art. 23-1 à 23-12) et Décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010 portant Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

۴۰ ماده ۱-۶۱ و ۶۲ قانون اساسی.

۴۱ در این نوشته واژه «پارلمان»، چنانکه در قانون اساسی فرانسه به کار رفته است، دربرگیرنده مجلس ملی و مجلس سنا است.

۴۲ مواد ۳۴ تا ۳۶ قانون اساسی.

۴۳ ماده ۳۷ قانون اساسی.

44 Compétence positive.

45 Compétence négative ou l'incompétence.

۴۶ بند دوم ماده ۳۷ قانون اساسی.

47 Décision L.

۴۸ بند ۴ ماده ۳۷ قانون اساسی.

۴۹ ماده ۴۱ قانون اساسی.

50 Décisions LOM.

۵۱ بند ۳ ماده ۷۷ قانون اساسی.

۵۲ ماده ۶۱ قانون اساسی.

53 Mémoire.

54 Rapporteur.

55 Article 37 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.

56 Projet de décision.

57 Article 14 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.

58 Article 23 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958: Ils [les membres du conseil constitutionnel] jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil.

۵۹ در آلمان، انتشار نظر اقلیت از سال ۱۹۷۰ آغاز شد.

60 Conseiller d'Etat.

۶۱ تا سال ۱۹۸۳ لایحه طرف خواهان در فصلنامه حقوق عمومی (Revue du Droit Public) چاپ می‌شد.

از سال ۱۹۸۴ شورا همراه هر رای لایحه‌ها را نیز در روزنامه رسمی در دسترس همگان قرار می‌داد تا پشوانه علمی و حقوقی رای خود را در ترازوی نقد قرار دهد.

62 Insuffisance de motivation.

63 Standardisation de motivation.

64 Contradiction de motivation.

65 Saisine.

66 « Le Conseil constitutionnel a été saisi... ».

67 Article 17 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.

68 Visas.

69 Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.

70 Griefs.

71 Les griefs relevés d'office

72 Motifs de la décision.

73 Dispositif.

74 Article.

۷۵ این شیوه‌ها تفسیر سازنده (Constructive)، بازدارنده (Neutralisante) و جهت‌دهنده (Directive)

هستند (Favoreu, 1986: 622-625).

76 Syllogistique.

77 Mineure.

78 Majeure.

79 Syllogisme.

80 Faible.

81 Concision.

۸۲ Cf. Malhiere, 2013.

83 Office du juge.

84 Articles 20, 23-11, 26, 26-1, 40, 45-3, 53.

85 Article 20.

86 Article 23-11.

87 Article 26-1.

88 Article 28.

89 Article 38.

90 Article 45-3.

۹۱ پیوند میان دو دادگاه عالی اداری و اساسی تنها به دلیل انتصاب برخی قضات پیشین شورای دولتی در

شورای قانون اساسی نیست. هر دو نهاد کارویژه‌ای همسان دارند. شورای دولتی بر اعمال دولت و سازگاری آنها با قانون نظارت می‌کند و شورای قانون اساسی بیش از همه عملکرد پارلمان و سازگاری آن با قانون اساسی را

ارزیابی می‌کند.

Cf. Collectif, 1988; Vedel, 1996: 57-63; Vedel, 1997: 77-91.

92 Imperatoria brevitatis.

93 Cf. Fanny MALHIÈRE, *op.cit.*

۹۴ در رسیدگی به دعاوی انتخاباتی، شورا به بررسی دو متن قانونی یا بررسی سازگاری یک متن با نرم‌ها

نمی‌پردازد بلکه به بررسی رخدادهای و ادعاهای طرفین و قانونی بودن آنها می‌پردازد.

95 Complétude.

96 Intelligibilité.

97 Lisibilité.

98 Simplicité.

99 Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016.

100 Laurent Fabius.

101 Commentaire sur Décision n°2016-539 QPC. Cf.,

[https://www.conseil-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016539qpc/2016539qpc_ccc.pdf)

[constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2016539qpc/2016539qpc\\_ccc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2016539qpc/2016539qpc_ccc.pdf)

102 « À l'occasion des deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions n° 2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions. Ce nouveau mode de rédaction a pour objectifs de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation. Ce mode de rédaction s'appliquera désormais à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel ».

103 « Il convient de signaler que, à l'occasion de cette décision, de même que de l'autre décision rendue le même jour (décision n° 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a procédé à une modernisation du mode de rédaction de ses décisions. Il s'agit là d'un choix de rédaction pérenne, qui a vocation à être décliné pour l'ensemble des types de décisions que rendra désormais le Conseil constitutionnel, tant dans l'objectif de renforcer l'intelligibilité et la lisibilité de ses décisions qu'afin de permettre une motivation plus approfondie de celles-ci ».

104 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016539QPC.htm>

105 Compétence de la compétence.

106 Motivation.

۱۰۷ هر رای به طور میانگین ۳۰ صفحه از روزنامه رسمی را پر می‌کند و اگر بخش مقدماتی رای (یادآوری

دادرسی، رخدادهای و ادله طرفین دعوی) را کنار بگذاریم، شمار صفحه‌ها به ۱۷ می‌رسد.

108 Autoritarisme stylistique.

109 Vu

110 Considérant que

111 [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

112 Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel qui est devenu Titre VI.

113 Commentaires autorisés.

114 Cf. Charité, 2015: 451.

115 Profane.

116 Simplification.

117 Complet.

118 Complétude.

119 Rationes decidendi.

120 Motivation suffisante.

121 Article 6-1 CEDH.

122 Procès équitable.

123 Justiciable.

124 Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999: considérant 13: « que cette finalité [intérêt général] répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et « la garantie des droits » requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »

- 125 Intelligibilité des lois.  
126 Valeur constitutionnelle.  
127 État de droit.

۱۲۸ بخشی از این جایگزینی‌ها را می‌توان در زیر دید:

- « Vu » → « Au vu des textes suivants »;  
« Ayant été entendu » → « Et après avoir entendu »;  
« Considérant » → les paragraphes;  
« Délibéré » → « Jugé ».  
129 *Obiter dicta*.

۱۳۰ مفهوم استدلال‌های فرعی و ثانوی مفهوم کمتر شناخته شده‌ای در حقوق ماست. برای نمونه، جایی که دادگاه به علت نداشتن صلاحیت یا رعایت نشدن یکی از الزامات قانونی قرار رد صلاحیت یا رد دعوی صادر می‌کند اما نظر خود را درباره همان دعوی می‌دهد. نمونه دیگر جایی است که دادگاه همزمان با استدلال و صدور رای درباره موضوع دعوی، وضعیتی نزدیک اما متفاوت با پرونده را نیز بیان می‌کند تا با بیان تفاوت‌ها دلیل رای خود را توضیح داده باشد.

Cf. Vidal-Naquet, 2011: 247-259.

131 Décision n°62-18 L du 16 janvier 1962: « 1. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution: « les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ».

132 Motivation par renvoi à une autre décision.

۱۳۳ دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای اسپانیایی زبان (اسپانیا و آمریکای لاتین) در آرای خود به آرای هم‌تایان خود (به ویژه راهکارها) نیز ارجاع می‌دهند و این کار را آگاهانه و با پذیرش اینکه بخشی از یک اتحادیه بزرگ دادگاه‌ها با فرهنگ حقوقی همسان هستند، انجام می‌دهند. نک:

Le Quinio, 2017: 38-39; Le Quinio, 2014: 579-602.

134 Office du juge constitutionnel.

135 Contrôle abstrait.

۱۳۶ ادر سیستم دادرسی اساسی کشور آمریکا، نظر اقلیت ممکن است با رای اکثریت یکسان باشد اما بر اساس استدلال‌های دیگری بنا شده باشد. نظر اقلیت ممکن است مغایر با نظر اکثریت باشد بدین معنا رای آنها با رای اکثریت متفاوت است. نک: Mastor, 2005.

137 Georges VEDEL (1910-2002).

138 Le Conseil constitutionnel « a droit à la gomme, pas au crayon ».

۱۳۹ شورا در آرای گوناگون یادآور شده است که قدرت تصمیم‌گیری و ارزیابی قوانین برای شورا و پارلمان

یکسان نیستند و صلاحیتش در این زمینه در چهارچوب کارویژه کنترل است و نه قانونگذاری.

Cf. Décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020; Décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015; Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

140 Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

۱۴۱ این پیوند میان دانشگاه و دادگاه فدرال سبب شده است تا در آلمان کتاب‌های حقوق اساسی بسیار بیشتر از فرانسه به بررسی و ارزیابی آرا پردازند. نک:

Hochmann, 2017: 25-26.

## منابع

### لاتین

#### Livres

COLLECTIF, **Conseil constitutionnel et Conseil d'État**, LGDJ, 1988, 536 p.

FAVOREU, Louis (2019) et al., **Droit constitutionnel**, Dalloz, 21<sup>e</sup> édition, 1135 p. Patrick Gaïa

HAULBERT, Marine (2018), **L'interprétation normative par les juges de la QPC**, Thèse, Université de Montpellier, 2018, 1257 p.

MALHIERE Fanny (2013), **La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) - Contribution à l'étude des représentations de la justice**, Dalloz, 665 p.

MASTOR, Wanda (2005), **Les opinions séparées des juges constitutionnels**, Economica-PUAM, 360 p.

ROUSSEAU, Dominique, GAHDOUN, Pierre-Yves et BONNET, Julien (2016), **Droit du contentieux constitutionnel**, 11<sup>e</sup> édition, 2016, LGDJ, 870 p.

VIALA, Alexandre (1999), **Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel**, LGDJ, 316 p.

#### Articles

BARANGER, Denis (2012), "Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle : Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel" , **Jus Politicum**, No. 7, pp. 1-38.

BELLOUBET, Nicole, (2017), "La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer", **Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 55-56, pp. 5-21.

BLACHER, Philippe (2000), "L'*obiter dictum* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", **Revue européenne de droit public**, Vol. 12, No. 3, pp. 897-920.

CARCASSONNE, Guy (2008), "L'intelligibilité des décisions du Conseil constitutionnel", in Pascal MBONGO, **La Qualité des décisions de justice**, Éditions du Conseil de l'Europe, pp. 139-145.



- CHARITÉ, Maxime (2015), "Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel", **Revue de droit public**, No. 2, pp. 451-464.
- CHARITÉ, Maxime (2017), "Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel", **Revue générale du droit** ([www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)), Etudes et réflexions, No. 1. pp. 1-16.
- DE PAUL TETANG, France (2016), "À propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel », **Revue française de droit constitutionnel**, No. 108, pp. 1-36.
- DUFFY-MEUNIER, Aurélie (2017), "La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni", **Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 55-56, pp. 45-55.
- FATIN-ROUGE STEFANINI, Marthe (2019), " Juger le référendum", **Annuaire internationale de justice constitutionnelle**, Economica PUAM, pp. 57-68
- FAVOREU, Louis (1986), "Décision de constitutionnalité", **Revue internationale de droit comparé**, Vol. 38, No. 2, Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 611-633.
- GINOCCHI, David (2011), "Le contrôle de la LOPPSI par le Conseil constitutionnel", **Actualité juridique. Droit administratif**, No. 19, pp. 1097-1101.
- GUILLAUME, Marc (2013), "La motivation des décisions du Conseil constitutionnel ", **Annuaire international de justice constitutionnelle**, (Le juge constitutionnel et l'équilibre des finances publiques, Constitutions et mécanismes d'intégration régionale), PUAM, pp. 49-51.
- HOCHMANN, Thomas (2017), " Motivation et justice constitutionnelle: le modèle allemand ", **Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel**, No.° 55-56, pp. 23-31.
- LE QUINIO, Alexandre (2014), "Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français", **Revue internationale de droit comparé**, No. 2, pp. 579-602.
- LE QUINIO, Alexandre (2017), " La motivation des décisions du Conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain", **Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 55-56, pp. 33-43.
- MALAURIE, Philippe (2005), " L'intelligibilité des lois", **Pouvoirs**, No. 3, pp. 131-137.

MATHIEU, Bertrand (2005), "Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspectives et questions", **Recueil Dalloz**, pp. 920-923.

ROUSSEAU, Dominique (2000), "La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", **Cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 8, p. 113.

SABETE, Wadgi (2011), "De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel", **Actualité juridique. Droit administratif**, p. 885.

VEDEL, Georges (1996) "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I)", **Cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 1, pp. 57-63.

VEDEL, Georges (1997) "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II)", **Cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 2, pp. 77-91

VEDEL, Georges (2000), "La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel", **Cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 8, p. 112.

VIDAL-NAQUET, Ariane (2011), "La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", in Philippe RAIMBAULT et Maryvonne HECQUARD-THERO, **La pédagogie au service du droit**, PUT LGDJ, pp. 247-259.

ZOLLER, Elizabeth (2017), "Les réformes inachevées de la motivation des arrêts de la Cour suprême des États-Unis", **Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel**, No. 55-56, pp. 57-67.

### **Législation**

Constitution française du 4 octobre 1958.

Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

### **Décisions du Conseil constitutionnel**

Décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*.

Décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre* [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger].

Décision n°2016-540 QPC du 10 mai 2016 *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co* [Servitude administrative grevant l'usage des chalets d'alpage et des bâtiments d'estive]

Décision n°2016-539 QPC du 10 mai 2016, *Condition de résidence fiscale pour l'imposition commune des époux en Nouvelle-Calédonie*.

---

►  
Décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L.*  
Décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010 portant Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.  
Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.*  
Décision n°62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n°60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole.*

**Sites**

Cairn [www.cairn.info](http://www.cairn.info)

Conseil constitutionnel de la République française <https://www.conseil-constitutionnel.fr>

Légifrance Le service public de la diffusion du droit

<https://www.legifrance.gouv.fr>

Persée [www.persee.fr](http://www.persee.fr)

Revue générale du droit [www.revuegeneraledudroit.eu](http://www.revuegeneraledudroit.eu)



## موانع احیای حقوق عامه در حقوق ایران و راهکارهای تحقق مطلوب آن

فاطمه افشاری<sup>۱\*</sup>، آرین پتفت<sup>۲\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۹۹/۸/۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.231

### چکیده

در یک نظام حقوقی، شاکله حقوق عامه در قالب حقوق اساسی چارچوب‌بندی می‌شود و به‌عنوان مبنای حقوق عمومی مطرح‌نظر قرار می‌گیرد. بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی در مقام بیان رسالت‌های قوه قضاییه به احیای حقوق عامه اشاره دارد. مبتنی بر محتوای اصول قانون اساسی، نظام حاکمیتی مکلف به ایفای وظایف محوله در خصوص حقوق عامه در سه فاز شناسایی و ادای حقوق عامه، احقاق و ایفای این حقوق و اقامه و احیای آن است، اما در رویه عملی نظام قضایی کشور، وظیفه سوم بر عهده دادستان گذارده شده است، اما با وجود اهداف قانونگذار اساسی در تحقق این مطلوب، وضعیت پاسداشت حقوق عامه و احیای آن در حال حاضر چندان مطلوب نیست؛ از این رو مسئله اصلی این پژوهش آن است که چرا این وظیفه قانونی قوه قضاییه به‌نحو مطلوب محقق نمی‌شود و چه اقدامات مقتضی می‌توان برای رفع این مشکل اتخاذ کرد. برای پاسخ به این پرسش، در پژوهش حاضر، موانع تحقق احیای حقوق عامه که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: ابهام در مفهوم و تعابیر قانونی، نارسایی در قوانین، بی‌توجهی به مقوله تفکیک نظارت و دادرسی، تداخل وظایف قوا، مشکلات اجرایی و ابهام در عملیاتی یا ستادی بودن دادستانی کل به‌تفصیل مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس راهکارهای تحقق مطلوب آن ارائه می‌شود.

**واژگان کلیدی:** احیای حقوق عامه، اصل ۱۵۶ قانون اساسی، حقوق عمومی، دادستان، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

### مقدمه

عضو هیأت علمی پژوهشکده قوه قضائیه، تهران، ایران

\* **Email:** mehr.solh399@yahoo.com

عضو هیأت علمی دانشگاه مراغه، مراغه، ایران (نویسنده مسئول)

\*\* **Email:** arian\_petoft@alumni.ut.ac.ir



## مقدمه

در شاکله حقوق عامه در یک نظام حقوقی در قالب حقوق اساسی چارچوب بندی می شود و به عنوان مبنای حقوق عمومی مطرح نظر قرار می گیرد. حقوق اساسی ریشه و اساس حقوق عامه (قاضی، ۱۳۷۲: ۱۵۶) و منبع اصلی آن قانون اساسی است؛ هرچند حقوق عامه منحصر به حقوق اساسی نیست و شمول گسترده تری دارد و اعم از حقوق اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، دفاعی، اقتصادی و قضایی است و در سایه عدالت تنظیم و تضمین می شود (نقره کار، ۱۳۸۸: ۲۶).

بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی در مقام بیان رسالت های قوه قضاییه به احیای حقوق عامه اشاره دارد. احیا در لغت با زنده کردن، آباد کردن زمین، شب را به عبادت گذراندن، شب زنده داری کردن و زندگی آباد کردن و دایر کردن معنا شده است (معین، ۱۳۸۲، ذیل واژه «احیاء»؛ دهخدا، ۱۳۶۶، ذیل واژه «احیاء») و آنجا معنا می یابد که چیزی در معرض آسیب و تهدید و از بین رفتن باشد و کنش و واکنشی در جهت زنده کردن و برپا کردن آن انجام شود، مثل احیای موات (زنده کردن زمین معطل افتاده). «احیای حقوق عامه» در اصطلاح به معنای ایجاد موجبات حقوقی امکان استیفا و عینی شدن حقوق بالقوه در وضعیت حقوقی مشخص برای شهروند از سوی مقام قضایی است؛ بدین معنا که دستگاه قضایی علاوه بر وظیفه احقاق حق، در زمانی که حقی زائل می شود و حریمی مورد تعرض قرار می گیرد، رسالت احیای حقوق عامه را بر عهده دارد.

از سوی دیگر، به دلیل تعیین تکلیف قانونی برای دولت در این زمینه، می توان ادعا کرد این حقوق، منافع عمومی را به همراه دارد و عدم احیای آن ها به معنای تضییع منافع عمومی است. ساختار حاکمیت باید چنان طراحی شود که حقوق عمومی محفوظ بماند. از محتوای اصل ۳ و فصل سوم قانون اساسی و سایر اصول آن برمی آید که نظام حاکمیتی مکلف به ایفای وظایف محوله در خصوص حقوق ملت است و قانون اساسی در سه فاز نسبت به تثبیت حقوق عمومی ارائه طریق کرده است: نخست، شناسایی حقوق عمومی (توسط قوای مجریه، مقننه و...)؛ دوم، احقاق و ایفای حقوق (توسط محاکم قضایی از جمله دیوان عدالت اداری) و سوم، اقامه و احیای این حقوق (نقره کار، ۱۳۸۸: ۲).

بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، نهاد احیاکننده حقوق عامه را به صراحت تعیین نکرده است. به دلیل عدم تعیین سازوکار مشخص خاصی برای «احیای حقوق عامه» توسط مقنن، رویه و عرف عملی نیز به نحو یکسانی نسبت به این مسئله عمل نکرده است و تا حدود زیادی بار مسئولیت چنین امر خطیری را بر دوش دادستان گذارده اند و منطبق بر اعمال طرق و راهکارهای مختلف در بسیاری از کشورها، مقام قضایی مذکور، بهترین، کارآمدترین و

معقولانه‌ترین نهاد برای تکفل این مهم قلمداد می‌شود که می‌تواند به نیابت از جامعه و به نام دفاع و صیانت از حقوق عامه، برای حفظ حقوق عمومی و نظارت بر اجرای قوانین، مطابق مقررات قانونی انجام وظیفه کند و در مواردی که جرم دارای شاکی خصوصی نباشد و به‌نوعی به خسارت جامعه منجر شده باشد، به نمایندگی از عموم جامعه و حق و نفع عمومی جامعه، علیه مرتکبان جرم اقامه دعوا کند.

در مسئله حقوق عامه در سال‌های اخیر پژوهش‌هایی در مبحث حقوق عامه صورت گرفته است، اما رویکرد اغلب مقالات و کتاب‌های تدوین‌شده در این خصوص، بررسی مسئولیت قوه قضاییه و به‌طور خاص دادستان، در ایفای حقوق عامه است؛<sup>۱</sup> لیکن پژوهش مستقل در این حوزه که مفهوم نظری حقوق عامه را بررسی و مراد از حقوق عامه را بیان کند و موانع احیا را احصا و ارائه راهکار نماید، تنها یک پژوهشی است که توسط نویسندگان مقاله حاضر و برخی نویسندگان دیگر تدوین شده و در قالب یک کتاب با عنوان «حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه»، اخیراً توسط معاونت حقوق بشر و امور بین‌الملل وزارت دادگستری و انتشارات حقوقی چاپ شده است؛ اما مقاله حاضر، رویکردی فراتر از کتاب حاضر دارد و با توجه به ارائه مفهوم خاص از حقوق عامه در پی آن است تا به‌طور خاص، موانع احیای آن را بیان کند و این مسئله را بررسی کند که چرا این وظیفه قانونی قوه قضاییه به‌نحو مطلوب محقق نمی‌شود؟ چه موانعی مانع تحقق آن است و برای رفع آن چه اقدامی باید کرد. برای پاسخ به پرسش پژوهش، با مطالعه کتابخانه‌ای و مصاحبه و روش توصیفی-تحلیلی، موانع تحقق احیای حقوق عامه که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: ابهام در مفهوم و تعابیر قانونی، نارسایی در قوانین، بی‌توجهی به مقوله تفکیک نظارت و دادرسی، تداخل وظایف قوا، مشکلات اجرایی و ابهام در عملیاتی یا ستادی بودن دادستانی کل، به‌تفصیل مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس راهکارهای تحقق مطلوب آن ارائه می‌شود.

