

معيار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران

سید مجتبی واعظی*

چکیده

اعمال دولت در حقوق اداری، با معیار شیوهی عمل، به دو نوع عمل تصدی و عمل حاکمیت تقسیم شده است. تقسیم‌بندی مذکور در حوزه‌های مختلف حقوق اداری از جمله تعیین قاضی صالح، تعیین رژیم مسئولیت مدنی و کیفری دولت، رژیم مالی و سازمانی دستگاه‌های دولتی و بالاخره تعیین حقوق استخدامی انواع کارکنان دولت به کار رفته است. در نظام حقوق اداری ایران، از معیار عمل حاکمیت در حوزه‌های مذکور بهره‌گیری شده است، لکن در این نوشتار نشان داده‌ایم معیار عمل حاکمیت، به عنوان معیار تعیین صلاحیت قضایی و معیار مسئولیت مدنی دولت در سیر تحولات حقوقی منسوخ شده و در حوزه‌های مسئولیت کیفری و سازمانی و استخدامی نیز علیرغم اعتبار قانونی معیار مذکور، به علت ابهامات موجود در مفهوم و مصداق آن، در عمل فاقد کارایی حقوقی و قضایی بوده و اثر آن صرفاً در حوزه‌ی سیاست‌گذاری محدود می‌شود.

واژه‌های کلیدی: عمل حاکمیت، عمل تصدی، صلاحیت قضایی،

مسئولیت مدنی دولت، استخدام کشوری.

*استادیار حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز. Mojtaba_vaezi@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۸/۱۵

۱. مقدمه

اعمال اداری دولت به شیوه‌های مختلفی تقسیم بندی شده است. به عنوان نمونه اعمال اداری را مانند سایر اعمال حقوقی به اعمال یک جانبه و دو جانبه دسته بندی کرده‌اند. در جای دیگر بر اساس نتیجه و اثری که عمل اداره در حوزه حقوق و تکالیف شهروندان بر جای می‌گذارد، آنها را به اعمال تصمیمی و غیر تصمیمی تقسیم نموده‌اند (Chapus, 2000: 501). یکی از معیارهای دسته بندی اعمال اداری دولت، معیار ماهیت وسیله‌ی مورد استفاده دولت است. به عبارت دقیق‌تر اگر اداره در راه رسیدن به هدف خود از طرق ویژه و اقتداری بهره برده باشد، عمل مذکور به عنوان عمل حاکمیت^۱ شناخته شده و رسیدگی به دعاوی مربوط بدان، اصولاً در صلاحیت قاضی اداری قرار می‌گیرد. اما چنانچه اداره از همان شیوه‌های معمول در بین سایر اشخاص حقیقی و حقوقی بهره برد، عمل مذکور به عنوان عمل تصدی^۲ قلمداد و دعاوی مربوط بدان، موضوع صلاحیت قاضی عادی واقع می‌شود. تفکیک مذکور، حاصل فکر و عمل حقوق دانان فرانسوی است و در تعاریف متعدد ارائه شده از سوی آنان، به خوبی «روش» یا «وسیله» مداری در این معیار مشهود است:

«عمل حاکمیت عملی است که به وسیله‌ی آن ارگان‌های دولت متوسل به شیوه‌ی دستور، منع، و قاعده گذاری یک‌جانبه می‌شوند و بطور خلاصه یک اراده‌ی آمرانه را آشکار می‌سازد.» (Gaudemet 2001: 32) نیز تعریف را این‌گونه ارائه می‌دهد: «اعمالی که در آنها اداره بر اساس قدرت فرماندهی خود از سیطره حقوق عادی خارج می‌شود... چرا که اعمال وی شبیه اعمال اشخاص خصوصی نیست.»

(Gaudemet, 2001: 3)

اما دولت همواره از قدرت فرماندهی خود بهره نمی‌برد و گاهی "همانند یک شخص خصوصی به اداره اموال خود می‌پردازد" و به نحو برابر با اداره شوندگان برخورد می‌کند؛ امری که غالباً در قراردادها اتفاق می‌افتد (ibid) و این همان عمل تصدی است.

در نتیجه، زمانی که اداره به عنوان دارنده‌ی بخشی از اقتدار قوه‌ی مجریه ظهور می‌کند، متکی بر عمل حاکمیت است و دعوای مربوط بدان باید توسط قاضی اداری رسیدگی شود (Chevalier, 2003: 14). اما گاهی دیگر این اعمال دارای ماهیتی تصدی‌گرایانه است و به مثابه عمل مدیر و مسئول مالی خدمات عمومی ظهور می‌کند و شبیه اعمال اشخاص خصوصی است (ibid) که دعوای ناظر بر آن در صلاحیت قاضی عادی واقع می‌شود.

در فرانسه به موجب قانون ۲۴-۱۶ اوت ۱۷۹۰ تلاش شد تمامی دعوای مربوط به اداره، حتی‌الامکان از کنترل قاضی عادی خارج شود (Julien-Lafferriere, 1996: 402). به همین دلیل شورای دولتی از قوانین ۱۷ ژوئیه ۸ اوت ۱۷۹۰ و مصوبه قانونی ۲۶ سپتامبر ۱۷۹۳، تئوری "دولت مدیون" را استخراج نمود (ibid) که هر گونه محکومیت مالی اداره را از صلاحیت قضات عادی خارج می‌کرد. اما این معیار ارگانیک، خیلی وسیع بود و دعوای فراوانی را در برمی‌گرفت؛ لذا خیلی زود شورای دولتی به معیار دوگانه عمل حاکمیت - عمل تصدی روی آورد (ibid). دو گانه تصدی - حاکمیت، ایده بنیادین قرن نوزدهم بود که بر اساس آن اندیشمندانی چون لافریر^۴ و برتلمی، تمامی حقوق اداری را تاسیس می‌کردند. این تفکیک فقط ناظر بر تعیین صلاحیت قضایی نبود، بلکه در حقوق استخدامی برای تفکیک کارمندان حوزه‌ی حاکمیتی و تصدی، و نیز در حقوق حوزه‌ی عمومی^۵ برای تفکیک حوزه‌ی خصوصی از حوزه‌ی عمومی به کار رفته است. صرف نظر از ابهاماتی که در تعریف و تعیین برخی مصادیق رخ می‌نمود، مشکل بزرگ معیار مذکور آن بود که اکتفا به عمل حاکمیت، دایره‌ی حقوق اداری را محدود می‌کرد و بخش عمده‌ای از خدمات عمومی را در بر نمی‌گرفت. معیار مذکور به موجب رأی بلائکو^۶ کنار گذاشته شد و جای خود را به معیار خدمات عمومی^۷ داد.