### ۱. ابهام در مفهوم و تعابیر قانونی

قوه قضاییه برای تحقق هدف اصلی خود یعنی پشتیبانی از حقوق اشخاص و تحقق عدالت، عهده‌دار وظایفی است که یکی از آن‌ها، احیای حقوق عامه است. از اصلی‌ترین چالش‌های موجود در این زمینه، نبود قرینه یا ادبیات حقوقی مشخص در تبیین مفهومی حقوق عامه است که در ذیل موارد آن بررسی می‌شود:

#### ۱-۱. اصطلاح «احیای حقوق عامه»

اولین اصطلاح دارای ابهام، اصطلاح اصلی «حقوق عامه» در کنار واژه «احیا» است. اگر در

مفهوم «حقوق» تأمل کنیم، یکی از معانی آن که مشخصاً مدنظر قانونگذار قانون اساسی در اصل ۱۵۶ بوده است، جمع حق است. به تعبیر هوفلدی<sup>۲</sup> اگر از دوگانه حق مصونیت و حق مقاومت چشم‌پوشی کنیم، حقوق عبارت است از حق-آزادی‌ها و حق-ادعاها. حق-آزادی عبارت است از اینکه افراد بتوانند توانایی‌های طبیعی خود را به کار اندازند، مشروط بر آنکه ضرری به دیگران نرسانند، مانند آزادی بیان (Hohfeld, 2012: 25). حق-ادعاها به آن دسته از حق‌های قانونی گفته می‌شود که پس از وضع قانون در مورد دو طرف یک قرارداد یا شبه‌قرارداد صدق می‌کند؛ به گونه‌ای که یک طرف را مستحق و طرف دیگر را مکلف می‌گرداند (Hohfeld, 2012: 73). به بیان روشن‌تر، در صورتی که متعلق یک حق قانونی، مطالبه یک طرف قرارداد (یا شبه‌قرارداد) از طرف دیگر باشد، به چنین حقی، «حق ادعا» گفته می‌شود. بنابراین، حق ادعا همان حق مطالبه است (Hohfeld, 2012: 36). یکی از ابهامات مفهومی موجود در اصل ۱۵۶ در این‌جا آشکار می‌شود که قانونگذار در بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، احیای حقوق عامه را به گسترش عدل و آزادی‌های مشروع عطف کرده و این مسئله، ابهام مفهومی «حقوق عامه» را فزونی بخشیده است، چراکه مشخص نیست علت عطف مفهوم «حقوق عامه» به «آزادی‌های مشروع» چیست، درحالی‌که حقوق-به مفهوم جمع حق- دربردارنده مفهوم آزادی است؟ بی‌گمان در نگارش قانون اساسی، حشو صورت نگرفته است و عبارت «آزادی مشروع» به مفهوم امری «گسترش» بازمی‌گردد؛ به این معنا که قانونگذار گویی دو مرحله تکلیف را در یک بند قاعده حقوقی مقرر کرده است: «احیای حقوق» و «گسترش عدل و آزادی». از این‌رو این مسئله موجب شده است تا نتوان چندان از قرینه «گسترش عدل و آزادی مشروع» برای تبیین مفهوم «حقوق عامه» مقرر در صدر این بند قانونی یاری جست.

بخش دوم اصطلاح که ابهام دارد، اصطلاح «عامه» در ترکیب «حقوق عامه» است که مشخص نیست مصادیق آن کدام‌اند و اینکه حقوق عامه به کدام دسته از حقوق اطلاق می‌شود. در صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بحث خاصی در خصوص مفهوم احیای حقوق عامه و به‌طور کلی، بند ۲ اصل ۱۵۶ صورت نگرفته است. در تبیین مفهومی حقوق عامه ادبیات حقوقی چندان مشخصی وجود ندارد و از طرفی قرائن قانونی نیز در تبیین آن بسیار کم و مبهم است؛ از این‌رو آنچه می‌ماند برداشت علمی و رویه‌ای از حقوق عامه است. دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق، حقوق عامه را معادل مشترکات عمومی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۳۱۱) و ناظر بر حقوق و منافع عمومی دانسته‌اند که میان افراد مختلف مشترک است. برخی نویسندگان نیز با تعریفی مشابه اما



خاص‌تر، حقوق عامه را حق جامعه بر نظم عمومی و امنیت شهروندان خویش دانسته‌اند (هادی، ۱۳۹۰: ۱۳). برخی نیز بیان داشته‌اند حقوق عامه اعم است از حقوق اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، دفاعی، اقتصادی، قضایی و ... از کلی‌ترین تا جزئی‌ترین مصادیق آن. مصداق اتم و اکمل حقوق عامه در حقوق اساسی نمود یافته است (نقره‌کار، ۱۳۸۸: ۲۳).

نویسندگان نیز حقوق عامه را حق جامعه بر نظم عمومی و امنیت شهروندان خویش دانسته‌اند. گفتنی است در توجیه تعاریف بیان‌شده، استدلال متقنی ارائه نشده است (تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۸۲). به نظر می‌رسد حقوق عامه، مفهومی است که نمی‌توان آن را صرفاً منحصر در مفهوم حقوق ملت یا حقوق بشر دانست. حقوق عامه مفهومی است که گستردگی مصادیق آن می‌تواند دربردارنده هر دو مفهوم مزبور باشد. بسیاری از مصادیق حقوق عامه در قانون اساسی برشمرده شده‌اند. از حقوق افراد در روابط اجتماعی گرفته تا امور اعتقادی، اقتصادی، قضایی، امنیتی، دفاعی، اخلاقی، آموزشی، فرهنگی و غیره، همه ذیل عنوان عام‌الشمول و گسترده حقوق عامه قرار می‌گیرد؛ البته قانون اساسی در مقام احصای مصادیق حقوق عامه نبوده و این حقوق می‌تواند از تمامی اسناد حقوقی حائز اعتبار در نظام حقوقی منتج شود. قانونگذار اساسی با بیان واژه «عامه» قصد کرده حقوقی را برشمرد که مربوط به عموم افراد است؛ حقوقی که در عرصه عمومی روابط جامعه مطرح می‌شود و منافع عموم افراد در آن دخیل است. همچنین حقوق عامه را نمی‌توان بالاطلاق معادل حقوق شهروندی پنداشت. چراکه حقوق شهروندی مفهومی است که در ادبیات حقوقی کشورمان چندان مصطلح نیست و در فرهنگ حقوقی غرب ریشه دارد و از این رو با تعمق بر آنچه مقصود قانونگذار قانون اساسی است، می‌توان دریافت که قانون اساسی چنین مفهومی از حقوق عامه را قصد نکرده است.

به نظر می‌رسد از میان مفاهیم نزدیک به حقوق عامه، حقوق عمومی بیشترین قرابت معنایی را با حقوق عامه دارد و منظور از حقوق عامه در وظیفه «احیای حقوق عامه» نیز همین مفهوم است.<sup>۳</sup> در حوزه عمومی که بستر منافع عمومی و حقوق عامه است، هنجارهای حقوق عمومی حاکمیت دارد که در صدد حمایت از منفعت عمومی جامعه است (Hall, 1943: 757). کسی که در حوزه عمومی ناقض هنجارهای مرسوم باشد، در حقیقت، منافع تمامی افراد جامعه را پایمال می‌کند و از این رو امکان چشم‌پوشی از این تخلف و بخشش خطای وجود ندارد؛ از این رو، محرومیت‌های تخلف از هنجارهای حقوقی حوزه عمومی که موجب تضییع حقوق عامه می‌شود، می‌تواند گسترده‌تر و شدیدتر از حوزه خصوصی باشد (Linden, 1976: 834) و این مقتضای عدالت و لازمه احیای حقوق عمومی افراد جامعه است.

### ۱-۲. عدم حصر قانونی تکلیف «احیای حقوق عامه» در حیطه وظایف دادستانی

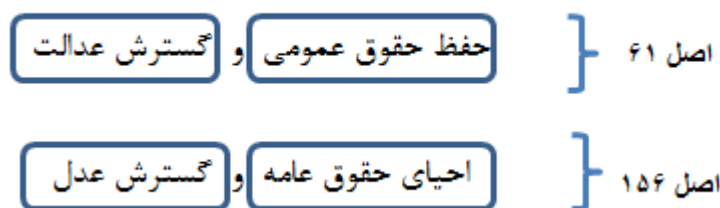
نگاهی به قانون اساسی، مجموعه مذاکرات مجلس تدوین قانون اساسی، رویه جاری حقوقی و پیشینه ۸۰ ساله نظام قضایی کشورمان نشان می‌دهد، «دادستان»، که از آن به‌عنوان «مدعی‌العموم» یا «وکیل عامه» یاد می‌شود، مقام ذی‌صلاح قضایی است که می‌تواند به نیابت از جامعه و به نام دفاع و صیانت از حقوق عامه پرچم‌دار این رسالت خطیر باشد.<sup>۴</sup> چراکه در دیدگاه عامه و در عرف مبتنی بر پیشینه، دادستان نه یک ضابط یا یک مقام امنیتی-انتظامی، بلکه یک وکیل عمومی و مدعی حقوق مردم در ارتباط با حقوق شهروندی است (چه منتخب یا منتصب باشد، چه در نقش وزیر دادگستری یا رئیس قوه قضا).

قانون اساسی به‌نحو کلی و بدون قرینه مفهومی یا منطقی چندان مشخصی، احیای حقوق عامه را در حیطه وظایف قوه قضاییه گذارده است و مسلماً ایفای این تعهد بسیار مهم، مستلزم سازوکاری مشخص است؛ اما شمول کلی و ابهام مقرر در حکم قانونی مذکور، این چالش را ایجاد می‌کند که تبیین مفهومی «احیای حقوق عامه» به رویه و نگرش مقنن نسبت به مقتضیات روز نظام حقوقی باز می‌گردد و دیگر سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود آن است که چه مقام یا مقاماتی ملزم به ایفای این تکلیف‌اند؟ و در قوه قضاییه چه سازوکاری باید نسبت به این مسئله پیش‌بینی شود؟ پاسخ به این پرسش‌ها و مسائل متعدد دیگری که مطرح می‌شود، بیانگر این موضوع است که کلیت و ابهام عبارت «احیای حقوق عامه» مستلزم تبیین حقوقی است تا از نبود حکم قانونی واحد، مشخص و ثابت و عدم انسجام عملیاتی آن ممانعت به‌عمل آید. این مهم در وهله نخست بر عهده مجلس شورای اسلامی به طریق وضع قانون مشخص است. نظر به عدم تبیین نهاد متولی «حقوق عامه» در قوانین، می‌توان این نظر را نیز مطرح کرد که اگرچه احیای حقوق عامه مستلزم اقامه دعوی عمومی توسط مدعی‌العموم است، صیانت از این حقوق، از سوی تمامی مقامات دولتی صورت می‌پذیرد و ذکر این مسئله در بند ۲ اصل ۱۵۶، علاوه بر لزوم رسیدگی قضایی از سوی دادستان، بیانگر وظیفه‌ای است که در حوزه تکلیف نظارتی قوه قضاییه بر اعمال اشخاص قرار می‌گیرد. آنچه از احیای حقوق عامه برمی‌آید، دو فرایند به‌هم‌تنیده است که هم نظارت بر اعمال اشخاص را شامل می‌شود و هم اقدامات دادستان در رسیدگی قضایی به موضوع را در بردارد.

### ۱-۳. نسبت منطقی میان اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی

مطابق اصل ۶۱ قانون اساسی که تبیین‌کننده جایگاه اصلی قوه قضاییه در نظام حقوقی کشورمان است، «اعمال قوه قضاییه به‌وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای

عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد». تصریح بر «حقوق عمومی» در قانون اساسی بیانگر توجه خاص قانونگذار اساسی به مقوله حقوق عمومی افراد است و تقریر عبارت «احیای حقوق عامه» به همراه عبارت «گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» در بند ۲ اصل ۱۵۶ که مشابه تقریر «حفظ حقوق عمومی» در کنار «گسترش و اجرای عدالت» در اصل ۶۱ است، بیانگر نزدیکی معنای حقوق عامه به حقوق عمومی است.



با این قرینه و ارتباط منطقی میان اصول مذکور شاید بتوان دو مفهوم «حقوق عامه» و «حقوق عمومی» را به یکدیگر نزدیک کرد؛ اما این مسئله صرفاً نوعی تفسیر لفظی مبتنی بر ارتباط منطقی میان گزاره‌های قانونی است. نسبت منطقی میان اصول ۶۱ و ۱۵۶ اگر هم توجیه‌پذیر باشد، صرفاً قرابت معنایی حقوق عامه و حقوق عمومی را نشان می‌دهد، اما مشکل تبیین و احصای مصادیق آن همچنان محل مناقشه بوده و چالش حقوقی حاصل از آن چندان برطرف نشده است. اما به هر حال فارغ از مصادیق حقوق عامه، مشکل دیگری که با آن مواجهیم، فرایند و روند تضمین این امر است. آنچه تاکنون رایج شده تأکید بر نظارت و اقامه حقوق عمومی افراد است که از سوی دادستان صورت می‌گیرد؛ اما با توجه به تحدید شمول کلی بند ۲ اصل ۱۵۶ رویه چندان مناسبی نیست و تحقق این امر را با مشکلات اجرایی مواجه ساخته است.

#### ۴-۱. روند تضمین و تأمین حقوق عامه

بی‌شک انجام تکلیف «احیای حقوق عامه» مستلزم طی فرایند قانونی و روند حقوقی خاصی است که باید از سوی دولت و در دستگاه قوه قضاییه پیش‌بینی شود؛ تضمین حقوق عامه خود فرایندی را می‌طلبد که احیا، یکی از مراحل آن است و خود احیای حقوق عامه نیز روند مختص به خود دارد که به‌طور کلی مشتمل بر نظارت و دادرسی است. در نگاه تحلیلی به مفاد قانون اساسی به‌نظر می‌رسد قانونگذار در روند تضمین و تأمین حقوق عامه، سه حوزه مکمل شامل شناسایی و ادای حقوق عامه، احقاق و استیفا و سوم احیای آن را به‌صورت طولی در کنار یکدیگر ملحوظ نظر قرار داده است (نقره‌کار، ۱۳۸۷: ۷) که بحث احیا سومین مرحله از این مراحل است.

با توجه به رسالت قوه قضائیه در احیای حقوق عامه، دستگاه قضا نمی‌تواند تا زمان پایمال شدن حق، اقدامی نکند و پس از تضييع حق، درصدد احقاق و استيفای حقوق عامه برآید! بلکه فراتر از آن نقش دستگاه قضا احیاگری و اقامه حقوق مردم است؛ یعنی حتی پیش از آنکه فعل یا ترک فعلی صورت پذیرد که حاصل آن تضييع یا تعطیل حقوق عامه باشد، دستگاه قضا مبادرت به نوعی احیا و اقامه این حقوق می‌کند، برای مثال هر فرد حق برخوردار از هوای پاک را دارد که یکی از زیرشاخه‌های حق برخوردار از محیط زیست سالم است. قوه قضائیه قبل از تضييع این حق و آلودگی هوا باید حق فرد را احیا کند و با اقدامات خود، از ایجاد آلودگی هوا ممانعت به عمل آورد. اغلب چنین مسائل اجتماعی شاکی خصوصی ندارد و این جاست که مسئله فراتر از احقاق و استيفاست، یعنی بدون اینکه شاکی خصوصی در بین باشد، مقام و نهادهای صلاحیتداری وجود داشته باشد تا بتواند به نیابت از جامعه، از حقوق آن‌ها صیانت کند و بلکه به اقامه و احیای حقوق ایشان مبادرت ورزد. از قوانین موضوعه برمی‌آید، در مقوله احیای حقوق عامه نگاه‌ها به دادستان معطوف شده است، این در حالی است که قانون اساسی، قوه قضائیه را مرجع احیای حقوق عامه قرار داده است، اما اهرم ایفای این رسالت به صراحت مشخص نشده است. مطابق قانون آیین دادرسی کیفری «تعقیب متهم و اقامه دعوا از جهت حیثیت عمومی بر عهده دادستان و اقامه دعوا و درخواست تعقیب متهم از جهت حیثیت خصوصی با شاکی یا مدعی خصوصی است»<sup>۵</sup> و «به منظور ... حفظ حقوق عمومی و اقامه دعوی لازم در این مورد، ... دادسرا... تشکیل می‌شود».<sup>۶</sup> چنین برداشت مضیقی از عبارت «احیای حقوق عامه» چندان نمی‌تواند صحیح باشد، چراکه اولاً قانونگذار اساسی، وظیفه احیای حقوق عامه را در ید اختیارات دادستان محصور نکرده است و ثانیاً اینکه اگر مفهوم حقوق عامه را حقوق عمومی تلقی کنیم، تضمین این امر را تنها در ید استیلاي قوه قضائیه نمی‌توان پنداشت؛ بلکه قوه قضائیه، اهرم قضایی این امر تلقی می‌شود و صد البته که نهادهای غیرقضایی نیز می‌بایست در حدود اختیارات قانونی متکفل بخشی از مسئولیت‌های چنین امری باشند.

موضوع شایان توجه دیگر در این زمینه، اینکه با به رسمیت شناختن قاعده اعلام جرم عمومی و تفکیک جنبه حق‌اللهی جرم از جنبه خصوصی آن در حقوق اسلام، این تمییز و جدایی در قوانین کشورمان نیز نمود یابد و در مواردی که جرم صرف‌نظر از مطالبه ضرر و زیان شخصی، واجد حیثیت عمومی بوده و از جنبه عمومی یا حق‌اللهی برخوردار باشد، مدعی‌العموم باید به نیابت از جامعه به اعاده و استيفای حقوق مردم برخیزد. در بسیاری از مواقع که جرائم جنبه حق‌اللهی و حق‌الناسی دارند، حتی با وجود گذشت شاکی خصوصی،

حق تعقیب موضوع برای دادستان وجود دارد. دادستان با کشف جرم یا آگاهی از وقوع جرمی، موظف است آن را تعقیب کرده و بر حسن اجرای تحقیقات نظارت کند، تحقیقات با نظر او تکمیل می‌شود و نسبت به آن از دادگاه‌های مختلف تقاضای کیفر می‌کند. اگر حکم را موافق قانون نداند، از آن شکایت و تقاضای تجدیدنظرخواهی می‌کند و در نهایت آن را اجرا می‌کند. به‌طور خلاصه، دادستان در انجام وظایف مزبور «وکیل اجتماع» است و به نمایندگی از مردم، به تجویز قانون اقدام می‌کند.

در این میان، مسئله مهمی که کمتر مورد توجه قرار گرفته، نظارت بر رفتارهای اشخاص در جامعه است و دادستان نمی‌تواند متکفل تمام وظایف منتج از امر احیای حقوق عامه باشد، زیرا اگر چنین امر مهم و حیاتی با گستردگی تکالیفی که در پی دارد، تنها بر دوش دادستان گذارده شود، کیفیت اعمال این تکلیف را کاهش می‌دهد و در نهایت به مرور زمان از هدف اصلی مقنن دور می‌شویم. حتی اگر احیای حقوق عامه را واجد شأن قضایی تلقی کنیم و آن را صرفاً بر دوش دادستان‌ها قرار دهیم، نباید وظایف تمامی ارکان جامعه از جمله نهادهای دولتی و مردمی را در تسهیل این امر به‌عنوان ابزارهای نظارتی و اعلانی برای یاری دادستان در ایفای این تکلیف، نادیده بگیریم. اگر فرایند «احیای حقوق عامه» را مشتمل بر نظارت و دادرسی پنداریم، در این صورت ایفای بخش اعظم امر نظارتی بر دوش نهادهای مردمی و دولتی است که دادستان را از هرگونه امر تضييع‌کننده حقوق عامه مطلع می‌سازند تا وی مراحل دادرسی را برای احیای این حقوق به‌عنوان وکیل عموم مردم و در جهت حفظ منافع عمومی طی کند.

## ۲. نارسایی در قوانین

شاید بتوان مهم‌ترین چالش در احیای حقوق عامه را نارسایی در قوانین دانست. اساساً مقنن به این مسئله توجه خاصی مبذول نداشته و قواعد حقوقی مبهم و پراکنده در قوانین موضوعه وجود دارد که اغلب ناظر بر دادرسی دعاوی عمومی از سوی دادستان است. نبود قانون خاص در تبیین امر مهم «احیای حقوق عامه» و فرایند تحقق آن اعم از روند نظارتی و دادرسی، این مسئله را با چالش‌های بسیاری روبه‌رو کرده و رویه قضایی نیز در ایفای این تکلیف قانونی، بیشتر بر هنجارهای حقوقی حاکم بر دادرسی دعاوی عمومی توسط دادستان متمرکز شده است و عملاً در این حوزه صرفاً بر اقدامات قضایی دادستان اکتفا شده است. با توجه به قوانین، در مراحل پنجگانه دادرسی یعنی کشف جرم، تعقیب مجرمان، تحقیقات مقدماتی، دادرسی، صدور حکم و در نهایت اجرای حکم، دادستان در دو مرحله تعقیب و اجرای حکم، محوریت و موضوعیت و نقش اساسی دارد. در سه مرحله دیگر نیز دادستان یا دادرسان نقش اثرگذار، تعیین‌کننده و فعال دارد که این نقش مبتنی بر دو اصل نظارت و کنترل و

در مواردی توأم با ریاست است. در بند «الف» ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه عمومی و انقلاب، «کشف جرم» به عنوان یکی از وظایف دادسرا پیش‌بینی شده است. در این مرحله دادستان نظارت بر اقدامات ضابطان در جرائم مشهود را بر عهده دارد؛<sup>۷</sup> بازرسی منازل و جلب اشخاص نیز در جرائم غیرمشهود با اجازه مخصوص دادستان صورت می‌پذیرد. نظارت و ریاست بر ضابطان و تعلیمات آن‌ها در مورد کشف جرم بر عهده دادستان است که در مواد ۱۵ و ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. این مقام قضایی می‌تواند دستور انجام یا تکمیل تحقیقات مقدماتی و جمع‌آوری دلایل را از ضابطان بخواهد.<sup>۸</sup> وی در مرحله «تعقیب» به عنوان مقام تعقیب نامیده می‌شود و ریاست نهاد تعقیب بر عهده اوست. پس مهم‌ترین نقش دادستان تعقیب متهم یا تعقیب جرائم است، به عبارت دیگر تعقیب امر جزایی، مأموریت مخصوص و عمده دادستان است.

دادستان یکی از تضمین‌کننده‌های برخورداری از آزادی است که رودرروی عوامل مخمل آزادی می‌ایستد. در قوانین موجود، دادستان کل کشور وظایف متعددی مانند حق ورود به زندان‌ها و مؤسسات تأمین و تربیتی<sup>۹</sup>، عضویت در ستاد مبارزه با مواد مخدر<sup>۱۰</sup>، احاله پرونده تخلف دادستان یا اعضای دادگاه انتظامی کارشناسان به دادگاه عالی انتظامی قضات<sup>۱۱</sup>، نمایندگی‌ها و عضویت در مجامع و کمیسیون‌های مرتبط با حقوق عامه مانند عضویت در مجمع عمومی سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی<sup>۱۲</sup>، عضویت در کمیسیون قانون خرید اراضی کشاورزی<sup>۱۳</sup>، عضویت در شورای عالی رقابت<sup>۱۴</sup> و ... دارد که این وظایف و اختیارات<sup>۱۵</sup>، بیانگر نگاه کلی است که مقنن نسبت به ایفای نقش صیانتی دادستان در قبال حقوق شهروندی برگزیده است. نظام حقوق اساسی با ابراز نگرانی نسبت به حقوق ملت، تضمین‌های مؤثری را پیش‌بینی کرده است. وظیفه «نظارت بر حسن جریان امور» و «حسن اجرای قوانین» که دادستان عهده‌دار است، ناظر بر این معناست که مدعی‌العموم مراقبت کند که ابزار اقتدار در حیطه تقنین و اجرا، روندها و رویه‌های ناعادلانه و خودسرانه را که به تضییع حقوق شهروندان منتهی می‌شود، طی نکند.

جای بسی سؤال است که چرا تاکنون قوانین موضوعه با وجود اهمیت حقوق عامه، توجه خاصی به این مفهوم، تبیین آن و ترسیم دقیق و مشخص فرایند آن نداشته‌اند؟ برای نمونه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ «حقوق عامه» اصلاً به کار نرفته و تنها در آیین دادرسی کیفری، مقرر شده است: «هرگاه در موارد حقوق عامه و دعاوی راجع به دولت، امور خیریه و اوقاف عامه و امور محجورین و غایب مفقودالاثربی‌سرپرست حکم قطعی صادر شود و دادستان کل کشور حکم مذکور را خلاف بین موازین شرعی و یا قانونی تشخیص دهد به‌طور

مستدل از دیوان عالی کشور درخواست نقض حکم را می‌نماید. دیوان عالی کشور در صورت پذیرش تقاضا، رأی صادره را نقض و پرونده را جهت رسیدگی مجدد به شعبه همعرض دادگاه صادرکننده حکم قطعی ارجاع می‌نماید.<sup>۱۶</sup> در قانون مدنی و آیین دادرسی مدنی نیز به این مفهوم اشاره‌ای نشده است. این سطح از خلأ قانونی و نیز بی‌توجهی به چنین مسئله مهمی موجب شده است تا صرفاً این تکلیف قانونی منحصر در دادستان تلقی شود که آن هم به دلیل این‌گونه نارسایی‌ها در قوانین چندان روند مشخصی ندارد و عملاً به جای یک امر مهم در نظام حقوقی، به مسئله حاشیه‌ای و به صورت کلی و رویه‌ای در وظایف دادستان تعریف شده است. اگر احیای حقوق عامه را این‌گونه به طور مضیق تفسیر کنیم، آنگاه اولاً شمول کلی حکم قانون اساسی را محصور و محدود بر اقدامات قضایی دادستان در امر احیای حقوق عامه کرده‌ایم؛ ثانیاً به طور مختصر و بسیار کلی، فرایند آن را احصا کرده‌ایم؛ ثالثاً از امر نظارتی نهادهای دولتی و مردمی در تسهیل ایفای این وظیفه خطیر، غافل مانده‌ایم که هر سه این موارد از اشکالات اساسی است که به دلیل نارسایی قوانین پدید آمده است.

### ۳. بی‌توجهی به مقوله تفکیک نظارت و دادرسی

احیای حقوق عامه مستلزم امر نظارت و دادرسی است. نظارت می‌تواند چندگانه باشد و تداخل صلاحیت‌ها در امر نظارت اشکالی ندارد و چه بسا بسیار هم امر مطلوبی است. تداخل وظایفی که میان نهادهای مختلف ایجاد شده این است که هریک خود را به نوعی ملزم به صیانت از حقوق عمومی افراد می‌دانند و از ابزارهای قانونی خویش نسبت به مقابله با اقدامات ناقض حقوق شهروندی استفاده می‌کنند. درحالی‌که برخوردهای قانونی نهادهای دیگر در حدود مجوزهای قانونی در حیطه صلاحیت آن‌ها، موجه است و موارد نقض حقوق عمومی که مستلزم طرح شکایت و طی فرایند دادرسی است، باید از طریق دادستانی پیگیری و اقدامات قانونی لازم صورت پذیرد. باید همه نهادها در امر نظارت به نوعی یاری‌رسان دادستان باشند و وی را از موارد تضییع حقوق عامه باخبر سازند. اما متأسفانه امر نظارت بر اعمال اشخاص، چندان دقیق صورت نمی‌گیرد و حتی بخش اعظم این امر را صرفاً بر عهده دادستان گذارده‌اند. با توجه به حجم عظیم تکالیف دادستانی، محول کردن این امر تنها بر دوش یک مقام آن هم با این درجه از اهمیت که منافع عمومی جامعه در آن دخیل است، عملاً موجب تضعیف تحقق خواست مقنن در بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی می‌شود.

### ۴. تداخل وظایف قوا

از دیگر مسائلی که در امر احیای حقوق عامه از جمله چالش‌های اعمال آن است، تداخل

در وظایف قواست. اگرچه قانون اساسی، این تکلیف را مطابق بند ۲ اصل ۱۵۶ بر عهده قوه قضاییه گذارده است؛ اما در عمل با تداخل اقدامات ارکان دولت در این مورد مواجهیم. ستادهای حقوق بشردوستانه<sup>۱۷</sup>، نهاد ریاست جمهوری<sup>۱۸</sup> و همچنین نهادهای وابسته به قوای مجریه و مقننه که بعضاً متکفل امر صیانت از حقوق شهروندی هستند، در موارد بسیاری خود را صالح به رسیدگی نسبت به موارد تهدید یا تضييع حقوق عامه می‌دانند و هریک به‌نحوی از انحا در این موضوعات دخالت می‌کنند. این مسئله موجب شده که در عرصه تضمین حقوق عامه با بازیگران مختلف روبه‌رو باشیم که هریک به نوبه خود، خود را صالح در امر می‌داند و فرایند واحدی که باید از رهگذر دادستانی صورت پذیرد، متحقق نمی‌شود.

هرچند غالب تداخل وظایف در مورد صیانت از حقوق عامه، میان حوزه صلاحیت‌های قوا حادث می‌شود، اما این امر بعضاً متوجه حوزه‌های صلاحیت در درون ارکان قوه قضاییه نیز می‌شود (تداخل درون‌سازمانی وظایف). برای نمونه می‌توان به دستورالعمل اجرایی بند ۱۵ قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ اشاره کرد که مطابق ماده ۱ آن، برای نظارت بر حسن اجرای قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی، «هیأت نظارت مرکزی» موضوع بند ۱۵ این قانون مرکب از اعضای شورای معاونان قوه قضاییه تشکیل می‌شود. اقدامات این هیأت می‌تواند با وظایف دادستانی در احیای حقوق عامه تداخل بیابد و صلاحیت موازی نسبت به موارد تضييع حقوق عمومی ایجاد کند؛ اما نباید فراموش کرد که مستنبط از ماده ۲ قانون مذکور، صلاحیت این مرجع «نظارتی» است و احیای حقوق عامه امری قضایی است که علاوه بر امر نظارت، مشتمل بر دادرسی و دادخواهی از سوی مدعی‌العموم است. از این‌رو نظارت این هیأت، در طول دادرسی عمومی از سوی دادستان است و نه در عرض آن؛ بدین معنا که هیأت نظارت مرکزی می‌تواند در امر نظارت، دادستان را یاری رساند و موارد تضييع حقوق عامه را به اطلاع وی برساند تا مراحل دادرسی عمومی برای آن از سوی دادستان پیگیری شود و صورت پذیرد.

همچنین می‌توان به «ستاد حقوق بشر قوه قضاییه» اشاره کرد که براساس نیاز جامعه و ضرورت تبیین مسائل حقوق بشری و دفاع قانونمند از حقوق مردم و حقوق شهروندی در داخل و مجامع بین‌المللی سامان یافته است.<sup>۱۹</sup> براساس مصوبه شورای عالی امنیت ملی، ضمن اینکه ستاد به‌عنوان مرجع ملی و رسمی کشور در تمام مسائل حقوق بشر معرفی شده، ضرورت ارتباط و هماهنگی تمام ارگان‌های ذی‌ربط با این ستاد تعریف و تأکید شده است. آیین‌نامه ستاد حقوق بشر برگرفته از مصوبه ۴۳۵ شورای عالی امنیت ملی و براساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی تنظیم شده است که تأکید می‌کند: «قوه قضاییه پشتیبان حقوق فردی، اجتماعی و



مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و همچنین موظف به احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع است». وظایف و مسئولیت‌های ستاد، طراحی، هدایت و پیگیری کلیه امور مربوط به ستاد حقوق بشر در سطح داخلی، خارجی و بین‌المللی با همکاری و هماهنگی دستگاه‌های ذی‌ربط است.<sup>۲۰</sup> فعالیت این ستاد نیز مانند هیأت نظارت مرکزی می‌تواند در امر نظارت برای ایفای احیای حقوق عامه از سوی دادستان کمک کند، اما در عمل، تداخل وظایف به وجود می‌آید و ستاد، خود را صالح بر احیای حقوق بشر می‌داند.

مصادق دیگر، تداخل وظایف نظارتی قضات با دادستان‌هاست. مطابق اصل ۱۷۰ قانون اساسی: «قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». از این رو چنانچه مقرر دولت با یکی از موارد حقوق عامه مقرر در فصل سوم قانون اساسی (حقوق ملت) مغایر باشد، قاضی، مقرر را فاقد اعتبار می‌داند و بدان استناد نمی‌کند و همان‌طور که در صراحت اصل ۱۷۰ ق.ا مقرر شده است، می‌تواند ابطال آن را از دیوان عدالت اداری درخواست کند. این نظارت قضایی کلی قضات در تداخل با نظارت قضایی دادستانی در این حوزه است: «چنانچه هریک از دادستان‌های سراسر کشور تشخیص دهند که مصوبات هیأت دولت، آیین‌نامه‌ها یا بخش‌نامه‌ها و به‌طور کلی هر مصوبه‌ای که از سوی دستگاه‌های اجرایی مقرر در ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری صادر گردیده، موجبات نقض حقوق عامه را فراهم نموده است، پس از جمع‌آوری مستندات قانونی، مراتب را به‌طور مستدل جهت اقدام مقتضی به دادستان کل کشور منعکس می‌نماید».<sup>۲۱</sup> از جمله تفاوت‌های اصلی که در این نظارت دادستان با نظارت کلی قضات وجود دارد، این است که اولاً، نظارت قضات موردی است، اما نظارت دادستان کلی و فراگیر است؛ ثانیاً، فعالیت اصلی قضات، اصدار حکم نسبت به دعاوی مطروحه در دادگاه است و نمی‌توان چنین نظارتی را در گستره فعالیت اصلی قضات، به آن‌ها نسبت داد. همچنین قضات در طرح مستقیم شکایت نسبت به مقرر در دیوان عدالت اداری، در مقام یک شهروند عمل می‌کنند و نه در مقام قاضی (به همین منظور است که قانون اساسی در ادامه اصل ۱۷۰، از واژه «هر کس» استفاده کرده است).

## ۵. مشکلات اجرایی

دادسرا حامی حقوق اجتماع و مدافع حقوق مردم است، اما معمولاً اطلاعات لازم در مورد این رکن از نظام قضایی، کمتر در اختیار شهروندان قرار می‌گیرد. با نگاهی گذرا به وضعیت مصادیق حقوق عامه در جامعه، استنباط می‌شود که ما ظرفیت بالقوه مدعی‌العموم را به‌نحو

مناسب و مطلوبی به کار نبرده و از شأن و جایگاه دادستان کل و دادستان‌های سراسر کشور (قریب به ۳۵۰ دادستان شهرستان و ۳۰ دادستان نظامی و ...) در جهت صیانت از حقوق عامه بهره نبرده‌ایم (نقره‌کار، ۱۳۸۹). به‌طور مثال در زمینه حفظ محیط زیست و خاک، آب‌وهوا با اینکه افراد در طول روز با موارد متعددی از نقض حق بر محیط زیست مواجه می‌شوند، اما از وظایف دادستان در این زمینه و امکان احیای این حق توسط وی اطلاعی ندارند و نمی‌دانند با اعلام صرف این مسئله به نهاد مذکور، می‌توانند مانع تضییع این حق اساسی خود و سایر شهروندان شوند.

با امعان نظر به اصل ۱۶۱ قانون اساسی و وظایف و اختیارات دادستان کل در قوانین مختلف به‌ویژه قانون آیین دادرسی کیفری، این نهاد می‌تواند نسبت به ایفای نقش مدعی‌العمومی در گستره کشوری به احسن وجه انجام وظیفه کند و در صورتی که اهرم‌های عملیاتی وی (دادستان‌های سراسر کشور) از انجام امور محوله توسط دادستان کل استنکاف ورزیدند، از ضمانت اجرای خاص خویش (تعقیب انتظامی، تغییر سمت یا مأموریت و ...) اقدام کند. مطابق ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، «دادستان کل کشور مکلف است در جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارت وارده به حقوق عمومی که نیاز به طرح دعوا دارد از طریق مراجع ذی‌صلاح داخلی، خارجی و یا بین‌المللی پیگیری و نظارت نماید».

چالش اجرایی دیگر در نظارت دادستان بر حقوق عامه، تقابل قوه مجریه و مقاومت آن در برابر نفوذ و کنترل دادستانی است. برای نمونه در حوزه اقدامات عمرانی شهرداری که در این حوزه، بسیاری از مسائل متعارض با حقوق عامه حادث می‌شود. به‌طور مثال «هرگاه پروژه‌های زیرساختی از قبیل جاده‌ها، خیابان‌ها، معابر عمومی، پل‌ها و اماکن عمومی همانند بوستان‌ها به‌نحوی باشد که اسباب تضییع حقوق عامه مطرح گردد، دادستان‌ها مکلف‌اند پس از بررسی لازم و عندالاقضا جلب نظر کارشناس و اخذ توضیح از طریق قرارداد، نسبت به جمع‌آوری مدارک و مستندات اقدام و مراتب را به سازمان مربوطه منعکس نمایند»<sup>۲۲</sup> و «اگر در اجرای پروژه‌های مزبور، تضییع حقوق بیت‌المال صورت گرفته باشد و نقض قوانین و مقررات مطرح شود، حسب مورد در خصوص نقض مقررات کیفری ضمن تشکیل پرونده مطابق قانون آیین دادرسی کیفری، تعقیب صورت می‌گیرد و در مورد نقض مقررات اداری موضوع به مراجع اداری ذی‌ربط منعکس می‌شود. در صورت تضییع اموال دولتی و عمومی مراتب جهت طرح دعوی حقوقی به‌طور مستدل به سازمان‌های مسئول منعکس می‌گردد»<sup>۲۳</sup>. مشکلی که در این موارد وجود دارد این است که اغلب پروژه‌های دولتی حائز پیچیدگی خاصی است و در موارد

تضییع حقوق عامه، بعضاً دولت تلاش می‌کند تا به هر نحو ممکن از ارائه اسناد و مدارک و نیز توضیحات روشن و مشخص سر باز زند و از این طریق عملاً نظارت دادستانی بر اجرای پروژه‌های دولت را ناکارآمد کند. این امر در جایی معضل ایجاد می‌کند که حتی با وجود پیگیری زیاد دادستانی (با اینکه مشغله بسیاری دارد و در بسیاری از موارد، چنین مسئله‌ای عملاً میسور نیست) دولت تلاش می‌کند تا موضوع را با طفره رفتن از ارائه توضیحات و مدارک و نیز ایجاد پیچیدگی، فرایند نظارت را اطاله ببخشد و دادستانی را عملاً از نظارت مؤثر بازدارد، هرچند حسب مورد دادستانی می‌تواند به ابزار امعان نظر کارشناس مجهز شود، اما اینکه تا چه حد مداخله کارشناس در موضوع می‌تواند کارایی لازم را داشته باشد، خود محل تأمل است. با این حال در قانون برای ارائه اسناد و مدارک به دادگاه توسط مقام دولتی ذی‌ربط، ضمانت اجرا و مجازات تعیین شده است و این امر می‌تواند برای تقویت نظارت دادستان اهرم فشار مناسبی باشد؛ به موجب ماده ۲۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، استتکاف غیرموجه از تسلیم سند به دادگاه از سوی کسی که مسئولیت ارائه آن را بر عهده دارد، موجب انفصال موقت از خدمات دولتی از شش ماه تا یک سال خواهد شد. همچنین مطابق با ذیل ماده ۱۵۳ آیین دادرسی کیفری، چنانچه این‌گونه استتکاف مقام مسئول، برای خلاصی متهم از محاکمه و محکومیت نباشد، حسب مورد به انفصال موقت از خدمات دولتی یا عمومی از سه ماه تا یک سال محکوم می‌شود.

یکی از سیاست‌هایی که در مقابله با مشکل مذکور می‌توان اتخاذ کرد، الزام دولت به رعایت «اصل شفافیت»<sup>۲۴</sup> و روشن‌سازی تمامی تصمیمات، اقدامات و فرایندهای اتخاذی خود است<sup>۲۵</sup> تا امر نظارت تسهیل شود (Curtin & Wessel, 2005: 39; Hofmann, Rowe & Türk, 2011: 170). البته همانند آنچه در رویه قضایی کامن‌لا نیز مطرح است، عدم افشای اسرار مجرمانه، استثنایی بر این اصل محسوب می‌شود که مطابق اصل مصلحت عمومی اطلاعاتی که به اخلال در نظم عمومی منجر می‌شود، نباید افشا شوند.<sup>۲۶</sup> علاوه بر این، توجه ویژه به «اصل پاسخگویی»<sup>۲۷</sup> نیز راهکار بسیار مهم دیگری است که در صیانت از حقوق عامه بسیار راهگشاست. اختیاری که به موجب قانون به مقام دولتی واگذار می‌شود، باید در جهت ارائه خدمت عمومی به جامعه اعمال شود؛ از این رو چنین مقامی نسبت به هرگونه اقدام یا تصمیم مقتضی نسبت به تکالیف محول شده به وی، مسئول است و باید پاسخگو باشد (Bamforth & Leyland: 2013, 30-31). اصل پاسخگویی مقام اداری منتج از اصول کلی حقوق عمومی، مبتنی بر این است که هرگونه اقتدار ناشی از قانون تنها با تصور مسئولیت می‌تواند به تحقق حاکمیت قانون منجر شود؛ در غیر این صورت موجبات استبداد قدرت را پدید می‌آورد (

(Matei, Vašiček & Kaštalan-Mrak, 2011: 215). این اصل به نوعی در امتداد اصل شفافیت نیز قرار می‌گیرد؛ به این ترتیب که مقام دولتی علاوه بر اینکه باید تصمیمات خود را در فضایی شفاف اتخاذ کند، ملزم است تا نسبت به هرگونه عمل خود در صورت تقاضای مردم، پاسخگو باشد و آن را مستند و مستدل به فرامین قانونی کند.

### ۶. ابهام در عملیاتی یا ستادی بودن دادستانی کل

نهاد دادستانی کل از جمله نهادهای صیانت از حقوق مردم است که چند وظیفه اساسی را بر عهده دارد: ۱. تضمین حاکمیت قانون؛ ۲. محافظت از آزادی و حقوق افراد؛ ۳. مراقبت از دارایی و منافع دولت؛ و ۴. دفاع از نظم عمومی (مهرآرام، ۱۳۹۵: ۹۳). امروزه با توجه به اهمیتی که قوه قضاییه و در درون آن دادستانی کل دارند، این سؤال مطرح است که آیا دادستانی کل نهادی ستادی است یا عملیاتی؟ اصل ۱۶۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این خصوص مقرر می‌دارد که رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل باید از اشخاص مجتهد عادل و دارای اطلاعات و آگاهی در خصوص مسائل قضایی باشند که در زمان پیش از بازنگری قانون اساسی از سوی رهبر تعیین می‌شدند. از آنجا که نظام قضایی ما شورایی بود و شورای عالی قضایی در رأس نظام قضایی قرار داشت، در آن زمان دادستان کل نهادی مستقل و فعال مایشاء بود. پس از بازنگری قانون اساسی تغییراتی در این مسئله ایجاد شد. در جایگاه دادستانی کل تغییری ایجاد نشد، اما رئیس دادستانی کل از جایگاه ویژه‌ای که داشت، به زیرمجموعه تبدیل شد، یعنی منصوب رئیس قوه قضاییه شد، یعنی از حالت مستقل و فعال به شکل زیرمجموعه و مرئوس قرار گرفت.