با این حال و هر چند که از نظر ژرژ ودل^۸ تفکیک مذکور مربوط به دوران کودکی حقوق اداری فرانسه است (Vedel, 1954: 42)، اما جوهره تفکیک مذکور همچنان باقی ماند؛ چون که از طرفی حقوق اداری فرانسه بر اساس اداره و عمل اداری تأسیس شده است و از طرف دیگر ویژگی «خارق العادگی»^۹ عمل اداری، همچنان برای تعریف

حقوق اداری مورد اقبال دکترین فرانسوی است. به همین دلیل در ترکیب معیارهای متنوع جدید نیز می‌توان رد و اثر اقتدار عمومی را دید. استفاده از این مفهوم در حقوق اداری ایران در چند حوزه‌ی متفاوت صورت گرفته است. از مهمترین کاربردهای این معیار، به ترتیب تاریخی کاربست آنها می‌توان در حوزه‌های صلاحیت قضایی، مسئولیت مدنی و مسئولیت کیفری دولت، ساختار اداری و برنامه و بودجه و بالاخره استخدام عمومی نام برد که در این نوشتار به کیفیت کاربرد این معیار در حوزه‌های مذکور نگاهی انتقادی خواهیم داشت.

۲. عمل حاکمیت به عنوان معیار صلاحیت قضایی

در ایران علیرغم پیش‌بینی اصول ۲۷ و ۷۱ متمم قانون اساسی مشروطه ناظر بر یگانگی قضایی و صلاحیت عام و انحصاری قوه قضاییه در رسیدگی به کلیه دعاوی، قانون‌گذار برای اولین بار معیار عمل تصدی را در ماده واحده «قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت» مصوب سال ۱۳۰۷ به‌کار گرفت. به موجب این قانون، دعاوی مربوط به عمل تصدی دولت، در صلاحیت محاکم عدلیه قرار می‌گرفت و سایر دعاوی که یک طرف آن دولت باشد بایستی به شیوه‌ی اداری، در ادارات مربوط قطع و فصل می‌شد. قانون مذکور به وسیله‌ی قانون دیگری در سال ۱۳۰۹ تکمیل شد که در آن جا از تعبیر عمل حاکمیت نیز نام برده شده بود. واضح بود که استفاده از معیار مذکور و تحدید صلاحیت دادگاه‌های عمومی، بر خلاف قانون اساسی است و از همین بابت نقد حقوق‌دانان آن زمان را نیز برانگیخت (Vakil, 1934: 88s). به همین دلیل در نهایت مقررات مذکور به موجب «قانون حذف محاکم اختصاصی مصوب ۲۵ شهریور ۱۳۳۱» و همراه با انحلال دیوان دادرسی داری، نسخ و بی‌اعتبار شدند.^۱ بنابراین، معیار عمل حاکمیت - عمل تصدی به عنوان معیار صلاحیت قضایی، صرفاً بین سال‌های ۱۳۰۷ تا ۱۳۳۱ دارای اعتبار قانونی بود و پس از آن هرگز مورد استفاده مقنن قرار نگرفت. حتی در سال ۱۳۳۹ که قانون شورای دولتی ایران به تصویب رسید ذکری از

این تعبیر نیست؛ در حالی که در همان سال، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، معیار عمل حاکمیت را به عنوان معیار مسئولیت مدنی دولت، وارد ادبیات حقوقی ایران نمود. پس از انقلاب اسلامی نیز از این تعبیر هیچ‌گاه به عنوان معیار صلاحیت نام برده نشده است. در مهم‌ترین مقررات ناظر بر صلاحیت دیوان عدالت اداری یعنی اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مواد ۱۱ سابق و ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری سال ۱۳۸۵ و بالاخره ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ هیچ اشاره‌ای به تعبیر مذکور نشده است.

دیوان عدالت اداری به عنوان قاضی اداره و مهمترین مرجع قضایی تفسیر مقررات اداری، در مقام تعیین صلاحیت خود عمدتاً از معیارهای قضایی بهره برده است. حال آن‌که معیار عمل حاکمیت، معیاری اداری است که ویژه نظام قضایی فرانسه است.^{۱۱} منظور از معیار قضایی، مجموعه معیارهایی است که بر اساس یکی از مولفه‌های مربوط به دادگاه، تولید اثر می‌کند. دیوان در این راستا به معیار شخصیت خواهان (شخص خصوصی باشد)، شخصیت خوانده (شخص عمومی باشد) و کیفیت رسیدگی (غیر ترافیعی باشد) توجه ویژه نموده و بر این سه معیار تأکید بیشتری نموده است. (نک: امامی، واعظی، سلیمانی، ۱۳۹۱)

البته در کنار معیارهای قضایی موصوف، دیوان به ماهیت دعوی (اداری باشد) نیز عملاً توجه داشته، بدون آن‌که به صراحت از آن نام برد. از نظر برخی صاحب‌نظران، دعوای اداری دعوایی است که ناشی از خطای اداری باشد و خطای اداری، خطای ناشی از نقض قاعده‌ی حقوق عمومی است (صدر الحفاظی، ۱۳۷۲: ۱۵۶). معیار مذکور خالی از ابهام نیست که البته توضیح آن، مقال دیگری را می‌طلبد.^{۱۲}

۳. عمل حاکمیت به عنوان معیار مسئولیت مدنی دولت

در حقوق ایران، در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی پس از آن که راجع به کیفیت مسئولیت مدنی کارمند و دستگاه اداری در زمان ایراد زیان به‌غیر سخن گفته شده و اداره را در صورت «نقص وسایل اداری» مسئول قلمداد نموده است؛ به ظاهر در انتها

در مقام تفکیک عمل حاکمیت دولت از سایر اعمال آن برآمده و بیان می‌دارد: «... ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی، طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود.»

بسیاری از حقوق‌دانان با توجه به عبارت مذکور، اعمال حاکمیت را از جمله اعمال معاف از مسئولیت مدنی تلقی نموده‌اند (طباطبایی مومنی، پیشین: ۳۹۲). لکن توجه دقیق‌تر به عبارات ماده مذکور و مقایسه آن با ماده ۱ قانون موصوف^{۱۳}، نتیجه دیگری را به ذهن می‌رساند.

همان‌گونه که می‌دانیم قانون مسئولیت مدنی در ماده ۱، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را تأسیس نموده است؛ چرا که در این ماده، صرفاً زیان‌های ناشی از اعمال فاقد مجوز قانونی، یا در نتیجه عمد، یا بی احتیاطی را سبب تحقق مسئولیت دانسته است. در ادامه‌ی همین رویکرد، ماده ۱۱ قانون مذکور، مسئولیت مدنی کارمند را صرفاً در نتیجه‌ی عمد یا بی احتیاطی شناخته و مسئولیت اداره را در صورت «نقص وسایل» قابل تحقق دانسته است که خود نوعی تقصیر محسوب می‌شود. انتهای ماده هر چند با حرف «ولی» آغاز می‌شود و به لحاظ ادبی، در مخاطب این انتظار را ایجاد می‌کند که با حکمی متفاوت و متمایز نسبت به عبارت قبل خود مواجه شود، لکن همان‌گونه که گفته شد نگاه دقیق در عبارات بند مذکور، نتیجه‌ی دیگری را حاصل می‌سازد.

در عبارت مذکور عمل حاکمیت برای آن که معاف کننده‌ی دولت از مسئولیت مدنی باشد مقید به چند قید و شرط مشخص گردیده که از جمله‌ی آنها آن است که عمل مذکور «طبق قانون به عمل آید».

مفهوم مخالف عبارت مذکور آن است که چنانچه عمل حاکمیت دولت بر خلاف قانون صورت گیرد موجب مسئولیت است. به عبارت دیگر، در نبود جواز قانونی، نسبت به اصل عمل یا کیفیت اجرای آن، حتی در زمان اعمال حاکمیت نیز دولت مسئول زیان‌های وارده به اشخاص است. نبود مجوز قانونی را می‌توان معادل تقصیر گرفت؛ به این معنا که حتی در عمل حاکمیت هم دولت در صورت تقصیر و نبود

توجیه قانونی، مسئول تلقی می‌گردد و لذا تفاوتی از این جهت بین عمل حاکمیت و سایر اعمال دولت ملاحظه نمی‌شود.

ممکن است این پرسش مطرح شود که با چنین برداشتی از ماده مذکور، عمل مقنن در این گونه عبارت پردازی و تفکیک مسئولیت مدنی دولت از سایر اشخاص در یک ماده قانونی متمایز و سپس تفکیک عمل حاکمیت از سایر اعمال دولت چه توجیهی دارد؟ حال آن که نتیجه‌ی همه موارد یکی است.

شاید هیچ پاسخ حقوقی قانع کننده‌ای به این پرسش نتوان ارائه نمود؛ به نظر می‌رسد مقنن در فضای روانی ایام و روزگار تصویب قانون مذکور، با توجه به استبداد قوه‌ی مجریه، حداکثر تلاشی که می‌توانسته در این خصوص سامان دهد، صرفاً طرح اصل بحث مسئولیت مدنی دولت بوده است و گرنه وجود قانون مدنی و پیش بینی مسئولیت مدنی همه‌ی اشخاص در مواد ۳۲۸ به بعد، هیچ گونه خلأی را برای پاسخگو شناختن دولت باقی نمی‌گذارد؛ لکن ظاهراً قضات میل و شهادت چندانی در استناد به مواد مذکور در جهت محکومیت دولت از خود نشان نمی‌دادند. وضع ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در این فضا دارای دو خاصیت بود: اول آن که، اصل مسئولیت مدنی دولت را قابل طرح و تصور جلوه داد و دوم آن که، این مسئولیت را مقید به عنصر تقصیر نمود و حکم مطلق قانون مدنی را از مسئولیت مدنی بدون تقصیر، در حوزه‌ی اعمال دولتی به مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، تحدید و تقیید نمود. علیرغم این همه، ظاهراً مقنن با شیوه‌ی ظریف سعی در اعطای هر چه کمتر امتیاز به دولت در برابر حقوق شهروندان بوده است. نحوه‌ی عبارت پردازی ذیل ماده ۱۱ به خوبی بر این ادعا دلالت دارد. بدین شرح که در کنار آن همه قیودی که برای به اصطلاح معافیت عمل حاکمیت آورده می‌شود، در پایان ماده، دولت به نحو مطلق معاف نشده است بلکه این امکان پیش بینی شده تا در صورت تمایل مقامات اداری، از زیان دیده جبران خسارت شود. یعنی حتی در زمان اعمال حاکمیت مطابق قانون، امکان جبران خسارت زیان دیده وجود دارد.

در هر حال حتی با فرض پذیرش تفاوت بین اعمال تصدی و حاکمیت و موافقت با برداشت غالب از ماده مذکور مبنی بر معافیت مطلق دولت از مسئولیت مدنی در اعمال

حاکمیت، برآنیم تا نشان دهیم که این برداشت از ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی با تأسیس نظام حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران و مقررات مصوب پس از انقلاب اسلامی منسوخ گردیده^{۱۴} و از آن پس نمی‌توان دولت را بابت اعمال حاکمیتش مصون و معاف از مسئولیت مدنی تلقی نمود. بنابراین در ادامه به مهمترین دلایل نسخ حکم مذکور اشاره خواهیم نمود.

۳.۱. اصول چهارم و چهلم قانون اساسی (حاکمیت شرع اسلام)^{۱۵}

به موجب اصل چهارم قانون اساسی، کلیه مقررات جاری کشور باید در چارچوب موازین اسلامی به تصویب برسد و وظیفه‌ی تضمین چنین مهمی به فقهای شورای نگهبان واگذار گردیده است. می‌دانیم که در شریعت نورانی اسلام، تفکیک عمل تصدی - حاکمیت در اعمال دولت جایگاهی ندارد و از سوی دیگر در حوزه‌ی مسئولیت مدنی و ضمان، تفاوتی بین دولت و اشخاص خصوصی در منابع فقهی دیده نمی‌شود. در همین راستا اصل چهلم قانون اساسی، اعمال حق هیچکس را به عنوان موجبی موجه برای اضرار به غیر نپذیرفته است. تعبیر هیچ کس را می‌توان به دولت و کلیه اشخاص حقوق عمومی هم تسری داد و اعمال حق را شامل مورد عمل حاکمیت نیز می‌توان دانست.

ممکن است در نظر برخی، حکم اصل ۴۰ را نتوان در حوزه‌ی امر عمومی وارد نمود و اصولاً چنین تفسیر عام و مطلق را از دو اصل مذکور نتوان پذیرفت؛ اما همان گونه که اصل چهارم قانون اساسی بیان داشته است داوری نهایی در مورد چنین تفسیری را باید به فقهای شورای نگهبان واگذار نمود.