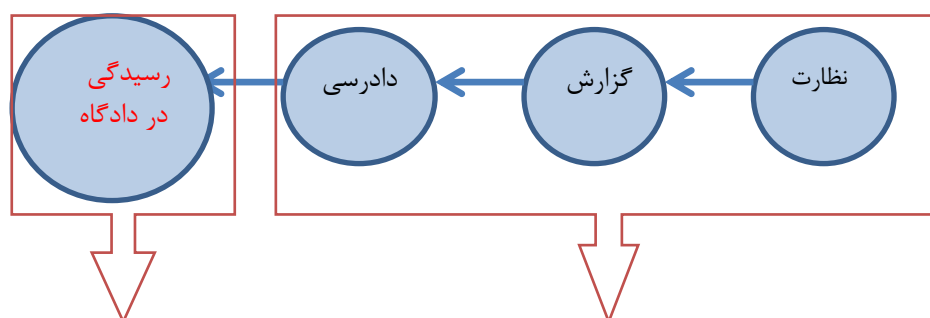
با نگاهی به اصل ۱۵۶ قانون اساسی، پیشینه و عقبه جایگاه دادستانی کل کشور در طول تاریخ تطور خویش، جایگاه این نهاد در دیگر نظام‌های حقوقی دنیا و نیز توجه به مشروح مذاکرات خبرگان بازنگری قانون اساسی، به نظر می‌رسد تجانس و همخوانی نهاد دادستان کل کشور با رسالت احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع و نیز پیشگیری از وقوع جرم بیشتر از دیگر نهادها باشد. اما در حال حاضر در قوانین موجود، قریب به ۵۵ مورد مسئولیت و اختیار قانونی مصرح برای دادستان کل پیش‌بینی شده است<sup>۲۸</sup> که می‌توانیم جمع این وظایف را در سه دسته تقسیم کنیم: ۱. وظایف قضایی دادستان کل، ۲. وظایف نظارتی دادستان کل و ۳. وظایف جایگاه مدعی عمومی دادستان کل کشور شامل الف) احیای حقوق عامه مردم و ب) نظارت بر حسن اجرای قوانین (علیزاده، ۱۳۸۸)؛ که هر یک از این سه دسته زیرمجموعه‌هایی هم دارند. همچنین مقنن در ۱۲ مورد تکالیف و وظایف قانونی را به اعتبار جایگاه خود دادستانی کل به دادستان کل سپرده است، مثل عضویت در شورای پول و اعتبار،

عضویت در هیأت نظارت بر اندوخته اسکناس، شورای عالی استاندارد، عضویت در شورای سازمان اسناد ملی، هیأت عالی نظارت سازمان حسابرسی و ستاد مواد مخدر و ...؛ به نظر می‌رسد دادستان کل، علاوه بر اختیارات ستادی، اختیارات قضایی هم دارد. این نظریه با توجه به اختیارات محول شده به دادستان کل در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و به طور خاص ماده ۲۹۰ این قانون قوت می‌گیرد (ر.ک: غمامی، ۱۳۹۷: ۷۹). اما این سؤال وجود دارد که چرا این ماده محدود به وظیفه «پیگیری و نظارت» است و طرح دعوا توسط دادستان را در بر ندارد؟ پاسخ به این پرسش را باید در دو گزاره جست‌وجو کرد: اول، درباره دعاوی بین‌المللی دادستان کل که خود مستقیماً نمی‌تواند در مراجع مربوط به طرح دعوا مبادرت کند، بلکه این امر اغلب وظیفه وزارت امور خارجه است؛ بنابراین، در این باره، دادستان تنها می‌تواند از وزارت خارجه درخواست طرح دعوا کرده و آن را پیگیری کند؛ دوم، بسیاری از موارد حقوق عامه خود دارای متولی مشخص است (برای نمونه سازمان حفاظت محیط زیست درباره حقوق زیست‌محیطی) و به همین دلیل طرح دعوا بر عهده همان نهادهاست و اگر هم به طور کلی جرمی رخ داده باشد، وظیفه دادستان‌ها طرح دعواست و چنین امری نیازی به تصریح قانونگذار ندارد. شایان ذکر است که توجه به نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه در این زمینه ضروری است: نظریه ۷/۹۴/۱۲۰۷ درباره ماده ۲۹۰: «... ۲ و ۳- منظور از پیگیری ذیل ماده ۲۹۰ ق.آ.د.ک ۱۳۹۲، تعقیب کیفری جرائم مذکور مانند اعلام جرم به مراجع ذی‌ربط و تعقیب حقوقی مانند تقدیم دادخواست در موارد ورود خسارت است. منظور از نظارت این است که بر روند مواردی که اعلام جرم کرده و یا مطالبه خسارت نموده نظارت داشته باشد، نه اینکه بر کار مراجع رسیدگی‌کننده نظارت نماید» (مرادی برلیان، ۱۳۹۶: ۵؛ تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۱۷۶).

## ۷. راهکارها و روش‌های نوین در احیای حقوق عامه

در مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی بیان شده است که بعضی از وظایف قوه قضاییه «... کارهای سیاستگذاری و کارهای فکری است و بعضی‌ها هم ... مشخصاً کارهای اجرایی است ... [البته] نه اجرایی اداری، بلکه اجرایی قضایی؛ مثلاً همان بند اول که فصل خصوصیات ... است ... یک کار عملی است. ولی در ... احیای حقوق عامه، یک مقدار سیاستگذاری‌ها لازم است... به هر حال با توجه به گستردگی وظایف دستگاه قضایی، شاید بد نبود که یک شورای سیاستگذاری، ... وجود داشته باشد...»<sup>۲۹</sup> لزوم وجود سازوکار ویژه مبتنی بر سیاستگذاری خاص برای احیای حقوق عامه بدین دلیل است که این وظیفه، در نهایت به عمل قضایی منتهی می‌شود و تا قبل از مرحله اصدار حکم، تحت فرایندی پیش می‌رود که در

آن، از مرحله نظارت آغاز شده و رهگذر از گزارش موضوع به دادستانی و طی دادرسی موضوع از سوی مقام مزبور، در نهایت به دادگاه، برای صدور حکم مقتضی واگذار می‌شود؛ از این رو این فرایند، فرایندی با ماهیت اجرایی و مستلزم وجود ارکان متعدد و مرتبط با سازوکار ویژه است که تمامی این موارد باید با خط و مشی مشخصی ترسیم شود و هدفمند پیش برود:



فرایند صیانت از حقوق عامه (عمل اجرایی)      احیای حقوق عامه (عمل قضایی)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، احیای حقوق عامه صرفاً در مرحله آخر این فرایند صورت می‌گیرد که یک عمل قضایی است؛ اما تا قبل از آن، فرایند اجرای قضایی امر صیانت از حقوق عامه است که در این مرحله نیازمند سازوکار معین و کارویژه مقرر شده برای تمامی ارکان دخیل در موضوع است که باید مبتنی بر خط و مشی مشخص و سنجیده عمل شود. چنانکه آقای نوری<sup>۳۰</sup> نیز در مذاکرات بازنگری قانون اساسی تکلیف صیانت از حقوق عامه (اعم از فرایند و احیا) را وظیفه مشترک قوه مجریه و قضاییه پنداشته‌اند و آقای بیات<sup>۳۱</sup> نیز آن را مستلزم تفکیک عمل قضایی آن و عمل اجرایی آن دانسته‌اند. آقای مؤمن نیز بیان می‌دارد: «مسئله مدعی‌العموم بودن و صرف ... طرح دعوا در دادگاه... که احیای حق نشده تازه آمده یک ادعایی را در دادگاه طرح کرده و برای این جهت هم هیچ نیازی به دادستان نیست برای آنکه امور عامه و مطالبی که مثلاً مربوط به عموم مردم و بیت‌المال است و این مسائل هر قسمتی به کسی سپرده شده و مسئولیتی دارد آن مسئول خودش می‌آید طرح دعوا می‌کند فوقش می‌فرمایید که نیاز هست که وکیلی هم بگیرد کما اینکه دستگاه‌ها یک مشاور حقوقی دارند و یا وکیل در این قسمت که کارهایشان را انجام می‌دهد. حمایت از آزادی‌های مشروع، حمایت دقیق از آزادی‌های مشروع وقتی می‌شود که حکم قضایی بشود به اینکه این آزادی باید انجام بشود و این کار دادگاه است...»<sup>۳۲</sup> فارغ از مجادله بر سر ضرورت وجود دادستان یا عدم لزوم آن، همان‌طور که از صراحت بیان آقای مؤمن برمی‌آید، وی احیا را در مرحله صدور

حکم دادگاه قلمداد می‌کند و پیش از آن را فرایند نیل بدان می‌پندارد. به‌طور کلی راهکارهایی که می‌توانند در تسهیل امر احیای حقوق عامه یاری برسانند عبارت‌اند از: کنترل قضایی دقیق بر اعمال دولتی، کنترل متکثر درون جامعه و وضع قانون خاص که در ذیل بررسی می‌شوند.

### ۷-۱. کنترل قضایی دقیق بر اعمال اشخاص

یکی از سازوکارهایی که به احیای حقوق عامه جامعه عمل می‌پوشاند، امر نظارت قضایی بر اعمال اشخاص، به‌خصوص دولت است (Beckett, 2010: 6-7). در واقع، کنترل قضایی به‌منظور صیانت از قانون، به‌عنوان سلاح شهروندان در برابر افراد و نهادها نسبت به سوء استفاده از قدرت است و نوعی کنترل مضاعف بر اعمال اشخاص محسوب می‌شود. این مسئله با تأکید بر احترام به کثرت‌گرایی و مشارکت شهروندان، به‌نحوی «دموکراسی قضایی»<sup>۳۳</sup> را در نسل نوین حقوقی پدید آورده است (Manfrediand Rush, 2013: 35). نظارت قضات بر اعمال دولتی موجب ایجاد «نظام اداری صحیح و عادلانه»<sup>۳۴</sup> و تضمین حقوق شهروندی می‌شود. تدوین‌کنندگان قانون مدیریت خدمات کشوری با توجه به ارزش‌های اداره خوب و اصول مدرن حقوق اداری، بسیاری از اصول مهم و جدید حقوق اداری، همچون اصل برابری، اصل شفافیت و اصل پاسخگویی را در این قانون مورد توجه قرار داده‌اند (هداوند، ۱۳۹۱: ۲۳۸) و قضات در دادرسی اداری، بعضاً چنین اصولی را مستدل آرای خود قرار داده‌اند. این مسئله ناشی از تحول اندیشه‌ها و رویکردهایی است که در طول تاریخ به اداره و نحوه تعامل آن با شهروندان وجود داشته است (هداوند، ۱۳۹۱: ۴۴).

قضات که با شکایت افراد نسبت به عملکرد دولت مواجه می‌شوند، در صورتی از روش‌های جبران قضایی برای دفاع از حقوق شهروند استفاده می‌کنند که منافع عمومی نیز در اقدام یا تصمیم دولتی لحاظ نشده باشد. بدین‌معنا که دادستان، عمل دولتی را ناقض حقوق عمومی بیان کند و قاضی نیز تشخیص دادستان را صحیح بداند. دفاع از منافع شهروندان به این معنا نیست که همواره منافع شهروند معترض به اقدام متعرضانه دولتی نسبت به حقوق خویش، مدنظر دادگاه باشد، بلکه ملاحظه حقوق عمومی در اولویت رویکرد قضات قرار دارد؛ حقوق عمومی ایجاب می‌کند که منافع جامعه بر منافع فردی تقدم داشته باشد (Cane, 2009: 212-218) که این مسئله مقتضای عدالت است و چه‌بسا حق افراد (که در واقع در راستای عدالت به آن‌ها اعطا شده) به‌سبب حفظ منفعت عمومی از آن‌ها سلب شود و این به‌منزله نقض حق نیست. در بعضی موارد، اقدامات سلبی دولت نسبت به حقوق افراد جامعه، در راستای حفظ منافع عمومی و اجرای مؤثرتر حقوق بشر است (Goldrick, 2004: 388)؛ با توجه به اینکه چنین مسئله‌ای اجرای مؤثرتر حقوق بشر است، سلب حق نه‌تنها در تعارض با دموکراسی نیست، بلکه از

مهم‌ترین مسائل مطروحه در حوزه رعایت دموکراسی تلقی می‌شود (Kahler, 2000: 661-683) و قاضی چنین عمل دولتی را ناقض حقوق شهروندی قلمداد نمی‌کند. از این رو احیای حقوق عامه به منزله توجه خاص دادستان به امر حقوق عمومی است. در دعاوی مطروحه نزد دادگاه‌ها که موارد نقض حقوق عمومی به اطلاع دادستان می‌رسد، وی این موارد نقض را در یک دادرسی عمومی نزد قاضی دادگاه مطرح می‌کند.

## ۷-۲. کنترل متکثر درون جامعه

از مهم‌ترین و شاید مؤثرترین راهکارها برای تسهیل امر احیای حقوق عامه، تضمین نظام کنترلی چندپارچه یا متکثر است. نظام‌های حقوقی مدرن علاوه بر مدل کنترل سلسله‌مراتبی دولتی بر سازمان‌ها، نظام ترکیبی نظارتی دولتی و مردمی را در فرایند کنترل رفتارهای اشخاص در جامعه پذیرفته است که دارای سازوکار کنترلی چندگانه (مردمی و دولتی) هستند و از طریق آن، رفتارهای تمامی اشخاص را به‌دقت در زیر ذره‌بین ارزیابی با ارزش‌های حکمرانی مطلوب قرار داده‌اند و ترکیبی از دولت و جامعه را در فرایند کنترل جامعه پذیرفته‌اند (Offe, 2000: 71-93)؛ تقویت سازوکارهای اعمال اصول حکمرانی مطلوب مانند اصل شفافیت و نیز نهادهای مردمی همچون نهادهای خودجوش مردمی، احزاب، گروهک‌ها و انجمن‌ها می‌تواند گام مؤثری در راستای عینیت یافتن نظارت مردمی باشد، که در این زمینه، رسانه نقش مهمی ایفا می‌کند. همواره، شفافیت عملکردها و جریان آزاد اطلاعات و افشاگری از مهم‌ترین راهبردهای کلان اصلاح نظام اداری و مبارزه با سیاست‌زدگی و فساد است (ذاکر صالحی، ۱۳۹۱: ۱۹۳) که به‌دلیل ایجاد بستر مناسب برای نظارت عموم مردم بر اقدامات نهادهای اداره امور کشور بسیار مؤثر و حائز اهمیت است. اساساً نظارت همگانی امری است که در نظام اسلامی هم بسیار بر آن تأکید شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۷۶-۷۹). از این رو از طریق این نوع نظارت متکثر، به‌راحتی می‌توان موارد تضییع حقوق عامه را به اطلاع دادستان برای احیای آن رسانید. البته باید توجه داشت که وجود نظام نظارتی چندگانه نباید باب دخالت بی‌مورد ناظران به‌خصوص دادستان را در امور اجرایی دولتی باز کند، به‌نحوی که در اجرای امور اختلال ایجاد کند و با نظارت یا واخواست‌های متعدد و طرح سؤالات متعدد با چالش کشیدن مقام اجرایی، فرایند اداره امور را با کندی مواجه سازد. باید توجه داشت که نظارت نباید با دخالت اشتباه گرفته شود؛ این دو، دو امر جداگانه‌اند و نباید نظارت به‌نحوی باشد که بستر دخالت و برهم زدن اصل تفکیک قوا را به‌وجود بیاورد. این امر نسبت به دادستانی در ماده ۱۳ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه تصریح شده است که اقدامات نظارتی دادستان در امر حقوق عامه: «... موجبات تداخل در وظایف سازمان‌ها و نهادهای مربوط را فراهم



نمی‌نماید و کسب اطلاعات دادستان نیز باید به صورت قانونی و از طریق متعارف باشد».

### ۷-۳. وضع قانون خاص

بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی در مقام بیان رسالت‌های قوه قضاییه به احیای حقوق عامه اشاره دارد و باید از طریق تصویب قوانین، سازوکار اعمال این سیاست تعیین شود. از چالش‌های اساسی موجود در قانون اساسی، ابهام در مفهوم حقوق عامه است. آنچه محل مناقشه است، عدم حصر تکلیف «احیای حقوق عامه» در حیطه وظایف دادستانی است. از این رو تبیین این مفهوم و تعیین فرایند اعمال آن، توسط مقنن در قالب قانون امری بسیار مهم است. اینکه در اعمال تکلیف مقرر در بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، چه فرایندها و روش‌هایی باید توسط دولت به کار گرفته شود و همچنین چه سازوکار خاصی برای آن باید پیش‌بینی شود، مصادیق حقوق عامه کدام‌اند و کدام مراجع در فرایند کلی ایفای این وظیفه مهم صالح هستند، همه از مواردی است که باید مورد توجه قانونگذار قرار گیرد و قواعد حقوقی مشخص و دقیقی برای آن پیش‌بینی شود. در زمینه قواعد مدون امر «احیای حقوق عامه» به طور خاص فقط «دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه» وجود دارد که اولاً مقرر درون‌سازمانی است و اعتبار قانون را ندارد؛ ثانیاً مشتمل تنها ۲۰ ماده است که بسیار مجمل است؛ ثالثاً همان‌طور که از دستورالعملی بودن آن نیز محرز است، صرفاً ناظر بر فرایند شکلی نحوه اجرای این تکلیف قانونی است. از این رو لزوم وجود قانون جامع و خاصی برای احصای سازوکارها، فرایندها، روش‌ها و مراجع صالح احیای حقوق عامه و نیز مصادیق این حقوق، در نظام حقوقی کشورمان به شدت احساس می‌شود.

لایحه صیانت از حقوق عامه در راستای رفع این ایراد اخیراً توسط قوه قضاییه در حال تدوین و نهایی شدن است که این لایحه نیز با وجود محاسن و فتح باب در این زمینه که برخی ایرادات را رفع می‌کند، همچنان واجد برخی اشکالات ماهوی و شکلی است که برای تحقق مطلوب احیای حقوق عامه قبل از تبدیل آن به قانون باید رفع شود.<sup>۳۵</sup>

### نتیجه‌گیری

مسئله احیای حقوق عامه امری است که به دلیل وجود چالش‌هایی با موانعی برای تحقق روبه‌روست. از جمله مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: ابهام در مفهوم، نارسایی در قوانین، تداخل وظایف قوا و مشکلات اجرایی. یکی از چالش‌های اساسی موجود در قانون اساسی، ابهام در مفهوم «احیای حقوق عامه» است و اینکه قانونگذار قانون اساسی، این وظیفه را محصور در حدود اختیارات مقام قضایی خاصی نکرده و قواعد حقوقی مشخصی آن را تبیین نکرده است.

شاید بتوان مهم‌ترین چالش در احیای حقوق عامه را نارسایی در قوانین دانست. اساساً مقنن به این امر توجه خاصی مبذول نداشته است و قواعد حقوقی مبهم و پراکنده در قوانین موضوعه وجود دارد که اغلب ناظر بر دادرسی دعاوی عمومی از سوی دادستان است. نبود قانون خاص در تبیین امر مهم «احیای حقوق عامه» و فرایند تحقق آن اعم از روند نظارتی و دادرسی این مسئله را با چالش بسیاری روبه‌رو کرده و رویه قضایی نیز در ایفای این تکلیف قانونی، بیشتر بر هنجارهای حقوقی حاکم بر دادرسی دعاوی عمومی توسط دادستان متمرکز شده است و عملاً در این حوزه صرفاً بر اقدامات قضایی دادستان اکتفا شده است. از این رو ما با نقص قانونی مواجهیم، این در حالی است که «احیای حقوق عامه» از اصلی‌ترین وظایف قوه قضاییه است.

مسئله چالشی دیگر در امر احیای حقوق عامه، تداخل در وظایف قواست. اگرچه قانون اساسی، این تکلیف را مطابق بند ۲ اصل ۱۵۶ بر عهده قوه قضاییه گذارده است و با توجه به رویه‌ای که اتخاذ شده، دادستان متکفل این امر است اما در عمل با تداخل اقدامات ارکان دولت در این مورد مواجهیم. ستادهای حقوق بشردوستانه، نهاد ریاست جمهوری و همچنین نهادهای وابسته به قوای مجریه و مقننه که بعضاً متکفل امر صیانت از حقوق شهروندی هستند، در موارد بسیاری خود را صالح به رسیدگی نسبت به موارد تهدید یا تضییع حقوق عمومی می‌دانند و هریک به‌نحوی از انجا در این موضوعات دخالت می‌کنند. مسئله‌ای که در این میان چالش‌برانگیز است، تداخل وظایف این نهادهای دولتی است که هریک تلاش می‌کنند تا بر پایه صلاحیت خود و اتکا بر ضمانت اجرایی که قانوناً در اختیار دارند، از موارد تضییع حقوق عمومی جلوگیری کنند و نسبت به موارد متخلفانه در ارتباط با حقوق شهروندی برخورد کنند. این مسئله موجب شده است که در عرصه تضمین حقوق عامه با بازیگران مختلف روبه‌رو باشیم که هریک به نوبه خود، خود را صالح در امر می‌دانند و فرایند واحدی که باید از رهگذر دادستانی صورت پذیرد، متحقق نمی‌شود. آنچه در این مورد مغفول مانده است، توجه ناکافی به مقوله فرایند احیای حقوق عامه است. در حقیقت، احیای حقوق عامه مستلزم امر نظارت و دادرسی است. با توجه به رویه‌ای که پذیرفته شده است، دادرسی این امر از سوی دادستان صورت می‌گیرد، اما نظارت می‌تواند چندگانه باشد و تداخل صلاحیت‌ها در امر نظارت اشکالی ندارد و چه بسا بسیار هم خوب است. علاوه بر این‌ها مشکلات اجرایی همچون عدم اطلاع‌رسانی مردمی و نیز عدم تمییز صحیح مقوله نظارت و دادرسی در این حوزه است.

برای رویارویی با این مشکلات در امر احیای حقوق عامه، به‌طور کلی سه راهکار مهم مبتنی بر تجربه نظام‌های حقوقی پیشرفته و مقولات چالشی نظام حقوقی کشورمان، می‌تواند یاری رساند که عبارت‌اند از: الف) کنترل قضایی دقیق بر اعمال دولتی، ب) کنترل متکثر درون جامعه و ج) وضع

قانون خاص. امروزه نظام‌های حقوقی بر امر نظارت قضایی بسیار تأکید می‌ورزند. در ایفای امر احیای حقوق عامه، اگرچه دادستان به‌عنوان مدعی‌العموم می‌تواند حسب اختیارات قضایی خود، بر رفتارهای اشخاص در جامعه نظارت کند، نباید فراموش کرد که ایفای امر نظارت تنها بر دوش دادستان نباید قرار گیرد و تمامی ارکان در جامعه برای این امر باید به‌کار روند. یکی از سازوکارهایی که به این مهم جامه عمل می‌پوشاند، امر نظارت قضایی بر اعمال اشخاص، به‌خصوص دولت است. از مهم‌ترین و شاید مؤثرترین راهکارها برای تسهیل امر احیای حقوق عامه، تضمین نظام کنترلی چندپارچه یا متکثر است. نظام‌های مدرن حقوقی، امروزه به این نتیجه دست یافته‌اند که نظام کنترلی واحد دولتی تنها نمی‌تواند موجب تضمین حقوق عمومی افراد شود. از این‌رو تنوع سازوکارهای کنترلی برای تضمین حقوق شهروندان پیش‌بینی شده است. نظام‌های حقوقی مدرن علاوه بر مدل کنترل سلسله‌مراتبی دولتی بر سازمان‌ها، نظام ترکیبی نظارتی دولتی و مردمی را در فرایند کنترل رفتارهای اشخاص در جامعه پذیرفته است. بنابراین دارای سازوکار کنترلی چندگانه‌اند. از این‌رو با پیش‌بینی نظام چندپارچه نظارتی (مردمی و دولتی) رفتارهای تمامی اشخاص را به‌دقت در زیر ذره‌بین ارزیابی با ارزش‌های حکمرانی مطلوب قرار داده و ترکیبی از دولت و جامعه را در فرایند کنترل جامعه پذیرفته‌اند. راهکار مؤثر دیگر وضع قانون خاص است. تبیین مفهوم احیای حقوق عامه و تعیین فرایند اعمال آن، توسط مقنن در قالب قانون امری بسیار مهم است. اینکه در اعمال تکلیف مقرر در بند ۲ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، چه فرایندها و روش‌هایی باید توسط دولت به‌کار گرفته شود و همچنین چه سازوکار خاصی برای آن باید پیش‌بینی شود، همه از مواردی است که باید از سوی قانونگذار مورد توجه قرار گیرد و قواعد حقوقی مشخص و دقیقی برای آن پیش‌بینی شود.