مهمترین نظری که فقهای محترم شورای نگهبان در این خصوص ارائه داشته‌اند، پاسخ استفساریه شماره ۱۷۸۸۶۶/۱۰/د مورخ ۸۵/۱۱/۲۱ رییس مجلس شورای اسلامی در خصوص اعتبار شرعی بند نهم از ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ است. به موجب بند مذکور، دولت بابت استفاده از اراضی خارج از محدوده‌ی شهرها که در مسیر راههای اصلی یا فرعی و یا خطوط مواصلاتی قرار می‌گیرد به عنوان حق ارتفاق، وجهی به مالکان اراضی نخواهد پرداخت. از نظر فقهای شورای نگهبان، «اطلاق جواز

استفاده نمودن دولت از اراضی مذکور، خلاف موازین شرع دانسته شد؛ زیرا شامل اراضی که طبق ضوابط شرعی دارای مالک یا ذی حق شرع می‌باشد نیز می‌گردد و لذا اطلاق جواز استفاده‌ی بدون رضایت مالک یا ذی حق در فرض عدم وجود ضرورت مبیحه خلاف موازین شرع می‌باشد...» (نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۲۸۱۸ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود فقهای شورای نگهبان، حتی اصل استفاده از اراضی موصوف را جز در موارد ضرورت شرعا مجاز نمی‌شمارند چه برسد به معافیت دولت از پرداخت غرامت به مالکان اراضی.

۲. ۳. رویکرد مقنن

به موجب لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸ دولت ملزم گردیده است تا در مقابل تملک املاک اشخاص خصوصی که بنابر ضوابط و تعاریف اعلام شده از عمل حاکمیت، از مصادیق این نوع عمل به شمار می‌رود، بهای آن را به زیان دیده بپردازد.

قانون دیگر در این زمینه، ماده ۱۳ «قانون بکارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری» می‌باشد. بر اساس این ماده در صورتی که مأمورین با رعایت مقررات این قانون، سلاح به کارگیرند و در نتیجه، طبق آراء محاکم صالحه شخص یا اشخاص بی‌گناهی مقتول و یا مجروح شده و یا خسارت مالی بر آنان وارد گردیده باشد، پرداخت دیه و جبران خسارت برعهده‌ی سازمان مربوطه خواهد بود و دولت مکلف است همه ساله بودجه‌ای را به این منظور اختصاص داده و حسب مورد در اختیار نیروهای مسلح قرار دهد. به‌کارگیری سلاح از مظاهر بارز اعمال حاکمیت است و ملاحظه می‌شود حتی زمانی که مأموران دولت تمامی موازین قانونی را رعایت نموده باشند و در نتیجه هیچ تقصیری اتفاق نیفتاده باشد، دولت از این بابت ملزم به پرداخت خسارت وارده به اشخاص خواهد بود (محمد امامی و کوروش استوار سنگری، ۱۳۸۶: ۳۷۷).

۳.۳. رویه قضایی

دیوان عدالت اداری به عنوان قاضی دعاوی اداری و مهمترین مفسر قضایی مقررات اداری، حداقل در آراء هیأت عمومی که انتشار می‌یابد تا کنون به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی استناد نجسته است. قطعاً در طول بیش از سه دهه گذشته، موارد متعددی در نزد دیوان مطرح شده است که دیوان بایستی براساس ماده مذکور، حاکمیتی بودن یا نبودن و قانونی بودن یا غیر قانونی بودن عمل دولت را بررسی می‌کرد. خودداری دیوان عدالت اداری از اعمال چنین تفکیک و کاربست چنین تعبیری به خوبی نشانگر انصراف مرجع مذکور از استناد به ماده موصوف است.

فراتر از اماره سکوت، دیوان در مواردی مهم به نحو ایجابی و فعال، نظر خود مبنی بر نسخ ماده مذکور را عملاً نشان داده است: در پرونده فیلم سنتوری، با وجود آنکه وزارت ارشاد اسلامی به فیلم موسوم به سنتوری، پروانه‌ی ساخت و سپس نمایش اعطا نموده بود؛ معاونت سینمایی به استناد ماده ۴ «آیین نامه نظارت بر نمایش فیلم، اسلاید، ویدیو و صدور پروانه نمایش» مصوب هیات وزیران، با توجه به مصالح اجتماعی مانع نمایش فیلم گردیده است. شعبه سوم دیوان عدالت اداری در مقام رسیدگی به دادخواست سازندگان فیلم با خواسته‌ی لغو ممانعت وزارت ارشاد از نمایش فیلم و الزام آن وزارتخانه به جبران خسارت ناشی از عدم نمایش فیلم، ضمن ردّ خواسته اول، حکم به الزام خواننده به جبران خسارت، صادر نمود.

جای هیچ تردیدی نیست که عملکرد معاونت سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، از اعمال حاکمیتی بوده است. با این وجود دیوان عدالت اداری، وجود مسئولیت و لزوم جبران خسارات را برای این عملکرد محرز دانسته است. نکته‌ی مهم دیگر، آن که در این رأی حتی عنصر تقصیر هم محرز نیست و دیوان رأی به مسئولیت بدون تقصیر معاونت سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی داده است. بنابراین دیوان نه تنها مسئولیت دولت را پذیرفته، بلکه به دنبال احراز تقصیر آن نیز نبوده است.^{۱۶}

با این حال، در دادگاه‌های عمومی نمی‌توان با چنین اطمینانی سخن گفت و موارد متعدد استناد به مفهوم به کاررفته در ماده مورد بحث قابل ملاحظه است. در رأی مشهور هموفیلی‌ها، قاضی پرونده با این استدلال که وارد کردن خون توسط وزارت بهداشت، عمل حاکمیتی نمی‌باشد، حکم به محکومیت دولت صادر نموده است. صرف‌نظر از انتفاداتی که بر رأی صادره، بر اساس بحث‌های مطرح شده می‌توان وارد نمود نکته‌ی مهم آن است که بدون تردید «وارد کردن خون» که به نحو خطیری در ارتباط با سلامت شهروندان است از مصادیق بارز عمل حاکمیت است و از این جهت رأی صادره قابل نقد به نظر می‌رسد. البته با توجه به نتیجه‌ی رأی که موافق احساسات عمومی جامعه بوده است و همچنین با توجه به اینکه محکومیت مدنی دولت در نهایت در راستای ادعای این نوشتار یعنی نسخ ماده ۱۱ است نقد چندانی در محافل علمی در این خصوص طرح نگردیده است.

در هر حال آرای از این دست، نمی‌تواند رویکرد نهایی دادگاه عمومی و رویه قضایی در این حوزه تلقی گردد و حتی به فرض تعارض رویه‌ها، قطعاً رویه دیوان عدالت اداری در این خصوص برتری داشته و حاکم است چرا که به فرض پذیرش مفهوم عمل حاکمیت و مقید کردن مسئولیت مدنی دولت به عنصر «مغایرت با قانون»، تنها دیوان عدالت اداری است که صلاحیت رسیدگی به چنین دعوا و اظهار نظر در این خصوص را دارد.

۴. عمل حاکمیت در حوزه مسئولیت کیفری

قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران در تازه‌ترین توجه خود به معیار عمل حاکمیت، در قانون جدید مجازات اسلامی^۷، معیار مذکور را به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی به کار برده است. در ماده ۲۰ قانون مذکور پس از آن که مجازات‌های ناظر بر اشخاص حقوقی برشمرده شده، "اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند" از شمول مجازات‌های موصوف معاف اعلام گردیده اند. در خصوص ماده موصوف و تبصره آن چند نکته

قابل ذکر است:

اول آنکه مجازات انحلال در هر صورت شامل هیچ دستگاه دولتی و موسسه‌ی عمومی نمی‌شود؛ چرا که با توجه به مفهوم ماده ۲۲ قانون مذکور، این مجازات صرفاً شامل اشخاص حقوقی می‌شود که به منظور ارتکاب جرم تاسیس شده باشند و چنین مبنایی برای موسسات عمومی که به موجب قانون تاسیس شده‌اند قابل تصور نیست. دوم آنکه به نظر می‌رسد قید "در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند" صرفاً ناظر بر موسسات عمومی غیر دولتی است و بنابراین مطلق دستگاه‌های دولتی از شمول حکم ماده ۲۰ خارج اند.

با این حال دو ایراد اساسی برجای می‌ماند: اول آنکه تشخیص تعریف و تعیین مصادیق عمل حاکمیتی، امر دشواری است که قطعاً قضات را دچار اختلاف و تشتت آرا می‌نماید. دوم آنکه به موجب مفهوم مخالف ماده و تبصره آن، موسسات عمومی غیر دولتی را که به عمل حاکمیتی نمی‌پردازند می‌توان برای مدت موقت از تصدی برخی فعالیتها ممنوع نمود و این بدین معناست که قاضی می‌تواند در ارائه خدمات عمومی خلل وارد نماید. وضعی که به طور قطع خلاف یکی از مهمترین اصول حاکم بر حقوق اداری و مدیریت عمومی کشور یعنی اصل تداوم خدمات عمومی است. موسسات عمومی به موجب ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری^{۱۸} موسساتی هستند که موضوع اصلی فعالیت آنها انجام امور عمومی است. بنابراین حتی اگر تمام یا بخشی از فعالیت آنها حاکمیتی نباشد به هر حال جنبه عمومی دارد و مشمول اصل تداوم خدمات عمومی می‌شود؛ در نتیجه، غیرقابل تعطیل یا تعلیق است.

بنابراین ملاحظه می‌شود مقنن با غفلت از یک معیار ضروری تر و عینی به معیاری پرداخته است که دچار حداکثر ابهام و صرفاً ناظر بر بخشی از فعالیت‌های ضروری دستگاه‌های عمومی است.

۵- عمل حاکمیت به عنوان معیار اداری

قانون‌گذار ودولت از تفکیک اعمال اداری به تصدی و حاکمیت، در سه جهت ساختاری، مالی واداری بهره برده‌اند. قبل از پرداختن به بحث، لازم به ذکر است که دو جهت اول یعنی حوزه های مالی و ساختاری قبلاً در اثر دیگری^{۱۹} به تفصیل مورد مطالعه قرار گرفته‌اند و لذا در این مقاله صرفاً به اختصار به آنها پرداخته خواهد شد.

۵.۱. تقسیم‌بندی دستگاه‌های اجرایی به لحاظ تشخیص نوع مقررات مالی و

محاسباتی

بر این اساس، دستگاه‌های اجرایی مجری اعمال تصدی به‌طور عمده در قالب شرکت‌های دولتی یا موسسات انتفاعی جای گرفته و مشمول قواعد بازرگانی از جمله قانون تجارت می‌گردند. در همین راستا و بر همین اساس، دستگاه‌های موصوف از امتیازات ویژه‌ای مانند مصونیت از توقیف اموال بابت ایفای دیون^{۲۰}، یا امکان وصول مطالبات از طریق مقررات اجرایی مالیات‌های مستقیم^{۲۱}، برخوردار نیستند. حال آنکه دستگاه‌های متصدی عمل حاکمیت که به طور عمده در قالب وزارتخانه‌ها یا موسسات دولتی سازماندهی شده‌اند امتیازات مذکور را در جهت تحقق اهداف مهم تأمین نظم و نفع عمومی دارا شده‌اند. با این حال سابقه قانون‌گذاری و سازماندهی دستگاه‌ها در طول چند دهه‌ی اخیر قبل و بعد از انقلاب، نشان‌گر آن است که قالب‌ها و عناوین به کار رفته برای دستگاه‌ها معیار قابل اعتمادی برای تشخیص ماهیت کارکرد و مأموریت آنها نیست و قانون‌گذار در این خصوص، کاملاً وفادار به آثار ناشی از تفکیک اعمال اداری به تصدی و حاکمیت باقی نمانده و لذا برخورداری یا محرومیت از امتیازات مذکور، کاملاً در مسیر فلسفه وجودی آنها تحقق نیافته است.

۵.۲. بهره‌گیری از تفکیک تصدی-حاکمیت در جهت تحول ساختاری و

کوچک‌سازی دولت.

می‌دانیم که یکی از طرق عمده‌ی پذیرفته شده در جهت تقویت اقتصاد عمومی کشور، همانا کوچک‌سازی دولت و تقویت بخش خصوصی از جهت مشارکت دادن هرچه بیشتر آن در عرصه‌ی فعالیت‌های اجرایی بوده است. یکی از مهمترین معیارها

برای تشخیص بخش‌ها و فعالیت‌های قابل انتزاع از دولت و واگذاری آن به بخش خصوصی، دوگانه‌ی تصدی-حاکمیت است؛ بدین نحو که اعمال حاکمیت در سیطره‌ی دولت باقی بماند و اعمال تصدی به بخش خصوصی واگذار گردد. بند هشتم از بخش "ب" قسمت یکم قانون برنامه‌ی اول توسعه کشور، رویکرد مذکور را بدین صورت انعکاس می‌دهد: «اصلاح سازمان و مدیریت اجرایی و قضایی کشور در ابعاد مختلف از طریق [...] تدوین حدود وظایف دولت در اعمال حاکمیت و تصدی با جهت‌گیری تقویت واحدهای مسئول اعمال حاکمیت و کاهش وظایف تصدی تا حد ضرورت ...».

نکته‌ی جالب در این خصوص آن است که عمل حاکمیت تا تصویب برنامه‌ی سوم توسعه در سال ۱۳۷۹ تعریف نشد و برای اولین بار قانون‌گذار ایران در ماده ۶۴ قانون موصوف به تعریف وظایف حاکمیتی دولت می‌پردازد. این رویکرد در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز تکرار شده و مورد تأکید قرار می‌گیرد.

به موجب ماده مذکور، «امور حاکمیتی، آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت، شامل همه‌ی اقدار جامعه گردیده و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده‌ی دیگران نمی‌شود...»