## یادداشت‌ها

۱. برای نمونه غمامی، ۱۳۹۷؛ تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷ (این کتاب دربردارنده محتوای سه گزارش پژوهشی و گزارش نشست بدین شرح است که در پژوهشگاه قوه قضاییه انجام شده است: تنگستانی، ۱۳۹۴؛ مهرآرام، ۱۳۹۵؛ مرادی برلیان، ۱۳۹۶).

## 2. Hohfeld.

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم حقوق عامه ر.ک: عباسی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۱-۸۷؛ تنگستانی، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۷: ۸۰-۹۰؛ تنگستانی، ۱۳۹۴: ۱۸-۲۹؛ غمامی، ۱۳۹۷: ۷۴-۷۶.  
 ۴. نقره‌کار، محمدصالح، «چه کسی حقوق عامه را تضمین می‌کند؟»، نوشته‌شده در ۱۳۹۰/۲/۲۱، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

<http://noghrekar.ir/post-9.aspx>

۵. ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۶. ماده ۲۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۷. ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۸. مواد ۲۰ و ۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۹. تبصره ۱ ماده ۳۱ آیین‌نامه قانونی و مقررات اجرایی سازمان زندان‌ها و اقدامات تأمینی کشور مصوبه ۱۳۷۲.
۱۰. ماده ۳۳ قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶.
۱۱. ماده ۲۱ لایحه قانونی مربوط به استقلال کانون کارشناسان رسمی مصوب ۱۳۵۸.
۱۲. ماده ۱۲ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی.
۱۳. تبصره ۱ ماده واحده قانون خرید اراضی کشاورزی برای تأمین نیازمندی‌های صنعتی و معدنی مصوب ۱۳۴۸.
۱۴. ماده ۵۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.
۱۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک: عباسی و همکاران (در دست چاپ).
۱۶. ماده ۲۹۳ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲.
۱۷. مانند ستاد حقوق بشر قوه قضاییه به موجب آیین‌نامه مورخ ۲۷ شهریور ۱۳۸۰ قوه قضاییه که در ماده ۵ آن وظایف و صلاحیت‌های ستاد در زمینه حقوق بشر تعیین شده است. در موارد متعددی این وظایف در راستای حقوق عامه تلقی می‌شود.
۱۸. به‌طور مثال نهاد ریاست جمهوری با متکفل دانستن خود در این زمینه، ضمن ایجاد معاونت حقوق شهروندی، منشور حقوق شهروندی را منتشر کرد که موارد متعددی از حقوق عامه در آن وجود دارد و متکفل اصلی این وظایف را قوه مجریه می‌داند.
۱۹. مصوبه ۴۳۵ شورای عالی امنیت ملی.
۲۰. ر.ک ماده ۵ آیین‌نامه ستاد حقوق بشر.
۲۱. ماده ۳ دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه.
۲۲. ماده ۴ دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه.
۲۳. ماده ۵ دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه.

## 24. Transparency

25. Case C-345/06., Heinrich. (2009) ECR I-1659; Case T-188/97 Rothmans International BV (supported by Sweden) v European Commission (1999).

26. W v. Egdell (1990) 1 All ER 835.

**27. Accountability**

۲۸. عباسی و همکاران، ۱۳۹۸.

۲۹. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلسه نهم، نجفقلی حبیبی.

۳۰. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلسه نهم، عبدالله نوری.

۳۱. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلسه نوزدهم، اسدالله بیات.

۳۲. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، جلسه نوزدهم، محمد دانشزاده مؤمن.

**33. Judicial Democracy.**

۳۴. اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.

۳۵. برای مطالعه لایحه و نقد و بررسی انجام شده در خصوص آن ر.ک: کبگانی و نصرالهی نصرآباد (۱۳۹۹).

## منابع

## الف: فارسی

۱. تنگستانی، محمدقاسم؛ مرادی برلیان، مهدی؛ مهرآرام، پرهام (۱۳۹۷)، گفتارهایی در باب نهاد دادستانی و احیای حقوق عامه، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۲. تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۴)، گزارش پژوهشی «درآمدی بر مسئولیت قوه قضاییه در احیای حقوق عامه با تأکید بر وظایف سازمان‌ها و نهادهای عمومی»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ پنجم.
۴. ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۹۱)، راهبردهای مبارزه با فساد اداری، تهران: جنگل، چ دوم.
۵. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی.
۶. عباسی، محمود؛ افشاری، فاطمه؛ پتفت، آرین؛ دهقانی، پرویز (۱۳۹۸)، حقوق شهروندی؛ از حقوق ملت تا احیای حقوق عامه، تهران: حقوقی.
۷. علیزاده، یداله (۱۳۸۸)، نشست تخصصی «وظایف و اختیارات دادستان کل کشور»، معاونت پژوهش‌های حقوقی قوه قضاییه / گروه پژوهشی حقوق (برگزارکننده)، مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۶، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی پژوهشکده تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام در صفحه:  
<http://www.csr.ir/departments.aspx?abtid=01&depid=49&semid=368>
۸. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد.
۹. غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۷)، «الگوی احیای حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی»، حقوق اسلامی، سال پانزدهم، ش ۵۸.
۱۰. قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۷۲)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ چهارم.
۱۱. کبگانی، محمدحسن؛ نصرالهی نصرآباد، علیرضا (۱۳۹۹)، گزارش کارشناسی نقد و بررسی لایحه صیانت از حقوق عامه، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

۱۲. مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۶)، گزارش نشست علمی «جایگاه و صلاحیت‌های نهاد دادستانی در نظم حقوقی ایران از منظر حقوق عمومی با نگاه ویژه به احیای حقوق عامه»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

۱۳. مهرآرام، پرهام (۱۳۹۵)، گزارش پژوهشی «مطالعات تطبیقی جایگاه و صلاحیت دادستان»، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

۱۴. نقره‌کار، محمد صالح (۱۳۸۹)، «آیا حقوق عامه، متولی دارد؟! دادستان، تضمین‌کننده اعطا و استیفای حقوق عامه»، قابل دسترسی در: پایگاه اینترنتی دادگستری کل استان اصفهان در صفحه:

<http://www.dadesfahan.ir/Portals/dadesfahan.ir/PaperAttch/470.htm>

۱۵. ----- (۱۳۸۷)، «بررسی نحوه تأمین حقوق عمومی و خصوصی چه کسی حقوق عامه را تضمین می‌کند، روزنامه کیهان، ش ۱۹۱۶۶، ۸۷/۶/۵».

۱۶. ----- (۱۳۸۸)، نقش دادستان در صیانت از حقوق عامه، تهران: جنگل، جاودانه.

۱۷. ----- (۱۳۹۰)، دستگاه قضایی، پیکره‌ای منسجم با اهدافی واحد، قابل دسترسی در: پایگاه اینترنتی دادستانی کل کشور در صفحه:

<http://www.dadsetani.ir/Portals/dadsetani.ir/PaperAttch/1025.htm>

۱۸. هادی، دادیار (۱۳۹۰)، نقش دادستان در حفظ حقوق عامه و چالش‌های قانونی و اجرایی آن، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران (پردیس قم).

۱۹. هداوند، مهدی (۱۳۹۱)، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی

ب: لاتین

1. Bamforth, Nicholas & Leyland, Peter (2013), *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford University Press.
2. Beckett, Julia (2010), *Public Management and the Rule of Law*, M. E. Sharpe.
3. Cane, Peter (2009), *Administrative Tribunals and Adjudication*, Hart Publishing Oxford.
4. Curtin, Deirdre and Wessel, Ramses A. (2005), *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, Intersentia nv.

5. Goldrick, D. Mc (2004), "The Interface Between Public Emergency Powers and International Law", International Journal of Constitutional Law, Vol. 2.
6. Hall, Jerome (1943), "Interrelations of Criminal Law and Torts", Columbia Law Review, 753, No.7.
7. Hofmann, Herwig C.H.; Rowe, Gerard C. & Türk, Alexander H. (2011), Administrative Law and Policy of the European Union, Oxford University Press.
8. Hohfeld, Wesley Newcomb (2012), Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and Other Legal Essays, Hard Press Publishing.
9. Kahler, M. (2000) "Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization", International Organization, Vol. 54, No. 3.
10. Linden, Allen M. (1976), "Public Law and Private Law: The Frontier from the Perspective of a Tort Lawyer", Les Cahiers de droit, Vol. 17, No. 4.
11. Manfredi, Christopher & Rush, Mark (2013), Judging Democracy, University of Toronto Press.
12. Matei, Lucica; Vašiček, Davor & Kaštelan-Mrak, Marija (2011), European Administrative Space. Balkan Realities, Matei Lucica.
- Offe, C. (2000), **Civil Society and Social Order: Demarcating and Combining Market, State and Community**, Revue Europeenes de Sociologie XLI.

### References

1. Tangestani, Mohammad Ghasem and Moradi Berlian, Mehdi and Mehraram, Parham (2018), *Discourses on the Prosecutor's office and the Restoration of Public Rights*, Tehran, Press and Publications Center of the Judiciary.
2. Tangestani, Mohammad Ghasem (2015), Research Report "An Introduction to the Responsibility of the Judiciary in the Restoration of Public Rights with Emphasis on the Duties of Public Organizations and Institutions", Tehran, Press and Publications Center of the Judiciary.
3. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2013), *Mediator in Legal Terminology*, Tehran, Ganj-e-Danesh, fifth edition.
4. Zaker Salehi, Gholamreza (2012), *Anti-Corruption Strategies*, Tehran, Jangal Publications, Second Edition.
5. Detailed minutes of the discussions of the Constitutional Review Council
6. Abbasi, Mahmoud and Afshari, Fatemeh and Petoft, Arian and Dehghani, Parviz (2019), *Citizenship Rights; From the rights of the nation to the revival of public rights*, Tehran, Legal publication of justice.
7. Alizadeh, Yadallah (2009), symposium on "Duties and Powers of the Attorney General", Deputy of Legal Research of the Judiciary / Law



Research Group (Organizer), dated 5/26/2009, available on the website of the Strategic Research Institute of the Diagnosis Assembly Expediency of the system on the page:

<http://www.csr.ir/departments.aspx?abtid=01&depid=49&semid=368>

8. Amid Zanjani, Abbas Ali (2007), *Fundamentals of the Constitutional Rights of the Islamic Republic of Iran*, Tehran, Majd Publications.

9. Ghamami, Seyed Mohammad Mehdi (2018), "Pattern of the Restoration of of public rights with the change in the system of norms and judicial structures", *Islamic Law*, Fifteenth Year, No. 58.

10. Ghazi, Seyed Abolfazl (1993), *Constitutional Law and Political Institutions*, Tehran, Tehran University Press, Fourth Edition.

11. Kabgani, Mohammad Hassan and Nasrollahi Nasrabad, Alireza (2020), *Expert Report on the Review of the Bill of Protection of Public Rights*, Tehran, Press and Publications Center of the Judiciary.

12. Moradi Berlian, Mehdi (2017), *Report of the scientific conference "The position and competencies of the prosecutor's office in the Iranian legal order from the perspective of public law with a special focus on the revival of public rights"*, Tehran, Judiciary Press and Publications Center.

13. Mehraram, Parham (2016), *Research Report "Comparative Studies of the Position and Competence of the Prosecutor"*, Tehran, Press and Publications Center of the Judiciary.

14. Noghrehkar, Mohammad Saleh (2010), "Does public law have a trustee?! Prosecutor, guarantor of granting and enforcing public rights", available at: *Isfahan Justice Department website*:

<http://www.dadesfahan.ir/Portals/dadesfahan.ir/PaperAttch/470.htm>

15. Noghreakar, Mohammad Saleh (2008), "Study on how to ensure public and private rights and who guarantees public rights", *Kayhan newspaper*, No. 19166, 5/6/87.

16. Noghrehkar, Mohammad Saleh (2009), *The role of the prosecutor in the protection of public rights*, Tehran, Jangal Publications, Javadaneh.

17. Noghrehkar, Mohammad Saleh (2011), "Judiciary, a body cohesive with single goals", in *the Attorney General official website* available at:

<http://www.dadsetani.ir/Portals/dadsetani.ir/PaperAttch/1025.htm>

18. Hadi, Dadiar (2011), *The Role of the Prosecutor in Protecting Public Law and Its Legal and Executive Challenges*, PhD Thesis in Criminal Law and Criminology, University of Tehran (Qom Campus).

19. Hadavand, Mehdi (2012), *Principles of Administrative Law*, Tehran, Khorsandi Publications.



## نابسامانی نظام مالیاتی در تحلیل و جمع مواد ۶۶ و ۷۲ قانون مالیات مستقیم و پیشنهادهایی برای اصلاح قانون

منصور عشق پور<sup>۱\*</sup>، محمدرضا عباسی<sup>۲\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.232

### چکیده

جمع بین مواد ۶۷ و ۷۲ قانون مالیات‌ها از ابعاد مختلف با دشواری‌هایی مواجه است؛ اینکه معاملات املاک از نظر مالیاتی در چه صورتی انجام نمی‌گیرد و به چه نحوی فسخ یا اقاله می‌شود، فسخ براساس حکم مراجع قضایی به چه معناست، از جمله آن‌هاست. مشکل این است که نظام قضایی ما تحقق معاملات قطعی املاکی را که سابقه ثبتی دارند، برخلاف ماده ۴۸ قانون ثبت بدون تنظیم سند رسمی نیز می‌پذیرد، ولی این امر به موجب تبصره‌های ماده ۵۳ ق.م.م برای اداره مالیاتی امکان‌پذیر نیست. البته این تلقی اگرچه صحیح است، آثار نامطلوبی دارد، از جمله اینکه تا زمانی که سند رسمی تنظیم نشده، از نظر قانونی فروشنده، مؤجر فرض می‌شود و باید مالیات بر اجاره املاک پرداخت کند، البته درباره واگذاری حق سرقفلی این اشکال وجود ندارد، چراکه بیشتر نویسندگان به‌ویژه بعد از تصویب قانون روابط مؤجر و مستأجر، واگذاری حق سرقفلی را با صرف ایجاب و قبول می‌پذیرند. در این پژوهش که به روش توصیفی و تحلیلی صورت می‌پذیرد، بعد از تحلیل هریک از دو ماده ۷۲ و ۶۷ پیشنهادهایی به مجلس شورای اسلامی، برای رهایی از این معضل ارائه شده است.

واژگان کلیدی: اقاله، انجام نشدن معامله، قانون مالیات‌ها، فسخ، مواد ۶۶ و ۷۲.

دانش آموخته دکتری، گروه حقوق، واحد گرمی، دانشگاه آزاد اسلامی، گرمی، ایران.

\* Email: m.eshghpour91@gmail.com

دانش آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تحصیلات تکمیلی پیام نور دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

\*\* Email: mra1390@yahoo.com



## مقدمه

در در نظام حقوقی همواره سؤالی مطرح است، اینکه آیا معاملات املاک و انتقال سرقفلی تشریفاتی بوده یا رضایی هستند؟ این سؤال به شکل جدی‌تر در حقوق مالیات‌ها مطرح است، به‌گونه‌ای که پاسخ این سؤال آثار متعددی داشته و پرونده‌های معتناهی در هیأت‌های حل اختلاف مالیاتی در این باره در جریان است، چگونگی انتقال ملک و سرقفلی از این حیث مهم است که اگر مقررات مالیاتی انتقال را به رسمیت نشناسد، با خریدار به‌مثابه مستأجر برخورد می‌کند و مالیات اجاره املاک مطالبه می‌شود و اگر آن را بپذیرد، از آن مالیات نقل و انتقال قطعی و چه‌بسا مالیات بسازوبفروشی یا مالیات انتقال حق واگذاری مطالبه می‌کند (مالکی مقدم، ۱۳۸۲: ۴۶). پاسخ به این پرسش‌ها در گرو جمع مواد ۶۷ و ۷۲ ق.م.م است. در نظام مالیاتی جمع این دو ماده به این دلیل با مشکل مواجه است که قانون مالیات‌ها در فصل املاک، با نظم حقوق ثبت گره خورده است و به‌نظر می‌رسد قانون مالیات‌ها به پیروی از نظر برخی اساتید حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۷) و به استناد ماده ۴۸ قانون ثبت تحقق معاملات املاک را تشریفاتی تلقی کرده است. این در حالی است که امروزه دادگاه‌ها به تبعیت از فقهای امامیه (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۲۲) و با توجه به حقیقت امر، تنظیم سند رسمی را شرط صحت معاملات غیرمنقول نمی‌دانند (صفایی، ۱۳۹۵: ۵۰). ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نیز رویه دادگاه‌ها را به‌ترتیب ذیل تثبیت کرده و نظام قانون ثبت را متزلزل و با دوگانگی مواجه کرده است: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که براساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

برای تحلیل مواد ۶۷ و ۷۲ ابتدا باید بدانیم که معاملات به‌ویژه معاملات املاک به تعبیر ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها در چه صورتی انجام می‌گیرد. شایان ذکر است که فهم بسیاری از مواد فصل مالیات بر درآمد املاک متأثر از تفسیر مواد ۶۷ و ۷۲ قانون مالیات‌های مستقیم است. در این پژوهش بعد از تحلیل مواد ۶۷ و ۷۲، پیشنهادهایی به مجلس محترم شورای اسلامی ارائه می‌شود که در صورت تصویب آن‌ها، علاوه بر رفع مشکلات اساسی این دو ماده، منبع جدید مالیاتی ایجاد می‌شود، از فساد اداری کاسته می‌شود و چه‌بسا برخی از معضلات اجتماعی نیز از بین برود.

## ۱. چگونگی تحقق عقود

عقد از لحاظ چگونگی انعقاد به سه گروه تقسیم می‌شود: الف) عقد رضایی؛ ب) عقد تشریفاتی و ج) عقد عینی.

الف) قراردادهای رضایی: در قراردادها، اصل بر رضایی بودن آنهاست، در انشا و ابراز آن، شکل خاصی معتبر نیست و در وقوع یا نفوذ خود نیازی به تشریفات صورتی، الفاظ مخصوص یا تسلیم مورد معامله ندارد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱: ۲۲۱). این قاعده، قاعده‌ای استقرایی است که از نتایج اصل حاکمیت اراده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۷). در این نوع قراردادها، با تحقق رکن اخیر، یعنی قبول، قرارداد تحقق پیدا می‌کند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱: ۷۵).

ب) قراردادهای عینی: این قراردادها علاوه بر ایجاب و قبول منوط به تسلیم موضوع تعهد یا تملیک است. نمونه بارز این نوع عقود، عقد وقف، بیع صرف، رهن و هبه است. شمار این نوع عقود محدود است و چهره استثنایی دارد (دیانی، ۱۳۹۵: ۷۹). با این حال، عینی بودن پاره‌ای از عقود معین، مانند عقد قرض، عارضه و ودیعه مورد تردید است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۰ و ۴۹).

ج) عقد تشریفاتی: در تعریف عقد تشریفاتی گفته‌اند: «عقدی است که علاوه بر اجتماع تمامی شرایط اساسی برای صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر گردیده، تشریفات صوری مخصوصی را لازم دارد تا بتواند دارای آثار قانونی شود» (امامی، ۱۳۷۶: ۱۸۳). همچنین در تعریف آن گفته‌اند: «پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا با واژه‌های خاص باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۷).

### ۱-۱. تحقق معامله نسبت به املاک

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که معاملات املاک به چه نحو انجام می‌گیرد. اگر این نوع معاملات با صرف ایجاب و قبول صورت پذیرد، با تحقق جزء اخیر علت تامه، یعنی قبول صورت می‌پذیرد؟ در این باره بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. با اینکه پاره‌ای از اساتید حقوق معتقدند که در قانون مدنی ایران عقود تشریفاتی که بدون انجام تشریفات باطل شناخته شود، وجود ندارد. ایشان معاملات املاک را نیز از این نوع دانسته و بیان داشته‌اند: «لزوم ثبت معاملات راجع به املاک و هبه‌نامه و صلح‌نامه و شرکت‌نامه برای اثبات آن در مقامات صالحه است، نه آنکه بدون ثبت معامله صحیح شناخته نشود» (امامی، ۱۳۷۶: ۱۸۳).

این در حالی است که پاره‌ای از اساتید حقوق تمامی عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک ثبت شده را تشریفاتی دانسته‌اند. برخی حقوقدانان در این باره بیان فرموده‌اند: «بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک ثبت شده و همچنین املاکی که ثبت نشده، ولی در نقاطی واقع است که وزارت دادگستری

مقتضی می‌داند، باید با سند رسمی انجام شود». ماده ۴۸ در مقام بیان ضمانت اجرای این حکم می‌گوید: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد» (کاتوزیان: ۱۳۷۶: ۹۲).