چند نکته‌ی مهم در تعریف مذکور قابل توجه است:

اول آن که: تعریف مذکور به حدی وسیع است که تمام امور عمومی کشور را در تمامی سطوح و قوای حکومتی در برمی‌گیرد، امروزه تحقق هرامر عمومی در حوزه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی و... موجب اقتدار کشور است و ... بر همین مبنا ترویج اخلاق (بند ه) و ارتقاء بهداشت (بند ک) نیز از زمره‌ی این امور تلقی گردیده است. همچنین قانون‌گذاری و اداره‌ی امور قضایی نیز از جمله موارد مهم امرحاکمیتی معرفی شده است. بنابراین امورحاکمیتی مطرح در ماده ۸، محدود به اعمال اداری نبوده و از طرفی اعمال سیاسی و غیراداری سایر مراجع عمومی را در بر می‌گیرد و از طرف دیگر می‌تواند حتی به لحاظ ماهوی، مواردی را که توسط بخش خصوصی امکان تحقق دارد، (مانند ترویج اخلاق و ارتقا بهداشت) در برگیرد.

بنابراین تعریف مذکور تعریف مانعی نیست.

دوم آن که: معیار تشخیص امورحاکمیتی، معیار ماهوی و ناظر بر موضوع است و توجهی به روش (آنچنان که در تعریف عمل حاکمیت در حقوق اداری آمده است) ندارد. تنها موردی که مقنن در ماده ۸ به معیار روش توجه نموده است، در بند «ل» است که اجازه داده است برخی از اموراجتماعی، فرهنگی، خدماتی، زیربنایی و اقتصادی (مذکور در مواد ۱۱، ۱۰، ۹) که به تشخیص هیأت وزیران، «انجام آن توسط بخش خصوصی و تعاونی و نهادها و موسسات عمومی غیر دولتی امکان پذیر نمی- باشد» به عنوان امورحاکمیتی تلقی گردد.

در بند مذکور نیز دو نکته قابل توجه است: ۱- تشخیص امکان پذیر نبودن انجام عمل که در واقع ناظر بر معیار روش است، به ماهیت شیوه ها در عالم واقع واگذار نشده و صرفاً تشخیص هیأت وزیران مناط قرار گرفته است. ۲- حتی موسسات عمومی غیر دولتی که متصدی یک امر عمومی (ماده ۳ قانون) و بنابراین عامل نوعی عمل اداری محسوب می شوند در ردیف و حکم بخش خصوصی قرار گرفته و لذا اعمال آنها از زمره اعمال حاکمیتی خارج گردیده است.

ملاحظه می گردد امورحاکمیتی مذکور در ماده ۸ از تعریف جامع و مانعی برخوردار نبوده و مهمتر از آن، مساوی با «عمل حاکمیت» در حقوق اداری واقع نمی- شود. بنابراین نمی توان مفهوم مذکور را متعلق به حوزه حقوق اداری تلقی نمود و حتی فراتر از آن باید گفت مفهوم مذکور صرفاً معیاری کلی است که از ناحیه مقنن برای جهت دهی کلی به مقررات گذاری قوه مجریه ارائه گردیده و قبل از آن که دارای ارزش حقوقی باشد واجد جایگاه و کاربرد سیاسی- تقنینی است.

با این حال مقنن به همین اندازه اکتفا ننموده و در مواد دیگر، در حوزه حقوق استخدامی نیز از آن بهره برده است.

۳. ۵. معیار عمل حاکمیت به عنوان معیار استخدامی

آخرین کاربرد معیار عمل حاکمیت در مقررات جاری کشور، در مقام تعیین آن به عنوان معیارتمییز پست های ثابت سازمانی جهت استخدام رسمی در مقابل سایر انواع

پست‌ها و استخدام‌هاست که برای اولین بار در قانون مدیریت خدمات کشوری به کاررفته است.

به موجب ذیل ماده ۶ قانون مذکور، «پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی که جنبه‌ی استمرار دارد ایجاد خواهد شد» همچنین به موجب ماده ۴۵، استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت صرفاً در مشاغل حاکمیتی ممکن است و تصدی سایر پست‌های سازمانی صرفاً از طریق استخدام پیمانی و برای مدت معین مقدور می‌باشد. در مقام تعریف مشاغل حاکمیتی، به نظر نمی‌رسد امور حاکمیتی مذکور در ماده ۸ بتواند با توجه به اجمال و ابهام مندرج در آن کمکی به تعیین دقیق مصادیق آن بنماید. شاید به همین دلیل است که تبصره ۲ ماده ۴۵، تعیین مشاغل مذکور را با توجه به ویژگی‌های مذکور در ماده ۸ به پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه ریزی و در نهایت تصویب هیأت وزیران واگذار نموده است.

در همین راستا بند دوم تصویب نامه در خصوص «شاخصهای تعیین مشاغل حاکمیت» (مصوب ۸۹/۷/۲۲ معاونت توسعه‌ی مدیریت و سرمایه‌ی انسانی رئیس-جمهور که به تأیید مقام ریاست جمهوری رسیده است) شاخص‌های تعیین مشاغل حاکمیتی را به این شرح بیان داشته‌اند:

الف- نوع وظایف واحد سازمانی در تطبیق با امور حاکمیتی موضوع ماده ۸ ق مدیریت خ.ک

ب- محل جغرافیایی استقرار پست سازمانی

ج- حساسیت شغل (پست)

د- عدم امکان انجام وظایف پست سازمانی توسط بخش غیر دولتی

با این حال، سند موصوف به ارائه معیارهای مذکور اکتفا نمی‌کند و پست‌های مستقر در ستاد مرکزی و استانی که عهده‌دار وظایف سیاست‌گذاری، هدایت و نظارت هستند را به عنوان مشاغل حاکمیتی محسوب می‌کند (بند سوم). در تبصره ۱ بند سوم مشاغلی مانند ماشین نویسی، شغل غیر حاکمیتی محسوب می‌شود؛ اما همین شغل در حوزه دفاتر وزیران و معاونان رئیس‌جمهور، استانداران، معاونان وزرا و هم طراز آنها حاکمیتی منظور گردیده است (تبصره ۲). و در نهایت، در موارد استثنایی، به تقاضای

دستگاه‌های اجرایی، سایر مشاغل نیز در صورت تأیید هیأت وزیران قابل تشخیص به عنوان شغل حاکمیتی ممکن شده است. ملاحظه می‌شود که اجمال و ابهام موجود در معیارها، تشخیص نهایی را به مقامات عالی‌تر اجرایی از جمله هیأت وزیران وامی‌گذارد و هیچ معیار قطعی شکلی یا ماهوی وجود ندارد تا براساس آن بتوان مستقل از تشخیص‌های موردی، به تعیین مشاغل حاکمیتی اقدام نمود. بنابراین اگر از همان ابتدا مقنن، تعیین فهرست مشاغل حاکمیتی یا به عبارت دیگر مشاغل مرتبط به استخدام رسمی را به هیأت وزیران واگذار می‌نمود در عمل نتیجه‌ی آن با وضع حاضر که احاله مقررات متعدد به یکدیگر و در نهایت تشخیص‌های موردی است تفاوتی نداشت.