همچنین گفته‌اند: «از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که عقد تشریفاتی «پیمانی است که تراضی آن باید همراه با تشریفات یا با واژه‌های خاص باشد»، و گرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به بار نمی‌آورد. نمونه بارز این‌گونه قراردادها خرید و فروش املاک ثبت شده است...» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۷). همچنین گفته‌اند انتقال املاک ثبت شده باید به وسیله سند رسمی انجام گیرد و در دفتر املاک ثبت شود (مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت) و پیش از این تشریفات، انتقال حتی در روابط بین دو طرف نیز اثر ندارد (کاتوزیان: ۱۳۹۵: ۸۸). برخی صاحب‌نظران وقوع بیع املاک را آنچنان در گرو تنظیم سند رسمی دیده‌اند که به بررسی این پرسش پرداخته‌اند که «باید دید، اگر معامله ملکی با سند عادی انجام شود ولی دو طرف در دادگاه به وقوع آن اعتراف کنند، آیا دادگاه می‌تواند حکم به وقوع بیع دهد، یا شناسایی بیع، حتی در روابط بین خریدار و فروشنده نیز با قانون ثبت منافات دارد؟» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۹۳). وی در پاسخ به این پرسش فرموده است: «طبیعی است دادگاه نمی‌تواند سند عادی مورد استناد را برای اثبات بیع بپذیرد، زیرا ماده ۴۸ قانون ثبت او را منع می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۹۴). با وجود انتقاد برخی نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۸۸)، رأی شماره ۱۲۵۲ مورخ ۱۳۲۶/۸/۲۷ صادره از شعبه ۴ دیوان عالی کشور بیان داشته است: «در صورتی که خواننده در دادگاه به صدور سند عادی از ناحیه خود اقرار کند، استناد دادگاه به مواد ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد علیه خواهان مجوزی ندارد».

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، بیشتر احکام دادگاه‌ها در پرتو نظریات فقهای امامیه صادره می‌شود، از این‌رو دادگاه‌ها تنظیم سند رسمی را شرط صحت معاملات غیرمنقول نمی‌دانند و سند عادی را برای اثبات وقوع معاملات می‌پذیرند که با ظاهر ماده ۴۸ قانون ثبت اسناد سازگار نیست (صفایی، ۱۳۹۵: ۵۰).

## ۲-۱. تحقق انتقال حق واگذاری محل

تبصره ۲ ماده ۵۹ قانون مالیات‌ها در تعریف حق واگذاری محل بیان داشته است: «حق واگذاری محل از نظر این قانون عبارت است از حق کسب یا پیشه یا حق تصرف محل یا حقوق ناشی از موقعیت تجاری محل» مفهوم «حق واگذاری محل» از جمله مفاهیم گنگ قانون مالیات‌هاست (عباسی، ۱۳۹۵: ۳۲). با وجود این، از مهم‌ترین مصادیق آن «حق کسب یا پیشه و تجارت» و «حق سرقفلی» است. از این‌رو با تبیین انتقال این نوع حق می‌توان حکم بقیه مصادیق آن را نیز پیدا کرد.

نسبت به حق کسب و پیشه و تجارت و سرقفلی دو قانون مهم حکومت می‌کند؛ الف) قانون مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶؛ ب) قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶. اینکه حق کسب و پیشه و تجارت یا سرقفلی در چه صورت منتقل می‌شود، نسبت به قانون مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ اختلاف نظر وجود دارد، از ماده ۲ قانون روابط مؤجر و مستأجر و روح قانون مذکور این گونه استنباط می‌شود که انتقال سرقفلی صرفاً با ایجاب و قبول صورت می‌پذیرد (بهرامی، ۱۳۸۴: ۳۷) و نیازی به امر دیگری نیست، ولی همچنان که بیان شد، در مورد اینکه به موجب قانون مؤجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ حق کسب و پیشه و تجارت باید با تنظیم سند رسمی صورت پذیرد یا با اسناد عادی نیز قابل انتقال است، اختلاف نظر وجود دارد؛ عده‌ای در این باره عقیده دارند: «با توجه به ماده ۱ قانون روابط مؤجر و مستأجر که متصرف استیجاری ولو بدون سند رسمی را نیز مشمول این قانون و مستأجر می‌داند که به این ترتیب مستأجر جدید محل کسب قانوناً مستحق سرقفلی است هر چند دارای سند رسمی اجاره و انتقال سرقفلی نباشد و با توجه به اینکه از حیث قانون نویسی تبصره فقط ناظر به ماده قبلی است و به سایر مواد تسری نمی‌یابد. علی‌هذا تبصره ۲ ماده ۱۹ یادشده تنها در محدوده ماده ۱۹ کاربرد داشته و فقط در مورد این ماده قبال اعمال است و لا غیر. یعنی اگر مستأجر محل کسب دارای حق انتقال به غیر باشد تنها به موجب سند رسمی می‌تواند منافع و سرقفلی ناشی از آن را به غیر واگذار کند و اگر حق انتقال به وی تفویض نشده و برای این کار از دادگاه تحصیل اجازه کرده باشد باز برای انتقال باید سند رسمی تنظیم کند و الا چنانچه بدون تنظیم سند رسمی، انتقال صورت گرفته باشد این انتقال از حیث تعلق سرقفلی به مستأجر لاحق معتبر نیست. در غیر مورد مذکور در ماده ۱۹ مثل موردی که انتقال با رضایت مالک صورت می‌گیرد تبصره ۲ ماده ۱۹ قابلیت اعمال ندارد و لزومی به تنظیم سند رسمی برای انتقال سرقفلی به مستأجر لاحق نیست و متصرف جدید مستأجر و صاحب حق کسب و پیشه و تجارت شناخته می‌شود» (نوبخت، بی تا: ۴۶).

گروهی دیگر معتقدند: «با توجه به صراحت تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر دایر به ضرورت تنظیم سند رسمی برای انتقال سرقفلی و اطلاق تبصره ۲، محدوده و منحصر کردن کاربرد آن به ماده ۱۹ خلاف منطوق و مفهوم و ظاهر تبصره مذکور بوده و اجتهاد در مقابل نص است. علی‌هذا در هر حال چه در مورد ماده ۱۹ و چه در هر موردی که محل کسب از مستأجر سابق به لاحق منتقل می‌شود؛ تعلق سرقفلی به متصرف و مستأجر جدید وقتی معتبر است که به موجب سند رسمی باشد...» (نوبخت، بی تا: ۴۷).

برخی محققان نیز نظر بیشتر را بنا به دلایل زیر پسندیده‌اند:

الف) از تبصره ۲ استفاده عموم نمی‌شود، زیرا اولاً؛ تبصره از الفاظ عموم خالی است. ثانیاً؛ اگر بنا به فرض عموم را برای آن بخواهیم در نظر بگیریم، تبصره ۱ ماده ۱۹ و ماده ۱۰ قانون روابط مؤجر و مستأجر آن را تخصیص داده است.

ب) استناد به اطلاق حکم تبصره هم صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا قانونگذار در ماده ۱۹ در مقام بیان وجه و حالت خاصی از ح ک پ ت بوده است (کشاورز، ۱۳۸۳: ۱۴۰). براساس قاعده در ورای بیان وجه خاص نمی‌توان به اطلاق استناد کرد، بلکه باید به دست آورد که گوینده در مقام بیان چه چیزی بوده است (محقق داماد، ۱۳۶۴: ۱۰۱). بنابراین برخلاف انتقال قطعی املاک، ثبوت انتقال حق سرقفلی مستلزم تنظیم سند رسمی نیست.

## ۲. تحقق معاملات املاک و حق واگذاری در قانون مالیات‌ها

سؤالی که در این‌جا مطرح می‌شود این است که معاملات املاک و حق سرقفلی چگونه تحقق پیدا می‌کند، آیا با صرف ایجاب و قبول تحقق می‌یابد یا مستلزم تشریفات خاص است.

### ۲-۱. تحقق معاملات املاک در قانون مالیات‌ها

دلایل متعدد و کافی وجود دارد که نظم قانون ثبت، در قانون مالیات‌ها نیز مراعات شده است و این نیز اگرچه منطبق با قاعده بوده و مطابق اصول است، به‌ویژه اینکه اولاً قانون ثبت به‌عنوان قانون مبنا برای تشخیص مالکیت در مواد ۲۲ و ۴۸ به این امر تأکید داشته است. ماده ۲۲ قانون ثبت مقرر داشته است: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت». ماده ۴۸ نیز بیان داشته است: «سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». به تعبیر دیگر، قانون مالیات‌ها با قانون ثبت مطابقت دارد و سازگار است؛ امری که رعایت آن در قانونگذاری ضرورت دارد (عامری، ۱۳۹۶: ۲۵)؛ ثانیاً؛ دادگاه‌ها به سبب تخصص و جایگاهی که دارند، می‌توانند درباره مالکیت اظهارنظر کنند، ضمن اینکه ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ نیز به دادگاه‌ها این اجازه را داده است.

از استقرا در مواد مختلف از قانون مالیات‌ها این نتیجه حاصل می‌شود که اولاً، تا زمانی که سند رسمی تنظیم نشده باشد، نقل و انتقال املاکی که سابقه ثبتی دارند، تحقق پیدا نمی‌کند؛ ثانیاً خریدار اگر بدون تنظیم سند رسمی بخواهد از ملک منتفع بشود، مستأجر شناخته می‌شود و از مالک مالیات بر اجاره املاک مطالبه می‌شود (عباسی، ۱۳۹۰: ۳۷).



تبصره ۱۰ ماده ۵۳ قانون مالیات‌ها به‌خوبی بیانگر این امر است، این ماده بیان داشته است: «واحدهای مسکونی متعلق به شرکت‌های سازنده مسکن که قبل از انتقال قطعی و طبق اسناد و مدارک مثبت به موجب قرارداد واگذار می‌گردد مادام که در تصرف خریدار می‌باشد، در مدت مذکور اجاری تلقی نمی‌شود و از لحاظ مالیاتی با خریدار مانند مالک رفتار خواهد شد. مشروط بر اینکه مالیات نقل و انتقال قطعی موضوع ماده ۵۹ این قانون به مأخذ تاریخ تصرف پرداخت شده باشد». طرز بیان این ماده و تاریخچه وضع آن نشان‌دهنده این است که حکم این ماده، یک حکم استثنا صرفاً برای شرکت‌های سازنده مسکن است. به‌دلیل حجم فعالیت این شرکت‌ها، گویا این شرکت‌ها فرصت تنظیم سند به نام خریداران را نداشتند و آن‌ها مشمول مالیات مستغلات می‌شدند، از این رو قانونگذار این حکم استثنا را برای این مورد وضع کرده است. به‌دلیل وسعت کار این شرکت‌ها و بوروکراسی اداری فقط به شرکت‌های سازنده مسکن اجازه داده شده است که اگر مالیات نقل و انتقال قطعی خود را بپردازند، حتی اگر واحدهای خود را با قرارداد عادی واگذار کنند، خریدار مالک شناخته شده و مالیات اجاری پرداخت نشود. از طرز بیان این تبصره به‌خوبی مشخص است که این حکم مختص شرکت‌های سازنده مسکن است (قلی، ۱۳۹۰: ۳۴). این امر نه تنها از تبصره مذکور، از مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت و نیز ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها نیز قابل استنباط است که بیان داشته است: «در مواردی که پس از پرداخت مالیات از طرف مؤدی معامله انجام نشود اداره امور مالیاتی مربوط مکلف است بنا به درخواست مؤدی و تأیید دفتر اسناد رسمی مربوط، مبنی بر عدم ثبت معامله ظرف پانزده روز از تاریخ اعلام دفتر اسناد رسمی مالیات وصول شد متعلق به معامله انجام‌نشده را از محل وصولی جاری طبق مقررات این قانون مسترد دارد...». اگر تحقق مالیات با صرف ایجاب و قبول انجام می‌گرفت، امکان عدم انجام معامله بعد از ایجاب و قبول و پرداخت مالیات موجود نبود، ضمن اینکه این ماده عدم تحقق آن را منوط به تأیید دفتر اسناد رسمی دانسته است، که نشان می‌دهد از نظر مالیاتی تحقق معاملات املاک با تنظیم سند رسمی صورت می‌گیرد.

## ۲-۲. اضطراب و پربشانی رویه سازمان مالیاتی نسبت به زمان تحقق حق واگذاری

سؤالی که مطرح می‌شود این است که حق واگذاری محل به چه نحوی و در چه زمانی واگذار می‌شود. همچنان‌که مطرح شد، مهم‌ترین و اصلی‌ترین مصداق حق واگذاری محل، حق سرقتی است. سازمان مالیاتی طی بخشنامه ۲۳۲/۹۶۴/ص مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۹ بیان داشته است: «...در ضمن وفق مفاد رأی شماره ۳۰/۴/۲۰۸۹ مورخ ۱۳۷۴/۳/۲۴ شورای عالی مالیاتی که «تاریخ تحویل یا تصرف یا تنظیم سند رسمی هر کدام که مقدم باشد را تاریخ انتقال حق واگذاری محسوب نموده است»، حق واگذاری محل‌هایی که تاریخ تحویل یا تصرف یا تنظیم

سند رسمی آن در طول (۹۵) بوده طبق مقررات بند ز تبصره ۶ قانون بودجه سال ۹۵ رسیدگی خواهد شد...». دفتر فنی نیز طی نامه شماره ۲۳۲/۹۴۱/ص مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۹ بیان داشته است: «مدیرکل محترم امور مالیاتی

بازگشت به نامه شماره ۱۱۲/۲۰۹/ص مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۸ ...

با در نظر داشتن مفاد بخشنامه شماره ۲۳۰/۹۵/۹۹ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲ در خصوص ابلاغ نظر اکثریت اعضای شورای عالی مالیاتی موضوع صورتجلسه شماره ۶-۲۰۱ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۲ و وفق مفاد رأی شماره ۲۰۸۹/۳۰/۴ مورخ ۱۳۷۴/۳/۲۴ شورای عالی مالیاتی (تصویر پیوست) که تاریخ تحویل یا تصرف یا تنظیم سند رسمی هر کدام که مقدم باشد را تاریخ انتقال حق واگذاری محسوب نموده است...».

همچنانکه در بخشنامه‌های صادره قید شده است، مبنای صدور آن‌ها رأی شماره ۳۰/۴/۲۰۸۹ مورخ ۱۳۷۴/۳/۲۴ شورای عالی مالیاتی است (آخوندی، ۱۳۹۶: ۷۳). در این رأی اکثریت بیان داشته‌اند:

«نظر به اینکه مفاد کلیه قولنامه‌های موجود در پرونده‌های مربوط فقط مبین توافق طرفین معامله برای انتقال حق واگذاری محل مغازه پس از ایجاد ساختمان پاساژ در آینده بوده و برگ پایان کار ساختمان به تاریخ ۱۳۷۱/۹/۱۸ و اعلامیه کتبی فروشندگان دال بر اتمام عملیات ساختمان و آمادگی آن‌ها برای انجام معامله با خریداران، مؤید آن بوده که در تاریخ تنظیم قولنامه‌ها مغازه‌های مورد بحث وجود خارجی نداشته‌اند مضافاً اینکه پرونده‌ها نیز متضمن مدارک و دلایل اثبات، تصرف محل یا شروع فعالیت کسبی خریداران یا تنظیم سند رسمی اجاره نبوده‌اند، علی‌هذا به دلیل عدم احراز انتقال حق واگذاری محل و عدم تحقق درآمد در تاریخ تنظیم قولنامه‌ها مطالبه مالیات از این بابت موجه نبوده بلکه مأمورین تشخیص مالیات و یا هیأت‌های حل اختلاف مالیاتی حسب مورد، باید پس از بررسی‌های لازم و تحقیق کافی تاریخ تحویل یا تصرف مغازه یا تنظیم سند رسمی اجاره، هر کدام را که مقدم باشد تاریخ انتقال حق تعیین و سپس مطابق مقررات قانونی اقدام لازم به عمل آورند. مفاد این رأی به تجویز قسمت اخیر ماده ۲۵۸ یادشده در موارد مشابه نیز لازم‌الاتباع خواهد بود».

اگرچه پرونده مورد بحث شورای عالی مالیاتی در اختیار ما نیست، نمی‌توان به درستی درباره آن نظر داد. با وجود این به نظر می‌رسد آرای اخیر از استحکام قابل قبولی برخوردار باشند. آنچه رأی اکثریت مبتنی بر آن بوده، این است که هنگام گفت‌وگو و مذاکره مغازه‌ای نبوده است و انتقال‌دهنده براساس قولنامه‌ای متعهد می‌شود که مغازه‌هایی با مترژ مشخص را بسازد و تحویل خریدار دهد (عباسی، ۱۳۹۰: ۴۶). این نوع قراردادها حداقل در آن برهه از

زمان، بیع و خرید و فروش محسوب نمی‌شد، و با توجه به اینکه هنوز مورد معامله موجود نیست، نمی‌توان آن‌ها را خرید و فروش محسوب داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۷۴؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۱). از این رو رأی به درستی آن را بیع ندانسته و لذا زمان بیع را منطبق با زمان قولنامه ندانسته‌اند، بلکه زمان آن را منطبق با اولین قرینه و اماره‌ای دانسته‌اند که فروشنده مغازه را به خریدار فروخته است و آن نیز زمان‌هایی است که در رأی قید شده یعنی زمان تحویل، تصرف یا زمان تنظیم سند رسمی است (عباسی، ۱۳۹۹: ۱۳۹).

نتیجه اینکه بخشنامه مذکور که تاریخ تحقق حق واگذاری محل را تاریخ تحویل، تصرف یا تنظیم سند که هر کدام مقدم باشد، دانسته، اشتباه است و هیچ مبنای علمی ندارد، حتی منطبق با رأی شورای عالی مالیاتی نیز نیست، همچنان‌که بیان شد، تحقق حق واگذاری با ایجاب و قبول صورت می‌گیرد و بهترین ملاک برای آن نیز مبیعه‌نامه یا قولنامه است. نهایت اینکه درباره تحقق انتقال سرقفلی نظر اقلیت حقوقدانان را در نظر بگیریم که البته آن نیز مربوط به قانون مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ است و تاریخ تنظیم سند را ملاک قرار دهیم. اینکه تاریخ تحویل یا تاریخ تصرف یا تاریخ تنظیم سند آن هم به این شکل که هر کدام مقدم باشد، در ادبیات حقوقی ما هیچ جایگاهی ندارد (عباسی: ۱۳۸۶: ۳۷).

### ۳. تحلیل مواد ۷۲ و ۶۷

ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها درباره عدم تحقق معاملات املاک و ماده ۶۷ نیز درباره انحلال آن است.

#### ۳-۱. تحلیل ماده ۷۲

بعد از اینکه معامله منعقد شود، یعنی جزء اخیر علت تکمیل شود، معامله انجام‌گرفته محسوب می‌شود. پیشتر بیان شد، اگر معامله صرفاً به ایجاب و قبول تحقق یابد، جزء اخیر قبول خواهد بود. اما اگر معامله، معامله عینی باشد، علاوه بر ایجاب و قبول باید مورد معامله به تصرف خریدار نیز داده شود و جزء اخیر قبض متعامل است. در معاملاتی که تحقق آن‌ها با تنظیم سند صورت می‌پذیرد، جزء اخیر، تنظیم سند است، از این رو تا زمانی که سند تنظیم نشده باشد، معامله صورت نگرفته است (اسدی‌نژاد، ۱۳۹۳: ۱۰۴). با توجه به اینکه دیدگاه ما درباره معاملات املاک به چه نحو باشد، انجام شدن معامله به تعبیر ماده ۷۲ ق.م.م متفاوت خواهد بود، اگر تحقق معامله را با تنظیم سند بدانیم، تا زمانی که سند تنظیم نشده، معامله انجام نگرفته است، لذا معاملاتی که مالیاتی پرداخت کرده باشد، می‌تواند آن را مسترد کند. نه اگر دیدگاه ما مبتنی بر رویه قضایی کشور باشد، با صرف ایجاب و قبول معامله صورت می‌پذیرد، البته در عمل ثبوت ایجاب و قبول در قولنامه و مبیعه‌نامه متبلور می‌شود، از این رو در چنین حالتی

معامله انجام گرفته فرض می‌شود و مالیات معامله انجام گرفته قابل استرداد نخواهد بود. همچنان که بیان شد، به نظر می‌رسد دیدگاه قانون مالیات‌ها بر این است که تحقق معاملاتی که سابقه ثبتی دارند، صرفاً با تنظیم سند صورت می‌گیرد (سنجایی، ۱۳۹۶: ۷۴)، از این رو با عدم تنظیم این نوع اسناد، همچنان که از ماده ۷۲ مشخص است، مالیات قابل استرداد خواهد بود. اما درباره حق سرقفلی همچنان که گفتیم، این گونه نیست و تحقق آن‌ها با قولنامه صورت می‌پذیرد، از این رو با صرف ایجاب و قبول انتقال حق سرقفلی تحقق می‌یابد، اگر قولنامه نوشته شود، مالیات آن قابل استرداد نخواهد بود. با وجود این گفته شد که نظام مالیاتی دیدگاه دیگری دارد و آن این است که اگر محل به تصرف متعامل داده شود یا وی آنجا را تحویل بگیرد یا سند رسمی تنظیم کنند، معامله تحقق یافته فرض می‌شود و معامله قابل استرداد نخواهد بود. این دیدگاه هیچ مبنای علمی ندارد. شایان ذکر است که رویکرد قانون مالیات‌ها نسبت به استرداد مالیات معامله انجام نگرفته رویکرد مناسبی است.

### ۲-۳. تحلیل ماده ۶۷

ماده ۶۷ ق.م.م بیان داشته است: «فسخ معاملات قطعی املاک براساس حکم مراجع قضایی به طور کلی و اقاله یا فسخ معاملات قطعی املاک در سایر موارد تا شش ماه بعد از انجام معامله به عنوان معامله جدید مشمول مالیات موضوع این فصل نخواهد بود». تفاوت این ماده با ماده ۷۲ این است که در این جا معامله انجام گرفته است، ولی سپس بنا به دلایلی منحل می‌شود، آیا در این صورت نیز باید مالیاتی که برای انجام آن پرداخت شده است، مسترد شود؟ بدیهی است که در این صورت مالیات آن نباید مسترد شود، چرا که معامله‌ای انجام گرفته، و مالیات آن نیز پرداخت شده و هیچ دلیلی وجود ندارد که مالیات معامله‌ای که به درستی انجام گرفته است، مسترد شود و این امر از منطوق ماده ۷۲ مشخص است. اما سؤال دیگری که در این جا مطرح می‌شود این است که اگر معامله‌ای که به درستی انجام گرفته، منحل شود، آیا باز باید مالیات پرداخت شود. به تعبیر دیگر، آیا انحلال معامله، خود معامله جداگانه‌ای است تا مشمول مالیات شود یا خیر؟ قانون مالیات‌ها انحلال‌های مذکور را نیز مشمول مالیات دانسته و فقط تحت شرایطی آن‌ها را از پرداخت مالیات معاف کرده است.

### ۴. مالیات بر بطلان معاملات و انحلال آن

سؤالی که قانون مالیات‌ها به آن‌ها جواب نداده، این است که آیا بطلان مالیات مشمول مالیات می‌گردد یا خیر؟

#### ۴-۱. مالیات بطلان معاملات

در تعریف بطلان گفته‌اند: «وصف عملی است که مطابق قانون نباشد و بی‌اثر باشد مانند قمار و بیع صغیر و مجنون. این را بطلان مطلق گویند. (=بطلان ذاتی) در برابر بطلان نسبی (=عدم نفوذ) به‌کار می‌رود مانند وصف عقد ناشی از اشتباه. در فقه بطلان نسبی را موقوف گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۶۱). عوامل بطلان معامله مفصل بوده و از حوصله این وجیز خارج است. فقط باید متذکر شد که بطلان حالت قهقرایی دارد، به تعبیر دیگر، وضعیت طرفین به گذشته بازمی‌گردد، گو اینکه هیچ اتفاقی نیفتاده است، لذا بطلان نه‌تنها خود مشمول مالیات نمی‌شود، بلکه به موجب ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها، مالیات‌های پرداخت‌شده نیز باید مسترد شود. ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها بیان داشته است: «در مواردی که پس از پرداخت مالیات از طرف مؤدی معامله انجام نشود...». یکی از مهم‌ترین و بارزترین مواردی که معامله انجام نمی‌گیرد، بطلان معاملات است، باید متذکر شد که انجام نشدن معامله ممکن است به صورت مختلف باشد، مثلاً قسمت اخیر علت تامه تکمیل نشود. برای مثال در عقود عینی و تشریفاتی، تصرف صورت نگیرد یا سند تنظیم نشود. همچنین ممکن است در شرایط اساسی صحت معامله اختلال ایجاد شود.

#### ۴-۲. ابطال

ابطال را نباید با بطلان اشتباه کرد. در تعریف ابطال گفته‌اند: «از درجه اعتبار، ساقط کردن است. اصطلاحاً از ابطال اعتبار عمل حقوقی (مانند ابطال عقدی از عقود) و یا سندی از اسناد (مانند ابطال سند مالکیت یا سند معارض در معاملات) و یا چیزهای دیگر مانند ابطال ثبت ملک و ابطال دادخواست و ابطال تمبر یا ابطال اعمال اجرایی دادگاه یا اداره ثبت و یا ابطال حکم دادگاه. رد عقد فضولی هم ابطال طرح عقدی است که بین عاقد فضول و اصیل واقع شده است. عقد فضولی، عقد واقعی نیست ولی طرح عقد است. فسخ به‌خیار و نیز اقاله هم متضمن ابطال عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۹). از این رو اگر از یک عمل حقوقی ازاله اعتبار شود، چه به‌وسیله انحلال یا چه از طریق بطلان، ابطال گفته می‌شود. به تعبیر دیگر، ابطال شامل هر دو آن‌ها می‌شود و از نظر حقوق مالیات‌ها ابطال تعبیر چندان جامع و کاربردی نیست. شایان ذکر است که ابطال ممکن است توسط دادگاه صورت پذیرد.

#### ۴-۳. انحلال و مالیات بر انحلال معاملات

پیش از بررسی مالیات بر انحلال لازم است ابتدا مفهوم انحلال معاملات را بررسی کنیم. انحلال قرارداد را نباید با بطلان آن اشتباه کرد، عقد باطل صورتی بی‌معناست که از آغاز نیز

نفوذ و اعتباری نداشته است. ولی در انحلال قرارداد، سببی عقد موجود را بر هم می‌زند و گفته شده است حکم دادگاه، اگر نیازی به وجود آن احساس شود، ناظر بر حدوث همین سبب است (کاتوزیان: ۱۳۸۳: ۳۲۷).

در انحلال قرارداد دو مرحله ممتاز وجود دارد:

الف) از آغاز تراضی تا زمان وقوع سبب انحلال، که قراردادی نافذ بر رابطه دو طرف حکومت دارد؛

ب- از لحظه تحقق سبب انحلال، که سبب گسیختن پیمان می‌شود و عقد را در حکم باطل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۱۴).

انحلال قرارداد ممکن است به سه نحو صورت پذیرد: الف) به تراضی یا همان «اقاله» یا «تفاسخ» (ماده ۲۳۸ قانون مدنی)؛ ب- انحلال ارادی که به تصمیم یکی از دو طرف انجام می‌گیرد. این عمل حقوقی برخلاف اقاله که در شمار قراردادهای می‌آید، ایقاع است و نیاز به تراضی ندارد. این نوع انحلال را «فسخ» گویند و اختیاری را که طرف عقد لازم در فسخ آن دارد، «خیار» می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۸۸-۸۹).

#### ۴-۳-۱. مالیات بر اقاله یا تفاسخ

#### ۴-۳-۱-۱. مفهوم و برخی احکام

در تعریف اقاله گفته‌اند: «تراضی دو طرف عقد است بر انحلال و زوال آثار آن در آینده» (محبوبی، ۱۳۹۴: ۲۷). به تعبیر دیگر اگر طرفین به هر علتی توافق کنند که معامله را منحل کنند، به آن اقاله گویند. در این مورد قانون هیچ‌یک از طرفین را مجبور به انحلال عقد نمی‌کند. در صورتی که مفاد عقد و تعهدهای متقابل اجرا نشده است، اثر عقد محدود به انحلال عقد است. ولی اگر تعهد اجرا شده یا تملیک صورت پذیرفته باشد، عوضین هریک به مالک سابق خود برگردانده می‌شود، بنابراین نقل ملکیت تازه‌ای صورت می‌پذیرد و اگر عوضین تلف شده باشد، ضمان رد مثل یا قیمت عوض تلف‌شده بر عهده مالک بعد از عقد قرار می‌گیرد. سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا در اقاله می‌توان شرط فزونی یا کاستی کرد یا خیر؟ فقهای امامیه درباره لزوم ثابت ماندن تعادل قراردادی اتفاق نظر دارند و مشهور نیز معتقد است که فزونی و کاستی، آن را از ماهیت اقاله خارج می‌کند (صافی، ۱۳۸۵: ۳۱۸).

در اقاله نیز مانند فسخ انحلال قرارداد نسبت به آینده انجام می‌گیرد و برخلاف بطلان در گذشته اثر ندارد، از این رو منافعی که از زمان عقد تا لحظه اقاله به دست آمده از آن خریدار است، چراکه مالک عین بر منافع نیز مالکیت تبعی دارد (امامی، ۱۳۷۶: ۲۳۸).

#### ۴-۳-۱-۲. مالیات بر اقاله معاملات قطعی املاک

همچنان که بیان شد، براساس قانون مالیات‌های مستقیم، معاملات قطعی املاک با تنظیم سند رسمی صورت می‌پذیرد، از این رو اقاله زمانی تحقق پیدا می‌کند که این سند تنظیم شده باشد، همچنان که از ماده ۶۷ مشخص است، بدون تردید معامله اولیه مشمول مالیات می‌شود. اقاله آن نیز اگر تا شش ماه بعد از انجام معامله صورت پذیرد، مشمول مالیات نخواهد بود. شایان یادآوری است اگر معامله‌ای منحل شود، یکی از طرفین به دلیل اقاله اضافه‌ای را پرداخت کند، دیگر این عمل، اقاله نخواهد بود، بنابراین مشمول مالیات خواهد بود. البته در دید عرف تغییرات جزئی قابل چشم‌پوشی است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۲۵). برخی گفته‌اند اگر دو عوض معامله ثابت بماند و شرط ناظر بر تعهد خارجی و اضافی باشد، خلاف مقتضای اقاله نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۸). بنابراین اگر یکی از متعاملانی که خواهان اقاله است، بخواهد مالیات و دیگر هزینه‌های انجام معامله را بپردازد، به اقاله بودن معامله اختلال ایجاد نمی‌کند، چراکه به موجب قاعده اقدام، وی باید این هزینه را متحمل شود، چراکه خود خواهان انحلال عقد بوده است (محمدی، ۱۳۸۳: ۱۲۷).

اما درباره حق سرقفلی یا حق کسب و پیشه و تجارت، همچنان که بیان شد، براساس نظر بیشتر حقوقدانان انتقال این حق از عقود رضایی است، بنابراین به محض ایجاب و قبول (نوشتن قولنامه) تحقق پیدا می‌کند. اگر بعد از آن طرفین بخواهند معامله را اقاله کنند، اگر طی شش ماه از تاریخ انعقاد قرارداد صورت گرفته باشد، مشمول مالیات مجدد نمی‌شود. مجدداً تأکید می‌شود که مالیات پرداخت شده، نسبت به معامله پیشین برگردانده نمی‌شود. البته نظر دفتر فنی سازمان امور مالیاتی بر این نیست.

#### ۴-۳-۲. فسخ معاملات قطعی

##### ۴-۳-۱-۲. مفهوم فسخ

در نظام حقوقی ما در عقد لازم بر هم زدن قرارداد امری است خلاف اصل. به تعبیر دیگر، از نظر قانونی کسی مجاز نیست پیمان را بشکند، مگر در موارد محدود که قانون این اجازه را به کسی بدهد. همان‌طور که بیان شد، انحلال ارادی که به تصمیم یکی از دو طرف صورت می‌پذیرد و در حقیقت نوعی ایقاع است و به تراضی نیاز ندارد، فسخ خوانده می‌شود. برخی از خیاراتی که به موجب آن‌ها طرفین می‌توانند عقد لازم را برهم بزنند عبارت‌اند از:

- **خیار شرط:** منظور این است که ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد (ماده ۳۹۹ قانون مدنی)؛

- **خيار غبن:** هریک از متعاملان که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند (ماده ۴۱۶ ق.م). منظور از غبن «زیانی است که به‌هنگام دادوستد، در نتیجه نابرابری فاحش بین ارزش آنچه باید پرداخته یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می‌گردد، به طرف ناآگاه می‌رسد» (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۸۶)؛
  - **خيار عیب:** اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبيع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبيع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله (ماده ۴۲۲ ق.م).
- از دیگر خيارات، عبارت‌اند از: خيار تدلیس، تخلف از شرط، خيار تفلیس و تعذر تسلیم.

#### ۴-۳-۲. مالیات بر فسخ معاملات قطعی املاک

برای فسخ معامله نیز لازم است معامله انجام گرفته باشد، سپس فسخی صورت بگیرد. پیشتر بیان شد که به موجب قانون مالیات‌ها و قانون ثبت، املاکی که سابقه ثبتی دارند، معاملات آن‌ها با تنظیم سند رسمی صورت می‌پذیرد. این در حالی است که معامله املاکی که سابقه ثبتی ندارند و انتقال حق سرقفلی و کسب و پیشه و تجارت متفاوت از آن‌ها بوده و به صرف ایجاب و قبول تحقق پیدا می‌کند که بهترین ضابطه برای ادارات همان قولنامه یا مبیاعه‌نامه است (عباسی، ۱۳۸۶: ۲۷). در مورد فسخ نیز فقط خود فسخ، آن هم اگر تا شش ماه بعد از انجام معامله صورت پذیرد، مشمول مالیات نخواهد بود. در این‌جا لازم است متذکر شویم که قراردادهای نمونه‌ای وجود دارد که دفاتر اسناد رسمی و بنگاه‌های معاملات ملکی از آن‌ها استفاده می‌کنند. در این قراردادهای طرفین توافق می‌کنند که کافه خيارات ولو خيار غبن فاحش اسقاط شود. بنابراین معاملات قطعی که در دفاتر اسناد رسمی و بنگاه‌های معاملات ملکی صورت می‌پذیرد، در عمل خیاری باقی نمی‌ماند که شخصی بخواهد به آن متوسل شود و معامله را فسخ کند، از این‌رو این نوع معاملات یا اقاله هستند یا معامله جدید محسوب می‌شوند.

#### ۴-۳-۳. فسخ معاملات قطعی املاک براساس حکم مراجع قضایی

این تعبیر قانون مالیات‌ها، از بعد حقوقی مبهم و از بعد مالیاتی غیرقابل قبول است. الف) از بعد حقوقی: اینکه معلوم نیست، منظور قانونگذار از فسخ معاملات قطعی املاک براساس حکم مراجع قضایی، چیست؟ اصولاً فسخ به وسیله اراده صاحب خيار صورت می‌پذیرد و از این‌رو در حقوق ما فسخ عقد از تاریخ اعلان اراده صاحب حق واقع می‌شود و به تأیید دادگاه نیز نیازی ندارد. آنچه از نوشته‌های صاحب‌نظران پیداست، فسخ عقد توسط دادگاه در دو صورت انجام می‌پذیرد: یک- درباره این تردید که مدعی فسخ عقد، اختیار انحلال را



دارد یا باید ملتزم به عقد باقی بماند؟ دادگاه در پاسخگویی به این پرسش وارد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۴۶)؛ دو- برخی صاحب‌نظران درباره مفهوم فسخ دادگاه نوشته‌اند: «نظر جماعتی این است که در فرض امتناع متعهد از اجرای تعهد عقدی، متعهدله، باید برای فسخ عقد به دادگاه رجوع کند تا قاضی، وقوع امتناع را احراز کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۵۳۸).  
ب) از بعد مالیاتی: این سؤال لاینحل باقی می‌ماند که چه تفاوتی بین فسخ معاملات توسط دادگاه با فسخ توسط خود افراد وجود دارد، چراکه ماهیت امر یکسان بوده و نباید از بعد مالیاتی نیز احکام متفاوتی داشته باشند.

### ۴-۳-۳. مالیات انفساخ یا انحلال قهری

الف) انفساخ یا انحلال قهری: پیشتر بیان شد که منظور از تفاسخ یا اقاله انحلالی است که به وسیله اراده دو طرف معامله صورت می‌پذیرد. منظور از فسخ نیز انحلالی است که صرفاً از طریق اراده صاحب‌خیار یعنی یکی از متعاملان صورت می‌پذیرد. در این‌جا منظور از انفساخ این است که عقد، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد، به‌طور قهری و بدون اراده هیچ‌یک از طرفین از بین می‌رود. در این نوع انحلال حق انتخاب برای یکی از دو طرف یا دادگاه باقی نمی‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۵۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۹۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۳۸-۱۳۹). خود انفساخ به سه گروه تقسیم می‌شود.

ب) شرط فاسخ: منظور از این نوع شرط شرطی است که دو طرف بر احتمال انفساخ و انحلال قرارداد در آینده شرط می‌کنند (محرابی، ۱۳۹۹: ۱۰۷). شرط فاسخ را نباید با خیار شرط فسخ اشتباه گرفت، در شرط فسخ اراده انحلال در اختیار یکی از طرفین قرارداد وجود دارد و وی می‌تواند در مدت معین قرارداد را منحل کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۳۴۳).

ج) تلف مبیع قبل از قبض: برخی از اساتید آن را امر استثنا و مختص بیع می‌دانند (امامی، ۱۳۷۶: ۱۷۶). پاره‌ای دیگر از محققان با استقرا در موارد متعدد آن را به‌عنوان یک اصل شناخته و بیان می‌دارند در صورت تلف مورد معامله، معامله منفسخ می‌شود، مگر در موارد خاص (کاتوزیان: ۱۳۷۶: ۷۴).

سؤالی این است که آیا اولاً معامله‌ای که منتج به انفساخ می‌شود، مشمول مالیات می‌گردد یا خیر؟ فرض کنید آپارتمانی فروخته شده، ولی هنوز تحویل خریدار نشده است، حادثه غیرمترقبه‌ای مانند زلزله یا انفجار صورت می‌گیرد و ساختمان تخریب می‌شود، در این صورت معامله به دلیل تلف مبیع قبل از قبض منحل می‌شود، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا این معامله مشمول مالیات است یا خیر؟ دوم اینکه انحلال آن مشمول مالیات است یا نه؟ قانون مالیات‌ها در این باره ساکت است. اینکه معامله اول به‌درستی صورت پذیرفته است،

تردیدی در شمول مالیات نیست، اما تردید در مورد مالیات انفساخ است. به نظر می‌رسد اگر به تفسیر لفظی محض متوسل شویم، باید این‌گونه انحلال‌ها را مشمول مالیات بدانیم، چراکه قانونگذار در مقام بیان بوده و فقط فسخ و تفاسخ را در شرایطی از شمول مالیات خارج کرده است، ولی با در نظر گرفتن مبانی مالیات ستانی و عدالت باید بین شرط انفساخ و تلف مبیع قبل از قبض تمایز قائل شویم؛ در مورد تلف مبیع قبل از قبض با توجه به اینکه این‌گونه انحلال‌ها به‌طور قهری صورت می‌گیرد و در اختیار مردم نیست، آن‌ها را نباید مشمول مالیات تلقی کرد. به نظر می‌رسد که از صدر ماده ۶۷ نیز می‌توان استفاده کرد؛ آنجایی که انحلال با حکم مراجع قضایی صورت می‌پذیرد، نوعی اجبار حاکم بوده و قانونگذار آن را مشمول مالیات ندانسته است، از این رو می‌توان گفت که تلف مبیع قبل از قبض مشمول مالیات نخواهد بود. ولی درباره شرط فاسخ به نظر می‌رسد که بتوان آن را مشمول مالیات دانست.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

از ماده ۷۲ قانون مالیات‌ها و تبصره ۱۰ ماده ۷۳ ق.م.م و ماده ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت چنین استنباط می‌شود که معاملات املاکی که سابقه ثبتی دارند، با تنظیم سند رسمی صورت می‌گیرد. البته درباره تحقق انتقال حق کسب و پیشه و تجارت یا حق سرفعلی این دیدگاه صحیح نیست و به‌ویژه با تصویب قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، تحقق آن مانند دیگر عقود رضایی با ایجاب و قبول و حداکثر با نوشتن قولنامه صورت می‌پذیرد. از این رو دیدگاه دفتر فنی سازمان مالیاتی که تاریخ تحقق آن را تاریخ تحویل یا تصرف یا تنظیم سند رسمی هر کدام که مقدم باشد، دانسته اشتباه است.

اینکه تحقق معاملات املاکی که سابقه ثبتی دارند با تنظیم سند رسمی صورت می‌پذیرد، آثار متعددی دارد که گاهی ناگوار است و آشفتگی رویکردها و رویه‌های مالیاتی را در پی دارد. از جمله آثار نامطلوب آن موردی است که شخصی به‌طور قولنامه‌ای ملکی را خریداری کرده و در آن‌جا سکونت دارد، مستأجر محسوب می‌شود و باید مالیات بر مستغلات بپردازد. قانون مالیات‌ها فقط به‌عنوان ارفاق در تبصره ۱۰ ماده ۷۳ شرکت‌های سازنده مسکن، آن هم به شرطی که مالیات نقل و انتقال را پرداخت کنند، از شمول مالیات اجاری خارج کرده است.

افرادی که ملک خود را به‌طور قولنامه‌ای فروخته‌اند و املاک مذکور سال‌های متمادی در تصرف خریدار قولنامه‌ای است، نمی‌پذیرند که خریدارشان مستأجر تلقی شود و آن‌ها مالیات بر اجاره املاک پرداخت کنند. پذیرش این امر نه تنها برای مؤدیان، بلکه برای تصمیم‌گیرندگان مالیاتی و قضات دیوان نیز چندان ملموس و قابل‌پذیرش نیست، از این رو بخشنامه‌ها و آرای‌ها با آشفتگی‌های زیاد صادر می‌کنند. بی‌تردید این امر می‌تواند موجب فساد نیز شود. از تالی‌ها

فاسدی که برای این امور وجود دارد، عدم پرداخت مالیات نقل و انتقال و احیاناً مالیات حق واگذاری محل و مالیات بر اجاره املاک است.

### پیشنهادهایی برای مجلس محترم شورای اسلامی

یک- با توجه به مراتب مذکور پیشنهاد می‌شود که در شرایط فعلی که قضات محترم دادگاه‌ها نیز، التفات چندانی به مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت ندارند، تبصره‌هایی به ترتیب زیر را در قانون مالیات‌ها تصویب فرمایند:

تبصره ۱۲ ماده ۵۳ قانون مالیات‌ها

«در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر اسناد رسمی موجود بوده و قوه قضاییه مقتضی بداند، ثبت اسناد ذیل اجباری است:

۱. کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت نشده،

۲. صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه،

۳. در مواردی که به هر دلیلی امکان تنظیم سند رسمی برای طرفین مقدور نباشد، طرفین معامله با حضور در اداره مالیاتی محل خود و تحویل قولنامه، رونوشت شناسنامه و دیگر اسناد مرتبط به آن، و پرداخت مالیات، معامله از نظر مالیاتی تحقق یافته فرض می‌شود و فروشنده مشمول مالیات بر اجاره املاک نخواهد شد. سازمان امور مالیاتی باید تمهیداتی بیندیشد که رونوشت قولنامه‌ها با تأیید کارشناس ارشد و رئیس گروه مالیاتی و متعاملان، در سامانه سازمان امور مالیاتی باقی بماند. اسناد مذکور می‌تواند صرفاً به‌عنوان قرینه‌ای در ادارات دیگر و دادگاه‌ها مورد استفاده قرار گیرد. آیین‌نامه اجرایی این تبصره در ظرف شش ماه از طرف هیأت وزیران تنظیم می‌گردد.

۴. وکالت‌های فروش املاک که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود و قصد طرفین نیز فروش املاک است، صرفاً از نظر مالیاتی فروش محسوب شده و مشمول مالیات نقل و انتقال می‌گردد.»

در صورت تصویب این ماده، اولاً، منبعی برای وصول مالیات به‌وجود می‌آید. در حال حاضر دلالاتی که به‌وسیله قولنامه ملک خرید و فروش می‌کنند و درآمدهای کلانی نیز از این طریق عاید آن‌ها می‌شود، هیچ مالیاتی پرداخت نمی‌کنند؛ ثانیاً رویه سازمان مالیاتی درباره چگونگی تحقق معاملات املاکی که سابقه ثبتی دارند مشخص می‌شود و از تشتت آراء و نظریه‌ها جلوگیری می‌شود، این امر سبب تقلیل چشمگیر فساد اداری نیز خواهد شد؛ ثالثاً قرینه

مذکور نیز می‌تواند کمک زیادی به دیگر سازمان‌ها کند و به‌نظر می‌رسد بتواند تعداد پرونده‌های تشکیل‌شده در دادگاه‌ها را نیز کاهش دهد؛ رابعاً، مهم‌تر اینکه از افرادی که از نظر شرعی و عرفی مالک نیستند، مالیات بر اجاره املاک مطالبه نمی‌شود؛ خامساً، تصویب این ماده به این نحو هیچ اختلالی در نظم قانون ثبت ایجاد نمی‌کند و فقط به نظام مالیاتی سامان می‌بخشد؛ سادساً، امروز با تصویب ماده ۷۷ مالیات بسازوبفروشی تعارض عجیبی بین مقررات رخ داده است، این مالیات که نوعی مالیات شغلی است و باید براساس تحقق درآمد نوشته شود، گاهی این‌گونه نیست. فرض کنید بسازوبفروشی، با شخصی که یک منزل کلنگی دارد، قرارداد غیررسمی مشارکت منعقد می‌کنند، به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی شماره ۲۰۰/۹۶/۴۶ مورخ ۱۳۹۶/۳/۳۱ مالیات بسازوبفروشی را که مبلغ معتناهی نیز است، باید شخصی که سند به نام وی است بپردازد، نه شخص بسازوبفروش.