به تعبیر دیگر در تعیین مصادیق با وضع حاضر، صرفاً تشخیص مقامات اداری مناط است. هیچ معیار دقیقی برای کنترل اداره در دسترس قضات و سایر مقامات غیرسیاسی ناظر قوه مجریه قرار نمی‌گیرد و لذا نمی‌توان معیار مذکور را معیاری حقوقی در این حوزه قلمداد نمود.

۶. نتیجه

معیار «عمل حاکمیت» هرچند که در دوره‌ای طولانی در کشور خاستگاه خود، فرانسه، از اعتبار و تأثیرگذاری فراوانی برخوردار بود؛ اما در نهایت به علت ابهامات و اختلافات غیر قابل اغماض در اواخر قرن نوزدهم کنار گذاشته شد یا به شیوه‌ای متفاوت و در کنار سایر معیارها تا حد زیادی تعدیل گردید. در حقوق اداری ایران، سرنوشت معیار مذکور را در هر حوزه باید جداگانه بررسی نمود:

معیار عمل حاکمیت در ابتدا به عنوان معیار تعیین صلاحیت قضایی به کار رفت؛ لکن در فاصله‌ی کوتاه زمانی (۱۳۰۷-۱۳۳۲) به دلیل مغایرت با اصل وحدت قضایی مذکور در قانون اساسی مشروطه کنار گذاشته شد. این نوع کاربری معیار مذکور، دیگر هرگز به لحاظ حقوقی در مقررات پیش‌بینی نشد و علیرغم رواج آن در بیان کاربران حقوقی، حداقل پس از پیروزی انقلاب اسلامی هیچ‌گاه مورد استفاده‌ی دیوان عدالت اداری قرار نگرفت.

دومین کاربرد معیار مذکور در حوزه‌ی مسئولیت مدنی دولت بوده است که در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی (مصوب ۱۳۳۹) به کار گرفته شد و به موجب آن، عمل حاکمیت به شرط آن که طبق قانون صورت پذیرد در صورت ایراد زیان به افراد، دولت را از جبران خسارات معاف می‌ساخت. معافیت مطلق دولت در عمل حاکمیت، خلاف اصل پاسخ‌گویی دولت در نظام دموکراتیک و مغایر با اصل برابری مقابل هزینه‌های عمومی است. لذا از همان ابتدا مقنن چنین معافیتی را برخلاف آنچه بسیاری از نویسندگان حقوقی پنداشته‌اند، مقید به رعایت قانون یا به تعبیر دیگر «تقصیر» دولت نمود. قیدی که در نهایت منجر به نفی هرگونه تفاوت و تبعیض بین دولت و شهروندان، حداقل در چارچوب قانون مسئولیت مدنی با در نظر گرفتن ماده ۱ آن می‌شود. در هر صورت حکم ماده مذکور نیز پس از پیروزی انقلاب اسلامی و با تحقق حاکمیت شرع کنار گذاشته شد. اصل ۴۰ قانون اساسی و نظریه‌ی شماره ۲۲۸۱۸/۳۰/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸ فقهای شورای نگهبان مبنی بر بی‌اعتباری بند نهم ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه مصوب ۱۳۵۱ و قوانین مهمی مانند: قانون نحوه ی تملک اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی...، قانون به‌کارگیری سلاح و رویه قضایی دیوان عدالت اداری به ویژه در پرونده‌ی مشهور فیلم سنتوری به روشنی بیانگر آن است که هیچ تبعیض و مصونیتی برای دولت نسبت به شهروندان حتی در عمل حاکمیت وجود ندارد.

سومین کاربرد معیار مذکور در حوزه‌ی مسئولیت کیفری و در تبصره ماده ۲۰ قانون جدید مجازات اسلامی است که به موجب آن موسسات عمومی غیردولتی که اعمال حاکمیت می‌نمایند، از مجازاتهای اشخاص حقوقی معاف اعلام شده‌اند. چنین استفاده-ای نیز از آن جا که بخش قابل توجهی از خدمات عمومی موسسات مذکور را پوشش نمی‌دهد و اجازه می‌دهد خدمات عمومی غیرحاکمیتی به موجب احکام قضایی مواجه با تعطیلی شوند، مغایر با اصل تداوم خدمات عمومی است و بنابراین هدف کلی مقنن که حفظ کارآمدی اشخاص عمومی است را برآورده نمی‌سازد.

چهارمین و پنجمین کاربرد معیار عمل حاکمیت در حوزه‌ی سازمانی مالی و استخدامی بوده است که اوج آن را در قانون مدیریت خدمات کشوری (مواد ۶، ۸ و ۴۵) می‌توان ملاحظه نمود. اما همان گونه که نشان داده شد، ابهام در مفهوم و مصادیق

معیار مذکور اجازه نداده است تا بتوان از این معیار به عنوان معیاری حقوقی و قابل استناد در محاکم بهره برد. در دو حوزه‌ی اخیر معیار مذکور دارای اعتبار قانونی اما فاقد ارزش قضایی است.

بنابراین مفهوم «عمل حاکمیت»، نخست در حقوق اداری، معیاری شکلی است اما در نظام حقوقی ایران به عنوان معیاری ماهوی در نظر گرفته شده و لذا ارایه تعریف و استفاده از آن، کاربران حقوقی را با مشکل مواجه می‌سازد.

دوم آنکه: در حوزه‌ی مسئولیت مدنی باعث تبعیض بین دولت و شهروند، و تمایز بین اعمال دولت می‌شود و در نظام حقوقی ایران که تحت حاکمیت قواعد شرعی است و چنین تبعیض و تمایزی را نشناخته است فاقد اعتبار به نظر می‌رسد. همچنین در حوزه مسئولیت کیفری اشخاص عمومی، به درستی مورد استفاده قرار نگرفته و به منظور تامین هدف مقنن و تحقق اصول کلی حقوق اداری، باید جای خود را به معیار "خدمت عمومی" بدهد.

و سوم آنکه: دارای ابهام شدید در مفهوم و مصداق است و لذا به همان دلیل که در کشورخاستگاه خود (فرانسه) کنار گذاشته شده، فاقد فایده‌ی حقوقی بوده و درحوزه‌ی های سازمانی و استخدامی در ایران نیز فقط دارای کاربردی سیاسی در حوزه‌ی مقررات‌گذاری و روابط بین دوقوه‌ی قانون‌گذاری و اجرایی است. در بیانی کلی و عام‌تر می‌توان گفت: مفهوم عمل حاکمیت در ادبیات حقوقی ایران به ترتیبی که مورد استفاده قرار گرفته، تهی از معنا و فایده به نظر می‌رسد و صرفاً به عنوان کلید واژه‌ای سیاسی قابل استفاده در روابط مقنن و قوه‌ی مجریه است.

پی نوشت‌ها

^۱-Acte d'autorité^۲-Acte de gestion^۳-Barthélémy^۴-Jafferriere^۵-Domaine public^۶-Blanco^۷-Service public^۸-George Vedel^۹-Extraordinaire

^{۱۰} - برای تفصیل بیشتر بنگرید به: صدرالحفاظی، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، نشر شهریار، ۱۳۷۲، ۳۶-۳۵.

^{۱۱} - برای دیدن تفصیل انواع معیارهای صلاحیت مراجعه کنید به: سید مجتبی واعظی، مطالعه تطبیقی معیارهای صلاحیت دادرسی اداری در ایران و فرانسه، مجله نامه مفید حقوق تطبیقی، ش ۹۷، تابستان ۹۲،

^{۱۲} - مختصراً می‌توان گفت تشخیص این‌که چه قاعده‌ای قاعده‌ی حقوق عمومی یا قاعده‌ی حقوق خصوصی است کار آسانی نیست. به طور مثال: نمی‌توان به طور قاطع گفت در تمامی مواردی که اداره مرتکب نقض مواد قانون مدنی ناظر بر مالکیت اشخاص می‌شود، دعوای ناشی از آن، غیر اداری است. به نظر می‌رسد خطای اداری را باید خطایی دانست که اداره در مقام تأمین نظم یا نفع عمومی و با استفاده از یک یا چند امتیاز اقتداری مرتکب می‌شود.

^{۱۳} - م. ۱: «هرکس بدون مجوز قانونی، عمداً و در نتیجه بی‌احتیاطی به جان و ... لطمه‌ای وارد نماید ...».

^{۱۴} - هرچند در مقررات قبل از انقلاب هم به صورت موردی می‌توان چنین رویکردی را ملاحظه نمود: مطابق ماده ۳ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور مصوب ۱۳۴۱ به اشخاصی که دارای سند مالکیت به نام جنگل هستند و یا از مراجع قضایی حکم قطعی دال بر مالکیت آنها به نام جنگل صادر شده و یا دارای حکم قطعی از هیئت‌های رسیدگی املاک و اگذاری به نام جنگل باشند، پس از آن که جنگل متعلق به آنان ملی اعلام شد، وجوهی به عنوان خسارت با رعایت ترتیب مقرر در قانون پرداخت گردد.

^{۱۵} - البته اصل ۱۷۱ قانون اساسی نیز از این منظر قابل استناد است اما از آنجا که اختصاص به مسئولیت قاضی و عمل قضایی دارد و موضوع مباحث حقوق اداری قرار نمی‌گیرد از آن صرف نظر شد.

^{۱۶} - ممکن است از نظر برخی، همین که پروانه نمایش برای خواننده صادر شده و سپس از نمایش فیلم جلوگیری شده، باعث تحقق عنصر تقصیر اداره است اما با توجه به اینکه ماده ۴ آیین نامه موصوف،

امکان ممانعت معاونت سینمایی را پیش بینی نموده است بنابراین نمی توان با چنین تحلیلی موافقت نمود. هر چند میتوان با استناد به مفهوم انتظار مشروع، حق مطالبه غرامت را برای زیان دیده به رسمیت شناخت اما صرف نظر از اعتبار و امکان استناد به چنین نهادی در نظام حقوقی ایران و رویه قضایی دیوان، پذیرش دعوای خواهان با این مبنا به معنای تایید وقوع تقصیر اداره نیست.

۱۷- ماده ۲۰- در صورتی که شخص حقوقی براساس ماده (۱۴۳) این قانون مسؤل شناخته شود، با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می شود، این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست:

الف- انحلال شخص حقوقی ب- مصادره کل اموال

پ- ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی یا اجتماعی به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ت- ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه به طور دائم یا حداکثر برای مدت پنج سال

ث- ممنوعیت از اصدار برخی از اسناد تجاری حداکثر برای مدت پنج سال

ج- جزای نقدی ج- انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه ها

تبصره- مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می کنند، اعمال نمی شود.

۱۸- ماده ۳- مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می شود و بیش از پنجاه درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.

۱۹- عباس توافقی زاده، تاثیر اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان های دولتی و برنامه های اصلاح ساختار نظام اداری ایران، مجلس و پژوهش، شماره ۵۱، ص ۵۷-۱۰۰.

۲۰- قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵/۸/۱۵

۲۱- ماده ۴۸ قانون محاسبات عمومی.

منابع

الف. فارسی

- امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش (۱۳۸۶). **حقوق اداری ایران**. ج ۱. تهران: میزان.
- امامی، محمد؛ واعظی، سیدمجتبی؛ سلیمانی، مهستی (۱۳۹۱). **ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری**. تهران: میزان.
- توازنی زاده، عباس. (۱۳۸۴). "تاثیر اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان های دولتی و برنامه های اصلاح ساختار نظام اداری ایران"، **مجلس و پژوهش**، سال سیزدهم / ۵۱: ۵۷-۱۰۰.
- صدرالحفاظی، نصرالله (۱۳۷۲). **نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**. تهران: شهریار.
- طباطبایی موتمنی، منوچهر (۱۳۸۵). **حقوق اداری**. تهران: سمت.
- واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۲). "مطالعه تطبیقی معیارهای صلاحیت دادرسی اداری در ایران و فرانسه". **نامه مفید حقوق تطبیقی**، ۹۷: ۲۵-۴۴.

ب. لاتین

- CHAPUS(R). (2000). **Droit administratif général**. Paris: Montchrestien.
- CHEVALLIER(J). (2003). **Le service public**. Coll « Que sais-je ? », 5^e édition. Paris: PUF.
- Gaudemet, Y. (2000). **Traité de droit administratif**. tome 1, 16 édition, Paris: L.G.D.J.
- JULIEN-LAFFERRIERE(F). (1996). « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in **Mélanges Roland Drago**. Paris: Economica. pp395-426.
- VAKIL(M). (1934). **Les recours contre l'administration d'après le droit public persan**. Th. Paris.
- VEDEL(G). (1954). « Les bases constitutionnelles du droit administratif ». **E.D.C.E.** pp21-53.