همچنان‌که بیان شد براساس مقررات ثبت، تحقق معاملاتی که سابقه ثبتی دارند، با تنظیم سند رسمی صورت می‌پذیرد، با وجود این، ضرورت‌های اجتماعی، عدالت و انصاف اقتضا می‌کرد که رویه قضایی از خریدارانی که موفق به تنظیم سند رسمی نشده بودند، حمایت کند. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور این رویه را مبدل به قانون کرد. بر همین اساس ضرورت‌های مهم‌تر اجتماعی، عدالت و انصاف حکم می‌کند، اصلاحات جزئی در مقررات مالیاتی صورت پذیرد. با وجود کاستی و نقصانی که در تکرر و انشقاق مقررات مادر وجود دارد، به‌نظر می‌رسد که تغییرات جزئی با حفظ مبانی قانون مادر ضروری باشد.

## منابع

### الف: فارسی

۱. آخوندی، احمد (۱۳۹۶)، قوانین و مقررات مالیاتی با رویکرد آزمون تعیین سطح مأموران مالیاتی، تهران: سخنوران.
۲. اسدی نژاد، محمد (۱۳۹۳)، مبادی حقوق مدنی ۳، رشت: نشر آثار حقوقی حقیق.
۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۹۸)، قواعد عمومی قراردادها، بابلسر: دانشگاه مازندران.
۴. امامی، حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ج ۱.
۵. بهرامی، زهرا (۱۳۸۴)، حق سرقفلی، حق کسب و پیشه و تجارت، تهران: نگاه بینه.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، بسیط در ترمینولوژی، تهران: گنج دانش.
۷. دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۵)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
۸. ربانی، سید محمد (۱۳۹۲)، اصول و حقوق مالیاتی، یاسوج: چویل.
۹. سنجابی، سمانه (۱۳۹۶)، ارتباط و تعارض قانون مالیات‌های مستقیم با قواعد حقوق خصوصی، تهران، انتشارات استاد شهریار.
۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، حقوق مدنی ۶، عقود معین، تهران: مجد.
۱۱. صافی، لطف‌الله (۱۳۸۵)، جامع الاحکام، قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت‌الله‌العظمی صافی گلپایگانی، ج ۱.
۱۲. صفایی، حسین (۱۳۹۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران: میزان، ج ۲.
۱۳. ----- (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
۱۴. عامری، ریحانه (۱۳۹۶)، حقوق مالیاتی ایران، تهران: پندار قلم.
۱۵. عباسی، محمدرضا (۱۳۹۰)، حقوق مالیات‌ها از منظر حقوق خصوصی، تهران: نگاه بینه.

۱۶. ----- (۱۳۹۹)، مجموعه مقالات تحلیلی حقوقی در انتقاد از مقررات، آراء و بخشنامه‌های مالیاتی، تهران: مجد، ج ۱.
۱۷. عباسی، محمدرضا (۱۳۹۵)، حق واگذاری محل در قانون مالیات‌ها و مقایسه آن با حق کسب و پیشه و تجارت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه علوم و تحقیقات.
۱۸. ----- (۱۳۹۸)، مفهوم مالکیت در حقوق ایران با رویکرد تطبیقی و نقد بخشنامه سازمان مالیاتی، نخستین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، شیراز، <https://civilica.com/doc/1019093>.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، انتشارات مدرس، چ ششم.
۲۰. ----- (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۲۱. ----- (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱ و ۵.
۲۲. کشاورز، بهمن (۱۳۸۳)، سرففلی و حق کسب و پیشه و تجارت در حقوق ایران و فقه اسلام، تهران، انتشارات کشاورز.
۲۳. قلی، باقر (۱۳۹۰)، ارتباط و تعارض قانون مالیات‌ها با حقوق خصوصی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد واحد علوم و تحقیقات.
۲۴. مالکی مقدم، هوشنگ (۱۳۸۲)، حقوق مالیاتی و آیین دادرسی آن، قم، خانه خرد.
۲۵. محبوبی، نرگس (۱۳۹۴)، بررسی فقهی و حقوقی اقاله، تهران: مجد.
۲۶. محرابی یاسر، محبوبه (۱۳۹۹)، فسخ، تفاسخ، انفساخ و شرط فاسخ، تهران، دادبخش.
۲۷. محقق داماد، مصطفی؛ قنوتی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی‌پور، ابراهیم (۱۳۹۱)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: سمت، ج ۱ و ۲.
۲۸. محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۴)، مباحثی از اصول فقه، قم، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی.
۲۹. میرشجاعی، سید علی اصغر (۱۳۹۴)، اصول حقوق مالیات در ایران، تهران: راشدین.

نوبخت، یوسف (بی‌تا)، مجموعه نظرات قضات دادگاه‌های حقوقی ۲، تهران: وزارت دادگستری، ج ۱، چ دوم.

### References

1. Akhundi, Ahmad; Tax rules and regulations with a test approach to determine the level of tax officials, sokhanvaran, 2017
2. Asadi Nejad, Mohammad; Principles of Civil Law 3, Rasht, Publication of Real Legal Works, 2014
3. Asghari Aqamshahdi, Fakhreddin, General Rules of Contracts, Babolsar, Mazandaran University, 2019,
4. Emami, Hassan; Civil Law, Volume One, Tehran, Islamic Bookstore, 1997
5. Bahrami, Zahra; The right to goodwill, the right to business and profession, Negah Baine, 2005
6. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar; Simple in Terminology, Treasure of Knowledge, 2010
7. Daiani, Abdul Rasool; Civil Law General Rules of Contracts, Mizan Publishing, 2016,
8. Rabbani, Seyed Mohammad; Principles and Laws of Taxation, Yasuj, Chovil, 2013
9. sanjabi, Samaneh; The book of the relationship and conflict between the law of direct taxes and the rules of private law, Tehran, Shahriyar, 2017
10. Shahidi, Mehdi, Civil Law 6, Certain Contracts, Majd, 2004
11. Safi, Lutfullah; Jame al-Ahkam Volume (1), Office for Compiling and Publishing the Works of Grand Ayatollah Safi Golpayegani, Qom, 2006
12. Safaei, Hossein; Civil Law Preparatory Course, Volume II, mizan, 2016
13. Safaei, Hossein; General rules of contracts, mizan, 2016
14. Ameri, Reyhaneh; Iranian tax law, Tehran, Pendar Ghalam, 2017
15. Abbasi, Mohammad Reza; Tax Laws from the Perspective of Private Law, Negah Baine Publications, 2011,
16. Abbasi, Mohammad Reza; Collection of Legal Analytical Articles in Criticism of Tax Regulations, Opinions and Circulars "Volume One", Majd Publication, 2019
17. Katozian, Nasser; Civil Law, Certain Contracts (1), Publishing Company in collaboration with Bahman Borna Company, Sixth Edition, 1997
18. Katozian, Nasser; Introductory Course in Civil Law, Legal Practices, Contract-Agreement, Publishing Company in collaboration with Bahman Borna, 2004
19. Katozian, Nasser; General Rules of Contracts, Enteshar Co., Volume (1), 2016
20. Katozian, Nasser; General Rules of Contracts, Enteshar Co., Volume (5), 2016
21. keshavarz, Bahman; Goodwill and the right of business and profession in Iranian law and Islamic jurisprudence, Keshavarz Publications, 2004

22. Maliki Moghadam, Houshang; Tax law and its procedure, Qom, Khaneye Kherad, 2003
23. Mahboubi, Narges; Jurisprudential and legal study of Aqala, Tehran, Majd, 2015
24. Mehrabi Yaser, Mahboubeh; Annulment, Rescission, Revocation, Annulment Clause; Dadbakhsh, 2020
25. Mohaghegh Damad, Mustafa; Qanavati, Jalil, Vahdati Shobiri, Seyed Hassan; Abdipour, Ebrahim; Contract Law in Imami Jurisprudence, Volume One, Tehran, smt, 2012,
26. Mohaghegh Damad, Mustafa; Qanavati, Jalil, Vahdati Shobiri, Seyed Hassan; Abdipour, Ebrahim; Contract Law in Imami Jurisprudence, Volume 2, Tehran, smt, 2012,
27. Mohaghegh Damad, Mustafa; Discussions of the principles of jurisprudence, new ideas in Islamic sciences, Qom, 1985
28. Mirshojaei, Seyed Ali Asghar, Principles of Tax Law in Iran, Tehran, Rashdin, 2015
29. Nobakht, Yusuf; Collection of Decisions of Judges of Legal Courts 2 Tehran, Ministry of Justice, Volume One (Second Edition),  
B- Articles and dissertations
30. Abbasi, Mohammad Reza; The right to assign a place in the tax law and compare it with the right of business and profession, Master Thesis, Private Law, University of Science and Research, 2016
31. Abbasi, Mohammad Reza; The Concept of Ownership in Iranian Law with a Comparative Approach and Critique of the Tax Organization Circular, First National Conference on Law, Jurisprudence and Culture, Shiraz, <https://civilica.com/doc/1019093>
32. Qoli, Baqir; Relationship and Conflict between Tax Law and Private Law, M.Sc. Thesis in Private Law, Azad University, Science and Research Branch, 2011



**درخواست اشتراک  
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی**

<b>الف) اطلاعات فردی:</b>	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه‌ی علمی (اختیاری):	محل فعالیت:
	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
<b>ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:</b>	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
<b>ج) نشانی (برای ارسال مجله):</b>	
آدرس:	
کدپستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره‌ی اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره‌ی:	تا شماره‌ی:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۱۲۰۰/۰۰۰ ریال به‌علاوه‌ی هزینه‌ی ارسال  
علاقمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب  
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر  
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس [mag.shora-rc.ir](http://mag.shora-rc.ir)، تصویر فیش را در  
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ ۰۱۸۷ IR

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی‌نیا (خسرو سابق)، روبروی مسجد الرحمن،

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۸۴۶۱۴۸۱۱

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷



# **Inconsistency of the Tax System in the Analysis and Consolidation of Articles (66) and (72) of the Direct Taxes Act and Some Suggestions for its Amendment**

**Mansour Eshghpour<sup>1\*</sup> & Mohammad Reza Abbasi<sup>2\*\*</sup>**

1-Ph.D Student, Department of Law, Garmsi Branch, Islamic Azad University, Garmsi, Iran.

2-Ph.D Student, Department of Private Law, Payame Noor University of Tehran, Tehran, Iran.

## **Abstract**

In different dimensions, the consolidation of Articles (66) and (72) of the Direct Taxes Act confronts several difficulties, including when property transactions are not considered valid in terms of taxation? and how these transactions may be revoked or rescinded? What is the meaning of revocation in accordance with the decisions issued by the judicial authorities? The problem is that our judicial system acknowledges definite property transactions which, contrary to the Article (48) of the Registration Act, are concluded without drawing up a notarial document, but the tax administration office does not accept this matter according to remarks of the Article (53) of the Direct Taxes Act. Although this perception is true, it has several adverse effects, for example until the date when the notarial document is not made, the seller is legally considered as the landlord and he/she must pay property rental tax. On the other hand, there is no such issue in relation to the assignment of the right to goodwill, because most authors, in particular after the enacting of the Landlord and Tenant act, accept the assignment of the right to goodwill merely through an offer and an acceptance. This research is based on a descriptive-analytical method and addresses the articles (72) and (67), accordingly, some suggestions are provided to the Islamic Consultative Assembly to pass the mentioned problem.

## **Keywords:**

Revocation, Rescission, Invalid Transaction, Direct Taxes Act, Articles (66) and (72).

---

\* **Email:** m.eshghpour91@gmail.com

\*\* **Email:** mra1390@yahoo.com

Corresponding Author

# **Obstacles to the Restoration of Public Rights in Iranian law and Strategies for its Proper Realization**

**Fatemeh Afshari<sup>1\*</sup> & Arian Petoft<sup>2\*\*</sup>**

1- Faculty Member of Judiciary Research Institute, Tehran, Iran.

2- Faculty Member of Maragheh University, Maragheh, Iran.

## **Abstract**

In a legal system, the structure of public rights" is framed in terms of constitutional rights and is considered as the basis of public law. Paragraph 2 of the Article 156 of the Constitution refers to the restoration of public rights as the expression of the missions of the judiciary. Based on the content of the principles of the Constitution, the system of government is obliged to perform its duties in relation to public right in three phases: (1) Recognition and implementation; (2) restitution and fulfillment; (3) restoration and enforcement. Based on the practical procedure of the judicial system of the country, the third task has been assigned to the prosecutor, but despite the goals of the constitution in achieving the protection, compensation, and restoration of public rights, it is not very favorable at present; Therefore, the main issue of this research is why this legal duty of the judiciary is not fulfilled properly and what appropriate measures can be taken to solve this problem. To answer this question, in the present study, the obstacles to the realization of the restoration of public rights are discussed in detail and then the solutions for its desired realization are presented; the most important of which are: ambiguity in the concept and legal interpretations, inadequacies in the law, lack of attention to the issue of separation of supervision and litigation, executive problems and ambiguity in the operational or staffing of the Attorney General. Given the gap in the literature in this area and the importance of restoring public rights, the present study can be a valuable step towards enriching the constitutional rights and strengthening the judicial justice of our country.

## **Keywords:**

Restoration of Public Rights, Article 156 of the Constitution, Public Law, Prosecutor, Constitution of the Islamic Republic of Iran.

---

\* **Email:** mehr.solh399@yahoo.com

\*\* **Email:** arian\_petoft@alumni.ut.ac.ir

Corresponding Author

# **The New Writing Method and Structure of the Decisions of the French Constitutional Council in the field of Conformity of Ordinary and Organic Laws with the Constitution**

**Saeed Shojaei Arani<sup>1\*</sup>**

1- Assistant Professor of Economic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

## **Abstract**

Prior to the creation of the constitutional Council, the structure of the French courts was twofold, with some cases being heard in judicial courts and others in administrative courts. Under the Seventh Section of the 1958 Constitution (Articles 56 to 63), a court was established that performed important functions from the constitutional justice (compatibility of the ordinary and organic law with the Constitution) to the electoral justice (adjudication of electoral claims). However, it did not fall into the category of administrative or judicial courts. Although at the beginning the style of writing and structuring the decisions of the council was close to that of the Supreme administrative court, over time it abandoned concision and added reasoning to the decisions. Apart from insisting on a part of the legal doctrine, on the one hand, due to the special function of this institution in maintaining the legal-constitutional order and also supporting fundamental rights and freedoms and on the other hand, democratic control over its performance, the council decided in 2016 to review the writing method and the structure of its decisions, with the aim of further reasoning and better comprehensibility. In this study, by examining the balance of the council in the field of conformity of ordinary legislation with the constitution, we will examine the successes and challenges facing this institution in achieving those goals.

## **Keywords**

Fifth French Republic, Constitutional Justice, Constitutional Council, Writing and Structure of Decisions, Reasoning of Decision.

---

\* **Email:** said.shojaei@gmail.com

# Scope of Competence of the Islamic Consultative Assembly in Detailing and Explaining the Conditions of the President with Emphasis on General Policies of the Elections

Mohammad Hassan Bagheri Khozani <sup>1\*</sup> & Faramarz Atrian <sup>2\*\*</sup> & Gholam Hossein Masoud <sup>3\*\*\*</sup>

1-Ph.D Student, Faculty of Theology and Islamic Studies, Islamic Azad University, Najafabad Branch, Iran.

2-Assistant Professor, Department of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

3-Assistant Professor of Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

## Abstract

The President must be elected from among religious and political figures who meet the following conditions: Iranian origin, Iranian nationality, managerial capacity and resourcefulness, a good record and trustworthiness and piety, convinced belief in the foundations of the Islamic Republic of Iran and the official religion of the country. One of the challenges that has always existed in connection with this principle is the ambiguity in the exclusive or allegorical nature of the conditions mentioned in this principle, which, as the case may be, affects the limits of ordinary legislative competence in detailing or explaining the conditions of presidential candidates. This article, in a descriptive-analytical format, while examining the limits of the parliament's authority in this field, proved that contrary to the prevailing view, which believes that these conditions are exclusive and consequently the Islamic Consultative Assembly does not have the authority to elaborate or explain the presidential conditions, it is allegorical. Considering the mentioned conditions and consequently considering the parliament competence to identify the general conditions is more in line with the General Policies of the Election and some of the views of the Guardian Council. Moreover, considering the general legislative power of the parliament in Article 71 Constitution, it is possible to explain the specific conditions authorized in Article 115.

## Keywords

Article 115 of the Constitution, Article 71 of the Constitution, Presidential Elections, Religious and Political Personalities, General Policies of the Elections.

---

\* **Email:** mohamadhasan92@yahoo.com

\*\* **Email:** atrian.f.1001@gmail.com

\*\*\* **Email:** Dr.gh.masoud@gmail.com

Corresponding Author

# **Pathology of the Role of the Audit Court on the Realization of Accountability and Rule of Law**

**Javad Fazelinejad <sup>1\*</sup> & Jafar Shafiei Sardasht <sup>2\*\*</sup>**

1-Ph.D Student in Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

2-Assistant Professor of Public Law, Ferdowsi University of Mashhad,  
Mashhad, Iran.

## **Abstract**

Today, good governance can be considered as an important criterion and measure for evaluating various institutions and power structures in different political systems. In the Iranian political system, the Audit Court, given its legal status and defined goals and mission as a specialized and technical institution overseeing how government revenues and expenditures can play an effective role in achieving good governance, especially good financial governance. The main purpose of this paper is the pathological examination of this institution from the perspective of the possibility of accountability and rule of law in the executive apparatus. In this research, numerous online and library resources in the field of financial review and good governance have been used. The concise result shows that there are several legal and extra-legal gaps in the path of playing the constructive role of the Audit Court in achieving accountability and the rule of law.

## **Keywords**

Good Governance, Audit Court, Financial Review, Accountability, Rule of law.

---

\* **Email:** javadfazeli2@gmail.com

\*\* **Email:** jshafiee@ferdowsi.um.ac.ir

Corresponding Author

# **Review Convert employment status Service purchase contract to Contractual Employment, Contractual Employment to Examinatory recruitment and Examinatory recruitment to Permanent recruitment In the light of the decisions of General Board of Administrative Justice Court**

**Gholamreza Molabeigi<sup>1\*</sup> & Valiullah Heydarnejad<sup>2\*\*</sup>**

1-Ph.D in Public Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

2-Ph.D Student in Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

## **Abstract**

According to the provisions of Articles 10 and 12 of the Law on Organization and Rules of Procedure of the Court of Administrative Justice approved in 2013, one of the important powers of the Court of Administrative Justice is to handle employment complaints of government employees. In this regard, the General Board of the Court of Administrative Justice, in the position of examining the conflict of lawsuits of the branches of the Court, has issued several opinions regarding the change of employment status. In addition to the branches of the Court, these opinions are also binding on administrative authorities, and in cases of annulment of approvals and regulations, the opinions of the General Assembly are binding on the administration of the party complaining. Therefore, the votes of the General Board of the Court of Administrative Justice create rights and duties for government employees and government agencies and are considered as important sources of employment law. Therefore, considering the importance and position of the General Board of the Administrative Justice Court in the employment law of Iran, revise the opinions of the said board on issues related to the change of employment status and re-examine them in accordance with Article 91 of the Law on the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court. The same procedure and in accordance with the rules and regulations seems necessary.

## **Keywords**

Administrative Justice Court; Convert employment status; Service purchase contract; Examinatory recruitment; Permanent recruitment

---

\* **Email:** Saleh.mowla@gmail.com

\*\* **Email:** Heidarnejad@isu.ac.ir

Corresponding Author



# Contents

■ Review Convert employment status Service purchase contract to Contractual Employment, Contractual Employment to Examinatory recruitment and Examinatory recruitment to Permanent recruitment In the light of the decisions of General Board of Administrative Justice Court.....	1
● Gholamreza Molabeigi & Valiullah Heydarnejad	
■ Pathology of the Role of the Audit Court on the Realization of Accountability and Rule of Law .....	33
● Javad Fazelinejad & Jafar Shafiei Sardasht	
■ Conditions of the President with Emphasis on General Policies of the Elections .....	57
● Mohammad Hassan Bagheri Khozani & Faramarz Atrian & Gholam Hossein Masoud	
■ The New Writing Method and Structure of the Decisions of the French Constitutional Council in the field of Conformity of Ordinary and Organic Laws with the Constitution .....	83
● Saeed Shojaei Arani	
■ Obstacles to the Restoration of Public Rights in Iranian law and Strategies for its Proper Realization.....	111
● Fatemeh Afshari & Arian Petoft	
■ Inconsistency of the Tax System in the Analysis and Consolidation of Articles (66) and (72) of the Direct Taxes Act and Some Suggestions for its Amendment.....	141
● Mansour Eshghpour & Mohammad Reza Abbasi	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

# Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 10, Autumn 2021, No. 33

**Publisher:** Guardian Council Research Institute

**Responsible Editor:** Abbas Ali Kadkhodaei

**Chief Editor:** Siyamak Rahpeyk

## The Editorial Board:

- Firooz Aslani (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Mohammad Javad Javid (Professor of Public Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Mohamad hasan sadeghi moghaddam (Professor of Private Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)

English Text Editor: Mostafa Mansourian

Editor: Fateme Jahangiri

Page Designer: Hamid Mazinani

---

**Address:** Guardian Council Research Institute, No. 12, Dehghaninia Alley,  
Sepahbod Gharani St, Tehran. Iran

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 64014817

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir